



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى
عليه
وآله
وسلم

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ايصال الطالب الي المكاسب

كاتب:

آية الله العظمى السيد محمد الحسيني الشيرازي

نشرت في الطباعة:

اعلمي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
8	ايصال الطالب الي المكاسب المجلد 11
8	هوية الكتاب
9	اشارة
10	[مقدمة المؤلف]
11	القول في الخيار، واقسامه، واحكامه،
11	مقدمتان.
11	الأولى: الخيار لغة: اسم مصدر من الاختيار
18	الثانية: ذكر غير واحد- تبعاً للعلامة في كتبه- ان الاصل في البيع اللزوم.
18	اشارة
19	[معاني الأصل]
19	اشارة
19	الأول: الرجح،
21	الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الافراد، او بعض الاحوال.
21	الثالث: الاستصحاب،
22	الرابع: المعنى اللغوى
34	[أدلة أصالة اللزوم]
57	[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]
59	[إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]
66	القول في اقسام الخيار
66	اشارة
67	الأول: في خيار المجلس
67	اشارة
69	و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.
69	[مسائل في خيار المجلس]
69	مسألة: لا اشكال في ثبوته للمتبايعين، اذا كانا اصليين،
97	مسئلة [هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحدا؟]
103	(مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار) فليس فيها خيار المجلس.

- 131 مسئلة لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود، سوى البيع عند علماتنا،
- 137 مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد
- 143 القول فى مسقطات الخيار
- 143 اشارة
- 144 مسئلة لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد
- 178 مسئلة: و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد
- 189 مسئلة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين
- 189 اشارة
- 195 مسئلة المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التباير أيضا،
- 204 مسئلة لو اكراه احدهما على التفرق و منع عن التباير و بقى الآخر فى المجلس،
- 229 (مسألة: لو زال الاكراه) بعد ان حمل الى خارج المجلس مكرها (فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال) فما دام فى مجلس الزوال له الخيار، فاذا فارق عن ذلك المجلس زال خياره
- 232 مسئلة و من مسقطات هذا الخيار التصرف
- 235 الثانى خيار الحيوان
- 235 اشارة
- 238 فالكلام فى من له هذا الخيار، و فى مدته [من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل]
- 238 اشارة
- 240 مسئلة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري
- 257 مسئلة لا فرق بين الامة و غيرها فى مدة الخيار
- 259 مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد،
- 268 مسئلة لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام،
- 273 مسئلة يسقط هذا الخيار بامور
- 273 احدها: اشتراط سقوطه فى العقد
- 273 و الثانى: اسقاطه بعد العقد،
- 273 و الثالث: التصرف
- 314 الثالث خيار الشرط،
- 314 اشارة
- 317 و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشروط فى العقد و هى تظهر برسم مسائل
- 317 اشارة
- 318 مسئلة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه لعموم ادلة الشرط
- 327 مسئلة لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدة اصلا

337	مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد،
341	مسئلة يصح جعل الخيار لأجنبي ..
349	مسئلة يجوز لهما اشتراط الاستمرار ..
354	مسئلة من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه،
354	اشارة ..
358	فتوضيح المسئلة يتحقق بالكلام في أمور ..
358	الأول: ان اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه ..
365	الامر الثاني: الثمن المشروط رده، اما ان يكون في الذمة، و اما ان يكون معيّنًا ..
372	الأمر الثالث: [لا يكفي مجرد الفسخ في الرد] ..
375	الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد ..
393	الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري، ..
401	الأمر السادس لا اشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، ..
413	الأمر السابع: اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع، ..
416	الأمر الثامن كما يجوز للبايع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن ..
421	محتويات الكتاب ..
424	تعريف مركز ..

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: الحسيني الشيرازي، محمد، 1380 - 1305، شارح

عنوان واسم المؤلف: ايسال الطالب الي المكاسب: شرح واف بغرض الكتاب، تعرض لحل مشكلاته و ابدأ مقاصد في ايجاز و توضيح/
محمد الحسيني الشيرازي

تفاصيل المنشور: تهران : مؤسسة كتابسراي اعلمي ، 1385.

خصائص المظهر: ج 16

شابك : 964-94017-6-8(دوره)؛ 964-7860-59-5(ج. 1)؛ 964-7860-58-7(ج. 2)؛ 964-7860-57-9(ج. 3)؛
964-7860-56-0(ج. 4)؛ 964-7860-54-4(ج. 6)؛ 964-7860-53-6(ج. 7)؛ 964-7860-55-2(ج. 8)؛
964-7860-52-8(ج. 9)؛ 964-7860-51-X(ج. 10)؛ 964-7860-50-1(ج. 11)؛ 964-7860-49-8(ج. 12)؛
964-7860-45-X(ج. 13)؛ 964-7860-47-1(ج. 15)؛

لسان : العربية

ملحوظة : الفهرسة على أساس المعلومات فيپا

ملحوظة : هذا الكتاب هو وصف "المكاسب مرتضي بن محمد امين انصاري" يكون

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضي بن محمد امين، 1281 - 1214ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضي بن محمد امين، 1281 - 1214ق. المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/190BP/الف8م 1337021385

تصنيف ديوي: 297/372

رقم البليوغرافيا الوطنية: م 85-16816

ص: 1

اشارة

[مقدمة المؤلف]

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

و بعد: فهذا هو القسم الاول من كتاب الخيارات و الجزء الحادى عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفذ آية الله الانصارى قدس سره.

و يشرع فى المعنى اللغوى للخيار.

كتبته تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به فى يوم لا ينفع فيه مالٌ و لا بنونٌ اِلا مَنْ اتى الله بِقَلْبٍ سَلِيمٍ.

كربلاء المقدسة محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

ص: 2

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين.

القول فى الخيار، و اقسامه، و احكامه،

مقدمتان.

الأولى: الخيار لغة: اسم مصدر من الاختيار

غلب فى كلمات جماعة من المتأخرين فى ملك فسخ العقد.

(الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين).

(القول فى الخيار، و اقسامه، و احكامه، مقدمتان).

المقدمة (الأولى: الخيار لغة) اى فى معناه اللغوى مقابل الاصطلاح الفقهى الدارج فى باب المعاملات، فانه اخص من المعنى اللغوى (اسم مصدر من الاختيار) فالاختيار مصدر، معناه الفعل المنسوب الى الفاعل و اسم المصدر هو الهيئة الحاصلة من المصدر، فليس فيه الانتساب الى الفاعل، مثل الاغتسال و الغسل، و التوضى و الوضوء (غلب) استعمال الخيار (فى كلمات جماعة من المتأخرين فى ملك فسخ العقد).

فاذا قيل: فلان له الخيار- مثلا- يراد به انه يملك ملكا شرعيا فسخ ما عقد.

وقوله «غلب» اشارة الى ان معنى الخيار اصطلاحا ليس نقلا من معناه اللغوى الى المبين بل نقل الى بعض افراده.

على ما فسره به في موضع من الايضاح فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة وفي عقد الفضولي، و ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمّة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الاخت و ملك الامة المزوجة من عبد فسخ العقد اذا اعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب.

و انما قلنا «غلب» (على ما فسره) اي الخيار (به) اي بملك فسخ العقد (في موضع من) كتاب (الايضاح) الذي هو لولد العلامة فخر المحققين.

و جماعة من المتأخرين أخذوا هذا التفسير منه و اذا كان معنى الخيار اصطلاحاً «ملك فسخ العقد» الذي هو اخص من «ملك الاختيار في العقد، و في غير العقد» فان هذا هو معناه لغة (فيدخل) فيه (ملك) الانسان (الفسخ في العقود الجائزة) كالهبة غير اللازمة (و في عقد الفضولي) حيث ان المالك له الفسخ (و ملك الوارث ردّ العقد) الذي عقده مورثه (على ما زاد على الثلث) في عقد الوصية فان الوصية عقد يعقده المورث، فاذا زاد على الثلث كان للوارث ان يرده في الزائد على الثلث اذ ليس للميت ان يوصى باكثر من الثلث، الا- مع اجازة الوارث (و ملك العمّة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الاخت).

فاذا كانت العمّة مثلاً زوجة لزيد، فتزوج زيد بنت اختها او بنت اخيها كان للزوجة ان تفسخ هذا العقد (و ملك الامة المزوجة من عبد فسخ العقد) اي عقد النكاح (اذا اعتقت) و ملك الزوج في المتعة فسخ النكاح (و ملك كل من الزوجين للفسخ) اي فسخ عقد النكاح (بالعيوب).

و لعل التعبير بالملك للتمييز على ان الخيار من الحقوق، لا من الاحكام فيخرج ما كان من قبيل الاجازة و الرد لعقد الفضولي، و التسلط على فسخ العقود الجائزة،

فاذا كان الرجل معيوباً بعيوب مذكورة في كتاب النكاح، كان للزوجة الفسخ.

و اذ كانت المرأة معيبة بعيوب كذلك كالرتق، كان للرجل الفسخ.

وقوله (فيدخل) اشكال على من فسر الخيار في باب المعاملات «بملك فسخ العقد» لانه يدخل في هذا التعريف الامور المذكورة، مع انها ليست مرتبطة بباب المعاملات، فيكون تعريف الخيار بذلك من التعريف بالاعم، و ذلك لا يجوز لانه يلزم ان يكون التعريف جامعاً مانعاً

وقوله: (و لعل التعبير بالملك) جواب عن الاشكال المذكور، فان لفظ «الملك» في تفسير الخيار (للتبني على ان الخيار من الحقوق) الذي يملكه الانسان يجعل الله له ذلك (لا من الاحكام) الذي ليس للانسان.

مثلاً: اباحة شرب الماء للانسان حكم من الله، فليس للانسان ان يقول: اني اسقطت هذا الحكم، لانه لا يملكه.

اما حق القسم للزوجة فانه ملك لها، و لذا كان لها ان تسقطها.

وقد ذكرنا تفصيل الفرق بين الحق و الحكم في موضع آخر من هذا الكتاب (فيخرج ما كان من قبيل الاجازة و الرد لعقد الفضولي، و كذا التسلط على فسخ العقود الجائزة) فلا تدخل هذه الامور في التعريف

فان ذلك من الاحكام الشرعية، لا من الحقوق.

ولذا لا تورث ولا تسقط بالاسقاط.

و

السابق للخيار (فان ذلك) اى «ما كان من قبيل الاجازة و الرد» و «التسلط» (من الاحكام الشرعية، لا من الحقوق) و كلما لم يكن من الحقوق لم يكن «ملكا».

(و لذا لا تورث و لا تسقط بالاسقاط) مع ان الحق يورث، لانه مشمول لقوله «ما تركه الميت فلو فلوارثه».

و كذلك الحق يسقط بالاسقاط، فللمرأة ان تسقط حقها فى القسم.

و ليس كذلك الاحكام الشرعية، مثلا: لكل انسان ان يسلم على اخيه المسلم، و هذا ليس بشي ء يرثه الانسان عن مورثه، كما انه ليس قابلا للاسقاط بان يقول المسلم او المسلم عليه اسقط هذا الحق.

و كذلك «الاجازة و الرد فى العقد الفضولى» ليس للمالك ان يقول اسقطت هذا الحق حتى يصبح و لا حق له فى الاجازة و الرد، كما انه اذا مات لا يرثه وارثه و انما وارثه له الاجازة و الرد، لانه صار مالكا، و قد وقع العقد الفضولى على ماله، فله - استقلالا لا إرثا - ان يجيز او يرد.

و كذا بالنسبة الى «التسلط على فسخ العقود الجائزة» فانه ليس للواهب ان يقول: اسقطت حقى فى الفسخ، فانه لا يسقط حقه بذلك، كما انه اذا مات كان لوارثه هذا الحق استقلالا لا لانه كان لمورثه فورثه.

(و) حيث قد عرفت ورود الاشكال على تعريف الخيار «بانه ملك فسخ

ص: 6

قد يعرف بانه ملك اقرار العقد و ازالته.

ويمكن الخدشة فيه، بانه ان اريد من «اقرار العقد» ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرک لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، اذ القدرة لا تتعلق باحد الطرفين.

وان اريد منه الزام العقد، وجعله غير قابل لان يفسخ.

العقد» فاعلم انه (قد يعرف) الخيار (بانه ملك اقرار العقد و ازالته).

و هذا التعريف ادخل فيه لفظة «اقرار العقد» حيث لم يكن فى التعريف السابق.

(ويمكن الخدشة فيه، ب) ان هذه الزيادة غير تامة، ف (انه ان اريد من «اقرار العقد» ابقائه على حاله) و الابقاء هو (بترك الفسخ) مع ان له الفسخ (فذكره مستدرک) اى غير محتاج إليه (لان القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه).

فاذا قال «يملك الفسخ» كان معناه، و «يملك الابقاء».

فالتعريف السابق كان شاملا لذلك (اذا القدرة لا تتعلق باحد الطرفين) و الا كان جبرا.

الا ترى ان «الانسان لا بد و ان يكون فى الحيث».

و لا يصح ان يقال: انه «يقدر ان يكون فيه».

اما اذا كان «يمكنه البقاء و الذهاب» قيل انه يقدر على البقاء.

(وان اريد منه) اى من «اقرار العقد» (الزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ) اى «الخيار ملك الزام العقد و ازالته».

ففيه ان مرجعه الى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار

مع ان ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما الزامه من طرفه لا مطلقا.

(ففيه ان مرجعه) اي مرجع «الزام العقد» (الى اسقاط حق الخيار).

اذ الالتزام معناه ذلك (فلا يؤخذ) اي (اسقاط حق الخيار) (في تعريف نفس الخيار) لانه تعريف الشيء بالنفس، وذلك يستلزم الدور الباطل.

و لا فرق في ذلك بين ان يؤخذ نفس الشيء في تعريف نفسه، كان تقول: الانسان شيء له الانسانية، او ان يؤخذ ما لا يفهم الا بنفس الشيء اي ما يكون مرجعه ذلك الشيء المعرف - كما في محل الكلام، فالزام العقد عبارة اخرى عن «اسقاط حق الخيار».

(مع) انه يلزم اشكال ثان على تعريف الخيار بانه «ملك اقرار العقد وازالته» وهو (ان ظاهر الالتزام) الواقع في تعريف الخيار (في مقابل الفسخ) لانه قال «الزام العقد وازالته» حسب ما قلنا من ان الاقرار، مرجعه الالتزام (جعله لازما مطلقا).

و على هذا المعنى «للا لزام» (فينتقض) تعريف الخيار «بالزام العقد وازالته» (بالخيار المشترك) بين البائع والمشتري (فان لكل منهما الزامه من طرفه) فقط (لا- مطلقا) حيث يصبح العقد لازما، فهذا الفرد من الخيار خارج عن التعريف المذكور، مع انه داخل في اقسام الخيار.

و الحاصل: ان هذا التعريف معناه «ان البائع - مثلا- له ان يلزم

ثم ان ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق فى كلمات المتأخرين، و الا فاطلاقه فى الاخبار، و كلمات الاصحاب على سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولى، و سلطنة الرجوع فى الهبة و غيرهما من افراد السلطنة شايح.

و ان يفسخ» مع ان فى الخيار المشترك ليس للبائع ان يلزم العقد الزاما مطلقا بل له ان يلزمه الزاما من جانبه فقط.

(ثم ان ما ذكرناه من معنى الخيار) بالتعريفين المذكورين (هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق) اى عند اطلاق لفظ الخيار (فى كلمات المتأخرين).

و من هذا التبادر تولد التعريفان المذكوران (و الا) فليس لفظ الخيار خاصا بهذين المعنيين (فاطلاقه فى الاخبار، و كلمات الاصحاب) غير المتأخرين (على سلطنة الاجازة و الرد لعقد الفضولى، و سلطنة الرجوع فى الهبة) الجائزة (و غيرهما من افراد السلطنة) مثل سلطنة العمة و الخالة فى فسخ نكاح بنت الاخ، و بنت الاخت و سائر انواع السلطنة (شايح).

و هذا الشائع هو المعنى اللغوى للخيار و المتبادر منه عند العرف العام.

و قد تحقق بهذه المقدمة الاولى تعريف الخيار الاصطلاحى فى باب المعاملات.

الثانية: ذكر غير واحد- تبعا للعلامة فى كتبه- ان الاصل فى البيع اللزوم.

اشارة

قال فى التذكرة: الاصل فى البيع اللزوم لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، و الاصل الاستصحاب.
و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه

المقدمة (الثانية) فى بيان ان الاصل فى البيع: هل اللزوم، او الجواز؟

فقد (ذكر غير واحد) من الفقهاء (- تبعا للعلامة فى كتبه- ان الاصل فى البيع اللزوم).

(قال فى التذكرة: الاصل فى البيع اللزوم).

و ذلك (لان الشارع وضعه) اى البيع (مفيد النقل الملك) من البائع الى المشتري فى المثل، و بالعكس فى الثمن (و الاصل الاستصحاب) اى بقاء النقل المذكور اذا شك فى انه هل رجع الملكين الى البائعين بالفسخ، أم لا.

(و) هناك وجه آخر لاصالة اللزوم، و هو ان (الغرض) من البيع (تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و انما يتم) هذا الغرض (باللزوم) اى بان يكون البيع لازما.

و انما يتم الغرض باللزوم (ليأمن من نقض صاحبه عليه).

اذ ادلة اللزوم تمكن لكل طرف نقض البيع.

انتهى.

[معاني الأصل]

إشارة

اقول: المستفاد من كلمات جماعة: ان الاصل هنا قابل لارادة معان

الأول: الراجح،

احتمله فى جامع المقاصد مستندا فى تصحيحه الى الغلبة.

وفيه انه ان اراد غلبة الافراد، فغالبيها ينعقد جائزا، لاجل خيار المجلس، او الحيوان، او الشرط.

و الغرض دليل لمتى على كون البيع وضع لازما (انتهى) كلام العلامة

(اقول: المستفاد من كلمات جماعة: ان الاصل هنا قابل لارادة معان) بعضها صحيح و بعضها غير صحيح.

المعنى (الاول: الراجح) فقولهم الاصل: اللزوم، اى الراجح اللزوم (احتمله) اى هذا المعنى للاصل (فى جامع المقاصد) و هو تأليف المحقق الثانى فى حال كون المحقق (مستندا فى تصحيحه الى الغلبة) اى استدل لكون الراجح اللزوم بان الغالب فى البيع اللزوم.

(وفيه) ان لا نسلّم صحة الاصل بهذا المعنى، ل (انه ان اراد غلبة الافراد) اى غالب افراد البيع لازم (ف) فيه ان (غالبيها ينعقد جائزا) لا لازما (لاجل خيار المجلس، او الحيوان، او الشرط).

فان خيار المجلس فى كل بيع الا نادرا.

و خيار الحيوان فى كل بيع حيوان الا نادرا.

و خيار الشرط فى كل بيع شرط فيه، و هو كثير جدا.

فكيف يدعى ان غالب افراد البيع لازم.

و ان اراد غلبة الازمان.

فهى لا تنفع فى الافراد المشكوكة.

مع انه لا يناسب ما فى القواعد من قوله: و انما يخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار، او ظهور عيب.

(و ان اراد) بالغلبة (غلبة الازمان) فانه بعد انقضاء المجلس، و ثلاثة ايام فى الحيوان، و مدة الشرط فى خيار الشرط، يكون البيع لازما فزمان اللزوم اكثر من زمان الخيار.

(فهى) اى اصالة اللزوم (لا تنفع فى الافراد المشكوكة) من البيع، فى انها هل هى لازمة، او ليست بلازمة فعليه فلا فائدة للاصل المذكور.

فانهم انما ذكروه للاستناد إليه فى الافراد المشكوكة.

نعم ينفع الاصل بهذا المعنى «غلبة الازمان» فى الزمان المشكوك فيه، هل انه لازم فيه البيع، أم لا.

(مع انه) اى ما ذكره جامع المقاصد من كون المراد بالاصل الراجح (لا يناسب ما فى القواعد من قوله: و انما يخرج من الاصل لامرين ثبوت خيار، او ظهور عيب).

و انما لا- يناسب، لان ظاهر كلامه استثناء فردين من افراد البيع، و هما البيع الخيارى و البيع اذا كان فيه عيب فيعرف من المستثنى ان المستثنى منه الافراد لا- الا- زمان، لانه اذا اراد استثناء الزمان لقال: انما يخرج من الاصل زمانان، زمان الخيار و زمان العيب، و لم يقل «لامرين».

ص: 12

الثانى: القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك فى بعض الافراد، او بعض الاحوال.

و هذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الاصل.

الثالث: الاستصحاب،

و مرجعه الى اصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ

المعنى (الثانى) من المعانى المحتملة للاصل ان يراد بقولهم «الاصل للزوم» (القاعدة المستفادة من العمومات) مثل: احل الله البيع، و: الا ان تكون تجارة عن تراض (التى يجب الرجوع إليها عند الشك فى بعض الافراد، او بعض الاحوال).

فاذا شككنا هل ان هذا البيع لازم او جائز، رجعنا الى تلك العمومات لنستفيد منها ان هذا لازم.

وكذا اذا شككنا فى ان هذا البيع اللازم فى الجملة هل هو فى هذا الحال أيضا لازم او جائز، رجعنا الى العمومات لنستفيد منها ان البيع فى هذا الحال أيضا لازم، حيث ان مقتضى تلك العمومات للزوم.

(و هذا) المعنى للاصل (حسن) لانه تام (لكن لا يناسب ما ذكره فى التذكرة فى توجيه الاصل).

وذلك لان صاحب التذكرة فسر الاصل «بالاستصحاب» و «بالغرض» و هما غير ما فسرهما هذا «بالقاعدة». و لا يخفى: ان عدم تفسير التذكرة للاصل «بالقاعدة» لا يضر، اذ القاعدة فى نفسها صحيحة.

المعنى (الثالث) من معانى الاصل (الاستصحاب، و مرجعه الى اصالة عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ

احدهما، وهذا حسن.

الرابع: المعنى اللغوي

بمعنى ان وضع البيع وبنائه عرفا و شرعا على اللزوم، و صيرورة المالك الاول كالاجنبى.

وانما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لاحدهما، او لهما يسقط بالاسقاط وبغيره و ليس البيع كالهبة التى حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له اصلا وبالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط.

احدهما).

لكن هذا لا يثبت اصل اللزوم، و انما يثبت بقاء اللزوم، اذا شك فيه بعد ان علم لزوم العقد سابقا (و هذا حسن) أيضا، و ان كان هذا اصلا عمليا بينما كان المعنى الثانى اصلا اجتهاديا.

المعنى (الرابع المعنى اللغوي) فان اللغوي اذا قال: الاصل فى الشيء كذا، اراد ان وضعه على كذا (بمعنى ان وضع البيع وبنائه عرفا و شرعا على اللزوم، و صيرورة المالك الاول) للمثمن و للمثمن (كالاجنبى).

و انما جاء بالكاف لافادة انه ليس اجنبيا بحيث بل صار اجنبيا.

(و انما جعل الخيار فيه) اى فى البيع (حقا خارجيا) خارج عن حقيقة البيع (لاحدهما، او لهما، يسقط) حق الخيار (بالاسقاط) اذا اسقطاه (وبغيره) كاتقضاء المجلس فى خيار المجلس، و انقضاء الثلاثة فى خيار الحيوان (و ليس البيع كالهبة التى حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له اصلا وبالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط).

ص: 14

و من هنا ظهر ان ثبوت خيار المجلس فى اول ازمنا انعقاد البيع لا ىنافى كونه فى حد ذاته مبنا على اللزوم، لان الخيار حق خارجى قابل للانفكاك.

نعم لو كان فى اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع، بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا قابلا للسقوط، كان منافيا لبنائه على اللزوم.

و من هذا عرف كيف الخيار فى البيع حق، وفى الهبة حكم.

وانه كيف فى الهبة داخل فى حقيقتها، وفى البيع خارج عن حقيقته.

(و من هنا) حيث تبين ان الخيار ليس داخل فى حقيقة البيع (ظهر ان ثبوت خيار المجلس فى اول ازمنا انعقاد البيع لا ىنافى كونه) اى البيع (فى حد ذاته مبنا على اللزوم).

و انما ظهر (لان الخيار) فى البيع (حق خارجى قابل للانفكاك) فهو عرضى لا ذاتى، بخلاف الهبة فان خيارها داخل فى ذاتها، ولذا لا يكون قابلا للانفكاك.

(نعم لو كان) البيع (فى اول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع، بحيث يكون) جواز الرجوع (حكما فيه) اى فى البيع (لاحقا) بذاته (مجعولا) شرعا (قابلا للسقوط) بانقضاء المجلس (كان) جواز الرجوع (منافيا لبنائه على اللزوم).

لان البناء على اللزوم لا يجتمع مع حكم الشارع بجواز الرجوع.

و الحاصل: ان جواز الرجوع خارج عن حقيقة البيع، لاحق له بقاسر

فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم: ان الأصل في الجسم الاستدارة فانه لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى

و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية حيث انكر هذا الأصل لاجل خيار المجلس الا ان يريد ان الأصل بعد ثبوت خيار المجلس

بخلاف الهبة فان جواز الرجوع فيها داخل فى حقيقة الهبة، ولذا كان الأصل فى البيع اللزوم و الأصل فى الهبة الجواز.

(فالأصل) اى اصل اللزوم (هنا) فى البيع (كما قيل) فى تنظيره (نظير قولهم: ان الأصل فى الجسم الاستدارة).

ووجه هذا الأصل لان احد الاطراف المحيطة بالجسم ليس اولى بامتداد الجسم فيه من الاطراف الاخر، فاذا تساوت الجوانب كان امتداد الجسم فى كل الجوانب على حد سواء، و مثل هذا الجسم لا يكون الا مستديرا (فانه) اى هذا الأصل (لا ينافى كون اكثر الاجسام على غير الاستدارة لاجل القاسر الخارجى) مثل ضغط الهواء، او جاذبية الارض او تمديد اشعة الشمس لما يقبل الصعود، او غير ذلك.

(و مما ذكرنا) من ان المراد بالأصل البيع بنفسه لا بملاحظة القاسر الخارجى (ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية) للسيد الصدر (حيث انكر هذا الأصل) اصالة لزوم البيع (لاجل خيار المجلس) فانه ظهران خيار المجلس من باب القاسر الخارجى، لا انه داخل فى حقيقة البيع (الا ان يريد) الوافية (ان الأصل) اى الاستصحاب (بعد ثبوت خيار المجلس

بقاء عدم اللزوم، و سيأتي ما فيه.

بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل الا بامر ين ثبوت خيار، او ظهور عيب، فان ظاهره ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع انه من اسباب الخيار، و توجيهه بعطف الخاص على العام- كما فى جامع المقاصد- غير ظاهر

بقاء عدم اللزوم) فكلامه يكون خارجا عن مبحثنا (و سيأتي ما فيه) اى فى الاستصحاب الذي ادعاه.

(بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة انه لا يخرج من هذا الاصل) اى اصالة اللزوم (الا بامر ين ثبوت خيار، او ظهور عيب) فان لفظة «خيار» و ان كانت نكرة مفردة، الا ان اطلاقه يشمل اى خيار كان، فلا يقال انه ليس عموم حتى يشمل كل الخيارات (فان ظاهره) بمقتضى العطف (ان ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار مع انه) اى ظهور العيب- لا العيب نفسه- كما يأتى تحقيقه فى خيار العيب (من اسباب الخيار).

(و) ان قلت: لا بأس بذلك لانه من عطف الخاص على العام و هو كثير فى كلماتهم.

قلت: (توجيهه بعطف الخاص على العام- كما فى جامع المقاصد- غير ظاهر) لانه لو، قال «اسباب الخيار و ظهور العيب» لكان من عطف الخاص على العام، فان ظهور العيب سبب من اسباب الخيار.

ص: 17

اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار، بل عطف على نفسه، و هو مباين له، لا اعم.

نعم قد يساعد عليه ما فى التذكرة.

(اذ لم يعطف العيب على اسباب الخيار، بل عطف على نفسه) اى نفس الخيار (و هو) اى ظهور العيب (مباين له) اى للخيار (لا اعم) منه فلم يكن من عطف الخاص على العام.

فان الخيار اسم مصدر من الاختيار، كما تقدم و ظهور العيب سبب هذا الخيار، لا انه من اقسامه.

فالعطف من قبيل ان يقول «الاحتراق و النار» حيث ان النار سبب الاحتراق، لا انه من افراده.

(نعم قد يساعد عليه) اى على ما ذكره جامع المقاصد «من انه عطف الخاص على العام».

و لا يخفى: ان فى عبارة المصنف احتمالات اظهرها ما نذكره (ما فى التذكرة) فان التذكرة حيث لم يرد عطف الخاص على العام، اضاف قيد «من غير نقص الخ» فصار هكذا «المنخرج عن اصل اللزوم خيار من غير نقص و خيار من نقص».

و لكن لا بد من تقدير شيء اذا اردنا ان يكون عطف الخاص على العام مثل لفظ «السبب» فى المعطوف عليه، فتكون عبارة القواعد هكذا «لا يخرج من هذا الاصل الا بامرین، ثبوت سبب خيار، او ظهور عيب».

و الحاصل: ان المصنف لم يجب عن الاشكال الذي اورده على جامع

من قوله: و انما يخرج عن الاصل بامرین.

احدهما ثبوت الخيار لهما، او لاحدهما من غير نقص في احد العوضین بل للتروی خاصة.

و الثاني ظهور عيب في احد العوضین، انتهى.

و حاصل التوجيه على هذا

المقاصد، و انما ايد صحة نظر جامع المقاصد بكلام التذكرة، حيث ان في كلام التذكرة لا عطف للخاص على العام قطعاً، و لمكان زيادة قيد «من غير نقص» بهذه القرينة يمكن تصحيح كلام المحقق الثاني ان عبارة القواعد من عطف الخاص على العام، و لو كان ذلك العطف بمعونة تقدير شيء «السبب» كما عرفت.

و كيف كان فيوجه كلام المحقق بما في التذكرة (من قوله: و انما يخرج عن الاصل) اصالة اللزوم (بامرین).

(احدهما ثبوت الخيار لهما، او لاحدهما من غير نقص في احد العوضین) يكون جعل الخيار شرعاً كخيار المجلس، او بجعلهما كخيار الشرط (بل للتروی) في المعاملة (خاصة) حتى اذا بدا له رأى في ابطال المعاملة تمكن من ابطالها.

(و الثاني ظهور عيب في احد العوضین) فالخيار لاجل النقص (انتهى) كلام التذكرة.

(و حاصل التوجيه) لكلام جامع المقاصد في قوله انه من عطف الخاص على العام (على هذا) الذي ذكرناه من ان قول التذكرة يساعد توجيه

ان الخروج عن اللزوم لا يكون الا بتزلزل العقد لاجل الخيار.

و المراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتا باصل الشرع، او بجعل المتعاقدين، لا لاقتضاء نقص فى احد العوضين.

و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص احد العوضين.

جامع المقاصد لكلام القواعد (ان الخروج عن) اصالة (اللزوم) فى العقد (لا يكون الا بتزلزل العقد) تزلزلا (لاجل الخيار).

(و المراد) اى مراد القواعد (بالخيار فى المعطوف عليه) و هو قوله:

ثبوت خيار، او ظهور عيب (ما كان ثابتا باصل الشرع) كخيار المجلس و الحيوان (او بجعل المتعاقدين) كخيار الشرط (لا) ان الخيار (لاقتضاء نقص فى احد العوضين).

وقد عرفت انه لا بد من تقدير محذوف أيضا حتى يستقيم عطف «ظهور» على «خيار».

(و المراد (بظهور العيب) فى المعطوف (ما كان الخيار لنقص احد العوضين).

فحيث جاء فى التذكرة بعبارة توجب تقابل الخيار للعيب، كان و لا بدّ و ان تكون عبارة القواعد بحيث يكون «العيب» من افراد «الخيار» لانه لم يأت فى عبارة القواعد تقيد «من غير نقص» فى المعطوف عليه، هذا حاصل ما يقال فى توجيه كلام جامع المقاصد.

لكنه مع عدم تمامه تكلف فى عبارة القواعد مع انه فى التذكرة ذكر فى الامر الاول الذى هو الخيار فصولا سبعة، بعدد اسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيرا.

و مقتضى التوجيه ان يتكلم فى الامر الاول فيما عدا خيار العيب.

(لكنه مع عدم تمامه) لانك عرفت لزوم تقدير شيء فى المعطوف عليه و الا لم يستقم عطف الخاص على العام (تكلف فى عبارة القواعد).

اذ توجيه كلام القواعد بما ذكرناه يوجب تقدير بعض الاشياء فيها مثل «ثبوت خيار من غير نقص».

و هنا اشكال ثالث فى التوجيه المذكور، و هو انه اذا اراد التذكرة جعل العيب مقابلا للخيار كما ذكر فى التوجيه فلما ذا جمع كل الخيارات التى منها العيب فى الامر الاول؟

و الى هذا الاشكال اشار بقوله: (مع انه فى التذكرة ذكر فى الامر الاول الذى هو الخيار فصولا سبعة، بعدد اسباب الخيار) كالمجلس و الحيوان و الشرط و غيرها (و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيرا).

(و) الحال ان (مقتضى التوجيه) الذى ذكر بان العيب فى قبال الخيار (ان يتكلم فى الامر الاول فيما عدا خيار العيب).

فتحصل ان فى التوجيه ثلاث اشكالات.

الاول: ان كلتا عبارة التذكرة و القواعد بحاجة الى تقدير لفظ «السبب».

و يمكن توجيه ذلك بان العيب، سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار فان نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب- وان لم يثبت خيار الفسخ-

الثانى: ان عبارة القواعد بحاجة الى تقدير «من غير نقص فى احد العوضين».

الثالث: ان مقتضى التوجيه عدم ذكر «العيب» فى عبارة التذكرة فى الامر الاول، مع ان العلامة ذكر «العيب» فى عبارة التذكرة فى الامر الاول، هذا تمام الكلام فى توجيه كلام جامع المقاصد لكلام القواعد مع رد التوجيه المذكور.

(ويمكن توجيه ذلك) اى توجيه ظاهر العطف فى كلام القواعد.

و حاصل التوجيه (بان) القواعد انما عطف «العيب» على «الخيار» للفرق بينهما، فان الخيار يزول كل العقد؛ فان شاء اخذ كله، وان شاء ترك كله و العيب يزول كل العقد و يزول جزئه فان شاء اخذ بكل المعيب فى قبال كل الثمن، و ان شاء ترك كل المعيب اى فسخ، و ان شاء اخذ بجزء الثمن اى الارش.

و هذا الاختيار الثلاثى انما هو فيما اذا لم يسقط حق فسخه، و اما اذا سقط حق فسخه بقى له خيار ثان و هو ان يأخذ جزء الثمن اى الارش او يترك كله.

ف (العيب، سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار) اذ يتزلزل العقد و ان لم يكن خيار، كما بيناه فى قولنا: و اما اذا سقط حق فسخه الخ (فان نفس ثبوت الارش بمقتضى العيب- وان لم يثبت خيار الفسخ-

موجب لاسترداد جزء من الثمن.

فالعقد بالنسبة الى جزء من الثمن متزلزل قابل لا بقاءه فى ملك البائع، و اخراجه عنه، و يكفى فى تزلزل العقد ملك اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه.

و ان شئت قلت: ان مرجع ذلك الى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع.

و نقض مقتضاه

موجب لاسترداد جزء من الثمن) اى الارش:

(فالعقد بالنسبة الى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه فى ملك البائع) بان يعرض عنه المشتري (و) قابل ل (اخرجه عنه) بان يأخذ المشتري الارش (و يكفى فى تزلزل العقد ملك) المشتري- اى قدرته- ل (اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه) «عن» متعلق ب «اخراج».

و انما قال «فالعقد» لبيان ان كلا «الخيار» «و العيب» داخلان فى عنوان قول القواعد «لا يخرج من هذا الاصل». اى اصل اللزوم.

و الحاصل ان تزلزل كل العقد فى «الخيار» و تزلزل جزئه فى «العيب» كليهما خارج عن اصل اللزوم.

(و ان شئت قلت: ان مرجع ذلك) اى خيار العيب فى صورة لم يملك المشتري الفسخ (الى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع) لا ملك فسخ كل العقد.

(و) ذلك لان للمشتري (نقض مقتضاه) اى مقتضى المجموع من حيث

ص: 23

من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر، لكنه مبنى على كون الارش جزءا حقيقيا من الثمن، كما عن بعض العامة، ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

وقد صرح العلامة في كتبه بانه لا يعتبر في الارش كونه جزءا من الثمن بل له ابداله لان الارش غرامة

المجموع.

وفسّر المقتضى بقوله: (من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر) فالعقد اقتضى ان كل الثمن صار مقابل كل المثل، و خيار العيب فيما لم يكن خيار الفسخ- يعطى المشتري الحق في ان يرفع المجموع من حيث المجموع باسترداد بعض الثمن ليكون كل المثل في قبالة بعض الثمن (لكنه) اي هذا التوجيه (مبنى على كون الارش جزءا حقيقيا من الثمن) حتى يكون خيار العيب اختيار الفسخ في بعض المعاملة و ان لم يكن له خيار فسخ الكل (كما عن بعض العامة) حيث قالوا ان الارش جزء من الثمن (ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه) اي بالنسبة الى هذا الجزء المردود- المسمى بالارش - (عند استرداده) اي استرداد هذا الجزء عند اخذ المشتري بخيار العيب.

(و) لكن هذا المبنى «كون الارش جزءا» غير تام.

وذلك لانه (قد صرح العلامة في كتبه بانه لا يعتبر في الارش) الذي يأخذه المشتري (كونه جزءا من الثمن) بعينه (بل له) اي للبائع (ابداله) فيعطى البائع مقدار النقص من غير الثمن (لان الارش غرامة) لا انه

ص: 24

و حينئذ فثبوت الارش لا يوجب تزلزلا فى العقد.

ثم ان الاصل بالمعنى الرابع انما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع، لان الخيار حق خارجى يحتاج ثبوته الى الدليل.

بعض الثمن.

(و حينئذ) اى حين كان الارش غرامة (فثبوت الارش لا يوجب تزلزلا فى العقد).

اقول: لكن الظاهر عرفا المنزل عليه اطلاقات الشارع ان الارش جزء فان الصحيح كان يسوى مائة و المعيب تسعين، و حيث ان المشتري اعطى مائة كان له ان يسترد عشرة، اما ان للبايع ابداله فلانه لا يهيم العرف المقرر للعقود عين المال، و لذا لا يعدون من الخيانة تبديل الامانة النقدية الى غيرها، كما هو الشائع عند الصرافين و نحوهم، و انما الخيانة ان لا يرد كل الامانة او بعضها، و كذا فى سائر موارد تبديل النقد كما اذا اعطاه مائة ليوصلها خمسا فانه ان اعطى مائة فقد عمل بما امر، و ان لم تكن ما اعطاها عين المائة التى اخذها، و الشارع انما امضى ما هو المتعارف عند العرف.

(ثم ان الاصل بالمعنى الرابع) المتقدم (انما ينفع) فى خصوص البيع لا فى سائر العقود.

ف (مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع) يرجع الى اصالة اللزوم (لان الخيار) المجمعول فى البيع (حق خارجى) ليس داخلا فى ماهية البيع (يحتاج ثبوته الى الدليل).

ص: 25

اما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز، فلا يقتضى ذلك الاصل لزومه، لان مرجع الشك حينئذ الى الشك فى الحكم الشرعى.
و اما الاصل بالمعنى الاول، فقد عرفت عدم تماميته.

و اما بمعنى الاستصحاب، فيجرى فى البيع وغيره اذا شك فى لزومه و جوازه

[أدلة أصالة اللزوم]

و اما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع وغيره.

فاذا شك فى وجود الخيار تمسك بالاصل لاثبات عدمه.

(اما لو شك فى عقد آخر) كالأجارة مثلا شكا (من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الاصل) بالمعنى الرابع (لزومه).

وانما لا يقتضى الاصل لزومه (لان مرجع الشك حينئذ) اى حين لا اصل لزوم فى تلك المعاملة (الى الشك فى الحكم الشرعى) و انه هل جعل الشارع هذه المعاملة لازمة، أم لا؟

نعم يمكن ان يقال: ان كل معاملة كان بناء العرف على لزومها، يمكن اجراء اصل اللزوم فيها بضميمة ان الشارع أمضاه حيث سكت عنها ولم يردعها كما هو مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيره.

(و اما الاصل بالمعنى الاول) اى الراجح (فقد عرفت عدم تماميته) فلا كلام فى انه يشمل كل العقود او خصوص عقد البيع.

(و اما) الاصل (بمعنى الاستصحاب، فيجرى فى البيع وغيره اذا شك فى لزومه و جوازه) فاذا كانت المعاملة لازمة، ثم شك فى انقلابها جائزة، كان مقتضى الاستصحاب بقائها على اللزوم.

(و اما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع وغيره).

لان اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع.

وقد اشرنا فى مسألة المعاطات إليها و نذكرها هنا تسهيلا على الطالب.

فمنها: قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، دل على وجوب الوفاء بكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد، كما فسر به فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن ابراهيم.

وذلك (لان اكثر العمومات الدالة على هذا المطلب) اى اللزوم (يعم غير البيع) كما يعم نفس البيع أيضا.

(وقد اشرنا فى مسألة المعاطات إليها) اى الى تلك العمومات (و نذكرها) اى تلك العمومات (هنا تسهيلا على الطالب) مع اضافة فوائد.

(فمنها) اى من تلك العمومات الدالة على اللزوم الشاملة لكل المعاملات (قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**) فانه (دل على وجوب الوفاء بكل عقد) لان «العقود» جمع محلى باللام، وقد ثبت انه يفيد العموم

(و المراد بالعقد مطلق العهد) سواء كان بين الخالق و المخلوق و لذا قال سبحانه: **فَأَسْتَبْشِرُوا بَبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ**، وقال: **مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ**، او كان بين المخلوق و المخلوق مثل المعاملات، و هذا العموم يقتضي لزوم كل عهد الا ما خرج، مثل العقود الجائزة و الاحكام المستحبة (كما فسر) العقد (به) اى بالعهد (فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن ابراهيم).

لكن لا يخفى ان العهد فى معناه العرفى اعم من وجه من العقد، فاذا عاهد الله ان يفعل كذا لا يسمى عقدا، و اذا عقد قلبه على محبة فلان

او ما يسمى عقدا لغة و عرفا.

و المراد بوجود الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه بحسب الدلالة اللفظية نظير الوفاء بالندر.

فاذا دل العقد مثلا على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما

لا يسمى عهدا، و اذا تعاقدنا على عدم اعتداء احدهما على الآخر سمي عقدا و عهدا.

و لعل المصنف انما فسر بالعهد لاجرا م مثل عقد القلب (او ما يسمى عقدا لغة و عرفا) و هذا اصح من الاول.

و لا يستشكل بانه يستلزم الدور لانه اخذ نفس الشيء فى تعريف نفسه لانه يرد بان العقد لغة و عرفا معناه واضح، فتفسر الآية الكريمة حيث لا- يعلم ان المراد بالعقد فى الآية معنى شرعى غير معناه لغة و عرفا، او المراد به معناه لغة و عرفا هذا كله بالنسبة الى الموضوع اى «العقد».

(و) اما بالنسبة الى الحكم، اى «اوفوا» ف (المراد بوجود الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه) من دون نظر الى قرائن خارجية تصرف اللفظ عن ظاهره (بحسب الدلالة اللفظية) «الجار» متعلق ب «اقتضاه» «فاوفوا بالعقد» (نظير الوفاء بالندر).

فكما ان معنى «الوفاء» بالندر العمل بمقتضى النذر كذلك فى المقام.

(فاذا دل العقد مثلا) فى عقد البيع (على تملك العاقد ماله من غيره) «من» للبيان، فلا يقال: ان «التمليك الى الغير» لا «من الغير» (وجب العمل بما

ص: 28

يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له.

فاخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العقد فهو حرام.

فاذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه كان هذا لازما مساويا للزوم العقد، وعدم انفساخه

يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له) اى مالكية الغير للمال.

