

فَقِيْهِ الْاِمَامِيَّةُ

فِي سِرِّ الْخِيَارَاتِ

تَرْغِيْهِ الْاَحْيَاءِ

اَللّٰهُمَّ اَعْطِنِيْ اَمْرًا رَّاحِيَةً لِّلْاَوَّلِيْنَ

(قَالَ سَيِّدِي)

كَاتِبٌ

اَللّٰهُمَّ اَعْطِنِيْ اَمْرًا رَّاحِيَةً لِّلْاَوَّلِيْنَ

اَللّٰهُمَّ اَعْطِنِيْ اَمْرًا رَّاحِيَةً

مَكْتَبَةُ الْاَوَّلِيْنَ

فَقِيرُ الْإِمَامِيَّةِ

قِسْمُ الْخِيَارَاتِ

تَقْرِيرُ الْجَمْعَاتِ

آيَةُ اللَّهِ الْعُظْمَى الْحَاجُّ مُيَزَّزُ الْحَبِيبِ لِلَّهِ الرَّسْتِي
(قَلْبِي سِسْ ٨)

تَالِيفُ

آيَةُ اللَّهِ الْعُظْمَى السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ كَاطِرُ الْخَلْقِ الْقُدْسِي سِسْ ٨

الْمُتَوَفَّى سَنَةِ ١٣٣٦

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابط بديل < mktba.net

الكتاب : فقه الامامية

المؤلف : آية الله السيد كاظم الخايلي

العدد المطبوع : ١٠٠٠

تاريخ الطبع : ١٤٠٧ هجرية

الناشر : مكتبة الداوري

المطبعة : مطبعة سيد الشهداء

الطبعة : الاولى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، والصلاة والسلام
على خير خلقه وأشرف أنبيائه محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين ، روعي
لهم الفداء .

بَحْثُ الْخِيَارَاتِ

بحث الخيارات

القرل في الخيار يقع في مواضع : تارة في موضعه ، وأخرى في أقسامه ،
وثالثة في أحكامه . فهنا مقاصد :

موضوع الخيار

الاول - في موضعه ، فتقول : لفظ « الخيار » من الخيرة ، فهو في اللغة
بمعنى المشيئة والارادة . فيكون اسم مصدر ، لانه يفيد معنى الاختيار بناءً على
أن اسم المصدر عبارة عن كل مجرد يفيد معنى المزيد كما قيل .
وأما في اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن ملك فسخ العقد كما ذكره الأكثر ،
أو عن ملك اقرار العقد وازالته كما ذكره صاحب « البحر اهر » « قده » ، أو عن
ترجيح أحد طرفي العقد الجائز كما ذكره صاحب « التنقيح » .
والانسب من تلك المعاني - بتأدية النقل - هو المعنى الأخير ، لكون النقل فيه
نقلاً من العام الى الخاص ، فيكون نقلاً راجحاً . بخلاف المعنيين الأولين ،
لكون النقل فيهما نقلاً مبانياً ، لان ملك النسخ والاقرار عبارة عن السلطنة التي
تكون سبباً لاختيار أحد الطرفين وترجيحه ، لانه لما كان الترجيح عبارة عن
الفعلية فهو خارج عما عليه اصطلاح الفقهاء ، اذ الخيار عبارة عن السلطنة والملكية

الثابتة الذي الخيار وان لم يأت مقام الفعلية أصلاً بخلاف الترجيح .

فعلى المعنى الأخير لا يتحقق الخيار الا اذا رجع الاقرار أو الفسخ وأراد أحدهما فعلاً ، فهو خلاف الحق والتحقيق ، فدار الامر بين المعنيين الاولين . فاختار شيخنا العلامة « قده » التعريف الاول كما هو المشهور ظاهراً ، وأورد على ما في « الجواهر » - حيث اختار التعريف الثاني - بأنه ان أريد من اقرار العقد ابقاؤه على حاله فيكون ذكر الجزء الاول فى التعريف مستدركاً ، لئلا الجزء الثاني عنه ، لان التدرء والسلطنة على الفسخ لا تتحقق الا اذا كان كلا الطرفين من الفسخ والابقاء مقدوراً .

فالنكتة فى كون الجزء الاول مستدركاً دون الجزء الثاني مع أنهما فى استغناء أحدهما عن الآخر على السواء ، اما أن الجزء الأخير قد ذكره الأكثر فهو مسلم عندهم وانما زاد الجزء الاول صاحب « الجواهر » فتكون الزيادة منه مستدركة ، أو أنه غلب فى الاصطلاح فى ملك الفسخ واشتهر فيه فصار حقيقة فيه ، فملك الاقرار انما يكون حينئذ مطوياً فيه تبعاً لأنه عبارة عن ملك الاقرار وان أفاد ملك الفسخ أيضاً تبعاً لأنه خارج عما عليه بناؤهم .

وان أريد من اقرار العقد الزامه ، ففيه : أن مرجعه الى اسقاط الحق ، فلا ينبغي أخذه فى تعريفه . مع أنه منتقض بالخيار المشترك ، فانه اذا كان لاحد المتعاقدين خيارات متعددة من جهات متكررة من خيار الشرط والمجلس والغبن والعيب مثلاً اذا أسقط أحدها فلا يلزم منه ملك الزام العقد ، لعدم اللزوم حينئذ مع بقاء غيره على حاله .

بعبارة أخرى : هذا التعريف لا يصدق على احس تلك الخيارات المشتركة بعد ظهور الالتزام فى مقابل الازالة فى اللزوم المطلق ، اذ لا يتحقق الالتزام فى العقد حينئذ بمجرد اسقاط واحد من تلك الخيارات ، بل لابد فى اللزوم من اسقاط الجميع .

ثم انه بهذا القيد - أعني ملك الزام العقد - يحصل الفرق بين ملك الازالة وجواز الرجوع الحاصل من جهة الخيار وبين ملك الازالة وجواز الرجوع الحاصل في العقود الجائزة كالهبة والقرض وغيرهما كجواز الرجوع للزوج في العدة . ضرورة أن جواز الرجوع في العقود الجائزة من قبيل الحكم فلا يسقط بالاسقاط ، بخلاف جواز الرجوع في الخيارات فيسقط بامضاء العقد والزامه ، فيصير من قبيل الحق .

ثم ان الفرق بين الحكم والحق بأحد من أمور ثلاثة : أحدها - كل ما ينتقل الى المورث فهو حق والا فحكم ، وثانيها - ما كان قابلاً للاسقاط والابراء فهو حق والا فحكم ، وثالثها - ما كان قابلاً للمعاوضة والمصالحة - بأن ينتقل الى الغير بصلح وغيره - فهو حق والا فحكم .

ولاشك ان هذه الوجوه ليست مابها يمتاز الحق عن الحكم بحسب الذات بل انما هي آثار لها ، فيشكل الفرق بحسب الذات . وعند الشك في ان الشيء الفلاني حق أو حكم - كما اذا شككنا في جواز الرجوع في عدة المرأة للزوج حق حتى يقبل الانتقال والاسقاط أو حكم - يصعب الامر ، حيث لا أصل في البين ، حيث لا طريق لتشخيصه الا التنصيص من الشارع ، فانهما متحدان صورة ومختلفان حقيقة ، كفرض الصلاة ونقلها وفرض الصوم ونقله ، حيث ان اتيان نقل الصوم لمن عليه صوم واجب ليس بجائز دون فرض الصلاة . فهذا يكشف عن اختلاف حقيقتهما .

فان قام الاجماع في مورد على آثار الحق ولو ازمه من قبول الاسقاط والانتقال فنحكم بالحق أو على عدمه فنحكم بأنه من قبيل الحكم ، أو ورد النص على تعيين أحدهما فيؤخذ به وعند فقدانهما فهل الاصل يقتضي الحق أو يقتضي أنه من قبيل الحكم .

والمحكي عن المحقق القمي « قده » أن جواز الرجوع في الهبة والعدة قابل للصالح والاسقاط . فعلى تقدير عدم ورود نص ودليل عليه لابد أن يقال: ان الاصل عنده «قده» هو الحق فيكون هو المرجع عند الشك . ولكن ذهب شيخنا العلامة « قده » الى انه لأصل في البين ، فهو حسن بحسب تشخيص ذاتهما وحقيقتيهما لعدم الاصل فيهما .

نعم ، نحن نقول : وان لم يكن فى مقام تشخيص حقيقتيهما أصلاً جارياً الا أنه يكفيننا اجراء الاصل فى آثارهما ولوازمهما، فانه بعد ما ثبت جواز الرجوع للزوج فى العدة مثلاً فنشك فى سقوطه بعد قوله « أسقطت » أو « صالحت » فمقتضى الاصل والاستصحاب بقاءه وعدم سقوطه وعدم قبوله للصالح ، فنحكم حيثئذ بأن جواز الرجوع هنا من قبيل الحكم ليس بحق حتى يقبل للصالح والاسقاط ، وهكذا فى غيره فى سائر المقامات المشكوكة ، فعند الشك بينهما الاصل يقتضى أن يكون حكماً لاحقاً . هذا تمام الكلام فى موضوع الخيار.

أحكام الخيار

وأما أحكامه وأقسامه، فقبل الخوض فيه لابد من تمهيد مقدمة وهي: ان الاصل هل يقتضي لزوم أو الجواز حتى يكون هو المعول عند الشك وفقدان الدليل على تعيين أحدهما؟ فنقول هنا مقصدان: أحدهما - في تعيين الاصل في خصوص البيع ، وثانيهما - في مطلق العقود والايقاعات من أسباب المعاملة .

أما الاول فنقول: ذكر العلامة « قده » في غير واحد من كتبه كـ « القواعد » و « التذكرة » أن الاصل في البيع اللزوم، وتبعه غير واحد من الفقهاء « رضوان الله عليهم » ، ولم نجد من سبقه في ذلك الاصل ، فيقع الكلام في معنى ذلك الاصل والمراد منه ثم في مدركه .

والاستفاد من كلماتهم أنه قابل لاحد من المعاني الاربعة : الاول الراجح - يعني أن الارجح في البيع - اللزوم كما احتمله في « جامع المقاصد » ، والثاني - الاستصحاب ، والثالث - التاعدة المستفادة من العمومات ، الرابع - المعنى اللغوي بمعنى الوضع والبناء .

(أما الاول) فتذكر في « جامع المقاصد » أن المدرك فيه هو الكثرة والغلبة حيث قال ماهذه عبارته : وان الارجح فيه ذلك نظراً الى ان اكثر أفراده على اللزوم - انتهى .

وان كان ظاهر كلامه أراد الكثرة بحسب الافراد ، لأنه قد أورد عليه شيخنا العلامة « قده » في كتابه بأنه : ان أراد غلبة الافراد فغالبيتها ينمقد جائزاً لاجل خيار المجلس والحيوان أو الشرط ، فلا يتفق بيع في الخارج الامه خيار المجلس الا أقل قليل كالبيع على من ينعتق عليه وغيره كما سيأتي ، وهذا هو الوجه في تعبيره « قده » بالغالب . وان أراد غلبة الزمان فهي لاتنفع في الافراد المشكوكه ، اذ الشك في الفرد المشكوك ليس من جهة الزمان حتى يلحق بالكثرة الزمانية ، بل هو من جهة الفرد الخارجي الذي هو غير سائر الافراد الجائزة في كثرة الزمان لو سلم الكثرة فيها ، فغلبة الزمان في أفراد لاتوجب الحاق حكم فرد آخر بها لاختلاف الصنفية ، فان فرد بيع الصرف صنف والمسلم صنف والمعاطة والنسيئة وغيرها ، فلا يلحق حكم واحد الى الآخر بمجرد الغلبة الحاصلة فيه .

نعم اذا شككنا في خصوص زمان في تلك الافراد التي غالبها زماناً اللزوم يصير الارجح بحكم الغلبة اللزوم ، مع أنه لايناسب ما في القواعد من الاستثناء من ذلك الاصل من قوله : وانما يخرج من الاصل لامرين ثبوت الخيار أو ظهور العيب ، اذ المخرج انما هو أفراد البيع ، أعني البيع الذي ثبت فيه الخيار أو ظهر فيه العيب ، فلا وجه لخرجه من غلبة الزمان .

ثم ان المحكي من الشيخ الاورع الشيخ علي ابن صاحب « كشف الغطاء » وجهه آخر في مدرك الرجحان، وهو : ان المتبادر من عقد البيع وصيغته هو الدوام ، بمعنى أن الظاهر والمتبادر من قولك « بعتك » ادخال المبيع في ملكك على الدوام ، بأن يكون المبيع ملك المشتري دائماً ولو اذاد ارجاعه فلا يرجع بمقتضى العقد ، فيصير حينئذ مقتضى العقد بحكم الظهور والتبادر انشاء الملكية الدائمة للمشتري. ومعلوم أن دوام الملكية للمشتري لا يمكن للبائع ابطاله وارجاعه الى ملكه، لمنافاته لما هو المتبادر من مقتضى العقد . ثم قال « قده » - على ما حكي عنه - : وفيه تأمل .

أقول : يمكن المناقشة فيه :

أولاً - بمنع الصغرى ، أي التبادر والظهور ، فان الظاهر من العقد انشاء التملك من غير أن يكون مقيداً بالدوام، بل انما هو مطلق ومهمل من هذه الجهة. فيكون التأمل حينئذ اشارة الى التأمل في أخذ الدوام في صيغة البيع وعدم الجزم في دعواه .

وثانياً - سلمنا ظهور الصيغة وتبادرها في الدوام الا أنه لا ينفع في نفي الخيار، لعدم المنافاة في كون الملك دائماً للمشتري مع كونه قابلاً للفسخ والازالة. ألا ترى في العقود الجائزة أنه تدل صيغة « وهبت » مثلاً بأن الموهوب ملك للمتهب على الدوام غير مغيا بشيء الا أنه مع ذلك يقبل للفسخ .

وبعبارة أخرى: ان الملكية الدائمة على قسمين : قسم تنجز في غير قابل للفسخ وقسم تزلزلي قابل للفسخ . فغاية الامر بعد التسليم بالتبادر المذكور تكون الملكية دائمية ، وهذا يجتمع مع التزلزل ، لان الملكية التزلزلية أيضاً دائمية غير مغياة بغاية ، غاية الامر أن دوامها على سبيل التزلزل قابلة لسلطنة الفسخ كما هو المدعى في البيع الخيارى .

الا أن يوجه بأنه : بعد ثبوت الدوام في مدلول العقد يتم اللزوم بضميمة « أوفوا بالعقود » على سبيل الامضاء ، بتقريب أن يقال: ان الملكية الدائمة التي هي مدلول العقد يجب الرفاء بها على كل حال ، أي قبل قوله « فسخت » وبعده ، فيصير الحاصل من الامضاء بالعمومات مع الالتزام بالعموم الاحوالي في تلك العمومات هو الالتزام بالملكية حتى بعد الفسخ ، فيكون الفرق حينئذ بين هذا الاستدلال وبين الاستدلال الاتي بالعمومات مستقلا ان هذا الاستدلال مبني على كون العمومات من باب الامضاء لمقتضى العقد والاستدلال الاتي من باب الاستقلال والابتداء من غير توقفه على جعلها من باب الامضاء .

فعلى هذا يندفع ما قيل من أنه بعد الاحتياج الى التمسك بالعمومات يصير الاستدلال بأخذ الدوام في مدلول الصيغة لغواً ، لاستغناء الاستدلال بالعمومات عن هذه . فتأمل . فعلى هذا أيضاً ينحصر وجه التأمل في منع الصغرى .

ثم ان بعض التلامذة استدل بأخذ قيد الدوام بوجه آخر ، وهو أنه لو لم يكن في الصيغة دلالة على الدوام يستفاد الدوام من ظهور حال المتعاقدين بأن غرضهما ارادة الملكية الدائمة وعدم ارادة الفسخ ووقوعه ويعد أيضاً من مدلول العقد لان جهة التبادر بل من جهة ظهور حال المتكلم كالقرائن العامة .

في الاستصحاب الذي هو مدرك اللزوم

وأما الاستصحاب: قال شيخ الفقهاء في «الجواهر» : أنه ركيك بعيد ، وقال شيخنا العلامة « قده » : انه حسن . أقول : كلاهما حسن من وجه :

أما وجه الاستبعاد : أنه لا يناسب بحسب الصناعة النحوية كنه نظائره من الاحتمالات ، فان كرن اللزوم خبراً ومحمولاً على الاصل بالاحتمالات الثلاثة له وجه ، بأن يتال الارجح في البيع اللزوم ، والقاعدة المستفادة اللزوم أو الوضع

والبناء في البيع اللزوم بخلاف الاستصحاب . ضرورة أنه ليس بلزوم ، فلا يقع اللزوم خبراً للأصل . نعم هو دليل اللزوم كما تطفنه « قده » وصرح به .
وأما وجه الاستحسان : أنه بحسب المطلب تام وغير وارد عليه ما يرد على سائر الاحتمالات ، فان استصحاب الملكية أمر مسلم عندهم حتى يعلم بالمزيل ، فحيث يصح الشك في مزيلية الفسخ ووجود الرافع للملكية السابقة يصير المحكم والمرجع الاستصحاب على ابتناء ما كان من الملكية .

وأما ركاكته بحسب التركيب النحوي . فمندفع بأنه قابل للتأويل بعد معلومية المرام ، بأن يقال : مقتضى الاستصحاب اللزوم ، أو أنه يقتضي ويوجب اللزوم .
ثم انه قد يورد على الاستصحاب أنه عبارة عن ابقاء الملكية ، وهذا غير مناف لثبوت الخيار وقبول الفسخ وانما هو مناف لفعلية الفسخ . وهو ليس من الخيار اذ الكلام في أنه مع ثبوت الملكية لطرف هل للطرف الاخر سلطنة الفسخ أم لا .
ثم أجاب : بأنه بعد ما فسخ ولم يؤثر علمنا انتفاء الخيار وانتفاء سلطنة الفسخ قبله ، اذ لو كان له الخيار لاثربفعلية الفسخ ، فمتى عدم التأثير استكشف عدم السبب الذي هو الخيار .

وفيه من الاشتباه والخلط ما لا يخفى .

أما في ايراده فانه اشتبه عليه اجراء الاستصحاب ، اذ هو لم يجر قبل الفسخ ولا أثر له بل وقت الاستصحاب انما هو بعد الفسخ كما ذكره شيخنا العلامة « قده » ، بل أن الشك في حصول المزيل انما يقع بعد قوله « فسخت » لاقبله لعدم الشك في بقاءه - أو على تقرير ما في العناوين تقديرًا - بمعنى لو فسخ يقع الشك في بقاء الملكية وزوالها فنستصحب . فعلى هذا يجري الاستصحاب قبل الفسخ لكن على تقديره وفرض وقوعه ، ومن المعلوم أنه مناف للخيار على هذا الفرض .

وأما في جوابه فلاشتماله على المصادرة ، لان الكلام في تأثير الفسخ

وعدمه ، ففرض عدم تأثيره حتى يستكشف منه عدم ثبوت الخيار مصادرة واضحة .
وأما القاعدة المستفادة من العمومات فنقول : ان العمومات المستدل بها على
اللزوم من الكتاب والسنة كثيرة فنقتصر بعجلها وأوضحها دلالة :
«فمنها» - قوله تعالى «أوفوا بالعقود» ، فانه يستدل بالآية الشريفة على الصحة
تارة وعلى اللزوم أخرى ، والمقصود هنا الاخير .

والايراد عليها بأن العقد عبارة عن عهد الولاية والميثاق وغير ذلك من
الاشكالات . مدفوع بماقد أسلفناه في المعاطاة .

وكيفية دلالتها على اللزوم كما ذكرها شيخنا العلامة «قده» في كتابه ، وملخصها :
انها تدل على مساوق اللزوم ومساويه ، اذ معنى الوفاء بالعقد ترتب آثار مقتضياته ،
ومن مقتضياته ملكية المبيع للمشتري مثلاً ، فيجب ترتب آثار الملكية للمشتري
في جميع الاحوال قبل الفسخ وبعده بمقتضى العموم الاحوالى ، ومن جملة
آثار الملكية للمشتري حرمة تصرف البائع مطلقاً .
وأورد على ذلك بوجوه عمدتها ثلاثة :

(الاول) ما ذكره العلامة «قده» وتبعه جل من تأخر عنه ، وهو أن معنى الآية
الشريفة وجوب الوفاء على مقتضى العقد من الجواز واللزوم ان جائزاً فجائز وان
لزاماً فلزام ، بمعنى أن العقود لما كانت قسمين قسم جائز وقسم لازم ، فيجب الوفاء
على مقتضى الجواز في العقود الجائزة ، بأن ترتب آثار الملكية للغير قبل
الفسخ ولنفسه بعده ، ويجب العمل على مقتضى اللزوم في العقود اللازمة ، بمعنى
وجوب ترتيب آثار الملكية للغير مطلقاً سواء فسخ أم لا ، لعدم تأثير الفسخ في
العقد اللازم .

وأورد عليه شيخنا العلامة «قده» أن اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للعقد
وليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع ، بل انما هو

مستفاد من نفس الامر بالوفاء على العقد ، فلو أخذ في نفس العقد الذي هو موضوع الحكم يلزم الدور .

وبعبارة أخرى : ان اللزوم والجواز ليسا مأخوذين في موضوع الحكم - أعني العقد - فاذا تعلق الحكم - أعني وجوب الوفاء - بصير المعنى وجوب الوفاء على مقتضى العقد ومدلوله ، ومقتضى العقد ومدلوله ليس الا الملكية وحصول النقل لمال كل منهما للآخر ، فوجوب الوفاء على الملكية المدلولة للعقد عبارة عن ترتيب آثار الملكية ، ومنها حرمة التصرف من دون رضا الآخر مطلقا ، سواء كان قبل الفسخ أم بعده .

وملخص مراده : ان العقد طبيعة واحدة ومقتضاه - أعني اللكمية - طبيعة واحدة ليس فيهما تعدد ولم يؤخذ في مهيتهما التعدد من الجواز واللزوم حتى يتعلق الحكم بهما ، بل مقتضى العموم الاحوال في الامر - أعني «أوفوا» - وموضوعه - أعني العقود - وجوب العمل على مقتضاه على نسق واحد ، وهو ترتيب آثار الملكية الذي هو مساوق للزوم ، الاما خرج بالدليل من عدم لزوم الوفاء كما في العقود الجائرة .

وأورد عليه شيخنا الاستاد « دام ظله » : بأن تعدد أحكام الملكية من الجواز واللزوم وغيرهما دليل قطعي على تعدد نفس الملكية ، ضرورة أن اختلاف الآثار يدل على اختلاف المؤثر ، وتعدد اللوازم كالحرارة والبرودة مثلا يدل على تعدد الملزوم من الماء والنار مثلا ، فحيث التزم « قده » على أن الجواز واللزوم من أحكام الملكية لابد من الالتزام بتعدد الملكية التي هي متضمنة العقد ، لعدم تعقل ان تكون الملكية شيئا واحدا ولها آثار متباينة ومتخالفة ، بل لابد من الالتزام بتعددتها أيضاً . غاية الامر أن تكون في الصورة واحدة ولكن التعدد ثابت بحسب المعنى قطعاً كنفل الصلاة وفرضها ونقل الصوم ووجوبه ، فان عدم جواز نفل الصوم

لمن عليه فريضة وجواز نفلها دليل قطعي على اختلافهما بحسب الطبيعة وان كانتا واحدة بحسب الصورة . وكذلك الملكية الجائزة والملكية اللازمة وان كانتا بحسب الصورة واحدة ولكنها مختلفة بحسب الطبيعة قطعاً .

وحيث تعددت العقود بحسب مقتضياتها واختلفت مهماتها فينطبق على ماسلكه العلامة « قده » ، فيصير المعنى وجوب العمل على مقتضى العقد من التملك الذي أثره حصول الملكية ، وحيث أنها ليست على نهج واحد وهيئة واحدة بل بعضها لازم وبعض منها جائز . فلذا لاحظ فان كانت من التسم الجائز فتعمل عمل الملكية الجائزة وان كانت من الملكية اللازمة فتعمل عمل الملكية اللازمة .

وهذا هو معنى وجوب الوفاء على العقد عنده ، فيجب الوفاء على آثارها ، ففي اللازم الالتزام بالملكية وعدم جواز الفسخ من دون اذن صاحبه ، وفي الجائز الالتزام بالملكية لصاحبه قبل الفسخ واعمال الملكية له لا لنفسه ولنفسه بعد الفسخ ووجوب رد عوضه .

وبهذا التقرير يندفع ماأورد عليه ثانياً أنه على ماسلكه العلامة يلزم التجوز في أمر « أوفوا » ، حيث لا معنى لوجوب الوفاء في العقود الجائزة فلا بد من حمله على الترخيص بالنسبة اليه ، فيلزم استعمال الامر في القدر المشترك الشامل للوجوب والترخيص .

وحاصل الدفع : انه لا مانع من ابتناء الامر على معناه الحقيقي من الوجوب ، اذ وفاء كل شيء بحسبه ، ففي الجائز جائز ، أي بحسب الوفاء به جائز ، بمعنى وجوب ترتيب آثار الجواز عليه ، ومنها الالتزام بمالية صاحبه من دون الفسخ وحرمة تصرفه وأكله من دون اذنه مع عدم قصد استرجاعه والالتزام بمالية نفسه بعد فسخه .

وكيف كان ملخص ما أفاده شيخنا العلامة « قده » في الرد أن الملكية ليس

لها قسمان بل انما هي طبيعة ، فتمتضى وجوب الوفاء على آثار العقد ترتيب آثار الملكية التي منها حرمة التصرف من دون اذن صاحبه ، ومع ضميمته العموم الاحوالى يتم المطلوب ويساوق اللزوم .

وقد أورد عليه أيضاً (ثالثاً) بعض بأن الجواز واللزوم ليسا من مقتضيات العقد . فيه : انه اشتباه في مرامه ، اذ لو كان المراد من مقتضى العقد مدلوله والموضوع له للعقد فالإيراد حسن ، اذ مدلول العقد عبارة عن التملك وإنشاء الملكية ، فمدلول « بعت » عبارة عن ملكت . ولكن ذلك بعيد عما أراده العلامة « قده » ، بل المراد أن الجواز واللزوم من نتائج العقد وآثاره ، حيث ان الحاصل من إنشاء الملكية الذي هو مدلول العقد هو الملكية ، وتلك الملكية التي هي من آثار العقد ونتيجته على قسمين ، اذ الوفاء به لا يتحقق الا بالعمل على نتائجه ، وحيث كان المفروض أنه على قسمين فلا بد من اندراج كليهما تحت دلالة الآية الشريفة ، فاذاً تخرج عن الدلالة على خصوص أحدهما وإثباته بها .

والاولى في الجواب أن يقال : ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من اللزوم ، والجواز لا يخلو من احتمالات ثلاثة :

أحدها - أن يكون متعلق الامر هو الاعتقاد ، يعني بصير حاصل الآية الشريفة يجب الاعتقاد على الجواز في العقود الجائزة واللزوم في العقود اللازمة .

وثانيها - كون الامر للإرشاد ، بمعنى أن العقود لما كانت على قسمين في الشرع جائز ولازم بحيث تبين لزومه وجوازه بالدلالة الشرعية الخارجية ، فاذا كانت تلك العقود موضوعة لامر «أوفوا» فيصير المعنى حينئذ وجوب الوفاء على مقتضى تلك العقود من اللزوم والجواز ، ففي العقود اللازمة يجب الوفاء على آثار اللزوم وفي الجائزة على آثار الجواز . فتعلق الامر بالوفاء على ترتيب ذلك

الحكمين الثابتين في الشرع بالادلة المبينة لشرعيتها ، فتكون الاية حينئذ مسوقة لصرف التأكيد حيث لا يحصل منها حكم زائد على ذلك الحكمين كأمر « أطيعوا الله » في الواجبات والمستحبات حيث لا يريد منه حكماً آخر ، فتجب الطاعة في الواجبات على نحو الوجوب وفي المستحبات على نحو الاستحباب .

وثالثها - ان الاية الشريفة مسوقة للامضاء على ماهو المتعارف عند العرف من العقود من الجواز واللزوم ان جائزاً عند العرف فجائز شرعاً وان لازماً فلازم شرعاً .

أما الاحتمال الاول: فمفيد في باب المعاملات والتجارات ، بل ليس مورد في المعاملات يجب الاعتقاد فيها .

وأما الثاني: فلانه خلاف الظاهر ، فلا يحمل عليه عند الدوران بينه وبين الامر الشرعي ، فمهما أمكن المعنى الشرعي لا يصر الى المعنى الارشادي .

وأما الثالث: فلمنع كون العقود عند أهل العرف على قسمين ، اذ لا يصر الى حمله على الامضاء الا بعد احراز القسمين عند العرف ، فماترى من اعمال الجواز في بعضها واللزوم في الاخرى من أهل الاديان وغيرهم انما هو مأخوذ من الشرع المطهر . ولأقل من الاحتمال ، وهو يكفي في البطلان .

ولو، أغمضنا عن جميع ذلك نقول : هذا المعنى الاخير وان لم يفد على لزوم مطلق العقود ولكنه يثبت على اللزوم في خصوص البيع قطعاً . ضرورة كون البيع عند العرف من العقود اللازمة ، فهذا يكفي في المقام من اثبات أصالة اللزوم في البيع ، فالمختار حينئذ هو الالتزام بالوجوب الشرعي ، فيصير وجوب الوفاء الالزامي الشرعي متعلقاً بالعقود .

فان قلت : كيف الحال مع أنك التزمت في تعدد الملكية على حسب تعدد الجواز واللزوم في الجواب عن الشيخ ، فتعدد العقود حينئذ بالجواز واللزوم .

قلت : ان الامر انما تعلق على وجوب الوفاء بجميع العقود، وحيث لا يتعلق ذلك بالعقود الجائزة الاعلى سبيل الارشاد- أعني ان جائزاً فجائز وان لازماً فلازم- فلا بد من حمل الامر على معناه الحقيقي، أعني الوجوب الشرعي والالتزام بالتخصيص في العقود الجائزة: فيجب الوفاء بكل عقد الاماخرج بالدليل جوازه لما حقق في الاصول اذا دار الامر بين التخصيص والمجاز فالتخصيص أولى: فلا يصار الى ارشادية الامر لكونه مجازاً لا بدليل قوي، كأوامر الاحتياط حيث قامت القرينة الداخلية والخارجية على ارشاديتها، وهي مفقودة في المقام.

(وثانيها) ^(١) ان الحكم مترتب على موضوعه، فاذا انتفى أو تبدل انتفى الحكم فكذلك في "المتام"، فان وجوب الوفاء انما هو مترتب على العقد الذي هو بمعنى المعاهدة، فوجوب ترتب آثاره من الملكية انما هو ثابت مادامت الملكية باقية، وأما اذا شك في الملكية وبقاء العقد وآثاره فلا يترتب عليه الحكم. ومن المعلوم وقوع الشك بعد حصول الفسخ من أحد الطرفين، فاحتمال تأثير الفسخ لكون العقد جائزاً يوجب حصول الشك في الموضوع، فلا يجوز حينئذ ترتيب آثار الملكية والمعاهدة، فتسقط الآية الشريفة حينئذ عن الاستدلال بال لزوم.

فيه : ان ذلك مدفوع بمادة الوفاء، اذ وجوب الوفاء عبارة عن عدم نقضه، فالآية الشريفة تدل على حرمة النقض وحرمة الفسخ، فهي دالة على عدم جواز الفسخ. ومن المعلوم أن الحكم التكليفي هنا مستتبع للحكم الوضعي بالاتفاق على أمثال المقام، فما يحرم النقض والفسخ لا يترتب عليه أثر من رجوع الملكية، اذ الحكم التكليفي المجرد عن الحكم الوضعي في غاية البعد، كما هو واضح ^(٢).

(١) أى ثانى الايسادات الثلاث الواردة على كلام الشيخ فى استدلاله بآية

« أوفوا بالعقود » .

(٢) فى أمثال المقام من أن الحلية والحرمة فى المعاملات ليستا ذاتية كالماء والخمر

(وثالثها) عن السبزواري صاحب « الكفاية » ان القاعدة المستفادة من الآية الشريفة مطروحة بالقاعدة الثانوية في البيع من الجواز وثبوت الخيار بمقتضى قوله « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وغيره . فالعمل حينئذ على التاعدة الثانوية. فيه : ان الخيار في البيع انما ثبت فيما تحقق فيه المجلس ، وأما البيوع التي ليس فيها خيار المجلس فلا ، فخرج فرد أو افراد من تحت القاعدة لا يوجب انقلاؤها بل العمل على أصالة اللزوم الا ما ثبت بالدليل خلافه ، ففي مورد خيار المجلس كانت مخصصة وبقي الباقي تحت أصالة اللزوم.

«ومنها» - قوله تعالى «أحل الله البيع» فانه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة عليه حتى بعد فسخ أحدهما من غير رضى الآخر ، فيصير مستلزماً لعدم تأثير الفسخ، اذ لو كان الفسخ مؤثراً لما كان يجوز له التصرف ، وهو مناف للاطلاق . وكذلك اطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض ، فان التجارة سبب لحلية التصرف مطلقاً حتى بعد الفسخ . فتصير الايتان مساوقة للزوم .

وقد أورد عليهما الشبهة السابقة من تغير موضوع الحكم : بأن المفروض حصول الشك في تأثير الفسخ في رفع الاثار الثابتة ، فلو فسخ يحصل الشك في بقاء الملكية للطرف الآخر ، ومع ذلك كيف يحل له حلية التصرف فيه ، اذ من المعلوم أنه مترتب على الملكية ، فلا ينفع اطلاق « أحل الله » في اثبات الملكية . وكذلك آية التجارة ، اذ بعد الفسخ يقع الشك في بقاء التجارة عن تراض اذ التجارة عن التراض سبب لحلية مال الغير ، والمفروض احتمال رجوعه للفاسخ فلا تثبت المالية للغير الا بالاستصحاب ، فيخرج عن التمسك بالعمومات .

فالتحقيق أن يقال : ان كان المناط في الحكم - أعني الحلية - هو الملكية

على ما حققنا وأسلفنا في كلمتنا السابقة واللاحقة من أن الحرمة المتعلقة بالمعاملة من البيع والنكاح مثلاً حرمة ترتب الاثار والا نفس ايجاد السبب لحرمة فيه أبداً فتدبر « منه » .

بمعنى أن سبب الحلية ومناطها في « أحل الله البيع » وفي الآية الثانية حصول الملكية وجواز التصرف والحلية من أحكامه وآثاره ، فلامحيص عن الاشكال الا بالاستصحاب ، ضرورة قوام الحكم بمناطه وبقاء موضوعه .

وأما ان كان المناط نفس البيع والتجارة - بمعنى أن الشارع رتب على نفس المبادلة والتجارة أحكاماً : «منها» حلية المال المتجر به مع التراض ومال المبدل به مطلقاً سواء فسخ أم لا بمقتضى الاطلاق والعموم الاحوالي - فلاوجه لتوجه الاشكال حينئذ ، ضرورة أن الحلية ليست مترتبة على الملكية والمالية حتى يقال : يتبع الشك فيه بالشك في تأثير الفسخ ، بل انما هي مترتبة على هذا الفعل ، أعني البيع والتجارة ، وهما ليسا الا عبارة عن فعل المبادلة ولايعتبر فيه الاستمرار ، لانه مما ينقضي بانقضاء الزمان .

« ومنها » - قوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » وأكل مال الغير بمجرد الفسخ الذي لم يثبت تأثيره أكل بالباطل . و « الناس مسلطون على أموالهم » وأخذ مال صاحبه من دون رضاه مناف للسلطنة .

ويتوجه عليهما الاشكال السابق أيضاً ، بأن الشك بعد الفسخ انما هو في كونه مال الغير ، فلايتحقق موضوع « لا تأكلوا أموالكم » حتى يصير حراماً ، لعدم معلومية صدق أموالكم المراد منه أموال الغير . وكذلك في أن التنافي للسلطنة انما هو بعد احراز كونه مال الغير حتى ينافي للسلطنة ، والدفروض حصول الشك في كونه مال الغير بعد الفسخ .

ويدفعه : ان أخذ مال الغير بالفسخ والرجوع خلاف سلطنته الثابتة له ، فالفسخ من دون رضائه منفي بحكم « الناس مسلطون على أموالهم » ، اذ مقتضى جعل الشارع السلطنة له في ماله الثابت قبل الفسخ عدم جواز استرجاعه من دون رضائه . وكذلك في الآية الشريفة ، فان مقتضى قوله « لا تأكلوا » حرمة تصرفات

المال ، اذ المراد منه ليس خصوص الاكل الذي هو كناية عن مطلق التصرفات وحرمتها بالباطل ، ومن المعلوم ان استرجاع مال الغير بالفسخ من دون رضائه تصرف في ماله ، وهو منتف بحكم الاية الشريفة . والحاصل ان الاشكال المذكور سار في جميع أمثال تلك الأدلة . فمدفوع بما ذكرناه فلا تغفل .

« ومنها » - « المؤمنون عند شروطهم » . فهو يدل على اللزوم بناءً على شمول الشرط على الالتزام والالتزام الابتدائي كما حكى عن المحقق الاردبيلي ، واستشهد لذلك دوارد استعماله ، كقوله في دعاء الصحيفة الشريفة « ولك يارب شرطي أن لا أعود » وفي دعاء الندبة « بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا الدنية » .

ولكنه مدفوع بعدم مساعدة العرف بذلك ، بل كلام أهل اللغة يساعد خلافه كما في « القاموس » : الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه . فلا يشمل على الابتدائي ، والامثلة المذكورة أيضاً لاتنافي ذلك ، اذ الاول في ضمن التوبة والثاني في ضمن عهد الولاية لهم والسلطنة التامة العامة لهم - صلوات الله وبركاته عليهم - على رقاب غيرهم .

« ومنها » قوله « البيعان بالخيار ما لم يفترقا واذا افترقا وجب البيع » حيث يدل على اللزوم بعد الافتراق .

وأورد عليه : أنه لا يدل على اللزوم في غير صورة الافتراق ، فلا يشمل على جميع صور البيوع ، فان البيع الذي ليس له محل واجتماع وافتراق خارج عن مدلوله . وأما في صورة الافتراق فيما كان له مجلس واجتماع وان كان يدل على اللزوم ولكنه مقصور من هذه الجهة الثابتة فيه الخيار ، فهو انما ينفي الخيار الحاصل في المجلس وبعد الافتراق ليس له ذلك الخيار ، فوجوبه من هذه الجهة لا ينافي

جوازه من سائر الجهات . وسيأتي توضيح الحال فيه فانتظر .

بقي الكلام في مدرك من تمسك بأصالة الجواز وبيان أن الوجه في ذلك استصحاب علاقة المالك الاول عند الشك في انقطاعه بالمرة بحيث لم يكن له سلطنة الرجوع أصلاً ، فهذا مقدم على استصحاب الملكية . استدل بها شيخنا العلامة « قده » في مبحث بيع المعاطاة .

وفيه : ان علاقة الملكية ليس لها معنى آخر خارجاً عن الملكية ، بل هي عبارة عن السلطنة التامة على الشيء الذي هو عبارة أخرى عن الملكية ، ومن المعلوم أن الملكية قد زالت عنه بالفرض وليست للملكية مراتب حتى نلتزم بالتفكيك بزوال بعض مراتبها وبقاء بعض آخر .

وان أريد منها سلطنة الرجوع وارجاعه الى ملكه .

فيه : أنه ليس لهذا الاستصحاب متيقن سابق ، فإلى التقدير الاول ليس شك لاحق لزوالها قطعاً ، وعلى التقدير الثاني ليس يقين سابق ، اذ هذا المعنى عبارة أخرى عن الخيار ومعلوم أنه تابع لدليله ، ويستحيل أن يجتمع مع المتيقن السابق الذي هو عبارة عن الملكية .

وربما يقال : ان الوجه فيه استصحاب الخيار الثابت في مجلس البيع بالنص والاجماع فيما انقضى المجلس .

فيه : أولاً - ان ذلك ليس بمطرد في جميع البيوع ، فلم يثبت الاصل في البيع بل انما هو منحصر في البيع الذي حصل في المجلس دون غيره .

وثانياً - ان ذلك لا يتم على مذهب من تمسك بالعموم عند خروج فرد في خصوص زمان ، فما بعد ذلك الزمان هل يجب الرجوع الى العمومات أو الى الاستصحاب ؟ فان ذلك محل النزاع ومعركة الاراء كما يأتي تفصيله .

وثالثاً - انه لا مجرى لاستصحاب خيار المجلس فيما بعده ، لعدم الشك اللاحق لانقطاع الخيار بتواتر الاخبار في أنه اذا افترقا وجب ، فبعد دلالة الدليل على كون خيار المجلس منمى بغاية الافتراق وعند انتضاء المجلس وتفرق الاجتماع لزم البيع ، كيف يمكن جريان استصحاب الخيار ، بل الواجب حينئذ استصحاب الملكية ، فيبقى ذلك سليماً عن الحاكم والمعارض - أعني استصحاب الخيار - فانه لو كان جارياً كان مقدماً وحاكماً على ذلك الاستصحاب ، الا أنه منقطع بالدليل فيبقى التمسك باستصحاب الملك سليماً عن الحاكم .

هذا ما أفاده شيخنا العلامة الانصاري « قده » في كتابه ثم أمر بالتأمل . ويمكن أن يكون اشارة الى أنه بعد تواتر الاخبار في انقطاع الخيار لا مجرى لاستصحاب الملكية ولا محل له ، اذ لا مسرح لاجراء الاصول بعد ثبوت الادلة الاجتهادية كما قرر في الاصول ، فعند الدليل الاجتهادي لا يجري الاصل ، سواء كان موافقاً له أو مخالفاً .

ويمكن أن يكون اشارة الى نفس المفرع ، بمعنى أن كون استصحاب الملكية سليماً عن الحاكم موقوف على عدم حجية استصحاب الكلّي - أعني استصحاب الخيار - وأما لو قلنا بحجّيته - كما اختاره في كتابه في الاصول - لكان الاصل حينئذ الخيار فيقدم على استصحاب الملكية . ولا ينافي استصحاب الخيار الكلّي لتواتر الاخبار لانقطاع خيار المجلس ، بتقرير أن يقال: انه لما ثبت في المجلس خيار بالدليل يقيناً وهو حاصل في ضمن خيار المجلس ، ولكن نحتمل مع كون ذلك الخيار فرداً آخر أيضاً من أفراد الخيار بحيث يتقوم به كلي الخيار أيضاً ، فاذا دل الدليل على انقطاع ذلك الفرد اليقيني وزواله واحتملنا مع ذلك بقاء الكلّي ضمن فرد آخر الذي كان مشكوكاً في زمان ذلك الفرد لا ضير في جريان

الاستصحاب بالنسبة الى ذلك الكلي لليتين السابق به والشك اللاحق .
وهذا قسم من الاقسام الثلاثة من أقسام استصحاب الكلي الذي ذكره «قده»
في الرسالة حيث فصل في القسم الثالث بين تبدل الفرد بفرد آخر أو حدوثه بعد
زوال الآخر وبين احتمال كون الفرد مقارناً للفرد المعلوم ، فيجوز استصحاب
الكلي في الاخير دون الاولين . فعلى مختاره من جريان الاستصحاب الكلي في
هذا القسم يتم استصحاب الخيار الحاكم على استصحاب الملكية فتثبت أصالة
الجواز ، اذ الفرد المعلوم - أعني خيار المجلس - احتمال كونه مقارناً للفرد الآخر ،
فاذا زال الفرد المعلوم واحتملنا قوام الكلي بالفرد الآخر المحتمل هو المستصحب
الكلي حينئذ فأصالة عدم ذلك الفرد المحتمل لا ينفع في نفي الكلي لعدم كونه من
أثره .

هذا ، ولكن أورد عليه شيخنا الاستاد « دام ظله » بما حاصله منع جريان
استصحاب الكلي في مثل الفرض بالنقض والحل :

أما النقض : فاللازم عليه استصحاب الاشتغال عند الشك بين الاقل والاكثر في
الديون والفرائض واستصحاب النجاسة بعد غسل موضع يصيب منه في الثوب
مع احتمال قطرة أخرى غير معلومة معه في طرفه الآخر مع أن ذلك لا يلتزم به
أحد .

وأما الحل : فلان الشك فيه شك في الكمية لا الكيفية ، كما في استصحاب الكلي
عند الشك بين القليل والبق مثلاً ، فان المتيقن وجود واحد الا أن الشك حاصل
في الكيفية هل هي على نحو يطول عمره سنة أو سنتين أو ساعة مثلاً . بخلاف المقام ،
فان الكلي الحاصل في ضمن فردي يقيني له وجود وفي ضمن الفرد المحتمل وجود
آخر ، فالوجود اليقيني قد ارتفع يقيناً ووجوده الحاصل في ضمن الفرد المحتمل

كان محتملاً من الأول فالأصل عدمه. فليس فيه يقين سابق حتى يجري فيه الاستصحاب. وبعبارة أخرى : ان الكلي الذي فرض في هذا القسم يتبع الشك من جهة كمية وجوده هل هو موجود في ضمن فرد آخر كما أنه موجود في ضمن هذا الفرد المتيقن . ومن المعلوم ان الوجودين متغايران ، ضرورة تغاير وجود فرد مع وجود فرد آخر وان كان الموجود واحداً والطبيعة الكلية واحدة مشتركة بينهما الا انه مع فرض تغاير الوجودين يصير مآل الاستصحاب في الكلي على تقدير ليس فيه حالة سابقة كوجوده في ضمن فرد محتمل ، وعلى تقدير ليس فيه شك لاحق لارتفاع الفرد المتيقن . وتفصيل ذلك في الاصول فراجع .

فصار المختار حينئذ بطلان استصحاب الكلي ، فبطل أصالة الجواز ، فالمحكم حينئذ أصالة اللزوم لاستصحاب الملكية مع العمومات من الكتاب والسنة كما سبق ذكرها .

هذا كله في البيع ، وأما الكلام في مطلق العقود فقد ظهر لك حقيقة الحال فيه أيضاً من أن العمومات تقتضي اللزوم فيها ، ولكن الظاهر من العلامة « قده » التفصيل ، حيث ذكر في المسألة السابقة أن الأصل عدم اللزوم والظاهر منه عدم اشتراط أصالة عدم اللزوم في غيرها مما يكون من قبيل المعاوضات ، كما أن شيخنا العلامة الانصاري « قده » استحسنته في خصوص المسابقة وشبهها مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً ليكون الأصل بقاء ذلك الاثر وعدم زواله بدون رضى الطرفين . ولكن هذا موافق لما اختاره شيخنا الأستاذ « دام ظله العالي » سابقاً من التفصيل بين العقود فيما كان الحاصل منها ان كان من الاثار الثابتة والصفات المعنوية فلازم الاستصحاب هذا المعنى الحاصل والا بمعنى أنه لم يكن مفاد العتد الا مجرد الالتزام مثلاً بحيث لم يحدث منه أثر ولا صفة كالمسابقة فالأصل فيه الجواز لعدم اجراء الاستصحاب .

فكل عقد يقتضي حصول الصفة لاحد من المتعاقدين كالملكية في البيع والزوجية في النكاح ومطلق السلطنة في الوكالة فعند الشك في بقاءه وزواله بدون رضى الآخر تستصحب تلك الحالة ، وكل عقد ليس الحاصل منه حال من الاحوال ولا صفة من الاوصاف كالوديعة والمساقة لم يجر فيه الاصل وليس الاصل فيه للزوم . الا أن ذلك التفصيل مخالف للقاعدة المستفادة من العمومات .

هذا كله بالنسبة الى الشبهة الحكمية ، وأما اذا شك في العقد الخارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز ، فمن تمسك بالعمومات في الشبهات المصادقية فهو مستريح في الحكم بالزوم ، وأما بناءً على ما هو الحق فيرجع الى الاصل العملي ، أعني استصحاب الاثر الحاصل وعدم زواله بالفسخ اذا لم يكن هناك أصل موضوعي آخر يثبت أحدهما ، كما اذا شك في أن الواقع هبة حتى يجوز الفسخ أو صدقة ، فقد قال شيخنا العلامة « فده » مقتضى كون الاصل عدم قصده القرية كونه هبة .

ولكنه كما ترى مبني على حجية الاصل المثبت ، وهو خلاف المختار . فمقتضى القاعدة ترتيب الاثار الشرعية المترتبة على ذلك الاصل وأما الحكم بكون العقد من العقود اللازمة فلا .

اقسام الخيار

أما الكلام في أقسام الخيار فربما ينال : انما لانه صى بناءً على استفادة الخيار من قاعدة لاضرر وغيرها كما سنشير اليه تحقيقاً ، إلا أن المعنون منها خمسة كما فعله المحقق في « الشرائع » أو سبعة كما فعله في « النافع » وتبه العلامة في بعض كتبه ، وأربعة عشر كما في « الروضة » ، واحتمل بعض شراحه ضعف ذلك . وكيف كان نحن نقفني أثر المعنوين ونسأل الله التوفيق ، فنقول :

خيار المجلس

الاول: خيار المجلس ، المراد منه خيار عدم التفرق ، و اضافته الى المجلس
اضافة الى بعض موارد من باب الفرد الغالب .

وذكر بعضهم ان اضافته اضافة الحال الى المحل . فيه : انما يتحقق في المعاني
ولا حلول للخيار في المجلس .

وذكر آخر ان الاضافة اضافة اختصاص . فيه : كما ترى لاختصاص في
المجلس له لثبوته في غيره أيضاً .

فالاولى أنها من باب اضافة الظرف الى المظروف ، كـ « ماء الكوز » .

وكيف كان يقع الكلام في البحث في مواضع :

(الاول) في ثبوته :

لا اشكال في تحققة وثبوته في الشرع بالنص والاجماع ، بل النصوص يمكن
دعوى تواترها في المقام وعدم معارضتها لشيء من الاختبار . وماورد في خبر
غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب
وان لم يفترقا . مطروح محمول على اشتراط السقوط ، وغير ذلك من المحامل .
وقد ذكر في « الجواهر » تبعاً لـ « لرياض » الاجود حملة على التقية من أبي حنيفة
في فتواه التي أقدم بها هنا وغيرها من سائر فتاواه التي تحصي الى قرب أربع مائة
حيث أفتاها على خلاف رسول الله صلوات الله عليه وعلى عترته الطاهرين المعصومين
ولاغربة في ذلك في مخالفته في الفروع بعدما خالف رسول الله ﷺ في وصيته
في الاصول .

وكيف كان لا بد من تتيح المقام في أنه هل يختص بخصوص المتبايعين
المتعاقدين أو يعم كليهما . بعبارة أخرى : هل يختص بالموكلين أو بالوكيلين أو

يعمهما . وعلى الثالث هل العبرة في سقوط الخيار بتفرق الكل أو الموكلين أو الركيلين أو يكفي تفرق أحدهما ؟ وجوه وأقوال ناشئة من ورود الحديث الذي هو الاصل في ذلك ، أعني قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم ووزارة عن رسول الله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتى يفترقا . ونظيره قوله عليه السلام في صحيح الفضيل لما قال له : ما الشرط في غير الحيران ؟ البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار .

فلا بد من بيان ورود الحديث والمراد من قوله « البيعان » ، وها هنا متامان قد وقع الخلط بينهما والاشتباه فيهما فلا بد من تفكيك الجهتين والتكلم في كل منهما ، وهو :

ان ثبوت الخيار من باب حكم شرعي تعبدى ثابت باعتبار ايقاع العقد وايجاد السبب من غير مدخلية لنص الموكل واذنه فيه بل لا أثر لمنعه وعدم رضائه ، لانه حكم الهي ثبت للركيل المجري لصيغة العقد من جهة استفادته من الدليل الشرعي .

وهذا أحد المقامين ، والاخر ما كان ثبوته للركيل من جهة تفويض الموكل والخيار لركيله المجري للصيغة وتوكيله في الخيار أيضاً كتوكيله في اجراء العقد . فتختلف جهة النزاع في الصورتين وتختلف لوازمها ، اذ من لوازم الاول عدم ثبوت الخيار للمالك بل ثبوته للفضولي ، لان الخيار حينئذ حكم ثابت من الشرع للعاقد ، وان العبرة في التفرق في سقوط الخيار تفرقتهما لا تفرق المالكين . وأيضاً لا معنى للتفصيل على هذا بين توكيل الموكل وتنصيبه على الخيار وعدمه وابتناء جواز التوكيل على مسألة أخرى ، وهي جواز التوكيل فيما لا يملكه الموكل حين التوكيل وعدمه ، كما وقع في « المسالك » حيث قال : وأما الركيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ ، فينتفي الحكم عنهما . وان

وكلهما فيه فان كان قبل العتد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه أم لا؟ وسأتي في بابه انشاء الله تعالى . فان لم نجوزه لم يكن ذلك لهما أيضاً وان جوزناه أو كان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار مالم يفتقرا عملاً باطلاق الخبر . وهل ثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس ؟ قيل نعم - الى آخره .

فانك كما ترى هذه المقالات أجنبية عن ذلك المقام الاول الذي ينبني التكلم فيه من جهة استفادته من الخبر ، فالذي ينبني أن نتكلم فيه أولاً دلالة الخبر على ثبوت الخيار للركيل العاقد أم لا وتنتجحه ، ثم على التول بعدم دلالة ينبني أن يقال هل تثبت أدلة الوكالة ماثبت للموكل من الخيار لو كيله أم لا تثبت . ضرورة أن اثبات الخيار للركيلين بسبب التوكيل حيث كان التوكيل مستنداً للخيار اثباتاً ونفياً لا وجه لتمسكه باطلاق الخبر ولا لتأجيله بالافتراق الذي هو أجل للخيار الثابت بسبب العقد .

كما أن من لوازم المقام الثاني امكان هذا التفصيل والتشقيق بين الوكالة في أنها وكالة مطلقة - كان يقال أنت وكيل في البيع على الاطلاق والتصرفات كما هو سبيل العاملين والمضامين والتجار - أو في خصوص العقد فقط أو في توكيله وتنصيبه في الخيار قبل العقد حتى يكون من قبيل التوكيل فيما لا يملكه أو بعد العقد .

وأيضاً من لوازم ذلك المتام أن العبرة في التفرق تفرقهما أو ثبوت الخيار للمالكين ولو كان أحدهما في المشرق والآخر في المغرب وغير ذلك ، كما أنه حينئذ ليس خيار المجلس للفضولين ، كما سيتضح لك حقيقة الحال .

ثم ان الوكالة قد تكون في الفسخ وهذا لا كلام في صحته وخروجه عن مسألة المقام ، وقد تكون في الخيار بعد العقد وهذا مبني على مسألة التوكيل فيما

يملكه، كما لو وكل الرجل في طلاق امرأته التي مازوجها حين التوكيل، وقد تكون في البيع من جهة الوكالة في التصرف المالي كأكثر الوكلاء والعاملين في البلاد. فلا بد حينئذ من البحث في تلك الجهات في مقامات :

(الاول) في ثبوت ذلك الخيار للوكيل من جهة أنه عاقد، هل يثبت ذلك من الشرع ويساعد عليه الحديث أم لا ؟ فنقول بعونه تعالى :

لا إشكال بل لا خلاف في دخول العاقدین في مدلول الحديث الشريف وكونهما مرادين البيعان بعد ملاحظة ما لم يفترقا، وإذا افترقا حيث لا خلاف عندهم بل يمكن دعوى الاجماع القطعي على أن المراد من الافتراق والاجتماع انما هو باعتبار مجلس العقد ومكانه وظهوره في ذلك، وانما الاشكال في أنه هل يعتبر كونهما لانفسهما أو أعم من أن يكونا عاقلين لنفسهما أو لغيرهما ، فيثبت الخيار حينئذ للوكيل المجرد في اجراء الصيئة ولولم يأذن المالك لخياره بل له ذلك ولو منعه؟ وجهان بل قولان .

وقد مال الى الثاني في « الحدايق » ، تجمداً لصدق « البيعان » واطلاقه على من أجرى العتد ، سواء قلنا بأن البيع هو الصيئة والايجاب والتبول أو النقل ، والانتقال، فان العاقلين مجريان للصيئة وموجدان لسبب النقل والانتقال وناقلاً أيضاً أحد العرضين الى ملك الآخر ، فيحكم بمقتضى الاطلاق على ثبوت الخيار للعاقلين ولولم يكن نص من الموكل ولاذن منه ، فان العبرة حينئذ هو العقد واجتماعهما له وافتراقهما عنه .

ولكن الاقوى - وفقاً للمحققين - هو الاول، فيختص موضوع الحكم على العاقلين لانفسهما، فيشمل على المالكين الاصليين اذا تعاقدوا لانفسهما، ويدل على ذلك وجوه :

الاول : ما في « مع » من أن الغالب في العاقلين أن يكونا مالكين، فينصرف

البيعان الى العاقلين لنفسهما .

الثاني: تخصيص الغرض الملحوظ في جعل الخيار، وهو الارفاق بالمالك، فان الخيار حق متعلق في مال المالك للارفاق بحاله فيتبع ، فان الغرض قد يخصص كما أنه قديمهم. ومعلوم أنه لا ارفاق للمالك في ثبوته للعاقلين بدون اذنه وعدم رضائه.

الثالث : وحدة السياق في بعض الاخبار بين هذا الخيار وخيار الحيوان ، فكما أن خيار الحيوان ليس الالمالك فكذلك هذا الخيار ، كما هو ظاهر لمن لاحظ قول الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل .

الرابع : ملاحظة الاشباه والنظائر من سائر الخيارات، حيث أنها لا تثبت الا للمالك ، والتعدي منه الى موقع الصيغة ومجريها لا ينبغي للفقهاء .

الخامس : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » أن مفاد أدلته اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه . ومن المعلوم أن العاقلين لغيرهما ليس لهما سلطنة فيما انتقل عن الاخر بعد الفسخ ، فلا يجوز له سلطنة في فسخ ما انتقل الى الاخر .

السادس: منافاة ثبوت الخيار للاجنبي العاقد مع قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» فتأمل .

فيقتصر على القدر المتيقن من الخروج، وهو ما كان العاقد مالكا، ويستكشف على أن المراد من « البيعان » في الحديث الشريف هو العاقدان لنفسهما، فبانضمام بعض تلك الوجوه تطمئن النفس على عدم كون المراد من البيعان هو الذي كان موضوعاً لحكم العاقلين فقط من دون صدقهما على المالك .

مضافاً الى كفاية الوجه الثاني في المتام ومساعدة كلمات الفقهاء وعدم ظهور قول معروف في الخلاف مع ضعف مستنده ، فانه ربما يكون اطلاق « البيعان »

على العاقدین المجريين للصیئة فقط من دون أن يكونا مستثنين في التصرف من باب التوسع فقط ، فلا یثبت المطلوب حیثئذ .

فظهر لك عدم الخيار لمن أجرى الصیئة اذا لم یكن أصیلا ، فاذا أجرى الصیئة الوكيل في مجرد الصیغة فهل للمالكین خيار مطلقاً - سواء حضرا في مجلس العقد أو لم یحضرا - أولیس لهما أيضاً خياراً لهما الخيار اذا حضرا في مجلس العقد والا فلا ؟ وجوه بل أقوال :

(الاول) ما حكى شیخنا الاستاد « دام ظله العالی » عن الفاضل الجواد شارح « اللمعة » ، ودلیله أن ثبوت الخيار تابع للدلیل ، ولم یساعده في المزام ، اذا البیعان لا یصدق علی العاقدین لیرهمهما كما ذكرناه ، وكذلك لا یصدق علی المالكین أيضاً اذا لم یبیعا بأنفسهما الا من باب التوسع . ویشهد لذلك صحة السلب في قولنا انهما مابعا وانما باع وکیلهما ، وما ذكروا أنه لو حلف علی عدم البیع لم یحنت بیع وکیله .

(الثاني) ما لعله المشهور المختار كما ذهب الیه شیخ الفقهاء « قده » ثبوته للمالكین مطلقاً ، سواء حضرا أو لم یحضرا وان كان أحدهما في المشرق والآخر في المغرب .

ویستدل علی ذلك : تارة بالاطلاق وصدق البیعان علیه كما في « الجواهر » . ویندفع بالشبهة المذكورة من أن الصدق انما یكون من باب التوسع ولذا لم یحنت ویصح السلب عنه .

وأخرى ما ذكره شیخنا العلامة الانصاري « قده » سلیماً عن تلك المناقشة ، وهو عدم التبادر في خصوص المباشر ، فان « البیعان » لا یبادر منه حیث أطلق المباشرة في الصیئة وكونها صادرة ، فحیثئذ عدم التبادر دلیل علی الحقيقة بین المالك الذي لا یباشر بنفسه العقد وبين المالك المباشر ، وحيث ینتفي احتمال

الاشتراك اللفظي بالأصل يثبت الاشتراك المعنوي، وهو المطلوب . فيكون مفاد البيعان في الحديث دخول المالكين مطلقاً .

ولكن يدفعه ذيل الخبر الشريف، أعني تتيده بمالم يفترقا، فإن عرد الضمير الى « البيعان » لا يكون الا أن يكون المالكان مرقمين للصيغة ، اذ ليس الافتراق والاجتماع هنا الا للعقد ، فينتفى كون المراد من الموضوع مطلق المالك . فالمحصل من الرواية أن البيعان المالكان ثابت لهما الخيار مالم يفترقا عن مكان العقد ومجلسه ، يعني ثبوت الخيار انما هو عند اجتماعهما ولا يكون اجتماعهما اذا كان أحدهما في المشرق والاخر في المغرب .

وبعبارة صريحة : ان « مالم يفترقا » قرينة كاشفة على أن الموضوع لحكم الخيار - أعني البيعان - لا بد أن يكونا مباشرين للصيغة حتى يلاحظ الافتراق والاجتماع ، فاذا خرج الفرد المباشر المجري للصيغة فقط من دون أن يكون مالكاً ومستقلاً في التصرف - كما سبق بالوجوه المذكورة - فانحصر مداركه في المباشر الذي يكون مالكاً ، فلا يدل هذا الخبر على ثبوته لمطلق المالك ، أعني ما كان مالكاً للثمن والمثمن من دون مباشرته للصيغة، لظهور ان عدم الافتراق والاجتماع انما هما ملحوظان بالنسبة الى العقد كما يؤيده فوم الفناء « رضوان الله عليهم » .

وكفاك في ذلك ما في « جامع المقاصد » حيث قال : وان أريد بهما مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أول الحديث الا اذا كان المالكان هما العاقدان ، لان قوله « مالم يفترقا » لا يصدق في المالكين اذا كان العاقد غيرهما ، لانه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار مالم يفترق المتعاقدان . وهو غير ظاهر الا أن يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير، وهي ذكر الافتراق المقتضي لسبق الاجتماع للعقد - الخ .

وفيه : عدم كونه ظاهراً في لزوم التفكيك بين « البيعان » وبين الضمير ، فلو سلمنا شمول البيعان على المالكين لكن عود الضمير اليهما قرينة على أن المراد منهما أن يكونا متعاقدين أيضاً ، فاعتبار اجتماع مجلس العقد في الثبوت وافتراقه في السقوط ينافي لتعميم البيعان على المالكين التريين من مجلس العقد واجرائه . الا أن يقال باختلاف الضمير والمرجع ، وهو كما ترى .

وثالثه : أن يقال في مدرك القول بتعميم « البيعان » على المالكين سواء حضرا أو لم يحضرا ، وهو عموم الجئة الداعية لجعل الحكم والغرض الموجب لثبوت الخيار - أعني الارفاق على المالك - فان الخيار انما يثبت باعتبار كونه حقاً متعلقاً في مال المالكين لمجرد الارفاق بهما والمصلحة لهما والتشفق عليهما ، ومن المعلوم لزوم اتباع الغرض الداعي للحكم اثباتاً ونفيّاً خصوصاً وعموماً ، فان الغرض كما يخصص الحكم كذلك يعممه أيضاً ، كقولنا « لا تأكل الرمان » ، فاذا علمنا أن المرض والداعي لجعل الحكم هو الحموضة - بقرينة تعقبه على قوله « مادام حامضاً » أو « اذا كان حامضاً » أو « لحموضته » - فيخصص الرمان الى الحامض ويخرج الحلوة عن شمول اطلاقه ، كذلك يعممه على كل ماله الحموضة ، ولا يلزم من ذلك اختلاف الضمير والمرجع بين قوله « مادام حامضاً » أو « اذا كان حامضاً » مثلاً وبين الرمان .

كذلك يقال في الخبر الشريف ، فان حكمة الارفاق كما ذكرنا سابقاً تخصصه فخرج العاقدان لغيرهما عن شمول اطلاق البيعان ، فانحصر مدلوله على العاقدين المالكين . وحيث كان شموله على المالكين الموكلين بالوجهين السابقين محل خدشة ومناقشة نقول : انها - أي حكمة الارفاق - تعممه ، فيطرد الحكم على موارد تلك الحكمة ومجاريها وان كان موضوع الحكم قاصراً عنها .

فثبت الخيار بملاحظة الارفاق وكونه حقاً للمالك على المالكين الموكلين

سواء حضرا أو لم يحضرا، ولكن يجب ملاحظة ثبوته لهما وسقوطه عنهما دوام مجلس العقد وفواته بمقتضى قوله «مالم يفترقا» و«إذا افترقا» لظهوره بل صراحته بثبوت الخيار مالم يفترقا عن مجلس العقد وسقوطه ولزوم البيع إذا افترقا .

وان شئت فقل بعبارة أوضح : انه لما كان المختار من « البيعان » العاقلين المالكين دون غيرهما وعاد الضمير اليهما أيضاً من دون التفكيك والاختلاف ولكن لهما حيثيتان الحيثية المالكية والحيثية العاقدية ، فثبوت الخيار انما هو من الحيثية المالكية لاقتضاءها الجهة الموجبة للخيار، وبملاحظة تعميم الجهة ثبت للمالك مطلقاً . وسقوط الخيار انما هو من حيثية العاقد، وحيث لا تقتضي هذه الجهة العموم فلا عبرة في سقوطه افتراق المالكين ، لان حكمه الافراق لا تقتضي لزمان الخيار أزيد من زمان مجلس العقد ، بل عند التحقيق يقتضي اللزوم حتى يتسلط كل منهما في ماله على الاطلاق.

القول الثالث : وهو ثبوت الخيار للمالكين اذا حضرا في مجلس العقد .

تقريب الاستدلال : صدق « البيعان » عليهما، الا أنه لما كان مذيلاً في الخبر الشريف بعدم الافتراق وهو يستلزم الاجتماع فيكون القيد قرينة على اعتبار الحضور ومقيداً لاطلاق البيعان، فانما يحكم ثبوت الخيار لهما حيثما لم يفترقا مجلس العقد .

فان قلت: ان قوله « مالم يفترقا » انما يكون قرينة لاعتبار الاجتماع على سبيل الاطلاق ، لاستلزام الافتراق كونه مسبقاً للاجتماع ، وأما اجتماعهما في مجلس العقد وحضورهما فيه فلا يدل ، لقصور دلالته بمقدار هذا التقييد.

قلت : ذلك حسن فيما كان لقوله « مالم يفترقا » عموم واطلاق بحيث يعم صورة الحضور وعدمه، ولكن عمومها انما هو من جهة صدق المتعلق وقرينة الحكمة فهو لم يشمل فيما كان في مفروض المقام قدر متيقن، فان قوله « مالم يفترقا »

المستلزم للاجتماع يتصور له فردان اجتماعهما في مجلس العقد وثانيهما اجتماعهما في مطلق المكان سواء كان مجلس العقد أم لا . وحيث أن الاول متيقن فيحمل عليه فلا يشتمل الاطلاق على غيره ، لعدم لزوم اللغوية التي هي المدرك في عموم الاطلاقات . فيكون المحصل من الرواية : ان « البيعان » بالخيار ، وهويشتمل على المالكين ، سواء عقدا بنفسهما وباشرا في اجرائه أو كان المباشر غيرهما ولكن اذا حضرا في مجلس عقد المباشر .

ويرد عليه : ان المالكين يشترط حضورهما في مجلس العقد ولم يكونا بنفسهما مجريين فرد نادر ، فلا ينصرف البيعان اليه لعدم شمول الاطلاقات للأفراد النادرة .

والحاصل ان للمالكين ثلاثة أفراد : أحدها مأجريا العقد بأنفسهما ، والثاني ماوكلا غيرهما في العقد مع حضورهما في مجلسه ، والثالث ماوكلا غيرهما ولم يحضرا في مجلس العقد .

فيخرج الثالث على اعترافه «قده» بالتقريب المذكور من أن عموم الاطلاقات انما هو على حسب اندفاع اللغوية ونحن نقول كذلك ، والثاني يخرج أيضاً عن شمول النص لعدم شمول اطلاقه للفرد النادر كما هو الحال والمقرر في محله فانحصر مدلوله على المالكين اذا كانا عاقلين بأنفسهما .

وهذا هو المختار بحسب شمول النص والجمود على دلالة ، اذ لا يستفاد من اطلاقه أزيد من ذلك ، وذلك لا ينافي ماأضيناه من صدق « البيعان » على المالكين سواء عقدا بنفسهما وباشرا في العقد أو باشرا غيرهما في العقد ، بدليل عدم التبادر فانه علامة الحقيقة في كون اندراج المالكين العاقلين أو موكلين تحت البيعان من باب الحقيقة ، لانا انما نقول بذلك بقرينة قوله « ما لم يفترقا » . وحيث أن العبرة بذيل الكلام فيكون التمسك بمقيد البيعان ، فبملاحظته لا ينصرف الا الى المالكين

العاقدين فيخرج الموكلين سواء حضرا أو لم يحضرا .

ولكن المختار في ثبوت الخيار هو القول الثاني ، فيثبت للمالكين سواء حضرا أم لم يحضرا بل كان أحدهما في المشرق والآخر في المغرب ، وسواء كانا مباشرين أو موكلين . أما إذا كانا عاقدين فللنص ، وأما إذا كانا موكلين سواء حضرا أم لم يحضرا فلعوم حكمة الارفاق السوجبة للخيار ، حيث لا تأمل لهم في أن حكمة الخيار والمناط فيه هو الارفاق على المالك ، بل ذاك من باب المناط التلطعي . نعم سقوط الخيار إنما يلاحظ بانقضاء مجلس العقد وافتراق العاقدين عنه ، سواء كان العاقدان مالكين أو وكيلين عملا بالنص ، فلا تجري حكمة الارفاق بالنسبة الى السقوط الى الموكلين حتى نقول باعتبار سقوط الخيار بافتراقهما أيضاً . فصار الحاصل من الرواية : ان ثبوت الخيار وسقوطه إنما هو ملحوظ بالنسبة الى العاقدين - سواء كانا مالكين أو وكيلين الا ما خرج كالوكيل في مجرد اجراء الصيغة بالوجوه المذكورة ، فيعم المالكين وسائر أقسام الوكلاء أيضاً كما سيتضح - فلا يشمل الموكلين ولا الوكيلين في مجرد اجراء العقد .

وانما عممنا ثبوت الخيار للموكلين بعموم المناط حيث يجري فيه ، وأما بالنسبة الى سقوط الخيار فلا لعدم عموم المناط ، وحيث لا يجري المناط في سقوط الخيار بالنسبة الى الموكلين فينحصر على العاقدين بجميع أقسامهما حتى من كان وكيلا في مجرد اجراء العقد ، سواء كانا مالكين أو وكيلين بجميع أقسامهما ، فيشتمل على جميع صور الوكالة حتى في صورة الوكالة على مجرد اجراء العقد لعدم مخرج وعدم مجيء الوجوه المذكورة بالنسبة الى سقوط الخيار ، فتكون العبرة في سقوط الخيار ولزوم البيع بتفرقهما كما سنده تقييلا انشاء الله تعالى في المقام الثالث .

فظهر لك مما ذكرنا من عدم ثبوت الخيار للوكيلين في مجرد ايقاع الصيغة

ثبوتاً شرعياً ناشئاً من جهة العتد عدم ثبوت الخيار للضوايين ، وان جعلنا الاجازة كاشفة فلا خيار لهما في عقدهما ، لا من جهة التوكيل ولا من جهة استلزام العقد حكم المختيار - من باب التعبد الشرعي : أما الاول فلان المفروض عدم تحقق الوكالة في الفضولي ، وأما الثاني فلما ذكرنا من أن الدليل قاصر عن ترتب الخيار لمجرد الصيغة من دون صدق « البيعان » بالوجه السالفة .

وأما ثبوته للمالكين بعد الاجازة فقال شيخنا العلامة الانصاري « قد » مع حضورهما في مجلس العتد وجه واعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه - انتهى .

قد يقال في بيان مقصوده من تلك العبارة : ان الوجه في الوجه الاول بالنسبة الى أصل ثبوت الخيار للمالكين حيث أن المالكين في الفضولي يمتازان عن غير صورة الفضولي بما سيذكره بعد من احتمال عدم الخيار ، لان الاجازة بمعنى الالتزام بالعقد فلا يحصل له الخيار .

وقوله « واعتبار مجلس الاجازة له وجه » اشارة الى تعميم ثبوت الخيار بحسب المورد ، حيث أن الخيار انما يثبت في مجلس العقد لا غير للنص المذكور ولكن مجلس الاجازة خصوصاً على القول بالنقل نازل منزله ، فيجبيء لمجلس الاجازة ما كان لمجلس العتد من جهة اشتراكهما في التولية ، فالوجه حينئذ كون الاجازة كالعقد في كونها سبباً للنقل .

ولكن الاولى أن يقال: ان تلك العبارة وان كانت قاصرة اشارة الى ما ذكره بعض الفقهاء المتأخرين المقارنين لعصرنا بقوله : هل العبرة في ثبوت الخيار للمالك مجلس التمليك أو مجلس العقد؟ ففرع عليه أنه ان قلنا بأن العبرة بمجلس التمليك فيثبت الخيار للمالك حين الاجازة ومجلسها لا بمجلس إيقاع الصيغة وان حضر فيه ، وان قلنا بالثاني يكون الخيار له في مجلس العتد لا في مجلس الاجازة حتى

أنه إذا انقضى مجلس العقد أو لم يطلعا زمانه ثم أجاز ليس له الخيار .
والى ذلك أشار « قده » بقوله : ثبوته للمالكين في مجلس العقد وجه . وأشار
الى الوجه الاول - أعني كون العبرة في ثبوته لمجلس التملك - بقوله : واعتبار
مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه . فعلم الوجه على هذا في تقييدها على
القول بالنقل ، خصوصاً على القول بأنها عقد مستأنف ، اذ مجلس التملك انما
يكون مجلس الاجازة على هذين القولين ، وأما على القول بالكشف يكون مجلس
التملك مجلس عقد الفضولين . فتدبر . وهذا هو المراد من العبارة .

ثم هذا كله مبني على عدم الفرق في ثبوت الخيار للمالك بين أن يكون
أصيلاً أو فضولياً لصدق « البيعان » على كليهما ومعجىء حكمة الارفاق على كليهما
ويحتمل الفرق بعدم ثبوته للمالك المجيز وان كان يعم الدليل الا أنه قد أسقط
الخيار باجازه لانها في معنى الالتزام ، خصوصاً اذا كان اجازته بلفظ « التزمت » .
والى ذلك أشار « قده » بقوله : نعم يحتمل في أصل المسألة . ثم أمر بقوله
« فتأمل » لعل وجهه منع دلالة « التزمت » و « أجزت » على سقوط الخيار ، بل
انما يدل على امضاء العقد والتزامه مع شروطه وأحكامه ، ومن جملة أحكامه خيار
المجلس ، كما أنه ربما يكون من جملة أحكامه خيار الشرط والتدليس وغيرهما
فالاجازة لاتنفى انقطاع لوازم العقد منه ، بل انما هو رضاء بالعقد الصادر من
الفضولي وينزله منزلة العقد الصادر من نفسه .

المقام الثاني

في بيان ثبوت الخيار للوكيل من جهة التوكيل وأنه هل تقتضي أدلة الوكالة
ثبوت الخيار الثابت للمالك ، للوكيل أيضاً أم لا ؟ فنقول :
ان الوكيل تنصور وكالته على أقسام ثلاثة :

« أحدهما » - ما كان وكيلا في مجرد ايقاع العقد .

« وثانيها » - ما كان وكيلا منصوباً في التصرف المالي ومستقلاً فيه بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها ، نظير العالمين في التراض ، كما هو الحال في وكلاء التجار العالمين لهم من باب المضاربة ويسافرون الى البلاد ويبيعون ويشتررون استئلاماً من دون اطلاع التجار الموكلين في جزئيات تصرفاتهم .

« وثالثها » - ما كان وكيلا في البيع من دون تصريح وتنصيب من الموكل بشيء من لوازمه ، الا انها تستفاد من الاطلاق لو قلنا به .

أما الاول : فلا اشكال بل لاختلاف عدا ما عرفت من صاحب « الحقائق » في عدم ثبوت الخيار له ، كما ذكرنا تفصيلاً .

وأما التسم الثاني : فكذاك أيضاً لاشكال في ثبوته له وان هذا التسم ليس محل كلامهم وخلافهم .

وأما التسم الثالث : فذهب شيخنا العلامة الانصاري « قده » الى عدم الخيار له ، لان اطلاق أدلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقلين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل اليه ، فلا ينهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه ولالتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل اليه المستلزم لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكه الاصيلي .

ولكن التحقيق وفاقاً لشيخ الفقهاء « قده » ثبوته لوجوه :

(الاول) لصدق « البيعان » الذي بمعنى العاقلين ، فيطلق على كل من صدر منه العتد وتحقق منه ايقاع الصيغة وانشاء النقل ، سواء كان أصيلاً أو وكيلاً ، فيعم ما كانا عاقلين لنفسهما أو لغيرهما ، وانما خرج الوكيل في مجرد ايقاع الصيغة بالوجوه المذكورة وبقي ما عداه بحسب شمول اطلاقه ، وهو ما كان مالكا أو وكيلا في البيع لافي مجرد الصيغة اذ العمدة من الوجوه المخرجة للوكيل في

مجرد العقد هو تخصيص حكمة الخيار، أعني الارفاق على غير الوكيل في مجرد العقد لمنافاته مع الارفاق ، بخلاف الوكيل في البيع لعدم منافاة الارفاق معه، اذ الارفاق للوكيل ارفاق للمالك ، وهذا انما هو في الوكيل المطلق لافي الوكيل في العقد كما سبق .

(الثاني) لو أغمضنا عن ذلك وقلنا بأن «البيعان» عبارة عن المالكين العاقلين يمكن التمسك بثبوت الخيار للوكيل المطلق أيضاً بمقتضى الخبر المذكور من باب دخوله في موضوع الحكم وتنزله منزلة المالك ، فلبيعان موضوع حقيقي وموضوع تنزيلي: أما الاول عبارة عن المالك الماقد ، أما الثاني عبارة عن الوكيل المطلق في البيع بحكم أدلة الوكالة ، حيث أن مقتضى أدلة الوكالة تنزيل الوكيل منزلة الموكل ، فيراد من « البيعان » الذي في النص المالك والوكيل كلاهما ، نظير مايقال في الدليل الحاكم قبل التخصيص والورود ، فان التخصيص اخراج حكمي وادخال للخاص تحت غير عنوان العام من باب الحكم ، وأما الحاكم اخراج موضوعي أو ادخال موضوعي على حسب الاختلاف في لسان الدليل .

(الثالث) انه لو كان أدلة الخيار قاصرة عن ثبوت الخيار للوكيل باعتبار اختصاصها بالموكل ولكن يجري حكمه لوكيله بأدلة الوكالة، بتقرير: ان المستفاد من أدلة الوكالة أن ما ثبت للموكل ثبت للوكيل ، فهذا ليس من باب الادخال الموضوعي بل من قبيل اسراء حكم لموضوع الى موضوع آخر ، بأن يقال الخيار الثابت للموكل بمقتضى قوله « البيعان بالخيار » ثابت للوكيل المطلق بمقتضى أدلة الوكالة التي تدل على قيام الوكيل مقام الموكل وفعله فعله وعمله نافذ مثله . وحيث أوجد البيع الوكيل فيه وقلنا بثبوت الخيار له كما هو المختار أو عدمه كما هو مسلك شيخنا العلامة الانصاري ، فهل للدوكل حينئذ خيار أم لا؟

فيه أقوال :

قول بعدمه ، كما أن للوكيل ليس خيار كذلك ليس للموكل أيضاً خيار .
ونسب ذلك الى الفاضل الجواد شارح « اللعة » .
وقول بثبوتة نلموكل دونه ، كما هو المختار للشيخ العلامة « قده » في
« المكاسب » .

وقول بعدم ثبوتة للموكل وثبوتة للوكيل ، كما يظهر من أول كلام « المسالك »
وأخره وحكي الميل اليه من « الحقائق » .
وقول بثبوتة له كثبوتة للوكيل ، كما هو المختار .

ودليل المثبت قد ظهر مما أسلفنا من صدق الاسم أعني صدق « البيعان »
على المالكين الموكلين وإطلاقه عليه ومن عدم التبادر من البيعان خصوص المباشر
في الصيغة ، فهو علامة الحقيقة بين المباشر والموكل .
ويستدل على نفي الخيار للموكل بصحة السلب في المثال المتقدم السابق
أنه ما باع بل باع وكيله ، واستشهد لذلك بعدم الحث .

وأما استدلال المثبت بعدم التبادر ، مدفوع بأن عدم تبادر خصوص المباشر
انما يدل على وجود معنى آخر معه بأن يكون هذا المعنى مع المباشر كلاهما
معنى حقيقةً لللفظ ، أما تعيين المعنى الآخر الحقيقي وتعميمه الموكل فلا .

فظهر لك أن الوجه ثبوت الخيار للوكيلين من جهة كونهما نائبين عن الموكل
وكون فعلهما مظهر فعل الموكل ، فيسري ما ثبت له اليه من الخيار من حيث
التوكيل لعدم الفرق في صدق البيع عليهما ، بل ربما يكون صدقه على الوكيل
أظهر من صدقه على الموكل ، كما في صورة ما فرضنا الوكالة المطلقة من المالك
لوكيل وسافر الوكيل الى البلاد للتجارة فالموكل في العجم والوكيل في الهند
مشغول بالبيع والشراء ، فمن المعلوم صدق البيع حينئذ على الوكيل أظهر من
صدقه على الموكل الذي لم يطلع على تلك المعاملة .

وكل ذلك - أعني صدق البيع وثبوت الخيار - على الوكيل انما هو من أثر الوكالة وليس من جهة مجرد صدور العقد عنه حتى يكون من قبيل الحكم التعبدي ، فللوكيل جهتيان : جهة من حيث صدور العتد عنه ومباشرته فيه، وهذا كما ذكرنا لايتنضي ثبوت الخيار له ولايوجب ذلك المقدار لصدق البيعان عليه الجهة الاخرى من حيث التوكيل وكون شأن الوكيل شأن الموكل من جهة أدلة الوكالة .

فثبت الخيار للوكيل المطلق في البيع والتصرف لافي الوكيل المباشر في العقد من حيث المباشرة للعتد ، فالمسلم من صدق البيعان على الوكيل هو الوكيل في البيع فيكون مصداقاً للبيعان ، كما أن المالكين الموكلين مصداق له ، فاذا فرض تعدد الوكلاء من طرف واحد يتعد الخيار على حسب تعدد الوكلاء وتراهمهم ، فاذا وكل الدالك بالوكالة المطلقة وكيلا ثم الوكيل أيضاً وكل شخصاً آخر في البيع والتصرف يثبت الخيار لاشخصاص ثلاثة وهكذا كما ذكر شيخنا العلامة الانصاري « قده » ، فقد يتحقق في عتد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد .

وحينئذ هل ثبوت الخيار لهم على وجه الاستقلال - بأن يكون كل منهم ذا خيار ، فان اختلفوا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ وان تقدمت الاجازة على الاخر ، أو على وجه أن يكون المتقدم منهم نافذاً وان كانت الاجازة سابقة فلا ينفع الفسخ بعده ، أو على عدم استقلال كل واحد منهم بل لابد من اجتماعهم على الفسخ أو على الاجازة - وجوه .

وتحقيق الكلام : أن الحق الثابت لمتعدد لا يخلو اما أن يكون تعدده ذاتاً أو عرضاً ، بمعنى أن يكون استحقاق كل من المتعديدين لذلك الحق بحسب الذات والاستقلال فيتعدد الحق حينئذ على حسب تعدد ذي الحق فيستوفي كل

منهم مادام المحل باقياً ، أو كان الحق بحسب الذات والجعل واحداً للطبيعة السارية مثلاً فيسري لمصاديق تلك الطبيعة فيتعدد على حسب تعدد مصاديقه .

مثال الاول حد النذف وحق الشفعة والقصاص اذا فرضنا أن ثبوتها لاشخاص متعددين اثناً أو أصالة انما هو على وجه الاستقلال ، فلكل منهم سلطنة في استيفاء ذلك الحق ، فلا يسقط باسقاط بعضهم وعفوه حيث أراد الآخر استيفاءه ، فكلما أخذ الحق واستوفى ستط من جهة حصول الاستيفاء وفوات المحل ، فلكل الآخر والاستقاط .

ففي المقام اذا ثبت الخيار لاشخاص متعددين على وجه الاستقلال في تمام الحق يكون لكل واحد الفسخ وان أجاز الآخر ، فعند التعارض يقدم الفاسخ على المجيز ، لعدم المنافاة بين الاجازة والفسخ لعدم التعارض بينهما ، اذا اجازة عبارة عن ازالة الحق وابقاء العقد على متنتضاه ، لان الاجازة لاتزيد على مقتضى العقد شيئاً كما في « الرياض » و « المكاسب » .

وليس المراد من الاجازة استقرار العقد وجعله لازماً ، بل انما هو اسقاط حق ، أي اسقاط السلطنة على الازالة والفسخ . ومن المعلوم أن اسقاط الحق من أحد من المتمعدين لا ينافي تشبث الآخر بحقه ، فلو أجاز واحد منهم بصير ذلك منه اسقاط حقه الثابت له استقلالاً لالزام العقد وإيجابه ، فلو فسخ الآخر بعد تلك الاجازة تشبث بحقه وانحل العقد ، كما اذا أسقط أحد الشريكين حد النذف وحق القصاص فلا يسقط حق الآخر فله الاستيفاء ولكن في القصاص يجب دفع حصة الآخر الى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقين .

وأما القسم الثاني – أعني ما كان ثبوته للتعدد بحسب الفرض والسراية – فينظر الى دليل ذلك ، فان دل على أن ثبوته لكل واحد على وجه الاستقلال – بمعنى أن لكل واحد سلطنة في اقرار ذلك الحق وازالته – كان تصرف كل سابق

منهم نافذاً حينئذ من السقوط والاستقرار ، كالأولاء المستقلين ، فيمضي السابق ، من اجازة أحدهم أو فسخه فلا يؤثر اللاحق ، سواء كان اجازة أو فسخاً لفوات المحل وقابليته ، فان بعد الاجازة الاولى يصير العقد لازماً ويسقط الحق الواحد الثابت للكل ، فلا يبقى وجه حينئذ للاجازة الثانية ولا لفسخه .

وان دل على ثبوت الخيار في كل واحد على وجه الاستقلال في نصيبه حيث كان المورد قابلاً للتبعض لهم والتجزية كان حينئذ اجازة كل واحد منهم وفسخه نافذاً في حقه لافي حق باقي شركائه .

وان دل على ثبوته على المتعدد باعتبار انضمام بعضهم على بعض فلا بد حينئذ من الثبوت والسقوط اجتماع كل منهم على الاجازة أو على الفسخ ، فلا يكفي سبق أحد منهم في النفوذ ، فان الحق الواحد انما ثبت بالارث أو بغيره بالمجموع .

والحاصل ان الحق الواحد الحاصل للطبيعة سرايته ونشره الى أفرادها لا يخلو من وجوه ثلاثة : اوعلى وجه الاستقلال بالنسبة الى الكل حيث لم يكن المحل قابلاً للتبعض كحق الموكل اذا نشر على وكلائه ، أو على وجه الاستقلال في نصيبه دون نصيب باقي الشركاء حيث كان المحل على وجه الاشاعة لهم وقابلاً للتبعض ، أو على وجه اعتبار انضمام بعضها الى بعض .

وأما ما ألتنا هذه فهي من قبيل التقسم الاول ، ولذا قال شيخنا العلامة الانصاري في مكاسبه : فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ وسقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه ، والوجه في ذلك أن خيار المجلس حق ثابت في طرف واحد من البائع وكذلك في طرف المشتري بقوله «البيعان بالخيار» ، فثبوته على البيعان انما هو باعتبار ثبوت حكم للطبيعة فيسري في جميع مصاديقها

فثبوت الخيار للوكلاء انما هو كما ذكر من جهة توكيل المالك ، فثبوتة للعاقد لنفسه - أي المالك بالاصالة - وبالعقد لغيره انما هو من جهة التوكيل لامن جهة صرف التعبد الشرعي الالهي من جهة اقتضاء نفس العقد له .
 فحيث أن ثبوت الخيار لو كلائه انما نشرت من جهة الوكالة من المالك فيسري حقه الواحد الى الكل ، فكل من سبق الى الاجازة كان حكمه حكم اجازة المالك فينفذ ، فلا يؤثر الفسخ بعده . وكذلك من سبق الى الفسخ انحل العقد كصورة فسخ المالك ، فمقتضى أدلة الوكالة الدالة على أن ما ثبت للموكل ثبت للوكيل نفوذ الاجازة والفسخ من الوكلاء حسب نفوذهما من الموكل وسيأتي توضيح باقي الاقسام ووجهه في محله انشاء الله تعالى فانتظر .

(واما المقام الثالث)

فتبين لك الحال فيه من بعض ما ذكرنا .

قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين فيكفي بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد ؟ وجوه أقواها الاخير - انتهى .

ولكن التحقيق أن العبرة في السقوط انما هي بملاحظة مجلس العقد ، لان الدليل المذكور انما يدل على ثبوت الخيار للبيعين اللذين يجتمعان في مجلس العقد وسقوطه عند تفرقهما وثبوتة للمالكين على المختار سواء حضرا أو لم يحضرا ، انما هو في عقد الوكيلين باعتبار تنزيل عقدهما منزلة عقد المالكين أو بملاحظة حكمة الارفاق وتعميمه ، ولكن مع ذلك يسهل الخيار عن المالكين الموكلين تفرق الوكيلين باعتبار ظهور الدليل المذكور في اعتبار دوام مجلس العقد ، فمع تفرقهما لم يثبت الخيار لفوات مجلس العقد ، فيكون المدار على

مجلس العقد بمقتضى قوله «واذا افترقا وجب»، أي اذا افترق اللذان مجتمعان في العقد فهما ليسا الا العاقلين ، فقد يكونان مالكين أيضاً وقد يكونان وكيلين ، فلا يكفي بقاء موكل مع وكيل مباشر في المجلس، لصدق تفرق العاقلين اللذين هما مرجع الضمير. فحينئذ يكون اردأ الوجوه الوجه الأخير .

فيرد على ماقواه شيخنا العلامة « قده » - حتى على مذهبه - من ثبوت الخيار للمالكين اذا حضرا في مجلس العقد ، اذ العبرة حينئذ هو تفرق من كان موضوعاً لقوله بالخيار وهو الوكيلان أو المالكان، فكأنه قال : المالكان الحاضران في مجلس العقد بالخيار مالم يفترقا والوكيلان بالخيار مالم يفترقا فيلزم حينئذ على مذهبه من اعتبار الحضور في مجلس العقد تفرق المالكين عن مجلس العقد يوجب البيع كما أن تفرق العاقلين يوجب البيع .

هذا بحسب دلالة الخبر على مسلكه من اندراج المالكين الموكلين تحت قوله «البيعان» ، وأما بناء على مختارنا فلا عبرة بتفرقهما واجتماعهما ، لانا انما أثبتنا لهما الخيار لدليل خارجي أعني الارفاق، سواء حضرا أو لم يحضرا اجتماعا في مكان واحد أم لا. نعم تكون العبرة في الثبوت والسقوط بمجلس العقد للمتعاقلين الوكيلين انعقاداً وتفرقاً ، فعند تحقق البيع يثبت لهما الخيار لعلية الارفاق، وعند تفرقهما يسقط عنهما الخيار لقوله « واذا افترقا وجب البيع»، فتكون العبرة حينئذ في ثبوته دوام مجلس العقد وفي سقوطه تفرقهما عنه .

(مسألة)

في مالوكان العاقد واحد

لو كان العاقد واحداً اما لكونه وكيلاً عن البائع والمشتري أو ولياً عنهما ، أو أصيلاً من نفسه أو ولياً أو وكيلاً عن أحدهما ، فهل يثبت له الخيار كشوته

مع التعدد أم لا ؟ وجهان بل قولان، المشهور المعروف بل كاد أن يكون اجماعاً ثبوت الخيار بل في «الجواهر» لأجد فيه خلافاً بيننا، نعم حكى العلامة «قده» في «التحرير» قولاً بعدم ثبوت الخيار واحتمله بعض الاصحاب بل استتبره فخر الدين «قده» ومال اليه المحقق الاردبيلي، وفي «الحدائق» : أنه الاقرب وتوقف في «التحرير» وفي «جامع المقاصد» ، ولو عد التوقف قولاً لكانت في المسألة أقوال ثلاثة ، الا أن لازم القول بالتوقف سقوط الخيار في مقام العمل للاصل المؤسس الذي يكون هو المرجع عند التحير وهو في المسألة كما ذكرنا اصالة للزوم، واستدل على سقوط الخيار بوجوه :

(الاول) أن الممتضى للزوم موجود والمانع مفقود ، أما الاول فللعسومات والاطلاقات الدالة على الزوم كما ذكرنا ، وأما الثاني فلان المانع هو دليل الخيار لا يصلح للمناعية ، ولا يثبت الخيار في صورة الوحدة لعدم ظهور قوله: « البيعان » الا في التعدد ، فلا يثبت شموله على صورة كون العاقد واحداً .

(الثاني) قاعدة لاضرر بتقريب : ان الخيار لو قلنا في صورة الوحدة لكان بلاأمر لعدم حصول الغاية عند الوحدة ، اذ لا يتصور الافتراق الذي هو المضي لذلك الخيار فيكون الخيار الدائمي الذي هو بلاغاية ولأمر ضرراً للطرفين فهو منفي بقوله « لاضرر ولا ضرار » .

(الثالث) دلالة قوله « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » على لزوم البيع عند كون العاقد واحداً ولعل الاستدلال بدلالة الخبر في صورة الوحدة لبعض الاجلة ولم يذكر كيفية دلالاته، ولعل نظره ظهور قوله « ما لم يفترقا » على صورة التعدد أو من جهة مفهوم الوصف الضمني بأنه يستفاد من مادة الافتراق الاجتماع الذي يتصف به البيعان فيصير كمورد (البيعان المجتمعان) يثبت لهما الخيار وغير المجتمعين لم يثبت لهما الخيار كقوله «لي الراجد يحل عقوبته وغير الراجد لا يحل عقوبته» كما هو

الحال في مفهوم الوصف .

ويرد على الاول باثبات المانع كما يظهر عند ذكر أدلة المثبتين ، وعلى الثاني : (أولاً) أن قاعدة لاضرر انما يمسك بها بثبوت الخيار لا لسلبه وسقوطه (وثانياً) أنه انما ينفي الخيار ولا ينفي ثبوت أصل الخيار ، فان الذي يوجب الضرر - لو سلم - انما هو استدامة الخيار فهذا لا يدل على سقوطه من رأسه . و(ثالثاً) لو تم ذلك انما يكون على مذهب الشيخ من عدم حصول النقل وعدم حصول الملك في زمن الخيار ، أو على مذهب من يرى حصول الملك ، الا أن من عليه الخيار مهجور عن التصرفات فلا يجوز له التصرف .

فعلى القولين يحصل الضرر بثبوت ذلك الخيار الذي لأمد له ، فلما سلمنا دوام الخيار لا يلزم الضرر على القول المشهور المعروف من جواز التصرف كيف يشاء في زمن الخيار ، فعلى مذهب الحق والمشهور لم يستلزم ذلك الخيار ضرراً حتى ينتفي بالقاعدة .

ويرد على الثالث : بمنع ظهوره في مطلق التعدد بحيث كان الواحد وان اجتمع له الحيثان خارجاً عنه ، نعم انما يدلل على التعدد من حيث البائع والمشتري ، ومن المعلوم أن الحيثان مجتمعان في العاقد الواحد أيضاً لانه بائع من جهة ومشتري من جهة أخرى ، وأن مفهوم الوصف ليس بحجة فضلاً عن أن يكون ضمناً فلا يكون مثله في مثل المقام مدركاً لثبوت الاحكام .

واستدل على القول بالثبوت بوجوه :

(الاول) الاجماع المنقول عن «الغنية» ويؤيده دعوى عدم الخلاف في المسألة واستظهار الاجماع المحصل .

(الثاني) حصول الاستقراء في استقرار سائر أحكام المتبايعين في العاقد الواحد حيث أنا وجدنا الاحكام الثابتة عند صورة التعدد ثابتة عند صورة الوحدة أيضاً

من غير استشكل وتفرقة بينهما ، وكذلك مانحن فيه من ثبوت خيار المجلس في العاقد الواحد أيضاً فان الظن يلحق المشكوك بالاغلب .

(الثالث) مجيء حكمة الخيار عند صورة الوحدة أيضاً فان الذي كان موجباً لجعل الخيار انما هو الارفاق على المالك وهذا لا يفرق بين أن يكون العاقد واحداً أو متعدداً .

(الرابع) أن المقتضي للخيار في صورة التعدد ثابت في صورة الوحدة أيضاً وهو البيع ، اذ لافرق في تحقق البيعة من المتعدد والواحد وكذلك لافرق في سببته اذا صدر منهما ، فكما انه اذا صدر من المتعدد سبب للخيار وكذلك سبب له اذا صدر من الواحد أيضاً .

(الخامس) دلالة قوله « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » من باب تنقيح المناط، حيث ان التعدد ليس له مدخلية في ثبوت الخيار حتى يكون صورة الوحدة خارجة عن ثبوت الخيار ، بل انما المناط في ثبوته من حيث تعليق الحكم على البيعان هو كونه بيعاً ، سواء كان متعدداً أو واحداً لعدم التأثير للتعدد في ذلك ، فانه لو أثر فيه لآثر في غيره من الاحكام وهو معلوم لعدم لترتب جميع الاحكام مع الاتحاد ، كذلك الخيار أيضاً لان البيع هو المناط في الثبوت من دون مدخلية في التثنية .

أو بأن يقال : أن دلالة عليه من جهة ترتب الحكم على الحيثية بتقريب أن يقال : ان الظاهر من تعليق الخيار بالبيعان ثبوته لهما من حيث هما بيعان ، فالتثنية انما هي في قوة التكرار بالعطف ، فيصير حاصل المعنى : أن البائع من حيث هو بائع بالخيار والمشتري من حيث أنه مشتري بالخيار . ومعلوم أن العاقد الواحد بائع ومشتري ، فيثبت له الخيار بالحيثين . ويندفع الكل :

أما الاول : فالمنقول منه موهون ، حتى صارت الاجماع المدعاة في

« الغنية » ضرب المثل في المرهونية ، ويزيد في الوهن في خصوص المقام ذهابه في « الغنية » الى سقوط الخيار على ماحكاه بعض أصحاب مجلس البحث، مضافاً الى عدم دلالة اجماعه في الثبوت في المقام لعدم شمول دعواه الاجماع على مسألتنا هذه لانه في مقام بيان دخول مجلس الخيار في ضروب البيع، فان عبارته المحكية حاصل مضمونها هكذا (أن خيار المجلس داخل في ضروب البيع لاجماع الطائفة) فانه كما ترى انما هو في بيان دخوله في أقسام البيع من الصرف والسلم وغيرها من أنواع البيع وضروبه ، أما من جهة كون العاقد والمبيع والمشتري فلا نظر لها ، فليس في مقام بيانها وهذا واضح ، وأما المحصل منه ظني لم يبلغ مرتبة العلم والحجة ، ودعوى عدم وجدان الخلاف كما في « الجواهر » ليس اجماعاً فلا يصح أن يكون مدركاً في المسألة .

وأما الثاني : فلان المعتبر من الاستقراء كونه على وجه يوجب العلم ، واما الاستقراء الظني فليس بحجة عندنا وان كان استقراء تاماً ، اذ الغرض عدم افادته العلم في خصوص المورد ، فمن ادعى افادته في المسألة العلم بثبوت الخيار للعاقد الواحد فهو مردود عليه ، واما افادته الظن - لو سلمنا - لا ينفع على المستدل .
وأما الثالث : على كون الارفاق حكمة ، فلان من شأن الحكمة عدم الارطاد كما أن شأنه عدم الانعكاس ولا ينافي ذلك بما ذكرنا من كون الارفاق علة لثبوت الخيار للمالكين ، لانه انما هو في فرض التعدد . وأما كونه علة في ثبوت الخيار في صورة الاتحاد أيضاً غير معلوم ، فيكفي في بطلان الاستدلال لعدم ثبوت العلية في مفروض الكلام وكونه حكمة لا ينفع ، لكونه غير مطرد ولا ينعكس .

وأما الرابع : فلانه ان أريد من كونه مقتضياً كونه سبباً ناقصاً ، بحيث أن له مدخلة في ثبوت الخيار فمسلم ، الا أنه يجتمع مع شرطية التعدد لان السبب الناقص يجتمع مع سائر الشرائط . وان اريد به السببية المطلقة والعلة التامة ، فمحل منع

ومصادرة بالمطلوب .

وأما الخامس: فلانه التزام بعدم دلالة الخبر بالمطلوب فكيف يستدل بالخبر على ثبوت الخيار ؟ ! فان التمسك به - من باب تنقيح المناط أو من باب الحيثية - اعتراف بعدم الدلالة اللفظية ، مع أن المقصود من الوجه الخامس اثبات الدلالة وكون الخبر شاملاً للصورة الاتحاد ، نعم يمكن التمسك بطريق آخر وهو العمدة في المقام والمعتمد لشيخنا العلامة الانصاري « قده » وان لم يصرح به ولكن أشار اليه تلويحاً وهو التمسك باطلاق قوله « البيعان » وصدقه على الواحد أيضاً وتقريب ذلك يتم ببيان مقدمتين :

« المقدمة الاولى » أن الثنية لاشك في دلالتها على الاثنين ولكن قد يدل عليهما بشرط انضمام أحدهما الى الآخر، ويسمى ذلك في السنة محققى المتأخرين بالارتباطي، وقد يدل عليهما لاشترط الانضمام بل يدل على كل واحد منهما استقلالاً ويسمى بالاستقلالي .

مثال الاول : (رفعوا الصخرة عن فم البئر) وكذلك في الجمع : (رفعوا الصخرة عن فم التليب) (هزم بهما أو بهم الاعداء) أو غير ذلك مما هو كثير في الاستعمالات. ومثال الثاني : (جاء زيدان ورأيتهما) وهكذا وحيث أن الثنية بحسب وضعها لا تدل على تعيين أحدهما بل قابلة لكليهما بنفسها، فان دل الدليل أو القرائن الداخلية والخارجية على تعيين خصوص الاستقلالي أو الارتباطي فيؤخذ به ، وان كان باعتبار مساعدة الامارة والغلبة عليه لكفايته في أمثال المقام وان لم تكن قرينة ولا إمارة ولا غلبة بل يحتمل كل منهما فتتوقف، فنعمل بمقتضى الاصول في الموارد الجزئية في مقام العمل .

وأما مانحن فيه - أعني قوله « البيعان » - انما هو من قبيل الثاني أعني على وجه الاستقلالي لامرين :

الاول : قيام الاجماع على أن ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري انما هو على سبيل الاستقلال فيثبت لكل واحد منهما مستقلا بدون اعتبار الهيئة الاجتماعية بداهة من الشرع وأهله ان كل من البائع والمشتري يجوز له الفسخ وان لم يرض الآخر به وكذلك له الامضاء وان لم يرض به الآخر ، فلا يعتبر في خيار أحدهما انضمام الآخر به للاجماع بعدم اشتراط رضا أحدهما في خيار الآخر امضاءً وفسخاً . كما هو واضح .

الثاني : ظهور تعدد الخيار بالنسبة الى البائع والمشتري ، فكما أن خيار المجلس حق ثابت للمشتري كذلك حق ثابت للبائع ، فعند تحقق البيع يحصل هنا حقان ، فحينئذ لابد من الالتزام بشيئيهما للبائع والمشتري على وجه الاستقلال والتعدد ، ضرورة أن تعدد الحق يستلزم تعدد محله . واعتبار انضمام أحدهما الى الآخر يخرج عن اعتبار تعدد الحقيين ، فان الحق الثابت للمشتري في خياره معناه : استتلاله بحقه واستيفائه ولو لم يرض به الآخر كذلك في طرف البائع ، فلو كان اجتماعهما معتبراً في ثبوت ذلك الحق ، بأن اجتمع كلاهما في الفسخ أو في الامضاء ليخرج عن تعدد الحق بل يصير حينئذ حقاً واحداً مثلاً بهما ، فثبوت الحقيين للشخصين المتخالفين في الرأي والميل النفساني لا يكاد أن يحصل الا على سبيل الاستقلالي ، لانه اذا اختار أحدهما في الفسخ مثلاً وام يرض به الآخر أو بالعكس فان كان الاول حق حينئذ ونفوذ مع مخالفة الآخر فهذا عين الالتزام بالاستقلال وان لم يكن له ذلك الا برضا الآخر فهذا سلب حق الخيار عنه ، وهو خلاف الفرض والنص .

فان قلت : بأن الحق ثابت له بشرط رضا الآخر بأن يقال : للبائع الفسخ مع رضا المشتري .

قلت : هذا خروج عن كونه حقاً للبائع بل ان هذا نظير ما لو اجتمع باختيارهما

ورضائهما على شيء واحد من الفسخ والامضاء وليس لذلك مزية ولا خصوصية يسمونه بخيار المجلس يدوم ثبوته بدوام المجلس وانتفائه بانقضائه ، بل تلك المرتبة - أعني اجتماعهما برضائهما على الفسخ والامضاء - ثابت لهما في كل حال وزمان ، سواء كان مجلس العقد أم مضى منه مدة طويلة كالاقالة ، بل هذه نفسها مضافاً الى أن اجتماعهما على شيء من الفسخ والامضاء برضائهما قليلة الوجود لكثرة اختلافهما في الرأي وجلب المنفعة الى أحدهما دون الآخر . فهذا فرد نادر فلا يصلح لتنزيل مساق الاخبار عليه .

فتحصل من تلك المقدمة : أن الثنية حقيقة للمتعدد وان البيعان ثبت الحكم لهما على سبيل الاستمالة ، فللبائع خيار مستقل مع قطع النظر عن المشتري وكذلك للمشتري .

« المقدمة الثانية » ان من المعلوم أن البائع غير المشتري وأنهما ضدان كالابيض والاسود وأن الضدين لا يجتمعان ، فلا يقال للاسود : أبيض ولا للابيض : أسود الا بالتصرفات العرفية والامضات الشرعية ، فانه كثيراً ما يطلقون الضدين - كالحركة والسكون - على موضوع واحد بتسامح من العرف وباعتبار تعدد الجهة ويقال لشيء واحد أبيض من جهة وأسود من جهة أخرى ، كما أنه يقال : أبيض بالنسبة الى شيء وأسود بالنسبة الى شيء آخر ، وكذلك الحركة والسكون . وكذلك البائع والمشتري ، فانهما مع كونهما ضدين يجتمعان في موضوع واحد ويطلقونهما على شخص واحد كالوكيل من المالكين حيث باع بنفسه مال أحد الموكلين واشترى بنفسه من جانب الموكل الآخر ، فيقال على هذا الوكيل الواحد : بائع ومشتري في العرف والشرع ، فيجري عليه كل حكم ثابت للبائع لكونه بائعاً .

وكذلك كل حكم ثابت للمشتري ، فانه اذا ثبت حكم للبائع بان يقال : البائع حكم كذا وكذا ، كما أنه يقال : لابه من كونه بائعاً عاقلاً ، فيؤخذ باطلاقه

فنه حكم بثبوت هذا الحكم لمصداق البائع سواء كان واحداً أو متعدداً وسواء كان مشترياً أولاً ، وكذلك في جانب المشتري فكل حكم ثابت للمشتري يسري الى جميع مصاديقه بمقتضى الاطلاق لان اعتبار انفراده بحيث لا يصدق عليه عنوان آخر تبيدله ومنفي بالاطلاق .

وحيث ثبت ذلك نقول :

في الخبر المذكور انما ثبت الخيار للبيعان الذي يراد به البائع والمشتري ، فقوله « البيعان بالخيار » بمنزلة أن يقال : « البائع مطلقاً بالخيار » ، أي سواء كان منفرداً أولاً « والمشتري مطلقاً بالخيار » سواء كان منفرداً في هذا العنوان أو يصدق عليه عنوان آخر أيضاً ، فان كان العاقد واحداً ووكيلاً مطلقاً أو مستقلاً في التصرف كالاولياء ، يصدق عليه البائع والمشتري بحكم العرف وامضاء الشارع فالحكم الثابت لهما ثابت لهذا العاقد الوكيل أو الولي بمقتضى الاطلاق .

والحاصل : أن « البيعان » الذي هو موضوع الحكم مطلق ليس فيه قيد الانفراد ، فيجوز حينئذ التمسك باطلاق « البيع » فنقول : ان حق الخيار ثابت له سواء كان وكيلاً أو ولياً من الطرفين ويصدق عليه المشتري أيضاً كالعاقدين الواحد من الطرفين أو كالعاقدين المنفردين .

فاحتمال أرادة الانفراد من « البيعان » مدفوع بالاطلاق - أعني اطلاق المادة - ولا ينافي ذلك مع تعدد العنواين ولا كون البيعان تشبیه ، لانا نقول أيضاً : البيعان عبارة عن الاثنين وانه بائع ومشتري لعدم الفرق بين قوله « البيعان بالخيار » وبين « كل من البائع والمشتري بالخيار » وأن مقتضى اطلاق العنواين عدم التفرقة بين تحققهما في شخصين منفردين أو تحققهما في شخص واحد فاحتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده حتى لا يثبت الخيار مع قيام العنواين في شخص واحد ، يدفعه الاطلاق كما هو واضح لاشبهة فيه .

ثم انه للتمسك بالنص طريق آخر كما صنعه في « الجواهر » وبعض فقهاء معاصريه - الشيخ علي « قدسه » - وهو حمل التثنية على عموم المجاز واردة الحقيقة من النفي في قوله « مالم يفترقا » فان ارادة السبب المطلق من النفي ارادة لمعناه الحقيقي .

فحاصل هذا الاستدلال يتوقف على مقدمتين :

أحدهما : أن التثنية وان كانت حقيقة للمتعدد الحقيقي ومجازاً في غيره بأن يراد منهما الواحد الحقيقي أو الاعم منه ومن المتعدد الحقيقي ، وحيث أن باب المجاز مفتوح مع مساعدة القرينة عليه ، فيراد من التثنية - أعني قوله « البيعان » - المعنى العام الشامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي وهو مطلق المتعدد، سواء كان متعدداً حقيقياً أو حكماً .

أما الحقيقي: كما اذا تعدد البائع والمشتري بأن باع شخص واشترى شخص آخر .

وأما الحكمي : كالوكيل العاقد الواحد اذا كان وكيلا منهما، فيقال: أنه باع ومشتري فيكون في حكمهما .

فقوله « البيعان بالخيار » بمنزلة أن البائع والمشتري لهما الخيار والعاقد الواحد الذي بمنزلة البائع والمشتري له الخيار ولا ينافي ذلك مع قوله « ما لم يفترقا » بل ان أراد منه النفي الحقيقي الشامل بجميع أفراده يكون قرينة على ارادة العام التدرج المشترك من التثنية .

وثانيهما: أن قوله « مالم يفترقا » حقيقة في نفي المادة - أعني الافتراق وهذا عام شامل لمورد كان الافتراق ممكناً كالمتعدد الحقيقي أو لم يكن ممكناً كالمتعدد الحكمي، فانه لا فرق في نفي الافتراق بينهما، كما أنه يصح في المتعدد كذلك نفيه يصح في الواحد، فان نفي الافتراق أعم مما كان من شأنه الافتراق وما لم يكن من

شأنه الافتراق لعدم الفرق في نفي الافتراق بينهما ، فمقتضى حمل النفي على الحقيقة واردة السلب المطلق مع ارادة عموم المجاز من البيعان، بأن يراد منه المتعدد سواء كان حتميةً أو حكماً ، بأن استعمل في القدر المشترك بين المعنى الحقيقي والمجازي كالامر اذا استعمل في القدر المشترك بين المعنى الحقيقي - أعني الوجوب - والمعنى المجازي - أعني الندب - من باب عموم المجاز واردة مطلق الطلب منه يوجب اندراج المتعدد الحقيقي والمتعدد الحقيقي الذي اذا كان في حكم المتعدد كالوكيل منهما في عموم قوله « البيعان » فيثبت الخيار لهما أيضاً بالنص .

قد ظهر لك أن الاستدلال بالنص المذكور بأحد الوجوه الاربعة انما ينفع المستدل ما لم يدعي المانع قيام التريئة الصارفة عن عموم قوله « البيعان » وشموله للعقد الواحد فلا بد للمثبت رفع احتمال تلك التريئة، فقد يقال من طرف المانع: أنه لو سلمنا عموم « البيعان » للمتعدد والواحد فيجب رفع اليد عنه بتريئة قوله « ما لم يفترقا » لظهور قوله « ما لم يفترقا » في المتعدد لانه لا يقال للواحد لم يفترق أو افترق .

وأجيب عن ذلك بوجوه :

(الاول) ما في « الجواهر » و « جامع المقاصد » بارادة السلب المطلق من النفي . ويقرر ذلك على وجهين :

أحدهما : أن سلب الافتراق قد يكون بانتفاء المحمول كما في صورة التعدد، فالمنفي انما هو باعتبار المحمول أعني الافتراق وقد يكون بانتفاء الموضوع كما لم يكن هناك متعدد كما في صورة العقد الواحد، فنفي الافتراق حينئذ انما هو من جهة انتفاء موضوعه - أعني المتعدد - كنفي المجيء عن زيد من جهة عدم وجود زيد ، فيقال : « ما جاء زيد » لعدم وجوده الذي يستلزم عدم المجيء ، كذلك في

المقام، فصدق لم يفترقا في المتعدد انما هو لعدم الافتراق فقط وفي صورة عدم المتعدد انما هو من جهة عدم تحققه في الخارج المستلزم لعدم تحقق الافتراق أيضاً .

بعبارة أخرى: ان الافتراق عبارة عن انفكك الموجودين وعدم اجتماعهما ، فنفي الانفكك قديكون من جهة اجتماعهما وقديكون من جهة انتفائهما في الخارج فحينئذ تكون السالبة أعم من انتفاء المحمول، فيتوجه اليراد عليه : أن المقر في محله مجازيته السالبة في انتفاء الموضوع فلا يصار الى ارادة الاعم من السالبة مهما أمكن .

وثانيهما : أن الافتراق أعم مما كان الافتراق ممكناً أولاً، فمنع ارادة الملكية منه أي ارادة خصوص نفي الافتراق – عن شأنه ذلك في محل المنع، بل المراد من قوله « مالم يفترقا » نفي مطلق الافتراق، سواء كان ممن شأنه الافتراق كصورة المتعدد أو لم يكن شأنه ذلك كالواحد .

بعبارة أخرى: أن نفي الافتراق أعم مما كان الافتراق مقدوراً أو غير مقدور كنفي المجيء عن زيد في قولنا: « ماجاء زيد » مطلق فيعم صورة امكان المجيء منه وكونه مقدوراً له أو يكون مستحيلاً عليه للعجز، فطريق اليراد على هذا التقرير هو أن يقال بمنع ارادة الاعم من الافتراق لمنافاته معه بل الظاهر ارادة الملكية منه – أي عدم الافتراق عن من شأنه ذلك – اذ الظاهر من مادة الافتراق مسبوقيتها للاجتماع .

(الثاني) مافي « الجواهر » أيضاً وهو بعد تسليم ظهور الافتراق في التمدد الا أنه «قده» قال : أمكن حينئذ القول بأنه لا يقتضي تخصيص مورد الخيار به ، بل أقضاه السقوط بذلك فيما يحصل به من أفراد، فلا ينافي ما دل باطلاقه على ثبوت الخيار للبائع .. الخ .

حاصله : ان النيد حيثئذ انما هو لبعض أفراد الموضوع ، فلا ينافي ثبوت الحكم لتمام أفراد موضوعه - أعني قوله « البيعان » - حيث أن الخيار ثابت لجميع مصاديقه واحداً كان أو متعدداً لأنه قيد للحكم ، ويضيق دائرته ويتصّره فيما ثبت ذلك النيد وذلك نظير قولنا « أكرم النوم ماركبوا » مع أن القوم بعضهم فارسين وبعضهم راجلين ليس لهم فرس ولا مركوب .

فان قلنا : ان « ماركبوا » قيد للموضوع لا يقتضي قصر الحكم لمورده بل وجوب الاكرام انما يتعلق بجميع أفراد القوم سواء كانوا ذوي مركوب أم لا . وان قلنا : أنه قيد للحكم ، يصير حاصله : قصر الحكم على القيد ونفيه عما عداه سواء كانوا راجلين أو راكبين ولكن ماركبوا . والاصل في ذلك ما يعنون في الاصول : أن الضمير المتعقب بالعام الراجع الى بعض أفراد كـ « بعولتهن » في الآية الشريفة الراجعة الى بعض أفراد المطلقات يتربصن أعني من كانت رجعية منهن حيث أنها عام شامل للرجعيات وغيرهن هل يخصص ذلك العام أم لا ؟

والجواب المذكور انما يتم على مذهب من رأى في تلك المسألة بعدم التخصيص وكذلك مبني على تعميم النزاع في تلك الى قيد وصفة ، فان العنوان وان كان خاصاً الا أنه يجري في كل عام متعقب بالصفة والنيد فان حاله حال المتعقب بالضمير كما صرح به العلامة في « التهذيب » على ما حكى عنه .

فان قلت : ان المترّر في تلك المسألة خروج الكلام الواحد عن مطرح نزاعهم كقوله تعالى « والمطلقات يتربصن » اما لعدم شمول كلامهم كما ذكره صاحب « الفصول » ان النزاع انما هو فيما اذا استغنى العام عن الضمير أو لعدم الثمرة كما رجحناه في الاصول ، فان الضمير في يتربصن - سواء قلنا بتخصيصه وعدمه - مقصور على مورد الحكم - أعني وجوب التربص - بل انما النزاع في متعدد الكلام . ولا ريب أن قوله « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » كلام واحد لان

قوله «مالم يفترقا» ليس كلاماً مستقلاً كقوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن» بل انزيا من التوابع والقيود .

قلت: وان خصصنا النزاع على كلامين مستقلين الا أن مناطه يجرى في أمثال المقام فيما تعدد الحكم ، فان قوله « مالم يفترقا » وان كان غاية لما سبق وان الغاية انما تتم بذاتها الا انه مشتمل على الحكمين ، فـ«البيعان بالخيار» مسوق لبيان ثبوت الخيار لهما و « مالم يفترقا » مسوق لبيان دوام الخيار بعدم الافتراق وسقوطه بالافتراق ، فالعبرة انما هو على تعدد الحكم ووحدة ، فمن جهة اشتمال الكلامين على تعدد الحكم والكلام الواحد على الحكم غالباً عبّروا عن تعدد الحكم بالكلامين وأخرجوا الكلام الواحد لاشتماله على الحكم عن محل نزاعهم . وكيف كان، الجواب المذكور حسن على القول بعدم تخصيص العام المتعقب بالقيّد فديتم عند من ذهب بالتخصيص .

(الثالث) مافي «الجواهر» أيضاً وذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » : بأن القيد مبني على الغالب ولا يصير مخصصاً للبيعان على بعض أفرادها على صورة التمدد حتى يكون العاقد الواحد خارجاً عن اطلاقه، فان القيود اذا وردت مورد الغالب ليس لها مفهوم كما هو مسلم عندهم وذكره ارسال المسلمات ممثلاً لها قوله تعالى «وربائبكم اللاتي في حجوركم» فانه لا ينفي الحكم عن الربائب التي ليست في الحجور .

وينبغي لهم أن يضموا الى قولهم : - بعدم المفهوم في القيد الوارد مورد الغالب - عدم المنطوق له أيضاً، لان المقصود هو ترتب الحكم على طبيعة المقيد من دون اعتبار انضمام التيد فان الحكم انما يترتب على الربائب سواء كانت في الحجور أم لا . فمقتضى عدم المفهوم للتيد كونه عماعداً المنطوق ساكناً مع أن المقصود ترتبه عماعداً أيضاً .

فالحاصل: أن القيد الوارد مورد الغالب وجوده كعدمه ليس مؤثراً في الحكم لا وجوداً ولا عدماً، بمعنى «لا» في جانب المنطوق و«لا» في جانب المفهوم بل انما ذكر القيد لانه غالب الوجود .

أقول: في ذلك ما لا يخفى، فان القيد اذا كان ليس في ذكره أثر ولا ثمرة في بيان الحكم يكون ذكره في كلام المتكلم لغواً زائداً . نعم، لو كان فيه اهتمام أو تبرك أو تلذذ وغير ذلك من المزايا المذكورة التي توجب انتفاء المفهوم لكان في ذكره وجه، وأما اذا لم تكن في ذكر القيد جهة من تلك الوجوه ولا الدلالة على المفهوم الا مجرد كونه وارداً مورد الغالب يكون ذكره حينئذ مستدر كاً كوضع الحجر بجانب الانسان لتأمينة غرض المتكلم بدون ذكره ، بل يكون مقصود المتكلم من اقتصار الحكم على طبيعة المقيد حاصلًا فليس في ذكر القيد اهتمام ولا تبرك حتى يوجب لذكره ، وكونه وارد مورد الغالب لا يكون باعثاً لذكره وبيانه كما هو واضح لمن تأمل وان صدر منهم جلاً أو كلا : ان القيد الوارد مورد الغالب موجب لالغاء المفهوم، الا أن كونه موجباً لذكره لا يكاد أن يذكر له وجه صحيح .

قال في «الجواهر»: لامناص بعد القول بثبوته عن القول بعدم سقوطه في المتأخر عن مجلس العقد، بل ذلك هو المشهور .

وقال المصنف : ولو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب والجد ، كان الخيار ثابتاً مالم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد، بل في «الجواهر»: لم يظهر فيه خلاف منهم، نعم عن «المبسوط» كالمتمن حكايته، فالقول بسقوطه بمفارقة المجلس الذي عتد فيه، ذكره المصنف حكاية والشهيد احتمالاً على بعد، نعم عن الصيمري اعتماداً .

وكيف كان يدل على الثبوت: منطوق قوله «مالم يفترقا» بناءً على عدم صدق

الافتراق في الواحد واردة الملكية منه ومفهوم قوله « فان افتراقا » أوجب البيع واستدل في « الجواهر » بالاستصحاب وعدم ما يدل على تنزيله منزلة افتراقهما .
ولكن يستدل على السقوط بوجوه لفتتها في « الجواهر » كلها ضعيفة :
منها : لزوم الضرر في بقاء الخيار .

فيه : ان الضرر انما يلزم على قول الشيخ من عدم حصول الملك في زمن الخيار أو على القول بالحصول مع الحجر عن التصرفات ، وكلاهما خلاف المشهور مضافاً الى اندفاع الضرر باشتراط الفسخ والسقوط ، والا أقدم بنفسه مع العلم به .

ومنها : أن الاصيلين اذا فارقا مجلس العتد سقط الخيار وكذا وكيلهما ، لئلا يلزم مخالفة الفرع للاصل .

فيه : أن المسقط ليس هو المفاارقة عن مجلس العقد ، بل لابد معه من افتراق البدنين وهو منتف في الفرع .

ومنها : اطلاق كلماتهم على جواز بيع الوكيل ماله من موكله وجواز بيع مال موكله من نفسه كاطلاق الأدلة على نفوذ فعل الوكيل ، فلو دام الخيار وجب التفصيل والتقييد بما كان فيه الغبطة ، حيث ان تصرفات الوكيل موقوفة على الغبطة ولا غبطة كثيراً مع دوام الخيار .

فيه : أن الاطلاق ليس مسوقاً لبيان هذا بل تركوه لوضوح اشتراط تصرفات الوكيل على الغبطة فان وجد مع الدوام فيها والا بطل .

مسألة

في مستثنيات خيار المجلس

يستثنى من ثبوت خيار المجلس موارد وقد ذكروا بعضها وتركوا منها

لوضوحه فمنها: بيع الطعام في الذخمة، فلا خيار فيه لاستلزامه نقض الغرض، فان البيع واجب لحفظ النفس المحترمة، فلو فسخ واسترد الطعام لما يحصل المقصود من البيع.

فيه: أن الواجب انما هو سدّ جوعه والبيع يصير مستقلاً عنه، فللبائع أن يفسخ ويسدّ جوعه بعنوان العطية أو غيرها أو يقال: له أن يفسخ هذه المعاملة لثقل ثمنه مثلاً ثم يبيعه بأكثر من الثمن الاول.

ومنها: بيع المحتكر الطعام عند حاجة الناس، حيث يجب عليه بعد ثلاثة أيام - في الفلاء - والاربعين - في الرخاء -، بل لو امتنع يجبر عليه الحاكم، فلو باع ثم فسخ لكان نقضاً للغرض.

فيه: أن الواجب عليه ارسال الطعام حيث يحرم عليه حبسه، فالبائع اذا أوجد البيع من شخص بثمان مخصص فسخه ثم يبيعه بثمان آخر أو يبيع لشخص آخر. ومنها: بيع عبد كافر لكافر اذا أسلم، فالواجب بعد اسلام العبد يبيعه لمسلم لعدم جواز كونه في ملك الكافر لان كونه في ملكه سبيل له عليه و « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ».

وقد يورد على هذا: بأن السبيل هو أدامته في ملكه، فللكافر أن يفسخ ثم يبيع لمسلم آخر، فان الممتنع هو الاستدامة وثبوت الخيار له وجواز فسخه في المعاملة الشخصية مع تعقبه للبيع الاخر لا ينافي الاستدامة التي هي منفية عن الكافر، فالاولى أن يقال: أنه تتعارض أدلة نفي السبيل مع أدلة الخيار، فيكون المرجع أصالة اللزوم.

أقول: هذا ما ذكره شيخنا الاستاذ « دام ظله » في مجالس البحث، ولكنه كما ترى. أما الفترة الاولى: - أعني جواز فسخ الكافر مع تعقبه للبيع لمسلم آخر - فهو أيضاً منفي بنفي السبيل، بل هذا أولى من أول الامر من الاجبار على البيع

وأخراجه عن ملكه ، فاذا كان البقاء في ملكه سبيلا له عليه فيجبر على البيع ، لكن القول بالسبيل في ادخاله في ملكه أولى لانه سلطنة جديدة فلا يجوز حينئذ الفسخ لاستلزامه دخول المسلم في ملك الكافر ، فالقول بثبوت الخيار له سلطنة وسبيل له على المسلم ، فهو منفي .

وأما الفقرة الثانية : فلعدم مقاومة أدلة الخيار مع أدلة نفي السبيل ، اذ أدلة نفي السبيل مسوقة للامتنان وآية عن التخصيص فتكون مقدمة على سائر الأدلة التي ليست بتلك المثابة والسوق .

ومنها : بيع من ينعق بمجرد الشراء . فيه وجوه بل أقوال :
الاول : ماذهب المشهور اليه من عدم الخيار مطلقاً والمحكي عن ظاهر « المسالك » انه محل وفاق وعن « التذكرة » ما يترتب لذلك .
الثاني : ثبوته مطلقاً . ولم نعثر له قولاً إلا أن في « الحداثق » التوقف في سقوط الخيار .

الثالث : التفصيل بين البائع والمشتري ، فلا خيار للثاني دون الاول . نسب ذلك الى « الدروس » .

الرابع : التفصيل بين العين والقيمة ، فلا خيار في العين مطلقاً دون القيمة ، فالاولى أن نتكلم تارة في العين وأخرى في القيمة ، أما في العين : فالدليل على اللزوم وفاقاً للمشهور أن المقتضي له موجود من الاصل والعمومات والمانع عنه ليس إلا أدلة الخيار ، فهي لا تصلح للمانعية . ولا يثبت الخيار في المقام لوجوه :
« أحدها » : تمارضها مع ما دل على العتق ، فهو امامقدم عليها أوبتكافاً فيرجع الى أصالة اللزوم المؤسسة في المسألة .

وتوضيح ذلك : أنه لا شك في دلالة الادلة الدالة على العتق بمجرد الملك - كما في الصحيح - فيمن ينعق من الرجال والنساء أنهم اذا ملكوا اعتقوا وأنهن

إذا ملكن اعتقن، وغير ذلك مما لا مجال للارتباب، فتصور حينئذ في العتق حالات ثلاثة :

أحدها : اللزوم بمعنى أن العتق لا يصح متزلزلاً وإن الحر لا يعود رقاً .

ثانيها : الجواز بمعنى التزلزل في العتق لعدم استقراره ، فيجتمع مع عوده رقاً .

ثالثها : الشك بأن العتق في زمان الخيار هل هو على سبيل اللزوم أو على سبيل التزلزل، فالمعارضة بين أدلة الخيار وأدلة الانعتاق من باب العموم من وجه لو لم يكن الدليل على حصول العتق بمجرد البيع والا تصير معه أخص مطلق ، فتقدم على أدلة الخيار قطعاً .

فمفاد أدلة الخيار حصوله في البيع، سواء كان بيع من يعتق أم لا، ومفاد أدلة العتق انعتاقه بالملك سواء كان بالبيع أو غيره والقاعدة في التعارض - لولا الترجيح - التساقط والرجوع إلى الأصل في المسألة .

ف نقول: إن قلنا بأن العتق لا يقع متزلزلاً وأن أدلة العتق كلها مفادها هو العتق المستقر بحيث لا يعود رقاً ، أما بنفسها أو علم ذلك من دليل خارجي كما هو الأقوى ، فتتعارض أدلة الخيار مع أدلة العتق .

فتد يقال : الترجيح مع أدلة العتق لبنائه على التغليب وكونها أنص من أدلة الخيار بالنسبة في ذلك المورد ولاعتضادها بالشهرة ولكن مع الغض عن تلك المرجحات وإن كان بعضها ليس بصحيح عندنا وهو جابرية الشهرة الفتوائية واعتضاد الدليل بها كما هو الحال في المقام ، وإنما نقول بالاعتضاد في الشهرة إذا كانت في الرواية ، نقول في المقام لأقل من التكافؤ والتعارض فتتساقطان فيرجع إلى الأصل في المسألة ، وهو - كما أسلفنا - أصالة اللزوم .

نعم ، على الاحتمال الثاني - أعني ما إذا علم أن العتق إنما هو متزلزل قطعاً

في المقام بحسب دلالة أدلته - فلاتعارض حينئذ بينهما ، اذ أدلة العتق على هذا الاحتمال لاتدل الاعلى انعتاقه متزلزلا بحيث يقبل للعود الى الرقية ، فهي لاتنافي أدلة الخيار وثبوت السلطنة في الاسترجاع ، ولكن الكلام في المبني ، لعدم العلم بأن العتق انما يقع متزلزلا .

واما على الاحتمال الثالث فيتعارضان مع ضميمة الاصل الموضوعي ، أعني استصحاب الحرية وعدم عوده رقاً ، فمفاد أدلة الخيار جواز استرجاعه ، ومفاد أدلة العتق انما هو حصول العتق والحرية ، ولكننا شك في أنه على سبيل اللزوم حتى يحصل التعارض ، أو على سبيل النزول حتى لا ينافي أدلة الخيار .

فمقتضى استصحاب الحرية ترتيب آثاره والبناء على اللزوم وتنزيل تلك الأدلة - مع الشك - منزلة العلم باللزوم كالصورة الاولى ، فمع ملاحظة ذلك الاصل يحصل التعارض ويرجع الى أصالة اللزوم .

هذا ما أفاده شيخنا الاستاد « دام ظله » ، وقد أورد على ذلك : أن الاصل محكوم في مقابل أدلة الخيار ، لانها تدل على ثبوت الخيار والسلطنة على فسخ العقد واسترجاع العين ودخولها في ملك البائع ، ولازم ذلك عدم دوام الحرية وارتفاع الشك في بقاءه .

أقول : مع الشك في تزلزل العتق أيضاً تسقط أدلة الخيار عن الاستدلال بها على ثبوته ، فان أدلة الخيار انما تدل على الفسخ واسترجاع العين حيث أمكن ، بمعنى أنها مشروطة بقابلية المحل ، بأن يكون المبيع قابلاً للملك ، وأدلة العتق وان كانت لاتدل الاعلى حصول العتق بمجرد البيع والتملك ، الا أنها شككتنا في أنه هل هو على وجه اللزوم بحيث لم يكن قابلاً للملك بعد بالاسترجاع ولاتزول الحرية ولا يعود الى الرق ، أو على وجه التزلزل بحيث يكون قابلاً للملك والاسترجاع .

فعلى الاول لاسبيل الى الخيار واسترجاع العين بفسخ العقد . وعلى الثاني يجتمع مع الخيار ، فمع الشك فيهما واحتمال كليهما لا يتعين الحكم بالخيار بالادلة الدالة على ثبوت الخيار، لان الشك في تلك المبيعة الشخصية انما هو في قابليتها للخيار فلا بد من الرجوع الى الاصل أيضاً .

فالحاصل مع العلم بلزوم المتق وأن الحر لا يعود رقاً يحصل التعارض بين أدلة الطرفين ، فلسان أدلة الخيار تخصيص المورد، أعني شراء من ينعق عما اذا ملكوا انعتقوا فلا يقع العتق حتى يلزم، ولسان أدلة المتق تخصيص المورد عن أدلة الخيار ، فبعد التكافؤ يرجع الى أصل اللزوم ومع العلم بتزلزله لاتعارض بينهما فيصير المرجع والمحكم أدلة الخيار وأما مع الشك فلا مخرج أيضاً لادلة الخيار اما للتعارض أو لعدم احراز القابلية فلا بد أيضاً من الرجوع الى الاصل في المسألة . « وثانيها » ستوط الخيار بقاعدة الاقدام ، فان بيعه ممن ينعق عليه ، اقدام على اذلافه واخراجه عن المالية . وكذلك من جانب المشتري أيضاً، فان شراؤه مع العلم بانعتاقه عليه اقدام على اذلافه واخراجه عن المالية .

فيه : أن الاقدام على اذلافه لا يدل على الالتزام بالعقد حتى يسقط الخيار ، حيث أن الاقدام بنفسه ليس من المسقطات، ودلالته على أحد المسقطات في ذلك الخيار محل منع وخدشة، فانه لو دل انما يدل على الرضا بالمعاملة والالتزام بها كما ذكره المورد، ولكنه كما ترى، لان الاقدام على الانعتاق ليس التزاماً بالعقد من حيث المعاملة ولارضاءاً وتوطئاً على العين من حيث المعاملة، فان المقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغين عن نفسه .

أقول : ويزيد على ذلك أن كون الاقدام انما ينفع جريان أدلة الخيار اذا قلنا يكون العتق لا يقع الا على وجه الاستقرار واللزوم بحيث لا يمكن عوده رقاً، وهو أول الدعوى، ولو ثبت لاحاجة الى التمسك بالاقدام لكفايته حينئذ في سقوط

الخيار بعد البناء على حصول الانعقاد .

وأما اذا قلنا بالتزلزل أو احتملناه ، فلم يكن البيع حينئذ اقداماً على التلف ، والحاصل ، أنه حسن على هذا المبنى ، فمع الشك في لزوم لايجري الامع الاصل الموضوعي ، أعني استصحاب الحرية (فتأمل) مضافاً الى أنه انما يتحقق مع علمها .

« وثالثها » : أنه كما سيجيء أن من المسقطات التصرف ، ف شراء من ينعقد عليه اما تصرف فيه أو اتلاف له ، فعدم ثبوت الخيار بالاتلاف أولى بالنسبة الى التصرف .

فيه: ان المستط انما هو التصرف في المبيع أو اتلافه، ففي الفرض المذكور لم يتحقق عنوان المبيع ولا التصرف فيه أو الاتلاف له ، بل انما يحصل العتق بمجرد البيع .

ولكن يندفع ذلك بكفاية حصوله آنأ ما ، بل تقدمه طبعاً وان لم نقل زماناً يكفي في صدق عنوان تصرف المبيع واتلافه مضافاً الى جريان المناط في كون التصرف والاتلاف مسقطاً ، فان الملاك فيه انما هو الالتزام بالعقد ، فمتى حصل التصرف في المبيع يكشف عن الالتزام بالعقد فيسقط الخيار ، وكذلك هنا ، بأن نقول: شراء من ينعقد عليه يكشف عن الالتزام بالعقد وان لم نقل بتحقيق عنوان تصرف المبيع فيسقط حينئذ الخيار .

ومنه يظهر وجه التفصيل بين البائع والمشتري ، بل ذلك – أعني الوجه الاخير – هو المعتمد في محتمل «الدروس» ، حيث أن التصرف والاتلاف انما هو في جانب المشتري ، فالخروج عن المالية انما هو مستند اليه فيسقط الخيار ، وأما بالنسبة الى البائع فلا ، فيبقى له الخيار ، فان يمكن استرجاع العين فيها والا فيتعلق حته بالقيمة .

هذا كله بالنسبة الى العين ، فقد عرفت سقوط الخيار لتعارض أدلة الطرفين والرجوع الى أصل اللزوم ، مضافاً الى أن أخبار العتق هي المعمول بها عند الاصحاب وكفاية الوجهين الاخيرين فى سقوط الخيار فتسقط أدلة الخيار عن الاعتبار .

وأما بالنسبة الى أخذ القيمة فلامنافاة ولا مانع بالنسبة اليه، بل قد يقال أنه هو مقتضى الجمع بين أدلة الخيار وأدلة العتق فحينئذ يفرض المنعك كالتالف لمادل الدليل من الاجماع وغيره على أن الحر لا يعود رقاً، فيستحق البائع قيمته ولكن قد يقال : أن القيمة بدل العين فيمتنع استحقاق البدل بدون استحقاق المبدل .

ومنها: ما ربا ع حربي حربياً ممن ينعق عليه، فهل يجري فيه خيار المجلس كسائر أحكامه؟ فيه اشكال من جهة الرد فى صحة البيع وعدمه، بمعنى أنه هل شراء المسلم له منه على وجه الاستنقاذ حتى لا يجري فيه الخيار ، أو على وجه البيع فيثبت فيه الخيار ؟

قال العلامة «قده» فى كتاب بيع الحيوان والانساي: وكل حربي قهر حربياً فباعه صحح - وان كان أخاه أو زوجته أو من ينعق عليه كابنته وبنيه وأبويه - على اشكال ينشأ من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض ودوام الترابسة الرافعة للملك بالقهر .

والتحقيق: صرف الشراء الى الاستنقاذ وثبوت الملك للمشتري بالتسليط ، ففي لحقوق أحكام البيع حينئذ نظر، الخ.

والاشكال فى صحة البيع تراحم سبب الملك مع سبب العتق ، فالقرابة تقتضي كونه منعتاً على الحربي ، وقهره عليه يقتضي كونه مملوكاً له فمقتضيهما دائم كما اذا أوقع العتد الوكيلان فى آن واحد فى مال مخصوص للموكل ،

فمقتضى تعارض السببين سقوطهما مع التكاثر ولا كلام فيه ، وانما الكلام هنا في أنه هل السببين متكافئان أم لا ؟ بل لاحدهما ترجيح على الآخر ؟ فان قلنا الترجيح في جانب الملك فنتيجته الصحة ، وان قلنا أن الترجيح في جانب العتق فنتيجته أن يكون الشراء الاستثناء ، فلا تجري عليه حينئذ أحكام البيع قطعاً .

والكلام يقع هنا تارة في ترجيح سبب الملك على سبب العتق ، وأخرى في أصل سببية الملك بمعنى ان قهر الحربي حربياً - وان كان ممن يعتق عليه - هل هو من أسباب الملك أم لا ؟

أما الكلام في ثبوت سبب القهر من الكافر الحربي على مثله للملك ، فقد يستدل عليه بالاجماع على كون الاستيلاء من بعضهم على بعض مملوك كاستيلاء المسلم ، وبالنصوص الواردة في القهر عليهم .

منها : اطلاق ما قال رفاعه - في الصحيح - لابي الحسن عليه السلام : أن القوم يغزون على الصغالية والروم ، فيسترقون أولادهم من الجواري والغلمان فيعمدون الى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم الى بغداد الى التجار ، فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وانما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم ؟ فقال عليه السلام : لا بأس بشرائهم ، انما أخرجوا من الشرك الى دار الاسلام . فترك الاستفصال يعم الحربي وغيره ، وكون المقهور ممن يعتق على الحربي أم لا ، مضافاً الى عموم السؤال وشمول القوم على الحربي وغيره .

ومنها : صراحة رواية اللحام ، حيث سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته يتخذها ؟ قال : لا بأس .

ومنها : اطلاق خبر ابراهيم بن عبد الحميد عنه عليه السلام أيضاً في شراء الروميات فقال : اشترهن وبعهن .

وخبر عبد الله اللحام ، سأل أيضاً عليه السلام عن رجل اشترى امرأة رجل من أهل

الشرك يتفخذها ؟ فقال : لأبأس .

قد يشكل ذاك وفاقاً لما في « الجواهر » لو انحصر الدليل على ذلك، أما
الاجماع فالمعلوم منه منقول لا يصلح للاعتماد في أمثال المقام التي يجب الرجوع
فيها الى أصالة الحرية وعدم ملك الناس بعضهم بعضاً. والمحصّل منه غير معلوم
وأما النصوص : فمحتملة لارادة التسلط العرفي من الشراء فيها، كما قال في «الجواهر»
مضافاً الى ارادة المخالفين من ملوك أهل الجور من التوم في الرواية الاولى ،
كما هو ظاهر عند التأمل في متن الرواية من الشواهد على ذلك من البعث الى
بغداد وقوله : ونحن نعلم أنهم قد سرقوا ، وانما أغاروا عليهم من غير حرب كانت
بينهم .

نعم في رواية اللحام صراحة في أن قهر الحربي ابتسه سبب لملكه، الا أن
القرينة الفعلية على خلافه وهي كما ستظهر لك، لتزاحم السبين - أعني سبب الملك
وسبب العتق - فيجب حمل الشراء على التسلط العرفي ، خلافاً لما حكي عن
صاحب « الحقائق » حيث جعل الرواية المزبورة مخصصة للدالة الدالة على
انعتاق من ينعق عليه وعدم كون القرابة المخصوصة سبباً للعتق فيما كانا حربيين .
وكيف كان فلو تم الاجماع على سببية التهر للملك، سواء كان للمسلم والكافر
وسواء كان على النريب - كالأبوين والابن والبنت - أو على غيره، كما هو المحكي
عن صاحب « كشف الغطاء » بأن الاجماع بقسميه ثابت، فهو، وتنزل عليه الروايات
أيضاً وتنطبق عليه رواية اللحام ، وهو غير بعيد كما هو المشهور ، الا أنه قال في
«الجواهر» ومع ذلك لا يخلو عن اشكال كما في «الجواهر» .

أما الكلام في الصريح - أعني ترجيح أحد السبين على الآخر - حيث سلمنا
قهر الحربي قريبه من أسباب الملك فيتعارض حينئذ مع سببية القرابة المخصوصة

للعنق ، ففي من ينعنق عليه القرابة رافعة للملك ، والقهر سبب له ودوام القهر يقتضي الملكية وما منع عن العنق ومبطل له لو فرض ، فلا اشكال في أنه لولا الترجيح في نزاحم السببين كنزاحم الحتين ، مقتضى القاعدة السقوط الا أنه يمكن ترجيح أحد الطرفين ، فقد يتال : الترجيح في جانب العنق لوجهين :

الاول : أن سببية الملك مهمة ، فيعمل مقتضى العنق عمله ، كما يستفاد من « جامع المقاصد » بأن يقال : التهر يقتضي ملك غير المملوك فلا يعتل كونه مقتضياً لملك المملوك فسببية التهر انما هو في غير المملوك ، وأما في المملوك مهمة لا تأثير لها فعلا . وأما مقتضى العنق فيعمل عمله لقبول محله فعلا .

والحاصل : أن في القهر أثراً في الان الاول ولا أثر له في الان الثاني لعدم تأثيره في المملوك فهو حينئذ مهمل ، بخلاف مقتضى العنق فانه يعمل عليه فيصير حراً .

فيه : يستفاد مما في « جامع المقاصد » أيضاً أن سبب الملك يؤثر أثره أيضاً فيعود الى الملك ، غاية الامر أنه ملك ظاهري بسبب مستقل ، والقرابة التي هي سبب العنق ليست مانعة عنه ، بل انما تمنع عن دوام الملك لا ابتداءً ، فلو كانت مانعة عن ابتداء الملك أيضاً لامتنع دخول التريب في الملك المقتضي لانعتاقه . الثاني : ما ذكره في « الجواهر » بمنع استواء السببين باعتبار تقدم القرابة على التهر الذي هو سبب الملك ، لان القرابة الحاصلة بانعتاد النطفة لاريب في كونها قبل التهر .

فيه : ما لا يخفى اذ تقدم القرابة بانعتاد النطفة لا يوجب مزاحمة سبب الملك فضلاً عن تقدمه عليه وكونه أقوى منه بداهة أنه مع تحقق القرابة وتقدمه ويؤثر سبب الملك أثره لما ذكرنا من أن الترابية لا تمنع عن الملكية . نعم ، انما تمنع عن دوامه لولم يتل بالمزاحم والمعارض وقد يستدل على ترجيح سبب

الملك بوجوه :

أولها : مافي « الجواهر » من بقاء الملك ، لانه ان قلنا بتوقف العتق على تقدم الملك ، زماناً ، فليس لان لكل زمان يقارنه سبب الملك فلم يزل مملوكاً عتيقاً ، وان قلنا بتوقفه عليه ، والتقدم الذاتي فممنوع لانه كفرسي رهان .

وثانيها : مافيه أيضاً من التمسك بقوله « ألزموهم بما التزموا به » فعدم جواز التملك عندنا غير قادح في جواز الاخذ الزاماً بمذهبهم ، حيث أن مذهبهم : ان قهرهم لنريهم يوجب الملكية والشراء ولاينعتق عليهم على مذهبهم ، فمقتضى « الالتزام بما التزموا » تقديم جانب الملك وجواز الشراء منهم .

وثالثها : أن القهر لما كان دائماً وليس مشروطاً في تأثيره بشيء ، امتنع حصول العتق ، فدوام القهر يمنع من الخروج عن الملكية . بعبارة أخرى : أن سبب العتق مشروط بالملكية لانه لا يؤثر الا مع حصول الملك وسبب الملك مطلق والمشروط لايعارض مع المطلق لاقوائمه .

والتحقيق في الجواب عن الترجيعين أن يقال: أما عن الترجيع الاول الذي ذكر في طرف العتق بوجوه :

« أولها » بأنها مصادرة محضة ، لان تأثير سبب الملك في الان الاول الملكية حتى يكون المحل قابلاً لاعمال مقتضى العتق عمله ، أول الكلام ، لاننا نمنع تأثير قهر الحربي قريبه الملكية من أول الامر لابتلائه بالمعارض .

فان قلت : ان سبب العتق لامعارض له ولانمنع عن تأثيره من أول الامر بل انما نمنع عن دوامه ، بل هو من شرائط العتق ، فتأثير سبب العتق موقوف على حصول الملكية ، وأما تأثير سبب الملك لاتوقف له وليس بمشروط على شيء فيؤثر أثره في الان الاول من دون التزام والتمانع .

قلت : سيظهر لك عند ذكر الجواب عن ترجيع الملك أنه لا يؤثر سبب

الملك حتى في الان الاول ، فانتظر .

« وثانيها » أنه معكوس عليه بأن يقال بعد اعمال المتمضي للعتق أثره ، فلا أثر له بعده لانه لا عتق عتیب العتق ، فيصير في الان الثاني مهملًا ، فيعمل حينئذ سبب الملك عمله أيضاً ، اذ المفروض دوامه وبقائه ، بعبارة أن قريب الحربي اذا كان مثله ، يقبل في الان الاول للتملك فقهره ، فعمل سبب العتق عمله بعد القهر لقبول محله ، فصار كالاول من الحربي المباح الذي يجوز تملكه ، فيقبل حينئذ لتأثر سبب الملك ولا يصل في ذلك لتأثير سبب الترابية ، فيصير سبب العتق مهملًا على عكس ما ذكره .

« وثالثها » أن سبب الملك لا تأثير له في الان الثاني في احداث الملكية ، لان بعد حصول الملك لا يؤثر سببه في المملوك ، الا أنا نقول : له تأثير في ابقائه فدوام السبب يسوجب دوام المسبب فيكفي في تزاحمه مع سبب العتق في الان الثاني ، اذ المفروض أن القهر في كل آن ثابت ، فكما يكون علة لاحدائه كذلك يكون علة لابقائه ، فهو في الان الاول علة محدثة وفي الان الثاني علة مبقية فلا يصير في الان مهملًا ولا يتوجه على هذا قوله : أنه لا يتعلل كون القهر في الان الثاني متمضيًا لملك المملوك فيكون مهملًا ويعمل مقتضى العتق عمله لمنع اهماله في الان الثاني بل انما هو يؤثر في بقاء الملك ، فيتعارض حينئذ مع سبب العتق في التأثير في الان الواحد ، فلا يترجح جانب العتق ، كما هو الحال في تعارض السببين .

« ورابعها » أنا نقول : كل من السببين يؤثر أثر الجديد ، فسبب الملك يحدث في الان الاول الملكية فقبل المحل لتأثير سبب العتق فحدث العتق ، ثم أيضاً يعود الى الملك ويحدث الملكية الجديدة لغرض دوام سببه ، ثم بعد حدوث الملك يحدث القرابة العتق فيتلاحق كل منهما على الاخر فيتمسك لهما ، فيكون كل منهما متزلاً لا بمعنى أنه يتقدم بعد وجوده ويحدث بعد انعدامه .

فان قلت : لازم ذلك عدم ثبوت الملكية المستقرة للحربي في قريبه ، فيبطل بيع الحربي قريبه لعدم الملكية الثابتة ، بل لو سلم انما هو ملكية متزلزلة ، فيكفي ذلك على المستدل .

قلت : أنالسنا في مقام بطلان بيعه وصحته في هذا المقام بل انما الكلام هنا في ترجيح سبب العتق على سبب الملكية فهو لم يثبت بما ذكره ، وهو المطلوب هنا ، وأما صحة بيعه سنذكر لك ان فيه قولين ، فانتظر ، والترجيح بينهما وكذلك الوجه الثاني الذي ذكر في « الجواهر » مدفوع بأن القرابة السابقة المتحققة قبل سبب الملكية لا تأثير له ولا سببية معه ومع حصوله يقع التعارض والتزاحم في التأثير .

وأما عن الترجيح الذي ذكره في « الجواهر » لبقاء الملك ، حاصله : أن تأثير سبب العتق يتوقف على الملك لهداية أن القرابة الخالية عن الملك لا يؤثر شيء من العتق ، ومن المعلوم أن الموقوف عليه لا بد من تقدمه اما زماناً أو ذاتاً وطبعاً ، وكلاهما منتف ، أما الاول : فلو صرح بعدم تقدمه على سبب العتق ، وأما الثاني : فلانهما كفرسي رهان ليس أحدهما مقدماً على الآخر بحسب الذات كتقدم العلة على المعلول ، فانهما وان لم يتقدم وجود أحدهما على الآخر ولو آنآماً ، إلا أن العلة مع ذلك مقدمة على المعلول بحسب الذات .

وفيه ما لا يخفى لان ذلك ينتج خلاف المقصود ، اذ ان فرض اثبات الملكية وبقائه وترجيحه على العتق ومقتضى ذلك عدم ثبوته لانقضاء الملكية قبل العتق ، زماناً وذاتاً على ماسلكه ، ومع ذلك من أين تحصل الملكية ، اذ بعد فرض كونهما كفرسي رهان لا يتقدم تأثير أحدهما على الآخر ، وحيث أنهما متنافيان في التأثير فكل منهما يمنع عن تأثير الآخر ، بل هو تسليم بأنه من قبيل تزاحم الاسباب ، ومع ذلك فكيف يمكن ترجيح بقاء الملك وتأثير سببه .

لا يقال : أن تأثير سبب العتق مشروط على حصول الملك ، فمالم يحصل الشرط لم يحصل المشروط ، فيكون تأثيره موقوفاً بخلاف سبب الملك فانه ليس مشروطاً بشيء فيؤثر فيه حصول الملك ويبقى ببقائه ، فيكون الترجيح معه لتقدم الشرط على المشروط ذاتاً .

لانا نقول : في كل حين من أحيان الشرط يقارنه سبب العتق الذي هو المشروط فكل من الشرط والمشروط حيث كانا مفارقين ومتنافيين في الآخر لا يتعقل تأثيرهما لوقوع التزاحم والتعارض ، ضرورة أنه لا يحصل في زمان الملك العتق ، فلا ينتقض ذلك بالبيع في من ينعق عليه ، حيث أن البيع الذي سبب الملك يحصل ثم يؤثر القرابة العتق لعدم تنافي سبب العتق مع الملك الابتدائي .

فالتحقيق : أن السببين يتعارضان ويتكافئان فلم يمكن الحكم بأحدهما دون الآخر ، فيكون البيع الواقع ظاهراً استنفاداً في نفس الامر لا بيعاً حقيقة ، لان الشرط وهو تحقق ملك البائع غير معلوم ، وكذلك العتق أيضاً لا يحصل لعدم تأثير سببه ، ولو فرض عتقه لما يخرج عن قبول التملك لانه حينئذ حربي فتملك بالقهر والاستيلاء ، والمفروض أنه حاصل ، وهكذا . لكن فرض العتق غير واقع .

ولذلك قال العلامة «قده» : من دوام التهر المبطل للعتق لو فرض يعني أن العتق لا يقع لدوام سبب الملك المنافي لوجود العتق ، فلا يكون الا بطريق الفرض ، وكذلك الملك اعدم تعطل تأثير سببهما في آن واحد حيث أن السببين في كل حين يفرض يتارنان فكما أن في حال الملك لا يحصل العتق كذلك عكسه ، فبعد تحقق التعارض يصير الاصل الساقط كما هو الحال في كل تزاحم السببين ، فيتفتي شرط صحة البيع .

ومن ذلك ذهب جماعة ، - بل كاد أن يكون مشهوراً - الى صرف الشراء الى الاستنفاد كالفاضل في « القواعد » والشهيد في « الدروس » في باب العتق ، حيث

ولو اشترى من الكافر قريبه ، جاز وان كان ممن ينعنق عليه ، ويكون استنفاداً لاشراءاً من جانب المشتري، فلا يثبت فيه خيار المجلس والحيوان، وكذلك اختاره في « المسالك » .

ولكن عبارة « الشرائع » في العنق توهم صحة البيع حيث قال: واذا اشترى انسان من حربي ولده أو زوجته أو أحد ذوي أرحامه كان جائزاً وملكه . ومحكي عبارة « الدروس » يدل على ذلك في باب بيع الحيوان على ما نقل أنه قال: ولو اشترى حربياً من مثله جاز ولو كان ممن ينعنق عليه ، وقيل : كان استنفاداً ، حذراً من الدور. انتهى .

فلعل المراد من الدور توقف دوام الملكية على عدم حصول العنق، وهو أيضاً يتوقف على الملكية وبقائه ، لانه لو لم نقل بدوام الملك ليحصل العنق، وكيف كان قد عرفت عدم ثبوت مرجح يصلح لترجيح أحد السببين .

هذا، وقد يقال بملاحظة الترجيح والتعارض بالنسبة الى دليليهما فان النسبة بين الادلة الدالة على تملك الكافر بالانتهار والاستيلاء وبين الادلة الدالة على انعقاد القريب بالتملك ، عموم وخصوص من وجه ، فلا بد من ملاحظة الترجيح .

فقد يقال: الترجيح في جانب أدلة الملك، فيملك الكافر بالقهر، سواء كان ممن ينعنق عليه أم لا، لما أراد الله تعالى الدلة للكافر، فكفره صار سبباً لمذلة الرقبة اذلالاً له وان كان ممن ينعنق عليه لو كان غير كافر .

وقد يقال: الترجيح في جانب العنق لان عتق من ينعنق عليه من باب الاشتقاق فعموم اشفاقه تعالى ورحمته الراسعة يقتضي عموم الانعقاد بالنسبة الى المسلم والكافر اشفاقاً له عليهم ورحمة منه بهم وان كان مستحقاً للخذلان والمذلة ، فالاولى اجراء أحكام الاستنفاد في الشراء من الكافر الحربي قريبه ، فينبغي أن يكون المتجّه على هذا التقرير عدم لحوق أحكام البيع من الخيار والارش ونحوهما .

ومنها : بيع العبد للكافر اذا أسلم العبد ، فانه يجبر حينئذ على الكافر ببيعه ، فهل له الخيار ويجري أحكامه عند بيعه أم لا ؟.

فالتحقيق أن يقال : ان حكم الخيار قد يلاحظ تارة في العين وأخرى في القيمة ، أما في العين فقد ذكرنا الكلام فيه ، فبعد التعارض بين أدلة الخيار وأدلة نفي السبيل يرجع الى اصالة اللزوم ، والكلام هنا محض بالنسبة الى القيمة ، بمعنى ان للكافر بعد فسخه استرداد القيمة - حيث لم يكن له سبيل الى استرداد العين - أم لا ؟.

وجهان مبنيان على أن دخول العبد المسلم في ملكه سلطنة له عليه أم لا ؟ فعلى الثاني يأخذ القيمة ، حيث أن العين لم تسلّم له لان دوامه في ملك الكافر سلطنة عليه ، فلا بد له من أخذ القيمة ، والحاصل على هذا التقدير تفسخ المعاملة وينتقل العبد الى ملكه ، وحيث لا يجوز له ابقاؤه ، يجبر على البيع أو استرداد العين على ماتقدم وأخذ القيمة . فتأمل .

وعلى الاول لا خيار له لاستلزامه دخول العبد المسلم في ملك الكافر - ولو آنأ ما - بالجهة تعلق حقه على قيمته ، الا أن يقال : أن تعلق حقه على القيمة لا يستلزم دخوله في ملكه ، بل لو فسخ المعاملة يتعلق حقه ابتداءً على قيمة العبد لا على عينه .

فان قلت : ان استحقاقه على القيمة من جهة كونه عرضاً عن العبد ، ومن المعلوم استحقاق العوض فرع استحقاق المعوض ، وحيث كان المفروض أنه لا يمكن استحقاقه بالعوض ، أعني نفس العبد ، فكيف يمكن استحقاقه بعوضه ، كما تقدم نظير الكلام .

قلت : هذا مسلّم ، الا أنا نقول : هذا نظير ما اذا كان العين تالفاً أو مبيعاً الى الثالث على قول ، فتتعلق حينئذ المالية الى البدل ابتداءً ، اذ المحقق في قاعدة « على اليد » وموارد الضمان وجوب رد المال المضمون عليه ، ان المضمون

انما هو مالية الشيء ابتداءً ، فان أمكن عين الشيء فيحصل في ضمنه والا ببدله على الترتيب .

ومنها: شراء العبد نفسه ، فعلى القبول بصحة تلك المعاملة والشراء ليس فيه خيار لاستلزامه الحر رقاً . لو صح المقام يتوقف التكلم في المبنى أولاً - أعني صحة الشراء وعدمه - وفي البناء ثانياً - أعني ثبوت الخيار وعدمه - بناءً على ذلك المبنى .

فنقول في تحقيق المبنى : أن صحة شراء العبد لنفسه لا يخلو اما من جهة أنه من فروع المكاتبه بمعنى أنه لاشك في صحة المكاتبه وأنها يعود الى شراء العبد لنفسه ، فصحة الشراء حينئذ ليس من باب عنوان البيع المستقل المشتمل على الإيجاب والقبول مثل : بيع واشتريت ، بل من باب ارجاع المكاتبه اليه، حيث أن في المكاتبه أقوالاً ثلاثة : أحدها أنها عتق بوصف، وثانيها أنها معاملة مستقلة، وثالثها انها بيع .

فعلى القول الثالث يصير مرجع المكاتبه الى البيع ، فتجري منها أحكامه من الخيار وغيره، فأورد على هذا لعدم جريان الخيار لقصور شمول أدلته في مثل المقام، لان دليله، كقوله «البيعان بالخيار» ينصرف الى البيع الاصيلي المستقل المتعارف كما اذا اشتمل على الإيجاب والقبول المخصوصين .

فيدفع ذلك بدعوى شمول أدلة الخيار في البيع التنزيلي بمعونة الأدلة الدالة على أنها بيع حكماً . وان أبيت عن ذلك يقال : أن دليل الخيار وان كان قاصراً عن شموله في مثل ذلك الا أن الخيار ثبت بالمناط القطعي، فحيث ثبت مناط الخيار الثابت في البيع يدور أحكامه به أو يقال : أن صحة شراء العبد لنفسه انما هو من جهة كون نفسه بيعاً مستقلاً ، كما اذا باع مالك العبد نفسه بالثمن فقال العبد : قبلت ، فقد يقال حينئذ لعدم الصحة وجوه :

الاول: استحالة أن ينتقل العبد الى ملك نفسه وكونه مالاً لنفسه لعدم تعقل

اتحاد المالك والمملوك .

الثاني: اعتبار المغايرة بين المعقود عليه وبين المتعاقدين ، كما جعله العلامة من شروط المعقود عليه وفترّح عليه في «القواعد» تلك المسألة، حيث قال : فلو باعه نفسه فالأقرب البطلان وان كان الثمن مؤجلاً .

الثالث : لزوم الدور لان الحرية شرط التملك الذي هو شرط الصحة ، وانما يتحقق في الفرض بالبيع ، فصحة البيع تتوقف على التملك وهو يتوقف على الحرية والحرية تتوقف على صحة البيع ، فهذا هو الدور لا محيص عنه في المقام، فلو أمكن المناقشة في الاولين لاسبيل لها في الثالث .
ثم ان كلام العلامة « قده » في «القواعد» - كما ذكرنا عين ألفاظه - يشمل على الخصوصيتين :

أحدهما: أنه خص التفريع ببيعه نفسه ، فيكون العبد مبيعاً حينئذ ولم يفرّح جعل نفسه ثمناً ، بأن اشترى العبد داراً مثلاً بأزاء نفسه .

وثانيهما: أنه «قده» عقّب كلامه بقوله : وان كان مؤجلاً فلا بد من خصوصية للتأجيل حتى تصلح أن تكون فارقة بينه وبين البيع الحالي .

أما الوجه في الاول : لاستلزام جعلاً نفسه ثمناً تصرفاً في مال المالك لانه مملوك لغيره ، فلا يمكن تصرفه بغير اذنه، اذ جعل نفسه ثمناً للمبيع كدار زيد أو فرسه مثلاً تصرف في مال مولاه ، بخلاف صورة كونه مثنياً، لانه انما يكون من المالك ويكون باذنه ، كأن يقول المالك للعبد : بعثك بكذا .

وأما الوجه في الثاني: فقد نسب المحقق الثاني الى القيل ، بأنه مع وجود الاجل يتحرر بالبيع فيكون وقت الحلّ مالكاً، بخلاف صورة البيع الحالي، فان العبد في حال البيع لا يتحرر ولا يكون مالكاً لشيء .

ثم أجاب عنه : بأن عدم ملك الثمن لا دخل له في صحة البيع وفساده ، والا

لامتنع بيع الفقير الذي لاشيء له أصلاً ، بل عدم صلاحية المملك هو المانع وهو موجود في الحالين . حاصله : أن كون المشتري لايشترط أن يكون مالكاً لشيء فعلاً والا يلزم أن لايجوز المبايعة مع الفقير ويمتنع بيع شيء على الفقير ، وهو واضح البطلان .

ثم تصدى «قده» بعد ذلك بذكر وجه آخر بقوله : وانما أراد - أي المصنف - بقوله : وان كان مؤجلاً ، رفع توهم من تخيل جوازه مع التأجيل نظراً الى عدم لزوم أداء الثمن ، لان المانع هو امتناع لزوم الاداء لانفي عدم الاداء ... انتهى .

حاصله : أن القدرة على التسليم والاداء شرط في صحة البيع ، فهو حاصل في المؤجل دون البيع الحالي أو عدم القدرة على التسليم حاصل حينئذ ، فيمنع عن صحة البيع ، هذا كله في المبني ، وأما الكلام في البناء ، فهل الخيار ثابت على القول بالصحة وان كان خلاف الاقرب على ما في « القواعد » أم لا ؟ قيل : لا يثبت فيه بناءً على الصحة لوجوه :

الاول : انصراف الادلة الى غير الشراء لنفسه فانه خارج عن البيوع المتعارفة . فيه : أنه لو أغضنا عن منع الانصراف وسلمنا عدم الشمول نقول بثبوت الخيار من جهة مجيء مناط الخيار في المقام من غير فرق بينه وبين سائر البيوع التي ثبت فيها الخيار .

الثاني : استلزام الخيار لخرق القاعدة المقررة وهي : أن الحر لا يعود رقاً . فيه : أنه حسن بالنسبة الى العين ، وأما بالنسبة الى القيمة ، فلا تفتسخ المعاملة ويرجع الى التيممة حيث تعذرت العين كما سلف في بعض الفروع السابقة .

الثالث : أن الخيار عبارة عن الملك لازالة العقد وسلطنة ارجاع المعقود عليه ، فلو كان للعبد خيار لزم أن يكون مسلطاً على نفسه والانسان لايسلط على نفسه

بارجاعه الى الملكية .

فيه : منع واضح لانه بعد فرض ثبوت الخيار يصير ذو الخيار العبدالمشتري نفسه ، فسلطنة المشتري انما يكون على البائع بأخذ الثمن وردّ الثمن ، وأما في مفروض المسألة حيث قلنا بصحة الشراء لايرد عين المبيع لانه صار بمنزلة صيرورته حرّاً ، فلا بد من دفع القيمة فتختص السلطنة حينئذ بالنسبة الى البائع المالك في أخذ الثمن ، وبالنسبة الى المثلث دفع قيمته الى البائع . وهذا كما ترى ليس سلطنة على نفسه .

ومنها : ما ذكر بعض الفقهاء المعاصرين « قده » عدم ثبوت الخيار في بيع الوقف حيثما حصل مجوز بيع الوقف ، كما في صور الخراب ، على ما ذكرنا تفصيله في محله لانه لو ثبت فيه الخيار لزم صيرورة الوقف ملكاً في البدل .

بيان ذلك : أن في بدل الوقف حيث يبادل به قولان : أحدهما : كونه وقفاً بلا حاجة الى الصيغة . وثانيهما : أنه وقف بعد اجراء الصيغة ، فحينئذ لو باع الوقف ببديل وأجرينا صيغة الوقف صار البدل وقفاً ، فلو ثبت في البيع خيار لزم أن يرد البدل ويخرج عن الوقفية ويصير ملكاً ، وهذا غير جائز .

والجواب عن ذلك يظهر عما ذكرنا بأنه انما يتم في العين ، وأما بالنسبة الى القيمة فلا ، فيلزم حينئذ ثبوت الخيار في البيع ، وحيث لا يمكن رد البدل لصيرورته بمنزلة التلف ، ينتقل الخيار بالنسبة الى القيمة ، فيفسخ البيع ويؤخذ القيمة ، ولا يلزم من ذلك صيرورة الوقف ملكاً ، حتى ينافي الادلة الدالة على أن الوقف لا يملك .

(مسألة)

عدم ثبوت الخيار في غير البيع

لا إشكال في عدم ثبوت الخيار في غير البيع من العقود والمعاملات ، بالنص والاجماع ، اذ موضوع ذلك الخيار انما هو البيع كما في قوله «البيعان بالخيار» وليس لنا نص آخر يدل على التعميم ، وأن المحكي عن « التذكرة » وتعليق « الارشاد » و (النية) الاجماع عليه ، حتى أن الشيخ صرح بذلك في عدة مواضع من كتابه « المبسوط » .

وانما الكلام هنا في تصور المعنى المراد من الخيار الذي ذكره الشيخ في « المبسوط » في جملة من العقود الجائزة ، حيث ذكر في أول كتاب البيع من «المبسوط» الخيارات الثلاثة: خيار المجلس والشرط والحيوان ، ثم شرع بذكر العقود التي تدخلها تلك الخيارات والتي لا يدخلها ، ثم قال بعد ذكر جملة منها: وأما الوكالة والوديعة والعارية والتراض والجمالة ، فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع... انتهى

ومراده من الخيارين : المجلس والشرط ، فيتبع الاشكال في أنه كيف ثبت الخيار في تلك العقود مع أنها محكومة في كل آن بجواز الفسخ ؟ وجه الاشكال أمرين :

أحدهما: ما ذكره شيخنا الاستاذ «دام ظلّه الدامالي» من عدم تعقل نفس الخيار في أمثال تلك العقود للزوم تحصيل الحاصل ، اذ الخيار عبارة عن السلطة على الفسخ ، والمفروض أن السلطنة على الفسخ في تلك العقود حاصل في كل آن وزمان فلا يتعقل مجيء السلطنة على الفسخ فوق السلطنة على الفسخ ولا ينتقض ذلك بالاحكام التكليفية كبعض الموارد التي ثبت الوجوب من جهة على الشيء

الواجب من جهة أخرى ، لانا لانقول هناك بتعدد هما ذاتاً ، بل انما نتول بتأكد الوجوب، فانه عبارة عن الطلب الحتمي وله مراتب يقبل الشدة والضعف، ففي صورة تعدد الوجوب تصير مرتبة الطلب والرضا أعلى وأشد من دونه وهذا بخلاف السلطنة فانه لامراتب لها حتى نقول بالشدة والضعف .

ولا ينتقض أيضاً بتعدد الخيارين كما اجتمع خيار الشرط مع خيار الحيوان مثلاً، لانهما مما يقبل الاسقاط، فيجوز اسقاط أحدهما وبقاء الآخر أو اسقاط كليهما فيلزم العقد .

فجواز الفسخ اذا يقبل الاسقاط كأحد الخيارين يمكن اجتماعه مع جواز الفسخ الآخر من جهة أخرى مع قبوله للاسقاط بخلاف مانحن فيه، فان جواز الفسخ في العتود مما لا يقبل الاسقاط، بل هو الذي ذكره العلامة «قده» في «التذكرة» لامعنى للخيار فيها، لان الخيار فيها أبدي ، أي جواز الفسخ في تلك العقود من قبيل الاحكام لامن قبيل الحق الذي يقبل الاسقاط ، فلا يتعطل ثبوت الخيار الذي من قبيل الحق في مورد ثبت فيه الخيار - أي جواز الفسخ - بحسب أصل الشرع المعبر عنه بالحكم .

والحاصل: ان شئت فقل: ان الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ بحيث لولاه لزم العقد وهذا المعنى غير متصور في العقود الاذنية، اذ مع عدم الخيار فيها أيضاً ليس بلام .

وثانيهما : ما يستظهر في كلمات الفقهاء ، خصوصاً في كتاب شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أنه لا ثمرة في ثبوت الخيار في تلك العقود ، فلا أثر لجعل الخيار في العقود التي كان الخيار فيها أبدياً. هذا وقد يذكر في دفع الاشكال وجوه :

الاول: ما ذكره الشهيد «قده» في «الدروس» : من أن المراد بمجيء الخيار

في تلك العتود عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، مطابقاً لمذاق الشيخ في الخيار في العقد اللازم، حيث أن مذهب الشيخ في العقد اللازم - اذا ثبت فيه الخيار كالبيع الخياري - عدم جواز التصرف للمشتري في زمن الخيار ولو من جهة عدم حصول الملك، كما نسبنا هذا القول اليه في المسألة السابقة، أو من جهة كونه مهجوراً كما سيجيء، ترضيح ذلك في محله. فالمرعاة لمذهبه يقتضي أن يراد بذلك في محل الكلام، أعني في أمثال الوكالة والعارية عدم جواز تصرف الوكيل والمستعير في زمن الخيار، وهذا المعنى أمر ممكن معقول ومفيد للثمرة.

ولكن عند دقة النظر: أن هذا الجواب حسن بالنسبة الى الاشكال الثاني ولا يندفع به الاشكال، لان هذا ذكر ثمرة للخيار لأنه في مقام تعقل نفس الخيار الذي هو عبارة عن السلطنة على الفسخ والاقرار، اذ عدم جواز التصرف في زمن الخيار لقلنا به انما هو من آثار الخيار ولوازمه.

الثاني: ما ذكره شيخنا العلامة «قدس» في مكاسبه: أن المراد دخول الخيارين في تلك العتود بواسطة وقوعها في تحقق عقد البيع، فتلزم بلزوم عقد البيع وتفسخ بفسخه، فبدخول خيار المجلس في البيع لفسخ في المجلس يرى الفسخ في تلك العتود أيضاً.

فهذا وان كان حسناً في نفسه الا أنه ضعيف احتمالاً، حيث أن عبارة الشيخ لا تحتمل ارادة ذلك المعنى بداهة أنه على هذا التقدير أن عقد البيع يصير مع الخيار وانفساخ تلك العتود ليس من جهة دخول الخيار فيها، فان لازم دخول الخيار فيها فسخها من دون فسخ شيء آخر، وهذا لا يمكن الا بفسخ عقد البيع، فلا تظهر الثمرة في دخول الخيار فيها، لانه على أي حال - سواء قلنا بدخول الخيار فيها أم لا - يتبع عقد البيع، فلو اختار الفسخ يفسخ والا يلزم فلم تحصل

لهذا فائدة أخرى .

الثالث: ظهور الثمرة اذا كانت تلك العقود في ضمن عقد آخر لازم ولم نجعل له خيار المجلس كعقد النكاح، فان المفروض أنه ليس للنكاح خيار المجلس فحينئذ ان قلنا بدخول خيار المجلس في تلك العقود يثبت خيار المجلس في الوكالة وأمثالها مع كونها لازمة باعتبار كونها في ضمن العقد اللازم ، بل يندفع بذلك الاشكال الاول أيضاً، حيث أن الخيار الذي بمعنى السلطنة على الفسخ في عقد اولاه لازم ، فيصدق ذلك للتعريف في تلك العقود اذا وقعت في أمثال عقد النكاح .

ويندفع ذلك بما يرد على المعنى الذي ذكره شيخنا العلامة «قده» حيث أن عبارة الشيخ لا تتحمل ذلك المعنى وأنه ضعيف احتمالاً، بل ذلك الوجه تفسير في الحقيقة لما ذكره شيخنا العلامة «قده» وتوضيح لمراده .

الرابع : أن دخول الخيار في تلك العقود الجائزة من باب التمسّد ، فلو دل الدليل على ثبوت الخيار فيها، فنلتزم به تبعاً .

فيه: أن التمسّد حسن اذا نتعقله والاشكال انما هو في عدم تعقل الخيار، فكيف يثمر بذلك الالتزام بالتعبد .

الخامس: ما ذكر شيخنا العلامة الاستاذ «دام ظله» في مجلس البحث: أنه لو قلنا بأن الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ والابقاء، أي بقاء العقد على حاله ليتوجه عليه حينئذ الاشكال المذكور ، اذ هذا المعنى ثابت في العقود الجائزة وان لم نقل بالخيار وأما اذا قلنا بأنه عبارة عن السلطنة على الفسخ والاقرار بأن يقدر على فسخ العقد والزامه - كما هو أحد الاحتمالين والمستفاد من كلام «الجواهر» على ما ذكرنا تفصيلاً - فلا مانع حينئذ من دخول الخيارين في تلك العقود لتعقله ولم يلزم تحصيل للحصول حينئذ ، فيكون المراد من الخيار أن يقدر ذو الخيار

بفسخ تلك العتود والالزامها بحيث لو اختار الاقرار والالزام لكنت لازمة، فهذا أمر متعقل .

الا أن الكلام في دليل ذلك لعدم ثبوت دليل لنا في ثبوت هذا المعنى في تلك العقود، بحيث لو اختار اللزوم لكنت لازمة ، لان المتردد عند الاصحاب ان جواز الفسخ ثابت في تلك العتود وان صرح بالاسقاط أوباللزوم .

وكيف كان ، الكلام في دليل المطلب غير الكلام في أصل تعنته وامكانه ، ومراد الشيخ «قده» انما هو في أصل امكان جريان الخيار فيها لافي اثبات الخيار في تلك، فلذلك لا يحكم بالثبوت، كما تشهد بذلك عبارته المذكورة، أعني قوله: فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع انتهى، فتدبر .

وسنزيد توضيحاً لبعض ما ذكرناه في المسألة الآتية وهي أنه : هل مبدأ هذا الخيار بعد العقد من دون توقف على مجيء شرائطه المتأخرة وان كانت تلك الشرائط من متمماته وشرائط صحته فيكون حينئذ مبدأ الخيار حين العقد وان لم تتم شرائطه؟ أم ان مبدأه بعد تمامية العتد واستكمالها لجميع الشرائط الناقلة وتظهر الثمرة في الصرف والسلم، حيث أن القبض من شرائطهما بحيث لو لم يلحق بهما القبض لكنا فاسدين .

فنقول: اعتبار القبض لا يخلو من وجوه ثلاثة: اما أنها معتبرة من باب الوجوب النفسي التكليفي فتقط، أو من باب الرجوب النفسي مع كونه من شرائط الصحة وموجباً للتمل، أو من باب الرجوب الشرطي فتقط، بأن لم يكن بواجب بالوجوب التكليفي أصلاً الا من الشرائط المعتبرة المؤثرة في نقل الملك .

فعلى الاول : لا اشكال في أن مبدأ الخيار بعد العتد وان لم يحصل القبض ، فيصير حال القبض على هذا الاحتمال في الصرف والسلم كحال غيرهما من البيوع ولا يقدحه حينئذ الاشكال الآتي من عدم ظهور الثمرة لجعل الخيار قبل

القبض، لعدم تمامية العقد بدونه لوضوح أنه على هذا الاحتمال العتد وقع صحيحاً تاماً، فتكون الثمرة في ثبوت الخيار حين العقد جواز الفسخ وعدم تحقق الوجوب في القبض .

ولكن هذا الاحتمال مجرد تصوير في السلم والقبض وليس منا قائل بأن حال القبض فيهما كحال غيرهما في عدم كونه من مصححات العقد ومتمماته . وعلى الاحتمال الثاني: قال شيخنا العلامة «قده»: لا اشكال فيه لوقلنا بوجوبه التكليفي، اما لعدم لزوم الربا أولوجوب الوفاء بالعقد، مع كونه من شرائط صحة العقد وجزء أخيراً للنقل، لظهور الثمرة في جعل الخيار حينئذ ودي جواز الفسخ وعدم وجوب التقابض .

وقد أورد عليه شيخنا الاستاذ العلامة « دام ظله » بعدم ظهور الثمرة لجعل الخيار على هذا أيضاً ، اذ جواز الفسخ حاصل في مفروض المسألة سواء قلنا بالخيار أم لا، لان المفروض: أن القبض شرط صحة العقد بحيث لو لم يلحقه لكان العقد فاسداً، فلو تفرقا يفسخ العقد قطعاً .

فبناءً على أن القبض شرط الصحة في الصرف والسلم يكونان من العقود الجائزة ما لم يلحقه القبض ، ومن المعلوم ثبوت جواز الفسخ للعقد الجائز على كل حال ، سواء قلنا بثبوت الخيار أم لا ، فلا تظهر الثمرة للخيار حين العقد حينئذ .

أقول : هذا حسن في جواز الفسخ الوضعي ، بمعنى انفساخ العقد بالتفرق بدون حصول القبض، فيفسخ العقد سواء ثبت خيار قبله أم لا . وأما بالنسبة إلى جواز الفسخ التكليفي تظهر الثمرة ، بمعنى ان قلنا بالخيار قبل القبض فلا يكون التقابض واجباً ولا يحصل بتركه اثم وكذلك لا يحصل الاثم بفسخ العقد، بل يجوز فسخه وان لم نقل بثبوت الخيار ، فيكون التقابض واجباً ويحصل الاثم بتركه

ولا يجوز الفسخ، لأن المتعاقدين على هذا القول مأموران بالتقايض والوفاء بالعقد فلا يجوز لهما فسخ العقد لأنه خلاف الوفاء بالعقد، وإن كان العقد بنفسه ليس مملكاً بل القبض له مدخلية في حصول النقل والتملك الآن المفروض مع ذلك لما كان الوجوب التكليفي ثابتاً يحصل أثر الخيار في جواز الفسخ وعدم التقايض ولعل ذلك مراد شيخنا العلامة الأنصاري «قده» .

وأما على الوجه الأخير كما هو مذهب المشهور: من أن التقايض فيهما ليس له وجوب شرعي تكليفي، بل إنما هو شرط لحصول النقل والتملك في عقد الصرف والسلم، فهما قبل القبض من العقود الجائزة، بمعنى أن لكل من المتعاقدين سلطة على ملكه فبقية الاشكال في ثبوت الخيار قبل القبض بناءً على كون مبدأه حين صدور العقد، ففي أثر الخيار حينئذ خفاء كما صرح به شيخنا العلامة «قده» في كتابه .

والحاصل : أن الاشكالين المتقدمين في المسألة السابقة يأتي هنا أيضاً، فيقال تارة أنه بعد فرض بقاء سلطة كل من المتعاقدين على ملكه لا يتعلل لثبوت الخيار لأنه عبارة عن السلطة المذكورة بحيث لو لاها لكان العقد لازماً، فجعل الخيار في السلم والصرف قبل القبض تحصيل للحاصل . وأخرى أنه لا ثمرة لثبوت الخيار حينئذ، وإلى هذا المعنى أشار بتوله «قده» (ففي أثر الخيار حينئذ خفاء).

