

مَصْنُوعُ الْفَنِّ

فِي الْمَعَامِلِ

بِإِذْنِ الْإِمَامِ الْإِسْلَامِيِّ

السَّيِّدِ الْوَلَدِ الْخَوَّصِيِّ

لَقَدْ تَفَنَّنَا

الْمُهَنْدِسُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي

رَبِيعَةَ الْإِسْلَامِيِّ

مَجْدٌ عَلَى التَّوْحِيدِ

مِصْبَحُ الْفُقَهَاءِ فِي الْمَعَانِي

من تقرير بحث الاستاذ الأ' كبر آية . . . العظمى

السيد بالقاسم الخوني

الجزء السادس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
والعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين اليمين اليمين الدين وبعد فمن من المولى جل شأنه على أن
رجالاً أعلاماً وأفاضل يهتمون بمفطماً ما ألقى إليهم في محاضراتي تقريراً وتقريراً أحضارهم عليها في
على المعارف والعلم الدينية ومن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهدب الصفي والعلاء
المحقق الزكي ركن الإسلام قرّة عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فإنه دام فضله
قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحريرها مجاهاً وتفقيهاً في الفنون المتفرعة من الفقه
والتفسير والأصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل وأصبح
من العلماء العظام والأجلة الأعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب الكاشف
لشيخ مشايخنا العظام أساتذ الفقهاء والمجتهدين الميرزا محمد آية الله العظمى
مرتضى الأنصاري قدس الله تعالى أسرارها فاعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة
اطلاعه على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وتأيد به إرفاقاً
وكاف بتوضيح ما حققناه فليهد الله وليشكره على ما أنعم به علينا وسامعنا
من نبياء الله واسمع عليم والحمد لله أولاً وآخراً
أبراهيم البرزعي الخزني



في ١٣ شهر رجب المرجب ١٢٩٤ هـ



الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين
ولعنة الله على اعدائهم أجمعين .

وبعد فيقع الكلام فى الخيارات واحكامها .
قوله الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار .

أقول : الاختيار مصدر والاسم منه الخيار ومعنى الاختيار لغة
هو طلب الخير من أى شئ فيصحّ تعلّقه بالامور التكوينية والاعتبارية
نظير الكسب والاكْتساب وح يكون وصفاً لنفس الافعال الخارجية و
الامور الاعتبارية حسب اختلاف متعلّقه من الافعال والاعيان والاعتباريات
ويقال اختار احدهما لمصاحبه أى طلبه خيراً لنفسه واختار بيع امواله
اى جعله خيراً لشخصه فالاختيار صفة لنفس ما أخذه خيراً وعنوان
له من دون أن يكون من الاوصاف النفسانية المعبر عنه بالارادة تارة
وبالاختيار أخرى ولا من الافعال الخارجية والاختيار كالانتفاع و
الاصطفاء والانتقاء ومنه ايضاً استخارة المنزل .

والظاهر أنه بهذا المعنى اللغوى استعمل فى الخيارات
المختصة بالمعاملات من خيارى المجلس والحيوان وغيرهما فان من

له الخيار يتخذ ما يختاره من الامضاء أو الفسخ خيراً لنفسه وطلب كونه خيراً له واتصف كل منهما بالاختيار واصبح خيراً على سبيل البدلية و معنى البيعان بالخيار أى لكل منهما أن يأخذ ما يختاره خيراً لنفسه وليس المراد من الخيار هنا هو القدرة على الفسخ التى من الاوصاف النفسانية ولا السلطنة والمالكية على الفسخ ولا غيرهما من المعانى التى ذكروها فى المقام .

نعم تستفاد السلطنة والمالكية من موارد أخذ الخير لنفسه و اتخاذه لشخصه مثلاً اذا قيل له الخيار فتدل اللام على الاختصاص والملكية، وكك أن القدرة ليست من معنى الخيار فى شئ وانما هى من مقدمات اتخاذ الخير فان من ليست له هذه القدرة لا يتمكّن من جعل شئ خيراً لنفسه .

وعلى هذا فلا نحتاج فى استعمال كلمة الخيار فى الخيارات المصطلحة فى ابواب المعاملات الى عناية زائدة غير ملاحظة المعنى اللغوى الا أن يكون هنا اصطلاح خاص فلا مشاحة فيه وبهذا للحاظ أيضاً استعمل فى مقابل الالتجاء والاضطرار فان المضطر لا يتمكّن من الاستخارة لنفسه واتخاذ الخير لشخصه كالأعرج والأشل والاصم فانهم لا يقدرون أن يتخذوا المشى أو الحركات الصادرة من اليد أو الكلام خيراً لانفسهم ، فجعل الاختيار بمعنى القدرة فى مقابل الاختيار انما هو بحسب الاصطلاح فقط والا فهو خارج عن القدرة كما عرفت و الا فنفس الاختيار يقع فى مقابل الاضطرار ويعدّ تسيماً له .

ثم ان موارد استعمال كلمة الخيار وما اشتق منها وان كانت كلها بحسب لحاظ المعنى اللغوى ولكن الذى فى ابواب المعاملات

تمتاز بخصوصية ليست فى غيرها من موارد الاستعمالات بداهة أنه فرق واضح بين الاختيار المتعلق بالأكل والشرب والنوم و بين تعلقه بالفسخ والامضاء فان المراد بالأول هو جعل الفعل الخارجى او العين الخارجية خيراً لنفسه من غير أن يكون فى البين ما يتصل بالمختار بصيغة الفاعل بخلاف ما اذا تعلق بالعقود باعتبار الفسخ و عدمه فان معناه أن هنا شئ ثابت قابل لان يتعلق به الفسخ أو الإبقاء فى حاله والاستمرار عليه ، ونظير ذلك ما قلناه فى ادلة الاستصحاب من أن مفهوم النقض انما يتحقق اذا كان هناك أمر مبرم والافلايقال للحجر أنه نقض الحجر فهذه الخصوصية ينهاض الخيار المتعلقة بالعقود عن غيره من موارد استعمالاته ، وأيضاً خرج بهذه الخصوصية الخيار الثابت للعمه والخالة فى العقد على بنت الاخت وبنت الاخ فانه لم يثبت فيها شئ للعمه والخالة حتى ترفعه العمه والخالة بالفسخ بل هى تدفع ما يتصل اليها بالرضا وكك الحال فى العقود الفضولية فى البيع وغيره ولكن بقيت العقود الجائزة بحسب الطبع وارادة عليه أيضاً فان فيها أيضاً شئ ثابت لذى الخيار له الفسخ وله الإبقاء .

الآن فى الخيارات المصطلحة خصوصية ليست موجودة فى العقود الجائزة بحسب الطبع فهى أن ذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحة انما ملك الفسخ والامضاء اى له اتخاذ الفسخ خيراً لنفسه وله ابقاء العقد على حاله أو امضائه وايضا فله مالكية على اصل الاختيار والخيار بحيث له السلطنة على اعدام اختياره ورفع موضوعه بحيث لا يبقى هنا موضوع للفسخ والامضاء ولاعمال الخيار بان يسقط سلطنته على اتخاذ كل من طرفى الاختيار خيراً لنفسه .

وبعبارة اخرى أن لذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحة سلطنتان احديهما السلطنة المتعلقة باعمال الخيار أى اتخاذ الفسخ أو الابقاء خيراً لنفسه وثانيتهما السلطنة على اعدام السلطنة على اعمال الخيار واتخاذ شئ منهما خيراً لنفسه فانها من الحقوق فهى قابلة للاسقاط .

وهذا بخلاف العقود الجائزة فان فيها لكل من المتعاملين فسخ العقد أو ابقائه على حاله ولكن ليس لهما السلطنة على اعدام سلطنتهما على الفسخ أو الابقاء فان الجواز فيها من الاحكام فهى غير قابلة للاسقاط ولو أسقطه المتعاملان ألف مرة وقد عرفت أن الجواز والتزلزل فى موارد الخيارات المصطلحة من الحقوق فهى قابلة للاسقاط ، وبهذه الخصوصية لا يدخل شئ من غير الخيارات المصطلحة فى حدودها كما لا يخفى وأيضاً صح القول بأن الخيارات المصطلحة هو اتخاذ الفسخ أو الامضاء خيراً لنفسه فى العقود اللازمة بالطبع كالبيع والاجارة والنكاح وغيرها .

والحاصل أن المراد من الخيار هو المعنى اللغوى فى جميع موارد الاستعمالات حتى فى باب العقود وهو اتخاذ الخير لنفسه والانتقاء والاصطفاء كما صرح بذلك فى اللغة وليس بمعنى الملك فى المقام بل انما يستفاد الملكية من موارد الاستعمال بحسب اقتران مادة الخيار بكلمة اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئة المفيدة لهذا المعنى كهيئة المختار كما سنشير اليه . . .

وعليه فيكون الاختيار والخيار فى مقابل الاضطرار والالتجاء بحسب الحقيقة فى جميع الموارد فان المضطر لا يقدر على اتخاذ الخير

نفسه فيما اضطر اليه .

ثم لا يبعد أن يكون المراد من كون المكلف مختاراً فى الفعل أو الترك فى مقابل التكاليف الالزامية الملجأ الى الفعل شريعاً هو هذا المعنى أيضاً غاية الامر أن الاختيار والالجا هنا شرعى وما ذكرناه فيما سبق تكوينى ومن هنا يتضح ان اطلاق المختار على الفاعل المختار بلى هذا المنهج أيضاً ومن هنا ظهر أن استعمال المتكلمين الخيارى مقابل الاضطرار ليس اصطلاحاً آخر كما ذهب اليه شيخنا المحقق بل باعتبار المعنى اللغوى كما عرفت . . .

ثم ان المشتقات قد استعمل فى الاتّصالات الفعلية كما هو الغالب وقد تستعمل فى الشأنيّة والاقتضاء وهذا ايضاً كثير فى نفسه كما يتضح ذلك لمن سير واستقرأ موارد استعمالها ومنه يقال سمّ قاتل و سيف سبّار وأدوية مسهلة وأشربة مبردة وأغذية مسخنة أو قابضة فان اتصاف الذات بالمبدء فى أشباه هذه الموارد ليس فعلياً و إنما هو بحسب الشأنيّة والاقتضاء . . .

ومن هنا يمكن توجيه كلمات القائلين بان الخيار بمعنى القدرة على الفسخ بدعوى المختار بصيغة الفاعل له فسخ العقد مع ثبوت الخيار له وله ابقائه على حاله وله اسقاط أصل سلطنته أيضاً فتكون القدرة والسلطنة على الفسخ والابقاء مستفادة من هيئة المختار .

إذا كان اتصاف الذات فيه بالمبدء بحسب الشأن و الاقتضاء فان فى موارد ثبوت الخيار فصاحب الخيار مختار فى امر العقد من حيث الفسخ والابقاء شأننا بان يأخذ الفسخ خيراً لنفسه أو الابقاء فان له الانتقاء والاصطفاء فى ذلك والهيئة المستفادة من الهيئة عبارة

أخرى عن القدرة بل الامرك في جميع الموارد التي يتمكن الانسان من ايجاد فعل بحسب طول الزمان فانه يقال أنه مختار في ذلك اى له القدرة على أن يأخذ هذا الفعل خيراً لنفسه أو يتركه ويأخذ تركه خيراً لنفسه فلا يكون تعريف الخيار بأنه القدرة على فسخ العقد و ابقائه منافياً لما ذكرناه .

ثم أنك قد عرفت أن الخيار في اللغة هو اتخاذ الخير والاصطفاء والانتقاء وبهذا اللحاظ قد استعمل في جميع الموارد غاية الامر أنه تختلف متعلقاته فانه قد يتعلّق بالاكل وقد يتعلّق بالشرب وقد يتعلّق بالاعيان الخارجية كاختيار الدار والرفيق والمركوب وقد يتعلّق بالامور الاعتبارية وقد يتعلّق بفسخ العقد و ابقائه وقد يتعلّق برفع سلطنة على الفسخ ويسقط خياره ، وعليه فلا خصوصية لمادة الخيار في شيء من موارد الاستعمال .

ولكن المراد من الخيار المصطلحة هو اختيار فسخ العقد أو ابقائه أو اختيار اقرار العقد فخرج بتعلّقه بالفسخ جميع ما يتعلّق بغير العقود من الافعال والاعيان الخارجية وكك خرج به عقد بنت الاخ و بنت الاخت على العمة والخالة وكك جميع العقود الفضولية فان في جميع تلك الموارد لم ينتسب الى المختار شيء حتى يتعلّق به الفسخ و يكون الفسخ فيه متعلقا للخيار اما في غير العقود المذكورة فواضح فان الخيار فيه ليس الاختيار احد الامرين الذين هما طرفا الخيار من الأكل وتركه والشرب وتركه وهكذا وأما في العقود المذكورة فلأنه و ان ثبت هنا شيء ولكنه لم ينتسب الى العمة والخالة والى المالك بل مع الاجازة والامضاء ينتسب العقد اليهم ولكن واذا اختاروا الرد

يرفعون ما ثبت بانشاء الغير لا أنهم يفسخونه فانه ليس هنا عقد حتى يتعلّق به الفسخ بل ثبت لهم بعدالاتساب اليهم والفرض انه لم ينتسب اليهم بعد فبالردّ يرتفع ولا يبقى شئ حتى يفسخ .

وخرج بكون ذى الخيار مختاراً فى اقرار العقد وتثبيته العقود الجائزة بحسب الطبع وتوضيح ذلك أن ذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحة كما له اختيار فسخ العقد وابقائه على حاله وكك له ازالة ملكيته على اختيار الفسخ والابقاء وعلى الانتقاء والاصطفاء بان يقر العقد باسقاط الخيار ويجعله لازماً وغير قابل الفسخ فى الحقيقة له خياران أحدهما يتعلّق بالفسخ والابقاء والاخر يتعلّق بالسلطنة على الفسخ والابقاء بخلاف العقود الجائزة فان فيها خيار واحد لكل من له الخيار وليس له خيار آخر يتعلّق باصل السلطنة على اختيار الفسخ أو الابقاء ولو اسقطه الف مرة لم يسقط كما تقدم فانه من الاحكام فهى غير قابلة للاسقاط .

ومن هنا ظهر أن ما ذهب اليه بعضهم من أن الخيار المصطلحة ملك اقرار العقد وازالته هو الصحيح فان المراد من اقرار العقد هو اسقاط الخيار وجعل العقد لازماً وغير قابل للانفساخ من ناحية الخيار وهو ما ذكرناه من تعلّق الخيار بازالة السلطنة على الفسخ والابقاء ، والمراد من ازالته هو ازالة العقد بالفسخ واعدامه نعم التعبير بملك فسخ العقد مسامحة فان الخيار كما عرفت ليس ملك فسخ العقد وانما الملكية مستفادة من اللام وكلمة الصاحب والذو أو من الهيئة كما عرفت فان هيئة كلمة المختار تدل على ذلك لما عرفت أن المشتق انما هو باعتبار الشأنية ولاقتضاء وأن ذى الخيار بما أن له مقتضى

للفسخ وقادر عليه بان يأخذه خيراً لنفسه وله شأنية الاختيار و
الاتقاء فينتزع من ذلك عنوان المالكية كما لا يخفى .

وقد اشكل المصنف على هذا التعريف بوجهين الاول أنه ان
أريد من اقرار العقد ابقائه على حالته الاولى بترك الفسخ فذكره
مستدرك لان القدرة على الفسخ عين القدرة على الترك فانها لا تتعلق
باحد الطرفين فقط والا فلا تكون قدرة .

وفيه أنه ظهر جوابه مما تقدم فان المراد من ملك اقرار العقد
ليس هو تركه على حاله وعدم فسخه مع جواز ان يفسخه كيف ما يشاء
بل المراد منه هو اقرار العقد واثباته وجعله لازماً بحيث لا يقبل -
الفسخ بالخيار فهو اشارة الى احد الاختيارين الذين تقدمت الاشارة
اليهما وقوله وازالته فالمراد منه ازالة العقد بالفسخ فهو اشارة الى
الاختيار الثاني .

وعلى الاجمال أن الخيارات المصطلحة منحلّة الى خيارين و
مركب منهما أحدهما ما يكون متعلقاً بالفسخ والآخراً ما يتعلق باصل
اعداد الخيار اي اتخاذ اعدامه الذي عبارة اخرى عن اقرار العقد
خيراً لنفسه (ما شئت فعبر) فكل واحد من خيار الحيوان والمجلس و
العيب والشرط وغيرها مركب من خيارين المذكورين فقد أشير اليهما
فى التعريف المذكور فذى الخيار مختار فيهما نعم أخذ الملكية فى
التعريف ليس من جهة اعتباره فى مفهوم الخيار و تعريفه بل هى
مستفادة من الهيئة أو من كلمة اخرى كما عرفت .

الثانى ان أريد منه الزام العقد وجعله غير قابل لان يفسخ
ففيه أن مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس

الخيار لكونه مستلزماً للدور فانه ح يكون مفاد التعريف أن الخيار هو ملك الزام العقد باسقاط الخيار فهذا أخذ بالخيار فى تعريف نفسه فهو دورى .

وفيه قد ظهر جوابه مما مرو توضيح الاندفاع أن الخيار وأن أخذ فى التعريف ولكن المأخوذ فيه ليس نفس المعرف بل هو غيره اعنى الخيار الثانى لما عرفت من كون الخيار المصطلح مركبا من خيارين فقول القائل الخيار ملك اقرار العقد اى الخيار المتعلق باعدام السلطنة على الفسخ هو اقرار العقد اسقاط فالمراد من الخيار الساقط هو المتعلق بالفسخ فالمعرف غير المعرف فلا يلزم الدور وبقوله وازالته اشار الى الخيار الثانى .

ثم اورد المصنف نقضاً على التعريف المذكور بأنه ينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا فلا يكون العقد لازما باسقاط أحد الشركاء خيارهم .

وفيه أنه أيضا ظهر جوابه مما تقدم فان المراد من الاقرار هو اقرار العقد من قبله لا من قبل غيره ولا يقاس ذلك بالفسخ فان فيه خصوصية لا يعقل بها أن يفسخ احد المتعاملين دون الآخر فانه بالفسخ ينتقل مال كل شخص الى ملكه ولا معنى لان يفسخ العقد من طرف واحد فقط دون الآخر ولكن الاقرار والاثبات ليس كذلك فانه قابل لان يكون العقد لازماً من طرف وجائزاً من طرف آخر و اذا كان ممكنا ثبوتا فلانحتاج فى مقام الاثبات الى شئ آخر غير ما يصدر من الشركاء فى الخيار حيث أن احدهم يسقط خياره والآخر لا يسقطه .

وما نحن فيه نظير رفع الحجر الثقيل بعشرة رجال حيث ان ترك الرفع يستند الى ترك واحد منهم ولكن رفعه مستند الى جميعهم ففي المقام أيضا رفع العقد يحصل بفسخ واحد ولكن الاقرار التام يحصل بالمجموع ومع ذلك فكل واحد يجعله من قبله لازما وان شئت فمثل بترك كل واحد من عشرة رجال قتل شخص فانه يصدق ح ان كل واحد منهم ترك قتله من قبله وقد مثل الاستاذ بهذا المثال دون الاول .

وعلى الاجمال فالاحسن أن يقال في تعريف مطلق الخيار هو ما يرجح به أحد طرفي الممكن على الآخر سواء كان هناك مرجح آخر أم لم يكن ويكون في مقابل الاضطرار فان الفاعل المضطر مجبور الى اختيار أحد طرفي الممكن الذي اضطر اليه ولا يبقى معه اختيار في الترك والانتقاء والاصطفاء وبهذا المعنى الواحد يستعمل في جميع الموارد وان كان هنا اختلاف فانما هو من ناحية المتعلق وبيان ذلك أن الخيار قد يتعلق بالافعال الخارجية كالاكل والشرب وغيرهما فيختار الفاعل اما الترك او الفعل فيرجح باختياره احد الطرفين على الطرف الآخر .

وقد يتعلق بالاعيان الخارجية فيرجح المختار أحد الشئيين أو الاشياء على الآخر فيأخذه خيراً لنفسه .

وقد يتعلق بدفع العقود عن الانتساب الى نفسه و ردّه عن الاتصال اليه من غير ان ينضم اليه قبل ذلك شئ وهذا كاختيار المالك ردّ عقد الفضولي واختيار العمة والخالة عقد بنت الاخ وبنت الاخت .

وقد يتعلّق بفسخ العقد وابقائه وهو على قسمين فانه تارة يجتمع مع الخيار الآخر المتعلّق باقرار العقد وعدمه وأخرى لا يجتمع معه بل لا يمكن ان يقترنه لحكم الشارع بعدم لزوم العقد الى الأبد .

والثانى هو الخيار فى العقود الجائزة التى كانت جائزة بحسب الطبع والاول هو المراد من الخيارات المصطلحة فان فى مواردنا قد ثبت لذى الخيار خياران أحدهما ملك فسخ العقد و ابقائه على حاله والثانى ملك اقرار العقد باسقاط الخيار وعدم اقراره فيسمّى مجمع هذين الخيارين خيارا اصطلاحياً ولهذا لا تسمى العقود الجائزة عقوداً اختيارية مع تحقق الخيار فيه أيضاً ولكنه ليس مركباً من خيارين نعم التعبير بالملك ليس من جهة أخذ الملك فى مفهوم الخيار ولعل النكات فى تعبير ملك فسخ العقد فى تعريف الخيار هو ان معنى الخيار هنا هو ترجح أحد الطرفين من الفسخ أو عدمه وترجيح احد طرفين ازالة العقد و ابقائه لما عرفت أن الخيار المصطلح مجمع الخيارين .

ومن الواضح أن الترجيح انما يكون مع القدرة على الترجيح فالخيار عبارة عن القدرة على الترجيح والقدرة ليست الا عبارة عن السلطنة فيصح أن يقال أن الخيار ملك ازالة العقد ولكن هذا المعنى منتف فى غير خيار المصطلح فان فى الهبة مثلاً وان كان الواهب قادراً على الفسخ أو الابقاء ولكن كون الجواز فيه ضرورى فليس له ازالته عنها وكك اذا كان متعلق الخيار الامور الخارجية كالاكل والشرب فان أحد طرفى الفعل وان كان فى اختياره ولكن اصل كونه مختاراً فى ذلك ضرورى ولا يقدر ان يسلب اختياره عن نفسه بل هو مستفاد

من شئ آخرو منه الهيئة فان هيئة المختار أيضاً تدل على الملكية فانه قد أخذ فيها الهيئة وهذه الهيئة وان كانت ظاهرة فى الهيئة الفعلية ومنه ما فى قضية الصديقة الطاهرة وهو المختار لها لسرعة اللاحاق .

ولكن قد يكون المراد منهما الهيئة الشأنية ولكن بواسطة القرائن فيكون المشتق ح مستعملة فى الشأنية كسيف قاطع وسم قاتل ومسهل نافع وأشربه مبردة أو مسخنة فان القرينة قائمة فى امثالها على أن الاستعمال بلحاظ التلبس الشأنى دون الفعلية كما لا يخفى .
ومن هنا ظهر ما فى كلام شيخنا الاستاذ حيث قال أن الخيار المتعلق باقرار العقد والزامه انما هو ايضاً اعمال الخيار فانه احد طرفى ما تعلق به الخيار وليس مرجعه الى اسقاط الحق الذى فوق اعمال الخيار ووجه الأندفاع هو ما تقدم من أن ما تعلق باقرار العقد خيار آخر غير ما تعلق بالفسخ والابقاء .

وتحصل من جميع ما ذكرناه أن ما ذكره بعض الاصحاب من أن الخيار ملك اقرار العقد وازالته هو المتعين واحسن منه ما تقدمت الاشارة اليه من أن الخيار المصطلح اختيار فسخ العقد وابقائه و اختيار اقرار العقد وعدمه (ما شئت فعبر) .

وقد عرفت أنه لا يرد عليه ما أورده المصنف من الايراد الاول والثانى وكك نقضه بالخيارات المشتركة كما عرفت .

لا يتوهم أن المراد من الخيار المشترك هو الخيار الثابت للمجموع كما فى توارث الخيار عن المورث بناء على عدم ثبوته لكل واحد من الورثة وعلى عدم ثبوته على الطبيعى من حيث هو على ما هو احوال المسألة .

والوجه فى ذلك هو ان أحد الشركاء لو اعمل خياره بان يفسخ العقد أو ألزم العقد بأن أسقط خياره لا يضرّ بخيار الشريك الآخر بوجه مع أن المصنف فرض أن الفسخ يوجب انهدام العقد من طرف الشريك الآخر ويؤثر تأثيره بخلاف الاقرار فانه من احد الشركاء لا يوجب اقرار العقد من الشريك الآخر فيعلم من ذلك أن المراد من الخيار المشترك فى كلام المصنف هو الخيار الثابت لكل من البائع والمشتري حين الثبوت كخيار المجلس مثلاً كما هو الحق فان الظاهر من قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلك وان لكل منهما خيار و اذا أراد أحدهما أن يفسخ العقد فيفسخ من الطرف الآخر أيضاً لخصوصية فى الفسخ و هى أنه لا يعقل انفساخ العقد من طرف واحد وهذا بخلاف الاقرار فانه يعقل الزام العقد من طرف واحد كما عرفت هذه هى المقدمة الاولى المقدمة الثانية وقع الكلام فى تاسير الأصل فى المقام ليرجع اليه عند الشك ، فى الجواز او الزوم وقد وقع الكلام فى أن الاصل فى العقود هو اللزوم الا ما خرج بالدليل أو الأصل فيها هو الجواز الا ما خرج بالدليل فاذا علم من الخارج أن العقد الفلانى لازم أو جائز فلا كلام لنا فيه فان كل واحد منهما يترتب عليه حكمه وانما الكلام فى الموارد المشكوكة بالشبهة الحكمية كما اذا شككنا فى ان العقد الفلانى (كالسبق والرماية جائز او لازم أو بالشبهة الموضوعية كما اذا وقع عقد فى الخارج و شككنا فى كونه من القسم الجائز او من القسم اللازم فان فى جميع ذلك يرجع الى ما أسس من الاصل .

فنقول ذكر غير واحد تبعاً للعلامة فى كتبه الاصل فى البيع اللزوم وقد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الاصل فذكر المصنف وجوهاً

أربعة فى بيان ذلك .

الاول أخذه بمعنى الغلبة فان أغلب افراد العقد هو اللزوم
والجائز منه قليل فاذا شككنا فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحق
الشئ بالأعم الأغلب .

وفيه أنه مخدوش صغره وكبرى والمصنف لم يتعرض لفساد
الكبرى لوضوحه أما الوجه فى فساد الكبرى فلان قاعدة الحاق المشكوك
بالاعم الأغلب أدون من الاستقراء الناقص فحيث أن الاستقراء الناقص
ليس بحجة فالقاعدة المذكورة أولى بان لا تكون حجة بيان ذلك أن
الاستقراء الناقص عبارة عن تتبع أفراد الطبيعة بقدر الطاقة والتمكن
بحيث يحصل الظن من ذلك أن بقية الافراد ايضاً على هذا النسق
ثم يتشكل من ذلك القياس فيوصل بالنتيجة ويقال أن ما صادفنا من افراد
هذه الطبيعة كالحيوان مثلاً يتحرك فكه الأسفل عند المضغ و كل
حيوان كك فالحيوانات المشكوكه أيضاً كك ظناً وهذا القياس بما أنه
يفيد الظن فقط لا يكون حجة فان الظن لا يغنى عن الحق شيئاً .

والقاعدة المذكورة ادون من ذلك فان جميع ما صودف به من
افراد الطبيعة ليس على نسق واحد لان الفرض أنها على قسمين
غاية الامر أن قسم منهما أقل من القسم الآخر فلا يمكن هنا تشكيل
القياس بان كل افراد الطبيعة كك حتى وهماً فضلاً عن الظن به
للعلم بان قسم منها على غير النسق الذى عليه القسم الاخر ، كما لا
يخفى .

وبالجملة أن كبرى هذه القاعدة باطلة لعدم الدليل على
صدقها وأما الوجه فى بطلان الصغرى ما ذكره المصنف ان اريد غلبة

الافراد فغالبيتها ينعقد جائزاً لاجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط وان اراد غلبة الازمان فهى لاتنفع فى الافراد المشكوكه وذلك فان مدة اللزوم وان كانت طويلة وزائدة ولكن لا يوجب الحاق المشكوك اليه الذى لاندري أنه تحقق لازماً أو جائزاً فان الاغلبية من حيث الأزمان لا يرتبط بالاغلب من حيث الافراد .

وبعبارة اخرى أن بناءً على تسليم الكبرى أن الظن انما يلحق الشئ بالاعم الاغلب من صنف نفس هذه الطبيعة لامن ااعم الاغلب من طبيعة أخرى مثلاً أن الغلبة فى سادات الكاظمية هى الطوال فلو شككنا فى فرد منهم أنه طويل أو قصير فالظن يلحقه بالاغلب من هذه الطائفة لا بالاغلب من جميع البشر وكك أن الاغلب فى المسلم أو فى اهل العلم التقى واذا شك فى فرد منهم فالظن يلحقه بالاغلب من المسلمين أو من اهل العلم لا بالاغلب من جماهير العالم ولو من غير المسلمين وفى المقام اذا شك فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحقه بالاعم الاغلب من صنفه وهو غلبة الاخرى بحيث يتصف حين الوجود بوصف من اللزوم أو الجواز لا بالاغلب من صنف آخر اعنى غلبة الازمان ومن الواضح أن الغلبة فى الافراد هو الجواز فان اغلب افراد العقد يوجد جائزاً لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط الا ان يشترط اللزوم فى ضمن العقد ومن هنا ظهر أن ما ذكره غير واحد من الاعلام من عدم الفرق فى الحاق المشكوك بالاعم الاغلى بين غلبة الافراد و غلبة الزمان لا يرجع الى محصل وانما هو ناشئ من عدم الوصول الى مراد المصنف .

وأما الأصل بمعنى القاعدة فسيأتى التكم فى من أوفوا بالعقود

واحل الله البيع وتجارة عن تراض وكك سيأتى التكلم فى الاصل
بمعنى الاستصحاب وان تكلمنا فيهما فى المعاطات ولكن اذا تمّ
الاستصحاب وقلنا بجريانه فى الشبهات الحكمية والاحكام الكلية يجرى
فى موارد الشبهات الحكمية والموضوعية واما العمومات فلا تجرى فى
الشبهات الموضوعية كما اذا شك فى أن هذا العقد وجد لازماً او -
جائزاً لكونه تمسكاً بالعمومات فى الشبهات المصادقية كما لا يخفى .

وأما الاصل بالمعنى اللغوى بان يكون وضع البيع وبنائه عرفاً
وشرعاً على اللزوم فهو الظاهر من كلام العلامة (ره) حيث قال والفرض
تمكن كل من المتعاقدين الخ فان هذا وجه آخر غير الاستصحاب وانه
هو الوجه الرابع ظاهراً بل هذا هو الصحيح لقيام بناء العقلاء من
المتدينين وغيرهم على ذلك ، وعليه فالشرط الضمنى فى كل عقد
البيع موجود على بقاء المعاهدة على حالها ولا ينفسخ العقد بفسخ كل
منهما كيف شاء وفى اى وقت أراد وليس لأحد من المتبايعين أن
يرجع الى الآخر بعد مدة ويسترجع العوض منه بفسخ العقد والالما
استقرّ نظام المعاملات ولا اظنّ أحد ببقاء أمواله تحت يده وان مضى
على بيعه وشرائه سنين متمادية وقرون متوالية فان العقد الجائز
قابل الانهدام ولو بعد سنين وح لا يستقرّ تملك الملاك فى مستملكاتهم
المبتاعة من الغير واختلفت تجارة التجار ونظام الاكتساب كما هو واضح
نعم هذا يتم فى البيع فقط وأما فى غيره كعقد السبق والراية مثلاً
فلا يتم فيه ذلك مع الشك فى جوازه ولزومه اذ لم نحرز كونه بناءً
العقلاء فى غير البيع ونحوه كالنكاح مثلاً على اللزوم حتى يعتبر اللزام
بالشرط الضمنى كما لا يخفى .

ولذا ذكر المصنف أن الاصل بهذا المعنى انما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع لان الخيار حق خارجى يحتاج ثبوته الى الدليل أما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضى ذلك الاصل لزومه .

ثم ذكر المصنف (ره) ومن هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس فى أول ازمئة انعقاد البيع لا ينافى كونه فى حد ذاته مبيناً على اللزوم لان الخيار حق خارجى قابل للانفكاك نعم لو كان فى أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه لاحقاً مجعولاً قابلاً للسقوط كان منافياً لبنائه على اللزوم .

وفيه أنه بعد ما تم بناء العقلاء على عدم جواز رجوع كل من المتبايعين على الآخر وصار بنائهم على صيرورة كل منهما اجنبياً عن ما له بعد تمامية العقد فكما لا ينافى ذلك ثبوت خيار المجلس أو الحيوان فى أول البيع لكونه تخصيصاً للقاعدة الثانية ببناء العقلاء فكك لا ينافيه ثبوت الجواز الحكى لعقد الهبة فإنه أيضاً يكون تخصيصاً للقاعدة ولا يفرق فى ذلك بين كون الجواز من الحقوق أو من الاحكام وانما يظهر الفرق بينهما من حيث امكان الاسقاط وعدمه فان الجواز فى الهبة لا ينفك عنها ولو اسقطه الواهب ألف مرة فإنه بعد ذلك أيضاً بالخيار وهذا بخلاف الجواز الحقيقى فانه يسقط بالاسقاط كما عرفت فى أول البيع وأما الاصل بمعنى الاستصحاب فهو انما يتم اذا شك فى لزوم عقد وجوازه بعد احراز أنه تحقق لازماً وثبت اللزوم له ولو فى ان قبل الشك فإنه حينئذ لا بأس بالتمسك بالاستصحاب لاثبات اللزوم و أما اذا كان العقد حين التحقق جائزاً ولم يطرأ عليه اللزوم بعده

ثم شككنا فى جوازه ولزومه فحينئذ نستصحب الجواز فيثبت عكس المقصود .

على أن الاستصحاب انما يتم فى الشبهات الموضوعية و أما الشبهات الحكمية فقد حققنا فى محله أنه لا يجرى فيها الاستصحاب لكونه مبتلا بالمعارضة دائماً ، وعليه فاذا شككنا فى أن عقد السبق و الرأية جائز أو لازم فلا يمكن احراز اللزوم فيه بالاستصحاب كما هو واضح قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد والتذكرة اقول : اختلف الكلمات فى بيان مراد العلامة (ره) حيث قال انه لا يخرج من هذا الاصل الا بامرين ثبوت خيار او ظهور عيب مع ان العيب من اسباب الخيار فعن جامع المقاصد أنه من قبيل عطف الخاص على العام وهو كثير فى كلمات الفصحاء وفى الكتاب العزيز (وفيها فاكهة ونخل و رمان مع ان الفاكهة شاملة لما ذكر بعدها .

وفيه أنه انما يتم اذا ذكر فى المعطوف عليه اسباب الخيار فان العيب منها دون نفس الخيار وهما متباينان لا أن المعطوف عليه أخص من المعطوف .

ووجهه المصنف بتوجيه آخر وحاصله : أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار ، لان الخيار انما يتعلق بتمام العقد بحيث اذا اختار ذو الخيار الفسخ فينعدم العقد من أصله فيصير كأن لم يكن ، وأما اذا ظهر نقص فى أحد العوضين فان نفس ظهوره موجب لثبوت الارش و ثبوت الخيار لمالك العوض الناقص فى استرداد جزء من الثمن أو المثلن فالعقد بالنسبة الى الجزء الناقص متزلزل قابل لابقائه فى ملك المالك الأول و ابقائه فيه فهذا خيار متعلق

بالمجموع من حيث المجموع لا بالجميع .

وفيه أولاً ما ذكره المصنف (ره) من أنه مبنى على كون الأرض جزءاً حقيقياً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة اليه عند استرداده وقد صرح العلامة فى كتبه بأنه لا يعتبر فى الأرض كونه جزءاً من الثمن بل له ابداله لان الارش غرامة وح فثبوت الارش لا يوجب تنزلاً فى العقد .

وثانياً ما ذكره السيد (ره) فى حاشيته من أنه لا يعقل الفسخ بالنسبة الى الجزء الا برد ما يقابله من العوض اذ مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع كون بعض المبيع فى مقابلة هذا الجزء من الثمن فاذا رجع الى المشتري يرجع ما يقابله الى البايع فلا بد من التزام أن هذا الفسخ و الاسترداد ابطال و ازالة للعقد بتمامه وجعله واقعاً على مجموع المبيع وما بقى من الثمن وعلى هذا فالتزلزل انما هو بالنسبة الى الكل لا خصوص جزء الثمن .

ووجهه شيخنا الاستاد بوجه ثالث وحاصله أن ما ثبت ببناء العقلاء أو غيره من اللزوم انما ينحل الى أمرين الاول انه ثبت بناء العقلاء مثلاً على لزوم العقد بحيث ليس لكل واحد من المتعاملين أن يرجع الى الآخر بعد العقد بان يفسخ المعاملة ويرجع الى ماله .

الثانى أنه ثبت بناء العقلاء على عدم جواز مطالبة كل من المتعاملين من الآخر زائداً عن حقه الذى جرى عليه العقد و لكن يخرج من الاصل الاول بالخيار و من الاصل الثانى بظهور العيب فانه يوجب مطالبة الارش فقول العلامة انما يخرج من هذا الاصل بالخيار ناظر الى الاصل الاول وقوله أو بظهور العيب ناظر الى الاصل الثانى وهذا الذى ذكره شيخنا الاستاد توجيه وجية لا باس به .

قوله فمنها قوله تعالى أوفوا بالعقود أقول قد استدل المصنف على اللزوم بوجوه منها قوله تعالى أوفوا بالعقود فذكر أن الآية دلت على وجوب الوفاء بكل عقد وادعى أن المراد بالعقد مطلق العهد كما فسّره في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير علي بن ابراهيم أو المراد منه ما يسمّى عقداً لغة والمراد بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه والجرى العمل على طبقه نظير الوفاء بالنذر فإذا باع أحد ماله من شخص فبمقتضى الآية وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار الملكية عليه وعدم جواز التصرف فيه ويحرم العمل بجميع ما يكون نقضاً للعقد ومنها التصرفات بعد الفسخ فحرمة التصرف لازم مساو للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ أحد المتعاملين فيستدل بالحكم التكليفي أعنى حرمة التصرف في المبيع على الحكم الوضعي أعنى عدم نفوذ الفسخ وتأثره في العقد فيكون العقد باقياً بعد الفسخ أيضاً في كل زمان ولا ينعدم بأي زمانى وقد تحقق في الأصول أن الحكم الوضعي منتزع من الحكم التكليفي على مذهبه .

وأشكل عليه بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد وبعد الفسخ نشك في بقاءه فلا يتم إلا بالاستصحاب إلى أن قال نعم لو كان الموضوع صدور العقد ولو لم يكن باقياً كان كما ذكر لكنه مقطوع العدم إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعاً .

وفيه أن موضوع وجوب الوفاء إلى الأبد إنما هو العقد حدوثاً فإنه بمجرد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء إلى الأبد فيكون العقد حدوثاً موضوعاً لوجوب الوفاء المستمر بقاءً فلا يكون مشكوكاً في نفسه لكونه مقطوعاً في ظرفه فيتمسك بالاطلاق بعد الفسخ أيضاً فإن مقتضى ما ذكره المصنف

من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا يؤثر الفسخ فى شئ ولا يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبة الى الاستصحاب من جهة الشك فى بقاء الموضوع وعدمه .

نعم الملكية تكون مشكوة بعد الفسخ ولكنها أجنبية عما ذكرناه و دعوا أن العقد بعد الفسخ يكون مشكوكا فى نفسه فلا يكون العقد محرراً حتى نتمسك بالاطلاق واضح الدفع بما ذكرناه ويدفع ما ذكرناه بملاحظة الوقف ونحوه من كون العقد حدوثاً موضوعاً لوجوب الوفاء بقاء وعلى الاجمال أن العقد حدوثاً يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بقاءً و هو ليس بمشكوك اصلاً حتى لا يفيد التمسك بالاطلاق ويلتجأ الى الاستصحاب بل هو مقطوع بعد الفسخ وقبله نعم بعد تحقق الفسخ تكون الملكية مشكوة ولكنها لا ترتبط لما نحن فيه وعلى هذا فكلما نشك فى ارتفاع ذلك اى وجوب الجرى على طبق العقد السابق فيتمسك بالاطلاق فكلام المصنف سليم عن هذا الاشكال .

نعم يرد على ما ذكره المصنف وجهان : الاول أن حرمة التصرف انما هى من الاحكام الشرعية المترتبة على الملكية فلا ربط لها بالعقد الذى هو عبارة عن الالتزام النفسانى فلا دلالة فى الآية بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد .

وتوضيح ذلك أن الالتزام على شئ قد يكون متعلقاً بالامور الخارجية كالنذرو العهد بأن يتعهد بالالتزام النذرى أو العهدى على فعل شئ فى الخارج أو على تركه فيه وقد يكون متعلقاً بامر اعتبارى نفسانى أما الاول فيكون نقضه بالفعل الخارجى لكونه التزاماً خارجياً بأن يترك ما التزم بفعله أو يفعل ما التزم بتركه وعلى هذا

فيكون التصرف الخارجى نقضاً للالتزام والعقد فتدل حرمة التصرف على حرمة الفسخ كما ذكره المصنف .

وأما الثانى فرفعه بنقضه فى عالم الاعتبار و رفع المعاقدة النفسانية فلاربط له بالتصرف الخارجى حتى لو التزم بشى وتعاهد عليه فى عالم الاعتبار وأوجد المعاقدة الاعتبارية فى ذهنه ومع ذلك التزم وبناء على التصرف الخارجى وعدم ترتب الحكم عليه فلا يكون ذلك مخالفاً بالتزامه العقدى اصلاً ، مثلاً لو باع داره من زيد وبنى أن يأخذها منه بعد الاقباض أو تزوج امرأة وبنى أن لا يعطى لها نفقتها فان بناءه هذا لا يضر بالالتزام العقدى بوجه وعليه فالآية الشريفة ناظرة الى الوفاء بالمعاقدة الاعتبارية التى نقضها برفع تلك الاعتبار النفسانى لا بالتصرف الخارجى فلاتدل الآية على حرمة التصرف اصلاً حتى لو لم يكن دليل على حرمة التصرف فى مال غيره لم يظهر ذلك من الآية ولجاز أن يبيع أحد أمواله ثم يتصرف فيها تصرفاً خارجياً وهذا واضح جداً .

وثانيا لو سلمنا كون التصرف نقضاً للعقد فلما ذا يحرم التصرف بعد ذلك التصرف الاولى فان لازمة جواز التصرف الثانى والوجه فيه هو الموجود فى مقام البيع والنكاح والاجارة وغيرها من العقود هو الامر الوجدانى المستمر فاذا انقطع ذلك فى آن فيرتفع العقد بارتفاع الاستمرار وبعده لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء اصلاً .

نعم لو كان هنا أمور متعددة والتزامات وعقود متكثرة حسب تعدد الانات والساعات والايام كان هنا أيضا وجوب متعدد منحل الى الازمنة المتعددة فلا يكون عدم الوفاء بواحد موجبا لرفع الحكم

عن الآخر ولكنه بديهى البطلان فان ما نحن فيه نظير النذر أو العهد أو اليمين على القعود فى مكان من أول الصبح الى المغرب فاذا تخلف أنا واحداً ولم يجلس فيه فيرتفع وجوب النذر ولا يجب بعده - الجلوس فى ذلك المكان ويترتب عليه حكم مخالفة النذر و العهد و اليمين .

ذ ليس المقام من قبيل النذر على ايجاد أمور عديدة بحيث لا يستلزم الخلف فى واحد الخلف فى الآخر كأن ينذر أن يزور الحسين عليه السلام فى كل ليلة الجمعة ولكن تخلف ولم يزر ليلة واحدة فانه لا يوجب الحنث فى الليالى الأخر أيضاً بل النذر فى مثل هذا ينحل الى نذور متعددة ويترتب على كل واحد منها حكمه .

والتحقيق هو ما ذكرناه فى بحث المعاطاة من أن الوفاء عبارة عن انتها الشئ و اتمامه ومنه الدرهم الوافى أى التمام فالمراد من الامر بالوفاء عبارة عن الامر بالتمام العقد الذى عبارة عن المعاقدة والمعاهدة فتدل الآية على وجوب اتمام العقد وعدم جواز فسخه ولكن حيث أنه ليس الفسخ من المحرمات قطعاً فان رفع الالتزام النفسانى والاعتبار النفسى وعدم الوقوف على الالتزام الاولى ليس من المحرمات قطعاً الا بعنوان التشريع والنسبة الى الشارع فيكون الأمر للإرشاد الى عدم تأثير الفسخ فى رفع الالتزام نظير عدم صحة الصلوة عن الحائض وكون الأمر بتركها ارشاداً الى ذلك فتدل الآية بالمطابقة على اللزوم .

وبعبارة اخرى الظهور الأولى للامر هو الوجوب المولوى كما حقق فى محله ولكن نرفع اليد عنه بالقرائن الخارجية ويحمل على

الارشاد وفي المقام أن الامر بالوفاء على العقد وأن كان ظاهراً في المولوية في نفسه ولكن بما أن الفسخ المتعلق به ليس من المحرمات بحيث يحرم لاحد المتعاملين ان يفسخ التزامه وينقضه ولا ينهاه الى الآخر فيكشف من ذلك عدم كونه ظاهراً في الوجوب المولوى و يحمل على الارشاد فتكون الآية ابتداءً دالة على اللزوم بالمطابقة وان العقد لا ينقض وينفسخ بالنقض والفسخ فلانحتاج في استفادة اللزوم الى الالتجاء بكون الحكم الوضعى منتزعاً من الحكم التكليفي كما صنعه المصنف على أنه لا يمكن المساعدة عليه في نفسه كما حققناه في علم الاصول وقلنا أن الاحكام الوضعية بنفسها مجعولة للشارع .

وقد اشكل على الاستدلال بآية أوفوا بالعقود على اللزوم بناءً على ما ذكرناه من دلالتها على اللزوم بالمطابقة بان مبنى الاستدلال بهذه الآية على اللزوم هو أن الامر في الآية انما هو ارشاد الى اللزوم لان رفع العقد وفسخه وهدم كل من المتبايعين التزامه بدون رضا الآخر ليس حراماً في الشريعة غاية الامر أنه لا يؤثر في رفع العقد ولا يوجب نقضه ورفع الامع رضا الآخر ليكون اقاله فيكون الأمر بهذه القرينة ارشاداً الى أن العقد لا ينحل ولا ينفسخ بالفسخ ولا ينقض بالنقض فتدل الآية بالمطابقة على اللزوم .

واشكل عليه بأن الأمر في المقام يدور بين رفع اليد عن ظهور الأمر في المولوية وحمله على الارشاد كما ذكرتم وبين رفع اليد عن ظهور أوفوا بالعقود في جميع العقود حتى الالتزامات الخارجية من النذر والعهد وغيرهما والالتزامات النفسية كالعقود من البيع ونحوه فتخصيصها بالالتزامية الخارجية فقط حتى لا يقال أن الفسخ ليس

من المحرمات بل تختص الحكم بالوفاء فى الآيه بالنذر والعهد ونحو
هما من الالتزامات الخارجية فللمرجح لرفع اليد عن ظهور الأمر فى
المولوية وحمله على الارشاد دون الثانى فتكون الآيه مجملة فلا يمكن
الاستدلال بها على اللزوم . وفيه أن هذا الدوران ممنوع جدا فان معنى
رفع اليد عن ظهور الامر وحمله على الارشاد ليس هو ذلك بل معناه
انا نرفع اليد عن ظهور الامر فى الوجوب التكليفى ونحمله على الارشاد
وهذا لا ينافى المولوية فالامر على كل حال باق على مولويته سواء حملناه
على الارشاد به ام لا ولكن بمقتضى القرينة المتقدمة نحمله على -
الارشادى المولى والوجه فى ذلك هو أن هذا المعنى الارشادى
غيرما ذكره من حمل الامر على الارشاد مقابل المولى فانه ارشاد
الى حكم العقل كما فى اطيعوا الله واطيعوا الرسول فانه فى موارد
حكم العقل لاجال للمولوية فلا بدّ من حمل الأوامر الواردة فى تلك
المقامات على الارشادية وكونها ارشاداً الى حكم العقل فقط وهذا
بخلاف حمل الامر على الارشاد مقابل الوجوب والتكليف فانه مع كون
الأمر ارشادياً فهو باق على مولويته أيضاً فان امضاء العقد وجعله
لزماً بحيث لم يفسخ بالفسخ هذا ايضا حكم مولى وثابت بجعل
الشارع كما أن الامر بالوضوء عقيب الاحداث الناقضة للوضوء ارشاد الى
بطلان الوضوء بها والاوامر والنواهي المتعلقة بأجزاء الصلوة ارشادة
الى المانعية أو الجزئية ومع ذلك كلها احكام مولوية فان اجزاء
الصلوة وموانعها كلها مجعولة للشارع فالامر بها مولى محض غاية
الامر ليس تكليفاً وعلى هذا فاذا حملنا الامر بالوفاء بالعقد على الارشاد
فلا يكون رفعاً لليد عن ظهور الأمر فى المولوية بل رفع اليد عن ظهوره

فى الوجوب .

وعلى هذا فتدل الآية على لزوم الوفاء بكل عقد حتى العقود والالتزامات الخارجية وليس دائراً بين رفع اليد عن ظهور الأمر فى المولية أو عن ظهور العقود فى الأعم من الالتزامات النفسية والالتزامات الخارجية بل أريد من الأمر المولية وهو عبارة عن اظهار ما فى النفس من اعتبار الفعل على ذمة المكلف سواء كان على سبيل التكليف او لاف هذا المعنى يختلف بحسب الموارد فى مورد يكون امضاءً محضاً فقط كما فى البيع ونحوه فإنه امضاء لما عقده المتعاملان بعنوان المولية وفى العهد والنذر على نحو التكليف وعلى هذا فمعنى أوفوا بالعقود أى أوفوا بجميع عهودكم وعقودكم والتزاماتكم النفسية والخارجية فيشمل ذلك عهد الله على العباد الذى عهد عليهم فى عالم الذر بقوله جل وعلى ألم اعهد اليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان أنه لكم عدو مبين .

وأيضاً يشمل عهد العباد على الله تعالى كالنذر والعهد و اليمين ويشمل عهد العباد بعضهم بعضاً كما فى موارد العقود . وعلى الاجفال فالآية وافية الدلالة على اللزوم دلالة مطابقة كما عرفت .

قوله ومن ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى احل الله البيع على اللزوم .

اقول حاصل كلامه أن المراد من حلية البيع هو حلية جميع التصرفات التى تترتب على البيع ويجوز لكل من المتبايعين أن يتصرف فيما انتقل اليه جوازاً تكليفياً مطلقاً فهو يشمل ما بعد الفسخ أيضاً

فيذل على عدم تأثير الفسخ فى العقد وكونه لغوآ والا لكان التصرف بعد الفسخ تصرفآ محرماً لكونه فى مال الغير فهذا المعنى يستلزم للزوم فتدل الآيه على أن الأصل فى العقود هو للزوم بالالتزام و قد حقق فى محلّه أن الدلالات الالتزامية حجّة فى باب الالفاظ ومنه يظهر وجه الاستدلال على للزوم باطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض فانه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ فتدل هذه الآيه أيضاً على أصالة للزوم بالالتزام فان لازم جواز التصرف حتى بعد فسخ أحد المتعاملين هو لزوم العقد وعدم انحلاله بالفسخ والا لكان التصرف بعد الفسخ حرامآ كما لا يخفى .

وقد اشكل المصنف (ره) على الاستدلال بالآيتين على اصالة للزوم وأوضحه شيخنا الاستاذ وحاصله أن التمسك بالاطلاق انما يفيد اذا كان الشك فى قيود الموضوع وحالته وانحائه مثلاً اذا قال المولى جئنى بالماء فتمسك باطلاق كلامه بالنسبة الى حالات الماء ونحكم بجواز اتيان أى ماء بحيث صدق عليه الماء كما يمكن أن يكون الحكم بالنسبة الى حالات الموضوع مقيدآ أيضاً فالمقصود أن الاطلاق والتقييد فى الحكم انما هو بالنسبة الى حالات الموضوع فقط .

وأما بالنسبة الى حالات الحكم أو رافعه فلا يمكن أن يكون الحكم مطلقآ أو مقيدآ كما أن الاحكام الثابتة على الاشياء بعناوينها الأولية لا اطلاق لها بالنسبة الى العناوين الثانوية .

والسرفى ذلك أن المحكوم عليه ليس ناظرآ الى نفسه فضلاً عن أن يكون مطلقآ بالنسبة الى حاكمه .

وفى المقام اذا كان الفسخ مؤثراً فانما هو يؤثر فى رفع نفس الحلية وعليه فلا اطلاق فى الحلية الى رافعها فان الحكم ليس له اطلاق الى حالات نفسه فضلاً عن أن يكون له اطلاق الى رافعه وح فلا يمكن التمسك بالآيتين لاثبات أصالة اللزوم وعدم تأثير الفسخ فى رفعه نعم لا بأس بجريان الاستصحاب فى صورة الشك ثم وجه شيخنا الاستاذ جهة تخصيص المصنف هذا الاشكال بالآيتين وعدم جريانه فى الآيه السابقة عليهما أى آيه أوفوا .

وحاصله أن موضوع وجوب الوفاء كما ذكرناه هو المعنى المصدري من العقد الذى يعبر عنه فى لغة الفرس بلفظ (گره زدن) دون الاسم المصدري أعنى العقدة الحاصلة من المعنى المصدري الذى يعبر عنه فى لغة الفارس بلفظ (گره) فاذا تحقق الفسخ فلا يكون مانعاً عن التمسك بالاطلاق فنتمسك باطلاق أوفوا ونحكم بعدم تأثيره فى رفع العقد فانه لا يكون ما هو موضوع وجوب الوفاء أعنى العقد بمعنى المصدري مشكوكاً بالفسخ كما تقدم وانما يكون المشكوك هو العقدة أى العقد بمعنى الاسم المصدري فيجوز التمسك بالاطلاق كما لا يخفى .

اقول الظاهر أنه لا يتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم وعلى تقدير تماميته لا يرد عليه الاشكال المذكور وعلى تقدير وروده فلا فارق بين الآيتين وبين آيه أوفوا بالعقود .

قلنا فى المقام ثلاث دعاوى الدعوى الاولى أنه لا يتم الاستدلال بالآيتين على أصالة اللزوم والوجه فى ذلك هو أن المراد من الحلية اما الحلية الوضعية أو الحلية التكليفية أو الأعم منهما وعلى كل حال لا دلالة فى الآيه على أصالة اللزوم بوجه .

أما اذا كان المراد من الحلية هى الوضعية فلان معنى ذلك ليس الا نفوذ البيع فى مقابل استناد الحرمة وعدم النفوذ الى الربا فلا تعرض فيها لارتفاعه أو عدم ارتفاعه بالفسخ أصلاً كما أن قوله تعالى وحرّم الربا لا يدل على أزيد من حرمة المعاملة الربوية فبقريته المقابلة تكون الحلية واردة على اصل البيع من حيث الحدوث أى أن البيع جائز و نافذ فى الشريعة المقدسة وليس مثل الربا كما زعمه اهل الجاهلية فلا دلالة فيها الى حلية التصرفات المترتبة على البيع .

وعلى الاجمال ليست الآية متعوضة لبقاء البيع وعدم بقاءه بعد التحقق وأن الفسخ يؤثر فيه أم لا وانما هى ناظرة الى أصل ثبوت البيع ونفوذه فى الشريعة المقدسة .

وأما اذا كان المراد من الحلية هى الحلية التكليفية فلان الآية أيضاً ناظرة الى استناد الجواز والاباحة الى البيع وكونه غير محرم فى الشريعة بقريته مقابلة بحرمة الربا فان غرضه تعالى استناد الحرمة فقط الى الربا وبيان كونه حراماً فى الشريعة كشرب الخمر بل بعاقب كاتبه وشاهده والبايع والمشتري فليست الآية ناظرة الى جواز التصرف أصلاً أى التصرفات المترتبة على البيع بل ناظرة الى حلية نفس البيع كما أن قوله تعالى وحرّم الربا ناظر الى حرمة نفسى فانه من المحرمات الشرعية حتى يقتل منكر حرمة وتبان زوجته وتقسم أمواله وليس البيع الربوى مثل بيع الخمرى أو بيع ما ليس عندك أو بيع ما لا يقدر على تسليمه وغير ذلك من البيوع الفاسدة فانها فاسدة فقط وليس بحرام تكليفاً الا بالتشريع فلو باع احد بالبيع الفاسد لا يكون فاسقاً بخلاف البيع الربوى ومقابل هذا اى البيع

الربوى الحرام تكليفاً هو البيع الحلال الذى رخص فيه الشارع تكليفاً وأما التصرفات المترتبة عليه فاجنبية عنه فلا دلالة فى آية حلية البيع على اللزوم .

ومن هنا ظهر الحال لو أريد من الحلية الحلية الوضعية و التكليفية معاً كما لا يبعد ان يكون هو المراد من الآية فان معنى الحلّ فى اللغة هو الاطلاق ويعبر عنه فى الفارسية بكلمة (گرده زدن وباز نمودن) وهو اعم من الحلية الوضعية و التكليفية لانه لم يكن استعمال الحلية تارة فى الوضعية وأخرى فى التكليفية مرسوماً فى اللغة وزمان النبى (ص) والائمة عليهم السلام وانما هو اصطلاح جديد فى السنة الفقهاء رضوان الله عليهم فلا يلزم من استعمال كلمة الحل فيهما استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحده .

وعلى الجملة فالحلية عبارة عن الاطلاق فهو يختلف بحسب المصداق لانه تارة تكون وضعية بمعنى نفوذ المعاملة وأخرى تكليفية بمعنى الجواز وعدم المنع عنه شرعاً .

وعلى كل حال فالآية ناظرة الى ثبوتها للبيع وكونه حلالاً فى الشريعة المقدسة وضعاً وتكليفاً وأما انه لا يرفع بالفسخ أو يرفع به فالآية اجنبية عن ذلك بالمرّة فتحصل أن الآية لا تعرض فيها عن حلية التصرفات المترتبة على البيع فضلاً عن استفادة اللزوم من ذلك بالالتزام .

ومن هنا ظهر الحال فى قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض بل الأمر فيه أوضح فان المراد من قوله تعالى فى المشتئني منه لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ليس هو الأكل بمعنى الازدراء لانه

انما أضيف الى الاموال ومن الواضح أن المأكولات بالنسبة الى غيرها كقطرة من البحر فبمناسبة الحكم والموضوع فلا بدّ وأن يراد منه التملك بأخذ الاكل كناية عنه كما هو المستعمل فى ذلك كثيراً حتى فى العرف الخاضر وقد استعمل الأكل بمعنى التملك فى الكتاب الكريم فى غير هذا المورد أيضاً كقوله تعالى وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموال الناس بالاثم .

وعلى هذا فمعنى الآية أن تملك أموال الناس بأى سبب من الاسباب حرام وغير جائز شرعاً الا ان يكون التملك بسبب و هو التجارة عن تراض فانه جائز وحلال فى الآية ناطرة الى أصل جواز التملك وأما التصرفات المترتبة على التملك فخارجة عن حدود الآية بالكلية فضلاً عن دلالتها على أصالة اللزوم .

والحاصل أنه استدل المصنف بأية حلّ البيع على لزوم العقد بدعى أنها تدل بالمطابقة على حلية مطلق التصرفات حتى التصرفات الواقعة بعد الفسخ ومن الواضح أنه لو كان الفسخ مؤثراً فى حلّ العقد واعدامه لكانت التصرفات الواقعة بعد الفسخ محرمة فتدل الآية بالملازمة على لزوم البيع وعدم انفساخه بالفسخ وبهذا يظهر دلالة آية النجارة عن تراض اعنى قطعة المستثنى فانها تدل بالمطابقة على حلية الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً .

وبعبارة اخرى أنها ظاهرة فى أن التجارة عن تراض سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ من أحدهما من دون رضى الآخر . ثم اشكل على الايتين بان الفسخ رافع للحلية فلا يكون الحكم شاملاً باطلاقه لرفع نفسه وأوضحه شيخنا الاستاذ بأن

الحكم انما له اطلاق بالنسبة الى حالات الموضوع وقيوداته واما حالات نفس الحكم فضلاً عن رافعه فلا اطلاق له بالنسبة اليها فانه لا يعقل أن يؤخذ الحكم مطلقاً بالنسبة الى حالة نفسه وروافعه ثم فرق بين هاتين الآيتين وبين آية أوفوا بدعوى أن موضوع الوفاء في آية أوفوا هو العقد بمعنى المصدرى فهو قطعى الوقوع فلا يكون مشكوكا بالفسخ وانما المشكوك بعد تحقق الفسخ هو العقد بمعنى الاسم المصدرى فتدل الآية على حلية التصرفات المترتبة على العقد بمعنى المصدرى مطلقاً حتى بعد الفسخ كما هو مبنى استدلال المصنف فشك في رافعية الفسخ العقدة لئلا يجوز التصرفات بعد الفسخ فنتمسك باطلاق الآية ونحكم بعدم تأثير الفسخ بوجه فليس الفسخ رافعاً لنفس الحلية حتى لا يمكن التمسك باطلاق فتدل الآية على اللزوم بالالتزام كما هو واضح وهذا بخلاف الآيتين كما عرفت الحال فيهما .

ولكن قلنا أنه لا يمكن التمسك بالآيتين على اثبات اللزوم في العقود وعلى تقدير تمامية الاستدلال بهما على اللزوم فلا يرد عليه ما أورده المصنف ولو تم الاشكال فهو مشترك للآيتين وآية أوفوا بالعقود كما ذكره السيد ولكن ببيان آخر ولنا في المقام ثلث دعاوى الاولى في عدم صحة الاستدلال بالآيتين على اصالة اللزوم فنقول ان المراد من الحلية اما وضعية أو تكليفية أو الأعم منهما وعلى كل حال لادلالة في الآيتين على المقصود أما اذا كان المراد منها الحلية الوضعية فلان معناه نفوذ البيع وصحته في الشريعة الاسلامية وقد تدل آية حل البيع على كونها مستندة الى البيع فلا دلالة فيها على ازيد من استناد الحلية الوضعية الى البيع وتدل على ذلك مقابله

باستناد الحرمة الى الربا فان معنى حرمة الربا بناءً على اخذ الحرمة أيضاً وضعية بقرينة المقابلة هو عدم نفوذ الربا وأنه فاسد فى الشريعة من غير تعرض الى حرمة التصرفات وعلى الاجمال فالآية ناظرة الى استناد الحلية الى البيع واستناد الحرمة الى الربا فقط فلا دلالة فيها على حلية التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد الفسخ ليستفاد منه للزوم فان مقابلة حلية البيع مع حرمة الربا تقتضى استنادهما اليها فقط فان الغرض من قوله تعالى وحرم الربا هو ذلك فيكون هذا قرينة لان يراد من حلية البيع أيضاً هذا المعنى .

وأما اذا كان المراد من الحلية هى التكليفية فالآية ناظره ايضا الى استناد الحلية التكليفية فقط الى البيع بقرينة مقابلته مع حرمة الربا فانها ناظرة الى استناد الحرمة التكليفية فقط الى الربا وأما جواز التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد التصرف فلا يستفاد من الآية لخروجها عن مفادها بالكلية فيكون الغرض اثبات اباحة البيع فى الشريعة المقدسة حتى البيع الفاسد لعدم كونه حراماً كما ان حرمة الربا ناظرة الى اثبات حرمة فى الشريعة وهكذا الكلام اذا كان المراد من الحلية أعم من الوضعية والتكليفية كما هو الظاهر بحسب لحاظ المعنى اللغوى كما عرفت .

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال باية التجارة عن تراض أيضاً فانها جملة استثنيت عن حرمة أكل المال بالباطل ومن الواضح أن المراد من حرمة الاكل بالباطل انما هو حرمة التملك كما هو المستعمل بهذا المعنى فى القرآن وفى محاوراة اليوم فيقال ان فلانا أكل دار فلان مثلاً .

فتكون الآية ناظرة الى عدم جواز تملك مال الغير بغير التجارة عن تراض أو عدم نفوذه وأما حرمة التصرفات أو جوازها المترتبة على الاكل بالباطل أو التجارة عن تراض فخارجة عن الآية .

وبعبارة اخرى أن الآيتين ناظرتان الى حكم البيع والتملك من حيث الوضع أو التكليف حدوثاً فقط لابقاء حتى يتمسك بالاطلاق حتى لو لم يكن عندنا ما دل على حرمة التصرف في مال الغير لقلنا بحرمة التملك بهذه الآية وبجواز التصرف بالاصل وكان لاحد أن يبيع ماله ثم لا يسلمه بل يتصرف فيه كيف يشاء فان الآية لاتدل على ذلك كما ذكره السيد (ره) أيضاً فراجع .

وأما الاشكال الذي ذكره المصنف وقربه وأوضحه شيخنا الاستاذ فلايرد عليها بوجه وذلك فلانه وان لم يكن للحكم اطلاق بالنسبة الى حالات نفسه ورافعه فانه حكم مسلم وقاعدة مبرمة فان ملاحظة الاطلاق فرع ورود الحكم على الشيء فلايعقل أن يلحظ الاطلاق أو التقييد الا بالنسبة الى موضوع الحكم أو متعلقه كما هو واضح .

ولكن المقام ليس كك فان رافع الحلية ليس من حالات الحكم وتوضيح ذلك أنا ذكرنا في محله مراراً أن الاطلاق ليس الا ما يمكن للمتكلم أن يصرح به كما أن التقييد كك مثلاً اذا قال المولى اعتق رقبة فمعناه اعتق رقبة سواء كانت مؤمنة أم غير مؤمنة كما أن معنى اعتق رقبة مؤمنة معناه اعتق رقبة ان كانت مؤمنة فما للمولى أن يصرح به من الاطلاق والتقييد يطويه في كلامه على سبيل الاطلاق او التقييد ففي المقام له أن يأخذ الحلية مطلقة بالنسبة الى رافعها و يقول أحل الله البيع سواء فسخ أحد المتبايعين أم لا وله أن يصرح بالتقييد

ويقول أحل الله البيع ان لم يفسخ احدهما ولكن لم يصرح بالاطلاق وانما سكت عنه ولكن اكتفى منه بعدم التقييد بمقدمات الحكمة نستفيد الاطلاق ونحكم بحلية البيع والتصرفات المترتبة عليه حتى بعد الفسخ .

والسرفى ذلك أن للجاعل أن يأخذ حكمه مطلقاً أو مقيداً بالنسبة الى رفع شخص آخر لذلك الحكم فيقول امضيت البيع أن لم يرفعه فلان أو امضيته سواء رفعه فلان أم لا أو يقول اكرم العلماء ان رضى فلان أو يقول اكرمهم سواء رضى فلان أم لا فرفع شخص آخر الحكم ليس من قبيل حالات الحكم حتى لا يمكن تكفل الحكم باطلاقه شموله لما بعد تحقق الرفع كما هو واضح .

وعلى تقدير ورود الاشكال على الآيتين فلا تختص الاشكال بهما بل يجرى فى آية أوفوا بالعقود أيضاً فانه بناء على مسلك المصنف انها تدل على حلية التصرفات المترتبة على العقد على وجه الاطلاق حتى بعد التصرف ومن الواضح أن الفسخ رافع لها فكيف يؤخذ الحكم مطلقاً بالنسبة الى رافعه فالمقصود أن ميزان الاستدلال بالآيات الثلاثة واحدة عند المصنف فما ذكره من الاشكال أيضاً مشترك الوجود بالنسبة اليها .

وقد عرفت دلالة آية الوفاء على اللزوم بالمطابقة وعرفت ايضا عدم دلالة آية أحل الله البيع عليه وقلنا أن الآية ناظرة الى استناد الحلية الى البيع وانها مستندة اليه فى الشريعة سواء كانت وضعية أو تكليفية أو كليهما بقرينة قوله تعالى وحرم الربا فانه ناظر الى استناد الحرمة الى الربا وأما حلية التصرفات فضلاً عن كونها مطلقة

حتى بعد الفسخ فليست الآية متعوضة لها بوجه كما لا يخفى .
وكذلك قوله تعالى تجارة عن تراض فانه ناظر الى جواز التملك
بالتجارة عن تراض لكونه استثناءً عن حرمة أكل المال بالباطل وهو
التملك بالباطل فليس فيه أيضاً التعرض بحلية التصرف بوجه وان كان
التملك يترتب عليه جواز التصرفات ولكنه بدليل آخر وليس مستفاداً
من الآية كما لا يخفى فافهم .

نعم قد الاستدلال بالآيتين بوجه آخر وحاصله أن معنى الخيار
فى البيع ونحوه هو كون التملك مقيداً بجهة خاصة لا من حيث الأمد
والمدة بأن يكون الى زمان خاص بل من حيث خاص وهو أن ذى
الخيار مالك لارجاع العين بحلّ العقد وفسخه فاذا باع شيئاً مع
الخيار فمعناه أنه مالك لارجاعه الى ملكه ثانياً وهذا بخلاف ما لم
يكن له الخيار فإنه يملك ماله من المشتري على نحو الاطلاق وغير
مقيد بجهة خاصة وهذا القيد الذى نسميه خياراً لا يجعل الملك
مقيداً كما عرفت بأن يكون التملك الى وقت ولا أنه يقوم بالملكية
فأنه باق على حاله مع التلف أيضاً فلو كان قائماً بالملكية لما بقى
بعد تلف العين مع أنه غير باق كما قلنا فان لذى الخيار ايضاً اعمال
خياره بعد تلف العين ويترتب عليه حكمه بل متعلقه هو العقد
فقط ليس الا .

ولا ينافى هذا الخيار بالملكية الأبدية أصلاً فان شأنه شأن
رافع العقود والايقاعات فكما أن الطلاق رافع للنكاح والاقالة رافع
للعقد فكذلك الخيار فمالكية ذى الخيار على رفع العقد وارجاع المبيع
على ملكه ليس تناقضاً بوجه وليس معنى بعث مع الخيار أن الملكية

باقية بعد اعمال الخيار فلو كان معنى جعل الخيار والقدرة والمالكية على ارجاع المال الى الحالة الاولى هو أن الملكية باقية بعد اعمال الخيار أيضاً لكان هذا تناقضاً فتحصل ان مرجع جعل الخيار هو بقاء المالكية على ذى الخيار فيما انتقل عنه فى جهة خاصة وهى ارجاع العين الى ملكه ثانياً وثبوت القدرة له على رفع العقد وهدمه كما أن الطلاق أو الاقالة يرفع العقد .

وعلى هذا فقوله تعالى أحل الله البيع هو جعل البيع ثابتاً فى محله فإن معنى أحل هو اقرار الشئ فى محله أحله أى أمره فى محله وكونه ممضاً فى نظر الشارع وأن المتبايعين فى حل فى ذلك ومرخصون فى فعله وإيجاده وليس لهم منع عن ذلك وليس البيع ممنوعاً عنه فى نظره وخارجاً عن مقره فى نظر الشارع بل واقع فى محله ومقره فإن الشارع أحله وأقره فى مقره .

ولاشبهة أن هذا الكلام من الشارع المقدس امضاء لما انشأه المتبايعين ومن الواضح أن المنشأ فى البيوع المطلقة أى فيما باع المالك ماله مطلقاً ويبقى لنفسه جهة خاصة هو مطلق التمليك الغير المقيد بشئ خاص وهو بقاء المالكية لنفسه فى جهة خاصة فامضاء هذا يكون امضاءً مطلقاً فلو كان الامضاء مقيداً لحصل التناقض فقوله تعالى أحل الله البيع هو اقراره فى مقره ومحله والموضوع فى مقره هو هذا العقد المطلق بحيث ليس للمالك السابق فيه مالكية على جهة خاصة كما لا يخفى وهكذا تجارة عن تراض فتدل الآيتين على اللزوم بهذا البيان .

قوله ومنها قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل اقول

حاصل كلامه أن الآية دلّت على حرمة الأكل والتّمكّ بكل وجهه باطل عرفاً الا موارد ترخيص الشارع فإنّه ليس باطلاً عرفاً ومن الواضح جداً أن اخذ مال الغير وتملّكه بالفسخ من دون اذن صاحبه باطل عرفاً وفيه منع الكبرى فإنّه من أين علم أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي ومن أخبر بذلك بل الباطل هو مقابل الحقّ فما سوى الله باطل في مقابل الحقّ جلّ وعلا ومن هنا قيل أن أصدق شعراً صدر في الجاهليّة هو قول الشاعر (ألا كل شيء ما خلا الله باطل) والبيع حق ومقابله الرّبا باطل وهكذا فالمقصود أن الالفاظ موضوعة للمعاني الواقعية والمفاهيم العامّة فلا وجه لتخصيصه بجهة خاصّة بل ينطبق ذلك الكلّي على المصاديق وكذلك الباطل فإنّه موضوع لمقابل الحقّ وهذا يختلف باختلاف الموارد فلا وجه لتخصيصه بالباطل العرفي وعليه فالتمسك به لكون الفسخ من الباطل من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقيّة وأيضاً نمنع الصغرى فإنّه من أين علم أن الفسخ باطل عرفي بل نشك في ذلك فلا يمكن التمسك بالمطلق في الفرد المشكوك واثبات كونه فرداً للمطلق .

نعم يمكن التمسك بالآية لاثبات اللزوم بمجموع المستثنى و المستثنى منه فان الآية الشريفة في مقام حصر التملّك الشرعي بالتجارة عن تراض ومن الواضح جداً أن التملّك بالفسخ مع عدم رض الآخر ليس منها فتدل على اللزوم .

استدل المصنف (ره) أيضاً بهذه الآية على اللزوم بدعوى أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي وأن الفسخ من ذلك .
اقول أن المراد من الباطل ما هو مقابل الحق فان الالفاظ

موضوعة للمفاهيم العامة فينطبق ذلك على موارده فلا وجه لتخصيص الموضوع له بالبطل العرفى ومن هنا اطلق الباطل على مقابل الحق فى تعداد جنود العقل والجهل فى رواية الكافى ، و عليه فالتمسك بالآية من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية لانا نشك فى أن الفسخ مصداق للبطل أم لا .

ولو سلمنا أن المراد من الباطل الباطل العرفى ولكن يصح الاستدلال بالآية اذا كان خروج الموارد التى رخص الشارع فى التصرف فيها كالشفعة وحق المارة ونحوهما بالتخصيص فإنه ح يمكن أن يقال أن الفسخ ليس من الموارد التى خرجت عن الآية بالتخصيص فيكون التمسك به أكلا للمال بالبطل لكونه باقياً تحت الآية .

وان قلنا ان خروجها بالتخصيص كما ذكره المصنف فحينئذ لا ندرى أن الفسخ من افراد الخارج أو من افراد الباقي فيكون التمسك بالآية من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصداقية فهو لا يجوز ، نعم يجوز التمسك بالاستصحاب ولكنه خروج عن الفرض نعم يجوز التمسك بمجموع المستثنى والمستثنى منه لاثبات اللزوم كما تقدم .

قوله (ره) ومما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا- يحلّ مال امرء الخ .

اقول : ان كان المراد من الحلية هى الحلية التكليفية فلا تدل الرواية على اللزوم لأن التقدير أنه لا يحلّ التصرفات فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ونشك فى أن التصرف بعد الفسخ من التصرف فى مال امرء مسلم بدون اذنه أم لا لأننا نحتمل أن يكون ذلك تصرفاً فى مال نفسه فيكون حلالاً فلا يمكن التمسك باطلاق الرواية فى اثبات

أن هذا الفرد المشكوك مصداق للتصرف المحرم .

وان كان المراد من الحلية هي الوضعية فيكون المعنى أنه لا ينفذ التصرف في مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه فتدل الرواية على اللزوم بدعوى أن نفوذ التصرف في مال الغير منحصر بكونه عن طيب نفسه ومن الواضح أن التصرفات الواقعة بعد الفسخ ليس عن طيب نفس من المالك فلا تكون نافذة .

وأما الجامع من الحلية التكليفية والحلية الوضعية وان ذكرنا امكان ارادة الجامع في قوله تعالى أحل الله البيع بل قلنا أنه الظاهر فان الحل بمعنى الترخيص وفي لغة الفارس (باز كردن و رها كردن) ومن الواضح أنه أعم من الوضع والتكليف ولم يكن التفكيك بينهما مرسوماً في السابق بل جرى عليه الاصطلاح بين الفقهاء كما ذكرناه في أوفوا بالعقود .

ولكن لا يمكن ارادة الجامع في الرواية فانه لو اريد من الحلية التكليفية فمعنى الرواية كما عرفت أن التصرفات الواقعة على مال امرئ مسلم حرام بدون اذنه فهذا يتوقف على أن يكون التصرف في حال كون المال لامرئ مسلم والا فلاوجه للحرمة لان كون المال لشخص آخر في زمان سابق لا يدل على حرمة التصرف في زمان متأخر ولو مع كونه ملكاً لشخص آخر أى منتقلا اليه .

وبعبارة اخرى لو أريد من الحلية التكليفية فظهور الرواية أن التصرف حين كون المال لامرئ مسلم حرام بدون اذنه وأما التصرف في ماله كان لامرئ مسلم سابقا فلا دلالة في الرواية على حرمة فتح لادالة فيها على حرمة التصرف بعد الفسخ لاحتمال كونه تصرفاً في مال نفسه

لا فى مال امرء مسلم نعم كان مالا لامرء مسلم قبل الفسخ والتمسك بالاستصحاب خروج عن الفرض فان كلامنا فى التمسك بالدليل الفقاهى وأما اذا أريد من الحلية الوضعية فمعناه كما عرفت أنه لا ينفذ التصرف فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فارادة هذا المعنى لا يتوقف ارادته على احراز كون المال لامرء مسلم ولذا يشمل بعد الفسخ ايضا فهذا ان المعينان لا يجتمعان فى الرواية أى لا يمكن ارادتهما من الرواية معاً .

وبعبارة اخرى أن ارادة الحلية التكليفية فى الرواية متوقفة على احراز كون المال للغير لى يحرم التصرف فيه وهذا لا يشمل بعد الفسخ لاحتمال خروج المال عن كونه مال امرء مسلم بالفسخ و ارادة الحلية الوضعية لا تتوقف عليه بل هى تعم بعد الفسخ ايضا كما عرفت ومن الواضح أن شموله بعد الفسخ يعدم موضوع حلية التكليفية فكيف يمكن ارادتها كما لا يخفى .

قوله ومنها قوله (الناس مسلطون على اموالهم) اقول ذكر المصنف أن مقتضى السلطنة التى امضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه ومن هنا استدل المحقق فى الشرايع و العلامة فى بعض كتبه على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بأن فائدة الملك التسلط .

وبالجملة رجوع الفاسخ الى ما انتقل عنه الى غيره بالعقد تملك لمال غيره ومناف لسلطنته فتدل الرواية على اللزوم .
وفيه أولاً أنها ضعيفة السند كما تقدم وثانياً أنها ناظرة الى ثبوت السلطنة للمالك فى جميع تصرفاته فى ماله من الاكل والبيع

والبذل وغيرها وأنه ليس لأحد أن يمنع من هذه التصرفات وهذا لا ينافي ثبوت جواز التصرف لغيره ايضاً بالفسخ كما وقع نظيره في الشريعة المقدسة فان لكل من الاب والجد سلطنة على التصرف في مال الصغير سلطنة مطلقة وليس لكل منهما أن يمنع الآخر من التصرفات وكك في المقام فلا دلالة في النبوى على اللزوم بوجه كما هو واضح على أن الرواية ناظرة الى اثبات السلطنة لكل أحد على ماله كما هو مقتضى اضافة المال الى الملاك فتفيد الرواية ثبوت السلطنة لكل أحد على ماله وهذا لا يعارض ما يرفع موضوع تلك السلطنة اى ما يكون رافعاً لها كالفسخ وبعبارة اخرى أن دليل السلطنة يثبتها في فرض تحقق المالية وكون الشئ مالاً للشخص وهذا لا ينافي بما يكون رافعاً لموضوعها فان الحكم لا يثبت موضوعاً لنفسه نعم لو كان النظر في الحديث الى مفهوم اللقب بان يكون المفهوم من قوله الناس مسلطون على اموالهم يعنى غير المالك ليس مسلطاً على اموال غيره لصح به الاستدلال ولكن مفهوم اللقب ليس بحجة كما حقق في محله .

ومنها قوله عليه السلام (لا يحلّ مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه وفيه أولاً أن كان المراد من الحلية هي التكليفية فلا تشمل الرواية التصرفات بعد الفسخ للشك في أنها محرمة أم لا لاحتمال كون الفسخ ملكاً فلا يجوز التمسك به في الفرد المشكوك وان كان المراد بها الحلية الوضعية كما هو الظاهر من كلام المصنف حيث جعل سبيل الرواية سبيل الآية ومن الواضح أنه اراد من الآية الحلية الوضعية حيث اخذ الاكل بمعنى التملك لجاز التمسك بها لاثبات اللزوم فانها تفيد حصر نفوذ التصرف بما اذا كان بطيب النفس من المالك ومن الواضح

أن الفسخ ليس منه وأما الجامع فلا يمكن ارادته كما تقدم وبالجمله لو أريد من الحلية الحلية التكليفية لا يمكن الاستدلال بالآية على اللزوم .

وثانياً : أن المراد من عدم حلّ مال امرء مسلم الا باذنه و بطيب نفسه هو عدم حلية التصرفات المتعلقة به وجميع التقلبات الخارجية فان الحل أو الحرمة اذا تعلّقاً بالعين الخارجية فحيث لا معنى لحرمتها وحليتها فلا بدّ وان يقدر فى أمثال ذلك ما يناسب الحلية أو الحرمة والمناسب لهما بمناسبة الحكم والموضوع أما جميع الآثار أو الآثار المناسبة فالمناسب للحرمة المتعلقة على الخمر وعلى المسكر هو تقدير الشرب فلا يتوهم أحد من قوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام أو غيره من الأدلة الدالة على حرمة الخمر هو البيع حتى لو لم يكن هنا دليل على حرمة بيع الخمر لما أمكن استفادتها منها ، والمناسب لحرمة الامهات فى قوله تعالى تقدير التزويج فانه لا يحتمل أن نظره أو خدمته أو شئ آخر يتعلّق بها حرام وعلى هذا فلا بدّ هنا أيضاً من تقدير ما يصحّ تعلّق عدم الحل به والمناسب للمقام هو تقدير جميع التصرفات الخارجية والتقلبات فى الخارج وح فمعنى الآية لا يحل جميع التصرفات والتقلبات الخارجية فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وعليه فلا تشمل التصرفات الاعتبارية كاعتبار ملكية مال الغير لنفسه وهكذا بالفسخ ونحوه فلا تدل الرواية على عدم تأثير الفسخ فى حل العقد كما هو واضح .

وتوهم أن الرواية شاملة على التصرفات بعد الفسخ و تدل على حرمتها أيضاً باطلاقها فتفيد اللزوم بالدلالة الالتزامية توهم فاسد لما عرفت من عدم شمولها التصرفات بعد الفسخ لاحتمال كون

الفسخ مملّكاً كما تقدّم فيكون التمسك بها في التصرفات بعد الفسخ من قبيل التصرف بالمطلق في الفرد المشكوك والحاصل ان كان نظر المصنف في الاستدلال بالرواية بأنّه لا يحل تملّك مال الغير الا باذنه بان يقدر التملّك فقط بعد الحل اى لا يحل تملّك مال غيره بالبيع ونحوه الا باذنه فالرواية وان كانت تدل على اللزوم ولكنه خلاف الظاهر من الرواية فلا يمكن ان يراد من الحليّة الحليّة الوضعيّة لمكان خلاف الظهور وان كان النظر بتقدير جميع التصرفات كما هو الظاهر والمناسب بان يراد من الحليّة الحليّة التكليفية اى يحرم جميع التصرفات في مال غيره الا باذنه .

قوله ومنها قوله المؤمنون عند شروطهم أقول قد استدل به على اللزوم غير واحد من المحققين بدعوى أن المراد من الشرط مطلق الالتزام فيشمل الشروط الابتدائية أيضاً كالبيع ونحوه .

وفيه أن الاستدلال به على اللزوم ممنوع صغرى وكبرى أما الوجه في منع الصغرى فلانا لو سلمنا اطلاق الشرط على الشروط الابتدائية في كلمات البلغاء والفصحاء كما اطلق في قوله عليه السلام ما الشرط في الحيوان قال (ع) ثلاثة ايام مع أنه يمكن ارجاعه الى الشرط في ضمن الالتزام الآخر بان يقال أن امضاء البيع مشروط بكون صاحب الحيوان ذى الخيار الى ثلاثة ايام ولكن اطلاق الشرط على البيع ونحوه من الالتزامات يعد في العرف من الاغلاط فانه لا يقال لمن باع داره أنه شرط داره وكك لا يقال لمن باع ماله أنه شرط ماله وهكذا بل لو اطلقه أحد على امثال ذلك فيضحك منه وان كان الاطلاق صحيحاً في الواقع وعليه فالرواية منصرفة عن البيع ونحوه

من الالتزامات الابتدائية وقد ناقش المصنف أيضاً فى صدق الصغرى وأما الوجه فى منع الكبرى فلانا لو سلمنا أن الشرط يطلق على الالتزامات الابتدائية أيضاً ولكن نمنع وجوب الوفاء بكل شرط فان الرواية لادلالة فيها على ذلك لان الظاهر من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم هو الدلالة على الحكم التكليفى بدعوى أنه وان كان فى مقام الانشاء وجعل الحكم ولكن النكتة فى اتيان الجملة الخبرية لبيان ذلك هى بيان أن مقتضى الايمان هو كون المؤمن عند شرطه وعدم تخلفه عنه نظير قوله (ع) المؤمن عند عدته أى أن مقتضى الايمان هو أن يفى المؤمن بوعده كما أن مقتضى الايمان أن لا يكذب وقد ورد فى باب الكذب أن المؤمن قد يزنى و قد يسرق ولكنه لا يكذب وانما يفترى الكذب الذين لا يؤمنون بالله وعلى الاجمال فالرواية الشريفة اخبار عن كون المؤمن عند شرطه و انه لا يتخلف منه وعن وعده لان ايمانه مانع عن التخلف وعليه فتكون راجعة الى الحكم التكليفى أى يجب لكل مؤمن أن يفى بشرطه و يحرم التخلف عنه فتكون غريبة عن الدلالة على اللزوم كما هو واضح . وتوهم أن الحال كك فى أوفوا بالعقود أيضاً لانه خطاب الى المؤمنين بقوله عز من قائل يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود فيكون دالاً على الحكم التكليفى توهم فاسد فانه انشاء من الاول فليس انشاء بالجملة الخبرية لتكون النكتة هى الاشارة الى علة الحكم نعم مقتضى الخطاب الى المؤمن يقتضى خروج غير المؤمن عن الآية كما هو كك فى بقية الخطابات ولكن مقتضى الاشتراك فى التكليف يقتضى التعميم فلوجه للاختصاص هنا وفى بقية الخطابات كما لا يخفى .

ومنها الاخبار المستفيضة في أنّ البيعان بالخيار ما لم يفترقا وأنه اذا افترقا وجب البيع أقول استدل بها المصنف على اللزوم في البيع وقد اشكل عليه المحقق الخراساني وتبعه غير واحد ممن تأخر عنه بأنّ المستفيضة ناظرة الى لزوم البيع في نفسه وليست ناظرة الى لزومه من جميع الجهات كالغبن والعيب فلا تفيد اللزوم ومن هنا أن أدلة سائر الخيارات لا تكون مخصصة لها .

وقد أجاب شيخنا الاستاذ عن ذلك ونعم ما أجاب وحاصله بتوضيح منا أن الروايات المذكورة انما تدل باطلاقها على اللزوم بلا شبهة وان البيعان انما لهما الخيار في المجلس فقط واذا افترقا وجب البيع بل نفس تعرض الامام عليه السلام لثبوت خيار الحيوان مع تعرضه لثبوت خيار المجلس كالصرح في دلالة المستفيضة على اللزوم فانه (ع) بعد ما بين حكم خيار الحيوان قال في جواب السائل عن الشرط في غير الحيوان بأنّ البيعان بالخيار ما لم يفترقا وأنه اذا افترقا وجب البيع وأنها لا خيار لهما بعد الرضا فهو كالصرح في دلالة المستفيضة باطلاقها على اللزوم في خصوص البيع .

وعلى هذا فتكون أدلة سائر الخيارات مخصصة لها ومن الغرائب ما افاده المحقق الخراساني من عدم كون أدلة سائر الخيارات مخصصة لها .

فتحصل من جميع ما تلوناه عليك أن الاصل في جميع العقود معاوضة كانت أم لا وسواء كانت الملكية حاصلة من الاول أم لا أما اذا كانت الملكية حاصلة من حين العقد وكان فيه تملك وتملك من الاول بان حصل شيء لاحد المتعاملين من الاول أم غير معاوضة

مثل الهبة ونحوها هو اللزوم فتدلّ على لزومها آية حرمة أكل المال بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض فانه لومك أحد ما له لغيره ولو بعنوان الهبة المجانية بحيث حصل التمليك والتملك فلا يجوز الرجوع اليه فانه تملك لمال الغير بدون التجارة عن تراض فهو حرام فلوم يثبت من الخارج ما يدلّ على جواز الرجوع فى الهبة المجانية قلنا بعدم جواز الرجوع فيها أيضا بمقتضى الآية وكك يدل على اللزوم هنا آية أوفوا بالعقود كما هو واضح .

وأما العقود التى لم تحصل الملكية فيها من الأوّل كعقد السبق والرماية والمضاربة والمساكات فانه لم يحصل النقل والانتقال فيها من الأوّل ولا يحصل لأحد المتعاملين فيها من الأوّل مال فلا تدلّ آية التجارة فيها على اللزوم من الأوّل لعدم حصول المعاوضة والنقل والانتقال والتمليك والتملك من الأوّل حتى يكون ارجاعه تملكاً لمال الغير بدون الرضا ولا يكون تجارة عن تراض وانما يحصل النقل والانتقال بعد تحقق الشرائط كما هو واضح نعم يدلّ على اللزوم هنا أيضاً آية أوفوا بالعقود لتحقيق العقد كما هو واضح .

قوله وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً أقول قد عرفت أن الاستصحاب لا تجرى فى المقام لكونه من الشبهات الحكمية وقد منعنا جريانه فيها فى علم الاصول .

قوله وربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين أقول حاصل كلامه أن الظاهر من كلمات بعضهم أنا نشك فى ان المالك هل انقطع علاقته من ملكه أم لا فنستصحب بقاء علاقته فيكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب اللزوم وردّ بانّه ان

أريد من تلك العلاقة علاقة الملكية أو ما يتفرّع على الملكية فهي انقطعت جزماً وان أريد منها سلطنة إعادة العين فما دام لم ينتقل المال من ملكه الى غيره فتلك السلطنة مقطوعة العدم فأنه لامعنى لسلطنة الانسان على اعادة ماله الى ملكه وانما تحصل تلك السلطنة بعد خروجه عن ملكه ومن الواضح جداً أنها مشكوكة بعد ذلك فالاصل عدمه .

قوله وان أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع فانها تستصحب عند الشك اقول غرضه ان اريد بها العلاقة التي كانت تحدث في مجلس البيع فانها تستصحب عند الشك فيصير الاصل في البيع بقاء الخيار كما يقول الاصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف .

ثم أجاب عنه أولاً بأن الدليل أخص من المدعى فأنه انما يتم في موارد ثبوت خيار المجلس وكلامنا أعم من ذلك وثانياً يرجع الى عموم أوفوا بالعقود في ظرف الشك لا الى الاستصحاب .

وثالثاً أن الاخبار قد تواتر بانقطاع السلطنة و الخيار بعد الافتراق فلامجال مع ذلك للرجوع الى الاستصحاب ثم أمر بالتأمل .

اقول قد عرفت الكلام في دلالة الاخبار المستفيضة البيّعان بالخيار ما لم يفترقا على اللزوم بناءً على تمامية اطلاقها كما هو كك كما اختاره المصنف وعليه فلا وجه للتمسك بها لبيان ارتفاع خيار المجلس فأنه مع تمامية دلالتها على اللزوم كما لامجال للتمسك باستصحاب الخيار وك لا وجه للتمسك باستصحاب اللزوم فأنه مع وجود الاصل اللفظي لاتصل التوبة الى الاصل العملي الا أن يكون غرضه من

التمسك بالاخبار مع الاغماض عن دلالتها على اللزوم من جميع الجهات كما عليه صاحب الكفاية فانه حينئذ يتم نفى خيار المجلس بها وثبوت اللزوم فى البيع من جهة خيار المجلس ويبقى العقد مشكوكاً من الجهات الأخرى فتح نتمسك فى اثبات اللزوم للعقد من سائر الجهات باستصحاب اللزوم كما لا يخفى .

ومن هنا ظهرت المناقشة فى تمسكه بآية أوفوا بالعقود فانه مع وجود العموم لاجال للاستصحاب لاستصحاب اللزوم ولا استصحاب الخيار، ولعله الى ما ذكرناه أشار المصنف بالامر بالتأمل . قوله ثم انه يظهر من المختلف فى مسألة ان المسابقة لازمة أو جائزة اقول ذكر المصنف أن العلامة ذكر فى المختلف أن المسابقة لازمة أو جائزة بأن الاصل عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه الا بعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل نعم هو حسن فى خصوص المسابقة و شبهة مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً ليكون الاصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين و محصل مراده أن استصحاب الملكية إنما تجرى فيما اذا كانت الملكية فعلية أى ثابتة حين العقد أى تثبت الملكية فيما ينشأ العقد و ح كلما شككنا فى جواز العقد و لزومه نستصحب الملكية و نحكم باللزوم بواسطة الاستصحاب الحكيم فلا مجال ح لدعوى أن الاصل عدم اللزوم بل لا بدّ و أن يقال أن الاصل هو اللزوم لمكان استصحاب الملكية .

نعم لا بأس بهذا الاصل فى مثل عقد المسابقة حيث لم تثبت فيها الملكية الفعلية و إنما الملكية فيها تقديرية أى تحصل الملكية لاحد

المسابقتين على تقدير سبقه فى المسابقة فحينئذ يقال أن الاصل عدم اللزوم هنا وذلك لعدم حصول الملكية الفعلية حتى نستصحبه فى مورد الشك فى أن العقد جائز أو لازم ونحكم باللزوم بل نتمسك بأصالة عدم اللزوم ونحكم بكون العقد جائزاً هذا كله مع قطع النظر عن أوفوا بالعقود والا فمقتضاه هو اللزوم .

اقول كأن المصنف لم يبين المسألة على ما حرره فى الاصول من جريان الاستصحاب التعليق مع أن المقام ليس منه بل من قبيل الاستصحاب التنجيزى وذلك لان ما نحن فيه يشبه القضية الحقيقية فان الحكم فيها ثبت على الموضوعات المقدرة فعلاً ولكن يتنجز الحكم فيها بفعلية الموضوع أى كلما وجد الموضوع ثبت عليه الحكم بحيث أن الحكم فيها فعلى ولكن الموضوع تقديرى وكك فى المقام أن الالتزام فعلى والملتزم به تقديرى فان المتعاملين التزموا فعلاً على أن كل من سبق فله كذا وليس الحكم هنا تعليقاً كما فى العصور العنبى فان الحكم بالنجاسة أو الحرمة فيه تعليقى أى اذا غلى ينجس لا مطلقاً فلو كان ينعكس المطلب لكان أحسن بأن يقول بجريان الاستصحاب هنا ولم يقل بجريانه فى التعليقات فان الحكم هنا كما عرفت فعلى و الملتزم به تقديرى .

نعم لا نقول بجريان الاستصحاب هنا من جهة عدم جريانه فى الشبهات الحكمية لكونه دائماً معارضاً بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب المجهول ولكن مع قطع النظر عن هذا الاشكل فلامحذور فيه كما لا يخفى .

فتحصل أن استصحاب الملكية جارية فى عقد المسابقة أيضاً

كالبيع فيكون الاصل فيه أيضاً هو اللزوم كما أن الامرك فى البيع فلاوجه للمصنف لاستثنائه خصوصاً على مسلكه نعم على مسلكنا من منع الاستصحاب فى الشبهات الحكيمة فهو لايجرى فافهم .

قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم أقول حاصل كلامه أن ما تقدم من التمسك بالعمومات انما هو فى الشبهات الحكيمة وأما الشبهات الموضوعية بأن يقع العقد فى الخارج ولا ندرى أنه من القسم اللازم أو من القسم الجائز فإنه قلنا بجواز التمسك بالعمومات فى الشبهات المصادقية فايضاً لأبأس بالتمسك بالعمومات فى الفرد المردد والا فلا بد من الرجوع الى الاصل العملى وهو استصحاب الاثر أى الملكية و يسمى باستصحاب الحكمى .

أقول تارة يكون فى موارد الشبهات الموضوعية أصل موضوعى يقتضى الجواز فلا كلام لنا فيه كما اذا وقعت هبة فى الخارج فلا ندرى أنها من القسم اللازم أو من القسم الجائز بان نشك فى كونها على وجه قريبى ليدخل تحت قولهم عليهم السلام ما كان لله لا يرجع أو ليس على وجه قريبى ليكون فيه حق الرجوع فان الاصل هنا عدم كونه على وجه قريبى فيثبت الجواز وكذا اذا شكنا فى كونها لذى رحم أو لغيره فنقول ان الاصل عدم كونها لذى رحم فتكون الهبة جائزة وهكذا اذا شكنا فى اللزوم والجواز مع كونه مسبقاً بالخيار فإنه نستصحب الخيار فنحكم بالجواز وفى جميع ذلك مقتضى الاصل الموضوعى هو الجواز .

واخرى يكون فى تلك الموارد أصل موضوعى يقتضى اللزوم كما

إذا علم بأن العقد الصادر بيع وشك في جعل الخيار فيه فالأصل أنه لم يجعل الخيار فيه فيكون لازماً وهكذا لو شك بعد سقوط خيار المجلس بتفرّق هل هنا خيار آخر أم لا فنستصحب عدمه فيحكم باللزوم .

وإنما الكلام فيما إذا لم يكن فيه أصل موضوعي يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز فهل هنا ما يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز أم لا .
فالتزم المصنف (ره) باللزوم تمسكاً باستصحاب الملكية و لكن جريانه هنا موقوف على جريان الاستصحاب في الأحكام الالهية وقد قلنا بعدم جريانه فيها حتى في الشبهات الموضوعية لابتلائه باصالة عدم الجعل دائماً ولم يحتمل في حقه البداء حتى يتوهم أنه جعل في زمان وبداله الخطاء العياذ بالله ونسخه في زمان آخر بل لو كان مجعولاً فهو مجعول مطلق والا فلا وعلى هذا فلا يجرى استصحاب الملكية في المقام لأننا نشك في أن الملكية هل جعلت بعد الفسخ أم لا فنلتزم بعدم كونها مجعولة بعد الفسخ كما هو واضح لاسترة فيه وكلّما نتامل في عدم جريان الاستصحاب في الاحكام يزداد لنا وضوحاً .

وعلى مسلكنا هذا فينحصر الجواب عن هذا الاشكال بماحقّقناه في محلّه من أصالة العدم الأزلي وتوضيح ذلك انا اذا شككنا في العقد الذي وقع في الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول ان الاصل عدم كونه هبة مثلاً ليكون للواهب حق الرجوع و لا يعارض هذا الاصل باصالة عدم كونه من البيع أو الصلح ايضاً وذلك لأن الأثرأى اللزوم إنّما ترتّب على عدم كون العقد هبة لاعلى احرار

العناوين الوجودية من الصلح والبيع فباصاله عدم كونه هبة ينقح موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيكون شاملاً عليه أيضاً .

وبعبارة اخرى أن مقتضى أوفوا بالعقود هو لزوم جميع العقود والخارج عنه ليس الا عناوين وجودية واذا نفينا العنوان الوجودى القائم بالعقد الجائز عن الفرد المردد بين كونه من الجائز أو من اللازم باصل عدم الازلى وقلنا انه ليس بهبة مثلاً يثبت موضوع وجوب الوفاء بالعقد فنحكم له باللزوم كما لا يخفى .

وعلى الاجمال فعنوان العقدية تحقق بالوجدان وعدم كونه هبة يتحقق بالاصل فيحصل موضوع وجوب الوفاء بالعقد فى الخارج فيحكم بكون الفرد المشكوك من العقد بين الجواز واللزوم لازماً هذا من جملة ثمرات القول بعدم الازلى .

واذا لم نقل بهذا الاصل فلا أصل يتمسك به لاثبات اللزوم أو الجواز فى الفرد المشكوك وعليه فتكون العين بعد رجوع المالك الاول مردداً بين كونها للمالك الاول على تقدير الهبة وبين كونها للمشتري على تقدير البيع ولا بدّ فى بيان حكم تلك العين فى مرحلة الترافع أو فى غير مقام الترافع كما اذا مات المالك للعين بعد نقله الى شخص آخر وشك فى أن ما أوجده بيع أو هبة ونسخت الورثة فان كان بيعاً فيطالب الورثة العين ممن انتقل اليه الثمن والا فنطالب نفس العين وهكذا لو نسيا المتبايعان عنوان العقد من الرجوع الى الصلح أو القرعة والا فلا أصل هنا حتى يبين حالها .