(ف) مثلا: ان (اخذه) اى المال (من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك) بغير رضاه (نقض لمقتضى ذلك العقد).

نعم اذا كان برضاه و لم يكن مما حرمه الشارع لم يكن نقضا.

وقيد «و لم يكن مما حرمه الشارع» لاجل انه اذا كان برضاه، لكن كان مما حرمه الشارع لم يجز، فانه و ان لم يكن خلاف مقتضى العقد الا انه حرام خارجا، كما اذا رضى بوطي امته و الحال ان المولى المشتري وطئها، و لم تنقض عدتها، الى غير ذلك من الامثلة.

و كيف كان (ف) الاخذ و التصرف بغير رضاه (هو حرام، فاذا حرم ب) سبب (اطلاق الآية) حيث اطلقت التحريم ل (جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و منها) اى من تلك الافراد المندرجة تحت «الجميع» (التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه) اى الطرف الثانى للعقد (كان هذا) التحريم (لازما مساويا للزوم العقد، و) ل (عدم انفساخه

بمجرد فسخ احدهما فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما بغير رضا الآخر.

و هو معنى اللزوم، بل قد حقق في الاصول ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي.

و مما ذكرنا

بمجرد فسخ احدهما «فاوفوا» و هو حكم تكليفي مساو «لفساد الفسخ» و هو حكم وضعي (فيستدل بالحكم التكليفي) اوفوا (على الحكم الوضعي اعني فساد الفسخ من احدهما) البائع او المشتري (بغير رضا الآخر).

(و) هذا اى فساد الفسخ (هو معنى اللزوم) اذ لا تقصد باللزوم الا ان العقد لا يفسخ (بل قد حقق في الاصول) كما ذكره المصنف في الرسائل (ان لا معنى للحكم الوضعي الا ما انتزع من الحكم التكليفي).

فاذا جاز الوطي ووجبت النفقة مثلا كان نكاحا دائما.

و اذا جاز بدون وجوب النفقة كان متعة.

و اذا جاز التصرف في انسان بمختلف انواع التصرف كان رقا.

و اذا حرمت الصلاة فيه و حرم استعماله في الاكل و الشرب كان نجاسة الى غير ذلك.

و هذا المعنى - و هو ان لا يكون حكمان وضعي و تكليفي، بل الاول منتزع من الثاني - هو الذي يقتضيه الاعتبار، و ان كان المصنف ره بنفسه لم يلتزم بذلك، كما يظهر من بعض ما ذكره في الفقه.

(و مما ذكرنا) من معنى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و انه مستلزم للحكم الوضعي

ص: 30

ظهر ضعف ما قيل من ان معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

توضيح الضعف ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع.

بلزوم العقد (ظهر ضعف ما قيل) و القائل المختلف، و الميرزا القمى فى اجوبة مسائله (من) انه لا دلالة فى الآية على اللزوم، ل (ان معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه) العقد (من لزوم و جواز) لان العقد لازم كالبيع و جائز كالهبة.

فاذا قال «اوف به» كان معناه التزم بما اقتضاه العقد، فلا دلالة ل «اوفوا» على ان العقد لازم (فلا يتم الاستدلال به) اى بأوفوا (على اللزوم) بل اللازم معرفة ان العقد لازم او جائز من الخارج.

(توضيح الضعف ان) العقد معناه التبادل و ان المثل من دخل فى حوزة المشتري، و ان الثمن دخل فى حوزة البائع- فى البيع مثلا- و الآية تقول: اوف بهذا المعنى.

و (اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع).

اذ بعد انتقال كل طرف من المثلن و الثمن قد يكون جائز الفسخ، و قد لا يكون جائز الفسخ.

و اذا كان معنى العقد «التبادل» فقط و قال «اوفوا» التزم به كان ذلك مساويا للزوم العقد.

نعم هذا المعنى اعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد فى نفسه يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم.

واضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف باصل الدلالة

(نعم هذا المعنى اعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد فى نفسه) «فى نفسه» فى مقابل «ما يلحقه» من جواز و لزوم بحكم الشارع (يصير بدلالة الآية)- اوفوا- (حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم) كما تقدم بيانه.

فالعلامة يقول ان معنى الآية «العقد كيف كان- من جواز و لزوم- اوف به» فلا دلالة فى الآية على اللزوم.

و المصنف يرده بان معنى الآية «العقد اوف به» و ليس فى الآية «كيف كان».

اذ «الجواز و اللزوم» لاحقان بالعقد لا انهما داخلان فى حقيقته.

و حيث انهما لاحقان «فاوف» يدل على ان «اللزوم» لاحق بالعقد

(واضعف من ذلك) ما قد يقال: من ان المستفاد من الآية «اللزوم» لكن بتقريب ان «اوفوا» معناه حكم وضعى و حكم تكليفى، و حكمه الوضعى هو اللزوم.

فان (ما) ذكر (نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم).

وجه الدلالة ما ذكرناه من دلالة الآية على الحكم التكليفى، و يتبعه الحكم الوضعى (مع الاعتراف) اى مع اعتراف هذا القائل غير المتفطن (باصل الدلالة) للآية على اللزوم.

وهو ان المفهوم من الآية عرفا حكمان، تكليفي و وضعي.

وقد عرفت ان ليس المستفاد منها الا حكم واحد تكليفي يستلزم حكما وضعيا.

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» على اللزوم فان حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتب عليه

و انما اعترف (لمتابعة المشهور) القائلين بدلالة الآية على اللزوم.

(وهو) اي ما ذكره اشتباها (ان المفهوم من الآية عرفا حكمان، تكليفي و وضعي).

(و) وجه ضعف هذا الكلام ما (قد عرفت) من (ان ليس المستفاد منها) اي من الآية (الا حكم واحد تكليفي يستلزم حكما وضعيا).

اللهم الا ان يكون القائل اراد بدلالة الآية نتيجة الدلالة لا دلالتها على الحكمين في عرض واحد.

(و من ذلك) اي من وجه الاستدلال بآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على لزوم العقد مطلقا (يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» على اللزوم).

فان حلية البيع معناها حلية جميع التصرفات حتى بعد فسخ احدهما و ذلك مستلزم لكونه لازما (فان حلية البيع التي لا يراد منها الا حلية جميع التصرفات المترتب عليه) اي على البيع، كالتصرف فيه باللبس و السكنى و

- التي منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضاء الآخر - مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ، و كونه لغوا غير مؤثر.

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض.

الهيئة و الاجارة و الاكل و غيرها فى طول الزمان (- التي منها ما يقع بعد فسخ احد المتبايعين بغير رضا الآخر-).

لان للحلية عمومين، عموم بالنسبة الى انحاء التصرف، و عموم بالنسبة الى الازمنة التالية لعقد البيع.

وقوله (مستلزمة) خبر ل «فان حلية البيع» (لعدم تأثير ذلك الفسخ) الواقع من احدهما (و كونه) اى الفسخ (لغوا غير مؤثر).

وقوله «التي لا يراد منها» هو فى قبال احتمال ان يراد ان «عقد البيع حلال» مقابل ان «عقد الربا حرام» فلا دلالة فيه على حلية التصرف بانحاء التصرف، و فى كل زمان بعد العقد لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر.

(و منه) اى من الاستدلال بآية حلية البيع (يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية اكل المال بالتجارة عن تراض) قال: لَا تَأْكُلُوا
أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ.

اقول: بل يمكن الاستدلال بالمستثنى منه أيضا، فان اكل المال بعد الفسخ من احدهما بدون رضى الآخر، اكل للمال بالباطل.

و ذلك يستلزم لزوم العقد بالتقريب المتقدم و سيأتى بيانه.

فانه يدل على: ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق، حتى بعد فسخ احدهما من دون رضا الآخر.

فدلالة الآيات الثلاث على اصالة اللزوم على نهج واحد.

لكن يمكن ان يقال:

(فانه يدل على: ان التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق، حتى بعد فسخ احدهما من دون رضا الآخر) فاذا حلّ التصرف بقول مطلق كان معناه عدم تأثير الفسخ وذلك مستلزم للزوم التجارة- على التقريب المتقدم-.

(فدلالة الآيات الثلاث) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (على اصالة اللزوم على نهج واحد) كما عرفت.

(لكن يمكن ان يقال) باختلاف الدلالة بين الآية الاولى، وبين الآيتين الاخيرتين، فان «الوفاء» في الآية الاولى معناه الابقاء وعدم النقص، فالآية بنفسها تدل على بقاء العقد في كل الازمان المتأخرة عن العقد، وذلك بخلاف الآيتين الاخيرتين.

فانه بعد الفسخ يشك في حلية التصرف، و اذا شك في حليته لم يمكن التمسك ب «احل الله» لفرض انه شك في الحلية، فهو من قبيل الشك في «ان زيدا عالم، أم لا» فانه مع هذا الشك لا يمكن التمسك ب «اكرم العلماء» في وجوب اكرامه.

وعليه «فأية الحل» لا اطلاق فيها، بحيث يشمل ما بعد الفسخ- اذا شك في ان الفسخ مؤثر أم لا- بل نحتاج لا تمام دلالة الآية الى الاستصحاب

انه اذا كان المفروض الشك فى تأثير الفسخ فى رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الاخيرتين، لم يمكن التمسك فى رفعه الا بالاستصحاب و لا ينفع الاطلاق.

و منها قوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**، دل على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا.

فنقول ان الآية دالة على حلية التصرفات قبل الفسخ، و اذا وقع الفسخ نشك فى انه بقى الحل، أم لا، فنستصحب بقاء الحل.

ف (انه اذا كان المفروض الشك فى تأثير الفسخ فى رفع الآثار الثابتة) تلك الآثار (ب) سبب (اطلاق الآيتين الاخيرتين) **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**، و **تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** (لم يمكن التمسك فى رفعه) اى فى رفع الشك (الا بالاستصحاب) لبقاء الآثار (و لا ينفع الاطلاق) لان الاطلاق مشكوك فيه، فتأمل.

(و منها: قوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**) فانه (دل على حرمة الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا).

فان الالفاظ العرفية تحمل كلام الشارع على معانيها العرفية، الا اذا كان للشارع زيادة او نقيصة، فاذا قال الشارع «البيع» كان لا بد و ان يريد به معناه العرفى، بمقتضى «**مَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا يَلْسَانِ قَوْمِهِ**» و بمقتضى (نحن معاشر الأنبياء امرنا ان نكلم الناس على قدر عقولهم) و لاصالة عدم النقل.

نعم اذا رأينا ان الشارع قال: ان الربا ليس ببيع، او قال ان

و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فان اكل المازة من ثمرة الاشجار التي تمرّ بها باطل، لو لا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه.

و كذلك الاخذ بالشفعة و الخيار، فان رخصة الشارع فى الاخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة

«العقد الفلانى بيع» و الحال ان العرف يراه غير بيع، لا بد و ان نطيع ما اصلحه الشارع من زيادة او تقيصة.

(و) لذا كان (موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل) و ان رآه العرف باطلا (فان اكل المازة من ثمرة الاشجار التي تمرّ بها) مما يسمى بحق المازة (باطل) عرفا (لو لا اذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه) فان مولى الموالى قد اذن فيه.

(و كذلك الاخذ بالشفعة و الخيار) الخيار الذي لا يراه العرف مثل خيار المجلس و خيار الحيوان.

و اما الخيار الذي يراه العرف كالشرط و العيب فقد تطابق العرف و الشرع على انه ليس بباطل (فان رخصة الشارع فى الاخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة) قرره الشارع فهو ليس بباطل و ان رآه العرف باطلا.

هذا كله فى ما هو باطل عرفا ليس بباطل شرعا، و عكسه كذلك اى ما ليس بباطل عرفا لكنه باطل شرعا مثل بيع الخمر و الخنزير و لعب القمار و الربا فان الشارع حكم ببطلان هذه العقود و بهذا الحكم الحق بالباطل ما لا يراه العرف باطلا.

و ما نحن فيه من هذا القبيل، فان اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه باطل عرفا.

نعم لو دل الشارع على جوازه كما فى العقود الجائزة بالذات او بالعارض، كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين.

و فى كلا الموضوعين «ما ابطله الشارع و ما حكم بانه ليس باطلا» يلزم اتباع الشارع و ترك المعنى العرفى.

اما فيما سواهما فالمتبع التحديد العرفى لانه المخاطب.

(و ما نحن فيه) و هو فسخ احد المتعاقدين من دون رضى الآخر (من هذا القبيل) اى مما يراه العرف باطلا و لم يحكم الشارع بصحته (فان اخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه) و من دون رضاه (باطل عرفا) و لو كان ذلك المال قبل العقد للفاسخ، لان العقد قطع هذه العلقه قطعاً غير قابل للفسخ من طرف واحد.

(نعم لو دل الشارع على جوازه) اى جواز اخذ مال الغير (كما فى العقود الجائزة بالذات) كالهبة و ان رآها العرف عقدا لازما (او بالعارض) كما فى البيع بالنسبة الى خيارى المجلس و الحيوان و ان رآها العرف عقدا لازما (كشف ذلك) اى كشف دلالة الشارع على جوازه (عن حق للفاسخ متعلق بالعين) يقتضى ذلك الحق امكان استرداده ضمن الشروط المقررة شرعا، مثل ما اذا لم يتصرف الموهوب له فى الهبة و مثل ما اذا كان التصرف فى الثلاثة فى خيار الحيوان.

و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه.

و منها قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم

(و مما ذكرنا) فى دلالة آية «لا تأكلوا» على اللزوم (يظهر وجه الاستدلال) للزوم العقد (بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه) فانه بعد الفسخ من جانب واحد لا طيب لنفس الجانب الآخر- الذي هو صاحب المال- فلا يحل ماله للفاسخ والشارع لم يبين انه حلال فى المقام- باب العقود- فلا بد من اتباع العرف فى القول بعدم الحلية، فيدل هذا الحديث أيضا على اصالة اللزوم.

ثم ان لفظ «مسلم» فى الحديث من جهة ان المسلم هو الآخذ بكلام الرسول صلى الله عليه وآله وسلم المتبع لتعاليمه، و الا فلا يحل مال اى انسان- غير مهذور المال- الا بطيب نفسه، كما دلت عليه الادلة الثلاثة، فهو مثل اصل حمل فعل المسلم على الصحيح، مع ان الاصل حمل فعل كل احد على الصحيح الا ما خرج بالدليل.

(و منها قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم) و كلمة «انفسهم» بعد «اموالهم» فى بعض الكتب الفقهية- فى بيان القاعدة- من باب الاصطيد، لا انه مذكور فى النص.

فقد استفيد من قوله تعالى «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» وجود الولاية للانسان على نفسه.

فان مقتضى السلطنة التي امضاها الشارع ان لا يجوز اخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه.

ولذا استدل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بان فائدة الملك التسلط، و نحوه العلامة في بعض كتبه.

و الحاصل ان جواز العقد الراجع الى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره، و اخذه منه بغير رضاه

و كذلك من ادلة اخر، مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم «الست اولى بكم من انفسكم» و مثل: اصالة حلّ كل تصرف الا ما خرج بالدليل، الى غير ذلك.

و كيف كان (فان مقتضى السلطنة التي امضاها الشارع ان لا يجوز اخذه) اى اخذ ماله (من يده، و تملكه) رغما (عليه من دون رضاه) و ان كان المال قبل جريان العقد للفاسخ.

(ولذا) الذي ذكرنا من دلالة هذا الحديث على اصالة اللزوم (استدل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما اقرضه بان) المال بعد ان اقرض صار ملكا للمقرض، و (فائدة الملك التسلط) المانع عن استرجاعه (و نحوه) استدل (العلامة في بعض كتبه) و كان اخذه من المحقق.

(و الحاصل ان جواز العقد) و عدم لزومه (الراجع) صفة «جواز» فان مرجع جواز العقد (الى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره) لسبب العقد السابق على الفسخ (و اخذه منه بغير رضاه) عطف

مناف لهذا العموم.

و منها قوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم.

وقد استدل به على اللزوم غير واحد، منهم المحقق الاردبيلى قدّس سرّه بناء على ان الشرط مطلق الالزام و الالتزام و لو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر، فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده، و يحرم

على «تملك» (مناف لهذا العموم) اى عموم الناس مسلطون على اموالهم فان المال بعد الانتقال صار ملكا للمنتقل إليه، فلا حق للمنتقل عليه فى ارجاع المال الى نفسه، و هذا هو معنى اللزوم.

(و منها قوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم) كأنّ الشرط مكان، و المؤمن ساكن هناك.

و حيث ان الشرط امر معنوى، فاللازم ان يراد ب «عند» الوفاء بالشرط، و انه امر ايجابى تكليفا و وضعاً.

(وقد استدل به على اللزوم) اى لزوم العقد (غير واحد، منهم المحقق الاردبيلى قدّس سرّه).

لكن للاستدلال بهذا الحديث للزوم العقد (بناء على ان الشرط مطلق الالزام) من جانب المشتراط (و الالتزام) من جانب المشروط عليه (و لو ابتداءً).

فكل عقد شرط (من غير ربط) فى تحقق مسمى «الشرط» (بعقد آخر) بان يكون الشرط عبارة عن الالزام، و الالتزام فى ضمن عقد و نحوه (فان العقد على هذا) البناء (شرط فيجب الوقوف عنده، و يحرم

فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم فى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لكن لا يبعد منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفا هو الالتزام التابع كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ، حتى فى مثل قوله عليه السلام فى دعاء التوبة: و لك يا ربّ شرطى ان لا اعود فى مكروهك و عهدى ان اهجر جميع معاصيك.

التعدى عنه) حسب قوله صلى الله عليه و آله و سلم «عند شروطهم».

(فيدل) هذا الحديث (على اللزوم) لكل عقد (بالتقريب المتقدم فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

فان العاقد اذا فسخ بدون رضى الطرف الآخر، فقد تخلف عن كونه «عند شرطه» هذا.

و (لكن لا يبعد منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائية) التى لا تكون ضمن عقد و نحوه (بل المتبادر عرفا هو الالتزام التابع).

فاذا قال: بينى و بين زيد شرط، فهم منه وجود شرط فى ضمن عقد حتى اذا فسره بانه «عقد» قال له العرف انه ليس بشرط (كما يشهد به) اى بالتبادر (موارد استعمال هذا اللفظ) اى لفظ الشرط (حتى فى مثل قوله) اى السجاد (عليه السلام فى دعاء التوبة: و لك يا ربّ شرطى ان لا اعود فى مكروهك، و عهدى ان اهجر جميع معاصيك) فانه لا يراد به الشرط الابتدائى - كما ربما يزعم - بل معناه ان الله يغفر له بهذا الشرط، و الغفران معاملة بين طرفين تطهير من الله يعقبه تطهر من

وقوله عليه السلام في أول دعاء الندبة: بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها.

مع ان كلام بعض اهل اللغة على ما ادعيناه من الاختصاص.

ففي القاموس، الشرط: الزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه.

العبد.

(وقوله عليه السلام في أول دعاء الندبة: بعد ان شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا) فانه شرط في ضمن قبولهم و تقريبيهم، فهم عليهم السلام طلبوا قبول الله لهم، و الله قبل بهذا الشرط (كما لا يخفى على من تأملها) اي تأمل موارد استعمال هذا اللفظ.

لكن ربما يقال: ان كون الشرط في ضمن عقد و نحوه لازم الوفاء يدل بالفحوى على ان العقد بنفسه لازم الوفاء، هذا.

مع ان بعض المحشّين اشكل على الشيخ بانه قبل في مبحثي المعاطات و الشروط ان الشرط مطلق الالتزام، فبين كلاميه ره تدافع.

و كيف كان فما ذكره هنا اظهر.

و ما ابعد ما بينه و ما بين كلام المحقق اليزدي في حاشيته، حيث قال ان هذه الرواية من اقوى الادلة على اللزوم.

(مع ان كلام بعض اهل اللغة) موافق (على ما ادعيناه من الاختصاص) اي اختصاص لفظ الشرط بما اذا كان في ضمن عقد و نحوه فلا يشمل الالتزام بالبدوى.

(ففي القاموس الشرط) هو (الزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه).

ص: 43

ومنها: الاخبار المستفيضة فى ان البيعين بالخيار ما لم يفترقا، وانه اذا افترقا وجب البيع، وانه لا خيار لهما بعد الرضا.

فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما، او خصوصا.

وعلى هذا فلا دلالة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم، على اصالة اللزوم وان استند إليه بعض.

(ومنها) اى من الادلة على اصالة اللزوم فى البيع (الاخبار المستفيضة) الواردة (فى ان البيعين بالخيار ما لم يفترقا، وانه اذا افترقا وجب البيع) وجب اى لزم، ومنه الوجوب التكليفى، بل وعنه «فاذا وجبت جنوبها» اى لزم بالسقوط على الارض قبال حال الحياة، فان الحيوان ما دام حيا يتحرك ويمشى، فاذا مات سقط.

وذلك فان الاستقراء والمناط دلا على ان اللفظ المشترك بين معان لا يكون الا اذا كانت بين تلك المعانى جهة مشتركة، او كانت كلها داخلية تحت كلى واحد (وانه لا خيار لهما بعد الرضا).

فان صريح هذه الروايات انه بعد الافتراق لا خيار.

والمراد بالرضا هو الافتراق بقريئة الفقرة السابقة، لا الرضا بالمعاملة حتى يقال: انه يتنافى مع خيار المجلس.

(فهذه) الادلة التى ذكرناها من الآيات و الروايات (جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما) بحيث يشمل غير البيع، مثل:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (او خصوصا) فلا يشمل الا البيع، مثل احل الله البيع.

وقد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا.

وربما يقال: ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين.

فان الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع.

وهذا الاستصحاب حاكم على

(وقد عرفت ان ذلك) اللزوم (مقتضى الاستصحاب أيضا).

فانه اذا شككنا هل ان بالفسخ رجوع كل مال الى صاحبه، كان اصل بقاء الملك في حوزة مالكة محكما وهذا هو اصل بقاء الاثر.

(وربما يقال: ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك) الاول قبل البيع (عن العين) وعدم انقطاع العلاقة لا ينافى الملك مثل ما

اذا وهب، فان الموهوب صار ملكا للموهوب له ومع ذلك لم تنقطع علاقة المالك عن الواهب ولذا يتمكن من استرجاعه.

(فان الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها) اى فى تلك العين (الرجوع).

وانما قيد بقوله «التي» لانه اذا لم يكن له فيها الرجوع فالعلاقة منقطعة بلا اشكال.

وعليه فاحتمال عدم الانقطاع كاف فى جريان الاستصحاب.

(وهذا الاستصحاب) اى استصحاب عدم انقطاع العلاقة (حاكم على

الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم.

وردّ بانه ان اريد بقاء علاقة الملك، او علاقة يتفرع على الملك،

الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم).

فان الشك في زوال الاثر بالفسخ- الذي هو مجرى استصحاب عدم الزوال- متفرع عن الشك في بقاء العلاقة، فاذا استصحب بقاء العلاقة لم يكن مجال للشك في عدم زوال الاثر كما هو الشأن في كل استصحابين احدهما سببي و الآخر مسببي.

(وردّ ب) ان استصحاب العلاقة غير تام اطلاقا لعدم تمامية اركان الاستصحاب فيه.

فان الاستصحاب يحتاج الى يقين سابق، وشك لاحق، فاذا اريد جريان استصحاب العلاقة، كان لا بد «من يقين سابق بوجود العلاقة» و «شك لاحق في بقاء العلاقة».

فنعول ان اريد من العلاقة السابقة «علاقة الملك» فقد زالت قطعاً، فلا شك لاحق.

وان اريد من العلاقة السابقة «علاقة اعادة العين» «فلا يقين سابق» للقطع بعدم وجودها قبل البيع، لان اعادة العين الى الملك لا تجتمع مع الملك الموجود قبل البيع، وذلك لتوقف «الاعادة» على «الخروج عن الملك» وقبل البيع لا خروج، فلا علة للاعادة.

و الحاصل (انه ان اريد بقاء علاقة الملك، او علاقة يتفرع على الملك) اذا ملك الانسان شيئاً تفرعت منه علاقات، مثل علاقة المعار له حيث يحق

ص: 46

فلا ريب فى زوالها بزوال الملك.

وان اريد بها سلطنة اعادة العين فى ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك و انما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل.
فاذا فقد الدليل، فالاصل عدمها.

وان اريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع، فانها تستصحب

له التصرف فى العارية، فان علاقة التصرف فى العارية ليست علاقة ملك و انما هى علاقة متفرعة عن الملك (فلا ريب فى زوالها بزوال الملك) لانه لا ملك فلا علاقة ملك، ولا علاقة متفرعة على الملك.

(وان اريد بها) اى بالعلاقة المستصحبة (سلطنة) المالك السابق (اعادة العين فى ملكه، فهذه) لا حالة سابقة لها لان هذه (علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك).

اذ المملوك ليس خارجا عن الملك، حتى يعاد الى الملك (و انما تحدث) هذه العلاقة على فرض حصولها (بعد زوال الملك).

وانما تحدث هذه العلاقة (لدلالة دليل) اى اذا كان هناك دليل مثل ما دلّ على الخيار فانه يزول ملك ذى الخيار، لكن تحدث علاقة امكان اعادته الى الملك.

(فاذا فقد الدليل) على حدوث هذه العلاقة (فالاصل عدمها).

(و) ان قلت: الدليل موجود و هو ما دل على خيار المجلس.

قلت: (ان اريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع فانها تستصحب

عند الشك، فيصير الاصل فى البيع بقاء الخيار كما يقال: الاصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف فى مقابل من جعلها لازمة بالتصرف. فففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه فى المجلس، بل مطلقا بناء اعلى ان الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك الى عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا الاستصحاب

عند الشك، فيصير الاصل فى البيع بقاء الخيار).

و هذا الاصل مقدم على اصالة اللزوم- اى استصحابه- لما عرفت من ان بين الاصلين السببية و المسببية، فيكون اصل بقاء الخيار فى البيع (كما يقال: الاصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف) فللواهب استرجاعها و ان تصرف الموهوب له فيها (فى مقابل من جعلها) اى الهبة (لازمة بالتصرف).

لكن لا يخفى ان التمسك بالاصل فى الهبة اذا لم يكن دليل اجتهادى يدل على اللزوم بالتصرف- كما هو المشهور-.

(ففيه) جواب «و ان اريد بها».

أولا (مع عدم جريانه) اى عدم جريان استصحاب الخيار (فيما لا خيار فيه فى المجلس) كما اذا اوقعا البيع بشرط عدم خيار المجلس فانه لا خيار حينئذ حتى يستصحب.

و ثانيا: (بل) عدم جريان استصحاب الخيار (مطلقا) و ان كان خيار المجلس موجودا (بناء على) ان خيار المجلس لا يستصحب، ل (ان الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك الى عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لا الاستصحاب)

انه لا يجدى بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق.

فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم، فتأمل.

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]

ثم انه يظهر من المختلف في مسألة: ان المسابقة لازمة

فانه لا مجال للاصل العملى مع وجود الدليل الاجتهادى مثل عموم «اوفوا» فى المقام.

و ثالثا: (انه) لا مجال للاستصحاب مع قطع النظر عن الاشكالين السابقين.

اذ (لا يجدى) تمامية اركان الاستصحاب (بعد تواتر الاخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق) حيث قال عليه السلام: فاذا افترقا وجب البيع.

(ف) ان سقط استصحاب الخيار (يبقى ذلك الاستصحاب) اى استصحاب بقاء الأثر- بعد الفسخ- (سليما عن الحاكم) عليه (فتأمل).

اذ لو فرض وجود الدليل الاجتهادى من عموم او نصّ كما ذكر فى الجوابين الثانى و الثالث لم يبق مجال لاستصحاب اللزوم او استصحاب الخيار.

و عليه فالجوابان الثانى و الثالث لا موقع لهما، كما ان الجواب الاول أيضا لا موقع له.

اذ مورد الكلام تعيين الاصل العملى المقتضى للجواز فى البيع لو خلى و نفسه، مع قطع النظر عن الطوارئ التى منها ايقاع البيع بشرط عدم الخيار.

(ثم انه يظهر من) العلامة فى (المختلف فى مسألة: ان المسابقة لازمة

او جائزة، ان الاصل عدم اللزوم، و لم يرد من تأخر عنه، الا بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل.

نعم هو حسن في خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا او تسليطا ليكون الاصل بقاء ذلك الأثر و

او جائزة، ان الاصل عدم اللزوم).

و هذا مناف لما ذكرناه من اصاله لزوم العقود، و الحال ان المسابقة عقد (و لم يرد من تأخر عنه، الا بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

مع انك عرفت ان سائر الاطلاقات بل الاستصحاب أيضا تدل على اللزوم، فاللازم رده بها أيضا، لا بخصوص «اوفوا».

(و) لذا ف (لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الاصل) الذي ذكره و ان كان له وجه غير تام هو اصاله الجواز في كل العقود، بتقريب ان اللزوم صفة اضافية، فاذا لم نعلم بها كان الاصل عدمها، كما اذا علمنا اصل جواز شيء و لم نعلم وجوبه، فان الاصل يقتضي عدم الوجوب.

لكن هذا الاصل غير صحيح في العقود، لما عرفت من اصاله اللزوم في كل عقد.

(نعم هو) اي اصل الجواز (حسن في خصوص المسابقة و شبهه) كالمزارعة، و الجعالة على زرع ارض مباحة، او تحصيل ضالة و ما اشبه (مما لا يتضمن تمليكا او تسليطا) فانه اذا لم يكن تمليك كما في البيع و لا تسليط كما في الاجارة فلا أثر في الخارج (ليكون الاصل بقاء ذلك الأثر و

ص: 50

عدم زواله بدون رضاء الطرفين.

[إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم، انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم.

ويجرى أيضا في ما اذا شك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم او الجائز

عدم زواله بدون رضاء الطرفين).

وحيث لا أثر، فالاصل عدم اللزوم.

نعم بعد مجيء: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وشبهه يرتفع الاصل، فلا يريد المصنف ان يقول: انه الآن لا لزوم للعقود، لكن يريد بيان الاصل مع قطع النظر عن الدليل.

ومع ذلك يرد عليه ان كل عقد لا بدّ وان يؤثر اثرا وان لم يكن تسليطا ولا تمليكا، و اذا كان هناك اثر، فالاصل بقاء الاثر، وعدم ارتفاعه بفسخ احدهما بدون رضاء الآخر.

وعليه فلا فرق في جميع العقود بان الاصل فيها اللزوم.

(ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لاصالة اللزوم، انما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم).

كما اذا لم نعلم هل ان البيع لازم أم لا- مثلا-.

(ويجرى) اصل اللزوم (أيضا في ما اذا شك في عقد خارجي انه من مصاديق العقد اللازم او الجائز).

كما اذا شك في انه هل وهب المال لزيد حتى يكون له ارجاعه او انه

بناء على ان المرجع فى الفرد المرّد بين عنوانى العام و المخصص الى العموم.

و اما بناء على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم الى الاصل، بمعنى استصحاب الأثر، و عدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين

باعه منه، او شك فى انه هل زيد الموهوب له رحمه حتى لا يكون له ارجاع المال، او انه ليس برحمه حتى يكون له ارجاعه منه، فان الاصل فى كل هذه المقامات اللزوم (بناء على ان المرجع فى المرّد بين عنوانى العام و المخصص الى العموم) اى بناء على جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية.

فان: «كل عقد الاصل فيه اللزوم» عام، و «الهبّة الى غير ذى الرحم الاصل فيه الجواز» مخصص لذلك العام، فاذا كانت شبهة فى فرد هل انه من العام او من المخصص يتمسك فيه بالعام، لانه علم دخوله فى العام و شك فى خروجه- بالتخصيص - من العام.

(و اما بناء على خلاف ذلك) كما هو المحقق، و انه لا يتمسك بالعام فى الشبهة المصدقية (فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم الى الاصل بمعنى استصحاب الأثر، و عدم زواله بمجرد فسخ احد المتعاقدين).

لان الاثر ثبت و لا نعلم زواله، فالاصل بقاءه.

و هذا غير اصالة اللزوم المستفادة من الكتاب و السنة- كما تقدم-.

نعم هو الاستصحاب الذى ذكرناه سابقا بقولنا فى المتن «و قد عرفت ان ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا»

الا ان يكون هنا اصل موضوعى يثبت العقد الجائز.

كما اذا شك فى ان الواقع هبة او صدقة، فان الاصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة.

(الا ان يكون هنا اصل موضوعى يثبت العقد الجائز) او اللازم.

فانه لا تصل النوبة حينئذ الى الاصل الحكمى الذى هو استصحاب الأثر، وان كان الاصل الحكمى مطابقا للاصل الموضوعى فى افادة اللزوم

(كما اذا شك فى ان الواقع هبة او صدقة، فان الاصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة).

فان الهبة له رجوع فيها- اذا لم تكن من اقسام الهبة اللازمة، كالهبة بذى الرحم- و الصدقة لا رجوع فيها فانه ما كان لله لا رجعة فيه.

لكن كون الفارق بين الامرين قصد القرية، مشكل، بل الظاهر ان الفارق، العنوان المقصود عند العطاء.

فاذا قصد الهبة كانت هبة، وان قصد القرية.

ولذا قالوا ان الهبة اذا كانت بقصد القرية لم يكن له رجوع فيها.

و كيف كان فمثال آخر لوجود الاصل الموضوعى انه لو شك فى ان من اعطاه الهبة هل هو رحمه أم لا.

فان اصالة عدم كونه رحما- كما قرّر فى مسألة اصالة عدم القرشية فى المرأة المشكوك حيضها- حاكم على استصحاب الاثر.

ص: 53

لكن الاستصحاب المذكور انما ينفع فى اثبات صفة اللزوم.

و اما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد تعيين البيع عند الشك فيه، وفى الهبة فلا.

بل يرجع فى اثر كل عقد الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة إليه.

فاذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة التى هى من آثار

(لكن) لا يخفى ان (الاستصحاب المذكور) اى استصحاب الأثر (انما ينفع فى اثبات صفة اللزوم) فيجعل العقد لازما.

(و اما تعيين العقد اللازم) بان يقول: الاستصحاب انه صدقة لاهبة فى المثال المتقدم- (حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما اذا اريد) التخلص من نذر كان نذره «بان يتصدق» فيعين بالاستصحاب ان ما اعطاه صدقة فبرئت ذمته مثلاً.

و كما اذا شك فى ان المعاملة التى حدثت بينه وبين زيد، هل انها كانت بيعا او هبة فاستصحب الاثر، و اريد بهذا الاستصحاب (تعيين البيع عند الشك فيه، وفى الهبة فلا) يمكن ذلك لان الاصل لا يثبت كما قرر فى الاصول (بل يرجع فى اثر كل عقد) من العقود المشكوكة شكافى ان ما عقده هل هو هذا او ذاك (الى ما يقتضيه الاصل بالنسبة إليه) اى بالنسبة الى ذلك العقد.

(ف) مثال الشك بين البيع و الهبة اذا شك فى اللزوم اجرى اصالة اللزوم الذى هو من آثار البيع، و (اذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض) من جهة احتمال كونه بيعا (حكم بالبراءة التى هى من آثار

و اذا شك فى الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم: على اليد ان كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة.

الهيئة).

و لا منافات اذ قد حقق فى الاصول انه يمكن التفكيك فى آثار الاصول فاذا شك فى ان الماء الذى توضحاً به، هل كان طاهراً او نجساً- و لم يكن اصل موضوعى يعين احدهما- فيده طاهرة، لاصالة الطهارة، و هو محدث لاصالة الحدث، فانه لا تنافى فى مقام الظاهر بين الاصلين، و ان كانت منافات بينهما فى الواقع، و انه ان كان الماء نجساً فيده نجسة و هو محدث، و ان كان الماء طاهراً فيده طاهرة، و هو متوضئاً.

(و اذا شك فى الضمان) فى ما اذا دار العقد بين الهيئة و بين البيع (مع فساد العقد) حيث تجرى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» (حكم بالضمان لعموم: على اليد) ما اخذت، فان عمومه شامل للمقام.

لانه اذا كانت المعاملة صحيحة كانت تقتضى الضمان، لعموم على اليد، فكذلك اذا كانت المعاملة فاسدة (ان كان هو) اى عموم: على اليد (المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة).

لان مع هذا العموم لا يبقى مجال لاصل البراءة، اذ لا مجال للاصل العملى مع وجود الدليل الاجتهادى.

و ان كان المستند دخوله فى ضمان العين او قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتتمل كونه مصداقا لها، كان الاصل البراءة أيضا.

(و ان كان المستند) فى الضمان بالعقود الفاسدة (دخوله) اى الانسان الذى عامل دخل (فى ضمان العين).

وقد تقدم فى باب «ما يضمن بصحيحه» ان الانسان لو دخل فى الضمان كان ضامنا، فالاصل البراءة «جواب و ان كان المستند».

و انما كان مجرى البراءة على هذا التقدير لانه لا يعلم انه دخل فى المعاملة بالضمان اذا المعاملة لو كانت هبة فاخذها لم يدخل فيها بالضمان (او) كان المستند هو «ما ذكرناه أولا: اى عموم على اليد» لكن (قلنا بان خروج الهبة من ذلك العموم) اى عموم: على اليد (مانع عن الرجوع إليه) اى الى عموم: على اليد (فيما احتتمل كونه مصداقا لها) اى للهبة.

اذ بعد خروج الهبة عن عموم: على اليد، اذا شك فى فرد انه هبة خارجة عن العموم او معاملة داخلية فى العموم لا يمكن التمسك بالعموم لاجل اثبات الضمان لانه من التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية (كان الاصل البراءة أيضا).

كما كان الاصل البراءة فى الصورة السابقة، حيث قلنا «حكم بالبراءة»

و الحاصل: انه اذا كان العقد فاسدا، و تردد فى انه هل كان بيعا او هبة.

فان كان مستند الضمان فى العقود الفاسدة على اليد، ففيه احتمالان.

الاول: الضمان لعموم: على اليد.

الثانى: البراءة، لانه لا يمكن التمسك بالعموم حيث ان الهبة خارجة عن عموم: على اليد.

فاذا تمسكنا بالعموم مع احتمال ان العقد هبة، كان من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية.

وذلك لا يجوز فليس المرجع حينئذ العموم، بل البراءة اذ لما فقد الدليل الاجتهادى كان المرجع: الاصل العملى.

وان كان مستند الضمان فى العقود الفاسدة ان الشخص دخل فى العقد بانيا على ضمان العين، فالمرجع البراءة، للاصل بعد ان لم يكن دليل على انه ضامن بهذا البناء، اذ البناء لا يجعل الانسان ضامنا، اذا لم يكن دليل شرعى على الضمان.

ص: 57

وهى كثيرة، الا ان اكثرها متفرقة و المجتمع فيها فى كل كتاب سبعة، وقد انهاها بعضهم الى ازيد من ذلك حتى ان المذكور فى اللمعة مجتمعا أربعة عشر، مع عدم ذكره لبعضها.

ونحن نقتفى اثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قدس سرهما، لان ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا، اذ ليس له احكام مغاير لسائر انواع الخيار فنقول و بالله التوفيق

(القول فى اقسام الخيار، و هى كثيرة الا- ان اكثرها متفرقة) فى كتب الفقهاء حيث ذكرت بمناسبة المسائل المتفرقة فى مختلف ابواب المعاملات (و المجتمع فيها) اى فى باب الخيارات (فى كل كتاب) فقهى (سبعة و قد انهاها بعضهم الى ازيد من ذلك حتى ان المذكور فى اللمعة) و شرحه (مجتمعا) فى باب الخيارات (أربعة عشر، مع عدم ذكره لبعضها) أيضا فهى فى نفس الامر اكثر من أربعة عشر.

(ونحن نقتفى اثر المقتصر على السبعة، كالمحقق) فى غير الشرائع اذ فيه اقتصر على خمسة (و العلامة قدس سرهما).

و انما تتبع هؤلاء (لان ما عداها) اى ما عدا السبعة (لا يستحق عنوانا مستقلا) فنذكرها فى ضمن هذه السبعة (اذ ليس له احكام مغاير لسائر انواع الخيار) فهى تبع للمذكور منها فى الاحكام، و ان كان لها اسامى اخر (فنقول و بالله التوفيق) و هو المستعان.

إشارة

فالمراد بالمجلس، مطلق مكان المتبايعين حين البيع.

وانما عبّر بفرده الغالب.

وإضافة الخيار إليه لاختصاصه، وارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق

(الأول: في خيار المجلس، فالمراد بالمجلس، مطلق مكان المتبايعين حين البيع) وان لم يكن مجلس اصطلاحاً، كما إذا عاملاً وهما يمشيان.

والظاهر انه يشمل ولو كان احدهما بعيداً عن الآخر، كما إذا عاملاً بواسطة التلفون او اللاسلكى.

شيرازى، سيد محمد حسيني، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 11، ص: 59

وذلك لإطلاق الأدلة، والانصراف إلى المتعارف في زمن الروايات غير مهم بعد ان كان انصرافاً بدوياً، ومثله لا يمنع الإطلاق، ولو فرض منع الإطلاق، فلا اشكال في وجود المناط.

(و) كيف كان ف (انما عبّر) بالمجلس، مع انه يشمل كل مكان وان لم يكن مجلساً من باب التعبير (بفرد الغالب).

(و) لا يخفى ان (إضافة الخيار إليه) حيث قيل «خيار المجلس» من جهة انه يكفي في الإضافة، او في مناسبة كما قيل «كوكب الخرقاء» (لإختصاصه) أي الخيار يكون المتعاقدين في المجلس (وارتفاعه) أي الخيار (بانقضائه) أي ذهاب المجلس الذي وقع فيه العقد.

فالانقضاء (الذي هو) عبارة عن (الافتراق) هو ان يتعد احدهما عن

و لا خلاف بين الامامية فى ثبوت هذا الخيار، و النصوص به مستفيضة.

و الموثق الحاكى لقول على عليه السلام: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب، مطروح، او مأؤل.

و لا فرق بين اقسام البيع و انواع المبيع.

نعم سيجي ء استثناء اشخاص المبيع كالمنعق على المشتري.

الآخر (و لا خلاف بين الامامية فى ثبوت هذا الخيار) فى الجملة (و النصوص به مستفيضة) فوق الآحاد، و دون التواتر.

(و) اما (الموثق الحاكى لقول على عليه السلام: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب) مما ظاهره انه لا خيار، فهو (مطروح) لانه لا يقاوم المستفيضة (او مأؤل) اى ثبت البيع، مقابل انه «بالقول و نحوه قبل الصفق» لا بيع، لا ان المراد به وجوب البيع و عدم الخيار.

(و لا فرق) فى ثبوت هذا الخيار (بين اقسام البيع) من النقد، و النسيئة، و السلف (و انواع المبيع) من بيع الحيوان و غيره الى غير ذلك من الاقسام.

(نعم سيجي ء استثناء بعض اشخاص المبيع) فانه لا خيار فيها (كالمنعق على المشتري) فاذا اشترى الانسان اباه مثلا انعتق فوراً فليس له خيار المجلس، و كذلك المنعق على البائع اذا جعل الأب- مثلا- ثمنا.

وقد اشرنا فى اول المبحث الى هذا الاستثناء، بقولنا «فى الجملة».

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل.

[مسائل في خيار المجلس]

مسألة: لا اشكال في ثبوته للمتبايعين، اذا كانا اصليين،

و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة و هل يثبت لهما مطلقا خلاف.

قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل، او باع، او تعاقد لوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين، مع حضورهما في المجلس.

و الا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه.

(و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل) و الله الموفق.

(مسألة: لا- اشكال في ثبوته) اي خيار المجلس (للمتبايعين، اذا كانا اصليين) كما اذا كانا مالكين (و لا في ثبوته للوكيلين) و الوليين (في الجملة) كما سيأتى وجه كونه في الجملة (و هل يثبت لهما مطلقا) فيه (خلاف).