وقد يندفع الاشكال بوجوه ثلاثة :

الاول : بما أجاب شيخنا العلامة «قده» بظهور الثمرة بعد فسخ ذي الخيار في خروج العقد عن قابلية لحرق القبض المملك، فإن لم يكن الخيار ثابتاً فيقبل العقد للحقوق القبض في المجلس، ويتم النقل والانتقال، فلا يرجع الفسخ في سقوط القبض عن صلاحية التأثير، بخلاف ما ثبت فيه الخيار، فإذا اختار أحدهما - قبل القبض - الفسخ لسقط عن صلاحية التأثير .

فيه : أنه من المقرر في العقود الجائزة أنها ينفسخ بعدول أحد المتعاقدين ، بل لكل منهما ابطال العقد قبل استكمال الشرط المتمم ، فكما أن للموجب فسخ العقد قبل لحوق القبول ، كذلك لهما فسخه قبل لحوق القبض فيما كان من متمم العقد وناقل الملك .

ولذلك لورد أحد المالكين أو كلاهما عقد الفضولين قبل الاجازة ينفسخ العقد ويسقط عن قابلية لحوق الاجازة ، فكذلك فيما نحن فيه ، فالمتعاقدان في الصرف والسلم لوعدا قبل القبض وأعرضا عن ماصدر منهما من العقد بالرد أو الفسخ خرج العقد عن قابلية لحوق القبض ، سواء قلنا بثبوت الخيار لهما أم لا . فلا تظهر ثمرة للخيار ، مضافاً الى أن هذا الجواب لا يدفع الاشكال على التقرير الاول من عدم المعنوية للخيار وكونه تحصيلاً للحاصل .

الثاني : ما يستفاد من كلام العلامة «قده» في « التذكرة » والشهيد «قده» في « الدروس » من ظهور الثمرة بعد الزام ذي الخيار في وجوب التقابض وحصول الاثم في انعقاد أحدهما عنه ، فلو انفرد أحدهما بالتفرق عصي ، بخلاف ما لم نقل بالخيار فلا يجب التقابض ولا يحصل العصيان بالتفرد عن التفرق .

نعم ، ان اتفاقاً على المفارقة عن تراض فلاثم لانه حينئذ يصير كالاقالة . فحاصل هذا الوجه : أن الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ وعلى الالتزام بالعقد لا بمعنى ايمانه على حاله بترك الفسخ ، بل بمعنى الزام العقد وجعله غير قابل لان ينفسخ ، فتظهر الثمرة حينئذ ولا مسرح لاشكال عدم الثمرة ، بل يندفع بذلك اشكال عدم المعنوية لعدم لزوم تحصيل الحاصل حينئذ اذ السلطنة الحاصلة من الخيار لم يستلزم ذلك المعنى من الخيار لعدم القدرة على الزام العقد وايجابه في العقود الجائزة ، بخلاف فرض ثبوته .

فان قلنا بثبوت الخيار لحصلت الثمرة في صورة اقرار العمد والزامه ، فلو

التزما وجب عليهما التقابض ويحصل العصيان بانفراد أحدهما بالمفارقة وأما مع اتفاقهما لا يحصل العصيان كما في صورة الاقالة في سائر العتود . وان قلنا بعدم الخيار لا وجوب ولا أثم في البين .

ولكن يرد على هذا بالنسبة الى المعنى - أعني معنى الخيار - فان هذا الجواب حسن ويندفع الاشكال بكلا التقريرين كما اخترناه في المسألة السابقة ، الا أنه مبني على كون الخيار عبارة عن ملك اقرار العقد لا بمعنى ابقائه على حاله بترك الفسخ ، بل بمعنى الزامه وجعله غير قابل لان يفسخ . وهذا المعنى وان كان مختار شيخ الفقهاء في « الجواهر » كما سبق ذكره في تعريف الخيار الا أن كلمات الاصحاب لا تساعد ، فتدبر .

الثالث : أن ثبوت الخيار قبل استكمال العتد كثبوته في بيع الصرف والسلم قبل حصول القبض انما هو كالوجوب التعليقي في الاحكام التكليفية ، بأن يقال بوجوب الواجب المؤقت قبل الرقت - كما ذهب اليه صاحب « الفصول » - و كالوكالة المعتمدة على وقت كذا لاعلى وجه التعليق حتى يكون باطلا بل على وجه التنجيز ، بأن يقال : أنت وكيل فعلا ومنجزاً الان بأن تبيع داري هذه مثلاً يوم الجمعة أو عند قدوم الحاج .

فعلى هذا الخيار لا ينفك عن العتد حتى يقال بانفكك المعلول عن العلة ولو برهة من الزمان بل مبدأه حين العقد ، غاية الامر تظهر ثمرته بعد القبض كالوجوب التعليمي والوكالة المنجزة المعتمدة فعلها على الرقت المستقبل كما قيل ذلك في المعاوضة أيضاً بأن الخيار ثابت في المعاوضة ولكن تظهر ثمرته بعد التصرف والتلف الملزمين فانه قبل مجيء الملزم في المعاوضة لاثمة للخيار ، الا أن ذلك لا يوجب نفي الخيار فيها لظهور ثمرته بعد تحقق الملزم .

وتفصيل الحال في المعاوضة أن يقال في جريان الخيار في المعاوضة وجهان

بل قولان والمنسوب الى جماعة ، منهم صاحب « كشف الغطاء » وبعض أتباعه وتلاميذه : العدم لوجوه ثلاثة :

الاول : أن الخيار من لوازم العقد وأحكامه ، فإن الذي يترتب عليه خيار المجلس كسائر الاحكام هو عند البيع المشتمل على الايجاب والقبول ، وليست المعاوضة لسوقنا بأنها تتسع وتوجب الملكية مما تشتمل على الايجاب والقبول اللفظي بحيث يصدق عليها العقد ، لان العقد عبارة عن العهد الموثق باللفظ . وفيه : أولاً : نمنع ترتب خيار المجلس على العقد وكونه من أحكامه ، اذ الموضوع الذي ترتب عليه ذلك الخيار هو البيع في قوله « البيعان بالخيار » فهو عبارة عن المالك الذي صدر عنه البيع فعلاً أو قولاً على حسب ما تحقق به عنوان البيع .

والحاصل : منعنا ترتب خيار المجلس على عنوان عقد البيع الذي هو عبارة عن اللفظ ، بل انما موضوعه في الدليل البيعان ، وترتب على هذا العنوان أعني البيع .

فالتحقيق : أنه عبارة عن موجد البيع ، أعني من كان منشأ للنقل والتملك سواء كان مالكاً أم لا ، بل كان وكيله وسواء كان انشائه للتمليك بالقول أو بالفعل . وثانياً : عدم صدق العقد على المعاوضة فلو سلمنا بأن الخياراندا هو من أحكام عقد البيع نقول أيضاً بعقدية المعاوضة ، اذ العقد عبارة عن العهد الموثق وهو قد يحصل باللفظ وقد يحصل بالفعل .

الثاني : أن ثبوت الخيار في المعاوضة لا يخلو أما أن يلتزم بشبوته قبل تحقق التصرف أو بعده ، فعلى الاول يلزم تحصيل الحاصل ، اذ قبل التصرف ليست المعاوضة بلازمة ، بل جواز الفسخ والرجوع ثابت فلامعنى لجعل الخيار عنده . وعلى الثاني يلزم أمرين :

أحدهما : لزوم انفكاك العلة عن المعلول ولو في برهة من الزمان، إذ المسبب المقتضي للخيار هو البيع وهو حاصل قبل التصرف وليس التصرف من أحد اجزاء البيع ، فعلى القول بأن المعاوضة تملك ويبيع لابد من ترتب أحكام البيع عليه ، ومن المعلوم من الدليل والاجماع أن نفس البيع علة لترتب الخيار ، ولو تأخر في المقام الى حصول التصرف لزم تأخر المعلول عن العلة ، وهذا محال .

وثانيهما : أنه من المقرر - كما سيجيء - أن التصرف علة لاسقاط الخيار، فلو كان علة للخيار في المعاوضة لزم أن يكون الشيء الواحد علة لطرفي التقيض ، اذ كون التصرف سبباً لإثبات الخيار، وكونه سبباً لنفي الخيار مستلزم لجواز الشيء الواحد أن يكون علة لإثبات شيء واحد ونفيه ، وهذا مستحيل .

والجواب عن ذلك: تارة نقول: أننا نختار الشق الاول ولم يلزم تراخي المعلول عن العلة ولا كون الشيء علة لطرفي التقيض ، وأما قوله (لزوم تحصيل الحاصل) فمدفوع بأنه كالوجوب التعليقي والوكالة المعلقة لا بحسب الانشاء ، بل بحسب الفعل وتظهر ثمرته بعد التصرف، فالخيار حين المعاوضة ثابت منجز ، غاية الامر ثمرته انما تكون بعد حصول الملزم كما لو حصل التصرف والتلف .

وأخرى: أنا نختار الشق الثاني وقوله (لزوم انفكاك المعلول) حينئذ مدفوع بما ذكرنا من أن ثبوت فعالية الخيار على وجه التنجز بعد التصرف لا يستلزم عدم ثبوته قبله على وجه التعليق والشأنية ، فهو بحسب الذات والوجود ثابت حين المعاوضة ، وأما بحسب الاثر والتنجز انما يتعقب بالتصرف.

وأما الامر الثاني، فمدفوع بتعدد المنفي والمثبت بحسب المهية ، فالخيار الذي كان التصرف لاسقاطه انما هو من قبيل الحكم ، وأما الخيار الذي نثبت في المعاوضة فهو من قبيل الحق .

بيان ذلك : أن المعاطاة - وان قلنا بكونها بيعاً - حكمه الجواز عنه المشهور المحقق، فيصير جواز الرجوع والفسخ من أحكامه على خلاف سائر البيوع فهذا الجواز الذي من أحكام المعاطاة انما يسقط بحصول التصرف والتلف ، ويشهد لذلك - أي لكون ذلك الجواز من قبيل الحكم - أن أحد المتعاطيين قبل حصول التصرف لو أسقط حقه من جواز الرجوع والتزم بالمعاطاة لما سقط ولا يكون لازماً ، بل لو التزم المتعاطيان معاً لا يكون لازماً ولا يكون جواز الرجوع ساقطاً ، فلو كان حقاً لزم أن يكون ساقطاً بالاسقاط ، فيكشف ذلك عن أنه من قبيل الحكم والتصرف الملزم لاسقاطه ، وأما الخيار الذي يثبت التصرف من قبيل الحق كسائر الخيارات فيسقط بالاسقاط وتنقل على حسب ما قرر في محله ^(١).

الثالث : أن سبب كون التصرف ملزماً في باب المعاطاة انما هو من جهة كونه التزاماً، ومن المعلوم أن الالتزام من المسقطات عندهم .

فيجب أن لا يكون الخيار في المعاطاة، ولو كان باعتبار ظهور أثره بعد التصرف اذ لا معنى لظهور أثر الخيار بعد تحقق المسقط له - أعني الالتزام .

فيه: منع كون التصرف ملزماً من جهة كونه التزاماً بل انما هو من باب التعبد حيث قام الاجماع بلزوم المعاطاة بسبب التصرف والتلف .

أقول : يتوجه الاشكال من جهة ذهابهم الى أن نفس التصرف من المسقطات - كما سيجىء - فمع ذلك كيف يمكن أن يقال أن التصرف مثبت للخيار في باب المعاطاة ، فلو كان التصرف من أحد المسقطات التي اتفقوا عليها، فلا وجه للالتزام بأنه انما يثبت الخيار في المعاطاة بعد التصرف الا أن يقال ببدء المفاارق أو منع عموم الدليل الدال على أن التصرف من المسقطات ولكنه غير معلوم ، فانظر .

« مسألة »

في مسقطات الخيار

في بيان المسقطات الاربعة المعروفة ، أعني اشتراط سقوطه في ضمن العقد واسقاطه به بعده والتفرق والتصرف . فهنا مباحث :

المبحث الاول : في اشتراط سقوط الخيار، وحيث أن المعنى المراد من هذا الشرط يتصور على وجوه فلا بد من التكلم في ذلك من جهات :

الاولى : في بيان الاحتمالات وما أراد الفقهاء منها .

الثانية : بعد تعيين المراد في بيان الادلة الدالة عليه .

الثالثة : في بيان الاشكالات الواردة على هذا الشرط ودفعها .

الرابعة: في بيان الثمرة في سائر الاحتمالات من هذا الشرط، بأنه هل تختلف تلك الاحتمالات بحسب الآثار والثمره أم لا ؟

أما الاولى: فنقول : المستفاد من كتاب شيخنا العلامة « قده » وجوه ثلاثة :

أحدها: اشتراط عدم الخيار. ثانيها : اشتراط عدم الفسخ. ثالثها : اشتراط اسقاط الخيار .

ومن جواهر شيخ الفقهاء وجوه :

أولها : اشتراط سقوط الخيار .

ثانيها: اشتراط الاسقاط، حيث نفاه عن مراد الفقهاء لعدم كونه حينئذ اسقاطاً

بالشرط ، بل أقصاه استحقاق الاسقاط عليه ، وان لم يف تسلط الاخر على الخيار كباقي الشرائط .

وثالثها : اشتراط عدم ثبوت الخيار ، كما نفاه أيضاً بأن نفي استحقاق ثبوت

الخيار شرعاً باطل، لعله لكونه مخالف للمكتاب والسنة . ورابعها: اشتراط الالتزام بالعمد واختياره .

وهذه وجوه سبعة بعضها داخل في الآخر كما ترى ، ولكن المهم في المراد منها عندهم ، والذي يسهل الامر أن المحقق والعلامة والشهيد حكوا عن لسان الفهاء ، فهو لاء الاعاظم « رضوان الله عليهم » قد عبروا عن هذا الشرط بشرط السقوط ، كما في « الشرائع » و « التذكرة » والمحكي عن « الدروس » كما صرح بذلك شيخ الفقهاء « قده » بقوله : والمراد من المتن وغيره مما عدا فيه ذلك أحد الامور الاربعة المسقطه للخيار ، سقوطه بنفس الشرط لا اشتراط الاسقاط الذي يحصل بأحد مسقطاته .

ويظهر من شيخنا العلامة « قده » أن كلام المشهور هو اشتراط السقوط وهو بمعنى عدم الخيار ، بأن يقول : بعث بشرط أن لا يثبت خيار المجلس .
الثانية : فسي بيان مدرك ذلك الشرط ، واستدل بعضهم بالاصل والاجماع والكتاب وعموم (المؤمنون عند شروطهم) والخبر الوارد في الباب .
أما الاصل : فالظاهر هو ما عبر عنه صاحب « الجواهر » بأصالة اللزوم مع الشك في تناول الادلة ، فيكون هو المرجع أو المرجح بعد تعارض أدلة الشروط والخيار .

أما الاجماع كما في « الفقيه » : الاجماع عليه الآن المحصل عدم الخلاف ، حيث لم يعلم مخالف في المسألة .

وأما الكتاب : فعموم الامر بالوفاء في الآية الشريفة (أوفوا بالعقود...) فانه بعد تعارض أدلة الشروط وأدلة الخيار يجب أن يكون المرجع عموماً آخر فوق ذلك - أعني عموم الآية الشريفة - وللتمسك به تقرير آخر وهو : أن اشتراط السقوط في العقد جزء للعقد فيجب الوفاء به بنفس الآية الشريفة ، أعني (أوفوا بالعقود) فانه يشمل على وجوب الوفاء بجميع مقتضيات العقد وآثاره جزءاً وكلاً .

فيندفع حينئذ بأن العموم مخصص قطعاً بأدلة الخيار، فلامعنى للتمسك به في المقام ، وأما عموم (المؤمنون عند شروطهم) فقد يستدل به بتقرير أنه بعد تعارضه بعموم أدلة الخيار بالتعارض من وجه بحسب الرجوع الى الذي هو أرجح، وهو في المقام عموم (المؤمنون عند شروطهم) لصحة سنده وقوة دلالته لعمل الاصحاب على مضمونه في أمثال المقام.

ويندفع حينئذ أن الترجيح ان كان بحسب السند فلا ترجيح بينهما لصحة سندي أدلة الشروط وأدلة الخيار، حيث لا خدشة في سندهما، بل كلاهما مستفيض فيكونان كالقطعيين ولا ترجيح بين القطعيين، وان كان بحسب قوة دلالته على أدلة الخيار، فان كان احراز قوة دلالته بالامور الخارجية والقرائن الكاشفة ولو بمعونة عمل الاصحاب، بأن استكشفنا من عمل الاصحاب تلك القرائن الدالة على صدقه وتحكيمة على الادلة الاخر فهو حسن مسلم الا أنها مفقودة في المقام .

وأما ان كان بنفس موافقة عمل الاصحاب فلا ينفع ، اذ المفروض ان مستند عمل الاصحاب منحصر على دلالة عموم (المؤمنون عند شروطهم) فلو كان مستند قوة دلالته عمل الاصحاب أيضاً ، لزم الدور .

وما ترى من ترجيح عمل الاصحاب في غير المقام انما هو من جهة كشفه عن القرائن الخفية والادلة المتعضدة ، حيث احتملنا أنهم اطلعوا على ما لم نطلع به ، بخلاف المقام لغرض انحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط على ما يظهر من كتبهم ، فالاولى أن يقال في الاستدلال بعموم أدلة الشروط على وجه تقدم على أدلة الخيار أن أدلة الخيار مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع ، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي ، وهو الشرط الذي يجب العمل به شرعاً .

وهذا الكلام بظاهره يشبه بالمصادرة ، اذ ذلك موقوف على تقديم أدلة الشروط ، فلا بد من ذكر بيان وجه التمديم .

فنقول : ان تعارض أدلة الشروط مع أدلة الخيار لا يحصل الا بالتزام عمومهما بحسب الافراد وبحسب الاحوال ، فلو قلنا بعموم أحدهما أفراداً وأحوالاً دون الآخر لكان مقدماً عليه ، ومالم يكن فيه عموم يصير محكوماً بالنسبة الى ما فيه عموم . وتوضيح ذلك : أن الاحكام الجعلية في الشرع على قسمين : قسم ثبت في موضوعاته على وجه الاطلاق في كل الاحوال بحيث لا يخرج عنه ولو طرأ عنوان آخر كالاحكام الالتزامية ، لان أدلتها مسوقة لبيان الحكم على وجه العموم الافرادي والاحوالي ، فان وجوب الصلوة وحرمة الخمر انما جعل على سبيل الاطلاق لا على سبيل الاهمال ، فلا يعارضها أدلة العناوين الاخرى من وجوب النذر واستحباب اطاعة الوالدين وغيرها . ولذلك لا تتغير حرمة الخمر لو أمر الوالدان مثلاً بشربه أو نذر المكلف شربه ، وكذلك ترك الصلاة ، فأمر الوالدين والنذر وغيرهما لا لا يتنير وجوب فعل الصلوة ولا حرمة تركها .

وقسم انما ثبت في موضوعاته لو خلى وطبعه على وجه الاهمال من دون نظر الى طرؤ العنوان الآخر ، وذلك مثل الاحكام الغير الالتزامية من الاستحباب والكراهة والاباحة التي يعم على الخيار وغيره .

فان جواز أكل التفاح مثلاً وجواز الفسخ في المجلس أو في الايام في بيع الحيوان ، انما جعل في موضوعاته من دون نظر الى طرؤ العنوان الآخر كالاستحباب والكراهة . فان أدلتها مسوقة لبيان ثبوت تلك الاحكام الغير الالتزامية بحسب أصل الشرع من دون أن يكون فيها عموم أحوالي ، فلو طرأ فيها عنوان آخر لكان الواجب رفع اليد عن تلك الاحكام الاصلية الثابتة باعتبار عناوينها الاولى . والدليل على ذلك : أنه لو كان لتلك الاحكام الغير الالتزامية عموم أحوالي غير قابل للتغيير بسبب طرؤ العنوان الآخر كالنذر والتسم والعهد واطاعة الوالدين واجابة المؤمن وغيرها كالاغانة والاهانة والتعظيم فيما يجب ويستحب .

وهكذا لكان جعل تلك الاحكام الطارئة لغواً ، فيلزم حينئذ أن لا يكون مورد
لادلتها، فلا بد من الالتزام بحكومة تلك الادلة على أدلة نفس الاحكام الثابتة بحسب
أصل الشرع للفعل المندور والمقسم له مثلاً ، فتصير أدلة الشرط حالها كحال تلك
الادلة في كونها مقتضياً لرفع اليد عن الحكم الثابت لنفس الشرط مع قطع
النظر عن كونه في حيّز الشرط .

فحينئذ لا يزاحم أدلة الخيار المقتضية له في نفسه لو خلي وطبعه مع أدلة
الشروط المقتضية لوجوب الوفاء بها في كل حال من الاحوال، الا ما خرج ككونه
مخالفاً للكتاب والسنة ، بل يشهد على هذا الاستثناء في بعض الاخبار على اعتبار
أدلة الشروط على وجه العموم الاحوالي ، فتصير حاکمة على أدلة الخيار التي هي
مسوقة لبيان ثبوته لو خلي وطبعه . فلا ينافي لظرو عنوان آخر وكونه مقدماً عليه
ولذلك وقع استشهاد الامام عليه السلام في كثير من الاخبار بعدم أدلة الشروط على
مخالفة كثير من الاحكام الاصلية .

وأما الخبر الوارد في الباب الذي استدل بها في المقام ، فلعل ذلك البعض
أراد منه صحيحة مالك بن عطية ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له
أب مملوك وكان تحت أبيه جارية مكتوبة قد أدت بعض ماعليها ، فقال لها ابن
العبد : هل لك أن أعينك في مكاتبك حتى تؤدي ماعليك بشرط أن لا يكون لك
الخيار بعد ذلك على أبي اذا أنت ملكت نفسك ؟ قالت : نعم ، فأعطاها في مكاتبها
على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك ؟ قال عليه السلام : لا يكون لها الخيار ، المسلمون
عند شروطهم .

وظاهره وان كان في الشروط الابتدائية الا أنه محمول - بقرينة الاجماع -
على الاشتراط في ضمن عقد لازم ، فيرد على الاستدلال به في المقام :
أولاً : أنه خارج عن فرض الكلام ، اذ محل البحث صحة اشتراط سقوط

الخيار في العقد الذي كان الخيار له ، لا اشترط سقوط خيار عقد في عقد آخر مغاير له .

بعبارة أخرى : مفروض الكلام في خيار العقد الذي اشترط فيه سقوطه لا خيار العتد الاخر الذي هو مغاير لما وقع فيه الشرط . فالخبر لو تمت دلالة انما يدل على الصورة الثانية ، لانه اشترط سقوط خيار فسخ النكاح في غير عقد النكاح وهذا لا يدل على صحة اشتراط سقوط خيار البيع فيه أو سقوط خيار فسخ عقد الا بضميمة الاجماع المركب أو عدم القول بالفصل لولم يكن فرق بين المقامين وهذا خارج عن الاستدلال بالخبر ، وسيأتي في فروع المسألة أنه هل فرق في سقوط الخيار بين اشتراطه في العقد الذي كان الخيار مجعولا فيه وبين اشتراطه في العقد الاخر المبين له أم لا .

وثانياً : أن ظاهر الخبر سقوط الخيار في الشرط الابتدائي ، وهذا لا يصح الا أن نلتزم بلزوم الشروط الابتدائية ، مع أنه خلاف ما اتفقوا عليه ، وتأويله على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم بقرينة الاجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية حسن لو كان الحمل والتأويل منحصرأ فيه . وأما اذا تعددت الاحتمالات وكان يمكن حمل الخبر على كل واحد منها ، فلا يتعين حمله حينئذ على خصوص كونه في ضمن عقد لازم .

ومن المحتملات حمل الخبر على مصالحة اسقاط الخيار ، فسقوط الخيار بالصلح لا يستلزم سقوطه بالاشتراط .

ومن المحتملات حمل الرواية على الاستحباب مع ابقائه على الشرط الابتدائي فيصير قوله **إِنَّمَا** (لا يكون لها الخيار) بمعنى لا ينبغي لها الخيار .

هذا مضافاً الى أن الخبر في مورد اسقاط مالم يجب ، بمعنى أن الجارية حين الاشتراط لا تستحق الخيار ولا يجوز لها الفسخ ، بل جواز الفسخ لها حق

بعد أداء مال المكاتبه وصيرورتها حرة ومالكة لنفسها ، كما يدل قوله (أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبي اذا أنت ملكت نفسك). في الاشكالات الواردة على ذلك الشرط وهي وجوه :

(الاول) الاشكال العملي ، تفتان له شيخنا العلامة « قدّه » ولم يسبقه أحد فيما نرى من الفقهاء ، وهو يقرر على وجهين :

أحدهما : لزوم الدور ، اذ لزوم الشرط ووجوب الرفاء به ، انما نقول به اذا كان في ضمن العقد اللازم ، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد ، ولو توقف لزوم العقد عليه كما في المقام للزم الدور .

وثانيهما : لزوم اجماع المتنافيين في العقد الواحد ، اذ مقتضى كون العقد من العقود الخيارية جوازه ، ومقتضى الشرط لزومه فيجتمع الجواز واللزام في شيء واحد فلا يصح الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد لكونه مما ثبت فيه الخيار .

فان صحة الشرط مستلزمة لطرو اللزوم على العقد مع أن اللزوم والجواز لا يجتمعان فيه ورفع اليد عن أحدهما المعين ليس بأولى عن رفع اليد عن الآخر والقول بلزوم الشرط دون المشروط تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز . والحاصل : ان قلنا باستلزام الشرط لزوم العقد المشروط به يلزم اجتماع المتنافيين والا يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع في الجواز واللزام .

وظاهر كلام شيخنا العلامة « قدّه » في كتابه في بيان الاشكال الوجه الاول ، حيث صرح بلزوم الدور وسكت عن ذكر اجتماع المتنافيين ، ولكن المنساق من جوابه هو الوجه الثاني ، حيث لم يتعرض لدفع الدور صراحة .

ونحن نشرع في الجواب عن كلا الوجهين ، وبه يلتزم كلامه ويتضح حقيقة مراده . فنقول في دفع الاشكال على التقرير الاول : بأن لزوم الدور انما يكون

إذا قلنا باللزوم المعلوم في الشرط ، وأما إذا قلنا بلزومه استتملاً فلا يتوجه الدور .
 بعبارة أخرى : وجوب الوفاء بالشرط ان قلنا من جهة وجوب الوفاء بالعمد
 وكونه معلولاً لوجوب الوفاء بالعمد ، فلو تمسك حينئذ بلزوم العقد من جهة الشرط
 للزم الدور المصرح ، وأما ان قلنا بوجوب الوفاء به من جهة (المؤمنون عند
 شروطهم) فلا يلزم الدور قطعاً ، إذ لزوم العقد يتوقف على لزوم الشرط .

وأما لزومه فلا يتوقف على لزوم العقد وليس بمستند له ، بل انما هو مستند الى
 الدليل الدال على وجوب الوفاء بالشرط ، أعني (المؤمنون عند شروطهم) وخروج
 الشروط الابتدائية والواقعة في ضمن العقود الجائزة لا يمنع لبقاء هذا الشرط
 وأمثاله بحسب عمومته ، فكلما ثبت بدليل خارج يؤخذ وبقي الباقي تحت عموم
 الشرط .

فحينئذ يتوجه الاشكال الثاني - أعني لزوم اجتماع المنافيين - إذ مقتضى
 لزوم الشرط من جهة (المؤمنون عند شروطهم) ثبوت اللزوم للعقد وكونه واجب
 الوفاء مع فرض جوازه وبقائه على الخيار ينتج اجتماع المنافيين أعني الجواز
 واللزوم في العمد الواحد .

فالجواب عن ذلك منحصر بالالتزام بالانقلاب ، بمعنى أن العقد الذي كان
 مقتضاه الجواز ينقلب باللزوم لسبب لزوم الشرط ، إذ مؤدي الشرط لزوم ذلك
 العقد المشروط به لوجوب الوفاء بالشرط عين وجوب الوفاء بالعقد ، فاجتماع
 المتنافيين انما يلزم لو بقي العقد على جوازه ، وأما إذا انقلب باللزوم بمقتضى لزوم
 الشرط فلا يلزم اجتماع الجواز واللزوم ، بل العقد بتمامه متصف باللزوم لا غيره نعم
 يتوجه حينئذ النقض بأمرين :

أحدهما : الهبة إذا اشترط لزومها ، فلازم ذلك الجواب صحة ذلك الشرط
 وانقلاب الهبة من الجواز الى اللزوم كالبيع الذي كان مع الجواز والخيار الى

اللزوم بواسطة الشرط، والايلازم اجتماع الجواز واللزوم .

وثانيهما: البيع الخياري اذا شرط فيه شرطاً آخر غير اللزوم بمعنى التزم في الشرط أمراً مغايراً لالتزام أصل العقد، كما اذا بيع الحمار واشترط في عقده خياطة الثوب المعين مثلاً . والوجه في ورود هذا النقض هو أن الشرط تابع ويبيع الحمار مثلاً مشروط ومتبوع ، فالالتزام بالشرط الذي هو تابع لا بد أن يكون مع الالتزام بالمتبوع حتى يتحقق عنوان التبعية فلزوم الشرط مستلزم للزوم المشروط به، لأن اللازم انما هو عنوان الشرطية، فلو كان الشرط لازماً دون المشروط به لخرج عن الشرطية .

وان شئت فقل : ان وجوب الالتزام بالتابع لا بد أن يكون في حال المتبوع والالتزام به، وان لم يلتزم بالمتبوع لم يلتزم بالتابع أيضاً، اذ نفي المتبوع والرجوع عنه نفي التابع أيضاً ، فلا بد حينئذ القول بلزوم العقد بمجرد لزوم التابع والا يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع في الجواز واللزوم ، سواء كان الالتزام بالتابع عين الالتزام بالمتبوع - كما فيما نحن فيه - أو كان مائراً لالتزام أصل العقد، الا أن لزومه مستلزم للزوم متبوعه كما في مورد النقض .

وكيف كان لا بد من التفصّي عن التضييق اما بالالتزام بالانتلاب بأن كانت الهبة المشروطة باللزوم لازمة وبيع الحيوان مثلاً في ثلاثة أيام لازماً اذا اشترط في عقده خياطة الثوب مثلاً وغيره من الالتزامات المغايرة لالتزام أصل العقد ، أو خروج هذين الشرطين عن وجوب الرضاء والالتزام به بالاجماع ، فان الهبة لا تكون لازمة بالاجماع - وان اشترط لزومها - اذ الجواز من الاحكام الثابتة للهبة وهو من مقتضياتها لمادل عليه الكتاب والسنة .

واشترط اللزوم مخالف للكتاب والسنة، فلا يصح بالاجماع لعدم جواز تبدل الحكم وانتقاله وسقوطه كما هو ميزان في الامتياز بين الحق والحكم ، وكذلك

الاجماع قائم على خروج المشروط الذي كان في العقود الجائزة بالذات أو بالخيار وان كانت التفرقة في العقد الجائز بالخيار بين اشتراط لزومه وبين اشتراط لزوم شيء آخر في غاية الاشكال .

(الثاني) من وجوه الاشكال: أن هذا الشرط ، أعني شرط السقوط مخالف لمقتضى العقد ، وكل ما هو مخالف لمقتضى العقد باطل . أما الكبرى : فمسلّم بالنص والاجماع . وأما الصغرى : فلفرض اقتضاء العقد للخيار لقوله الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ فلا الشرط ثبت الخيار قطعاً ، كما هو واضح .

وأجيب عن ذلك بوجوه شتى ، ولعل بعضها يرجع الى الآخر وان كانت ظواهرها مختلفة :

منها : ما صدر عن المشهور من أن ذلك الشرط ليس بمناف لذات العقد ومقتضاه ، بل انما هو مناف لاطلاقه ، والشرط المنافي لاطلاق العقد لم يدل عليه دليل من النص والاجماع ، بل مشمول لادلة الشرط فيجب الوفاء به .

وتوضيح ذلك: أن العقد لا يقتضي الخيار بذاته وطبيعته من حيث هي حتى يصير الخيار من مقتضياته بحيث لا يوجد العقد بدونه .

بعبارة أخرى: أن العقد بنفسه ليس علة تامة للخيار ، بل انما يقتضي له لو خلي وطبعه ، بأن لا يكون مع الشرط ، فالمقتضي للخيار هو العقد مع عدم كونه مقروناً بالشرط ، وأما مع الشرط فلا يقتضي الخيار ، فلا يكون الشرط حينئذ منافياً لما اقتضاه العقد اذ العقد انما يقتضي بدون الشرط وأما مع الشرط فليس بمقتض للخيار ، فلان منع حينئذ من صحة الشرط ، بخلاف ما كان العقد بنفسه مقتضياً له وعلة تامة له بحيث يقتضي الخيار لذاته ، فان الشرط حينئذ مناف لما اقتضاه ذات العقد فيبطل ، لان السنة دلت على كون العقد مقتضياً للخيار ، فاشتراط عدمه يندرج في مخالف الكتاب والسنة .

وفيه : أن هذا الكلام وان صدر عن غير واحد من الاعاظم الا أنه مصادرة لان الكلام فى صحة الشرط ، وصحته لانه حصل الا أن يقال : أن العقد بدون الشرط يقتضي الخيار لا بذاته يقتضي له ومع الشرط لا يقتضي للخيار ، فالخيار انما هو من مقتضيات اطلاق العقد، أي العقد الخالي عن الشرط .

فهذه دعوى ، وجعلها دليلاً لصحة الشرط عين المصادرة ، فلا بد من اقامة الدليل على أن العقد بذاته لا يقتضي الخيار ، بل انما يقتضي مع عدم الشرط ، لا جعله دليلاً .

بعبارة أخرى : أن كون الشرط منافياً لاطلاق العقد، معناه أن للعقد حالتين ، احدهما : اقترانه بالشرط والاخر : عدم كونه مع الشرط ، فهو على حالة عدم كونه مع الشرط يقتضي الخيار ، ومع اقترانه بالشرط لا يقتضي له حتى يكون الشرط منافياً لمقتضاه فهذه الدعوى لو تمت فهي حسن ، فلا بد من اقامة البرهان عليها ، لا جعلها برهاناً ودليلاً ، فحينئذ يحتاج في اثبات تلك الدعوى الى بيان شيخنا العلامة «قده» حسب ماسيدكر .

ومنها : ما حكى عن بعض من قارب عصرنا وذكره شيخ الفتهاء أيضاً في جواهره ، وهو : أن العقد لا يقتضي اللزوم ولا يقتضي الجواز ، فالخيار واللزوم ليس من مقتضياته حتى يكون اشتراط عدمه منافياً لمقتضى العقد ، بل انها من الاحكام الثابتة للعقد بدليل خارج .

وفيه : أنه ان أراد أن الجواز واللزوم ليسا من مدلول العقد، فمسلم الا أنه خارج عن محل الكلام، اذ ليس الاشكال من جهة أن الشرط مناف لمدلول العقد لان ما هو مناف لمدلول العقد باطل بالاتفاق قطعاً ، ويعبر عنه بالشرط المناقض للعقد ، كقوله : (بعثك بشرط أن لا يملك) وليس المتام من هذا القبيل، ولذلك لم يعبر عنه بمناقض العقد ، بل الاشكال من جهة أنه مناف لمقتضى العقد وآثاره

الثابتة من الادلة .

وان أراد أنهما ليسا من مقتضيات العقد مع قطع النظر عن الادلة الخارجية ففيه: أن مقتضى العقد لا بد أن يستفاد من دليل خارج، من الكتاب والسنة، فاللزوم يستفاد من (أوفوا بالعقود) والخيار من قوله (البيعان بالخيار) .

وليس المراد من مقتضى العقد استفادته من نفس العقد من دون دلالة الدليل عليه ، بل لازم ذلك الجواب : عدم الحكم بشيء من اللزوم والخيار بدون الشرط ، اذ العقد بنفسه لا يقتضي أحداً منهما بناءً على ذلك مع أن ذلك لا يصح لعدم الوساطة بين الجواز واللزوم فلو التزم بأحدهما فلا بد من الالتزام بالاقضاء .

اللهم الا أن يوجه بأن المراد أن العقد لا يقتضي اللزوم وعدم اقتضاء اللزوم عين الجواز، أو أن الجواز انما هو من جهة الاصل والقول بانقلابه من جهة الاطلاقات المثبتة للزوم ممنوع ، فانها مهملة ساكنة من هذه الجهة، الا أنها كما ترى تخلو من تكلف موجبة لرفع اليد عن التمسك بالاطلاقات التي لولاها لما ينظم استدلال في الفقه .

وكيف كان لا اشكال في اثبات الاطلاقات للزوم للعقد ، وهذا نفس الالتزام بأن اللزوم حكم من مقتضيات العقد ، فان قوله (البيعان بالخيار) يثبت أن الخيار ثابت لنفس العقد وأنه من مقتضياته ، اذ المراد من مقتضى العقد الاثر الذي رتبته الشارع على العقد وجعله على أنه أثره وفائدته. وهذا انما يثبت بالدليل الشرعي، لأنه عبارة عن مدلوله الذي وضع اللفظ بأزائه حتى يقال أن اللزوم والجواز ليسا من مقتضيات العقد .

ومنها: ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري، تلويحاً هنا وتصريحاً في باب الشروط وحاصله : أن الجواز واللزوم من الاحكام الثابتة لموضوع، وهما كسائر الاحكام

الترخيصية كالاستحباب والكراهة والاباحة ، انما ثبت لموضوعاتها من حيث هي لو خلت وطبعها من دون نظر الى طرأ عنوان آخر ، فلو طرأ عليها عنوان آخر من النذر والقسم والشرط مثلاً فلا يكون منافياً لها ، فان تجوز الفعل والترك مثلاً انما هو من حيث ذات الفعل .

فلا ينافي طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك ، كاللحم مع اباحته في نفسه لا ينافي عروض التحريم له من جهة الخلف على تركه ، أو الوجوب من جهة أمر الوالدين ، وكذلك في المقام ، فان الجواز ثابت لموضوع العقد من حيث هو فلا ينافي اللزوم وسقوط الجواز من جهة الشرط .

ويرد عليه : أنه ان أراد من ثبوت الحكم للموضوع من حيث هو أن الموضوع انما لوحظ على سبيل الإهمال والاطلاق بأن لوحظ ذات الفعل ونفسه مع قطع النظر عن عنوان آخر ، فلا ريب حينئذ أنه يسري على مورد الاشتراط أيضاً لصدق ذات الفعل على ما اتصف بعنوان آخر طارئ عليه .

فذلك لم يكن جائزاً حينئذ لاستلزامه اجتماع الحكمين في الفعل الواحد لعدم كون العنوان الطارئ منوعاً على الفرض لصدق عنوان ذات الفعل عليه ، فاجتماع الحكمين هنا لا يجوز ولو قلنا بجواز اجتماع الأمر والنهي ، اذ الاجتماع هنا اجتماع أمري ، فلا يجوز بالاتفاق ، فان ذات الفعل من حيث هو اذا كان مباحاً مثلاً ، بمعنى أن يكون الحكم ثابتاً له من دون تقييده بشرط عدم طرؤ عنوان شرط أو نذر عليه . فلا بد أن يسري هذا الحكم مع صورة الشرط والنذر ، فاذا كان الشرط والنذر موجباً للحكم الرجوبي فيجتمع الوجوب والاباحة في الفعل الواحد الشخصي فلا يجوز قطعاً ، وهذا نظير ما أوردناه على شيخنا العلامة « قده » أيضاً في باب البرائة حيث أجاب عن التنافي بين الحكم الواقعي والظاهري باختلاف موضوعهما ، فان موضوع الحكم الواقعي من حيث هو وموضوع الحكم الظاهري من حيث كونه

مشكوك الحكم .

وملخص الايراد : أنه لا يرفع هذا الاختلاف والتغاير لان الحيتين تعليلتان لا توجب تعدد الموضوع ، وليس جهة كونه مشكوكاً منوعاً للفعل ، بل يصدق مع وصف كونه مشكوكاً ذات الفعل .

ألا ترى أن الخمر المشكوك عين الخمر الواقعي ومتحد من جميع الجهات ، فالخمر الواحد من حيث أنه خمر ، حرام ، ومن حيث أنه مشكوك ، مباح ، يتناقض جداً واجتماع الحكمين اجتماع أمري بديهية .

نعم ، لو كانت الحيتية متنوعة ومقسمة للفردين ، فيصلح الجواب لرفع التنافي لاختلاف الموضوع حقيقة ولكن في المقام منتف ، فان الموضوع الواقعي من حيث هو اذا طرأه وصف المشكوكية لم يخرج عن موضوعه الواقعي ولم يتعدد وكذلك فيما نحن فيه ، فان الفعل اذا لوحظ أولاً من حيث هو موضوعاً لحكم الجواز والاباحة ، أو الاستحباب والكراهة لم يخرج عن هذا العنوان الواقعي اذا طرأه عنوان الشرط والنذر .

نعم ، لو لوحظ شرط في حكم وشرط آخر في حكم آخر بحيث يختلف الموضوع للتنويع لما يحصل التناقض حينئذ ، وان أراد هذا المعنى بأن كان ثبوت الحكم للموضوع بشرط لا ، أي شرط عدم طرؤ عنوان آخر ، ولوحظ الفعل مع وصف تجرده عن طرؤ العنوانات الاخر في حكم الجواز والاباحة مثلاً ، فلا ينافي حينئذ ثبوت اللزوم والوجوب له مع طرؤ الشرط والنذر مثلاً . فهذا حسن في نفسه وصحيح ، موجب لرفع اشكال التنافي ، الا أن ذلك دعوى تحتاج الى الدليل ، اذ ثبوت الحكم بشرط لا أول الدعوى ، فلا يصار اليه مع اطلاق أدلة الاحكام ، الا بدليل خارجي ، وأنى له باثبات ذلك ، ولكن قد يستدل على ذلك بوجهين :

أحدهما : الانصراف ، بمعنى أن المنصرف من قواه « البيّان بالخيار » ثبوت الخيار للتعبد بشرط عدم اقترانه على شرط السقوط ، كما أن المنصرف من أدلة سائر الاحكام الترخيصيّة من الاستحباب والاباحة عدم طرؤ عنوان آخر .

فيه منع واضح ، اذ دعوى الانصراف في تلك الادلة مع اطلاقها كقوله : (الاحم حكمه كذا والشيء الفلاني مستحب أو مكروه) دعوى خالية على الدليل والبرهان .

وثانيهما : أن ذلك مقتضى الجمع بين أدلة تلك الاحكام وبين دليل الشرط ، حيث أن مقتضى اطلاق دليل الحكم ثبوت الجواز للتعبد ، سواء كان مع الشرط أولا ، وثبوت الاباحة والاستحباب للفعل مع الشرط وعدمه ، ومقتضى دليل الشرط أعني (المؤمنون عند شروطهم) وجوب الوفاء به ، سواء كان في تلك الاحكام المطلقة أو في غيرها ، فالجمع بينها يقتضي حمل الاطلاق على غير صورة الشرط . وفيه : أن الجمع فرع التعارض بينها ، وهو لا يمكن في دليل الشرط لانه لا يتعارض مع أدلة الاحكام بعد تخصيصه بمخالف الكتاب والسنة ، فكل شرط مخالف لاطلاق الكتاب والسنة خارج عن بحث العموم .

ففي المقام بعد تسليم اطلاق دليل الخيار والاباحة ، لا يعارضه دليل الشرط لانه يصير مصداقاً مخالفاً للكتاب ، فلا وجه للجمع ، اذ الجمع يحتاج الى التعارض ، وهو يحتاج الى الالتزام باطلاق دليل الحكم ، اذ لولا لما يحصل التعارض فبعد الالتزام بالاطلاق يسقط دليل الشرط عن الاعتبار . هذا مضافاً الى أنه لو فتح باب الجمع في دليل الشرط لم يبق لنا شرط مخالف للكتاب والسنة .

والنتج «قده» وقال في المقام : نعم ، يبقى الكلام في دفع توهم أنه لو بني على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة ، لم يبق شرط

مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد .

وأجاب عن ذلك في هذا المبحث : بأننا حيث علمنا بالنص والاجماع أن الخيار حق مالي قابل للاسقاط، والارث لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي .

وأوضح منه في مبحث شرط المنافي لمقتضى العقد حيث قال ما حاصله :
فان دل الدليل على ترتب الاثر على العقد بطريق الاطلاقات وجميع الحالات حتى يلزم التخصيص في ذلك الدليل على تندير صحة الشرط ، كان الشرط حينئذ فاسداً وان دل على ثبوته للعقد او خلوي وطبعه بحيث لا ينافي تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط .

الى أن قال: ولو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى أصالة عدم ثبوت ذلك الاثر على الوجه الثاني ، أي على وجه لا يقبل التغيير ، فيبتمى عموم أدلة الشرط سليماً عن التخصيص .

وأوضح من هذا ما أفاده في مبحث الشرط المخالف للكتاب ، ان الحكم الثابت للموضوع قد ثبت له من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طارئ عليه ، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع .

ثم ذكر صورة ثبوت الاطلاق وحصول التنافسي ، وذكر عدم الاشكال في انقسام الحكم الى التسمين، ثم استشكل في تمييز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المتامات .

الى أن قال : فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب والسنة، والتأمل فيها حتى يحصل التميز ، وان لم يحصل بنى على أصالة عدم المخالفة فيرجع الى عموم (المؤمنون عند شروطهم) ومرجع هذا الاصل الى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم

على وجه لايقبل تغيره بالشرط... انتهى .

وملخص الجواب: أن حال الحكم الثابت للموضوع باعتبار استفادته من الكتاب والسنة على صور ثلاثة: قسم نعلم بسرايته في كل حال من الحالات حتى في مورد الشرط لعدم قبوله للتغيير. وقسم نعلم بعدم سرايته قطعاً بل يختص في حال عدم الشرط. وقسم مشكوك بينهما .

أما القسم الاول : فلاشكال في بطلان الشرط، لانه مورد يخالف الكتاب والسنة .

والثاني : لا اشكال في الصحة كما ذكر في المقام ، حيث علمنا بالنص والاجماع أن الخيار من القسم الثاني قابل للاسقاط، فليس الشرط منافياً .

وأما القسم الثالث: أعني ماكان الشك في صحة الشرط من جهة الشك في كونه مخالفاً للكتاب ومنافياً له ولمتضمني العقد، فبنى أولاً الى أصالة عدم كونه مخالفاً أو منافياً، ثم الى عمرم (المؤمنون عند شروطهم) .

أقول: وفي كليهما مناقشة واضحة، أما أصالة عدم كون الشرط مخالفاً أو منافياً فلعدم الحالة السابقة لهذا الشرط حتى يستصحب، مع أنه معارض بمثله، وحيث أنه «قده» تظن لذلك وقال في اصلاح ذلك: أن مرجع هذا الاصل الى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لايقبل تغيره بالشرط ، يعني عدم المتافاة والمخالفة لايبث الا بعدم الحكم على هذا الوجه، وحيث أن جعل الحكم على الوجه النير القابل للتغيير خلاف الاصل فيثبت عدم المخالفة ، الا أنه يرد على أصالة عدم جعل الحكم على الوجه النير القابل للتغيير : أن ترتب عدم كون الشرط مخالفاً من اللوازم العنلية ، فهو مبني على الاصول المثبتة التي لانقول بها ، مضافاً الى أنه معارض بالمثل لأصالة عدم جعل الحكم على الوجه القابل للتغيير .

وأما عموم (المؤمنون عند شروطهم) فتقريب كونه مرجعاً في المقام أن يقال أن مقتضاه وجوب الوفاء بكل شرط ، غاية الامر أنه خرج عنه بعض الشروط وهو الشرط الذي ثبت كونه مخالفاً للكتاب أو منافياً لمقتضى العقد، فيبقى المشكوك في كونه مخالفاً للكتاب أو منافياً لمقتضى العقد تحت العموم، فإن المخصص اذا دار أمره بين الأقل والاكثر وجب العمل بالعام في غير الأقل الذي هو المتبقي من الخروج .

هذا ويشكل ذلك حينئذ بحصول التنويع في الشروط بمخالف الكتاب وغير مخالف الكتاب ، فالاول باطل قطعاً دون الثاني ، فاذا دار حال الشرط الخارجي في كونه مصداقاً للمخالف أم لا ، فلا ينفك التمسك بالعام لكون الشبهة مصداقية .

بعبارة أخرى: أن مقتضى مادل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب الذي يرجع اليه المنافي لمقتضى العقد أيضاً كون الشرط على نوعين (أحدهما) ما هو مخالف للكتاب، وهو غير صحيح. و(الثاني) موافق له وهو صحيح، فعند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أو موافقاً لا يمكن التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) في صحته لانه من قبيل التمسك بالعام في تعيين المصداق، فلا يجوز ذلك على التحقيق المختار كما شرحناه في الاصول .

وملخص الوجه في عدم الجواز : ان لفظ العام وان كان ظاهره مشمول على جميع الافراد والمصاديق من غير قصور، ومقتضى ذلك فرديته لكل ما يصدق عليه ذلك العام ويشمل له ، ولازم ذلك اسراء العام على مصاديقه المشمولة ، الا أن ذلك انما ينفك اذا قلنا بكون تلك الافراد مراد المتكلم، فان المتكلم في مقام بيان الحكم لا بد أن يشخص مراده من العام، حيث أنه قابل للتخصيص فاللفظ وان كان صالحاً للمعنى الظاهري الا أنه لم يكن موجباً لمرامه ، فلا بد من تشخيص مراده

من طريق اما يفيد القطع على المراد أو يعتمد عليه بناء العتلاء ، وهو في المنام أصالة العموم ، حيث أن المتكلم في مقام بيان الحكم وكان اللفظ صالحاً وشاملاً للأفراد ، ويجب عليه أيضاً بيان مراده لئلا يلزم الاغراء .

فنحكم بأن الاصل ارادة المتكلم جميع الافراد ، ونحترز مراده بالاصل لئلا يلزم القبح عليه ، وحيث كان احراز مراده بالاصل بمعنى أن العتلاء يقبحونه لولم يرد العموم بحسب الاقتضاء في ذلك فيما كان بيان مراده لازماً عليه وكان بيانه وظيفة له .

فيقال حينئذ : أن العقل يقبح المتكلم لولم يرد العموم اذ يلزم عليه بيانه ، فينتج ذلك التمسك بالعموم فيما كان بيان المراد وظيفة له ، وعدم جوازه فيما لم يكن البيان وظيفة له .

فنقول : اذا قال المتكلم : (أكرم العلماء) بيّن مراده بأصل العموم، وقال: (لا تكرم زيدا العالم) أو (لا تكرم الفاسق) كان المراد أيضاً منها معلوماً ، فالشك في كون الشخص الخاص الخارجي هل هو عالم أو فاسق ، أو دار الامر بين كونه زيداً أو غيره من العلماء ليس من وظيفة المتكلم حتى يجب بيانه عليه ويلزم من عدم جريان أصالة العموم حينئذ قبح عليه .

والحاصل : لا يمكن التمسك بأصالة العموم الا فيما كان لولاه يلزم القبح على المتكلم ففي الشبهات المصادقية لا يتمسك بأصالة العموم لعدم لزوم القبح عليه، لان المتكلم انما هو بيّن مراده ، وتشخيص الافراد وطريق الامتثال ليس من وظيفته، بل المكلف يلزم عليه التجري والتفحص في تشخيص الافراد . هذا مجمل الكلام . وكيف كان، التمسك بعموم أدلة الشروط عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أم لا، مع العلم بخروج المخالف عن تحت العموم كان من قبيل التمسك بالاجام في الشبهة المصادقية الذي لا يجوز له شيخنا العلامة « قده » كما هو المختار

الا في بعض الموارد المحصورة ، كما اذا كان المخصص عتلياً وثبت التخصيص باللب كقوله (كل بني أمية ملعون) يخصصه العتل بغير شيعي ، فعند الشك في كون الشخص الفلاني المعلوم كونه من بني أمية أنه هل هو شيعي أم لا ، فيجوز لعنه بالتمسك بالعموم ، لعدم حكم العقل عند الشك ، فيصير الشك حينئذ في أصل التخصيص وكما اذا كان المخصص منفصلاً ومسوقاً لبيان حكم آخر .

وكيف كان ، قال شيخنا الاستاد (دام ظله) في مجلس البحث توجيهاً لما أفاده شيخنا العلامة « قدّه » من التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) : عند الشك في كون الشرط منافياً لمقتضى العقد أو مخالفاً لما دل الكتاب والسنة على ثبوت الحكم على خلافه لوجهين :

أحدهما : أن التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لايجوز اذا علم بخروج أفراد من تحته ، ويقع الشك في أن الفرد المخصوص هل هو من تلك الافراد الخارجة أو الباقية ، ولكنه يجوز في أمثال المقام وهو أنه علم الافراد المخصوصة خروجها ، ولكن يقع الشك في خروج فرد آخر عن الافراد المعلومه ، فأصالة عدم الخروج بحكمه أيضاً . مثال ذلك : اذا قال (أكرم العلماء) ، ثم خصص ذلك بـ (-لاتكرم الفاسق) ونعلم أن الفاسق محصورون في عشرة أشخاص مثلاً ، بمعنى أن أفرادها المعلومه هذه العشرة ، ونحتمل أن زيدا أيضاً من أفراد غير العشرة حتى يصير العام بالنسبة اليه مخصصاً ، فحينئذ نتمسك بالعام ونحكم بالعموم بحكم أصالة عدم التخصيص . وذلك مبني على كون العموم بالنسبة الى أفراد مرآتياً ، فالعام يستوعب كل أفراد العالم فرداً فرداً على سبيل المرآة ويشمله . والخارج المعلوم في المثال عشرة ، وفي زيد يصير الشك في تخصيص زائد وان كان باعتبار اندراجة تحت الفاسق . ومرجع ذلك الى استصحاب العموم وعدم خروج هذا الفرد المشكوك عن تحت العموم .

والحاصل : بناءً على دلالة العموم على سبيل المراتبة يصير خروج كل فرد فرد ولو باعتبار اندراجہ تحت المخصص تخصصاً زائداً ، فعند الشك يقال : الاصل بقاء العموم بالنسبة الى هذا الفرد المشكوك في كونه من مصداق العام أو مصداق الخاص . فان قلت : كل موارد الشك من هذا القبيل ، فأين مورد عدم جواز التمسك بالعام ؟.

قلت : فيما كان الشك في عدد المحصورين الخارجين كالعشرة في المثال المذكور ، فاذا وقع الشك في أن زيداً هل هو من العشرة الفسقة الخارجة عن تحت العلماء بقوله : (لا تكرم الفساق) أم غيرهم ؟ فلا يجوز حينئذ التمسك بالعام لعدم جريان أصالة عدم الخروج في هذا الفرد لابتلائها بالمعارض بالنسبة الى فرد آخر لمكان العلم وكون الفرد من أطراف العلم الاجمالي ، بخلاف صورة الشك البدوي كما في المقام .

فان الشروط المخالفة للكتاب معلومة من الخارج ، أعني في كل ما كان الحكم لا يقبل التغيير وسرى في جميع الحالات حتى في صورة ما اشترط على خلافه فلهذا التسم أفراد معلومة لنا . ولكن يقع الشك في أن هذا الشرط الذي هو محل البحث مثلاً ، كما لو وقع الشرط على سقوط الخيار هل هو أيضاً من أفراد زائداً على ما علمنا أي فرد من مخالف الكتاب ومناف لمقتضى المقدم حتى يصير باطلا كسائر الافراد المعلومة دخولها تحته . أم تصير الشبهة في ذلك المصداق بدوية ، فيجوز التمسك بالعام في الشبهة البدوية المصادقية بناءً على كون دلالة العام لمصاديقه من باب المراتبة لجريان أصالة عدم الخروج ، أي عدم خروج هذا الفرد عن تحت العموم بعد فرض شمول العموم له وكونه مندرجاً تحت العام فيستصحب العموم ويحكم به حتى يحصل العلم بالخروج تفصيلاً أو اجمالاً ؟.

أقول : فرض شمول العموم لهذا الفرد المشكوك ان كان بحسب المراد من

العام - أي أن المتكلم أراد هذا الفرد من العام واقعاً - فليس له حينئذ حالة سابقة لوقوع الشك في ارادته أولاً . كما أنه ليس لهذا الفرد حالة سابقة بالنسبة الى الحكم الواقعي وان كان بحسب الحكم الظاهري فليس في ذلك لجريان الاصل مسرح . والحاصل : عدم جريان الاستصحاب في كلا الصورتين ، أما بالنسبة الى المراد من الحكم الواقعي ، فليس له حالة سابقة ، وأما بالنسبة الى الحكم الظاهري - أعني أصالة العموم - فلم يجز الاستصحاب في الاحكام الظاهرية لتغير موضوعها .

ففي المقام اعتبار أصالة العموم اما من جهة أصالة الحقيقة فهي قد تغيرت قطعاً لورود التخصيص على العام ، فلامجري للاصل حينئذ . وان كان من باب الظهور وبناء العقلاء فهو حسن في مورد يلزم التبع على المتكلم لولم يرد العموم وظاهر اللفظ مع كونه في مقام البيان حينما كان البيان من وظيفته هو أصالة العموم وأما في مورد الشك في الاندراج والشبهة في المصادق ، فلامجرى لأصالة العموم لعدم كون بيانه من وظيفته .

وثانيهما : ماهو المتعين فيما أراده شيخنا العلامة الانصاري « قده » عند التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) أن الشك في أن شرط السقوط هل هو مخالف الكتاب ولم يتنضى العقد أم لا ؟ مرجعه الى الشك في مقتضى العمد والكتاب بمعنى أن حكم العقد في كتاب الله تعالى والسنة مشكوك لنا ، هل هو مجعول بحيث لا يتغير أو بحيث يقبل التغير ومن المعلوم بيان ذلك من وظيفة الشارع . فحيث لم يعلم حال المخصص ، فيكون المرجع عموم (المؤمنون عند شروطهم) لكون الشبهة في مفهوم المخصص ، فيجوز التمسك بالعام في الشبهات المفهومية . ففي المتام وان كان لفظ المخالف للكتاب مبيناً باعتبار معلومية مفهوم الموافقة والمخالفة ، الا أن الاجمال باعتبار ما يستفاد من الكتاب فيصير مخالف الكتاب

في خروجه عن عموم (المؤمنون عند شروطهم) كالفاسق في خروجه عن قوله (أكرم العلماء) بالنسبة الى من ارتكب الصغيرة للشك في معنى الفاسق ، هل هو بمعنى مطلق العاصي بمعصية صغيرة وكبيرة ، أو بمعنى خصوص المرتكب للكبيرة .

فعلى ذلك نقول: أن شرط شرط الخيار في البيع صحيح بمتضى (المؤمنون عند شروطهم) وليس بمخالف الكتاب ومقتضى العمد حتى يندرج تحت المخصص أعني ماخالف الكتاب - فيصير باطلا ، لعدم ثبوت الخيار للبيع من قبيل الاحكام التي لا يقبل التغير ، بل ثبت بالنص والاجماع أنه قابل للتغير والاسقاط . ومع الاغماض عنهما وفرض حصول الشك كفانا أصالة عدم جعل هذا الحكم - أعني الخيار - في مورد الشرط . فمع المناقشة في ذلك بأنهم معارض بمثلها أو من الاصول المثبتة ، وليس لها أثر شرعي .

نقول : لأقل من الشك ، فحيث كان بيان ذلك من وظيفة الشارع ، نتمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ولا ينتقض بشرط اللزوم في الهبة ، لما ثبت بالنص والاجماع : أن الجواز فيها مما لا يتغير بشرط .

وملخص الكلام : أن مما ثبت التغير بالنص والاجماع وعده بهما نعمل بمقتضاهما ، وعند الشك في التغير كان المرجع عموم أدلة الشروط المبطل لاصالة الفساد فيها .

ومنها ، أي من الرجوه الرافعة للاشكال الزائدة في المنام ، ما أفاده شيخنا الاستاد (دام ظله العالي) : أن الاحكام اما الزامية ، أو ترخيصية ، أو وضعية .

أما في الالزامية - كالوجوب والحرمة - فشرط الفعل في الاول والترك في الثاني - كالاستحباب والكرادة - لاضيرائه ، لانه مؤكد وليس بمخالف الكتاب . ولكن عكس ذلك ، أي شرط الترك في الواجب والمستحب ، وشرط الفعل

في الحرام والمكروه باطل ، لكونه محرماً للحلال ومحللاً للحرام .

وأما الترخيصية: فيجوز شرط الفعل والترك فيها بناءً على أنه ليس فيها جعل من الشارع ، بل انما يكون من قبيل الامضاء واللاحرج ، وهذا هو المعبر عنه بموارد البرائة وعدم القبح في الفعل والترك ، فلا يندرج الشرط لافعلا ولا عدماً بمحلل الحرام ومحرّم الحلال ، وليس بمخالف الكتاب .

نعم ، على القول بالاباحة فيها ، بمعنى جعل الحكم الشرعي في الاحكام الترخيصية يصير شرط الترك منافياً للكتاب ، ويتوجه عليه ما أوردناه على شيخنا العلامة « قده » من التنافي في الحكمين والاجتماع الامر .

وهذا هو الذي عبرنا عنه سابقاً بموارد الاباحة ، حيث قلنا: أن الفعل الترخيصي على قسمين : قسم من مجاري أصالة البرائة وقسم من مجاري أصالة الاباحة ، وهي منحصرة في أنواع أربعة : المآكل ، والمشارب ، والملابس ، والمناكح ، ويعبر عنها العرفاء : بالخلق والجلق والدلق .

ففي القسم الذي هو من مجاري البرائة - وهي غير الانواع الاربعة - لاحكام فيه ، فيجري فيه أدلة الشرط من دون جريان الأدلة المخصصة - أعني مخالف الكتاب ومنافيه - ففي القسم الثاني شرط تركه لا ضير فيه وان شئت أوضح من ذلك ، فراجع ما كتبناه آنفاً .

واكن شيخنا الاستاد (دام ظله) في هذا المتام لم يفصّل بهذا التفصيل ، بل ذكر أن الاحكام الترخيصية حيث كانت مجرد الامضاء واللاحرج ، فلا ينافي مع الاشتراط بشيء ، فيتبّل للشرط وجوداً وعدماً . وأما ما كان من قبيل الاسباب والاحكام الوضعية ، فشرط منافيه ومخالفه فيندرج في مخالف الكتاب قطعاً ، وجوداً وعدماً فيشكل حينئذ بالنسبة الى شرط الخيار واللزم ، حيث أنهما من الاحكام الوضعية تابعة لاسبابها .

والذي يسهل الامر من ارجاع الشرط الى شرط فعل ، اما بأن ينال : أن الاقالة فعل جائز للمتبايعين ، أو ليس من الانواع الاربعة ، فشرط السقوط يرجع الى شرط ترك الاقالة ، فلا ضير في ذلك . أو يقال : أن شرط السقوط يرجع الى شرط الاسقاط بعد حصول البيع ، فيصير من شروط الفعل الذي لم يندرج بمخالف الكتاب والسنة .

فهذا الميزان وان كان موافقاً لميزان شيخنا العلامة « قده » في النتيجة - أي في الحكم على صحة شرط السقوط - الا أن شيخنا العلامة « قده » أخرجه عن شرط الحكم المخالف للكتاب ، بدعوى كون الحكم قابلاً للتغيير ، وليس ثبوته على سبيل الاطلاق حتى ينافيه ، فان كونه قابلاً للتغيير ، اما من جهة النص والاجماع حيث لم يكن النص معجلاً في الدلالة ، أو من جهة التمسك بالنص وعموم (المؤمنون عند شروطهم) مع الشك في دلالة النص في أنه على وجه الاطلاق والاهمال القابل للتغيير والاسقاط .

وأما على ما سلكه شيخنا الأستاذ (دام ظله) فلا بد من ارجاعه الى ترك الفعل ، أي الاقالة ، أو شرط نفس الفعل أي الاسقاط ، فيصح المطلب ويتم الكلام على كليهما وان كان باختلاف المدارك.

(الثالث) من الاشكالات الواردة على الاشتراط ما حكي عن بعض الشافعية : أن استتاط الخيار في ضمن العقد لما لم يحصل بعد ، بمعنى أنه استتاط لامر معدوم لان الخيار لا يحدث الا بعد تحقق البيع . فاسقاطه فيه كاستنائه قبله ، استتاط لما لم يجب .

فيه : من الاشتباه ما لا يخفى ، من أن الاستتاط الذي وقع عليه الشرط ، انما هو بعد العقد ، بمعنى أنه بعد العقد يحدث الخيار ، فبشرط استنائه بعد حدوثه ، لا أن

الاستطاط حين العتد أو قبله حتى يقال . أن الخيار لم يتحقق ، فكيف يسقط مالم يوجد .

وقد أجاب شيخنا العلامة « قده » بما محصله : أن مرجع شرط السقوط الى اشتراط عدم الخيار وعدم ثبوته من أول الامر ، فالشرط حينئذ مانع عن ثبوت الخيار ، لا أنه ثابت حتى يسقط ، فيتال : استطاطه قبله لا يصح .

(الرابع) من الاشكالات : أن الشرط والاشتراط بمعنى الالتزام والالزام فشرط السقوط أو اللزوم شرط النتيجة ليس قابلاً للالتزام والالزام ، لانه أمر خارج عن قدرة المشترط .

والجواب : أولاً بالنقض على شروط النتائج ، كشرط الوكالة والرذانة والوقف والعتق وغيرها مما هو يقرب صحته أن يكون مجعماً عليه ، حيث أن المحتمتين ذهبوا الى ان أمثال هذه الشروط لا تحتاج الى ايجاب المسبب ، بمعنى أنه يجب على المشترط عليه ايناع السبب وان امتنع فعلى الحاكم أن يوجد السبب ، بل بمجرد حصول الشرط في ضمن العتد اللازم تحصل تلك النتائج .

وثانياً : بالحل ، بأن مرجع تلك الشروط الى اشتراط ترتب الاثار ، بدلالة الافتضاء ، حيث أن نفس النتيجة ليس بمقدور حتى يشترط عليه ، فيرجع الى اشتراط ترتب آثار الوكالة والرذانة والوقف والعتق ، وكذلك في المقام يؤل شرط السقوط الى ترتب آثار اللزوم ، من عدم جواز الفسخ وبقائه على الملكية السابقة وعدم تسلطه على المال الا باذنه وهكذا ، فهذا أمر مقدور ، فيؤل شرط النتيجة الى شرط آثارها بعد قيام الدليل على صحته .

بقي الكلام في المقام الرابع ، أعني بيان حال الشرط اذا تعلق بغير السقوط كما اذا اشترط عدم الفسخ أو الاسقاط . أما شرط عدم الفسخ ، فلا اشكال في وجوب الالتزام به بمقتضى (المؤمنون عند شروطهم) لعدم ابتلائه بالمعارض من جهة

اثبات الحكم التكليفي الايجابي، وانما الاشكال في نفوذ الفسخ وتأثيره اذا خالف الشرط ووجوب الالتزام به، فهل يؤثر اذا فسخ أم لا؟ وجهان، ويدل على الاول عموم أدلة الخيار فانه يدل على ثبوت حق الخيار مطلقاً، ومعنى ثبوته ليس الا تأثيره ولا يعارضه دليل الشرط، لانه انما يدل على وجوب الالتزام بترك الفسخ، فهو لا يوجب فسادَه.

وبعبارة أخرى: أن مقتضى قوله (البيعان بالخيار) اثبات الحكم الوضعي وبيان السببية وتأثير الخيار كقوله (اذا التقى الختانان وجب الغسل) حيث يدل على سببية الالتقاء للغسل، وهذا لا ينافي وجوب الفسخ أو وجوب تركه كما ان الخبر الشريف يدل على كيفية الالتقاء فيجتمع مع الوجوب والحرمة، حيث لاتنافي بين الحكم الوضعي والتكليفي في أمثال المفام. وقد مثل لذلك شيخنا العلامة « قده » بيع مندور التصدق، فيصح وان خالف النذر وحصلت الحرمة والحدث.

ويدل على الثاني: (المؤمنون عند شروطهم) وقواه شيخنا العلامة « قده » بتقريب أن عموم الاحوال يقتضي الالتزام بعد الفسخ في جميع الحالات، سواء فسخ أم لا، فبعد الفسخ أيضاً يجب ترتيب آثار الشرط - أعني عدم الفسخ - نظير مالو باع مندور التصدق، حيث ذهب غير واحد الى ترتيب آثار النذر ولو بعد البيع.

ويدفعه: أن لسان عموم (المؤمنون عند شروطهم) ليس الاوجوب الالتزام بالشرط مهما أمكن، وليس بناظر بحال الموضوع - أعني تأثير الفسخ وعدمه - فاذا قلنا بنفوذ الفسخ فلا يبقى محل لوجوب الالتزام والوفاء بالشرط، والعموم الاحوال لا ينفع في اثبات عدم الفسخ والالتزام به الاعلى ما سنذكر بيانه.

وأما بيع مندور التصدق فالتحقيق أن يقال: بعد تعارض أدلة النذر وعمومات

البيع، دار الامر بين التخصيص والتخصص فاذا قلنا بتقديم أدلة النذر وتحكيمها على دليل البيع يلزم التخصيص في أدلة البيع، لانه يصير الحاصل أنه : يجب ترتب آثار كل بيع ويحل الا بيع منذور التصديق ، فلا يجب ترتب آثار البيع، بل يجوز للبائع دفع المنذور للصدقة ولو كان مبيعاً .

وأما اذا قلنا بتقديم أدلة البيع، يلزم التخصص لانتفاء محل النذر وموضوعه، فصار كالتلف لاشتراط الوفاء بالنذر على بقاء المنذور وامكان الوفاء بالنذر، فكما عند التلف لا يحصل الحنث فكذلك عند التلف الشرعي، اذ بناءً على صحة البيع يخرج الوفاء عن كونه مقدوراً للناذر .

وأما التحقيق في محل البحث أن يقال: أن الفعل قديكون من قبيل مالا حرج في فعله مما لا حكم له من الاحكام الوضعية : وقديكون من قبيل الاسباب، وقد ثبتت له أحكام في الشرع .

أما القسم الاول ، فلا ريب في وجوب الوفاء بمقتضى الشرط فيه وجوداً وعدمًا ، فان عموم (المؤمنون عند شروطهم) سليم عن المعارض كما اشترط في البيع مثلاً فعل أمر سائغ أو تركه .

وأما القسم الثاني - أعني ما كان من قبيل الاسباب - فتارة يقع الشرط على تركه - كما فيما نحن فيه - كأن شرط ترك الفسخ ، فهل يؤثر الفسخ لو خالف الشرط وثبت له أحكامه الثابتة له في الخارج أم لا؟ ، وأخرى: يقع الشرط على فعله كما في صورة اشتراط الوكالة والهبة والرهانة والبيع وغيرها، فهل ترتب عليها أحكامها المنافية لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، أم مقتضى وجوب الوفاء بالشرط سقوط أحكامها؟ فيقع الاشكال في هذه الصورة تارة في نفس الاحكام الثابتة وأخرى بالنسبة الى جواز أمره ضد له ، حيث أن مقتضى وجوب الشرط ايجاد الشروط فيخالف الشرط ويوجب ضد الشرط ، كما اشترط صدقة شيء أو نذر التصديق به

فخالفه بايجادضده- كما لو باع- فهل يحكم بصحة ذلك الضد، أعني البيع أم لا؟ فهذه صور ثلاثة .

أما الصورة الاولى : أعني ما لو شرط ترك فعل من الاسباب والمعاملات ، فالكلام فيها من جهة أنه لو خالف الشرط وأوجد الفعل ، هل تثبت له الصحة ويترتب عليه أثره أم لا ؟ كما لزبا ع شيئاً بعد شرط تركه وفسخ البيع بعد شرط تركه .

أما وجه الصحة واضح لاطلاق دليله . ولكن يستدل على فساده وعدم تأثيره بوجهين :

(الاول) : ما عن « المستند » أن الفعل بمخالفة الشرط يصير حراماً ومنهياً عنه ، والنهي في المعاملات يوجب الفساد ، فالفسخ بعد اشتراط تركه غير نافذ ، لانه اذا كان تركه واجباً يصير فعله منهياً عنه ، والنهي اذا تعلق بنفس المعاملة يقتضي الفساد كما هو مسلك الفقهاء ، فلا يزال يتمسكون على فساد المعاملات بتعلق النهي عليها ، سواء كان النهي لفظياً أم لا .

فيه : أن النهي في المقام لم يتعلق بنفس المعاملة ، بل انما تعلق بأمر خارج تصادق على المعاملة كالبيع وقت النداء ، فانه حرام ومنهي عنه ، وانما تعلق النهي على عنوان التفويت الصادق على البيع ، فمجرد كونه مصداقاً للحرام وبعنوان المنهي عنه لا يوجب الفساد ، اذ الحرمة في المعاملة يجتمع مع صحتها كما اتفق عليه الاصوليون : أن النهي في المعاملة لا يوجب الفساد .

فالوجه فيه : أن النهي حينئذ انما يوجب حرمة البيع وقت النداء والفسخ بعد شرط تركه ، ومعلوم أن مجرد كونه حراماً يجتمع مع الصحة لعدم المنافاة عتلا بين الصحة والحرمة . وهذا هو المراد مما اتفق عليه الاصوليون ، ولا ينافي ذلك ما استدل به الفتهاء من فساد المعاملة اذا تعلق بها النهي ، اذ استدلالهم انما

هو اذا تعلق النهي بنفس المعاملة لأمر خارج ، كما اذا تعلق النهي بالبيع الربوي ونكاح مانكح الالباء وغيرهما مما تعلق النهي باعتبار أجزائه وشرائطه ، كبيع الخمر وبيع الصرف مالم يقبض في المجلس وهكذا والوجه في ذلك أحد أمرين : أحدهما : حمل النهي على الارشادي كما هو الشأن في المعاملات اذا تعلق بها النهي ، فيدل على عدم صحة تلك المعاملة حيث أن النهي سيق لبيان الواقع ، بمعنى أن وجود تلك المعاملة كعدمها لا ترتب عليها الاثار لانقضاء شرطها أو جزئها أو عدم كون نفس المعاملة سبباً للنقل والانتقال عند الشارع ، فالربا ونكاح مانكح الالباء وبيع الخمر ليس بصحيح عند الشارع ، فلسان النهي حينئذ لسان الاخبار عن الفساد . وعدم امضاء الشارع لها بنفسها أو بجزئها أو بشرطها .

وثانيهما : ما ثبت بدلالة الاقتضاء ، حيث أن نفس المعاملة واتحاد الصيغة ليست له حرمة ذاتية ، اذ من المعلوم اتحاد صيغة البيع في الخمر والتلفظ بقوله بعث الخمر أو التلفظ بنكاح مانكح الالباء ليس كالغيبه وغيرها من المحرمات الذاتية ، بل انما حرمة تشريعية ، فلا بد أن يكون تعلق النهي بها بدلالة الاقتضاء راجعاً الى ترتب الاثار وحرمة كآثار نفس (بعث الخمر) والتلفظ لا يصير حراماً ذاتياً ، فاذا تعلق به النهي ثبت - بدلالة الاقتضاء - حرمة آثار البيع عليه كحرمة الاعيان المحرمة ، حيث اذا تعلق النهي بها يرجع الى آثارها المناسبة كحرمة أكل الميتة والخمر وغير ذلك .

وكيف كان ، ليس النهي في المقام من موارد المتفق عليه الفقهاء من دلالة النهي على الفساد فظهر وجهه مما بيننا ، كما ظهر وجه عدم المنافاة بين ما اتفقوا عليه في الاصول وبين ما اتفقوا عليه في الفقه ، حيث أن نظرهم في الاصول : التجرد على لفظ النهي ونفس ثبوت الحرمة للمعاملة ، فان مجرد الحرمة لا يقتضي الفساد كالعبادات . ونظرهم في الفقه : بالوجهين الذي بيننا . وامتياز المقامين موكول

الى نظر الفقيه. فلا ريب فيما نحن فيه: أن النهي انما تعلق على مخالفة الشرط، فهذا لا يوجب عدم نفوذ الفسخ وبطلانه كما حكي عن النراقي .

(الثاني): اقتضاء عموم (المؤمنون عند شروطهم) على وجوب الوفاء بالشرط في كل حال من الحالات حتى بعد الفسخ ، فيجب ترتب آثار عدم الفسخ في جميع الحالات ، فان الشرط عبارة عن عدم الفسخ ، ووجوب ترتب آثاره عبارة عن عدم الاعتناء بالفسخ ونفوذه وتأثره، بل يجب تنزيل الفسخ منزلة العدم وترتيب آثار عدم الفسخ . فان قلت : ان دليل الشرط لا يقتضي الا وجوب الالتزام بعدم الفسخ ، وأما تأثر الفسخ وعدمه فهو خارج عن مدلول الشرط ، فمقتضى اطلاق أدلة الخيار نفوذه . قلت : الالتزام بعدم الفسخ فقط ليس من الشروط العقلانية لعدم ترتب غرض العقلاء عليه ، ضرورة أن غرض المشتري على المشترط عليه عدم الفسخ في البيع الفلاني - مثلاً - لزوم البيع وعدم نفوذ فسخه ، بحيث لو أراد الفسخ لما يتمكن لصيرورته لازماً، وأما مجرد اشتراط عدم الفسخ فقط بحيث لو أراد الفسخ لآثر من غير احداث لزوم في البيع لكان لغواً عارياً عن الفائدة ، ومجرد الحكم التكليفي الالتزامي على عدم الفسخ لم يتعلق به غرض العقلاء .

فحينئذ مقتضى الشرط هو الالتزام بجميع آثار عدم الفسخ وعدم ترتب آثار الفسخ ، ومن جملة آثار عدم الفسخ هو ابقاء البيع على حاله وكون المبيع للمشتري والتمن للبائع ، فيجب الالتزام بذلك بمقتضى الدليل الدال على وجوب الوفاء بالشرط ، فان الوفاء بالشرط ليس الا بترتب آثاره .

وحيث قلنا بتقديم أدلة الشرط على أدلة الخيار للاجماع على صحة هذا الشرط وكون دليل الخيار مهملاً من هذه الجهة ، فلا بد من الالتزام بآثار الشرط فحينئذ الاقوى وجوب ما اختار شيخنا العلامة « قده » في مكاسبه ، ولعل دليله يرجع الى ما ذكرنا وان كان قاصراً عن افادته، مع أنه لو أغمضنا عن دليل الشرط

بأن قلنا بمعارضته مع دليل الخيار يصير أصالة اللزوم مرجعاً في المتام لانه
الاصل المؤسس في باب البيع .

وأما الصورة الثانية : أعني ما كان اشتراط الهبة والوكالة وأمثالها ، فمقتضى
الشرط لزومها ومقتضى الادلة الدالة على أحكامها ، أعني كل هبة جائز والوكالة
بجواز العزل للموكل جوازها فيتعارضان ، ولولا الترجيح لادلة الشرط يرجع
الى الاصل وهو أصالة اللزوم في باب العقود ، الا أن المعلوم المنساق من كلماتهم
هو تقديم دليل الشرط وثبوت الاحكام لهذه الاسباب انما هو على سبيل المهملة
كما ذكرنا شطراً من ذلك ، وأن ذلك هو الاصل أيضاً عند الشك ، حسب ما
ذكرنا وفاقاً لشيخنا العلامة « قدّه » .

ونزيد هنا : أن المصرّح به في أمثال البحث هو اشتراط الوكالة في عقد
الرهن ، ويستظهر من ذلك مذاقهم في أشباهها من الهبة وغيرها ، حيث أن المشهور
بينهم نقلاً وتحصيلاً ، بل عن « السرائر » نسبة الخلاف الى أهل الخلاف لزوم
الوكالة وعدم جواز العزل بعد الشرط . والوجه المذكورة لجوازها مدخولة :
أحدها : أنها من العقود الجائزة التي من شأنها تسليط كل منهما على الفسخ
واشتراطها لا يقتضي لزومها والا لم تبطل بالموت .

وثانيها : عدم لزوم الشرط وان كان في عقد لازم ، وانما أقصاه التسليط على
الفسخ .

وثالثها : وان كان مختصاً في باب الرهن ، ان الرهن جائز من طرف المرتهن
وان كان لازماً من طرف الراهن ، الا أن ترجيح احدهما على الآخر ترجيح بلا
مرجح . فأورد على كلها في « الجواهر » ، أمان الاول : أن الوكالة وان كانت من
العمود الجائزة بالذات لكن لا بأس بلزومها من جهة المعارض كالشرط ونحوه . وهذا
أشارة الى ما ذكرنا من أن أدلة أحكام الوكالة مهمة ، فيكون محكوماً لادلة الشرط .

ثم قال : ودعوى أنه غير مقتضى لذلك ... انتهى .

وهذه إشارة الى ما ذكرنا أن أدلة الشرط لا يقتضي الاوجوب الالتزام ، وهو حكم تكليفي فلانظر له أزيد من ذلك ، فلو خالف البيع الوكالة أحكامها فلا يقتضي الشرط لزوم الوكالة .

ثم دفع ذلك بتوله : ويدفعها فرض كون المراد منه البيع وكالة فهو كما لو صرح باشتراط عدم العزل ، لأن المراد مطلق حصول الوصف بها وان عزل بعد ذلك ، واحتمال أن التصريح بعدم العزل لا يقتضي عدم ترتب الاثر لو وقع ، بل أقصاه الاثم ، يدفعه : أنه مناف لكون (المؤمنون عند شروطهم) انتهى .

وهذا كما ترى صريح فيما ذكرنا سابقاً ، وانما ذكرنا عين عبارته حتى تطمئن لما ذكرنا ، وحاصله : أن مجرد حصول وصف الوكالة بحيث يتبعها العزل لم يتعلق به غرض عقلائي ، فلا بد من كون الشرط عقلائياً أن يكون مراد المتشارطين ترتب آثار الوكالة من صحة بيعه مطلقاً وعدم الاعتناء . بخلاف الوكالة والزل ، فلازم ذلك جواز بيع المرتهن حتى بعد العزل ، فكان الشرط يرجع الى عدم العزل ووجوب ترتيب آثار عدم العزل . فحيث ينزل الشرط على هذه المثابة ، فمقتضى (المؤمنون عند شروطهم) وجوب ترتيب آثار هذا الشرط ، لا مجرد شرط الوصف الذي ليس شرطاً عقلائياً ، ولا تحصل له الفائدة الا الاثم .

ثم أجاب « قده » عن النقض بصورة الموت بأن : البطلان لانقضاء الموضوع ضرورة كونها استنابة تذهب بذهاب المندوب عنه ، فلا يقتضي جواز العزل . وأما عن الثاني والثالث فليراجع الى كتابه « قده » ، وفيما ذكرنا من جوابه الاول كفاية فيما أدعيناه من أن التحقيق هو الحكم باللزوم ووجوب الوفاء الشرط .

وأما الصورة الثالثة : أعني ما كان حصول مخالفة الشرط في ضمن ايجاد ضد ما اشترط عليه ، كما اذا اشترط التصديق بمال مخالفة وباعه ، فهل يحكم بصحة

ذلك الضد وتأثيره لما هو مجعول له لولا الشرط من الاحكام الوضعية ، أم يحكم بفساده لكونه منهياً عنه بمخالفة الشرط ؟ فمقتضى القاعدة أن يقال : ان ثبت من الخارج تقديم أدلة الشرط على الأدلة الشبهة لاحكام ذلك الضد أو عكسه ، بأن كان دليل ثبوت الحكم لذلك الضد مقدماً على دليل الشرط بأن كان أحدهما حاكماً على الآخر ورافعاً لموضوع الآخر ، فيؤخذ بما هو أقوى وان لم يثبت الترجيح فيتعارض دليل الشرط مع دليل الضد فيساقطان فيرجع الى الاصل .

ففي المثال المذكور نقول : أن دليل الشرط مع دليل البيع - وان كانت النسبة بينهما عموم من وجه - حيث ان (المؤمنون عند شروطهم) يقتضي وجوب تصدق المال وحرمة بيعه ، و(أحل الله البيع) يقتضي صحة بيعه ، الا أن الامر دائر بين التخصيص والتخصص لانه اذا قلنا بتقديم دليل الشرط فلا بد من القول بالتخصص في (أحل الله البيع) وأما اذا قلنا بتقديم دليل صحة البيع فلا يلزم تخصيص لانه بعد الالتزام بصحة البيع لا يبقى محل للوفاء بالشرط ، بل ينتفي موضوعه كما اذا تلف المال فلا ريب ان الالتزام بالتخصص أولى من التخصيص وأخذ الحاكم مقدم على أخذ المحكوم .

ولو أغمضنا عن ذلك وقلنا بالتعارض ، فالمرجع هو الاصل وهو في المقام أصل اللزوم ، فالأقوى صحة البيع اذا كان ضد الفعل الشرط أما من جهة تحكيم (أحل الله البيع) على دليل الشرط ، أو من جهة أصالة الصحة واللزوم التي هي المرجع في باب البيع والعقود . هذا ما سمعناه في مجلس البحث .

أقول : هذا حسن ما لم ينجر الى انتفاء شرط من شروط البيع كما اذا كان المبيع متعلقاً لحق الغير ، فلا يصح البيع لانتهاء شرط البيع ، فانه يجب أن يكون المبيع طامناً ، فاذا شرط وقف دار أو عبد مثلاً أو نذر تصدقه غنم على الفقراء ،

أو شرط تصدقه عليهم ، فلا يبعد تعلق حق الفقراء على الغنم ، فيخرج عن كونه طلقاً .

وهكذا ففي المسألة على كليتها اشكل لي ، فلا بد من الدراجعة الى الاستاذ العلامة (دام ظله)^(١) وكيف كان قد ظهر لك : أن شرط عدم الفسخ يكفي في ترتيب اللزوم على العقد ولا حاجة معه الى الاسقاط ولا اعتبار في فسخه لعدم نفوذه ، اذ الشرط ليس لمجرد الحكم التكليفي بحيث كان لمخالفة اثم فقط ، بل يرجع بدلالة الاقتضاء الى ترتيب آثار عدم الفسخ وهو عين اللزوم فان الشرط الذي ينبغي أن يكون عقلاً ومحللاً للفائدة في المقام هو ترتيب آثار الفساد على الفسخ . ومن ذلك يظهر لك في الشرط الاخر - أعني شرط اسقاط الخيار - فلا حاجة الى اسقاطه بعد العقد في لزوم العقد ، اذ بعد ما بيننا ان المختار في شرط عدم النسخ سقوط حق الخيار وعدم نفوذ الفسخ ، كان المختار في شرط اسقاط الخيار ذلك أيضاً بل بطريق أولى ، لان اسقاط الخيار مركب من عدم الفسخ واثنان أمر وجودي . فحيث قلنا بصحته لعموم دليل (المؤمنون عند شروطهم) مع عدم معارضته لقوله (البيعان بالخيار) فيترتب عليه آثار شرط عدم الفسخ أيضاً لانه مشتمل عليه مع شيء زائد ، فالواجب هو الالتزام بآثار الاسقاط ، أعني آثار اللزوم . فظهر لك أن الحق هنا أيضاً عدم نفوذ الفسخ .

قال شيخنا العلامة « قده » : هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشتري الخيار بعد العقد وان لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط، ومن أن

(١) أقول: قد فاتت المراجعة وانتفى الموضوع . ويمكن أن يقال: أن أدلة النذر كأدلة الشروط لا تسدل على أكثر من الحكم الكلي ، فانه المستفاد هو وجوب الوفاء وليست ناظرة الى حال المتعلق وموضوعاتها حتى يشترط الحق فيها ويخرج عن الطلقة كحق الرهانة والتججير وأمثالها فان أدلتها ناظرة الى موضوعاتها بل مسوقة لذلك كما هو واضح . فتدبر (منه) ١ ربيع الاول ١٣٣٤ .

المقصود ابتداء العقد ، فلا يحصل الخلف ، انتهى .

ويرد عليه : أن خيار المشروط له انما يكون لو أخل المشروط عليه بالشرط فالاخلال بالشرط في صورة فرض المسألة لم يحصل حتى يوجب الخيار ، اذ بمجرد عدم اسقاط المشتري بعد العقد لا يقال أنه أخل ، اذ لا أمد لذلك الشرط .

ومن ذلك يظهر النظر فيما أفاده بعد ذلك من أن: الاولى القول بثبوت الخيار على القول بتأثير الفسخ، ووافق في ذلك أيضاً بعض المشائخ على ما حكى عن شرحه ، حيث اختار أنه على القول بتأثير الفسخ، فلو لم يسقط بعد العقد ولم يفسخ أيضاً أن للبائع الخيار .

وجه النظر: أنه لا ريب في أن ذلك الخيار خيار الشرط وأنه انما يكون لو حصل التخلف، فبدون حصول الاخلال والخلف ليس للآخر الخيار، ففي المقام شرط اسقاط الخيار حيث لم يجعل له أحد لا يحصل تخلف الشرط بمجرد عدم اسقاطه بعد العقد ، بل لا بد أن يبلغ الى مرتبة المسامحة والتقاعد ، وهذا انما يكون بطول المدة لا بمجرد عدم اسقاطه بعد العقد ولو بيوم أو يومين مثلاً بمطالبة المشروط له، فيمتنع المشروط عليه فيتسلط حينئذ على الفسخ كسائر موارد تخلف الشروط .

واعلم: ذكر بعض الفقهاء - ممن قارب عصرنا - فرعاً وهو انه: هل يقبل ذلك الشرط - أي شرط اسقاط الخيار - التبعيض، بأن يتبعض خياره فيشترط اسقاطه بعض خيار المجلس ويبقى بعضه ؟ وجهان مبنيان على أن الفسخ لا يتبعض، وان ذلك - أي خيار المجلس - حق، كما يسقط كله كذلك يسقط البعض كسائر الحقوق حيث أن ذي الحق يقدر على اسقاط الكل وابتائه كذلك يقدر على اسقاط بعضه وابقاء الآخر . انتهى حاصل ما أفاده على ما سمعته في مجلس البحث عن شيخنا الاستاذ العلامة (دام ظله) .

ثم قال الاستاذ : مقتضى التحقيق أن يقال: أن تبعض الاسقاط في الخيار اما أن يكون في عين المبيع أو في الزمان أي زمان الخيار، أما في العين وجهان مبنيان على أن الخيار حق يتعلق بالعقد أو يتعلق بالعين، فعلى الاول، الصواب أن يقال: عدم جواز التبعض في الاسقاط لان العقد أمر وجداني لا يتبل حل بعضه وابقاء بعضه الاخر فان حلّ، حلّ الكل والا يبقّى على حاله، فكما لا يتبعض العقد في الخيار، كذلك لا يتبعض اسقاطه، فيكون شرط اسقاط البعض لغواً بلا أثر .

وان قلت : كيف الحال في تبعض الصفقة مع أنه أمر معقول ذهب اليه المشهور، فلو لم يقبل العقد التبعض لكان تبعض الصفقة مخالفاً للقاعدة، بل لا يصير معقولا بناءً على ما ذهب اليه المشهور من أن الخيار يتعلق بالعقد، فهو أمر وجداني لا يقبل التبعض في الحل والابقاء ؟

قلت: المراد من تبعض الصفقة، أن العقد أمر واحد انما يؤثر أثره فيما يقبل المحل، فاذا كان ما وقع عليه العقد مركباً يقبل بعضه للنقل والانتقال ووقوع السبب عليه، وبعضه لا يتبل لذلك، فلا يؤثر السبب أثره لانقضاء قابلية المحل فمقتضى القاعدة التبعض، اذا السبب لا بد أن يؤثر أثره فيما يقبل وعدم تأثيره في مورد لا يقبل للتأثير لوجود المانع، لا يقتضي عدم تأثيره فيما كان المانع مفقوداً. ولا يجوز رفع اليد عن سببته بالنسبة الى المحل القابل .

وهذا هو مراد الفقهاء (رضوان الله عليهم) بأن يقال: أن العقد فيما يقبل وما لا يقبل فيحل الى عتود متعددة، يعني كما أن العقود اذا تعددت، عدم الصحة في بعضها لا يقتضي عدم صحة بعضها الاخر، كذلك في المقام، فان العقد وان كان واحداً الا أن متعلقه لما كان متعدداً مما يقبل للتأثير وما لا يقبل فيؤثر في بعضه ولا يؤثر في بعضها، فعدم التأثير فيما لا يقبل، لا يوجب رفع اليد عما لا يقبل .

وعلى الثاني - أي بناءً على أن الخيار حق يتعلق بالعين - : فالاصح حينئذ قبوله للتبعض، فيصح اشتراط الاسقاط في بعض دون بعض آخر. ولكن الظاهر في المعنى - على ماسيجيء تحقيقه - هو الاول، لما قالوا بثبوت الخيار مع تلف العين أيضاً، فان الخيار حق يتعلق بالعمد سواء تلفت العين أم لا. فيستظهر من ذلك أنه تعالى بالعمد، اذ لو كان متعلقاً بالعين يلزم أن لا يثبت الخيار عند التلف لفوات محله. فانتظر تحقيق ذلك في محله .

وأما في الزمان ، أي تبعض الاسقاط انما يكون باعتبار الزمان، فالتحقيق أن يقال: ان ذلك يتصور على قسمين: قسم: شرط اسقاط الخيار في أول الزمان ، بمعنى أن زمان خيار المجلس ثبت ساعات مثلاً، فوقع الشرط على اسقاطه في الساعة الاولى، وأما الساعتين المتعقبتين فيبقى الخيار على حاله. وقسم: يشترط اسقاط الخيار في الزمان الاخر، أعني الساعة الثالثة، وأما اشتراط اسقاطه في وسط الزمان فيعلم حاله منهما .

أما حال القسم الاول: وجهان مبنيان على القول بالتمسك بالعام اذا خرج بعض أفراده في بعض من الزمان، أو على القول باستصحاب حال زمان التخصيص وحيث أن شيخنا العلامة «قده» سلك مسلك التحقيق في ذلك^(١) فقال : ان اعتبر الزمان ظرفاً للعام ، فلو خرج فرد في بعض الزمان وشك حال الفرد في الزمان الثاني نتمسك بعموم العام ، وان اعتبر قيداً، فلا يندرج ذلك الفرد المقيد بذلك الزمان تحت العام. وحيث أن أغلب العمومات من قبيل الاول، لقلة التقييد بالزمان في أدلة الاحكام، خصوصاً في أمثال المتام، ومع الشك أيضاً يحكم بالاول للاطلاق وأصالة عدم ملاحظة التقييد كان مقتضى تحقيقه «قده» هنا الحكم بصحة التبعض في الاسقاط في هذا القسم ، بأن يكون البيع في الزمان الاول لازماً وفي الزمان

(١) ولكن لنا في ذلك نظر قد بيناه في الاصول فراجع. (منه)

الثاني يبتى مندرجاً لمشمول عموم دليل الخيار. وعلى الوجه الثاني ، كما سلكه النراقي استصحاب اللزوم الثابت في الزمان الاول، في الزمان المتأخر فلا تبعض حينئذ الخيار .

وأما القسم الثاني - أي اشتراط الخيار في الساعة الثالثة - فلا ضير فيه ، فيصير البيع في الزمان الاول مع الخيار ، وفي الزمان الاخر لازماً ، لدليل الشرط. ومما ذكرنا يعلم حال الاشتراط في الزمان المتوسط بين الزمانين ، ففي الزمان الاول كان البيعان بالخيار دون الزمان الثاني .

وأما في الثالث: فيأتي فيه الوجهان المبنيان على التمسك بالعام أو بالاستصحاب

(فرع)

هل الشرط الذي وقع عليه التبانى قبل العقد، وكان البناء على ذلك الشرط عند انشاء العقد لازم ، يجب الوفاء به كما ذكر في متن العقد ، أو أنه غير واجب الوفاء ، كما في الشروط الابتدائية ؟ قولان :

ظاهر المشهور عدم التأثير لهذا الشرط، فلم يكن لازم الوفاء . ولكن المحكي عن العلامة « قده » و « المسالك » وعن المشايخ العظام من الفقهاء الاعلام ممن قاربنا عصرهم (رضوان الله عليهم) هو صحة ذلك الشرط ، وانما هو كالمذكور في متن العقد. ولعل ذلك هو الاقرب عندنا فعلا ، خلافاً لسالف الزمان ولشيخنا العلامة الانصاري « قده » . ويأتي تفصيل ذلك في محله في باب الشروط ، كما سيجيء انشاء الله .

وحيث فرض كون المراضاة مقيدة، فمنتضاه انتفائه عند انتفاء القيد فيلزم بطلان العقد من رأسه ، لان الذي وقع عليه غير موجود، والموجود لم يقع عليه العقد، لاصحته مع ثبوت الخيار ، مع أن المشهور خلاف ذلك . لانا نقول : هذه شبهة

أخذها جماعة ، فحكموا ببطلان العقد عند بطلان الشرط . وتعدى الاردبيلي منه الى صورة تخلف الوصف والشرط أيضاً .

لكنها تندفع بأن : الاسباب يؤثر أثرها بعد تحققها ، سواء رضي المالك أم لا ، وحيث أن العقد وقع على المتبدو المطلق ، فتحقق في ضمنه ، والمفروض حصول المراضاة بالنسبة الى المقيد أيضاً ، فيؤثر أثره في المطلق الذي في ضمنه وان لم يرض به المالك ، غاية الامر أنه يحصل له الخيار من جهة الضرر ، فلا يقاس ذلك بصورة اختلاف الحقيقة والماهية .

كما لو بان الغنم بقرأ ، والكتان قطناً ، حيث اتفق على بطلان البيع حينئذ ، وذلك لتعدد الموضوع هناك ، فان الواقع عليه العقد غير موجود والموجود لم يقع عليه ، وهذا بخلاف الحال في صورة تخلف الشرط والوصف ، فان متعلق العمد هو الموجود الخارجي لا غير .

فان قولك : بعث العبد ، بشرط أن تفعل لي كذا وبشرط أن يكون كذا ، ونحو ذلك ، يدل على وقوع المبادلة بالعبد وهو متعلق العقد قطعاً وان فرض تقييد الرضا بالشرط المذكور . وحيث فرض وقوع السبب على هذا العبد فيؤثر أثره ، سواء رضي به أم لا . غاية الامر أن له الخيار من جهة التخلف ، وهذا بخلاف تغاير الحقيقة والماهية ، كالكتان والقطن ، اذ ليس أحدهما بالنسبة الى الآخر من قبيل المطلق والمقيد ، حتى يقال أنه وقع العمد على المطلق في ضمن المقيد فيؤثر أثره وان لم يرض به ، بل الموجود غير واقع والواقع غير موجود .

وكيف كان ، فلا مانع من جعل الشرط تقييداً بالنسبة الى المراضاة التي هي مدلول العقد ، ولا فرق في ذلك بين ما لو كان الشرط مذكوراً في ضمن العقد أو في ما قبله مع وقوع التباني على اذناع العقد عليه ، فان التباني المذكور يصلح قرينة للتقييد . ولتحقيق الكلام في ذلك مقام آخر .

(الثاني)

من المسقطات : الاسقاط

ويسمى ذلك بالتخاير . ولاخلاف ظاهراً في سترط الخيار به من صاحبه ، وان كان الاسقاط من الطرفين سقط خيارهما معاً ، وان كان من أحدهما سقط خياره خاصة دون صاحبه .

ولكن حكي الخلاف في ذلك عن صاحب « الحقائق » بتقريب أن مفاد ذلك لايزيد على مقتضى العقد، فان مقتضى الاسقاط : الالتزام والرضا بالعقد ، وعدم الرضا بخلافه وهذا حاصل بنفس العقد، غاية الامر : يفيد ذلك التأكيد ، فلاوجه لسقوط الخيار به بعد عموم أدلة الخيار .

وقد يترهم عدم خلاف صاحب « الحقائق » في الاسقاط ، بل يقال : أن خلافة في سقوط الخيار في صورة الالتزام بالعقد نظراً الى أن تعليله بأن ذلك الالتزام والالتزام به لايزيد على ما يقتضيه العقد ولايتدشى الا في صورة الالتزام ضرورة كون الاسقاط أمراً زائداً على مدلول العقد .

ولكن يدفعه : أن الاسقاط والالتزام متلازمان، ضرورة أن الالتزام ببقاء العقد لا يكون الا مع اسقاط الخيار ، كما أن الاسقاط لا يكون الا مع الالتزام . وكيف كان فيمكن الاستدلال على لزوم العقد بالاسقاط وستوط الخيار به بمقدمتين مسلمتين ، احدهما : أن الخيار من الحقوق . الثانية : أن كل حق قابل للاسقاط وساقط به .

أما المقدمة الاولى : فيدل عليها انتقاله بالارث .

وأما الثانية : فلفحوى ما دل على سلطنة الناس على أموالهم، فان السلطنة على نفس الاموال تقتضي السلطنة على الحقوق المتعلقة بها بالاولوية ومن فروع السلطنة

نفوذ التصرف فيها بالاسقاط .

هذا مضافاً الى المقدمتين مسلمتان عند الاصحاب ، بل اجماعيتان ، فان لم نناقش المخالف فهو ، والا فيمكن الاستدلال على المدعى في خصوص المقام - أعني سقوط هذا الحق بالاسقاط - بأدلة خاصة كفحوى ماسيجيء في خيار الحيوان من النص الدال على سقوطه بالتصرف مثلاً بأنه رضي بالبيع ، بتقريب أن التصرف اذا كان مسقطاً للخيار من جهة كونه رضي بالبيع فنفس الرضا به يكون أولى بالاسقاط . وترهم كون الخبر في خيار الحيوان فلاوجه للاستدلال به في خيار المجلس ، مدفوع بعدم الفرق في ذلك بين أقسام الخيار كما لا يخفى . وفحوى خبر السكوني عن الصادق عليه السلام ، أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً ، شرط الى نصف النهار ، فعرض له الربح ، فأراد بيعه معه . فتال عليه السلام : ليشهد أنه قد رضيه أو استوجه ثم يبيعه ان شاء ، فان أقام في السوق ولم يبع فقد وجب البيع . ونحوه خبر الحلبي والشحام .

وتقريب الدلالة: أنه عليه السلام حكم بلزوم البيع من جهة مجرد الرضا والاستيجاب وهو المدعى ، بل بمجرد الاقامة في السوق للبيع لدلالته على الرضا ، فيدل على المدعى في المتام وهو الرضا بالعقد بالاسقاط للخيار بالاولوية .

والمناقشة في ذلك بأن مورد الرواية هو خيار الشرط ، فلاوجه للتعدي الى المقام ، يندفع بما تقدم مضافاً الى عموم (المؤمنون عند شروطهم) بناءً على شموله للشرط والالتزام الابتدائي أيضاً ، ولادليل على التخصيص فيه بالنسبة الى المقام من اجماع ونحوه . بل الدليل على اللزوم هنا موجود من الاجماع وغيره . هذا غاية مايمكن أن يستدل المتام ، وبعض الادلة الخاصة وان كانت قابلة للمناقشة ، كدعوى أن الرضا حكمة للسقوط بالتصرف لاعلة ، فلايتنضي السقوط بمجرد ما لم يوجد تصرف ، وكالمناقشة في دلالة قوله (الناس مسلطون على

أموالهم) بتقريب أن السلطنة على الاموال انما يدل على نفوذ التصرفات في الجملة وليس بالاسباب الشرعية ، اذ ليس بنفسه مشرعاً ، فلا يدل الا على أن لذي الحق التسلط على اسقاط حقه بالاسباب الشرعية . فلا يدل على كفاية مجرد الاسقاط في ذلك ، بل يمكن أن يكون ذلك بالاسباب كاشتراط السقوط والافتراق ، كما أنه لا يدل على وقوع البيع بمجرد المراضاة . ولكن المقدمتين السابقتين كافية في المقام . وأما مناقشة صاحب « الحقائق » فتندفع بأن الاسقاط والرضا بالعقد بعد وقوعه غير منتضي العقد الموجود قبل الاسقاط ، لان الموجود سابقاً هو الرضا بحدوث العقد وهو غير الالتزام ببقائه والرضا به .

ثم أنه لا اشكال في تحقق الاسقاط بما يدل على الرضا بأي لفظ كان ، اذ المناط فيه هو الدلالة على الرضا صريحاً بأي نحو كان ، ولكن هنا احتمالان : أحدهما : افراط ، والآخر : تفريط .

الاول : أنه لا بد في ذلك من الالفاظ الخاصة . ولعل مدرك هذا التوهم هو أن الاسقاط من الايتاعات ، والايقاعات مما يحتاج فيها الى الاسباب الخاصة . ويندفع بأن المستفاد من الادلة في المتنام : أن المسقط هو الرضا المستكشف وهذا مما لا يحتاج الى سبب خاص ولا دليل على اعتبار السبب الخاص .

الثاني : أنه يكفي مجرد الرضا القلبي ولو من كاشف له ، ولعل المدرك له : فحوى ما تقدم من الاخبار السابقة ، حيث يدل على أن التصرف انما هو مستقط من جهة الرضا فيكون هو المناط .

وفيه : أن غاية ما يستفاد من الروايات ، كفاية الرضا المستكشف باللفظ أو الفعل ولو بمثل الاقامة في السوق للبيع ، لكون ذلك من مقدمات التصرف فلا دلالة لها على كفاية مجرد الرضا وان لم يستكشف .

بقي الكلام في أن هذا الخيار هل هو قابل للنقل الى الغير أم لا ؟ فانها من

الحتق . والحتق على أقسام أربعة : منها : ما لا يجوز نقله الى أحد ، وذلك مثل حق الاستيلاء . ومنها : ما يجوز نقله الى من عليه الحق دون غيره ، فيرجع الى اسقاط الحق بالاخرة ، لعدم تعقل ثبوت الحق المستحق على نفسه ، ومن ذلك حق السلطنة ظاهراً . ومنها : ما يجوز نقله الى بعض دون بعض مثل حق القسم ، فانه يجوز نقله الى من عليه الحق وهو الزوج .

أما بدون العوض فلا كلام ومعه على اشكال وخلاف ويجوز نقله الى بعض الضرات أيضاً . ولا يتعدى الى الاجنبي .

ومنها : ما يجوز نقله الى كل أحد ، كحق التحجير ونحوه ، وارجاع ذلك الى اسقاط الحق برفع اليد عما حجره ، بعيد جداً ضرورة استلزامه لتسوية كل أحد حينئذ بالنسبة الى ذلك ، فيجوز المعارضة مع من انتقل اليه . والظاهر أنهم لا يقولون به . وكيف كان فلا اشكال في جواز نقل الخيار لكل من المتبايعين الى الآخر ، ومرجعه الى اسقاط حق نفسه ، والكلام انما هو في نقله الى الاجنبي ولم نعث من الاصحاب نص في ذلك ، الا أنه يظهر من شيخنا العلامة « قده » في بعض كلماته المنع .

ومنها : ما ذكره في أول بحث خيار المجلس ، حيث أنه بعد البناء على عدم ثبوت الخيار للوكيل في مجرد اجراء الصيغة ، وثبوته للموكل فقط ، قال : هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذاق خياره ؟ الاقوى عدم لان المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعائد في صورة القول به عند العقد ، للاحق له بعده (انتهى) .

ومنها : ما أفاده في المقام في ضمن تقريب الاستدلال على سقوط هذا الخيار بالاسقاط ، لفحوى أدلة (سلطنة الناس على أموالهم) المقتضي لثبوت السلطنة على الحقوق المتعلقة بالاموال ، من أنه لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير

القابلة للنقل ، الا نفوذ تصرفهم فيها لما شمل الاسقاط ، حيث جعل عدم جواز نقل مثل هذا الحق من المسلمات .

لكن الظاهر عدم المنع من النقل بعوض وغيره اذا فرض ثبوت فائدة عقلائية في النقل والانتقال بحيث يخرج عن السفاهة بصلح ونحوه فيما لم يثبت فيه المباشرة كحق القسم ، وذلك لعمومات الصلح وعدم المانع بالفرض .

وما تقدم من شيخنا الانصاري « قده » من المنع - مستدلا بأن المتيقن من أدلة الخيار غير ذلك - قد عرفت ما فيه فيما سبق . ومحصل ذلك أنه : ليس المراد اثبات الخيار وصحة النقل بأدلة الخيار ، وانما المراد نقل هذا الخيار الثابت للمتبايعين بأصل الشرع الى الاجنبي بأحد من الاسباب الشرعية الناقلة ، فلا وجه في رفع ذلك بالآخذ بالزدر المتيقن من أدلة الخيار .

(مسألة)

اذا قال أحد المتعاقدين للآخر: اختر، فهل يسقط خيار الامر، أم لا ؟
وتحقيق الكلام في ذلك: أن هنا صوراً واحتمالات، لانه اما أن يقول: اختر بالاطلاق .

أويقول: اختر عني، أو عنك، أو عنا، أو يتول: اختر لي .

وعلى التقادير: اما أن يعلم انه أراد بذلك التملك لخيار نفسه الى المأمور، أو الاستنابة، أو التفويض، أو الاستكشاف، أو لا يعلم شيء عنها. ويحصل من ضرب الخمسة في الخمسة: خمسة وعشرون صورة، وعلى التقادير فاما أن يقول: اختر مطلقاً من دون تعيين شيء من الفسخ والامضاء ، أو يقول : اختر الامضاء أو اختر الفسخ. فيحصل من ضرب ما تقدم في تلك الثلاثة: خمسة وسبعون صورة. وعلى التقادير : فاما أن يسكت المأمور ولا يجيبه بشيء أو يفسخ، أو يمضي ، أو يقول :

لأختار شيئاً فحصل من الضرب ثلثمائة صورة. ويمكن فرض صور أخرى. وبعض هذه الصور مما لا يجمع مع بعض آخر، فإن فرض اختر عنك مع الاستنابة مما لا معنى له، ضرورة أن اختيار فسخ العقد عن قبل نفس المأمور لا يجمع مع كونه وكيلاً عن الأمر. وبعضها مكررات مثل اختر عني مع الاستنابة، فإن معنى الاستنابة هو معنى اختر عني». فعليك ملاحظة الأقسام بعضها مع بعض .

ثم إن الفرق بين الأقسام الأربعة ماعدا الاستنابة والتفويض واضح . وأما الفرق بينهما فيه نوع خفاء ، لكن يظهر الفرق بينهما بأن الاستنابة توكيل له في الاختيار ، فمعناه: إن المأمور وكيل في أن يختار للأمر ، فما يختاره المأمور يكون من جانب الأمر لا من جانب نفسه ، وهذا بخلاف التفويض ، فإن معناه: كون الأمر أمره والرضا رضاه، بمعنى أن ما يرضى به المأمور لنفسه ويختاره ، فالأمر أيضاً راض به وحينئذ ما يختاره المأمور يختار لنفسه للأمر، لكن الأمر راض لنفسه بما فعله المأمور .

ثم إن الحكم فيما علم قصد التملك أو أحد من الآخر، فواضح، فإنه لو كان تملكاً رجع ذلك إلى الإسقاط، لأن الخيار حق للذي الخيار في العقد أو في العين على الخلاف على الآخر، وقد سبق أن نقل الحق إلى من عليه الحق رجع إلى إسقاط ذي الحق لعدم تعقل ثبوت حق شخص على نفس. فعلى هذا تملك الأمر خياره إلى المأمور يرجع إلى إسقاط خيار نفس الأمر .

وحينئذ فمقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار للأمر بعد ذلك وإن سكت المأمور أوقال: لأختار وهذا بخلاف الحال في سائر الصور فإنه على تقدير الاستنابة ، يكون مقتضاه كون المأمور وكيلاً من جانب الأمر ، فلا يسقط خياره إلا بعد اختيار المأمور ، ولكن ما يختاره حينئذ يكون من باب الوكالة ، فلا يسقط به خيار نفسه، وهذا بخلاف الحال في التفويض، فإن مقتضى التفويض: أن ما يختاره

المأمور انما يختاره لنفسه لا الامر، لكن يكون ذلك مرضياً للامر، فيسقط خياره من جهة رضائه بما يسقطه .

وأما الاستكشاف: فلا يوجب سقوط خيار الامر بوجه، لان الفرض حينئذ الاطلاع الى حال الآخر وعلومية ما يفعله ، فلا وجه لسقوط خياره بذلك ، فهو واضح . فمحل الكلام في المقام هو ما لو لم يعلم ارادة شيء من ذلك ، فيرجع الخلاف حينئذ الى أن الظاهر من اللفظ المذكور ماذا؟ حتى يلحقه حكم ذلك . ثم اعلم أيضاً: أن المذكور في كلام الاصحاب هو ما لو أطلق من الجهتين بمعنى أن يقول : اختر ، من غير تعيين من الامضاء والفسخ ولاتعيين كونه عنه أو عن المأمور .

ونحن نتكلم أولاً في ذلك ثم نتعرض صورة التعيين فيقول : اذا قال أحدهما للآخر: اختر ، فاما أن يختار الآخر الفسخ أو الامضاء، أو يسكت. أما في صور ما اختار الفسخ، لاشكال في انفساخ العقد، فيسقط الخياران، أما خيار المأمور فواضح لانه فسخ، وأما خيار الامر، فلانحلال العقد، فلا يبقى بعده محل لخيار الامر .

وأما فيما لو سكت: فلا اشكال بخلاف أيضاً في عدم سقوط خيار المأمور، اذ لا وجه لسقوط خياره، والسكوت لا يدل على شيء من الامضاء والفسخ. وأما خيار الامر: فالاشهور أيضاً بقاءه الا أنه نسب الى الشيخ سقوط خياره حينئذ. ولا وجه له الا التبعيد بالنص المروي عن طريق العامة، من أن التعيين بالخيار مالم يفترقا، أو يقل لصاحبه : اختر. فان مقتضاه سقوط الخيار بمجرد قوله : اختر، وهو يعم ما اذا سكت الآخر أو اختار الامضاء أو الفسخ .

وفيه: أن الزيادة لم تثبت من طرفنا، والمشهور بل الكل حكموا بخلاف ذلك فضعف السند لاجابر له . مضافاً الى أن ظاهر الخبر يدل على سقوط خيار الآخر به

أيضاً وهو مما لا قائل به .

هذا مضافاً الى عدم ثبوت النسبة الى الشيخ أيضاً، فان الموجود في «المبسوط» و «الخلاف» خلافه ، نعم يحتمل كون ذلك مذكوراً في كتاب «النهاية» التي هي متون الاخبار . وكيف كان فضعه واضح كما عرفت .

وأما فيما اختار المأمور الامضاء : فلاشكل في سقوط خياره ، وانما الكلام في سقوط خيار الامر : فالمشهور بين الاصحاب هو السقوط ، بل نعثر بتأمل بالخلاف في ذلك بين القدماء ولا بين متأخريهم سوى ما يترأى من كلام العلامة في محكي «التذكرة» حيث حكم بسقوط خيار الامر اذا أراد التملك ، دون ما اذا لم يقصد التملك ، فانه يدل على أنه لو لم يقصد التملك لم يسقط خياره فلا يحكم بسقوط خيار الامر الا اذا علم قصد التملك .

لكن يمكن دفع ذلك ونفي الخلاف عنه أيضاً ، بأن غرض العلامة ليس النزاع من حيث الكبرى ، بمعنى سقوط الخيار في صورة القصد للتملك خاصة دون غيره ، بل كلامه ناظر الى الصغرى ، ومراعاة أن قوله : اختر ، ظاهر في ارادة التملك فيسقط خياره ما لم يقصد خلافه وعلى هذا فلانزاع بينه وبين الاصحاب في سقوط خيار الامر بذلك .

نعم ، خالف في ذلك جملة متأخري المتأخرين قائلين بعدم وجه سقوط خيار الامر . والذي يمكن أن يستند للمشهور أمران :

أحدهما : ماورد من النص من أن التعيين بالخيار مالم يفترق أو يقل لصاحبه : اختر وفيه : أولاً : ضعف السند كما عرفت ، والانجبار بالشهرة هنا غير جار ، لعدم معلومية استنادهم الى ذلك ، بل الظاهر أن مستندهم دلالة كلمة (اختر) على السقوط فيما سيأتي ، مضافاً الى أن مقتضى الرواية سقوط الخيار بمجرد قول هذه الكلمة وان سكنت المأمور . مع أنهم لا يقولون ، بل مقتضاه سقوط الخيارين بمجرد هذا القول

وهو خلاف الاجماع، ويخصص ذلك بالاجماع وان كان ممكناً، الا أن ذلك بعيد في مثل المقام .

الثاني: دلالة كلمة (اختر) على ذلك. وأورد عليه أن كلمة (اختر) عرفاً محتملة لمعاني أربعة: التملك، والاستنباط، والتفويض، والاستكشاف. وهو بحسب الوضع اللغوي لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد، من الفسخ والامضاء، وليس فيها دلالة على التملك أو أحد المعاني الاخر .

وحينئذ فلا وجه لحملها على التملك أو الاستنباط أو التفويض حتى يوجب سقوط خيار الامر. لان المعنى اللغوي لاصارف عنه، ومع الغض عنه وثبوت عدم ارادته في المقام، فالاحتمالات فيها أربعة، وقد عرفت عدم سقوط الخيار على بعض منها ، وحينئذ فلا وجه للحكم بالسقوط بمجرد قول هذه الكلمة .

هذا غاية ما أوردوه في المقام .

والتحقيق أن يقال : أن كلمة (اختر) لا يمكن حمله هنا على التملك ، لان التملك ليس من معنى هذه اللفظة بلاشكال، ضرورة أن وضعه لطلب الاختيار ، وأين هو من التملك ، وحينئذ فلا يصح ارادة التملك منها بدون القرينة المعينة ، لفتح الخطاب بارادة ما ليس ظاهراً بدون القرينة فضلاً عما كان ظاهراً في غيره .

وأما الاستكشاف : فهو وان لم يحتج الى قرينة في الكلام لان الاستكشاف داع الى الطلب ، فاللفظ مستقل في معناه الآن الداعي هو الاستكشاف وهو أمر في ضمير المتكلم الامر وليس راجعاً الى المخاطب ، ولا يجب على المتكلم بيانه للمخاطب، حتى يلزم من ترك البيان قبح عليه فيحكم بعدم ارادته . لكن ارادته في المقام بعيدة اذ لانكته نوعاً ولاغرض عقلائي في استكشاف الحال في المقام مع العلم بحصول الانكشاف عن قريب بتفرق المجلس، وحينئذ فلا وجه لحمله عليه ،

ودعوى ظهورها في الوقت الاول في ذلك دعوى مجازفة لامستند لها يدفعها أصالة
عدم النقل ، كما هو واضح .

ولا يصح الحمل على طلب اختيار المخاطب لاحد الطرفين أيضاً ، لان ذلك
لغولافائدة فيه ، وحينئذ فيجب الحمل على الاستنابة والتوكيل ، لان طلب الفعل عن
الغير اذا كان الفعل من الافعال المشتركة بين الامر والمأمور ، ويحمل على الاستنابة
حذراً من لزوم اللغوية . نظير ما لوقال : بع داري ، فانه يرجع الى التوكيل حذراً
من لزوم اللغوية ، على تقدير عدم ارادته لصيرورة أمره طلباً لايجاد عقد فضولي ، وهو
مما لا فائدة فيه ولا يحمل عليه .

ولكن يرد عليه أولاً : أن اللغوية لا تجري في المقام .

بيان ذلك : ان طلب فعل من المخاطب اما أن يكون المطلوب من الافعال التي
لا يكون الامن المأمور بنفسه ، وهو يحمل على الطلب والاستدعاء الحقيقي . وان
كان من الافعال المختصة بالامر ، فلا بد أن يحمل على التوكيل ، حذراً من طلب
المحال أو اللغوية ، كما اذا قال أحد لآخر : طلق زوجتي .

فان طلاق زوجة الامر فعل مختص بالامر لا يمكن صدوره من غيره من دون
التوكيل ، فطلبه منه طلب المحال ان أراد الطلاق الحقيقي ، واللغوية ان كان المراد
اجراء الصيغة فضولة ، وكلاهما باطلان ، فلا بد أن يحمل الامر في مثل ذلك على
ارادة التوكيل والاستنابة .

وقد يكون الفعل المأمور به من الافعال المشتركة ويمكن التحقق من كل
منهما ، نظير بيع نصف الدار اذا كانت الدار مشتركة بين الامر والمأمور ، فان لكل
منهما حينئذ بيعه ، فأمره ببيعه يمكن أن يكون من جهة الوكالة في بيع سهم الامر ،
وأن يكون طلباً لبيع المأمور سهم نفسه .

فظاهر الامر الثاني لا يرجع الى الاول عند عدم الدليل ، ولوسلم عدم الظهور

فلا أقل من تساوي الاحتمالين ، فلا يحمل على أحدهما الا لدليل .

ومانحن فيه كذلك ، فان اختيار أحد الطرفين مشترك بين كل واحد من الامر والمأمور ، وكما يصح أن يكون المراد التوكيل فسي اختيار أحد طرفيه مسن قبل الامر ، كذلك يصح أن يكون المراد الطلب من المخاطب اختيار أحد الطرفين .

ومع صحة هذا الاحتمال لوجه لحمل الامر على الآخر الا لقرينة ، ودعوى عدم فائدة في هذا الطلب فلا بد أن يرجع الى التوكيل ، مدفوعة بأن الفائدة هنا موجودة لانه يوجب خروج العقد عن التزلزل واطمئنان الامر في نفسه ، ومثل هذه الفائدة فائدة عقلائية يصح أن يكون مستنداً للطلب على النحو المذكور، كما لا يخفى .

وثانياً : أن مقتضى حمل ذلك على ارادة التوكيل أن لا يسقط خيار المأمور حينئذ ، لانه انما اختار اجابة لمدعاه ، وحيث أن مدعى الامر الاختيار من قبله فاجابة المأمور بالامضاء كان ذلك ظاهراً في اجابته له ، فيكون امضائه وكالة عن الامر ، ومعه فلا وجه لسقوط خيار المأمور نفسه ، اذ لم يصدر منه الا امضاء العقد من قبل الامر ، مع أنهم يقولون بسقوط خياره أيضاً .

نعم يمكن أن يقال : أن الامر يدل على مطلوبية الفعل المأمور به للامر ورضائه به ، وحينئذ فمقتضى أمر الامر للمأمور باختيار أحد طرفي العقد بقوله: اختر، يدل على رضائه بما اختاره المأمور ومطلوبيته له ، فاذا اختار الامضاء كان ذلك بمقتضى أمره مطلوباً له ومرضياً به ، فيسقط بذلك خيارهما معاً .

أما خيار المأمور لامضائه بالفرض ، اما خيار الامر فلما مر مسن أن الخيار يسقط برضا ذي الخيار بالعقد والتزامه ، اذا كان ذلك مستكشفاً باللفظ، والامر في المقام كذلك حسب ما عرفت، وهذا هو مراد القوم وغرضهم من التفويض ومستندهم

في الحكم بسقوط خيارهما .

لا يقال : أن المسقط للخيار هو الرضا بالعقد والالتزام به ، لا الرضا بالتزام الآخر ، والامر وان دل على مطلوبة الفعل المأمور به للامر ورضائه ، الا أن المأمور به ليس هو مطلق الاختيار بل اختيار المأمور . ومقتضى ذلك كون المطلوب اختيار المأمور ، فاذا اختار امضاء العتد كان امضاء المأمور مطلوباً للامر . وهذا لا يقتضي رضا الامر ببقاء العقد ، ومطلوبة امضائه حتى يسقط خياره به .

لانا نقول : ظاهر اطلاق الامر كون المطلوب هو الفعل المطلق ، غاية الامر أنه بمقتضى ظاهر الصيغة يدل على طلب صدور ذلك من المأمور ، فيدل على مطلوبة صدور صيغة المأمور به من الامر .

فidel قوله : اختر ، على أن مطلق الامضاء مطلوب للامر وأنه راض به مطلقاً وحينئذ ، فاذا أمضى المأمور والتزم بالعقد كان الامر راضياً به فيسقط خياره أيضاً ، كما ذكره من أنه اذا أمضى أحدهما وصرح الآخر برضائه ، كان ذلك موجباً لسقوط الخيار منهما . وأما اذا سكّت المأمور ولم يخبر شيئاً كان الخياران باقيين .

هذا كله على تقدير اطلاق العتد من الجهتين ، كأن يقول : اختر ، من دون تقييده بالامضاء أو الفسخ ، ومن دون تمييزه بقوله : عني ، أو عذك ، أو عنا ، وهو محل كلام الاصحاب .

واما اذا قيد بأحدها ، فان قيد بأحد من الامضاء أو الفسخ ، فان أجابه المأمور كذلك ، فأمضى في الاول وفسخ في الثاني . فلا اشكال في كله ، ويظهر وجهه مما تقدم . وأما اذا لم يجبه ، كذلك ، فاما أن يسكت أو يجيبه - بضد ما طلبه منه - فمع السكوت فمقتضى ما ذكرنا : عدم السقوط من الامر ، لان طلبه يكشف عن مطلوبة ما أمره على تقدير اختيار المأمور ، والمفروض عدم ثبوت شيء من المأمور وان

أجاب بضد ماطلبه ، بأن اختار الفسخ بعد قوله : اختر الامضاء أو العكس .

فعلى الاول: كان مقتضى ما ذكرنا انفساخ العقد ، اذ الفسخ نافذ في حق المأمور وان لم يكن مطلوباً للامر ، فاذا نفذ الفسخ في حق أحدهما انفسخ العقد ، فلا يبقى مورد لخيار الاخر .

لكن ذكر بعض المشائخ: أنه لو قال : اختر الامضاء، ففسخ بالحق المنتقل اليه ، ففي انفساخ العقد اشكال . ولعله مبني على كون قوله (اختر) تمليكاً للخيار للمخاطب .

ووجه الاشكال هو : أن الذي ملكه الامر هو اختيار الامضاء لا الفسخ ، فلو يكون الفسخ حقاً منتقلاً اليه ، وحيث أنه فسخه بذلك الحق كان مثل فسخ الاجنبي فلا يكون مؤثراً ، ومن أنه فسخ العقد وكان له ذلك فينفسخ العقد به وان لم يقصد كونه من نفسه ، ولا بأس به بناءً على التمليك ، أما بناءً على ما ذكرنا فلا وجه له لعدم ثبوت حق للمأمور سوى ما كان ثابتاً لنفسه حتى يقصد الفسخ بتلك الجهة . وأما على الثاني: بأن اختار الامضاء بعد قوله : اختر الفسخ، فمقتضى ما ذكرنا: ستوط خيار المأمور دون الامر ، أما سقوط خيار المأمور فلامضاءه العقد ، وأما عدم سقوط خيار الامر ، فلانه كان راضياً بالفسخ على تقدير صدوره من المأمور، والمفروض عدم صدوره . وحكي عن الشهيد «قده» في « الدروس » سقوط خيار الامر حينئذ أيضاً . وقال شيخنا في « الجواهر » : أنه بعيد . وهو حسن ، لكن في دلالة كلام الشهيد على ذلك تأمل ، ولم يحضرني الان كتاب « الدروس » حتى ينظر فيه . فراجع .

هذا كله اذا كان التمييز بالامضاء أو الفسخ ، وأما اذا كان التقييد بنحو: عنك أو عني أو عنا ، فقد قال بعض المشائخ أن الاول خارج عن محل الكلام والاخير ان داخلاً بالاولوية .

أقول: أما خروج الاول عن محل الكلام فهو حق ، فان محل كلام الاصحاب هو ماذا احتل قوله للتمليك ، أو الاستنابة والتفويض . والتصريح بقوله :عذك ينافي ، فلو كان المستند في حكمهم لسقوط الخيار عند قوله : اختر ، من جهة النص، فذلك خارج عن مورد النص، وان كان من جهة دلالة على التملك والاستنابة والتفويض ، فعدم السقوط واضح لعدم ارادة شيء من ذلك مع هذا التقييد. وأما حكمه بدخول الاخيرين في محل الكلام بالاولوية ، فوجه ظهور ذلك في الاستنابة وفيه : أن ذلك يوجب سقوط الخيار من الامر قطعاً، فلا يدخل في محل الكلام اذ لا يبتى مجال حينئذ لانكار الدلالة على السقوط .

ويمكن أن يوجّه : بأن كلامه مبني على كون الحكم بالسقوط من جهة التعبد بالنص ، لا من جهة الدلالة بقوله : اختر ، وحينئذ فالصورة الاولى – أعني ماذا قال : اختر عنك – خارج عن النص كالصورتين الاخيرتين.

الا أن من قال بسقوط الخيار في قوله : اختر، من جهة النص تعبداً يقول بسقوط الخيار في قوله : اختر عني أو عنا، بالاولوية القطعية نظراً الى ظهوره في الاستنابة في الاختيار .

ومن لا يقول بسقوط الخيار في قوله : اختر ، لا يقول بالسقوط هنا لعدم التعبد بالنص ، وعدم تسليم الدلالة على الاستنابة .

وأما الصورة الاولى : فهي مما لا يدخل في محل الكلام ولا يسقط فيه الخيار قطعاً لخروجه عن النص ، وعدم صحة الاستنابة والتوكيل فيها بوجه . هذا ، بقي هنا شيء هو أنه : لا اشكال في أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر بنفسه ، لان الخيار حق لهما فلكل منهما استيفائه واسقاط أحدهما لا يقتضي سقوط حق الآخر ، بل له استبقاء حقه .

ومنه يظهر أنه لو أسقط أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد مطلقاً سواء كان

الفسخ قبل التزام الآخر أو بعده ، وليس ذلك من قبيل تعارض الاجازة والفسخ ، لعدم التعارض بينهما بعد تعدد الحق واستئلال كل منهما عليه .

نعم لو كان الحق واحداً وكان لكل واحد استيفائه ، يحصل التعارض اذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر متقارنين ، كالاصيل في أحد طرفي العقد مع وكيله أو الوكيلين ، اذا قلنا بثبوت الخيار لهما ، فانه حينئذ تعارض الاجازة والفسخ فيتساقطان لامتناع تأثيرهما معاً ولزوم الترجيح بلامرجح ، لو حكم بتأثير أحدهما فيبقى العتد على حاله . وما ذكره العلامة على ما حكى عنه : من تقدم الفسخ مطلقاً . لا وجه له ، كما أنه اذا فرض تقدم أحدهما كان هو المؤثر ، سواء كان هو النسخ أو الامضاء ، ولا يبقى تأثير للمتأخر وان كان هو الفسخ ، لان الحق كان واحداً وقد سقط باجازة المتقدم ، فلا يبقى حق بعد حتى يؤثر .

ومن ذلك - أي من تعارض الاجازة والفسخ - : ما اذا تصرف ذو الخيار في العرضين دفعة واحدة ، بناءً على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه ، التزام بالعتد ، وفي المنتقل عنه فسخ له .

وجعل شيخنا العلامة «قده» من ذلك : اختلاف الورثة في الفسخ والاجازة بأن أجاز أحدها الامضاء وفسخ الآخر دفعة .

وهو لا ينطبق على شيء من الاقوال المعروفة في كيفية ارث الخيار فانها ثلاثة : أحدها : أن هناك حقاً واحداً قائماً بالمجموع . الثاني : أن لكل منهم في تمام المبيع . الثالث : أن لكل منهم خياراً بالنسبة الى نصيبه .

فعدم انطباقه على الاول واضح ، لان أحد الورثة ليس له حق مستقل ، بل هو تعلق بالمجموع ، فلا يؤثر امضاء البعض وفسخه ، فمع الاختلاف لم يحصل السبب الذي هو امضاء الكل أو فسخهم .

وأما على الثاني : فلان حال ذلك . يصير مثل حال المقام من تقدم الفسخ

مطلباً لعدم التعارض، اذ استأطأ أحدهم حقه لا يوجب سقوط حق الآخر .
وأما على الثالث: يؤثر امضاء كل أحد وفسخه في نصيبه، سواء أمضى الآخر
أو فسخ فلا تعارض أيضاً لتعدد المحل ، فتصور التعارض حينئذ مما لا ينطبق على
شيء من الأقوال .

نعم هناك احتمال رابع احتمله «قده» في كتابه، وهو : أن يكون الخيار حقاً
واحداً، لكن كان لكل منهم استيفائه كما ذكرنا في الوكيل في طرف مع موكله ،
فانه حينئذ يتحقق التعارض اذا أجاز أحدهم وفسخ الآخر دفعة ، فيتساقطان لمكان
التعارض وعدم المرجح .

وما ذكره من تحقق التعارض في صورة اختلاف الورثة ينطبق عليه، الا أنه
مع كونه خلاف مختاره مما لم نعر على قائل به، وانما هو مجرد احتمال احتمله
فلوجه للحكم بالتعارض في صورة اختلاف الورثة مع عدم جريانه على شيء
من الأقوال المعروفة .

الثالث

من المسقطات لهذا الخيار : (التفرق عن المجلس)

ولا اشكال بل ولا خلاف في سقوط الخيار المذكور في الجملة، والنصوص
عليه مستفيضة بل متواترة، والاجماع بتسميه على ذلك أيضاً، فلا كلام في ذلك .
وانما يقع الكلام هنا في أمور لا يخلو ذكرها عن فائدة .

منها : أنه هل يشترط في سقوط الخيار بالتفرق دلالة على الالتزام بالعقد
والرضا به نوعاً أو شخصاً، أو لا يعتبر شيء منها، بل يسقط الخيار به وان علم بعدم
التزامهما بالبيع بل صرحا به ، والفرق بين اعتبار الدلالة على الرضا نوعاً وبين

كون الاسقاط به تعبداً انما يظهر في صورة العلم بالخلاف . فانه لو قلنا بأنه يعتبر فيه الدلالة على الرضا نوعاً ، بمعنى أنه انما يسقط به الخيار لكونه أمانة على الرضا عرفاً ، فلا يكون صورة عدم اقترانه بالرضا - كما لو صرح بذلك - مستقلاً للخيار أو علم عدم رضائه بالقرائن الحالية بخلاف ما لو قلنا بكونه مستقلاً تعبداً بمعنى أنه سبب للاسقاط ، فانه حينئذ يسقط به الخيار وان صرحا بعدم ارادتهما بذلك لزوم العقد .

وأما الفرق بين كون اعتبار الدلالة على الرضا فيه نوعاً أو شخصاً بعد البناء على الاعتبار ، فانما يظهر في صورة الشك ، فانه لو كان المعتبر هو الدلالة نوعاً كان حينئذ مستقلاً أيضاً ، وهذا بخلاف ما لو اعتبرنا الدلالة على الرضا فعلاً وشخصاً ، فانه حيث لا دلالة فعلاً وشخصاً لا وجه لسقوط الخيار به حينئذ .

وكيف كان فالمشهور بينهم هو كون اسقاط الخيار به من باب التعبد ، بمعنى كونه سبباً مستقلاً لسقوط الخيار من دون اعتبار دلالة على الرضا نوعاً أو شخصاً بل لم نعرف الخلاف في ذلك ، عدا ما توهم من صاحب « الحقائق » ، حيث أن المحكي عنه هو اعتبار دلالة على الرضا من جهة اعتباره في الفرق كونه من جهة هذا الفرض ، أي سقوط الخيار ولزوم العقد .

وربما يتمسك له بصحيفة الفضيل : (فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما) ، حيث دل على عدم الخيار اذا كان الافتراق بعد الرضا . أو أن يقال في معناها : لا خيار بعد الافتراق الذي هو الرضا منهما ، فيدل على اعتبار الرضا ، فلا يكفي مطلق الافتراق حتى الحاصل منه بعد الرضا ، لكون العبرة على الرضا ، فيدور مداره .

ويرد عليه أولاً : أن الرضا لم يذكر متعلته في الرواية فيحتمل أن يكون المراد به الرضا بأصل العقد ، فيكون المعنى فلا خيار لهما اذا كانا راضيين

بأصل ايقاع العقد ، فيكون ذلك احترازاً عما لو أوقعنا العقد اكراهاً فلا يسهط خيارها بالافتراق ، بل لابد من سقوط خيارهما من الرضا ويكون الافتراق بعده .
ويحتمل أن يكون المراد به الرضا بالافتراق ، فيكون احترازاً عما لو كان الافتراق ناشئاً من الاكراه .

ويحتمل: أن يكون المراد به هو الرضا ببقاء العقد ، بمعنى أنه لا خيار إلا بعد الافتراق الذي كان حاصلًا مع الرضا بلزوم العقد وبقائه .

والاستدلال بالرواية على اعتبار الرضا في الافتراق إنما هو هذا الوجه الثالث ، ومن المعلوم عدم صراحة الرواية بل ولا ظهورها في ذلك لمكان الاحتمالين الآخرين . ثم لو سلمنا ظهورها في هذا الاحتمال الأخير الذي هو مبنى الاستدلال . نقول : ان غاية ما تدل عليه الرواية المذكورة هو كون الافتراق الحاصل بعد الرضا مسقطاً للخيار ، وهذا لا ينافي سقوط الخيار بمطلق الافتراق وحينئذ فمادل على سقوط الخيار بمطلق الافتراق يدل على كفاية مطلق الافتراق وان لم يكن من جهة كشفه عن الرضا بالعقد . وليس المقام من موارد حمل المطلق على المقيّد كما لا يخفى ، وليس في الرواية دلالة على عدم سقوط الخيار بالافتراق الغير المقرون بالرضا الآمن جهة مفهوم التيد ، وهو أيضاً بعد تسليم أصل الدلالة انما يسلم لو لم يكن التيد وارداً مورد الغالب ، والتيد في المقام وارد مورد الغالب لان الافتراق غالباً لا يكون الاتع الرضا ببناء العقد ، فلامفهوم له حتى يوجب تمييز المطلقات . فالمتجه : ما عليه المشهور من كفاية الافتراق ، ولو لم يكن مقروناً بالرضا وكاشفاً عنه .

ومنها ما يحصل به الافتراق : لاشكال في أن المراد بافتراق المتبايعين ليس هو افتراق جسميهما حقيقة ، لانه حاصل حين العقد ، بل المراد افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد وقد فسره المحقق الثاني بطرو

الافتراق بحيث يزيد تباينهما من البعد .

ولا يخفى: أن مقتضى الاخذ بظاهر ذلك كفاية مطلق الزيادة حتى مثل الانملة ومادون وليس بمراد قطعاً، اذ ليس المناط هو الزيادة الحقيقية فإن الاحكام الشرعية لاتناط بالمداقة الحكمية ، فالمراد منه هو الزيادة بحسب العرف .

وقد اختلف في أقل ما يتحقق به ذلك على أقوال ثلاثة :
أحدها: ما اختاره المشهور من أن أقل ما يتحقق به الافتراق هو البعد بمنذار خطوة ، وتأويل ذلك بأن ذكر الخطوة من باب التمثيل أو مبني على الغالب - كما عن شيخنا العلامة الانصاري «قده» - هو خلاف الظاهر .

الثاني: تحققه بأقل من الخطوة أيضاً .

الثالث: ما يظهر من الفاضل التراقي من التأمل في كفاية الخطوة بل خطوتين بل ثلاثة، نعم يتحقق بنحو الخمسة والستة .

إذا عرفت هذا فاعلم : ان الخلاف في ذلك تارة في تحقيق ما به يتحقق

المسمى العرفي، وأخرى من جهة ورود التحديد الشرعي .

أما الجهة الاولى: فتفصيل الكلام فيه : أن الزيادة في الافتراق من الامور المتولة بالتشكيك، والامور المتولة بالتشكيك لها مراتب .

منها : ما لا يصدق عند العرف تحقق ذلك به، كمقدار الانملة فيما نحن فيه ،

والشك مرتين في تحقق مصداق كثير الشك .

ومنها: ما يصدق تحقق ذلك به قطعاً ، كخمسة خطوات أو أكثر فيما نحن فيه

والشك بأكثر، بمعنى ثلاث مرات في صلاة واحدة .

ومنها: ما هو مشكوك في الصدق العرفي وعدمه ، كمقدار الخطوة في الأقل

منه يسيراً فيما نحن فيه، وثلاث مرات في كثير الشك .

وحينئذ فنقول : أما الأقل من الخطوة : ففي صدق الافتراق عرفاً تأمل

بل منع لصحة السلب عنه عرفاً ، فيدور الامر بين تحققة بالخطوة والاكثر منه فيكون مجملاً مردداً بين الاقل - وهو مقدار الخطوة - والاكثر ، فيجب الرجوع فيه الى الاصول والقواعد . فالذي يصلح أن يرجع اليه في المتام ، أمور ثلاثة :

(أحدها) استصحاب الخيار الثابت قبل الافتراق بمقدار الخطوة ، فانه لو تم لاقتضى عدم كفاية مقدار الخطوة بل أكثر منه أيضاً . وبه تمسك النزاعي في قوله بعدم كفاية الخطوة ، بل الخطوتين بل الثلاث ، بعد دعوى انصراف الدلة الى الافتراق بأكثر من ذلك .

ولكن يدفعه : منع جريان الاستصحاب هنا ، وذلك للشك في تبدل الموضوع فان الخيار الثابت سابقاً انما كان من جهة عدم حصول التفرق وهو هنا مشكوك ، ومع الشك في بقاء الموضوع لايجري استصحاب الحكم ، - أعني الخيار - اذ موضوعه عدم الافتراق ، وقد وقع الشك في مقدار الافتراق وتحققة . فلعل للهيئة الاجتماعية وعدم الافتراق الذي هو موضوع الخيار مدخلة ، فاستصحاب الموضوع يصير في الشك في المقتضي .

الثاني : العمومات ، أعني عمومات الخيار كقوله عليه السلام : (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) فان مقتضى ذلك ثبوت الخيار الى حصول الافتراق ، وحينئذ فاذا شك في صدق مفهوم الافتراق متمسك بعموم الدليل المذكور ومتضاه ثبوت الخيار ، فان المرجح عند اجمال المخصص مفهوماً هو عموم العام ، فقد خرج عن عموم ذلك ما اذا حصل الافتراق ، والافتراق مشكوك .

وفيه : أن المخصص هنا متصل ، وهو قوله (ما لم يفترقا) فان الغاية من المخصصات : المتصلة . وقد قرر في محله أن العام اذا خصص بم متصل مجمل مردد بين الاقل والاكثر ، صار مجملاً ، ولا ظهور له في غير الاقل بوجه حتى يؤخذ بعمومه فيه .

الثالث : العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالعقد ولزومه ، فانه خرج عنه ما اذا لم يحصل الافتراق ، وحيث أن الافتراق مجمل مردد بين الاقل - وهو التباعد بالخطوة - وبين الاكثر منها ، فان كان يتحقق بمقدار الخطوة ، كان العقد لازماً عند التباعد بالخطوة فلا يلزم تخصيص العمومات بالنسبة اليه ، وان كان لا يتحقق بمقدار الخطوة لزم خروج صورة التباعد بمقدار الخطوة عن عموم الادلة المذكورة ، وحيث أن أدلة الخيار مخصصة لتلك العمومات ، منفصلة عنها ، وقد تردد أمره بين الاقل والاكثر .

فيجب الرجوع في غير متيقن الخروج - وهو الاقل - الى العمومات ، لما قررنا في الاصول من أن العام المخصص بالمجمل المردد بين الاقل والاكثر يجب الاخذ في غير الاقل المتيقن الخروج بالعام مع كون المخصص منفصلاً كما اذا قيل : اكرم العلماء ، ثم قال : لا تكرم الفاسق ، وتردد الفاسق بين مرتكب الكبائر وبين مطلق العاصي حتى مرتكب الصغيره ، فانه يؤخذ بعموم العام في غير مرتكب الكبائر ، فيحكم بوجوب اكرام مرتكب الصغائر .

فيجب في المقام الاخذ بعموم مثل قوله : (أوفوا بالعقود) في غير المتيقن خروجه وهو عدم الافتراق بمقدار الخطوة . وأما الافتراق بمقدار الخطوة وأكثر منها : فيجب التمسك فيه بعموم (أوفوا بالعقود) ونحوه ، الدال على اللزوم . فالمتجه على هذا البيان : هو ما ذهب اليه المشهور من حصول الافتراق المسقط للخيار بالتباعد بمقدار الخطوة .

وأما التباعد بأقل منه فهو وان كان مقتضى ما ذكرناه سقوط الخيار به أيضاً اذا فرض الشك في صدق الافتراق عليه عرفاً . الا أنك قد عرفت أنه لا يصدق عليه الافتراق عرفاً لصحة السلب فلا شك في ذلك حتى يرجع فيه الى العموم .

هذا كله على تندير عدم ثبوت التحديد الشرعي .

وأما اذا ورد تحديد شرعي له ، فلا اشكال في أنه المتبع ، فالكلام في المقام في ثبوت التحديد الشرعي . فنقول : يظهر من بعض : ثبوت التحديد الشرعي في طرف الاقل بعدم كفاية مثل الخطوة والخطوتين بل الثلاث أيضاً ، لما روي عن مولانا الباقر عليه السلام . في أرض اشتراها ، على مافي صحيحة ابن مسلم عن الباقر عليه السلام أنه قال : بايعت رجلاً ، فلما بايعته فمشى ومشيت خطأً ثم رجعت الى مجلسي ليجب البيع حين افرقنا .

وجه الدلالة أنه عليه السلام علل المشي بالخطى التي لا يتحقق صدقه بأقل من ثلاث من جهة أرادة وجوب البيع بالافتراق ، فلو كان الافتراق حاصلًا بدون ذلك ، لم يكن وجه لذلك .

ثم ان أقل الجمع لما كان ثلاثة ، فلا دلالة في الرواية ظاهراً على اعتبار أكثر من ثلاث بل كان مقتضى ظاهره كفاية الثلاث لكونها أقل الجمع .

وقد تفتن لذلك الفاضل النراقي - المستشكل في كفاية الثلاث - فأجاب عن ذلك : بأنه انما يدل على أن فعل الامام كان موجباً لحصول الافتراق ، ولم يعلم أن فعله كان ثلاث خطوات لأكثر ، بل لعله مشى بالخطوات الخمسة أو الستة أو أكثر ، فلم يثبت منه على كفاية أقل الجمع - أعني الثلاث - والحاصل : أن الرواية انما تدل على عدم كفاية أقل الجمع - أعني الثلاث - في طرف الاقل ، فثبت من ذلك تحديد الافتراق في جانب الاقل . وأما تحديده في مقدار المعتبر من الخطوة فلا يثبت ، لاحتمال ارادة أكثر من الخطوات الثلاث من الجمع .

وكيف كان يضعف ذلك بأن ثبوت التحديد الشرعي في طرف الاقل بتلك الرواية موقوف على اعتبار مفهوم العدد والعملة ، وكلاهما محل تأمل .

أما وجه ابتناؤه على مفهوم العدد ، بتقريب أن يقال : أن الخطأ - بالضم - جمع

وأقله ثلاثة، فيصير مفهوماً: أن الأقل من الثلاث لا يوجب لزوم البيع . وأما وجه ابتناؤه على مفهوم العلة ، بتقريب أن يقال: أن العلة في اللزوم هو المشي بالخطأ الثلاث وأقل منه لا يصير علة للزوم، فيدفع بأن كون الثلاث علة الافتراق لا يوجب نفي ماعداه اذ كما يمكن أن تكون العلة لحصول اللزوم ثلاث خطوات ، كذلك يمكن أن تكون الخطوة الواحدة أو الاثنتين أيضاً علة له كما يمكن أن يكون خمس خطوات أو ست، علة .

والحاصل: أن العلة مسلمة في جانب الوجود والثبوت وأما في جانب الانتفاء عند الانتفاء ، فليس بمسلم في أمثال المقام ، كما قرر في الاصول، مضافاً الى أنه حكاية فعل ، كما أنه لا يقتضي على كفاية الثلاث حسبما تفتن به ، كذلك لا يقتضي على عدم كفاية أقل منها.

فلاتدل تلك الرواية على عدم كفاية أقل من ثلاث خطوات . واما أبعد بين استدلال ذلك البعض – أعني الفاضل النراقي في مستنده – وبين ما في «الرياض» حيث استدل على كفاية الخطوة الواحدة بتلك الرواية، حيث قال ماهذه عبارته : ولولاها – أي هذه الرواية المذكورة – لاشكل اثبات اللزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة باطلاق مفهوم الاخبار المتقدمة لاختصاصها بحكم التبادر بالافتراق المعتبره الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوة عرفاً وعادة (انتهى) .

فيرد على ما في «الرياض» أنه لا يستفاد من المعتبرة التي منها هذه الصحيحة – أعني ابن مسلم – اعتبار الخطوة الواحدة ، لان الخطأ – بالضم – جمع خطوة كخرف جمع غرفة ، لولم يدل على اعتبار الثلاث فلا يدل على كفاية نحو من الخطوة قطعاً ، الا أن يقال: أنه رأى كونه مفرداً واطلع على ورود هذا الوزن من هذه المادة في الافراد ، فيصير حينئذ الجمع : الخطوات ، ومفرده : خطوة وخطأ – بالضم – .

ولكن ثبوته في غاية الاشكال ، بل الثابت في الاستعمالات افراد الخطوة وجمعه بالخطوات والخطاء ، فالاولى رفع اليد عن تلك الرواية في دلالتها على كفاية نحو من الخطوة كما في « الرياض » أو على عدم كفاية أكثر منها . وحيث ليس لنا فيما عثرنا خبر آخر مشتمل على لفظ (الخطوة) وتحديد الافتراق هنا ، فلا بد حينئذ من المراجعة الى التحديد العرفي ، وتنزيل اطلاق أخبار الافتراق عليه . وليس له معنى سوى المعنى اللغوي ، وهو متحقق بالبعد بالخطوة ونحوها يسيراً بحيث يتسامح في صدق الخطوة ، فيصير المختار حينئذ منطبقاً على ماذهب اليه المشهور .

ولو أبيت عن ذلك ومنعت صدق الافتراق بنحوها بدعوى انصرافه الى أكثر منها .

نقول : بعد منع الانصراف أن المرجع هو عمومات لزوم البيع بعد طرو الاجمال لعمومات الخيار بالمخصص المتصل . والخدشة في الاستصحاب بانتفاء شرطه ، لعدم العلم ببقاء الموضوع كما عرفت .

ثم أنه لافرق في كفاية الخطوة بين أن يكون البيع وحصول الافتراق في الدار الصغيرة أو الكبيرة ، وبين قرب المكانين وبعدهما ، خلافاً لبعض العامة ، حيث شرط في الدار الصغيرة الخروج منها أو الصعود الى سطحها ، واكتفى في الكبيرة بالانتقال من الصفة الى الصحن لعدم مدخلية المكان والاشخاص وكيفية تحديد الافتراق لعدم اختلاف معاني الالفاظ بها ، كما هو واضح .

وهل العبرة في تحقق الافتراق أن يكون بعد تمامية القبول ؟ أم يكفي بعدد الايجاب ، وقبل لحوق التبول تظهر الثمرة فيما لو افترقا بين الايجاب والقبول فعلى الاول : لايسقط الخيار ، وعلى الثاني : يسقط ويصير البيع لازماً ، والاقرى هو الاول ، لعدم صدق (البيعان) الا بعد تمامية العقد ، ولحوق القبول .

وهل يكفي التفرق ببعض البدن ولو بنحو من الخطوة بل أكثر مع بقاء بعض البدن على الحالة الاولى ، كما اذا كانا في طرفي المحمل ، يميل كل منهما طرف رأسيهما على خلاف الآخر فيبعدا رأسيهما عن الهيئة الاولى أو العكس ؟ أم لا ؟. والاولى احالة ذلك وأمثالها الى العرف ، لان الافتراق موضوع عرفي يدور مدار الصدق العرفي .

في تفرق المجلس بالموت

ومنها : أن مفارقة الارواح هل هي كمفارقة الابدان في سقوط الخيار أم لا ؟ احتمل العلامة «قده» في «التواعد» وفي محكي «التذكرة» : كفاية مفارقة الارواح في السقوط ، وقواه في محكي الحاشية المعلقة على «الارشاد» ، واستظهر الاردبيلي «قده» ، واستدل على ذلك : أن مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس .

ويضعف : بارادة التباعد المكاني من الافتراق لتبادره فيه وهو ظاهر في تباعد الاجسام مضافاً الى أن يموت أحدهما لا يعلم مفارقة روحه عن الآخر في المجلس ، مع أن الاولوية في الاحكام الوضعية ممنوعة ، فلا ريب حينئذ في عدم سقوط خيار المجلس بموت أحدهما في المجلس .

فحينئذ ينتقل خيار المجلس الى الوارث وفاقاً للمشهور ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، فيكون ذلك كسائر الخيارات في انتقالها الى الوارث من غير خلاف واشكال هناك .

ثم انه لما كان خيار المجلس لم يستطع بموت أحدهما مع بقاء الميت والآخر في المجلس ، انتقل الى الوارث وهو قد يكون حاضراً وقد يكون غائباً .

ففي الحاضر : لم يفصلوا ولم يحتملوا له وجوهاً واحتمالات ، بل ذكر العلامة «قده» في «التواعد» حكمه بكلمة واحدة ارسال المسلمات حيث قال : فان كان

حاضراً امتد الخيار بينه وبين الآخر مادام الميت والآخر في المجلس (انتهى) .
واكتفى بذلك .

وفي المسالك زاد فيه احتمالاً واحداً ، حيث قال بعد قيام الوارث مقام الميت في الخيار بما هذه عبارته : وهل يقوم في اعتبار التفرق أو يبقى الحكم معلقاً بمفارقة الميت أو الآخر ؟ وجهان ، أجودهما الثاني . ولم يتعرضوا أكثر من ذلك الوجهين في حق الحاضر .

وأما في ما كان الوارث غائباً : ذكروا له وجوهاً تقرب الى سبعة أو ثمانية ، فيتوجه حينئذ اليهم الاشكال والايراد في التفكيك مع أن الوجوه التي تذكر في الغائب تجيء في الحاضر أيضاً ، فما الفرق بينهما ؟ فنحن نتعرض بذكر الوجوه حتى تتبين لك حقيقة الحال .

فنقول : أما في الحاضر : فيه وجهان على ما في « المسالك » :

أحدهما : سقوط اعتبار الميت في صدق التفرق وتحقيقه ، بل العبرة في الاقتران بين احد البيعين - الحي - وبين الوارث الحاضر ما لم يفترقا عن المجلس فالخيار ثابت سواء فارق الميت المجلس أم لا ، فالوارث كما قام مقام الميت في أصل حق الخيار ، كذلك قام مقامه في التفرق لعدم العبرة بتفرق الميت واجتماعه .

وثانيهما : ثبوت الخيار للوارث مادام الميت والبائع الحي الآخر لم يفترقا فلو افترق الميت أو الآخر الحي ، سقط خيار الوارث ، واختاره في « القواعد » و « المسالك » علا بظاهر النص ، لان الخيار مغيب بمفارقة البيعين وهي تحصل بانتقال الحي ، وينقل الميت عن المجلس مع عدم مصاحبة الآخر معه .

وأما فيما كان الوارث غائباً ، فيه وجوه :

أحدها : ما اختاره في « الجواهر » ، واجتمعه في « جامع المقاصد » من

ثبوت الخيار للوارث مطلقاً من غير أن يكون مفارقه عن مجلس وصول الخبر أو مفارقة الحي أو الميت مسقطاً .

أما عدم كون مفارقة الوارث مسقطاً ، لعدم كونه بيعاً . وأما مفارقة الميت لعدم كونه اختيارياً ، فحيث أن المسقط هو الافتراق الاختياري ، فيتعذر حصوله دائماً فيصير الخيار حينئذ أبدياً لدوام عدم الافتراق الاختياري الذي هو مسقط للخيار . فان الخيار انما شرع فيما لم يفترقا ، فما كان عدم الافتراق محققاً ثابتاً يثبت حكمه وحيث كان المراد من الافتراق هو الافتراق الاختياري - كما سيجيء - تحقيقه - قد تعذر حصوله بين البيعين بعد موت أحدهما ، فمع نقل الميت أو انتقال الحي عنه لم يحصل الافتراق الاختياري بينهما . ومن المعلوم أن مقتضى النص والدليل ثبوت الخيار ما لم يحصل الافتراق الاختياري ، والمفروض عدم حصوله .

والحاصل : أن النص دال على أن المسقط هو الافتراق الاختياري ، وهو لا يحصل تارة باختيار - من البيعين - الاجتماع ، كما اذا كانا البيعان موجودين ومجتمعين . وأخرى لا باختيار الاجتماع بل بانتفاء الموضوع ، كما اذا تعذر الافتراق من جهة انعدام موضوعه بالموت ، ففي موت أحد البيعين أو كليهما يصدق أنهما لم يفترقا ، فيثبت الخيار مطلقاً وينتقل الى الوارث . ثم ان في موت كليهما الافتراق متعذر في كلا الجانبين ، وفي أحدهما من جانب الميت . ولكن لو فارق أحد البيعين الحي عن الميت - يندرج في حكم المسألة - الاخر ، أعني فيما لو فارق أحدهما .

وثانيها : ثبوت الخيار للوارث الغائب حين بلوغ الخبر اليه فوراً ، فان اختار الامضاء أو الفسخ فوراً فيها ، والا لسقط .

ووجه ذلك : أما ثبوت الخيار له ، فلكونه حق تركة الميت ، فكل حق

تركه الميت فهو لو ارثه فيشمله الادلة الدالة على انتقال أموال الميت وحقوقه الى وارثه كما سبق ، وسيأتي أيضاً بيانه .

وأما كونه فورياً : فلادفع الضرر ، حيث أن بقاء الخيار له ضرر للآخر ، فينتفي بالادلة النافية للضرر .

فيه : ان الخيار انما شرع لدفع الضرر ، بمعنى أنه يستدل على ثبوت الخيار بالادلة النافية للضرر ، فيثبت الخيار غالباً بقاعدة لاضرر ، ومع ذلك كيف تكون هنا نافية للخيار لعدم المنافاة بينهما .

نعم ذلك حسن بالنسبة الى مذهب من رأى عدم الانتقال في زمن الخيار ، أو على مذهب من قال بعدم جواز التصرف في زمن الخيار ، كما حكيناه عن الشيخ « قده » وأما على مذهب المشهور المنصور من جواز التصرف للمتبايعين في زمن الخيار ، فلا مسرح للضرر في جعل الخيار أصلاً .

وثالثها : ثبوت الخيار له مع امتداده بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر الى الوارث الغائب . ووجه ذلك : تنزيل مجلس الخبر منزلة مجلس العقد لانه مجلس ثبوت الخيار بالنسبة الى الوارث ، فيكون كمجلس العقد ، فيمتد الخيار حينئذ بامتداد ذلك المجلس .

وتقريب ذلك أن يقال : أنه ليس لمجلس العقد خصوصية في ثبوت الخيار كما أنه ليس لخصوص البيعين مدخلية وخصوصية في ملاحظة افتراقهما ، بمعنى انه لا عبرة في افتراق المتبايعين في سقوط الخيار حتى لا يكون للوارث الغائب خيار مع نقل الميت عن مجلس العقد ودفعه .

كما أنه لا عبرة بالمجلس الذي وقع فيه ، في امتداد الخيار ، وان كان ظاهر النص يساعد ذلك ، بل العبرة بثبوت الخيار بدوام المجلس وسقوطه بالافتراق انما هو مجلس ذي الخيار وافتراقه ، لمكان استفادة المناط والحيشية من

النص الشريف ، أعني قوله ﷺ (البيعان بالخيار ما لم يفتقرا) ، فإن المحكم وان كان ثابتاً لهما كما أن الضمير يرجع اليهما ، الا أنه ملحوظ فيه من حيث كونهما ذوي خيار ، فالخيار ثابت للبيعين عند عدم الافتراق وساقط عند الافتراق من حيث كونهما ذوي خيار .

فلا بد من ملاحظة عدم الافتراق بالنسبة الى المجلس الذي ثبت فيه الخيار فمالم يحصل البعد والافتراق عن ذلك المجلس يدوم الخيار ، كما أنه اذا زاد البعد بينهما عما كانا عليه وحصل الافتراق ولو كانا مجلسين عما كانا عليه مستقبليين يسقط الخيار . فلا يتوجه حيثئذ ما في « جامع المقاصد » وغيره من الايراد على ذلك بأن المراد من المجلس مجلس البيع لا مطلق المجلس ، فتحديده بهذا المجلس أي مجلس بلوغ الخبر - تحكم .

نعم يجب عن ذلك بتقريب أن الثابت من النص والفتوى هو ثبوت الخيار للوارث . وأما تنزيله منزلة الميت في الافتراق ، بمعنى كون المسقط افتراق الوارث ، وفي بقاء الخيار بدوام المجلس الذي وصل فيه الخبر ، ممنوع لعدم دليل يدل على عموم المنزلة ، بحيث يكون افتراق الوارث بمنزلة افتراق الميت ولأن احرار البعد والافتراق بين الوارث وبين الآخر العاقد في غاية البعد والاشكال بل يتعذر غالباً ، خصوصاً في البلاد النائية والبعيدة ، اذ لو تحرك كل واحد منهما الى جهة من الجهات ، كما يحتمل زيادة البعد والافتراق ، كذلك يحتمل القرب فلا ينبغي تنزيل حكم الشارع الى الموضوعات الخفية التي لا يعلمها الا عالم السر والخفيات .

ورابعها : سقوط الخيار بالنسبة الى الميت دون الآخر ، كما هو ثالث محتملات « المسالك » . ووجهه موقوف على مقدمتين :

الاولى : حصول الافتراق بمفارقة الروح ، كما احتمله العلامة « قده » .

الثانية : كون الافتراق قابلاً للتجزئة ، بمعنى حصوله بمفارقة أحدهما بحيث يصدق الافتراق بالنسبة اليه دون الآخر ، فالميت يسقط خياره لصدق الافتراق بالنسبة اليه ، بخلاف الآخر ، فخياره يكون باقياً لعدم صدق الافتراق بالنسبة اليه فلما سيأتي في مسألة الاكراه من انه لو أكره أحدهما على الافتراق لم يسقط خيار الآخر مادام باقياً .

وهذا كما ترى : أضعف الوجوه لمنع صدق الافتراق بمجرد الموت لظهوره في التباعد بحسب المكان والابدان ، وعلى الصدق يرد عليه : أنه كما يسقط به خياره يسقط به خيار الآخر أيضاً لصدق افتراقهما بمفارقة أحدهما .
وخامسها : ما احتمله بعضهم : عكس ذلك من سقوط الخيار عن الآخر مع بقائه للميت فينتقل الى ورثته .

أما وجه ثبوت الخيار للميت فلما سيأتي من أن الاكراه على التفريق لا يسقط به الخيار ، والتفرق هنا وان صدق بسبب الموت ، الا أنه لما كان من دون اختيار الميت فلا يسقط به الخيار .

وأما وجه سقوطه عن الآخر فلما سيأتي من أنه اذا أكره أحدهما على التفرق دون الآخر بطل خيار الآخر اذا تمكن من الاختيار ، كما هو المفروض في المقام . وهذا الاحتمال عكس احتمال سابقه . فيرد عليهما معاً ما سيأتي من عدم وجه للحكم بسقوط الخيار من أحدهما دون الآخر ، فان الافتراق من الافتراق من أحدهما . فان مثل هذا الافتراق من أحدهما لا يوجب سقوط الخيارين ، مضافاً الى منع صدق الافتراق بمفارقة الروح كما سيأتي .

وسادسها : كون العبرة ببدن الميت والآخر في حصول الافتراق وعدمه ، فما دام بدن الميت والآخر باقيين في المجلس ، ثبت الخيار للوارث ، فاذا خرج أحدهما حصل الافتراق وسقط الخياران .

وهذا الوجه هو الذي استجوده في « المسالك ». ووجهه واضح، لان النص دل على ثبوت الخيار للبيّع مادام في المجلس . وسقوطه بفرقه عنه ، وحيث أن البيّع قد مات ، فينتقل خياره الى الوارث بمقتضى أدلة الارث. لكن خيار الوارث انما يتبع خيار المورث ، وحيث أن خياره كان ثابتاً مالم يحصل التفرق بينه وبين الآخر ، فخيار الوارث يكون أيضاً كذلك .

وبعبارة أخرى : أن التوريث انما يقتضي ثبوت الخيار في مورد ثبوته للميت والثبوت للميت كان مالم يحصل الافتراق بينه وبين الآخر فيكون المتبع هو الافتراق بين الميت وبين الآخر لا بين الوارث وبين الآخر، وحيث أن الموت ليس افتراقاً فيبقى الخيار مادام لم يحصل الافتراق بين الميت وبين الآخر . وهو حسن على تقدير صدق البيّع على الميت وامكان تحقق الافتراق في حقه ، وكلا الامرين محل تأمل كما سيأتي بيانه .

وكيف كان فلنتعرض للتول الآخر وهو سقوط هذا الخيار بالموت ، كما احتمله العلامة وقوّاه في محكي تعليق « الارشاد » وتأمل في ذلك في « مجمع الفائدة » حيث قال : أن في موت خيار المجلس له - أي للوارث - تأمل . واختاره السيد في « الدلائل » . والذي يصلح أن يستند لذلك وجوه :

(الوجه الاول) ما يظهر من السيد في « الدلائل » من سقوط الخيار بالموت رأساً ، لكن لا لما ذكره العلامة « قده » من الاولوية بل لعدم شمول أدلة الخيار وهو قوله عليه السلام « البيّعان بالخيار مالم يفترقا » لحال الموت ، فان الظاهر من النص : ثبوت الخيار لهما مادام لهما شأنية الافتراق .

فالافتراق المسقط هو الافتراق ممن له شأنية ذلك لامطلقاً فيكون النص شاملاً مادام هذا الوصف العنوانى والقابلية باقياً ، واذا ارتفعت بأن خرجا عن القابلية، خرجا عن تحت النص ولم يكونا مشمولين لأدلة الخيار، وحينئذ فمقتضى العمومات

اللزوم وعدم الخيار ولا يعارضه شيء عدا استصحاب الخيار، اذ المفروض دخوله تحت النص ما يفرض فيه القابلية، وبعدها انتفاءها يشك في بقاء الخيار وعدمه، فالاصل هو البقاء، الا أن ذلك لا يعارض الدليل اللفظي، أعني العمومات، وليس الاستصحاب موضوعياً - أي استصحاب عدم الافتراق - حتى يقال بتقديمه على العمومات، بل المراد استصحاب الحكم - أي الخيار الثابت قبل انتفاء القابلية - فتكون العمومات حاکمة عليه .

قال في « الدلائل » ماهذه عبارته : ولو مات أحد المتعاقدين أو هما لسقط الخيار، لان ظاهر النص اثباته للمتعاقدین الذين من شأنهما الافتراق، فلوانتفت أهليتهما لذلك بعد العقد كالموت، أو كانت منتفية من الاصل كما اذا اتحد الموجب والقابل، أو كانا على بدن واحد أو حقو واحد، فلا خيار، لسلامة العمومات حينئذ عن المعارض عدا استصحاب بقاء الخيار في الصورة الاولى - أي ماذا طرأ عدم القابلية - . وهو لا يقبل معارضة الادلة اللفظية . نعم في خصوص الموت يمكن الحكم بانتقال الخيار الى الوارث كما سيجيء في أحكام الخيار . (انتهى) .

وعدم جريان الاستصحاب - أي استصحاب الخيار - في الصورة الثانية - أي ماذا كانت القابلية منتفية من الاصل - واضح، لعدم دخول ذلك تحت أدلة الخيار أبداً في وقت من الاوقات، بخلاف الصورة الاولى - أي ماذا طرأ عدم القابلية - فان مقتضى الاستصحاب هو بقاء الحكم السابق - أي الخيار - . فكلامه هذا كما ترى صريح فيما ذكرنا من عدم الخيار بعد الموت، الا أنه استشكل في خصوص الموت، ولعله للنص والفتوى من أن مات ترك الميث من حق فهو لوارثه . واختاره في باب الاحكام، قال بعد الحكم بالانتقال الى الوارث . والجواب عن ما أحتمله العلامة وما ذكره أولاً، ثم ان كان الخيار خیار المجلس وكان الوارث في مجلس البيع قام مقامه في الخيار، وهل يقوم مقامه في اعتبار التفرق أو يبتى الحكم معلقاً

بمفارقة الميت والاخر؟ وجهان ، كما أنه لو كان غائباً ، ففي ثبوته حين بلوغه الخبر فورياً أو ممتداً بامتداد مجلس الخبر ، ومبايعه أو سقوطه رأساً بالنسبة الى الميت وجوه . (انتهى) .

فكلامه هنا صريح في الانتقال الى الورثة .

بقي هنا شيء ، وهو أن السيد قد جعل الاستصحاب في المتام جارياً ، وجعله أحد الأدلة في المسألة ، غاية الامر أنه معارض بما هو حاكم عليه ، فجعل مقتضى الاستصحاب : الخيار ، ومنتهى الدليل اللفظي المقدم عليه : اللزوم ، ويتم الخيار مع أنه لا وجه لجريانه في المتام ، إذ استصحاب الخيار ان لوحظ بالنسبة الى الوارث - أي عند الشك - يستصحب خياره .

ففيه : أنه ليس له حالة سابقة ان لوحظ الى الوارث لعدم المتين السابق من الخيار بالنسبة الى الوارث ، وان لوحظ بالنسبة الى الميت المورث ، فكذلك أنه باطل لتبدل الموضوع اذ المتين السابق خيار الحي البائع وقد تبدل وسقط بالموت ، فأبي تبدل أظهر من الحياة والممارة . وقد سبقه في ذلك كثير من الفتهاء حيث تمسكوا بالاستصحاب .

اللهم الآن يوجه : أن الغرض من الاستصحاب انما هو بالنسبة الى الطرف الاخر الحي فان الخيار كان ثابتاً له قبل موت صاحبه ، وحيث حصل الشك بمفارقة صاحبه عن الدنيا ، فيثبت له الخيار بالاستصحاب ، فيحكم بخيار الوارث أيضاً لعدم القول بالفصل ، بمعنى أن كل من قال بثبوت الخيار للطرف الاخر قال به للوارث ، وكذا يتمسك بعدم القول بالفصل فيما اذا مات البيعان معاً فانه وان لم يجز الاستصحاب ، الا أنه يقال بعدم القول بالفصل بين موت أحدهما وبين موتها معاً .

(الوجه الثاني) اتول بعدم الخيار بعد الموت بسوجه آخر - لا بما ذكره

العلامة « قدس » والسيد، المذكور - بل بوجه استفاد من المحقق الثاني في « جامع المقاصد » وتبعه على ذلك بعض المشائخ في شرحه على « اللعة » .

ومحصل هذا الوجه هو أنه : اذا كان سقوط الخيار منوطاً بالافتراق ، لاجرم يكون ثبوته منوطاً بعدم الافتراق ، فيكون مفاد النص هو ثبوت الخيار مادام الموضوع - أي عدم الافتراق - ثابتاً ، فاذا انتفى ذلك فلا دليل على الخيار سواء كان انتفاء ذلك - أي عدم الافتراق - بانتفاء المحمول ، أي مع بقاء البيعين - ، الا أنه حصل بينهما الافتراق ، فينتفي عدم الافتراق بذلك أو بانتفاء الموضوع بأن ماتا أو مات أحدهما ، فانه بالموت ينتفي هذا الموضوع - أي عدم الافتراق - عن شأنه ذلك . فاذا انتفى الموضوع فلا يكون مشمولاً للنص - أي دليل الخيار - ولا يكون الخيار ثابتاً .

وهذا الوجه هو صريح الشيخ علي في شرح اللعة ، وهو الذي أشار اليه المحقق الثاني ، حيث أورد على العلامة ، بعدما قال : وان كان غائباً امتد الى أن يصل الخبر اذا اسقطنا اعتبار الميت . انتهى . وهذا ليس شيء لانتهاء عدمه وهو عدم تفرق المتبايعين اذا اسقطنا اعتبار الميت .

وهذا الايراد كما ترى مبني على جعل موضوع الخيار عدم التفرق ، وأنه ينتفي تارة بانتفاء المحمول - أي بحصول التفرق - وأخرى بانتفاء الموضوع كالموت حسبما ذكرنا فأورد على مصنفه : بأنه بعد اسقاط اعتبار الميت لا معنى لانتقال الخيار الى الوارث الغائب وامتداده الى أن يصل الخبر ، لان موضوع الخيار عدم التفرق ولا ريب بانتفائه بالموت . فكأنه حمل قوله : ان أسقطنا اعتبار الموت على اسقاط اعتباره في التفرق وعدم التفرق في أصل ثبوت الخيار ، أي أن الدليل الذي دل على ثبوت الخيار ، انما دل على انطاة الخيار وجوداً وعدمياً بالتفرق وعدمه اذا كان من شأنه ذلك ، وأسقطنا اعتبار الميت في ذلك ، أي قلنا

أنه خارج عن النص وأنه لاعبرة بالافتراق وعدمه مع الموت فأورد عليه حيثئذ أنه بعد ذلك لاعمى للانتقال الى الوارث حتى يقال في الغائب بامتداده الى وصول الخبر لانتفاء متعلقه ، وهو عدم التفرق .

فكأنه أورد عليه بالتناقض ، حيث أنه علق الانتقال الى الوارث وامتداده لوصول الخبر على سقوط اعتبار الميت .

مع أن مقتضى سقوط اعتبار الميت حسبما فسرته أي سقوطه عن النص واناطة الحكم وجوداً وعدمًا بالتفرق وعدمه اذا كان من شأنه ذلك وسقوط الخيار وعدم الانتقال الى الوارث فيكون كلامه مشتملاً على التناقض واستحسنه شيخنا في «الجواهر» فأورد على العلامة بما حاصله : أن الميت اذا سقط اعتباره وصار كأن لم يكن شيئاً مذكوراً ، فقد انتفى موضوع الخيار الذي هو عدم التفرق ، وحيثئذ لا يبقى خيار حتى ينتقل الى الوارث ، ففرض سقوط اعتبار الميت يوجب سقوط الخيار رأساً ، فكيف يجعل ذلك وجهاً لامتداد الخيار الى زمان وصول الخبر الى الوارث الغائب . والخلاف في بقائه الى امتداد مجلس الخبر وعدمه .

(الوجه الثالث) ما أفاده العلامة في «القواعد» من أن مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس في الاسقاط .

هذه وجوه ثلاثة . استفدناها من كلماتهم وجهاً على القول بسقوط الخيار . ولكن قد يورد تارة على الاول : بأنه بعد البناء على أن النص يسدل على ثبوت الخيار في حال عدم الافتراق اذا كان له أهلية الافتراق ، فاذا مات ذهب القابلية قطعاً فلا مسرح للاستصحاب تبدل الموضوع .

ويندفع : بأنه وان كان مدعاه أن النص وان لم يشمل صورة ارتفاع القابلية الا أن مدخلية ذلك في الخيار مشكوك فيها ، فيصح التمسك بالاستصحاب . وأخرى :

أنه ان أريد بالاستصحاب اثبات الخيار للميت ، فهو وان كان منتفياً في السابق ، لكنه ليس مشكوكاً في اللاحق، للقطع بعدم بقاء خيار للميت نفسه بعد الموت. وان أريد به استصحابه للوارث ، فهو وان كان مشكوكاً في هذا الزمان ، الا أنه ليس متيناً سابقاً للقطع بعدم الخيار له قبل الموت فاقد الشرطين في الاستصحاب، وهو التيقن السابق ، والشك اللاحق منتفیان على التقديرين .

ولو أريد استصحاب نفس الخيار من دون نظر الى ما يتعلق به ، بتقريب أنه كان خيار قبل الموت وحصل الشك في ارتفاعه بالموت ، فيحكم ببقائه بالاستصحاب .

ففيه : ما أفاده شيخنا العلامة الانصاري في مقدمة ارث الخيار من أن الخيار حق ولا يتقوّم بنفسه الا بالمستحق ، والمفروض أن مستحقه في الان الاول قد زال بالموت والوارث لو كان مستحقاً فهو فرد آخر، فيكون مانح فيه من قبيل استصحاب المتبادل أحد أفراد والتحقق عدم جريان الاستصحاب في مثله .

هذا فالذي يصح أن يعتذر عنه في التمسك بالاستصحاب كما صدر ذلك من جملة من الاساطين، منهم المحقق الثاني، ما ذكرنا بأن المراد استصحاب الخيار بالنسبة الى الطرف الحي الآخر ، فيثبت بعدم القول بالفصل لصاحبه ، فينتقل الى الوارث، بالدلة الدالة على أن ماتر كه الميت من الحق والمال فهو لوارثه، كما أنه يثبت بعدم القول بالفصل فيما اذا ماتا معاً في آن واحد .

وكيف كان، تدفع دعواه بمنع البناء ، أعني دلالة النص على سقوط الخيار اذا ستطت شأنيّة الافتراق ، فدعوى ظهوره فيماله شأنية الافتراق في صورة عدم الافتراق ممنوعة لصدق عدم الافتراق مما كان له شأنية الافتراق وعدمه .

وأما على الوجه الثاني، فيندفع بالمنع عن صدق انتفاء عدم التفرق بالموت لان الظاهر من انتفاء عدم التفرق انتفائه بمحموله ، ولا يكون ذلك الا بالتفرق .

وأما بانتفاء الموضوع، فبعد تسليم صدق ذلك في المتأخر، فهو خلاف الظاهر من النص، فلا يفيد النص سقوط الخيار به .

وأما إيراد المحقق الثاني على مصنفه ومتابعة شيخنا في «الجواهر» عليه فهو ناشئ عن عدم عثورهما بمراده، فإن لكلام العلامة «قده» أعني قوله (إن أسقطنا اعتبار الميت) احتمالات ثلاث :

أحدها : أن يكون مراده منه فرض وجود الميت كعدمه رأساً، وعليه يبنى إيرادهما من أنه على هذا التفسير ينتفي موضوع الخيار ، فلا يبقى خيار من جهة عدم وجود البيع، ولكن لا يخفى بعد ذلك عن كلام العلامة «قده» .

الثاني : أن يكون مراده هو اسقاط الميت في كون موته افتراقاً ، يعني أنه إذا لم تزل بكون الموت افتراقاً وأسقطنا اعتبار الميت من هذه الجهة. وهذا أيضاً بعيد، بل ربما يعد تكراراً .

الثالث : أن يكون المراد اسقاط الميت في تمام الفرق، بمعنى أنه لا يعبأ بتفرقه واجتماعه في تمام سقوط الخيار وبقائه نظراً إلى ما تقدم من أن الافتراق وإن لوحظ في النص بالنسبة إلى البيعين ، وهما الميت والحى الآخر، إلا أن ذلك كان من جهة كونهما ذوي خيار، فإذا مات البيع خرج عن كونه ذا خيار ، فيسقط اعتبار تفرقه وعدم تفرقه .

وهذا الوجه هو مراد العلامة ، وعليه فلا وقع لإيرادهما «قدهما» كما لا يخفى .

وأما الوجه الثالث : فيدفع بما ذكرنا من منع الأولوية ، لأن الظاهر من الافتراق هو تباعد الجسم، وهو غير حاصل بمجرد الموت ، مع أنه لو سلمنا أن المراد به التباعد بحسب الروح أو ما يعمه والتباعد بحسب الجسم فنقول: إن التباعد بحسب الروح غير معلوم الحصول بمجرد الموت مضافاً إلى منع اعتبار الأولوية في الأحكام الوضعية كما ذكرنا غير مرة .

فظهر لك أن الحق في المسألة عدم سقوط الخيار بالموت كما عليه المشهور بل ادعى بعضهم منهم السيد في « الغنية » الاجماع على توريث هذا الخيار ، ولا يكون ذلك إلا مع عدم سقوطه بالموت. وفي «التذكرة» أن الخيار عندنا موروث الى أن قال : وبه قال الشافعي الا في خيار المجلس ، فانه يدل على كون ارث خيار المجلس متفقاً عليه عند أصحابنا .

وأما الاظهر من الاحتمالات هو الوجه الاول الذي احتمله في «جامع المقاصد» واستقر به في « الجواهر » من امتداد هذا الخيار مطلقاً ، بمعنى عدم سقوط هذا الخيار بعد موت أحدهما أو كليهما من جهة افتراق الميت ، أي نقله من مجلس العقد، أو من جهة افتراق الوارث .

بل لا عبرة بافتراق الآخر الحي أيضاً لما ذكرنا أن النص دل على ثبوت هذا الخيار للبيّعين ما لم يفترقا ، فاذا مات أحدهما قبل التفرق انتقل خياره الى وارثه فيكون له الخيار بأدلة الارث وللآخر من جهة كونه بيعاً والمسقط للخيار انما كان افتراق البيّعين وهذا المسقط لا يتصور تحققه في المقام ، فيجب الحكم ببقائه أبداً من هذه الجهة ، وينحصر مسقطه في سائر المسقطات .

وأما عدم تصور تحقق هذا المسقط في المقام ، فبوجوه ثلاثة :

أحدها : ما يظهر من « الجواهر » من أن الافتراق المسقط انما هو افتراق البيّعين اذا كان اختيارياً ، وذلك لا يتصور في المقام . أما افتراق الميت فلانه ليس اختيارياً ، لامفارقة روحه ولامفارقة بدنه لعدم كون شيء منهما اختيارياً له . وأما مفارقة الآخر عن الميت ، فلما سيأتي من أن الافتراق اذا كان من أحدهما بدون اختياره ، فلا يسقط خيار الآخر عن الميت فلما سيأتي من أن الافتراق اذا كان من أحدهما بدون اختياره فلا يسقط خيار الآخر وان فارقه اختياراً . وأما افتراق الوارث فهو وان كان اختيارياً الا أنه لم يكن بيعاً ، فلا يكون افتراقه افتراق البيع ، فلا وجه

لسقوط الخيار به .