قوله بل يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة اليه أقول جميع ما ذكرناه انما يفيد فى اثبات صفة اللزوم وأما تعيين

العقد بأنه جائز أو لازم حتى يترتب عليه جميع آثار العقد اللازم فلا
وعليه فلا بدّ وان يرجع في أثر كل عقد الى ما تقيضية الاصل بالنسبة
اليه الا انه فيما لم تلزم مخالفة عمليّة من اجراء الاصلين مع اجراء
أصالة اللزوم وان كان كلام المصنف مطلقاً من هذه الجهة حيث
حكم بالبرائة تارة وبالضمان اخرى ولم يتعرّض بصورة لزوم المخالفة
القطعية .

ولكن لا بدّ في فرض لزوم المخالفة القطعية من اجراء قواعد
العلم الاجمالى مثلاً اذا شكنا في كون العقد هبة أو بيعاً ولم يتصرف
من انتقل اليه العين فيها وترجع مالك العين وفسخ العقد فانه
ان كان العقد هبة تنفسخ بالفسخ وترجع العين الى مالكها الاوّل
وان كان بيعاً لا يؤثر الفسخ وحينئذ لا يمكن الرجوع في ضمان المشتري
لو كان المحقق بيعاً وضمان الموهوب له على تقدير كون المحقق
هبة أن يرجع الى البرائة كما هو ظاهر كلام المصنف بل بحصل العلم
الاجمالى بانه أمّا أن المالك الاول مستحق للعين على تقدير كون
العقد هبة أو مستحق للثمن على تقدير كونه عقداً فلا بدّ حينئذ من
اجراء قواعد العلم الاجمالى والا فيلزم من اجراء الاصل مخالفة قطعية
(في خيار المجلس)

قوله قدّس سرّه الاوّل في خيار المجلس اقول ذكر المصنّف أن
الخيارات كثيرة وقد أنهاها بعضهم الى السبعة وبعضهم الى ازيد
من ذلك بل المذكور في اللمعة أربعة عشرة مع عدم ذكر بعضها و
لكن المناسب جعلها سبعة لان البقية تندرج في خيار الشرط ويقع
الكلام فعلاً في خيار المجلس و اضافته الى المجلس من جهة الغلبة

كما ذكره المصنف لعدم اختصاص ثبوته بالمجلس بل يثبت فى حال قيام المتعاملين أيضاً بل لا يختص بالمكان الذى وقع فيه البيع كما ذكره المصنف بل يثبت هذا الخيار فى حال مشيهم أيضاً كما اذا تعاملوا فى مكان ثم مشوا ولكن لم يفترقا حال المشى فانه حايضا يثبت الخيار .

وبعبارة اخرى أن غاية هذا الخيار هو الافتراق فما لم يتحقق فى الخارج فلاوجه لسقوطه ولو سمي هذا الخيار بخيار الاجتماع كان حسناً موافقاً للاخبار، ولاشبهة ولاخلاف فى ثبوت هذا الخيار للمتبايعين بين الامامية والنصوص به مستفيضة فى بعضها البيعان بالخيار ما لم يفترقا وفى بعضها التاجر بالخيار وأما الموثق الحاكي لقول امام عليه السلام اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب فذكر المصنف أنه اما مطروح وان كان موثقاً لكونه منافياً للضرورة والاخبار المستفيضة أو يحمل على التقية أو يؤل ولكن الظاهر أنه لا يحتاج على التأويل ولا على الطرح أو الحمل على التقية بل هو وارد على طبق القاعدة وذلك لان التصفيق هو ضرب احدى اليدين على الآخر و هو كناية عن اللزوم وبهذا فسر فى اللغة و على هذا فقوله (ع) اذا صفق الرجل على البيع كناية عن الزام البيع باسقاط الخيار ومن الواضح أن لزوم البيع باسقاط خيار المجلس موافق القاعدة فلانحتاج الى طرح الموثقة أو تأويلها .

قوله مسألة لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين اذا كانا اصليين أقول لاشبهة فى ثبوته للمتبايعين وللموكلين فى الجملة وأنما الكلام فى ثبوته لهم على وجه الاطلاق ويقع الكلام أولاً فى ثبوته للموكيل

وتفصيل الكلام فيه أن الوكيل على ثلاثة أقسام الأول أن يكون وكيلاً في إجراء الصيغة فقط من غير أن يكون له حق التصرف في جهة من جهات العوضين كما هو المرسوم في إجراء عقد النكاح وإجراء صيغة البيوع الخطيرة كثيراً حيث يوكلون أحداً في إجراء الصيغة بحيث ليس له شأن من ذلك المعاملة إلا أن يكون كلسان الوكيل فقط ولا يكون وكيلاً في أريد من مجرد كونه آلة لإجراء العقد فقط كما هو واضح .

الثاني أن يكون وكيلاً مفوضاً في أمر البيع إلى أن يتم وتحقق المعاملة في الخارج ولا يكون وكيلاً بعد ذلك بل ينتهي أمد وكالته بعد تمامية البيع ووجوده في صفحة الوجود كأكثر الدالين .

الثالث أن يكون وكيلاً مفوضاً حتى بعد تمامية البيع بأن كان له التصرف في العوضين وكان مسلطاً على قلبه وانقلابه بانحاء التصرفات والتقلبات من البيع ثانياً أو الإيجار أو غيرهما من التصرفات الخارجية والاعتبارية وهذا كعامل المضاربة فإنه وكيل مفوض على وجه الإطلاق بعد البيع وقبله وبعبارة أخرى أن يكون وكيلاً في التجارة بأي نحو كان .

أما القسم الأول فظاهر الحقائق ثبوته للوكيلين في إجراء الصيغة بل يظهر منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقدين بمجرد إجرائه العقد فلا يبطل بمنع المالك ولكن المشهور عدم ثبوت الخيار له فمآخذه المصنف واستدل عليه بوجوه الأول : أن أدلة الخيار منصرفة عن الوكيل في إجراء الصيغة لأن المتبادر من النص غيره .

وفيه نمنع الانصراف إذ لا نجد منشأ لذلك فإن منشأه أن كان هو المادة فلا شبهة أنها صادقة عليه أيضاً لما عرفت في أول السبع

أن البيع هو مبادلة مال بمال فلاشبهة فى صدق هذا المفهوم عليه اذ لم يقيد هذا بكون المال للبائع بحيث يكون التبدل بين ماله و مال شخص آخر ضرورة عدم اعتباره فى مفهوم البيع بوجه أصلاً ولذا لم يستشكل أحد فى صحة بيع الولى مال المولى عليه مع أن المال ليس للبائع وكك فى صحة بيع الوقف وبيع ثمرته وكك فى صحة بيع الوكيل المفوض مع أن المال فى تلك الموارد ليس للبائع ومن الضروري أنه لا يشك أحد فى صدق البائع على الاشخاص المتصدين للبيوع المذكورة وعلى الاجمال لوجه لدعوى انصراف مادة البيع الى غير الوكيل فى اجراء الصيغة .

وان كان منشأ الانصراف دعوى انصراف هيئة البيع الذى هو الفعل عن الوكيل فى اجراء الصيغة ففيه أن الهيئة لاتدل على ازيد من انتساب المادة الى ذاتها وأما دلالتها على خصوصية اخرى فلا كما لا يخفى .

الثانى أن حكمة ثبوت خيار المجلس هو ارفاق المالك لكى يتروى ويلاحظ صلاحه حتى يختار ما هو الاصلح لحاله أهو الفسخ أم الامضاً ومن البديهي أن هذه الحكمة غير جارية فى الوكيل المذكور والحكمة وان لم تكن مطرده ولكن نعلم بأن جعل هذا الخيار شرعا ليس لمن له اختيار البيع بلاموجب .

وفيه انها لاتزيد عن العلة المستنبطة وقد حقق فى محله أنها ليست بحجة وانما هى من القيام الذى يحرم العمل به نعم لو كانت علة منصوصة لزم العمل بها قطعاً فلا تكون مانعة عن شمول الاطلاقات للوكيل فى اجراء الصيغة أيضاً، على أنها غير دارية فى جميع الموارد

كما اذا كان ابقاء البيع أصلح لهم بأن باع ما يحازى بدینار بخمسين دیناراً مع علم المشتري بالغبن فانه لاشبهة أن ابقاء البيع على حاله وعدم فسخه أصلح لحال البایع من الفسخ ومع ذلك فله خيار المجلس وعلى الجملة فلا وجه لرفع اليد عن المطلقات وعن شمولها للوكيل المذكور بمثل هذه الحکمة العلية نعم لهذه الحکمة وجه فيما كان دليل الخيار هو قاعدة نفی الضرر ونحوها كما اذا فرضنا أن دليل خيار الغبن هو دليل نفی الضرر فانها تقتضى ثبوته للمالك فقط لا لمجرى الصیغة .

الثالث أن بعض أدلة خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان وكونه مجعولاً للبایع ومن الواضح أن خيار الحيوان مجعول للمالك فاتحاد السياق يقتض أن يكون خيار المجلس أيضاً كذلك .

وليس هذا من باب حمل المطلقات الواردة فی جعل خيار المجلس بلا تقارن بجعل خيار الحيوان على المقيد حتى يقال أنه لا یجرى فی الأحكام الانحلالیة كقوله اکرم العلماء وأکرم زید العالم لعدم التنافی بل من جهة عدم الاطلاق للاخبار المطلقة لان الموضوع فیها من كان له خيار الحيوان أعنى المالك وبعبارة اخرى نستكشف من تقارن خيار المجلس بخيار الحيوان أن موضوع خيار المجلس من كان له خيار الحيوان فای ربط لذلك بحمل المطلق على المقيد .

وفیه أن هذا من العجائب فانه لا ربط لخيار الحيوان بخيار المجلس أصلاً فان الموضوع فی خيار الحيوان هو عنوان المالك لقوله (ع) وصاحب الحيوان بالخيار الى ثلثة أيام وموضوع خيار المجلس هو عنوان البيع وأی ربط لاحدهما بالآخر ومجرد ذكرهما فی رواية واحدة لا یقتض

اتحاد الموضوع فهل يتوهم أحد أنه لو ذكر فى رواية أن خيار الحيوان ثابت لابن البائع أو اخيه وقد ذكر فيها أيضاً البيعان بالخيار فهل يتوهم أن موضوع خيار المجلس أيضاً هو ابن البائع باتحاد السياق .
ومن هنا ظهر الجواب من قوله مضافاً الى أدلة سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه فتحصل أنه لا يمكن رفع اليد عن الاطلاقات بمثل هذه الوجوه .

الرابع ما هو العمدة وحاصلة أن المستفاد من أدلة هذا الخيار أنه حق وسلطنة انما ثبت لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بأن يرجعه الى ملكه ويملكه جديداً بالفسخ بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه بان يتصرف فيه كيف يشاء ومن الواضح أن الوكيل فى اجراء العقد ليس له التسلط على التصرف فيما انتقل الى البائع أو المشتري فليس له التسلط على ما انتقل من احدهما الى الآخر بأن يرجعه بالفسخ .

ومن هنا لا يثبت بأدلة خيار المجلس هذا التسلط لو لم يكن مفروغاً عنه فى الخارج فانه لا يمكن التمسك باطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا لاثبات التسلط على ارجاع العين من الشخص الآخر بالفسخ الا ترى أنه اوشك المشتري فى كون المبيع ممن ينعقد عليه لقراءة فلا يجوز أن يتمسك بأدلة خيار المجلس لاثبات السلطنة وكك لو نذر أن يعتقه أو يصرف المبيع فى محل خاص فليس له أن يتمسك لرفع الوجوب وجواز الرجوع بأدلة الخيار .

وفيه أن هذا الوجه بظاهره لا يترقب صدوره من المصنف لكونه منافياً لمبناه فانه التزم بكون مورد الخيار هو العقد دون العين

بمعنى أن معنى الخيار هو فسخ العقد لاسترداد العين ابتداءً نعم لازم فسخ العقد هو استرجاع العين كما هو واضح .
 وأما ما ذكره من الأمثلة فاجنبى عن المقام أما ما ذكره من النذر فان مقتضى الاطلاقات هو ثبوت الخيار حتى فيما كان المبيع مندوراً لأن يصرف فى مورد خاص غاية الأمر ان اعمال الخيار وارجاع العين الموجب لانهدام العمل بالنذر فعل محرم فيكون مخالفةً لحكم تكليفى وأما عدم ثبوت الخيار هنا وعدم جواز التمسك بالمطلقات فيه فخال عن الوجه .

وأما ما ذكره من مسألة كون المبيع ممن ينعتق عليه فايضاً لاحتدور فى ثبوت الخيار هنا غاية الأمر لا يرد العبد الى البايح لعدم جواز صيرورة الحر عبداً بل يرد بدله اليه وعلى الجملة فمثل هذه الامثلة لا تكون مانعة عن التمسك باطلاق أدلة خيار المجلس كما هو واضح .

وحاصل الكلام أنه استدل المصنف على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة بوجوه قد عرفتھا مع جوابها وعمدتها وجهان الاول ما اشار اليه بقوله مضافاً الى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان الذى لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغة ، اقول حاصل كلامه أن بعض اخبار خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان كقوله (ع) فى الصحيحة فى جواب السائل ما الشرط فى الحيوان قال : ثلاثة أيام وقال : ما الشرط فى غير الحيوان قال (ع) : البيعان بالخيار ما لم يفترقا وهذه الرواية وان كانت مطلقة وغير مقيدة بكون من له الخيار فى بيع الحيوان هو

صاحب الحيوان فقط كما أن ثبوت خيار المجلس للبيع أيضا مطلق من غير أن يكون مقيداً بثبوته للمالك أو الموكل أو لهما ولكن ورد فى رواية أخرى أيضاً معتبرة أن صاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام حيث ثبت الحكم لخصوص صاحب الحيوان فقط وبحسب القواعد وان لم يكن بينهما تناف وتعاقد ليلزم منه حمل المطلق على المقيد لكون كل منهما مثبتين ولكن نعلم من الخارج علماً جزمياً أن موضوع الحكم فى كلتا الروايتين هو شئ واحد وأن قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام فى مقام التحديد فبمقتضى هذه المقدمة الخارجيه نحمل المطلق على المقيد ونلتزم بثبوته لخصوص المالك وان كانت الرواية المطلقة مع قطع النظر عن الرواية المقيدة تقتض ثبوت خيار الحيوان لمطلق البايع وان كان غير المالك وعلى هذا فاتّحاد السّياق يقتضى أن لا يثبت خيار المجلس أيضا لغير المالك .

وفيه أن اختصاص خيار الحيوان لصاحب الحيوان لا يقتض اختصاص خيار المجلس به والوجه فيه أن البيعان أو المتبايعان وان استعملوا فى خيارى المجلس والحيوان فى معنى واحد و لم يختلف المستعمل فيه فيهما ولم يرد منهما المالك بل عنوان المتبايعان بحيث لو كنا وهاتان العبارتان لقلنا بثبوت كلا الخيارين لعنوان البيع والمتبايع ولكن اختلفت الارادة الجديدة بالنسبة الى خيار المجلس وخيار الحيوان حيث أريد من البيعان والمتبايعان المذكورين فى أدلة خيار المجلس عنوان البيع والمتبايع الشامل للوكيل والموكل معاً وأريد منهما فى خيار الحيوان المالك وصاحب الحيوان من غير تخلف فى الارادة الاستعمالية، والدليل على هذا التقييد هو القرينة

الخارجية حيث علم من الخارج أن قوله (ع) صاحب الحيوان بالخيار وارد مورد التحديد وأن الموضوع في قوله أن البيعان بالخيار في الحيوان الى ثلاثة أيام والشرط فيه هذا هو الموضوع في قوله صاحب الحيوان بالخيار فقهرأ يقيد الحكم بتقيد الموضوع ومن الواضح أنه لا بعد في اختلاف الارادة الجدية بالنسبة الى حكمين الثابتين بعبارة واحدة وباستعمال واحدة أى بان يكون الاستعمال في أحدهما على نسق الاستعمال في الآخر ونظير ذلك ما اذا قال الخمر حرام ونجس ويحرم بيعها وامساكها وجميع التقلب فيها ثم ثبت التقييد في احدهما وقال يجوز بيعها من الكافر فهل فيه محذور عقلا او شرعا أو عرفاً وكذلك في جميع المقامات والسرف في ذلك ما قلنا من جواز اختلاف الارادة الجدية في الحكمين الثابتين على موضوع واحد بحيث يكون في احدهما مطلقاً وفي الآخر مقيداً ويكون الموضوع أيضاً مطلقاً ومقيداً ويتعدد الموضوع بذلك الاختلاف وان كانت الارادة الاستعمالية متحدة في كليهما وذلك لأن التقييد انما يثبت من الخارج وعلى الاجمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه لا يدل على ثبوت خيار المجلس للمالك فان قرينة الاختصاص موجودة في الاول دون الثانى ومن هنا ظهر أن خيار الحيوان مختص بالصاحب الحيوان ولم يثبت للمتابعين مع أن خيار المجلس ثابت لهما وان قلنا بعدم ثبوته للوكيلين في اجراء الصيغة مع اتحاد السياق يقتضى اختصاص خيار المجلس أيضاً بواحد منهما .

على أنه لو كان مقتضى السياق اختصاص خيار المجلس بمن له خيار الحيوان لزم له الالتزام بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل

المفوض أيضاً مع أنه لم يستشكل احد حتى هو قدس سره كما سيأتى .
 وأما الوجه الثانى فحاصله أن خيار المجلس إنما ثبت للمتبايعين
 بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الى نفسه وقد اثبتت
 أدلة الخيار المجلس لمن له هذا الشأن ومن الواضح أن الوكيل فى
 اجراء الصيغة ليس له ذلك ولا يجوز له التصرف فى شئ من العوضين
 من قبل الموكل .

ومن هنا لو شك البايع أن المبيع هل هو ممن بنعتق عليه
 أو يجب صرفه فى نفقة من يجب انفاقه أو يجب عتقه لنذرو نحوه لا
 يجوز أن يتمسك بأدلة الخيار فيحكم بعدم الوجوب لأن الحكم لا يثبت
 الموضوع لنفسه وقد عرفت أنها تثبت الخيار فى فرض تمكن ذى الخيار
 من التصرف فى المال الذى انتقل الى ذى الخيار وهذا المعنى
 موضوع للخيار ومشكوك فيه فلا يمكن اثبات الموضوع بذلك .
 ويرد على ما ذكره أصلاً وفرعاً .

أما الاصل مضافاً الى أن ما ذكره خلاف ظواهر الادلة أنه
 مخالف لمسلكه فإنه ذكر فى مواضع متعددة من كتابه أن الخيار إنما
 يتعلّق بالعقد دون العين الخارجى ولذا لا يدور الخيار وجوداً و
 عدماً مدار بقاء العين وعدمه بل يجوز اعماله لذى الخيار حتى مع تلف
 العين وقد تقدم منه قدس سره فى بعض تنبيهات المعاطات أن
 الجواز الثابت فيها غير الجواز الثابت فى غيرها بالخيار فان متعلّق
 الجواز فى المعاطات هو العين فلكل من المتبايعين رد العين ولذا
 سقط مع التصرف كما قيل ولكن جواز الفسخ فى العقد الخيارى متعلق
 بالعقد ولذا يبقى مع التلف أيضاً . وأيضاً ذكر فى تعريف الخيار أنه

ملك فسخ العقد وقد كرر ذكر ذلك فى خلال كلماته كثيراً فلا وجه لجعل متعلق الخيار هو العوضين .

وأما الفرع الذى رتبته على الاصل المذكور فقد ظهر جوابه فما ذكرناه فان متعلق الخيار هو العقد فهو لا يرتبط بحكم آخر ثابت للعين المبيعة ولا مساس لأحدهما بالآخر أصلاً فله اى لذى الخيار أن يفسخ العقد فى الموارد المذكورة وبعده يتبع فى كل مورد حكمه على ما تقتضيه القواعد الشرعية فان كان فيه ما يرفع التكاليف المشكوك فيها والا فلا بد من الامثال .

مثلاً لو اشترى عبداً وشك فى قرابته وأنه هل ممن ينعتق على البايع أم لا فيجوز أن يتمسك بأصالة عدم النسبة بينه وبين العبد ويرده الى مالكه الاول بعد فسخ العقد وان علم بكونه ممن ينعتق عليه فحينئذ ينعتق بمجرد البيع وبما عرفت أن الفسخ لا يتوقف على بقاء العين ولما عرفت ان الخيار متعلق بالعين فيجوز له الفسخ ويعطى بدل العبد على مالكه وأما اذا كان المبيع ممن يجب عتقه لنذر فاذا لم يعتقه فعل حراماً فهو لا يزاحم ولا يعارض بأدلة الخيار لعدم تعلقه بالعين حتى يصح التمانع بينهما وهكذا اذا كان المبيع ممّا يجب صرفه فى نفقة من يجب انفاقه عليه فان فى شئ من المذكورات لا يلزم ما ذكره المصنف فجواز التصرف فى المبيع ليس موضوعاً لأدلة الخيار أصلاً ولا له مساس بأصل الخيار بوجه نعم لو كان الخيار متعلقاً بالعين لكان لهذا البحث مجال واسع .

وقد ذكر شيخنا الاستاد هنا وجهاً آخر وجعله محتمل كلام المصنف وحاصله أن موضوع خيار المجلس هو الذى يكون مالكا لل التزام

نفسه بحيث له أن يبقيه وله أن يرفعه بالاقالة اذا رضى الطرف الآخر بذلك وبعد الفراغ عن سلطنة كل من المتبايعين على ذلك يثبت له الخيار وجواز الفسخ فجواز الفسخ لهما متوقف على امكان الاقالة لهما وحيث ان الوكيل فى اجراء الصيغة ليس له ذلك فانه لايقدر على حل العقد بالاقالة فلايثبت جواز الفسخ بخيار المجلس أيضاً .
وفيه أولاً النقض بالنكاح حيث أن الخيار لاجل العيوب المعلومه ثابت فيه ولكن لا تجوز الاقالة للزوجين فلاوجه لجعل ثبوت الخيار متوقفا على جواز الاقالة .

وثانيا بالحل بان يقال ان كان نظره الى توقف الفسخ بالاقالة حقيقة وأنه لا يؤثر الفسخ فى مورد لا اقالة فيه ففيه أن العقد شئ واحد وأنما حصل بالالتزمين من الطرفين نظير الحبلين المشدود احدهما بالأخر فانه صار حبلأً واحداً وهذا الشئ الواحد وان كان فى حصوله متوقفاً على التزامين من شخصين ولكن فى مقام الانحلال ينحل بانحلال من الطرفين كما فى الاقالة ومن طرف واحد كما فى الفسخ وقد عرفت سابقاً ان امضاء احدهما العقد لا يستلزم الامضاء و الالتزام من الطرف الآخر ولكن الفسخ من طرف يستلزم الفسخ من الطرفين لانه لا يبقى مجالاً للوفاء والوجه فيه أن الفسخ هو الحل و يعبر فى لغة الفارس بكلمه (وا كردن و باز نمودن) وهذا المعنى شئ واحد ومعنى بسيط لا يعقل أن يحصل من طرف ولم يحصل من طرف آخر بل اذا تحقق الحل تحقق من الطرفين .

وبالجملة العقد هو الالتزام من الطرفين نظير البيعة وضم احدى اليدين بالآخرى وهذا لا يتحقق حصولا الا من الطرفين و

لكن انحلاله لا يتوقف عليهما بل يحصل بحل واحد وقد يكون ذلك هو الاقالة اى المراضات بالحل من الطرفين وقد يكون بالفسخ و لا يعقل تحقق من طرف وتوقفه على أن يتحقق من الآخر و ليس الفسخ فى طول الاقالة و لا متوقفاً عليها و لا أن بينهما تلازم بل قد يتحقق أحدها بدون الآخر و قد يجتمعان فى النكاح يتحقق الفسخ دون الاقالة و بعد سقوط جميع الخيارات فى العقود اللازمة يتحقق الاقالة دون الفسخ و فى البيوع الخيارية يمكن الفسخ بكل من الاقالة و الفسخ .

فلا معنى لهذا الوجه أيضاً و ان كان نظره الانصراف و ان ادلة الخيار منصرفه الى هذا القسم فلا تثبت الخيار لغير ذلك فله وجه و لكن عرفت جوابه من أنه لا منشأ للانصراف أيضاً .
و ذكر بعض مشايخنا المحققين من أن الوكيل فى اجراء الصيغة فقط نادر فى باب المعاملات جداً لأنه لا يكون الا فى غير العربى مع لحاظ صدور البيع عن صيغة لا عن التعاطى لترتيب آثار البيع بالصيغة و على هذا ينصرف دليل الخيار الى غير الوكيل فى اجراء الصيغة لكون ذلك للغير غالباً من حيث الوجود .

وفيه أولاً أن غلبه الوجود لا توجب الانصراف و قد اعترف هو بذلك مراراً عديدة فى كلماته السابقة و ثانياً أن الوكيل فى اجراء الصيغة و ان كان قليلاً بالنسبة الى غيره و لكنه كثير فى نفسه كما هو المتعارف فى النكاح فان المتعارف فيه كون العاقد غير الزوجين و فى البيع أن التوكيل فى اجراء الصيغة خصوصاً فى البيوع الخطيرة كثير جداً .

فتحصل أن عمدة الوجه لعدم ثبوت الخيار للوكيل فى اجراء الصيغة هو ما ذكره المصنف قدس سره من كونه موقوفاً على جواز تصرف كل من المتبايعين فيما انتقل اليه وما ذكره شيخنا الاستاذ من توقف الفسخ على الاقالة وقد عرفت أن ما افاده المصنف لادليل عليه فى نفسه وأنه مخالف لمذهبه وما أفاده الاستاذ مضافاً الى عدم الدليل عليه وبطلانه فى نفسه والجواب الحلى عنه أنه منقوض بباب النكاح فانه ثبت الخيار فيه ولم يتوقف على الاقالة لعدم جريانها فى النكاح .

ثم انّ لشيخنا الاستاذ وجه آخر فى المقام و حاصله أن ادلة الخيار انما اثبتت سلطنة على الفسخ لمن هو مأور بالوفاء بالعقد ومن الواضح أن الوكيل فى اجراء الصيغة لم يشمل دليلاً الوفاء بالعقد وبعبارة أخرى أن أدلة الخيار انما هى مخصصة لقوله تعالى أوفوا بالعقود وحيث أن الآية لم تشمل الوكيل فى اجراء الصيغة ولم يكن هو مأوراً بالوفاء بالعقد فيكون دليل التخصيص أيضاً غير شامل له .

وفيه أن هذا الوجه لا بأس به بناءً على ما ذكره المصنف قدس سره فى معنى الوفاء حيث جعل الأمر ظاهراً فى الوجوب التكليفى الذى يدلّ على اللزوم بالدلالة الالتزامية فان لقائل أن يقول أن وجوب الوفاء انما هو حكم ثابت على ذمة الملاك أو من يقوم مقامهم و أما الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة فليس مأوراً بذلك فانه من الاول لم يجز له التصرف فى المبيع ولا فى الثمن وكك فى حال العقد وبعده فلا معنى لان يقال يحرم عليك التصرف فى العوضين ليكون هذا الحكم شاملاً لما بعد الفسخ أيضاً حتى يتمسك به لاثبات اللزوم .

وأما بناءً على ما ذكرناه من دلالة الآية على اللزوم بالمطابقة وكونها إرشاداً الى لزوم العقود من غير أن تدلّ على حكم التكليفى فلا مانع من شمولها على الوكيل فى اجراء الصيغة أيضاً فانه ليس له فسخ العقد بعد ايجاده كما لا يخفى لما عرفت أن الآية ناظرة الى أن كل من اوجد عقداً يجب عليه الوفاء به ومن جملة الموجدين للعقد هو الوكيل فى اجراء الصيغة كما هو واضح فهذا الوجه أيضاً لا يتم والتحقيق أن يقال انّ الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة وان صدق عليه البايع ولكن ما دلّ على ثبوت خيار المجلس انّما هو ناظر الى ثبوته للبيع الذى كان أو البيع بيده وهو المالك أو من يقوم مقامه وذلك لأن أحل الله البيع انّما هو ناظر الى امضاء البيع فيكون دالاً على حلية البيع الصحيح وهو بيع المالك الموكّل ومن الواضح ان البيع من غير المالك أو من يقوم مقامه غير صحيح من حيث انتسابه الى المالك لان حيث صدوره من العاقد والوكيل فى اجراء الصيغة ليس مالكاً ولا قائماً مقامه فيكون خارجاً عن تحت الآية لانه لم تمض البيع من حيث جهة الصدور أيضاً وهذا لا ينافى صدق البايع على الوكيل فى اجراء الصيغة، وعليه فادلة خيار المجلس انّما تثبت الخيار للبيع فى البيع الصحيح فلا تكون شاملة للوكيل فى اجراء الصيغة .

وثانياً أن الوجوه المذكورة حتى الوجه الذى ذكرناه وان لم تتم فى نفسها ولا تكون دالة على عدم ثبوت الخيار للوكيل فى اجراء الصيغة ولكنها توجب عدم تمامية مقدمات التمسك باطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار .

وتوضيح ذلك أن دليل خيار المجلس من قوله (ع) المتبايعان

بالخيار وقوله البيعان بالخيار انما يدلّ على ثبوت الخيار لمطلق البيع بالاطلاق دون العموم فان ما يدل على السريان هنا هو المحلى باللام ومن الواضح أن دلالة على السريان ليس بالوضع بل بمقدّمات الحكمة فالوجوه المذكورة توجب الشك فى التمسك بالوضع بل وتمايمية مقدماته وعلى الاجمال لانظمن بشمول أدلة خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة فلا أقل من الشك على أنه لو كان مجرد اجراء الصيغة موجبة لثبوت الخيار للمجرى لها فكان ثابتاً للفضولى أيضاً بل أولى مع أنه لم يقل به احد فتحصل أنه لا يكون للوكيل فى اجراء الصيغة خيار المجلس .

وأما الوكيل المفوض فلا شبهة فى ثبوت الخيار له لكونه بيعاً حقيقة وان امر البيع بيده نظير الاولياء للاطفال والمجانين وغيرهما كما لا يخفى وهذا كعامل القراض ونحوه .

وأما الوكيل المفوض فى الشراء فقط أو فى البيع فقط من غير أن يكون وكيلاً مفوضاً فى مطلق التصرف ولا أن تكون وكالته منحصرة فى اجراء العقد فقط بل واسطة بين الشقين فذكر المصنف (ره) أن خيار المجلس لا يثبت لهذا القسم من الوكيل أيضاً لانا ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار هو كون ذى الخيار متمكناً من التصرف فيما انتقل اليه قبل ثبوت حق الفسخ له ومن الواضح أن الوكيل فى أمر البيع فقط أو أمر الشراء فقط ليس متمكناً من التصرف فيما انتقل الى البايع المالك أو المشتري المالك لتمايمية أمد وكالته بعد البيع والشراء فيكون خارجاً عن موضوع خيار المجلس وتبعه شيخنا الاستاذ على الوجه الذى تقدّم

بيانه فى القسم الاول من الوكالة ولكن عرفت عدم تماميتهما بوجه .
وأما بقية الوجوه لاتجرى هنا حتى ما ذكرناه من الوجهين
لكونه أى هذا القسم من الوكيل بيّعا حقيقة فلاوجه لدعوى الانصراف
أو غيره من الوجوه .

والظاهر هو ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل لأن أمد وكالته و
أن كان يتم بتمامية البيع أو الشراء ولكن ثبوت الخيار للمتبايعين
لا يدور مدار عنوان الوكالة بقاءً بل المناط فى تحقق الخيار هو صدق
البيع ومن الواضح أن الوكيل المفوض فى البيع أو الشراء بيع وان خلص
أمد وكالته بعد البيع أو الشراء فنتمسك باطلاق البيعان بالخيار فنحكم
بثبوت الخيار له وان منعه المالك عن الفسخ فكونه وكيلاً مفوضاً عند
البيع أو الشراء وصدق عنوان البيع عليه فى تلك الحالة واسطة لثبوت
الخيار له حتى بعد تمامية وكالته .

وأما الفضولين فلاشبهة فى ثبوت خيار المجلس له لما عرفت
أنه إنما ثبت لمن كان البيع مستنداً اليه وكان أمر البيع بيده وأنه
من لوازم البيع الصحيح وقلنا أن بيع غير المالك ليس بصحيح فان
المضى بقوله تعالى أحل الله البيع هو جهة انتساب البيع الى
المالك لا من حيث صدوره من العاقد ومن البديهي أن الفضولى
أجنبى عن هذه المزاي وان صدق عليه عنوان البيع بل هو مجرد
ألة فى انشاء البيع كالوكيل فى اجراء الصيغة وأنه كلسان الموكل
والاصيل فلاوجه لثبوت الخيار للفضولين أيضاً .

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل وعدم ثبوته له وقلنا
أنه لا يثبت للوكيل فى اجراء العقد فقط لاحد الامرين المتقدمين .

وأما الوكيل المفوض فلا شبهة فى ثبوت الخيار له فانه لا شبهة فى صدق البيع عليه وأن أمر البيع بيده ولا يجرى فيه شئ من الوجوه المانعة عن ثبوت خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة غير ما ذكره المصنف (ره) من أن مقتضى اقتران خيار المجلس فى بعض الروايات بخيار الحيوان يقتضى عدم ثبوت خيار المجلس لغير المالك كما هو الشأن فى خيار الحيوان فاتحاد السياق يقتضى أن يثبت خيار المجلس لمن ثبت له خيار الحيوان دون غيره وان كان وكيلاً مفوضاً ولا يكون له خيار المجلس بما أنه بايع وأما ثبوته له بما انه وكيل مفوض من قبل المالك وأن جميع أموره فى يده حتى أمر المعاملات من الفسخ و الامضاء فان ذلك من جهة كونه وكيلاً مفوضاً لا من جهة كونه بايعاً .

و على الجملة فلازم كلام المصنف من تخصيص موضوع خيار المجلس بمن له خيار الحيوان هو عدم ثبوته للوكيل المفوض أيضاً بما من المتبايعين ومن البيع لابما هو وكيل من قبل البايع و يفسخ البيع أو يميضه بأمر الموكل وتوكيله كما هو واضح .

بعبارة اخرى هذا نقض على المصنف حيث التزم بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى اجراء الصيغة من جهة اختصاصه بمن له خيار الحيوان ومع ذلك التزم بثبوته للوكيل المفوض مع أنه لم يثبت له خيار الحيوان .

ولكن قد عرفت أن مجرد ذكر خيار الحيوان فيما ذكر فيه خيار المجلس لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات و على الاجمال فلا شبهة فى ثبوت هذا الخيار للوكيل المفوض بل هو كالمولى فان معنى الوكالة كما ذكرها تفويض الامر الى الوكيل وجعله مسلطاً على ما وكل لأجله

نظير السلطنة المجعولة للاولياء غايته أن سلطنة الاولياء من قبل الله تعالى وسلطنة الوكلاء من قبل الموكلين وليس الأمر كذلك فى الوكيل فى اجراء الصيغة .

وأما الوكيل فى أمر البيع أو الشراء فقط بحيث يكون وكيلاً مفوضاً فى جهة خاصة فقط وينتهى أمد وكالته بعد البيع فهو واسطة بين الوكيلين المتقدمين وهو من جهة يشبهه الوكيل فى اجراء الصيغة ومن جهة يشبهه الوكيل المفوض أما من حيث انه شبيه بالوكيل المفوض من جهة كونه مستقلاً فى أمر البيع أو الشراء ومن حيث أنه شبيه بالوكيل فى اجراء الصيغة هو تمامية أمد الخيار بتمامية العقد كما أن الوكيل فى اجراء العقد كك وأما الوجوه التى ذكرها فى عدم جريان الخيار للوكيل فى اجراء الصيغة فبعضها لا يجرى فى المقام كدعوى انصراف البيع أو المتبايع عن هذا القسم من الوكيل فانه بيع حقيقة وأما ما ذكروا من أن جعل الخيار اى خيار المجلس ارفاق للمالك فلا يجرى فى حق الوكيل فهو جار فى المقام ولكن قد عرفت عدم تماميته وهذا لا يجرى فى المفوض بالمعنى الأول فانه لا بد وان يلاحظ مصلحة المالك وكك يجرى فى المقام ما ذكره المصنف من أن هذا الخيار ائماً جعل لمن يكون قادراً على الرد والوكيل المجرى للصيغة وكك الوكيل فى البيع والشراء ليس قادراً على رد العين و كك ما ذكره شيخنا الاستاذ من خيار المجلس مجعول لمن يكون قادراً على الاقالة فان من الواضح أن هذا الوكيل أيضاً كالقسم الأول من الوكيل لا يقدر على الاقالة اذا رضى بها الطرف الاخر .

ولكن قد عرفت أن هذا الوجه أيضاً لم يتم فى القسم الأول

فكيف فى المقام وقد عرفت أن الوجه فى عدم ثبوت هذا الخيار للموكل فى اجراء الصيغة فقط هو أحد الامرين المذكورين وهما ايضاً لا يجريان فى المقام واذن فلانما منع من ثبوت خيار المجلس هنا لاطلاق قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا لأنه لا شبهة فى صدق البيع عليه حدوثاً فيكون ذلك موضوعاً لثبوت الخيار له حدوثاً وبقاؤه وان منعه المالك عن اعمال الخيار كما ذكره صاحب الحقائق اذ لم يقيد اطلاق الرواية بكون البيع هو المالك أو باقيا على وكالته لو كان هو غير المالك .

و على الجملة فكونه وكيلاً عند البيع أو الشراء فى أمرهما يوجب صدق البيع عليهما واذا صدق عليهما البيع فى أن حدوث البيع يثبت الخيار مطلقاً سواء زالت الوكالة بعد ذلك التى كانت واسطة لثبوت الخيار له أم بقيت على حالها . وعلى هذا فليس للمصنف نفى الخيار عن مثل هذا الوكيل أيضاً .

و أما ثبوته للموكل فذكر المصنف و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال والظاهر أن القول بثبوت خيار المجلس للموكل وعدمه لا يتوقف على القول بثبوته للموكل أصلاً فلانعرف وجهاً صحيحاً لتعليق المصنف وقوع النزاع فى ثبوت خيار المجلس للموكل أو عدمه بثبوته للموكل وعدمه بل كل منهما أمر مستقل و بحث خاص لا يرتبط بالآخر وقد يتوهم أن لأدلة الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعان أو للبيع منصرفة الى المالك العاقد فاذا انتفى أحد الجزئين ينتفى موضوع الخيار ، وأيضاً قيل ان الموكل لو حلف على أن لا يبيع داره مثلاً فباعها وكيلها لم يحنث فلو كان يصدق عليه عنوان البائع لحصل الحنث .

وفيه أما دعوى الانصراف فلاوجه له لما ذكرنا أن البائع يصدق على الوكيل في اجراء العقد فكيف لا يصدق بالموكل فلو كان الموكل حاضراً في مجلس العقد ووكل أحداً في اجراء العقد لبيع داره كما هو المتعارف في النكاح وفي المعاملات الخطيرة حقيقة يصدق أن الموكل باع داره فلاعناية فيه أصلاً ومن هنا ظهر ما عن بعض مشائخنا المحققين من استناد الانصراف الى غلبة الوجود .

وأما مسألة عدم الحنث اذا حلف الموكل أن لا يبيع داره فباع وكيله فان كان قصد الموكل حين الحلف أن لا يبيع مباشرة فلاشبهة في عدم حصول الحنث ببيع الوكيل قطعاً وان كان غرضه من ذلك أن لا يبيع على وجه الاطلاق أعم من بيع نفسه وبيع وكيله بان لا يستند اليه البيع أصلاً فلاشبهة حينئذ في حصول الحنث بكل واحد من بيع وكيله وبيع نفسه لاستناد البيع الى الموكل حقيقة و ان كان المباشر له هو الوكيل نعم لو حلف مطلقاً على أن لا يبيع داره مثلاً وكان غافلاً عن توكيل شخص آخر في بيع داره أو ناسياً فلا يحنث ببيع الوكيل في تلك الحالة وان كان صدور البيع في حضوره أيضاً لأن ظهور الحلف على عدم البيع في العمل الاختياري ففي هنا غير اختياري لعدم التفاته بكون الوكيل في البيع وكياً عنه لغفلته عن ذلك فعدم الحنث من هذه الجهة والا فصدق عليه البائع حقيقة وان كان غافلاً عن وقوع البيع .

ثم انه لا بدّ وأن يتكلّم في ثبوت هذا الخيار وعدمه لاصناف الموكل في مقابل أصناف الوكلاء على الترتيب الذي ذكرناه في ثبوته وعدمه لكل واحد من الوكلاء فنقول ان كان الموكل وكل احداً في

اجراء الصيغة فهل يثبت له الخيار أم لا فنقول تارة يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد وأخرى لا يكونان حاضرين فى مجلس العقد و على الثانى قد يكونان حاضرين فى مجلس واحد حين تحقق العقد بين الوكيلين فى مجلس آخر وقد يكونان متفرقين .

أما الأول فلاشبهة فى ثبوت الخيار للموكلين لاستناد البيع اليهما حقيقة وان الوكيلان المجريان للعقد ليسا الا كآلة المحضة و كونهما كاللسانين للموكلين ودعوى انصراف أدلة الخيار عن المالك غير العاقد ولذا لا ينحط لو حلف على عدم البيع ببيع الوكيل قد تقدم جوابهما .

وأما اذا كان الموكلان مجتمعين فى محل آخر غير مجلس العقد بان جمعتهما هيئة اجتماعية فى محل واحد وكان بين الوكيلين و بينهما واصل الصوت بحيث علما بوقوع العقد فيصدق عليهما عنوان البيع ولا يعتبر حضورهما فى مجلس العقد كما يظهر من شيخنا الاستاذ وأما الثالث بان لا تجمعهما هيئة اجتماعية أصلاً بل كانا متفرقين حال العقد فلاشبهة حينئذ فى عدم ثبوت الخيار للوكيل ولا للموكل أما عدم ثبوته للوكيل فقد تقدم لكونه وكيلاً فى اجراء الصيغة فقط و ليس أمر البيع بيده وقد قلنا ان الخيار انما يثبت لمن كان أمر البيع فى يده والوكيل فى اجراء الصيغة ليس كك .

وأما عدم ثبوته للموكل فلان الخيار انما يثبت للبيعان فى حالة اجتماعهما الى أن يتفرقا ومن الواضح انهما متفرقان من الاول فلا يكون ثابتاً لهما .

كان الكلام فى ثبوت الخيار للموكل وقد عرفت أن الوكيل على ثلاثة أقسام الاول أن يكون وكيلًا فى اجراء الصيغة فقط و حينئذ يكون أمر البيع بتمام المعنى فى يد الموكل و حينئذ قد يكون الموكلين أو أحدهما حاضراً فى مجلس العقد وأخرى لا يكونان حاضرين فى مجلس العقد وعلى الثانى فتارة تجمعان هيئة اجتماعية فى مجلس آخر غير مجلس العقد وأخرى لا يجتمعان فى محل واحد بل كانا متفرقين فى الخارج .

أما الاول فلا شبهة فى ثبوت الخيار للموكلين الحاضرين فى مجلس العقد لاستناد البيع اليهما حقيقة و توهم انصراف البيع عنهما الى المالك العاقد فاسد كما عرفت ، كما أن توهم استناد الانصراف الى ندرة الوجود فاسد هنا أيضاً وان قلنا بصحته فى الوكيل فى اجراء الصيغة لان هذا القسم من الموكل كثير جداً ولا فرق فى ذلك بين كونها ملتفتين بصدور العقد وعدم التفاتهما اليه .

وأما الثانى فهو أن يكون الوكيلان مجتمعين فى مجلس آخر غير مجلس العقد و وصل اليهما أن الوكيلين من قبلكما على اجراء العقد قد أوجداً العقد فانه ح يثبت لهما الخيار بلا شبهة فانهما حقيقة متبايعان و يصدق عليهما عنوان البيع أو المتبايع و التاجر الواردة فى الاخبار التى جعلت بهذه العناوين موضوعة لخيار المجلس و دعوى أن ثبوت الخيار لهما مشروط بحضورهما فى مجلس العقد كما عن ظاهر شيخنا الاستاذ لا وجه له فانّ الاطلاقات محكمة عليه .

وأما الثالث فهو أن يكونا خارجين عن مجلس العقد و كانا متفرقين فى الخارج فالظاهر أنه لا خيار لهما ح وذلك فان خيار

المجلس أنّما هو مغنياً بغاية و هى الافتراق و من الواضح أنّ تلك الغاية حاصلة هنا من الأوّل فكيف يثبت لهما الخيار و هذا لا ينأى فى صدق البايع عليهما و استناد البيع اليهما فان مجرد صدق البايع لا يصحّ ثبوت الخيار عليه بل لا بدّ مع ذلك من اجتماعهما فى مجلس واحد .

و بعبارة اخرى الافتراق رافع لخيار المجلس حين التحقق فلا يعقل ثبوت الحكم مع وجود الرفع من الأوّل و الا يلزم التنافى و لا يثبت للوكيل أيضاً كما عرفت لكونه وكيلاً فى اجراء العقد فقط و على هذا فهل لهما أن يوكلوا الوكيلين فى اجراء العقد على هذا الخيار بان فوضاً أمره الى الوكيلين ليثبت لهما الخيار عن قبل الموكلين أم لا الظاهر لافانه لم يثبت لهما فكيف يوكلان الغير على ذلك و ان فاقد الشئ لا يكون معطياً له .

و أما الوكيل المفوض من جميع الجهات فهل يثبت معه الخيار للموكل أم لا فهو أيضاً على ثلاثة أقسام : الأوّل أن يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد فهذا لا شبهة أيضاً فى ثبوت الخيار لهما كما ثبت للوكيلين حينئذ فانه يصدق عليهما البيع حقيقة كما تقدم فى القسم الاول و توهم الانصراف هنا قد تقدم جوابه كما تقدم الجواب أيضاً عن انه لو حلف على عدم البيع فباع الوكيل لم ينحس .

و أما القسم الثانى فهو أن يكون الموكلان فى خارج مجلس العقد و لكن تجمعهما الهيئة الاجتماعية فى محل واحد و معامل الوكيلان المفوضان فى محل و اخبر الموكلين بصدور العقد فانه ح حقيقة يصدق عليهما عنوان البيع و المتبايع و التاجر التى هى موضوع

خيار المجلس ولاوجه لاعتبار حضورهما في مجلس العقد كما عرفت في القسم الاول أما القسم الثالث فهو أن يكون الموكلان خارجين عن مجلس العقد ولم يجتمعا في محل واحد ولم تجمععهما هيئة اجتماعية في مكان واحد وحينئذ لا يثبت لهما الخيار كما تقدم لتحقيق البيع حال التفرق وهذا نظير ما كتب كتابا الى أحد وأنشأ فيه بيع داره مثلاً ووصل الكتاب الى المشتري بعد مدة وقلنا بعدم اعتبار المولات بين الايجاب والقبول وقبل المشتري البيع فانه لا يثبت الخيار في أمثال ذلك فان البيع قد تحقق في حال التفرق فلا يكون لهما الخيار .

قوله : ثم على المختار من ثبوته للموكليين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد .

أقول بناءً على ثبوت الخيار للموكل أيضا فاذا كانا الموكليين موجودين في مجلس العقد مع الوكيلين المفوضين فهل المناط في سقوط خيارهما تفرقهما عن مجلس العقد بان يكون ثبوت خيار المجلس دائراً مدار اجتماعهما في مجلس العقد وتفرقهما عنه واذا تفرقا عنه يسقط الخيار عنهما وعن وكيلهما والوجه في جعل الميزان في الثبوت الخيار وعدمه هو تفرق الموكليين وعدمه من جهة انهما اصليين في المعاملة وحقيقة هما بايعان فيكون المناط هو الاصلان .

ويحتمل أن يكون المناط هو تفرق الوكيلين لانهما أو جداً المعاملة وهما المناطان في ثبوت خيار المجلس وعدمه لانهما أو جداً البيع ولوعن وكالة .

ويحتمل أن يكون المناط هو تفرق الكل فيكفي في بقاء الخيار

بقاء احد الاصيلين مع أحد الوكيلين فى مجلس العقد فى بقاء خيار المجلس وهذا الوجه الأخير قد قواه المصنف .

وأشكل عليه شيخنا الاستاد بأن كفاية بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين فى المجلس حيث قال آنفاً فالاقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما فى مجلس العقد متنافيان لانه لولم يعتبر استدامة الحضور ممن له الخيار لم يعتبر فى الابتداء أيضاً لأن استفادة الاجتماع فى المجلس إنما هو من قوله عليه السلام ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرق الموكل ببقاء وكيله فى المجلس صدق اجتماعه أيضاً ابتداءً، وان لم يكن نفس الموكل حاضراً فى المجلس رأساً .

وفيه أن هذا من غرائب الكلام شيخنا الاستاذ فان اعتبار المصنف حضور الموكلين فى مجلس العقد فى ثبوت الخيار لهما من جهة عدم تحقق موضوع الخيار بدونه فأنه إنما ثبت على الهيئة الاجتماعية ومع انتفاءها ينتفى الخيار وليس غرضه نفى الخيار عن الاصيل مع الوكيل بل من هذا جهة اعم .

وأما الالتزام بثبوت الخيار لكل واحد من الوكيل والموكل مع بقائهما فى مجلس العقد وان ذهب أحد الوكيلين مع الموكل الآخر بل يكفى وجود الاصيل مع الوكيل الآخر فى ثبوت الخيار حدوثاً أيضاً فلا ينافى هذا بالكلام السابق أصلاً فان ما هو موضوع الخيار متحقق هنا أيضاً أعنى الهيئة الاجتماعية غاية الامر هو الاجتماع بين الوكيل والموكل الآخر .

وبعبارة أخرى أن المصنف اعتبر الاجتماع فى ثبوت خيار

المجلس ابتداءً واستدامة غاية الأمر أن الاجتماع اعم من اجتماع الوكيلين والموكلين واحد الوكيلين مع أحد الموكلين حدوثاً وبقاءً .
وما ذكره المصنف من جعل المناط فى سقوط الخيار هو تفرق الكل بحيث يكفى فى ثبوت الخيار وبقائه بقاء الاصيل مع وكيل آخر فهو الاقوى وذلك لأن ظاهر قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان أو التاجر بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوت الخيار لطبيعى البيع والمتبايع وجنسهما من غير اعتبار التقييد فى ذلك بان يكون المراد اجتماع الوكيلين معاً أو الموكلين كك وعليه فيكفى فى ثبوت الخيار وجود الاصيل مع الوكيل الآخر حدوثاً وبقاءً لصدق الطبيعة عليهما بلا شبهة .

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل وقلنا بعدم ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغة وبثبوته للوكيل المفوض فى البيع فقط خلافاً للمصنف ولشيخنا الاستاذ لاعتبارهما فى ثبوت الخيار قدرة ذى الخيار مشروط بالتصرف فيما انتقل اليه على مسلك المصنف وبقدرته على حل العقد بالاقالة على مسلك شيخنا الاستاذ والوكيل المفوض فى امر البيع ليس له ذلك وقد تقدم جوابهما وقلنا ان المناط فى ثبوت الخيار صدق البيع وهو حاصل وان تم أمد الوكالة كما تقدم خلافاً لصورة السابقة وأما الوكيل المفوض فثبوت الخيار له اوضح من أن يخفى وان كان فيه شئ بناءً على ما ذكره المصنف من تقييد ثبوت خيار المجلس بمن يثبت له خيار الحيوان .

ثم انتقلنا من ذلك الى ثبوت الخيار للموكل وقلنا لاشبهة فى ثبوته للموكل الحاضر فى مجلس العقد مع كون الوكيل وكيلاً فى

اجراء العقد وكذا لاشبهة فى ثبوته للموكلين اذا اجتمعا فى مجلس غير مجلس العقد فانه لم يعتبر فى ثبوته حضورهما فى مجلس العقد كما اعتبره شيخنا الاستاذ نعم اذا كانا متفرقين فى الخارج فلا يثبت لهما الخيار لانّ البيع استند اليهما فى حال التفرق ولا يثبت للوكيل أيضاً لأن المفروض أنه وكيل فى اجراء الصيغة فقط .

وأما ثبوت الخيار للموكلين مع كون الوكيل مفوضاً سواء كان وكيلاً مفوضاً فى البيع والشراء أو وكيلاً مفوضاً على وجه الاطلاق ، و نفرض الكلام فى الوكيل المفوض على وجه الاطلاق و يظهر حكم الوكيل المفوض فى خصوص البيع والشراء من ذلك أيضاً .

فنقول لاشبهة فى ثبوته للموكلين حينئذ مع حضورهما فى مجلس العقد فانه لاشبهة فى صدق التاجر أو المتبايعين أو البيعين على كل منهما ومن الواضح أن خيار المجلس ثابت لهما بالأدلة الخاصة . وتوهم انصرافها عن ذلك الى المالك المجرى للعقد فاسد كما تقدم وكك تقدم جواب الاشكال بأنه لو حلف أن لا يبيع داره فباع وكيله لم يحنث فيعلم من ذلك أنه لا يثبت له الخيار لعدم صدق البائع عليه .

وكذلك لاشبهة فى ثبوته لهما اذا اجتمعا فى مجلس آخر غير مجلس العقد بأن جمعتهما الهيئة الاجتماعية فانهما أيضاً من المتبايعين فيثبت لهما الخيار فلو اخبرهما أحد أن الوكيلين من قبلكما قد اجرا العقد على السلعة الفلانية وعلما بثبوت الخيار لهما فلمهما الامضاء والفسخ .

ولا وجه أيضاً لاعتبار الحضور فى مجلس العقد كما يظهر من

شيخنا الاستاذ وأما لو كانا متفرقين فلا يثبت لهما الخيار كما تقدم تفصيله في القسم الاول ولا يفرق في ذلك كله بين كون الوكيلان من قبلهما مفوضين في البيع والشراء فقط أو على وجه الاطلاق أو مختلفين .

وقد بقي الكلام في امرين الاول أنه اذا اجتمع الموكلان و الوكيلان في مجلس العقد فانه لاشبهة في ثبوت الخيار لهما كما عرفت وإنما الكلام في انه اذا عمل كل منهما الخيار من الفسخ أو الامضاء فهل يوجب ذلك لزوم البيع أو انفساخه من قبل الجميع سواء في ذلك الموكلان والوكيلان أم لا .

أما الفسخ فانه اذا تحقق من أى من الوكيلان أو الموكلين من طرف البايع أو من طرف المشتري فانه يوجب هدم البيع و انفساخه بلاشبهة والوجه فيه هو ما ذكرناه في تعريف الخيار من أنه ملك فسخ العقد أو اقراره وقلنا هناك انه فرق بين الفسخ و الاقرار فان الامضاء والالتزام اذا تحقق من طرف واحد سواء كان من طرف المشتري أو من طرف البايع لا يستلزم الامضاء من طرف الآخر فانه معنى قائم بالطرفين فيمكن الاقرار والاثبات من احد الطرفين بان يلزم أن يفسخ العقد ولا يرفع اليد من التزامه ولكن يكون جائزاً من الطرف الآخر بأن يكون مختاراً في الفسخ أو الامضاء .

وهذا بخلاف الفسخ فانه لا يعقل أن يتحقق فسخ العقد من طرف وبقائه من طرف آخر بل بمجرد تحققه من أحد الطرفين ينفسخ العقد من أصله وهذا لخصوصية في الفسخ فانه ليس الا عبارة عن حلّ العقد وهدمه فلامعنى لان ينحلّ العقد من أحد الطرفين و يبقى من الطرف الآخر كما هو واضح .

وعليه فاذا فسخ أحدهم من الوكيلين أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فينحل البيع من الطرفين وينفسخ من أصله فلا يبقى موقوفاً من الطرف الآخر على الفسخ أيضاً كما كان لزوم العقد من الطرفين موقوفاً على امضاء كلا الطرفين كما هو واضح .

وأما الامضاء واسقاط الخيار فهل يوجب الالتزام من احد الطرفين الالتزام من الطرف الآخر أيضاً كما ذكره المصنف والتزم به أم لا بل يبقى الطرف الآخر باقياً على خياره .

وتنقيح ذلك يحتاج الى تحقيق معنى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا من أن المراد من البيع هو الطبيعة أو أريد منها القضية الحقيقية .

وقد يقال ان المراد من قوله المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو جنس المتبايع والبيع أى الطبيعة الكلية بحيث اثبت الامام عليه السلام الخيار لهذه الطبيعة إنما سرت وقد تكون قائمة بفرد واحد وقد تكون قائمة بافراد عدة . ولكن الثابت هو الخيار الواحد فقط القائم بالطبيعة ولا يتعدد بتعدد الافراد فكلمن سبق من افراد هذه الطبيعة الى اعماله نفذ وسقط خيار الباقيين بلزوم العقد كما كان الامر كك فى الانفساخ أيضاً غاية الامر اتيان البيع أو المتبايع بكلمة التثنية فى قوله (ع) المتبايعان بالخيار أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا قرينة على أن الثابت للمتبايعين هو خياران أحدهما لطرف البائع والثانى لطرف المشتري واطلاق البيعين على البائع والمشتري أو من جهة التغليب كاطلاق الشمسيين على القمر والشمس من باب المشاكلة والمشابهة أو من جهة صحة اطلاق البائع

على المشتري حقيقة فانه بمعنى ترك شئ وأخذ شئ آخر بدله كما
فى القاموس والراغب وأما أن الثابت لكل طرف أيضاً متعدّد حسب
تعدّد اشخاص هذا الطرف وذلك الطرف فلا بل ثبت الخبر لصرف
الوجود .

و على الاجمال فظهور الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس
للمتبايعين هو أن هنا خياران قد ثبتا على طبيعيين أحدهما قد
ثبت على طبيعى البايع والثانى قد ثبت على طبيعى المشتري و
الاثيان بكلمة التثنية أما من جهة المشكلة أو من جهة الحقيقة كما
تقدّم وهاتان الطبيعتان سواء تعددت افرادهما أو اتحدت لكل
منها خيار واحد فإى من افراد هذه الطبيعة سبق على اعمال الخيار
بأن امضى العقد فسقط الخيار عن الباقيين لأن المفروض أنه كان
هنا خيار واحد قائم بهذه الطبيعة فبمجرد اعمال فرد من هذه الطّبيعة
ذلك الخيار سقط عن الباقيين فان الطبيعى يحصل بصرف الوجود
فقط وكك الكلام فى الطرف الآخر من الطبيعى .

و على هذا فللكلام المصنف مجال واسع حيث قال و ح فقد
يتحقق فى عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد أو من
الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و
سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه فان ذلك المسألة فيما
إذا ثبت للجانبين وهذا فرض من جانب واحد وليس المقام من
تقديم الفاسخ على المجيز .

فانه على هذا قد اتضح الفرق بين هذه المسألة و مسألة
تقديم الفاسخ على المجيز فان مورد المسألة الثانية هو أن يكون

الفسخ أو الامضاء من أحد طرفى العقد لا من طرف واحد فقط فأنه لاشبهة ح انه اذا فسخ أحد الطرفين انفسخ العقد من الطرفين و أما اذا أمضى أحدهما دون الآخر لا يكون العقد لازماً من الطرفين و هذا هو الفارق بين المسألتين كما لا يخفى .

ولكن الظاهر ليس كك فالظاهر من الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين على سبيل القضية الحقيقية كما هو كك فى جعل سائر الاحكام التكليفية والوضعية فانها جعلت على الموضوعات المقدرة المفروضة وجودها وهكذا فى المقام وعلى هذا فظهور الروايات ان خيار المجلس انما ثبت على كل من صدق عليه المتبايع و البيع والتاجر فكل من صدق عليه شئ من هذه العناوين فله خيار المجلس و عليه فان سبق الوكيل المفوض من جميع الجهات الى اعمال الخيار بأن أمضى العقد فيكون امضاءً من قبل الموكل أيضاً وان كان لكل منهما خيار مستقل ولكن حيث كان الوكيل وكيلاً مفوضاً فله أن يفسخ المعاملة من قبل المالك حتى فيما له خيار المجلس كما اذا حضر مجلس العقد بعد تحقق المعاملة بين موكله وشخص آخر فان له الفسخ من قبل الموكل فاذا كان الوكيل المفوض الوارد بعد العقد له ذلك فالمفوض الحاضر فى مجلس والموجد للعقد أو بان يفسخ من قبل الموكل أيضاً فيكون امضاءه استقلالاً من قبل نفسه ووكالة من قبل الموكل فيسقط خيارهما معاً حتى لو كان غافلاً عن ثبوت الخيار للموكل فان الوكالة ليست من الامور التى اعتبر فيها قصد الوجه ولذا لو وكل احد شخصاً فى معاملة وعامل الوكيل تلك المعاملة بقصد الفضولية لعدم علمه بالوكالة فانه ليس للموكل أن يرد تلك المعاملة والمعاملة معها

معاملة الفضولية كما لا يخفى .

نعم لو قصد الموكل فى امضائه العقد واسقاطه الخيار الحصة الخاصة من الخيار المختص لنفسه أو لموكله فلا يسقط من كليهما وأما فى غير هذه الصورة فيسقط خيار الجميع بامضاء الوكيل العقد وبهذا يمتاز الوكيل المفوض من جميع الجهات عن الوكيل المفوض فى خصوص البيع والشراء فقط فانه ليس له اسقاط الخيار الا من قبله لانه ليس له التصرف فى الأمور الراجعة الى الموكل فى غير البيع أو الشراء **الَّذان قد حصلوا وخلصت وكالته .**

نعم لو كان الخيار ثابتاً لطبيعة البيع والمتبايع لكان هذا القسم من الوكيل المفوض كالمفوض المطلق ونفس الموكل فيما ثبت له الخيار لكونه فرداً من طبيعة المتبايع والبيع أيضاً .

قوله : ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه الخ ، أقول : هذا هو الأمر الثانى وحاصله ان الغاية فى خيار المجلس الثابت للموكلين والوكيلين معاً فى مجلس العقد أى شئ هل هى تفرق الموكلين لكونهما أصلاً فى المعاملة أو هى تفرق الوكيلين لانهما اسبب فى ثبوت الخيار للموكلين لأنهما أوجدا المعاملة أو بتفرق الكل فيبقى بقاء وكيل مع أصيل آخر فى مجلس العقد وجوه كما ذكره المصنف أو المناط فى حصول الغاية هو تفرق واحد منهم أى منهم كان كما احتمله السيد (ره) فى حاشيته وجوه .

وتحقيق الكلام أنه تارة نقول بثبوت الخيار للطبيعة أى طبيعة المتبايعين والبيّعين وأخرى نقول أنه حكم انحلالى الى كل ما يصدق عليه عنوان المتبايع والبيع على سبيل القضية الحقيقية .

أما على الاول فلا يرتفع الخيار بتفرق بعضهم مالم يتفرق مجموعهم بان كان فى المجلس من يصدق عليه عنوان المتبايع وطبيعة البيع ويصدق ذلك ببقاء أحد الوكيلين مع الاصيل الآخر بان يبقى فى المجلس أحد الوكيلين من طرف وأحد الاصيلين من طرف آخر وبقاء الاصيلين وبقاء الوكيلين و على هذا فكلام المصنف متين ولكن قد عرفت أن ارادة الطبيعة من البيع والمتبايع وجعلها موضوع الحكم فى المقام خلاف ظواهر الأدلة فان الظاهر منها أن الخيار ثابت لبيع على نحو القضية الحقيقية والمتبايع الذى يكون مفروض الوجود على أنه لو كان المراد من الادلة هو ذلك فلازمه القول بثبوت الخيار للموكل وان لم يكونا مجتمعين فى مجلس واحد بل متفرقين فى الخارج فان طبيعى البيع والمتبايع لم يحصل التفرق فيه ومقتضى الاطلاق أن طبيعى البيع بالخيار ما لم يحصل التفرق بينهما ومن الواضح أن الموكلين أيضاً يصدق عليهم طبيعى البيع فيكون لهما الخيار ما لم يحصل التفرق من الوكيلين الحاضرين فى مجلس العقد وهذا ما لم يلتزم به المصنف ولا أنه ينبغى أن يلزم به احد فيعلم من ذلك أى من عدم التزام المصنف بهذا النقص أنه لم يقل بثبوت الخيار للطبيعة ودعى أن صدر الرواية وهو ثبوت الخيار للطبيعى البيع معارض مع ذيله وهو ما لم يفترقا فإنه يصدق على المتفرقين انهم بيع تفرقوا فلازم الصدر ثبوت الخيار لمن صدق عليه البيع حتى المتفرقون ولازم الذيل عدم ثبوته للمتفرقين فيعارض الصدر الذيل دعوى جزائية فان انتفاء الطبيعة بانتفاء جميع افراده ولكن ثبوتها بثبوت فرد واحد منها .

و على الجملة أن ما التزم به المصنف من كون المناط فى التفرّق هو تفرّق الكل صحيح بناءً على ثبوت الخيار للطبيعة و لكنه يلازم بما لم يلتزم به أحد .

و أما على الثانى أغنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود الذى عبارة عن القضية الحقيقية فان كان الموكلان مجتمعين فى مجلس غير مجلس العقد بان جمعتهما الهيئة الاجتماعية فى مجلس واحد فلا شبهة فى أن المناط فى التفرّق الذى هو غاية للخيار هو تفرّق الموكلين عن مجلسهما كما أن المناط فى سقوط الخيار عن الوكيلين تفرقهما عن مجلس العقد فلا ربط لتفرق الموكلين بالوكيلين و بالعكس .

وان كان المجموع من الموكلين و الوكيلين حاضرون فى مجلس العقد فالمناط فى بقاء الخيار و سقوطه هو تفرّق أىّ منهم و بقاء الآخرين فكل من خرج عن مجلس العقد سقط خياره و كل من بقى فى المجلس فهو مختار بشرط أن يكون الباقيين بعضهم من طرف البائع و بعضهم من طرف المشتري .

و بعبارة أخرى أن الخيار ثابت لكل ما يصدق عليه المتبايع أو التاجر أو البيّع على نحو الانحلال و الغاية فى سقوط ذلك هو التفرق فاذا بقى الوكيلين و خرج الموكلين فالخيار باق بالنسبة الى الوكيلين و ساقط عن الموكلين و ان كان العكس فالامر بالعكس و ان اختلف الامر بأن بقى أحد الوكيلين من طرف مع الاصيل الآخر من طرف آخر و خرج أحد الوكيلين مع أحد الاصيلين فيبقى الخيار فى الباقيين و يسقط عن الخارجين .

والحاصل أنه بناءً على الانحلال فكل من صدق عليه البيع من أحد الطرفين مع ما يصدق عليه البيع من الطرف الآخر اجتماعاً فى مجلس العقد أى بقيا وان تفرق غيرهما فهما بالخيار و يسقط الخيار عن المتفرقين لأن الغاية قد حصلت بالنسبة الى المتفرقين ولكنها بعد لم تحصل بالنسبة الى الباقيين كما هو واضح . ومن هنا ظهر بطلان سائر الوجوه المذكورة فى المقام .

قوله : ومّا ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين وان جعلنا الاجازة كاشفة أقول : قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه عدم ثبوت الخيار للفضوليين وان صدق عليهما عنوان البايغ والمشتري فأتك قد عرفت ان المناط فى ثبوت خيار المجلس للبايغ هو كون أمر البيع فى يده ومن الواضح أن الفضوليين ليسا كذلك ومن هنا ذكر المصنف أنه اذا لم يثبت الخيار للوكيلين الغير المستقلين فى التصرف فعدم ثبوته للفضوليين أولى كما لا يخفى وأما دعوى أنه لا يصدق عليهما المتبايع فقد اتضح جوابه ممّا تقدم ومّا ذكره المصنف (ره) من ان البيع هو النقل العرفى وهو موجود هنا فيصدق عليهما المتبايع وأما ثبوته للمالكين فذكر المصنف أن له وجه بعد الاجازة مع حضورهما فى مجلس العقد واعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الاجازة عقد مستأنف جديد على ما تقدم توضيحه فى مسألة عقد الفضولى .

وقد أمر شيخنا الاستاذ على عدم ثبوته للمالكين فى المعاملة الفضولية اذا لم يحضرا فى مجلس العقد وحضورهما فى مجلس الاجازة لا يكفى فى ثبوت الخيار لهما لان الانتقال وان حصل حال الاجازة

الا أنه لو احتمل خصوصية الاجتماع حال العقد فلا مانع لهذا الاحتمال واطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة .
أقول قد عرفت أن قوله عليه السلام البيعان بالخيار حكم انحلالى ثابت لكل من صدق عليه المتبايع مع حضورهما فى مجلس واحد عند العقد حتى صدق البيع والمتبايع عليهما و من الواضح فاذا اجاز المالكين البيع فيستند البيع اليهما ويصدق عليهما عنوان البيع ح فيثبت لهما الخيار لتحقق موضوعه ولا يفرق فى ذلك بين الكشف و النقل فى ذلك فانه على كل حال فزمان الاجازة زمان استناد البيع الى المالكين وزمان الاستناد هو زمان صدق البيع عليهما وهو موضوع الخيار فيثبت لهما الخيار حين الاجازة والعجب من شيخنا الاستاد كيف استشكل فى اطلاق البيعان بالخيار مع صدق البيع على المالكين هنا لا يقصر عن صدقه على سائر البياعين فلانعرف الفرق بين المقام وبين سائر الموارد لا من حيث مادة البيع ولا من حيث هيئته .

(فى حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بايعا ومشتريا) .
قوله مسئلة لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره اقول قد عرفت حكم ثبوت الخيار للبايع والمشتري فى صورة التعدد سواء كانا و كليلين أو موكلين أو مختلفين ، وكك لاشبهة فى ثبوت الخيار فيما اذا كان المنشئ واحداً وكان الموكلين من البايع والمشتري متعدداً وحاضرا فى مجلس العقد فانه يثبت الخيار لكل منهم ما لم يتفرقا وإنما الاشكل فيما اذا كان شخص واحد وكيلاً من قبل كل من البايع و المشتري فانه لا تعدد فى هذه الصورة من الطرفين ومفروض المسألة على ثلاثة أقسام لان الوكيل المذكور قد يبيع من الموكل لنفسه وقد يبيع

من نفسه لموكله وقد يبيع من احد الموكلين للآخر . وهل يثبت له الخيار ح من كل من الطرفين أولا يثبت الخيار له أصلا و قد وقع الخلاف فى ذلك والظاهر أن المعروف هو عدم ثبوت الخيار له من الطرفين وذهب بعضهم الى ثبوته ومنهم السيد (ره) فى حاشيته واستدلوا على ثبوته بالاطلاقات الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا أو حتى يفترقا . ومن الواضح أن الشخص الواحد يصدق عليه البايع والمشتري باعتبارين .

ولكن الكلام فى ثبوت المانع عن ذلك فى المقام وذكروا وجوها للمانع الأولى أن المذكور فى الروايات هو المتبايعان أو البيعان ومن الواضح ان الشخص الواحد لا يصدق عليه الاثنية فأن التثنية فى حكم تكرار المفرد ومجرد صدق العناوين المتعددة على شئ واحد لا يصح اطلاق التثنية عليه الا باعتبار هذا العنوان الانتزاعى مثلا فيقال ان له عناوين أو عناوين .

ويمكن الجواب عنه بأن المراد من الروايات المشتملة على ذكر التثنية هو ثبوت الخيار للبائع بعنوانه وللمشتري بعنوانه فكانه (ع) قال البايع بالخيار والمشتري بالخيار ما لم يفترق أحدهما عن الآخر وهذا لا ينافى ثبوته لشخص واحد يكون مجمعا للعناوين فالنكتة فى الاتيان بلفظ التثنية هى كون الغالب فى البيوع تعدد المتعاملين وكون البايع غير المشتري بداهة عدم موضوعية التثنية والاثنية فى ثبوت الخيار و عليه فلا مانع من التمسك بالاطلاقات الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين فى المقام أيضا .

الوجه الثانى أن الحكم أعنى الخيار مغييا بالافتراق أو الموضوع

وهو المتعاملين مغياً بالافتراق كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ وقلنا فى بعض المباحث الاصولية أن جميع الشروط فى القضايا الشرطية ترجع الى الموضوع و على كل حال فهذه الغاية مستحيلة فى شخص واحد فانه لا يعقل الافتراق هنا ومن الواضح أنه لا معنى لكون الحكم مغياً بغاية مستحيلة كما اذا قال أحد أن هذا الحكم ثابت حتى يلزم الدور أو التسلسل أو اجتماع النقيضين أو الضدين ، وهذا الوجه هو الظاهر من المصنف .

وفيه أولاً ما اجابه السيد نقضاً من أن الغاية المذكورة قد تكون مستحيلة فى شخصين كما اذا كانا متلاصقين فانه لا شبهة فى ثبوت الخيار لهما مع أن الافتراق فيه مستحيل أيضاً . وهذا النقض لأبأس به وكك يصحّ النقض بما اذا كانا متعددين غير متلاصقين ولكن كان الافتراق مستحيلاً عادة كما اذا كانا فى السجن المخلد فانه لم يتوهم أحد عدم ثبوت الخيار فى أمثال ذلك وعليه فيثبت له الخيار ولا يسقط الا بمسقط غير الافتراق .

وثانياً بالحل بان يقال ان الحكم وان كان مستحيل ان يكون مغياً بغاية مستحيلة كان يجعل على موضوع معلقاً باجتماع النقيضين ولكن المقام ليس كك فانه لا بأس بأن يكون مغياً بغاية هى الجامع بين الممكن والمستحيل كما اذا قال المولى لا تجوز الصلوة فى الثبوت النجس حتى يغسل أو الى أن يغسل وكقوله مثلاً لا تجوز أكل المتنجس الى أن يغسل أو حتى يغسل فان الغسل قد يكون مستحيل فى بعض أفراد المتنجس لكونه موجباً لانتفاء العين المغسولة ومن الواضح أن الاستحالة فى خصوص فرد لا يوجب بطلان الحكم المجعول الى

غاية جامعة بين الفرد الممكن والمستحيل وكك فى المقام فان الخيار وان كان مغىى بغاية وهى الافتراق ولكن هذه الغاية ليست مستحيلة دائماً بل هى مستحيلة فى بعض الافراد كما عرفت فى الفروض المتقدمة فمثل هذا لا يمنع عن جعل الحكم مغىى بغاية فكما لا يمنع استحالة الغسل فى مثل السكر والقند والصبغ عن كون الغسل غاية لجواز أكل المتنجس أو لبسه وكك الافتراق المستحيل فى فرد خاص لا يمنع عن جعل ثبوت الخيار للمتبايعين مغىى بغاية وهى الافتراق وهل يتوهم أحد أنه يجوز أكل السكر المتنجس والحليب المتنجس من جهة ان استحالة الغسل فيها أوجبت سقوط الحكم بوجوب الغسل نعم فيما كانت الغاية مستحيلة من جميع الجهات فلما معنى لكون الحكم مغىى بتلك الغاية .

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس لشخص واحد الذى كان وكيلًا من قبل البايع والمشتري وهو قد يبيع مال نفسه من احد الموكلين أو يشتري من أحدهما لنفسه أو يبيع من أحد الموكلين للآخر وبناءً على ثبوت الخيار له لا يسقط الا بمسقط آخر و قد تقدم أن المانعين عن ثبوت خيار المجلس له من الطرفين تمسكوا بوجوه الأول : عدم شمول الاطلاقات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين لما نحن فيه فأنها تدل على ثبوته للمتبايعين والبيعين بحيث يكونان متعدداً والشخص الواحد لا يكون متعدداً .

وبعبارة أخرى أن الاطلاقات تدل على ثبوت خيار المجلس للثنائية بحيث يكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً والشخص الواحد و ان كان يصدق عليه عنوان البايع وعنوان المشتري ولكنه لا يصدق

عليه عنوان التثنية فانها فى حكم تكرار المفرد والمفرد لا يصدق عليه التكرار نعم يصدق عليه العناوين المتعدده .

وفيه أن الاتيان بالتثنية من جهة الغلبة فان الغالب أن المتصدى للبيع والشراء هو شخصان وهذا لا ينافى ثبوت الخيار للشخص الواحد أيضاً اذا تصدى للبيع والشراء بوحده كما يثبت له بقية احكام البايع والمشتري والاتيان بالتثنية فى حكم أن البايع له خيار ما لم يفترق عن المشتري والمشتري له الخيار ما لم يفترق عن البايع والقرينة على هذا هو ثبوت الخيار لكل من البايع والمشتري مستقلاً من غير أن يتوقف اعماله على اعمال الطرف الآخر فالاتيان بكلمة التثنية ليس له موضوعية أصلاً كما هو واضح .

الثانى ما ذكره بعضهم من أن ما يكون غاية للحكم الشرعى لا يمكن أن يكون مستحيلاً بل لا بدّ وأن يكون أمراً ممكناً ومن الواضح أن التفرّق الذى غاية لثبوت الخيار للمتبايعين مستحيل فى شخص واحد فلا يكون غاية لثبوت خيار المجلس له فيرتفع الخيار فى حقه نعم قد يكون الغاية المستحيلة غاية لحكم مستحيل كقوله تعالى حتى يلج الجمل فى سم الخياط ، وكقولك لا تقدر على الحركة وسكون معاً حتى يجتمع النقيضان وهذا هو الظاهر من كلام المصنف .

وفيه حلاً ونقضاً اما النقض فيما ذكره السيّد قدس سرّه من فرض المتبايعين متلاصقين فانه مع كونهما شخصين يستحيل انفكاك احدهما عن الآخر فلازم الاشكال المذكور أن لا يثبت الخيار لهما أيضاً مع انه بديهى البطلان بل لازم ذلك عدم ثبوت الخيار لشخصين مع استحالة الافتراق بينهما عادة كما اذا كانا فى السجن الذى لا يخرجان منه عادة .

و ثانيا بالحل و هو أن الحكم الشرعى وان لم يكن مغيبى بغاية مستحيلة ولكن لاشبهة فى جواز كونه مغيبى بغاية ممكنة ولكن بعض أفرادها ممتنعة كما مثلناه كما اذا فرضنا أن الشارع حكم بحرمة اكل المتنجس أو لبسه حتى يغسل فان تلك الغاية ممكنة فى نفسها و لكن قد تكون مستحيلة لاستحالة الغسل فى بعض المواد لزوالها بالغسل وهذا لا يوجب ارتفاع حرمة الاكل او اللبس عن تلك المورد مثلاً .

وهكذا اذا كان ثبوت الحكم للحيوان مغيبى بغاية و هى الطيران فان استحالاته فى الانسان لعدم وجود الجناح له لا يوجب رفع الحكم ، و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الافتراق الجامع بين المستحيل و الممكن ممكن ولكن قد استحال ذلك فى بعض أفراد البايع و المشتري و هو ما اذا كانا المتصدى للبيع و الشراء شخص واحد الا انه لا يوجب رفع الحكم الشرعى أعنى الخيار المجلس الثابت للمتبايعين و البيعين .

الوجه الثالث أن الغاية التى عبارة عن الافتراق غير متحقق فى الشخص الواحد لا من جهة ما تقدم من عدم جواز كون الحكم الشرعى مغيبى بغاية مستحيلة بل من جهة اباة مادة الافتراق عن ذلك و توضيح ذلك أن الروايات الواردة فى اثبات خيار المجلس على طائفتين الاولى ما كان مقيداً بقيد عدمى كقوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترا و الثانية ما كان مغيبى بغاية و هو قوله (ع) البيعان بالخيار حتى يفترا كما اشرنا الى هاتين الطائفتين فى مطاوى ما ذكرناه و لافرق بين هاتين الطائفتين فان قوله (ع) حتى يفترا أيضاً راجع

الى القيد العدمى من حيث المفهوم فان مفهوم حتى يفترقا ان عدم الافتراق شرط فى ثبوت الخيار فتكون كلتا الطائفتين ناظرتين الى اشتراط الموضوع بعدم الافتراق وقهراً يكون الحكم أيضاً مقيداً بذلك ثم انّ التقابل بين الافتراق وعدم الافتراق وان كان هو الايجاب والسلب كما هو الشأن فى كل عدم مضاف الى شئ وبدله وليساهما كتقابل الافتراق والاجتماع فانهما انما يكونان فى موضوع قابل فيكون التقابل بينهما هو العدم والملكة فالتقابل المستفاد من الاخبار الواقع بين الافتراق وعدمه فيكون من تقابل السلب والايجاب ، و لكن المتفاهم من القضية السالبة بحسب العرف هو ان الانتفاء انما هو بحسب المحمول وان كانت صادقة فى نظر العقل بانتفاء الموضوع أيضاً فانه اذا قيل ان فلاناً ليس بوسيع الدار أو ليست زوجته جميله أو ليس له ابن يفهم أهل العرف أن له دار غير وسيعة و أن له زوجة غير جميلة وأن له زوجة وليس له ابن لا انه ليس له هذا الامور اصلاً وان كان ذلك أيضاً صادقاً و عليه فيكون التقابل بين الافتراق ومقابله من العدم والملكة .

وعلى هذا فكلمة عدم الافتراق انما تحقق وتصدق فى مورد يكون قابلاً للافتراق ولكن لم يتحقق الافتراق لى يكون السلب بانتفاء المحمول كما هو مقتضى الفهم العرفى حينئذ فيكون السلب مساوقاً لثبوت الخيار للمتبايعين مع عدم التفرق فى موضوع قابل للتفرق ولو عممنا السلب الى السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صورة السلب بانتفاء الموضوع أيضاً بحيث يكون التقابل ح بين الافتراق وعدمه هو التقابل فى السلب والايجاب و لكن قلنا

هو خلاف المفاهيم العرفى من القضية السالبة .

واذن فمحط الروايات وموضعها هو ما كان الافتراق فيه ممكناً مع حفظ الموضوع بحيث يكون الموضوع قابلاً له حتى يكون الخيار مع عدم الافتراق ثابتاً للمتبايعين فتكون النتيجة ح أن الخيار غير ثابت فى صورة اتحاد البائع والمشتري اذ ليس المورد قابلاً لتفرق فيكون المورد من باب السلب بانتفاء الموضوع وقد عرفت أنه بعيد عن المتعارف فلا يكون مشمولاً للاخبار نعم لو عمنا مورد الاخبار للسلب بانتفاء الموضوع أيضاً لكانت شاملة لما نحن فيه أيضاً .

والحاصل أن مورد الاخبار ما يكون التقابل بين الافتراق وعدمه تقابل العدم والملكة بحيث يكون المتبايعين قابلين لذلك وما نحن فيه من قبيل السلب والايجاب واذا عمنا الاخبار الى السلب بانتفاء الموضوع أيضاً فيكون المقام مشمولاً لها ولكنه خلاف مفاهيم العرف ومن هنا ظهر الجواب عن نقض السيد ره فان الشخصين المتلاصقين وان كانا غير متفرقين ومستحيل افتراقهما ولكن عدم افتراقهما من قبيل العدم والملكة لكونها بحسب نوعهما قابلين للافتراق وان كانا لا يقبلان ذلك بحسب التصادف فيكون الخيار ثابتاً لهما لكون الاخبار شاملة لهما كما عرفت .

نعم لو كان الغرض من ثبوت الخيار للمتبايعين هو التروى حتى يلاحظ كل منهما صلاح نفسه بحيث يكون ذلك هو الحكمة فى جعل خيار المجلس لكان لثبوته لشخص واحد اذا كان وكيلاً من الجانبين وجه وجيه ولكن لا دليل على هذا الحكمة وقد تقدم الكلام فيه ولا يمكن رفع اليد بها عن عموم الادلة واطلاقاتها الدالة

على صحة العقود والايقاعات فان مثل ذلك من الوجوه الاستحسانية التي لا يمكن الاعتماد عليها .

(مسألة فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس) .

قوله مسألة قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار اقول منها من ينعقد على أحد المتبايعين فان المشهور ذهبوا الى سقوط خيار المجلس فى ذلك بل الظاهر من كلام بعضهم انه موضع وفاق وقد استدل عليه بوجوه الاول أن البيع و الشراء المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشراء الحقيقيين بل هما فى الحقيقة عتق فيكون البيع من البايح ايجاداً للعتق بصيغة البيع مع الضمان من المشتري وعليه فلا يترتب عليه احكام البيع أصلاً و هذا الوجه هو محتمل كلام المصنف حيث عبر عنه بالملك التقديرى والملك الفرضى فان الظاهر من ذلك أن ما يوجب حصول الملكية أعنى البيع منتف .

وفيه أنه لاوجه للالتزام به وانه خلاف البداهة فانه لما اذا يترتب العتق على قصد المتبايعين الملكية خصوصا اذا كانا جاهلين بالحكم أو بالموضوع فبأى دليل يحكم بترتب العتق على البيع فانه وان كان ممكناً ولكنه لا دليل عليه فانه لو ترتب العتق على البيع يلزم أن يقع ما لم يقصد ولم يقع ما قصد نعم لو قام الدليل عليه لما كان به بأس كما هو كك فى المعاطات كما تقدم فانك قد عرفت ان مقتضى الجمع بين الادلة هو الحكم بالاباحة الشرعية على ما ذهب اليه بعضهم .

الوجه الثانى ما ذكره المصنف فى آخر كلامه و حاصله أن

سقوط الخيار بالتصرف الشامل للاتلاف معللاً فى أخباره بأنه رضا منه يقتضى بالفحوى والاولوية على عدم ثبوته فى المقام لان بيع من ينعقد على المشتري اتلاف له من البايع والمشتري له فاذا كان الاتلاف رافعاً للخيار بعد ثبوته فبالأخرى أن يكون دافعاً له .

ويرد عليه أولاً ما اعترف به المصنف قبل كلامه هذا من اختصاص ذلك بصورة العلم منهما ولا يجرى ذلك فى فرض الجهل منهما على الحكم والكبرى أو الجهل بالصغرى والموضوع .

وثانياً أن لازم ذلك هو سقوط الخيار من المشتري فانه اتلف المبيع وأما البايع فلاوجه لسقوط خياره واقدامه على البيع فى صورة العلم ليس اقداماً على التلف عنه بل اقام على التلف عن المشتري .

وثالثاً أن ما سيأتى الكلام فيه من كون التلف بل أدنى التصرف مسقط للخيار إنما هو بعد تمامية البيع والنقل والانتقال لا التلف الذى يلزم من قبل القبول فأنه لادليل على كونه مسقطاً للخيار بل هو موقوف للبيع الذى موضوع الخيار فانه لا يتقوم بدون القبول .

وبعبارة اخرى ان التلف بل التصرف ولو كان قليلاً وان كان يوجب سقوط الخيار ولكنه واقع بعد تحقق البيع وحصوله النقل و الانتقال واما التصرف الحاصل بايجاد أحد ركنى البيع كما يتحقق هنا بالقبول فلايوجب سقوط الخيار و عليه فاذا فسخ كل من البايع أو المشتري العقد فيردّ بدل العين التى فى حكم التالف كما هو واضح .

الوجه الثالث أن فى شراء العمودين وان كان يحصل النقل ولا انتقال حقيقة الا أنه آنى فلايقبل الا العتق فلايقبل المورد تعلّق

الفسخ والردّ به فان الحرا لا يصير عبداً وعلى هذا فادلة الخيار تكون منصرفة عن المقام .

وبعبارة أخرى أن منصرف أدلة الخيار صورة بقاء العوضين فإذا تلف أحدهما أو كلاهما تلفاً حقيقياً أو تلفاً حكماً وشرعياً كالانتقال إلى الغير بالبيع ونحوه أو كالعتق كما في المقام خرج المورد عن منصرف الأدلة .

والحاصل أن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين أما بتعلق الحق بهما ابتداءً أو كان الحق قائماً بالعقد و لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكونا العوضان قائمين .

وفيه أن متعلق الفسخ هو العقد كما تقدم بيانه سابقاً دون العين كما هو كك في المعاطات حيث أنّ معنى تزلزل العقد هو جواز تراد العينين وعلى هذا فيجوز أعمال الخيار حتى بعد تلف أحد العوضين أو كليهما بحيث لا يكون مستنداً إلى تصرف أحدهما و عليه فان كانت العين باقية فتسترجع العين والآ فبدلها و دعوى انصراف الأدلة الدالة على ثبوت الخيار إلى صورة بقاء العين دعوى جزافية فانه لا منشأ له بوجه وان كانت نتيجة فسخ العقد أيضاً هو استرجاع العين .

الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفة في ملك البائع في فرض التلف بأن يفرض أن المبيع لم يكن منتقلاً إلى المشتري أصلاً لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن وكان التصرف وقع في ملك البائع وفرض العقد كأن لم يكن مثلاً اذا اشترى أحد من البائع

خبزاً فأكله ثم فسخ العقد فمعناه أن الأكل قد وقع فى ملك البايع و عليه فلايجرى ذلك فى شراء الشخص عموديه فأنه بمجرد الاشتراء ينعقد عليه بعد حصول الملكية له آنأ ما واذا نعتق فلا يمكن أن يفرض بالفسخ كون العتق واقعا فى ملك البايع فان العبد ليس من عمودى البايع حتى ينعقد عليه بل هو من عمودى المشتري فلا يعقل جريان الفسخ هنا أصلاً فلايجرى خيار المجلس فى شراء الشخص عموديه كما هو واضح .

وبالجملة حيث لا يمكن فرض كون العتق فى ملك البايع لعدم كون العبد ابا له مثلاً فلا يمكن فرض الفسخ هنا لعدم تحقق معناه الذى كان عبارة عن فرض كون التلف فى ملك البايع واذا لم يجر معنى الفسخ هنا فلايجرى فيه الخيار أيضاً .

وفيه أولاً أن لاداعى لهذا الفرض فانه التزام به بلا ملزم و شعر بلا ضرورة فلما ذا نفرض كون الفسخ هو فرض تلف المبيع فى ملك البايع كما لا يخفى .

وثانياً لازم ذلك عدم الخيار فى صورة التلف الحكمى بأن يبيع المشتري ما اشتراه من البايع الى الثالث فانه لا يمكن هنا أيضاً فرض كون البيع فى ملك البايع فانه مضافاً الى أنه لا يبيع الا فى ملك لانه وقع فى ملك المشتري أن لازم ذلك رجوع الثمن الى البايع و ليس كك قطعاً فأنه مال للمشتري فلامساس له بالبائع كما هو واضح و أما فى صورة التلف الحقيقى فلايجرى النقص لامكان فرض كون التلف فى ملك البايع فلا يقاس بالتلف الحكمى مثل البيع ونحوه .

الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقاييس وحاصله أن ثبوت

الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار والانعقاد هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك أنا ما أو أن الخيار مبنى على البيع والانعقاد مبنى على ثبوت الملك أو العكس فعلى القول بحصول الخيار والانعقاد بمجرد البيع أو القول بحصول الملك أو القول بكون الخيار مبنى على الملك والانعقاد على البيع فيقوى القول بعدم الخيار والوجه فيه أن أخبار العتق النص في مفاده والقول بالرجوع الى القيمة بعد اعمال الخيار فاسد فان القيمة بدل للعين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل ولان حق العتق سابق لتعلقه قبل تعلق الخيار فيكون مقدماً .

ثم قرب ثبوت الخيار على الوجه الاخير جمعا بين الحقيين و دفعا للمنافات من البين وعملاً بكلا النصين والاجماع على عدم امكان زوال يد البايع عن العوضين وتنزيلاً للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب في أحدهما والعتق بمنزلة تلف العين فكما أنه مع ظهور العيب في أحدهما يؤخذ الارش وفي هنا يؤخذ البدل اذ لا يمكن عود الحر عبداً ثم وجه ثبوت الخيار بأنه يثبت بمجرد العقد وأن العقد علة له كما أن الملك علة للعتق فلمكان عدم الانفكاك بين العلة و- المعلول فيتعين القول بثبوت الخيار بمجرد البيع كما هو واضح .

وفيه أنه لا يترتب ثمر على هذا التشقيق بوجه ولا طائل تحته أصلاً فانه ان كان المراد من تقدم الخيار على العتق هو التقدم الطبيعي فلا فائدة فيه .

وان كان المراد به هو التقدم الزماني فهو خارج عن المقام أما الاول فتوضيح ذلك ان كان البيع متقدماً رتبة على الملك و كان

الخيار أيضاً مترتباً على البيع فيكون مقدماً على الانعقاد رتبةً لان
الفرض أن الانعقاد إنما ترتب على الملك وان كان الملك متقدماً على
البيع رتبةً وترتب الخيار على الملك و الانعقاد على البيع كان الخيار
أيضاً متقدماً على الانعقاد وان كان العكس فالانعقاد مقدّم على
الخيار رتبةً .

وبعبارة اخرى قد يكون الخيار مقدماً على الانعقاد رتبةً وقد
يكون الانعقاد مقدماً على الخيار رتبةً وعلى كل حال سواء كان الخيار
مقدماً على الانعقاد أو الانعقاد مقدماً على الخيار فلا يترتب عليه
ثمر أصلاً لأننا ذكرنا مراراً في كثير من الابحاث أن المدار في اجتماع
الحكمين وعدمه وتقدم أحدهما على الآخر بالعكس هو ملاحظة
الاتحاد في الزمان فبمجرد الاختلاف بحسب الرتبة لا يفيدنا بوجه و
من الواضح سواء قلنا بتقدم الخيار على الانعقاد رتبةً أو بالعكس و
على كل حال فموضوع كليهما اعنى البيع و الانعقاد إنما تحققاً في
زمان واحد فيترتب عليهما الخيار و الانعقاد أيضاً في زمان واحد وان
كان ترتب أحد الحكمين مقدماً على الآخر من حيث الرتبة لتقدم موضوع
أحدهما على الآخر كـ .

وأما على الثانى بان يكون موضوع أحد الحكمين مقدماً على
الآخر من حيث الزمان فيكون أحد الحكمين أيضاً مقدماً على الآخر
من حيث الزمان كما اذا فرضنا في مورد قد حصل البيع ولم يحصل
الملك بعد كما فى بيع السلم فان البيع قد حصل عند اجراء الصيغة
ولكن الملكية مشروطة بالقبض وعليه فان قلنا بكون الانعقاد مترتباً
على البيع و الخيار مترتباً على الملك فبمجرد تحقق البيع يترتب الانعقاد

على البيع كما اذا كان الثمن عبداً فانه ينعقد على البايع الذى هو ابنه وعليه فلا يبقى موضوع للخيار أصلاً فانه كان مترتباً على الملكية وهى لم تحصل بعد ولكن هذا مجرد فرض فانه لا دليل على الانعتاق بمجرد البيع كما هو واضح وان كان الخيار مترتباً على البيع وكان العتق مترتباً على الملك كما هو كك فح لو فسخ ذى الخيار العقد فانه لا يبقى موضوع للانعتاق وهذا الفرض صحيح ولكن كلام صاحب المقابس فى البيع المتعارف لا فى البيع السلم وقد ذكرناه من ان الفرض خارج عن مورد كلامه على ان مفروض الكلام هو اجتماع الخيار و الانعتاق فى محل واحد وملاحظة دليلهما وتقديم احدهما على الآخر لانصية وفى المقام لم يجتمعا فى آن واحد بل كان الخيار مقدما على العتق موضوعاً وكان ثبوته أيضاً مقدماً عليه فاعماله لا يبقى مجالاً للعتق فضلاً عن الاجتماع وعلى كل حال لم نتحصل من كلامه وتشقيقه ما يفيدنا بوجه أصلاً وعلى الجملة لم نعرف وجهاً صحيحاً وفائدة لما تشققه وقسمه الى شقوق واقسام والحق أنه لا وجه لسقوط الخيار هنا لما ذكرناه من تعلق الفسخ بالعقد دون العين كما اعترف به صاحب المقابس أخيراً فيكون ذلك مثل الارش .

قوله ومنها العبد المسلم المشتري من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر المسلم اختياراً اقول من جملة الموارد التى ذكر عدم ثبوت الخيار فيها هو بيع العبد المسلم من الكافر جبراً فانه لا خيار للبايع ح والّا يلزم أن يكون مثل الأول ، وقد يقال فى وجه ذلك أن هذا ليس ببيع أصلاً بل هو صورة بيع نظير الوجه الأول الذى تقدم فى بيع العبد ممن ينعقد عليه فكأن هذا شئ لا استخلاص

العبد المسلم من الكافر واعطاء ثمنه اياه من أى شئ كان من بيت المال ونحوه .

والحاصل أن خيار المجلس اّما ثبت فى البيع للمتبايعين فبيع العبد المسلم من الكافر ليس بيعاً لكى يثبت فيه الخيار بل هو استنقاذ له من الكافر واعطاء بدله اياه بأى نحو كان فلا يثبت ح خيار المجلس كما هو واضح كما أن فى المسألة الاولى كان بيع العبد ممّن ينعتق عليه صورة بيع لكونه فى الواقع انشاء لصيغة العتق كما لا يخفى .

هذا وان كان ممكناً ولكنّه خلاف ظواهر الادلة فان قوله (ع) فى عبد المسلم عند مولاة الكافر قال بيع ممّن ينعتق عليه أن الظاهر منه أنه يباع عليه حقيقة لا أنه يستنقذ منه ويعطى عليه قيمته كما توهم .

وقد يقال بأنّ ثبوت الخيار للبائع الكافر اثبات سبيل له على المؤمن وهو منقضى بنص الآية الشريفة هنا فلا يثبت خيار المجلس فى مثل هذا البيع .

ولكنك قد عرفت فى شرائط العوضين من الآية لادلالة فيها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم فان مجرد التملك ليس سبيلاً وانما السبيل هو بقاء العبد تحت سلطنة الكافر وأما ملكه ثم اجبر بالبيع فلا سبيل فيه وعلى تقدير دلالتها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم اّما هو فى الملك الابتدائى بأن يشتري عبداً مسلماً من شخص وأما الملك الاستمرارى فلا يكون مشمولاً للآية بأن يبيع ما عنده من العبد ثم يرجعه الى ملكه بالفسخ وهذا وان كان نحواً

من التملك ولكنه ليس مشمولاً للآية وذلك فقد عرفت مراراً أن الفسخ إنما يتعلق بالعقد ويرفع الالتزام الحاصل من المتبايعين ويترتب عليه استرداد العين ان كانت باقية وردّ البدل ان كانت العين تالفة وعليه فرد العين الى ملكه ليس تملكاً جديداً كالتملك الابتدائي بل هي مملوكة للمولى بعين الملكية السابقة غاية الامر قد كانت منقطعة بالبيع ومنوعاً عنه به وقد ارتفع المانع بالفسخ ورجع الى حاله الاولى وصار أيضاً مملوكاً لمولاه بالملكية الاولى كما هو واضح ومن هنا قال الشافعي أن الزائل العائد كأنه لم يزل وما ذكره موافق للاعتبار وان لم يكن عليه دليل وعلى هذا فلامانع من ثبوت الخيار هنا فاذا عمل الكافر خياره وفسخ العقد وأرجع العبد الى ملكه ثم يجبر على البيع أيضاً وعلى الجملة لانعرف وجهاً لسقوط الخيار هنا فلا يكون هذا المورد من المستثنيات كما لا يخفى لاطلاق أدلة الخيارات . وقد يقال أن رجوع العين بالفسخ الى ملك الكافر ثانياً أيضاً مثل التملك الابتدائي فيكون سبيلاً للكافر على المؤمن فلا يجوز فلا يرجع العبد المسلم الذي بيع على الكافر اليه ثانياً بالفسخ أيضاً . وقد ظهر جوابه مما تقدم فان الفسخ ليس من المملكات ليكون ارجاع العين به تملكاً جديداً بل هو يرفع المانع عن استمرار الملك الاول .

وعلى تقدير صحة هذا الوجه مع القول بثبوت الخيار للكافر أيضاً كما هو مقتضى الوجه الاول لاطلاق أدلة خيار المجلس فلا بد من الالتزام بثبوت الخيار وعدم رجوع العبد الى ملك الكافر ثانياً بل يرجع اليه بدله والحاصل أن ضم الوجه الثاني بالوجه الاول ينتج ان الكافر البائع له الخيار ولكن لا يترتب على فسخه ارجاع العين

أعنى العبد بل ارجاع بدله . و الحق أن هذا ايضا ليس من المستثنيات كالمورد السابق بل أدلة خيار المجلس فى كلا الموردين محكمة .

و على الجملة فأننا نقول بعدم ثبوت الخيار أصلاً فهو مناف لأدلة الخيار أو نقول بثبوته ولكن لا يترتب على اعماله الا رد البذل فقط حفظاً لكلا الوجهين وجمعاً بينهما فان الفسخ لم يتعلّق برّد العين حتى لا يمكن الجمع بين الوجهين بل تعلق بالعقد وهوى الحقيقة يرفع الالتزام العقدى كما لا يخفى .

قوله ومنها شراء العبد نفسه بناءً على جوازه فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه أقول قد ذكروا من جملة موارد سقوط خيار المجلس شراء العبد نفسه من سيّده فإنّه بناءً على جوازه كما هو الظاهر لا يثبت له الخيار لعدم شمول أدلّة الخيار له .