(قال) العلامة (في التذكرة: لو اشترى الوكيل، او باع، او تعاقد الوكيلان) بان كان كلا طرفي العقد وكيلا (تعلق الخيار بهما) لانهما «البيعان» فيشملهما قوله عليه السلام «البيعان بالخيار» (و بالموكلين مع حضورهما في المجلس) لانهما المالكان، و قد جعل الخيار لمصلحتهما.

(و الا-) يكون الموكلان حاضرين في المجلس (ف) الخيار يتعلق (بالوكيلين) فقط (فلو) كان الموكل غائبا حال البيع، و (مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب) بعد (انتقل الخيار إليه) اي الى الموكل الغائب

لان ملكه اقوى من ملك الوارث.

و للشافعية قولان، احدهما انه يتعلق بالموكل و الآخر انه يتعلق بالوكيل، انتهى.

اقول: و الاولى ان يقال:

اما اذا حضر الموكل بعد البيع و قبل موت الوكيل، فكون الخيار للموكل اظهر (لان ملكه) اى الموكل الغائب (اقوى من ملك الوارث).

و قد ثبت انه اذا مات البائع المورث انتقل الخيار الى وارثه- كما سيأتى الكلام فيه- و ذلك يدل بالفحوى الى انتقاله الى المالك اذا مات الوكيل.

(و للشافعية قولان) فى مسألة بيع الوكيل و الموكل غائب (احدهما انه) اى الخيار (يتعلق بالموكل) لانه المالك (و الآخر انه يتعلق بالوكيل) لانه البائع (انتهى) كلام التذكرة.

(اقول: و الاولى) و الاقرب الى الواقع.

و المراد القرب لا- ان الطرف الآ-خر أيضا قريب من الواقع (ان يقال) بالتفصيل بين الوكيل فى مجرد اجراء العقد فلا خيار له و بين الوكيل المفوض فله الخيار.

اما خيار الوكيل المفوض، فلانه بيع، فيشملة الدليل.

و اما عدم خيار الوكيل فى اجزاء العقد فلامور أربعة.

الاول: ان ذيل الخيار منصرف عن مثل هذا الوكيل.

الثانى: ان ظاهر قوله «بالخيار» انه سلطنة ارجاع ما خرج عن

ان الوكيل ان كان وكيلا فى مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقا لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانى لان المتبادر من النص غيرهما و ان عممناه لبعض افراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة الى خصوص العاقد المالك

ملكه الى ملكه، و الوكيل لم يخرج شيء عن ملكه.

الثالث: ان سياق خيار الحيوان و خيار المجلس واحد فقد ذكرنا معا فى بعض الروايات.

و حيث ان خيار الحيوان ليس للوكيل فيه اجراء الصيغة، كذلك ليس له خيار المجلس بدليل وحدة السياق.

الرابع: ما سياتى من «الحكمة» ف (ان الوكيل ان كان وكيلا فى مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما) اى للوكيلين او للوكيل، لما ذكر و للاصيل، لانه ليس بحاضر فى مجلس العقد، فلا يشمله الدليل (وفاقا لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانى).

و ذلك لوجه ثلاثة.

الاول: (لان المتبادر من النص غيرهما) فالاصل عدم الخيار لهما (و ان عممناه) اى النص (لبعض افراد الوكيل) كالوكيل المستقل - كما سياتى - «و ان» وصلية (و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه) اى النص (بحكم الغلبة) حيث ان الغالب مباشرة المالكين للعقد فذلك سبب لانصراف النص (الى خصوص العاقد المالك) حتى ان النص لا يشمل الوكيل المستقل أيضا.

ص: 63

مضافا الى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر، بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه.

فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج.

الا ترى انه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعقد عليه لقرابة او يجب صرفه لنفقة، او

وقوله «و لم نقل» عطف على «و ان عممناه».

الثاني: (مضافا الى ان مفاد ادلة الخيار اثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين) فله سلطة (على ما انتقل الى الآخر) بحيث يتمكن من استرداده (بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه) فان البائع مسلط على رد العين الى ملكه بعد وضوح انه مسلط على الثمن الذي هو الآن في ملكه.

(فلا يثبت بها) اي بادلة الخيار (هذا التسلط) على الاسترداد (لو لم يكن) التسلط على ما انتقل إليه (مفروغا عنه في الخارج).

و الحاصل ان تسلط الشخص على الاسترداد فرع تسلطه على رد ما في يده، او الوكيل في مجرد اجراء العقد لا سلطة له على رد ما انتقل الى موكله، فلا سلطة له على استرداد ما خرج عن ملك موكله.

(الا ترى) مثال لبيان انه اذا لم يكن للوكيل البائع سلطة على رد ما في يده لم يكن له استرداد ما خرج منه (انه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعقد عليه لقرابة) لتردد العبد بين كونه أبا للمشتري، و بين كونه اجنيبا عنه (او) شك في انه هل (يجب صرفه) اي ما اشتراه (لنفقة او) هل

اعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لادلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع وعدم وجوب عتقه.

هذا مضافا الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فى اجراء الصيغة

يجب (اعتاقه لنذر) ونحو النذر (فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه) اى بعدم وجوب العتق و الصرف مستندا فى الحكم بعدم الوجوب (لادلة الخيار) فيقول انه ليس بواجب (بزعم اثباتها) اى الادلة (للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع، وعدم وجوب عتقه).

فكما ان الخيار فى المثال لا يكون دليلا على عدم وجوب العتق كذلك دليل الخيار لا يكون مستندا لجواز ردّ الوكيل.

ووجه الجامع بين ما نحن فيه و المثال ان فى كليهما يشك فى انه هل له رده أم ليس له رده.

و كما ان دليل الخيار لا يقول فى المثال ردّ العبد، كذلك دليل الخيار لا يقول فى ما نحن فيه ايها الوكيل ردّ ما انتقل الى موكلك، و اذا لم يقدر على الردّ لم يقدر على استرداد ما فى يد الطرف الآخر.

(هذا) تمام الكلام فى الوجه الثانى.

الثالث: (مضافا الى ملاحظة بعض اخبار هذا الخيار) اى خيار المجلس (المقرون فيه) اى فى ذلك الخبر (بينه) اى بين خيار المجلس (و بين خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته) اى ثبوت خيار الحيوان (للكيل فى اجراء الصيغة) فان خيار الحيوان جعل لحكمة

فان المقام وان لم يكن من تعارض المطلق و المقيد، الا ان سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع ان ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور

انه اذا لم يرده المشتري تمكن من رده، و اى علاقة لهذا بالوكيل فى اجراء العقد.

(ف) ان قلت: جمع الخيارين فى صحيحة ابن مسلم حيث قال عليه السلام «المتبايعان بالخيار، ثلاثة ايام فى الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» لا يدل على وحدة حكمهما، لانه لو سلم ان الصحيحة- بقرينة السياق- دلت على ان خيار المجلس للموكل فقط، لكن مطلقات خيار المجلس الشاملة للوكيل أيضا على حالها، و تلك المطلقات لا تقيد بهذه الصحيحة.

قلت: (ان المقام وان لم يكن من تعارض المطلق و المقيد) الذي يحمل فيه المطلق على المقيد (الا- ان سياق الجميع) الصحيحة المقيدة- حسب التقارن بين الخيارين- و سائر اخبار خيار المجلس المطلقة الشاملة للوكيل أيضا (يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين) سواء كان هذا اللفظ فى الصحيحة او فى سائر الاخبار.

و حيث ان المراد بهذا اللفظ فى الصحيحة خصوص المالك، لا بد و ان يراد به فى سائر الروايات خصوص المالك أيضا.

الرابع: (مع ان ملاحظة حكمة الخيار) و هى تلافى ندم المالك (تبعد ثبوته) اى ثبوت الخيار (للكيل المذكور) لانه لا علاقة له بالمعاملة

مضافا الى ادلة سائر الخيارات فان القول بثبوتها الموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه.

و الظاهر عدم دخوله فى اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة، فان الظاهر من قوله: اشترى الوكيل، او باع، تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد ايقاع

حتى يندم و هذه قرينة عقلية لعدم اطلاق ادلة الخيار للوكيل فى العقد (مضافا الى) امكان ان يقول: ان (ادلة سائر الخيارات) كالغبن و العيب و ما اشبهه، لا تعم الوكيل فى اجراء العقد (فان القول بثبوتها) اى ثبوت تلك الخيارات (لموقع الصيغة) اى الوكيل فى الايقاع فقط (لا ينبغى من الفقيه).

اذ اى علاقة بين من جاء به المالك ليقول «بعت» او «اشترت» و بين كون المبيع معيبا او مغبونا فيه، فكذلك دليل خيار المجلس لوحدة الملاك فى الجميع.

اقول: لا يخفى ان اكثر استدلالات المصنف قابلة للمناقشة، الا ان بناء الشرح على توضيح مقاصد الكتاب يمنع عن ذكرها، فعلى الطالب الرجوع الى الحواشى العلمية.

(و الظاهر عدم دخوله) اى دخول الوكيل فى مجرد الصيغة (فى اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة) التى ذكر فيها ان الوكيل له حق الاخذ بالخيار (فان الظاهر من قوله: اشترى الوكيل، او باع) او ما اشبه هذه العبارة (تصرف الوكيل بالبيع و الشراء) تصرفا مستقلا (لا مجرد ايقاع

الصيغة.

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق.

واضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم ان الخيار حق ثبت للعاقده بمجرد اجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

الصيغة).

فالعلامة لا يقول بان وكيل اجراء الصيغة له خيار المجلس وان عرف ذلك من اطلاق عبارته.

(و من جميع ذلك) الذي ذكرناه من الوجوه الاربعة (يظهر ضعف القول بثبوتة) اي ثبوت خيار المجلس (للكيلين المذكورين) الذين هما وكيلان في اجراء العقد فقط (كما هو) الثبوت (ظاهر الحدائق).

(واضعف منه تعميم الحكم) وان الخيار ثابت للوكيل (لصورة منع الموكل من الفسخ).

اما وجه التعميم فهو ما ذكره بقوله (بزعم ان الخيار حق ثابت للعاقده بمجرد اجرائه للعقد، فلا يبطل) ما جعله الشارع له (بمنع الموكل).

واما وجه الضعف: فلانه وضع هذا الحق لمصلحة المالك، فكونه لغيره في حال انه خلاف مصلحة المالك، خارجا عن حكمة جعل هذا الخيار.

ولا يخفى ما في هذا الكلام من المناقشة، اذ على تقدير وجود الاطلاق لا يقاومه مثل هذا الوجه الاستحسانى.

ص: 68

و على المختار فهل يثبت للموكلين، فيه اشكال من ان الظاهر من:

البيعين فى النص المتعاقد ان فلا يعم الموكلين.

و ذكروا انه لو حلف على عدم البيع، لم يحنث ببيع وكيله، و من ان الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين.

و نسبة الفعل إليهما شائعة.

(و على المختار) من عدم خيار الوكيل فى مجرد العقد (فهل يثبت) الخيار (للموكلين) أم لا؟ (فيه اشكال) و احتمالان.

اما وجه العدم (من ان الظاهر من: البيعين فى النص) حيث قال عليه السلام: البيعان بالخيار (المتعاقدان، فلا يعم الموكلين) فلا خيار لهما.

(و) يؤيد ذلك ما (ذكروا انه لو حلف على عدم البيع، لم يحنث ببيع وكيله) فانه يدل على ان البيع حقيقة فى اجراء الصيغة، لكن فيه لزوم التفصيل، و ان الحلف قد يكون متعلقا باجراء الصيغة، وقد يكون متعلقا بالاخراج عن الملك، وقد يكون متعلقا بالاعم، و اذا كان المتعلق مهملا من القصد لا بد من ملاحظة انه الى اى شي ء ينصرف عرما كما حققناه فى بعض كتب الفقه.

(و) اما وجه ثبوت الخيار للموكلين (من ان الوكيلين فيما نحن فيه) فيما اذا كانا وكيلين فى مجرد اجراء الصيغة (كالألة للمالكين) فالبيعان هما فى الحقيقة المالكان.

(و) لذا نرى ان (نسبة الفعل) اى البيع (إليهما شائعة) عرفا.

ولذا لا يتبادر من قوله: باع فلان ملكه الكذائي كونه مباشرا للصيغة.

وعدم الحث بمجرد التوكيل فى اجراء الصيغة ممنوع، فالاقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما فى مجلس العقد، والمراد به مجلسهما المضاف عرفا الى العقد فلو جلس هذا فى مكان و ذلك فى مكان آخر، فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك

(ولذا) من ان المراد بالبائع من اخرج ملكه عن سلطته، سواء بنفسه او بوكيله (لا يتبادر من قوله: باع فلان ملكه الكذائي) ولا يتبادر (كونه مباشرا للصيغة) ولو كان المفهوم من «باع» المباشرة لزم التبادر.

(و) اما قولهم بعدم الحث- كما تقدم- ففيه ان (عدم الحث بمجرد التوكيل فى اجراء الصيغة) اذا نفذ الوكيل البيع (ممنوع) الا اذا قصد فى حلفه انه لا يبيعه مباشرة.

وعلى هذا (فالاقوى ثبوته) اى خيار المجلس (لهما) اى للمالكين فى الجملة فى مقابل النفى الكلى (لكن مع حضورهما فى مجلس العقد) وذلك لانهما اذا لم يحضرا فى مجلس العقد لم يتحقق موضوع خيار المجلس (و المراد به) اى بمجلس العقد (مجلسهما المضاف عرفا الى العقد).

فان العرف المخاطب بهذا الكلام هو الميزان فى تعيين المصدق (فلو جلس هذا) مالك المضمن (فى مكان و ذلك) اى مالك الثمن (فى مكان آخر) كما لو جلس كل فى داره (فاطلعا على عقد الوكيلين) الصادر منهما فى السوق مثلا (فمجرد ذلك) و كونهما فى مكان آخر فى حالة العقد

لا يوجب الخيار لهما، الا اذا صدق كون مكنيهما مجلسا لذلك العقد بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين هذا كله ان كان وكيلاً فى مجرد ايقاع العقد.

وان كان وكيلاً فى التصرف المالى كاكثير الوكلاء

(لا يوجب الخيار لهما).

اذ لا يصدق عرفاً خيار المجلس ولا «حتى يفترقا» لان الافتراق، لا يصدق الا بعد الاجتماع (الا اذا صدق كون مكنيهما مجلسا لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين).

ثم الظاهر انه لا يشترط ان يكون حضورهما هناك لاجل العقد، اذ الادلة مطلقة و الحكمة تؤيد الاطلاق، فالقول بلزوم ذلك لانه المتيقن من الادلة غير ظاهر الوجه (و العبرة) بعد اجتماع الاربعة فى مجلس العقد (بافتراق الموكلين عن هذا المجلس) لانهما البيعان حقيقة (لا بالوكيلين) لانهما آلة و لسان، و الادلة منصرفه عن مثلهما، كما عرفت وجهه سابقاً و ان كان الاقرب - بناء على رأى الحدائق - كفاية بقاء الموكلين او الوكيلين او اصيل و وكيل (هذا كله ان كان) الوكيل (وكيلاً فى مجرد ايقاع العقد) و اجراء الصيغة.

(وان كان وكيلاً فى التصرف المالى كاكثير الوكلاء) مثل الصناعات فى محلات التجار و ممثلهم فى بلاد اخر و وكلاء الدولة المشروعة و المجتهدين و وكلائهم الذين هم وكلاء عن الفقراء و عن الامام الى غير ذلك

فان كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل فى القراض و اولياء القاصرين.

فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص.

و دعوى تبادل المالكين، ممنوعة، خصوصا اذا استندت الى الغلبة،

(ف) هو على قسمين.

لانه اما مستقل فى التصرف كانه المالك.

و اما ليس بمستقل فهو اقوى من الوكيل فى اجراء العقد و اضعف من الوكيل المفوض فى اجراء المعاملة، ف (ان كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكل) يشمل كل شئون المعاملة (بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل فى القراض) اى المضاربة و هى المعاملة التى يكون رأس المال فيها من احدهما، و العمل من الآخر، و الربح بينهما بالنسبة (و اولياء القاصرين) كالطفل و المجنون و المغمى عليه و من اشبههم، حيث ان عليهم ان يعملوا حسب المصلحة.

(فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص) الشامل له، كما يؤيد ذلك ثبوت الخيار له قطعا اذا ظهر عيب او غبن.

فان القول بعدم الخيار له فيهما، كالقول بثبوته للحاكم، لا له مما لا يمكن القول به، و اذا ثبت خيار الغبن و العيب ثبت غيره لوحدة الملاك

(و دعوى تبادل المالكين) من «البيعان» فى النص (ممنوعة) اذ لا تبادل قطعا (خصوصا اذا استندت) دعوى التبادل (الى الغلبة) بان يقال فى وجه التبادل حيث ان الغالب معاملة الملاك لا وكلائهم فالنص

ص: 72

فان معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى.

و هل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال من تبادر المتعاقدين من النص، وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله.

و من ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فى بعض النصوص كون

منصرف الى المالك.

و وجه المنع ما ذكره بقوله: (فان معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى) فلا غلبة فى معاملات المالك بحيث تكون سببا لانصراف (البيعان) الى المالك.

(و هل يثبت) خيار المجلس (للموكلين أيضا) بالإضافة الى ثبوته للموكلين المستقلين (مع حضورهما) فى مجلس العقد (كما تقدم عن التذكرة) ثبوت الخيار للموكلين (اشكال) و احتمالان.

وجه عدم الثبوت (من تبادر المتعاقدين من النص) و الموكلان ليسا بمتعاقدين (وقد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع) فانه ان حلف المالك ان لا يبيع متاعه، لم يكن حنث لحلفه (ببيع وكيله).

و قد عرفت الاشكال منافى مسألة الحلف.

(و) وجه ثبوت الخيار للموكلين (من ان المستفاد من ادلة سائر الخيارات و) من دليل (خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار) اى خيار المجلس (فى بعض النصوص) كصحيحة ابن مسلم التى تقدم نقلها (كون

ص: 73

الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له، و ان ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

ولكن الوجه الاخير لا يخلو عن قوة

الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له) حتى اذا ندم من المعاملة كان له فسخها (و ان ثبوته للوكيل) ليس بذى حكمة ذاتية، بل (لكونه نائبا عنه) وقائما مقام المالك (يستلزم ثبوته للمنوب عنه) و عليه فالموكل له الخيار.

وكذا ان فرض ان المولى عليه كالمجنون و المغمى عليه و الطفل كانوا فى المجلس و بعد اجراء العقد بلغ الطفل و عقل المجنون و افاق المغمى عليه (الا ان يدعى مدخلية المباشرة للعقد) فى حق الخيار (فلا يثبت لغير المباشر) و ان كان مالكا هذا.

(ولكن الوجه الاخير) الذي ذكرناه بقولنا «و من ان الاستفادة الخ» (لا يخلو عن قوة).

اما اذا مات الوكيل المستقل، فهل ينتقل خياره الى وارثه، لقاعدة ما تركه الميت لوارثه، او الى الموكل - اذا قلنا انه لا خيار له فى عرض الوكيل - لان الموكل صاحب النفع الحقيقى من الخيار، او يسقط رأسا فلا خيار، لا يبعد الثانى لانصراف دليل «ما تركه الميت» عن وارث الوكيل و السقوط لا وجه له بعد وجود الحكمة، و كونه مثل خيار الغبن و العيب و يستبعد جدا الالتزام بسقوطهما بالموت.

و حينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد، او من الطرفين فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد او بانفساخه

ولكن لا يخفى ان اللازم حضور وارث الوكيل و الموكل في مجلس العقد، و الا فالقاعدة عدم الانتقال اطلاقاً.

(و حينئذ) اي حين قلنا بان الموكل له الخيار أيضا بالإضافة الى الوكيل المستقل (فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد) كما اذا وكل زيد عمروا وكالة مطلقة مستقلة، و عمرو وكل بكرًا كذلك و هكذا الى عدة وكلاء (او من الطرفين) كما اذا كان كل من مالك المثلث و مالك الثمن له عدة وكلاء طوليين و كان كلهم حاضرين في مجلس العقد (فكل من سبق من اهل الطرف الواحد الى اعماله) اي اعمال الخيار (نفذ) لانه له الاعمال (و سقط خيار الباقيين) في طرفه، لانه لم يكن الا خيار واحد نفذ هذا (بلزوم العقد) من جانبه و يبقى للجانب الآخر حق الفسخ (او بانفساخه) فيفسخ العقد و لا يبقى خيار للجانب الآخر ثم انه قد تبين مما ذكرنا امور ثلاثة.

الاول: انه لو فسخ احد الطرفين، انفسخت المعاملة كلية.

الثاني: انه لو اجاز احد من طرف واحد لم يكن لرفقائه من ذلك الطرف لا الاجازة ولا الفسخ، اذ ليس لطرف واحد الا اجازة واحدة فاذا اجاز احدهم فقد نفذ حق هذا الطرف بكامله.

الثالث: انه لو اجاز احد في طرف، كان للطرف الآخر ان يجيز،

وليس المقام من تقدم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة فيما اذا ثبت للجانبين.

وهذا فرض من جانب واحد.

فيستقر العقد او يفسخ، فيبطل العقد.

وعلى ما ذكرناه فاذا كان شخصان في طرف واحد اجاز احدهما أولاً، ثم فسخ الآخر، لم يؤثر فسخ الثاني.

(و) ذلك لانه (ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فان تلك المسألة) اي مسألة تقديم الفسخ على الاجازة (فيما اذا ثبت) اي كان الحق (للجانبين) اي احد الطرفين فسخ، و الطرف الآخر اجاز، فان الفسخ حينئذ مقدم على الاجازة.

(وهذا) الذي نحن فيه اي شخصان من طرف واحد اجاز احدهما و فسخ الآخر (فرض من جانب واحد)

ومن المعلوم: ان الجانب الواحد ليس له الا حق واحد- فسخا او اجازة- فاذا اخذ احدهم به لم يكن للآخر شيء، اذ ينتهي الحق بأخذ احدهم له.

نعم اذا تقارن الاثنان «فسخا و اجازة» من جانب واحد، بان قالوا معا (لكن قال احدهما فسخت و قال الآخر اجزت) قدم الفسخ، لانه اقوى في الاقتضاء من الاجازة.

و يحتمل سقوطهما و بقاء العقد بحاله غير مستقر.

ص: 76

ثم على المختار من ثبوته للموكلين.

فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، او عن مجلس العقد او بتفرق المتعاقدين، او بتفرق الكل، فيكفى بقاء اصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد، وجوه.

(ثم على المختار من ثبوته) اى الخيار (للموكلين) فى ما كان الوكيلان مستقلين.

(فهل العبرة فيه) اى فى انقضاء الخيار بالتفرق (بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد) فيما اذا كان الاصيلان فى مجلس، و الوكيلان فى مجلس «وقلنا بكفاية كونهما معا فى مجلس و ان لم يكن مجلس العقد» (او عن مجلس العقد) اذا قلنا بان ثبوت الخيار للموكلين مشروط بكونهما فى مجلس العقد (او) ان العبرة (بتفرق المتعاقدين) اى الوكيلين.

فاذا كان الاربعة فى مجلس واحد فما دام الوكيلان فى المجلس يصح الاخذ بالخيار للاصيلين، فاذا تفرق الوكيلان سقط خيارهما كما سقط خيار الاصيلين (او) ان العبرة (بتفرق الكل، فيكفى) فى بقاء الخيار (بقاء اصيل مع وكيل آخر) اى وكيل الطرف الآخر.

فاذا كان الاصيلان محمدا و عليا، و الوكيلان حسنا و حسينا، كفى بقاء محمد و الحسين، او على و الحسن.

و من الواضح انه لا يكفى بقاء اصيل و وكيل نفسه (فى مجلس العقد وجوه) و احتمالات.

أقواها الاخير وان لم يكن مستقلا فى التصرف فى مال الموكل قبل العقد وبعده بل كان وكىلا فى التصرف على وجه المعاوضة.

كما اذا قال له: اشتر لي عبدا و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الاطلاق- الى غير ذلك.

(أقواها الاخير) لانه لا فرق بين الاصيل و الوكيل.

اذ الثانى كالأول فأيهما كان حصل طرف العقد و لم يحصل التفرق الذى هو ميزان سقوط الخيار (وان) كان الوكيل المستقل فى الجملة (لم يكن مستقلا) تمام الاستقلال (فى التصرف فى مال الموكل) تصرفا (قبل العقد وبعده).

وقد تقدم تقسيم الاستقلال الى قسمين (بل كان وكىلا فى التصرف على وجه المعاوضة) فقط.

(كما اذا قال له: اشتر لي عبد او) نحو ذلك.

مثل ان قال: بع لى هذه الدار، فهل لمثل هذا الوكيل الخيار، أم لا (الظاهر حينئذ عدم الخيار، ل) مثل هذا (الوكيل) بل الخيار للمالك اذا كان حاضرا فى مجلس العقد، و الا لم يكن خيار اصلا، لفقد شرطه (- لا لانصراف الاطلاق) فى قوله عليه السلام: البيعان بالخيار (- الى غير ذلك) اى الى غير هذا القسم من الوكيل المستقل فى الجملة.

وانما قال «لا» ثم ذكر العلة فى خروج هذا الفرد عن الدليل، لانه اراد بيان ان الدليل لا يشمل هذا القسم اصلا، لا انه يشمله بدوا ثم يخرج منه بسبب الانصراف.

بل لما ذكرنا فى القسم الاول من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من ردّ ما انتقل إليه.

فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه.

و لا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم

مثلا اذا قلنا «عالم» شمل لغة «عالم الغناء» لكنه يخرج من اطلاق «العالم» بالانصراف، لكن «عالم» لا يشمل الحيوان اصلا (بل) عدم الخيار لهذا القسم من الوكيل المستقل (لما ذكرنا فى القسم الاول) و هو الوكيل فى اجراء لفظ العقد فقط (من ان اطلاق ادلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه) اى عن نفسه بان له السلطنة على رده الى نفسه (بعد الفراغ عن تمكنه من ردّ ما انتقل إليه) الى صاحبه الاول.

(فلا تنهض) ادلة الخيار (لا ثبات هذا التمكن) اى تمكن الاسترداد «لما نقله عن نفسه» (عند الشك فيه) اى فى الردّ «لما نقل إليه».

والمقام من هذا القبيل، اذ الوكيل شاك فى انه هل يقدر على ردّ ما دخل فى ملك موكله؟ فاذا حصل له هذا الشك لم يقدر على استرداد ما خرج عن ملك موكله.

(و لا) تنهض ادلة الخيار أيضا (لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه) اى الى الموكل (المستلزمة) سلطنة الموكل (لعدم

جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكة الاصلى و فى ثبوته للموكلين ما تقدم، و الاقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه.

ثم هل للموكل - بناء على ثبوت الخيار له - تفويض الامر الى الوكيل بحيث

جواز تصرف الوكيل فيه) اى فيما انتقل الى الموكل (برده الى مالكة الاصلى) «برده» متعلق ب «السلطنة».

و الحاصل انه لو كان دليل الخيار يذل على تمكن الوكيل من رد ما فى يد الموكل، او يدل على انه لا سلطة للموكل فى ما انتقل الى الموكل كان الدليل دالا على ان للوكيل الخيار.

اما و دليل الخيار لا يدل على احد الامرين، فلا يدل على اثبات الخيار للموكل.

ثم (و فى ثبوته) اى الخيار فى الوكيل المستقل فى الجملة (للموكلين) بعد ان عرفت عدم ثبوت الخيار للوكيل (ما تقدم) فى الوكيل التام الاستقلال.

ثم (و الاقوى) انه لو قلنا: بثبوت الخيار للوكيل المستقل فى الجملة او قلنا: بثبوته للموكل (اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه) اى فى الوكيل التام الاستقلال.

فجميع فروع تلك المسألة بادلتها جارية فى المقام، لوحدة الملاك فى المسألتين و الله العالم.

(ثم هل للموكل - بناء على ثبوت الخيار له -) كما فى الوكيل فى اجراء الصيغة (تفويض الامر الى الوكيل، بحيث

يصير ذا حق خيارى الاقوى العدم: لان المتيقن من الدليل

يصير ذا حق خيارى) احتمالان.

من انه حق للموكل فينقل حقه الى انسان آخر.

و من ان هذا تشريع و ليس بيد الانسان التشريع، و ان كان بيده التصرف فى حقه مثلا، لا يحق لانسان له ولدان ان يقول ابن عمى يرث بقدر احد ابنى، لان الارث ليس بيد الانسان و ان كان له المال.

نعم يحق له ان يقول اعطوا لابن عمى ثلث مالى كله مما نتيجته ان يأخذ ابن العم بمقدار احد الولدين، اذ المال يقسم حينئذ اثلاثا، ثلث لابن العم، و ثلث لكل ولد.

و هذا هو ما ذكره فى الشرط المحلل للحرام، و المحرم للحلال.

فاذا شرط ان يجب الصوم على المشتري فى يوم الخميس مثلا، او ان يحرم عليه شرب الماء، بطل الشرط.

اما ان شرط ان يصوم و ان لا يشرب الماء صح الشرط، و هذه مسألة سيالة تأتي فى كثير من الموارد كما لو نذر ان يجب عليه الاطعام فانه باطل.

اما ان نذر ان يطعم فهو صحيح.

و الحاصل ان للانسان ان يطبق المصداق على الكلى المقرر شرعا اما تشريع الحكم فليس بيد الانسان.

ولذا قال المصنف: (الاقوى العدم، لان المتيقن من الدليل)

ثبوت الخيار للعاقده فى صورة القول به عند العقد، لا لحوقه له بعده.

نعم يمكن توكيله فى الفسخ او فى مطلق التصرف فسخا او التزاما.

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين و ان جعلنا

المثبت للخيار (ثبوت الخيار للعاقده) الذى هو الوكيل - فى مثالنا- (فى صورة القول به) اى بان للعاقده الخيار (عند العقد) متعلق ب «ثبوت» (لا لحوقه) اى الخيار (له) اى للعاقده (بعده) اى بعد العقد بحيث يكون ذا حق خيارى.

(نعم يكون توكيله) اى توكيل المالك الذى له الخيار للوكيل فى مجرد اجراء الصيغه، و نحوه (فى الفسخ او فى مطلق التصرف فسخا او التزاما) بل له ذلك بالنسبة الى الاجنبى ايضا، و لا يشترط ان يكون الوكيل فى المجلس مثلا وكيلا بحضور الموكلين اجريا الصيغه، ثم ذهب الوكيلان و كان الموكلان فى المجلس فوكله الموكل بان يفسخ، فانه يقع الفسخ و ان فسخه خارج المجلس، لان من له الخيار لم يفترق و الاعتبار به، بل لا يبعد صحة العكس ايضا، بان وكله ليفسخ عن قبله، و خرج الموكل لحاجة، فانه بتوكيله عن نفسه قام مجلس الوكيل مقام مجلس الموكل، فلم يحصل الافتراق بعد.

(و مما ذكرنا) فى وجه عدم الخيار للوكيل مجرى الصيغه، و للوكيل شبه المستقل (اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين) ان جعلنا الاجازة ناقله.

اذ لا نقل قبل الاجازة، فلا خيار فى الاسترداد، بل (و ان جعلنا

الاجازة كاشفة، لا لعدم صدق المتبايعين، لان البيع النقل ولا نقل هنا- كما قيل- لاندفاعه بان البيع النقل العرفي، وهو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك شرعا بالبيع.

وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الاجازة.

الاجازة كاشفة) عن النقل حال العقد، وعدم ثبوت الخيار (لا لعدم صدق المتبايعين) على الفضوليين.

وجه عدم الصدق (لان البيع النقل ولا نقل هنا- كما قيل-) في وجه عدم ثبوت الخيار للفضوليين (لاندفاعه) اى عدم الصدق (بان البيع النقل العرفي، وهو موجود هنا) والشارع ليس له اصطلاح خاص، بل اذا صدق البيع عرفا صدق شرعا فيشملة قوله عليه السلام: البيعان بالخيار

(نعم ربما كان ظاهر الاخبار) المثبتة للخيار (حصول الملك شرعا بالبيع) اذ لو لا الملك لم يكن نقل حتى يترتب عليه الخيار.

وانما قال «شرعا» لانه لو لا امضاء الشارع للامر العرفي، لم يترتب على البيع الاحكام الشرعية.

(وهذا المعنى) اى حصول الملك شرعا (منتف في الفضولي قبل الاجازة) لان الشارع لا يقول بحصول الملك، فان مقتضى: تسلط الناس على اموالهم، وعدم حلية التجارة الا عن تراض- الى غيرهما- انه لا يملك مال المالك بدون رضاه واجازته.

و حاصل قوله «نعم» ان الفضولي وان كان بيعا، او ان «البيع» وحده لا ينفع في ثبوت الخيار، بل البيع الذي اثر بيعه الملك شرعا وهنا

و يندفع أيضا بان مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض.

مع ان هذا المعنى لا يصح

لم يؤثر بيعه الملك شرعا «فنعم» لا يصحح قول «كما قيل».

(و يندفع أيضا) هذا جواب آخر عن «كما قيل» فان «قيل» يرد عليه اشكالان.

الاول «انه بيع».

و الثانى انه لو توقف الخيار على «النقل» كما يقول «قيل» لزم ان لا يكون خيار فى الصرف و السلم قبل القبض لانه قبل القبض لا نقل على رأى الشيخ فان الشيخ يرى توقف الملك فى الصرف و السلم على القبض، مع انه لا شك فى وجود الخيار قبل القبض.

و منه يعلم انه لا يتوقف الخيار على حصول النقل بل يتوقف على حصول البيع و قد حصل البيع فى الفضولى.

و حاصل الدفع الثانى (ب) هذا البيان الذى ذكرناه (ان مقتضى ذلك) الذى قاله «قيل» من توقف الخيار على النقل (عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض).

و الصرف هو بيع النقود، و السلم هو اعطاء الثمن فعلا و تأخير قبض المثل، ضد النسيئة.

(مع ان هذا المعنى) اى عدم الخيار فى الصرف و السلم (لا يصح) فان الخيار موجود قطعاً، و ان لم يكن قبض بعد.

ص: 84

على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار فالوجه في عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين

نعم في ثبوته للمالكين بعد الاجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه و

وقوله (على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار) متعلق ب «عدم الخيار» ولو كانت العبارة بتقديم و تأخير كان اوضح بان يقول: مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف و السلم على مذهب الشيخ مع ان هذا المعنى لا يصح.

ثم انه اذا بطل الوجهان في عدم ثبوت الخيار للفضولين (فالوجه في عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين) من ان الاسترداد فرع الرد، و الفضولى لا سلطة له في الرد فلا سلطة له في الاسترداد- بالبيان المتقدم-.

(نعم في ثبوته) اى الخيار (للمالكين بعد الاجازة) اى بعد ان اجازا عقد الفضولين (مع حضورهما في مجلس العقد) ليتحقق خيار المجلس (وجه) قوى لصدق ادلة خيار المجلس على البيع بعد الاجازة.

ووجه عدم الخيار «كما يفهم من قوله وجه» ان عند البيع لا- خيار، كما عرفت، و بعد الاجازة لم يتحقق بيع و انما تحقق النقل فقط، و الخيار تابع للبيع لا للنقل.

(و) هل اللازم ان يكون المالكان في محل بيع الفضولى حتى يكون لهما الخيار، اذا اجازا العقد، أم العبرة بمجلس الاجازة، احتمالا ان.

اعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بان الاجازة عقد مستأنف على ما تقدم توضيحه فى مسألة عقد الفضولى.

ويكفى حينئذ الانشاء اصالة فى احدهما، و الاجازة من الآخر اذا جمعهما مجلس عرفا.

لكن (اعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل) و ان الاجازة ناقلة لا- كاشفة (له وجه) لان البيع وقع الآن حين الاجازة لا وقت عقد الفضوليين فاذا حصل البيع الآن كان اعتبار الخيار عند مجلس الاجازة الذي هو مجلس البيع حقيقة (خصوصا على القول بان الاجازة عقد مستأنف) لا ان العقد ما تقدم من عمل الفضوليين (على ما تقدم توضيحه) اى توضيح ان الاجازة عقد مستأنف (فى مسألة عقد الفضولى) فراجع.

(ويكفى حينئذ) اى حين كانت الاجازة قائمة مقام البيع (الانشاء اصالة من احدهما، و الاجازة من الآخر اذا جمعهما مجلس عرفا).

مثلا زيد وعمرو المالكان و بكر فضولى، فباع زيد لبكر بثمان لعمرو، و كان عمرو حاضرا فى المجلس فاجاز عمرو، فانه اذا اجاز كان لكل من زيد وعمرو خيار المجلس.

وقوله «جمعهما» ضميره يرجع الى «الاصيل و المجيز».

ويحتمل ان يريد المصنف ب «جمعهما مجلس» كفاية ان يكون «الاصيل و المجيز فى مجلس حال الاجازة».

مثلا لو باع الاصيل و الفضولى البارحة، ثم اجتمع الاصيل و المجيز اليوم فى مجلس وقال المجيز للاصيل اجزت بيع البارحة، فان هذا

نعم يحتمل فى اصل المسألة ان تكون الاجازة فى المجهز التزاما بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصا اذا كانت بلفظ: التزمت فتأمل.

ولا فرق فى الفضولين بين الغاصب وغيره.

فلو تباع غاصبان، ثم تقاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة

المجلس يعتبر مجلس البيع، ويكون لهما الخيار فى هذا المجلس.

(نعم يحتمل فى اصل المسألة) اى مسألة بيع الفضولى ان لا يكون خيار اصلا، لاحتمال (ان تكون الاجازة من المجهز التزاما بالعقد، فلا خيار بعدها) اى بعد الاجازة، لانه لا بيع الآن، ولا خيار قبل الاجازة لما سبق من عدم تسلط الفضولى على ما انتقل فلا تسلط له على الاسترداد (خصوصا اذا كانت) الاجازة (بلفظ: التزمت) حيث انها ليست بيعا، وانما هو التزام بيع سابق (فتأمل).

اذلا وجه لعدم الخيار بعد الاجازة، فانها كالبيع، ولو كانت بلفظ: التزمت

(ولا فرق فى الفضولين بين الغاصب وغيره) لوحدة ما تقدم من الادلة فى كلا قسمى الفضولى.

(فلو تباع غاصبان، ثم تقاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الاجازة)

بـخلاف ما لوردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

اذ لا حق لهما فى التفاسخ فاذا اجاز المالكان انتقل الملك (بـخلاف ما لوردّ الموجب منهما قبل قبول) الفضولى (الآخر) فله حق الرد.
و لا يمكن ان يلحق بيعهما على تقدير قبول الفضول الثانى البيع بعد ردّ الفضول الاول لا يجب نفسه الاجازة من الملك (لـاختلال صورة
المعاقدة) بالردّ قبل قبول الآخر (و الله) سبحانه (العالم) بحقائق الاحكام.

ص: 88

مسئلة [هل يثبت الخيار اذا كان العاقد واحدا؟]

لو كان العاقد واحدا لنفسه، او غيره عن نفسه، او غيره ولاية او وكالة على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بان كان وليا او وكيلًا مستقلا في التصرف.

(مسألة: لو كان العاقد واحدا) فله صور ثلاث.

لانه اما ان يكون احد من الثمن او المثلث له، أولا، بان كان كلاهما للغير فقد يبيع محمد داره لولده الصغير، وقد يشتري دار ولده لنفسه و قد يبيع دار ولده لولده الآخر مثلا.

فقوله (لنفسه، او غيره عن نفسه، او غيره) ليس اقسامًا أربعة.

اذ لا يعقل شرائه لنفسه عن نفسه.

فقوله «عن نفسه او غيره» متعلق بالقسمين الاولين في الجملة.

و الحاصل اني شريت الدار «لنفسى» او «ولدى» كما قال لنفسه او غيره، و كان البائع للغير «نفسى او ولدى».

و ان شئت قلت: ان «عن نفسه او غيره» متعلق ب «غيره» فقط.

وقوله: (ولاية او وكالة) متعلق ب «غيره» في المقامين، و كان العقد (على وجه يثبت له) اى للعاقد (الخيار مع التعدد) اى تعدد العاقد (بان كان) العاقد (وليا او وكيلًا مستقلا في التصرف).

اذ لو لم يثبت الخيار للعاقد كما لو كان وكيلًا عن الجانبين في مجرد اجراء اللفظ، لم يكن له خيار كما تقدم في المسئلة السابقة.

فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضى والمحقق والعلامة والشهيدى والمحقق الثانى والمحقق الميسى والصيمرى وغيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنى لانه بائع و مشتري فله ما لكل منهما كسائر احكامها الثابته لهما من حيث كونهما متبايعين.

و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بانشاءه فلا يثبت مع قيام العنوانين

(فالمحكى عن ظاهر الخلاف والقاضى والمحقق والعلامة والشهيدى والمحقق الثانى) صاحب جامع المقاصد (والمحقق الميسى و الصيمرى وغيرهم ثبوت هذا الخيار له) اى للعاقده (عن الاثنى) سواء كان احدهما نفسه، او كان كلاهما غيره.

وانما يكون له الخيار عن الاثنى (لانه بائع و مشتري فله ما لكل منهما) من الخيار (كسائر احكامها) اى احكام المعامله (الثابته لهما) اى للبايع و المشتري (من حيث كونهما متبايعين) مثل انه اذا كان صرفا او سلما، لزم القبض فى المجلس.

وقوله «من حيث» لاجرا ما هو واضح من ان احكام المتبايعين لا من هذا الحيث لا ترتبط بالمقام، فهو قيد توضيحي.

(و) ان قلت: ظاهر ادلة الخيار ان يكون حينما يكون البائع غير المشتري؛ لا فيما اذا اتحدا.

قلت: (احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بانشاءه) اى اذا كان منفردا فى إنشاء البيع (فلا يثبت) الخيار (مع قيام العنوانين)

لشخص واحد، مندفع، باستقرار سائر احكام المتبايعين.

و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير، من القول بالعدم، و استقر به فخر الدين و مال إليه المحقق الاردبيلى، و الفاضل الخراسانى و المحدث البحرانى و استظهره

البائع و المشتري (لشخص واحد) كما فى ما نحن فيه (مندفع) هذا الاحتمال (باستقرار سائر احكام المتبايعين) فى المقام.

فكيف توجد سائر الاحكام و لا يوجد الخيار، و التفكيك و ان لم يكن مستحيلا، الا انه خلاف ظاهر الادلة، حيث انها مطلقة تشمل تعدد العاقد و وحدته.

(و) ان قلت: يمكن وجود سائر الاحكام، لكن وجود الخيار خلاف الظاهر، اذ قد جعل فى نص الخيار الغاية «بالتفرق» حيث قال عليه السلام «حتى يفترقا» و الانسان الواحد لا يمكن افتراقه، فحيث لا غاية، فلا معنى الذي هو الخيار.

قلت: (جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد) لا يضرّ، لانه (مبنى على الغالب) من تعدد العاقد، و الغلبة لا توجب تقييد المطلق (خلافا للمحكى فى التحرير، من القول بالعدم) و انه لا خيار مجلس للعاقد الواحد (و استقر به) اى قال: انه الاقرب (فخر الدين) ولد العلامة (و مال إليه المحقق الاردبيلى، و الفاضل الخراسانى) صاحب الذخيرة و الكفاية (و المحدث البحرانى) صاحب الحدائق (و استظهره) اى قال:

انه الا ظهر.

بعض الافاضل ممن عاصرناهم، ولا يخلو عن قوة بالنظر الى ظاهر النص لان الموضوع فيه و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولولاها
لا يمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر احكامهما، اذ لا يفرق العرف بين قوله: المتبايعان
كذا، وقوله لكل من البائع و المشتري، الا ان التقييد بقوله: حتى يفترقا، ظاهر فى اختصاص الحكم

(بعض الافاضل ممن عاصرناهم) الشيخ التستري صاحب المقاييس (و لا يخلو عن قوة بالنظر الى ظاهر النص) الذي ذكر «حتى يفترقا».