الثاني : ما يظهر من بعضهم أن المسقط للخيار هو افتراق البيعين اذا كانا عمن له أهلية الاجتماع والافتراق ، وهذا لا يحصل في المقام ، أما بين الميت والآخر : فلعدم أهلية الميت بشيء منهما ، وأما بالنسبة الى الوارث والآخر فلعدم كون الوارث بيعاً حتى يصدق بمفارقه افتراق البيعين .

الثالث : أن المسقط هو افتراق البيعين ولا يصدق البيعان هنا على الميت والآخر ، لعدم صدق البيع بعد الموت على الميت ، فلا يقال أنه بيع بسل انما يقال كان بيعاً ، ولا على الوارث والآخر لعدم صدور البيع من الوارث . فحيث لا يتحقق المسقط الذي هو افتراق البيعين ، فاذا لم يحصل المسقط والمفروض ثبوت الخيار فوجب الحكم بامتداده ، مضافاً الى الاستصحاب ، فان الخيار ثبت بعد الموت للوارث وكان ثابتاً للآخر أيضاً ولم يسقط بالفرض بموت أحدهما وحصل الشك في السقوط بمفارقة الآخر مع بدن الميت ، فيجب الحكم ببقائه الى زمان القطع بالسقوط ولا يحصل القطع بمفارقة أحدهما حسبما عرفت .

ومع الغض عن ذلك الوجه فالاجود ما استجوده في « الجواهر » أيضاً من الوجه السادس وهو كون العبرة بمفارقة الآخر وبدن الميت من غير فرق في شيء منهما بين الوارث الحاضر والغائب كما استوجهه في « المسالك » حيث قال : ولو قيل بثبوت الخيار للوارث اذا بلغه الخبر وامتداده الى أن يتفرق الميت ومبايعه كان وجهاً (انتهى) .

فانضحت المسألة بحمد الله تعالى ، أصلاً وفرعاً .

مسألة

في تفرق المجلس بالاكراه

المعروف بينهم : أن التفرق اذا كان عن اكراه لا يسقط الخيار، أما مطلقاً أو بشرط عدم التمكن من التخابر على ماسيأتي .

وهنا اشكال : وهو أنهم صرحوا بأنه لا عبرة بالافتراق الاكراهي ، واستدلوا عليه كما سيأتي بوجوه ستة أو سبعة ، وهذه الوجوه أكثرها بسل كلها يجري في مطلق التفرق الغير الاختياري وان كان مسن غير جهة الاكراه ، كما اذا كان التفرق في حال النوم أو السهو والغفلة أو غير ذلك .

فالتبادر مثلاً حيث يدعون أن المتبادر من الافتراق هو ما اذا كان اختيارياً ، فيخرج ما اذا كان غير اختياري .

ولا يخفى عدم اختصاص الغير الاختياري بالاكراه ، بل يعم ذلك لغير ذلك أيضاً كما اذا كان من جهة الجهل والسهو والنوم والغفلة وغيرها ، وكذا سائر الأدلة تجري في مطلق الغير الاختياري، مقتضى ذلك عدم سقوط الخيار بالتفرق في هذه الصور أيضاً، أعني ما كان غير اختياري من غير جهة الاكراه، مع أنهم لا يقولون به ، بل صرح غير واحد منهم بسقوط الخيار بالتفرق، سواء كانا جالسين أو جاهلين أو مختلفين أو ناسيين أو نحو ذلك، مع وضوح عدم كون التفرق في صورة الجهل به أو في حال الغفلة والنوم اختيارياً كما هو واضح .

وحينئذ فيشكل الجمع بين كلماتهم في تعميم الافتراق بما ذكر من الصور مع قولهم بعدم سقوط الخيار في صورة كون التفرق عن اكراه مستدلين بهذه الأدلة الجارية في غير صورة الاكراه من صور التفرق الغير الاختياري ، وقد اعترف بعض الفحول بوزود هذا الاشكال ، فقال : أن الفارق بين الصور هو

الاجماع وأنه لسولاه لكن التفريق مسقطاً في صورة الاكراه أيضاً أخذاً باطلاق النص .

وهذا كما ترى صريح بأن الاجماع هو الذي أوجب الحكم بعدم مسقطية الافتراق اذا كان عن اكراه ، وأنه لولاه لكان حال التفريق الاكراهي كحال سائر التفريقات .

هذا ولكن يمكن أن يقال : أن مراد التوم من دعوى التبادر هو دعوى تبادر خصوص الاختياري المتقابل للاكراه لا الاختياري بمعنى الفعل الصادر عن الشخص بالعلم والعقل والشعور والارادة ، وحينئذ فدعوى تبادر الاختياري بمعنى غير المكروه لا ينافي سقوط الخيار بالافتراق اذا كان لاعتقاده قصد أو لاعتقاده شعور ، فيندفع التهافت .

وتوضيح المقام: أن الافتراق المذكور في النص عبارة عن زيادة البعد بين الشخصين ، وهذه - أي زيادة البعد بينهما - لا يتوقف على قصد ولا شعور ولا غير ذلك ، بل يحصل بمجرد التباعد ، سواء كان باختيارهما أو بالاضطرار . نعم قد يدعى أنه اذا كان حاصلًا بالتصدد والارادة يكون المتبادر منه حينئذ عدم كون الداعي لهذا الفعل تهديد الغير ونحوه ، فيخرج بذلك: الافتراق الذي حصل بسبب التهديد والتوعيد ، وأما غير ذلك ، فيشمله الاطلاق ، وكذلك تعبير كون الافتراق منهما - أي مستنداً إليهما - لظاهر النص ، فلو حملا قهراً ، فالتفريق وان كان حاصلًا إلا أنه لا يصدق أنهما افترقا لعدم الاستناد إليهما حينئذ ، وانما يقال حينئذ فرق بينهما لا أنهما افترقا . وحيث عرضت ذلك ، فيكون الخارج من صور الافتراق أمرين : أحدهما : ما كان صادراً عن اكراه ، لخروجه بمقتضى التبادر بالتقريب الذي عرفت وستعرف أيضاً .

وثانيهما : ماذا - ملهما ثالث لعدم الاستناد إليهما ، فلا يصدق أنهما افترقا بل

يتال: فرق بينهما. فمافي «الجواهر» من أنه لا يصدق أنهما افترقا في صورة الاكراه ليس بجيد، لان الاكراه عبارة عن صدور التفرق منه بقصده و ارادته دعفاً للضرر المتوعد على تركه .

اذا عرفت هذا فلنشرع في أصل المسألة وهي: أن التفرق اذا كان عن اكراه، هل يسقط به الخيار أم لا؟ والاقوال فيه ثلاثة :

(أحدها) السقوط مطلقاً، وهو الظاهر من جماعة منهم الاردبيلي «قده» الا أنه تردد من جهة خوف الاجماع، ومن الاخر أيضاً أنه لولاه لكان المتجه السقوط فيه أيضاً، عملاً باطلاق النص.

(الثاني) عدم السقوط مطلقاً، وهو مختار الفاضل النراقي في «المستند».

(الثالث) الفرق بين صورة امكان التخيير واهتناعه، فيسقط في الاول دون الثاني. وهذا هو المعروف بينهم. ونتكلم أولاً في أدلة الاقوال: فنقول: أما دليل القول بالسقوط فهو اطلاق النص الدال على سقوط الخيار بالافتراق بعد منع التبادر .

وأما صحة القولين الاخرين، فنتكلم تارة في مستند عدم السقوط في الجملة. وأخرى في حكم التمكن من التخيير، فنقول: نستدل على عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي بوجوه :

الاول: الاصل، بمعنى استصحاب الخيار الثابت قبل التفرق فنشك في سقوط الخيار بهذا التفرق فيصحب .

الثاني: عمومات الخيار بعد دعوى تبادر التفرق بما اذا كان عن اختيار .

الثالث : حديث الرفع بتقريب أن الظاهر منه لو سلم كون المرفوع هو المؤاخذة ، الا أن الامام عليه السلام استشهد به على عدم وقوع العتاق والطلاق، وصدقة ما يملك اذا كان عن اكراه فهذا أي استشهاد الامام عليه السلام بالخبر المذكور في عدم

صحة ما ذكر اذا كان عن اكراد يكشف عن أن المدفوع هو ما لو الالتزام، والالتزام وان لم يكن من قبيل العقاب، فيعم الالتزام بالبيع الحاصل بالتفرق لولا الاكراد، ثم ان الاستدلال انما هو باستشهاد الامام عليه السلام . فالحلف على العتق والمطلاق والصدقة وان كان باطلا عندنا في ذاته وان لم يكن عن اكراد الا أن ذلك لا ينافي الاستدلال بالرواية، لان غاية ما يتوهم أن يقال أن للبطلان جهتين: أحدهما ذاتي، والاخر عرضي، والامام عليه السلام عدل عن الذاتي وتمسك بالعرضي، وذلك لا يضر بالاستدلال بأن يقال: لا يعلم وجه العدول عن الذاتي الى العرضي، اذ كما يمكن أن يكون ذلك للثقة والخوف من الحكم ببطلان ما ذكر، لذهاب العامة على ما حكى عنهم، الى الصحة، فلم يصرح بالبطلان نية منهم . كذلك يمكن أن يكون الوجه في ذلك التنبيه على هذه القاعدة - أعني مرفوعة مطلق الالتزام اذا كان عن اكراد - وكيف كان فلا يضر الجهل بالنكته في العدول عن الذاتي الى العرضي بالاستدلال .

الرابع : حكمة تشريع الخيار، وهي الارفاق بالمتعاقدين . استدل به في « الجواهر » وتقريره : أن المقصود من الخيار ، والغرض الباعث على جعله الارفاق بالمتعاقدين وهو مفقود في المقام ، لانه لو سقط الخيار بمجرد الاكراد والاجبار لم يتم لاثبات هذا الخيار كثير فائدة كما ذكره الاردبيلي .

الخامس : صحيحة « فضيل » (فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما) على ما سيأتي تقريره ، والعمدة من تلك الأدلة هي هذه الرواية ، وأما سائر الأدلة المتقدمة فكلها مدخولة . أما الاصل : فللاختلاف في الموضوع بتقريب أن الخيار انما كان ثابتاً في حال عدم التفرق، والان قد حصل التفرق ولو اكرهاً وموضوعه هو عدم التفرق، ولا شك في اختلاف الحالين، مضافاً الى أن الاستصحاب لا يقاوم اطلاق دليل سقوطه بالافتراق . وأما التبادر فلمنع ذلك أولاً ونقضه بما اذا وقع التفرق

في حال الغفلة أو الجهل ونحو ذلك ثانياً: فلو كان التبادر هو التفرق الاختياري كان اللازم عدم سقوط الخيار بالتفرق في هذا الحال، مع أنهم لا يقولون به، مضافاً الى أن مقتضى التبادر عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي مطلقاً ولو فسي حال التمكن من التخايير، مع أنهم لا يلتزمون به.

والنقض الاول وان كان يندفع بما ذكرنا سابقاً من أن المراد بالاختياري المتبادر ما كان مقابلاً للاكراهي، لا ما كان مقابلاً للفعل الذي لم يصدر عن قصد و ارادة كما في حال الغفلة والسهو والنوم، لعدم كونه غير اختياري بهذا المعنى، وان كان غير اختياري بالمعنى الآخر.

ولكن النقض الثاني وارد على المشهور القائلين بالسقوط في التفرق الاكراهي اذا تمكّن من التخايير، وأما حديث الرفع: فيرد على الاستدلال به في المقام النقض صورة ما اذا جهلاً، لان مقتضى رفع مطلق الالتزام يقتضي عدم سقوط الخيار به حينئذ، مع أنهم لا يقولون به.

ولو قيل: أن الاستدلال انما هو بما استشهد به الامام عليه السلام، وليس فيه (ما لا يعلمون) مذكوراً حتى يرد النقض.

قلنا: بعد الغض عن أن الظاهر كون ما استشهد به الامام عليه السلام هو الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وآله وانما تعرض لنقل ثلاث فقرات منها، فليس حديثاً، فان الخبر الذي استشهد به الامام عليه السلام مشتمل على ما أخطأوا عليه، فيلزم على تقدير صحة الاستدلال عدم سقوط الخيار بالتفرق في حال الخطأ والغفلة مع أنهم لا يقولون به.

وأيضاً يرد عليه النقض بما اذا وقع الاكراه على التفرق مع التمكن من التخايير، فان مقتضى عدم تأثير التفرق الاكراهي عدم سقوط الخيار به مطلقاً ولو في حال التمكن من التخايير، مع أن الاكثر لا يقولون به. وأما حكمة تشريع

الخيار: فالاستدلال من الغرائب، لوضوح أن الحكمة المذكورة انما هي حكمة لتشريع الخيار ، وأما امتداده الى التفرق ، فليست علته الحكمة المذكورة . وكيف كان ولو اقتضت الحكمة امتداده ، كان اللازم عدم سقوط الخيار بالتفرق أصلاً .

وأما صحيحة الفضيل : فتقريب الاستدلال بها : أن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ (فلا خيار بعد الرضا منهما) من جهة عدم ذكر متعلق الرضا فيها يحتمل وجوهاً : أحدها: أن يكون متعلق الرضا هو العقد، مع كون ذلك القيد بمنزلة التعليل وبيان الواقع، لا الاحتراز عن شيء، فمعناها أنه: ان اختلفا فلا خيار لانهما رضا بالعقد، أي أوجدا العقد ووقعت المراضاة بالمبادلة بينهما واختلفا، فكأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: لاوجه للخيار بعد حصول الافتراق والمراضاة بالعقد .

الثاني: أن يكون متعلقه هو العقد أيضاً، لأنه يكون القيد احترازاً عن عقد المكره، فيكون المعنى : أنهما اذا اختلفا فلا خيار اذا كانا قد رضا بالعقد - أي بصدوره - فيخرج بذلك العقد المكره، فانها اذا حصل الافتراق به فيه، فلا يسقط الخيار قبل الرضا بالعقد لان سقوط الخيار فرع ثبوته ، وهو انما يكون في العقد الصحيح الصادر عن غير اكراه .

الثالث: أن يكون قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ (بعد الرضا) بدلا عن قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ (فاذا اختلفا فلا خيار) بمعنى أن نفس الافتراق مسقط للخيار لانه بمنزلة الرضا بالعقد، فكما أن الرضا بالعقد مسقط للخيار لكونه التزام به، كذلك نفس التفرق مسقط له فيكون بمنزلة الالتزام ، فعلى هذا يصير التفرق مسقطاً تعدياً سواء كان مع الرضا أو بدونه، لانه نزل الافتراق منزلة الرضا والالتزام بالعقد في اسقاط الخيار، فحينئذ لا يكون دليلاً على عدم سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي . فهذا الاحتمال كالا احتمالين السابقين لا يوجب اخراج الافتراق - اذا كان عن اكراه - عن مدلول الصحيحة.

الرابع: أن يكون متعلق الرضا نفس التفرق، يعني أن التفرق مسقط للخيار اذا كان مع الرضا به، فلو لم يحصل الرضا بالتفرق كصورة الاكراه، فلا يكون مسقطاً فعلى هذا الاحتمال يستدل بالصحيحة على عدم سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي فيتم حينئذ الاستدلال بها، لأن الكلام في تعيين هذا الاحتمال، فحيث تطرقت الاحتمالات الاخر سقط الاستدلال بها عن الاعتبار .

الخامس: ماصرح به شيخنا العلامة الانصاري «قده» وهو : أن يكون قوله عليه السلام (بعد الرضا) اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد بمعنى أن يكون الافتراق مسقطاً لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد . انتهى . وهذا الاحتمال لو تم أيضاً لما يدل على كون الافتراق الاكراهي غير مسقط للخيار مطلقاً، بل انما يكون مع العجز عن التخاذل .

وكيف كان ، الاستدلال بهذه الصحيحة يتوقف على ظهورها في أن متعلق الرضا هو الافتراق ، فيخرج الافتراق الاكراهي حينئذ عن مدلول النص، ولكن يشكل دعوى ظهورها في ذلك مضافاً الى ما سلف من أن القيد الوارد مورد الغالب لاعبرة به .

فحيث عرفت ذلك فلامحيص في المسألة عن الاستدلال بالاجماع . فالاولى أن يستدل به في المقام ، حيث لم نجد أحداً مخالفاً في المسألة ، كما قال «ره» في «الجواهر»: «بلاخلاف أجده فيه . ونقل عن «الغنية» وعن «تعليق الارشاد»: الاجماع ويؤيده ما ذكرنا عن بعض المشائخ ان الفارق بين الافتراق الاكراهي وغيره من صور الجهل والغفلة هو الاجماع . وبعضه أيضاً ماصدر عن الاردبيلي «قده» التعبير بقوله : لولا مخافة الاجماع . نعم تنجبر الوسوسة في الاجماع بصحيحة الفضيل مع دعوى ظهورها في اعتبار الرضا في الافتراق، وبدعوى التبادر المذكور من أن المتبادر من التفرق في الأدلة ما كان عن الرضا بالعمد .

هذا، ثم ان حقيقة الاكراه على ما هو الظاهر والمصطلح موافقاً باللغة والعرف هو حمل الغير على ما يكرهه مع التوعيد منه على الضرر على ترك المكره عليه . ولكن قد يذكر في المقام معان أربعة :

أحدها : ان يجرّ الثالث المكره - بالكسر - البيّعين عن المجلس فافتراق بجرّه وحمله عن المجلس .

وثانيها : أن يضرب البيّعين حتى يفترقا .

وثالثها : أن يهددهما عن الاجتماع حتى يفترقا .

ورابعها : ما افترقا البيعان عن المجلس خوفاً لهدم الدار وأمثاله .

والمحكى عن « المستند » : أن القدر المتيقن من الاكراه هو المعنى الاول - أعني حصول الافتراق بالجرّ والحمل - وتأمل في صدق الاكراه في المعنى الرابع، حيث قال : في كون - الافتراق عن المجلس خوفاً من الهدم - من الاكراه نظر (انتهى) .

وأنت خبير أنه لا وجه للتأمل والنظر فيه لعدم دخوله في الاكراه، اذ مجرد الفعل للخوف من هدم الدار وأمثاله لا يدخل في عنوان المكره عليه، ولا يصدق الفعل المكره عليه، كما هو واضح، كما أنه لا وجه لعدم صورة الجرّ والحمل من الافتراق الاكراهي فضلاً عن كونه القدر المتيقن ، لعدم استناد الفعل اليهما عند الجرّ والحمل، بل التدر المتيقن هو المعنى الثالث للتهديد والتوعيد الذي هو المناط في صدق الاكراه. وأما المعنى الثاني : فيدخل في الاكراه أيضاً بسبب دفع الضرب المتوقع ثانياً لولم يفترقا. وأما الضرب السابق على الافتراق، فليس من الاكراه أيضاً .

هذا كله في بيان عدم سقوط الخيار في الجملة . وأما اشتراطه بالعجز عن التباير وعدمه ، فيه قولان : فذهب كثير منهم بل نسب الى المشهور القول

باشتراط عدم التمكن من التخيير ، فلو تمكن من التخيير ليستط الخيار مع الافتراق الاكراهي أيضاً ، فيلزم العقد مع تمكنهما منه على ما هو المصرح به في «الروضة» وغيرها .

قال الشيخ في «المبسوط» ماهذه عبارته: فان أكرها أو أحدهما على التفرق عن المكان ، فان منعاً من التخيير والفسخ معاً كان وجود هذا التفرق وعدمه سواء ثم قال : وان كان الاكراه على التفرق لا يمنع التمكن من التخيير والفسخ ينقطع الخيار ، لانه اذا كان متمكناً من الامضاء والفسخ فلم يقبل حتى وقع التفرق، كان ذلك دليلاً على الرضا والامضاء . (انتهى) .

وخالف في ذلك جماعة من المشائخ المتأخرين ، منهم : شيخ الفقهاء في «الجواهر» فينبغي التكلم هنا في مقامات ثلاثة : الاول في معنى التخيير ، الثاني : في أفراده وأقسامه ، الثالث : في حكمه .

أما الاول : فقد ذكر غير واحد ، منهم العلامة في «التذكرة» ظاهراً على ما حكى عنه أن التخيير عبارة عن اختيار العقد والبقاء عليه ، بأن يقولوا : اخترنا العقد ، أو ألزمناه ، أو أمضيناه ، بل هو من الاختيار ، وقد يكون متعلقه بقاء العقد وقد يكون متعلقه فسخه ، فيصدق التخيير على كل من الامضاء والفسخ الذين هما المراد من العمل على مقتضى الخيار ، فان الخيار حق يتسلط به كل منهما على الآخر . وهذا هو المراد ممن اقتصر به في المقام وأطلقه من دون تقييد على البقاء والفسخ، كما في عبارة «الشرائع» وأمثاله أعني قوله : ولم يتمكن من التخيير، وقول الآخر يعتبر العجز عن التخيير ، وهكذا .

ضرورة أنه على مذهب المشهور من اشتراط عدم التمكن من التخيير في سقوط الخيار لافرق بين عدم تمكنه من الامضاء وبين عدم تمكنه من الفسخ، فكما في صورة عدم تمكنه من الفسخ لا يسقط الخيار بنفس التفرق ، كذلك في صورة

عدم تمكنه من الامضاء أيضاً لا يسقط الخيار لانهما من واد واحد ، فلو تفرقا ساكتين عند عدم التمكن من الفسخ لا يدل على الامضاء والرضا ، فيبقى الخيار كذلك لو تفرقا ساكتين عند عدم التمكن من الامضاء لا يدل أيضاً على الامضاء والرضا لعدم دلالة سكوتهما على الرضا ، لاحتمال التروّي والتردد منهما . وهذا واضح ، خصوصاً عند علمهما بأن الافتراق الاكراهي بمنزلة عدمه عند الشارع .

والعجب من شيخنا الشهيد « قده » بعدما ذكر في « المسالك » أن المراد بالتخاير اختيار العقد والبناء عليه . قال هنا ما هذا كلامه : واعلم أن قيد التخاير هنا كناية عن الفسخ لان الزام العقد واختياره لا يتوقف على الكلام ، بل لو تفرقا ساكتين لزم وانما يتوقف عليه الفسخ ، فيكون المنع معتبراً فيه لافي التخاير . وفيه : عند عدم تمكنهما من الامضاء والالتزام لو سلمنا كونهما بمنزلة الساكتين أن سكوتهما حينئذ لا يدل على الالتزام والامضاء لاشراً ولا عرفاً لاحتمال كونهما مترددين أو متروّتين ، أو أنهما عالمين بأن افتراقهما عن اكراه ، نزله الشارع منزلة لعدم فيبقى خيارهما ، فلا يختار ان الامضاء ولا الفسخ . فظهر أن المراد من التخاير هنا هو اختيار الفسخ والامضاء ، أي العمل على مقتضى الخيار من الالتزام والفسخ . اما المقام الثالث : فنقدمه على المقام الثاني حتى تتضح لك حقيقة الحال في أقسام التخاير . فنقول : ان في اعتبار عدم التمكن من التخاير قولين : فاشترط الشيخ والمحقق في « الشرائع » والشهيد في « الروضة » عدم التمكن منه . والقول الثاني مانسب الى أكثر المحققين من المتأخرين ، منهم : بعض مشائخنا ، والفاضل الزراقي في صريح « المستند » والاردبيلي وصاحب « الجواهر » . وجه القول الاول انما يتم بمقدمتين :

أحدهما : استفادة منصوص العلة من صحيحة الفضيل بأن يكون المراد من قوله إِذَا تَفَرَّقَا (إذا افترقا) خيار بعد الرضا) هو الاحتمال الاخير الذي ذكرناه ، فيكون

المعنى حينئذ : أن الافتراق مستط لكونه كاشفاً عن الرضاء فالحكم بكون الافتراق مسقطاً انما هو من جهة كونه كاشفاً عن الرضا فالمسقط حقيقة هو كل فعل وحركة يكون كاشفاً عن الرضا ، فدار الامر مداره فكل تفرق اذا كان كاشفاً عن الرضا فمسقط للخيار والا فلا ، كما هو الحال في المنصوص العلة .

وثانيهما : أن البيّعين مع التمكن من التخاير اذا افترقا ولو عن اكراه يكون تفرقهما حينئذ كاشفاً عن رضاهما والتزامهما بالعقد ، لانهما لو لم يكونا راضيين لكان لهما الفسخ ، اذ المفروض : تمكنهما من الفسخ والامضاء، فيكون ذلك التفرق منهما دليلاً وكاشفاً عن الرضا ولو وقع عن كره ، كما هو صريح عبارة الشيخ في « المبسوط » - المتقدمة ذكرها - فيكون مشمولاً للصحيحة المذكورة في عدم الخيار عند التمكن .

والحاصل أن تمامية مذهب المشهور تتوقف على دعويين : كبروية وصغروية أما الكبرى : هي أن تكون العبرة في سقوط الخيار على الكاشف عن الرضا ، دلالة الصحيحة المذكورة على أن كل كاشف عن الرضا مسقط للخيار . أما الصغرى : فلأن هذا التفرق الاكراهي مع التمكن عن التخاير كاشف عن الرضا . وفيه : أن كلا المقدمتين محل نظر ومنع .

أما الاولى : فلمنع ظهور الصحيحة في كونها من قبيل نصوص العلة ، وكونها مسوقة لبيان أن الافتراق مسقط ، لكونه كاشفاً عن الرضا ، كيف وقد عرفت فيه من الاحتمالات الاربعة الاخر ، وليس ارادة هذا الاحتمال أولى وأظهر من ارادة الاحتمال الرابع الذي يدل على أن الافتراق الاكراهي لا أثر له على الاطلاق سواء تمكن من التخاير أم لا ، بل المتعين بحسب الاستدلال السابق هو ذلك .

فيكون المعنى : الافتراق اذا رضي به البيّع مسقط ، وان لم يكن راضياً به لا يسقط به الخيار سواء تمكن من التخاير أم لا . فتكون دلالة الصحيحة على عدم تأثير

التفرق الاكراهي على سبيل الاطلاق ، فيتم التمسك بها حينئذ على القول الثاني من عدم اشتراط العجز عن التخاير .

أما الثانية : فبمنع الصغرى ، لان ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الاكراه على الافتراق الذي نزل له الشارع منزلة العدم بالنسبة الى الاسقاط - كالسكوت في المجلس - لادلالة فيه عليه ولاوضع له شرعاً ، ولقد أوضحه المحقق الاردبيلي « قده » على ما حكي عنه بأن المكروه - بالفتح - اذا علم بأن افتراقه كعدمه فيسكت للتروى أو لغيره ، لان سكوته حينئذ كسكوته في مجلس العقد ، فكما أن السكوت في مجلس العقد لا يدل على الامضاء والالتزام ، كذلك سكوته عند التفرق الاكراهي لا يدل على الرضا والالزام ، لامكان أن يكون له بعد . تأمل .

فحيث عرفت : أن مدرك القول هو تلكما المقدمتان ، وقد عرفت عدم صحتهما يظهر لك : أن الحق والمختار هو القول الثاني ، كما اختاره مشايخنا العظام والمتأخرون الاعلام .

هذا ما أفاده شيخنا الاستاذ (دام ظله العالي) .

أقول : قد عرفت أن العمدية في أصل المسألة - أعني في اثبات عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي - هو الاجماع وصحيحة الفضيل ، حيث ذكرنا الاستدلال بهما على عدم التأثير للتفرق الاكراهي في اسقاط الخيار ، فيكفي في تخصيص هذا التفرق واخراجه عن اطلاقات الاخبار المتعددة الدالة على اسقاط التفرق ، كقوله عليه السلام : (البَيِّمان بالخيار ما لم يفرقاً فاذا افترقا فلا خيار) وأمثاله ، حيث يدل على كون التفرق مطلقاً مستقطاً . غاية الامر : أن الاجماع وصحيحة الفضيل الدالان على اعتبار الرضا كان مخصصاً له ، ومن المقرر : أن المخصص اذا دار بين الاقل والاكثر ولم يكن عموم أو اطلاق في دليل المخصص ، يؤخذ بالاقول المتيقن فيرجع فيما عداه الى عموم العام والمطلقات . فما نحن فيه من هذا القبيل ، فيتم

القول الاول الذي ذهب اليه المشهور .

وتوضيح ذلك : أن الخارج عن الاطلاقات الدالة على سقوط الخيار بالافتراق هو الافتراق الاكراهي ، فهو دائر بين الاقل والاكثر للشك في أن المخرج هل هو خصوص الافتراق الاكراهي مع عدم التمكن عن التناخير - كما هو مذهب المشهور - أو ذلك مع صورة التمكن عن التناخير أيضاً - كما هو مقتضى القول الثاني - فيكون المخرج على القول الاول صورة واحدة ، وعلى القول الثاني ، هذه الصورة - أي صورة ما لم يتمكن - مع الصورة الاخرى - أي صورة التمكن - أيضاً ، فحيث أن المخرج دليل لبي كالاجماع ، فيقتصر في الخروج على القدر المتيقن وقاصر عن أفادة التعميم من هذه الجهة كالصحيحة . لانها انما يكون دليلاً في المسألة بناءً على الاحتمال الرابع والخامس بعد النقص عن الاحتمالات الاخر التي لا يصلح للاستدلال بها بناءً على أخذها .

فمقتضى الاحتمال الرابع كون الخارج كلتا صورتين ، ومقتضى الاحتمال الخامس كون الخارج هو خصوص صورة عدم التمكن . فيتعارض ذلك الاحتمالان في سقوط الخيار عند صورة التمكن ، فيتساقطان عن الاستدلال بها في هذه الصورة فيصير القدر المتيقن هو صورة عدم التمكن .

وأما صورة التمكن من التناخير يصير مشكوكاً ، فيجب الرجوع فيه الى الاطلاقات الدالة على سقوط الخيار بالتفرق ، فيثبت حينئذ القول المشهور بهذا البيان ، لا بما في « المبسوط » من كونه دليلاً على الرضا وكاشفاً عنه حتى يمنع كشفه . والحاصل : أن المرجع في عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي عند التمكن من التناخير هو النصوص المستفيضة الدالة على كون التفرق مسقطاً مطلقاً .

والثابت المسلم من الخروج عن شمولها هو التفرق الاكراهي عند عدم التمكن من التناخير ، لقصور أدلة المخرج عن اخراج أكثر من ذلك حسب ما عرفت .

نعم لو تمت دعوى تبادر الاختياري من تلك النصوص لتسقط عن كونها مرجعاً ،
 إلا أنك قد عرفت منع التبادر وأنه لا مدرك له ، وأن العمدة هو الاجماع وصحيحة
 الفضيل ، فلا يتعدى عن التدر المتيقن حينئذ ، كما عرفت .

أما المقام الثاني : في بيان أقسام الاكراه ، فنقول : ان الاكراه على التفرق
 قد يكون مع عدم الاكراه على التخاير لايجاباً ولافسخاً ، بل انما الاكراه وقع
 على نفس التفرق سواء فسخ البيع المكره أو ألزم بالعقد .

وقد يكون مع الاكراه على عدم التخاير مطلقاً ، أي الاكراه على عدم الفسخ
 وعلى عدم الايجاب ، أو على خصوص الايجاب أو على خصوص الفسخ عدماً
 بأن أكره على عدم الايجاب ، أو على عدم الفسخ .

وهذه صور أربعة ، أو ايجاداً بأن أكره على ايجاد الايجاب أو على ايجاد
 الفسخ ، وأما الاكراه على التخاير مطلقاً غير ممكن ، الا أن يرجع الى ايجاد
 أحدهما من الفسخ والامضاء لابعينه . وهذه أيضاً صور ثلاثة ، فيكون المجموع
 سبعة . وقد يبدل الاكراه بالمنع فتزيد سبعة أقسام أيضاً بأن يكون الاكراه على التفرق
 مع عدم المنع من التخاير ، أو مع المنع عن عدمه مطلقاً ، أو عن عدم الايجاب
 بالخصوص ، أو عن عدم الفسخ بالخصوص ، أو عن ايجادهما بالخصوص أو
 لابعينه .

فعلى المختار ، أعني القول الثاني الذي اختاره المتأخرون ، لافرق في تلك
 الاقسام في عدم سقوط الخيار ، لان الاكراه على التفرق حاصل على كل تقدير ،
 وحيث أن عدم سقوطه بالتفرق الاكراهي غير مشروط بالعجز عن التخاير وعدمه
 لا أثر في الاسقاط على جميع التقادير من التفرق .

وأما على مذهب المشهور : فيدور السقوط مدار التمكن من التخاير ، فيختلف
 الامر في تلك الاقسام ، فمتى تمكن منه يصير التفرق مسقطاً والا فلا .

هذا ، والمحكي عن كتاب بعض المشائخ ماهذه عبارته : أما لو أكرها أو أحدهما ، ففي المسألة صور أربعة :

الاولى : أن يكرها على التفرق وعلى عدم الاختيار في الفسخ والايجاب .
الثانية : أن يكرها على التفرق ولم يكرها على الاختيار مطلقاً ، لافسحاً ولا ايجاباً .

الثالثة : أن يكرها على التفرق ويكرها على اختيار الفسخ فقط .

الرابعة : أن يكرها على التفرق ويكرها على الايجاب فقط .

ففي الثانية يسقط الخيار ، لتمكنه من الفسخ . وفي الثالثة : لايسقط ، لعدم تمكنه من الفسخ كالاولى ، وفي الرابعة يسقط ، لتمكنه من الفسخ فتركه دليل الالتزام . والحاصل : أن المدار على التمكن من الفسخ وعدمه (انتهى) .
ومختاره في بعض تلك الاقسام لايتناسب على مذهبه ، اذ الظاهر أنه اختار مذهب المشهور كما يدل عليه آخر كلامه ، أعني قوله : فتركه دليل الالتزام ، والمدار على التمكن من الفسخ وعدمه .

فحينئذ نقول : قوله : (ففي الثانية يسقط الخيار) فهو موافق لمذهبه لعدم حصول الاكراه على التخايير أصلاً . وأما قوله : (وفي الثالثة لايسقط لعدم تمكنه من الفسخ) لعله سهو من قلم الناسخ ، لان الاكراه على اختيار الفسخ لايرفع التمكن من الفسخ ، بل الاكراه مؤيد على فسحه ورضائه به ، بل لو أراد الفسخ يتمكن من ذلك ، بل لايتحقق الاكراه ، لانه تحميل على مالم يرض به . وأما قوله : (وفي الرابعة يسقط لتمكنه من الفسخ) فهو أيضاً لعله أن يكون سهواً ، لان أظهر أفراد عدم التمكن من الفسخ هو صورة الاكراه على الايجاب والامضاء كما هو الصورة الرابعة ، فكيف يكون مع الاكراه على الايجاب متمكناً من الفسخ .

الأَن يكون مراده من الاكراه المنع، فيكون قوله : (يكرها على الايجاب فقط) بمعنى يمنعا عن الايجاب، فيصح قوله حينئذ: (ففي الصورة الرابعة يسقط لتمكنه من الفسخ) ضرورة أنه مع المنع عن الايجاب يتمكن من الفسخ، بل يتعين له ذلك، ولكن كون الاكراه بمعنى المنع فخلاف الظاهر، بل خلاف اللغة والعرف .

أُوَيْقَالَ: تسقط كلمة (عدم)، ففي الرابعة ينبغي أن يقال: أن يكرها على عدم الايجاب فتقط، ومعلوم مع الاكراه على عدم الايجاب يتمكن من الفسخ، فيصح قوله (وفي الرابعة يسقط لتمكنه من الفسخ) لكن السقط أيضاً خلاف الظاهر ، بل خلاف الاصل .

هذا كله تمام الكلام في الاكراه على التفرق، وقد تحصيل ما ذكر أنه لا أثر له مطلقاً - أوفي الجملة - بلاخلاف . وهل الاكراه على الاجتماع بحكم الاكراه على التفرق في عدم الاثر أم لا ؟ بمعنى أن أثر التفرق الذي هو اسقاط الخيار ساقط عند الاكراه، كذلك أثر الاجتماع الذي هو ثبوت الخيار وبقائه ببقاء الاجتماع ساقط أيضاً عند الاكراه أم لا ؟

وهذه غير معنونة في كتبهم ، فمقتضى القاعدة هو ثبوت الخيار وعدم كون الاجتماع الاكراهي كالافتراق الاكراهي، لبطلان القياس عند الفرقة المحققة والادلة الثابتة على صورة الاكراه على التفرق عمدتها بل أكثرها لاتجري هنا ومايجري كحديث الرفع أو التبادر - لو سلم - غير نافع هناك أيضاً ، مع أن استصحاب الخيار محكم لاخذشة فيه في المقام .

نعم قد تبسّ لذلك الشيخ الورع، ولم نر أحداً غيره ، فقال ما هذا لفظه: فان قلت: بناءً على أن التفرق المجبور عليه بحكم البقاء في المجلس وعدم التفرق المجبور عليه بحكم التفرق، ونصور فيه تلك الصور الاربعة. قلت: وهو قياس

مع الفارق، لوجود الدليل في الاول دون الثاني مع أن الاصل الاستصحابي كما يثبت الاول، ينفي الثاني، فتأمل (انتهى) والمراد من قوله (في الاول) هو التفرق الاكراهي حيث قام الدليل على عدم الاثر له وأن حكمه حكم الاجتماع في مجلس العقد في ثبوت الخيار .

والمراد من قوله (دون الثاني) هو البقاء الاكراهي، ولم يثبت دليل على أنه لا أثر للاجتماع الاكراهي لعدم دلالة الادلة المذكورة في مسألة الافتراق الاكراهي على عدم الخيار في البقاء الاكراهي .

والمراد من قوله (الاصل الاستصحاب) هو استصحاب الخيار، فهو يثبت الاول أي يثبت تنزيل التفرق الاكراهي بحكم البقاء في المجلس ، وينفي الثاني، أي استصحاب الخيار ينفي تنزيل البقاء الاكراهي بحكم الافتراق ، اذ متمضى كون الاجتماع المجبور عليه في حكم الافتراق سقوط الخيار، والاصل عدمه فيستصحب الخيار حينئذ .

فرع

لاشك في ثبوت الخيار عند زوال الاكراه بمقتضى النص والاجماع على عدم سقوط الخيار، فلوزال الاكراه، فهل الخيار فوري أو يمتد بامتداد مجلس زوال الاكراه، أو أبدي الى حصول أحد المسقطات الاخر، أو أن مجلس زوال الاكراه كمجلس العقد في حال عدم الاصطحاب. وأما في حال الاصطحاب فيسقط بمعنى أن العبرة في سقوط الخيار افتراقهما عن موضع زوال الاكراه، فما داما باقيين في موضع زوال الاكراه فلهما الخيار، لان موضع زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد، والابأن كانا مارتين وسائرین فزال الاكراه في حال مرورهما وانتقلا عن موضع الاكراه بسيرهما ومشيهما فيسقط الخيار ، وجوه وأقوال ، فذهب

المشهور الى تنزيل حال زوال الاكراه منزلة مجلس العقد فيمتد الخيار بامتداد مجلس زوال الاكراه، واستدل على ذلك أن الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه بمنزلة العدم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد . بعبارة أخرى : أن مجلس زوال الاكراه ينزل عند الشارع كمجلس العقد ، وكما أن الخيار ثابت فيه وممتد الى انقطاعه فكذلك مجلس زوال الاكراه ثبوتاً وامتداداً.

فيه: أولاً: لادليل على هذا التنزيل، وانما الثابت من الادلة [هو ارتفاع حكم الافتراق الاكراهي وبقاء الخيار، وأما امتداده الى الافتراق عن مجلس زوال الاكراه فلم يثبت من الادلة] لخلوها عن ذكر الغاية بعد حصول غاية مجلس العقد ولو عن اكراه .

وثانياً: أنه ليس للمنزل عليه ، أعني مجلس العقد حكم حتى يجري ما كان بمنزلته ، بل انما حكم الخيار ثابت في حال الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العتد، والمفروض أنها قد ارتفعت لحصول الغاية موضوعاً - أعني الافتراق - غاية الامر أن الادلة السابقة في المسألة المذكورة قد دلت على عدم ثبوت حكم لهذا الموضوع الاكراهي، فتكون الغاية متحققة موضوعاً لا حكماً ، فينتج: أن الخيار باق، وأما كيفية امتداده الى حصول افتراق آخر عن مجلس زوال الاكراه أوتراضيه مطلقاً، أو فوريته فلم تتعين بتلك الادلة الماضية، فيندرج حينئذ في مسألة كلية ، وهي أن كل خيار لم تظهر حاله من الادلة ، هل مقتضى القاعدة فوريته أم لا ؟

وأما القول بالفورية كما هو المحكي عن « التذكرة »: يمكن الاستدلال عليه

بوجوهين :

أحدهما : عدم الدليل على الدوام ، فمقتضى العمل على القدر المتيقن هو الحكم بالخيار في الزمان الاول ، لان المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين هو الفورية .

وثانيهما : مقتضى العمومات الدالة على وجوب الوفاء بكل عقد هو اللزوم في ثاني الزمان ، غاية الامر خرج منها الزمان الاول ، وخروج الزمان الثاني مشكوك ، فيجب العمل بالعام ويحكم بعدم الخيار فيكون لازماً فيما عدا الزمان الاول .

ويندفع الاول لوجود الدليل في ثاني الزمان ، وهو استصحاب الخيار . والثاني بتقديم الاستصحاب على العام لان الزمان لم يلاحظ في تلك العمومات على سبيل القيدية حتى يكون مفرداً فاذا خرج فرد من تلك العمومات لا يدخل تحتها أبداً ، والحكم بخروجه في ثاني الزمان وثالثه لم يلزم منه تخصيص زائد حتى يدفع بالاصل . والعموم الاحوالي في الحكم انما يستتبع لنفس العام ، فاذا خصص بفرد فلم يجر العموم الاحوالي في الحكم الثابت للعام بالنسبة الى بعض أفراده الخارج منه ، كما هو المفروض في المقام ، كما ستجيب زيادة توضيح لذلك في بحث خيار الغبن ، حتى لو لم يجر الاستصحاب لما يكون للتمسك بالعام أيضاً وجه ، بل اطلاق القول بتقديم الاستصحاب وتحكيمه وتمازجه مع العمومات مسامحة واضحة الا أنه يشكل العمل في الاستصحاب بأن الشك في المقام شك في المقتضي فيشكل الامر حينئذ لفقدان الدليل على الفورية حيث بنينا على عدم جريان عمومات وجوب الوفاء بالعقد لخروج العتد الخياري عن تحتها ، فيحتمل تردد الخيار بين الفورية وبين التراخي .

فنقول : ان مقتضى قاعدة لاضرر : الفورية بناءً على ما هو المعروف عندهم من هجر التصرف في زمان الخيار ، فانه لو قلنا بترaxي الخيار لزوم هجر المتبايعين عن التصرف فهو ضرر عليهما فينتفي بنفي الضرر في الشرع ، الا أن ذلك البناء خلاف المختار وخلاف مختار شيخنا الانصاري في غير خيار الشرط فحينئذ يتمسك في اثبات الفورية تارة باستصحاب الملكية بعد الفسخ في ثاني الزمان ،

فان مقتضى استصحاب الملكية عدم تأثر الفسخ في ثاني الزمان من ذلك الشخص المكره الذي زال اكراهه ومضى منه زمان كان متمكناً للفسخ فيه فلم يفسخ في ذلك الزمان حتى دخل زمان آخر، فلو أراد في ثاني الزمان الفسخ كان تأثيره حينئذ مشكوكاً، فيجب التمسك باستصحاب الملكية فيحكم بعدم تأثره، لانه لو قلنا بتأثره لخرج المال المنتقل اليه عن ملكه والمال المنتقل عنه عن ملك صاحبه فكلاهما خلاف الاستصحاب .

هذا ولكن يشكل ذلك أيضاً بأن الشبهة حكمية للشك في تأثر الفسخ في ثاني الزمان عند الشارع، حيث لم يرد منه دليل لنا في بقاء الخيار ودوامه أو في عدمه فالاستصحاب في الشبهة الحكمية ليس بجائز عندنا .

كما هو مذهب صاحب «المدارك» ولم يتقدم الدليل على اعتبار الاستصحاب في الاحكام . وأخبار (لاتنقض) وأمثاله انما هي واردة في موارد الشبهة الموضوعية فلا يتعدى منها الى غير نسخها .

والمسلم من الاجماع وأمثاله من بناء العقلاء وغيره هو اعتبار دفي الشبهات الموضوعية . وأما اعتباره في الشبهات الحكمية فليس باجماعي كما قرر تفصيل ذلك في بابيه . وأخرى بقوله عليه السلام (الناس مسلطون على أموالهم) بتقريب : أن أحد المتبايعين الذي زال الاكراه عنه ولم يفسخ في الزمان الاول لو فسخ في ثاني الزمان وأخذ مال صاحبه وتصرف من دون رضائه لكان تصرفه خلاف سلطنة الآخر على ماله .

فيه : ان المالية بعد الفسخ ليس به حرزة ، للشك في كونه مالا لصاحبه حينئذ فالسلطنة انما هي ثابتة للأموال المحرزة المعلومة . ومن المحتمل تبدل الموضوع - أي رجوع مال صاحبه الى نفسه ورجوع ماله الى صاحبه ، كما هو الحال قبل البيع - فبعد تبدل الموضوع لا يحكم بأن تصرفه في ملك صاحبه خلاف سلطنته

في ماله . فتأمل^(١).

وكيف كان ليس للقول بالفورية دليل معتمد به الا أن نتمسك بعموم حلية البيع المستفاد من قوله (أحل الله البيع) بتقريب أنه يدل على حلية آثار البيع في جميع الاوقات سواء فسخ أم لا ، غاية الامر خرج منه ما علم بالفسخ المؤثر ، وأما غير المؤثر كما في المقام حيث نشك في تأثير الفسخ وعدمه فيندرج تحت قوله تعالى (أحل الله البيع) ويحكم بترتب آثار البيع . لا يقال ما الفرق بين هذا وبين ماسبق من أن عمومات وجوب الوفاء بالعقد ليست بجارية هنا لخروج الفرد فيستصحب حال الفرد ، لانا نقول فرق بينهما ، لان العموم هناك كقوله تعالى : (أو فوا بالعقود) قد خرج منه العتد الخياري من أول الامر ، فلم يكن مشمولاً له ولولم يجز الاستصحاب ، بخلافه هنا فان قوله تعالى : (أحل البيع) قد يدل على حلية آثار البيع مطلقاً ، ومقتضى اطلاقه شموله لجميع أنحاء البيع وأفراده في جميع الحالات ، بل فيما بعد الفسخ أيضاً ولم يخرج منه بيع خياري أصلاً . نعم الخارج منه هو البيع الذي حصل فيه الفسخ المؤثر فيصير الحاصل أنه يجب العمل بترتب آثار البيع ، الا فيما لو فسخ وكان الفسخ مؤثراً عند الشارع وما لم يعلم تأثير الفسخ عليه يجب العمل بالعموم ، ففي المقام المفروض أن المكروه في زمان زوال الاكراه لم يفسخ حتى يخرج عن مشمول قوله تعالى (أحل الله البيع)

(١) وجهه : أن التمسك على قوله (ص) (الناس مسطرون) تقريرين : أحدهما : ما ذكر في المتن فيرد عليه ما ذكرنا من عدم احراز المالية بعد الفسخ لصاحبه ، فلا يكون تصرفه في المال بعد الفسخ تصرفاً في مال الغير ، للشك في كونه مال الغير حينئذ . وثانيهما : أن يقال ان اخراجه بالفسخ عن مالية الاخر وملكه خلاف سلطنته فان ملكية العين التي يرى الاخر استرجاعها محققة عنده لصاحبه قطعاً ، فاخراجه عن ملكه بالفسخ مناف لقاعدة السلطة . ولكن يرد على هذا أيضاً .

وفي ثاني الزمان حيث لم يعلم تأثر الفسخ ، فيجب الحكم بابقائه تحته لعدم ثبوت خروجه في زمان حتى يستصحب حال الفرد المخصص كما هو في عموم العام السابق ، أعني (أوفوا بالعقود) وأشباهه، فالمختار حينئذ هو الفورية تمسكاً بتلك الآية الشريفة ومأفاد مفاده من الاخبار فبطل القول بامتداد الخيار الى حصول الافتراق عن زوال مجلس الاكراه لعدم الدليل على ثبوت تنزيل مجلس الزوال منزلة مجلس العقد كما عرفت وببطل أيضاً القول بالتراخي الى حصول أحد المسقطات الاخر ، لان غاية ما يمكن أن يستدل عليه أن المسقط هو الافتراق عن مجلس العقد اذا كان اختيارياً ، والمفروض عدم حصوله بالاكراه، فلا يتحقق ذلك المسقط ويبقى الخيار أبداً . فيندفع بأنه لا دليل على بقاء الخيار أبداً ، بل الثابت من الأدلة عدم سقوطه بالاكراه ، وان الاجماع قام على ثبوته حال زوال الاكراه وأنه جمع بين الحقيين فانه لو لم يثبت الخيار حين الزوال لكان ضرراً عليه ، ولو كان دائماً ولم يختار أحدهما لكان ضرراً على الاخر، فمقتضى الجمع العمل بالقدر المتيقن كما هو واضح بناءً على ما هو المعروف من الهجر في زمن

(١) بعد ابطال ما يتمسك به على الدوام والتراخي من الاستصحاب والعمومات لا يقال أن ذلك مناف لما اخترنا في المسألة السابقة ، أعني بقاء الخيار دائماً فيما اذامات أحد البيعين ، لانا نقول : أن الشك هناك في المانع ، أى فى حصول المسقط للخيار ، فيستصحب الخيار بعد القطع بوجود المقتضى والشك فى حصول مسقطه للخلاف فى أن افتراق الروح افتراق أم لا بخلاف المقام ، فان الشك هنا من جهة جعل الخيار عند زوال الاكراه ، دل هو على سبيل الفورية أم لا لعدم الشك والخلاف هنا فى المانع ، اذ الخلاف هنا ليس من جهة حصول المانع والمسقط بل من جهة أنه وان تحقق المانع وحصل ذات المسقط ، الا أنه لما كان عن اكراه يكون وجوده كعدمه ، والمفروض أيضاً ثبوت الخيار فى حال زوال الاكراه ، الا أنا نشك أن ثبوته دل هو على وجه الفور أو على وجه الدوام مطلقاً أو بدوام مجلس الاكراه .

الخيار .

ولكننا نقول : مع أنه لا دليل على البقاء قد عرفت الدليل على انتفائه ، أعني قوله تعالى : (أحل الله البيع) ومن ذلك أيضاً عرف أنه لا وجه للتفصيل .
والعجب في المقام مما صدر عن شارح اللمعة ، حيث اختار في المسألة قول المشهور قال في الفرع الذي ذكره العلامة حيث اختار في المسئلة قول المشهور من بقاء الخيار لو زال الاكراه عنهما مارين وسائرین أن المختار سقوط الخيار بمرورهما .

قال في الفرع الذي ذكره العلامة « قد » من بقاء الخيار لو زال الاكراه عنهما ، مارين وسائرین أن المختار سقوط الخيار بمرورهما عن موضع زوال الاكراه ، فان العبرة في ثبوت الخيار ان كان مجلس الزوال وتنزله منزلة مجلس الاول وجعل الافتراق الاكراهي كأن لم يكن لكان اللازم ثبوت الخيار أيضاً مارين وسائرین ما لم يتفرقا عن هبتهما الاجتماعية وان كانت العبرة بموضع الاكراه لكان اللازم عليه اختيار القول بالتفصيل ، مع أنه صرح ببطلان القول بالتفصيل ، فلعلّه سهو من القلم الناسخ .

هذا كله فيما لو كانا كلاهما مكرهين في التفرق . أما لو أكره أحدهما على التفرق هل يبقى الخيار أيضاً أم لا ؟ فيه أقوال .

وتوضيح ذلك يتوقف على بيان صور المسألة ومبناها وبيان الاقوال وأدلتها أما صور المسألة : فنقول : على فرض اكراد أحدهما على خصوص التفرق لا يخلو في بقاء الآخر في المجلس وعدم مصاحبته معه . اما أن يكون عن كره ومنع أولاً وعلى الثاني لا يخلو في أن عدم مصاحبته أما أن يكون عن قصور كالتائم أو عن تنصير بأن اختار التعود في المجلس عن شعور واختيار . وهذه صور ثلاثاً وكذلك عكسه بأن أكره أحدهما على البقاء والآخر افترق عن قصور كالتائم لو فرض مشيه

في حال النوم والحامل، أو عن تنصير كالمختار الشاعر افترقا عن اختيار . لاريب في سقوط الخيار في الاول وخروجه عن محل الكلام هنا ، لانهما مكسرهان وكلامنا هنا في تحقق الاكراه بالنسبة الى أحدهما دون الآخر، فاذا أكره أحدهما على التفرق يكون بقاء الآخر في المجلس تارة من جهة عدم الشعور بالنوم وأخرى من جهة الشعور والاختيار .

فهنا صورتان : ان كان المقسم البقاء في المجلس في مقابل الاكراه بالتفرق وان كان مطلق عدم المصاحبة . وتزيد صورة أخرى ، لان عدم المصاحبة قد يكون تارة باختيار البقاء في المجلس وأخرى باختيار المشي الى خلاف طرف المكروه فعلى الاول، أي بناءً على عدم التعميم، الاقوال في المسألة ثلاثة: قول بالثبوت ، وقول بالسقوط، والثالث التفصيل بين المكروه والماكث في المجلس، فثبت خيار المكروه ويسقط خيار الباقي في المجلس .

وان عممنا المقسم ، فيزيد تفصيل آخر وهو المحكي عن « التحرير » حيث قال بثبوت الخيار لهما ان اختار غير المكروه البقاء في المجلس وسقوط الخيار عنهما ان اختار المشي الى طرف آخر، خلاف الطرف الذي أكره الآخر عليه .

وكيف كان، محل كلام القوم هنا هو القسم الثاني، أعني ما أكره أحدهما على التفرق مع بقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة، فلم يصاحبه عن اختيار وفيه الاقوال الثلاثة وذكر لها مبنيين :

أحدهما ماعن (الفخر «ره») وهو: أن مبنى الاقوال بقاء الاكوان وعدمه وافتقار الباقي الى المؤثر وعدمه وأن الافتراق ثبوتي أو عدمي ، فعلى القول بعدم البقاء بأن يقال يتجدد في كل آن أو على القول بالبقاء ، ولكن يفتقر الباقي الى المؤثر يسقط الخيار لانه فعل المفارقة بالاختيار .

وأما على القول بالبقاء مع استغناء الباقي عن المؤثر لم يسقط الخيار لانه لم يفعل شيئاً .

هذا كله بناءً على القول بأن الافتراق أمر وجودي . وأما ان قلنا بعدميته ، فان قلنا بأن العدم لا يعلل ، أي لا يستند بشيء ، فلا يسقط الخيار أيضاً لانه لم يصدر منه شيء . وان قلنا بأن العدم يستند بشيء ، فيسقط الخيار لانه فعل شيئاً يوجب للافتراق للفرض بأنه لا بد من العدم أيضاً من مستند وموجب .

وثانيهما ما ذكره المشائخ العظام كما هو الاظهر والانصب على مذاق الفقهاء وهو أن الافتراق المجمعول غاية للخيار هل يتوقف حصوله على اختيارهما أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما أو يفصل بين حصوله بالنسبة الى المختار وعدمه بالنسبة الى غير المختار .

وأما أدلة الاقوال : فنقول : قد يستدل على القول بالثبوت بوجوه :
أحدها : استصحاب الخيار ، ولا يرد عليه ما أوردنا في المسألة السابقة من كون الشك في المقتضي ، لان الشك هنا شك في المانع للشك في تحقق الافتراق الذي هو مانع عن الخيار ومسقط له .

الثاني : تبادر الافتراق من النصوص المستفيضة الواردة في بيان أن الافتراق غاية للخيار في التفرق المستند الى اختيارهما ، بمعنى كونهما غير مكرهين فيه ، فحيث لم تحصل غاية الخيار فيثبت الخيار ، والمراد من التفرق الاختياري ليس هو التفرق الذي صدر عن شعور واردة ، حتى ينتقض بالنائم والغافل ، فان كون التفرق مسقطه لم يشترط فيه أن يكون عن شعور واردة ، فان افتراق النائمين والغافلين وأمثالهما قد ذكر أنه لا اشكال ولا خلاف في كونه مسقطاً مع أنهما لم يشعر ولم ير ضيابه أيضاً . بل المراد من قولهم من المتبادر هو التفرق الرضائي أي أنه لم يكن عن اكراه ، فالافتراق الاكراهي لاتشملة النصوص ، فانه ليس مراداً

من النصوص، فإن المتبادر من قوله ﷺ : (ما لم يفترقا وإذا افترقا فلاختيار لهما) غير الافتراق الاكراهي .

فان قلت : اذا كان الافتراق الاكراهي خارجاً عن النصوص للتبادر، فيلزم أن يثبت الخيار مع التمكن عن التخابر أيضاً، مع أنهم قيدوا في عدم كون التفرق الاكراهي مسقطاً بصورة العجز عن التخابر ، لان مقتضى التبادر عدم الفرق بين ما تمكنا من التخابر وما لم يتمكنا لعدم حصول المسقط، أعني الافتراق الغير الاكراهي فيهما .

قلت : أولا : نلتزم بعدم السقوط في كلا الصورتين، ونقول : لا يشترط العجز عن التخابر في السقوط كما ذكر سابقاً تبعاً للمشائخ المحققين ، لانه لم تحصل الناية في كليهما . وثانياً : لو أغمضنا عن ذلك والتزمنا بمقالة المشهور من أن ثبوت الخيار انما هو فيما اذا لم يتمكن من التخابر ، وأما فيما تمكن ، يسقط الخيار أيضاً، ولكن نقول: أن سقوط الخيار في صورة التمكن ليس من جهة حصول الافتراق الذي هو غاية في النصوص، بل من جهة حصول مسقط آخر غير الافتراق وهو الالتزام والتراضي بالعقد ، فان سكوتهما في حال الافتراق مع التمكن من التخابر كاشف عن التراضي والالتزام فان كل فعل أو حركة تكون كاشفاً عن الرضا يصير مسقطاً للخيار ، ففي صورة التفرق الاكراهي وان كان الافتراق كعدمه في عدم كونه مسقطاً للخيار ولاحكم له ولامدخلية له في اسقاط الخيار ، الا أنه من جهة أنه فعل مقارن لعدم التخابر مع تمكنه منه مدخلية في الكاشفية فتصح حينئذ دعوى أن سكوتهما مع هذا الفعل كاشف عن التراضي والالتزام ولاضير فيه .

هذا بالنسبة الى مسلكتهم ، وقد عرفت أن لنا كلاماً في الصغرى .

الثالث : الاجماع الممتول عن « الغنية » في أصل مسألة الاكراه فيندرج خصوص المسألة تحت الكلي وان كان في خصوص التفرق الاكراهي في أحد

الطرفين كمفروض الكلام فيصير مما لا ريب فيه ، الا أن الكلام في تحققة في خصوص المسألة، ولكن لا كلام في الشهرة المحققة بل لم يوجد مخالف صريح في المسألة، عدا العلامة في «التواعد» وولده فخر المحققين .

الرابع: صحيحة الفضيل من تقييد التفرق بالرضا، فيشترط أن يكون الافتراق عن رضا. فهذا لو تم لكان نصاً في المطلب، الآن فيه اشكالا لما عرفت في أول المسألة من أن الافتراق مسقط من دون اعتبار الرضا فيه ، فيشمل افتراق النائم والساهي أيضاً لصدق الافتراق على النائم والغافل ولولم يكن بعد الرضا منهما . وما ادعينا من التبادر لا ينافي ذلك لما عرفت أن المراد هو ان لم يكن عن اكراه ، لأن المراد أنه يعتبر فيه الرضا ، وكيف ينتقض ذلك بموارد الاجماع. فحينئذ لا بد من التأويل في صحيحة الفضيل أو حملها على أنه لا عبرة بالقيّد لا وجوداً ولا عدماً لانه وارد في مورد الغالب ، وحيث أن القضية غالبية يصير ذكر التيمد من جهة الغلبة لامن جهة الاعتبار والعبرة به .

وأما القول بالسقوط وهو ما أسقربه العلامة «قده» في «التواعد» وولده فخر المحققين، ونسب الى ظاهر المحدث في «الشرائع»، والى شيخنا الشهيد «قده»، وان كان في النسبة اليهما نظر لعدم ظهور عبارتهما في ذلك فان المحكي عن «الدروس» أنه لا عبرة بالتفرق كرهاً مع المنع من التخيير. فهذه العبارة كعبارة «الشرائع» تدل على عدم السقوط عند ثبوت الاكراه على تفرقهما ما لم يتمكن من التخيير متطوعاً فتدل حينئذ مصاديق ثلاثة :

أحدها : مفهوماً على السقوط عند انتفاء التفرق الاكراهي مع انتفاء التمكن من التخيير فيصير المفهوم سقوط الخيار عند التمكن من التخيير مع تحقق الاكراه في الافتراق من الطرفين .

وثانيها : سقوطه مع عدم التمكن أيضاً ولكن مع تحقق الاكراه في طرف

واحد .

وثالثها : سقوط الخيار بالتفرق الغير الكرهى ، فتكون العبرة بالتفرق اذا لم يكن عن كره . فتتدرج الاقسام الثلاثة فى مفهوم العبادة ، ولا يظهر من العبارة تعميم الحكم على تلك الاقسام الثلاثة ، لاحتمال رجوع الحكم ، أعني عدم بطلان الخيار الى التقيد الاخير أعني ما لم يتمكننا من التأخير ، فيكون عدم البطلان معلقاً عليه ، فتكون العبارة بحسب المفهوم ساكتاً عن التفرق الاكراهي بالنسبة الى أحد الطرفين .

فان قلت : ان المفهوم يصدق في جميع الامور الثلاثة فيشمل سقوط الخيار بالنسبة اليهما .

قلت : سلمنا اندراج الثلاثة في المفهوم ، لكن لم يعلم من المفهوم مقدار السقوط ، وكيفية هل هو من الطرفين أو من طرف خصوص المكره (انتهى) . وكيف كان استدل على هذا القول أيضاً «قده» بوجوه :

أحدها : اطلاقات النصوص مع صدق الافتراق في صورة الاكراه أيضاً ، وانما خرج عنهما ما كان الاكراه على الطرفين ، فان القدر المتيقن من الادلة الماضية هو مالوا كره كلاهما على التفرق ، وأما لو اكره أحدهما على التفرق فلم يثبت من الاجماع وغيره خروجه ، فتشمله الاطلاقات لصديق الافتراق به .
وثانيها : روى به الخطى الحاكية لفعل الامام عليه السلام (فمشت خطاءً ليجب البيع حين افترقنا) حيث جعل مجرد مشيه سبباً لصديق الافتراق المجعول غاية للخيار .

وثالثها : نقل الاجماع عن السيد عميد الدين «قده» . وفي الكل نظر .
أما الاول : فلان دعوى صدق الافتراق على التفرق الكرهى مدفوعة بالتبادر المذكور ، فان العمدة في المسألة السابقة في ثبوت الخيار هو التبادر بأن يقال :

أن المتبادر من اطلاقات النصوص المشتملة على جعل الافتراق غاية للخيار هو الافتراق الرضائي بمعنى ان لم يكن مكرهاً ، فلا يشمل التفرق الاكراهي - كما بينّا - مما لم يكن والمفروض أنه لا اطلاق للمفهوم بالنسبة الى بيان المقدار وكيفيته عن اختيار بمعنى كونه مكرهاً لم يكن مسقطاً للخيار ، لان المتبادر من الافتراق غير هذا القسم .

وأما الثاني : ففيه أولاً : فان الرواية حاكية عن فعل الامام عليه السلام ، لا اطلاق فيه ، لانه قضية في واقعة لا يستكشف منه اثبات المدعى .

وثانياً : أنها خارجة عن مسئلتنا هذه ، اذ مفروض الكلام هنا ما كان أحدهما مكرهاً والرواية ساكتة عن ذلك ، لان الامام عليه السلام مشى باختياره والاخر ترك المصاحبة باختياره أيضاً ، ف يعود الاخر في المجلس اختياراً مع مشي الامام عليه السلام لحصول التفرق المجعول غاية للخيار لا يدل على تفرق أحدهما كرهاً وكونه مسقطاً للخيار ولا اطلاق في الرواية حتى يتمسك به بتقريب أن يقال : أن ترك مصاحبة الاخر أعم من كونه عن اختيار أو عن كره .

والعجب من شيخنا العلامة «قده» حيث سلم ظهور صحيحة الفضيل في اعتبار الرضا جعله معارضاً لهذه الرواية ، مع أن هذه الرواية ساكتة عن التفرق الاكراهي ، وقاصرة عن دلالة سقوط الخيار فيما تفرق أحدهما كرهاً .

نعم يتم ذلك بدعوى أن غرض الامام عليه السلام جعل مشيه سبباً لحصول الافتراق المسقط للخيار من دون حصول المشي من الاخر ومن دون أن يعتبر رضا الاخر في ععوده وترك مصاحبته فيكون مجرد المشي في جانب مسقط للخيار ، سواء كان الاخر في ترك مصاحبته راضياً أو مكرهاً . ولكن هذا حسن اذا علم بأن غرض الامام عليه السلام ذلك وأنه في مقام بيان ذلك ، ولكنه مجرد الدعوى لا يثبت ولا مبيّن لعدم الشاهد له ، لافي كلامه عليه السلام ولا في فعله عليه السلام .

وأما الثالث : فمدفوع بعدم تحقق النقل فانه مجرد دعوى لا ثبوت لها ، لان كتابه ليس بأيدينا ، ومن المحتمل أن دعواه سقوط الخيار بالاجماع انما هي فيما لو أكره كلاهما ، وكيف مع أنا لا نجد مصرحاً بالسقوط عدا العلامة في «القواعد» وولده فخر المحققين كما صرح به صاحب «الجواهر» بل الأقوى من ذلك هو القول بالتفصيل كما نسب الى «الخلافة» و «جواهر» القاضي وظاهر «التذكرة» بل صريحها .

واستدل على القول بالتفصيل بما حاصله : أن هنا خيارين ومستطين وان افتراق كل منهما مسقط في حقه ، فان كان في أحدهما عن اكراه وفي الآخر عن اختيار سقط عن الآخر لعدم المانع من السقوط ، وأما في حق المكره لان افتراقه منزل منزلة عدم عند الشارع للدلالة السابقة فليس له حكم ، فيثبت الخيار حينئذ في حقه لعدم حصول مسقطه وما حصل منه من الافتراق لا أثر له فلم يكن مستطاً للخيار . واجيب عن ذلك بوجهين :

أحدهما : ما عن «جامع المقاصد» من ان الافتراق أمر واحد قائم بالطرفين فان حصل سقط الخياران وان لم يحصل فلا يسقطان فلا وجه للتفصيل حينئذ .
وثانيهما : ان المسقط لم يحصل في مفروض المسألة ، أما في حق الماكث فواضح لانه ترك المصاحبة باختياره فلم يصدر منه الافتراق ، وأما في حق المكره على التفرق ، فلان افتراقه بمنزلة عدمه عند الشارع لان مقتضى الأدلة السابقة عدم الاثر لتفرقه فكأنه لم يحصل منه الافتراق ، فلا يسقط الخياران .

ويندفع الاول : أولاً : بأننا نختار الشق الثاني ، فقولك أن الافتراق لم يحصل فلا يسقط الخيار مدفوع بأن المسقط ليس بمنحصر بالافتراق حتى نقول أنه لم يحصل بل المسقط حينئذ هو ترك مصاحبته وعدم فسخه مع تمكنه منه ، فحيث لم يفسخ مع تفرق الآخر عن المجلس دليل على التزامه بالعقد ورضائه به لانه

لولا له لما ترك المصاحبة أو يفسخ قبل انتضاء المجلس كما صرح في «الروضة» وغيرها بلزوم العقد مع تمكنهما من الفسخ ولم يختارا وان أكرها على التفرق ، ونسب ذلك الى المشهور حسب مامضى فى المسألة السابقة ، بل ذلك مختار المجيب أيضاً ، فان ترك اختيار الفسخ أو المصاحبة مع الاخر الخارج عن المجلس كاشف عن الالتزام والتراضي ، وكما حصل الكاشف عن الالتزام بالعقد والرضا به يكون الخيار ساقطاً بلا خلاف .

فان قلت : ان ترك اختيار الفسخ ، كالسكوت في المجلس كما أنه ليس بدال على الالتزام بالفرض والاجماع كذلك في المقام أيضاً .

قلت : أولاً : ذلك منقوض بترك اختيار الفسخ فيما لو أكرها معاً مع تمكنهما من التأخير حيث أن مختار المجيب بل الأكثر هو السقوط ، لعدم الفرق بينهما ما كان ترك الاختيار يوجب سقوط الخيار مع التمكن فيما لو أكرها معاً لكان يوجب سقوطه أيضاً فيما لو أكره أحدهما وان لم يكن موجباً في المقامين غير الساقط .
وثانياً : منحل بأن السكوت وترك الفسخ في المجلس ليس بمسقط للخيار للتروي لبناء البيعين في المجلس على التروي ، فسكوتهما فيه لا يكشف عن الالتزام الا انه لما أراد أحدهما الخروج عن المجلس وزوال زمن الخيار لكان سكوت الاخر حينئذ كاشفاً عن الالتزام ، لانه لولا ذلك لما ترك التأخير فتحصل الفرق بين المقامين ، لان السكوت في مجلس العقد مع بقائهما فيه ربما يكون للتروي ، وأما مع زواله ومفارقة الاخر عنه يكشف عن التراضي لانه لولا له لما فارقه .

وهذا مسلم على مذاق المجيب تبعاً لأكثرهم كما سبق ، وان كان لنا في الصور مناقشة كما عرفت .

وثالثاً : بأننا نختار الشق الاول ، فقولك (ان الافتراق حصل) مسلم الا أنه لم

يؤثر في حق المكره لادلة الاكراه ويؤثر في حق المختار لعدم ثبوت دليل على عدم تأثره في حقه ، فيسقط الخيار في خصوص حقه ، فيثبت القول بالتفصيل .
 فظهر مما ذكرنا الجواب عن الوجه الثاني أيضاً ، لان قوله (أن الافتراق ماحصل ، فلا يسقط الخيار ، فيثبت الخيار كما عليه المشهور) يندفع بأنه لا يتم على مذاقهم ، من أن مع ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه يلزم العقد ، لحصول الالتزام بالعقد وكونه كاشفاً عنه .

ففي المقام مقتضى مذهبهم أن يقال: أن السقوط لم ينحصر بالافتراق، والقول بالتفصيل ليس مبنياً عليه ، بل انما هو مبني على أن أحدهما لما تفرق عن اكراه فلا أثر له فيبقى خياره ، وأما سقوط خيار الاخر الساكت القاعد في المجلس ، لان ترك مصاحبه واختياره الفسخ مع التمكن منه ومشاهدة انقضاء مجلس العقد لاكراه صاحبه على التفرق يكشف عن التزامه ورضائه بالعقد ، فيكون السقوط حينئذ هو التزام والتراضي المستكشف ، لا الافتراق المجموع غاية للخيار .

بقي هنا التفصيل الرابع المحكي عن «التحرير» وهو أنه ان بقي الاخر الغير المكره في المجلس ، فلا يسقط الخياران وان ذهب عن المجلس فيسقطان والوجه في ذلك أمرين :

أحدهما : أن غير المكره ان بقي في المجلس ماصدر منه شيء حتى يوجب للسقوط ، بل حاله حينئذ حال المكره في ثبوت الخيار لهما لعدم حصول مسقط الخيار منهما أما من المكره كعدمه فلا أثر له وأما من الجالس فلعدم صدور الافتراق منه وحيث لم يحصل الافتراق المجموع غاية للخيار أعني الافتراق الذي لا يكون عن اكراه ثبت الخيار لهما أما للمكره فلا دلة الاكراه ، وأما للثابت في المجلس ، فلعدم صدور شيء منه - من الافتراق - وان ذهب عن المجلس فلتحقق صدور الافتراق عنه باختياره فيسقط خياره .

ويرد عليه - فيما لو بقي في المجلس من قوله (لم يصدر منه الافتراق ولا يسقط الخيار) - أولاً : بالنقض على المسألة الاتفاقية المصرح بها، أعني لو ذهب أحدهما عن المجلس اختياراً وبقي الآخر فيه اختياراً يسقط الخيار لحصول الافتراق منهما ، والتمول بالفرق بينهما بأن الافتراق هناك مستند الى الذهاب عن المجلس اختياراً لاعلى القاعد في المجلس فلم يصدر منه الافتراق مدفوع بأنهم صرحوا على حصول الافتراق عن الباقي في المجلس أيضاً . فتأمل . وثانياً : بالحل : ان بتأته في المجلس - اختياراً مع تفرق الآخر ولو عن كره - يكشف عن الالتزام بالعقد والرضا به ، لانه لولا التزامه بالعقد لما ترك المصاحبة معه .

وثالثاً : أن الافتراق عبارة عن حصول البعد بينهما ، وهو حاصل عن القاعد في المجلس أيضاً ، فيسقط خياره لو كان باقياً في المجلس ، كما أنه يسقط لو كان ذاهباً عنه ، فلا وجه للتفصيل بينهما .

هذا ، ولا يخفى أن القول بالتفصيل يلزمه أن نقول بحصول الافتراق اذا كان مع الرضا في طرف واحد فيرد عليه ما أوردنا سابقاً من أن المتبادر من الافتراق مالم يكن عن اكراه ولو من الطرف الواحد ، فلو كان من طرف واحد عن اختيار دون الآخر لا يصدق الافتراق أيضاً لمقتضى التبادر .

وثانيهما : أن افتراق المكره نزل له الشارع منزلة العدم ، فكأنه جالس في المجلس مثل صاحبه ، فهما حينئذ - أي لو بقي الآخر في المجلس اختياراً - لم يفترقا فلهما الخيار ، وأما لو ذهب الآخر اختياراً فيندرج في المسألة الاتفاقية ، أعني مالم ذهب أحدهما وبقي الآخر من دون اكراه في البين يسقط الخياران .

وفيه : مضافاً الى ما يرد عليه ما ذكرنا في الوجه الاول ، أجاب عنه بعض المشائخ : بأن المكره انما ينزل منزلة الجالس المحبوس لامنزلة الجالس الاختياري حتى يندرج في المسألة الاتفاقية ، ضرورة أن الافتراق الاختياري لما تعذر عنه

حين الاكراه ينزل منزلة الجالس الاضطرابي لعدم قدرته على الافتراق الاختياري فحينئذ يندرج في المسألة المتنازع فيها في المقام ، وهي لوفارق أحدهما اختياراً وبقي الآخر مكرهاً عكس الصورة التي ذكرنا أنها محل كلامهم وتصريحاتهم اذ الصورتين المتعاكستين حكمهما واحد .

فانضح لك أنه لا معنى للتفصيل ، بناءً على القول بصدق الافتراق من الطرف الآخر الاختياري ، فلا بد عليه القول بالسقوط مطلقاً ، فيتوجه عليه حينئذ ما أوردناه على القول بالسقوط المطلق ، فالمتجه حسب ما عرفت هو القول بالشبوت كما عليه المشهور ، بل ليس الخلاف مصرحاً به عدا ما في « القواعد » وتبعه فخر المحققين «قده» .

ثم أنه ربما تتوهم الدنافة بين الخلاف هنا - أي فيما لو حصل الاكراه على تفرق أحدهما مع اختيار الآخر الذهاب أو البقاء - وبين المسألة المتقدمة - أعني لومات أحدهما وفارق الآخر اختياراً - فان الظاهر عدم الخلاف في سقوط الخيارين هناك . وكذلك في مالٍ ذهب أحدهما مع بقاء الآخر في حال النوم أو الغفلة ، حيث أنه لا خلاف في سقوط الخيار بمجرد اختيار أحدهما الذهاب ، سواء كان الباقي نائماً أو ميتاً ، مع أنهم اختلفوا هنا فيما لو اختار أحدهما الذهاب مع كون الآخر مكرهاً اما بالذهاب أو بالجلوس ، فما الفرق بينهما ؟

ولكن يندفع ذلك التوهم بما ذكرنا من أن المتبادر من الافتراق المستقط المجعول غاية للخيار هو الافتراق الغير الاكراهي ، فهو حاصل في فروع المسألة السابقة ، كما لو فارق أحدهما مع كون صاحبه ميتاً أو نائماً ، اذ الافتراق من غير كره قد حصل بخلافه هنا ، فان الافتراق أمراً قائم بين الطرفين ، والمفروض حصول الاكراه في أحدهما ، فلا يحصل الافتراق الغير الاكراهي .

وكذلك أيضاً ربما يتوهم التنافي في عبارة العلامة «قده» حيث قال في ذيل

(أن مفارقة الدنيا أولى) : يسقط خيار الميث . وهذا ظاهر في اختصاص السقوط في حقه ، حيث سكت عن سقوطه في حق الآخر الحي ، وقال في هذا المقام : يسقط خيار الباقي فيسقط خيار المكره أيضاً .

وجه المناقاة : لو كان سقوط أحد الخيارين مستلزماً لسقوط حق الآخر أيضاً كما قال هنا ، فلازمه أيضاً سقوط الخيار من الآخر الحي في مسألة مالومات أحدهما مع أنه «قده» سكت عن ذلك وجوابه واضح ، لانه «قده» في المسألة السابقة ليس في مقام بيان ذلك بل في مقام أن الافتراق يحصل بمجرد الموت فيسقط عن الميث وأما سقوطه عن الآخر : فأوكل حاله على التواعد ، حيث أن الافتراق لو حصل بمجرد الموت لا بد من سقوط الخيار عن الطرفين لحصول الغاية وهذا واضح .

(مسألة)

في أن التصرف هل هو مسقط لذلك الخيار ، كما أنه مسقط في خيار الحيوان وغيره أم لا ؟

فيه خلاف وأقوال ثلاثة :

أحدها : السقوط ، ونسب ذلك الى قاطبة المتأخرين .

وثانيها : عدم كونه مسقطاً ، وهو المنسوب الى جماعة من المتقدمين ، ويظهر من اقتصار المحقق في «الشرائع» وغيره كما في «الفقيه» والمحكي عن «المبسوط» وأبي سعيد وغيرهم ممن اقتصروا في المسقطات لخيار المجلس بغير التصرف ، مع أنهم في مقام بيان المسقطات ، فاقتصارهم يكشف عن عدم كون التصرف مسقطاً .

وثالثها : التفصيل بين البائع والمشتري ، وهو الظاهر ممن اعترف بسقوط

خيار المشتري بالتصرف في المبيع واقتصر بذلك أيضاً .

ثم ان محل النزاع في كون التصرف مسقطاً ان كان التصرف الذي هو كاشف عن الرضا والالتزام بالعقد ، فالحق مع المتأخرين بل لأطن يخالفه غيرهم معهم في ذلك ، ونسبة عدم كونه مسقطاً الى المتقدمين لأصل له ، وكيف أنهم صرحوا في مسألة التخايير : أن الالتزام بالعمد المستكشف عن ترك تخاييره مسقط للخيار فالامر العدمي الكاشف عن الالتزام اذا كان مسقطاً للخيار فمثل التصرف الذي هو أمر وجودي وكاشف عنه مسقط له بطريق أولى ، مضافاً الى تصريحاتهم بأن الكاشف عن الرضا يكفي في السقوط ، سواء كان فعلاً أو قولاً ، بل قد عرفت في المسألة السابقة اشتراطهم في سقوط الخيار عن المكره بالعجز عن التخايير ، فلو تمكن من الفسخ ولم يفسخ لسقط الخيار .

وهذا دليل واضح على أن مذهبهم سقوط الخيار بكل كاشف حتى لو كان أمراً عديمياً كترك التخايير مع التمكن منه فكيف بالامر الوجودي وان كان محل النزاع في مطلق التصرف وان لم يكن كاشفاً عن الرضا ، بل التصرف نظير الافتراق مسقط تعدي للخيار . فالحق هو القول الثاني ومع الغض عنه فالقول الثالث لعدم ثبوت دليل على أن التصرف مسقط تعدي للخيار .

واقصى ما يتمسك به هو صحيحة رباب الراردة في خيار الحيوان ، أعني قوله (اذا أحدث حدثاً فذلك رضى منه فلا شرط له) وتقريب الاستدلال به على وجهين : أحدهما : اطلاق قوله (فلا شرط له) أي لا خيار ، سواء كان خيار الحيوان أو خيار المجلس .

وفيه : أن عمومه من باب الحكمة ، فمع سبقه بخيار الحيوان لا يتم بمقدمات الحكمة اذ يشترط في العموم الحكمي أن لا يكون قرينة على الفرد ، فتفريعه على ماسبق ، وسبق ذكر خيار الحيوان قرينة على ارادة خصوص شرط الحيوان منه ،

فلا يتم العموم حينئذ .

وثانيهما : من جهة عموم العلة ، فانه نزل الحدث الذي هو نصرف منزلة الرضا يعني كما أن الرضا مسقط فكذلك الحدث ، لانه رضى منه فهذا يصير بمنزلة الصغرى يعني أن المشتري اذا أحدث حدثاً فذلك رضى منه ، وبضم الكبرى المطوية يتم الاستدلال ، وهي أن كل حدث يحدثه هو رضى منه وهو مسقط للخيار .

وفيه : أن عموم العلة مسلمة ولكن يقتصر في العموم على مقدار يصح فيه الكلام ، فمع صحة الكلام بالعام الذي هو أقل أفراداً لا يتعدى منه الى العام الذي هو فرقه ، كقولك (لا آكل هذا الرمان لانه حامض) وغاية ما يستفاد من العلة هو الحامض الرماني فيتعدى المورد الى كل رمان حامض من دون أن يتعدى منه الى كل حامض غير الرمان أيضاً . وكذلك في المقام ، فيتعدى من المورد الى كل حدث ، حدث في الحيوان ، سواء كان من البائع أو من المشتري بل يتعدى الى أقل من هذا وهو خصوص المشتري ، فلا يتعدى الى البائع .

ومن ذلك يتضح لك وجه القول بالتفصيل ، وتوضيح المقام وتفصيله وبيان الاحتمالات من الصحيحة سيجيء عند البحث في خيار الحيوان انشاء الله تعالى فانظر .

فتحصل : أنه لادليل على كون التصرف وان لم يكن كاشفاً عن الرضا مسقطاً من باب مجرد التباعد كالاقتراق ، بل ان كان كاشفاً عن الرضا والالتزام يسقط الخيار لما ذكرنا سابقاً أنه لم يشترط في الكاشف شيء من خصوص الالفاظ والافعال ، بل كل قول أو فعل أو حركة يكشف عن الرضا مسقط له والا ، فلا يسقط به خيار المجلس .

هذا كله في المنتقل اليه ، وأما التصرف في المنتقل عنه ، بأن تصرف البائع في المبيع المنتقل الى المشتري ، فان علم كشفه عن فسخه فهو ، وان علم أنه

ليس في مقام الفسخ بتصرفه ، فكذلك أيضاً لاعبرة بتصرفه ، وان كان مشكوكاً فالميزان فيه أن كل تصرف يحرم على الاجنبي الغير المالك في ملك الغير فيحكم بفسخه والا فلا .

بعبارة اخرى : أن تصرف البائع في المبيع ، والمشتري في الشئ تصرفاً يتوقف على الملكية كاللمس والارطي والنظر وغير ذلك كاستخدام الامة من غير اذن صاحبه أو ركوب الدابة ، فيحكم بالفسخ . وان لم يكن متوقفاً على الملك كاجراء عقد النكاح للغير وبيعه فضولة فلا .

والوجه في ذلك: هو الاصل المؤسس في جعل المسلم ، أعني أصالة الصحة فان البائع اذا تصرف بالمبيع - اذا كان أمة مثلاً - باللمس أو بالارطي . ويقع الشك في أنه هل فسخ هذا حتى يكون فعله هذا صحيحاً أو أنه تصرف لا على وجه الفسخ ، بل من جهة العدوان والجرمة حتى يكون فعله فاسداً وحراماً ، وحيث دار الامر بينهما فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة الحكم بأنه من باب الفسخ .

هذا بناءً على المختار من جريان أصالة الصحة في أمثال المقام ، وأما بناءً على مذهب المحقق الثاني : من أن أصالة الصحة انما تجري فيما كان المتقضى والشرائط والاجزاء محققاً ثابتاً .

وانما يقع الشك في المانع فيشكل الامر حينئذ في أمثال تلك التصرفات ، كما أنه يشكل في التصرفات التي لم تتوقف على الملكية كاجراء عقد الامة وبيعها لدوران الامر بين الاصيل والفضولي ، ولأصل فيه يعتمد عليه ، اذ لو فرضنا أن البائع باع الامة الى ثالث بأن أجرى مجرد صيغة كما هو الشأن في الفضولي ، ولكن يقع الشك في أنه هل هو قصد البيع لنفسه حتى يكون أصلاً فيصير فسخاً أيضاً ، أو قصد عن قبل المشتري حتى يكون فضولياً كما أن الاصل عدم قصده

عن النير ، كذلك الاصل يتنضي عدم قصده عن نفسه فيتعارضان من الطرفين ، فلا يحكم بأحد الطرفين .

هذا تمام الكلام في خيار المجلس ، وقد فرغنا منه في أحد عشرين من ربيع الثاني . فنشرع في خيار الحيوان :

(خيار الحيوان)

فنقول : يقع الكلام تارة في الموضوع واخرى في الحكم .

أما الاول : الظاهر أنه لاختلاف بينهم في عموم الحيوان لكل ذي حيو ، برياً أو بحرياً ، انسياً أو غيره وغير ذلك ، الا أن هنا اشكالين أشار اليهما شيخنا العلامة «قده» .

أحدهما : ما تفرد به ، ولم نره في كلام أحد من الفقهاء وهو دعوى ظهرر أخبار الباب في الحيوان المقصود حياته في الجملة وياع من حيث أنه حيوان وأما الحيوان الذي كان الغرض والمقصود بالاصالة لحمه دون حياته حتى أنه انما يباع من حيث أنه لحم ، فلا يشمله الحيوان فلا يثبت في بيعه خيار الحيوان لانصراف الحيوان الى القسم الاول منه ، فيكون حينئذ مثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز في الاناء خارجاً عن مشمول الحيوان فيصح بيعه من ذي خيار .

ولكن هذا الاشكال هين ، لوضوح أن قصد الحياة أو اللحم يختلف باختلاف المتبايعين ، فالمشتري في بعض الموارد يقصد حياة المبيع وهو مقصود بالاصالة وفي بعض الموارد يقصد لحمه ، فيكون المقصود بالاصالة اللحم لا الحياة ، وذلك لا يوجب انصراف الحيوان لما كان المقصود بالاصالة حياته بل لا عبرة في القصد في صدق الحيوان .

ألا ترى أن المتبايعين لا يقصدون من شراء الشاة الا لحمها وان بعض الحيوانات

الآخر من أقسام الشياة وغيرها ليس المقصود بالاصالة منها الا اللحم مع ثبوت الخيار فيها من غير اشكال ولا خلاف .

وثانيهما : ما أشار اليه في «الجواهر» وفي كتب بعض المشائخ ممن تأخر عن صاحب «كشف الغطاء» وتلذذ عليه ، بل اظن أن أصل الاشكال منه ، وتبعه بعض تلامذته ومن عاصره وكصاحب «مفتاح الكرامة» حيث لا أثر من هذا الاشكال في كتب القوم وهو ثبوت الخيار فيما لم يستقر فيه الحياة ، كالصيد المشرف على الموت باصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم فيشكل في ثبوت الخيار في ذلك لاشرط استقرار الحياة في ثبوت الخيار ، وقد استشكل شيخنا العلامة «قده» في خصوص ثبوت الخيار ، ولكن استشكل بعض المشائخ أيضاً في صحة بيعه كما أشار اليهما في «الجواهر» بقوله : وفي اشترط استقرار الحياة في صحة البيع وثبوت الخيار وجهان ، أشبههما العدم .

فينبغي أن نتكلم هنا في مقامات : أحدها : بيان وجه الاشكال في صحة البيع وثانيهما : في بيان الاشكال في خيار الحيوان . وثالثها : في أن تلفه من البائع أم لا ورابعها : في بيان منتهى الخيار .

أما المقام الاول : أعني الاشكال في صحة البيع في الحيوان الذي ليس له حياة مستقرة ، فلما ذكره بعضهم من أنه في شرف الموت فيجري عليه حكم الميتة لانه اذا كان في عرض الميتة لاينتفع منه فلا يجوز بيعه ، لانه يندرج تحت ما لا منفعة فيه .

فيه : ما لا يخفى ، لا مكان الانتفاع منه في شعره وصوفه وأمثالهما ، والمفروض أنه حين البيع ليس بميتة حتى تشمله أخبار الناهية عن الميتة ، فيبطل البيع وان كان الانتفاع ممكناً في شعر الميتة وصوفه لانه لايجوز بيع الميتة من جهة الانتفاع من شعرها وصوفها لانه ليس منفعة مقصودة .

والحاصل : أن جهة الاشكال ان كان من جهة كونه ميتة ، فيه : أن المفروض حياته فعلا ، فلا تشمل له الاخبار الناهية ، وان كان من جهة أنه في عرضة الموت فبعد موته يصير ميتة لا ينتفع منه ، فيه : أنه ليس بميتة ، ومع كونه في شرف الموت لا يعد مما لا ينتفع به لامكان الانتفاع من شعره وصوفه ، بل بيعه من جهة هذه الاشكال فيه ، بخلاف الميتة ، فانها لا يجوز بيعها ولو أمكن الانتفاع من شعرها وصوفها ، وان كان الغرض من بيعها ليس الانتفاع من الجهة المحللة كما قرر في محله .

ولا يخفى أن هذا الاشكال لا يجري في المثاليين المذكورين ، بل انما يجري في غيرهما كالصيد المشرف على الموت باصابة الرصاص أو الحجارة مثلا ، أو بجرح الكلب المعلم من دون حصول الشرائط ، أو بجرح غيره .
وأما المقام الثاني : أعني الاشكال من جهة ثبوت الخيار : فقد يذكر له وجهان : أحدهما : ما يستفاد من كتاب شيخنا العلامة «قده» من انصراف أخبار الباب في الحيوان الذي كان له حياة مستقرة .

والجواب عنه واضح بمنع الانصراف لصدق الحيوان على ما تستقر فيه الحياة أيضاً ، فلا فرق في تحقق موضوعه بينه وبين غيره .

وثانيهما : ما ذكره بعض المشائخ من أن المبيع اذا كان مما لا تستقر فيه الحياة يكون في شرف الموت والتلف ، فاذا مات ينتفي موضوع الخيار فينتفي الخيار بانتفاء موضوعه فلا وجه لثبوت الخيار حينئذ . ثم أجاب عن ذلك بإمكان الخيار قبل الموت ولو بساعة ، فانتفاء الخيار بانتفاء موضوعه في زمان مع امكانه في زمان آخر لا يوجب رفع اليد عن ثبوت الخيار بالكلية ، فتشمله أدلة الخيار حيثما يكون المحل قابلاً ولو تعذر بعد .

والحاصل : أن أدلة الخيار لا قصور فيها فحيثما أمكن يثبت ، وتعذر في

زمان لا يوجب تخصيصه بالكلية ، بل يتقدر بقدره ، فالمبيع قبل تلفه وموته يمكن ثبوت الخيار ، فيكون مشمولاً لادلة خيار الحيوان . وأما بعد تلفه وزهاق روحه كان الخيار منتفياً لسقوطه بانتفاء موضوعه .

هذا ، ثم ان ظاهر هذا الاشكال وجوابه ربما يترا آى في بادي النظر منافاته للقاعدة المقررة عندهم من أن التلف لا يوجب سقوط الخيار ، فان المعروف عندهم - كما هو المختار - : أن الخيار حق تعلق بالعقد ، فيثبت على حسب ما يقتضيه دليله فيما لم يفترقا في خيار المجلس ، أو مافي زمان الشرط في خيار الشرط ، أو في الايام الثلاثة في خيار الحيوان وهكذا . نعم لو قلنا بأن الخيار حق تعلق بالمبيع فيسقط بانتفاء الموضوع ، فاذا تلف المبيع يسقط الخيار .

ولكن المشهور والمعروف أن الخيار حق يثبت للعقد ولا يسقط بتلف المبيع فقول المستشكل بأن المبيع اذا مات وتلف ينتفي موضوع الخيار وتسليم المسجيب ذلك ، ولكنه يقول بإمكانه قبل الموت ينافي هذه القاعدة ، ولكن عند دقيق النظر لامنافاة بينهما مع ملاحظة قاعدة أخرى من أن التلف في زمن الخيار على من لا خيار له. فيكون مورد قولهم (أن التلف لا يوجب سقوط الخيار) فيما عدا ذلك فانه لو تلف في ملك من له الخيار في زمن الخيار لكان التلف على من لا خيار له بمقتضى هذه القاعدة المتفق عليها ، فلا يبقى محل لجريان قولهم : أن التلف لا يسقط ولا يكون التلف على من لا خيار له الا مع بطلان العقد وانفساخه بمجرد التلف ، اذ لما كانت هذه القاعدة بناءً على ابتناء العقد على حاله، وصحته تكون خلاف القاعدة لان تلف المال في ملك الغير لا يوجب ضماناً على الآخر .

فنقول : أن التلف اذا حصل في ملك من له الخيار انفسخ العقد قبل التلف آنأ ما ودخل المبيع في ملك من عليه الخيار آنأ ما، فتلف حينئذ في ملكه ويكون ضمانه عليه . والمقام من هذا القبيل، لان الحيوان اذا تلف عند المشتري يكون

ضمانه على البائع بمقتضى قولهم أن التلف في زمن الخيار على من لا خيار له ، فيوجب ذلك بطلان العقد ، فكأن الحيوان دخل في ملك البائع وتلف من كيسه ، فيكون العقد منفسخاً قهراً .

فبتمت موضوع الخيار فيصح قول بعض المشائخ : بموته ينتفي موضوع الخيار ، اذ بموته يبطل العقد الذي هو موضوع للخيار^(١) فلا خيار حينئذ لانتهاء الموضوع . فينحصر مورد قولهم : أن التلف لا يوجب سقوط الخيار على صورتين : أحدهما : ما كان لكلا المتبايعين الخيار ، وثانيهما : ما كان التلف في ملك من لا خيار له . ففي تلك صورتين لا يوجب التلف سقوط الخيار لانه لا منافاة مع قولهم ان التلف في زمن الخيار على من لا خيار له بل ينطبق عليه ، فانه لو فرضنا تلف المبيع غير الحيوان مثلاً في ملك المشتري ولم يكن له خيار من الخيارات ، ولكن كان الخيار للبائع ، فلا يوجب ذلك التلف لسقوط الخيار من البائع ، لان تلفه على المشتري لكونه لا خيار له . وأما اذا كان للمشتري خيار كما فيما نحن فيه فتلف عنده ، فيوجب بطلان العقد لان تلفه حينئذ على البائع الذي لا خيار له ، فيدخل في ملك البائع آنأ ما ينفسخ العقد . وأما لو كان للبائع خيار مع المشتري يكون تلف المبيع على المشتري ولا يوجب سقوط الخيارين فتتصادق القاعدتان .

هذا وبعد ما سمعت ذلك في مجلس البحث وكتبته على قصور بالي بمقدار فهمي اطلعت على عبارة بعض المشائخ (أعني عبارة الشيخ علي نجل الشيخ واستاد الاساتيد الشيخ جعفر «قده» في خياراته المنسوبة اليه) وهو أنه قال «قده» : وفي غير مستقر الحياة وجهان ، بالنظر الى صحة البيع وعدمها وثبوت الخيار وعدمه نظراً الى أنه لافائدة فيه فأشبه بيع الميتة ، والخيار لا يمكن للموت ،

(١) على خلاف من شيخنا الشهيد في (الدروس) حيث ذهب الى ان التلف من البائع ولا يوجب سقوط الخيار ايضاً .

وباعتبار حصول الفائدة فيه ولو بشعره ووبره وعظمه .

فلو فرض أنه لافائدة فيه أصلاً لم يكن فساد البيع من جهة عدم استقرار الحياة ، بل لهذا الوجه ودعوى عدم امكان الخيار للموت ممنوعة لامكان اختيار المشتري الفسخ قبل الموت ، ولو لم يفسخ كان تلفه من مال بائعه كما هو القاعدة في خيار الحيوان . والاقوى : الثبوت لعموم الأدلة الدالة على ثبوت هذا الخيار في كل حيوان فلو باع غير مستقر الحياة مع العلم بأنه لايمتد ثلاثة أيام ، أو باع حياً من السمك والجراد ، ولايبقى كذلك احتمال القول بانتفائه لانتهاء موضوعه وبالثبوت مقدار الحياة لان معنى خيار الحيوان خياره مادام حياً ، فيكون كما اذا مات اتفاقاً وبالثبوت الى الغاية ، وخير الثلاثة أوسطها - انتهى . ومحل الكلام والحاجة فيما نحن فيه هو قوله : ودعوى عدم امكان الخيار للموت ممنوع .

وأما المقام الثالث: أعني مالو زهق روحه في الثلاثة، هل يعدّ من المشتري أو من البائع ، أو التفصيل بين مستقر الحياة وغيره ، أو بين ما كان المشتري سبباً للتلف وزهاق روحه وعدمه ؟ وجوه في بادىء النظر بل أقوال :

(الاول) ما يظهر من شيخنا العلامة «قده» في كتابه حيث قال : وعلى كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض لو لم يقبض المشتري ، أو في زمان الخيار بعد القبض .

(الثاني) ما يظهر من بعضهم من كون تلفه من البائع ، ولعل ذلك هو بعض المشائخ الاورع حسب ما يستفاد من عبارته المذكورة ، أعني قوله : ولو لم يفسخ كان تلفه من مال بائعه .

(الثالث) ان كان مستقر الحياة ، فتلفه من البائع لانه القاعدة في خيار الحيوان وان لم يكن مستقر الحياة فلا خيار التنزيل حيوانيته منزلة العدم ، فلا تشمل أدلة خيار الحيوان .

(الرابع) ما يظهر من شيخ الفقهاء في «جواهر» هـ. والوجه في ذلك حصول التلف بطرح المبيع المخرج من الماء مثلاً في الجدد فان كان السبب فيه البائع فضمانه عليه ، لانه مع كونه متلفاً مقتضى قاعدة خيار الحيوان ضمانه عليه ، وان كان السبب المشتري فيستند التلف اليه ، لانه أتلف بنفسه فيكون هو الاقوى في اسناد الضمان اليه .

وأما الوجه في الثالث: فقد ظهر لك من عدم انصراف أخبار الباب الى غير مستتر الحياة ، فكأن المشتري اشترى لحماً ، فلو تلف بعد القبض فليس على البائع .

وأما الوجه في الثاني : فقد عرفت أيضاً من ابتناؤه على حصول التلف بالموت ، فلا اشكال في بيع الحيوان كون التلف على البائع في الثلاثة .
وأما الوجه في القول الاول : فواضح أيضاً لا ابتناؤه على عدم حصول التلف فان الحيوان الذي لا يقصد منه الا لحمه كالسمك والصيد المرمي بشرائطه الشرعية موته في الثلاثة وعدم موته على السواء في عدم صدق التلف، بل لا تنقص مالهته أصلاً بالموت ، فحينئذ لا وجه من عدّه تلفاً من البائع . هذا وأنت اذا تأملت في وجوه تلك الاقوال يظهر لك في المقام أنه لانزاع في البين وليس كل واحد منها مخالفاً للآخر ، بل النزاع لفظي ، والاحتمالات وابداء الوجوه في أصل المسألة صوري ، اذ ما ذهب شيخنا العلامة «قده» من قوله : (فلا يعدّ زهاق روحه ... الخ) ، انما هو في المبيع الذي لا يكون موته تلفاً كالسمك المخرج من الماء للاكل ، والصيد المرمي والمقصود منهما لحمهما .

وأما الوجوه الثلاثة ، فانما هي مبتنية على حصول التلف ، وهو انما يكون فيما عدا هذه الصورة ولاتنافي بين القول الثاني والرابع من التفصيل اذ المراد من القول الثاني هو بيان كون التلف من حيث هو يعدّ من البائع في خيار الحيوان

ولا ينافي ذلك مع قاعدة التسبب والاتلاف عند كون المشتري مباشراً للاتلاف. وكذلك القول الثالث لأنه مبني على أن غير مستقر الحياة كالجراد والصيد المرمى لا بد أن يكون المقصود منهما اللحم ، فلا يحصل التلف بالدوت بخلاف غيره ، فالأقوى في النظر حينئذ هو التفصيل في تلك الموارد، فتختلف الأقوال بحسب اختلاف الموارد فيرتفع النزاع .

أما المقام الرابع : في بيان منتهى خيار الحيوان مع عدم بنائه الى الثلاثة: قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : في منتهى الخيار وجوه . ثم لم ينبه على تفصيله، ولعله إشارة الى ما ذكره بعض المشائخ في كلامه السابق بعد قوله: والأقوى الثبوت - اي ثبوت الخيار - فلو باغ غير مستقر الحياة مع العلم بأنه لا يبقى ثلاثة ... الخ) . حيث يترآى في النظر بعد تفريع قوله (فلو باغ) بقوله (والأقوى الثبوت) أنه في مقام بيان منتهى الخيار وأن فيه احتمالات ثلاثة : أحدها قوله (احتمل القول بانتفائه لانتفاء موضوعه). وثانيها : بقاء الخيار مادام الحياة وثالثها : بقاءه الى الثلاثة .

فيرد عليه أولاً : عدم تغاير الوجه الاول مع الثاني، اذ مقتضى الوجه الثاني بالموت ينتفي موضوع الحيوان فينفي الخيار أيضاً ، فهذا هو على الوجه الاول حسب ما ذكره من التعليل لقوله (لان معنى خيار الحيوان خياره مادام حياً) .

وثانياً : قوله (معنى خيار الحيوان خياره مادام حياً) ليس أمر مسلم ، بل المحكي عن شيخنا الشهيد «قده» في (الدروس) ثبوت خيار الحيوان ولو لم يكن الحيوان باقياً الى الثلاثة ، فمع ذلك كيف يجعل ذلك في مقام التعليل ، ولو كان المراد من انتفاء الخيار بعد الموت من جهة تلف الحيوان بموته .

فيه : أنه لا اختصاص بالحيوان ولا وجه للتعليل - - أعني قوله (لان معنى خيار

الحيوان خياره مادام حياً) بل ذلك - أي تلف الميت - أمر سائر في جميع الموارد سواء كان حيواناً أو داراً أو غيرهما وحيث تلف المبيع في زمن الخيار ينتفي الخيار لانتهاء الموضوع - أعني العقد - فان المشهور ضمانه على من لا خيار له وهذا لا يطابق على بقاءه الاذا قلنا ببطالان العقد قبل التلف آنأما، نعم على قول الشهيد وبعض آخر ثبوت الخيار ولو مع التلف .

وثالثاً : ان قوله (كما اذا مات اتفاقاً) مقتضى كونه مشبهاً به لا بد أن يكون أمراً مسلماً ، مع أنه لا يبيّن ولا مبيّن كما يشهد له المحكي عن «الدروس» وجماعة من غيره ولكن الانصاف أن قوله (فلوباع) تفريع على أصل المسألة ، حيث قال : (وفي غير مستقر الحياة وجهان) فأوضح ذلك في المثال : بأنه لو باع مالم يبق في الثلاثة فيه وجوه : أحدها : انتهاء الخيار من أصله ورأسه لانتهاء موضوعه ، ومدرّك ذلك ما أشار اليه بقوله : والخيار لا يمكن للموت حسبما ذكرنا .

وثانيها : ثبوت الخيار مع الحياة و انتفائه بانتفائها ، كما أشار اليه حسب ما فصلناه .

وثالثها : ثبوت الخيار الى الثلاثة ، اما لان الموت ليس بتلف في مثل السمك والجراد ، أو أن التلف لا يسقط الخيار ، ولو كان التلف في الثلاثة وكان الخيار خيار الحيوان على ما حكي عن «الدروس» .

وها هنا وجه آخر : وهو الفورية ، لان أصل الثبوت بعموم الادلة ، وأما عدم بقاءه الى الثلاثة فلانصراف أخبار التحديد الى غيره ، فتدبر .

وكيف كان نقول شرحاً لما ذكره شيخنا العلامة «قده» : في منتهى خياره وجوه : أحدها : ثبوت الخيار الى مادام الحياة مطلقاً ، فتكون الغاية هي الموت ، فاذا مات يكون التلف على البائع فيبطل العقد من حينه ، فانتهى الخيار . وثانيها : الى آخر الثلاثة مطلقاً . وثالثها : التفصيل بين غير مستقر الحياة - كمثالي الصيد

باصابة سهم وبجرح الكلب - ومستقر الحياة ، فما كان مستقر الحياة - كالسمك والجراد في الاناء وخارج الماء - منتهى خياره حصول الغاية ان بقي الى الثلاثة والا فعند الموت فيتلف وفي غير مستقر الحياة الخيار الى الثلاثة .

والوجه في ذلك : أن ثبوت الخيار من جهة حيوانية ، وأما موته ليس سبباً لحصول التلف فيكون موته كعدمه ، لأن المفروض والمقصود لحم الصيد المرمي بخلاف المستقر كالسمك والجراد فحالهما كسائر الحيوانات في سقوط الخيار . هذا كله في الموضوع ، وأما الكلام في الحكم :

فنقول : أنه لا إشكال ولا ريب في ثبوت هذا الخيار في الشرع المطهر وأنه اجماعي في الجملة ، وانما الكلام في اختصاصه بالمشتري كما هو المشهور والمحكي عن «الشيخين» و «الصدوقين» و «الديلمى» و «القاضى» و «الاسكافى» وغيرهم من معظم المتقدمين وجل المتأخرين ، أو ثبوته لهما سواء كان الثمن أيضاً حيواناً أم لا ، أو انفصیل بين ما كان الثمن والمثمن حيوانين فيثبت الخيار لهما ، وبين ما كان الثمن فقط حيواناً دون الثمن فيختص بالمشتري ؟ وجوه وأقوال ، والاول منسوب الى المشهور ، بل في «الغنية» و «الدروس» الاجماع عليه ، والثاني الى صريح «المرتضى عام الهدى قده» ، والثالث : منقول عن «قطب الدين» وعن بعض المتأخرين .

وهل هنا : الخيار مختص بالبيع كخيار المجلس ، أو يعم لغيره أيضاً كالصلح والاجارة كخيار الشرط وأضرابه ؟

فقد صرح بعض المشائخ : أني لم أجد مصرحاً على التعميم ، مع أن الأدلة لاتساعد على ثبوته في غير البيع أيضاً .

فيه : أن المصرح صاحب «الجواهر» حيث صرح بعدم مجيئ خيار الحيوان فيه وصاحب «مفتاح الكرامة» في بحث خيار الحيوان وشيخنا العلامة الانصاري في

باب المعاطاة وكفى ذلك بالتصريح .

ويمكن أن يقال : ثبوت هذا الخيار في غير البيع أيضاً لوجود المقتضي وفقدان المانع ، أما وجود المقتضي اطلاقات فتاواهم في الباب وشمول كل ما تهم ، حيث لا تقييد في عنوان كل ما تهم بخصوص البيع ، فكما أن خيار الشرط مثلاً يعم لغير البيع أيضاً ، كذلك سوق خيار الحيوان في مساقه مع اطلاق فتاواهم يمكن استظهار العموم مضافاً الى اطلاقات بعض الاخبار كما في صحيحة «محمد بن مسلم» (وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) وان صاحب الحيوان مطلق، فثبوت الخيار له مطلقاً، فيعم صورة بيعه وصلحه وغيرهما. أما فقدان المانع: فلعدم شيء صالح للمانعية في المقام .

وكيف كان ، للتأمل في تعميم ذلك الخيار مع ما ذكرنا مجال واسع ، ثم ان الفاصل في امتياز البائع عن المشتري هو العرف، ولكن صرح بعضهم أن البائع هو الذي لا يعقب المنقول عنه بالباء ، وأما المشتري من كان يعقب المنقول عنه بالباء، فكل عوض يكون تالياً للباء فصاحبه مشتري وما لم يكن تالياً للباء فصاحبه بائع كقوله: بعث هذا بهذا . وقول المشتري : قبلت هذا بهذا .

وكيف كان ، الظاهر أن المسألة ذات أقوال ثلاثة : الموجب هو البائع ، والمشتري هو المقابل ، وان مصدر الفعل البائع ومصدر الانفعال المشتري ، وأن الناقل للجنس هو البائع وناقل النقد هو المشتري وأن المبادل في هذه هو البائع ، والمشتري خلافه وأن البائع من خلى ماله من البائع ، والمشتري بخلافه .

ولكن قد يترأى أن هنا تفصيلاً آخر ، فتكون الاقوال أربعة : وهو أن يقال: أن العبرة في الخيار انما هو بالتمتع اليه ، فان كان حيواناً فصاحبه بالخيار ، سواء كان بائعاً فقط او مشترياً أو كليهما ، لاختصاص الحيوان بالخيار فتظهر الثمرة بين هذا التفصيل والتفصيل السابق فيما كان الثمن فقط حيواناً دون المثلث ، فعلى الاول

ليس للبائع خيار ، لان كون الخيار للبائع على التفصيل السابق انما هو على تقدير أن يكون المثلث حيواناً وكان الخيار للمشتري ، بمعنى أنه في صورة كون الخيار للمشتري تفصيل في ثبوت الخيار للبائع ، في مقابل قول «علم الهدى» : فان كان ثمنه حيواناً فله الخيار والا فلا .

وأما على هذا التفصيل فله الخيار ان كان الثمن حيواناً مطلقاً ، سواء كان للمشتري أيضاً خيار أم لا . فان المناط والحكمة هو الحيوانية ، فكلما يتحقق في كل جانب ، ثبت الخيار .

وهذا التفصيل ربما ينسب الى ظاهر «المسالك» ، ولكن الذي يقتضيه دقيق النظر : هو عدم التعدد بل التفصيل الاول من فروع ذلك ، بمعنى أن قول التفصيل المتسبب الى «الصيمرى» وبعض آخر هو أن العبرة والمناط على الحيوانية فيما انتقل اليه ، فيتفرع عليه ثبوت الخيار للبائع أيضاً اذا كان الثمن حيواناً ، على تقدير أن يكون المثلث أيضاً حيواناً وهذا لا ينافي ثبوت الخيار له اذا كان الثمن وحده حيواناً .

ثم ان هنا تناقضا في كلام (المسالك) وهو أنه قد قوى قول « السيد » فقال: اتول بثبوت الخيار للبائع وان لم يكن الثمن حيواناً ، في غاية القوة ، تمسكاً باطلاق (البيعان بالخيار) واطلاق (وصاحب الحيوان بالخيار) حيث يدلان على ثبوت الخيار لهما ولو كان الحيوان في طرف واحد ، ثم جزم في آخر كلامه بقوله : ولو كان الثمن خاصة حيواناً ثبت الخيار للبائع خاصة على الاقوى (انتهى) .

ومقتضى تقييده القول الاول : عدم اختصاص الخيار للبائع خاصة فيما كان الثمن وحده حيواناً ، بل لازمه ثبوته للمشتري أيضاً ، وان لم يكن المبيع حيواناً لا اشتراكهما في الدليل ، أعني (صاحب الحيوان بالخيار) وقوله (البيعان بالخيار) .

والحاصل : أنه وان رجع عن قول «السيد» مخافة الاجماع على خلافه ،
الأن جزمه وتقريره لثبوت الخيار للبائع خاصة فيما لو كان الثمن خاصة حيواناً
يناقض تقويته لثبوت الخيار للبائع أيضاً فيما لو كان المثلث خاصة حيواناً ، لتساويهما
في الاستدلال بالخبر ، فان مدرك قول «السيد» كاطلاق (البيعان بالخيار) لا يتفاوت
في التعميم بين البائع والمشتري .

ونظير ذلك يرد على ما في «الجواهر» ^(١) أيضاً حيث أورد على قول «السيد»
بأن لازمه ثبوت الخيار للمشتري مع عدم كون المبيع حياً إذا كان الثمن خاصة
مع أنه خلاف الاجماع ... (الخ) اذ فيه ما قلنا : أن لازم قول «السيد» تمسكاً
باطلاق الدليل ثبوت الخيار لكليهما ، سواء كان الثمن خاصة حيواناً أو المثلث
أو كليهما .

وكيف كان فنشرع في أدلة الاقوال، فنقول : يدل على ما ذهب اليه المشهور
وجوه :

(الاول) الاصل المؤسس - أعني أصالة اللزوم -- والمراد منه هنا استصحاب
الملكية لو فسخ البائع بعد الافتراق عن المجلس في ثلاثة أيام أو فيما لم يكن خيار
المجلس أصلاً .

(الثاني) الاجماع المنقول عن « الغنية » و عن ظاهر « الدروس » بل
صريحها .

(١) قال في الجواهر ما هذه عبارته : (أریده - أى بصاحب الحيوان الذي كان
في الخبر - الاعم ثبت بكل منهما الخيار متى كان احد العوضين وهو مما لم يقل به أحد لان
من صورة كون الثمن للدار مثلاً حيواناً ولا خيار فيها للمشتري قطعاً كما ان العدول في الجواب
فيهما صريح او كالصريح في ارادة أحدهما من الصاحب و تخصيصه للبائع فيما اذا كان
المبيع حيواناً مما لم يقل به أحد ارادة المشتري منه (انتهى).

(الثالث) العمومات الدالة على لزوم البيع ، والذي يصح أن يستدل بهافي المقام هو قوله (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) فانه يدل بمفهومه على انتفاء الخيار من البيعين اذا افترقا، فيدل المفهوم على أنه لا خيار للبائع وللاالمشتري اذا افترقا خرج من ذلك العموم خيار المشتري في الحيوان ثلاثة أيام وبقي الباقي تحت العموم ، فيثبت قول المشهور لنفي الخيار عن البائع مطلقاً، وكذلك قوله تعالى : (أحل الله البيع) وأضرابه . ولكن قد تمسك شيخنا العلامة «قده» بما لا يخلو من اشكال وهو قوله: اذا افترقا وجب البيع . فقال : خرج المشتري وبقي البائع .

فيه : أن الاستدلال به يتوقف على الالتزام بعمومه وعدمه تخصيص زائد بالنسبة الى بيع الحيوان في حق البائع . فيرد عليه حينئذ : أنه يدل على وجوب البيع حينما حصل الافتراق مطلقاً، ولكن المفروض عدم وجوب البيع قطعاً فيما كان البيع بيع حيوان، فلو قلنا بثبوت الخيار للبائع أيضاً كما كان الخيار للمشتري ليس في ذلك تخصيص زائد حتى يتمسك بالعموم .

ومنه : التمسك بعموم (أوفى بالعقود) ، فانه يدل على وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود ، وقد خرج فرد منه وهو بيع الحيوان ، فانه فرد من العقود ، ولكن لا يجب الوفاء في ثلاثة أيام بالنص والاجماع .

وانما الكلام في أن الخيار للمشتري فقط، أو للبائع أيضاً؟ فلو قلنا بأن الخيار ثابت للبائع أيضاً لم يلزم منه تخصيص زائد لانه لا يلزم من القول به مخالفة العموم وتخصيصه ، بل العموم مخصص قطعاً، فحيث كان بيع الحيوان خارجاً عن تحت عموم العقود فلا يشمل حكمها ، أعني وجوب الوفاء .

فحينئذ ثبوت الخيار للبائع وعدمه سواء في ذلك - كما هو واضح - خصوصاً بملاحظة أن وجوب الوفاء انما هو من جهة لزوم العقد ، فاذا لم يكن العقد من العقود اللازمة فأنى ينتزع منه الحكم التكليفي وليس العنوان في متعلق قوله تعالى

(أوفوا بالعقود) البائع والمشتري حتى يقال : خرج المشتري بالدليل وبقي البائع تحت عموم (أوفوا).

ثم ان شيخنا العلامة «قده» التفت هنا الى اشكال آخر في التمسك بالعموم وهو أنه قد خصص بخيار المجلس قطعاً فيستصحب الخيار بعد الافتراق عن المجلس أيضاً لان المتنام ليس من التمسك بالعموم بل من مجاري استصحاب حال المخصص، فلذلك الاشكال ساق «قده» الاستدلال بوجه آخر وهو التمسك بعموم الاية الشريفة بالنسبة الى ما ليس فيه خيار المجلس بالاصل أو بالاشتراط ثم يثبت في غيره بعدم القول بالفصل.

هذا حسن لو لم يعارض بمثله بأن يقال فيما كان فيه خيار المجلس ثبوت الخيار للاستصحاب وثبت في غيره بعدم القول بالفصل .

(الرابع) الاخبار الواردة في الباب وهي طوائف ، منها : يختص الاستدلال بها على مذهب المشهور . ومنها : تمسك بها من ذهب الى ثبوت الخيار للبائع أيضاً . ومنها : استدلال بها الطرفان في اثبات مقاتلتهما ، فنحن نذكر هنا ما يدل على مذهب المشهور ثم نتعرض الطائفة الاخرى عند التعرض للقول بالثبوت المطلق . فنقول : ان ما يدل على قول المشهور ظاهر غير واحد من الاخبار :

منها : صحيحة الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : قلت له : ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غبر الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (الخ) .

هذا الخبر الشريف مذكور في «التهذيب» و«الكافي» وصل الينا بهذا المتن عن الشيخ «قده» وليس في «الجواهر» ولا في كتب شائخنا عن غير طرق الشيخ ذكر . ولكن ذكر في «مفتاح الكرامة» صحيحة الفضيل عن طريق آخر بغير هذا المتن عن «فقه الراوندي» بما هو أصرح من طريق الشيخ حيث نص فيه بأنه يكون

الخيار للمشتري خاصة ، ولكن اختلاف المتن مع وحدة السند لا يتعلل الآن يفرض أن «الفضيل» ذكر الرواية الواحدة مرتين للراوي وضبطه كليهما في كتابه مثلًا تجمداً بما سمعه من «الفضيل» أو أن «الفضيل» سمع من الامام عليه السلام مرتين ، أو نقل الراوي أحدهما من قبيل نقل المعنى على ما فهمه من الرواية .

وكيف كان ، ليس في أيدينا «فقه الراوندي» وأنه سابق عن الشيخ ، ولعل روايته من غير الاخبار المهذبة ، فالمعروف عند مشائخنا هو المتن الذي رواه الشيخ . فنحن نتعرض لدلالته تبعاً للمشائخ فنقول : تدل هذه الرواية على نفي الخيار عن البائع بوجوه :

أحدها : تعميم السؤال وتخصيص الجواب بخصوص المشتري ، وهذا مما أجمع الاصحاب على حجية مفهوم الوصف واعتبار القيد لانه لو لم يكن للقيد مفهوم لما كان للتخصيص في الجواب وجه بعد أن كان السؤال عاماً ، كما اذا سأل الراوي هل في الغنم زكاة ؟ فقال الامام عليه السلام : في الغنم السائمة زكاة . ومفهوم هذا الوصف الواقع في الجواب بعد هذا السؤال عن مطلق الغنم مما أجمع الاصحاب على حججته ، ومن أنكر حجية الوصف فهو فيما عدا ذلك .

وثانيها : تعريف المسند اليه في حد الشرط على المشتري ونفيه عن البائع ، فان قوله (للمشتري) خبر للشرط المحذوف فيكون المقدّر بقرينة السؤال اعني ما اشترط في الحيوان الشرط مع الالف واللام فيتم الحصر بضميمة قولهم : المقدّر كالمذكور .

وثالثها : تخصيص خيار الحيوان بالمشتري وفي غير الحيوان بالبيّعين ، فانه لو كان في الحيوان أيضاً خيار للبائع لما كان للتفكيك وجه ، ولتغيير الاسلوب فائدة بل ينبغي أن يقال في الحيوان أيضاً : البيعان بالخيار ، كما قال في غيره . ورابعها : ما ذكره شيخنا العلامة «قده» من أن ذكر القيد مع اطلاق الحكم

قبيح الا لنكتة جلية .

وخامسها : حجية مفهوم الوصف على القول به مطلقاً .

وسادسها : مافي «الجواهر» من ظهور ارادة اليمد الواقع في السؤال والجواب ، في بيان السؤال كونه بمنزلة ما يذكر في الحدود ، فكأنه عليه السلام في مقام التحديد في بيان خيار الحيوان ، فكل قيد كان في مقام التحديد والتعريف لاشكال فسي ثبوت المفهوم له وكونه نافياً عما عداه .

وسابعها : ظهور اللام في افادته للاختصاص .

فظهر لك أنه ليس في كون الرواية ارياب في كونها كالصريح على نفي الخيار عن البائع .

وقد أورد عليها : بأن ظاهرها خلاف الاجماع ، لان الظاهر من سؤال الراوي عن الشرط في غير الحيوان . والجواب عنه : البيعان بالخيار مالم يفترقا ، ثبوت خيار المجلس في غير بيع الحيوان ، وعنده في الحيوان ، مع أن كون خيار المجلس - مالم يفترقا - ثابت في كل البيوع ، سواء كان بيع حيوان أو بيع غيره ، ولاريب في ذلك التعميم للنص والاجماع .

وأجيب عنه : بأن جواب الامام عليه السلام انما هو من باب تبعية سؤال الراوي حيث أنه لما سأل عن الشرط في غير الحيوان ؟ أجاب عنه تبعاً لسؤاله أن في غيره (البيعان بالخيار مالم يفترقا) .

وهذا لا يدل على نفي هذا الخيار عن الحيوان أيضاً ، ولامنافاة بين بيان الحكم في مورد سؤال السائل وبين كونه ثابتاً على الاطلاق . وفي هذا الجواب ما لا يخفى ، لقبح تخصيص الحكم في مورد وتقييده به ولو كان تبعاً للسؤال ، بل الاولى أن يقال عدم تخصيص الحكم ، فان الحكم في جواب الامام مطلق عام شامل لجميع المتبايعين في حيوان أو في غيره ، وسؤال الراوي عن بعض لا يوجب

تقييد الحكم وتنزيله مع عموم الحكم وإطلاقه في نفسه، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص المورد - كما هو الحق المحقق - أن المورد لا يصلح أن يكون مخصصاً لعموم اللفظ .

ومنها : خبر بني أسباط ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : الخيار فسي الحيوان ثلاثة أيام للمشتري .

ودلالته على نفي الخيار عن البائع وان لم يكن بمثابة صحيحة «الفضيل» لأنه لم يجتمع فيه جميع ما ذكرنا فيها ، إلا أن في دلالة تعريف المسند إليه على الحصر وظهور اللام للاختصاص وكون ذكر القيد مع إطلاق الحكم من دون نكتة جلية كفاية على ثبوت المفهوم ونفي الخيار عما عدا المشتري .

ومنها : صحيحة ابن رثاب المروي - في «قرب الاسناد» - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية ، لمن الخيار ، للمشتري أم للبائع ، أم لهما كليهما ؟ قال عليه السلام : الخيار لمن اشترى ، نظره ثلاثة أيام ، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء .

وهذه أصرح من الكل ولا مجال للمناقشة في دلالتها .

ومنها : صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام : في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها ان شرط فيها أولم يشترط .

ومنها : صحيحة ابن رثاب ، عن الصادق عليه السلام : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، اشترط فيها أم لا .

ومنها : خبر علي بن فضال في الموثق عن أبي الحسن علي بن موسى الرضا عليهما السلام يقول : صاحب الحيوان - المشتري - بالخيار ثلاثة أيام .

وهذه الثلاثة أيضاً وان لم يجتمع فيها جميع ما اجتمع في صحيحة الفضيل إلا أنه يجبيء فيها أيضاً أكثر الوجود المتقدمة فيها على التقريب المذكور.

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ، قال رسول الله ﷺ :
 البيعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام .
 وهذه من الطائفة الاخرى التي استدلت بها الخصم أيضاً . ولكن يقرب
 الاستدلال بها عن قبل المشهور أن يقال : أن المراد من قوله (صاحب الحيوان)
 شخص واحد من البائع أو المشتري بعد ملاحظة تأخره عن قوله (البيعان بالخيار
 حتى يفترقا) ضرورة أنه لو كان في الحيوان خيار للبائع والمشتري معاً لما كان
 في تفكيكه عن قوله : (البيعان بالخيار) وجه بل الذي ينبغي أن يقال حينئذ :
 البيعان بالخيار ما لم يفترقا وفي الحيوان ثلاثة أيام . فاسناد الخيار ما لم يفترقا
 الى البيعين ، واسناد خيار الحيوان الى صاحبه دليل قطعي على أن فيما كان المبيع
 حيواناً ليس لكليهما - البائع والمشتري - خيار ، بل الخيار لواحد منها ، فلو
 كان المراد من الواحد : البائع دون المشتري - في محل الكلام ، أعني ما لو
 كان المثلث فقط حيواناً - لزم خلاف الاجماع لانه لم يقل أحد من الفقهاء بثبوت
 الخيار حينئذ للبائع دون المشتري . فيثبت الخيار له في مفروض الكلام ونفي
 الخيار عن البائع .

ولكن لا يخفى أن هذا انما ينفي الخيار عن البائع في خصوص ما كان المثلث
 فقط حيواناً ، وأما لو كان المثلث أيضاً حيواناً فلا ينفي الخيار حينئذ عن البائع
 كما هو مقضى القول بالتفصيل .

فهذا الخبر حسن في رد السيد ولا يبطل القول بالتفصيل بل يصير دليلاً على
 القول بالتفصيل ، الا ان ينزل مورد الغالب ، أعني ما يكون المثلث فقط حيواناً
 لان الغالب في معاملات الناس جعل الحيوان مثمناً .

فعلى هذا ، أي بناءً على تنزيل الخبر مورد الغالب وان لم يكن دليلاً على
 التفصيل ولكنه لا يبطله أيضاً بل ساكت عن حال البائع اذا كان المثلث حيواناً

لخروجه عن مورد الغالب . وعلى كل حال يكفي في ابطال القول بثبوت الخيار للبائع مطلقاً كما ذهب اليه علم الهدى «قده» .

هذه جملة من الصحاح يدل بعضها بالصرامة وبعضها بالظهور على مقالة المشهور من نفي الخيار عن البائع مطلقاً ، سواء كان الثمن والمثمن حيوانين ، أو المثمن فقط حيواناً ، أو الثمن فقط . ولكن هذا الاطلاق ليس مطلوبهم لانه على اطلاقه مخالف لمقصودهم بل مخالف للاجماع ، اذ مقتضى الاطلاق نفي الخيار عن البائع وثبوته للمشتري في صورة الاخير أيضاً ، أعني ما لو كان الثمن وحده حيواناً مع أنه لم يلتزم أحد منهم بذلك ، فلابد من خروج هذه الصورة عن اطلاق الاخبار وتقييدها بغير هذه الصورة ، الا أن ينزل تلك الاخبار على مورد الغالب ، أعني ما كان المثمن فقط حيواناً بل في بعضها نص في ذلك ، كالمروي عن «قرب الاسناد» عن رجل اشترى جارية ، فالمشتري - بالفتح - هي الجارية ، فهذا يفسر اطلاق سائر الاخبار ويوجب الحمل على مورد الغالب ، ولكن بناءً على هذا التنزيل يكون الدليل أخص عن المدعى ، اذ دعوى المشهور في مقابلة السيد ثبوت الخيار للمشتري فقط ، ولو كان الثمن حيواناً أيضاً .

وهذه الاخبار بناءً على حملها على مورد الغالب تصير من هذه الجهة مسكوتاً عنها ، فلا ينفي الخيار للبائع اذا كان الثمن حيواناً .

نعم انما يدل على نفيه عنه فيما لم يكن الثمن حيواناً ، فيبطل القول بثبوت الخيار للبائع مطلقاً ، اما بكلا القسمين فلا يثبت ، فبمحض الاشكال بتلك الروايات أنها ان حملت على مورد الغالب يكون الدليل أخص من المدعى السذي نسب الى المشهور ، وان بقيت على حالها واطلاقها فلم يلتزم المشهور على اطلاقها ، لعدم التزامهم على ثبوت الخيار للمشتري ولو كان الثمن فقط حيواناً .

هذا وسيوضح لك الحال في علاج ذلك ، ثم ان هنا وجوهاً واهية استدل

بها على مقالة المشهور :

أحدها : ما تمسك به بعض المشائخ ، من أنه لو كان للبائع خيار لما كان عليه ضمان ، والتالي باطل فالمقدم مثله . أما بطلان التالي : فللنص والاجماع على أن تلف الحيوان في الايام الثلاثة على البائع ، فهذا يدل على أنه لا خيار للبائع لما قرّر عندهم أن التلف والضمان انما هو على من لا خيار له . أما الملازمة : فلما قرّر عندهم من القاعدة من عدم ضمان بالنسبة الى من له الخيار . وفيه : أن الملازمة ممنوعة ، لانها اما عقلية ، أو شرعية ، والاولى منتفية لانه لا يمنع العقل ثبوت الضمان على من له الخيار . والثانية كذلك لان القاعدة المقررة - أعني عدم الضمان - على من له الخيار ، اما من جهة الاصل كأصالة عدم وأصالة البرائة ، أو من جهة دليل قائم على نفي الضمان بالنسبة الى من لا خيار له ، فعلى الاول : لا اشكال في عدم جريان القاعدة مع قيام النص والاجماع على أن الضمان على البائع ، فيكون الادلة الدالة على ضمان البائع وارداً على الاصل الذي هو المدرك في تلك القاعدة . وعلى الثاني : فلتحمل تلك الادلة الدالة على ضمان البائع على تلك الادلة التي هي المدرك في القاعدة ، اذ عدم الضمان على من لا خيار له عام ، فيقبل التخصيص ، فحيث أن النص الوارد على ضمان البائع خاص غير قابل لتطرق الاحتمالات الاخر ، فيكون مخصصاً لها . (فتأمل) .

وثانيها : أن الحكمة في جعل الشارع خيار الحيوان هو اختيار حال الحيوان ، وهذا موجود في المشتري دون البائع .

وفيه : مع انه أخص من المدعي لانه انما يقتضي انتفاء الخيار عن البائع فيما يكون المضمن فقط حيواناً كساً هو الغالب ، انه حكمة مستنبطة لا يعتمد عليها ولا يناط بها الاحكام ، لان القطعي منها منتف في المقام ، والظني لا يناط به الحكم . وثالثها : صحيحة الصفّار - كما سيأتي ذكرها - ومحل الشاهد منها في

المقام قوله عليه السلام (إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء) بتقريب أن اطلاق الحكم منه عليه السلام بوجوب الشراء يقتضي ثبوته من الجانبين وانتفاء الخيار منهما ، وقد قرّر أن تصرف أحد من ذي الخيارين مسقط لخياره خاصة دون الآخر ، والمفروض كون التصرف من أحدهما ، فيعلم من ذلك أن المراد من وجوب الشراء الاعم من الوجوب الحادث بالتصرف - كما هو الحال عن المشتري - والوجوب الثابت من جهة انتفاء الخيار رأساً كما هو الحال من البائع ، إذ اطلاق وجوب الشراء يقتضي انتفاء الخيار منهما ، سواء كان قبل التصرف أو بعده ، وحيث كان تصرف أحدهما لا يوجب وجوب الشراء من جهة الآخر تعيّن من البائع أنه واجب من قبله قبل التصرف أيضاً .

وفيه : أن مقتضى ترتب الجزاء على الشرط ومقتضى ما ذكر من القاعدة المستررة من أن تصرف أحدهما لا يصير سبباً للوجوب من جهة الآخر هو كون المراد من وجوب الشراء انما هو من جهة المشتري ، فيصلح ذلك لان يكون قرينة لتقييد وجوب الشراء في جانب المشتري . مضافاً الى كون اللام للعهد ، وأنه مسبوق الى سؤال الراوي عن وجوب الشراء وجوازه من جانب المشتري ، وأما القول بثبوت الخيار لهما كما هو المحكي عن «علم الهدى» و «ابن طاووس» وقرّاه الشهيد الثاني في «المسالك» بحسب الدليل ، فقد استدلل له بوجوه :

أحدها : الاصل ، أعني استصحاب الجواز من الطرفين بعد افتراقهما عن المجلس .

وثانيها : الاجماع المنقول عن السيد .

وثالثها : الاخبار الواردة في ثبوت الخيار للمتبايعين ، كصحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) وصحيحته الاخرى ، عنه عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ :

(البيّعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) .

حيث يدل على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان ، كصحيحة زرارة سواء كان اتصاف المتبايعين لصاحب الحيوان قبل العقد أو بعد العقد . وهذا انما يتم على القول بأن المشتق حقيقة فيما تلبّس بالمبدأ ، سواء كان انقضى زمان التلبس كاللباس كالبائع ، أو كان زمان التلبس حال النسبة والنطق كالمشتري . وأجيب عن تلك الوجوه : أما عن الاصل : بأنه مبني على اعتبار استصحاب الكلّي الذي لانقول به في أمثال المقام ، لانه مما كان الشك في تبدل فرد بفرد آخر . فالجواز الثابت قبل التفرق من جهة خيار المجلس لايجوز اجرائه فيما بعد التفرق من جهة اثبات خيار الحيوان .

وأما عن الاجماع : فانه معارض باجماع «الغنية» و «الدروس» وبأنه موهون لانفراد السيد «قده» بذلك القول حيث لم يسبقه - مما علمنا - أحد من العلماء موافقة في هذا القول ، ولا يلحقه به أيضاً عدا محتمل ابن طاووس «قده» ، ومع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع مع مخالفة المشهور وعدم وجدان قائل بهذا القول غيره «قده» .

وأما عن الاخبار : أما عن رواية (صاحب الحيوان) : فلو جوب حملها على المشتري اعتماداً على تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثق ابن فضال ، فيكون ذلك هو المعتمد اما تفسيراً أو تخصيصاً ، بملاحظة أن بعض الاخبار يفسر بعضه بعضاً ، أو يخصص عامه بخاصه ومطلقه بمقيده . وأما عن صحيحة محمد بن مسلم : فلمعارضتها لصحيحة ابن رثاب المحكية عن «قرب الاسناد» المصرحة على نفي الخيار عن البائع ، ولصحاح الاخر التي سبق ذكرها .

ولاريب عدم تكافؤ الصحيحة مع تلك الصحاح على كثرتها لوجوب الاخذ على تلك الصحاح التي استدل بها المشهور بوجوه من الاعتبارات بملاحظة أنها

أكثر وموافقة للشهرة المحققة ، وقصور رواية محمد بن مسلم عن المعارضة لتطرق احتمال كون محمد بن مسلم في تلك الرواية غير ماهو المعروف المشهور الاشتراك غيره من مجهول الحال معه في الاسم واحتمال ارادة الخيار فيه للمشتري وعلى البائع .

فعلى هذا يستند الخيار الى المتبايعين بأن يكون الخيار لهما على وجه كونه للمشتري وعلى البائع أو على وجه ثبوت الخيار لهما باعتبار المجموع الصادق بالمشتري خاصة .

وأيضاً لو أغمضنا عن كل ذلك وقلنا بتكافؤهما ، فقد قال شيخنا العلامة « قده » في مكاسبه : أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق ، والمتيقن خروج المشتري فيثبت قول المشهور ، فنفي الريب في ضعف هذا القول .

هذا والانصاف عدم استقامة تلك الاجوبة للرد عن دليل السيد « قده » فان القول بمعارضة نقل اجماعه باجماع « الغنية » مدفوع بأن اجماع « الغنية » موهون كسائر اجماعاته .

نعم نقل الاجماع في « الدروس » يصح الاعتماد عليه ، ولكنه في خصوص المقام موهون لما حكى عن الشهيد عدوله وتوقفه في ذلك ، فانه لو كان الاجماع محققاً عنه لما كان لعدوله وتوقفه عن مذهب المشهور سبيل .

وأما عدم موافقة أحد ممن سبق عن السيد ولحق عنه في ذلك القول لايجدي في جواب السيد ، لانه انما ادعى الاجماع في زمانه وليس في ذلك الزمان مخالف له وهذا يكفي في ثبوت الاجماع لكفاية تحققه في زمان عصره فيكون المخالف محجوجاً به حينئذ . وكذلك الجواب عن رواية محمد بن مسلم بابتلائه بالمعارض مدفوع بأن حديث « قرب الاسناد » وان كان أصرح بحسب الدلالة ولكنه لا يصلح للمعارضة مع رواية محمد بن مسلم ، لانه أرجح بحسب

السند كما صرحوا بترجيح روايته على غيره من الثقات فضلاً عن مثل رواية « قرب الاسناد » الذي ليس بمعتمد عند الاصحاب .

وأما الصحاح الاخر فانها وان كانت مكافئة بحسب السند الآن دلالتها بحسب المفهوم ودلالة رواية محمد بن مسلم بحسب المنطوق والمفهوم لكونه أضعف لا يصلح للتكافؤ مع المنطوق ولا يجبر ضعف دلالة تلك الصحاح بأكثريةها ، لما قرر ان الاظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الاكثرية ، فلا يضر أكثرية تلك الصحاح مرجحة ، كما أنه لا يمكن كون مضمونها موافقاً للشهرة الفتوائية مرجحاً أيضاً لما قرر أن الشهرة لاتصلح للترجيح خصوصاً في مقابل السيد مع دعواه الاجماع .
وأما تطرق الاحتمالات في رواية محمد بن مسلم مما لا ينبغي الاصغاء اليها لبعدها فلا يرفع اليد عن ظهور الرواية : وأما ما في مطلب الشيخ بأنه بعد التكافؤ يكون المرجع عموم أدلة لزوم العقد فينتفي قول السيد .

فيه : ان المرجع بعد تكافؤ طائفتين من الاخبار وتعارضهما هو التخيير ، كما يدل على ذلك أخبار التخيير لا عموم أدلة اللزوم كما هو واضح . فحيث لا يصير جواباً عن السيد ، اذله اختيار رواية محمد بن مسلم وأخذه دون الصحاح الاخر المعارضة لها .

فالتحقيق في الجواب عنه - دفعاً لمقالته - أن يقال : أن رواية محمد بن مسلم الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين لها أفراد ثلاثة : أحدها : أن يكون الثمن والمثمن كلاهما حيواناً . وثانيها : أن الثمن وحده حيواناً . وثالثها : أن يكون المثمن حيواناً . فتدل باطلاقها على ثبوت الخيار للبائع في جميع الثلاثة ، ولكن دخول الاول في مدلول اطلاقها أظهر بالنسبة الى الاخيرين . فيصير القدر المتيقن من ثبوت الخيار للبائع من تلك الصحيحة هو ما كان الثمن والمثمن كلاهما حيواناً .

وأما الصحاح المذكورة الدالة على اختصاص الخيار للمشتري فدلتها في الصورة الاخيرة - أعني ما لو كان المثمن وحده حيواناً - أظهر ، فتصير هذه الصورة

هي القدر المتيقن من تلك الصحاح .

ومن القاعدة المقررة : أن الخبرين اذا تعارضا و كان أحدهما أظهر في فرد وظاهر في فرد آخر والاخر عكس ذلك ، بأن يكون أظهر في ظاهر الاخر وظاهر في أظهره ، فمقتضى الجمع أخذ أظهر بهما وطرح ظاهر كل منهما بأظهر الاخر وكذلك في المقام ، بأن يؤخذ أظهر صحيحة محمد بن مسلم - أعنى صورة ما كان الثمن والمثمن كلاهما حيواناً - ويطرح ظاهرها بأظهر الصحاح ، فيؤخذ ما هو أظهر من تلك الصحاح - أعنى صورة ما كان المثمن وحده حيواناً - و يطرح ظاهرها بأظهر الصحيحة فينتج حينئذ طرح الصورتين الاخيرتين من اطلاق الصحيحة بما هو القدر المتيقن من الصحاح المذكورة ، فيصير الحاصل حينئذ ثبوت الخيار للمشتري خاصة اذا كان المثمن خاصة حيواناً .

وهذا يكفي في دفع مقالة السيد «قده» والجواب عنه ، حيث أنه ذهب الى ثبوت الخيار للبائع مطلقاً في جميع الصور الثلاثة ، فيحمل الصحاح على مورد الغالب - أعنى ما كان المثمن حيواناً - و يخصص بها تلك الصحيحة لعدم جواز حملها على مورد الغالب لانه خلاف الظاهر وخلاف القدر المتيقن من اطلاقها .

هذا تمام الكلام في مقالة السيد . وأما الكلام في القول بالتفصيل بأن يكون المدار في ثبوت الخيار على الحيوانية سواء كان بائعاً أو مشترياً ، فتكون العبرة بما انتقل اليه ، فان كان الذي انتقل اليه الحيوان بائعاً فله الخيار ، أو مشترياً فقط فله الخيار فقط ، أو كليهما فلهما الخيار .

والدليل على ذلك : صحيحة محمد بن مسلم (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) بتقريب أن يقال : أن المشتق حقيقة فيمن تلبس بالمبدأ ، فيصدق على البائع لو كان الثمن وحده حيواناً ، وعلى المشتري لو كان المثمن وحده حيواناً ، وعليهما لو كانا حيوانين . ولا ينافيه تقييد صاحب

الحيوان بالمشتري في موثقة ابن فضال ، لورود التقييد مورد الغالب ، أو الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً ، فاذا ورد القيد مورد الغالب لم يكن له المفهوم كـ (وربائبكم اللاتي في حجوركم) . فان قلت : كما يحمل تقييد صاحب الحيوان بالمشتري - في الموثقة - على مورد الغالب ، كذلك يمكن تنزيل اطلاق صاحب الحيوان - الذي في صحيحة محمد بن مسلم - على مورد الغالب ، فيكون مفاد كليهما واحداً ، ويثبت قول المشهور .

قلت : ان الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليهما ولكن لا توجب تنزيل الاطلاق عليهما لتفاوت الغلبتين ، لان الغلبة التي توجب الانصراف وحمل المطلق على الافراد الشائعة ، لا بد أن تكون أقوى من الغلبة التي توجب تنزيل التقييد عليهما ، فالغلبة في المقام انما بلغت مرتبة توجب حمل التقييد عليه ولكنها لم تبلغ مرتبة توجب الانصراف حتى يوجب خروج غير الغالب عن الاطلاق . والفرق بين المقامين واضح كما هو المقرر في الاصول ، اذ دلالة التقييد على المفهوم دلالة مفهومية ناشئة من لزوم اللغوية والعري عن الفائدة فيسقط بمجرد الفائدة . ولو كانت من جهة الغلبة - بخلاف الاطلاق - فانه لا يجوز رفع اليد عن مقتضى الوضع والاطلاق ما لم تبلغ مرتبة الانصراف والظهور لا بد من بلوغ الغلبة فيه دون بلوغ النقل والهجر كما لا يخفى .

فحينئذ لا محيص عن وجوب أخذ اطلاق صاحب الحيوان الذي في صحيحة محمد بن مسلم ، لصحة السند وعدم مناقشة أخرى في دلالتها فيؤخذ باطلاقتها مؤيداً بأمور أخر :

منها : التعبير بصاحب الحيوان فانه كما لا شك في دلالة على نفى الخيار عن البائع والمشتري معاً كخيار المجلس - حسب ما اختاره السيد «قده» - لانه لو كان الامر كذلك لما عدل عن المتبايعين بهذا العنوان . فتعبيره بالبائع بعد قوله : (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا) بكلمة (صاحب الحيوان) في خيار الحيوان دليل على

أن خيار الحيوان ليس كخيار المجلس في ثبوته للبائع والمشتري .

وكذلك يدل على أن المراد به ليس هو خصوص المشتري - كما عليه المشهور -
لأنه لو كان المراد به المشتري خاصة لكان التعبير عنه به لغواً بلا فائدة بل موهماً
لخلاف المقصود . فالعدول عن المشتري بصاحب الحيوان دليل على أن المناط
هو هذا العنوان ، فهو قد يصدق على المشتري وقد يصدق على البائع وقد يصدق
على كليهما .

ومنها : اسناد الحكم على هذا العنوان مشعر لكونه هو المدار والعلة في
ثبوته ، فيدور مداره كقولنا (أكرم العالم) ، فان تعليق الحكم على الوصف مشعر
بعليته بأخذ اشتقاقه .

ومنها : العلة المستنبطة وهي الاطلاع على حال الحيوان من الامور الخفية ،
فحيث كان ذلك سبباً لتشريع الخيار فيثبت للبائع أيضاً اذا كان صاحباً للحيوان ،
كما اذا كان الثمن حيواناً .

وكيف كان هذه أمور معتصدة للتمسك باطلاق صاحب الحيوان على اثبات
القول بالتفصيل ، فيبعد حينئذ القول بأن المراد منه هو خصوص المشتري من جهة
موثقة ابن فضال أو من جهة القول بانصراف اطلاقه على المورد الغالب ، لما عرفت
من عدم صلاحية الموثقة للقرينة لفرض القيد ورود مورد الغالب ، ولعدم بلوغ
الغلبة مرتبة يوجب لانصراف الاطلاق ورفع اليه عنه .

فالاقوى في النظر : هو العمل باطلاق ذلك والاخذ به ، ولعل بذلك يلتئم
الجمع بين الاخبار ولا ينافيه شيء من تلك الصحاح المذكورة مدرراً لمذهب
المشهور ولمذهب السيد « قده » لحمل الصحاح المذكورة على مورد الغالب
- أعني ما يكون المثل فقط حيواناً - وأما صحيحة محمد بن مسلم - أعني قوله لا يملك
(المتبايعان بالخيار) - فيحمل على ما كان الثمن والمثل كلاهما حيواناً ،

فينطبق على كل منهما هذا العنوان - أعني عنوان صاحب الحيوان - وان أبيت عن ذلك كله وقلت بانصراف اطلاق صاحب الحيوان على المشتري .

فنقول : أنه يكفي في اثبات الخيار لصاحب الحيوان التمسك بصحيحة محمد بن مسلم - أعني (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام) - بتقريب أن يتال : أن مقتضى الجمع بينها وبين الصحاح الاخر الدالة على اختصاص الخيار للمشتري بحملها على مورد الغالب وحمل هذه الصحيحة على ما اذا كان الثمن والمثلن كلاهما حيواناً ، والقول بأنه يحتاج الى شاهد الجمع ، وهو منتف في المقام مدفوع بأنه ربما يكون الخبران المتعارضان اذا كان صدورهما قطعياً وكان لهما محمل معين يؤخذ به من دون التماس شاهد الجمع ، كما لو صدر عن الامام (عليه السلام) : (أكرم العلماء ولا تكرم العلماء) وكان الظاهر من الاول العدول ومن الثاني الفساق ، فيحمل عليه من دون شاهد الجمع .

وكذلك في المقام ، حيث أن سند هذه الصحيحة واسناد الصحاح الاخر لا مناقشة فيها ، فبعد ما كلفنا بتعبد صدورهما فلا بد من الجمع بينها بحملها على المحمل المعين الظاهر منهما وهو حمل الصحاح على المورد الغالب وحمل الصحيحة على ما كان الثمن والمثلن كلاهما حيواناً ، فنقول : بعدما كان مقتضى الصحيحة ثبوت الخيار للبائع والمشتري اذا كان الثمن والمثلن كلاهما حيواناً ، لاشكال في ثبوت الخيار للمشتري لكونه مشترياً وانتقل اليه الحيوان ، وأما ثبوته للبائع : فان كان من جهة عنوان كونه بائعاً فيلزم أن يكون له الخيار أيضاً وان لم يكن الثمن حيواناً ، وهو خلاف الغرض والمقصود . فانحصر القول بأن ثبوت الخيار له حينئذ من جهة عنوان كونه صاحب الحيوان ، فيتجه القول بالتفصيل ويثبت الخيار لهذا العنوان فيكون المدار على من انتقل اليه الحيوان ثمناً أو مئماً .

فلا يرى حينئذ هو التول بالتفصيل كما قوادفي «المسالك» ونسب الى الصيمري

واختاره جماعة من الفقهاء كما حكى عن «الحدائق» والكاشاني والعلامة «قده». هذا تمام الكلام في خيار الحيوان ، والظاهر عدم الفرق بين الامة وغيرها في كون الخيار ثلاثة أيام ، لما نظقت به الاخبار بل في بعض الاخبار صراحة بذلك بل مورد حديث «قرب الاسناد» خصوص الامة ، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ (الخيار لمن اشترى نظراً ثلاثة أيام) ودعوى الاجماع كما عن الحلبي و «الغنية» - من كون خيار الامة مدة استبرائها - اجتهد في مقابل النص ، وربما نسب هذا الى «المقنعة» و «النهاية» و «المراسم» . فلا أظن أن مرادهم من كون الخيار في مدة الاستبراء هو خيار الحيوان ، لعدم الدليل على ذلك ، وحكمهم بضمان البائع لعله من جهة كونها في ذلك الزمان في عرضة العيب ، فان أرادوا منه خيار الحيوان لانه يظهر في مدة استبرائها فله وجه وان كان المحكي عن «الغنية» آيياً عن ذلك ، وان أرادوا منه خيار الحيوان كما تساعد عليه عبارة «الغنية» فهو مردود عليهم بالنص والاجماع المحكي .

«مسألة»

القول في مبدأ خيار الحيوان

اختلفوا في مبدأ ذلك الخيار ، هل هو من حين العقد ، أو من حين التفريق؟ والاول منسوب الى المشهور . والثاني محكي عن ابن زهرة والشيخ والحلي «قده» . وتظهر الثمرة في ما بعد ثلاثة أيام لو لم يتفرقا عن المجلس . فان قلنا بالاول ، سقط خيار الحيوان ، فلم يتفرقا عن المجلس بعد الثلاثة سقط خيار المجلس والا فخير المجلس باق . وان قلنا بالثاني ، سقط خيار المجلس بالافتراق بعد ثلاثة أيام وثبت لهما خيار الحيوان ثلاثة أيام آخر . وأدلة المشهور هي ظواهر الاخبار والنصوص ، لتبادر الاتصال من النصوص ،

وانه كخيار المجلس في البدائة من حين العقد ، بل لو كان ابتداءً ثلاثة أيام غير حين العقد والبيع لكن اطلاق هذا القول - أعني ثلاثة أيام للمشتري - قبيحاً ، للزوم تقييد الثلاثة أيام ببعد الافتراق أو بعد ساعة أو يوم ، وهكذا . وكيف كان لا اشكال ولا ارباب في ظواهر النصوص ، وهي تكفي في الحجة والاعتماد . ولكن استدلل للقول الثاني بوجوه :

الاول والثاني : الاصلين ، أحدهما : وجودي ، والاخر : عدمي ، والاول : كأصالة عدم ارتفاعه بانقضائه بعد ثلاثة أيام من حين العقد فيما لم يفترقا من حين العقد ، وهو استصحاب وجودي ، لانه عبارة عن استصحاب بقاء الخيار الى انقضاء ثلاثة أيام بعد التفرق ، والثاني أصالة عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرق عن المجلس .

الثالث : لو كان الخيار من حين العقد لكان تأكيداً الخيار المجلسي ، ولو كان من حين التفرق لكان تأسيساً . والتأسيس أولى من التأكيد .
الرابع : لو كان خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس أيضاً للزم اجتماع السببين في مسبب واحد .

الخامس : لزوم اجتماع المثليين . وهذه وجوه ذكروها ، والجواب عنها واضح مضافاً الى النقض بما لو اجتمع خيار المجلس والعيب ، والرؤية في عقد واحد - على اعتراف الخصم - أما عن الاصلين فلانهما منقطعان بظواهر النصوص مضافاً الى أن الثاني منهما أصل مثبت لا نقول به ، وعن الثالث : أن ثبوت الخيار بعد التفرق خلاف وضع العقد مع أن لزوم التأسيس غير لازم . وعن الرابع والخامس : بأن الخيار واحد مختلف بالاعتبار ، فلا يجتمع المثلان ، وفائدته حينئذ البقاء بأحد الاعتبارين مع سقوط الاخر وأن الاسباب الشرعية معارف لا مؤثرات ، فلا استحالة في اجتماعها ،

ولكن في ذلك الجواب تأمل ، اذ لو كان الخيار واحداً لكان اللازم كون خيار المجلس والحيوان سواء في الثبوت والسقوط مع أنه ليس كذلك ، وكذلك بناءً على كون الاسباب الشرعية معرفات يكون اللازم حينئذ أن يكون السبب الواقعي واحداً ، وهو يكشف عن كون المسبب واحداً مع أنه ليس كذلك للاختلاف في السقوط والبقاء ، بل الاولى أن يقال أن الخيارين مختلفان بالماهية ، فلا بأس بالتعدد .

هذا وقد أجاب واستدل شيخنا العلامة «قده» بوجه آخر لم يسبقه ممن سلف من العلماء على ما رأينا وهو ما ثبت بالنص والاجماع : ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع ملاحظة قاعدة أخرى مجمّع عليها أيضاً : أن التلف في الخيار المشترك من المشتري ومقتضى الجمع بينهما أن يكون بعد الخيار من حين التفرق ، اذ لو كان قبل التفرق جزءاً من الثلاثة لزم ان يكون التلف من المشتري لكون الخيار قبل التفرق خيار مشترك بينهما ، مع أن الثابت بالنص - حسب ما سيجئ ذكره - أن تلف الحيوان في ثلاثة أيام من البائع ، فلا بد من الجمع بين القاعدتين بأن يقال بابتداء الثلاثة من حين التفرق .

ولكن أجاب عن ذلك في مكاسبه بما لا يخلو عن نظر وهو : أن أدلة التلف محمولة على الغالب بأن يكون المراد من التلف الذي على البائع التلف الذي كان بعد المجلس ، لان الغالب من تلف الحيوان كونه بعد التفرق لحين العقد وقبل الافتراق ، فيكون قاعدة كون التلف في خيار المشترك على المشتري على حالها من دون لزوم التخصيص فلا ينافي حينئذ مع كون التلف للمشتري ثبوت خيار الحيوان من ابتداء العمد بعد حمل تلفه على البائع على التلف الذي حصل فيما بعد التفرق كما هو الغالب .

وفيه : ان رفع اليد عن اطلاق النصوص التي دلت على أن التلف - في الثلاثة -

على البائع ليس أولى من الالتزام بتلك القاعدة أعني كون الخيار على المشتري في الخيار المشترك ، بل الالتزام بالعكس أولى ، لان الغلبة لم تبلغ مرتبة توجب الانصراف ورفع اليد عن الاطلاق . فبعد لزوم الاخذ بظواهر تلك النصوص واطلاقها نقول : ان تلك القاعدة انما هي من جهة الاصل ، لان الاصل : أن تلف كل مال على صاحبه ولا يعارض الاصل مع الاطلاق ، فنلتزم بظواهر تلك النصوص على مخالفة الاصل ، فانها غير عزيزة ، ولو سلمنا كونها قاعدة مسلمة ناشئة من الاجماع نلتزم بتخصيصها في المتمام .

فان قلت : الامر دائر بين التخصيص والتخصص ، اذ لو حملت تلك النصوص على الغالب فلا يلزم تخصيص تلك القاعدة ، كما ذكره الشيخ «قده» ولا ريب أن القول بالتخصيص وعدم التزام التخصص أولى مهما أمكن .

قلت : يرجع الامر - بالاخرة - بنسأاً على التخصص وابقاء القاعدة على حالها الى رفع اليد عن ظواهر الاخبار التي دلّت على أن خيار الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، فانها ظاهرة حينئذ في كون مبدأها من حين العقد لتبادر الاتصال فيها ، ولا ريب أن الالتزام بالتخصص أهون بمراتب عن الالتزام بخلاف الظاهر الذي ظهوره فوق ظهور العام في عمومه ، فان الارتكاب به مثل خلاف هذا الظاهر في غاية الوهن والركاكة كما هو واضح .

وكيف كان قال شيخنا العلامة «دام ظله» : مع ذلك في المسألة وجهان من ظهور الاخبار فسي كون مبدأ الثلاثة من حين العقد وأنه كخيار المجلس ومن ملاحظة تلك القاعدة المستلزمة لان يكون مبدأه بعد انقضاء التفرق . فللتأمل فيه مجال ، فتأمل .

ثم على القول المشهور فهل العبرة من حين العقد وزمان مجرد الصينة كعند الفضولي على القول بكون الاجارة ناقلة ، أو من حين حصول الملك؟ وانما عبر

بذلك بالعمد للعلبة، وجهان بل قولان، ويدل على الاول ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف أيضاً قبل القبض، وهذا مبني على دخول الخيار في العقود الجائزة أيضاً .

وفيه : أنه لافائدة في دخول الخيار في العقود الجائزة ، لانه يصير لغواً فبعد أنهم لا يقولون بدخول الخيار في العقود الجائزة كيف يمكن أن يقال بدخوله في الفضولي أو في الصرف قبل القبض .

فالتحقيق أن يقال : أن المناط في المسألة هو توجه خطاب (أوفوا بالعقود) فقد يكون توجهه على الشخص من حين العقد بمجرد الصيغة كما اذا كان المتعاقدان أصليين فيكون المبدأ من حينه وقد يكون توجهه بعد العقد من حين الملك فضولين بناءً على النقل ، فلو فرض كون أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً ، فبناءً على القول بالكشف لاريب في كون العقد من قبل الاصيل لازماً يتوجه الخطاب اليه فيكون مبدأ الخيار في حقه من حين العقد وان كان من قبل الفضولي جائزاً . وأما بناءً على النقل فان قلنا بأنه ليس يجب على الاصيل الوفاء اذا كان طرفه الآخر فضولياً فلا ريب في ثبوت الخيار بعد الاجازة لعدم توجه الخطاب قبلها ولو على الاصيل .

وأما ان قلنا بأنه يجب الوفاء على الاصيل - وان قلنا بأن الاجارة ناقله أيضاً - فيتوجه خطاب (أوفوا) اليه ، فيدخل الخيار حين العقد، اذ الخيار انما هو يكون في عقد لازم ، والمفروض لزومه من قبله فلا مانع من مجيئ الخيار في حقه ، فالقول بأن مبدؤه في زمان الملك مطلقاً ممنوع .

قال في «الجواهر»: كما أن من المعلوم ابتدائه في الفضولي من حين الاجازة بنسأً على النقل ، أما على الكشف فان كانت بعد الثلاثة سقط والا ثبت فيما بقي منها . . . الخ .

ومما ذكر يعرف أن المدار ليس على العقد ولا على الملك اذ الخيار هو السلطة على امضاء العقد وازالته ، فهذا انما يتصور فيما لو كان العقد مما يجب الوفاء به لولا الخيار فلا يتحقق فيما كان العقد جائزاً ، بل بمجرد العقد اذا كان يجب الوفاء يتحقق الخيار وان لم يحصل الملكية. ونقل شيخنا العلامة «قده» عن بعض المعاصرين - الظاهر أنه الفاضل التستري الشيخ اسد الله - أنه قال : فعلى هذا لو أسلم حيواناً وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وان كان بائعاً ، كان مبدأه بعد القبض . وتمثله بما ذكر مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين اذ مفروض مثاله ما لو كان الثمن حيواناً وانما مثل لذلك لانه لو كان المثلث حيواناً في السلم لكان كلياً وقد تقدم من شيخنا العلامة «قده» التردد فيه .

مسألة

هل المراد بثلاثة أيام مع لياليها الثلاثة أصالة - بأن تدخل الليالي في معنى الايام مجازاً أو حقيقة - أم لا ؟
وفيه : نرى غموض واشكال ، كما أن هذا الاشكال يجري في تحديدات الايام والشهور بل السنين ، كثلاثة ايام في الحيض ، والعشرة في المقيم ، والثلاثين في المتردد .

وتحقيق ذلك يتوقف على تنقيح معنى اليوم في وضعه الافرادي وفيما كان في الهيئة التركيبية كما كان معدودة بالاعداد ، ثم بيان حال التلفيق .

فنقول : لاشكال في أن اليوم حقيقة : فيما بين الطلوع والغروب بأن يكون الليل خارجاً عن مفهومه . واما الاختلاف في أن بين الطلوعين داخل في مفهومه لغة أو شرعاً فلا ربط بهذا النزاع ، فلعل معنى اليوم - كما نشير اليه - لدمعنى واحد ، وانما الاختلاف في يوم الاجارة والتراوح والصوم انما يحصل من القرائن الحالية والمقالية .

وعلى كل حال اطلاقه في المذكورات خال عن اندراج الليل في مفهومه ،
فلو أطلق اليوم في خصوص الليل كما ورد في بعض الادعية يصير مجازاً . وأما
لو أطلق في تمام أربعة عشرين ساعة من اليوم والليل مجموعاً ، فانما يكون من
باب المجاز أو من باب المشترك اللفظي ولكن القول بالاشتراك اللفظي غير معلوم ،
مع أن المجاز أولى من الاشتراك عند الدوران . وأما دخول الليل فيما كان مدخولاً
للعدد – لو قلنا به – لا يخلو من الالتزام بأحد امرين : الوضع الجديد في الهيئة
التركيبية أو من باب كون الهيئة التركيبية قرينة صارفة أو معيّنة انقلنا بالاشتراك .
وكيف كان في مثل المقام – أعني ثبوت الخيار للمشتري ثلاثة أيام ، فيه
قولان :

أحدهما : خروج الليالي عن مفهومها ، فليس داخلاً فيه لاحقيقة ولا مجازاً ،
وانما يدخل الليل كالليلتين المتوسطين من جهة ظهور المقام في الاستمرار ، فان
الخيار حين ما تحقق مستمر من ابتدائه الى غايته الشرعية .
وثانيها : دخولها في مفهومها بأن يكون جزءاً للمستعمل فيه فتظهر الثمرة
في الليلة الثالثة .

وعلى الاول ليس في الليلة الثالثة خيار ، لانه انما يستدام في الايام الثلاثة
والمفروض أنها قد انقضت بغروب اليوم الثالث .

وعلى الثاني ، تدخل تلك الليلة الثالثة أيضاً فيبقى الخيار فيها أيضاً والا لزم
تخلف مفردات الجمع في استعمال واحد وهو لا يجوز الا على القول باستعمال
اللفظ في أكثر من معنى واحد كما هو المحكي عن صاحب «المعالم» في الغلبة
والجمع . وربما استدلل للقول الثاني بوجهين :

أحدهما : أن يقال: بثبوت الوضع الجديد لهذا التركيب وأمثاله ، كما قيل
في المفرد المحلى باللام ، فان اليوم وان كان موضوعاً في حال الانفراد لما خارج

الليل ، الا أنه في مثل ثلاثة أيام وأشباهاها وضع أيضاً في مجموع اليوم والليلة، فيكون للهيئة التركيبية معنيان وظهور العدد في دخول الليل قرينة معيّنة في المقام .

وثانيهما : أنه مستعمل في الهيئة التركيبية في تمام أربعة وعشرين ولكن على سبيل المجاز ، فالترينة حينئذ قرينة صارفة لوقلنا بأن اليوم ليس بموضوع للليل في حال الافراد ولا في حال التركيب وأما بناءً على التزام وضعه في حال الافراد مع الليلية أيضاً ، فتكون القرينة معيّنة .

ولكن هذا القول ليس بمقبول عند مشائخنا . والاستدلال بما ذكر أيضاً ليس بتمام لانه انما هو في مقابل أصالة عدم الاشتراك وأصالة عدم التجوّز ، وظهور الهيئة التركيبية في دخول الليل ليس من جهة استعمال الايام في لياليها أيضاً حتى يكون من قبيل المجاز أو الاشتراك فلا يصلح ذلك الظهور للترينة المعينة ولا الصارفة ، بل الظهور انما هو ناش من استمرار الخيار المستفاد من الخارج ، حيث أن من المعلوم في الشرع ان العقد لم يكن في ساعة لازماً وفي ساعة اخرى جائزاً لسبب خيار الحيوان . بل انما الثابت هو تقرر الخيار من ابتداء العقد الى انقضاء ثلاثة أيام، فدخول الليلتين المتوسطتين ليس من جهة دخولها في مفهومه كما أن دخول الليلة الاولى اذا وقع العقد في أولها أو وسطها ليس من جهة ذلك، بل من جهة تبادر اتصال الخيار مع العقد كما هو واضح .

وأما الكلام في التلفيق كما لو وقع العقد في أثناء النهار ، فهل يحتسب ذلك اليوم الذي وقع العقد في أثناءه يوماً ويضاف اليه يومان آخران مطلقاً أو فيما مضى منه بقدر ما يتسامح عرفاً أو لا يحتسب ذلك أصلاً ، بل لابد من مضي ثلاثة أيام كاملة بعد ذلك أو يلفّق بأن يحتسب متدار الباقي منه ومقدار الفائت من اليوم الرابع أو من ليلته؟ وجوه واحتمالات خمسة، والاوّل منها لم نجد له قائلًا وان

ذكره بعض احتمالاً في المسألة ووجهه صدق اليوم عليه عرفاً ، سواء مضى منه قدر يسير يتسامح عرفاً أم لا .

وفيه : أن اليوم ظاهر في اليوم الكامل التام ونصف اليوم أو ثلثه أو بعضه ليس بيوم ، أما فيما لا يتسامح بأن مضى من اليوم أكثر من الثاني فواضح ، وأما فيما يتسامح فانه وإن صدق عليه اليوم عرفاً ، إلا أن التحديدات الشرعية مبنية على التحقيق والتدقيق ولا ينزل على مفاهيم العرف من التسامح والتقريب .

ولاشك أن اليوم الذي مضى منه ساعة أو نصف ساعة بل دقائق ليس بيوم كامل تحقيقاً ، بل إنما هو يوم تقريبي عرفي وحمل الايام التي وردت في مقام التحديد على هذا خلاف ما هو المنساق والمستبادر من التحديد .

وأما وجه الاحتمال الثالث كما اختاره صاحب «الجواهر» في هذا المقام ظنر اليوم في تمام بين الطلوع والغروب متصلاً لا يصدق على الملفق من يومين كنصف يوم مع نصف يوم آخر ، أو نصف ليلة يوماً . فالظاهر من قوله (فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب البيع) ، هو مضى ثلاثة بياضات كاملة ، وأما وجه التلقيق هو ظهور التحديد في أن المراد من مدة الخيار المقدار المساوي للنهارات الثلاث سواء كان ذلك المقدار ملفقاً من اليوم الاول واليوم الرابع أم لا ؟

وكيف كان بعد عدم مجيء الاحتمالات الاخر وبعدها وعدم القول بها دار الامر بين هذين الاحتمالين ، من الاخذ بظهور اليوم واردة البياضات الكاملة من ثلاثة أيام - كما هو مختار صاحب «الجواهر» - أو الاخذ بظهور التحديد والعمل بالتلفيق - كما هو مختار شيخنا العلامة «قده» ومذهب الاكثر - وبعده الاحتمال الاول بأنه لو قلنا به - كما في «الجواهر» - لزم ثبوت الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، اذ المفروض ثبوت الخيار من حين العقد ، وهو نصف اليوم الاول مثلاً وهذا كما ترى خلاف ظاهر التحديد .

وبيعّد - الاحتمال - الثاني : أن لازم القول بمقدار الايام الثلاثة : التلفيق من الليل ، لان مقتضى كون المراد من اليوم مقداره من حركة الفلك عدم الفرق بين التلفيق من الليل أو من النهار ، مع أن مقتضاه انقضاء الخيار بآخر الليلة التالية لو أوقع العقد في أول الليل . بل وأول النهار لانقضاء مقدار ثلاثة أيام من حركة الفلك ، مع أنه لم يقل به أحد .

وبالجملة الامر دائر بين الاخذ بأحد الظهورين ورفع اليد عن الآخر ، فان لفظ الايام ظاهر في الايام التامة والبياض المتصل ، وأما البياض السلفق فليس بيوم حقيقة فالأخذ بظهوره يوجب رفع اليد عن ظهور التحديد ، فان التحديد بالثلاثة ظاهر في عدم ثبوت الخيار في الزائد عن الثلاثة .

فلو قلنا بظهور اليوم - أي البياض المتصل - لزم ثبوت الخيار في أكثر من الثلاثة اذا وقع العقد في نصف من النهار ، فيكون الخيار في مدة ثلاثة أيام ونصف وهو خلاف مقتضى التحديد بالثلاثة . وان أخذنا بظهور التحديد فمقتضاه رفع اليد عن ظاهر اليوم ، فارتكب أحد المجازين لازم فلا بد من ملاحظة الترجيح . فكلما كان أحدهما أهون من الآخر فهو أولى بالارتكاب .

فنقول : ان الانصاف أن التحديد أظهر من لفظ اليوم ، وارتكاب التجوز في اليوم أهون من ارتكاب خلاف الظاهر في التحديد ، لكثرة استعمال اليوم في الملفق وتوسع استعماله في الاخبار والادعية كما لا يخفى ، فارتكاب التجوز فيه أقرب .

فحينئذ يتعين الاخذ بظهور التحديد ، ومقتضاه كون الخيار في ثلاثة أيام لأكثر ، فظهر من ذلك بطلان القول بعدم التلفيق حيث اختاره في «الجواهر» في المقام ، مع أن مختاره «قده» في غير المقام - من الحيض والاقامة - هو التلفيق مع أن جميع ذلك من واد واحد ، وظهر أيضاً بطلان التلفيق من الليل أيضاً ،

فان مقتضى التحديد ثبوت الخيار في ثلاثة أيام .

فلو قلنا بالتلفيق من الليل لزم ثبوت الخيار في أقل من ذلك . فالأقوى حينئذ هو القول بالتلفيق تبعاً لشيخنا العلامة «قده» وجماعة من الفحول من غير فرق بين المقام وبين باب الحيض والاقامة وغيرهما من أبواب الفقه . وكذلك الامر لو كان التحديد بالاشهر ، كعدة الوفاة مثلاً ، فانه بعدملاحظة عدم وقوع ذلك في الاول الحقيقي من الشهر بل الغالب وقوعه في الاثناء لابد أن يكون المراد مقدار الشهر ، اذا أريد منه الشهر التام لزم الزيادة على الاشهر المذكورة وهو خلاف التحديد ، فلا بد أن يكون مقداره فيحسب من الشهر السادس في عدة الوفاة مقدار ما فات من الشهر الاول كما لا يخفى .

وهنا امور لابد من التنبيه عليها

الامر الاول : أنه لو قلنا بالتلفيق على الوجه المذكور يبقى حينئذ اشكال في استعمال اليوم لليوم التلفيقي واليوم الحقيقي ، فيلزم استعمال اللفظ في المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد . وأجيب عن ذلك بوجوه :

(الاول) : أن المراد من اليوم مقداره ، فهو مستعمل في نفس المقدار سواء كان ذلك منطبقاً في يوم واحد أو في يومين ، فيصدق على اليوم المستمر والملفّق . فيه : أن مقدار اليوم يختلف باختلاف الايام بالزيادة والنقصان ولا يكاد ان يصح التدرج المشترك بين الاقل والاكثر . نعم لو كان القدر المشترك مفهوماً كلياً اختلفت مصاديقه بالزيادة والنقصان لكن متعقلاً ولكن نفس المقدار بين الاقل والاكثر كونه قدرّاً مشتركاً بينهما ومراداً من اللفظ لا يصح لما قرر في محله أن المشترك بين الاقل والاكثر لا يتعقل . كما هو واضح .

(الثاني) : ما ذكره شيخنا العلامة « قده » في كتاب « صلاة المسافر »

من أن المراد من اليوم ما بين الطلوع والغروب .

وفيه : أن ذلك لا يوجب التلفيق ، لظهوره في البياض المتصل ، فنصف من اليوم ونصف آخر من يوم آخر ليس بين الطلوع والغروب .

(الثالث) أن يقال : أن اليوم هنا عبارة عن البياض المتصل كما بين الطلوع والغروب والبياض الملتقى من يومين أحدهما معنى حقيقي والآخر معنى مجازي . وغاية ما في الباب : لزوم استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد وهو جائز في الثلاثة والجميع ، كما ذهب إليه جماعة منهم صاحب «المعالم» .

وفيه : أن لازم ذلك أن يكون مورد الرواية فيما كانت الايام الثلاثة ملفقة من يومين كاملين ويوم ملفق ، وأما اذا كانت الايام الثلاثة لملها مستمرة ، بأن أوقع العقد من أول الفجر ، بحيث لا يحتاج الى التلفيق يكون خارجاً عن تحت الرواية . فيقتضي عدم ثبوت الخيار في هذه الثلاثة حينئذ وهو كما ترى .

فالاولى في الجواب أن يقال : أن اليوم عبارة عن البياض الواقع بين الطلوع والغروب مطلقاً مجازاً، أي من غير الاتصال فيه فيصدق على اليوم التلفيقي حينئذ ، فلا بد حينئذ أن يحتسب مقدار ما مضى من يوم العقد من اليوم الرابع لامن ليلته حتى تصدق البياسات. غاية الامر كان الاتصال في هذا المعنى ملغى فيكون من قبيل استعمال اللفظ الموضوع في المقيد على المطلق .

وأولى من ذلك أن يقال : أن المراد من اليوم هو مفهوم مقداره لامصداقه حتى يقال القدر المشترك بين الاقل والاكثر غير متعلق بل مفهوم المقدار بين الطلوع والغروب أمر مستتل ومفهوم ذهني استعمال اللفظ فيه وله مصاديق من الاقل والاكثر ولاضير في ذلك ولايلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد .

الامر الثاني: أن المراد من اليوم هل هو بين طلوع الفجر والغروب أو طلوع الشمس الى الغروب . ولاريب في استعماله لغة في كل واحد من الامرين كما

لا يخفى على من لاحظ كتب اللغة شرعاً و عرفاً كيوم الصوم والاجارة . وحينئذ فلا يخلو اما أن يكون حقيقة في كل منهما اما على وجه الاشتراك المعنوي أو اللفظي أو يكون حقيقة في أحدهما ، ومجازاً في الآخر . وما حكى عن بعض أهل اللغة - من كونه حقيقة فيما بين طلوع الفجر الى الغروب ومجاز فيما بين طلوع الشمس كما حكى ذلك عن « مجمع البحرين » - فليس بحجة لانه من درايته واجتهاده .

فنقول : أن اللفظ من حيث هو وان كان محتملاً للامور الثلاثة الا أنه بلحاظ كثرة استعماله فيما بين طلوع الفجر الى الغروب ، وشيوع ذلك وعلمه لغة وشرعاً و عرفاً يكون اللفظ منصرفاً الى ذلك عند الاطلاق أما على فرض الاشتراك المعنوي بناءً على تسليم القدر الجامع بين الأقل والاكثر أو الغض عن ذلك الاشكال فيكون من باب انصراف الكلمى الى أحد أفرادهِ .

وأما ان قلنا بالاشتراك اللفظي ، فيكون من باب أن الشهرة قرينة معينة لارادة ذلك . وأما على الحقيقة والمجاز ، فان قلنا بأنه حقيقة فيما بين طلوع الفجر الى الغروب ، فيتعين الحمل على ذلك بلا اشكال . وان قلنا عكس ذلك ، فيقع التعارض بين أصالة الحقيقة وقرينة الشهرة لما عرفت من شهرة الاستعمال في ذلك ، فيوجب ذلك التوقف والاجمال ، فلا بد حينئذ من الرجوع الى ما تمضيهِ الاصول . ولاريب أن مقتضى الاصل - أي استصحاب الخيار - هو حمله على ما بين طلوع الفجر الى الغروب فيما لو أوقع العقد عند طلوع الشمس ، فعلى تقدير أن اليوم عبارة عن طلوع الشمس فينتفي الخيار عند غروب اليوم الثالث . وأما على تقدير كونه عبارة عن طلوع الفجر فلا بد من اكماله من اليوم الرابع فيدخل الليل تبعاً ، وبين الطلوعين أصالة ، فعند الشك لاريب أن مقتضى الاستصحاب الثاني كما هو الحال في المقام وأشباهه في نظائره .

الامر الثالث : في أنه ما المراد من التليفق ، وأي مقدار يلقى من اليوم الاخير ، لاختلاف الايام زيادة ونقصاناً ، وهذا وان كان لا يثمر في خصوص المقام لعدم الاختلاف في الثلاثة الايسرأ بحيث يلحق باليوم ، ولكنه يثمر في بيع السلم عند الاجال البعيدة لاختلاف الايام باختلاف الفصول زيادة ونقصاناً فتكمل اليوم الاول من الاخير يمكن على وجه . فنقول : قد ذكروا لذلك وجوهاً .

(الاول) ملاحظة ساعات اليوم الفائت فيكمل من اليوم الاخير بذلك المتدار من الساعات .

(الثاني) أن ملاحظة النسبة والكسور فيؤخذ من اليوم الرابع بتلك النسبة ، فلو مضى من اليوم الاول مقدار الثلث فيؤخذ من اليوم الاخير بهذه النسبة .

(الثالث) التكميل بمقدار مسافة ظل الشمس ، فاذا مضى مثلاً مقدار ذراعين يؤخذ ذلك المقدار من مسير يوم الاخر . والفرق بينه وبين الكسور واضح ، لاختلاف دائرة مسير الشمس في أيام القصيرة والطوال ، فربما كان المسير بمتدار أربعة أذرع مثلاً مما يحاذي ربع مسير الشمس في النهار في الايام القصيرة ولا يحاذي السدس مثلاً في الايام الطويلة كما لا يخفى . وحيث كان المراد من المقدار مجعلاً دائراً بين الامور المذكورة تعين الرجوع الى ما تقتضيه الاصول أيضاً . ولاريب أن مقتضى الاستصحاب هو اعتبار الازيد ، ويختلف ذلك حينئذ باختلاف الفصول كما لا يخفى .

والتحقيق أن يقال : أن الوجه الاخير راجع الى الاول ، فيدور الامر بين احتمال الساعة وملاحظة الكسور والنسبة . ولاريب أنه لا معنى للثاني ، لان المركب منهما مخالف لمقدار كل واحد من اليومين ، فليس هو مقدار اليوم الذي وقع فيه العقد ولا مقدار اليوم الاخير . نعم هو منطبق على مقدار يوم ما ، من أحد الفصول وهو خلاف ظاهر لفظ اليوم .

فان المراده منه بعد اعتبار التليفق هو مقدار اليوم الذي هو فيه أو مقدار اليوم الاخير، فاذا بطل هذا الاحتمال تعين أن يكون المراد من التليفق هو تكميل اليوم الاول من اليوم الاخير بمقدار مامضى منه من الساعات ، فيؤخذ من اليوم الاخير مقدار ما مضى من اليوم الاول من الساعات .

ومن ذلك يظهر حال التليفق الشهري أيضاً ، كما ذكره في طلاق «الجواهر» فراجع ، حيث ذكر فيه أقوالاً .

ولا يخفى أن الاقوى هو تكميل مامضى من عدد الايام من الشهر الاخير ، فلو مضى من الشهر نصفه وكان الشهر ناقصاً فيؤخذ من الشهر الاخر بمقدار مامضى من الاول بعدد الايام ، ولازمه احتساب الشهر الاول هلالياً لا اكماله ثلاثين يوماً ، لان ذلك هو لازم التليفق بعدد أيام مامضى ونقص من الشهر الاول .

نعم ربما يلزم من الاخذ بعدد الايام الفائتة صدق الزيادة كما لو كان الحد شهرين مثلاً وبقي من الشهر يوم واحد وكان هذا الشهر تاماً والشهر الثالث ناقصاً ، فلو جبر الشهر الاول بعدد الايام الفائتة منه - وهو تسعة وعشرون يوماً - لزم الاخذ بتمام الشهر الثالث فيلزم صدق الزيادة عن الشهرين ، لان المجموع حينئذ شهران ويوم ، وهو اليوم الباقي من الشهر الاول ، ففي هذا الفرض وجب تكميل الشهر الثالث بتليفق ذلك اليوم معه وجعلها شهراً واحداً عدد أيامه تسعة وعشرون يوماً لا العكس ، وهو تليفق الشهر الثالث مع الاول بجعلهما شهراً واحداً تساوي أيامه أيام الاول وهو ثلاثون يوماً ، ولازمه طرح يوم من الشهر الثالث بدل ما بقي من الشهر الاول وحذراً عن صدق الزيادة . (فتدبر جيداً) .

الكلام في مسقطات هذا الخيار

وهي أمور:

منها : اشتراط سقوطه في ضمن العقد ، ومنها : اسقاطه بعد العقد ، وقد مضى

الكلام فيهما في خيار المجلس فلا نعيد . ومنها : التصرف ، لاشكال ولاخلاف في كونه مسقطاً لهذا الخيار في الجملة ، وانما الكلام في أنه مسقط مطلقاً تبعداً ، أو شرط دلالته على الرضا قطعاً أو ظنياً ، نوعاً أو شخصاً ، فيدور مدار كشفه عن الرضا قطعاً أو ظناً على أحد الوجهين .

وبعبارة أخرى : المستقط هو نفس التصرف على وجه السببية والموضوعية وان لم يكن كاشفاً أصلاً ، بل ولو علم عدم رضائه بالالتزام أو بالتصرف الكاشف عن الرضا بالالتزام ، فيكون اعتباره من باب الطريقة . وعلى الثاني : فالمدار على كشفه عن الرضا قطعاً فيقتصر على ما علم اقترانه بالرضا والالتزام أو يكفي كونه كاشفاً ظنياً ، وعلى الثاني فهل يدور مدار الظن الشخصي أو يكفي كونه كاشفاً نوعاً وان لم يفد الظن فعلاً ما لم يعلم بالمخلاف .

وتنقيح هذا المقام يستدعي بيان مقامات ثلاثة ، الاول : في بيان أقسام التصرف وتشخيص محل الخلاف فيه ونقل الأقوال . الثاني : في الدلالة . الثالث في كلمات الاصحاب .