والوجه فى ذلك الفارق بين هذا وبين بيع العبد على من ينعقد عليه هو أن المانع هناك أنّما هو الشرع فان الانسان لا يملك عموديه شرعاً ولذا يملك آن ما لتصحيح موضوع العتق ثمّ ينعقد عليه بحيث لو لم يكن هنا مانع شرعى لملكه دائماً ولكن لمانع شرعى ينعقد على المشتري الاّ أنه ينعقد البيع ولا يمنع ذلك عن انعقاده و بقانون حكم المعاوضات اذا اعمل البايع الخيار فيرجع الى البذل كما أنه لو كان فيه عيب فيرجع المشتري الى الأرض وهذا بخلاف ما نحن فيه فان المانع هنا عقلى بداهة أن المولى أنّما هو مالك للعبد بالاضافة الاعتبارية كملكه لبقية أمواله ملكية اعتبارية واذا ارتفع هذا الاعتبار فيكون العبد مالكا لنفسه وكذا لجميع افعاله وأعماله ملكية ذاتية

بحيث لا يكون لأحد التسلط عليه وهذا عين الحرية وليس شيئاً آخر ورائه ومع هذا لا معنى لاعتبار ملكيته على نفسه لكونه لغواً محضاً كما أن اعتبار الملكية لكل أحد على نفسه أو على أعماله وذمه لغو لوجود اضافة الملكية في جميع ذلك ملكية ذاتية والسلطنة الحقيقية من غير أن تقارنها سلطنة اعتبارية أصلاً وهذه السلطنة هي التي أشار اليها عزّ من قائل قل لا املك الا نفسي وأخى وعليه فلا معنى في هذه الصورة شراء العبد نفسه بل هو صورة بيع وأنما حقيقته العتق فيكون ذلك نظير العبد المكاتب فانه ليس الاعتقاً و اطلاق البيع أنما هو بالمشابهة والمساكلة كما لا يخفى .

بل نظير ذلك موجود في هذا الزمان أيضاً فانه اذا كان شخص محكوماً بالاعدام في المحكمة الاختصاصية وأعطى مالا ونجى عن القتل فانه يقال انه اشترى نفسه ممن كان حاكماً على قتله و كك المقام وعليه فلامعنى لحصول البيع من الاول ابدأ حتى آناماً فانه لا يقاس بالمانع الشرعى فانه قلنا هناك بحصول الملكية آناماً بمقتضى الجمع بين الادلة الشرعية وهذا بخلاف المقام فان المانع عقلى فهو مانع من الاول .

والا فلو كانت الملكية حاصلة آناماً لم يكن وجه للسقوط بل كان باقياً الى الأبد لعدم الدليل عليه وعلى هذا فليس المقام من المستثنيات حتى موضعاً لعدم كونه بيعاً اصلاً كما لا يخفى .

أقول الظاهر أنه لا مانع من الالتزام بصحة البيع هنا فان الشأن هنا هو الشأن في أعمال الانسان والكل في الذمة فانه يصح أن يشتري ويبيع ما في ذمته للغير ومن الغير غاية الامر تبدل

الملكيّة الاعتبارية بالملكيّة الحقيقية لكونه لغوّاً واما عدم جواز بيع نفسه فمن جهة ما دلّ على حرمة بيع الحرفي صح بيع المولى عبده من نفسه بالملكيّة الاعتبارية وبعد الشراء يكون العبد مالكا بالملكية الذاتية كما انه مالك لعمله وفعله وذمته كك .

قوله وفيها أيضاً أنه لو اشترى جمداً فى شدة الحرفى الخيار اشكال أقول قد وجه المصنف بان هذا لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار الا انه لا يوجب رفع اليد عن اطلاق أدلة الخيار فانه لم يؤخذ فيها كون المبيع قابلاً للبقاء وعليه فلا بأس بالحكم لثبوت الخيار بعد التلف أيضاً غاية الامر أنه اذا تحقق الفسخ فينتقل المبيع الى البدل كما هو قانون المعاوضة ولذا ذكر المحقق الثانى فى جامع المقاصدان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به اذا ثبت قبله على أنه لو كان عدم كون العين قابلة للبقاء لزم منه ما لم يلتزم به أحد من المتفقه فضلاً عن الفقيه وهو اذا كانت العادة جارية بعدم بقاء المبيع أزيد من ساعة أو نصف ساعة كالمأكولات والمشروبات بل فى غير ذلك أيضاً اذا علم المتبايعان بعدم بقاء المبيع الا زماناً قليلاً فان المشتري بمجرد الشراء يبيعه من غيره كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد بل ولا يمكن الالتزام به فلانما من القول بثبوت الخيار لاطلاق الأدلة ولكن تنتقل العين بعد الفسخ الى البدل .

وقد اشار شيخنا الاستاذ على ثبوت الخيار هنا وحاصله أن خيار المجلس انما يثبت فيما لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين ومع علمهما بخروج المال عن المالية بمجرد البيع اما حقيقة

أو شرعاً فقد أقدم على ذهاب مالهما ومن الواضح أن في بيع العبد ممن ينعقد عليه أو في شراء العبد نفسه أو في بيع الجمد في شدة الحر قد علما المتبايعان بأن المبيع تتلف غاية الأمر أن التلف في الأولين شرعى وفي الأخير مستند الى الحرّ فالتلف عادى وعلى كل حال فلا يثبت الخيار في امثال ذلك .

وفيه أولاً أن أدلة الخيار غير مقيدة بما ذكر بل هى تدل على ثبوت الخيار على وجه الاطلاق .

وثانياً أن متعلق الخيار والفسخ هو العقد فهذا لا يتوقف على البناء على اعراض المتبايعين عن العوضين وعدم اعراضهما عنهما .
وثالثاً فلازم كلامه عدم ثبوت الخيار فيما جرت العادة بتلف المبيع أو علما بذلك بعد ساعة أو ساعتين كما اذا كان المبيع طعاما كالخبز ونحوه فان من يشتري الخبز فيأكله بعد زمان قليل فالبايع يعلم ذلك وك أمثاله ولم يتوهم أحد سقوط الخيار هنا كما لا يخفى .

و على كل فلانعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره العلامة (ره) من عدم ثبوت الخيار في بيع الجمد ونحوه .

قوله مسألة لا يثبت خيار المجلس في شئ من العقود سوى البيع عند علمائنا أقول لاشبهة أن مورد خيار المجلس إنما هو البيع لاختصاص الأدلة به فلا يجرى في غيره ولكن ذكر الشيخ (ره) في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها قال وأما الوكالة والوديعة والعارية والقراض والجعالة فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى ومراده من الخيارين

هو خيار المجلس والشرط وحكى نحوه عن القاضى ولكن لانعرف وجهاً لثبوت الخيار هنا ومن هنا ذكر العلامة فى التذكرة أن الخيار فى أمثال هذه العقود أبدى ، واحتمل فى الدروس من أن يراد من الخيار هنا عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار ولو لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل فى هذا العقود كما ذكره المصنف لا الموجب اذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك عن التصرف فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار .

والذى ينبغى أن يقال انّ غير البيع من العقود لا يخلو اما لازمة أو جائزة أما الاولى ان كان لثبوت الخيار فيها معنى وجيهه فانها عقود لازمة فليس لاحد المتعاملين فسخها فاذا ثبت الخيار لهما يتمكن كل منهما من الفسخ ولكنه الدليل فى مقام الاثبات قاصر فان دليل ثبوت خيار المجلس هى المطلقات الدالة على أن البيعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا ومن الواضح أن هذه الادلة مختصة بالبيع فلا تشمل غيره .

وأما العقود الجائزة فهى جائزة بطبعها كما ذكره العلامة فلا وجه لثبوت الجواز فيها ثانياً فجعل الخيار فيها لغو محض فانه مضافاً الى أنها فى مقام الاثبات لا دليل عليه لما عرفت من اختصاص الادلة بالبيع ففى مقام الثبوت أيضاً غير معقول فانه بعد كون الشئ جائزاً بطبعه وذاته لا معنى لثبوت الخيار له ثانياً فانه لغو محض ودعوى أن الثابت بالعرض هو الحق والثابت بالذات دعوى جزافية فانه سواء كان هنا أمر عرضى يكون من قبيل الحق أم لا فان الواهب له

أن يفسخ العقد وله الابقاء ففي هذه الجهة لاثمرة واما من جهة اسقاط الخيار وحق الفسخ فهو لا يسقط ولو اسقطه الف مرة و معه أى فائدة فى ثبوت الخيار وبالجملة انا لانعقل معنى لثبوت الخيار فى العقود الجائزة لأنه لا دليل عليه فى مقام الاثبات .

وأمّا ما ذكره فى المبسوط فاما نحمله على ما ذكره المصنف (ره) من اشتراطها فى ضمن معاملة فانها ح تكون لازمة ولكن اذا فسخ أصل المعاملة بخيار المجلس مثلاً كالبيع أو بخيار الشرط كمطلق العقود اللازمة التى اشترط فيها لزوم عقد جائز فتكون تلك العقود الجائزة التى الشرط لزومها فيها أيضاً جائزة أى ترجع الى الحال الاولى .

وأمّا نقول لانفهم معن كلامه واما يحمل على سهو القلم .

(مبدء هذا الخيار من حين العقد) .

قوله مسئلة مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول وقع الكلام فى أن خيار المجلس مختص ببعض افراد البيع أو يجرى فى جميعها فعلى القول بوجوب التقاىض فى الصرف فلجريان الخيار فائدة واضحة و على القول بالعدم فالظاهر أنه لاثمرة للخيار و من هنا فلا بد من التكلّم فى المقامين الاول فى وجوب التقاىض فى الصرف والثانى فى ثبوت الخيار وعدمه .

أما المقام الاول فقد استدل عليه بوجوه الاول بقوله تعالى أوفوا بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد واجب فعدم الاقباض مخالف للوفاء بالعقد فيجب الاقباض لذلك وهذا هو العمدة فى المقام .
وفيه أولاً قد ذكرنا سابقاً أن معنى الوفاء هو الانتهاء والاتمام

فلا مر بذلك ارشاد الى أنّ هذا الالتزام الحاصل بين المتبايعين لا يندحدّ ولا ينعدم فيدل على اللزوم بالمطابقة كما تقدم فلا دلالة فيه على الوجوب التكليفى حتى يدلّ على وجوب التقابض تكليفاً .

وبعبارة اخرى أن وجوب التقابض على القول به وجوب تكليفى فالاية الشريفة ارشاد الى لزوم العقد فلا تدلّ على ذلك .

وثانياً : على القول بكون وجوب الوفاء تكليفاً ولكنّه انما يفيد اذا ترتب عليه أثر فائ أثر يترتب على بيع الصرف والسلم قبل التقابض فان أثر البيع هو الملكية وهى بعد لم تحصل وعلى هذا فيبيع الصّفّ والسلم خارجان عن حدود وجوب الوفاء تكليفاً وعليه فلا يدلّ على وجوب التقابض كما لا يخفى .

وثالثاً : على القول بترتب الأثر أيضاً فالعقد هنا لم يتم فانه انما يتم اذا كان موجّباً لحصول الملكيّة ومن الواضح أنّه موقوف على التقابض وهو بعد لم يحصل فلا يكون العقد حاصلًا .

وبعبارة أخرى العقد هو الالتزام الحاصل من الطرفين بان التزم كل منهما بأن يكون ماله للآخر فى مقابل مال الآخر و هذا المعنى بعد لم يحصل فكيف يكون هذا واجب الوفاء كما لا يخفى .

واما وجوب التقابض فى بقية فليس من جهة أوفوا بالعقود بل من جهة حرمة التصرف فى مال غيره بدون اذنه فان كل من العوضين صار مالاً للآخر فلا بدّ من دفعه الى صاحبه وأما فى بيع الصّفّ والسلم فليس كك .

الوجه الثانى ما ذكره العلامة من أن وجوب التقابض فى الصّفّ والسلم من جهة شابهة ذلك بالرباء فانه مع التأخير يكون

الأجل أيضا قسطا من الثمن فيكون زائداً على الثمن تقريبا فيشبه الربا .

وفيه أن هذا الوجه عجيب من العلامة بل هو شبيه بالوجه التي تذكر في كتب العامة فإنه يردّ عليه أولاً : أن الدليل اخص من المدعى حيث ان ذلك لو تم أنّما يتم فيما اذا كان العوضين كلاهما من جنس واحد وأما لو كان أحدهما ذهباً والأخر فضة فلا يلزم ذلك .

وثانياً أيضاً ذلك أى كون الدليل اخص من المدعى أن هذا أنّما يتم في الطرف الذي لم يقبض بعد لا من الطرفين حتى من طرف من أقبضه كما لا يخفى .

وثالثاً : أنّ الشبيه بالربا ليس بحرام ما لم يكن بنفسه رباً ولا يلزم أن يكون كل ما يكون شبيهاً بالحرام حراماً فالخمر حرام ولكن للشبيه بالخمر ليس بحرام والزنا حرام والشبيه بالزنا ليس بحرام وهكذا فان دليل الحرمة لا يدل الا على حرمة الشيء بنفسه لا على حرمة مشابهاه .

الوجه الثالث الاخبار الوارد في بيع الصرف والسلم الظاهرة في وجوب التقابض في المجلس كقوله عليه السلام (١) وان نزي حائطا فانزعه وكذلك غيره من الاخبار كقوله (ع) يدأ بيد ، فيعلم من ذلك أن التقابض في المجلس واجب والا لم يقل عليه السلام فان نزي حائطا فانزعه فكان وجوب تعقيب أحدهما الآخر من جهة التقابض

لامن جهة وجوب النزوى فى نفسه .

وفيه أن الامر بالنزوارشاد الى اعتبار الاجتماع فى المجلس وأنه يبطل العقد بدونه قبل القبض والا لكان النزوى على الحائط واجباً مع أنه لم يتوهم أحد ذلك فيعلم أن ذلك ارشاد الى انحلال العقد بالتفرق قبل التقاىض وأن من يريد بقاء العقد وعدم بطلانه فلا بد وأن يصاحب رفيقه حتى لو نزى هو على الحائط فبنزوى صاحبه عليه أيضاً فيدل الحديث على مبطلية التفرق قبل القبض .

وأما المقام الثانى أعنى ثبوت الخيار فى بيع الصرف والسلم فيقع الكلام هنا أيضاً فى مقامين الاول فى مقام الثبوت والثانى فى مقام الاثبات أما المقام الاول فقد ذكر المصنف أنه بناء على القول بوجوب التقاىض فى المجلس تكليفاً فأثر الخيار واضح فانه بعد اعمال الخيار لا يبقى مجال لوجوب التقاىض فانه لا يبقى مجال لذلك .

وأما على القول بعدم وجوب التقاىض فى المجلس فأثر الخيار وان كان خفياً لأن سلطنة كل من المتعاقدين باقية على حالها وأنه لاحق لاحدهما فى مال الآخر ولكن مع ذلك يمكن تصوير الفائدة والأثر للخيار بان يكون أثره خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد أو اسقطه بنفسه لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن ذلك .

و على الجملة فأثر الخيار بناءً على وجوب التقاىض هو فسخ العقد وعدم بقاء الموضوع لوجوب التقاىض و على القول بعدم وجوب التقاىض هو اخراج العقد عن قابلية لحوق التقاىض المملك كما هو واضح و على القول بوجوب التقاىض فهو واضح وأما فى مقام الاثبات فقد

يتوهم شمول الادلة الواردة فى باب خيار المجلس و خيار الحيوان الدالة على ثبوت خيار المجلس للبيع و المتبايع لما نحن فيه و من الواضح أنه يصدق البيع و المتبايع على المتبايعين فى الصرف و السلم فلاوجه لاجراجهما عنها .

وفيه أن الموضوع فى تلك الادلة هو المتبايعان أو البيعان و من الواضح انهما لا يصدقان على المتعاضدين و المتبايعين فى باب الصرف و السلم قبل التقابض لعدم حصول البيع و الشراء و عدم حصول التمليك و التملك فكيف يصدق عليهما عنوان البيعان أو عنوان المتبايعين كما لا يخفى .

على أن خيار المجلس انما يثبت فى مورد يكون التفرق موجبا للزوم العقد كما هو مذكور فى الروايات الدالة على ثبوت خيار مجلس و من المقطوع به أن التفرق هنا يبطل البيع لكونه قبل القبض كما لا يخفى .

و من هنا اتضح أنه لا يثبت خيار المجلس و ك خيار الحيوان قبل الاجازة للمالكين الحاضرين فى مجلس العقد على الاول و مطلقا على الثانى فانه ما لم يستند العقد اليهما فلا يصدق عليهما عنوان البايع و لاعنوان المشتري و من الواضح أن استناد العقد انما يكون بالاجازة لا قبلها و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فانه على كل حال فاستناد البيع و الشراء اليهما من حين الاجازة فصدق البيع و المتبايع عليهما من زمان الاجازة و ان حصلت الملكية من حين العقد على الكشف فلا يمكن المساعدة على ما ذكره المصنف من الفرق بين الكشف و النقل .

قوله : القول فى مسقطات الخيار وهى أربعة على ما ذكرها فى التذكرة أقول من جملة المسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه فى ضمن العقد ذكر المصنف قدس سره أنه لا خلاف ظاهراً فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد وعن الغنية الاجماع عليه ، وقد استدل عليه بوجوه الاول دعوى الاجماع على ذلك وفيه قد مرّ مراراً أن دعوى الاجماع فى مثل هذه المسائل التى نعلم فلا اقل نحتمل أن مدركها جهة كشفه عن قول المعصوم دعوى جزائيه فان الاجماع ليس بنفسه حجة وإنما حجة لكشفه عن قول المعصوم فلا يكشف عنه الا مع القطع به .

الثانى المستفيضة وهى المؤمنون عند شروطهم وقد يقال : انها معارضة بعموم ادلة الخيار ويرجع على ادلة الخيار بمرجع و لكنه بديهى البطلان فانه على تقدير تمامية دلالة المستفيضة فهى تكون حاکمة على أدلة الخيار لكونها مأخوذة فى موضوعها كحكومة ادلة الحرج والضرر على سائر الاحكام الالهية كما ذكره المصنف (ره) فجهة المعارضة واجاب عنه بان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسداً فان مقتضاه على ما هو ظاهر قوله (ع) البيعان بالخيار هو ثبوت الخيار وهذا الاشتراط مخالف له وفيه أن هذا شرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد فان مقتضاه هو حصول الملكية وليس هذا مخالفاً له بل هو مخالف لثبوت الخيار ومن الواضح أن ثبوته من أحكام العقد لا من مقتضياته بل الوجه ليست هى هذه كما لا يخفى .

ولكن الظاهر أن الرواية لا تدلّ على المقصود لا من جهة ما ذكره المصنف وذلك هو ما ذكرنا سابقاً من أن الظاهر من هذه الجملة

المباركة هو الحكم التكليفي فان قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم كقوله (ع) المؤمن عند عدته يعنى أن مقتضى الايمان هو أن يجب للمؤمن أن يفي بما التزمه وبما وعده وهذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفة أيضاً فيقال المرء عند كلامه وعند رأيه وهكذا .

وعليه فلا دلالة في ذلك على المقصود هنا فان اشتراط سقوط الخيار عند المعاملة غير قابل لتعلق الحكم التكليفي به فان اشتراط سقوط الخيار بمعنى أن لا يكون له الخيار في هذا العقد غير مقدور له بل هو من فعل الله تعالى فان الله تعالى جعله ذا خيار و اشتراط عدمه أيضاً راجع اليه وليس من أفعال المتعاملين حتى يقدر على اسقاطه .

ومع الاغماض عن ذلك فهي مخالفة للسنة المعتبرة الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين فانه ورد في ذيل بعض هذه الروايات الا شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة وبيان ذلك أن الشارع قد حكم بثبوت هذا الخيار للمتبايعين واشتراط عدمه مخالف للسنة وهذا غير اشتراط اسقاط الخيار فانه من قبيل شرط الفعل و ليس من قبيل شرط النتيجة و فرق بين اشتراط اسقاط الخيار وبين ان لا يكون له خيار أصلاً فان الثاني مخالف للسنة دون الأول .

نعم الظاهر من بعض الروايات أن الامام عليه السلام طبق هذه الجملة المباركة على بعض الشروط التي من قبيل ما ذكرنا أن الاشتراط فيه راجع الى شرط السقوط وعدم الخيار ولو كان ما ذكرناه من الاشكال وارداً عليه اى على جملة المؤمنون عند شروطهم لما طبقها الامام على ما ذكره .

وذلك كما فى صحيحة مالك بن عطية (١) قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل كان له اب مملوك وكان تحت ابيه جارية مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما يملك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبى اذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فاعطاها فى مكاتبها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم .

فان الظاهر من هذه الرواية هو اشتراط عدم الخيار مع انه كان ثابتاً للأمة بعد ما صارت حرة فيعلم من ذلك أن هذا الشرط ليس مخالفاً للسنة و إلا لما طبقها عليه الامام عليه السلام .

وفيه أولاً أن مورد الرواية اجنبى عما نحن فيه فان موردها هو من قبيل اشتراط سقوط الخيار مما يقتضى الخيار فى عقد ليس مقتضيا له فان عقد المكاتبه ليست مقتضية للخيار بحيث انه بمجرد ذلك يحكم بكون الأمة ذا خيار وانما المقتضى له هو الحرية الحاصله بعد أداء مال الكتابة ومن الواضح أنه لم يلتزم بذلك أحد فلا بد من الاقتصار بمورد الرواية ومن هنا لوجه لتوهم الاولوية أيضاً بدعوى ان اشتراط سقوط الخيار فى عقد هو مقتضى لذلك بطريق أولى فانه لم يثبت فى الاول الخيار فى جميع الموارد بل فى مورد الرواية فقط فكيف يمكن اثباته فى المقتضى للخيار بطريق الاولوية كما هو واضح .

وثانيا قد ذكرنا فى اول الخيارات أن اشتهاار استعمال كلمة

الخيار فى الخيار المصطلح أنّا هو من جهة ما جرى عليه اصطلاح الفقهاء والا فليس ذلك من معناه اللغوى ولا من مقتضيات الدليل وقتلنا أن معنى الخيار لغة هو اختيار الخير لنفسه وأما القدرة على الفسخ أنّا هو مستفاد من اللام الظاهر فى الملكية والاختصاص فيقال له الخيار اى له القدرة على الفسخ والابقاء بل قلنا أن كلمة الخيار وما شئت منها يستعمل فى هذا المعنى حتى فى هذا اليوم .

وعليه فقوله عليه السّلام لا يكون له الخيار المسلمون عند شروطهم هو بمعنى اللغوى أى ليس له اختيار الفسخ فى الخارج بمعنى أنها ملزمة فى شرطها ولا توجد الفسخ الخارجى ولا يكون هذا مخالفاً للسنة فإنّها تدلّ على ثبوت القدرة للمتبايعين على فسخ العقد وامضائه وهذه القدرة باقية للمتبايعين وللمتعاملين وفى المكاتبه أنه اذا صارت حرة فله القدرة على فسخ عقد الزوجية الواقعه بينها وبين العبد وهذه القدرة باقية على حالها ولكن الامام (ع) طبق جملة المسلمون عند شروطهم على اشتراط عدم الخيار للامة على الشرط الذى وقع بينها وبين ابن زوجها من جهة أن تكون الأمة ملزمة بابقاء العقد ولا تفسخ فى الخارج ولا تختار فيه لنفسها الفسخ بل يبقى عقد النكاح على حاله لا أنه بمعنى أن لا يكون لها خيار و قدرة على الفسخ ليكون على خلاف السنة فان هذا موافق للظواهر والاستعمالات فليس فيه ما يوجب خلاف ظهور كلمات المتحاورين كما لا يخفى .

والشرط أنّا يكون مخالفاً للكتاب والسنة اذا كان مفاده على خلاف الحكم الشرعى الثابت بالكتاب والسنة ونظير ذلك ما سياتى

فى الشروط من أن الرجل يتزوج على امرأة وتشتط الامرة عليه أن لاأخذ سرية أو امرأة اخرى فان هذا الشرط مخالف للكتاب والسنة فانه ثبت بهما جواز اخذ السرية والمرأة على الزوجة وشرط خلافه مخالف للكتاب والسنة فلا يكون متبعاً .

اذن فلم يبق فى الرواية ما يوجب الاشكال عليها الا توهم أن هذا الاسقاط اسقاط لما لم يجب فان مقتضى الخيار ليس هو عقد المكاتبه ليكون حاصلاً عند الاشتراط بل هو الحرية و من الواضح انها لم تحصل حتى تكون الامة الحرة ذا خيار فى فسخ عقد النكاح وعدمه فيكون الاسقاط عند الاشتراط فى ضمن الاعانة اسقاطا لما لم يجب وقد ذكر ذلك بعض الشافعية .

وفيه أن هذا صحيح فانه يلزم أن يكون الاسقاط فى ضمن الاعانة أن لا يكون لها خيار فى فسخ عقد الزوجية ولكنه لا دليل على عدم جواز اسقاط ما لم يجب فانه بلا دليل فأى مانع أن يسقط الانسان ما لم يجب عليه بعد كما هو واضح فيكفى فى صحة ذلك تحقق ما يترتب فيه حصول ذلك الأمر الساقط فعلاً .

غاية الأمر فللمدعى أن يدعى الاجماع على بطلان اسقاط ما لم يجب بدعوى كونه تعليقاً وفيه مضافاً الى أنه دليل لبيى يقتصر فيه على المورد المتيقن وهو صورة التعليق فى العقود أن الاجماع هنا على خلافه كما تقدم فلاوجه للمناقشة من هذه الجهة .

وبالجملة فلا دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب بوجه .

والذى ينبغى أن يقال أن الخيار الثابت للمتبايعين فى المجلس ما لم يفترقا من قبيل الحقوق التى تقبل السقوط وقد قلنا

فى أول البيع أنه وان كان لافارق بين الحقّ والحكم فان جميع ذلك حكم اليهى مجعول لله تعالى ولكن بعض أقسام الحكم اختياره تحت يد المكلف فله اسقاطه أو ابقائه ونسبى ذلك القسم من الحكم حقاً ولا يسقط حكماً كالجواز فى الهبة .

ومن الواضح أن خيار المجلس ممّا يقبل الاسقاط وأوضح شئ يدلّ على أنه يسقط بالاسقاط ما فى ذيل الاخبار الدالة على خيار المجلس والحيوان فان فى ذلك قال عليه السلام فذلك رضا بالبيع فان الظاهر من ذلك أن أمره بيده وليس ذلك مثل الهبة فان الجواز فى ذلك حكمى لا يسقط بالاسقاط بل ولو اسقطه الف مره فاىضا يبقى الجواز على حاله واذا خالف ولم يسقط قد فعل فعلاً محرّماً ومع ذلك لو فسخ كان فسخه مؤثراً لعموم أدلة الخيار .

و على هذا فشرط السقوط فى العقد بان يشترط احد المتبايعين على الآخر عند البيع سقوط خياره فمرجعه الى أن المشروط عليه يسقط خيار الذى يثبت له بعد البيع عند العقد وقد عرفت أنه من قبيل الحق يقبل الاسقاط فليس لهذا البيان اشكال الا ما ذكره بعض الشافعية من أنه اسقاط لما لم يجب وهو وان كان صحيحاً ولكنه لا دليل عليه بوجه غير دعوى أنه من التعليق والاجماع قائم على بطلانه وهو أيضاً فاسد لقيام الاجماع هنا على السقوط كما عرفت فانه أدعى بعضهم الاجماع فى المقام .

وقد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن اشتراط سقوط الخيار موافق للقواعد ولا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم .
قوله (ره) ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه : أحدها أن

يشترط عدم الخيار أقول شرط سقوط الخيار فى ضمن العقد يتصور على وجوه الاول شرط عدم الخيار وهذا الشرط هو المراد من اشتراط الخيار وقد تقدم فى ذلك وأن توهم كونه مخالفاً لمقتضى العقد تارة ولمقتضى الكتاب أخرى توهم فاسد كما عرفت .

وقد عرفت أن الخيار من قبيل الحقوق فيسقط بالاسقاط بعد التحقق وكك قبله فليس فيه عيب الا سقوطه قبل الثبوت الذى هو من قبيل اسقاط ما لم يجب ولو خالف المشروط عليه فلم يسقط فيكون للمشروط له الخيار ولو فسخ المشروط عليه كان فسخه مؤثراً لعموم البيعان بالخيار ما لم يفترقا .

الثانى : أن يشترط عدم الفسخ فيقول بعت بشرط أن لا - افسخ فى المجلس وهل يجب الوفاء بهذا الشرط أم لا وقد يقال بالثانى فانه من قبيل اشتراط فى العقد الجائز فلا يزيد الشرط على أصل العقد فان معنى أن لا يفسخ أن له خيار فى العقد ولكن لا يفسخ فاشتراط عدم الفسخ إنما هو فى عقد خيارى فلا يجب الوفاء به كما اذا شرط فى الهبة أو فى الوكالة أو غيرها من العقود الجائزة شرطاً فان هذا الشرط لا يكون واجب الوفاء .

وفيه أن جواز العقد فى ذاته لا ينافى وجوب الوفاء بالشرط الواقع فى ضمنه فان مقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو لزوم العمل بمقتضاه ما دام العقد باقياً وبعد زوال موضوعه يرتفع وجوب الوفاء بالعقد أيضاً لارتفاع موضوعه فالجواز إنما هو ثابت لموضوع وجوب الوفاء بالشرط فيكون وجوب الوفاء بالشرط قضية مادية وقضية حقيقية يعنى أن كلما وجد موضوع وجوب الوفاء بالشرط وجب الوفاء به .

وبعبارة اخرى أن عقد الهبة وعقد الوكالة ونحوهما من العقود وان كان بذاتها جائزة بحيث لكل من الموجب والقابل أن يفسخ العقد فى أى وقت شاء إلا ان اشتراط الشرط فى ضمن هذه العقود الجائزة لا يكون جائزاً تبعاً لها فان معنى الاشتراط فيها أن المشروط له يشترط على المشروط عليه فى ضمنها الشرط المعين فهذا الشرط الواقع فى ضمن العقود الجائزة إنما يكون مصداقاً لقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فيكون واجب الوفاء ولكن مقيداً ببقاء ذلك العقد الجائز فاذا فسخ العقد الجائز يرتفع موضوع وجوب الوفاء فكون الانسان مخيراً فى رفع موضوع الوجوب لا يدلّ على استحالة ثبوت الوجوب على ذلك الموضوع . وعليه فيمكن أن يشترط احد الطرفين فى العقد الجائز على الطرف الآخر شرطاً ويكون الشرط واجب الوفاء بدليل الشرط دون العقد .

فاشترط عدم الفسخ بخيار المجلس من هذا القبيل فيكون الشرط واجب الوفاء بدليل وجوب الوفاء بالشرط نعم فرق بين ما نحن فيه وبين سائر العقود الجائزة التى يشترط فيها شئ وهو أنك قد عرفت أن فى سائر العقود الجائزة يجوز لاحد الطرفين فسخ العقد الجائز و اعدام وجوب الوفاء بالشرط ولكنه لا يجرى فى المقام فان الشرط اعنى عدم الفسخ انما تعلّق بنفس العقد فوجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الا بعدم الفسخ وحفظ العقد فلو فسخ العقد يلزم من ذلك عدم الوفاء بالشرط وبعبارة اخرى أن مفاد الشرط هو لزوم حفظ موضوعه وأيضاً فيحرم الفسخ أبداً .

لا يقال انه لا معنى للاشتراط أصلاً فى ضمن العقود الجائزة فان

معنى الشرط هو كون الالتزام الشرطى منوطاً بالالتزام بابقاء الالتزام العقدى ومن الواضح أنه ليس هنا التزام بالبقاء لفرض كون العقد جائزاً فيكون شرطاً ابتدائيةً فانه يقال أن الجواز وعدمه من الاحكام الشرعية فهو لا ينافى بالتزام المشروط عليه بابقاء العقد مع بقاء الشرط كما هو واضح .

قوله فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ اقول لاشبهه أن وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى فمخالفته توجب العصيان فهل يوجب الفسخ التأثير وضعاً أيضاً أم لا قد احتمل المصنف عدم تأثير الفسخ ح تارة وتأثيره أخرى وقرب الثانى لعموم دليل الخيار وقرب الاول لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه وعدم سلطنته على تركه . ثم اختباره وقال انه أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط وهو عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء .

وقد اختار شيخنا الاستاذ أيضاً عدم الفسخ وان الحكم التكليفى والوضعى لا يجتمعان هنا ولكن قربه بوجه آخر وقد ذكر ذلك الوجه فى كثير من الموارد واجبنا عنه فى غير واحد من المباحث وحاصل هذا الوجه أن النهى تارة يتعلق بالسبب وأخرى بالمسبب أما الاول فلا يوجب حرمة المعاملة المسببة عن ذلك السبب فان حرمة السبب لا تستلزم حرمة المسبب كما لا يخفى .

وعلى الثانى فيستلزم الفساد لان الشرط يوجب سلب قدرة

المالك على البيع من زيد وفى المقام حيث أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه عدم فسخ فيكون الوفاء به واجباً تكليفاً وإذا خالف ذلك وفسخ وقد فعل فعلاً محرماً ولكن لا يترتب عليه الحكم الوضعى فان التكليف كما هو مشروط بالقدرة العقلية فكذلك مشروط بالقدرة الشرعية فمنهى الشارع عن شئ يوجب عجز المكلف عن اقدمه ففى هنا أن نهى الشارع عن الفسخ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط يوجب عجز المكلف عن الفسخ شرعاً بمعنى أنه لا يكون مؤثراً فى الفسخ على تقدير وقوعه .

وفيه قد ذكرنا مراراً أن الحرمة التكليفية عن الشئ لا يستلزم الحرمة الوضعية وكون ذلك الشئ فاسداً وضعاً فانه يحرم التصرف فى مال الغير بدون اذنه مع أنه لو غصب أحد ماء الغير وطهر به ثوبه فانه يكون مؤثراً فى الطهارة وفى هنا وان كان النهى متعلقاً بالسبب ولكن الامر كذلك لو كان متعلقاً بالسبب ايضا فلو كانت الطهارة الخبئية بالماء المغصوب مبيغوضا للشارع مع عدم كون الفعل عبادياً وكان يغصب أحد ماءً من الغير وطهر به ثوبه فانه لا يتوهم احد عدم حصول الطهارة هنا اذا لم يكن الفعل مما يعتبر فيه قصد التقرب .

ومعنى أن النهى التكليفى يسلب القدرة عن المكلف شرعاً يعنى أنه قبل تعلق النهى بالفعل كان مرخصاً فى الفعل والترك وبعده ليس له هذه السلطنة ولا يكون مرخصاً فى ذلك بل لا بد من الترك وأما أن هذه الحرمة مستلزمة للحرمة التكليفية أم لا فهو أول الكلام وتظهر الثمرة فيما اذا صدر منه الفعل فى حال المغفلة

والنسيان فأنه لا يكون حراماً أيضاً .

نعم أنما يدل النهى على الفساد اذا كان ارشاداً اليه كما فى النهى عن بيع الخمر وعن بيع ما ليس عنده ونحوهما نعم أنما يدل النهى التكلفى على الفساد أيضاً مع قيام القرينة عليه كما فى بيع الخمر فان النهى أنما عن جميع شؤنه وأنه يعلم من لسان الشرع أن جميع جهاتها مبغوضة للشارع حتى التملك والتملك فلا تحصل فيها ذلك .

وأما الجواب عما ذكره المصنف أنا لو سلمنا أن معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب آثار العقد عليه من حرمة التصرف فى الثمن و الثمن ولو بعد الفسخ بحيث تدل الآية بالملازمة الى لزوم العقد ولكنه لا يجرى فى وجوب الوفاء بالشرط كما فى المقام فان معنى الوفاء بالشرط هنا هو عدم الفسخ ومن الواضح انه لا اطلاق له لما بعد الفسخ أيضاً بيان ذلك أن المشروط عليه اذا خالف الشرط و فسخ العقد فاما أن يكون فسخه مؤثراً أولاً فعلى الثانى فلاوجه للتمسك باطلاق وجوب الوفاء بالشرط بما بعد الفسخ أيضاً وعلى الاول فلايبقى متعلق وجوب الوفاء حتى يجب الوفاء به فانه بعد الفسخ ينحل العقد ولايبقى شئ حتى يجب الوفاء بالشرط ولايفسخ العقد وعلى الجملة فاذا خالف المشروط عليه بالشرط وفسخ فينعدم موضوع الشرط ولا يبقى شئ حتى لايفسخ ويبقى على حاله .

وعلى هذا فادلة الخيار محكمة فكل من المتبايعين فسخ العقد وان كان فسخ من شرط عليه أن لايفسخ محرماً .

ثم ان المعروف بين الفقهاء أن هذا الشرط صحيح وان وقع

الكلام بينهم أن الفسخ يؤثر وضعاً أولاً يؤثر ولكن لنا مناقشة في صحة هذا الشرط قد ذكرناه في باب المزاغة في حاشية العروة وحاصله أنا ذكرنا مراراً أن معنى الشرط في العقد لا يخلو عن معاني ثلثة بالسيرو والتقسيم الأول أن يكون التزاماً آخر في ضمن العقد مستقلاً وغير مربوط بالالتزام العقدى بان يلتزم كل من المتبايعين بمبادلة مال بمال ويلتزم أحدهما أيضاً مقارناً لهذا الالتزام بان يخيض ثوباً لصاحبه فليس بينهما ربط إلا صرف المقارنة الزمانية ولا شبهة أن هذا النحو من الشرط لا يجب الوفاء به بالاتفاق لكونه من الشروط الابتدائية فليس المراد من الشرط التى حكموا بوجوب الوفاء بها هو ذلك .

الثانى أن يكون الشرط مربوطاً بالعقد وهو على قسمين الاول أن يكون الالتزام العقدى مربوطاً بالالتزام الشرطى بحيث أن الالتزام العقدى منتف مع انتفاء الالتزام العقدى مثلاً معنى اشتراط الخياطة فى ضمن بيع الدار هو أن الالتزام ببيع الدار إنما هو فى فرض الالتزام بالخياطة والعمل به وانهاؤه والا فلا بيع هنا أصلاً .

وفيه أنه قام الاجماع على بطلان التعليق فى العقود فيكون هذا باطلا حتى اذا كان المشروط عليه يفى بالشرط كما لا يخفى .

الثالث أن يكون الالتزام العقدى غير مربوط بالالتزام الشرطى ليكون تعليقاً ولكن كان الالتزام ببقاء العقد وابقائه منوطاً بالالتزام المشروط عليه بانهاؤه الشرط وابقائه فيكون الالتزام بابقاء العقد وعدم قدرته على الفسخ والحل منوطاً بكون المشروط عليه وافياً بالشرط والا فللمشروط له خيار الفسخ كما لا يخفى .

اذا عرفت ذلك فنقول ان معنى الشرط فى العقود بحيث

يجب الوفاء به بالسير والتقسيم ليس الا هو الثالث و عليه فلا يعقل ولا نتصور اشتراط عدم الفسخ فى العقود بحيث لا يكون للمشروط عليه حق الفسخ وذلك فانك لما عرفت أن معنى الاشتراط هو ثبوت الخيار للمشروط له مع تخلف المشروط عليه الشرط ومن الواضح أنه بعد ما فسخ المشروط عليه لفرض تأثير فسخه لعموم ادلة الخيار لا يبقى موضوع ليكون للمشروط له الخيار بان كان مختاراً فى فسخ العقد و ابقائه ومع عدم الفسخ فالعقد أيضاً باق على حاله سواء كان هنا شرط أم لا فلانعقل معنى محصلاً لهذا الشرط فيكون لغوا ويدخل فى الشروط الفاسدة و يأتى الكلام فيه من أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا . نعم لو اشترط فى ضمن عقد عدم فسخ عقد آخر فيكون صحيحاً كسائر الشروط الصحيحة كاشتراط الخياطة أو البنائة أو النجارة أو نحوها كما لا يخفى .

الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار فى العقد أن يشترط اسقاط الخيار بأن يكون هذا الفعل صادراً من المشروط عليه ولا شبهة فى صحة هذا الشرط لعدم ترتب المحذور عليه الا اسقاط ما لم يجب وقد عرفت ان الاجماع على تقدير تحققه بعدم جواز ذلك لكونه تعليقاً فلا يجرى فى المقام لقيام الاجماع على الصحة كما ادعاه بعضهم فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط و عليه فلو أخل المشروط عليه الشرط كله ولم يسقط الخيار ولم يف بالشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح .

ثم اذا فسخ المشروط عليه العقد فهل يكون فسخه مؤثراً أم لا الظاهر هو الاول لعموم الادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس

للمتبايعين كما تقدّم وقد اختار المصنف أنه لا يؤثر الفسخ كما ذكره
فى الوجه الثانى وقد عرفت جوابه .

ثم أنّه اذا تخلف المشروط عليه ولم يفسخ العقد قد عرفت
أنه يثبت الخيار للمشروط له ولا يفرق فى ذلك بين كون الفسخ مؤثراً أم
لا فان نفس بقاء العقد متزلزلاً مخالف لغرض المشروط له فيكون له
الخيار لاجل التخلف بالشرط وان لم يكن فسخ المشروط عليه مؤثراً
على تقدير الفسخ اذ يكون البيع لازماً وعدم كونه متزلزلاً مما هو محط
غرض للعقلاء فلا أقل لنفس المشروط له .

ولا ينافى ذلك لزوم العقد شرعاً فانه من الاحكام الشرعية
والتزلزل انما هو مع قطع النظر عنه وفى نظر المتبايعين الحكومة
العرفية مع قطع النظر عن الشرع والشرعة كما اذا كان المتبايعين
غير ملتزمين بالشرع والشرعة .

قوله قدس سره بقى الكلام فى أنّ المشهور أنّ تأثير الشرط
انما هو مع ذكره فى متن العقد أقول ما ذكره المصنف وان كان له
مناسبة لما نحن فيه ولكنه من مسائل مبحث الشرط التى سنتكلم فيها
وتفصيل الكلام هنا على نحو الاجمال أن اعتبار الشرط فى المعاملة
على انحاء الاول أن لا يكون مذكوراً لا فى ضمن المعاملة ولا قبلها
ولا بعدها ولم ينشأه المعاملة بانها عليها أيضاً وهذا على قسمين لان
الوصف ان كان ممّا يعتبر بحسب الارتكاز العقلاى سواء ذكر أم لا كاعتبار
التسليم والتسلّم وأوصاف الصحة كظهور المبيع على ما وقعت المعاملة
عليه فلا شبهة فى صحة ذلك الشرط وجوب الوفاء به فان مثل ذلك
الشروط كال المذكور والارتكاز العقلاى والارتكاز من المتبايعين قائم

مقام الذكر فيكون واجب الوفاء لعموم المؤمنون عند شروطهم بل فى تخلف أوصاف الصّحة تفسده المعاملة .

وان كان من قبيل الاوصاف الكمالية كوصف الخياطة والبناية والنجارة ونحوها فلا يكون واجب الوفاء اذ ليس هنا شرط حتى يجب الوفاء به كما سنذكر معنى الشرط ولم يبرز هنا شئ يجب الوفاء به . و قد يكون الشرط مذكوراً فى ضمن العقد اما تفصيلاً كقوله بعتك العبد الكاتب أو على أن يكون كاتباً واما اجمالاً كما اذا ذكرت الشروط كلها قبل العقد وعند اجراء صيغة العقد يقول بعتك الشئ الفلانى على ما ذكر من الشروط فيشير بهذه الكلمة المبهمة الى الشروط المذكورة قبل العقد فانه أيضاً مذكور فى ضمن العقد فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط فان الغرض ارتباط الشرط بالعقد وهو حاصل بمثل هذه الكلمات المبهمة .

وعلى الجملة الاشارة فى ضمن العقد الى الشرائط المذكورة قبل العقد والمعاملة بانياً عليها مع اظهار تلك الشروط بمثل ما ذكر كقوله بعتك العبد على ما ذكر لا يقصر عن الشرط المذكور فى ضمن العقد صريحاً فى وجوب الوفاء بها فانه ح يبرز البايع بقوله بعته كذا تبديل ما له على هذا الشرط فيكون ما بنى عليه من الشرط مبرزاً مع حقيقة المعاملة كما لا يخفى فكما يكون الالتزام العقدى المظهر بكلمة بعته واجب الوفاء وكذلك الالتزام الشرطى المبرز بهذه الاشارة . وقد يكون الشرط مذكوراً قبل العقد ولكن لا يشار اليها فى ضمن العقد لاتصريحاً ولا اجمالاً فهو على قسمين الأول أن يكون ذلك مغفولاً عنه عند البيع وغير ملتفت اليه فى مقام المعاملة أو

نسيه أو كان ملتفت اليه ولكن لم يظهروا عند البيع ولم ينشئه منياً على الشرط المذكور قبل العقد فان هذا كله لاحق بالقسم الاول ولا يجب الوفاء به والثانى أن يكون ملتفتاً اليه عند المعاملة وكان بناء على ذلك حتى فى مرحلة انشاء و اظهار المعاملة ولكن لم يظهروا الشرط عند الانشاء وبعبارة أخرى الشرط موجود فى مقام الثبوت ولكن ليس له دالّ فى مقام الاثبات والظاهر أنه شرط حقيقة ويجب الوفاء به ولكن المشهور ذهبوا الى بطلان الشرط المذكور قبل العقد وان كان العقد بانياً عليه ولكن الظاهر من بعضهم هو كون مثل هذا الشرط أيضاً واجب الوفاء كالشيخ وغيره قال الشيخ فى محكى الخلاف أنه لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط ولزم العقد بنفس الايجاب والقبول ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعى الخ وقد منع المصنف عن كون مثل هذا الشرط واجب الوفاء كما ذكره فى المتن بل منع نسبة ذلك الى الشيخ أيضاً ولذا حاول أن يوجه كلامه بأنه اراد من قوله قبل العقد أى قبل تمام العقد و استشهد عليه بملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف والتذكرة وباستدلال الشيخ على الجواز وبعض الشافعية على المنع وقال أن ذاك كله يكاد يورث القطع بأن مراد الشيخ ليس هو ظاهر كلامه بل مراده ما ذكرناه ولكن الظاهر أن ما يستفاد من ظاهر كلامه هو مراد الشيخ و لذا اشكل عليه العلامة بأنه لا يكون الشرط المذكور قبل العقد واجب الوفاء الا اذا كان ايقاء العقد بانياً عليه فانه يكون العقد مشروطاً به وكيف كان فلا يهمنى كشف مراد الشيخ أنه أى شئ أراد واتّما المهم أنّما هو بيان أن هذا الشرط واجب الوفاء أم لا والظاهر أنه لا قصور

فى صدق مفهوم الشرط عليه وكونه واجب الوفاء أيضاً بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط .

والوجه فى أن الثانى يجب الوفاء به دون الأول هو ان معنى الشرط هو الربط بين الشيئين كما فى القاموس حيث ذكر ان الشرط هو الالتزام والالتزام فى البيع ونحوه فأنما يكون الالتزام بالشرط مربوطاً بالالتزام العقدى اذا كان الالتزام العقدى و ابرازه باقياً على الشرط ومربوطا اليه بحيث يكون بين الالتزامين ربط و عقدة ليتحقق معنى الشرط الذى ذكره أهل اللغة وهذا المعنى هو المتفاهم عرفاً وكذلك هو المستفاد من قوله (ع) كل شرط سائغ ولازم الا شرط خالف الكتاب والسنة و على الجملة المستفاد من كلمة الشرط الذى يجب الوفاء به الا شرطاً خالف الكتاب والسنة هو المربوط بالعقد لاما يكون خارجاً عنه فأنه مجرد وعد فيجرى عليه حكمه من وجوب الوفاء وعدمه .

و من الواضح أن المذكور قبل العقد اذا كان مغفولاً عنه حين انشأ البيع أو منسياً أو متروكاً عمداً بحيث أنشأ البيع غير مبنى على الشرط فلا يجب الوفاء به لا من جهة القصور فى أدلة وجوب الوفاء بالشرط ولا من جهة التمسك بالاجماع على عدم وجوب الوفاء به حتى يقال انّ المسألة مختلف فيها فليس فى المقام اجماع بل من جهة منع صدق الشرط عليه اذ هو بالنسبة الى العقد المنشأ خالياً عن ذكره وخالياً عن البناء عليه أى انشاء المعاملة بانياً على هذا الشرط كسائر الامور الاجنبية عن العقد فلا يكون واجب الوفاء وأنما هو كسائر المواعيد التى اجنبية عن هذا العقد فيكون عدم وجوب الوفاء

به من جهة عدم الموضوع وعدم صدق الشرط عليه كما هو واضح فلا يكون هذا كالمحذوف النحوى ليكون فى حكم المذكور .

وأما اذا كان الشرط مذكوراً قبل العقد وكان العقد المنشأ مبنياً عليه من غير أن يكون مغفولاً عنه عند البيع فيصدق عليه الشرط حقيقة فى مقام الثبوت غاية الأمر أن الدلالة عليه فى مقام الاثبات منفية بحيث لو سمع أحد الكلام الذى انشأ به البيع خالياً عن ذلك الشرط حسب أنه مطلق والمعاملة المنشأة بهذا الانشاء خالية عن الشرط والوجه فى ذلك هو ما عرفت من أن الاستفادة من معنى الشرط بحسب المتبادر من كلمته فى الاخبار ومن العرف ومن تصريح اهل اللغة هو ما يكون مربوطاً بشئ وليس اظهره بظهر فى مقام الانشاء من مقومات ذلك فاذا كان ابراز المعاملة بانياً عليه فيكون مربوطاً بها فيكون الالتزامين اى العقدى والشرطى مرتبطين اى احدهما بالآخر ولا يقاس ذلك بحقيقة المعاملات التى لا يترتب عليه الأثر الا بعد الاظهار والابراز لا بمجرد الاعتبار وذلك لأننا ذكرنا فى أول البيع أن حقيقته عبارة عن اعتبار الكلية لكل من العوضين من كل من المالكين للآخر و اظهره بميز فى الخارج وكك سائر المعاملات فانها ليست مجرد اعتبار نفسانى و الا للزم أن يكون بمجرد الاعتبار النفسانى أن يملك الآخر وليس كك حتى مع العلم بالاعتبار كما اذا علم كل من المتبايعين بعلم الاشراف أن الآخر اعتبر ملكية ماله له وكذا العكس فانه لا يكون هذا بيعاً مادام لم يقترب بالاظهار فحقيقة البيع وكذلك ان حقيقة سائر المعاملات متقومة بالاعتبار النفسانى وبالاظهار الخارجى كما لا يخفى .

وهذا بخلاف حقيقة الشرط فانه ليس متقوماً بالاعتبار وبالاظهار الخارجى معاً بل معناه كما ذكرناه هو الربط بين الشئيين و هو حاصل بمجرد البناء والقصد و اظهار المعاملة و ابرازها و انشاءها بانياً عليه فانه بمجرد ذلك يحصل الربط كما لا يخفى فلا يحتاج الى اللفظ بوجه وقد ذكر ذلك المحقق الايروانى أيضاً فيجب الوفاء به للعموم على أن التزامهما مقيد فى نفس الأمر فلا يعقل التفكيك بينهما لكى يكون أحدهما واجب الوفاء دون الآخر .

وأما ما ذكره المصنف من ان الشرط المذكور قبل العقد اذا لم يذكر فى العقد ولو بالاشارة كان لغواً وان وقع العقد بانياً عليه وأما ما ذكره فقد ظهر جوابه مما حققناه فكأن المصنف حسب أن قوام الربط و الشرط كقوام المعاملات بالاظهار والابراز وقد عرفت أنه ليس كذلك والحاصل أن الشرط المذكور قبل العقد الذى يقع العقد فى الخارج بانياً عليه كالمحذوف المقدرفانه فى حكم المذكور .

ومن هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ أيضاً من أن القصد والدواعى غير معتبرة فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبنياً على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار وذلك لان الشرط الزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به يتوقف على الالتزام به فى العقد ومجرد البناء ليس التزاماً به ولا يقاس ذلك على اوصاف المبيع المعتبرة فيه بالارتكاز ووجه الظهور أن الغرض من الشرط هو ارتباط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى فى نظر المتعاملين بحيث يكون أحدهما مربوط بالآخر ولا يلزم أن يكون على نحو معرفة غيرهما أيضاً فان تحقق

حقيقة الشرط لا يتوقف على الاظهار كما يتوقف البيع عليه فلو كان تحققه محتاجاً الى فهم الغير أيضاً لزم ان لا تحقق المعاملات الواقعة في الخفاء التي لا يطلع عليها غير المتعاملين .

قوله فرع ذكر العلامة في التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط نفى الخيار أقول كان كلامنا في سقوط الخيار بالشرط وقد ذكر العلامة في التذكرة أنه قد لا يجوز اشتراط اسقاط الخيار لا من جهة اسقاط ما لم يجب فانه لو كان صحيحا لكان جاريا في جميع موارد اشتراط اسقاط الخيار بل من جهة أخرى كما اذا نذر المولى أن يعتق عبده اذا باعه بأن قال لله على ان اعتقك اذا بعته وقال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر ويجب الوفاء به ولا يتم ذلك برفع الخيار لرفع موضوع النذر وقد ذكر المصنف أن ما ذكره العلامة مبنى على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له ثم قال وقد مر أن الاقوى في الشرط أيضاً كونه كك .

أقول لا يتم ما ذكره العلامة وارتضاه المصنف و اضاف اليه الشرط صغرى وكبرى وأما الوجه في عدم تمامية الصغرى فلان عتق العبد لا ينحصر بفسخ العقد بخيار المجلس ثم عتقه بل يمكن بوجه آخر كالشراء ثانياً أو تملكه بغير الشراء كالاتهاب أو التوارث فانه مع الاطمينان برجوعه الى ملكه ثانياً لا مانع من عدم الفسخ فعتقه لا ينحصر بصورة الفسخ فقط بل يمكن بغيره أيضاً كما هو واضح .

وأما الوجه في عدم تمامية الكبرى أن وجوب الوفاء بالنذر كذا وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفي كما تقدم قريباً وقد عرفت أنه لا ملازمة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي بأن تكون المخالفة

بالحكم التكلفى موجبة لبطلان المعاملة المنهية عنها أيضاً فلادلة
للنهى عن شئ تكلفياً على فسادہ وضعاً الا بالقرائن كما فى الخمر
نعم لوكان النهى ارشاد يا فيدل على الفساد كما فى نهى النبى
(ص) عن بيع الغرر ونحوه وعلى هذا فمخالفة الناذر نذرہ او مخالفة
الشارط شرطه حرام تكلفياً فاذا نذر أن يعتق عبده اذا باعه أو شرط
ذلك على نفسه فى ضمن معاملة ثم باعه بيعاً لازماً و خالف نذرہ
فلم يعتق فلاتدل مخالفته هذه على بطلان البيع وقد تقدم فى
المكاسب المحرمة كثيراً أن الحرمة التكلفية لايلزم الحرمة الوضعية
بل هى تدل على مبغوضية الفعل فقط لاعلى عدم نفوذه .

وتظهر الثمرة فيما اذا باعه فى حال الغفلة والنسيان عن
نذرہ فانه لا يكون حراماً ايضاً تكلفياً لكونه مرفوعاً عند الغفلة والنسيان
كما هو واضح وأما ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الحكم الشرعى يجعل
الانسان مسلوب القدرة فقد تقدم جوابه وتقريب كلامه .

قوله : مسألة ومن المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد
بل هذا هو المسقط الحقيقى أقول لاشبهة فى جواز اسقاط خيار
المجلس بعد العقد بل هو المسقط الحقيقى كما ذكره المصنف وأما
الكلام فى دليل ذلك .

وقد استدل عليه المصنف بوجوه الأول : دعوى الاجماع عليه
ولكنه تقدم غير مرة أن الاجماع فى مثل هذه المسألة ليس تعبدياً
بل هو مبنى على الوجوه المذكورة فى المسئلة .

الثانى القاعدة المسلمة بين الفقهاء أن لكل ذى حق اسقاط
حقه ولعل الوجه فى ذلك قوله (ع) الناس مسلطون على أموالهم

فان مقتضى ذلك هو تسلط ذى الحق بحقه فيفعل فيه ما يشاء بالفحوى وبالطريق الاولوية فان الانسان اذا كان مسلطاً لما له الذى من قبيل الاعيان فهو مسلط على حقه أيضاً .

وفيه اما لمن له الخيار حق لاسقاطه أولاً أى أن هذا الخيار الثابت له اما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فان كان من قبيل الحقوق فلا يحتاج الى التمسك بفحوى دليل السلطنة او بمنطوقه فان معنى الحق هو كون ذى الحق مسلطاً على حقه بحيث يفعل فيه ما يشاء .

وان لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط سواء كان هنا دليل السلطنة أم لا .

وبعبارة واضحة قد ذكرنا فى أول البيع أنه لافرق بين الحق والحكم من حيث كونهما مجعولين للشارع بل كلاهما من الاحكام الشرعية التى جعلها الشارع ولكن بعض هذه الاحكام قد فوضه الى المكلف وجعل اختياره بيده فله أن يتصرف فيه كيف يشاء ونسمى ذلك حقاً فى الاصطلاح وان كان حكماً فى الحقيقة أيضاً وهذا لا يكون الا اذا ثبت بالدليل فبدونه لا يمكن أن يقال ان هذا الحكم اختياره بيد المكلف . ولذا كلما شككنا فى مورد أنه يسقط باسقاط من له ذلك أولاً فالاصل بقاءه وعدم سقوطه بالاسقاط تمسكاً بدليله .

و على هذا فلا يمكن اثبات الحقية بدليل السلطنة فانه ناظر الى الكبرى وأن كل من له السلطنة على شئ فله التصرف فى متعلق سلطنته كيف يشاء وبالفحوى يثبت جواز التصرف فى الحق و متعلقه ولكن لا يثبت بذلك أن الحكم الفلانى حق والحكم الفلانى

ليس بحق .

الثالث قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم بدعوى أنه اذا شمل الشروط الابتدائية لكان شاملاً لذلك أيضاً فان اسقاط الخيار بعد العقد التزام بأن لا يكون له خيار فيكون من الشروط الابتدائية .
وفيه أولاً أنه لا تشمل الشروط الابتدائية للاتفاق بعدم كونها واجب الوفاء بل ليست من الشروط وقد تقدم من القاموس أن الشرط هو الالتزام والالتزام فى بيع ونحوه .

وثانياً على تقدير كونه شاملاً للشروط الابتدائية فلا شبهة لعدم شموله لاسقاط الخيار بعد العقد الذى هو محل كلامنا وذلك فان معنى اسقاط الخيار هو الالتزام بأن لا يكون له خيار ولا شبهة ان ثبوت الخيار له وعدم ثبوته له من الاحكام الشرعية فلا يكون تحت اختيار المكلف كما لا يخفى ، فلا يعقل شمول المؤمنون عند شروطهم لذلك .

الرابع فهو العمدة وحاصله أنا استفدنا من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللاً بانه رضا بالبيع فيدل ذلك على أن الرضى بالبيع وبسقوط الخيار يوجب السقوط باى كاشف كان ذلك الدال فكلما دل على رضا ذى الخيار بسقوط الخيار فيكون ذلك موجباً للسقوط كما لا يخفى فان المناط هو الرضا لا أن للفظ خاص موضوعية بحيث يكون سبباً للسقوط تعبداً كما لا يخفى .

ويترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك الاولى أنه لا يعتبر فى اسقاط الخيار لفظ خاص كما يعتبر ذلك فى العقود والايقاعات على المشهور من العربية والماضوية وغيرهما بل يسقط الخيار بكل ما يكون كاشفاً عن الرضا من ذى الخيار على ذلك

لما عرفت أن المناط هو الرضا بالبيع وكونه لازماً وهو يحصل ولو
بالإشارة بالحواس ونحوه وعلى هذا فيجوز في الإسقاط ما يكون
شبيهاً بالبيع الفضولي كما إذا قال أحد غير ذي الخيار اسقط خيار
الفلاني ثم يقول صاحب الخيار أمضيت فانه يكون ذلك إسقاطاً فان
الامضاء مصداق لسقوط الخيار ومصداق للرضا به كما لا يخفى فلا يعتبر
هنا لفظ خاص لتحقيق المناط المذكور بأي كاشف .

المسئلة الثانية ما ورد في بعض الروايات وان كانت غير جامعة
لشرائط الحجية أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل يكون هذا
إسقاطاً للخيار أم لا وقد وقع ذلك محل الكلام بين الاعلام .

لا شبهة أن كلمة اختر ليس من مسقطات الخيار تعدياً فيقع
الكلام في دلالة على ذلك وقد يقال أن كلمة اختر معناه إسقاط
خياره عن نفسه وارجاع أمر العقد الى الطرف الآخر واما إذا لم يكن
له خيار فمعناه تمليك خياره اليه والحاصل أن قول القائل لصاحبه
اختر هذا العقد معناه ارجاع أمر العقد وتفويضه اليه بحيث لا يكون
للقائل اختيار في العقد أصلاً وعليه فان كان للطرف الآخر خيار أيضاً
فيسقط خيار القائل والا فيكون تمليكا لخيار نفسه الى الطرف الآخر .

وقد يقال : ان معنى كلمة اختر تفويض الخيار الى الطرف الآخر
بحيث يكون هو المفوض اليه في ذلك اما يعمل أو لا يعمل دون الإسقاط
وقد يقال ان معنى كلمة اختر هو استكشاف حال الطرف بالنسبة
الى العقد أنه أي شيء يختار في العقد الفسخ أو الامضاء .

وعلى الثالث لا يكون التكلم به موجباً لسقوط الخيار لكونه مسوقاً
للتجربة والامتحان بل قيل على الثاني أيضاً لا يدل على سقوط الخيار

فان تفويض الأمر الى صاحبه فى امر خيار المجلس لا يدل على سقوط خيار نفسه غاية الامر أنه يكون مثل الموكل الذى فوض أمر شئ الى الوكيل المفوض فأنه مع كونه وكيلًا مفوضًا فللموكل أيضا أن يتصرف فى ذلك الشئ الذى وكلّ غيره فيه .

وقال شيخنا الانصارى وهو الحق أن كلمة اختر لا يدلّ الا على كشف حال الطرف وامتحانه وأما أزيد من ذلك فلا شئ من الدلالات المطابقة و غيرها الا أن تكون هناك قرينة حالية أو مقالية تدل على كون مراد المتكلم هو اسقاط الخيار وهو كذلك فان مادة كلمة اخترهى لا تدلّ على ازيد من الاختيار وهيئتها هى صيغة الأمر فلا دلالة فى شئ من المادة والهيئة على ذلك أى سقوط الخيار بل لا يستفاد منها الا امتحان الطرف وكشف حاله أنه يعضى العقد ويسقط خياره أم لا بدّ يريد الفسخ .

قوله ثم أنّه لا اشكال فى ان اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر أقول قد تقدم فى أوائل الخيار أن امضاء احدهما العقد لا يوجب سقوط خيار الآخر وكون العقد لازماً من قبله بل هو باق على خياره نعم أن فسخ أحدهما يوجب فسخ الآخر كما ذكره المصنف ثم تصدى المصنف لبيان صورة معارضة الفسخ والامضاء وقال : لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالاصيل والوكيل فاجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبداً بجارية ثم اعتقهما جميعاً حيث ان اعتاق العبد فسخ واعتاق الجارية اجازة او اختلف الورثة فى الفسخ

والاجازة تحقق التعارض وظاهر العلامة في جميع هذا الصورتين
الفسخ ولم يظهر وجه تام وسيجئ الإشارة الى ذلك في موضعه
انشاء الله تعالى .

والتحقيق في بيان الكبرى في المقام أنه قد يقال بثبوت الخيار
للطبيعي بحيث كل من سبق الى اعمال الخيار من الفسخ أو الامضاء
لا يبقى مجال للأخر أصلاً كما أن الشخص الواحد ليس له إلا خيار
واحد من الفسخ أو الامضاء فالطبيعي أيضاً في حكمه فكأنه فرد واحد
وقد احتمل هذا الوجه في ثبوت الخيار للورثة بموت المورث وقالوا
بان هنا خيار واحد فأى من الورثة سبق الى اعماله فيسقط عن
الباقيين .

وقد يقال بكونه ثابتاً لكل واحد ولكن يكون الخيار الثابت
للثاني في طول الخيار الثابت للاول اي من فروعه وشؤونه سواء كان
خياره في طول خيار الأول متعدد أو واحداً وهذا كخيار الوكيل
الواحد أو المتعدد من الموكل في اعمال الخيار .

وقد يقال بثبوته لكل واحد واحد من الاشخاص على نحو
الاستقلال من غير أن يرتبط بالآخر أصلاً .

أما على الاول فلا شبهة في سقوط الخيار عن البقية بسبق احد
أفراد الطبيعة الى اعماله اما بالفسخ أو بالامضاء كما عرفت فانه حينئذ
ليس هنا الا خيار واحد فلا يعقل بقاءه بعد سقوطه بالاعمال اسقاطاً
أو اعمالاً فلا يبقى لخيار الثاني موضوع أصلاً لارتفاعه بفسخ السابق أو
امضاءه .

و على هذا فلو تقارن فسخ أحد أفراد الطبيعة مع امضاء الفرد

الآخر فلامناس عن التساقط حينئذ ولا يكون شئ من الفسخ أو الامضاء مؤثراً فى العقد فيكون الخيار باقياً على حاله فان سقوطه وعدمه معاً مستحيل للتناقض لما عرفت أن ثبوت الخيار للطبيعة كثبوته لفرد واحد فكما لا يعقل تأثير صدور الفسخ والامضاء من شخص واحد بأن يكتسب باحدى يده الفسخ وبالآخر الامضاء ويبرزهما معاً أو يفسخ بلسانه ويمضى بكتابه أو بإشارته فان شئ من ذلك لا يعقل لانه مستلزم لتناقض وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلامرجح فيلغو كلاهما وكك فى هذه الصورة فانه حينئذ ليس هنا إلا خيار واحد فهذا الخيار الواحد لا يعقل أن يؤثر فى العقد الفسخ والامضاء معاً . وعلى هذا الفرض لوجه للكلام العلامة أصلاً لا انه لم يظهر له وجه تام كما ذكره المصنف لما عرفت أنه غير معقول وانه مستحيل كما لا يخفى .

وأما على الثانى بأن يكون خيار أحدهما فى طول خيار الآخر فقد عرفت أنه على قسمين الأول أن يكون الثانى الذى خياره فى طول خيار الاول واحداً كما اذا وكل أحد شخصاً آخر فى امر الخيار فان خيار الوكيل فى طول خيار الموكل أى من فروعه وشؤونه .

الثانى أن يكون الوكيل فى اعمال خيار الموكل متعدد كآن وكلّ نفرين فى اعمال خيار المجلس الثابت فان هذا الخيار الثابت للوكيل فى طول خيار الموكل .

و على كلّ حال فكلّ من سبق من الوكيل أو من الموكل الى اعمال الخيار فيرتفع الخيار ولا يبقى للآخر مجال أصلاً فان سبق الموكل فلا يبق مجال لخيار الوكيل وان سبق الوكيل فلا يبقى مجال لخيار الموكل وكك الحال فى سبق أحد الوكيلين على الوكيل الآخر والموكل

والوجه فى ذلك أن هنا خيار واحد ثابت للموكل وللوكيل فى طوله فبعد اعمال كل منهم ذلك لا يبقى مجال لخيار الآخر اصلاً .

وان تقارنا بان فسخ الوكيل وأمضى الموكل أو فسخ أحد الوكيلين وأمضى الآخر فانه حينئذ لا مناص من التساقت أيضاً ومن عدم تأثير شئ من الفسخ والامضاء لما عرفت من أنه ليس هنا إلا خيار واحد فلا يعقل أن يعمل هذا الخيار الواحد بالفسخ تارة وبالامضاء أخرى معاً فقهرأ يحكم بالتساقت كما عرفت فى ثبوته على الطبيعى فهذان - الاحتمالان أى احتمال ثبوته للطبيعة واحتمال ثبوته للمتعدد طولاً متحدان من حيث النتيجة فلا مجال للكلام العلامة فى هاتين الصورتين وأما على الثالث : فلكل منهما خيار مستقل فله اعماله من غير أن يرتبط بالآخر كما تقدم نظيره فى ثبوت خيار المجلس للوكيل والموكل معاً على نحو الاستقلال مع اجتماعهم فى مجلس واحد أو مع كون الوكيلين فى مجلس والموكلين فى مجلس آخر مجتمعين كما تقدم و حينئذ فكل يترتب حكم خيار نفسه على حده من دون ربط بالآخر . وعلى هذا فلو فسخ أحدهما سواء كان قبل امضاء الآخر أو مقارنا بامضائه أو بعده فيبطل العقد وينحل فلا يبقى شئ اصلاً فان الفسخ يقدم على الامضاء حتى بعد امضاء الآخر وقد تقدم وجهه سابقاً من أن فى الفسخ خصوصية يوجب انحلال المعاملة لانه عبارة عن الحل والحل انما يكون من الطرفين بخلاف الامضاء فانه اقرار العقد فهو تحصل من قبله أيضاً وحده .

وعلى هذا الفرض فمع التقارن يقدم الفاسخ و مع التأخر عن الامضاء يقدم على الامضاء فمع التقارن يقدم أيضاً بطريق الاولوية

ولو كان مراد العلامة من تقديم الفاسخ على المجيز هذا فله وجه وجيه
و على الجملة فكلما كان الفسخ مقدماً على الامضاء فى فرض تأخره عنه
فيقدم فى فرض التقارن بالاولوية أيضاً وكلما وقع التعارض بينهما فى
صورة المقارنة فلا يكون الفسخ مقدماً فى صورة التأخر أيضاً بالاولوية
لعدم بقاء الموضوع له ح .

قوله من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين ، أقول : يقع
الكلام فى جهتين الاولى فى أن المدار فى الافتراق الموجب لسقوط
الخيار أى شئ هل هو طبيعى الافتراق ولو بمقدار اصبع أو بمقدار
شعرة أو المناط هو الافتراق بمقدار خطوة أو المناط هو الافتراق
العرفى وجوه ثلاثة التى ذكرها المصنف .

الجهة الثانية فى أن ما يوجب لسقوط الخيار من الافتراق
و أن موضوع الحكم هو الافتراق بما هو افتراق أو ان الموضوع
هو الافتراق الكاشف عن الرضا وأما ما كان عن اكراه لا يوجب سقوط
الخيار .

أما الكلام فى الجهة الاولى فذكر المصنف أن الافتراق بما هو
افتراق موجب لسقوط الخيار قليلاً كان أم كثيراً فان الظاهر من الادلة
هو حصول الخيار بمجرد الافتراق وانفصال الهيئة الاجتماعية الحاصلة
لهما حين العقد ، فاذا حصل مسمى الافتراق و صدق الطبيعى
سقط الخيار . والذى يصرح أن مراد المصنف هو ذلك ما ذكره فى
ذيل كلامه من قوله فلو تبايعاً فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد
افتراقهما .

الوجه الثانى اعتبار الخطوة فى الافتراق المسقط للخيار فقد

ذكره جماعة اغتراراً بالتمثيل بالخطوة الواقعة في كلمات جماعة و لكنه لا دليل عليه بوجه وإنما ذكره جماعة من باب المثال وعلى تقدير أنهم ذكروا ذلك من باب التحديد فلا دليل عليه لأنه لم يرد من الشرع ما يوجب التحديد كما ورد ذلك في تعيين الكرو والنصاب في الزكوة ونحوهما .

الثالث أن يقال بأن المناط في ذلك هو الافتراق العرفي وأما الوجهان الأولان فلا دليل عليهما وبيان ذلك أن المراد من الافتراق ليس هو مجرد الانفصال بأي نحو كان ولو كان طبيعياً الانفصال بين المتبايعين لحصوله من الأول بالبديهة فانه قلماً يتفق أن يكون امضاء أحد المتبايعين متلاًصقاً بالآخر باليد أو بشئ آخر من أعضاء بدنهما وعليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منهما عن الآخر فلا بد وأن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانا - جالسين أم قاعدين أو مضطجعين أى عن مجلس العقد للمعاملة و لو كان في حالة المشى فلو كانا في قبة واجتمعا في تلك القبة للمعاملة الخاصة فالاجتماع فيها اجتماع للمعاملة فيكون هذا المجلس مجلس المعاملة فلا يحصل التفرق حينئذ إلا بالتفرق من هذا القبة وانقضاء مجلس البيع عرفاً فانه ما دام هذا الاجتماع في هذه القبة باق لا يصدق التفرق عن مجلس المعاملة كما لا يخفى .

فلو قام أحدهما لشرب الماء في الزاوية أخرى من القبة أو للتوضى لا يحصل الافتراق عرفاً وان حصل التفرق بالدقة العقلية وهكذا ان التفرق في كل مجلس اجتماعاً للمعاملة بحسب حال ذلك المجلس عرفاً وعلى هذا لا يضر التفرق بمقدار عشرة خطاً فضلاً عن الخطوة الواحدة

كما ذكره جماعة بل فضلاً عن التفرق بالمسمى كما ذكره المصنف بل
المناط هو الصدق العرفى وانهدام الهيئة الاجتماعية لاجل المعاملة
عرفاً هذا بحسب ما يستفاد من الروايات .

ولكن ورد فى رواية صحيحة أنه عليه السلام قال فلما أوجب
البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر من هذه الرواية الشريفة
أن المشى خطأ يوجب سقوط الخيار و ان المشى لاجل اسقاط
الخيار لا لغرض آخر وعليه فالمناط فى سقوط الخيار هو ذلك و أقله
بثلاثة خطوات فانه لو لم يكن المشى خطأ موجباً لسقوط الخيار لكان
ذكره فى الحديث لغواً فانه ليس من باب الصدقة فان الحالات
الموجودة حال البيع وبعده كثيرة فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعية لم
يذكره الامام عليه السلام ولذكر غيره فيعلم من ذلك ان المناط فى
سقوط الخيار بالتفرق هو ذلك وان الامام (ع) طبق الكبرى الكلية على
المورد الخاص لا أن القضية شخصية فى مورد خاص كما لا يخفى فتحصل
أن ما يظهر من هذه الرواية الشريفة هو الميزان فى سقوط الخيار
بالتفرق .

ثم أنه هل يحصل التفرق بحصوله بالاختيار من أحد الطرفين
وبالاضطرار عن الآخر أو بالاضطرار من الطرفين أو لا بد وأن يكون
اختيارياً من كلا الطرفين وبعبارة اخرى هل يعتبر فى التفرق أن
يكون اختيارياً من كلا الطرفين أو يكفى من احد الطرفين أو لا يعتبر
الاختيار فى شئ من الطرفين أصلاً .

الظاهر أنه لا يعتبر الاختيار فى حصول مفهوم التفرق أصلاً فانه
أمر تكوينى يحصل بمجرد انفصال أحد الجسمين عن الآخر وبعبارة

أخرى أن التفرق والانفصال من الأمور النسبية وهو يتحقق من الطرفين بمجرد تباعد أحد الجسمين عن الآخر وإذا انفصل أحدهما عن الآخر بأى نحو كان يحصل التفرق من الطرفين حقيقة وأما سقوط الخيار بمطلق التفرق وعدم سقوطه فهو مطلب آخر غير مربوط بالمقام .

وأما ما ذكره المصنف من قوله فذات الافتراق من المتحرك واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن فلا معنى له فان الافتراق حقيقة يحصل من الطرفين بمجرد تفرق أحدهما عن الآخر كما لا يخفى فلا نعقل معنى لكون ذات الافتراق من المتحرك واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن كما هو واضح لا يخفى ويدل على تحقق الافتراق بمجرد تفرق أحدهما قوله (ع) قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افتراقنا حيث اثبت افتراقهما بمجرد انفصاله عليه السلام عن الآخر من غير أن يكون الآخر متحركاً بل كان جالساً .

(فيها لو اكراه أحدهما على التفرق)

قوله مسئلة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخاير، أقول : لاشبهة أن موضوع عدم الفسخ هنا مركب من امرين أحدهما التفرق والثانى عدم الفسخ وعليه قد يكون كل منهما اختيارياً بأن يكون متمكناً من الفسخ ولا يكون مكرهاً عليه ويكون مختاراً فى التفرق وعدمه وهذا هو القدر المتيقن من مورد سقوط خيار المجلس بالتفرق أى اذا كان متمكناً من الفسخ وكان مختاراً فى التفرق ومع ذلك تفرق باختياره ولم يفسخ كك باختياره يسقط خياره .

وقد يكون مختاراً فى الفسخ وعدمه ومتمكناً عنه ومع ذلك كان

مكرهاً على التفرق وقد يكون عكس ذلك بأن يكون مكرهاً على عدم الفسخ ولكن كان مختاراً فى التفرق فالمعروف المشهور فى هذين الفرضين أيضاً سقوط الخيار والوجه فيه ما سيأتى من أنه مع كون أحد جزئى الموضوع. المركب اكراهياً والجزء الآخر غير اكرهى لا يوجب رفع الحكم المتعلق به او المترتب عليه لكونه اختيارياً كما لا يخفى فافهم قد يكون مكرهاً على كليهما بأن يكون مكرهاً على التفرق و غير متمكن من الفسخ اى مكرهاً على عدم الفسخ فالمشهور هنا هو عدم سقوط الخيار وقد استدل على هذا بوجوه كما يظهر من كلام المصنف الاول الاجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور .

وفيه أن كلاً من الاجماع المنقول والشهرة ليس بحجة فلا يكون ضم غير الحجة بمثله مفيداً للحجّة أما عدم حجية الشهرة الفتوائية فواضح وأما عدم حجية الاجماع المنقول فمن جهة أن المظنون أن مدركه هو الوجوه المذكورة فى المقام فلا يكون هنا اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم (ع) .

الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى فالحكم المترتب على فعل يكون مترتباً على فعل اختياري لا على فعل غير اختياري فالمناط فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو التفرق الصادر عن المتفرق باختياريه لا الصادر بالاكره فانه حينئذ لا يسقط الخيار بل يتمسك باصالة بقاء الخيار ويحكم بعدم سقوطه .

وقد اشكل عليه المصنف بأنه يمكن منع التبادر فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا فى مقابل

المكره الفاعل بالاختيار يدفع الضرر المتعدد على تركه فان التبادر ممنوع .

ثم ذكر ثانياً أنه لو تم هذا انما يتم فى صورة الاكراه والاضطرار على التفرق مع التمكن من الفسخ مع أن المشهور ذهب فى هذه الصورة الى سقوط الخيار .

اقول أما جوابه الثانى أى النقص بصورة الاكراه على التفرق مع تمكنه من الفسخ فهومتين وأما جوابه الاول فلا يمكن المساعدة عليه فانه لا فرق بين الاضطرار و الاكراه بل الظاهر أن المتبادر من الفعل هو الأعم من الاختيارى وغير الاختيارى الشامل لصورة الاضطرار أيضاً فان الاختيار لم يؤخذ فى الافعال لابعادها ولا لهيئاتها أما موادها فواضح فلان مثل التفرق و القعود و القيام و الجلوس و النوم و نحوها من مواد الافعال أعم من الاختيارية وغيرها فتخصيصها بحصة خاصة وهى كونها اختيارية مجازفة .

وأما الهيئات فهى مختلفة بحسب المشتقات فانها قد تدل على صدور الفعل وقد تدلّ على حلوله ووقوعه على الموادّ وهكذا فليس فيها اختيار أصلاً نعم قد يكون الاختيار مأخوذاً فى مفهوم المواد لعنوان التعظيم والاهانة والصوم والصلوة ونحوها من الامور التى من العناوين القصدية فان الاختيارية مأخوذة فيها بحسب المفهوم كما هو واضح .

وعلى الجملة لوجه للقول بأن المتبادر من الافعال هو كونها اختيارية سواء كان الاختيار فى مقابل الاكراه أو فى مقابل الاضطرار فان الافعال غير ما يكون الاختيار مأخوذاً فى مفهومه أعم من الاختيارية

وغيرها ومن هنا ترى أنها تنقسم الى الاختيارى وغير الاختيارى
فيقال قيام اختيارى وقيام غير اختيارى وموت اختيارى و موت غير
اختيارى وتعود واضطجاع اختياريين وغير اختياريين وهكذا .

الوجه الثالث : الاستدلال بحديث الرفع فان ما اكره عليه أو-
اضطر عليه الانسان مرفوع فى الشريعة المقدسة بمقتضى حديث الرفع .
وقد أجاب عنه المصنف بانه لا يمكن أن يجعل التفرق كالتفرق
بمقتضى حديث الرفع لان المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط
مع وقوعه فى حال التمكن من التخاذير فلو كان حديث رفع الاكراه رافعا
لحكم التفرق مع عدم التمكن من التخاذير لكان حديث رفع الاضطرار
رافعاً لحكم التفرق أيضاً مع التمكن من التخاذير .

ولكن يرد عليه أنه لا مجال لهذا النقض لما عرفت أن موضوع
عدم الخيار هو التفرق وعدم الفسخ وهو انما يكون حكماً اكراهياً اذا
كان كلا الجزئين من موضوعة المركب اكراهياً وأما اذا كان أحد الجزئين
اختيارياً والآخر اكراهياً فيكون الحكم أيضاً حكماً غير اكراهى وحينئذ
لا يترتب عليه حكم الاكراه مثلاً اذا كان شخص مكرها على التكلم بكلمة
بع وتكلم المكره بكلمة بعث منشأً بها بيع داره مثلاً، فانه لا يتوهم
أحد أن هذا الانشاء غير مؤثر باعتبار كون بعض أجزاء ما انشأ به البيع
صادراً عن اكراه - وهكذا فى جميع الموضوعات المركبة فى المقام كك
فان الاكراه باحد الجزئين لا يجعل الحكم اكراهياً مع كون الجزء الآخر
من الموضوع باقياً على اختياريته بحيث يكون الحكم غير اكراهى به
فاذا كان البايع مثلاً مكرهاً على التفرق ولكن كان مختاراً فى الفسخ
وعدمه فله أن يفسخ ذلك فلا يكون مجبوراً ومكرراً على عدم الفسخ فلا

وجه لهذا النقض .

وقد اجاب شيخنا الاستاذ عن حديث الرفع أولاً أن النسيان مرفوع فيه أيضاً مع ان القائل باعتبار الاختيار مقابل الاكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة فيستكشف من السقوط في مورد النسيان ان ذات الافتراق بما أنه فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات .

وثانياً أن حديث الرفع وان لم يختص بالحكم التكليفي ولكن لا يمكن التعدى منه الى غير الحكم التكليفي الا الى متعلقاته أى يكون المرفوع به وراء الحكم التكليفي متعلقات التكليف لاموضعاته لان مورد بعض المرفوعات منحصر في متعلق التكليف كالحسد والوسوسة والطيرة فتعميم الرفع لموضوعات التكليف كالسفر والحضرو التفرق مع عدم الجامع بين المتعلق وموضوع التكليف لوجه له فيجب أن يراد منه أنه لو شرب المكلف نسياناً أو كرهاً أو افطرك فشربه كالعدم لا انه لو تحقق السفر أو الاقامة أو التفرق عن كره فوجده كالعدم ولذا لا يلتزم أحد بانه لو أقام مثلاً عن كره يجب عليه القصر .

أما نقضه بالنسيان فهو متين ولكن لوجه لجوابه الثانى بل لم يلتزم به فى الاصول وانه التزم فيه بعدم الفرق فى شمول حديث الرفع بين الموضوع والمتعلق لأن المرفوع بحديث الرفع هو الحكم المتعلق بفعل المكلف وهو قد يكون متعلقاً للتكليف والمراد به ما يكون مطلوباً أو منهياً عنه وقد يكون موضوعاً له ويكون الحكم مترتب عليه والمراد به ما كان شرطاً للتكليف لا مطلوباً بنفسه فالاول مثل الشرب الذى هو متعلق النهى فى شرب الخمر ونحو ذلك والثانى كالتفرق

الذى موضوع لسقوط الخيار فانه على كل تقدير يرتفع بحديث الرفع كما هو واضح وقد عرفت أنه لم يلتزم بذلك فى الاصول .

والحاصل أن المرفوع إنما هو فعل المكلف الذى يقع عليه الاكراه وهذه قضية حقيقية فأما تحققت يتحقق الحكم بمعنى أنه إنما وجد الفعل وتعلق به الاكراه يكون هذا الفعل كعدمه بارتفاع الحكم بل لا يمكن الالتزام به أصلاً فان لازم ذلك أن يلتزم بثبوت الكفارة للافتطار فى شهر رمضان اذا كان عن اكراه بان يقال أن المرفوع إنما هو الحرمة لان افطاره كالعدم وأما الكفارات فهى تترتب عليه فان حديث الرفع لا يجعل الافتطار المتحقق الذى هو موضوع الكفارة كعدم الافتطار مع انه لم يلتزم به وكك لازم الفرق بين المتعلقات والموضوعات فى مفاد حديث الرفع أن يلتزم بثبوت الكفارات للمحرّمات فى باب الحج التى حكم الشارع بثبوت الكفارات على ارتكابها عن العمد اذا صدرت عن اكراه ونسيان وغفلة أيضاً بأن يقال أنه لو اكراه أحد على الصيد فى حال الاحرام أو نسى فاصطاد فتثبت له الكفارة لأن حديث الرفع لا يرفع موضوع الحكم فالصيد الذى موضوع لثبوت الكفارة غير مرفوع بل المرفوع إنما هو الحكم التكليفى ومتعلقاته أى جعل الصيد كعدمه بالنسبة الى الحكم التكليفى ولم يلتزم المشهور بذلك .

وأما ما ذكره من الاستشهاد على عدم شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام بعدم كون الاقامة والسفر عن اكراه كغير الاقامة وكغير السفر حيث أنّ وظيفة المكلف فى الأوّل هو الاتمام وفى الثانى هو القصر مع أن لازم القول شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام هو الالتزام بكون الاقامة والسفر هنا كعدمهما .

فهو محض اشتباه حيث انّ المستفاد من الاخبار ان موضوع القصر والاتمام انما هو علم المكلف بالاقامة وعدم علمه بذلك لا الاقامة الخارجيه وعدمها وان العلم هنا تمام الموضوع لاجزئه ولذا لو علم بأنه يقيم فى مكان عشرة أيام فصلّى تماماً ثم تبين انه لا يبقى الا أربعة ايام صحت صلوته فلا معنى للنقض بانه لو كان حديث الرفع شاملا لموضوعات الاحكام ورافعاً لها أيضاً للزم القول بوجود القصر مع الاكراه على الاقامة أو السفر ولذلك لا يرتفع النجاسة بالملاقات عن نسيان أو عن اكراه لان موضوع الحكم فيها هو الاصابة كما يظهر من الروايات ومن هنا ذكرنا فى محله أن شرائط التكليف قد تكون أموراً غير اختيارية كالوقت نعم التقيد بها أمر اختياري أى تحت اختيار المكلف .

والحاصل أنه لا يمكن التمسك هنا بحديث الرفع لوجهين :
الاول أن الظاهر من حديث الرفع هو الاكراه يوجب رفع الحكم الثابت على ما اكراه عليه من موضوع الحكم الذى ترتب عليه الحكم ومن متعلقه الذى ترتب تعلق به الحكم وأما ترتب الحكم على الاكراه بعدم شئ فلا يستفاد من حديث الرفع وتوضيح ذلك انه اذا كان احد مضطراً الى شئ او مكرهاً عليه أو ناسياً فكان الحكم المتعلق به أو المترتب عليه حراماً فى الواقع مثلاً فان حديث الرفع يرفع هذا الحكم كما هو الظاهر .

وأما لو كان الشئ متروكاً عن اكراه أو نسيان فلا يوجب حديث الرفع ترتب الحكم على العمد أى ليس الاكراه على عدم شئ مورداً لحديث الرفع وموجباً لثبوت الحكم الذى كان ثابتاً مع عدم الاكراه مثلاً اذا كان أحد يختار صلوة الجماعة لان يستريح من الشكوك الطارئة .

عليه أو يستريح من قراءة الفاتحة فإذا أكرهه أحد على ترك الجماعة فلا يوجب الإكراه ترتب أحكام الجماعة عليه من عدم الاعتنا بشكّه لانه حين ما كان يصلى الجماعة لا يعتنى بشكّه لحفظ الامام وكك لو كان أحد متجهزاً الى الجهاد ومتلبساً بلباس الحرير لانه يجوز لبسه فى الحرب ولكن منعه شخص عن ذلك أكرهاً فإن الإكراه حينئذ لا يجوز لبس الحرير والحاصل أن دليل الإكراه يرفع الحكم المترتب على الموضوع الذى أكره عليه أو المتعلق الذى تعلق به الحكم ولا يكون ناظراً أبداً الى اثبات الحكم مع الإكراه على ترك موضوع ترتب عليه الحكم أو متعلق تعلّق به الحكم أى لا يكون حديث الرفع متكفلاً لاثبات الحكم الذى ترتّب على الموضوع أو تعلق بالمتعلق حين الإكراه بترك المتعلق والموضوع .

نعم لو كان حديث الرفع شاملاً للمباحات لكان الإكراه على البقاء موجباً لرفع جواز الفسخ ولكنه فرض غير واقع فان حديث الرفع يرفع الالتزام لا الجواز وعلى هذا فلا يمكن الحكم ببقاء الخيار مع الإكراه على التفرق بدعوى أنه قد أكره على التفرق فيكون الإكراه موجباً لاثبات حكم عدم التفرق والاجتماع .

واما توهم أن حديث الرفع يرفع لزوم العقد مع الإكراه على التفرق فهو توهم فاسد فان التفرق ليس موضوعاً لوجوب العقد ولزومه ولا أنه مما تعلق به لزوم العقد بل هو غاية للجواز والخيار الثابت فى المجلس تخصيصاً لعموم وجوب الوفاء بالعقد بمقتضى أوفوا بالعقود فمع التفرق ينتهى أمد الجواز .

وبعبارة أخرى أن العقد كان لازماً من الاول بدليل وجوب الوفاء

بالعقد وقد خرجنا عن ذلك في زمن خيار المجلس أى بالجواز الثابت في المجلس وقد كان هذا الجواز مغياً بالافتراق وإذا افتراقا حصلت الغاية لا أنه وجب البيع فان وجوب البيع كان من الاول كما لا يخفى فالجواز انما هو ثابت مع انحفاظ امرين أحدهما عدم الفسخ والثاني عدم حصول الافتراق فافهم واغتنم . فليس للزوم مترتباً بالافتراق أو متعلقاً به ليرتفع مع الاكراه على التفرق ويبقى الجواز على حاله .

الثاني أنه على تقدير شمول حديث الرفع لما ذكر وكونه موجباً لاثبات الحكم ولكنه وارد في مقام الامتنان ومن الواضح أن شموله للمقام على خلاف الامتنان فانه يوجب أن ينتزع مال الغير منه بالفسخ وهو على خلاف الامتنان .

والحاصل أنه ذكرت وجوه ستة على عدم سقوط الخيار بالتفرق عن اكراه مع عدم التمكن من الفسخ وقد عرفت أن شيئاً منها لا يرجع الى محصل وقد عرفت أن من جملة ما استدل به على عدم سقوط الخيار و قد عرفت ما اجاب عنه المصنف و شيخنا الاستاذ وعرفت أيضاً أن شيئاً من المذكورات لا تصلح للجواب عن ذلك .

وقد عرفت أنا اجبنا عنه بجوابين الاول أن حديث الرفع لا يثبت الحكم على نقيض ما اكراه عليه الشخص كالمثلة المتقدمة فلو اكراه على التفرق فلا يوجب حديث الرفع اثبات الحكم اعنى عدم سقوط الخيار على عدم التفرق الذي هو نقيض التفرق .

الثاني أن حديث الرفع انما ورد في مقام الامتنان ومن الواضح أن الحكم بعدم سقوط الخيار لحديث الرفع على خلاف الامتنان لانه يوجب انتزاع مال الغير من ملكه فانه بعد الحكم بعدم سقوط

الخيار فاذا اعمل الشخص خياره فيكون ذلك سبباً لردّ ما كان تملك المشتري مال البايع بالبيع و الشراء الى ملك البايع بالفسخ و ردّ الثمن الى ملك المشتري كك و هو على خلاف الامتنان .

ثم اجبنا عن أن حديث الرفع يرفع اللزوم المترتب على التفرق بأن التفرق غاية لسقوط الخيار وليس موضوعاً للزوم العقد و انما الموضوع له هو العقد و الموجب للزومه هو دليل الوفاء بالعقد و أما التفرق فليس سبباً للزومه و انما هو غاية جواز الفسخ اعنى الخيار فى المجلس ولكن الظاهر أن هذا الجواب لا يفيد بيان ذلك قد تقدم فى جواب شيخنا الاستاذ أن فى الموضوعات المركبة لا يكون حديث الرفع رافعاً للحكم المترتب عليها الا بالاكراه على كلا جزئى الموضوع كما اذا كان التكلم فى حال القيام حراماً فانه اذا اكراه أحد على التكلم فى حال القيام فيرتفع الحكم بالحرمة عند الاكراه بحديث الرفع وهكذا و اما اذا كان أحد الاجزاء مقدوراً و الآخر غير مقدور فلا موجب لرفع الحكم بحديث الرفع لعدم كون المترتب على الموضوع هما يترتب على موضوع اكراه أو متعلقاً بما لمتعلق الاكراهى كما لا يخفى فافهم .

ولذا قلنا فى محله انه لا مانع من كون التكليف مشروطاً بشروط غير مقدورة اذا كان متعلق التكليف أو المشروط بهذا الشرط الغير المقدور أمراً مقدوراً و كان ذلك الأمر المقدور مقيداً بهذا الشرط الغير المقدور بحيث يكون التقيد مقدوراً أى اتيان العمل مقيداً بهذا الشرط و هذه الكبرى و ان كانت مسلمة و لذا عرفت كون التكليف مشروطاً بشرط غير مقدور ولكنه لا يصح فى المقام وليس ما نحن فيه من صغريات هذه الكبرى و ذلك من جهة أن أحد جزئى الحكم باللزوم هو العقد

وقد تحقق على الفرض والجزء الآخر التفرق وهو أنما تحقق بالاكراه فلا يكون الموضوع الذى ترتب عليه الحكم اختيارياً فعلياً بل اكراهياً فيرتفع الحكم باللزوم بحديث الرفع نظير ما اذا كان موضوع الحرمة التكلم فى حال القيام كما تقدم وقد تحقق القيام باختياره وبعد تحققه بالاختيار فأكراه القائم على التكلم فانه ترتفع الحرمة حينئذ وما ذكرناه من الكبرى فمورده قبل تحقق أحد جزئى الموضوع المركب فانه ح الاكراه بأحد الاجزاء لا يوجب كون الموضوع اكراهياً لىوجب رفع الحكم بل المكلف بعد على اختياره بالنسبة الى ايجاد الجزء الآخر فلا يكون الموضوع اكراهياً حتى يوجب رفع الحكم كما لا يخفى .

ففى المقام أن موضوع اللزوم هو العقد والتفرق على الفرض كما عرفت فان دليل الوفاء بالعقد وان كان تمام الموضوع للزوم حين تحقق العقد ولكن بعد التخصيص بأدلة الخيار صار مقيداً بالافتراق عن مجلس العقد لان الخاص يوجب تعنون العام به فيكون الموضوع هما معاً أى العقد والتفرق وقد تحقق العقد على الفرض وهو لا ينقلب عما هو عليه فهو أمر لا مناص عنه ومما لا بد منه ولكن التفرق أمر اختياري فيدور سقوط الخيار وعدمه على الفسخ وعدمه وعلى التفرق وعدمه ولكن اذا اكراه أحد المتبايعين أو كلاهما على التفرق فيكون موضوع اللزوم متحققاً فى الخارج بالاكراه فيكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فيرتفع الحكم المترتب على الموضوع بحديث الرفع كما لا يخفى فانهم فلا يتوهم أن الجزء الآخر هو العقد قد تحقق بالاختيار فانه بعد تحققه لا ينقلب عما هو عليه نعم قبل العقد فموضوع اللزوم هو العقد والتفرق فاذا اكراه على احدهما أوجد الآخر بالاختيار لا يكون مترتباً

على موضوع اكراهى كما لا يخفى .

والتحقيق فى الجواب أن يقال أن الافعال قد يكون ظاهراً فى الاختيارية وقد يكون اعم من الاختيارية وغيرها أما الاول فلا شبهة فى كون الحكم المترتب عليها أو المتعلق بها مرتفعاً عند الاكراه وأما الثانى فلا يرتفع بذلك لكونه أعم وبعبارة اخرى قد يراد من الفعل هو الفعل النحوى من الماضى والمضارع والامرو ونحوها فان ذلك اذا نسب الى الفاعل يكون أعم من الاختيارية وغيرها كقولنا مات زيد أو قعد وتفرق ونحو ذلك وقد يكون المراد من الفعل ما يصدر من الفاعل - بالارادة والاختيار فهذا ظاهر فى الاختيارية .

وعليه فان كان الفعل الاختيارى الصادر من المكلف بالارادة و الاختيار متعلقاً للتكليف كقوله لا تشرب الخمر أو من موضوعاً له كقوله من افطر فى شهر رمضان فله كذ كفارة فلاشبهة أن الحكم المتعلق به او المترتب عليه يرتفع عند الاكراه بلاشبهة وأما الفعل الجامع بين الاختيارى وغيره فلا يرتفع عند الاكراه كالتفرق فيما نحن فيه حيث ان قوله (ع) ما لم يتفرقا فعل أعم من الاختيارى وغيره فيكون مع هذا العموم موضوعاً للحكم فلا يكون الحكم المترتب عليه مرفوعاً عند الاكراه وعليه فكما يسقط الخيار بالتفرق بالارادة والاختيار فكذلك يسقط الخيار بمطلق التفرق وان كان بالاكراه والاضطرار هذا كله فالنقض المذكور أى النقض بالنسيان كاف فى الجوابية عن عدم شمول حديث الرفع لما نحن فيه والفرق بين الاكراه والنسيان كما صنعه شيخنا الاستاذ لا يرجع الى محصل لعدم النص فى المقام فانهم .

والوجه الرابع ما أشار اليه شيخنا الانصارى (ره) أن الظاهر من

المطلقات الواردة في جعل الخيار ما لم يفتقرا هو ما كان التفرق عن رضا بالعقد سواء وقع اختياراً أو اضطراراً فإذا كان عن غير اختيار لا يكشف عن الرضا فلا يوجب سقوط الخيار .

وفيه أولاً أنه لا موجب لذلك ولا منشأ لهذا التبادر وبأى وجه نستكشف عن كاشفية التفرق الذي يوجب سقوط الخيار عن الرضا كما لا يخفى .

وثانياً أنه يلزم الالتزام بذلك في صورة النسيان أيضاً فانه ليس التفرق نسياناً أو غفلة كاشفا عن الرضا بالعقد مع ان المشهور التزموا بسقوط الخيار بالتفرق مع النسيان والغفلة كما لا يخفى فافهم . الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضاً من صحيحة (١) الفضيل فإذا افتقرا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط في السقوط الخيار الافتراق و الرضا منهما ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه اذا لا يعتبر الرضا في زمان آخر اجماعاً والحاصل أن النص إنما يدل باعتبار التفرق مع الرضا في سقوط خيار المجلس ومن الواضح أنه منتف في صورة التفرق مع الاكراه فلا يكون الخيار ساقطاً مع عدم التمكن من الفسخ .

وفيه أن الرواية وان كانت صحيحة ولكن لازم ما ذكره المصنف ان يكون الحال كك في صورة النسيان أيضاً وليس كك على ما ذكره المشهور وأما معنى الرواية والله العالم أن المراد من قوله (ع) فلا خيار بعد الرضا منهما هو الرضا الجديد بالعقد ليكون الحديث دالاً على اعتبار كون التفرق كاشفاً عن الرضا بالعقد بكون التفرق وعدم الفسخ عن الرضا

بل المراد من هذا الرضا هو الرضا الاولى المتعلق بالعقد حين البيع غاية الامر أنا خرجنا من ذلك فى زمن الخيار ومع التفرق يكون الرضا الاولى باقياً على حاله أيضاً لا أن هنا رضا جديداً متصلاً بالتفرق و بعبارة اخرى أن المراد من الرضا فى الرواية الرضا الذى ثبت عليه لزوم العقد لا الرضا بالعقد و بعدم الفسخ عند التفرق لكونه هو الذى وقعت المعاملة عليه كما هو المفروض فان البيع لم يقع عن اكراه .

الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضاً فى ذيل الصحيحة فكانه ره طبق الصحيحة عليه وقال أو يقال ان قوله بعد الرضا اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطاً لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاها بالعقد و اعراضها عن الفسخ .

وفيه أيضاً انه ظهر جوابه مما ذكرناه بدعوى أنه من اين علم كون التفرق مسقطاً للخيار لكونه كاشفاً نوعاً عن الرضا بالعقد .

وفيه انه ظهر جوابه مما تقدم من أنه على تقدير تماميته يجرى فى صورة النسيان أيضاً فانه ليس التفرق هنا كاشفاً عن الرضا نوعاً مع أن المشهور التزموا بسقوط الخيار عنده كما عرفته . ومن هنا ظهر انه لوجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الفارق بين الاكراه والنسيان هو النص حيث قال ان النص دل على سقوط الخيار مع الافتراق نسياناً و وجه الاندفاع أنه لم نجد نصاً يدل على ذلك و أما صحة الفضيل فهى اجنبية عن المقام فتحصل ان الخيار يسقط بجميع أقسام التفرق كما لا يخفى .