وان كان الاقوى ثبوت الخيار بالنظر الى المناط الموجب لحمل النص على الغالب (لان الموضوع فيه) اى فى النص (صورة التعدد) اى
تعدد العاقد حيث قال: البيعان (و الغاية فيه) اى فى النص (الافتراق المستلزم للتعدد) اذ لو لا التعدد لم يمكن الافتراق (ولولاها) اى لو لا
الغاية «حتى يفترقا» (لا يمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع) - البيعان - كما فى النص (لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر
احكامهما) و انه لا خصوص للتعدد او الوحدة.

و انما امكن الاستظهار المذكور (اذ لا يفرق العرف بين قوله:

المتبايعان كذا، و) بين (قوله لكل من البائع و المشتري) كذا حكم.

و حيث ان العبارة الثانية تشمل المتعدد و المتحد، كذلك تشملها العبارة الاولى (الا) مربوط بقوله «ولولاها» (ان التقييد) لقوله «البيعان
بالخيار» (بقوله: حتى يفترقا، ظاهر فى اختصاص الحكم) اى

بصورة امكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد.

ومنه يظهر سقوط القول بان كلمة حتى تدخل على الممكن والمستحيل الا ان يدعى ان التفرق غاية مختصة بصورة التعدد، لا مخصصة للحكم بها وبالجملة فحكم المشهور بالنظر الى ظاهر اللفظ مشكل.

حكم «بالخيار» في صدر الرواية (بصورة امكان فرض الغاية) اي التفرق (و) الحال انه (لا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد) و اذا سقط القيد سقط المقيد الذي هو الحكم بالخيار.

(و) ان قلت: من الممكن القول بالخيار بدون غاية له، اذ كلمة «حتى» تدخل على الممكن مثل «سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطَّلَعِ الْفَجْرِ» و على المستحيل، مثل «لَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلْبِغَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ»

قلت: (منه) اي مما ذكرنا من انه حيث لا قيد فلا مقيد (يظهر سقوط القول بان كلمة حتى تدخل على الممكن والمستحيل).

وجه الظهور ان دخول حتى على المستحيل لا ينكر، و انما الكلام انه اذا كانت الغاية مفقودة فلا مغيا (الا ان يدعى) في وجه وجود الخيار و ان لم تكن غاية التفرق (ان التفرق غاية مختصة بصورة التعدد) في المتعاقدين (لا مخصصة للحكم بها) اي لحكم الخيار بهذه الصورة.

(و بالجملة فحكم المشهور) بالخيار في صورة وحدة المشتري و البائع (بالنظر الى ظاهر اللفظ) الذي فيه «حتى» (مشكل) لما عرفت من احتمال كون «حتى تخصيصا».

نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط.

لكن الاشكال فيه و الاولى التوقف، تبعاً للتحريير، و جامع المقاصد.

ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاءه الى ان يسقط باحد المسقطات غير التفرق.

(نعم لا يبعد) الحكم المذكور (بعد تنقيح المناط) و انه لا فرق بين الوحدة و التعدد في ان الحكمة تدارك الندم، و هو كما يكون في الاثنيين يكون في الواحد.

(لكن الاشكال فيه) اي في المناط (و الاولى) عند المصنف (التوقف تبعاً للتحريير، و جامع المقاصد) و ان كان الاظهر القول بالخيار- عندنا-

(ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاءه الى) مدة عرفية، لان الدليل لا يدل على ازيد من ذلك، كما اذا حبس شخصان في مكان فعقدا، او كان اثنان متصلان حلقة فعقدا.

اما قوله بالبقاء الى (ان يسقط باحد المسقطات) كالتصرف (غير التفرق) ففيه نظر.

اذ الدليل منزل على المتعارف الذي لا يدوم نحو سنة او شهر، و الله سبحانه العالم.

مسئلة قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار.

منها: من ينعق على احد المتبايعين.

والمشهور، كما قيل عدم الخيار مطلقا.

بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق، واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع.

(مسألة: قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار) فليس فيها خيار المجلس.

(منها: من ينعق على احد المتبايعين) كالأب مثلا، فاذا انتقل الى الولد سواء كان ثمنا او مثمنا لم يكن له فيه الخيار.

(و) ذلك على (المشهور، كما قيل) لا لدليل خاص، بل (عدم الخيار) لاجل محذور في الخيار (مطلقا) لا للبائع ولا للمشتري فليس له الاخذ بالخيار، لا بان يردده ولا بأن يأخذ بدله.

(بل عن ظاهر المسالك انه محل وفاق) بين العلماء (واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع) الذي نقل العبد الى المشتري «فيما كان المشتري ابنا للعبد مثلا» وهذا الكلام في قبال قوله «مطلقا».

وعليه فالاقوال والاحتمالات في المسألة ثلاثة، عدم الخيار مطلقا والخيار مطلقا وينتقل الى البدل، والخيار للبائع لا للمشتري فيما اذا باع مولى العبد للمشتري الذي كان العبد أبا للمشتري مثلا.

و الكلام فيه مبنى على قول المشهور، من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار.

و الا فلا اشكال فى ثبوت الخيار و الظاهر انه لا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين.

(و) لا يخفى انهم اختلفوا فى ان الملك يحصل للمتبايعين بمجرد العقد، كما هو المشهور او ان الملك يحصل لهما بعد انقضاء الخيار، فبين العقد و بين انقضاء الخيار لا ملك لاحدهما على ما انتقل إليه.

اذا عرفت ذلك نقول (الكلام فيه) اى فى انه لا خيار مطلقا، او ان البائع له خيار (مبنى على قول المشهور، من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار) فانهم بعد هذا المبنى اختلفوا فى عدم الخيار مطلقا، او وجود الخيار للبائع.

(و الا) نقول بمقالة المشهور، بل قلنا: بان الملك بعد انقضاء الخيار (فلا اشكال فى ثبوت الخيار) حتى للمشتري المنتقل إليه ابوه بالبيع.

اذ بعد العقد لم يملك المشتري اباه و اذا لم يملكه لم ينعق عليه، فله ان يأخذ بالخيار و يرد البيع فى المجلس.

ثم اللازم ان يتكلم فى ثبوت الخيار و عدمه فى مقامين.

الاول: بالنسبة الى الخيار فى العين (و الظاهر انه لا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بالنسبة الى نفس العين) فلا خيار للبائع فى الاسترداد و لا خيار للمشتري فى الرد اذا كان المبيع أباً للمشتري مثلا.

لان مقتضى الادلة الانعتاق بمجرد الملك.

و الفسخ بالخيار من حينه لا من اصله و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها، الا على احتمال ضعفه فى التحرير، فيما لو ظهر من ينعق عليه معييا، مبنى على تزلزل العتق.

(لان مقتضى الادلة الانعتاق بمجرد الملك) فكيف يسترد او يرد ما خرج عن الملك.

(و) ان قلت: الفسخ يقع من حين البيع فيتقدم الفسخ على الملك «الملك المتقدم على الانعتاق».

قلت: (الفسخ بالخيار من حينه) اى حين الفسخ (لا من اصله) اى اصل البيع، فانه اذا كان من اصله كان الفسخ قبل الانعتاق (و لا دليل على زواله) اى الانعتاق (بالفسخ) ليرجع الحرّ عبدا (مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها) و الدليل هو الاستصحاب، بل و ما دلّ على ان الحرّ لا- يكون عبدا فانه شامل لمن كان حرا من الاصل او صار حرا بالعارض (الا) استثناء من قوله: مع قيام الدليل (على احتمال ضعفه) العلامة (فى التحرير، فيما لو ظهر من ينعق عليه معييا).

و ذلك الاحتمال (مبنى على تزلزل العتق) فانه قال بعضهم: اذا ظهر العبد معييا كان للمشتري الذى انعتق العبد عليه ان يرد العبد، لانه و ان تحرّر العبد بمجرد شرائه، الا ان تحرره كان متزلزلا بعدم العيب فاذا ظهر فيه عيب زال الانعتاق، ورجع عبدا، فكان للمشتري ان برده

و اما الخيار بالنسبة الى اخذ القيمة.

فقد يقال: مقتضى الجمع بين ادلة الخيار، ودليل عدم عود الحرّ الى الرقية يفرض المعتق كالتالف، فلمن انتقل إليه ان يدفع القيمة، و يسترد الثمن.

لكن العلامة ضعف هذا الاحتمال.

و كيف كان فاذا قلنا: بهذا الاحتمال، كان جاريا في ما نحن فيه أيضا، اى في خيار المجلس بان يقال: ان العبد بمجرد الاشتراء ينعقد لكنه عتق متزلزل، فاذا اخذ المشتري بخيار المجلس بطل الانعتاق، ورجع عبدا.

هذا كله بالنسبة الى ابطال الخيار للبيع بحيث يرجع العبد رقا.

(و اما الخيار بالنسبة الى اخذ القيمة) فاذا ابطال المشتري العقد و لم يمكنه ارجاع العبد، لانه قد تحرر، فله ان يسترجع ما اعطاه للبائع و يرد على البائع قيمة العبد.

(فقد يقال) انه (مقتضى الجمع بين ادلة الخيار) الدالة على بقاء الخيار ما دام فى المجلس (و) بين (دليل عدم عود الحرّ الى الرقية) فلا يمكن ردّه لكن يمكن رد قيمته (يفرض المعتق) - بالفتح - اى العبد (كالتالف) فى انه لا يرد عينه، لكن يرد قيمته (فلمن انتقل) العبد (إليه) كالمشتري (ان يدفع) الى البائع (القيمة، و يسترد الثمن).

مثلا: اشتراه بالف ثم ندم، فانه يسترد الفه و يقومه الآن فقد تكون قيمته الآن خمسمائة - للتزول الطارئ سوقا - فيعطى الى البائع

و ما فى التذكرة: من انه وطن نفسه على الغبن المالى، و المقصود من الخيار ان ينظر، و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع.

لان التوطين على شرائه عالما بانعاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة، و كذا لمن انتقل عنه ان يدفع الثمن و يأخذ القيمة.

و ما فى التذكرة من تغليب

خمسمائة (و ما فى التذكرة: من انه وطن نفسه على الغبن المالى) حيث انه اشتراه و هو يعلم بانه ينعق عليه، فيعلم بانه لو كان مغبونا لم يكن له تدارك غبنه بالفسخ، فلا حق له فى الفسخ، ليسترد الثمن (و) يرد القيمة.

اذ (المقصود من الخيار ان ينظر، و يتروى لدفع الغبن عن نفسه).

فاذا اقدم على الغبن لا مجال للخيار (ممنوع).

(لان التوطين على شرائه عالما بانعاقه عليه) قهرا (ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة) و ان كان توطينا على الانعاق.

فعدم الخيار بتعليل انه اقدم على الغبن غير صحيح.

مضافا الى انه ربما لا يعلم بان العبد ينعق عليه، فلا توطين اصلا.

هذا كله فى فسخ المشتري ليسترد الثمن و يرد القيمة (و كذا لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (ان) يفسخ بخيار المجلس، ف (يدفع الثمن و يأخذ القيمة) فيما لو كانت القيمة اكثر من الثمن، لارتفاع قيمة العبد سوقيا مثلا-.

(و) لا يخفى ان (ما فى التذكرة من) المنع عن الفسخ، ل (تغليب

جانب العتق انما يجدى مانعا عن دفع العين.

لكن الانصاف انه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه لان شرائه اتلاف له فى الحقيقة، و اخراج له عن المالية.

وسيجي ء سقوط الخيار بالاتلاف، بل بادنى تصرف.

فعدم ثبوته به اولى.

جانب العتق) غير وارد.

لانه (انما يجدى) هذا الاشكال (مانعا عن دفع العين) ولا نقول به بل نقول بدفع القيمة و دفع القيمة لا يصطدم بالعتق.

(لكن الانصاف) عند المصنف (انه لا- وجه للخيار لمن انتقل إليه) العبد كالمشترى (لان شرائه اتلاف له فى الحقيقة، و اخراج له عن المالية).

ولا فرق بين الاتلاف حقيقة و بين الاتلاف شرعا.

(وسيجي ء سقوط الخيار بالاتلاف، بل بادنى تصرف) فى ما انتقل إليه.

(فعدم ثبوته) اى الخيار (به) اى بالاتلاف (اولى) من عدم ثبوت الخيار بالتصرف.

لكن الظاهر ان القول بالخيار و ردّ القيمة اصح، اذ الانعتاق ليس اتلافا و تصرفا، فالدليل الدال على ان الاتلاف و التصرف يستقطبان الخيار لا يشملنه.

ص: 100

و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه، لان بيعه ممن ينعقد عليه اقدم على اتلافه و اخراجه عن المالية.

و الحاصل انا اذا قلنا: ان الملك فيمن ينعقد عليه تقديري لا حقيقي فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطاة على اخراجه عن المالية، و سلكه في سلك ما لا يتمول.

لكنه حسن من علمهما.

(و منه) اى مما ذكرنا فى عدم خيار المشتري (يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (لان بيعه ممن ينعقد عليه اقدم على اتلافه و اخراجه عن المالية) فهو اقدم على اسقاط خيار نفسه بعلمه ان ما يبيعه يتلف و ينعدم.

و قد ظهر بالاشكال فى ما ذكره المشتري الاشكال فيما ذكره هنا فى البائع.

(و الحاصل) فى بيان عدم خيار البائعين فى المقام (انا اذا قلنا:

ان الملك فيمن ينعقد عليه) كالمشتري مثلا (تقديري لا حقيقي) فلا اثر للبيع الا الاعتاق، و لا اثر له فى ملك المشتري له (فالمعاملة عليه) اى على من ينعقد (من المتبايعين مواطاة) و تبان (على اخراجه عن المالية و سلكه) اى ادخاله (فى سلك ما لا يتمول) و مثله لا خيار فيه، لا لهذا و لا لذلك.

اما اذا قلنا ان الملك حقيقى، فاللازم القول بوجود الخيار فيه.

(لكنه) اى عدم الخيار (حسن من علمهما) بذلك ليتحقق المواطاة

فتأمل.

وقد يقال: ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على ان الخيار والانعقاد هل يحصلان بمجرد البيع، او بعد ثبوت الملك أنا ما، او الاول بالاول، و الثانى بالثانى او العكس.

فعلى الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم، لا نصية اخبار العتق.

و الا فان جهلا فلا مواطاة، و لا يكون وجه بعدم الخيار، كما انه اذا جهل احدهما لا وجه لعدم خياره (فتأمل).

لعله اشارة الى بعض ما ذكرناه من الاشكال.

و كيف كان فالأظهر الخيار حتى مع علمهما.

(وقد يقال) و القائل صاحب المقابيس (ان ثبوت الخيار لمن انتقل عنه) العبد كالبائع (مبنى على ان الخيار والانعقاد هل يحصلان بمجرد البيع، او انهما يحصلان (بعد ثبوت الملك أنا ما، او) يحصل (الاول) الخيار (بالاول) بمجرد البيع (و الثانى) الانعقاد (بالثانى) بعد ثبوت الملك أنا ما (او) يحصل (العكس) فالخيار يحصل بعد ثبوت الملك أنا ما و الانعقاد يحصل بمجرد البيع.

(فعلى) ثلاث احتمالات (الاولين و الاخير يقوى القول بالعدم) اى بعدم الخيار مطلقا لا فى العين و لا فى القيمة (لأنصية اخبار العتق) من اخبار الخيار، فتقدم اخبار العتق على اخبار الخيار- و هذا وجه عدم الخيار فى العين- و وجه الأنصية لقوة ادلة انعقاد العمودين (الآباء و الابناء) ان الحرية سريعة التأثير، كما قرر فى كتاب العتق.

ص: 102

و كون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الاخير.

و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين و دفعا للمنافات من البين و عملا بالنصين، و بالاجماع

(و) اما وجه عدم الخيار فى القيمة فلما ذكره بقوله: و (كون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها) اى القيمة (من دون المبدل) الذي هو العين.

و ذلك لوضوح ان البديل قائم مقام المبدل، فاذا لم يكن مبدل، لم يقم شي ء مقامه.

ثم ذكر وجهها آخر لعدم القيمة بقوله: (و لسبق تعلقه) اى تعلق الانعتاق بالعين على تعلق حق الخيار بها، بناء (على) الوجه (الاخير) من حصول العتق بالعقد، و الخيار بالملك، فانه بمجرد العقد عتق، فلم يرد عليه الخيار، حتى يكون له بدل هو القيمة.

(و يحتمل قريبا الثبوت) للخيار بالنسبة الى القيمة دون العين (جمعا بين الحقين) حق الخيار و حق الانعتاق (و دفعا للمنافات من البين).

اذلا منافاة من ان لا يكون له خيار فى العين، و يكون له خيار فى القيمة (و عملا بالنصين) دليل الخيار و دليل الانعتاق بمجرد الشراء.

ثم عطف على قوله «جمعا» قوله: (و بالاجماع) فهو دليل آخر للخيار فى القيمة.

على عدم امکان زوال يد البائع عن العوضين.

و تنزيلا للفسخ منزلة الارش مع ظهور عيب فى احدهما.

و للعتق بمنزلة تلف العين.

و حاصله انه قام الاجماع (على عدم امکان زوال يد البائع عن العوضين) العبد و قيمته «اى المعوض و العوض».

و حينئذ فاذا فسخ البائع فاما ان يرجع إليه «العبد» و ذلك غير ممكن لانه انعتق.

و اما ان يرجع إليه «قيمه» و هذا لا محذور فيه، فاللازم القول به

(و) هناك دليل ثالث لآخذ القيمة، و هو انه اذا ظهر عيب فى احد العوضين، و لم يمكن الرد، لتصرف مثلا، آخذ الفاسخ الارش و القيمة هنا «فى بيع العبد» نازلة منزلة الارش.

فاذا لم يمكن استرداد البائع الفاسخ لنفس العبد، كان له آخذ القيمة (تنزيلا ل) اثر (الفسخ) فى المقام، و اثر الفسخ هو آخذ القيمة (منزلة الارش مع ظهور عيب فى احدهما) اى فى المبيع او الثمن.

(و) هناك دليل رابع لآخذ القيمة، و هو انه اذا تلف الشيء الذى فيه العيب، كان للفاسخ ان يطلب الطرف بالتدارك للعيب فانه و ان لم يمكنه ارجاع المعيب التالف لكنه يمكنه طلب التدارك، و فى المقام كذلك تنزيلا (للعق بمنزلة تلف العين).

اقول و يمكن توجيه قوله «تنزيلا» الخ بمعنى غير ما ذكرناه لكن ما ذكرناه اظهر.

ولأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما اذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعق على المشتري، او تعيب بما يوجب ذلك.
و الظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام.

(و) هناك دليل خامس لاختذ القيمة هو وجود مثل مسألة الانعتاق في كلامهم، و لم يحكموا بعدم الخيار، بل قالوا بالخيار و الرجوع الى القيمة (لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع الى القيمة فيما اذا باع) البائع العبد (بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعق على المشتري) فانه حيث لم يف المشتري بالشرط لحصول الانعتاق قبل ان ينعق كان للبائع فسخ العقد، فاذا فسخ اخذ القيمة حيث لا يتمكن من رد نفس العين

و هناك مثال آخر لحكمهم بالقيمة، و هو ما ذكره بقوله: (او تعيب بما يوجب ذلك) اى الانعتاق، فان الانسان اذا اشترى عبدا فتعيب العبد ببعض العيوب انعتق تلقائيا، فاذا انعتق صار من تخلف الشرط «شرط عتق العبد» الذي شرطه البائع على المشتري، فللبائع ان يفسخ بتخلف الشرط، فاذا فسخ اخذ القيمة.

(و الظاهر عدم الفرق بينه) اى بين حكمهم فى الموردين بالقيمة (و بين المقام) الذي هو انعتاق العبد على المشتري لوحدة المناط فيهما.

فكما يرجع البائع فى الموردين الى القيمة، كذلك يرجع البائع الى القيمة فى المقام.

و على الثالث يتجه الثانى لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق.

ثم قال: و حيث كان المختار فى الخيار انه بمجرد العقد، و فى العتق انه بعد الملك و دل ظاهر الاخبار، و كلام الاصحاب على

(و على الثالث) و هو كون الخيار بالبيع و الانعتاق بعد ثبوت الملك

و هذا عطف على قوله «فعلى الاولين و الاخير» (يتجه الثانى) اى القول بالخيار حيث قال «ويحتمل قريبا الثبوت» (لما مر) فى قوله «جمعا بين الحقين الخ» فاذا فسخ اخذ القيمة (و لسبق تعلق حق الخيار، و عروض العتق) و السابق احق.

و لا يخفى ان قوله «و لسبق» تتميم لقوله «لما مر» لا انها دليلان.

بيان ذلك ان تقدم حق الخيار يقتضى ان يكون له الخيار، لكن حيث دليل العتق موجود، لا يمكن رد العين فاللازم القول «بالقيمة» جمعا بين الحقين.

فقوله «لما مر» وجه القيمة.

و قوله «لسبق» وجه اصل الخيار، و قد كان من الاحسن ان يقول «لسبق تعلق ... الخ بضميمة ما مرّ من الجمع بين الحقين .. الخ».

(ثم قال) صاحب المقاييس (و حيث كان المختار فى الخيار انه بمجرد العقد، و فى العتق انه بعد الملك) لان العقد علة الخيار، و العتق انما يقع فى الملك (و دل ظاهر الاخبار، و كلام الاصحاب على

ان احكام العقود و الايقاعات تتبعها بمجرد حصولها اذا لم يمنع عنها مانع- من غير فرق بين الخيار وغيره- بل قد صرحوا بان الخيار يثبت بعد العقد، و انه علة، و المعلول لا يتخلف عن علته كما ان الانعتاق لا يتخلف من الملك.

فالاقرب هو الاخير، كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد ان لم يثبت الاجماع على خلافه.

و يؤيده اطلاق الاكثر.

ان احكام العقود) اى الاحكام المترتبة على العقود (و الايقاعات تتبعها) اى تتبع تلك الاحكام العقود و الايقاعات (بمجرد حصولها) اى حصول العقود و الايقاعات (اذا لم يمنع عنها) اى عن تلك الاحكام (مانع- من غير فرق) فى تلك الاحكام (بين الخيار وغيره-) من سائر الاحكام (بل قد صرحوا بان الخيار يثبت بعد العقد) بلا فصل (وانه) اى العقد (علة، و المعلول) الذي هو الخيار (لا يتخلف عن علته) لاستحالة تخلف المعلول عن العلة (كما ان الانعتاق) المعلول للملك (لا يتخلف من الملك) و لو بلحظة.

(فالاقرب هو الاخير) جواب «و حيث كان المختار».

و مراده «بالاخير» القول بالخيار و استرداد القيمة (كما هو) الخيار (ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد) الاول (ان لم يثبت الاجماع على خلافه) اى على خلاف الخيار.

(و يؤيده) اى يؤيد الخيار (اطلاق الاكثر) فانهم اطلقوا ان خيار

و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول ان قلنا: انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار او بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل عنه نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول

المجلس فى كل عقد، فى شمل «البيع ممن ينعقد عليه».

(و دعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع) الشامل لما نحن فيه (من غير استثناء).

فان ابن زهرة لم يستثن بيع العبد ممن ينعقد عليه (انتهى كلامه رفع مقامه).

وقد اشكل المصنف على المقاييس أولا بقوله: (اقول) ان المقاييس قال «اذا قلنا بان الخيار بالعقد و الانعتاق عقيب الملك فللبائع الخيار»

و اشكل عليه المصنف بانه غير مستقيم و ذلك لان خيار البائع معناه استرداد ما اعطى و دفع الثمن.

و حيث ان العبد صار حرا لا يمكن للبائع استرداد ما اعطى و لذا فلا خيار له، فانه (ان قلنا: انه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار او بالتقاييل) بان يتراضيا به لفسخ، بدون ان يكون هناك خيار (خروج الملك عن ملك من انتقل عنه).

فالثمن يخرج من كيس البائع، و المثلثم يخرج من كيس المشتري (نظرا الى ان خروج احد العوضين عن ملك احدهما يستلزم دخول)

الآخر فيه ولو تقديراً، لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما اذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه، لان يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع و لو تقديراً اذ ملكية المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق.

و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري

العوض (الآخر فيه) اى فى ملك احدهما، لان المعاوضة معناها هذا الاستلزام (و لو) كان الدخول و الخروج (تقديراً) بان لم تكن العين موجودة، و انما قام بدلها «كالقيمة» مقام العين بعد ملك انا ما تقديراً (لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه).

قوله «لم يكن» جواب «ان» و «ما نحن فيه» هو بيع العبد ممن ينعق عليه (و لو قلنا) «لو» و صلية (بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما) كما تقدم عن صاحب المقاييس (اذ برفع العقد) اى اسقاطه بالخيار (لا يقبل المنعتق عليه) اى العبد الذي صار حراً (لان يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع و لو تقديراً) و اذ لم يقبل، فلا خيار.

و انما «لا يقبل» (اذ ملكية المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه) شيء اصلاً (سوى الانعتاق) فليس هناك ملك تقديري للبائع على العبد المنعتق حتى يبدل بالقيمة.

(و لا يجوز تقديره) اى العبد- المنعتق- (بعد الفسخ) من البائع (قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري

الى ملك البائع ثم انعقاه مضمونا على المشتري كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع.

والحاصل: ان الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه.

وهذا غير حاصل في ما نحن فيه و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضي ازيد

الى ملك البائع ثم انعقاه مضمونا على المشتري) حتى يبدل بالقيمة (كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع).

قوله «كما» مثال لما يمكن ان يفرض فيه الملك التقديرى، و هو ان المشتري اذا باع السلعة التى اشتراها شراء خياريا، ثم فسخ البائع المعاملة فانه يصح الخيار، اذ يفرض ان السلعة المباعة دخلت فى ملك المشتري آنا ما، ثم تلفت مضمونة على المشتري، فيجب عليه اعطاء قيمتها للبائع حتى يسترد منه ثمنها.

و مثل هذا الملك التقديرى غير موجود فى انعقاق العبد اذ العبد لا يمكن تقدير رجوعه الى ملك المشتري آنا ما، اذا الحر لا يعقل ان يكون عبدا.

(و الحاصل: ان الفاسخ) البائع للعبد- فى ما نحن فيه- (يتلقى الملك) كالعبد فى المثال (من المفسوخ عليه) المشتري و لو لم يكن هذا فلا خيار.

(وهذا) التلقى (غير حاصل فى ما نحن فيه) اذا العبد المنعق لا يمكن تصور رجوعه الى ملك المشتري آنا ما (و ان قلنا) عطف على «ان قلنا انه يعتبر» (ان الفسخ لا يقتضي ازيد

من ردّ العين ان كان موجودا، وبدله ان كان تالفا، او كالتالف و لا يعتبر في صورة التلف امكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفي ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف، كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ، و الرجوع الى القيمة فيما تقدم في مسألة البيع بشرط العتق.

ثم ظهور المبيع منعقدا على المشتري

من ردّ العين) استرداد البائع من المشتري (ان كان موجودا، و) ردّ (بدله ان كان تالفا او كالتالف).

مثل ما اذا باعه المشتري، او انعتق عليه، او القى في البحر، او غصبه غاصب، فان كل هذه الامور تجعل العين كالتالف (و قلنا:

(لا- يعتبر في صورة التلف) و كالتلف (امكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه) المشتري (و تملكه منه) عطف توضيح على قوله «تقدير»

كما ان قوله «و لا يعتبر» عطف توضيح على قوله «لا يقتضي» (بل يكفي ان يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف) فانه ان لم يفسخ البائع اخذ الثمن، و ان فسخ اخذ القيمة و المشتري ضامن لاحد الامرين على سبيل البدل (كما يشهد به) اى بما ذكرناه من قولنا «ان قلنا ان الفسخ .. الخ» و عدم الاحتياج الى الملك التقديرى (الحكم بجواز الفسخ، و الرجوع الى القيمة فيما تقدم في مسألة البيع بشرط العتق).

(ثم ظهور المبيع منعقدا على المشتري) مع ان العبد المنعتق لا يرجع

و حكمهم برجوع الفاسخ الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف الى الفاسخ كان الاوفق بعمومات الخيار القول به هنا، و الرجوع الى القيمة الا مع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه.

فالاقوى لعدم لانهما قد توطئا على اخراجه عن المالية الذي هو

أنا ما «تقديرًا» الى ملك المشتري، بل (و حكمهم برجوع الفاسخ) البائع (الى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم، مع) وضوح (عدم) ملك أنا ما، لعدم (امكان تقدير عود الملك قبل الانتقال) من المشتري الى المشتري الثاني (الذي هو بمنزلة التلف).

قوله «الذي» صفة «انتقال» (الى الفاسخ) البائع، و «الى» متعلق ب «عود» (كان الاوفق بعمومات الخيار) الشاملة لكل بيع، حتى بيع العبد ممن ينعق عليه، و «كان» جواب «و ان قلنا ان الفسخ .. السخ» (القول به هنا) في بيع العبد ممن ينعق عليه (و الرجوع) اى رجوع البائع الفاسخ (الى القيمة) حيث يتعذر العين لتحرر العبد (الا مع اقدام المتبايعين على المعاملة) اقداما (مع العلم) اى علمهما (بكونه) اى كون العبد (ممن ينعق عليه) اى على المشتري - مثلا-.

(فالاقوى) فى صورة علمهما بانعتاقه (العدم) اى عدم الخيار.

و وجه عدم الخيار مع علمهما (لانهما قد توطئا) توطئا واقعا (على اخراجه) اى العبد (عن المالية) لانه باع و هو يعلم انه يخرج عن المالية و المشتري اشترى و هو يعلم انه يخرج عن المالية (الذي هو) اى البيع

بمنزلة اتلافه.

وبالجمله: فان الخيار حق فى العين، وانما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء.

فاذا كان نقل العين ابطالا لماليتها و تقويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق فى العين حتى

(بمنزلة اتلافه).

لكنك عرفت سابقا ان التواطؤ على الاتلاف لا يستلزم سقوط الخيار بعد الاطلاقات.

(وبالجمله: فان الخيار حق فى العين، وانما يتعلق) هذا الحق (بالبدل) للعين كالثيمة (بعد تعذره) اى تعذر العين.

ولا- يخفى ان «العين» مؤنث سماعا، وانما استعملها الشيخ مذكرا بتأويل لفظ «الشيء» (لا ابتداء) اذا فاللازم ان يتعلق حق الخيار بالعين، و اذا لم يمكن تعلقه بالعين لم يكن وجه لتعلقه ببدل العين

(فاذا كان نقل العين) كبيع العبد ممن ينعقد عليه (ابطالا لماليتها و تقويتا لمحل الخيار).

و المراد بمحل الخيار «العين» فانه اذا باع العبد ممن ينعقد عليه كان ابطالا لمالية العبد، لانه ينعقد فورا (كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه) فانه اذا باع بشرط عدم الخيار لم يكن خيار كذلك اذا باع بما يعلم انه يخرج عن المالية فورا.

وعليه (فلم يحدث حق فى العين) اى العبد (حتى) اذا تعذرت

ص: 113

يتعلق ببذله.

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع ونقله الى من ينعقد عليه كالاتلاف له من حيث المالية.

فدفع الخيار به اولى واهون من رفعه، فتأمل.

و منها: العبد

العين (يتعلق) ذلك الحق (ببذله) اى ببذل العين.

(وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع) اى ما لو اتلف نفس البائع المبيع لانه فوت محل الخيار (ونقله الى من ينعقد عليه كالاتلاف له) «نقله» مبتدأ و «كالاتلاف» خبره (من حيث المالية) «من» بيان «كالاتلاف».

فان الاتلاف اذهاب العين و «النقل الى من ينعقد عليه» اذهاب القيمة.

(فدفع الخيار به) اى بالبيع ممن ينعقد عليه بان يقال: انه لا خيار اصلا (اولى واهون من رفعه) بان يقال: حدث الخيار، لكنه ارتفع بسبب الانعتاق.

وانما كان اولى لانه لا فائدة فى جعل خيار لا اثر له اصلا، لفرض انه لا يمكن ان يؤخذ بمثل هذا الخيار (فتأمل).

اذ كون الدفع اهون من الرفع ليس الا امرا اعتباريا، فلا يمكن ان يكون مستندا لحكم شرعى.

(ومنها) اى من موارد الاستثناء عن حكم خيار المجلس (العبد

المسلم المشتري من الكافر بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيار فانه قد يقال: بعدم ثبوت الخيار لاحدهما.

اما بالنسبة الى العين، فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم، و تمليكه اياه.

و اما بالنسبة الى القيمة فلما تقدم من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين الى مالكة الاصلى، و لو تقدير التكون

المسلم المشتري من الكافر) فانه لا خيار، لا للكافر و لا للمسلم فى رده بخيار المجلس (بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا).

نعم يملكه اضطرارا، كما اذا كان لكافر عبد كافر، فاسلم العبد فانه يملكه قبل ان يباع عليه، بلا اشكال.

ففى رواية حماد عن الصادق عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اتى بعبد ذمى قد اسلم، قال اذهبوا فبيعوه من المسلمين، و ادفعوا ثمنه لصاحبه، و لا تقروه عنده (فانه قد يقال: بعدم ثبوت الخيار لاحدهما) لا البائع الكافر، و لا المسلم المشتري.

(اما بالنسبة الى) عدم الخيار فى (العين، فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم، و) لا (تمليكه اياه) فلا يحق للكافر ان يملك مسلما، و لا يحق لمسلم ان يملك كافرا عبدا مسلما.

(و اما بالنسبة الى القيمة) بان يقال: ان له الخيار فاذا فسخ اخذ القيمة - حيث يتعذر اخذ العين - (فلما تقدم من ان الفسخ يتوقف على رجوع العين الى مالكة الاصلى، و لو) رجوعا (تقديرا) أنا ما (لتكون)

مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه، ورجوع المسلم الى الكافر غير جائز

وهذا هو المحكى عن حواشى الشهيد ره حيث قال: انه يباع ولا يثبت له خيار المجلس، ولا الشرط.

ويمكن ان يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، وان ثبت للمشتري فيوافق كلام فخر الدين فى الايضاح، من ان البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ وبالنسبة الى المشتري كالباع

العين بعد رجوعها و تلفها فى يد المالك الاصلى «او كالتلف» (مضمونة له) اى لنفع ذى الخيار (بقيمته على من انتقل إليه) العين (و) الحال ان (رجوع) العبد (المسلم الى الكافر غير جائز) فلا ملك تقديرى له أنا ما، فلا خيار، فلا قيمة.

(وهذا) اى عدم الخيار (هو المحكى عن حواشى الشهيد) الاول (ره حيث قال: انه) اى العبد المسلم الذى فى يد الكافر (يباع) رغما عليه (ولا يثبت له) اى لهذا العبد (خيار المجلس، ولا الشرط) سواء من جانب الكافر البائع، او المسلم المشتري.

(و) لكن (يمكن ان يريد) الشهيد ره (بذلك) اى بقوله «ولا يثبت» (عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، وان ثبت) الخيار (للمشتري) المسلم.

و عليه (فيوافق) كلام الشهيد (كلام فخر الدين فى الايضاح، من ان البيع بالنسبة الى الكافر استنقاذ) فليس بالنسبة الى الكافر بيع اصلا، و انما هو صورة البيع، و المقصود منها انقاذ العبد المسلم من يده (وبالنسبة الى المشتري كالباع) فى الاحكام.

بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لان الملك سبيل و انما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الانصاف انه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضا، لان الظاهر من قوله: البيعان بالخيار، اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع انه لا معنى لتحقيق العقد البيعى من

وانما لم يكن «بيع» حقيقة بالنسبة الى المشتري لانه ليس لنا بيع من جانب واحد.

و هذا الكلام من الفخر (بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له) اى للعبد المسلم فاذا لم يملكه لا معنى لكونه بيعا، بل انقاذ (لان الملك سبيل) وقد قال سبحانه: لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (و انما له) اى للكافر (حق استيفاء ثمنه) اى ثمن العبد (منه) اى من المشتري- صورة-.

(لكن الانصاف انه على هذا التقدير) اى تقدير كونه انقاذا من الكافر (لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضا) كما انه ليس للبائع (لان الظاهر من قوله: البيعان بالخيار، اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين) وقد ذكر انه لا بيع من طرف الكافر.

و اذا لم يكن بيع من طرف فلا خيار حتى من طرف الشخص الآخر- الذي هو المشتري-.

هذا أولا (مع انه) يرد عليه اشكال آخر، و هو: انه (لا معنى لتحقيق العقد البيعى من

طرف واحد فان شروط البيع ان كانت موجودة تحقق من الطرفين و الا لم يتحقق اصلا، كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعقد عليه.

طرف واحد) و عليه فلا بيع اصلا، و اذ لم يكن بيع لم يكن وجه لخيار المسلم الذى هو فى صورة المشتري.

و انما لا يتحقق البيع من طرف واحد لما ذكره بقوله: (فان شروط البيع ان كانت موجودة) فى بيع العبد المسلم عن يد الكافر (تحقق) البيع (من الطرفين) الكافر و المسلم (و الا لم يتحقق اصلا، كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعقد عليه).

و ليس معنى ذلك استحالة ان يحكم الشارع باحكام البيع على طرف دون طرف، حتى يقال: بانه ليس من الاحكام العقلية الموجبة لعدم امكان تصرف الشارع فيها، بل معناه ان ظواهر الادلة خلافه، هذا.

و اما ما ذكره من بيع الحربى من ينعقد عليه، فهو مسألة اخرى، و هى انه لو قهر الكافر الحربى اباه- مثلا- فتسلط عليه، ثم باعه من مسلم ففيه ثلاثة اقوال.

الاول: انه بيع من الطرفين، اما من طرف الكافر البائع فلقاعدته اقرارهم على دينهم، و اما من طرف المسلم المشتري فلصحة اشترائه هذا العبد.

الثانى: انه ليس يباعا من احدهما، اذ الكافر لا يملك اباه فان احكام الله شاملة للكافر و المسلم، و لذا كان الكفار مكلفين بالفروع كتكليفهم

والاقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الاكثر، وصريح كثير، ثبوت الخيار فى المقام وان تردد فى القواعد بين استرداد العين او القيمة.

بالاصول، ويكون العقاب على تركهم لكلا الامرين، واذ لم يكن ملك فلا بيع من طرف الكافر، فلا اشتراء من طرف المسلم، اذ لا تتحقق معاملة من طرف واحد، بل يكون اعطاء المشتري الثمن للكافر من جهة الانقاذ فقط.

الثالث: انه بيع من طرف واحد وهو المشتري، اذ لا محذور فيه، وانما لم يكن يبيعا من طرف الكافر لوجود المحذور.

وهذا القول هو الذي رده بعض «نقله المصنف» من انه غير صحيح لانه ان وجدت شروط البيع تحقق من الطرفين، والا لم يتحقق من اى منهما

ولا يخفى ان الاقرب فى هذه المسألة انه بيع من الطرفين لإقرار الكفار على اعمالهم، اذ كانوا اهل كتاب.

(و) كيف كان، ف (الاقوى فى المسألة) مسألة اشتراء العبد المسلم من الكفار (وفاقا لظاهر الاكثر، وصريح كثير: ثبوت الخيار فى المقام) لكل من الكافر البائع، والمسلم المشتري (وان تردد فى القواعد) فى ما اذا اخذ احدهما بالخيار (بين استرداد العين او القيمة).

العين، لانه غير ضار استردادها لما يأتى من قوله «لان تقدير المسلم .. الخ».

والقيمة، لانه يفهم من كلام الشارع انه لا يريد سلطة الكافر على المسلم، فاذا تعذرت العين فالقيمة.

و ما ذكرنا من ان الرجوع بالقيمة مبنى على امكان تقدير الملك فى ملك المالك الاصلى، لو اغمضنا عن منعه كما تقدم فى المسألة السابقة غير قادح هنا، لان تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم.

ولذا جوزنا له شراء من ينعق عليه.

(و) ان قلت: انه لا يمكن استرداد القيمة، لانه لا يكون الا بعد ان يفرض دخول العين فى ملك الكافر و تلفها او كالتلف و تبديلها بالقيمة، كما ذكرتم سابقا، و الحال ان العبد المسلم لا يكون ملكا للكافر.

قلت: (ما ذكرنا من ان الرجوع بالقيمة مبنى على امكان تقدير الملك فى ملك المالك الاصلى).

أولا: نمنعه اذ لا دليل على ذلك، اذا الخيار حكم شرعى و للشارع ان يجعله و ان لم يمكن ارجاع الملك حقيقة و لا تقديرا، و فائدة الخيار حينئذ الرجوع الى القيمة (لو اغمضنا عن منعه كما تقدم فى المسألة السابقة)

و ثانيا نقول: انه (غير قادح هنا) فى بيع الكافر للعبد المسلم و ان كان قادحا فى اشتراء المسلم اياه مثلا.

و الفارق بين المقامين ما ذكره بقوله: (لان تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه) اى على المسلم (بدله) للكافر ثم يبدل الى القيمة (ليس سبيلا للكافر على المسلم) المحذور شرعا، حيث قال تعالى:

لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا.

(و لذا جوزنا له) اى للكافر (شراء من ينعق عليه) من عبد مسلم، لانه

وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين.

و منها: شراء العبد نفسه بناء على جوازه.

فان الظاهر عدم الخيار فيه ولو بالنسبة الى القيمة لعدم شمول ادلة الخيار له.

و اختاره فى التذكرة، وفيها أيضا: انه لو اشترى جمدا فى شدة الحرّ

انتقاد للمشتري بدون ان يكون للكافر سبيل عليه يوجب مخالفة الآية

(وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين) فراجع.

و هذا بخلاف ملكية المسلم لاحد العمودين نقلا، فانه بعد ان تحرّر العبد لا يرجع الى الملكية ولو أنا ما.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 11، ص: 121

(و منها) اى من الموارد المستثناة من خيار المجلس (شراء العبد نفسه بناء على جوازه) لشمول اطلاق الادلة له، بخلاف احتمال عدم الجواز، لانه و ما فى يده لمولاه، فكيف يجوز ان يشتري مال المولى «و هو نفسه» بمال آخر للمولى «و هو ما فى يده».

(فان الظاهر عدم الخيار فيه ولو بالنسبة الى القيمة) فلا يحق للمولى و لا للعبد الذى اشترى نفسه الخيار للمجلس (لعدم شمول ادلة الخيار له).

و ذلك لما ذكرناه فى المستثنى الاول، من ان الحرّ لا يمكن ان يدخل فى الملك ولو أنا ما، و لو لاجل ان يبدل بالقيمة.

(و اختاره) اى عدم الخيار فى هذا المورد (فى التذكرة، و) قال العلامة (فيها) اى فى التذكرة (أيضا: انه لو اشترى جمدا فى شدة الحرّ

ص: 121

ففى الخيار اشكال، و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار.

فلا يندفع الاشكال بما فى جامع المقاصد من ان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به اذا ثبت قبله، فتأمل.

ففى الخيار) للمجلس لايهما (اشكال، و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين) التى يكون فيها الخيار (للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار) و شدة الحر تذيب الثلج بحيث لا تبقى تمام العين.

(فلا يندفع الاشكال) اى اشكال العلامة فى وجود خيار المجلس فى بيع الجمد (بما فى جامع المقاصد من ان الخيار لا يسقط بالتلف).

و انما لا يندفع الاشكال، لان كلام العلامة فى ان المنصرف من ادلة خيار المجلس ما كان قابلا للبقاء، فلا خيار اصلا.

و هذا ما بينه المصنف فى وجه عدم اندفاع الاشكال بقوله (لانه) اى الخيار (لا يسقط به) اى بالتلف (اذا ثبت) الخيار (قبله) اى قبل التلف لكن كلام العلامة انه ليس المقام مورد الخيار اصلا (فتأمل) من انه لا وجه لكلام العلامة، اذ اطلاقات ادلة خيار المجلس تشمل مثل بيع الجمد فاللازم القول بالخيار و الرجوع الى البدل بعد ان تلف الجمد.

ثم انهم ذكروا موارد اخر قالوا بعدم دخول خيار المجلس فيها، كالبيع على محتكر الغلة، و العبد المشتري من الزكاة، و ما لو كان الثمن ممن ينعق على البائع و البيع على المفلس الى غير ذلك.