وأما اقسامه : فنقول : التصرف على أقسام خمسة ، لانها اما أن يكون كاشفاً عن الرضا والالتزام بالعقد قطعاً ، أو كاشفاً عنه ظنياً فعلياً ، أو كاشفاً عنه نوعاً ، أو مشكوك الحال ، أو يكون مع القطع بالعدم . وقد يقسم بتقسيم آخر ، وهو اما يكون ناقلاً كالبيع والصلح ونحوهما أولاً واما أن يكون مغيراً للمصورة كالطحن في الحنطة والشعير مثلاً أو لا كالركوب في الدابة مثلاً .

وقد يدعى الاجماع على أن التصرف الناقل مسقط للخيار تبعداً وأن لم يكشف عن الرضا بل لو علم عدم التزامه بالعقد وتشبثه بالخيار . ولو تم ذلك ثبت القول بالتعبد مطلقاً اذ لا فرق بين التصرف الناقل وغيره حينئذ ، فان كان الاول سبباً للسقوط تبعداً لا من جهة كشفه ، كشف ذلك على أن المدار على نفس التصرف ناقلاً كان أو

لا ، الا أن الكلام في تمامية الاجماع بل انما يتم لو اقتصر في التصرف الناقل بها لم يقطع معه عدم الرضا بالالتزام فحينئذ يكون التصرف الناقل كاشفاً نوعياً حينئذ اذا عبرة بالكشف النوعي مع القطع بالخلاف .

وفيما عدا الاخيرين لاشكال في كونه مسقطاً للخيار حتى اذا كان كاشفاً عنه نوعاً أيضاً . حتى أن الاردبيلي «قده» ليس بمخالف في ذلك ، بل صريح كلامه- في مقام الرد على المحقق الثاني- هو سقوط الخيار بمثل اللمس والنظر الى ما يحرم النظر اليه ونحو ذلك بل مع القطع بعدم الرضا أيضاً ، حيث قال: قال بعض المحققين : المراد بالتصرف المسقط للخيار هو ما يكون المقصود منه التملك لا الاختيار ولا حفظ المبيع كالركوب لسقي الدابة . وفيه تأمل لان ظاهر الروايات أعم من ذلك ، فأن ظاهر هذا الكلام أنه : اذا تصرف فيه للغرض بل للعب واللهو ، أو يكون الغرض غير التملك لا يكون مسقطاً . والرواية بخلافها. انتهى .

فان هذه العبارة صريحة في السقوط بالتصرف اذا كان عن لهو ولعب الا أنه يقول بذلك في نحو أمور مذكورة ، وأما المناقشة في مكتبة «الصفار» من اجمال لفظ الحديث فيها وما ذكره في صحيحة علي بن رثاب من اختصاصها بالاماء والتصرفات المخصوصة فهو كلام آخر ستعرف حاله . فالمقصود أنه يقول بسقوط الخيار بمجرد التصرف ولو كان من لعب ولهو .

وبالجملة ما دل من التصرفات على الرضا نوعاً فلا اشكال في كونه مسقطاً ، بل لا خلاف في ذلك ، ولذا قال الفاضل في «المستند» بسقوط الخيار باحداث الحدث المغير كأخذ الحافر والنعل ونحو ذلك ، أو كان مما لا يليق الا بالمالك مستقراً كاللمس والنظر والتبلة ونحو ذلك تمسكاً بالرواية وأما غير ذلك فيدور مدار الرضا حيث انه في نحو المغير وما لا يجوز لغير المالك لا يقول بدورانه مدار

الرضا الفعلي لكونه أمانة نوعاً. وأما في غيره فيدور مدار الرضا لعدم كونه أمانة في نفسه .

وبالجملة لا اشكال في ذلك وانما الاشكال والخلاف في القسمين الآخرين -
أى المشكوك والمقطوع لعدم - فالقائل بالتعبد يقول بالسقوط في هذين أيضاً .
وخاف في ذلك جماعة كالمحقق الثاني فقالوا بعدم كونه مستقلاً حينئذ .
وبالجملة الاقوال في المسألة - أي في كون التصرف مستقلاً لخيار الحيوان -
ثلاثة :

أحدها : قول بسقوطه بمجرد التصرف تعبداً ولز مع العلم بالخلاف وعدم
الرضا بأن يكون التصرف سبباً شرعياً جعلياً بسقوط الخيار فيدور مداره .
وثانيها : قول بدورانه مدار الرضا، فيكون المسقط منه ما كان كاشفاً فعلا عن
الرضا وهو صريح كلام الفاضل في «المستند» حيث صرح في التصرف الغير المغير
بدورانه مدار الرضا فلا يكون مشكوك الحال مسقطاً فضلاً عن معلوم عدم .

وثالثها : قول بدورانه مدار الظن النوعي - أي أن المسقط ما كان له جهة
أمانة على الرضا وان لم يكن دالاً عليه فعلاً - فيكون في صورة الشك مسقطاً ايضاً
لكونه أمانة الا اذا علم بالخلاف ، فلا يكون مسقطاً ، لعدم كونه أمانة حينئذ .
وقد ذهب اليه جماعة من المحققين ، منهم شيخنا الاستاذ العلامة «قدس». وذهب الى
ذلك المحقق الاردبيلي والراقي والمحقق الورع الشيخ علي . أما الاول فلا يراده على
المحقق الثاني حيث جعل المدار على التصرف الكاشف فقال : لازمه عدم كون التصرف -
لاعباً - مسقطاً للخيار ، والصحيحة بخلافه حيث جعل الركوب مسقطاً سواء كان
كاشفاً عن الرضا أو كان لاعباً . نعم يظهر من آخر كلامه : الاقتصار في ذلك القول
على المراد التي ذكر في النص من دون التعدي الى ما عداه من التصرفات .
وكذلك الفاضل في «المستند» في حصر التصرفات المغيرة دون غيرها حيث قال

بالتعبد والسيبية في الاول دون الثاني .

وكذلك الشيخ علي في خصوص التصرف الناقل بأنه مسقط مطلقاً بلا خلاف وان علم عدم دلالة على الرضا وفي غيره ذكر فيه وجوهاً ثلاثة .

وقد حكى ذكر الاحتمالات المذكورة الشيخ الورع في كتابه في شرحه على «اللمعة» ما ملخصه - مع توضيح منا - هو : أنه قد ثبت بالتبعية والاستقراء أن كل مقام اعتبر فيه ظاهر الاقوال كذلك اعتبر فيه ظاهر الافعال أيضاً في الخيارات ، وكما أن الاقوال مسقط كذلك الانعال أيضاً .

وذلك لانه هذه القاعدة غير بينة ولا مبينة ولم يقم عليها دليل من عقل أو نقل أو اجماع أو غيره ، بل باعتبار أن المدار في المقام على الدلالة على الرضا كما هو الظاهر من فحوى روايات باب الخيار ، حتى ورد في بعضها : أن العرض على البيع اسقاط ، وحينئذ يكون التصرف - من حيث هو مع حصول العلم والظن به بالرضا بالسقوط لا مع الشك - مسقطاً على وفق القاعدة . فيجري في جميع الخيارات ، ولا يختص بما ذكره الفقهاء من التصرف ، بل المدار على فهم الرضا كيف ما اتفق فلا يكون مسقطاً اذا كان معارضاً بما هو أقوى ، دالا على عدم الاسقاط ولا تأثير للدال مع العلم بعدم الارادة بظاهرة أو الشك في ذلك .

ثم قال : الا أن ظاهر الاصحاب في التصرف أنه مسقط مع النص على عدم الرضا وعدمه ، وهو ظاهر الروايات في خيار الحيوان بل صريحها فينبغي الاقتصار في السقوط على عدم الرضا في خصوص خيار الحيوان ، وان قام اجماع فيما عداه قيل به وكذا خيار العيب لان ظاهر الروايات فيه ذلك .

ثم أشار الى القول الثالث ، فقال : وربما ظهر من الاصحاب أن الحكم بالسقوط - في التصرف مطلقاً - انما هو لدلالته على الرضا ظاهر ، فمع الشك للمعارض يحكم بظاهرة شرعاً ، فيكون كالقاعدة يتمسك بها دائماً الا حيث يعلم

عدم الرضا فعلاً وتقديراً أو الاول فقط. ويختلفان في صورة الجهل .
ثم قال بعد ذلك - في مقام بيان مختاره - : على كل واحد من هذه الوجوه
في التصرف يمكن حمل الصحيحة ، وربما يقال: أن الوجه الثاني أظهر الوجوه .
ثم أخذ في الاستدلال لذلك بظاهر رواية علي بن رثاب بتقريب نتعرض اليه في
المقام الثاني انشاء الله .

فقد ظهر من جميع ذلك ما هو محل الكلام في المسألة، والوجوه والاحتمالات
بل الاقوال فيه .

أما المقام الثاني : في بيان ما هو الظاهر من الأدلة والاخبار وان الاستفادة
منها أي وجه من هذه الوجوه - أي القول بالتعبد بالصرف - أو الكشف الفعلي
أو النوعي ، ثم على تقدير ثبوت التعبد واستفادة ذلك من الاخبار هل مطلق أو
مخصوص بتصرف خاص ؟ فلا بد من التنبيه على ذلك أيضاً .

ف نقول بعونه تعالى : لا اشكال أن مقتضى قول الصادق عليه السلام في صحيحة علي
ابن رثاب (فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام ، فذلك رضى
منه . ولا شرط له) وكذا مكتبة الصفار حيث وقع في الجواب : (اذا أحدث فيها
حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله تعالى) وغير ذلك من الاخبار الاخر هو سقوط
الخيار بمجرد التصرف واحداث ، من غير فرق بين أن يكون للاختيار أو لغيره
كاشفاً عن الرضا أم لا، وقع ذلك مع العلم أو الجهل أو الغفلة والنسيان . كل ذلك
لصدق الحدث، فيكون مقتضاه سقوط الخيار بمجرد التصرف تعبداً حتى مع العلم
بالمخلاف .

وهذا مما لا يقبل الانكار بل لم ينكر أحد، بل المحقق الاردبيلي «قده» صرح
بذلك أيضاً وسلم عمومته من هذه الجهة حيث قال بعد نقل مكتبة الصفار : هذه
وان كانت دالة بظاهرها على أن كل حدث مسقط للخيار الا أن الحدث مجمل وبه يمكن

أن يكون كل ما هو عيب مسقط . الخ .

فان صريحه حسبما ترى تسليم ظهوره في سقوطه بمجرد الحدث الا أنه ناقش فيه من جهة اجمال الحديث، فحينئذ فنقول: أن مقتضى ظاهر الروايتين - حسبما اعترف الجل بل الكل - هو سقوط الخيار بطلاق الحدث مطلقاً من غير فرق بين أن يكون كاشفاً فعلاً أو نوعاً أو لم يكن كاشفاً أصلاً ، بل وقع العلم بالخلاف حسبما لا يخفى . ولكن قد يناقش في عموم ذلك بوجوه :

(الاول) ما في «مجمع البرهان» باجمال لفظ الحديث من حيث هو لاحتمال أن يكون المراد منه العيب أو كلما يعد تصرفاً ، فيكون لفظ الحديث مجملاً ، فيسقط عن درجة التمسك بها .

وفيه : أولاً يمنع الاجمال في لفظ الحديث من حيث ذاته ، وثانياً : سلمنا اجماله ذاتاً ، الا أنه يرتفع الاجمال بعد تفسير الامام (عليه السلام) ، حيث سأل عنه وقيل له : وما الحدث ؟ قال (عليه السلام) : ان لامس أو نظر الى ما كان محرماً عليه قبل الشراء . اذ من الواضح أنه لاختصاصية الامور المذكورة في صدق الحديث ، فيعلم منه انما هو القدر الجامع بين هذه الامور وهو الحدث المسقط الذي حكم بكونه مستقلاً لخيار الحيوان ، وهو التصرف المتوقف على الملك أو على اذن المالك سواء كان في الامة أو في غيرها ، غاية أن الامام (عليه السلام) مثل بذلك من باب الايضاح لظهور توقفها على الملك .

وأيضاً لاختصاص الامور المذكورة، بل ما ذكر من باب المثال ومن باب بيان أن المراد من الحدث المسقط هو ما كان من هذا القبيل ، أي ما يتوقف على الملك أو اذن المالك فلا وجه مما ذكره المحقق الاردبيلي «قده» من اختصاص ذلك بالامور المذكورة وبالاماء ، فلا يجري في غيرها وفي غير الاماء حسبما عرفت .

فالتصرف الذي علم من ذلك كونه مسقطاً هو الذي يتوقف على الملك أو على اذن المالك . وأما التصرف الذي لا يتوقف على الملك ولا على الاذن من المالك ، بل كان معلوماً رضائه بذلك من شاهد حال ونحوه ، فلا اشكال في عدم كونه مسقطاً كربط الدابة وتعليقها وحفظها ونحو ذلك ، فانه معلوم رضائه بذلك فلا وجه لسقوط الخيار بذلك بعد تفسير الحدث المسقط بنحو الامور المذكورة مما كان موقوفاً على الملك أو اذن المالك ، فيكون المسقط منحصراً بذلك فلا وجه لاسقاط غيره مع اختصاص الدليل به .

مضافاً الى أن الاعتبار أيضاً يقتضي ذلك ، لان من عليه الخيار حيث كان متشبهاً بالملك جعل الشارع هذا التشبه بالملك كالمملك الحقيقي من باب الارفاق لئلا يكون على تقدير الرجوع تصرفاته على نحو يناهي ملكيته فنزل الشارع ملكية انشائية منزلة الملك الفعلي ومنعه من التصرف .

ولاريب أن هذا المنع من التصرف من باب الارفاق بالبائع ، فيكون المنع حينئذ مخصوصاً بما اذا كان التصرف منافياً للارفاق بأن كان على غير اذنه . واما اذا كان التصرف في العين هو عين الارفاق بالملك لحفظ ماله وتوجه دابته فلا وجه لمنعه عن ذلك ولكونه مسقطاً . حسبما لا يخفى .

وبالجملة التصرفات التي يتوقف على اذن المالك هي مسقطة للخيار دون غيرها من غير فرق بين كونه كاشفاً فعلاً أو نوعاً ، حتى مع العلم بالخلاف أيضاً من غير فرق بين الاماء وغيرها ومن غير فرق بين أن يكون ذلك للاختبار أو لغيره اذ الاختبار غالباً يقع قبل الشراء ولا وجه لاستثناء التصرف اذا كان غرضه الاختبار . كل ذلك لتفسير الحدث المسقط للخيار في رواية على بن رثاب بالامور المذكورة .

وأما مكاتبة الصغار حيث كتب اليه عليه السلام عن التصرف في الدابة من أخذ الحافر

والنعل والركوب الى فراسخ ، فوقع الجواب : ان أحدث حدثاً فقد وجب الشراء .

فيستفاد منه أيضاً ذلك ، لتفسير الحدث في الرواية السابقة بالامور المذكورة التي عرفت منها من ترققه على اذن المالك . ولاريب ان ماوقع في سؤال هذه الرواية كلها من هذا القبيل ، وأن أخذ الحافر والنعل والركوب الى فراسخ مما لا يرضى به صاحب الدابة اذا كانت للغير . فيكون حال هذه الرواية حال رواية علي بن رثاب في الدلالة على كون مطلق التصرف المتوقع على اذن المالك مسقطاً للخيار مطلقاً .

فلا وجه حينئذ لما ذكره المحقق الاردبيلي «قده» حيث قال : ان هذه الرواية وان كانت دالة بظاهرها على أن كل حدث مسقط للخيار الا أن الحدث مجمل لانه بعد ما عرفت من تفسير الحدث في الرواية الاخرى ارتفع الاجمال في لفظ الحديث .

فالمسقط هو التصرف الذي يتوقف على الاذن من المالك وهو الحدث المسقط من غير فرق بين أن يكون وقوعه عمداً أو سهواً أو نسياناً أو غير ذلك . وأما غيره فلا يكون مسقطاً لعدم الدليل على ذلك .

هذا كله في دفع المناقشة الاولى - أي اجمال لفظ الحدث من حيث هو - وقد عرفت أنه لا اجمال فيه أصلاً .

(الثاني) سلمنا أن لفظ الحدث بملاحظة التفسير عام يشمل صورة ما اذا كان كاشفاً عن الرضا وعدمه ، الا أن الرواية الاولى من حيث اشتمالها على قوله عليه السلام : (فلذلك رضى منه) . وتعتبها به ظاهرة في اختصاصها بالحدث الكاشف عن الرضا ، وعلى تقدير عدم ظهوره في ذلك فلا أقل من احتمال له فيوجب اجمال العام فيسقط عن الاعتبار .

أقول : غاية ما يقال في بيان ذلك ما ذكره شيخنا العلامة «قده» من دورانه بين وجوه أربعة :

«الاول» أن يكون الجملة جواباً للشرط فيكون كلها شرعية ، فكأنه قال : أن التصرف التزام بالعقد ورضائه به شرعاً وتنزيلاً .

«الثاني» أن يكون توطئة للجواب - أي قوله (فلا شرط له) على وجه يشير الى الحكمة أيضاً ، فيكون اشارة الى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالباً على الرضا كالتفرق في خيار المجلس ، وعلى كل من المعنيين يكون كل تصرف مسقطاً وان علم عدم دلالة على الرضا .

«الثالث» أن يكون ذلك علة لقوله : ولا شرط له فتكون الجملة اخباراً عن الواقع ، نظراً الى أن الغالب بملاحظة نوع التصرف لو خلي وطبعه فيكون نفي الخيار ، فلا يكون التصرف غالباً دالا على الرضا بلزوم العقد ، وحينئذ فدمقتضى الغلبة اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك - أي دالاً بالنوع غالباً على الرضا وان لم يدل في شخص المقام - فيكون مقتضى ذلك المسقط ما كان له ظهور نوعي في الرضا نظير ظواهر الالفاظ في معانيها تعبداً بعدم قرينة توجب صرفه وتعميمه لما يدل على الرضا وان لم يعد تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع والاذن لغيره بالتصرف فيه فان العلة كما أنها تخصص فتعمم أيضاً .

«الرابع» أن يكون اخباراً عن الواقع وتكون الغلبة هي نفس الرضا الفعلي الشخصي .

هذه محتملات الرواية - ثم قوى «قده» ظهورها في أنه الثالث ، فيكون مقتضاه الكشف النوعي . وأنت خبير بأن أظهيرية ذلك من بين الاحتمالات المذكورة في غاية المنع ، بل الظاهر من الرواية بمقتضى سياقها كون ذلك حكمة لاعلة كما اعترف به غير واحد ، كما يرشد اليه تقدمه على قوله (فلا شرط لبعده تقدم المدلول

على العلة). وان تنزلنا عن ذلك فغاياته عدم ظهور ذلك في شيء ، فيكون مجملاً مردداً بين العلة والحكمة .

وأما ظهوره في الغلبة فلا ، فإذا كان مجملاً لدور انه بين معان أربعة أو خمسة منها يقتضي التعبد ، ومنها يقتضي تحقيقه بالرضا فيدور مداره اذا كان هذا اللفظ مجملاً لدورانه بين الامور المذكورة فيسقط عن درجة الاعتبار ، فلا يكون معارضاً ومانعاً عن الاستدلال بظهور لفظ (ان أحدث فيه حدثاً) الواقع في صدر الرواية .
وأما ما ذكر من سريان اجماله الى العام لتعقبه بالمجمل المتصل فيسقطه عن الاعتبار .

ففيه : أن ذلك مما لا ربط له بالمقام ولم يعلم كونه مخصصاً حتى يكون من قبيل العام المخصص بالمجمل ، بل أمره دائر بين كونه مخصصاً أو اجنبياً عن العام ، فتعلقه بالعام أقل من تعلق الاستثناء المتعقب للجمل ، مع أن اجماله لا يسري الى تلك الجمل كما هو مذهب المشهور المعروف . ولو سلمنا أن اجماله يسري الى العام فيصير مجملاً ويسقطه عن درجة الاعتبار .

فهذا غاية مراد المناقش الا أنه لا ريب أن اجماله يسري الى العام الذي تتعقبه الجمل ، وأما العام الاخر الواقع في مكاتبة الصفار فهو باق على عمومه ، لان هذا المخصص بالنسبة اليه مفصل ، فلا يسري اليه اجمال ، فيكون ذلك باقياً على عمومه وهو كاف في اثبات المطلوب بل بعموم ذلك يرفع اجمال العام الاخر .

(الثالث) سلمنا عموم ذلك الا أنه يضعفه عدم انفكاك المملوك المشتري عن نحو هذه التصرفات ، فلو قيل مع ذلك بسقوط الخيار بمجرد التصرف تعبداً كان جعل خيار الثلاثة حينئذ لغواً ، فلا بد من القول بعدم كون هذه التصرفات اللازمة مسقطاً حتى يكون في جعل الخيار ثمرة .

هذا ، مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على أمور خفية

- في الحيوان - للمشتري ، وكيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقي ونحوها .

وقد أجاب عنه شيخنا العلامة «قده» بما حاصله : منع دلالة جميع التصرفات لو خليت وطبعها على الالتزام بالعقد حتى تكون الاجازة فعلية .

وأنت خبير بما فيه ، أولاً : بأن الايراد المذكور ليس مبنياً على دعوى جميع التصرفات على الرضا حتى يقال في دفعه بمنع ذلك بل انما يرد ذلك على القول بالتعبد حسبما قررناه ، فانه حينئذ أيضاً يكون جعل الخيار في الثلاثة لغواً كما توهم فلا ينفع في دفع ذلك منع دلالة جميع ذلك على الرضا لعدم الاناطة بالرضا على التعبد .

وثانياً : أن الاشكال المذكور يرد على التول بالكشف النوعي أيضاً كما هو مختاره «قده» لعدم انفكك المملوك المشتري عن نحو تلك التصرفات الكاشفة عن الرضا نوعاً أيضاً . فالقول بالسقوط بالتصرف الكاشف نوعاً يلزم اللغوية أيضاً لعدم انفكك . فالاشكال مشترك الورود فلا بد من رفع الاشكال على جميع التقادير . فتقول في رفع الاشكال : هو أن يقال : أن بطلان الثاني ممنوع . بيان ذلك : أن الشارع شرع أصل الخيار في الثلاثة للارفاق بالمشتري والاطلاع على عيوب المبيع ، وذلك لا يستلزم التصرف حسبما لا يخفى ، بل الكون عنده في الثلاثة يوجب الاطلاع ان كان هناك عيب . وملكية المملوك لا تستلزم التصرف حتى يقال بأنه على القول بسقوطه به مستلزم لغوية الخيار . بل الشارع من باب الارفاق حكم بأن له الرد في الثلاثة بشرط عدم التصرف وأنه لو تصرف فيه مسقط خياره وأي منافاة في ذلك خروج التصرفات التي كانت لحفظ الحيوان من السقي وغيره لعدم دخولها في الادلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف ، لما عرفت من اختصاص ذلك بالتصرفات الموقوفة على الملك والاذن من المالك .

ولاريب ان المنع عن هذه التصرفات مطلقاً ولو جهلاً أو نسياناً لا يكون منافياً لجعل الخيار حينئذ فأي لغوية في جعل الخيار مع القول بسقوطه بالتصرف مطلقاً ، فان حكمة جعل الخيار هو الارفاق وهو يحصل في صورة عدم التصرف فيكون كافياً في جعل الخيار وأصل تشريعه ، ولا يقتضي ذلك الارفاق معه بأزيد من ذلك بأن يقال : ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً فانه وان كان - أيضاً - ارفاقاً به الا أنه خلاف الارفاق بالنسبة الى المالك ، فالارفاق بهما يحصل بثبوت الخيار في صورة عدم التصرف . وأما معه فيسقط الخيار بالدالة المذكورة ولا منافاة حسبما عرفت .

(الرابع) أن الرواية بعد تسليم دلالتها على سقوط الخيار بمطلق الحدث يكون معارضاً بما ورد في باب العيب والغبن في سقوط خيار العيب والغبن بالتصرف حيث سئل عن أبي جعفر عليه السلام فقال : ان كان الشيء قائماً بنفسه لعينه يردّه الى صاحبه بعد ظهور العيب وأخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ ونحو ذلك فيرجع بنقصان العيب ولا رد .

الى غير ذلك من الاخبار الاخر الواردة في ذلك السبب الدالة على عدم سقوط الخيار بمجرد التصرف ، بل انما يسقط بما يوجب التغير كالتقطع والخياطة فان قوله عليه السلام (ان كان الشيء قائماً بعينه) يشتمل ما اذا تصرف أم لا ، فصريح تلك الاخبار جواز الرد حينئذ وثبوت الخيار وعدم سقوطه بمجرد التصرف ، بل اختصاص السقوط بخصوص بما اذا كان التصرف موجباً للتغير كما هو صريحها ومع ذلك لا يمكن العمل باطلاق هذه الاخبار في هذا الباب - أي القول بسقوط خيار الحيوان بمجرد التصرف - للاتفاق على أن التصرف المسقط انما هو على نسق واحد بالنسبة الى جميع الخيارات .

فاذا تعين العمل بمقتضى تلك الاخبار ، لاريب أن مقتضى ذلك سقوط الخيار

بالتصرف المغير دون غيره . ومقتضاها حينئذ عدم سقوط الخيار بالتصرف الغير المغير ، الا أنه خرج عن ظاهر ذلك ما كان دالا على الرضا اما فعلا أو نوعاً ، للاجماع على سقوط خيار الحيوان بذلك من غير تكير ، حسبما عرفت . وعلى هذا فيختص السقوط بالتصرف المغير بصريح تلك الاخبار أو ما كان كاشفاً عن الرضا فعلاً أو نوعاً ، للاجماع على ذلك ، فلا يسقط بمجرد التصرف حتى مع العلم بالخلاف ، كما هو مقتضى القول بالتعبد فيطلب القول بذلك ، ويتعين القول بما يدل على الرضا نوعاً ، فان التصرف المغير داخل في ذلك أيضاً وكذا ما يدل على الرضا فعلاً ، اذ القائل بالرضا النوعي - حسبما أشرنا اليه - أنه لأقل من ذلك لاعدم السقوط بالرضا الفعلي .

هذا ولكن التحقيق أن يقال : أنه مع قطع النظر عن الاجماع على اتحاد البابين - أي باب خيار الحيوان وباب خيار العيب - لا اشكال أنه لاتعارض بين الخبرين أصلاً حسبما لا يخفى .

وبعد ملاحظة الاجماع على اتحاد البابين يحصل التعارض بينهما ، ولاريب أنه بعد الاجماع على اتحاد البابين يكون التعارض بينهما تعارض العامين من وجه فان مقتضى هذه الاخبار - الواردة في هذا الباب - سقوط الخيار بالتصرف ، سواء كان مغيراً أم لا ، ومقتضى تلك الاخبار عدم سقوط الخيار مادام بقاء الشيء بعينه سواء تصرف فيه أم لا فيحصل التعارض في التصرف الغير المغير ، فمقتضى أخبار الباب سقوط الخيار بذلك ، ومقتضى تلك الاخبار عدم السقوط .

هذا مع ان صريح بعض الاخبار الواردة في الباب السقوط بالتصرف الغير المغير كاللمس والنظر والقبلة بل الوطي ، وغير ذلك مما ورد في صحيحة علي ابن رثاب حيث فسّر عَلَيْهِ السَّلَام الحدث المسقط بذلك ، وصريح اخبار العيب هو عدم السقوط مع عدم التغير فيحصل التعارض ، فلا بد حينئذ من التساقط والرجوع

الى العمومات أو استصحاب حكم المخصص .

أما القول بالتخير كما هو المعين في الخبرين المتعارضين حسبما حقق في الاصول فهو ممالا مجرى له في المقام لكونه خلاف الاجماع بل الضرورة من الدين ، فلا بد حينئذ من التساقط ، فيكون المرجح هو الاستصحاب - أي استصحاب الخيار بعد اخراج القدر المتيقن - أي ما كان كاشفاً نوعاً من الرضا - للاجماع على ذلك حسبما عرفت .

ولاريب أن مقتضى استصحاب الخيار عدم السقوط فيما عدا ذلك فيبطل القول بالتعبد حينئذ أيضاً . وان كان لنا كلام وتحقيق في أصل كون المرجح في المقام هل هو الاصل أو عمومات اللزوم ؟ لا ابتناء ذلك على أخذ الزمان في العام ظرفاً أو قيداً ، حسبما أشرنا اليه مراراً ونشير اليه أيضاً لاستغنائنا عن ذلك فان المرجح في المقام هو العمومات الواردة في خيار الحيوان أي ما ورد من أنه ثلاثة للمشتري .

ولاريب أن مقتضى تلك العمومات ثبوت الخيار للمشتري في الثلاثة الا ما علم خروجه وهو ما اذا تصرف بما يدل على الرضا نوعاً ومع هذه العمومات يستغنى عن الرجوع الى الاصل حتى يناقش في ذلك بأن الزمان مأخوذ في العام على جهة القيدية ، فيكون المرجح هو العام دون استصحاب حكم المخصص^(١) .

هذا تمام الكلام في امكان القول بالتعبد . ويصحح القول بأن المسقط هو مادل على الرضا نوعاً وهو الاقوى تبعاً لجماعة من المحققين المتأخرين ، منهم

(١) ولا يخفى عليك أن تلك العمومات ليس لها عموم من حيث التصرف وعدمه وطرو المسقطات وعدمه بل هي ساكنة من هذا الحيث ، فهي مهملة من هذا الحيث لانفاد تشريع أصل خيار الحيوان في الثلاثة للمشتري، وأما هل مسقط بالتصرف أم لا فهي ساكنة من هذا الحيث .

شيخنا العلامة «قده» .

بقي الكلام في أنه على القول بالتعبد وسقوط الخيار بمطلق التصرف حتى مع العلم بالخلاف ، هل هو ثابت في مطلق التصرفات سواء كان من قبيل السقي والحفظ أو اللمس والنظر مما يتوقف على الملك ؟ أو كان للاختبار والاستعلام على حال المملوك من وجود العيوب الخفية وعدمه أو غير ذلك ؟ وبعبارة أخرى لابد من بيان دائرة التعبد .

فنقول : قد عرفت سابقاً في طي الاستدلال بروايات علي بن رثاب حيث فسر الحدث المسقط بمثل الوطي واللمس والنظر الى ما يحرم النظر اليه هو ما كان من هذا القبيل - أي ما يتوقف على الملك أو الاذن من المالك - وأن التصرفات الجائزة للمشتري معلومة له بشاهد الحال ونحوه كسقي الدابة وعلفها وربطها أو ما يتوقف حفظ النفس المحترمة على ذلك ، المأذونة من طرف الشارع على ذلك . فلا ريب في خروج ذلك عن مورد الأدلة حسبما عرفت . فلا يكون نحو هذه التصرفات مسقطاً لعدم شمول الأدلة لذلك حسبما عرفت .

وأما التصرفات الواقعة للاختبار واستعلام حال المملوك ، فلا يبعد استثناء ذلك أيضاً كما ذكره الشهيد «قده» في «الدروس» حيث قال : واستثنى بعضهم من التصرف : ركوب الدابة والطحن عليها وحلبها ، اذ بها يعرف حالها فيتخير . وليس ببعيد . وقال المحقق الكركي «قده» : ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو للخوف من ظالم أو لردّها تصرفاً . انتهى . وقال في موضع آخر - على ما حكى عنه - : والمراد بالتصرف المسقط ما كان المتصود منه التملك لا الاختبار ولا حفظ المبيع ، كركوب الدابة للسقي . انتهى . الى غير ذلك من كلمات الاصحاب .

وبعد اخراج التصرفات المذكورة على القول بالتعبد - حسبما عرفت - لا تبتى ثمرة بين القول بالكشف وبين القول بالتعبد الا نادراً حسبما لا يخفى .

وأما التصرف فيما يكون مسقطاً : لافرق على القول بالتعبد أن يكون عالمياً أو جاهلاً ، ناسياً أو غافلاً ، لاطلاق الأدلة على القول بالتعبد حسبما عرفت . هذا تمام الكلام في المقام الثاني .

وأما المقام الثالث - أي كلمات الأصحاب - فهي وان كانت ظاهرة في اناطة الحكم بالرضا كما ذكر شيخنا العلامة «قده» وكما هو الظاهر من عبارة «المقنعة» و«الغنية» و«السرائر» وغيرها على ما نقله «قده» حيث أنهم صرحوا بثبوت الخيار إلا أنه إذا أحدث حدثاً يدل على الرضا .

والاصل في التيمد الاحتراز فيدل بالمفهوم على عدم السقوط بما لا يدل على الرضا . وأما عبارة العلامة فهي مختلفة غاية الاختلاف إلا أن بعضها ظاهرة في ذلك ، ويمكن ارجاع غيرها إليها حسبما لا يخفى على من راجعها . وبالجمله يستفاد من عبارة الأصحاب اناطة الحكم بالرضا من حيث أن الاصل في القيد الاحتراز إلا أنه تضعفه أمور :

(الاول) أنه لو كان المراد - من العبارة المذكورة - ذلك - أي كونه منوطاً بالرضا بمعنى أن يكون المراد من التعبد : الاحتراز وسلب الحكم عما عداه - كان المناسب هو التعبير بالاشتراط والتعليق دون التوصيف ، بأن يقال : أن الحدث أو التصرف مسقط اذا كان دالاً على الرضا لانه التعبير المناسب المتعارف في مثل هذه الموارد ، فالعدول عنه والتعبير بالتوصيف مع خروجه عن المتعارف أمارة على كون الوصف موضعاً وكاشفاً وان كان الاصل فيه الاحتراز .

(الثاني) أنه المناسب لاطلاق الاخبار الواردة في الباب لداير من أن اطلاقها قاض بالتعبد به . والتحقيق وان كان خلافه كما مر إلا أن التجمد بالاطلاق هو المناسب لبناء الأصحاب واللائق بمشربهم في غير الباب .

(الثالث) ان اطلاق نفس التيمد قاض بالتعبد به لدلالته على أن التصرف الدال

على الرضا مسقط ، سواء حصل الرضا أولاً ، فالتصرف بالنسبة الى الدلالة على الرضا وان كان مقيداً ، الا أنه بالنسبة الى نفس حصول الرضا وعدمه مطلق لا مقيد له ، والداعي على ذكر القيد حينئذ مع حصول الافادة باطلاق التصرف ليس الا التنبيه على بيان حال التصرف والتعرض لشأنه . فالمراد أن التصرف مسقط للخيار سواء حصل الرضا أولاً ، الا أن التصرف هو من شأنه وشغله : الدلالة على الرضا ، وهذا هو الصفة الكاشفة .

والحاصل : أن التجمد بظاهر التقييد وان كان قاضياً بالاحترازية الا أن الامور الملفقة المذكورة صارفة عن هذا الظهور وقاضية بكونه للكشف عن حال التصرف واخباراً عن حقيقة الماهية ولذلك نسب الى المشهور القول بالتبعد به مع عدم خلو كلامهم - جلاً أو كلا - عن التقييد بالدلالة على الرضا . (والله العالم) .

خيار الشرط

الثالث : خيار الشرط - أي اشتراط الخيار - وهو غير خيار الاشتراط - أي خيار الناشئ من الاشتراط في ضمن العقد تعذراً أو تخلفاً أو فساداً - فالمراد به هنا اشتراط نفس الخيار في ضمن العقد .

وتوضيح المرام وتنقيح أطراف البحث والكلام يستدعي رسم أمور في المقام : (الامر الاول) أنه قد يشكل في ثبوت هذا الخيار وصحة هذا الشرط بوجهين : « أحدهما » ما مر في شرط السقوط وهو أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان العقد بنفسه مقتضى اللزوم فاشتراط الخيار مخالف لما يقتضيه العقد وقد أجمعوا كافة على أن كل شرط مخالف لمقتضى العقد باطل .

ثم ان هذا الاشكال انما يجري فيما بعد الثلاثة ، لان مقتضى العقد في الايام الثلاثة هو الجواز بسبب خيار الحيوان لا اللزوم ، فليس اشتراط الخيار فيهما منافياً

لمقتضى العقد بل هو موافق له ، فيختص الاشكال بمالو شرط ثبوت الخيار فيما بعد الثلاثة .

ويمكن تقريره في الثلاثة بتقريب أن مقتضى العقد فيها هو الجواز من جهة خيار الحيوان لامن جميع الجهات، فهو من سائر الجهات يكون لازماً في الثلاثة أيضاً وان كان جائزاً من جهة خيار الحيوان وتظهر الثمرة في الاسقاط . وبالجمله يكون ثبوت الخيار في الثلاثة من جهة أخرى غير الجهة الحيوانيه مخالفاً لمقتضى العقد. وكيف كان ، أجاب عنه المشهور بما أجابوا في عكس المسألة كما مر مفصلاً من أن الجواز ليس منافياً لمقتضى ذات العقد وطبيعته بل مناف لاطلاقه ، لان اللزوم من مقتضيات العقد لامن مقتضيات طبيعة العقد بحيث لا يقبل التخلف والانفكاك . والشرط الباطل هو ما كان من قبيل الثاني لا الاول لان ما هو مقتضى الاطلاق يكون قابلاً للتخلف فلا ضير في تخلفه بسبب الاشتراط .

ومذهب مرادهم أن مقتضى العقد على قسمين :

أحدهما : ما هو لازم الصيغة لا ينفك عنه سواء اشترط خلافه ام لا فيكون لازم الثبوت في الحالتين .

ثانيهما : ما هو لازم وثابت للعقد لولا الشرط لامطناً، فيكون العقد باعتباره منقسماً الى قسمين : العقد الخالي عن الشرط والعقد المشروط واللازم لازم للتسم الاول فقط دون القسم الثاني ويعبر عن القسم الاول - وهو ما يكون لازماً للعقد في الحالتين - سواء اشترط أم لا بمقتضى ذات العقد وعن الثاني بمقتضى اطلاقه. والشرط في الاول باطل ، لان المفروض ثبوت اللازم مطلقاً بشرط خلافه أولاً، فيكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد لامحالة. وفي الثاني صحيح لان المفروض أن العقد انما يمتضيه اذا كان مجرداً عن الشرط لامطلقاً ، فالمراد بمقتضى الذات والاطلاق هو ملاحظة الذات أو الاطلاق من حيث الشرط فان اقتضاء بذاته - شرط أم لا - فهو الاول وان اقتضاء العقد الخالي عن الشرط دون المشروط فهو الثاني.

وحينئذ يقال : أن اللزوم من قبيل الثاني ، لانه متمضى العقد الخالي عن شرط الخيار وليس من قبيل الاول بحيث يكون لازماً وثابتاً للعقد مطلقاً سواء شرط الخيار أولاً ، فصار شرط الخيار منافياً للاطلاق لا للماهية . والباطل هو الثاني لا الاول .

وأورد على ذلك المحقق الشيخ علي في «شرح الملمعة» - على ما حكى عنه - مما حاصله : منع كون اللزوم من مقتضيات العقد المجرد الخالي عن الشرط لانه مجرد دعوى لايينة ولا مبينة بل هو لازم لمهية العقد مطلقاً سواء شرط فيه الخيار أم لا ، وذلك لان المرجح في كرن الشيء لازماً للعقد في حال دون حال أو في جميع الاحوال هو ملاحظة الدليل الشرعي لذلك - أي دليل ذلك الحكم - ومن المعلوم أن دليل اللزوم هو (أوفوا بالعقود) وهو عام شامل للحالين ، لانه على وجوب الوفاء بالعقد مطلقاً ، سواء اشترط الخيار أم لا .

فالعقد المجرد والمشروط كلاهما مشمول بعموم وجوب الوفاء . فاذا دل على اللزوم مطلقاً ولو مع شرط الخيار ، فصار الشرط - أي شرط الخيار - منافياً لمتمضى العقد ، حيث أن مقتضى عموم (أوفوا) هو اللزوم عند الاشتراط ، ومقتضى دليل الشرط هو الجواز وثبوت الخيار ، وهما متنافيان متناقضان . ومقتضى تحكيم العموم على دليل الشرط لكونه رافعاً لموضوعه هو فساد الشرط وعدم ثبوت الخيار لكونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ومخالفاً للكتاب والسنة .

ولو أغمض عن ذلك فأقصى الامر وقوع التعارض بين الدليلين : دليل الوفاء بالعقد المقتضي للزوم ، ودليل صحة الشرط المقتضي للجواز . والنسبة عموم من وجه . والمرجح بعد التسايط هو أصالة اللزوم ولا أقل من استصحاب الملكية بعد الفسخ . وكيف كان فلا دليل على صحة هذا الشرط بل الدليل على خلافه . هذا محصل مرامه على المذهب منا . ويندفع بمنع المعارضة في المقام ،

لان دليل وجوب الوفاء لا يصلح لشموله للعقد المشروط بالخيار المتيد له ، لعدم قابليته لدخوله تحته للزوم المعارضة بين الدليلين لو شمله على مقرر، بل للزوم التناقض في مدلول (أوفوا) فلا يمكن شموله وعمومه له ، لان العام انما يشمل الافراد القابلة دون الفرد الغير القابل عقلا .

ووجه عدم القابلية هو: أن الوفاء بالعقد معناه هو الوفاء به على حسب ما هو عليه كما وكيفاً أي على حسب ما يوقعه ويتصدده المتعاقدان من القيود والخصوصيات - فاذا كان العقد مشروطاً بشرط فالوفاء به انما يتحقق بالوفاء به متيداً بذلك الشرط لان الوفاء بنفس العقد المجرد دون الشرط حينئذ ليس وفاء للعقد على ما هو عليه في الخارج من الخصوصية فمعنى وجوب الوفاء به ليس الاوجوب الوفاء بالعقد والشرط قضية للرفاء بالعقد على ما وقع في الخارج والعقد المشروط فيه الخيار ليس قابلاً لوجوب الوفاء بهذا المعنى .

بدهاء أن العقد الخياري ليس واجب الوفاء، اذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد الجائز ، لانه تناقض بين . ولذا لا يشمل (أوفوا) العقود الجائزة ويكرن مفاده أصالة الزوم في العقود فاذا لم يعقل وجوب الوفاء بالعقد المشروط فيه الخيار لعدم قابليته لوجوب الوفاء به خرج عن تحت (أوفوا) بحكم العقل تخصصاً لا تخصيصاً .

فصار العقد منزعاً الى نوعين: العقد المشروط فيه الخيار والعقد المجرد عنه واللزوم لازم للثاني دون الاول ، فليس شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد ، اذ المنافاة مبني على عموم (أوفوا) وشموله للعقد المشروط بالخيار أيضاً ، والمفروض خلافه كما عرفت .

فاذن اندفع توهم المعارضة بين (أوفوا) ودليل الشرط بل دليل الشرط جار من دون تعارض . وهذا هو مرادهم من أن اللزوم هو مقتضى العقد بشرط أن

لا يشترط فيه الخيار لامقتضى العقد المشروط فيه الخيار .

فان قلت : ان وجوب الوفاء بالعقد معناه وجوب الوفاء بكل عند على حسبه جوازاً ولزوماً ، فيجب الوفاء بالعقد الجائز على مقتضى جوازه كما ذكر في « المسالك » ان جائزاً فجائز وان لازماً فلازم .

قلت : مضافاً الى أنه لا يحصل لوجوب الوفاء بالعقد الجائز ، ومضافاً الى استلزامه عدم جواز التمسك به لاصالة اللزوم وهو خلاف ما استقرت عليه طريقة الاصحاب ، وقلنا يتعقله بدعوى أنه يجب في العقد الجائز أيضاً ترتيب آثار الجواز ، فالوفاء بالعقد ترتيب آثار كل على حسبه فلا يضرنا ، لان لازم هذا المعنى على فرض تعقله هو ثبوت الجواز وصحة شرط الخيار لكونه مشمولاً لـ (أوفوا بالعقود) وحينئذ فليس الشرط مخالفاً لمقتضى العقد ولا منافياً لوجوب الوفاء بالعقد فتدفع المعارضة بين الدليلين رأساً بل كان (أوفوا) بنفسه دليلاً على صحة هذا الشرط .

و «ثانيهما» ان شرط الخيار شرط غير مقدور ، والشرط الغير المقدور باطل عقلاً وشرعاً .

أما الصغرى : فلان الخيار حكم شرعي ، وهو منوط بالجعل من الشارع وليس أمره راجع الى المكلف .

وأما الكبرى : فلان الشرط عبارة عن الالتزام والالتزام ، فلا بد من أن يكون متعلقه الافعال الخارجة الاختيارية المقدورة ، والامر الغير المقدور الخارج عن اختيار المكلف ليس قابلاً للالتزام والالتزام فليس صالحاً للاشتراط .

وليس هذا من قبيل شرط النتائج أيضاً حتى يأتي فيها ما يأتي فيها من ارجاع الشرط الى الالتزام بالاثار المقدورة فيصح الاشتراط من هذه الجهة وان كانت هي بأنفسها غير مقدورة ، لان النتائج عبارة عن الاوصاف والاحكام الوصفية المسببة

عن الاسباب الاختيارية كالملكية والحرية والرهنية ونحوها ، فانها وان كانت بأنفسها غير مقدورة ، لعدم كونها من الافعال الخارجة بل من الاوصاف ، الا أنها مقدورة بالواسطة ، لكونها مسببة عن أسباب هي أفعال خارجية .

فلاضير في صيرورة الشرط سبباً لها أيضاً بحكم (المؤمنون عند شروطهم) وهذا بخلاف الخيار ، اذ ليس وصفاً مسبباً عن سبب اختياري ، بل هو حكم شرعي سببه ليس الاجعل الشارع ، فاشتراط الخيار شرط على الله «تعالى شأنه» لاعلى المكلف . فيدخل في الشرط الغير المقدور .

ويندفع هذا الاشكال بمنع اختصاص دليل الشرط بالافعال الخارجية بل يعمها وغيرها مما كان له اثر قابل لوجوب الوفاء وحيث أن للخيار آثاراً وأحكاماً راجعة الى فعل المكلف ، كترتيب آثار الفسخ لفسخ واللزوم لسقوط فيشملة عموم (المؤمنون عند شروطهم) .

نعم لو كان متعلق الشرط حكماً شرعياً بحيث لم يتعقل وجوب الوفاء به أصلاً ولو بملاحظة الآثار كما اذا اشترط حلية الخمر أو حرمة شرب الماء - مثلاً - دخل في الشرط الغير المقدور ولم يشمله دليل صحة الشرط . والخيار ليس من هذا القبيل ، بل من قبيل الاول .

والفرق بينه وبين النتائج أنها مقدورة بالواسطة ، والمقدور بالواسطة مقدور والخيار غير مقدور لكن وجوب الوفاء به بمعنى وجوب ترتيب الآثار وهو قابل للوفاء عملاً بعموم (المؤمنون...) الشامل للمقدور وغيره اذا كان قابلاً للوفاء ولو بملاحظة الآثار. فتدبر .

وقد ينتصر للمشهور ويدفع كونه شرطاً غير مقدور بما ذكره الفاضل الجواد في «شرح اللمعة» : من أن الاقالة مما ثبت مشروعيتها بالنص والاجماع ، وليس معنى الاقالة الا الفسخ ، والخيار أيضاً كالاقالة في كونه منشأ لفسخ العقد ، غاية

الامر أنها منوطة برضاء الطرفين بخلاف شرط الخيار ، لانه على حسب ما اشترط .

وفيه : أن الاقالة فعل خارجي، والخيار حكم شرعي فلاوجه لمقايسةأحدهما بالآخر .

وقد ينتصر لهم أيضاً : بأن شرط النتائج مما ثبت مشروعيته في الجملة فيما لم تكن له سبب مخصوص مع اشتراكها في كونهاغير مقدور ، والخيار أيضاً من جملة النتائج ، فلا ضمير في ثبوته بالشرط مثلها عملاً بعموم (المؤمنون ...) الا ما خرج .

وفيه : ما مر من أن الخيار ليس من النتائج لانها عبارة عن الاوصاف المسببة عن الاسباب الشرعية ، وتلك الاسباب أفعال خارجية . والخيار حكم شرعي لاوصف خارجي أو اعتباري بل أمره راجع الى جعل الشارع وخارج عن اختيار المكلف ، فلا وجه لمقايسة الخيار بالنتائج .

للهم الا أن يراد به مجرد النقض الكاشف عن صحة اشتراط ما هو خارج بنفسه عن التدرة كالواصف لانه مشترك بينهما وان اختلفا في وجه الحل . فتدبر .

وكيف كان فقد ظهر اندفاع الاشكال في صحة هذا الشرط ، فلا اشكال في الصحة .

(الامر الثاني) هل يجري هذا الخيار في البيع المشروط صحته بشرط متأخر كالصرف والسلم المشروطين بالقبض أولاً ؟

قد مضى مفصلاً - في خيار المجلس - الاشكال في ثبوته قبل القبض فيما يتوقف صحته عليه بناءً على عدم وجوب التباض تكليفاً لان الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ ، ولايتصور ذلك الا اذا كان العقد مؤثراً حتى يؤثرالفسخ في رفع ذلك الاثر ، وقبل التباض لاأثر للعقد بحكم الفرض ، فكيف يتعفل الخيار .

بل قد تقدم الاشكال في جريان الخيار في العقود الجائزة بالذات، فان جوازها ذاتاً يكفي في السلطنة على الفسخ والازالة. فالخيار تحصيل للحاصل ولغو محض لا يترتب عليه أثر أصلاً . والقول بأن أثره وفائده جواز سقوطه بالاستناط مدفوعة بأن السقوط فرع الثبوت فلا يعقل أن يكون أثر أو فائدة له .

وكيف كان فيدور الخيار مدار ثبوت الفائدة ولذا قلنا أنه بناءً على وجوب التقابض في الصرف والسلم لامانع من ثبوته لكون فائدته حينئذ هو رفع هذا الوجوب بالفسخ لارتفاع الموضوع به ، وان اشكلنا فيه أيضاً كما قد ذكرنا فراجع .

والغرض في المقام هو التنبيه على خصوصية في المقام ليمتاز بها عن سائر الخيارات ، حيث أن الاشكال والكلام هناك انما كان في تعيين مبدأ الخيار هل هو قبل النبض أو بعده .

وأما أصل الخيار فلا مانع منه ، غاية الامر أنه لو أحلنا ثبوته قبل القبض لعدم الفائدة تعيّن التول بثبوته بعد النبض . وهذه المندوحة مفقودة في المقام الا أن الاشكال هنا في أصل ثبوت الخيار مطلقاً لوجود المانع عنه في الحالتين اما قبل القبض فلعدم الفائدة وعدم الامكان وأما بعده فلزوم الجهالة والغرر في الشرط كما نبّه عليه المحقق الشيخ علي في «شرح اللمعة» .

ولذا حكى عن «المبسوط» و«الغنية» و«السرائر» التصريح بعدم دخول خيار الشرط فيه، مدعين على ذلك الاجماع، لكن العلامة «قده» قد أشكل في «القواعد» فيه - على ما حكى عنه - بل في موضع من «التذكرة» أيضاً : الجزم بدخوله في الصرف ولعل غرضه الرد على استدلال الشافعي - أي ابطال دليله - لامنع اصل المدعى .

وعنه في موضع آخر من «التذكرة» منع ثبوته في الصرف والسلم أيضاً ،

والاقوى عدم دخوله فيه، لما ذكر وحاصله: أنه اما أن يشترط بعد القبض ثبوت الخيار أو يشترط في ضمن العقد . وعلى الثاني : فاما أن يشترط في ضمن العقد ثبوت قبل القبض أو يشترط بعده، فان الشرط بعد القبض ثبوت الخيار - يعنى اشترط رأساً لانه شرط منفصل خارج عن العقد - فلا أثر ، وان اشترط في العقد ثبوته قبل القبض، لم يعقل لعدم الفائدة ، وان اشترط ثبوته بعد القبض لزم الجهالة والغرر ، لان زمان القبض مجهول والجهل في الشرط غرر موجب لفساد العقد لسرايته الى الغرر فيه .

هذا مضافاً الى الاجماع المحكية عن الثلاثة خلافاً لـ «لمسالك» حيث قال بالتعميم ومنع الاجماع، بل قال: أنه أطبق المتأخرون على منعه - بمعنى أنهم منعوا ثبوت الاجماع - فانهم بين مطلق بثبوته في البيع وبين مصرح بالتعميم وهو كاف في منع الاجماع . وقواه في «الجواهر» .

والاقوى ما ذكرنا ، والاعتماد على الوجه المذكور دون الاجماع .
ونقل عن الشافعي وجه آخر للامتناع وهو : ان اشتراط الخيار مناف لغرض اشتراط القبض حيث أن المقصود من تشريعه هو انقطاع علاقة المالك رأساً حتى يفترقا عن لزوم ولم يبق بينهما علاقة ، ولو ثبت الخيار بقيت العلاقة . وهذا نقض للغرض .

وفيه : ما لا يخفى لانه محض اعتبار ، واستحسان صرف لا يصلح للاعتماد فلذا أجاب عنه في محكي «التذكرة» بمنع الملازمة . هذا كله في الصرف .
وأما السلم: فقد يتوهم استبعاد الاجماع على ثبوته فيه نظراً الى أنهم أجمعوا كافة على دخوله في جميع أنواع البيع وأقسامه ولم يستثنوا من ذلك الا الصرف، فيدخل السلم في المستثنى منه .

وفيه : منع ، صغرى وكبرى لان التعرض لخصوص الصرف ليس لخصوصية فيه بل لئلا يمتنع من الوجه وهو متحد في البابين ، ولعل السكوت عنه من جهة أن

اشتراط القبض في الصرف أظهر وأقوى .

وكيف كان فحكمه حكم الصرف لاتحاد مناط الاشكال، والاجماع المتوهم ممنوع ويكفي فيه ما مر من « التذكرة » من المنع والاشكال في كليهما ، ولو سلم فالمستند في المقام هو القاعدة لانتفاء النص الخاص ، ومناطق الجواز والمنع فيهما واحد ، فالفرق بينهما باطل .

(الامر الثالث) أن هذا الخيار على حسب ما يشترطه المتعاقدان كماً وكيفاً وليس له حد مضبوط، ونعني بالكلمة: طول الزمان وقصره ، فلا فرق بين اشتراط الخيار ثلاثة أو أقل . ونعني بالكيفية : الاتصال بالعقد والانفصال أو اتصال زمان الخيار واستمراره أو انفصاله .

فهنا مسائل ثلاث

«المسألة الاولى» في كونه منوطاً بالتعيين وعدم الفرق فيه من حيث الكم. والحكم فيه اجماعي ولم يذلل فيه خلاف الا عن بعض الشافعية ، حيث قالوا بعدم جواز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام استناداً الى (النبيين) أو (النبي صلى الله عليه وآله وسلم) المروي بطريقتين : أن جناباً بن منقذ كان يخذع في البيع أو أنه أصابه في رأسه ، فقال النبي ﷺ : اذا بعث فقل : لا خلافة وجعل لك الخيار ثلاثاً . وفي أخرى ولك الخيار ثلاثاً .

وفي «الجزاهر» : الخيار ثلاثاً، وكذا في كتاب الشيخ على «قده» . والفرق أنه بناءً عليه يكون مفاده حكماً كلياً عاماً، فلا يحتاج الى ضم قاعدة الاشتراك بخلاف الاول ، لان المجعول له الخيار ثلاثاً بحكم النبي ﷺ هو خصوص المخاطب لمكان قوله (وجعل لك) أو (لك) فتعميم الحكم يحتاج الى ضم قاعدة الاشتراك .

ويؤيده الاعتبار العقلي أيضاً ، لان حكمة جعل الخيار هي التروي والتأمل في المصالح وهو في مدة ثلاثة أيام فالزيادة عنها لغو محض ، فلذا جعل الخيار في الحيوان ثلاثة أيام لأزيد .

الا أن في سند الروايتين مضافاً الى الارسال ما لا يخفى من الضعف لانه من طرق العامة لا من طرق الخاصة ولا جابر له لاتفاق الكل على خلافه والاعراض عنه فلا يصلح للاعتماد ، والاعتبار العقلي ليس دليلاً في شيء بل قد يناقش في دلالة الرواية أيضاً كما عن العلامة في «التذكرة» حيث ادعى أن لاثلاثة في الشرع عبارة عن جعل الخيار ثلاثة أيام . وكيف كان فهو بالاعراض جدير . وقد يستدل له بوجهين آخرين :

أحدهما : أن عادة الشرع قد جرت على ثلاثة أيام فهو حد شرعي لا يجوز التعدي عنه ويتضح عنه خيار الحيوان وتأخير الثمن ، لان حده ثلاثة أيام . وفيه : ما لا يخفى من الضعف والقياس .

ثانيهما : قوله عليه السلام (الخيار في الحيوان ثلاثة أيام اشترط أو لم يشترط) . لان معناه : أن الخيار في ثلاثة أيام ثابت في الحيوان مطلقاً من غير حاجة الى الاشتراط ، وأما فيما عداه فهو - أي الخيار في ثلاثة أيام - يحتاج الى الاشتراط فيدل على أن حد الخيار هو الثلاثة مطلقاً وفي غيره مع الشرط ، وهو كما ترى بل هو على خلاف ذلك أدل حيث أنه يدل على أن خيار غير الحيوان يدور مدار الاشتراط كائناً ما كان .

أما اعتبار كونه ثلاثة لا أزيد ، فلا دلالة عليه بوجه . وقد حكى عن العامة عدم جواز اشتراط أقل من ثلاثة أيضاً . وهو كسابقه في الضعف قولاً ودليلاً .

« المسئلة الثانية » في عدم كونه مضبوطاً من حيث الكيف من الجهة الاولى وهو الاتصال والانفصال ، فلا فرق بينهما ، خلافاً للشافعي في الثاني ، لشبهة ذكرها

العلامة في «التذكرة» على ماحكي وهو لزوم انقلاب العقد اللازم جائزاً ، وهو باطل .

وفيه : أولاً - النقص : بخيار الرؤية والتأخير. وثانياً - الحل : بأنه لا مانع من ذلك أصلاً بعد دلالة الدليل على لزوم الوفاء بالشرط فانه مخصص بعموم أصالة اللزوم . فالاستناد اليه مصادرة واضحة ممنوعة .

«المسئلة الثالثة» في عدم الفرق في اشتراط الخيار كيفاً من الجهة الثانية ، وهو الاستمرار والتفرق ، فلا فرق بين أن يشترط الخيار في شهر بتمامه وبين أن يشترط في شهر يوم ويوم . لاختلاف الا لصاحب «المسالك» في الثاني حيث قال : فيه وجهان ، نظراً الى دعوى التبادرو الانصراف اما لما في «الجواهر» من انصراف الوحدة - أي وحدة الخيار - وهو موجب لاعتبار الاستمرار لان التعاقب مستلزم للتعدد . واما لانصراف توالي زمان الخيار واستمراره فيخرج المتفرق لا لاستلزامه التعدد بل لفقد التوالي وان قلنا بأنه في صورة التعاقب أيضاً خيار واحد لا متعدد بدعوى أن التصرف انما هو في كيفية هذا الخيار الواحد لا أن الخيار معه متعدد . وكيف كان فالتبادر المدعى على أحد الوجهين لا بد من ملاحظته بالنسبة الى دلالة الخاصة كما ورد في اشتراط الخيار برد الثمن مثلاً . فيدعى أن المتبادر من دليل خيار الاشتراط هو اشتراطه على وجه التوالي أو الوحدة ، أما بالنسبة الى قوله عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم) فلا مسرح للتبادر لعدم اختصاصه بخيار الشرط بل هو عام له ولغيره وليس فيه لفظ شرط الخيار حتى يدعى الصرافة الى التوالي أو الوحدة ، فلا معنى للتبادر بالنسبة كما لا يخفى .

وكيف كان فالمتبع هو تعيين المتعاقدين ، فلا فرق بين الوجهين وفاقاً للجل بل الكل والتبادر المدعى ممنوع ومدفوع بعموم (المؤمنون عند شروطهم) الشامل للتقسيم .

(الامر الرابع) أنه يشترط أن تكون مدة الخيار مضبوطة معلومة . واحترزنا بذلك عما لو اشترط مدة مجهولة سواء كان الجهل مأخوذاً فيه مطابقة كما لو قال : «ولي الخيار مدة» أو بالالتزام كما لو قال : « ولك الخيار الى مدة قدوم الحاج ، أو عند قدوم الحاج » مثلاً ، أو لم يعين المدة أصلاً بأن أطلق الخيار ولم يتعرض للمدة لا معلومة ولا مجهولة ، كما قال : « ولك الخيار » .

لاخلاف ولا اشكال في الاولين - أي فساد اشتراط المدة المجهولة على أحد الرجهين - وانما الخلاف في الاخير ، وهو ما لو أطلق الخيار .

فمن «الانتصار» و «الغنية» و «الجواهر» و «الخلاف» و «التمتع» والحلي : صحة الاشتراط وانصرافه الى ثلاثة أيام ، بل عن «الانتصار» و «الغنية» و «الجواهر» : الاجماع عليه . وعن «الدروس» الميل اليه أيضاً خلافاً للمشهور ، فذهبوا الى فساد المشهور .

ويدل على مذهب المشهور نفي الغرر ، لان الجهالة غرر منفي في باب المعاملات ، واستدل عليه أيضاً بأنه اذا لم يعين المدة ، فان ثبت الخيار دائماً كان منشئاً للخلاف ، وهو نقض لغرض جعل المعاملات ، لانها شرعت لئلا ينشأ الخلاف ، ورفع الخلاف وان ثبت في زمان معين كان ترجيحاً بلا مرجح .

الا أن الشيخ في «الخلاف» استدل على ما صار اليه من تعيين الثلاثة بدعوى وجود أخبار الفرقة بذلك ، فتكون هذه الحكاية بمنزلة خبر مرسل . ولا ينافيه عدم وجوده في الاخبار المدونة في كتب الاخبار ، لان عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود . فهو لا يقصر عن سائر المراسيل ، وضعفه بارساله منجبر بعمل هؤلاء الجماعة بل الاجماع المنقولة ممن عرفت ، فيكون مخصصاً لدليل الغرر بل رافعاً لموضوعه لا لحكمه فيكون تخصصاً لا تخصيصاً لان التحديد الشرعي موجب لارتفاع الجهالة فان تم هذا المرسل بالتقريب المذكور كان هو المتبع

في المسألة .

ولا ضير حينئذ في مخالفة المشهور بعد مساعدة الدليل لان الحق أحق أن يتبع . بل قد يدعى منع الشهرة أيضاً كما في «الجواهر» . وقد اعترف جماعة من مشائخ الفقهاء بأن هذا النقل منه خبر مرسل على حد سائر المراسيل، فإذا فرض اعتباره فلا عذر في المخالفة بل تعين العمل به سيما مع اعتضاده بالاجماعات المحكمة ولذا قواه في «الجواهر» .

بل حكى عن العلامة الطباطبائي : الجزم به في مصايحه وأجاب عنه شيخنا العلامة «قده» بأن حكاية الاخبار ونقل الاجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر ، لان الظاهر بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الاخبار في كتابيه الموضوعين لا يداع الاخبار أنه عول في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الاخبار الواردة في شرط الحيوان .

ولا ريب أن الاجماعات المنقولة انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالاته أو القاصد دلالاته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً . انتهى موضع الحاجة .

يعنى أن الخبر انما يعتبر اذا كان مستنداً الى الحس والرواية، لا الحدس والدراية، والخبر في باب الاحكام كالشهادة في الموضوعات ، لاتحاد المناط ، فالخبر المستند الى الحدس ان كان في الموضوعات يسمى بالشهادة فلا يقبل ، وان كان في الاحكام يسمى بالرواية فلا يعمل به .

واذا انجر الكلام اليه فلا بأس بالتعرض لشطر من الكلام في ذلك لما فيه من القواعد العامة النافعة . فنقول : اذا أخبر المخبر بخبر فاما أن يكون المخبر به من المعقولات المحضة أو من المحسوسات بالحواس الظاهرة .

ونعني بالاول ما لا يدخله الحس أصلاً لا بلا واسطة ولا معها ، كالاخبار بأن متدمة الواجب واجبة ، وان اجتماع الامر والنهي ممتنع ، وأن الامر بالشئ يفتضي

النهي عن الضد، وأن الخرق والالتزام في الافلاك محال، وأن الجزء الذي لا يتجزى باطل . ونحوها مما لا تدركه الحواس الظاهرة أصلاً .

ونعني بالثاني ما يدخله احدى الحواس الخمس الظاهرة ويدرك بها ، اما بلا واسطة كالطالع والغروب والليل والنهار وسائر الاعمال الخارجية ، أو مع الواسطة كالصفات الباطنة المستندة الى الامور الظاهرة كالعدالة والثاقة والسخاوة والشجاعة والكرم والبخل وغيرها .

لاشكال ولاخلاف في أنه لا عبرة بالنقل والاخبار في القسم الاول وهو المعقولات المحضة ، ويلحقه ما كان مركباً من المعقول والمحسوس ، بأن كان بعض مبادئه حسية وبعضها حدسية .

ومن هذا النبيل فتوى الفقيه في الاحكام الشرعية ، لانه داخل في المعقولات وان كان مستنبطاً من الادلة اللفظية لان الاستنباط موقوف على ضم مقدمات اجتهادية نظرية لامحالة ، والادخل في الرواية وخرج عن الفتوى والاجتهاد ، وهو خلف فالادلة الدالة على حجية الاخبار في الاحكام الشرعية لاتشمل فتوى الفقيه ، بل اثبات حجته في حق المقلد موقوف على دليل آخر كما حقق في محله ولا اشكال ولاخلاف أيضاً في حجية النقل والحكاية في قسمين منهما وهو المحسوس حقيقة أو حكماً اذا كان مستند الاخبار هو الحس ، أي احساس المخبرية في الاول، والمباديء الملازمة لها عادة في الثاني . ولا فرق فيه بين الموضوعات والاحكام .

فالشهادة أو الرواية المستندتين الى الحس مما لاخلاف في اعتبارها على ماهي عليه من الشرائط المقررة من العدالة والتعدد في الموضوعات والاول فقط أو مطلق الوثاقة في الاحكام على الخلاف .

فلاشكال والخلاف - لو كان - انما هو في القسمين الباقيين وان شئت

جعلتهما قسماً واحداً وهو ما اذا كان المخبرية من المحسوسات على أحد الزجهين لكن كان مستند الاخبار هو حدس المخبر بأن أخبر بمجيب زيد مع العلم بأنه لم يره ولم يحضره ، أو أخبر بعدالته مع العلم بأنه لم يعاشره ولم يره بل انما حصل له العلم باخبار جماعة كثيرة بمجيئه وعدالته مثلاً .

فالمعروف - بل لاختلاف ممن نعرف عدا الاردبيلي «قده» - في باب الشهادة عدم العبرة به حيث اشترطوا استناد الخبر الى الحس ، وعليه فرتعوا عدم اعتبار الشهادة الحدسية والعلمية ، ويدل عليه أمور ثلاثة : الاصل والاجماع ومادة الشهادة على ما دعى نظراً الى أنه مأخوذ من الشهود وهو بمعنى الحضر فلا يصدق بمجرد العلم الغير الحاصل من الحس والحضور في القوة المدركة .

هذا في باب الشهادة والموضوعات ، وعلى هذا القياس الاحكام أيضاً لانه وان لم يجر فيها الزجه الثالث الا أن في الاولين كفاية مضافاً الى ما في الاخير من المناقشة . والعمدة هو الاصل ، وليس في مقابله الا اطلاق أدلة حجية الخبر الواحد وقد تقرر في محله أنه لا اطلاق فيها ينهض باثبات حجية خبر الواحد المستند الى الحدس ، كما حققه شيخنا العلامة « قده » في الاجماع المنقزل وعليه فرع عدم حجيته ، لكن الاخبار بقول الامام عليه السلام فيه مستند الى الحدس دون الحس .

هذا كله اذا علم ذلك . أما اذا شك فيه بأن أخبر بالمحسوس ولم يعلم أن مستند الخبر هو الحس أو الحدس فهل يقبل اذا كان شهادة ويعمل به اذا كان رواية أربلاً ؟ فلا بد من بيان حكم مورد الشك ، مقتضى القاعدة عدم العبرة به واشترط استناده الى الحس ، لان المفروض أن الاعتبار هو الخبر الحسي دون الحدسي فالشكوك أمره دائر بين الحجية وعدمها . لان الشك في الموضوع شك في الحكم فلا حكم مع الشك في موضوعه لانه تابع لموضوعه ، فالمرجع هو الاصل وهو

يقتضي عدم الاعتبار الا أن الظاهر أنه مخالف لعمل الاصحاب فسي باب الشهادة حيث أنهم لا يعملون مجرد الشك مانعاً ولا يوجبون الاستئصال عن المستند بل بنائهم على قبول الشهادة الا اذا علم استناده الى الحدس وهو لا ينطبق على القاعدة لعدم جواز اثبات الحكم مع الشك في الموضوع .

وقصوى ما يمكن أن يقال وجهاً لجواز العمل بالخبر عند الشك في الاحكام طريقان فان تم أحدهما أمكن القول به في الموضوعات أيضاً . اما بدعوى الاولوية أو تنقيح المناط .

(الاول) ابتناؤه على جواز التمسك بالعام في الشبهات المصادقية .

فيه : ما لا يخفى ، أولاً لضعف المبنى كما حقق في محله ، وثانياً : لانه لو سلم فلا ربط له بالمقام لان التمسك بالعام في الشبهة المصادقية - ان قلنا به - فانما هو في مثل التخصيص المتصل ، كما اذا قال : « أكرم العلماء الا الفساق » أو في التخصيص المنفصل ، كما اذا قال : « أكرم العلماء » ثم قال : « لا تكرم الفساق » . فاذا شك في اندراج الموضوع تحت المخصص وعدمه فهو مورد الخلاف ، أما في مثل التخصيص بالوصف ، نحو : « أكرم العالم العادل » فهو خارج عن محل البحث والخلاف . فلا يجوز التمسك بالعام عند الشك في الازدراج لانه أشبه شيء بالشك في التخصيص لا الشك في التخصيص .

وبعبارة أخرى : هو شك في أصل موضوع العام لافي صدق المخصص بعد احراز عنوان العام فهو من قبيل ما لو قال : « أكرم العلماء » وشك في أن زيداً مثلاً عالم أو جاهل . ولا مجال فيه للتمسك بالعام أصلاً ولا يقول به أحد قطعاً لان الحكم تابع لموضوعه فكيف يثبت مع عدم احرازه . والشك فيه وما نحن فيه من هذا القبيل ، اذ ليس لنا دليل عام دلّ على حجية الخبر مطلقاً ثم خرج عنه الخبر المستند الى الحدس بالاستثناء أو بدليل منفصل بل موضوع أدلة اعتبار الخبر - لفظية كانت

أو لبية - هو خصوص الخبر المستند الى الحس من أول الامر ولا عموم له يشمل ما عداه أصلاً فالشك في الاندراج شك في أصل موضوع دليل الاعتبار لاشك في مصداق المخصص ولا مسرح للعمل بالعام فيه اتفاقاً فهذا الطريق لاثبات حجية الخبر المشكوك الحسية باطل لاجدوى له .

(الثاني) أن يقال: أن الاصحاب قد أطبقوا كافة قولاً وعملاً على حجية الاخبار المدونة في الكتب الاربعة والاصول الاربعمائة .

وقد ادعت الاجماع المستفيضة فصار اعتبارها للاجماع محصلاً ومنقولاً . وهذه الاخبار - التي قام الاجماع فيها على الاعتبار بحيث لا يقبل للانكار - ليست - جلاً أو كلاً - خالية عن الشبهة المذكورة ، لان احتمال كونها مستندة الى الحدس متطرق فيها غالباً ولا ينفك عن هذا الاحتمال الا النادر منها .

فلو بني على عدم اعتبار الخبر المشكوك الحال كما تقتضيه القاعدة لم يبق مورد للاجماعات أصلاً ولزم تنزيل معتمد الاجماع المنقولة على الفرد النادر وهو باطل . فيكشف ذلك عن كون المشكوك حجة وان حاله حال ما علم استناده الى الحس في الاعتبار .

فمقتضى القاعدة وان كان هو عدم اعتبار المشكوك لدوران أمره بين الحجة واللاحجة ، الا أن تلك الاجماع بنفسها دليل على اعتبار المشكوك حذراً عن خلوها عن المورد أو تنزيلها على الفرد النادر .

هذا لكن يدفعه منع الصغرى لانها مجرد دعوى لا بينة ولا مبينة بل خلافها معلوم لان غالب تلك الاخبار بل أغلبها - الا ما شذ وندر - من قبيل : (سألت) و(قلت) ، و(سمعت) و(قلت له كذا) و(فقال كذا) .

ولا مسرح في أمثال ذلك ، لاحتمال الحدس اذ لولا الحس لزم كون مثل هذه التعبيرات كذباً . فالامر فيها دائر بين الاستناد الى الحس وبين الكذب

اذ على تقدير الصدق لامسرح لها الا الحس ، فليس الامر فيها على تقدير الصدق دائراً بين الحس والحس .

والخبير المشكوك - الذي هو محل البحث - عبارة عما دار أهره على تقدير الصدق بين استناده الى الحس أو الحس كما اذا قال الراوي: قال الامام كذا ، وروي كذا واحتمل أنه علم بتول الامام عليه السلام وصدوره عنه من طريق الحس من دون سماعه منه ومثل ذلك أقل قليل في الاخبار لم يعلم شمول الاجماع لمثله اذ لو فرض مثله وتطرق فيه الاحتمال ، فلمنع الاجماع على العمل به مجال واسع ، فلا علم لنا بقيام الاجماع على اعتباره بحيث يصير ذلك أصلاً كلياً على اعتبار الخبر المشكوك الحال .

فدعوى تطرق شبهة الحدسية الى جـل الاخبار المدونة ممنوعة بل جملها - لولا كلها - خالية عن هذه الشبهة لكونها معلوم الحسية ، فثبت أن الاصل عدم اعتبار الخبر المشكوك في باب الاحكام .

وقد يقال : أن الاصل في الخبر اذا كان متملقاً بالمحسوسات هو أن يكون مستند الاخبار بها هو الحس دون الحدس بدعوى أن ظاهر الاخبار هو ذلك ، فانه اذا قال : أحد قال فلان : كذا ، أو فعل كذا ، أو جاء زيد ، أو أكل ، ونحوها من الاخبار بالمحسوسات ، فالمتبادر منه عرفاً هو أن المخبر رأى وأحس بالمخبر به وشاهده لا أنه علم به بالحدس والاجتهاد أو غيرهما من اسباب العلم فيدعى أن اللفظ بنفسه ظاهر في ذلك فيكون حجة لقيام الاجماع على اعتبار الظواهر اللفظية المستندة الى الالفاظ .

وفيه : منع واضح ، اذ لا مستند لهذا الظهور أصلاً لانه ليس ظهوراً وضعياً في شيء . وقد يدعى أنه ظهور عرفي وهو لا يسمع اذ لا وجه للظهور بلا سبب فانا اذا راجعنا الى وجداننا لم نر لهذا الظهور مدرراً ، فهو مجرد الدعوى ومجازفة .

فصار الاصل في الاخبار عدم اعتبارها عند الشك والاحتمال . هذا كله في باب الاحكام .

وأما في باب الشهادات والموضوعات فقد عرفت أن بنائهم على عدم وجوب الاستفصال وجواز العمل بالشهادة عند الجهل بالحال وعدم الاعتناء بالشك والاحتمال . ويمكن تصحيحه والتمسك له بوجهين :

أحدهما : أنه من باب أصالة الصحة لأن الشهادة من قبيل الاسباب لاعتبارها من باب الموضوعية لا مجرد الطريقة المحضة فيدور أمرها عند الشك بين الصحة والفساد ولأن الشهادة الصحيحة المقبولة عند الحاكم المترتب عليها الأثر بعد البناء على اشتراط استنادها الى الحس هو خصوص ذلك يتحمل المشكوك عليه لأن أصالة الصحة أمانة على الصحة الواقعية لا الصحة عند ... فلو فرض الشاهد - مثلاً - على عدم اشتراط الحس في حجية الشهادة واعتبار الشهادة الحدسية تليداً أو اجتهداداً فلا يمنع ذلك من الحمل على الصحيح الواقعي متى احتمل ذلك للزوم الحمل عليه عند الشك .

ثانيهما : أن الاصل في الشهادة أن يكون مستنده الى الحس اذا كانت متعلقة بالمحسوسات لأنها الغالب فيلحق المشكوك بالاعم الاغلب والغلبة بنفسها وان لم تكن حجة معتبرة الا أنها بضميمة بناء الاصحاب وعملهم على عدم الاستفصال يجعلها صالحة للاتكال . ولعله هو الوجه في دعوى الظهور العسري ، لأن الغلبة موجبة للظن فيتخيل أنه ظن وظهور مستنده الى اللفظ غفلة عن حقيقة الحال وأن منشأ الغلبة وصيرورتها منشأً لظهور اللفظ لا يخلو من المنع والاشكال .

وكيف كان فالاقوى عدم اشتراط احراز استناده الى الحس وعدم وجوب الاستفصال . فالاصل هو القبول الا اذا علم استنادها الى الحدس والاجتهاد سواء علم استنادها الى الحس أو شك فيه . وأما في باب الاحكام فالامر بالعكس ، فالاصل

عدم قبول الخبر الا اذا علم استناده الى الحسن .

ثم لا يخفى أن المرسلات ليست من موارد الشك والاشتباه ، اذ ليس في موارد روية مشبهة بالدلالة احتمال استناد المرسلين في نقلهم الى الاجتهاد في فهم تلك الرواية واستباطهم منها واعمال الحدس فيها ، بل مورد تلك المرسلات الخلوعن وجود الرواية المشبهة بالدلالة وليس في البين الاتك المرسلات ، ونقلها مستند الى الحسن دون الحدس ، فهي حجة بعد العمل والانجبار بما يصلح للحجة والاعتبار . ولا تجري فيها تلك الشبهة لانها مستندة الى الحسن لا الحدس كسائر الاخبار ، غاية الامر سقوط سلسلة السند فيها بعضاً أو كلا ، وهو أمر آخر لا ربط له بجهة احتمال الاستناد الى الحدس دون الحسن .

وقد يناقش فيها بضعف السند والدلالة . أما الاول : فبالارسال . وأما الثاني : فباحتمال كون المنقول فيها هو مضمون الرواية ومدلولها لانفسها وألفاظها .

ويندفع الاول : بأننا لانعمل بها الا بشرط حصول الانجبار وعمل الاصحاب . والثاني : بأن المنقول اما هو اللفظ وقول الامام عليه السلام ، أو مضمونه ومعناه بلفظ مرادف ، كما هو الحال في جميع الاخبار ، والنقل بالمعنى خارج عن الاخبار بالمعقولات بل داخل في المحسوسات ، لانه مما له مبادئ محسوسة وقد عرفت أن حكمه حكم ما كان نفسه من المحسوسات . وكيف كان فالمرسلات حجة لشرائطها تبعداً بالنقل والحكاية ، لان عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود . فانهصر مورد الاشكال بغيرها وهو ما اذا كان في البين روية مشبهة بالدلالة ونسب الحكم الى الرواية واحتمل كونه مستنداً الى الحدس والاجتهاد في فهم تلك الرواية المشكوكة بالدلالة ، أو كونه مستنداً الى روية أخرى - سواها - مبنية على الحسن ، فيتطرق فيه كلا الاحتمالين لامحالة .

وما نحن فيه من هذا القبيل ، لوجود بعض ما يصلح سنداً للنقل باعمال الحدس

والاجتهاد في دلالتها من الاخبار المشبهة بالدلالة ، وهو أخبار خيار الحيوان مثلاً ، فيحتمل أن يكون نسبة الشيخ الحكم في المسألة - الى الرواية والاخبار - مستندة الى هذه الاخبار بزعم أنه يستفاد ويستنبط منها قاعدة كلية كما أنه يحتمل استنادها الى وجود أخبار آخر سواها لم نظفر بها .

ومع تطرق الاحتمالين تسقط عن الاعتبار ، لاننا لم نحرز من نقله وجود أخبار آخر سوى أخبار الحيوان حتى نتعبد بروايته ونقله . فما ذكره جماعة من جعله بمنزلة سائر المراسيل - لان عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود مدفوع بما عرفت من الفرق ، اذ لو لم يكن في البين الا الرواية المرسلة ولم يكن في البين رواية مشبهة بالدلالة ، احتمل اعمال الاجتهاد فيها ، فتعبد بنقل المرسل وحكايته . لان عدم الوجدان لا يدل على الوجود .

أما اذا كان في البين رواية مشبهة بالدلالة ، احتمل الاستناد اليها بالحدس والاجتهاد فلا الا لان عدم الوجدان - حينئذ - يدل على عدم الوجود ، بل لانه كما لا يدل عليه لا يدل على الوجود أيضاً . فلم يحرز حينئذ رواية أخرى سوى ما في البين من الرواية المشبهة بالدلالة ، فكيف نتعبد بنقله وحكايته .

فظهر من جميع ما ذكرنا : أن حكاية وجود الاخبار عن الشيخ ليست صالحة للاعتماد وليست بمنزلة سائر المراسلات حتى يعول عليها لحصول شرط الاعتبار وهو العمل والانجبار ، بل الاعتماد حينئذ على نفس الجابر لاعلى المنجبر لعدم وجود رواية مرسلة رأساً فضلاً عن انجبارها بالعمل .

هذا لولم ندع العلم بذلك ، والا نظراً الى خلو الشك بين المودعين لنقل الاثار عنها رأساً فيحصل العلم أو الظن القوي باستناد هذا النقل من الشيخ في اجتهاده من أخبار خيار الحيوان فالامر أوضح .

فحينئذ الاقوى ما عليه المشهور من البطلان في صورة الاطلاق للغرر

والجهالة وعدم تحديد شرعي رافع للغرر موضوعاً أو حكماً .

(الامر الخامس) في مبدأ هذا الخيار ، هل هو العقد أو التفرق ، أو بعد

الثلاثة في الحيوان ، مثلاً ؟

فالمشهور على الاول ، وعن الشيخ والحلي : أن مبدأه التفرق . وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً - قولاً ودليلاً - في خيار الحيوان ، لكن الكلام هناك انما هو في مفاد الادلة الشرعية ، لان خيار الحيوان حكم تعبدي . وهذا بخلاف المقام لان الخيار هنا ثبت بجعل المتعاقدين فهو تابع للاشتراط ، وقد عرفت أنه ليس له حد مضبوط بل منوط بجعل المتعاقدين كما وكيفاً ، فلامعنى للخلاف الا النزاع الصغروي في صورة الاطلاق .

فنعول : أنه اما أن يصرح بتعين المبدأ فيجعل الخيار من حين العقد ، أو يصرح به ويجعل من حين التفرق أو يطلق ولا يعين شيء منهما . لاختلاف في الاول صحة ، ولا في الثاني فساداً ، للغرر . انما الخلاف في الاخير .

واستدل القائلون بأن مبدأه التفرق لما مر في خيار الحيوان من الوجوه العقلية وغيرها من امتناع تداخل الاسباب وأولوية التأسيس من التأكيد وكون الخيار عبارة عما لولاه للزم ، وغيرها ممامر ، لكن الفرق هنا في شيئين ، أحدهما : انتصار لهذا القول والاخر : رد عليه .

أما الاول : فقد ينتصر له بما ذكره شيخنا العلامة « قده » من أن المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان - لولاه - للزم العقد لظهور حال المتعاقدين في ذلك اذ لا يتعلق غرض مهم بجعله في زمان الخيار بل هو لغو ، فينصرف الاطلاق بشهادة ظهور الحال الى زمان لزوم العقد لولا الاشتراط وهو بعد التفرق ، ولازمه كونه في الحيوان بعد الثلاثة لكنه - لو تم - فانما يجري في صورة العلم بثبوت خيار المجلس ، اذ مع الجهل لوجه لدعوى ظهور الحال .

وأما الرد: فهو ما ذكره صاحب «الجواهر» وجماعة من مشائخ الفقهاء المتأخرين من انتفاضة بما لو صرح بالمبدأ وجعله من حين العقد لانهم صرحوا فيه بالجواز . فلو كان ثبوت الخيار في العقد الجائز بسبب خيار آخر أمراً محالاً كما يتضي به ما ذكروه من الوجوه العقلية ، لزم بطلانه مع التصريح بذلك لان التصريح لا يجعل المحال ممكناً .

وزاد عليه بعض المشائخ وجهاً آخر وهو ما ورد في أخبار خيار الحيوان من السؤال عما لو شرط فيه الخيار يوماً أو يومين ، فقال الشيخ : ان التلف في الثلاثة على البائع شرط أو لم يشرط . لانه يدل على أن مبدأ خيار الاستراط هو العقد والا لم يكن وجه لتخصيص الحكم المذكور بالثلاثة بل اللازم أن يقال : التلف في الاربعة أو الخمسة عليه وفي كليهما نظر .

أما الانتصار : فلان ظهور الحال انما يقتضي بأن الغرض متعلق باكثر زمان الخيار وازدياده ، أما كون مبدأه التفرق فلا ، اذ لولا الشرط لانقطع الخيار بانقضاء المجلس ، فالغرض من الشرط ابقاء الخيار بحيث لا ينقطع بانقضائه ، ويبقى بعده أيضاً . وهذا لا ينافي كون مبدئه العقد، لتعلق الغرض حينئذ بالزيادة ومعه تنقطع اللغوية لان اكثار زمان الخيار غرض مهم عقلائي فكيف يدعي اللغوية وظهور الحال .

نعم لو عين مقداراً لا يزيد عادة عن المجلس فظهور الحال قاض بكونه بعده لحصول اللغوية حينئذ . أما دعوى ظهور الحال مطلقاً على سبيل الكلية فلا ، لان ازدياد زمان الخيار كاف في اندفاع ظهور الحال ، بل هو الذي يقضي به ظهور الحال .

وأما الرد ، ففيه : أن قياس الاطلاق بالتصريح بقياس مع الفارق ، اذ لو صرح بالمبدأ وجعله من حين العقد فهو قرينة على أن غرضه متعلق بمقدار الزيادة عما كان له الخيار ، فاذا قال : ولي الخيار من حين العقد الى ثلاثة أيام - مثلاً -

فتصريحه به قرينة على أن غرضه متعلق باكثر الخيارات وازدياده حتى يمتسى خياره بعد التفرق أيضاً .

وأما لو أطلق أو لم يعين المبدأ فلا قرينة على ذلك، والوجه العقلي وظهور الحال حينئذ يقيان بلا مانع وصارف وهما قاضيان بثبوت الخيار له بمقدار مانعته من المدة ، فإذا قال : ولي الخيار ثلاثة أيام ، فلا قرينة على اسقاط بعض أجزاء الثلاثة، بل لابد من ثبوت الخيار له في تمام الثلاثة عملاً بظاهر لفظه في البين . فالوجه العقلي وظهور الحال يقضي بارادته الثلاثة من حين التفرق اخراجاً له عن اللغوية .

والحاصل أنه مع التصريح بالمبدأ لا مسرح للوجه العقلي ولا لظهور الحال لان التصريح قرينة على تعلق الغرض بالازدياد . وهذه القرينة مفقودة في صورة الاطلاق فيجري فيها الوجه العقلي أو ظهور الحال القاضيان بكون مبدأ التفرق . نعم يرد عليه : أن الوجه العقلي باطل مما مر في خيار الحيوان ، وظهور الحال أيضاً مدفوع بالمنع لما عرفت آنفاً ، وحاصله : أن اكثار الزمان بنفسه غرض لا ينافي ظهور الحال ، غاية الامر أنه مع التصريح نعلم بتعلق الغرض بذلك ، وفي صورة الاطلاق ليس هذا معلوماً ، لعدم التصريح به ، لكن لا ينافيه أيضاً فلا وجه لصرفه الى ما بعد التفرق .

وأما ماورد في أخبار خيار الحيوان : فلا دلالة له على المدعى بوجهه ، اذ الخصم أن يقول : أنه من جهة اشتراطه اليوم أو اليومين متصلاً بالعقد ، فجواب الامام عليه السلام دليل على بطلان هذا الشرط ، لكونه لغواً لا فائدة له لثبوت الخيار له في الثلاثة ، سواء شرط أولم يشترط ، وهذا لا يدل على كون مبدأ العقد مطلقاً ولو في صورة الاطلاق الممكن تنزيله على ما بعد التفرق لظهور الحال خروجاً عن اللغوية .

فالعمدة ما عرفت من منع ظهور الحال ولزوم اللغوية فلا مانع من كون مبدأ العقد

ولاقرينة بصرف الاطلاق الى مابعدالتفرق ، مضافاً الى أن صرفه اليه يوجب الغرر والجهالة ، لانزمان التفرق مجهول .

نعم قد يستدل على كون المبدأ بعد التفرق بالاخبار الواردة في أن تلف المبيع في أيام خيار الشرط على البائع ، اذ لو جعل المدة من حين العقد كان مقتضى اطلاق تلك الاخبار كون التلف على البائع مطلقاً، سواء حصل التلف قبل التفرق أو بعده وهو مناف لقاعدة كون التلف في الخيار المشترك على المشتري وموجب لتخصيصها .

فلا بد من احتساب المدة من حين التفرق، ليكون التلف بعده تلفاً في الخيار المختص تطبيقاً على القاعدة من كون التلف في الخيار المختص على من عليه الخيار وحذراً عن تخصيص قاعدة كونه في الخيار المشترك على المالك دون البائع ، لان التخصص أولى من التخصيص .

وهذه الاخبار كثيرة ، منها : ذيل صحيحة ابن سنان ، قال عليه السلام : وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع . ومنها : رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى من رجل يشترط يوماً أو يومين فمات عنده وقد قطع الثمن ، على من يكون ضمان ذلك ؟ قال عليه السلام : ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه .

وقد مرّ نظير هذا الاستدلال في خيار الحيوان حيث استدلوا بما دل على كون التلف في الثلاثة على البائع كون مبدأه بعد التفرق لثلا يلزم تخصيص القاعدة المذكورة .

لكننا اجبتا عنه هناك بأن الامر وان كان كذلك الا أن الحمل على التخصص مستلزم للتجاوز في أخبار خيار الحيوان لظهورها في كون الثلاثة أيام متصلة بالعقد ، فيدور الامر بين التخصص والمجاز ، والاول أولى .

وهذا الجواب لا يجري في المقام، إذ ليس لخيار الشرط دليل يدل على كون مبدأه بعد العقد، بل دليله هو عموم (المؤمنون عند شروطهم) فيمحص الأمر في الدوران بين التخصيص والتخصيص في أخبار التلف من دون استلزام الثاني تجوزاً أصلاً. فيكون متعيناً ولازمه كون المبدأ بعد التفرق.

والجواب عن هذا الوجه منحصر بما ذكره استاذ الاساتيد شيخنا العلامة «قده» هناك من كون هذه الاخبار محمولة على الغالب، وهو كون التلف بعد التفرق لأن حصول التلف قبل التفرق نادر جداً فلا ينصرف اليه الاخبار، فمبدأ الخيار هو العقد إلا أن التلف انما يكون على البائع اذا حصل بعد التفرق.

أما قبله فعلى المشتري لوقوعه في الخيار المشترك وخروجه عن منصرف الاخبار لكنه مبني على كون غلبة الوجود موجبة للانصراف، وهو وان كان خلاف المشهور لأن بناءهم على كون سبب الانصراف هو غلبة الاستعمال لاغلبة الوجود إلا أن مقتضى التحقيق المحقق في الاصول كون غلبة الوجود أيضاً سبب للانصراف وحينئذ فالأقوى كون المبدأ هو العقد لا التفرق. والله العالم.

(الامر السادس) انه لاخلاف في أنه كما يجوز جعل الخيار لاحد المتعاقدين أو لهما معاً، كذلك يجوز جعله واشراطه للاجنبي منفرداً أو منضمماً مع أحد المتعاقدين أو معهما، إلا أن الكلام في أن جعل الخيار للاجنبي هل هو تمليك أو توكيل أو تحكيم. وتظهر الثمرة في أمور :

منها : ثبوت الخيار للشارط أيضاً على التوكيل دونهما.

ومنها : قابليته للاسقاط على التمليك دون التوكيل والتحكيم.

ومنها : أنه لو مات الاجنبي فعلى التمليك ينتقل الى ورثته، لأن كل ما تركه الميت من حق فهو لوارثه، وعلى التوكيل ينتقل الى الشارط، وعلى التحكيم يسقط رأساً لأنه مجرد احداث حكم شرعي لموضوع، فيسقط بانتفاء الموضوع

وليس في كلماتهم ما يدل على شيء منها .

نعم للشهيد في «اللمعة» كلام مشتببه المراد، بل ظاهره محل للايراد وتصحيحه مبني على حمله على التوكيل ، قال «ره»: ويجوز اشتراطه لاحدهما ولكل منهما ولاجنبي عنهما أو عن أحدهما . انتهى .

ويشكل بأن ذكر عنهما أو عن أحدهما مستدرك لاحاجة اليه أصلاً الابناء أعلى كون هذا الجعل توكيلاً ، اذ يصح حينئذ أن يقال: أن هذا التوكيل اما يكون عن أحدهما أو يكون عنهما اما بناءً على التحكيم، فلا معنى له ولاثمرة لهما أصلاً. وقد يوجه بوجه آخر، وهو جعل (عن) متعلناً بالاجنبي - أي أجنبي عنهما أو أجنبي عن أحدهما - والمراد بالاول هو الثالث الخارج عن المتعاقدين ، وبالثاني هو أحد المتعاقدين لانه أجنبي عن أحد المتعاقدين .

وفيه : أنه موجب للتكرار ، لان جعل الخيار لاحد المتعاقدين قد سبق في صدر كلامه بقوله (ويجوز اشتراطه لاحدهما) فذكره ثانياً تكرار محض ، مضافاً الى أنه لاوجه للتعبير عنه بمثل هذا التعبير المشابه بالالغاز والمعميات .

وكيف كان فالمرجع في تعيين أحد الوجوه الثلاثة هو مدرك المسألة، وهو (المؤمنون عند شروطهم) ومقتضاه هو التحكيم ، وذلك لان مفاده هو الحكم التكليفي وهو وجوب الوفاء بالشرط .

وأما الحكم الوضعي وهو كون الخيار المشروط حقاً فهو منتزع من التكليف في المورد المقابل ، فان كان الخيار لاحد المتعاقدين كان ذلك حقاً له على صاحبه لرجوع فوائده وثمراته اليه اما اذا كان شخصاً آخر أجنبياً عنهما فلا يعقل حدوث حق له اذ لا فائدة راجعة اليه بل فائدة الخيار راجعة الى المتعاقدين فلامعنى لكونه حقاً للاجنبي أصلاً ولازمه سقوطه بموته لان الثابت بمفاد (المؤمنون) مجرد تكليف بوجوب العمل بقوله فسحاً وامضاءً وهو تابع لموضوعه فينتفي بانقائه.

وهذا هو المراد بالتحكيم فيبطل احتمال التمليك والتوكيل .

وان شئت قلت : ان كلا من التمليك والتوكيل فرع ثبوت الخيار أولاً لاحد المتعاقدين حتى ينتقل الى الاجنبي تملكاً أو توكيلاً ، وليس الامر كذلك ، لان الخيار ليس ثابتاً قبل الشرط وبدونه بل انما يحدث بسبب الشرط وهو تابع للاشتراط فاذا جعل الخيار بالشرط للاجنبي ابتداءً فهو ذو الخيار أولاً وبالذات بمقتضى الاشتراط لأن الخيار ثبت أولاً لاحد المتعاقدين ثم ينتقل الى الاجنبي لان ذلك خارج عن مفاد الشرط وجعله للاجنبي .

فلا وجه لشيء من التمليك والتوكيل بل يتعين التحكيم ثم ان جعل الخيار لكل من المتعاقدين فان اتفقا في الفسخ والامضاء فهو ، وان اختلفا فقد حكموا بتقديم الفاسخ - تقدم فسخه أو تأخر - وذلك لانه متى كان الخيار لمتعدد فان كان خياراً واحداً قائماً بالمجموع كالوكيل والموكل مثلاً كان الحكم للمتقدم منهما اجازة كان أو فسخاً لفوات المحل به فلو كان المتقدم اجازة سقط الخيار رأساً وصار العقد لازماً ، وان كان فسخاً فقد انفسخ العقد .

وكيف كان فلا أثر للمتأخر منهما ، وان كان فسخاً ، لارتفاع المحل . وان كان الخيار متعدداً كمختيار المجلس الثابت للبائع والمشتري كان الفاسخ مقدماً وان كان مؤخراً .

أما اذا كان مقدماً فلانتفاء موضوع الاجازة بالانفساخ . وأما اذا كان متأخراً فلان اجازة المجيز مرجعها الى عدم تشبهه بحقه واسقاطه له فيبقى حق صاحبه بحاله ، فاذا فسخ العقد انفسخ فيؤثر أثره وان تأخر ، ولازمه كون الفسخ في المقام أيضاً مقدماً على الاجازة في صورة الاختلاف لتعدد الخيار بسبب الاشتراط وجعله لكل منهما كما هو المشهور .

الا أنه يستفاد الخلاف هنا مما حكى عن ابن حمزة في «الوسيلة» من اعتبار

اجتماعهما في الفسخ والامضاء ، قال على ما حكى عنه : فان اجتماعا - أي المتعاقدان - على فسخ أو امضاء نفذ ، وان لم يجتمعا بطل ، وان كان لغيرهما - أي للاجنبي - ورضي نفذ البيع ، وان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء . انتهى .

وهذا الكلام اشتمل على جزئين .

أما الجزء الاول : فيحتمل وجهين «أحدهما» أن يرجع ضمير قوله (بطل) الى (العقد) يعني ان لم يجتمعا واختلفا بطل العقد فينطبق حينئذ على قول المشهور من تقديم الفسخ على الاجازة .

«وثانيهما» أن يرجع الى (قولهما) كما هو الحال في قوله (نفذ) اذ لا وجه لرجوعه الى العقد بل يتعين رجوعه الى القول من الفسخ والامضاء يعني ان اجتماعا نفذ قولهما في الفسخ والامضاء وان اختلفا بطل قولهما وسقطا عن التأثير فيكون حينئذ مخالفاً للمشهور لدلالته على اعتبار اتفاقهما في الفسخ والامضاء فلا أثر لقولهما مع الاختلاف وهو مخالف للمشهور من تقديم الفسخ على الاجازة .

فحقيقة أصالة الصحة وحمل الكلام على الوجه الصحيح هو الاول ومقتضى قرينة اتحاد السياق واتحاد مرجع الضميرين هو الثاني . فان حمل على الاول لاصالة الصحة فهو ، وان حمل على الثاني بقرينة اتحاد السياق ، فلا بد له من التوجيه اخراجاً له عن وضوح الفساد لانه أولى من المبادرة على اليراد .

وربما يوجه بأن الظاهر المتبادر من اشتراط الخيار لهما جعله لهما معاً على صفة الاجتماع لالكل منهما على وجه الاستقلال، فيعتبر حينئذ اجتماعهما في الفسخ والامضاء ولا أثر لهما مع الاختلاف عملاً بالشرط الظاهر في اعتبار الاجتماع ، وأورد عليه بمنع الشرط في ذلك بل هو ظاهر في الاستقلال كما لو قال (زيد وعمرو وكيلاي) فانه ظاهر في استقلال كل في الوكالة فينفذ التصرف السابق منهما ولا

أثر للمتأخر ولا يعتبر اجتماعهما واتفاقهما في التصرف .

وفيه : منع ظهوره في الاستقلال ، بل الامر بالعكس وقياسه بالمثل قياس مع الفارق . بل هذا نظير ما لو قال (زيد وعمرو وكيلي) بصفة المفرد لالتثنية . ومن الواضح أنه ظاهر في اعتبار الاجتماع لافي الاستقلال فكذا الحال في المقام .

فالاولى في الايراد على هذا التوجيه هو أن يقال : أن الترينة هنا قائمة على ارادة الاستقلال وعدم اعتبار الاجتماع وذلك لان اتفاقهما في الفسخ مؤثر بدون الشرط أيضاً لكونه اقالة موجهة للانفساخ فلا يحتاج الى الشرط ، فحمله عليه فوجب للغوية الشرط ، اذ لا يترتب عليه أثر ، بل هو تحصيل للحاصل .

فان قلت : لاضير في ذلك ، غاية الامر أن الشرط يكون حيثئذ مؤكداً لما هو حاصل بدونه ، والشرط المؤكد أمر ممكن سائخ كما لو اشترط في البيع التعجيل فانه مؤكد لما ينصرف اليه الاطلاق بدون الاشتراط .

قلت : الشرط المؤكد لاعمى له الا اذا فرض له بعض الفوائد كما هو الحال في المثال لانه يؤثرفي ثبوت الخيار للبائع لو تخلف المشتري عن الشرط . وهذه فائدة لم تكن حاصلة بدون الاشتراط ، فلا ضير في اشتراط التعجيل لهذه الفائدة واشتراط الخيار لهما معاً على صفة الاجتماع لا يترتب عليه فائدة اصلا حتى فائدة تخلف الشرط لان هذا الخيار ثابت لهما مجتمعاً دائماً فلا يعتل فيه أثر للتخلف أصلا فشرطه لغو محض وظهور الحال قاض بخلافه فلا بد من حمله على الاستقلال اخراجاً لفعل العاقل عن اللغوية . وحيثئذ فلا وجه لاعتبار اجتماعهما في الفسخ والامضاء بل المتعين ما ذكرروه من تقديم الفسخ مع الاختلاف .

وأما الجزء الثاني : فهو أيضاً مشبه المراد ومورد للايراد ، لان قوله (لم يرض) أعم من الفسخ ، ومن المعلوم أن الفسخ يوجب زوال العقد فكيف يكون المبتاع

بالخيار . وان حمل قوله (لم يرض) على السكوت والتردد ، اندفع ذلك ، لكن يرد عليه أن مجرد عدم رضى الاجنبي المجمعول له الخيار كيف يوجب رجوع الخيار الى المبتاع ، مع أنه لم يكن بالخيار أصلاً ، بل انما كان ثابتاً للاجنبي ابتداءً ، ثم أنه لاوجه لتخصيص الخيار بالمبتاع دون البائع لانه ترجيح بلا مرجح .

وتوجيهه وتصحيحه مبني على حمله على التوكيل بجعل اشتراط الخيار للاجنبي توكيلاً لتحكيماً . وفرض الكلام فيما لو كان الشارط الجاعل للخيار للاجنبي بالتوكيل هو المشتري دون البائع وذكره من باب المثال ، فكأنه قال : كان الشارط بالخيار ، وحمل قوله «ان لم يرض» على السكوت والترديد لا الفسخ .

فبهذه المقدمات الثلاث يصح قوله (كان المبتاع بالخيار) لان المفروض أن الشارط هو المبتاع والمفروض أنه توكيل للاجنبي ، فاذا لم يرض الاجنبي التوكيل بالعقد وسكت كان المبتاع الموكل بالخيار بين الفسخ والامضاء .

وفيه : ما مر من بطلان أصل المبني ، لان جعل الخيار للاجنبي تحكيم واحداث حكم شرعي له بمقتضى الاشتراط وليس توكيلاً في شيء . هذا اذا كان المراد بقوله : لغيرهما ، هو الاجنبي الواحد ، وقد حملة الفاضل الجواد على الاجنبي ، فأورد على كلامه بأنه تحكم .

ويرد عليه : أنه ان لم يرض أحدهما كان الخيار للشارط والاجنبي الآخر معاً لا لخصوص الشارط ، مضافاً الى انه لاوجه لاعتبار الاجتماع ان كان المتمدد هو المتعاقدان ، والاكتفاء بامضاء أحدهما ان كان هو الاجنبيان ولا وجه للقول بأنه ان لم يرض كان المبتاع بالخيار .

لكن فيه : أنه لاوجه لحمله على المتعدد ، بل هو ظاهر في الاجنبي الواحد كما فهمه الكل وتوجيهه ما عرفت مع ما فيه من الاشكال .

وقد يظهر مخالفة المشهور أيضاً من كلام الشهيد في «الدروس»، قال - على ما حكى عنه -: ويجوز اشتراطه الاجنبي منفرداً ولا اعترض عليه ، ومعهما أومع أحدهما ، ولو خولف أمكن اعتبار فعله والا لم يكن لذكره فائدة . انتهى .

فان كان المراد بالفعل هو خصوص الفسخ ، صح اعتبار فعله ، وتعليله بأنه لولاه لم يكن لذكره فائدة ، الا أنه لا وجه لقوله : «امكن» بل ينبغي الجزم به ، لما عرفت من أن الفسخ مقدم مع التخالف .

وان كان المراد به أعم من الفسخ والامضاء صح قوله «أمكن» لان تقديم قوله مطلقاً فسخاً كان أو امضاءً ، محتمل في مقابل عدم اعتبار امضائه مع فسخ الآخر ، الا أنه لا وجه لتعليله بما ذكر ، لان تقديم قوله مطلقاً ليس مستنداً الى لزوم اللغوية ، لحصول فائدة الذكر في اعتبار فسخه وان لم يؤثر اجازته فلا يلزم خلسه عن الفائدة .

وهل تجب على الاجنبي المجموع له الخيار مراعاة المصلحة أولاً ؟ بل له الخيار والفسخ ولو تشهياً واقتراحاً بل ولو مع تضرر الشارط بالفسخ ؟

وجهان بل قولان : ظاهر المشهور هو الاول بل لم نر مخالفاً فيه الا ما ربما يستفاد من كلام الشهيد في «الدروس» ، حيث قال : ولا اعترض عليه لدلالته على أن الامر راجع الى اختياره فليس لاحد الاعتراض عليه بعدم مراعاته للمصلحة .

وقد جزم شيخنا العلامة «قده» بذلك ، وقد بين المسألة على أنه جعل الخيار للاجنبي استئمان وتوكيل أو اعطاء منصب ، فالاول على الاول ، والثاني على الثاني وحيث قد عرفت أنه مجرد تحكيم واحداث حكم شرعي له بمقتضى قوله عليه السلام : «المؤمنون عند شروطهم» فتعين متابعة فعله ، سواء راعى المصلحة أولاً .

والتحقيق : أن الامر وان كان كذلك ، بمعنى أن جعل الخيار تحكيم لا توكيل الا أنه مع ذلك يشترط مراعاة المصلحة لانه انما يجعل له الخيار على وجه يراعي

فيه المصلحة ، بأن يكون لـ السلطنة على الفسخ ان كان فيه مصلحة لامتلاً فهو بحسب اللب والحقيقة استئمان وان لم يكن على وجه التوكيل ، فالسلطنة الشرعية الالهية الحاصلة له بسبب الاشتراط مشروطة بمراعاة المصلحة وليست مطلقة . وهذا هو المراد بقولهم لانه أمين ويجب عليه تتبع المصلحة . فيندفع ماأورد عليه بأنه ليس وكيلا ، فكيف يكون أميناً اذ لا منافاة بين الاستئمان وبين التحكيم ، فالحكم الشرعى الحادث له بالاشتراط انما هو مشروط بالمصلحة لرجوعه في الحقيقة الى الاستئمان وان لم يكن توكيلا حقيقة .

(الامر السابع) أنه يجوز لهما اشتراط الاستئمان والمؤامرة وهما بمعنى واحد والمراد به اشتراط المشاورة من ثالث في الامضاء والفسخ ومتابعة قوله بأن يستأمر منه فيتبع أمره ، وحقيقته يرجع الى اشتراط الخيار انفسه مطلقاً على أمر الثالث له بالفسخ . ولازمه أنه ان أمره بالامضاء وجب عليه الامضاء بمعنى عدم جواز الفسخ له لعدم المتضي له . وان أمره بالفسخ كان له الخيار بين الفسخ والامضاء ، لأنه يجب عليه الفسخ ، اذ ليس أمره هذا أمراً مولوياً شرعياً ، بل ارشادي . فالمراد ثبوت الخيار له ان رأى المصلحة في الفسخ وأمره به ارشاداً فالشرط ليس شرطاً لحكم تكليفي وهو وجوب متابعة أمره بل معناه اشتراط الحكم الوضعي وهو ثبوت الخيار مشروطاً بأمره بالفسخ فان أمره بالفسخ حصل المتضي للفسخ لحدوث الخيار له عنده بمقتضى الاشتراط .

وليس هذا تكليفاً بين الامر بالامضاء والامر بالفسخ في وجوب المتابعة والامتنال في الاول دون الثاني ، لان وجوب متابعة أمره بالامضاء انما هو من جهة وجوب الوفاء بالعمد لامن جهة وجوب امتثال أمره بالامضاء ، اذ لا أثر لهذا الامر بل حاله حال السكوت في عدم افادته شيئاً . أما اذا أمره بالفسخ ، فله السلطنة على الفسخ لحدوث الخيار له به .

وكيف كان فاذاً المستؤمر اما أن يفسخ أو يمضي قبل الاستثمار فيقول:
فسخت ، مثلاً ابتداءً من دون المراجعة اليه ، أو يفسخ ، أو يمضي بعدأمرالمستأمر
بالفسخ لكن من دون الاستثمار ، بأن يقول له ابتداءً : افسخ ، أوامض ، فيفعل
ذلك أو يفعل أحد الامرين بعد الاستثمار .

فهنا مسائل ثلاث

المسألة الاولى - وهو الامضاء أو الفسخ بدون الامر والاستثمار رأساً : فلا
اشكال في عدم تأثيره أصلاً ، فيكون لغواً محضاً ووجود ما يصدر معه كالعدم،
لعدم حصول الشرط ، وهو الامر فلا خيار له ولا يؤثر فسخه . ولاخلاف فيه أيضاً
الا ما نسب الى العلامة في «التحرير» كما عن أحد قولي الشافعي من جواز الرد
له من غير أن يستأمر ، لكنه علل فيه بما يخرج عن المخالفة ويخرج عن محل
كلام القوم ، وهو أن الخيار ثابت له ، والاستثمار انما ذكر احتياطاً ، يعني أن
المراد هو جعل الخيار لنفسه ابتداءً ، الا أن الاستثمار استمهال لطلب الحال
واستكشاف الصلاح والفساد ، فكأنه قال : ولي الخيار الا أني أستأمر زيداً في
الاطلاع على المصلحة . فذكره لمجرد الاحتياط لئلا يقع في مخالفة الواقع .

فان كان هذا هو المراد فهو ، الا أنه خروج عن الفرض لان الفرض من الاستثمار -
كما مر - هو اشتراط الخيار معلناً على أمره بالفسخ ، كما فهمه الكل . فالنزاع
صغروي ، اذ لو علم ارادة ما ذكر من الوجه فيتم ما ذكره من جواز الردله ابتداءً
بدون الاستثمار .

ولأرى أحداً يخالف فيه ، وربما حمل كلام «التحرير» على ما اذا رد بعد
أمره بالترديد بدون الاستثمار ، فيرجع الى المسألة الثانية ، وهو أيضاً توجيه حسن .
وللشهيد في « اللمعة » أيضاً كلام محتمل المخالفة ، قال «ره » : واشتراط

المؤامرة ، فان قال المستأمر : فسخت أو أجزت ، فذاك ، وان سكت فالاقرب للزوم . انتهى .

لان ظاهره تأثير الفسخ والامضاء بدون الاستئمار بل ابتداءً ، وتوجيهه بأحد وجهين : اما قرائة المستأمر بالكسر وتقدير قوله : بعد أمره بالفسخ أو الاجازة بدلالة الاقتضاء كما في قوله تعالى (فانفجرت منه اثنتى عشرة عيناً) أي فضرِب فانفجر ، فالمراد أنه قال : فسخت أو أجزت بعد أمره باحدهما . أو قرائة المستأمر بالفتح وتأويل الاخبار بالانشاء بأن يكون المراد بقوله : فسخت أو أجزت : أمرتك بالفسخ أو الاجازة مع اضممار قوله : تفسخ أو أمضي ، يعنى ان قال المستأمر - بالفتح - : أمرتك بالفسخ أو الامضاء ففسخ أو أمضي فذاك والظاهر هو الاول لبعده الثاني . وكيف كان فيخرج عن مفروض المسألة ، فلاخلاف فيهما .

المسألة الثانية - لو أمره بالفسخ ابتداءً قبل الاستئمار : فالمشهور أنه لا أثر لفسخه لعدم حصول الشرط ، وهو الاستئمار ، والمشروط عدم عند عدم شرطه خلافاً لجملة من الاعاظم ، حيث حكموا بكفايته والاستغناء به عن الاستئمار نظراً الى أن الغرض من الاستئمار هو الاطلاع على رأيه ، فاذا حصل ذلك بدون حصول الشرط ، فالاستئمار طريق محض لاستكشاف رأيه ، ولاموضوعية له ، وذكره من باب عدم حصول الاطلاع على رأيه غالباً بدون فرض حصوله بأمره ابتداءً فلا حاجة الى الاستئمار . فالشرط في الحقيقة هو حصول الخيار له عند أمره بالفسخ ، سواء حصل ذلك بالاستئمار أو لا .

وهو حسن الا أنه انما يتم لو كان الامر راجعاً اليهما وكان ذلك حقاً بينهما . ولم يكن غيرهما دخيلاً أصلاً . وليس الامر كذلك لانه أمر بين الثلاثة : المستأمر - بالكسر - والمستأمر - بالفتح - ، والثالث : وهو من عليه الخيار ، فله أن يقول : ان هذا خارج عن الشرط لان الشرط هو السلطنة على الفسخ بعد الاستئمار والامر

بالفسخ بدونه ليس ما وقع التراضي عليه .

فالاقوى ما ذهبوا اليه من عدم جواز الفسخ له لو أمره به ابتداءً بدون الاستثمار .

المسألة الثالثة - فيما لو استأمره فأمره بالفسخ أو الامضاء : وحكمه أنه لو

أمره بالامضاء وجب عليه الامضاء ، وان أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ ، بل له الخيار بينه وبين الامضاء .

والسر فيه أنه على الاول لامتنع الفسخ لعدم حصول الشرط ، فينعدم لعدم شرطه ، فيجب عليه الامضاء لعدم المقتضي للفسخ . فوجوبه عليه ليس من أثر متابعة أمره ، لان أمره هذا لم يفد شيئاً بل حاله حال السكوت فيبقى العقد على حاله من اللزوم وهذا هو المراد بوجوب الامضاء عليه ، لا أن المراد وجوب امتثال أمره ، فمعنى وجوب الامضاء عليه عدم جواز الفسخ له لعدم المقتضي له ، وعلى الثاني يحدث له الخيار لما عرفت من أن اشتراط الاستثمار يرجع له الى اشتراط الخيار له معلقاً على أمره بالفسخ بعد الاستثمار ، فاذا حصل الشرط حصل المشروط وهو الخيار .

وليس الشرط بمعنى وجوب متابعة أمره اذ ليس غرضه متابعة أمره وامثاله تعبداً بل غرضه المشاورة ، فأمره به ارشاد محض بمعنى وجود المصلحة له في الفسخ ، فله الخيار ان طابق رأيه ووافق غرضه ، فمعنى اشتراط المشاورة في الفسخ اشتراط الخيار لنفسه ان رأى المستأمر - بالفتح - المصلحة في الفسخ ، ولا يتعلق له معنى سواه .

وهذا هو ما فهمه الجبل بل الكل من اشتراط المؤامرة والاستثمار ، وهذا مع وضوحه بالتأمل قد أوضحه شيخنا الاستاذ العلامة «قده» بلسان بيّن مبني على مقدمة مطوية في كلامه ، تركتها لوضوحها .

قال «قده» : وان أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الامر ملك الفسخ

حينئذ ، اذ لامعنى لوجوب الفسخ عليه اما مع عدم رضى الآخر بالفسخ فواضح ، اذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ والمتعاقدان لا يردانه . واما مع طلب الآخر للفسخ فلان وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر - بالكسر - راجع الى حق لصاحبه عليه ، فان اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق عرفاً ، فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ فيرجع اشتراط الاستثمار الى شرط لكل منهما - ما على صاحبه . انتهى .

يعنى أن التالي باطل لان اشتراط الاستثمار ليس شرطاً لاحداث حق صاحبه عليه ، أي على المستأمر - بالكسر - فلا يجب عليه الفسخ ، وان طلبه صاحبه أيضاً والالزم ثبوت حق له عليه ، والتالي باطل . فبطالان التالي مطوي في كلامه ، ولا بد من ذكره لان اهماله يوهم خلاف المقصود ، لان هذا البيان بدون التعرض للبطلان ينتج وجوب الفسخ على المستأمر - بالكسر - مع أن الغرض من البيان بيان عدم وجوبه عليه ، كما لا يخفى .

وفي هذه المسئلة - أي اشتراط الاستثمار - فروع ومسائل :

(الفرع الاول) لو تعدد المستأمر - بالفتح - واختلفوا في الامر بالامضاء والفسخ ، فالعبرة بقول الامر بالفسخ ، فاذا أمر أحدهما بالامضاء ثم أمر الآخر بالفسخ ، فله الفسخ ، لان أمر الاول بالامضاء مأفاد شيئاً ، بل حاله حال السكوت وأمر الثاني بالفسخ يوجب حدوث الخيار له ، فاذا فسخ انفسخ العقد .

هكذا قيل ، وهو حسن لو أريد استقلال كل منهم في الاستثمار والمشاورة أما لو كان المراد اشتراط الاستثمار من الجميع على صفة الاجتماع فلا أثر لقولهم عند الاختلاف وليس له الخيار والفسخ الا اذا أمر كلهم بالفسخ . وهو واضح .

(الفرع الثاني) لو اختلف قول المستأمر الواحد ، فقال تارة : امض ، فامضى وقال ثانياً : افسخ ، ففسخ . فقيل : ان حكمه حكم الاول وهو المستأمر المتعدد

مع الاختلاف فيؤثر الفسخ ويقدم على الاجازة وان تأخر .
وفيه : أن القياس مع الفارق ، لانه اذا قال أولاً : أمضيت ، فقدلزم العقد ،
كما اذا كان له الخيار بدون الاستثمار وأمضى العقد ، اذلا أثر للفسخ بعده ، فكذا
الحال هنا ، ومن المعلوم أن الاثر فيه للمتقدم منهما فسخاً كان أوامضاً . وهذا
بخلاف ما اذا تعدد المستأمرون ، و كان الغرض هو الاستثمار من كل واحد
منهم على وجه الاستقلال ، لان حاله حال الخيار المتعدد في تقدم الفسخ على
الاجازة .

وذكر في «الجواهر» احتمالات أربعة :

أحدها وثانيها : ما ذكرنا .

ثالثها : أن العبرة بالفسخ بشرط كونه مؤخراً فاذا أمر بالفسخ ابتداءً ، ففسخ
فلا أثر له اذا أمر ثانياً بالامضاء بخلاف ما اذا أمر أولاً بالامضاء ثم أمر بالفسخ، فان
الفسخ حينئذ مقدم على الامضاء، ووجهه أن العبرة بالرأي المستقر لا الرأي البدوي،
فاذا أمر أولاً بالامضاء ثم بالفسخ علم استقرار رأيه على الفسخ فيتبع ، بخلاف
مالوانعكس فان أمره ثانياً بالامضاء كاشف من عدم استقرار رأيه على الفسخ
فلا عبرة له . وأما الامضاء فلا أثر له و ان تقدم لانه لايزيد على مقتضى العقد
شيئاً .

رابعها : أن العبرة بالمتأخر، فسخاً كان أو اجازة ، لان النظرة الاولى حمقاء،
والفرق بينه وبين سابقه : أن العبرة هناك كان بالفسخ بشرط التأخر ، وأما الامضاء
فلا أثر له وان تأخر .

وعليه فله الامر بالفسخ ثالثاً بعد الاستثمار، فينفسخ العقد بفسخه حينئذ بخلاف
هذا الوجه، فان العبرة - بناءً عليه - بالتأخر وان كان أجازه ، فيلزم العقد لو أجاز
بعد أمره بالفسخ أولاً ، فليس له الفسخ بعده بالاستثمار وأمره بالفسخ في المرتبة
الثالثة .

والاقوى من هذه الوجوه ما عرفت من أن العبرة بالمتقدم وان كان أجازته ،
لأن الغرض من الاستثمار هو الاستثمار بأمرة ابتداءً لالالى الابد ، فالمتبع هو الاول ،
فاذا قال : امض وأمضي ، فقد وجب العقد ، ولامقضى لفسخه وان أمره بالفسخ
ثانياً ، لانه خارج عن مقتضى الاشتراط .

ثم ان هذه الاحتمالات الاربعة انما يأتي فيما هو ظاهر الاستثمار الذي فهم الكل ،
وهو ما يستاه من رجوعه الى اشتراط الخيار المعلق بالامر بالفسخ بعد الاستثمار ،
وهو ما كان الغرض من الاستثمار ، الاستثمار بأمرة الارشادي ، على ما حققناه .

أما اذا كان الغرض منه اشتراط الخيار بعد المشاورة على وجه يكون له الخيار
بعد الاستثمار والاستشارة وان اختار خلاف رأيه لامتابعة قوله وأمره ، فلا اشكال
فيه ، اذ المتبع فيه هو ما ساعد نظره ، فله الامضاء وان أمره بالفسخ ، وله الفسخ
وان أمره بالامضاء ، لحصول شرط الخيار وهو الاستثمار .

لان المفروض عدم تعلق الغرض بمتابعة رأيه بل تعلقه بثبوت الخيار له والعمل
على مقتضى رأي نفسه لكن بعد حصول المشاورة والاستثمار فاذا حصل ثبت الخيار
وله اختيار ما شاء فسخاً كان أو اجازة و ان خالف نظر المستثمر منه على ذلك
كله .

وفي «الجواهر» قال بعد ذكر تقدم الفاسخ عند تعدد المستثمر ما لفظه : اذا
اختلف رأيه في المدة احتمل ذلك - أي تقدم الفاسخ - مطلقاً أو بشرط التأخر والاخذ
بالمقدم مطلقاً والمؤخر كذلك ، ثم قال : هذا كله بناءً على معلومية ارادة ما عرفت
من اشتراط الاستثمار أما اذا ريد غير ذلك من المشاورة واحالة الرأي معه لا اتباع
أمره أو نحو ذلك امتنع ، عملاً بالشرط ، ولعل اطلاق اشتراط الاستثمار ظاهر فيما
ذكره الاصحاب . انتهى . ومراده ما حققناه .

(الفرع الثالث) نصح المستشير واجب عقلاً ونقلاً ، فيجب على المستثمر

بالفتح- مراعاة المصلحة قطعاً وان قلنا في الاجنبي المجموع له الخيار بعدم وجوبها أيضاً ، لان الاستثمار هنا أولى وأقوى لكن بينهما فرق بناءً على ما اخترناه من وجوب مراعاة المصلحة هناك أيضاً وهو أن مراعاتها هناك شرط لصحة قوله وتأثيره، فلو خالف المصلحة فلا أثر لفسخه وامضائه .

وأما هنا فوجوب مراعاة المصلحة تكليف على المستأمر ، فلو خالفه فأمر بالامضاء في مورد وجود المصلحة في الفسخ أو بالعكس ، فأمضى المستأمر أو فسخ عملاً بأمره فقد أثر أثره .

والسر فيه أن الفسخ هناك فعل الاجنبي وهو مشروط بالمصلحة و المشروط عدم عند عدم شرطه وهنا فعل للمستأمر - بالكسر - فاذا فسخ عملاً بأمر المستأمر - بالفتح - فيؤثر أثره حيث أنه باختياره جعل لنفسه الخيار عند أمره بالفسخ، فاذا وجد الشرط وجد المشروط ، غاية الامر عصيان المستأمر - بالفتح - في تكليف نفسه في وجوب نصح المستشار وأمره بما ليس فيه مصلحة .

(الفرع الرابع) تعين مدة الاستثمار شرط للزوم الغرر لولاه، ولو أطلق ولم يعين المدة ، فالأقوى البطلان ولا ينصرف الى الثلاثة وان قلنا به في اشتراط الخيار عند الاطلاق، لان انصراف نفس الخيار الى الثلاثة لا يوجب انصراف شرطه، وهو الاستثمار ايضاً الى الثلاثة .

وهنا قول آخر ، وهو : ثبوت الاستثمار عند الاطلاق على وجه التأيد ، وهو حسن بناءً على صحة هذا الشرط، لانه اذا لم ينصرف الى الثلاثة تعين التأيد، لانه باطل ، للزوم الغرر . فالأقوى في صورة الاطلاق هو بطلان الشرط فلا بد فيه من تعين المدة رفعا للغرر .

(مسألة)

في البيع الخيارى

من أفراد خيار الشرط ما يضاف اليه البيع ، ويقال له : بيع الخيار . وهو أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن ويرتجع المبيع ، والاصل فيه - مضافاً الى الاجماع والعمومات المتقدمة في الشرط - : النصوص المستفيضة ، فانها تدل على جواز اشتراط الخيار على النهج المزبور ، كموثقة اسحاق ورواية معاوية بن ميسرة ورواية سعيد بن يسار ورواية أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال عليه السلام : ان بعت رجلاً على شرط ، فان أتاك بمالك ، والا فالبيع لك . الى آخره .

ولا اشكال في دلالة الثلاثة الاول الآن في دلالة الاخيرة على فرض المسألة نوع خفاء وغموض ، فانها بظاهرها تدل على عكس المسألة ، لان الظاهر منها جواز استرداد المشتري الثمن عند رد المثلث الى البائع ، اذ لا شك في أن المراد بالمال في قوله عليه السلام «فان أتاك بمالك» هو المبيع وعليه فيكون حكم العكس أيضاً مستفاداً من ذلك النص .

الا أن يقال : أن قوله «بعت» بمعنى الشراء ، واستعمل البيع في معنى الشراء كما هو واقع كثيراً في القرآن والاحبار ، فيكون المراد من المال هو الثمن حينئذ فينطبق النص المذكور على فرض المسألة على النهج المذكور ، وان كانت للرواية محتملات آخر .

وكيف كان فتوضيح الكلام في صورة المسألة الواقعة في النصوص وكلمات الاصحاب يستدعي رسم أمور :

(الاول) ما يتعلق برد الثمن ، والكلام فيه يقع في أمور :

الاول : في محتملات اشتراط رد الثمن . الثاني : في الثمرات المترتبة عليها . الثالث : في تعيين ما يستفاد منها من الاخبار والنصوص .
«اما الاول» فمحتملاته كثيرة :

الاول : أن يكون رد الثمن شرطاً للخيار على وجه التعليق فلا خيار قبله .
الثاني : أن يكون شرطاً للفسخ ، بمعنى أن الخيار ثابت له في كل جزء من المدة المضروبة ، الا أن فعلية الفسخ مشروطة برد الثمن فالرد في الاول شرط للسلطنة على الفسخ وفي الثاني فعلية الفسخ لا لاصل السلطنة عليه .
الثالث : أن يكون الرد شرطاً لانفساخ العقد فيرجع الى شرط النتيجة ، فلا غرو فيه اذا لم تتوقف النتيجة على سبب خاص كما في المقام ، وعليه فلا حاجة الى ارجاعه الى اشتراط اتحاد سبب الانفساخ ، كما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» من كون مرجعه الى اشتراط اتحاد سبب الانفساخ وهو الرد مضافاً الى عدم صحته في نفسه لكونه موقوفاً على تأثير السبب المزبور بدون الشرط وهو ممنوع . فتأمل .

الرابع : أن يكون رد الثمن فسخاً فعلياً بأن يراد به تمليك الثمن ليمتلك المبيع . والفرق بينه وبين الثاني بعد اشتراكهما في ثبوت الخيار قبل الرد وهو الاحتياج الى انشاء الفسخ على ذلك الوجه بخلاف هذا الوجه .
واستظهره السيد «ره» في «الرياض» من الاخبار الواردة في الباب . وليس ببعيد على ما سنشير اليه انشاء الله .

وأورد عليه بوجهين :

الاول : ما في «الجواهر» وغيره من عدم دلالة على الفسخ الفعلي ، غاية الامر دلالة على ارادته له بعد ذلك .

الثاني : ما ذكره بعض من أن الفسخ موقوف على الرد ، فكيف يحصل به وفيهما نظر .

أما الاول : فلان الفسخ يحتاج الى كاشف ما ولا يعتبر فيه لفظ مخصوص فاذا فرضنا دلالة على ارادة الفسخ كان ذلك كاشفاً عن كونه فسخاً فعلياً .
وقد يجاب عنه أيضاً : بأن الرد وان لم يدل بنفسه على الفسخ الا أن القرينة الحالية قائمة على ارادة الفسخ ، وعليه فالنزاع يعود لفظياً .

وأما الثاني : فلان الاحتمال المزبور أي حصول الفسخ بنفس الرد انما يكون في قبال الاحتمال الاخر ، أي توقف الفسخ على الرد ، فكيف يبنى عليه ، فبناءً على هذا الاحتمال لانسلم توقف الفسخ على الرد ، فالإيراد عليه بذلك مصادرة .
الخامس : ما يستفاد من ظاهر «الوسيلة» ، وهو أن يكون الرد شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري ، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله اذا جاء بالثمن واستقاله .

«وأما الثاني» أي الثمرات المترتبة على المعاني المذكورة : أما بين الاول والثاني فهي : أن العقد لازم من حينه الى زمان الرد وجائز على الثاني ، فالتصرف على الثاني تصرف في زمان الخيار ، ويترتب عليه ما يترتب عليه دون الاول .
وأما الثمرة بينهما وبين الثالث والرابع فهي الاحتياج الى انشاء الفسخ بعد الرد أو قبله على الاولين دون الاخيرين ، وأما الاخيران فلا ثمرة بينهما عملاً الاعلى القول بعدم دلالة على الفسخ بنفسه واحتياجه الى القرينة ، اذ حينئذ لا اشكال في الاحتياج الى انشاء الفسخ قبله أو بعده اذا لم تكن قرينة على الدلالة على الفسخ . الا أنه كما ترى انكار للمعنى الثالث بينهما .

وأما الخامس : فهو في الحقيقة خارج عن موضوع البحث ، وهو الخيار فلا يدخل في موضوع الاحتمالات المتقدمة حتى تذكر الثمرة بينه وبينها .

«وأما الثالث» في تعيين الاحتمالات المزبورة ، والمهم في المقام التعرض
لامرين يظهر منهما حقيقة الحال :

الاول : في الاحتياج الى انشاء الفسخ وعدمه الذي هو ثمرة بين الاولين
والاخيرين .

الثاني : أن الخيار هل يحصل بمجرد العقد أو بعد الرد الذي هو ثمرة
بين الاولين .

أما الامر الاول : فقد عرفت أن المستفاد من كلام صاحب «الرياض» وبعض
أتباعه هو كون الرد بنفسه فسخاً فعلياً بحيث لا يحتاج بعده أو قبله الى انشاء الفسخ
قولا ، ولكن المستفاد من جماعة منهم : الشهيد في «الدروس» على ما حكى
وصاحب «الجواهر» وبعض اتباعهما هو عدم حصول الفسخ بنفس الرد ،
 واحتياجه الى انشاء الفسخ .

ويمكن الانتصار لهم بالتمسك باطلاق بعض الاخبار الدالة على مشروعية
المعاملة المزبورة بقول مطلق ، وذلك لانه تدرج تحت هذا الاطلاق صور ثلاثة
يحتاج صورتان منهما الى انشاء الفسخ قطعاً ، وهما صورة عدم قبض البائع
التمن من المشتري أصلاً بناءً على ما سيجيء من جواز الفسخ لولا القبض أيضاً
وقبض الثمن لكن مع عدم مطالبة المشتري وارادته ايداعه عند البائع ، اذ لا اشكال
في الاحتياج الى انشاء الفسخ في هاتين الصورتين ، لانتفاء الرد بحكم الفرض .
 فيبقى صورة ثالثة - التي هي محل الكلام - وهي الصورة الثانية مع مطالبة
المشتري اياه من البائع ، فلو حكم بالاحتياج الى انشاء الفسخ في هذه الصورة
أيضاً فهو ، والا لزم التفكيك بين الصور الثلاث وهو خلاف ظاهر سياق اطلاق
الاخبار . فوجب الحكم بالاحتياج الى انشاء الفسخ قضية لاتحاد السياق وحذراً
عن التفكيك .

هذا لكن الانصاف أن الاطلاق ليس فيه اشعار بما ذكر ، لانه مسوق لاصل مشروعية هذه المعاملة من دون نظر الى كيفية الفسخ ، فهي موكولة على القواعد المقررة .

فلا ضير في التفكيك بين الصور اذا اقتضته القواعد بعد فرض سكوت الاخبار عن التعرض لحال كيفية الفسخ ، فالاقوى - وفقاً لسيد الرياض - هو الاكتفاء بالرد في تحقق الفسخ ، من دون حاجة الى انشائه .

ومقايسة المقام بسائر الخيارات - انتصاراً لقول الشهيد «قده» : فكما يحتاج الفسخ فيها الى كاشف وانشاء قولي أو فعلي فكذا الحال في المقام - مدفوعة: بأن التماس مع الفارق ، لاحتمال أن يكون الرد هنا سبباً للانفساخ ولو بمقتضى الاشتراط بأن يكون شرط الرد راجعاً الى ذلك كما هو أحد الاحتمالات الخمسة المتقدمة ، ولاحتمال أن يكون الرد بنفسه فسخاً فعلياً ، لدلالته عليه كما هو أحد الاحتمالات أيضاً .

ولا يجري هذان الاحتمالان في سائر الخيارات ، لعدم كون الخيار والفسخ فيهما مشروطاً بالرد فلا جرم يحتاج الفسخ الى انشاء وكاشف آخر غير الرد. وأما في المقام : فحيث يتحقق الاحتمالان في الرد فلا يحتاج الى كاشف آخر - فصار الاحتمالان المزبوران سبباً للفرق بين المقامين .

وأما الامر الثاني : فالظاهر ثبوت الخيار بمجرد العقد من دون فرق بين أن يتعلق الخيار على تقدير وجود الرد - كما هو مبنى الاحتمال الثاني - أو على نفس الرد - أي نفس وجوده - لافرض وجوده ، كما هو مبنى الاحتمال الاول لان الفرق بينهما نظائر الفرق بين شرط الوجوب وشرط الوجود، فان الشرط في الاول هو نفس الرد ، فيكون نظير شرط الوجود وفي الثاني تقدير وجوده، بمعنى أن له الخيار فعلاً على تقدير وجود الرد في المستقبل فيكون نظير شرط الوجوب. وكيف كان فلا ثمة بينهما في المقام ، لان الخيار عبارة عن ملك الفسخ

والسلطنة عليه ، ومن المعلوم تحققه في المقام في كل آن من دون فرق بين كون المعلق عليه هو نفس الرد أو تقدير وجوده .

والسر فيه : أن الرد لما كان من الافعال المقدورة للمشتراط له - وهو البائع - فلا جرم يكون قادراً على الفسخ المزبور في كل آن ولو بواسطة قدرته على شرطه ، لان المقدور بالواسطة مقدور .

نعم لو كان الحكم المعلق على الشرط من الاحكام التكليفية ، فينظر ان كان الشرط من الامور الغير الاختيارية، فالواجب شروط لامحالة . ولا يعقل فيه الفرق بين جعل التعليق على نفس وجوده أو تقدير وجوده. وان كان من الامور الاختيارية المقدورة ، فان علق على نفس وجود الشرط ، فالواجب حينئذ مطلق منجز ، فيجب على المكلف ايجاد الشرط والمشروط معاً. وان علق على تقدير وجوده، فالواجب مشروط لا يتخير الابد وجود ذلك الشرط .

وأما في المقام - وهو الخيار -: فلا فرق فيه بين الصورتين - أي التعليق على نفس الوجود أو تقديره - لان الشرط أمر اختياري فاذا علق عليه الخيار كان الخيار ثابتاً فعلاً ، لان المقدور بالواسطة مقدور ، وليس الخيار الاعبارة عن القدرة على الفسخ .

هذا الا ان ظاهر المشهور : أن الخيار هنا معلق ومشروط بالرد فلا خيار قبله ولادليل عليه أصلاً .

ويمكن تخريج وجه له من الاخبار بتقريب : أن ظاهر الاخبار هو توقف استرداد المبيع على رد الثمن بحيث لايجوز قبله استرداد المبيع وانتزاعه من المشتري ، فالفسخ لا يحصل الا بعد الرد أو به نفسه .

وكيف كان فلا فسخ قبله ، فالفسخ موقوف على الرد ، وحيث أن الفسخ موقوف على الخيار ، فالخيار أيضاً موقوف كنفس الفسخ الموقوف على الخيار .

وبعبارة أخرى : اذا توقف الفسخ على الرد توقف الخيار أيضاً عليه ، اذ لولا الخيار لم يتحقق الفسخ .

وفيه : ان غاية ما تقتضي به هذه الاخبار وجود الخيار في زمان الفسخ وهو زمان الرد ، لتوقف الفسخ على الخيار ، اما كون حدوثه في ذلك الزمان فلا ، لاحتمال وجوده قبله أيضاً كما هو الحال في جميع الخيارات ، لان زمان الخيار مقدم على زمان الفسخ .

والحاصل : أن توقف الفسخ على الرد انما يقتضي لزوم تحقق الخيار في ذلك الزمان لامحالة ، لاستحالة الفسخ بدون الخيار .

الا أنه لا ينافي وجود الخيار قبل الرد أيضاً وان لم يتحقق الفسخ الا بعده أو به فيكون المشروط على الرد هو فعلية الفسخ لالسلطنة عليه ، والخيار هو الثاني لا الاول .

نعم يمكن أن يتمسك له بأصالة تأخر الحادث، لانا علمنا من الاخبار بوجود الخيار عند الرد ، فاذا شككنا أنه هل حدث في هذا الزمان أو قبله؟ فالاصل تأخر وجوده وعدمه قبله فيثبت بذلك توقف الخيار على الرد واشتراطه به .

وفيه : أن هذا الاصل مثبت لوجهين :

أحدهما : عام جار في جميع مجاري أصالة التأخر ، حيث أن مرجع هذا الاصل الى أصالة عدم وجود الحادث في زمان الشك، وهو لا يثبت عنوان التأخر الاعلى القول بالاصل المثبت .

ثانيهما : خاص بالمقام، وهو أن أقصى ما تقتضيه أصالة التأخر هو وجود الخيار في زمان الرد أو بعده، أما اشتراطه بالرد وتوقفه عليه فلا، لاحتمال كونهما من المتلازمين أو المتقارنين، فأصالة التأخر لا يثبت علاقة الشرطية والمشروطية، كما هو المدعى . فتأمل .

وكيف كان فلا دليل من الاخبار ولا من غيرها على اشتراط الخيار بالرد وتأخره عنه، نعم لا يظهر من الاخبار وجوده قبله أيضاً فهي ساكتة عن زمان الخيار رأساً، فلا بد من التماس دليل آخر، وقد عرفت ما يمكن أن يكون دليلاً على وجود الخيار قبل الرد، وستجيب في تتممة الكلام فيه انشاء الله في التكلم في التصرف قبل الرد، فانتظر. هذا تمام الكلام فيما يتعلق بالرد.

(الثاني) ففيما يتعلق بالمردود. وهو الثمن المشروط رده، فهو على أقسام لانه: اما أن يكون جزئياً أو كلياً، والثمن الكلي اما أن يكون في ذمة البائع، كما اذا كان في ذمته دين للمشتري فيبيع العين المبيعة بأزاء ما في ذمته ويشترط له الخيار اذا رد مثل ما كان في ذمته، أو يكون في ذمة المشتري، كما اذا باعه شيئاً بدينار كلي.

والثمن الكلي أو الجزئي اما أن يكون مقبوضاً أولاً، فان كان مقبوضاً فلا اشكال في ثبوت الخيار باشتراط رده الى المشتري فيفسخ العقد بعد رد المقبوض عيناً أو بدلاً على التفصيل الاتي انشاء الله. وان لم يكن مقبوضاً، ففي ثبوت الخيار وعدمه وجهان، ذكره الشيخ «قده» في الكتاب.

وجه الاول: ان شرط الرد تعلقي لافعلي، بمعنى أنه انما يشترط الرد على تقدير القبض، فالخيار ثابت على تقدير عدم القبض مطلقاً، وعلى تقدير القبض بشرط الرد، فكأنه قال: ولي الخيار بشرط رد الثمن على تقدير القبض. وبعبارة أخرى: المشروط هو ثبوت الخيار للبائع مطلقاً قبض الثمن أولاً، الا أنه في صورة القبض يكون خياره مشروطاً بالرد، فالرد شرط للخيار في صورة القبض لامطلقاً.

وجه الثاني: أن الخيار مشروط برد الثمن، وحيث أن الرد موقوف على القبض فالخيار أيضاً موقوف على القبض ومشروط به لان الموقوف هو

الموقوف عليه .

وبعبارة أخرى : الرد مشروط بالقبض ، فشرط الرد في الحقيقة شرط للقبض أيضاً فالخيار المعلق على الرد معلق على القبض ، فإله شروط عدم بعدم شرطه فحيث لا قبض فلا خيار .

والحاصل : أن اشتراط الرد ينحل الى اشتراط شيئين : القبض والرد ، فينتفي الخيار بانتفاء ما علق عليه وهو القبض . وفي كلا الوجهين نظر .

أما الاول : فلان تنزيل اشتراط الرد على صورة القبض وجعله معلقاً على تقدير حصوله تقييد بلا دليل ، لان الخيار مشروط برد الثمن على سبيل الاطلاق لا برده على فرض القبض بحيث يكون الخيار ثابتاً بدونه أيضاً لانه مصادرة ومخالفة لتأله اطلاق الشرط ، فيحتاج الى القرينة ، فالأخذ بظاهر الشرط يقتضي عدم ثبوت الخيار بدون القبض لانتهاء شرطه وهو الرد .

وأما الثاني : فلان اشتراط الرد ليس اشتراطاً للقبض أصلاً ، وكونه منحللاً وراجعاً اليه ممنوع ، لان كون الخيار مشروطاً بالقبض مما لا يترتب عليه غرض وفائدة أصلاً ، كيف وثبوت الخيار مع القبض يقتضي بثبوت بدونه بالاولى ، لان انتفائه مما لا يضر بحال البائع في ثبوت الخيار له . ووجوده مما لا مدخل له أصلاً .

فاشتراط القبض شرط سفهي خارج عن أغراض العقلاء ، اذ لا معنى لاشتراط الخيار مع القبض ، وعدم ثبوته بدونه أنفع بحال البائع ، فكيف يعقل هذا النحو من الشرط ، مع خلوه عن الفائدة رأساً .

فالاولى بل الاصول أن يقال : أن الشرط وان كان هو رد الثمن ، وهو لا يحصل الا بالقبض ، الا أن الغرض الاصلي من الرد هو صيرورة الثمن في سلطان المشتري وعوده الى ما كان عليه قبل البيع ، وهو حاصل بنفسه قبل القبض أيضاً ،

فالخيار المشروط بالرد في الحقيقة مشروط بما يترتب عليه من كونه تحت سلطنة المشتري ، فان لم يكن مقبوضاً فهذا المعنى حاصل بنفسه فله الخيار لحصول شرطه وهو كونه في سلطان المشتري ، وان كان مقبوضاً فلا بد من حصول الرد تحقيقاً لما هو الغرض منه ، فالرد انما يكون شرطاً لكونه مقدمة لسلطنة المشتري على الثمن لا لكونه بنفسه متعلقاً للغرض ، بل الغرض معلق بذى المقدمة فهو الشرط في الحقيقة .

ومع حصول ذي المقدمة لا وجه لاعتبار المقدمة ، وحيث أنه حاصل بدون التبع فلا حاجة الى الرد الموقوف على القبض . ثم ان الثمن ان كان جزئياً ، فاما أن يشترط رده بعينه ، أو يشترط رد مايعم رد عينه وبذله ، أو يطلق اشتراط رد الثمن من غير تعرض للعين أو البذل . فالاقسام ثلاثة .

وهنا قسم رابع وهو : أن يشترط رد خصوص البذل ولم يتعرض له شيخنا «قده» في الكتاب ، ولعله لئلا يكتفى ، وهي : أن هذا الشرط اما عزيمة أو رخصة ، فان كان عزيمة ، بأن لم يرض المشتري برد عين الثمن فهو باطل ، لانه شرط سفهائي لايتعلق به غرض العتلاء ، اذ كلما يترتب على رد البذل من الاغراض فيتعلق برد العين أيضاً بل بالاولى ، فحيث لايتعلق له غرض عند العتلاء فيكون سفهائياً ، نظير اشتراط كيل المبيع بمكيال مخصوص مثلاً ، حيث صرح العلامة « قده » بطلانه لكونه سفهائياً .

ولا ينتقض باشتراط رد خصوص العين ، لان خصوصيات الاعيان ربما تكون مطلوبة مرغوبة للعتلاء ، ولا كذلك البذل ، لانه أمر كلي لوجود له في الخارج الا في ضمن المصاديق ، فلا يعقل أن يكون بنفسه فائدة مقصودة في العين .

هكذا أفاد «دام ظله» في مجلس البحث ، فتأمل .

وان كان اشتراط رد البذل رخصة لا عزيمة ، رجع الى اشتراط الاعم من رد

العين أو البديل ، فليس قسماً رابعاً . فلذا ثلث الاقسام ولم يربع .

أقول: وفيه : أنه ان لوحظ حال البائع فالامر كذلك ، الا أن النقص باشتراط خصوص رد العين بحاله ، اذ لا يعتل أن يكون لاشتراط ردها بخصوصها غرض عقلائي ، لان أمر الخيار بيده ، فاما أن يشترط الاعم أو يطلق . وكيف كان فله رد العين فاشتراط الخصوصية سفيه محض ، وحينئذ لا بد من تثنية الاقسام .

وان لوحظ حال المشتري فيمكن اشتراط كل واحد من الخصوصين عيناً أو بدلا ، اذ كما يمكن أن يتعلق غرضه بالعين – حسبما ذكر – كذلك يمكن أن يتعلق غرضه بالبديل ، بأن تكون العين مبيعة له فيشترط على البائع رد الثمن على وجه لا يكون البائع مسلطاً على رد العين أصلا، فيشترط البديل خاصة . فلذلك أمرنا بالتأمل .

وكيف كان فأحد الامرين لازم ، اما تثنية الاقسام أو ترييعها، فلا وجه للتثنيث . هذا فان اشترط رد العين بخصوصها ، فلا خيار له برد البديل ، بل يتوقف على رد العين خاصة ، فان تعذر سقط الخيار لسقوط شرطه . وعن بعض الافاضل احتمال بطلان اشتراط رد العين خاصة ، لكونه منافياً لمقتضى العقد ، وان قوى صحته .

وهو كما ترى ، ولعله قاسه ببيع الشيء بشرط أن يبيعه المشتري على البائع لان شرط رد الثمن نظير شرط بيع المبيع عليه .

وفي القياس والمقيس عليه نظر . أما الثاني فلمنع كونه أيضاً منافياً لمقتضى العقد وبطلانه انما هو من جهة أخرى من اجماع ونحوه . وأما الاول فلو وجود الفارق اذ لاوجه لقياس الرد بالبيع ولا للثمن بالمبيع ، فتدبر .

وان اشترط الاعم من رد العين أو البديل، فلاشكل أيضاً في خصوص صورة عدم امكان رد العين ، وأما في صورة التممكن من رد العين ، بأن اشترط رد العين

أو البديل مطلقاً - أي ولو مع التمكن من ردها - فقد استشكل شيخنا العلامة «قده» بأنه منافي لحقيقة الفسخ ، لان حقيقته هو رد العين لو أمكن .

وفيه : أولاً - أن شرط الرد لارتباط له بشرط الفسخ فلا ضير في اشتراط الاعم فلو أمكن العين عملاً بالشرط لان (المؤمنون عند شروطهم) فلا وقع للإيراد عليه بأنه منافي لحقيقة الفسخ ، لان الشرط ليس هو الفسخ ، بل هو الرد ، فتتبع كيفية الاشتراط عيناً أو اعم .

وثانياً - أن حقيقة الفسخ ليست عبارة عن رد العين ولو مع الامكان ، بل حقيقته هو حل العقد ، فيختلف باختلاف الموارد ، فمع بقاء العين يلزم ردها ، ومع تلفها يلزمه رد البديل ، فرد العين من لوازم الفسخ وليس مأخوذاً في حقيقته والا امتنع الفسخ رأساً عند تعذر العين وتلفها وهو باطل .

هذا ولكن يرد على هذا الوجه : أنه لا إشكال في أن الفسخ مع التمكن من العين موجب لرجوعها خاصة ، فهو وان كان خارجاً عن حقيقة الفسخ ، الا أنه لا ينفك عنه عند التمكن ، فالوجه هو ما ذكر أولاً .

وكيف كان لا ضير في اشتراط الاعم من رد العين أو البديل مطلقاً ولو مع التمكن من ردها أيضاً .

وان أطلق رد الثمن من غير تعرض للعين أو البديل : فظاهر الشرط بل صريحه يقتضي رد العين وعدم كفاية البديل ولو مع عدم التمكن ، لان بدل الثمن ليس ثمناً فردة ليس وفاءً بالشرط ، لكن عن الشهيد « قده » في « الدروس » و « حاشية الشرائع » : أن الاطلاق لا ينزل على العين .

ويشكل : بأن الثمن لا إطلاق له كي يقال أنه ينزل على العين أو يحتمل على الاعم ، لان الاطلاق من خواص الاجناس ، والثمن ليس جنساً شاملاً للعين والبديل وليس له فردان بل مفهومه وحقيقته ليس الا العين ، فلا بد من تنزيله على العين

لكونها مدلولة ليس الا ، وعدم صدقه على البديل أصلاً ، فتنزىل اطلاقه عليه من باب الاطلاق الذكري ، بمعنى أن ذكره بخصوصه وعدم ذكر البديل قاض باعتبار رد العين ، اذ لايشمل الثمن للبديل ولا يطلق عليه الا مجازاً ، فلا وجه للقول بأنه لاينزل على العين .

ويمكن دفعه : بأن الثمن وان كان عبارة عن العين ، ولايشمل البديل ، ألأن القرينة الصارفة قاضية بحمله على الاعم من البديل ، وهو أن هذا النحو من البيع والمعاملة انما هو لرفع حاجة البائع لاحتياجه الى الثمن والتصرف فيه لقضاء حوائجه ، فلايكون ذلك غالباً الامع تلفه ونقله ، فهذه قرينة عامة على أن المراد بردالثمن هو الاعم من رد العين والبديل .

نعم لو صرح بارادة ردالثمن خاصة دون البديل كان هذا صارفاً عن هذه القرينة الصارفة ، أما لو أطلق فالقرينة المقامية الحالية النوعية أعني احتياج البائع الى الثمن قاضية بكون الشرط هو الاعم .

ويمكن حمل كلامه على الثمن الكلي لأنه الامر في الجزئي أيضاً كذلك عند الاطلاق .

هذا كله اذا كان الثمن جزئياً . وأما اذا كان كلياً : فان كان في ذمة البائع فالشرط هو رد البديل لامحالة . اذ لايعقل معه اشتراط رد عين الثمن ، لان ما في ذمة البائع يسقط قهراً بجعله ثمناً ، اذ لا يملك الانسان على نفسه شيئاً ، فيصير كالتالف ، فشرط الرد فيه لامعنى له الا اشتراط اداء مثل ما كان في ذمته قبل البيع وان كان كلياً في ذمة المشتري .

ففيه أيضاً الاقسام الثلاثة ، لكن اشتراط رد العين لايتعلق الا اشتراطه معلقاً على قبض الكلي وتعينه في الفرد الجزئي ، والا فالكلي بنفسه لايتصور له عين ، فلا تجري فيه الاقسام الا بالتعلق على القبض ، فاما أن يشترط رد عين ما يقبضه

بعد البيع وقبض الثمن بأن يقول : ولي الخيار ، بشرط أن يرد الفرد من الكلي الذي يتقبضه بعد البيع . واما أن يشترط الاغم من رد المقبوض ومثله ، أو يطلق . وحكم الجميع ظاهر ، الا أن حمل صورة الاطلاق هنا على الاغم أوضح وأجلى من حمل الثمن الجزئي عليه ، فاطلاق اشتراط رد الثمن الكلي محمولا قطعاً على اشتراط رد الاغم مما يقبضه ومثله لدلالة بعض الاخبار عليه .

وهو خبر معاوية بن ميسرة حيث أنه اشترط فيه رد الثمن الى ثلاث سنين والمعادة قاضية بعدم بقاء الفرد الخاص المقبوض في تلك المدة قطعاً وعدم خلوه عن تصرف ناقل فيه .

وخبر اسحق بن عمار حيث أن المسؤول عنه فيه هو احتياج الرجل الى بيع داره ، فمن المعلوم أن بيع الدار مع الحاجة الى البيع لا ينفك عادة عن التصرف في الثمن ، لانه المراد بالحاجة الى بيعها . فيدلان على أن اطلاق رد الثمن الكلي أعم من رد الفرد المقبوض وبدله .

لكن هل يشمل رد البدل حتى مع بقاء الفرد المقبوض أو يختص بمورد تعذره وتلفه ؟

فيه : اشكال ، والمتيقن منه صورة فقد العين كما لا يخفى .

ولو اشترط رد المثل في القيمي والقيمة في المثلي ؟ فقال شيخنا العلامة « قده » فيه وجهان ، أما وجه الجواز : فهو اطلاق قوله (المؤمنون عند شروطهم) وأما وجه العدم : فهو أنه شرط مخالف للشرع حيث أن الشارع جعل لكل شيء بدلا ، فبدل المثلي هو المثل والقيمي هو القيمة ، فاشتراط العكس خارج عن اشتراط رد الثمن عيناً وبدلاً .

وفيه : أن البدل هو المثل أو القيمة لو لا الشرط ، وأما مع الشرط فيتبع كقيمته فان اشترط البدل فهو المثل أو القيمة أما لو اشترط رد المثل في القيمي أو

العكس فليس الشرط حيثئذ هو رد البذل حتى يكون ذلك شرطاً مخالفاً لما جعله الشارع بدلاً بل هو بنفسه شرط مستقل مشمول لعموم دليل الشرط .

ويمكن أن يكون وجه العدم ما استشكله في اشتراط رد البذل مع التمكن من العين من أن الفسخ انما يقتضي رد البذل مع التعذر ، فاشتراطه مع التمكن خارج عن حقيقة الفسخ ، فكذلك يقال في المقام أيضاً من أن الفسخ انما يقتضي رد المثل في المثلي والقيمة في القيمي فاشتراط العكس خروج عن حقيقة الفسخ . وقد عرفت جوابه من أن اشتراط الرد خارج عن اشتراط الفسخ ، فلا مانع من اشتراط أداء القيمة في المثلي وبالعكس عملاً بعموم دليل الشرط . ثم انه لو اشتراط رد العين خاصة ، فقد عرفت أن لازمه سقوط الخيار عند تعذر العين بالتلف لأن يقال أن المراد باشتراط رد العين عدم اتلاف البائع ، فلا ينافي تلفه أو اتلاف الغير له ، ففي الحقيقة هو شرط للخيار برد الثمن مطلقاً عيناً أو بدلاً في صورة اتلاف البائع له .

وفيه : أن كون هذا هو المراد ممنوع ، ودعوى التبادر ممنوعة ، إذ لو كان الغرض متعلقاً بخصوص العين فلا فرق بين كون سبب التلف هو البائع أو غيره فيسقط الخيار مطلقاً . فان كان الغرض معلقاً بمالية الثمن ، فلا وجه لسقوط الخيار باتلاف البائع أيضاً ، بل يبقى مطلقاً إذ لا معنى حيثئذ لاشتراط رد العين خاصة . وكيف كان فلا وجه للفرق بين اتلاف البائع وغيره .

بقي الكلام في أمور ينبغي التنبيه عليها :

(الاول) ذكر بعض أعظم المحققين من مشائخ الفقهاء في «شرح القواعد» أن هذا الخيار مخالف للقاعدة من وجهين : أحدهما - التعليق ، ثانيهما - فلا بد من الاقتصار فيه على مورد النص رداً ومردوداً ، فلا يتعدى إلى شرط آخر سوى التعليق على رد الثمن ، كما لا يتعدى إلى غير البيع من العقود .

قال ماهذا لفظه : واطلاق الرد والحكم مقصور في اشتراط الخيار بالرد على ما ذكرنا لما ذكرنا فلايجري لغيره مما يذكره المشتراط ، كأن يقول : ولي الخيار اذا رددت ثمن بيع آخر ، لك أو اذا باع زيد ماله على عمرو أو علي ، أو اذا دخل الدار فلان مثلاً ، للجهاالة والتعليق وهما ممنوعان .

كما أن جريان هذا الشرط على هذا النحو من جعل الخيار بعد الرد في غير البيع مشكل ، وكذلك في مشابهه كالمؤامرة لحصول شائبة التعليق فيها المنافية لوضع العقود ، الا أن يسري الحكم الى غير البيع بأولوية قطعية أو يجعلان معنى الرد والمؤامرة وصفاً مقارناً للخيار مقيدان له لاتعليقاً عليهما ، أو يفرق بين أداة التعليق - فيبطل لظهورها فيه - وبين لفظ مقارن أو متأخر أو مصاحب لرد الثمن فيصح منه وهو الاقوى . انتهى .

والمراد بالاول - وهو قوله : أو يجعلان وصفاً مقارناً للخيار . الخ - هو الفرق بين التعليق والتقييد ، فان جعل الرد شرطاً لثبوت الخيار على وجه التعليق فيبطل للتعليق والجهاالة . وان جعل قيداً للفسخ بأن يكون له فعلا الخيار عند الرد لتمكنه في كل زمان من الرد فيصح ، اذ لاتعليق في الخيار ، بل ثابت في كل آن مقيداً بكونه عند الرد ، وحاصله هو الفرق بين الوجهين الاولين من الوجوه الاربعة السابقة .

والمراد بالثاني : هو الفرق من حيث التعبير ، فان عبر بأدوات الشرط بأن قال : ولك الخيار ان رددت الثمن ، فيبطل بظهورها في التعليق . وان عبر بأحد الالفاظ الثلاثة ، أي المقارن والمتأخر والمصاحب لرد الثمن فيصح بأن يقول : ولك أولي الخيار المقارن لرد الثمن ، او لك الخيار المتأخر لرد الثمن ، أو المصاحب له ، فقوله : لفظ مقارن بطريق الاضافة لالتوصيف : أي لفظ هو لفظ مقارن أو متأخر أو مصاحب ، أي أحد هذه الالفاظ الثلاثة .

وكيف كان فيرد عليه : أنه «قده» تمسك في أول المسألة لاثبات صحة هذا الشرط بأمور أربعة : الاصل ، والاجماع ، والعمومات ، والاخبار الخاصة . وما ذكره هنا من لزوم الاقتصار على شرط رد الثمن والاقتصار على البيع إنما يتم لو كان المدرك هو الاجماع أو الاخبار الخاصة، أما بناءً على التمسك بالعمومات، فلاوجه له بل لابد من التعدي في كلتا الجهتين .

فان قلت : العمومات مخصصة بقاعدة الغرر . قلت : فلاوجه للتمسك بها في أصل المسألة، والفرق بين المقامين مفقود ، فلا بد من عدم التمسك أو التعدي وعدم الاقتصار في شيء من الجهتين . ثم أنه يرد عليه : أنه لا معنى للاصل الذي تمسك به في أصل المسألة لاثبات صحة الشرط الا أصالة الصحة .

وفيه : أن مجريها هي الشبهات الموضوعية فالتمسك بها في الشبهة الحكمية - كما في المقام - خروج عن الطريقة .

(الثاني) أن مسقطات الخيار في سائر الخيارات أمور ثلاثة : شرط سقوطه في ضمن العقد ، واسقاطه بعده ، والتصرف ، وجريان هذه الامور هنا مشكل . أما الاول : فلان السقوط فرع الثبوت ولو بحسب المقتضي ، فهو انما يتصور في خيار ثابت لولا الشرط ، بأن يكون المقتضي هو نفس العقد لولا الشرط وهذا الخيار انما يثبت بالشرط فكيف يتصور شرط سقوطه في ضمن العقد قبل الشرط. وأما الثاني : فلانه اسقاط لما لم يجب بناءً على ما هو ظاهر الاصحاب من ثبوته بعد الرد ، وهو الوجه الاول من الوجهين الاولين .

نعم يصح على الوجهين الآخرين بناءً على أن تحقق السبب وهو العقد كاف في صحة اسقاط الحق ، لكن مقتضى ما حكي عن «التذكرة» من أنه لا يجوز اسقاط خيار الشرط والحيوان بعد العقد بناءً على أن مبدأها بعد التفرق عدم الجواز هنا أيضاً .

الا أن يفرق بأن المشروط هنا مالك الخيار قبل الرد ولو من حيث تملكه للرد الموجب له ، فله اسقاطه ، بخلاف ما في «التذكرة» .

هكذا أفاد شيخنا العلامة «قده» ، وحاصله : أن نفس الخيار وان لم يكن موجوداً هنا الا أن استحقاقه ثابت قبل الرد ، بمعنى أنه مالك لان يملك باعتبار تمكنه من سببه ، وهو الرد . وهذا المعنى - وهو استحقاق مالكية للخيار بنفسه حق قابل للاسقاط - وحاصله يرجع الى اسقاط استحقاقه لان يملك الخيار لا اسقاط نفس الخيار لانه ليس مالكاً لنفس الخيار بل مالك لان يملك الخيار ، فتسقط مالكيته لملك الخيار لأنه تسقط مالكية لنفس الخيار .

وأما الثالث : وهو التصرف ، فقد قال شيخنا العلامة الانصاري في كتابه : ويسقط أيضاً بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الاطلاق عليه وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي ، واستدل على ذلك باطلاق ما دل على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه رضى بالعقد ولا خيار .

ثم نسب القول بعدم السقوط الى المحكي عن المحقق الاردبيلي وصاحب «الكفاية» مستدلاً على أن المدار - في هذا الخيار - على التصرف ، لانه شرع هذا البيع الخيارى لانتفاء البائع بالثمن ، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة من هذا البيع ، فتصير هذه الحكمة المشرعة والعلة المستنبطة دليلاً مخصصاً للدالة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف ومستظهرة لبعض الاخبار المتقدمة كالموثق المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لاجل ذلك .

ورد ذلك العلامة الطباطبائي «قده» في مصابيح بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب .

بأن محل الكلام من كون التصرف مسقطاً انما هو التصرف الذي كان في زمن الخيار ولا خيار قبل رد الثمن ، فالقول - بأن التصرف فيه قبل رده ليس

بمسقط - ليس بمحل النزاع والكلام لان ذلك التصرف ليس في زمن الخيار وان كان قادراً على ايجاد سببه فان المدار على فعالية زمن الخيار لاعلى القوة .
وأما بعد الرد فلا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرف لان ذلك منه بعد الرد لا ينافي مع الحكمة المشرعة ، وليست الغلبة والتعارف على التصرف حينئذ ، فلو تصرف لكان مسقطاً للخيار لما علم أن التصرف من ذي الخيار في زمن الخيار مسقط لخياره .

وقد ناقش في ذلك شيخنا في «الجواهر» بأنه يقتضي جهالة مبدأ الخيار حينئذ أولاً . وأنه يصدق عرفاً زمن الخيار على تلك المدة جميعها ثانياً ، وبمنافاته لما تسمعه منهم غير مرة من قبل هذه المدة في زمن الخيار ثالثاً .

منها : ما اعتمدوه في رد قول الشيخ بالملك بانقضاء الخيار بهذه النصوص المصرحة بأن المبيع ملك المشتري والتمن ملك البائع قبل انقضاء مدة الخيار ، فلولاً أنها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الاعلى تكلف بعيد . انتهى .

ثم قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : وفي الكل - أي في اصل الاستظهار والرد والمناقشة - نظر .

أما في الاول: فلانه بعد البناء والالتزام على سقوط الخيار بالتصرف باطلاق ما دل على أن تصرف ذي الخيار مسقط لخياره لانه رضي بالعقد لامخصص له في مورد اشتراط رد الثمن المعين .

أما كون الدليل الحكمي مخصصاً فانما هو فيما كان الثمن كلياً كما هو الغالب المتعارف ، فان بناء العقد على التصرف هناك أي فيما كان الثمن كلياً واشترط رد مثل الثمن أو الاعم ، اما من جهة حمل الاطلاق عليه أو التصريح به .

وأما في صورة اشتراط رد الثمن المعين فلا يجري المخصص هنا ولانعارف

المتعاقدين على التصرف ، فيبقى حينئذ اطلاق الادلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف سليماً عن المخصص في مفروض الكلام .

وكذلك بعض الاخبار المتقدمة والموثق المذكور المفروض في مورده التصرف في الثمن فانه انما هو منزل على ماهو الغالب المتعارف، أعني فيما كان الاشتراط في رد بدل الثمن أو كان الاشتراط مطلقاً، ولكن حمل الاطلاق عليه من جهة الغلبة والانصراف ، ولايدل على عدم السقوط في مورد الكلام .

وأما في الثاني فللنقض : أولاً - بمورد الاجماع على سقوط الخيار بالاسقاط القولي بملاحظة حال الاجماعين يسقط ما ذكره في المصابيح بتقريب أن يقال مع الغض عن أن حدوث الخيار بعد الرد لا يتم الاعلى أحد الوجوه السابقة فلو قلنا أن زمن الخيار ليس قبل الرد بل انما هو بعده .

ولكن نقول : الظاهر عدم الاشكال وعدم الخلاف على أن اسقاط الخيار بالقول قبل الرد جائز ومسقط للخيار وان الاجماع قائم على أن المسقط الفعلي كالمسقط القولي ، فكما أن اسقاط القول قبل الرد اجماعي كذلك كون التصرف الذي هو مسقط فعلي كالتقولي بالاجماع فينتج اسقاط الخيار قبل الرد بالمسقط الفعلي بالاجماع أعني التصرف .

فبطل ما في «المصابيح» من أن التصرف المسقط ما وقع في زمن الخيار .
وأما في الثالث - أعني المناقشة - : فحاصله المنع من كون مطلق الجهالة مضراً ، نعم انما كان مضراً اذا لم يكن محدوداً لاعتبار نفسه ولا باعتبار أسبابه ، وأما اذا كان زمان التسليط على الرد الموجب لحصول الخيار والسلطنة على الفسخ لو شاء فلا يقدح .

نعم مقتضى ما ذكره العلامة «قده» في «التذكرة» من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق اذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد عدم جواز اشتراط الخيار

بعد الرد أيضاً لأنه كما أن حصول التفرق هناك مجهول كذلك حصول الرد هنا مجهول . ولكن قال «قده» : لكن الفرق يظهر بالتأمل .

وغاية ما يمكن أن يقال في الفرق بين المقامين أحد الرجوه الثلاثة : أحدها : أنه بعد ما قلنا بأن الخيار بدون الاشتراط ثابت من حين العقد فاشتراطه من حين التفرق شرط مخالف لما اقتضاه العقد ، فان الثابت بالعقد ثبوت الخيار من حينه .

فعلى هذا القول يكون شرطه من حين التفرق لامن حين العقد مخالفاً لما يثبت بالعقد ، فكل شرط ينافي مقتضى العقد ومثبت به باطل بالاتفاق . وفيه : مالا يخفى ، لان محل الاتفاق في بطلان الشرط ما كان منافياً لمقتضى العقد وأما ما كان منافياً لاطلاقه فلا دليل على البطلان ، بل أكثر الشروط الصحيحة لو لم تكن كلها - منافية لاطلاق العقد كما بسطنا بعض الكلام فيه - فيما سبق - وسيجيء تمامه فيما سيأتي .

ولاريب في كون مبدأ الخيار من حين العقد انما هو من جهة الاطلاق كما هو صريح التذكرة ، بقوله : اذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق . ومع ذلك لاوجه لان يقال في وجه عدم جواز الاشتراط : أن الشرط باطل لكونه منافياً لمقتضى العقد . وثانيها : أن الخيار هناك انما جاء من قبل الشرط ، بخلاف المقام ، فان الخيار هنا انما جاء من جهة الاشتراط ، وهذا الوجه ما اعتمدته شيخنا الاستاذ في سالف الزمان .

وتوجيهه : ان ما ذكره من «التذكرة» من البطلان هو ما كان الخيار مجعولا بحسب الشرع عند الاطلاق من حين العقد كخيار الحيوان ، فانه اذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد ، فجعله من حين التفرق بسبب الاشتراط يوجب البطلان ، لعدم جواز تغيير ما يثبت من جهة نفس العقد ، وأما هذا الخيار - أعني

خيار الشرط - فهو بيد الشارع مانع لما اشترطه ، فاذا اشترط ثبوته بعد الرد فيتبع ، فيحكم بالصحة .

وفيه : أيضاً مالا يخفى ، لانه لافرق في لزوم الجهالة في مدة الخيار بين ما كان الخيار ثابتاً من جهة العمد فاشترط ثبوته بعد التفرق أو ما كان من جهة الشرط ، فاشترطه بعد الرد ، فكما أن اشتراط الخيار بعد التفرق باطل لايجابه الجهالة في مدة الخيار حيث لم يعلم زمان التفرق ، فكذلك اشتراطه بعد الرد أيضاً باطل للجهالة في مدة الخيار حيث لم يعلم زمان الرد .

هذا ، ويرد على كلا الوجهين معاً : أنهما اجتهدا في مقابل النص ، فان الوجهين مبنيان على أن المراد من الخيار الذي ذكره العلامة في «التذكرة» غير خيار الشرط ، وأن الوجه في بطلانه غير لزوم الجهالة في مدة الخيار .

فهذا خلاف ما صرح «قده» فانه «قده» علله في ذيل العبارة المذكورة بلزوم الجهالة في زمان الخيار ، وأن المراد من الخيار هو خيار الشرط ومن الاطلاق في قوله عند الاطلاق هو اطلاق الاشتراط من دون تقييده من حين العقد ، أو من حين انقضاء خيار المجلس ، أو خيار الحيوان مثلاً .

فالوجه حينئذ في بطلان اشتراط الخيار من حين التفرق هو لزوم الجهالة في مدة الخيار بسبب جهالة زمان التفرق كما صرح به بهذا التعليل ، فحينئذ يشكل الفرق بين اشتراطه بعد الرد وبين اشتراطه بعد التفرق ، حيث أن زمان التفرق وزمان الرد كلاهما مجهولان ، فلاوجه للتفكيك بينهما بالصحة في الاول والبطلان في الثاني .

فتعين أن الصواب في وجه التفرقة هو الوجه الثالث وهو أن يقال : أن الخيار المعلق على الرد المجهول زمان تحققه غير قادح ، لأن أمر الرد بيد الشارع ومقدور له من أول العقد الى انقضاء المدة ، فلايتفاوت حينئذ كون الزمان زمان الخيار

أو زمان إيجاد الخيار بإيجاد سببه وهو الرد بخلاف التفرق لان أمره ليس بيد
الشارط البائع وليس مقدوراً له ، لان ثبوت التفرق وارتفاعه انما يحصل بسبب
اختيار البائع واختيار المشتري معاً .

فلو اراد البائع الشارط التفرق لم يكن مقدوراً له ، لانه ربما يصاحبه المشتري
لثلا يحصل التفرق الذي هو زمان خيار المشترك والمحدث للخيار المختص
للشارط البائع .

فتعين أن التفرق المحدث للخيار ليس بيده ، فجهالة زمان حدوث الخيار
فيه قاذحة ، دون ما نحن فيه ، وهذا هو الفرق والمتعين فيما أراده شيخنا العلامة
الانصاري «قده» من قوله : لكن الفرق يظهر بالتأمل .

فلنعد الى ما ذكره شيخنا العلامة «قده» في كتابه : في أصل الاستظهار
والرد والمناقشة نظر . وقد بينا ما ذكره في وجه ملخصاً .

أقول : في تنظيره فيما ذكره المحقق الاردبيلي «قده» وفي الرد وفي المناقشة
نظر .

أما في الاول : فلان نسبة القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف في الثمن
المعين مع اشتراط رد العين ، ثم الايراد عليه - بأنه لا تخصص للدليل سقوط الخيار
بالتصرف - ظاهر الفساد ، لان الاردبيلي «قده» لا يقول بأن التصرف غير مسقط
للخيار في مفروض كلامه .

ومحل النزاع - حسب ما حرره - أعني ما كان الثمن معيناً مع اشتراط رد
العين أو حمل الاطلاق عليه ، ضرورة أنه لم يقل به متفقه فضلاً عن مثل المحقق
الاردبيلي «قده» أن التصرف لا يسقط الخيار فيما كان الثمن معيناً ومشروطاً برد عينه
لامثله وبدله .

فمن المعلوم اذاً اشترط رد الثمن بشخصه وعينه لا بد من أن يكون تصرفه

واتلافه مسقطاً للخيار حينئذ قطعاً ، اذ بعد اتلاف عين الثمن عتلاً أو شرعاً لا يحصل الشرط المحدث للخيار أبداً فيكون ذلك التصرف مسقطاً له قطعاً .

فمع ذلك لاسبيل الى نسبة الخلاف في مثل تلك الصورة الى مثل الاردبيلي «قده» ، بل المحقق الاردبيلي «قده» انما يقول بعدم كون التصرف مسقطاً فيما كان المشروط رد الاعم من الثمن وبدله ، فانه اذا اشترط رد الاعم من العين والبدل فلا يكون التصرف في العين حينئذ مسقطاً للخيار ، لعدم كشفه عن رضائه بالعقد ، بل بناء المتعاقدين وغرضهما هو انتفاع البائع من الثمن وتصرفه فيه كما هو مقتضى شرطهما ، حيث اشترط الاعم ، فحينئذ لو سقط الخيار سقطت الفائدة من جعل الخيار للبائع ويكون الاشتراط لغواً .

ومن جهة ذلك قال : ان المدار في هذا الخيار على التصرف . واستظهره من الخبر الموثق المتقدم المنزل على ما هو الغالب المتعارف من بناء المتعاقدين على التصرف في الثمن واشترطهما رد الاعم من الثمن وبدله . وهذا هو محل النزاع - أعني فيما كان المشروط رد الاعم من عين الثمن وبدله - .

هذا وقد وقع النزاع في أن التصرف هل هو مسقط للخيار أم لا؟ فمن ذهب الى المسقطية ، قال : بأن التصرف كاشف عن رضائه بالعقد ، فيكون مشمولاً لاطلاق الأدلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف .

وأما المحقق الاردبيلي «قده» أنكر ذلك وقال بعدم المسقطية ، لان بناء المتعاقدين في هذا العقد المشروط يرد الاعم من الثمن والبدل على التصرف في الثمن مع جعل الخيار للبائع عند حصول الرد كما تقتضيه الحكمة المشرعة لهذا العقد . والخبر الموثق بل القول بالمسقطية في مفروض الكلام غير معلوم ، ولذا قد يقال : بأن النزاع بينهم لفظي بمعنى أن من يقول بسقوط الخيار بالتصرف انما

هو في صورة اشتراط رد عين الثمن بخصوصه ، ومن يقول بعدم ستوط الخيار انما هو في صورة اشتراط رد الاعم من الثمن والبدل ، فارتفع النزاع بينهم . فكأن شيخنا العلامة الانصاري خرج عن محل النزاع واشتبه في مجرى محل النزاع ، وأورد على المحقق المذكور بما سمعته .

وأما في الثاني فلانه لانسلم الاجماع على سقوط الخيار بالاسقاط القولي قبل زمان الخيار أولاً ، ولو سلمنا فيكون هو الفارق بين الاسقاط الفعلي والقولي ثانياً . فيكون الحاق الفعلي بالقولي مصادرة صرفه .

ثم قال «قده» : ان هذا مبني على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار ، ولا دليل على تعيينه .

وفيه : أن ذلك انما يقول بظهور الاخبار بالنسبة اليه أو أنه يقتضيه مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد ، بأن يقال : ان رددت الي الثمن فيكون لك الخيار أو يكون المثلث لك ، ولأقل من الاحتمال ، فمقتضى أصالة عدم ثبوت الخيار حتى يحصل الرد هو تعيين الوجه الاول .

وأما في الثالث : فلان الجهالة مبطله مطلقاً للزوم الغرر والجهالة ، سواء كان زمان التسلط على الرد محدوداً معلوماً أم لا ، فان كون أمر الرد بيده لا يكفي في عدم مجهولية زمان الخيار فيكون مجهولاً من جهة جهالة المبدأ كيف ولازم ما ذكره جواز تعليق الخيار على كل ما كان أمره بيده مع تحديد مدة ذلك الامر ، كأن يقول «بشرط أن يكون لي الخيار ان صليت في المسجد أو أكرمت زيداً» أو نحو ذلك الى سنة . والالتزام به في غاية الاشكال ، والقول بعدم كون هذه الجهالة غير قاذحة ، ليس ببيّن ولا مبين .

فالحق في المقام أن يقال : أنه اذا اشترط رد الاعم من الثمن وبدله كان التصرف في الثمن ليس مسقطاً للخيار ، كما ذكره المحقق الاردبيلي «قده» وأما اذا اشترط رد عين الثمن كان التصرف المتلف مسقطاً للخيار قطعاً .

ومن هذا يمكن أن يقال في مجرى محل النزاع : أن النزاع بينهم لفظي ، فمن يقول بالمسقطية انما هو في الصورة الثانية ، ومن يقول بعدمه انما يقول في الصورة الاولى ، مع كون مرادهم من التصرف : التصرف المتلف .

أو يقال في مجرى محل النزاع : أن نزاعهم انما هو في صورة الاطلاق من غير تقييد برد عين الثمن أو الاعم ، فيكون النزاع في الصغرى ، أي في تنزيل الاطلاق على الصورة الاولى ، ولا يكون التصرف حينئذ مسقطاً ، أو في تنزيله على الصورة الثانية فيكون مسقطاً .

فالنزاع المتعلق في الجملة هو صورة الاطلاق في الرد مجرداً عن تقييده بالعين الخاصة أو الاعم منه ومن بدله ، أو كان المراد من التصرف مطلق التصرف الغير المنافي لرد العين ، كالركوب والاستخدام ، فيتعلق النزاع حينئذ فيما اشترط رد العين ، خاصة أيضاً .

فمن يقول بالسقوط بمجرد التصرف ، لاطلاق أدلة تصرف ذي الخيار في زمن الخيار مسقط للخيار ، لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد . ومن يقول بعدمه لخروج خصوص هذا البيع الخياري عن مورد تلك الأدلة من جهة بناء المتعاقدين ، والمدار في هذه المعاملة على التصرف . فتدبر جيداً .

بقي هنا أمور ينبغي التنبيه اليها

(الاول) أنه اذا اشترط رد عين الثمن خاصة ، استشكل في صحته بعض الفقهاء ، وهو في محله ، بل التحقيق بطلانه ، للتعليق والجهالة أما التعليق كما أنه مبطل اذا وقع في الايجاب والقبول كذلك في الشروط ، الا اذا ورد الدليل على صحته وأما الجهالة : فكذلك موجب للبطلان ولو كان في الشروط لاطلاق الأدلة النافية للغرر من الاجماع والاخبار .

نعم اذا ورد في مورد خاص دليل مخصص لادلة الغرر يتبع ذلك وهو في المقام مفقود ، اذ الاخبار الواردة في الباب منصرفة أو صريحة الى صورة الاطلاق في اشتراط رد الثمن أو في صورة رد الاعم من الثمن وبدله ، كما لا يخفى على من لاحظ الاخبار المذكورة .

فعلى هذا : فالقسم الاول - أعني شرط رد العين - باطل لعدم الدليل على صحته مع ايجاب الغرر والجهالة بطلانه .

(الثاني) هل يجب رد العين عند بقاءها في صورة اشتراط رد الاعم أم لا؟ بمعنى أنه : هل يكفي رد بدل الثمن مع ابقائه لو اتفق عدم تصرف البائع فيه أم لا ، بل لابد من الفسخ من رد العين حينئذ ؟.

ف قيل بلزوم رد العين ، لانه مع بقاءها لا معنى للبديلة ولو شرط الاعم ، فان فائدة الاشتراط عند صورة التلف ، فيرد البدل و يحصل الخيار عند اشتراط الاعم والا فليس له الرد .

وقيل : لا يلزم رد عينه ، بل يجوز ابقائه لانه ملكه ورد مثله وبدله للثبث على الخيار تجمداً بمقتضى شرطه ولعله الاقوى .

(الثالث) اذا جعل هذا الخيار للاجنبي ، فهل تصرفه مسقط للخيار أو تصرف المالك ؟ وقد ذكره بعض الفقهاء وقال :

والتحقيق أن يقال : أن التصرف المسقط اما نقول به للتعبد أو للكشف عن الرضا النوعي أو الشخصي .

وعلى الاول : لا يكون مسقطاً للخيار ، لامن المالك ولا من الاجنبي ، لان تصرفهما خارج عن مصب الاخبار . أما المالك : فلعدم كونه ذا الخيار ، وأما الاجنبي : فلعدم كونه مالكاً ، مع انصراف الاخبار عن تصرف الخيار اذا كان مالكاً .

وعلى الثاني : (١) .

لو تلف المبيع كان من المشتري، سواء كان تلفه قبل رد الثمن أو بعده . أما قبل رده قال في «الجواهر» كما أن النماء له - أي للمشتري - فالتلف منه بلا خلاف، للصحيح والموثق .

أقول : كون التلف على المشتري - بناءً على مذهب الحق والمشهور - على القاعدة ، لأنه ملك له و معلوم أن تلف الملك على مالكه، وانما الاشكال بناءً على مذهب الشيخ ومن تبعه، حيث أنه ذهب الى أن الملك انما يحصل بعد انقضاء الخيار . فمقتضى كون التلف من المالك أن تلف المبيع قبل الرد على البائع على هذا المذهب لأنه لم يحصل الملكية قبل انقضاء الخيار .