قوله مسألة لو اكراه أحد على التفرق و منع عن التخايير وبقى الآخر فى المجلس أقول بناءً على أن التفرق يوجب سقوط الخيار مطلقاً سواء

كان بالاكراه أو بغيره وسواء كان عن التفات أو بغيره فلا مجال للبحث على هذه المسئلة فانه بجميع اقسامه يوجب سقوط الخيار و أما بناءً على أن التفرق الحاصل عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار فنقول : قد يكون تفرق كل من المتبايعين عن الاختيار وقد يكون احدهما عن اختيار و الآخر بغير اختيار وعلى الاول فقد يكون كل منهما أيضاً متمكناً عن الفسخ أيضاً وقد لا يكون كلاهما أو احدهما كك وعلى الثانى فقد يكون احدهما مكرهاً على التفرق وترك التخيير أيضاً وبقاء الآخر فى المجلس مختاراً فى المصاحبة أو التخيير وأخرى بالعكس بابقاء احدهما فى المجلس كرهاً مع المنع من التخيير وذهاب الآخر اختياراً فذكر المصنف أن محل الكلام هو الاول و سيتضح حكم الثانى هذا فنقول انه بناءً على اعتبار الاختيار فى التفرق فهل لابد من كون كل من المتبايعين مختاراً فى التفرق بحيث أن الغاية لسقوط الخيار هو التفرق منهما اختياراً أو يكون فى سقوط خيار المجلس كون أحدهما مختاراً فى التفرق فقط و ان لم يكن الأخر كك وعلى الاول فهل التفرق الموجب لسقوط الخيار بعنوان الاستغراق بمعنى أن تفرق كل منهما يوجب سقوط خيار نفسه أو بعنوان المجموع بمعنى أن تفرقهما مجموعاً عن اختيار يوجب سقوط خيارهما وعلى الثانى فهل يكون مجرد كون أحدهما متفرقاً بالاختيار موجباً لسقوط الخيار عن الآخر الذى كان باقياً فى المجلس أو يفصل بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتها فالسقوط عنهما وقد اختار القول بهذا التفصيل العلامة (ره) فى التحرير اذن فالاقوال فى المسئلة اربعة .

و التحقيق أنه لابد من ملاحظة مدرك الحكم باعتبار الاختيار فى

التفرق وترك التباير فى المسئلة السابقة فان كان مدركه هو الاجماع فبناءً على حجيته وانجاره بالشهرة الفتوائية كما فى المتن فلا يشمل المقام فان المتيقن منه ما اذا كان كل من التفرق وترك التباير اكرهياً من الطرفين فلا يشمل ما اذا كان أحدهما مختاراً فى ذلك فانه دليل لبقى فلا بد من أخذ المتيقن منه .

وأما اذا كان مدرك اعتبار الاختيار فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو غير الاجماع فالظاهر أنه لا يسقط الخيار الا بحصول التفرق بالرضا والاختيار من الطرفين وانه لا يمكن الاكتفاء بتفرق واحد منهما عن اختياره مع كون التفرق من الآخر عن غير اختياره والوجه فى ذلك أن التفرق من الامور الاضافية ومن المقولات النسبية كعنوان الأبوة والبنوة والاخوة والعمومة والسببية والمسببية والعلية والمعلولية وغيرها من المقولات الاضافية ومن الواضح أن شيئاً من المقولات الاضافية لا توجد فى الخارج ولا تحقق الا بالطرفين فلا يعقل الابوة بدون الابن ولا البنوة بدون الأب وهكذا سائر المقولات الاضافية .

ومفهوم التفرق أيضاً كك فانه لا يتحقق الا بالطرفين فانه عبارة عن انفصال شئ عن شئ وافتراق جسم عن جسم فلا يعقل أن يصدق هذا العنوان على شئ واحد فقهرأ يعتبر افتراقه عن شئ آخر ويلاحظ باعتباره وعليه فلا يسقط الخيار المجلس الذى كان مغياً بالافتراق الا بافتراقهما ثم نقول أن هذا المفهوم وان لم يعتبر فى تحقيقه الاختيار كما تقدم لا من حيث المادة ولا من حيث الهيئة لصدقه على الجمادات أيضاً فضلاً عن اعتبار الاختيار فيه فانه يصح أن يقال أن الجدار افترق بعضه عن بعض وكك يصح نسبته الى كل جماد وغيره باعتبار انفصال

بعض أجزائه عن بعض فانه بمعنى الانفصال فكما لا يعتبر فيه ذلك فلا يعتبر في الافتراق أيضاً ذلك .

ولكن مع لحاظ تلك الدالة على اعتبار الاختيار في التفرق فيكون التفرق الحاصل من الإكراه وبعدم الرضا من أحدهما كعدم التفرق فلا يكون موجباً لسقوط الخيار فتكون النتيجة هو سقوط الخيار بمجموع التفرق منهما باختيار كليهما مع عدم المنع من التنازل .

أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو تبادل اختياري التفرق بدعوى أن المتبادل من الفعل المسند إلى الفاعل المختار هو اختياريته فلان ما يكون صادراً عن غير اختيار لا يكون تفرقاً أصلاً كما هو المفروض وعليه فلا يكون خروج أحدهما ولو باختياره عن المجلس تفرقاً .

وأما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو صحة الفضيل من كون التفرق الحاصل برضاها موجباً لسقوط الخيار فلانه مع كون أحدهما مكرهاً على التفرق لا يكون التفرق منهما كاشفاً عن رضاها فلا يكون موجباً لسقوط الخيار ومن هنا ظهر أنه بناءً على كون التفرق كاشفاً عن الرضا النوعي كما ذكره المصنف في ذيل الصحيحة فلا يكون التفرق الحاصل باختيار من أحدهما دون الآخر موجباً لسقوط الخيار لعدم كشفه عن الرضا نوعاً .

وأما لو كان دليل اعتبار الاختيار في التفرق هو حديث الرفع كما هو العمدة فلان التفرق الحاصل بالإكراه من أحدهما كعدم التفرق وحينئذ فيكون ما يتحرك ويخرج باختياره في حكم العدم بحديث الرفع فقد عرفت أن التفرق من المقولات الإضافية فلا يتحقق من شخص واحد أو في شيء واحد بل لا بد وأن يتحقق بين شيئين فحيث كان

تفرق المكره فى حكم العدم بحديث الرفع فلا يصدق عنوان التفرق على خروج الآخر أيضاً وان كان خروجه بالاختيار كما هو واضح .
وبالجملة فلانعرف وجهاً صحيحاً بناءً على اعتبار الاختيار فى التفرق المسقط للخيار لسقوط الخيار اذا كان أحدهما مختاراً فى التفرق و الآخر مكرهاً فى ذلك .

ولكن هنا شئ وهو أنه ورد فى الصحيحة على ما تقدم أنه قال (ع) فلما استوجبت البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر منه أن التفرق من طرف واحد يوجب سقوط الخيار وجوب البيع فانه (ع) لم يتعرض بكون تفرقه كان مع التفات الآخر و اختياره فيكون اطلاق كلامه شاملاً لكون الطرف الآخر مكرهاً فى البقاء أو غافلاً عن تفرقه (ع) فيكون دالاً على كفاية التفرق من طرف واحد عن رضا و اختيار ولكن ذلك لا يزيد عن حكاية فعل المعصوم (ع) فلا اطلاق فيه فلعله مشى مع التفات الآخر وعدم متابعة الآخر مع التفات واختياره فلا يكون دليلاً لكفاية التفرق الاختيارى من طرف واحد مع كون الطرف الآخر مكرهاً فى ذلك .

قوله مسئلة لو زال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس ، أقول : اذا ارتفع الاكراه بعد التفرق عن كره فهل يكون خياره فورياً كما زعمه بعض أو يكون ممتداً الى أن يطرئه المزيل الآخر غير التفرق لحصول التفرق أو المناطق فى التفرق هو التفرق بعد زوال الاكراه عن الهيئة التى كان المتعاملان عليها فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد .

أما الوجه الأخير فذكر المصنف أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة

حين العقد قد ارتفعت حساً غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الاكراه ولم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس زوال العقد والحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بدّ اما من القول بالفور كما عن التذكرة و لعله لان المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين واما من القول بالتراخي الى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة .

وبالجملة فالقول بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال لا وجه له لعدم كونه خارجاً عن ظهور الادلة في دور الأمر بين القول بفورية الخيار وبين القول باستمراره ما لم يطرحه مزيل غير التفرق لان المورد من موارد دوران الأمر بين التمسك بالعام وهو هنا ما دلّ على اللزوم و بين استصحاب حكم المخصص لانه لم يدل دليل على ثبوته بالخصوص بعد زوال الاكراه .

أقول قد تعرض المصنف فيما يأتي لحكم الخيار فيما لم يدل عليه دليل بالخصوص و دار الأمر فيه بين التمسك بالعام فيكون الخيار فورياً و بين استصحاب حكم المخصص و يكون الخيار مستمراً و تعرضه في خيار الغبن .

ولكن المورد ليس من هذا القبيل و الوجه فيه هو أن التفرق قد حصل بين المتبايعين و لو كان بالاكراه و بعدم الرضا و لا ينقلب الشيء عما هو عليه فان التفرق هو افتراق جسم عن جسم و انفصال كل منهما عن الآخر فهو حاصل لا محالة بل قد عرفت فيما سبق أنه لا يعتبر الاختيار لافي مادة التفرق و لا في هيئته الا أنه مع ذلك فهذا التفرق كعدمه

من حيث عدم ترتب الاثر عليه فى نظر الشارع و ذلك لانه قد دلت الادلة السابقة على عدم كون التفرق بنفسه غاية لسقوط الخيار بل هو مع القيد الآخر الوجودى كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقة و العدمى كما هو مقتضى بعض الوجوه الآخرفانه على تقدير انصراف الفعل الى الفعل الصادر عن الفاعل المختار كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقة أو على فرض اعتبار الرضا فى التفرق لصحيحة فضيل أو لكشف التفرق عن الرضا نوعاً فيكون التفرق المقيد بالرضا موجباً لسقوط الخيار فحيث كان التفرق عن كره عادماً للرضا وحاصلاً بدونه فيكون لغواً ولا يترتب عليه تمرأصلاً فيكون أدلة الخيار محكمة لعدم حصول الغاية و بعد ذلك لا تحصل تلك الغاية أيضاً فان التفرق قد حصل بالاكره قطعاً و قد عرفت أن الشئ لا ينقلب عما هو عليه و بعده لا يعقل حصول التفرق عن الرضا فانه ذكر المصنف أن المراد من الرضا هو الرضا المقارن بالتفرق و بعد حصول التفرق بلا رضا كيف يمكن حصول التفرق ثانياً مع الرضا كما لا يخفى .

وعلى تقدير أن يكون دليل عدم تأثير التفرق عن اكره و ثبوت الخيار معه هو دليل رفع الاكره فتكون الغاية لارتفاع الخيار هو التفرق عن غير كره فيكون القيد عدمياً فلا يرتفع الخيار بالتفرق الخالى عن عدم الاكره فبعده لا يمكن حصول التفرق عن غير كره لحصول التفرق مستقلاً فلا ينقلب الشئ عما هو عليه وعلى هذا فيكون الخيار باقياً و متدّاً ما لم يطرئه المسقط الآخر بمقتضى أدلة الخيار لكونها مغاية بغاية اما الوجودى أو العدمى فاذا حصل التفرق بغير تلك الغاية فيكون الخيار باقياً على حاله الى الأبد فلا يمكن أن يكون التفرق بعد

ذلك مسقطاً له واعتبار التفريق عن مجلس زوال الاكراه كما توهمه بعضهم خارج عن مفاد أدلة الخيار كما ذكره المصنف فان الاعتبار فى تلك الأدلة على التفريق عن مجلس العقد عن كل مجلس وعن كل حاله فالحق أنه بناءً على اعتبار الاختيار فى التفريق فالخيار باق مع التفريق الاكراهى حتى بعد ارتفاع الاكراه الى أن يطرئه المسقط الآخر غير التفريق كما لا يخفى فافهم .

والحاصل أنه اذا قلنا بعدم سقوط الخيار بالتفريق الاكراهى فاذا زال الاكراه فهل الخيار فورى أو مستمر كما هو مورد النزاع فى كل مورد ثبت الخيار بغير دليل اجتهادى من الامارات فانه يدور الامر بين التمسك بعموم أدلة اللزوم فيكون الخيار فورياً وبين التمسك باستصحاب حكم المخصص فيكون الخيار مستمراً ذكر المصنف (ره) أنه ذكر بعضهم أن المناط على التفريق بعد زوال الاكراه فالمناط هو مجلس زوال الاكراه وذكر أنه لا وجه لذلك لانه ليس لنا ما يدل على جعل مجلس زوال الاكراه مجلس العقد بحيث يكون التفريق عن ذلك المجلس مسقطاً للخيار وانما الادلة دللت على أن الخيار باق ولم يرتفع بالتفريق و أما التفريق فهو حسى لاشك فيه وأدلة الخيار ساكتة عن غاية هذا الخيار أى الأدلة الدالة على ثبوت الخيار مع التفريق عن اكراه ساكتة عن بيان أمد الخيار بل هى ناظرة الى أصل ثبوت الخيار وعدم سقوطه بالاكراه كما لا يخفى وأما بيان الأمد فخارج عنها فافهم فيكون هذا الخيار من مصاديق ما سيأتى فى خيار الغبن من ثبوته بغير نص فيدور الأمر فيه بين القول بفورية الخيار وبين استصحاب حكم المخصص والقول بثبوته مستمراً .

اقول : أما ما افاده من عدم دلالة الدليل على جعل التفرق كعدم التفرق فهو متين جداً فان التفرق حاصل تكويناً فلا يمكن أن بعد ذلك غاية للخيار فان الشئ لا ينقلب عما هو عليه والحاصل أنه لا يمكن القول بأن المناط هو التفرق عن مجلس زوال الاكراه فى سقوط خيار المجلس فانه كما ذكر المصنف لم يدل دليل على تنزيل مجلس الزوال منزلة مجلس العقد ولا على بقاء التفرق وأن الحاصل منه كعدم بحيث يلاحظ ذلك جديداً بعد زوال الاكراه فانه كما عرفت قد حصل التفرق حساً فلا يمكن أن يكون ذلك غاية للخيار بعد و لكن ما ذكره من جعل الأمر دائراً مدار فورية الخيار للتمسك بعموم أدلة اللزوم فانه يقتصر فيما لم يدل دليل خاص على ثبوت الخيار على المتيقن وهو الفور واما من الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص والحكم بثبوت الخيار على الدوام ووجه الضعف هو أننا نحكم بثبوت الخيار هنا تمسكاً بعموم أدلة الخيار ولا يسقط ذلك الا بمسقط آخر غير التفرق فان التفرق الحاصل بالاكراه لا يكون غاية لسقوطه فانه لم يكن بما هو تفرق غاية لسقوط الخيار بل الغاية انما هو التفرق المقيد بعدم الكره بناء على أن دليل الدال على اعتبار الاختيار هو دليل رفع الاكراه والمقيد بقيد وجودى وهو الرضا بناءً على أن دليل اعتبار الاكراه هو صحیحة الفضيل وأنصرف الفعل الى الفعل الصادر من الفاعل المختار فالحاصل على كل تقدير هو التفرق وهو بنفسه ليس غاية وما هو غاية أعنى التفرق المقيد فلم تحصل فيكون المورد مشمولاً لأدلة الخيار فتكون أدلة الخيار دالاً على ثبوته من غير أن يكون مغياً بغاية اذ الغاية كما عرفت هو التفرق المقيد باحد القيدین المذكورین ومن الواضح أنه حصل بغير ذلك

القيد فلا يمكن أن يحصل بعد ذلك فتكون دالة على بقاء الخيار الى الأبد ما لم يطرء عليه مسقط آخر غير التفرق .

وعلى الجملة فالخيار ثابت هنا باطلاق أدلة الخيار فلا يقاس ذلك بما يأتي في خيار الغبن من أنه مع عدم ثبوت الخيار بالنص مع ثبوته قطعاً فلا بدّ اما من القول بالفورية تمسكاً بعموم أدلة اللزوم أو القول باستصحاب حكم المخصص تمسكاً بالاستصحاب .

قوله ومن مسقطات هذا الخيار التصرف أقول لم يرد في نصّ و لا في رواية ان التصرف يوجب سقوط خيار المجلس أو خيار الشرط الا أن يدعى بقيام الاجماع عليه وهو كما ترى نعم ذلك في خيار الحيوان وقد تمسك المصنف وجعل التصرف مسقطاً للخيار بالتعليل المذكور في بعض أدلة خيار الحيوان حيث قال فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط فان المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان ثم عغب قوله هذا بالتأمل وهو في محله بيان ذلك أنه لا يمكن التعدّي عن مورد الرواية وهو خيار الحيوان الى غيره فان سقوط الخيار فيه انما هو بالتعبد و التعليل وارد في مورد التعبد فلا يمكن تسريته الى غيره لأنه لاشبهة أن التصرف مسقط لخيار الحيوان سواء كان مقارناً بالرضا أم لا حتى لو صدر مع الغفلة عن حكمه فيكون أيضاً مسقطاً كما اذا اشترى الجارية فقبلها بتخيّل انها مملوكت له مع عدم كونه راضيا بالبيع أى رضا جديداً غير الرضا بأصل العقد بل يريد التروى ومع ذلك ليكون مسقطاً كما في رواية اخرى ارميت ان لامس أو قبل فذلك رضى فيه بالبيع و على هذا فكيف يمكن التعدى الى غير مورده مع ما نرى بالعيان و نشاهد -

بالوجدان أن التصرف لا يكشف عن الرضا بالبيع .
 نعم لانضائق باستفادة الكبرى الكلية من هذه الرواية وهى أنه
 يسقط الخيار باسقاط ذى الخيار لكونه راضياً بالبيع كما اشرنا الى ذلك
 فى التكلم على أن اسقاط الخيار يوجب سقوطه أم لا .
 وأما الزائد عن ذلك فلا اذن فالحق أن تصرف المتبايعين
 أحدهما أو كلاهما فيما انتقل اليهما لا يوجب سقوط الخيار كما لا يخفى
 ألا أن يدعى فى المقام اجماع على مسقطية التصرف فهو كما ترى .

(فى خيار الحيوان)

قوله الثانى خيار الحيوان ، أقول : لاختلاف بين الفريقين فى
 ثبوته فى الجملة فى بيع الحيوان وانما الكلام فى خصوصية ذلك ويقع
 الكلام فى ذلك فى جهات عديدة .
 الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد
 منه الا لحمه فظاهر النص والفتوى هو العموم فيشمل كل حيوان حتى
 الزنبور والجراد والسك ونحوها .
 ولكن ذكر المصنف أنه لا يبعد اختصاصه بما كان المقصود منه
 حياته فى الجملة فبمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز فى
 الاناء خارج عن مورد هذه الأدلة لانها لاتباع من حيث انها حيوان
 بل من حيث انه لحم ثم اشكل على نفسه بالصيد المشرف على الموت
 باصابة السهم أو بجرح الكلب .

وان كان مراده من ذلك الكلام أن ما يقصد لحمه بشخصه فلا
 خيار فيه فلا بدّ وأن يلتزم بما لم يلتزم به أحد بأن يقول بسقوط الخيار

فيما كان الشراء للحمه أو لأجل الهدى ونحوه ثم بدى فلم يذبح فانه لم يقل أحد ولم يتوهم متفقه بسقوط الخيار هنا وان كان غرضه أن ما كان بنوعه مقصوداً منه اللحم فلا خيار فيه .

وفيه أولاً أنه من اين استفيد هذا الحكم مع كون الادلة مطلقاً وثانياً أنه امر لا ينضبط اذ يمكن أن يكون غرضه المشتري فيما كان الغرض النوعى منه اللحم أن يكون هو الابقاء كالسمك مثلاً نعم فى مثل الجراد لا يكون غرض للابقاء وثالثاً قد لا يمكن ان يكون الغرض فى بعض الحيوانات الحياة من النوع الذى قصد منه الحياة كما اذا أصابه جرح من السهم أو من الكلب كالغزال مثلاً بحيث لا يعيشى مع أن الغرض تعلق بحياته وبالجملة أن هذا الحكم لا يمكن تصديقه نعم قد يتعلق الغرض بكون المراد من الحيوان هو اللحم فقط حتى لو ذبحه البايع ثم أعطاه لا يضمن بشئ أصلاً وقد ذكرنا فى البحث عن بيع هياكل العبادة المتبدعة أنه قد يكون الغرض الاصيل من المبيع هو المادة فقط كبيع الصيلب للحطب وعليه فلا تلاحظ الهيئة أصلاً ولو كان فيها عيب وكك فى المقام فاذا كان المقصود بالذات هو اللحم فلا يلاحظ الهيئة أصلاً .

ثم انه فيما ثبت الخيار فظاهر الاطلاقات أن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام فلا يكون فوراً .

ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو يعم الكلى أيضاً ثم قرب اختصاصه بالشخصى ولكن لاندري من اين جاء هذا الاحتمال ودعوى أن الحكمة من جعل الخيار وهو التروى مختصة بالمبيع الشخصى لعدم جريانه فى الكلى مجازفة لعدم لزوم الاطراد

فى الحكمة أولا ولأن المراد من التروى فى أصل البيع لافى المبيع وهو جار فيما اذا كان المبيع كلياً وهذا ثانياً فلامجال لهذا الاحتمال أصلاً قوله ثم أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاهد الاجماع أقول قد يكون الكلى فى المعين وقد يكون فى الذمة وعلى الثانى قد يكون حالاً وقد يكون موجلاً كالسلم وقد تقدم أقسامه فى بيع صاع من صبرة أما الاول فلاشبهة فى ثبوت خيار الحيوان فيه والشيخ أيضاً لم يستشكل فيه بل كلامه ناظر الى القسمين الأخيرين فان القسم الاول نظير البيع الشخصى كما اذا كان عنده حيوانان متماثلان فيبيع أحدهما أو انسانان متماثلان فيبيع أحدهما فانه يكون الخيار ح ثابتاً للمشتري أولاً وللبيع معاً .

وأما القسم الثالث من الكلى فذكر شيخنا الاستاذ أنه يختص بالبيع الشخصى بدعوى أن المشتري لا يملك مطالبة الكلى فى باب السلم قبل موسم قبضه فلا يمكن جعل مبدء الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أن مبدء الثلاثة من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوته فى الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما .

ثم ذكروا أن أدلة الخيار منصرفة عن بيع الكلى وأن حكمة ثبوته هى النظرة والتروى فى مدة ثلاثة أيام حتى يبين أن الحيوان الذى اشتراه هل فيه نقص أم لا وأنه صلاح له أم لا ومن الواضح أن هذه الحكمة غير جارية فى الكلى فى الذمة اذ لم يسلم المبيع فيه بعد حتى يتروى المشتري فيه ويرى أنه صلاح له أولا .

أقول : الظاهر ثبوت الخيار فى بيع الحيوان فى البيع الشخصى والكلى أيضاً باقسامها الثلاثة أما ما ذكروه من الانصراف فلوجه له بوجه بعد ما كانت الأدلة مطلقة ولا نعرف منشأ للانصراف خصوصاً بعد ملاحظة أن خيار الحيوان قد ذكر فى بعض الاحاديث مع خيار المجلس ومن الواضح أنه لو يستشكل أحد فى ثبوت خيار المجلس فى البيع الكلى و ليس بينهما فرق ولا فى أحدهما خصوصيته الا أن أمد خيار الحيوان الى ثلاثة أيام وأمد خيار المجلس الى حين الافتراق فلوجه لتخصيص خيار الحيوان بخصوصيته دون خيار المجلس .

وأما ما ذكروه من أن حكمة خيار الحيوان هو التروى وملاحظة ان الحيوان صلاح للمشتري أم لا وفيه أولاً أنّ الحكمة غير سارية الى جميع الافراد بل قد توجد فى بعض الافراد وقد لا توجد كما هو شأن الحكمة فى كل مورد .

و ثانياً أن ثبوت خيار الحيوان وان كان هو التروى الا أنه لا بدّ من التروى فى البيع وملاحظة أنه صلاح للمشتري أو لا دون التروى فى المبيع ومن الواضح أنه بناءً على هذا فللمشتري أن يتروى فى البيع لى يرى أنه صلاح له أم لا وأما ما ذكره شيخنا الاستاذ فيرد عليه أن بيع السلم ليس ببيع قبل القبض بل هو قبله نظير الايجاب الخالى عن القبول فكما أن الايجاب الخالى عن القبول ليس ببيع فكك بيع السلم فانه قبل القبض ليس ببيع وانما يتم ويكون بيعاً بعد القبض كما أن الايجاب يكون بيعاً مع القبول وعليه فلا بأس من القول بثبوت الخيار فى بيع السلم ويكون مبدئه حين تحقق القبض كما لا يخفى فيكون مشمولاً لادلة خيار الحيوان وعلى الجملة لا نرى مانعاً عن شمول ادلة

خيار الحيوان لكل بيع حيوان سواء كان البيع شخصياً أم كلياً وسواء كان الكلى فى المعين أم فى الذمة مؤجلاً أم حالاً فدعوى انصرافها عن القسمين الاخيرين من الكلى دعوى جزافية كما لا يخفى .

قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري ، أقول فى المسئلة ثلثة أقوال الأول اختصاص الخيار بالمشتري وهو المشهور بين الاصحاب حديثاً وقديماً الثانى ثبوته للبائع والمشتري معاً وهو المنسوب الى السيّد المرتضى وهو اول من ذهب الى هذا القول ولعل مراده فيما كان المبيع حيواناً دون ما كان الثمن حيوان .

الثالث ثبوته لصاحب الحيوان سواء كان هو البائع أم المشتري وأما مدارك الاقوال فمدرك القول الاول هو جملة من الروايات (١) الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري وفى بعضها تصريح بذلك وفى بعضها نظرة ثلثة أيام اى مهلة ثلثة أيام ولا شبهة أن جملة منها صحيحة وبعضها موثقة .

ومدرك القول الثانى صحيحة (٢) محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلثة أيام فى الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا : فانها قريب من الصراحة فى كون الخيار ثابتاً لكل من البائع والمشتري . ومدرك القول الثالث صحيحة محمد بن مسلم أيضاً المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلثة أيام وفى بعضها قيد صاحب الحيوان بالمشتري كما فى مؤثقة بن فضال (٣) .

١- وسائل ج ١٢ ص ٣٥ باب ٤ حد ١ وحد ٩ من باب ٣ و ٥

٢- وسائل ج ١٢ باب ٣ و ٣٤ حد ٣ .

٣- وسائل ج ١٢ ص ٣٤٩ حد ٢ .

أما الطائفة الاولى من الروايات فلا شبهة فى دلالتها على اختصاص الحكم بالمشتري بل قد عرفت أن بعضها صريح فى ذلك فتدل بمفهومها على نفى الخيار عن غير المشتري لامن جهة القول بمفهوم الوصف بل هى مسوقة لبيان التحديد وأن خيار الحيوان لا يثبت فى غير المشتري وهذا هو صريح الأسئلة فى بعضها وصريح الجواب فى بعضها الآخر وأصح من الكل رواية (١) قرب الاسناد حيث فصل فيها ثبوت الخيار للمشتري أو البايع أولهما وهذا واضح .

ونظير ذلك التحديد ما ورد فى بعض روايات عدم تنجس الماء الكر حيث سئل (ع) أى مقدار لا ينجس ولا ينفعل من الماء قال (ع) كر من الماء فان الجواب حيث كان فى مقام التحديد فيدل على المفهوم وكذلك ما ورد فى قصر الصلوة حيث سئل فى كم يقصر المسافر قال فى اربعة فراسخ ذهاباً وإياباً أو ثمانية فراسخ ذهاباً على ما هو مضمون الرواية .

وعلى هذا فتقع المعارضة بين هذه الطائفة وصحيفة محمد بن مسلم وعليه فان كان مجرد تعدد الرواية موجبا للترجيح فناخذ الروايات الدالة على اختصاص الخيار بالمشتري ولكن قد ذكرنا فى مبحث التعادل والترجيح أن الشهرة على تقدير كونها مرجحة ليس معناها أن يكون أحد المتعارضين اكثر من حيث العدد من الآخر بل كون الرواية ظاهراً فى نفسها لكونها منقولة فى الاصول ولم يكن نادراً ولذا جعلها فى الرواية من الامر البين رشده ومن الواضح أن كل من الطائفة الدالة على

اختصاص الخيار بالمشتري وصحيحة محمد بن مسلم من الامور البينة
رشد ها كما لا يخفى .

وعليه فلا بدّ من أخذ مرجح آخر من الواضح أن ما دل على
اختصاص الخيار بالمشتري موافق لعموم الكتاب والسنة دون الصحة
فان العمومات كقوله تعالى أوفوا بالعقود وأحل الله البيع وتجارة
عن تراض وقوله (ص) المؤمنون عند شروطهم وقوله (ع) البيعان بالخيار
ما لم يفترقا فاذا افتراءً وجب البيع وغير ذلك من العمومات الدالة على
اللزوم فلولا المعارضة بين الروايات لأخذنا بصحيحة محمد بن مسلم
ونخص بها العمومات ولقلنا بعدم لزوم البيع بالنسبة الى المتبايعين
فى بيع الحيوان لثبوت الخيار للمتبايعين كما أنها خصت بثبوت
خيار المجلس لهما كما لا يخفى .

ولكن لأجل المعارضة لا يمكن الأخذ بها فلا بدّ من الأخذ بما
هو موافق للكتاب كما لا يخفى واذن فلا بدّ من رفع اليد عن صحة
محمد بن مسلم مع جلالته وعظمته لقانون المعارضة ويؤيد ذلك اعتضاد
ما دل على اختصاص الحكم بالمشتري بالشهرة بل قيل ان رواية محمد
بن مسلم قد اعرض عنها الاصحاب ولم يعمل بها الا السيد المرتضى .
وقد يقال بتأويل رواية محمد بن مسلم بأن المراد منها هو ثبوت
الخيار للمشتري وحيث أن البايع طرف له ويقع الخيار بينهما ولذا
قيل المتبايعان بالخيار .

ولكنه تأويل بارد وعلى خلاف الظاهر بل خلاف الصراحة منها
فلا يمكن حمل الصحة عليه فانه حمل بلاوجه .

وقد يقال بأن المراد من الصحة هو صورة كون العوضين حيوانا

بأن يكون كل من الثمن و المثل حيواناً فانه حينئذ يكون كل منهما ذى خيار .

ولكن يرد عليه أولاً أنه خلاف ظاهرها بل خلاف صراحتها .
 وثانياً أن حملنا الصحيحة على هذا الاحتمال لزم أن يهمل
 الامام (ع) حكم ما هو الغالب فان الصحيحة على هذا يتعرض حكم
 بيع غير الحيوان بقوله وفى غير الحيوان حتى يفترقا وأيضاً تعرض
 حكم البيع الذى اشتمل على كون كل من العوض والمعوّض حيواناً
 ولكن أهمل ما هو الغالب اعنى ما يكون المبيع حيوان فهو بعيد
 غايته وقد يتوهم أن التعليل فى بعض الروايات من الطائفة الاولى
 يدل على اختصاص الحكم بالمشتري فيما كان المبيع حيواناً لان قوله
 (ع) نظرة ثلاثة أيام هو منطبق على المشتري فله أن ينظر ثلاثة أيام و
 فيه أن النظرة بمعنى المهلة فليس هنا تعليل اصلاً فهو اشتباه محض
 وأما الطائفة الثالثة الدالة على أن صاحب الحيوان بالخيار
 سواء كان هو البائع أو المشتري فقد يقال باختصاص هذه الطائفة
 بالمشتري بدعوى أنه ذكر فى بعضها صاحب الحيوان المشتري بالخيار
 فيكون مطلق مقيداً بذلك وفيه أنه لا معنى لحمل المطلق على المقيد
 فى الاحكام الانحلالية الغير المتنافية فلاتنافى بين كون الخيار لمطلق
 صاحب الحيوان وبين كونه للمشتري أيضاً .

وعليه فيدور الأمر بين رفع اليد عن اطلاق هذه الطائفة من
 الروايات وحملها على صاحب الحيوان المشتري اعنى من انتقل اليه
 المبيع وبين رفع يد عن ظهور الطائفة الاولى من الرواية فى التقيد
 واختصاص الحكم بالمشتري ونفيه عن البائع بل يحمل على الفرد

الغالب لان الأغلب أن الحيوان يكون مبيعاً فى بيع الحيوان فحيث أن الطائفة الاولى ظهورها فى التقيد أقوى من ظهور الطائفة الثالثة فى الاطلاق فترفع اليد عن ظهور الطائفة الثالثة ومع الاغماض عن ذلك فانه لابد من رفع اليد عن الطائفة الثالثة والعمل بالطائفة الاولى لان الطائفة الاولى موافقة للكتاب والسنة بخلاف الطائفة الثالثة فانه قد ثبت بالعمومات من السنة والكتاب لزوم العقد والقدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشتري وأما ما دل على ثبوته للبائع فمع قطع النظر عن ابتلائه بالمعارضة كان مخصصاً للعمومات وحيث ابتليت بالمعارضة فانه لابد من رفع اليد عن ذلك لكونها مخالفة للعمومات للكتاب والسنة .

قوله : مسئله لافرق بين الأمة وغيرها فى مدة الخيار أقول : قد ذكر فى الغنية أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها وحكم غير واحد من القدماء بضمان البائع لها مدة الاستبراء وتوهم بعضهم ملازمة ذلك مع ثبوت الخيار للمشتري ولكن لانعرف وجهاً صحيحاً لكلا الحكمين أى الحكم بثبوت الخيار مدة الاستبراء والحكم بضمان البائع أما الاول فلانه لا ملازمة بين القول بثبوت الخيار للمشتري وبين كون ضمان الأمة على البائع فى مدة الاستبراء اذ لم تثبت الملازمة بين ضمان شخص و بين ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمة بالعكس فانه ثبت أن من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له وأما فى كل مورد ثبت الضمان نحكم بثبوت الخيار لطرفه فهو بلا وجه أصلاً فان كثيراً ما يثبت الضمان ولا يكون خيار لطرفه كما اذا كان المنشأ للتلف شيئاً آخر . وعلى الجملة فلا يمكن كشف الخيار للمشتري من ثبوت الضمان على البائع .

وأما الحكم بثبوت ضمان الأمة في مدة الاستبراء على البائع فاذا
 لا دليل عليه فانه لم يثبت لنا ضمان البائع على الأمة في مدة الاستبراء
 وكيف كان فالحكم في الأمة هو الحكم في بقية الحيوانات من غير
 فرق بينهما فأدلة خيار الحيوان محكمة في جميعها .

قوله : مسألة مبدئية هذا الخيار من حين العقد أقول : الظاهر من
 الروايات الدالة على ثبوت خيار الحيوان ظاهرة في أن ثبوت
 خيار الحيوان كثبوت خيار المجلس فان قوله (ع) الشرط في الحيوان
 ثلاثة ايام وفي غيره حتى يتفرقا أن خيار الحيوان إنما يثبت من حين
 خيار المجلس وان خيار المجلس انما يثبت من حين العقد كما هو واضح .
 وعليه فلو انقضى ثلاثة ايام انقض به خيار الحيوان سواء حصل
 التفرق أم لا .

ولكن قد استدل على أن مبدئيه بعد حصول التفرق بوجوه :
 الاول الاصل العملي بأن يقال أن الاصل بقاء الخيار الى ثلاثة ايام
 مثلاً اذا فرضنا أنه حصل التفرق بعد مضي ساعة من حين العقد ومضي
 ثلاثة ايام من حين التفرق وثلاثة ايام وساعة من حين العقد فنشكح في
 أنه هل الخيار ثابت في هذه الساعة الاخيرة أم لا فنستصحب بقاءه .
 وبتقريب آخر فنشكح في ثبوت خيار الحيوان من حين العقد و
 عدم ثبوته فالاصل عدم ثبوته من حين العقد الى زمان التفرق .

وكلا الاصلين لوجه له اما الاول فيرد عليه أولاً أن الاستصحاب
 لا يجري في الاحكام الكلية كما حققناه في محله . وثانياً ان هذا المورد
 من قبيل الشك في المقتضى بمعنى أننا نشكح في ثبوت الحكم في عود
 الزمان من جهة حصول الغاية وامتداد المقتضى وعدمها وقد ذهب

المصنف الى جريانه فى ذلك ومنع شيخنا الاستاذ عنه وخص جريان الاستصحاب بموارد الشك فى الراجع مثلاً اذا شككنا فى تحقق الطلاق وعدمه فى العقد الدائم فنجرى الاستصحاب ونقول . ان الاصل عدم تحقق الطلاق وبقاء الزوجية كما كانت وأما اذا شككنا فى ارتفاع العقد المنقطع فلا يمكن اجراء الاستصحاب فيه بل نشك فى أن المقتضى موجود أم لا فنشك فى امتداد المقتضى حسب عمود الزمان فحيث لا يقيىن لنا بأن المقتضى لبقاء العقد المنقطع أى مقدار من الزمان فنحكم بعدم جريانه كما ذهب اليه الاستاذ وعلى الجملة أن الشك فى المقتضى بهذا المعنى أى بمعنى أن المقتضى أهو أمر ممتد أم لا لا يجرى فيه الاستصحاب وان ذهب المصنف الى جريانه فقائنا من هذا القبيل لأننا نشك أن أمد خيار الحيوان والمقتضى لثبوته هل هو ثلاثة ايام من حين العقد أو من حين التفرق فاذا شككنا فى ساعة أن الخيار باق أم لا من جهة الشك فى مبدء الخيار فلا يجرى فيه الاستصحاب من جهة الشك فى المقتضى لعدم جريانه فيه .

وأما الاصل الثانى فجوابه واضح فان عدم حدوث خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس لا يثبت الخيار بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد فى الساعة المشكوكه كما فى المثال المذكور الا على القول بالاصل المثبت فان ثبوت الخيار فى ذلك الساعة بأصالة عدم حدوثه الى انقضاء المجلس من اللوازم العقلية كما هو واضح .

ومع الاغماض عن جميع ذلك فالاصل لا مجال له لان الادلة الدالة على ثبوت خيار الحيوان ظاهرة فى ثبوته للمشتري من حين العقد وأنه على نسق خيار المجلس الثابت للمتبايعين من حين

العقد .

الوجه الثانى : الاخبار الدالة على أن تلف الحيوان فى الثلاثة
 ممن انتقل عنه أى ممن ليس له الخيار و بضمنية ما دل على أن التلف
 فى الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف أن مبدء خيار الحيوان بعد
 التفريق لانه لو كان مبدئه اول زمان العقد الذى يشترك فيه البايع و
 المشتري فى الخيار لما كان التلف على البايع .

أقول تنقيح المقام أن مقتضى القاعدة الاولى هو أن تلف كل
 مال من ماله ولا يكون محسوباً من كيس شخص آخر بل من كيسه الا اذا
 ثبت بالدليل الخارجى وعليه فكلما حوسب التلف على المالك فهو
 موافق للقاعدة .

وعليه فاذا دل الدليل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا
 خيار له يكون ذلك تخصيصاً للقاعدة المذكورة كما أن التلف قبل القبض
 كك أى تخصيص للقاعدة المذكورة فكذلك أن كون التلف فى زمن خيار
 المشترك أى عند اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس من مال البايع
 تخصيص بهذه القاعدة فى المورد المذكور فان كون التلف على مالك
 فى زمن خيار المشترك لم يرد عليه دليل خاص بل هو مما تقتضيه القاعدة
 الاولى .

و بعبارة اخرى فلا تنافى بين كون خيار الحيوان مبدئه من حين
 العقد ومع ذلك يكون التلف محسوباً من البايع فان ادلة خيار
 الحيوان كما يكون تخصيصاً للقاعدة الاولى القائمة على أن تلف كل
 مال على صاحبه فكذلك يكون تخصيصاً لها فى زمن خيار المشترك فيحكم
 بكون التلف من البايع فان زمان خيار المشترك من مصاديق القاعدة

المذكورة لا أنه ورد نص خاص على كون التلف على المالك كما لا يخفى وقد ذكر المصنف أن أدلة التلف من البائع يمكن أن يكون محمولة على الغالب حيث يكون التلف غالباً بعد التفرق وإن كان قد يكون قبله أيضاً ولكنه نادر .

وفيه مضافاً الى أن التلف قبل التفرق ليس بقليل فى نفسه وإن كان قليلاً بالنسبة الى التلف بعد التفرق وأن غلبة الافراد لا يكون موجبة لصرف المطلق الى الفرد الغالب وقد ذكرناه مراراً كثيرة .
الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم أن يجتمع سببان على مسبب واحد فهو كما لا يمكن فى الاسباب التكوينية فكذلك لا يمكن فى الاسباب الشرعية .

وفيه أن هذا الوجه لا يحتاج الى الجواب فإن اجتماع خيارين فى عقد واحد كثير كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب واجتماع خيار العيب مع خيار الشرط وهكذا فلا يكون هذا اشكالاً فى المسئلة .
والحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان العقد بوجوه : الاول بالاصل العملى .

ويرد عليه أن مقتضى الادلة الدالة على ثبوت خيار الحيوان للمشتري هو ثبوته له من حين العقد ومع ذلك فلامجال للاصل كما لا يخفى .

الوجه الثانى : الاخبار الدالة على أن التلف فى ثلاثة أيام ممن لا خيار له مع ضميعة أن التلف فى زمن خيار المشترك من مال المالك فانه لو كان خيار الحيوان ثابتاً من حين العقد لكان التلف على البائع دون المشتري .

وفيه أنه لم يرد في آية ولا رواية أن التلف في زمان خيار المشتري من مال البائع ليؤخذ باطلاله ويحصل التنافي بل هو حكم على طبق القاعدة الاولى لان القاعدة الاولى أن تلف مال كل أحد على ماله فكما ثبت التخصيص لهذه القاعدة الاولى في موارد خيار الحيوان وكون التلف على البائع وكذلك ثبت التخصيص لذلك في مورد خيار المشترك أى مع اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس الذى هو مشترك بين البائع والمشتري وحمل ما دل على كون التلف بعد التفرق لكونه هو الغالب كما صنعه المصنف لا يمكن الالتزام به فانه مضافاً الى أن غلبة الافراد لا يوجب الانصراف أن اخراج الساعة الاولى أعنى ساعة عدم التفرق وملاحظته نادرة بالنسبة الى البقية من ثلاثة أيام لا وجه له فان كل ساعة من ثلاثة أيام نادرة بالنسبة الى مجموع ثلاثة أيام وعليه فلما ذا لانخرج الساعة الاخيرة من ثلاثة أيام ونقول بعدم كون التلف فيها من البائع بل من المالك فان الغالب أن التلف يكون في غيرها فتكون الاطلاقات منصرفة الى غيرها وهكذا فترجيح احدى الساعات على غيرها بلا مرجح .

الوجه الثالث : أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له أسباب عديدة والا لزم تأثير علتين في معلول واحد وهو محال فلا بد وأن يكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرق وانقضاء خيار المجلس وقد عبر بعضهم عن ذلك باجتماع المثلين .

اقول لا شبهة في أن الخيار حكم شرعى كسائر الاحكام الشرعية و الامور الخارجية اجنبية عن ذلك بالكلية لا انها من قبيل الاسباب و لا أنها من قبيل المعارف بل هي أجنبيات في ذلك بل الحكم الشرعى

من حيث أنه فعل للمشارع وهو حكيم فلا بدّ وأن يكون تابعاً للمصلحة و
المفسدة وأنها ناشئة عن ذلك فليس للامور الخارجية تماس بالاحكام
الشرعية أصلاً .

و على الجملة فلو كان غرضهم من كون الامر الخارجى سببا
اصطلاحياً أو معرضاً فهو باطل من أصله .

و ان كان غرضهم من كون الامور الخارجية سبباً للحكم الشرعى
هو أن يكون موضوعاً له تمام الموضوع كالنجاسة والطهارة بان يكون
نسبة الحكم الى الموضوع كنسبة العلة الى المعلول بان لا ينفك
الحكم عن ذلك الامر الخارجى كما لا ينفك المعلول عن علته وان كان
مرادهم ذلك فلا شبهة أن الامور الخارجية حينئذ حقيقة اسباب للاحكام
الشرعية لا أنها معرفات .

وعليه فان كان موضوع كل واحد من خيار الحيوان وخيار المجلس
امراً مستقلاً فيثبت له الحكم أى الخيار مستقلاً من غير أن يرتبط احدهما
بالاخر كما هو كذلك فى باب الكفارات حيث ان كل سبب خاص من
موجبات الكفارة موضوع لوجوب الكفارة فلا يرتبط احدهما بالاخر وان
لم يكن كذلك بأن لا يكون المورد قابلاً لتعدد الحكم فيحكم بالتداخل
ان لم يمكن التأكد كما فى باب النجاسة وفى المقام نحكم بالتداخل لما
عرفت سابقاً أن الخيار ملك فسخ العقد فهو حكم وضعى اعتبارى ومن
الواضح أنه لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد وكذلك فى بقية المملوكات
فان الشئ الواحد لا يملك مرتين كما هو واضح فلا يعقل أن يملك
الانسان بفسخ العقد مرتين كما لا معنى لذلك فى غير هذا المورد لان
الامور الاعتبارية لا تعدد فيها بل يمكن أن يقال انّ هذا الاشكال مدفوع

من اصله حيث انه ليس هنا خياران حتى يقال بكونهما مسببين عن سببين ولا يمكن اجتماعهما في محل واحد ، بل هنا خيار واحد وتقسيمه الى خيار المجلس تارة و الى خيار الحيوان أخرى اصطلاح من الفقهاء والا فالظاهر من الاختيار هو أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين مالم يفترقا و للمشتري الى ثلاثة أيام و بيان ذلك أنه ثبت في طائفة من الروايات أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و اذا افترقا وجب البيع .

و دلت صحيحة محمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار في الحيوان ثلاثة ايام و في غير الحيوان ما لم يفترقا و لكن رفعنا اليد عن ذلك لمعارضتها بالروايات الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و دلت صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة أيام مع حمل صاحب الحيوان على المشتري و يكون المستفاد أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا سواء كان في الحيوان أم في غيره و أن صاحب الحيوان الذي هو المشتري بالخيار الى ثلاثة أيام فملاحظة هذه الرواية مع الروايات الدالة على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ما لم يفترقا و مع ما دل على ثبوت خيار الحيوان للمشتري الى ثلاثة أيام تنتج أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين الى حين التفريق و للمشتري الى ثلاثة أيام فعلم أن هنا خيار واحد و ليس هنا خياران حتى يقال انه لا يمكن أن يجتمع سببان على مسبب واحد لاستحالة صدور الواحد عن الكثير .

قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الاجازة ناقلة أو زمان الملك أقول اذا كان زمان العقد غير زمان الملك كما في العقد الفضولي بناءً على النقل

وكعقد الصرف والسلم قبل القبض فهل خيار الحيوان ثابت فى مثل ذلك من حين العقد أو من حين حصول الملك واختار المصنف الثانى تبعاً لما استظهره بعض معاصريه وهو صاحب الجواهر .

أقول الظاهر أن الخيار انما يثبت فى زمان حصول الملك سواء فى العقد الفضولى أم فى عقد الصرف والسلم وفى الفضولى أيضاً سواء قلنا بالنقل أو بالكشف والوجه فى ذلك أما العقد الفضولى فقد تقدم الكلام أن البيع انما ينسب الى المالك ويكون بيعاً له ومستنداً اليه بعد الاجازة وقبلها ليس بيعاً للعائد وهو واضح ولا بيعاً للمالك اذا المفروض أن البيع لا يستند اليه الا بعد الاجازة .

وقد عرفت أن الامر كذلك على القول بالكشف أيضاً حيث انه يحكم من زمان الاجازة أن البيع بيع للمالك من الاول أى يحكم بحصول الملكية للمالك فى زمان الاجازة من الاول وهذا أمر موافق للعرف أيضاً فان العرف يبعد أن يحكم بحصول الملكية من الاول عند الاجازة وترتيب آثار الملك على العقد من الاول وقد تقدم ذلك .

وقد عرفت فى هذا البحث أى بحث الخيار أن الظاهر من الادلة أن خيار المجلس وخيار الحيوان انما يثبتان للبيع وما يصدق عليه المبيع وقد عرفت فى صحيحة محمد بن مسلم قال (ع) المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار الى ثلاثة أيام .

وحيث ان زمان الاجازة زمان صدق البيع على البائع والمشتري فيحكم فى زمان الاجازة بترتب آثار العقد عليه من الاول حتى على الكشف لا بمعنى أن كل أثر يترتب عليه ويحكم بكون النماءات الحاصلة له بل من الآن يحكم بحصول الملكية من زمان العقد وترتب الأثر عليه .

وهذا الذى يساعده العرف اذن فتشمل عليه أدلة خيار الحيوان من زمان الاجازة كما هو واضح سواء قلنا بالكشف أو النقل .

وأما بيع الصرف و السلم فقد ظهر الحال فيهما من بيع الفضولى حيث ان الخيار انما يترتب على العقد الصحيح و بيع الصرف و السلم قبل القبض ليسا بعقدين صحيحين فانهما مع فقد هما القبض كالايجاب الخالى عن القبول فكما ان الايجاب ليس موضوعاً للخيار و كذلك الايجاب و القبول فيهما بدون القبض فان القبض بمنزلة الايجاب و بعبارة اخرى أن ادلة الخيار انما هى تخصيص لأدلة لزوم الوفاء بالعقد و اللزوم انما هو ثابت للعقد الصحيح دون الفاسد فعقد الصرف و السلم بدون القبض ليسا بصحيحين فكيف تشملهما ادلة اللزوم حتى تخصصها بأدلة الخيار .

فمبدء ثبوت خيار الحيوان فى الصرف و السلم انما هو زمان

القبض .

ثم انك قد عرفت أن خيار الحيوان يثبت فى المبيع الشخصى و فى المبيع الكلى أيضاً وعليه فلاوجه لتخصيص المثال فى بيع السلم بما اذا كان الثمن حيواناً بعنوان السلم كما صنعه صاحب الجواهر حيث قال فعلى هذا لو اسلم حيواناً فى طعام وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بايعاً كان مبدئه بعد القبض تخصيص و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار المعين بالحيوان .

قوله مسئلة لاشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثة ايام لالدخول الليل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج أقول وقع الكلام بين الاصحاب فى ان المراد من ثلثة أيام هل هو النهار

فقط و الليل خارج عنه أو المراد من اليوم هو مجموع أربع و عشرين ساعة و هذا البحث جار فى المقام و فى أيام الحيض و فى اقامة عشرة أيام و ربّما يقال أن اليوم اسم لمجموع اليوم و الليل و ان مجموع اربع و عشرين ساعة يسمى يوماً و لكنه بديهى البطلان لعدم اطلاق اليوم على ذلك المجموع و انما اليوم اسم لما هو بين طلوع الشمس و بين غروبها فالقوس النهارى يوم و القوس الليلى يسمى ليلاً و دائرة نصف النهار منصفة للقوس النهارى الى نصفين و نصف الليل منصف لليل الى نصفين و ليس أحدهما داخلًا فى الآخر الا بالدليل الخارجى كما فى الصوم حيث ان الشارع اعتبر كونه من أول الفجر الى زوال الحمرة عن قمة الرأس و أما فى غير ما اعتبر الشارع دخول أحد القوسين فى الآخر فلا يطلق أحدهما على الآخر .

و عليه فلا تكون الليالى داخله فى الايام فيما كانت الايام موضوعة للحكم بحسب المفهوم الا من جهة عناية أخرى من اعتبار الاستمرار فى الحكم مثلاً .

و عليه فلو عامل أحد مع غيره و باعه حيواناً فى أول طلوع الشمس فيمتد خياره الى غروب الشمس من يوم الثالث و لا تكون الليلة الاخيرة داخله و لا يثبت له الخيار فيها بخلاف ما لو قلنا بدخول الليل فى مفهوم اليوم فانه يمتد الخيار الى صبيحته يوم الثالث و يكون له - الخيار فى الليل أيضاً و أما الليلتان المتوسطتان فهما داخلتان بلا شبهة لا من جهة أن الليل داخل فى مفهوم اليوم بل من جهة أن الخيار حكم ثابت لذى الخيار الى ثلثة أيام مستمرا فلو لم تكن الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الموضوع لانقطع الخيار فهو خلاف الظاهر

من الادلة وهكذا الحال فى اقامة عشرة ايام و ايام حيض المرأة و نحوهما و اما الليلة الاخيرة فهى خارجة عن حريم الخيار فانها غير داخلية لان حيث صدق اليوم عليها و لان حيث الاستمرار .

و أما الليلة الاولى فيما اذا وقعت المعاملة فى أول الليلة أو نصفها فهى أيضاً داخلية بلاشبهة لما عرفت من أن الادلة ظاهرة فى اتصال مبدء الخيار بالعقد فاذا تحقق العقد تحقق الخيار فيستمر الى ثلاثة ايام فدخل الليلة الاولى من جهة اتصال مبدء خيار الحيوان بالعقد و استمراره الى ثلاثة ايام .

و قد يتوهم أن الليلة الاخيرة أيضاً داخلية لدخول الليلتين اصالة فتدخل الثالثة و الا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد ولكن قد ظهر جوابه فيما ذكرناه حيث ان دخول الليلتين المتوسطتين أيضاً ليس من جهة الاصاله بل من جهة استمرار الخيار الى ثلاثة ايام واتصال الخيار بالعقد فلا مجال لهذا الاشكال .

و اما مسألة التلفيق فيما اذا وقع العقد فى نصف اليوم أو ورد المسافر فى بلد فى نصف اليوم أو حاض المرأة فى وسط النهار فهل يجوز أن يحسب نصف هذا اليوم و النصف من اليوم الثالث و جعلهما يوماً واحداً أم لا الظاهر هو التلفيق كما هو الموافق للعرف و يؤيد ذلك أنه قل ما يتفق أن المرأة تحيض فى اول طلوع الشمس و المسافر لا يرد البلد الذى يقيم فيه فى اول طلوع الشمس وهكذا فلو لم يعتبر التلفيق فى اليوم و لم يكن موضوعاً للحكم لتعرض له الامام عليه السلام و هذا المعنى موافق للعرف فلو قال أحد بقيت فى محل كذا يوماً مع أنه بقى فى نصفين من يومين صح ذلك ولو بقى نصف يوم لا يصدق عليه أنه بقى يوماً

وكل ذلك لاشبهة فيه وما افاده المصنف هنا متين جداً .

(فى مسقطات خيار الحيوان)

قوله مسئلة يسقط هذا الخيار بأمر أحدها اشتراط سقوطه فى العقد أقول قد تقدم فى خيار المجلس اشتراط عدم الخيار أو اشتراط اسقاطه فى ضمن العقد ولا نحتاج الى الاعادة ولكن ذكر المصنف هنا شيئاً يجرى فى خيار المجلس أيضاً فلا بأس بالتعرض له وحاصله أنه لاشبهة فى جواز اسقاط الخيار من مجموع المبيع بان يقول اسقط خيارى من مجموع هذا الحيوان وهل يجوز اسقاط الخيار من نصفه ام لا فالظاهر هو عدم الجواز لان نصف الحيوان ليس بحيوان فلا يثبت خيار الحيوان الا فيما اذا كان المبيع حيواناً .

وأما اسقاط بعضه من حيث الزمان بان أسقط خياره يوماً أو يومين أو اقل أو اكثر فالظاهر هو الجواز لانه ملك فسخ العقد فذى الخيار مالك لذلك فله أن يسقط حقه باجمعه أو ببعضه ولا يلزم المحذور المذكور هنا لان اطلاق الادلة تشمله حتى فى الان القليل من الزمان وبعبارة اخرى فادلة الخيار تشمل المبيع اذا كان حيواناً فى كل آن وزمان .

والثانى اسقاطه بعد العقد .

قوله الثالث التصرف ولا خلاف فى اسقاطه فى الجملة ، أقول : قد اضطربت كلمات الفقهاء فى مسقطية التصرف غاية الاضطراب ولعل مثل هذه المسئلة قليلة فى الفقه ومنشأ الاختلاف اختلاف الروايات والقواعد .

و التحقيق أنك قد عرفت في مبحث المعاطات أن مقتضى القاعدة كفاية كل ما يكون مصداقاً للانشاء في مقام انشاء العقد و نحوه فان المناط في ذلك صلاحية ما يتحقق به الانشاء لأظهار ما في النفس و ابرازه سواء كان من قبيل الفعل أو من قبيل القول واللفظ من أفراد ما يظهر به ما في الضمير وينشأ به المعاملة و الا فلا خصوصية له الا اذا قام الدليل على عدم كفاية غير اللفظ في مقام الانشاء كما في الطلاق .
وعليه فكما أنه يكتفى في انشاء العقد بكل ما يصلح أن ينشاء به العقد وكذلك يكتفى بكل ما يبرز ما في الضمير في اسقاط الخيار هذا ممّا لا شبهة فيه وأنه أمر تقتضيه القواعد ولكن الكلام في الصغرى وانه أى شئ يكون صالحاً لان يتحقق به اسقاط الخيار من الافعال فهل هو مطلق الفعل و التصرف أو التصرف الخاص فليس هنا قاعدة تتكفل لبيان ذلك المقدار المتيقن كون التصرف مصداقاً للاسقاط و الا فلا دليل على كونه مسقطاً للخيار حتى التصرفات الجليلة فضلاً عن التصرفات الحقيرة فانه ربما لا يكون المتصرف عالماً بالموضوع أو الحكم أو يكون غافلاً عن ثبوت الخيار له و يتصرف فيه و حينئذ كيف يمكن الحكم بأن التصرف مصداق للاسقاط فلو طأ الجارية التي اشتراها لا يكون ذلك مسقطاً للخيار و أن أصر عليه شيخنا الاستاذ وقال بكون مثل الوطى مصداقاً للاسقاط حتى مع الجهل بالحكم أو الموضوع هذا ما تقتضيه القاعدة .

و أما الاخبار فقد ذكر فيها أن احداث الحدث في الحيوان يوجب سقوط الخيار فكل تصرف أوجب حدوث الحدث فيوجب سقوط الخيار بلا شبهة للتعبد الشرعى و أما ما لا يوجب الاحداث فقد ذكرت أمور

فى الرواية التى سئل فيها عن تفسير الحدث :انها احداث حدث مع انه ليس بحدث فى العرف وذلك كالنظر الى الجارية و اللمس و التقبيل ونحوها مع أنها ليس بحدث فيكون مثل ذلك داخلاً فى الحدث بدليل الحاكم وبالتعبّد الشرعى فنحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات أيضاً هذا ما يتحصل من الاخبار .

و تحصل أن لنا ضابطتان لسقوط الخيار بالتصرف أحدهما ما تقتضيه القاعدة من كون التصرف مصداقاً لسقوط الخيار والثانى التصرف الذى يوجب احداث الحدث فى الحيوان المبيع أو ما جعله الشارع مصداقاً للحدث تعبدآ وحكومة فان هذا أيضاً يوجب سقوط الخيار أما فى هذه الموارد فلا دليل على كون التصرف مسقطاً للخيار ولو كان التصرف من التصرفات الجليلة كما تقدم فضلاً عن التصرفات الخفيفة كيف فأنك عرفت أن أى تصرف كان لا يوجب لسقوط الخيار ما لم يكن مصداقاً للتصرف فإى معنى لسقوط الخيار بالتصرفات الصادرة حال الغفلة أو النسيان أو الجهل بالحكم أو الموضوع فيكون الخيار باقياً على حاله ولو كان التصرف مثل وطى الأمة كما عرفت بل الظاهر من صحيحة الصفار أن مطلق التصرف لا يكون مسقطاً للخيار حيث سأل فيها عن أمرين أحدهما الحدث والثانى ركوب الدابة وسئل بكلمة أو أنهما يسقطان الخيار أم لا فوقع الامام (ع) اذا احدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله فلو كان مثل الركوب أيضاً مسقطاً للخيار لاجابه أيضاً بانه يسقط الخيار بل يمكن أن يقال أن بعض التصرفات فى الحيوان المشتري ممّا لا بدّ منه فلو كان كل تصرف موجباً لسقوط الخيار لكان جعل الخيار وتشريعه لغواً محضاً كقود الحيوان الى

القبة وركوبه من مكان المعاملة الى منزله للتجربة والامتحان والامر
بمش الامة أو العبد للتجربة والامتحان وأمرهما بسقى الماء و نحوه
بل النظر الى شعر الامة ليرى أنها شابة أو كبيرة قد بيض شعره الى
غير ذلك من التصرفات التي مما لا بدّ منه عادة في مدة ثلاثة أيام وعلى
الجملة مقتضى أدلة اللزوم من الايات والروايات هو لزوم العقد وقد
خصصت بأدلة خيار الحيوان كما خصصت بغيرها فلا بدّ من رفع اليد
عن اطلاق أدلة الخيار وعمومه بما يدلّ على التخصيص و التقييد و
ليس لنا تخصيص الا ما ذكرناه من الضابطتين ففي أيّ مورد تحقق
واحدة من هذه الضابطة نحكم بسقوط الخيار و الا فلا فافهم .

و الحاصل أن كلمات الفقهاء في أن التصرف مسقط أم لا مضطربة
غاية الاضطراب فذكر بعضهم أن التصرف لكونه كاشفاً عن الرضا الشخصي
مسقط للخيار و ذكر بعضهم كشيخنا الانصارى وغيره أن التصرف كاشف
عن الرضا النوعي فيكون مسقطاً للخيار لذلك و ذكر بعضهم أن مطلق
التصرف حتى مثل ناولنى الماء و نحوه مسقط للخيار و منشأ الاختلاف
هو اختلاف الاخبار و تفصيل الكلام فيه أن الروايات في المقام متعددة
منها صحيحة (١) ابن رثاب فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل
ثلاثة أيام فذلك رضاً منه ولا شرط له قيل له : وما الحدث قال ان
لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء .

فان الظاهر من هذه الرواية أن الحدث مسقط للخيار فاذا
أحدث المشتري حدثاً فذلك رضا بالبيع فيكون الخيار ساقطاً ثم
سأل ابن رثاب عن الحدث وأنه أى شئ فقال (ع) أن لامس أو قبل أو

نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزم البيع فهذا الكلام الصادر من الامام (ع) من جعل اللبس أو التقبيل أو النظر الى ما يحرم النظر اليه ليس احداث حدث قطعاً و اذن فيدور الامر بين أن يكون ذلك حاكماً بتوسعة دائرة الحدث وجعل كل واحد من الامور المذكورة من اقسام الحدث أو بجعلها مثلاً لمطلق التصرف بحيث يكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار فاذا لم تكن الرواية ظاهرة فيما ذكرناه من جعل الامور المذكورة مصداقاً للحدث تعبداً فليس لها ظهور في جعلها أمثلة لمسقطية التصرف ليكون مطلق التصرف موجباً لسقوط الخيار وكيف كان فلا دلالة فيها على كون التصرف على اطلاقها موجباً للسقوط .

ومنها صحيحة (١) الصّارقال : كتبت الى أبى محمد (ع) فى الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أنه أن يردها فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فى فراسخ فوقع عليه السلام اذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله .

فهذه الرواية صريحة فى أن احداث الحدث يوجب سقوط الخيار وأما دلالتها على أن التصرف موجب لسقوط الخيار أم لا فاما ممنوعة لعدم تعرض الامام (ع) لذلك أو هى تدل على أن التصرف لا يسقط الخيار ما لم يكن بعنوان أنه مصداق للمسقط أو مصداق للحدث فان السائل انما سأل عن أمرين أحدهما احداث الحدث

فى المبيع والثانى الركوب فقد أجاب الامام (ع) عن الحدث و أنه مسقط للخيار وسكت عن الركوب الذى هو من أظهر أفراد التصرف فهذا السكوت لولم يدل على عدم كون التصرف مسقطاً للخيار فلا دلالة فيها على كون التصرف مسقطاً .

وعلى الجملة فاما لادلالة فى الرواية على كون التصرف مسقطاً أو فيها دلالة على عدم كونه مسقطاً .

ومنها صحيحة (١) قرب الاسناد قال : قلت له أرايت ان قبلها المشتري أو لاس فقال اذا قبل أو لاس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقض الشرط ولزم البيع فقد جعل الامام (ع) فى هذه الرواية نفس الامور المذكورة موجباً لسقوط الخيار من غير تعرض للتصرف و الحدث اصلاً :

و المتحصل أن ما يكون مسقطاً للخيار من التصرف أمور ثلاثة من غير أن يكون لعنوان التصرف موضوعية أصلاً الاول : ما يكون مصداقاً للاسقاط و مبرزاً لما فى ضمير المتكلم من كونه موجباً لسقوط الخيار و هو ما تقتضيه القاعدة الاولى ولا شبهة فيه .

الثانى ان يكون التصرف احداث حدث فى الحيوان فانه ايضاً يكون موجباً لسقوط الخيار فقد ثبت ذلك بصحيحة على بن رباب و صحيحة الصفار و اطلاق الحدث شامل لكل حدث ولو كان بمثل جز الشعرو نحوه .

الثالث أن يكون المشتري لاس أو قبل أو نظر منها ما يحرم النظر اليه فانه ايضاً موجب لسقوط الخيار و أما غير هذه الامور الثلاثة

فلا يكون التصرف موجباً لسقوط الخيار بوجه فانه لا دليل عليه من الروايات كما عرفت .

ثم انه بقى الكلام فى أن المراد من قوله (ع) فذلك رضا منه بالبيع فى صحيحة ابن رثاب. أى شئ فذكر المصنف احتمالات أربعة الاول أن يكون المراد من ذلك الرضا الشخصى فيكون المعنى ان التصرف - الموجب لاحداث الحدث فى المبيع يكون كاشفاً عن الرضا الشخص وهذا واضح الدفع فان كثيراً ما لا يلتفت المشتري الى ثبوت الخيار له فيحدث حدثاً فى المبيع فكيف يكون ذلك كاشفاً عن الرضا الشخص بالبيع و بسقوط الخيار مثلاً لو اشترى أحد دجاجة وقص جناحها لثلا يطير الى مكان آخر من غير ان يلتفت الى ثبوت الخيار له فى ذلك كما هو كذلك فى نوع الناس حتى من أهل العلم حيث انهم لا يلتفتون بثبوت الخيار لهم فى مثل الدجاجة ونحوها وفى مثل ذلك فلا وجه لدعوى كون التصرف كاشفاً عن الرضا الشخص كما هو واضح .

الثانى أن يكون كاشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع وسقوط الخيار كما ذكره المصنف وهذا أيضاً لا يمكن المساعدة عليه فانك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون بخيار الحيوان فكيف يكون تصرفهم كاشفاً عن الرضا النوعى بحيث يكون المناط فى كون التصرف مسقطاً للخيار هو الرضا النوعى فانه لا وجه لدعوى أن فى أغلب الناس يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعى فان أغلب الناس لا يلتفتون الى ذلك كيف فان خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصة من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات الى الخيار عند التصرف بل يثبت لكل شخص حتى اليهود و النصارى و المخالفين وغيرهم و من الواضح أنه مع ذلك فالغلبة فى غير

الملتفتين بالخيار عند التصرف فكيف يكون التصرف كاشفاً عن الرضا النوعي من جهة التفات اغلب الناس بالخيار عند التصرف .
وكيف كان فلاوجه لجعل التصرف كاشفاً نوعياً عن الرضا بالبيع .
الثالث أن يكون ذلك بنفسه جواباً للشرط وحكما ثابتاً للموضوع فيكون ذلك اشارة الى نفس ذلك التصرف الذى هو الحدث .
الرابع أن يكون توطئة للجواب وهو قوله ولا شرط له لكنه توطئة لحكمة الحكم وتمهيد لها لاعلة حقيقة فيكون اشارة الى ان الحكمة فى سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالباً على الرضا نظير كون الرضا حكمة فى سقوط خيار المجلس بالتصرف و مرجع هذين الاحتمالين الى شئ واحد وان كان البيان فيهما مختلفاً .

وقد ذكر المصنف أن لازم أخذ هذين الاحتمالين هو الالتزام بكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار ولكن الامر ليس كذلك فان قوله (ع) فذلك رضا منه بالبيع هو أن نفس هذا التصرف الذى يوجب احداث الحدث رضا بالبيع لاكل تصرف كما هو واضح فان الموضوع هو الحدث حيث قال : ان أحداث حدثاً فذلك رضا منه بالبيع .

(الثالث من الخيارات خيار الشرط)

قوله الثالث خيار الشرط اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد أقول لاشبهة فى جواز جعل الشرط فى العقود ولا خلاف فيه بين الاصحاب سواء كان متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه ويمكن الاستدلال على جواز ذلك بطائفتين من الرواية الاولى صحيحة (١) ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام فى حديث قال : وان كان بينهما شرط

أياماً معدودة فهلك فى يد المشتري قبل ان يعضى الشرط فهو من مال البايع وفى رواية السكونى ان امير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوباً بالشرط الى نصف النهار فانها تدل على جواز جعل الخيار فى هذين الموردين الخاصين .

والطائفة الثانية الاخبار المستفيضة الواردة فى اشتراط الفسخ برد الثمن كما سيأتى نقلها فانها أيضاً تدل على جواز جعل الخيار فى موردها فان جاز التعدى عن موارد ها فيها لدعوى الضرورة انه لخصوصية لموردها والا فلا بد من التماس دليل آخر وح نأتى الى العمومات .

وقد استدل على مشروعية هذا الخيار وجواز جعله واشتراطه بالادلة المستفيضة بل المتواترة بين الفريقين المؤالمنون عند شروطهم الا شرطاً خالف كتاب الله وسنة نبيه فانها تدل باطلاقها على لزوم الوفاء بكل شرط غاية الامر خرج عنها الشروط الابتدائية وبقى الباقي ومن جملة اشتراط الخيار فى العقود .

وقد أشكل عليه فى المستند بأن الادلة العامة لا تكفى لاثبات صحة اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب والسنة لان السنة تدل على أن بالافتراق يجب البيع فاشتراط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها وعلى الجملة فلا يمكن الاستدلال بهذه الادلة على جواز جعل الخيار .

وقد أجيب عنه بجوابين الاول ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن الجواز وكذلك اللزوم على قسمين الاول الجواز واللزوم الحكمى و الثانى اللزوم والجواز الحقى . أما الاول فلا يتبدل بفسخ المتبايعين

أصلاً أما الجواز فكالهبة حيث ان جوازها حكمى فلا يتغير اصلاً ولوقال
الواهب اسقط حق الرجوع ألف مرة .

وأما اللزوم فكعقد النكاح حيث لا يتغير عما هو عليه باقالة ونحوه
فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حكمى لاحقاً .

وأما الثانى فالجواز الحقى مثل الوكالة ونحوها واللزوم الحقى
كجميع العقود التى تجرى فيها الاقالة حيث انه يستكشف من ذلك
أن اللزوم فيها حقى والا لم يرتفع بالاقالة فما يكون مخالفاً للكتاب و
السنة هو الخيار فى العقود التى أن اللزوم فيها حكمى كالنكاح لافى
مطلق العقود حتى فيما يكون اللزوم فيها حقياً .

وفيه أنه قد عرفت فى أول البيع أنه لافرق بين الحق والحكم
أصلاً فان كلاهما بحكم الشارع وجعله غاية الامر قد سمو الفقهاء الحكم
الذى اختياره بيد المتبايعين حقاً وهذا لا يوجب اختلافهما فى الحقيقة
وعليه فكما ان الجواز حقيقة واحدة مجعولة بجعل الشارع وكذلك
اللزوم فهو حقيقة واحدة والاختلاف بحسب الحكم الطارئ عليه لا
أن هنا حقيقتان احديهما حقى والاخر حكمى كما لا يخفى و عليه
فيبقى اشكال صاحب المستند على حاله فان جعل الخيار فى العقد
مخالف لحكم الشارع بلزومه .

وبعبارة اخرى أن اللزوم فى جميع العقود انما هو حكم الشارع
وثابت بدليل واحد غاية الامر أنه مطلق فى بعض الموارد كما فى النكاح
ومشروط بعدم الاقالة فى بعض الموارد الأخر كما فى البيع ونحوه
على ان النكاح أيضاً قد يطرئه حق الفسخ لبعض الامور كما هو واضح
والجواب الثانى ما يظهر من السيد ره من أن جعل الخيار

مخالف لاطلاق العقد لالمقتضاء فان اطلاق العقد يقتضى الملكية على وجه الاطلاق فاشتراط الخيار مخالف لاطلاقه لا لمقتضى أصل العقد .

وهذا الجواب من العجائب فان كلامنا فى الشروط المخالف للكتاب والسنة لافى الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو لاطلاقه . وتوضيح الكلام أن الشرط قد يكون مخالفاً لمقتضى العقد بأن يشترط البايع على المشتري أن لا يملك أو يقول الواهب وهبتك هذه على أن تبقى العين الموهوبة فى ملكى وهكذا فان هذه الشروط كلها مخالفة لمقتضى العقد ولكن لادليل على بطلانه الا لزوم المناقضة والتناقض فان معنى البيع هو تمليك العين المبيعة وكونها ملكاً للمشتري ومعنى اشتراط عدم كونه ملكاً للمشتري هو أن لا يكون المبيع ملكاً للمشتري وهما متناقضان وكذلك فى الهبة .

وأما اذا كان الشرط مخالفاً لاطلاق العقد فلا محذور فيه اصلاً لعدم لزوم التناقض ومحذور آخر فيه كما ذكره السيد فانه أى محذور فى أن يقول البايع بعتك هذا الثوب وشرط عليك أن تخطى لى ثوباً آخر فان اطلاق العقد لا يقتضى كون المبيع ملكاً للمشتري على وجه الاطلاق والشرط مخالف له .

وأما الشروط المخالفة للكتاب والسنة فهى أمر آخر غير مربوط بالشروط المخالفة للعقد أو لاطلاقه فانه لا يفرق فى الشروط المخالفة للكتاب والسنة بين أن تكون مخالفة لأصل الكتاب والسنة أو لاطلاقهما مثلاً لو باع حيواناً واشترط احدهما على الآخر فى ضمن العقد أن يشرب الخمر فى حال المرض تنزهها لدواء فانه هل يتوهم أحد جواز ذلك

لكونه مخالفاً لاطلاق الكتاب لأصله .

والحق في الجواب أن يقال : أن هذه الروايات إنما وردت لجعل خيار الشرط في مورد لزوم العقد فتكون مخصصة للدالة الدالة على اللزوم لامنافية لها لتكون مطروحة أو مأولة وتوضيح ذلك أن معنى اشتراط شئ في العقد هو توقف لزوم العقد على وفاء المشروط عليه بالشرط والا فلا يلزم عليه أن يتوقف على اللزوم ومعنى عدم وجوب التوقف على اللزوم هو ثبوت الخيار له بحيث ان شأ يفسخ و ان يشاء يمسى وان شاء يبقى العقد على حاله غاية الأمر أن اشتراط شئ على البائع أو المشتري في العقد جعل خيار بالدالة الالتزامية و جعل الخيار لاحدهما أو كلاهما في العقد جعل خيار بالدالة المطابقة وقد تقدم ذلك فيما سبق وقلنا بان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار والحاصل أن الادلة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم واردة في مورد جعل الخيار بناءً على أن كل شرط يرجع الى جعل الخيار بالبيان المتقدم فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب و السنة و بعبارة أخرى أن هذه الروايات الدالة على لزوم الوفاء بالشرط واردة في مورد جعل الخيار بناءً على أن مرجع جعل الشرط الى ثبوت الخيار بالالتزام فان بقاء الالتزام على العقد منوط على بقاء الالتزام على الشرط ومع التخلف يثبت الخيار و عليه فلا يكون جعل الشرط مخالفاً للكتاب و السنة الا أن الشرط مخالفاً لهما والحاصل أن في العالم شروط صحيحة غير منافية للكتاب و السنة فهذه الروايات واردة في هذه الموارد التي مرجعها الى جعل الخيار .

ويمكن الجواب عن صاحب المستند بناءً على المشهور أيضاً من

عدم رجوع الشرط الى جعل الخيار . بدعى عدم مخالفة الشرط
الخيار للكتاب والسنة . أما عدم مخالفته للكتاب من جهة أن أوفوا
بالعقود ناظر الى افادة اللزوم للعقد المنشأ على النحو الذى أنشأه
المنشئ وهذا المنشأ اما هو مطلق فى الواقع أو مقيد لما ذكرناه مراراً
أن الاهمال فى الواقعيات من الامور المستحيلة وعليه فهذا العقد الذى
اشتراط فيه الخيار لا يعقل أن يكون منشأ على وجه الاطلاق فلا بدّ وأن
يكون منشأ على وجه التقييد فيكون الملكية المنشأة بقيد خاص مورداً
للامر بالوفاء بالعقد فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب بل دليل اللزوم من
الاول لا يشمل الا هذه الملكية الخاصة المقيّدة بحد خاص .

وبعبارة أخرى أن دائرة الملكية من الاول محدودة ومقيّدة
بعدم الفسخ فان الحاصل من البيع قد يكون ملكية مطلقة و يكون
المنشأ هو ذلك وقد يكون المنشأ ملكية مقيدة بحصة خاصة وبحد
خاص أى المقيّدة بعدم الفسخ وحينئذ أى منافات لهذا الشرط للكتاب
بل الكتاب لا يشمل من الاول الملكية المطلقة بل يشمل الملكية المقيدة
وهو واضح .

لا يقال أن الملكية المنشأة مطلقة حتى بعد الفسخ فانه لامعنى
للبيع الى وقت خاص كسنة أو سنتين لكونه باطلا اجماعاً فانه يقال
لاشبهة فى أن المنشأ مطلق من حيث الزمان وأن البايع انشأ
ملكية مطلقة للمشتري وأبدية ولكن كلامنا ليس فى الاطلاق والتقييد
من حيث الزمان بل من حيث الحالات ولاشبهة أن المنشأ بالنسبة
الى الفسخ وعدمه الذان من الحالات الطارئة لعقد اما مطلق أو
مقيد وذكرنا أنه مقيد فالملكية المنشأة محدودة بالنسبة الى الفسخ

وعدمه الى الزمان فتشملها أدلة اللزوم مع هذه الحيثية المقيدة فيكون لازماً الى أن لا يفسخ والا فلا لزوم لعدم شمول أدلته له . و دعوى أن المنشأ مطلق بالنسبة الى الفسخ وعدمه أى أنه أنشأ الملكية سواء فسخ أم لا مع اشتراط الخيار فى العقد دعوى متناقضة كما هو واضح فان هذه الدعوى تشبه دعوى أن يقصد أحد الاقامة فى بلد وكان عالماً بمسافرتة أو شاكاً فيه فان هذا ليس الا التناقض الواضح .

ولا يقاس كون المنشأ ملكية محدودة بالفسخ بالبيع الى سنة فان الثانى باطل بالضرورة بخلاف الاول فانه كان متعارفاً فى جميع الأزمنة فيكون مشمولاً لوجوب الوفاء بالعقد .

وكيف كان بناءً على المشهور أيضاً لا يكون شرط الخيار مخالفاً للكتاب بوجه لقصور دليل اللزوم عن ذلك فلا يكون الأمر بالوفاء بالعقد شاملاً الا ما أنشأ بأى كيفية أنشأ . فاللازم بدليل وجوب الوفاء بالعقد هو الملكية المحدودة بعدم الفسخ .

وأما السنة فقد ظهر جواب توهم مخالفة الشرط للسنة من ذلك أيضاً فان قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و اذا افترقا وجب البيع ليس المراد من الوجوب الوجوب على كل حال بحيث يكون المنشأ ملكية لازمة على وجه الاطلاق بعد انقضاء المجلس بل الملكية المحدودة بعدم الفسخ فلا تكون هذه الاخبار شاملة من الاول الى ما بعد الفسخ حتى يتوهم كون الاشتراط مخالفاً لمقتضى الكتاب .

ثم انه لا شبهة فى جواز جعل الخيار مدة خاصة معينة أما متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه لاطلاق الادلة نعم ذكر بعض الشافعية أنه لا يجوز جعل الخيار بعد لزوم العقد فانه لا ينقلب الى الجواز بعد

اللزوم ولكنه بديهى البطلان فان كثيراً ما يطرأ الجواز على العقد بعد اللزوم كما فى موارد خيار تاخير الثمن و موارد خيار الرؤية و موارد تخلف الشرط فان جميع ذلك و أشباهه يطرأ الجواز على العقد بعد اللزوم فلا يمكن الالتزام بكلام هذا القائل أيضاً .

و هل يجوز جعل الخيار الى الابد و مدة العمر نظير الوقف بحسب العمر أم لا فلم يستشكل أحد فى جوازه الا شيخنا الاستاذ حيث منع عن جواز مثل هذا الشرط لوجهين الاول أنه يوجب كون العقد غررياً و ذلك لانه لا يعلم المتبايعان أن عمر المشروط له أى مقدار فيوجب البيع غررياً فيبطل لذلك .

وفيه أن الغرر هو الخطر و لا نرى فى ذلك خطراً اصلاً غاية الامر أنه يكون مثل العقود الجائزة فهل يتوهم أحد أن الهبة أو الوكالة أو نحوهما من العقود الجائزة غررية . و سيأتى الكلام فى نفس الغرر مع الجهل بالشرط .

الوجه الثانى ما ذكره (ره) من أن جعل الخيار الى الابد مخالف لمقتضى العقد فان للعقد دلالة مطابقة اعنى حصول الملكية للمشتري فالبيع يقيد بالمطابقة حصول الملكية للمشتري على وجه الاطلاق و دلالة التزامية أعنى كون المتبايعين ملتزمين بفاد العقد وأنه لا يختص التزامهما بزمان خاص بل هو ثابت الى الابد فاشتراط الخيار الى الابد و ان لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد بحسب الدلالة المطابقة اعنى حصول الملكية المطلقة ولكنه مناف لمقتضى العقد بحسب الدلالة الالتزامية اعنى لزوم العقد الى الابد و أما جعل الخيار فى زمان خاص فلا بأس به لعدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد من الجهتين غاية الأمر

أنه شرط الخيار في زمان خاص .

وفيه قد عرفت أنه لا دليل على بطلان الشروط المخالفة لمقتضى العقد الا من جهة المناقضة ومن الواضح أن اشتراط عدم حصول الملكية للمشتري مثلاً مناقض لمقتضى العقد بأن يبيع بشرط أن لا يملك المشتري أو يهب بشرط أن يبقى العين الموهوبة في ملك الواهب وأما جعل الخيار في البيع الى الابد فلا يستلزم التناقض لمقتضى العقد كما هو واضح فانه أى مناقضة لبيع متاع أو دار بشرط أن يكون للبائع أو للمشتري خيار مدة العمر فيكون نظير العقد الجائز نعم لو كان هنا دليل تعبدى يدل على أن الشروط لا بدّ وأن لا يكون مخالفة لمقتضى العقد لاخذنا باطلاقه وبالنسبة الى الدلالة المطابقة والالتزامية .

والحاصل قد علم أن المنشأ في موارد جعل الخيار بالشرط ملكية محدودة فادلة للزوم من الاول قاصرة عن الشمول لذلك فضلاً عن أن يلزم من جعل الخيار مخالفة الكتاب أو السنة .

ومع الاغماض عن ذلك فنقول : ان الظاهر من السنة الدالة على لزوم العقد هو الحصة الخاصة من العقد الذى لم يجعل فيه الخيار وأما ما جعل فيه الخيار فلا يكون مشمولاً لها .

وتوضيح ذلك أن الادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس وان دلت على لزوم البيع بمجرد الافتراق وكونه واجباً على وجه الاطلاق ولكن لا بدّ من تقييدها بما ذكرناه من أنه ورد في بعضها أن اللزوم الوجوب انما هو بعد الرضا بالعقد كقوله (ع) فلا خيار لهما بعد الرضا وقد ذكر أن المراد من هذه العبارة الشريفة أنه لا خيار لمجلس لهما بعد ما أقدم على المعاملة ورضايها وعليه فهي صريحة في عدم شمول السنة

لعقد جعل فيه الخيار فان المتبايعين لم يقدموا ولم يرضيا على المعاملة الا على النحو الذى انشأها ومن الواضح أنهما أنشأ ذلك بحيث يكون لهما أو لاحدهما حق الفسخ بعد شهر مثلاً أو الى شهر من زمان العقد فلا يشمل قوله (ع) فاذا افترقا وجب البيع بعد الرضا ان لم يحصل الرضا بدون الشرط المعلوم .

ثم انه قد عرفت أنه لا شبهة فى جواز اشتراط الشرط فى العقد من دون أن يلزم فيه محذور أصلاً وقد عرفت أنه يجوز أن يشترط فيه الخيار مدة معينة بل ما دام العمر وقد عرفت مناقشة شيخنا الاستاذ فى ذلك وعرفت الجواب عنه .

وهل يجوز اشتراط الخيار فى مدة مجهولة فى الظاهر ومعينة فى الواقع (كأن يجعل البايع المشتري لنفسه الخيار الى قدوم الحاج أو نزول المطر ونحوهما) أو لا يجوز والظاهر هو الجواز لعدم الادلة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم .

والذى يمكن أن يكون مانعاً عن ذلك أحد الامور الثلاثة الاولى ما أرسله العلامة من أنه نهى النبى (ص) عن الغرر فان هذا الشرط غررى فيكون منهياً عنه ويكون المشروط به أيضاً منهياً عنه .

وفيه مضافاً الى عدم ثبوته اذ الثابت المنقول هو نهى النبى (ص) عن بيع الغرر أنه لا دلالة فيها على فساد المعاملة المشروط بهذا الشرط الفاسد الا بناءً على سرايته الى المشروط وهو فاسد وسيأتى الكلام منه .

الثانى : أن هذا الشرط أى شرط الخيار فى مدة مجهولة مخالف للسنة فيكون فاسداً وذلك فانه ورد النهى عن بيع الغرر

فى الشريعة المقدسة فاشتراط الشرط الغررى مخالف له فيكون فاسداً وهذا هو الذى ذكره المصنف وذكر أنه أكل من القفاء فان له أن يستدل من الاول بفساد هذا الشرط بدليل النهى عن البيع الغررى . وكيف كان هذا الوجه أيضاً لا يتم فانه ان كان المراد من الشرط المخالف للكتاب هو نفس الالتزام بحيث يكون نفس الالتزام بما يكون مخالفاً للكتاب و السنة أيضاً مخالفاً لهما فيرد عليه أنه مبنى على سريّة فساد الشرط الفاسد الى المشروط وبعبارة أخرى فالصغرى مسلم و لكن الاشكال فى الكبرى من أن الشرط الفاسد يوجب بطلان العقد أم لا .

و ان كان المراد به نفس الملتزم به ليكون هو بنفسه مخالفاً للكتاب و السنة فلا شبهة أن الملتزم به ليس مخالفاً للكتاب و السنة فان جعل الخيار ليس فيه مخالفة لهما و الا لكان كل خيار فى كل عقد مخالفاً للكتاب و السنة وعلى الجملة فان كان المراد من الشرط نفس الملتزم به فليس فيه مخالفة للكتاب و السنة و ان كان المراد به نفس الالتزام وهو وان كان مخالفاً للكتاب و السنة لكونه حراماً على الفرض و لكن لا يرى كونه موجبا لبطلان العقد لانه متوقف على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد ام لا .

الثالث : النبوى المعروف من أنه نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بدعى أن اشتراط الخيار فى البيع مدة مجهولة غررى فيسرى الى البيع فيكون البيع أيضاً غررياً . وعلى هذا فلا يتوقف الاستدلال على جعل الشرط مخالفاً للكتاب و السنة يحتاج الى ارجاع الشرط الى نفس الملتزم به ولا الى النهى عن مطلق الغرر لنحتاج الى البحث عن ثبوته وعدمه .

ولكن يرد عليه أنه ان كان المراد من الغرر هو الجهالة فلاجتهالة
فى المبيع و ان كان الشرط مجهولاً فانه اى جهالة فى المبيع المعلوم
من جميع الجهات الذى وقع عليه البيع اذ لاتسرى الجهالة من ناحية
الشرط الى المبيع أصلاً .

وبعبارة أخرى بناءً على تمامية ما دل على النهى عن الغرر
من حيث السند وكون الغرر بمعنى الجهالة فما يكون موجباً للبطلان
هو جهالة ما يرجع الى الثمن والمثمن لاجتهات الخارجية ومن الواضح
أن العوضين هنا معلوم فلاتسرى الجهالة اليهما من ناحية الشرط
المجهول كما هو واضح على أن الرواية ضعيفة السند و الغرر ليس
بمعنى الجهالة .

وان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو الظاهر على ماقرناه
سابقاً فلا خطر هنا أيضاً فان الخطر انما يكون فيما لم يعلم أن ما بذله
البايع أو المشتري أى مقدار وقع فى مقابله من المال بحيث تكون المالية
التي تحصله فى مقابل ما يعطيه مجهولة فان هذا خطر .

وأما اذا كان ما يساوى ماله معلوماً فان فسخ يملك ما بذله نفسه
والا يملك ما بيده الذى أخذه من طرفه فإى خطر فى ذلك ولو لم يعلم
أن العقد يفسخ أولاً وأنه فى أى وقت يفسخ فان هذا لا يضر بمالية
المبيع أو الثمن فلا يجعلهما خطيرة والا فهذا يجرى فى جميع موارد
الخيارات اذ لا يعلم أن ذى الخيار يفسخ أولاً فهذا بنفسه لا يوجب
الغرر .

نعم فالمالية فى الثمن أو المثمن تكون خطيرة باعتبار ترق القيمة
السوقية أو تنزلها الى زمان الخيار والفسخ اذ لا يعلم أنه متى يجئى

الحاج أو ينزل المطر حتى يثبت الخيار لذى الخيار فيمكن أن تكون قيمة المبيع نازلة بحيث لا يسوى شيئاً فيكون البيع حينئذ خطرياً من ناحية هذا الشرط على أن دليل نفي الغرر ضعيف وغير منجبر بشئ وقد عرفته في البحث عن القدرة على التسليم ولكن هذا يجري في جميع موارد الخيارات فلا يختص بالمقام فانه يمكن أن يطرأ هذه الحالة للمبيع في بقية الخيارات أيضاً ففيمما ليس فيه خطر لوجه لفساد الشرط وفيما فيه خطر فهو مشترك بين المقام وبين بقية موارد الخيارات .

هذا كله اذا كانت المدة مجهولة في الظاهر ومعلومة في الواقع كأن قال بعثك هذا الشئ على أن يكون لى الخيار مدة خاصة ولم يبين المدة أو قال لى الخيار وأطلق فهذا باطل ثبوتاً أيضاً لاستحالة امضاء امر المجهول الا أن يقال أنه يحمل على ثلاثة أيام . كما أفتى به جمع من الأكابر وذكر الشيخ الطوسى أن عليه أخبار الفرقة وقد عامل بعضهم معاملة الرواية ولكن الظاهر أنه لا يكون دليلاً في المقام اذ لم نجد رواية تدل على هذا الرأى ولم ينقله احد حتى الشيخ في كتابيه فلو كان هنا خبر يدل على ذلك لنقله هو أو غيره والظاهر أنه استنبط ذلك من الروايات وذكر أن عليه أخبار الفرقة وقد ذكر نظير ذلك في قصر الصلوة عند الخروج الى الصيد ووجدنا الموارد التى استنبط ذلك منها وعليه فان كان هنا اجماع أو تسالم على حمل مثل هذا الشرط على ثلاثة أيام نأخذ به والا فيحكم بالبطلان كما هو الظاهر .

(فى مبدء خيار الشرط)

قوله مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول ان كان وقت خيار

الشرط معلوماً بالنص كأن يجعل لنفسه الخيار فى اليوم الفلانى فهو و
الا بأن اطلق وقال بعثك على أن يكون لى الخيار الى خمسة أيام فان
ظاهر الاطلاق هوكون الخيار من حين العقد و الا كان الاطلاق لغوا
ولو جعل لأحدهما الخيار فى اليوم المعين فالاطلاق يقتضى أن يكون
مبدء الخيار من اول ذلك اليوم وقال المصنف انه لو شرط خيار الغد
كان مبدئه من طلوع الفجر ولكنه مبنى على أن يكون أول النهار من
طلوع الفجر ولكنه فاسد بل النهار المقابل لليل أوله من طلوع الشمس
وآخره غروبها و بعبارة أخرى قد ذكرنا فى مباحث الصلوة أن قوس
النهار من طلوع الشمس فما دام أنها تحت الارض لا يتحقق النهار و
مقابل ذلك الليل .

وقد ذهب الشيخ و الحلّى الى أن مبدئه من حين التفرق ووجهه
الشيخ فيما سبق بأنه لا معنى لتعدد السبب لخيار واحد و قد تقدم
جوابه بأنه لا مانع من استناد الخيار الواحد الى أسباب عديدة و يترتب
عليه الثمر فيما اذا سقط واحد فانه يفسخ بالآخر و قد تقدم ايضا النقض
بأنه قد يجتمع خيارات عديدة فى محل واحد وكيف كان فلا محذور فيه
على أنه يرد عليه بأن لازم كلامه هذا أن يكون خيار الشرط بعد خيار
الحيوان أيضاً .

ثم ان المصنف قد ادعى التبادر هنا أن المتعاقدين انما يجعلان
الخيار فى زمان ليس لهما الخيار و الا لم يجعلاه لنفسهما و قد أشار
الى ذلك فى السرائر .

وفيه أولاً أن التبادر فى نفسه ممنوع و ثانياً ما ذكر المصنف انه
لو تم هذا لا يقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلثة و لم يلتزموا

بذلك على أنه انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس ومع الجهل به لا يقصد من يجعله لنفسه الخيار الا الجعل من حين العقد لعدم التفاته بخيار المجلس بل هذا هو الأغلب اذا يلتفت نوع الناس بخيار المجلس ثم أورد المصنف على دعوى أنه بعد انقضاء المجلس الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما وأورد عليه شيخنا الاستاذ بأن تبعية العقود للقصد وجوب عدم تخلفها عنها انما هو لو قصد عنواناً خاصاً وترتب عليه عنوان آخر مضاده كما اذا قصد المتبايعين البيع وترتب عليه الهبة أو الاجارة أو قصد المتعة وترتب عليه الدوام بناءً على كونهما حقيقتين وأما بيع ما يملك وما لا يملك فحيث ان القصد فيه فى الحقيقة ينحل الى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد وفى المقام وان قصدا كون مبدء الخيار من حين العقد الا أنهما قصدا من حينه الى سنة مثلاً فلو حكم الشارع بأنهما ما دام فى المجلس ليس لهما خيار الشرط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد .

أقول : ان كان مراد المصنف أنه يلزم التخلف اذا كان قصد المتبايعين ثبوت الخيار لهما من حين العقد الى خمسة أيام فامضى الشارع بعد التفرق الى خمسة أيام ومقدار زمان قبل التفرق كخمسـة أيام ونصف أو ساعة بحيث يضيف الناقص من الاول الى الآخر فلا شبهة فى كون ذلك من تخلف العقد عن القصد فلا يرد عليه ما أورده شيخنا الاستاذ .

وان كان مراده أن المتبايعين قصدا لنفسهما الخيار من حين العقد الى خمسة أيام ولكن الشارع ضيق دائرة خيارهما ونقص من خمسة أيام بمقدار بقاءهما فى المجلس فح لا يلزم التخلف فان المورد

ح من قبيل بيع ما يملك مع ما لا يملك و امضاء البيع فى ما يملك وعدمه فيما لا يملك . وعليه فاشكال شيخنا الاستاذ متين ونظير ذلك كثير فى الشريعة كبيع الصرف والسلم فان الشارع امضاهما بعد القبض و كبيع الفضولى ونحو ذلك .

ثم انه ذكر المصنف أنه لو جعل مبداء الخيار من حين التفريق بطل لادائه الى جهالة مدة الخيار وقد تقدم أن شرط اذا كان غررياً يفسد ويستلزم كون البيع فاسداً بناءً على كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد والا فيكون الفاسد هو الشرط فقط ولا يسرى الغرر الى المبيع وقد تقدم ولكن يمكن عدم الغرر والجهالة هنا فى هذا المثال كما اذا جعل الخيار من حين التفريق فان الشرط هنا لا يكون مجهولاً لان آخره معلوم فهذه المدة مدة الخيار سواء كان بالمجلس أو بغيره فماداماً فى المجلس فيه وبعده بخيار الشرط غاية الامر سبب الخيار مجهول .

(فى جعل الخيار للاجنبى)

قوله مسألة يصحّ جعل الخيار لأجنبى أقول يقع الكلام فى جهات الاولى هل يشرع الخيار للاجنبى بعنوان أنه وكيل لان جعل الخيار له فى قوة جعل الخيار لنفسه ولا شبهة أيضاً فى احتياجه الى القبول و كيف كان فهذا خارج عن محل الكلام .

وانما الكلام فى جعله للاجنبى بغير عنوان الوكالة فقد يقال: بعدم جوازه فان جعل الخيار فى العقد انما يشرع فى حق من كان طرفاً للتزام ويكون له الخيار فى حل التزامه وابقائه على حاله ومن الواضح أن الاجنبى خارج عن ذلك .

ويضاف الى ذلك أنه لا دليل على مشروعية هذه الشرط فيكون مخالفاً للمشروع فان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ بردّ الثمن لنفس المتعاقدين .

أقول : لوجه للتمسك فى ذلك بالروايات المستفيضة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم وذلك لما عرفت سابقاً أن هذه الروايات ناظرة الى الحكم التكليفى وأنه لا بدّ وأن يكون المؤمن عند شرطه كقوله (ع) المؤمن عند عهده بل فى بعضها وليف بشرطه فتكون خارجة عن الاحكام الوضعية وعن نفوذ الشرط وضعاً على أن هذه الروايات ناظرة الى الشروط التى سائغة شرعاً فيجوز جعلها فى العقود فى الشريعة المقدسة فلا تكون دالة على تشريع الشروط وجعلها .

وبعبارة أخرى أنها مسوقة لتجوز جعل الشروط التى سائغة فى الشريعة فلا تكون مشرعة فى نفسها وموجبة لجعل شرط لا نعلم مشروعيتها قبل ذلك وعدمها ولذا قلنا أن هذه الروايات واردة فى مقام جعل الخيار لرجموع الشروط بالأخرة الى جعل الخيار بالالتزام ومن الواضح أن مشروعية الخيار ثابت فى الشريعة المقدسة وأما فى غير ذلك فالشروط مخالفة للكتاب والسنة فلا يجب الوفاء بها .

والظاهر أنه لا دافع لهذا الاشكال الا ما ذكرناه سابقاً من أن المنشأ هو الملكية المحدودة بعدم الفسخ فان التزام المتعاقدين انما هو على هذا النحو الخاص وليس على وجه الاطلاق فانك قد عرفت أن الملكية المنشأ قد يكون مطلقة وقد تكون مقيدة لاستحالة الاهمال فى الواقعيات فالملكية المنشأة هنا مقيدة بعدم فسخ الاجنبى فيكون

ما هو يكون مشمولاً للعقد الملكية المقيدة كما هو وبالجملة فكون الملكية محدودة بجعل الخيار للاجنى كتحديد الملكة بجعل الخيار لنفسه . فتكون أدلة اللزوم من الاول دالة على لزوم هذه الحصة فقط فيكون غير هذه الحصة خارجة بالتخصص وقلنا أن تملك المبيع وبيعه بالملكية المحدودة من حيث الكيف لتقيده بعدم الفسخ لا بحسب الزمان متعارف فى الخارج فيكون مشمولاً لدالة اللزوم فنفس أدلة اللزوم تدل على نفوذ هذا النحو من الشروط فلا تكون هذا الشروط مخالفة للكتاب والسنة . ولادافع لهذا الاشكال الا هذا والا فلا مقتضى لمشروعية هذا النحو من الشرط .

الجهة الثانية فى أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول بحيث ما لم يقبل الأجنى هذا الشرط لا يثبت له الخيار وللمتبايعين الشرط كما أن توكيل الغير يحتاج الى قبول أو لا يشترط فيه ذلك وربما يقال أن مقتضى كون كل شخص مسلطاً على نفسه هو أن يكون تملكه شيئاً باختياره وسلطنته فان هذا المضمون وان لم يكن وارداً فى الاخبار واما الوارد الناس مسلطون على أموالهم ولكن هذا أمر وجدانى بل ثابت بالاولوية فان كون الانسان مسلطاً على ماله يقتضى كونه مسلطاً على نفسه بالاولوية القطعية - وقد قال موسى (ع) انى لا أملك الا نفسى وأخى وحكاه سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم وعلى هذا فمقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار للاجنى الا بقبوله .

أقول : لاشبهة فى أن تملك أى شئ انما هو بالاسباب الاختيارية التى جعلت فى الشريعة المقدسة من الاسباب المملوكة غاية الامر ثبت على خلاف هذه القاعدة تملك الورثة أموال المورث

بالاسباب القهرية وكذلك فى بعض الموارد من غير مسئلة الارث كالمصالحات القهرية ونحو ذلك فليس لاحد جبر غيره تملك شئ الا باختياره ولذا افتوا بعدم وجوب قبول البذل فى الحج ليكون مستطيعا ويجب عليه الحج .