مسئلة لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود، سوى البيع عند علمائنا،

كما فى التذكرة.

وعن تعليق الارشاد وغيرهما.

وعن الغنية الاجماع عليه.

وصرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك أيضا، بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة.

(مسألة: لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود، سوى البيع عند علمائنا كما فى التذكرة).

وذلك لعدم الدليل عليه و الاصل العدم، اذ الاصل فى العقود اللزوم لما سبق فى بيان الاصل فى اول باب الخيارات.

(و) حكى الاجماع بدون لفظ: عند علمائنا (عن تعليق الارشاد وغيرهما) من بعض الكتب الاخر.

(و عن الغنية الاجماع عليه) صريحا.

(وصرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك أيضا) وانه لا خيار للمجلس فى سائر العقود (بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض) اى المضاربة (و الحوالة و الوديعة) هذا.

ص: 123

الا انه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال: و اما الوكالة و الوديعة، و العارية، و القراض، و الجعالة، فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى.

و مراده خيار المجلس و الشرط.

و حكى نحوه عن القاضى، و لم يعلم معنى الخيار فى هذه العقود بل جزم فى التذكرة بانه لا معنى للخيار فيها لان الخيار فيها ابدأ.

و احتمال فى الدروس ان يراد بذلك عدم جواز التصرف

(الا انه) اى الشيخ (فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار، و التى لا يدخلها) ذكر ما ينافى ما تقدم.

فانه (قال: و اما الوكالة و الوديعة، و العارية، و القراض، و الجعالة، فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى) كلامه ره.

(و مراده) بالخيارين (خيار المجلس و الشرط) كما يظهر من سابق كلامه.

(و حكى نحوه عن القاضى) و انه يدخل فى العقود المذكورة الخياران (و لم يعلم معنى الخيار) للمجلس (فى هذه العقود) التى ذكرها (بل جزم فى التذكرة، بانه لا معنى للخيار فيها) اى فى هذه العقود (لان الخيار فيها ابدأ) فانها عقود جائزة، و العقد الجائز يمكن فسخه فى اى وقت شاء، لا ان الخيار فيه ما دام المجلس فقط.

(و احتمال) الشهيد ره (فى الدروس ان يراد بذلك) اى بوجود الخيار فى هذه العقود ما دام المجلس (عدم جواز التصرف) فى الجنس

قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل في هذه العقود لا الموجب، اذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار لان اثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف.

فهو الذي يمكن توقيفه على انقضاء الخيار

(قبل انقضاء الخيار) لا ان يراد بالخيار جواز الفسخ، حتى يرد عليه ما تقدم عن التذكرة.

وذلك لان في مدة الخيار الانسان ممنوع عن التصرف في المتاع لاحتمال اخذ ذى الخيار بخياره.

و حيث ان الدروس اطلق كلامه مع وضوح ان الموجب للعقد يحق له ان يتصرف في المتاع لان العقد غير لازم.

قال المصنف: (و لعل مراده) اي الدروس المنع عن (التصرف المرخص فيه شرعا للقابل) اي قابل العقد (في هذه العقود) فانه ممنوع ما دام خيار المجلس (لا) تصرف (الموجب) للعقد.

وانما قلنا «لا الموجب» (اذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار) «على» متعلق ب «التوقف».

وانما كان «لا معنى» (لان اثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف) غير المالك «هو القابل».

(ف) تمكن غير المالك من التصرف (هو الذي يمكن توقيفه على انقضاء الخيار) بان يقال للقابل لا تتصرف في العارية- مثلا- الا بعد

الَّذِي جَعَلَ الشَّيْخَ قَدَسَ سِرِّهِ أَثَرَ الْبَيْعِ مُتَوَقِّفًا عَلَيْهِ.

لكن الانصاف ان تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم ارادته هذا المعنى، فانه صرح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده: باختصاص خيار المجلس بالبيع.

و الَّذِي يَخْطُرُ بِالْبَالِ ان مراده دخول الخيارين في هذه العقود

انقضاء خيار المجلس (الَّذِي جَعَلَ الشَّيْخَ قَدَسَ سِرِّهِ أَثَرَ الْبَيْعِ مُتَوَقِّفًا عَلَيْهِ) «الَّذِي» صفة «انقضاء الخيار».

فان اثر البيع من التصرف في الجنسيتين للبائعين على رأى الشيخ متوقف على انقضاء الخيار ويريد الشيخ هنا «في هذه العقود» أيضا بيان توقف تصرف القابل على انقضاء خيار المجلس.

اقول و اى مانع من الجمع بين خيارين الخيار لاجل المجلس، و الخيار لان العقد جائز، كما يجتمع خيار الشرط و الغبن و العيب و المجلس و غيرها.

(لكن الانصاف ان تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام) مقام خيار المجلس في العقود الجائزة (يشهد بعدم ارادته هذا المعنى) الَّذِي ذَكَرَهُ الدَّرُوسُ (فانه صرح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده: باختصاص خيار المجلس بالبيع) فلا يمكن عادة ان يغير اجتهاده في وسط الكلام فيقول بجريان خيار المجلس في العقود المذكورة

(و الَّذِي يَخْطُرُ بِالْبَالِ ان مراده دخول الخيارين) المجلس و الشرط (في هذه العقود

إذا وقعت في ضمن عقد البيع فتنفسخ بفسخه في المجلس.

و هذا المعنى و ان كان بعيدا في نفسه، الا ان ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه الى الذهن، وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن و الضمان.

إذا وقعت في ضمن عقد البيع) كما اذا باعه كتابا بدرهم، و اشترط في ضمن البيع اعادة قلم له، فانه اذا فسخ البيع في المجلس انفسخت الاعادة أيضا، وكذا غير العارية من سائر العقود (فتنفسخ) تلك العقود (بفسخه) اى فسخ البيع (في المجلس) او بفسخه حسب اشتراط خيار الفسخ و لو بعد المجلس.

(و هذا المعنى) بان يراد من «دخول الخيارين في العقود الجائزة» «دخولهما في البيع الذي في ضمنه عقود جائزة» (و ان كان بعيدا في نفسه، الا ان ملاحظة كلام الشيخ في المقام) حيث ذكر مكررا عدم دخول خيار المجلس في العقود الجائزة (يقربه الى الذهن، و) يؤيد ارادته ره هذا المعنى انه (قد ذكر) الشيخ (نظير ذلك) اى دخول عقد في عقد (في جريان الخيارين) الشرط و المجلس (في الرهن و الضمان) فاراد بدخول الخيارين في الرهن و الضمان ما اذا كان الرهن و الضمان في ضمن البيع.

و هناك احتمال آخر في كلام الشيخ و هو ارادته دخول خيار الشرط و المجلس في العقود الجائزة، و يكون للعاقدة خياران، خيار لان العقد جائز، و خيار لانه في المجلس - مثلا-.

وصرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود، لانها جائزة، فيجوز الفسخ فى كل وقت، و هو محتمل كلام الشيخ، فتأمل.

و كيف كان فلا اشكال فى اصل هذه المسألة.

(و) هذا غير بعيد، فقد (صرح) ابن ادريس (فى السرائر بدخول الخيارين) الشرط و المجلس (فى هذه العقود، لانها) بنفسها (جائزة فيجوز الفسخ فى كل وقت) فى المجلس و غيره (و هو محتمل كلام الشيخ فتأمل).

فانه لو كان مراد الشيخ ما ذكره السرائر كان جاريا فى جميع العقود الجائزة، لا خصوص العقود التى ذكرها الشيخ - كما تقدم -.

(و كيف كان) مراد الشيخ (فلا اشكال فى اصل هذه المسألة) من اختصاص خيار المجلس بالبيع فقط.

اذ لا دليل على جريانه فى سائر العقود و لو كانت لازمة.

ص: 128

مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لان ظاهر النص كون البيع علة تامة، و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض، و لا اشكال فيه لو قلنا: بوجود التقابض فى المجلس فى الصرف و السلم وجوبا تكليفيا.

اما للزوم الربا كما صرح به فى صرف التذكرة.

(مسألة: مبدأ هذا الخيار) خيار المجلس (من حين العقد) فاذا تم العقد حان وقت الخيار سواء قدم الايجاب على القبول او بالعكس، و سواء كان بالعقد اللفظى او بالمعاطات (لان ظاهر النص كون البيع علة تامة) و المعلول يكون بعد العلة مباشرة (و مقتضاه) اى النص (كظاهر الفتاوى شمول الحكم) بوجود خيار المجلس (للصرف) و هو بيع النقود (و السلم) و هو البيع الذى يقدم فيه الثمن و يؤخر فيه المثلن- عكس النسيئة-.

و هذان البيعان يشترط فيهما التقابض فى المجلس و الا- بطلا، و (قبل القبض) فيهما يكون الخيار (و لا اشكال فيه) اى فى الخيار قبل القبض (لو قلنا: بوجود التقابض فى المجلس فى الصرف و السلم وجوبا تكليفيا) بانه تكليف شرعى فى قبال الوجوب الشرطى- كما سيأتى- و انما كان التقابض واجبا شرعيا.

(اما للزوم الربا كما صرح به فى صرف التذكرة) فانه اذا باع مثقالا من

و اما لوجوب الوفاء بالعقد و ان لم يكن بنفسه مملكا لان ثمرة الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض اما لو قلنا: بعدم وجوب التقابض و جواز تركه الى التفرق المبطل للعقد، ففي اثر الخيار خفاء لان المفروض بقاء

الذهب الايراني بمثقال من الذهب العراقي، ثم لم يأخذ احدهما و اخذ الآخر، فالذى اخذ صار عنده زيادة حكمية، اذ قيمة المثلثال نقدا «دينار مثلا» اما قيمة الدينار المتأخر دفعه دينار الا درهم.

لكنك خبير بان هذه العلة غير مطردة لانها لا تأتي في السلم و لا في ما اذا كان تأخير اعطاء احدهما قليلا بحيث لا يقابل بشيء من النقيصة في المالية، و لا فيما اذا كان ذهب بفضة في الصرف.

(و اما لوجوب الوفاء بالعقد) فمن الوفاء بالعقد وجوب ان يقبض كل منهما للآخر في الصرف، و وجوب اعطاء الثمن في السلم (و ان لم يكن) العقد (بنفسه مملكا) و انما يحصل الملك بالتقابض.

و انما قلنا: لا اشكال في الخيار (لان ثمرة الخيار حينئذ) اي حين وجب التقابض (جواز الفسخ) بالخيار (فلا يجب التقابض).

و (اما لو قلنا: بعدم وجوب التقابض) وجوبا شرعيا، بل وجوبه شرطى بمعنى انه ان حصل التقابض صح البيع، و ان لم يحصل التقابض لم يحصل البيع (و جواز تركه الى التفرق) عن مجلس العقد (المبطل) ذلك التفرق (للعقد، ففي اثر الخيار) اي خيار المجلس في الصرف و السلم (خفاء) اذ اثر الخيار هو امكان الفسخ، و الحال انه قبل التقابض يمكن الفسخ و ان لم يكن خيار (لان المفروض) في الصرف و السلم (بقاء)

سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه، و عدم حق لاحدهما فى مال الآخر

ويمكن ان يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك.

فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير.

سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه، و عدم حق لاحدهما فى مال الآخر) ما لم يحصل التقابض.

نعم اذا حصل التقابض كان للخيار اثر.

لكن قد عرفت فى اول المسألة ان خيار المجلس بعد العقد مباشرة، لا انه بعد التقابض.

(و) لكن (يمكن ان يكون أثر الخيار) قبل التقابض (خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحوق القبض الملك) اى القبض الموجب للملك.

فاذا كان خيار و ابطال فلا محل للقبض.

و اما اذا لم يكن خيار كان اثر العقد باقيا الى حين التفرق فيمكن ان يلحق به القبض.

(فلو فرض اشتراط سقوط الخيار) خيار المجلس (فى العقد) عقد الصرف و السلم (لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير).

فاذا قال: فسخت، لم يزل اثر العقد، بل كان له القبض و الاقباض و بذلك يكون عقدا لازما.

قال فى التذكرة لو تقابضا فى عقد الصرف ثم اجازا فى المجلس لزم العقد، وان اجازا قبل التقابض، فكذلك وعلهما التقابض، فان تفرقا قبله انفسخ العقد.

ثم ان تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما.

فان انفرد احدهما بالمفارقة عصى، انتهى.

وفى الدروس يثبت- يعنى خيار المجلس- فى الصرف تقابضا أو لا

(قال فى التذكرة) مؤيدا ما ذكرناه من الثمرة للخيار قبل التقابض (لو تقابضا فى عقد الصرف ثم اجازا) العقد اى اسقطا خيارهما (فى المجلس لزم العقد) لان شرط الملك فى الصرف و هو التقابض قد حصل و الخيار اسقط حسب اسقاطهما له (وان اجازا) العقد (قبل التقابض، فكذلك) لزم العقد (وعلهما التقابض) لوجوب تنفيذ العقد اللازم.

اذ اللازم التقابض فى المجلس- حسب الفرض- (فان تفرقا قبله) اى قبل التقابض (انفسخ العقد) لعدم حصول شرط صحة بيع الصرف.

(ثم ان تفرقا عن تراض) بينهما (لم يحكم بعصيانهما) لانه من قبيل الاقالة بتراض.

(فان انفرد احدهما بالمفارقة) بدون رضى الاخر (عصى) لانه هدم العقد اللازم تنفيذه بدون رضاية الآخر (انتهى) كلام العلامة.

(و) قال (فى الدروس) مؤيدا اما ذكرناه (يثبت- يعنى خيار المجلس- فى الصرف تقابضا، أو لا) يعنى ان الخيار ثابت و لو قبل التقابض

فان التزما به قبل القبض وجب التقابض.

فلو هرب احدهما عصى و انفسخ العقد.

ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية.

ويحتمل قويا عدم العصيان مطلقا، لان للقبض مدخلا فى اللزوم فله تركه، انتهى.

و صرح الشيخ أيضا فى المبسوط بثبوت التخاير فى الصرف قبل التقابض.

(فان التزما به) اى بالعقد بان اسقطا خيارهما (قبل القبض وجب التقابض) بمقتضى لزوم العقد.

(فلو هرب) عن المجلس (احدهما) قبل التقابض بدون رضى الآخر (عصى و انفسخ العقد).

(و) اما (لو هرب قبل الالتزام) بالعقد بان هرب و لم يكن تقابض و لا التزام (فلا معصية) اذ لم يلزم العقد قبل التقابض، فهو بهربه ابطال عقدا جائزا.

(ويحتمل قويا عدم العصيان مطلقا) حتى فيما الزما العقد قبل التقابض (لان) الالتزام قبل القبض لا يفيد، فان (للقبض مدخلا فى اللزوم فله تركه) اى ترك القبض، فلا لزوم فله ان يبطل العقد بتفرقه عن صاحبه (انتهى) كلام الشهيد.

(و صرح الشيخ أيضا فى المبسوط بثبوت التخاير فى الصرف قبل التقابض) فكلامه مثل كلام الشهيد و العلامة فى ان للخيار فائدة قبل

و مما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين - على القول بثبوت الخيار لهما - من زمان اجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف مع احتمال كونه من زمان العقد.

التقابض أيضا.

(و مما ذكرنا) من ان الخيار من اول العقد، لا - بعد التقابض (يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما) - اي للمالكين (من زمان اجازتهما) «من زمان» خبر «كون».

وانما ظهر ذلك لان نسبة العقد الى المالكين، حتى يكون عقدهما يبتدأ بعد الاجازة.

واما قبل الاجازة فليس عقدهما، واذ لم يكن عقدهما فلا خيار لهما.

والحاصل: ان اول عقدهما حال اجازتهما، لا بعد ان تقابضا (على القول بالنقل) وان الاجازة حالها حال العقد في انها توجب نقل الملك بالاجازة (وكذا على الكشف) عن سبق النقل في حال عقد الفضولي.

وذلك لان الخيار لا يكون الا بعد ان يكون الخيار ذا اثر و الاثر لا يحصل الا بعد الاجازة، وان كشفت الاجازة عن حصول الملك عند عقد الفضولي (مع احتمال كونه) اي الخيار - على الكشف - (من زمان العقد) لان الاجازة ان كشفت عن حصول الملك من زمان العقد فلا بد وان يكون الخيار من ذلك الزمان أيضا لما ذكرناه سابقا من ان الخيار تابع للعقد و معلول له

ص: 134

اشارة

و هى أربعة على ما ذكرها فى التذكرة اشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

و اسقاطه بعد العقد.

و التفرق.

و التصرف، فيقع الكلام فى مسائل.

(القول فى مسقطات الخيار، و هى أربعة، على ما ذكرها) العلامة (فى التذكرة).

الاول: (اشتراط سقوطه فى ضمن العقد) و ينبغى ان يلحق به ما لو كان البيع بالمعاطات، و فى ضمن الاعطاء و الاخذ اشتراط ذلك.

(و) الثانى: (اسقاطه بعد العقد).

(و) الثالث: (التفرق) عن مجلس العقد، و المراد منه معناه الاصطلاحى اى الابتعاد، لا اللغوى- اى الفراق- عن النسبة بينهما فى حال العقد، فان ذلك يشمل ما اذا تقاربا بعد العقد مع انه لا يوجب اسقاط الخيار قطعا.

(و) الرابع: (التصرف) فى احد المبيعين.

و على هذا (فيقع الكلام) فى المسقطات المذكورة (فى مسائل).

مسئلة لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد

و عن الغنية الاجماع عليه، و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون او المسلمون عند شروطهم.

وقد يتخيل معارضته بعموم ادلة الخيار و يرجح على تلك الادلة بالمرجحات.

(مسألة: لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار) خيار المجلس (باشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و عن الغنية الاجماع عليه، و يدل عليه قبل ذلك) اى قبل الاجماع، فان الاجماع انعقد بعد النص فالنص قبل الاجماع (عموم) الخبر (المستفيض) نقله (المؤمنون) عند شروطهم (او) كما فى بعض النسخ (المسلمون عند شروطهم).

فان ذلك يدل على سقوط الخيار، لانه شرط، و كل شرط لازم الوفاء بمقتضى هذا الحديث.

(وقد يتخيل) و المتخيل صاحب الجواهر - كما قيل - (معارضته) اى حديث «المؤمنون عند شروطهم» (بعموم ادلة الخيار).

فدليل الخيار يقول - انه بعد الشرط - يوجد الخيار، و دليل:

المؤمنون، يقول: لا يوجد الخيار (و يرجح) المؤمنون (على تلك الادلة بالمرجحات) مثل عمل المشهور و الاجماع و نحوهما.

و هو ضعيف، لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود.

و موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم فى عموم ادلة الشروط كما يظهر من كتبهم.

(و هو) تخيل (ضعيف).

اذ لو قلنا: بالمعارضة لم يكن وجه لتقديم «المؤمنون» على ادلة الخيار (لان الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود) فكلاهما فى رتبة واحدة.

(و) ان قلت: يرجح الحديث على الادلة بموافقة عمل الاصحاب.

قلت: (موافقة عمل الاصحاب لا يصير مرجحا) للحديث (بعد العلم بانحصار مستندهم) لسقوط الخيار (فى عموم ادلة الشروط كما يظهر من كتبهم).

فان عمل الاصحاب انما يكون مرجحا اذا كان هناك احتمال انهم استندوا لشيء لم يصل إلينا.

اما اذا استندوا الى شيء وصل إلينا وقد رأينا انه لا يكون مستندا فلا وجه لكونه مرجحا لا ناقد عرفنا خطأهم فى ذلك، فلا يمكن الاستناد.

و ذلك كما فى الشاهد، فان قوله حجة اذا لم يعلم مستنده.

اما اذا علم انه استند الى شيء خطأ فيسقط حجية كلامه.

مثلا: اذا قال الشاهدان هذا الثوب نجس، ثم علله بان فيه عرق الجنب عن الحرام، وقد علمنا ان عرق الجنب ليس بنجس، فانه يسقط كلام الشاهد، و نحكم بطهارة الثوب.

ص: 137

و نحوه فى الضعف التمسك بعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذى يجب الوفاء به، اذ فيه ان ادلة الخيار اخص فيخصص به العموم، بل الوجه مع انحصار المستند فى عموم دليل الشروط عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة لانها مسوقة لبيان ثبوت الخيار باصل

(و نحوه فى الضعف التمسك) لتقديم «المؤمنون» على ادلة الخيار (بعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فى لزوم العقد بعد اسقاط الخيار (بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذى يجب الوفاء به) فكانه قال: العقد الذى ذكر فيه اسقاط الخيار يجب الوفاء به (اذ فيه) ان الجزئية لا معنى لها بعد وجود دليلين، دليل الوفاء بالعقد، و دليل شرط عدم الخيار.

ف (ان ادلة الخيار اخص) من دليل وجوب الوفاء بالعقد (فيخصص به) اى بدليل الخيار (العموم) اى عموم الوفاء بالعقد، و اذا بطل هذان الوجهان توجه تقديم «المؤمنون» على: ادلة الخيار (بل الوجه) فى التقديم (مع انحصار المستند فى عموم دليل الشروط) اى اذا قلنا: ان مستند سقوط الخيار «دليل الشرط فقط» اما اذا قلنا: بان هناك دليل آخر كالاجماع و نحوه.

فوجه سقوط الخيار اوضح ل (عدم نهوض ادلة الخيار للمعارضة) اى معارضة دليل «المؤمنون» و ذلك لحكومة دليل «المؤمنون» على دليل الخيار (لانها) اى ادلة الخيار (مسوقة لبيان ثبوت الخيار باصل

الشرع فلا ينافى سقوطه بالمسقط الخارجى و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا، بل التأمل فى دليل الشرط يقضى بان المقصود منه رفع اليد عن الاحكام الاصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها فى حيز الاشتراط فلا تعارضه ادلة تلك الاحكام.

فحاله حال ادلة وجوب الوفاء بالندر، و

الشرع) اى انه حكم أولي، ينفذ لو خلى و طبعه (فلا- ينافى سقوطه بالمسقط الخارجى) بحكم ثانوى (و) المسقط (هو الشرط لوجوب العمل به شرعا).

فان حال الشرط حال النذر، حيث انه وارد على الاحكام الاولية.

هذا اذا قلنا ان بين دليل الخيار و دليل الشرط تعارض (بل التأمل فى دليل الشرط يقضى) عدم التعارض اصلا.

و ذلك (ب) سبب (ان المقصود منه) من دليل الشرط (رفع اليد عن الاحكام الاصلية) اللاقتضائية- لوضوح ان الشرط لا يقدر ان يرفع الاحكام الاقتضائية كوجوب الصلاة و حرمة شرب الخمر- (الثابتة) تلك الاحكام (للمشروطات قبل وقوعها) اى وقوع تلك المشروطات (فى حيز الاشتراط) فالبيع- الذي شرط فيه عدم الخيار- مشروط له حكم الخيار

فقبل وقوعه فى حين شرط سقوط الخيار، له هذا الحكم.

اما اذا وقع فى حيز الشرط فيسقط منه هذا الحكم (فلا تعارضه) اى لا تعارض دليل الشرط (ادلة تلك الاحكام) الاولية.

(فحاله) اى حال دليل الشرط (حال ادلة وجوب الوفاء بالندر، و

العهد فى عدم مزاحمتها بادللة الاحكام الافعال المنذورة لولا النذر.

و يشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط وعدم معارضتها للاحكام الاصلية حتى يحتاج الى المرجح استشهاد الامام فى كثير من الاخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية.

منها: صحيحة مالك بن عطية، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك و كانت تحت ابيه جارية مكاتبة

العهد فى عدم مزاحمتها) اى عدم مزاحمة ادلة وجوب الوفاء (بادللة احكام الافعال المنذورة) الثابتة تلك الاحكام (لولا النذر).

مثلا: الصوم فى رجب «فعل» له حكم «هو الاستحباب» فاذا نذره صار «الصوم» واجبا.

فدليل ان الصوم مستحب لا يزاحم دليل النذر المقتضى لوجوبه.

(و يشهد لما ذكرنا من حكومة ادلة الشرط) على ادلة الخيار (وعدم معارضتها) اى ادلة الشرط (للاحكام الاصلية) مثل دليل الخيار الذي هو حكم اصلى (حتى يحتاج) دليل الخيار (الى المرجح استشهاد الامام) عليه السلام (فى كثير من الاخبار بهذا العموم) اى عموم: المؤمنون عند شروطهم (على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية) فان الاستشهاد يدل على الحكومة.

(منها: صحيحة مالك بن عطية، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له اب مملوك و كانت تحت ابيه جارية) مملوكة (مكاتبة) و المكاتبة هى التى تعاملت مع مولاها ان ادت إليه كذا مالا فهى حرة، ثم

قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد هل لك ان اعينك في مكاتبتك؟ حتى تؤدي ما عليك بشرط ان لا يكون لك الخيار بعد ذلك على ابي، اذا انت ملكت نفسك قالت نعم، فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم.

و الرواية محمولة- بقرينة الاجماع

ان كان كل جزء منها يتحرر بإزاء اعطاء جزء من المال سميت مطلقة، و ان كانت حريتها تتوقف على اداء كل المال سميت مشروطة، و (قد أدت) هذه المكاتبة (بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد) اي ابن زوجها (هل لك ان اعينك في مكاتبتك؟ حتى تؤدي ما عليك) بان اعطيك بعض مال الكتابة (بشرط ان لا يكون لك الخيار) في فسخ نكاح العبد (بعد ذلك) التحرر (على ابي، اذا انت ملكت نفسك) اذ ان الامة تحت العبد اذا صارت حرة فلها ان تختار البقاء زوجة للعبد و لها ان تفسخ النكاح (قالت نعم) فالمال في قبالة البقاء (فاعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك) التحرر (قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار)

ثم علله عليه السلام بقوله: (المسلمون عند شروطهم).

و الظاهر ان هذه معاملة، و هي اعطاء المال في قبالة سقوط الحق، و مثلها نافذة و يصدق عليها الشرط فليس شرطا ابتدائيا و لا شرطا في عقد.

(و) عليه فلا حاجة الى قول المصنف (الرواية محمولة- بقرينة الاجماع

على عدم لزوم الشروط الابتدائية- على صورة وقوع الاشراف فى ضمن عقد لازم او المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفى الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها، لا معارضتها المحجوة

على عدم لزوم الشروط الابتدائية-) كما تقدم الكلام فى ذلك، بل الشرط لا يصدق لغة و عرفا الا على ما اذا كان فى قبالة شىء، سواء كان ضمن عقد، او كان فى قبالة شىء (على صورة وقوع الاشراف فى ضمن عقد لازم) اذ لو كان فى ضمن عقد جائز لم يلزم الشرط، اذ ما ليس بلازم لا يمكن ان يكون ملزما لغيره (او المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه) اى سبب الخيار (بالمكاتبه) فان المكاتبه توجب- بعد اعطائها مال المكاتبه- خيار الزوجه التى هى امة (بذلك المال) الجار متعلق باسقاط، لان الاسقاط فى قبالة المال.

(و كيف كان) الامر، فهذه المعاملة معاملة مستقلة، او صلح، او غيرهما (فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفى الخيار) «على» متعلق ب «الاستدلال» (الثابت بالعمومات) فان الخيار للامة ثابت بالأدلة العامة الدالة على الخيار.

فقوله (دليل) خبر «الاستدلال» (على حكومتها) اى حكومة قاعدة الشروط (عليها) اى على تلك العمومات (لا معارضتها) اى ليست القاعدة معارضة لادلة الخيار (المحجوة) تلك المعارضة اذا اردنا تقديم

الى التماس المرجح.

نعم: قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه.

الاول: ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على اصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد-

فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

القاعدة (الى التماس المرجح) كما تقدم القول به عن بعض الفقهاء.

(نعم: قد يستشكل التمسك بدليل الشروط) على سقوط خيار المجلس (فى المقام) فى مقام ما اذا اشترط فى ضمن العقد عدم خيار المجلس (من وجوه) ثلاثة.

(الاول: ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه) هذا الشرط (لازما) مثل الاجارة (لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه) اى حكم الشرط فى الجواز و اللزوم (على اصل العقد) الذي هو جائز (بل هو) الشرط حينئذ (كالوعد) لا يلزم الوفاء به.

اذا (فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد).

و حيث ان عقد البيع جائز و ليس بلازم لمكان خيار المجلس لم يكن للشرط لزوم.

(ف) ان قلت: العقد لازم بعد شرط اسقاط الخيار.

قلت: (لو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط) حسب ما ذكرتم (لزم الدور) و حيث ان الدور محال، فلا لزوم للعقد.

ص: 143

الثانى: ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله البيعان بالخيار فاشترط عدم كونهما بالخيار اشترط لعدم بعض مقتضيات العقد.

الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشترط السقوط من ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع، فاسقاطه فيه

و حيث لا لزوم للعقد لا لزوم للشرط، فاستدل لكم للزوم عقد البيع بسبب شرط اسقاط الخيار غير صحيح.

(الثانى) من وجوه الاشكال (ان هذا الشرط) شرط عدم الخيار (مخالف لمقتضى العقد) فان مقتضى عقد البيع الخيار (على ما هو ظاهر قوله: البيعان بالخيار) فان معناه ان البيع يقتضى الخيار (فاشترط عدم كونهما) اى عدم كون البيعان (بالخيار) يكون من (اشترط لعدم بعض مقتضيات العقد) و مثل هذا الشرط باطل، لما حقق فى محله من ان الشرط المخالف لمقتضى العقد باطل.

(الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز) اى عدم نفوذ (اشترط السقوط) لخيار المجلس (من ان اسقاط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب) اى اسقاط لما ليس للمسقط، و الانسان لا يقدر ان يتصرف فيما ليس له (لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع) فان البيع علة الخيار (فاسقاطه) اى الخيار (فيه) اى فى اثناء البيع، سواء كان فى اوله او وسطه او آخره، كان يقول: على شرط عدم خيار المجلس

هذا ولكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

اما الاول: فلان الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية، لانها

بعتك، او يقول: بعتك على شرط عدم الخيار هذا الكتاب بدينار او يقول: بعتك الكتاب بدينار على شرط عدم الخيار (كاسقاطه قبله) غير مؤثر في السقوط.

(هذا ولكن شيء من هذه الوجوه) الثلاثة (لا يصلح للاستشكال).

(اما) الاشكال (الاول: فلان) حاصل الاشكال ان البيع ليس بعقد لازم، و حاصل الجواب انه عقد لازم ذاتا، و ان لم يكن لازما فعلا و اللزوم الذاتى كاف، فان الشرط فى ضمن العقد لازم الوفاء مطلقا لقوله المؤمنون عند شروطهم و لم يخرج من هذا الاطلاق الا ثلاثة امور.

الاول: الشرط الابتدائى.

الثانى: الشرط فى ضمن العقد جائز ذاتا كبعض اقسام الهبة- و هى الهبة غير اللازمة-.

الثالث: الشرط فى ضمن عقد جائز بسبب الخيار، بحيث لا يكون الشرط مسقطا للخيار، كما اذا باعه بشرط ان يخيظ ثوبه فانه ما دام العقد جائزا بسبب الخيار يكون الشرط غير لازم أيضا.

و حيث ان الشرط فيما نحن فيه «شرط اسقاط الخيار» ليس باحدها فهو داخل فى: المؤمنون عند شروطهم و يجب الوفاء به، فان (الخارج من عموم الشرط) فى الرواية، أولا: (الشروط الابتدائية، لانها

و الواقعة فى ضمن العقود الجائزة بالذات او بالخيار، مع بقائها على الجواز لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان، لان الشرط تابع، و كالتقييد للعقد المشروط به.

كالوعد) بل قد سبق ان تسمية ذلك شرطا على نحو من المجاز و التوسع

(و) ثانيا: الشروط (الواقعة فى ضمن العقود الجائزة) جوازا (بالذات) كالشرط فى ضمن الهبة الجائزة.

و ثالثا: ما ذكره بقوله (او) الشروط الواقعة فى ضمن العقود الجائزة جوازا (بالخيار، مع بقائها) اى بقاء تلك العقود (على الجواز) بان لم يسقط الخيار و الا فان سقط الخيار كان العقد لازما و الشرط واجب الوفاء به

و انما كان الشرط فى ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء به (لان الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد) العقد اللازم ذاتا جوازا (المشروط به) اى انما صار جائز المكان شروط فى ذلك العقد، مثل خيار الشرط و «به» بمعنى «فى» (مما لا يجتمعان).

اذ كيف يكون العقد جائزا و لازما فى آن واحد.

فاذا جاز العقد جاز الشرط (لان الشرط تابع، و) هو (كالتقييد للعقد المشروط به) اى بهذا الشرط، و اذا كان المقيد جائزا تبعه القيد فى كونه جائزا.

هذا كله فى الاقسام الثلاثة للشرط الجائز.

اما اذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فى ما نحن فيه، لا التزاما آخر مغايرا لالتزام اصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع فى اللزوم والجواز

(اما اذا كان نفس مؤدى الشرط) و مفاده (لزوم ذلك العقد المشروط به) اى بهذا الشرط (كما فى ما نحن فيه) اذ الشرط سقوط خيار المجلس و معناه لزوم العقد و (لا) يكون الشرط (التزاما آخر مغايرا لالتزام اصل العقد).

مثلا: لم يكن الشرط فى بيع الكتاب اعارة البائع قلمه للمشتري، حيث ان الاعارة التزام آخر (فلزومه) اى لزوم الشرط المسقط للخيار (الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد).

فهنا لزوم ذاتى هو لزوم العقد، و لزوم ثانوى هو عدم الخيار فيه.

و الاول: جاء من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و الثانى: جاء من «المؤمنون عند شروطهم» (فلا يلزم) من وجوب الوفاء بالشرط فى المقام (تفكيك بين التابع) و هو الشرط (و المتبوع) الذى هو العقد (فى اللزوم و الجواز).

كما اذا كان الشرط لازما، و العقد جائزا، حيث انه كان يلزم التفكيك

و لذا قلنا: بانه اذا كان العقد جائزا كان الواجب القول بجواز الشرط أيضا.

و اما الثانى: فلان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه فلا ينافى سقوطه بالشرط.

و بعبارة اخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعة العقد من حيث هى، حتى لا توجد بدونه.

وقوله: البيعان بالخيار، و ان كان له ظهور فى العلية التامة الا

(و اما) الجواب عن الاشكال (الثانى) و هو ان شرط اسقاط الخيار مخالف لمقتضى العقد (ف) ان هذا الشرط مخالف لاطلاق العقد، لا انه مخالف لمقتضى العقد (لان الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى و نفسه) اى لم يشترط اسقاطه (فلا ينافى سقوطه بالشرط) لانه لا يلزم خلاف حقيقة العقد.

(و بعبارة اخرى) نقول فى الجواب (المقتضى للخيار العقد بشرط لا) اى بشرط ان لا يكون فى العقد اشتراط سقوط الخيار (لا طبيعة العقد من حيث هى) هى، فانها طبيعة مهيمة، ان اطلقت اقتضت الخيار، اما ان قيدت بعدم الخيار فليس فيها الخيار (حتى لا توجد) الطبيعة (بدونه) اى بدون الخيار.

وقوله «حتى» متعلق ب «لا طبيعة».

(و) ان قلت: ظاهر «البيعان بالخيار» ان الخيار من مقتضى طبيعة العقد و ان العقد علة تامة للخيار.

قلت: (قوله) صلى الله عليه و آله و سلم: (البيعان بالخيار، و ان كان له ظهور فى العلية التامة) اى ان الخيار من طبيعة العقد (الا

ان المتبادر من اطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط مع ان مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضيا، لاتمام العلة ليكون التخلف ممتعا شرعا.

نعم يبقى الكلام فى دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب و السنة، لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة، بل ولا لمقتضى العقد.

ان المتبادر عرفا (من اطلاقه) اى اطلاق «بالخيار» (صورة الخلو عن شرط السقوط) للخيار، هذا أولا (مع) انه لو سلمنا ان ظاهر «بالخيار» (ان) الخيار من مقتضى العقد، لكن (مقتضى الجمع بينه) اى بين:

البيعان بالخيار (وبين دليل الشرط) اى: المؤمنون عند شروطهم رفع اليد عن ظهور «بالخيار» فى العلية بل (كون العقد مقتضيا لاتمام العلة ليكون التخلف) اى تخلف الخيار عن العقد بسبب شرط اسقاط الخيار (ممتعا شرعا).

و الحاصل ان «البيعان بالخيار» لا ظهور فيه فى العلية، و لو سلم الظهور فاللازم رفع اليد منه بدليل «المؤمنون عند شروطهم».

(نعم يبقى الكلام) و الاشكال (فى دفع توهم انه لو بنى على الجمع بهذا الوجه) بتقديم دليل: المؤمنون عند شروطهم، على العمومات (بين دليل الشرط وعمومات الكتاب و السنة، لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة) مع ان هناك- نضا و اجماعا- شروطا مخالفة لهما بحيث لا تنفذ تلك الشروط (بل و لا) تبقى شروط مخالفة (لمقتضى العقد) مع

و محل ذلك و ان كان فى باب الشروط، الا ان مجمل القول فى دفع ذلك فيما نحن فيه انا حيث علمنا بالنص و الاجماع، ان الخيار حق مالى قابل للاسقاط و الارث، لم يكن سقوطه منافيا للمشروع فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى

انه لا اشكال فى وجود مثل هذا الشرط، فانه لو شرط ان يشرب الخمر او يتزوج بالمرأة فى العدة، او ان لا ينتقل المثلث الى ملك المشتري فى البيع، كان الشرط باطلا، و اللازم العمل بعموم الكتاب و السنة و بمقتضى العقد.

(و محل ذلك) الاشكال و جوابه (و ان كان فى باب الشروط) حيث نذكر خيار الشرط (الا ان مجمل القول فى دفع ذلك) الاشكال (فيما نحن فيه) حتى لا يقال: ان شرط اسقاط خيار المجلس مخالف لمقتضى العقد، ان بعض الاحكام الشرعية اقتضائية كحرمة شرب الخمر، و بعضها لا اقتضائية كحلية شرب الماء فى هذا اليوم، و بعض الامور المرتبطة بالعقد داخلية فى حقيقة العقد، كالنقل و الانتقال، و بعضها ليست داخلية فى حقيقته كالخيار و الشرط لا يمكن من تغيير الاولين و انما يتمكن من تغيير الاخيرين.

ف (انا حيث علمنا بالنص و الاجماع، ان الخيار حق مالى قابل للاسقاط، و) قابل ل (الارث) فاذا مات ذو الخيار ورث وارث الميت خيار الميت، كما يرث امواله (لم يكن سقوطه) اى الخيار (منافيا للمشروع).

و عليه (فلم يكن اشتراطه) اى اشتراط سقوطه (اشتراط المنافى)

كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

و اما عن الثالث: بما عرفت من: ان المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط و اقدم المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط ابطال المقتضى، لا اثبات المانع.

لمقتضى العقد فحال اشتراط سقوط الخيار في هذا العقد يكون (كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر) فانه يسقط الخيار في العقد الثاني، لانه مقتضى اطلاق: المؤمنون عند شروطهم.

اما احتمال ان يكون قوله «كما» مثالا لاشتراط المنافي فهو بعيد.

(و اما) الجواب (عن) الاشكال (الثالث) بان شرط اسقاط الخيار في ضمن العقد هو اسقاط ما لم يجب ف (بما عرفت) قبل اسطر (من: ان المتبادر من النص صورة الخلو عن الاشتراط)

فدليل الخيار يقول «ان لم يكن شرط كان الخيار موجودا» فيدل هذا الدليل على انه لا خيار اذا كان اشتراط (و) ذلك فيما اذا كان (اقدام) من (المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط) في ضمن البيع بعدم الخيار (ابطال المقتضى) ففي العقد مقتضى للخيار إن خلى و شأنه بدون شرط اسقاط الخيار (لا اثبات المانع) و ان الشرط يسقط الخيار الموجود ليستشكل بانه كيف يسقط الشرط الخيار الذي ليس بموجود، فالشرط يمنع من وجود الخيار لا ان الشرط يسقط الخيار الموجود.

ص: 151

ويمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث، و من سابقه بصحيحة مالك بن عطية المتقدمة.

ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه.

احدها: ان يشترط عدم الخيار، وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط، فيقول: بعت بشرط ان لا يثبت خيار المجلس كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة، لان المراد بالسقوط هنا

(ويمكن ان يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث، و من سابقه) الوجه الثاني (بصحيحة مالك بن عطية المتقدمة).

و ذلك لانه لو كان في مثل شرط سقوط الخيار اشكال، لم يكن وجه للصحيحة.

اما الاشكال الاول: فهو اشكال عقلي «بالدور» لا يمكن رفعه بالنقل لانه لو فرض تعارض العقل و النقل كان اللازم تأويل النقل، اذ لا يمكن طرح الدليل العقلي.

(ثم ان هذا الشرط) شرط عدم الخيار في ضمن العقد (يتصور على وجوه).

(احدها: ان يشترط عدم الخيار) اصلا (و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط) للخيار (فيقول) مثلا (بعت بشرط ان لا يثبت خيار المجلس) لك، اولى، او لكلينا (كما مثل به) بهذا النحو من الاسقاط (في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة) و «عدم الثبوت» و ان كان «غير السقوط» الا انهما في المقام شي ء واحد (لان المراد بالسقوط هنا

عدم الثبوت، لا الارتقاء.

الثانى: ان يشترط عدم الفسخ، فيقول: بعت، بشرط ان لا افسخ فى المجلس فيرجع الى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ، لان وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه، وعدم سلطنته على تركه.

كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد

عدم الثبوت) من الاصل (لا الارتقاء) بعد وجوده.

نعم اذا شرط سقوط خيار المجلس بعد ساعة من البيع كان سقوطا حقيقة، لانه يكون بعد الثبوت.

(الثانى: ان يشترط عدم الفسخ، فيقول: بعت، بشرط ان لا افسخ فى المجلس) او بشرط ان لا تفسخ انت او بشرط ان لا يفسخ احد منا (فيرجع) هذا الشرط (الى التزام ترك حقه) لانه لا خيار له، بل لا ينفذ خياره (فلو خالف الشرط وفسخ، ف) فيه احتمالا ان.

اذ (يحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ) اصلا (لان وجوب الوفاء بالشرط) بدليل: المؤمنون عند شروطهم (مستلزم لوجوب اجباره عليه) اى على الوفاء (و) لازم الاجبار (عدم سلطنته على تركه) اى على ترك الشرط.

و معنى هذا الاحتمال ان «التكليف بعدم الفسخ» يتبع «الوضع» وان فسخه باطل، فالعقد بحاله.

(كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد) حيث قالوا ببطلان البيع، فان وجوب الوفاء بالنذر يتبع بطلان البيع من باب ان

ص: 153

فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة فى حقه.

و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار، و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من ان بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة، لا فاسد.

و حينئذ فلا فائدة فى هذا غير الاثم على مخالفته اذ ما يترتب على مخالفة الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ، لو خولف الشرط، غير مرتب هنا.

الحكم التكميلى يستتبع الحكم الوضعى.

و عليه (فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة فى حقه) و يكون البيع ثابتا لازما.

(و يحتمل النفوذ) اى نفوذ الفسخ و ذلك (لعموم دليل الخيار) من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار» (و الالتزام) حسب الشرط (بترك الفسخ) و ان كان واجبا تكليفا، الا انه (لا يوجب فساد الفسخ).

اذ لا وجه لفساد الفسخ بعد ان كان اختياره بيده وضعا (على ما قاله بعضهم من ان بيع منذور التصديق حث) للنذر، و (موجب للكفارة لا فاسد) (و حينئذ) اى حين اذ كان حثا (فلا فائدة فى هذا) النذر (غير الاثم على مخالفته) اى مخالفة النذر (اذ ما يترتب على مخالفة الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ، لو خولف الشرط غير مرتب هنا).