ولكن الظاهر أن دعوى عدم الخلاف في أن التلف على المشتري عدم خلاف الشيخ أيضاً ، فلا بد من بيان الوجه في ذلك ، فنقول :

أن مذهب الشيخ في حصول الملكية بعد انقضاء الخيار في الخيارات المنفصلة كما في المقام، حيث أن الخيار انما يحدث بعد حصول الرد على مذهب المشهور وكما في تأخير الثمن وأمثال ذلك لا يخلو من وجوه ثلاثة :

أحدها : حصول الملكية اللازمة للمشتري قبل حدوث الخيار ، فاذا حدث الخيار - كما في صورة تحقق الرد وتأخير الثمن - يعود الملكية الى البائع ، ثم ان حصل الفسخ يبقى في ملك البائع ، وان انقضى زمان الخيار ولم يحصل الفسخ من ذي الخيار تحصل الملكية للمشتري .

وهذا الوجه وان كان بعيداً - كما أشار اليه في «الجواهر» - للزوم عود الملكية الى البائع بلا سبب، إلا أن كون التلف قبل الرد على المشتري يكون على القاعدة، لأنه ملك له .

والثاني : ان الشيخ انما يقول في الخيارات المنفصلة على طريقة المشهور بثبوت الخيار من أول الامر ، بمعنى أنه ليس في الشرع على مذهب خيار منفصل بل الخيار في المقام وفي تأخير الثمن ثابت من حين العقد ، غاية الامر يكون تأخير الثمن كاشفاً عن ثبوت الخيار من حين العقد ، كما ذكر هذا الوجه الشيخ الورع وجهاً على مذاق الشيخ .

والثالث : عدم حصول الملكية للمشتري أصلاً في الخيارات المنفصلة حتى ينقضي زمان الخيار ، غاية الامر في زمان الخيار كان لذي الخيار الفسخ واخراج ملكيته عن التزلزل ، وأما قبل مجيء زمان الخيار أي قبل حصول الرد وقبل تحقق التأخير ليس للبائع الفسخ واخراجه عن التزلزل .

فعلى هذين الوجهين كان المبيع في ملك البائع من دون انتقاله الى المشتري ملكاً متزلزلاً بسبب ايقاع العقد ، لأنه على الوجه الاول كان له الخيار - أي للبائع أن يفسخ - وتستقر الملكية لنفسه ، حيث ان الخيار ليس منفصلاً ، وأما على الوجه الثاني - أي على الوجه الاخير : ليس للبائع ذلك بل تترتب عليه آثار الملكية اللازمة للمشتري فلا يقدر البائع على الفسخ واستقرار ملكية المبيع لنفسه وان كان ملكاً له .

وأوجه الوجوه هو الاخير . فالوجه في كون تلف المبيع على المشتري حيثئذ أن يقال : أما في الوجه الثاني : فلانه وان كان ملكاً للبائع الآن أنه لما كان قبل الرد أيضاً زمن الخيار فيكون تلفه على المشتري بقاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له وكذلك على الوجه الاخير فانه وان لم يكن ملكاً للمشتري وليس للبائع أيضاً خيار فعلي . الآن المناط القاعدة ، أعني تزلزل الملك يجري هنا بمعنى أن المبيع في شرف أن يكون ملكاً للمشتري وكان البائع أيضاً في شرف كونه ذا الخيار ، فيجري على البائع والمشتري حكم التلف المقرر لذي الخيار

ومن عليه الخيار .

هذا غاية التوجيه على مذهب الشيخ في كون التلف على المشتري قبل رد الثمن وان كان بعيداً .

أقول : ويمكن أن يقال أيضاً في كون التلف على المشتري قبل رد الثمن - على مذهب الشيخ - حيث لم يدخل في ملك المشتري كما هو مقتضى الوجهين أنه لا ينقص حينئذ عن المقبوض بالسوم بل هو عينه على مذهب الشيخ فكما أن المقبوض بالسوم تلفه على المشتري كذلك تلف المقبوض للمشتري عليه . ولا اشكال ان يده حينئذ ليست من الايدي التي لم يتطرق عليها الضمان .

هذا كله قبل رد الثمن . وأما اذا تلف المبيع بعد رد الثمن : فقد أرسله شيخنا العلامة الانصاري أن تلفه أيضاً على المشتري .

وهذا الاطلاق حسن على القول باحتياج الفسخ بعد الرد ، لانه حينئذ ملك للمشتري ، فما لم يفسخ - وان حصل الرد - يكون تلفه على المشتري لانه مالك له ، مضافاً الى أنه في زمن الخيار ، فيكون تلفه على من عليه الخيار .

و أما على القول بالانفساخ بمجرد الرد ، أو أن الرد فسخ فعلي ، فيشكل حينئذ أن المبيع بعد الرد صار ملكاً للبائع ، فيكون تلفه حينئذ على البائع دون المشتري . الا أن يقال أن يد المشتري حينئذ لم تخرج عن يدضمان ، اذ يده كانت يدضمان قبل الرد ، فتستصحب أيضاً بعد الرد . فتأمل .

والذي يسهل الامر أن هذه الفروع واطلاق شيخنا العلامة « قده » انما هو على مذهب المشهور ، فتكون يد المشتري يدضمان كما صرح به في « الجواهر » وأما سقوط الخيار وعدمه : فظاهر المشهور عدم سقوط الخيار مع تلف المبيع لان الخيار حق تعلق بالعقد لبالعين ، فيفسخ وينحل العقد ، فيسترد المثل أو القيمة عند تلف العين .

نعم على القول بتعلق حق الخيار على العين يدور مدار العين. ولكن هذا القول ضعيف كما سمعت سابقاً وستسمع فيما يأتي تفصيلاً انشاءً الله ، لان القاعدة المقررة عند المشهور : أن تلف المبيع في زمن الخيار لا يسقط الخيار إلا أن يدعى في خصوص المقام بأنه وان كان المقرر عند المشهور عدم سقوط الخيار في سائر الخيارات إلا أنه في هذا البيع الخياري خصوصية توجب لعدم ثبوت الخيار مع التلف كما ذكره شيخنا العلامة « قده » .

ويحتمل عدم الخيار. والوجه في ذلك قد يقال : أن غرض البائع من جعل هذا الخيار استرداد عين ماله ، ولا يتم الا بالتزام ابقائه حتى يفسخ لو شاء . و أما لو تلف المبيع فلم يتعلق غرض البائع على مثله وبدله فلا ينتقض بسائر الخيارات كخيار المجاس والحيوان والشرط ، لان غرض المتبايعين انما تعلق بمالية المبيع ارفاقاً لذى الخيار المجمعول له الخيار بحسب الشرع . وأما في هذا الخيار انما جعل الخيار لغرض استرجاع العين .

وقد يقال أيضاً بوجه آخر في عدم الخيار وهو : أن ظاهر حال المتبايعين اعتبار بقاء المبيع في ذلك ، ومنشأ الظهور هو انصراف حال المشرط الى ابقاء العين ثم استرجاعه عند الفسخ. ومن ذلك يظهر الوجه في وجوب ابقاء المشتري العين وعدم جواز تصرفه الى انقضاء المدة بخلاف سائر الخيارات، فيجوز التصرف في زمن الخيار فيها .

وكيف كان ففي المسألة أقوال ثلاثة :

قول : بثبوت الخيار مطلقاً ، سواء كان قبل رد الثمن أو بعده ، وسواء تلف المبيع أم لا ، كما أطلق شيخنا العلامة « قده » في كتابه ، ونسبناه الى المشهور ، وعللناه بأن الخيار حق يتعلق بالعقد وليس بمنوط على بقاء العين وعدمه .
وقول : بعدمه مطلقاً ، كما احتمله في الكتاب بناءً على أن مورد هذا الخيار

هورد الثمن وارتجاع العين .

وقول : بالتفصيل في التلف بين قبل رد الثمن وبين بعد رده ، فيسقط الخيار في الاول دون الثاني ، كما اتجه له شيخنا في « الجواهر » حيث قال: وكما أن النماء له - أي للمشتري - فالتلف منه بلاخلاف، للصحيح والموثق بل هو كذلك وان كان بعد الرد ، لأنه مضمون عليه ، لانه وقع في زمان خيار البائع ، فله حيثذا الفسخ ثم الرجوع الى المثل والقيمة، بخلاف التلف قبل الرد، الذي ليس هو زمن الخيار كي يستحق الرجوع عليه ، بل المتجه سقوط الخيار. انتهى .

ولا يخفى أن هذا التفصيل منه «قده» مبني على مذهب المشهور ، من أن زمان الخيار انما هو بعد الرد وأن الفسخ انما يحصل بانشائه لابل مجرد الرد ، ولا اشكال في ذلك ، وانما الاشكال في وجه التفصيل وهو أن يقال : أنه لو تلف المبيع بعد رد الثمن الذي هو زمن الخيار للبائع تصير العين مضمونة على المشتري، بمعنى تعلق حق خيار البائع على بدلها ، فيكون البديل قائماً مقامه عند الشارع ، فكان من عليه الحق - أعني المشتري - في المقام مكلف على اخراج ذمته عن حق ذي الخيار أعني البائع - اما بالعين أو ببديلها .

فلكون ذلك زمن الخيار يصير البائع ذاحق في كل آن من الانات ، أما قبل التلف فواضح ، وأما بعد التلف : فلتعلقه على بدلها في ذمة المشتري . فيتعلق حقه الثابت على ارتجاع العين على بدلها عند تلفها ، حيث أن التلف انما حصل في زمان ثبوت الحق ، فلا يسقط الخيار حينئذ لبقاء موضوعه وحصول الثمرة في جعل الخيار وبقائه .

فان المبيع مضمون على المشتري في زمن الخيار بمعنى لو فسخ العقد يتعلق الحق على ارتجاع العين أو على بدله عند التلف ، بخلاف ما كان تلف المبيع قبل رد الثمن الذي ليس هو زمن الخيار ، لان المبيع عند تلفه ليس

مضموناً على المشتري حينئذ ، لان الشخص لا يضمن على نفسه عند تلف ماله وليس متعلقاً لحق الغير عند التلف حتى يتعلق حقه ببدله فيكون ثبوت الخيار حينئذ - أي اذا تلف قبل رد الثمن - مما لاوجه له ، اذ المفروض انه لم يثبت قبل رد الثمن - كما عليه المشهور - وبعد رده لم يبق موضوع المبيع بعد ، فيلغو جعل الخيار حينئذ ، اذ تلف المبيع لم يكن في زمان تعلق الحق حتى يتبدل منه الى بدله .

وهذا هو الوجه للتفصيل الذي ينبغي أن يذكر في المقام .

وبهذا البيان يندفع ما أورده بعض المعاصرين من السادة على عبارته المحكية من منافاته لما استظهر كون الخيار في مجموع المدة ، ومن أن كون ضمان المبيع على المشتري انما هو بمقتضى القاعدة الاولى ، فلا سبيل حينئذ الى اجراء قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له لانها انما ثبت في مورد مخالفة القاعدة الاولى لا مطلقاً .

ومن أن مقتضى جريان قاعدة التلف حصول الانفساخ كما في قاعدة التلف قبل القبض لاخبار الفسخ .
وجه الاندفاع واضح .

أما الاول : فلما ذكرنا من أن هذا الفرع انما هو مبني على مذهب المشهور فلا منافاة لاختياره غيره في أصل المسألة .

وأما الثاني والثالث : فلعدم تمسكه بقاعدة التلف ، حتى يقال أنه ليس من مجاريه وأن لازمه الانفساخ لا الفسخ .

ولعله انما اشتبه عليه الامر من قول صاحب «الجواهر» في عبارته المحكية ، لانه مضمون عليه وقد عرفت المراد منه .

وليس الغرض منه أن تلف المبيع على المشتري للقاعدة بل انما المقصود

الفرق بين زمن الخيار وغيره ، حيث أن المبيع مضمون على المشتري في زمن الخيار ، بمعنى يتعلق حق الارتجاع على العين أو على بدله بخلاف صورة ما لم يكن في زمن الخيار ، فإن المبيع حينئذ تلف من دون تعلق حق به أو ببدله لعدم جعل الخيار قبل الرد وبعد الرد فقد انتفى الموضوع ، فلا فائدة لثبوت الخيار حينئذ .

نعم يرد على هذا التفصيل من النقض والحل حسبما يأتي ذكره عند التكلم في تلف الثمن ، فانتظر .

هذا كله في المثلن ، وقد ظهر لك أن الحق في التلف أنه على المشتري لانه ملك له ، وفي الخيار عدم سقوط خياره ، لما قرر أن التلف في زمن الخيار لا يسقط الخيار ، لانه حق متعلق بالعقد لبالعين .

وأما الثمن : فلو تلف ، فلا يخلو اما أن يكون بعد الرد والفسخ أو قبلهما أو بعد الرد وقبل الفسخ . أما في الصورة الاولى فلا اشكال - ظاهراً - أنه من المشتري لانه صار ملكاً له بسبب الفسخ .

وأما في الصورة الثانية: وجهان بل قولان مبنيان على عموم القاعدة المقررة عندهم - أعني أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له - على الثمن أيضاً والتعدي من المورد المنصوص الى غيره وعدم العموم في تلك القاعدة المخالفة للقاعدة الاولى .

وقد اختار الاول شيخنا العلامة الانصاري «قده» تبعاً لغير واحد ، بقوله : لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة - أعني خيار المجلس ، والحيوان والشرط - ويؤيده المناط الذي ذكره الفقهاء في طي كلماتهم من تزلزل العقد ، فان التزلزل كما يكون في المثلن كذلك

يكون في الثمن - أي كما يكون الخيار في ارتجاع المبيع ورده كذلك يكون في ارتجاع الثمن ورده .

وذهب الى الثاني شيخنا في «الجواهر» من أن التلف على البائع لاختصاص تلك القاعدة بالمتن مستظهراً برواية معاوية بن ميسرة، قال : سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً من رجل وكان بينه وبين الذي اشترى الدار خلطة ، فشرط : انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين ، فالدار دارك فأناه بماله ؟

قال عليه السلام : له شرطه . قال له أبو الجارود : فان هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين ؟

قال عليه السلام : هو ماله ، وقال عليه السلام : أرأيت لو أن الدار احترقت ، من مال من كانت ؟ يكون الدار دار المشتري .

ثم نسب الخط الى بعض الاعلام الناشيء من الوهم من أن المراد من قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له وانها أعم من الثمن والمتن ، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما .

ثم قال : وهو من غرائب الكلام ، ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن .

ثم ان وجه الاستظهار : فيه خفاء بل منع كما قال شيخنا العلامة «قده»:

لم أعرف وجه الاستظهار ، اذ ليس فيها الا أن نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري وهما اجماعيان وهذا مبني على أن يكون الاستظهار من جهة المقابلة حيث استعجب السائل من جهة نماء الثمن بقوله : فان هذا الرجل قد أصاب في هذا المال ؟ فقال الامام عليه السلام : أرأيت لو أن الدار احترقت ، من مال من كانت ؟ بمعنى أن نماء الثمن للبائع لا استعجاب له ، بل تده أيضاً عليه ، كما أن المبيع

كالدار لو تلفت يكون من المشتري ونمائها أيضاً له .

فمن ذلك أورد عليه : أن الرواية لم يثبت منها هذا التعميم بل انما الثابت منها نماء الثمن وتلف الثمن فقط .

أقول : يمكن أن يكون وجه الاستظهار شيء آخر ، وهو ترك الاستفصال من قوله الْبَيْعُ : له شرطه بعد قول السائل : فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين ، فان قوله « أن أتيتني بمالي » مطلق ، سواء تلفت عين المال أم لا ، وسواء كان ذلك التلف قبل رده ، أو بعده قبل الفسخ . فلا بد في جميع الصور حصول الرد من البائع ليتحقق قوله « له شرطه » أي للمشتري أن يتول : جثني بمالي عيناً أو بدلاً حتى تكون الدار دارك ، فاذا تلفت عين الثمن فلا بد عليه من اتيان بدله ، سواء كان التلف قبل الرد أو بعد حتى تكون الدار داره ، فلو كان التلف من المشتري حينئذ يصير لازمه انفساخ العقد ولم يبق للمشتري حينئذ شرط فلا يبقى لقوله « له شرطه » محل في هذه الصورة .

وكيف كان ، الظاهر هو عدم العموم في القاعدة حتى يجري في الثمن ، لان مدركها مع كونها خلاف الاصل ليس الا الاخبار ، وهي لاتدل على العموم ، بل لابد من الاقتصار على مورد القدر المتيقن ، أعني ما كان التلف في المبيع في خيار الحيوان والشرط ، لان الاصل : « تلف كل شيء على مالكة » ويخرج من هذا ما ثبت بالدليل ولم يثبت أكثر مما ذكره شيخنا في « الجواهر » من أنها مختصة بالمبيع في الخيارات المختصة ، مع أنها مخالفة لقاعدة الخراج بالضمان بضميمة الاجماع على أن النماء في الثمن للبائع .

ولكن قاعدة التلف لو كانت جارية لكانت حاکمة على قاعدة الخراج لان معنى كون التلف على غير ذي الخيار أنه يفسخ البيع قبل التلف آنأ مالكون التلف في ملك من لا خيار له ، ومقتضى قاعدة الخراج أن الضمان على المالك

للعين ، فلا منافاة .

نعم لو أخذنا بعموم قاعدة الخراج ، وقلنا: أن كل من له النماء يكون ضامناً لتلف العين وان لم يكن مالكاً لها كالمستعير والمستأجر والمباح له المنفعة ونحو ذلك، خرج ماخرج وبقي الباقي ارتفعت الحكومة ، لكن من المعلوم أنه ليس كذلك ، اذلا يستفاد من القاعدة أكثر مما ذكرنا من أن المالك ضامن .

والحاصل : أن الرواية تدل على أن تلف الثمن من البائع ، فيجب عليه بعد التلف رد بدله لسو أراد الفسخ واسترجاع المبيع عملاً بالشرط قضية لاطلاق السؤال وقوله الرواية « له شرطه » .

فلا يقال : أن غاية ما تدل الرواية أن الرد مستلزم لكون الدار دار البائع وهو حاصل بناءً على كون تلف الثمن من المشتري أيضاً ، لان لازم الانفساخ أيضاً صيرورة الدار دار البائع .

لانا نقول : قوله الرواية : له شرطه ، يدل على أن ذلك من باب الاشتراط والوفاء بالشرط لامن باب انفساخ العقد شرعاً وتعبداً .

وكيف كان ، قصوى ما يستدل به على عموم قاعدة التلف للثمن أيضاً أمران :

أحدهما : عموم أدلة كون التلف في زمان الخيار ممن لاختياره .

ثانيهما : أن مناطه هو نزلزل العقد ، وهو مشترك بين المبيع والثمن .

فالاول : مدفوع بمنع العموم، اذلا اطلاق ولا عموم للقاعدة ، بل مورد

النص والفتوى هو المبيع .

والثاني : مدفوع بمنع المناط القطعي بل الظني أيضاً ، ولو سلم فلا فائدة

فيه لانه لا يغني من الحق شيئاً ، ويؤيده ، بل يدل عليه عدم جريانها في غير

الخيارات الثلاثة واختصاصها بها ، وهو مما يوهن دعوى المناط قطعاً بكشفه عن

عدم كون التزلزل علّة تامّة .

فاذاً الاقوى هو اختصاص القاعدة بالمبيع لان كون التلف ممن عليه الخيار على خلاف الاصل ، فيقتضي فيه على المورد المتيقّن ، لان الاصل دليل قوي ولا يصار عنه الا بدليل قوي والا فلا .

فتعيّن أن تلف الثمن بعد الرد وقبل الفسخ من البائع عملاً بالقاعدة .
وأما ما لو تلف قبل الرد : فان قلنا أن الثمن خارج عن مورد قاعدة التلف في زمان الخيار كما اخترناه ، فلا اشكال لان تلفه حينئذ من البائع لانه ملكه ، فتلفه منه لامن غيره وان قلنا بعمومها للثمن أيضاً . وحينئذ نقول :
ان قلنا : أن الخيار ثابت قبل الرد فلا اشكال أيضاً ، لان تلفه على المشتري للقاعدة المذكورة .

وان قلنا بحدوث الخيار بعد الرد وكونه من الخيار المنفصل ، فمقتضى القاعدة كونه من البائع ، اذ لا خيار قبل الرد بحكم الفرض فيكون خارجاً عن موضوع قاعدة التلف في زمن الخيار .

الا أنه مع ذلك قال شيخنا العلامة «قده» بأن تلفه على المشتري ، حيث قال :
وان كان قبل الرد فمن البائع بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الرد .

وفيه : مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء ، فان دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل المبيع ، سواء كان بخيار متصل أو منفصل ، كما تقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء انشاءً الله . انتهى .

ومراد من منع المبنى هو منع عدم ثبوت الخيار قبل الرد ومن منع البناء عدم توقف جريان القاعدة على ثبوت الخيار قبل الرد ، بل هي جارية وان قلنا بعدم ثبوته قبل الرد . وما يمكن أن يستدل به لذلك أمران :

أحدهما : اطلاق ما دل من الاخبار على أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار

له ، سواء كان الخيار متصلاً أو منفصلاً .

ثانيهما : أن مناط القاعدة هو تزلزل العقد، وهو حاصل في الخيار المنفصل أيضاً كجريانه في الخيار المتصل .

أما الاول : ففيه : أن الاخبار الدالة على القاعدة ثلاثة :

أحدها : ما ورد في خيار الحيوان، من أنه لو تلف في الثلاثة فعلى البائع .

ثانيها : ما ورد في خيار المجلس ، من أنه لو شرط أن لا يـكـون للمشتري

خيار فتلفه من المشتري .

ثالثها : ما دل على أن لو اشترط الخيار للمشتري أياماً معدودة فتلف في تلك

الايام ، فهو على البائع .

أما الاولان : فلا ربط لهما بالزمان ، لان مورد هما الخيار المتصل . وأما

الثالث : فالتمسك به في المقام مبني على دعوى الاطلاق من وجهين :

أحدهما : اطلاق الايام المشروط فيها الخيار من حيث الاتصال بالعقد والانفصال .

ثانيهما : اطلاق التلف من حيث حصوله في الايام المعدودة المنفصلة أو

قبلها .

والاول وان لم يكن بعيداً ، الا أن الثاني بعيد جداً بل لو سلم الاطلاق من

الجهة الاولى فظاهره حصول التلف في الايام لاقبلها ، لانه المنصرف اليه الاطلاق

فلا دلالة في الاخبار على المدعى .

وأما الثاني : ففيه : أنه لا تزلزل في المبيع قبل الرد بعد البناء على عدم كونه

زمان الخيار ، لان العقد حينئذ لازم قبل الرد فلا تزلزل وانما يحدث التزلزل

بعد الرد .

نعم يمكن توجيهه بوجه آخر : وهو أن الخيار حينئذ لمو قلنا بحدوثه بعد

الرد فليس المراد به ظاهره ، بل المراد به ثبوت الخيار فعلاً قبل الرد على وجه

يكون زمان الفسخ بعد الرد، فالرد شرط للفسخ لا للخيار نفسه ، نظير ما لو وكله في بيع داره بعد شهر فان الزمان فيه ظرف للمفعول لا للوكالة فالوكالة حاصلة فعلا على أن يعمل العمل بعد شهر ، والالزم التعليق في الوكالة .

وكذلك الحال في المقام، بل في كل خيار مفصول، وذلك لان الخيار المفصول لا معنى له ، بل لبه وحقيقته هو أن الزمان المنفصل زمان للفسخ لا للخيار ، فله الخيار فعلا على أن الفسخ بعد الرد .

وهذا هو المراد بتزلزل المبيع، لان الخيار - في الحقيقة - ثابت فعلا ، فالمبيع متزلزل وان كان الفسخ متأخراً، ولذا قلنا أنه لا يتعقل - بناءً على مذهب الشيخ - الخيار المنفصل الا اذا التزم بعدم ثبوت الملك في الخيار المنفصل أيضاً الا بعد مضي زمان الخيار . فيكون متزلزلاً من أول الامر ، لأنه لازم أولاً فينقلب جائزاً حتى يقال أنه غير معقول .

فكما أنه الحال على مذهبه فكذلك على مذهب المشهور أيضاً ، بمعنى أن الخيار المنفصل راجع الى انفصال زمان الفسخ لانفس الخيار .

وكيف كان ، أنت خبير بأنه راجع الى منع المبنى للبناء، وان كان بحسب الظاهر منعاً للبناء حيث يقال أن الخيار - وان كان منفصلاً - الا أن المراد الخيار المنفصل هو المعنى المذكور .

فان أراد «قده» ما ذكرنا فهو ، الا أنه يحتاج الى المناط لحصول موضوع القاعدة حينئذ قبل الرد أيضاً .

وان أراد به كون الرد قيداً لنفس الخيار ، فلا وجه له بمعنى تزلزل المبيع ، لان العقد حينئذ لازم قبل الرد .

والحاصل : أن المراد بالخيار المنفصل هو ما ذكرنا ، فهو منع للبناء ظاهراً وصورة ، الا أنه منع للمبنى لبعاً وحقيقة ، لرجوعه الى الخيار المتصل ، فتدبر .

وأما الثالث ، وهو ما يتنوع على كون التلف من المشتري أو من البائع : فهو أنه ان قلنا بأن تلف الثمن من المشتري اما مطلقاً أو في خصوص ما لو تلف بعد الرد ، ووجهه أن كون تلفه منه مع كون الثمن ملكاً للبائع ليس الا لدخوله في ملك المشتري قبل التلف آنأ ما ، والا لم يكن تلفه منه ، فكأن الثمن وصل اليه فلا حاجة ثانياً الى رده اليه ، لانه رد حكمي . وهو معنى الانفساخ ، فيرجع البائع بالمبيع ويأخذه من المشتري .

فهو نظير تلف المبيع قبل القبض ، لانه ملك للمشتري الا أن تلفه على البائع على خلاف القاعدة تعبداً ولازمه انفساخ المبيع ، فيرجع المشتري الثمن ويأخذه من البائع.

وان قلنا بأن تلفه من البائع ، اما مطلقاً بناءً على منع جريان القاعدة في الثمن ، أو في خصوص ما لو تلف قبل الرد ولو أجرينا القاعدة في الثمن بناءً على عدم كون -- قبل الرد -- زمان الخيار .

فقال «قده» : فالظاهر بقاء الخيار .

وظاهر اطلاقه بقاء الخيار مطلقاً سواء تلف قبل الرد أو بعده . وقد تقدم من «الجواهر» - في تلف المبيع - التفصيل قبل الرد وبعده: ببقاء الخيار في الثاني دون الاول ، ووجهناه بما مر . ومثله يجري في تلف الثمن أيضاً .

وحاصل توجيهه: أنه تلف الثمن في زمان الخيار مضمون على البائع بمعنى أنه لو فسخ وجب عليه رد بدله ، فاذا كان مضموناً كان موضوع الخيار باقياً .

وهذا بخلاف ما لو تلف قبل الرد الذي ليس زمان الخيار ، اذ لاضمان فيه حينئذ حتى ينتقل الى البديل ، لعدم ثبوت سبب الضمان - وهو الخيار - فاذا تلف لم يبق للخيار موضوع أصلاً .

لكن يدفع أصل التفصيل في المقامين أنه يكفي في بقاء الخيار ثبوت البديل في زمان من الازمنة ولو لم يكن ثابتاً فعلاً ، وهو حاصل في التلف قبل الرد أيضاً

لثبوت الضمان فيه معلناً على مجيء زمان الخيار ، كيف وضمان الثمن تعلقي ولو بعد الرد أيضاً ، لكونه معلناً على التلف والفسخ بعده ، والا فهو ملك للبائع قبل الفسخ .

فضمانه له ليس الا بمعنى أنه لو تلف وأراد الفسخ وجب عليه رد البديل فكذلك قبل الرد أيضاً ، فاذا تلف فيه أيضاً وجب عليه رد البديل لو أراد الفسخ ، فالتفصيل في بقاء الخيار بين تلفه قبل الرد وبعده باطل ، بل الخيار باق مطلقاً ، فيرد البديل لو تلف قبل الرد ويرجع المبيع .

اقول : هذا التفصيل لا وقع له في الثمن أصلاً ، لان بقاء الخيار بتلفه وعدمه مبني على النظر في كيفية اشتراط الرد ، فان اشترط رد العين خاصة سقط الخيار ، وان اشترط رد الاعم بقي الخيار ، فيرد البديل لو تلف وأراد الفسخ ، والاطلاق أيضاً راجع الى أحد الوجهين .

نعم ، التفصيل له وقع في تلف المبيع ، لكن مبناه ليس هو البيان المذكور لانه شبيه بالمصادرة بل عينها .

بل وجهه : أن تعلق الحق بالبديل فرع تعلقه بالعين ، وهو حاصل لو تلف بعد الرد لثبوت الخيار ، بخلاف ما لو تلف قبل الرد ، اذ لا حق في العين بناءً على ثبوت الخيار بعد الرد لينتقل بتلفها الى البديل .

لكن يدفعه : أن الخيار ليس حقاً متعلقاً بالعين بل متعلق بالعقد ، وتختلف لوازمه باختلاف الموارد من استرجاع ان كانت موجودة ، وبديلها ان كانت تالفة مضافاً الى منع المبنى ، اذ يكفي في ثبوت البديل تعلق الحق بالعين لو فرض وجودها في زمان الخيار ، ولا يتوقف على تعلقه بها فعلاً في زمان من الازمنة . فتدبر .

مسألة: فيما لو كان المشتري غائباً :

فهل للبائع الفسخ برد الثمن الى وكيله الخاص أو العام ، أو الحاكم لو لم يكن له وكيل ، نظراً الى كون الحاكم ولياً على الغائب فالرد اليه رد الى المشتري ، أولاً ، فيسقط الخيار لتعذر شرطه وهو الرد الى المشتري ؟ في المسألة أقوال ثلاثة :

الاول : ماحكي عن المحقق القمي « قده » في أجوبة مسائله : من حصول الشرط بالرد الى الحاكم .

الثاني : ماحكي عن صاحب « المناهل » : من سقوط الخيار لتعذر الشرط .

الثالث : مانسب الى صاحب « الحقائق » حيث نسب الى المشهور بل ادعى الاتفاق على عدم العبرة بحضور المشتري أصلاً وجواز الفسخ وجعل الثمن أمانة الى أن يجيء المشتري ، فلا يحتاج الى الرد الى الحاكم أيضاً .
وتحقيق المسألة مبني على تشريح صور .

فنقول : تارة يصرح باشتراط الرد الى خصوص المشتري خاصة لا غير . وهو غرض عقلائي لاضير في اشتراطه لان تضيق دائرة الخيار من أهم المقاصد ، لكن مع ذلك قد تمنع صحة هذا الشرط لخروجه عن الاغراض المتعارفة وان تعلق به بعض الاغراض الشخصية ، اذ لا عبرة بالاغراض النادرة الشخصية ، بل المدار على الاغراض النوعية الغالبة المتعارفة ، ولذا لم يتعرض له « قده » في الكتاب وان كان التحقيق خلافه لمنع كونه من الاغراض النادرة ، كما لا يخفى .

وأخرى : يصرح اشتراط الرد اما الى المشتري أو وكيله أو الحاكم أو غيرهما حسب ما يشترطه ، فيكون الغرض من الرد هو الايصال الى المشتري بأي نحو كان ولو لو وكيله من دون أن يكون لخصوص المشتري موضوعية .

وثالثة : يعلم ولو بالتصريح بأن الغرض هو رفع يد البائع عن الثمن وخروجه من ذمته ولو بالتخلية وايجاد ما هو من قبله من المقدمات الاختيارية ولو لم يتحقق الايصال الى المشتري لمانع اختياري منه أو اضطراري .

ورابعة : يطلق اشتراط الرد الى المشتري من دون تصريح شيء من التخصيص أو التعميم .

والاولان خارجان عن محل النزاع قطعاً ، اذ لا عبرة بالرد الى غير المشتري في الاول بلا اشكال . ويكفي الرد الى غيره حاكماً كان أو غيره على حسب ما اشترط في الثاني ، كما أنه لا اشكال في عدم اعتبار شيء منها وكفاية الفسخ وجعل الثمن عنده أمانة ، على الثالث . فالخلاف والاشكال انما هو في الاخبار . والنزاع فيه تارة يقع في الصغرى وأخرى في الكبرى .

فتارة يقع النزاع في أن الاطلاق ظاهر في التخصيص أو ظاهر في التعميم أو في ارادة مجرد رفع اليد والتخلية ، أو لظهور لدفي شيء منها ، بل بمجمل مردد بين الجميع أو البعض .

وأخرى يقع النزاع في أنه بعد احراز ظهوره في ارادة الايصال الى المشتري فهل يقوم الحاكم مقامه أولاً ، بل هو وغيره على حد سواء ؟ .

أما الاول - وهو النزاع الصغرى - : فلا اشكال في أن التجرد على ظاهر الخطاب يقتضي بالاختصاص ومذخبة خصوص المشتري ، الا أن الغالب المتعارف عدم كونه هذا الظاهر مراداً ، بداهة أن الغرض النوعي متعلق غالباً بوصول الثمن الى المشتري أو رفع يد البائع عنه وكونه متعلقاً برده اليه بخصوصه بحيث يكون له موضوعية ، نادر جداً .

فالرد الى المشتري في الخطاب مأخوذ على وجه الطريقة لا الموضوعية فهذه الغلبة النوعية التي استفدناها صارفة عن التجرد بظاهر الخطاب القاضي بالموضوعية.

وقد يستشهد لذلك بأنه لومات المشتري قام وارثه مقامه فيثبت الخيار للبائع برد الثمن اليه ، ولومات البائع قام وارثه مقامه فله الفسخ برد الثمن مع خروجها عن ظاهر اشتراط رد البائع الثمن الى المشتري . فيكشف ذلك عن أنه ليس لخصوصية المشتري مدخلية وموضوعية .

وفي شهادتهما نظر ، أما الاول : فلانه مصادرة ، لان من يقول بسقوط الخيار بغيبة المشتري يقول به بموته أيضاً .

وأما الثاني : فلان قيام وارث البائع مقامه ليس من جهة كون الشرط هو الاعم من رد البائع نفسه أو وارثه ، بل انما هو من جهة كون الخيار موروثاً بحكم الشارع ، كيف ولو كان ذلك ناشئاً من الاشتراط لجاز شرط الاختصاص أيضاً ، بأن اشترط الخيار لنفسه دون وارثه . وهو ممنوع ، لان مرجعه الى شرط الحكم الشرعى وهو مخالف للكتاب والسنة والشارع جعل الخيار موروثاً فشرط الخيار الى نفسه دون وارثه مخالف له .

ودعوى . أن الخيار انما يكون موروثاً ، اذا كان قابلاً للارث والانتقال الى الوارث واذا اشترط الخيار لنفسه خاصة ارتفع الموضوع بموته ، فلاحق لينتقل الى الورثة ، لان الحق حينئذ خاص قائم بمحل خاص ، فلاموضوع للارث . مدفوعة : بأن اشتراط الخيار لنفسه خاصة ان رجع الى ارادة كونه حقاً مختصاً به ، فهو غير محتاج الى الاشتراط .

ولا ينافى الانتقال الى الورثة ، لان كل ملك أو حق لاحد فهو مختص به لا يشاركه غيره . وهذا موضوع الارث لان المنتقل الى الوارث ليس الا ما كان مختصاً بالمورث .

وان رجع الى اشتراط المباشرة في الفسخ صح الاشتراط الا أنه لا ينافى الارث أيضاً ، لان لازمه ليس الاعداء جواز الفسخ من وكيله مثلاً ، أما عدم انتقاله

الى وارثه فهو انما يؤثر في أن المباشرة للفسخ حال حياته هو نفسه لاغيره . وهذا لاينافي انتقاله الى وارثه .

وان رجع الى اشتراط عدم انتقاله الى وارثه ، فهو شرط مخالف للشرع ، فاشتراط الخيار لنفسه لايجب سقوطه عن وارثه وحينئذ فيكون قيام الوارث مقامه في الرد من باب كون الخيار حقاً موروثاً لامن باب تعميم دائرة الشرط بملاحظة الغرض .

هذا على تقدير تسليم انتقال الخيار الى ورثة البائع ، لكنه قديم منع رأساً لعدم كونه حقاً ثابتاً فعلياً بناءً على المشهور من حدوثه بعد الرد . وماوجهنا به صحة اسقاطه سابقاً من كونه قبل الرد مالكا لان يملك الخيار وان لم يكن مالكا لنفسه مدفوع بأن هذا المعنى أشبه شيء بالحكم الشرعي ، كجواز الرجوع في الهبة وليس حقاً وحينئذ فلاينتقل الى ورثته بموته ، بل يسقط رأساً . ومن هنا يشكل الاسقاط أيضاً ، الا أن أصل المبنى ضعيف لما مر من ثبوت الخيار قبل الرد ، فالاقوى ثبوت الارث وصحة الاسقاط .

وكيف كان ، فالمشاهدان ساقطان . نعم ، أصل المدعى حق لما ذكرنا من الغلبة المصارفة عن الجمود على قشر اللفظ فيبطل الاحتمال الاول وهو احتمال الموضوعية . فينبغي الكلام في تعيين الاخيرين ، والظاهر أنه ليس شيء منهما بعيداً عن المتعارف ولا قرينة على شيء منهما فيدور الامر بينهما .

ثم لو حكمنا بالاجمال ولم يكن الكلام ظاهراً في أحدها معيناً فلا بد من تأسيس الاصل ، فأن دار الامر بين الاول والاخيرين فالاول مطابق للاصل ، لان تضيق دائرة الخيار هو المطابق لاصالة بقاء الملكية بعد الفسخ ، حيث أن القدر المتيقن هوزوالها بالرد الى المشتري ، فاذا رد الى غيره يكون زوال الملكية بالفسخ مشكوكاً والاصل بقائها وان دار الامر بين الاخيرين - كما قويناه - حيث قلنا بقيام

القرينة وهي الغلبة على عدم ارادة الاول ، مصافاً الى بطلانه بخروجه عن
الاعراض المتعارفة وعد قرينة على تعيين شيء من الاخيرين ، فالخير منهما مخالف
للاصل ، لعين ما مر حيث أنه بالإيصال الى المشتري أو وكيله يجوز الفسخ ، بخلاف
ما لو جعل الثمن عند نفسه أمانة مثلاً لأن تأثير الفسخ حينئذ مشكوك والاصل
عدمه .

هذا هو مقتضى الاصل العملي ، وهو استصحاب الملكية .
وأما الاصل اللفظي - أي العمومات - فالتمسك بهما مبني على جريانها في
الشبهات المصادقية ، وهو خلاف التحقيق ، حيث أن الشبهة في المقام موضوعية
لاحكمية للعلم بالحكم الشرعي في كل من الصور الثلاثة ، وانما الشك في اندراج
صورة الاطلاق تحت أحدها .

هذا تمام الكلام في النزاع الصغروي . ثم علمنا بأن الشرط هو الرد الى
خصوص المشتري ولو بالتصريح به ، فهنا فرع :

وهو أنه لو امتنع من أخذ الثمن فهل يقوم الحاكم مقامه كما هو الحال في
أداء الدين لو امتنع الدائن عن الاخذ والقبول - فيجبر عليه أولاً - ومع عدم
امكانه فيقوم الحاكم مقامه أولاً ؟

مقتضى القاعدة هو الاجبار - لو أمكن - تحصيلاً للشرط الواجب عليه مهما
أمكن ، ومع عدم امكانه فيسقط الشرط للتعذر ولا يقوم الحاكم مقامه لأن ولاية
الحاكم لاتجدي مع فرض اشتراط الرد الى شخص المشتري ، ولا وجه للتمسك
بعموم (السلطان ولي الممتنع) ، لأن الرد الى الوكيل الخاص غير نافع في هذا
الفرض ، فالحاكم بالاولى اذ لا يزيد حاله عن الوكيل ، فلا تجدي ولايته فيما
لاتجدي الوكالة ، فيسقط الخيار لتعذر شرطه . وقياسه بأداء الدين قياس مع الفارق
لأن الصبر على الدين حرج وضرر ، فلو امتنع الدائن من القبول قام الحاكم

مقامه بعد الاجبار .

وهذا بخلاف المقام ، لان البائع هو الذي أقدم على ضرر نفسه باشتراط الرد الى شخص المشتري الذي هوفي معرض التعذر لاحتمال الامتناع منه ، فيسقط خياره بتعذر شرطه . لكن يمكن أن يقال : أن هذا الخيار وان سقط بتعذر شرطه الآن للبائع خيار تخلف الشرط حيث أن اشتراط الرد الى خصوص المشتري ينحل الى شرطين :

أحدهما : على البائع ، وهو رد الثمن واحضاره عند المشتري .

ثانيهما : على المشتري ، وهو قبوله وأخذ الثمن ، فاذا وفى البائع و امتنع المشتري فقد تخلف عما التزمه على نفسه ، وهو قبول الثمن فيثبت للبائع خيار التخلف .

هذا بناءً على كون المراد بالرد الى المشتري هو الايصال الفعلي اليه ، أما بناءً على ما سيجيء من أن المراد به هو احضار الثمن عنده وايجاد مقدمات الايصال وان امتنع المشتري فلاشكال أصلاً ، لكفاية مجرد نقد الثمن وعرضه على المشتري في ثبوت الخيار ، وان امتنع المشتري فليس فيه شرطان ليثبت للبائع خيار التخلف بل شرط واحد وهو الرجوع الى البائع من ايجاد مقدمات الايصال . وهذا هو الاقوى ، لان هذا الشرط بنفسه كاف في خيار البائع ، فالشرط الثاني وهو شرط القبول على المشتري لغوصرف لا يترتب عليه غرض للبائع ومعه فلاحاجة الى التكلم في قيام الحاكم مقامه لو امتنع من أخذه بل له الخيار بالاحضار وان امتنع لحصول الشرط وهو الرد بالمعنى المذكور .

ولو اشترط الايصال الى المشتري بأن كان ذكره من باب الطريقة اما بالتصريح به أو بطلان اشتراطه على وجه الموضوعية أو لانصراف الاطلاق اليه ، فهل يقوم الحاكم مقام المشتري - لو كان غائباً - أو لا ؟ قديقال بالاول ، لانه اذا كان الغرض

هو الاتصال الى المشتري فالرد الى الحاكم عند عدم الوكيل كالرد الى الوكيل عند وجوده ، لان الحاكم ولي من لاولي له . وقد يقال بالثاني ، لان تصرف الحاكم من قبل الغائب منوط ومشروط بالغبطة ، ولاغبطة هنا في أخذ الثمن مقدمة لفسخ البائع ، بل الغبطة في لزوم العقد وسقوط خيار البائع .

وفيه : أن هذا التصرف ليس تصرفاً اختيارياً حتى ينافى بالغبطة والمصلحة بل هو تصرف قهري يجب عليه مراعاة لحال البائع ، حيث أن البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ ، اذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه في الثمن حتى يقال : أن ولايته في القبول مشروطة بالمصلحة . بل المعتبر هو تمكين المشتري أو وليه اذا حصل الفسخ .

هكذا ذكره « قده » في الكتاب ، وهو حسن . لكنه مبني على ثبوت ولاية الحاكم في المقام ، وهو ممنوع ، لان قبول الحاكم هنا ليس تصرفاً في مال الغائب لاختياراً ولا قهراً ، لان الثمن ليس مالا للمشتري قبل الفسخ بل هو مال البائع ، و الحاكم لولاية له الا في مال الغائب وليس نائباً عنه في كل ما كان له أو عليه . فقبوله له نظير قبول الهبة عنه وهو غير جائز اجماعاً .

نعم لو ثبت بأدلة نيابة الحاكم كونه وكيلاً عن الغائب في جميع ما يرجع اليه في القبول والاخذ جاز قبوله للثمن مقدمة لفسخ البائع ، الا أن عموم النيابة بهذا المعنى غير ثابت . وقياسه بأداء الدين - في قيام الحاكم مقام الدائن الغائب في الاخذ والقبول لو أراد المديون أداء دينه - قياس مع الفارق ، لان ذلك من الامور الحسبية ، بخلاف رد الثمن في المقام لان الثمن ليس ديناً على البائع للمشتري ، غاية الامر أن له الخيار برده اليه ، فاذا تعذر سقط الشرط و بطل الخيار لانتهاء شرطه .

وقد يقال بثبوت ولاية الحاكم في عكس المسألة وهو ما لو غاب البائع ،

فللحاكم رد الثمن الى المشتري وفسخ البيع من قبله لانه تصرف في مال الغائب وفيه مصلحة . وهو كما ترى ، اذ ليس للحاكم كل تصرف فيه مصلحة الغائب ، فهو نظير أن يبيع الحاكم مال الغائب بثن اذا كانت مصلحته في بيعه به ، وهو باطل اجمعاً .

هذا تمام الكلام في المردود اليه . وأما الرد ، فالمراد به هو احضار الثمن عند المشتري أو وكيله أو وليه حسب الامر ، وايجاد ما هو باختياره بحيث لم يكن له مانع من الرد والايصال وان امتنع المشتري من الاخذ ، فمتى حصل الرد بهذا المعنى ، جاز له الفسخ . وان امتنع المردود اليه - كائناً من كان - من الاخذ والقبول فما ذكرنا سابقاً من احتمال قيام الحاكم مقامه لو امتنع من الاخذ باطل ، اذ لا حاجة الى الحاكم بعد تحقق الشرط باحضار الثمن ، وان امتنع المشتري من قبوله . وكذلك احتمال ثبوت خيار تخلف الشرط له - لانحلاله الى شرطين : أحدهما الرد ، والاخر قبول المشتري - لا وقع له ، لان الشرط الثاني لغو مستدرك لا حاجة اليه ، لثبوت الخيار له بمجرد الاحضار ، سواء قبل المشتري أو امتنع . فالشرط - وهو الرد - حاصل ، ومعه لافائدة لشرط القبول على المشتري .

ثم أنه لا اسكال في عدم كفاية مجرد التخلية ووضعه أمانة عند نفسه لو أمكن احضار الثمن عند المشتري أو وكيله أو الحاكم في مورد جوازه ، لان شرط الرد لا يحصل الا بالاحضار الى نفسه أو وكيله أو الحاكم ان قلنا به مع غيبته .

أما اذا كان المشتري غائباً ولم يكن احضار الثمن الى الوكيل ولا الى الحاكم ولا الى عدول المؤمنين ان قلنا بكفايته لو أمكن . فهل له الفسخ بتعين الثمن وجعله أمانة عند نفسه أو لا ؟ وجهان : من أن الشرط هو الرد بالمعنى المذكور ، وهو احضار الثمن عنده أو عند من يقوم مقامه ، وهو غير حاصل في الفرض . فينتفي المشروط بانتفاء شرطه فيسقط الخيار .

ومن لزوم الضرر على البائع بلزوم البيع، فينتفي لزومه بقاعدة الضرر ويثبت الخيار لذلك لاثبوت الشرط . فالرد وان لم يكن حاصلًا إلا أن الخيار ثابت له بقاعدة نفي الضرر لباوأسطة حصول شرط الخيار وهو الرد . وهو غير بعيد . ودعوى: أن البائع قد أقدم على ضرر نفسه باشتراط الرد الذي هو في معرض التعذر .

مدفوعة : بأنه لم يبيع منجزاً بدون الخيار بل أقدم على البيع بشرط الخيار عند الرد، وحيث أن شرط الرد أمر ممكن الوقوع بحسب مجاري العادات اعتماداً على أصالة البتاء وعدم الغيبة وأصالة بقاء الامكان .

فالبائع الخياري مشروطاً بهذا الشرط ليس اقدماءً على الضرر ، بل اقدام على البيع مع الخيار لشرط الرد المطابق للأصل، فاقدامه عليه اعتماداً على الأصل ليس اقداماً منه على سقوط الخيار بل اقدام على ثبوته ، فاذا تعذر الشرط لزم الضرر من دون أن يكون في البين اقدام منه عليه حتى يكون رافعاً لحكمه ، فينتفي لزوم البيع للضرر، فالضرر حاصل والاقدام ممنوع وليس له حكم رافع لحكم الضرر ، اذا اقدام انما هو اعتماد على طبق الأصل ، فالبائع انما شرط الرد الى المشتري عملاً بأصالة بقاءه وعدم غيبته .

فمن هنا يظهر فساد مقايضة المقام بما لو باع منجزاً بثمن بخس بدون شرط الخيار عند الرد لحصول الاقدام هناك، بخلاف المقام . وعرفت أيضاً ما سبق ذكره من التمسك . بقاعدة الاقدام ، فتدبر جيداً .

مسألة : اذا اشترى الاب للم طفل بشرط خيار البائع

لو اشترى الاب للم طفل بشرط خيار البائع ، فهل للبائع رد الثمن الى الجد مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد الى الاب ، أولاً ؟ وجوه ، والا قوى هو الاخير عملاً بظاهر الشرط القاضى باعتبار الرد الى خصوص الاب دون غيره . وليس الحال

هناك سائر المقامات في كون الغرض هو الايصال الى المشتري بنفسه أو بوكيله، لان تصرف الاولياء منوط بالمصلحة ، وهو مما يختلف باختلاف الانظار، فاحتمال تعلق غرض المشتري هنا بالرد الى خصوصه لكون المصلحة فيه على حسب اعتقاده دون الرد الى الجدد ، احتمال قوي ، ومعه فلاوجه لصرف اليد عن ظاهر الشرط لقاضي بالخصوصية بل يجب على البائع مراعاتها أخذاً بظاهر الشرط، فالشرط هنا ظاهر في الموضوعية وفي غير المقام ظاهر في الطريقية ، كما مر .

ولاشترى الحاكم للطفل ، فهل للبائع رد الثمن الى الحاكم الاخر أم لا ؟ والكلام فيه من حيث اعتبار الخصوصية مثل ما مر ، لكن فيه كلام آخر ولوبناءً على الجواز هناك وهو أن الرد الى الحاكم الاخر فيه مزاحمة للحاكم الاول فلا يجوز من هذه الجهة وان لم يكن له مانع آخر ، لان حرمة المزاحمة مختصة بالحاكم ولا تجري في الاب والجدة ، فيجوز لهما المزاحمة لو اختلفا في المصلحة بخلاف الحاكم ، لان الراد عليه كالراد على الله . والكلام فيه تارة في الصغرى و أخرى في الكبرى .

أما الكبرى : فقد فرغنا عن حكمها في بابها ، وأثبتنا أن المزاحمة محرمة . وأما الصغرى : وهو أن الرد الى الحاكم الاخر فيه مزاحمة للاول . ففيه اشكال ، والتحقيق : ابتناء الامر فيه على معنى المزاحمة ، فان كان المراد بها مجرد اتیان ما يكره ، فهو مزاحمة بلا اشكال ، لانه سبب لكره الحاكم الاول وان كان المدار فيها على الهتك والتوهين والتعريض على الحاكم ، فلا مزاحمة في المقام ، لان مجرد رد الثمن الى الحاكم الاخر ليس هتكاً للاول ولا توهين له أصلاً . فافهم .

الرابع : يجوز اشتراط فسخ الكل برد تمام الثمن بلا اشكال ، واطلاق اشتراط الفسخ برد الثمن في حكم التصريح بذلك لانصرافه اليه ، فلا يجوز له الفسخ برد

البعض بالنسبة لأن بعض الثمن ليس بثمن .

أما لو صرح بالفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن بالنسبة ، كما لو اشترط الفسخ في الثلث مثلاً برد ثلث الثمن ، أو نصفه برد نصفه ، فله ذلك أيضاً لأن (المؤمنون عند شروطهم) ، وإن كان ذلك خارجاً عن مساق الاخبار الخاصة. ولذا صرح جماعة من الاساطين بجواز هذا الشرط .

وقد يشكل صحته بأن متعلق الشرط لا بد أن يكون أمراً ممكناً متدوراً وفسخ البعض بالنسبة أمر محال ممتنع ، فاشتراطه باطل لأن الفسخ بمعنى حل العقد وهو أمر بسيط وإن كان متعلقه مركباً ، فإن حل العقد انحل بتمامه والالزم بقائه كذلك . فالتبعض مناف لحقيقة الفسخ التناضي بانحلال العقد حيث أن انحلاله لا يتحقق الا بردمجموع الثمن ، ولذا قالوا في غير المقام بأن الفسخ لا يتبع بعض فليس لذي الخيار في سائر المقامات التبعض في الفسخ .

وسر ما ذكرنا من أن حل العقد أمر بسيط وحداني ليس قابلاً للتبعض ، وهذا الدنط جار في المقام أيضاً حرفاً بحرف ، فيكون اشتراط التبعض اشتراطاً لامر ممتنع ، وقد يوجه صحته بما يوجه به تبعض الصفة في بيع ما يملك ، لانه أمر ممكن وواقع .

ووجهوه : بأن العقد ينحل الى عقود حسب تعدد أجزاء الثمن والمثمن ، فالبيع الواحد المتعلق بشيء واحد بثمن واحد ينحل عقداً الى بيوع ، فكأنه وقع بيع ثلث البيع بثلث الثمن ونصفه بنصفه وهكذا .

فالتبعض في العقد يرجع الى بطلان أحد البيعين وصحة الآخر وهذا التوجيه جار في الفسخ أيضاً لانه اذا انحل العقد الى عقود ، فكما يجوز التبعض في أصل العقد ابتداءً فيجوز التبعض في الفسخ بعد انعقاده ، لانه يرجع الى فسخ أحد العتود بالمعنى المذكور دون غيره ، فمتمتضى هذه المقايسة جوازه في الفسخ

أيضاً ، فيصير اشتراطه شرطاً لامر مقدور .

ولكن التحقيق - بعد التأمل الدقيق - : بطلان المقايسة لوجود الفارق ، وذلك لان العقد أمر بسيط ، ولا ينحل الى عמוד ، وما ذكروه من الانحلال الى العقود - فيما لا يملك ويملك - مجرد تشبيه تقريباً للاذهان ، والسر في تبعض العقد أن العقد سبب شرعي ، والسبب الشرعي كالسبب العقلي ولازم سببية السبب تأثيره في المحل القابل وعدم تأثيره في المحل الغير القابل ، فاذا تعلق العقد بشيء ذي أجزاء ، فالعقد وان كان واحداً بسيطاً الا أن لازم هذا العقد الواحد على وحدته أن يؤثر في الجزء القابل دون غير القابل ، كما هو الحال في سائر الاسباب العقلية .

وهذا التبعض في طرف الوجود والاثبات ينطبق على القواعد العقلية ، لان تأثير السبب مشروط بقابلية المحل ، فيؤثر فيما وجد فيه الشرط فيبطل فيما وجد له مانع أو منتف في الشرط . وهذا بخلاف الفسخ لانه أمر عديمي ، وهو حل العقد وليس فيه تأثر وتأثير ، وحيث أن العقد الراقع أمر بسيط ، فانحلاله ليس قابلاً للتبعض بل لا يتحقق الا بانحلال الكل .

نعم ، ان تم ما ذكروه من أن العقد ينحل الى عמוד وكان على ظاهره وحقيقته جرى النقص وصح التبعض في الفسخ أيضاً ، لكنه ليس بظاهره بل هذا انحلال حكمي . ووجه التبعض ما ذكرنا ، وهو جار في طرف الاثبات دون النفي فتبطل المقايسة ولا تنتقض بذلك بتبعض الرهن بفك بعضه بأداء بعض الدين بالنسبة بشرط ونحوه ولا بانفساخ التبعض فيما لو تلف بعض الديع قبل القبض .

أما الاول : فلانه يرجع الى اسقاط حق الرهانة ، لان الحق المتعلقة بالعين المرهونة قابل للاسقاط كلا أو بعضاً بالنسبة .

وأما الثاني : فلان التلف ليس سبباً للفسخ حقيقة بل موجب للانفساخ تعبداً

وهو حكم تعبدي يدور مدار التعبد ، وليس معناه حل العقد وانحلاله حقيقة بل العقد باق على حاله ، وانما حكم الشارع بابطال أثره تعبداً فهو اما مجرد ترتب أثر الانفساخ ، أو معاملة جديدة .

وكيف كان ، فليس فيه فسخ حتى لا يعقل فيه التبعيض ، فلان انفس . وحينئذ فالاقوى ما ذكره بعض في المقام من بطلان شرط التبعيض في الفسخ بالنسبة ، ثم على تقدير صحته كما اختاره جماعة فقالوا : لسرد البائع بعض الثمن تبعض العتد بالنسبة ، فيصير بعض المبيع ملكاً للبائع وبعضه للمشتري ، فيثبت للمشتري حينئذ خيار تبعض الصفقة وهو ضرر منفي ويشكل ذلك أيضاً بأنه هو الذي أقدم على هذا التبعيض بقوله : بشرط الفسخ متبعضاً ، ولا حكم للضرر مع الاقدام ، فكيف ثبت له الخيار بسبب التبعيض مع اقامه عليه وقبوله للشرط باختياره وهذا الاشكال سار في جميع موارد التبعيض مع العلم بذلك .

ثم ان خيار التبعيض انما يثبت للمشتري اذا استقر ذلك ، بأن رد البائع بعض الثمن ولم يفسخ بقية المبيع وخرجت المدة المضروبة للخيار بشرط الرد . وأما اذا لم يستقر بأن رد البعض ولم تخرج المدة ، فقال « قده » في الكتاب بأن له خيار التبعيض .

وفيه اشكال ، لان مدرك خيار التبعيض هو قاعدة الضرر ، وهو انما يلزم اذا استقر التبعيض ، اذ بدونه لم يحرز موضوع الضرر لاحتمال الفسخ في الكل قبل المدة ومعها للضرر ، فالتمسك بقاعدة الضرر مع الشك في استقرار التبعيض تمسك بالعام في الشبهة المصداقية وهو باطل على التحقيق .

اللهم الا أن نتمسك بالاصول الموضوعية ، لان الاصل بقاء اللزوم وعدم الفسخ في البقية وعدم رد الثمن الى خروج المدة . وفي احراز الموضوع بهذه الاصول العدمية نوع تأمل فلا بد من التدبر .

هذا كله في اشتراط الفسخ على وجه التبعض بالنسبة .

وأما الصورة الاجماعية وهو اشتراط فسخ الكل برد الكل ، ففيها كلاً من : أحدهما : أن الشارط فيه هو المشتري ، لانه بالنسبة الى البائع شرط سفهي لغو لحصول الغرض بشرط رد البعض أيضاً ، فالمتعلق به هو غرض المشتري ، فيشترط على البائع رد تمام الثمن بحيث لا يقدر على الفسخ برد بعضه .

ثانيهما : أنه لو أتاها بالثمن متدرجاً ، فليس له الفسخ قبل رد تمام الثمن ، وليس للمشتري التصرف في المدفوع قبل حصول رد الكل والفسخ . وقال «قده» : أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه على وجه الثمنية ، الا أن يصرح بكونها أمانة عنده الى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع . انتهى .

وهذا الكلام مشتمل على جزئين :

أما الجزء الاول : - وهو المستثنى منه - فهو متين جيد ، والوجه فيه سببية عموم « على اليد » للضمان ولم يخرج عنه الا التسلط المجاني . والمراد به ما لم يكن له عوض لاعاجلا ولا آجلا . وبعبارة أخرى : لافعلا ولا متوقعا ، ولم يكن التسليط فيه على وجه الضمان ولو رجاءاً ، فان كان على وجه الضمان بالعوض كالعقد الفاسد ، أو كان التسليط فيه برجاء العوض كالمقبوض بالسوم فيحكم فيه بالضمان عملاً بعموم « على اليد » .

نعم ان كان التسليط مجانياً محضاً بحيث لم يكن على وجه المعاوضة ولا للعوض فلا ضمان فيه ، لقصور « على اليد » شموله في مثله . ولذا لا يحكم بالضمان في الامانات ، وحينئذ فالضمان فيما نحن فيه منطبق على القاعدة ، لان المدفوع متدرجاً ليس ثمناً قبل أداء الكل وانما يصير متلبساً بعنوان الثمنية بعد أداء الكل والفسخ الا أن دفعه لما يكون برجاء العوض ، فيكون نظير المقبوض بالسوم مشمول بعموم « على اليد » .

وأما الجزء الثاني ، وهو الاستثناء : فلا يتم الا بجعله من الاستثناء المنقطع ، وذلك لان مذكره أولا في المستثنى منه تناقض عنوان الامانة ، فلا يمكن دفعه على وجه الثمنية ، ومع ذلك يصرح بكونه أمانة عنده ، لان دفعه بعنوان الثمنية ملازم للضمان لحصول رجاء العوض الذي هو ملاك الضمان .

والتصريح بالامانة يخرج به عن عنوان الثمن والعوض ، فلا بد من جعل الاستثناء منقطعاً وهو أن يدفع اليه المدفوع أمانة ليجمع عنده بمقدار الثمن ثم يجيء بالثمن أي شيء آخر سوى المدفوع فيفسخ بأن يقول : اجعله أمانة عندك ثم أجيء بالثمن فأفسخ ، فالحكم بعدم الضمان فيه حيثئذ حسن .

بقي الكلام في صورة أخرى ثالثة وهي اشتراط فسخ الكل برد البعض وهو عكس الصورة السابقة ، لان الشارط هنا لا بد أن يكون هو البائع اذ لا غرض للمشتري باشتراط رد البعض على البائع ، فاشتراط البعض بالنسبة اليه سفهي . نعم ، البائع يشترط على المشتري الفسخ في الكل برد البعض .

وكيف كان ، البعض المشترط رده اما أن يكون معيناً من حيث التعين الخارجي اذا كان الثمن شيئين خارجين ، فاشتراط رد الخيار برد أحدهما بخصوصه كما اذا باع شيئاً بثوب وفرس مثلاً فاشتراط الخيار برد الثوب ، أو من حيث كونه كسراً معيناً - كالنصف والثلث - اذا كان الثمن كلياً أو يكون بعضاً غير معين كما اذا جعل الخيار - في المثال الاول - برد أحدهما وفي الثاني برد شيء منه لاعلى التعين ، فان كان البعض المشترط رده معيناً ، فصحة اشتراطه من البائع مبنية على بطلان اشتراط رد البعض الغير المعين اذ لو كان ذلك صحيحاً كان اشتراط البائع التعيين سفهياً ، لحصول الغرض بالبعض الغير المعين ولانه يضيق على نفسه بلا فائدة . نعم يصح حيثئذ من طرف المشتري كتعلق الغرض العقلاني وهو تضيق الامر على البائع لئلا يكون له الخيار برد البعض الغير المعين .

والحاصل : أن البعض الغير المعين ان كان باطلا فاشتراط التعيين من البائع انما هو من جهة الفرار عن فساد الشرط وان كان صحيحاً فلا وجه لاشتراطه لانه سفه ، فلا بد من فرض اشتراطه من المشتري وحينئذ فلا بد من التكلم في أن اشتراط البعض الغير المعين صحيح أو لا ؟

فنقول : أنه قد يشكل الامر فيه للجهالة والغرر ، فلا بد من تعيين البعض دفعاً للغرر ، اللهم الا أن يمنع جريان الغرر في الشرط ، ويدعى اغتفاره فيه كما هو ظاهر كلامه «قده» .

الخامس : قال شيخنا العلامة «قده» : كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن ، وذكره أيضاً غيره ارسال المسلمين من غير تعرض لدليله ، واستدل بعض المشائخ في «أنوار الفقهاء» تبعاً لآخيه في «حاشية اللمعة» بالمناط ، وهو باطل لان المناط في طرف البائع هو الحاجة ، ومن الواضح أنها غالباً تمس الى اتلاف الثمن ولذا يكون اطلاق الشرط منصرفاً الى رد الاعم من العين والبدل ، وهذا بخلاف المبيع لان الحاجة ماسة غالباً الى بقاءه والانتفاع به ولذا يكون الاطلاق لو قلنا بجواز الشرط منصرفاً الى رد العين ، فلا يجوز اتلافها فاجراء حكم الثمن الى المبيع بدعوى المناط باطل ، للفرق بينهما .

نعم لو قلنا بأن هذا الشرط على طبق القاعدة أمكن التمسك بالعمومات نحو «المؤمنون عند شروطهم» أما بناءً على كونه خلاف القاعدة لما فيه من الجهالة والغرر وكون المدرك هو الاخبار الخاصة فلا بد من الحكم بالبطلان هنا لاختصاص الاخبار برد الثمن للاصل القاضي بالفساد بعد عدم جريان العمومات .

وقد يترآى في باديء النظر امكان الاستدلال برواية أبي الجارود كما احتملناه في صور المسألة ، وقلنا أنها تدل على العكس ، وهي قوله عليه السلام : ان بعث رجلا

على شرط فان أتاك بمالك ، والا فالبيع لك .

الا أن الانصاف بعد التأمل أنها أجنبية عن كلا المقامين لا دلالتها على الاصل ولا على العكس ، اذ لو كان المراد بالبيع في قوله عَلَيْكَ : (ان بعث رجلا) هو البيع المقابل للشراء ، كما هو ظاهر تعديته بالنفس بالنسبة الى الرجل فيكون دليلا على الاصل ، فلا يصح قوله « عَلَيْكَ » (فان أتاك بمالك) لان الشارط حينئذ هو البائع . فلا بد أن يقال : فان أتيته بالمال - أي الثمن - وأيضا لا يصح قوله (فالمبيع لك) بل ينبغي أن يقال : فالمبيع له . وان جعلناه دليلا على العكس وأريد بالبيع الشراء . ففيه - مضافاً الى عدم صحة تعدية الشراء بالنسبة الى المشتري الا بحرف «من» ، فلا يقال : اشتريت رجلا ، بل يقال : اشتريت من رجل ، ان المعنى حينئذ : ان اشتريت من رجل على شرط وهو التسلط على الفسخ برد المبيع . ومن المعلوم أنه لا يصح حينئذ قول : فان أتاك بمالك ، بل ينبغي أن يقال : فان أتيته بالمال فلك الخيار والا فالثمن له .

فالرواية لا تنطبق على شيء من الوجهين ، فالاولى أن تحمل الرواية على الشرط الخارجي وهو شرط مال آخر سوى العوضين - أي اذا بعث رجلا على شرط ، أي شرطت عليه أن يدفع اليك مالا آخر ، فان أتاك بمالك الذي اشترطت عليه والا فالمبيع لك أي بالفسخ أو يحمل الشرط على شرط المشتري أي التسلط على الفسخ برد المبيع مع بقاء البيع حينئذ على معناه أيضاً .

فيكون المعنى : ان بعث رجلا بشرط - أي بشرط أن المشتري ان رد اليك المبيع ترد اليه الثمن - فتصح الرواية حينئذ وتصير دليلا على العكس ، ويكون المراد من قوله فالمبيع : البيع - أي ان لم يأت المشتري بمالك الذي اشترط رده كان البيع لازماً لك . وكيف كان مع ذلك كله لا تخلص الرواية من الاجمال فتسقط عن الاستدلال على صورة عكس المسألة ، فلا دليل تطعن به النفس على عكس المسألة .

هذا كله بناءً على مذهب المشهور من جعل الرد شرطاً لأصل الخيار ، فيكون على خلاف القاعدة ومحتاجاً الى دليل خاص أما بناءً على المختار من ثبوت الخيار في كل جزء من الازمنة بعد العقد من دون تعليق وكون الرد شرطاً للفسخ نفسه لا للخيار فيصح التمسك بعدم «المؤمنون» لانتفاء الجهالة والغرر حينئذ ، فينطبق على القاعدة .

ثم أنه بناءً على الصحة لاشكال في أن اشتراط رد المبيع عند الاطلاق ينصرف الى العين الخاصة فلا يشمل الدليل ، بخلاف اشتراط رد الثمن ، فان الامر فيه بالعكس لوجود القرينة في المقامين كما أشرنا اليه ، فلو تلف المبيع سقط خيار المشتري الا اذا صرح برد بدله عند تلفه لان مرجعه الى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده وببدله مع تلفه .

هذا كله لو اشترط البديل مع تلف العين ، وأما لو اشترط رد البديل مع التمكن من العين ، ففيه اشكال ، لكونه خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه رجوع كل من العرضين الى صاحبه ، فاشتراط البديل مع التمكن من العين على وجه غير مشروع بل ليس فسخاً في الحقيقة .

كذا ذكره «قده» ، وقد ناقشنا فيه سابقاً في أصل المسألة - أعني اشتراط رد الثمن - حيث منعنا كون مقتضى الفسخ ذلك مطلئاً ، مضافاً الى أن اشتراط الخيار لا يربط له باشتراط الفسخ ، لكن هنا نقول - مضافاً الى ذلك - : أن الفسخ وان كان مقتضياً لرد العين مع التمكن فاشتراط البديل معه مناف له ومناقض الا أنه يمكن أن يدفع التنافي بأن يقال أن اشتراطه مع التمكن بمنزلة اشتراط معاوضة جديدة بأن يشترط المشتري على البائع معاوضة جديدة بأن لو دخل المبيع في ملكه - ثانياً - باعه اياه ثانياً بالبديل .

ولا ريب ان هذا لشرط سائغ لامحذور فيه أصلاً ، فلو نزل عليه صح الشرط

ويتسلط على الفسخ برد البديل من دون أن يكون منافياً للفسخ ، وذلك لان الرد مقدمة للفسخ فاشتراط رد البديل وتعليق الخيار عليه لاينافي الفسخ كما لو علق الخيار على شيء آخر ، فان الخيار على حسب الشرط ، فاذا حصل الشرط -وهو رد البديل- تسلط على الفسخ وبعده لاشكال في أنه يرجع كل من العوضين الى ملك المالك الاول ، الا أنه حيث اشترط المشتري معاوضة جديدة بالشرط المذكور بعد تنزيله منزلتها ، فلا اشكال بأخذ البديل دون أصل المبيع .

ولعله الى ذلك ينظر اشكاله «قده» حيث قال «قده» في الكتاب : اشكال من أنه خلاف مقتضى الفسخ . ولم يذكر الشق الاخر من الترديد . ولعل وجهه ما ذكرنا ولكنه انما يتم في العكس وأما في الاصل - وهو رد الثمن - فلاشكال باق بحاله ، اذ لو نزل الى المعاوضة الجديدة يكون بمنزلة بيع المشتري المبيع ثانياً من البائع وهو باطل ، لان البائع اذا اشترط الفسخ برديله الثمن مع التمكن من عينه فهو بمنزلة أن يقول بعثك بشرط أن تبيعني ثانياً ، وهو باطل اجماعاً .

وبالجملة اشتراط رد البديل مع التمكن في جانب الاصل باطل سواء كان مرجعه الى الفسخ وانحلال العقد أو الى المعاوضة الجديدة أما الاول : فلمنافته لقضية الفسخ ، وأما الثاني : فلصيرورته بمنزلة بعثك بشرط أن تبيعني وهذا بخلاف صورذ العكس ، فإنه لو نزل على شرط المعاوضة صح ذلك ولا ضير فيه لعدم لزوم مخالفة الاجماع .

هذا وهل يجوز اشتراط رد التالف القيمي بالمثلتي بالقيمة ؟ قال «قده» في الكتاب : أمكن الجزا لانه بمنزلة ايفاء ما في الذمة بغير جنسه لاشترط ضمان التالف المثلتي بالقيمة والقيمي بالمثلتي ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد الى البائع ، فتأمل . انتهى .

يعني أنه لا يكون من قبيل الاول ليكون الشرط مخالفاً للشرع ، لان الشارع

جعل ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ، فاشتراط خلافه مخالف لما جعله الشارع . ولا من قبيل الثاني ليكون مخالفاً لمقتضى العقد بزعم أن مقتضى العقد هو الضمان على الوجه المزبور ، فاشتراط خلافه مخالف لمدلوله ومقتضاه وهو باطل ، للتناقض بل يكون بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه ، ولا ضير فيه .

ولكن يشكل ذلك بأن الذمة في زمان الشرط ليست مشغولة بشئ حتى يشترط ايفائه بغير جنسه ، وانما الذمة تصير مشغولة بعد الفسخ ، فكيف يكون هذا في زمان الشرط - وهو زمان العقد - بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه مع عدم اشتغال الذمة في ذلك الزمان بشئ .

اللهم الا أن يقال برجوعه الى اشتراط أداء القيمة أو المثل على تقدير التلف والفسخ واشتغال ذمته بالمثل والقيمة ، فيرجع الى اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه على تقدير اشتغاله بالجنس فيكون بمنزلة اشتراط معاوضة جديدة بعد الفسخ وتعلق الذمة بالجنس كما أن ايفاء ما في الذمة بغير الجنس مع اشتغالها فعلاً أيضاً راجع الى معاوضة جديدة فكأنه قال : اشترطت عليك بيع ما في ذمتك بعد استقراره بغير جنسه فالعبرة بزمان الايفاء والعمل بالشرط أي زمان المشروط لا بزمان الاشتراط ، فتأمل .

وأما قوله : فتأمل فيحتمل أن يكون اشارة الى أن اشتراط رجوعه الى غير الجنس ليس مغايراً لكل واحد من الوجهين حتى يكون وجهاً ثالثاً ، بل المتصور هنا ليس الا شيئان : أحدهما : أن يرجع الى اشتراط الايفاء بغير الجنس بعد استقرار الذمة ، ثانيهما : أن يرجع الى شرط أصل الضمان ابتداءً بغير الجنس ، فيصح الاول ويبطل الثاني .

ثم قال « قده » : ويجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه أو

بدله ، يعني : تعميم الشرط وتوسعة دائرته شرطاً ومشروطاً ، وهذا على مذهب المشهور من تعليق الخيار على الرد مشكل لخروجه عن مورد النص والحكم مخالف للاصل فيبطل الحكم بالصحة . نعم يتجه ذلك على المختار من ثبوت الخيار من حين العقد وكون الرد شرطاً للفسخ لشمول العمومات وانتفاء المخصص ، اذ لا تعليق فيه ولا جهالة أصلاً .^(١)

بحيث لا يجوز التمسك به في الموارد المشكوكة أم لا ، بل يبقى العموم بحاله فان قلنا بالاول لم يجز التمسك بعموم الوفاء بالشرط للحكم بدخوله في تلك الموارد ، والاجاز قطعاً .

وهذا الاشكال نظير الاشكال الوارد في قوله تعالى (أوفوا بالعقود) من حيث أن الخارج عن تحته مما لم يجب الوفاء به كثير ، فيبقى الشك فيه في أن الخارج هل يوجب خروجه وهنا في العموم الثابت فيه بحيث لايجوز معه التمسك به في مشكوك اللزوم وعدمه أم لا ؟ بل العموم يبقى بحاله فيه .

وملخص الاشكال في المقامين هو : أن الافراد ثلاثة: بعضها داخل في العمومين قطعاً وبعضها خارج قطعاً والبعض الثالث مما يشك في دخوله فيها . ومنشأ الشك ما عرفت من الشك في بقاء العموم بحاله وعدمه من جهة حصول الوهن فيه بخروج الخارج وعدمه .

ومنشأ الاشكال الساري في المقامين هو أنه: هل كان خروج الافراد الخارجة المعلومة الخروج عن تحت العمومين ، هل هو منطبق مع القواعد ، بحيث يحتمل الاجماع المدعى به بصرف التعبد ، بل انما هو على القواعد أم لا؟ فان بنيينا على الاول ارتفع الاشكال عن المقامين ، وعليه فيصح التمسك بالعموم في المقامين لادخال الافراد المشكوكة . وان بنيينا على الثاني يبقى الاشكال المزبور بحاله

(١) هنا بياض بمقدار أسطر .

ومعه لا يصح التمسك بالعموم في شيء من الموارد المشكوكة في شيء من المقامين .

والذي يقتضيه التأمل هو انطباق الافراد الخارجة عن الدليلين في كلا المقامين مع النواعد الاولى . أما في نظير المقام المبحوث عنه ، فمن وجوه : أيسرها ما قيل أو يقال بأن الالف واللام في قوله تعالى (أوفوا بالعقود) للعهد ، ويقال : أن المراد من العقود هي العقود المعهودة بين الناس وعليه فلا يشمل الموارد المشكوكة اذ خروجها حينئذ من باب التخصيص لامن باب التخصيص .

وهناك وجوه آخر مذكورة ترفع الاشكال ، الا أن فيما أشرنا غني عنها ، وأما في المبحوث عنه فقد ذكرنا رفع الاشكال عنه ولانطباق الافراد الخارجة عن تحت العموم مع القواعد في المقام ما محصله : أنك قد عرفت أن الخارج عن تحت العموم المزبور كثير ، الا أن جامعها ثلاثة : أحدها : هي الشروط الابتدائية ، وثانيها - هي الشروط الواقعة في ضمن الايقاعات ، وثالثها : هي الشروط الواقعة في ضمن بعض العقود كالنكاح ونحوه .

وأما انطباق الاول أعني الشروط الابتدائية معها فلا يمكن أن يقال أنها خارجة عن موضوع الشرط رأساً أو الشرط عرفاً وشرعاً يطلق على الواقع في ضمن شيء لاعلى الواقع في الكلام ابتداءً . ويؤيده كلام بعض أئمة اللغة كصاحب «القاموس» وغيره حيث أنهم جعلوه - لغة - أيضاً عبارة عن الشروط الضمنية دون الابتدائية وكيف كان مع قطع النظر عن كلام أهل اللغة لاشبهة أنه كذلك عند العرف والشرع اللذين تحمل الخطابات الشرعية على متفاهمهما وعليه فلا يشمل الشروط الابتدائية .

وأما انطباق الثاني ، وهي الشروط الواقعة في ضمن الايقاعات مع القواعد ، فلو جوه :

أحدها : ما أشار اليه في « الجواهر » ومحصله : أن المراد من الشروط المأمور بوفائها التي دل عليها الخبر هي الشروط الواقعة فيما لم يكن له الاثر بالفعل كالعمود دونه فيما اذا وقع فيما له أثر بالفعل كالايتاعات ، اذ هي تأخذ به بمجرد الصيغة فلا يدخلها الشرط الراجع الى اشتراط الفسخ .

وفيه : انه ان أراد «قده» أن الايتاعات مؤثرة بالفعل وأنه لا يتوقف تأثيرها عند استكمال الشرائط على شيء ، فهذا بعينه ثابت في العتود أيضاً ، وان أراد : أن الايقاع بعد حصول سببه كان مؤثراً على نحو التنجيز بحيث لا يقبل لان يبطل أثره بالفسخ ونحوه ، وهذا بخلاف العتد ، فانه قابل لذلك ، فهي دعوى بلا بينة ، ومضادة واضحة .

ثانيها : ما أشار اليه البعض من أن الظاهر من الشروط الواجبة الوفاء المدلول عليها بالخبر المذكور ، هي الشروط الواقعة فيما يحتاج الى طرفين وشخصين ، ومن المعلوم هذا منحصر بالعقد دون الايقاع .

وفيه : أنه ان اراد ان الشرط يحتاج الى الطرفين لانه لا يقوم بواحد فهو مسلم، الا أنه لا ينفع بحاله، اذ الشرط الواقع في ضمن الايقاع أيضاً يقوم بطرفين. وان أراد لزوم احتياج محل الشرط ومورده وهو المشروط اليهما فهو دعوى بينة الفساد، لاتفاقهم على صحة اشتراط خدمة العبد لمولاه مدة عند العتق ، مع أن محل الشرط هاهنا هو الايقاع ، أعني الاعتاق غير قائم بطرفين .

ثالثها: ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» بعد ابطال الوجهين، ومحصله: أن مشروعية الفسخ - أي القابلية للفسخ - لا بد لها من دليل وقد وجد هذا الدليل في العقد ولم يَرَجِد في الايقاع فيحكم في الاول بثبوت الفسخ دونه في الثاني، ولا أقل من الشك وهو كاف أيضاً في الحكم بالعدم ، والحاصل احراز القابلية في العقد دون الايقاع .

فان قلت : يمكن احراز القابلية فيها بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ، اذ
عمومه يقتضي الحكم بوجوب الوفاء بكل شرط عدا ما علم خروجه منه ، والمفروض
أن الشرط الواقع في الايقاع غير معلوم خروجه .

قلت : قد حرّر في محله : أن المسلم صحة التمسك - عند الشك -
بالعمومات انما هي في الشبهات الحكمية الراجعة الى دعوى تخصيص في العام ،
وأما في الشبهات المصادقية الراجعة الى الشك في اندراج المشكوك تحت موضوع
العام ، فلا مجال لها عند أهل التحقيق .

وما نحن فيه من قبل الثاني ، لان الشك في القابلية شك في الاندراج قطعاً ،
وهذا نظير التمسك بعموم قوله تعالى (أحل الله البيع) لاثبات قابلية بعض ما هو
مشكوك البيعة ولان يكون مبيعاً وعموم (أكرم العلماء) لاثبات عالمية زيد المشكوك
علمه مثلاً .

هذا ولكن يمكن الذب عن ذلك تارة بمنع الصغرى وأخرى بمنع الكبرى .
(اما الاول) : فبأن يقال : الفرق بين العقود والايقاعات باحراز القابلية فسي
الاول للفسخ وعدم احراز قابلية الثاني للفسخ غير صحيح ، لان الفرق اما أن
يلاحظ بحسب حكم العقل أو بحسب حكم الشرع ، وهو غير ثابت مطلقاً .

أما على الاول : فله حكم العقل بعدم قابلية شيء في العقود والايقاعات للفسخ
لان الفسخ عبارة عن رفع الاثر الثابت وهو غير معقول لكونه أشبه شيء يرفع
أثر العلة التامة وهو باطل جداً . وأما على الثاني . فله حكم الشرع بجوازه في
الموردين لان الاثر كدثره شرعي قابل لتصرف الشارع نفيًا وإثباتًا فيهما أي في
العقود والايقاعات .

(وأما الثاني) أعني منع الكبرى : فلانه لاشبهة في امكان احراز القابلية للفسخ
في الايقاع أيضاً بواسطة عموم (المؤمنون عند شروطهم) وما يتوهم كونه حينئذ من

قبيل التمسك بالعموم ففي الشبهة المصداقية واضح الفساد لان القابلية للفسخ وعدمها من الامور التي يجب على الشارع بيانها وليست من قبيل الامور العرفية التي يوكل بيانها الى العرف .

والحاصل : أن بيان عدم قابلية الفسخ في الايقاع كما في العقود موكل الى الشارع ، وحيث لم يبين ذلك بخصوصه نستكشف من العموم الوارد في المقام كونه محققاً ثابتاً من غير فرق بين الموردين، ومن ذلك ظهر فساد التنظير بالامثلة المذكورة ، لانها من قبيل الامور العرفية دون الشرعية بخلاف جواز الفسخ والقابلية .

رابعها : ما يخطر ببالنا من أن الفسخ عبارة عن انحلال العقد وأنه بمعنى الاقالة، فيدخل فيما دخلت فيه الاقالة، ومن البين أن الاقالة لا تدخل الا فيما يحتاج الى الايجاب والقبول فكذلك الفسخ .

ولعل نظر من أشار الى الوجه الثاني الى هذا ، فتظهر الثمرة بين ما أشرنا وبين ما في الكتاب من الوجه الثالث في الصلح المتعلق بما في الذمة الذي يفيد البراء ، لانه على مذاقه لا يدخله الشرط قطعاً بخلافه على مقتضى ما ذكرنا فانه صحيح قطعاً .

لكن الانصاف أن المعتمد ما أفاده «قده» لابلتقريب المتقدم حتى يرد ما أوردناه بل بتقرير آخر وهو أنه لم يعهد من الشارع ولا من كلام أهل الشرع دخول الفسخ بالنسبة الى الايقاعات دونه في العتود فيرجع الى الاستقراء بأنه كلما تتبعنا وجدنا عدم دخول الفسخ بالنسبة الى الايقاعات دونه بالنسبة الى العتود ، فلا ترد المناقشة المتقدمة الا أنه يرد عليه أن الكلام ليس في بيان اقامة الدليل على خروج ماخرج بل على انطباقه على القاعدة ومجرد تحقق الاستقراء على ما ذكر لا يوجب انطباقه عليها .

للهم الا أن يقال أنه يستكشف من الاستبراء كون اللزوم في الايقاعات من لوازم المهية والذات وفي العقود من لوازم الاطلاق . وعليه يمكن أن يقال بانطباقه على القاعدة .

هذا مضافاً الى ما في بعض أفرادها كخصوص الطلاق من رجوع اشتراط الفسخ فيه الى اشتراط حصول النتيجة أي أثر النكاح بلا صيغة ولا سبب شرعي مع أنهم أجمعوا على عدم جواز حصول أثر النكاح بدون صيغة خاصة .
الا أن الانصاف أنه يمتنى الاشكال في الطلاق بعدم تمامية شيء من الوجوه المتقدمة لانتفاؤه بجواز الرجوع في زمن العدة، وما اعتذره في الكتاب من كونه حكماً شرعياً مستفاداً من أدلته لاحقاً غير مفيد جداً لوضوح عدم تحقق الثمرة بين الامرين في خصوص المقام ، اذ الالتزام بأنه حكم شرعي أيضاً مما يضر في المقام خصوصاً بالنسبة الى الوجه الذي أفاده بكلا التقريرين الذين أشرنا اليهما اذ لم يكن وجه لثبوت الحكم بجواز الرجوع في الطلاق لان الغير القابل للفسخ، كيف يصير قابلاً له والحكم بعدم ثبوت الفسخ من جهة الاستبراء كيف يجامع مع دخوله في بعض الموارد .

وليس الفسخ الاعبارة عن مزيل الاثر ومن المعلوم تحقق المعنى المزبور في الرجوع أيضاً وان قلنا بكونه حكماً شرعياً . نعم على الوجه الرابع الذي أشرنا من كون الفسخ عبارة عن انحلال العقد كالاقالة لم يرد اشكال . وكيف كان هذا الاشكال - أعني النقض بالرجوع في الطلاق - باق بحاله حتى على ما أشرنا أيضاً لان الكلام في اشتراط الخيار، والمراد منه جواز ازالة الاثر وليس المستفاد من الادلة اشتراط خصوص الفسخ حتى يقال فيه بعدم ورود النقض بناءً على تفسيره بخصوص حل العقد وانحلاله ، بل المستفاد منها ما أشرنا اليه من جواز اشتراط الخيار وهو عبارة عن اشتراط رفع الاثر وحينئذ يرد النقض بالرجوع في الطلاق .

وكذلك يرد التناز بجواز الرجوع عن الاخذ بالشفعة عند الاخذ بها اذا اشترط فيه جواز الرجوع وكذا التناز بجواز الرجوع في الاجازة في عقد الفضولي اذا اشترط فيه ذلك .

وأما الثالث : - أي الشروط الواقعة في ضمن العقود - : فقد عرفت انها ثلاثة أنواع : أحدها - كونه وفاقياً . ثانيها - كون خروجها وفاقياً . ثالثها - مختلف فيه من حيث دخول الشرط فيه وعدمه . الاول : كالبيع ، والثاني : كالنكاح . وذكرنا في انطباقه على القواعد وجوهاً .

منها - تشبته بالعبادة ، فكما لا يدخل فيها الفسخ كذلك فيما له جهة عبادة . ومنها - الاحتياط الذي فيه اهتمام في الفروج يتنضي عدم دخول الفسخ فيه . ومنها - ما في الكتاب و « الجواهر » من أن مزيل النكاح منحصر بالطلاق . والكل كما ترى لأن التشبث بالعبادة واهتمام الاحتياط فيه لا ينافي دخول الشرط وجواز الفسخ . وإن ما في الكتاب و « الجواهر » منقوض بعيوب الرجال والنساء لايجابها للفسخ قطعاً . فالانصاف أن الشرط الواقع فيه كالشرط الواقع في الايعاعات خارج من جهة الاجماع والتعبد من جهة الانطباق على القواعد .

والثالث : فأمثلته كثيرة : منها - الوقف ، والمشهور عدم الدخول والوجه فيه اما من جهة اشتراطه بالقرب ، وهو ينافي للشرط المزبور أو من جهة فك ملك بغير عوض ، فلايجامع مع الشرط فيهما ما أشار في الكتاب من أن الكبرى في الصغريين ممنوعة ومراده « قد » أن مجرد كون الموقوف مائة تعتبر فيه نية التربة أو كونه فك ملك بغير عرض لا ينافي مع دخول الشرط فيه أو من جهة الموثقة الواردة في مثله اشتراط الواقف بكونه أحق به عند الحاجة و هي قوله : من أوقف أرضاً . ثم قال : ان أصحب اليها فأنا أحق بها ، ثم مات الرجل ، فانها يرجع في الميراث .

والاستدلال بها مبني على ارادة جواز الفسخ والرجوع من قوله : فأنا أحق به ، الحاصل باشتراط ذلك من حين انشاء الوقف .

ولكنه أيضاً ممنوع لوضوح أن المراد به هو الوقف على نفسه ، فبطلانه انما هو من جهة جر المنفعة الى نفسه ، فلا دلالة على المدعى ، ولذا ذكر الامام عليه السلام في حكم المشروط بطلان الوقف وعوده ميراثاً بعد الموت الى الورثة اذ لو حمل على اشتراط الفسخ لم يكن وجه للحكم ببطلان المشروط ، لان بطلان الشرط لم يوجب بطلان المشروط ، اما طناً أوفي أمثال المقام من قبيل الشروط التي لم يكن فيها ما يقتضي الصحة كالشروط الغير العقلائية ، والشرط في المقام من قبيل الشروط التي لم يكن فيها ما يقتضي الصحة ففساده لم يوجب فساد المشروط كما هو التحقيق .

والحاصل : أن الاستدلال بالموثقة غير صحيح ولعله لذا أشار اليه في الكتاب بقوله : وفي دالته تأمل . نعم يمكن الاستدلال بعدم دخول الشرط في الوقف بما استدل به في الكتاب بعد ذلك لعدم دخول الشرط في الصدقات ، وهو قوله : ما جعلت لله عز وجل فلا رجعة فيه . تقريب الاستدلال به مبني على استفادة كون اللزوم من لوازم مهية الوقف وغيره من أنواع الصدقات .

والعجب من شيخنا العلامة الانصاري « قده » كيف غفل عن الاستدلال به في الوقف مع الاستدلال به في الصدقات التي منها الوقف واحالته عليها مما ياباه التعرض له أولاً بخصومه والا ينبغي عدم ذكره أولاً بل يتعرض لحكم مطلق الصدقات ابتداءً .

ولا يخفى أن الاستدلال بهذا الخبر مبني على أنه مسوق لبيان حكم الشيء مطلق أي حكم : ما جعلت لله عز وجل ، بحسب مهية ومقتضاه سواء حصل شرط الرجوع والفسخ أم لا ؟ لارجعة فيه لالبيان حكمه في نفسه مع قطع النظر عن لحوق

الشرط وعارض آخر بحيث لا ينافيه طرو الطوارئ ولحقق العوارض الدالة على ثبوت الفسخ و الرجوع فيدور الامر في الخبر بين الاطلاق والاهمال وأن الاستدلال به مبني على ترجيح الاول .

لكن الانصاف ترجيحه بدعوى ظهور قوله : لارجعة فيه في الاطلاق وكون اللزوم وعدم جواز الرجوع من لوازم المهية. فعليه يتم الاستدلال بالخبر. لا يقال: لا يتم الاستدلال بمجرد دعوى الاطلاق أيضاً، اذ حينئذ يعارضه عموم أدلة الوفاء بالشرط ، لانا نقول بملاحظة تخصيص أدلة الشروط بمادل على طرح الشروط المنافية للكتاب والسنة كان الخبر المذكور حاكماً على أدلة الشروط ، اذ به يتحقق موضوع السنة .

وان أغمضنا عن ذلك نقول : أن التعارض بينهما على نحو العموم والخصوص من وجه، أمكن تقديم الخبر بملاحظة ترجيحه على عموم « المؤمنون عند شروطهم » من جهة ورود كثرة التخصيص عليه وعدم ورود شيء منه عليه ، وان أبيت عن ذلك غاية الامر التساقط فيرجع الى الاصل الموجود في المقام وهو أصالة عدم نفوذ هذا الشرط فيحكم بلزوم العقد .

ومما ذكرنا ظهر حال بنية الصداقات، فانها أيضاً قد خرجت عن تحت العموم المتقدم بواسطة الخبر المزبور .

ومنها: الضمان. فالمحكي عن « التذكرة » و « القواعد » عدم دخول الشرط، وهو ظاهر « المبسوط » وقد استثنى شيخنا العلامة « قده » في الكتاب بعد تقوية الدخول على دخول التقابل فيه .

والتحقيق أن يقال : ان أرادوا بدخول الشرط جواز الفسخ وازالة أثر الضمان بحيث يعود الدين الى ذمة المضمون عنه ، فالحق مع المانعين ، اذ لا دليل على عود ما في الذمة المضمون عنه بسلا سبب ، فقول الضامن : فسخت ، لا يصير

سبباً لعود الدين، بل مقتضاه ابراء ذمة الضامن لاشتغال ذمة المضمون عنه . وان أرادوا جواز الفسخ بمعنى مجرد ازالة ذمة الضامن من دون اشتغال ذمة المضمون عنه ، فالحق مع المجوزين . ولكن الظاهر أن مرادهم هو الاول ، فعلى هذا فلا وجه لدخول الشرط ، فخروجه عن تحت العموم المتقدم على القاعدة .

ومنها : الرهن ، فالمحكي عن « غاية المرام » عدم ثبوت الخيار فيه لان الرهن وثيقة للدين ، والخيار ينافي الاستيثاق ولعله لذا استشكل العلامة في « التحرير » . فأجيب عن ذلك بوجهين :

أحدهما : ما في « الجواهر » من أن وثيقة الشروط بحسب الشرط، ولعله أراد بذلك أن الرهن المقترون بهذا الشرط أولى في الوثيقة من عدم الرهن رأساً، فلو دار الامر بين بقاء دين الدائن عند المديون بلارهن أو بنحو هذا الرهن كان الثاني أولى في الوثيقة .

ثانيهما : ما في الكتاب من أن وضع الرهن على اللزوم ، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين . ولكن الانصاف أن الوثيقة مأخوذة في مهية الرهن، والشرط ينافيها والجوابان لا ينفعان ، فخرج الشرط عن تحت العموم حينئذ على القاعدة .

ومنها : الصلح . المحكي عن « التذكرة » دخول الخيار فيه مطلقاً، وعن « المذهب البارع » الاجماع عليه، ولكن المحكي عن « المبسوط » و « الخلاف » عدم دخوله فيه ، وفصل في « التحرير » بين مالو كان متعلقاً بالمعاوضة فيدخله خيار الشرط وبين مالو كان متعلقاً بالدعوى قبل ثبوتها ، أو عما في الذمة فلا يدخله، لان الدخول حينئذ نقض للغرض ، اذ الصلح انما شرع لرفع التشاجر والدعاوي، ودخول الخيار ينافي لتلك الحكمة . وأما في الصلح عما في الذمة يكون الفسخ سبباً لرفع البراء حينئذ ، فيلزم حصول الشيء بلا سبب ، فهذا أشبه شيء بشرط

النتيجة . وهذا التفصيل أقوى ، أما وجه الدخول في الشق الاول فواضح ، لان
الاصل في جميع عقود المعاوضة يقتضي دخول الشرط ، كما سيأتي بيانه .
ومنها : الصرف . فالمحكى عن « المبسوط » و « السرائر » عدم دخول الشرط
فيه مدعين عليه الاجماع ، الا أن العلامة « قده » جزم في « التذكرة » دخول
الشرط فيه ، استدلل للمنع بأنه لا يعقل لهذا الشرط فائدة ، لانه اما يتصور دخوله
قبل القبض أو بعده :

وعلى الاول : فلا ريب في انتفاء الفائدة فيه لكونه حينئذ من العقود الجائزة ،
فلا يحتاج في فكه الى الخيار بناءً على عدم وجوب التقابض - لا شرطاً ولا
تعبداً - نفسياً . نعم على تقدير كون التقابض واجباً نفسياً يدخله الشرط لحصول
الفائدة وهي ازالة الوجوب الحاصل من العقد .

وعلى الثاني : فلان شرط الخيار بعد القبض مستلزم للغرر والجهالة ، اذمة
القبض غير معلومة فضلاً عن مدة الشرط بعده كما لا يخفى ، الا أن يفرض الخيار
بعد ساعة من العقد بعد القطع لحصول القبض قبل تلك الساعة ، فلا يلزم الغرر .
فالاقوى هو الدخول ، لوجود المقتضي وعدم صلاحية ما ذكر ، للمنع . مضافاً
الى دعوى الاجماع على دخول الشرط المزبور في السلم الذي كان كالصرف في
جميع الاحكام .

هذا كله حال العقود اللازمة ، فقد عرفت مما ذكرنا أن أكثرها باقية تحت
العموم المتقدم وأن بعضها وان خرج تحت العموم الا أنك قد عرفت أن خروجها
على القاعدة بحيث لا يوجب الوهن في العموم المزبور . وعليه فلو شك في بعض
العقود اللازمة عدا ما أشرنا اليه في دخول الشرط وعدمه كان العموم المزبور
قاضياً بالدخول . نعم هو موهون بالنسبة الى الايقاع لما عرفت من عدم انطباق
خروجه عن القواعد .

ومن هنا ظهر وجه كلام بعض الاعلام ، حيث أنه استشكل في العموم من حيث شموله للإيقاع مع التمسك منه في بعض العقود . وظهر حال العقود الجائزة أيضاً من عدم دخول الشرط فيه لما عرفت من انتفاء الفائدة للشرط فيها . ودعوى امكان تحصيل الفائدة فيها ولو بالتأكيد ونحوه مدفوعة : بأن الفائدة لا بد من أن تظهر في المشروط بحيث يكون له ، والتأكيد ليس كذلك لانه من فرائد الشرط خاصة ، والا فلو فرض كونه للمشروط لزم الدور . وقد تم الكلام في هذا المقام وله الحمد على كل حال . فلنشرع الى قسم آخر من الخيار فهو رابع الخيارات مما ذكر شيخنا العلامة « قدّه » في كتابه ، كما قال « قدّه » :

الكلام في خيار الغبن

الرابع : خيار الغبن . ونقول : لا بد من التعرض الى موضوعه أولاً ثم حكمه . فنقول : الغبن - بتسكين الباء - خديعة في البيع ، وبالتحريك خديعة في الرأي سواء سبق السؤال والاستشارة فأوقعه في الجهل وأخدعه أم لا ؟ ثم لا يخفى أن الغبن في البيع بحسب معناه اللغوي لا يتحقق الا مع جهل المخدوع والمغبون وعلم الغابن ، فيعتبر في تحقق مفهومه اعتبار القيدتين . ولكن بحسب اطلاق الفقهاء أنه عبارة عن مطلق تمليك ماله بما يزيد أو ينقص ، سواء كان البائع الذي هو غابن في الاول عالماً بالقيمة أو جاهلاً ، والمشتري الغابن - في صورة النقيصة - عالماً بها أو جاهلاً ، أو كانا كلاهما جاهلين بالقيمة : يتحقق الغبن عند الفقهاء أيضاً ، فكان ذلك من باب حدوث المعنى الاصطلاحي له . وان كان يمكن أن يقال : عدم اعتبار القيدتين في معناه اللغوي أيضاً بدعوى أن معناه لغة الاتيان بفعل ما يناسب الخادع كلفظة الجهالة ، حيث أنها بمعنى الاتيان بأفعال

الجهال ، وان كان على وجه الالتفات فالمغبون حينئذ من عمل المخدوعين .
ولكن هذا انما يصبح في طرف الغابن ، فمع علم الغابن يحصل الخياردون
طرف المغبون ، فانه ليس له الخيار مع علمه بالحال . فالمغبون العالم بالغبن
المقدم عليه عري عن الخيار وخارج عن البحث ، اما موضوعاً : لان الخديعة لا
تتحقق الا مع جهل المخدوع ، أو حكماً : اذا احتملنا احتمال الصدق مع العلم
أيضاً كما في قوله تعالى : (يخادعون الله والذين آمنوا) .
ثم ان ثبوت الخيار به هو المنسوب الى الاصحاب ، وفي « التذكرة »
الى علمائنا ، و « نهج الحق » الى الامامية . ولا ينافيه سكوت جماعة لعدم ثبوت
مخالفتهم .

ولكن الاولى تنزيل المسألة منزلة المسائل الخلافية لما نقل عن المحقق
« قده » في حلقة درسه : انكار الخيار باعتبار أن النقل مقدم على الكتب عند التعارض
ولما حكي عن صريح الاسكافي : المنع ، وحكي ذلك عن صاحب « الكفاية »
أيضاً ، واخلو كتب كثير من المتتبعين عن ذلك فانه لو كان ذلك الخيار ثابتاً في
الشرع للزمهم ذكر ذلك مع توفر الدواعي الى ذكره وكونهم في مقام تعداد
الخيارات ، وسكوتهم عن ذلك دليل على عدم لما قرر في محله : أن السكوت
في معرض البيان يفيد الانحصار وكيف كان فالمتبع حينئذ هو ما ساعد عليه الدليل
من سببية الغبن للخيار وعدمها .

فنعول بعون الله تعالى : ويستدل على ثبوت الخيار بوجوه :

منها : ما استدل في « التذكرة » بقوله تعالى (الأن تكون تجارة عن تراض)
فان المغبون المخدوع ليس براض بتلك المعاملة الخديعة فلا يحكم بالزوم قطعاً ،
فأورد عليه مشائخنا المتأخرون ، منهم : شيخ الفقيه في « الجواهر » بأن المدار على
الرضا الفعلي وهو حاصل ، ولا عبرة بالرضا التقديري وعدمه ، فلو أريد من

الاية الشريفة الرضا الفعلي الصوري فهو حاصل قطعاً . ولو أريد الرضا الواقعي التقديري فتكون المعاملة حينئذ باطلة لأن فيها الخيار ، ضرورة أن المغبون لو علم الخديعة والغبن لم يكن راضياً بالرضا الواقعي فلازمه الفساد للخيار ، لعدم احراز التراضي في المعاملة الغبية .

ويستفاد من شيخنا العلامة « قده » دفع ذلك بأن البيع صحيح مع الخيار ، أما الخيار لعدم الرضا الواقعي فيحكم بعدم اللزوم بمقتضى الاية الشريفة فيتم الاستدلال ، وأما الصحة لكفاية الرضا الفعلي الصوري في الصحة وعدم كفايته للزوم انما هو من جهة استلزام اللزوم الزام المغبون بما لم يلتزم به ولم يرض به . وبيان ذلك : أن جواز الاكل والحلية متوقف على حصول التجارة عن تراض ، ولاريب أن اللزوم أيضاً متوقف على حصول التراضي بل بطريق أولى ، لان اللزوم فرع الصحة ، فحيث علم من الاية الشريفة أن الرضا يتوقف عليه اللزوم وشرط في ثبوت اللزوم ، فيقال حينئذ في توجيه الاستدلال : أن رضا المغبون على تلك المعاملة كان مبنياً على عنوان مقفود ، بمعنى أن رضائه مشروط على عدم نقص ما يأخذه عما يدفعه في المالية ، فكأنه قال : رضيت واشتريت هذا الذي سوى درهماً بدرهم . أي اشتريت ورضيت بتلك المعاملة بشرط مساواته بالدرهم .

فاذا تبين انتفاء هذا الشرط - أعني المساواة - بأن ظهر فقدان ذلك العنوان المبني عليه الرضا علم أنه لم يكن راضياً بتلك المعاملة ، فان رضائه انما هو على تقدير المساواة ، فهي منتفية فليس للمغبون رضا واقعي فينتفي ما هو موقوف عليه أعني اللزوم .

فان قلت : كما أن اللزوم يتوقف على الرضا الواقعي كذلك الصحة أيضاً تتوقف عليه ، فلازم انتفاء الرضا انتفاء الصحة أيضاً ، وهو خلاف المطلوب ، لان المقتضود ثبوت الصحة مع عدم اللزوم .

قلت : ان المتتفي في المقام هو قيد المبيع شرط من شروطه - أعني المساواة - ومن المقرر المعلوم أن انتفاء القيد لا يوجب بطلان البيع ، لان تخلف الوصف لا يوجب فقدان الصحة كما قرر في تخلف الوصف والشرط : ان تخلفهما لا يوجب الا الخيار . فان الذي يكفي في الصحة هو الرضا بالغبن الموصوف الذي هو من أركان العقد .

والذي يعتبر في اللزوم هو الرضا بالصفة ، وفقده لا يوجب بطلان البيع بل يوجب الخيار لان الحكم باللزوم حينئذ يوجب الزام المشتري بمالم يلتزم به من غير دليل فالاية تدل على ثبوت الخيار بعد تبين الخدعة .

وبعبارة أخرى : أن رضا المغبون لكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبني على عنوان مفقود ، وحيث أن العنوان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده موجباً للبطلان وانما يوجب الخيار فراراً عن استلزام اللزوم ، الالتزام بمالم يلتزم به من غير دليل . ولا ينافيه الحكم بلزوم المعاملة لورضي بعد التبين بالعوض المساوي ، لان الرضا اللاحق حينئذ كالرضا السابق بفحوى أدلة الفضولي والمكره .

هذا في تميم الاستدلال بالاية الشريفة على ما وجهه شيخنا العلامة « قده » دفعاً لايراد هؤلاء المشائخ العظام . ولكن أورد نفسه « قده » بوجهين . أحدهما : منع كون الوصف المذكور عنواناً ، بل ليس الامن قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً .

وثانيهما : لو سلم ، فانما يوجب الخيار أخذه على وجه التقييد اذ ذكر في متن العقد ، وأما اذا لم يذكر فلا يوجب الخيار .

وفي كليهما نظر ، أما في الاول : فلان بناء الخيار في تخلف الوصف على ملاحظة كون الوصف داعياً ، اذ لو أخذه عنواناً في المبيع فلازمه بطلان البيع لا

الصحة والخيار، فكونه داعياً يوجب تخلفه الخيار كما لا يخفى.

وأما في الثاني : فلان في حكم ذكر القيد في متن العقد ، التباني عليه كما حقق في محله، والتباني كما يحصل بعلمها بمساواة الصحة للعوض كذلك يحصل مع جهل أحدهما، اذا شهد حاله على اعتبار المساواة كما هو الحال في المقام . ومنها قوله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) والباطل له اطلاقات، منها : اللغو والعاري عن الفائدة. ومنها : الزائل . ومنها : مقابل الحق. والمراد بالاية الشريفة هو الاخير كما لا يخفى .

وتقريب الاستدلال : أن أكل الغابن المال ببيع ماسوى درهماً بعشرة مع الخدعة ومع عدم تسلط المغبون على رد المال أكل بالباطل ، أما مع رضائه بعد التبين فليس أكل بالباطل، واطلاقه وان كان يقتضي حرمة الاكل قبل تبين الخدع أيضاً ، الا أنه خرج بالاجماع وبقي بعد التبين داخلا. وأورد عليه بمعارضته مع ظاهر (الأن تكون تجارة عن تراض) بناءً على ما عرفت من كفاية الرضا الفعلي المحاصل مع الجهل بالحال في الصحة ، وحيث أن النسبة بينهما عموم من وجه فيتساقطان ، والمرجع أصالة للزوم .

ولا يخفى عليك أن المعارضة مبنية على جعل الاستثناء منقطعاً، اذ لو كان متصلاً فلأوجه للمعارضة بينهما ، لان الاستثناء المتصل قرينة صارفة ، ومن الواضح أنه لاتعارض بين القرينة و ذبها بل ظهور القرينة أقوى منه والافلاتصلح قرينة.

وأجيب عن المعارضة : بمنع كفاية الرضا مع الجهل بالمال ، بل وجوده كالعدم ، فليس هذانحو من الرضا مشمولة لاية التراضي المخرج لاكل المال عن الباطل ، وحيث أن للمحكم هو آية (لا تأكلوا) ، لعدم المخرج له .

وقد يترر التعارض بينهما بوجه آخر وهو : أن آية التراضي تشمل غير صورة الخدعة، وهي مالو أقدم على شراء العين مع احتمال أن يكون ثمنه أضعاف قيمته،

فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارض ، فيثبت عدم الخيار في الباقي لعدم القول بالفصل ، فيعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة لغيرها ، بعدم القول بالفصل ، فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل وتكافؤهما الى أصالة اللزوم .

وفيه بعد تسليم عدم القول بالفصل بين صورة احتمال الغبن وبين جهل بالحال ، كعدم الفصل بين القولين في آية النهي : انما ذكر من التعارض مبني على أن يكون الحكم في محتمل الغبن هو عدم الخيار كمعلوم الغبن ، وهو محل منع كما سيأتي انشاء الله تعالى .

ومنها : ما استدل العلامة « قده » في « التذكرة » بأن النبي ﷺ أثبت الخيار في تلقي الركبان : وان ما أثبته للغبن .

وأجيب عنه : بمنع صحة حكاية اثبات الخيار وعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الامامية لينجبر ضعفه بالعمل .

لكن عن « الغنية » نهى ﷺ عن تلقي الركبان ، وقال : فان تلقى متلق ، فصاحب السلعة بالخيار ، اذا دخل السوق . وهو مرسل منجبر ضعفه بالشهرة . فعن « المختلف » و« الكفاية » : أخبار الفرقة الدالة على الخيار في تلقي الركبان ، والاستدلال بالجميع لاثبات خيار الغبن مبني على عدم استفادة خصوصية في تلقي الركبان .

ومنها : ما استدل به أيضا في « التذكرة » وغيرها : من قوله : لا ضرر ولا ضرار في الاسلام . وتقريب الاستدلال به بوجهين :

أحدهما : ما يستفاد من كلام جماعة ، منهم : صاحب « الجواهر » أن المنفي هو مشروعيتها يشتمل على الضرر ، سواء كان من الاسباب كالمعاملات أو من العبادات . غاية الامر : على الاول : يدل على نفي التأثير ، وعلى الثاني : يدل على التحريم .

وعلى الاول - أعني المشتمل على الضرر من المعاملات - نفي المشروعية فيه تارة يكون بنفي الصحة واللزوم ، وأخرى بنفي اللزوم خاصة . فعلى الاول : يثبت فساد المعاملة ، وعلى الآخر يثبت الخيار . فيدور الامر حينئذ بين ارتكاب التخصيصين اللازم على الاول ، اذ عليه يلزم التخصيص في دليل الصحة وهو قوله تعالى : (أحل الله البيع) ودليل اللزوم وهو قوله تعالى : (أو فوا بالعقود) وان كان الثاني تابعاً للاول ، وبين ارتكاب تخصيص واحد وهو تخصيص دليل اللزوم خاصة . ومن البين أن حمل الخبر بما يوجب قلة التخصيص أولى من حمله على ما يوجب الكثرة ، بل هو المتعين .

هذا توضيح ما في «جواهر الكلام» ، وظاهره وان كان يأبى عن هذا التوجيه الا أنه لا بد من ارجاعه اليه .

وثانيهما : ما يستفاد من كلام شيخنا العلامة «قده» في المقام وغيره : من أن المنفي هو مشروعية الحكم المشتمل على الغرر ، ومن الواضح أن مجرد الصحة لا يوجب الغرر ، بخلاف اللزوم ، فان فيه ضرراً على المغبون فينتفي اللزوم ويثبت الخيار . ثم أورد بما محصله : من أن نفي الضرر لا يثبت الخيار المبحوث عنه بل هو أعم منه . ومن وجوب الرد بمقدار الزائد ومن وجوب أداء البدل عنه ، اذ نفي الضرر يحصل لكل منهما ، ولادلالة للعام على الخاص .

ثم استظهر الاحتمال الثاني بما ذكره في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة كاشتريه بأزيد من ثمن المثل من وجوب استرداد الزيادة ، فحال المغبون كحال المريض وحاله بعد العلم بالصحة حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشتري ، فكما أن له استرداد الزيادة من دون رد المعاملة ، فكذلك للمغبون استرداد الزيادة من دون رد المعاملة .

واستظهر الاحتمال الثالث بما ذكره العلامة «قده» في بيع المرابحة عند ظهور

كذب البائع في اخباره برأس المال من عدم ثبوت الخيار للمشتري ، بل يجب على البائع أداء التفاوت .

وحاصل الاحتمالين : عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت ، والمتيقن منه صورة امتناع الغابن من البذل . هذا ولكن في أصل المناقشة والاحتمالين المذكورين نظر وتأمل :

أما في الاولى : فلان مقتضى ما ذكره في تقريب الاستدلال هو أن المنفي الحكم المشتمل على الضرر ، وهو يحصل باللزوم دون الصحة ، وليس المنفي هو الفعل الضروري الذي يرجع الى أفعال العباد حتى يتدارك برد الغبن أو البذل ، بل المنفي هو حكم الله تعالى وهو يرجع اليه تعالى ، ولا يحصل رفعه الا بالحكم بالخيار - ظاهراً - .

والحاصل : أن مبنى المناقشة على جعل المنفي هو فعل العباد ، ومبنى الاستدلال على جعل المنفي هو حكم الله تعالى ، وشتان ما بينهما .

وأما في الثاني : - أي الاحتمال الاول - وهو وجوب تدارك الضرر من الغبن . فيه : أنه يستلزم التبعض في الفسخ ، وهو غير قابل له على الاصح وأنه يوجب الجمع بين العوض والمعوض كما أشار اليه «قده» في الكتاب أيضاً .

وأما في الثالث - أي الاحتمال الثاني - فلانه مخالف للاجماع - كما سيأتي انشاء الله - واستدل في «الجواهر» بوجه آخر وهو أنه بعد دلالة الخبر على نفي اللزوم يدور الامر فيه بين أمور ولا يتعين خصوص الخيار المذكور ، الا أنه يمكن اثباته بالظن لانه أقرب الاحتمالات وأظهرها . وأنت خبير بأن الاستدلال بتفكيح المناط الظني خروج عن الطريقة المعتدلة .

والتحقيق في المقال أن يقال : أن الخبر يدل على ثبوت الخيار سواء قلنا بأن المنفي فيه هو الفعل الضروري أو الحكم الضروري ولا يتطرق فيه الاحتمالان

المذكوران ولا غيرهما .

أما غيرهما فلا يحتاج الى البيان ، وأما الاحتمال الاول فلما عرفت من استلزامه الجمع بين العوض والمعوض والتبعيض في الفسخ .

وأما الاحتمال الثالث : فلمخالفته الاجماع ، اذ لم يقل أحد بالزام المغبون الغابن بالارش ، نعم له المطالبة فان أبى فله الرد والافلا .

وكلام شيخنا العلامة وان كان صدره يومهم الخلاف الآن ذيله مصرح بالوفاق . فانحصر احتمال الخيار ، بعد بطلان سائر الاحتمالات ، انما الكلام في أن ثبوته على وجه الاطلاق من دون تقييده برد الارش وبذل ما به التفاوت من الغابن أو الحكم به مقيد بعدم البذل ؟

فالمشهور هو الاول كما صرح به في محكي « الايضاح » و « جامع المقاصد » معلنين بأن المدفوع انما هو هبة مستقلة . ومن البين أن الهبة لاتخرج المعاملة الضرورية عن كونها ضرورية ، والذي يستفاد من كلام العلامة الانصاري هو الثاني ، مستدلا له بأن المدفوع غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة وليست هبة مستقلة حتى تخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه ولاجزءاً من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الاخر جمعاً بين جزء من العوض وتمام المعوض . ولكن المشهور هو المنصور وان قلنا بكونه غرامة . ولعل مراد « الايضاح » و « المقاصد » أيضاً ذلك بأن يكون المدفوع بمنزلة الهبة ، وان أبى عنه ظاهر كلامهما .

وتوضيح الحال في المسألة وكشف القناع عنها يتوقف على ذكر الاحتمالات المتصورة في الخبر ، فنقول : أنها أربعة : أحدها : دلالة على نفي تحمل الضرر وعدم لزوم الصبر على المتضرر بالضرر ، ومتنضاه رفع المغبون الضرر عن نفسه وهو اما بالخيار بين الرد والامساك ، وأما بالاحتمالين المتقدمين على اشكال متقدم منهما .

وثانيها : أن يكون مفاده نفى اضرار الضرر ووجوب تدارك الضرر عليه
فيرجع ذلك الى الغابن فيثبت له الخيار في تدارك هذا الضرر بين رد العين وبين
أداء الارش وهو المستفاد من شيخنا في « الجواهر » .
وثالثها : نفى الحكم الضرري وهو اللزوم في المقام واثبات الخيار من
التحري بالظن كما حققه صاحب « الجواهر » .

ورابعها : ما اخترناه واستظهرناه من كلام شيخنا العلامة الانصاري « قدس »
من أن المنفي هو الحكم الشرعي الضرري ، ولازم انتفائه اثبات الخيار لفقد
الواسطة بينهما ، اذ بعد ما لم يمكن العقد لازماً يكون جائزاً لامحالة ومقتضى
اطلاقه ثبوت الخيار مطلقاً من غير تقييد بصورة بذل الغابن الغرامة وعدمه . فظهر
بذلك اندفاع توهم الاشتراط بعدم البذل ، كماظهر أنه لا حاجة في اثبات الخيار
بعد بذل الغابن الى التمسك بالاستصحاب لكفاية اطلاق المذكور .

ثم لو قلنا باجماله ، فهل يجري الاستصحاب بعد البذل أم لا ؟ وجهان بل
قولان ، والمستفاد من الاكثر هو الاول نظراً الى ثبوت الخيار حين صدور العقد
المشتمل على الغبن فيكون الشك حينئذ في رافعية بذل الغابن له فالاصل يقتضي
بقاؤه ، ولكن المستفاد من شيخنا في « الجواهر » والعلامة الانصاري « قدس » هو
الثاني لفقد الحالة السابقة للشك في أصل ثبوت الخيار من حين العقد بعد تعقبه
ببذل الغابن ، والاقوى ذلك لما عرفت من انتفاء اليقين السابق . ثم انه بعد
الاغماض عما ذكرنا من أن نفى اللزوم ملازم لثبوت الخيار لانتفاء الوساطة بينهما
لابد في تعيين الحكم بثبوت الخيار والجزم به من مرجح ، لما عرفت من أن
الامر فيه يدور بين الاحتمالات الثلاثة .

وقد يقال : أن الجمع بين الحقين يقتضي خصوص الاحتمالين الاخيرين دون
الخيار لان الحكم بالخيار للمغبون يوجب ابطال حق الغابن بالنسبة الى ما أخذه

عوضاً عن ماله والتكسب به ، بخلاف ما لو تدارك ضرره بأداء الزيادة أو الارش اذ يراعى فيه حق الغابن بالنسبة الى ما أخذه عوض ماله وحق المغبون بأداء الارش الجابر لضرره .

وفيه : منع ذلك على سبيل الكلية ، اذ قد يتعلق غرض المغبون بأخذ ذات القيمة الكثيرة ، وحينئذ يفوت ذلك الغرض ولا يقوم أداء الزيادة والارش مقام ذلك الفرض ولا يحصل بها ، بخلاف ما لو فسخ ورد المبيع المشتمل على القيمة اليسيرة . والحاصل أن مراعاة غرض الغابن في ابقاء ما اكتسبه معارض للزوم مراعاة المغبون في أخذ ذات القيمة الكثيرة السذي لا يحصل ذلك بمجرد أداء الارش ، وعليه فلا يكون في الحكم بلزوم أداء الارش جمع بين غرض الغابن والمغبون وحقهما .

لكن يرد عليه : أنه على الفرض المذكور لا ينفع فسخ المعاملة ورد العين لانه قد فات غرض من أحاله بعد تبين الخلاف ولا يتدارك ذلك الغرض بشيء من الرد والامساك مع أخذ الارش أو الزيادة ، وحينئذ فلا يصلح ذلك للمعارضة مع لزوم مراعاة غرض الغابن في ابقاء عوض ماله . ولعل قوله «قده» فتأمل ، بعد الاشارة الى وجه الجمع والاعتراض عليه بالمعارضة اشارة الى ما قلناه ، لكن الانصاف أن أصل الجمع بما ذكر ضعيف من أصله ، لرجوعه الى لزوم مراعاة الغرض الشخصي الحاصل للغابن في ابقاء ما حصل بيده بالمعاوضة وهذا كما ترى خارج عن الاغراض المالية التي يجب مراعاتها .

والعلامة الانصاري «قده» وان التفت الى ذلك حيث قال : وهذا لا يصلح للمعارضة مع ضرر المغبون الا أنه يكفي لترجيح بعض الاحتمالات على بعض آخر وأنت خبير بأنه كما لا يصلح أن يكون معارضاً لا يصلح أن يكون مرجحاً فلم يظهر وجه وجيه لتعيين ما عدا الخيار من بين الاحتمالات فتبقى بمالها مكافؤ

بعضها مع بعض .

نعم قد يقال بترجيح خصوص الخيار من جهة الظن به من بين المحتملات كما عرفت من «الجواهر» وفيه : ان ما ذكره مجمل المراد اذ لو أراد من حصول الظن بتعيين الحكم المزبور من بين المحتملات الظن المرادي بحيث يحصل الظن بكونه مراد الشارع من الخبر ولو بمعونة الخارج لكن على وجه يوجب ظهور اللفظ في ذلك ، فلا غروفيه لمساعدة الادلة على اعتباره وان أراد حصول الظن بذلك من الخارج بحيث لا يصير منشأ لظهور اللفظ فلا اعتبار له .

الخامس من الادلة : الاخبار الواردة في حكم الغبن وهي أربعة : أحدها - ما عن «الكافي» عن أبي عبد الله عليه السلام : غبن المسترسل سحت . ثانيها - ما رواه الميسر عنه عليه السلام قال : غبن المؤمن حرام . ثالثها - قوله عليه السلام في خبر : لا يغبن المسترسل فان غبنه لا يحل . ورابعها - ما في «مجمع البحرين» حيث أنه بعد أن ذكر معنى الاسترسال وأنه بمعنى الاستئناس والطمأنينة الى الانسان والثقة فيما يحدثه ، وقال : ومنه الحديث : أيما مسلم استرسل الى مسلم فغبنه فهو كذا . ومنه : غبن المسترسل سحت .

وتقريب الاستدلال بالكل مبني على مقدمات :

أحديها : دعوى ثبوت الحقيقة الشرعية في لفظه (الغبن) في تلك الاخبار ، ونقله فيها عن معناه اللغوي - وهي الخدعة - الى معناه الشرعي - وهو تمليك مال بما يزيد عن قيمته مع جهل الآخر - حتى يتعلق النهي فيها بذات المعاملة المقتضي للفساد ، اذ لو بقي على معناه اللغوي كان النهي متعلقا فيها بما هو الخارج عن المعاملة ، فلا يقتضي الفساد كما قرر في محله .

والثانية : تقييد الحرمة أو السحت أو ما يؤدي مؤداهما بما هو المذكور في تلك الاخبار بصورة عدم الرضا ، اذ لا اشكال في لزوم العقد الغنبي اذا رضي

المغبون به بعد انكشاف فساد الخلاف .

والثالثة : التعدي عن مورد الاخبار ، وهو غبن المسترسل الى غبن غيره ، وهو الذي أقدم على معاملة من دون استرسال أخيه ، لعموم المدعى وهو ثبوت الخيار في الصورتين .

والدليل مختص بالاول ، فلا بد من التعدي عن مورده الى غيره ، واثبات تلك المقدمات دونه خرط القتاد .

ولكن الانصاف عدم تمامية تلك الاخبار لاثبات المدعى ، فان ما عدا الاول ظاهر في حرمة الخيانة في المشاورة ، مضافاً الى أنه يأتي فيه ما يأتي في الاول من المحاذير والاحتمالات التي هي خارجة عن الاستدلال . وأما الاول : فهو وان كان ظاهراً في الاموال لكن يحتمل ارادة كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل وهي الخديعة في أخذ المال . ويحتمل ارادة خصوص كون المقدار الزائد سحتاً ، ويحتمل ارادة كون المجموع كذلك . ومن البين : أن المدعى انما يتم بالخير ولا يعين به بعد تطرق الاحتمالين الاولين مضافاً الى ما عرفت من توقف الاستدلال به على المقدمات المزبورة التي يصعب على المستدل اثباتها قصوى الصعوبة .

ثم انه يعتبر في هذا الخيار شرطان :

الشرط الاول : جهل المغبون بالقيمة

فلو علم ، فلا خيار بلا اشكال ولاخلاف ، بل لا غبن لمعرفت من أخذ الجهل بالقيمة في موضوعه لغة واصطلاحاً ، وهل يثبت الخيار للجاهل مطلقاً ، أو يفصل بين أقسامه ؟ وجهان يأتي الاشارة اليهما بعد ذكر الاقسام المتصورة للجهل :
فتمول :

الجاهل بالقيمة، أما أن يكون غافلاً عنها بالمرة وعن ثبوت الغبن وعدمه، أو يكون ملتفتاً إليها . وعلى الثاني : فاما أن يحصل له العلم بالخلاف بمعنى العلم بعدم تحقق الغبن واقعاً مع تحققه كذلك أولاً ، بل يحتمل الغبن وعدمه . وعلى الثاني: اما أن يكون شاكاً أو ظاناً أو متوهماً، وعلى التقادير اما أن يكون مسبوقاً بالعلم وعرضه النسيان أولاً .

أما القسم الاول ، وهو ما كان غافلاً بالمرة ، وكذا القسم الاول من قسمي القسم الثاني : فلا اشكال في ثبوت الخيار فيهما ، بل هما القدر المتين من الصور المزبورة ، ولا فرق بين مسبوقيه بالعلم وعدمها، وهذا واضح . وأما ما عداها من بقية أقسام الجهل البسيط من الشاك والظان والمتوهم ، ففي ثبوت الخيار فيها مطلقاً نظراً الى اطلاق أدلة الخيار التي عمدتها قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) الشامل لجميع الصور .

غاية الامر خروج صورة العلم عن تحته فيبقى ما عداها تحته وعدم ثبوت الخيار فيها مطلقاً نظراً الى جريان المناط المصحح لخروج صورة العلم وهو الاقدام بالضرر هنا أيضاً ، اذ لاشبهة في أن المتحمل للضرر والغبن اذا أقدم على المعاملة ، كان اقدمه على ما لا يؤمن الضرر فيه فيكون كالعلم بذلك في كونهما مقدمين على نحو تلك المعاملة الغبية أو التفصيل بين الظن وبين الاخيرين ، بعدم الخيار في الاول دون الثاني لجريان مناط انتفاء الخيار وهو الاقدام في الاول دون الثاني وجوه واحتمالات، أحسنها الاخير، والاحسن منه تفصيل آخر يتوقف ذكرها على ذكر الوجوه والاحتمالات المتصورة في مدرك خروج صورة العلم. فذقول : أن الاحتمالات المتصورة فيه أربعة :

أحدها : أن يكون الخروج للتعبد من دون اناطته بشيء جار فيما عداها. وفيه : ما لا يخفى اذ لا دليل على ضرورة التعبد بل عمدة الدليل وهو ثابت

فيه ، الا ترى فيما عداه كالصوم وغيره .

ثانيها : أن يكون ذلك من جهة انتفاء موضوع الغبن لاعتبار الجهل فيه .
وفيه أيضاً : مالا يخفى اذ الحكم في الادلة يدور مدار صدق الغبن وان كان
الخيار لاجله الا أن يكون مفادة كالوجه المتقدم وهو الحكم بثبوت الخيار في
جميع صور الجهل .

ثالثها : أن يكون من جهة اقدام العالم بالمعاملة الغبنية ، وعليه فلاغرو في
الحكم بتحقيقه في صورة الظن بالغبن ، بل وفي الشك أيضاً سيما مع التمكن
من السؤال .

ولكن يرد عليه: أن مجرد الاقدام غير كاف في الحكم بعدم الخيار مع انتفاضه
بكثير من الموارد الضرورية المقدم عليها من العبادات والمعاملات حيث أن الاقدام
ثابت فيها مع عدم امضاء الشارع ، وكفى لذلك شاهداً حكمهم بفساد المعاملة
المشتملة على جهل المتعاقدين مع اقدامهما بذلك وفساد العبادات الضرورية اذا
أقدم الفاعل المتعبد بها.

رابعها : أن يكون من جهة كون العالم راضياً بذلك الغبن ، فيتعدى منه
الى كل موضوع يحصل فيه الرضا .

وعليه يفصل في الصورة المزبورة بين ما اذا تغير حال المقدم وانكسر خاطره
بعد انكشاف الواقع وبين عدمه بثبوت الخيار في الاول دون الثاني ، وهذا هو
المختار ، ولعل من قال بكفاية الاقدام أراد ذلك من جهة كشفه عن الرضاء .

ثم هنا فروع لأبأس بالاشارة اليها :

«منها» أنه لو أقدم عالماً على غبن يتسامح به فبان أزيد مما اعتمده ، وهذه
الزيادة وان كانت بنفسها مما يتسامح بها ، الا أن المجموع المركب من المعلوم
المتسامح فيه والمجهول المتسامح فيه أيضاً مما لا يتسامح به ، ففي ثبوت الخيار

وعدمه وجهان : من أن العبرة بالمجموع من حيث المجموع لعدم اقدمه عليه وعدم كونه مما لا يتسامح به ، ومن أن المناط في صدق الغبن الغير المتسامح به بالمجهول الغير المقدم عليه دون المقدم عليه كائناً ما كان ودون المركب منها ، والمفروض أن المجهول في نفسه يتسامح به .
والاقوى هو الاول .

«ومنها» أنه لو أقدم على مرتبة من مراتب الغبن الذي لا يتسامح به عادة ، فإن الخلاف بحصول الزيادة عما أقدم عليه سواء كان الزائد بنفسه مما لا يتسامح به أولاً .

وفيه وجوه : انتفاء الخيار مطلقاً نظراً الى اقدمه على الغبن ، وهو صادق على المعلوم . ودعوى اختلاف مراتب الغبن من حيث تحقق الاقدام في بعضها الرافع للحكم دونه في البعض الآخر ، والمفروض : أن الموجود بعد انكشاف الخلاف ليس مما أقدم عليه وليس مما يتسامح به .

مدفوعة : بأنه لا اعتبار بمثل هذه الدقائق بعد شمول الاجماع الدال على خروج العالم بالغبن المخرج عن تحت أدلة الضرر ، أو ثبوته مطلقاً نظراً الى عدم اعتبار هذا النحو من الاقدام بعد تبين الخلاف وعدم مطابقة الواقع لما أقدم عليه . أو التفصيل بين كون الزائد المنكشف الغير المقدم عليه في نفسه مما لا يتسامح به وبين كونه مما يتسامح به بثبوت الخيار في الاول دون الثاني ، وجوه ، أوجهها أوسطها .

«ومنها» أن العبرة في الغبن ثبوتاً وارتفاعاً على حال العقد ومكانه ، أو العبرة فيها على ما عدا الوقت والمكان ، أما الثاني : فستأتي الإشارة اليه ، أما الاول : فله صرر ، لان الاختلاف بالزيادة عن القيمة الموجبة لارتفاع الغبن وعدمها ، وكذا الاختلاف بالنقصان عنها المرجبة لحدوث خيار الغبن وعدمه ، اما أن يكون ثابتاً

بين زمان العقد وزمان القبض ، أويكون ثابتاً بين زمان العقد وبين زمان العلم والاطلاع ، أوبين زمان القبض وبين زمان العلم ، والقبض أيضاً قد يكون شرطاً للصحة وقد لا يكون . وبملاحظة تكثر الأقسام فلا بد من الإشارة الى بعضها :

أحدها : ما اذا حصل الغبن بالنقصان حين العقد ، ثم زادت بما يخرج منه الغبن - قبل القبض الغير المملك - ، فاحتمل العلامة الانصاري «قده» ثبوت الخيار فيه ، لان الزيادة المتعقبة للعقد غير رافعة للغبن الثابت من حينه ، لان الزيادة انما حصلت في ملك المغبون ، والمعاملة وقعت على الغبن .

وقد يقال بعدم الخيار ، واحتمله «قده» أيضاً وذكر له في الكتاب وجهين : أحدهما : أن التدارك قد حصل قبل الرد ، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر وثانيهما : متايسته بالعيب ، حيث حكموا بستوط الخيار فيه اذا زال العيب قبل الرد . وفيهما نظر ، أما الاول : فلان تدارك الضرر غير رافع للغبن الواقع حال العقد ، لانه لم يوجب خروجها عن كونها غبنية .

وأما الثاني : فلانه قياس مع الفارق ، اذ الحكم بسقوط الخيار في المعيب انما هو لعدم جريان قوله : (المعيوب مردود بعد زوال العيب قبل الرد) ، اذ مفاده رد المعيوب حال العيب خاصة ، فاذا فرضنا خلوه عنه عند التسليم - وان كان ثابتاً حين العقد - فيخرج عن تحت الخبر المزبور . وأما ما نحن فيه ، فلم يرد فيه نحو هذا الخبر مما أنيط فيه رد المغبون بحال الغبن وغيره .

نعم ، يمكن الاستدلال له : بأن الحكمة في تشريع الخيار هو عدم ورود الضرر والاضرار على كل من المتبايعين ، ومن المبين أن تحقق الضرر انما يكون وقت التسليم وأما حين العقد فلم يتوجه ضرر عليهما وان اشتملت المعاملة عليه . وحينئذ فيمكن أن يقال : أن زوال الضرر حين التسليم يكشف عن خروج موضوع هذا النحو من المعاملة عن موضوع ذلك الحكم الخياري .

وانك اذا تأملت يتضح لك الفرق بين ما ذكرنا وبين الوجه الاول من الوجهين المذكورين ، لانتفاء الخيار - فتأمل .

ثم أنه كيف يجتمع الاشكال المستفاد من كلام شيخنا العلامة الانصاري «قده» في ثبوت الخيار في هذا الفرع مع دعوى الاجماع فيما يأتي على عدم كون العبرة بالزيادة والنقصان الواقعيين بعد العقد ، اذ لازم تلك الدعوى كون العبرة في الغبن - حدوثاً وارتفاعاً - بحال العقد ، فلاوجه معه لتجوز الخلاف ، واحتمال كون العبرة بحال التسليم .

ودعوى الفرق بينهما بتغاير موضوعي محل الوفاق ومحل الاشكال ، اذ موضوع الاول ما اذا طرأ الغبن بعد العقد لم يكن ذلك من حسنه وفي الثاني ما اذا ارتفع الغبن حين التسليم بعد أن ثبت حين العقد .

مدفوعة: بأن اختلاف الموضوع بعد تسليمه غير مجد، لوضوح أن الاجماع على أن الاعتبار بحدوث الغبن حال العقد ليس تعدياً حتى يكون هو الفارق ، بل هو مستند الى القاعدة، ومن البين أنها اذا اقتضت اعتبار حال العقد في حدوث الغبن فلا جرم يقتضي اعتبار ارتفاعه أيضاً بحال العقد اللهم الا أن يكون الاجماع تعدياً ، ودونه خبط القناد .

هذا كله فيما اذا كان القبض غير مملك ، واما اذا كان مملكاً كما في الصرف والسلم: فقد ابتدئ القول بثبوت الخيار فيه وعدمه على وجوب التقابض وعدمه. فان قلنا بعدم فلا يثبت الخيار اذ ما اشتمل على الغبن لم يخرج - بمجرد العقد - عن ملك الغائب فهو يبتنى بحاله الى أن ارتفعت القيمة السوقية وزال الغبن قبل التسليم والتقابض ، فتكون الزيادة الرافعة للغبن حاصلة في ملك الغائب . وان قلنا بوجوب التقابض كما يستفاد من العلامة الانصاري «قده» فقد يقال بثبوت الخيار لثبوت الضرر لوجوب اقباض الزائد في مقابلة الناقص .

والكلام في المقام تارة في المبنى وأخرى في البناء ، أما الاول فالمشهور عدم وجوب التقابض ، ونسب القول الى العلامة في «التذكرة» وخصص في الكتاب النسبة اليه ، لكن الظاهر عدم الاختصاص به بتصريح الشيخ والحلي والشهيد «قده» في محكي «الدروس» بذلك .

ولعل نظره «قده» الى امكان تأويل كلمات ما عدا العلامة «قده» مما يطابق المشهور بارادة الوجوب الشرعي ولو بمعونة المقام على ما تنافي الاشارة اليه في الجواب عن الاخبار بخلاف كلام العلامة «قده» فانه صريح في الوجوب النفسي التعبدى الموجب ثم تركه .

ويستفاد من «الجواهر» الميل اليه حيث أنه بعد أن احتمل امكان ارادة الوجوب النفسي مع الشرطي للنصوص والاية كما ذنب اليه الشيخ والحلي والشهيد ، وأشار الى رد النقوض خاصة ، قال : عدم تعرض الاكثر للخبر ، ثم هنا يؤمي الى ارادة الشرطي خاصة من دون ضم الشرعي معه . وهو الاقوى ، وان كان الاول أحوط .

وأما شيخنا العلامة الانصاري «قده» فهو متوقف في المقام وفي غيره حيث أنه كثيراً ما يشير الى المبنى المذكور على سبيل التردد والتأمل ، وكيف كان فالمبنى هو الدليل فلا ينبغي الاستيحاش عن الانفراد اذا ساعد عليه الدليل .

فاستدل ، أو يمكن أن يستدل له بوجوه :

(الاول) قوله تعالى : (أو فوا بالعقود) اذ معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب أثر العقد ، وهو انما يتحقق بتسليم كل من العوضين الى الآخر سواء كان القبض مملكاً أو غير مملك ، فيجب ذلك بمقتضى الامر ، غاية الامر أن حكمه وجوب التسليم فيما لم يكن القبض شرطاً في الصحة هو الارشاد الى تسليم مال الغير وفي ما كان شرطاً شيء آخر ، لان الوجوب حيثئذ تعبدى صرف ولا مانع من تعدد

أغراض الامر في أمره بشيئين أو أشياء ولايوجب ذلك استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد ، بل المستعمل فيه الامر هو الوجوب والغرض الداعي اليه في مورد هو الاشارة وفي آخر شيء آخر ، كما لا يوجب ذلك في مثل قوله: (أكرم العشرة) اذا كان غرض الامر من اكرام بعض، جهة العلم ومن الاخر جهة الصداقة، وهكذا .

ودعوى - اختصاص الوفاء بالمعنى المزبور بما اذا حصل العقد تام الاجزاء والشرائط ، فلا يشمل المقام - فاسدة بأنه تقييد فى مقابل اطلاق الوفاء من غير قرينة موجبة له ، والقول - بأن الوفاء بالعقد انما يجب اذاكمل العقد لاما اذا انقص فلا يشمل المبحوث - واضح السقوط . لان كمال العقد انما هو بالايجاب والقبول وهو حاصل في المقام . فدلالة الاية الشريفة على وجوب تسليم المبيع في مثل الصرف و السلم لاختفاء فيه .

(الثاني) الاخبار المستفيضة الدالة على وجوب القبض والاقباض في الاثمان (الثالث) ما يستفاد من كلام العلامة « قده » في « التذكرة » من أنه : لولم يحصل التقابض ، بل حصل من أحدهما دون الآخر وأجل له أجلا للزم الوقوع في الربا لان الاجل قسطاً من الثمن ، فكل من الثمن والمثمن - وان كان متساوياً في المقدار والقيمة مع الآخر - الا أنه يزيد أحدهما على الآخر بملاحظة الاجل فيجب التقابض في المجلس حذراً عن الوقوع في الربا ، وفي الاخرين نظر .

أما الاول منهما : فلما عرفت في كلمات القائلين به - عدا العلامة « قده » - من امكان حمل الوجوب في نحو المقام ولو بمعونة القرينة على الوجوب الشرطي دون الشرعي .

وأما الثاني : فلان عدم التقابض أعم مما يحصل معه الربا ، كما اذا قبض أحد العوضين في المجلس وقبض الآخر بعده وعدمه : بأن لم يحصل التقابض أصلاً

أولم يحصل قبض الاخر أصلاً . ومن المعلوم أن العام لدلالة له على الخاص ،
وحيث أن فلا يلزم من عدم التقابض حصول الرباجزماً حتى يجب التقابض لاجل
التخلص منه . مضافاً الى أنه بعد تسليم ذلك انما يتم اذا اشترط التأجيل في أحد
الطرفين . وأما اذا لم يشترط ذلك واتفق التأخير من باب الاتفاق أو اشترط التأجيل
فيهما معاً ، فلا يلزم المحذور المذكور .

وأما الآية : فقد عرفت أنه لا اعتبار في دلالتها ، لكنها ترد عليها مناقشات لا بد
من دفعها حتى تنهض دليلاً .

منها : أن المعنى المزبور مستلزم لاستعمال الامر في الوجوب الشرعي
والارشادي معاً ، وهو باطل . أما الملازمة فواضح ، لان وجوب التسليم فيما لم يكن
القبض جزءاً مملكاً ارشادي صرف ، وفيما كان جزءاً شرعياً محضاً .
ومنها : أنه لا إشكال في أن القبض اذا كان شرطاً كان علّة ، واذا لم يكن شرطاً
كان معلولاً ، والمفروض كونه بقسميه مصداقاً للوفاء بالمأموريه فيلزم استعمال اللفظ
المزبور - في الآية - في المعنيين المزبورين ، وهو غير جائز في المقام وان قلنا
بجواز استعمال اللفظ في المعنيين .

ومنها : أنه لا إشكال في أن اطلاق دليل الوفاء تقييد بأدلة الشروط التي منها
اشتراط القبض ، فلا يصح التمسك باطلاقها لاثبات الوجوب النفسي .
ومنها : أنه تقرّر في محله : امتناع الاجتماع بين التحريم الذاتي وبين الفساد
اذ مرجع الفساد الى الحرمة التشريعية ويمتنع اجتماع الذاتي والتشريعي ، ومن
البيّن أن مقتضى شرطية القبض فساد المعاملة الفاقدة له والحقك بسببها محرم
تشريعاً ، ومقتضى الالتزام بالوجوب النفسي في المقام حرمة المعاملة الخالية
عنه ذاتاً .

وفي الكل نظر ، أما الاول : فلما عرفت من تقريب الاستدلال : أن المستعمل
فيه ليس الا مطلق الوجوب ، غاية الامر اختلاف اغراض الامر وداعيه في الحكم

بوجوب التسليم. ففي ما لم يكن مملكاً فالغرض من وجوب تسليمه ليس الا الارشاد بتسليم مال الغير اليه ، وفي ما كان شرطاً للصحة ومملكاً فله حكمة أخرى غيبية كما في أغلب الاحكام الشرعية التعبدية ، ولا يوجب ذلك استعمال اللفظ في أكثر من معنى كالتمثال .

وأما في الثاني : فلانه لم يلزم اجتماع العلة والمعلول في مورد واحد بل في موردين مختلفين واللفظ لم يستعمل في شيء منها غاية الامر أنه ينطبق مع العلية في بعض الموارد ومع المعلولية في آخر .

وأما في الثالث: فلان أدلة التقييد بالشروط انما يمنع عن التمسك بالاطلاق اذا كانت الشروط منوعة للمطلق الى قسمين مختلفين كما في أدلة الكيل والوزن بالنسبة الى وجوب الوفاء حيث أنها تنزع الوفاء الى المقرون بها والمفارق عنها فتقيده بالوزن والكيل .

وأما اذا كان الشرط موافقاً للمطلق - كما في المزام - حيث أن مفاد الشرط هو الوفاء والتسليم الذي هو عين مفاد الشروط ، فلا يمنع ذلك عن التمسك به بل يؤكد صراحة .

وأما في الرابع : فقد قيل بعدم استحالة ذلك وأنه لا مانع من اجتماع الحرمة الذاتية والتشريعية بل وقع ذلك في الشريعة كما في الربا ، بفساد المعاملة الربوية مع أنها محرمة ذاتاً ، الا أن في النفس شيئاً يحتاج الى تأمل . هذا تمام الكلام في المبنى .

وأما البناء : فالظاهر بل المقطوع عدم ثبوت الخيار فيه وان قلنا بوجوب التقابض من حين العقد بعد فرض أن القبض جزء مملك ، وأن المبيع حين دخوله تحت يد المشتري مساو قيمته مع الثمن ، والتعليل له بأن : (الزام المشتري باقباض الزائد في مقابلة الناقص ضرر فيوجب الخيار) لعله من سهو القلم ، لان في مجرد

الامر به لا يتوجه ضرر على المشتري بعد فرض تماميته عند التسليم ، فلا يتصور هنا زائد وناقص ، اذ الضرر المتوجه من أمر الشارع انما هو باعتبار المأمور به ، فاذا لم يكن في المأمور به ضرر بحكم الفرض ، فليس في الامر ضرر حتى يوجب الخيار .

«ومنها» لو اختلف الغابن والمغبون في دعوى العلم والجهل ، فادعى الاول علم الثاني بالغابن حين المعاملة وأنكره الاخر ، فهل يحكم بتقديم قول الاول ، أو الثاني ؟ .

اعلم أنه قد يقال : أن دعوى علم المغبون بالغبن لا تسمع لما هو المقرر في باب القضاء من عدم سماع دعوى العلم الا اذا تعلقت الدعوى بفعل الغير ، كما اذا ادعى علم الوارث بدين مورثه أو علم الموكل على وقوع العقد من الوكيل وأما اذا تعلقت بفعل النفس ، فدعوى العلم بفعل نفسه غير مسموعة لان العلم حجة بالنسبة الى العالم خاصة دون غيره فلا يجري فيه ميزان القضاء من : مطالبة البيئة من المدعي واليمين ممن أنكر .

لكن ما ذكره حسن فيما اذا كان العلم طريقاً الى الواقع ، وأما اذا كان له جهة موضوعية - كما في المقام - لاعتبار الجهل في حقيقة الغبن - كما عرفت - فتسمع دعوى العلم ، لان للجهل والعلم أثراً شرعياً ، اذ أثر العلم : اللزوم وأثر الجهل : الخيار ، بخلاف صورة الكشف والطريقة فالأثر انما هو للواقع وهو لا يجري الا بالاقرار أو البيئة وهما منتفیان بالفرض .

وحيث عرفت ذلك فنقول : فلو تداعيا بالعلم والجهل ، بأن ادعى الغابن العلم بالقيمة ، فلا غبن ولا خيار ، وأنكر الاخر - المغبون - وقال : بل أنا جاهل بها ، فيحصل الغبن والخيار ، فهنا مقامان :

أحدهما : هل دعوى العلم في المقام مسموعة كدعوى العلم المتعلق بفعل غير

المدعى عليه أم لا ، كدعوى العلم المتعلق بفعل غير المدعى عليه ؟ والاول : كمن ادعى شخص ببيع وكيله في مال له ، أو ادعى علمه باشتغال مورثه ، فان أقام البيئة على بيع الوكيل أو على اشتغال المورث فلا كلام ولا إشكال في ثبوته ، فيتعلق الحق في المثال الثاني بعد اليمين الاستظهارية على التركة .

وان لم يكن في اليمين بيئة في ذلك ، فطريق الدعوى منحصر في دعوى العلم ، فدعوى بيع وكيله ماله أو اشتغال مورثه لافائدة لها ، اذ للوارث أن يقول : اني لا أدري ولا أرفع اليد عن التركة بمجرد الدعوى ، ولم يتوجه على الوارث اليمين حينئذ أيضاً . لانه كيف يحلف على نفي فعل الغير فتسقط حينئذ الدعوى وكذلك في صورة التوكيل ، فلا بد من سماع الدعوى حينئذ في دعوى العلم فتصير للعلم مدخلية في قبول دعوى المدعى في أمثال المقام ، كما لو ادعى على الوارث : أنك عالم باشتغال مورثك ، فان كان منكرًا فتتوجه عليه اليمين بأن يحلف على عدم علمه ، وان أقر بالعلم فيتعلق حقه على التركة ، بخلاف ما لو رد المنكر اليمين المتوجهة عليه على المدعي ، فانه لا بد أن يحلف على ثبوت الاشتغال لا على علم المنكر الوارث باشتغال مورثه كما هو نفس المدعى به ، اذ في طرف المدعى عليه كانت للعلم مدخلية وموضوعية في قبول الدعوى وسماعها بحيث لو لم تكن الدعوى على العلم لكانت الدعوى معطلة ، بخلاف طرف المدعي ، فهو في الحلف المردود لا بد أن يحلف بنفس الاشتغال لا بعلم الوارث ، لانه مما لا يعرف الا من قبل نفسه .

وأما لو كانت الدعوى على فعل المدعى عليه ، كاشتغاله وبيعه فلا ثمرة لدعوى علمه به حينئذ لعدم كونه ميزاناً للضمان ولعدم انحصار طريق للدعوى به ، فعلى المنكر المدعى عليه حينئذ الحلف على عدم الاشتغال والا رد اليمين على المدعي فيحلف على الاشتغال .

فلا ثمرة لدعوى العلم حينئذ ولم يثبت الاشتغال حقيقة عند الناضي بعلمه ،
نعم علمه حجة على نفسه . بخلاف الصورة الاولى حيث أنه لو لم تسمع دعوى
العلم لكانت الدعوى معطلة ، فلا بد من دعوى العلم .

وبهذا تلتئم كلماتهم ، تارة يستفاد من بعض كلماتهم أن دعوى العلم ممنوعة
ومن بعض آخر أن دعوى العلم ليست ممنوعة ، وجامعه ما ذكرنا : ان كان متعلق
العلم فعل غير المدعى عليه فيسمع ، وان كان متعلقه نفس فعل المدعى عليه فلا
يسمع .

هذا كله في العلم الطريقي بأن لم يكن للعلم خصوصية ومدخلية في أصل
الحكم .

وأما ان كان لعلم المدعى عليه - في فعله - خصوصية وموضوعية لحكم
آخر فيسمع قول مدعي العلم لترتب الثمرة عليه حينئذ ، بل حقيقة الدعوى
والثمرة في ثبوت العلم وعدمه مع قطع النظر عن الواقع لانعزال الواقع عن
الاثر كما في المقام ، فان للعلم بالقيمة مدخلية في عدم الخيار والغبن حيث أنه
يشترط في الغبن الجهل بنقص القيمة وعدم العلم به ، لا أن النقص في القيمة
واقعاً يوجب الغبن . ولو علمه حين البيع ، بل الموجب هو النقص مع الجهل
فالعلم موضوع لعدم ثبوت الخيار والغبن وبعد ما كانت له تلك الخصوصية والثمرة
فلو ادعى العلم على نقص القيمة - لكون العلم في المقام موضوعياً - يسمع ،
بأن يعمل حينئذ بقواعد المدعي والمنكر .

وثانيهما : في تشخيص المدعي والمنكر ، وتختلف في ذلك عباراتهم ، حيث
أن لازم بعضها : أن مدعي العلم منكر ومدعي الجهل مدع . ومن بعض : يستفاد
العكس . ونظير ذلك أي دعوى العلم والجهل كدعوى اليسار والاعسار ، حيث
يشته المدعي بالمنكر .

والوجه في ذلك ان قلنا بأنهما متناقضان ، فالجهل عبارة عن عدم العلم ،
والاعسار عبارة عن عدم اليسر ، فمدعي الامر الوجودي يكون مدعياً والآخر منكرأ
متضادان يصير من التداعي .

والمشهور قبول قول المغبون مع البينة لو تحققت والامع يمينه كما في كل
أمر لا يعلم الاذن قبل نفسه كادعاء المرأة الطهر والقرء وخروج العدة وغير ذلك ،
وهل ذلك من جهة جعل المغبون مدعياً فيسمع قوله في أمثال المقام ؟ أو من جهة
كونه منكرأ فيقبل قوله مع يمينه مالم يثبت المدعي؟ وجهان، وفي كليهما شواهد
من الكلام .

ويدل على الاول قولهم: بأن قول المغبون يثبت بالبينة أولاً وقولهم: قديتعرس
عليه اقامة البينة فيقبل مع يمينه ثانياً . فلولم يكن مدعياً لما كان وجه لقبول قوله:
مع البينة ، ولأوجه أيضاً لتعليلهم بعسر اقامة البينة عليه . وقولهم : لا يمكن للغاين
الحلف على علمه لجهله بالحال ثالثاً . فانه يدل على أن الحلف يتوجه على الغاين
أولاً لكونه منكرأ الا أنه لما لم يكن عليه الحلف لجهله ، فيصير حلف المغبون حلفاً
مردوداً .

وكيف كان يقبل قول المغبون لكونه مدعياً بما لا يعرف الا من قبله ، وأما
حلفه : اما من جهة رد الغاين عليه أو من جهة أن فصل الخصومة لا يحصل الا
بعد تمامية موازين القضاء ، وهو ليس الا بالبينات والايمان ، كقوله ﷺ : (انما
أحكم بينكم بالبينات والايمان) فحيث لا بينة في البين فلا بد من الحكم وحصول
ميراثه من الحلف ويمين المغبون ، حيث يحكم يؤخذ قوله .

ويدل على الثاني أيضاً وجوه :

منها : قولهم بقبول قول المغبون لاصالة عدم العلم ، ومن المعلوم أن ميزان
المنكر ما كان قوله موافقاً للاصل .

ومنها : قبول قوله مع يمينه حيث لابينة ، وهذا شأن المنكر ، وأما تعليلهم بعسر اقامة البينة . لعل المراد منها البينة التبرعية .

وأما قولهم لا يمكن للغاين الحلف لجهله بالحال ، فهو يدل على كون المغبون أيضاً منكراً لأن المراد من الحلف هو الحلف المردود ، فحيث لا يمكن من الغاين فلذلك لا يرد الحلف من المغبون عليه بل المنكر يحلف ويقبل قوله بحلفه . وأمر شيخنا العلامة الانصاري بالتأمل هنا ، ولعل وجهه منع ذلك لانه انما يتم في صورة عدم ادعاء الغاين للعلم بعلمه لامطلقاً .

فلو ادعى الغاين معلومية علم المغبون والعلم بعدم جهله لكان الحلف ممكناً له حينئذ فيرد الحلف عليه لورد المغبون .

ويمكن أيضاً أن يكون وجه التأمل أن مجرد عدم سهولة اقامة البينة وعسره لا يقتضي تقدم قول المدعي ، بل يصير حينئذ من الموارد التي كانت الدعوى فيها موقوفة ، واستلزام التعتيل في خصوص أمثال المورد لابعده فيه ، كما وقفت في موارد ، منها الدعوى على الصغير أو على المجنون أو على الميت مع عسر اقامة البينة فيها ، وغير ذلك .

ويمكن أن يكون الامر بالتأمل الاشارة الى أن جعل المغبون مدعياً لا يلائم مع قوله لاصالة عدم العلم ، فان موافقة الاصل تقتضي كونه منكراً .

هذا كله في غير أهل الخبرة ، وأما اذا كان المغبون من أهل الخبرة فلا يقبل قوله ، لكونه حينئذ مدعياً لمخالفة قوله للظاهر ، وان كان قوله موافقاً للاصل الا أن الظاهر لما كان أقوى من الاصل ، لذا قال في «جامع المقاصد» : وكذلك لا يقبل قوله .

واستشكل عليه شيخنا العلامة الانصاري : أن غاية الامر كون المغبون - لكون قوله مخالفاً للظاهر - مدعياً ، فيندرج حينئذ تحت القاعدة ، أعني قبول قول

المدعي بيمينه اذا تعسرت عليه اقامة البينة .

ثم أجب عن هذا الاشكال : أن معنى تقديم الظاهر هو قبول قول مدعيه مع اليمين لاجعل قوله من ادعى مخالفة الظاهر مدعياً ، حتى تجري عليه أحكام المدعي ، ولذا لايجري جميع أحكام المدعي على مدعي الفساد ، فلا يقبل قوله مع يمينه اذا تعذر عليه اقامة البينة .

وفيه : أن الظاهر بمنزلة الاصل التعبدى في كون من يوافق قوله مع الظاهر منكراً ، واجراء الظاهر انما هو من جهة تشخيص المنكر كما ان سائر الموازين من قولهم : أن المدعي من ترك ، ترك . وان قوله مخالف الاصل ، والمنكر خلافه انما هي من جهة تشخيص المدعي من المنكر . فحيث ثبتت موافقة قول الغابن للظاهر يكون منكراً كسائر أفراد المنكرين ويكون مخالفه مدعياً ، فتقديم الظاهر انما هو من جهة تشخيص ميزان المنكر . وأما ترتب أحكام المدعي فلا تدخل لتقديم الاصل أو الظاهر ، ضرورة أن ترتب أحكام المدعي أو المنكر انما يثبت بدليل خارجي لامن جهة الاصل أو الظاهر .

نعم ، لقائل أن يمنع عموم تلك القاعدة ، لعدم الدليل عليها على سبيل العموم ، وكذلك لقائل أن يتأمل في اندراج المسألة في تحت تلك القاعدة لامكان دعوى أن الغالب امكان الاطلاع على العلم وعدمه هنا ، فليست اقامة البينة في المسألة متعسرة حينئذ .

«ومنها» لو اختلفا في القيمة وقت العقد بعد اتفاقهما على المسمى ، يدعى البائع أن قيمة المبيع حين اجراء العقد على المسمى زائد عنه ، وينكره الاخر ، فيكون البائع حينئذ مغبوناً . أو يدعى الاخر أن قيمة المبيع ناقص عنه فيصير حينئذ المغبون هو المشتري والبائع يصير منكراً فالمرجع حينئذ أصالة اللزوم ، لان الشك في الزيادة والقيصة يصير الاصلان بالنسبة اليهما متعارضين ، اذ كما يقال :

أن الأصل عدم زيادة المسمى عن القيمة ، كذلك الأصل عدم نقصانه عنها ، فيصير المقدم قول منكر سبب الغبن ، لأصالة اللزوم ، وقد تمسك هنا شيخنا العلامة الانصاري «قده» بأصالة عدم التغير .

فيه : ما لا يخفى ، اذ مع أنها مثبتة قد تكون مثبتة للخيار أيضاً ، فتكون على خلاف مطلوبه ادل . وأيضاً قد لا تكون القيمة معلومة في السابق .

والحاصل : ان لم تكن الحالة السابقة معلومة فلا مجرى لأصالة عدم التغير ، وان علم قيمته السابقة على العقد فحينئذ قد تكون تلك القيمة السابقة مساوية للمسمى فتجرى حينئذ أصالة عدم التغير . وأما اذا فرضنا تلك القيمة ناقصة أو زائدة فلا تنفع أصالة عدم التغير للحكم باللزوم . ولعله صدر من سهو القلم ، فالاولى الاقتصاد على التمسك بأصالة اللزوم بمعنى الاستصحاب – أي استصحاب الملكية – لا بمعنى العمومات – أي أصالة اللزوم – التي كان المدرك فيها العمومات ومستفاد عنها ، لكون الشبهة مصداقية .

وأما قول شيخنا العلامة الانصاري «قده» : (أو في القيمة بعده) حيث عطف الاختلاف -- في القيمة بعد العتد -- على الاختلاف في القيمة وقت العقد . لعله أيضاً من سهو صدر من قلم الناسخ ، اذ الاختلاف بعد العقد لا يثمر في شيء ولا يكون محل الكلام والاشتباه حتى يذكر حكمه ، ضرورة أن العقد حينئذ ليس غنياً حين صدوره ، فيحكم باللزوم قطعاً . ولا اشكال فيه .

«ومنها» لو اختلفا في تاريخ العقد بعد اتفاقهما على التغير ، فان كان تاريخ العتد وتاريخ التغير مجهولاً ، فأصالة التأخر في كل منهما معارض بالآخر ، فيرجع الى أصالة اللزوم . وأما ان علم تاريخ العقد دون التغير فمقتضى أصالة تأخر التغير المحكم بلزوم العقد ، لانه مشمول لادلة اللزوم حينئذ .

وأما ان علم تاريخ التغير دون العقد فمقتضى أصالة تأخر العقد وقوع العقد على المسمى الذي هو مغاير للقيمة ومختلف معها ، فقد يكون زائداً عن القيمة ، وقد يكون ناقصاً عنها ، الا أنه مع ذلك لا يثبت به وقوع العقد على الزائد عن القيمة أو الناقص عنها حتى يثبت الغبن لاحدهما ، لانه - أي أصل التأخر - مثبت حينئذ .

وبما ذكرنا من البيان يتبين لك ما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» في تقييم العقد بقوله (الواقع على الزائد من القيمة) ، الا أن يكون ذلك من باب المثال - ولكن سياق العبارة والكلام يأباه .

الشروط الثاني: كون التفاوت فاحشاً لا يتسامح أغلب الناس به

لاشكال في شرطية ذلك كما نسب الى أصحابنا في «التذكرة» ، كما لاشكال في كون التفاوت القليل المتسامح به عند الناس مما لا يوجب الغبن ولا يترتب عليه أثر الخيار . وانما الاشكال في تميز مصاديق ما لا يتسامح عما يتسامح ، فان لهما أفراداً واضحة تدرج في واحد منهما ، وأفراداً خفية يشكل الحكم بدخولهما فيها .

فالواحد بالنسبة الى العشرين ليس بغبن ، فيتسامح به الناس ، فلا يوجب الخيار التفاوت بهذا المقدار بل أزيد منه قليلاً يبلغ الاثنين ، كما أن الواحد بالنسبة الى الاثنين أو الثلاث والاربع مما لا يتسامح به .

فبعضهم عبّر عن العدد بالكسور ، فتال العشر ونصف العشر ليس بغبن ، والنصف والثالث بل الخمس غبن . فيقع الاشكال في السدس والسبع ، هل هو من مصاديق المتسامح أو غير المتسامح ؟ وحيث ليس في البين ميزان يرجع اليه في تمييز ذلك ، فيرجع الى ثبوت الخيار وعدمه الى الاصول ، فنقول :

مقتضى الاصل العملي هو أصالة اللزوم الناشئ من استصحاب الملكية ، فلا يثبت الخيار عند الشك في ذلك كما هو الاصل المقرر - الذي يرجع اليه عند الشك - في جواز العتد ولزومه .

وأما الاصل اللفظي: فقد يقال: أن مقتضاه هو ثبوت الخيار ، لأن هذا التفاوت ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، فيندرج هذا العقد تحت دليل المخصص للعمومات - أعني نفى الضرر - اذ العمومات انما دلت على لزوم العقد كآية (أوفوا ...) وغيرها ، فخرج منه - بدليل نفى الضرر - العتد الذي يكون فيه الضرر والتفاوت، فكل غبن كان فيه التفاوت، يحصل فيه الخيار الا ما كان يتسامح فيه الناس، وحيث لم يعلم تسامح الناس فيه يشمله دليل المخصص ، فلا يندرج في ما استثني من ذلك ، أعني ما يتسامح لعدم العلم بدخول هذا العقد الكذائي تحت المستثنى .

فقد يقال : أن مقتضاه اللزوم ، لأن العمومات دلت على لزوم كل عقد للبيع والخارج هو العتد الذي علم فيه التفاوت الموجب للضرر وهذا العقد الذي يقع الشك في كون التفاوت فيه مما يتسامح حتى يكون ضرراً ، أو مما لا يتسامح حتى لا يكون ضرراً لم يعلم دخوله تحت المخصص - أعني دليل نفى الضرر - فيكون المحكم حينئذ العمومات الدالة على اللزوم عند الشك في خروج القليل والكثير. فانا نعلم: أن أفراداً لا يتسامح خارجة عنها ، وأما ما يتسامح فلا نعلم بخروجه والعموم يشمله، كما هو القاعدة عند الشك في خروج الافراد ما لم يكن الشك في دخولها تحت عنوان المخصص .

أقول : ان الخارج من العمومات الدالة على اللزوم هو عنوان ما لا يتسامح فيه بالنص - أعني قاعدة نفى الضرر - والاجماع، فمع الشك في التسامح وعدمه وكون التفاوت ضررياً أم لا ، لا يمكن التمسك بعموم دليل المخصص - أعني نفى الضرر وغيره - مما دل على أن ما لا يتسامح فيه موجب للخيار .

ثم ان هنا اشكالا أشار اليه شيخنا العلامة الانصاري «قده» وحاصله أن المدار في الضرر المبني عليه الحكم في المعاملات هو الضرر النوعي وفي العبادات هو الشخصي ولذلك أوجبوا شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته اذا لم يضر بحال الشخص ، وان أضر بحال شخص غيره فلا يجب ، مع أن الشراء المذكور ضرر مالي بالنسبة الى كل أحد ، فما وجه الفرق بينهما مع اتحاد الملاك والمدرك في كليهما ، فلو استفيد من (لا ضرر) هو الضرر الشخصي ، فينبغي الحكم في الموضعين ، ولو استفيد النوعي فينبغي الحكم به كذلك .

وأجاب عنه بوجهين :

أحدهما : ارادة الضرر النوعي في المخبر مطلقاً ، ألا أنه خرج عن تحته الوضوء وأمثاله بالنص الدال على عدم اعتبار الضرر النوعي فيه ، وأن المدار فيه على الشخصي .

وثانيهما : منع تحقق الضرر في الوضوء وغيره من العبادات بملاحظة ما يعود الى البازل من الاجر الكثير والمثوبات الاخرى أضعاف ما يعوضه . نعم لو كان الضرر مجحفاً ، انتفى بأدلة نفي الحرج لابديل نفي الضرر . ولا يخفى ما في الاخير حيث أن الاجر الاخرى ليس مما يبذل بأزائه المال حتى يكون ثبوته رافعاً للضرر المالي المتحقق قطعاً بنقص المال .

وتوضيح الحال في المقال بعد ملاحظة الاشكال والجواب المتقدم : أن هنا اشكالات ثلاثة :

أحدها : ما استفيد من كلامه «قده» من الفرق بين دليل نفي الضرر ودليل نفي الحرج ، بحمل الاول على النوعي والثاني على الشخصي ، فلا بد من بيان وجه الفرق بينهما ، والذي يمكن أن يقال : أن مقتضى القاعدة حمل الضرر والحرج كليهما على الشخصي ان تعلق الحكم ثبوتاً وارتفاعاً على عذر ان يقتضي تحقق

ذلك العنوان فعلا حتى يترتب عليه ذلك الحكم .

ومن المعلوم أن الضرر والخرج النوعيان لا يرفع الحكم عن شخص المقام الذي ليس فيه ضرر وخرج الا أنه خرج دليل نفي الضرر عن تحت تلك القاعدة في المعاملات بالاجماع ، فاعتبار الحرج الشخصي على طبق القاعدة وملاحظة الضرر النوعي ، انما هو على خلاف القاعدة لتيام الاجماع عليه .

ثانيها : اشكال التفكيك بين المعاملات وبين العبادات بحمل الخبر المذكور على نفي الضرر النوعي في الاولى والشخصي في العبادات كما لو استلزمت سرقة مال أو اتلافه ، ومقدماتها كسراء ماء الموضوع بأضعاف قيمته، فحكموا في الاولى بوجوب قطع صلاته وفي الثانية بعدم جواز شرائه اذا أضر بحاله .

والجواب عنه - على مذاقنا من اعتبار الضرر الشخصي في انتفاء الحكم - : أن اعتبار الضرر النوعي في المعاملات انما هو للاجماع القائم على خلاف القاعدة ، وحيث أنه فيكون الحكم في العبادات ومقدماتها كون المدار على وصف الضرر على طبق القاعدة فلا وجه حيث أن التمسك بالنص بمثل عدم جواز شراء ماء الموضوع اذا أضر بحاله ، وإن ورد فهو مؤكد لما يستفاد من ظاهر الخبر .

ثالثها : أنه لا خفاء في أن الضرر قد يكون مالياً وقد يكون حالياً ، ونعني بالحالي ما يوجب انقلاب حاله الى أخرى كالانقلاب من الغنى الى الفقر، ومن عدم السؤال بالكف اليه ، وعد ذلك من انقلاب بعض الحالات الجيدة الى الرديّة . والظاهر أن النسبة بينهما عموم من وجه، لجريان الضرر الحالي في المالي وغيره خلافاً لما يستفاد من ظاهر العلامة الانصاري «قده» من عد الضرر الحالي من أقسام الضرر المالي .

وكيف كان، فلا اشكال في أن الضرر الحالي شخصي والمالي نوعي فيعتقد الاشكال في الفرق بينهما مع اتحاد مدرّكهما وهو «الضرر» فان دل على اعتبار الضرر

الشخصي ففي المقامين ، وان دل على النوعي فذلك .

ويجاب عنه أولاً : بأن ملاك الحكم في الضرر الحالي ليس هو «لاضرر» حتى يتجه اشكال الفرق بل المستند هو دليل نفي الحرج الظاهر في الحرج الشخصي فالفرق بينه وبين «لاضرر» ظهر مما مر .

وثانياً: ان ذلك ليس لادلة نفي الضرر ولا لادلة لاحرج الشرعية لما هو المقرر من عدم استناد حكم من الاحكام الى أدلة لاحرج ، لانها مسوغة للدفع لا للرفع، بل للدليل العقلي القائم على نفي الحرج ، لاستقلال العقل بنفي ثبوت الحكم الحرجي من الشارع وان لم يبلغ مرتبة اختلال النظام ، نظير ارتفاع مرتبة من الاحتياط في مقدمات دليل الانسداد بلا حرج العقلي . فتدبر .

هذا ثم أنه ذكر في «الروضة» و«المسالك» تبعاً للمحقق الثاني «قد» أن المغبون اما هو البائع أو المشتري أو كلاهما . فيقع الاشكال في تصوير غبن كليهما . وقال الفاضل التوحي في تعليقه على «الروضة» : أن ذلك محال لان الغبن من طرف البائع : هو ما اذا باع بأقل من القيمة السوقية ، ومن جانب المشتري : ما ان باع بأكثر منها ، وفرض غبن كل منهما يقتضي كون الثمن أقل من القيمة السوقية وأكثر منها وهو محال .

ولكن قد ذكروا له فروضاً وصراً لا يخلو ذكرها عن شيء :

أحدها : ما ذكره المحقق التميمي «قد» في جواب من سأل عن عبارة «الروضة» : من أنها تفرض حتماً اذا باع متاعه بأربعة توامين من الفلرس على أن يعوضه عنها بثمانية دنانير معتقداً بأنها تساوي الثمن ، فبان أن المتاع يسوى خمس توامين ، فصار البائع مغبوناً بخمس الثمن وأن الدنانير تسوى أربعة توامين وثمانية قرانات، فصار المشتري مغبوناً في تعويضه عن الثمن المسمى بالدنانير المذكورة لزيادتها عنه بثمانية .

وأجاب «قده» في الكتاب عنه : بأن البيع المشروط بشرط ، يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد والشرط ، فالشرط أيضاً له قسط من الثمن، وحينئذ فان لوحظ الشرط المذكور في الثمن فيرفع الغبن عن البائع لان الثمن حينئذ لا ينقص عن قيمة المبيع الا بخمس توامين وهو لا يوجب الغبن لعدم كونه تفاوتاً فاحشاً .

وان أبيت عن ذلك وقلت : ان الشرط معاملة مستقلة وحينئذ فيختص الغبن في المعاملة الاولى بالبائع وفي الثانية بالمشتري فيخرج عن موضوع غبن كليهما . وفيه : ان الشرط الذي له قسط من الثمن ما اذا كان من الشروط العقلانية بحيث يتعلق به غرض عقلائي واذا لم يكن كذلك فوجوده كالعدم، ومن البين ان مثل الشرط المذكور لا يتعلق به غرض عقلائي . اذ أقصى ما يقال : أن غرض البائع تعلق بعين الدنانير ، فشرط أن يعوض بها ، ومن المعلوم ان هذا الغرض يحصل بجعلها ثمناً ابتداءً من دون أن يجعل الثمن التوامين ثم يشترط تبديلها بالدنانير وحينئذ فلا يوجب ذلك الشرط غبناً للمشتري كما لا يرتفع به غبن عن البائع لعدم لزوم الوفاء فيكون من جانب واحد ولا يصلح جعله مثالا لغبن كليهما كما فرضه المحقق القمي « قده » فاندفع ما ذكره المحقق أيضاً .

وثانيها : ما ذكره صاحب «الجواهر» من فرض المسألة فيما اذا باع شيئين في عقد واحد بشمين فصار البائع مغبوناً في أحدهما والمشتري في الآخر . واحترز بقوله «بشمين» عما اذا باع شيئين بشمن واحد ، اذ لا يتصور تعدد الغبن فيه بل يختص الغبن بجانب واحد قطعاً .

وأجاب عنه في الكتاب أيضاً : بأنه ان صار التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لاحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معادلتان مستقلتان كان البائع مغبوناً في احدهما خاصة والمشتري في الاخرى ، فلا يصير مثالا لغبن كليهما وان لم يجز التفكيك فيلاحظ حينئذ فان ساوى زيادة

احدهما نقيصة الاخرى فلا غبن أصلاً لجبران احدهما بالآخرى والا فالغبن من جانب واحد .

والاولى تبديل الجواب: بأن بيع الشئيين بشئين بصيغة واحدة هل هو بيع متعدد أو بيع واحد؟ لان جواز التفكيك في الفسخ وعدمه من لوازم تعدد المعاملة ووحدتها . فان قلنا بتعدد المعاملة: فيكون كل واحد منهما مغبواً في معاملة خاصة وان قلنا بوحدها : فيلاحظ الكسر والانكسار، فتخرج المعاملة عن الغبن رأساً. والظاهر أن قوله « ان جاز التفكيك » كناية عن تعدد المعاملة بذكر اللازم واردة الملزوم .

وأورد عليه بعض الافاضل بمنع الابتداء ، اذ على القول بعدم جواز التفكيك يمكن الحكم بالغبن لان عدم جواز التفكيك وان كان رافعاً للغبن من جهة المالية في صورة مساواة الزيادة للنقيصة أو موجباً لانحصار الغبن في أحد الطرفين مع عدمها ، لكنه لا يوجب رفعه بالنظر الى خصوص ما قصده في المعاملة من وجه التعيين الذي يحتمل أن يكون ذلك العتد لمصلحة منهما في جريان المعاملة على الوجه الذي أوقعاه .

وفيه : أن تخلف الاغراض لا يوجب الغبن ، اذ العبرة فيه بنقص المالية ، واذا فرض انتفاء التفاوت من جهة المالية فمجرد تخلف الغرض لا يوجب الغبن ، كما لا يخفى فما ذكره تام لاغبار عليه .

وأما المبني ، وهو تعدد المعاملة ووحدتها :

ففيه وجهان مبنيان على أن العبرة في الوحدة والتعدد بوحدة الايجاب والقبول وتعدد هما أو بوحدة البيع وتعدد ، فان قلنا بالاول - كما هو الظاهر ، ونص عليه بعض الافاضل ممن قارب عصرنا - فالمعاملة واحدة لغرض وحدة الايجاب والقبول. وان قلنا بالثاني فمتعددة لغرض تعدد المبيع والتمن .

وثالثها : ارادة الغبن بالمعنى الاعم الشامل ، فخروج العين المشاهدة مبايناً على

خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه وكيله على خلاف ما أخبره ، وعلى هذا يمكن تحقق الغبن من كليهما ، بأن شاهد كل منهما الثمن والمثمن فتبايعا على المشاهدة السابقة ثم تبين خلاف ما شادهما .

واستحسنه العلامة الانصارى «قده» ، ولاأرى له حسناً ، بل هو اجتهد في مقابلة النص ، لان ذكر الشهيد والمحقق هذا الفرض في الغبن الموجب للخيار ظاهر بل صريح في الغبن بالمعنى الاخص لا الغبن بالمعنى الاعم .

ورابعها: ما حكى عن بعض: من أنه يحصل بفرض المتبايعين في وقت العقد في مكانين ، كما اذا حضر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد ، فاشترى بعض أهل البلد من وراء السور طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين ، فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه .

وفيه: أن العبرة في القيمة بمكان العقد اذا جرت العادة بالقيمة فيه ، والمفروض أن قيمة المبيع في مكان العقد أكثر من الثمن فيختص الغبن بالبائع ، وانما يصير قيمته اذا انتقل المبيع من مكان العقد الى محل الرخص ان كان عما يقبل النقل ، بأن يكون المبيع عيناً شخصياً ، وذلك المكان لامتد خلية له في الغبن حتى يحكم بغبن المشتري .

وبعبارة أخرى : أن المبيع عند العقد لا يكون الا في محل واحد له قيمة واحدة .

وخامسها : ما حكى عن «مفتاح الكرامة» من فرضه فيما اذا ابتاع الثوب بفرس لظن المساوات ، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الآخر ولم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفاً ، فيثبت لكل منهما فيما وصل اليه . ويمكن هذا الفرض في مبيع واحد أيضاً كما فرضه على ما حكى عنه .

وأجاب عنه العلامة الانصاري «قده» بوجهين :

«أحدهما» أن لازم حلف كل منهما عدم الغبن في المعاملة أصلاً ، اذ الحلف انما هو على جهة الانكار الذي يتضمنه التداعي ، فكل منهما يحلف على عدم الاخر ولازمه عدم الغبن . اللهم الا أن يراد به اليمين المردودة ، ويكون ذلك بمنزلة البينة .

«ثانيهما» أن الكلام في الغبن الواقعي لا الغبن الظاهري .

وسادسها : ما حكى عن كاشف الغطاء في «شرح القواعد» من فرض صدور البيع متهما في برية بضمن معين مع عدم جريان العادة بالتيمة فيها واختلفت القيمة في بلد البائع والمشتري بكون الثمن أقل منهما في بلد البائع أو أكثر في بلد المشتري .

وقبل التكلم في هذا الفرض ينبغي التكلم في أن المدار في القيمة على بلد العقد أو بلد المتعاقدين فنقول ، :

مقتضى القاعدة أن المدار في القيمة على بلد العقد اذا لم يكن هناك قرينة حالية أو مقالية يتعين بها بلد البائع أو المشتري ، لجريان العادة والسيرة المستمرة على ملاحظة قيمة بلد العقد الذي يوجب انصراف العقد اليه ، وحينئذ فالمدار في الغبن ثبوتاً وسلباً على بلد العقد ، فان جرت العادة بالتقويم في ذلك البلد ، فيؤخذ به ويلاحظ الغبن وعدمه بالنسبة اليه ، والا فلا غبن اتفق بلد البائع والمشتري أو اختلف .

نعم حكى بعض المشائخ في «أنوار الفقاهة» وجوهاً ثلاثة - فيما اذا لم تجر العادة بالقيمة في بلد العقد واختلف بلد البائع والمشتري ويكون المشتري مغبوناً بالنسبة الى بلده دون الاخر - :

«أحدها» انتفاء الغبن رأساً . اذ المدار فيه على قيمة بلد العقد ، والمفروض أن

المبيع ليس له قيمة فيه .

و«ثانيها» ترجيح بلد الغابن لاصالة اللزوم .

و«ثالثها» ترجيح بلد المغبون للضرر المنفي .

ومما ذكره يتضح أنه لا مسرح للوجهين الآخرين ، بل المتعين هو الوجه الاول كما اتضح أن الفرض المذكور لا يتم لاثبات غبن كليهما ، اذ بعد ما لم يكن للعين قيمة في بلد العقد فنقصان الثمن عن قيمة أحدهما كزيادته عن قيمة الاخر لا عبرة بهما حتى يتحقق الغبن .

وبالجملة فالمدار فيما لم يدل دليل على تعيين بلد على قيمة بلد العقد فيلاحظ الثمن بالنسبة فاما أن يكون أقل أو أكثر . وعلى التقديرين يختص الغبن بأحدهما خاصة دون الاخر .

وسابعا : ما حكى عن «فاضل الديلماج» من فرض بيع ثوب بفرس فاعتقد البائع ان الثوب يسوى مائة والفرس مائة وخمسين فغبن المشتري ، واعتقد المشتري أن الفرس يسوى مائة والثوب مائة وخمسين فغبن البائع ، ثم تبين أن كليهما يساويان مائتين .

وهذا الفرض لغبن كليهما بعيد عن ساحة جلاله ، ضرورة أنه مجرد تخيل غبن لا واقعية له . ولعله من سهو قلم الناسخ .

وثالثها : ما ذكره بعض من تعارض البيئتين القائمتين على غبن كل من البائع والمشتري .

وفيه : أن تعارض البيئتين يوجب تساقطهما فلا يثبت به غبن كليهما . وليس تعارض الامارات والطرق كتعارض الاصول حتى يعمل بهما ما لم يستلزم مخالفة عملية ، بل تعارض البيئتين يوجب التساقط ، لعدم امكان العمل بهما لاستلزامه تصديقتهما وهو غير ممكن مع العلم بكذب أحدهما .

هذا تمام الكلام في الوجوه المتصورة للغبن لكليهما. والله تعالى هو العالم.

«مسألة»

فى أن ظهور الغبن سبب شرعى لثبوت الخيار أو كاشف ...

ظهور الغبن سبب شرعى لثبوت الخيار أو كاشف عقلى .
وبعبارة أخرى : العلم بالغبن طريق صرف أو موضوع للحكم ؟ وجهان ،
بل قولان .

والكلام فيه تارة بالنظر الى ما يستفاد من كلمات الاصحاب ، وأخرى بالنظر
الى مفاد الأدلة .

أما الاول : فالمشهور أن ظهور الغبن كاشف لاسبب ، بل عن « التذكرة »
أن الغبن سبب للخيار عند علمائنا . وعنه أيضاً في خيار الرؤية : أن الرؤية سبب
للخيار .

والظاهر أن لخيار الرؤية والغبن فيه حكم واحد . وحكى عن تصريح جماعة:
ثبوت الخيار قبل العلم . ولا ينافيه ما في كلمات آخرين كالمحكي عن «المبسوط»
و « الشرائع » وغيرهما من أن الخيار يثبت عند ظهور الغبن ، لان ثبوته عنده
لا ينافي ثبوته قبله ولا يدل على نفيه ، وتخصيص الظهور بالذكر لانه مورد ظهور
ثمره الخيار وهو الفسخ لتوقفه على العلم بالغبن لالعدم ثبوت الخيار قبله .
نعم ما عن « الغنية » من أن ظهور الغبن سبب للخيار ودعوى الاجماع عليه ،
الا أنه لا عبرة باجماعات « الغنية » .