ولكن الظاهر أن الخيار خارج عن حدود الملك وان فسرناه بملك فسخ العقد وتحقيق ذلك أنه قد تقدم فى أول البيع فى بيان الفرق بين الحق والحكم أن الجواز الثابت فى العقود الجائزة أو اللازمة بواسطة جعل الشارع أو جعل المتعاقدين حكم شرعى من ناحية الشارع غاية الأمر أن ما ثبت فى العقود اللازمة يفترق عما ثبت فى العقود الجائزة بوجهين الأول أن الثابت فى العقود اللازمة اما بالجعل أو بواسطة جعل الشارع كخيارى المجلس والحيوان يقبل السقوط بالاسقاط بخلاف العقود الجائزة فان الجواز فيها أمر ثابت بجعل الشارع ولا يقبل السقوط حتى باسقاط المتعاقدين ولو قالوا اسقطنا ألف مرة .

وقد تقدم فى ما سبق فى أدلة خيار المجلس والحيوان قوله (ع) فذلك رضا بالبيع فعلم أنه سقط بالاسقاط وبعبارة اخرى أن فى ذيل تلك الأدلة ما دل على سقوط الخيار بالرضا .

الثانى أن الخيار الثابت فى العقود اللازمة ينتقل الى الوارث بموت المورث ونحوه والخيار الثابت فى العقود الجائزة بحسب الطبع بحكم الشارع لا يقبل ذلك بوجه ولكن هذان الوجهان يرجعان الى الفرق من حيث الحكم الشرعى ولا يوجب بينونتهما بحسب الحقيقة و الا فالجواز شئ واحد بحسب الحقيقة ولا يميز بينهما ولا بينونة بينهما

بحسب الحقيقة فالنتيجة أن الخيار والجواز فى العقود الجائزه والعقود اللازمة شئ واحد وحكم شرعى جعله الشارع للمتعاقدين وكذلك ما جعله المتعاقدان فانه أيضاً من قبيل الحكم فقد اعطى الشارع اختيار جعله بيد المتعاقدين وعلى هذا المنهج فباب الخيارات بالكليّة أجنبية عن حدود الاملاك المصلحة وعليه فلا مانع من جعل الخيار للاجنى من غير أن يكون ثبوته له محتاجاً الى القبول فان هذا حكم شرعى يثبت للاجنى وكونه من قبيل الحقوق والاملاك الحقيقة سالبة بانتفاء الموضوع كما هو واضح فيكون الالتزام بالعقد مقيداً بعدم فسخ الاجنى فاذا فسخ بطل العقد والا فيبقى على حاله ولا يكون لقبوله وعدمه أصلاً مدخل فى ذلك فمعنى جعل الخيار له هو كون العقد مقيداً بعدم فسخه كما هو واضح .

غايتة بجعل المتعاقدين ومن هنا يظهر أنه لا يسقط باسقاط الاجنى فان الدليل على سقوط الخيار باسقاط ذى الخيار انما هو فى المتعاقدين فان الظاهر من أدلة ثبوت أنواع الخيار لهما هو ذلك و أما الاجنى بعد قيام الدليل على جوازه فلا يكون قابلاً للسقوط باسقاطه . فلا يكون ساقطاً كما لا يخفى .

الجهة الثالثة : أنه هل يجوز للمتعاقدين اسقاط هذه الخيار عن الاجنى أم لا فقد اختار السيد (ره) فى حاشيته الوجه الأوّل قال (أن شرطه كون الاجنى ذا خيار فخيار الاجنى حق للمشروط له فكما يجوز اسقاط خيار نفسه لوجعله لنفسه فكذلك فى الاجنى وليس الشرط حدوث الخيار للاجنى بل دوامه فيكون كخيار نفسه فى جواز اسقاطه ولا يضر سقوط حق الاجنى أيضاً من غير اختياره كما أنه يجوز

للاجنبى اسقاطه فيسقط المشروط له ايضاً قهراً عليه) .

أقول أن ثبوت الخيار للاجنبى وان كان حق للمتعاقدين ولكن ذلك فى ناحية الحدوث دون البقاء فثبوت الخيار للاجنبى حدوثاً انما هو يجعل المتعاقدين و حق لهما فى أن يجعللا الخيار فى العقد لنفسهما أو لغيرهما وأما من حيث البقاء فلا دليل على قبوله السقوط باسقاط المتعاقدين بل قلنا انه لا يسقط باسقاط نفس الاجنبى ايضاً فكون ثبوت الخيار للاجنبى حدوثاً حقاً للمشروط له لا يلزم كونه بيده ايضاً بقاءً بل لابد بعد ثبوته للاجنبى ملاحظة ما دل على سقوط الخيار بالاسقاط ومن الواضح أنه ليس لنا ما يدل على سقوطه باسقاط المتعاقدين بل باسقاط نفس الأجنبى فيكون نظير الجواز الثابت فى الهبة وغيرها من العقود الجائزة فلا يعقل انفكاكه عن العقد مادام العقد باقيا ولا شبهة أن سقوط الخيار بالاسقاط يحتاج الى دليل و قد دل الدليل على سقوطه بالاسقاط فى الخيارات المجعولة لنفس المتعاقدين فان فى ذيل أدلة خيارى المجلس والحيوان ما يدل على سقوطه بالرضا وأما ما جعلاه للاجنبى فلا دليل على سقوطه بالاسقاط .

وبعبارة أخرى تارة يشترط المشروط له فى العقد أن يخييط المشروط عليه له الثوب ولا شبهة أن مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ان لا يخييط له الثوب وله حينئذ أن يسقط خياره على تقدير تخلف الشرط فان ذلك حق للمشروط له .

وأخرى يجعل الخيار للاجنبى فلا شبهة حينئذ أن المشروط له له حق الجعل حدوثاً وأما بعده فليس له فسخ ذلك لكونه حقاً

ثابتاً للاجنبى فلا دليل لسقوطه باسقاط غيره .

وقد انتهى الكلام الى جعل الخيار للاجنبى وقد قلنا أن مرجعه الى تحديد الملكية المنشأة وكون المنشأ من الأول مقيداً فتكون أدلة اللزوم من الاول قاصرة الشمول لما بعد الفسخ فضلاً عن أن يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة .

وبقى الكلام فى الجهتين الاخيرتين الاولى فى أن خيار الاجنبى هل هو مشروط بملاحظة الغبطة والمصلحة أم لا فنقول قد يكون جعل الخيار للاجنبى مشروطاً بمراعات مصلحة من جعل الخيار له وحينئذ فلا شبهة فى كون خياره مقيداً بذلك فلا يكون فسخه نافذا بغير ملاحظة المصلحة وقد يجعل له الخيار على وجه الاطلاق سواء كان فى الفسخ مصلحة أم لا وحينئذ فيكون له الخيار على وجه الاطلاق هذا لا شبهة فيه مع التصريح بذلك فى مقام الاثبات وأما لو جعل الخيار للاجنبى مع عدم التصريح بكونه ذى خيار على وجه الاطلاق بل أطلق فهل يثبت له الخيار أيضاً على وجه الاطلاق أم ينصرف الى صورة كون الفسخ مصلحة للمشروط له .

أقول ان كان جعل الخيار للاجنبى من كلا المتبايعين فلا وجه لملاحظة المصلحة لهما ح فان الغالب أن البيع يكون مصلحة لاحدهما وغير مصلحة للآخر فان الغالب أما أن يكون فيه ربح المشتري أو ربح البايع وقلما يتفق أن يكون البيع مصلحة للبائع والمشتري معاً و عليه فلا وجه لملاحظة المصلحة فهما ولو كان جعل الخيار للاجنبى من احدهما فقط دون الآخر ومع ذلك أطلق فى جعله فهل ينصرف ح الى صورة وجود المصلحة فى الفسخ أم لا فنقول أن ثبوت الخيار للاجنبى

على وجه الاطلاق وان كان ممكناً ثبوتاً ولكنه ينصرف الى صورة كون فسخ الاجنبى مصلحة للمشروط له فان الظاهر أن جعل الخيار له ليس على وجه يكون فى نفس الجعل غرض بل هو من جهة أن المشروط له ليس له بصيرة على حال البيع وانه جاهل بخصوصيات البيع والمبيع وأن هذه المعاملة مصلحة له أم لا لكونه غريباً مثلاً فجعل الخيار له من جهة أن يلاحظ مصلحة هذا الشخص والا فيكون نقضاً للغرض كما لا يخفى .

وعليه فدعوى الانصراف الى صورة وجود المصلحة ليست بدعوى جزافية الا أن يصرح على كون الخيار للاجنبى على وجه الاطلاق .
 الجهة الثانية : أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع الاجنبى أو لعدة أشخاص فهل يكون الخيار لكل منهما أو على المجموع أو غير ذلك وقد عرفت فى خيار المجلس نظير ذلك فنقول اجمالاً أن الخيار تارة يكون ثابتاً للطبيعة على نحو الكلى الطبيعى بحيث كل من سبق الى اعمال الخيار من الفسخ أو الامضاء يتحقق الطبيعى فى ضمنه فلا يبقى خيار لفرد آخر من هذه الطبيعة أصلاً وهذا لا شبهة فيه وقد يكون ثابتاً لكل فرد فرد بعنوان الفردية لا بما أنهم من مصاديق الطبيعة وعلى هذا فيكون كل واحد منهم ذى خيار وعليه فان سبق أحدهما الى الفسخ فلا يبقى موضوع لخيار الثانى فانه يوجب انه دام العقد وانحلاله من أصله فلا يبقى شئ حتى يكون الثانى يعمل خياره .

وان كان أمضى العقد فيكون العقد ممضى من قبله فقط فلا يكون ذلك امضاءً من قبل الآخرين وقد عرفت النكته بين الفسخ و الامضاء فى خيار المجلس وقلنا أن الفسخ هو انحلال العقد فلا يعقل الا من الطرفين

وهذا بخلاف الامضاء فان الامضاء من أحد الطرفين لا يستلزم الامضاء من الطرف الآخر .

وقد يكون الخيار ثابتاً للمجموع من حيث المجموع فقد قربنا فى خيار الورثة وعليه فامضاء كل من الطرفين أو فسخه لا يؤثر الا من قبله فقط فيكون خيار الآخرين باقياً على حاله فلمهم الفسخ أو الامضاء فان اتفق جميع هؤلاء على الفسخ انفسخ العقد والا يبقى العقد على حاله وكيف كان فالخيار تابع لجعل الجاعل كما هو واضح .

قوله مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار بان يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى امر العقد أقول حيث كان الكلام فى جعل الخيار للاجنبى فلمناسبة ذلك ذكر مسألة الاستيمار فى أمر العقد وان لم يكن من جعل الخيار فى شئ .

فنقول انه يمكن تصوير ذلك بوجه ولكن المناسب للمقام اعنى مسألة جعل الخيار للأجنبى . وجهان الذان ذكرهما السيد (ره) .

الاول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الاجنبى بالفسخ والا فلا وعليه فهل يجوز له أن يفسخ قبل الامر والاستيمار أم لا الظاهر بل المقطوع به هو العدم لانه انما جعل لنفسه الخيار على تقدير خاص فليس له أن يفسخ بغير هذا التقدير اذ لا خيار له بدونه وأما لو أمر الأجنبى الذى جعل لنفسه الاستيمار منه قبل الاستيمار فهل يجوز له الفسخ بذلك أم لا والظاهر هو جواز الفسخ بهذا الامر وذلك لان الاستيمار ليس له موضوعية فى ثبوت الخيار للمشروط له وانما هو طريق الى تحصيل الامر من الغير فانه لا داعى لهذا الغير أن يأمر بالفسخ أو الامضاء بدون

الاستيثار ولذا يستأمر منه والا فالغرض هو تحصيل الامر فقط وعليه فيجوز الفسخ ان أمر به الاجنبى بدون الاستيثار فانه يثبت له الخيار بذلك الامر .

ثم انه اذا استأمر من الشخص المعلوم فلم يأمر بالفسخ بل ببارك له فى معاملته فليس للمستأمر حق الفسخ أصلاً اذا كان له الخيار على تقدير أمره بالفسخ و ان أمر بالفسخ فيجوز له ان يفسخ و يجوز له أن لا يفسخ لان الحق له نعم لو كان عند أمره بالفسخ حق للطرف الآخر أيضاً بأن كان الطرف اشترط عليه أن يفسخ بأمر المستأمر بالفسخ وجب عليه الفسخ كما لا يخفى .

وأما وجوب الفسخ فلا يثبت له حكم تكليفى وجوبى لما عرفت أن الخيار حق لذى الخيار فيثبت به له حق فى فسخ العقد أو امضائه وأما الحكم التكليفى فلا يثبت هنا بوجه .

ثم انه بناءً على ما تقدم من ذهاب المشهور الى بطلان الشرط بكونه مجهولاً كجعل الخيار لأحدهما على تقدير نزول المطر أو قدوم المسافر فلا شبهة فى بطلان البيع لمجهولية الخيار الناشئ من جعل الاستيثار من شخص لنفسه بناءً على هذا الوجه الذى هو الظاهر و المناسب لمسئلة جعل الخيار للاجنبى فان الشرط ح يكون مجهولاً اذ لا فرق بين هذا وبين جعل الخيار على تقدير قدوم الحاج و من الواضح أن جعل الخيار على تقدير أمر الفلان بالفسخ اذا استأمره أمر مجهول فلانماص لهم من القول بالبطلان لجهالة المعاملة على مذاق المشهور وأما بناءً على ما ذكرناه من عدم كون البيع غررياً بذلك مع كون ما يأخذ كل منهما أو يراجعه من الآخر بعد الفسخ معلوماً أعنى العوضين . وقد

عرفت ذلك وهذا هو الوجه الاول وهذا هو المرتكر فى الازهان و
ينصرف اليه الاطلاق .

الوجه الثانى : أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ
ما لم يأمر الاجنبى بذلك بحيث يكون فى ذلك حق لكليهما معاً بخلاف
السابق فانه كان الشرط لاحدهما فقط وهذا الوجه لا محصل له أصلاً
فانه ان كان المراد به اشتراط عدم الفسخ ما لم يأمر به المستأمر بالفتح
فلو فسخ قبل الأمر ينفسخ العقد . ولكن يثبت للطرف الآخر خيار تخلف
الشرط كما هو الظاهر من الاشتراط وح فلا يبقى مجال لثبوت الخيار
للطرف الآخر مع التخلف اذ لا يبقى موضوع للخيار أصلاً بعد انه دام
العقد وتوضيح ذلك أنه على المختار من رجوع الشرط الى جعل
الخيار على تقدير التخلف فلا يبقى موضوع لذلك فانه يكون فسخه مؤثراً
فى العقد فلا يبقى هنا عقد حتى يفسخه الطرف الآخر بخيار تخلف
الشرط من جهة عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط أعنى به عدم الفسخ
قبل الأمر وبالجملة فاشتراط عدم الفسخ ح لا أثر له أصلاً .

وعلى مسلك المشهور من كون الاشتراط موجباً لمجرد اثبات
حكم تكليفى أعنى وجوب الوفاء بالشرط فلو خالف من له خيار الفسخ
بالأمر بعد الاستيمار ففسخ قبل الامر قد فعل فعلاً محرماً و أما عدم
نفوذ فسخه فلا مانع منه فان ثبوت الحكم التكليفى لا يمنع عن تأثير الحكم
الوضعى فيمكن أن يكون الفسخ حراماً ومع ذلك يكون نافذاً و أما
على مسلك شيخنا الاستاذ من كون الشرط موجباً لعجز المكلف تكليفاً
عجزاً شرعياً لكون المنع الشرعى كالمنع العقلى فلا يكون الفسخ مؤثراً و
لكن قد عرفت عدم تماميته ويأتى الترض بذلك فى باب الشروط انشاء
الله .

وان كان المراد من اشتراط عدم الفعل اعنى عدم الفسخ ان لا يكون له حق الفسخ قبل الامر فيكون ذلك عين الوجه الاول فلا يكون وجهاً آخر غيره فيكون معنا جعل الخيار على تقدير امر الاجنبى به .

الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك بحيث يشترط الفعل الوجودى دون العدمى وهذا صحيح غير الوجه الاول ولكنه خلاف المرتكز و خلاف الانصراف وعليه فاذا أمر المستأمر بالفتح ففسخ المستأمر بالكسرفبها و الا فيثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط فيفسخ هو بنفسه كما هو واضح .

قوله مسألة من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه ويقال له بيع الخيار وهو جاز عندنا أقول قد عرفت . أصل خيار الشرط ووجه ثبوته للمشروط له ويقع الكلام فى بعض أقسام الخيار و من أفرادها ما هو المعروف الذى سيمى ببيع الخيار فى العرف اى بيع فيه الخيار و معناه أن يبيع متاعاً على أن يكون له الخيار بعد رد الثمن وقد تعارف ذلك فى الخارج لعلاقة الناس بأموالهم واحتياجهم الى البيع ويريد أن يجمع بين الحقين وهذا لاخلاف فى جوازه بين الاصحاب ولكن العامة بنوا على خلافه وجرى عليه القانون الحكومى فى الخارج ولذا لا يميزون مثل هذه المعاملة بل بنوا على معاملة الرهون .

وكيف كان فلا شبهة فى مشروعية هذه المعاملة و يكفى فى مشروعيتها مضافاً الى التسالم بين الفقهاء الأدلة المستفيضة المتقدمة الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم وأن القاعدة تقتضى صحة ذلك لكون انشاءهم على هذا النحو الخاص ويدل على صحة ذلك مضافاً

الى ما ذكر من الروايات الكثيرة بين صحيحة وموثقة وغيرهما فانها صريحة فى صحة هذا النحو من البيع وأما الكلام فى تصوير ذلك فقد ذكر المصنف هنا وجوهاً خمسة .

الاول أن يكون الخيار معلقاً برد الثمن بحيث متى ردّ الثمن ان يكون له الخيار فى رد المبيع .

الثانى : أن يكون رد الثمن قيداً للفسخ بأن يشترط على الطرف أن يكون الرد قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار فى كل جزء فى المدة من زمان العقد الى زمان ردّ الثمن ولكن ليس له أن يفسخ الا بعد ردّ الثمن .

والظاهر أن هذا الوجه ليس وجهاً آخر فى مقابل الوجه الاول فانه اذا كان الفسخ مقيداً بردّ الثمن فمعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبل ردّ الثمن ومعنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لا خيار له قبل ردّ الثمن فيكون الفرق بين الوجهين بحسب الصورة فقط والافق الثانى أيضاً نفس الخيار مقيد برد الثمن وقبله لا خيار له أصلاً .

الوجه الثالث : أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً بأن يراد منه تمليك الثمن ليمتلك منه المبيع . أقول الظاهر أن هذا الوجه أيضاً عند التحقيق ليس وجهاً آخر فى مقابل الوجه الاول فان معنى كون ردّ الثمن فسخاً فعلياً أنه لا خيار له قبل رد الثمن غاية الامر أن فسخه مقيد بكونه بردّ الثمن وعدم تحققه بالقول فتكون دائرة الفسخ مضيقة وهذا لا يوجب جعله قسماً آخر فى مقابل الاول والا فيمكن أن يكون هنا تقسيمات كثيرة باعتبار القيام والقعود ولبس البياض ولبس السواد وغير ذلك من الاعتبارات ولا شبهة أن المراد بكون ردّ الثمن فسخاً ليس

رده على وجه الاطلاق ولو كان الرد بعنوان الوديعة أو العارية أو غير ذلك من العناوين بل بعنوان أن يكون فسخاً ويتحقق به الفسخ واذن فيكون معناه أن له الخيار بعد ردّ الثمن بشرط أن يكون الفسخ برّد الثمن دون غيره وليس هذا الا كون أصل ثبوت الخيار مقيداً بقيد خاص .

الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد .

والظاهر أن هذا أيضاً ليس فى مقابل الوجه الاول وجهاً آخر فى المقام وذلك لان مرجع هذا الى ان العقد يفسخ بحصول سبب الفسخ و ايجاد ما يتحقق به الفسخ و هو عين الوجه الاول فانه عليه ايضاً يفسخ العقد بايجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولى أو الفعلى كما هو واضح .

الخامس : أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقبله اذا جاء الثمن واستقاله و هذا الوجه مغاير للوجه الاول فان المشتري يشترط على البايع أن يقبله اذا جاء بالثمن فليس هذا اشتراط خيار على تقدير بل معناه أنه يشترط الاقالة وح فاذا جاء بالثمن فاستقاله البايع فأقاله فيها والا كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح فيفسخ هو بنفسه . وعلى الجملة فمرجع الوجوه الخمسة الى الوجه الاول الا هذا الوجه الاخير .

قوله (ره) الامر الثانى الثمن المشروط رده أقول قد عرفت أنه لاشبهة فى جواز جعل الخيار برّد الثمن ثم ان الثمن الذى كان الخيار مشروطاً برده قد يكون كلياً فى ذمة البايع قبل البيع وقد يكون عند المشتري أما الاول فكما اذا كان البيع مقروضاً لزيد عشرة دنانير فباع

منه كتاباً بعشرة أيضاً فانه لاشبهة ح فى سقوطه عن البايع فلا يعقل هنا اشتراط الخيار بردّ الثمن وهذا خارج عما نحن فيه نعم لو تفاسخا وردّ المشتري المبيع الى البايع يكون ذمة البايع أيضاً مشغولة بما كان مشغولة به أولاً كما هو واضح .

وأما اذا كان الثمن عند المشتري كلياً أو شخصياً أوفى ذمة شخص آخر على نحو الكلى فى الذمة أوفى المعين فنقول ح أن الكلام تارة يقع قبل القبض وأخرى بعده أما اذا كان قبل القبض فقد يكون كلياً وقد يكون شخصياً أما الاول فالظاهر ثبوت الخيار للبايع فانه و ان كان الخيار مشروطاً بردّ الثمن الى المشتري وكان المتفاهم العرفى من الرد كونه بعد القبض فان معنى الرد هو رد المأخوذ و لكن الرد بنفسه ليس له موضوعية بل الغرض وصول الثمن الى المشتري و كونه عنده و من الواضح أن هذا النتيجة حاصلة قبل القبض والاقباض فما لم يقبض المشتري الثمن من البايع فله الخيار الى الوقت الذى جعل فيه الخيار مشروطاً بردّ الثمن ولا شبهة أن هذا مما عليه الارتكاز العرفى وهل له الخيار بعد انقضاء المدة وقبل الاقباض بأن اشترط البايع على المشتري ثبوت الخيار له اذا رد الثمن الى ثلاثة اشهر وتم ثلاثة أشهر فلم يقبض المشتري الثمن حتى انقضت المدة فقد احتمل المصنف هنا وجهان الاول لزوم البيع لانقضاء المدة التى اشترط فيها الخيار بردّ الثمن .

والثانى عدم اللزوم بناءً على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله فان الردّ بدون القبض لا معنى له فحيث لم يحصل الشرط فلم يكن البيع لازماً بل يكون متزلزلاً كما هو واضح .

وفيه أن الرد بحسب المتعارف والمتفاهم وان كان منوطاً بالقبض ولكن ارتفاع الخيار المشروط بالرد ليس متوقفاً على تحقق القبض فليس له موضوعية فما لم يخرج أمد الزمان الذي فيه الخيار مشروطاً بالرد الثمن فللمشروط له الخيار قبل القبض وبعد انقضاء المدة يتم أمد زمان الخيار المفعول لعدم الاشتراط وراء هذا الزمان فليس هنا شرط آخر أيضاً يدور مداره الخيار ولا يفرق في ذلك حصول القبض وعدمه نعم قبل انتهاء زمان الخيار فعدم القبض يفيد فائدة الرد كما عرفت والحاصل أن رد الثمن وان كان موجباً لثبوت الخيار وأن عدم القبض يفيد فائدته ولكن في زمان خاص والمفروض أنه تم هذا الزمان كما لا يخفى فافهم .

نعم يثبت للبائع الخيار لكن لا بهذا الشرط بل لتخلف الشرط الضمني حيث أن من المرتكزات الضرورية أن كل من يعامل فيشترط في ضمن العقد وصول بدل ماله إليه في أي وقت يطالبه إلا مع اشتراط التأخر فاذا تخلف الشرط وتأخر الثمن ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمني .

وأما اذا كان الثمن شخصياً .

فتارة يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار برد عين الثمن .

وأخرى برد بدله مع التلف والا فيرد عينه .

وثالثة يشترط لنفسه ثبوت الخيار برد بدل الثمن سواء كانت

عين الثمن موجودة أو تالفة .

ورابعا يشترط لنفسه الخيار بشرط رد الثمن ويطلق ولم يصرح

برد بدله وعدمه أما الاول فلا شبهة في ثبوت الخيار له برد نفس الثمن

ومع التلف يسقط الشرط ويكون البيع لازماً لاستحالة رد عين الثمن بعد التلف وأما الثانى فهو واضح أيضاً فان ثبوت الخيار تابع للشرط فاذا سقط الشرط ثبت الخيار برد عينه مع البقاء ورد بدله مع التلف ثبت له الخيار بحسب هذا الاشتراط اذا كان الرد فى زمن الشرط .
وأما الثالث فهو اشتراط الخيار برد مثل الثمن ولو مع بقاء العين فقد أشكل المصنف فى ذلك فان قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوض والمعوّض الى صاحبه فردّ بدله مخالف لذلك .

أقول تارة يشترط البايع على المشتري ثبوت الخيار لنفسه برد مثل الثمن لامن جهة أن يكون الثمن باقياً فى ملك البايع ويعطى بدله للمشتري بل غرضه أن يكون بدل الثمن نظير الوثيقة عند المشتري ليطمئن من رد أصل الثمن ويردّ بدله الى نفس البايع وهذا لاشبهة فيه بوجه فلا يكون البديل ملكاً للبائع الا اذا حصلت مراضات جديدة و مبادلة جديدة .

وان كان غرضه كون المثل عوضاً عن الثمن فح يرد عليه ما ذكره المصنف من أن قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوضين الى صاحبه ولكن الظاهر أنه لا مانع من ذلك فان معنى ثبوت الخيار برد مثل الثمن ليس هو ما ذكره المصنف ليرد عليه الاشكال المذكور بل معناه أن البايع عند اشتراط هذا الشرط يفعل امرين أحدهما أنه يجعل لنفسه الخيار بحيث يقدر على الفسخ والثانى يشترط على المشتري المبادلة بين الثمن وبدله على تقدير الفسخ ولو كان الشرط الثانى بحسب الارتكاز وعليه فاذا فسخ المعاملة برد بدل العين يفعل امرين أحدهما فسخ المعاملة والثانى تبديل بدل الثمن

بأصله بمراضات جديدة ولا شبهة في صحة مبادلة مال بمال وان لم يكن أحدهما ثمنًا والآخر مثنياً فان نفس عنوان المبادلة عن تراض من المعاملات المشروعة في الشريعة المقدسة .

وبعبارة أخرى أن تبديل الثمن بغيره ولو كان ذلك الغير مثله من جميع الجهات وان كان يحتاج الى مراضات جديدة ولكن البايع قد اشترط ذلك في ضمن العقد وقد اشترط فسخ المعاملة بالرد واشترط أيضاً تبديل بدل الثمن بالثمن فافهم .

وأما اذا كان البايع اشترط ثبوت الخيار له برد الثمن مطلقاً فقد استظهر المصنف من ظاهر اللفظ كون الخيار مشروطاً برد نفس الثمن دون مثله فان المرتكز من الثمن هو نفسه لا بدله وهذا الذي أفاده وان كان متيناً في غير هذا المورد ولكنه لا يمكن المساعدة عليه في خصوص المقام فان من الواضح بحسب مرتكزات العرفية ومتفاهمهم أن من يبيع داره بهذا الشرط معناه أن له احتياج الى الثمن ليصرفه في محاجه ولكن حيث كان له رغبة الى ماله فلا يريد أن يخرج من تحت تصرفه فيبيعه بهذا الشرط ليكون جمعاً بين الحقين فاذا لاحظ العرف هذا المعنى يقطع أن اشتراط ثبوت الخيار برد الثمن هو رد بدله مع التلف وان أطلق البايع في مقام الاشتراط وهذا واضح جداً .

وبعبارة أخرى قد ذكر المصنف أنه اذا اشترط البايع على المشتري الخيار على تقدير رد الثمن فيحمل على رد الثمن فقط دون بدله فان الظاهر من الثمن بحسب الارتكاز هو ذلك فلا يطلق على بدله فاشترط رد الثمن يكون منصرفاً الى ما هو الظاهر والغالب

أعنى نفس الثمن دون بدله .

وذكرنا أن هذا الذى ذكره المصنف انما هو متين فى غير هذا المورد فان الظاهر من اطلاق الثمن هو نفسه وأما فى المقام فلا لخصوصية تقتضى أن يراد من اشتراط ردّ الثمن ردّ الأعم منه ومن بدله وهذه الخصوصية أعنى قيام القرينة الخارجية على ذلك فان كون المشتري فى مقام صرف الثمن واحتياجه الى ذلك مع اشتراط الخيار على تقدير رد الثمن يقتضى ارادة الأعم من رد نفس الثمن، وردّ بدله وهذه القرينة تقتضى رفع اليد عما ذكره المصنف فى خصوص المقام .

ولكن لابدّ من تخصيص ذلك بما اذا كان الثمن الذى احتاج الى صرفه من النقود أو ما يشبه النقود كالحنطة ونحوها بحيث اذا صرف فى المحاج لا يبقى له موضوع أصلاً وأما اذا كان مما لا يكون كذلك بحيث يبقى مع رفع الاحتياج كأن أخذ كتاب الجواهر للمطالعة بعنوان جعته ثمناً لمتاع فاشتراط ثبوت الخيار على تقدير ردّ الثمن فانه لا يمكن رفع اليد عما ذكره المصنف وحمل كلامه على الأعم من رد الثمن ورد بدله . هذا كله اذا كان الثمن شخصياً وأما اذا كان كلياً فان كان كلياً فى ذمة البايع فقد عرفت خروجه عن مورد الكلام فانه بمجرد تحقق البيع يسقط ولا يبقى شئ فلا يعقل رد الثمن حينئذ غاية الأمر اذا تفاسخا تكون ذمة البايع أيضاً مشغولة بالثمن ثانياً .

وان كان كلياً فى ذمة المشتري أو شخص آخر بحيث يكون ما يعطيه المشتري للبايع مصداقاً من ذلك الكلى لاعين الثمن فان المفروض أن الثمن هو الكلى وحينئذ ان اشتراط المشتري أن يكون

المردود عند الردّ هو نفس ما يعطيه المشتري للبائع والا فلا خيار له فهذا الاشكال فيه فان ردّ البائع نفس ما اخذه ثبت له الخيار نظير ما تقدم في الثمن الشخصى وان اشتراط البائع ثبوت الخيار له برد الثمن أعم من رد عينه أو بدله وهذا أيضاً لاشبهة فيه فيكون الشرط متبعاً كما تقدم في الثمن الشخصى وأما اذا اشترط البائع على المشتري ذلك واطلق فهذا هو محل الكلام بين الاعلام فذكر المصنف أن المتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار وهو رد ما يعم البدل اما مطلقاً أو مع فقد العين ويدل عليه صريحاً بعض الاخبار المتقدمة الا أن المتيقن منها صورة فقد العين .

أقول لاشبهة في أنه اذا كان الثمن كلياً فلا يكون المدفوع بعينه ثمناً بل ممّا ينطبق عليه الثمن الكلى وعلى هذا فلو اشترط البائع ثبوت الخيار له مع رد الثمن مطلقاً فلا يعقل رد نفس الثمن على كليته لانه غير قابل لذلك مع أنه لم يؤخذ حتى يرد وعليه فيكون مقتضى الاطلاق هورد ما يكون مصداقاً للكلى ومما ينطبق عليه الثمن ومن الواضح أن صدق هذا المعنى بالنسبة الى المأخوذ والى بدله سيان فان كليهما ليس بثمن حقيقة وان كليهما مما ينطبق عليه الثمن الكلى فدعوى انصرافه الى المأخوذ وبدله يحتاج الى عناية زائدة وهى منتفية كما هو واضح الا اذا اشترط رد خصوص المأخوذ الشخصى وهو خارج عن الفرض .

وعليه فالاطلاق هنا متعاكسى مع الاطلاق في صورة كون الثمن شخصياً فان الاطلاق هنا كما عرفت منصرفة الى رد خصوص نفس الثمن ولكنه في المقام يعم المأخوذ وبدله على حسب القاعدة من غير

احتياج الى دعوى الغلبة أصلاً كما كان كذلك فى السابق .

قوله الامر الثالث قيل ظاهر الاصحاب الخ أقول : قد ذكر أن ظاهر الاصحاب على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البيع أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ و عللوا ذلك ايضاً بان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلاً وذكر المصنف ان هذا حسن مع عدم الدلالة أما مع فرض الدلالة عرفاً يكون رد الثمن تمليكا للمشتري واخذاً للمبيع على وجه المعاطات فلا وجه لعدم الكفاية مع تصريحهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة .

أقول قد يقال أن الوجه فى قولهم هذا هو اشتراط كون الفسخ بلفظ كما اشترطوا ذلك فى العقود وإيقاعات ومن الواضح أنهم لم يشترطوا فى الفسخ ذلك بل اكتفوا بمطلق ما يكفى فيه اظهار الفسخ ولو كان برد الثمن بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف .

وذكر شيخنا الاستاذ أن رد الثمن مقدمة للخيار أو للفسخ أو للإقالة فيجب بعده انشاء الفسخ أو اعمال الخيار أو الإقالة بغير هذا الرد الذى به يتحقق ملك الخيار أو الفسخ أو الإقالة .

وفيه أن رد الثمن ان كان بعنوان التمليك أى تمليكه للمشتري لياخذ المبيع لا تمليكاً مجانياً فلاشبهة فى تحقق الفسخ بذلك وكونه مبرزاً للفسخ فلا يكون الرد مقدمة للخيار أو الفسخ بل يكون الفسخ بنفس الرد بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف وغيره .

وان كان بعنوان أن يبقى فى ملكه ولكن يكون عند المشتري وديعة أو عارية على نحو الوثيقة العرفية ليضمن بأنه يرد الثمن بعدما فسخ العقد فلاشبهة حينئذ أن كون ما عند المشتري بدلاً عما بذله

للبايع يحتاج الى مرضاة ومعاملة جديدة كما عرفت وهو خلاف الظاهر وخلاف المراكز العرفي وبدون ذلك فلكل منهما مطالبة حقه من الآخر وبعبارة أخرى أن ما رده البايع الى المشتري اما بعنوان التمليك أو بعنوان العارية يبقى في ملك البايع أو مجهول المالك فلا سبيل الى غير الشق الاول وقد عرفت أنه عين الفسخ كما هو واضح .

قوله الامر الرابع يسقط هذا الخيار باسقاط أقول ذكروا أن من جملة مسقطات هذا الخيار هو الاسقاط ولا شبهة في سقوطه بالاسقاط ولكن مقتضى ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه لا يجوز اسقاط خيارى الحيوان والشرط بعد العقد بناءً على أن مبدئ خيارى الحيوان والشرط بعد انقضاء المجلس لا بعد العقد فان ذلك اسقاط لما لم يجب فانه عليه لا يجوز اسقاط هذا الخيار أيضاً بناءً على أنه انما يثبت بعد رد الثمن أو برده كما هو واضح .

وقد أجاب عنه المصنف بأنه بناءً على عدم جواز اسقاط ما لم يجب بأنه فرق بين المقام وبين ما في التذكرة من أن المشروط له هنا متمكن من الفسخ ولو بايجاد سببه حيث ان له أن يعطى الثمن ويفسخ ولكن الامر ليس كذلك في خيارى الحيوان والشرط بناءً على كون مبدئهما بعد انقضاء المجلس .

ولكن يرد عليه وجهان : الاول : أن الدليل أخص من المدعى فانه قد لا يكون المشروط له متمكناً من الرد فلا يكون ما ذكره المصنف جارياً هنا و ثانياً : أن المتمكن من ايجاد الخيار برد ثمنه لا يثبت الحق الفعلى له ليسقطه حتى يخرج عن اسقاط ما لم يجب بل هو باق بعد على تقدير برته .

والتحقيق أنه لادليل لفظى على عدم جواز اسقاط مالم يجب غير أنه ذكره جمع من الفقهاء بل فى بعض الموارد لايساعده العرف أيضاً كما اذا اسقط خياره المجلس قبل البيع مثلاً .

وعليه ففى كل مورد قامت السيرة على عدم الجواز نأخذ به وفى غيره لا بأس من الالتزام بجواز اسقاط ما لم يجب كما هو واضح اذ لا يلزم منه محذور عقلى ولا شرعى أصلاً.

ثم انه يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة مع عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط فانه لاشبهة فى سقوط هذا الخيار حينئذ لانه بعد خروج المدة لا مورد للخيار بل هو رضا بالبيع كما فى خيارى المجلس والحيوان ثم انه اذا ردّ البايع الثمن فتبين بعد انقضاء المدة أن المردود من غير جنس الثمن الذى أخذه فلاشبهة فى عدم تأثير الفسخ حينئذ حتى لو كان ردّ غير الجنس غفلة فان ما رده غير ما اشترط الخيار برده وما اشترط الخيار برده لم يرد الى المشتري فلا يكون فسخه برد غير الجنس مؤثراً فى الفسخ وليس له حق الفسخ بعد ذلك ولو رد عين الثمن أيضاً لانقضاء المدة كما هو المفروض .

ثم انه اذا ظهر الثمن المردود معيباً فهل يكون الفسخ مؤثراً حينئذ أم لا والظاهر أن تأثير الفسخ حينئذ وعدم تأثيره منبى على ما ذكر فى بيع الكلى من انصراف الثمن أو المثلن الى العوضين الصحيحين اى فيما اذا كان كل من الثمن أو المثلن كلياً فانه لو أعطى كل منهما الآخر عيناً شخصية معيبة بعنوان الثمن أو المثلن فهل يحسب هذا ثمناً أو مثمناً بحيث ليس للبائع مطالبة ذلك لو رضى به المشتري أو لا يكون ذلك من الثمن أو المثلن فى شئ بل لكل منهما مطالبة ماله من

الأخر غاية الامر لو رضيا يكون المعيب بدلاً عن الثمن أو الثمن فانما هو بمعاملة جديدة .

و الظاهر أنه لاشبهة في انصراف العوضين في البيع الكلى الى الصحيح ومع ذلك لو رضى كل منهما بالمعيب يكفي عن العوض الصحيح من غير احتياج الى المبادلة الجديدة وتوضيح ذلك أنه اذا باع أحد داره بالثمن الكلى فانه يكون ذلك منصرفاً بحسب الشرط الضمنى الى الثمن الصحيح فاذا طبقه المشتري في مقام الاعطاء و الاقباض بثن معيب فللبايع استبداله بثن آخر صحيح وله اسقاط وصف الصحة أيضاً والرضا بالمعيب وليس للبايع مطالبة هذا المعيب بدعوى أنه ليس بثن كما كان له ذلك اذا ظهر من غير جنسه والوجه فيه ان المعيب حقيقة مصداق لكلى الثمن غاية الأمر قد فقد وصفاً من الاوصاف المعتبرة فيه .

وبعبارة أخرى أن هنا معاملتان احدهما بيع المتاع المعين أو الكلى بثن كلى وهذا قد تم بالايجاب والقبول ولاشبهة في انصراف الثمن في هذه المعاملة الى الثمن الصحيح بحسب الشرط الضمنى الارتكازي .

ثم ان الثمن بعد ما كان كلياً فيحتاج تطبيقه على أى فرد من أفراد ذلك الى معاملة ومراضات جديدة حيث ان ما انطبق عليه الكلى ليس بثن واقعاً بل الثمن هو الكلى فتطبيقه على أى فرد يحتاج الى المراضاة فاذا طبقوه بفرد فظهر معيباً للبايع فقط هنا استبدال لانه انما رضى بتطبيقه على هذا الفرد بشرط كونه صحيحاً فاذا تخلف فله هدم هذه المعاملة الثانية ومطالبة الثمن الصحيح وتطبيق الكلى

على غيره ثانياً وهكذا وله أيضاً اسقاط هذا الشرط و القيد الذى اعتبره فى الثمن من الصحة وليس للبائع دعوى مطالبته كما كان له ذلك عند ظهوره بغير جنسه وللمشتري مطالبة ثمنه وكان جعل غير الجنس عوضاً عنه محتاجاً الى معاملة جديدة يخلافه اذا ظهر معيباً كما لا يخفى .

ولكن هذا الكلام لا يجرى فى المقام أعنى ما اذا كان الخيار مشروطاً برد الثمن أو الفسخ كان مشروطاً برده وان قلنا أن مرجعهما عند التحقيق الى شئ واحد وان كان الثمن منصرفاً الى الفرد الصحيح وتوضيح ذلك أنه بعد البناء على انصراف الثمن الى الثمن الكلى لا يجرى هنا ما ذكرناه فى البيع الكلى فانك قد عرفت أن الثمن قابل الانطباق على الصحيح والمعيب فى بيع الكلى غاية الأمر قد اعتبر بحسب الارتكاز والشرط الضمنى فى الثمن الكلى قيد وهو وصف الصحة فاذا تخلف فللبائع استبداله والرضا به بأن يرفع اليد عن القيد المعتبر فى الثمن . ولكنه لا يجرى فى المقام فان هنا قد ترتب شرط الخيار على رد الثمن واشتراط البائع على المشتري أنى متى رددت الثمن أو بدله مثلاً فلى الخيار أو يفسخ العقد فاذا انصرف الثمن أو بدله الى الصحيح فمعناه أنه متى رددت الثمن الصحيح أو بدله الصحيح فلى الخيار فكانه قد صرح بذلك فانه حينئذ يكون رد غير الصحيح خارجاً عن حدود الشرط فكانه قد رد غير الجنس من الثمن فهل يتوهم أحد أنه مع التصريح برد الثمن الصحيح لورد الثمن المعيب يفسخ فكك اذا لم يصرح بذلك فينصرف الثمن الكلى الى الثمن الصحيح كما لا يخفى . وبالجملة أن انصراف الثمن الى الصحيح وان كان صحيحاً فى

بيع الكلى وفى المقام ولكن المقام من حيث ظهور الثمن المردود الى المشتري معيباً كظهوره من غير جنسه فيكون باطلاً فلا يقاس بالكلى كما عرفت .

نعم اذا رضى المشتري بهذا المعيب بمعاملة جديدة عن عوض ثمنه الصحيح ورد المبيع الى البايع فيكون ذلك اقالة للبيع وفسخاً له بغير عنوان رد الثمن وهذا واضح جداً .

قوله ويسقط أيضاً بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط ردّ العين أقول المعروف بين الاصحاب سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن هنا وفى الثمن فى خيار الحيوان وفى العوضين فى خيار المجلس سواء كان الثمن شخصياً أو كلياً ولكن اشترط رد عين هذا المأخوذ وذلك لاطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل اليه رضى بالعقد ولا خيار وقد عمل الاصحاب بذلك فى غير مورد النص كخيارى المجلس والشرط والمحكى عن المحقق الاردبلى وصاحب الكفاية اى سبزوارى أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن ، لان المدافى هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البايع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة وللموثق المتقدم المفروض فى مورد تصرف البايع فى الثمن وبيع الدار لاجل ذلك .

وأشكل عليه السيد بحر العلوم صاحب المصابيح بأن ذهاب المشهور الى مسقطية التصرف إنما هو فى التصرفات التى فى زمن الخيار دون غيره ومن الواضح أن التصرف قبل الرد ليس تصرفاً فى زمان الخيار لان الخيار انما هو بعد الرد كما هو واضح فلا تكون التصرفات قبل الرد تصرفاً مسقطاً وبعبارة اخرى أن صاحب المصابيح تسلم كلام

الاردبيللى من حيث النتيجة أعنى عدم سقوط الخيار بالتصرف قبل الرد ولكن الاردبيللى التزم بعدم تخصيصاً والسيد التزم بعدم ثبوته تخصصاً .

وقد أشكل صاحب الجواهر على السيد بوجوه :

الاول : أن لازم كون الخيار بعد الرد يقتضى أن يكون مبدء الخيار مجهولة اذ لا يعلم تحقق الرد فى أى زمان .

الثانى : أن المتفاهم من العرف كون الخيار من الاول فانهم يفهمون فى مثل ذلك ثبوت الخيار من زمان العقد .

الثالث : أن الظاهر من تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ الطوسى بتوقف الملك على انقضاء الخيار بأن الظاهر من بعض الاخبار المتقدمة أن غلة المبيع للمشتري كون مجموع المدة زمان الخيار .

وقد ناقش المصنف فى جميع ذلك أما ما ذهب اليه الاردبيللى من عدم كون التصرف قبل الرد مسقطاً بأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المستحب فى غير مورد النص عليه باتفاق - الاصحاب .

وأما ما ذكره من كون بناء هذا العقد على التصرف فلأن الغالب المتعارف هو البيع بالثمن الكلى بحيث يكون مادفع المشتري الى البايع مما انطبق عليه الكلى لاثمنا واقعياً وقامت القرينة الحالية أيضاً أن رد مثل الثمن يكفى فى تحقق الشرط أعنى رد الثمن ولذا قوينا حمل الاطلاق فى هذه الصورة على ما يعم البديل

و عليه فلا يكون التصرف في عين الثمن المدفوع موجباً لسقوط الخيار ودليلاً على الرضا بالعقد نعم لو كان الثمن شخصياً أو كان كلياً و لكن اشترط المشتري على البائع ردّ عين المأخوذ لكان لهذا الكلام مجالا واسعا : وكيف كان فلا منافات بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف و استمراره وهو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف لانه ليس مسقطا تعبديا بل لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد .

و أما ما ذكره صاحب المصابيح من كون التصرفات قبل الردّ خارجا عن عنوان التصرف المسقط تخصصا يرد عليه أنه لا شبهة أن الاسقاط القولى قبل الرد مسقط لهذا الخيار و كذلك لاشبهة أن التصرف يسقط الخيار كالقول و عليه فنكشف من ذلك أن الخيار ثابت قبل الرد ولاشبهة أن الظاهر من كون القول مسقطا هو المسقط الفعلى فيكون التصرف مثله .

وبالجملة أن الظاهر كون التصرف مسقطاً فعلياً في كل زمان يكون القول مسقطاً بحيث أن القول مسقط فعلى قيل الرد فيكون التصرف أيضاً كذلك وان ذكر المصنف أنه يصح اسقاط الخيار الثابت بعد الرد اذا كان ذى الخيار متمكنا من اثباته برد الثمن وعدمه و لكنه خلاف الظاهر فان الظاهر من الاسقاط هو الاسقاط الفعلى .

وأما ما ذكره صاحب الجواهر من المناقشة في كون الخيار مجهولاً لو كان مبدئه بعد الرد وفيه أنها لا تندح مع تجديد زمان

التسلط على الرد والفسخ بعد انشائه وفرق واضح بين المقام الذى اختياره من حيث الرد وعدمه ليكون له الخيار وبين ما ذكره فى التذكرة من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق اذا جعلنا مبدئه عند الاطلاق من حين العقد ووجه الفرق أن التصرف هناك ليس فى اختيار أحدهما فانه اذا اراد التفرق يتبعه الآخر بخلافه فى المقام فلا تكون هنا جهالة تضر بالعقد .

وقد تقدم منا أنه ليس هنا جهالة أصلاً غاية الامر لا يعلم سبب الخيار وقلنا أيضاً أن جهالة الشرط لا تضر بالعقد بعد عدم وجود الخطر هنا اذ يرجع مع الفسخ أيضاً مال كل من المتعاملين الى صاحبه . وأما ما ذكره من فهم العرف وحكمهم بكون الخيار من الاول و قبل الرد ففيه أن زمان الخيار اما بجعل الشارع أو بجعل المتعاقدين ففي المقام هو الثانى ومن الواضح أن المتعاقدين شاكان فى ثبوته قبل الرد فكيف يفهم العرف من ذلك ثبوته من الاول .

وأما ما ذكره بعض الاصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسئلة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى المنفصل كما لا يبعد عن اطلاق كلامه واطلاق ما استدل به من الاخبار .

وما أفاده المصنف متين جداً ولكن لنا كلام فى أصل مسقطية التصرف كما تقدم فى خيار المجلس وأى اطلاق دل على ذلك حتى يقول المصنف واطلاقات أدلة مسقطية التصرف يقتضى سقوطه بالتصرف مطلقاً غير أن التصرف انما يكون مسقطاً اذا كان مصداقاً للاسقاط أو

موجباً للحدث وقد ثبت فى غير هذين الموردین سقوطه بالتقبيل و
اللمس بدلیل الحاكم وفى غیر ذلك فلا دلیل علیه فیتمسك بعموم
أدلة الشرط كما لا يخفى .

وبعبارة اخرى أن هنا تصرفات ثلث الاول ما يكون نفسه
مصادقاً للاسقاط وهذا لاشبهة فيه الثانى : أن يكون موجباً لاحداث
الحدث حقيقة أو نازلاً بمنزلته بدلیل الحاكم كالتقبيل ونحوه الثالث
ما لا يكون كذلك أما القسم الاول فلا اشكال فى كونه مسقطاً للخيار
فى جميع الموارد وأما الثانى فهو وان كان يوجب سقوطه ولكنه امر
تعبدى يقتصر به فى خيار الحيوان فقط وأما فى المقام فلو اشترى
جارية و شرط أن يردها متى شاء (فان بيع الخيار ليس مخصوصاً بالبايع
فقط) فتصرف فيها بما شاء من غير أن يكون التصرف مصادقاً للتصرف
بل مع العلم بأنه يردها حتى قبلها ولمسها فإنه لا دليل على كون
التصرف مسقطاً هنا وأما القسم الثالث فلا دليل على كونه مسقطاً
للخيار لا فى المقام ولا فى غير هذا المقام اعنى بيع الحيوان و كيف
كان فلا دليل على مسقطية التصرف بوجه كما هو واضح .

قوله الامر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان
قبل الرد أو بعده أقول مقتضى القاعدة الاولى أن تلف مال كل احد
عليه ولا يحسب على غيره وهذا مما عليه السيرة القطعية وقد ذكر ذلك
فى بعض الروايات المذكورة فى احكام الخيار وسيأتى من أنه سئل
(ع) من أنه اذا تلف المبيع من يكون قال (ع) ان نفعه على من
قال من المالك فقال (ع) فهو على مالكة وكيف كان فهذه القاعدة
لاشبهة فيها .

وقد ورد عليها مخصّصان : الأوّل أن التلف قبل القبض من مال البايع مع انه من ملك المشتري ويحمل أن يكون هذا مورد السيرة أيضاً .

والثانى أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له وهذا لم تقم عليه السيرة بل هو صرف التعبد فانه مع قطع النظر عن التعبد لم يكن معنى لأن يحسب تلف مال زيد مع كونه عنده من زيد ولا يساعده فهم العرفى أصلاً فضلاً عن قيام السيرة عليه ولكن التعبد يقتضى ذلك .

ثم انه لا معنى لكون التلف محسوباً على البايع قبل القبض أو على من لا خيار له الا أن يفرض كما له فكما أن ماله اذا تلف عنده يذهب هدراً وكذلك تلف المبيع قبل القبض أو فى زمن الخيار ولا يعقل ذلك الا بانفساخ العقد بأن يحكم قبل التلف بدخوله فى ملكه أناماً ويتلف ويرجع الثمن الى المشتري أيضاً كما هو قانون الانفساخ لا أن معنى كون التلف على البايع أو من لا خيار له ان يضمن مثل العين فيجب عليه رد مثله فانه لو لم نحكم بالانفساخ لكان ضامناً بالمثل مع انه لم يقل به احد كما هو واضح .

والوجه فى ذلك أنه فرض فى الرواية أن التلف فى زمن الخيار من مال من لا خيار له فانه لا يعقل أن يكون التالف من ماله الا بالالتزام بانفساخ العقد والا نحكم بالضمّان بالمثل كما عرفت .

اذا عرفت ذلك فنقول فى المقام أنه اذا باع شخص داره بشرط أن يكون له الخيار متى رد الثمن فتلف الثمن أو المبيع فهل يحسب من لا خيار له أم لا فبقع الكلام فى مقامين الأوّل فيما اذا تلف المبيع

فهو من المشتري اذ لا خيار له أو من البائع فنقول انه لا شبهة في كون التلف من المشتري ولكن لا من جهة القاعدة المذكورة من أن كل تلف في زمن الخيار من خيار له التي تثبت على خلاف القاعدة وكونها مخصصة للقاعدة الاولى من أن تلف مال كل أحد على ماله وذلك لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر مخالف لهذه القاعدة الاولى كما قلنا بأن التلف في زمن الخيار من خيار له كما اذا تلف الحيوان عند المشتري في ضمن ثلاثة أيام فان مقتضى التعبد حكم بكونه على البائع مع أن الحيوان ملك للمشتري وكانت القاعدة الاولى تقتضى كون التلف من المشتري وكذلك التلف قبل القبض.

وأما في المقام وان كان التلف في زمن الخيار ولكن قد تلف مال المشتري عند نفسه فكونه على نفسه موافق للقاعدة الاولى لا مخالف لها وعليه فلا وجه للانفساخ هنا كما قلنا بالانفساخ في الموردين الاولين وعلى الجملة فكون تلف مال كل شخص على نفسه ليس أمراً مخالفاً للقاعدة بل موافق لها كما عرفت فتلف المبيع عند المشتري تلف من ماله فيكون من ماله على ما تقتضيه القاعدة .

وعليه فلا يمكن الحكم بانفساخ العقد من هذه الجهة ليكون ضمان المبيع على المشتري .

وهل في هذه الصورة يبقى خيار البائع على حاله بحيث له أن يفسخ العقد ويسترد مثل المبيع أم لا وقد يقال انه لا خيار له من جهة أن غرضه قد تعلق باسترداد العين واذا تلف ينتفى هذا الغرض فلا وجه لثبوت الخيار له حينئذ .

وفيه أن هذا الكلام وان كان صحيحاً حيث تعلق غرض البائع

بحفظ العين ولكن لا يلزم من ذلك سقوط خياره أيضاً اذ قد عرفت فى أول الخيارات أن الخيار ليس متعلقه رد العين بل أنّا متعلقه العقد نعم أنّا جعل له الخيار مشروطاً ببقاء العين بحيث أن العين متعلق أمد الخيار وقد اشترط البايع عدم اتلافه ووجوب بقاءه ومع هذا الشرط فقد اشترط لنفسه الخيار بعد رد الثمن وقد تعلق الغرض بحفظ العين على هذا النحو وبلحاظ أن الخيار مقيد ببقائها والحاصل قد اشترط بقاء العين لشرط الخيار وهذا لا ينافى بمالية العين بل كما تعلق غرضه بحفظ العين وكذلك تعلق غرضه بحفظ المالية أيضاً وآنما باعه بأقل من ثمن المثل لاجل جعل الخيار اذ لا يرغب المشتري اشتراؤه بثمن المثل مع جعل الخيار للبايع ولو كان البايع قد اغضى نظره عن مالية العين لكان باعه فى السوق بثمن المثل وانما اقدامه على البيع بأقل من ثمن المثل من جهة أن تبقى العين له مع هذه المالية والا ليست الخصوصيات العينية الغير الدخيلة فى المالية ماردةً للرغبة غالباً وعليه فيبقى خيار البايع على حاله .

ومن جميع ذلك ظهر حكم الجهة الثانية أيضاً من أنه ليس للمشتري أن يتلف العين بل لا بدّ له من ابقائه فان البايع اشترط له ذلك ولو بالشرط الضمنى وعليه فاذا تخلف وتلف فهل فعل فعلاً محرماً فقط لمخالفة الحكم التكليفى كما هو المختار عندنا أو خالف الحكم الوضعى كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ وسيأتى الكلام فى ذلك فى احكام الخيار انشاء الله تعالى .

وأما اذا كان التالف هو الثمن فهل يكون ذلك على البايع او

على المشتري وقد يفرض الكلام بعد رد الثمن الى المشتري و أخرى قبل رده .

ولابدّ وان يعلم قبل ذلك أن الثمن أو الثمن اذا كان كلياً فتلف هو خارج عن موضوع بحثنا فان كلامنا فيما يكون التالف هو المبيع أو الثمن و نتكلّم في أنه من البايع أو المشتري أى من لا خيار له أم لا ومن الواضح أن هذا انما يجرى فيما كان التالف هو المبيع أو الثمن لا غير والا يلزم أن يكون تلف مال آخر لاحد المتبايعين الذى له خيار من صاحبه الذى لا خيار له وبديهي أن المدفوع الى المشتري اذا كان المبيع كلياً أو المدفوع الى البايع اذا كان الثمن كلياً ليس مبيعاً و ثمناً فان المبيع والثمن ما جرى عليه العقد وأن تلف ما جرى عليه العقد من لا خيار له وهذان الفردان لم يجر عليهما العقد بل العقد انما جرى على الكلى والمدفوع مصداق له فمع تلفه يبقى الثمن أو الثمن على حالهما أيضاً اذا فالكللى خارج عن المقام .

(واما اذا كان شبيخياً وكان التلف بعد الرد) انتهى الكلام الى أن التلف في زمن هذا الخيار من البايع أو المشتري وقد عرفت أن كون تلف المبيع من مال المشتري حكم على طبق القاعدة ولا يحتاج الى التمسك بأن التلف في زمن الخيار من لا خيار له وأما ثبوت الخيار للبائع حينئذ فقد عرفت كما تقدم .

وأما لو كان التالف هو الثمن فتارة نفرضه كلياً وأخرى شخصياً أما اذا كان كلياً فلا شبهة في خروجه عن مورد الكلام فان ما يدفع الى البايع من العين عوضاً عن الثمن ليس هو نفس الثمن بل هو ما ينطبق عليه الثمن الكلى ولا فرق بين هذا وبين ما يردّه البايع بدلاً عن ذلك

فان كلاًّ منهما ممّا ينطبق عليه الكلّى كما لا يخفى .

وأما اذا كان الثمن شخصيّاً فتارة يكون التلف قبل رده الى المشتري وأخرى بعد رده وأما اذا كان التلف بعد رده فان كان الرّد بعنوان الفسخ فلا شبهة فى انفساخ العقد وعليه فلا يبقى مجال للبحث عن أنه من مال البايع أو من مال المشتري اذ لا موضوع حينئذ للخيار أصلاً فهذا خارج أيضاً عن موضوع البحث واما اذا كان الرّد لا بعنوان الفسخ بل بعنوان الوديعة أو نحوها ليفسخ بعد ذلك وتلف الثمن عند المشتري فيقع الكلام حينئذ فى أن تلفه من البايع أو المشتري فمقتضى القاعدة الاولى تقتضى كونه من البايع لكونه مالاً له وتلف مال كل مالك عليه ومقتضى العمل بقاعدة أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له أن يكون من المشتري فأنه لا خيار له فى هذا الزمان بل الخيار للبائع وتنقيح المقام أن يقال أنه لم يرد نص بالخصوص بلفظ أن التلف أو كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له ولا أنه ورد نص بهذا المضمون بل ورد هنا روايتان تدلان على كون تلف المبيع من مال من لا خيار له فى الموردین الخاصين .

الاولى ما فى الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان من أنه اذا تلف الحيوان فى ضمن ثلاثة أيام فهو من مال البايع الذى لا خيار له والثانية فى خيار الشرط وهى صحيحة ابن سنان من أن التلف فى زمن خيار الشرط من مال من لا خيار له والحقوا بذلك خيار المجلس أيضاً لاستفادة العموم من اخبار الخيار فان ذيل بعضها حتى ينقض الشرط وقد استفاد ذلك العموم المصنّف من تلك الاخبار ويأتى فى احكام الخيار .

وأما إذا كان التالف هو الثمن فلا دليل يدلّ على كون التلف ممّن لا خيار له بحيث ينفسخ العقد بذلك كما عرفت سابقاً من أن كون تلف مال أحد من الآخر بقانون أن التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له يوجب انفساخ العقد اذ لا يعقل أن يكون تلف مال أحد من شخص آخر بدون انفساخ العقد فيكون حكم الشارع بكون التلف ممّن لا خيار له حكماً بانفساخ العقد كما لا يخفى .

وعلى الجملة لا دليل على كون تلف الثمن في زمن الخيار من مال من لا خيار له ليكون ذلك تخصيصاً للقاعدة الاولى وحكماً بانفساخ العقد كما لا يخفى .

ثمّ انه استظهر صاحب الجواهر من رواية (١) معاوية ابن ميسرة أن التلف من المالك ولا يكون ذلك لمن لا خيار له فيكون تلف الثمن من البائع المالك بالثمن عند التلف فتدل الرواية على أن تلف الثمن حينئذ من البائع و ان كان له خيار . وقد منع المصنف عن ذلك الاستظهار وحكم بعدم ظهور رواية معاوية ابن ميسرة في ما ذكر صاحب الجواهر وهو كذلك لانا بعد التأمل لم نفهم وجه الاستظهار وذلك لان رواية معاوية بن ميسرة كما تقدم اشتمل على حكيمين أحدهما أن رجلاً باع داراً من رجل ، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان اتيتني بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله ، قال (ع) : له شرطه ، قال ابو الجارود : فان ذلك الرجل قد اصاب في ذلك المال في ثلاث سنين ، قال : هو ماله وقال ابو عبد الله عليه السلام أرايت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار

دار المشتري .

ولاشبهة انه لاشعار فيها على كون التلف من المالك فى زمان الخيار أما لزوم الوفاء بالشرط الذى كان فى العقد فهو على طبق القواعد المتصيدة من لزوم الوفاء بالشرط وأما كون منفعة الثمن للبايع فهو أيضاً موافق للقاعدة فان منفعة مال كل أحد له ومن الواضح أن الثمن ملك للبايع كما هو واضح وكذلك كون تلف الدار من المشتري أيضاً موافق للقاعدة فإنك قد عرفت أن تلف مال كل أحد على نفسه ألا اذا ثبت نص خاص على خلافه كما فى تلف المبيع فى زمن الخيار فإنك قد عرفت كونه ممن لا خيار له بدليل خاص ويكون العقد منفسخا كما لا يخفى .

وعلى الجملة فلا اشعار فى شئ من الاحكام المزبورة بكون التلف فى زمن الخيار من المالك كما استظهره صاحب الجواهر ، و لذا ذكر المصنف أنه ليس فى الرواية الا أن نماء الثمن للبايع وتلف المبيع من المشتري وهما اجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرواية أى الرواية اشتملت على هذين الحكمين كما ذكرناه فشئ منهما لاساس بما ذكره صاحب الجواهر . فان ما اشتمل عليه الرواية حكم موافق للقاعدة الاولى كما ذكره المصنف فلا يحتاج الى الرواية . فلا تكون الرواية مخالفة للقاعدة نعم يمكن ان يكون نظر صاحب الجواهر على ما ذكره المصنف الى قاعدة الخراج بالضمان بدعى أن منافع الثمن ملك للبايع فيكون ضمانه عليه اقول ان هذه القاعدة ليس له اساس صحيح بل هى مذكورة فى النبوى الضعيف المنقول من طرق العامة وقد عملوا بها حتى أن أبا حنيفة

عمتها الى موارد الغصب وقال ان منفعته للغاصب لكون الضمان عليه وقد وقع النكير عليه في صحيحة أبي ولاد في كراء البغل الى قصرين هبيرة ومخالفته ذلك وركوبه الى بغداد فلا يمكن العمل بهذه القاعدة .

نعم لو كان معنى القاعدة هو أن منفعة مال كل مالك كما هو مقتضى القاعدة وكذلك تلفه أيضاً عليه اذ لا معنى لكون تلف مال شخص على شخص آخر وقد عرفت أن هذا حكم موافق للقاعدة فلا يحتاج الى هذه القاعدة وفي المقام نحكم بكون تلف الثمن من البائع لكونه مالاً له ومنفعته له فيكون غرامته أيضاً عليه .

وعلى هذا لو كانت تلك القاعدة أى قاعدة كل التلف في زمن الخيار من لا خيار له ثابتاً في جميع موارد تلف المبيع والثمن لكان تخصيصاً لقاعدة الخراج بالضمان على المعنى الذي ذكرناه لورودها في مورد قاعدة الخراج بالضمان ولكن قد عرفت أنه لا دليل على كلية تلك القاعدة في جميع موارد تلف المبيع فضلاً عن الثمن بل هي مختصة بموردين بحسب النص اعني مورد خيار الحيوان ومورد خيار الشرط و تفصيل الكلام في احكام الخيار فتحصل أنه لا يكون تلف الثمن من المشتري بل من البائع ولو قلنا بكون تلف المبيع في زمن الخيار من المشتري اذ لا دليل على التعدى والحكم بكون تلف مال الغير على شخص آخر كما لا يخفى .

وان كان التلف قبل الرد فيجوز فيه جميع ما ذكرناه في صورة كون التلف بعد الرد ولكن في المورد خصوصية وهو أن التلف قبل الرد لا يحسب الا من البائع بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الرد و

اشكل عليه المصنّف أولاً بمنع المبنى فانه لانسلم كون الخيار بعد الرد بل يكون قبل الرد كما تقدّم فى جواب صاحب المصاييح ثم اشكل بمنع البناء بدعوى أن دليل ضمان من لاختيار له مال صاحبه هو تنزل البيع سواء كان بخيار متصل أو منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسئلة فان فى ذيل بعضها حتى ينقضى وهو يجزى فى خيار المنفصل فلا وجه لبناء المسئلة على كون الخيار بعد الرد و سيأتى الكلام فى جميع ذلك .

ثم ان المصنف اشار الى ثمره البحث وحاصله انه بناءً على كون تلف الثمن من المشتري انفسخ العقد وان قلنا بكونه من البايع وان كان الشرط اعم من رد عين المأخوذ أو بدله فيرد البايع مثل الثمن ويرجع العين المببعة والا فلا خيار فلزم البيع كما هو واضح . قوله الامر السادس لاشكال فى القدرة على الفسخ أقول لا اشكال فى انه اذا باع عمرو متاعاً من زيد واشترط عليه أن يكون له الخيار متى ردّ الثمن الى شخص المشتري فلا بدّ من ردّه الى شخصه والا فلا يثبت له الخيار برده الى غيره واذا اشترط ردّه الى اعم منه ومن وكيله أو الحاكم أو شخص آخر فيتبع شرطه وعلى كل حال فهذا الخيار خيار جعلى فيتبع الشرط فاذا حصل فيكون له الخيار والا فلا خيار له كما لا يخفى .

وانما الكلام فى صورة اطلاق الشرط بأن جعل لنفسه الخيار مع رد الثمن فهل تختص ردّه الى شخص المشتري أو يكفى ردّه الى وكيله أيضاً أو الى الحاكم كما اذا كان المشتري غائباً أو مريضاً أو مجنوناً وذكر المصنّف فى حصول الشرط برده الى الحاكم كما اختاره المحقق

القضى فى بعض أجوبة مسائله وعدمه كما اختاره سيّد مشائخنا فى مناهله قولان .

وظهر من صاحب الحقائق على ما ذكره المصنف الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن الى المشتري مع غيبته حيث أنّه وقع الخلاف فى أنّه هل يعتبر فى فسخ العقد حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد عليه أم لا فذهب العامة وبعض الشيعة الى اعتبار حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد على الفسخ والمشهور من علمائنا الى عدمه و بعد ما ذكر صاحب الحقائق ذلك قال : ان ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البايع بعد دفع الثمن اليه فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة الى أن يجئ المشتري وان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الاخبار المذكورة .

وهذا الكلام عجيب من صاحب الحقائق كما يظهر الاستصحاب منه من المصنف أيضاً وذلك لان هنا مسألتان احديهما مسألة حضور المفسوخ عليه عند الفسخ أو الاشهاد عليه بل بعض من اعتبرهنا حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد على الفسخ حكم بعدم نفوذ الفسخ بغير ذلك نظير الطلاق الذى لا ينفذ بدون حضور العدلين ومع عدم الاعتبار يفسخ فى عالم نفسه وفى مرحلة الاثبات يحتاج الى الترافع وعلى كل حال ليس هنا من مسألة رد الثمن عين ولا اثر حتى لو كان الفسخ بنفس الرد فان اعتبار حضور المشتري ورده اليه ليس من جهة اعتبار حضور المشتري فى الفسخ بل من جهة اعتبار رده اليه .

والثانية مسألة رد الثمن الى المشتري وأنه مع شرط الخيار برد الثمن هل يكفى الرد الى الوكيل أو الحاكم أو لابد من الرد الى

نفس المشتري ومن الواضح أن احدى المسألتين غير الاخرى فلا ترتبط احيدهما بالآخرى فما ذكره صاحب الحقائق من الخلاف فى حضور المفسوخ عليه أو الاشهاد على الفسخ انما هو فى المسئلة الاولى دون الثانية فان المسئلة الثانية كما ذكره المصنّف غير مفروض فى كلمات القوم ولم نجد من يتعرّض لها الا ما اشار اليها المحقّق القمى فى أجوبة المسائل وكيف يمكن دعوى الاتفاق على اعتبار حضور المشتري وكيف قد خلط صاحب الحقائق احدى المسألتين على الأخرى وأما اصل مسألتنا هذه غير مذكور فى كلمات الاصحاب فنقول انه ليس هذا الخيار من الامور المجعولة شرعاً حتى نتمسك بظهوره ونحكم بثبوت الخيار له بل هذا خيار جعلى انما جعل بجعل المتعاقدين فبأى نحو جعله فيتبع رأيهم فى ذلك وأذا شكّ فى مورد فلا بدّ فى كشف المراد الى الارتكازات العرفية والذى نفهم من الرجوع الى الارتكازات العرفية أن العرف لا يرى فرقاً بين رد الثمن الى نفس المشتري وبين رده الى وكيله فانه بعد العلم بأن غرض البايع هو انحفاظ المبيع له و عدم جواز أن يتلفه المشتري وأنه لاموضوعية لردّ الثمن الى نفس المشتري الا وصول ماله اليه وعليه فان المشتري حياً وكان الوصول اليه ممكناً فيرد الثمن اليه ويفسخ المعاملة والا فيردّه الى وكيله أو الحاكم أو من يرده اليه بحيث يصل الثمن الى المشتري وينفسخ ذلك بملاحظة أنّه لو كان المشتري محبوساً أو مريضاً أو غائباً وكان له وكيل فالظاهر انه لا يشك أحد فى جواز ردّه الى الوكيل ونحوه فان معنى رد الثمن الى المشتري ليس هو ردّه الى نفسه بل معناه وصول الثمن اليه بأن يكون من جملة أمواله اللهم الا أن يشترطاً الرد الى شخصه فهو امر آخر:

وكذلك الكلام فى طرف البايع فانه لو لم يتمكن أن يردّ الثمن الى المشتري لمرض أو موت فيردّ وكيله أو ورثته الى المشتري أو الى وكيله أو ورثته مع عدمه أو موته وليس رد الثمن من ورثة البايع الى المشتري أو الى وكيله من باب ارث الخيار بل من جهة عدم الفرق فى نظر العرف فى الرد بين كونه من نفس البايع أو من ورثته فان الغرض كون المال عند المشتري أو عند من يقوم مقامه كما لا يخفى .

وعلى الجملة فالارتكاز العرفى يقتضى أن المناط فى جعل الخيار بردّ الثمن انما هو رجوع كل من العوض والمعوّض الى حالتها الاولى وهو يحصل ولو برده الى من يقوم مقام المشتري كما يحصل برد من يقوم مقام البايع وهو واضح كما ذكره المصنّف .

ثم انه لو اشترى الاب أو الجد شيئاً للطفل واشترط البايع عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن فهل يكفى الردّ هنا الى الجد مع كون المشتري هو الاب أو الى الاب مع كون المشتري هو الجد أم لا و الظاهر هو الاول لان لكل من الاب والجد ولاية مطلقة على الطفل الثابتة بالادلة اللفظية فيكفى الرد الى أى منهما يشاء وهو واضح .

ثم اذا اقتضت المصلحة حتى اشترى الحاكم بولايته على الطفل مالاّ له ببيع الخيار فهل يجوز رده الى حاكم آخر أم لا فذكر المصنّف انه يجوز للحاكم الثانى أخذه اذ ليس فى أخذ الحاكم الثانى ذلك مزاحمة للحاكم الاول فبناء على عدم جواز مزاحمة الحاكم لا بدّ له أن يرده الى الحاكم الاول مع احتمال عدم الوجوب فانه مال آخر للصغير يملكه بالفسخ الذى هو معاملة جديدة وليس له ربط بالمعاملة الاولى التى وضع الحاكم عليها اليد حتى تحصل المزاحمة .

ولكن قد ذكرنا فى باب الولاية أنه لا دليل على ولاية الحاكم للصغير الا من باب الحسبة ومعنى الحسبة اتيان الامر من باب كونه أمراً قريباً بحيث ان الشارع يرضى بذلك ولا يرض بحيفه فيؤتى ذلك حسبة الى قرية الى الله ومن باب كونه مطلوباً للشارع ويكون حفظه محبوباً .

وعليه فولاية الحاكم من باب القدر المتيقن فانه لا نحتمل أن علمه مانعاً عن التصرف فى مال الصغير مع الاحتياج وكذلك لا نحتمل أن عدالته مانعة وإذا كان مال الصغير ونفسه محتاجاً الى الحفظ و الى النقل والانتقال و الى التصرف فيه وكان الامر دائراً بين أن يباشره الحاكم أو غيره فالمتيقن هو الحاكم كما هو واضح وعليه فلا يجوز أن يتصرف فيه الحاكم الثانى بعين هذا الملاك فانه نشك فى أنه بعد وضع الحاكم الأول يده عليه أن لا يجوز للثانى أن يتصرف فيه فحيث أن المورد مما لا بد من أخذ القدر المتيقن لعدم وجود الدليل اللفظى على ولاية الحاكم كما عرفت اذا فلا يجوز للثانى أن يتصرف فيما وضع الحاكم الاول يده عليه نعم لو شككنا فى جواز تصرف الحاكم الاول بعد التصرف فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو المنع عن تصرفه ولكنه بديهى البطلان فانه غير محتمل قطعاً . وكيف كان فليس المورد من موارد مزاحمة الحاكم حتى يقال لا تجوز مزاحمته .

قوله : الامر السابع اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع فلوردد بعضه لم يكن له الفسخ أقول الظاهر من اشتراط الخيار برد الثمن الى المشتري أنه رد جميع الثمن وعليه فلوردد بعض الثمن فهو كمن لم يرد شيئاً اصلاً فلا يثبت له الخيار

فان هذا خيار جعل على تابع لما جعله المشروط له و على هذا ليس للمشتري التصرف في ذلك فانه باق على ملك مالكة وهو البايع و تصرف المشتري تصرف في مال الغير بدون اذنه فهو حرام بل يكون ذلك وديعة عنده .

وتوهم أن هذا يكون اقالة فان المشتري اذا أخذ بعض الثمن المردود اليه كشف ذلك عن رضاه بالفسخ فيكون اقالة وفيه أنه مضافاً الى منع كشفه عن رضاه بالانفساخ فإنّ الاخذ أعم من ذلك ومن كونه اقالة ثم ان الاقالة غريبة عن ذلك فان كلامنا في تحقق الفسخ بالردّ أو ثبوت الخيار للبايع بذلك على النحو الذي تقدّم سواء رضى المشتري بالفسخ أم لم يرض وأى ربط له برضاها بالاقالة والفسخ كما هو أوضح .

قوله والظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه الثمنية أقول حاصل كلامه اذا دفع البايع بعض الثمن الى المشتري على وجه الثمنية كان ضامناً له اذا تلف الا أن يصرح البايع بكونه أمانة عنده فانه حينئذ لو تلف لا يكون ضامناً .

أقول لوجه لهذا الكلام فانه اذا كان الخيار مشروطاً برّد تمام الثمن فلا معنى لرد بعضه بعنوان الثمنية بحيث يكون ثمننا بالفعل فان كونه ثمننا بالفعل ملازم لانفساخ العقد كونه داخل في ملك المشتري والمفروض أن العقد لا يفسخ الا برّد الجميع ولا يثبت له الخيار برّد البعض وعليه فلا معنى لكون ردّ البعض بعنوان الثمنية بل يكون ذلك أمانة مالكيّة عند المشتري ليكون ثمننا عند الفسخ بعد ردّ تمام الثمن فيكون ثمننا بالقوة كما لا يخفى .

نعم اذا اشترط فى مقام الرد أن يكون المشتري ضامناً عند التلف وقبل المشتري فيكون شرط لازم الوفا .

وقد يتوهم الضمان بدعوى أنه نظير المقبوض بالسوم الذى ذهب المشهور الى الضمان فى تلفه فى يد من أخذه أى المشتري .
وفيه أنه فرق واضح بين المقامين فان المقبوض بالسوم على تقدير الضمان فى تلفه انما اخذه المشتري لصالح نفسه وملاحظة انه مصلحة له ام لا فيكون ضامناً اذا تلف المقبوض بالسوم فى يده .

وهذا بخلاف المقام فان البائع انما اقبض بعض الثمن لصالح نفسه لا لصالح المشتري بل كثيراً أن المشتري لا يرض بالفسخ اصلاً فان الغالب بل الدائم فى مثل هذا البيع أى البيع بالخيار أن المبيع يكون ثمنه أقل من البيع بدون الخيار فان غرض البائع كان هو رد عينه فلذا باعه كذلك لرفع احتياجه فلو كانت قيمته مساوية لقيمة المبيع الذى يشتري بالقيمة السوقية بلا خيار لم يقدم المشتري بذلك وكيف كان لانعرف وجهاً للقول بضمان المشتري اذا تلف بعض الثمن عنده كما لا يخفى فافهم .

قوله ولو شرط البائع الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع وللمشتري خيار التبعض اذا لم يفسخ البائع بقية المبيع أقول قد عرفت أن هذا الخيار خيار جعلى من المتعاقدين فيتبع الشرط على النحو الذى شرطاه فلو شرط البائع على المشتري ثبوت الخيار له برد بعض الثمن يثبت له ذلك اذا رد ما يصدق عليه بعض الثمن المقصود فى العرف لا بمقدار يكون خارجاً عن الصدق العرفى أو عن كونه مقصوداً لهما ولا يقاس ذلك بخيارى

المجلس والحيوان فانه لا يجوز الفسخ فيهما في بعض المبيع دون -
بعض فانهما انما ثبتا بجعل الشارع بالنسبة الى مجموع الثمن و
الثمن فاذا فسخ من له الخيار البيع لا بدّ له أن يفسخ في المجموع
دون البعض وأما في المقام فالخيار بجعل المتعاقدين فيتبع جعلهما
على النحو الذي جعلاه كما لا يخفى فانهم .

وقد ذكر المصنف ره ولو شرط البايع الفسخ في كلّ جزءٍ برّد ما
يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع وللمشتري خيار التبعض
اذا لم يفسخ البايع بقية المبيع وخرجت المدة وهل له ذلك قبل
خروجها الوجه ذلك .

اقول الظاهر انه لا وجه لهذا الكلام وانه لا نتعلّق مورد في هذا
المقام يثبت فيه للمشتري خيار تبعض الصفقة وبيان ذلك أنه قد
عرفت أن هذا الخيار انما بجعل المتعاقدين فبأى كيفية جعلاه كان
متبعاً وعليه فشرط الخيار وفسخ العقد برّد بعض الثمن لا يخلو عن
وجوه : الاول : أن يشترط على المشتري فسخ مجموع العقد برّد جزءٍ
معين من الثمن أو جزءٍ غير معين ولكن فسخاً متدرجاً بأنّه يفسخ
المجموع برّد الثمن تدريجاً بأنّه كلّما أدى من الثمن جزء يفسخ في مقابله
الى أن يفسخ المجموع ففي الحقيقة يكون ذلك توسعة للبايع في رد
الثمن كما لا يخفى اذ ردّ مجموعه دفعة واحدة كلفة عظيمة عليه .

وعليه فلو فسخ في بعض وبقى بعض الآخر حتى خرجت المدة
كشف ذلك عن بطلان الفسخ من الاول فان كلّ جزءٍ جزءٍ من الفسخ
كان مشروطاً بفسخ الجزء الآخر حتى يتمّ فسخ مجموع العقد فاذا فسخ
ولكن بقي جزء واحد كان الفسخ باطلاً من الاول لعدم حصول شرطه

وهذا نظير مشروطية عتق المكاتب بردّ مجموع مال الكتابة ونظير اشتراط صحة الصلوة بالتّشهد والسّلام ونظير اشتراط الصوم بالجزء الاخير من الوقت فيكون العمل صحيحاً بشرط حصول هذا الشرط و الا فيبطل كما هو واضح .

الثانى انه أن يشترط البايع على المشتري فسخ كل جزء برد جزء من الثمن من غير أن يكون الفسخ أو ثبوت الخيار بالرد (اى سواء قلنا بحصول الفسخ بالرد أو كان الرد من مقدّمات الفسخ) مشروطاً بالفسخ فى الجزء الاخير وهذا على قسمين فانه تارة يشترط ان يكون ردّ كلّ جزء من الثمن قسماً للعقد أو مقدّمة للفسخ على التقريب المتقدم من غير أن يكون منوطاً بردّ جزء آخر وفسخ العقد فى ذلك الجزء الآخر وأخرى يكون هذه الصورة ولكن يشترط المشتري أيضاً على البايع أنه اذا فسخ فلا بدّ له أن يفسخ فى الكل والا فلم يفسخ أصلاً اما الأوّل فمقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو العمل بطبق الشرط على النحو المقرّر عند العقد لما عرفت : أن هذا خيار جعلى فيتبع فيه جعل المتعاقدين على النّحو الذى جعلاه ولا يقاس ذلك بخيارى المجلس والحيوان كما عرفت .

وعليه فلو فسخ البعض ولم يفسخ البقية حتى خرجت المدّة فليس على البايع شئ أصلاً فان المؤمنون عند شروطهم فلازم الوفاء به هو ذلك ولا يثبت هنا شئ للمشتري ويكون ذلك نظير المعاملتين التين ثبت فيهما الخيار فهل يتوهم أحد أنه اذا فسخ البايع هذه المعاملة وذلك يستلزم الفسخ فى معاملته الاخرى أيضاً و كذلك المقام كما لا يخفى .

وأما الثانى فان كان مقتضى الوفاء بالشرط هو نفوذ فسخ البايع العقد فى كل جزء جزء من المبيع بردّ كلّ جزء جزء من الثمن سواء فسخ فى البقية أيضاً أم لا كما عرفت فى سابقه ولكنه حيث اشترط المشتري أيضاً عليه أنه اذا فسخ فى جزء فلا بدّ له أن يفسخ فى البقية أيضاً فاذا لم يفسخ البايع فى البقية الزمه المشتري بذلك على حسب اشتراطه والا فيثبت له خيار تخلف الشرط وكذلك لو لم يفسخ حتى خرجت المدة كما هو واضح .

وفى جميع هذه الاقسام لانرى مورداً لتبعض الصفقة أصلاً كما هو واضح واعجب من ذلك أن المصنف ره ذكر بعد ما حكم بثبوت خيار تخلف الشرط بانه لا يبعد ثبوت خيار تخلف الشرط قبل خروج المدة ووجه العجب مضافاً الى ما ذكرناه من عدم الوجه والمتعقل الخيار تبعض الصفقة أصلاً أنه كيف يثبت ذلك للمشتري قبل خروج المدة فانه فى ضمن هذه المدة لعمل البايع بردّ الثمن و يفسخ البيع فثبوت خيار تبعض الصفقة ينافى ذلك .

وبعبارة اخرى أنه لم يتمّ أمد خيار البايع ومع ذلك كيف يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة وقد كان جعلهما هذا الشرط للمشتري على هذا النحو بأن يردّ الثمن و يفسخ البيع الى وقت معين والفض أنه لم يخرج الوقت والمدة بعد كما لا يخفى ولعل هذه العبارة من غلط النسخة ولم نرم من الحواشى من يتعرّض لذلك .

قوله الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الفسخ بردّ الثمن اقول قد عرفت : أنه لا شبهة فى جواز البيع واشتراط الخيار فيه بردّ الثمن وأنه مقتضى القاعدة

مضافاً الى ورود الروايات عليه .

وكذلك يجوز للمشتري أن يشترط لنفسه الخيار متى ردّ المبيع فان الروايات وان وردت فى اشتراط الخيار بردّ الثمن و لكن قد عرفت أن مشروعية هذا الشرط لاحتاج الى الروايات لكونه موافقاً للقاعدة فان القاعدة الاولى تقتضى مشروعية هذا الشرط فى الثمن والمثمن أما على النحو الذى ذكرناه من كون انشاء الملكية من الاول مضيقاً أو بمقتضى المؤمنون عند شروطهم كما هو واضح وكيف كان لاشبهه فى جواز اشتراط الخيار للمشتري بردّ المبيع .

نعم فرق بين المقام وبين اشتراط الخيار بردّ الثمن وهو انك عرفت قيام القرينة العرفية والارتكاز العرفى على أن اشتراط رد الثمن أعم من رد شخصه أو بدله فان ما اوجب البايع أن يبيع داره مثلاً من زيد على هذا النحو هو احتياجه الى ثمنه واشتراط الخيار برد نفس الثمن لا يفيد ولا يرفع حوائجه كما هو واضح .

ولكن تلك القرينة العامة فى المقام على العكس حيث أنه قد تعلق غرض البايع بحفظ المبيع كما عرفت والا لباع متاعه بأكثر من ذلك فان اشتراط الخيار يوجب نقص القيمة كما عرفت وعليه فاشتراط المشتري الخيار لنفسه متى ردّ المبيع إنما هو ظاهر بحسب الارتكاز العرفى فى ردّ عين المبيع كما هو واضح .

وعليه فلو تلف المبيع سقط خيار المشتري وأما البايع فسقوط خياره وعدمه تابع لشروطه كما لا يخفى نعم لو اشترط المشتري على البايع ثبوت الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أو بدله فلا يسقط خياره بتلف المبيع بل له الخيار بردّ بدله كما هو واضح .

ثم انه هل يجوز اشتراط الخيار بالرد أم من أن يكون برد المبيع أو بدله حتى مع عدم تلف العين أو لا وقد استشكل المصنف في ذلك هنا كاستشكله في اشتراط الخيار برد الثمن أم من رد العين أو البدل حتى مع بقاء الثمن والوجه فيه ما ذكره هناك من أنه مخالف لقانون الفسخ فيكون غير مشروع وذلك لان مقتضى قانون الفسخ أن يرد كل مال الى صاحبه بالفسخ ويكون الثمن راجعاً الى المشتري و يرجع المبيع الى البايع فان معنى الفسخ هو كون البيع كعدمه و اشتراط رد بدله مع الانفساخ مخالف لذلك كما هو واضح .

وقد ذكرنا سابقاً أن ما ذكره المصنف وان كان متيناً و لكن يمكن أن يكون ذلك بشرط آخر ولو كان ضمناً بأن يشترط في نفس هذا البيع بأن يشترط الفسخ برد المبيع ويشترط أيضاً أن يبادل المبيع بعين آخر بحيث ان المشتري يفعل فعلين بحسب الاشتراط أحدهما فسخ العقد والثاني تبديل المبيع بعين آخر ولو كان هذا التبديل بالوكالة من قبل البايع كما عرفت ذلك في السابقة .

وعلى الجملة فاشتراط الخيار برد المبيع أو بدله حتى مع البقاء ينحل الى شرطين أحدهما ثبوت الخيار للمشتري أو فسخ العقد بالرد والثاني تبديل كونه وكيلاً في تبديل المبيع بعين آخر فرد البدل من جهة المبادلة المستقلة الجديدة الحاصلة بعد الفسخ فلا يكون الشرط مخالفاً لقانون الفسخ ودعوى أنه لو كان التبديل بعنوان المبادلة الخاصة لكون المشتري وكيلاً في ذلك لكان باطلاً بعزل الموكل الوكيل قلنا هذا مبني على جواز عزل الوكيل الذي اشترطت وكالته في ضمن العقد اللازم وعدمه فانه بناءً على الجواز فلا مانع منه هذا فيما اذا كان

الشرط شرط الفعل وأما اذا كان الشرط شرط النتيجة بان يشترط المبادلة بعد الفسخ فالامر أوضح فأنه بمجرد انفساخ العقد يتبدل المبيع ببديل آخر كما هو واضح .

والامر أوضح اذا اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمى وبالقيمة فى المثلّى فانه حينئذ تكون المبادلة فى الذمة بين القيمى والمثلّى وتكون الذمة مشغولة بالقيمة بعد ما كانت مشغولة بالمثل وحيث ان الامر هنا اوضح ولذا لم يستشكل المصنف هنا بعد منع الجواز فى العين الخارجية بدعى أن اشتراط التبدل هنا بمنزلة اشتراط ابقاء ما فى الذمة بغير جنسه لا اشتراط ضمان التالف المثلّى بالقيمة وبالعكس وهذا بخلافه فى السابق فان اشتراط البديل هناك اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع لكونه مخالفاً لقانون الفسخ فيكون مخالفاً للكتاب والسنة ثم أمر بالتأمل .

ولكن على ما ذكرناه لافارق بين المسئلتين الا ان التبدل فى الاولى فى العين الخارجية وفى الثانية فى الذمة وهو واضح .
ثم انه يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه او بدله ويجرى فى كل من الطرفين كل واحدة على حدة الذى ذكرناه مفصلاً .
قوله مسألة لا اشكال ولا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع وجريانه فى كلّ معاوضة لازمة أقول هل يجرى خيار الشرط فى غير البيع من العقود أم لا الظاهر أنه لا خلاف فى عدم اختصاصه بالبيع وجريانه فى غيره ايضاً لا من جهة الروايات الخاصة الواردة فى هذه المسئلة فانها مختصة بموارد خاصة كما عرفت بل لان خيار الشرط موافق لمقتضى القاعدة فيجرى فى غيره ايضاً ولذا تعدوا من موارد

الروايات فان موردها صورة ردّ تمام الثمن وتعدوا والتزموا بجوازه
أى بجواز اشتراط الخيار برّد بعض الثمن كما عرفت وهذه القاعدة أما
لعموم المؤمنون عند شروطهم أو لما ذكرناه فى كون الشرط مرجعه الى
انشاء الملكية المحدودة أو غير ذلك وهذا فى الجملة مما لا شبهة
ولا خلاف فيه وأنما الكلام فى جريان هذا الخيار فى جميع افراد
المعاملات حتى الايقاعات أم لا .

وقد يقال : بمنع جريانه فى الايقاعات بدعوى أن المفهوم من
الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار والايقاع أنما
تقوم بواحد .

وفيه ما ذكره المصنف من أن المستفاد من الاخبار كون الشرط
قائماً بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفاً على الايجاب
والقبول الا ترى أنهم جاوزوا أن يشترط فى اعتاق العبد اشتراط
خدمة مدة متمسكاً بعموم المؤمنون عند شروطهم وهذا لاشبهة فيه
وعليه فلا مانع من اشتراط شئ فى الطلاق والعتاق متمسكاً بعموم
القاعدة الدالة على جواز الشرط كما هو واضح .

وقد يظهر من المصنف وجه آخر فى المنع عن جريانه فى الايقاعات
وقد أصر عليه شيخنا الاستاذ فى عدة موارد وحاصله أن الخيار أنما
يجرى فى مورد يكون العقد قابلاً للاقالة والانفساخ بها فانه يستكشف
من ذلك أن اللزوم لزوم حقى فكل ما يكون اللزوم فيه حقياً يدخل
فيه الشرط أيضاً وأما ما لا تدخل فيه الاقالة فيستكشف من ذلك كون
اللزوم حكماً فلا يمكن رفع اللزوم بجعل الخيار فى العقد وحيث ان
الايقاعات مما لا تدخل فيه الاقالة فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكماً

فلا يدخل فيه خيار الشرط وهذا هو الكبرى الكلى فى كل عقد يدخل فيه خيار الشرط وما لا يدخل فيه خيار الشرط .

اقول : قد عرفت فى أول البيع أنه لا فارق بين الحكم والحق من حيث الحقيقة بل كلاهما من حقيقة واحدة ومن مجعولات الشارع غاية الأمر أن الشارع قد أعطى الاختيار بيد المتعاملين فيقبل الحل والفسخ وكذلك فى الجواز وسمى ذلك بحسب الاصطلاح حقاً وفى الآخر لم يجعل فيه لاحد سلطنة أصلاً ولا يقبل الفسخ أصلاً كما أن الجواز الحكى كذلك فانه لا يقبل النقل و الاسقاط و سسمى ذلك بحسب الاصطلاح حكماً كما هو واضح .

وعليه فلا بدّ فى تمييز اللزوم الذى لا يقبل الفسخ عما يقبل الفسخ وكذلك فى الجواز من الرجوع الى الأدلة كما هو واضح ومن هنا نرى أن النكاح لا تدخل فيه الاقالة ولكن يدخل فيه الخيار من بعض الجهات كما فى موارد العيوب الخاصة ولا يدخل فيه الخيار من غير هذه الجهة وعلى الجملة فدخل الاقالة فى العقد وعدم دخوله ليس ميزاناً فى المقام وعليه فكما دلّ الدليل بعد الرجوع اليه من عدم دخول الشرط والخيار بعقد أو ايقاع وكونه لازماً من جميع الجهات أخذ به والا فعمومات وجوب الوفاء بالشرط متبع وعليه فيجرى الخيار فى كل عقد وايقاع حتى الطلاق ما لم يدل دليل على خلافه .

وقد يستدل فى ذلك بدليل لزوم الوفاء بالشرط وقد منع - بعضهم جريانه فى الاقاعات بدعى أن مفهوم الشرط ما كان بين اثنين والاقاعات لا تقوم الا بواحد وفيه أن المستفاد من الشروط ما كان بين شخصين لا كونها متوقفة على الايجاب والقبول كما هو واضح .

ثم منع المصنف عن جريان شرط الخيار في الايقاعات بدعوى منع صدق الشرط في الايقاعات وانصرافه الى العقود خصوصاً على ما في القاموس من تفسير الشرط بما كان في العقود ثم ذكر وجهاً آخر لمنع جريانه في الايقاعات وأسرع عليه شيخنا الاستاذ في موارد عديده واصله ما اشارنا اليه من أن الخيار إنما يجري في عقد كان للزوم فيه حقياً بحيث يتمكن المتعاقدان عن فسخ العقد بالاقالة وأما فيما كان للزوم فيه حكماً فلا يجري فيه ذلك ومن الواضح أن الايقاعات لا تدخل فيها الاقالة فنكشف من ذلك عدم جريانه في الايقاعات كما هو واضح . وقد عرفت الجواب عنه وقلنا أن للزوم حكم الهى قد جعل في العقود وفي أى مورد دلّ دليل على جواز دخول الخيار فيه ناخذ به و إلا فلا فدخل الاقالة في بعض العقود وعدم دخولها في بعض ليس ميزاناً لجريان الخيار فيها وعدم جريانه فيها فلا يوجب ذلك كون حقيقة للزوم متعدداً حقياً تارة وحكماً أخرى بل الحقيقة في جميعها على نسق واحد ومن هنا ترى جريان الخيار في عقد النكاح من بعض الجهات دون بعض مع عدم جريان الاقالة فيه وعلى الجملة جواز جعل الخيار في العقود وعدم جواز جعله فيه تابع للدليل ففي كلّ مورد دلّ الدليل على جواز ناخذ به و إلا فنحكم بالزوم للعمومات الدالة على الزوم .

والتحقيق أن يقال انه بناءً على كون دليل الشرط الخيار في العقود هو دليل الوفاء بالشرط اعنى المؤمنون عند شروطهم الذى ورد في الروايات المستفيضة لا يمكن التمسك بها لوجه اخر بل دليل الشرط هو شئ آخر قد أشرنا اليه فيما سبق وحاصله أن المنشئ الذى يشترط

الخيار فى العقود أنما ينشئ من الاول ملكية محدودة بعدم الفسخ فيكون ما التزمه كلّ منهما فى مقام الانشاء مشمولاً لأدلة الوفاء بالعقد ولا تكون تلك الأدلة شاملة لها من الاول حتى يتنازع فى خروجها عنها وعليه فيجوز لكل من المتعاقدين فى العقود ولخصوص المنشئ فى الايقاعات أن ينشئ من الاول حصة خاصة و ملكية محدودة و زوجية محدودة و طلاقاً محدوداً من الاول فلا يكون المشمول لأدلة اللزوم الا خصوص هذه الحصة الخاصة فقط فان أدلة اللزوم تدلّ على لزوم ما التزمه العاقد لاغيره والا لتخلف العقد عن القصد .

وأما ان كان المدرك لجعل الخيار فى العقود و الايقاعات هو دليل الوفاء بالشرط و هو لا يشمل الايقاعات أصلاً لوجهين الاول أنّك قد عرفت فيما سبق أن معنى المؤمنون عند شروطهم هو الحكم التكليفى أى أن المؤمن لا بدّ و ان يقف عند شرطه ولا يتجاوز عنه بالتخلف نظير المؤمن عند عهده و وعده و فى بعض الروايات و ليفى بشرطه و نظير ذلك و ليس للمؤمن أن يتخلف من شرطه و عهده بعد ما عهد و اشترط على نفسه فعلاً فان من لوازم الايمان هو ذلك كما ان من لوازم الايمان هو اتيان الواجبات و ترك المحرمات وكذلك من لوازم الايمان أن يفى المؤمن بشرطه .

الوجه الثانى أن مقتضى الظاهر من قولهم (ع) المؤمنون عند شروطهم هو أن من التزم بشرط و اعتبر على نفسه فى عقد فلا بدّ من الوفاء عليه و من الواضح أن هذا لا يتم فى الايقاعات فان المطلق مثلاً هو الذى يشترط على الزوجة شرطاً من غير اطلاع منها فلا يكون شرطاً عليها ليشملها المؤمنون عند شروطهم اذ ليس عندها شرط أصلاً حتى

فيها ومع الغض عن الاشكال الاول فايضا لا يشمل الحديث الايقاعات .
 وعليه فيختص بمورد كان متعلق الشرط هو الفعل ليكون العمل به
 ممكنا وعليه فشرط الخيار خارج عن مفاده لعدم كونه فعلا وهذا هو
 الظاهر من قضية المؤمنون عند شروطهم وان قلنا أن مرجع الشرط -
 بالأخرة الى جعل الخيار ولكن بالالتزام لا بالمطابقة، و أما اذا كان
 المدرك لجعل الخيار في العقود ما ذكرناه فهل يمكن جعله في جميع
 العقود والايقات بأن يكون المنشئ قد انشأ الطلاق المضيق ومقيدا
 بعدم الفسخ مثلا أم لا والظاهر هو الثاني فان المتفاهم من جعل
 الشرط أن يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط و يكون له خيار في
 اعدام الامر الثابت بالانشاء وفي الايقاعات مثل الطلاق والعتاق و
 الابرأ ليس الامر كذلك فانها أمور عدمية وتوضيح ذلك أنه لو أغضنا
 عن عدم شمول دليل الوفاء بالشرط لجعل الخيار و قلنا بشمول الرواية
 لشرط الخيار أيضا ولكن الظاهر من الشرط ما يكون المشروط فيه اثباتا
 لشيء وإيجادا له في مقام الاعتبار بحيث لو تخلف المشروط عليه لثبت
 للمشروط له الخيار والايقات المسلمة مثل الطلاق والمعتق والابرأ
 خارجة عن ذلك بحسب الارتكاز العرفي فانها عبارة عن رفع شيء و
 ازالته فان الطلاق رفع الزوجية والعتاق رفع العبودية والابرأ اعدام
 اشتغال الذمة وهكذا فليس هنا اثبات شيء وإيجادا للطرف الآخر
 بحيث اذا تخلف بالشرط فيفسخ المشروط له ذلك ويعدم ما أثبتته
 للمشروط عليه ويحله فان الطلاق يعدم الزوجية ولذا ورد في بعض
 الروايات يلقي حبلا عليها . أى يقطع العلاقة بينهما ومن الواضح
 لو ثبت فيه الخيار فلازم ذلك أن يرجع اليها من التخلف ولو بعد سنين

واختياره زوجا آخر فبناءً على عدم اختصاص دليل الوفاء بالشّرط بالافعال فالارتكاز العرفى مانع عن جريانه فى الايقاعات أيضا حتى على ما ذكرنا أيضا من المبنى فان المتفاهم من الامور المذكورة اعدام الموضوع على وجه الاطلاق فالتوقيت ينافى ذلك كما هو واضح .

وأما ما ورد من جواز عتق العبد والامة مع الشّرط عليها فليس ذلك فى الحقيقة اشتراطا للخيار أو الشّرط فى الايقاع بل العبد وجميع شؤونه من الاول ملك لمالكه والمالك انما رفع اليد عن مقدار من ملكه وأبقى مقدارا آخر لا أنّه يعتق العبد على وجه الاطلاق ثم يشترط عليه شرطا كما هو واضح .

والحاصل أنّه بناءً على ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط هو انشاء المنشأ مقيدا ومضيقا بحدّ خاص ليكون المشمول لادّلة اللّزوم هو هذه الحصّة الخاصّة فايضا لا يمكن جعل الخيار فى الطّلاق والعتق والابراء لانّها أمور عدميّة فالطلاق اعدام الزّوجيّة والعتاق اعدام الرّقية والابراء اعدام اشتغال الدّمة والظاهر من مفهوم هذه الامور بحسب الارتكاز اعتبار الشّرط والخيار فيها منافيا لمفهومها فان معنى الطلاق هو الاطلاق والارسال المعبر عنه فى الفارسيّة (رها کردن) ومن الواضح أن شرط الخيار بحيث أن يكون له الفسخ ولو كانت المرأة المتزوّجة ليضرها مناف لهذا المفهوم كما هو واضح وكذا مفهوم العتق ومفهوم الابراء .