و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، و هو عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا، كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ احدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

الثالث: ان يشترط اسقاط الخيار

(و الاحتمال الاول اوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط) شرط عدم الفسخ (و هو) اى ترتيب الآثار يكون ب (عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ) اللفظى، فانه و ان فسخ لفظا لكن اثر عدم الفسخ موجود (فيستلزم ذلك) اى ما ذكرناه من وجوب ترتب آثار الشرط (كون الفسخ الواقع لغوا) فوجوده كعدمه، و يكون البيع باقيا على حاله (كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد) فى الآية المباركة (على كون فسخ احدهما منفردا لغوا).

اذ معنى وجوب الوفاء الوضع، لا مجرد التكليف.

فسسخ احدهما (لا يرفع وجوب الوفاء).

و الحاصل استفادة الوضع من التكليف.

(الثالث) من الوجوه (ان يشترط اسقاط الخيار) بان يشترط كل واحد منهما على الآخر ان يسقط خياره بعد البيع، و كذا اذا شرط احدهما على الآخر، فانه يلزمه فقط دون من لم يشترط عليه، و حينئذ يكون لاحدهما الخيار.

ص: 155

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد فلو اخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان.

و الاقوى عدم التأثير و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ وجهان.

(و مقتضى ظاهره) اى ظاهر الشرط (وجوب الاسقاط بعد العقد) لان الشرط يسبب التكليف لقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم، فليس من تأثير الشرط انه اذا لم يفعله المشروط عليه كان للشارط ان يفسخ فقط، بل له ذلك بالإضافة الى وجوب الوفاء بالشرط على المشروط عليه (فلو اخل) المشروط عليه (به) اى بالشرط (و فسخ العقد، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان).

من ان له خيار الفسخ ففسخه صحيح و ان كان آثما فى عدم التزامه بشرطه.

و من ان الشرط يقتضى الوضع، فلا تأثير لفسخه، بالإضافة الى انه فعل حراما.

(و الاقوى) عند المصنف (عدم التأثير) لقاعدة: ان الشرط يقتضى الوضع (و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار) «الخيار» مفعول «اسقاط» (بعد العقد) متعلق بالاسقاط (و ان لم يفسخ) - فانه اذا خالف و فسخ لم يبق للشارط موضع لتنفيذ شرطه - أم ليس للمشروط الفسخ بمجرد ذلك (وجهان).

و لا يخفى انه اما ان يفرض للشارط خياران، خيار المجلس و خيار

من عدم حصول الشرط.

و من ان المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف الا اذا فسخ.

و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط.

و على القول بتأثيره ثبوت الخيار

الاشتراط.

و اما ان يفرض خيار الاشتراط فقط، لانه شرط عليه عدم خيار المجلس، او انه سقط خيار مجلسه بسبب من الاسباب.

و كيف كان فلا يستشكل بانه لا مورد لقوله «و هل» حيث ان للشارط خيار المجلس.

(من عدم حصول الشرط) فله خيار تخلف الشرط.

(و من ان المقصود منه) اى من شرط اسقاط الخيار (ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف) من هذا الشرط بعد بقاء العقد (الا اذا فسخ) و لم يحصل الفسخ فرضا.

(و الاولى) التفصيل بين المباني، ف (بناء على القول بعدم تأثير الفسخ) كما اختاره المصنف بقوله «و الاقوى عدم التأثير» (هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط) لما عرفت من ان المقصود من «شرط ان لا يفسخ» ابقاء العقد، و قد بقى العقد غير متزلزل.

(و على القول بتأثيره) اى انه يتمكن من الفسخ، و انما يكون فاعلا للحرام اذا فسخ (ثبوت الخيار) للشارط بمجرد عدم اسقاط المشروط عليه

ص: 157

لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، ويكون بقاء المشتري على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشتري له.

وقد يموت ذو الخيار وينتقل الى وارثه.

بقي الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد، فلو ذكره قبله لم يفد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت،

الخيار.

وانما كان للشارط (لانه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و) هذه الفائدة لم تحصل للشارط، اذ (يكون بقاء المشتري على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشتري له) فله ان يفسخ حتى لا يكون في حال تزلزل من جهة عدم حصول مصلحته.

(وقد يموت ذو الخيار) المشتري عليه الفسخ (وينتقل) الخيار (الى وارثه) و الشارط لا يريد ابتلائه بالوارث، الى غير ذلك.

(بقي الكلام في ان المشهور ان تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد) ولو على نحو تقديم الظرف، مثل ان يقول: على شرط كذا بعثك هذا الكتاب بدينار (فلو ذكره قبله) بان لم يكن الشرط جزء من العقد (لم يفد) في الالتزام و الالتزام (لعدم الدليل على وجوب الوفاء به) فالاصل عدم وجوب الوفاء به.

(و) ان قلت: يصدق الشرط عليه.

قلت: (صدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت) وان قال

ص: 158

لان المتبادر عرفا هو الالزام و الالزام المرتبط بمطلب آخر.

وقد تقدم عن القاموس: انه الالزام و التزام فى البيع و نحوه.

و عن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم.

قال فى محكى الخلاف: لو شرط قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول.

ثم نقل الخلاف عن بعض اصحاب الشافعى.

به بعض بل هذا هو الاقرب عندنا اذا اجريا العقد بناء عليه، و لا نسلم التبادر الذى ذكره المصنف بقوله: (لان المتبادر عرفا هو الالزام و الالزام المرتبط بمطلب آخر) و الشرط السابق ليس بمرتبط - على راي المصنف - فهو شرط ابتدائى و مثله لا يوجب شيئا.

(و قد تقدم عن القاموس: انه الالزام و التزام فى البيع و نحوه) من العقود و الايقاعات اللازمة.

(و) لكن (عن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم) فى وجوب الوفاء به.

(قال فى محكى الخلاف: لو شرط قبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار) المجلس (بعد العقد، صح الشرط و لزم العقد بنفس الايجاب و القبول) بدون حاجة الى تكرار الشرط مع الايجاب و القبول.

(ثم نقل) الشيخ (الخلاف) فى المسألة (عن بعض اصحاب الشافعى) و انه قال: بان الشرط يلزم ان يكون فى ضمن العقد حتى يؤثر، اما اذا كان قبله فلا تأثير له.

ثم قال: دليلنا انه لا مانع من هذا الشرط.

والاصل جوازه.

وعموم الاخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع انتهى.

ونحوه المحكى عن جواهر القاضى

وقال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك: وعندى في ذلك نظر فان الشرط انما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد.

نعم لو شرطاً قبل العقد، و تبايعاً على ذلك الشرط، صح ما شرطاه انتهى.

(ثم قال) الشيخ (دليلنا انه لا مانع من) تأثير (هذا الشرط) المقدم على العقد.

(و الاصل) اى مقتضى القاعدة (جوازه) اى نفوذه.

(و) ذلك لان (عموم الاخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع) الذي يكون الشرط فيه مقدماً على العقد (انتهى) كلام الشيخ.

(و نحوه المحكى عن جواهر القاضى).

(وقال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك) الكلام المحكى عن الشيخ (وعندى في ذلك) اى في تأثير الشرط المتقدم (نظر).

(ف) وجه النظر (ان الشرط انما يعتبر حكمه) ويكون واجب الوفاء (لو وقع في متن العقد) لا ما اذا كان الشرط خارجاً قبل او بعدا.

(نعم لو شرطاً قبل العقد، و تبايعاً على ذلك الشرط، صح ما شرطاه) لانه شرط في ضمن العقد أيضاً (انتهى) كلام العلامة.

اقول: التبایع على ذلك الشرط ان كان بالاشارة إليه فى العقد بان يقول- مثلا-: بعت على ما ذكر، فهو من المذكور فى متن العقد.

وان كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الانشاء فهذا هو ظاهر كلام الشيخ.

نعم يحتمل ان يريد الصورة الاولى و اراد بقوله:

(اقول) يرد على قول العلامة «نعم» احد اشكالين على سبيل منع الخلو.

لانه ان اشير الى الشرط فى متن العقد فهو من الشرط فى متن العقد و ليس استثناء، فلا وجه لاستثناء العلامة له.

وان لم يشر الى الشرط فى متن العقد، فكلام العلامة هو كلام الشيخ فلا وجه لقول العلامة: و عندى فى ذلك نظر.

فان (التبایع) و التبانى (على ذلك الشرط ان كان بالاشارة إليه فى العقد، بان) يشترطأولاً ثم (يقول- مثلا-: بعت على ما ذكر) من الشرط (فهو من) الشرط (المذكور فى متن العقد) و لا يكون استثناء كما استثناء العلامة بقوله «نعم لو شرطاً».

(وان كان) التبایع على ذلك الشرط (بالقصد إليه و البناء عليه عند الانشاء) للعقد بدون الاشارة (فهذا هو ظاهر كلام الشيخ) و لا وجه لاشكال العلامة عليه، لان الشيخ و العلامة كليهما يقولان كلاماً واحداً.

(نعم يحتمل ان يريد) الشيخ بكلامه فى كفاية التبانى على الشرط (الصورة الاولى) اى ما كان الشرط فى متن العقد (واراد بقوله) بجواز

قبل العقد، قبل تمامه، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط.

ويؤيده أيضا، بل بعينه ان بعض اصحاب الشافعي انما يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد.

و

الشرط (قبل العقد، قبل تمامه) اى يشترط فى اثناء العقد قبل ان يتم العقد لانه اراد اجراء صيغة العقد (وهذا) اى ارادته كون الشرط فى اثناء العقد (هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط)

و ذلك لانه ان كان قبل اجراء العقد كان هناك مانع عن لزوم هذا الاشتراط و المانع انه ليس فى ضمن بيع او نحوه وقد تقدم ان الشرط انما يلزم اذا كان فى ضمن بيع او نحوه- كما عن القاموس-.

(ويؤيده) اى يؤيد ان الشيخ اراد من «قبل العقد» قبل تمام العقد (أيضا، بل بعينه ان بعض اصحاب الشافعي انما يخالف فى صحة هذا الاشتراط فى متن العقد).

وقد عرفت ان الشيخ ذكر كلامه مقابل كلام الشافعي، فاذا كان الشافعي يخالف فى الاشتراط فى متن العقد، فالشيخ يقول: ان الاشتراط فى متن العقد كاف «فليس كلام الشيخ فى الشرط قبل اجراء صيغة العقد».

(و) يدل على ان بعض الشافعية خلافهم فى الشرط فى متن العقد و انهم يرون ان مثل هذا الشرط ليس بملزم، و انما يلزم ان يكون الشرط

قد صرح فى التذكرة، بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد.

و استدلل عنهم بان الخيار بعد تمام العقد فلا يصح اسقاطه قبل تمامه.

والحاصل: ان ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة، و استدلال الشيخ على الجواز، و بعض الشافعية على المنع، يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد.

بعد العقد، ما (قد صرح) العلامة (فى التذكرة، بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط) هم (عدم الخيار فى متن العقد) قالوا فاذا كان فى متن العقد لم يكن مؤثرا.

(و استدلال) العلامة (عنهم بان الخيار) يحدث (بعد تمام العقد) لان العقد سبب الخيار (فلا يصح اسقاطه قبل تمامه) اى قبل تمام العقد فانه اسقاط لما لم يوجد، و ذلك محال.

(و الحاصل) ان الشيخ لا يريد بيان ان الشرط قبل العقد كاف، بل يريد بيان ان الشرط فى اثناء العقد كاف.

ف (ان ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة، و) ملاحظة (استدلال الشيخ على الجواز) بانه لا مانع من هذا الشرط (و بعض الشافعية على المنع) بانه اسقاط ما لم يحدث (يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ) صحة الشرط المتقدم على اجراء العقد، و ان (صورة ترك الشرط فى متن العقد) و جعله قبل اجراء العقد كاف فى لزومه.

و كيف كان فالاقوى ان الشرط غير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لانه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لان المتحقق فى السابق اما وعد بالتزام او التزام تبرعى لا يجب الوفاء به و العقد اللاحق و ان وقع مبنيا عليه لا يلزمه لانه الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد

(و كيف كان) كلام الشيخ (ف) الظاهر عندنا ان الشرط المذكور قبل العقد المبنى عليه العقد، لازم الوفاء، ويشمله كل ادلة الشرط بل هو كذلك عند العقلاء، وقد أمضاه الشارع، فاللازم القول به.

و ان كان (الاقوى) عند المصنف (ان الشرط غير المذكور فى متن العقد غير مؤثر) فى وجوب الوفاء به.

و ذلك (لانه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق) قبل العقد (لان المتحقق فى السابق اما وعد بالتزام) كانه قال لطرفه: انى اعدك بان التزم ان لا افسخ العقد (او التزام تبرعى) كانه قال: انى التزمت ان لا افسخ.

و من المعلوم ان كلا- الامرين (لا يجب الوفاء به) اذا الشرط الزام او التزام فى ضمن بيع او نحوه كما عرفت (و العقد اللاحق) عطف على «لا يلزم» اى ان وجوب الوفاء بهذا الشرط ان كان من جهة نفسه من غير ملاحظة العقد فقد عرفت انه غير ملزم.

و ان كان من جهة «العقد اللاحق» ففيه ان العقد (و ان وقع مبنيا عليه) لكنه (لا يلزمه) اى ان العقد لا يلزم هذا الشرط (لانه) اى الشرط السابق (الزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد) فى نفسه، فهو التزام و

الا بجعل المتكلم، و الا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين وقيودهما حتى يقدر شرطا منويا، فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة، فان من باع داره- فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له- لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار، و لم يقيد انشائه بشي ء بخلاف قوله: بعتك على ان لا خيار لى الذى مؤداه

العقد التزام آخر، و لا يرتبط احدهما بالآخر (الا بجعل المتكلم) احدهما مرتبطا بالآخر (و الا فهو) اى الشرط (بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين) فانهما من متعلقات «بعت» و «اشتريت» (وقيودهما) عطف على العوضين، مثل قيد ان يكون مع المبيع الشى ء الفلانى كالمروحة المنصوبة فى الدار مثلا (حتى يقدر شرطا منويا) فى العقد (فيكون) حاله (كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة) كما اذا قال «دنف» فى جواب «كيف زيد» حيث ان «زيد» محذوف، ف «دنف» خبر له (فان من باع داره- فى حال بنائه فى الواقع) و فى نفسه (على عدم الخيار له- لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار) اى إنشاء نفسى (و لم يقيد انشائه بشي ء لفظى، فمن اين يجب الالتزام بهذا الشرط المقدم فى الكلام؟

اقول فيه: انه اذا بنيا البيع عليه، كان ذلك إنشاء نفسيا، فلا يتم قوله «لم يحصل».

و هذا (بخلاف قوله: بعتك على ان لا خيار لى الذى مؤداه) و معناه

بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على ان لا خيار لى فان انشائه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط الزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالاول.

و تمام الكلام فى باب الشروط ان شاء الله تعالى.

فرع: ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره

(بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على ان لا خيار لى) فيكون التزاما فى التزام (فان انشائه للبيع قد اعتبر مقيدا بانشائه التزام عدم الخيار).

و عليه (ف) يكون (حاصل الشرط) فى المثال المزبور (الزام فى التزام، مع اعتبار تقييد الثانى) الشرط (بالاول) اى العقد.

و انما قال «مع» لبيان ان العقد ليس ظرفا فقط للشرط بل العقد مقيد به.

(و تمام الكلام فى باب الشروط ان شاء الله تعالى) و الله سبحانه المستعان.

(فرع: ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس وغيره) اى و نفى غير خيار المجلس، اى لا يصح ان ينفى كل خيار.

اما اذا نفى بعض الخيارات كما اذا كان له خيار العيب، و الغبن و المجلس فقال بشرط عدم خيار المجلس لم يضر.

اذ هذا الشرط لا ينفى النذر.

فى متن العقد، و هو ما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذا باعه بان قال: لله على ان اعتقك اذا بعته.

قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به، و لا يتم برفع الخيار.

و

اما اذا قال بشرط ان لا خيار لى اطلاقا، فانه يضر بالنذر (فى متن العقد، و هو) اى هذا المورد (ما اذا نذر المولى ان يعتق عبده اذا باعه بان قال: لله على ان اعتقك اذا بعته) او قال: لله على ان اعتق عبدى فلانا اذا بعته، و مثله اليمين.

و كذا اذا شرط العتق فى ضمن معاملة سابقة، كما اذا اشترى العبد بشرط انه اذا باعه اعتقه.

و لا يخفى ان العبد و العتق من باب المثال، و الا فاذا نذر ان يذبح حيوانه فى سبيل الله اذا باعه كان كذلك، فليس له ان يسقط خياراته فى ضمن البيع، و ان كان له ان يسقط بعض خياراته.

(قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع).

و ذلك (لصحة النذر فيجب الوفاء به، و لا يتم) اى لا يمكن الوفاء بالنذر (برفع الخيار) اى كيف يعتق مال الغير و لا عتق الا فى ملك.

(و) لكن يمكن ان يقال: بصحة البيع و بطلان شرط سقوط الخيار اذ الشرط مصادم للنذر.

اما البيع فلا مصادمة له مع النذر.

ص: 167

على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط و يصح البيع و يعتق، انتهى.

اقول هذا مبنى على ان النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

وقد مرّ ان الاقوى في الشرط أيضا كونه كذلك.

و إليه اشار بقوله: و (على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط) اى شرط عدم الخيار (يلغو الشرط، و يصح البيع و يعتق)-
بتصيغة المعلوم- اى بعد البيع يعتق البائع عبده (انتهى) كلام العلامة ره.

اقول: و يمكن فى بعض الصور صحة البيع و الشرط- فيما اذا لم يكن تصادم- كما اذا باعه من مورثه الذى يموت بعد قليل فيرثه، او ممن يشتره منه، او نحو ذلك، و فرض كلام العلامة فى صورة المصادمة.

(اقول هذا) الكلام من العلامة (مبنى على ان النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له) اى للنذر فاذا نذران يتصدق بشاته لم يجز له بيعها و هبتها هبة لازمة، و نحو ذلك فالنذر يوجب الحجر فى الملك، و فى غير الملك فاذا نذران يجعل ما حجره مسجدا «و المحجور غير مملوك» لم يجز له ترك تحجيره حتى يرجع مباحا اصليا مثلا، الى غير ذلك من الامثلة.

(وقد مرّ ان الاقوى فى الشرط أيضا) كالنذر (كونه كذلك) اى انه اذا شرط لم يكن له ان يتصرف تصرفا ينافى الشرط، فاذا اشترى

العبد بشرط ان يعتقه لم يكن له ان يبيعه، اذ البيع يصطدم مع الشرط.

و كذلك اذا شرط في النكاح ان لا يتزوج عليها، لم يكن له النكاح عليها، الى غير ذلك من الامثلة.

ص: 169

مسئلة: و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد

بل هذا هو المسقط الحقيقى.

و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط.

و يدل عليه بعد الاجماع فحوى ما سيجي ء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بانه رضاء بالبيع.

(مسألة: و من المسقطات) لخيار المجلس (اسقاط هذا الخيار بعد العقد) سواء اسقطه احدهما او كلاهما (بل هذا هو المسقط الحقيقى) بينما بعض المسقطات السابقة سقوط، لا اسقاط (و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالاسقاط).

(و يدل عليه بعد الاجماع) المراد بالاجماع ما ذكره: من لا خلاف، فلا يقال: ان بين كلاميه تنافى.

أولاً: ما دلّ على ان الخيار حق و من المعلوم ان الحق كالمملك يسقط بالاعراض، اما ان الخيار حق فلشهادة العرف بذلك، و اما سقوط المملك بالاعراض فلان العرف يرى ذلك، و الشارع امضى الامرين لانه لم يحدث تغييرا.

و ثانياً: (فحوى ما سيجي ء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بانه رضاء بالبيع).

فان هذه العلة تدل على انه كلما حصل الرضا بالبيع، بمعنى عدم الأخذ بالخيار و اسقاطه سقط، فاذا كان التصرف الذى هو اقل من

مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه.

ولعله لفحوى: تسلط الناس على اموالهم، فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال، ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل، إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط.

ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط

الاسقاط- لانه يدل على الاسقاط- موجبا لسقوط الخيار، كان الاسقاط اولى بكونه مسقطا له (مضافا الى القاعدة المسلمة من ان لكل ذى حق اسقاط حقه) وذلك لان معنى الحق هو هذا فانه وان كان قد يستعمل الحق بمعنى الحكم الذي ليس لذى الحق اسقاطه، الا ان ذلك بحاجة الى قرينة خارجية.

(ولعله) اى لعل الدليل على ان لكل ذى حق اسقاط حقه (لفحوى تسلط الناس على اموالهم) كما فى النص (فهم اولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالاموال).

وجه الاولوية ان الحق اقل من المال، لانه مرتبة ضعيفة من الملك (ولا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل).

وانما لم يكن قابلا لنقل، لانه لا دليل على ذلك، فاللازم الاقتصار على موضع الدليل، وهو ان لهم الاخذ بالحق (إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط) كما انه يشمل عدم الاسقاط.

(ويمكن الاستدلال له) اى لسقوط خيار المجلس بالاسقاط (بدليل الشرط) فانه لو اسقط خياره فقد التزم بالسقوط، فيشملة دليل المؤمنون

لو فرض شموله للالتزام الابتدائي.

ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفية، للفحوى المتقدمة.

وفحوى ما دل على كفاية بعض الافعال فى اجازة عقد الفضولى.

وصدق الاسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على اسقاط الحقوق.

عند شروطهم، وقد سبق ان الشرط يقتضى الوضع (لو فرض شموله) اى الشرط (لالتزام الابتدائي).

(ثم ان الظاهر) من اطلاقات ادلة سقوط الخيار بالاسقاط (سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه) اى على الاسقاط (باحدى الدلالات العرفية) كالدلالة الصريحة و الاشارة و الكناية و العمل كما انه اذا اعتيد ان من يسقط خياره يضع المتاع فى موضع خاص.

و انما قلنا الظاهر ذلك (للفحوى المتقدمة) اى ما ذكرنا من فحوى سقوط الخيار بالتصرف.

(وفحوى ما دل على كفاية بعض الافعال فى اجازة عقد الفضولى) مثل: ما دلّ على ان سكوت المولى اجازة لنكاح العبد، و ان سكوت البكر دليل على رضاها.

(و) يدل أيضا على كفاية كل دلالة فى الاسقاط (صدق الاسقاط) عرفا (النافذ) صفة الاسقاط (بمقتضى ما تقدم من التسلط على اسقاط الحقوق) فاذا كان شي ء يدلّ على اسقاط الحق و المسقط يوجب السقوط

و على هذا فلو قال احدهما: اسقطت الخيار من الطرفين، فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا، لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا أيضا.

مسألة: لو قال احدهما لصاحبه: اختر فان اختيار المأمور الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد.

وان اختار الامضاء، ف

لزم السقوط بكل ما دلّ على ذلك.

(و على هذا) الذي قلنا ان كل دال على الاسقاط يوجب السقوط (فلو قال احدهما: اسقطت الخيار من الطرفين، فرضى الآخر) بمقالة صاحبه (سقط خيار الراضى أيضا) كما سقط خيار المتكلم (لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا) له (أيضا) «اسقاطا» خبر «كون».

و مثله ما لو قال له: اسقط خيارك، فقال نعم، فقال اسقطت خيارك الى غير ذلك مما يدل على الرضى بسقوط الخيار إنشاء.

(مسألة: لو قال احدهما لصاحبه: اختر) او ما فى معناه (فان اختار المأمور الفسخ فلا اشكال فى انفساخ العقد) لان له الفسخ سواء امره بذلك أم لا، نعم قد يكون قول الأمر «اختر» يعنى عن نفسك، وقد يقصد عن نفسه وقد يقصد الاطلاق، فان قصد اختر عن نفسك، لم يكن قول المأمور «فسخت» اذا قصد به الفسخ عن الامر فسحا، اذ انه لم يكن وكيلا له فى الفسخ و لم يفسخ عن نفسه.

(وان اختار الامضاء، ف) لا شك انه يسقط خيار المضى حينئذ،

فى سقوط خيار الأمر أيضا مطلقا كما عن ظاهر الاكثر بل عن الخلاف الاجماع عليه، او بشرط ارادته تمليك الخيار لصاحبه و الا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة او مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض و يكون حكم التفويض كالتمليك اقوال

لفرض انه اسقط خياره، بسبب اختياره امضاء العقد، و (فى سقوط خيار الأمر أيضا مطلقا) مقابل التفصيل الآتى (كما عن ظاهر الاكثر بل عن الخلاف الاجماع عليه).

و ذلك لانه فوض الخيار الى صاحبه و صاحبه اسقط الخيار (او) التفصيل بسقوط خيار الأمر (بشرط ارادته تمليك الخيار لصاحبه).

و الخيار يملك، لانه حق قابل للتمليك كما انه قابل للاسقاط، بل لا يبعد قبوله للمعارضة (و الا) يرد تمليك الخيار لصاحبه (فهو باق مطلقا) مقابل التفصيل الآتى (كما هو ظاهر التذكرة) فانه اذا لم يرد تمليك الخيار لصاحبه فلا وجه لسقوط خياره بمجرد قوله لصاحبه «اختر» فان كلمة «اختر» ليست من مسقطات الخيار (او مع قيد) «الا هو باق» ب (إرادة الاستكشاف دون التفويض).

و حاصله: اخراج صورة اخرى من «الا- هو باق» و هى صورة التفويض (و) عليه (يكون حكم التفويض كالتمليك) فى انه يوجب سقوط الخيار (اقوال) ثلاثة الاول: ان «اختر» يوجب سقوط خيار الأمر مطلقا.

الثانى: انه يوجب سقوطه ان اراد التمليك، و ان لم يرد التمليك فلا سقوط.

الثالث: انه يوجب سقوطه ان اراد التمليك، او التفويض و ان

ولو سكت فخير الساكت باق اجماعا، ووجهه واضح.

و اما خيار الأمر ففى بقائه مطلقا، او بشرط عدم إرادة تملك الخيار كما هو ظاهر التذكرة، او سقوط خياره مطلقا، كما عن الشيخ، اقوال.

والاولى ان يقال: ان كلمة: اختر

لا يوجب سقوطه فلا فرق لان «التمليك» معناه ان الخيار انتقل الى المأمور فله خياران فاذا اسقط المأمور خيار نفسه، كان له خيار الأمر.

و اما «التفويض» فمعناه ان «الخيار للأمر» حتى ان الأمر ان اراد سحب تفويضه الى نفسه رجع الخيار إليه، و انما للمأمور ان يجرى خيار الأمر وكالة عنه (ولو سكت) المأمور بعد قول الأمر «اختر» بان لم يفسخ و لم يمض (فخيار الساكت) اى المأمور (باق اجماعا، ووجهه واضح) لانه لم يستعمل خياره، نفيا و لا ايجابا.

(و اما خيار الأمر ففى بقائه مطلقا، او) يفصل فيبقى (بشرط عدم إرادة تملك) الأمر (الخيار) للمأمور (كما هو ظاهر التذكرة، او سقوط خياره) بمجرد الامر (مطلقا) اى سواء اراد التملك، أم لا (كما عن الشيخ، اقوال) ثلاثة.

ثم ان تملك الأمر خياره للمأمور انما يكون مملكا اذا قبل المأمور و إلا فإن لم يقبل المأمور لم يملك المأمور الخيار لاصالة عدم التملك بدون القبول و الله العالم.

(والاولى ان يقال: ان كلمة: اختر) و ما يراد فها فى سائر اللغات، او ما يشابهها فى اللغة العربية مثل «تخير» و «انت مختار»

بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب احد طرفى العقد من الفسخ و الامضاء و ليس فيه دلالة على ما ذكره من تملك الخيار، او تفويض الامر او استكشاف الحال.

نعم الظاهر عرفا من حال الأمر ان داعيه استكشاف حال المخاطب، و كانه فى العرف السابق كان ظاهرا فى تملك المخاطب امر الشئ، كما يظهر من باب الطلاق

الى غيرها (بحسب وضعه) لغة انما هو (لطلب اختيار المخاطب احد طرفى العقد من الفسخ و الامضاء) فانه دلالة المطابقة (و ليس فيه دلالة) باحدى الدلالات الثلاث (على ما ذكره من تملك الخيار) بنقل المتكلم خياره الى المخاطب.

و الظاهر ان له الحق فى النقل، اذ الخيار ملكه، فكما له اسقاطه كذلك له نقله الى انسان آخر.

و منه يعلم ان قول ذى الخيار، لشخص ثالث «اختر» حاله حال ما اذا قال لطرفه، لوحدة المناط فى كلا المقامين (او تفويض الامر) كان يكون المخاطب وكيلا عن الأمر (او استكشاف الحال) بانه هل يرغب المأمور فى الفسخ او الامضاء بدون ان يكون الامر توكيلا او تملكيا.

(نعم الظاهر عرفا) اى ان العرف يستظهر (من حال الأمر ان داعيه) فى هذا الامر (استكشاف حال المخاطب) بدون تملك و لا توكيل (و كانه فى العرف السابق كان) لفظ «اختر» (ظاهرا فى تملك المخاطب امر الشئ) الذى كان مالكة الأمر (كما يظهر من باب الطلاق).

فان تم دلالتة حينئذ على اسقاط الامر خياره بذلك، و الا فلا مزيل لخياره.

و عليه يحمل - على تقدير الصحة- ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس: انهما بالخيار ما لم يفترقا، او يقول احدهما لصاحبه: اختر.

لكن لا- يخفى ان دعوى ذلك بعيدة، و الاصل عدم النقل، بل «اختر» ظاهر في ان الأمر راض بما يفعله المخاطب من الفسخ و الامضاء ليس الا.

فان كانت هناك قرينة خارجية او كلامية تدل على التملك او التفويض او الاستكشاف فيها، و الا اخذ بمقتضى ظهور اللفظ.

(فان تم دلالتة) اي دلالة «اختر» (حينئذ) اي حين كان ظهوره السابق في التملك (على اسقاط الأمر خياره بذلك) بلفظ «اختر» فهو (و الا) يتم دلالتة (فلا مزيل لخياره) اي لخيار الأمر، بل الاصل بقاء خيار الأمر.

(و عليه) اي على ما ذكرنا من ظهور «اختر» في السابق في تملك المخاطب الخيار (يحمل - على تقدير الصحة-) اي صحة كونه في السابق ظاهرا في التملك (ما ورد في ذيل بعض اخبار خيار المجلس: انهما بالخيار ما لم يفترقا، او يقول احدهما لصاحبه: اختر) فانه ظاهر في سقوط خيار الأمر اذا قال هذه اللفظة.

ثم انه لو شك في انه هل قصد بقوله «اختر» اسقاط خياره، أم لا؟

فالاصل العدم، كما انه لو شك في انه هل فوض بذلك خياره، أم لا؟

ثم انه لا اشكال فى ان اسقاط احدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر.

ومنه يظهر انه لو اجاز احدهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد، لانه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد- بعد اجازة احدهما- جائزا من طرف الفاسخ دون المميز كما لو جعل الخيار من اول الامر لاحدهما وهذا ليس تعارضا بين الاجازة و الفسخ، و ترجيحا له عليها.

فالاصل عدم التفويض.

(ثم انه لا اشكال فى ان اسقاط احدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر) لوضوح ان هناك خيارين، فلكل واحد منهما خيار.

(ومنه يظهر) حيث ان للآخر الاجازة او الفسخ (انه لو اجاز احدهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد) سواء تقارن الاجازة و الفسخ، او قدم احدهما على الآخر (لانه) اى الانقاسخ بالفسخ (مقتضى ثبوت الخيار) و الا، فان لم يكن لاحدهما الفسخ لم يكن له خيار، و المفروض ان له الخيار (فكان العقد- بعد اجازة احدهما- جائزا من طرف الفاسخ) اى ان له الاجازة و الفسخ (دون المميز) لان الاجازة اوجبت سقوط خياره، فيكون حاله حال من لم يجز بعد (كما لو جعل الخيار من اول الامر لاحدهما) فان المميز قد اسقط خياره باجازته (و هذا) اى انه اذا فسخ احدهما انفسخ و ان اجازة الآخر (ليس تعارضا بين الاجازة و الفسخ، و ترجيحا له) اى للفسخ (عليها) اى على الاجازة.

و ذلك لاختلاف المتعلق، فان متعلق كل منهما التزام بنفسه فسواء

ص: 178

نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين، كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين، او من طرفهما لمتعدد كالاصيل و الوكيل فاجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة او تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية ثم اعتقهما جميعا حيث ان اعتاق العبد فسخ، و اعتاق الجارية

تقدم الفسخ او تأخر، او تقارن، اخذ به، و ذلك بخلاف صورة التعارض حيث انه يقدم المقدم منهما على المؤخر.

وفى صورة التعارض يتساقتان، او نحو ذلك.

(نعم لو اقتضت الاجازة لزوم العقد من الطرفين، كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف احد المتعاقدين) كما فى خيار الحيوان و الغبن و العيب من طرف واحد او اسقط احدهما خيار مجلسه بالشرط و نحوه الى غير ذلك، لكن كان هذا الخيار من طرف واحد، لشخصين، كالاصيل و الوكيل (او) كان الخيار (من طرفهما) معا (لمتعدد كالاصيل و الوكيل) بان عقد الوكيلان بمحضر الاصيلين (فاجاز احدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة) لا تدريجا، لانه لو فعلا ذلك تدريجا قدم المتقدم من الاجازة او الفسخ، اذ قد اخذ هذا الطرف حقه، سواء اجاز او فسخ و لا يبقى مجال لان يأخذ ثانيا، فانه كان له حق واحد و قد اخذه.

(او تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية، ثم اعتقهما جميعا) او وهبهما جميعا، فان هذا العمل منه فسخ و اجازة فى آن واحد (حيث ان اعتاق العبد فسخ، و اعتاق الجارية

او اختلف الورثة فى الفسخ و الاجازة تحقق التعارض.

و ظاهر العلامة فى جميع هذه الصور تقديم الفسخ، و لم يظهر له وجه تام و سيجي ء الاشارة الى ذلك فى موضعه.

اجازة) و المفروض انه ليس له الا احدهما فقط.

(او) كان خيار واحد للبائع مثلاً فمات و ورثه اثنان، و (اختلف الورثة فى الفسخ و الاجازة) فاجاز احدهما و فسخ الآخر (تحقق التعارض).

لكن لا يخفى الفرق بين المثال الاخير، و بين ما تقدمه، لإمكان تبعض الصفقة فى المثال الاخير اذا رضى بذلك الطرف الآخر.

مثلاً: لو باع كتابين لزيد، فمات و ورثه والداه، فاجاز احدهما و فسخ الآخر، فانه يمكن البيع فى احد الكتابين دون الكتاب الآخر.

(و) كيف كان ف (ظاهر العلامة فى جميع هذه الصور) المذكورة بعد قوله «نعم» (تقديم الفسخ، و لم يظهر له وجه تام) اذ ما دام هناك حق واحد له طرفان، فلما ذا يقدم هذا الطرف على ذاك الطرف، فهو من قبيل ما لورفع الاخرس الغطاء عن رأس زوجتين اختين عقد تاله فضولة، فانه يبقى بعد ذلك العقد على اجماله بعد عدم امكان كليهما و عدم وجود وجه لكونه فسحاً لكلا العقدين (و سيجي ء الاشارة الى ذلك فى موضعه) ان شاء الله.

و مقتضى القاعدة ان الامر يبقى كسابقه بدون اجازة و لا فسخ.

اشارة

ولا اشكال فى سقوط الخيار به، ولا فى عدم اعتبار ظهوره فى رضاهما بالبيع، وان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك مثل قوله: فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا.

و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد

(مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين) احدهما عن الآخر (ولا اشكال فى سقوط الخيار به) نصًا و اجماعًا (ولا) اشكال أيضا (فى عدم اعتبار ظهوره) اى لا يلزم ان يكون الافتراق ظاهرا (فى رضاهما بالبيع).

فالافتراق يوجب سقوط الخيار، وان علمنا انهما افترقا غير راضيين بالبيع (وان كان ظاهر بعض الاخبار ذلك) ان الافتراق انما يكون مسقطا لانه دليل الرضا (مثل قوله) عليه السلام (فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا).

وانما لا يكون هذا الظهور حجة، لاحتمال كونه حكمة بالإضافة الى المناقشة فى اصل الظهور، لاحتمال تعلق «بعد» بالبيع الواقع اى انهما بعد ان رضيا باصل البيع، فافتراقهما يوجب اللزوم.

(و معنى حدوث افتراقهما المسقط) للخيار (مع كونهما متفرقين حين العقد) لان الغالب انهما لا يعقد ان متلاصقين احدهما بالآخر

افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فاذا حصل الافتراق الاضافى و لو بمسماه ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوة
ولذا حكى عن جماعة: التعبير بأدنى الانتقال.

و الظاهر ان ذكره فى بعض العبارات لبيان اقل الافراد خصوصا مثل قول الشيخ فى الخلاف اقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبنى على
الغالب فى الخارج، او فى التمثيل لاقل الافتراق.

(افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد) و لو كانت الهيئة الاجتماعية بسبب اللاسلكى او التلفون او كان احدهما
يوصل صوته الى الآخر بسبب المكبرة ونحوها (فاذا حصل الافتراق الاضافى) اى بالإضافة الى الاحتمال حال العقد (و لو بمسماه) بان
كان الافتراق قليلا (ارتفع الخيار) و لو شك فى الافتراق كان الاصل العدم (فلا يعتبر) فى حصول الافتراق مقدار (الخطوة) بل يكفى الاقل
من ذلك (و لذا حكى عن جماعة) من الفقهاء (التعبير) عن الافتراق (بأدنى الانتقال) الشامل لما اذا كان اقل من خطوة.

(و الظاهر) من القرائن (ان ذكره) اى ذكر الافتراق بخطوة (فى بعض العبارات لبيان اقل الافراد) «لبيان» اى فى مقام بيان، و خبر «ان» قوله
«مبنى» (خصوصا مثل قول الشيخ فى الخلاف اقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة) و الخصوصية من جهة استبعاد ان يقول الشيخ ذلك
لوضوح انه لا خصوصية لهذا المقدار لانه (مبنى على الغالب فى الخارج) حيث يخطوان بعد العقد (او) الغالب (فى التمثيل) فان الخطوة
هو المثال الغالب على الالسنه (لاقل الافتراق) بين انسانين اجتماعا فى محل واحد

فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما.

و يظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الاصحاب.

و عن صريح آخر التأمل و كفاية الخطوة لانصراف الاطلاق الى ازيد منها فيستصحب الخيار.

و يؤيده قوله فى بعض

(ف) انه لا شك فى انه (لو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما) و ان لم يخطو البائعان خطوة واحدة.

و الحاصل ان الخطوة مثال من ناحيتين ناحية اصلها فى قبال افتراق السفينتين، و ناحية مقدارها فى قبال الاقل من الخطوة.

(و) مع هذا كله فانه (يظهر من بعض اعتبار الخطوة) حقيقة (اغترارا) منه (بتمثيل كثير من الاصحاب) بالخطوة فظن انها المعيار فى الافتراق.

(و عن صريح آخر التأمل و كفاية الخطوة) لاحتمال الاحتياج الى ازيد منها فى صدق الافتراق.

و ذلك (لانصراف الاطلاق) الى اطلاق الافتراق - بنظره - (الى ازيد منها) الى من الخطوة.

(ف) اذا شك فى كفاية الخطوة (يستصحب الخيار) كما ظنه هذا البعض.

(و يؤيده) الى يؤيد عدم كفاية الخطوة (قوله) عليه السلام (فى بعض

الروايات فلما استوجبتهما قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا.

وفيه منع الانصراف.

ودلالة الرواية.

ثم اعلم ان الافتراق- على ما عرفت من معناه- يحصل بحركة احدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما فالحركة من احدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر،

الروايات) الآتية (فلما استوجبتهما) اى المعاملة و (قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا) بدعوى ظهور الرواية في عدم كفاية الخطوة.

(وفيه منع الانصراف) أولا، لانه لا نسلم الانصراف العرفى.

(و) منع (دلالة الرواية) ثانيا، لان عمله عليه السلام من باب المصداق، حسب ما يراه العرف.

(ثم اعلم ان الافتراق- على ما عرفت من معناه- يحصل بحركة احدهما وبقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما).

ونسبة الافتراق إليها لغلبة اختيار غير المتحرك البقاء في مكانه حتى يتعد منه المتحرك، وان كان احيانا بقاءه قسرا لشلل او سجن او ما اشبه.

وعلى كل (فالحركة من احدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر) فلو تصاحبا، و مشيا الف فرسخ، او كانا في سفينة

فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 11، ص: 185

و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر.

و كيف كان فلا يعتبر فى الافتراق المسقط حركة كل منهما الى غير جانب الآخر، كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الامام عليه السلام ارضا و انه عليه السلام قال: فلما

و مشت كذلك لم يحصل الافتراق.

و الظاهر ان السكر و الاغماء و النوم بل الموت أيضا لا يوجب صدق الافتراق (فذات الافتراق) اى الحركة المحققة له (من المتحرك) منها (و اتصافها) اى ذات الافتراق (بكونها افتراقا) يكون (من الساكن) اى انه لا يحصل الا بان يكون هناك طرف آخر ساكن - فيما اذا لم يتحرك الطرف الآخر الى اتجاه مخالف لاتجاه الطرف الاول المتحرك-.

(و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر) لا بملاحظة حركة الآخر، لما عرفت من انه لا يلزم حركة الآخر فى صدق الافتراق.

و الحاصل: ان الافتراق قائم بطرفين، اما بحركتهما فى اتجاه مخالف للآخر، و اما بحركة احدهما و سكون الآخر.

(و كيف كان فلا يعتبر فى الافتراق المسقط) للخيار (حركة كل منهما الى غير جانب الآخر، كما يدل عليه) اى على «لا يعتبر» (الروايات الحاكية لشراء الامام عليه السلام ارضا، و انه عليه السلام قال: فلما

ص: 185

استوجبها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا، فاثبت افتراق الطرفين بمشييه عليه السلام فقط.

استوجبتها) فان البائع يوجب، و المشتري يستوجب، و هو انفعال بصيغة الاستفعال، من قبيل الكسر و الانكسار (قمت فمشيت خطأ ليجب البيع) اى يلزم (حين افترقنا، ف) انه عليه السلام (اثبت افتراق الطرفين بمشييه عليه السلام فقط) و تبقى مسألة انه اذا كان الثانى مضطرا الى عدم الحركة مع المتحرك، فهل يوجب عمل المتحرك افتراقا، أم لا؟ و سيأتى الكلام فيه فى المسألة التالية.

ص: 186

مسئلة المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التباير أيضا،

سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا، لاصالة بقاء الخيار بعد تباير الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار مضافا الى حديث: رفع ما استكرهوا عليه.

(مسألة المعروف) بين الاصحاب (انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه) لاحدهما او لكليهما، كما اذا حبس احدهما بالقوة و حرك الثاني بالقوة (اذا منع من التباير) و الاختيار (أيضا) اذ: لو لم يمنع من الاختيار لم يكن اكرها على عدم الخيار، لامكان الفسخ لاحدهما قبل الافتراق و منه يعلم انه لو كان الوقت بحيث لا يسمح بالاختيار كما لو جذبه دفعة واحدة، كان في حكم المنع من الاختيار (سواء بلغ حد سلب الاختيار) بان كان الجاء، كما اذا سدّ فمه و جذبه (أم لا) كما اذا قال له: ان تكلمت ضربت عنقك.

و انما كان المعروف بقاء الخيار (لاصالة بقاء الخيار بعد) الشك فيه و ذلك، ل (تباير الاختيار من الفعل المسند الى الفاعل المختار).

فقوله عليه السلام: ما لم يفترقا: ظاهر في اختيارهما في الافتراق (مضافا الى حديث: رفع ما استكرهوا عليه) فان سقوط الخيار تابع للافتراق، فاذا حصل بالاكراه لم يترتب عليه اثره الذي هو سقوط الخيار.

وقد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم: الرفع، للحكم الوضعي المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف هذا.

ولكن يمكن منع التبادر، فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعدّ فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر،

(و) ان قلت: هل حديث الرفع يشمل الحكم الوضعي.