و مما ذكرنا ظهر اندفاع توهم اختلاف كلمات العلماء و اضطرابها في
ذلك .

قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» بعد ما ذكر من اختلاف الكلمات مالفظة:

لكن لا يخفى ارجاع الكلمات الى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منهما ظاهراً في المعنى الآخر .

ثم قال: وتوضيح ذلك : أنه ان أريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ والامضاء قولاً وفعلًا فلا يحدث الابدال ظهور الغبن ، وان أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه ، فهو ثابت قبل العلم ، وانما يتوقف على العلم اعمال هذا الحق فيكون حال المجادل بموضوع الغبن كالمجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس والحيران وغيرهما .

وأنت خبير بأنه لا يرتبط قوله « وتوضيح ... الخ » بما ذكره سابقاً ، اذ ظاهره أنه توضيح لما أهمله أولاً من امكان التوجيه في كلما تهم . وحينئذ فلا يناسبه التردد بين الوجهين بقوله « ان أريد كذا ، وان أريد كذا » بل المناسب أن يقول : ان من قال: بأن الغبن سبب للخيار، أراد به الحق الواقعي، ومن قال: ان ظهوره سبب، أراد السلطنة الفعلية ثم ان ما ذكره من التوضيح يشبه توضيح الواضحات، بداهة ان السلطنة الفعلية تتوقف على العلم ولا يتعقل ثبوتها بدونه .

وأما ما جعله مؤيداً لكون الظهور شرطاً شرعياً من أن يؤم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمن الخيار ولم يحكموا ببطالان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون :

ففيه : ان من حكم هنا بعدم بطلان تصرفات الغابن لا يفرق بين تصرفه قبل علم المغبون أو بعده ، وذلك من جهة أن الخيار عنده لا يمنع من التصرف الناقل عن علم عليه الخيار بل يوجب ذلك الانتقال الى البديل، لان صحة التصرف قبل علم المغبون من جهة عدم ثبوت الخيار فيه وتوقفه على العلم .

وأما بالنظر الى الأدلة: فهي أيضاً دالة على ثبوت الخيار عند العقد، فقد عرفت نقله عن العلامة « قده » .

وأما لاضرر : فهو أيضاً منوط بالغبن الواقعي ولامدخلية للعلم فيه . وكذلك الاخبار الخاصة المشتملة على حكم الغبن لراستنداليها في المسألة .

نعم في بعض أخبار تلقي الركبان الحكم بثبوت الخيار معلقاً على دخول السوق المعلوم كونه لاجل العلم بالغبن على ثبوته قبله ، لكنه معارض بماورد أيضاً من تخييرهم اذا غبنوا فيتعارض منطوقه مع مفهوم الاول وهو وان كان أخص الا أن تقديم المفهوم والخاص على المنطوق العام ممنوع .

ثم لان لكل منهما جهة قوة وضعف فيدور الترجيح مدار القرائن الخارجية، وهى هنا قاضية بتقديم العام لو هن المفهوم بكون ما اعتبر فيه دخول السوق مسوقاً لبيان مورد ما هو ثمرة الخيار غالباً وهو الفسخ ، فيضعف دلالة على المفهوم .

فالمعتمد : ما دل على أن العبرة بنفس الغبن ثم ان شيخنا العلامة الانصاري « قده » ثلث الآثار المجمولة بين ما يترتب على السلطنة الفعلية، والسقوط بالتصرف، فانه لا يكون الا بعد العلم بالغبن فلا يسقط قبله . ومنه التلّف فاستظهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون .

ولو قلنا بشمول قاعدة التلّف لمثل خيار الغبن و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعي كاسقاطه بعد العقد و بين ما يتردد بين الامرين كالتصرفات الناقلة . فان تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذي الخيار ظاهر في ترتب المنع على وجود نفس الحق . وحكم بعض من منع من التصرف في هذا الخيار - بمضي التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون - يظهر منه : أن المنع لاجل التسلط الفعلي . والمتبع حينئذ هو دليل تلك الآثار . انتهى مهذباً .

وهذا الكلام كما ترى مختل النظام ، لانه يحتمل وجوهاً ثلاثة :
أحدها : أن مراده تثليث الاحكام وآثارها الشرعية كما هو ظاهر صدره.

ثانيها : أن يكون المراد بيان أقسام ما يترتب على الوجهين المذكورين في الكلام في كلامه من الخيار قبل الغبن كما هو ظاهر الدليل .

ثالثها : أن يكون المراد : أن الأحكام الشرعية بعضها يشهد على الوجه الاول وبعضها يشهد على الوجه الثاني وبعضها مردد بين الوجهين ، ولكن لا يلتزم أجزاء كلامه على شيء من الاحتمالات .

أما الاول : فلأن أحكام الخيار كلها ثابتة لنفس الخيار الواقعي وليس شيء منها مشروطاً بالعلم به ، وأما إسقاطه بالتصرف فهو أيضاً من أحكام نفس الغبن ، غايته أن موضوع التصرف المسقط لا يتحقق في الخارج الا بعد علمه بالغبن ، لأن المسقط هو التصرف الكاشف عن الرضا والالتزام ، وهذا لا يتحقق الا بعد العلم بالخيار .

وأما الثاني : فلأن ما ذكره لا يصلح أن يجعل ثمرة بين الوجهين ، اذ منها ما ذكر من سقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن ، ومن الواضح أنه كذلك ، سواء قلنا بنبوت الخيار من أول الامر أو قلنا بحدوثه بالعلم . ووجهه ما عرفت ، فلا يصلح ثمرة بين الوجهين . نعم تختص الثمرة بما ذكره أخيراً بقوله « وتظهر الثمرة ... الخ » ولا ينطبق على ما عده .

وأما الثالث : فهو حسن بالنسبة الى التلف قبل العلم بالغبن لانه اذا فرض كونه على المغبون انفاقاً ولو على القول بشمول القاعدة لخيار الغبن فيكشف ذلك عن انتفاء الخيار قبل العلم بالغبن والالكان اللازم كون ضمانه على الغابن ، بناءً على اجراء القاعدة ، فهو شاهد على توقف الخيار على العلم ، لثلا ينافي القاعدة المذكورة ، لكنه مضافاً الى اختصاص شهادته بالقول بالشمول وعموم القاعدة لخيار الغبن . وهو ضعيف لا يتم في الاول وهو تصرف المغبون قبل العلم بالغبن ، اذ عدم كونه مسقطاً لا يشهد على شيء لعدم منافاته بشيء منها ، كما هو واضح .

« مسألة »

(في إسقاطات خيار الغبن)

وهي أمور :

« منها » اسقاطه بعد العقد . وهو إما أن يكون بعد العلم بالغبن أو قبله ، والاول اما مع العلم بمرتبة الغبن أو مع الجهل بها ، والاسقاط في كل منهما اما بلاعوض أو معه .

أما الاول : فإن أسقطه مجاناً بلاعوض بعد العلم به وبمرتبه ، فلا اشكال فيه . وان علم به دون مرتبة ، فإن أسقط الغبن المسبب – من أي مرتبة كانت – فاحشاً كان أو أفحش ، فلا اشكال أيضاً ، وان أسقطه بزعم كونه فاحشاً فتبين أفحش : ففي السقوط وجهان : من عدم طيب نفسه سقوط هذا المقدار من الحق ، ومن أن الخيار حق واحد مسبب عن مطلق التفاوت الغير المتسامح به .

وتعدد مراتبه لا يوجب تعدد الخيار ، فيسقط هذا الخيار الواحد بمجرد الاسقاط ، وليس تعدد مراتب الغبن من قبيل تعدد أسباب الخيار كالمجلس والغبن فيه .

والاقوى هو الاول ، لان الخيار وان كان واحداً حقيقة ونوعاً ، الا أن أفراده متعددة بتعدد أفراد الغبن ، فالخيار المسبب عن الغبن الفاحش فرد وعن الافحش فرد آخر ، فاذا أسقطه بزعم كونه فاحشاً فتبين أفحش فالمقصود غير واقع ، والواقع غير مقصود .

فان قلت : يلزم من ذلك عدم سقوط الخيار رأساً حتى بالنسبة الى الفاحش المشتمل عليه الافحش ، اذ المفروض أن هناك حق واحد غير ساقط .

قلت : نعم لكن اسقاطه بزعم كونه فاحشاً يوجب رضائه وطيب نفسه بحلية

مقدار ما اعتقده ، فليس له الرجوع عليه به . فتدبر فانه لا يخلو عن تأمل .
 و ان أسقطه بعوض ، بأن صالح على سقوطه بمال فمفع العلم بالمرتبة
 والتصريح بصالح أي مرتبة كانت ، لا اشكال فيه .
 أما لو أطلق و كان له منصرف أو اعتقد مرتبة خاصة فصالح عليها بعوض
 فتبين أنها كانت مرتبة أعلى ، ففيه وجوه ثلاثة :
 أحدها : بطلان الصلح ، لانه لم يقع على الحق الموجود ، فالواقع غير مقصود ،
 والمقصود غير واقع .

ثانيها : صحته مع لزومه لما مر من أن الخيار حق واحد له سبب واحد اذا
 أسقطه سقط .

ثالثها : صحته متزلزلا لكونه صلحا مشتملا على الغبن ، حيث أن الخيار الذي
 صالح عليه باعتقاد كون سببه الغبن الفاحش ، تبين كونه فيما يبذل في مقابلته أزيد
 مما جعله عوضاً ضرورة أنه كلما كان التفاوت أزيد يبذل بأزائه أزيد بما بذله ازائه
 من الأقل .

وقوى شيخنا العلامة الانصاري « قدده » الاخير ، ثم أمر بالتأمل ، ولعله اشارة
 الى أن الغبن لا يتحقق الا في الاموال العرفية التي لها قيمة عند العرف فلا يتصور
 تحققه في المحقوق لانها لم تقرر لها قيمة عند العرف حتى يجري فيها الغبن .

هذا مضافاً الى أنه لا يتحقق موضوع الغبن في الصلح ولو في مقام المعاوضة
 لان مفهومه هو التسالم والصفح وان كانت فائدته فائدة المعاوضة والغبن انما يتحقق
 في المعاوضات ، فلا وجه لجعله أقوى ، بل المتعين أحد الاولين ، وقد عرفت أن
 الاقوى هو الاول .

هذا كله لو أسقطه بعد العلم ، وأما لو أسقطه قبل ظهوره : فاما ان يسقطه مجاناً
 أو بعوض ، أما الاول : ففيه اشكالان :

أحدهما : أنه من قبيل اسقاط ما لم يجب .

ثانيهما : أنه تعليق للجهل لوجود الحق واقعاً .

والجواب عن الثاني: أن التخيير من شرائط الصيغة، فإذا كان الاسقاط على وجه التنجيز صح ، ولو كان ذلك في الواقع معلقاً على وجوده لان تعليق الحكم على موضوعه واقعاً أمر قهري حاصل في جميع الموارد والمانع هو التعليق في العقد ، فان قال : أسقطته على تقدير وجوده ، بطل ، بخلاف ما لو قال : أسقطت. وعن الاول: أن وجود المقتضي كاف في صحة الاسقاط ، وهو العقد أو الغبن الواقعي . وذكر « قده » في الكتاب أمثلة وقاس المقام بها :

منها: ابراء المالك الودعي المفترط عن الضمان .

ومنها: براءة البائع من العيوب الراجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل حصول العلم بها .

ومنها : ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير في هذه المسألة.

وفي هذه الامثلة وشهادتها في المقام نظر :

أما الاول : ففيه : منع صحته ، لان الودعي المفترط في حكم الغاصب ، لانه بالتفريط تصير يده يضمن وعدوان ، وقد ذكروا في الغصب أنه لا يصلح ابرائه عن الضمان لان موضوع البراء هو الدين لالعين ، وحق المالك قبل التلف متعلق بالعين بالالزمة ، فلا معنى لابرائه الاعلى القول بقيمة ضمان العين ، وهو باطل على المشهور .

وأما الثاني: فلانه ليس اسقاطاً لما وجد فيه المقتضي ، بل دفع لتأثير المقتضي

من أول الامر لان براءة البائع انما هو في ضمن العقد بأن يقول للمشتري : بعثك بكل عيب ، فلامقتضى للشبوت حينئذ حتى تكون البرائة مسقطه له ، وأين هذا من

المقام الذي وجد فيه المقتضى دون شرط تأثيره .

وأما الثالث : فأولاً : أنه اثبات ، لاسقاط . وثانياً : أن ضمان الاجنبي لدرك المبيع أمر ثابت بالدليل على خلاف القاعدة ، اذ رجعته الى ضمان العين ، وهو باطل لولا الدليل . وأما الثاني : وهو اسقاطه بعوض فقد استشكل فيه « قده » من حيث العوض المصالح به فانه لا بد من وقوع شيء بأزائه وهو غير معلوم فيكون أكلاً له بالبطل .

ثم قال : فالاولى ضم شيء الى المصالح عليه أو ضم سائر الخيارات اليه بأن يقول : صالحتك عن كل خيارى بكذا .

وأورد عليه بعض المشائخ ممن قارب عصرنا بأن ذلك مخالف للاجماع ، لجواز الصلح مع العلم والجهل والاقرار والانكار اجماعاً ، مضافاً الى أن بناء الصلح على التخلص من الحقوق المجعولة فاشتراط الضميمة الى الحق المجعول لاوجه له .

ويندفع : بأن المسلم من الجواز مع الجهل بوجود الحق انما هو صورة التنازع ، لان الغرض الاصلى لمشروعية الصلح هو قطع النزاع . وأما جوازه في غيره كما هو مفروض كلامه . ممنوع وقد سبق منا التحقيق في هذا المقام فليراجع . ثم قال « قده » - بعد ما سبق من لزوم ضم الضميمة - ما لفظه : ولو تبين عدم الغبن لم يسقط العرض عليه لان المعدم انما دخل على تقدير وجوده لامنجزاً باعتماد الوجود . الخ .

وتوضيحه : أن الضميمة ليست بأزاء الحق المجعول والضميمة معاً مطلقاً بل انما هو بأزائهما معاً على تقدير وجود الحق المجعول وبأزاء الضميمة على تقدير عدم وجوده ، فلا وجه لتقييد العوض وتبعضه لو تبين عدم الغبن .

لكن لا يخفى أن مثل هذا القصد في عقد واحد وصالح واحد لا يخلو عن اشكال بل منع لمنع ارادة المصالح له وقوع العوض بتمامه بأزاء الضميمة فقط على

تقدير عدم الغبن بل قصده انما تعلق بجعله عوضاً لهما معاً ، فاذا تبين عدم الغبن لزوم التقسيط والتبعض .

نعم يمكن توجيه عدم التقسيط بوجه آخر ، وهو ارجاعه الى صلح الضميمة فقط بالعوض وجعل سقوط خيار الغبن شرطاً لاجزاءً للعوض ، بأن يقول : صالحتك عن هذا الشيء بهذا المال بشرط أن لا يكون لك الخيار لو ظهر الغبن . وحينئذ فلا يبقى الاشكال لان الشروط لا تقابل بالائمان ولا يقسط الثمن عليهما بل العوض انما هو بأزاء نفس المشروط . هذا اذا كان كلاهما جاهلين بالغبن أو شاكين فيه فصولح الغبن المحتمل بمال .

ولو تنازعا واختلفا ، فادعى المشتري الغبن وأنكره البائع فيصح أن يصالحا اما على اسقاط الدعوى أو على اسقاط حق الغبن من المنكر بمال ، الا أن صحة الصلح في الاول صحة ظاهرية ، وأما الصحة الواقعية فتدور مدار ثبوت الحق . وفي الثاني خلاف ، ففي «المسالك» و«جامع المقاصد» استظهار صحته واقعاً معللاً بأن اليمين حق يصح الصلح على اسقاطه وجزم به في «الجواهر» أيضاً . والتحقيق : ابتنائهما على أن اليمين حق للمدعي على المنكر أو حكم . فعلى الثاني تعين الصحة الظاهرية لاول المصالحة حينئذ الى اسقاط الدعوى لعدم صحة المصالحة عن اليمين لفرض صحة لحق حق اليمين حكماً لاحقاً . وعلى الاول : الصحة الواقعية ، وان كان المدعى كاذباً فضلاً عما لو كان شاكاً .

والتحقيق : أنه حكم لاحق ، لعدم ميزان كلي يشخصه - أي يشخص الحق من الحكم في مورد الشك فيهما - فحينئذ الاصل يقضى كونه حكماً فلا يصح المصالحة عنه لظاهره ولا باطلاً . ثم لو أقر بعد المصالحة على سقوط الدعوى أو على سقوط حق اليمين فيؤخذ باقراره بالنسبة الى ما أقر به من المال لنفوذ أقرار العقلاء على انفسهم .

ولو أقام المدعي بيته : فهل هو كإقرار المنكر في أخذه به أم لا ؟ وجهان ينشآن من أن الصلح على سقوط حق اليمين بمنزلة نفس اليمين أولاً ؟
فان قلنا : أن حكمه حكم اليمين بسقوط حقه فلا فائدة للبيته ، وهذا لا ينافي أخذه بإقراره بعد الصلح أيضاً ، لان الإقرار نافذ ولو بعد الحلف ، فكذا بعد ما هو بمنزلته أيضاً .

وان قلنا : بأن الصلح على سقوط حق اليمين ليس بمنزلة نفس اليمين وانما فائدته قطع الدعوى ، فاذا أقام المدعى البيته ، كانت بمنزلة إقرار المنكر في الزامه بالحق .

و«منها» اسقاطه في متن العقد - أي اشتراط سقوطه فيه - .
والاشكال فيه من جهة استلزامه اسقاط ما لم يجب وسائر الجهات قد سبق هنا وفي خيار المجلس كما أنه ظهر جواب الجميع في المقامين الا أن هنا اشكالا آخر ، مختص بهذا الخيار وخيار الرؤية وان كان وروده فيها أوضح ودفعه أشكل ولذا صار الاكثر هناك الى الفساد وهنا الى الصحة بل لم يستشكل فيه الا الشهيد «قده» في محكي «الدروس» وهو أن اشتراط سقوط الخيار في متن العقد مستلزم للغرر . قال في محكي «الدروس» : ولو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر .

وعن «غاية المرام» : الجزم ببطلان العقد والشرط وتعدد فيه المحقق الثاني الا أنه استظهر الصحة .

وذكر شيخنا العلامة الانصاري «قده» في توجيه كلام الشهيد بما حاصله : أن الجهل بالصفات انما يكون سبباً للغرر باعتبار كونه سبباً للجهل بالمالية . ثم أورد عليه : أولاً : بأن الجهل بمقدار المالية لو كان غرراً لم يصح البيع مع الجهل بالقيمة .

وثانياً : ان ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لاجل ثبوت الخيار حتى يكون اسقاطه موجباً لثبوته والا لم يصح البيع اذ لا يجدي في التخلص عن الغرر ثبوت الخيار لانه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر والا لصح بيع مجهول الوجود ومتعذر التسليم على نحو ثبوت الخيار والتزلزل وهو كما ترى .

ولقد أجاد «قده»، فالاقوى هو الصحة وفقاً للمشهور .

وأما خيار الرؤية : فالاشكال فيه أوضح ، لان ارتفاع الغرر انما هو من جهة التوصيف المبني على الالتزام بوجود ما اشترطاه من الاوصاف، واشترط سقوط الخيار راجع الى سقوط اعتبار ما اشترطاه من الاوصاف ، فكانهما تبانيا على البيع سواء وجدت تلك الاوصاف أم لا فالالتزام بوجودها المبني عليه الصحة مع اسقاط الخيار الراجع الى عدم الالتزام بوجودها تناقض بين.

والحاصل : ان لم يوجب اشتراط سقوط الخيار رفع ذلك الالتزام الاول فهو تناقض وان أوجب فهو غرر كما لو لم يلتزم بهامن أول الامر. الا أن يقال مرجع اسقاط الخيار ليس الى شيء من ذلك ، بل مرجعه الى الالتزام بعدم تأثير تخلف ما اشترطاه من الاوصاف ولاتنافي بين الالتزام بوجودها وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلف. كذا ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» ثم أمر بالتأمل . ولعل وجهه ما ذكره في خيار الرؤية بعد تقوية القول بالفساد من أن مآل الالتزام الثاني الى عدم الالتزام لوجود الاوصاف ، اذ لا معنى للالتزام بعدم الخيار على تقدير التخلف الا عدم الالتزام بوجودها بل يرضى بالعتد سواء وجدت الاوصاف أم لا ، فيعود محذور التناقض أو الجهالة والغرر .

وتوضيح الحال : أن في المسألة وجوهاً بل أقوالاً ثلاثة :

أحدها : فساد الشرط والعقد معاً ، وان قلنا بعدم استلزام فساد الشرط فساد

العقد، فاختراره في «التذكرة» وشيخنا العلامة «قده» في خيار الرؤية .

ثانيها : صحة العقد والشرط كما ذهب اليه في «الجواهر» .

وثالثها : فساد الشرط دون العقد .

وجه الاول : ما مر من استلزام الشرط المذكور التناقض أو الجهالة والغرر،

فساد هذا النحو من الشرط يقتضي فساد العقد ، وإن قلنا بعدم كون الشرط الفاسد من حيث هو مفسداً للعقد .

ووجه الثاني : أن مرجعه الى عدم ثبوت الخيار لو فرض تخلف الوصف،

وهذا لا يؤدي الغرر لارتفاعه بنفس التوصيف ، غاية الامر أن لتخلفه حكماً شرعياً وهو الخيار ، فاشترط سقوطه .

ووجه الثالث : أن فساد هذا الشرط ليس للتناقض ولا للجهالة حتى تؤدي

الى فساد العقد ، بل لكونه اسقاطاً لما لم يجب، وهو باطل ، فيبطل الشرط دون العقد على قياس سائر الشروط التي لا يقتضي فسادها فساد المشروط على التحقيق .

والاوجه هو الوجه الثاني وفقاً لصاحب «الجواهر» لضعف ما استدله به للفساد

من لزوم التناقض والغرر .

أما أولاً : فبالنقض بما لو اشترى العين اعتماداً على الرؤية السابقة أو على

أخبار البائع من دون توصيف في العقد حيث اعترف القائل بالبطان هنا بصحة

شرط سقوط الخيار هناك ، فإن أوجب ذلك الجهالة فيجري في المقامين لاتحاد

المناط . وكذلك بما لو باع اعتماداً على أصل الصحة وشرط سقوط الخيار لو

ظهر العيب فإن تردد الامر بين الصحيح والمعيب غرر وجهالة .

وأما ثانياً : أن لزوم التناقض والجهالة مبني على أن يكون التوصيف في العين

الشخصية راجعاً الى الالتزام لوجود الاوصاف المذكورة في العقد وهو باطل،

اذ لا يعقل حقيقة الشرط والالتزام في الجزئي الخارجي ، والا لزم بطلان العقد

رأساً ما من أول الامر أو من حين التخلف لاصحته مع الخيار لان الالتزام بوجود

الوصف ان رجوع الى قيد البيع كان تعليقاً مبطلاً ، وان رجوع الى تقييد المبيع كان حكيم تخلف الوصف حكيم تخلف الجنس والماهية في البطلان لان الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع وان كان التزاماً مستقلاً غير راجع الى شيء من الامرين فهو غير معقول أو شرط في موضوع الالتزام أن يكون أمراً اختيارياً مقدوراً للمكلف والافصاف الخارجية في العين الشخصية كالكتابة والسواد والبياض وغيرها ليست بحسب اختيار المكلف بل هي أمور خارجية تكوينية .

نعم انما يتعقل ذلك في الافعال الخارجية وفي الكليات حيث أن معنى الالتزام في الاول التزام بايجادها في الخارج لكونها مقدورة وفي الثاني تضيق لدائرة المبيع وجعله واجداً للوصف دون فاقدة بل مرجع التوصيف والالتزام في العين الشخصية الى احداث الداعي للمشتري في اقدامه على الشراء .

فالتوصيف ليس الا كاخبار البائع والرؤية السابقة في كون الجميع من أسباب حدوث الدواعي للمشتري ، وهذا بنفسه رافع للجهالة وان حصل الشك واحتمل التخلف .

ومن الواضح أنه يصح شرط السقوط في صورة اخبار البائع لانه وان أخبر بالوصف على سبيل الجزم ، الا أن المشتري حيث يحتمل الخلاف فيشترط في العقد سقوطه .

فكذلك في المقام لانه أيضا بمنزلة اخبار البائع فبطلت دعوى أن مرجع شرط سقوط الخيار الى الالتزام بالمبيع كائناً ما كان اذ ليس مرجعه اليه ، كما أنه ليس مرجع اشتراطه في الرؤية السابقة اليه لان الالتزام بالمبيع انما حصل بداعي وجود الوصف لامطلقاً كما أنه ارتفع التناقض عن البين بعد خروج التوصيف عن الالتزام .

فان قلت : لولم يكن التوصيف التزاماً لزم انتفاء الخيار عند التخلف ، لان

تخلف الدواعي ليس سبباً للخيار قطعاً .

قلت : نعم، الداعي لو لم يذكر في متن العقد فلا عبرة به . اما اذا ذكر في العقد صار تخلفه سبباً للخيار سيما اذا كان من الاوصاف المالية .
والحاصل : اننا لانتعقل فرقاً بين التوصيف وبين اخبار البائع والرؤية السابقة لافي ارتفاع الجهالة ولا في ثبوت الخيار لو تخلف الوصف ولا في صحة اشتراط سقوطه فالكل على نهج واحد، فالاقوى حينئذ صحة شرط سقوط الخيار . و«منها» اشتراط سقوطه في متن العقد .

وترد عليه ضروب من الاشكالات المتقدمة في الخيارات المتقدمة كما ذكرناها آنفاً ويزيد على هذا الخيار وخيار الرؤية اشكال آخر ، وحاصله استلزام اشتراط السقوط فيها الغرر والجهالة في المبيع . الا أن الاشكال في الاخير أقوى من الاول .

وقد أشار الشهيد «قده» في «الدروس» في هذا المقام بالفظه : ولو اشترط رفعه ورفع خيار الرؤية ، فالظاهر بطلان العقد للغرر . ثم فرق بينهما بأن الغرر في الغبن سهل الازالة .

وأوضح شيخنا العلامة الانصاري «قده» ذلك الاشكال بأن الجهل بمقدار مالية المبيع كالجهل بصفاته لان وجه كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه الى الجهل بمقدار ماليته ، ولذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا تدخل لها في القيمة . ثم أورد «قده» على هذا الاشكال بوجهين :

أحدهما : الجهل بمقدار المالية غير مانع عن البيع والا لم يصح مع الشك في القيمة .

وثانيهما : أن الجهل بمقدار المالية ان كان مانعاً فلا يرفعه اشتراط ثبوت الخيار أيضاً فضلاً عن عدمه ، اذ لا يجدي في رفع الغرر والاخراج عنه ثبوت الخيار

لانه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر والايصح كل بيع غرري على وجه التزلزل وثبوت الخيار كبيع المجهول الوجود والمتعذر تسليمه. هذا كله بالنسبة الى الغبن .

وأما تقرير الاشكال الوارد في الرؤية: أشار اليه أيضاً «قده» في الكتاب، وحاصله: رجوع الاشتراط الى الغاء ما تبانيا عليه وأوقعا العقد معه من التوصيف في الغبن. ومن البين أنه يوجب الجهل في المبيع . ثم احتمل الصحة لان الاشتراط لا يرجع الى الغاء التباني الواقع بينهما ورفع الالتزام المزبور بل الى عدم تأثير تخلف تلك الاوصاف التي بني العقد عليها .

ثم أمر بالتأمل ، ولعل وجهه ما أفاده في خيار الرؤية من بطلان الشرط المزبور والعمد معاً نظراً الى كونه راجعاً الى الغاء التباني الواقع منهما الذي وقع العقد عليه فيؤدي حينئذ الى جهالة المبيع .

هذا وتفاصيل الافعال والوجوه مذكورة هناك ، وحاصلها ثلاثة : الاول - فساد الشرط والمشروط . الثاني - صحتها معاً . الثالث - صحة المشروط دون الشرط .

وجه الاول : ايجاب الشرط جهالة المبيع ، فيفسد المشروط وان لم نقل بأن فساد الشرط موجب لفساد المشروط ، اذ ذلك فيما اذا لم يحصل منه ما يوجب اختلالاً فيما يعتبر في المشروط وأما اذا حصل منه ذلك فلا خلاف في افساده المشروط جزماً . والمقام من هذا القبيل على ما عرفت .

وجه الثاني : أن العقد وقع على التباني والتوصيف ، فترفع به الجهالة ، فاشتراط سقوط الخيار الحاصل بالتخلف لا يرجع الى رفع اليد عن التوصيف المتقدم حتى يوجب الجهالة، لما أفاده المحقق الثاني من أن رفع الغرر ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه ، فان الخيار حكم شرعي لو أثر في رفع الغرر لجاز

بيع كسل مجهول متزلزلا لان الغرر هو الاقدام على شراء العين الغائبة على أي صفة كانت ، ولا يرتفع ذلك بالالتزام على الفسخ والخيار مثلاً .

وأما ما نحن فيه ليس اقدماً على أية صفة حتى يكون غرراً بل على التوصيف المذكور في متن العقد ، فاشتراط سقوط الخيار ليس الاكشتراط التبّري من العيوب ، مع أن هذا الى الجهالة في المبيع بل الغرر فيه أفحش لانه في قوّة بيع الشيء صحيحاً أو معيباً .

ونظير ذلك أيضاً ما ذكره في بيع المملوك وغيره من صحة البيع بالنسبة الى الاول دون الثاني مع استلزامه الغرر والجهالة أيضاً. فالوجه في صحة الثلاثة وأضرابها أن العبرة في صحة البيع وعدمها على الحال لا بالمال ، فان استلزم الجهالة في الحال فهو فاسد والا بأن حصل العلم والتباني في الحال وان استلزم الجهل في المال لا اشكال في الصحة كالامثلة المذكورة .

ووجه الثالث : أن فساد الشرط ليس من جهة الغرر حتى يسري الغرر في البيع فيفسد بل من جهة أنه اسقاط لما لم يتحقق ، لان الخيار انما يتحقق بالرؤية فلا يجوز اسقاطه قبلها .

هذا وشيخنا العلامة الانصاري «قده» اختار الاول لانه بمنزلة رفع اليد عن الالتزام فيوجب التناقض والغرر والجهالة ، ولكن الاقوى هو الثاني كما اختاره المشايخ العظام - منهم صاحب «الجواهر» - لوجود المقتضي وانتفاء المانع أما الاول : فلعومات أدلة البيع والشرط ، وأما الثاني : لان قصوى ما يتخيّل أن يكون مانعاً هو لزوم التناقض المؤدي الى الغرر ، وهو فاسد ، لان لزوم التناقض انما يكون على كون التوصيف المزبور بمنزلة الالتزام منه على كون المبيع موصوفاً بهذه الصفات وعلى كون الاشتراط في قوّة رفع اليد عن الالتزام المزبور وهما فاسدان :

أما الأول : فلما حقق في محله من أن الالتزام بالشيء انما يصح من الملتزم اذا كان مقدوراً له ، وهو لا يكون الا في الكلّي أو في الافعال الخارجية ، لافي الجزئي وفي المعيّن الوجود الخارجي ، اذ لا يصح الالتزام من أحد لكونه موصوفاً بوصف كذا لعدم تعلق القدرة على ايجاده ، لانه أما أن يكون في الخارج موصوفاً به فلا تتعلق القدرة على اعدامه وازالته . أو يكون فاقداً له فلا تتعلق القدرة على ايجاده . ومن المعلوم أن المقدورية لا بد أن يتساوى فيها طرفا الوجود والعدم وهي متفية في المعين الخارجي .

وما نحن فيه من قبيل المعيّن الخارجي كما لا يخفى ، فلا وجه للالتزام المزبور فيها بل التوصيف فيها يرجع الى بيان الدواعي الخارجية كي يرغب فيها المشتري . ولا ينافيه اسقاط أثر المحتمل فيها الموجب لثبوت الخيار لعدم رجوعه الى رفع اليد عن الالتزام المتقدم على القول برجوع التوصيف اليه أو رفع اليد عن الحكم بثبوت الداعي المزبور .

ومنه ظهر فساد الثاني ، اذ الا شراط في المقام نظير الا شراط الواقع فيما اذا وقع البيع على الرؤية القديمة، ومن المعلوم عدم رجوعه فيه الى انتفاء الداعي اذ الداعي هنالك انما هي الرؤية القديمة وأن الا شراط فيه انما هو لمجرد طرؤ احتمال التغير ونحوه الموجب للخيار لو لا الا شراط المزبور لرفع اليد عن الداعي فكذلك الا شراط في المقام لا يرجع الى رفع اليد عن الداعي الموجود في المقام بل انما هو لمجرد اسقاط الاحتمال المحتمل الموجب للخيار لسو لا الا شراط المزبور .

وكيف كان فلا فرق في المقام بين ما نحن فيه مما وقع البيع فيه بالتوصيف وبين ما وقع البيع بالرؤية في صحة الا شراط وعدمها ، فان صح ففي المقامين والا فلا في شيء منها . والفرقة بينهما كما عن شيخنا العلامة الانصاري غير

مشملة على الفارق ، وما أشار اليه في الكتاب من أن جواز البيع في المقام انما هو بالتوصيف ، وفي ذلك المقام انما هو بالامارة الشرعية من أصالة الصحة ونحوها غير مجد في ذلك الفرق كما لا يخفى على المنصف بل المقامان وغيرهما من الامثلة المذكورة كتبري البائع ونحوه كلها من واد واحد .

و«منها» التصرف ، والاقسام المتصورة في المقام كثيرة ، فقد عدّها في «الروضة» الى مايزيد عن مأتي صورة، والآخرين الى مايلخ بثلاثمائة أوأربعمائة . فالجامع منها يقع الكلام تارة في حال التصرف وأخرى في نفس التصرف ، أما الاول فتندرج تحته مسائل :

(المسألة الاولى) فيما لو تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه في سائر الخيارات المتقدمة بعد العلم بالغبن . فينبغي التعرض الى مقتضى الاصل العملي والاصل اللفظي . ومقتضى كلماتهم المتبولة في الباب :

أما الاول : فهل يقتضي الاصل الحكم بكون التصرف بقول مطلق مسقطاً للخيار الا ما علم عدمه أو الحكم بعدمه كذلك الا ما علم ثبوته؟ وجهان مبنيان على كون الشك في الاسقاط في مورد الشك راجعاً الى الرفع أو الى الدفع ، وعلى الاول يتعين الثاني ، كما أنه على الثاني يحكم بالاول ، وتظهر الثمرة بينهما فيما اذا شكنا في كونه مسقطاً كما اذا لم يقرن بأمرة الرضاء أو اقترن بعدمه ، اذ على الاول يحكم بعدم سقوط الخيار وبقائه وعلى الثاني يحكم بسقوطه نظراً الى جريان استصحاب الخيار على الاول دونه في الثاني على ما هو التحقيق . هذا في الابتاء والبناء .

وأما المبني : فهو أيضاً مبني على كون العقد المشتمل على الخيار بملاحظة اقترانه بالتصرف وعدمه نوعين وفردين من العقد أو لا ، بل فرد واحد ونوع واحد ، فان قلنا بالاول فلا شبهة حينئذ في كون الشك حينئذ يرجع الى الدفع لا

الرفع ، كما أنه على الثاني لا يبقى ريب في كونه راجعاً الى الرفع ، والاظهر هو الاول فتعين الحكم بلزوم العقد وعدم ثبوت الخيار لما قرر في محله من عدم حجية الاستصحاب مع الشك في المقتضي ، فلا بد من الرجوع الى أصالة اللزوم بمعنى استصحاب بقاء الملك وعدم زواله بالفسخ . والى ما ذكرنا أشار «قده» في الكتاب الا أنه قد حكم أولاً بكون الشك المزبور من قبيل الشك في الرفع فيجربى استصحاب الخيار ، ثم أمر بالتأمل ولعله اشارة الى ما ذكرنا من كون الشك في الدفع فلا وجه للاستصحاب .

والعجب مما صدر عن بعض من قارب عصرنا من الحكم بعدم جريان الاستصحاب ، وان قلنا بكون الشك المزبور من قبيل الشك في الرفع نظراً الى كون التصرف استمسكاً بالعقد وان الخيار ينافيه اذ فيه غرابة واضحة ، لان كلامه مبني على أمرين : أحدهما : أن يفسر الخيار بالسلطنة على طرفي العقد اعضاءاً وازالة . وثانيهما : أن يلتزم بكون التصرف اجازة للعقد واستمسكاً به .

وفي كليهما نظر ، أما الاول : فلان الخيار عبارة عن السلطنة على الازالة دون الابقاء مضافاً الى ان التسلط على الابقاء لامحصل له .

وأما الثاني : فلانه ان أريد بهذا التصرف الذي حكم فيه بكونه استمسكاً بالعقد التصرف المقرون بالرضا الفعلي منه على اجازة العقد وابقائه فهو مما لا كلام فيه ولا يكون هو مورد الشك المزبور ، اذ الحكم فيه بكونه مسقطاً للخيار اجماعي ، وان كان هو على خلاف القاعدة الاولى ، اذ مجرد رضائه باسقاط الخيار غير مستلزم لامضاء الشارع الا أنه ثبت ذلك بالادلة . وان أريد منه ما عداه من التصرف المقرون لعدم الرضا أو الساكت عنهما فلا نسلم فيه ان هذا استمسك بالعقد .

وأما الاصل اللغوي : فهل يقتضي سقوط الخيار بالتصرف أم لا ؟ وجهان

مر كولان الى بيان الادلة الواردة في الباب ، فنقول : منها العمومات ، ومنها : أدلة لاضرر، ومنها: العلة المستنبطة، ومنها : الاجماع المدعى على ثبوت الخيار، ومنها: الاجماع المنقول على سقوط الخيار في خصوص المقام بتصرف المغبون ومنها : الاجماع على كون التصرف بقول مطلق مسقطاً للخيار، ومنها : غير ذلك الا أن مفاد تلك الادلة مختلف فيه اذ مفاد بعضها اللزوم وسقوط الخيار وبعضها الآخر بقاء الخيار .

أما العمومات : فلا ريب في كونها مقتضية للزوم بناءً على ما أشرنا من كون العموم أحوالياً ومنوعاً وأن يكون العمد بملاحظة الاقتران بالتصرف وعدمه منقسماً الى قسمين ونوعين حسب ما اشار اليه «قده» في المسألة الاتية في فورية الخيار وعدمها من التفصيل في التمسك بالعمومات واستصحاب حكم المخصص بين العموم الاحوالي وبين العموم الازماني، وأنه يتعين الاول في الاول، والثاني في الثاني .

فلازم هذا التحقيق هو التمسك بالعموم والحكم بلزوم العقد وسقوط الخيار بالتصرف فيما نحن فيه ، لان مقتضى العموم أولاً هو الحكم بلزوم جميع أفراد العقد خرج عن تحته بأدلة الغبن، العقد المشتمل على الغبن ما لم يتصرف المغبون فيه ، فاذا وقع التصرف فيه من المغبون مثلاً شككنا في كون المرجع أصالة بقاء حكم المخصص واستصحاب حكمه أو العموم المتقدم . فالتحقيق هو الثاني لوضوح كون العموم بملاحظة التصرف وعدمه حالياً ومنوعاً للعقد .

نعم مقتضى ذلك هو التعبير بعدم ثبوت الخيار ها هنا رأساً لا التعبير بسقوطه بالتصرف ، الا أنه يكون على ضرب من التسامح كما في نظائر المقام . ولكن يوهن ذلك مقتضى الدليل الثاني، لان مقتضى أدلة لاضرر هو الحكم ببقاء الخيار، كما أن مقتضى الرابع الحكم بثبوت الخيار الا أنه أجاب شيخنا العلامة الانصاري

عن الاول بعدم دخول ذلك أعني صورة التصرف مع علم المتصرف تحت أدلة لا ضرر كعدم دخول صورة اقدمه وعن الثاني بأنه غير ثابت في المقام .

ويرد على جوابه الاول : بأنه ان أراد من التصرف الخارج عن أدلة لا ضرر التصرف المقرون بالرضا الفعلي فمسلم الا أنه لا كلام فيه لخروجه عنها وسقوط الخيار به اتفاقاً . وان أراد الغير المقرون به ، سواء دل عليه نوعاً أولاً ، أو يدل على عدم الرضا ، فخروجه عن تحتها ممنوع فيصير حينئذ حاكماً على العمومات . نعم ما أفاده من عدم جريان الاجماع في المقام مسلم ، لان الاجماع ناظر الى بيان حكم خيار الغبن في نفسه من دون أن يكون له نظر الى ملاحظة التصرف وعدمه ، فهو من هذه الجهة مهملة لا إطلاق في معقده .

وأما الدليل الثالث ، أعني العلة المستنبطة : فلو لم نقل بانحصار مفادها في خصوص الرضا الفعلي والشخصي فلا ريب في اقتضاؤها الحكم بسقوط الخيار اذا كان المراد أعم من التصرف المنبئ عن الرضا النوعي فضلاً عن التبدي ، وقد عرفت في خيار الحيوان أن الاقوى هو ما يدل على الرضا النوعي .

فعلى ذلك تصير أدلة لا ضرر على فرض جريانها في المقام مخصصة بتلك العلة المستنبطة مؤيدة للعمومات ومعتزدة للدليل الخامس والسادس ، وان قيل في الاول أنه غير محرز لان المحكي عن « الخلاف » والفاضل المقداد هو القول بالسقوط من دون النسبة الى الاصحاب . ولو كان في البين لكانوا يستندون اليه وكذلك في الثاني . لأن العدة هو العمومات والعلة المستنبطة ، ولا ينافيها الاجماع المدعى على ثبوت الخيار لما عرفت من اهماله ، ولا قاعدة لا ضرر لكونها محكومة بالعلة المستنبطة . فالاقوى هو اللزوم بالنسبة الى التصرف الدال على الرضا نوعاً . وأما التصرف الغير المقرون بالرضا أو المقرون بعدمه ، فمقتضى التحقيق بقاء الخيار نظراً الى جريان قاعدة لا ضرر من غير جريان العلة المستنبطة حتى تكون حاكمة

عليها . ثم انه لافرق فيما ذكرنا من التصرف المسقط بين كونه ناقلاً أو غير ناقل وبين سائر أزمائه .

(المسألة الثانية) فيما لو تصرف المغبون قبل العلم بالغبن : فقد حكموا بعدم كونه مسقطاً الا اذا كان ناقلاً، فيقع الكلام تارة في الناقل، وأخرى في غير الناقل. أما الثاني : فلا اشكال لبقاء الضرر وعدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا لزوم العتد وتحمل الضرر في عدم كونه مسقطاً الاعلى القول بالتعبد ، وهو ضعيف قولاً وقائلاً .

أما الاول : فالاستفاد من الاكثر هو سقوط الخيار ولعله لعدم امكان استرداده مع الخروج عن الملك . ولكن الشهيد « قده » استشكل في « اللمة » بما حاصله : أن الضرر الموجب للخيار ثابت مع التصرف أيضاً والتصرف مع الجهل بالضرر ليس اقدماً عليه فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن ، ورد بدل العين بالمثل أو بالتيمة وفوات خصوصية العين على الغابن ليس ضرراً ، اذ العين المبيعة ان كانت مثلية ، فلا ضرر بتبديلها بمثلها ، وان كانت قيمية فتعريفها للبيع يدل على ارادة قيمتها .

وتبعه في ذلك الاشكال جماعة واستحسنه شيخنا العلامة « قده » فلاتخلو المسألة عن غموض ، فقد يبنى على كون تلف العين في زمان الخيار مسقطاً للخيار وعدمه وأن التلف الشرعي كالتلف الشرعي كالتلف العقلي .

أما الاول : فالظاهر ابتناؤه على أن الخيار هل هو عبارة عن استرداد العين أو ازالة العتد ، وعلى الاول : يتعين كون التلف مسقطاً ، لعدم امكان الاسترداد . وعلى الثاني : يتعين عدمه لبقاء العقد بحاله ، فتعين أيهما لا بد اما من الاخبار أو كلمات الفقهاء ، وحيث أن الاخبار مجملة وساكة وكلماتهم مختلفة لا بد من الحمل على القدر المتيقن وهو المعنى الاول ، اذ استرداد العين يستلزم ازالة العقد أيضاً لكونه

فسخاً فعلياً دون العكس .

وبذلك يندفع ما يتوهم من أن استرداد العين مما لاوجه لتعينه ، لانه مع ازالة العقد تحمل عليها الاثار وبدرنها لا ثمرة له بل غير محلل لوضوح عدم جواز استرداد مال الغير .

وجه الاندفاع : أن الاسترداد بنفسه ازالة للعقد وفسخ له بالفعل ، وأما ازالة العقد أعم من أن يكون حاصلاً بالفعل أو بالتقوّل . وكيف كان بناءً على كونه عبارة عن استرداد العين يتعين القول بكون التلف مسقطاً للخيار وأما بناءً على منع ذلك كان المرجع هو الاصل العملي . ففي كونه استصحاب الخيار أو استصحاب بقاء الملك وجهان مبنيان على كون الشك المزبور من قبيل الشك في الراجع نظراً الى اتحاد موضوعي ما قبل التصرف وما بعده ، أو من قبيل الشك في مقتضي بناءً على حصول المغايرة بينهما . وقد عرفت في أمثال المقام أن المختار : الثاني ، وعليه يلزم العقد بالتصرف المزبور .

هذا وربما تبني المسألة على ما كان الخيار مستفاداً من الأدلة الخاصة والاخبار المخصوصة كخيار المجلس والحيوان والشرط ، أو مستفاداً من أدلة لا ضرر . وعلى الاول حيث يكون الخيار مجعلاً فلا بد من الرجوع الى القدر المتيقن وهو استرداد العين ، ولازمه سقوط الخيار . وعلى الثاني يلزم القول بكون الخيار عبارة عن أدلة العقد لعدم ارتفاع الضرر بمجرد تعذر زوال العين فلازمه بقاء الخيار .

ودعوى وهنه بعدم وجود الجابر مدفوعة بوجوده وعلم من ذلك أيضاً أنه اذا كان مستفاداً منهما لكون العبرة حينئذ بالجهة الاخيرة أيضاً فيبقى الخيار .

وهذا التفصيل يستفاد من الكتاب لأنه استثنى على تقدير استفادته من أدلة لا ضرر ما اذا كان الخيار مشروطاً في ضمن العقد برد العين كما في خيار الشرط ونحوه فانه حينئذ يلزم العقد بتعذر الرد ، كما لا يخفى .

وفيه : أن أشتراط رد العين في ضمن العقد ان كان يرجع الى بقاء العين في جميع الحالات ، فلاريب في بطلانه لخروجه عن تحت القدرة والاختبار وان كان راجعاً الى اشتراط ثبوت الخيار عند التمكن من استرداد العين خاصة ، ففيه : أنه خارج عن الشروط العقلائية التي تجري على مجرى النفع والغبطة ، اذ من المعلوم كونه ضرراً على المشتري ، اذ تضيق دائرة الخيار وانحصاره بوقت دون وقت للمشارط كان ضرراً عليه فلا فائدة في هذا الشرط للمشروط له فائدة عقلائية فلم يشملته دليل الشرط ، وان كان يرجع الى بقاء العين بمعنى عدم اتلاف المشارط فهو وان كان داخلاً تحت قدرته الا أنه خلاف ما قصده المشروط له .

هذا كله في المبنى الاول ، وقد عرفت اختلاف المقامات و أن الحق في المقام من جهة أن من أدلة الباب قاعدة لاضرر المجبورة في المقام بعمل الشهيد « قدست روحه السعيدة » هو أن التالف ليس مستطاً للخيار ، فلازمه أن الخيار عبارة عن ازالة العقد ، وهو يكون ولو مع تلف العين .

وأما المبنى الثاني ، أعني أن التلف الشرعي كالتلف العقلي :

فالظاهر قيام الاجماع على ذلك ، فالمتبع بعد ملاحظة هذا التنزيل والتفصيل المذكور هو الحكم بكون الخيار هاهنا عبارة عن ازالة العقد لاستناده الى أدلة نفى الضرر ، نعم بملاحظة وهنأ لورود كثرة التخصيص وعدم جابر لها في المقام لوقلنا بعدم كفاية عمل الشهيد « قدس » في الجبر لا محيص عن قول الاكثر الذي استدلل له تارة : بأن الخيار عبارة عن رد العين وعدمه فاذا تعذر أحد فردي المخير فيه تعين الآخر .

فيسه : أنه منقوض باتلاف الغابن لامتناع استرداد العين هناك مع أنه ليس قول بالسقوط هناك . والفرق أنه من غير ذي الحق بخلافه هنا مدفوع بأن تصرف ذي الحق في حال الجهل كتصرف غيره فلا يعد اقصاء ولا كاشفاً عن الرضا .

و محلول : بأن الخيار هو التخيير بين الرد وعدمه ، اذا قلنا بأن متعلقه هو العين وأما اذا قلنا بأن متعلقه هو العقد - كما هو التحقيق - فلا بد من القول بأنه تخيير بازالة العقد وعدمها ، فلا أقل من الشك ، فيكفي في رد الاستدلال .

وأخرى باطلاق معتد اجتماعهم على كون التصرف في زمن الخيار من له الخيار مسقط له وشامل للمقام أيضاً .

فيه : أنه غير ثابت الا في صورة علم من له الخيار ، لكشفه حينئذ عن اسقاطه الخيار فلا يجري في صورة الجهل . هذا كله في تصرف المغبون وأنحائه .

(المسألة الثالثة) فيما لو تصرف الغابن ، وهو أيضاً على أنحائه ، لانه لا يخلو اما أن يكون ناقلاً بأن أخرج العين عن ملكه بالبيع أو الوقف أو انعاً عن الرد كالاستيلاد أو التصرف بالمغير بالزيادة والنيصة حسبما يأتي تفصيله . ولا اشكال في عدم كون تصرفاته الغير الناقلة مسقطة لخيار المغبون ، بل كذلك في الناقلة أيضاً على ما هو التحقيق ، بل في الكتاب : فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون وان كانت هذه العبارة لا تخلو عن نوع تسامح ، لانه ان أراد بذلك عدم ثبوت الوجه في اسقاط التصرفات الغير الناقلة فلا وجه لدعوى الظهور ، بل هو متطوع به ، وان أراد به عدم ثبوته في التصرف الناقل فلا ريب في جريان الوجه المتقدم في كلام العلامة المحكي عن « التذكرة » من أن الخيار لاجل استدراك العين واذا انتفى ولو بالتلف الشرعي انتفى الخيار ، وكون التلف ممن له الخيار كما في السابق أو ممن عليه الحق لا تفاوت بينهما في ذلك .

وكيف كان ، المتعين هو عدم سقوط الخيار لعدم جريان الوجه أصلاً بل لاجل جريان قاعدة لاضرر المنجبرة في المقام بعمل الاصحاب بلا كلام وارتباب بخلاف المسألة السابقة لعدم انجبارها فيها ، وهذا هو الفارق بين المتامين . وحينئذ فلا فسخ للمغبون ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بأن أعتق الغابن أو وقف

أو باع ففسي بطلانه أي بطلان تصرفات الغابن من أصله كالمرتتهن أو من حينه كالشفيع أو رجوعه الى البدل وجوه :

واستدل للاول - وان لم يكن له قائل - بما في «الجواهر» والكتاب : أن وقوع العقد في متعلق حق يوجب تزلزله من رأس ، كبيع الرهن ، فاذا فسخ بطل من أصله . وبتقرير آخر : أن حق الغير كملكه ، فكان التصرف في ملك الغير يوجب بطلانه فعلا بحيث يحتاج نفوذه الى اجازة منه ، فان أجاز فهو والا يبطل من أصله .

وللثاني بوجوه ثلاثة : أحدها : ما أشار في «الجواهر» بما حاصله : أن الشراء الثاني متفرع على الشراء الاول ، فكما أن الاول صحيح غير لازم كذلك الثاني . وثانيها : ما أشار اليه في الكتاب : بأن الجمع بين حقي المغبون والغابن يقتضي الحكم بالصحة دون اللزوم ودون البطلان . وثالثها : فيه أيضاً لكن في أحكام الخيار بما حاصله : أن الشراء الثاني متفرع حدوثاً وبقاءً على الاول ، فاذا زال الاول بالفسخ فلا وجه لبقائه ، ولعل ذلك يرجع الى «ما في «الجواهر» . وللثالث أيضاً بوجوه ثلاثة : أحدها : ما في «الجواهر» من أن مقتضى الجمع بين ما يقتضي بقاء الخيار وبين عموم أدلة لزوم العقد هو الحكم بصحته ولزومه بالنسبة الى العين دون البدل فيرجع اليه . وثانيها : في الكتاب : من عدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار ، كما هو ظاهر جماعة . وثالثها : ما أشار فيه أيضاً : من أن تصرف من عليه الخيار في زمن الخيار صحيح لازم - كما سيجيء في أحكام الخيار - .

ويرد عليه : أنه «صادرة بينة» اذ الكلام أن الحق السابق هل يمنع من نفوذ هذا التصرف ممن عليه الخيار أم لا ؟ ومقايسته بالتلف الحقيقي ممنوع لانه لا يمنع المانع الشرعي عن التلف الحقيقي ، بخلاف التلف الشرعي بوجود المانع

الشرعي فيمنع ، وهو سبق حق الغير كما هو واضح .

وعلى ما قبله : بابتدائه على مذهب سخييف من حدوث الخيار عند تبين الغبن لان الحق أن ظهور الغبن كاشف لاسبب شرعي .

وعلى ما قبله : أن الجمع بين دليل الخيار ودليل اللزوم فرع تحقّق التعارض بينهما ، وهو مفقود ، لان أدلة الخيار مخصص لادلة اللزوم وقدّم عليها ، ضافاً الى أن بعضها - كقاعدة لا ضرر - حاكم عليها .

ويرد على ما قبله من الوجه الاخير من الوجوه الثلاثة للاحتمال الثاني بما أجابه «قده» بعد نقله ، وحاصله : منع توقف الشراء الثاني على الشراء الاول حدوثاً وبقاءً بمعنى منع توقف بقاءه على بقاء الاول ، بل حدوثه وبقائه معاً متوقفان على حدوث الاول . وعلى ما قبل سابقه من الوجه الاول : أن اللزوم اثبات صحة الثاني وكونه على نحو الجواز ، وما ذكره لا يثبت الصحة ، لانه أول الكلام . نعم لو فرغنا من صحته نقول بالجواز للتبعية ، وأما اذا احتملنا البطلان من أصله فلا تبقى له صحة أصلاً حتى نقول بالتبعية ، ومقايسة الثاني للاول في كونه صحيحاً غير لازم .

نعم ، التحقيق من تلك الوجوه هو الوجه الثاني كما أفاده شيخنا العلامة الانصاري «قده» اذ الجمع بين قاعدة (سلطنة الناس على أموالهم) وبين قاعدة (لا ضرر) الدالة على وجوب مراعاة حال ذي الخيار وذي الحق هو الحكم بصحة العتد الثاني على نحو التزلزل وثبوت الخيار لذي الحق لعدم اقتضاء وجوب مراعاته الحكم ببطلانه من أصله ، اذ قاعدة (لا ضرر) لا تفيد أزيد من ثبوت الخيار كما هو واضح .

ومن هنا يظهر لك في الوجه المذكور للوجه الاول ، اذ مجرد كون الشيء متعلقاً بحق الغير لا يمنع من نفوذ تصرف غير ذي الحق ، ومقايسته بالتصرف في

ملك الغير باطل ، لاشتراط الملكية بقوله : لا يبيع الا في ملك . وأما خلاص الملكية عن التثبيت بحق من حقوق الغير فلا يثبت اشتراطه ، فيصح ، كعقد الشفيع لانه ملكه خياراً لازماً بقاعدة لا ضرر ، ومقايضة ذلك ببيع الرهن باطل ، لوجود الفارق ، لانه قد ثبت النهي على ذات المعاملة التي تقتضي للفساد هناك كقوله : (الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف) . هذا كله في تصرفات الغائب تصرفاً ناقلاً عن الملك .

وأما اذا تصرف تصرفاً مانعاً عن الرد ، كالاستيلاء ، فهل يحكم بعدم تأثيره وجواز استرداد المغبون العين ، أم ليس له الا السلطنة على الفسخ وأخذ البديل دون العين ؟ وجهان بل قولان : من ملاحظة سبق حق المغبون ، فلا يؤثر الاستيلاء أثره ، ومن تحكيم أدلة الاستيلاء وقاعدة السلطنة على الاموال على الادلة الدالة على لزوم مراعاة حق المغبون فيحكم بأخذ البديل نظير ما عنون في كتاب الرهن فيما اذا استولد الراهن الامة المرهونة من تقديم حق المرتهن ، فلا يؤثر الاستيلاء أثره ومن تحكيم أدلة الاستيلاء ، بل أضيف هناك التفصيل بين الاذن وعدمه وبين الاجاز وعدمه .

فالتحقيق أن يقال : يقع التعارض هنالك بين أدلة (لاتباع الامة المستولدة) وبين أدلة (تباع العين المرهونة) والنسبة عموم من وجه ولا ترجيح وان قيل بترجيح الاول نظراً الى تقديم حق المالك والاستيلاء . والثاني نظراً الى سبق المرتهن . الا أن الانصاف انتفائه ، فيتساقطان ويرجع الى أصالة اللزوم بمعنى العمومات الدالة على صحة بيع المرتهن ولزومه فيبطل الاستيلاء حكماً لاموضوعاً ، وكذلك في البقاع يقع التعارض بين أدلة الاستيلاء والدالة على عدم جواز استرداد المغبون وبين أدلة لا ضرر المقضية للخيار وسلطنة المغبون على الاسترداد على نحو العموم والخصوص من وجه ولا ترجيح وان قيل كما تقدم هنا أيضاً لعدم صلاحية ما قيل لترجيح أحدهما لمكان التعارض في الترجيح فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء ملك الغائب فيحكم بالرجوع الى البديل جمعاً بين الحقين .

الا أن يقال : ان قاعدة لاضرر مقدمة على أدلة الاستيلاء نظراً الى حكومتها عليها وعلى سائر الأدلة عند التعارض فيصير الاقوى حينئذ هو بطلان الاستيلاء والرجوع الى العين المستولدة . هذا كله في حكم الاستيلاء .

وأما العتق ، أي عتق الغائب : فانه أيضاً من التصرفات المانعة عن الرد ، فهل يصح هنا حتى يرجع الى البدل ، أم لا ، حتى يرجع بالعين ؟ وجهان بل قولان : من كون العتق مبني على التغليب ، ومن سبق حق المغبون وأن العتق من الايقاعات التي يعتبر فيها القرية ، فلا يخلو من اشكال كما ذكر نظير ذلك في الرهن فيما اذا أعتق الرهن العبد المرهون ، قال في « الشرائع » : فيه تردد ، وان اختار أخيراً الجواز .

وجه التردد أشار اليه بعض شراحه من ثبوت التعليق ومن أن المانع هو حق المرتهن وقد زال بالاجارة منه . وأجاب عن ذلك في « المسالك » : بأننا نمنع منافات التوقف المذكور للتخيير كغيره من العقود التي يشترط فيه ذلك أيضاً ، فإن التوقف المذكور الممنوع هو توقف المقتضي على شرط ، لاعلى زوال مانع . أقول : أراد « قده » بذلك أن الدليل الدال على بطلان التعليق في العقود والايقاعات انما هو الاجماع ، وهو مجمل لا إطلاق فيه فيقصر على المتيقن وهو التعليق على الشروط لاعلى عدم المانع ، وما نحن فيه من الاخير فيؤثر المقتضي - أعني ايقاع العتق - أثره الا أن هذا مبني على كون المانع هورد المرتهن وفسخه دون الحق بنفسه ، والا فهو ثابت حين العقد . فالمسألة على مقتضى كلامه « قده » مبنية على كونه هو مجرد ثبوت الحق أو التثبت به برد التصرف المنافي له ، وحيث ما قلنا سابقاً في الفروع المتقدمة بعدم مانعية مجرد ثبوت الحق وانما المانع هو الاخذ به والتثبت به فلا جرم يلزم علينا القول بصحة التصرفات بأسرها وثبوت الخيار لذي الحق بالنسبة الى العين في كلا المقامين .

فتلخص : أن المختار في جميع الفروع المذكورة وفقاً لشيخنا في « الجواهر » هو ثبوت الخيار بالنسبة الى العين خلافاً لما يستفاد من الاكثر حيث أنهم بنوا على ثبوت الخيار مطلقاً بالنسبة الى البدل .

ثم أنه لو قلنا بتعين أخذ البدل - على ما ذكره القوم - يتولد هنا فرع آخر وهو أنه لو زال المانع بأن رجعت العين الى ملك الغائب أو مات الولد ففي الحكم بوجوب رد العين مطلقاً ، أو الحكم بالانتقال الى البدل مطلقاً ، أو التفصيل بين زوال المانع قبل الفسخ وبين زواله بعده لوجوب رد العين في الاول والبدل في الثاني أو التفصيل بين زوال المانع قبل الفسخ وبين زواله بتعين العين في الاول ، والبدل في الثاني ، أو التفصيل بين الاستيلاد وبين البيع بالانتقال الى البدل في الثاني ورد العين في الاول ؟ وجوه كلها مستفادة من الشهيد الثاني في « المسالك » وكذلك في « الروضة » الا الاخير منها ، حيث عسارته في « المسالك » واضحة . وفي « الروضة » غير خالية عن الاجمال لا بأس بذكرها :

قال في « الروضة » : وان زال المانع قبل الحكم بالعوض ، بأن رجعت الى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال عدم بطلان حقه بالخروج فلا يعود ، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه الى العين وجهان من بطلان حقه من العين وكون العوض للحيلولة . انتهى .

فان الحكم في كلامه محتمل لاحتمالات ، أحدها : أن يكون المراد منه الفسخ وان كان يأباه قوله بالعوض الا أن مجموع قوله يصير كناية عن الفسخ . وثانيها : أن يكون المراد الحكم الصادر من الشارع بعد الفسخ . وثالثها : أن يكون المراد حكم الحاكم .

ولا يخفى أنه لا مداخلية لحكم الحاكم بالنسبة الى المبحوث عنه في المقام ، اذ ليس المقام مقام الترافع والتنازع حتى يحتاج الى حكم الحاكم ، فلا وجه لهذا

الاحتمال الاخير ، وكذلك الثاني لما أشار في « الجواهر » أنه لا يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى يترتب عليه ، بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين أو البذل .

وهذا هو السر في أن شيخنا العلامة الأنصاري « قده » - وفقاً لغير واحد - عنون المسألة بالفسخ من دون ذكر الحكم ، وفصل بين كون زوال المانع قبل الفسخ أو بعده بالرجوع الى العين في الاول والى البذل في الثاني ، وان كان فيه كلام ستمعه انشاء الله .

مضافاً الى أنه يرد على تعليله لاحتمال عدم الرجوع الى العين بقوله: لبطلان حقه بالخروج بأن العلة أخص من المدعى، اذ هو عام بما خرج عن ملك الغائب كالبيع وبما بقي في ملكه ، ولكن طراً المانع عن الرد كالاستيلاء الا أن يريد من الخروج أعم من الخروج عن أصل الملك أو عن ملكه القيمي . ويشهد بذلك أنه لم يقل بالخروج عن الملك ، وكذلك يرد على تعليل احتمال الرجوع الى العين بكون العوض للحيلولة مما قرر في محله أن البذل للحيلولة انما هو فيما اذا بقيت العين في ملك مالكها ، ولا شبهة في خروجها عن ملك مالكها في المقام . وكيف كان ففي استحقاق العين أو البذل وجوه في المقام عند زوال المانع :

اولها : استحقاق العين مطلقاً لان الفسخ عبارة عن استرداد العين فهو ممكن مطلقاً ، لان زوال المانع لو كان قبل الفسخ ، فواضح وبعده كذلك أيضاً لان استحقاق البذل انما هو من جهة الحيلولة فارتفعت بزوال المانع .

ثانيها : استحقاق البذل مطلقاً لبطلان حق المغبون عن العين بخروجها عن ملك الغائب ، فتعلق حقه بالبذل ، فلا تعود بزوال المانع .

ثالثها : استحقاق العين لوزال المانع قبل الفسخ، والبذل لوزال بعده . وجهه واضح لان المغبون حين الفسخ وجدت العين فيستردها في الاول و تعلق بالبذل

لولم يجد العين باقية عندالفسخ .

رابعها : استحقاق العين قبل أخذ العوض والبدل عند أخذه ، فلا يتبدل ما أخذه الى العين ثانياً ، لان أخذه البديل كأنه معاوضة جديدة لازمة .
وخامسها : استحقاق العين قبل الحكم بالعوض والبدل بعده . ولعل المراد من الحكم بالعوض هوالفسخ لبطالان المعنيين الاخيرين ...

فى مسقطيعة التصرفات المسقطه لسائر الخيارات هذا الخيار

تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه لسائر الخيارات هل هو مسقط أيضاً لهذا الخيار أم لا ؟

اعلم أن التصرف اما أن يكون في المبيع أو في الثمن أو فيهما ، من الغابن أو من المغبون ، مع العلم بالغبن أو قبله ، بالتصرف المخرج عن الملك لازماً كان أو جائزاً ، أوالمغير للعين زيادة أو نقيصة ، وغيرذلك ممايرتقي الى أزيدمن مأتين وقدذكر بعضهم الى ثلاثمائة والآخر أزيد من ذلك ولعلنا نشير فيما بعد ، ونحن نسلك الكلام على سياق ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري وترتيبه ، فقدم تصرف المغبون بعد علمه بالغبن على وجه الاجمال و ذكر مايدل على الستوط و البقاء ، فلابد من بيان تأسيس الاصل أولاًثم بيان أدلة الطرفين .

فنقول : قدينا في أنه اذاشككنا في لزوم العقد وجوازه : الاصل للزوم، كما أنه اذا شككنا في طرو الخيار وعروضه في العقد الخاص بعد العلم بثبوته في الجملة بحسب الشرع : الاصل للزوم أيضاً لعدم حصول أسبابه عندالشك . وأما الشك في سقوط الخيار بالتصرف فهل يوجب التصرف ورفع وزواله أم لا ؟ وجهان مبنيان على أن الشك في سقوط الخيار بسبب التصرف شك في الرفع بمعنى أن مقتضى الخيار موجود والدليل الدال على الخيارعام شامل لكل حالات العقد،

وانما يقع الشك في أن التصرف يرفعه أي يرفع عموم الخيار في ذلك الموضوع، أو أنه بمعنى أن التصرف يجعل العقد موضوعاً آخر لمقتضى الخيار ، ودليله انما يختص بموضوع العقد قبل التصرف فكان العقد قسماً وموضوعاً أحدهما قبل التصرف والاخر بعده .

فعلى الاول لا اشكال في جريان استصحاب الخيار، لان الموضوع - أعني العقد - واحد ، والتصرف وعدمه لا يجعلانه متعدداً، نعم يمكن أن يكون للتصرف أثر في الشرع رافع للخيار عن ذلك العقد، فحيث نشك في ذلك يستصحب الخيار لان الاصل عدم طرو الرافع وعدم كون التصرف رافعاً بل مع قطع النظر عن هذين الاصلين يحكم بالخيار أيضاً لشمول دليله .

وعلى الثاني: لا مجرى للاستصحاب لتعدد الموضوع، فان العقد بعد التصرف موضوع مغاير لما قبل التصرف وان قلنا بحجية الاستصحاب في الخيار لمانقول بثبوت الخيار فيما بعد التصرف، لان الاستصحاب انما يجري في موضوعه و بعد التصرف غير موضوع سابقه .

بعبارة أخرى : ان قلنا بالتنوع بسبب التصرف أي العقد قبل التصرف نوع وبعده نوع آخر فالخارج عن تحت العمومات الدالة على اللزوم هو العقد قبل التصرف ، وأما العقد بعد التصرف يبقى تحت العمومات فيشملة عموم (أفوا) فلا يبقى حينئذ استصحاب الخيار لانه انما يجري في موضوعه . وبهذا أشار شيخنا العلامة الانصاري بقوله : فتأمل ، حيث أنه قال : الا أن يقال : أن الشك في الرفع لا يدفع فيستصحب بحجية الاستصحاب عند الشك في الرافع وليس هذا من قبيل الشك في الدفع . ثم قال: فتأمل، أي بناءً على التنوع لا يجري الاستصحاب لان الخارج المعلوم هو العقد قبل التصرف، والعقد بعد التصرف مشكوك من أول الامر فيرجع الى عمومات اللزوم وبهذا يمكن أن يقال : أن الشك في المقتضي والاستصحاب

لبس بحجة عند الشك في المقتضي .

هذا وقد يستدل على سقوط الخيار بوجوه : منها - عموم الاية الشريفة كقوله (أو فوا بالعقود) بناءً على التنويع والخارج منه عقد المغبون قبل تفرقه وبعد التصرف نشك في خروجه فيشملة العموم .

ومنها : منصوص العلة الوارد في خيار الحيوان المستدل به في كلما تهم على سقوط الخيارات ، وهو كون التصرف رضا بالعقد .

ومنها : اطلاق بعض معاهد الاجماع على أن التصرف من ذي الخيار فيما انتقل اليه مسقط لخياره . واستدل أيضاً على بقاء الخيار بوجوه :

منها : دليل نفي الضرر ، فان القول بلزوم العقد بمجرد تصرف المغبون ضرر عليه فهو منفي كما أن ثبوت أصل الخيار للمغبون يثبت بقاعدة نفي الضرر كذلك يثبت بعد تصرفه أيضاً لعدم الفرق في مجيء الضرر على المغبون في الصورتين وما أورده شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أن نفي الضرر غير جار مع الرضا بالعقد مدفوع : بأن محل الكلام في التصرف الذي هو كاشف نوعي عن الرضا دون التصرف الذي يعلم معه الرضا فانه لا كلام ولا اشكال في أن التصرف الذي ينتزعا بالرضا على العقد جزءاً مسقط للخيار كما أنه لا اشكال في أن التصرف الخالي عن الرضا ليس بمسقط الاعلى القول بالتعبد وقد عرفت سابقاً بطلانه ، لان التصرف الصادر عن ذي الخيار مع تصريحه بعدم رضائه على سقوط حق خياره لم يثبت من طريق العقل ولا النقل على كونه مسقطاً .

وكيف كان ، محل الكلام هنا في التصرف الذي يكشف عن الرضا نوعاً وهو يجتمع مع الشك بالرضا ومع ذلك كيف ينال بعدم مجيء قاعدة لاضرر لمكان الرضا ، ضرورة أنه لم يعلم ثبوت رضا المتصرف المغبون على سقوط حق خياره كما هو واضح .

ومنها: اطلاق معاهد اجماعهم على أن للمغبون خياراً الشامل لصورة التصرف وعدمه .

ومنها : اجماعهم المحقق الفعلي على أن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف . ويردهما بأنهما ليسا بثابتين ، والاولى أن يجاب عن الاول : أن اجماعهم على ثبوت الخيار للمغبون انما هو مهمل ليس بناظر الى حال المستقطات كما هو الشأن في سائر الخيارات المجمع عليها ، فقولهم على ثبوت الخيار للمغبون انما هو من حيث الغبن وكونه سبباً للخيار لامن حيث المسقطية بحيث ليس له مسقط أصلاً . وعن الثاني : بتسليم الاجماع ومنع شموله للتصرف الواقع بعد العلم بالغبن ، بل انما يختص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل ظهور الغبن ، اما في باب ظهور كلماتهم وانصرافها في ذلك أو من جهة أن الاجماع دليل لبي يقتصر على القدر المتيقن منه .

وكيف كان فالظاهر عند شيخنا الاستاذ العلامة « دام مجده » هو سقوط الخيار لامكان العمومات الدالة على اللزوم كآية (أوفوا) لانها محكومة بقاعدة (لاضرر) فدليل نفي الضرر مقدم عليه ، وما عرفت من شيخنا العلامة « قده » من الجواب عليه من أنه لايجري في صورة الرضا، عرفت جوابه بأن المفروض عدم التزامه وعدم رضائه بالبيع . نعم لو علم الالتزام والرضا فلا اشكال فيه كما سمعت ولامكان اطلاق بعض معاهد الاجماع ، لان قيام الاجماع في مسألتنا هذه في مستطية التصرف غير معلوم بل ممنوع وكذلك قيام الاجماع على أن التصرف مسقط للخيارات على نحو الاطلاق ممنوع ليس له أثر فيما رأيناه .

نعم المحكي عن « المبسوط » و « التنقيح » فتواهم على ذلك بأن التصرف مسقط للخيار في جميع الخيارات ولكن لم ينقل منهما ولا من غيرهما دعوى الاجماع بذلك حتى يكون اجماعاً منقولاً وبذهابهما الى السقوط لاتصير المسألة

اجماعية ، بل الذي قام الاجماع عليه انما هو في بعض الخيارات ، كخيار الشرط والمجلس حيث أن الظاهر قيام الاجماع على أن التصرف مسقط للخيار فيها على ما حكى بل لمكان العلة المستفادة من النص في خيار الحيوان ولا يبعد العمل بها حيث ليس لها معارض وليس شيء دليلاً على بقاء الخيار يمكن أن يعتمد عليه ، على خلاف عموم العلة ، فان دليل بقاء الخيار حسب ما عرفت اما هو اطلاق الاجماعين وقد عرفت حالهما .

وأما دليل نفي الضرر فهو محكّم للعلة المنصوصة اذا المستفاد من النص تنزيل التصرف منزلة الرضا بقوله (فذلك رضا منه) هذا بمنزلة الصغرى ، فاذا انضمت اليها الكبرى ، أعني كل ما كان رضا منه يصير العقد لازماً وينتفي جريان قاعدة لاضرر حينئذ لان نفي الضرر يسقط قطعاً في مورد الرضا كالاقدام ، فدليل الرضا أو ما هو بحكم الرضا حاكم على دليل نفي الضرر حسب ما لا يخفى .

نعم الذي ينبغي أن يقال هو قصور النص الوارد في الحيوان عن الدلالة بذلك لتطرق الاحتمالات الاربعة أو الخمسة فيه على ما فصلناه . ولكن الظاهر وعمل الاصحاب هو استفادة العلة واستنباطها منه ، فاذاً لانضايق عن العمل بذلك النص مع عدم وجود شيء يصلح للمانعية لانه محصور في المقام في الاجماع ودليل نفي الضرر واستصحاب الخيار .

أما الاجماع فقد ظهر لك ما فيه . وأما دليل نفي الضرر مع ما عرفت من تقديم النص عليه مما يحتاج العمل به الى الجبر وهو منتف في المقام ، وأما الاصل فقد عرفت أن الشك فيه شك في المقتضي فلا يجري استصحاب الخيار بعد التصرف فثبت مقتضى الخيار لما بعد التصرف غير معلوم ، بل يختلف حكم العقد باختلاف حالتي التصرف وعدمه ، فالشك حينئذ في الرفع كما أشار اليه شيخنا المرتضى بقوله : فتأمل . في «الكتاب» . نعم لو كان الشك في الرفع كان حسناً .

وقد أورد هنا بعض الاساطين رداً على شيخنا العلامة الانصاري «قده» بما حاصله : أن ابتناء المسألة على الشك في الرفع أو الدفع لافائدة له في المقام ، بل الحكم هو سقوط الخيار سواء كان الشك في الرفع أو في الدفع . واستدل بذلك أن الخيار عبارة عن السلطنة على امضاء العقد وامساكه وعلى فسخه، ومعلوم أن المغبون بمجرد تصرفه أمسك العقد وأمضاه ، فلا خيار له بعد امضاء العقد . فيه : أولاً - أن الخيار ليس معناه السلطنة على الفسخ والامضاء بل هو عبارة عن السلطنة على الفسخ والقدرة عليه كما حقّقناه في أول مسألة الخيار ، فإن بقاء مفاد العقد لاجابة الى الامساك والامضاء بل انما هو من مقتضى نفس العقد والخيار انما هو حق مجعول لازالة مقتضاه ، فالخيار ليس هذا والانفس الرضا على العقد ليس من طرفي الخيار وليس بدسقط للخيار من حيث هو الا أن يرجع الى اسقاط حقه ، اذ لا منافاة بين الرضا بالعقد وبين دليل الخيار وثبوته له .

وثانياً - مع الغض عن ذلك ، أنه خروج عن محل النزاع ، اذ الكلام في التصرف الذي لم يعلم منه الرضا الفعلي على امساك العقد وامضائه ، وأما التصرف الذي علم منه امضاء العقد والرضا به مسقط ظاهراً من غير خلاف كما أشرنا اليه .

هذا كله فيما بعد ظهور الغبن ، وقد عرفت أن الظاهر سقوط الخيار بالتصرف سواء كان مخروجاً عن الملك أم لا .

وأما قبله - أي قبل العلم بالغبن : لا اشكال في أن التصرف الذي لا يخرج عن الملك لا يسقط الخيار ، للاجماع المحقق بذلك ولقاعدة لاضرر ، وأما التصرف المخرج عن الملك كالبيع والعتق ، ومثله التصرفات المانعة عن الرد كالاستيلاء والاجارة والتحبيس فيه اشكال بل خلاف . والمشهور بين المتأخرين أن التصرف المخرج عن الملك مسقط للخيار ، وأما المتقدمين : ليس لهم في ذلك تصريح

عدا الشيخ في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلكت السلعة أو تصرف فيها سقط الرد. الخ . بناءً على اتحاد خيار الغبن مع خيار ظهور كذب البائع .

ولكن المصرح به في كلام المحقق ومن تأخر عنه هو ذلك حيث قالوا لا يسقط هذا الخيار - أي خيار الغبن - بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك أو يمنعه مانع من رده ، واستثنائهم التصرف المخرج عن الملك تصريح منهم على كونه مسقطاً للخيار .

وذهب بعض مشائخنا الى عدم كونه مسقط لاستواء المستثنى والمستثنى منه في الحكم بعدم السقوط كما أطلق العلامة «قده» في «الارشاد» ، فقال : لا يسقط خيار الغبن بالتصرف من غير استثناء شيء منه على خلاف ما صرح به في «القواعد» و«الشرائع» بل صرح في «اللمعة» على المنظر على مقالهم . وكيف كان المشهور عن الشهيد الثاني هو سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن الملك . وذهب اليه المحقق والعلامة في «الشرائع» و«التواعد» والشهيد في غير «اللمعة» وأول عبارة ممن خالف في ذلك - مما رأينا - هو اطلاق كلام العلامة في «الارشاد» وتصريح الشهيد في «اللمعة» ، ثم تبعه في «الروضة» حيث قال : وهذا الاحتمال متروجه لكن لم أقف على قائل به . الخ .

وحينئذ الذي ينبغي أن يصار اليه هو ما ساعد عليه الدليل ، فلا بد من التكلم فيه . وقد يقال : أن هذه المسألة مبتنية على مسألة أن التلف مسقط للخيار أم لا ؟ فان لم نقل بأن التلف مسقط فيصير الحكم بعدم مسقطية التصرف المخرج بطريق أولى لان بقاء الخيار مع بقاء العين ، وان حصل فيها التصرف أولى من بقاءه مع تلفها ، وأما ان قلنا بإيجاب التلف لسقوط الخيار فيصير ايجاب التصرف المخرج السقوط مبنياً على أن التلف الشرعي كالتلف العقلي أم لا ؟

فحينئذ ربما يقال - رداً على مقالة المشهور - : أن تلك المسألة - أعني عدم سقوط الخيار بالتلف - قاعدة مسلمة عندهم كما أشرنا اليه في أول خيار الحيوان حتى عبّر بعضهم عن ذلك - على ما أظن - بقاعدة تلف العين لا يسقط الخيار ، وبعضهم الآخر : أن قاعدة التلف اتفاقية ، فإن الخيار عبارة عن القدرة على فسخ العقد . ومعلوم أن العقد بعد تلف العين قابل للفسخ أيضاً ولذا تشرع الاقالة حينئذ اتفاقاً . فبعد تلف العين لا مزيل لهذه السلطنة على الفسخ وليس في البين مقيد لها بصورة تمام العين ، فإذا ثبت الخيار في مورد فهو باق حتى يثبت مسقطه ومزيله أو يكون الخيار مقيداً بزمان أو حال فعند التلف حيث لا مزيل ولا مقيد بالبقاء وجب الحكم بثبوت الخيار ، وكذلك الحال في المقام فإن التلف إذا لم يكن منافياً لبقاء الخيار الذي هو عبارة عن ملكية الفسخ كذلك التصرف المخرج بطريق أولى . ويندفع ذلك : بأن تلك القاعدة مسلمة لكن بشروطها ، فإذا انتفى أحدها كما في أمثال المقام فلم يحكم ببقاء الخيار فإنا إذا فرضنا في مورد كما في خيار الغبن أن دليل الخيار معنون بجواز رد العين والاسترجاع ان شاء المغبون لم يكن من مجاري تلك القاعدة ، لأن تلف العين مناف لما ثبت من الدليل - أعني جواز الرد واسترجاع العين ان شاء - الذي عبرنا عن ذلك بالخيار .

ومعلوم أن هذا المعنى من الخيار مناف بقاءه مع التلف ، نعم القاعدة مسلمة كما قال العلامة «قده» وغيره من الأصحاب : لا يسقط الخيار بتلف العين إذا اجتمعت شروطها ، فإنهم وإن لم يصرحوا بتلك الشروط إلا أنه يستفاد من طَيّ كلماتهم وتلويحاتهم .

فمنها : كون التلف بعد القبض ، وإن كان قبل القبض ليس من مجاري تلك القاعدة .

ومنها : عدم كون الخيار مختصاً بمن تلفت العين عنده ، ولا يصير من مجاري

أن التلف في زمن الخيار على من ليس له الخيار فيوجب انفساخ العقد .
ومنها : عدم جعل الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين والا - أي ان
كانت العلة في الخيار ضرر الصبر على العين - فيسقط الخيار بتلف العين كما في
العيب ، فان الصبر على العيب ضرر ولو مع أخذ الارش فتداركه الشارع بملك
الفسخ والرد ، فاذا تلفت العين انتفت حكمة الخيار حينئذ .

ومنها : كون دليل الخيار مغبواً على الخيار وفسخ العقد مثلاً ، كما في
قوله : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا - في خيار المجلس - ، وصاحب الحيوان
بالخيار - في خيار الحيوان - وغيرهما ، والا بأن كان مغبواً على جواز الرد
فقط اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين .

ومنها : ما لم يكن الخيار مجعولا للمتعاقدين على فرض تعلق غرضهما على رد
العين كما في بيع الشرط والا بأن جعل المتعاقدان في اشتراط الخيار على وجه
ارادتهما التسلط على مجرد الرد المتوقف على بقاء العين فلا خيار ولا فسخ بعد
تلف العين . فان الفسخ فقط وان لم يتوقف على بقاء العين الا أنه اذا فرض
غرض المتعاقدين - من اشتراط الخيار - هو خصوص الرد والاسترداد ، فيختص الخيار
بصورة بقاء العين والتمكن من الرد .

فهذه شروط خمسة لجريان تلك القاعدة ، والجامع لها ثبوت الخيار عند
التلف في موضع دل الدليل على بقاء الخيار ، وهذا انما يكون اذا استفدنا من
الدليل الدال على الخيار أن الخيار بمعنى ملك فسخ العقد والقدرة على ازالته ، فحيث
ثبت من الدليل ذلك نلتزم حينئذ بأنه لا يسقط بتلف العين .

واما اذا لم يثبت من أدلة الخيار من الاخبار والاجماع الا التسلط على رد العين
لم يحكم بالفسخ مع التلف ، لان الخيار لم يعلم كونه عبارة عن ارادة ملك الفسخ

في لسان الشارع ، بل ارادة ملك الفسخ من الخيار انما هو في لسان المتأخرين - كما قال شيخنا العلامة «قده» في آخر الخيارات عند الاشارة الى تلك القاعدة^(١) . والحاصل : ان دل الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف فلتلزم به ، وان دل الدليل على ثبوت الخيار بمعنى جواز الرد المختص ببقاء العين كما في العيب والتدليس وخيار الشرط في بيع الشرط وخيار الغبن على خلاف وتردد في بعضها لالتلزم ببقاء الخيار ، وان كان الدليل مجملا غير مستفاد منه أحد منها فيصير مورد التردد ، فلا يكون مورداً لقولهم : ان تلفت العين لا يسقط الخيار ، فلا بد من التوقف والرجوع الى الاصول والقواعد .

وما نحن فيه من خيار الغبن من جهة أن مقتضى تعليلهم لعدم الخيار عند نقل المغبون العين عن ملكه بعدم امكان الاستدراك حينئذ عدم الخيار . فالقدر المتيقن من الاجماع على ثبوت الخيار للمغبون انعقاده على التسلط على الرد فيختص بصورة بقاء العين فيسقط الخيار عند التصرف المخرج عن الملك والتلف^(٢) . ومن جهة أن مقتضى نفي الضرر عدم الفرق بين بقاء العين وعدمه فيحتمل بقاء الخيار مع تلف العين أيضاً ، مضافاً الى استصحاب الخيار الا أن يناقش فيه بتبدل الموضوع . هذا ويمكن أن يقال : أن العدة في الباب هو قاعدة نفي الضرر ومقتضاه شمول الخيار في صورة التلف مع ورود الدليل المعنون على الخيار أيضاً ، وهو قوله :

(١) مستفادة من كتاب شيخنا العلامة الانصارى «قده» في بيان تلك القاعدة. وقد أورد شيخنا الاستاذ على الشرط الاخير ان ما ذكره من القول بعدم الخيار في خيار الشرط عند التلف الا أن الثابت في الشرط هو التمكن من استرداد المبيع لا التسلط على مطلق الفسخ المشروع غير صحيح لان الشرط فاسد، اذ اشتراط استرداد العين وبقائه ليس بمقدور لهما ، فلا بد من صحة الشرط أن يكون مقدوراً كما أشرنا اليه في بحث بيع الشرط، فراجع (منه) .

(٢) ومن هنا قال شيخنا العلامة الانصارى في المقام - وان كان مخالفاً للمشهور - بعدم ثبوت الخيار عند التلف في مورد الشك واجمال دليل الخيار ، لان القدر المتيقن في دلالة الأدلة هو التسلط على الرد انما يكون في غير تلف العين (شيخنا الاستاذ . منه)

(وهم بالخيار اذا دخلوا السوق) واطلاقه عام شامل لصورة التلف وغيره وتمكن رد العين وعدمه. هذا كله في قاعدة التلف، وقد عرفت حال المبنى. وأما الابتناء؛ فالظاهر أن كون التلف الشرعي كالتلف العقلي اتفاقي لا كلام فيه لانهم يرسلون ذلك ارسال المسلمين فنرجع الى دليل المشهور.

فقول : يمكن ان يستدل على سقوط الخيار عند التصرف المخرج عن الملك بوجوه :

الاول - ظهور الاجماع على ما حكى شيخنا العلامة الانصاري «قده» عن «الروضة» ان لم يكن اجماعياً.

فيه : كما ذكره «قده» الظاهر عدمه بل في عبارة «الروضة» التي نقلناها على ما رأيناها : لم أف على قائل به - أي بعدم السقوط - ومن المعلوم عدم القول بعدم السقوط لا يلزم بكون القول بالسقوط اجماعياً.

الثاني - أن العمدة في مدرك الخيار قاعدة نفي الضرر وقد أقدم عليه بالتصرف . فيه : أن التصرف قبل العلم ليس اقداماً ولا بمنزلة .

الثالث - أن الضرر معارض بتضرر الغابن بقبول البدل . وفيه : ما ذكره شيخنا العلامة «قده» في الكتاب توضيحاً لكلام الشهيد «قده» من أن المبيع ان كان مثلياً فلا ضرر بتبدله بمثله ، وان كان قيمياً فتعريضه للبيع يدل على ارادة قيمته ، فلا ضرر في أخذ البدل فضلاً عن أن يعارضه ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصاً مع الافراط .

الرابع - ما ذكره بعض الفقهاء من أن الخيار من ذي الخيار عبارة عن تخيير رد العين الممتثلة اليه وعدم رده . ومن المعلوم أنه اذا تعذر أحد الافراد المخير فيها تعين الآخر وكذلك في المقام ، حيث أن رد العين تعذر بتصرفه المخرج عن الملك تعين عدمه وهو عين سقوط الخيار .

فيه : منع كون معنى الخيار ذلك ، بل هو عبارة عن فسخ العقد وهو غير متعذر .

الخامس - ما ذكره أيضاً من أن الائتلاف من ذي الخيار مسقط لخياره بالإنقطاع والاجماع وكذلك التصرف المخرج عن الملك ، لان الائتلاف الشرعي بمنزلة الائتلاف الحقيقي العقلي .

فيه : منع سقوط الخيار في الاصل فضلاً عن الفرع الذي نزل بمنزلة لعدم ثبوت الاجماع ، ان هو الا أول الكلام .

السادس - ما ذكره ذلك البعض أيضاً من أن العمدة في دليل ثبوت الخيار للمغبون هو قاعدة نفي الضرر، وهي من القواعد التي تطرقت عليها التخصيصات الكثيرة ، فيحتاج في العمل بها الى الجبر من عمل الاصحاب وهو مفقود في المقام لان الشهرة على خلافه كما سبق ذكره من أن المشهور سقوط الخيار عند التصرف المخرج عن الملك حسبما حكاه شيخنا الشهيد « قده » في « الروضة » ، ونسبه شيخنا العلامة الانصاري في الكتاب الى مشهور المتأخرين . وقد استحسنة شيخنا العلامة الاستاذ « دام مجده » في مجلس البحث .

أقول : انه حسن لو لا يكون لسائر الادلة كفاية على اثبات الخيار للمغبون من الايتين الشريفتين والاخبار الواردة في حكم الغبن والخبر الوارد في تلقي الركبان أعني قوله عَلَيْهِ : وهم بالخيار اذا دخلوا السوق . فان تلك الادلة لو تمت لدلت على ثبوت الخيار للمغبون . ومن المعلوم أن الخيار عبارة عن التدرية على الفسخ كما ذكرنا في أول الخيار بمعنى أن لذي الخيار حق يثبت في العقد فان شاء بقاه على حاله وان شاء فسخه فينحل العقد . فان كان العين المنتقلة عنه باقية استرجع نفسها والا استرجع قيمتها ان كانت قيمة ومثلها ان كانت مثلية وكذلك في العين المنتقلة اليه .

مضافاً الى أنا نقول : أن قاعدة لاضرر وان كانت من القواعد التي تحتاج الى الجبر من جهة الدلالة لكن يكفي في جبر دلالتها عمل مثل الشهيدين فضلاً عن تأخر عنهما ، لانه يكفي في جبر دلالتها عمل بعض العلماء وان لم يبلغ مرتبة الشهرة وما هو محتاج الى الانجبار بالشهرة انما هو في الجبر من جهة السند، بخلاف دليل نفي الضرر حيث أن سندها مما لا اشكال فيه وانما الكلام من جهة دلالاته لو أنه من جهة ورود كثرة التخصيصات عليه فينجبر وانه حينئذ يعمل بعض الاصحاب فيكشف عن عدم تطرق التخصيص عليه في مورد العمل بعد الفحص عن الادلة وفقد دليل مزاحم له وعدم عمل المشهور له . وسكوتهم عن التمسك به لا يكشف عن ورود التخصيص لاحتمال الغفلة عن التعرض له أو لعدم كون المسألة معنونة في كلماتهم كما هو كذلك في مسألتنا هذه حيث لم يتعرض بحال التصرف المخرج عن المغبون قبل المحقق كما ذكر شيخنا العلامة «قده» في كتابه .

فحينئذ الحق ما استوجهه الشهيد الثاني «قده» في «الروضة» من عدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن الملك تبعاً للماتن حيث أورد النظر على ما نسب الى المشهور وفقاً لبعض مشايخ الفقهاء المتأخرين من أنه لا وجه لسقوط الخيار مع أن مقتضى دليل نفي الضرر الذي هو العمدة في الباب عدم الفرق في ثبوت الخيار قبل التصرف المخرج وبعده في حال الجهل ، فانه لو قلنا بسقوط خيار المغبون بمجرد تصرفه الناقل عن الملك مع جهله بغيبه للزم الضرر عليه ، وهو منفي في الشرع بمقتضى قاعدة نفي الضرر وان لم يكن الاسترداد وتلف العين، الا ترى لو تصرف الغائب في العين المنتقلة اليه أو تلفت عنده لم يسقط حق المغبون بالاتفاق فكذلك هنا .

ومن هنا أورد أو يمكن أن يورد على المشهور بالنقض على التصرف من جانب الغائب وان كان ناقلاً ضرورة عدم سقوط خيار المغبون بالتصرف من غيره

وان كان ناقلاً للاستصحاب وحديث الضرر وغيره كما في «الجواهر». وجه الورود واضح لأن مقتضى تعليلهم لسقوط الخيار عند تصرف المغبون الناقل بعدم امكان الاسترداد تعلق حق المغبون على العين ومعنى تعلق حقه على العين أن له حقاً في العين المنتقلة اليه والمنتقلة عنه، فيرد ما انتقل اليه ويسترجع ما انتقل عنه ، فكما أن في تلف المنتقل اليه وتصرفه الناقل لا يمكن له الاسترداد فكذلك في صورة تلف المنتقل عنه عند الغابن وتصرفه الناقل لا يمكن الاسترداد والاسترجاع . فلا فرق بين الغابن والمغبون بالتصرف الناقل في عدم امكان الاسترداد .

فما في «الجواهر» : - واحتمال عدم الفرق فيبطل الخيار وان كان النقل من غير ذي الخيار لتعلقه بالعين فيفوت بانتقالها - لا ينبغي صدوره ممن له أدنى خبرة بالنصوص والفتاوى كما ترى ، لانه ان استفيد من النصوص والفتاوى أن حق المغبون تعلق بالعين فيفوت بفواتها فلا فرق بين المقامين ، لان معنى خياره على هذا هو السلطنة على استرداد العين ، فالمغبون اذا اشترى شاة قيمته خمسة قرانات مثلاً بثوب قيمته عشرة قرانات كان له الخيار في رد الشاة واسترداد ثوبه فكما أن له حقاً في رد الشاة كذلك له حق في استرداد الثوب واسترجاعه .

وما يقال : (أن معنى الخيار على القول بتعلقه بالعين انما هو في العين المنتقلة اليه فيفوت الخيار بانتقالها لافي العين المنتقلة عنه) صرف مجازفة في الكلام ، وتفكيك بين الرد والاسترداد من غير دليل ، ودعوى من غير بينة ، فانه كما يقال : أن القدر المتيقن من ثبوت الخيار هو صورة امكان الرد فليس للمشتري المغبون خيار اذا أخرج المبيع عن ملكه أو تلف عنده كذلك يقال : ان القدر المتيقن من ثبوت الخيار للمشتري المغبون هو صورة امكان الرد والاسترداد معاً فليس له الخيار اذا أخرج الغابن عوض المبيع المنتقل اليه عن ملكه أو تلف عنده لعدم امكان استرداد المشتري ماله من الغابن حيثئذ لعدم بقاء العين .

ولو قيل أن الدليل عام وهو دليل نفي الضرر شامل لصورة تلف العين ،
فلسو قلنا بسقوط خيار المغبون بتصرف الغابن وبتلف المال عنده ليلزم الضرر
على المغبون ، ويقتضي نفي الضرر ثبوت الخيار .

نقول : مقتضى عموم عدم سقوط خيار المغبون بتصرفه المخرج قبل العلم
بالغبن ، فلو قلنا بسقوطه بتصرفه المخرج عن الملك لا يرتفع الضرر عنه من غير
فرق .

ولو قيل : أن الفارق هو عمل الاصحاب حيث أن دليل نفي الضرر من
العمومات الموهونة يحتاج العمل بعمومه الى الجبر وهو حاصل في صورة تصرف
الغابن دون صورة تصرف المغبون بالتصرف المخرج عن المغبون لذهابهم
— كلمة واحدة — الى بقاء الخيار في الاول دون الثاني .

نقول : لا يلزم في الخيار دليل نفي الضرر الى عمل جميع الاصحاب أو
مشهورهم بل يكفي في حصول انجباره الى عمل جمع ولو كان ثلاثة أو اثنين
من معظمهم وقد عرفت أنه حاصل في المقام أيضاً لكفاية عمل بعض المحققين
من مشائخ مشائخنا واطلاق كلام العلامة في «الارشاد» وتنظير الشهيد الاول في
«اللمعة» واستحسان الثاني في «الروضة» . فهذا يكشف عن عدم ورود التخصيص
في المقام لقاعدة نفي الضرر ، فلو كان له مخصصاً لعبروا به .

وكيف كان ، المقدار الثابت في رفع الوهن هو عدم مجيء المخصص
مع حصول العمل به في الجملة وهو حاصل فيكفي خصوصاً في مثل هذه المسألة
التي ليس لها عنوان في كتب من تقدم من المحقق «قده» ولم يتعرض له أحد من
المتقدمين فيما رأيناه .

هذا كله في تصرف المغبون، وأما تصرف الغابن فاما مغير للعين أم لا؟ وعلى
الثاني اما ناقل أو غير ناقل، وعلى الاول اما لازم أو غير لازم ، الى آخر الاقسام

التي يبلغ الى ثلاثمائة . فقد قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : وأما تصرف الغابن فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به . فان أراد منه التصرف الغير المخرج عن الملك، فيه : أنه لامعنى لدعوى أنه الظاهر بل هو قطع للاتفاق على عدم سقوط خيار المغبون حينئذ . وان أراد التصرف المخرج ، فيه : أن له وجهاً في سقوط الخيار وهو ما ذكره العلامة «قده» من أن امتناع رد العين يوجب سقوط خيار المغبون ، فهذا الوجه يجيء عند تصرف الغابن أيضاً ، وما ذكره صاحب «الجواهر» «قده» من الفرق عرفت الحال فيه .

وكيف كان، لو فسخ المغبون ووجد العين خارجة عن ملكه بالبيع أو العتق أو الوقف أو غيرها من النواقل اللازمة، ففي تسلط المغبون على ابطال العقد من حينه كالشفيع، أو من أصله كالمرتتهن أو يرجع الى البدل وجوه ، وذهب شيخنا في «الجواهر» الى الاول ولعله المختار ، والعلامة «قده» في «القواعد» الى الثاني، وشيخنا العلامة الانصاري «قده» الى الثالث. وجه الاول وجوه :

أحدها - ما ذكره صاحب «الجواهر» من تلقي المشتري الثاني الملك من المشتري الاول الذي هو الغابن ، فكما أن ملكه متزلزل كذلك ملك المشتري الثاني والا بأن كان لازماً لزم زيادة الفرع على الاصل. ثانيها - أن ملك المشتري الثاني معلول لملك الغابن ، فاذا زال ملك الغابن بالفسخ زال ملك المشتري من حينه أيضاً . ويستفاد ذلك من شيخنا العلامة في أحكام الخيار .

وثالثها - أنه مقتضى الجمع بين دليل نفي الضرر ودليل أدلة البيع من (أوفوا) وأمثاله، فيكون البيع صحيحاً بمقتضى أدلته، غاية الامر أن قاعدة لاضرر انما تؤثر حين الفسخ . وهذا الوجه هو المختار ، والا يمكن التنظير على الاوليين .

أما في الاول : بأن يقال : تلقي المشتري الثاني انما كان في زمان مشغول

بحق المغبون فاذا فسخ بطل من أصله كالرهن . أما في الثاني : أن تبعية الملك المشتري الثاني ومعلوليته انما هو مسلّم في الحدوث، وأما في البقاء فممنوع .
 ووجه الثاني : أن العقد الثاني انما وقع في مورد تعلق حق الغير فيه فيوجب تزلزله من رأس كما في الرهن ، فمقتضى فسخ ذي الحق البيع الاول تلقي الملك من المشتري الاول وبطلان العقد الثاني . وفيه : أن هذا يوجب تعطيل الاسباب فمجرد ثبوت الحق للمغبون لا يوجب بطلان سببية العقد الثاني الذي أوقعه الغابن والالزم التخصيص لعموم أوفوا وآية الحل . نعم من له الحق ان تشبث بحقه اما يوجب الفسخ من حين التشبث كما هو مقتضى الوجه الاول أو يوجب تعلق حقه الى البديل كما هو الوجه الثالث وأما بطلان عقد الغابن من رأسه فلاوجه له بعد شمول أدلة البيع .

ووجه الثالث : أن تصرف من عليه الخيار في زمان الخيار صحيح لازم كما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » وحوّل تفصيله في أحكام الخيار فحيث أوقع العقد من عليه الخيار ، أعني الغابن فيكون عقده مشمولاً للدالة الدالة على لزوم البيع وصحته فخرج عن ملكه خروجاً لازماً فيكون بمنزلة التلف ، لان التلف الشرعي كالتلف العقلي .

وقد يقال في وجهه بناءً على مذهب حدوث الخيار عند ظهور الغبن لو تصرف الغابن بالنقل واخراجه عن ملكه ، فقد وقع بيعه بيعاً تاماً في ملك ليس له حق الغير أصلاً ، فقد قوى هذا الوجه شيخنا العلامة في « المكاسب » فيتعلق حق المغبون حينئذ الى البديل .

فيه : أن ابتناء القول بالبديلية على حدوث الخيار عند ظهور العين حسن الا أنه خلاف مختاره « قده » وخلاف المشهور .

وأما ابتناؤه على صحة تصرف من عليه الخيار . فيه : أنه لو قلنا بالصحة لما

نقول باللزوم لتعلق حق المغبون عليه ، فجريان عموم أوفوا مبني على عدم تعلق حق الغير في العين ، والمفروض في المقام تعلق حق المغبون ولو بواسطة تعلق حقه على العقد أولاً ، بمعنى أنه حل العقد واسترد العين فكان العين مما تعلق عليها الحق فلا يجوز كونه لازماً لأن اللزوم يوجب سقوطه حقه كما هو واضح . نعم صحة عقده ولو متزلزلاً لا تنافي حقه كما هو المختار فيلزم بالصحة دون اللزوم فيثبت القول من حينه .

ولو قيل : أنه لما أوقع العقد فقد خرج عن ملك الغابن فيكون بمنزلة التلف لأن التلف الشرعي كالتلف العقلي .

نقول : ان هذه الامصادرة اذ الكلام في تلفه الشرعي فان التلف الشرعي لا يكون الاعلى تقدير لزوم عقد الغابن وهو أول الكلام لتعلق حق المغبون عليه . فاتضح لك أن الحق هو النول من حينه لانه مقتضى الجميع بين أدلة نفي الضرر وبين أدلة (أوفوا بالعقود) فان دليل نفي الضرر يقتضي وجوب مراعاة حق المغبون وهولا ينافي صحة البيع فيحكم بصحة البيع بمقتضى أدلة البيع ، فاذا تشبث المغبون بحقه ينفسخ العقد من حينه والقول بأن حقه متعلق بنفس العين فلا تجري أدلة البيع ممنوع لانه لم يدل دليل على عدم جواز تصرف من عليه الحق في العين المتعلقة بأمثال ذلك الحق كما هو الحال في صحة تصرف المولى في العبد الجاني وصحة استيلاده في الامة الجانية وصحة بيع العين المتعلقة فيها حق الشفيع ، فان تلك الحقوق لا تمنع عن التصرف ولم يكن تصرف من عليه الحق موقوفاً على اذن من له الحق .

نعم في العين المرهونة حيث تعلق حق الراهن لايجوز التصرف فيها لان النهي الوارد في أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف بخلاف أمثال تلك الحقوق كحق الخيار وغيره لفقدان النهي فيها ، فكل تصرف توقف من قبل الشارع على اذن من له الحق لايجوز لغيره التصرف كالمرتهن بخلاف صورة عدم المنع

وعدم التوقف في صحة أصل التصرف ، فانه اذا فسخ ينفسخ العقد من حينه لامن أصله فلاوجه للبطلان من رأسه حينئذ .

هذا كله فيما لو وجد المغبون تصرف الغابن بالتصرف المخرج . وأما لو وجده متصرفاً بالتصرف المانع عن الاسترداد كالاستيلاء فقد قال شيخنا العلامة الانصاري ، ويحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاء يعني انا ولو قلنا ان مثل البيع والعق ونحوهما لا يبطل بالفسخ يمكن ان نقول ببطلان الاستيلاء لتقدم سبب الخيار عليه فيعمل ما سبق من السببين .

فيه ، : أولاً - أن هذا الاحتمال انما يتمشى اذا جعلنا حق الخيار متعلقاً بالعين بأن يكون لذي الخيار في العين الخارجة حق الاسترداد ، ومعه فلا بد من القول ببطلان البيع والعق أيضاً وأما لو جعلناه متعلقاً بالعقد فكما أن لازمه نفوذ البيع والعق اذ ليس له الا فسخ العقد فان وجد العين أخذها والا انتقل الى البدل فكذلك بالنسبة الى الاستيلاء فلا فرق بين الاستيلاء والبيع في ذلك .

وثانياً - أن هذا مبني على أن يكون من قبيل تراحم الحقين كما يقال في كتاب الرهن في استيلاء الراهن الامة المرهونة فذهب جماعة الى عدم جواز بيعها لحق الاستيلاء ، والاخرى منهم المحقق في « الشرائع » الى جواز البيع لسبق حق المرتهن .

فيه : أن المسألتين من باب تعارض الأدلة فلا بد من اعمال قواعد التعارض . فنقول : أما في باب الرهن فيتعارض أدلة جواز بيع الرهن وأدلة أن أم الولد لاتباع ، فيهما عموم من وجه فيرجع الى عمومات لزوم البيع كـ (أوفوا بالعقود) و (أحل الله البيع) وأما في المقام فتقع المعارضة بين الأدلة الدالة على ثبوت الخيار للمغبون وجواز فسخه ورد العين وبين الأدلة الدالة على عدم بيع أم الولد

وعدم انتقالها عن ملك مولاها الا بنصيب ولدها فيرجع الى استصحاب ملك الغائب لام الولد فيمتنع عن ردها ، بل يرجع حق المغبون الى البديل .

الا أن يقال أن العمدية في دليل ثبوت الخيار للمغبون هو قاعدة نفي الضرر ومن المعلوم عندنا تحكيم قاعدة الضرر على سائر الادلة . فيوجب ذلك تقديم حق المغبون على الاستيلاء وكذلك الحال فيما تصرف الغائب بالوقف ، فمقتضى دليل نفي الضرر بطلان الوقف حين فسخ المغبون لان تعلق حقه على البديل وحرمانه عن العين ضرر على المغبون ، اذ تملك المغبون للبديل في ذمة الغائب في معرض تأخير حقه وتعطيله لاحتمال كون الغائب معسراً عن أداء ما في ذمته . فمقتضى الجمع بين الادلة هو القول بتزلزل الوقف وبطلانه من جعله كما ذكرنا وفاقاً لصاحب « الجواهر » في البيع .

وأما الكلام في عتق الغائب فالقول بصحته مبني على جواز التصرف في زمن الخيار . وأما القول في ابطاله من حين الفسخ والرجوع الى العين كما ذكرنا في البيع مبني على أن الايقاعات هل تتوقف على شيء أم لا ؟ فقال المحقق « قد » في « الشرائع » : في صحة عتق الراهن مع الاجازة تردد ، والوجه الجواز . وذكر في « المسالك » : أن منشأ التردد كون العتق ايقاعاً فلا يكون موقوفاً على الشرط لاعتبار التنجيز فيه ومن أن المانع هو حق المرتهن وقد زال باجازه وهو الاقوى .

وحاصله الفرق بين توقف الايقاع على الشرط وبين توقفه على رفع المانع وان الاجماع على بطلان التوقف في الايقاعات انما هو في الاول دون الثاني فيه مالا يخفى من تقييد معاقدهم . وقد ذكرنا تفصيل ذلك في باب الرهن فراجع فلانظيل بعوده .

ثم ان هنا اشكالا بناء على القول بعدم جواز التصرف في زمن الخيار في صحة

العتق ولو تعقبته الاجازة كذلك فى صحة عتق الراهن ولو تعقبته اجازة المرتن
لحرمة تصرف الراهن وكونه ممنوعاً منه ، فاذا فرضنا حرمة تصرف الراهن هناك
وحرمة تصرف من عليه الخيار أعني الغابن هنا فكيف أمكن صحة العتق لانه من
العبادات فيكون من قبيل اجتماع الامر والنهى الامرى .

هكذا استشكل شيخنا الاستاذ العلامة « دام مجده » ولكن يمكن دفعه والابعد
كون الاجتماع آمرياً . وثانياً بعدم صدق التصرف في مجرد ايقاع الصيغة . هنا فرع
وهو أنه قال شيخنا العلامة الانصاري لو اتفق عود الملك اليه - أي الى الغابن -
بفسخ في العقد الجائز أو : باقالة في العقد اللازم مثلاً أو بعقد جديد .

ولا يخفى أن هذا على القول بمختاره من القول بالبدل في بيع الغابن . وأما
على مختارنا من القول بالبطلان من حين الفسخ فلا وقع ولا وجه لهذا الفرع .
وكيف كان في رجوع المغبون في العين أو في بدلها فيما رجعت العين الى الغابن
بالفسخ احتمالات ، أحدها : رجوع المغبون الى العين مطلقاً ، وثانيها : رجوعه
الى البدل مطلقاً ، وثالثها : رجوعه الى العين قبل الحكم بالعوض مطلقاً ، وبعده
يرجع الى البدل مطلقاً . وسيتضح بيان محتملات الحكم في نقل كلام الشهيد في
« الروضة » . رابعها : رجوعه الى العين وان لم يأخذ البدل من الغابن وان أخذ البدل
يفسخه ثم عادت العين الى ملك الغابن ، فلا يرجع المغبون حينئذ الى العين لانه
تملك عوض العين . وخامسها : رجوع المغبون الى البدل ان كان المانع من
الرد عقداً ، أو الى العين ان كان المانع استيلاً . وسادسها : اذا كان فسخ
المغبون بعد رجوع العين الى ملك الغابن وبعد زوال المانع ، فيرجع المغبون
الى العين . وأما اذا فسخ المغبون قبل رجوعها وعودها الى ملك الغابن وقبل
زوال المانع . فيرجع الى البدل .

فقال شيخنا العلامة « قده » : حينئذ فالظاهر وجوب رد العين في الاول ووجوب
بدله في الثاني .

وقال شيخنا الشهيد «فده» في «الروضة»: ثم ان استمر المانع استمر السقوط وان زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت الى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال عدم بطلان حقه بالخروج ، فلا يعود ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه الى العين وجهان من بطلان حقه من العين وكون العوض للحيلولة وقد زالت . الخ .

والحكم بالعوض في كلامه محتمل أن يكون المراد منه حكم الشارع بالعوض أو حكم الحاكم كما احتمله البعض أو أن المراد منه الفسخ كما عبر كثير منهم في المقام كما في كتاب شيخنا العلامة «فده» وان كان ذلك قبل الفسخ . الخ . فالوجه هو ذلك ، لانه لا يربط لحكم الحاكم في المقام . وأما حكم الشارع بالعوض فانما هو سبب عن الفسخ ، فالعبرة حينئذ بالفسخ لا بالحكم وان كان حكم الشارع سبباً عن الفسخ فالاولى جعل العبرة بالفسخ . والشهيد « فده » جعل العبرة بالحكم بالعوض انما هو من جهة عدم مفارقه عن الفسخ فليس حينئذ الا المناقشة في سوء التعبير ، فعلى هذا تصير الاحتمالات خمسة ، لان مرجع الوجه الثالث الذي ذكره في «الروضة» الى الوجه الاخير الذي ذكره شيخنا في «المكاسب» . وجه الاحتمال الاول - أعني وجوب رد العين الى المغبون مطلقاً - هو أنه : يستحق العين بالفسخ ، لان مقتضى الفسخ عود ما وقع عليه العقد الى مالكه والانتقال الى البديل انما هو للحيلولة ، فما دامت العين باقية ، للمغبون حق الرجوع اليها سواء كان عودها الى ملك الغابن قبل فسخه أو بعده وسواء أخذ البديل أم لا وسواء كان المانع استيلاذاً أو غيره .

فيه : أنه بعد تصرف الغابن بالتصرف المخرج قد خرجت العين عن ملكه فاذا فسخ المغبون ووجد العين خارجة عن ملك الغابن كانت في حكم التلف ، فانقل حق المغبون الى البديل في ذمة الغابن .

ووجه الثاني : أن العين بمجرد تصرف الغابن كانت في حكم التلف فانقل

حق المغبون الى البدل في ذمة الغابن فبعد عودها الى ملك الغابن لادليل على عود استحقاق المغبون العين .

فيه : أنه حسن اذا لم تعد أصلاً وأما اذا عادت في ملك الغابن والحال أن المغبون لم يفسخ فبعد فسخه ووجد العين في ملك الغابن لاوجه لعدم استحقاقه العين .

ووجه الثالث : أعني ما كان عودها الى ملك الغابن قبل فسخ المغبون فيستحق العين كما عبر عنه شيخنا الانصاري بقوله : فالظاهر وجوب رد العين وعبر عنه في « الروضة » بقوله : قبل الحكم بالعوض ، فقوله : قبل الحكم بالعوض في « الروضة » لا معنى له ولا يتعقل الحكم بالعوض بعد الفسخ معنى يترتب عليه ما ذكره بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين أو البدل من المثل والقيمة ، فيرجع ما في « الروضة » الى ما ذكره شيخنا الانصاري من أن المدار على الفسخ ، فقال ما حاصله : فان كان العود قبله يستحق العين ، لان المغبون اذا فسخ وجد العين حينئذ باقية في ملك الغابن فيردها بالفسخ .

فيه : أنه من المحتمل انتقال حق المغبون الى البدل حين أخرج الغابن عن ملكه بالعقد ، فانه كان بمنزلة التلف ، فبعد رجوع العين الى الغابن لادليل لرجوع استحقاق المغبون عن ما في ذمة الغابن من البدل الى العين .

ثم قال : وان كان بعده فالظاهر عدم وجوب رده لعدم الدليل بعد تملك البدل . فيه : أنه اذا فسخ المغبون والحال أن العين ليست بموجودة عند الغابن ، تملك البدل في ذمة الغابن مسلم لا ريب فيه ولكن دفع الغابن ما في ذمته من البدل واجب مع مراعاته الاقرب فالاقرب لقاعدة وجوب مراعاة الاقرب في الضمانات كما هي مسلمة عندهم ، فحيث عاد الملك أو زال المانع ولو بعد فسخ المغبون وتعلق حقه الى البدل يجب على الغابن دفع نفس العين للاقرب ، حتى

نسب الى ظاهر الفقهاء أنهم قالوا في العين المغصوبة اذا تلفت اشغلت ذمة الغاصب الى البديل قطعاً فيجب عليه أداء بدلها ولكن اذا فرض تلبس المعدوم بالتلف بلباس الوجود من باب الاعجاز يجب على المغصوب دفع تلك العين ما لم يدفع مثلها أو قيمتها ، فاذا أراد أن يدفع ما في ذمته يجب دفعه مراعاة للاقربية فالقول بوجوب ردّ العين هنا ولو كان عودها بعد الفسخ بطريق أولى .

ومما ذكرنا ظهر لك أن أحسن الوجوه هو الوجه الرابع من أن المداري في استحقاق العين وعدمه هو الأخذ بعوضها فان فسخ المغبون فما لم يأخذ حقه من المثل والقيمة من الغابن يستحق العين سواء كان عودها أو رفع المانع عنها قبل الفسخ أو بعده ، فاذا كان العود وارتفاع المانع قبل الفسخ أو بعده وقبل أخذ عوضها استرد المغبون العين ، وأما اذا كان بعد الفسخ وأخذ البديل فلا ريب في براءة ذمة الغابن حينئذ بسبب رضا المغبون بأخذ العوض والبديل . فلو عادت الى ملك الغابن بعد ذلك فلا وجه لرجوع حق المغبون الى العين لحصول البرائة وتسليم الحق . فكيف كان قد ذهب الى هذا بعض المشائخ في حاشية «الروضة» .

وأما الوجه الخامس لعلمه مختار صاحب «الجواهر» فانه لمكان العقد بكون العين بمنزلة التلف فلا دليل على استحقاق المغبون لها بعودها بخلاف صورة الاستيلاء فان العين باقية في ملك الغابن ، فاذا فسخ المغبون تنتقل العين اليه متزلزلة ومراعى من دون جواز التصرف فيه ، فان مات الولد يكون ملكاً له وان بقي فينعتق من ملك مولاه فيكون في معرض الزوال وأخذ البديل مع ذلك للحيلولة لانه المغبون . فحيث ارتفع المانع يستحق العين سواء كان رفعه بعد الفسخ أو قبله وما ذكرنا من اعتبار أخذ العوض والبديل من التفصيل يجري هنا - أي في الاستيلاء - أيضاً بأن يقال : ان لم يأخذ عوض العين فيردها والا - أي وان أخذ عوض الامه وقيمتها - فلا يرد العين الا أن يقال : أن أخذ البديل في صورة الاستيلاء انما هو من باب

بدل الحيلولة بأن يملك المغبون مع حجر التصرف فيها مراعى على دون ولدها
كما كان عند الغابن .

بعبارة أخرى : أن عين الامة المستولدة ملك المغبون ملكاً مسلوب الانتفاع
كالمال الملقى في البحر فان أخذ من البحر ينفع والا يبقى على الملكية المحضه
فكذلك في المستولدة فانها بمجرد فسخ المغبون تصير ملكاً له على سبيل التزلزل
من غير جواز للتصرف فيها بل ممنوع عنها التصرف لحق الاستيلاء ولكن هذا
النحو من الملك حيث لا يمنع حق الاستيلاء بل يجتمع معه ولهذا يمكن أن يقال
بملكية المغبون وأخذه البديل انما هو بدل الحيلولة كما هو الظاهر .

هذا كله اذا كان العود بالفسخ واما اذا كان بعقد جديد ، قال شيخنا العلامة
الانصاري « قده » فالاقوى عدم وجود الرد مطلقاً لانه ملك جديد يلقاه من مالكة
وفاقاً لما قواه في « الجواهر » لان فسخ الخيار انما يقتضي ابطال ملكه لها بذلك
السبب لامطلقاً . وحاصل الفرق بين العقد الجديد وبين الفسخ أو الاقالة : أن اطلاق
أدلة الخيار الفاضية بالرجوع الى العين هو كونها باقية على الملكية الاولى السابقة
ولما كان الفسخ والاقالة لا ينافيان ذلك ، لانهما - كما هو الظاهر - ليسا من
أسباب التملك وانما هما يزيلان العقد فتعود الملكية السابقة ، فيرجع المغبون
الى عين ملكه الذي انتقل الى الغابن الذي نقل عن ملكه لمكان عود تلك الملكية
بالفسخ ، وأما في مثل العقد الجديد كابتياغ الغابن ثانياً ، أو تملكه بالارث ، فلا
شك أن التملك الحاصل بسببها تملك جديد لا ربط له بما كان من التملك سابقاً .
وان شئت فقل : أن العرف يفرق بين الملكية السابقة وبين الملكية الجديدة
المتلقاة من مالكة بعقد جديد أو بارث ، بخلاف صورة الفسخ والاقالة ، فان الملكية
حيث نفس الملكية السابقة عند العرف ، فاذا فسخ المغبون على الاول وجد العين وملكيته
غير موجودة عند الغابن لان هذه الملكية غير الملكية السابقة وأما على الثاني : استرجع

لكونها نفس السابق .

هذا غاية توجيهاه ويمكن أن يقال في المقام كما ذهب اليه مشائخنا الاعلام «قده» ولكن يرد عليه :

أولاً: منع تعدد الملكية عند العرف ، فان الملكية عبارة عن اختصاص العين لصاحبها، وهو واحد في المقامين .

وثانياً : لو أغمضنا عن ذلك . فلا يوجب ذلك التعدد تفاوتاً في العين ، وتعدد ما فانها أمر واحد قطعاً وانما تعلق حق المغبون على العين التي وقع العقد عليها .

وثالثاً : لو أغمضنا عن ذلك كله فنقول كشفاً للظلام ورفعاً للحجاب ان غاية الامر أن المغبون اذا فسخ فقد ملك البدل في ذمة الغابن ، فيجب عليه أداء ما في ذمته مثلياً أو قيمياً في المثليات أو القيميات مراعاة للاقربية في ذلك ، ولا شك في أن العين وان تلقى ملكيتها بالملك الجديد من مال كها أقرب الى ما أخذ الغابن من المغبون و الصيرورة الى غير العين بمثلها أو قيمتها انما هو من جهة عدم امكان رد العين، فحيث أمكن ردها فيجب ردها لا غير كما هو الحال في جميع باب الضمانات فان مقتضى قوله : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وجوب رد ما أخذت بجميع جهاته لهذا صاروا الى وجوب رد المثل في المتلي والقيمة في القيمي .

فان للعين جهتين جهة مالية وجهة ملكية واختصاصية . فاذا تعذر رد الجهة الاختصاصية تعيّن رد الجهة المالية ، ولذا نسبنا اليهم في المال المضمون كالغصب وغيره اذا تلف بالكلية وانعدم بالمرّة انتقل ذمة الغاصب الى بدله ، ومع ذلك لو تلبس بلباس الوجود من باب الاعجاز يجب رده بنفسه لا بمثله ولا بقيمته والدليل على ذلك هو الدليل الذي يوجب صيرورة ضمان المثل في المثليات والقيمي في القيميات لكونهما أقرب اليهما ، كما هو مستفاد من قوله : على اليد ، و غيره . وظهر لك أن المختار في جميع المقامات المذكورة وجوب رد العين ما لم يقبض

المغبون بدله سواء كان عود الملك الى الغابن ورفع المانع عن الاسترداد قبل فسخ المغبون أو بعده وسواء كان بعقد جديد أو بفسخ أو بإقالة . وأما اذا قبض المغبون ما في ذمة الغابن من البديل فقد سقط حتمه وبرأ ذمة الغابن فيصير ذلك كالمعاوضة المستقلة التي حصلت بالمرضاة .

ومن ذلك اتضح أن يقال : أن المختار وجوب رد العين عند خروجها عن ملك الغابن بالعقد الجائز كالبيع الخياري والهبة، فيجب على الغابن ابطال العقد الجائز الناقل وفاقاً لما في « المسالك » خلافاً لما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » حيث قال بعدم وجوب ابطاله على الغابن ، لان المغبون اذا فسخ فلا يخلو : اما أن تدخل العين في ملكه أو في بدلهاء ، فعلى الاول : لاحاجة الى الفسخ والابطال ، وعلى الثاني : لالوجه للعدول مما استحققه بالفسخ الى غيره .

فيه : أنا نختار الشق الثاني ، أعني كون المغبون مالكاً لما تبدل في ذمة الغابن الا أنه حيث يجب على الغابن براءة ذمته من بدل العين فلا بد أن يلاحظ الاقرب فالاقرب وحيث كان العقد الناقل جائزاً يجوز للغابن فسخه يتمكن من أداء ما في ذمته بنفس العين ، فلا يجوز العدول عنها الى غيرها الا في صورة التعذر ، فان فسخ الغابن فيها ، والافسخه الحاكم لانه ولي الممتنع حيث أن الفسخ ورد العين واجب عليه فامتنع وأما فسخ المغبون مطلقاً أو عند تعذر الحاكم موقوف على ثبوت الولاية له ، وهو مشكل .

هذا كله في تصرف الغابن تصرفاً مخرجاً عن الملك أو مانعاً عن الرد ، وأما تصرفه تصرفاً مغيراً للعين فلا يخلو اما أن يكون بالزيادة أو بالتقصية أو بالامتزاج ، فهنا مسائل :

الاولى : فيما لو تصرف الغابن بالتصرف المغير الموجب للزيادة فهي اما أن تكون صفة محضة كقصارة الثوب و تعليم صناعة للعبد و أمثال ذلك ، أو

عيناً محضّة كالغرس و الزرع ، أو المشوب كالصبغ ، فلا بد من تنقيح أحكام الصور .

أمافما كانت الزيادة صفة محضّة بحيث لا تكون منفصلة عنه بل عمل فيها عملاً صارت قيمة العين زائدة عما كانت أولاً ، فلا ريب في أن المغبون يفسخ العقد ويرد العين ، بل لأجرة للمشتري في مقابل عمله ، لانه عمل عملاً في ملكه من دون استحقاقه لاخذ ولا شركة أيضاً ، وان كانت الصفة غير موجبة لزيادة قيمة العين ، فعدم استحقاق الاجرة و عدم الشركة بطريق أولى ، لكن في « المسالك » في استحقاق المشتري اجرة عمله وجهه ، بل في « الروضة » جزم به بل قال فيها : وان زادت قيمة العين شاركه في الزيادة بنسبة التيمة .

وفيه : أن العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً وزيادة القيمة انما كانت بصفة راجعة الى المال نفسه من دون الانفصال وان كانت بعمله فلا يستحق بها الشركة . فمن الغريب جزمه بالشركة خصوصاً بعد رجوعه بأجرة العمل ، على ما هو المنساق من ظاهر كلامه .

وقد فصل شيخنا العلامة الانصاري « قده » فيما كانت الصفة المحضّة موجبة لزيادة التيمة ، فقال « قده » : الظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوم العين معها ولا معها ويؤخذ النسبة ، ولو لم يكن لها مدخل فالظاهر عدم شيء لمحدثها ، لانه انما عمل فيما له ، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين .

فيه : أن زيادة التيمة وان كانت بعمل الغابن الا أنه لما كان غير مغرور في عمله وغير مضمون على غيره فيصير حال الغابن في عمله كالغاصب فيما لو أحدث صفة محضّة لوجب زيادة قيمة العين ، وقد أجمعوا على عدم الشركة ، والفرق بين الغاصب وبين الغابن من هذه الجهة غير سديد ، فالأقوى عدم استحقاق الاجرة

في الصورتين وعدم حصول الشركة وفاقاً لشيخنا « قده » في « الجواهر » خلافاً لشيخنا « قده » في « المكاسب » والشهيد في « المسالك » و « الروضة » ، وغيرهما من مشائخنا .

ولعل نظرهم في ثبوت الشركة أن عمله محترم ، فلو أخذ المغبون العين بلا حصول الشركة بنسبة الزيادة لزم الضرر على الغابن وهو منفي . فيدل نفي الضرر على الشركة لئلا يلزم الضرر على الغابن .

فيه : ما لا يخفى كما عرفت من أن العمل الواقع في ملكه لا يستحق به شيئاً . وأما لو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس والزرع وأمثال ذلك مما تغيرت العين المنتقلة الى الغابن بالزيادات العينية ، ففيه وجوه بل أقوال تبلغ الى ستة : أحدها - ماعن « الروضة » بعد فسخ المغبون وأخذه المبيع تخيير بين قلع الغرس وبين إبقائه على أرضه وأخذ أجرته من الغابن .

وثانيها - ماحكي عن الفاضل في « حاشية اللمعة » : أن الخيار للغابن ، فإن اختار القلع فله مع طم الحفرة عليه ، وإن اختار الإبقاء لزم على المغبون القبول مع الاجرة .

وثالثها - تسلط المغبون على القلع من غير أرش ومن دون تسلطه على الإبقاء ، على ما اختاره العلامة « قده » في « المختلف » في الشفعة .

ورابعها - تسلطه على القلع مع الارش ، كما اختاره في « المسالك » وقيل به في الشفعة وحكى الاجماع به في العارية .

وخامسها - عدم تسلط المغبون على القلع مطلقاً على ماحكي عن المشهور فيما إذا رجع البائع الارض المغروسة بعد تفليس المشتري .

نعم له أخذ الاجرة على الارض .

وسادسها - ما اختاره شيخنا العلامة الانصاري « قده » ولعله المختار المحقق

وان كان يتداخل في بعض تلك الوجوه المذكورة ، وهو أن يقال : ان كلا من مالك الارض ومالك الغرس يتسلط على قلعه لان كلا منهما يملك ماله ولا يشترط حق له على الآخر ولا عليه له فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه ، فان أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش الطموان أراد مالك الارض تخليصها فعليه أرش الغرس . فتوضيح الحال في تحقيق المقال يتوقف على التكلم في مقامات ثلاثة :

الاول : هل للمغبون سلطنة على قلع الغرس أم لا ؟ ، الثاني : هل يجب عليه أرش مع ذلك أم لا يتعلق الارش اذا قلع ؟ .

الثالث : هل يجب عليه أخذ الاجرة من الغابن لو اختار البقاء أم لا ؟ فيتضح تنقيح الكلام في تلك المقامات صحة أحد الوجوه وأحقية قول من تلك الاقوال .

أما المقام الاول : فنقول : لا ريب أن بناء الغرس والزرع وأمثال ذلك من انتفاعات الارض الآن الزرع لما كان له أمد مخصوص والغرس ليس له أمد فتكون تبعية الزرع وانتفائه مؤقتاً بتلك الامد . وأما الغرس فليس له أمد ، بل هو لو خلي وطبعه مبني على الدوام والبقاء ، فاذا كانت الارض سالمة عن مزاحمة الحقوق ، فلو غرس فيها غرساً لكان ذلك مبنياً على الدوام قطعاً من غير اشكال كما في أملاك الملاكين السالمين عن الحقوق ، بمعنى كان الملك طلقاً لصاحبه فاذا غرس ذلك المالك أشجاراً ثم باع الارض من دون اغراسها فلا يجوز للمشتري قلع تلك الاغراس التي حين غرسها مبني على الدوام ويستحق للبقاء أيضاً ، لان الارض انما اشترت مشغولة على تلك الاشجار ، فلا يكون للمشتري سلطنة على قلعها قطعاً حينئذ .

ومن هذا القبيل الارض المغروسة بعد تفليس المشتري فلا يجوز للبائع قلع تلك الاغراس التي غرسها المشتري المفلس ، لانه حين غرسها ليست الارض متعلقة لحق البائع لعدم تفليس المشتري وكذلك في الارض الموهوبة لو قلنا

برجوع الواهب بعد غرس المتهب فيها أغراساً .

وأما اذا كانت الارض مشغولة لحق الغير فالغرس فيها مع اشتغالها في حق لم يكن مبنياً على الدوام كما اذا غرس فيهما مع تعلق الشفيع والمرتهن والمغبون ، فحينئذ فلذلي الحق سلطنة على قلع الغرس لسبق حقه ، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام . ففي المقام للمغبون سلطنة على القلع كالشفيع .

فان قلت : لو كان للمغبون والشفيع سلطنة على القلع فقلعاً للزم الضرر على الغابن وعلى المشتري في الشفعة .

قلت : بقاء الغرس في أرض المغبون والشفيع ضرر عليهما أيضاً فيتعارض الضرران والمرجع قاعدة : الناس مسلطون على أموالهم . فهي تقتضي جواز ازالة الغرس عن ملكهما ، والحاصل : أنه لما كان الغرس غير مستحق للدوام والبقاء لتعلق حق الغير على الارض فيجوز لمن له حق فيها بعد التثبيت بحقه وأخذه الارض ازالة الغرس . فتلخص في ذلك المقام ثبوت السلطنة في ازالة الغرس وقلعه للمغبون كما ذكروا في الشفيع .

أما المقام الثاني : فهل يجب على المغبون أرض الغرس أي التفاوت بين كونه منصوباً وبين كونه مقلوعاً على ماسياتي بيان كيفية الارش أم لا ؟ والغرض هنا بيان وجوب أصل الارش على المغبون ، فظاهر المشهور ممن تعرض للمسألة وجوب اعطاء الارش على المغبون لصاحب الغرس تداركاً لضرره حيث قلنا بجواز قلعه للمغبون كما علل في « الجواهر » أنه مقتضى الجمع بين الحقين وقد خالف في ذلك فخر المحققين حيث ذهب الى عدم الارش لان بناء الغرس ووضعه وان كان بحق الا أنه كما عرفت في المقام الاول ليس مستحقاً للدوام والبقاء كما حكموا لسلطنة المغبون على ازالته ، فحيث يجوز ازالة الغرس على المغبون والشفيع لسبق حتهما وعدم ثبوت حق للغارس في البقاء والدوام فلا وجه حينئذ

لثبوت الارش على صاحب الارض ولادليل عليه فيشكل حينئذ قول المشهور حيث ذهبوا الى ثبوت الارش .

والتعليل بأنه جمع بين الحقين وأن القلع ضرر على الغارس كما أن البقاء ضرر على صاحب الارض فمقتضى الجمع بينهما سلطنة على القلع مع الارش عليل . اذ القول بقلع الغرس وجواز ازالته انما هو من جهة استلزام بقاءه الضرر على صاحب الارض فلو قيل حينئذ بلزوم الارش على صاحب الارض في صورة قلعه يلزم الفرار عن الضرر الى الضرر بل القاعدة المقررة مذكرونا من أن البقاء ضرر على المغبون والقلع ضرر على الغابن فيتعارضان فيرجع الى قاعدة السلطنة فمقتضى تلك القاعدة سلطنة صاحب الارض على جواز تصرفه في أرضه كيف يشاء وان استلزم ضرراً على صاحب الغرس .

فان قلت : أنه اذا استلزم اجراء تلك القاعدة الضرر على الغير يسقط عن الاعتبار، لان قاعدة السلطنة لا تجري اذا كانت مستلزمة للضرر لحكومة قاعدة نفي الضرر على سائر الاحكام كما قرر شيخنا العلامة « قده » في رسالته .

قلت : هذا الضرر لا حكومة له لما قلنا أنه معارض بالضرر اللازم على المغبون في صورة بقاء الغرس في أرضه فعند تعارضها تصير قاعدة السلطنة سليمة من غير جريان قاعدة الضرر حينئذ ، فعلى هذا ما ذهب اليه الفخر من عدم الارش يكون وجيهاً الآن يوجه كلام المشهور فنقول : دليلاً لما ذهب اليه وان لم ينصوا بذلك الدليل وهو أن يقال : أن مقتضى قاعدة من أتلف مال الغير - انتهى ... وجوب الارش على المغبون اذ غاية الامر مما ذكرنا لهم هو الرجوع الى قاعدة السلطنة بعد تعارض الضررين ، فهي - أي قاعدة السلطنة - انما تثبت جواز ازالة الغرس ، وأما مع وجوب الضمان والارش وعدمه ساكتة عن ذلك فلا ينافي لجواز القلع مع الارش بحكم قاعدة الاتلاف بل تلك القاعدة حاكمة على قاعدة السلطنة.

فان قلت : اذا كانت ازالة الغرس جائزة قدأذن الشارع بها فما معنى لجريان قاعدة الاتلاف وضمانه لان الضمان منفي باذن الشارع ؟

قلت : اذن الشارع انما يقتضي عدم حرمة الاتلاف وجواز ازالة ملك الغير عن ملكه ، وأما سببية الاتلاف للضمان فلا تنفيه كما هو الحال في موارد الاكل في المخمصة وغيرها مما كانت السلطنة مستلزمة لاتلاف مال الغير هذا في ثبوت الارش .

و أما المقام الثالث : أعني أخذ الاجرة من الغابن و استحقاق على ذلك ، ففيه وجوه بل أقوال ثلاثة :

أحدها : ما عن « الروضة » في التخيير بينه و بين القلع مع الارش ، فمعناه أن المغبون مخير بينهما ، فلو أراد البقاء مع أخذه الاجرة من الغابن ، له ذلك وان أراد الغابن قلعه . وهو مما لا دليل عليه ، بل مقتضى كون الغرس ملكاً للغابن : جواز تخليصه من مال صاحبه ، غاية الامر يلزم طم الحفرة عليه . وأما ابقائه رغماً لانف الغابن ، فلا تقتضيه القواعد .

وثانيها : ما عن بعض المشائخ في حاشية « الروضة » : أن الاختيار مع الغابن ، فلو أراد ابقاء الغرس مع اعطاء الاجرة على صاحب الارض رغماً لانف المغبون ، له ذلك . وهذا القول يتم بمقدمتين :

احدهما : ان الغرس بمنزلة الاسباب الشرعية كالبيع و الصلح .

وثانيتهما : استحقاق المغبون على البذل ، بمعنى أنه ليس للمغبون الفسخ من حينه أو من أصله حتى يفسخ أصل العقد ، فتكون الارض سالمة له ، ثم يقلع ، بل انما يوجب فسخه استحقاق البذل فيما تصرف الغابن وحيث كان تصرف الغابن في منافع الارض بالغرس ، فلو فسخ المغبون أخذ الارض لعدم نقله لامن جهة منافعها ، فان المنافع قد استوفها الغابن ، فيلزمه البذل وهو أخذ الاجرة اذ بدل

منفعة الارض ليس الا بالاجرة .

وفيه : أن كلنا المتقدمين ممنوعة :

أما الاولى : فلمنع كون الغرس الذي هو فعل الغابن من الاسباب الشرعية.

وأما الثانية : فلما عرفت أن المختار هو القول بالفسخ من حينه لا القول

باستحقاق البدل .

وأما المنافع المستوفاة ، و ان كانت للغابن الا أن استحقاق الغرس للدوام

والبقاء ليس من المنافع المستوفاة بل هذا مثل اجارة الارض و تمليك منافعها

مدة طويلة بحيث يمنع عن حق المغبون ، فهذا في محل المنع كما ستعرف .

وثالثها : ما هو المختار من أن لكل منهما القلع ، فلو أبقى المغبون الغرس

على حاله لا يستحق الاجرة من الغابن . نعم لورضي الغابن ببقائه مع الاجرة فهو

معاملة جديدة تحصل من مرضاة جديدة .

هذا كله في جواز ازالة القلع للمغبون . ثم حيث قلنا بذلك فهل ذلك بالمباشرة

بأن لم يستأذن في قلع الغرس من الغابن أم ليس له المباشرة فيه ، بل له المطالبة

من الغابن بالقلع ؟ وجوه ثلاثة :

قول : له المطالبة وان قلع فيها والاباشر بنفسه .

قول أووجه : ان لم يباشر المالك بعد المطالبة يرجع الى الحاكم .

وقول : باشر بنفسه من دون الاستئذان و المطالبة ، كما ذكروا تلك الوجوه

فيما لودخلت أغصان شجرة الدار الى ملكه . فلا بد في تحقيق المقام من صرف

الكلام الى قطع الاغصان .

فنقول : يقع الكلام تارة في وجوب القطع على مالكةا ، وأخرى في جواز

مباشرة صاحب الارض في قطع أغصان الجار . ثم لا يخفى ، ليس للاغصان خصوصية

بل عروق الاشجار وجدران الجار وحائطه مثل الاغصان ، كما اذا مال جدرانها

الى ملك الاخر أو يخاف عليه من جهة خرابه وأمثال ذلك .

أما وجوب الازالة على الجار لو طالبه صاحب الهواء فقد قطع به في «الشرائع»
و «جامع المقاصد» في كتاب الصلح . والظاهر هو المشهور من المتعرضين
لذلك المسألة ، وقد خالف في ذلك العلامة « قده » في « التذكرة » حيث قال :
ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالته و أن جاز لمالك الارض لانه من غير
فعله ويلزمه عدم الاجبار عليه . وجعل مخالفته مخالفاً للقواعد في « الجواهر » في
كتاب الصلح ، ولكن مال اليه في كتاب العارية ، للشك في وجوب التخليص
عليه بعد أن لم يكن الشغل منه للاصل وكونه مالكاً للاغصان لا يقتضي بذلك .
وحاصل دليل القول بعدم الوجوب ان تجاوزت الاغصان أو تجاوزت عروق
الاشجار الى ملك الجار ليس مستنداً الى فعل صاحبه . والاصل عدم الوجوب ،
فهو كالحبة التي حملتها الرياح أو السيول الى ملك انسان فنبتت فيه ، كما جعل
المحقق في العارية اتحاد حكم المسألتين ، ومن ذلك يظهر لك اختلاف فتوى
المحقق في كتاب الصلح والعارية .

وقال في « المسالك » : في وجوب الازالة وجهان ، حكى عن « التذكرة »
القطع بعدم الوجوب فنسقط مؤنة القطع وأجرته عن المالك حينئذ .
وكيف كان مستند المشهور يمكن أن يقال لوجهين :
أحدهما : أن بقاء ملك صاحب الاغصان والحبة التي نبتت في ملك الغير ظلم
وعدوان على الجار وصاحب الارض . فيجب عليه رفع ظلمه وعدوانه .
فيه : ان تجاوز الاغصان ليس من فعله وكذلك بقائها .
فلوقيل : ان رفعها مقدور على صاحب الاغصان فحيث لم يرفع يكون الابقاء
حينئذ مستنداً اليه .

قلت : في رفع الاغصان كان الاجنبي وصاحب الارض و صاحب الاغصان
على السواء ، فكما أنه مقدور على صاحبها كذلك مقدور على صاحب الهواء
والارض .

فان قلت: ان في رفع صاحب الهواء أغصان جاره من غير اذنه يلزم التصرف في ملك الغير فهو محجور شرعاً ، والحجر الشرعي كالعقلي .
قلت : انا نفرض الكلام في صورة عدم حجر صاحب الاغصان عن ذلك وحيث لم يكن مانعاً عن قطع الجار تلك الاغصان الخارجة الى ملكه فلا يكون حينئذ ابقائها مستنداً الى صاحبها ، فلا يتحقق الظلم والعدوان ، فلم يكن واجباً ازالتها لعدم مساعدة الدليل على ذلك .

وثانيهما : أن بقاء الاغصان في هواء الجار ضرر عليه ودفع الضرر واجب كفاية ، كما في المال المطروح في الطريق حيث يلزم من بقاءه في الطريق الضرر فيجب على عامة المكلفين كفاية حفظه ، ففي المقام حيث يتوقف ذلك الوجوب على التصرف في مال صاحب الاغصان فهو - أعني التصرف - حرام على غير مالكيها فتعيّن وجوب قطع الاغصان على صاحبها لعدم توقف ذلك الوجوب على مقدمة محرمة .

وفيه : أن مثل هذا الضرر الذي ليس مستنداً بفعل أحد وجوب دفعه غير معلوم ، ولو كان واجباً فانما يجب على صاحب الارض والهواء لا على غيره .
وانما يجب دفع الضرر عن مال الغير وحفظه اذا كان ذلك الغير غائباً ، أو حاضراً صغيراً غير متمكن كما في مثل المال المطروح في الطريق فانه اذا كان صاحبه حاضراً وقد طرح ماله في الطريق باختيار ليس لاحد وجوب حفظه كما هو واضح .
وكيف كان مع عدم ردع صاحب الاغصان وعدم ممانعته عن قطعها يصير حال صاحب الهواء كحاله ، واختصاص وجوبه على صاحب الاغصان غير معلوم كما في «التذكرة» . نعم لو امتنع يحرم عليه ذلك ، فيسقط اذنه في قطعها كما ستسمع .

هذا كله في وجوب قطعها لصاحبها ، أما جواز مباشرة صاحب الهواء في

قطع أغصان جاره ، فهل له ذلك أم يتوقف على الاستئذان من مالك الأغصان وامتناعه؟ فيه وجوه بل أقوال :

أما أصل جواز الازالة فقد عرفت من مسألتنا هذه لاشكال فيه لعدم حق في اشتغال هواء الارض الى تخومه لاغصان أشجار جاره أو لعروقها فيكون شغلها في ملكه بغير حق فله تفريغ ملكه منها، كما لو دخلت بهيمة في داره ، ولم يقل أيضاً أحد بارجاعه الى الحاكم ، لان ازالة العدوان عن ماله أمر جائز مع التمكن .

وأما في ارجاعه الى المالك فيه أقوال :

أحدها : ظاهر المشهور الاستئذان من المالك وارجاع الامر اليه أولاً، فان قطع بنفسه فيها والا قطعها من حد ملكها ، كما يظهر ذلك من «الشرائع» و«التذكرة» حيث عقب قطعها على قطع صاحب الأغصان ، كذلك في «الدروس» أنه يأمر صاحبها بقطعها فان امتنع قطعها هو أي مالك الهواء .

وثانيها : اطلاق المحكي عن «التحرير» أن للمالك الازالة من دون استئذان من المالك كما لو دخلت بهيمة الى داره وزرعه ، واستظهره في «جامع المقاصد». وثالثها : التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الاذن منه أو من الحاكم وعدمه ، فلا يحتاج الى الاذن في الاول دون الثاني ، مراعاة للجمع بين القواعد جميعها ، وقد قواه في «الجواهر» .

وجه المشهور واضح ، لان صاحب الهواء لا يريد الادفع الضرر ورفع الظلم عن نفسه ، فهو قد يحصل بأمره على مالك الأغصان من دون لزوم قبح التصرف في ماله . نعم لو امتنع ، له ذلك .

وأما ما ذهب اليه في «التحرير» و«جامع المقاصد» فوجهين :

أحدهما : أن ازالة العدوان عليه أمر ثابت له فله ذلك من دون المراجعة الى مالكها وتوقفه على اذنه ضرر عليه .

وثانيها : أنه لو كان يجب عليه الاستئذان لكان اللازم الاستئذان من الحاكم اذا امتنع . والتالي باطل في المقام لانه لم يقل به أحد فكذلك الاول . ووجه التفصيل هو الجمع بين عدم لزوم الضرر على صاحب الهواء وازالة العدوان عن نفسه وبين قاعدة قبح التصرف في مال الغير .

ولكن التحقيق أن يقال : أن صاحب الاغصان والاشجار وأمثاله من صاحب البهيمة وغيرها لا يخلو اما أن يكون حاضراً غير ممتنع ، أو حاضراً ممتنع ، أو غائباً .

فعلى الاول ليس لصاحب الهواء والدار المباشرة في قلع الاغصان من دون الاستئذان ، لانه ليس له التصرف في مال الغير ، فرفع الظلم عن نفسه يحصل بارجاعه الى المالك ، والمفروض أنه مقدم لرفع الضرر وقطع الاغصان .

هكذا قال شيخنا الاستاذ «دام ظله» من غير تفصيل في هذا القسم .

أقول : هذا على اطلاقه كما ترى ، لانه لو كان قطع الاغصان واخراج البهيمة مثلاً مستلزماً لدخول صاحبها الى ملك الجار وداره ، فللجار حيثنذ المنع في دخول مالك الاغصان والدابة لبيته لاغراض عقلائية ، كما أنه يخاف من اطلاعه على خلوات بيته مثلاً . أو تشاحا ، فحيثنذ يحرم تصرف مالك الاغصان ودخوله في بيت جاره ولو كان ذلك من جهة مقدميته الى قطع الاغصان ، كما أنه يحرم قطع الاغصان لمالك الهواء بنفسه .

ولو كان ذلك من جهة مقدمته لرفع الظلم والعدوان عنه ، لانه كان رفع الظلم من غير تلك المقدمة المحرمة ، فتعارض قاعدة قبح التصرف في مال الغير من الجانبين فيرجع الى أصل الاباحة أي اباحة الدخول في ملك الجار لقطع الاغصان واباحة قطع الاغصان للجار من دون الارجاع الى صاحب الاغصان وادخاله الى داره ، فهذا يكفي في جواز المباشرة واثباتها . فتدبر .

وأما على الثاني : - أعني ما كان صاحب الاغصان ممتنعاً - فحينئذ يكون بقاء الاغصان ضرراً على الجار كما أن قطعها ضرر على صاحبها فيتعارض الضرران ، والمرجع قاعدة قبح التصرف في مال الغير لو كان . لكنه أيضاً متعارض من الطرفين بقاعدة السلطنة فان مقتضى سلطنة الجار في هواه وأرضه قطعها ، ومقتضى سلطنة صاحب الاغصان عدم قطعها ، فيرجع حينئذ الى أصالة الاباحة ، فيكفي حينئذ في اثبات مباشرة الجار بنفسه في قطع الاغصان ، كما هو صريح المحقق والكركي . وأما على الثالث فيرجع الى الحاكم لو لم يكن لصاحب الجار ولاية في قطع الاغصان ، لكن الظاهر ثبوت ولايته لدفع الظلم والعدوان عن نفسه من دون استرجاعه الى الحاكم .

ومن ذلك يظهر لك أن في الصورة الثانية - أعني ما كان صاحب الاغصان ممتنعاً - حيث قلنا باباحة القطع ، وجواز المباشرة للجار انما يكون ذلك من دون توقفه على الحاكم وان كان ربما يترآى في بادي النظر الرجوع اليه لانه ولي الممتنع ، لكن المقرر أنه ولي حيث لاولي .

ففي المقام ولاية لصاحب الارض في رفع الظلم عن نفسه كالمديون ، فانه اذا يريد أداء دينه ، فلو امتنع الدائن عن قبوله وأخذ لايجب على المديون الرجوع الى الحاكم في تعيين ما في ذمته ، بل له تعيين ما في ذمته ، بخلاف الدائن ، فان امتنع المديون فيرجع الى الحاكم ، فليس للدائن بنفسه تعيين حقه عن أقوال المديون . فالفرق واضح ، لان الدائن ليس له ولاية في ذلك ، فلا بد من الرجوع الى الحاكم بخلاف المديون ، فله ولاية في تعيين ما في ذمته فيصير بعد التعيين أمانة عنده مثلاً ، فلا يجب الرجوع الى الحاكم ، فكذلك في المقام .

هذا كله في أغصان أشجار الجار ، وقد عرفت أن الأقوى عدم وجوب قطعها على صاحبها ان لم يكن بتفريطه ، لانه ليس مستنداً الى فعله ، كما ذكره

العلامة «قده» ومال اليه في عارية «الجواهر»، وان جعله في كتاب الصلح مخالفاً للقواعد .

وذهب جمع الى الرجوب، وهل المقام مثل ما هناك في وجوب القلع على الغابن وعدمه؟ وقد عرفت هناك أيضاً جواز المباشرة على القلع عند الامتناع وعدمه عند الاقدام وهل للمغبون أيضاً مثل ذلك، فيجري في الغابن مايجري على صاحب الاغصان من الاحكام أم لا؟ قد يقال بالفرق بين المقامين بوجهين :

أحدهما : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» باحتمال الفرق بينهما من أن تجاوز الاغصان ليس من فعل مالكها بخلاف الغرس في المقام ، فانه مستند الى فعل مالكة ، فيجب عليه القلع وان قلنا بعدم الوجوب على ما ذكره العلامة «قده» .

وفيه : وان كان هناك لم يكن بفعله ، وفي المقام كان الغرس بفعل مالكة لكن ذلك الفعل لما كان مأذوناً فيه من جانب الشارع لجواز التصرف له كيف يشاء فكان فعله - أي غرسه - بحق من غير ورود نهى شرعي عليه، فحينئذ لا يكون منوطاً للفرق في وجوب القلع هنا وعدم وجوبه هناك ، اذ الفعل المأذون فيه كعدمه في عدم الضمان وعدم كونه منشأ للحكم مجازاة .

وثانيهما : ما ذكره العلامة الاستاذ «دام ظله» في مجلس البحث من أنه وان قلنا بعدم وجوب القطع هناك على صاحبها الا أنه نقول بوجوب قلع الغرس على الغابن هنا لانه يجب عليه تسليم المبيع الى البائع المغبون كما أخذه على ما هو عليه .

ومن المعلوم أن المبيع حيث انتقل الى الغابن كان خالياً عن الغرس، فيجب عليه رده خالياً عن الغرس أيضاً، وهو لا يكون الا مع قلعه وتخليصه عنه، فوجوب طمّ الحفر عليه أيضاً انما هو من جهة وجوب تسليمه كما انتقل اليه، ولو امتنع

الغابن عن قلعه كان للمغبون حينئذ المباشرة فيه لعدم استحقاقه على البقاء في ملكه دائماً ، ولورضي بالاجرة فله ذلك .

فتلخص مما ذكرنا : أن لكل منهما تخلص ماله عن مال صاحبه ، الا أنه على الغابن أرش طمّ الحفر ، وعلى المغبون أرش الغرس .

أما الاول فلوجوب دفع المبيع على المشتري الغابن للمغبون البائع وتسليمه على ما هو عليه ، فطمّ الحفر يكون مقدمة لتسليمه كما أخذ .

وأما الثاني فلما ذكرنا من اقتضاء قاعدة الاتلاف ذلك ، فبعد تعارض ضرر البقاء وضرر القلع يرجع الى قاعدة «من أثلّف» ، فيستحق الغابن على المغبون أرش الغرس .

فهل هو تفاوت ما بين كونه منصوباً مجرداً وبين كونه مقلوعاً ، أو بين كونه منصوباً دائماً دون استحقاق الاجرة على المغبون من الغابن وبين كونه مقلوعاً ، أو بين كونه منصوباً دائماً مع ملاحظة أجرة الارض وبين كونه مقلوعاً ؟ وجوه ، ظاهر كلام شيخنا العلامة «قده» في «المكاسب» وغيره ممن تعرض لاخذ الارش هو الوجه الثاني ، بأن يقوّم الغرس منصوباً دائماً ، ويقوّم مقلوعاً ويؤخذ تفاوت القيمتين من المغبون .

فيه : ما ذكره في «الجواهر» بقوله : قلت : بعد فرض عدم استحقاقه للبقاء في أرض المغبون لامعنى لاخذ الارش بقيمة كونه منصوباً دائماً ، كيف ربما يكون ذلك مستلزماً لاخذ تمام الارض المباعة بل أزيد منه عوضاً للتفاوت بين كونه منصوباً دائماً وبين كونه مقلوعاً ، فيكون الغرس والارض كلاهما للغابن .

وأما وجه احتمال الثالث هو الجمع بين الحقين ، أي يؤخذ تفاوت المنسوب دائماً مع ملاحظة أجرة بقاءه في الارض كذلك . ويرد عليه أيضاً ما في السابق من عدم استحقاق الغرس للبقاء والدوام ، فلاحق للغابن في بقاء غرسه في ملك

الغير فلاوجه حينئذلملاحظة الجمع بين الحقين .

فتعين أن الحق هو الوجه الاول ، فيلاحظ تفاوت القيمة بين كون الغرس قائماً مجرداً عن استحقاق بقاءه في الارض وبين كونه مقلوعاً وان كان ذلك مستلزماً لانتفاء الارش في أكثر الاوقات والموارد. لكن لاضرير في ذلك بعد كون المسألة عقلية واقتضاء القاعدة لذلك حيث ليس في البين اجماع ، بل المتعرض لمعنى الارش وبيان التفاوت بين المقلوع والمنصوب أقل قليل مما وجدناه . هذا كله في الغرس .

وأما الزرع : فالمشهور ممن تعرض له ذهبوا الى استحقاقه للبقاء فتعين ابقائه بالاجرة ، وعللوا بأن له أمد ينتظر .

فيه : منع واضح لعدم الفرق بين الزرع والغرس في استحقاقه للبقاء دون الغرس ، والعلة - أعني : له أمد ينتظر - لاوجب استحقاق بقاءه في أرض الغير ، نعم في قلعه يلزم الضرر على الزارع ، فينجبر بالارش كما ذكرنا في الغرس. فحال الزرع كحال الغرس طابق النعل بالنعل كما ذكره الشيخ الاجل الاورع في حاشية اللمعة ، وتبعه بعض تلاميذه . وأيضاً مع فرض البقاء لامعنى لقولهم بتعين ابقائه مع الاجرة لانه اذا فرضنا استحقاقه للبقاء في الارض لامعنى لاخذ الاجرة. فان قلت : لعل الداعي الى بقاءه مع الاجرة هو الجمع بين الحقين على وجه لايلزم الضرر على الطرفين .

قلت : يمنع امكان الجمع بين الحقين والضررين ، بل هذا فرار عن الضرر الى ضرر آخر ، لانه من المعلوم أن البقاء ضرر على صاحب الارض ، كما أن رفعه وقلعه ضرر على صاحب الزرع ، فعند تعارضهما لايمكن أخذ الاجرة من الزارع الغابن ، لانه أيضاً ضرر عليه ، فالجمع بين الحقين لايقضى أخذ الاجرة من الغابن ، لانه أيضاً ضرر فليس فرق بينه وبين الغرس لجريان تلك المقابلة في

الغرس أيضاً. مع أنهم لم يلتزموا فيه، ولذلك أمر شيخنا العلامة «قده» في كتابه بالتأمل .

فعلمه اشارة الى أن الغرس أيضاً مثل الزرع في عدم جواز القلع وضرر صاحب الارض -- أعني المغبون -- في المقام فينجبر بأخذ الاجرة . أو أنه اشارة الى أن مع تعارض الضررين في الغرس لا ينجبر ضرر صاحب الارض بأخذ الاجرة ، لانه لا يكون منجبراً به كما هو المشاهد في أكثر الاوقات حيث اذا تخير المغبون بين بقاءه في أرضه مع أخذه الاجرة وبين قلعه مع التزامه بأرضه لاختار الثاني، بخلاف الزرع ، فانه لقصر بقاءه فينجبر ضرر البقاء بأخذ الاجرة .

فتلخص : أن الأقوى هو جواز الازالة في المقامين -- أعني الغرس والزرع -- من غير فرق بينهما ، فللمالك ازالتهما مع الارش فيعطي المالك لصاحب الغرس والزرع تفاوت ما بين كونه قائماً وبين كونه مقلوعاً .

فان قلت : أصالة براءة ذمة المالك عن الارش واقسام الغابن على الغرس والزرع في الارض التي تعلق عليها حق الغير لكونها في معرض الفسخ والاسترداد أدخل الضرر على نفسه يقتضيان عدم وجوب الارش على المغبون كما ذكر نظير ذلك في عدم وجوب الارش على المغيّر للاصل وبقاعدة الاقدام .

قلت: أما الاصل فمنقطع على ما ذكرنا من جريان قاعدة الاتلاف على ما هو التحقيق عندنا ، وأما عندهم فمنقطع بقاعدة لا ضرر ، حيث ذهبوا الى أن الغابن ليس ظالماً بل انما فعل فعلاً مأذوناً فيه، فلو قلع غرسه أو زرعه لزم عليه الضرر كما أنه لو بقي يلزم على المغبون الضرر فتجري قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» .

أما بالنسبة اليهما فينتج أنه على فرض البقاء يلزم على الغابن أجره الارض وعلى فرض القلع يلزم على المغبون الارش. ولكن قد عرفت هذا المسلك ليس بمختار عندنا ، لانه فرار عن الضرر الى الضرر فكرّ على ما فر .

فالتحقيق في مدرك وجوب الارش على المغبون حيث أثبتنا سلطنته على القلع : هو «قاعدة من أثلّف مال الغير فعليه ضمانه» .

فرع

ذكر شيخنا العلامة الانصاري «قده» : لو طلب مالك الغرس القلع ، فهل لمالك الارض منعه لاستدامة نقص أرضه فان كلا منهما مسلط على ماله ، ولا يجوز تصرفه في مال غيره الا باذنه أم لا ، لان التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله ؟ وجهان ، أقواهما الثاني . الخ .

حاصله : أن كلا منهما مسلط على ماله ، أما المغبون : فله سلطنة في أرضه ، وأما الغابن : فله سلطنة على غرسه فاذا شاء قلعه فله ذلك . واختار «قدد» جواز قلعه لقاعدة السلطنة وعدم جواز منع المغبون عن ذلك ، لان سلطنته في أرضه لا تستلزم منع سلطنة الغابن في ملكه .

فيه : منع واضح ، ضرورة أن سلطنة الغابن في قلع غرسه تتوقف على مقدمة محرمة وهي حرمة التصرف في ملك المغبون مع عدم رضائه ومنعه عن دخوله في أرضه ، فمن المعلوم أن سلطنة انسان في ملكه اذا كانت مبتنية على الحرام اسقط عن السلطنة فلا يجوز له التصرف ، واما سلطنة المغبون في أرضه لا تستلزم مقدمة محرمة ، ولا تستلزم التصرف في ملك الغابن ، فاذا دار الامر بينهما يكون عدم جواز دخول الغابن في ملك المغبون هو المتعين ، لانه يلزم التصرف في مال الغير من دون العكس ، فلا بد حينئذ من الصلح القهري ، بمعنى : يبقى الغرس على حاله حتى يرضى صاحب الارض بدخول الغابن في ملكه .

فهذا نظير ما كان الماء في الكوز ، وكان كل منهما ملكاً لشخص ، فصاحب الماء اذا أراد الماء وتصرف في مائه يتوقف على التصرف في الكوز ، وأما صاحب

الكوز اذا اراد المنع عن ذلك فله سلطنة على ابقاء الكوز على حاله ولايتوقف ذلك على التصرف في مائه ، فليس لصاحب الماء التصرف في كوز الاخر مع منعه وعدم رضائه .

هذا ، ولكن قد يوجه كلام شيخنا العلامة « قده » بتقييده على فرض لزوم الضرر على الغابن عند منع صاحب الارض عن قلع غرس الغابن ، ففي حجر صاحب الغرس عن قلعه يلزم عليه الضرر وان كان ذلك الحاجر من المغبون ومنعه عن دخوله في أرضه بمقتضى قاعدة السلطنة الا أنه اذا استلزم ذلك ضرراً على الغابن ولم يكن من جهة دخوله ، الغابن في أرض المغبون ضرر على المغبون ، فمنفي بقاعدة « لا ضرر » لما هو المقرر اذا كان في سلطنة أحدهما في ملكه مستلزماً للضرر على الاخر ، بأن تصرف في ملكه تصرفاً موجباً للضرر على جاره ، فتنفيه قاعدة « لا ضرر » .

هذا ، اذا لم يكن في عدم تصرفه في ملكه موجباً للضرر عليه ، والافيتعارضان فيرجع الى قاعدة السلطنة مثلاً اذا فرضنا في حجر صاحب الماء عن التصرف في مائه استلزام الضرر عليه لعطشه أو لفساد مائه ولم يكن اخراجه عن كوز الاخر ضرراً على صاحب الكوز ، بل صاحب الكوز يقول : اني لأرضى التصرف في ملكي ، لاني مسلط على كوزي كيف أشاء ، ومن جملة المنع عن التصرف في الكوز ، فتحكم حينئذ بجواز التصرف في الماء لصاحبه واخراجه عن كوز الاخر وان كان منافياً لسلطنة الاخر لقاعدة « نفي الضرر » .

فتلخص : أن ما أفاده شيخنا العلامة « قده » على اطلاقه ممنوع ، فلا بد من ملاحظة المقامات ، فان لزم الضرر على المغبون بدخول الغابن في ملكه للغرس فعليه المنع لتعارض الضررين ، والمرجع قاعدة السلطنة والافليس له المنع .
وتحقيق ذلك يعلم في رسالته المفردة لبيان قاعدة لا ضرر ، حيث قال في

آخرها في التنبيه السابع : تصرف المالك في ملكه سلطنة .
فيه : اما أن يكون لدفع ضرر يتوجه اليه أو لجلب المنفعة أو لغرض غير
عقلائي كاللغو ، فعلى الاول لا ينفيه لزوم الضرر على المجاز بدليل نفي الضرر ،
لان تحمله للضرر لئلا يتضرر الغير حكم ضرري أيضاً منفي بالقاعدة مضافاً الى
أن المرجع عند التعارض هو عموم قاعدة السلطنة ، وعلى الثاني فكذلك أيضاً
على الظاهر المشهور .

وأما على الثالث كما في فرض المقام حيث فرضنا عدم لزوم الضرر على
المغبون أو على صاحب الكوز بدخول الغابن في ملكه واخراج الماء عن كوزه ،
فالظاهر لا يجوز له المنع والسلطنة على أرضه وكوزه بهذا النحو من التصرف ،
لانه حكم ضروري منفي بدليل نفي الضرر ، الذي هو حاكم على قاعدة السلطنة
وأمثالها .

هذا كله في الزيادة العينية المحضة .

وأما الزيادة العينية المشوبة : فقد مثلوا لها بالصبغ ، ففي « الجواهر » : ان
كان المتغير صفة من جهة وعيناً من أخرى كالصبغ ، صار شريكاً بنسبته اذا فرض
زيادته بذلك مع احتماله مطلقاً ، الخ .

فيه : أن الصبغ داخل في الصفة المحضة لاعتين له حتى يشتركا ، ولوسلمنا
جهة عينية له فيكون بمنزلة التالف ، فلا يوجب الشركة ، نعم الصبغ قديكون
من قبيل النقوش فله جهة عينية ، وأما اذا كان محض اللون فلا يكون له جهة عينية
عرفاً ، فلا تحصل الشركة ، كما هو واضح .

في تصرف الغابن بالمزج

فيما لو تصرف الغابن بالامتزاج ، بأن مزج المبيع بغيره : فلا يخلو أما أن

مزجه بجنسه المساوي أو الارديء أو الاجود أو بغير جنسه : اما أن يكون مستهلكاً فيه أو غير مستهلك فهذه أقسام خمسة ، فينبغي بيان حكم كل قسم ، فنقول : هنا مسائل :

المسألة الاولى : بيان صورة امتزاجه بالمساوي : ففيه احتمالات : الشركة في القيمة ، أو عدمهما لحصول التلف بالمزج فيتعلق حق المغبون بالبدل في ذمة الغابن ، أو التخيير بين الاخذ بالغرامة وبين الشركة ، أو سقوط الخيار برأسه - كما حكى عن « الروضة » - أو احتمال سقوط الخيار في صورة المزج بالاجود وهو يجري في هذا القسم أيضاً لجريان مناطه ، اذ المنط في سقوط الخيار هو عدم امكان الاسترداد ، كما ذكروا في طرف المغبون على ماسمعت من ذهاب المشهور الى أن المغبون لو تصرف تصرفاً لا يمكن معه الاسترداد ليسقط خياره ، لان الخيار منوط على استرداد العين ، لكن هذا الاحتمال في طرف الغابن في غاية الضعف لدعوى الاجماع على عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن . ولذا قيد من حشّى « الروضة » وغيره كصاحب « الجواهر » ما احتمله في « الروضة » بسقوط الخيار في العين لا أصل سقوط خيار المغبون .

ثم ان المشهور قد أطلقوا بالشركة في هذه الصورة - أي فيما كان المزج بالمساوي - من دون تقييدهم بلزوم تدارك نقص الارش على المازج الغابن مع الواجب على ما أفاده بعض المشائخ أن يقال بلزوم تدارك نقض الشركة على الغابن لان الشركة عيب ، فحيث مزج المبيع المنتقل من المغبون بماله كان موجباً للعيب ، فانه اذا فسخ المغبون وجد ماله ممتزجاً ، فحيث كان المبيع أو لملكاً مختصاً والمال صار ملكاً مشاعاً يكون معيباً لمكان الشركة فلا بد من الارش ، كما قالوا بلزوم الارش على الغابن في صورة مزجه بالارديء .

والقول بأنهم ليسوا في مقام بيان تمام حكمه ، بل انما غرضهم مجرد حصول

الشركة من جهة المزج ، منقوض بصورة الردي ، حيث أنهم تعرضوا بالارش في صورة الامتزاج بالردي .

فان قيل : ان ذكر الارش فيه انما هو من جهة نقص مالي، وهنا ليس نقص مالي .

مدفوع : بأن النقص في الصفقة يوجب العيب فيها فيكون مستلزماً للنقص المالي أيضاً، الا أنه يمكن دفع ذلك الاشكال عنهم بأن عيب الشركة هنا لا يوجب منقصة مالية ، فان رطلا من الدهن اذا امتزج برطل مثله ، لا يحصل نقصاً في قيمته فيجوز قسمته وتنصيفه من دون حاجة الى مؤنة .

نعم ، اذا كانت الشركة بحيث توجب العيب كما فيما يحتاج فصلها الى مؤنة أو تقلّ رغبة الناس مع صفة الشركة لكان القول بلزوم تدارك أرش النقص لا يخلو عن قوة ، واشكال لزوم الربا في المتجانسين حينئذ سيأتي دفعه . وكيف كان ، حيث كانت المسألة ذات أقوال أربعة واحتمالات خمسة مع زيادة احتمال سقوط الخيار بل تزيد عن ذلك ، يتوقف توضيح الحال على تمهيد مقدمات :

« الاولى » لابد من أن يعلم حال مزج مال شخص بمال شخص آخر ، هل يوجب ذلك لحصول الشركة ، أم ليس له مدخلة في حصول الشركة ؟ وظاهرهم الانطباق على الاول وليس في ذلك مخالف معلوم عدا ابن جنيد ، حيث ذهب الى عدم مدخلة المزج للشركة و عدم كونه سبباً لها أصلاً ، بل الشركة انما تتحقق بالقول ، فالمحكى عنه في « المختلف » لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو بافتراق كان ما تلف ، من مال صاحبه ، وان كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعاً . انتهى .

فان ظاهره : أن التلف لصاحبه قبل عقد الشركة وانعقاده ، سواء امتزج المالان أم لم يمتزجا ، فان الاختلاط وعدمه ليس شرطاً ، لا وجوداً ولا عدماً للشركة ،

بخلاف ما لى حصلت الشركة بالقول والعقد فيحصل اشتراكه بينهما والتلف منهما أيضاً وان لم يمتزج المالان ، بل كان مال كل من عنده غير مخلوط بآخره ، لكن حيث تلف أحدهما بعد العقد لكان يحسب عليهما لحصول سبب الشركة ، وهو العقد وحده . وأما لو امتزج واختلط لكان من صاحبه ، لعدم حصول الشركة .

وحاصل هذا القول انكار سببية المزج وهو محجوج بالاجماع . وماأبين بينه وبين القول بانكار سببية العقد للشركة رأساً كما هو المحكي عن «الحداثق» فقال : ان سبب الشركة هو المزج ولامدخلية لعقد الشركة في حصول الشركة التي هي عبارة عن اجتماع حقوق الملاكين في مال واحد ، فلو حصل المزج اختياراً أو قهراً لتحصل الشركة ، فلا فائدة في العقد بعد ، ولو حصل العقد قبل الامتزاج لما تحصل الشركة الا أن يمتزج المالان ، ولذلك وجه بعضهم بثمرة عقد الشركة أن ثمرته هو جواز التصرف ، فأورد عليه أن قولنا : « اشتركنا » لايدل بأنحاء الدلالة على جواز التصرف ، فلا بد بعد القول بتشريع عقد الشركة أن فائدته هي حصول الشركة .

وكيف كان ، ما في « الحداثق » من أنه لا تشم من الاخبار رائحة في دلالة عقد الشركة . ومدخلية في حصولها محجوج أيضاً بالاجماع ، فلا بد من القول بمدخلية المزج للشركة .

« الثانية » بعد القول بكون المزج مما له مدخلية في حصول الشركة - كما هو ظاهر الاصحاب - فهل المدخلية على نحو السببية أو الشرطية ؟

والذي يستفاد من الجلبل الكل هو الاول ، الاشيخ الفقهاء في «الجواهر» فالترزم بالثاني قائلاً : أن العقد ، وهو قولنا « تشاركنا » سبب لها ، وأن المزج القهري شرط . ثم قال : على تقدير التسليم لامانع أن يقال : أنه أحد الاسباب كالمعاطاة في البيع ، الا أنه يعتبر حينئذ كونه اختيارياً ، وعليه فتكون الشركة

قد تحصل بالعقد وهو «تشاركتنا»، وقد تحصل بالمزج الاختياري. وأما المزج القهري فلا تحصل به الشركة واقعاً، وإنما يفيد الاشتباه في كل جزء من المال، إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه منهما من الصلح القهري.

وقال شيخنا الاستاذ «دام ظله»: «إن ما أفاده من عدم كون المزج سبباً، وإنما هو شرط...» يحتتمل أن يكون مراده عدم قيام الاجماع الاعلى حصول الشركة عند المزج من دون دلالاته على كون المزج سبباً ولعل المتيقن منه هو كون العقد والمزج علة مستقلة في حصول الشركة بأن كان العقد سبباً، والمزج شرطاً. ثم على تقدير تسليم سببيته بانعقاد الاجماع عليها، فلا نسلم انحصار السبب فيه، بل هو أحد الاسباب، بأن يكون العقد سبباً، والموت ونحوه أيضاً سبباً، والمزج أيضاً سبب آخر، إلا أنه يعتبر فيه كونه اختياريّاً لكونه أيضاً هو القدر المتيقن. وأما المزج القهري، فلا تحصل به الشركة الواقعية، وإنما تفيد الشركة الظاهرية المعبر عنها بالصلح القهري والاجباري.

ولعله لما أشار إليه في هذا المقام وغيره من كون المعبر فيها هو عدم تمييز أحد المالكين عن الآخر، واقعاً وظاهراً، وأما إذا لم يتميز أحدهما عن الآخر في المرحلة الظاهرية فهو نظير التصاق أحد المالكين بالآخر، فلا يمكن الحكم فيه إلا بالصلح القهري والشركة الظاهرية.

إلا أن الانصاف أن كل ذلك بمعزل عن التحقيق، لمكان قيام الاجماع على كون المزج سبباً للشركة مطلقاً، سواء حصل اختياراً أو اتفاقاً، وأما الحكم بكون مفاده هو الشركة الواقعية أو الظاهرية أو يفصل بينهما؟ فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله.

«الثالثة» أنه بعد القول بكون المزج أيضاً سبباً، فهل هو سبب شرعي أو عقلي؟ وجهان بل قولان، والذي يستفاد من الجدل هو الثاني، بل صرح شيخنا العلامة الانصاري «قده» بعدم تعقل غيره، معللاً بأنه إذا فرض امتزاج أحد المالكين

بالاخر ولا يمكن تمييز أحد المالين عن الاخر ، بحيث اذا أشير بالإشارة الحسية الى أحدهما، كانت تلك الإشارة هي عين الإشارة الحسية الى الاخر واقعاً وظاهراً، كامتزاج أحد المالين بالاخر ، فلا يتصور هاهنا الحكم بما عدا الشركة .

ولامسرح للشارع أن يحكم بخلاف ماحكم به العقل ، نعم اذا أمكن تمييز أحد المالين عن الاخر بحسب الواقع وان لم يمكن ذلك في مرحلة الظاهر كالتصاق أحد المالين بالاخر كما في الصبغ ونحوه أمكن للشارع أن يحكم بخلاف الشركة أو الشركة البدلية أو العينية ، كما أنه هو الثابت في المثال المزبور ، الا أن الاقوى عندنا وفقاً لصاحب « الجواهر » هو الاول من أن الحكم بكون المزج سبباً عقلياً ان لوحظ بالنسبة الى عدم تمييز أحد المالين عن الاخر ، فهو مستقيم ، الا أنه خارج عن حقيقة الشركة ، لانها عبارة عن نقصان سلطنة أحدهما في ماله من جهة مزاحمته بمال الاخر وان لوحظ بالنسبة الى المعنى المذكور . فهو غير صحيح جداً لما عرفت من أن الحكم بحصول النقصان في السلطنة انما جاء من حكم الشارع .

وعليه فلا بد من أناطته بالدليل الشرعي ، حيث أن المفروض بل المعلوم منه هو الدليل اللبي وهو الاجماع ، فلا بد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو ما كان المزج اختيارياً .

« الرابعة » أنه على القول بكون المزج سبباً شرعياً - على ما اخترنا ، وفقاً لصاحب « الجواهر » بعد التنزل منه في المقام - فهل تفيد الشركة الواقعية مطلقاً، أو الظاهرية مطلقاً، أو يفصل بين ما كان اختيارياً وبين ما كان اتفاقياً ؟ وجوه واحتمالات، والذي يستفاد من « الجواهر » في كتاب الغصب أولاً بعد التنزل عن انكاره السببية وقبوله لها: هو الفرق بين الامرين ، وهو التفصيل المذكور، الا أن الاقوى - وفقاً للاصحاب - هو الاول وبطلان الشركة الظاهرية في المقام .

أما على القول بكون الشركة الظاهرية مباينة للشركة الواقعية فواضح ادلا وجه لتعين أحدهما من دون دليل تعينه في المقام .

وأما على القول بكون الشركة الظاهرية هو القدر المتيقن بناءً على رجوع النسبة بينهما الى الأقل والاكثر على تكلف ، فلان الاخذ بالمتيقن في المقام انما يتعين اذا تربت عليه الثمرة الغير المترتبة على الاخر ، وأما فيما لم تحصل هذه كما في مواقع الاشتباه الابدي ، فلا تعين له بل لامسرح اليه ، والمقام من هذا القبيل .

ولعله أوقع صاحب « الجواهر » في التنزل عن ذلك أيضاً في آخر كلامه في باب الشركة ، حيث ذكر أنه يمكن بعد القول بكون المزج القهري مفيداً للملك الواقعي على نحو المزج الاختياري أنه لا مانع من كونه جزءاً للسبب ، الا أنه ذكر بعد ذلك كلاماً لا يخلو عن تهافت مع بعض الكلمات المتقدمة منه : فراجع . فتلخص مما ذكرنا في المقامات الاربعة : أن المزج مما له مدخلية في حصول الشركة ، لكن على نحو السببية الشرعية في الواقع لافي الظاهر ، خلافاً للاسكافي ولصاحب « الجواهر » في الثاني ، ولشيخنا الانصاري « قده » في الثالث ولصاحب « الجواهر » - أيضاً - في الرابع بعد التنزل عما ذكره أولاً ، وقد عرفت أيضاً من مطاوي كلماتنا أن ما أفاده شيخنا العلامة « قده » يتم بأمرين :

الاول : بقاء حقيقة المالين الممتزجين في الواقع وعدم انعدامها رأساً ، بحيث وجد فيه فرد ثالث ، بأن يبقى مادتها من دون تبدلها الى مهية ثالثة ، وانما التبدل بالنسبة الى الصورة النوعية .

والثاني : بقاء جوهر الفرد في كل جزء ، بحيث تقبل التجزئة الى نصفين وبعبارة أخرى : بطلان تحقق الجزء الذي لا يتجزى ، اذ بعد تسليم هاتين المقدمتين لاجرم يحكم العقل بوقوع الشركة بينهما ، وخالف جماعة في الاول ، منهم الفاضل

المقداد في « التنقيح » حيث قال : في الممتزج مطلقاً ، سواء كان الامتزاج فيه بجنسه أو بغيره أنه انعدم الممتزجان وفنيا وحدث الفرد الثالث .

الا أن الاقوى خلافه ، لوضوح بقاء مادتها بحالها ، غاية الامر أن التغيير انما وقع في الصورة النوعية مطلقاً في الجنس وغيره . نعم ، الفرق بينهما هو أن الانقلاب في الاول انما يكون بالنسبة الى الفردين من جنس واحد وفي الثاني بالنسبة الى الفردين من جنسين .

وكذلك خالف صاحب « الجواهر » بعد تسليم بقاء المادة وعدم تحقق الانعدام راساً أن التمييز انما يكون في الباطن الا أن الاشتباه انما طرأ في مرحلة الظاهر ، فيكون الممتزج نظير التصاق احد المالين بالآخر ، ولذا لا تكون الشركة الا في الظاهر دون الباطن ، كما أشرنا اليه ، كما أن لازم كلام الفاضل المتقدم في « التنقيح » عدم تحقق الشركة في المقام أصلاً ، لظاهراً ولا واقعاً ، بل يحكم في المقام بتحقيق الائتلاف والغرامة ، كما ستأتي الإشارة اليه بعد ذلك .

وعلى أي حال ، فكلام صاحب « الجواهر » ككلامه لا يخلو عن وهن ، بل الاقوى ما ذكره شيخنا الانصاري « قده » في الامر الاول من عدم تمييز أحد المالين عن الآخر واقعاً مع بقاء مادتهما من دون فرق بين الجنس وغيره ، نعم انما يختص ذلك بالماليين وما في حكمهما كالمدقوق ونحوه ، فلا يجري في الحبوبات ، كما لا يخفى على المنصف ، ولكن هذا أيضاً لا يجدي لما جزم به من الحكم بتحقيق الشركة عقلاً الا بعد اثبات الامر الثاني .

والظاهر أن المتحقق في محله عدم صحة مقالة من حكم بوقوع الجزء الغير المتجزئ ، وعليه لا يكون الشركة شرعية . ثم على القول بكونها شرعية ، فقد عرفت الخلاف في كونها واقعية أو ظاهرية ، وقد أشرنا سابقاً أن مفاده هي الشركة الظاهرية نظراً الى أن الدليل الدال عليها هو الاجماع وهو لبيّ يقتصر على القدر

المتيقن منه ، فيكون الحكم فيه هو الصلح القهري وهو المعبر عنه بالشركة الظاهرية. الا أن الاقوى - على ما يقتضيه التأمل عاجلا - خلافه لما أشرنا اليه سابقاً من أن الالتزام بذلك انما يجدي فيما يترتب عليه ثمرة يعتد بها وهي منفية في المقام .

« الخامسة » تحقيق معنى الملك والمال وبيان حقيقةتهما وبيان النسبة المتصورة بينهما من النسب الاربعة ، فنقول :

أما الاول - أعني بيان تعريف كل منهما - : فالذي يستفاد من كلماتهم في تعريف المال أمران : أحدهما : هو ما ينتفع به أو يبذله ، الثاني : ما يبذل في مقابلة العوض وأما الملك : فكلماتهم ساكنة عن تعريفه ، غير أن المستفاد من كلام بعض الحكماء هو : أن الملك عبارة عن جهة نسبة العين مثلا الى صاحبها، وزاد بعض عليها كونها على نحو اختصاص أحدهما بالآخر ، وفسره بعض بأن يكون اختصاص العين على نحو اباحة التصرف لصاحبها فيها كيف شاء وأي وجه يريد.

وأما الثاني : وهو بيان الفرق بينهما والنسبة المتصورة ، فنقول : المعروف فيما بينهم كرن النسبة على نحو العموم والخصوص المطلق بأن كان الملك أعم والمال أخص ، الا أنه قد يستفاد من شيخنا العلامة الانصاري « قده » كون النسبة على نحو العموم والخصوص من وجه ، اما باعتبار العين في الملك دون في المال ، فعليه يمكن افتراق الملك عنه في الحقوق المالية ، كحق الخيار ونحوه كافتراق المال عن الملك في نحو حبة حنطة . أو باعتبار أن جهة الاختصاص انما تزول بالمزج ، فعليه أيضاً يفترق الملك عن المال في نحو المقام .