وأما الوقف والايضاء فبناءً على كونهما من الايقاعات كما هو الظاهر فليسا من الامور العدميّة فيكونا مثل العقود فلا بدّ أيضا من التكلّم فيها بأنّه هل يجرى فيهما وفى جميع أقسام العقود أم لا .

فنقول أمّا النّكاح فقد ادّعوا الاجماع على عدم جريان الخيار وشرطه

فيه وذكر السيد ره أن عدم جريانه فيه وكونه مفسدا للنكاح على تقدير الاشتراط من جهة الاجماع والا فمقتضى القاعدة هو جواز الاشتراط فيه وعدم كون الشرط مفسدا له .

ولكن الظاهر أنه لا يجرى فيه الشرط و على تقديره يكون مفسدا وليس ذلك مثل بقية الشروط التي لا تكون مفسدة للعقد . والوجه في ذلك هو ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط في العقود هو تضيق دائرة المنشأ وجعله على قسم خاص وكونه مقيدا بعدم الفسخ و عليه فاذا اشترط الخيار في عقد النكاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متى أراد و عليه فلا يعلم انه يفسخ النكاح او لا يفسخ و على تقدير انه يفسخ فلا يعلم أنه متى يفسخ و عليه فيكون وقت الفسخ مجهولا وحيث أنه لم يرد النكاح في الشريعة الاعلى قسمين دائمي وموقت و هذا العقد خارج عن كلاهما فانه ليس بدائمي لكون الزواج مقيدا بعد الفسخ كما عرفت اذا لامعنى لاعتبار الزواج بعد الفسخ أيضا ليكون دائمي لكونه تناقضا واضحا و لغوا محضا و أما الموقت فلانه مشروط بكون الوقت معلوما ومسمّا كما ورد في الروايات الكثيرة بل في قراءة بن عباس الى أجل مسمى حيث اضاف لفظ المسمى وحيث ليس الاجل هنا معلوما فيكون باطلا فلا يقاس ذلك ببقية الشروط الفاسدة الغير المبطله للعقد واذن فاشتراط الخيار في النكاح فاسد ومفسد للعقد .

نعم لو كان التوقيت بما وقت به الشارع كالطلاق والعيوب الخمسة فلا مانع منه فانه أمر تعبدى حتى لو صرحا الزوج والزوجه من الاول بذلك لكان صحيحا أيضا بأن قال زوجت الى أن أطلق أو الى أن يظهر شيء من العيوب .

و أما الوقف سواء كان من العقود أو الايقاعات فقد ذكرنا في بيع

الوقف أنّه على قسمين الأوّل أن يكون تحريرا و فكا للملك كالمساجد و نحوها فهو مثل العتق فيكون من الامور العدميّة فبالوقف بعدم الملكية و يفكها و يجعلها محرّرة و يجرى فيه جميع ما ذكرناه فى الطّلاق و العتق و الابرأ فلا يمكن فيه جعل الخيار لكونه منافيا لمفهوم التّحرير بحسب الارتكاز العرفى .

فأنّه لا معنى للتّحرير مع كونه مختارا فى ارجاعه الى ملكه ، نعم لو كان كذلك لم يكن وقفا بل يكون من قبيل السّكنى و العمراء و الرّقبى .
و القسم الثّانى و هو ما كان من قبيل التّمليك كالأوقاف الخاصّة و كالوقف على المسجد بناء على كونه ملكا للمسجد لا أنّه يكون مثل المسجد محرّرا فالظاهر أنّه مبنى على أن التّأييد مأخوذ فى حقيقة الوقف أم لا فأنّه بناء على أخذه فيه لا يجوز هذا الاشتراط لأنّه يكون الاشتراط بالنسبة الى الوقف متناقضا لان اعتبار الوقف مقتضى التّأييد و الاشتراط يقتضى التّوقيت بناء على ما ذكرناه من رجوع الشرط الى تضيق دائرة المنشاء و هما لا يجتمعان و اعتبار التّأييد حتّى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح و أمّا بناء على عدم أخذ التّأييد فى الوقف و القول بجوازه سنة نظير السّكنى و الرّقبى فلا بدّ من تنقيح هذه الكبرى و أن التّأييد مأخوذ فى الوقف أم لا .

و أمّا ما فى الموثقة من قوله (ع) من أوقف أرضا ثم قال ان احتجت اليها فأنا أحقّ بها ثم مات الرّجل فأنّها ترجع فى الميراث فلا دلالة فيها على المدعى حيث ان محلّ كلامنا فى شرط الخيار و الرواية راجعة الى شرط النتيجة و رجوع الوقف الى ملك الواقف مع الاحتياج فاحدهما أجنبى عن الآخر .

وربما علل على عدم جريان الخيار في الوقف باشتراط القربة في الوقف وهو ممنوع صغرى وكبرى أمّا الكبرى فلعدم الدليل على اعتبار القربة في الوقف وأمّا الصغرى فذلك فاته لادليل على أن القربة مانعة عن الاشتراط مع وجود الدليل على الاشتراط أمّا دليل الوفاء بالشروط أو ما ذكرناه في الوقف كما هو واضح فالظاهر أن شرط الخيار وعدمه متوقف على ما ذكرناه من اعتبار من التأييد في الوقف وعدمه .

والحاصل أنه قسم المصنّف العقود على ثلاثة أقسام الأول ما يدخل فيه الخيار اتفاقا كالنكاح ونحوه الثاني ما يدخل فيه الخيار كالبيع ونحوه من أقسام المعاملات الثالث ما يكون مختلف فيه كالوقف ونحوه .

أقول التحقيق أن يقال : أن في كلّ مورد نعلم بجواز شرط الخيار في عقد نحكم بصحة أخذه فيه وفي كلّ مورد نعلم بعدم جواز أخذ الخيار في عقد نحكم بعدم صحة أخذه فيه وفي مورد الشك نرجع الى الأصل ومن الواضح أن مقتضاه هو جواز أخذه فيه وعدم ترتب الأثر على غير ما أخذه المتبايعان في العقد .

بيان ذلك أنك قد عرفت آنفا أن معنى جعل الخيار في العقد هو تحديد المنشأ بحدّ خاص بحيث ينشئ البائع مثلاً بيع داره مقيداً بعدم فسخه وقلنا أن التملك المؤقت وإن كان لا معنى له فإن معنى بيع الدار هو تملكها موبداً من حيث الزمان وغير مقيد بزمان ولكن ينافي ذلك تحديده من حيث الزمانيات فيبيع داره مقيداً بعدم فسخه أى ينشئ ملكية داره لزيد مقيداً بالقيود المذكور لاعلى وجه الإطلاق وعليه فيكون أدلة اللزوم والصحة شاملة لذلك فإذا شككنا في جواز ذلك فبمقتضى القاعدة نحكم بجوازه وبعدم كون غير ذلك منشئاً وعدم كون التملك على وجه

الاطلاق فان القدر المتيقن هو التملك الخاص فالزائد عنه مشكوك
فالاصل عدمه .

و بعبارة اخرى أن الحكم بكون مال شخص لشخص آخر يحتاج الى
سبب والفرض أن المالك لم ينشئ الا ملكية محدودة فان أمضى الشارع
ذلك فهو والا أى وان أمضى ملكية مطلقة يلزم أن يمضى الشارع ما لم
ينشئ فيكون المنشأ غير ممضى والممضى غير منشئ وعليه فكلما شككنا فى
نفوذ شرط وخيار فالاصل يقتضى نفوذه فان مقتضى عدم النفوذ هو الحكم
بما نشك فى انشائه فالاصل عدمه كما لا يخفى .

هذا ما يقتضيه الاصل الذى لا بدّ من الرجوع اليه عند الشك ثم ان
الشرط قد يرجع الى الخيار وقد لا يرجع ويتضح ذلك بما سنذكره و
اذا عرفت ذلك فنقول لا بدّ من تحقيق معنى الشرط وما يجوز جعله فى
العقود وما لا يجوز ليتضح ما هو الضابط فى المقام أعنى ما يدخل فيه
الخيار وما لا يدخل فيه الخيار حتى نرجع فى غيره الى الاصل .

أما الشرط الذى اشترط فى العقود قد يكون راجعا الى اشتراط
أمر غير اختياري واخرى يرجع الى اشتراط امر غير اختياري وعلى كل
حال قد يرجع الاشتراط الى جعل الخيار وقد لا يرجع .

أما اذا كان الاشتراط اشتراط أمر غير اختياري كما اذا اشترى عبدا
فشرط كونه كاتباً أو اشترى متاعاً آخر فشرط كونه على وصف خاص فانه
لا شبهة فى أن كون العبد كاتباً أو كون المبيع على وصف خاص من -
الاصناف التى ليس فى اختيار البائع غير اختياري للبائع وعليه فلا معنى
للإشتراط الا توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى فانه لا يتصور
لهذا الاشتراط معنى الا أن يكون العقد معلقاً عليه أى أبيع على هذا

الشَّروط والا فلا أبيع مثلاً معنى بيع العبد بشرط كونه كاتباً أنه أبيع ذلك على أن يكون كاتباً والآ فلا أبيع فيكون باطلاً للتعليل .

وأما أن يكون المراد من الالتزام الشرطى التزام آخر فى ضمن الالتزام البيعى من غير أن يرتبت أحدهما بالآخر وأما أن يراد ما ذكرناه من توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى من غير أن يكون البيع متوقفاً على ظهور المبيع بوصف خاص بل الالتزام على البيع و الوقوف عليه موقوف على الشرط كما هو واضح .

وعلى هذا فلو تخلف الوصف فيكون المشروط له مخيراً فى بقاءه على التزامه وعدم بقاءه فيكون له الخيار .

وأما إذا كان الشرط فى العقود من الأمور الاختيارية فهو على قسمين : الأول : أن لا يكون العقد ممّا يجرى فيه الخيار كمثل النكاح مثلاً فان معنى الشرط حينئذ هو مجرد توقف الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى من خير أن يكون مرجعه الى جعل الخيار أصلاً بل فائدته ليس الآ الزام المشروط عليه تكليفاً على الوفاء و الوقوف على التزامه فان المشروط له إنما أنشأ العقد على هذا الالتزام بحيث لو كان المشروط عليه لقبل الايجاب المنشأ على هذا النحو لقبل مقيداً لكان باطلاً لعدم المطابقة بينهما وقد ذكرنا فى أوائل البيع أنّه لو أنشأ الموجب عقداً مشروطاً بشرط فقبل القابل بلا شرط لبطل فان ما أنشأه البايع لم يقبله المشتري وما قبله القابل لم ينشأه الموجب وعلى كلّ حال فهذا الاشتراط ليس له فائدة الآ الزام المشروط عليه ولا باس بذلك أيضاً و يترتب عليه الأثر من حكم النشوز ونحوه فى النكاح ولا يضر تعليل العقد بذلك فان بطلان التعليل فى العقود ليس الا من جهة الاجماع ومن الواضح أن المتيقن

منه صورة كون المعلق عليه مشكوكا لا فيما يكون منجزا و لذا قالوا يعتبر التنجز فى العقود و هذا المعنى متعارف فى العرف أيضا فأنه يقول بعضهم لبعض بعثك هذا المتاع لك بشرط أن تلتزم بذلك الشرط او يقول أحد الزوجين للآخر زوجتك نفسى بشرط أن تلتزم بالشرط الفلانى من تعيين المكان و نحو ذلك و من هذا القبيل اشتراط الشرط الفاسد فى العقد من شرب الخمر و نحوه فان الشرط أعنى الالتزام حاصل بالنسبة الى المشروط عليه و لكن لم يمضه الشارع فمورد الشروط الفاسدة هو ذلك فيصح العقد لان شرطه و هو التزام الطرف حاصل و ان لم يمضه الشارع .

الثانى أن يكون الشرط مرجعا لكلا الأمرين بأن يكون الشرط أمرا اختياريا و يكون معناه التزام الموجب بالبيع و نحوه مثلا مقيدا بالالتزام الطرف الآخر بالشرط فيكون منجلا الى أمرين أحدهما الزام الطرف أى المشروط عليه أولا بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و سيأتى تفصيل ذلك فى باب الشروط .

و بعبارة أخرى أن الشروط على ثلاثة أقسام : الاول : ان يكون مرجعه الى جعل الخيار للمشروط له كاشتراط الاوصاف فى المبيع مثلا الخارجة عن القدرة كما اذا باع عبدا فشرط المشتري على البائع كونه كاتباً فان كونه كاتباً ليس فى قدرة البائع فاذا ظهر غير كاتب فليس - للمشتري الزامه بكونه كاتباً و هكذا فى جميع الاوصاف الغير الاختيارية غاية الأمر فيثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فله أن يرضى بالمبيع الفاقد للوصف و له أن يفسخ العقد و يرجع الثمن .

الثانى : أن يكون متعلق الشرط أمرا اختياريا كما اذا اشترى

أحد شيئاً و شرط فى ضمنه أمراً مقدوراً للبائع كخياطة ثوبه و بناءة داره أو نجارته بابه و نحو ذلك من الأمور المقدورة للبائع و فى مثل ذلك فالشروط مجمع للامرين الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء ثبت له خيار تخلف الشرط فله أن يرضى بالعقد بدون الشرط و له أن يفسخ العقد .

الثالث : أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً فى العقد الذى لا يجرى فيه الخيار إلا فيما عينه الشارع بدليل خاص كعقد النكاح فانه لا يجرى فيه الخيار الا بالاسباب التى عينها الشارع بدليل خاص فمقتضى الشرط هناليس التعليق الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى فلا شبهة فى جواز التعليق حينئذ فان المعلق عليه و هو التزام المشروط عليه حاصل و التعليق إنما يضر اذا كان متعلقه مشكوكا و ليس كذلك فما هو باطل هو الثانى دون الاول فان مورد المتيقن من الاجماع هو الثانى و أما الاول فالتعليق على نفس وجود المبيع مثلاً .

و عليه فلو تخلف المشروط عليه عن شرطه فلا يثبت للمشروط له الخيار فان فائدة هذا الشرط ليس الا الزام المشروط عليه على الوفاء و مع عدمه لا يثبت الخيار نعم يمكن ترتب بعض الاثار عليه فى مثل عقد النكاح من عدم تحقق النشوز و نحوه مثلاً كما اشترط الزوجة مكاناً خاصاً لزوج فلم يف فذهاب الزوجة الى ذلك المكان لا يوجب النشوز و لا يضر ذلك بصحة العقد فان المعلق عليه حاصل جزماً أعنى التزام المشروط عليه وكذلك اذا كان الشرط فاسداً فان تعليق العقد بالوفاء بالشرط الفاسد من هذا القبيل أى الشرط حاصل و هو الالتزام بالوفاء بالحرام غاية الأمر لم يعضه الشارع و من هنا نقول ان الشرط الفاسد لا يفسد

العقد كما سيأتى فى باب الشروط .

نعم مع عدم الالتزام فى جميع الصور المتقدمة من الاول لم يبطل العقد من الاول لان ما انشأه البايع لم يقبله المشتري وما قبله المشتري لم ينشئه البايع كما لا يخفى .

ثم انك عرفت من جميع ما تقدم فى معنى الخيار أن معناه ليس الا تحديد الملكية المنشأه بزماين ومعنى التحديد أن البايع مثلا يعتبر ملكية داره لزيد الى الأبد من حيث الزمان ويلزم بذلك على وجه الاطلاق ولم يقيد أصل التزامه بشئ فان الاطلاق والتقييد فى أصل الالتزام غير معقول ولكن يقيد ذلك بحسب الطوارئ والكيفيات من حيث الزمانيات ونتيجة ذلك أن المشتري له التصرف فى المبيع بأى كيفية يريد حتى بالاعدام ونحوه فان له ذلك على وجه الاطلاق ولكنه ملكيته و سلطنته أعنى الواجدية هى محدودة بحدّ خاص وهو عدم الفسخ فاذا فسخ ترتفع هذه السلطنة وما يجوز له من التصرفات وتنقطع سلطنته عن العين و نظير ذلك كثير فى العرف فانه يكون شخص سلطانا الى سنة كما هو كذلك فى الرئاسة الجمهورية ولكن تصرفاته فى الاملاك مطلقة فله أن يتصرف فى زمان سلطنته تصرفا مطلقا و تصرف خمسين سنة بأن يوجر أرضا الى خمسين سنة وهكذا وكذلك المتصرفين المنصوبين فى البلاد من قبل الملك فان سلطنتهم وان كانت مقيدة بأمد خاص ولكن تصرفاتهم مطلقة ولذا تنفذ أمورهم بعد انعزالهم أيضا كالطرق والشوارع وكذلك رئيس الوزراء و نحوهم وكك الامر فى كل معاملة خيارية فان معناه تحديد المنشأ فيكون نفس السلطنة خاصة ولكن نفوذ التصرف بجميع انحائه مطلقا .

والحاصل أن أصل الالتزام وان كان غير قابل للاطلاق و التقييد

فانه كالانشاء اما يوجد أولا وانما الاطلاق والتقييد باعتبار المتعلق و لكن تقييد استمراره باعتبار متعلقه شئ ممكن بأن يقيد الوقوف عليه و استمراره بشرط و عليه فلا مانع من تحديد الالتزام البيعى بحسب -
الاستمرار بالالتزام الشرطى فتكون النتيجة من المجموع كون الملكية مقيدة
بحد خاص كما هو واضح .

ثم انه كما يوجب الفسخ انقطاع سلطنة المشتري عن العين بالكلية
وكذلك التلف فانه اذا تلف مال أحد تنقطع سلطنته عن العين وعن
ماليته بالكلية الا اذا كان التلف مستندا الى شخص يكون اتلافه موجبا
للضمان فانه تكون سلطنته باقية فى المالية فان ذمة المتلف تكون
مشغولة بذلك و أما اذا لم يكن مستندا الى شخص فتكون سلطنة المالك
منقطعة عن العين وعن ماله بالمرة كما كان تنقطع بالفسخ فاذا تلف
المبيع عند المشتري فى غير زمان الخيار فتكون سلطنته منقطعة عنه .
ولكن مع ذلك هنا فرق بين التلف و بين الفسخ وان كانا مشتركين
فى اصل انقطاع سلطنة المالك عن العين فانه فى صورة التلف فالمعاقدة
باقية على حالها بحيث أن المتبايعين وكذلك العرف والعقلاء يعتبرون
ملكية العين التالفة للمشتري فى هذا الزمان أيضا قبل التلف فيعتبرون
أن المشتري كان مالكا قبل التلف بخلافه فى الفسخ فانه بالفسخ تنفسخ
المعاملة من الاول ولذا لو ادعى البائع ملكية المبيع وضمان المشتري
عليه بالمثل بحيث أن يرد ثمنه و يأخذ مثل ماله فيقول المشتري كان التلف
فى ملكى وأنا كنت مالكا بالعين قبل التلف بالمعاقدة التى تبقى والمقام
شبيه بالحجة حيث أن الفاعل اذا اتى بعمل مستندا الى حجة شرعية
ففى أى وقت سئل عن وجه اتيانه فيقول كانت الحجة عندى فلو قيل: أعد

فيقول الحجة تقتضى عدم الاعادة وكذلك بعد الوقت ففى كل وقت يدعى بقاء الحجة واستناد عمله اليه وكذلك فى المقام فان المشتري فى كل وقت يدعى كون التلف فى ملكه وعدم الضمان لبدل المبيع لبقاء المعاقدة معه فيقول أنا لست ضامنا بمثله أو قيمته فانى عاملت عليه و يدعى فى كل وقت بقاء المعاقدة واستناد عدم الضمان على مثله أو قيمته الى المعاقدة ومن هنا تجوز الاقالة بعد التلف فح يرجع البايع الى مثل العين أو قيمته ويرد الثمن الى المشتري ان كانت عينه باقية والا فمثله أو قيمته .

فحال الفسخ ورفع الملكية وقطعها عن العين حال الاقالة بعد تلف العين فمغ الفسخ أيضا ان كانت العين باقية فترد الى البايع و الا فيرد المثل ان كان له الخيار حتى بعد تلف العين ومن هنا ظهر أنه لا وجه لقياس الفسخ وانقطاع السلطنة به بالتلف وانقطاع السلطنة به من جميع الجهات بل القياس فى انقطاع السلطنة بهما فقط ليس الا فانهم .

اذا عرفت ذلك كله فاعلم أن الميزان الكلى والضابطة الكلية فى جعل الخيار فى العقود والايقاعات هو أن لا يلزم من جعله ما ينافى مفهوم العقد بان ينافى التحديد مفهوم نفس العقد أو الايقاع كما اذا طلق مع جعل الخيار لنفسه أو ابراء ذمة المديون موقتا أو أعتقه كذلك فان المتبادر من مفهومها هو الابدية والتوقيت ينافيها فمعنى الابراء افراغ الذمة الى الابد والتوقيت امهال لا ابراء ومعنى الطلاق الارسال والاطلاق والتوقيت ينافيه وكذلك العتق .

أو كان هنا اطلاق أو عموم يقتضى صحة العقد الذى يجعل فيه

الخيار ففي البيع ونحوه من المعاملات مقتضى أوفوا بالعقود و سائر الأدلة هو صحة المعاملة التي جعل فيه الخيار فيكون شمولها عليها بهذا المقدار وأما بعد الفسخ فلا فتكون المعاملة المنشأة بقيد أى المنشئ المحدود بحد مشمولاً لدالة لزوم المعاملة فالزائد عن ذلك يكون خارجاً عن حدود الأدلة الدالة على اللزوم من الأول .

وأما في مثل النكاح فليس هنا اطلاق أو عموم تقتضى صحة عقد النكاح المقيد بوقت والمحدود بحدّ بعد ما كان ممكناً ثبوتاً مع العلم من الخارج بأن عقد النكاح لا بدّ اما وأن يكون دائماً أو موقتماً ولكن الى أجل معلوم أى مسمى كما في بعض الروايات وفي قراءة ابن عباس .
وعليه فجعل الخيار في عقد النكاح لا يدل دليل على صحة هذا القسم من النكاح أى المحدود بحدّ خاص لو لم يكن من الخارج يدل على كونه منحصرًا بقسمين لكانت العمومات الدالة على لزوم مطلق العقد محكمة ولكن قد عرفت جوابه .

ثم أنك عرفت عدم جواز جعل الخيار في النكاح بل الخيار فيه منحصرًا بالاسباب الخاصة وقد عرفت عدم جريانه في الايقاعات المذكورة من الطلاق والعقد والابراء وعرفت أيضاً أن جريانه في الوقف مبنى على اعتبار التأييد في الوقف وعدمه فانه بناءً على الاول لا يجري فيه الخيار لكونه منافياً لمفهوم الوقف كما عرفت في الطلاق والعقد والابراء وهذا هو المشهور بين الفقهاء وهذا هو الظاهر من الرواية التي ذكرها المصنف هنا من أنه وقف الواقف شيئاً واشترط عوده الى ملكه مع الاحتياج لحكم الامام (ع) بعوده ميراثاً وبطلان الوقف بل هو الظاهر من غير واحد من الروايات المذكورة في باب الوقف بل في بعضها ذكر

الامام (ع) أنه وقف الى أن يرث الله الارض ومن عليها .
 وأما الصدقة فالظاهر عدم جريان الخيار فيه فانها لله فما كان لله
 لا يرجع بل هو كك فى اعتبار العرف أيضا فانه لا يجوز العرف جواز رجوع
 المصدق الى الصدقة بعد مدة فهى نظير الوقف بناء على اعتبار التأييد
 فيه بل قسم من الوقف وعلى الجملة فالصدقة حيث كانت امرا قريبا فلا ترد
 وأما الوصية سواء كانت ايقاعا أو عقدا فان كان قبل الموت فهو جائز
 بطبعه فلا يدخل فيه الخيار بل كلما أراد الفسخ يفسخ وان كان بعد
 الموت فهو لازم فيجوز فيه جعل الخيار اذ لا ترى فيه ما ينافى مفهوم
 الايصاء وأنه موافق لما دلّ باطلاقه على صحة الوصية و لكن فى جعل
 الخيار فيها استبعادا محضا وذلك فان مقتضى جعل الخيار فيه انه
 بالفسخ من المورث أو من له الخيار أن المال يرجع الى ملك الميت فانه
 الذى انشأ العقد وجعل فيه الخيار وكان المال فى ملكه ثم بتوسط
 الميت ينتقل الى الورثة فان فى هذا استبعادا محضا بانه كيف يملك
 الميت بعد موته ولكنه مجرد استبعاد فلا محذور فيه .

وأما الهبة المعوضة التى لا تكون لذى رحم أو على وجه قريبى أو من
 الزوج للزوجة فلا شبهة فى جعل الخيار فيه فانه من العقود التى لا محذور
 فيها لجعل الخيار بوجه كما لا يخفى فانهم .

والحاصل أنك قد عرفت أن معنى جعل الخيار فى العقد هو جعل
 المنشأ مقيدا بقيد خاص وبحدّ خاص فيكون مفاد العقد هى الملكية
 المحدودة بعدم الفسخ ثم انك قد عرفت أيضا أن معنى جعل الشرط
 فى العقد هو كون البيع أى الملتزم به معلقا بذلك الالتزام الشرطى
 بحيث أنه لو لا ذلك الالتزام الشرطى المعلق عليه لما باع البائع ما له

أصلاً وقلنا ان التعليق في أمثال ذلك لا يضرّ فانه انما يضر ان كان الامر مشكوك الحصول لا لامر منجز كما لا يخفى ولا يفرق في ذلك أى صحة العقد المعلق على الالتزام الشرطى بين كون الشرط فاسدا كشرب الخمر ونحوه وبين كونه سائغا فان ما علق عليه العقد وهو الالتزام قد حصل تكويناً وان لم يمضه الشارع كما لا يخفى فانهم .

ثم انك قد عرفت ان العقد اذا توقف على شئ بحيث قد حصل مقيدا بذلك الشرط والالتزام كان المنشأ محدوداً بحدّ خاصّ وبقيد خاصّ بحيث ان المنشأ قد أنشأ هكذا فيكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود وسائر أدلة اللزوم هذه الحصة الخاصة من المنشأ المحدود ولا شبهة أنه مع تخلف هذا الشرط فللمشروط له خيار تخلف الشرط فيكون هنا التزام آخر من المشتري على أنه اذا خالف الشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط فيما اذا كان مرجع الشرط الى الخيار كما ذكرناه سابقاً ويكون ذلك في العقود التي يجري فيه الخيار فانهم فيكون دليل الوفاء شاملاً للعقد المقيد والمحدود بالتزامين والعقد بجميع هذه الشؤون يكون مشمولاً له .

والحاصل اذا كان البيع مثلاً معلقاً على شرط كالخياطة ونحوها والتزم المشتري بالوفاء بها فيكون البيع مقيداً بهذا الشرط بحيث يكون المنشأ محدوداً بذلك فيكون مشمولاً لما دل على اللزوم على هذا النحو الخاص ثم ان معنى جعل الشرط في العقد هو كون المشروط له مخيراً في حل ذلك العقد على تقدير مخالفة المشروط عليه بالشرط وعليه فالعقد معلق على التزامين أحدهما التزام المشتري بالشرط والثاني التزامه بأن للمشتري حل العقد على تقدير مخالفته وحينئذ فيكون المنشأ

مقيداً و محدوداً بكلا الالتزامين و معلقاً عليهما و يكون العقد المقيّد و المحدود بهما مشمولاً لأوفوا بالعقود و سائر أدلة اللزوم و عليه فلا مجال لتوهم أن حلّ العقد على تقدير تخلف الشرط مناف لأوفوا بالعقود بل هو مأخوذ فيه فان أوفوا يشمل العقود بجميع شؤونها كما هو واضح و مع تخلف الشرط ينتفى المشروط أعنى اللزوم فثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا معنى ما ذكر من أنه ينتفى المشروط مع تخلف الشرط كما هو واضح فان من التزم بالبيع التزمه على تقدير ولا شبهة فى عدم جواز قبوله بدون ذلك التقدير بداهة تفاوت قيمة المبيع مع الخيار و بدونه فاذا كانت قيمة المبيع خمسين بلا شرط و باعه عشرين مع الشرط فلو لم يكن للشرط دخل فى نقصان الثمن لم يقدم بهذه المعاملة الا السّفية كما هو واضح هذا فاغتنم .

ثم انه وقع الخلاف فى جريان الخيار و عدمه فى بعض العقود و قد عرفت عدم جريانه فى النّكاح و ما عن السيّد فى العروة أنّه لا يجرى فى النّكاح للاجماع فى غير محله بل لا يجرى لما ذكرناه و قد عرفت ايضاً عدم جريانه فى الوقف أيضاً بناءً على اعتبار التأييد فيه كما هو الظاهر من الرواية التى ذكرها المصنّف فى المقام و من بقية الروايات الدّالة على كون الموقوف وقفاً الى أن يرث الله الارض و من عليها و عليه فيكون جعل الخيار فى الوقف منافياً لمفهومه .

و أما الصّدقة فلا يجرى الخيار فيها أيضاً لانه كالوقف فى اعتبار التأييد فيها و اتّها وقعت لله و ما كان لله لا يرجع كما ذكر المصنّف بل فى بعض الروايات أن آخذ الصّدقة هو الله تعالى فاذا كان الطّرف هو الله فكيف ترجع الصّدقة وربّما يتوهم كما توهم بعض المحشين من أن ما

ذكره المصنّف هنا من كون الصدقة لله تعالى وما كان لله لا يرجع مناف لما ذكره في الوقف من الاشكال في الكبرى في عدم اعتبار القرية أى عدم الدليل على ذلك ولكن قد ظهر جوابه مما ذكرناه وبيانه أن الروايات الكثيرة قد دلّت على اعتبار القرية في الصدقة وكونها على وجه قريبي ومعنى اعتبار القرية هنا أن طرف لصدقة هو الله والآخذ هو كما في بعض الروايات فكأن المصدق يعطى الصدقة لله تعالى وما أخذه الله تبارك وتعالى لا يرجع .

وهذا غير كون الفعل قريبا أى مأتيا به على وجه قريبي لاجل ابتغاء الثواب وهذا لا ينافي جواز حل ذلك العقد وارجاع ما أعطى على وجه قريبي ولو قلنا بكون المعاملة مستحبة بذاتها وان انكرنا ذلك في المكاسب المحرمة وقلنا ان الاستحباب من جهة الفعل فلا يكون ذلك موجبا للزوم البيع كما هو واضح هنا لو باع أحد داره من عالم أو سيّد قرية الى الله تعالى وقصد في معاملته التقرب بها الى الله تعالى فهل يتوهم أحد أن ذلك مانع عن جريان خيار المجلس في ذلك فالكبرى الذى تسلمها المصنّف هنا غير الكبرى الذى منعها في الوقف فان الآخذ هنا هو الله فلا معنى لارجاع ما اخذه بل هذا كك في العرف أيضا فان من اعطى شيئا للسلطان ليس له أن يدق بابه بعد مدة ويطلب ذلك بل يعد العقلاء من المجانين لو فعل ذلك وعلى تقدير تسليم اعتبار القرية في الوقف فهو من القبيل الثانى دون الاول وعليه فلا مانع من جعل الخيار في الوقف مع قطع النظر عن كون التأييد فيه مانعا عن جريان الخيار فيه على أننا قد استشكلنا في اعتبار القرية في الوقف تبعا للمصنف وقلنا انه لا دليل عليه كما عرفت .

وأما الصلح فان كان لقطع الخصومة فلا بأس لجعل الخيار فيه فان مرجع جعل الخيار فيه هو تقييد المنشأ وتحديد به بعدم الفسخ و من الواضح أنه لا بأس لقطع الخصومة الى زمان خاص ولوصح أحد المتخاصمين أو كليهما بذلك فهل فيه محذور .

وان كان الصلح لاسقاط الدعوى فيكون ذلك مثل البراء فلا ين لكل شخص أن يدعى على أخيه المسلم وغيره من حقه ويحضره عند الحاكم للمحاكمة وله حق الاحضار عنده وليس للمدعى عليه البراء عن ذلك بوجه فاذا اسقط حقه هذا بالمصالحة فيكون ذلك مثل البراء و عليه فيكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الصلح كما هو واضح فان معنى الاسقاط هو عدم بقاء حق للمدعى على المدعى عليه فيما ادعاه وأنه سقط الا اذا ادعى حقا آخر غير الساقط والشئ بعد سقوطه لا يرجع الى حالته الاولى والحاصل معنى السقوط والبراء هو فراغ ذمة من عليه الحق من الحق الى الابد فاشتراط التوقيت فى ذلك مناف لذلك فلا يكون ح اسقاطا و ابراء كما لا يخفى .

وأما الضمان وهو عند الخاصة عبارة عن انتقال الدين من ذمة المدين الى ذمة الضامن فيكون ذمة المدين بريئا ويكون ذلك ايضا مثل البراء كما هو واضح .

وأما الرهن فقد يقال بكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الرهنية فان الرهن وثيقة وكون المرتهن على اطمينان من دينه فجعل الخيار فيه ينافى الاطمينان .

وفيه أن الرهن وان كان وثيقة الا انه وثيقة للدين ومعنى كونه وثيقة للدين هو وصله به أى أن الرهن متصل به ولذا يقال وثيقة للدين

أى مشدود به فيحل عند أداء الدين وأخذ الوثيقة بمعنى الاطمينان
 لسهو بل الاطمينان من لوازم الوثيقة والا فمعنى الوثيقة فى اللغة هو
 الشد ومنه قوله تعالى فشدوا الوثاق اما منا بعد واما فداء أى شدوا
 وصالكم وعهدكم ومن هنا يقال للشخص الذى أمين انه موثق أى أنه لا-
 تجر فى اخبار ولا تردّ بل خبره متّصل باعتقاده وليس كاذبا فيه ولذا
 يطلق الاعتقاد على وثاقه القلب بشئ ويقال اعتقد عليه وليس له تردّد
 ليقدم رجلا ويؤخر أخرى كما هو واضح وعليه فلا مانع فى جعل الخيار
 فى الرهن فيه أيضا اذ لا تنافى فيه بمقتضى الرهن اصلا فاته مع جعل
 الخيار فيه أيضا فالرهن متّصل بالدين وبعد الفسخ يبقى الدين كحال
 لارهن فيه فلا مانع فى ذلك مع اقدام المرتهن عليه بنفسه .

وكيف كان فالضابط الكلى فى جعل الخيار فى عقد أو ايقاع هو
 عدم منافات الخيار بمفهوم العقد وعدم كونه مخالفا لعموم دليل ذلك
 العقد أو اطلاقه كما عرفت فى النكاح بل وكونه موافقا للعموم أو الاطلاق
 الدال على صحة هذا العقد كما عرفت .

ثم انه ذكر المصنّف عدم جريان الخيار فى المعاطاة بدعوى أن
 المعاطاة انما هى بالتراضى الفعلى ومن الواضح أن الشرط الذكرى لا
 يرتبط بالتراضى الفعلى وهو واضح .

ولكن يرد عليه أن التراضى أمر قلبى وانما يحصل فى أفق النفس
 ويحصل ارتباط كل من الشرط والمشروط فى ذلك الصقع وانما المبرز
 مختلف ومع اختلافه يبرز شيئا واحدا فعدم ارتباط اجزاء المبرز بعضها
 ببعض لا يستلزم عدم ارتباط بعض أجزاء المبرز ببعضه ببعض وعلى الجملة
 فالبيع مثلا عبارة عن اظهار ما فى النفس من الاعتبار بأى مبرز كان فكما

لا يفرق فى كون أصل مبرزاً للمعتبر النفسانى بين أى مبرز وكذلك لا يفرق بين ما كان مبرزاً أصل الاعتبار النفسانى فعلاً وبين ما كان مبرزاً ما يعتبر فى أصل المعتبر النفسانى من الشروط قولاً كما هو واضح .

فما ذكره المصنف من عدم ربط الشرط القولى بالمرضاة الفعلية لا يمكن المساعدة عليه فأنك قد عرفت ان المناط فى ارتباط الشرط بالمشروط هو فى عالم الاعتبار وأما فى عالم الابرار فلا يلزم ربط جميع أجزاء المبرز بعضه ببعض وهذا واضح جداً كما لا يخفى فافهم .
(فى خيار الغبن)

قوله الرابع خيار الغبن : أقول : من جملة الخيارات الثابتة فى المعاملات خيار الغبن وهو بمعنى الخديعة ، ولكن تحقق خيار الغبن فى البيع ونحوه لا يتوقف على صدق الخديعة بل يجرى ذلك فى بعض الموارد مع عدم تحقق الخديعة كما اذا كان البائع والمشتري كلاهما جاهلين بالغبن أى التفاوت .

ثم انه انما يلاحظ الغبن بالنسبة الى جميع القيود والشرائط التى اعتبرت فى العقد فانه لا شبهة أن قيمة المبيع تختلف باعتبار الطوارئ والعوارض والقيود والشروط وقد يكون ثمن شئ خمسين ديناراً و يكون مع الشرط ثلاثين ديناراً فهذا التفاوت لا يكون غبناً وخديعة بداهة تفاوت القيمة بالخيار وعدمه نعم يلاحظ النقصان والزيادة بالنسبة الى مجموع المبيع والشروط والقيود وهو واضح .

ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين فى تحقق الغبن الاول : أن يكون المشتري جاهلاً بالقيمة السوقية واشترى المبيع باكثر مما يسوى فى السوق وأما علم البائع فانها هو شرط فى تحقق الخديعة

والا فالغبن يتحقق بجهل المتبايعين أيضا ثم انه قد يكون الغبن فى الثمن فيشترط فيه جهل البائع بقيمة الثمن اذا كان من غير النقد و هذا نادر والغالب هو الاول .

الشرط الثانى : أن يكون ما أخذه الغابن من زيادة القيمة بما يتسامح كأن كانت قيمة العين خمسين دينارا فباعها من المشتري بمائة دينار فانه لا شبهة فى تحقق الغبن هنا فان الزيادة ح ليس بما يتسامح وأما اذا كان الاقدام بالزيادة بعلم من المتبايعين معا او كانت الزيادة بما يتسامح بأن باع ما يسوى بخمسين دينارا بأحد وخمسين دينار فانه لا خيار للمشتري اذ لا يتحقق الغبن بزيادة الدينار فيما يسوى بخمسين فى السوق ولعل هذا المقدار من التفاوت كان من جهة التفاوت فى الاسواق فان قل متاع يكون قيمته فى جميع الاسواق وفى جميع الدكاكين واحدة بل المتاع واحد تختلف قيمته بحسب الدكاكين والاسواق مع كون المتاع واحد فى جميع الخصوصيات من حيث الجودة ونحوها كما لا يخفى ، و نتعرض لوجه هذين الشرطين قريبا .

ثم انه لا شبهة فى ثبوت هذا الخيار فى الجملة بل ادعى بعضهم الاجماع عليه ، و لكن انكر المحقق هذا الخيار لعدم كونه منصوصا وقد استدل العلامة فى التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض بدعى أن المعاملة الغبنية ليست تجارة عن تراض اذا علم المغبون بالحال لم يرض بها اصلا وحيث ان ما كان مفقودا اعنى التساوى فى المالية انما هو وصف من اوصاف المبيع الذى هو قيد له وليس من الأركان لفقدانه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح .

وقد ناقش المصنف فى ذلك صغرى وكبرى أمّا الصغرى فلان كون
العوضين متساويين فى المالىة ليس الا من قبيل الدّاعى ولا شبهة ان
تخلف الدّاعى لا يوجب الخيار .

ثم ناقش فى الكبرى بأنّه لو سلّمنا أن أخذ ذلك فى المبيع على وجه
التقييد ولكن تخلفه لا يوجب الخيار فأنّه ليس من الاوصاف المذكورة فى
ضمن العقد فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه أصلا .

أما الاول فيرد عليه أن تخلف الدّاعى وان كان لا يوجب الخيار
أصلا كما اذا اشترى متاعا بداعى الضيافة فلم يفعل الضيافة فان تخلفه
لا يوجب الخيار أصلا لكون الدواعى كلها غريبة عن العقد فتخلفها لا
يستتبع شيئا ، ولكن المقام ليس كك اذا الدواعى هى تصور الغايات
ليبعث الى ايجاد العمل فى الخارج ولا يعقل أن يكون ذلك قيّدا فى
العمل الموجود فى الخيار وهذا بخلاف المقام فان البناء على تساوى
العوضين فى المالىة مأخوذ فى العقد أخذ وصفا ضمنيا فى العقد فيكون
على وجه التقييد فان تعيين بنى آدم موقوف على تبديل الاموال و بناء
المتعاقدين على تساوى عوضين فى المالىة فيناتى التبديل بالتساوى
و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف والعادة جرى نفس اجراء
العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما فى المالىة فلا يكون ذلك
الا كالشرط المذكور صريحا وكيف يكون من قبيل الدواعى .

وأما ما ذكره من المناقشة فى الكبرى من أن الشرط اذا لم يذكر فى
متن العقد فلا يكون تخلفه موجبا للخيار ففيه أن عدم الذكر أنما يوجب
عدم الخيار مع التخلف اذا لم يكن فى حكم الذكر وأما اذا كان مأخوذا
فيه ضمنا وبالدلالة الالتزامية فلا شبهة فى انه بمنزلة أخذه فى العقد

صريحا .

وبعبارة اخرى أن الشروط ابتدائية وان لم تكن واجبة الوفاء و لا يكون تخلفها موجبا للخيار ولكن اذا قامت قرينة على اعتبار وصف فى المبيع وان لم يكن مذكورا فى متن العقد فيكون ذلك مثل المذكور ومن الواضح أن بناء العرف والعقلا وارتكازاتهم على اعتبار تساوى المالية فى تبادل العوضين وهذا بمنزلة الصغرى وحيث ان ذلك من المقومات للعقد ومن أركانه كما اذا باع عبدا فظهر حرا أو باع ذهبا فظهر مذهبا فيكون تخلفه موجبا للخيار وهذا بمنزلة الكبرى فقد ثبت أن تخلف الشروط الضمنية موجب للخيار ومن ذلك تساوى العوضين فى المالية .

وقد ثبت فى بعض الموارد أن تخلف الشرط الضمنى الذى اعتبر فى العقد بحسب الارتكاز وبالقرائن الحالية يوجب الخيار منها اعتبار نقد البلد فلو باع واعطى المشتري غير نقد البلد ثبت للبائع خيار تخلف الشرط الضمنى . ومنها اعتبار التسليم فلو لم يسلم المشتري الا فى وقت يشاء نفسه فلم يشك أحد ثبوت الخيار للبائع وليس للمشتري ان يقول ان العقد لازم لدليل الوفاء به ونعطى الثمن فى أى وقت نريد ونظائر ذلك كثيرة فى الفقه وقد اعترف المصنف به ايضا وعلى هذا فما ذكره العلامة فى غاية الجودة والمتانة مع قطع النظر عن الاية ايضا .

والحاصل أن مقتضى بناء العقلاء وارتكازاتهم هو تساوى المالية فى العوضين بحسب العادة ولو كان التفاوت فى ذلك لابد وأن يكون مما يتسامح ويكون اعتبار التساوى فى المالية مشروطا فى ضمن العقد و منوطا به وهذا مما لا شبهة فيه بحسب الصغرى وأما الكبرى فهو ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الضمنى والذى يكون دليلا على ثبوت خيار

الغبن هذا ليس الا كما لا يخفى .

و قد استدل على مشروعية خيار الغبن وثبوته بأية النهى عن اكل المال بالباطل بوجهين الاول : ما ذكره المصنف وحاصله أن المعاملة التى وقع فيها غبن قد لا يلحق بها العلم بالتبين ولم يظهر الغبن فيها بعد وقد تبين الغبن فيها وهو على قسمين لانه قد يكون التبين قبل الرضا بالعقد وقد يكون التبين فيها بعد الرضا بالعقد : أما اذا كان راضيا بالمعاملة بعد تبين الغبن فلا شبهة فى صحة المعاملة فانه لا يكون فيها ما يمنع عن صحته ولا يكون اكلا للمال بالباطل لانه تجارة عن تراض وأما اذا كان التبين قبل الرضا بالعقد فتكون المعاملة اكلا للمال بالباطل اذا المشتري لم يرض بذلك فيكون اكلا للمال بالباطل وأما اذا كان قبل تبين الخدع فى المعاملة فذكره أن مقتضى الآية وان كان حرمة الاكل حتى قبل التبين الا أنه خرج بالاجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون وردّه للمعاملة .

اقول يرد عليه أولا أن مقتضى التمسك بالآية فى المقام هو بطلان العقد وانفساخه بمجرد ظهور الغبن فيه من غير أن يثبت للمغبون خيار الفسخ فانه بمجرد ظهور الغبن فيها قبل الرضا بذلك يشمل عليه قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل فيحكم ببطلانه لان اكل المال بالباطل حرام وضعا وتكليفا ولا يحتاج بطلانه الى الفسخ مع أن الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا ان المغبون بعد ظهور الغبن فى المعاملة مخير بين الفسخ والامضاء .

وثانيا : أنه لا وجه لاجراج ما قبل تبين الخدع عن الآية بالاجماع بحيث انه لولا الاجماع كانت الآية شاملة له ولكن الاجماع اوجب —

التخصيص وذلك اذ بعد شمول الآية بالمعاملة وحكمها بكونها اكلا للمال بالباطل وحراما وضعا وتكليفا لامعنى للتخصيص فهل يتوهم أحد أن أكل المال بالباطل حرام الا فى المورد الفلانى فانه مع كونه اكلا للمال بالباطل جائز وهذا لم يلتزم به فقيه .

وثالثا : أنه لايفرق فى شمول الآية وحكمها بالبطلان بين ظهور الغبن و عدمه مع عدم الرضا بالمعاملة الغبنية أى على كل تقدير فان الآية انما فصلت بين الاسباب الصحيحة والاسباب الباطلة ونهى عن المعاملة بالاسباب الباطلة وفصل بينهما كما مر مرارا وتكون الآية ناظرة الى اسباب المعاملات ، وعليه فلا يفرق فيه بين تبين الغبن قبل الرضا أو بعده ففى جميع الصور الثلاثة يحكم بصحة المعاملة لكون سببها تجارة عن تراض كما هو واضح . ومن هنا ظهر انه لامعارضة بين حرمة الاكل بالباطل وبين تجارة عن تراض .

الوجه الثانى : ما ذكره شيخنا الاستاذ بان الرضا الحاصل من المتعاملين بالمعاملة حين ايجادها انما هو الرضا بمعنى الاسم المصدري الذى له بقاء فيكون رضى موجودا حدوثا و بقاء فما لم تبين الغبن تكون المعاملة تجارة عن تراض ومشمولة للمستثنى اعنى قوله تعالى الا ان تكون تجارة ، من غير ان نحتاج فى تصحيح ذلك الى الاجماع ليكون ذلك تخصيصا وبعد ظهور الغبن مع عدم رضى المغبون بالعقد يكون مشمولا للمستثنى منه فيحكم بالبطلان وهذا معنى ثبوت الخيار للمغبون .

وفيه انه يردّ عليه ما أورده اولاه على المصنف من أن لازم ذلك بطلان العقد بنفسه من غير أن يحتاج الى الفسخ اصلا كما لا يخفى مع أن الفقهاء لم يلتزموا بذلك .

وثانيا : أن المراد من التجارة هو المعنى المصدر الذى وجود حدوثا دون المعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء والا فلازم ذلك أن يكون له الفسخ فيما اذا ترفت القيمة السوقية فان البايح ليس براض يكون العين للمشتري بعد ما ترفت القيمة كما اذا باعها بدينار ثم صارت بدينارين .

وقد استدل على ثبوت هذا الخيار ايضا بالنبوى الدال على ثبوت خيار الغبن للبايع فيما اشترى فى تلقى الركبان وليس ذلك الا من جهة الغبن ولا يفرق فى ذلك بين الموارد اصلا فورود الرواية هنا لا يدل على الاختصاص بعد القطع بان الخيار للغبن وأن المكارى صار ومغبونين لعلم المتلقين بالسعر وعدم علم المكارين به .

ولكن يرد عليه أنه لم يثبت هذا الحديث ولم يذكر فى الكتب المودعة للرواية وإنما هو مذكور من طرف العامة فلا يعلم كونه رواية اصلا وعليه فلا يجبر ضعفه بالشهرة لو قلنا بانجبار ضعف الخبر بالشهرة كما لا يخفى .

وقد استدل ايضا بقوله (ص) لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام بل ذكر المصنف أن اقوى ما يستدل به على ثبوت هذا الخيار حديث لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام بدعوى أن لزوم هذه المعاملة وعدم تسلط المغبون على الفسخ ضرر عليه واضرار به فيكون منفيًا لان الشارع لم يحكم بحكم ضررى اصلا ولم يسوغ اضرار بعض المسلمين ببعض .

ولكن اشكل عليه بوجهين الاول : عن صاحب الكفاية بان غاية ما استدل عليه الرواية هو رفع اللزوم وأما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت فى العقد فلا فلماذا لا يكون الجواز هنا جواز حكميًا نظير الجواز

فى الهبة وأما ثبوت الحق له بحيث يكون له حق الاسقاط أو انتقاله الى الورثة بعد الموت ونحو ذلك فلا يستفاد من الرواية والحاصل أن دليل نفى الضرر ناظر الى رفع اللزوم الذى نشأ منه الضرر وأما اثبات حق يترتب عليه حكمه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر كما هو واضح و يكون الثابت خصوص الجواز الحكيم فقط نظير الجواز فى الهبة فلا يكون للمغبون حق الاسقاط وحق المصالحة عليه ولا ينتقل الى الوارث .

وفيه انك قد عرفت مرارا انه لا فرق بين الجواز الحكيم و الجواز الحقى بل هما من جنس واحد و حقيقة واحدة و قد جعلها الشارع لاحد المتعاقدين أو كليهما فى موارد خاصة غاية الامر قد اعطى السلطنة فى بعض الاحيان لاحدهما بحيث ترتب عليه جميع آثار الحق الادمى من الانتقال والنقل بأى نحو كان ولم يترتب عليه ذلك فى بعض الموارد كما فى الهبة، حيث أنه ليس للواهب غير حق الرجوع الى المتبهب .

وعليه فان دليل نفى الضرر انما رفع اللزوم الذى يلزم الضرر من قبله فيكون المرفوع من اللزوم مقدارا يرتفع به الضرر و يحل الخيار فوراً عرفياً بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ والامضاء لسقط خياره فيعلم من ذلك انه من الحقوق فيسقط باسقاط ذى الخيار أيضاً ودعوى ثبوت الجواز الذى يكون ثابتاً الى الابد نظير الجواز فى الهبة يحتاج الى العناية الزائدة فلا دلالة فى دليل نفى الضرر عليه .

واذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله ان يصالح عليه بالمال ، واما انتقاله الى الورثة فلا يتكلفه دليل نفى الضرر بل لابد من مقدمة خارجية لان عدم انتقال مقدار من مال الوارث الى الورثة ليس ضرراً عليهم بل يقل نفعهم بذلك فلا يشملهم دليل نفى

الضرر فنقول انه ورد فى بعض روايات الوصية انه لا يجوز للمورث الايصاء على المال بأزيد من الثلث لانه اضرار للورثة فيعلم من ذلك أن الورثة وجود تنزىلى للمورث و قائم مقامه فيكون الغبن على المورث غبنا على الورثة فيكون الخيار الثابت له بدليل نفي الضرر ثابتا للورثة ايضا كما هو واضح .

و ايضا يردّ على صاحب الكفاية ثانيا : انه لا شبهة فى جواز المعاملة اسقاط جميع الخيارات بأنه اقدام على المعاملة على متاع على أى نحو كان فى الواقع بحيث لو كان المبيع يسوى فى الواقع بدينار واقدم المشتري على شرائه بخمسين دينار على أى نحو كان فى الواقع بحيث غرضه نفس هذا الشيء لا شبهة فى صحة هذه المعاملة و عدم ثبوت الخيار له بوجه و أوضح من ذلك لو أقدم على ذلك مع العلم بأنه لا يسوى فى الواقع الا بدينار فاذا صح اسقاط الخيار فى الحدوث صح اسقاطه بقاء بالاولوية كما هو واضح لا يخفى .

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الاستاذ بجواب آخر و هو أنه لو كان اعتبار التساوى بين الاموال من الشروط الضمنية فلا استدلال بلا ضرر فى محله لان مفاده أن الحكم الذى ينشأ منه الضرر مرفوع و الحكم يلزم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لانه و ان جهل بالغبن واقدم بما فيه الضرر الا انه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فاذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفة التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار .

و أما لو كان اعتبار التساوى من الامور البنائية أو الداعى التى لا اشارة فى العقد اليها بنحو من الانحاء لا مطابقة ولا التزاما فلا وجه

للاستدلال بلا ضرر لاثبات الخيار فان الضرر لم ينشأ من حكم الشارع باللزوم بل انما نشأ من اقدام المشتري أو البائع بذلك ولو كان اقدامه عن جهل فانه حيث تخيل التساوي بين المالين فاقدام عليه فلا يكون ما أقدمه عليه مشمولاً لدليل نفى الضرر فلو كان مجرد الجهل يكون اقدامه ضررياً لحكم بعدم الضمان بدليل نفى الضرر فيما لو اقدم أحد على اتلاف مال غيره جهلاً مع أنه لا شبهة في الضمان ح لانه اقدم على اتلاف مال غيره فيكون ضامناً والحاصل أن مجرد الجهل لا يكون مانعاً عن كون الاقدام على الضرر عن ثبوت الضمان وسبباً لشمول دليل نفى الضرر عليه فهو واضح .

والجواب عن ذلك أما عن نقضه بباب الضمانات فهو اجنبى عن المقام فان دليل نفى الضرر لا يشمل ذلك فانه على خلاف الامتنان فان شموله له يوجب الضرر على المالك وقد ذكرنا في محله أن حديث لا ضرر لا يشمل الموارد التي على خلاف الامتنان كما أن بقية أدلة الرفع لا تشمل الموارد التي على خلاف الامتنان وهو واضح .

وعلى الجملة نفى الضرر عن المتلف لمال الغير غفلة بحديث لا ضرر يوجب الضرر على المالك فيكون على خلاف الامتنان وقد حقق في محله أنه لا يشمل موارد خلاف الامتنان .

وأما المقام ولو قلنا بعدم الشرط الضمنى بكون القيمتين متساويتين ومع ذلك لا يوجب الاقدام على هذه المعاملة التي معاملة غبنية اقدامه على الضرر حتى لا يثبت له خيار الغبن وذلك لان المشتري مثلاً انما أقدم عليها باعتقاد أن قيمة العين متساوية مع الثمن وان لم يكن التساوي في القيمة ماخوذاً في ضمن العقد وعليه فلو لم يكن العقد لازماً لم يتضرر

المغبون فيفسخ العقد ولكن حيث حكم الشارع بلزوم العقد فيأتى الضرر من قبل حكم الشارع باللزوم ويكون مرتفعاً بدليل نفي الضرر كما هو واضح و على الجملة فحيث ان المغبون انما أقدم على المعاملة باعتقاد التساوى مع عدم تساوى القيمتين فى الواقع فاللزامه على ذلك ضررى عليه فيكون مرفوعاً بحديث لا ضرر .

ثم انه ناقش المصنف فى الحديث بأنه يمكن رفع الضرر من غير ثبوت الخيار بوجهين الاول : أن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد والامضاء بكل الثمن اذ يحتمل ان يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن ورده فى المقدار الزائد غاية الامر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه ويكون ذلك مثل ما اختاره العلامة فى التذكرة واحتمله فى القواعد من أنه اذا ظهر كذب البائع مراوحة فى اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فان مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري .

ويرد عليه أنه لا وجه لكون المغبون مخيراً بين امضاء العقد بكل الثمن ورده فى المقدار الزائد فان الالتزام بالتقسيط انما يصح اذا أمكن الالتزام بالانحلال ويقال بكون البيع الواحد منحلاً الى بيوع عديدة كبيع ما لا يملك مع ما يملك كالشاة مع الخنزير وكبيع مال نفسه مع مال غيره فان فى أمثال ذلك يلتزم بصحة البيع فيما يملك أو فى المملوك وببطلانه فى ما لا يملك وغير المملوك غاية الامر يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى المالية والا فلا يلزم محذور اصلاً والوجه فيه هو أن البيع وان كان واحداً ولكنه بحسب الحقيقة بيوع

متعددة حسب تعدد المبيع وهذا واضح .

وأما في المقام لا يمكن ذلك لعدم الانحلال هنا حتى يلتزم برد بعضه وامضاء بعضه الآخر لان المبيع هنا واحد والبيع واحد وقد وقع البيع على الثمن بثمن خاص وهو دينارين مثلاً وقد كان ثمنه في الواقع ديناراً واحداً فلو التزمنا بما ذكره المصنف وقلنا بجواز رد التفاوت للزم القول بامضاء الشارع غير ما انشأه المتعاقدان فان البايع أنشأ بيع ماله دينارين فامضاء الشارع ذلك بدينار واحد كما هو معنى رد التفاوت و امضاء لما لم ينشأه البايع فلا يكون ما امضاء منشئاً وما يكون منشئاً ليس بمضى وكم فرق بين المقامين .

وأما ما ذكره من تنظير المقام ببيع المرابحة من أنه مع كذب البايع في اخباره برأس المال بأن أخبر أنه دينار اخبار بربح نصف دينار فظهر أنه كان نصف دينار فربح ديناراً فايضا لا يرتبط بالمقام وذلك فان في المقام قد انشأ البيع على مبيع جعل ثمنه دينارين فالالتزام بكونه ديناراً التزام يكون ما انشأه الشارع غير منشأ كما عرفت وليس كذلك في بيع المرابحة فان المعاملة قد جرى على المتاع بثمن اشتراه البايع واقعا مع ربح معلوم فظهر كذب البايع في اخباره برأس المال وجواز رجوع المشتري الى التفاوت لا يوجب الالتزام بكون المضى غير المنشأ بل هو في الحقيقة رجوع الى الزائد من الثمن الذي أخذه البايع من المشتري .

وبعبارة اخرى أن البيع في بيع المرابحة انما وقع على الثمن الذي اشتراه البايع من شخص آخر مع ربح معلوم وهما ثمن في الواقع وتطبيقه على الزائد عن ذلك من جهة كذب البايع في اخباره فيكون نظير خطائه في الاخبار فيكون ذلك من باب الخطأ في التطبيق فلا يجوز

رجوعه بالتفاوت هنا بالبيع أصلا نعم يكون المقام نظير بيع المراجعة لو قال البايع للمشتري انما ابيعك هذا المتاع بالقيمة السوقية وهى دينارين مع كونها دينارا واحدا .

ثم انه ذكر المصنف احتمالا آخر لعدم ثبوت الخيار بدليل نفي الضرر بدعوى أنه يمكن أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه الى أن للمغبون الفسخ اذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير امضاء البيع لاهبة مستقلة كما فى الايضاح و جامع المقاصد .

و يرد عليه أنه لا ملزم لذلك فانه بعد صحة البيع كما هو المشهور بل المجمع عليه حيث لم يستشكل أحد فى هذا البيع فبأى ملزم يغرم البايع فهل هنا موجب للضمان والغرامة من اليد والاتلاف غاية الأمر أن للمشتري مطالبة التفاوت من القيمة المتعارفة و أما قبل المطالبة فلا شئ للبايع أى الغابن أصلا ، افرض أن المغبون لم يلتفت بالغبن حتى مات فهل يتوهم أحد أن يكون البايع مشغول الذمة للمشتري المغبون او يكون البيع باطلا وكيف كان فلا نعرف وجهها للغرامة اصلا . و من هنا التزم الفخر والمحقق الثانى و شيخنا الاستاذ بكون المأخوذ هبة مستقلة لعدم ارتباطه بالمعاملة أصلا و على الجملة لانعرف وجهها لمنع التمسك بدليل نفي الضرر بشئ من هذين الوجهين الذين ذكرهما المصنف .

والذى ينبغى أن يقال أنه لو جاز التمسك بحديث نفي الضرر فلازمه بطلان العقد لاثبت خيار الغبن و ذلك لان الضرر انما يلزم من جهة الحكم بصحة العقد و اللزوم انما هو لزوم الضرر لا أن الضرر يلزم من

ناحية اللزوم ومن الواضح أن دليل نفي الضرر إنما هو ناظر الى رفع الحكم الضررى فقط ولا يكون ناظرا الى اثبات الخيار بدعوى أن الضرر يرتفع برفع اللزوم وثبوت الخيار، فان حديث لا ضرر لا يتكفل باثبات الحكم وإنما هو يرفع الحكم الضررى وهو صحة العقد كما عرفت فيكون العقد باطلاً.

ولكن ذلك مخالف للاجماع والضرورة فانه لو كانت المعاملة الغبنية باطلة لبان وظهر كظهور حرمة الربا فان وجود الغبن فى المعاملات بين المسلمين من الكثرة بمكان مع أنه لم يسمع من فقيه أن يلتزم بذلك فيكون خروج المعاملة الغبنية عن مورد الاجماع بالتخصيص على أن حديث نفي الضرر إنما ورد فى مقام الامتنان ومن الواضح أن شموله فى المقام بحيث يحكم ببطلان المعاملة الغبنية خلاف الامتنان لأنه ورد فى مقام الامتنان لجميع الأمة ومن الواضح أنه على خلاف الامتنان على البايع فان الحكم بكون هذه المعاملة باطلة يوجب ضرره ولومن جهة فوت المنفعة من كيسه فتكون هذه المعاملة خارجة عن حديث لا ضرر تخصصاً وهو واضح.

ثم انه استدل على بطلان المعاملة الغبنية بجملة من الروايات الناهية عن حرمة الغبن وفى بعضها الغبن من السحت وقد ذكرها المصنف فى المتن.

وفيه أن الظاهر من غير رواية عمار المتضمنة لكون غبن المسترسل سحتاً هو التحريم التكليفى فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعية ويمكن أن يراد منها حرمة الغبن بفتح الباء فيكون من الخيانة فى الرأى والمشاورة فانه من المحرمات فتكون مثل الروايات الدالة على حرمة خيانة المؤمن.

وأما رواية عمار فذكر المصنف أنها وان كانت ظاهرة فيما يتعلق بالاموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة أكل السحت فى استحقاق العقاب على اصل العمل وهى الخديعة فى أخذ المال و يحتمل أن يراد المقدار الذى بأخذه زائد على ما يستحقه بمنزلة السحت فى الجريمة والضمان و يحتمل ارادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت فى تحريم الاكل فى صورة خاصة وهى اطلاق المغبون ورده للمعاملة المغبون فيها ثم ذكر أن الحمل على أحد الاولين أولى ولا أقل من المساوات للثالث ولكن ما ذكره المصنف من الحملين الاولين بعيد .

أقول : لاشبهة أن السحت يطلق على المال الحرم و على نفس الحرام أيضا فى اللغة ومن الاول ما ورد فى الروايات الكثيرة التى تقدمت فى المكاسب المحرمة كقولهم (ع) ثمن الخمر سحت و ثمن العذرة سحت واجور الفواجر سحت و السحت اقسام كثيرة منها الرشوة وهكذا .

و من الواضح أن كون الغبن من السحت انما يلائم المعنى الثانى اعنى نفس الحرام فانه هو الفعل اعنى أخذ الزيادة فى المعاملة و يمكن أن يراد منه الغبن بفتح الباء فيكون المراد منه الخيانة أى الخيانة سحت و قد ورد النهى عن خيانة المؤمن فى روايات كثيرة وكيف كان فتكون هذه الروايات كالروايات الأخرى فلا تكون لها خصوصية .

قوله مسألة يشترط فى هذا الخيار أمران أقول : قد اشرنا فيما سبق الى أنه يشترط فى خيار الغبن أمران الاول جهل المغبون بالتفاوت والثانى عدم كون التفاوت مما يتسامح أما الاول فلا شبهة فى أنه لا يثبت الخيار مع علم المغبون بتفاوت القيمة وكذا ما يقوم مقام العلم من الاطمينان

فانه مع ذلك قد اقدم على الضرر ولا يثبت الخيار له مع اقدمه عليه من دون فرق في ذلك بين ما اذا كان مدرك هذا الخيار هو دليل نفى الضرر او الشرط الضمنى فانهما ينتفیان مع الاقدام على المعاملة مع العلم بالتفاوت .

وكذلك لا شبهة في عدم ثبوت الخيار له اذا لم يعلم بالتفاوت و لم يكن مطمئنا بعدمه بل كان شاكا فيه ومحملا لذلك ولكن يقدم على المعاملة على أى تقدير بمعنى أنه يشتري المتاع سواء كانت قيمته متساوية للقيمة السوقية أم لا بحيث لا يتسامح فانه ح لا يثبت الخيار له اذ هو قد اقدم على الضرر على تقدير تفاوت القيمة وليس المراد من اقدمه على الضرر اقدمه على المعاملة بان يقال : حيث ان المشتري قد اقدم على البيع فقد اقدم على الضرر المتحقق فيه ايضا وذلك لان الاقدام بالبيع لا يستلزم الاقدام على الضرر لانه يمكن أن يقدم على البيع الخيارى فاذا شاهد الضرر والغبن فيه يفسخ المعاملة بل المراد اقدمه على نفى الضرر اى يقدم على المعاملة على تقدير الضرر فيه كما اذا صرح بانى اقدم على هذه المعاملة بأى قيمة كان المبيع فى السوق ولو كان التفاوت بمقدار لا يتسامح فانه لا يكون هنا أيضا خيار للمغبون من الاول مع ظهور الغبن أنه كان له الخيار فيسقط ولا يفرق فى ذلك أيضا بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى .

وقد ذكرنا سابقا أن ثبوت الخيار فى موارد تخلف الشرط انما هو من جهة انتفاء الملزم به حيث قلنا ان الوقوف على الالتزام من قبل المشروط له متوقف على وقوف المشروط عليه على التزامه بحيث لا يتخلف الملزم به عن واقعه واذا تخلف ثبت له الخيار وأما اذا لم يكن هنا

التزام وملتزم بحيث يتوقف عليه التزام المشتري فلاموضوع لتخلف الشرط أصلاً فضلاً عن ثبوت الخيار مع التخلف كما لا يخفى .

وفى المقام بعد ما فرضنا أن المشتري إنما أقدم على المعاملة على أى نحو اتفق وبأى قيمة كان المبيع فى السوق فقد أقدم عليها مطلقاً بلا توقف وقوفه عليها على تحقق الملتزم به من البائع فلا يكون هنا خيار من ناحية التخلف إذ ليس هنا شرط ضمنى حتى يقع التخلف فيه وهو واضح هذا كله لاشبهه فيه وإنما الكلام فى ثبوت الخيار وعدمه مع الشك فى عدم تساوى قيمة المبيع مع الثمن مع الظن الغير المعتمد بالتساوى مع عدم إقدامه على المعاملة على أى تقدير بالمعنى الذى ذكرناه فهل يثبت الخيار للمشتري أم لا الظاهر أنه لاشبهه فى ثبوت الخيار فى جميع صور الشك من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى وفقاً للمصنف ولشيخنا الاستاذ .

والوجه فى ذلك أن المشتري لم يقدم على الضرر حتى مع الظن بالتساوى بل معتمداً على الشرط الضمنى وهو تساوى العوضين فى القيمة ولذا ربما يبنى على الفسخ مع ظهور عدم التساوى فالإقدام على المعاملة مع ظن التساوى والشك أو الاحتمال فى عدم التساوى يثبت له خيار الغبن مع الغبن سواء كان المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى .

بل الأمر كذلك مع الظن بالتفاوت إذا لم يكن الظن معتبراً فإن ذلك كله لا يوجب أنه قد أقدم على الضرر فإنه مع ذلك يحتمل عدم الضرر ويقدم عليه وعليه فالشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى العوضين فى المالية موجود فيثبت الخيار مع التخلف وكذلك يجرى دليل لا ضرر

بناءً على كونه دليل ذلك الخيار . ولا شبهة أن بناء العقلاء وارتكازهم على هذا حتى من غير المتشعة ولذا يثبت هذا الخيار فيما اذا عامل يهودى مع نصرانى فغبن احدهما الآخر فانه يثبت خيار الغبن فى ذلك فان بناء العقلاء كان موجودا على تساوى العوضين وان لم يذكر صريحا فمع التخلف يثبت الخيار ما لم يقدّم دليل معتبر على خلاف بناء العقلاء ومن الواضح أن الظن بالتفاوت أو احتماله أو الشك فيه لا يقاوم بناء العقلاء ولا يكون قرينة لرفع الشرط الضمنى ولا يصح اقدام هذا الشخص على الضرر بمجرد ظنه وشكّه وهمه وهو واضح لا شبهة فيه .

نعم قد يكون اقدام على الفعل مع الشك والاحتمال مصححا لللوم والذم بل الضمان ويحكم عليه بالمؤاخذة فى المحاكمات العرفية فيما اذا كان الفعل مما اهتم الشارع بعدم وقوعه بحيث يكون المورد مورد الاحتياط لكثرة اهتمام الشارع بالحفظ كما اذا رأى احد شبعا من بعيد وشك فى كونه انسانا أو غير انسان أو احتمل كونه انسانا فارسل اليه بندقه فقتله فبان أنه انسان محقون الدم فانه يذم فى المحاكم العرفية بلا شبهة بل يعزر لو لم يحد ويقتل قصاصا ويؤخذ منه الدية وكذا لو أوقع أحد بالماء مزاحا بزعم أنه ليس بعميق مع احتمال كونه عميقا يغرق الواقع فيه اذا لم يحسن السباحة و علم الموقع أن من أوقعه عليه لا يحسن السباحة فانه لا شبهة فى كونه مؤاخذا ح فى المحاكم العرفية وان لم يؤخذ فى المحكمة الشرعية نعم يترتب عليه حكم القتل الخطئى والوجه فى ترتب الضرر على اقدام مع الشك والاحتمال فى أمثال ذلك كون الموارد مما اهتم الشارع بحفظه وكونه مما يجب فيه الاحتياط ولذا يترتب عليها الحكم مع اقدام فى حال الشك ايضا وهذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت .

والحاصل أنه فرق بين المقام وبين الموارد المذكورة فإن فى الموارد المذكورة قد تنجز الواقع فلا يجوز الاقدام عليها الا مع وجود المَعْدِرِ والحجة الشرعية من الامارات والاصول والا فمجرد احتمال ترتب قتل النفس المحترمة على الفعل يتنجز التكليف ويحكم بعدم الجواز وهذا بخلاف المقام فإن الواقع لم يتنجز فالشرط الضمنى موجود ما لم يَمِمْ دليل على رفع اليد فمقامنا عكس الموارد المذكورة حيث ان الاقدام على الضرر لا يتحقق الا مع قيام دليل شرعى عليه فاذا أقدم على معاملة ولو مع ظن عدم التساوى لا يوجب ذلك رفع اليد عن الشرط الضمنى لعدم كون الظن حجة شرعية .

ثم انه لو اعتقد المشتري عدم كون قيمة هذا المتاع مساويا مع - القيمة السوقية ومع ذلك قد اقدم عليه وظهر التفاوت بازيد مما اعتقده فهل يتحقق خيار الغبن فى ذلك أم لا فصور المسئلة أربعة الاولى أن يكون ما اعتقده من زيادة بما يتسامح ومع ذلك أقدم عليه ولم يعرض عنه لزعم عدم اتحاد قيمة الامتعة فى الاسواق فانه قلما يوجد شئ تتحد قيمته فى الأسواق بل الدكاكين فى الأسواق مختلفة فان بعض الناس يأخذ الربح الكثير وبعضهم يقنع بالقليل لقلّة مخارجه أو قلّة طمعه أو كثرة منافعه وبعضهم لا يقنع بالقليل لعكس الأمور المذكورة فاذا عامل مع هذا الاعتقاد لعلمه هذا باختلاف قيم الاشياء فظهر التفاوت بازيد مما اعتقده بما لا يتسامح بأن اشترى شيئا بدينار مع اعتقاده بكون قيمته أقل من الدينار بدرهم ومع ذلك ظهر التفاوت بربح مائة فلس ومن الواضح أن الدرهم فى الدينار ما يتسامح ولكن الثلث مائة وخمسين مما لا يتسامح .

الصورة الثانية : أن يعتقد التفاوت بما لا يتسامح فظهر التفاوت

أزيد منه بما لا يتسامح أيضا كما اذا اعتقد أن قيمة المبيع عشرة دنانير في السوق واقدم على شرائه بأربعة عشر دينار فظهر أن قيمته لا يسوى إلا ستة دنانير فانه لا شبهة في ثبوت خيار الغبن في هذين الصورتين بلا شبهة لان ما اقدم عليه من الضرر غير الضرر الذي لم يقدمه ومن الواضح أن ما لم يقدمه ضرر غير متسامح فيوجب خيار الغبن ولا يفرق في ذلك أيضا بين القول بأن مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمني أو دليل نفى الضرر كما هو واضح .

الثالثة أن يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع منه ومن المعلوم وقد ذكر المصنف و شيخنا الاستاذ أنه يثبت الخيار في هذه الصورة أيضا فان ما اقدمه المغبون وإن كان مما يتسامح كالدرهم في الدينار والوجه فيه أن ما اقدمه وإن كان مما يتسامح به ولكن المجموع ليس مما يتسامح به ولم يُقدم عليه المشتري فيكون التفاوت بذلك موجبا للخيار وبعبارة أخرى أن ما اقدمه من الضرر الذي يتسامح به لم يلاحظ بشرط لا بحيث يلاحظ ما يظهر من التفاوت الذي لم يقدم عليه مما يتسامح أيضا بشرط لا وهكذا حتى يجرى عليه حكم ما يتسامح بل المراد مما أقدم عليه مما يتسامح يلاحظ لا بشرط فاذا انضم الى تفاوت آخر الذي لم يقدم عليه مع كونه مما يتسامح يكون المجموع مما لا يتسامح وهو ضرر لم يقدم عليه المغبون فيثبت له الخيار من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمني كما هو واضح ولولا ذلك للزم عدم ثبوت الخيار على هذا النحو .

الرابعة : الاقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا فذكر المصنف ثبوت الخيار هنا أيضا ولكن شيخنا الاستاذ قوى

عدم ثبوت فى هذه الصورة وذكر أنه لا يقاس على الصورة الاولى لأن فى الصورة الأولى موجب الخيار وهو المجموع لم يقدم عليه وما اقدم عليه لم يكن موجبا للخيار وفى المقام أقدم على ما يوجبه وما لم يقدمه لا يكون موجبا للخيار .

ولكن الظاهر ثبوت الخيار فى هذه الصورة أيضا وذلك لان ما اقدمه مما لا يتسامح لا يوجب على اقدمه على كل مرتبة من الضرر و من الواضح أن المرتبة التى ظهرت بعد الاقدام مما لا يتسامح و ان كان التفاوت بين ما اقدمه وما لم يقدمه مما يتسامح .

وبعبارة أخرى بحيث يظهر وجه ثبوت الخيار هنا أن ظهور التفاوت بين ما أقدمه المتعامل وبين القيمة السوقية لا يوجب الخيار بلا شبهة وهو واضح فالمراد من التفاوت مّا يتسامح هو هذا أى ما يكون تفاوت قيمة المبيع مّا اقدم عليها المشتري من القيمة السوقية وأما فى غير المتسامح فالشرط الضمنى موجود بثبوت الخيار للمغبون وحيث أنه اقدم على مرتبة من الضرر وهو لا يوجب الخيار ولكن لا يلزم منه الاقدام على مرتبة أخرى منه أيضا وان كان التفاوت بين الضررين مّا يتسامح فان التفاوت بما يتسامح انما يكون معفوا فى أصل ظهور التفاوت بين اصل قيمة المبيع وبين ما اقدمه المشتري لا بين ما اقدمه من الضرر وما لم يقدمه فالشرط الضمنى باق على حاله فيثبت للمغبون الخيار .

ثم ان المراد من متساوى القيمة حال العقد أو بعده ذكر المصنف أن المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده ولو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع لأن الزيادة انما حصلت فى ملكه و المعاملة وقعت على الغبن .

ثم احتمل عدم الخيار بدعوى أن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت المراد المشروع لتدارك الضرر كما لو برء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد ثم ذكر وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لان الملك قد انتقل اليه ح من دون نقص فى قيمته نعم لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة فى الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب اقباض الزائد فى مقابلة الناقص .

أقول ان ما احتمله المصنف ثانيا من عدم ثبوت الخيار فهو متين بناء على كون مدرك خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فى الاسلام فانه قد ارتفع بزيادة القيمة أو بنقصانها وبعده لا خيار لأحدهما كما هو واضح لارتفاع الضرر الذى يدور الحكم بثبوت الخيار مداره .

وبعبارة أخرى أن الحكم إنما هو تابع لثبوت موضعه فكلمما ثبت الموضوع ثبت الحكم والا فلا فاستمرار الحكم تابع لاستمرار الموضوع و حيث أن مدرك ثبوت خيار الغبن هو دليل نفى الضرر يقتضى دوران الحكم مدار الضرر وجودا وعدما فمادام هو موجود فيكون الخيار ثابتا والا فيرتفع بارتفاعه سواء كان الارتفاع قبل العلم به أو بعده مالم يرد العقد ولم يعمل خياره وهو واضح فيما ذكره المصنف فى بيع الصرف والسلم مما اعتبر القبض فى حصول الملكية اذ لم يحصل الملك حتى يتحقق الضرر ويوجب ذلك شمول دليل الضرر عليه كما هو واضح الا على ما ذكره العلامة من وجوب الاقباض وهو كما ترى .

وأما اذا كان المدرك لخيار الغبن هو الشرط الضمنى كما هو الموافق للتحقيق فلا بد حينئذ وأن يلاحظ أن الشرط الذى أشتط فى

ضمن العقد أعنى تساوى القيمتين أى مقدار من التساوى من حيث الزمان فهل المراد منه التفاوت الموجب للخيار هو التفاوت المستمر أى يكون العوضين متفاوتين فى عمود الزمان و طوله بحيث لو حصل التساوى فى آن من الأثبات لسقط الخيار أو المراد منه هو التفاوت حال القبض بحيث لا اعتبار بالتفاوت قبله أو بعده أو المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو التفاوت حال العقد كما هو الظاهر .

ان كان المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو الشق الاول فلا شبهة فى سقوط الخيار فى أى زمان حصل التساوى بين العوضين من حيث القيمة لحصول الشرط الذى هو تساوى القيمتين فى أى وقت من الاوقات فى عمود الزمان و طوله وهو واضح و بعبارة اخرى ان المتعاقدين انما اشترطا التساوى بين العوضين فى المالية فى أى وقت من الاوقات بحيث لو حصل ذلك و تحقق حال البيع أو بعده من أى وقت كان حصل الشرط و كفى ذلك فى صحة المعاملة و أما لو لم يحصل ذلك بل كان التفاوت بين العوضين مستمرا الى الابد فهو يوجب الخيار كما هو واضح ولكن هذا مخالف للاجماع والضرورة والارتكاز العقلاى و قد ادعى المصنف قيام الاجماع على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد و هذا الاجماع و ان كان يبعد كونه تعبدىّا و لكنّه موافق للارتكاز و خلاف بناء العقلاء فان هذا الشرط الذى ذكرناه انما هو بحسب بناء العقلاء فلا يثبت البناء فى مثل ذلك كما هو واضح .

و أما التفاوت حال التقاىض بأن كان ما يوجب الخيار هو التفاوت حال القبض دون غيره فلا خيار لو كان التفاوت بعد ذلك أو قبله وهذا مناف لما ذكره المصنف فى الفرع الآتى من أنه لو ثبتت الزيادة أو التقصير

بعد العقد فانه لا عبرة بهما اجماعا كما فى التذكرة فان الظاهر أن الفرعين من واد واحد كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه اذا كان التفاوت الذى يوجب الخيار هو التفاوت حال العقد بحيث يكون الشرط الضمنى هو التساوى حال العقد فيكون التفاوت عنده موجبا لتخلف الشرط و ثبوت الخيار بالتخلف فلازم ذلك أن لا يفيد حصول التساوى بعد العقد ولو كان ذلك عند القبض فلا يكون ذلك موجبا لسقوط خيار المغبون الثابت بتخلف شرط حين العقد و عليه فلا مجال لما ذكره المصنف من عدم ثبوت الخيار أى سقوط الخيار بالتدارك الحاصل بعد العقد سواء كان ذلك قبل العلم بالتفاوت أو بعده و هو واضح و ان كان المناط فى ثبوت الخيار هو التفاوت و التساوى حال القبض بحيث لو كان العرضان متفاوتين حال العقد و لكن حصل التساوى حال العقد أو كانا عند العقد متساويين و لكن حصل التفاوت حال القبض ثبت الخيار فى الثانى و ارتفع الخيار فى الاول كان لما ذكره المصنف فى الفرع الاول و هو ما كان العرضان عند العقد متفاوتين و حصل التساوى بعد ذلك وجه ولكنه مخالف لما ذكره بعد ذلك فى الفرع الثانى و هو حصول الزيادة و النقصان بعد العقد بان كان التساوى حين العقد حاصلًا و حصلت الزيادة أو النقصان بعد ذلك حيث قال لا عبرة بهما اجماعا و كيف فلا يمكن التفريق بين الفرعين بل هما من واد واحد و عليه فلا وجه لما أسره شيخنا الاستاذ من الفرق بين المقامين فراجع كلامه .

و الظاهر أن المناط فى الشرط الضمنى هو حال العقد و يتضح ذلك بضم أحد الفرعين بالآخر و الاجماع الذى ذكره المصنف فى الفرع الثانى و ان لم يكن اجماعا تعبديا لبعده كما هو واضح ولكنه موافق للارتكاز

كما ذكرناه آنفاً فان بناء العقلاء وارتكازهم انما قام على كون العوضين متساويين حال العقد ويتضح ذلك بملاحظة حال التجار حيث يربحون فى المعاملات أو يخسرون فيها بعد العقد ويغبن احد المتبايعين و يربح الآخر من غير أن يدعى أحدهما الغبن ويدعى ثبوت الخيار لنفسه وليس ذلك الا من جهة عدم ثبوت الخيار له و عدم بناء العقلاء و ارتكازهم على ذلك بعد العقد بل هو كذلك عند العقد .

والحاصل أنه ان كان المراد ممّا هو شرط فى ضمن العقد من اشتراط تساوى القيمتين هو التساوى المستمر أو التساوى حال العقد و هو مخالف للاجماع فانه قائم على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد فان الظاهر أن الفرعين من واد واحد فانه لو كان التساوى المستمر شرطاً أو التساوى حال القبض شرطاً فحصلت الزيادة و النقصان بعد العقد يكون هذا داخلاً تحت الاجماع بأنه لا اعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد أى ما يحصل بعده فيكون داخلاً تحت هذا الاجماع مع أن المصنف تسلم عدم الاعتناء بالثانى مدعى الاجماع عليه و التزم بجوازه حتى تدارك الضرر فى الاول و قد عرفت عدم الفرق بينهما ولا يفرق فى ذلك بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى العقدى والظاهر ان المراد من التساوى و هو التساوى حال العقد و ما يوجب الخيار من التفاوت هو التفاوت حاله و يدل على ذلك ما هو المرتكبين العقلاء و يتضح ذلك من ضم الفرع الثانى الى الاول و ملاحظة عدم الفرق بينهما وأن ما ادعى عليه الاجماع فى الفرع الثانى هو الارتكاز اذ من البعيد أن يكون المراد من ذلك الاجماع التعبدى و هو واضح .

وأما الوكيل فان كان وكيلاً فى مجرد اجراء الصيغة فهو خارج عن

المقام فانه ليس الا آلة محضة وليس له شأن مّا يرجع الى البيع حتى يتكلم فى ثبوت الخيار له و عدمه وانما البايع هو الموكل بلسان الوكيل الذى يجرى الصيغة كما هو واضح و قد تقدم تفصيل ذلك فى خيار المجلس وان كان وكّيلا فى أمر البيع أيضا بأن يكون وكّيلا مفوضا فى البيع بحيث له أن يبيع المتاع من أى شخص شاء وكيف يشاء ولكن ينتهى أمد وكالته الى تمامية البيع و بعد ذلك ليس له وكالة والظاهر أنه لا يثبت له الخيار فى هذا الصورة أيضا لو ظهر غبن فى المعاملة فان الوكيل و ان كان بايعا حقيقة ولكن الخيار انما ثبت بدليل الشرط الضمنى لمن كان مغبونا فى المعاملة ومن الواضح أن المغبون انما هو الموكل وليس للوكيل بشئ من أمر البيع بعد تمامية البيع فضلا عن أن يكون مغبونا أو غير مغبون وأما ثبوت خيار المجلس لمثل هذا الوكيل فى خيار المجلس فانما هو من جهة النص الدال على أن البيع بالخيار ما لم يفترق ومن الواضح أن هذا القسم من الوكيل يصدق عليه البايع فلا يقاس بالمقام كما هو واضح .

نعم لو كان وكّيلا مفوضا حتى بعد البيع أيضا بحيث يكون أمر البيع راجعا اليه حتى بعد البيع ويكون أمر المال راجعا اليه كالعامل فى القراض مثلا فلا شبهة فى ثبوت خيار الغبن له ح بالشرط الضمنى كما هو واضح وأما الوكيل فى خصوص أمر الخيار بأن يكون وكّيلا فى اعمال الخيار الثابت للمغبون فهو أمر آخر غير ما نحن فيه وكلامنا فى ثبوت الخيار له ابتداء بالشرط الضمنى كما هو واضح .

ثم انه لو اطلع الموكل على معاملة الوكيل ويرى أنه يعامل بأقل من قيمة المثل فهل يكون اطلاعه تقريراً للبيع ولا يثبت الخيار له ح أم لا

فربما يظهر من المصنف وغيره عدمه ولكن الظاهر أنه ليس كذلك وذلك لانه ان الوكيل وكلا عن الموكل بالبيع على التساوى فقط دون غيره فلا شبهة أنه كان البيع ح فضولياً لأن الوكيل انما هو وكيل فى مجرد البيع مع تساوى العوضين دون غيره فان أجاز الموكل صح البيع والا فلا وان كان وكلا على نحو الاطلاق فلا شبهة فى ثبوت الخيار للموكل حيث ان اطلاعه على المعاملة لأوجب سقوط الخيار فان اطلاعه عليه كاطلاعه على أن الوكيل يعامل معاملة و شرط فيه الخيار للموكل غاية الأمر أن الاشتراط فى المقام ضمنى فهل اطلاع الموكل على ايجاد الوكيل معاملة خيارية له يوجب سقوط خياره وهذا واضح جداً .

قوله ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن اقول ان اعترف الغابن بالغبن أو أن المغبون أقام بينة عليه فلا شبهة فى ثبوت خيار الغبن ح وأما اذا لم يعترف الغابن بذلك أو لم يتمكن المغبون من اقامة البينة فهل لنا طريق الى اثبات الخيار أم لا فشقوق المسئلة ثلاثة .

الاول أن يكون الاختلاف فى اصل زيادة الثمن ونقصانها سواء المنشأ فى ذلك هو زيادة الثمن ونقصانه أو الاختلاف فى التغير أو فى المكان أو فى زمان العقد بان يدعى المغبون أن العقد قد وقع على المتاع فى مكان فلانى الذى كانت القيمة فيه أقل من القيمة السوقية ويقول الغابن بل وقع العقد عليه فى مكان فلانى فالقيمة فيه مساوية مع القيمة السوقية فلا غبن فيه .

الثانى أن يكون الاختلاف فيه من جهة العلم والجهل بان يدعى الغابن علم المغبون بالقيمة وينكره المغبون مع الاتفاق بالتفاوت وهنا صورة ثالثة قد تعرض لها المصنف فى الامر الثانى و سنتعرض لها هناك

أما الاختلاف في العلم والجهل فقد ذكر المصنف وجهين في ثبوت الخيار للمغبون .

الوجه الاول أنه مع الجهل بأن المشتري عالم بذلك أو غير عالم فالاصل عدم العلم فحيث أن الغبن ثابت بالوجدان فيكون عدم العلم أيضا ثابتا بالاصل فيتم موضوع الخيار للمغبون فيحكم بثبوت الخيار له وهو واضح .

الوجه الثاني ما ذكره في أثناء كلامه من أن كون المشتري عالما بقيمة المبيع أو غير عالم بها لا يعلم إلا من قبله فعليه ويعسر له اقامة البينة على ذلك أى على جهله مع أنه لا يمكن للغابن أيضا الحلف على علم المغبون بالحال لجهل الغابن بالحال ثم أمر بالتأمل .

ويمكن المناقشة في كلا الوجهين أما الثاني فباب المناقشة فيه واسع وذلك ان لوجه لمنع انه لا يمكن اقامة البينة للمغبون على جهله فانه كسائر الاوصاف النفسانية التي يمكن له اقامة البينة عليها ولو باعتبار آثارها وكذلك لوجه لمنعه من حلف الغابن على علم المغبون بداهة انه كثيرا ما يطلع عليه بالمجالسة والممارسة كما هو واضح على أنه لوجه لهذه الكبرى أى أن كل ما يعسر اقامة البينة عليه فيقبل من المدعى اذ لا دليل عليه بوجه أصلا كما سيأتى .

وأما الوجه الاول فاصالة عدم العلم لا فائدة لها ان العلم أو الجهل ليسا موضوعين للخيار وعدمه فلو بدل أصالة عدم العلم بأصالة عدم الاقدام على الضرر لكان حسنا فان الضرر إنما هو موضوع الخيار فالاقدام مزيل له فاصالة عدم الاقدام على الضرر يثبت موضوع الخيار ان الجزء الآخر وهو الغبن محرز بالوجدان وأما العلم و الجهل فلا

يترتب عليهما الأثر بوجه الآ من جهة أن العلم من مقدمات عدم الاقدام على الضرر والجهل من مقدمات الاقدام على الضرر ولا يكون أصالة عدم الاقدام على الضرر مثبتا و توضيح ذلك أن الشرط الضمنى موجود فى كل معاملة بتساوى القيمتين سواء كانا ملتفتين بذلك أم لا و قد جرت المعاملة على الاشياء بهذا الشرط و اذا شككنا فى أن المغبون هل اقدم على المعاملة مع العلم بعدم التساوى بحيث يكون اقدمه على الضرر مزيلا لهذا الشرط فالاصل عدمه أى عدم اقدمه على ذلك فيكون الشرط باقيا على حاله مع كون الضرر وجدانيا فلا يترتب ثبوت الشرط على الاصل بل الشرط ثابت ببناء العقلاء (على أنا نشك فى اعتبار الملكية بعد الفسخ للغابن فالاصل عدمه الآ أن يعارض بمثله و تحقيق الكلام فى الاستصحاب) .

و على الجملة هذا الذى أفاده المصنف قدس سره متين لو بدّل أصالة عدم العلم بأصالة عدم الاقدام فان عدم العلم ليس موضوعا للخيار بل الموضوع هو الضرر مع عدم اقدمه عليه أى مقيدا بذلك فلا شبهة ان الضرر محرز بالوجدان و القيد محرز بالاصل فيثبت الحكم و هو الخيار للمغبون بالاصل الموضوعى الحاكم على أصالة اللزوم .

هذا كله اذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و الآ فالظاهر عدم الاعتناء بقوله فانه لا معنى لكونه أهل الخبرة و مع ذلك يدعى الجهل بالقيمة فانه يرجع الى التناقض أو يكون دعواه غير عقلانى أصلا فان مقتضى الظاهر من كونه من اهل الخبرة هو صدور المعاملة منه عن علم فان دعوى كونه جاهلا بالقيمة نظير أن يدعى أحد ليس له مال و لاصنعه بل يتعيش التسؤل أن لى على ذمة فلان خمسين ألف دينار فانه لا يسمع منه أصلا

ولا يترتب عليه أثر التداعى والمحاكمة الا أن يدعى الغفلة على ذلك و كان دعواه الغفلة عقلائيا فانه حينئذ يسمع دعواه ولكن يكون قوله مخالفا للظاهر ويكون مدعىا لذلك فان الظاهر أن المعاملة قد صدرت منه فى غير حال الغفلة وأنه أقدم على الغبن عن علم لكونه من أهل الخبرة كما هو واضح و على هذا فلا بد له من اقامة البينة على ذلك أو يحلف الآخر بأنه لا يعلم بكونه غافلا بالقيمة حال العقد أو أنه كان غير غافل عن ذلك ان كان يعلم أنه لم يكن غافلا عن القيمة حال العقد .

وقد يتوهم أنه اذا ادعى الغفلة يسمع دعواه فان ما لا يعلم الآمن قبله فيسمع دعواه فيه .

وقد أجاب عنه المصنف بما فيه من الخلط بين الكبيرين احداهما دعوى قبول قول المدعى فيما يتعسر عليه اقامة البينة والثانية دعوى قبول قول المدعى فيما لا يعلم الا من قبله ونقض عليه بأن هذا يستلزم قبول دعوى مدعى الفساد مع تعسر اقامة البينة عليه .

أما الكبرى الاولى فلا دليل عليه أصلا والا فيلزم أن يقبل قول كل من يدعى شيئا ولكن على نحو يتعسر عليه اقامة البينة وحينئذ فيلزم تأسيس فقه جديد على أن اليمين للمنكر دون المدعى واما الكبرى الثانية فلم يثبت الا فى موارد خاصة أعنى دعوى المرأة كونها حاملا أو حائضا أو طاهرة وأنها خرجت عن العدة وأما فى غير هذه الموارد فلا دليل عليه بوجه على أنا لو سلّمنا صدق الكبيرين فلا نسلم كون المقام منهما أو من احداهما فانه لا يتعسر اقامة المدعى البينة على غفلته حيث انه يقيم البينة على أنه كان مشغولا بأمور أخر أو كان مصابا من جهات قد وقع من اختلال الافكار ولم يدر أنه أى شئ فعل وكذلك لا نسلم كون المقام مما لا يعلم الا

من قبله .

وبالجملة فاصل الغفلة وان كان أمرا نفسيا لا يعلم الا من قبل الشخص ولكنها معلومة للغير أيضا بحسب الآثار كسائر الملكات والافعال والصفات النفسانية كالعدالة والعلم ونحوهما .

وهذا لاشبهه فيه واين هذا مما يتعسر عليه اقامة البينة أو لا يعلم الا من قبله .

وأما اذا كان الاختلاف فى زيادة القيمة ونقصانها وكان منشئه أى أمر من الامور المذكورة من الزمان أو المكان أو التغير فنقول قد يكون الاختلاف فى زيادة الثمن ونقصانه من حيث الاختلاف فى أصل قيمة الشئ مع اتفاقهما على ما وقع عليه العقد كما اذا اتفقا على أن العقد وقع على خمسين ولكن يدعى المشتري أن قيمته ثلاثين فحصل فيه الغبن و يدعى البايع أن قيمته خمسين فلا غبن فيه مع اتفاقهما على أن العقد قد وقع على خمسين .

وهذا يكثر وقوعه فى الاشياء التى يقل وجودها فى السوق بحيث تخفى قيمته على المتبايعين كالجواهر ونحوها والا فيعرضون المتاع للسوق ويكشفون عن قيمتها .

الصورة الثانية : أن يكون الاختلاف فيما وقع عليه العقد بأن يدعى المغبون أن العقد قد وقع على خمسة وعشرين والعين تساوى عشرة فله حق الفسخ فيفسخ العقد فى خمسة وعشرين وأما العشرة فلم يقع عليه العقد ويدعى البايع أن العقد قد وقع على عشرة فلا غبن حتى يثبت للمشتري خيار الغبن .

الصورة الثالثة أن يكون النزاع فى التغير وعدمه بأن يدعى أحدهما

من الغابن أو المغبون التغير ويدعى الآخر عديمه وهذه الصورة الثالثة تنحل الى ثلاثة اقسام : الاول أن يتفقا على أن قيمة العين كانت عشرة قبل وقوع العقد عليه وقد اشتراه المشتري بثلين أو كانت القيمة قبل العقد ثلثين وقد باعه من شخص بعشرين فالغابن في الشق الاول يدعى التغير وكون القيمة حال وقوع العقد على العين بثلثين ديناراً وفي الثاني يدعى التغير وهو المشتري ويقول أن القيمة تغيرت وكانت عند وقوع العقد على العين بعشرين ولو كانت قبله ثلثين .

الثاني أن يقع الاختلاف في حال وقوع العقد على المبيع مع اتفاقهما على القيمة الفعلية بأن يدعى البائع أن المبيع حال العقد يسوى عشرة وإنما تنزلت قيمته فعلاً وصارت ثمانية فلا غبن لكون التغير في ملك المشتري والحاصل أن البائع يدعى التغير والمشتري يدعى عدم التغير وكون المبيع في حال وقوع العقد عليه يسوى بثمانية فالمعاملة غبنية فله الخيار .

الثالث : أن تكون قيمة العين قبل وقوع العقد عليها عشرين وبعده أيضاً كذلك ولكن يدعى البائع أنها لم تتغير وإنما وقع العقد على العين حال كون قيمتها عشرين كما أنها تساوى عشرين بالفعل فيكون مغبوناً ويدعى المشتري أن قيمتها وان كانت قبل وقوع العقد عليها تساوى عشرين وكذلك بعده ولكن تغيرت عند وقوع العقد عليها وكانت تساوى بعشرة فليس هنا غبن وقد ادعى المصنف في جميع هذه الصور كما هو مقتضى إطلاق كلامه لزوم العقد لوجهين الاول أصالة عدم التغير وأنه موافق للزوم ومرادف له .

وفيه أولاً أنه لا يثبت الخيار الا على القول بالاصل المثبت فان

عدم التغير ليس موضوعا للخيار كما هو واضح على أنه لا يعتم أصل عدم التغير جميع صور الاختلاف فان فى الصورة الاولى اعنى ما كان الاختلاف فى اصل القيمة وفى الصورة الثانية أعنى ما كان الاختلاف فيما وقع عليه العقد ليس الاختلاف والنزاع فى التغير وعدمه حتى نجرى فيه أصالة عدم التغير بل فيما وقع عليه العقد كما هو واضح .

و ثانيا أن أصالة عدم التغير ليس موافقا للزوم العقد دائما بل قد يكون مفاده ثبوت الخيار مع قطع النظر عن المثبتة كما عرفت فى الشق الاول والثانى . وهو واضح .

الوجه الثانى ممّا استدل المصنف على اللزوم هو أصالة اللزوم وفيه ان كان المراد من ذلك اللزوم والمستفاد من أدلة اللزوم من أوفوا بالعقود وأحل الله البيع و تجارة عن تراض و غير ذلك من أدلة اللزوم فلا شبهة فى عدم صحة ذلك فانه قد خصصت تلك العمومات ونشك فى أن الفرد المشكوك من الخارج أو من الباقي تحت العام ومن الواضح أن اثبات اللزوم فيه من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصادقية فلا يجوز وان كان المراد منه الاصل الحكيمى أعنى استصحاب بقاء الملكية بعد الفسخ بحيث تكون النتيجة هى اللزوم وهو وان كان له وجه بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمة ولكن يمكن المناقشة فيه ايضا من جهة أن الشك فى ان الملكية المجعولة انما هى محدودة بما بعد الفسخ أو مطلق لا يرفعه الفسخ فلا يكون الاستصحاب جاريا للشك فى اصل الجعل فيكون معارضا بأصالة عدم الجعل وعلى الجملة فلا وجه لجريان الاستصحاب أى أصالة اللزوم هنا .

و التحقيق أن يقال : أن المراد من الشرط الضمنى فى المعاملة

الذى عليه يدور خيار الغبن وجودا وعدما ان كان هو تساوى القيمة أى تساوى الثمن والمثل فحينئذ يكون الشرط عنوانا وجودا فلا شبهة فى أنه كلما شككنا فى هذا العنوان الوجودى فالاصل عدمه فتكون النتيجة هو الخيار لعدم حصول الشرط فى جميع تلك الصور المتقدمة كما هو واضح .

وان كان المراد من الشرط هو عدم الخديعة وأن لا يخدع كل منهما الآخر وأن لا تكون القيمة زائدة عن القيمة السوقية وأن لا يشتري المشتري باقل من القيمة السوقية بحيث يكون الشرط عنوانا عدميا فح لا شبهة فى كون الاصل الجارى هنا موافقا للزوم العقد فان أصالة عدم الزيادة عن القيمة السوقية وأصالة عدم النقيصة هى أصل العدم الازلى يوافق لزوم العقد فيكون الاصل الجارى ح موافق للزوم العقد كما هو واضح ويؤيد اطلاق القوم خيار الغبن على ذلك فانه يلائم كون الشرط هو عدم الخديعة وبعبارة أخرى كلما شككنا فى الزيادة أو النقيصة فأصالة عدم الازلى تحكم بعدمه فلا يترتب عليه محذور أصلا فيكون مفاد هذا الاصل موافقا للزوم العقد كما هو واضح وهذا من جملة الثمرات بين كون دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى وهذه نعمت الثمرة .

الامر الثانى : أن يكون التفاوت فاحشا وهذا الشرط مما لا ريب فيه فانه لا شبهة فى تفاوت قيمة الاشياء بحسب الأسواق بل بحسب الدكاكين حتى الشئ الواحد ولو كان مطلقا التفاوت موجبا للغبن لم يتبق معاملة الا ويكون فيه الغبن ولذا قيّدوا التفاوت بكونه ممّا لا يتسامح .