قلت: (قد تقدم فى مسألة اشتراط الاختيار فى المتبايعين ما يظهر منه عموم) دليل (الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف) وان لم يكن فعلا له كالجزية لواجب ونحوها، فانه ربما يفصل بين الحكم الوضعي الذي هو فعل للمكلف مثل جزئية السورة فانها فعل للمكلف، فيقال:

انها ساقطة فى حالة الاكراه، وبين الحكم الوضعي الذي ليس فعلا للمكلف مثل سقوط الخيار الذي ليس فعلا للمكلف فيقال: انه غير ساقط فى حالة الاكراه

والمصنف يريد بيان اطلاق الرفع لجميع الاحكام الوضعية المحمولة على المكلف، سواء كانت فعلا له، أم لا (فلا يختص) دليل الرفع (برفع التكليف) فقط (هذا) تمام الكلام فى توجيه فتوى المشهور.

(ولكن يمكن منع التبادر) اى تبادر الاختيار فى قبال الاكراه (فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى) كما اذا سدّ فمه و جذبته (الذي لا يعدّ فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر).

لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه فان التبادر ممنوع، فاذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل، مع ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق- ولو اضطرارا- مسقط للخيار، اذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الامضاء

فاذا قيل: فعل فلان، لم يتبادر منه هذا العمل الالجائى، بل يصح السلب، فيقال: انه لم يفعله، و اذا سمى انه فعله فهو بالمجاز

ولذا اذا اسقط شخص انسانا من السطح لا يصح ان نقول انه اسقط نفسه، و اذا اخذ جابر يد زيد و ضرب بها عمروا، لا يصح ان يقال:

ضرب زيد عمروا (لا) الاختيارى (في مقابل المكره الفاعل بالاختيار).

وانما فعل (لدفع الضرر المتوقع على تركه) فانه اذا قال شخص لزيد: اضرب عمروا، و الاقتلتك فضربه صح ان يقال: ان زيد اضرب عمروا (فان التبادر) للاختيارى فى قبال الاكراهى (ممنوع) بل «فعل» يشمل كليهما (فاذا دخل) فى عموم «افتراقا» فى الحديث (الاختيارى المكره عليه) بان اوجب الافتراق الاكراهى سقوط الخيار (دخل الاضطرارى) أيضا، و اوجب الافتراق الاضطرارى سقوط الخيار (لعدم القول بالفصل) بين الاكراهى و الاضطرارى (مع) ان هناك وجها آخر يدل على ان الافتراق الاكراهى لا يوجب سقوط الخيار.

ف (ان المعروف بين الاصحاب ان الافتراق- ولو اضطرارا- مسقط للخيار، اذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الامضاء) بان لم يؤخذ فمه حتى لا يتمكن ان يتكلم، او لم يكن الافتراق فى حال نوم، او سكر او

مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار.

قال فى المبسوط فى تعلييل الحكم المذكور لانه اذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ، فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الامضاء، انتهى.

وفى جامع المقاصد تعلييل الحكم المذكور بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار، انتهى.

و منه

ما اشبه مما يمنع عن التكلم (مستدلين عليه) اى على انه مسقط للخيار (بحصول التفرق المسقط للخيار) فاذا كان التفرق الاضطرارى مسقطا كان التفرق الاكراهى مسقطا أيضا.

(قال) الشيخ (فى المبسوط) فى وجه سقوط الخيار بالتفرق الاضطرارى (فى تعلييل الحكم المذكور) فى سقوط الخيار (لانه اذا كان متمكنا من الامضاء و الفسخ، فلم يفعل) احدهما (حتى وقع التفرق) و لو كان تفرقا عن اضطرار (كان ذلك دليلا على الرضا) بالعقد (و الامضاء) له (انتهى).

(وفى جامع المقاصد تعلييل الحكم المذكور) السقوط بالتفرق الاضطرارى (بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار، انتهى).

و لا يخفى ان كلامه اقرب من كلام الشيخ اذ: ربما لا يدل عدم الاختيار على الرضا، للغفلة، او الجهل، او ما اشبه، الا ان يريد الرضا النوعى.

(و منه) اى من انه اذا لم يمنع عن الكلام فليس بمضطر، بل مختار

يظهر انه لا وجه للاستدلال بحديث: رفع الحكم عن المكره، للاعتراف بدخول المكره و المضطر اذا تمكنا من التخيير.

و الحاصل ان فتوى الاصحاب: هي ان التفرق عن اكراه عليه و على ترك التخيير غير مسقط للخيار.

وانه لو حصل احدهما

لم يأخذ بالفسخ (يظهر انه لا وجه للاستدلال) على بقاء الخيار لو اكره على الافتراق (بحديث: رفع الحكم عن المكره).

وانما لا- يصح الاستدلال (للاعتراف) في كلام الشيخ، و المحقق الثاني (بدخول المكره و المضطر اذا تمكنا من التخيير) في عموم «الافتراق» و لا- مخرج لهما عن عموم «حتى يفترقا» فان حديث الرفع لا يشمل المقام اذ هو فيما كان افتراق اكرهى او اضطرارى، و لم يتمكننا من التخيير هذا ما فهمته عن عبارة المصنف ره.

(و الحاصل) في بيان ان الاكره على الافتراق وحدة بدون سلب الاختيار عن التخيير لا ينفع في سقوط الخيار (ان فتوى الاصحاب: هي ان التفرق) انما لا يسقط الخيار بشرطين.

الاول: اذا كان (عن اكراه عليه) اى على التفرق.

(و الثانى: اذا كان عن اكراه (على ترك التخيير) مثل ما اذا كَمَمَ فاه، و جذبه، فانه حينئذ (غير مسقط للخيار) لانه اكره تام فيشملة حديث: الرفع.

(و) اما (انه لو حصل احدهما) اى التفرق، او ترك التخيير

وهذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالفرق الاختياري ولا بان مقتضى: حديث الرفع، جعل الفرق للمكره عليه كالا تفرق، لان المفروض ان الفرق الاضطراري أيضا سقط مع وقوعه في حال التمكن من التناير.

(بختياره) وان كان في ثانيهما مكرها (سقط خياره) لانه لم يكره في ترك الخيار.

(وهذا) الذي ذكرناه انه فتوى الاصحاب- من اشراطهم شرطين- (لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة) اي ادلة سقوط الخيار (بالفرق الاختياري و) كذا (لا) يصح الاستدلال عليه (بان مقتضى حديث الرفع جعل الفرق للمكره عليه كالا تفرق).

وانما لا يصح الاستدلال عليه بهذين الأمرين (لان المفروض ان الفرق الاضطراري أيضا سقط) للخيار (مع وقوعه) اي وقوع الفرق (في حال التمكن من التناير).

والحاصل: انا نحتاج الى دليل يقول: ان الفرق الاكراهي، وان الفرق الاضطراري كليهما، لا يوجبان سقوط الخيار، واحد الدليلين السابقين اي اختصاص الأدلة بالفرق الاختياري، و حديث الرفع، لا يتكفل بكلا الأمرين معا الفرق الاكراهي، والفرق الاضطراري.

اذ: الدليل الاول يقول: الفرق الاختياري يسقط، وهو في مقابل الاكراهي فقط- على ما قاله الاصحاب: بان الاكراهي لا يسقط-

فالأولى الاستدلال عليه- مضافا الى الشهرة المحققة الجارية للاجماع المحكى، و الى ان المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا او اضطرارا- بقوله عليه السلام فى صحیحة الفضیل:

و الدلیل الثانی یقول: التفرق الاکراهی لا یسقط، لانه مقتضى:

حدیث الرفع عن المکره،.

و على كلا الدلیلین فلا تعرض لحکم المضطر، فتحقق انه لیس هناك دلیل على ان المکره و المضطر فى التفرق لا یسقط اختیارهما.

و بعبارة اخرى: الدلیلان «باختصاص .. و لا بان ..» لا یمكن الاستناد إليهما فى عدم سقوط اختیار المکره، لان المضطر الممنوع عن التخیار ساقط اختیاره أيضا، مع ان الدلیلین لا یشملانه.

فاللازم التماس دلیل یشمل كلا المکره و المضطر، هذا ما یستفاد من عبارة المصنف.

و لا یخفى ورود الاشکال علیه من جهات لم نذكرها، لانها خارجة عن مقصد الشرح.

(فالأولى الاستدلال علیه) اى على ان التفرق عن اکراه لا یوجب سقوط اختیار (- مضافا الى الشهرة المحققة الجارية للاجماع المحكى و) الاجماع دلیل (الى ان المتبادر من التفرق) الذى جعله النص موجبا لسقوط اختیار (ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع التفرق (اختيارا او اضطرارا) فانه یمكن ان يقع التفرق اضطرارا و لكن مع الرضا بالعقد

فالأولى ان یستدل علیه (بقوله عليه السلام فى صحیحة الفضیل:

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على ان الشرط فى السقوط الافتراق و الرضا منهما.

ولا ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالترفق بحيث يكون التفرق عنه، اذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر اجماعا.

او يقال ان قوله بعد الرضا، اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما).

وجه الاستدلال ان الحديث (دل على ان الشرط فى السقوط) للخيار امران معا (الافتراق و الرضا منهما) معا.

(و) الرضا المأخوذ فى النص يراد به الرضا قبل التفرق.

اذ (لا ريب ان الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالترفق) قبل التفرق (بحيث يكون التفرق عنه) فلا يشمل ما اذا رضى بعد التفرق (اذ لا يعتبر الرضا فى زمان آخر اجماعا) بل و هو ظاهر صحيحة الفضيلى.

وعلى هذا فالمسقط للخيار امران معا، هما التفرق و الرضا.

(او يقال) عطف على «دل». ان التفرق الكاشف عن الرضا مسقط للخيار، فالمسقط امر واحد لا امران معا.

ف (ان قوله) عليه السلام (بعد الرضا، اشارة الى اناطة السقوط) للخيار (بالرضا بالعقد المستكشف عنه) اى عن ذلك الرضا (عن افتراقهما) فافتراقهما الكاشف عن الرضا سبب سقوط الخيار (فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن

رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ.

وعلى كل تقدير فيدل على ان المتفرقين و لو اضطرارا، اذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد، فسقط خيارهما.

فهذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به في عبارة المبسوط المتقدمة.

رضاهما بالعقد).

وقوله: نوعا، لانه لا يشترط العلم بالرضا في كل مورد مورد.

(و) ذلك لان التفرق يكشف عن (اعراضهما عن الفسخ) اذ لو لم يرضيا بالعقد، و لم يعرضا من الفسخ، لفسخا.

(و على كل تقدير) اى تقدير «دل» و تقدير «او يقال» (فيدل) الصحيح (على ان المتفرقين)- بصيغة التثنية- (ولو) كان تفرقهما (اضطرارا، اذا كانا متمكنين من الفسخ) بخلاف ما لو كمّم افواههما (و لم يفسخا) العقد قبل التفرق (كشف ذلك) كشفا (نوعا عن رضاهما بالعقد)

(ف) حيث رضيا (سقط خيارهما) لحصول التفرق و الرضا.

(فهذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به في عبارة المبسوط المتقدمة) هذا كله بالنسبة الى الانسان الذي افترق عن اكراه او اضطرار، و منع من التخايير اما الانسان الثانى الباقي فى المجلس هل له خيار أم لا؟ فالكلام فيه فى المسألة التالية.

ص: 195

مسئلة لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاذر و بقى الآخر فى المجلس،

فان منع من المصاحبة و التخاذر، لم يسقط خيار احدهما، لانهما مكرهان على الافتراق و ترك التخاذر، فدخل فى المسئلة السابقة و ان لم يمنع من المصاحبة ففيه اقوال.

و توضيح ذلك ان افتراقهما المستند الى اختيارهما- كما عرفت- يحصل بحركة احدهما اختيارا و عدم مصاحبة الآخر كذلك،

(مسئلة: لو اكره احدهما على التفرق و منع عن التخاذر) او اختيار الامضاء، اما اذا اختار الفسخ فلا يبقى للكلام فى هذه المسئلة كما هو واضح (و بقى الآخر فى المجلس، فان منع من المصاحبة) او لم يقدر على المصاحبة لشلل و نحوه (و التخاذر، لم يسقط خيار احدهما، لانهما) كليهما (مكرهان على الافتراق و ترك التخاذر، فدخل فى المسئلة السابقة) لان الادلة التى اقيمت فى المسئلة السابقة على عدم سقوط خيار المفترق تشمل المقام أيضا.

(و ان لم يمنع) الباقي (من المصاحبة ففيه اقوال) أربعة- كما سيأتى-.

(و توضيح ذلك) يحتاج الى بيان موضوع المسئلة أولا فنقول: (ان افتراقهما المستند الى اختيارهما- كما عرفت) فى المسئلة السابقة- (يحصل بحركة احدهما اختيار او عدم مصاحبة الآخر) للمتحرك (كذلك)

وان الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الاكراه على ترك التخاير.

فحينئذ نقول: تحقق الاكراه المسقط في احدهما دون الآخر يحصل تارة باكراه احدهما على التفرق و ترك التخاير، وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة، او التخاير.

و اخرى بالعكس بابقاء احدهما في المجلس كرها مع المنع عن التخاير، وذهاب الآخر اختياراً.

اي اختياراً (وان الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه) اي حكم التفرق و هو سقوط الخيار، فالاكراه لا يبقى الخيار (ما لم ينضم معه) اي مع الاكراه على التفرق (الاكراه على ترك التخاير) فاذا حصل الاكراهان بقي الخيار

و اذا تحقق موضوع الكلام.

(فحينئذ نقول: تحقق الاكراه المسقط) لحكم الافتراق، اي الموجب لبقاء الخيار (في احدهما دون الآخر) بان يسقط خيار الآخر.

و الحاصل سقوط خيار المكروه، وبقاء خيار المختار (يحصل تارة باكراه احدهما على التفرق و ترك التخاير، وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة، او) مختاراً في (التخاير) اذ، اللانم الاضطرار في كلا الامرين، لاجل بقاء الخيار.

(و) يحصل تارة (اخرى بالعكس بابقاء احدهما في المجلس كرها مع المنع) اي منع الباقي (عن التخاير) كما اذا ابقاه بالقوة و كتم فمه (و) ذهاب الآخر اختياراً).

و محل الكلام هو الاول.

و سيتضح به حكم الثانى.

و الاقوال فيه أربعة، سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد قدس الله اسرارهم.

و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط، و المحقق و الشهيد

و حيث ان لبقاء خيار احدهما شرطين التفرق كرها، و المنع عن التخاير.

فصور المسألة سبعة عشر، لان البائع له اربع صور.

فانه اما مكره فى الامرين، او فى احدهما، او مختار فيهما، و تضرب هذه الاربعة فى الصور الاربع للمشتري، ثلاث صور منها فيها الخيار اما للبائع او للمشتري او لهما.

و البقية لا خيار فيها لاحدهما.

(و محل الكلام) الآن (هو الاول) الذي ذكره بقوله تارة .. الخ.

(و سيتضح به حكم الثانى) لوحدة المناط فيهما.

(و الاقوال فيه أربعة).

الاول: (سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد) فخر المحققين (و السيد العميد و شيخنا الشهيد) الاول (قدس الله اسرارهم) التقديس التنزيه، و روح الانسان سره، لانه مخفى، اى نزهت ارواحهم عن العذاب و الالم، و هو دعاء بلفظ الماضى

(و) الثانى: (ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط، و المحقق و الشهيد

الثانين، و محتمل الارشاد.

و سقوطه فى حق المختار خاصة.

و فصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما، و بين مفارقتة فالسقوط عنهما.

و مبنى الاقوال على ان افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما؟ او يكفى فيه حصوله عن اختيار احدهما.

و على الاول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره؟ او يتوقف

الثانين، و محتمل الارشاد) للعلامة.

(و) الثالث: ثبوته فى حق المكروه، و (سقوطه فى حق المختار خاصة).

(و) الرابع: ما ذكره العلامة، فانه (فصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما، و بين مفارقتة فالسقوط عنهما).

(و) لا يخفى ان (مبنى الاقوال) الاربعة، مبنى: مصدر، اى بنائها (على ان افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما) فى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا، المتبادر منه الاختيارى فى مقابل الاكراهى، و حديث الرفع و صحيحة الفضيل (هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما؟) فاذا لم يكن عن اختيارهما لم يكن غاية لخيارهما (او يكفى فيه) اى فى افتراقهما (حصوله عن اختيار احدهما) فيسقط خيارهما بذلك.

(و على الاول) و هو ان يكون حصوله عن اختيارهما ف (هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره؟) فقط، دون خيار غير المختار (او يتوقف

ص: 199

سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما.

فعلى الاول: يسقط خيار المختار خاصة، كما عن الخلاف، و جواهر القاضى.

وعلى الثانى: يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانىين.

وعلى الثانى: فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار احدهما؟ او يكفى كونه تركا اختياريا، كالبقاء فى مجلس العقد مختارا.

سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما) فاذا لم يكونا مختارين معا لم يسقط خيار اى منهما.

(فعلى الاول) و هو ما يتوقف حصوله عن اختيارهما (يسقط خيار المختار خاصة) دون المكروه (كما عن الخلاف، و جواهر القاضى).

(وعلى الثانى) و هو ما يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما (يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانىين).

(وعلى الثانى) و هو ما يكفى فيه حصوله عن اختيار احدهما (فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه) اى الافتراق (فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار احدهما؟) و ذلك لان الافتراق فعل (او يكفى كونه تركا اختياريا، كالبقاء فى مجلس العقد مختارا) لانه اذا بقى فى مجلس العقد صدق عرفا انه تفرق عن اختياره، اذ لو لم يرد التفرق صاحبه حينما خرج.

فعلى الاول: يتوجه التفصيل المصرح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه.

وعلى الثانى: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد، و السيد العميد، و شيخنا الشهيد.

(فعلى الاول) و هو الذى يعتبر فى المسقط كونه فعلا وجوديا ف (يتوجه التفصيل المصرح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد) فيثبت الخيار لهما (و ذهابه) فيسقط الخيار عنهما.

(وعلى الثانى) و هو ما يكفى كونه تركا اختياريا ف (يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد، و السيد العميد، و شيخنا الشهيد) قدس الله اسرارهم.

قال السيد الطباطبائى ره العمدة توجيه كل واحد من هذه المبانى و المصنف ره قد اهمل ذلك.

فالاولى ان يقال: اذا بنينا على ان افتراق المسقط هو ما كان عن الاختيار فى مقابل الاكراه فلا بد ان يتأمل فى ان الاستفادة من الخبر ان تفرق كل واحد مسقط لخياره بان يكون من باب مقابلة الجمع بالجمع حتى يكون تفرق المختار مسقطا لخياره دون المكروه.

او ان مجموع التفرقين غاية لكل من الخيارين حتى يكون اللازم بعد التخصيص بالاختيارى عدم سقوط واحد منهما.

او ان حصول الافتراق و لو من واحد منهما غاية لكل من الخيارين حتى يكون اللازم سقوط الخيارين لفرض حصول الافتراق الاختيارى اذا

واعلم ان ظاهر الايضاح ان قول التحرير ليس قولاً- مغايراً للثبوت لهما، وان محلّ الخلاف ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، والا سقط خيارهما اتفاقاً.

حيث قال في شرح قول والده لو حمل احدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على اشكال.

كان احدهما مختاراً وهذا مطلقاً ان قلنا ان الساكن أيضاً مفترق او في خصوص ما اذا فارق الآخر المجلس اختياراً اذا لم نقل هذا.

وقد عرفت ان الاظهر هو الاول، وان الثاني خلاف الظاهر، واما الثالث فهو في غاية البعد، الى آخر كلامه.

(واعلم) انا ذكرنا سابقاً ان العلامة في التحرير يفصل في المسألة الا (ان ظاهر الايضاح) لفخر المحققين (ان قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت) اي ثبوت الخيار (لهما) اي للبائع والمشتري (وان محلّ الخلاف) بين الفقهاء (ما اذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً) ولم يفصل العلامة في التحرير في هذا المقام ليكون كلامه مخالفاً لكلامهم وتفصيلاً في المسألة، بل اختار التحرير ثبوت الخيار لهما (والا) بان فارق الآخر المجلس اختياراً (سقط خيارهما اتفاقاً) بين الاصحاب.

(حيث قال) الايضاح (في شرح قول والده) العلامة، وسيأتي مقول قول الايضاح وان هذا مبني (لو حمل احدهما) و اخرج عن المجلس (و منع عن التخاير) بالاكراه او الالغاء (لم يسقط خياره على اشكال) في عدم سقوط خياره.

و اما الثابت فان منع من المصاحبة و التخاير، لم يسقط خياره و الا فالاقرب سقوطه.

فيسقط خيار الاول، انتهى.

قال ان هذا مبنى على بقاء الاكوان و عدمه.

اما وجه عدم السقوط فلرفع الاكراه.

و اما وجه الاشكال فلاحتمال ان التفرق كيف كان يسقط الخيار، لانه حكم وضعى.

(و اما) الشخص الآخر (الثابت) فى المجلس الذى لم يخرج (فان منع من المصاحبة) بان منعه من الخروج مع صاحبه من المجلس (و) منع من (التخاير) بان لم يتركه، كى يختار ما يشاء (لم يسقط خياره) للاصل (و الا) بان لم يمنع من المصاحبة بل لم يصحب هو باختياره أو لم يمنع من التخاير (فالاقرب سقوطه) اى الخيار لانه كان قادرا على الاخذ بالخيار، و لم يأخذ به.

(ف) اذا سقط خيار الباقي (يسقط خيار الاول) الذى حمل الى خارج المجلس، و ذلك لحصول التفرق باختيار احدهما.

و كلما حصل التفرق باختيار احدهما سقط خيارهما (انتهى) كلام العلامة.

(قال) ولده: (ان هذا) اى قوله فالاقرب سقوطه (مبنى على بقاء الاكوان) الاربعة.

و هى الاجتماع، و الافتراق، و الحركة، و السكون (و عدمه) فاذا كان

وافتقار الباقي الى المؤثر وعدمه، وان الافتراق ثبوتى او عدمى، فعلى عدم البقاء او افتقار الباقي الى المؤثر يسقط، لانه فعل المفارقة.

وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتية الافتراق

الانسان فى كون من هذه الاكوان الاربعة، فهل الكون يبقى، أولا؟ بل الجلوس لساعة- مثلا- الف جلوس، وان كل آن جلوس.

(و) اذا قلنا بانه جلوس واحد- ببقاء الاكوان- فهل يقال ب (افتقار الباقي) اى الآن الثانى، و الثالث و هكذا (الى المؤثر وعدمه) بل المؤثر الاول يؤثر فى الجلوس الى ان يقوم- مثلا- (و) هل (ان الافتراق ثبوتى) لانه نوع من الكون و كل كون فهو ثبوتى (او عدمى) لان الافتراق مقابل الاجتماع.

و حيث ان الاجتماع ثبوتى لا بد و ان يكون الافتراق عدميا، لان الافتراق عدم الاجتماع.

(فعلى عدم البقاء) اى عدم بقاء الاكوان (او) بقاءها لكن (افتقار الباقي الى المؤثر يسقط) خيار الباقي فى مجلسه (لانه) اى الباقي (فعل المفارقة) لان الكون الثانى فعله على القول بعدم بقاء الاكوان، و لانه هو المؤثر فى بقاء الكون فى الآن الثانى على القول ببقاء الاكوان، لكن الباقي يحتاج الى المؤثر.

(و على القول ببقائها) اى الاكوان (و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتية الافتراق) فالكون للباقي هو الكون الاول، و لم يحصل منه امر

لم يسقط خياره، لانه لم يفعل شيئاً.

وان قلنا: بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل، فكذلك.

وان قلنا: انه يعلل، سقط أيضا.

و الاقرب عندى السقوط لانه مختار فى المفارقة، انتهى.

و هذا الكلام و ان نوقش فيه بمنع بناء الاحكام على هذه التدقيقات

ثبوتى لان الافتراق ليس ثبوتيا (لم يسقط خياره) اى خيار الباقي (لانه لم يفعل شيئاً) لا تجديد كون، و لا تأثير فى الكون الباقي و لا اتي بامر ثبوتى.

(و ان قلنا: بعدمية الافتراق) لانه عدم الاجتماع (و) واضح ان (العدم ليس بمعلل) اى لا يحتاج الى العلة و قولهم - مثلا- انى لم اسافر، لانه لم يكن لى مال، بيان علة الوجود، لانه علة حقيقية (فكذلك) اى لم يسقط خياره، لانه لم يفعل شيئاً.

(و ان قلنا: انه) اى العدم (يعلل) لان الاعدام الخاصة لها حظ من الوجود (سقط) الخيار من الثانى (أيضا) كما فى السابق، حيث قلنا: يسقط لانه فعل المفارقة.

(و الاقرب عندى السقوط) لخيار الثانى (لانه مختار فى المفارقة) فيشمله دليل «حتى يفترقا» (انتهى) كلام الايضاح.

(و هذا الكلام و ان نوقش فيه بمنع بناء الاحكام) الشرعية (على هذه التدقيقات) الفلسفية، اذ الشرع كما دل عليه النص و الاجماع انما يتكلم على طبق المفاهيم العرفية، قال تعالى: **إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ**، وقال

صلى الله عليه وآله انا معاشر الأنبياء امرنا ان نكلم الناس على قدر عقولهم.

و من المعلوم ان لسان القوم و قدر عقول العامة: الظواهر العرفية هذا بالإضافة الى مثل قوله تعالى: وَ لَقَدْ يَسَّرْنَا الْقُرْآنَ لِلذِّكْرِ فَهَلْ مِنْ مُدَكِّرٍ*، و مثل قوله تعالى: أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ* و قوله تعالى: أَعْجَمِي وَعَرَبِي، الى غير ذلك.

اما الدقائق و اللطائف الموجودة فى كلماته سبحانه، و كلامهم فهى من البواطن، و التأويل غير مرتبط بمقام الاحكام، كما ان قولهم عليهم السلام: ان امرهم صعب مستصعب لا يحتمله الا ملك الخ، أو لا يحتمله ملك مقرب الخ، بدون لفظ الا، و كذلك ما ورد فيه «حديثنا» عوض «امرنا» اذ المراد بهما واحد يراد به شأنهم عليهم السلام فهم عليهم السلام ارفع مستوى من كل المخلوقات، و لذا لا يحتمل شأنهم اى مخلوق، فان الاصغر لا يحتوى على الاكبر، كما لا يفهم الانسان المحدود الخالق غير المحدود، لاستحالة ذلك.

و اما قوله صلى الله عليه وآله: ما عرف الله الا انا و انت، فالمراد المعرفة الممكنة، و حتى فاطمة عليها السلام و الائمة الاحد عشر (ع) لم يكونوا بمستوى النبي و الوصى (ع) و لذا لا يعرفون الله تعالى، كما هما يعرفانه سبحانه، هذا على نسخة «لا يحتمله ملك مقرب» بدون «الا» و اما على نسخة «الا» فالمراد ان المقدار الممكن تحمله من شأنهم عليهم السلام- الذي هو فى طوق المخلوق- خاص بالملك و النبي و المؤمن، الثلاثة الواقعة بعد «الا» الاستثنائية.

الا انه على كل حال صريح فى ان الباقي لو ذهب اختيارا فلا خلاف فى سقوط خياره.

و ظاهره كظاهر عبارة القواعد ان سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر.

و كيف كان فهذا مبحث طويل خارج عن غرض الشرح المحنا إليه لما فيه من مزيد الفائدة و الله سبحانه العالم.

ان قلت: اذا لم يكن بناء الاحكام على التدقيقات، فلما ذا نرى المصنف و سائر المحققين يدققون.

قلت: تدقيقهم فى نطاق فهم العرف و هل ان العرف يفهم هذا او ذاك، لا خارج نطاق العرف.

مثلا: هل العرف يفهم من «ما لم يفترقا» مطلقا، ان «ما لم يفترقا» عن اختيار، حتى لا يشمل الافتراق الاكراهى (الا انه على كل حال لاحتمال انه ليس من جهة التدقيق فى الحكم، بل فى وجه المناسبة بين استفادة العرف، و بين الامر العقلى فى الاكوان وغيرها.

و كان المصنف قال «على كل حال» لمناقشته فى اشكال بعض على فخر المحققين (صريح فى ان الباقي لو ذهب اختيارا) اى الانسان الذى بقى فى المجلس بعد اكراه الانسان الاول على الخروج من المجلس (فلا خلاف فى سقوط خياره) اى خيار الباقي.

(و ظاهره) اى التحرير (كظاهر عبارة القواعد ان سقوط خياره) اى خيار الباقي (لا ينفك عن سقوط خيار الآخر) الذى ذهب عن المجلس اكراها.

فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر.

لكن العبارة المحكية عن الخلاف، ظاهرة فى هذا القول.

قال لو اكرها، او احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخير، فلم يفعلا، بطل خيارهما او خيار من تمكن من ذلك

وجه عدم الانكك ما عرفت سابقا من ان مفارقة احدهما اختيارا يوجب سقوط خيارهما، و المفروض ان الثانى فارق اختيارا، و اذا سقط خيارهما (فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر) من ان افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما، يتوقف على حصوله عن اختيارهما.

و انما ينفى هذا القول لان العلامة ذهب الى ان الافتراق المجمعول غاية للخيار يتحقق اذا حصل باختيار احدهما فقط.

(لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول) اى غير قول العلامة ره.

فان العلامة يرى التلازم بين سقوط الخيارين و الشيخ يرى عدم التلازم.

(قال) فى الخلاف: (لو اكرها، او) اكره (احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخير) فلم يكن اكره على ترك التخير (فلم يفعلا) الفسخ (بطل خيارهما) فلا- حق لهما فى الفسخ، و ان كان اكره فى الافتراق (او خيار من تمكن من ذلك) اى من الفسخ، فلم يفسخ بان كان احدهما مكرها على ترك المجلس و على ترك التخير، و كان الثانى مكرها على ترك المجلس و لكن لم يكره على ترك التخير.

و نحوه المحكى عن القاضى فانه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله، بطل خيارهما، فتأمل.

بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة او صريحها و فيه تأمل.

و كيف كان فالأظهر فى بادى النظر

(و نحوه) اى نحو كلام الخلاف الكلام (المحكى عن القاضى).

وجه قوله «لكن» ما ذكره بقوله: (فانه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين) خيار من اكره على الامرين ترك المجلس و ترك التخايير، فلا يسقط خياره، و خيار من اكره على امر واحد و هو ترك المجلس فيسقط خياره لانه لم يكن مكرها على ترك التخايير (لاقتصر) اى كل من الخلاف و القاضى (على قوله، بطل خيارهما) و لم يزد قوله او خيار من تمكن، و اذا لم يزد هذا كان كلامهما مطابقا لقول العلامة (فتأمل).

لعله لما سيأتى من احتمال كون مراد الشيخ و القاضى ان الساقط خيار من تمكن من التخايير، مع قطع النظر عن التلازم، اما بملاحظة التلازم فالساقط خيار كليهما.

(بل حكى هذا القول) قول الخلاف و القاضى، و الحاكى هو صاحب مفتاح الكرامة (عن ظاهر التذكرة او صريحها، و) لكن (فيه تأمل) فان قول التذكرة ليس ذلك، كما يظهر لمن راجعه.

(و كيف كان) فى اختيار كل من القاضى و الخلاف و التذكرة لما نسب إليه من القول (فالأظهر فى بادى النظر) فيما اكره احدهما على التفرق، و ترك التخايير و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة

ثبوت الخيارين للاصل، و ما تقدم من تبادل تفرقهما عن رضا منهما، فان التفرق و ان لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين، و لا من احدهما الا ان المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق، فرضا احدهما فى المقام و هو الماكث لا دليل على كفايته فى سقوط خيارهما، و لا فى سقوط خيار خصوص الرضى.

اذ الغاية غاية للخيارين.

او التخاير (ثبوت الخيارين) لمن ذهب عن المجلس و لمن بقى فيه (للاصل) فان الاصل بقاء خيارهما (و) ل (ما تقدم من تبادل تفرقهما عن رضا منهما) فان قوله «حتى يفترقا» ظاهر فى كون تفرقهما عن رضا- بحكم التبادر- (فان التفرق و ان لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين، و لا- من احدهما) و ذلك، لحصول التفرق لغة و لو كان باكراه (الا ان المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق) فالتفرق حصل، لكن التفرق عن رضا لم يحصل، و الحال ان المتبادر التفرق عن رضا (فرضا احدهما فى المقام) مقام ما اذا اكره احدهما على التفرق (و هو الماكث) لفرض انه كان قادرا على التخاير، و على المصاحبة (لا دليل على كفايته فى سقوط خيارهما و لا فى سقوط خيار خصوص الرضى) الذى هو الماكث.

(اذ الغاية) فى قوله عليه السلام «حتى يفترقا» (غاية للخيارين) فان معنى الحديث «ان كلا البيعين بالخيار» و لا يسقط خيار اى منهما «حتى يفترقا» فاذا لم يحصل تفرقهما عن اختيار، لم يسقط خيار اى منهما.

فان تحققت سقطا، و الا ثبتا.

و يدل عليه ما تقدم من صحيحة الفضيل المصرحة باناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا احدهما.

و لكن يمكن التفصي عن الاصل بصدق تفرقهما، و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقن اعتبار رضا احدهما.

(فان تحققت) الغاية (سقطا، و الا) تتحقق- كما في ما نحن فيه اذ المفارق للمجلس افترق عن اكراه- (ثبتا) فلكل من المكروه و الثابت في المجلس خياره.

(و يدل عليه) اى على ما ذكرناه من لزوم كون التفرق عن رضا منهما (ما تقدم من صحيحة الفضيل المصرحة باناطة سقوط الخيار بالرضا منهما) حيث قال عليه السلام: فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (المنفى) سقوط الخيار (بانتفاء رضا احدهما) و هو من اكره على الخروج هذا كله وجه عدم سقوط خيارهما.

(و لكن يمكن التفصي) و التخلص (عن الاصل) اصالة بقاء الخيار (بصدق تفرقهما) لغة و ان لم يكن المفارق للمجلس مختارا (و) ما تقدم من (تبادر تقيده) اى التفرق (بكونه عن رضا كليهما ممنوع) لانه لا اشكال في سقوط خيارهما اذا تفرق احدهما عن مجلس البيع، مع ان التفرق لم يكن عن رضا منهما، و في المقام كذلك (بل المتيقن اعتبار رضا احدهما) فاذا حصل سقط الخياران.

ص: 211

و ظاهر الصحيحة، و ان كان اعتبار ذلك الا انه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الامام عليه السلام، و انه قال: فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر، او شعوره بمشى الامام عليه السلام.

(و ظاهر الصحيحة، و ان كان اعتبار ذلك) اى رضاهما (الا انه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الامام عليه السلام، و) ذلك (انه) عليه السلام (قال: فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا).

وجه المعارضة: ان ظاهر الرواية كفاية رضا الامام فى ايجاب البيع من دون اعتبار رضا الطرف الآخر، فقد (جعل) عليه السلام (مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق) اذ قال «حين افترقنا» (المجعول) ذلك الافتراق (غاية للخيار) لان قوله عليه السلام «ليجب» غاية للخيار (و جعل) الامام عليه السلام (وجوب البيع علة غائية) اى ان الغاية من المشى هو وجوب البيع (له) اى للمشى (من دون اعتبار رضا الآخر، او شعوره بمشى الامام عليه السلام).

اذ لا دليل على ان طرف الامام عليه السلام شعر بمشى الامام، و اذا تعارضت الصحيحة و هذه الرواية، سقطت الصحيحة، لان ظهور الرواية اقوى، و تكون النتيجة عدم اعتبار رضا الطرفين بالترق، بل يكفى رضا احدهما.

و دعوى انصرافه الى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختيارا ممنوعة.

و ظاهر الصحيحة و ان كان اخص، الا ان ظهور الرواية فى عدم مدخلية شي ء آخر زائدا على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات

(و) ان قلت: الظاهر ان طرف الامام عليه السلام شعر بمشى الامام، و حيث لم يفسخ كان رضا منه، فلا- تدل الرواية على خلاف الصحيحة.

قلت: (دعوى انصرافه) اى ما تضمنته الرواية (الى صورة شعور) الطرف (الآخر) بمشى الامام عليه السلام (و تركه المصاحبة اختيارا) فيكون رضا منه أيضا (ممنوعة) اذ من اين فهمنا ان الطرف الآخر شعر بقيام الامام و مشيه.

(و) ان قلت: نسلم ظهور الرواية فى كفاية رضا طرف واحد، الا ان الصحيحة اخص من الرواية فان رضا احدهما عام يشمل رضا الآخر و عدمه.

قلت: (ظاهر الصحيحة و ان كان اخص، الا ان ظهور الرواية فى عدم مدخلية شي ء آخر زائدا على مفارقة احدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه) و هو عدم مدخلية شي ء آخر (فى غير واحد من المقامات) ف «مؤيد» خبر «ان ظهور».

و الحاصل: ان التأيد يوجب تقدم الرواية على الصحيحة و ان كانت

مثل ما اذا مات احدهما و فارق الآخر اختيارا.

فان الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين و قد قطع به فى جامع المقاصد مستدلا بانه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران، مع ان المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فى ما نحن فيه، و كذا لو فارق احدهما فى حال نوم الآخر، او غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك

الصحيحة- لو لا التأييد- مقدمة على الرواية (مثل ما اذا مات احدهما) فى المجلس (و فارق الآخر) المجلس، بعد موت صاحبه (اختيارا) فانه لم يحصل الا رضا احدهما فقط.

(فان الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين) فليس لوارث الميت خيار.

اقول: يشكل ذلك، اذا كان الوارث فى المجلس، فانه حينئذ كالأصيل و الوكيل- كما تقدم الكلام فيه- (و قد قطع به فى جامع المقاصد) «به» اى بسقوط الخيارين (مستدلا بانه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران) و كلامه هذا مناقض (مع) كلامه هنا.

ف (ان المنسوب إليه) اى الى جامع المقاصد (ثبوت الخيار لهما) اى للذى فارق المجلس مكرها، وبقى الآخر فى المجلس مختارا (فى ما نحن فيه) مع وضوح ان «الموت» مثل «الاکراه» فى عدم رضا كل منهما بالبيع (و كذا لو فارق احدهما فى حال نوم الآخر، او) حال (غفلته عن مفارقة صاحبه) بان لم يعلم الغافل ان صاحبه فارق المجلس (مع تأيد ذلك) اى سقوط الخيارين بتفرق احدهما اختيارا

بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين.

وظاهر المبني المتقدم عن الايضاح أيضا عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين و انما الخلاف في ان البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر القواعد أيضا ان سقوط خيار المكروه متفرع على سقوط خيار الماكث من غير اشارة الى وجود خلاف في هذا التفريع.

وهو الذي ينبغي، لان الغاية ان حصلت سقط الخياران، والابقيا،

(بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين) وان كان في الاجماع نظر لان المحكى عن الغنية الاجماع بثبوت الخيار لهما في هذه الصورة.

(و) يؤيده أيضا ان (ظاهر المبني المتقدم عن الايضاح أيضا عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين) بل يكفي رضا احدهما (و انما الخلاف في ان البقاء اختيارا) من الماكث (مفارقة اختيارية) لتجدد الاكوان الى آخر كلامه ره (أم لا) تكون مفارقة اختيارية (بل) يؤيده (ظاهر القواعد أيضا) حيث انه ذهب الى (ان سقوط خيار المكروه) المفارق للمجلس (متفرع على سقوط خيار الماكث) في المجلس - اختيارا فلم يعتبر رضاهما، بل اعتبر رضا احدهما (من غير اشارة) من القواعد (الى وجود خلاف في هذا التفريع) اى فرع ما لو اكره احدهما على المفارقة، و رضا الماكث، حيث يسقط خيارهما - على ما ذكره القواعد -

(و) ما ذكره القواعد (هو الذي ينبغي) حسب القواعد (لان الغاية) اى الافتراق (ان حصلت سقط الخياران، والا) تحصل الغاية (بقيا) فاذا حصل الافتراق برضا احدهما سقط الخياران و لم يحتج الى رضا

ص: 215

وعبارة الخلاف المتقدمة وان كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار الا انها ليست بتلك الظهور لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخاير من حيث تمكنه، مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر لاجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغاية

الآخر (فتأمل) يمكن ان يكون اشارة الى ما سيأتي من قوله: ولعل نظر الشيخ والقاضى.

(وعبارة الخلاف المتقدمة) حيث قال: او خيار من تمكن من ذلك (وان كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار) اذ ظاهر قوله: خيار من تمكن ان خيار غير المتمكن لا يسقط (الا انها) اى العبارة المذكورة (ليست بتلك الظهور) القوى، حيث تنافى كلامنا من التلازم بين الخيارين سقوطا و ثبوتا (لاحتمال) عبارة الخلاف (إرادة سقوط خيار المتمكن من التخاير من حيث تمكنه) من الاخذ بالخيار فاذا لم يأخذ به سقط خياره، لانه فارق المجلس، فصدق فيه «حتى يفترقا» (مع قطع النظر عن حال الآخر) الذي بقى فى المجلس (فلا ينافى) كلام الخلاف (سقوط خيار الآخر) أيضا (لاجل التلازم بين الخيارين) سقوطا و ثبوتا (من حيث اتحادهما في الغاية) حيث قال عليه السلام «حتى يفترقا» الظاهر فى ان حصول الافتراق يوجب سقوط كلا الخيارين.

والحاصل ان كلام الشيخ فى صدد سقوط خيار المتمكن، فلا دلالة فيه على خيار الآخر، لا ثبوتا و لا سقوطا، فيمكن ان يكون نظره سقوط خيار

مع ان شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن، مما لا بد منه، كما لا يخفى على المتأمل.

و حملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط

الآخر أيضا لاجل التلازم بين الخيارين فلا يمكن ان يقال ان الشيخ يرى ثبوت خيار الآخر.

و يؤيد ان الشيخ ليس بصدد خيار الآخر، ان كلامه يشمل ما يسقط فيه خيار الآخر أيضا.

و الى هذا شار بقوله: (مع ان شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها) في تلك الصورة (بالمتمكن) بل يسقط خيارهما (مما لا بد منه) خبر «شمول» (كما لا يخفى على المتأمل) فانه اذا كان احدهما متمكنا من جهة عدم الاكراه، و كان الآخر غير متمكن من جهة الاكراه، و لكن كان غير المتمكن متصرفا في المبيع، اذ التصرف مسقط للخيار فسقوط خيار احدهما للاكراه، و الآخر للتصرف.

و عليه فاذا كانت عبارة الخلاف تشمل ما اذا سقط خيار الآخر لاجل التصرف مثلا، لا بد و ان نقول: ان عبارته في صدد بيان سقوط خيار المكروه، و ليس في صدد ذكر خيار غير المكروه ثبوتا او سقوطا، فلا مانع من ان يريد سقوط خيار المكروه أيضا.

(و حملها) اى عبارة الخلاف (على ما ذكرنا) و بين «ما» بقوله:

(من إرادة) الخلاف سقوط خيار (المتمكن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط) اى ان الخلاف لم يقصد ان خصوص خيار المتمكن ساقط، بل يشمل

اولى من تخصيصها ببعض الصور.

ولعل نظر الشيخ والقاضى الى ان الافتراق المستند الى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما.

فالمستند الى اختيار احدهما مسقط لخياره خاصة و هو

كلامه سقوط خيار المكروه أيضا (اولى من تخصيصها) اى عبارة الخلاف (ببعض الصور) اى صورة عدم تصرف الآخر الذي هو المكروه.

وقوله «و حملها» تتمه قوله «مع» اى ان كلام الخلاف القائل بانه يسقط خيار المتمكن له صورتان.

صورة تصرف المكروه، و صورة عدم تصرف المكروه، فاذا كان مراد الخلاف سقوط خيار المختار فقط، لزم اخراج صورة تصرف المكروه من عبارته و اخراج هذه الصورة من عبارته ليس باولى، من ادخال هذه الصورة فى عبارته.