وكيف ما كان فان تم ما أفاده « قده » تم الفرق المذكور والا فلا .

« السادسة » في بيان حال المالين المتساويين في المقدار المختلفين في القيمة اذا امتزجا، كما اذا اختلط حقة حنطة جيدة لشخص ساوت قيمتها بدينارين بحقة حنطة أخرى ردية ساوت قيمتها بدينار ، فهل يحكم بالغرامة والبدل ، أو بالشركة ؟ وعلى

الثاني فهل تلاحظ الشركة بنسبة المالكين من حيث القيمة ، فتحصل الشركة حينئذ على وجه التثليث ، أو من حيث المقدار فيكون على وجه التنصيف . وعلى الاول ، أعني الشركة بحسب المقدار ، فهل يلزم الربا بناءً على عمومته لكل تبديل ومعاوضة من غير اختصاصه بالبيع ولا بالمعاوضة الاختيارية أم لا ؟

وجوه واحتمالات ، يتوقف تنقيحها على تنقيح مفاد « على اليد » في أنه هل هو مسوق لبيان الحكم التكليفي فقط من وجوب الحفاظ أو الرد - كما ذهب اليه النراقي في « عوائد » - أو أن مفاده هو الحكم الوضعي من الضمان - كما عليه المشهور - فعليه الغرامة في التلف الحقيقي والبديل في الحيلولة ، وملكية البديل في الاول مستقر وفي الثاني متزلزل بزوال الحيلولة ، وان التلف الحكمي كالتصرف الملزم من بيع ونحوه في زمان الخيار ممن عليه الخيار ، هل هو بمنزلة التلف الحقيقي ، فلا يعود بعود تلك العين ؟ أو بمنزلة الحيلولة ويعود بعودها الى من عليه الخيار بفسخ أو عقد جديد ؟ أو زوال مانع كالاستيلاء حسب ما مضى تحقيق بعض تلك الفقرات مفصلاً ؟ .

والكلام هنا ليس في ذلك ، بل انما الغرض في بيان « على اليد » . فالتحقيق أن يقال :

أن مفاده ليس هو التكليف فقط ، ولا الضمان فقط ، بل مدلوله أمر عام بسيط يختلف لازمه باختلاف الموارد ، وليس ذلك اختلافاً في مدلوله بل الاختلاف في لوازمه باختلاف الحالات والموارد ، فلازمه مع بقاء العين هو وجوب الرد ، ومع التلف الحقيقي الغرامة المقتضية للملكية المستقرة للبديل ، ومع الحيلولة تزلزل الملكية للبديل ، وكذلك مع التلف الحكمي .

وذلك المعنى العام عبارة عن العهدة ، فان لازمها وجوب الخروج عن العهدة برد نفس المأخوذ ان كان ممكناً ، والا فلا قرب اليه مهما أمكن ، وهذا هو

السّر في لزوم الغرامة بالمثل في المثلي ، والقيمة في القيمي ، اذ ليس له دليل تعبدي بل هو لاقضاء العهدة ، الاقرب الى العين فالاقرب بقدر الامكان .

فحينئذ لو فرضنا في مورد كان الاقرب الى العين شيئاً آخر سوى المثل والقيمة كان هو المتعين في الخروج عن العهدة ، فلو فرض المثل المعين الشخصي الخارجي أقرب الى المثل الكلي كان هو المتعين ، فلا يصار الى الكلي لعيّن ما هو ملاك في وجوب المثل في المثلي ، والقيمة في القيمي . فيجب على الغارم المتلف دفع ذلك المعين الجزئي دون الكلي .

ومن ذلك يظهر لك أنه لو قلنا : أن المزج اتلاف – كما يقول به الحلّي – فلا تلزم الغرامة بالبدل الكلي ، بل تتعين الغرامة من العين المتمزجة ، ولازمه حصول الشركة في نفس العين ، لانها أقرب من المثل الكلي ، وكذلك في المتمزج بالاردىء – حسب ما يجيب تفصيله – فهل الامتزاج حينئذ موجب للشركة في نفس العين بحسب المقدار أو تجب المالية ، وهل يلزم الربا على الثاني أم لا ؟ .

فديقال بالاول ، نظراً الى أن الشركة في العين مستلزمة للمبادلة وملكية كل منهما لمال الاخر ، فاذا كان الاجود مناً يسوي دينارين والاردىء مناً يسوي ديناراً ، وقلنا بأن الغاصب للردي المازج بماله الجيد يملك الثلثين من مجموع المنين لزم الربا ، فاللازم حينئذ هو الحكم بالشركة بحسب مقدار المالين لا بمقدار ماليتهما ، ولذا اختار صاحب «الجواهر» في هذه المسألة ، الشركة في القيمة لا في العين .

ويجري الاشكال في العكس أيضاً ، وهو المزج بماله الاردىء ولذا اختار في «الجواهر» – هنا – الشركة في العين مع أرش التفاوت وان كان يرد عليه : أن كلامه «قده» متفاوت في المسألتين ، لكن كلاهما مبني على عدم الشركة بحسب المالية ، بل اما في العين من حيث المقدار مع الارش أو في القيمة كالمالين

المتلاصقين .

وكيف كان ، دخول الربا في الشركة بحسب المالية يتوقف على أمرين : أحدهما : أن الشركة العينية متضمنة للمبادلة وتشبه المعاوضة . و ثانيهما : عدم اختصاص الربا بالبيع ، بل يجري لكل معاوضة اختيارية كانت أو قهرية . ولكن اختار شيخنا الاستاذ حصول الشركة من حيث المالية ، والجواب عن الربا ما حققه في الشركة الحاصلة بالمزج من الاشاعة القهرية وحصول الانقلاب القهري في المالية وزوال الملكية ، لان لازمه عدم حصول معاوضة و مبادلة بين المالين أصلا ، بل انما حصلت المالية الثالثة بسبب الانقلاب ، لان هذه المالية الواحدة بعد الامتزاج والاشاعة قائمة بمجموع الاجزاء والماليتين الاوليين قائمتين بالمتمازين .

بعبارة أخرى: قبل الامتزاج ، المالية قائمة بموضوعين ، وبعده تقدم بموضوع واحد ، فلا بد من ملاحظة النسبة بين الماليتين الاوليين والاختذ بهما في العين الممتزجة . فمالية الجيد المساوي لدينارين كانت قائمة بحقة واحدة وكانت المالية ممتازة كموضوعها وبعد المزج ليست ممتازة ، بل هي قائمة بمجموع الاجزاء على وجه الاشاعة في ضمن المالية الواحدة الحاصلة للمجموع ، فلم تحصل المبادلة بين المالين ، بل انما اختلف معروض المالين ، فعين المالية الاولى باقية بحالها الا أنها قبل الامتزاج كان لها مفروض وموضوع ممتاز وبعده مفروض آخر غير ممتاز ، فلاربا حينئذ أصلا .

وحيث عرفت ذلك فلنشرع في أصل المسألة الاولى من المسائل الخمسة - أعني المزج بالمساوي في الصفات المالية - وقد ذكرنا أن الاحتمالات خمسة ، فينبغي بيان مداركها وترجيح الاقوال بينها: أحدها - لزوم الغرامة من غير حصول الشركة. وثانيها - الشركة في العين . وثالثها - الشركة في القيمة - كما اختاره

في « الجواهر » في المزج بالاجود - . و رابعها - تخيير المغبون أوالمغضوب منه بين تغريم الغابن أو الغاصب بالمثل والقيمة وبين أن يشترك في العين أو في القيمة . وكل تلك الاحتمالات مشتركة بين المقام والغضب . وخامسها - مختص بالمقام - أعني باب الخيار - وهو سقوط الخيار رأساً ، ذكره في « المسالك » وجهاً في الردى ويجبىء هنا أيضاً لاتحاد المناط والمدرك .

وجه الاول : أن المزج اتلاف واهلاك كالمزج بغير المجانس ، فتجب الغرامة على المغبون على قواعد الاتلاف .

وجه الثاني : أن المزج ليس اتلافاً بل هو كالمالين المتلاصقين غير ممتاز ، ولكن المزج هنا سبب للشركة في العين عقلاً أو شرعاً ، واقعاً و ظاهراً على الخلاف .

وجه الثالث : أن المزج ليس اتلافاً ولا سبباً للشركة بل هو كالمالين المتلاصقين لا يمكن افرازهما فتصير الشركة في القيمة لافي العين .

وجه الرابع : على ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » في باب الغضب أنه مقتضى القاعدة على قياس سائر موارد اجتماع السببين المتزاحمين ، فانه اذا اجتمع هنا سببان من كون المزج اتلافاً - كما عليه الحلبي - ومن أنه يصير سبباً للشركة أيضاً ، فيتخير المغبون بين أيهما شاء ، كما ذكروا فيما لو أتلّف المبيع قبل القبض متلف فاجتمع حينئذ سببان :

أحدهما : التلف قبل القبض ، وهو موجب للانفساخ وأخذ الثمن .

ثانيهما : الاتلاف ، وهو موجب للغرامة والاخذ بالبدل ، فالمشتري مخير بين تغريم المتلف بالبدل وابقاء البيع بحاله وبين الرجوع الى البائع بالثمن عملاً بتعادة التلف قبل القبض والامتناع مثله بناءً على كون المزج اتلافاً ، فمن حيث أنه اتلاف ، سبب للغرامة ، ومن حيث أنه مزج ، سبب للشركة ، فله اعمال أيهما

شاء مخيراً بينهما و كون سببية المزج للشركة عقلية ، وسببية الائتلاف للغرامة شرعية لا يضر بعدثبوتها ، لان السببية الشرعية بعدثبوتها كالعقلية .

هذا ، ولكن فيه ما لا يخفى ، لان السببين هنا غير متزاحمين ، اذ المزج وان كان عنده ائتلاف ، الا أنه في المماثل المساوي يوجب الشركة لما اعترف «قده» من كون الغرامة في العين أقرب ، فالغرامة أيضاً سبب للشركة في العين فاتحد مقتضى السببين فأين التزاحم في البين ؟! .

ولعل احتمال التخيير يصير أقوى في المزج بالاردى لعدم أقرية العين ، بل قاعدة الاقربية توجب البديل ، والمزج يوجب الشركة فيتزاحم السببان ، فيتخير بأخذ أيهما شاء .

والوجه في الخامس : كون المزج ائتلافاً وان التاف موجب لستوط الخيار ، وكيف كان ، الاقوال عن تلك الاحتمالات قولان : أحدهما : قول الحلبي حيث ذهب الى الاحتمال الاول من لزوم الغرامة . وثانيهما : المشهور ، أعني الاحتمال الثاني من الشركة في الغبن .

فاستدل الحلبي : بأن المزج ائتلاف و اهلاك للمال ، اذ ليس ائتلاف المال الاعبارة عن ائتلاف ماليته لا اعدام عنه لاستحالة طرو العدم على الوجود ، ومن المعلوم المالية الممتازة انعدمت بالمزج فالموجود مال آخر . و أورد عليه في « المسالك » بوجوه :

أحدها : منع كونه ائتلافاً لبقاء العين غاية الامر يبدل وصفه بالامتزاج ، فالقول بائتلافه انكار للحس والوجدان .

ثانيها : سلمنا أنه ائتلاف لكن مقتضى الاقربية الغرامة من نفس العين الممتزجة لامن البديل الكلبي المباين له ، فالغرامة من العين عين الشركة .

ثالثها : ان ما ذكره الحلبي مستلزم لما هو مخالف للاجماع ، وهو أنه لو فرضنا

أن الغاصب غصب مال شخصين ومزجهما ، فان لازمه صيرورة الغاصب مالكا للمالين لان المفروض ان مالهما قد تلف ووجب على الغاصب الغرامة فيملك العين ، ويلزم كون الغصب مملكا في المزج ، كما ذكر ابو حنيفة في مطلق الغصب .

رابعها : النقص بالمزج القهري ، فان المالين لشخصين لو تلفا بالمزج فما حال هذا المال ، هل يبقى بلا مالك أو يدخل في المباحات ، أو يبقى لملك مال الكها على الشركة اذ ليس فيه غارم وغاصب حتى يقال : أنه يملك التالف بسبب الغرامة حذراً عن الجمع بين العوض والمعوض ، فلان مناص فيه الا لشركة ، فهو الزام بسببية المزج للشركة في المزج القهري وكذلك في المزج الاختياري بالغصب أيضاً لاتحاد المناط .

وخامسها : النقص في المزج في الغصب اذا غصب المال وامتزج بماله فهو على قاعدته سبب لاتلاف كلا المالين لأحدهما فقط لانهما على حد سواء ، غاية الامر تغريم الغاصب في مال المنصوب منه وفي ماله لاغرامة ، لان الانسان لا يغرم مال نفسه ، فهل له أن يقول حينئذ بكونه بلا مالك فيكشف ذلك كله عن عدم كون المزج اتلافاً بل هو موجب للشركة فقط لان بطلان اللزوم يكشف عن بطلان الملزوم .

وأجاب شيخنا الانصاري في كتاب الغصب - انتصاراً للحلي - عن الاول بما بنى عليه الامر في مسألة المزج من كونه موجباً لزوال الملكية والاختصاص في كلا الطرفين ، فانه حينئذ سبب لتلف الملكية . لكن هنا شيء آخر لم يلتفت الحلي اليه وهو أن الملكية وان كانت تالفة بالمزج الا أن المالية ، باقية بحالها - كما مر - بيانه - فمن هذه الجهة تحصل الشركة في المالية فالحلي لاحظ جانب الملكية فقط فزعم أن تلفها موجب لتلف المالية أيضاً ، فذهب الى الغرامة . والمشهور لاحظوا جانب المالية ، فزعموا عدم حصول التلف حتى في الملكية ، فأوردوا

عليه بمنع التلف رأساً .

فيه : أن المزج موجب لتلف الملكية والاختصاص قهراً وعليه مشى الحلبي في جميع الفروع الخمسة ، والحاصل : أن العين مشتملة على جهات ثلاثة : العينية ، والمادة ، والملكية والمالية ، فمنع كون المزج اتلافاً حسن بالنسبة الى الجهة الاول ، بداهة أن جوهر العين ومادتها ليست قابلة للتلف ، الا أنه بمجردده لايجدي شيئاً ، لان الغرامة والضمان ليست دائرة مدارالمادة ، بل المناط فيه هو الملكية والمالية، والتلف يلاحظ فيها .

فحيث زعم الحلبي تلازمهما ولم يلتفت الى التفكيك بين الملكية والمالية فبتلف الملكية تحصل الغرامة . وجوابه حيثئذ: أن المالية باقية لاتالفة ، فعلى المالية مدار الضمان لاعلى الملكية ، فلا ضمان مع بقاءالمالية، فتتعين الشركة في المالية . وعن الثالث : بمنع بطلان التالى ، لجواز التزام كون الغاصب مالكاً لها بعد فرض التلف ووجوب الغرامة، والايراد باستلزام كون الغصب مملكاً، مدفوع بأن المملك حيثئذ هو الغرامة ودفع البديل لاستحالة الجمع بين العوض والمعوض . والنقض ببطلان الحيولة بالجمع بينه وبين المبدل في ملكه مدفوع: بأن البديل في الحيولة بدل للسلطنة لا للعين فليس فيه جمعاً بين العوض والمعوض .

وعن الرابع : بأنه ليس فيه متلف ولاغارم يملك المالكين ، فيبقى بينهما لانه نماء مالهما ، فبالمزج حصلت مالية جديدة من توابع المالكين الاولين ، فهو نماء لهما فيلتزم فيه بالشركة .

ومن ذلك يظهر الحال في مزج الغاصب ماله بمال المغصوب ومزجه المالكين المغصوبين ومزج المالكين ماليهما اختياراً ومزج كل منهما مال الاخر ومزج المالكين قهراً .

والحكم في كل ذلك عند الحلبي هو الشركة على ما هو مقتضى قاعدة التلف والاتلاف في بعضها ، فلا يلزم كون الغصب مملكاً - كما قال أبو حنيفة - بل سبب

هو الغرامة واستحالة الجمع بين البديل والمبدل وقاعدة النماء في بعض الآخر كل على حسبه .

وحاصل رد شيخنا العلامة الانصاري «قده» على الحلبي «قده» هو التفكيك بين الملكية والمالية بمنع كون المزج اتلافاً للمالية لاعقلاً ولاشراً ، بل انما هو سبب للشركة اما عقلاً أو شرعاً على الخلاف ، وبعد تسليم كونه اتلافاً للمالية منع تعيين الغرامة بالبديل الكلي بل انما هو بالعين الخارجية الممتزجة بقاعدة الاقربيه فكما أن المزج سبب للشركة كذلك الغرامة المتمشخصه بالعين أيضاً سبب للشركة .

ولكنك خبير بعدم تعقل التفكيك بين الملكية والمالية ، اذ لو كانت المالية باقية على وجه الاشاعة ، فكذلك الملكية أيضاً باقية على وجه الاشاعة ، فتكون العين الممتزجة ملكاً ومالا لهما على الاشاعة واستحالة ملكية عين واحد لشخصين بأن يكون النسبة الاختصاصية حاصلة لهما معاً ممنوعة اذا كان ذلك على وجه الاشاعة . نعم يستحيل ذلك على وجه الاستقلال في المجموع على حد الملك الخالص الممتاز . فالتحقيق في الرد على الحلبي هو منع كون المزج تلاًفاً و اتلافاً أصلاً لا من حيث الملكية ولا من حيث المالية ، لا تسليمه في الملكية دون المالية حتى تحصل الشركة بسبب بقاء المالية ، أو تسليم كليهما بالمزج والمصير الى الشركة بقاعدة الاقربيه ، فلا وجه لتسليم كونه تلاًفاً و اتلافاً مطلقاً . وهذا هو الحق في الرد فلا تغفل .

« المسألة الثانية » من المسائل الخمسة في بيان الاقسام الخمسة في المزج بالاردى : وفيه أيضاً احتمالات ، أحدها : الغرامة . ثانيها : الشركة في العين بحسب المقدار مع أرش تفاوت الرذائة . ثالثها : الشركة فيها بحسب المالية . رابعها : الشركة في القيمة كالمالين المتلاصقين . خامسها : التخيير بين التبريم بالبديل عملاً بالاتلاف وبين الشركة في العين مع أرش التفاوت عملاً بالمزج . سادسها : سقوط الخيار رأساً . سابعها : الشركة في العين من دون الارش كما عن «المسالك»

أنه ظاهر المحقق لكن كلامه لا يدل عليه بوجه ، حيث قال : ويضمن فضل الجودة وفضل الرذالة .

وقد ظهر لك الوجه في تلك الاحتمالات في المسألة السابقة ، فلانعيد ، والقول بالتخيير هنا منقول في باب الغصب عن جماعة ، عملاً بالسببين المتزاحمين ، بخلاف المزج في المساوي حيث ليس التخيير فيه قولاً من أحد لما ظهر لك الوجه في ذلك من عدم التزام بين السببين في المتساويين .

فقد ذهب الحلّي الى الغرامة في المزج مطلقاً بناءً على اتحاد المقام والغصب قولاً ودليلاً ، وقواه شيخنا العلامة الانصاري في باب الغصب ، ولكن اختار « قده » الشركة في العين في المقام حيث قال « قده » : فان كان بالمساوي ثبت الشركة ، الى آخره . وان تردد في كيفية الارش ، حيث قال : وفي استحفاقه لارش النقص أو تفاوت الرذالة أو من ثمنه وجوه . وهذا ظاهر صاحب « الجواهر » هنا حيث أورد على « المسالك » في قوله بالشركة بأنه لم يذكر الارش ولم يورد على أصل الشركة ، فكأنه أمضاه ، وانما أورد على عدم ذكره لارش ، واختار « قده » الشركة في القيمة في باب الغصب . وكيف كان يتوجه على شيخنا العلامة « قده » أمران : أحدهما : أنه لا وجه لترديده في جبر التفاوت بين الوجوه الثلاثة بل يتعين الاولان ، فلا وجه لاحتمال الجبر من الثمن ، لان الشركة العينية اما بحسب المقدار ، ولازمه جبر النقص من ذمته - وهو المسمى بالارش - أو بحسب المالية ولازمه جبر النقص من العين الخارجية فلا يحتاج الى أرش آخر ، وتسميته أرشاً لا تخلو من مسامحة لعدم اطلاق الارش عليه في اصطلاحهم .

وأما الجبر بالثمن لادليل عليه بوجه بناءً على كون المراد من الشركة ، الشركة في العين . نعم لو كان المراد أعم من القيمة والعين مع أنه خلاف ظاهر العبارة فتدرك التفاوت بالثمن يرجع الى الشركة في القيمة ، والوجهين الاولين

الى الشركة في العين ، ولعل التردد يصير قرينة على مراده وصارفة عما تمتضيه العبارة ، فيندفع الايراد حينئذ .

وثانيهما : أن كلامه هنا مناقض لما اختاره في الغصب ، حيث اختار في الغصب الغرامة وهنا الشركة مع أنه لافرق بين المقامين في أن المدارعلى المزج فانه لو كان اتلافاً فيأتي في المقامين ، وان كان سبباً للشركة فكذلك ، فلا وجه للفرقة .

هذا ، ويتوجه على صاحب «الجواهر» أيضاً أمران :

أحدهما : أن كلامه هنا مناقض لما في الغصب ، حيث اختار هناك الشركة العينية مع الارش وهنا اختار الشركة في القيمة مع اتحاد الموضوع لعدم الخصوصية للغصب في ذلك ، والحكم ايضاً لان الشركة بالمزج انما هو من نص أو اجماع - لو كان ثابتاً في المقامين - والخلاف هنا دون هناك تحكم فلو لم يكن الدليل على الشركة بالمزج لكان كالمالين المتلاصقين ، والمفروض أن المقامين سواء ، موضوعاً وحكماً .

وثانيهما : أنه اختار هنا في المزج بالاجود الشركة في القيمة لا في العين ولا فرق بينه وبين المزج بالارديء ، فلا بد من القول بالشركة اما في العين مطلقاً أو في القيمة مطلقاً .

الا أن يقال : أن مختار «الجواهر» هو الشركة في القيمة مطلقاً ، كالمالين المتلاصقين هنا وفي باب الغصب ، وايراده «قده» على «المسالك» في الارديء بعدم ذكره الارش ليس امضاءً لأصل الشركة ، بل حاصل الايراد اما أن يقول : الشركة في العين يجيء مع الارش ايضاً أو تقييدها بالقيمة ، مع أن أصل الشركة في العين لادليل عليه ، فعلى هذا لاتهافت بين كلاميه أصلاً ، بل هذا هو الظاهر حيث قال «قده» : وان وجدها ممتزجة ففي «الروضة» و«المسالك» أنه ان كان بالمساوي

أو الارديء صار شريكاً ان شاء. وان كان بأجود: ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع الى الحكم القهري وجسوه ، وفي ثانيهما : أن الثاني لا يخلو من وجه وجوه لبقاء ماله وأصالة بقاء الخيار .

وفيه : مضافاً الى عدم ذكر الارش أنه اذا فرض النقض بمزج الارديء وعدم تقييد الشركة بنسبة القيمة أن الثاني هو الاقوى وأنه لافرق بينه وبين المزج بالارديء لكن على معنى الشركة في الثمن لافي العين للزوم الربا في الربوي بناءً على ع ومه لكل معاوضة . انتهى .

وكيف كان فقد استدل شيخنا العلامة الانصاري على مختاره من الغرامة والضمان - في باب الغصب - بما اختاره الحلبي «قده» من كون المزج سبباً للاتلاف والاهلاك ، فتعين الغرامة في الارديء ، والشركة في المساوي والاجود ، لما ذكرنا من دوران الامر مدار قاعدة الاقربية، فقد تقتضي الغرامة مع قاعدة الاقربية ذلك للشركة في العين، لانها أقرب أنحاء التدارك، فهذا يتم في المساوي والاجود دون الارديء ، بل تتعين فيه الغرامة بالبدل الكلي، لان الردائة توجب الابعدية عرفاً ، بخلاف الجودة حيث توجب الشركة في العين بحسب المالية ، لاشتمال الغرض على بعض أجزاء ماله فالعين أقرب من المباين عرفاً . وأما في المقام : فقد اختار الشركة في العين فيرد عليه حيثئذ : فما وجه مصيره هنا الى الشركة بل يلزمه الحكم بالغرامة أيضاً لاتحاد المناط والمدرك .

فيدفع مما عرفت من منع تسليم كون المزج اتلفاً واهلاكاً فلا مناص من

(١) بأن يراد من الاول فرد من الرجل ومن الثاني فرد آخر أو يراد من أحدهما في مكان ومن الاخر في مكان آخر وهكذا بحسب الزمان وغيره ، ضرورة أن الوحدة الجنسية كالوحدة الشخصية لا يقبل التعدد ، فلا بد حيثئذ من التقييد والتنويع بخلاف ما لو قلنا على التأكيد فلا يلزم منه التقييد ولا يكثر الوحدة الجنسية ولا تنوعه . (منه)

الشركة أما في القيمة أو في العين اما بحسب المقدار مع الارش أو بحسب المالية على ما سيجيء انشاء الله .

ولكن اختار بعض الفقهاء في شرحه - على «اللمعة» - : في العين بحسب المقدار من دون الارش للزوم الربا ، ولان خلط الجيد بالرديء لا يوجب الا تغيير صفة من أوصاف العين وهو تبدل الجودة بالردائة ، والوصاف لا يعتبر بنفسها فيها المالية ولا يوزع عليها المال ، فاللازم حينئذ عدم كون الزيادة الوصفية الموجبة لزيادة القيمة كالهية الحاصلة بالصياغة والصفة الحاصلة بالقصورة موجبة للشركة لان الصفة ليست مالا بنفسها فتكون تابعة للعين ، فلا فرق بين أن تجعل السبيكة خاتماً أو يجعل الخاتم سبيكة ، فان الاول زيادة صفة والثاني نقصانها ، فكما أن زيادتها لا توجب الشركة كذلك نقصانها لا يوجب الارش ، خصوصاً اذا كان النقص بفعل المأذون كالغابن ، فانه ليس غاصباً ولا ظالماً في تصرفه ، فلو قلنا في الغصب بلزوم الارش فلانقول به هنا ، لعدم المقتضي له بعد فرض كون المزج موجباً لتغيير الصفة المحضة ، لان عين المال موجودة فتحصل الشركة . غاية الامر تغيير الصفة بالمزج .

ولاعبرة بالصفات ، لافي طرف الزيادة ولا في طرف النقيصة ، فكما لا يوجب الاول الشركة كذلك لا يوجب الثاني الارش .

هذا ، قلت : قد عرفت أن المشهور حصول الشركة بالزيادة ، وان سبق منا الاشكال فيها ووجهنا كلام المشهور ، ولذا منعها في «الجواهر» واختار عدم الشركة ، بخلاف المقام ، فان مختاره الارش بناءً على الشركة ولا ملازمة بين منع حصول الشركة في ازدياد الصفة المحضة وحصول الشركة في المزج بالجودة أو الردائة .

وأما قوله : بحصول الشركة في المقدار من دون الارش :

فيدفعه: اما بما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» من أن الاوصاف المالية بحيث توجب زيادة قيمة الاعيان تكون عند الفقهاء أموالاً وتترتب عليها عندهم آثار المالية ، واستظهره من كلماتهم وفتاواهم .

منها : ما ذكره هنا من وجوب الارش على الغابن ، أو بما يمكن أن يقال: أن الغابن يجب عليه رد العين كما هي ان أمكن ، والا فان تغيير صفة العين من الكمال الى النقصان وجب عليه تدارك الكمال اما حقيقة ان أمكن أو جبراً بالارش لتدارك رد العين كما هي ، فحيث لم يتمكن فمقتضى قاعدة الاقرب فالاقرب تدارك صفاتها بالارش ، كما هو واضح .

فالاقوى حيث وجوب الارش بناءً على الشركة ، الا أن الكلام في أصل الشركة هل هي في القيمة أو في العين ؟ وتدارك الارش من الخارج حتى تكون الشركة مقدارية ، أو من العين تكون بحسب المالية ؟

فنقول : مقتضى القاعدة العقلية المقتضية للشركة المبنية على بطلان الجوهر الفرد هو الشركة العينية ، الا أن تلك القاعدة غير مطردة لاختصاصها بالمبيعات كالزيت والعسل وأمثالهما ، ولا يتم في الحبوب كالحنطة والشعير ونحوهما ، لان الاجزاء المنفصلة ممتازة فيهما واقعاً بكل حبة من الحبات الممتزجة اما لاذك أو لذلك ، وليس بينها قطعاً فيكون معيناً واقعاً ومردداً ظاهراً ، فلا تجري الشركة القهرية العقلية في العيس ، فلا بد من الاستناد في الشركة في مزج الحبوب الى دليل آخر مطرد ، وليس ذلك الا الاجماع .

فان قلنا: ان الاجماع انما هو على الشركة في الجملة أعم من العينية والحكمية تعين ما ذكره في «الجواهر» من الشركة في القيمة لافي العين ، لانه القدر المتيقن . الا أن الانصاف أن الظاهر قيام الاجماع على كون المزج بنفسه سبباً شرعياً للشركة كالارث وغيره من الاسباب الشرعية الموجبة للنزل ، لان الظاهر من

الشركة هي الشركة الواقعية وليست اذا كانت الشركة في القيمة، لانه يصير حينئذ كالمالين المتلاصقين ، ففي الحبوبات يحكم بالشركة الواقعية بالاجماع ، وفي المايعات بالقاعدة العقلية المذكورة مطابقة للاجماع على سببية المزج مطلقاً للشركة الواقعية .

وأما كون الشركة بحسب المقدار مع تدارك الارش من الخارج أو بحسب المالية بكون الارش من العين فيه اشكال .

وقد يستدل على الثاني تارة : بكون المزج موجباً للغرامة وكونها من العين أقرب كما في صورة المزج بالمساوي والاجود . وأخرى : بظهور الاجماع بالشركة بحسب المالية . وثالثة : بدعوى استهلاك المالكين وانقلابهما الى مال ثالث كالمهيتين المنقلبتين بالامتزاج الى ماهية ثالثة كالسكنجيين .

وفي كل الثلاثة نظر ، لابتناء الاول على كون المزج اتلفاً ، وقد عرفت ضعفه ، وان سبب الشركة ليس هو الغرامة بل نفس الاجماع ، ولمنع استظهار الاجماع ، بل قد يدعى الاجماع على أن الشركة بحسب المقدار ، ولذا قالوا بالارش لان الشركة في المالية لاحتياج الى أرش لظهور الارش في التدارك من الخارج لالتدارك من نفس العين ، كما لا يخفى . ولمنع الاستهلاك ، بل عين المال موجودة بعد الامتزاج كوجودها قبله ، غاية الامر حصول الشركة بالامتزاج اما عقلاً أو شرعاً حسب اختلاف المال في المايعات والحبوبات .

فالمتمعين هو الشركة في العين بحسب المقدار لانه مقتضى القاعدة المقتضية لكون كل جزء بينهما مع الارش ، لانه مقتضى تدارك رد العين كما هي .

ولكن الاشكال حينئذ في لزوم الربا فانه لو لم نقل بالانقلاب والاستهلاك وحصول الشركة بحسب المالية فلا يلزم الربا حينئذ ، ولكن حيث عرفت بطلان القول بالانقلاب ، فالمتمعين هو الشركة بحسب المقدار والارش وأنه موجب للربا

لامحالة ولا مدفع له الا بأن يقال : أن الارش من قبيل الغرامة ، والغرامات لا يدخلها الربا لاختصاصها بالمعاوضات ، والغرامة ليست منها ، فوجه كونه غرامة ما عرفت من وجوب ردّ العين كما هي على الغابن فحيث اختلط الجيد برديه فقد فانت عن المغبون صفة الجودة، فيجب تداركها وبذل تفاوت الجودة والردائة تداركاً وتحصيلاً لرد العين كما هي .

«المسألة الثالثة» المزج بالاجود والاحتمالات المتصورة فيه - كما ذكر سابقاً وكذلك الاقوال فيه في باب الغصب -: أربعة ، ففي المقام بعد بطلان كون المزج اتلافاً قول بالشركة في القيمة كما في «الجواهر» . وقول بالشركة في العين من دون الارش لانتفاء موضوعه لعدم وجوب الغرامة على المغبون ، لانه ليس مكلفاً برد العين بل المكلف هو الغابن، وأما كون الشركة في العين بحسب المقدار أو المالية مبني على أن الاوصاف المالية تلاحظ أموالاً بالاستقلال .

فلازمه ملاحظة النسبة بينهما بحسب المالية أم لا ؟ فلازمه بحسب المقدار اذ لم يحصل بالمزج الاختلاف صفة من أوصاف مال المغبون تبدل ردائته بالجودة ، وهو عائدة حصل له في ماله ولو كان بسبب فعل الغابن ، وليس عليه شيء في ذلك .

وقد عرفت أن الاقوى عدم كون الصفات والهيئات من الاموال ، فالمختار هو الثاني، أعني الشركة بحسب المقدار، لا الاول، أعني الشركة بحسب المالية فالفرق بين المزج بالاردى والاجود بعد اشتراكهما في أن الشركة في كليهما بحسب المقدار هو وجوب الارش على الغابن في الاول، وعدم وجوبه على المغبون في الثاني .

ومن ذلك كله يظهر لك حكم فرع آخر، وهو لو اختلط مالان من الشخصين - كمنين من الحنطة كان من منهما الواحد والاخر لآخر، وكان أحدهما أجود وقيمته

أكثر - اختلاطاً اختياريّاً منهما أو اتفاقياً فلانشك في حصول الشركة اما في القيمة أوفي العين ، وعلى الثاني اما بحسب المالية أو بحسب المقدار ، فقد عرفت أن الاقوى والاقرب بمقتضى القواعد هو الاخير .

« المسألة الرابعة » فيما لومزجه بغير المجانس وكان على وجه الاستهلاك عرفاً كامتزاج ماء الورد بالزيت .

و« المسألة الخامسة » : فيما لومزجه بغير المجانس لاعلى وجه الاستهلاك كامتزاج الخل بالانكبين : ففرق شيخنا العلامة الانصاري « قده » في حكم المسألتين حيث قسم المزج بغير المجانس على قسمين ، أعني صورة الاستهلاك كالاولى وعدمه كالثانية فحكم في الاول على الرجوع الى القيمة لانه كالتلف ، وفي الثاني وجهان من حصول الشركة قهراً ، لان الممزوج حقيقة مبدأه من مالهما ، فكأن مالهما انقلب شيئاً واحداً فهو نتاج مالهما فلا بد من كونهما فيه سواء على وجه الاشتراك ، ومن كونه كالمعدومة فيرجع الى القيمة .

ولكن كلماتهم خالية عن هذا التقسيم رأساً . فالمشهور على أن المزج بغير الجنس في حكم التلف مطلقاً ، والعلامة « قده » على الشركة مطلقةً واستوجهها في « المسالك » ولم يفصل بين القسمين ، ولعل نظر شيخنا العلامة « قده » الى أن القسم الاول خارج عن محل النزاع ، فالعلامة أيضاً يقول بالتلف هناك موافقاً لغيرهم وانما الخلاف في القسم الثاني .

فيه : ان الاستهلاك ان أريد به عقلاً فممنوع مطلقاً ، وان أريد به عرفاً فحاصل فيهما معاً ، فلاوجه للفرق ، فلا بد من القول بالشركة في المسألتين نظراً الى الامتزاج أو بالتلف مطلقاً في كليهما نظراً الى صدق الهلاك والتلف ، فالمتعين أن حكم القسمين أحد الوجهين من غير التفاوت .

فنقول : قديقال بالشركة نظراً الى حصول سببهما وهو المزج المجمع على

كونه سبباً للشركة ولا ينافيه اتفاقهم على اشتراط اتحاد الجنس في المزج الموجب للشركة ، لانه انما هو من جهة ارتفاع التميز فهو لاجراج المختلفين الممتازين كالحيوانات المختلفة الجنس لامطابق المختلفين وان لم يتميزا كاخل والانگبين . فاتحاد الجنس في كلماتهم عبارة عن ارتفاع التميز سواء كانا متجانسين أو مختلفين كالمبيعات المختلفة الجنس . ويدل على هذا اتفاقهم على الشركة بغير الجنس اذا كانا لمالكين ومزجاها اختياراً .

هذا ولكن الظاهر أنه لا وجه لهذا الحمل ، واتفاقهم ممنوع بل اشتراط اتحاد الجنس في المزج الموجب للشركة باق على ظاهره وان كلماتهم في ما نحن فيه أيضاً متفقة على عدم الشركة وكونه بحكم المؤلف خلافاً للعلامة « قيه » فالاقوى حينئذ هو قول المشهور ، لان المزج بغير الجنس سبب للتلف عرفاً ، والموجود بعد المزج طبيعة أخرى ثالثة ، فالعين وان كانت باقية عقلاً الا أنها هالكة عرفاً فتتعين ، ومن ذلك يندفع ما ذكره في « المسالك » وجهاً للشركة من التعليل ببقاء عين ماله ، فلا وجه لسقوط حقه من العين .

وجه الاندفاع : أن تبدل الحقيقة وتغيرها مانع عن صدق البقاء عرفاً و ان كان موجوداً عقلاً ، والمدتر على العرف لاعلى العقل في أمثال المقام ، فيجب على الغابن حينئذ دفع القيمة .

هذا تمام الكلام في تصرف الغابن بالامتزاج .

في تصرف الغابن بالتصرف الموجب للنقصة

لو تصرف الغابن بالتصرف المغير الموجب للنقصة ، فالتقص ان كان في العين فهو داخل في تلف البعض ، وسيجيء حكمه في أقسام التلف ، وان كان في الصفات المالية: فعن « الروضة » : أنه أخذها مجاناً ، وعن شيخنا العلامة الانصاري

ان كان النقص موجباً للارش وهو التفاوت بين الصحيح والمعيب أخذها مع الارش
وأما نقص سائر الصفات المالية ماعدا وصف الصحة كالكتابة والخياطة مثلاً ،
فلا يجب فيه شيء سوى رد العين فيأخذها مجاناً .

ولكن الاقوى وجوب الارش مطلقاً سواء كان النقص وصف الصحة أو غيرها
من الصفات المالية ، كما هو الحال في الغاصب لمكان وجوب رد العين على
الغابن كما هي ، فعليه تدارك الصفات المالية تحصيلاً لرد العين على الوجه
الاقرب .

وأما اذا كان النقص في المنفعة بأن استوفى الغابن منفعة العين : فلا اشكال
بالنسبة الى ما قبل الفسخ ان المنافع التي استوفها الغابن حق له فهو له من غير
وجوب تدارك شيء عليه ، وأما بالنسبة الى ما بعد الفسخ كما لو استأجر العين مدة
فسسخ المغبر في أثناء المدة ، فيحتمل وجوب الصبر الى انقضاء المدة لانه بمنزلة
الاستيفاء ، والمنافع المستوفاة لا تعود ، ويحتمل انفساخ الاجارة في بقية المدة
لكونها متزلزلة كنفس العين ، و المدرك لذلك هو أن انحاد السبب الشرعي
لاستيفاء المنفعة هل هو بمنزلة استيفاء نفس المنفعة أم لا؟ وقد تقدم الكلام فيه وأن
الاقوى لزوم الاجارة تنزيلاً له بمنزلة السبب العقلي ، وان نوقش فيما تقدم أيضاً
فتدبر . هذا كله في تصرفات النابن وأحكامها .

أما أحكام التلف : فنقول :

قديكون في الكل وقديكون في الجزء ، فاما أن يحصل في ماعند النابن أو
عند المغبون . ولا يخفى أن الكلام هنا مبني على عدم سقوط الخيار بالتلف كما
هو المشهور ، سواء كان عند الغابن أو المغبون لو كان التلف بأق سموية أو
بأتلاف الاجنبي أو نفسه اذا كان قبل العلم ، اذ لو كان بعده فهو مسقط للخيار لدلالته
على الالتزام بالعقد . والحاصل : أن الكلام انما هو في مورد ليس التلف مسقطاً

للخيار ، فنقول :

أما تلف الجزء فسيجبيء الكلام فيه ، وتلف الكل : اما أن يكون بآفة سماوية أو باتلاف نفسه أو صاحبه أو الاجنبي ، فهذه أربعة صور ، وكل ذلك اما عند الغابن أو عند المغبون ، فلنتكلم أولاً في أقسام تلف ما عند الغابن ، فان كان بآفة سماوية أو باتلاف نفسه ، فبعد البناء على عدم سقوط خيار المغبون يجب على الغابن رد القيمة ولا اشكال فيه ، وانما الكلام في أنه هل يجب عليه قيمة يوم التلف على قياس الغصب أو قيمة يوم الفسخ أو قيمة يوم المطالبة ؟ وجوه :

وجه الاول : أن يوم التلف يوم يقوم البديل فيه مقام العين .

وجه الثاني : أن يوم الفسخ يوم التكليف ووجوب الرد .

وجه الثالث : أن التكليف بررد البديل يوم الفسخ ليس تكليفاً منجزاً فعلياً فالعبرة بزمان تنجيز التكليف .

وخير الوجوه أو سطها لانه يوم اشتغال الذمة بالبديل ، فيجب عليه رد البديل ، غاية الامر ليس فورياً ، فمناط الفورية انما هو بالمطالبة ، انما العبرة بزمان التكليف والاشتغال وهو ليس في المقام الا يوم الفسخ . وأما في الغصب فالعبرة انما هو يوم التلف ، لانه أيضاً يوم الاشتغال ، فالمدار في المقامين على التكليف بالبديل ، فيختلف الحال في المقامين .

وان كان التلف باتلاف الاجنبي : فلا اشكال في أنه يضمن للغابن قيمة يوم التلف على قياس الغصب ، وأما ضمان الغابن قيمته للمغبون ، ففيه الوجوه السابقة ، والاقوى حسبما عرفت ، رد قيمة يوم الفسخ . وهل المطالب بالبديل عن الاجنبي هو المغبون فيرجع عليه ابتداءً ، أو ليس له الرجوع اليه بل يرجع الى الغابن وهو يرجع الى الاجنبي أو يتخير المغبون بين الرجوع الى أيهما شاء كما في تعاقب الايادي ؟ وجوه :

وجه الثاني : أن الاجنبي ألتف مال الغابن فهو ضامن له فيملك قيمته على المتلف والمغبون على الغابن يوم الفسخ على أحد الوجوه واليه يرد العوض فيؤخذ منه المعوض ولايربط للمغبون مع الاجنبي .

وجه الثالث : أن هناك سببين للتضمنين ، أحدهما : اليد ، والآخر : الاتلاف ، فالمغبون يتخير عملاً بالسببين كما في تعاقب الايادي .

وأما وجه الاول أمران ، أحدهما : قاعدة البداية ، بأن ما استقر في ذمة الاجنبي بدل للتالف فيتعلق حق المغبون به ابتداءً وفيه لحق البدلية ولذا يكون بذل الوقف وقفاً وبذل الرهن رهناً .

وثانيهما : أن نفس المال التالف في ذمة المتلف ولم يستطع عن عهده فما لم يدفع العوض كان عين التالف باقية في ذمته ، غاية الامر تبدل وجوده الخارجي بوجوده الاعتباري فيرجع المغبون عليه كما يرجع اليه لو كان عين المال موجودة في يده .

ولذلك قال في « الشرائع » : يجوز المصالحة على المتلف بما لو صالح له على قيمته لزم الربا ، والعلامة « قده » : لو صالحه على نفس المتلف بأقل قيمته لم يلزم الربا ، فالمصالحة على نفس المتلف يكشف عن أنه نفسه شيء موجود وليس معدوماً صرفاً حتى تكون الذمة ابتداءً مشغولة بالقيدة .

وفيه : ما لا يخفى من الضعف ، لان الذمة والعهدة لا معنى لها الا فيما يكون قابلاً للالتزام بالاداء والتالف ليس قابلاً لتعلق الالتزام والتكليف به ولا بشيء من الاحكام الشرعية والعقلية لانه معدوم ، فالتزام به التزام بالمحال ، فلا جرم تتعلق الذمة بالبدل ، لانه هو المقابل للالتزام والتعهد ، فلا معنى لكون التالف في الذمة ، فالاولى هو الوجه الاول .

ولو كان المتلف نفس المغبون : فان لم يفسخ العقد غرم للغابن البدل ،

وان فسخ غرم له أيضاً قيمته يوم التلف وغرم الغابن للمغبون قيمته يوم الفسخ على أقوى الوجوه المذكورة ، وان أبرأه الغابن من البذل ثم ظهر الغبن ففسخ المغبون ، أخذ قيمته من الغابن ولا يرجع عليه ببذل ما ألتفه ، لان ابرائه له بمنزلة قبضه لبذل التالف ، فليس عليه شيء آخر سوى رد العوض . ثم ان تلف البعض كتلف الكل ، فيجب فيه الغرامة قيمة يوم التلف أو الفسخ أو المطالب على الخلاف .

هذا كله في تلف ما عند الغابن ، ولو تلف ما عند المغبون ، فتجرى فيه الاقسام الاربعه المتقدمة ، ويظهر حكم الجميع بالمقايضة ، بأن لو تلف بأقاة مساوية أو ألتفه المغبون قبل ظهور الغبن ففسخ بعده ، غرم للغابن قيمته يوم التلف أو الفسخ أو المطالبة على مامر .

وان ألتفه الاجنبي فطراً الفسخ ، غرم للمغبون قيمة يوم التلف وغرم هو للغابن قيمة يوم الفسخ ، على أقوى الوجوه ، وفي رجوع الغابن الى الاجنبي أو اليه أو التخيير - حسبما مرّ - وجوه .

وان ألتفه الغابن غرم للمغبون يوم التلف وهو يغرم للغابن اما يوم التلف أو يوم الفسخ أو المطالبة على الوجوه ، وان أبرأه المغبون قبل الفسخ ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه رد القيمة على الغابن لمنزلة ابرئه منزلة ما في يده وقبضه ، هذا تمام الكلام في التلف .

مسألة :

هل يختص خيار الغبن بالبيع أو يعم غيره

هل يختص خيار الغبن بالبيع أو يعم كل معاوضة مالية حتى الصلح ، أو يعمها وشبه المعاوضة كالنكاح ، أو يعم لما عداها وما عدا الصلح من سائر المعاوضات كالأجارة ؟ وجوه ، والمحكي عن جماعة التصريح بالعموم كالفخر وصاحب

« التمتع » وصاحب « ايضاح النافع » والمحقق الثاني في الاجارة. والكلام يقع تارة فيما عدا الصلح من المعاوضات المالية وأخرى فيما يشبه المعاوضة وثالثة في الصلح .

أما الاول : فالظاهر هو العموم لعموم المدرك وهو حديث « لا ضرر » ولا ينافيه عدم تعرض جماعة ، لان المتبع هو الدليل مضافاً الى أنه لا يدل على الاختصاص وعدم العموم بل لعل تركهم له ثقة لرضوح الحال مضافاً الى كفاية تصريح المحققين بالعموم كما عرفت .

وأما الثاني : فالاصح الاقوى عدم ، لاختصاص الدليل بالمعاوضات لعدم تحقق موضوعه الا فيها مضافاً الى عدم تطرق الخيار في النكاح الا في الموارد المنصوصة ، وقد يمثل لشبه المعاوضة بالهبة المعاوضة وهو مبني على كونها عبارة عما اشترط فيه العوض .

لكنه باطل جداً لأن المناط في الهبة المعاوضة فعليه التعويض لا اشتراط العوض فكل هبة عقت بالعوض ، أي بهبة أخرى عوضاً عنها فهي معاوضة سواء اشترط العوض أم لا ، فتكون حينئذ لازمة وكل مال يتعقبها هبة أخرى جزاءً لها فهي غير معاوضة وتكون جائزة ، وان اشترط العوض فحينئذ الهبة المعاوضة ليست معاوضة ولا شبه معاوضة لانهما هبتان مستقلتان لا ربط لاحدهما بالآخرى ، بمعنى أن المال المتهب لا عوض له ولم يلاحظ التقابل والمعاوضة بين المالين ، بل التقابل انما لوحظ في الانشائين ، بأن كان أحد الانشائين جزاءً للآخر .

وأما الصلح ، ففيه وجوه :

أحدها : ما حكى عن « المذهب البارع » من عدم جريانه فيه لكون الغرض الاصلي فيه قطع المنازعة ، فالخيار والفسخ ينافيه ، وهو كما ترى باطلاقة ممنوع . ثانيهما : ما عن « غاية المرام » من التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة

فيجري فيه ، وبين الواقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ، ثم ظهر حتمية ما يدعيه وكان مغبواً فيما صالح به والواقع على ما في الذمم وكان مجهولاً ثم ظهر بعد الصلح الغبن ، على تأمل .

أقول : أما الصلح على اسقاط فينبغي الجزم بعدم جريان الخيار فيه لان في تطرق الخيار فيه يؤدي الى نقض الغرض وهو قطع الدعوى . وأما الصلح على المجهول في الذمة : فان كان ابتدائياً غير مسبوق بالدعوى والتنازع فهو باطل للغرر ، وان كان في مورد النزاع فيصح الصلح فيه ظاهراً من دون خيار ، للزوم نقض الغرض . نعم مع علم المدعى عليه بمقدار الحق ووقع الصلح بأقل منه بحيث علم عدم رضا صاحبه به لو كان عالماً لم يصح باطناً ولكن يجب عليه ترتيب الاثر في الظاهر كما في اليمين الكاذبة .

ثالثها : التفصيل بين العقد الواقع على وجه المسامحة وكان الاقدام فيه مبنياً على عدم الاعتناء بالنقيصة والزيادة فلا تغاين فيه حينئذ ولا خيار صلحاً كان أو غيره ، لعدم صدق اسم الغبن ، وبين غيره فيصدق فيه اسم الغبن والخيار .

فيه : أن المناط الضرر وهو يجبيء وان لم يصدق التغاين وليس موضوع الدليل اسم الغبن في شيء ، نعم يمكن أن يوجه أن الاقدام في صورة التسامح رافع لحكم الضرر فلا خيار مع الاقدام على الضرر لان مبنى المعاملة على رفع اليد كائناً ما كان زاد أو نقص ويكون حكمه حكم العلم بالغبن في سقوط الخيار لمكان الاقدام ، وأما الصلح المعاوض في مورد قيامه مقام البيع فهو حكمه في جريان الغبن والخيار . فظهر مما ذكر أنه لا اشكال في شيء من أقسام الصلح .

مسألة :

في فوروية هذا الخيار - خيار الغبن - وعدمه :

وقد وقع الخلاف في أربع مواضع : الغبن ، والرؤية ، والتأخير ، والعيب . والمشهور

في الاولين : على الفور ، وفي الاخيرين : التراخي ، فان كان المدرك في الخيار هو قاعدة لاضرر ، فالخيار على الفور لاندفاع الضرر ، وان كان النص ، فهو على التراخي لاطلاق النص ، وحيث أن الغبن والرؤية من جهة نفى الضرر ، صار المشهور على الفور ، والتأخير والعيب من جهة النص ، صاروا على التراخي ، ولو كان المدرك في الغبن أخبار التلقي اتجه التراخي ، ولكن استناده اليها ضعيف عندهم حسبما عرفت في محله .

وكيف كان ، فيستدل على الفورية تارة بأصالة اللزوم و الاقتصار في الخيار على القدر المتيقن ، وبأصالة العموم أخرى ، وهو عموم الاية الشريفة ، وللزوم الضرر بالتراخي على من عليه الخيار ثالثة ، وقد يستدل على التراخي باستصحاب بقاء الخيار ، لان المرجع استصحاب حكم المخصص للعام كما هو الحال في تعارض العام مع استصحاب حكم المخصص . وحكي عن السيد الطباطبائي تقديم الاستصحاب وتخصيص العام به .

ولكن تحقيق القول في ذلك حسبما أفاده شيخنا العلامة الانصاري «قده» أنه لا تعارض بين العام واستصحاب حكم المخصص ، بل اما أن يكون المورد مجرى العام فقط فلا مجرى للاستصحاب أصلا ولو فرض سقوط العموم ، أو يكون مجرى الاستصحاب فقط ولا مسرح للعام أصلا ولو فرض عدم جريان الاستصحاب .

وذلك لان الزمان أما أن يكون ملحوظاً فرداً للعام بأن يكون كل جزء من الزمان ملحوظاً على وجه القيدية فيكون كل جزء من الزمان فرداً مستقلاً للعام أو على وجه الظرفية بأن يكون جميع الازمنة على وجه الاستمرار فرداً واحداً للعام .

فمثال الاول : (أكرم زيدا كل يوم) فلا مسرح الا للعام لانه اذا خرج زيد في يوم الجمعة مثلا عن تحت العام وشك في اليوم الاخر ، فهذا الشك انما هو في التخصيص ، والاصل عدم التخصيص ، ويتمسك بالعموم يقيناً ولا مسرح للاستصحاب لتعدد الموضوع ، بل وان لم يكن عاماً فلا معنى لاجراء حكم موضوع على موضوع

الاخر ، لانه قياس لا استصحاب .

ومثال الثاني ، ما لو قال : (أكرم العلماء) وفرض اكرام كل عالم أمر مستمر باستمرار الزمان ، فاذا خرج بعض أفراده في برهة من الزمان ، كأن قال : (في يوم الجمعة - مثلاً - لا نكرم زيداً العالم) وشك في الزمان الثاني ، فلا مسرح للعام لان الشك ليس في التخصيص الزائد لان العام لانظر له الى الزمان ، فاذا خرج الفرد عن تحت العام فقد انقطع حكم العام عنه لانه موضوع واحد خرج تحته ، غاية الامر شك في بقاء حكم المخصص وزواله ، فيتمحض المورد للاستصحاب بل لو لم يكن الاستصحاب لما نحكم بحكم العام أيضاً لان دخوله تحته بعد خروجه يحتاج الى الدليل ، فالمرجع سائر الاصول والقواعد .

ومن ذلك يظهر لك أن التمسك بالعموم لفورية الخيار مبني على أخذ الزمان قيداً لعموم (أوفوا) . فيكون العقد في كل زمان فرداً مستقلاً محكوماً بوجوب الوفاء ، فوجوب الوفاء حينئذ بالعقد تكليفات متعددة حسب تعدد الزمان. المنهي أثبت المحقق الثاني .

فيه : منع واضح كما أفاد شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أنه مأخوذ ظرفاً ، وأما التمسك بالتراخي باستصحاب الخيار مبني على اعتبار حجية الاستصحاب في الشك في المقتضي ، وهي ممنوعة على التحقيق المختار عنده « قده » أيضاً ، فلا بد من الرجوع الى سائر الاصول وهو في المقام استصحاب الملكية لان زوالها بالفسخ في ثاني الزمان مشكوك فتستصحب ، وعليه يتم ما ذهب اليه المشهور من الفورية .

نعم ، لو جرى استصحاب الخيار بناءً على حجيته في الشك في المقتضي كان حاكماً على استصحاب الملكية ، وأما بناءً على المختار من انحصار مورده في الشك في التراخي : ينهض استصحاب الملكية قائماً من دون الاصل المزيل الحاكم عليه. ومما ذكرنا يظهر لك ما في « الجواهر » رداً على الاستدلال بالفورية ، أما

على أصالة اللزوم والاقتصار على القدر المتيقن : بمنع القدر المتيقن ، لتقيام الدليل على ما زاد عن الفورية وهو استصحاب الخيار .

أما عن العموم بأن دلالة « أوفوا » بالنسبة الى الازمنة على وجه الاطلاق لا العموم ومرجعه الى أن الزمان ليس مفرداً للعام فلا عموم من حيث الزمان بل هو ظرف محض ، فيكون اطلاقاً لاعموماً لابتناء مرجعية استصحاب اللزوم ، بمعنى استصحاب أثر العقد عند الشك في المزيل عند المستدل على عدم جريان استصحاب الخيار للشك في المقتضي ، والا كان حاكماً عليه .

وأما العموم ، فصحة الاستدلال به وعدمها مبني على تشخيص الصغرى من أن الزمان مفرد أو ظرف ، وانما اللازم عليه تشخيص ذلك واثبات أخذ الزمان على سبيل الظرف حتى يتم مراده .

وظاهر كلام بعض مشائخنا في حاشيته على « اللعة » هو الاول ، أعني كون الزمان مفرداً للعام حيث قال على ما هو المحكي في كتاب شيخنا العلامة الانصارى : والمسألة مبنية على أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر الى يوم القيامة وأن عموم الرفاء بالعقد عموم زمني للتطع بأن ليس المراد بالاية الوفاء بالعقد آنناً ما بل على الدوام ، وقد فهم المشهور منها ذلك ، باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها .

ولاريب أن مفاده عرفاً بحسب قصد المتعاقدين الدوام فاذا أدل دليل على ثبوت خيار من « لا ضرر » أو اجماع أو نص في الماضي أو مطلقاً بناءً على الاهمال لا الاطلاق في الخيار فيكون استثناءً من ذلك العام ويبقى العام على عمومه كاستثناء أيام الإقامة ونحوها من حكم السفر وأن اللزوم ليس كالعموم ، وانما يثبت ملكاً سابقاً ويبقى حكمه مستصحباً الى المزيل فيكون المعارضة بين الاستصحابيين ، والثاني وارد على الاول فيقدم عليه ، والاول أقوى لان حدوث الحادث مع زوال

عليته السابقة يقضي بعدم اعتبار السابق امامه بقائها فلا يلغوا اعتبار السابق ، انتهى .
 ما ذكره من المبني بعينه ما ذكرنا من كون الزمان مفرداً أو ظرفاً ، فمراده
 بتوله في الشق الاول : (أن أثر العقد مستمر الى يوم القيامة) هو الاستمرار على
 وجه العموم ، فيكون المراد أن أثر العقد ثابت والعقد لازم في كل زمان ، وليس
 مراده مجرد الاستمرار مع كون الزمان ظرفاً ، وحينئذ فلا يرد عليه ما أورده في
 الكتاب من كونه مما لا محصل له . ولا ما ذكره أيضاً من كون ما ذكره وجهاً
 للرجوع الى العموم بطرح العموم والرجوع الى الاستصحاب ، ويمكن ارجاع
 كلامه الى ما سندكره من الوجه أيضاً كما يشهد به قوله (لان حدوث الحادث) .
 وكيف كان فالنزاع يرجع الى أن الزمان مفرد للعام أو ظرف محض ،
 وظاهر الكلام المزبور جعله مفرداً لا ظرفاً ، الا أنه خلاف الانصاف لان عموم
 «أوفوا» أفرادى لا أزمانى فلا دلالة له على وجوب الوفاء بالعقد في كل آن
 وزمان ، بحيث يكون العقد في كل جزء من الزمان ملحوظاً فرداً مستقلاً .

وعوم الافراد وان استتبع عموم الازمان كما ذكره «جامع المقاصد» الا أنه
 لا ينفع في الرجوع الى العام في الزمان الثاني بعد خروجه عنه في الزمان الاول
 لان دلالة عليه لا يزيد على الاطلاق وهو مساوق لكون الزمان ظرفاً فلا نظر للعام
 الى العقد في الزمان الثاني ، بل ساكت عن حكمه بالمرة ، فالمرجع هو الاصل .
 اما استصحاب الخيار كما في «الجواهر» أو أصالة اللزوم بمعنى استصحاب بقاء
 أثر العقد أو استصحاب الملكية .

هذا ، وهنا وجه آخر لاثبات اللزوم والفورية والعمل بالعموم ، وان لم يكن
 من باب أصالة العموم المصطلح ، ويمكن حمل من قال بالعموم - كالمحقق
 الثاني - اليه أيضاً ، وهو أن المقتضي للزوم موجود والمانع مفقود ، أما المقتضي
 فهو العقد ، لاتفاق الكل على أصالة اللزوم فيه سواء قلنا ان الزمان مفرد أو ظرف

لعموم العام ، وأما فقد المانع : فلان المانع عن اللزوم هو لزوم الضرر على المغبون وهو يندفع بثبوت الخيار له على الفور ، اذ لو لم يفسخ بعده فهو الذي أقدم على ضرر نفسه فلا مقتضي لثبوت الخيار في الزمان الثاني ، لان الضرورات تتقدر بقدرها فيؤثر العقد بعد ارتفاع المانع أثره .

فان قلت : ان حدوث الضرر مانع عن اللزوم وبناؤه ليس شرطاً في الخيار بل بمجرد الضرر حصل الخيار في العقد دائماً فصار خيارياً .

قلت: بعد فرض كون العقد مقتضياً للزوم دائماً وكون المانع هو الضرر لا بد من اناطة الامر بوجود الضرر وعدمه حدوثاً وبقاءً ، فمجرد حدوثه يجدي في حدوث الخيار ، ولكن بقاء الخيار مع اندفاع الضرر في الزمان الثاني واستناد بقاء الضرر الى نفسه يحتاج الى دليل آخر ، وهو مفقود بعد منع استصحاب الخيار .

ونظير ما ذكرنا ما ذكرناه في بيع الرهن من أنه لو باع الراهن ماله المرهون لم يصح ، لتعلق حق المرتهن المانع عن تأثر العقد ، لكن لو باعه ثم زال حق المرتهن بفك الرهن أثار العقد أثره ، لان المقتضي - وهو البيع - موجود ، والمانع - وهو حق المرتهن - مفقود ، وغير ذلك من أشباه المقام .

فتحصل مما ذكرنا: أن الأقوى هو الفورية اما لاصالة اللزوم بمعنى استصحاب أثر العقد ، أو لاصالة العموم أو لعموم المقتضي في كل آن وفقد المانع في الان الثاني أو للزوم الضرر لو قلنا بالتراخي على المفسوخ عليه وان قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» - في الاخير: ان في هذا الدليل تأملاً . لعله إشارة الى ما في «الجواهر» بأنه - أي الضرر بالتراخي - لا يثبت الفور ، فنقول بالتراخي ما لم يتضرر من عليه الخيار . حاصله : أن مجرد التراخي لا يستلزم الضرر فلا ضير في التراخي الى حد لزوم الضرر لطول المدة كثيراً . أو إشارة الى منع الصغرى

- أعني لزوم الضرر - لان لزوم الضرر مبني على كون من عليه الخيار ممنوعاً من التصرف وهو ممنوع وان كان مشهوراً ، بل الحق جواز مطلق التصرفات في زمان الخيار لمن عليه الخيار حتى التصرفات الناقلة واللازمة المنافية للخيار ، فلا ضرر حينئذ أصلاً .

وكون مجرد تزلزل الملك ضرراً أو كونه في عرضة الزوال وان جازله التصرفات ممنوع جداً ، لان مجرد التزلزل ليس ضرراً في شيء بل الضرر مبني على الحجر من التصرفات في زمان الخيار ، فبناءً على عدم الحجر على ما هو مقتضى التحقيق حسبما قررنا في محله كان الضرر مفقوداً .

هذا تمام الكلام في أصل الفورية ، وأما المراد منها الحقيقية أو العرفية ؟ والاقوى هو الاول اقتصاراً في ثبوت الخيار على ما يندفع به الضرر . لان ما هو الدليل على أصل الفورية هو الدليل على الحقيقة أيضاً خلافاً لشيخنا العلامة الانصاري «قده» حيث قال : أن مقتضى ما استند اليه للفورية - عدا هذا المؤيد الاخير - هو الفورية العرفية ، لان الاقتصار على الحقيقة خرج على ذي الخيار فلا ينبغي تدارك الضرر به . ولا يخفى ما في هذه العبارة من المسامحة ، لان صدرها يقتضي ما ذكرنا من الفورية الحقيقية ، ولكن التعليل لا يناسبه ، ولكن مراده «قده» واضح من أن لزوم الحرج يقتضي الفورية العرفية .

ففيه منع واضح ، اذ لا يحتاج الفسخ الى فعل من الرد والاسترداد مما ينافي الفورية الحقيقية حتى يلزم الحرج من الاقتصار عليها ، بل يكفي فيه انشاء الفسخ بقوله : فسخت ، فحيث علم بالغبن ، ان فسخ في أول زمان يمكن فيه الفسخ لدفع الضرر عن نفسه فهو والاسقط خياره ، لان دليل هذا الخيار هو الضرر ، فان لم يفسخ فهو أقدم على ضرر نفسه . نعم لو استندنا في الفورية الى لزوم الضرر على من عليه الخيار بالتراخي ثبتت الفورية العرفية ، لان لازمه ثبوت الخيار

ما لم ينجر الى الضرر على المفسوخ عليه ، بل هذا المقتضي أوسع من العرفية الفورية .

١٥٥٥ مسائل :

المسألة الاولى: الجاهل بالخيار معذور في ترك المبادرة لعموم نفي الضرر، فهو كالجاهل بالغبن لاتحاد المناط، وهذا لا ينافي الاجماع على عدم معذورية الجاهل بالحكم وكونه كالعامد لان مورده الاحكام التكليفية ، لاملل المقام الذي المدار فيه على الضرر، فتركه للفحص عن الحكم الشرعي كترك الفحص عن الغبن لا ينافي المعذورية .

المسألة الثانية: الناسي في حكم الجاهل ، وهو بالنسبة الى الحكم واضح، كما لو علم قبل العلم بالغبن بأن المغبون بالخيار لكنه بعد ما علم بالغبن نسي ثبوت الخيار له فهو أيضاً معذور في ترك المبادرة، وأما بالنسبة الى الموضوع فيشكل تصويره لانه بمجرد علمه بالغبن ثبت له الخيار فوراً ، فاذا لم يفسخ سقط خياره، ونسيانه لا يجدي بعد ترك المبادرة ، نعم يمكن تصويره فيما لو علم قبل العقد بأن المعاملة الفلانية غبن لكنه نسي الغبن حال العقد ، فهو أيضاً معذور فهو بالخيار بعد تذكره للغبن الذي كان عالماً به قبل العقد .

المسألة الثالثة: أن الشك في ثبوت الخيار كالجهل به في كونه سبباً للمعذورية لما مر سابقاً أن الجهل البسيط كالجهل المركب بالنسبة الى أصل الغبن ، فليس اقدمه على البيع مع الشك في الغبن اقدماً على الضرر كذلك الشك في الخيار فليس كالعالم به في سقوط الخيار ، ولكن قال في الكتاب: يحتمل عدم المعذورية لتمكنه بالفسخ بعد العلم بالعين والشك في الخيار ثم السؤال عن صحته .

فيه : أنه متعوض : بالشك في الغبن مع اعترافه « قده » بعدم سقوط الخيار

فيه ، ومنحل : بأن التمكن من الفسخ احتياط لايجدي في استناد الضرراليه بترك
الفسخ ، فمالم يعلم بالخيار لايستند اليه الضرر .

المسألة الرابعة: هل الجاهل بالفورية كالجاهل بأصل الخيار في المعذورية؟ وجهان
مبينان على أن ترك المبادرة في صورة العلم بالخيار والفورية مسقط من جهة كونه
التزاماً بالعقد أو من جهة عدم ثبوت حق الخيار له شرعاً الاعلى وجه الفور لعدم
الدليل ، فعلى الاول : يكون الجهل بالفورية عذراً لعدم دلالة ترك المبادرة على
الالتزام بالعقد ، وعلى الثاني : يكون مجرد العلم بالخيار كافياً في سقوطه بترك
المبادرة .

وهذا هو الاقوى ، لانه بمجرد علمه يصير متمكناً للفسخ فاذا لم يفسخ فالضرر
مستند اليه لاالى حكم الشارع .

فان قلت : أنه انما يترك الفسخ فوراً بسبب اعتقاد التراخي فليس مقدماً على
ضرر نفسه بترك المبادرة اتكالا على زعم التراخي .

قلت : وان لم يكن مقدماً الا أن الاقدام لاحاجة له بعدكون مجرد الاستناد
كافياً في سقوط الخيار ، فهذه أمور ثلاثة : الالتزام بالعقد ، والاقدام على الضرر ،
والاستناد . وترك المبادرة قاطع للعذر من الجهة الاخيرة هنا .

المسألة الخامسة : لو اختلفا في العلم و الجهل ، فادعى المغبون الجهل
بالخيار فحالته كحال مالو اختلفا في العلم والجهل بأصل الغبن ، وقد تقدم أن بناء
المشهور تقديم مدعي الجهل ، لاصالة عدم علمه ، وقد تقدم أيضاً احتمال التفصيل
وتخصيص السماع عن من يحتمل في حقه الجهل ولم يكن هناك أمانة دالة على كونه
عالماً كالدلال ونحوه بناءً على العبرة بهذا الظهور في كونه مخالفاً للمظاهر ، حتى
يكون مدعياً لامنكراً ، فراجع .

هذا تمام الكلام في خيار الغبن ، وله الحمد على مامضى وعلى ماسياتي .

القول فى خيار التأخير

الحاصل من جهة تأخير الثمن ، قال العلامة « قده » فى محكى « التذكرة » : من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشتري ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام ، فان جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين ، وان مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع . انتهى .

وحاصل ذلك أنه لابد من حصول الخيار تحقق تأخير الثمن الى ثلاثة أيام فلو أخر الثمن الى يومين بل الى ما بقى بساعة من ثلاثة أيام لم يحصل للبائع الخيار ، ولكن ربما يشكلك ذلك ويقال بحصول الخيار لو لم يعجل المشتري بأداء الثمن ، فلو أخر يوم مثلاً للبائع الخيار .

وجه ذلك : أن اطلاق العقد ينصرف الى التعجيل فيكون تعجيل الثمن بمنزلة الشرط ، فيجري عليه حكم الشرط ، فيكون التأخير مخالفاً للشرط ، ولازمه ثبوت الخيار لمكان تخلف الشرط كما هو الحال فى الشرط الصريح وكذلك الشرط الضمني ، فتخلفه يوجب حصول الخيار ، مثل أن اطلاق العقد ينصرف الى الصحيح ، فاذا حصل التخلف ثبت الخيار لتخلف الشرط .

وأجيب عن هذا بأن هذا انما هو بالاجماع لان الاصل فى العقد هو اللزوم ، وقد ثبت بالاجماع جواز العتد بعد الثلاثة وهو المخرج عن الاصل ويبقى العقد فى الثلاثة وأخر الثمن فى بعضها تحت الاصل المقتضى للزوم .

ولكن هذا الجواب ليس بشيء ، والاولى أن يجاب عنه بمنع كون المنصرف بمنزلة الشرط المرجب تخلفه للخيار مطلقاً ، بل المسلم منه اذا كان على طبق أمارة نوعية كما فى وصف الصحة ، فكون خلاف الصحة سبباً للخيار انما هو للغلبة

النوعية المقتضية للصحة، فيجري مجرى الاشتراط، وأما مجرد الانصراف بدون وجود أمانة فلا .

هذا ثم ان هذا الخيار كما هو مختص بعقد البيع لمكان ظهور الاجماع ، كذلك مختص للبائع لمكان الشهرة بل المخالف غير معلوم عدا ماحكي عن « الدروس » من استظهاره ثبوت الخيار للمشتري أيضاً من عدم تعرضهم لاجباره على نقد الثمن وتسليمه الى البائع بعد الثلاثة حيث قالوا بثبوت الخيار بعد الثلاثة للبائع وسكتوا عن حال المشتري واجباره على نقد الثمن ، وهو يدل على ثبوت الخيار له أيضاً ، اذ لولا له لزم اجباره على تسليم الثمن ، وحيث لم يقولوا بل سكتوا ، يكشف عن كون الخيار له أيضاً .

وأجاب عن ذلك في « الجواهر » بما حاصله : أن عدم تعرضهم لاجباره على نقد الثمن ليس لثبوت الخيار للمشتري ، بل لعل التأخير يكون برضا البائع . والاولى أن يقال : ليس محط كلامهم ، وذلك ، أعني تنقيد الثمن ووجوبه على المشتري واجباره عليه بل لذلك محل آخر وقد ذكروا في محله : أن اطلاق العقد يقتضي تعجيل الثمن ، ويجب عليه تسليمه الى البائع ، فلا امتنع يجبر ، وهذا يغني عن التعرض به في المقام ولو كان المشتري ناقداً للثمن الآن البائع لا يقبضه المبيع لعدم حضوره عنده أو لغيره ، فهل يثبت له الخيار حينئذ ، أي لو آخر المثلث الى أن انقضت ثلاثة أيام ؟ قيل : له وجه ، وغاية ما يمكن أن يقال وجهاً ، أمران :

أحدهما : قاعدة الضرر لاستلزام تأخير المبيع وبقاء الثمن عند المشتري أمانة الضرر المنفي .

وفيه : أنها من القواعد التي يحتاج العمل بها الى الجبر من عمل الاصحاب ولا أقل من ثلاثة ، وهو مفقود لعدم ذهاب أحده اليه مضافاً الى امكان التقاص بالثمن

عوضاً عن المبيع ، لأن يقال : إمكان التماس تدارك للضرر ، وهو لا يجدي ، لأن نفي الضرر يدل على نفي الحكم المجعول للضرر لاعتبار تداركه .

وثانيهما : مناط أخبار الباب الناطقة على ثبوت الخيار للبائع بتأخير الثمن فإنه جابر في تأخير المثلث أيضاً كما هو كثيرة نظائره ، كجريان قاعدة التلف قبل القبض في طرف المشتري مع اختصاص دليله بتلف المبيع ، وجريان خيار العيب في الثمن مع اختصاص دليله بالمبيع وجريان خيار الحيوان فيما كان الثمن حيواناً مع اختصاص دليله في ما كان الحيوان مبيعاً ، وغير ذلك ، حيث يجرون حكم المنصوص من أحد الطرفين إلى الآخر أيضاً بآثاراً أو مبيعاً لاتحاد المنطقتين .

فيه : أن الحكم خلاف القاعدة فينبغي الاقتصار على مورد النص والاجماع ، والمنطقتان القطعي ممنوع ، والظني لاجدوى له فالأقوى اختصاص الخيار للبائع دون المشتري ، فيدل على ثبوته للبائع أمور :

أحدها : الاجماع المحكي عن « الانتصار » و « الخلاف » و « الجواهر » وما صرح به العلامة في « التذكرة » كما سبق .

ثانيها : أن الصبر أبداً مظنة الضرر المنفي بل الضرر هناك كما ذكر في الكتاب أشد من الضرر في الغبن حيث أن المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه .

والجواب عن ذلك بإمكان المقاصة كما سيحییء ذكره في بعض الفروع الآتية ، مدفوع بما ذكرنا من أن المقاصة تدارك للضرر بعد حصوله ، ونفي الضرر يدل على نفي الحكم للضرر وهو اللزوم .

وثالثها : الأخبار المستفيضة ، منها : رواية علي بن يقطين ، قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع الشيء ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن ؟ قال عليه السلام : لا أجل بينهما ثلاثة أيام ، فإن قبضه بعه والا فلا بيع بينهما .

ورواية اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام، قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيئ ، فلا بيع له .

ورواية ابن الحجاج : اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت الى بائع المحمل لآخذه فقال : قد بعته ، فضحكت ثم قلت : لا ، والله ما أدعك وأفاضيك ، فقال : أترضى بأبي بكر بن عياش ؟ فقلت : نعم فأتيناه ، فتقصصت عليه قصتنا ، فقال أبو بكر : من تريد أن أقضي بينكما أبقول صاحبكما أو غيره ؟ قلت : بقول صاحبي ، قال : سمعته يتول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام ، والا فلا بيع له .

وصحيفة زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قلت له : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول : آتيك بثمنه ؟ قال : ان جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام ، والا فلا بيع له . واطلاق هذه الاخبار ككلمات الاصحاب ، عدم الفرق في تقدير المدة المزبورة ، أعني ثلاثة أيام ، بين كون المبيع جارية وغيرها ، خلافاً لما حكى عن الصدوق « قده » حيث قدر المدة في الامة الشهر ، للخبر الوارد فيمن اشترى جارية وقال : أجيئك بالثمن ، ان جاء بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له .

وأجاب عنه في محكي « الدروس » بالشذوذ ، في محكي « المختلف » بضعف السند ، وكلاهما ضعيفان ان أمكن الجمع ، لانه أولى من الطرح . وعن « الاستبصار » احتمال حمله على النذب أي استحباب صبر البائع وترك الفسخ الى شهر وهو يتجبه بناءً على التراخي وفي « الجواهر » أن الخبر واضح الدلالة نقي السند . والاولى أن يجمع بينه وبين الاخبار المذكورة بحمله على بيان أمد الخيار ومدته ، بمعنى أن الخيار بعد الثلاثة ثابت الى مضي شهر ، لأن العقد لازم في شهر وبعده يثبت الخيار حتى يحصل التعارض لنصوصية الاخبار على ثبوت الخيار بعد الثلاثة ، ولمكان الاجماع على ذلك ، فيكون الخبر على بيان مدة الخيار

ومن أدلة القول بالتراخي وتحديده الى شهر انما هو للزوم الضرر بالتراخي أبداً ودائماً ، فتأمل .

ثم ان مفاد تلك الاخبار هو نفي الصحة المساوق هنا للانفساخ فلا دلالة على الخيار كما استدلل لثبوت الخيار المشهور بتلك الاخبار ، فلذا صار الشيخ في « المبسوط » وصاحب « الكفاية » الى الفساد بعد الثلاثة تجمداً بتلك الاخبار. وطعن صاحب « الحقائق » على العلامة « قده » حيث اعترف بأن مفاد الاخبار الفساد ، ومع ذلك اختار مذهب المشهور من الخيار .

وأقصى ما قيل أو يقال في صرف هذا الظهور والقرينة على ارادة نفي الزوم من تلك الاخبار أمور :

أحدها : أن مفاد هذه الاخبار ، عدا رواية علي بن يقطين ، هو سلب البيع بالنسبة الى المشتري فقط ، فثبوته للبائع دونه قرينة على ارادة الخيار لا الفساد والانفساخ لانه لايقبل التفكيك ، فالمعنى أنه لايبع للمشتري ، بمعنى أن زمام أمره - فسخاً أو امضاءً - ليس بيده لكونه لازماً في حقه من حين العقد وانما الخيار حينئذ - أي بعد ما أدّى الثلاثة حتى انقضت - بيد البائع ، ان شاء أمضى وان شاء فسخ .

ويمكن الخدشة في ذلك أنه : اذا فرض التلازم بين أمرين ، فسلب البيعة عن أحدهما يدل بالالتزام العقلي على سلبها من الآخر ، كأن يقال : أن زيدا ليس أخاً لعمر ، فهو في قوة أن يقال : أن عمرواً ليس أخاً لزيد ، فلا أخوة بينهما . وكذلك في سلب البيع عن المشتري يدل على سلبه من البائع لعدم تعقل التفكيك .

ثانيها : قرينة المقابلة ، حيث قوبل سلب البيع بقوله : ان جاء بالثمن ، المراد منه للزوم ، فيكون المقابل أنه ان لم يجيء بالثمن فالبيع ليس بلازم قضية

لحق المقابل .

فيه : على تقدير تسليم دلالة المقابلة على سلب اللزوم أن سلب اللزوم محمل مردّد بين أمرين : سلب الصحة وسلب اللزوم ، ضرورة أن سلب الصحة مستلزم لسلب اللزوم ، فالعام لا يدل على الخاص .
ثالثها : فهم المشهور قرينة صارفة للظهور .

فيه : أن الشهرة - كما قرر في محله - ليست جابرة ولا كاسرة للدلالة والظهور اللفظي الا اذا كشف كشفاً قطعياً عن قرينة صارفة ، واثبات ذلك دونه خرط الاقتاد .
ورابعها : أنه ورد في بيع ما يفسد ليومه أنه ان جاء المشتري بالثمن ما بينه وبين الليل والا فلا بيع له . وقد أجمعوا هناك على أن المراد ثبوت الخيار للبائع لا البطلان والانفساخ ، فيستكشف من ذلك أن هذا الاستعمال مع وحدة التعبير والتأدية في لسان الاخبار شائعة في نفي اللزوم وثبوت الخيار فيثبت الظن القوي من اللفظ ما صار اليه المشهور من ثبوت الخيار للبائع معتصداً بالاصل العملي ، لان مقتضاه ثبوت الخيار لا الانفساخ لاستصحاب صحة وبقاء أثره بعد الثلاثة .
ومع تسليم الاجمال في سلب البيع وتردده بين الوجهين استصحاب بقاء الاثر والصحة يقتضي عدم البطلان والانفساخ ، لاحتياج زوال أثره الى مزيل قطعي ودليل معتبر . ولعل الظاهر من الاخبار بملاحظة مجموع تلك الوجود المذكورة هو ما صار اليه المشهور من عدم الانفساخ خلافاً للجماعة المذكورة .

ثم انه لهذا الخيار يذكر شروط :

الشرط الاول : يشترط في تحقق هذا الخيار عدم اقباض المبيع بلاخلاف ، عدا المحكي عن الشيخ في «الخلاف» حيث قال : ومتى تعذر تسليم الثمن كان البائع بالخيار ، سواء أقبض المبيع أم لا . ولكن جعله مخالفاً فيما نحن فيه لواجه له ، لان مورد كلامه تعذر تسليم الثمن ، ومورده هو الثمن الجزئي ، وثبوت الخيار فيه منصوص من غير تقييده بمضي الثلاثة ، بخلاف خيار التأخير ،

وكذلك لو كان الثمن كلياً أو جزئياً وامتنع المشتري من تسليمه مع امكانه ، ففي اجباره على التسليم أو كون البائع بالخيار خلاف ، والاقوى الاجبار دون الخيار الا اذا انحصر دفع الضرر بالخيار .

وكيف كان ، لا اشكال في هذا الشرط ، ولكن الكلام في مدركه مع الغض عن الاجماع لخلو أخبار المسألة عن اعتبار هذا الشرط ، ولذا استشكل في «الجواهر» في اعتباره لو الاجماع ، وجعل مدركه منحصراً به .

نعم عن شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب : ويدل عليه من الروايات المتقدمة قوله عليه السلام في صحيحة على بن يقطين المتقدمة : (فان قبض بيعه والا فلا بيع بينهما) بناءً على أن البيع هنا بمعنى المبيع . ثم قال : ولكن في «الرياض» انكار دلالة الاخبار على هذا الشرط وتبعه بعض المعاصرين - أعني صاحب «الجواهر» - ولا أعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية ، أو احتمال قراءة قبض - بالتخفيف - وبيع - بالتشديد - يعني قبض بائعه الثمن ، ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال ، لان استعمال البيع مفرداً نادر ، بل لم يوجد مع امكان جريان أصالة عدم التشديد ، نظير ما ذكره في «الروضة» من أصالة عدم المدّ في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة . انتهى .

ويؤيد ما ذكره من الاحتمال الاول رواية قبضه مع ضمير المفعول ، كما حكا «قده» في الكتاب عند ذكر الاخبار بناءً على قراءة قبض حيثئذ - بالتشديد - وبيعه - بالتخفيف - أي قبض البائع المشتري مبيعه ، فيكون حيثئذ دليلاً على المشهور ، كما أنه يؤيد الاحتمال الثاني المسقط للاستدلال قبضه مع الضمير ، لكن مع قرائنه بالتخفيف وبيعه - بالتشديد - أي قبض الثمن بائعه ، فتوافق الاحتمال الثاني . لكن الظاهر عدم وجود الضمير في الرواية ، كما في أكثر الكتب بل في كتاب شيخنا العلامة «قده» حكاه أخيراً بدون الضمير .

وأما ما ذكره «قده» من الوجهين منشأ لانكار صاحب «الجواهر» و«الرياض» لدلالة الاخبار لا يخلو من نظر، أما في الاول فلانه اجتهد في مقابلة الحس ، لان نسخة «الجواهر» و«الرياض» مشتملتان على الفقرة المذكورة ، فكيف نحتمل عدم وجودها في النسخة المأخوذة منها الرواية ، بل في «الجواهر» صرح أن قوله : (ان قبض بيعه) مورد سؤال الراوي، ولا يدل على شرطية عدم القبض، لان المورد لا يكون موجباً للحصر والتخصيص ، ومع ذلك كيف ينسب سقوط هذه الفقرة عما أخذ. أو لعل النسخة الموجودة عند شيخنا العلامة الانصاري «قده» كانت خالية عن هذه الفقرة وساقطة عن قلم الناسخ .

وأما في الثاني : فلاحتمال أن يكون قوله عَلَيْهِ : ان قبض بيعه - بالتخفيف - محمولا على ما بعد الثلاثة، ويكون المراد بيان معنى الخيار ، لا أن يكون المراد به قبضه المبيع في الثلاثة ليدل على شرطية عدم قبضه في الثلاثة في ثبوت الخيار بل منزل على ما هو المتعارف في ثبوت الخيار بأن المشتري ان قبض المبيع أي أعطى الثمن وأخذ المبيع فلا يفسخ البائع .

وان كان الفسخ بأن لا يقتضيه المبيع، وما أعطى الثمن، فيفسخ البائع فلا بيع لهما ، فالمراد به حينئذ بيان الامر المتعارف في الخارج بعد ثبوت الخيار بعد الثلاثة لبيان موضوع الخيار وهو عدم قبض المبيع في الثلاثة .

ويؤيده اشمال نسخة «الجواهر» على لفظة (جاء) أي ان جاء المشتري بعد الثلاثة وقبض مبيعه من البائع فهو، بداهة أن البائع اذا أعطى المشتري المبيع فلا يفسخ البيع والا ان لم يجيء وما قبض المبيع بأن لم يجيء بالثمن ليقبض المبيع فله الفسخ .

وهذا المعنى لا يدل على اشتراط عدم القبض في ثبوت الخيار ، فلا ينحصر منشأ عدم الدلالة بما ذكره «قده» من قراءة بيعه - بالتشديد - بل لادلالة له على

الشرطية بناءً على قراءة بيعه - بالتخفيف - وكون البيع بمعنى المبيع أيضاً لما ذكرنا . وأما ما ذكره «قده» مرجحاً بقراءة بيعه - بالتخفيف - من الوجهين ، ففي الثاني منهما نظر ، لابطالان القياس ، بل لبطالان الحكم في المقيس عليه ، لامرين :

أحدهما: عدم الحالة السابقة، لأصالة عدم الزيادة في الكلمة لأنها اما حدثت زائدة أو ناقصة ، ولم يكن في زمان حدثت ناقصة ثم شك في عروض الزيادة لها .
وثانياً : أن هذا الاصل لايجدي الاعلى الاصل المثبت، لان الاثر ليس مترتباً على عدم الزائد ، بل مترتب على وجود الناقص واثبات الضد بنفي ضده الاخر أصل مثبت .

نعم أصالة عدم المانع من الاصول العقلانية ، وليس مبنياً على التعبد الشرعي، فحكمه حكم الامارة ، أما مطلق أصل العدم فلا اعتبار به ، بل لابد من انتهائه الى الاصل الشرعي ، فأصالة عدم التشديد لا اعتبار بها في المقام . والوجه : الاول ، أعني ندرة الاستعمال ان تم فهو ، والا انحصر المدرك بالاجماع لتردد الامر بين الاحتمالين وعدم مرجح في البين . هذا ، وها هنا فروع :

الفرع الاول : هل يشترط في القبض المسقط للخيار اذن البائع أم لا ؟
فلا يسقط خياره لو قبضه المشتري بدون اذن البائع ؟ وجوه :

أحدها : أن يكون مسقطاً مطلقاً ، لاطلاق ما دل على سقوطه بالقبض .

ثانيها : عدم سقوطه لانصرافه الى ما كان القبض صحيحاً باذن البائع ، مضافاً الى أن سقوط الخيار بالقبض لاسقاط حقه حيث كان له حق التحجيس لاستنقاذ الثمن ، فاذا قبضه ، أسقط هذا الحق وانحصر حقه بدعالة الثمن ، وهذا لا يأتي في القبض بدون اذنه ، فيبقى حقه باقياً .

ثالثها: أن يفصل بين ما لو استردّه البائع فيكون كلا قبض وله الخيار، وبين

مالو أبقاه في يد المشتري فيسقط خياره لان عدم استرداده المبيع مع امكانه رضاً للقبض .

رابعها : أن يبنى المسألة على ما سيجيء في أحكام القبض من أن ضمان البائع هل يرتفع بهذا القبض الحاصل بدون اذنه أم لا ؟
فعلى الاول : يسقط خياره اذ مع ارتفاع الضمان لا ضرر على البائع ، لان الضرر المتصور اما وجوب حفظ المبيع عليه لو استرده ، أو عدم وصول ثمنه اليه ، وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصة .

وعلى الثاني : يبقى خياره ، اذ مع عدم ارتفاع الضمان يجري الضرر ، واختاره شيخنا العلامة «قده» ، ولكن الاقوى هو الوجه الثاني ، للانصراف ، فيكون هذا القبض كلا قبض ، وأما ما ذكره وجهاً للثالث ، ففيه منع كون ترك الاسترداد مع امكانه قبضاً ، دالا على الرضا بالقبض ، فمقايسته بالرضا بالقبض في الفضولي قياس مع الفارق .

وأما مدرك الوجه الاخير ، ففيه : أن امكان المقاصة بأخذ المبيع ان كان رافعاً للضرر ومانعاً عن الخيار فهو ممكن في مورد عدم حصول القبض رأساً أيضاً مع ثبوت الخيار له اجماعاً ، فيعلم أن ثبوت الخيار ليس للضرر بل حكم تعدي ثبت بالنص والاجماع ، فسقوط الضمان وعدمه لا يربط له بالمقام ولا مدخل للخيار ثبوتاً وسقوطاً ، فلا بد من أخذ أحد الامرين : اما الاخذ باطلاق القبض أو انصرافه الى القبض باذن البائع ، ولا وجه للتفصيل .

الفرع الثاني : لو كان عدم قبض المبيع لامتناع من البائع وعدوانه بأن بذل المشتري الثمن فامتنع البائع من أخذه واقباض المبيع . الظاهر عدم الخبر للبائع لوجوه :

أحدها : أن القدر المتيقن من ثبوت الخيار عند عدم قبض المبيع ، هو

مالم يكن من جهة امتناع البائع ، بل ثبوت الخيار له في صورة عدم قبضه انما هو من جهة عدم قبض المشتري له وعدم مجيئه للثمن حتى يأخذ مبيعه .

وثانيها : استظهار عدم قبض المشتري واشتراطه في تحقيق الخيار من أخبار المسألة انما هو فيما لم يكن لعدوان من البائع ، فيدعي حينئذ ظهور الاخبار فيما كان عدم القبض لا لعدوان البائع ، بل لكونه في مقام التسليم وعدم تسلّم المشتري اياه ، فتكون صورة عدم قبض المشتري خارجاً عن التصرف لاختصاص ظهور الاخبار في غير العدوان فيه .

وثالثها : هو أن هذا الخيار انما شرع من جهة الارفاق للبائع لدفع ضرره فلا يجري حينئذ فيما كان الامتناع من قبله . ولعل هذا الوجه الاعتباري مدرك للوجهين الاوليين .

ورابعها : أن المدار في الخيار بمقتضى الاخبار الواردة في المسألة على عدم مجيء المشتري بالثمن كما هو المعلوم بمنطوق بعض تلك الاخبار ومفهوم الاخرى ، فمع بذل المشتري الثمن ومجيئه به لاختيار للبائع وان لم يقبضه ، هذا و ...

الفرع الثالث : لو انعكس الامر ، بأن كان عدم قبض المبيع لامتناع من المشتري ، فلو مكّنه البائع من القبض فلم يقبض ، فيه وجهان بل قولان : أحدهما نقل عن موضع من « التذكرة » سقوط الخيار .

والوجه فيه ، أولاً : هو كون التخلية قبضاً ، وأن تمكين البائع من أخذ المشتري المبيع تخلية ، فحيث يحصل القبض لاختيار للبائع .

وثانياً : أن خيار البائع من جهة لزوم الضرر ، أعني ضرر ضمان المبيع على البائع ، وهو منتف بمجرد التمكين ، وكلا الوجهين كما ترى ، لمنع حصول القبض بمجرد التمكين والتخلية وعدم ابتناء الخيار على الضرر ، فان العلة والمدار

ليس هو لزوم الضرر ، بل المدار والمدرك في الخيار هو الاخبار الدالة على ثبوت الخيار ما لم يتحقق القبض ، ومن المعلوم عدم تحققه بمجرد التمكين .

الفرع الرابع : ولو تحقق قبض بعض المبيع فهل هو كلا قبض ؟ لان الظاهر من الاخبار هو ثبوت الخيار ما لم يتحقق مجموع المثلث وسقوطه عند تحقق قبض مجموع المبيع ، والمفروض أن قبض البعض ليس قبضاً للجميع ، أو أنه كالبعض ؟

لظهور الاخبار وانصرافها الى ثبوت الخيار عند صورة عدم قبض شيء من المبيع وسقوطه عند تحقق قبض المبيع كلا أو جزءاً فيصدق قبض شيء من المبيع عند حصول قبض جزء منه . أو أنه يتبع قبض الخيار ؟ بالنسبة الى المقبوض لاختيار وبالنسبة الى غير المقبوض خيار ، وجوه ، والمدرك في الاخير هو جريان لاضرر بالنسبة الى غير المقبوض ، فيثبت الخيار وعدمه في المقبوض ، وفي الوجه الثاني : أن المراد بالمبيع كقوله : وان قبض بيعه ، حيث أن (بيع) في ذلك الخبر بمعنى المبيع انما لوحظ على سبيل المرآئية ، وفي الوجه الاول أنه انما لوحظ على سبيل الموضوعية .

ويندفع الوجه الاخير : أن المدرك في ذلك الخيار ليس هو قاعدة «لا ضرر» فلا يدور مداره بل المدرك في ثبوت الخيار هو الاخبار الخاصة ، وأما الوجهين الاولين ، فان قلنا بظهور أحدهما فهو المبيع والا كما هو المختار حيث اخترنا في الاصول أنه اذا دار الامر في اسراء الحكم على تمام الموضوع الذي كان له أفراد متعدده بين ملاحظته المتكلم على سبيل الموضوعية أو على سبيل المرآئية لأصل ولا ظهور في البين لعدم تكفل الوضع لهذا الاعتبار بل انما هو تابع للموارد وفي مثل قوله تعالى (ان الله لا يحب كل مختال فخور) انما لوحظ على سبيل المرآئية ، وفي مثل : (ليس كل ما يتمنى المرء يدركه) انما لوحظ على سبيل الموضوعية فحيث لا ظهور في المقام بصير الخبر من جهة قبض البعض في كونه قبضاً أو كلا قبض مجتمعا فيرجع الى أصل آخر وهو أصالة اللزوم لعدم

مجبىء أصل الخيار واستصحابه في المقام .

هكذا أفاد شيخنا الاستاذ « دام ظله العالى » وقد أوردت عليه في مجلس البحث أن الخبر المشتمل على قبض المبيع هو رواية علي بن يقطين وباقي أخبار الباب مطلق من هذه الجهة كقوله عَلَيْهِ : من اشترى شيئاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجبىء فلا بيع له ، الخ فانها باطلاقها تدل على ثبوت الخيار سواء أقبض البعض أي بعض المبيع أم لا ؟ فالمرجع حينئذ اطلاق تلك الاخبار لانه من المقرر اذا كان المقيد المنفصل مجملاً من بعض الجهات ، فالمحكم اطلاق المطلق .

فان قيل ان تلك الاخبار وان كانت مطلقة الا أنها مقيدة بقيام الاجماع على اشتراط الخيار صورة عدم القبض . قلت : الاجماع دليل لبيء والقدر المتيقن من التخصيص هو صورة عدم قبض المجموع ، بمعنى أن في صورة قبض الجميع لم يكن للبائع الخيار ، وأما اذا حصل قبض البعض دون بعض آخر ، فمحل شك ، فيرجع الى دليل الخيار ، وان شئت فقل : ان الامر في تقييد الاجماع دائر بين الأقل والاكثر ، فعند الشك فيه يصير المحكم في الاكثر هو الاطلاق . هذا ، ثم ذكر شيخنا الاستاذ « دام ظله العالى » ان الروايات الواردة ما عدا رواية علي بن يقطين وان لم تشتمل على لفظ المبيع وقبضه ، الا أن كلها مشتملة على لفظ الثمن ، وبضميمة الاجماع المركب يصير حال المبيع حال الثمن ، بمعنى أن الاجماع قائم على التلازم بين حال الثمن والمثمن في اشتراط القبض وكيفية القبض بحسب ملا حظة قبض الجميع مرة أو مجموعاً ، فاذا فرضنا اشتمال الروايات على الثمن وكونه مجملاً من جهة تلك الملاحظة فيرجع الى أصل اللزوم .

وكذلك المبيع أيضاً ، فيشك في اشتراط عدم قبضه من جهة اعتبار عدم قبض شيء منه أو اعتبار عدم قبض مجموعه ، وجهة الشك هو التلازم بينه وبين الثمن

الثابت بالاجماع المركب ، بمعنى أن كل من قال على اعتبار العموم المرآتي في الثمن قال به في الثمن ، وكل من قال على اعتبار الموضوعي فيه ، قال به فيه أيضاً ، فالمرجع في جانب المبيع أيضاً هو أصل اللزوم .
هكذا أفاده دام ظله ، فافهم .

الشرط الثاني : في الثمن ويشترط فيه أيضاً عدم قبض مجموع الثمن فأصل اشتراطه لا كلام فيه نصاً وفتوى ، وهل هو موضوعي حتى يكون قبض البعض كلا قبض أو مرآتي حتى يكفي في سقوط الخيار قبض شيء منه والكلام السابق في المضمن يجري هنا طابق النعل بالنعل ، وينبغي في الكتاب أيضاً الا حالة اليه ، الا أنه «قده» ذكره مستقلاً تنبيهاً على ورود رواية ابن الحجاج في خصوص تبعض المضمن واشتمال ظواهر جميع الاخبار له دون المضمن ، ووجهها واضح ، اذ أخبار المسألة كلها مشتملة على مجيء الثمن وهو ظاهر في المجموع ، وأما فهم أبي بكر ، لانه انما قضى على سقوط الخيار عند قبض البعض لما فهمه من كلام المعصوم عليه السلام .

ثم ان في الاستدلال برواية ابن الحجاج على ما ذكره شيخنا العلامة «قده» نظراً ، ويمكن أن يقال فيه وجوه :

أحدها : عدم حجية فهم أبي بكر ، فلا يصلح للاستدلال .

وثانيها : ضعف الرواية ، ومع ذلك لاوجه للاستدلال ، نعم لاينافي للاعتضاد ، كما صنعه في الكتاب .

وثالثها : أن قضية تبعض الثمن انما وقعت في كلام الراوي والسائل ، ولا دلالة لها ولا ايماء في كلام الامام عليه السلام ، فمع قبول سماع أبي بكر مما شاة ، فهو انما سمع كلامه الشريف ، فهو قوله عليه السلام : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام والا فلا يبيع له . فلاوجه للاستدلال لكفاية قبض البعض في

سقوط الخيار لهذا الكلام لعدم صراحته ولا دلالته على سقوط الخيار ، فلا خصوصية لهذه الرواية ، بل حالها كحال الروايات الواردة في المسألة من غير فرق .

هذا ، أما القبض بدون الاذن فكعدمه كما ذكره «قده» في الكتاب ، لكن في صورة عدم الحق ، لظهور الاخبار في اشتراط اذن المشتري في قبض الثمن ولاشمالها على أن المدار مجيئه بالثمن فلا يصدق في صورة عدم اذنه ولبقاء ضرر ضمان المبيع وعدم وصول الثمن اليه على وجه يجوز له التصرف . وأما اذا كان أخذ البائع الثمن وقبضه بدون اذن المشتري مع الحق بمعنى عرض البيع على المشتري فامتنع من قبضه ، فلا خيار له لعدم مجيئه الادلة السابقة ، أما الاخبار فلانصرافها الى غير المقام ، وأما ضرر تأخير الثمن فلانتفائه بقبضه .

نعم ضرر ضمان المبيع حاصل ، لكن الامر فيه سهل ، فيقال حينئذ أنه ليس مدركاً للخيار ، لعدم كون المدار في ذلك الخيار قاعدة الضرر ، أو يقال بسقوط الضمان بسبب عرضه على المشتري ، فالمختار حينئذ هو سقوط الخيار بخلاف القبض بلا اذن من دون حق ، فالأقوى بقاء الخيار لما ذكرنا من الوجوه خلافاً لبعض المشائخ ، حيث فصل بين طرف المبيع فيعتبر فيه الاذن ، وبين طرف الثمن فلا يعتبر فيه الاذن ، نظراً الى تعبيرهم في طرف المبيع باشتراط عدم الاقباض وفي الثمن باشتراط عدم قبضه .

فيه : ان هذا مجرد تعبير من جهة مناسبات عنوان المسألة في البائع ، الآن يقال : ان التعبير اذا كان موهماً لخلاف المقصود لا ينبغي أن يكون بمجرد المناسبة بل ينبغي لهم أن يقولوا اذا لم يقبض البائع المبيع ولا أقبضه المشتري الثمن ، ولعله الى ذلك أشار في الكتاب بقوله : فتأمل .

ولو قبض البائع الثمن ثم أجازه المشتري فهل يتحقق باجازه القبض

الصحيح المسقط للخيار أم لا ؟ فيه وجهان من عدم جريان أدلة الفضولي هنا ، لأنها اما عمومات أو أخبار خاصة واردة في خصوص المعاملة ، كحديث عروة البارقي ، و كلتاها لاتجريان في المقام لعدم كون القبض من العقود والمعاملة ، فلا يتحقق القبض الصحيح .

ومن أن الراضي بفعل كمن فعله ، مما دلت عليه الاخبار وشهد به بناء العقلاء فيكون ذلك قبضاً صحيحاً فيترتب عليه أثره ، وهل هي كاشفة في المقام أو ناقلة ؟ الاقوى الثاني في خصوص المقام فتظهر الثمرة فيما لو حصل القبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها ، فإن قلنا بالكشف فليس للبائع الخيار لحصول قبض الثمن وفقدان الشرط أول زمان تحقق ذلك الخيار أعني زمان انقضاء ثلاثة أيام ، فلا يكون الخيار بعد الثلاثة وان قلنا بالنقل فالخيار ثابت للبائع لصدق عدم حصول القبض بعد الثلاثة الى زمن الاجازة .

الشرط الثالث: كون العوضين حاليين ، فلو شرط الاجل في أحدهما أو كليهما لاختار في البين ، لوجوه :

أحدها : أصالة اللزوم ، حيث شككنا ثبوت ذلك الخيار مع اشتراط تأجيل أحد العوضين .

وثانيها : أن المتبادر من نصوص الباب صورة الحلول ، لغلبته وندرة صورة التأجيل ، فيخرج عن منصرف تلك الاخبار فيقتصر في مخالفة الاصل على منصرف الاصل ولا يخفى أن مرجع هذين الوجهين الى شيء واحد وهو أصل اللزوم . وثالثها : قيام الاجماع على عدم الخيار في صورة تأجيل العوضين فاشتراط الحلول حينئذ اجماعي ولو كان في الجملة حيث يستفاد الخلاف في صورة تأجيل المضمن دون الثمن ، كما في «الجواهر» .

ورابعها : ما ذكره في «الجواهر» تأييداً ، وهو التنافي بين ثبوت ذلك الخيار

مع اشتراط التأجيل ، فلو اشترط التأجيل الى زمان طويل أو قصير ، فلا يتقدر بالثلاثة .

فيه: ما أفاده في مجلس البحث، أن التقدر بالثلاثة بمقتضى الاخبار لا ينافي اشتراط التأجيل وسقوط حق المطالبة الى زمان، اذ معنى التأجيل ليس الا اسقاط حق المطالبة ، فهو لا ينافي مع ثبوت الخيار اذا اجتمعت شرائطه التي منها عدم مجيء الثمن في الثلاثة وان كان البائع أسقط حق المطالبة في الثمن ، فافهم .

الشرط الرابع : أن يكون المبيع عيناً جزئياً لاشخصياً بأن أشير اليه باسم الاشارة أو جزئياً مردداً بين أمور كصاع من الصبرة الموجودة بخلاف ما لم يكن كذلك كالكلي الذي في الذمة، فان جواز كونه في جانب الثمن وان كان اجماعياً الا أنه ربما يقع الخلاف في كفايته في جانب المثلث بل ربما ينسب الى الاكثر وان لم نجد لها مصرحاً بكون المسألة محل الخلاف^(١) الا أن المتأمل في كلمات الاصحاب يجدها على طوائف أربع: بين مصرح بالاشتراط ، أي اشتراط كون المبيع شخصياً ، وبين ظاهر فيه ، وبين مصرح بالتعميم ، وبين ظاهر فيه .

أما الطائفة الاولى : ما حكى عن ابن عياش وعن ابن فهد وعن الشيخ في «المبسوط» في نقل مضمون روايات أصحابنا .

وأما الطائفة الثانية: ما حكى عن «جامع المقاصد» ومعقد اجماع «الانتصار» و«الخلاف» وغيرهما ممن وصف المبيع بالمعين، كقولهم : (لوباع شيئاً معيناً بثلثين معينين أو معلوم)، ولا ريب أن المعين ظاهر في الشخصي وان احتمال كونه في مقابل المجهول ، بأن يراد منه شيئاً معلوماً كما أريد في طرف الثمن احتمال لا يضر بدعوى ظهوره في العين الشخصية .

وأما الطائفة الثالثة : فصريح المحكي عن القاضي - على ما نسبه اليه في

(١) وحكى عن الشهيد نسبة الخلاف الى الاكثر .

«الجواهر» - وغيره المأخوذان عن «مفتاح الكرامة» .

وأما الطائفة الرابعة : كاطلاق معقد اجماع «التذكرة» وغيرها ممن أطلقوا في طرف المبيع ولم يقيده بالشخصي ولا بالعيني ولا بالمعين، بل جعله في «الجواهر» مع اجماع القاضي وعموم النصوص الحجة في عدم اشتراط الشخصي فمن ذلك يستدل على عدم الاشتراط باطلاق كلماتهم وباطلاق معقد اجماع «التذكرة» وتصريح محكي القاضي وباطلاق روايتي: علي بن يقطين وابن عمار المشتملتين على لفظ البيع المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع لعلاقة المشاركة ، وبرواية أبي بكر بن عياش المشتملة على من اشترى شيئاً ، وبرواية زرارة المشتملة على لفظ المتاع .

ولكن الكل مدخول فيه، أما الاول فلارادة الاختصاص والتقييد منه لانصراف المطلق في كلماتهم في أمثال المقام، خصوصاً مع مراعاة الغلبة في تشخص المبيع وتعيينه ، ويشهد بذلك عدم تصريحهم ولا تلويحهم بخلافية المسألة ، مع أن ديدنهم وطريقتهم هو التصريح والاياء الى الخلاف والاستئصاء عن المخالف في كل مسألة . وأما الثاني : فلان معقد اجماع « التذكرة » - وان كان مطلقاً ، الا أن في آخر كلامه قرينة صريحة على تشخص العين - وهو قوله : ان المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين .

فان قوله (بالعين) لايناسب مع كون المبيع كلياً ، والقول بأن ذيل كلامه انما فرض في صورة كون المبيع مشخصاً ، ولاينافي ذلك مع كون صدر كلامه في صورة الكلية والاطلاق ، فلايصرف تعميم صدر كلامه بخصوصية ذيله الا أنه بعيد لا يصار اليه ، مضافاً الى ما نقول في أن صدر كلامه الذي هو مشتمل على لفظة شيئاً ، وهو وان كان مطلقاً الا أنه منصرف الى الموجود الخارجي ، كما نقول في الروايات المشتملة على المبيع والشيء ، فانهما منصرفان الى الموجود

الخارجي لغلبة استعمال المبيع والشيء في الشخصي وصيرورته الى حدلا يحتاج ارادة الموجود الخارجي منهما الى قرينة . وأما لفظة المتاع فظهوره في الموجود الخارجي لا يكاد ينكر .

وكيف كان الاقوى - كما اختاره شيخنا العلامة الانصارى « قده » - اشتراط كون المبيع عيناً خارجية للاصل ، فيقتصر في مخالفة أصل اللزوم على القدر المتيقن ، وهو ثبوت الخيار فيما كان المبيع شخصياً . وأما اطلاق كلمات الاصحاب واشتمال الروايات بالمبيع والشيء فقد عرفت ان المنصرف منهما هو الموجود الخارجي مضافاً الى ظهور اكثرها فيه .

وأما اجماع القاضي على تعميم المبيع فلانه انما أخذ عن « مفتاح الكرامة » فقال شيخنا « قده » : أظن انه أخذ من بعض النسخ المغلوطة ، حيث أن الظاهر أن معقد اجماعه أيضاً كمعقد اجماع « الانتصار » و « الخلاف » الظاهرين في كون المبيع شخصياً لمكان توصيف المبيع بالمعيّن .

والحاصل : أنه ليس في البين دليل معتبر تطمئن به النفس في كفاية كون المبيع كلياً ، فعلى مدعيه تجب اقامة الدليل - وأنى له ذلك - اذ قد عرفت حال الاطلاقات في كلمات العلماء والروايات لانصرافها الى الاختصاص بالعين الشخصي ، ولو أغضضنا عن ذلك وشككنا في أن المراد من تلك الاطلاقات هل هي العين الشخصية أم الكلبي أم ساكتة عنهما ، فيكفي لنا في الاقتصار على العين الشخصية الاصل وظهور اجماع « الانتصار » و « الخلاف » في اشتراط التعيين وصريح « المبسوط » و « التحرير » و « المذهب البارع » و « غاية المرام » .

هذا والعجب من بعض أفاضل العصر حيث قال : الانصاف يقتضي التعميم لمنع الاستظهارات التي ذكرها شيخنا العلامة الانصارى « قده » حسبما أشرنا اليه من ظهور اطلاق الفتاوي واطلاق الروايات وانصرافها في الاختصاص . ثم

قال : وعلى فرض ظهورها غايته السكوت عن الحال الكلى ، فلا دلالة فيها على أن الحكم خاص بالشخصي لانهم ليسوا بصدد بيان هذا المطلب ثم قال : وعلى فرض ارادتهم ، فليس بالغاً حد الاجماع . الخ .

وقد ظهر لك مما ذكرنا سقوط هذا الكلام، اذ ليس على مدعي الاختصاص التماس الدليل حتى يقال أن كلماتهم ساكتة عن حال الكلى ، أو ليست باللغة حد الاجماع بل يكفيه الاختصار على القدر المتين، أعني اختصاص الاصل وعدم مجيء دليل كاف في كفاية الكلي .

والقول بأن كلماتهم لا تخفى عن قسمين : أما مطلق أو مقيد ، وكلاهما في المقام مشبتهان فلا يحمل أحدهما على الآخر كما هو مقرر في محله بل يؤخذ به ضمنون كليهما اذ المقيد ليس بمناف للمطلق . مدفوع بأنه بعد تطرق دعوى الانصراف لاسبيل الى بقاء المطلق في اطلاقه مضافاً الى أن ثبتت الحكم المخالف للاصل والظهور في المطلق لا بد من اقامة الدليل، فبمجرد اشتغال كلمات الاكثر والفاظهم الى المطلوق لا يمكن أن يحكم بكفاية التعميم مع تصريح جماعة اخرى على الاختصاص، بل نقل الاجماع على ذلك ، والله العالم .

ثم ان هنا اموراً قد يقال باشتراطها في هذا الخيار ، لا بأس بالاشارة اليها، فنقول :

منها : عدم خيار آخر ، فهل يشترط في ثبوت هذا الخيار عدم خيار آخر أما مطلق أو لخصوص البائع اما مطلقاً أو في خصوص ثلاثة أيام كما نفى عنه البأس في « الجواهر » بعد استثناء خيار المجلس ؟ وجوه بل أقوال ، ثم ان الخيار الاخر الذي شرط عدمه، يحتمل أن يكون المراد منه مطلق الخيار كما هو الظاهر عن « التحرير » حيث قال : ولا خيار للبائع لو كان في البيع خيار لاحدهما ، فيشتمل باطلاقة على ما يعم خيار الحيوان والشرط وغيرهما من سائر الخيارات

من خيار العيب والغبن ، وكذلك على ما كان الخيار الآخر مختصاً في الثلاثة أو بعدها أو يعمها أو خصوص خيار الشرط كما هو المستفاد من عبارة «السرائر» فينزل اطلاق « التحرير » عليه ، الا أن الظاهر أنه لا يصلح للتقييد لانه يحتمل أن يكون اقتصار الحلبي « قده » على خيار الشرط من جهة كون عنوان المسألة في كلامه : (بيع ماعدا الحيوان، وهو بيع المتاع) فيكون اقتصاره حينئذ على خيار الشرط انما هو بالنسبة الى خيار الحيوان ، حيث لا سبيل له في عنوان كلامه ، فعلى هذا يكون مذهبه ما ذهب اليه في « التحرير » والا يكون مفصلاً في أقسام الخيار .

وكيف كان فنحن نحرر الكلام على ماسلك شيخنا الانصاري « قده » في الكتاب من عدم التفصيل في الخيار الذي اشترط عدمه ، فنقول : في المسألة أقوال ثلاثة :

أحدها : ماذهب اليه الاكثر من عدم اشتراط هذا الخيار بعدم خيار آخر حيث أن القائل بالاشتراط فيما رأينا لم يسبق الحلبي «قده» في «السرائر» والعلامة «قده» في «التحرير» والدليل على ذلك ليس الا اطلاق الاخبار الواردة في الباب وهو كاف في المرام مضافاً الى عدم تمامية الوجوه التي استدلل الخصم على الاشتراط في هذا المقام .

وثانيها : مانسب الى «التحرير» و «السرائر» من اشتراطه لعدم خيار آخر، فيمكن أن يستدل لهذا القول بوجوه :

الاول :أصل اللزوم ،وهو المعتمد في كل مورد مشكوك ، فيقتضي في مخالفته على التقدير المعلوم ، ومن هنا يعلم ما في كلام شيخنا العلامة «قده» في الكتاب من الوهن ، حيث استوهن هذا القول بقوله : فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط ، الخ .

ضرورة أنه يكفي في الاشتراط الاعتماد بهذا الاصل بعد عدم دليل يصلح أن يكون وارداً عليه أو حاكماً ، فإن الدليل الذي هو حاكم على هذا الاصل ليس في المقام الا الاطلاق .

فلقائل اشترط هذا الشرط أن يقول: بأن الاطلاق مسوّق لبيان تشريع الخيار بتأخير الثمن عن ثلاثة أيام ، وأما من جهة ثبوت خيار آخر لهما أو لاحدهما وعدمه ساكت ليس بناظر اليه ، فتكون الخطابات الواردة في المسألة من هذه الجهة مهملة لا يصلح للاستدلال باطلاقاتها ، فبذلك يندفع ما يورد على هذا الوجه تارة بأنه أصل لا مقاومة له في مقابل اطلاق الدليل ، واخرى بأنه يلزم على من اشترط هذا الشرط بتنزيل الخطابات على فرد نادر ، اذ لا ينفك كل بيع عن خيار المجلس الا نادراً ، كما اذا اشترط سقوط خيار المجلس ، فلو اشترط خيار التأخير على عدم خيار آخر لزم أن لا يكون لتلك الاخبار الدالة على الخيار بتأخير الثمن مورداً الا بعض الاحيان ، فبدعوى الاهمال في تلك الاخبار يندفع كلا الايرادين .

الثاني : انصراف النصوص الى ضرورة لزوم البيع من غير جهة تأخير الثمن كما يشهد بذلك قوله : (ان جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام ، والا فلا يبيع له) يعني أن البيع لازم الا اذا لم يجبيء المشتري بالثمن حتى مضت ثلاثة أيام .

الثالث : أن خيار التأخير انما شرع لدفع ضرر البائع ، وحيثما اندفع ضرره بخيار آخر فلا يكون له خيار التأخير لدورانه مدار علته فهو منتف فيما كان البيع خيارياً ، وسيأتي الجواب عن هذين الوجهين عند ابطال أدلة القول بالتفصيل ، فانتظر .

الرابع : ان خيار التأخير ينافي لثبوت خيار آخر ، فلا بد من تحققه عدم ذلك الخيار لان ثبوت خيار آخر اذا كان مانعاً ومنافياً لثبوت خيار التأخير ، فلا بد أن يكون عدمه شرطاً ، كما هو الحال في كل مانع .

وأما وجه المنافاة ، فيقرر بوجهين ، ولكن كلاهما مبتنيان على ما ذكره العلامة «قده» في « التذكرة » في أحكام الخيار من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار . فالخيار على هذا الحكم يلزم لجواز التأخير وعدم وجوب التقابض ، فإذا كان الخيار حكمه جواز تأخير الثمن والمثمن وعدم وجوب تقابضهما ، فيقال في تقرير الوجهين :

أما الاول : أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير فإذا كان للمشتري خيار في البيع فيجوز له تأخير الثمن فينفي خيار البائع بهذا الخيار . وإن شئت فقل : أن حاصل هذا الوجه أن اشتراط الخيار لهما أو لاحدهما بمنزلة إسقاط خيار التأخير فحيث كان الخيار لهما أو لاحدهما منافياً لهذا الخيار فشرط الخيار الآخر بمنزلة شرط سقوط ما ينافيه . فخيار التأخير ثابت حيث لم يشترط خيار لهما أو لاحدهما . أما الثاني : أن نفس الخيار سواء كان حاصلًا بسبب الشرط أو بحسب أصل الشرع بمنزلة تأخير العوضين أو تأجيلهما إلى انقضاء زمان الخيار ، فإنه إذا كان الخيار حكمه عدم وجوب التقابض فحيثما يتحقق أحد من الخيارات الآخر في البيع فيجوز تأجيل العوضين وتأخيرهما فينافي خيار التأخير ، لأن ذي الخيار له حق التأخير ، فخيار التأخير إنما شرع فيما لم يكن للتأخير حق لظهور الاخبار وانصرافها إلى ما كان تأخير الثمن من غير حق ، وأما إذا كان مع حق فلا يتحقق معه خيار التأخير . والحاصل أن أخبار الباب ظاهرة في كون هذا الخيار فيما كان تأخير الثمن من غير حق فثبوت خيار آخر لهما أو لاحدهما لازمه جواز التأخير وكونه عن حق فيتنايان . ويرد على هذا الوجه بكلا تقريريه :

أولاً : بمنع المبنى ، أعني ما ذكره العلامة «قده» من عدم وجوب تسليم البائع الثمن والمشتري المثمن في زمن الخيار ، فإنه كما سيأتي في أحكام الخيار غير مسلم لمنافاته لقاعدة السلطنة وأنه مبني على كون الخيار حقاً ثابتاً

في العين لافي العقد، وقد عرفت مراراً وسيأتي أيضاً أن الحق المحقق أن الخيار حق ثابت في العقد ، فلا يحدث في العين حق بسبب الخيار الذي الخيار ، الا أنه اذا فسخ العقد ترجع العين الى ملكه ، فقبل الفسخ لاوجه لعدم وجوب التسليم .
وثانياً : أن الدليل ليس بواف بتمام المدعى ، اذ بعد تسليم الحكم وقبول المنافاة فانما نسلم المنافاة اذا كان الخيار لخصوص المشتري أو لهما معاً ، لانه حينئذ يكون للمشتري حق التأخير ، فلا يجتمع مع خيار التأخير لمكان المنافاة ، وأما اذا كان الخيار الاخر للبائع فقط دون المشتري فلا وجه لتأخير المشتري الثمن حينئذ فيكون خيار التأخير ثابتاً للبائع أيضاً لعدم كون التأخير حقاً للمشتري فلازم هذا الوجه هو التفصيل في ثبوت هذا الخيار ، بين كون الخيار الاخر ثابتاً للمشتري وبين كونه ثابتاً للبائع ، فلا يكون خيار التأخير على الاول للمنافاة ، وأما اذا كان الخيار الاخر للبائع فلا دلالة لهذا الوجه ، لعدم خيار التأخير ، كما هو واضح .

هذا كله تضعيف للدالة مضافاً الى ضعف أصل المدعى ، فانه يرد على هذا القول عدم ثبوت خيار التأخير في بيع الحيوان لمكان خيار الحيوان في الثلاثة مع أن ثبوته فيه اتفاقي . وكذلك يرد أن لا يكون هذا الخيار فيما ثبت فيه خيار المجلس مع أن أغلب البيوع فيه خيار المجلس وارادة هذا الخيار فيما لم يثبت فيه خيار المجلس ، كما اذا شرط سقوطه يستلزم تنزيل الخطاب على الفرد النادر .

فان قلت : انما نقول بخيار التأخير فيما لم يكن خيار في الثلاثة التي نطقت به الاخبار وما بعدها ، وهذا لاينافي للالزام بخيار المجلس ما لم يحصل التفرق لارادة الثلاثة بعد المجلس .

قلت : هذه مندوحة ، فيرد حينئذ على هذا القول أنه ينبغي لقائله أن يقول :

أن مبدأ ثلاثة أيام من حين التفرق ، ولا أظن أنه يلتزم به مع ظهور أخبار الباب أن مبدأ الثلاثة من حين العقد ، كقوله عَلَيْهِ : (من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له) أي ثلاثة أيام بعد الشراء، وكذا قوله : ان جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام وغير ذلك مما هو كالنص في ارادة ثلاثة أيام من حين المعاملة. وكيف كان فظهر لك - مما شرحنا - وجه التفكيك في الكتاب بين خيار المجلس وخيار الحيوان مع تساويهما في النقص على هذا القول بأنه يلزم أن لا يكون خيار التأخير عند خيار المجلس مالم يفترقا في ثلاثة أيام وعند خيار الحيوان في بيع الحيوان فان التعبير عن الاول بقوله: ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق وعن الثاني بكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان يدل على ثبوت المندوحة عن الاول بارادة مبدأها من حين التفرق جمعاً بين دليلي خيار المجلس وخيار التأخير .

وثالثها - أي ثالث الاقوال في المسألة - : هو التفصيل بين عدم الخيار للبائع دون المشتري فاشتراط خلو الثلاثة عن خيار البائع ، كما يستفاد ذلك من شيخ الفقهاء في «الجواهر» وبعض معاصريه فاذا كان للبائع خيار آخر من جهة أخرى يسقط هذا الخيار ، لوجوه أيضاً : الاول : الاصل . الثاني : انصراف الاخبار الى سبق اللزوم في الثلاثة . الثالث : أن خيار التأخير انما شرع لدفع ضرر البائع ، أي ضرر تأخير الثمن وضرر ضمان المبيع وضرر وجوب حفظه، وقد اندفع الضرر في الثلاثة بغير ذلك الخيار من الخيار الاخر . ويندفع الاول باطلاق الاخبار فهو حاكم عليه والثاني بمنع الانصراف ، والثالث أن الضرر في الثلاثة بعد ثلاثة أيام لا يندفع بثبوت الخيار للبائع في الثلاثة ، وان شئت فقل ان ضرر الصبر بعد انقضاء ثلاثة أيام لا يندفع بالخيار فيها مضافاً الى أن مدرك هذا الخيار ليس هو قاعدة الضرر ، فلا يدور مدارها .

ثم قال قائل هذا التفصيل بعد الاستدلال به على دلالة الاخبار على اللزوم في الثلاثة وعدم الخيار للبائع فيها ماهذا لفظه: وليس المراد به نفي الخيار المخصوص لان الثابت بالتأخير أصل الخيار والحكم لا يقيّد بالسبب، الخ. كأنه سؤال وجواب، بأن أورد على نفسه فأجاب .

وحاصل الايراد : أن المنفي بتلك الاخبار هو الخيار المقيد - أي الخيار من جهة تأخير الثمن - وهذا لا ينافي ثبوت الخيار في ثلاثة أيام من جهة أخرى. وبعبارة أخرى : الاخبار انما دلت على اللزوم في الثلاثة من هذه الجهة - أي من جهة تأخير الثمن - وهذا لا ينافي عدم لزومه من جهات أخر .

وحاصل الجواب: أن التأخير انما هو سبب للخيار المطلق أي أصل الخيار وطبيعته من غير تقييده بالتأخير ، ضرورة أن الاحكام لا تتقيد بأسبابها للزوم الدور بمعنى أن التأخير ليس سبباً للخيار المسبب بالتأخير كما أن الدلوك مثلاً سبب لأصل وجوب الظهر وطبيعته لا لوجوبه المقيد أي المسبب من الدلوك وغير ذلك من سائر الاحكام المثبتة أو المنفية، فانها لا يتعلّق تقييدها اثباتاً ونقياً على السبب فحيث كان المسبب من التأخير هو مطلق الخيار بعد الثلاثة كذلك نفي الخيار في الثلاثة هو مطلق الخيار لا الخيار من جهة التأخير .

بعبارة أخرى : أنه بسبب تأخير الثمن عن الثلاثة يحصل أمران : اللزوم فيها والخيار بعدها ، فاذا كان الخيار بعد الثلاثة أصله من غير تقييده من جهة التأخير، كذلك اللزوم أيضاً يجب أن يكون المراد منه أصل اللزوم من غير تقييده من جهة التأخير .

ثم أجاب عن ذلك شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب : ان ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب وان كان حقاً الا أنه لا ينفذ في المقام ، لان الخيار بعد الثلاثة واللزوم فيها ليس كلاهما مسببين عن التأخير بل انما هو سبب للخيار

فقط ، فثبوته بعد الثلاثة من غير تقييده بالتأخير لا يمنع من نفيه في الثلاثة من جهة التأخير فلا يقتضي الا اللزوم فيها حيثئذ من هذه الجهة بمعنى أنه يقتضي اللزوم ونفي الخيار في الثلاثة من جهة التأخير لعدم تحقق سببه - أعني التأخير - وهذا لا ينافي للخيار فيها من جهة سبب آخر من سائر أسباب الخيار كالمجلس وشرط الخيار والعيب والغبن وغير ذلك كما يشهد بذلك ثبوت خيار المجلس والحيوان مع ذلك على ما صرح به المفصل في «الجواهر» بثبوت الخيار مع الاول بقوله : ولابأس به ، لعدم استثناء خيار المجلس . وادعى شيخنا العلامة «قده» في الكتاب - في جواب القائل باشتراط المطلق - : اتفاقهم على ثبوته في بيع خيار الحيوان في الثلاثة أيضاً .

وبالجملة حاصل ما أجابه «قده» ان ما ذكر من عدم تقييد الحكم بالسبب لا يمنع من كون اللزوم اضافياً - أي من جهة تأخير الثمن - لا مكان وجود أسباب خيار آخر في الثلاثة .

ثم علل ذلك بقوله : أقول : ويمكن المناقشة في هذا التعليل أن ثبوت خيار المجلس انما هو من جهة التخصيص ، فلا يشهد حيثئذ لمطالبة الثمرة لو كان من باب التخصيص ليتم كلامه من عدم المنافاة ، فتأمل . ولذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس .

هذا وقد أورد شيخنا العلامة الاستاذ «دام ظله» على هذا الجواب : بأن الخيار يمكن أن يكون اضافياً بتعدد أسبابه بخلاف اللزوم لعدم تعقل كونه اضافياً .

ولعل وجهه : أن الخيار عبارة عن السلطنة على ازالة العقد ، فتكون له أسباب متعددة في الشرع بأن يكون الخيار من جهة العيب أو الغبن أو غير ذلك من سائر الجهات بخلاف اللزوم الذي هو عبارة عن عدم جواز ازالة العقد أو وجوب

الوفاء به فانه اذا تحقق، لاعمى لكونه اضافياً بل هو حاصل على الاطلاق لايجتمع مع خيار آخر كما أنه لايجتمع مع اللزوم الاخر فلا يتعدد اللزوم في عقد واحد فلو كانت اضافيته متعقلة لكان اللازم جواز تعدده وجواز اجتماعه مع خيار آخر بخلاف الخيار فانه يمكن تعدده بتعدد اسبابه فيجتمع الخيار من جهة العيب مع الخيار من جهة الحيوان أو من جهة المجلس وهكذا ، فافهم .

ثم أجب «دام ظله» بعد تسليم كون اللزوم اضافياً مع قطع النظر عن الابرار الذي أورده على العلامة الانصاري «قده» عن المفصل في دعواه بأن المراد من الاخبار ليس اللزوم المخصوص لان الثابت منها أصل الخيار فكذلك يجب أن يكون الثابت أصل اللزوم أي اللزوم على الاطلاق من دون تقييده بجهة دون جهة بما حاصله: أن هذا حسن لو كان للاخبار في دلالتها على اللزوم في الثلاثة اطلاق، ولكن اطلاقها ممنوع ، بل الظاهر منها هو اللزوم الاضافي أي من جهة تأخير الثمن لامن جميع الجهات، ولو أغمضنا عن انصرافها وظهورها في اللزوم الاضافي فلا أقل من الشك في الاطلاق والتقييد ، مضافاً الى تطرق احتمال الاهمال ، فيجب أن يؤخذ حينئذ بالقدر المتيقن ، ولاشك أن القدر المتيقن هو التقييد ، أعني كون اللزوم اضافياً بعد القول باطلاق الاخبار في ثبوت خيار التأخير ، فانه وان كان مقيداً بلزوم الثلاثة الا أن المقيد اذا دار أمره بين الاقل والاكثر فيؤخذ بالاقبل ، والا يسري اجماله الى المطلق وان كان في كلام واحد . نعم لو كان اجمال المقيد من جهة دورانه بين المتباينين يسري اجماله الى المطلق اذا لم يكن منفصلاً عنه .

فاتضح مما ذكرنا أن الحق هو القول الاول لمكان اطلاق الاخبار الحاكم على الاصل ، فان ملاحظة السؤال والجواب في تلك الاخبار وترك الاستفصال يوجب سقوط دعوى الاهمال، فحيث ليس للاصل مجرى لوجه القول الثاني ،

أعني اشتراط عدم خيار آخر مطلقاً ، لان الوجوه المذكورة غير الاصل مع عدم صحتها في نفسها ليست بوافية بتمام المدعى ، لان ما عدا الاخير لو تم انما يدل على عدم الخيار من طرف خصوص البائع ، فلا ربط له على اشتراط عدم الخيار للمشتري أصلاً وأما الاخير ، أعني كون الخيار في قوة الاشتراط فلو تم انما يدل على اشتراط عدم الخيار للمشتري فقط . وكيف كان ان ما عدا الاصل مقتضاه أخص من المدعى .

منها: تعدد العاقد نسب في «الجواهر» اشتراطه الى بعض الاساطين، وشارح «اللمعة» الى بعض المحققين ، ووافقه صاحب «الجواهر» وبعض معاصريه في «شرح اللمعة» ، وخالفه الشارح - الفاضل الجواد وشيخنا العلامة الانصاري «قده»، واستدل على الاشتراط بوجوه :

أحدها : اختصاص الاخبار بصورة التعدد ، فالاصل يقتضي اللزوم اذا اتحد العاقد بعد ظهور الاخبار في الاختصاص بصورة التعدد .

ثانيها: أن هذا الخيار انما يثبت بعد خيار المجلس وانقضائه، فهو باق مع اتحاد العاقد الا في فرض نادر لاتناط به الاحكام .

وثالثها: أنه اذا قلنا باشتراط هذا الخيار بعدم خيار آخر يكون وجوده مانعاً عنه لامحالة، فاذا اتحد العاقد يحصل لهذا الخيار مانع دائماً لبقاء خيار المجلس الا مع الاسقاط ، فلا يتحقق مع وجود المانع .

ويرد على الاول بما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده»: بأن مورد الاخبار وان قلنا باختصاصه بصورة التعدد الا أن التعدد ليس منطوقاً للحكم بالخيار حتى يدور مداره ، بل المناط هو عدم الاقباض والقبض ، ولا اشكال في حصوله من المالكين مع وحدة العاقد من قبلهما أيضاً ، ولكن أورد عليه شيخنا الاستاذ «دام ظله» بأن دعوى المناط القطعي ممنوعة ، والظني منه غير مفيد .

ويرد على الثاني : بأن خيار المجلس غير ثابت للوكيل في مجرد اجراء الصيغة كما مضى في محله ، فليس العبرة بحال العاقد ، بل العبرة بحال الموكل وهو متعدد لامحالة .

ومن ذلك يعلم ما في الثالث من عدم ثبوته للعاقد حتى يكون مانعاً ، نعم يثبت خيار المجلس حينئذ للمالكين وكونه مانعاً مبني على المسألة السابقة ، وقد عرفت تفصيلاً مانعية الخيار الاخر لعدم تحقق الاشتراط .

فاتضح لك أنه ان قلنا بأن المناط هو عدم الاقباض والقبض ، فالخيار ثابت في وحدة العاقد أيضاً ، والا لكان الراجح في النظر هو اشتراط التعدد لاختصاص صورة التعدد .

فان قلت : اذا كان لم يكن لمجرد الوكيل في العقد عبرة في حصول خيار المجلس كما سمعت ، فلا بد من أن تكون العبرة بحال المالكين والمفروض أنهم متعددان لامحالة ، فلا معنى حينئذ لاعتبار تعدد العاقد لان المستفاد من النص هو التعدد ، وهو حاصل في المالكين وان كان وكيلهما في اجراء الصيغة شخصاً واحداً .

قلت : المستفاد من النصوص هو تغاير المتعاقدين أيضاً ، فلا بد من تعدد البائع والمشتري في هذا الخيار ، فلا يكفي وحدتهما . هكذا أفاد «دام ظله» في مجلس البحث ، فافهم .

ومنها : اشتراط هذا الخيار بعد الثلاثة ، بأن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية ، والا يكون هذا الخيار بعد أشهر - عند الصدوق «قده» - خلافاً لمن عداه فهو محجوج بالاجماع ، وأما مستنده فهو رواية ابن يقطين فيمن اشترى جارية فقال : (أجيتك بالثمن ، ان جاء فيما بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له) فهي مخالفة لعمل الاصحاب ، فلا بد من طرحها ان لم تحتمل أحد الوجوه التي حملوها عليها

من حملها على خيار الشرط أو على النذب أو على بيان منتهى الصبر ، مضافاً الى انتفاء شرط خيار التأخير وهو عدم اقباض المبيع ، حيث أن الظاهر أن المشتري أخذ الجارية فقال: أجيئك بالثمن ، للثمن على محافظة الفروج وعدم اطمئنانه على مملوكته عند غيره .

مسألة : هل المبدأ في ثلاثة أيام التي نطقت الاخبار باللزوم فيها ، حين التفرق أوحين العقد ؟ وجهان مبنيان على ظهور النص في أحد منهما ، فكل يدعي ظهوره فيما ادعاه ، فنسب الى ظاهر الشيوخ والسيد القاضي والديلمي و«المختلف» و«السرائر» أن مبدأها حين التفرق ، لوجهين :

أحدهما : أن المتبادر من قوله عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ : (ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام) معيئه من وقت المفارقة ، اذ لا يعقل المجيء حال الاجتماع ، الا اذا أريد به مجرد دفع الثمن ، وهو خلاف الظاهر .

وثانيهما : ان النص والفتوى ظاهر في لزوم البيع في تمام ثلاثة أيام ، فلو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس ، فيبقى اللزوم في بعض تلك الثلاثة بل في جميعها اذا امتد المجلس الى ثلاثة أيام . وأورد عليه :

أولاً : بعد ندرة طول المجلس الى ثلاثة أيام ان ارادة اللزوم في الثلاثة غير قاذح ، لعدم قرح زمان خيار المجلس لقلته غالباً فيتسامح فيه ولاضير في نسبة اللزوم الى الثلاثة .

فيه : ان التحديدات الشرعية بأسرها مبنية على التحقيق والتدقيق فلا وجه لتطرق احتمال التسامح فيها ، كما هو معلوم من ملاحظة موارد كالكر والمقادير والازمنة .

وثانياً : بأن المراد من اللزوم من حيث التأخير لا من كل وجه ، وأما القول بكون مبدأه حين العقد فهو قول الأكثر ظاهراً وان كان أكثرهم ليسوا بمصرحين

بذلك ، إلا أنهم تركوه لوضوحه ، بأن المراد حين العقد ، فقد قواه شيخنا العلامة الانصارى « قده » في الكتاب ، لان الخبر المذكور وأمثاله كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام وأن الظاهر من قوله عليه السلام : (الاجل بينهما ثلاثة أيام) حين العقد ، حيث لا تقييد فيه على التفرق ونسب الاجل في الثلاثة اليهما يتعين أن يكون أولها حين العقد . ولكن قد يقوى في النظر على ما أفاده « دام ظله » في مجلس البحث القول الاول بتقريب أن ضمير بينه راجع الى المشتري ، ولا معنى لكونه مبدأ الثلاثة ، بل لابد أن يكون المبدأ حينئذ ما كان له جهة اختصاص بالمشتري وهو ليس الا حين التفرق ، لانه مختص بالمشتري وافترق عن البائع لمجيئ الثمن وأما زمان العقد فهو مشترك بينهما لا اختصاص له بالمشتري ، فلوجه لارجاع الضمير الى المشتري باعتبار زمان العقد ، كما هو واضح .

[مسألة : في مسقطات هذا الخيار]

وهي أمور : بعضها وفاقية وبعضها خلافية ، ومقتضى الترتيب وان كان تأخير هذه المسألة عن سائر مسائل الباب وتقديم مسألة كونه فورية أو تراخية على ذلك وانا قدمنا ذلك محافظة على ترتيب الكتاب .

كيف كان ، أما الوفاقية من المسقطات : فهو اسقاطه بعد الثلاثة لانه زمان الحق ، والمفروض جواز اسقاطه - كما هو شأن الحقوق - فهو القدر المتيقن من الاسقاط .
وأما الخلافية فأمور :

منها : الاسقاط في الثلاثة ، فيه وجهان ، وقد نسب في « الجواهر » الى بعض الاساطين بعدم السقوط لعدم ثبوت الحق فيه فيكون اسقاطه فيها اسقاط ما لم يجب ، اذ السبب لهذا الخيار هو التأخير عن الثلاثة والمفروض أنه لم يحصل بعد ، ويدل عليه فحوى ما صرح في « التذكرة » وأولويه وهو عدم جواز

اسقاط خيار الشرط قبل التفرق عن المجلس ان قلنا بكون مبدأه حين التفرق لا حين العقد .

وجه الاولوية واضح لان سبب خيار الشرط قد حصل هناك بسبب اشتراط الخيار في ضمن العقد ، غاية الامر لا نقول به قبل التفرق للزوم اللغوية وانتفاء فائدة خيار الشرط في زمان الاجتماع مع ثبوت خيار المجلس ، بخلافه هنا فان سبب هذا الخيار انما يحصل بعد الثلاثة على تقدير تأخير الثمن عنها ، فاذا قلنا بعدم جواز الاسقاط هناك نقول بعدم جوازه هنا بطريق أولى ، لانه أوضح أفراد اسقاط ما لم يجب حيث أن الحق لم يحصل هنا لا بحسب الوجود ولا بحسب السبب .

وأما وجه السقوط هو أن العقد سبب للخيار ومقتضى له غاية الامر أنه مشروط بتأخير الثمن عن الثلاثة فيكفي في الاسقاط تحقق وجود مقتضيه . وان أبيت عن ذلك نقول بما مر مراراً في المسائل السابقة أن للبائع حقاً فعلياً وهو كونه بحيث يحصل له الخيار ويسلط على الفسخ والاسقاط المعبر عنه بأنه ملك أن يملك فهو نحو من الحق وان لم تكن له فعليه الخيار الا أنه في قوة أن يملكه وهذا يوجب لتصحيح الاسقاط وان شئت أوضح من ذلك البيان فراجع .

ومنها : اشتراط سقوطه في متن العقد ، المشهور المعروف جوازه ، لعموم أدلة الشروط ، وهذا حسن بناءً على جواز اسقاطه في الثلاثة ، وأما على القول بعدم جوازه لانه غير مشروع بناءً على أنه اسقاط ما لم يجب فيشكل ، اذ أدلة الشروط ليست مشرعة لما يشترط بل لا بد كونه مشروعاً وجائزاً في نفسه حتى يفيد الشرط وأما اذا لم يكن مشروعاً فيبطل الشرط حينئذ ، لكونه مخالفاً للكتاب والسنة حينئذ فلا مسرح لجريان أدلة الشروط لتقييدها بما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة نعم لو قلنا بقيام الاجماع على صحة هذا الاشتراط يستكشف منه مشروعية الاسقاط

قبل الثلاثة .

ومنها : بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة . ففي اسقاطه لخيار البائع وجهان بل قولان ، ذهب العلامة « قده » الى السقوط ، ووافقه الشارح الجواد في شرح اللمعة وشيخنا العلامة الانصاري « قده » في الكتاب ، والمشهور عدمه ووافقهم شيخ الفقهاء في « الجواهر » وبعض معاصريه في (شرح اللمعة) عملاً بالاستصحاب واطلاق الاخبار وعدم كون الضرر علة حتى يدور مداره .

وجه الاول أن العلة في الخيار هو الضرر الفعلي ، فينصرف اطلاق الاخبار الى صورة الضرر الفعلي وعدم حضور المشتري ، فانه علة للخيار فيدور مداره ، وحينئذ فبمجرد البذل كانت منتفية هذه العلة لعدم الضرر حينئذ . وأما الضرر السابق على البذل فلا حكم له الان ، لان الخيار حال بذل الثمن ، والفسخ لا يدفع الضرر السابق ولا يتدارك به ذلك الا نادراً فالمفروض عدم التدارك بالبذل فيكون باقياً بعد الخيار لعدم وجود ما يتداركه لاحقاً .

فالوجه في عدم استصحاب الخيار عدمه لان الحكم دائر مدار العلة فقبل البذل كان الحكم لوجود علته وبعد البذل مرتفع يرفع علته نعم لو تشبث بالفسخ في زمانه لجاز له ، الا انه لما لم يفسخ ثم حضر المشتري للبذل فلاوجه للتشبث بالخيار لانتفاء علته . فمنشأ القولين على ما ذكرنا أن الضرر هل هو علة أو حكمة ، فصار نزاعهم في هذا المبنى ، فمن قال بالسقوط يدعي العلية ، ومن قال بعدمه يدعي الحكمة .

فيرد حينئذ عليهم بأن المقام ليس محلاً لهذا النزاع ولا مسرح له لان مورده انما هو في منصوص العلة ، أي فيما صرح به في دليل المسألة من الخبر والسنة وأما اذا لم يكن له صراحة ولا اشعار ، فلاوجه له كما في المقام ، اذ اخبار الباب بتمامها ساكنة عن هذه العلة وليس فيها أثر من ذلك ، بل انما المتام ينبغي ابتناؤه

على قاعدة اخرى وهى ما اذا كان الخبر على طبق القاعدة ، فهل ينزل ذلك الخبر على مؤداها أم يؤخذ باطلاقه كالاجماع الذي قام على دفن القاعدة ، فيوهن ذلك الاجماع لتنزيله على مؤدى القاعدة وكذلك في الباب لما وردت أخبار متعددة على ثبوت خيار التأخير على طبق قاعدة (لاضرر ولاضرار) فان قلنا بتنزيلها الى تلك القاعدة فلا خيار هنا ببذل المشتري ، وان قلنا بعدمها فيؤخذ باطلاقها فلا يسقط هذا فيمكن حينئذ دعوى الوهن في اطلاق تلك الاخبار لمكان احتمال تنزيلها على طبق القاعدة وان لم نقل به ولكنه لا أقل من الاحتمال فيؤخذ بمقدار المدلول فلا يبعد حينئذ دعوى انصرافها ، فعند الشك يرجع الى الاصل ، فالمرجع في مورد عدم الضرر هو الاصل . أما أصالة اللزوم أو استصحاب الخيار الثابت قبل البذل والاقوى الاول ، لان الثانى شك في المقضى .

ومنها : أخذ البائع الثمن ، قال شيخنا العلامة : أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل والا لم يمنح الى الاخذ به .

فيه : ان الكلام في مجرد الاخذ هل يدل على الالتزام الفعلي بالبيع والرضا به أم لا ؟ وهذا غير مبني على عدم سقوطه بالبذل بل وان قلنا في المسألة السابقة ان البذل يسقط هذا الخيار يقع النزاع في الاخذ أيضاً هل هو مسقط أم لا ؟ فتظهر الثمرة فيما لم يكن بذل من المشتري فأخذ البائع الثمن من دون بذل المشتري ، فان قلنا بأن الاخذ من البائع يكشف عن رضائه بالبيع فيسقط هذا الخيار ، وان قلنا بأن أخذه من دون بذل المشتري كان غير مشروع لسلطنة المشتري على عدم البذل حتى يأخذ المبيع لما هو المقرر ان لكل منهما حق المنع حتى يسلم الآخر أو لخصوص المشتري حق تحبيس الثمن حتى يسلم البائع المبيع .

فيقع الكلام في أن البائع مع تسليمه المبيع وعدم بذل المشتري الثمن اياه

لو أخذه هل يصير ذلك مسقطاً أم لا ؟ ثم ان هذه المسألة من متفردات شيخنا العلامة حيث لانجد متعرضاً بذلك ، وحاصل ما ذكره ان السقوط به انما هو لانه التزام فعلي بالبيع ويرضى بلزومه بمعنى أن الاخذ يكشف عن الالتزام وكونه على وجه العلم أو الاعم منه ومن الظني أو ليس شيء منهما بمعتبر ، بل يكفي من باب الظن النوعي . بمعنى أن الاخذ دال على الرضا تبعداً كما قلنا في أن التصرف في خيار الحيوان والشرط مسقط من جهة كونه رضى نوعياً بالعقد، وجوه مذكورة في مسائلنا السابقة وقد بسطناها في مسقطات خيار الحيوان، لكن الاقوى بمقتضى الاخبار هو الاخير حسب ما أفاده في الكتاب .

فيتوجه حينئذ عليه أنه بناءً على كون الاخذ اسقاطاً من باب دلالة على الالتزام علماً أو ظناً أو تبعداً، لا يكون قسماً آخر في مقابل ما ذكره في أول الامر أعني اسقاطه بعد الثلاثة بل داخل فيه ، اذا لاسقاط أعم من أن يكون بالقول أو بالفعل ، ولذا لو فرض كون المأخذ مستحقاً للغير أو فرداً من الكلبي الذي يعتبر في كونه ثمناً قصد المشتري وتعيينه أو عين الثمن ولكن المشتري ليس في مقام البذل لحق أو من غير حق، فان أخذ البائع له في كل هذه الصور على وجه الثمنية اسقاط لخياره ، وان كان أخذه في بعض تلك الصور باطلا ، فهذا نظير البيع بقصد فسخ المعاملة السابقة فانه يوجب انفساخها وان بان باطلا .

ومما يشهد بأن الاخذ هنا لا يجب أن يكون بحق قوله (فلو احتمل كون الاخذ بعنوان العارية أو غيرها) ، فان احتمال العارية لا يجبيء اذا كان الثمن المأخوذ عيناً شخصية ، بل لا بد من فرضه كلياً ، وحينئذ يتصور أخذ البائع على وجهين تارة مع بذل المشتري و اذنه وتعيينه ، وأخرى بدون ذلك بأن أخذ البائع فرداً من الكلبي بعنوان الثمنية فيصير ذلك أيضاً مسقطاً لكونه التزاماً بالبيع على ما في الكتاب .

ثم اعلم ان في كون الاخذ التزاماً بالبيع رضاً به فيسقط خياره. فيه ما لا يخفى، لان الاخذ من البائع يتصور على وجهين تارة يأخذ الثمن ج يساً على المعاملة السابقة من دون التفاته برضائه له واسقاطه حقه، فلا يسقط حينئذ، لانه ليس التزاماً جديداً، والمعتبر في الاسقاط ما كان التزاماً جديداً وأخرى يأخذ الثمن من جهة أنه التزام جديد بالبيع السابق، فيسقط الخيار حينئذ بذلك، فعند الاخذ من المسقطات بقول مطلق فيه ما لا يخفى .

ومنها : مطالبة الثمن، ففي سقوط هذا الخيار بها وجهان بل قرلان : المشهور المعروف هو عدم السقوط للأصل وعدم دليل صالح يدل على الاسقاط بها عدا ما يستدل على القول بالسقوط المنسوب الى ظاهر المشايخ و الديلمي والحلي وهو أن مطالبة الثمن التزام بالبيع وكل ما هو كذلك فهو مسقط وأورده في «الجواهر» وغيره ممن تعرض لهذه المسألة بأعميتها من الدلالة على الالتزام والرضا بلزوم العقد .

ولكن شيخنا العلامة الانصاري « قده » - بعد تسليم دلالتها على الرضا والالتزام بالعقد السابق - أورد عليه بأنه لا يكفي ذلك في الاسقاط في خصوص المقام وحاصله فرق بين كون السبب للخيار العقد سواء كان من جهة كونه ضرورياً كعقد الغبن أو من جهة الاشتراط أو من جهة كونه بيع حيوان وغير ذلك وبين كونه شيئاً آخر مفارقاً عن العقد ومتأخراً عنه كالضرر المستقبل الناشئ عن تأخير الثمن في المقام فالالتزام بالعقد انما هو مسقط في الاول دون الثاني لان الرضا بالعقد ليس رضاءً بهذا الضرر .

فيه : أن الاولى في الجواب ما ذكره المشايخ من منع دلالة مطالبة الثمن بالالتزام فانه مع قبول دلالتها به لا مسرح لعدم السقوط بالالتزام، لان الالتزام بالعقد التزام بجميع لوازمه و توابعه و من جملتها صورة تأخير الثمن ولزوم الضرر

بحبس الثمن أو تلفه وغير ذلك، فالتحقيق حينئذ أن يقال أنه ان علم من القرائن الخارجية أو الداخلية ان مطالبة الثمن التزام جديد بالبيع السابق فيسقط الخيار حينئذ ، والا - كما هو الظاهر - فلا يسقط ووجه عدم دلالتها: ان مطالبة الثمن تقع على وجهين: تارة أنه يطلب الثمن جرياً على العقد السابق وهذا ليس التزاماً جديداً ، وأخرى من جهة أنها التزام جديد فالعام لا يدل على الخاص .

مسألة :

في فورية هذا الخيار وتراخيه

قرآن ، على ما في كتاب شيخنا العلامة « قده » بل أقوال ان قلنا بأن التردد قول ، والدليل على الفورية هو الاقتصار بالتدر المتين فيما خالف أصل اللزوم وعدم جريان الاستصحاب ، لان الشك فيه شك في المقتضى كما هو الحال في غير المقام من خيار الغبن وغيره .

ولكن الأقوى هو التراخي ، لاطلاق أدلة الباب أولاً فانها ناطقة بثبوت الخيار مطلقاً ان لم يجيء بل الثمن في الثلاثة مضافاً الى خصوصية أخرى في المقام وهي أن ظاهر قوله لا يبيع له ، نفي البيع رأساً وبطلانه فاذا تعذر هذا المعنى الحقيقي لتيما الاجماع على الصحة .

فأقرب المجازات أولى وهو جوازه مطلقاً اي عدم اللزوم دائماً . وان أبيت عن ذلك فيمنع الاطلاق اما الاهمال النص أو لانصراف الاخبار الى صورة الضرر فعلا كما ذكره في الكتاب في صورة بذل المشتري ، فتكون الاخبار منطبقة على قاعدة الضرر فلا تشمل ما اذا كان الضرر باختياره بأن لم يفسخ فيما بعد الثلاثة فوراً ولعلمهما هما الوجه في الامر بالتأمل في الكتاب .

فتقول ثانياً باجراء استصحاب الخيار في خصوص المقام وليس الشك هنا

في موضوع المستصحب حتى يقال أن الشك في المقتضى كسائر استصحاب الخيار والوجه في ذلك أن موضوع هذا الخيار انما ثبت بالنص وهو تأخير الثمن مع اجتماع الشرائط من الحلول وعدم حصول القبض والاقباض في العوضين ، فيستفاد ذلك من النص ولو قلنا باهماله ، لان ذلك مدلوله فحيث حصل ذلك فيحكم بعدم اللزوم في الزمان الاول قطعاً ويستصحب في ثاني الزمان ، بخلاف خيار الغبن وأمثاله ، فان موضوع خيار الغبن هو المتضرر العاجز عن دفع الضرر عن نفسه ، فاذا شككنا في ثاني الزمان فليس للاستصحاب مسرح لارتفاع العجز وحصول التمكن من رفع الضرر بسبب خياره في أول الزمان فلذلك يحكم في الغبن الفورية لارتفاع الضرر بالزمان الاول وحيث لم يفسخ في أول الزمان فكان ضرره في ثاني الزمان مستنداً الى نفسه لا الى الشارع ولا ينافي ذلك ما ذكرنا مما شاة في انصراف الاخبار الى صورة التضرر الفعلي وانطباق النص على قاعدة لا ضرر ، اذ مفادها حينئذ انما يكون ان الحكم الضري وهو اللزوم في أول الزمان مرتفع . وأما في ثاني الزمان ساكت وجوداً وعدمياً ضرورة أن قاعدة لا ضرر لا تثبت اللزوم اذا لم يكن فيه ضرر بل انما شغلها ارتفاع اللزوم الضري في المقام فحينئذ ليس الضرر علة حتى يدور مداره الحكم .

مسألة

في انلاف المبيع بعد الثلاثة

لو أتلّف المبيع بعد الثلاثة ، فلا يخلو اما أن يكون بعد القبض أو قبله، أما بعده فلا اشكال من المشتري، لانه ماله وتلفه ليس الاعلى مالكة، وأما قبل القبض: فلا اشكال أيضاً أنه من البائع لمكان الاجماع ولقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) المفتى بها في مسائل الفقه ، ولامعارض لها الا أمران - وكلاهما

مندفعان في المقام - ، أحدهما : قاعدة الملازمة بين النماء والدرك ، فيقتضي كون تلفه بعد الثلاثة من المشتري كما أن نمائه له . وثانيهما : قاعدة (أن التلف في زمان الخيار ممن لاخيار له) ومعلوم أن المشتري بعد الثلاثة لاخيار له .

ويندفع الاول بالتخصيص ، فان قاعدة (كل مبيع تلف) أخص منها ، لاختصاصها في المبيع ، وكرن التلف قبل القبض بخلافها ، فانها ناطقة بالملازمة في كل مال سواء كان مبيعاً أم لا ، أو في قبضة مالكة أم لا .

والثاني بالتخصص ، لعدم عموم قاعدة (التلف ممن لاخيار له) لما حقق في محله أنه ليس لها دليل الا في خيار المجلس والشرط والحيوان ، وأنها أيضاً من جهة القبض وعدمه مهملة لا عموم لها فلو اجتمع خيار الشرط مع ذلك الخيار بعد الثلاثة ، نقول : ان دلالتها على نحو الاطلاق ودلالة قاعدة (كل مبيع تلف) على نحو العموم ، ومعلوم أن العموم الوضعي مقدم على الاطلاق والعموم الحكمي ، لانه أصرح منه كما هو المقرر عندهم . وأما لو تلف في الثلاثة :

أما بعد القبض : لاشكال أنه من المشتري أيضاً ، كما أنه لاسبيل لخيار التأخير للبائع لعدم حصول شرطه .

وأما قبل القبض : فالمشهور أنه من البائع ، لمكان القاعدة والاجتماعات المنقولة ولدلالة رواية عقبة بن خالد ، خلافاً للمفيد والسيد بن المحكي عن سائر فمّن المشتري ، بل مال اليه الشهيد في المحكي عن نكته ، بل في «الانتصار» و«الغنية» الاجماع عليه لانه ملكه ولا تقصير من البائع اذ لا طريق له الى الفسخ ، وبذلك افترق عن التلف بعد الثلاثة حيث ذهبوا بأجمعهم الى أنه من البائع فيما قبل القبض ، ولكن الاجماع معارض ، مضافاً الى أنه موهون . وأما كونه ملك المشتري ، فالضمان عليه ، لقاعدة الملازمة ، و (أن من له الغنم فعليه الغرم) معارض بالقاعدة المجمع عليها ، أعني (كون التلف قبل القبض ، فهو من مال البائع) .

ثم هنا عبارة للشيخ في «النهاية» ذكرها شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب ، وفي ذيلها نوع غموض واشكال ، فانه «قده» بعد أن بيّن هذا الخيار على حسب مضامين الاخبار ذكر : أن المتاع ان هلك في ثلاثة أيام قبل القبض فهو من مال بائعه وبعد القبض فمن المشتري .

ثم قال : فان هلك بعدها كان التلف من مال البائع على كل حال ، أي سواء قبض المشتري أم لا ، ولا اشكال في صراحة كلامه لهذا التعميم ، وانما الاشكال في أنه لو قبض المشتري بعد الثلاثة كيف يكون هلاكه من البائع مع أنه مال المشتري قطعاً ، فدركه عليه من دون ورود تخصيص لقاعدة الملازمة المذكورة بعد القبض اتفاقاً .

ثم انه «قده» علل ذلك الحكم ، أي كون التلف بعدها من البائع ، بقوله: لان الخيار له بعد الثلاثة ، فيشكل تارة في مناسبة العلة للحكم حيث ان التعليل لاوجه له للحكم بل مناف له ، وأخرى في نفس العلة لعدم كونها في نفسها صحيحة ، بل غلط وباطل .

وأما بطلان التعليل لان كون الخيار له ، أي للبائع بعد الثلاثة ، لا يقتضي لكون تلفه على البائع ، بل مقتضى قاعدة (أن التلف في زمن الخيار على من لا خيار له ، عكس ذلك ، فان كون الخيار للبائع لو لم يقتض عدم تلفه من البائع لا يقتضي تلفه منه قطعاً .

أما بطلان نفس العلة : فلان قوله : أن الخيار له بعد الثلاثة على اطلاقه في مفروض الكلام فاسد ، اذ من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض ، مع أن الحكم المعلل عام فيما بعد القبض وما قبله بلا اشكال ، وكلام من غير أن يكون قابلاً لصرفه عن التعميم حتى يقال أن الحكم خاص بقرينة ذيل كلامه ، كما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» ضرورة أنه الحكم – أعني قوله : كان

من مال البائع -- على كل حال آب عن حملة على حالة قبل القبض كما هو واضح ، ولذلك تنظر فيه العلامة «قده» في «المختلف» بأن مع القبض يلزم البيع ، حيث أن الحكم عام مع القبض وعدمه ، أورد عليه النظر بأنه كيف يتال بعموم الحكم مع أن في صورة قبض المتاع يلزم البيع فيجب أن يكون التلف من المشتري دون البائع .

والحاصل : أن هنا اشكالات ثلاثة ، أحدها : في تعميم الحكم ، حيث أن ظاهره مخالف للاجماع ، وثانيها : في التعليل ، لمنافاة الحكم مع العلة وعدم المناسبة بينهما ، وثالثها : في نفس قضية العلة ، لكونها في صورة القبض ، وقد تصدى شيخنا الاستاذ العلامة في دفع الاشكال الاول بحمل الضمان المستفاد من قوله : (كان التلف من مال البائع) على المعنى العام من الفعلي والتقديري ، فيصح تعميم الحكم بملاحظة أمور :

أحدها : كون الضمان أعم من التنجيزي والتقديري كما أن الضمان يستعمل تارة في التنجيزي فقط كضمان التلف على المتلف وأخرى في التقديري فقط كضمان المغصوب وأمثاله اذا كان سبب الضمان مجرد اليد ، فان مقتضى قاعدة اليد ضمان ما أخذت ضماناً تقديرياً ، بمعنى أنه لو تلف ما أخذت كان من يده ضماناً منجزاً .

وثانيها : تقييد الحكم المذكور بصورة فسخ البائع في فرض حصول القبض وأما قبل القبض فلا حاجة الى الفسخ .

وثالثها : فرض القبض وتلفه بعد الفسخ بأن فسخ البائع ثم أقبض المتاع المشتري ليكون عنده أمانة ، فيكون تلفه حينئذ على البائع لاعلى المشتري . وأما لو قبض أولاً ثم فسخ ، يكون ضمانه على المشتري ، لمكان قبضه ، فلو تلف وان لم يكن التلف مسقطاً لخيار البائع الا أن مقتضى قاعدة اليد كون تلفه على

ذي اليد كما هو المقرر والقاعدة في الخيارات فبملاحظة تلك الامور يصح تعميم ما ذكره في « النهاية » من أن هلاكه بعد الثلاثة من البائع . أما قبل القبض فواضح ، وأما بعد القبض اذا فسخ البائع أولاً ثم حصل القبض فحيث أن قبضه حيثئذ من باب الامانة يكون تلفه من صاحبه أي البائع .

اذا عرفت ذلك فيصح التعليل ويندفع اشكال المناقاة ، لان الغرض اثبات الخيار للبائع ، ففائدته كون هلاكه منه بعد فسخه المقدم على القبض ، فلو لم يكن الخيار له بعد الثلاثة لما يكون له الفسخ ولا يكون هلاكه من البائع ، الا فيما كان التلف قبل القبض .

وأما صحة نفس العلة ، فقد عرفت أيضاً أنه لاشكال فيه بناءً على ما ذكرنا من أن الخيار للبائع مطلقاً سواء كان التلف قبل القبض أو بعده ، وسواء حصل القبض أم لا . ولكن لا يخفى أنا فرضنا القبض بعد الثلاثة فيما بعد فسخ البائع توجيهاً لتعميم الحكم وهذا القبض لاشكال ولا كلام فيه أنه ليس مسقطاً للخيار بل خارج عن توهم الخلاف ، لان القبض بعد الفسخ ليس الا أنه من باب الامانة والوديعة ، لانه لا يبقئ محلاً للخيار .

وأما العلامة «قده» فقد فرضه قبل الفسخ فأورد عليه أنه مع القبض يلزم البيع ، وكذلك شيخنا العلامة «قده» حيث قال : فان من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض .

ففيه : أن القبض بعد الثلاثة ليس من شرائط هذا الخيار وليس من مسقطاته أيضاً ، نعم القبض الذي يلزم البيع به هو القبض في الثلاثة ، لان الشرط في هذا الخيار هو عدم القبض في الثلاثة ، وأما القبض بعد الثلاثة فليس عديمه شرطاً ولا وجوده مسقطاً الا من باب الالتزام والكشف عن الرضا ، وقد عرفت الحال فيه في مسألة أخذ الثمن ، فان القبض والاخذ مع قطع النظر عن القرائن الخارجية

ليسا من المسقطات ولم يكونا كاشفين عن الرضا .

هذا غاية توجيه الكلام الشيخ بناءً على مذهب المشهور ، وأما بناءً على مذهبه من أن النقل والانتقال لا يحصل في زمن الخيار بل ملك المتبايعين باق على ملكهما السابق في زمان الخيار سواء كان الخيار متصلاً أو منفصلاً ، فلا اشكال ولا غموض في عبارته أصلاً لافي تعميم الحكم ولا في التعليل ولا في العلة ، فيكون المقصود في عبارته أن المبتاع لو هلك في الثلاثة فالمدار على القبض فان حصل القبض فمن المشتري لانه ملك له وان لم يحصل القبض فمن البائع لقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكة) وان كان الهلاك بعد الثلاثة فهو على كل حال من البائع ، سواء قبضه بعد الثلاثة أم لا ، لان المفروض الخيار له بعدها ، فيكون المبيع ملكاً له ، بناءً على مذهبه ، فتلفه على مالكة وليس مالك المتاع بعد الثلاثة الا البائع ، كما هو واضح على مذهبه .

نعم هنا اشكال في مذهبه ، أنه « قده » كيف التزم بذلك في الخيار المنفصل للزوم عرد الملك الى البائع من غير سبب بعد خروجه عنه لمكان العقد ، فحينئذ ايراد العلامة « قده » في محله ، بأن مع القبض يلزم البيع ، فليس للبائع الخيار حتى يكون الهلاك منه ، ولكن يندفع أن القبض بعد الثلاثة ليس بملزم العقد ، بل الخيار مشروط بشروط في الثلاثة وهو حاصل ، هذا كله في تلف المتاع .

أقول : وأما في تلف الثمن فهل هو مثله ، فاذا تلف قبل قبضه يكون من مال المشتري وينفسخ به العقد أم لا ؟ وجهان بل قولان ، والمحكي عن « الرياض » هو الاول ، بل استشعر بعضهم من كلامه الوفاق عليه ، فلعل وجهه صدق المبيع على الثمن أيضاً ، وصدق البائع واطلاقه على المشتري ، فتشمله قاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) ودلالة ذيل خبر (السرقه عليه) ، وهو رواية عقبه ابن خالد عنه عليه السلام (في رجل اشترى متاعاً من رجل وترك المتاع ولم يقبضه ، وقال

آتيك غداً انشاء الله، فسرقة المتاع ، من مال من يكون ؟ قال : من صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه حتمه ، فقولہ عَلَيْهِ : فالمتاع ضامن لحقه ، باعتبار ارجاع الضمائر الى البائع يدل على ضمان المشتري الثمن حتى رده الى البائع وقبضه ولعل الاقوى الثاني ، للاصل ، وظاهر الاصحاب والنصوص على ما ذكر بعضهم فيوهن الاجماع الذي استشعره في « الرياض » .

وأما دلالة ذيل رواية عتبة بن خالد ، فهو من المجملات ، لان ارجاع الضمائر الى البائع خلاف الظاهر ، مع أنه لا يلائم التعليق المذكور فيه ، لان الضمان على البائع ثابت لوقلنا به متى تلف سواء أخرج المتاع من بيته أولاً . بل يمكن أن يقال : أن كلمة حتى بمعنى (كي) التعليلية ليكون المعنى أن بالتبض ينتقل ضمان المبيع الى المشتري ليرد الى البائع ماله وهو الثمن ، فان الرد حينئذ يصير واجباً على المشتري بخلاف ما قبل القبض ، لان حبسه بحق .

والتعليق يناسبه ولا يلزم حينئذ خلاف الظاهر في ارجاع الضمائر ، لارجاعها حينئذ الى المتاع وهو أقرب مضافاً الى أن دلالة بناءً على المعنى الاول لا يوجب كون التلف من ماله بحيث يفسخ العقد ، بل يكون معناه أن يده حينئذ تكون يد ضمان حتى يدفعه اليه كما في الغصب وغيره ، فان تلف فيستحق مالكة ، وهو البائع مثله أو قيمته ، والفرق بين الامرين واضح .

وكيف كان هنا فروع :

الاول : قال الفاضل الشارح الجواد « قد ه » بما حاصله على ما هو المحكي : لو نقص من اليوم فهل يحتسب ذلك يوماً أولاً يحتسب ؟ أو يلفق ؟ ثم قوى التلقيق . وتوضيحه : أن المراد من ثلاثة أيام والمعتبر منها هو العنوان ، أي عنوان ثلاثة بياضات ، فلو نقص من اليوم أقل قليل لا تحصل البياضات ، أو المعتبر هو المقدار

فيلقى ، أو العبرة بالعرف ، وصدقه فحينئذ لو نقص من اليوم ، فان قلنا بأن المعتبر هو العنوان فلا يحتسب ذلك اليوم الناقص من الثلاثة ولو كان النقص قليلا لان التحديدات الشرعية مبنية على التدقيق كما هو الحال من أول الفقه الى آخره . الا اذا خرج بالدليل ، وان قلنا بكفاية المقدار من ثلاثة أيام فيلقى ، وان قلنا بأن العبرة على العرف فينتظر فان كان النقص قليلا فيحتسب والا فلا . وقد عرفت تفصيل ذلك في بحث خيار الحيوان ، فراجع .

والاقوى هو الاخذ بعنوان ثلاثة بياضات كما هو المعنى المنساق من ثلاثة أيام وان المقدار أو التنزيل الى العرف خلاف المنساق من التحديدات الشرعية . ومنها : قال الشيخ علي شارح اللمعة : هل يعد الشرطان كالشطرين أم لا؟ الاقوى الاحتساب . وليس عندنا عبارته حتى يتضح مراده ، ولكن تشريح الحال أن يقال تارة أن الشرطان عبارتان عن الثمن والمثمن ، وقد قرر حالهما من اشتراط عدم القبض فيهما وعدم التأجيل ولو ضم مع كل منهما شرط في ضمن العتد ، فهل حال الشرطين حالهما من اشتراط عدم القبض وعدم التأجيل أم لا؟ فيه وجهان والاقتصار على القدر المتيقن فيما خالف الاصل هو الاحتساب .

هذا أحد الاحتمالين من عبارته « قده » وقد يحتمل أن يكون المراد من الشرطان اشتراط كل الثمن والمثمن بعدم التأجيل و من الشرطان نفس الثمن والمثمن ، وحيث قلنا قبض بعض الثمن أو المثلن كلا قبض أو أنه قبض حسب ما ذكرنا فهل الشرطان أعني الحلولية كالشطرين في أن حلول بعض الثمن والمثمن كلا حلول أم لا؟ مقتضى الدليل الدال في أن قبض البعض كعدمه أو أنه قبض ، فينتفي الخيار لانتهاء الشرط هو الاحتساب ، أي عد حال حلولها كحال قبضها ، فتدبر .

مسألة : لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه وبين الليل والا فلا

يبيع له ، ويدل على ذلك في الجملة بعد الاجماع مرسله محمد بن أبي حمزة أو غيره على ما حكى عن « الكافي » ، فلا بد من المراجعة .

وهذه العبارة المذكورة في كتاب شيخنا العلامة الانصاري وغيره المأخوذة عن المرسله بعينها ، فيقع الكلام في دلالة المرسله ، فان ظاهرها تحقق الفساد قبل الليل ، لقوله : ما يفسد من يومه ، كما ان ظاهرها أيضاً ثبوت الخيار المستفاد من نفي البيع بعد مضي اليوم وتأخير الثمن فيه الى الليل ، فيكون مبدأ الخيار أول الليل ، وذلك لأمعنى له اذ لفائدة في الخيار بعد تحقق الفساد ، وحيث أنه لدفع الضرر الناشئ من الفساد في المستقبل فلا بد من كونه قبل الفساد ، فلا بد أن نوجه بأن المراد من اليوم يوم وليلته ، فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم وليلته ، واطلاق اليوم على هذا المعنى شائع في المحاورات ، فيكون المراد بتحقيق الخيار في أول الليل فيما يتحقق الفساد في آخره أو بوجه آخر من تقدير بعد ، أي من بعد يومه على سبيل الاضمار ، أو من بمعنى بعد .

وكيف كان كلمات بعضهم نص فيما ذكرنا كعبارة « الدروس » حيث عبّر عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت ، وقال : أنه ثابت عند دخول الليل ، وبعضهم الآخر ظاهر كعقد اجماع « الغنية » على أن البائع يصبر يوماً ثم هو بالخيار ، ومحكى « الوسيلة » : أن خيار الفواكه للبائع فاذا مر على المبيع يوم ولم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار . ومحكى « الفقيه » الذي أسنده في « الوسائل » الى رواية زرارة : العهدة فيما يفسد من يومه - مثل الفواكه والبطيخ - يوم الى الليل ، المراد من العهدة عهدة البائع .

وأحسن العبائر عبارة « الدروس » لخصوصيته فيما ذكرنا خلافاً لشيخنا العلامة الانصاري « قدّه » حيث أحسن عبارة « الفقيه » ولم يعلم وجه الاحسنية ، وكلمات بعضهم الآخر تدل على أن الخيار في النهار ، كما عن « النهاية » : اذا باع مالا

يصح عليه البقاء من الخضروغيره ولم يتبعض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً، فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم والا فلا بيع له . ونحوها عبارة « السرائر » الا أن يوجه بخيار المشتري لابعنى الخيار المصطلح ، بل بمعنى اختياره في تأخير القبض والاقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم وسلطنته على بذل الثمن وأخذ المبيع ثم تنقطع عنه السلطنة بعد اليوم ، لان الخيار حينئذ للبائع فله الفسخ . وقد تبع الشيخ في « النهاية » بذكر هذه العبارة ، وأنت خير لوجه لهذه المتابعة ، لانه لا داعي لذكر خيار المشتري بمعنى اختياره الموهوم ظاهره خلاف المقصود .

ثم ان معنى الفساد عرفاً وحقيقة هو التلف والهلاك أو الخروج عن المايمة رأساً ، وأما تغيير بعض أوصاف المايمة ونقصانها فليس من الفساد ، لانه يصح سلبه عنه عرفاً ، فمقتضى التجرد بظاهر النص والفتاوى هو الاقتصار في ثبوت الخيار في الفساد الحقيقي ، فلا خيار بمجرد تغيير الصفات المايمة ونقصانها خلافاً لشيخنا الانصاري « قده » حيث قال بما حاصله : فبمقتضى كون الخضروالفواكه لا يفسد بالكلية ولا يهلك بل يتغير أوصافه المايمة ، وأنها مورد النص والفتوى وليس المراد الفساد الحقيقي بل ما يشمل تغيير العين نظير التغيير الحادث في هذه الامور بسبب المبيت .

فيشكل ما ذكره « قده » بأن غلبة التغيير في هذه الامور وعدم هلاكها رأساً لا يوجب حمل الفساد على ما يشمله ، لانه معنى مجازي للفساد ، اذ الغلبة انما توجب سبباً للانصراف في المطلقات ، وأما كونها صارفة عن المعنى الحقيقي فلا ، فينبغي الاقتصار في ثبوت الخيار بمورد الفساد الحقيقي لانه المعنى العرفي أيضاً والقدر المتيقن .

فروع : أحدها : هل يتعدى عن مورد النص والفتوى ، أعني الفساد الحقيقي

على المختار أو ما يشمل نقصان المالية بسبب نقصان الصفة على مختار شيخنا العلامة الانصاري « قدّه » الى ما كان نقصان المالية عند بقاء المبيع في اليوم والليلة ناشئاً من اختلاف السوق وفوائده؟ قيل به تمسكاً بدليل الضرر ، ومنعه في الكتاب بأن فوات القيمة السوقية فوات نفع لاضرر ، فيه اشكال لان تبدل القيمة الاعلى بالادنى يعد عرفاً ضرراً ، كما لا يخفى .

والاولى أن يدفع بالنقص بالمبيع الذي لا يفسد في يومه من الاقمشة والاراضي والعتار اذا فرض فوات القيمة السوقية، مع أنه لا خيار اجماعاً. وبالحل أن قاعدة الضرر موهونة تحتاج الى الجبر من عمل الاصحاب والايلزم الفقه الجديد مضافاً الى امكان ما يؤدي نظري القاصر أن ذلك ليس ضرراً على البائع أصلاً حتى يوجب لخياره فلا وجه للتعدي واللاحق ، فتأمل .

وثانيها : اذا كان بقاء المبيع الى الليل سبباً لخوف التلف لا لاصل الفساد، بل لخوف لص أو غرق أو حرق أو نهب أو نحوها ، هل يلحق بما يفسد في يومه من ثبوت الخيار؟ الاقوى عدم اللاحق لخروجه عن مورد الفتاوى والنص ، ودليل الضرر فقط لا يكفي في المقام خلافاً لبعض المشائخ في شرحه على «اللمعة» حيث اختار اللاحق ، وهو عجيب .

وثالثها: لو وقع العقد أول الليل والمستفاد عن بعض المشائخ أن فيه وجوهاً، الاول: تقدير مقدار الزم، وبعد مضي مقداره يثبت الخيار. الثاني: جعل العبرة بخوف الفساد ، فالعقد لازم الى حين خوف الفساد. الثالث: المزوم مطلقاً ، نظراً الى أن الليل أول زمان خوف الفساد ، فبيعه في هذا الحال اقدام منه على الضرر ، فلا خيار. الرابع: التفصيل بين كون الليل أول خوف الفساد ، بأن بقي المبيع الى الليل ثم وقع العمد عليه ، وبين كونه اول ما كان المبيع حاصلًا في ذلك الوقت فيكون الليل بمنزلة النهار ، فاللزوم في العبرة لمكان الاقدام ،

والعبرة بخوف الفساد في الثاني ، حيث قال ما هذه عبارته : ويبقى التأمّل فيما لو وقع العقد ليلاً لعدم اذراجه في النص والفتوى ، فيحتمل اللزوم بتقدير اليوم والفسخ بعده ويحتمل اللزوم الى حين خوف الفساد من غير تقدير ويحتمل اللزوم مطلقاً لكون الفرض مما يفسده المبيت ، فاذا بيع ليلاً فقد حصل الاقدام على بيع الفاسد وشرائه فلا موجب للخيار ، ولعل أوسط الوجوه أوسطها ، وان كان الاخير لا يخلو عن قوة ، حيث يكون المبيع من ذلك قد حصل في النهار وبقي الى الليل ، أما لو حصل ليلاً فانه مأمون الفساد ، فيقوى لزوم العقد الى خوف الفساد . انتهى .

ورابعها : اذا كان المبيع يفسد ليومين أو أزيد ففيه وجهان بل قولان :

١ - ما نسب الى جماعة - من وجوب التربص الى حين خوف الفساد فيثبت الخيار حينه .

٢ - ما احتمله العلامة في «التذكرة» من ثبوت الخيار بعد اليوم أول الليل ، وأشار الى ذلك بعض المشائخ بما لفظه: لو كان المبيع من ذلك مما لا يفسد بيوم بل يبقى مثله ليومين أو أزيد فالذي صرح به جماعة أنه يتربص به البائع الى خوف فساده فيتخير ، وان مضى عليه يومان أو أكثر واحتمل العلامة في «التذكرة» انتظار الليل فيه أيضاً لورود التحديد به شرعاً ، ورده بأن مورد النص هو ما يفسد ليومه وليس هذا منه ، فينبغي الرجوع فيه الى أصالة اللزوم والاخذ بقاعدة الضرر .

وما احتمله العلامة لا يخلو عن قوة ، فان المراد بما يفسد من يومه ما كان من الاجناس التي من شأنها الفساد بالمبيت غالباً وعادة كاللحوم والالبان والثمرات والخضروات ونحوها ولا ينافي ذلك من الفساد في بعض الافراد لخصوصية فيها أو في زمانها أو في مكانها ، فانه لا يخرجها عن صدق ما يفسد ليومه ، فيكون

الجميع مشمولاً للنص . انتهى كلامه «رفع مقامه».

خامسها : اذا كان المبيع مما يفسده أقل من يوم بليته ، بأن كان استعداد بقائها نصف يوم مثلاً ، فهل يلحق بمورد النص نظراً الى أن العبرة بخوف الفساد وقاعدة الضرر أم لا؟ فالمرجع أصالة اللزوم، فقد يستفاد من شيخنا العلامة الانصاري «قده» في ذلك الفرع بل في سائر من الفروع الميل الى التعدي واللاحاق فيه اشكال لادليل عليه الا قاعدة الضرر ، فهل يحتاج الى الجبر وعمل الاصحاب الا أن يقال بحصول الجبر ولو عمل بها في أصل المسألة وليس بلازم العمل بها في جميع فروع المسألة ، بل لا يحتاج الى الاستناد ، فيكفي مجرد الانطباق بأن كان مستند عملهم في المسألة هو النص ومع ذلك يكفي في الجبر ، فتأمل .

[مسألة : خيار الرؤية]

المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترط عليه المتبايعان والكلام فيه تارة في أصل صحة البيع بعد التخلف وظهور كون المبيع على خلاف ما وصف وأخرى في دليل الخيار بعد الفراغ عن الصحة ، وثالثة في الاحكام المترتبة على الخيار .

أما الاول: فتد مرّ الاشكال في صحة البيع من وجوه شتى في مسألة اشتراط تعيين المبيع والجواب عنه بما لا مزيد عليه ، فراجع .

وأما الثاني: فيدل عليه قبل الاجماع أمران: أحدهما : قاعدة الضرر المنجبرة بعمل الاصحاب . ثانيهما : الاخبار الخاصة ، منها : صحيحة جميل بن دراج قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة ، الخ .

والاشكال فيها بأن اللازم في موردها الحكم بالبطلان بالنسبة الى القطعة الغير المرئية لا الحكم بخيار الرؤية . مدفوع بأنه لا بد بدلالة الاقتضاء حملها على

مورد يصح بيع الضيعة اما بتوصيف القطعة الغير المرئية أو بدلالة المرئي على غيره لموافقتهما في الصفات .

ومنها صحيحة زيد الشحام ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم ، فقال : لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم ، فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج .

ويرد على التمسك به أنه لا يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه ، لان المشتري لسهم القصاب ان اشتراه مشاعاً فلامورد لخيار الرؤية ، وان اشترى سهمه المعين الذي يخرج ، فخر شراء فرد غير معين ، وهو باطل .

والانصاف أن دلالة ليست بأضعف من الرواية الاولى فكما يصح الاستشهاد بها بعد ارتكاب ما مر من الحمل والتوجيه ، فكذلك يصح الاستشهاد بهذه أيضاً بعد توجيهها وحملها على ما اذا كان شراء السهم المشاع مبيناً على التوصيف بالنسبة الى مورد ذلك المشاع ومتعلقه ، اذ لا مانع من بيع ثلث المال الفلاني مثلاً موصوفاً بكذا ، فثبت الخيار عند التخلف .

فهذه الرواية كالرواية السابقة مشتركتان في التوجيه ، لكن تفتقران أن ارتكاب التوجيه في الاولى مقدمة لتصحيح أصل صحة البيع وفي الثانية لتصحيح الخيار ، فعلى هذا فالنهى في قوله : (لا تشتري شيئاً) ارشادي ، ارفع وقوعه في ضرر تخلف الوصف الموجب للخيار .

وأما الثالث : ففيه مسائل :

الاولى : الاكثر على أن هذا الخيار على الفور - بل نسب الى ظاهر الاصحاب بل ادعي نفي الخلاف - وقد يشكل : ما الفرق بينه وبين الخيارات الثلاث ، أعني خيار التأخير والغبن والعيب ، حيث أن الاكثر في الثلاثة على التراخي ، ولكن يندفع بالفرق ، أما خيار التأخير فلان مستنده الاخبار الخاصة وهي قاضية

باطلاقها على التراخي وكذلك في العيب لدلالة الاخبار على ثبوت الخيار مادامت العين قائمة بعينها .