وأما الكلام فى تعيين حدّ ما يتسامح فيه وما لا يتسامح فعن بعض العامة أن التفاوت بالثلث ممّا يتسامح فيه واشكل عليه المصنف

بان التفاوت بهذا المقدار ممّا لا يتسامح فيه قطعاً بل التفاوت بالربع بل بالخمسة أيضاً ممّا لا يتسامح فيه وسكت عن التفاوت بما فوق الخمسة أقول الظاهر أن ذلك يختلف باختلاف المعاملات فانه قد يكون التفاوت بالخمسة مما يتسامح فيه بل يكون التفاوت باقل منه أيضاً ممّا يتسامح فيه كما اذا كانت المعاملة فى المحقرات كأن اشترى خضرة من الخضراوات بخمس أفلس مع أنه يساوى بأربعة أفلس أو ثلاثة ونصف فانه لا يعتنى على ذلك فى العرف ولا يقال انه معاملة غبنية وقد يكون التفاوت بالخمسة بل العشر بل المائة غبناً كما اذا باع ما يساوى أربعة آلاف بخمسة آلاف أو باع ما يساوى مائة مليون بمائة و واحد مليون فانه لا شبهة فى كون المعاملة حينئذ غبنية .

نعم الواحد فى ألف لا يكون غبناً قطعاً و على الجملة قد يكون التفاوت غبناً بلا شبهة وقد لا يكون غبناً بلا شبهة لكونه مما يتسامح فيه وقد يشك فى كونه غبناً و عدم كونه غبناً ولا بدّ وأن يلاحظ فى أن مقتضى القاعدة حينئذ أى شئ يقتضى .

وقد يقال كما عن شيخنا الاستاذ اذا كان الشك فى المصدق فلا يمكن التمسك بقاعدة نفى الضرر لان التخصيص وان كان لبياً اعنى بناء العقلاء على عدم الاعتناء بضرر يتسامح فيه و وقع الاقدام عليه الا أن الخارج اذا كان عنواناً كلياً كخروج يد المحسن عن قاعدة على اليد يكون للمبى كاللفظى فى عدم جواز التمسك بعموم العام فى الشبهة المصداقية .

ولكن يرد عليه أن هذا الكلام انما يجرى فيما اذا كان هنا خارج معلوم ولكن يشك فى أن المشكوك من الخارج أو من الافراد الباقية تحت

العام وأما المقام فاجنبى عن ذلك فان الضرر له مراتب فيصدق عليها على نحو التشكيل فمرتبة منها خارج قطعا وهى ما اقدم عليها المتبايعان والباقى مشكوك فيتمسك باطلاق الدليل كما هو واضح فالمقام لا ربط له بالشبهة المصدقية أصلا و ذكر المصنف أولا أن المرجع فى ذلك أولا هو أصالة ثبوت الخيار لانه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه فان الخارج من دليل لا ضرر هو الضرر الذى يتسامح وأما ما يشك فى كونه مما يتسامح أولا فيبقى تحت الاطلاق . ثم عدل عن ذلك ووجه اللزوم و ذكر أنه يحتمل الرجوع الى أصالة اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يناقشون فيه ولا يكون موردا للتسامح بل يعد ضررا عند العقلاء وأما فى غيره فيشك فى خروجه عن تحت الأدلة الدالة على لزوم العقد و عدمه فيرجع الى العمومات لعدم ثبوت مخصص هنا ليرفع اليد عن العمومات كما لا يخفى . أقول ان كان دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فلا بد من اختيار الوجه الاول فلا مسوغ له لرفع اليد عن الاول والميل الى الثانى وذلك فان المخصص للعمومات الدالة على لزوم العقد حينئذ هو دليل نفى الضرر وهو دليل لفظى يتمسك باطلاقه فى كل مورد يصدق فيه الضرر الا اذا ثبت التخصيص ومن الواضح أن التخصيص انما هو اقدم المغبون بالضرر فيرفع اليد عنه بالمقدار الذى ثبت فيه الاقدام وفى البقية يرجع الى دليل نفى الضرر حتى لو لم يكن دليل على خروج الضرر الذى يتسامح فيه او اقدم عليه المغبون لشملة اطلاق دليل نفى الضرر ولكن خرج ذلك ببناء العقلاء فى غيره نرجع الى الاطلاق .

و توهم أن التمسك فى المورد المشكوك بدليل نفى الضرر تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية قد تقدم جوابه كما هو واضح ولكن قد عرفت أن دليل نفى الضرر لا يكون دليلا لخيار الغبن كما لا يخفى .

وأما اذا كان الدليل لخيار الغبن هو الشرط الضمنى وبناء العقلاء على أن المعاملة مشروط بتساوى القيمتين فلو زاد الثمن على قيمة المثلثن أو زادت قيمة المثلثن على الثمن ثبت الخيار للآخر كما هو واضح .

و عليه فما ذكره من اصالة اللزوم هو المتبع والوجه فى ذلك أن المعاملة انما وقعت على المبيع مطلقا من غير تقييد بقيد بحسب اللفظ فمقتضى الاطلاق فى مقام الثبوت هو عدم تقيدها بقيد و بحسب تبعية مقام الثبوت ونفس الأمر لمقام الاثبات تكشف الاطلاق فى مقام الثبوت أيضا فنحكم بكون العقد مطلقا فيكون مشمولا لادلة اللزوم وليس فى المقام شئ يصلح للقينية الا ما نذكره وليس أزيد من ذلك شئ يصلح للقينية نعم قد ثبت التقييد بحسب الارتكاز وبناء العقلاء لبا فى صورة عدم تساوى القيمتين على نحو لا يتسامح فانه قامت السيرة القطعية على اعتبار التساوى بين القيمتين ومع التخلف على نحو لا يتسامح الذى مورد الشرط قطعاً يثبت الخيار للمغبون وأما فى غير هذه الصورة ليس هنا دليل لفظى نتمسك به ونحكم بثبوت الخيار بل لابد من أخذ اطلاق الكلام فى المعاملة والتمسك بأدلة اللزوم كما هو واضح وهذا هو الصحيح فى المقام كما لا يخفى .

قوله بقى هنا شئ وهو أن ظاهر الاصحاب وغيرهم أقول قد ذكر المصنف بما حاصل كلامه أن دليل رفع الضرر فى الاسلام انما هو دليل واحد يشمل على أفرادة على نسق واحد سواء كان المورد من المعاملات أو من العبادات و على هذا فما الفارق بين المعاملات حيث ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى باب المعاملات ان الضرر نوعى

فيلاحظ فيه نوع الفاس مع قطع النظر عن ملاحظه حال الناس ولكن
 فى باب العبادات ذكروا أنه شخصى فيلاحظ فيه حال الاشخاص . و
 بعبارة أخرى ذكروا أن المناط فى باب المعاملات هو ملاحظة الضرر
 بالنسبة الى المال بحيث يصدق عليه أنه ضرر مالى ولذا اذا تحقق فى
 مورد ثبت عليه حكمه سواء تضرر به صاحب المال أو لم يتضرر بأضعاف
 مقابله من المضرات ولكن المناط فى باب العبادات حال الاشخاص و
 لذا ذكروا أنه كان شراء ماء الوضوء لا يضر على حال شخص لا يرتفع وان
 كان هنا ضرر مالى وبلغ ما بلغ وأما اذا كان مضرا لشخص فانه يرتفع
 بدليل نفى الضرر وما الفارق بين المقامين وكذلك الحال فى دليل نفى
 الحرج .

أقول والذى ينبغى أن يقال أن نفى الضرر ونفى الحرج كسائر
 الاحكام تابع لموضوعهما ففى كل مورد تحقق ضرر أو حرج ثبت نفى الحرج
 والضرر كما هو الحال فى سائر الاحكام الثابته على الموضوعات على عنوان
 القضية الحقيقية كما أن بقية الاحكام تدور مدار ثبوت الموضوع وعدمه نفيا
 وإثباتا ويلاحظ بحسب حال كل شخص شخص وهكذا الضرر والحرج
 ونفيهما فادلة نفى الضرر ونفى الحرج ناظرة الى نفى الحرج والضرر عن
 الموضوعات المحققة مثلا قد ورد فى الشريعة أنه اذا زالت الشمس وجب
 الظهران ومن الواضح أن هذا حكم كلى ثابت بعنوان القضية الحقيقية و
 يلاحظ بالنسبة الى كل شخص لكونه موضوعا لهذا الحكم فزوال كل شخص
 يلاحظ بالنسبة فإى شخص أدرك الزوال صار موضوعا لوجوب الصلاة مع
 دركه بقية الشرائط فيلاحظ زواله بالنسبة اليه ولا يقال زال أى نقطة من
 النقاط بالنسبة اليه بحيث اذا تحقق فى نقطة وجب الظهران على

شخص وان لم يكن فى هذه النقطة بل فى نقطة كانت ليلا حين الزوال
فى تلك النقطة كما هو واضح . و على هذا فدلّيل نفى الحرج و الضرر
حكمان و اردان على موضوع مقدار الوجود أى بعنوان قضية الحقيقة نفى
أى مورد تحقق الضرر فى أى نحو كان سواء كان مالياً أو عرضياً أو نفسياً أو
غير ذلك لشملة حكمه سواء كان المورد عبادة أم معاملة فان الضرر المالى
أيضاً ضرر فلا وجه أصلاً لملاحظة الضرر و الحرج نوعياً بل لاساس له و
انما هما كبقية القضايا الحقيقية كما هو واضح و عليه فلا يفرق بين المعاملات
و العبادات أصلاً نعم قد يكون نفس الضرر و الحرج موضوعاً للحكم او حكمه
للتشريع كما ان اختلاط المياه حكمه لتشريع العدة و هو مطلب آخر غير
مربوط بنفس لاضرر و لاحرج الذين كبقية الاحكام الشرعية كما هو واضح و
هذا كما فى قوله (ص) لو لأشق على أمتى لا مرتهم بالسواك ولو لم يكن
حرج على الأمة لحكم بنجاسة الحديد ، وأما ملاحظة الضرر بحسب الاحوال
فى باب الوضوء فهو بنص خاص فى باب الوضوء وأنه لا بدّ وأن يشتري
الماء للوضوء وان بلغ ما بلغ الا أن يكون مضراً بحاله بحيث له عيال
يموتون جوعاً لو اعطى ماله وأخذ ماء للوضوء و يكون الضرر مجحفاً عليه
أى لا يبقى له مال يموتون به عياله فباب الوضوء انما خصص لهذا النص
الخاص و من هنا يلتزم الفقهاء رضوان الله عليهم بذلك فى غير باب
الوضوء من العبادات كما اذا صلى فى مكان فلانى لسرق السارق ماله
فانهم وهكذا .

ثم انه ذكر المصنف فى آخر كلامه أنه يمكن الالتزام بعدم الضرر
اصلاً فى باب العبادات لان ما يصل اليه من الاجر أعظم مما يفوت عنه
من المال و قد وقع فى مقابل ماله أجر كما أنه لا يقال أن فلانا تضرر اذا

باع ماله وأخذ الدينار فان فى مقابل ماله وصل اليه الدينار فلما ذاك يكون ضرر عليه .

وفيه أولا النقص بسائر أبواب العبادات فانهم لم يلتزموا بذلك فى غير باب الوضوء كما اشرنا اليه و ثانيا أن وصول الأجر اليه غير معلوم فانه مع نفي الحكم بادلّة نفي الضرر وحكمة أدلته على الاحكام الاوليّة لا يبقى هنا أمر بالوضوء حتى يوجر ويصل اليه الثواب فان الثواب انما يترتب على امتثال الأمر لا على مجرد الحركات الخارجية .

والحاصل أنه ذكر المصنف أن الضرر المالى فى باب الوضوء لا يتحقق فانه يحصل فى مقابله أجر له فلا يكون ضررا عليه وقد ذكر وجه ذلك فى قاعدة لا ضرر حيث قال أن المنفى بدليل نفي الضرر انما هو الضرر الغير المتدارك والضرر هنا متدارك بالثواب أو أن هنا ليس ضرر أصلا حتى يكون متداركا فان ذلك نظير اعطاء الفلاس وأخذ المتاع كما لا يخفى فانهم وعليه فلا يكون الضرر المالى فى باب الوضوء ضررا .

أقول : أما تفصيل نفي الضرر بالضرر الغير المتدارك ممّا لا وجه له أصلا لعدم الدليل عليه وأما أن القول بأنه ليس هنا ضرر لوصول الأجر عليه فهو يشبه العرفان بداهة أن هذا ضرر بلا شبهة على أنه لو كان وصول الأجر فى مقابل المال فى باب الوضوء موجبا لتدارك الضرر أو أن لا يكون هنا ضرراً أصلاً فلازم ذلك أن نقول بذلك فى جميع أبواب العبادات مثلا لو توقف تحصيل الماء على بذل مال كثير لا بد من بذله لعدم الضرر فيه مع أنه لم يقل به فقيه على أنك قد عرفت أن وصول الأجر اليه غير معلوم كما لا يخفى .

قوله فيقع الاشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين معا أقول :

قد وقع الكلام فى تصوير الغبن من الطرفين الباع والمشتري فى المعاملة وذكروا فى تصوير ذلك وجوها : الاول ما ذكره صاحب القوانين عند السؤال عن عبارة اللعة فى تصوير الغبن من الطرفين وحاصله أنه لو باع متاعه بأربعة توأمين على أن يعطيه ثمانية دنانير بزعم أن ثمانية دنانير يسوى أربعة توأمين والحال أن المتاع يسوى بخمسة توأمين وأن ثمانية دنانير تسوى بخمسة توأمين فانه حينئذ يكون الباع مغبونا لانه باع ما يسوى بخمسة توأمين بأربعة توأمين والمشتري مغبون لان اعطى ثمانية دنانير بزعم أنه يسوى بأربعة دنانير مع أنه يسوى فى الواقع بخمسة وقد اشكل عليه المصنف بأنه انما يلاحظ الغبن فى المعاملة بالنسبة الى مجموع ما يرجع اليها من الشرائط والعوض والمعوض ومن الواضح أنها ليست بمعاملة غبنية من حيث المجموع فلا يكون هذا وجهها لتصوير الغبن من الطرفين لان هذه المعاملة مع ملاحظة الشرائط مجموعا من حيث المجموع ليست بمعاملة غبنية وبعبارة أخرى ان كان الشرط والمشروط ملحوظا معا ولو حظ معاملة وأخذته مستقلة فلا شبهة أنها ليست بغبنية وأن كان الشرط اجنبيا عن المشروط ولم يكن له تماس بالمعاملة بل لو حظه مستقلا فيكون هنا معاملتان فيكون المغبون فى احد هما المشتري وفى الآخر الباع كما لا يخفى ومن هنا ظهر الجواب عما نقله المصنف عن بعض معاصيره من فرض المسئلة فيما اذا باع شيئين فى عقد واحد بثمنين مثلا بأن باع كتاب المكاسب وكتاب الرسائل صفقة واحدة ولو حظ كتاب الرسائل نصف دينار مع أنه يسوى بدينار وكتاب المكاسب بدينارين ونصف مع أنه يسوى بدينارين ففى هذه المعاملة يكون كل من الباع والمشتري مغبونا كما هو واضح .

ووجه الظهور أنه ان لوحظ مجموع الكتابين مبيعا واحدا فيلاحظ
المجموع من حيث المجموع ومن الواضح أن المجموع من حيث المجموع
ليس بمعاملة غبنية وان لوحظ كل من الكتابين مبيعا واحدا مستقلا
فيكون البايع مغبونا في أحدهما والمشتري مغبونا في الآخر فلم تكن هنا
معاملة يتصور فيها الغبن من الطرفين كما هو واضح .

ومنها ما ذكره بعض من فرض المتعاملين وقت العقد في مكانين
مع كون قيمة المثلث مختلفا بحسب المكانين كما اذا فرضنا أن المبيع هو
الحنطة وكان ثمن كل من منها في خارج البلد دينارا لنزول العسكرفيه
مثلا ولكن في داخل البلد نصف دينار فاشترى البلدي من اهل الخارج
بكل من بثلاثة أرباع دينار فانه يكون البايع مغبونا في هذه المعاملة فان
الفرض أن كل من من الحنطة كان دينارا فقد باعها بثلاثة أرباع دينار و
المشتري أيضا مغبون فان المفروض أن قيمة الحنطة في البلد كانت كل
من بنصف دينار وقد صار مغبونا بربع دينار .

وفيه أن المراد من الغبن في المعاملة هو ملاحظة مكان تحققها
فان كان بيع الحنطة في خارج البلد مع كون التسليم فيه ومن الواضح ان
البايع مغبون فان قيمة كل من من الحنطة في ذلك المكان دينار فقد باعه
بثلاثة أرباع دينار وان كان البيع في البلد أو بشرط أن يسلم المبيع في
البلد فيكون المشتري مغبونا كما لا يخفى فلا يلاحظ المكانين في معاملة
واحدة كما هو واضح لا يخفى فافهم .

وقد نقل المصنف عن مفتاح الكرامة تصوير كون الغبن من الطرفين
بحسب الحكم الظاهري دون الواقعي كما اذا ادعى كل من المتبايعين
الغبن كما اذا باع ثوبا بفرس بظن المساوات ثم ادعى كل منهما نقص

ما فى يده عما فى يد الآخر ولم يوجد المقوم ليرجع اليه فتخالفا فيثبت الغبن لكلّ منهما فيما وصل اليه ، مع أن فى الواقع المغبون أحدهما لا كلاهما .

أقول هذا انما يبتنى على أن كل من يدعى شيئا ويتعسر عليه اقامة البينة فانه يقبل قوله مع يمينه كما تقدم و عليه فكل من البايع و المشتري انما يتعسر عليه اقامة البينة فيقبل قوله مع يمينه فيثبت ما يدعيه من الغبن و لكن قد عرفت أنه لا دليل عليه خصوصا اذا كانت الدعوى مما يطلع عليه كل أحد و انما لم يطلع عليه من جهة العوارض كعدم وجود من يطلع عليهما فى مقام البيع ليكون بينة للواقعة و قلنا فى السابق أن الحلف انما هو للمنكر و ليس من وظيفة المدعى الحلف .

و أما بناء على فساد هذا المبنى كما هو كذلك فيكون من يدعى الغبن مدعىا و الآخر منكرا فللمدعى البينة و للمنكر اليمين و مع كون كلّ منهما مدعىا للغبن و منكرا لكون الآخر مغبونا فيتخالفان فيحكم بعدم غبن كل منهما لا بغبن كليهما فلا يكون لأى منهما خيارا أصلا كما عرفت على أن مقتضى التحالف أن يحلف كل منهما على أنه لم يغبن الآخر فيكون مقتضى ذلك أن لا يكون أى منهما مغبونا لا أن يكون كلاهما مغبونا و هو واضح .

فتحصل أنه لا يمكن تصوير الغبن من الطرفين فى معاملة واحدة كما ذكره بعض المجتهدين للروضة و قال (فلا يعقل كونهما معا مغبونين و الا لزم كون الثمن اقلّ من القيمة السوقية و اكثر و هو محال فتم) نعم يمكن تصوير ذلك اذا كان الغبن بمعنى مطلق الخديعة كما اذا باع فرشاً بأربعة دنانير على أنه من شغل كاشان فبان أنه من شغل همدان و مع

ذلك أنه يسوى بثمانية دنانير وحينئذ فقد خدع كل منهما في هذه المعاملة وهو واضح .

والذى ينبغى أن يقال انه كان مدرك خيار الغبن هو دليل نفي الضرر يمكن فرض الغبن من الطرفين بخلافه اذا كان مدركه الشرط الضمنى الذى ذكرناه أما الاول كما اذا باع حطباً من زيد كل حقة بمائة فلس مع كون الحطب كلّ حقة بدرهم واشترط المشتري عليه أن ذلك من خشبة أبنيته و واضح أن هذه المعاملة ضرورية لكل من البايع و المشتري أما كونها ضرورية للبايع فلان تسليم المبيع يتوقف على تخريب الدار وهو ضرر على البايع ، وأما كونه ضرراً على المشتري فلان قيمة الحطب انما هى كل حقة بدرهم و قد باع منه البايع كل حقه بمائة فلس فيكون الدرهم زائداً عن القيمة السوقية ولا يجرى هنا ما ذكره المصنف من الجواب عن المحقق القمى فان هذا الشرط ليس له دخل فى زيادة الثمن أصلاً فانه لا يفرق فى الحطب بين كونه من أخشاب البناء و بين كونه من أخشاب الحديقة بل ربما يوجب كونه من اخشاب البناء نقصاً فى الحطب لكونه بالية كثيراً بخلاف ما اذا كان من اخشاب الحديقة فهذا الشرط ليس مثل اشتراط كون أربعة توأمين ثمانية دنانير (الأن يقال ان هذا الشرط أيضاً ليس له دخل فى المزية و انما المزية من جهة الخطأ فى التطبيق، من المقرر) وعلى هذا فيكون العقد جائزاً من الطرفين كما هو واضح .

وأما اذا كان دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا يعقل الغبن من الطرفين بحيث يثبت الخيار للمتبايعين ويكون العقد جائزاً من الطرفين . فان الشرط الضمنى اعنى اشتراط تساوى القيمتين أو عدم زيادة القيمة و عدم نقصه لا يعقل الا من طرف واحد فيكون الغبن من

طرف واحد كما هو واضح فانهم .

قوله مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف
عقلى عن ثبوته حين العقد أقول : قد عرفت أنه لا شبهة فى ثبوت خيار
الغبن فى المعاملات وإنما الكلام فى أن ثبوت هذا الخيار من حين
تبين الغبن أو من حين العقد وجهان وقد اختلفت كلمات الفقهاء فى
ذلك اختلافا شديدا وصار ذلك منشأ للوجهين وقد جمع المصنف
بين شتات أرائهم بالفرق بين ثبوت الخيار فعلا بحيث يكون لذى الخيار
سلطنة فعلية على الفسخ وبين ظهور الخيار له واقعا فالاول لا يثبت الا
بعد ظهور الغبن بخلاف الثانى ثم تكلم فى آثار ذلك الخيار ولكن
الظاهر أنه لا وجه لذلك التفصيل فان معنى الخيار هو السلطنة الفعلية
أعنى السلطنة على فسخ العقد كما تقدم فى أول الخيارات واذا ثبت
ثبت له ذلك والا فلا يعنى معنى ثبوت الخيار هو ثبوت السلطنة لذى
الخيار على فسخ العقد كما هو واضح فليس لهذا التفصيل مجال أصلا .
وإنما المهم هو المتكلم فى جهتين : الاولى فى أن هذا الخيار
ثابت من الاول أو من حين تبين الغبن والذى ينبغى أن يقال : أنه
لا بدّ من ملاحظة دليل هذا الخيار فلو قلنا يكون دليله هو دليل نفى
الضرر كما ذهب اليه المشهور من المتأخرين واختاره المصنف أو قلنا
بأن دليله هو الشرط الضمنى فعلى كل حال فلا شبهة فى كونه ثابتا من
الاول فان دليل نفى الضرر ينفى الضرر الواقعى وكك أن شرط الضمنى
هو اشتراط التساوى الواقعى بين العوضين أى كون هذا لازم الشرط
الضمنى كما تقدم فان الشرط الضمنى هو عدم الزيادة أو عدم النقيصة
أى يشرط كل من المتبايعين على الآخر أن لا يكون ماله زائدا عن مال

طرفه بما لا يتسامحه وهذا واضح ونعبر عن ذلك بلازمه أعنى تساوى القيمتين ٠ و على الجملة فبناءً على كون دليل خيار الغبن أى من هذين الوجهين يثبت الخيار للمغبون من الاول كما هو واضح ٠

نعم لو كان دليل خيار الغبن هو الاجماع أو ما تقدمت الاشارة اليه من النبوى حيث نهى عن تلقى الركابان وقال اذا جاءوا بالسوق فلهم الخيار بناءً على انصراف ذلك النبوى الى صورة ظهور الغبن لا اثبات الخيار على وجه الاطلاق بمجرد المجئ الى السوق سواء ظهر غبن فى المعاملة أم لا كما ذهب اليه ابن ادريس الذى هو خلاف منصرف النبوى فانه بناءً على ما هو الظاهر من النبوى من كونهم ذى خيار بعد مجيئهم الى السوق اذا تبين لهم الغبن لا مطلقاً فانه لا معنى لثبوت الخيار لهم بعد المجئ الى السوق تعبدًا والآ لكان ثابتاً من الاول وكيف كان فبناءً على ظاهر النبوى فيكون دليلاً على ثبوت الخيار من حين تبين الغبن لا من حين العقد وكذلك لو كان المدرك هو الاجماع فان المتيقن منه هو ثبوت الخيار مع ظهور الغبن ولكن يرد على الاجماع أنه ليس بحجة و على النبوى أنه ضعيف السند اذ لم نجده فى كتب الاصحاب المعدة للحديث وانما ذكروه فى كتب الاستدلال واخذوهم من العامة، ولم ينجز ضعفه بشئ اذ لم يثبت كون عملهم على طبقه و انما استندوا بغيره من الوجوه المذكورة فى المسئلة بل ثبت عدم استنادهم اليه الا قليل كما يظهر من ملاحظة كلماتهم ٠٠٠ على أنه يمكن المناقشة فى دلالة أيضاً بدعى أن المراد من ثبوت الخيار بعد المجئ بالسوق هو تبين الغبن كما عرفت وأن هذا التبين طريق الى الواقع لانه موضوع بنفسه لثبوت الخيار فحيث ان الغبن من الاول وان كان تبينه من الآن

فيثبت له الخيار من الاول و بعبارة اخرى أنا لانتحمل أن العلم جزء الموضوع لثبوت خيار الغبن بل تمام الموضوع له أنّما هو الغبن لا الغبن المعلوم فاذا يثبت الخيار للمغبون من الاول و نظير كون التبين هنا طريقا الى الواقع كتبين الفجر فى شهر رمضان فى قوله تعالى كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر فان التبين هنا ليس له موضوعية لحرمة الأكل بحيث لو لم يتبين الفجر لغيم و نحوه الى أن مضى ساعة من طلوع الشمس فايضا يجوز الأكل فهذا غير محتمل قطعاً اذن فيكون التبين طريقاً الى الفجر كما هو واضح و كك فى المقام . فتحصل أن ثبوت خيار الغبن من حين العقد هذا ما يرجع الى الجهة الاولى و عليه فلا وجه لتفصيل المصنف بين ثبوت الخيار له واقعا و كونه ذى حق فى الواقع و بين ثبوت السلطنة الفعلية له فعلا على نسخ العقد .

الجهة الثانية أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن وأنه هل يترتب على هذا الخيار من الآثار ما يترتب على بقية الخيارات من الآثار بعنوان الخيار من خصوصية لأحدى الخيارات أو لا يترتب عليه آثار بقية الخيارات أقول و من جملة آثار الخيار انتقاله الى الورثة بعد موت المورث و عليه فان قلنا بثبوت خيار الغبن من حين العقد كما هو كذلك و مات المورث قبل أن يتبين الغبن فانه يثبت الخيار لوارثه فان الخيار من الحقوق الذى يورث فلا فارق فى ذلك بين خيار الغبن و سائر الخيارات و من جملة الآثار أنه يجوز اسقاطه قبل ظهور الغبن كما اذا قال ان كان لى خيار فى هذا العقد فاسقطه أو يقول بنحو العموم ان كل خيار لى فقد اسقطه فانه ح يسقط خياره هذا و ان لم يعلم به كما

هو واضح والجهة الاخرى من الثمرات أنه وقع الخلاف بين العلماء في أنه يجوز التصرف في الثمن أو المثلن في زمان الخيار اولا فذهب بعضهم الى عدم الجواز مطلقا وبعضهم الى الجواز مطلقا وقد فصل بعضهم بين بيع الخيار فالتزم بعدم الجواز وبين غيره والتزم بالجواز ولكن ادعوا عدم الخلاف وثبت الاتفاق على عدم جواز التصرف في العوضين في زمان خيار الغبن فان التصرف يوجب كون العين في معرض التلف ومن المحتمل أن ذى الخيار يفسخ العقد ويرجع بالعين وأن اتفاقهم على هذا إنما هو بعد ظهور الغبن لاقبله وقد ذكروا أنه يكشف من هذا الاتفاق أن خيار الغبن إنما يثبت للمغبون من حين ظهور الغبن .

ولكن الظاهر أن جميع الخيارات في ذلك على حد سواء ان جاز التصرف في زمان الخيار جاز في كلها والا فلا يجوز في شئ منها و أنه لا يكون هذا الاتفاق مائزا بين المقامين وذلك لعدم ثبوت هذا الاتفاق فانه لا نطمئن باتفاقهم على عدم جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة أنهم يرون عدم جواز التصرف في زمان الخيار وجوازه في غير زمان الخيار وحيث أنهم اتفقوا على جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيكشف من ذلك أنه ليس لهم خيار قبل ظهور الغبن كما هو واضح و ليس لنا علم بذلك من جهة أنه يحتمل قريبا أن جملة من القائلين بجواز التصرف في العوضين قبل ظهور الغبن أنهم التزموا بذلك لذهابهم الى جواز التصرف في العوضين في زمان الخيار كما هو كذلك و عليه فلا يكون اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن كاشفا عن اتفاقهم على عدم ثبوت الخيار قبل ظهور الغبن . نعم لو كان لنا علم بأن اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة كونه غير زمان الخيار لكان ذلك كاشفا

عن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن ولكن أنى لهم باثباته .
 على أنه لا دليل على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان
 الخيار و توهم أن التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف لا يكون
 مانعا عن ذلك لما عرفت سابقا أن متعلق الخيار هو العقد و هو باق
 حتى بعد تلف العين فانه اذا عمل صاحب الخيار خياره يرجع الى
 بدل العين لا الى نفسه نعم مع بقاء العين يرجع الى نفسها مع الفسخ
 و أما أنه لا يجوز التصرف فى العين فى زمان الخيار فهو باطل فانه بعد
 كونه مالا لمالكه فباى وجه نمنع عن تصرفاته مع كون الناس مسلطا على
 أموالهم .

و من جملة الثمرات أنه هل التلف فى زمن الخيار مِّن لا خيار له
 أو أنه من ماله و قد تقدم سابقا فى خيارى المجلس والحيوان أن
 مقتضى القاعدة الاولى هو كون تلف مال كل شخص على صاحبه و أن لا
 يحسب على شخص آخر و لكن قد ورد النص على أن تلف الحيوان فى
 زمان الخيار مِّن لا خيار له فان تعدينا الى غير خيار الحيوان و قلنا
 بكون تلف المبيع مطلقا فى زمان الخيار مِّن لا خيار له و كذلك تعدينا
 الى تلف الثمن أيضا لقلنا فى جميع الخيارات و فى تلف الثمن والمثمن
 فى زمان الخيار فى جميع المعاملات حتى خيار المجعول الذى من
 مصاديقها خيار الغبن الثابت بخيار تخلف الشرط و ان اقتصرنا بمورد
 النص فقط فلا يحسب تلف المبيع أو الثمن على من لا خيار له فى زمن
 الخيار سواء كان خيار الغبن أو غيره و هو واضح جدا .

ولكن قد تقدم أن هذا الحكم قد ثبت فى مورد خاص بالنص فلا
 يجوز التعدى الى غير مورد ه فتكون القاعدة الاولى المذكورة محكمة فانهم

وعلى كل حال فلو عم ذلك أى كون التلف المبيع فى زمن الخيار ممن لا خيار له الى غير موره لكن فى مورد خيار الغبن أيضا ممن لا خيار له قبل ظهور الغبن و بعده بناء على ما ذكرناه من ثبوته من الاول و أن لم يعلم به المغبون و من جمله الآثار أنه اذا قلنا بثبوت الخيار من الاول و قلنا بكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا فيكون هنا ايضا مسقطا كما هو واضح .

و قد تقدم فيما سبق أنه لم يثبت كون التصرف مسقطا تعديا الا فى مورد خاص أغنى بيع الحيوان فانه ثبت فيه أن التصرف الخاص موجب لسقوط الخيار كقوله (ع) أرايت ان لا مس أو قبل الخ وكذلك ثبت كون التصرف مسقطا فى خيار المجلس وكذلك التصرف المغير و أما كون مطلق التصرف مسقطا للخيار فلم يثبت بدليل و انما كونه مسقطا من جهة الظهور العرفى و كونه ظاهرا فى اسقاط الخيار عرفا فكلما كان له ظهور فى الاسقاط الفعلى يحكم بمسقطيته و الا فلا .

و الحاصل أن الافعال كالأقوال فى ابراز ما فى الضمير و اظهاره فكما أن الاسقاط القولى موجب لسقوط الخيار و يكون كاشفا عن ابراز ما فى الضمير وكذلك الاسقاط الفعلى فانه أيضا يكون من مصاديق الاسقاط و اذا لم يكن التصرف بحيث يكون من الاسقاط فلا يكون له قابلية لاسقاط الخيار و ظهوره فى ذلك فيكون مثله (وجوده) كعدمه و المفروض أنه لم يرد التعبد بكونه مسقطا على أى وجه اتفق كما هو واضح فانهم .

قوله مسئلة يسقط هذا الخيار بأمر احدها اسقاطه بعد العقد أقول يقع الكلام هنا فى أربع مسائل :

الاولى : أن يسقط خياره قبل العلم بالغبن مجانا .

الثانية : الاسقاط به قبل العلم بظهور الغبن مع العوض .

الثالثة : الاسقاط به مع العلم به مع العوض .

والرابعة : الاسقاط به مع العلم به مع عدم العوض .

أما المسئلة الاولى فلا شبهة فى سقوط الخيار قبل العلم بالغبن بأن يقول أسقط خيارى الغبن فى هذه المعاملة ولا شبهة فى ذلك بناءً على ثبوت الخيار من الاول غاية الأمر أنه لا علم بالخيار فمجرد عدم العلم به لا يمنع عن تأثير الاسقاط فانه لو قال أحدكم لى من الخيار فقد اسقطه فانه لا شبهة فى شموله لكل خياره وان كان لم يعلم به وهو واضح جداً . وأما لو قلنا يكون حدوث الخيار بعد تبين الغبن فاسقط المغبون خياره بعد الغبن وقبل ظهوره والعلم فهل يجوز ذلك أم لا فذكر المصنف أنه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار وهو الغبن الواقعى وان لم يعلم به وهذا كان فى جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه ولا يكون من قبيل اسقاط ما لم يجب .

ولكن يرد عليه أن المقتضى ان كان تام التأثير بحيث يؤثر فى المعلول بالفعل فيكون الخيار ثابتاً بالفعل ولا يكون معلقاً على حدوثه بعد العلم بالغبن وهو خلف الفرض .

وان لم يكن المقتضى تام التأثير فلا يكون الاسقاط بمثل هذا المقتضى من تحت الاسقاط لما لم يجب فيبقى المحذور فى حاله .

ولكن الظاهر أنه لم يدل دليل على عدم جواز الاسقاط بما لم يجب الا ما يتوهم من كونه تعليقاً ومن الواضح أن المتيقن من ذلك هو العقود بالنسبة الى التعليق بما رم مجهول فلايجرى فى غيره وعلى الجملة لانعرف أساساً صحيحاً لعدم جواز اسقاط ما لم يجب فلا نرى فى أن

يسقط الانسان بما يتعلق له من الحق بذمة غيره قبل تعلقه بها ولم يرد فى آية ولا فى رواية ما يمنع عن ذلك كما هو واضح لا يخفى بل هو من جهة الاجماع ولعله ليس اجماعا تعبديا بل من جهة عدم اعتبار العقلاء بمثل ذلك ويمكن أن يكون مدرك الاجماع ما ورد من النهى عن بيع ما لم يملك بعد وعن بيع ما ليس عندك والعقلاء لا يعتبرون الملكية فى أمثال ذلك أيضا و عليه فاذا اعتبر العقلاء اثرا عليه فى مورد فلا مانع من اسقاط ما به يجب .

ثم انه مع العلم بالغبن تارة يكون ما اسقطه من الغبن موافقا للواقع وهذا لاشبهه فيه وقد يكون أقل مما اعتقده وهذا ايضا لاشبهه فيه وقد يكون مخالفا بان يكون الغبن أزيد مما اعتقده فحينئذ يقع الكلام فى صحة الاسقاط و عدمه وأنه اسقاط للغبن من أصله أو بمقدار ما اعتقده وتوضيح ذلك أنه اذا اسقط خياره قبل العلم بالغبن باعتقاد أنه اذا كان هنا غبن يكون خمسا فى الخمسين ولكن لما تبين الحال فظهر أنه مغبون فى الخمسين بثلاثين فهل يسقط خياره مطلقا أو يسقط بالنسبة الى مرتبة خاصة أعنى ما اعتقده فى مقدار الغبن وقد عنون المصنف ذلك فى صورة كون الغبن معلوما ولكن المسألتان من واد واحد فيجرى هذا البحث فى كلتا المسألتين كما هو واضح .

و على كل حال فلا يمكن أن يكون المقام من باب التقييد بأن يكون ما اسقطه من الخيار مقيدا بكون الغبن خمسة فى الخمسين ويكون خياره باقيا فى المرتبة أخرى التى لم يسقطها و بعبارة أخرى اسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبة الغبن لو كان موجبا لتقييد الاسقاط بتلك نظير تقييد المبيع بالصورة النوعية لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زيادة الغبن

عما احتمله أو اعتقده وجهه إلا أنه لا يمكن التقييد فى المقام لان الخيار امر واحد بسيط ليس ذا مراتب ولا يقبل التأكد وفى المقام لا يقبل التخصص بسبب دون سبب كما فى اجتماع خيارى الحيوان والمجنس فى عقد واحد فان مائة دينار مثلاً مرتبة واحدة من الغبن فلا يعقل اسقاط مقدار منه وبقاء مقدار آخر واذن فيكون من قبيل الداعى يعنى أن اعتقاده بكون الغبن خمسة فى الخمسين داعى الى اسقاط خيار الغبن على ما هو عليه فى الواقع بأى نحو كان كما هو واضح وبأى مرتبة وصل فيكون اسقاطه خيار الغبن باعتقاد كونه بمقدار خاص اسقاطاً لخيار غبنه من أصله و اساسه ولا يقاس ذلك بباب الدين فانه اذا اعتقد عمرو كون زيد مديوناً له عشرة دنانير واسقطه فبان أنه مائة دينار أو اعتقد كذلك وقال أسقط جميع ما فى ذمة زيد من الدين لى فانه لا باس هنا من الالتزام بان الساقط عن ذمته إنما هو بمقدار عشرة دنانير ولكن لا يمكن الالتزام بذلك هنا والوجه فيه أن خيار الغبن كما عرفت أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ان سقط ، سقط من أصله وان لم يسقط فلا يسقط من أصله وقد قلنا أن اعتقاد كونه بمقدار خاص ثم اسقاطه من باب الداعى فيكون الاسقاط اسقاطاً له من أصله وهذا بخلاف باب الدين فانه منحل الى ديون متعددة نظير بيع أمور عديدة فى صفقة واحدة فانه كما ينحل البيع هنا الى بيوع متعددة فكذلك الدين فمائة دينار من الدين منحل الى ديون عديدة بحساب الدينار بل بحساب الدراهم بل أقل من الدرهم الى أن ينتهى الى ما لا يقبل المالية ولا ينصف بها وعليه فاسقاط مرتبة من الدين لا يضر ببقاء مرتبة أخرى فى ذمة المديون كما هو واضح وعليه فلا بدّ اما من الالتزام بسقوط الخيار من أصله أو من الالتزام ببطلان الاسقاط

لبطلان التقييد كما عرفت وحيث عرفت أن الظاهر في مثل المقام هو الداعى فيكون اسقاطه بداعى كون الغبن بمقدار خمسة في الخمسين فإن أنه بمقدار عشرين في الخمسين اسقاطا لاصل خيار الغبن فلا يضر به تخلف الداعى .

نعم يمكن أن يقال بكون سقوط الخيار مشروطا بظهور الغبن بالمقدار الذى اعتقده بأن يكون اسقاط المغبون خياره معلقا بكون الغبن خمسة في خمسين والّا فلا يسقط خياره وهذا لا محذور فيه الا اشكال التعليق فان هذا الاسقاط ليس منجزا فيكون باطلا ولكن يرد عليه أن بطلان التعليق في العقود والايقاعات لم يثبت بدليل لفظى بل بالاجماع وهو دليل لبي فلا بدّ من أخذ المتيقن من ذلك وهو ما لا يتوقف أصل تحقق العقد عليه ولعل الاجماع أيضا ليس بتعبدى بل من جهة أن العقلاء لا يعتبرون في مثل موارد التعليق الملكية كما لا يعتبرون في بيع ما لم يملك فالمقام نظير طلاق مشكوك الزوجية وعتق مشكوك الرقية فان مشكوكية المعلق عليه لا يضر بصحة الطلاق وبصحة العتق فان الطلاق و العتق ممّا يتوقف أصل تحققه على الزوجية والرقية فلا يضر التعليق في مثل ذلك بصحة العتق والطلاق فقد ظهر من جميع ما تقدم حكم صورة الاسقاط مع العلم بالغبن .

و على الجملة أن المسقط الاول هو الاسقاط وقد ذكرنا أن في المقام اربع مسائل الاولى الاسقاط قبل العلم بالغبن والثانية الاسقاط بعد العلم بالغبن والثالثة والرابعة الفرضين مع كون الاسقاط فى مقابل العوض .

أما المسألتان الاولتان فقد ظهر حكمهما ممّا ذكرناه وحاصله أن

المحذور من الاسقاط هنا ليس الا أمران أحدهما فى صورة كون الخيار مشروطا شرعا بظهور الغبن وذكروا أن ذلك من قبيل اسقاط مالم يجب والثانى فى صورة العلم بالغبن مع الاعتقاد بأنه خمسة فى الخمسين فبان أنه أكثر وقد قلنا أن سقوط الخيار هنا اذا كان الغبن بالخمسة فقط انما يصح اذا كان الاسقاط على نحو التعليق و عليه فيتوجه المحذور بأنه من قبيل التعليق فهو باطل و جوابه ماتقدم من أن التعليق اذا كان بما يتوقف عليه وجود العقد أو الايقاع لا يضر لكونه خارجا عن الاجماع كما هو واضح .

ثم انه يقع الكلام فى حكم المسئلة الثالثة والرابعة أعنى اسقاط الخيار فى الصورتين بالعوض كالمصالحة مثلا أما المسئلة الاولى بأن يسقط خيار الغبن قبل ظهوره بالعوض و يصلح سقوطه بعوض فالظاهر أنه لا يجوز ذلك فان أخذ العوض على ذلك باطل و أكل للمال بالبطل ان لا بد وأن يكون ما يأخذه المسقط لخياره من العوض واقعا فى مقابل شئ كما هو شأن المصالحة والمبادلة وقد عرفت أنه لا تجوز المصالحة على سقوط الخيار قبل ظهور الغبن والعلم بوجوده بل يحتمل أنه موجود او ليس بموجود و معه لا تحصل المبادلة بين سقوط الحق الموهوم و بين ما يأخذه فى مقابلة من العوض فلا يكون شئ فى مقابل العوض فتخرج عن المبادلة بين الشئيين و قلنا لا مدفع لهذا الاشكال الا أن يكون ما يعطيه الغابن من العوض بعنوان المحابات .

و لكن يمكن تصحيح المصالحة هنا أيضا بتقريب آخر بأن يقال أن المصالحة واقعة على اسقاط الخيار بعد العقد على تقدير ثبوته والعوض الذى يأخذه من يحتمل أن يكون مغبونا انما يأخذه فى مقابل الفعل

الذى هو اسقاط الخيار على تقدير ثبوته ومن الواضح أن هذا الفعل و ان كان متعلقا بالخيار على تقدير ثبوته لا أنه اسقاط على كل تقدير و لكن فائدته للطرف الآخر على كل تقدير فانه يحصل منه الاطمينان له فلا يحصل تزلزل فى العقد بعد ذلك بحيث ينجرّ الى المحاكم العرفية ومن الواضح أن حصول الاطمينان له غرض عقلائى يوجب مالمية للاسقاط الذى هو فعل المغبون وهذه وان كانت مصالحة و لكن نتيجة الاجارة فتكون كاجارة شخص لايجاد فعل فى الخارج فكما أن المستأجر يملك فعل الأجير بالاجارة وكذلك أن من يحتمل أن يكون غابنا اذا أعطى درهما لمن يحتمل أن يكون مغبونا فى مقابل اسقاطه الخيار المحتمل فيكون مالكا لفعله أعنى الاسقاط كما هو واضح .

ومن الواضح أنه ليس هنا شئ حتى يقع العوض فى مقابله فانه لا يعلم أنه مغبون فى الواقع حتى يكون له حق الخيار ويكون سقوطه فى مقابل هذا العوض بل ليس هنا الا احتمال الخيار الناشئ من احتمال الغبن فمجرد احتمال الحق لا يصح أن يكون عوضا فى المصالحة عليه و سببا لكل أموال الناس فى مقابل سقوط و عليه فلا يصح المصالحة على سقوط خيار الغبن قبل ظهور الغبن كما هو واضح الا اذا كان ذلك فى ضمن عقد آخر كأن تكون المصالحة بين شيئين أو أوقعا معاملة مستقلة واشترطا فى ضمنه سقوط خيار الغبن على تقدير وجوده فلو أراد المغبون اسقاط خياره على تقدير وجوده بازاء العوض تعين عليه ذلك وان ذكر المصنف الاولى هو ذلك نعم لو كانت المصالحة محاباتية بأن يهب من يتوهم كونه غابنا مالا للآخر والآخر يسقط خياره المحتمل فان هذا امر آخر والا فلا مدفع للاشكال المذكور .

وأما لو علم المغبون بوجود الغبن فاراد أن يصلح ذلك بشئ فان صالح ما اعتقده من الغبن بشئ فظهر مطابقا للواقع فلا كلام لنا فيه وان ظهر الواقع أزيد من ذلك فذكر المصنف هنا ثلث احتمالات بطلان الصلح من أصله وصحته مع كونه لازما وصحته متزلزلا والحق هو الأخير و يظهر بطلان الوجهين الأولين من بيان وجه الصّحة فى الثالث فنقول أنه كما أن الشرط الضمنى موجود فى المعاملات بكون العوضين متساويين أى لا يكون كل منهما زائدا و ناقضا وقد قلنا أن ذلك مقتضى بناء العقلاء والا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط وهذا المعنى بعينه جار فى المصالحة أيضا فان كل من المتصالحين يشترط على الآخر أن يكون ما اعطاه للآخر من المال أو ما أسقطه من الحق زائدا عن المقدار الذى تسالما عليه وكذلك أن يكون بدلا عما يعطيه ناقصا عن المقدار الذى تسالما عليه فهذا الشرط الضمنى موجود فى المصالحة فاذا تخلف فى مورد يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط نظير تخلف الشروط المجمعوله فى المعاملات والمصالحة فى المقام كذلك فان المغبون بعد ما علم بالغبن بمقدار معين يصلح حق خيار غبنه بمبلغ معين وهذه المصالحة وان كانت مطلقة ولكن يشترط فيها بالضمن العقدى أن لا يكون الغبن أزيد من المقدار الذى جرى عليه التسالم والا فيثبت له خيار تخلف الشرط وهذا واضح جدا .

ومن هنا ظهر بطلان توهم لزوم المصالحة وصحتها بدعوى أن الحق أى خيار الغبن حق واحد بسيط فلا يعقلا جريان المصالحة على بعضه وسقوطه بالمصالحة وبقاء بعضه الآخر فانا لاندعى سقوط الحق بمقداره وبقائه بمقداره الآخر ليلتزم فيه هذا المحذور وكك بطل قول من

توهم أن المصالحة باطلة بدعوى أن تحقق المصالحة لم يقع على الحق الموجود وما هو موجود من الحق لم تجر عليه المصالحة فلا وجه لسقوطه فيحكم ببطالان المصالحة ووجه البطلان أن المصالحة قد جرت على الحق الموجود ولكن متزلزلا فقد ظهر أن هذين القولين بين افراط و تفریط .

ثم ان ما ذكرناه جار في خيار الرؤية وخيار العيب أيضا على النحو الذي تقدم فان الخيار فيهما ثابت بالشرط الضمني وخيار العيب وان كان منصوبا ولكنه ليس على خلاف القاعدة بل النص ورد على طبق القاعدة نعم ثبوت الارش في خيار العيب بالنص على خلاف القاعدة .

قوله الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد أقول قد تقدم ذلك في خيارى الحيوان والمجلس وقد ذكر المصنف ذلك هناك وما أشكل عليه بوجوه عمدتها أنه اسقاط لما لم يجب فان الخيار لم يثبت حين العقد فاشتراط اسقاطه فيه اسقاط لما لم يجب و قد أجاب عنه المصنف واجبنا عنه أيضا بما عندنا ولا نعيده ولكن مما يجب التنبيه عليه هنا أن هذا الاشكال انما يتوجه لاحتاج الى الجواب اذا كان مدرك الخيار هو دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد ففى تلقى الركبان فانه عليها لم يثبت حق حين العقد حتى يشترط سقوطه فى ضمن العقد ولكن بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا مجال لهذا الاشكال أصلا فان مرجع سقوط الخيار هو عدم الاشتراط من الاول اذ خيار الغبن كان ثابتا بالشرط الذى يجعلانه المتعاملان بالشرط الضمنى فاذا لم يجعل ذلك لم يثبت خيار الغبن بتخلف الشرط فيكون نظير التصريح بعدم هذا الشرط كما هو واضح فلا يرد اشكال ح أصلا .

نعم يبقى هنا ما ذكره الشهيد ره من اشكال الغرر بأن هذه المعاملة غررية و سياتى تفصيل ذلك .

وأما الكلام فى المسئلة الثانية أعنى اسقاط الخيار فى ضمن العقد فقد تقدم تفصيل ذلك فى خيارى المجلس والحيوان و عمدة الاشكال فى ذلك هو لزوم اسقاط ما لم يجب كما عرفت من جهة أن فى ظرف الاسقاط ليس حق و فى ظرف الحق ليس اسقاط و قد تقدم الجواب عن ذلك و قلنا أنه لم يرد فى دليل أنه لا يجوز اسقاط ما لم يجب وانما هو من جهة اللغوية و عدم اعتبار العقلاء أثرا عليه ولو كان هنا اجماع فممنسته هو ذلك و اذا فرض فى مورد ترتب الأثر عليه و تعلق غرض عقلاى باسقاط الحق الموجود فى ظرفه من الآن فلا محذور فيه فانه يخرج عن اللغوية كما هو واضح و هذا لاشبهة فيه ولكن الذى يسهل الخطب أنه يجرى هذا الاشكال فى المقام الابناء على كون دليل الخيار دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان و أما بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط فى ضمن العقد فمعنى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد هو عدم اشتراط الشرط الضمنى من الاول فلا يلزم هنا اشكال اسقاط ما لم يجب أصلا فلا يتوجه أن الاسقاط بالفعل ليس له متعلق لعدم وجود الحق و حين وجود الحق ليس اسقاط و لكن يتولد من ذلك اشكال آخر و هو أن المعاملة حينئذ تكون غررية فانهما أقدما على شئ لا يعلم أن مقدار ماليته فى أى مرتبة و بأى مقدار و قد ذكر ذلك الشهيد فى المقام و فى خيار الرؤية و بيان ذلك أما لزوم الغرر فى اسقاط خيار الرؤية من جهة أن بيع العين الغائبة لا يصح الا بذكر الاوصاف التى بها تختلف مالية المال و مرجع اسقاط الخيار الى اشتراء المال بأى

وصف كان وهذا غررى لان الاوصاف لها دخل فى المالية بمقدار المالية من هذا المبيع غير معلوم وأما فى خيار الغبن فكذلك فان اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس الا لأجل العلم بمقدار ماليته فاذا كان الجهل بالمبيع أو بالصفة راجعا أى الجهل بالمالية فاسقاط خيار الغبن أيضا يرجع الى الجهل بمقدار مالية المال فيلزم الغرر ، وعلى الجملة فاسقاط الخيار أى عدم جعل الخيار فى العقد مع احتمال الغبن يوجب غررية المعاملة اذ لا يعلم أن ما تملكه وأخذه أى مقدار من المال و أى مقدار له مالية وهو واضح .

وقد أشكل عليه المصنف بما حاصله أن الخيار من الاحكام الشرعية فلا يكون ثبوته فى البيع موجبا لارتفاع الغرر والا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل فثبوت الخيار وعدمه بالنسبة الى ثبوت موضوع الغرر فى المعاملة وعدمه سيان .

ويرد عليه أن هذا المطلب متين فيما كان الخيار ثابتا بجعل الشارع فانه من الاحكام الشرعية التى لا ترتبط بالغرر نفا و اثباتا فلا يكون ثبوته رافعا للغرر ولا أن سقوطه يوجب الغرر ولكن لاشبهه فى أن الخيار الثابت بجعل المتعاقدين يوجب رفع الغرر فان المعاملة مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غررية أى يكون هذا الاشتراط رافعا للغرر وموجبا لسقوطه فان الغرر هو الخطر فمع هذا الشرط فإى خطر فى المعاملة فانه مختار مع ظهور الغبن فيها أن يرض أو يفسخها وهو واضح فتحصل أن جعل الخيار فى المعاملة يوجب رفع الغرر فيها .

ولكن الذى ينبغى أن يقال أن المعاملة بدون جعل هذا الخيار

أيضا ليست بغررية وذلك لان الغرر بمعنى الخطر فهو انما يكون اذا لم يعلم أن تصاحبه بالمبادلة أى شئ أو أنه متصف بأى وصف ولذا اشترطوا فى البيع كون المبيع معلوم الوجود و معلوم الوصف و اذا انتفى احدهما أو كلاهما كان البيع غرريّا فلو باع أحد داره بما فى الكيس فلا يعلم أنه أى مقدار فى الكيس وأنه أى شئ فيكون البيع غرريّا و أما اذا علم كل من البايع و المشتري ما يأخذه من الآخر و تملكه أى شئ بل يراه و هو فى نصب عينيه و لكن لا يعلم أن قيمته السوقية أى مقدار و الجهل بالمالية من جهة الجهل بالقيمة السوقية فانه لا يكون ذلك غرريا فنفرض أنه ليس فى العالم سوق ولا عقلاء الا البايع و المشتري فهل يتوهم أحد أن معاملتهما غررية و هذا بخلاف الجهل باصل الشئ أو بوصفه فانهما يوجبان الخطر حتى لو لم يكن فى العالم سوق و لا عقلاء غير المتبايعين فان الرغبات تختلف بينا باختلاف الاشياء و أوصافها و هو واضح .

ولو سلمنا أن اعتبار العلم بالقيمة السوقية أيضا من شرائط البيع و اضفنا ذلك الى شرائط البيع و قلنا لا بدّ من العلم بأصل وجود المبيع و بأوصافه و بماليته مع أنه لم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء أنه ليس هنا غرر أيضا فانه يرتفع بالاطمئنان الحاصل اما من اخبار الثقة أو بأصالة الصحة بناء على اعتبارها أو الرؤية السابقة أو غير ذلك و ان لم يكن اطمئنانه بمرتبة القطع فاذا اطمئن البايع بعدم كون المبيع أقل من القيمة السوقية أو اطمئن المشتري بعدم كونه أزيد من القيمة السوقية فلا يكون البيع خطريّا حينئذ و ان لم يكن فى الواقع كذلك لما عرفت فى البحث عن بيع الغررى أن الخطر انما هو قائم بحالة ترد النص و عدم اطمئنانها و اذا اطمئن و ان يكن قاطعا بعدم كون قيمة المبيع أقل من القيمة

السوقية فباع على هذا الاطمينان فلا يكون غرريا وبهذا قلنا أن اسقاط خيار العيب والاقدام بمعاملة مع الاطمينان يكون المبيع صحيحا وان كان معيبا واقعا لا يكون غررياً بل يصح المعاملة كشراء الجارية مع الاطمينان يكونها صحيحة مع أنها مسلوقة ومن هنا ظهر حكم الشراء بانها على الرؤية السابقة على البيع يوما أو يومين بحيث يطمئن عادة أن المبيع لا يتغير في هذه المدة فانه يكون البيع حينئذ صحيحا مع اسقاط الخيار وان لم يكن المبيع كذلك في الواقع اذ لا تردد للمشتري في ذلك ليكون خطرا فتحصل أن الاقدام على المعاملة مع الاطمينان بالصحة أما اعتمادا على قول الثقة أو على الرؤية السابقة أو على اصالة الصحة بناء على اعتبارها مع اسقاط خيار الغبن والرؤية وحينئذ لا يوجب كون المعاملة غررية.

الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن أقول ذكر المصنف أن المشهور بين الفقهاء هو الفرق بين التصرف الواقع بعد العلم بالغبن وبين التصرف الواقع قبل العلم بالغبن فانهم التزموا بكونه مسقطا لخيار الغبن والعيب والتدليس في الاول دون الثاني .

فان كان المراد بذلك هو الطريقة فهو متين بأن كان التصرف — كاشفا عن الرضاء بالعقد وطريقا اليه اذ لا فرق في المسقط بين المسقط القولى وبين المسقط الفعلى اذ الميزان انما هو كونه مبرزا لما في النفس من الرضاء بالعقد وكاشفا عن سقوط الخيار ومن الواضح أن التصرف حين العلم بالغبن له طريقة الى سقوط الخيار الا اذا قامت قرينة على عدم كونه طريقا الى السقوط في هذه الحالة وان كان المراد من هذا الفرق الموضوعية بأن كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعية في سقوط

الخيار فهو باطل اذ كثيرا يوجد التصرف مع العلم بالغبن ولا يكون مسقطا للخيار كما اذا علم بالغبن وبنى على الفسخ ولكن لم يفسخ ليتصرف فى المبيع ولا يكون التصرف فى ملك الغير كأن اشترى لحافا و التفت الليل الى الغبن وبنى على الفسخ بناء على عدم فورية هذا الخيار و لكن لم يفسخ الليلة من جهة برودة الهوى ليتصرف فى اللحاف مع كونه فى ملكه وأصبح وفسخ فان القرينة قائمة على عدم كون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار فلو كان له موضوعية لكان مثل هذه التصرفات ايضا مسقطا للخيار وهكذا لو كان التصرف واقعا فى مقدمة الاسقاط كما اذا اشترى حيوانا فالتفت الى كون المعاملة غبنية وركبه ليرده الى البايع و يفسخ العقد عنده فان مثل هذا التصرف لا يكون مسقطا للخيار بل قد يكون موجبا لسقوط الخيار مع الجهل بالغبن كما اذا تصرف المغبون تصرفا كاشفا عن الرضا بالعقد حتى لو ظهر فيه غبن كما هو المفروض فلو كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعية فى سقوط الخيار لما كان ذلك موجبا لسقوط الخيار نعم مع العلم بالغبن يكون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار غالبا الا اذا قامت قرينة على الخلاف وعكس ذلك وقوع التصرف مع الجهل بالغبن .

و على الجملة ما ذكره المشهور من الفرق فى مسقطية التصرف بين ما بعد العلم بالغبن و بين ما قبل العلم بالغبن لا يرجع الى محصل اذا كان غرضهم الموضوعية بل له وجه اذا كان غرضهم الطريقية وقد ذكرنا سابقا أنه لا يفرق فى ابراز الاسقاط بين المبرز الفعلى و المبرز القولى كما هو واضح ثم انه لا وجه لقياس خيار الغبن بخيار العيب والتدليس فان سقوط الخيار بالتصرف فى خيار العيب بالنص فاما يفسخ أو يأخذ الأرض

وأما في خيار التدليس فلا دليل فيرجع الى دليل الخيار هذا كله فيما اذا كان المدرك لهذا الخيار هو دليل لا ضرر وصدق على هذا التصرف الاقدام على الضرر فانه مع هذا الصدق يسقط الخيار في صور العلم بالغبن و عدمه وأما اذا لم يصدق على التصرف الاقدام على الضرر فلا يسقط الخيار على كل تقدير أى مع العلم بالغبن و عدمه و هكذا اذا كان الدليل هو الشرط الضمنى فانه ان كان التصرف مصداقا للاسقاط يسقط به الخيار والآ فلا ، فلا يفرق في ذلك أيضا بين صورتى العلم بالغبن و عدمه غاية الأمر أنه بناء على الاول فالخيار مجعول شرعا و بناء على الثانى فهو مجعول بجعل المتعاقدين .

وأما اذا كان المدرك هو الاجماع فهل هو غير ثابت مع الرضاء أو يقال أن الشك في الرفع لا الدفع فيستصحب كما ذكره المصنف فيه بحث ثم أمر بالتأمل وقد يقال ان الاستصحاب لا يجرى هنا من جهة أن المدرك للخيار هنا هو الاجماع وقد حقق في محله أنه اذا كان المدرك هو الدليل اللبى فلا مطرح للاستصحاب فيكون دفعا لا رفعا و لكن يرد عليه أنه لا فرق عند التحقيق وعند المصنف في جريان الاستصحاب بين كون دليل الحكم هو الاجماع أو غيره كما حقق في محله وقد يقال ان وجه الاشكال في الاستصحاب هو كون الشك في المقتضى أى لا يعلم وجود المقتضى للخيار مع التصرف للشك في أن المستصحب له اقتضاء البقاء أم لا .

وفيه أن مورد الشك في المقتضى ما اذا كان الشك في نفس الزمان بأن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزمان لابقائه من حيث الزمانى وبالنسبة الى كل طار وعارض والا لرجع كل ما يشك في

الرافع الى الشك فى المقتضى .

وقد يقال بان الوجه فى عدم جريان الاستصحاب هو عدم بقاء الموضوع كما ذكره شيخنا الاستاذ فان الموضوع فى المقام ليس ذات المغبون بل هو مع الرضاء كما ان عنوان السفر والحضر لهما دخل فى القصر والاتمام و عنوان العدالة له دخل فى جواز تقليد المجتهد بحيث يعد الفاسق موضوعا آخر غير العادل وهكذا هنا فالوصف العنوانى يوجب تعنون الموضوع بعنوان خاص وان كان الموضوع حقيقة شيئا واحدا ولكن طروا الاوصاف المتغايرة يوجب التعدد .

ولكن هذا أيضا ليس بصحيح وان كان صحيحا فى المسافرين و الحاضر والعادل والفاسق فى مسألة التقليد اذ ليس لعنوان الرضاء دخل فى ثبوت الخيار بل هو ثابت لذات المغبون غاية الأمر أن التصرف الصادر عن الرضاء مصداق للاسقاط نظير الاسقاط القولى .

بل الوجه فى عدم جريان الاستصحاب ما ذكرناه فى علم الاصول من عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فلو لاهذه الجهة لم يكن مانع فى جريان الاستصحاب هنا وكان الشك فى الرفع لا الدفع ولحكمنا معه بجريان الاستصحاب فافهم واذا لم يتم الاستصحاب فترجع الى دليل لزوم العقد .

قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعق ، أقول نسب المصنف ره الى المحقق ومن تأخر عنه سقوط خيار الغبن بالتصرف المخرج عن الملك بل هو المشهور بين المتأخرين بل يظهر ذلك من كلام الشيخ فى خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة

أو تصرف فيها سقط الرد واستظهره المصنف اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن على حد ما استظهره من جامع المقاصد في شرح قول الماتن ولا يسقط الخيار بتلف العين .

وكيف كان انما الكلام في دليل ذلك فنقول ان كان المدرك لخيار الغبن هو الاجماع فيمكن أن يقال ان الاجماع دليل لبي فالمتيقن منه انما هو فرض بقاء العين وأما في فرض تلف العين فلا اجماع في البين على أن هذا الفرع ليس معنونا في كلمات القدماء فكيف يمكن دعوى الاجماع التعبدى على ذلك وان كان يمكن استظهاره من بعض كلماتهم كما استظهره المصنف من الشيخ ره .

وان كان المدرك هو دليل لاضرر وهو ثابت في هذه الصورة أيضا لان لزوم هذا العقد ضرر على المغبون فيرتفع بدليل نفي الضرر و من الواضح أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ العقد ويرد مثل العين الى الغابن وهكذا الحال فيما اذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمنى فانه موجود في صورتى بقاء العين وتلفها ولكن الكلام في أنه على القولى بكون مدرك الخيار هو دليل لاضرر اشكل عليه بوجهين الاول أنه يسقط الخيار مع التصرف في العين تصرفا مخرجا عن الملك فانه اقدام على الضرر فمعه يسقط الخيار .

وفيه ما ذكره شيخنا الانصارى ناقلا عن شيخنا الشهيد ره بأن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداما على الضرر فان الضرر خارج عن عموم نفي الضرر ليس الا صورة اقدام عليه عالما به فيجب تدارك الضرر باسترداد مادفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه

وعلى الجملة فمثل هذا التصرف الواقع فى حال الجهل ليس اقدا ما على الضرر الا اذا قامت قرينه على ذلك فانه يوجب سقوط الخيار على النحو الذى تقدم فى المسقط الثالث و عدم بقاء العين لا يضر ببقاء الخيار لان متعلقه العقد كما عرفت مفصلا دون العين .

الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج عن الملك ضرر على الغابن أيضا فيكون مشمولا لدليل نفي الضرر وحـ. فيتعارض دليل لا ضرر بالنسبة اليهما ويتساقط وهو واضح فالوجه الاول ناظر الى منع المقتضى والوجه الثانى ناظر الى ابداع المانع وفيه ايضا ما ذكره شيخنا الشهيد من أنه لا ضرر فى ذلك على الغابن لان العين المبيعة ان كانت مثلية فلا ضرر عليه لانه يأخذ المثل وان كانت قيمية فيأخذ القيمة وعلى كل حال لا ضرر على الغابن غاية الامر تفوت الاوصاف الشخصية الغير الدخيلة فى زيادة القيمة وليس فيه ضرر على الغابن وان كان مثل تلك الاوصاف أيضا موردا لغرض الغابن بشخصه كما اذا كان كتابا مختوطا بخط أبيه فانه خصوصية شخصية وله دخل فى الغرض الشخصى ولكنها لا توجب التفاوت فى القيمة السوقية كما هو واضح .

و تحصل أنه لو تصرف المغبون فى العين جهلا تصرفا مخرجا عن الملك لا يوجب هذا التصرف سقوط الخيار بناء على كون مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى الا اذا قامت قرينه على كونه اقدا ما على الضرر أو مصداقا لسقوط الخيار فانه يحسب يسقط الخيار بذلك . قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البايع والمشتري أقول الظاهر هو عدم الفرق بين كون المغبون هو البايع أو المشتري بناء على كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط

الضمنى فانه على كلا التقديرين لعموم الدليل بهما نعم بناءً على كون مدرك الخيار هو الاجماع لا يشمل ذلك البايع لان المذكور فى كلماتهم هو المشتري فيكون هذا حكماً تعبدياً مختصاً بالمشتري كما هو واضح و لكن قد عرفت عدم وجود الاجماع التعبدى فى المقام .

قوله و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك المالك كالعق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء كالاستيلاذ أقول بناءً على عدم ثبوت الخيار بالتصرف المخرج عن الملك لافرق فيه بينما يكون التصرف موجبا لاعدام العين كأن اشترى الخبز المساوى بستة فلوس بخمسين فلسا فأكله أو كانت العين باقية و لكن زالت الملكية عنها كما اذا اشترى عبدا فاعتقه ثم علم بالغيب أو كانت العين باقية مع وصف الملكية و لكن كانت ملكا للغير كما اذا باعها المغبون من غيره بالبيع اللازم أو كانت العين باقية فى ملك المغبون أيضا و لكن تصرف فيها تصرفا أوجب ذلك التصرف المنع عن الرجوع كما اذا اشترى أمه فاستولدها فان العين لم تتلف و لم تزل عنها الملكية أيضا و لكن وجد فيها وصف أوجب المنع عن ردها الى الغابن فانه على القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن المالك جهلا لا يفرق بين هذه الصور بل يبقى الخيار على حاله كما أنه على القول بعدم بقاءه أيضا لا يفرق بين هذه الصور .

و هل يلحق بما ذكر نقل العين الى غيره بالعقد الجائز أو التدبير و الوصية أم لا ذكر المصنف ما صرح به جماعة أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار اذا فسخه فضلاً عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلا .

و ذكر شيخنا الاستاذ أن فى مورد النقل يمتنع الفسخ مادام العين

المغبون فيها خارجة عن ملك المغبون ولو كان النقل جائزا لان الفسخ يقتضى رد العين من ملك الفاسخ الى ملك المفسوخ عليه ورد بدلها من ملك المفسوخ عليه الى ملك الفاسخ والعين اذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الرد ولكنه تسلم اماكن الرد فى التدبير والوصية لان نفس الفسخ ابطال لهما .

أقول يمكن أن يقال ان النزاع بأنه يمكن الفسخ فى مورد النقل بالعقد الجائز كما ذهب اليه شيخنا الانصارى أو يستحيل كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ خارج عن المقام أصلا ولا موضوع لهذا البحث و ذلك لان من يفسخ العقد يقصد مع ذلك رد العين الى البائع فما يفسخ به العقد من الفعل أو القول يكون ذلك انشاء لفسخ العقد الذى غبن فيه المغبون وأيضا انشاء للعقد الجائز الناقل للعين الى غيره فيكون فعله هذا أو قوله الذى يقع به الفسخ مبرزا لفسخ عقدين العقد اللازم الذى وقع فيه الغبن والعقد الجائز الناقل للعين الى غيره وبعبارة أخرى أن المغبون اذا فسخ العقد يقصد بذلك رد العين الى الغابن ومعنى رد العين الى الغابن ليس الا فسخا للعقد الجائز فيكون فسخ المغبون العقد الذى وقع فيه الغبن بالالتزام فسخا للعقد الجائز أيضا وعليه فلاموضوع لما ذكره المصنف من اماكن الرد ولا لما ذكره شيخنا الاستاذ من عدم اماكن الفسخ هذا كله لا اشكال فيه .

وأما اذا نقل المغبون العين الى غيره بالاجارة فهل يبقى الخيار مع ذلك أم لا أما بناء على بقاء الخيار مع ما ذكرناه من النواقل اللازم والجائزة فواضح لا شبهة فيه وأما على القول بعدم بقاء الخيار مع الأمور المذكورة فهل يبقى الخيار هنا أم لا فالظاهر هو بقاء الخيار وذلك لأن

العين باقية في ملك المغبون وليس عن ردها الى الغابن مانع أصلا
وليس المقام مثل الامور السابقة الناقلة للعين الى ملك الغير نقلا لازما
أو نقلا جائزا ولأن هنا مانعا عن الرد كالاستيلاء غاية الأمر أن العين
مسلوبة المنفعة الى مدة معلومة فيفسخ المغبون العقد و يملك الغابن
العين ولكن مسلوبة المنفعة الى مدة معلومة على انك عرفت أنه مع
عدم امكان رد العين أيضا يمكن لان متعلقة هو العقد دون العين
الخارجية كما لا يخفى .

و على الجملة أن التصرف المخرج عن الملك حقيقة أو حكما لا يمنع
عن بقاء الخيار وهكذا التصرف في المنفعة كما في الاجارة بل عدم سقوط
الخيار هنا أولى .

ثم انه لو امتزجت العين بشئ آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك
سقوط الخيار أم لا وعلى تقدير ان لا يكون موجبا لسقوطه فهل يكون ذلك
مانعا عن الرد أم لا وهنا مسألتان الاولى في أن الخيار هل يبقى مع
الامتزاج أم لا والثانية أنه مع القول بالبقاء هل يكون ذلك مانعا عن
الرد أم لا أما المسئلة الاولى فقد ظهر حكمها من السابق حيث عرفت
أن التصرف الموجب للتلف موضوعا أو حكما لا يكون سببا لسقوط الخيار و
كذلك في المقام سواء كان الامتزاج بالاغلا أو بالادنى أو بالمساوى و
سواء اختلط بمال المشتري المغبون أو بمال غيره وذلك لما عرفت أن
متعلق الفسخ هو العقد دون العين حتى يلزم من تلفه أو انتقاله الى
شخص آخر انتفاء موضوع الفسخ وأما أن الامتزاج مثل التصرف المخرج
عن الملك فمن جهة أن الامتزاج يوجب خروج العين عن الملك لاتمامها
بل ببعضها وبهذا الخروج تحصل الشركة الاشاعة فينتقل بعض من كل

من الممتزجين بعضا مشاعا الى ملك مالك الآخر فتصبح العين بينهما مشتركة على وجه الاشاعة .

وأما المسئلة الثانية فهى أنه هل يمكن الرد هنا لا فنقول أما اذا لم يرض الغابن لما امتزجه سواء كان الامتزاج بالاعلى أم لا فلا شبهة فى انتقال حقه الى المثل أو القيمة فان ما أخذه المغبون من الغابن لم يكن ممتزجا بغيره ولم يكن مشتركا بينه وبين غيره فالشركة عيب فى ماله فله أن لا يقبله ويطلب من المغبون مثله أو قيمته فانه حين ما سلمه الى المغبون لم يكن معيوباً بهذا العيب كما هو واضح .

و على الجملة فللغابن أن لا يرض بالمتزج وطلب منه غيره و ان رضى بذلك فليس للمغبون أن يمنع من أدائه لأن الشركة و ان كانت عيباً فى المال و موجبة لانتقال بعض مال الغابن الى المغبون لحصول الاشاعة بذلك الا أنه مع ذلك متعلق حقه وماله غاية الامر ماله المعيوب بعيب حصل بفعل المغبون وله مطالبة نفس ذلك و ليس للمغبون أن يمنع من رده لان الغابن له أن يسقط ما كان فى ماله من القيمة عن العيب الذى هو الشركة و ليس ذلك اعتبار و صف زايد فيه حتى يكون ذلك عناية زائدة ولا يكون للغابن حق المطالبة . و الامر كذلك فى جميع المقامات التى يشترط المشتري كون المبيع واجداً للوصف الكمال ولكن فى مقام التسليم والتسلم يغمض النظر عن حقه ولا يطلب الواجد للوصف كما لا يخفى مثلاً لو فرضنا أن زيدا اشترى عبداً كاتباً من عمرو وهو عند المطالبة يطالب عبداً فاقداً للكتابة و يغمض عن جهة الكتابة لأنه اغماض عن حقه و ليس للبايع اجباره بالعبد الكاتب مثلاً الا اذا كان الواجد للوصف مبائناً مع الفاقد كفرش كاشان مع فرش همدان

فانه لو وقعت المعاملة على فرش كاشان ورضى البايع بفرش همدان و لكن لا يرض المشتري بفرش همدان اما لعدم وجوده عنده أو من جهة أخرى فانه ليس له أن يجبر البايع بذلك وان كان اغماضا عن الحق بل ينفى البيع الاول فى تسليم فرش همدان بل يحتاج الى معاملة أخرى لانها بجودة الاول و ردائة الثانى من المتباينين و هذا بخلاف ما كان الوصف وصف الكمال فقط كما اذا كان المبيع الحنطة الفلانية التى جيدة ورضى البايع بالحنطة الفلانية التى رديئة ورضى المشتري بالمردى فانه ليس للبائع اجباره بالجيد لأن المبيع شئ واحد غاية الامر قد اعتبر فيه وصف الكمال فيسقط المشتري هذا الشرط فلا محذور فيه كما لا يخفى فافهم و تأمل و من هنا ظهر حكم لو تعيب المبيع بفعل المغبون و لم يخرج عن ملكه فانه لو لم يرض به الغابن لا بد له من اعطاء المثل أو القيمة و أما لو رضى به فليس للمغبون اجباره بالمثل أو القيمة بدعى أنه صار معيبا و ذلك لان العيب ليس مانعا عن مطالبة الغابن ماله كالا متزاج غاية الأمر أن حصول العيب يجوز له مطالبة المثل أو القيمة مع عدم الرضاء بالمعيب و أما مع الرضاء به فليس لأحد أن يمنعه من ذلك لكونه ماله كما هو واضح .

و أما لو زادت العين فقد تكون الزيادة عينية و قد يكون حكمية و أما اذا كانت الزيادة عينية كما اذا اشترى حيوانا صغيرا فصار شابا كبيرا أو اشترى حيوانا هزالا فصار سمينا أو اشترى شجرا صغيرا فصار كبيرا فهل تكون مثل هذه الزيادة مانعة عن ثبوت الخيار للمغبون وعن الرد على تقدير ثبوت الخيار أم لا الظاهر أنه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار لو كان مغبونا حين العقد لما عرفت أن الفسخ قد تعلق على

العقد دون العين فيمكن فسخ العقد مع ذلك وأما رد العين فالظاهر أنه ليس للغابن رد العين على هذه الحالة بل لابدّ اما من الرضاء بالمثل أو القيمة أو الرضاء بالعين على هزالتها وصغرها مثلاً و تكون الزيادة للمغبون لحصولها فى ملكه فتحصل الشركة ويكونان شريكين للعين بحسب حصتهما كما هو واضح فانهم و تأمل .

و قد عرفت أن الامتزاج ليس مانعاً عن رجوع الغابن الى ملكه و لكن نقول انه يكون مانعاً عن ذلك و تفصيل الكلام أن الشركة قد تكون بمعنى كون كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركة بجميع أجزائها بحيث يكون حق كل منهما معلوما عند الله و لعلّ هذا هو المعروف بين الاصحاب الثانى : أن يكون كل من الشريكين مالكا لمجموع العين المشتركة ملكية ناقصة و الفرق بين الاول و الثانى أن ملكية المالك فى الوجه الاول مستقلة لما عرفت أنه مالك لمجموع النصف مستقلاً و لكن المملوك ناقص فانه هو النصف و أما فى الوجه الثانى فالمملوك مستقل وهو مجموع العين المشتركة و لكن ملكية المالك ناقصة فان كل منهما نصف المالك و المجموع مجموع المالك منهما مالك واحد مستقلاً كما هو واضح .

اذا عرفت ذلك فنقول ان الامتزاج أيضا مانع عن الرد كبقية النواقل اللازمة و ذلك لأنه يوجب الشركة بحسب السيرة العقلية ليكون كل جزء مشتركاً بين الشريكين الى ان ينتهى الامر الى الاجزاء الصغار التى لا تفيد القسمة بالآلة التى لا يعتبر لها العقل المالى فيكون الامتزاج من اسباب الشركة و فاقدًا عن الرد فأما على الاحتمال الاول من وجهين الشركة فمن جهة أنه ينتقل بالامتزاج نصف مال كل من الشريكين الى الآخر وبالعكس فيكون كل جزء مشتركاً بين الشريكين واقعا و ما قيل أنهما يكونان مشتركين

فى الظاهر فلا وجه له اذ ليس الواقع مجهولا لنا حتى نقول بالملكية الظاهرية و عليه فيكون الامتزاج مثل سائر النواقل اللازمة مانعة عن الرد فينتقل الضمان الى البدل من المثل أو القيمة .

و على الوجه الثانى من وجهين الشركة ربما يتوهم أن المملوك هنا شئ واحد و لكن الملكية ناقصة فلا مانع من الرد و لكنه واضح الفساد أيضا بداهة أن ملكية كل من الشريكين ناقصة بالنسبة الى المملوك و أن كل واحد منهما نصف المالك على مجموع العين فمالكية كل من الشريكين المستقلة انتقلت الى الشريك الآخر قبالة عرض يكون المملوك أيضا منتقلا الى الآخر بمعنى أن العين تكون مملوكة للشريك الآخر مجموعا بنصف الملكية و لم تكن العين قبل الشركة كذلك و منتقلة الى الآخر فالنقل متحقق على كل تقدير كما هو واضح و عليه فلا يمكن رد العين أيضا لكون المقام كسائر النواقل اللازمة .

ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز الى غيره ثم رجع الى ملكه فهل للغابن مطالبة ذلك و ليس للمغبون منعه عن رده أو ليس له مطالبته و أن ذلك أيضا مانع عن الرد أو يفصل بين ما كان الارجاع بسبب جديد كالشرى والتوارث والهبة فلا يرجع اليه الغبن أو بسبب هو من شؤون السبب الاول كالفسخ والاقالة و نحوهما فله حق الرجوع الى المغبون وجوه و قد ذكر شيخنا الاستاذ تفصيلا فى المقام وتفصيل المقام فى جهتين الاولى فى ثبوت الخيار والثانى فى رد العين أما الاول فلا شبهة فى ثبوت الخيار لعين ما تقدم فانك قد عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين فالعين سواء كانت باقية أو تالفة فالخيار على حاله و مع الفسخ يرجع الى العين مع البقاء والآ فالى المثل أو

القيمة ففى المقام على فرض أن نقول أن رجوع العين الى ملك المغبون بعد انتقالها الى غيره مانعة عن الرد فلا مانع أيضا من ثبوت الخيار كما لا يخفى فافهم . وأما الجهة الثانية فسيأتى الكلام فيه فى تصرف الغابن هذا كله فى تصرف المغبون .

و أما لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت اليه بالنواقل اللازمة كالبيع والهبة لذى رحم والهبة المعوضة ونحوها من النواقل اللازمة فهل يوجب ذلك سقوط الخيار و عدم جواز ردّ العين أم لا أما سقوط الخيار فلا وجه له أصلا فانا لم نقل بسقوطه بتصرف المغبون الذى هوذى الخيار مع أن للسقوط فيه وجه فكيف بسقوطه بتصرف الغابن الذى عليه الخيار فالخيار باق على حاله كما هو واضح لا يخفى وأما بالنسبة الى ردّ العين أى فهل للمغبون ردّ العين التى نقلها الغابن الى غيره بالنواقل اللازمة أم لا ففيه وجوه الاول تسلط المغبون على ابطال ما وجدته الغابن من أصله الثانى تسلطه على ابطاله من حين الفسخ الثالث لا هذا ولا ذك بل اذا فسخ المغبون وكانت العين منتقلة الى شخص آخر بناقل لازم كالوقف والعق و نحوهما فيرجع الى البدل من المثل أو القيمة .

أما مدرك القول الاول أعنى البطلان من رأسه فمن جهة أن العقد الذى أوقعه الغابن فانما أوقعه فى متعلق حق الغير كما فى بيع الرهن فيكون ذلك موجبا لتزلزل العقد من الاول و عليه فمقتضى قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشتري الثانى و ح فيكون الفسخ ابطالا لعقد الغابن ليتمكن ردّ العين من الغابن بمقتضى العمل بقانون الفسخ كما هو واضح فان معاملته لا يزيد على المعاملة

الفضولية و على بيع الراهن العين المرهونة فيكون الفسخ رداً لذلك .
 وأما مدرك القول الثانى أن العقد انما وقع على العين التى هى
 متعلق حق الغير لثبوت حق المغبون بأصل المعاملة الغبنية وأما يظهر
 له بظهور السبب فللمغبون استرداد العين اذا ظهر السبب و حيث
 وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من أصله بل يبطل من حين
 الفسخ و بعبارة أخرى أن الجمع بين دليل سلطنة الناس ودليل الخيار
 يقتضى نفوذ تصرفات الغابن ما لم تبلغ حدّ المزاخمة لحق المغبون فاذا
 بلغ هذا الحد اقتضى دليل الخيار السلطنة على فسخ المعاملة وأخذ
 العين عمّن كانت بيده .

وأما مدرك القول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل عقد الغابن حتى
 يكون فسخ العقد الاول فسخاً له اما من أصله أو من حين الفسخ بل نقول
 بلزوم عقد الغابن ورجوع المغبون بعد فسخ عقده الى البدل من المثل
 أو القيمة وذلك اما من جهة أن التصرف فى زمان خيار الغير المتصرف
 صحيح لازم كما هو الحق و سيأتى فى احكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل
 واما من جهة عدم تحقق الخيار قبل ظهور العيب كما تقدمت الاشارة
 اليه و سيأتى التعرض له فى احكام الخيار .

أما الوجه الاول فيمكن المناقشة فيه أن هذا انما يصح اذا قلنا ان
 متعلق الفسخ هو العين فانه ح يكون الفسخ المغبون ابطالا لعقد الغابن
 من الاول لكون العين متعلقة بحقه فيكون الفسخ رداً لها من الاول فيحكم
 ببطلان عقده من رأسه كما هو واضح ولكن الامر ليس كذلك بل متعلق
 الفسخ انما هو العقد كما عرفت و عليه فلا مجال لبطلان عقد الغابن
 بناءً على الاول يكون عقد الغابن كعقد الفضولى لكون العين متعلقة
 لحق الغير كالعين المرهونة اذا باعها الراهن فان الفضولى

ليس منحصرًا ببيع مال الغير بل يعم بيع متعلق حق الغير أيضا وعليه فيكون فسخ المغبون ردا لبيع الغابن من الاول ولكن قد عرفت أن الأمر ليس كك على أن كون المقام بمنزلة الفضولى يقتضى أن لا يكون عقد الغابن صحيحا مع عدم الامضاء ان لا يكون بطلانه متوقفا على الرد فقط فانا لو فرضنا أن المالك لم يلتفت الى العقد الفضولى حتى مات فهل يتوهم أحد أن ذلك العقد يكون صحيحا ، نعم لو التفت الى العقد الفضولى ومع ذلك سكت فيمكن أن يكون سكوته اجازة فافهم .

وأما الوجه الثانى فيرد عليه أن متعلق حق الخيار ان كان هو العين فتكون تصرفات الغابن مراعا باجازه المغبون لعقد الفضولى فان اجاز صحت تصرفاته والا فتكون باطلة من الاول و على الثانى فتكون تصرفات الغابن نافذة سواء فسخ المغبون العقد أم لا فلا وجه لابطال عقد الغابن من حين الفسخ أصلا لأنه اما أن يكون باطلا من الاول أو أنه صحيح لا يبطل أصلا كما هو واضح واذا بطل الوجهان ثبت الوجه الثالث وقد عرفت وسيأتى فى أحكام الخيار أن تصرفات من عليه الخيار نافذة من دون توقف على اجازة المغبون وعليه فاذا فسخ المغبون العقد وكانت العين منتقلة الى الغير بتصرف الغابن فيرجع المغبون الى المثل أو القيمة نعم لا يجوز لمن عليه الخيار فى العين فى البيع الخيارى كما عرفت فانك قد عرفت أن بناء المتعاقدين فى مثل ذلك على بقاء العين كما هو واضح .

وأما الاستيلاد فهو لا يمنع عن ثبوت الخيار ولا يوجب سقوطه لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ المغبون العقد ويرجع اما الى العين أو البدل وأما بالنسبة الى رد العين بان يقال هل يكون الاستيلاد

مانعا عن رد الأمة نفسها أو لا فقد احتمل المصنف جواز الرد وعدم كون الاستيلاد مانعا عن الرد من جهة أن سبب حق الخيار سابق على الاستيلاد فلذى الخيار رد العين بعد الفسخ ولكن الظاهر عدمه فان حق الاستيلاد يرفع موضوع حق الخيار وان كان متقدما فلا يوجب تقديمه جواز الرد اذ ليساهما اى حق الخيار وحق الاستيلاد من المتزوجين حتى يتقدم حق الخيار لتقدم سببه بل حق الاستيلاد يرفع موضوعه حتى مع تقدم حق الخيار فانه ورد فى الشريعة المقدسة أن أم الولد لشرافتها لا تخرج عن ملك مولاهما الا فى قيمة رقبتها ومن الواضح أن النفسى يعم جميع أنحاء الخروج عن الملك ولو بفسخ العقد كما هو واضح لا يخفى و عليه فالاستيلاد مانع عن الرد .

وأما العقد الجائز فهل هو مانع عن ثبوت خيار المغبون أو ردّ العين أم لا كما اذا تصرف الغابن فى العين المنتقلة اليه بعقد جائز بأن وهبها لشخص بهبة جائزة فهل يوجب ذلك سقوط خيار المغبون أو يمنع ذلك عن جواز رد المغبون العين بالفسخ أم لا أما سقوط الخيار فقد اتضح مما تقدم أنه باطل فان التصرف بالعقد الناقل للالزام لا يوجب السقوط فالعقد الجائز كيف يكون موجبا لذلك والسرفيه ما تقدم أن تصرف نفس ذى الخيار لا يوجب السقوط لكون الفسخ متعلقا بالعقد و كيف تصرف الغابن .

وأما رد العين فحكم عقد الجائز هنا بالنسبة الى رد العين غير حكم عقد الجائز فى تصرف المغبون وذلك لأنك قد عرفت أن فسخ المغبون مع قصد رد العين الى الغابن والالتفات بان الفسخ يستلزم رد العين اليه يكون فسخا لكلا العقدين أى أصل العقد وعقد المغبون

اعنى العقد الجائز الذى هو محل الكلام هنا و بعبارة أخرى الفسخ الواحد يكون مبرزاً لفسخ كلا العقدين و لكن لا يجرى ذلك فى المقام حيث انّ العقد الجائز هنا انما صدر بفعل الغابن و فى ملكه و فسخ المغبون أصل العقد و لو مع قصد رد العين لا يكون فسخاً لعقد الغابن لو صرح المغبون بأنى فسخت عقد الغابن أيضاً لا يفيد الا أن يفسخ الغابن بنفسه فانه يفسخ بفسخه فهذا الوجه لا يفيد .

و قد ذكر صاحب المسالك لو كان الناقل ممّا يمكن ابطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فان امتنع فسخه الحاكم و ان امتنع فسخه المغبون و تنظر فيه المصنف بأن فسخ المغبون أصل العقد اما بدخول العين فى ملكه و اما بدخول بدلها فعلى الاول لاحاجة الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول ممّا استحقه بالفسخ الى غيره ثم قال اللهم الا أن يقال أنّه لا منافات لأن البديل المستحق بالفسخ انما هو للحيلولة فاذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها ثم قال لكن ذلك انما يتم مع كون العين باق على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبديل فلا دليل على وجوب تحصيل البديل . على انا لم نقل ببديل الحيلولة لعدم الدليل عليه كما عرفت فى محله سابقاً و التحقيق أنه لا دليل على تسلط المغبون على ارجاع العين اذا فسخ العقد اذا كانت العين منتقلة الى غيره من الغابن سواء كان الانتقال بعقد لازم أو جائز فان المغبون ليس له أزيد من التسلط على فسخ العقد و رد العين اذا كانت غير منتقلة الى شخص آخر و الا فلا دليل على اجبار الغابن على فسخه عقده الجائز و مع امتناعه يفسخ الحاكم و مع عدمه يفسخ المغبون كما هو واضح فانه ليس للمغبون شئ من ذلك لعدم الدليل

عليه وحق فسخه أنّما تعلق بالعقد دون العين حتى يقال ان العين مورد لحق المغبون .

والحاصل أنك قد عرفت أنه يقع الكلام في مقامين الاول في فسخ المغبون العقد قبل رجوع العين الى ملك الغابن والثانى في فسخه بعد رجوعه اليه أما الاول فقد عرفت أنه لا وجه لانفساخ عقد الغابن أو فسخه لانه أنّما وقع في ملكه بل يرجع المغبون الى البدل نعم بناء على بدل الحيلولة يمكن أن يكون أخذ البدل من جهة الحيلولة بين المالك وانتفاعه عن العين ولكنه مضافا الى بطلان القول بالبدل الحيلولة أنه فرق بين المقام وبين موارد بدل الحيلولة كما عرفت .

وأما اذا كان الفسخ بعد رجوع العين الى ملك الغابن بأن كانت العين منتقلة الى الغير ثم رجعت الى ملك الغابن فهل للمغبون أن يأخذ العين من الغابن أو ليس له ذلك فالظاهر من المصنف وصريح شيخنا الاستاذ هو التفصيل بين ما اذا رجعت العين الى الغابن بسبب جديد وبين ما رجعت اليه بزوال السبب الذى به انتقلت العين الى الغير كفسخ العقد واقلته فانه على الاول التزام بعدم جواز رجوع المغبون الى العين بل لا بدّ وأن يرجع الى البدل من المثل أو القيمة و على الثانى فله الرجوع الى العين و ذكر شيخنا الاستاذ أن كلام الشافعى من العائد الزائل كأنه لم يزل أو كأنه لم يعد له وجه هنا وليس نقله لمجرد حسنه كما أورده بعض على المصنف فانه على الاول فالزائل العائد كأنه لم يعد فانه اذا كان العود بسبب جديد فيفرض الزائل العائد كأنه لم يعد الى الغابن وأما على الثانى فكأن الزائل العائد لم يزل أى كأن العين لم ينتقل من ملك الغابن الى شخص آخر ولم يزل

من ملكه بل هى باقية على ملكه على السبب الذى انتقل اليه بهذا السبب .

و لكن الظاهر أنه لافرق بين صورتين فانه على كلا التقديرين يرجع المغبون الى العين لكونها متعلقة لحق المغبون فاذا وجدت فى ملك المغبون فله الرجوع اليها وليست الملكية قابلة للرد حتى يقال أن الملكية الزائلة كالذى لم تزل أو كالذى لم تعد أو يقال بأن قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن على النحو الذى تلفاه من المغبون بل هى اذا زالت ، زالت بالكية ولم تعد بعد وإنما الكلام فى كون العين متعلقة لحق المغبون فاذا وجدت فى ملك الغابن يرجع اليها كيف ما كان و قد ذكر ذلك السيد ره هذا كله فيما اذا كان التصرف موجبا للخروج من الملك و أما اذا لم يكن التصرف موجبا للخروج عن الملك فقد قسمه المصنف الى أقسام الاول أن لا يكون موجبا للتغير بوجه لا من حيث الزيادة و لا من حيث النقيصة وهذا خارج عما نحن فيه فانه لا شبهة فى عدم منعه عن الرد و اما أنه يوجب النقيصة أو يوجب الزيادة و قد يكون موجبا للامتزاج و أما على تقدير كونه موجبا للنقيصة فذلك قد يكون بنقصان جزء من المبيع و أخرى بنقصان وصف الصحة و ثالثة بنقصان وصف الكمال بحيث لها دخل فى زيادة المالية و رابعة بنقصان وصف ليس دخيلا فى زيادة القيمة أصل أما الأخير فهو أيضا خارج عن المقام فانه لا يوجب شيئا أصلا كما أن المبيع كان واجدا لوصف غير دخيل فى زيادة المالية و قد فقد بالفعل كأن يكون عبدا كان يحب المحل البارد و فعلا لا يحبه و أما الوجه الاول أعنى النقصان بنقصان جزء المبيع فلا شبهة أيضا فى أنه يرجع المغبون الى البقية و يأخذ البديل للجزء الفائت لكونه -تالفا و أما المتوسطن

أعنى ما كان الفاتئ هو وصف الصحة أو وصف الكمال فقد فصل المصنف فيهما بين فوات وصف الصحة والتزم بلحقه بالجزء الفاتئ و بين فوات وصف الكمال و التزم برجوع المغبون الى العين بدون شئ فيه أصلاً .

ثم ترقى المصنف و الحق بوصف الكمال ما لو وجدت العين مستأجرة فان على الفاسخ الصبر الى أن ينقضى مدة الاجارة ولا يجب على الغابن بدل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة الى بقية المدة بعد الفسخ لان المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخلله بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ بالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق فاذا تحقق فى زمان ملك منفعة العين بأسرها ثم ذكر أنه يحتمل انفساخ الاجارة فى بقية المدة لان ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل و هو الذى جزم به المحقق القمى اذا فسخ البايع بخياره المشروط له فى البيع ثم اشكل على ذلك بمنع تزلزل ملك المنفعة نعم ذكر العلامة فى القواعد فيما اذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه اذا وجد البايع العين مستأجرة كانت الأجرة للمشتري الموجر و وجب عليه للبايع أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب .

أقول أما ما ذكره من الفرق بين وصف الصحة و التزم بالارش و بين وصف الكمال و التزم بالرجوع الى العين بدون شئ لا يرجع الى محصل و ذلك لان الاوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو اوصاف الكمال ان كانت تقابل بالمال فلا بد من الرجوع الى الارش فى كليهما و الا فلا و اذن فلا وجه للفرق بين وصف الصحة و بين وصف الكمال و حيث ذكرنا مرارا و ستعرف فى أحكام الشروط أن الاوصاف مطلقا لا تقابل بالمال فاذن فلا وجه للرجوع الى الارش بل اذا رجع المغبون الى العين و

واجدة لها ويرجع الى التفاوت بينهما لا أن الاوصاف لها قيمة فيرجع اليها . على أنه لو كانت الاوصاف تقابل بالمال فمقتضى القاعدة أن تنقص من الثمن سواء طالب المغبون أم لا لأن يرجع الى الغابن و يؤخذ منه الارش وأما ثبوت الارش فى خيار العيب مع المطالبة فمن جهة النص .

و بعبارة أخرى أن التفرقة بين وصف الكمال و وصف الصحة اتّما يكون بأحد الوجهين الاول كون وصف الصحة بمنزلة الجزء الفائت بأن يقع مقدار من الثمن بازائه بحيث لازمه ان ينقص من الثمن مع فوته عند الغابن دون وصف الكمال ولهذا ممّا لم يلتزم به المصنف بل ولا يمكن الالتزام به لان الاوصاف وان كانت موجبة لزيادة مالية المال الا أنها لاتقع فى مقابلها شئ من العوض فى عقد المعاوضة وثبوت الأرض فى خيار العيب فى مقابل وصف الصحة اتّما هو بالتعبد لا من جهة وقوع الثمن بازائه والا كان اللازم رد بعض من خصوص الثمن .

و الوجه الثانى أن يكون زوال وصف الصحة تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بان الضمان المعاوضى وان تبدل بضمان اليد بعد القبض الا أن تبدله انما هو فى خصوص العين و وصف الصحة دون وصف الكمال وهذا أيضا ممّا لا يمكن الالتزام به لأنه لا فرق بين الاوصاف فى أنها باجمعها مضمونة على المفسوخ عليه كما تكون مضمونة على الغاصب لان وجه الضمان فى البابين انما هو قاعدة ضمان اليد وأنه لا بدّ من ردّ العين على الوجه الذى وضع الغاصب عليه اليد ففى كل مورد كانت اليد يد ضمان فلا وأن ترد العين على النحو الذى أخذت و حيث كانت فاقدة لجهة دخيلة فى مالية العين فلا بدّ وأن تقوم العين واجدة لها و

فاقده لها ويؤخذ التفاوت و على الجملة لو تمت هذه القاعدة لا يكون ضمان لوصف الصحة أيضا بل العين لان كلا منهما ملك الغابن و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا شبهة وكيف كان فمقتضى قاعدة ضمان اليد هو الرجوع الى الغابن على العين على النحو الذى وضع الغابن يده عليها فان كانت موجودة صحيحة اخذت العين والا فالبديل بالمقدار الذى فاتت عنها كلاً أو جزءاً كما لا يخفى فافهم .

لا يقال أن يوم الفسخ هو يوم الضمان ومن الواضح أن المعين فى هذا اليوم فاقده للوصف فلا يكون وصف الصحة تحت الضمان فانه يقال أن الضمان المعامل الذى هو المعنى فى كل عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسده موجود من الاول فلابد وأن يخرج من عهده كما اذا تلفت العين قبل الفسخ بلا عيب و نقصان فان المغبون يرجع بعد الفسخ على العين الصحيح عينا أو بدلا فافهم .

وأما ما اورد على المحقق القمى من عدم كون الملكية متزلزلة من الاول فى عقد الاجارة صحيحة ولكن ليس لازمه أن لا يكون للمغبون الا العين الخالية عن المنفعة والا فربما يكون الغبن فى ارجاع العين بلا منفعة الى نهاية مدة الاجارة اكثر من الغبن فى أصل العقد ولا أنه لنا دليل على الرجوع الى أجره بقية المدة كما ذكره فى القواعد بل مقتضى قانون الفسخ وقاعدة ضمان اليد أن يرجع الى العين على النحو الذى اسلمها الى الغابن بجميع خصوصيات تلك العين وحيث كانت الخصوصيات فائتة فتقوم العين صحيحة واجدة لجميع المنافع بالفعل وفاقده للمنفعة الى مدة فيؤخذ التفاوت ولكن هنا نكتة تنبه بها شيخنا الاستاذ وليس أن نقصان العين عن القيمة المتعارفة انما كان فاقده

لمنفعة مدة خاصة واذا فيكون التفاوت بمقدار اجرة مثل بقية المدة ولذا عبر فى القواعد بأجرة المثل فانهم .

والحاصل أن التصرف قد لا يكون موجبا للتغير لا عينا ولا حكما وهذا لا شبهة فى أنه يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه بلا ضمان على شئ أخر وقد يكون موجبا للتغير اما بالنقص أو بالزيادة أو بالامتزاج أما النقص فقد عرفت أنها قد تكون بنقصان الجزء وقد يكون بنقصان وصف الصحة وقد يكون بنقصان وصف الكمال وقد يكون بنقصان وصف لا دخل له فى زيادة المالية أصلا أما الأخير فلا شبهة فى خروجه عن محل الكلام بداهة عدم دخله فى المالية أصلا فلا يكون نقصانه موجبا للضمان أصلا وأما بقية الاقسام فلا شبهة فى كون النقصان فيها موجبا للضمان فتقوم العين واجدة للخصوصية الفائتة وفاقة لها فتؤخذ التفاوت والوجه فى ذلك أن قاعدة ضمان اليد تقتضى ضمان العين على النحو الذى أخذها من المالك ووجب عليه ردها الى صاحبها بجميع الخصوصيات الدخيلة فى المالية وما ذكره المصنف من الفرق بين وصف الصحة وصفة الكمال لا يمكن المسا عدة عليه فانهما مشتركان من حيث عدم مقابلتها بالمال بنفسهما ومن حيث دخلهما فى زيادة المالية كما لا يخفى .

وكذا اذا كانت العين مستأجرة فان مقتضى اليد هو ارجاع العين على النحو الذى أخذها الغابن من المغبون ومن الواضح أن العين لم تكن مسلوبة بالمنفعة حين ما أخذها الغابن من المغبون فلا بد من ردها واجدة للمنفعة وحيث أنها مستأجرة ومسلوبة بالمنفعة الى مدة معينة فتقوم واجدة للمنفعة وفاقة لها ويؤخذ التفاوت ولا وجه لما ذكره المصنف من عدم الشئ على الغابن كما هو واضح .

ثم ان هنا قسما آخر من النقيصة الذى لم يتعرض له المصنف ولعله كان من جهة الوضوح وهو أن النقصان قد يكون حكيمًا بمعنى يكون نقصان فى القيمة السوقية وهذا لا يدخل تحت الضمان بوجه فان مقتضى ضمان اليد هو ارجاع العين على النحو الذى أخذت من المالك ومن الواضح أن العين اذا ردت كك يسقط الضمان عن ذى اليد وأما تفاوت القيمة فلا يدخل تحت الضمان كما هو واضح فافهم .

وأما اذا كان التصرف موجبا للزيادة فقد تكون الزيادة حكيمية بان يكون التفاوت فى زيادة القيمة السوقية وهذا لا يوجب الضمان أيضا كما كان لا يوجب فى طرف النقيصة فليس للغابن أن يرجع الى المغبون بزيادة القيمة فان مقتضى قاعدة اليد هو ضمان العين بجميع خصوصياتها الدخيلة فى ماليتها والمفروض أنها رجعت كك وأما زيادة القيمة السوقية كنقصانها فلا تدخل تحت الضمان فلا مقتضى للضمان هنا أصلا لا زيادة ولا نقيصة كما لا يخفى واذا فسخ المغبون ورجع الى العين فليس للغابن أن يدعى أن العين قد زادت قيمتها . وان ترد الزيادة لعدم كون المغبون ضامنا لهذه الزيادة وأنه أخذ العين على النحو الذى كان دفعها الى الغابن مع الخصوصيات الدخيلة فى المالية فزيادة القيمة أو نقصانها بحسب السوق ليست من تلك الخصوصيات فافهم .

وان كانت الزيادة فى الأوصاف التى لا تكون دخيلة فى المالية أصلا كما تقدم نظيره فى طرف النقيصة أيضا كقسارة الثوب (أو غسله) و صفاء الذهب بأن نظفه فصار نظيفا وهكذا فمثل هذه الزيادة أيضا لا شئ عليها كما لا شئ على مثلها فى طرف النقيصة .

وأما اذا كانت الزيادة فى الأوصاف التى لها دخل فى زيادة المالية

كتعليم العبد صفة العلم والكتابة والخياطة أو صنعة من الصنائع و كصرورة العين سمينا وغيرها من الاوصاف التى أحدثها المشتري فى العين وأوجبت زيادة المالية فاذا فسخ المغبون العدد و قد صارت العين متغيرة بمثل هذه الزيادة فى ملك الغابن مثلا فهل للغابن أن يرجع الى هذه الزيادة أم لا فقد ذكر المصنف أنه يصير شريكا للعين مع المغبون .

أقول ان أراد من الشركة الشركة فى العين فلا وجه له و ذلك لأن الأوصاف وان كانت واسطة لثبوت المالية أو زيادتها فى العين ولكنها باجمعها لا تقابل بالمال كما عرفت وعليه فلا وجه لحصول الشركة فى العين بزيادة تلك الأوصاف لعدم مقتضى لذلك وان أراد أن حصول الشركة فى المالية فهو متين بمعنى أن تلك الأوصاف قد أوجبت زيادة المالية فى العين فتلك الأوصاف بنفسها وان لم يقابل بالمال ولا تدخل تحت الضمان ولكنها تقابل المال بتبع العين فهى واسطة لثبوت المالية أو زيادتها فى العين والعين واسطة لعروض المالية على تلك الأوصاف و عليه فيكون الغابن بعد فسخ المغبون شريكا فى مالية العين مع زيادة الوصف الموجب لزيادة قيمة العين و من هنا تكون هذه الأوصاف داخلة تحت الضمان فى طرف النقيصة أيضا كما هو واضح والشاهد على حصول الشركة فى المالية هى السيرة العقلائية فان سيرتهم قائمة على أن زيادة الأوصاف توجب زيادة المالية بحيث يكون المحدث شريكا مع أصل المالك كما اذا اشترى صفرا من شخص فجعله قدرا أو اشترى صوفا وجعله عباء أو فراشا وهكذا ثم ظهر أن المعاملة مشتملة على الغبن فان السيرة قائمة على أن الغابن شريك فى مالية العين فى مقابل تلك الاوصاف التى

أوجدها في العين وليس للمغبون أخذ العين بلا رد شئ الى الغابن مع أن الصفر الخالص أو الصوف الخالص يساوي عشر ما يساوي القدر والعباءة .

والفرق بين الشركة في العين والشركة في المالية أنه لو أخذ المغبون العين وزالت صفة الزيادة الموجبة لزيادة المالية بلا تفریط من المغبون وقبل رد حصة الغابن كما اذا زالت صفة السمن أو صفة الكتابة أو صفة العلم ونحوها فانه يزول حق الغابن لقوامه بالصفة الزائدة و المفروض أنها زالت وهذا بخلاف ما اذا قلنا الشركة في العين فانها قائمة بنفس العين فما دامت العين موجودة فالشركة موجودة سواء زالت الأوصاف أم لا .

ثم ان الظاهر أنه لا فارق بين حدوث هذه الأوصاف بفعل الغابن أو بفعل الله تعالى فانه على كل تقدير فالشركة في المالية حاصلة فان ما يقابل الأوصاف الزائدة من المالية ليست أجرة لعمل الغابن حتى يتوهم أن الزيادة اذا كانت بفعل الله تعالى فلا عمل للمشتري حتى يقابل بالاجرة بل المقابل بالمال انما هي نتيجة العمل الصادر من الغابن و عليه فسواء كانت الزيادة بفعل الله تعالى أو بفعل الغابن فهما مشتركتان في النتيجة فتكونان موجبتين للشركة في المالية فلا وجه لما فرق به شيخنا الاستاذ بين ما كانت الزيادة بفعل الغابن فالشركة وجه و بين ما كانت الزيادة بفعل الله تعالى فلا وجه للشركة ، ولو كان للعمل دخل فلا بد من القول بثبوت الاجرة فيما اذا عمل عملا كثيرا و لم ينتج كما اذا علم العبد الكتابة و لم يتعلم لبلادته فافهم .

وقد عرفت أن الكلام قد يقع في صورة الاتلاف و قد تقدم الكلام فيه

وقد يقع فى صورة النقيصة على أقسامها وقد يقع فى صورة الزيادة وقد عرفت أن الزيادة اذا كانت فى القيمة السوقية فلاحق للغابن أن يطالبها من المغبون لعدم المقتضى فان له رد العين على النحو الذى أخذها والمفروض أنه لم يحدث فى العين حدثا حتى يوجب زيادة المالية بل هى من جهة زيادة القيمة السوقية . وكك الكلام فى النقيصة وأما الزيادة الاوصاف الكمالية أو الصحة فقد عرفت انها تدخل تحت الضمان وتوجب الشركة فى المالية كما لا يخفى وأما الزيادة فى الأوصاف الغير الدخيلة فى المالية فلا توجب شيئا بوجه .

ثم ان الزيادة قد تكون عينا ممتازا عن المبيع أو الثمن الذى غبن فيه وهذه الزيادة قد تكون أجنبية عن العين بالكلية وغير مربوطة بها وهذا كما اذا اشترى الغابن دكانا فى الجادة ووضع فيه المتاع والتفت المغبون بالغبن ففسخ العقد فانه يأخذ دكانه وليس للغابن أن يقول أن ثمن متاع فى هذا المكان أغلى من المكان الآخر والنقل اليه يكون ضررا عليه فلوا انتقله لحديث نفى الضرر فان ذلك الزيادة من جهة خصوصية المكان لا من جهة أن الغابن عمل هنا عملا فذلك العمل قد أوجب الزيادة وهذا خارج عن المقام .

وقد تكون الزيادة مع كونها ممتازة عن العين التى وقعت عليها المعاوضة مربوطة بالعين كما اذا اشترى الغابن أرضا فغرس فيها الاشجار أو بنى فيها البناء أو اشترى قميصا وخاط فيه النقوش التى هى موجودة بعينها .

وتفصيل الكلام هنا أنه قد يكون الأرض ملكا مطلقا لشخص و لكن أشغلها شخص آخر غصبا بأن غصبها وبنى فيها البنى أو غرس فيها

الاشجار وكذلك لو انتقلت الأرض اليه بعقد فاسد وغرس فيها الاشجار ومثل ذلك ما لو أجرها من شخص وانتهى أمد الاجارة وقد أشغلها المستأجر بالبناء نحو ذلك من الموارد فانه لاشبهة في امثال ذلك أن لمالك الأرض أن يطالب من مالك البناء تفريغ أرضه فانه لا عرق لظالم و اذا منع فزرعه بنفسه كما حقق في محله وليس عليه شئ أصلا فانه مالك على الأرض وليس للغاصب أن يمنعه من التصرف في ملكه حتى لو كانت قيمة البناء عشرة آلاف دينار وقيمة الأرض عشرة ديناراً فايضا لمالك الأرض مطالبة أرضه ولو مع رضا مالك البناء بالبقاء على الشركة كما هو واضح لان مالك الأرض له السلطنة على ملكه بمقتضى دليل السلطنة وليس لأحد أن يمنعه من ذلك وليس المقام مشمولاً لدليل نفي الضرر لكونه في مقام الامتتان والمقام ليس كك على أن مالك البناء قد أقدم على الضرر باختياره .

و قد يكون ملك المالك على الأرض ملكية محدودة من الاول كما اذا كان لأحد حديقة فوهب أرضها لأحد أولاده وأشجارها لأولاده الآخر فانه ليس لمالك الأرض أن يجبر مالك الاشجار على اجبار تفريغ الأرض فانه مالك على الأرض من الاول ملكية محدودة لملكية مطلقة و عليه اذا باع مالك الاشجار أشجاره من شخص فيبيعها بهذه الخصوصية بأن تبقى الاشجار فيها لأنها تنقل ومن هذا القبيل ارث الزوجة من البناء دون العقار فانه اذا باعته من شخص ليس للورثة أن يجبروا المشتري بقلع البناء وليس لهم أن يجبروها بقلع البناء فانها تستحق البناء لا الاحجار والاشخاب كما لا يخفى .

وهنا قسم ثالث لا يعلم حاله فيشك كونه من القسم الاول أو من

القسم الثانى و هو ما نحن فيه أعنى تملك الأرض بفسخ العقد بخيار الغبن فهل يملك المغبون الأرض ملكية مطلقة حتى يكون له مطالبة الغابن بتفريغ أرضه بلا أرش أصلا أو لا يملكه الا ملكية محدودة فليس له ذلك و مثل ذلك تملك الأرض بحق الشفعة فى المقام أقوال ثلثة قول بأنه مثل القسم الأول فلما لك الأرض الذى هو المغبون أن يطالب الغابن بتفريغ أرضه من دون أن يكون عليه شئ كما اختاره فى المختلف فى الشفعة أو عدم تسلطه عليه كما عليه المشهور فيما اذا رجع بايع الأرض المغروسة بعد تغليس المشتري أو تسلطه عليه مع الارش كما اختاره فى المسالك هنا .

و منشأ الخلاف أن الغابن الذى يستوفى منفعة الأرض الى مدة هل يكون بذلك مالكا لمنفعة الأرض الى انتهاء المدة التى استوفى منفعتها الى تلك المدة بحيث لو عادت الأرض الى ملك المغبون تبقى المنفعة فى ملك الغابن أيضا بغير أن يكون عليه شئ من الاجرة كما هو كذلك فى الاجارة بأن أجر العين الى مدة معينة حيث الاجارة لم تفسخ لوقوعها فى ملك الغابن وكذلك الأمر هنا فان التصرف قد وقع فى ملك نفس الغابن فلا يتوجه عليه غرامة أصلا .

و بعبارة أخرى شأن الغرس والزرع والبناء على الأرض شأن اجارتها من شخص آخر الى مدة فكما أنها تكون مسلوبة المنفعة فى الاجارة و مع ذلك ليس للمغبون فسخ عقد الاجارة وكذلك فى المقام فان الاستيفاء يكون سببا لتمكن المنفعة فتكون الأرض مسلوبة المنفعة و ليس للمغبون أن يطالب بتفريغ الأرض غاية الأمر له حق مطالبة الأجرة على الأرض .
و بعبارة أخرى أن الغارس قد استوفى منفعة الأرض مادام غرسه

باقيا كما فى الاجارة فيجب عليه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك ما استوفاه بأجرة المثل أو قيمة النقص والتفاوت ولا يبعد أن يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء .

أو يقال ان مالك الأرض قد دفع العين الى الغابن فارغة عن البناء والاشجار واجدة للمنفعة فله مطالبة أرضها بعد فسخ العين أو انفساخه على النحو الذى دفعها اليه ولم تكن ذلك مسلوبة المنفعة أو تطلبها من الغابن كذلك بمقتضى قانون الفسخ ودليل ضمان اليد كما هو واضح والحق هو الثانى فان مقتضى ضمان اليد هو رد العين على النحو الذى دفعها الى الغابن ومن الواضح أن الأرض التى دفعها اليه لم تكن مسلوبة المنفعة فلا بدّ له من ردها كذلك وأما قياس المقام بالاجارة فبلا وجه لكونه مع الفارق فان فى عقد الاجارة قد يعتبر ملكية المنافع الى مدة للمستأجر وهذا لا بأس به فان الاعتبار خفيف المؤنة ولا بأس من تعلقه على الأمر المعدوم وأما تصرف الغابن بنفسه فى الأرض على نحو يستلزم كون الأرض مسلوبة المنفعة الى مدة ويستوفى منفعتها لنفسه فهذا لا يعتبره العقلاء الملكية له بوجه واذا فاذا فسخ المغبون العقد فله مطالبة أرضه فارغة عن البناء والغرس وله قلع ذلك كله و تفريغ أرضه فان مقتضى اليد هو ذلك .

و هل يثبت للغابن تفاوت قيمة الاشجار المغروسة أو البناء فانها بعد القلع تكون أحجارا و أخشابا فيكون متضررا وهو منفي فى الشريعة المقدسة أو ليس له ذلك وقد يقال بثبوت تفاوت القيمة بين البناء والاحجار وبين الشجر والخشب على صاحب الأرض فلا بدّ له أن يعطى ذلك للغابن لوجهين الأول قاعدة نفي الضرر فان قلع بناء الغابن أو

اشجاره عن الأرض ضرر عليه فيكون منفيا بحديث نفى الضرر فيجب على صاحب الأرض أن يعطى الأرض لصاحب البناء أو الاشجار .
 و فيه أولا ما ذكره المحقق الايروانى من أنه ليس هنا ضرر على الغابن بل هو من قبيل عدم النفع فانه قد بنى فى هذه الأرض البناء و غرس فيها الاشجار أو علم العبد الصناعة مثلا لينتفع بها و لم يتمكن من الانتفاع لأنه تضرر اذ ليس له ملكية مطلقة على الأرض مع البناء والاشجار الموجودة فيها بل كانت ملكيته محدودة بحدّ خاص و بوقت معين واجبار مالك الأرض الغابن بقلع شجرة أو بنائه ليس ضررا عليه بل منع عن الانتفاع به كما هو واضح .

و ثانيا أن دليل لا ضرر لا يشمل موردا يلزم من شموله له ضرر على شخص آخر فانه بالنسبة الى كل منهما على حدّ سواء فيكون شموله لاحدهما معارضا بشموله للآخر فان اجبار صاحب البناء على قلع بنائه بدون الاجرة ضرر عليه واعطاء صاحب الأرض قيمة البناء باستثناء احجاره ضرر على صاحب الأرض فانه بأى وجه يلزم بذلك مع أنه لا يطلب الا أرضه فمقتضى قاعدة اليد هو وجوب رد أرضه عليه على النحو الذى اعطاها للغابن و لواجه لتضرره من جهة فعل الغابن كما هو واضح .

و بعبارة أخرى أن حديث لا ضرر وارد فى مقام الامتنان فلا يشمل موردا يكون شموله ضررا على الغير لأنه خلاف الامتنان (وهنا وجه ثالث نذكره فى الوجه الثانى) الوجه الثانى أن قاعدة احترام مال المسلم تقتضى أن لا يذهب ماله هدرا فان اجباره على قلع شجره أو اشجار عن ارض المغبون بلا اعطاء تفاوته خلاف احترام مال المسلم فلا بدّ له من اعطاء تفاوت القيمة بين البناء والأحجار وبين الاخشاب والاشجار وقد ذكر

ذلك شيخنا الاستاذ .

وفيه أولا أن حفظ احترام مال المسلم يقتضى حرمة اتلافه والا يكون المتلف ضامنا وأما ثبوت ضمانه على شخص آخر فلا تقتضيه تلك القاعدة ففى المقام أن صاحب الأرض لا يطلب من الغابن الا أرضه على الذى اعطاه اياها فلا بد للغابن أن يردها الى المغبون وحيث كانت تلك الارض فارغة و غير مسلوبة المنفعة فلا بد للغابن أن يردها كذلك و من الواضح أن ذلك لا يمكن الا أن يفرغ الغابن الارض و يقطع بنائه واشجاره و أى ربط لذلك على ثبوت الضمان للمغبون .

و بعبارة أخرى أن احترام مال المسلم يقتضى أن لا يذهب هذا باتلاف أحد لأنه يقتضى أن يكون ضمانه فى مورد التلف على شخص لا يتلفه أصلا فالمغبون لا يطلب الا أرضه و ليس له شغل باتلاف مال الغابن وإنما الغابن يتصدى باتلاف ماله لعدم حق له فى ابقائه فى أرض الغير و بعبارة أخرى أن ابقاء الغابن ماله فى أرض المغبون بعد الفسخ حرام و ليس لبقائه فى أرض الغير احترام أصلا فانه بعد الفسخ يكون ابقائه ذلك فى أرض الغير غصبا و ليس لعرق الظالم حق .

و يرد على كلا الوجهين النقض بما اذا غرس أحد اشجارا فى أرض الغير جهلا بأنها للغير فلم يستشكل أحد فى أنه تقلع الاشجار و ليس على الغارس شئ مع أنه ليس غاصبا حتى يقال انه يؤخذ بأشق الاحوال مع أن لازم القول بثبوت التفاوت على المغبون لقاعدة الضرر أو لقاعدة احترام مال المسلم كان لازم ذلك أن يثبت التفاوت على صاحب الأرض فى هذه المسئلة أيضا و قد عرفت أنه لم يقل أحد بضمان التفاوت هنا كما هو واضح فتحصل أنه لا يثبت تفاوت القيمة على المغبون كما هو واضح .

و قد عرفت أنه كان الكلام فى تصرف الغابن مع ثبوت الخيار للمغبون وكان الكلام فى صورة الزيادة بما لا يكون متصلا بالعين وانتهى الى ما اذا غرس الغابن أشجارا فى أرض المغبون فهل له حق لبقائها فيها أو لا و قد عرفت أن هنا أقوال ثلاثة الاول عدم ثبوت حق للمغبون على قلع الاشجار لكون تصرف الغابن واقعا فى ملكه فيكون نظير استيفاء المنفعة بالاجارة الثانى تسلطه على اجباره على القلع من غير ثبوت حق للغابن أصلا و قد اختاره العلامة فى شعبة المختلف الثالث للمغبون أن يبقى أشجاره فى أرضه مع الأجرة وهذا القول قد اختاره المسالك وتبعه جمع من المتأخرين و قد ذكرنا مدرك جواز القلع بلا أجرة الذى هو قول العلامة واخترناه لأن المغبون له حق مطالبة أرضه من الغابن على النحو الذى سلمها اليه لدليل اليد وان كان لازم ذلك صيرورة أشجار الغابن حطباً و قد عرفت أيضا مدرك ثبوت الاجرة من قاعدة لا ضرر و قاعدة احترام مال المسلم و قد عرفت جوابهما أيضا .

و قد ذكر شيخنا الاستاذ أن الغابن وان كان لم يملك الارض ملكية مطلقة ولكنه مالك للاشجار فاذا أجبره المغبون على القلع تكون الصورة الشجرية متبدلة بصورة الحطبية فتزول المالية الشجرية ومن الواضح أن هذا ضرر عليه ولكن قد عرفت جوابه مما ذكرناه سابقا فان المغبون لا شغل له بإزالة المالية عن الاشجار و ازالة الصورة الشجرية و انما له مطالبة أرضه فارغة كانت أو لا بمقتضى دليل اليد ولا يستند انتفاء المالية عن الشجرة الى المغبون بوجه و انما لازم مطالبته الأرض هو ذلك و هو بمجرد لا يستلزم الضمان و هل يتوهم أحد أنه اذا نسى أحداً و غفل أن الأرض الفلانية ملك شخص آخر فغرس فيها أشجاراً أن تفاوت القيمة

بين الشجرية الخشبية بعد القلع على صاحب الأرض وليس كذلك وعلى الجملة فنقطة الكلام هو أن مقتضى دليل اليد هو وجوب رد أرض المغبون على النحو الذى أخذها الغابن منه و ما يترتب على الرد من اللوازم فهو مطلب آخر لا يكون مستندا الى المغبون كما هو واضح ولا يقاس المقام باستيفاء المنفعة بالاجارة لكون ذلك بالمالك كما عرفت .

ثم انه فرق صاحب المسالك بين الغرس والزرع فالتزم فى الاول بعدم لزوم الصبر على المالك لعدم وجود مدة ينتظر فيها وفى الثانى بلزوم الصبر مع الاجرة لوجود مدة ينتظر فيها و لكن لانعرف وجهها صحيحا لهذه التفرقة الا طول المدة و بعدها فما ان المدة كانت محدودة فى الزرع كذلك كانت محدودة فى الغرس أيضا فأى معنى للقول بأن فى الزرع مدة فيتفرغ غيبها دون الغرس فاطول ما يعيش من الشجر هو النخلة فانها على ما يقولون تعيش مائة سنة و مع ذلك فهذه المدة محدودة فتتحل بعدها نعم فرق بينهما من حيث طول المدة وقصرها ولكنه لا يكون فرقا فى المقام فان المغبون له مطالبة أرضه من الغابن مطلقا و لا يجوز له الامتناع عن ذلك ولو كانت مدته قليلة و دعوى عدم ثبوت حق اجبار قلع الزرع مع قصر المدة دعوى بلا وجه لكونه تخصيصا فى دليل اليد و من البديهي أنه لا دليل عليه كما هو واضح فانه فأى مخصص لها بالنسبة الى ما اذا كانت مدة التصرف فى العين قليلة و قد وجه شيخنا الاستاذ كلام المسالك بأنه اذا كانت الأرض مشغولة بالزراعة فليس فيها ضرر على المالك اذ الأرض قابلة للزرع و معدة له و اذا اعطى الغابن أجرة الأرض فلا يكون هنا ضرر على المالك حتى يتعارض الضرران هذا بخلاف كون الأرض مشغولة بالغرس فانه ضرر على المالك .

وفيه أنه ليس لهذا الكلام إلا الصورة فانه يمكن أن يقال ان الارض المغروسة معدة للشجر فاذا غرس الغابن فيها شجرا واعطى أجرتها لمالكها لا يكون فى ذلك ضرر على المالك حتى يتعارضان و هو واضح فلا دليل على هذه التفرقة أيضا و على الجملة أن مقتضى دليل اليد هو تسلط صاحب الارض على مطالبة أرضه من الغابن وان استلزم ذلك ضررا على الغابن فان ذلك لا يستند اليه فافهم .

ثم انه هل يفرق بين المقام وبين مسألة التفليس أم لا و قد ذهب المشهور الى أنه ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الارش فى التفليس و ذكر المصنف أنه يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون انما تعلق بالارض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الارض المغروسة و ليس للمشتري قلعه ولو مع الأرش بلا خلاف أقول لا شبهة على تقدير ثبوت خيار التفليس فليس بين المقام وبينه فرق أصلا بل فى كلا الموردين للمالك بعد الفسخ أن يطالب ماله بمقتضى دليل ضمان اليد و ليس لأحد أن يمنع من ذلك كما هو واضح فلاوجه لما ذكره المصنف من ملاحظة الاشبية واللاحقية فانه على القول بالثبوت يتزاحمان ولو كان أحدهما سابقا والآخر لاحقا اذ الاسبقية يوجب عدم التزام فى المدة الخالية عن التزام و لكن فى مدة وجود التزام يتزاحمان بقاء كما لا يخفى و لكن الذى يسهل الخطب ما ذكرناه فى عدم ثبوت حق للمشتري فى مسألة التفليس أيضا حتى يتكلم فى التزام بل من له الخيار يفسخ و يأخذ أرضه من المشتري وان استلزم ذلك ضررا على المشتري كما لا يخفى الا أن الكلام فى أصل ثبوت الخيار فى مسألة التفليس مع انتقال العين

الى غيره بالهبة أو بالبيع فانه مع ذلك لا يصدق بقاء العين كما هو واضح
وقد حقق ذلك فى كتاب التفليس نعم مع ثبوت الخيار فلصاحب الخيار
أرجاع العين كما فى المقام .

ثم أنه على القول بثبوت حق المطالبة لمالك الارض أرضه من
الغابن الغارس فهل له قلع أشجاره مباشرة أو يطالب قلعه من الغابن
فاذا امتنع باشره بنفسه وجوه الظاهر أنه ليس له مباشرة قلعه فان الثابت
على ما ذكره المصنف لكل من المتبايعين مطالبة حقه عن الآخر فلمالك
الأرض مطالبة أرضه من الغابن فلمالك الشجر مطالبة اشجاره من المغبون
فاذا امتنع أحدهما عن ذلك رجع الى الحاكم وهو يجبره على ذلك و
الآ باشر كل منهما على تفريغ حقه بنفسه ولو باشر مالك الارض مثلاً قلع
أشجار الغابن بدون مطالبته من الغابن فضمن نقصان القيمة لكونه اتلفاً
لمال الغير بدون اذنه فيكون ضامناً ومن هنا ظهر حكم الاعضاء الداخلة
على الجار فان الجار له اجبار مالك الاعضاء على القلع و تفريغ أرضه
من ذلك وهكذا الحيوان الداخلى على ملك الغير فالمالك يجبر صاحب
الحيوان على الأخذ والا فيخرجه بنفسه فلو أخرجه بنفسه و تلف يكون
ضامناً وما ذكره المصنف بين الاعضاء الداخلة على الجار فلا يجوز
للجار اجبار المالك لكونه بلا اختيار و بين غرس الاشجار فى ارض الغير
فله اجبار المالك على الغرس لكونه مع الاختيار لوجه له فان دخول
الاعضاء على الجار وان كان بلا اختيار حدوثاً ولكنها باقية فى ملك
الغير باختيار المالك بقاءً فله مطالبة تفريغ داره عن ملك الغير كما لا
يخفى فافهم .

وأما لو كان التغير بالامتزاج ذكر المصنف ره صوراً فى المقام لأنه

اما أن يكون بغير جنسه واما أن يكون بجنسه فان كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك عرفا لا يحكم فى مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد بالزيت فانه يعدّ تالفا غاية الأمر يوجب مزية المالىه فى الخليط الآخر فى بعض الأحيان و هذا يكون من صور زيادة مالىة العين بفعل الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك و ان كان الامتزاج على وجه لا يعدّ تالفا كالخل الممتزج بالانجبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدومة وجهان و ان كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى تثبت الشركة وكذلك بالأردى ولو كان بالاجود احتمل الشركة فى الثمن و ان كان الاجود يساوى قيمت الردى كان المجموع بينهما أثلاثا الخ .

و الظاهر أن ما ذكره المصنف من الأول الى آخره من التقسيمات مناقض لما ذكره سابقا من حكم الامتزاج فى تصرفات المغبون و الظاهر أنه لا فرق بينهما موضوعا و حكما و قد ذكر سابقا ان الامتزاج فى حكم التالفا لحصول الشركة المانعة عن الرد و عليه فلا وجه لما ذكره هنا من حصول الشركة بين البائع و المشتري و قد ذكرنا سابقا فى تقريب كلام المصنف أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل من العوضين الى الآخر على النحو الذى أخذ و من الواضح أن الامتزاج يوجب الشركة التى عبارة عن انتقال مقدار من مال كل من الشريكين الى الآخر لتحصل الشركة فى تمام الاجزاء التى لا تقبل القسمة عرفا و عليه فاذا فسخ المغبون و أراد رد عينه فلا يرجع اليه جميع ما اعطاه الآخر من العوض بل مقدارا منه و مقدارا من مال الغير لأن المفروض هو حصول الشركة كما لا يخفى و على هذا فلا بد من الرجوع الى البديل بعد الفسخ .

و بعبارة أخرى تارة نتكلم فى بقاء الخيار و عدمه مع حصول الامتزاج

و هذا لاشبهة فيه لأننا قلنا بثبوته مع التلف وكيف بالامتزاج والشركة و أخرى نتكلم فى امكان ردّ العين مع الامتزاج وهو لا يمكن فان قانون الفسخ يقتضى ردّ العين على النحو المأخوذ والمفروض أنها امتزجت بغيرها و حصلت الشركة بينهما فلو رجعت رجع نصف من العوض و نصف عن المال الآخر كما هو واضح فلا بدّ ح من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة هذا الذى ذكرناه سابقا و يجرى مثله فى المقام أيضا فانه لا فرق بين الامتزاج الحاصل بفعل الغالبين أو بفعل المغبون وهذا واضح جدا .

ثم ان التكلم فى أقسام الامتزاج وحصول الشركة فى بعضها دون بعض وان كان خارجا عن المقام ولكن لا بأس بالتعرض لذلك لمناسبة تعرض المصنف له والّا فليس مربوطا بخيار الغبن لما عرفت أن المزج يلحق بالخروج عن الملك و معه يمتنع الرد كما لا يخفى فنقول أن ما يمتزج من المال بمال آخر اما أن يكون بحيث يعد معدوما عرفا اذا امتزج الآخر و يكون مستهلكا فيه عرفا من غير أن يكون ذلك موجبا للشركة قطعا وهذا كما اذا اشترى الخابن زيتا من المغبون و مزج فيه مقدارا من العطر فانه يعدّ ذلك العطر تالفا فى نظر العرف فلا يوجب المزج الشركة هنانعم قد يوجب ذلك زيادة المالىة و ح يكون ذلك من صغريات الزيادة بتصرّف الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و هذا نظير أن يقع الجرة من الحائط و حسب مائه الحلو بحوض أحد فيه ماء المرفانها وان كانا من جنسين وقد امتزج أحدهما بالآخر ولكن ماء الجرة لقلته يعد تالفا فى ماء الحوض كما هو واضح فهذا القسم من الامتزاج لا يوجب الشركة قطعاً ان كان ذلك بغير اختيار فيذهب العطر و ماء الجرة هدر لا لعدم ما يوجب الضمان على صاحب الزيت والحوض من الهد و الاتلاف فلا يرجع عليه

لعدم استناده اليه ولأن هنا ما يوجب الاشتراك كما عرفت وان كان باختيار شخص وان كانت يده يد ضمان فلا بدّ عليه من أداء بدل العطر والماء وان كانت يده يد أمانة فلا شئ عليه هذا حكم ما لو كان أحد (الممتزجين) تالفا فى الآخر مع التفصيل فى الضمان .

وان كان الامتزاج بحيث يستهلك كلّ من الخليطين فى الآخر ولا تبقى لكل منهما الصورة النوعية بل تحصل هنا صورة نوعية أخرى وان كان المادة منهما باقية وهذا كمزج الترياق مع الزعفران مع بعض الأجزاء فان ذلك يوجب تشكيل صورة نوعية التى تسمى بمعجون البزج الذى كان مرسوما سابقا وكان ياكله الشيوخ ولا تبقى الصورة النوعية لكل من الاجزاء فى نظر العرف ولا يبعد أن يكون السكنجيين من هذا القبيل حيث ان كلّ من الخل والعسل قد زالت صورتها النوعية فى نظر العرف و ان كانت باقية بالدقة العقلية وانما تحققت هنا حقيقة أخرى .

و عليه فيكون كلّ من مالك الخل و مالك العسل شريكا فى العين بحسب المالية لا بحسب مقدار الممزوجين يعنى يقوم العسل ويقوم الخل وينسب أحدهما الى الآخر فيكون كلّ منهما مالكا للماهية المركبة الحاصلة من الخليطين بحسب المالية لا بحسب مقدار العوضين والافلازم ذلك أن يكون السكنجيين الحاصل من العسل و الخل الذان كلّ منهما كيلو واحد أن يكونا شريكين فى السكنجيين على نسق واحد مع أن قيمة العسل عشر مقابل قيمة الخل بل أزيد و يختلف ذلك زيادة و نقيصة باختلاف الموارد اى باختلاف مالية الممزوجين وكيف كان فتحصل الشركة هنا فى العين باعتبار نسبة مالية الممزوجين لا قدرهما وليست الشركة هنا فى المالية فقط ولا فى المقدار فقط .

الثالث أن يكون الممتزجان من جنس واحد و لم يكن الامتزاج موجبا لاتلاف أحدهما أو كليهما كما فى القسمين المتقدمين بل تكون عين كل منهما موجودة حتى فى نظر العرف وان كانا مع ذلك متساويين من حيث الجودة والرداءة فلا شبهة فى حصول الشركة فى العين كما هو واضح .

و اذا كان المزج بالجنس ولكن بالأردى لا بالمساوى فذكر المصنف أنه تحصل الشركة أيضا و هل يستحق المغبون أورش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه ولو امتزج بالأجود احتمل الشركة فى الثمن أو فى المالية ثم ان هذه الوجوه تجرى فيما اذا مزج المغبون فى صورة مزج الردى بالمتوسط وجوه ثلاثة وبالأجود وجهان كما ذكره المصنف وذكر شيخنا الاستاذ أن الشركة فى المزج بالأردى أو الأجود انما تكون فى العين بحسب المقدار لا بحسب المالية وذلك لأن الفئات ليس الا الخصوصية الشخصية دون أصل المال وصفه و ماليته ف يأخذ كل منهما بمقدار ماله ولا وجه للشركة فى المالية لانه اذا أمكن الشركة فى المقدار لاتصل النوبة الى الشركة فى القيمة نعم لو كان المزج بفعل الغاصب أو الغابن بالأردء فعليه أورش النقص .

أقول : لا شبهة فى أن المزج يوجب الاشتراك سواء كان بفعل الغابن أو بفعل المغبون اختياريا كان أم قهريا فانه على كل تقدير يوجب الشركة وذلك لبناء العقلاء على ذلك و على هذا فلو حصلت الشركة القهرية بين مالى شخصين بأن مزج حيوان حنطة أحد بحنطة غيره مع كون أحدهما أجود بحيث يساوى منا منها بدرهمين والآخر اردى منه والظاهر أنه لا يتوهم أحد أن الشركة الحاصلة هنا بالمزج ليست باعتبار

المالية بل باعتبار المقدار بأن يقسم بينهما على حسب مقدار المالىين مثلا اذا كان لصاحب الردى منان ولصاحب الجيد منا يأخذ صاحب الردى منان وصاحب الجيد منا ويكون التفاوت بينهما بين الجيد و الردى تالفا يعنى تذهب صفة الجودة هذرا اذ ليس المزج مستندا الى أحد حتى يكون أرش النقص عليه والظاهر أنه هذا لا يلتزم به أحد ولا يشك ذو مسكة أن الشركة هنا فى المالية فان بناء العقلاء كما أنه على حصول الشركة بالمزج وكك بنائهم على كونها فى العين بحسب المالية فى مثل المزج بالردى أو بالجيد و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من القول بكون الشركة فى القيمة وأما الرجوع الى الأرض فليس له دليل أيضا بعد ما يمكن الرجوع الى نفس المال وكذلك لا دليل أيضا على بيع العين الممتزجة والاشتراك فى الثمن بل لا بدّ من الشركة فى العين باعتبار ملاحظة المالية كما هو واضح .

و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من القول بكون الشركة فى القيمة نعم بقى هنا شئ وهو ما ذكره شيخ الطائفة من أنه اذا كانت الشركة فى المالية يلزم الربا فانه اذا مزج منّ من الحنطة الجيدة بمنّ من الحنطة الردية و قلنا بالشركة بحسب المالية فانه يكون لصاحب الحنطة الجيدة اكثر من صاحب الحنطة الردية كما اذا كانت قيمة الردى درهما و قيمة الجيد درهمين فان العين الممزوجة تقسم بينهما اثلاثا ف يأخذ صاحب الجيد ثلثين وصاحب الردى ثلثا و يلزم الربا .

ولكن يرد عليه ان الربا لا يجرى الا فى المعاملات المشتملة على المعاوضات وحصول الشركة القهرية بسبب المزج ليس كك فلا يجرى فيها الربا .

ثم انه ربما يقال ان المزج اذا كان بفعل الغاصب بأن مزج الحنطة الرديّة المغصوبة بحنطة الجيدة فتكون الشركة هنا في المقدار لان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال ولكن يرد عليه أنه لا دليل على أنه يؤخذ الغاصب بأشق الاحوال وما ذكرناه من الشركة في المقدار جار هنا أيضا فيكون ذلك نظير مزج الخل بالانجبين سواء كان المزج بفعل الغاصب أو بفعل غيره اختياريا أم غير اختياري ثم هذا كله اذا لم يكن المزج موجبا لنقصان القيمة بأن تكون قيمة كل من الردي والجيد محفوظا كما اذا اشترى الغابن منا من البحنة الجيدة من المغبون التي قيمتها درهمان ومزجه بمن حنطته الرديّة التي قيمته درهم واحد وكانت المجموع المركب قيمته ثلاث دراهم فانه ح لم ينقص من قيمتهما شئ وقد ينقص من قيمة الجيد بواسطة المزج كما اذا اشترى كيلوا من الارز الرشتى بمائه فلس ومزج ذلك بارز كانت قيمته عشرين فلسا ومزجهما الغابن فانه ح تكون قيمة الاجود نازلا فان زيادة القيمة من جهة جودته وصفائه ولعل قيمة الممتازة لا تسوى اكثر من درهم واحد وعلى هذا فان كان المزج بفعل الغابن أو الغاصب أو شخص آخر كان أرش النقص عليه لكونه سببا في هذا النقص وان كان المزج قهريا أو بفعل صاحب الجيد سواء كان هو الغابن أو المغبون فلا شئ على صاحب الردي لأنه يطالب ماله بجميع الخصوصيات فحيث لا يمكن رده كك فيأخذه بحسب المالية يعنى يأخذ من العين بنسبة مالية ماله لا بحسب مقداره كما عرفت من غير أن يعطى تفاوت القيمة لعدم استناده اليه وهذا واضح جدا .

ثم بقى هنا شئ وهو أنه لو امتزج غير الجنس بغير جنسه من غير أن يكون أحدهما مستهلكا في الآخر بحيث يكون تالفا كما تقدم من مزج

العطّر بالزيت ولا أن يكون كلاهما مستهلكا بحيث يكون المزج موجبا لتشكيل هيئة خاصة وماهية مركبة وتكون صورتها النوعية المعرفية غير الصورة النوعية فى اجراء المركب بحيث تكون الشركة فى المالية كما تقدم فى مثل مزج الخل بالانجيين ولا أن يكون من قبيل مزج الجنس بالجنس بحيث تكون الشركة فى العين فى فرض تساوى القيمتين وفى المالية فى فرض عدم تساويهما بل يكون مزج غير جنس بغير جنسه بحيث يكون كلّ منهما ممتازا عن الآخر كمزج الحمصة مع الارز وكمزج دقيق الارز مع دقيق الشعير وهكذا فان هذا القسم لا يجرى فيه شئ من الاقسام المذكورة فلا بدّ فيه من الحكم بالشركة فى العين بحسب المالية أيضا كما هو واضح . ثم انك قد عرفت أن التكلم فى أقسام الشركة بالمزج لا يرتبت بخيار الغبن اصلا فان المزج الذى يوجب الشركة كسائر النواقل اللازمة وانما التكلم هنا يمناسبة تكلم المصنف فيه فتحصل أن المزج يوجب الشركة فى العين اما باعتبار المالية أو باعتبار المقدار فلا يلزم منه الربا أيضا ولا يرجع الى الارش أو البيع والاشتراك فى الثمن .

قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن أقول التكلم فى التلف من جهة دفع توهم أن تصرف المغبون يكون مسقطا للخيار فالتلف أولى بأن يكون مسقطا للخيار والا كان الاولى التعرض لذلك فى احكام الخيار وانما ذكره هنا لدفع هذا التوهم ثم ان المصنف قسم التلف الى أقسام فانه اما ان يكون فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون و على كل تقدير أن التلف اما بأفة سماوى أو باتلاف أحدهما أو باتلاف الاجنبى والظاهر أنه لا فائدة لهذا للتقسيم كما ذكره المصنف فانه لا يفرق الحكم بين أن يكون التلف فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون

وبين ما ان يكون التلف بنفسه أو بتسبب غيره من أحدهما أو من الاجنبى بل اللازم أن نتكلم هنا فى مسائل ثلث الاول فى حكم التلف و الاتلاف فانهما واحد الثانية فى حكم اتلاف كل من الغابن و المغبون ماله الآخر الذى انتقل من أحدهما الى الآخر الثالث فى حكم اتلاف الاجنبى أما المسئلة الاولى فقد يكون التلف بعد الفسخ وقد يكون قبل الفسخ أما الاول فلا شبهة فى كونه موجبا للضمان فانه بعد الفسخ يكون المال مال غير فيكون حكمه حكم الغصب فيكون ضمانه على الفاسخ فان يده بعد الفسخ يد ضمان فلا بد من الخروج عن عهده لانه على اليد ما اخذت حتى تودى ولو كان ذلك بالسيرة سواء كان التلف غير مستند الى شخص أى شخص كان أو مستند اليه وأما اذا كان التلف قبل الفسخ فتارة يكون الكلام بالنسبة الى الخيار وأخرى بالنسبة الى الضمان أما الاول فقد عرفت فيما سبق أن الفسخ متعلقه العقد لا العين و عليه فيبقى الخيار على حاله سواء كان التلف بفعل المغبون أو الغابن أو الاجنبى أو بنفسه فاذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع كل منهما الى البدل مع تلف العينين لان الرجوع الى العين مستحيل نعم بناء على كون متعلق الفسخ هو العين كما أن متعلق جواز الرجوع فى المعاطات هو العين لكان لسقوط الخيار بالتلف وجه ولكن ليس الأمر كذلك .

وأما الكلام فى الضمان فلا شبهة أنه اذا فسخ ذو الخيار العقد فيكون ضامنا للغرض فلا بد من الخروج عن عهده بمقتضى دليل اليد أو السيرة العقلانية ولكن حيث يستحيل الرجوع الى العين فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمة وهذا لا شبهة فيه وانما الكلام فى أنه مع الرجوع الى القيمة هل الى اعلى القيم من زمان الضمان الى زمان

الأداء أو قيمة يوم الفسخ أو قيمة يوم التلف أو قيمة يوم الأداء وجوه وقد تقدم تفصيل المسئلة فى المقبوض بالعقد الفاسد وقد تعرضنا هنا لحكم الغصب وما فى حكمه من المقبوض بالعقد الفاسد ونحوه واجمال الكلام هنا أنه قد يقال بضمان أعلى القيم فان مقتضى اليد أن لا يخرج من عهدة الضمان الا بأداء ما وضع يده عليه ومن المعلوم أن العين مع قيمته الأعلى تحت يد الغاصب فتكون مضمونة على الغاصب ومن فى حكمه ممن يأخذ بالعقد الفاسد أو بالفسخ ولكن الظاهر أنه لا دليل على الضمان بأعلى القيم بوجه كما تقدم فى مسئلة الغصب وقد أشرنا الى ذلك آنفا والوجه فيه أن ما يدخل تحت اليد بواسطة الغصب ونحوه انما هو العين مع الاوصاف الدخيلة فى زيادة المالية فان دليل على اليد أو السيرة العقلانية يقتضى أداء العين مع جميع تلك الخصوصيات وحيث استحال ذلك فلا بد من الرجوع الى البديل من المثل أو القيمة واما ترقى القيمة السوقية أو تنزلها فلا يدخل تحت الضمان أصلا فان القيمة السوقية قائمة بالاعتبار فتزيد تارة وتنقص أخرى فلا تدخل تحت قاعدة ضمان اليد كما هو واضح فانها لم تؤخذ حتى تكون معنى بالاداء .

وأما ضمان العين بقيمة يوم التلف فقد يقال به من جهة أن وقت الانتقال الى القيمة هو ذلك اليوم فيضمن الغاصب ومن فى حكمه بذلك القيمة وقد اجبنا عن هذا الوجه فيما سبق بأنه وان كان يوم التلف هو يوم الانتقال الى القيمة ولكن أى القيمة هل هى قيمة يوم التلف كما زعمه المستدل أو قيمة يوم الغصب أو قيمة يوم الأداء أو أعلى القيم فمجرد كون يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة لا يدل على أن تلك القيمة هى قيمة يوم التلف كما هو واضح وعلى القول بتمايمته فى مسئلة الغصب لا يجرى

هنا فانه فيما يكون المال مخصوبا و مضمونا بعينه لكى ينتقل الى البديل يوم التلف و فى المقام ليس كذلك فان التلف انما وقع فى ملك الغابن أو المغبون على الفرض فان المفروض أن التلف انما هو قبل الفسخ فلا ضمان هنا حتى يوجب ذلك انتقال العين الى القيمة يوم التلف كما هو واضح نعم يمكن أن يقال باعتبار ضمان قيمة يوم التلف من حين الفسخ أو يوم الأداء و لكنه لا دليل عليه .

بقى الكلام فى أن المناط فى وقت الضمان هل هو يوم الفسخ أو يوم الأداء فذهب شيخنا الاستاذ فى خصوص هذه المسئلة أن المناط هو قيمة يوم الاداء كما هو مقتضى القاعدة و تقرب ذلك أن الغاصب اذا غضب عينا فتبقى تلك العين حتى مع تلفها فى ذمة الغاصب و من فى حكمه الى وقت الاداء و ح حيث لا يعقل ردّ العين التالفة مع التلف فقهرنا تنتقل الى القيمة أو المثل فيكون المناط حينئذ قيمة يوم الاداء و هذا الذى تقتضيه القواعد و قد اعتمدنا عليه فى تلك المسئلة أى مسئلة الغصب و لكن قلنا فى تلك المسئلة ان صحيحة أبى ولاد واردة على خلافها فانها اعتبرت فى الضمان و فى وجوب أداء القيمة قيمة يوم الغصب و عليه فرفعنا اليد عن القاعدة فى مسئلة الغصب و ما فى حكمه و حكمنا بوجوب قيمة يوم الغصب و هل يجوز التعدى من مورد الصحيحة الذى هو الغصب الى غيره أم لا فالظاهر أنه لا مانع من التعدى و تقرب ذلك أن النسبة بين قيمة يوم الغصب و يوم الاداء هى العموم من وجه فانه قد تكون قيمة يوم الغصب اكثر و قد تكون قيمة يوم الاداء اكثر و قد يتساوينا فاذا كانت قيمة يوم الغصب أقل من قيمة يوم الاداء فيحتمل أن يكون الشارع قد لاحظ حال الغاصب و راعاه ولم يلاحظ حال غيرهم من الضمانات

و اعتبر عليهم قيمة يوم الاداء و هو مقطوع العدم فان القاعدة عكس ذلك
وقد ذكر الفقهاء أن الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال و يحتمل أن يكون
ذكر يوم الغصب فى الصحيحة من جهة كونه هو المناط فى الضمان
بالقيمة فحيث كان الاول مقطوع العدم فيتعين الثانى كما هو واضح فيحكم
بكون المناط فى الضمان هو يوم الغصب حتى مع القول بأن الغاصب
يؤخذ بأشق الأحوال فان المراد من أخذه بأشق الأحوال هو عدم المسامحة
فى المطالبة سواء كان واجدا أم فاقدا كما يجب المسامحة فى مطالبة
الدين مع العسر بل الغاصب حكمه حكم الواجد يحل عرضه وعقوبته .
والعجب من شيخنا الاستاذ مع أنه بنى فى المقبوض فى العقد
الفاقد على أن المناط فى الضمان انما هو يوم الغصب لصحيفة ابى ولاد
ومع ذلك بنى فى المقام بأن المناط هو قيمة يوم الاداء عملا بالقاعدة .
المسئلة الثانية فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف بأن
اتلف الغابن ما انتقل منه الى المغبون و بالعكس ثم فسخ المغبون العقد
والغرض هنا بيان أن الغابن بأى شئ يضمن باتلافه وأن المغبون بأى
شئ يضمن بفسخه وهكذا اذ أتلّف المغبون ما انتقل منه الى الغابن و
يتكلم فى أن المغبون أى شئ يضمن باتلافه مال الغابن وأن الغابن بأى
شئ يضمن بفسخ المغبون العقد و تحقيق الكلام اذا اتلف الغابن مثلا
مال المغبون الذى انتقل منه اليه فان أدى الغرامة فلا كلام لنافيه وان
بقيت الغرامة حتى فسخ المغبون العقد فانه يرجع الى الغابن بماله و
حيث ليست العين موجودة فيأخذ قيمتها ان قلنا أن المناط فى الضمان
بقيمة العين انما هو يوم التلف فلا كلام لنا فيه وكذا اذا قلنا بكون المناط
قيمة يوم الاداء اذ لا يختلف الحال حينئذ بين ضمان المتلف والضمان

الحاصل بالفسخ فان المناط فى الضمان انما هو قيمة يوم التلف وان كان الفسخ متاخرا فانه ح يسقط الضمانين بالتهاثر فان المغبون يطلب ماله من الغابن الذى ألتفه بقيمة يوم التلف والغابن يطلب عين هذا المال من المغبون الفاسخ أيضا بقيمة يوم التلف فيقع بينهما التهاثر وهكذا لو كان المناط هو قيمة يوم الأداء كما هو واضح وانما الكلام فيما اذا قلنا بأن المناط فى ضمان القيمة انما هو قيمة يوم الغصب فانه حينئذ يختلف ضمان للغابن بقيمة العين وضمان المغبون بها وكثيرا ما يكون أحدهما أكثر من الآخر كما اذا ألتف الغابن العين التى انتقلت منه الى المغبون وكانت قيمته فى ذلك اليوم الذى هو يوم الغصب والضمان عشرة ثم مضت مدة ففسخ المغبون العقد وكانت قيمة العين فى يوم الفسخ عشرين وكان هذا اليوم اليوم الذى ضمن المغبون القيمة لكونه بمنزلة يوم الغصب و عليه فتكون ما ضمنه المغبون فى صورة كون الغابن متلفا لما انتقل منه الى المغبون أقل مما ضمنه المغبون بالفسخ وضمان اليد و عليه فلا يمكن أن يقع التهاثر بينهما بالنسبة الى تمام ما اشتغلت ذمه المتلف و ذمة الفاسخ بل بالنسبة الى مقدار خاص وأما المقدار الزائد فلا بدّ للمغبون أن يخرج من عهده ويطلب من الغابن ثمنه .

و بعبارة أخرى أن المغبون فى الفرض المذكور يطلب من الغابن شيئين أحدهما عين ماله التى ألتفها الغابن والثانى الثمن الذى اعطاه للغابن فانه يطلب منه ذلك بعد الفسخ أما الثمن فلا شبهة فى أنه يطلبه من الغابن على كل تقدير وأما العين التى ألتفها الغابن فان كان اشتغال ذمتهما بقيمة يوم واحد اما يوم التلف أو يوم الأداء بحيث تكون ذمة الفاسخ أيضا مشغولة بقيمة يوم التلف من حين الفسخ أو كان اشتغال

ذمتها بقيمة يوم الأداء فلا شبهة في سقوط حق كل منهما عن ذمة الآخر بالتهاثر سواء طلب كل منهما حقه عن الآخر أو أحدهما وهذا لا شبهة فيه وإن قلنا بضمان قيمة يوم الغصب فح تختلف الحال في ضمان كل منهما للآخر فانه ربما يكون ذلك في أحدهما أزيد من الآخر كما عرفت فح لا يحصل التهاثر الا في الجزء فقط .

و لكن يمكن أن يقال بحصول التهاثر هنا وإن قلنا في المقبوض بالعقد الفاسد ومثله بكون المناط في الضمان بالقيمة هو قيمة يوم الغصب لصحيفة ابي ولاد لأنها لا تشمل ما نحن فيه وبيان ذلك أن مقتضى القاعدة كما عرفت انما هو ضمان نفس العين ابتداءً وانما ينتقل الى مثل أو القيمة مع عدم امكان ردّ العين وعرفت أيضاً أن العين تبقى في الذمة الى وقت الأداء ففي ذلك الوقت تنتقل الى القيمة كما هو واضح لعدم امكان أدائها حتى لو عادت العين الى ملك الضامن بقدرة الهية كان الواجب على الضامن أن يؤديها الى المضمون له كما هو واضح وعليه فاذا كان ذمة كل من الغابن والمغبون مشغولة بعين واحدة أحدهما بالاتلاف والآخر بالفسخ فان مقتضى الفهم العرفي هو وقوع التهاثر في ذلك وعدم ثبوت حق مطالبة كل منهما على الآخر كما اذا أخذ أحد خبزاً من الخباز بعشرين فلساً مع كون الخبز خمس أفلس ثم غصب الخباز ذلك الخبز فاكله ثم التفت المغبون الى الغبن ففسخ العقد فانه يرجع اليه ويأخذ منه عشرين فلساً ولسى للغابن في نظر العرف أن يطالب منه خبزه ويقول وجب عليك أن تعطى خبزي وجب على أن أعطى خبزك فان أهل العرف يقولون أن ما اعطيته هو الذي أخذته وأكلته .

و بعبارة اخرى أن الضمان بالقيمة إنما هو مع عدم التمكن من العين وقد عرفت أن العين إنما هو باقية في ذمة الضامن الى وقت الأداء و عليه فإذا اتلف الغابن العين التي انتقل الى المغبون فتكون ضامنا لنفس ذلك العين وحيث طلبها المغبون فلا يمكن أداء نفسها فلا بد من أداء مثلها أو قيمتها وإذا فسخ المغبون العقد فتكون ذمته أيضا مشغولة بنفس تلك العين فإذا لم يخرج عن عهدة الغرامة قبل الفسخ ليكون المغبون ح متكمنا من أداء العين فان ذمة كل منهما مشغولة بالعين كما عرفت فيقع التهاثر فيحصل الأداء كما هو واضح و ح تنقلب القيمة أو المثل الى نفس العين كما اذا عادت العين بمعجزة و من الواضح أن مورد الصحيحة إنما هو صورة عدم التمكن من أداء العين وكون الضمان في طرف واحد فلا تشمل المقام وتوهم أنها مطلقة بالنسبة التي عود العين أيضا لاستحالة الإهمال في الواقع فاسد بل الحكم مقيد في الواقع وفي مقام الثبوت بعدم العود وفي مقام الاثبات لم يقيد المولى وأما أهمل لعدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة وقد فرضنا الكلام في اتلاف الغابن مال المغبون ويجرى جميع ذلك في عكس ذلك كما يظهر بالتأمل فلا يحتاج الى التكرار ثم لا يخفى أنه في حكم الاداء لو أبرأ احد ذمة المتلف فهو بمنزلة القبض .

المسئلة الثالثة أن يكون المتلف هو الأجنبي فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمة يتعين رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه و كذا العكس وأما لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعين على كل منهما الرجوع الى طرفه بل يتخير بين الرجوع الى الطرف والرجوع الى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب ولكن لا يجري

ذلك بناءً على اعتبار قيمة يوم الفسخ بل يتعين ح الرجوع الى الطرف سواء سواء كان هو الغابن أو المغبون لأن المال وان كان فى ذمة المتلف أيضا ألا أنه قد اتلف هو ما ليس للفاسخ قبل الفسخ بل لطرفه فيكون الاجنبى ضامنا للمالك. الفعلى دون المالك الاصلى والمالك الاصلى يطلب مصداق مالية يوم الفسخ فلا يشتغل بقيمة يوم الفسخ إلا الطرف لا المتلف لكونه مكلفا باداء قيمة يوم التلف أو يوم الاداء ٠ وما ذكرناه أوضح بناءً على كون الطرف ضامنا لنفس العين بمقتضى دليل اليد والله العالم بالاحكام ورسوله وخلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم الى يوم القيامة قوله مسئلة الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضة مالية بناءً على الاستناد فى ثبوته فى البيع الى نفى الضرر أقول لم يقع التعرض لثبوت هذا الخيار فى غير البيع فى كلمات الاصحاب كما وقع التعرض بجريان خيار الشرط فى غيره ولكن عدم تعرضهم لذلك لا يكشف عن اعتقادهم بعدم جريانه فى غير البيع أو جريانه فيه وأما تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع من جهة ذهاب بعض العامة الى جريانه فى ما عدا البيع أيضا ٠ ثم انه لا دليل بالخصوص على جريانه فى غير البيع أو عدم جريانه فيه وإنما المهم هو التعرض لمدرک هذا الخيار حتى يعلم أنه على نحو يجرى فى غير البيع أيضا أو لا فنقول ان كان مدرک خيار الغبن هو الاجماع فلا شبهة فى عدم جريانه فى غير البيع لأنه دليل لبيى ولا بد من أخذ المتيقن منه وهو البيع وان كان مدرکه هو نفى الضرر فيشمل ذلك غير البيع أيضا إلا اذا كان هنا اقدام على الضرر فانه مع اقدام لا يكون هنا خيار ولا يبعد صدق اقدام على الضرر مع العلم والجهل كما تقدمت الاشارة الى ذلك سابقا ولا يختص ذلك

بصورة العلم بالغبن كما ذكره المصنف وبنى عليه وكيف لا يهمننا التكلم فى ذلك بعد ما عرفت من عدم تمامية دلالة حديث لا ضرر على المقصود واما المدرك هو الشرط الضمنى كما تقدم تفصيله و عليه فلا بد من التكلم على هذا المبنى فنقول قد يكون البناء فى المعاملة على الدقة و عدم المغاربة و قد يكون على السمحة و المسامحة و قد لا يكون العقد مبنياً على شئ أما الأول فلا شبهة فى تحقق الشرط الضمنى فيه فان بناء العقلاء على تساوى القيمتين فيه فتكون قرينة نوعية على تساوى القيمتين ومع انتفاء القرينة النوعية فتلاحظ القرينة الشخصية على ذلك و من ذلك الاجارة و الصلح فى مقام البيع و الاجارة و لا يفرق فيه أيضا بين افراده الا اذا قامت قرينة خارجية على عدم تحقق ذلك الشرط كالبيع بين الوالد و الولد فانه اذا وقع الغبن فى ذلك فالارتكاز قائم على عدم الشرط فيه نوعا .

و أما الثانى فلا يجرى فيه الشرط الضمنى كالصلح فى مقام المرافعة حيث ان بنائه على قطع النزاع و التشاح فجريان الخيار فيه ينافى ذلك وكذلك الصلح فى غير موارد البيع و الاجارة بان كان على ابراء جميع ما فى الذمة كائنا ما كان الا اذا ظهر الحال و علم أن ما فى ذمة المديون من المديون اضعاف ما اعتقده المتصالح فانه حينئذ لا قرينة نوعية و لا شخصية على عدم الشرط هنا بل القرينة الشخصية قائمة على تحقق الشرط الضمنى كما هو واضح .

و أما الثالث فلا بدّ فيه من ملاحظة حال الاشخاص فى شخص المعاملة كالجعالة فعلم أن جريان الغبن فى أى معاملة يحتاج الى جريان الشرط الضمنى فيه على تساوى القيمتين و جريان الشرط الضمنى على تساوى القيمتين يحتاج الى القرينة النوعية أو الشخصية والحاصل أن

مقتضى أصالة اللزوم انما هو الحكم بلزوم كلّ معاملة و عليه فمقتضى الاصل الاولى هو اللزوم فى جميع المعاملات و ح فلا بدّ من رفع اليد عنها من ملاحظة القرائن الخارجية القائمة على عدم اللزوم فيها فان قامت قرينة عامة كبناء العقلاء أو خاصة على عدم التسامح والتساهل فى المعاملة أزيد ممّا لا بدّ منه فلا شبهة فى تحقق الشرط الضمنى فيها على التساوى وعدم التغاين لأن هذه القرينة قرينة على الاشتراط فيلزم الخيار من تخلفه و يجرى ذلك فى كل عقد و معاملة حتى الصلح الذى كان البناء فيه على التسامح والتساهل الا اذا ظهر التفاوت أزيد ممّا اعتقد المتصالح فانه بالنسبة الى الزائد يجرى الاشتراط المذكور و يلزم من تخلفه الخيار و قد تقدم ذلك فى السابق اى جريان الخيار فى التفاوت الزائد عن المقدار الذى وقع فيه التسامح و فى كل مورد قامت قرينة عامة أو خاصة على أن بناء المتعاقدين على المسامحة والمساهلة بحيث تكون هذه القرينة دالة على عدم الاشتراط فلا يجرى فيه الخيار سواء كان ذلك صلحا أو بيعا فانه ربما تقوم القرينة على عدم الاشتراط وان لم يلتفت المتعاملان الى الغبن كما اذا باع الوالد مالا من ولده بخمسين دينارا مع الغفلة عن كونه يساوى بالماء فانه وان تحقق غبن لا يتسامح هنا و لكن الارتكاز العرفى بل القرينة الخاصة اعنى رأفة الوالد على ابنه قائمة على عدم الاشتراط الا اذا لم تكن بينهما رأفة تقتضى ذلك فان القرينة العامة أو الخاصة قائمة على اشتراط تساوى القيمتين هنا أيضا ومن هنا ظهر أن المناط فى الاشتراط و عدم الاشتراط انما هو البناء الشخصى على الاشتراط وان كانت القرينة على الاشتراط ربما تكون نوعية أعنى بناء العقلاء على الاشتراط ولكن مع ذلك قد تكون القرينة الحاصلة أيضا

موجودة على ذلك أعنى بناء الشخصى من المتعاملين على التساوى أو على عدمه وقد نقل المصنف عن بعض وقواه شيخنا الاستاذ بل قد تنحصر القرينة بالثانى مع انتفاء الاولى وقد تكون القرينة الخاصة اعنى البناء الشخصى مقدما على القرينة العامة كما أن بناء العقلاء على التساوى فى البيع ومع ذلك قد يكون بناء المتعاقدين على التسامح كما تقدم و من هنا ظهر أنه لاحتاج الى تحقيق مفهوم الغبن وكون الحكم دائرا مدار صدق الغبن و عدمه كما ذكره بعضهم لامن جهة عدم وروده فى الاخبار كما ذكره المصنف بل من جهة أن مبنى المسئلة لا يحتاج الى ذلك كما هو واضح .

قوله مسئلة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين أقول ذهب المشهور الى كون الخيار على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن و ذهب بعض آخر الى ثبوته ما لم يطرئه رافع للاستصحاب و ذكر فى الرياض أن المستند فى الخيار انكان الاجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب وان كان نفى الضرر وجب الاقتصار على الزمان الاول اذ به يندفع الضرر هذا فنقول أن ثبوت الخيار بعد الآن الاول يحتاج الى انتفاء احد أمرين الأول عدم وجود المقتضى للزوم فى الآن الثانى والثانى عدم المانع عنه فاذا ثبت أحدهما لا يثبت الخيار مستمرا بل لابد من الاخذ بالقدر المتيقن فلا بد فى المقام من تنقيح هذا المطلب أى المقتضى والمانع ولذا ذكر جامع المقاصد أن العموم الثابت للعقد مستمر بحسب الزمان والمانع عنه موقوف فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن وقد اشكل المصنف عليه و على بقية الوجوه المذكورة فى المقام بما ذكر أشار اليه فى المقام و ذكر تفصيله فى كتاب الرسائل وحاصل: ان

الحكم الثابت على العام تارة يكون ثابتا على أفرادہ بحسب التعدد و التكثر بأن يكون لما تحت العام حكم فى كل آن بحيث يتكثر الحكم فى طول الزمان و يكون للعام أفراد طولية كما تكون له أفراد عرضية كما اذا قال اكرم العلماء فيكون غرضه تعدد الحكم بحسب قطع الزمان فيكون الزمان مكثرا للحكم و يكون هنا اكرام متعدد حسب تعدد الآتات والساعات و قد يكون الحكم الثابت لأفراد العام حكما واحدا مستمرا الى الأبد بحيث لا يكون الزمان مفردا و مكثرا و قيذا للحكم وموضوعا له بل يكون ظرفا كما اذا فرضنا فى المثال المتقدم أن وجوب الاكرام شئ واحد ثابت لأفراد العلماء من غير أن يكون التعدد بحسب الآتات بل لكل واحد من أفراد العام حكم واحد مستمر من غير ان يتعد حسب تعدد الآتات فعلى الاول فاذا ورد مخصص على العام بأن خرج اكرام زيد العالم عن تحت العموم فى يوم الجمعة فلا بدّ من الاقتصار فى التخصيص بخصوص ذلك فقط فلا يمكن التعدد الى اليوم الثانى أيضا بالاستصحاب لانه من قبيل اسراء الحكم عن موضوع الى موضوع آخر فهو لا يجوز لان الحكم فى حكم آن مستقل وهذا بخلاف الثانى فانه اذا ورد التخصيص على العام و أخرج الفرد عن تحت حكمه كان ذلك موجبا لخروجه عن تحته مستمرا و الى الأبد و فى هنا اذا شك فى ثبوت حكم العام بعد المخصص نستصحب حكم المخصص فلا مورد هنا للاقتصار بالقدر المتيقن لكونه خروجا واحدا عن تحت العام فلا يفرق فيه بين خروج عن حكم العام دائما أو فى زمان ما اذ ليس فى خروجه دائما زيادة تخصيص فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن .

وأما كشف أن الحكم الثابت على العام استمرارى أو لا فلا بدّ وان

يثبت من الخارج أو بدليل اللغوية كما أن قوله (ع) حلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة وحرامه حرام الى يوم القيامة يدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة فلو ثبت من الخارج انقطاع الحلية أو الحرمة و عدم استمرارهما الا الى وقت خاص لا يكون ذلك مشمولاً للرواية فيكون خارجاً عنها فانها تدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة مع عدم الانقطاع و بعده لاحلال و لاحرام حتى يستمر الى يوم القيامة و ليس فيها تعرض لايجاد الحلال حتى يكون مستمراً والا يلزم ايجاد الحكم موضوع نفسه و عليه فاذا ورد عام و وردت رواية مثلاً على استمرار حكم العام أو قامت قرينة على ذلك من لغوية عدم الاستمرار نحكم بذلك فاذا ارتفع الحكم في زمان يخرج عن تحت العام و نستصحب مع الشك حكم الخاص و لا يكون ذلك الدليل مقتضياً لاستمراره مثلاً ان أفوابالعقود يدل على وجوب الوفاء بكل عقد و لا شبهة أنه لا معنى لحصول الملكية في آن دون الآن الثاني بحيث يكون في كل آن حكم مستقل فمن جهة لزوم لغوية حكم الوفاء بالعقد استفدنا استمرار الحكم في جميع الازمنة و اذا رفع الحكم في زمان أغنى الوفاء لارتفاع الملكية كما في المعاطات بناءً على عدم افادتها الملكية و كعقد ازدواج بعد رفعه بالطلاق فان ما يقتضى لغوية الزوجية في آن دون غيره لا تشمل بعد الرفع و لم يبق هنا شيء حتى يجب الوفاء به و لا يكون الدليل الدال على الاستمرار جارياً في المقام فان الدليل انما كان هو لزوم لغوية الملكية في آن واحد دون غيرها و المفروض أنه ليس هنا ملكية حتى يلزم اللغوية من اعتبارها في زمان دون زمان آخر كما هو واضح و أن اللغوية لا توجد الملكية و الا يلزم تعرض الحكم لموضوعه .

والحاصل أن روح كلام المصنف أنه اذا ورد الحكم على الاستمرار الزمان فيكون حينئذ للعام أفراد طولية نظير الافراد العرضية فيكون الزمان قيذا للحكم ومكثرا له فاذا ورد التخصيص فى زمان لا يكون مخصصا الا فى ذلك الزمان الخاص كما هو واضح وأما اذا ورد الاستمرار على الحكم بحيث يكون الحكم موضوعا للاستمرار فيكون الحكم ثابتا للفرد مستمرا فاذا خرج عن تحت العام خرج أبديا كما هو واضح وأن ورود الاستمرار على الحكم انما هو اما بدليل اللغوية أو بدليل خاص كما اذا فرضنا ورود الرواية عليه مثلا .

وأما الوجه فى ملاحظة الاستمرار هو ما ذكره المصنف من لزوم اللغوية من عدم ملاحظة الاستمرار أو قيام الدليل الخارجى على ذلك والا فالظاهر من تعلق الحكم بالفعل هو الآن الاول لا الاستمرار ومن هنا ظهر ما ذكره من تغاير مورد التمسك بالعام ومورد التمسك بالاستصحاب فان مورد التمسك بالعام انما هو صورة كون الزمان مكثرا فلا يجوز ح التمسك بالاستصحاب حتى مع وجود المانع عن التمسك بالعام بل لابد من التمسك بأصل آخر ومورد التمسك بالاستصحاب هو فرض كون الزمان ظرفا فانه ح لا يجوز التمسك بالعام حتى مع المنع عن التمسك بالاستصحاب .

أقول هذا الذى أفاده المصنف انما يتم فى الجملة لانه لا يجرى بالنسبة الى الاحكام التكليفية بل يجرى فى الأحكام الوضعية أما الاول : فلأنه لا معنى لتوهم الاستمرار فى الاحكام التكليفية أصلا فان الحكم الوارد على الافعال سواء كان بعنوان الاستقلال والعام الاستغراقى أو بعنوان العام المجموعى يلاحظ بالنسبة الى كل فرد وعلى كلا التقديرين لا يلاحظ

الاستمرار فيه مثلا لو قال المولى اكرم هؤلاء العشرة ثم أخرج منها واحداً لا يرتفع الحكم عن الباقي بل لا بد له في اكرام العشرة أو قال الكذب حرام فان الظاهر منه ان كل فرد من الكذب فيكون لكل فرد حكم أى حرمة خاصة ويسرى الحكم الى جميع الافراد بعنوان الاستغراق وعلى الجملة أن ملاحظة الاستمرار في الاحكام التكليفية مما لا معنى له فانما تتعلق بالافعال اما بعنوان الاستغراق أو بعنوان العام المجموعى وعلى الاول تكون الحكم بالنسبة الى كل فرد مستقلا واضح فاذا ورد التخصيص باخراج فرد من العام يبقى الباقي تحته كالحكم بحرمة الكذب مع اخراج فرد منها وكذ في ناحية الوجوب وعلى الثانى أن الظاهر أيضا من تعلق الحكم بالفعل هو ثبوته له على نحو الاستقلال كما اذا قال اكرم هؤلاء العشرة فاذا اخرج منها واحدا تبقى التسعة تحت العام ويجب اكرامهم وليس هنا استمرار أيضا فان اعتبار وجوب الاكرام فى ساعة دون غيرها لا يستلزم اللغوية .

وأما فى الحكم الوضعى فيجرى ما ذكره المصنف مثلا اذا ورد من استولى على شئ فهو له أو من حاز ملك واستفدنا من دليل خارجى أو من لزوم لغوية أن تكون الملكية حاصلة فى آن دون آن آخر فتحكم ح بحصول الملكية المستمرة فاذا ورد فى دليل خاص أن اللقطة العمران لا يملكها الواحد فيكون ذلك خارجا عن عموم من حاز ملك على تقدير كونه رواية و عن عموم من استولى على شئ فهو له ولا يكون الدليل الخارجى أو لزوم اللغوية المقتضية للملكية المستمرة شاملة للاستيلاء على اللقطة و حيازتها لعدم حصول الملكية هنا حتى تكون مستمرة فما ذكره المصنف صحيح فى مثل ذلك .

و قد انتهى كلامنا الى التمسك بالعموم بعد ورود التخصيص عليه
وان المصنف قد ذكر أن مورد التمسك بالعام يغاير مورد التمسك —
بالاستصحاب ففى مورد نتمسك بالعام لا يجوز التمسك بالاستصحاب حتى
مع عدم التمسك بالعام وفى مورد التمسك بالاستصحاب لا يجوز التمسك
بالعام حتى مع ثبوت المنع عن التمسك بالاستصحاب وفيما ورد الزمان
على الحكم وثبت الاستمرار عليه فلا يجوز التمسك بالعام بعد ثبوت
التخصيص لأن الحكم لا يتعرض على موضوعه اعنى الاستمرار وإنما هو من
دليل خارجى فحيث ورد التخصيص فى الافراد الطولية على هذا الدليل
الخارجى المثبت للاستمرار لا يجوز بعده التمسك بالعام فى المشكوك
فالمورد هنا مورد الاستصحاب و اذا كان الحكم فى العام ثابتا على
الزمان فيكون ثابتا لكل فرد طولى أيضا كما هو واضح ثم طبق ذلك على
المقام فقال ان مقتضى أوفوا بالعقود هو ثبوت الحكم لكل عقد من الافراد
الطولية فاذا خصص هذا العام و خرج منه عقد واحد فى زمان فلا يجوز
التمسك بالعموم بالنسبة اليه فى زمان آخر لعدم امكان تعرض الحكم
لاستمراره الثابت بدليل خارجى اعنى لزوم اللغوية من اعتبار الملكية مثلا
فى زمان دون زمان آخر فلا بد من التمسك بالاستصحاب .

أقول لا بأس بما ذكره على نحوه الاجمال لا فى جميع الاحكام
التكليفية والوضعية بل فى الثانية فى الجملة و توضيح ذلك أن الاحكام
التكليفية لا معنى فيها لورود الاستمرار أى الزمان على الحكم بحيث تلاحظ
على نحوين و ذلك لأنها تحريمية كانت أو وجوبية استغراقية كانت أو
مجموعية انما تتعلق بالافعال أى بأفعال المكلفين ولا شبهة أن الفعل
يتقدر و يتقطع بالزمان و اذا كان ذلك الفعل متعلق للعام أو المطلق

توجد له أفراد طولية كماله أفراد عرضية سواء كان الحكم تحريمياً أو وجوبياً غاية الأمر، الأمر في الأول أوضح وعلى هذا فقد ذكرنا في علم الأصول أن الإهمال في الواقع ومقام الثبوت محال فلا يعقل أن يكون الحكم في الواقع لا مطلقاً ولا مقيداً بل كان مهماً لأنه لا يعقل أن يجعل المولى حكماً ولكن لا يلتفت إلى أنه بأي نحو مطلق أم مقيد وإن كان ذلك ممكناً في مقام الإثبات وعلى هذا فإذا ورد حكم من المولى وكان في مقام البيان ولم يقيد به شيئاً نستكشف من ذلك سريان الحكم إلى جميع أفراد العام أو المطلق الأفراد العرضية أو الأفراد الطولية وعليه فإذا ورد تخصيص أو تقييد فأخرج فرد من أفراد العام أو المطلق نتمسك في الباقي بالاطلاق أو العموم فنثبت الحكم للفرد المشكوك فلامرور هنا للاستصحاب أصلاً مثلاً إذا ورد عام أو مطلق على أن الكذب حرام أو كل كذب حرام فلا شبهة أن متعلق الحرمة هنا هو الفعل الخاص الصادر من المكلف وأنه يتقدر بالزمان بحيث أن الكذب الصادر منه في هذا الزمان غير الكذب الصادر منه في زمان قبله كما أنه غير الكذب الصادر منه في زمان بعده فيكون كل كذب بحسب طول الزمان وعرضه فرداً مغايراً للأفراد الآخر فحيث أن الإهمال في الواقع محال فلا بد وأن يكون الحكم فيه أما مطلقاً أو مقيداً فحيث لم يقيد الخطاب في مقام الإثبات مع كونه في مقام البيان فحسب تبعية مقام الثبوت لمقام الإثبات من حيث الإطلاق والتقييد فنكشف الإطلاق في مقام الثبوت أيضاً كما هو واضح وعلى هذا فإذا خرج فرد من أفراد الكذب عن تحت الإطلاق أو العموم فإنه لا شبهة في جواز التمسك بالعموم أو الإطلاق في الأفراد الآخر فلا مجال بوجه لتوهم جريان الاستصحاب فيه وكذلك إذا ورد النهي عن شرب الخمر

فان مقتضى الاطلاق حرمة أى شرب كان من أفراد العرضية والطولية فاذا خرج فرد من تحته نتمسك فى الباقي بالاطلاق كما هو واضح الالوحظ الحكم بعنوان العام المجموعى أى يكون الحكم الواحد ثابتا للأفراد بين المبدء والمنتهى من غير ان يكون لكل فرد حكم واحد وكذلك الكلام فى الاحكام الوجوبية سواء كانت استغراقية أم مجموعية ثم ورد مخصص فانه يرجع فى الافراد الباقية العام والمطلق أما فى الاستغراقى فواضح و أما فى المجموعى فايضا كك كما اذا قال اكرم هؤلاء العشرة ثم أخرج واحدا فانه لا محالة يمنع عن التمسك بالعام فى التسعة الباقية .

والعجب من شيخنا الاستاذ حيث أصّر فى المقام وفى الاصول على ورود الاستمرار على الحكم فى الاحكام التحريمية بدعى أنه لامعنى لكون الشئ حراما فى آن واحد لأنه حاصل بالضرورة اذ ما من محرم الا ويكون متروكا آنا ما فيكون الحكم التحريمى لغوا فنكشف من ذلك أن الحكم التحريمى مستمر دائما فيكون الاستمرار واردا على الحكم و عليه فاذاورد عام مشتمل على حكم تحريمى ثم ورد عليه تخصيص فلا وجه للتمسك بالعام بل يتمسك باستصحاب حكم الخاص كما هو واضح .

ولكنه واضح الدفع فان مقتضى اطلاق الخطاب هو كون كل فرد من أفراد الطولية بحسب قطع الزمان محرما وأن المولى قد لاحظ فى مقام الثبوت اطلاق الحكم وشموله بجميع الافراد مع ما عرفت أن الفعل الذى هو متعلق الحكم يتقدّر بالزمان فلا يكون الحكم ثابتا على جميع الافراد بحسب الاطلاق ففى المقام وان كان الاستمرار موجودا و لكنه ليس بمعنى أن الحكم الواحد مستمر كالملكية مثلا بل معناه هنا أنه يستمر الحكم باستمرار موضوعه يعنى أن حرمة شرب الخمر مستمرة حسب تعدد الشرب

واستمراره ويكفى فى ذلك كون الحكم ثابتا على الطبيعة الصرفة غير مقيدا بقيد بل ترفع عنها جميع القيود كما هو معنى الاطلاق لا أن هنا استمرار ثابت من الخارج ببرهان اللغوية .

و على الجملة استمرار الحكم فى التكاليف المحرمة من جهة اطلاق الحكم وتعدد متعلقة لعنى فعل المكلف المتقدر بالزمان لا من جهة دليل خارجى كما لا يخفى وأعجب من ذلك ما استشهد على مراده بان الفقهاء لم يجوزوا شرب الخمر فى حال المرض لاستصحاب الحرمة فلو كان الاستمرار ثابتا من ناحية الحكم دون الخارج لم يكن لهم وجه للتمسك بالاستصحاب بل لا بدّ لهم من التمسك بالعام فحيث أن الاستمرار فى الاحكام التحريمية ثبت من الخارج لا من ناحية الحكم ولم يكن تعرض الحكم لاستمرار موضوعه مستمرا فلذا تمسكو بالاستصحاب فى اثبات الحرمة فى حال المرض ووجه العجب أن ذلك خارج عما نحن فيه فان كلامنا فيما ورد عام ثم مخصص فى زمان وشك فى أن الفرد الخارج خارج دائم أو فى الزمان الاول وأما اذا لم يرد تخصيص أصلا فلا مجال لذلك ففى المثال المذكور لم يجد تخصيص لحرمة شرب الخمر بالنسبة الى حال المرض حتى نتمسك بالنسبة الى المريض فى غير حال مرضه بالاستصحاب أو بالعام بل انما هو شك فى ثبوت الحكم فى جميع الحالات أو فى بعضها فنتمسك بالاطلاق لما عرفت من اطلاق الحكم ثبوتا و اثباتا على أنه لانعرف ذهاب الفقهاء الى الحرمة للاستصحاب مع ان الكتب الاستدلالية قليلة ومع ذلك فليس كلهم ذاهبين الى الحرمة للاستصحاب نعم لا بأس بالواحد والاثنين فتحصل أن الاحكام التكليفية باجمعها تحريمية أو وجوبية استغراقية أو مجموعية وأما الاحكام الوضعية فحيث ان

متعلقها ليس فعل المكلف حتى يتقدر بالزمان بل هو أمر آخر كالملكية
و الزوجية و نحوهما له قابلية الاستمرار فيمكن تضديق كلام المصنف هنا فى
الجملة .

و توضيح ذلك أن اعتبار الاستمرار قد يكون بدليل خارجى بحيث
يكون واردا على الحكم من جهة اقتضاء الدليل الخارجى ذلك وقد يعتبر
فى الحكم من جهة دلالة نفس الدليل المتكفل لبيان الحكم على ذلك
أما الأول كما اذا لم يكن نفس الدليل متضمنا لذلك باطلاقه أو بعمومه
بل لو اعتبر الاستمرار فيه انما يعتبر من جهة برهان اللغوية أو الدليل
الآخر من الرواية و نحوها كما اذا ورد أن من استولى على شئ فهو له
أو من حاز ملك فانه لا معنى لحصول الملكية بالحيازة أو بالاستيلاء أنا
لكون ذلك لغوا بل حصول الملكية فى زمان مقيد به كالشهر أو شهرين
أو سنة فهو ترجيح بلامرجح فلا بد من القول بحصول الملكية الدائمة فى
مثل المقام فالعموم أو الاطلاق انما يتضمن بيان أصل الحكم أى حصول
الملكية بالاستيلاء و الحيازة و أما الاستمرار فهو يعلم من الدليل الخارجى
فاذا ورد تخصيص على ذلك و دل دليل على عدم حصول الملكية
بالحيازة و الاستيلاء كاللقطة و مجهول المالك و شككتا فى أن ذلك خارج
عن تحت العام أو المطلق فى زمان خاص أو دائما فلا يمكن التمسك
بالاطلاق أو العام اذ المفروض عدم الاطلاق أو العموم و أما الدليل
الخارجى الدال على الاستمرار فهو لا يمكن أن يتعرض موضعه بل هو
ثابت متى ثبت موضوعة و فى المثال المذكور متى ثبتت ملكية فهى تستمر
و أما مع عدم ثبوت الملكية فأى شئ تستمر و لا شبهة أن دليل الاستمرار
يستحيل أن يتعرض لايجاد موضعه فانه فى فرض وجود موضعه يدل على

الاستمرار ولا يمكن أن يتعرض الحكم لموضوعه . فما ذكره المصنف صحيح في مثل ذلك وأما إذا كان الدليل الدال على الحكم بنفسه دالا على العموم أو الاطلاق اما بقيد أضيف الى الخطاب أو بمقدمات الحكمة فح لا شبهة في جواز التمسك بالاطلاق سواء كان الحكم ثابتا لمتعلقة على نحو العموم الاستغراقى أو العموم المجموعى وتوضيح ذلك أن الاستمرار تارة يفرض في الجعل من أنه مستمر أولا وأخرى في المجموع أما الاول بان الجعل يدل على الاستمرار ما لم يطرأ النسخ أم لا فهو خارج عن المقام وأما الثانى فلا شبهة في جواز التمسك باطلاق المجعول أو بعمومه واثبات الحكم للأفراد العرضية والطولية للعام لان الاهمال مستحيل في مقام الثبوت والمولى في مقام البيان وفي مقام الاثبات ولم يقيد كلامه بقيد فنكشف منه الاطلاق مثلا أن أوفوا بالعقود يدل على وجوب الوفاء بكل عقد فاذا فرضنا أن الملكية المنشأة لم تقيد بشئ في مقام الانشاء وهكذا الزوجية فنكشف من ذلك كونهما دائمية فان اطلاق المنشئة يدل على ثبوتها وتحققها في الافراد العرضية والطولية و لا يفرق في ذلك كون الحكم على نحو العام المجموعى كما اذا انشأ الملكية الواحدة بين المبدء والمنتهى وهذا هو المعروف أو على نحو الاستغراق كما اذا كانت هنا في كل آن ملكية مستقلة منضمة بعضها مع بعض بحيث تستمر أفراد الملكية بحسب الانضمام لا أن هنا ملكية مستمرة بين المبدء والمنتهى وعليه فاذا اورد تقييد أو تخصيص بالنسبة الى فرد في زمان وشكلنا في كونه دائما أو لا فال مورد مورد التمسك بعموم العام دون استصحاب حكم المخصص وهكذا الكلام اذا لم يكن هنا اطلاق بمقدمات الحكمة أو عموم ولكن يكون في الدليل دال آخر على الاستمرار كما اذا

قال المولى مثلاً مضيت الزوجية المستمرة أو الملكية المستمرة فان الاستمرار يستفاد من القيد ومن دال آخر فانه أيضاً اذا شككنا فى مورد فى ارتفاع الحكم عن فرد بعد التخصيص الى الأبد أو مؤقتاً فنتمسك بعموم العام أو باطلاق المطلق لان الحكم والاستمرار كلاهما يستفاد من دليل واحد وان كان الدال متعدداً وتعدد الدال غير استفادة الاستمرار بدليل آخر المانع من التمسك بالعموم والافلا طلاق دائماً يستفاد من مقدمات الحكمة فلو كان مجرد تعدد الدال ولو فى دليل واحد مانعاً عن التمسك بالاطلاق أو العموم لكان لازم ذلك عدم جواز التمسك بالاطلاق فى مورد أصلاً فى الفرد المشكوك بعد التخصيص كما هو واضح .

و على الجملة حيث أن متعلق الاحكام الوضعية ليس هو الفعل ليتقدر بالزمان بل هو أمر موجود مستقل اجنبى عن الفعل فيلاحظ فيه الاستمرار و عدمه وعليه فان كان الاستمرار مستفاداً من دليل خارجى بحيث يكون الاستمرار وارداً على الحكم فلا يجوز التمسك بالعام فالمورد مورد الاستصحاب كما ذكره المصنف وان كان مستفاداً من اطلاق الدليل أو عموميه بحيث يكون المنشأ مطلقاً بالنسبة الى الافراد كما عرفت فلا بأس بالتمسك الى الاطلاق أو العموم الدال على اطلاق المنشأ وعمومه بالنسبة الى كل فرد عرضياً كان أو طولياً وان كان ذلك الاطلاق مستفاداً من مقدمات الحكمة .

وحاصل الكلام من الاول أن الحكم قد يكون متعلقاً بفعل المكلف وقد لا يتعلق بفعل المكلف بل يلاحظ منحاضاً عنه ومستقلاً فى نفسه ، أما الاول فكالاحكام التكليفية فانها متعلقة بافعال المكلفين فيكون متقدراً بالزمان فيلاحظ العموم أو الاطلاق فى نفس الحكم باعتبار متعلقه ولا يفرق

فى ذلك بين أن يكون العموم استغراقيا كأن يكون الحكم ثابتا لكل فرد فرد من الفعل المتقدر بالزمان بحيث يكون لكل منها حكم مستقل أو يكون العموم مجموعيا بحيث يلاحظ مجموع الافراد مجموعا ويجعل لها حكم واحد بحيث يكون كل فرد جزء للموضوع كقول المولى اكرم هؤلاء العشرة فان الحكم هنا ثابت للمجموع من حيث المجموع فاذا شككنا فى أن الخارج عن تحت هذا الحكم هو دائمي أو مقيد بيوم الجمعة فنتمسك بعموم العام وأيضا لا يفرق بين كون الحكم ايجابيا أو تحريما و عليه فاذا ورد على الحكم تقييد أو تخصيص بالنسبة الى جزء فى العام المجموعى و بالنسبة الى فرد فى العام الاستغراقى و شككنا فى خروج فرد آخر أو خروج الجزء دائما أو فى ساعة فيتمسك بعموم العام أو باطلاقه فرد المشكوك فليس المورد من مورد التمسك بالاستصحاب والوجه فى ذلك أن الحكم فى جميع هذه الصور وارد على الزمان سواء كان الزمان قيда للحكم أو ظرفا فعلى كل لا يجرى الاستصحاب أما اذا كان قيدا فلان الاستصحاب فيه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر و أما اذا كان ظرفا فلان الاصول اللفظية لا يجرى مع الاصل اللفظى الحاكم عليها .

و أما اذا لم يكن الحكم متعلقا بالفعل كالاحكام الوضعية وان كان ذلك حاصل من فعل المكلّف فيلاحظ العموم أو الاطلاق بالنسبة الى نفس الحكم المجهول فيتمسك بالاطلاق أو العموم لورود الحكم فى ذلك أيضا على الزمان لأن الظاهر أن الحكم المجهول انما جعل مطلقا فالملكية المجهولة أو الزوجية المجهولة انما جعلتا مطلقتين سواء كان ملحوظا بعنوان الاستغراق كما اذا لوحظت هنا أحكام متعددة بحسب قطع الزمان بحيث يلاحظ هنا ملكية متعددة منضمة بعضها الى بعض أو

بعنوان المجموعى كما اذا لوحظت هنا ملكية واحدة مستمرة بين المبدء و المنتهى فعلى كلّ حال جاز التمسك بالاطلاق أو العموم المحوظان — بالنسبة الى نفس الحكم الوضعى وعليه فاذا خرج عن العام فرد واحداً أو انقطعت الملكية فى زمان خاص و شككنا فى خروج فرد آخر طولى عنه بحيث أن يكون الملكية فى الآن الثانى أيضاً خارجة عن العموم أو الاطلاق أو شككنا فى انقطاع الملكية فى المجموعى الى الأبد أو فى جزء واحد من الزمان فنتمسك باطلاق الحكم المجعول أو بعمومه والوجه فى ذلك ايضا هو ما ذكرناه من ورود الحكم على الزمان دون العكس لما عرفت أن المجعول مطلق أو عام أما ما ذكره شيخنا الاستاذ من عدم تعرض الحكم الاستمراره و هو يجرى فى الجعل فقط لا فى المجعول لعدم تعرض الجعل لاستمراره وأنه ينسخ أو لا وان كان الجعل والمجعول من قبيل الایجاد والوجود ولكن بينهما فرق من جهة و هى أن الجاعل يمكن أن يجعل الحكم عاماً أو مطلقاً ومع ذلك لا يكون جعله مطلقاً فلا أقل أنه بالنسبة الى النسخ فان الجعل لا يتعرض ببقائه ولو من حيث نسخه .

هذا كله فيما اذا كان الاستمرار مفهما من نفس الحكم بحيث يكون الحكم وارداً على الاستمرار كما عرفت و أما اذا كان الاستمرار وارداً على الحكم و يكون مفهما من دليل خارجى كما اذا كان دليل الحكم بالنسبة الى الاستمرار مهملًا و غير مقيد بالاستمرار وعدمه ولكن استفدنا من الخارج كونه مستمرا فانه حينئذ يجوز التمسك بالاستصحاب بعد التخصيص فى بعض الصور مثلاً اذا ورد أن من استولى على شئ فهو له أو من حاز ملك ورد تخصيص على ذلك من الاول بان قال الا الصبى مثلاً بأن اعتبر فى التملك بالاستيلاء أو الحيازة البلوغ وأن غير البالغ لا يملك بالحيازة و

حينئذ إذا شككنا في أنه يملك بعد بلوغه ما حازه في الصباوة أو لا فلا بد من التمسك باستصحاب حكم المخصص فان نفس الدليل الدال على الحكم ليس له عموم أو اطلاق كما هو المفروض وأما الدليل الآخر الدال على الاستمرار إنما يدل على استمرار الحكم الثابت ولكن لا يمكن أن يتكفل الدليل الخارجى الدال على اعتبار الاستمرار باثبات الحكم لان الحكم مأخوذ في موضوع ما يدل على الاستمرار فالحكم أعنى الاستمرار لا يعقل أن يتكفل بموضوعه كما هو واضح . وعلى الجملة فإذا كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى وكان التخصيص واردا من الاول ثم شككنا في كون الخارج دائما أو مؤقتا لا يمكن التمسك بالعام أو المطلق ولا يفرق في ذلك أيضا بين كون الحكم اشتغاقيا أو مجمعا واما اذا كان التخصيص واردا من الوسط بان تحقق الحكم من الاول ثم ورد تخصيص فانه أيضا يكون المورد مورد التمسك بالعام فان العام قد شمل جميع الافراد الطولية والعرضية قبل التخصيص وبعده فاذا خرج فرد واحد متمسك في الباقي بالعام ثم ان ما ذكرناه من الاول الى هنا فيما اذا كان ثبوت الحكم في كل زمان وبقائه مدلولاً للدليل سواء كان مدلولاً بما دل على الحكم أو مدلولاً لدليل خارجى وأما اذا كان ثبوته في كل زمان مفهوما من الدليل التزاما لا مطابقة بان دل الدليل على الاستمرار مطابقة ولازم الاستمرار هو ثبوت الحكم في كل زمان فانه ح اذا انقطع الاستمرار بورود التخصيص عليه ينقطع الدلالة الالتزامية أيضا فلا يمكن ح التمسك بالعام فان مدلول العام كان هو الاستمرار فقد انقطع بالتخصيص فلا يجوز بعد ذلك التمسك بالعام والظاهر أنه قد استوفينا جميع صور التمسك بالعام وعدمه وأما تطبيق ذلك على المقام أعنى أوفوا بالعقود فنقول ان كان

المراد من أوفوا بالعقود ما ذكره المصنف من وجوب ترتيب الأثر على العقد فيكون مفاد العموم هو الحكم التكليفى اعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد وعليه فيتمسك بعموم أوفوا حتى بعد الفسخ أيضا فان الحكم التكليفى أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد حكم تكليفى استغراقى بحسب الافراد العرضية أى بالنسبة الى كلّ عقد و بالنسبة الى الافراد الطولية الملحوظة بحسب الآتات و الأزمه فاذا خرج فرد واحد فيتمسك فى الباقي بعموم العام و هو واضح و أما بناء على ما ذكرناه فى معنى أوفوا بالعقود من كونه ارشادا الى الحكم الوضعى أعنى لزوم العقد و أنه لا يفسخ بالفسخ فالأمر أوضح فان الآية تدل على أن كلّ عقد فى كلّ زمان لازم لا يفسخ بالفسخ فاذا خرج فرد من الافراد الطولية يتمسك بالعموم كما يتمسك به فى الافراد الطولية . ومع التنزّل عن ذلك فيكفينا التمسك بقوله تعم لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل فان النهى عن الأكل باعتبار الافراد المتعدّد اعنى هذا الأكل و ذلك الأكل الذى عبارة عن التمسك فاذا خرج فرد و شككنا فى خروج فرد آخر أيضا فنتمسك بالعموم و هكذا قوله (ع) لا يحل مال امرؤ مسلم الا بطيب نفسه فان ذلك يدل على تعدد الحكم حسب تعدد الزمان و أنه فى كل زمان و أن اخراج فرد واحد لا يمنع ذلك عن التمسك بالعموم .

و اذا شككنا فى أن المغبون هل له الخيار الى الابد أو لا فلا بدّ من الاقتصار بالقدر المتيقن لأنه بالنسبة الى غيره نتمسك بالعموم فان ما يرفع لزوم العقد بالنسبة الى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسخ قطعى و فى غيره مشكوك فنتمسك بالعموم و على هذا فيصح توجيه كلام جامع المقاصد من الاقتصار فى الخيار للمغبون بالمتيقن و المرجوع فى

الزائد الى أصالة الزوم و ليس فى كلامه غبار أصلا .

و قد تحصل موارد استمرار حكم العام عن غير الاستمرار كما هو واضح ثم انه هل يتمسك بعموم العام فى مورد الشك بثبوت الخيار أو يستصحب حكم الخاص فذهب المحقق الثانى الى التمسك بعموم العام و خالفه شيخنا الاستاذ والمصنف فذهبا الى استصحاب حكم المخصص فيقع الكلام فى أنه هل يمكن الحكم بجريان الاستصحاب هنا مطلقا و لا سواء أمكن التمسك بعموم العام أم لا أو يفصل بين اذا كان مدركه الاجماع أو غيره كما ذهب اليه صاحب الرياض فنقول أما بناء على عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية فواضح فلا مورد للاستصحاب لا بتلائه دائما بالمعارضة و اما بناء على جريانه فيها فهل هنا خصوصية تمنع عن جريان الاستصحاب هنا أم لا الظاهر أن فى المقام خصوصية تقتضى عدم جريان الاستصحاب فيه و تفصيل ذلك أن مدرك خيار الغبن اما الشرط الضمنى أو قاعدة نفي الضرر أو الاجماع أما اذا كان مدركه الشرط الضمنى فلا شبهة فى عدم جريان الاستصحاب عند الشك فى ثبوته فى الآن الثانى و عدمه و ذلك لان هذا الخيار انما جعل فى فرض التخلف على حسب الارتكاز و هذا الارتكاز انما هو موجود فى الآن الاول دون الآن الثانى المشكوك فاثبات الحكم فى الآن الثانى من باب القياس و من قبيل اسرا الحكم من موضوع الى موضوع آخر اذ لم يحرز موضوع الخيار فى الآن الثانى و بعبارة اخرى أن شرط الخيار على تقدير تخلف الشرط الضمنى ليس أمرا دائما و انما هو فى وقت ثبت التخلف فيه و أما الفرد الآخر الذى لم يثبت التخلف فيه فاستصحاب الحكم فيه من باب القياس كما لا يخفى و هكذا الكلام اذا كان مدرك الخيار هو قاعدة نفي الضرر فان الخيار

انما يثبت بها من مقدار يرتفع به الضرر لا أنه أمر دائمى فاثبات الحكم اعنى الخيار فى ان آخر قياس و بعبارة أخرى أن الضرر انما توجه من دوام اللزوم فاذا ارتفع اللزوم فى آن ارتفع الضرر أيضا فاثبات الحكم لغير المتضرر قياس فان اللزوم فى الآن الثانى مثلا ليس بضررى أصلا والحاصل أنه على تقدير كون دليل الخيار الشرط الضمنى أو قاعدة نفى الضرر فالخيار ليس بدائى كما هو واضح و من هنا ظهر الحال اذا كان مدرك الحكم هو الاجماع و ذلك من جهة أن الاجماع دليل لبيى فلا بد من الأخذ بالمتيقن و هو المتضرر نعم لو كان الاجماع على ثبوت الخيار للمغبون كان الاستصحاب جاريا فى الآن الثانى أيضا ولكن لا نحتمل ثبوت الاجماع التعبدى على ذلك بل مدركه أما قاعدة نفى الضرر أو الشرط الضمنى فعلى كل تقدير فلا يمكن اثبات الحكم فى الآن المشكوك بالاستصحاب و بعبارة أخرى أن الأمر دائر بين أن يكون معقد الاجماع هو المتضرر أو المغبون فحيث انه أمر لبيى فلا بد من اخذ المتيقن و هو المتضرر على أنه لا نحتمل وجود الاجماع التعبدى على ثبوت الخيار للمغبون فاذا ن لا يمكن اثبات الخيار للمشكوك أيضا .

و الحاصل أنه مع القول بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمية فلا يجرى الاستصحاب فى المقام لعدم بقاء موضوعه بل تغييره كما عرفت فتحصل من جميع ما ذكرناه أنه لا يمكن التمسك باستصحاب حكم الخاص و هو الخيار فلا بد من الرجوع الى عموم العام و مع عدم جريانه فيرجع الى أصالة الفساد كما هو واضح فتحصل أن الخيار فورى خلافا لشيخنا الاستاذ و للمصنف من حيث المدرك لا المدعى كما لا يخفى .

ثم ان المراد بالفورية هل هى الفورية الحقيقية و الآن الدقى العقلى

أى الزمان الذى يمكن فيه الفسخ ولو كان مقدارا يمكن فيه الاخذ بالخيار أو المراد من ذلك ما لا ينافى بعض الافعال عادة مثل الصلوة والاكل والشرب والنوم ونحو ذلك أو هى أمر عرفى لا أمر دقّى ولا أمر عادى الظاهر هو كذلك نغان هذا الشرط كما ذكرنا ثابت بالارتكاز وهو قائم وموجود ما لم يتحقق التوانى عرفا وهذا لا ينافى بالاشتغال ببعض الافعال من الصلوة والنوم اذا كان وقته ولعل ذلك يختلف باختلاف الاشخاص بل الأمكنة و - نحوها كما هو واضح وبعبارة اخرى أن الحكم فى أصل الخيار فى أمده كل ذلك بالارتكاز فبالمقدار الذى يساعده الارتكاز يحكم بثبوت الخيار والا فلا كما لا يخفى فافهم .

ثم ان هذا الخيار انما يثبت لمن التفت بالغبن فلو التفت بعد سنة أو سنتين فيحكم بثبوت الخيار له بعد ذلك على المقدار المتعارف من الفورية بحيث لا يكون ذى الخيار متوانيا ولا يقول من عليه الخيار فى أى مكان كنت فى طول هذا الزمان هذا تمام الكلام فى خيار الغبن.

يوم الاحد اول شهر ربيع الاول سنة ١٣٧٦

تم الجزء السادس من هذا الكتاب و

يتلوه الجزء السابع ان شاء الله

تعالى والحمد لله أولاً

و آخراً

٢٢٢٢

٢٢٢

٢٢

٢