أما الاشكال بينه وبين الغبن حيث لو كان مدرك القائل بالتراخي هناك الاستصحاب بعد المسامحة في الموضوع فهو جار هنا أيضاً مع أن الفورية في المزام كالمتفق عليه دونه في الغبن الا أن يفرق أيضاً بأن المستفاد من النص الدال على ثبوت الخيار عند الرؤية هو التوقيت ، أي ثبوت الخيار انما هو بمجرد الرؤية موقتاً بها لامتلاكها ، فلا مسرح لاستصحاب الخيار بعد فرض دلالة النص على التوقيت ، ففي كون الفورية حقيقية أو عرفية ، فيجري ما ذكرنا في خيار التأخير وأن الاقوى الاول لكفاية انشاء الفسخ قولاً في انفساخ العقد في أول أزمة الرؤية والتخلف من غير احتياج الى طول زمان فلا داعي الى المصير الى الفورية العرفية ، فتأمل .

أقول : لو كان مدرك الخيار هو قاعدة لاضرر ، الامر كما في المتن ، وأما بناءً على استفادة ذلك الخيار من النص فينزل على الفورية العرفية .

المسألة الثانية : في مسقطات هذا الخيار ، وهي أمور :

أحدها : ترك المبادرة - بناءً على الفور - من غير عذر ، وأما اذا كان مع العذر كالجهل والنسيان ، فالخيار باق كما تقدم في السابق ، وكذلك الجهل بأصل الفورية مع العلم بالخيار قد تقدم أن فيه وجهين ، والاقوى سقوط الخيار لان ترك الفسخ باختياره بعد العلم بأصل الخيار اقدام على الضرر .

وثانيها : اسقاطه بعد العقد قبل الرؤية ، والاشكال بأنه يرجع الى التعليق ان قلنا بأن الرؤية كاشفة عن ثبوت الخيار والى اسقاط ما لم يجب ان قلنا بأنها سبب مدفوع ، بأنه على التقدير الاول لا يوجب التعليق في أصل انشاء الاسقاط بل الانشاء منجز ان صادف محله وموضوعه فهو ، والا انكشف وقوعه لغواً ، لانتفاء

الموضوع ، فليس هو الا كالتعليق بأصل وجود موضوعه الواقعي نحو بعت هذا ان كان مالي ، وعلى التقدير الثاني بأن الرؤية شرط للخيار والعقد سبب ، ووجود السبب كاف في صحة الاسقاط كاسقاط خيار الغبن قبل ظهوره ، وقد ذكرنا مراراً أن وجود الحق يكفى في الاسقاط وان يكن نفس الخيار موجوداً قبل الرؤية الا أن استحقاق ثبوت الخيار حاصل فعلاً بمجرد اجراء العقد فيرجع الى اسقاط حق الاستحقاق لاسقاط نفس الخيار كما في موارد ملك أن يملك .

ثالثها : التصرف قبل الرؤية في كتاب شيخنا العلامة « قده » وجوه ، ثالثها : ابتناؤه على سقوطه باسقاطه قولاً وعدمه . فيه : أنه لايجري فيه الا وجهان ، أحدهما : عدم كونه مسقطاً مطلقاً وان قلنا بعدم اسقاطه قولاً وذلك لضعف الفعل في الدلالة على الاسقاط فانه ليس بمثابة القول . ثانيهما : ما جعله ثالث الوجوه وهو ابتناؤه على الاسقاط القولي واما العكس أعني الوجه الاخر وهو كونه مسقطاً مطلقاً وان قلنا بعدم جواز السقوط بالاسقاط القولي ، فلا وجه له لان حال الفعل لايزيد عن القول .

ثم قد يطالب الفرق بين التصرف قبل الرؤية وبين التصرف قبل ظهور الغبن حيث حكموا في الثاني على عدم السقوط من غير ترديد بخلافه هنا ، حيث قال في الكتاب : فيه وجوه ويمكن الفرق بأن الكلام في كون التصرف مسقطاً انما هو من جهة دلالة على الرضا كشفاً نوعياً أو فعلياً ، وحيث أنه لم يدل على الرضا قبل العلم بالغبن ولا على التحمل على الضرر فتمتضي قاعدة الضرر هو عدم السقوط وأما في المقام قد يقال في دلالة على الرضا من جهة أن تصرفه قبل الرؤية يكشف نوعاً على الرضا لهذا يحصل الترديد والوجوه المذكورة نعم لو قلنا أن التصرف تعبداً مسقط لكان المقامان على السواء ، وكذلك لو فرضنا أنه قبل الغبن والرؤية يدل على الرضا لقلنا بسقوط الخيار به في الغبن أيضاً .

رابعها : شرط سقوطه في متن العقد ، اعلم أن الكلام في الخيار المسبب عن الرؤية ، وهذا يجتمع مع الخيارات الثلاثة من خيار تخلف الوصف وخيار تخلف الشرط وخيار الرؤية ، أي تخلف الرؤية السابقة بتغير المبيع بغير مآرآه سابقاً ، وحيث كان الجميع مشتركاً في حصول الخيار عند رؤية المشتري على خلاف ما وصفه في ضمن العقد في الاول وعلى خلاف ما اشترط وعلى خلاف ما رآه سابقاً ، وكان غالب أحكامها على السواء ، لهذا لم نفصل فيما أوردناه من الاحكام المذكورة . وأما هنا فحيث يختلف الحال والمقال ، لهذا نقول :

يقع الكلام في كل واحد منها ، أما شرط سقوطه في خيار تخلف الوصف ، ففي صحة العقد والشرط معاً ، أو بطلان العقد رأساً ، أو صحة العقد دون الشرط ؟ وجوه بل أقوال ، وجه الاخير : أن هذا الشرط لكونه اسقاطاً لما لم يجب فاسد وأن فساد مثل هذا لايفضي الى فساد المشروط . نعم لو قلنا بفساده من جهة الغرر والجهالة كان اللازم افضاء فساد الى فساد المشروط به بل من أجل أن فساد ليس في المقام الا لاجل أنه اسقاط لما لم يجب فيصح العقد دون الشرط ، ولا يجري في جوابه مآمر مراراً في المسائل السابقة من كفاية وجود السبب ، لان المفروض شرط سقوطه في ضمن العقد ، فالسبب لم يوجد حتى يقال بكنايته في صحة الاسقاط ، فكما أن فعلية الخيار لم يتحقق كذلك سببه ، أعني مجرد العقد دون الشرط المتعقب بالخيار عند التخلف لم يتحقق لمكان الشرط .

ولكن لا يخفى ضعف هذا لاوله الى شبهة الشافعي من عدم جواز شرط سقوط الخيار في ضمن العقد لكونه اسقاطاً لما لم يجب ، وهذه شبهة والاشكال سار في جميع الخيارات ، ولا اختصاص له بالمقام ، وقد ذكرنا أن الاصحاب أجمع على خلافه وعلى جواز اشتراط سقوط الخيار في متن العقد ، وأجابوا عن هذه شبهة بأن مرجع شرط سقوط الخيار الى دفع المقتضي لارفع مانع من موانع اللزوم .

وحاصله : منع اطلاق أدلة الخيار بحيث يشمل العقد المشروط في متنه عدم الخيار ، فسقوط الخيار ليس لاجل دليل صحة الشرط ، بل لاجل عدم وجود المقتضي وهو عدم جريان اطلاق دليل الخيار مع قطع النظر عن صحة الشرط وعدمه ، فبعد منع اطلاق دليل الخيار وعدم جريانه في مثل العقد المشروط في ضمنه سقوط الخيار تبقى أصالة اللزوم سليمة عن المعارض ومرجعاً في أمثال المقام . وجه القول الثاني ، أمران :

أحدهما : فساد الشرط على مامر وأن الشرط الفاسد مفسد للعقد المشروط وقد عرفت ضعف الفساد مضافاً الى أنه لو قلنا بفساده من أجل اسقاطه لما لم يجب لاينجر مثل هذا الفساد الى فساد المشروط لعدم رجوعه الى الاختلال في شروط العقد وأركانه .

وثانيهما : أن المصحح للعقد هو التوصيف ، لانه رافع للجهالة ، وشرط سقوط الخيار يؤل الى الغاء التوصيف والالتزام بالمبيع كائناً ماكان ، وجد الوصف أملا ، فيرجع الى الجهالة والنزح حيثئذ ولذا لو وقع العقد أولاً بدون التوصيف لكان باطلاً لمكان الغرر والجهالة فذكر الوصف بعد اسقاط الخيار عند تخلف الوصف في متن العقد يصير لغواً صرفاً لانه رافع للتوصيف وموجب لجعل التوصيف كالعدم .

هذا ، وضعف هذا الوجه يظهر لك من وجه القول ، أعني صحة العقد والشرط معاً ، وهو أن يقال : يمنع رجوعه الى الجهالة لان الرافع للجهالة موضوعاً أو حكماً نفس التوصيف لانه من قبيل أصالة الصحة المعتمد عليها عند الشك في الصحيح والمعيب ، ومن قبيل أخبار البائع بالكيل والوزن ، فالتوصيف يصير المبيع كالعلوم المشاهد ورافع لاثرا الجهالة .

فشرط سقوط الخيار لا يوجب انقلاب المعلوم الى المجهول ، لان الخيار

حكم شرعي لارتباطه بموضوع الغرر ولا بحكمه، فلا يوجب ثبوته انقلاب المجهول الى المعلوم ولا سقوطه انقلاب الى المجهول، ولذا الوباغ المجهول بشرط الخيار كان باطلاً، كما أنه لرباع في مورد أصالة الصحة شرط سقوط الخيار فظهر معيباً وبشرط التبري من العيوب، كان البيع صحيحاً وان ظهر معيباً، فلم يكن شرط سقوط الخيار وشرط التبري موجباً للجهالة والبطلان، فكما ليس مرجع هذين الشرطين الى بيع مجهول الصحة والعيب كذلك مجرد التوصيف كأصالة الصحة موجب للصحة وشرط سقوط الخيار لا يوجب انقلاب الصحة الى الباطل، والمعلوم الى المجهول، لان التوصيف بنفسه علة تامة للصحة وان كان المبيع بحسب اللب والمعنى مجهولاً للمكان ترتب آثار المبيع المعلوم على التوصيف الذي نزل به بصورة المعلوم وان كان الواقع مجهولاً، فمرجع شرط الخيار ليس الغاء للتوصيف ورفع اليد عن أثر التوصيف، لان أثره هو الحكم بالصحة كأصالة الصحة. وان كان بحسب اللب والواقع غير معلوم حقيقة فهذا نظير المعرف بلام الجنس المترتبة عليه آثار المعرفة، والمعرف بلام العهد الذهني المحكوم بأحكام المعارف، وان كان الاول بحسب اللب والمعنى كالاسم المنون بتنوين التمكن والثاني كالنكرة، فالعبرة بمجرد التوصيف، وأما الخيار فلا عبرة له في صحة العقد، لا ثبوتاً ولا سقوطاً، فلا يصير وجوده سبباً لارتفاع الجهالة، ولا عدمه سبباً لعود الجهالة.

هذا أقصى ما يقال في بيان وجه الصحة. ولكن أوردته شيخنا العلامة الانصاري

– انتصاراً للفساد – مما حاصله :

بأن الخيار – وان كان حكماً شرعياً – لا مدخل له في الصحة والفساد ولا في العلم والجهل ثبوتاً وسقوطاً، الا أن الكلام في سببه وسبب الصحة، أعني التوصيف فان معناه هو الالتزام لوجود الوصف.

ومن المعلوم أن مرجع شرط سقوط الخيار الى عدم الالتزام بالوصف لان

الالتزام بالبيع مطلقاً سواء وجد الوصف أولاً مناف للالتزام بالوصف ، فشرط سقوط الخيار رافع للالتزام ، فصار كالبيع بدون التوصيف ، وحيث يصير الالتزام وجوده كالعدم يؤل الى البيع بلا توصيف ولا التزام ، وهذا هو الغرر كما أن الالتزام كان رافعه موضوعاً أو حكماً .

فلا ينفذ بالبائع بشرط التبري ، لان البائع لم يلتزم بكون المبيع صحيحاً حتى يكون شرط التبري منافياً له ، بل انما اعتمد المشتري في شرائه على أصالة الصحة الرافعة للغرر ، فلا مانع من اجرائه شرط تبري البائع من العيوب ، بخلاف المقام فان المعتمد المصحح في المقام هو التزام البائع بالوصف ، فحيث شرط البائع سقوط الخيار مناف له يصير الزامه كالعدم . نعم لو باع بشرط ، بأن شرط في ضمن العقد كون المبيع صحيحاً ، كان شرط التبري منافياً له ، فبطل لو حصل الشرط حينئذ ، فالمناط في الصحة والفساد هو سبب الخيار ، وهو التوصيف والالتزام وجوداً وعدماً.

هذا حاصل كلامه ومذهب مراده « رفع في الخلد مقامه » ، ويشكل بأن الالتزام في الوجود الخارجي والجزئي الحقيقي غير متعلق ، لان متعلق الالتزام لا بد أن يكون فعلاً خارجياً مقدوراً ، والوصف في العين الخارجية اما موجود أولاً ، فالالتزام بالوصف فيه خارج عن قدرة البائع ، فما جعله المناط في البطلان - وهو التنافي بين الالتزام بالوصف وبين شرط سقوط الخيار الرافع له والراجع الجهالة - باطل ، لانه فرع صحة المبنى وهو ممنوع ، لانه غير معقول في الصفات الخارجية ، بل التنافي الراجع الى الغرر لا يتوقف على جعل التوصيف التزاماً ، لانه حاصل أيضاً بدونه ، بأن يقال أنه لا اشكال في كون التوصيف قيداً للمبيع بأن متعلق البيع ليس هو الجزئي الخارجي على كل حال بل حال كونه مقيداً بالوصف ومرجع شرط سقوط الخيار الغاء هذا القيد وجعل المبيع مطلقاً ومن المعلوم حصول

التنافي بين جعل المبيع مطلقاً و مقيداً وان اطلاقه بعد تقييده يؤل الى الجهالة والغرر .

فالتحقيق أن يقال : ابتناء الصحة والفساد في المقام على أن التوصيف الذي هو كأصالة الصحة مصحح للعقد هل هو معتبر من باب الطريقية أو الموضوعية فعلى الاول يتجه ما أفاده شيخنا العلامة الانصاري « قده » من الفساد ، وعلى الثاني يتجه ما اختاره المشائخ ، منهم : صاحب « الجواهر » لان مجرد التوصيف علة تامة للصحة حينئذ كمال التعريف اللفظي ، فيترتب عليه آثار المبيع المعلوم شرعاً وان كان في الواقع مجهولاً .

وأما التحقيق في المبني : الظاهر هو الاول لوجوه :
أحدها : ظهور دليل اعتباره على كون التوصيف طريقاً نوعياً الى احراز الوصف .

ثانيها : انه الاوفق بالقواعد ، اذ بناءً على الطريقية تبقى أدلة الغرر في صورة شرط سقوط الخيار على حالها من غير لزوم التخصيص فينحصر الخارج عن تحتها صورة ما لم يصرح البائع شرط سقوط الخيار . وأما بناءً على الموضوعية يلزم التخصيص فيها في مفروض الكلام ، فيدور الامر في دليل الغرر بين قلة التخصيص وكثرته ، والاول أولى ومقتضاه الالتزام بالطريقية .

ثالثها : أن التوصيف قائم مقام الرؤية ، فحيث أن الرؤية السابقة معتبرة من باب الطريقية بلا اشكال ، فكذلك ما يقوم مقامها . فمقتضى هذه الوجوه هو الطريقية واللازم الفساد ولعله الاقوى .

هذا كله في شرط سقوط خيار التوصيف . وأما خيار الشرط فيقرب به بعين ما مر من الالتزام والتقييد والتنافي بينه وبين شرط السقوط ومناط البطلان طابق النعل بالنعل .

وأما شرط سقوط خيار الرؤية : فالظاهر منهم عدم التفكيك بينه وبين سابقه لعدم من فرق بينهما فيما رأينا عدا المحكي عن المحقق الثاني التأمّل فيه مع جزمه بالبطالان في خيار التوصيف وقد صرح في الكتاب أيضاً بالفرق بينهما بناءً على ما جعله المناط في البطلان من التنافي بين الالتزام وبين الشرط ، نظراً الى أنه لا التزام من البائع في ضمن العقد ، بل المشتري اعتمد على الرؤية السابقة كاعتماده على أصالة الصحة في الشك في الصحة والعيب ، فلا ضير في شرط سقوط الخيار لعدم حصول التنافي الراجع الى الجهالة . كما أنه الحال لو قلنا بأن المناط هو التنافي من جهة التقييد والاطلاق على حسب ما أشرنا ، لان الرؤية طريق للمشتري الى احراز المبيع . وليست موجبة للتقييد أصلاً ، فالمبيع هو الموجود الخارجي المرئي واشتراط سقوط الخيار على تقدير التخلف لا يجعله مجهولاً ولا مطلقاً ، اذ قد يكون احتمال التخلف عند المشتري مجرد احتمال عقلي ، فلا ينافي شرط البائع على المشتري سقوط الخيار لو تخلف . والحاصل : مناط الصحة في التوصيف هو التقييد ، والشرط الغاء له ، ومناط الصحة في المقام الرؤية السابقة وليس تقييداً فيصح شرط السقوط لوجود المقتضي وعدم المانع أعني التنافي والتناقض ، كما هو الحال في شرط التبري مع امكان المشتري على أصالة الصحة فشرط السقوط لا يوجب التنافي والتناقض فيحتد الاقوى هو التفصيل بين خيار الرؤية وبين الخيارين .

تنبيه : الخيار وان كان حكماً شرعياً ولا مدخل له في الغرر ثبوتاً وسقوطاً الا أنه انما يتجه في الخيار الثابت بجعل الشارع ، وأما الخيار الجعلي الثابت بجعل المتعاقدين ، فيمكن أن يقال بمدخليته في رفع الغرر والجهالة ثبوتاً وسقوطاً ولازمه صحة بيع المجهول بشرط الخيار لو لم يكن الاجماع على خلافه ، فتدبر .

المسألة الثالثة : في أنه هل يصح اشتراط الابدال لو ظهر التخلف ، بأن باعه

موصوفاً واشترط أنه لو ظهر غير موصوف فأبدل المبيع الغير الموصوف الى عين اخرى موصوفة بالموصف المذكور في العقد أو بغيره أم لا ؟
ففيه قولان ، فعن الشهيد « قده » في « الدروس » أن الاقرب الفساد ، وظاهره فساد العقد ، لانه يرجع الى جهالة المبيع أو الى اشتراط معاوضة تعليلية غررية لان البديل المستحق عليه بمقتضى الشرطان كان بازاء الثمن ، فمرجه الى جهالة المبيع والترديد فيه لانه ان ظهر مطابقاً فالمبيع هو هذا العين ، وان ظهر مخالفاً فالمبيع هو البديل ، وان كان بأزاء نفس المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف فمرجه الى انعقاد معاوضة تعليلية غررية ، لان المفروض جهالة المبدل وهو الفاقد للوصف .

وأورده في « الحوادث » بأن مجرد شرط البائع الابدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً في الفساد لعموم الاخبار المتقدمة . نعم لو ظهر مخالفاً يكون فاسداً من حيث المخالفة ولا يجبره هذا الشرط لاطلاق الاخبار في الخيار ، والظاهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة الى الشرط المذكور ، حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه ، وبالجمله فاني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الاطلاق وجهاً (انتهى) .

والظاهر أن فرقه بين صورة المطابقة والمخالفة ناظر الى شبهة مخالفة القصد للواقع التي ذكرها الاردبيلي « قده » في مسألة تخلف الوصف ، وقد عرفت أن الامكان ليس من هذه الجهة ، لعدم اختصاصها بشرط الابدال ، بل الاشكال انما هو من جهة لزوم الغرر والجهالة في المبيع أو في الشرط المستلزم للغرر في المبيع ، وهذا لا فرق بين ظهور الوصف وعدمه فالاقوى ما ذكره الشهيد « قده » من فساد العقد مطلقاً ظهر الوصف أم لا ؟

أقول : في نظري القاصر صحة العقد لا تخلو عن قوة ، فلا بد من التأمل ،

لان العقد على التوصيف قد وقع ، فان وقع المبيع مطابقاً فلازم ، والا فيثبت الخيار وفساد الشرط أعني اشتراط الابدال لايسرى الى فساد العقد .

المسألة الرابعة : في ثبوت خيار الرؤية في كل عقد وقع على عين شخصية، وجه قوي لامور :

أحدها : دعوى المناط بناءً على استناد هذا الخيار الى الاخبار الخاصة ، فان العبرة والمناط هو المعاوضة لخصوصية البيع .

ثانيها : قاعدة الضرر، فهي كافية في التعميم بعد انجبارها بالعمل .

ثالثها : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» بما حاصله من منع وجود المقتضي للزوم مع تخلف الوصف، لان المقتضي للزوم هو العقد والمعاودة، فهي لم تثبت بالنسبة الى غير الموصوف، بل انما تعلق بالموصوف ، فاذا ظهر الخلاف فلالمقتضي للزوم ، لان عدم الالتزام بترتب آثار العقد الفاقد للوصف المشروط فيه ليس نقضاً للعهد ، فيدور الامر بين فساد العقد أو الحكم بالخيار ، والاول مخالف للاجماع ، فتعين الثاني ، (هذا) ويرد عليه :

أولاً : أن منعه « قده » المقتضي للزوم مع حكمه بالصحة متناقضان ، لان موضوع المعاودة اذا بني على الموصوف واخراج غير الموصوف عن موضوع التعهد والالتزام ، فلاوجه للحكم بالصحة بل لازمه الفساد كما في تخلف الماهية فالحكم بالصحة مبني على جعل متعلق العقد هو نفس العين الخارجية ، وجعل الوصف من باب تعدد المطلوب ، وحينئذ فالمقتضي للزوم بالنسبة الى الفاقد موجود لا محالة وهو العقد فلا وجه لمنع المقتضي فمنع ، فالمقتضي مناف ومناقض للحكم بالصحة لمكان الاجماع على عدم الفساد فيكشف الاجماع على فساد المبني .

وثانياً : سلمنا عدم وجود مقتضى الزوم ، الا أنه يوجب عدم جواز التمسك

في لزومه (بأوفوا) وهو غير ضائر ، لعدم انحصار مدرك اللزوم به لكفاية الاستصحاب في الحكم باللزوم ، لانه بعد الاعتراف بالصحة مع الشك في اللزوم فالمرجع استصحاب الملكية ، فاذاً الوجه القوي في جريان هذا الخيار هو الثاني أعني دليل الضرر لضعف الاول أيضاً في دعوى المناط النطعي أولاً ، ومنع استناده الى الاخبار الخاصة بل الى قاعدة لاضرر ثانياً .

هذا في غير الصلح واضح ، وأما فيه : فقد أفرد في الذكر في «الجواهر» بعد الحكم بجريانه في الاجارة ونحوها مما يعتبر فيه المشاهدة والوصف مالفظه : بل يمكن القول بجريانه فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلاً للخيار في خلاف الوصف في المعين منزلة الابدال في الوصف المعين . فتأمل جيداً . (انتهى) .
يعني لو صالح كلياً موصوفاً ، فيجب ابدال غير الموصوف بالموصوف لو سلم في مقام الاداء الفرد الغير الموصوف وان كان الصلح لو وقع بنفس الكلي من غير توصيف كان صحيحاً لاعتقاد الجهالة فيه ، فكذلك لو صالح عيناً جزئياً موصوفاً وتخلف الوصف ثبت الخيار ، لانه لا يجري فيه الابدال فينزل الخيار في الجزئي الموصوف منزلة الابدال في الكلي الموصوف ، لان التوصيف في قوة الاشتراط ، والا لكان لغواً ، فعند التخلف ثبت الخيار .

فيه : أولاً منع التوصيف منزلة الاشتراط بل فائدته هو الترغيب واحداث الداعي ، وثانياً تخلف الوصف والشرط لا يؤثر في الخيار لاغتفار الجهالة والغرر في الصلح ، فلا يجري فيه قاعدة الضرر . وهذا بخلاف الابدال في الكلي ، لان التوصيف في الكلي يوجب التنوع فتسليم العاقد ليس تسليماً للمصالح عنه بل هو باق في ذمته فيجب دفعه بأداء الفرد الاخر المنطبق على الكلي الموصوف ، وأين هذا من الجزئي الموصوف ، لان تخلف الوصف فيه لا يوجب خروجه عن متعلق الصلح ، فتخلفه أيضاً غير ضائر لافتقار الجهالة فيه فالتفصيل بين الصلح

وبين سائر عقود المعاوضات في جريان هذا الخيار لا يخلو عن قوة ، فتأمل .
مسألة : لو اختلفا في تخلف الوصف ، فقال المشتري به ، والبائع بعده ،
فعن محكي «التذكرة» المنكر هو المشتري ، فيقدم قوله ، لانه موافق لاصالة
البرائة حتى يثبت خلافه بالبينة أو بالاقرار ، اذ المدعي حينئذ هو البائع فعليه
الاثبات .

والمستفاد في «المختلف» أن المنكر هو البائع لاصالة اشتغال ذمة المشتري
بالثمن حيث اعترف بالشراء ، الا أن يثبت تغير الوصف ثم يفسخ ، فيصير
المشتري حينئذ مدعياً لمخالفة قوله للاصل كما اختلفا في أصل الاشتراط ، فقال
المشتري : أشترط كون العبد كاتباً ، والبائع ينكره ، فالاصل عدم الاشتراط
فيبقى اشتغاله سليماً .

وأورده شيخنا العلامة الانصاري «قده» بما حاصله أن اختلفهما يرجع الى
أن عقد البيع هل تعلق بالعين الملحوظة فيها الصفات الفاقدة المتغيرة كما قاله
المشتري أو تعلق بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها كما قاله
البائع ، فاللزوم انما هو من أحكام المناط وآثاره ، فالاصل عدمه أي عند الشك
بين هذين الفرضين الاصل عدم تعلق العقد بالعين الملحوظ فيها الصفات
الموجودة أو ما يعمها ولازمه عدم لزوم العقد لان لزوم العقد كان من آثاره على
تقدير تعلقه بهذا العين مع هذه الصفات الموجودة أو الاعم ، فيصير حينئذ قول
المشتري موافقاً للاصل فيقدم قوله وقول البائع مخالفاً له . فعليه الاثبات فلا يقدم
قوله ولا يحكم باشتغال ذمة المشتري مع فسخه وان لم يثبت التغير والاختلاف
بالبينة خلافاً للمحكي عن «المختلف» ، لا يقال هذا الاصل أي أصالة عدم تعلقه
بعين لوحظ فيها . الخ . معارض بأن الاصل عدم تعلق عقد البيع بعين لوحظ
فيها الصفات الفاقدة المتغيرة ، لانا نقول بأن الاصل الثاني لأثر له الاعلى القول

بالاصل المثبت بأن لازم عدم تعلق عقد البيع بعين لوحظ فيها الصفات المفقودة بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة فيكون حينئذ لازماً فیدفعه حينئذ أن الاصل عدم تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة فيكون حينئذ الاصل عدم اللزوم وهو موافق لقول المشتري فيقدم لانه يصير حينئذ منكرأ بالميزان المقرر في تشخيص المدعي والمنكر .

ومما ذكرنا توضيحاً لكلامه يتضح لك الفرق بينه وبين الاختلاف في اشتراط الكتابة وأمثالها لان الاصل عدم تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها لاجريان له لمكان حكومة أصالة عدم الاشتراط عليه بخلاف المقام لان الصفات المختلفة فيها بعنوان تقييد المبيع فيرجع اختلافهما الى تعلق العقد الى هذا المقيد أو الى هذا .

هذا حقيقة مرامه «رفع في الخلد مقامه». ولكن يرد عليه : أن ما ذكره مبني على عدم جواز التمسك في أمثال المقام في تشخيص المنكر والمدعي بالاصول المثبتة . وهذا غير مرضي عندنا كما مر في مسألة اختلاف ما شاهده قبل البيع وغيرها ، لان المرجع في تشخيص المنكر والمدعي هو العرف وبناء العقلاء فالاصول العدمية المثبتة يحصل بسببها الميزان لما ساعد عليه العرف ويحصل به الظن فيكفي في التشخيص ولم يكن لها أثر شرعي وليست بحجة شرعية اذ معنى الحجة الشرعية يترتب آثارها الشرعية فهي مفقودة في المقام فالاصلان حينئذ متعارضان لان قول كل منهما مخالف للاصل ، فلا بد من التخلف ولازمه انفساخ العقد من حينه .

وان أغمضنا عن ذلك نقول : ان ما ذكره «قده» ان أخذ الصفات في المبيع وان كان في معنى الاشتراط الأأنه بعنوان التقييد فيرجع الشك الى تعيين موضوع العقد باطل ، لان أخذ الوصف في موضوع مستلزم لفساده عند التخلف كما سبق

وينتج قول الاردبيلي «قده» في البطلان فلا وجه للخيار اذ الخيار مبني على جعل الموضوع هو ذات العين الخارجية وجعل الوصف كالشرط من قبيل تعدد المطلوب وحينئذ فما ذكره من الفرق بين المقام وبين الخلاف في الاشتراط لكتابة العبد باطل ، فكما تقدم هناك قول البائع لاصالة عدم الاشتراط لو وصف مفقود كالكتابة مثلاً فكذلك في المقام أيضاً .

نعم يتجه الفرق بين الخلاف في تخلف الشرط وبين الخلاف في تخلف الوصف في الرؤية السابقة اذ لا شرط ولا توصيف هناك فلا أصل بالنسبة الى موضوع العقد وأما المقام فحاله حال الشرط حرفاً بحرف .

فحينئذ الحق أن يقال ان قلنا بالأصل المثبت في تشخيص المنكر والمدعي فلا بد من التحالف وان قلنا لا بد من الأصل الشرعي، فالقول قول البائع لاعتراف المشتري باشتغال الذمة بالثمن على تقدير عدم الخيار فعليه اثباته حتى يحصل برائته على تقدير فسخه .

هذا كله فيما لو اختلفا في أصل التخلف وأما لو اتفقا عليه واختلفا في زمانه فقال المشتري حصل التخلف قبل العقد وكان المبيع حال العقد فاقداً للوصف ، وقال البائع حصل بعد العقد في ملك المشتري فلا خيار . فالاقسام ثلاثة ، لانه اما يعلم تاريخ العقد دون تخلف الوصف ، أو بالعكس ، أو لا يعلم بل يجهل كلاهما . أما الاول ، بأن وقع العقد على الشاة الموصوفة بالسمن وشك في هزاله الحادث يقيناً هل حدث بعد العقد أو قبله فالأصل تأخره فيقدم قول البائع امامن جهة الأصل المثبت حيث ثبت بأصل تأخره وقوع العقد في حال السمن أو من جهة استصحاب نفس السمن الى زمان العقد الا أن ذلك أيضاً على التحقيق مبني على الأصل المثبت لان الاثر مترتب على وقوع العقد على السمن لاعلى مجرد بقاء السمن حال العقد، الا أن المشهور لا يفرقون بينهما ، فحينئذ يقدم قول البائع .

وأما الثاني ، بأن علم الهزال في أول الشهر وشك في إجراء العقد بعده أو قبله فأصل عدم وجود العقد الى زمان الهزال وأصالة تأخره يقتضى تقديم قول المشتري ، لكنه أيضاً مبني على الأصل المثبت لان الاثر أعني الخيار مترتب على وقوع العقد على الهزال ، لا على عدم وجود العقد الى زمان حدوث الهزال .

وأما الثالث : فتعارض أصالة تأخر الحادث فيهما ، فعلى المشهور من ثبوت التقارن بتقديم قول المشتري ، لان تقارن العقد والهزال كاف في نفي اللزوم ، لكن الحق عدم حصول التقارن الا على الأصل المثبت والا فهو أيضاً حادث مشكوك والأصل عدمه ، فلا أصل حينئذ في البين ، فالمرجع حينئذ أصالة اللزوم ، فيقدم قول البائع ، وكذلك الكلام في الاوليين بناءً على عدم اعتبار الاصول المثبتة الجارية فيهما .

مسألة : اذا كان الثوب على محل النسج ، وكان بعضه منسوجاً وبعضه غير منسوج فاشتراه على أن ينسج الباقي كالاول ، فيبطل على ما في محكي «التذكرة» و «المبسوط» والقاضي وابن سعيد و «جامع المقاصد» ويصح على ما في «المختلف» وهل مفروض البحث ما اذا كان المبيع كل الثوب وتماهه ، أو ما اذا كان المبيع بعضه المنسوج بشرط ضم نسج بعضه الاخر ؟ ظاهر كلمات جملة من الاعيان قولاً ودليلاً هو الاول وظاهر الكتاب هو الثاني ، والمحكي عن «المختلف» محتمل الامرين بارجاع ضمير (اشتراه) الى المضاف أو الى المضاف اليه فلنفرض الكلام أولاً في ظاهر كلماتهم أعني الوجه الاول من كون المبيع تمام الثوب من المنسوج وغيره شرط أن ينسج الباقي على منزل الاول .

فنقول : أن فيه وجوهاً ثلاثة :

الاول : البطلان لوجوه ثلاثة ، أحدها : لزوم الغرر بناءً على عدم ارتفاع الجهالة بمثل هذا الوصف نظراً الى اختلاف الجهات .

وثانيها : المحكي عن «المبسوط» من أن المنسوج مرئي والباقي الموصوف غير مرئي ، فالعقد بالنسبة الى الاول لازم وبالنسبة الى الثاني جائز ، فيلزم التناقض لان العقد شيء واحد لا يمكن أن يكون لازماً وجائزاً معاً ، لامتناع الحكمين المتضادين في شيء واحد .

وثالثها : لم يثبت من الشرع جواز مثل هذا العقد الواحد المتعلق بالمركب من الموجود الجزئي والمعدوم الكلي ، فان الثابت من الشرع اما بيع الجزئي الخارجي أو بيع الكلي .

مسألة : في حدوث العيب في المبيع بعد العقد :

فنقول : تعيب المبيع حيواناً كان أو غيره بعده اما أن يكون قبل القبض أو بعده ، وعلى الثاني في زمن الخيار أو بعده ، أي بعد انقضاء الخيار أو مضيه فهنا مقامات ثلاثة ، الاول : في بيان حال التعيب قبل القبض بالنسبة الى نفسه وبالنسبة الى التعيب السابق ، بمعنى أنه هل يحدث الخيار المستقل أم لا ، وأنه هل هو مسقط للخيار السابق الحاصل بالعيب السابق على العقد أم لا ؟ فهنا مسألتان لابد من التكلم فيهما ، الاولى : في أنه هل هو - أي حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض - يوجب الخيار للمشتري ويحدثه له أم لا ؟ فنقول : ربما يتوهم من عبارة الشارح الجواد التفصيل بين أن يكون القبض من شرائط الصحة وعدمه ، حيث قال ماهذه عبارته : اذا حدث في المبيع ، حيواناً كان أو غيره ، فأما أن يكون قبل قبضه أو بعده في زمن الخيار أو بعده ، فان كان قبل القبض فهو اما أن يكون من شرائط صحته كالتصرف أولاً ، فان كان شرطاً فلا ريب في تخيير المشتري بين الرد والارش على نحو غيره من العيوب السابقة على العقد لعدم تأثير العقد

بدونه، وان لم يكن شرطاً فالمشهور تحصيلاً ونقلاً أنه كذلك أيضاً . انتهى .

والتحقيق الذي يتضح به المقال أن يقال : المبيع لا يخلو اما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري وقبضه ، أما اذا كان في يد البائع ولم يتحقق القبض للمشتري وحدث العيب حينئذ فلا بد أن يفصل بين أن يكون شرطاً للصحة وعدمه فعلى الاول - أي فيما اذا كان القبض من شرائط صحة العقد كبيع الصرف - فلا اشكال في أن حدوث العيب قبل حصول مثل هذا القبض يوجب رد المبيع لانه حينئذ مضمون على البائع بل هو كحدوثه قبل العقد لانه لم يستكمل العقد بدون القبض حينئذ واكن خيار المشتري بينه - أي بين الرد - وبين الارش فيه اشكال وتفصيل ، فعلى مذهب المشهور في بيع الصرف من أن القبض ليس بواجب بل انما هو من شرائط صحة العقد لأنه يجب اقباضه على البائع وكان للمشتري حق عليه من جهة مطالبة القبض .

ينبغي حينئذ أن يقال : ليس للمشتري خيار الارش لانه لم يتم العقد له وليس له الالتزام على البائع الارش ومطالبته منه ، بأن يأخذ المبيع ويدهسكه ويأخذ ارش العيب بل الخيار فسي اقباض المبيع للبائع ، فان شاء أقبضه والا فلا يجب عليه الاقباض ، وأما على المذهب - المنسوب الى العلامة «قده» - من وجوب الاقباض في بيع الصرف أيضاً ، حسب ما فصلناه سابقاً مع دليله فيتوجه حينئذ ثبوت الخيار للمشتري بأن كان له رد المبيع وعدم قبضه من البائع والزامه على البائع بالاقباض فيقبض ويمسك المبيع ويطالب الارش .

وعلى الثاني - أي فيما لم يكن القبض من شرائط الصحة - فلا اشكال حينئذ في تمامية العقد وحكمه حكم ما كان المبيع في يد المشتري ، أما اذا كان المبيع في يد المشتري - كما هو ظاهر عناوينهم وانصرافات كلماتهم - لافرق بين الصرف وغيره ، ولا فائدة للتفصيل بين كون القبض من شرائط الصحة كما فصل في العبارة

المحكىة عن الشارح الجواد الا أنه في الصرف نفى الريب فسي أن ضمانه على
البائع لان العيب انما حصل قبل استكمال العقد وغيره نسب الى المشهور .
وكيف كان ، الكلام هنا في أن العيب الحادث قبل القبض اذا علم في يد
المشتري فهل يوجب التخيير بين الرد والارش أو الرد فقط أو الارش لأغير ،
الظاهر أنه لاختلاف في الرد بذلك العيب ، بل المظاهر الاجماع على ذلك ولولاه
لامكن المناقشة فيه لان العيب ضرر حصل في ملك المشتري بأفة سماوية وكونه
موجباً للرد لماذا؟ والقاعدة المعروفة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه)
انما وردت في تلف المبيع لافي تعييه فتلف بعض أجزائه وصفاته غير مندرج تحت
القاعدة لظهور قوله (كل مبيع تلف) في تلف تمام المبيع والقول بأن الرد حينئذ
انما هو من جهة قاعدة الضرر مندفع بأنه لم يجيء الضرر من جهة العقد بل هو
ضرر حدث في ملك المشتري فهو كما أنه ضرر على المشتري كذلك رده ضرر على
البائع ولأولوية .

وأيضاً أن التلف والعيب وان لا يوجبان سقوط الرد والخيار الا أنه فيما عدا
خيار العيب وأما فيه فمقتضى القاعدة سقوط خيار الرد لان الرد في خيار العيب
شروط بمادامت العين باقية ، ففي صورة التلف جزء أوصفة ليست العين باقية كما
هو المصرح به في الاخبار .

والذي يسهل الامر هو الاجماع ، فبعد كون المسألة اجماعية لا ينبغي التفتيش
عن دليل آخر وان كان الاجماع ورد على خلاف ما ساعدته القاعدة . نعم يمكن
استفادة خيار الرد من دليل آخر كما في « الجواهر » وهو بعد أصالة صحة العقد
والضرر بالزام البائع بقبوله على هذا الحال أن يقال : انا علمنا من حكم الشارع
كل مبيع تلف قبل قبضه ... ارفاق الشارع بالمشتري خاصة دون البائع ، فمقتضى
الارفاق ضمانه على البائع على نحو غيره مما يقتضي رده اليه فيوجب تلف الجزء

والصفة قبل القبض رد المبيع أيضاً بحكم الارفاق على المشتري فحينئذ يسقط الاحتمال الاخير من لزوم الارش فقط لاغير عن درجة الاعتبار لمخالفته للنص والاجماع حسبما عرفت. فيثبت أن للمشتري الرد اذا تعيب المبيع قبل لعدم الخلاف بل الاجماع كما هو المصرح به في كلام غير واحد ولاستفادة الارفاق من النص المذكور مضافاً الى لزوم الضرر بامساكه وان يناقش في الاخير بانجباره بالارش وكيف كان لاينبغي المناقشة في جواز الرد بعد قيام الاجماع عليه وأما الارش فيه خلاف .

ففي « الخلاف » عدم الخلاف في عدمه وهو المحكي عن ابن ادريس وظاهر المحقق لاصالة البرائة عنه بعد جبر تضرر المشتري بثبوت الرد ومعنى ضمانه على البائع قبل القبض انفساخ العقد لوتلف لأنه يلزم المثل والقيمة حتى يثبت الارش فيمنع سريان ضمان تلفه على البائع لاجزاء المبيع الغير المستقلة كما هي المبحوث عنها وصفاته والالاقتضى انفساخ العقد في الجزء المقابل للثمن حتى لو أراد دفع الارش من غيره لم يجب عليه القبول .

ولاريب في بطلانه خصوصاً على ما هو الظاهر من عدم مقابلة أجزء الثمن لاجزاء المبيع ، والقول بالارش هو المنسوب الى المشهور ، واختاره العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم .

ويستدل عليه بوجوه ، منها : ما في كتاب شيخنا العلامة « قده » ان الكل مضمون قبل فكذا أبعاضه وصفاته وأورد عليه في « الجواهر » بأن معنى ضمانه انفساخ العقد وهذا غير متحقق في الاجزاء والصفات فلهذا لا يوزع عليها الثمن ، وأجاب عن ذلك في الكتاب بأن وصف الصحة وان كان لا يقابل ابتداءً بجزء عين من الثمن الا أن معنى ضمانه هو تقدير تلف الجزء الغير المستقل وتلف الوصف في ملك البائع قبل العقد ، فكما أن تلفها في ملك البائع يوجب خيار المشتري

بالارش كذلك حدوث العيب في الجزء و الوصف بحيث يوجب تلف الجزء والوصف في ملك المشتري قبل قبضه كون المبيع معيباً فيجري فيه جميع أحكام العيب من الخيار واسقاطه رداً وأرثاً .

ومنها : مساوات الضمان هنا ضمان المبيع في الخيار المختص وكما يثبت الارش هناك فكذا هاهنا و استدل بذلك في «الانوار» فيه ما لا يخفى من القياس .

ومنها : ما استدل فيه أيضاً قوله عليه السلام : (لا ضمان على المبتاع حتى ينتضي الشرط ويصير المبيع له) فان معنى (له) أنه يكون من ضمانه والافهوما لكه من حين العقد ، فيفهم أن الضمان على البائع في كل مال لم يكن المبيع للمشتري - أي داخل في ضمانه و الاجماع منعقد على عدم دخوله بضمانه قبل القبض .

ومنها : ما ذكره الفاضل الجواد من ظهور الاتفاق من الاصحاب على أن مضمونية المبيع على البائع قبل القبض على نحو مضمونيته عليه قبل العقد ، فمتى تلف قبل القبض بطالت المعاملة لفوات متعلتها ومتى تعيب ترتب عليه حكم العيب ولذا اتفقتوا على ثبوت الخيار هنا فيتسلط المشتري على الرد والفسخ ولولا ذلك لم يتجه الرد .

ومنها : ما ذكره أيضاً بعد هذه العبارة أنهم اتفقوا على استحقاق الارش مع التراضي ولولا أن العيب مضمون على البائع كضمان الجزء الذي يتسلط عليه الثمن لكان اخذ الارش من أكل المال بالباطل اذ لا معاوضة في المقام .

وحاصله : أن خيار المشتري بالارش ثابت ، والا يكون أخذه من أكل المال بالباطل مع أنهم اتفقوا باستحقاقه مع التراضي .

فيه : ان اتفاقهم على الارش مع التراضي لا يدل على أصل ثبوته بالعيب لمكان أن أخذ الارش انما هو من جهة اسقاط المشتري حقه من خيار الرد وليس ذلك أكلاً بالباطل .

ومنها : أنه لا ريب في ثبوت تخيير المشتري بين الرد والارش بالعيب السابق على العقد ، فحيث ثبت ذلك بالنص والاجماع فكذلك ثبوت ذلك فيما نزله الشارع بمنزله أعني حدوث العيب قبل القبض ، فان حدوث العيب قبل القبض مساو لحدوثه قبل العقد في المضمونية والسببية ، كما أنه موجب للارش كذلك ما هو بمنزله شرعاً .

هذه جملة من الوجوه التي يستدل بها على ثبوت الارش وان كان يرجع بعضها الى بعض ، والقدر الجامع هو مضمونية العيب الحادث قبل القبض ، فيمكن المناقشة : أن المضمونية انما تقتضي جواز الرد لا الارش ، الا أن الظاهر من الضمان بضميمة كلمات الاصحاب على نحو ضمانه قبل العقد فكما أنه يوجب الارش هناك كذلك هاهنا ، مضافاً الى استفادة ذلك من النص المذكور أعني قوله عليه السلام : ويصير المبيع له . على التقريب المتقدم فحيث أن الاقوى في النظر هو ثبوت الارش أيضاً فثبت الخيار للمشتري بسبب العيب الجاري قبل القبض رداً وأرشاً أما الرد فللاجماع المذكور وأما الارش فلظهوره في النظر للوجوه المتقدمة والخبر المذكور .

لا يقال أن الاجماع اذا قام على أن التعيب سبب للرد واذا دل دليل آخر من الخبر وغيره على أنه سبب للارش يصير منافياً له فلا بد من أعمال قاعدة التعارض أو التزاحم ، فان كانا من قبيل تعارض الدليلين بعد التساوي لابد من الرجوع الى الاصول والقواعد الاخر ، وان كانا من قبيل التزاحم فيساقطان . لانا نقول : نعم المناعة في تعارض الدليلين هو الترجيح والا الرجوع الى أصل آخر ، وفي التزاحم التساقط كما اذا أوجدوا كيلان في زمان واحد عند النكاح لامرأة واحدة لشخصين أو عند البيع لمشتريين مثلاً ، فكلاهما يتزاحمان ويتساقطان عن التأثير ، وفي تزاحم التكليفين التخيير كما في انقاذ الغريق ، وميزانه تساوي اندراج الفردين

تحت عام واحد كقوله : انقذ الغريق بخلاف تراحم الاسباب ، لان تأثير السببين المتنافيين في الواقع غير ممكن وأحدهما دون الآخر ترجيح بلامرجح ، وكون تأثير أحدهما مراعى لاختيار الموكل كما في المثال المذكور لامعنى له ، فلا بد من الحكم بفساد كلا السببين كما قرر في محله .

ولكن بناءهم في الحقوق خلاف ذلك ، حيث اذا كان التزام في الحقوق يحكمون بالتخيير ، كما اذا ألتف الاجنبي المبيع قبل قبض المشتري فيحكمون بتخيير المشتري بالرجوع الى البائع وأخذ ثمنه بةأعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه) فيفسخ العقد وبالرجوع الى المثل بةأعدة (من ألتف) فيأخذ المثل أو القيمة منه . وكذلك غير ذلك من سائر موارد الحقوق حيث اذا حصل التزام والتعارض فالعمل من الفقهاء بالتخيير وان كان متضمنى القاعدة الاولى على ما هو الظاهر هو التساقط ، الا أن الوجه في ذلك لعله من ارجاع ذلك الى تراحم التكليفين ، وفي ذلك بيان آخر فليراجع الى محله .

والمقصود في المقام هو أن سببية التعيب للرد والارش من هذا القبيل ، حيث دل الدليل على سببيته للرد والآخر على سببيته للارش ، ومعلوم أن الارش مناف مع الرد ولا يجتمع الرد مع الارش فيحصل التنافي في مفاد سبب الاخذ. وحيث أن المقام من الحقوق احتمل الحكم بالتخيير الذي هو المرجع عند تراحم الحقين وغاية الامر التزام هنا بين المقادين بسبب واحد وهناك بين السببين وليس ما نحن فيه من قبيل افطار صوم رمضان حيث يحكم بالتخيير بملاحظة تعارض الدليلين : ان أفطرت أعتق وان أفطرت أطلع مثلاً ، لانها حكمان في موضوع واحد فمع وحدة التكليف لا يتعارضان حيث قلنا بتعينهما فيحكم بالتخيير لئلا يطرح ويرتفع التنافي .

وأما في المقام : الدليلان ناظران الى حال التعيب فأحدهما يدل على سببيته

للرد والآخر على سببته للارش ومعلوم التنافي انما هو في اقتضاء شيء واحد للمفادين المتضادين ، وهذا غير معقول الا أن يحتمل على التخيير بين الرد والارش كما هو مذهب الاكثر .

هذا كله في حكم التعيب قبل القبض ، وأما تعيبه في زمان الخيار فهل هو أيضاً موجب للرد أم لا ؟ فيه خلاف ، خيرة الاكثر ، منهم الشهيذان والمحقق الثاني أن له الرد بالعيب الحادث فيكون له الرد من جهتين أحدهما خيار الحيوان أو المجلس أو الشرط مثلاً وثانيهما خيار العيب الحادث في زمان الخيار ، فلا مانع منه لجواز تعدد علل الشرع في شيء واحد وهو الرد لانهما من قبيل المعرفات وتظهر الفائدة من تعدد خيار الرد في الاسقاط وفي بقاء خيار العيب بعد انقضاء الثلاثة أو المجلس مثلاً ، والدليل على كونه سبباً للرد بالاستقلال هو مضمونية العيب الحادث في زمان الخيار على البائع حيث أن كلمات الاصحاب ونصوص الاخبار متفقة على ضمان كل حدث من التلف والعيب الحاصلين في زمان خيار المشتري كخيار الحيوان وغيره من الخيار المختص بالبائع .

والحاصل : ان ضمان التعيب لما كان مسلماً عندهم كما أن استلزام الضمان للرد والارش كأنه مسلم عندهم ، فلذلك ذهب الاكثر الى تخيير المشتري بسببه بين الرد والارش كما صرح به بعضهم بأن له الارش .

هذا ولكن فيه ما لا يخفى من الضعف لان المضمونية في العيب الحادث لا تقتضي ثبوت الرد بسبب العيب الحادث غاية الامر ان المضمونية لما كانت مسلمة حيث ساعدت عليها الاخبار ، فتقتضي ثبوت الارش فقط لانه عوض الجزء الفائت ولا معنى لكون الجزء مضموناً الا بثبوت أرشه . وأما كونه سبباً للرد أيضاً كما ذهب اليه الشهيذان فلا ، لعدم الملازمة بينهما كما أورد الشهيد الثاني عليه حيث علل في «الروضة» بأن الاقرب جواز الرد بالعيب الحادث أيضاً بقوله : بكونه مضموناً الخ .

وخيرة المحقق المحكي عنه في الدرس وعن ظاهر عبارة «الشرائع» أنه لا يوجب الرد لاصالة اللزوم وعدم ما يصلح أن يكون دليلاً على كون العيب الحادث موجباً للرد الا ما دل على أن التلف في الثلاثة أو في زمان الخيار مثلاً من مال البائع مع الحاق العيب به وان كان يفرق بينهما بأن في صورة التلف يفسخ العقد دون صورة التعيب ، فيكون حينئذ معنى كون التعيب من البائع غرامته عليه فعلاً ان قلنا بثبوت الارش . أو أنه اذا فسخ المشتري بخياره الذي هو خيار الحيوان أو خيار الغن مثلاً تستقر غرامة العيب على البائع ان لم نقل بالارش وهذا لا يدل على أنه يرد المعيب بالعيب الحادث .

والحاصل : أن ضمانية المبيع لا توجب كون العيب سبباً للرد كما أنه لا توجب الارش له حسب ما قرأه في «الشرائع» . وبذلك ينسب المنافاة بين ما حكى عن درس المحقق وبين عبارة «الشرائع» . ثم ان وجه المنافاة بين المحكي عن درسه وعبارته في «الشرائع» يقرر على وجوه ثلاثة :

أحدها : ما استفاد من الشهيدين أن حكمه في الدرس بعدم الرد ينافي حكمه في «الشرائع» بأن الحادث في الثلاثة من مال البائع مع حكمه بعدم الارش ، فانه لما حكم بالضمان وحكم بعد بلافصل بعدم الارش لزمه القول بثبوت الرد بالعيب الحادث ، اذ لا معنى لضمان البائع الاجواز الرد أو أخذ الارش فاذا حكم بالضمان مع عدم الارش لزمه القول بالرد كما أنه اذا حكم في الدرس بعدم الرد لزمه أن لا يقول بالضمان مع عدم الارش .^١

وثانيها : ما استفاد من شيخنا العلامة الانصاري «قده» من أن ضمان المبيع موجب للرد ومقتضى له فحكمه بعدم الرد في الدرس مناف لحكمه في «الشرائع» بالضمان ، اذ مقتضى الضمان هو جواز الرد والارش فكونه مضموناً موجب

لخيار الرد وهو مناف لما حكى عن الدرس من عدم الرد .

وثالثها : ما يستفاد من «الجواهر» من التنافي بين عدم الرد المحكي عن الدرس وبين عدم الارش ، لانه اذا كان الحادث من البائع ، فاما أن يأخذ المشتري الارش أو يرد المبيع فاذا نفى أخذ الارش يتعين الرد . والمنقول في الدرس عدم الرد ، وبينهما منافاة فلذلك أراد «قده» نفى التنافي بأن المراد من كونه من مال البائع غرامته على البائع اذا فسخ المشتري فقبل الفسخ لارد ولاأرش^(١) وهي كما ترى خلاف معنى الضمان وتقييد لما ثبت أن العيب من مال البائع . بل التحقيق أن يقال: أنه لما ثبت بالنص والاجماع أن الحادث في زمان الخيار من مال البائع ثبوت ضمان المبيع على البائع وأنه منه، ولما كان الاجماع قائماً على أن العيب لا يوجب الانفاسخ كتلف الكل تعين ثبوت الارش عليه اذ لا معنى لضمانيه حينئذ الا أخذ الارش عوضاً عن الفأث .

وأما كونه موجباً للرد فلا يساعد عليه الدليل . فاذاً الأقوى ما حكى عن درسه من عدم كون العيب الحادث موجباً للرد فلا ينتقض ذلك بالرد بالعيب الحادث قبل القبض لاتحاد المدرك لمكان الاجماع حيث أن الرد بالعيب قبل القبض انما هو بالاجماع حسب ما عرفت ، وهو منتف في المقام . وأما الارش وان تردد فيه أيضاً في «الشرائع» الا أن الأقوى ثبوته في المقام للوجوه المذكورة في المسألة السابقة ، أعني في العيب الحادث قبل القبض لان العيب الحادث في الخيار كالحادث قبل القبض في الضمان على البائع فالكلام هو الكلام ، الا أنه ثبت بالاجماع جواز الرد هناك أيضاً دون المقام .

هذا كله حكم العيب الحادث في زمن الخيار ، وأما حكم التلف في زمن

(١) ولكن يرد على ما راه من نفى التنافي بين المحكى عن درسه وبين عبارته في

«الشرائع» بأن تقييد كون العيب من مال البائع بصورة فسخ المشتري .

الخيار فلم يتعرض أحد هنا فمن أن قاعدة (كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له) يقتضي انفساخ العقد والرجوع الى الثمن ومن أنه لاخلاف عندهم : (أن التلف لايسقط الخيار) يقتضي بقاء الخيار للمشتري عند تلف المبيع فحيث لا يمكن الرد لمكان التلف يتعين عليه الارش كما هو حال خيار العيب ، فيحصل التعارض لان ممتضى القاعدة الاولى أخذ الثمن ومقتضى الثانية أخذ الارش فيحكم بالتخير حينئذ بين الارش وأخذ الثمن من باب اعمال القاعدتين كما هو الحال عند تراحم القاعدتين في الحقوق نظير تراحم التكليفين كما سبق في المسألة السابقة .

هذا كله في بيان حكم العيب الحادث بالنسبة الى حد نفسه مع قطع النظر عن العيب السابق على العقد ، وقد عرفت أن العيب الحادث في المقام الاول - أعني ما اذا كان قبل القبض - موجب للرد بسببه ، سواء كان المبيع صحيحاً أو معيباً وكذلك أنه موجب للارش وأما في المقام الثاني - أعني ما اذا حدث بعد القبض في زمان الخيار - فقد عرفت أن التحقيق عدم ايجابه للرد بسببه كما حكي عن درس المحقق. نعم له الرد بأصل الخيار لاسببه وله الارش لمكان ما دل على ضمانه على البائع حتى يصير المبيع للمشتري ، ولا فرق في ذلك أيضاً بين كون المبيع صحيحاً أو معيباً ، غاية الامر أنه في صورة معيب المبيع قبل العقد يتعدد الخيار والارش ولا بأس به وأما حكمه بالنسبة الى العيب السابق فهل هو مسقط للتشبت بالخيار بالعيب السابق على العقد أم لا ؟ الظاهر أنه لاخلاف في كلا المقامين أنه لايسقط العيب الحادث الخيار الثابت بالعيب السابق لكون العيب الحادث قبل القبض وفي زمن الخيار غير مانع وغير مؤثر لانه مضمون على البائع حسبما عرفت فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار ، بل ادعى القطع في ذلك في المقام الاول في «الجواهر» .

أما المقام الثالث : أعني ماذا تعيب بعد زمن الخيار وبعد القبض . فالمشهور هو أن العيب الحادث بعد زمن الخيار وبعد القبض مانع عن الرد بالعيب السابق فتعين عليه الارش خلافاً ، فظاهر المفيد في «المقنعة» فيما لم يكن الحدث من المشتري حيث قال : فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم دون الحادث ان اختار ذلك . وان اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث فيه هو حدثاً ، وأما مخالفة الشيخ في الارش فهو ليس من جهة خصوص المقام ، بل الظاهر أنه من جهة اشتراط المطالبة بالارش على اليأس من الرد كما ذكر في أول المسألة مع جوابه بأنه مناف لاطلاق الخبر وكلمات الاصحاب .

وكيف كان ، فالكلام يقع تارة في موضوع العيب المبحوث عنه هنا وأخرى في الحكم . أما الاول : فالظاهر أنه ليس المراد من العيب الحادث المبحوث عنه في المقام هو العيب المصطلح بل المراد منه هو مطلق النقص حتى يعم الشركة والتبعض حسبما ذكره شيخنا العلامة الانصاري في الكتاب فيكون أعم من المغير وغير المغير ومن كونه موجباً للارش وعدمه ومن كونه عيباً اصطلاحياً وعدمه . والجامع أن يقال : المراد من العيب هنا لا يخلو اما أن يكون اصطلاحياً كحدوث ما كان خارجاً عن خلقته الاصلية أو غيره ، وعلى الثاني اما أن يكون مغيراً كالصبغ والخيطة أو غير مغير كنسيان العبد الكتابة ، والدابة الطحن ، وكل منهما اما أن يوجب الارش أم لا فالمغير الموجب للارش كصبغ شيء أو خياطته اذا كان الصبغ والخيطة موجباً للنقص كبعض الاجناس الذي كان الصبغ والخيطة فيه أقل قيمة من عدمهما والمغير الغير الموجب له كصبغ ثوب باللون الذي تزيد به قيمته السوقية وغير المغير الموجب للارش كنسيان الدابة والعبد الطحن والكتابة والموجب له كالشركة وتبعض الصفقة ، فان الشركة والتبعض وان لم يكونا عيين اصطلاحاً الا أنهما نقص في المبيع ، أما كون الشركة نقصاً فواضح ، بل حكي

عن المشهور على أنه لا يوجب الارش أيضاً خلافاً لظاهر شيخنا العلامة في الكتاب وأما تبعض الصفة فكونه نقصاً انما يحصل في بعض الموارد ، ولكن المعنون في كلامهم هو مطلقاً مانع عن الرد كما سيظهر لك ، هذا كله في موضوع العيب وقد عرفت أن المراد هو مطلق النقص هنا لا من جهة كونه عيباً فيتوجه اليراد حينئذ على شيخنا العلامة «قده» من جهة اندراجه تحت عنوان العيب كما أنه يتوجه على أن اندراج الشركة مما يوجب الارش .

وأما حكمه : فاستدل على كونه مانعاً عن الرد بوجوه ثلاثة :

أحدها : ما استدل به شيخنا العلامة الانصاري «قده» وهو رسالة جميل المتقدمة المشتملة على تقييد جواز الرد بما دامت العين باقية ، فهي بمفهومها تدل على عدم الرد عند عدم قيام العين ومجرد النقص وان لم يكن منافياً لصدق العين قائمة الا أنه يستفاد منه بقرينة تمثيل عدم قيام العين بقطع الثوب وخياطته وصبغه أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق النقص وان لم يوجب الارش ضرورة أن بعض هذه الامثلة كالصبغ مثلاً لا يوجب الارش كما أنه لا ينافي مع قيام العين ، فيستفاد من التمثيل أن المراد هو التغير والنقص .

فيه : أن مقابل قيام العين هو تلفها وانعدامها ولكن لما رأينا تمثيله في الرسالة بمثل القطع والصبغ علمنا أنه ليس المراد منه هو التلف والانعدام فيدور الامر حينئذ بقرينة التمثيل بين أن يكون المراد من قيام العين ما يقابل تغير الاوصاف أو أن يكون منه ما يقابل النقص وان لم تكن الاوصاف متغيرة ولا أولوية لارادة الثاني - أعني مطلق النقص - ولا تساعد عليه قرينة التمثيل بل الذي يصلح أن يكون قريبة له هو خصوص ما كانت الاوصاف متغيرة لحصول التغير في جميع تلك الامثلة الثلاثة ، فالتعدي منه الى صورة عدم التغير أيضاً - كما ترى - لاشاهد له بشي ولا يتمتع به الانصاف أيضاً فيما ذكره «قده» في آخر كلامه .

الا أن الانصاف أن المستفاد من التمثيل في الرواية بالصبغ والخياطة هو اناطة الحكم بمطلق النقص فيصير على مقتضى انصافه نسيان العبد الكتابة والدابة الطحن مذكراً بعنوان عدم العين قائمة كما ترى لانا لم نجد مدرراً لما انصفه بل الانصاف هو عدم التعدي والاكتفاء بأقل ما يستفاد من قرينة التمثيل من مدخلية تغير الاوصاف في الحكم ، فالمستفاد هو اناطة الحكم الى تغير الاوصاف سواء كان متقصياً أم لا كخصي العبد وصبغ الثوب . فحينئذ لا يتم الاستدلال ولا يثبت من المرسله عدم جواز الرد بمثل الشركة والتبعض ونسيان الدابة وغيرها مما يدخل بعنوان مطلق النقص من غير تغير الاوصاف .

وثانيتها : ما استدلل به العلامة « قده » في « التذكرة » وحاصله : أن العيب الحادث نقص في المبيع فلو رده المشتري بالعيب السابق الى البائع يلزم تحمله لهذا النقص الحاصل بالعيب الحادث فالزامه بهذا التحمل ليس بأولى من الزام المشتري على التحمل بالعيب السابق ، بعبارة أخرى : أن تحمل المشتري للمبيع ضرر عليه بالعيب السابق ورده الى البائع وتحمله له ضرر على البائع بالعيب الحادث ولا أولوية لاحدهما على الآخر ، والمحكي عن « التذكرة » هذا المقدار . وهو كما ترى قاصر عن افادة المدعى ، لان أقصى ما ذكره هو تعارض الضررين وعدم أولوية تحمل أحدهما على الآخر ، وهذا لا يدل على مانعية العيب الحادث وستوط خيار المشتري ، بل المرجع بعد تعارضهما هو الرجوع الى أصل آخر من العمومات أو أصالة اللزوم أو الاستصحاب حسبما يقتضيه المقام . والاولان ليس لهما سبيل في المقام ، فتعين الثالث .

فلذلك أجاب عنه شيخنا العلامة « قده » بأن المرجع بعد عدم الاولوية من أحد الطرفين الى أصالة ثبوت الخيار لا لعموم (أو فوا) لما عرفت مراراً أنه ليس له عموم أزمانى ، فلا يرجع اليه في فرد اذا خرج عن تحته ، بل الحكم في هذا

الفرد هو الرجوع الى حكم الخاص لا الى حكم العام ، ولا الى أصالة اللزوم ، لان استصحاب الخيار سببي حاكم عليه ، فيتعين بحكم الاستصحاب عدم سقوط خيار المشتري ، لانه المرجع عند التعارض . نعم له اشكال آخر يجري في جميع موارد استصحاب الخيار وهو الشك في المقتضى ولاربط له بخصوصية المقام .

وثالثها : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » وهو يتم اذا كان دليل خيار الرد منحصراً بقاعدة لا ضرر ، بتقريب أن يقال : أن الصبر على المبيع المعيب ضرر على المشتري ، فمقتضى نفي الضرر رده على البائع بالمبيع السابق على العقد ، لان رد المبيع المعيب بالمبيع القديم تدارك لضرره ، وأما اذا كان رده موجباً للضرر - بسبب العيب الحادث - على البائع ، فلا تقتضي قاعدة الضرر رده ، لان تدارك الضرر على المشتري لا يتدارك بالضرر على البائع ، لان رده على البائع والزامه على تحمل المبيع ضرر عليه أيضاً لمكان العيب الحادث في زمان ضمان المشتري . فتحصل : أنه اذا حدث في المبيع المعيب بالمبيع القديم عيب جديد بعد زمان الخيار والقبض لا مقتضى للرد .

وهذا كما ترى حسن ، الا أن دليل الرد ليس بمنحصر بقاعدة نفي الضرر ، بل العمدة كما ذكره « قده » في دليل الرد هو النص والاجماع . وكيف كان ، انت خبير بان مقتضى النص والاجماع ليس عدم جواز الرد كما عرفت بأن المستفاد من النص اناطة الحكم على تغير الاوصاف ولا اطلاق للاجماع أيضاً بحيث يشمل لصورة العيب الحادث ، فحينئذ المحكم هو استصحاب الخيار فيما لم يحصل التغير بالعيب الحادث كموارد مطلق النقص من الشركة والتبعض ونسيان الكتابة والطحن وأمثال ذلك ، فما في « القواعد » - لو كان العبد كاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق - ووجهه في « الجواهر » بقوله : ولعله لان نسيان العبد الصنعة عيب أو أنه تغير للعين تغييراً يمنع من ردها ، ومثله نسيان

الدابة الطحن . انتهى . بل مقتضى القاعدة الاولى عدم سقوط الرد مطلقاً ولو كان مغيراً ، الا أن الاجماع والمستفاد من النص يقتضيان السقوط في المغير ، فيتعين على المشتري أخذ الارش ان امتنع البائع من قبول الرد قولاً واحداً بخلاف حتى من الشيخ .

وأما لو لم يمتنع البائع من القبول ورضي ، وتسامح بالعيب الحادث ، فكذلك أيضاً ، بمعنى أن للمشتري أيضاً الزامه بالارش ، الا أنه مقتضى المحكي عن «التحرير» و«الدروس» مخالفة الشيخ بوجوب الارش على البائع لورضي القبول ، وعلى تقدير ما فهماه من الشيخ الخلاف في الارش حينئذ ضعفه في «الجواهر» للاصل واطلاق الادلة والاجماع السابق المتعصد بفتاوى الاصحاب .

قال في محكي «الخلاف» : الاجماع والاختبار على أنه ليس له رده عند حدوث عيب غير مضمون على البائع الا أن يرضى البائع ، بأن يقبله ناقصاً فيكون له -- أي للمشتري -- رده وأنه يكون له الارش ان امتنع البائع من قبوله معيباً . وعن موضع من «المبسوط» : اذا باع عبداً وقطع طرفاً من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيباً قديماً ، سقط حكم الرد اجماعاً ووجب الارش . وعنه أيضاً نفى الخلاف عن أن له الارش اذا امتنع البائع من قبوله ، ففي «الجواهر» : لعل مراده من الشرط أن له الرد ان أراده اذا لم يمتنع البائع من قبوله لانفي الارش حينئذ وان اختاره في «التحرير» و«الدروس» المخالفة للشيخ .

هنا فروع : أحدها : في أنه هل العيب الحادث الزائل بسرعة أو بطؤ كالعيب الحادث الباقي في مانعيته عن الرد أم لا ، قال في «التذكرة» أن العيب المتجدد مانع من الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا . وقال في «التحرير» خلافه بقوله : لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن سببه كان له الرد والارش عليه ، الخ .

واستدل على عدم الفرق بأن الخيار قد زال بالعيب الحادث بمقتضى خبر المرسلة ، والزائل لا يعود . واستدل شيخنا العلامة الانصارى « قده » بالفرق بأن الممنوع هو رده معيوباً لاجل تضرر البائع وضمان المشتري لما يحدث والمفروض زوالهما ، والمحكي عن صاحب « الانوار » أن الوجهين مبنيان على أن المراد من مرسله جميل قيام المبيع بعينه استمرار القيام بعينه الى حين الرد فيكون اللازم حينئذ سقوط الخيار أو المراد قيامها بعينها حين الرد فيبقى الخيار ، فتأمل .

وثانيها : قد عرفت أن المراد من العيب هنا هو مطلق النقص لخصوص العيب الشرعي الذي يراد منه خصوص ما زاد أو نقص عن أصل الخلقة ، ولذلك تعد الشركة والتبعض ونسيان الطحن من العيوب المانعة حيث أنه لافرق في حصول العيب بما حصل العيب قبل رد المشتري بالعيب القديم كالنسيان وأمثاله أو حصل بنفس الرد كالشركة والتبعض ، فلذلك نسب شيخنا العلامة الانصارى الى ظاهر « التذكرة » و« الدروس » ان من العيب المانع من الرد تبعض الصفة على البائع ضرورة أن التبعض على البائع ليس من العيب الحادث في المبيع قبل رده بل انما هو يحدث بنفس الرد .

وكيف كان ، مانعية التبعض أو الشركة عن الرد اجماعي في الجملة ، وان كان الخلاف في بعض الصور أيضاً حسب ما ستسمعه . وأما مانعيته من جهة كون التبعض عيباً على الاطلاق ولو بالمعنى المراد هاهنا - أعني مطلق النقص - فلم نجد مصرحاً بذلك ، عدا المحكي عن « التذكرة » و « الدروس » والا ، كلمات الاصحاب غير مشتملة على أن التبعض مانع عن الرد من جهة كونه عيباً أو نقصاً بل يستدل على مانعيته بوجوه أخر سواء كان التبعض منقصاً أم لا ، فان التبعض قد يكون نقصاً وقد لا يكون ، وحيث أن مانعيته ليس من جهة كونه عيباً ونقصاً يظهر لك عدم الفرق في الحكم بين ما ينقصه التفريق كمصراعي الباب ، وبين

ما لا ينقصه كالغنم والبقر مثلاً اذا كانا مبيعين بصفقة واحدة .

وبالجملة أن المسألة معنونة في هذا المقام ، لأبأس بتوضيح الكلام: فنقول:
ان التعدد والتبعض اما يحصل في المبيع أو في ثمنه واما في المشتري واما
في البائع ، فالاول: كما اذا ابتاع شيئين صفقة من بائع ومالك واحد بثمن واحد
ثم علم بعيب في أحدهما .

ومثله في حصول التبعض ما لو باع شيئاً بشيئين فظهر في أحدهما العيب ،
فلو أراد البائع رد المعيب من الشيئين الذين وقعا عوضاً للمبيع في عقد واحد
لزم التبعض في الثمن .

ومن ذلك يظهر لك ما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري « قده » من الاختلال
في مواضع ، منها : قوله : كما اذا اشترى شيئاً واحداً ، فان وحدة المبيع خارجة
عن عنوان الكلام ، لانه لا سبيل للتبعض فيه ، لانه لا يقال في المبيع الواحد بعضه
صحيح وبعضه معيب ولا يمكن رد خصوص معيبه الا بالقطع ، كما يشاهد ذلك
في مثل الغنم ، فان العيب اذا كان في بعض عضوه ومثل الثواب اذا كان في
بعض طرفه ، فلا يمكن رد المعيب، نهما الا بتصرف من القطع وغيره . ومفروض
المسألة - فيما لم يلزم من رد المعيب الا التبعض في الصفقة وحده - لعله سهو
من قلم الناسخ كقوله : (من مشتر واحد) بدلا من (بائع واحد) .

ومنها قوله: وأما التعدد في الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمن وبعضه
الآخر بثمن آخر، فلا اشكال في كون هذا عقدين . كأنه « قده » أراد التفرقة بين
تعدد الثمن وبين تعدد المثلثين .

وأنت خبير ، ان كان المراد من التعدد في الثمن تعدد كونه عوضاً بحسب ما
وقع عليه العقد ، فصدق عنوان الثمن المدخول عليه الباء بقوله : بعث هذا بهذا
على كل واحد من الشيئين لا اشكال في أنه يوجب التعدد في العقد بل لا يحصل

هذا التعدد في الثمن الا أن يحصل التعدد في العقد ، ولا فرق في ذلك المثلثين أيضاً ، فإن التعدد فيه على عنوان كونه معوضاً بعوض مستقل لا يحصل الا بتعدد العقد .

وان كان المراد من التعدد هو التعدد الخارجي الظاهري ، بأن وقع العقد على الشيئين المتعددين كالغنم والبقر بعنوان أنهما مبيعاً واحداً ومعوضاً بعوض فمثل ذلك التعدد يتصور في الثمن أيضاً ، بأن وقع بيع الشيء الواحد أو الشيئين في مقابل الشيئين كدرهم ودينار ، فان الدرهم والدينار معاً ثمن واحد ، فلا ظهر العيب في أحدهما ، فردّه يزجب التبعض في الثمن من دون تعدد العقد .

والحاصل : أنا لانجد الفرق بين الثمن والمثلثين في حصول التبعض والتعدد فيهما أو في العقد ، وكلما فرض في تعدد أحدهما التعدد في العقد كذلك يفرض في الآخر ، نظير ذلك طابق النعل بالنعل الا أن يكون مراده « قده » من قوله : وأما التعدد في الثمن ليس ابداء التفرقة بين الثمن والمثلثين ، بل غرضه « قده » الإشارة الى التفرقة في انحاء التعدد ، فان التعدد قد يكون بمثل ما قال بعضه بثمن وبعضه الاخر بثمن آخر ، فانه من المعلوم هذا التعدد في الثمن يوجب التعدد في العقد من غير اشكال في كون هذا عقدين . وقد يكون التعدد في الخارج كالدرهم والدينار ، ولكنهما وقعا ثمناً في مقابل المثلثين ، فلا يوجب ذلك التعدد في العقد ، فيحصل التبعض في رد أحدهما دون الآخر . وهذا هو المراد من قوله : وكذا لو باع شيئاً بثمن فظهر بعض الثمن مبيعاً والا فلا فرق بين الثمن والمثلثين ، فان التعدد بكلا قسميه يجبيء في المثلثين أيضاً .

ومنها قوله « قده » : لان المردود ان كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة (الخ) . فان المتصود من التعليل عدم

جواز التبعض بين الصحيح والمعيب وأنت خير بأنه يلزم من رد الجزء المشاع التبعض بين الصحيح والمعيب، فإن ثبوت المعيب في الجزء المشاع غير متصور. وكيف كان، فهنا ثلاثة صور لا بد من التكلم في حكمها : التبعض في المبيع وفي المشتري وفي البائع :

الصورة الاولى : فلا خلاف في عدم التبعض برد المعيب منفرداً فيما رأينا من كتب الاصحاب ، بل في « الغنية » و « الخلاف » الاجماع عليه ، ومع ذلك يستدل على ذلك بوجوه :

الوجه الاول : أن رد المعيب خاصة تبعض في المبيع ونقص فيه ، فيوجب الضرر على البائع فهو منفي بقاعدة نفي الضرر . أورد عليه في « الجواهر » بأنه يمكن جبره بتسلط البائع على الخيار حيثئذ ، فله فسخ العقد واسترداد الصحيح كي يجتمع عنده تمام المبيع الصحيح والمعيب معاً .

وضعه شيخنا العلامة الانصاري « قدّه » بأن خيار البائع وسلطنته على استرداد الجزء الصحيح يوجب الضرر على المشتري ، اذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح ، فيتعارضان ولا أولوية .

ثم قال في آخر كلامه : منع سلطنة المشتري على الرد أولاً أولى من اثبات السلطنة له ثم سلبها عنه ولا أقل من التساوي فيرجع الى أصالة اللزوم .

ولعل وجه الاولوية فيما لو قلنا بمنع سلطنته على الرد أولاً عدم لزوم الضرر لا عليه ولا على البائع حتى يقال بتداركه بخيار البائع أما على البائع فواضح وأما عليه فلمكان خياره برد الكل أو أن منع سلطنته على الرد موافق لأصالة اللزوم ولا دليل على سلطنته على رد المعيب خاصة من أول الامر لان المتيقن من ايجاب التعيب انما هو خياره وسلطنته على رد الكل لا على سلطنته على رد المعيب خاصة .

هذا ، ولكن يدفعه بأن الضرر على المشتري يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح لاعبرة به بعد ثبوت الخيار له بين امساك الكل ورد الكل .

وقوله « قدّه » في آخر كلامه مرجع جواز الرد منفرداً الى اثبات سلطنته على امساك الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع كلام لانتحاشي عنه بعد المشي على مقتضى القواعد فاللازم المشي على ما اقتضاه الدليل وان يلزم من جواز امساكه الجزء الصحيح عدم قدرته على امساكه بعد خيار البائع وفسخه واسترداده للجزء الصحيح أيضاً وليس في ذلك محذور ولا نال فاسد .

هذا نعم قد يناقش في ضرورة أصل التبعض والتفريق فان المفروض أن المبيع هـ الشيطان كالغنم والبقر أو الثوب والفرس فهل تجد في نفسك ان تفريق أحدهما عن الآخر ضرر أو نقص فيه ، ضرورة أن انضمام الغنم للبقر والثوب للفرس مثلاً في مقام البيع لا يوجب مزيد قيمة لأحدهما عن قيمته على حالة انفراده فكيف يوجب تفريظه نقصاً وضرراً على البائع نعم يلزم في بعض الاوقات في أمثال مصراعي الباب ، لكن الحكم عام في كلمات الفقهاء بين ما ينقصه التفريق وعدمه .

الوجه الثاني : ما ذكره في « الكتاب » من دلالة النص أعني مرسله الجميل عليه بتقريب أن دلالته على المانعية عن الرد انما هو من جهة مطلق النقص فيشمل التبعض والشركة أيضاً كما يشهد بذلك مثال الصبغ والخياطة لا مجرد التغير ولو لم يكن نقصاً كما يشهد بذلك مانعية السمن .

وفيه : ما عرفت من عدم استفادة النقص الذي لا يشوبه التغير أصلاً من النص بل لا بد للتعدي من مورد المثال الى غيره من حصول التغير كالصبغ والخياطة ، فانهما وان كان يطلق على كل منهما قائماً بعينه الا أن التمثيل بهما لمقابل القائم بعينه يكشف عن أن المراد هو التغير ولو بمثل القطع والصبغ والخياطة وعدم

مانعية السمن على اطلاقه ممنوع وفي بعض الاخر خروج بالاجماع .
 وحيث لايجوز التعدي الى مورد عدم حصول التغير لوجه للقول بمانعية مثل
 الشركة والتبعض من جهة النص لعدم دلالة عليه حسبما عرفت .

الوجه الثالث: ما اعتمده في «الجواهر» من أن الخيار حق يتعلق بمجموع المبيع
 لا في كل جزء منه ، لان الثابت من الادلة هو هذا المقدار فلا يجوز الخيار في
 كل جزء جزء ولا أقل من الشك فيرجع الى أصالة اللزوم بالنسبة الى رد الابعاض
 والاجزاء ، فلايجوز للمشتري حينئذ رد المعيب خاصة لانه بعض من المبيع ،
 فالاصل اللزوم .

وقد أجاب عنه في «الكتاب» أولاً : بأنه منقوض بصورة رضا البائع، فانه
 لو لم يكن للمشتري خيار في البعض لما ينفعه رضا البائع لعدم مقتضى لخياره
 في رد المعيب خاصة حينئذ .

وثانياً : أنه لا اشكال في ظهور الادلة وصراحتها على ثبوت حق الخيار
 لمجموع المبيع ، ولكنه اذا كان المبيع واحداً ، وأما اذا كان المبيع شيئين
 متعددين أحدهما معيباً والاخر صحيحاً، فثبوته لمجموعه لا غير - حينئذ محل
 منع واشكال، للشك في أن محل الخيار في صورة تعدد المبيع هو الشيء المعيب
 غاية الامر يجوز معه رد الاخر أيضاً بأحد الامور الثلاثة : من عدم لزوم تبعض
 الصفقة ، ومن قيام الاجماع على جوازه ، ومن صدق المعيوب على مجموع
 المبيع أيضاً .

أو أن محله هو مجموع الشيئين الذين وقع العقد عليهما وصارا مبيعاً واحداً،
 فالمسلم من ظهور الادلة الدالة على تعلق حق الخيار لمجموع المبيع الذي هو
 تمام ماوقع عليه انما هو اذا كان المبيع واحداً عرفياً المتصف بالعيب .
 وأما اذا كان شيئين كالغنم والبقر، بحيث يتصف أحدهما بالعيب دون الاخر

فيخرج عن مشمول ظهور الادلة، بل يمكن القول باختصاص الخيار في خصوص المتصف بالعيب كما هو كذلك في خيار الحيوان فان المبيع اذا كان متعدداً أحدهما حيواناً دون الآخر ، فالثابت من الخيار انما هو في خصوص الحيوان الذي هو بعض ما وقع عليه العقد .

ولكن القول بذلك يحتاج الى ورود دليل معتبر وهو في الحيوان ثابت اما لظهور أخباره في ذلك أو لقيام الاجماع هناك ، ولكنه منتف في المقام ، أما الاجماع فواضح ، بل الاجماع على عدم هنا كما سمعت من «الغنية» و«الخلاف»، وأما الاخبار ، فممنوعة ولا أقل من الشك . فاذاً المرجع هو أصالة اللزوم ولا محيص عنه ، وبضميمة عدم الخلاف وظهور الاجماع يتم المطلوب .

هذا ، ولكن لا يخفى عليك أن ظاهرهم هنا الاجماع على عدم تبعض الصفة الا أنه قد يظهر الخلاف في الصرف في بيع الدراهم بدراهم ، فظاهر العيب في بعضها من دون اختلاف الجنس كخشونة الجوهر واضطراب السكة .

قال في «المسالك»: وان كان - أي العيب - مختصاً ببعض تخير أيضاً بين رد الجميع وامساكه ، وهل له رد المبيع وحده ؟ قيل : لا ، لافضائه الى تبعض الصفة على الآخر فيمنع منهما كما لو كان بأجمعه معيماً فان كل جزء منه موجب للخيار وبه قطع المصنف وجماعة .

وقيل : له الاقتصار على رد المعيب ، لانتقال الصحيح بالبيع وثبوت الخيار في الباقي لعارض العيب لا يوجب فسخ البيع فيه ، ورجحه في «التذكرة» الخ . وقال في «الجواهر» - في شرح قول المصنف «قده» - (وليس له رد المعيب وحده) الخ : لو فرض أن المعيب البعض لتبعض الصفة وفيه البحث السابق ، بل عن الشيخ وابن حمزة والفاضل التصريح هنا بأن له ذلك ، وان كان ظاهرهم - في بحث العيب - الاجماع على عدمه ، وام يظهر وجه للفرق ، فلاحظ وتأمل .

الصورة الثانية : - وهي صورة تعدد المشتري - كما قال في «الشرائع» وكذا - أي في عدم جواز الاختلاف - لو اشترى اثنان شيئاً. وزاد في «الجواهر»: متحدداً أو متعدداً على جهة الشركة فيهما بضمن كذلك . وظهره وصريح شرحه أن موضوع المسألة هو الاعم ، سواء كان المبيع واحداً أو متعدداً ، فان جهة البحث انما هي جهة تعدد المشتريين كما هو ظاهر القواعد أيضاً ، حيث قال بعد المسألة الاولى أعني ولو ابتاع شيئين وليس للمشتريين صفقة الاختلاف فيطلب أحدهما الارش والاخر الرد .

ولكن ظاهر شيخنا العلامة الانصاري «قده» من تقييد المثال بقوله : (بأن اشترى شيئاً واحداً بالوحدة من دون انضمام التعدد) هو ما كان المبيع شيئاً واحداً في مورد النزاع . ولكن الحق هو الاعم ، لان جهة البحث مسوقة الى أن تعدد المشتري هل يوجب الاختلاف في الصفقة أم لا ؟

وهذا لافرق بين كون المبيع شيئاً واحداً أو متعدداً . ثم انه قد يقال بابتناء المسألة في جواز الاختلاف الى وحدة العقد وتعددده ، بمعنى أنه من جهة تعدد المشتري هل يتعدد العقد أيضاً حتى يجوز الاختلاف أم لا ، حتى لا يجوز ؟ ، ولكن الاولى ابتناؤها على شيء آخر وان قلنا بعدم ارجاع التعدد في المشتري الى التعدد في العقد حتى تجبىء الاقوال والاختلاف مع القول بوحدة العقد أيضاً ، وهو أن العقد الواحد هل يقبل التبعض في الفسخ كما أنه يقبل التبعض في الثبوت أم لا ؟

وظاهر أكثر المحققين في بعض المسائل السابقة أن العقد الواحد أمر بسيط وحداني لا يقبل التبعض في الحل والفسخ فان النقل والانتقال في العوضين انما حصل بسبب انشاء واحد ، وهو أمر بسيط لا يتعقل حله بأن يتبعض ذلك الانشاء بفسخ في بعض المبيع ويبقى في بعضه الاخر ، ولا يلزم ذلك التبعض في جانب

الثبوت ، كبيع ما يملك وما لا يملك فانه وان حصل التبعض في النقل والانتقال بين المملوك وغير المملوك ولكنه لا يتبعض نفس الانشاء لان غاية الامر الانشاء أمر واحد بسيط يؤثر في مورد قابل وهو ما اجتمع شرائطه ولا يؤثر في غيره . ولعلنا قوينا ذلك القول في الزمان السابق في بحث أوائل الخيار . ولكن يدفعه ظهور الاجماع على جواز التبعض في العقد الواحد أيضاً الحاصل من موارد ثلاثة :

أحدها : جواز الاقالة في بعض ما وقع عليه ، مع أنها فسخ عندنا لاطلاق أدلتها وعدم الخلاف فيه عدا ما حكاه الشهيد عن ابن المتوج : اذا اتحد البائع والمشتري والعقد ، فان الاقالة لاتصح الا في الكل دون البعض . راداً عليه : بأن المنقول خلافه بل ضعفه واضح ، ودعوى عدم معقولية الفسخ في التبعض دون البعض غير مسموعة .

وثانيها : جواز الفسخ في البعض مع التراضي بينهما ، فانه لم يعهد منهم خلاف في ذلك كما علله العلامة «قده» بأن الحق لا يعد وهماً ، فلو كان أمراً غير معقول لما ينفعه التراضي .

وثالثها : جواز الفسخ في بعض المبيع اذا اشترط في ضمن العقد - فالظاهر انه اجماعى ، بأن يبيع الشئين بشرط ثبوت خيار الفسخ في أحدهما اذا شاء - كما فصل في بحث شرط الخيار برد الثمن ، فراجع - .

فان قلت : كيف يجتمع ذلك مع عدم معقولية التبعض في الامر البسيط الواحداني ؟

قلت : التحقيق الذي يجيء في النظر الان - وان كان تخريباً لما سبق - أن يقال : أن الفسخ ايقاع وانشاء لتبديل العوضين الى مكانه السابق ، ولا نظره بحل انشاء العقد حتى يقال أنه أمر بسيط لا يتبعض بل الانشاء العقدي على حاله وانما حصل

انشاء آخر لعود العوضين الى الملكية السابقة ، وهذا قد يكون في تمام العوضين وقد يكون في بعضهما ولا يلزم من ذلك عدم المعقولية .

نعم يتوقف ذلك على دليل من الشرع يدل على تأثير ذلك في التبدل ، فمتى دل الدليل على جواز الفسخ في الكل أو في البعض لا يلزم منه محذور أصلاً ، ولا يلزم من ذلك كون الفسخ والافالة من العقود أيضاً ، كما عليه المخالفون لانه حينئذ ليس من العقد الذي يتوقف على الطرفين بل هو إيقاع وانشاء من طرف واحد فيؤثر أثره في كل مورد قابل اذا اجتمعت شرائط التأثير كنفس العقد في جانب الثبوت فاذا فسخ الكل فيؤثر في التبدل اذا جعله الشارع له كمورد الخيار الذي ثبت من جانب الشارع ، فاذا فسخ البعض فكذلك أيضاً ، كما في صورة ردالمعيب وحده دون الصحيح اذا ساعد عليه الدليل . فيؤثر في تبدل خصوص المعيب لاجتماع الشرائط ، وأما الصحيح فيبقى على مقتضى العقد لعدم حصول الشرط أعني رضا ذي الحق ، فان المشتري اذا اشترى شيئين ، فظهر في أحدهما عيب ، وحيث تعلق غرضه برد المعيب و امساك الصحيح ، فله ذلك في مورد يساعده الدليل من غير طرو المحذور العقلي فتدبر .

فانضح لك من جميع ما ذكر أن جهة الكلام في المسألة هي اثنيية المشتري وتعدده مع وحدة البائع ، سواء اتحد المبيع أو تعددت عينه ، سواء قلنا بوحدة العقد حينئذ أو تعدده ، وسواء علم البائع تعدد المشتري أم لا .

فنقول : لو اشترى المشتريان بعقد واحد من بائع واحد عيناً ، واحدة كانت أو متعددة ، فهل لهما الاختلاف في الصفقة يرد أحدهما نصيبه دون صاحبه أو ليس لهما ذلك ، بل لا بد لهما الاتفاق على الرد أو الامساك مع الارش ، أو يفصل بين علم البائع بتعدد المشتري و جهله ؟ أقوال ثلاثة ، ذهب لكل جماعة ، و لكن هنا احتمالان آخران يحتملهما كلام الشيخ في باب الشركة :

أحدهما : ما استظهره شيخنا العلامة الانصاري « قده » من كلامه من التفصيل بين كون القبول متعدداً حسب تعدد المشتري وبين كونه واحداً من اثنين ، فان تحقق القبول من كل من المشتريين و تعدد، فلا كلام في جواز الافتراق ، وأما اذا كان القبول واحداً ، كما اذا أوجد القبول أحد الشريكين مثلاً فيفصل بين كون القبول في الواقع لاثنين أو لواحد ، أي قصد القابل أنه لاثنين فيجوز الافتراق وان قصد أنه لنفسه الواحد ، فلايجوز الافتراق بين الصحيح والمعيب من العيب. وثانيهما : أن العبرة في الاختلاف هو تعدد القبول ، فان تعدد من المشتريين حقيقة فلا كلام في التبعض وان اتحد القبول منهما – بأن كان أحدهما وكلا عن الآخر وجهان : من حيث أنه يعد مثل ذلك القبول متعدداً من جهة أن من انتقل اليه الملك و العوض متعدد و وقع القبول عنهما حقيقة ، و من أن القبول عبارة عن أحد طرفي العقد، والمفروض أنه واحد .

والتأمل في تمام كلامه يعطي الاحتمال الثاني ، فانه « قده » قال أولاً : ولو اشترى المشتريان الشريكان عبداً، بمال الشركة فأصابه عيباً، فلهما الرد والامساك وان أراد أحدهما الرد والآخر الامساك لهما ذلك أيضاً فيرد الذي يريد الرد ونصفه ويكون العبد مشتركاً بين البائع وبين الآخر الذي أراد الامساك .

ثم قال – بما حاصله – : ولو اشترى أحدهما للشركة ، فان لم يخبر البائع أنه قد اشتراه لنفسه ولشريكه لم يكن له الرد ، لان الظاهر أنه اشتراه لنفسه فيندرج في المسألة السابقة بأن كان البائع و المشتري واحداً فليس حينئذ للمشتري التبعض . وان أخبر البائع بأن الشراء لهما ، فيه وجهان مبنيان على أن وحدة القبول وتعدد باعته من يقع الشراء له و انتقل الملك اليه أو باعتبار من يصدر عنه لفظة قبلت .

فان قلنا بالاول – كما هو الصحيح عنده – فيجوز الافتراق وانفراد أحدهما

بالرد لتعدد الشراء فيتعدد العقد . وان قلنا بالثاني ، فلا يجوز لوحده القبول ،
 فالعبرة وحدة القبول و تعدده فيصير في مفروض كلامه مورد النظر فان القبول
 الصادر من أحد الشريكين للشركة بالقياس الى أنه وقع لاثنين فيصير متعدداً .
 وبالقياس الى أنه صدر من شخص واحد فيصير متحداً .

وكيف كان وقد صرح شيخنا العلامة « قده » في آخر كلامه الى هذا الوجه
 أيضاً بقوله ، فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد
 المشتري ووحدة ، وهذا هو الذي تحتمله عبارته دون الاحتمال الاول الذي ذكرناه
 واحتمله « قده » من عبارة الشيخ في صدر كلامه .

هذا فنشرع في أدلة الاقوال : المشهور هو القول بالتوافق وعدم جواز اختلاف
 المشتريين في الصفقة ، فيستدل له بوجوه :

أحدها : لزوم التضمر بتبعض الصفقة للبائع وشركته مع المشتري الاخر ،
 وقد عرفت في المسألة السابقة امكان دفع ضرر التبعض والشركة بتداركها بخيار
 البائع حسبما سمعت .

وثانيها : ما اعتمده في « الجواهر » من انصراف أدلة ذلك الخيار الى غير
 صورة خيار أحد المشتريين ، فتخرج صورة تعدد المشتريين بتبعض أحدهما
 في الشقص وانفراده في التردد عن منصرف الأدلة فيصير المرجع أصالة عدم
 الخيار .

فيه : أولاً : أنه منقوض بما لورضي البائع بالتبعض وخيار أحدهما برد نصيبه
 خاصة ، فانه لو كان خارجاً عن منصرف أخبار الخيار لما ينفعه رضا البائع لعدم
 المقضي حينئذ لخيار أحدهما نصيبه خاصة .

وثانياً : قوله : انصراف أدلته الى غيره ان كان المراد انصرافها الى غير فرض تعدد
 المشتريين ، ففيما تعدد المشتري لا تشمله أدلة خيار العيب ، فهو ممنوع بل لا يقول

به أحد، وان كان المراد انصرافها الى غير صورة التبعض ، فهو مصادرة ، وأول الدعوى .

وثالثها : ما اعتمدته شيخنا العلامة الانصاري «قده» أن الثابت من الدليل الوارد في خيار العيب أنه حق واحد هنا متقوم باثنين ، فليس لكل منهما الاستقلال ، فيجب توافقهما في التثبت بالخيار ، فلا يجوز رد أحدهما وامساك الآخر . وهذا الوجه لعله المختار في مسألة كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار اذا ورثهم الحق مورث واحد ، حيث ذكروا في كيفية استحقاقهم وجوهاً ثلاثة :

أحدها : استقلال كل منهم كمورثه في التثبت بالحق بحيث يكون لكل واحد منهم الفسخ وان خالفه الباقيون .

وثانيها : استقلال كل منهم في نصيبه ، فلكل منهم الفسخ في حصته دون حصة الباقي .

وثالثها : استحقاق مجموع الورثة لمجموع ذلك الحق الخياري الذي انتقل اليهم من مورثهم ، فلا يجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لافي الكل ولا في حصته ، لان مقتضى أدلة الارث في الحقوق والاموال ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة ، الا أن التقسيم في الاموال لما كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع الى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة بخلاف الحقوق ، فانها يبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها . وتفصيل ذلك موكول الى محله .

فيه : أنه يضعف ذلك الوجه هنا وان قلنا به في باب الارث ، فان تقوم الحق بمجموع الورثة انما هو بمقتضى أدلة الارث ، وأما في المقام فنقول : لكل من المشتريين الاستقلال في رد حصته وامساكه باطلاق النصوص والادلة الواردة في الباب من قبيل : أن من اشترى معيماً فهو بالخيار ، فيشمل لمن اشترى جزءاً

من المغيب فحينئذ يصير الاقوى هو القول بجواز الاختلاف في الصفقة .

وما قيل : أن نصوص الباب منصرفة الى غير صورة تعدد المشتري ، كلام خال عن الوجه ، لمنع الانصراف البالغ حد الاعتناء ، والالتعطلت أكثر الاطلاقات المتمسكة بهافي الفقه ، وما ذكره في الكتاب أيضاً أن مع تسليم الظهور والاطلاق ان رد هذا المبيع منفرداً عن المبيع الاخر نقص حدث فيه ، بل ليس قائماً بعينه ولو بفعل الممسك لحصته ، واضح الضعف أيضاً لما أشرنا أن المبيع اذا كان شيئين كالغنم والبقر ، فرد الغنم منفرداً عن البقر لم يلزم منه نقص ولا ضرر أصلاً ، ولكن في المقام لما كان تمام المبيع ملكاً لتمام المشتريين على الاشاعة كما هو مفروض الكلام ، فرد أحدهما نصيبه خاصة دون الاخر تلزم الشركة بين البائع والمشتري الاخر ، ومع ذلك أيضاً لا بأس بجواز ذلك ، لاطلاق النصوص ولزوم الشركة على البائع ينجر بالخيار . فافهم .

أقول : ما أدى اليه نظري القاصر : أنه لو قلنا بأن الشركة عيب لا يجبره خيار البائع لان من خياره وفسخه يلزم الضرر على المشتري الاخر الممسك حصته لانه قد يتعلق غرضه بامساك حصته صحيحاً كان أو معيباً .

وكيف كان ، فمختار شيخنا الاساذ العلامة « دام ظله » هو القول الاول ، أعني جواز اختلافهما في الشقص والصفقة وفاقاً للمحكي عن شركة « المبسوط » و « الخلاف » وأبي علي والقاضي والحلي وصاحب البشري وفخر الاسلام ، كما استوجهه في « المسالك » ونفى عنه البعد في « التذكرة » لاطلاق أدلة (من اشترى معيباً فهو بالخيار) الشامل لكل منهما ، مضافاً الى استدلالهم بأن وحدة الصفقة هنا صورية ومعنى متعدد كما قال في « جامع المقاصد » .

والاصح أن لهما الاختلاف في ذلك ، لان التعدد في البيع يتحقق بتعدد البائع وبتعدد المشتري لاختلاف المالكين ، ولاتأثير للشركة وضرورية الشقص

لاقدام البائع على ذلك .

ومن ذلك يظهر لك وجه القول بالتفصيل كما حكى عن « التحرير » ونفى عنه البعد في « جامع المقاصد » حيث قال : نعم لايبعد الفرق بين ما كان البائع عالماً بالصورة وبين ما كان جاهلاً ، فيجوز الاختلاف في الاول دون الثاني ، لانه انما حصل بايجاب البائع واقدامه على ذلك ، فاقدام البائع الضرر انما هو في صورة العلم دون الجهل .

وأورده شيخنا العلامة الانصاري « قده » أن اقدام البائع الضرر انما يتحقق مع علمه على جواز التبعيض لهما ، وكونه حكماً في المسألة أول الكلام . والاولى في الجواب أن يقال: أنه بمجرد علم البائع بتعدد المشتري لا يحصل منه اقدمه على ضرره ، لانه أقدم على طبق الاصول العقلائية ، من عدم تعيب المبيع وعدم اطلاع المشتريين له وعدم اختلافهما وعدم ارادتهما الفسخ ، وقد أشرنا مراراً أنه مع العمل على مقتضى الاصول لايتحقق الاقدام على الضرر ، كما هو واضح .

فتلخص من جميع ما ذكرنا أن مقتضى اطلاق الادلة هو جواز اختلاف المشتريين في التفريق والرد وجواز التبعيض ، ولو قلنا بوحدة العقد لما سمعت من تعقله كشرعية الاقالة ، فانها كما يجوز في تمام العقد يجوز في ابعاضه أيضاً . وأما عدم جريان الخيار في الابعاض في الغبن ونحوه انما هو من جهة أن دليل الخيار على خلاف القاعدة ولم يثبت الا في العقد من حيث هو مجموع واقع في تمام المبيع والا لقلنا بشبوته في الابعاض أيضاً ، الا أنه يدور مدار الدليل ، ولكن قد يقوى المنع لادائه الى الضرر وغيره من موانع الرد ، فانه اذا استلزم اختلاف المشتريين التبعيض على البائع أو الشركة أو الضرر عليه يشكل الحكم لان أحد الامور الثلاثة يمنع عن اختلافهما في الشقص الواحد

كما اذا كان البائع واحداً أو المبيع عيناً واحدة أو متعددة ، فاذا رد أحدهما لمشتريين نصيبه خاصة يلزم التبعض في المبيع والشركة بين البائع وبين المشتري الآخر ، فهما من موانع الرد لما سمعت من « التذكرة » و « الدروس » ان من العيب المانع تبعض الصفقة وعن شيخنا العلامة « قده » أن العيب المانع عن الرد يراد منه ما يعم الشركة اذا لم يستلزم الضرر . فالقدر المتيقن هو صورة الضرر عند التحقيق ، ولكن المشي على مذاقهم هو مانعيتها ، وان لم يحصل الضرر من الشركة مثلاً على البائع ، والحاصل ان العبرة بأحد الامور الثلاثة كل على مذاقه في المانع .

ثم هنا فروع مذكورة في « الجواهر » فالمدار فيها في جواز الاختلاف في الشقص وعدمه هو لزوم التبعض أو الشركة أو الضرر فلا بد من بيان الضابط والجامع في ذلك .

فنقول : الجامع الذي يعلم به حال الفروع المذكورة في « الجواهر » هو وحدة الصفقة وتعددتها ، فلو كانت الصفقة والعقود متعددة لمانع عن الاختلاف ، فلا بد حينئذ من ملاحظة وحدة العقد وتعددته بأنه هل يتعدد العقد بتعدد الايجاب أو القبول أو بكليهما أو بتعدد العوض أو المعوض أو بكليهما أو بتعدد البائع أو المشتري أو بتعددتهما فانه لو كانت العقود متعددة لا يلزم من فسخ أحدها التبعض في الصفقة الواحدة كما أنه لا يقال ببطان أحدها أنه تبعض الصفقة .

فالمهم حينئذ هو بيان الضابط في وحدة الصفقة وتعددتها ، فاذا اتحدت الصفقة يتحد العقد ، واذا تعددت يتعدد ، فتتفرع عليه مسألة التبعض في الصفقة وأحكامها من عدم جواز الاختلاف في وحدة الصفقة وجوازه عند تعددها .

فنقول : المدار في وحدة الصفقة وتعددتها اما على المتبايعين ، أو على العوضين ، أو على الايجاب والقبول ، أو على كل واحد منهما ، فان العوض اذا

اتحد لا يخلو اما أن يتعدد المعوض أو يتحد .

وهذه صور أربعة وعلى كل منها اما أن يتحد البائع والمشتري أو يتعدد أو يتحد أحدهما ويتعدد الآخر فيصير ستة عشر صورة ، وعلى كل منها اما أن يتحد الايجاب والقبول أو يتعدد أو يتحد أحدهما ويتعدد الآخر، فيرتقي الى أربعة وستين صورة .

وان شئت فقل: العبرة في وحدة الصفقة اما على الموجب أو القابل أو الايجاب أو القبول أو المعوض أو على العوض بمعنى أن يكون تعدده موجباً للتعدد ووحدة موجباً للوحدة واما على المركب من الاثنين بصورة أو الثلاثة أو الاربعة بصورة أو الخمسة أو الستة، فتمام الستة المتصورة من الاحادي والثنائي والثلاثي والرباعي والخماسي والسادسي ، انتهى الى نيف وستين صورة، فلا بد من بيان المدار على أي شيء .

فنعول: لا ريب أن تعدد الثمن يستلزم الصفقة ولا يمكن فرض اتحادهما مع التعدد سواء كان المتعاقدان والايجابان واحداً أو أكثر أو كل بضمن بعد فرض تعدده يقتضي معوضاً منفرداً يقابله بحيث لا يكون شيء من أحد الثمنين في أزاء ما في مقابل الآخر وإلى الإشاعة كما أن وحدته تقتضي كونه بأزاء تمام المعوض مشاعاً فلا يمكن مع الاتحاد اختصاص حصة من الثمن بحصة معينة من الثمن، وليس المراد من تعدد الثمن ووحده تعدده في الخارج كالغنم والثوب، بل المراد تعدده من جهة جعل كونه ثمناً ممتازاً على عنوان الثمنية فالغنم والثوب اذا صارا ثمناً ومدخولا للبائ في : (بعث هذا بهذا) يصير كلاهما ثمناً واحداً فلا بد من كون المعوض حينئذ واحداً كذلك المراد من تعدده امتياز على عنوان الثمنية ولو باعتبار الكسور من النصف و الثلث من شيء واحد ، فيصير المعوض حينئذ أيضاً متعدداً قهراً، كذلك فلا ينفع فرض اتحاد الايجاب والقبول والمتعاقدين، وكذلك الكلام في

تعدد الثمن ، فان كان تعدده بالعدد كالدار والفرس والكتاب و نحو ذلك ، فهذا بمجرد لا يقتضي تعدد الصفة .

وأما ان كان التعدد من حيث المشتمية بأن يكون كل منهما معوضاً على حده فلا يتحقق الابامتيار الثمن فيرجع الى تعدد الثمن ، كما لو قال بعث داراً بثلاثة و كتاباً باثنين من الدرهم مثلاً ، فهما صفتان اتحاداً لاجابان أو المالكان أملاً، كما انه لو قال : بعث داراً و كتاباً بخمسة دراهم فهو صفة واحدة .

وان شئت فقل : بعبارة أخرى : انه ان لوحظ مقابلة واحدة بين العوضين بحيث يلزم من ذلك مقابلة كل جزء من أحدهما بجزء من الآخر على الاشاعة عيناً أو مفهوماً فهذا يعد صفة واحدة . وان لوحظ مقابلتان بحيث يلزم من ذلك عدم امكان مقابلة تمام الاجزاء، كذلك فهو تعدد للصفة وانما عمدنا الاشاعة للمعين والمفهوم حذراً من قولنا : بعث نصف الدار بنصف والنصف الآخر بالنصف الآخر فانه تعدد للصفة مع أنه غير مانع من احتمال مقابلة كل من العوضين لكل جزء من المعوضين بحسب العين الخارجية لبقاء الاشاعة في الخارج لكنه مانع من المقابلة في المفهوم . فان مفهوم النصف المجعول عوضاً في الاول غير قابل لان يكون في مقابل النصف المجعول معوضاً في الثاني .

فتلخص لك أن المدار على وحدة الثمن والمثمن من حيث أنهما ثمن ومثمن وأن مالكي العوضين لاعتبرة بتعددتهما واتحادهما خلافاً للمحقق الثاني حيث قال في جواز اختلاف المشتريين ماهذه عبارته : والاصح أن لهما الاختلاف في ذلك لان التعدد في البيع يتحقق بتعدد البائع و بتعدد المشتري لاختلاف المالكين الخ.

فيظهر منه أن التعدد في الصفة يحصل بتعدد المالك ، و أنت اذا أحطت بجميع ما ذكر يظهر لك المناط في وحدة الصفة وتعددتها ، كما أنه يظهر لك

المناطق في جواز اختلاف المشتريين أو البائعين وأن وحدة الصفقة تجتمع مع تعددهما أيضاً . ففيما تعدد المشتري - كما هو مفروض المسألة في المقام قد عرفت الاقوال الثلاثة فيه والمدرك الجامع لتلك الاقوال فمن رأى تعدد الصفقة فيها باعتبار تعدد المالك حكم بجواز الاختلاف في الرد ومن رأى الوحدة . فمنهم من رأى بأن العقد الواحد لا يتبعض فسي الفسخ والرد ، فقد يحكم بعدم الجواز . ومن رأى جواز التبعض في جانب الفسخ أيضاً كجانب الثبوت طائفتان ، طائفة يلزمها أن تقول بجواز اختلافهما في المسألة سواء قلنا بوحدة العقد فسي مفروض المسألة أو قلنا بتعدده بتعدد المالك .

وطائفة تقول بعدم جواز اختلاف المشتريين لامن جهة وحدة العقد ولامن جهة عدم جواز تبعضه في جانب الفسخ بل مع تعدد الصفقة ووحدةها لا يجوز اختلاف المشتريين اما للزوم التبعض على البائع أو للزوم الشركة عليه أو للزوم الضرر عليه ، هذا في من قال بأن التبعض والشركة مطلقاً من الموانع من جهة كونهما عيباً وأما من يمنع بعدم كون التبعض على البائع عيباً كما قويناه في بعض المقامات لابد أن يقصر عدم الجواز على ضرورة لزوم الضرر على البائع ومن ذلك يظهر لك حال الفروع التي نذكرها و المذكورة في « الجواهر » فتحصل أن التحقيق المختار هو جواز التبعض والتفريق لاحد المشتريين وان قلنا بوحدة العقد والصفقة لما عرفت من ظهور الاجماع بجواز التبعض واطلاق أدلة أخبار العيب أعني: (من اشترى معيباً فهو بالخيار ، وأمثاله الشامل لصورة تعدد المشتري اذا لم يلزم منه مانع من موانع الرد من التبعض والشركة والضرر .

فلولزم واحد من تلك الامور وقلنا بعدم جواز تداركه بخيار البائع وقلنا بأن التبعض كالمشركة عيب وضرر على البائع كما هو الظاهر في المقام اذا لم يمتز الشئان لكل واحد من المشتريين فلا يجوز حينئذ اختلافهما في الرد والفسخ بأن

فسخ أحدهما حصته المشاعة من العين الواحدة أو العينين لأنه يلزم التبعض في المبيع على البائع ويلزم أيضاً كونه شريكاً في المبيع مع المشتري الآخر وفي الثمن أيضاً ففي بعض الصور . فإذا عرفت ذلك ، فلا بأس بالإشارة الى جملة من الفروع :

فمنها : لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين ، واحد منها معينة ولو بما يخصها من الثمن كلياً كان أو شخصياً ، فالظاهر جواز التفريق لعدم لزوم التبعض الذي هو عيب فيما اذا استلزم الشركة ولا الضرر بل انما يلزم من ذلك تفريق العينين كالغنم والفرس ، فاذا باعهما بأن يكون الغنم لزيد والفرس لعمرو فلورد زيد غنمه لمكان خيار العيب مثلاً لما يلزم من ذلك شركة على البائع مع المشتري الآخر .

فالحاصل أنه يجوز لاحدهما الفسخ سواء كان الايجاب والقبول واحداً أم لا متعدداً أو مختلفاً .

نعم من اعتبر في وحدة العقد والصفقة وحدة القبول والايجاب أو البائع ، لازمه عدم الجواز مع ذهابه الى عدم جواز التبعض في العقد الواحد في جانب الفسخ .

ومنها : اذا ابتاع المشتريين شيئاً أو شيئين بدرهمين ، كانا لهما بالشركة ، فان ظهر العيب في تمام الثمن ، فالخيار بين رده وامساكه جميعاً وان ظهر العيب في أحدهما ، فالظاهر عدم جواز رده خاصة - حتى على القول بجواز التفريق بين المشتريين - للفرق بينهما ، فان المشتري الذي يرد حصته خاصة كأنه رد تمام المبيع نظراً الى تعدد العقد بالنسبة اليه .

وهذا لا يأتي في الثمن ، لان البائع اذا رد أحد الدرهمين مثلاً انما يرد وعليهما معاً ، اذا فرض اشتراكهما فيه فيلزم من رد المعيب عليهما الرد على مستحقه بعض

حقه وبقي البعض الآخر عند البائع. فهو في التحقيق من قبيل المسألة الاولى التي قد عرفت عدم الخلاف في عدم جواز التفريق فيها ، لانه يلزم التبعض على كلا المشتريين و تفريق مالهما فانه اذا رد الدرهم المعيب في المثل المذكور فقد رد على كلا المشتريين ربسح حقهما فالتحقيق أنه لايجوز للزوم الامور الثلاثة المذكورة .

هذا اذا لم يمتز الثمن ، وأما لو امتاز بأن دفع كل من المشتريين جزءاً من الثمن متميزاً بأن دفع أحدهما درهماً من ماله والاخر ديناراً من ماله ، فاشترى بالمجموع شيئاً مشتركاً على نسبة الثمن ، بأن يكون عشر المبيع لصاحب الدرهم والباقي لصاحب الدينار اذا كان التفاوت بينهما بالعشر ، فظهر العيب في أحدهما فالظاهر أيضاً جواز رده خاصة لمالكه لعدم لزوم أحد الامور الثلاثة على من عليه الخيار .

نعم تلزم الشركة بين البائع والمشتري الآخر في الشيء المبيع ولا بأس بذلك اذا أقدم البائع بنفسه على ذلك ، فليس مانعاً عن خياره ، ولكن يلزم في فرض الكلام تبدل الشركة للمشتري الآخر ، فانه كان مشتركاً مع المشتري صاحب المعيب أولاً . فبعد رد المعيب اليه يتبدل اشتراكه فيصير مشتركاً مع البائع ، فان قلنا بأن تبدل الشريك ضرر ونقص كأصل الشركة عند متعارف الناس ، فيمكن حينئذ كونه مانعاً عن جواز رد البائع معيب الثمن خاصة ، والا فقد عرفت : ان الظاهر جواز رده ، فلذلك عبر في «الجواهر» بقوله : أمكن جواز رده .

ومنها : لو اشترى عينين كل منهما بثمن مستقل لا على وجه الشركة ، والفرق بين هذا وما ذكره في «الجواهر» من الفرع الاول ليس الا بالعموم والخصوص ، فلا اشكال أيضاً في جواز التفريق ، وهذا كما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» من أن تعدد الثمن - بأن باع بعض الشيء بثمن وبعضه الاخر بثمن - يوجب تعدد

العقد ، فلا يلزم التبعيض في الصفقة .

ومنها : ما لو تعدد المستحق مع اتحاد المشتري ابتداءً ، كما لو تعدد وارث خيار العيب ، وفي «القواعد» : لا إشكال في وجوب الترافق . وذكر بعض آخر أن عدم جواز التفريق هنا بطريق أولى ، بمعنى أنه لو قلنا بعدم جواز الاختلاف في المقام الثاني ، أعني عند تعدد المشتري فعدم الجواز هنا أولى ، ولكنه ينافي ما ذكره في «القواعد» وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر ، أقر به المنع وإن جوزه مع تعدد المشتري ، الخ . حيث نفى الإشكال هنا وتنظر هناك ، فلا بد حينئذ من بيان أمور ثلاثة : في بيان وجه عدم الإشكال ، والأولوية ، وفي أنه هل تنافي بين كلامي العلامة في «القواعد» أم لا ، وفي بيان أصل الحكم والمختار .

أما الأمر الأول : فلأنه إذا اتحد المشتري أولاً قد عرفت أنه ليس له التبعيض والتفريق للاجماع ، فإذا لم يكن للمورث حق التبعيض فكيف يكون لو ارثه ، ضرورة أن الوارث إنما يرث الحق الثابت لمورثه . والمفروض انتفائه ، ومن ذلك يظهر وجه الأولوية لأنه مع تعدد المشتري إذا قلنا بعدم الجواز مع إمكان القول بتعدد العقد والصفقة فيه ، فهنا أولى بعدم الجواز لعدم طرؤ احتمال التعدد في العقد .

وأما الثاني : فالظاهر ثبوت التنافي كما ذكره في «جامع المقاصد» و«الجواهر» إذ المفروض أنه وإن لم يكن للمورث الحق واحد تعلق بمجموع المبيع وليس له التبعيض ولكنه إذا انتقل ذلك الحق الواحد إلى الورثة فيه أقوال ثلاثة بل أزيد حسبما سيأتي في محله وعرفت الإشارة فيه إجمالاً في المسألة السابقة قول بقيام ذلك الحق بالجميع فليس لكل واحد الفسخ والاستقلال في الامضاء . وقول بقيامه بكل واحد مستقلاً ، وقول باستقلال كل في حصته فعلى هذا القول يجوز التفريق والتبعيض ، فلهذا تردد وتنظر وإن رجح المنع .

فهذا كما ترى مناف لنفى الاشكال هنا بقوله : أما لو ورثا خيار عيب ، فلا اشكال في وجوب التوافق فان مقتضى القول بجواز التبعيض بالنسبة الى حصتهم هو عدم التوافق ، الا أن يوجه كلامه « قده » من أن مراده من نفي الاشكال في وجوب التوافق هو عدم جواز تفريق الورثة وتبعيضهم في خيار العيب بين صحيح المبيع ومعيبه لعدم ذلك بالنسبة الى مورثهم وأما مراده في خيار الورثة من التفريق تفرقهم بالنسبة الى حصتهم بأن يفسخ بعضهم حصته والاخر لا يفسخ حصته فافهم . فلعله خلاف الظاهر من كلامه ، فراجع .

وأما الثالث : حكم المسألة : فالتحقيق المختار هو عدم جواز التفريق هنا ، وان قلنا بالجواز عند تعدد المشتري ، لانه انما نقول بجواز اختلاف المشتريين لمكان اطلاق الادلة ، كقوله عَلَيْهِ : (من اشترى شيئاً معيباً فهو بالخيار) الشامل لكل واحد من المشتريين فهو مفقود في الورثة ، لان الوارث ليس من له الشراء ولا من صدر عنه القبول ، مضافاً الى لزوم التبعيض والضرر على البائع المشترك بين الاصل والفرع .

هذا كله في تعدد المشتري ، فقد عرفت أن الاقوى عدم جواز اختلافهما فيما يلزم أحد الامور الثلاثة التي هي من موانع الرد ، لا فيما يلزم مجرد تفريق أحد المبيعين عن الاخر كصورة فرض رد هذا المبيع منفرداً عن المبيع الاخر كالتفريق بين الغنم والفرس اذا كان واحد منهما لواحد من المشتريين لو اشتراهما بصفقة واحدة .

ومن ذلك يظهر لك النظر ما في كلام شيخنا العلامة « قده » من أنه مجرد التفريق نقص و أنه ليس قائماً بعينه ، فمنع عن الرد فانك عرفت أنه يعتبر في مقابل قائماً بعينه ، التغيير حسبما ذكرنا تفصيله .

هذا و مما ذكرنا يظهر لك حكم المقام الثالث أيضاً ، وهو مالو تعدد البائع ،

فيجوز التفريق عليهما، سواء اتحد المبيع أم تعدد بأن يرد المشتري حصة أحدهما ويمسك حصة الآخر لعدم لزوم التبعض على كل منهما ولا الضرر ولا الشركة سواء اتحد الإيجاب والقبول أم لا . نعم قد يستشكل في بعض الفروع :

فمنها : لو كان المبيع متعدداً وكان كلا المبيعين مشتركاً بينهما ، فإذا أراد المشتري رد أحد المبيعين خاصة يلزم التبعض على البائعين ، فلا يجوز ، وأما إذا أراد رد حصة أحدهما فلا يلزم التبعض عليه . نعم ، يلزم تبدل الشركة عليه فإنه كان شريكاً أولاً مع البائع الآخر والان صار شريكاً مع المشتري . وكذلك يلزم تبدل الشركة في الثمن على البائع الآخر أيضاً في بعض الصور ، فان قلنا أن تبدل الشركة عيب كأصل الشركة ، فيستشكل في الجواز ، ولكن مقتضى إطلاق كلماتهم عدمه ، فلا بد من الرجوع الى العرف والمقامات .

ومنها : لو كان المشتري متعدداً أيضاً بأن اشترى اثنان من اثنين عبداً فقد اشترى كل من كل ربعاً فإن أراد أحدهما رد ربع الى أحد البائعين تبعضت الصفقة عليه فيصير من فروع المسألة السابقة .

مسألة : ومما ذكروا ، من مسقطات الارش فقط موضعين ، أحدهما : مالو اشترى ربوياً بجنسه ، فظهر عيب في أحدهما فله الرد دون الارش حذراً من الربا هذا هو المشهور ظاهراً . وهنا قولان آخران :

(أحدهما) جواز أخذ الارش ولو من جنس المعيب ، لان الارش من قبيل الغرامة الشرعية وان الربا يكون في المعاوضات لا في الغرامات ، حكاه العلامة في « التذكرة » عن بعض الشافعية ، ونفى عنه البأس بل عن « جامع المقاصد » حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا . وتوجيهه كما ذكر العلامة « قده » ان المماثلة في مال الربا انما يعتبر في ابتداء العقد وقد حصلت ، والارش حق ثبت بعد العقد ، ودعوى أن الارش لفوات مقابله من المبيع واضحة المنع ، ضرورة اقتضاؤها

انفساخ العقد بالنسبة الى ذلك وانه يستحق خصوص الثمن وان نمائه له ، الى غير ذلك مما لا يمكن التزامه ، لان الفوات من المبيع لا يتحقق بالنسبة الى أجزائه وأبعاضه بل بالنسبة الى أوصاف المبيع التي لا يقابلها شيء من الثمن ووصف الصحة منها بل هي وصف التزمه بائع المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كالحمار الأبيض والبقرة الأصفر مثلاً .

ولا ينافيه تجويز المشهور عند ظهور فقدته أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن من باب الغرامة الشرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري تغريم البائع الا أن يقال : أن المستفاد من أدلة الربا حرمة أخذ مطلق الزيادة في المتجانسين سواء كانت تلك الزيادة من أركان المعاوضة بحيث يلاحظ بعنوان المقابلة أو كانت مسببة عن المعاوضة بحيث صارت تلك المعاوضة سبباً لتلك الزيادة ولو بعنوان الغرامة .

بمعنى أن يقال : أن كل بيع يجبيء منه أخذ الزيادة مطلقاً سواء كان من الجنس أو غيره مع عنوان الشرط وغيره مع ملاحظة التقابل وغيره من الغرامة الشرعية وأضرابها لا يجوز في الشرع فيبطل البيع الذي صار سبباً للزيادة في المتجانسين .

(وثانيها) جواز أخذ الارش من غير الجنس يحمل حرمة الزيادة في المتجانسين على ما يكون من جنسهما لا غير ، ولم نجد قولاً بذلك منا ، بل ينبغي أن ينسب هذا الى خيالات الشافعية .

وثانيها : ما لم يوجب العيب نقصاً في القيمة ، بل زادت قيمة المعيب عن الصحيح أو ساوت كخصاء العبد وعدم الشعر على الركب ، في ثبوت الارش في مثل ذلك نظر واشكال من أن اطلاق الادلة والفتاوى : كون العيب ما زاد عن الخلقة أو نقص وان فيه الرد والارش ومن انتفاء موضوع الارش في مفروض

الكلام ، ومن لزوم الضرر على البائع في أخذ الارش ومن عدم الاطلاع على قدر نقص القيمة الذي هو المدار في نقص المالية ، فأصالة البرائة كافية في نفي الارش بعد ظهور أدلة ثبوته بل صراحتها في غيره من العيوب التي تنقص القيمة . وهذه وجوه ثلاثة يستدل بها على نفي الارش ، والعمدة منها هو الاول ، أعني انتفاء موضوع الارش وعدم تصويره هنا حتى يحكم بثبوته ، فان تم ذلك فهو يكفي في عدم اجراء اطلاق أدلة الارش هنا والا فالوجهان الاخران لا سبيل لهما بعد جريان أدلة الارش لتحكيم أدلة الارش وتقديهما ، ضرورة أن الارش انما شرع في مورد الضرر ، فهو أخص مطلقاً من قاعدة لاضرر ، فيقدم عليها ، وان كانت هي بنفسها حاکمة على أكثر الادلة والقواعد فيما كانت النسبة أعم وأخص من وجهه ، ومخصصة فيما كانت النسبة أعم وأخص مطلقاً فلا مخرج حينئذ لأصالة البرائة .

والقول بعدم الاطلاع على قدر النقص كما في « جامع المقاصد » مدفوع بما سنذكره من تصوير الارش وكيفيته . نعم ، لو قلنا بانصراف أدلته فيما كان العيب منقصاً لكان التمسك بقاعدة نفي الضرر وأصالة البرائة في محله .

وكيف كان قد يناقش في عدم تصوير موضوع الارش بوجوه :

أحدها : فرض الارش في الخصاء وأمثاله من العيوب بالغاء ما يترتب على الخصاء من المنفعة التي هي بالنسبة الى بعض الناس أو كلهم ، بمعنى أن المعيب يقوم مع قطع النظر عن هذه المنفعة الفعلية المترتبة عليه ، ولو كانت تلك المنفعة عامة لجميع الناس ، فالخصاء مثلاً مع قطع النظر عن منفعته الملحوظة فيه يقوم من حيث أنه فاقد للفحولة التي يحصل منه النسل ثم يقوم على فرض كونه صحيحاً فحلاً صالحاً للنسل ، فهذا التفاوت التقديري هو الارش ، ويؤخذ من الثمن بنسبة

تفاوت القيمتين .

وثانيها : أن منافع الخصاء انما هي بالنسبة الى أشخاص النادرة كالموالي والساطين ، والمنافع النادرة لاعبرة بها عند الشرع - كما حثق في محله - بأن المنافع النادرة ليست من المجوزات .

وثالثها : أن المنفعة الملحوظة في الخصاء منفعة محرمة ، لانه يرغب قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسدة ، كعدم تسر النساء منه ، وكونه واسطة في الخدمات بين المرأ وزوجته مع كشف وجوههن عنه ، ومن المعلوم أن المنافع المحرمة لا توجب زيادة في المالية ، كالعنب الذي يحصل منه الخمر الجيد ، فليست ماليته أكثر من غيره عند الشرع ، فلا احترام لتلك المنفعة . فيحصل حينئذ موضوع الارش ، ويتصور في مثل الخصاء .

ورابعها : من جهة تعدد الجهة ، فالخصاء من حيث يرغب اليه الناس لخصائهم له قيمة كذا أضعافاً مضاعفة ، ولكن من حيث أنه فاقد للفحولة وصلاحيه النسل له قيمة قليلة ، فالفاوت بين قيمتي الجهتين هو الارش .

ولكن الكل مدخول - كما ترى - أما الاول والرابع : فلان فرض الخصاء ملغي عن المنفعة ، وملاحظة تعدد الجهة لاتجعل قيمته ناقصاً فعلاً ، بل العبرة بقيمته الحالية ، وتعدد الجهة لايعتمد بشيء منها ، بل لو عرض الخصاء الى أهل العرف والسوق ، يأخذونه بقيمة عالية ، فهو العبرة فينتفي حينئذ الارش . وأما الثاني والثالث : بمنع الندرة ومنع انحصار المنفعة بالوجه الحرام ، مع أن العبرة في مقدار المالية رغبة الناس الى بذل المال الكثير في مقابل الخصى ، وصحة الفرض وفساده لامدخل لهما في المالية .

فالحق هو عدم الارش لانتفاء موضوعه ، بل لا طريق الى فرضه في مساوت كما في سعر الركب ونحوه ، ولعله اليه ينظر ما في « جامع المقاصد » لعدم

الاطلاع على قدر نقص القيمة ، أي لايفرض له أرش أصلاً لاي معنى أن له أرشاً ، ولكن لعدم اطلاعا عليه ينتفي الارش لان المورد يصير حينئذ الاخذ بالقدر المتيقن من جانب الاقل والاكثر .

فذلكة : هل يجوز فعل الخصاء والحجب ، أم لا ؟

فنقول : أما في الادمي فلايجوز قطعاً – بل عند علمائنا – كما عن « نهاية الاحكام » ، وأما في غير الادمي من الحيوانات : فان كان الحيوان مأكول اللحم يراد منه كثرة لحمه وشحمه – كما في الغنم والدجاج المتعارف في أمثال زماننا – فجائز ، لفحوى الدلة السجوزة للذبح ، وأما في غيره فلا يجوز لانه ظلم وايداء .

والضابط : أن ايداء كل حيوان ظلم حرام لايجوز الا في ما ورد الترخيص كقتل الحية والعقرب ، فكل فعل يوجب ايداءاً للحيوان حرام ، فاذا ورد الترخيص في ذبح مأكول اللحم ، فيصير خصائه من جهة كثرة لحمه وشحمه بطريق أولى وأما في غيره فلم يثبت الترخيص ، وفي قتل الحشرات و السباع لا بد من دليل مرخص كما ورد في الحية والعقرب وغيرهما من الموزيات الشخصية ، بل ورد في قتل الحية أوالعقرب ثواب قتل الكافر ، والموزيات النوعية كالسباع لا بد من المراجعة الى باب الاطعمة والاشربة .

وأما من قبيل الخصاء وغيره من سائر الافعال مما كان ايداءاً للحيوان من جهة غرض عقلائي آخر غير كثرة الشحم واللحم ، فيه نظر ، من أنه هل ورد ترخيص بالنسبة الى الغرض العقلائي أم لا؟ فعليك بالرجوع في محله عند الابتلاء.

مسألة : فيما يسقط الرد والارش معاً ، فهو أمور :

أحدها : العلم بالعيب قبل العقد ، فادعي فيه : لاختلاف ولا اشكال ، فقد يستدل

له بوجوه :

« أحدها » أن العالم بالعيب ، قد أقدم بنفسه على الضرر بسبب العقد على المعيب ، فلا وجـ، للخيار حينئذ لعلمه بالعيب واقدامه عليه .
فيه : أن دليل خيار العيب لو كان منحصراً بقاعدة الضرر ، فعدم الخيار موجه لمكان اقدامه بنفسه ضرر العيب ، ولكن مقتضى اطلاق الادلة من الاخبار كقوله : (من اشترى معيباً فهو بالخيار) وغيره من دليل خيار العيب هو ثبوت الخيار بسبب العيب ، سواء كان معلوماً أم لا ، ولا يكون الاقدام مخصصاً له ، بل يحتاج الى مخصص آخر .

و « ثانيها » عدم مقتضى الخيار في صورة العلم على ما ذكره في الكتاب من عدم ثبوت الخيار في مورد العلم لعدم الدليل عليه فان الدليل انما هو منحصر بصورة العلم ، وهذا كما ترى مناف لاطلاق بعض الادلة .

و « ثالثها » ما يرجع اليه - كما في « الجواهر » - ظهور أدلة الخيار في غير صورة العلم وانصرافه الى مورد الجهل فتبقى أصالة لزوم العقد بالنسبة الى الرد، وبرائة الذمة بالنسبة الى الارش سليمة .

و « رابعها » مفهوم خبر زرارة في قوله عَلَيْهِ : (أيما رجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار ولم يتبرأ اليه منه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العيب وذلك العوار ، أنه يمضي عليه ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) حيث يدل بمفهومه على عدم رد الارش عند التبين و التنبه بذلك العيب وقت الشراء ، فيتم في نفي الرد أيضاً ، لعدم القول بالفصل أو الاجماع المركب ، لان كلا من النفي والارش حينئذ نفي الرد أيضاً .

أورد النظر عليه شيخنا العلامة الانصاري « قده » ولعل وجه النظر هو منع

تحقق الاجماع المركب ، أو أن التبين و التنبه على ما في الرواية ، لعل له مداخلية في سقوط الارش والرد كالتبيري . والكلام انما هو في مجرد العلم من المشتري لافي صورة اعلام البائع وتبرئته .

هذا وفي نسخة « التهذيب » مكان : لم يبين له : لم يبرأ اليه . وفي بعض النسخ : لم ينبه ، كما في « مكاسب » شيخنا العلامة « قده » ولكن في نسخة « الكافي » ما ذكرناه ، كما في « الجواهر » .

وكيف كان ، الحق هو سقوط الخيار مع العلم بالعيب من جهة أن علمه اقدام ضرورة دلالة الاخبار على ثبوت الخيار مطلقاً وليس ثبوت خيار العيب من جهة قاعدة « لاضرر » حتى ينافيها الاقدام ، نعم قد يوجه بأن اقامه مع العيب رضائه بالعيب والرضا بالعيب مسقط لخياره .

فيه : أيضاً ما لا يخفى ، لانه لو سلم السقوط مع الرضا هو الرضا بعد العمد لقبله ، بل الاولى استناد مدرك المسألة الى أخبار خاصة الدالة على سقوط الخيار مع العلم كأخبار الرق .

مضافاً الى عدم تحقق الخيار الامع الجهل لانصراف دليله الى غير الفرض فتبقى أصالة اللزوم والبراءة عن الارش مرجعين .

وثانيها : تبري البائع عن المعيوب ، بأن يقول : بعثك هذا بكل عيب أو أنا بريء من كل عيب أو نحو ذلك ، ويدل على سقوط الخيار معه وجوه :

« أحدها » الاجماع المحكية عن « الخلاف » و « الغنية » و « التذكرة » . و « ثانيها » ما ذكره في « التذكرة » من أن الخيار انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فاذا صرح البائع بالبراءة فقد ارتفع الاطلاق . وحاصله : أن الظاهر من حال المتعاقدين عند الاقتباس ارادة الصحيح وسلامة المبيع ، كظهور ارادتها من نقد البلد وتسليم بلد العقد ، فلم يظهر معيياً يتحقق خيار العيب لتخلفه عما أراده

من الصحة والسلامة . ومع التصريح بالبرائة لا ظهور في السلامة ولا يحصل الخيار ،
لانه لم يقع خلاف ما تراضياه ، فان التراضي والتباني انما وقع للبيع المطلق
معياً كان أو صحيحاً بملاحظة التبني عن عيوبه .

و « ثالثها » شمول أدلة الشروط ، لان التبني عن العيوب حالة العقد بمنزلة
اشتراط السقوط عن الرد والارش اللزيم للعيب ، فيندرج تحت قاعدة :
« المؤمنون عند شروطهم » .

و « رابعها » اقدام المشتري مع تصريح البائع بالتبني يكشف عن كونه
راضياً بالعيب لو ظهر كذلك ، فهو كما لو علم به فيشمله ما ذكرنا من الادلة
الدالة على السقوط مع العلم .

و « خامسها » ما في « الجواهر » من أن شمول أدلة الخيار لمفروض الكلام
محل شك بل منع ، لانصرافها الى صورة ما عدا التبني عن العيب فتبقى أصالة
اللزوم بالنسبة الى الرد وأصالة البرائة بالنسبة الى الارش مرجعين بلامعارض .

و « سادسها » الاخبار الخاصة كمفهوم صحيحة زرارة - المتقدمة - وخبر
جعفر بن عيسى ، قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك ، المبيع يباع
فيمن يزيد فينادي عليه المنادي ، فاذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه
المشتري ورضي به ولم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه ، فاذا زهد فيه ادعى عيوباً
وأنه لم يعلم بها ، فيقول المنادي : قد برئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع
البرائة منها ، أصدق فلا يجب عليه الثمن ، أم لا يصدق فيجب ؟ فكتب عليه السلام : عليه
الثمن .

ويمكن المناقشة في الكل ، أما في الاجماع : فلان المسلم منه انما هو في
التبني عن العيوب المفصلة ، بأن يقول : برئت عن العيب الفلاني دون التبني
عن العيوب المجملة ، فان البرائة الاجمالية كما هو محل الكلام في مفروض

المسألة أيضاً ليست مما استقر به الاجماع ، لانه حكي الخلاف - الى بعض اصحابنا - ابن ادريس كما أنه حكاه في « المختلف » عن أبي علي و حكي فيه عن القاضي ، و لعله من جهة خلاف هؤلاء في سقوط الخيار بالبرائة الاجمالية قيد شيخنا العلامة « قده » الاجماع بقوله في الجملة وذكر بعض المشائخ بقوله: وأبطل بعض أصحابنا التبري الاجمالي .

ولكن الانصاف عدم الفرق بين التبري تفصيلا واجمالا ، كما أنه عدم الفرق بين العيوب الظاهرة و الباطنة والمعلومة وغير المعلومة ، في الحيوان وغيره ، فان الظاهر سقوط الخيار في جميع ذلك من غير ظهور الخلاف في ذلك ، بل الاجماع المحكي ان لم يكن المحصل على ذلك .

وما حكي عن بعض الاصحاب في خصوص البرائة الاجمالية ، حيث أوجب التفصيل فلا يبرأ بالاجمال ولا يسقط به الخيار ، بل قد يقال ببطان البيع بالبرائة الاجمالية لانه بيع مجهول كما ترى ، اذ لاجل مع المشاهدة ، وأنه ان أراد من الاجمال المبهم لابعينه بأن تبرى عن عيب واحد لابعينه أو المعلوم عند البائع والمجهول عند المشتري ، فمسلم . ولكن ليس مرادنا من البرائة الاجمالية هذا ، بل المراد ما تعلق بمطلق أفاد العموم ، لانه بمنزلة الماهية الواقعة بعد النفي ، بأن يقال : برأت من عيبه ، فحينئذ يكون مقابلة البرائة التفصيلية تشخيص العيوب وتصريحها أو تعميمها بكلمة « العموم » أو المراد هو ما وقع بعد قوله : برأت من المطلقات ، أو بالفاظ العموم بأن يقال : برأت من جميع العيوب ، أو من العيوب ، فان كان ذلك بمنزلة التفصيل في البرائة لمكان العموم وافادة المطلق فإفاد العموم .

فلذلك يمكن أن يقال - دفعا لمادة الخلاف - : أن من قال من الاصحاب ببطان البرائة الاجمالية ، مراده هو المبهم لابعينه مطلقاً أو عند خصوص المشتري ، وما

حكى عن أبي علي والقاضي - لوصح - يمكن دعوى مسبوقتهما بالاجماع ،
وان أمكن أن يقال : أن ابن ادريس غلط في الحكاية ، وأن ما في «الدروس»
من أن في التبري مجملًا قولين أشهرهما الاكتفاء ، ولعله في غير محله .
وأما الخدشة في الوجه الثاني بأن يقال: أن قوله : مع التبري لا يبقى اطلاق
للعقد في السلامة ، يرد عليه :

أولاً : أن لازم هذا الوجه فساد البيع للغرر والجهالة ، حيث أن أقدامه
على المبيع ليس مبنياً على سلامته حينئذ ، فمع الشك في السلامة لو اشترى كان
بيعاً غريباً .

ولكن يمكن دفع ذلك بأن مع التبري وان لم يبق اقتضاء اطلاق العقد في
السلامة ، إلا أن المشتري انما أقدم على الشراء من جهة أصالة السلامة لا من جهة
اقتضاء اطلاق العقد السلامة حتى يقال أنه قد ارتفع بالتبري .

وان أبيت عن ذلك ، نقول : أن الاجماع قام على صحة مثل ذلك العقد ،
غاية الامر يقع الاشكال في سقوط الخيار بمثل ذلك التبري وعدمه وليس الاشكال
في صحته وفساده بل الفساد مقطوع البطلان فيخرج اجماع البيع المذكور عن
شمول قاعدة نفي الضرر .

فيكون الفارق بين التبري عن العيب وعن خيار الرؤية الاجماع ، حيث أن
النص والاجماع قاما على الصحة في الاول دون الثاني ، مضافاً الى ما ذكرنا
أولاً أن عدم التزام البائع هنا لا يقدح في اعتماد المشتري على فصالة الصحة
بخلافه هناك فان الغرر لا يندفع في خيار الرؤية إلا بالتزام البائع بوجود الصفات
المشترطة في العين الغالية .

وثانياً : أن هذا الوجه لا يقتضي بنفسه سقوط الخيار ، بل لابد من انضمامه
الى دليل آخر يدل على سقوط الخيار أو أن يقال : شمول أدلة الخيار لمحل الفرض

غير معلوم فيرجع الى الوجه الاخر المذكور، في «الجواهر» .

وأما في الثالث : فلان عموم (المؤمنون عند شروطهم) وشمول غيره من أدلة الشروط على ما نحن فيه ، محل منع لما مر مراراً من شبهة الشافعي في شرط سقوط الخيار من أنه اسقاط ما لم يجب ، بمعنى أن التبري عن العيوب بمنزلة اشتراط سقوط خيار العيب ، فان الخيار مما لم يوجد ، لانه ان كان مسبباً عن العقد فهو لم يتم حين التبري وان كان مسبباً عن العيب فهو لم يتحقق ولم يثبت والحاصل : أن الخيار لم يثبت قبل العقد حتى يشترط سقوطه ويتبري عنه .

وأما في الرابع : فلما مر أيضاً من منع تحقق اقدام المشتري اذا جرى عمله على وفق الاصول العقلائية والقواعد المقررة .

وأما في الخامس : فلمنع الانصراف .

وأما في السادس : أما في مفهوم الصحيحة ، فلما مر من شيخنا العلامة «قدس» من الامر بالنظر، لان دلالاته انما يتم بالاجماع المركب وعدم القول بالفصل بين الرد والارش ، وهو محل الكلام ، مضافاً الى أن القيسود الثلاثة التي في الرواية ارتفاعها جميعاً سبب لارتفاع الخيار لا كل واحد منهما . وأما في المكاتبه : فمع ضعف سندها اشتملت على خلاف مقتضى القاعدة من تقديم قول البائع بقوله وعليه الثمن ، اذ مقتضى القاعدة تقديم قول المنكر وسماعه حتى يقيم المدعي بينة وبرهاناً على دعواه ، ومعلوم أن المنكر هو المشتري لا البائع .

هذا ، ولكن الاقوى هو سقوط الخيار بالتبري وعدم الاعتناء بالمخدشات المذكورة على الوجوه المزبورة ، فانك قد عرفت حال الاجماع وعدم مخالف في المسألة الا ما يتراآ عن بعضهم ، وهو أما محجج بالاجماع أو محمول على صورة التبري عن العيب الاجمالي المبهم عندهما أو المعلوم عند البائع والمجهول عند المشتري لا التبري الاجمالي المعهود ، بأن يقول : برأت من عيبه ، أو

برأت من عيوبه أو من العيوب أو من جميع عيوبه . وأما المناقشة عن الوجه الثالث بشبهة الشافعي: فمدفوع :

أولاً : بما مر من أن وجود السبب يكفي في صحة هذا الشرط ، والسبب ثابت حين الشرط بناءً على أن العيب سبب والعقد شرط وظهوره كاشف ، أو أن الإيجاب فقط سبب والقبول شرط ، على احتمال ضعيف .

وثانياً : بما مر من شيخنا العلامة « قده » في شرط سقوط الخيار بأنه وإن كان شرطاً لسقوط ما لم يجب ، إلا أن أدلة الخيار ليست شاملة لمثل هذا الشرط أيضاً .

فكلما كان الامر كذلك نتمسك بأصالة اللزوم وعموم (أوفوا بالعقود)، للشك في جريان أدلة الخيار المخصصة للعمومات والواردة على أصالة اللزوم، والمقام من هذا القبيل ، لان مع اشتراط التبري في ضمن العقد لاتشمله أدلة الخيار لانها مسوقة الى وجود الخيار عند وجدان العيب، فيرجع الى الزجه الخامس المذكور الذي ذكره في «الجواهر» بقوله : بل قد يقال: أن في شمول أدلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك بل ظاهرها خلافه فتبقى أصالة لزوم العقد وأصالة براءة الذمة من الارش بلا معارضة وما ذكر من منع الانصراف مما لا يصغى اليه بعد ملاحظة عدم اطلاق أدلة الخيار من هذه الجهة .

وأما كسبون مكتبة جعفر بن عيسى مخالفة للقاعدة كما حكى عن المحقق الاردبيلي « قده » : فينظور فيه بما جعلها صاحب « الكفاية » مؤيدة لتأعده : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وتصديق قول المنكر والسماع عنه وتقديم قوله بتقريب أن العادة جارية في أن نداء المنادى عند البيع بالبرائة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري : بأنني لم أسمع البرائة ، مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن والغفلة عن القيمة ، فصار مدعي البرائة

منكراً ، لان قوله موافق للظاهر ، ومنكرها مدعياً ، لان قوله مخالف للظاهر .
وقد صدق الامام عليه السلام قول المنكر بقوله : وعليه الثمن . ويقدم قوله على قول المدعي .

ولكن فيه نظر ، بناءً على أن المناط في تشخيص المنكر والمدعي عند المشهور هو موافقة الاصل ومخالفته ، وأن المدعي من اذا ترك يترك وان هذا الميزان مقدم على ميزان موافقة الظاهر ومخالفته عند اجتماعهما ودوران الامر بينهما ثم ان هنا وجوه آخر ذكرها وتوجيهاً للمكاتبه :

أحدها : ما عن صاحب « الحقائق » من أن الظاهر ان انكار المشتري انما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع ، والا فهو عالم بتبري البائع . والامام عليه السلام انما ألزمه بالثمن من هذه الجهة .

وأورد عليه شيخنا العلامة فيما سياتي في اختلاف البائع والمشتري في البرائة: بأن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبري ثم أنكر مدالسة بل الظاهر استعمال من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع أو المشتري ، مع أن دعوى العالم بالتبري المنكر له مكابرة ومدالسة معلوم لكل أحد خصوصاً للسائل كما يشهد به قوله : أیصدق أم لا یصدق ، الدال على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه ولكن قد يناقش بوجود بعض القرائن في الرواية ، بحيث يدل على توجيه صاحب « الحقائق » كقوله : زهد فيه ، وقوله : ادعى عيوباً ، بل قوله : لم أسمع البرائة ولاشهاده لقوله : أیصدق ، لما ذكره مضافاً الى أنه من القواعد المقررة : ان كل خبر ورواية اذا احتتمل احتمالين أحدهما موافق للقواعد الشرعية والاخر مخالف ، فلا بد من حمله على ما يوافق القواعد الشرعية دون مخالفها .

وثانيها : ما ذكره بعض المشائخ في « شرح القواعد » وهو أن المشتري قد ادعى عيوباً حادثة لم يتبرأ البائع منها بل انما يتبرأ من العيوب الموجودة ، وأنكر

البائع حدوث تلك العيوب التي يدعيها المشتري ، وقال : قد برأت من هذه العيوب ، بمعنى أنه : أظهرت لك أيها المشتري هذه العيوب ، وليست هي حادثة بعد العقد بل كانت قبله وقد أعلنتها ، فالبائع حيثئذ قوله موافق للاصل ، اذ الاصل عدم حدوثه بعد العقد .

فيه : ما لا يخفى ، اذ بعد الاغماض عن صحة هذا الاصل ، وأنه معارض بمثله أعني أصالة عدم حدوثه قبل العقد وأن المرجع أصالة تأخر الحادث ، وهي في طرف المشتري ان في المكاتبه مبعديات لهذا التوجيه بسل قوله : ادعى عيوباً ولم يعلم بها صريح في أن المشتري لا يدعي حدوث العيوب بعد العقد .

وثالثها : ما ذكره أيضاً في كتابه الآخر المسمى بـ «أنوار الفאהة» أن قول الامام عليه السلام : (وعليه الثمن) هو مقتضى القاعدة تقريب أن أصل المبايعه والمعاملة مسلم بينهما ، ومقتضى ذلك وجوب الثمن على المشتري وحيث كان منكراً للتبري عن العيوب لا بد عليه الحلف حتى لا يكون عليه الثمن ، فما لم يحلف لا بد من أداء الثمن . نعم اذا حلف سقط عنه رد الثمن ويرد المبيع على البائع لمكان العيب فكأن قرله عليه السلام : (وعليه الثمن) متيد بأمر محذوف مقدر ، أي ما لم يحلف أو ينكل عن الحلف ، فيكون المعنى : عليه الثمن اذا نكل المشتري ولم يحلف ، وهذا التوجيه أيضاً بعيد كما ترى ، فالأوجه هو وجه صاحب الكفاية في تطبيق المكاتبه على القاعدة . ثم انه قد يناقش بالاستدلال على تلك المكاتبه لسقوط الخيار عند تبري البائع الذي يرجع الى شرط التبري في ضمن العقد بوجهين :

«أحدهما» ما في كتاب شيخنا العلامة «قده» أن الشرط الذي يجب الوفاء به هو الشرط المأخوذ في ضمن العقد فلو حصل الشرط قبل العقد أو بعده فليس بلازم الوفاء فالمكاتبه لادلالة فيها على أن شرط التبري كان في ضمن العقد ، بل يدل على أنه كان وقت النداء لا وقت العقد .

وفيه : أولاً : أن نداء المنادي انما هو بالعقد كما هو المتعارف في هذا الزمان أيضاً . وثانياً : أن الشرط الذي حصل التباين في العقد عليه قد ذكرنا أن التحقيق حكمه حكم الحاصل في العقد خلافاً لبعضهم .

و «ثانيهما» تطرق احتمال المعاطاة في قضية نداء المنادي لعدم التصريح في المكاتبه على بيع المنادي بالصيغة فحيث لا يكون لازماً فلا دلالة على عدم الخيار أصلاً بطريق أولى ، نعم ، بعد التصرف يكون لازماً ، فيجري مجرى البيع .
فيه : أنه ضعيف ، اذ المتعارف - حتى في زماننا هذا - اجراء ايجاب البيع والشراء في البيع فيمن يزيد بالصيغة ، فلا يصغى الى تطرق احتمال المعاطاة بعد صراحة البيع وكلمة (بيع) على حصول الصيغة .

فرعان :

أحدهما : في التبري عن العيوب المتجددة التي في ضمان البائع كالعيب الحاصل قبل القبض أو في زمن خيار المشتري ، وهنا جهتان :
«احدهما» هل يشمل للعيوب المتجددة - لوقال البائع : برأت عن العيوب أو عن عيوبه - أم لا ؟ قيل : نعم ، لعموم اللفظ ، وقيل : لا ، لعدم انتقال الذهن الى العيوب المتجددة ، بل شمول العموم للعيوب الموجودة فلا بد للتبري عن المتجددة من التصريح لعله الاظهر .

و «ثانيتهما» مجيبه شبهة الشافعي من أن الخيار ليس بموجود قبل وجود العيب لا بنفسه ولا بسببه ، فيكون اسقاطاً لما لم يجب بل هنا أقوى من السابق ، لان العيب كان في السابق موجوداً دون هنا ، فلا يأتي الجواب السابق هنا من كفاية وجود السبب .

والجواب عن ذلك : تارة نقول بكفاية وجود الشرط أعني العقد ، بمعنى

أن الإيجاب شرط لتحقيق الخيار لو تعقبه العيب . وأخرى بما ذكره شيخنا العلامة تبعاً لشيخ الفقهاء في «الجواهر» من عدم شمول أدلة الخيار للعقد الذي يحصل فيه التبري عن العيوب المتجددة على ما مر تفصيله مراراً .

وثانيهما : قال الشهيد «قده» في «الدروس» : لو تبرى من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري ، فالأقرب عدم ضمان البائع ، وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضي به بعده وتلف في زمن خيار المشتري ويحتمل الضمان لبقاء علاقة الخيار المقتضي لضمان العين معه ، وأقوى اشكالا ما لو تلف به أو بعيب آخر متجدد في زمن الخيار . انتهى .

وجه عدم ضمان البائع لو تلف مع التبري عن العيوب هو أن معنى التبري عن العيب عدم التعهد بالآثار والأحكام الثلاثة اللازمة للعيب من الرد والارش والضمان فان التبري عن السبب أعني العيب تبر عن مسببه وآثاره ولكن الحق هو الضمان لو تلف المبيع بالعيب المتبري عنه لقاعدة (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) الشاملة للتلف بالعيب المتبري عنه لان الضمان بتلف المبيع ليس من آثار خيار العيب وأحكامه بل من آثار الخيارات الزمانية كخيار الحيوان وخيار الشرط ، فباسقاط خيار العيب بالتبري عنه لا يسقط الضمان من جهة تلف المبيع في الثلاثة في الحيوان وزمان الشرط وخيار الشرط وظاهر شيخنا العلامة وان كان تسليم كون الضمان من آثار العيب المتبري عنه لكنه اختار الضمان لعموم القاعدة .

وكيف كان ، مدرك نظر الشهيد «قده» : أن العيب لما كان يتبري عنه البائع فقد تبرى عن جميع ما يترتب على ذلك العيب وما يكون ذلك العيب سبباً له ، فمن ذلك ضمان البائع لو تلف به فلا ضمان بسبب اشتراط البرائة عنه فيرده : أن العيب وان اشترط سقوط آثاره وأحكامه ، الا أن الضمان انما يحصل من جهة

دليل آخر، وهو أن التلّف في زمن خيار المشتري ممن لا خيار له، فيجب الضمان على البائع في صورة التبري في كل مورد يجري ذلك فيدور مدار جريان القاعدة فمن عمم تلك القاعدة في جميع الخيارات حتى في الغبن والرؤية فيعم الضمان. ومن خصه بما كان للمشتري خيار من الخيارات الزمانية كما هو الحق حسب مامر في بعض المسائل السابقة وسيأتي تفصيله في أحكام الخيارات (انشاء الله تعالى) فيسقط الضمان الا في الخيارات الزمانية كخيار الحيوان والشرط.

هذا، ثم ان ما ذكرنا من الامور التي يسقط الارش والرد قد ذكرها الجبل بل الكل وقد عرفت دعوى عدم الخلاف بل الاجماع. وأما البواقي من الامور الاتية فتد يظهر من بعضهم، فنقول :

ثالثها : زوال العيب قبل العلم به بل بعده قبل الرد . وقد صرح العلامة «قده» بأنه في كلا الصورتين مسقط لحق الرد ، بل الظاهر منه سقوط الارش أيضاً . ولشرح الكلام في المقام لا بد أن يقال : أن في المقام وجوهاً ثلاثة ، أحدها : عدم سقوط الرد والارش . ثانيها : سقوط الرد دون الارش . ثالثها : سقوطهما جميعاً. دليل الاول : اطلاقات أدلة الخيار بواسطة العيب بناءً على ان العلم بالعيب شرط كاشف عن الخيار لأنه سبب له ، فيثبت الخيار فيما لو كان المبيع معيباً ، ولو زال عيبه قبل الاطلاع به . وأما في الصورة الثانية ، أعني مازال بعد العلم قبل الرد فيجبي فيه أدلة الخيار سواء قلنا بأن العلم بالعيب شرط شرعي أو سبب ، وقد يستدل عليه باستصحاب الخيار لمكان القطع بحصول الخيار في أول انعقاد العقد لانصاف المبيع بالعيب حين العقد ، فيشك في زواله وسقوطه بسبب زوال العيب فيستصحب .

والجواب عن ذلك يعلم مما سيذكر في الوجه الثالث . ودليل الوجه الثاني :

من التفصيل بين الرد والارش عدم مجبي أدلة الرد الا فيما كان المردود متلبساً

بالغيب فيمنع ظهور اطلاقات أدلة الخيار بما كان المبيع معيوباً في زمان وقد زال عيبه قبل الرد .

وأما الارش فلان وصف الصحة عند العقد كان فائتاً قطعاً ، فيستحق بذلك تفاوت الصحيح والمعيب . وأما زوال العيب وحصول وصف الصحة قبل الرد انما حصل في ملك المشتري هبة من الله تعالى ، فلا ربط للبائع ولا يخرج عن عهدة ضمان العيب الذي حصل بمجرد العقد .

وقد يستفاد من الكتاب مبنى شيخنا العلامة الانصاري الى ذلك التفصيل ، ولكن الحق خلافه ، بل التحقيق هو الوجه الثالث من عدم الخيار عند زوال العيب في كلا الصورتين فلا رد ولا أرش لعين ما ذكره «قده» في الكتاب من ظهور الادلة بالمتلبس بالغيب لان قوله عَلَيْهِ : (المعيوب مردود) ظاهر في تلبسه بالغيب حين الرد ، فلا يشمل على ما زال قبل الرد . وكذلك سائر ما دل على الرد صريح أو منصرف الى ما تلبس بالغيب ، فلا تشمل الاطلاقات على ما كان معيوباً في زمان العقد فقط وقد زال العيب عنه قبل الرد . وكذلك ما دل على الارش فيمنع شموله مفروض الكلام من الصورتين ، بل الظاهر المعلوم من دليله هو ما كان متلبساً بالغيب حين مطالبة الارش أو ارادة الرد ، فيبقى كل معيب قد زال عنه عيبه قبل ارادة الرد ثبوت الخيار فيه من أخذ الارش والرد من غير دليل فتنهض أصالة اللزوم وعموماته مرجعاً .

ومن ذلك عرفت حال الاستصحاب ، لعدم الحالة السابقة لمنع تحقق خيار الرد ، والارش من أول الامر في مفروض المسألة ، ولعل هذا المدرك هو المسلك فلا ينبغي التفصيل وان لم يكن مخالفاً للاجماع .

ورابعها: التصرف بعد العلم بالغيب وكونه مسقطاً للرد ، لا اشكال ولا خلاف فيه ، وأما كونه مسقطاً للارش أيضاً فلم يظهر القول به من أحد مما رأينا من الاعلام

الا من ابن حمزة في «الوسيلة»، فذهب الى كونه بعد العلم بالعيب مسقطاً للارش أيضاً لوجهين :

أحدهما : أن التصرف بعد العلم بالعيب علامة الرضا بالعيب ، بمعنى أنه رضى بالمبيع بوصف عيبه .

وأوردوا عليه بأنه علامة الرضا بالمبيع لابعييه أيضاً حتى يسقط الارش ، وظاهر هذا الرد منع تسليم التصرف بعد العلم علامة للرضا بالعيب ، فلو سلم كونه علامة لرضائه لوجب سقوط الارش فلذلك عدل عن هذا الجواب شيخنا العلامة «قده» ولم يكن ذلك الجواب مرضياً له ، لانه لو سلمنا أنه علامة لرضائه بالعيب أيضاً لما يسقط الارش لان الرضا بالعيب يجتمع مع أخذ الارش أيضاً فليس المسقط للارش الا ابراء البائع عن عهدة العيب أو تصريح المشتري باسقاط الارش وتصريحه برضائه بالعيب بدون الارش . فقال في مقام رد ابن حمزة : والاولى أن يقال : أن الرضا بالعيب لا يوجب اسقاط الارش ، وانما المسقط ابراء البائع . انتهى .

وثانيهما : أن النص المثبت للارش ظاهر في التصرف قبل العلم ، وأما التصرف بعد العلم فلا يدل دليل على ثبوت الارش معه ، لان الارش خلاف الاصل ، فيقتصر في ثبوته على مورد النص ، والقدر الثابت منه انما هو فيما قبل العلم ، لان النص في المقام هو قول أبي جعفر عليه السلام : أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم يتبرأ اليه فيه ولم ينبه ، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب ، فانه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به . انتهى .

وكأن وجه الظهور في نظره : أن قوله عليه السلام : (وعلم بذلك العوار) تفريع على قوله : (فأحدث فيه) وان الواو بمعنى ثم ، حيث عقب العلم بالعيب

بأحداث الحدث، فذكر العلم عقب التصرف ظاهر في كون المراد منه أنه أحدث فيه شيئاً بعد ما قبضه ثم علم بذلك العوار .

فيه : ما لا يخفى من الضعف، لأن الأصل عدم سقوط الارش بسبب التصرف بعد العلم بعد ما ثبت ثبوت الارش والرد بمجرد كون المبيع معيباً ، ولإطلاق النص ومنع ظهوره فيما قبل العلم لأن الظاهر عطف قوله (وعلم بذلك) مكان (فأحدث) فحينئذ يصير النص عاماً شاملاً لسقوط الارش بمجرد أحداث الحدث سواء كان قبل العلم أو بعده خلافاً لـ«المبسوط»، فانه ذهب الى عطف قوله (وعلم) مكان قوله (وقبضه) فيلزم من مفهومه حينئذ عدم سقوط الرد بمجرد التصرف قبل العلم .

والحاصل: أن قاعدة الاقربية وإن كانت تقتضي عطفه مكان قبضه ، ويندفع بذلك ما ذهب اليه ابن حمزة، الا أننا نلتزم به أيضاً مخافة الالتزام بمذهب الشيخ في «المبسوط» من أن التصرف قبل الرد ليس مسقطاً للرد والارش بكليهما بل مقتضى فتاوى الاصحاب والاجماع هو القول بإطلاق النص، وعطف قوله (وعلم) مكان (فأحدث) فيصير النص حينئذ مطلقاً بالنسبة الى التصرف قبل العلم أو بعده وهو يكفي في ردهما مضافاً الى احتمال عدم مخالفة ابن حمزة في أصل المسألة وعدم صحة النسبة بمكان التعليل المحكي عن «الوسيلة» كما في «الجواهر» حيث قال فيه : على أن فيما حضرنا من نسخة «الوسيلة» : وإن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد والارش ، لأن تصرفه ليس بموجب لرضاه ، وتعليله إنما ينطبق على أن له الارش ، ولعل الاسقاط من النسخ . انتهى . أي لعل اسقاط كلمة -- له -- قبل قوله -- والارش -- بعد قوله -- لم يكن له الرد -- ، كما هو غير بعيد بمقتضى التعليل فتدبر .

وعلى أي حال، في صريح «الغنية» أو ظاهرها: الاجماع على ثبوت الارش،

بل عن «شرح الارشاد» للفخر : الاجماع على ثبوت الارش وهو الحق الذي لامحيص عنه .

وخامسها : التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالمعيب كالخصي ، ولا اشكال بل لاريب في سقوط الارش لانتفاء تفاوت القيمة حسب ما عرفت ، وأما في سقوط الرد ، فيه وجهان بل قولان :

«أحدهما» سقوط الرد أيضاً لمكان التصرف ، فيشمل الادلة الدالة على سقوط الرد بالتصرف ، ولان التصرف علامة الرضا ودليل على رضا المشتري بالعين الخارجية لانه أقدم على العين الفاتت عنها وصف الصحة ، كما لو رضي بالعبد المشروطة كتابته مع تبين عدمها في خيار تخلف الشرط .

و«ثانيهما» بقاء الرد ، لانصراف الادلة الدالة على سقوط الرد بالتصرف على المورد الذي يثبت فيه الارش وتنقص قيمته بالمعيب ، ولان مفروض الكلام في التصرف الذي لا يستكشف منه الرضا الفعلي ، ضرورة أن كل فعل يستكشف منه الرضا الفعلي فهو كالتصريح بالرضا على المعيب مطلقاً . فيندفع بهذين الوجهين ما يستدل على السقوط .

أما الادلة : فلعدم مجيئها لمكان الانصراف الى غير مورد المسألة ، وأما كون التصرف علامة الرضا : فلعدم مجيئه في مطلق التصرف ، مضافاً الى لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب لو لم يكن له الرد ، والى أن المرجع عند الشك في شمول دليل مسقطية الرد أصالة بقائه واستصحاب جوازه وهو المختار .

ثم انه يبقى الكلام في بعض عبارة كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» فانه «قده» بعد تنظير التصرف في المقام على التصرف في ماعدا العيب ، قال : فان خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف .

وهذا حسب ما عرفت في السابق أحد الوجوه الثلاثة ، فالقول بعدم سقوطه

بالتصرف على إطلاقه ممنوع - كما لا يخفى على من راجعه - وكذلك قوله - كما صرح به - ركيك لوقرىء على صيغة المجهول وعدم سبق المرجع في المقام لوقرىء على صيغة المعلوم.

وسادسها : حدوث العيب مطلقاً - سواء كان منقصاً أم لا - في المعيب المذكور - أي في المعيب الذي لم تنقص قيمته كالخصي - والاشكال هنا أقوى من سابقه للزوم الضرر على تقديري الرد و البقاء لان الصبر على المعيب ضرر على المشتري ، والرد اضرار وضرر على البائع ، بواسطة تحمله للعيب الحادث ولو مع تدارك المشتري قيمة النقص الحادث .

ولكن الأقوى هو ثبوت الرد بعد تدارك المشتري الضرر المالي بدفع المعيب مع قيمة النقص الحادث لان المرجع بعد تعارض الضررين هو استصحاب الرد الثابت قبل حدوث العيب بعد انصراف النص الدال على اشتراط الرد بتيام العين ومانعية حدوث العيب على مورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالارش ، وفاقاً لمشائخنا العظام وخلافاً لصاحب « المسالك » حيث قال فيما لو كان المعيب مما لا تنقص قيمته كالخصي : ولو حصل مانع عن الرد كحدوث عيب و تصرف سقط الامر ان أي الارش والرد ، ثم قال : و يشكل حينئذ الصبر على المعيب والرد فانهما اضرار ويمكن ترجيح البقاء اعتباراً بالمالية وهي باقية .

وحاصله : أن الرد ضرر على البائع لصبره على العيب الحادث ، و البقاء أيضاً ضرر على المشتري لصبره على العيب القديم فيتعارضان و يرجح البقاء للزوم الضرر المالي الاخر على البائع على تقدير رد المشتري بواسطة العيب الحادث الذي تنقص قيمته وهو ضرر زائد على الضررين المتعارضين .

وقد يستدل على مختاره أيضاً تارة باطلاق الادلة الدالة على مانعية حدوث العيب . وأخرى بظهور الاجماع ، والكل ضعيف ، أما الاجماع فلمنع ثبوته مضافاً

الى مخالفة المفيد في أصل المسألة. وأما الأدلة: فلمنع شمولها لمفروض المسألة لانصرافها الى ما يمكن فيه أخذ الارش ، وأما ترجيح البقاء اعتباراً بالمالية ، فلتداركه بقيمة النقص.

وسابعا : ثبوت أحدمن مانعي الرد من التصرف وحدوث العيب في الربويات التي لايجوز أخذ الارش فيها لاجل الربا كالحبوبات و الحلبي من المكيل والموزون .

أما التصرف : فالظاهر أن حكمه حكم ما سبق في المعيب الذي لا تنقص ماليته كالخصي من أن التصرف علامة الرضا ، وشمول الدليل لمانعية التصرف فلايجوز الرد لاجلها ولايجوز أخذ الارش أيضاً لزوم الربا ومن منع كونه علامة الرضا مطلقاً خصوصاً فيما قبل العلم، لان الكلام في إطلاق التصرف لخصوص التصرف الذي علمت كاشفيته عن الرضا ، وان الدليل الدال على مانعية التصرف منصرف الى المورد الذي يمكن أخذ الارش فيه، فلايشمل المكيل والموزون، فيجوز الرد لاستصحاب جوازه فيما قبل التصرف لعدم ثبوت مانعيته في مفروض البحث .

وأما حدوث العيب : ففي مانعيته عن الرد بالعيب القديم اشكال فقد ذكر شيخنا العلامة الانصاري بأن ظاهر جماعة مانعيته بعموم النص الدال على مانعية حدوث العيب واشتراط الرد بقيام العين ، وتنظر فيه بما سبق من انصرافه فيما يمكن أخذ الارش فلا يشمل مثل المقام فيشكل الامر حينئذ، فان رد العين من دون الارش من جهة نقص القيمة بالعيب الجديد الذي حصل في ملك المشتري يلزم الضرر على البائع وان رد مع أرضها يلزم الربا، فلم يكن له الرد لامجاناً ولا مع الارش وان أمسك العين مع أخذ الارش من جهة نقص القيمة بالعيب القديم الذي كان قبل العقد فيلزم الربا ، وبدونهما يلزم الصبر على المعيب مجاناً ، فهو

ضرر منفي في الشرع فلم يكن له الامساك ولا يجب عليه الصبر لامس الارش ولا مجاناً .

ولذلك قيل : ان الطريق منحصر بفسخ العقد والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيماً بالقديم سليماً عن الجديد لانه لم يبق من الامور الممكنة المذكورة الا هذا الطريق ، فهو جمع بين حق كل من البائع والمشتري .

قال الشهيد « قده » في « الدروس » : لو اشترى ربوياً بجنسه وظهرفيه عيب من الجنس فله الرد لا الارش حذراً من الربا ومع التصرف فيه اشكال . ولو حدث عنده عيب آخر احتمل رده وضمن الارش كالمقبوض بالسوم واحتمل الفسخ من المشتري أو من الحاكم و يرتجع الثمن و يغرم قيمة ما عنده بالعيب القديم كالتالف من غير الجنس . و الاول أقوى ، لان تقدير الموجود معدوماً خلاف الاصل . الخ .

وهذا كما ترى ذكر الاحتمالين وقوى الاول ، ولكن صرح في « القواعد » بانحصار الطريق في الثاني مع احتمال الاول على تقدير رضا البائع بما هذا لفظه : ولو كان المبيع حلياً من أحد النقيدين بمساويه جنساً وقدرأ فوجد المشتري عيباً قديماً وتجدد عنده آخر لم يكن له الارش ولا الرد مجاناً ولا مع الارش ولا يجب الصبر على العيب مجاناً فالطريق هو الفسخ والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيماً بالقديم سليماً عن الجديد ، ويحتمل الفسخ مع رضا البائع ويرد المشتري العين وأرشها ولا ربا ، فان الحلبي في مقابله الثمن والارش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم . انتهى .

وجه الانحصار انما هو في مقام اعطاء كل ذي حق حقه على وجه الاستحقاق والحكم الشرعي بمقتضى الجمع بين الحقين لا على وجه يعم التراضي ، فلا طريق على هذا الوجه ، أي اعطاء حقهما على وجه الاستحقاق والجمع بين حق

كل منهما ، أي البائع والمشتري الا هذا ، أي الفسخ فيفسخ المشتري العقد ليدفع الضرر عن نفسه وينزل المبيع منزلة التالف لمنع رده بتجدد العيب الحادث فينتقل الى قيمته من غير الجنس معيباً بالعيب القديم لانه في ضمان البائع سليماً عن الجديد لانه في ضمان المشتري .

فلاننا في الانحصار في الطريق على ما ذكر « قده » بقوله : ويحتمل الفسخ مع رضا البائع ويرد المشتري العين وأرشها لان ذلك الاحتمال - أي رد العين وأرشها - انما هو مع رضا البائع لان قبول العين التي حدث فيها العيب في يد المشتري لا يجب على البائع ولو مع أرش العيب الجديد فيقف ردها اليه على رضا البائع لا محالة .

ولذلك ناقش في العبارة المحقق الثاني في شرحها بقوله : لو قال : ويحتمل رد العين مع الارش مع رضا البائع اذا فسخ المشتري . لكن أولى ، لان ثبوت الفسخ لا تردد فيه وليس رضى البائع شرطاً فيه بل هو قهري بالنسبة ، انما المشتري برضاه هو دفع العين بأرش العيب المتجدد ، لان قبولها معه قد بيّنا أنه غير واجب عليه مطلقاً فيقف ردها اليه على رضاه لا محالة .

وكيف كان فتلخص لك أن محتملات المسألة وجوه خمسة : أحدها : رد العين مع أرش العيب الحادث بأن يفسخ العقد بنفس الرد فينجبر بضرر البائع بالمعيب المضمون على المشتري بالارش . وثانيها : ردها بدون الارش . وثالثها : امساكها من دون أخذ الارش من البائع . ورابعها : امساكها مع أخذ أرش العيب القديم الذي هو مضمون على البائع . وخامسها : فسخ العقد وتنزيل المبيع الموجود منزلة التالف والزام المشتري بقيمته معيباً بالقديم سليماً عن الجديد . لاسبيل الى الثاني ، اذ الرد مجاناً بغير جبران للعيب المتجدد اضرار على البائع ، وان نقصان المالية بالعيب الحادث في يد المشتري مضمون عليه ،

فكيف يلزم البائع من دون تدارك النقصان والارش ، مع أن العيب المتجدد مسقط للرد .

وكذلك لاسبيل الى الوجه الثالث ، لان الصبر على المعيب مجاناً لا يجب بالنص والاجماع على أن العيب القديم في المبيع مضمون على البائع للمشتري فكيف يسقط هنا ، ويلزم على المشتري من دون تداركه وأرشه ، فهو أضرار عليه منفي في الشرع . وهذان الوجهان لا قائل بهما لا من الخاصة ولا من العامة وأما الوجه الرابع : فقد ذكر أن للعامة قولاً بذلك بأن يرجع المشتري بأرش العيب القديم والمماثلة في مال الربا انما تشترط في ابتداء العقد وقد حصلت والارش حق ثبت بعد ذلك ، فلا يقدح في العقد السابق ، ونسب في «جامع المقاصد» الى مصنفه بأنه «قده» قال في «التذكرة» : وهذا الوجه عندي لأبأس به وقد تنظر فيه من جهة ان أخذ الارش انما كان لغوات مقابله من المبيع ، فتبقى المعاوضة على المعيب وما بقي من الثمن بعد الارش .

وكيف كان لاسبيل الى هذا الوجه أيضاً لما ذكرنا مراراً وسنحقق انشاء الله تعالى في محله ان كل زيادة حصلت من جهة البيع ، سواء كانت في ابتداء العقد أم لا ، فتشمله أدلة حرمة الربا ، فلا تجوز الزيادة حيثما يجيء من جانب العقد . وأما الوجه الاول : أعني رد المبيع مع أرش العيب الحادث ، فان صححتنا أن أرش العيب الحادث وقيمته من باب الغرامة لما فات في يد المشتري - كما عليه الجدل لولا الكل - وأنه كان مضموناً على المشتري كالمقبوض بالسوم فلا يلزم من أخذ الارش من المشتري ربا فهو المعين ، والا بأن يستلزم الارش الربا ، اما في أصل المعاوضة أو في الفسخ كما مال اليه شيخنا العلامة الانصاري «قده» فيتعين الطريق الى الوجه الخامس .

فتقول : حاصل ما أفاد شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب : أن أخذ

الارش مستلزم للربا لامحالة، لان ضمان المشتري للوصف التالف بالعيب الحادث لا يخلو اما أن يكون قبل الفسخ أو بعده ، وكلاهما لا يخلو اما أن يكون من باب الغرامة أو من باب التعديل والمقابلة لوجه الاول لان الغرامة اما أن تكون قبل الفسخ أو بعده وكلاهما فاسد .

أما الاول : فلان التلف حصل في ملك المشتري ، والمالك لا يضمن ما في ملكه لغيره ، فليس ذلك نظير المقبوض بالسوم حيث أن المستام ضامن للبائع وليس بمالك وتقدير رجوع العين الى ملك البائع حين تلف الوصف لادليل عليه .

وأما الثاني : فلانه بعد الفسخ لم يتلف شيء بل التلف حصل في ملكه قبل الفسخ ولاوجه للثاني أيضاً لأن مقتضى المعاوضة بين الصحيح والمعيب عدم ضمان وصف الصحة ، اذ لو جاز الضمان في مقابل وصف الصحة لكان أخذ الارش في الربوية جائزاً ، فوصف الصحة كسائر الاوصاف الكمالية من الكتابة وغيرها يجب تراد العوضين من دون الزيادة والنقصية فرد المشتري أرش العيب لامعنى له الاعتراف بمضمونية العيب بجزء من الثمن، فيلزم نقصان الثمن عن الثمن لكون جزء من الثمن في مقابل وصف صحة الثمن والباقي من الثمن في مقابل مجموع الثمن فيلزم الربا في أصل المعاوضة الا أن الاقوى - وفقاً للمشهور - هو أن أخذ الارش من باب الغرامة خلافاً لشيخنا العلامة «قده» في الكتاب ، بل الظاهر تفرده في ذلك الا ما حكى عن شارح «القواعد». وكونه من باب الغرامة يتضح بملاحظة أمور :

أحدها : أن ضمان الشخص للغير في مال نفسه لا يتصور الا بالتقدير ولذلك لا يقال أن الشخص ضامن لداره الا أن تكون فيها شائبة تزلزل وخيار ، فالضمان التقديري يصح فيما كان للتقدير دليل، بمعنى أنه فيما دل الدليل على ذلك التقدير

وهو هنا أمران :

(الاول) قاعدة لاضرر فان الرد على البائع بدون الارش ضرر عليه .
 (الثاني) ظهور الاجماع فان الاصحاب حكموا بأن المشتري ضامن للعيوب
 الحادثة بعد القبض وبعد انقضاء زمان الخيارات الزمانية وليست في ذلك مخالفة
 الا من شيخنا العلامة الانصاري «قده» والمحكمي عن الشارح .
 وثانيها: أن وصف الصحة لا يوزع عليه الثمن مطلقاً كما اعترف شيخنا العلامة
 سابقاً في رد من قال في خيار العيب أنه خيار تبعض الصفقة فان الارش لو كان
 جزء من الثمن ولو في غير الربويين ، لكان اللازم أخذاً للارش من عين الثمن
 مع بقائها بل الارش هو غرامة لمافات من جانب الشارع تفضلاً على المتضرر .
 وثالثها : أن الاقالة جائزة في غير الربويين ، بل فيهما أيضاً بلا خلاف ...
 تم الكتاب . والحمد لله أولاً وآخراً
 أنجز طبعه في ٢٠ / ذي الحجة / ١٤٠٧

فهرس الكتاب

٥	موضوع الخيار
٧	الفرق بين الحكم والحق
٨	أحكام الخيار
١١	في دلالة الاستصحاب على اللزوم
١٣	في دلالة العمومات على اللزوم
٢٥	في أصالة الجواز في مطلق العقود
٢٦	في خيار المجلس
٣٠	في ثبوته للوكيل أم لا ؟
٣٢	في ثبوته للمالكين أم لا أو التفصيل
٣٩	في ثبوته للوكيل من أدلة الوكالة
٤٢	فيما لو تعدد الوكلاء
٤٦	في أن العبرة بمجلس العقد
٤٧	فيما لو كان العاقد واحداً
٦٢	في مستثنيات خيار المجلس
٨٢	عدم ثبوت الخيار في غير البيع
٨٧	في أن مبدأ الخيار بعد العقد
٩١	في جريان الخيار بعد في المعاطاة
٩٥	في مسقطات الخيار : الاول - اشتراط سقوطه
١٣٥	الثاني من المسقطات : الاسقاط
١٣٩	فيما لو قال أحدهما للآخر : اختر
١٥٠	الثالث منها : التفرقة عن المجلس

- ١٥٥ في دلالة الاستصحاب على الخيار
- ١٥٦ في دلالة العمومات
- ١٥٩ في تفرق المحل بالموت
- ١٧٤ في تفرق المحل بالاكراه
- ١٩٠ هل الخيار فوري لو زال الاكراه
- ١٩٨ في الاستدلال على الثبوت بالاستصحاب
- ٢٠٨ الثالث منها : التصرف
- ٢١٢ خيار الحيوان
- ٢٢٦ في الاستدلال بالاخبار
- ٢٤١ القول في مبدأ الخيار
- ٢٤٦ هل المراد بالثلاثة مع الليالي أم لا
- ٢٥١ في تنبيهات هذا الخيار
- ٢٥٥ الكلام في مسقطات هذا الخيار
- ٢٦٠ في الاستدلال بالروايات
- ٢٧٠ الكلام في مطلق التصرف
- ٢٧٢ خيار الشرط
- ٢٧٨ هل يجري في المسقط بالشرط المتأخر
- ٢٨١ ليس لهذا الخيار حد مضبوط
- ٢٩٤ في مبدأ هذا الخيار
- ٢٩٨ في جعله للاجنبي
- ٣٠٥ في جواز الاستثمار في هذا الخيار
- ٣٠٦ مسائل ثلاث

- ٣١٣ في البيع الخياري
- ٣٢٧ في تنبيهات هذا الخيار
- ٣٥٥ فيما لو كان المشتري غائباً
- ٣٦٣ اذا اشترى الاب للطفل بشرط خيار البائع
- ٣٨١ في الشروط الواقعة في ضمن العقد
- ٣٨٦ الكلام في خيار الغبن
- ٣٩٨ يشترط في هذا الخيار جهل المغبون بالغبن
- ٤٠٠ فروع لأبأس بالإشارة إليها
- ٤١٥ يشترط كون التفاوت فاحشاً
- ٤٢٥ في أن ظهور الغبن سبب شرعي أو كاشف
- ٤٢٩ في مسقطات خيار الغبن
- ٤٤٢ في أن التصرف مسقط
- ٤٥٦ في مسقطية التصرف المسقط لسائر الخيارات
- ٤٨٢ في التصرف المغير للغبن زيادة
- ٤٩٩ فرع ذكره الشيخ الانصاري في المقام
- ٥٠١ في التصرف المغير للعين بالمزج
- ٥٢٦ في التصرف المغير للعين بالنقيصة
- ٥٣٠ هل يختص خيار الغبن بالبيع أو يعم غيره
- ٥٣٢ في فوروية هذا الخيار
- ٥٤١-٥٣٩ هاهنا مسائل : القول في خيار التأخير
- ٥٧٢ في مسقطات هذا الخيار
- ٥٧٨ في فوروية هذا الخيار

- ٥٧٩ في اتلاف البيع بعد الثلاثة
- ٥٩١ في خيار الرؤية
- ٦٠٨ مسألة في حدوث العيب في المبيع بعد العقد
- ٦٠٩ اذا بقيت بعد زمن الخيار بعد القبض
- ٦٤٣-٦٢٣ هنا فروع : لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين
- ٦٤٣ اذا ابتاع المشتريين شيئاً أو شيئين بدرهمين
- ٦٤٤ لو اشترى عينين بثمن مستقل
- ٦٤٧-٦٤٧ مما ذكروا من مستطاعات الارش موضعين : لو اشترى ربوياً بجنسه
- ٦٤٨ فيما لم يوجب العيب نقصاً في القيمة
- ٦٤٩ مناقشة موضوع الارش
- ٦٥١ هل يجوز فعل الخصاء أم لا ؟
- ٦٥١ فيما يسقط الرد والارش معاً
- ٦٥٩ في توجيهات مكتبة جعفر بن عيسى
- ٦٦١ فرعان : الاول - في التبري عن العيوب المتجددة
- ٦٦٢ الثاني : لو تبرى من عيب فتلّف في زمن خيار المشتري
- ٦٦٣ زوال العيب قبل العلم بل بعده قبل الرد
- ٦٦٤ التصرف بعد العلم بالعيب
- ٦٦٥ التصرف في المعيب
- ٦٦٨ حدوث العيب في المعيب
- ٦٦٩ ثبوت أحد من مانعي الرد من التصرف
- ٦٧٤ خاتمة الكتاب
- ٦٧٥ الفهرس



صورة المؤلف

آية الله العظمى الخميني قدس سره



صورة الناشر نجل المؤلف
العلامة السيد ابراهيم الخليلي