و القول بان الشيخ ساكت عن خيار المكروه سقوطا و ثبوتا فلا يكون الشيخ مخالفا لسقوط خيار المكروه.

(و لعل نظر الشيخ والقاضى) اذا قلنا بانهما يريان سقوط خيار المختار فقط، دون خيار المكروه (الى ان الافتراق المستند الى اختيارهما جعل) فى النص (غاية لسقوط خيار كل منهما) فافتراق كل مسقط لخياره

(فالمستند الى اختيار احدهما) فيما اذا كان الآخر مكروها (مسقط لخياره خاصة) لان معنى «حتى يفترقا» ان كل مفترق يسقط خياره لا خيار كليهما (و هو) اى نظر الشيخ والقاضى من كون النص من باب

استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص.

ثم انه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة، وهى ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخاير وفارق الآخر اختيارا.

فان مقتضى ما تقدم من الايضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا.

و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الاقوال جريان الخلاف هنا أيضا.

مقابلة الجمع بالجمع (استنباط حسن) فى نفسه (لكن لا يساعد عليه ظاهر النص) اذ قد عرفت ان ظاهره ان افتراقهما مسقط لخيارهما معا
لا ان كل خيار يسقط بافتراق احدهما.

(ثم انه يظهر مما ذكرنا) فى حكم اصل المسألة (حكم عكس المسألة وهى ما اذا اكره احدهما على البقاء ممنوعا من التخاير وفارق
الآخر) المجلس (اختيارا) وانما ظهر الحكم لوحدة الملاك فى المسألتين اذ المعيار كره احدهما على التفرق، مع منعه عن التخاير، وهو
موجود فى كلتا المسألتين.

(فان مقتضى ما تقدم من الايضاح من مبنى الخلاف) حيث قال ان هذا مبنى على بقاء الاكوان وعدمه الى آخر عبارته (عدم الخلاف فى
سقوط الخيارين هنا) لكل من الباقي والمفارق.

(و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الاقوال) حيث قلنا: و مبنى الاقوال على ان افتراقهما، الى آخره (جريان الخلاف هنا أيضا) لوحدة الملاك فى
المسألتين، فكما يكون هناك خلاف، يكون هنا خلاف أيضا.

و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا اقوى، كما لا يخفى.

(و كيف كان) الامر (فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا اقوى، كما لا يخفى) للفرق بين المسألتين لعدم الخلاف فى صدق الافتراق الاختيارى على حركة المتحرك- اختيارا- بخلاف سكون الساكن.

ففى صدق الافتراق عليه عرفا خفاء و ان صدق عليه الافتراق بالدقة العقلية.

ص: 220

مسئلة لو زال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال.

ولعله لان الافتراق الحاصل بينهما فى حال الاكراه كالمعدوم، فكانهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق.

وفيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسًا.

(مسألة: لو زال الاكراه) بعد ان حمل الى خارج المجلس مكرها (فالمحكى عن الشيخ و جماعة امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال) فما دام فى مجلس الزوال له الخيار، فاذا فارق عن ذلك المجلس زال خياره

(ولعله) وجه (ل) فتوى الشيخ (ان الافتراق الحاصل بينهما فى حال الاكراه كالمعدوم) لرفع الاكراه حكما، وان كان موجودا حقيقة- ولذا قال كالمعدوم- (فكانهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق).

اما سقوطه بعد افتراقه عن مجلس الزوال فهو بلا اشكال، اذ لا وجه لبقاء الخيار بعد عدم كونه فى مجلس العقد، وعدم كونه فى مجلس بمنزلة مجلس العقد.

(وفيه ان الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسًا) فانها من الامور الخارجية غير التابعة للامور النفسية، فهى مرتفعة

غاية الامر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الاكراه.

و لم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد.

و الحاصل ان الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بد اما من القول بالفور كما عن التذكرة، و لعله

بالافتراق سواء كان عن إرادة او عن اكراه.

(غاية الامر عدم ارتفاع حكمها) اى الحكم الذي هو سقوط الخيار فحيث انه اكراه، كان خياره باقيا.

فقوله: (و هو الخيار) اى ان عدم الارتفاع هو الخيار (بسبب الاكراه) الراجع لحكم الافتراق.

(و) لا دليل على ان مجلس زوال الاكراه فى حكم مجلس العقد.

اذ (لم يجعل مجلس زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد) لا- نصًا و لا اجماعًا، فمن اين جاء ان حكم مجلس زوال الاكراه حكم مجلس العقد؟

(و الحاصل) فى الاشكال على فتوى الشيخ (ان الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا) ان الباقي (مجلس العقد).

اذا (فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار) بعد زوال الاكراه.

و عليه (فلا بد اما من القول بالفور) و انه اذا زال الاكراه فله الاخذ بالخيار فورًا، و انه اذا لم يأخذ بالخيار فورًا سقط خياره، و ان كان مجلس زوال الاكراه باقيا (كما عن التذكرة، و لعله) اى و لعل وجه الفور

لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين.

و اما من القول بالتراخي الى ان تحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الادلة.

(لانه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين) فى الفسخ و الامضاء.

(و اما من القول بالتراخي) و امتداد الخيار، حتى الى ما بعد مجلس زوال الاكراه (الى ان تحصل المسقطات) كالتصرف و نحوه (لاستصحاب الخيار).

(و الوجهان) اى الفور، و التراخي الى ان تحصل المسقطات (جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الادلة) و انه ممتد او غير ممتد و ان كان الاظهر الثانى، لانه مقتضى الاستصحاب.

ص: 223

على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط، ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف، و العلامة فى التذكرة و نسب الى جميع من تأخر عنه بل ربما يدعى اطلاقهم عليه، و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر، و لعله لدلالة التعليل فى بعض اخبار خيار الحيوان، و هو الوجه أيضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، و الا

(مسألة: و من مسقطات هذا الخيار) اى خيار المجلس (التصرف على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط) فانه ليس كل تصرف مسقط بل التصرف على وجه خاص (ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس) (وفى) بيع (الصرف) و هو بيع الاثمان اى بيع الذهب بالفضة و نحوه (و العلامة فى التذكرة و نسب) القول بذلك أيضا (الى جميع من تأخر عنه) اى عن العلامة (بل ربما يدعى اطلاقهم عليه، و) كذلك (حكى عن الخلاف و الجواهر) للقاضى (و الكافى و السرائر، و لعله) اى لعل وجه كون التصرف مسقطا لخيار المجلس، مع عدم ورود نصّ عليه بالخصوص (لدلالة التعليل فى بعض اخبار خيار الحيوان) فان العلة تشمل خيار المجلس أيضا (و هو) اى عموم التعليل (الوجه أيضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط) فاذا باع شيئا بشرط ان له الرجوع فى البيع الى شهر - مثلا- ثم تصرف فى الثمن سقط خياره على ما ذكروا (و الا) اى لولا

فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة، حيث قال: فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام، فذلك رضا منه، فلا شرط، فان المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل.

عموم التعليل (ف) لا دليل آخر على سقوط خيار الشرط بالتصرف، لانه (لم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري) للحيوان (بتصرفه) فى الحيوان (مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة) فليس هناك دليل على سقوط خيار الحيوان بالتصرف الا من العلة.

ونسبة العلة الى خيار الحيوان و سائر الخيارات واحدة.

فكما يسقط خيار الحيوان بالتصرف، كذلك تسقط سائر الخيارات (حيث قال) عليه السلام (فان احدث المشتري فيما اشترى) اى فى الحيوان الذى اشتراه (حدثا قبل الثلاثة ايام) اى قبل انقضاء الثلاثة اذ: خيار الحيوان ثلاثة ايام فقط (فذلك رضا منه) اى ان التصرف دليل الرضا، او انه رضا فعلى، و ان لم يكن راضيا باسقاط خياره (فلا شرط) اى لا خيار له بعد الرضا (فان المنفى) فى قوله عليه السلام: لا شرط- اى لا خيار- (يشمل شرط المجلس و الحيوان) و غيرهما (فتأمل).

اذ كيف يمكن ان ندعى عموم «لا شرط» للمجلس، مع ان كونه فى باب الحيوان قرينة صارفة الى خصوص الحيوان.

اللهم الا ان يقال: ان العرف يفهم ذلك، و هذا ليس ببعيد، و لذا فهم المشهور الخيار، و مع هذا الفهم لا يبقى مجال للقول بان

و تفصیل التصرف المسقط سيجي ء ان شاء الله.

«حتى يفترقا» نص في امتداد الخيار الى حين الافتراق فلا يمكن رفع اليد عنه بسبب هذا الاشعار المستفاد من التعليل.

(و تفصیل التصرف المسقط سيجي ء ان شاء الله) و ان اىّ تصرف مسقط و اىّ تصرف غير مسقط.

ص: 226

لا خلاف بين الامامية فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري.

و ظاهر النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة، فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز.

و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة.

فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الاناء و شبه ذلك خارج

(الثانى) من الخيارات (خيار الحيوان) و (لا خلاف بين الامامية فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري) الى ثلاثة ايام.

(و ظاهر) اطلاق (النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة) حيوانية لا مثل النبات (فيشمل) الخيار (مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز) بل لا يبعد - على هذا - شموله لمثل الاحياء الجديدة كالمكروب.

(و) لكن (لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة) مثل البقر الذى يشتري لاجل اللبن مثلاً، و انه ثم يراد بعد ذلك ذبحه للاستفادة بلحمه و جلده.

(فمثل السمك المخرج من الماء) لاجل إمامته، لا لاجل احرازه و اقتنائه (و الجراد المحرز فى الاناء) لاجل إمامته لا لاجل اقتنائه حياً (و شبه ذلك خارج) عن كونه ذا خيار

لانه لا يباع من حيث انه حيوان، بل من حيث انه لحم.

ويشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت باصابة السهم او بجرح الكلب المعلم.

وعلى كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض، او في زمان الخيار.

(لانه لا يباع من حيث انه حيوان، بل من حيث انه لحم) فهو كبيع اللحم حيث انه لا خيار فيه لان الادلة جارية في بيع الحيوان.

(ويشكل) اختصاص خيار الحيوان (فيما صار كذلك) اي صار مثل السمك الخارج من الماء (لعارض كالصيد المشرف على الموت باصابة السهم او بجرح الكلب المعلم) فهل فيه خيار الحيوان لانه حي او ليس فيه؟ لانه لا يشتري الا لاجل اللحم، احتمالا.

ولعل وجه الفرق بينه وبين السمك، حيث جزم بانه لا خيار للحيوان في السمك، و اشكل هنا في الصيد ان السمك الخارج من الماء محكوم بالموت قطعاً، فلا يشتري الا لحمه، اما الصيد فلا يقطع بموته ولذا فيمكن ان يشتري لاجل انه حيوان، لا انه لحم، فتأمل.

(وعلى كل حال) في الصيد (فلا يعدّ) في مثل السمك (زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض، او في زمان الخيار) حتى تنطبق عليه قاعدة التلف قبل القبض من مال مالكة، وقاعدة: التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له.

وفى منتهى خياره مع عدم بقاءه الى الثلاثة وجوه.

ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين، كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاهد الاجماع- كما فى

(و) اذا اشترى ما لا يبقى الى ثلاثة ايام بان مات بعد يومين مثلاً (فى منتهى خياره) اى خيار المشتري فى مثل هذا الحيوان (مع عدم بقاءه الى الثلاثة) الايام (وجوه) واحتمالات.

الاول: انه ثلاثة ايام لان متعلق الخيار هو العقد و هو باق و ان مات الحيوان.

الثانى: انه الى حين الموت قبل الثلاثة لان متعلق الخيار العين فاذا مات الحيوان انتفى الخيار لانتفاء موضوعه.

الثالث: انه الى حين ان يأتى مسقط آخر و لو بعد الثلاثة، لان الخيار متعلق بالعقد و هو باق الى ما بعد الثلاثة و اما ذكر الثلاثة فى الاخبار فهو منزل على الغالب من عدم موت الحيوان فى الثلاثة.

لكن لا يخفى ضعف هذا الوجه، و بعده الوجه الثانى، و اقواها الوجه الاول.

(ثم انه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين) كما اذا باع هذا البقر الخاص مثلاً (كما هو المنساق فى النظر من الاطلاقات) فاذا قال: من اشترى حيوانا كان له خيار ثلاثة ايام، انساق منه فى اذهان العرف الى الحيوان الخاص، لا الكلى (مع الاستدلال به) اى بكون الخيار فى المعين (فى بعض معاهد الاجماع- كما فى

التذكرة- بالحكمة غير الجارية في الكلى الثابت في الذمة، او يعم الكلى كما هو المترئى من النص و الفتوى لم اجد مصرحا باحد الامرين.

نعم يظهر من بعض المعاصرين: الاول، و لعله الاقوى.

و كيف كان

فالكلام في من له هذا الخيار، و في مدته [من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل]

اشارة

التذكرة- بالحكمة غير الجارية في الكلى الثابت في الذمة).

فان الحكمة في جعل الخيار ان يكون للمشتري الحق فيما اذا لم يرغب في شخص هذا الحيوان ان يرده، و هذه الحكمة ليست جارية في اشتراء الكلى، حيث انه اذا لم يرغب في فرد بدله بفرد آخر (او يعم) هذا الخيار (الكلى) لعدم معلومية ان الحكمة ذلك الذي ذكر، فان من الحكمة انه اذا زهد المشتري في اصل البيع، كان له رده، و هو يشمل الكلى كما يشمل الشخصى (كما هو المترئى من النص و الفتوى) لاطلاقهما الشامل للكلى كما يشمل الشخصى.

ثم انه لا منافات بين قوله «المنساق» و بين قوله «المترئى» لان المنساق بالدقة و المترئى بالنظر السطحي (لم اجد مصرحا باحد الامرين)

(نعم يظهر من بعض المعاصرين: الاول، و لعله الاقوى) و ان كان الثانى اقرب الى الاعتبار، لما عرفت من اطلاق الحكمة.

و كذلك يوجد مثله في خيار المجلس و غيره، فانه يشمل بيع الكلى أيضا.

(و كيف كان فالكلام) الآن (في من له هذا الخيار، و في مدته

ص: 230

من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل.

من حيث المبدأ و المنتهى، و (في مسقطاته) و هو: (يتم برسم مسائل) نذكرها ان شاء الله تعالى.

ص: 231

حكى عن الشيخين، و الصدوقين، و الاسكافى و ابن حمزة و الشاميين الخمسة، و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين، و عن الغنية و ظاهر الدروس الاجماع عليه لعموم قوله عليه السلام: اذا افترقا و جب البيع خرج المشتري و بقى البائع، بل

(مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري) فاذا باع حيوانا لزيد كان الخيار لزيد فقط، لا للبائع (حكى عن الشيخين) المفيد و الطوسى (و الصدوقين) الوالد و الولد (و الاسكافى و ابن حمزة و الشاميين الخمسة) و هم: الحلبي و القاضى و الشهيدان و الكركى (و الحلبيين) بالباء نسبة الى بلدة حلب فى سوريا و هم (الستة) المعروفون.

و ربما قيل: انه بالياء اى الحلبيين نسبة الى بلدة الحلة فى العراق و هم: ابن ادريس و المحقق و العلامة و ولده و ابن سعيد و السيورى (و معظم المتأخرين، و عن الغنية و ظاهر الدروس الاجماع عليه).

و انما لم يكن للبائع الخيار (لعموم قوله عليه السلام: اذا افترقا و جب البيع) دل على وجوب البيع مطلقا بعد المجلس (خرج المشتري) بدليل: خيار الحيوان (و بقى البائع) لعدم الدليل على خروجه (بل

لعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بالنسبة الى ما ليس فيه خيار المجلس بالاصل او بالاشتراط، و يثبت الباقي بعدم القول بالفصل.

و يدل عليه أيضا ظاهر غير واحد من الاخبار.

منها: صحيحة الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام، قال قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام

لعموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فانه ظاهر في عدم الخيار بعد العقد.

ان قلت: لا اشكال في وجود خيار المجلس للبائع، فاذا انقضى المجلس بقى الخيار له في بيع الحيوان بالاستصحاب.

قلت: لا شك في انه لا خيار للبائع (بالنسبة الى ما ليس فيه خيار المجلس بالاصل) كما تقدم في بعض البيوع انه لا خيار لمجلس فيه، مثل بيع الأب من ولده (او بالاشتراط) بان اشتراط انه لا يكون للبائع خيار المجلس، فاذا لم يكن للبائع خيار المجلس، فلا يستصحب الخيار له بعد المجلس (ويثبت) عدم خيار الحيوان للبائع، في (الباقي) وهو ما كان للبائع خيار المجلس (بعدم القول بالفصل) لانا لا نقول بانه يكون للبائع خيار الحيوان في مكان دون مكان، فاذا لم يكن له خيار الحيوان في مورد فليس له خيار الحيوان في كل الموارد.

(و يدل عليه) اى على عدم الخيار للبائع مطلقا (أيضا ظاهر غير واحد من الاخبار).

(منها: صحيحة الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

قلت له: ما الشرط) اى ما هو الخيار (في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام

للمشتري قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.

و ظهوره فى اختصاص الخيار بالمشتري.

و اطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما اذا كان الثمن حيوانا.

للمشتري).

و انما سمي الخيار شرطا، لانه شرط من الله سبحانه على البائع ان يكون للمشتري خيار الحيوان الى ثلاثة ايام (قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال) عليه السلام: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما).

وقد تقدم معنى قوله عليه السلام «بعد الرضا»

(و ظهوره) اى هذا الخبر (فى اختصاص الخيار بالمشتري) لقوله عليه السلام: ثلاثة ايام للمشتري و لا يقال انه مفهوم اللقب، فلا حجية فيه اذ هو فى مقام التحديد، و مفهوم التحديد حجة.

(و) ظهوره أيضا فى (اطلاق نفى الخيار لهما) اى لا للبائع و لا للمشتري (فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق) مما يظهر منه انه اذا باع دارا مثلا- ببيعير، بان كان المثلث غير حيوان، لكن كان الثمن حيوانا (يشمل ما اذا كان الثمن حيوانا) ففى هذه الرواية موضعان يظهر من كل منهما ان الحيوان اذا كان ثمننا لم يكن لآخذه و هو البائع الخيار فيه.

ص: 234

ويتلوها في الظهور رواية على بن اسباط عن ابي الحسن الرضا عليه السلام، قال الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري فان ذكر القيد مع اطلاق الحكم- قبيح، الا لنكتة جلية ونحوها: صحيحة الحلبي في الفقيه، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: في الحيوان كله شرط

(ويتلوها في الظهور رواية على بن اسباط عن ابي الحسن الرضا عليه السلام، قال) عليه السلام: (الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري).

وحيث انه مورد توهم ان يقال: انه من باب مفهوم اللقب، اجاب بقوله: (فان ذكر القيد) حيث قال «للمشتري» (- مع اطلاق الحكم-) اي اذا كان الحكم بالخيار، يشمل كلا من البائع والمشتري، فيما اذا باع حيوانا، او كان الثمن حيوانا (قبيح، الا لنكتة جلية) وحيث لا نكتة جلية في المقام، لا بد وان تكون النكتة اختصاصا بالخيار بالمشتري.

اما آية «في حجوركم» فالنكتة فيها التنفير عن زواج بنت الزوجة، فان الانسان كيف يرغب ان يتزوج من ربيبت في حجره، ثم انه انما قال «يتلوه» لقوة دلالة الرواية الاولى، حيث ان كلام الامام عليه السلام كان في جواب السؤال، فهو من مفهوم التحديد، كما عرفت بخلاف الرواية الثانية، فهي اشبه شيء بمفهوم اللقب، وهو ليس بحجة، نعم فيه اشعار او ظهور حسب ما ذكرناه، بقولنا: فان ذكر القيد ... الخ (و نحوها: صحيحة الحلبي في الفقيه، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال في الحيوان كله) اي كل اقسامه (شرط

ثلاثة ايام للمشتري.

وصحيحة ابن رثاب، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: الشرط فى الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري.

واظهر من الكل صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الاسناد، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ للمشتري او للبائع اولهما كليهما، قال: الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة ايام، فاذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء و عن سيدنا المرتضى قدس سره

ثلاثة ايام للمشتري) فانها مثل رواية ابن اسباط فى وجه الدلالة.

(وصحيحة ابن رثاب، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: الشرط فى الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري).

وانما ادعى ان هذه الروايات ظاهرة- ولم يقل بكون بعضها نصا- اذ من المحتمل ان يكون وجه كون الخيار للمشتري ان الكلام فى اشراء الحيوان لا فى ما اذا كان الحيوان ثمنا فلا دلالة فى هذه الاخبار فى نفي الخيار اذا كان الحيوان ثمنا.

(واظهر من الكل صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الاسناد، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟

للمشتري او للبائع او لهما كليهما، قال: الخيار لمن اشترى نظرة) اى انتظار (ثلاثة ايام، فاذا مضت ثلاثة ايام فقد وجب الشراء).

ووجه كونها اظهر من السابقة، قوة ظهور نفي الخيار عن غير المشتري بعد سؤال السائل هل ان لغيره الخيار أم لا؟ ووجه انها غير صريحة ما تقدم (و) مع ذلك كله، ف (عن سيدنا المرتضى قدس سره،

ص: 236

و ابن طاوس ثبوته للبائع أيضا، و حكى عن الانتصار دعوى الاجماع عليه لاصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.

و لصحيحة محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا.

و

و ابن طاوس ثبوته) اى الخيار (للبائع أيضا و حكى عن الانتصار دعوى الاجماع عليه).

و ذلك (لاصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس) فانه بعد الافتراق عن المجلس اذا كان الافتراق قبل ثلاثة ايام، يشك فى انه هل لزم البيع أم لا؟ فالاستصحاب يقتضى عدم اللزوم.

(و لصحيحة محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام فى الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا).

و اشكل على الدليل الاول بان الخيار الكائن قبل الافتراق زال قطعاً لانه خيار المجلس و الخيار المراد اثباته لم يعلم به، لان خيار الحيوان لا يعلم ثبوته للبائع، فلا تتم اركان الاستصحاب.

وفيه انه من قبيل الصورة الاولى من القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى، فان المراد استصحاب الكلى، لا- خصوص خيار المجلس، او خيار الحيوان.

(و) اشكل على الدليل الثانى بالتعارض مع الروايات السابقة مما يوجب ترجيح الروايات السابقة على هذه الصحيحة، بسبب الشهرة و

بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا، او بعد الافتراق و هي ارجح بحسب السند من صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الاسناد.

وقد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة، و اضرابهما على غيرهم من الثقات.

مضافا الى ورودها في الكتب الاربعة المرجحة على مثل قرب الاسناد

بالإضافة الى منافاتها مع عمومات اللزوم.

وفيه ان (بها) اي بصحيحة ابن مسلم (تخصص عمومات اللزوم مطلقا) اي ما كان دالا على لزوم العقد مطلقا، مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لان هذه الصحيحة اخص من العمومات المذكورة (او) ما كان دالا على لزوم العقد (بعد الافتراق) مثل: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فاذا افترقا وجب البيع (و هي) اي صحيحة ابن مسلم (ارجح بحسب السند من صحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الاسناد).

(و) وجه الرجحان هو ما (قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة، و اضرابهما) من الفقهاء (على غيرهم من الثقات) لوضوح ان الفقيه اعرف بجوانب الكلام و مزياه، و خصوصياته من غيره، فنقله اضبط و فهمه لكلام الامام عليه السلام اتقن، هذا.

(مضافا الى ورودها) اي صحيحة ابن مسلم (في الكتب الاربعة المرجحة) بصيغة اسم المفعول، فان علمائنا رجحوا هذه الكتب (على مثل قرب الاسناد) الذي فيه صحيحة ابن رثاب إذ المحمدون الثلاثة في الكتب الاربعة بنوا على مزيد من الدقة و الاتقان.

من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها، او عن مراجعتها.

و اما الصحاح الاخر المكافئة سندا لصحيحة ابن مسلم فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لان الغالب في المعاملة- خصوصا معاملة الحيوان- كون إرادة الفسخ في طرف المشتري،

بالإضافة الى انهم من الفقهاء البارعين الذين لا يشق لهم غبار، بخلاف مثل قرب الاسناد (من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر اصحابنا مع بعد غفلتهم عنها، او) غفلتهم (عن مراجعتها) عند التأليف، اذ الاصحاب كانوا يفحصون، و بعد ذلك يفتون في كتبهم هذا.

بالإضافة الى ان صحيحة ابن مسلم صريحة، بخلاف صحيحة ابن رثاب فانها ظاهرة، و النص يقدم على الظاهر.

(و اما الصحاح الاخر المكافئة سند الصحيحة ابن مسلم) لنقل الفقهاء كالحلبي لها و لوجودها في الكتب الاربعة (فالانصاف ان دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة) لابن مسلم، فانها صريحة لو لم نعمل بها لزم طرحها، بخلاف تلك الصحاح.

لا يقال: فما ذا يعمل بتلك الصحاح.

لانه يقال: (فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة) المتعارف (لان الغالب في المعاملة- خصوصا معاملة الحيوان- كون إرادة الفسخ في طرف المشتري).

ولا ريب ان الاظهرية فى الدلالة متقدمة- فى باب الترجيح- على الاكثرية.

واما ما ذكر فى تأويل صحيحة ابن مسلم، من ان خيار الحيوان للمشتري على البائع، فكان بين المجموع، ففى غاية السقوط

وانما كان الغالب ذلك (لاطلاع) اى المشتري (على خفايا الحيوان) مما يوجب نفرتة عنه فيفسخ البيع تخلصا منه و ذلك بخلاف البائع الذي نقد الثمن ويندر ندمه.

(و) ان قلت: صحيحة ابن مسلم واحدة، و الروايات الاخر كثيرة.

قلت: (لا ريب ان الاظهرية فى الدلالة متقدمة- فى باب الترجيح على الاكثرية) بعد تساويهما فى الحجية، لان الاظهر يوجب التصرف فى الظاهر، و لذا يقدمون رواية الحاكم على المحكوم و لو كانت رواية الحاكم واحدة و روايات المحكوم كثيرة.

(و) ان قلت: من الممكن تأويل صحيحة ابن مسلم بما لا ينافى تلك الروايات.

قلت: (اما ما ذكر فى تأويل صحيحة ابن مسلم، من ان خيار الحيوان للمشتري) فقط (على البائع، فكان) الخيار (بين المجموع).

فقوله عليه السلام: المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام، يراد به خيار المشتري على البائع، لا خيار كل واحد منهما على الآخر (ففى غاية السقوط).

و اما الشهرة المحققة، فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقا، بعد العلم بمستند المشهور، وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكره.

و اجماع الغنية لو سلم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له

اذ العبارة نص في ان الخيار لكل واحد، و يؤيده ذيل الصحيحة حيث ان خيار المجلس لكل منهما على الآخر.

(و اما الشهرة المحققة) في جانب الروايات المثبتة للخيار للمشتري فقط (فلا تصير حجة على السيد) اذ كلام السيد قبل تحقق الشهرة، فاذا كنا في زمان السيد- فرضا- لم نتمكن ان نقول للسيد: ان الشهرة على خلاف مستندك، فمستندك ساقط (بل) الشهرة في امثال المقام ليست حجة (مطلقا، بعد العلم بمستند المشهور، وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكره) اذ لما عرف ان المشهور استندوا الى ما لا يصح الاستناد إليه لم يمكن ترجيح مستندهم بمجرد استناد المشهور.

اذ الترجيح بالمشهور ليس امرا تعديا، بل لاجل احتمال وجود مرجح لهم.

فاذا عرفنا انه لا مرجح لهم، لم يصح الاستناد الى مستندهم في قبال مستند اقوى.

(و) ان قلت: ادعى صاحب الغنية: الاجماع على كلام المشهور.

قلت: (اجماع الغنية لو سلم رجوعه الى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته) اى الخيار (له) اى للمشتري، فانه من المحتمل ان الغنية

معارض باجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع.

ولعله لذا قوى فى المسالك قول السيد، مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق على خلافه، و تبعه على ذلك فى المفاتيح، و توقف فى غاية المراد و حواشى القواعد، و تبعه فى المقتصر هذا.

ولكن الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها

يقول: الخيار للمشتري بالاجماع لا- انه يقول: الخيار خاص بالمشتري بالاجماع (معارض باجماع الانتصار الصريح فى ثبوته للبائع) بالإضافة الى المشتري، و على هذا فلا شهرة تفيد، و لا اجماع يستند إليه، على طبق كلام المشهور.

(و لعله لذا) الذي ذكرنا من اقوائية مستند السيد المرتضى (قوى فى المسالك قول السيد، مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق على خلافه) أى على خلاف السيد، اى انه قال: الاقوى ان الخيار للبائع أيضا اذا لم تكن شهرة او اتفاق على خلاف السيد (و تبعه على ذلك فى المفاتيح، و توقف) فى انه هل الخيار للبائع أم لا؟ (فى غاية المراد، و حواشى القواعد، و تبعه) فى التوقف (فى المقتصر) و مجموع ذلك يجعل الفقيه متمكنا من الفتوى بإطلاق كون الخيار لكل من البائع و المشتري (هذا)

(و لكن الانصاف ان اخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة) لابن مسلم فان تعاضد بعضها ببعض يجعل لها ظهورا مساويا لظهور صحيحة ابن مسلم (مع) اضافة (اشتهاها) اى أخبار

بين الرواة حتى محمد بن المسلم الراوى للصحيحة، مع ان المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتيقن خروج المشتري، فلا ريب فى ضعف هذا القول.

نعم هنا قول ثالث، لعلّه أقوى منه و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنًا أو مئمنًا نسب الى جماعة من المتأخرين، منهم الشهيد

المشهور (بين الرواة) فان مختلف الرواة رووها، و الشهرة الروائية توجب قوة المضمون (حتى) ان (محمد بن المسلم الراوى للصحيحة) روى رواية تدل على كلام المشهور (مع) انه اذا فرضنا حصول التكافؤ بين الصحيحة و بين روايات المشهور، و لم نقل بتقدم روايات المشهور لقوتها بالاشتهار فاللازم الأخذ بقول المشهور، ل (ان المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق) مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و نحوه (و المتيقن خروج المشتري) عن لزوم العقد، فيبقى البائع داخلا فى عموم أدلة اللزوم، و يكون الحاصل انه لا خيار له (فلا ريب) عند المصنف (فى ضعف هذا القول) الذي يقول ان الخيار للبائع أيضا.

(نعم هنا قول ثالث، لعلّه أقوى منه) اى من القول الثانى (و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمنًا أو مئمنًا) و اذا كان كلا طرفى المعاملة حيوانا كما لو اشترى دجاجة بعشر حمامات مثلا، ان كان تبادلا، بدون أن يكون أحدهما ثمنًا و الآخر مئمنًا- لا مكان ذلك و صحته لشمول: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، له- يكون الخيار لكلا الطرفين.

ف (نسب) هذا القول (الى جماعة من المتأخرين، منهم الشهيد)

فى المسالك لعموم صحىحة محمد بن مسلم: البىعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام.

و لا- ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب، لان الغالب كون صاحب الحيوان مشترىا.

الثانى ره (فى المسالك).

و ذلك (لعموم صحىحة محمد بن مسلم: البىعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) فان صاحب الحيوان يشمل البائع و المشترى، فكل من كان صاحب الحيوان يكون له الخيار الى ثلاثة ايام حسب هذه الصحىحة.

(و) ان قلت: فى موثقة ابن فضال تقييد صاحب الحيوان بالمشترى مما يدل على ان المراد بصاحب الحيوان فى صحىحة ابن مسلم المشترى أيضا، لوحدة السياق فى الروايتين.

قلت: (لا- ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال) فقد روى على بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثة أيام.

و انما لا- ينافى (لاحتمال ورود التقييد) بالمشترى (مورد الغالب، لان الغالب كون صاحب الحيوان مشترىا) و بذلك يسقط القيد عن الدلالة فلا يكون مقيدا لاطلاق صحىحة ابن مسلم.

ص: 244

ولا ينافي هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم لان الغلبة قد تكون بحيث تنزىل التقييد عليها، ولا توجب تنزىل الاطلاق

(و) ان قلت: اذا كان من الممكن حمل القيد فى خبر ابن فضال على الغالب، كان لقائل أن يقول من الممكن حمل صاحب الحيوان فى صحيحة ابن مسلم على الغالب، من كون المشتري هو صاحب الحيوان فلا يكون اطلاق فى الصحيحة.

قلت: (لا ينافي هذه الدعوى) اى دعوى حمل القيد على الغالب فى موثقة ابن فضال (التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم) بأن يقال:

كما ان القيد فى خبر ابن فضال منزل منزلة الغالب، كذلك يحمل صاحب الحيوان فى صحيحة ابن مسلم على الغالب من كون صاحب الحيوان المشتري، فلا دلالة فى الصحيحة على الخيار للبائع اذا كان الثمن حيوانا (لان الغلبة قد تكون بحيث تنزىل التقييد عليها) لأنس الذهن بالغالب مما يوجب ذكر القيد و ان لم يقصد به خصوص المقيد، بل الحكم أعم من المقيد (ولا توجب تنزىل الاطلاق) بحمل المطلق على المقيد، اذ ليس القيد بحيث يوجب انصراف اللفظ المطلق الى المقيد.

و الحاصل انا تابعون للظهور، فربما يقول المولى، المقيد، لكن الكلام ظاهر فى المطلق، و انما ذكر القيد لنكتة مثل «رَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ» وربما يقول المولى المطلق لكن ليس الكلام ظاهرا فى المقيد، فان القيد و ان كان غالبا، لكنه ليس بحيث يوجب انصراف المطلق الى

و لا ينافيها أيضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان، و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لا مكان تقييدها- و ان بعد- بما اذا كان العوضان

المقيد، فليس كلما حمل المقيد على الغالب و نتيجته الاطلاق، يحمل المطلق على الغالب حتى تكون نتيجته التقييد (و لا ينافيها أيضا) اى لا- ينافى الدعوى المذكورة من حمل القيد فى موثقة ابن فضال على الغالب (ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري) من الروايات المتقدمة، حيث ذكر لفظ المشتري، فأتا نحمل القيد فى الموثقة على الغالب، و نقول باطلاق الموثقة، و لا نحمل اطلاقها على القيد الذي ورد فى بعض الروايات من لفظ المشتري.

و انما لا ينافى (لورودها)- الضمير عائد الى «ما» باعتبار المعنى اى الرواية التى قيدت الخيار بالمشتري- (مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان) اما اذا كان الثمن حيوانا فللبائع الخيار أيضا (و لا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين) «و لا» عطف على «ما دل» اى لا ينافى الدعوى المذكورة صحيحة محمد بن مسلم.

وجه المنافات ان الدعوى تقول: المشتري، فى رواية ابن فضال منزل منزلة الغالب، و ان كل من انتقل إليه الحيوان يكون له الخيار، و صحيحة ابن مسلم تقول: ان الخيار لكل من البائع و المشتري.

و وجه عدم المنافات (لا مكان تقييدها) اى صحيحة ابن مسلم (- و ان بعد-) هذا التقييد (بما اذا كان العوضان

لكن الاشكال فى اطلاق الصحيحة الاولى فى جهة قوة انصرافه الى المشتري فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا، او بعد المجلس

حيوانين).

فكل من الموثقة و الصحيحة تقول: ان من انتقل إليه الحيوان - بائعا كان او مشتريا - له الخيار.

فتحصل ان مستند الشهيد و هو الصحيحة او رد عليها الاشكال بما ذكره المصنف بقوله «و لا ينافيه».

ثم اورد على «لا ينافيه» ثلاث اشكالات.

و هى «لا ينافى هذه الدعوى» و «و لا ينافيها» و «و لا صحيحة محمد» هذا كله وجه كلام الشهيد من التمسك باطلاق صحيحة ابن مسلم لفتواه.

(لكن الاشكال فى اطلاق الصحيحة الاولى) اى صحيحة ابن مسلم (من جهة قوة انصرافه) اى الاطلاق (الى المشتري) فلا خيار للبائع و ان كان الثمن حيوانا (فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا) حتى يقال بمقالة الشهيد بان للبائع الخيار اذا كان الثمن حيوانا (او بعد المجلس) عطف على «مطلقا» فان ادلة لزوم البيع قسمان.

الاول: ما يدل على اللزوم مطلقا مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

الثانى: ما يدل على اللزوم بعد المجلس مثل «فاذا افترقا وجب

البيع» (فلا محيص) اذا بعد بطلان القول الثانى القائل بان الخيار فى بيع الحيوان لكل من البائع و المشتري.
و القول الثالث القائل بان كل من انتقل إليه الحيوان له الخيار (عن المشهور) و هو ان الخيار للمشتري فقط.

و فى الغنية كما عن الحلبي ان مدة خيار الامة مدة استبرائها بل عن الاول دعوى الاجماع.

(مسألة: لا فرق بين الامة و غيرها فى مدة الخيار) التى هى ثلاثة ايام، و الامة حيوان ناطق، فليس ادراجها فى حكم الحيوان باعتبار المعنى العرفى للحيوان، بل باعتبار المعنى اللغوى و المنطقى قال تعالى: **وَإِنَّ الدَّارَ الْآخِرَةَ لَهِيَ الْحَيَوَانُ**، و فى حديث عن الامام امير المؤمنين عليه السلام ما مضمونه ان فى الانسان الروح النباتية، و الروح الحيوانية، و الروح الانسانية و فى الطب جعلوا المخ و القلب و الكبد منطلقا لهذه الارواح الثلاثة، كل واحد لروح.

اما مسألة بيع الرقيق و الاحكام الخاصة لهم فقد ذكرنا وجهه فى كتاب تسهيل الاحكام و كتاب الفقه فى باب الجهاد.

ثم انه انما كان مدة خيار الامة ثلاثة ايام (و) لكن (فى الغنية كما) نقل (عن الحلبي) أيضا (ان مدة خيار الامة) ليست ثلاثة ايام، بل (مدة استبرائها) حيضة فان كانت فى سن من تحيض و لا تحيض فخمسة و اربعون يوما، و اذا ملكها حائضا كانت بقية ايام حيضها مدة استبرائها و لا استبراء اذا كانت يائسة، او صغيرة، او غير مدخول بها، او كانت الى مرأة، او لطفل، او لمن لم يدخل بها، او نحو ذلك مما قرر فى كتاب النكاح (بل عن الاول) و هو ابن زهرة فى الغنية (دعوى الاجماع) على

وربما ينسب هذا الى المقنعة، و النهاية، و المراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء، و لم اقف لهم على دليل.

ما ذكره.

و لا يخفى انه اذا لم يكن لها استبراء- كما ذكرناه- فالمدة فيها ثلاثة ايام أيضا، و لم يعلم انهم ما ذا يقولون اذا كانت مدة استبرائها اقل من ثلاثة ايام كما اذا اشتراها و بعد ساعة انقطع حيضها، فهل يقولون بانتهاء مدة الخيار بانتهاء مدة الحيض؟ او يقولون بابعاد الاجلين؟ اى الثلاثة فى مفروض المسألة.

(وربما ينسب هذا) القول فى مدة خيار الامة (الى المقنعة، و النهاية، و المراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء) لقاعدة: التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فاذا كان البائع ضامنا دل ذلك على ان الخيار يكون للمشتري فى هذه المدة (و لم اقف لهم على دليل) و الله سبحانه العالم.

ص: 250

فلو لم يتفرقا ثلاثة ايام انقضى خيار الحيوان، وبقى خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام: ان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام، وفى غيره حتى يتفرقا خلافا للمحكى عن ابن زهرة، فجعله من حين التفرق، وكذا الشيخ والحلى فى خيار الشرط المتحد

(مسألة: مبدأ هذا الخيار) اى خيار الحيوان (من حين العقد، فلو لم يتفرقا ثلاثة ايام) وبقيا فى المجلس (انقضى خيار الحيوان، وبقى خيار المجلس).

وانما قلنا بالامرین اى ان مبدأ الخيار من حين العقد، وانه يبقى بعد ذلك خيار المجلس (لظاهر قوله عليه السلام: ان الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام، وفى غيره حتى يتفرقا) فان المنصرف من ثلاثة ايام، انها تبتدأ من حين العقد، كما ان ظاهر حتى يتفرقا امتداده الى زمان التفرق و لو طال الى بعد ثلاثة ايام، كما انه يفهم من هذا الحديث ان ابتداء خيار المجلس من حين العقد أيضا.

و اطلاق الحديث يدل على وجود كل من خيار المجلس و خيار الحيوان مع الآخر وبدونه (خلافا للمحكى عن ابن زهرة، فجعله) اى خيار الحيوان (من حين التفرق، وكذا) خلافا ل (الشيخ والحلى) ابن ادريس (فى خيار الشرط) فجعله من حين التفرق (المتحد) صفة خيار

مع هذا الخيار فى هذا الحكم من جهة الدليل الذى ذكره، قال فى المبسوط: الاولى ان يقال: انه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق لان الخيار يدخل اذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق، انتهى، ونحوه المحكى عن السرائر.

و هذه الدعوى لم نعرفها.

نعم ربما يستدل عليه باصالة عدم ارتفاعه

الشرط (مع هذا الخيار) اى مع خيار الحيوان (فى هذا الحكم) اى حكم ابتدائه.

وجه الاتحاد (من جهة الدليل الذى ذكره) فان دليلهما يشمل خيار الحيوان، وان ذكره فى خيار الشرط (قال فى المبسوط: الاولى ان يقال: انه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق) فاذا باعه دارا على ان يكون للبائع خيار الفسخ لمدة اسبوع، كان ابتداء الاسبوع من حين انتهاء خيار المجلس بتفرق احدهما عن الآخر.

و ذلك (لان الخيار يدخل) فى العقد (اذا ثبت) و تحقق (العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق) لانه تزلزل بخيار المجلس (انتهى) كلام الشيخ (ونحوه المحكى عن السرائر).

(و هذه الدعوى) اى دعوى ان تحقق الخيار بعد تحقق العقد (لم نعرفها) اى لم نعرف دليلا لها.

(نعم ربما يستدل عليه) اى على بقاء الخيار الى ازيد من الثلاثة- الملازم لعدم ابتدائه من حين العقد- (باصالة عدم ارتفاعه) اى عدم

بانقضاء ثلاثة من حين العقد.

بل اصابة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

وبلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد.

وما دل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع ان التلف في الخيار المشترك من المشتري.

ارتفاع الخيار (بانقضاء ثلاثة من حين العقد) الى ان يعلم بانقضائه و هو حين انقضاء الثلاثة بعد التفرق.

(بل) يمكن الاستدلال له أولا: ب (اصالة عدم حدوثه) اى عدم حدوث الخيار (قبل انقضاء المجلس).

(و) ثانيا: (بلزوم اجتماع السببين) خيار المجلس و خيار الحيوان (على مسبب واحد) و هو الزمان الواحد.

و من المعلوم ان جمع علتين على معلول واحد كل واحدة منهما علة تامة غير معقول، كما حقق في الفلسفة.

و حيث ان خيار المجلس قطعى فلا بد من القول بان خيار الحيوان يبتدأ بعد انتهاء خيار المجلس.

(و) ثالثا ب (ما دل على ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع) بضميمة قاعدة ان «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» مما يظهر منه ان خيار الحيوان يكون في زمان لا خيار للبائع فيه (مع ان التلف في) زمان (الخيار المشترك من المشتري) لانه ملكه، ولا دليل على ان التلف يكون من البائع.

ويردّ الاصل ظاهر الدليل.

مع انه بالتقرير الثانى مثبت.

وادلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس.

ويردّ التداخل بان الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية فلا بأس

(و) لكن كل هذه الادلة لا تقى بمدعى الشيخ وابن ادريس، اذ (يرد) على (الاصل) اى الاستصحاب (ظاهر الدليل) المتقدم اى قوله عليه السلام «ان الشرط فى الحيوان .. الخ».

(مع انه) اى الاصل (بالتقرير الثانى) اى اصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس (مثبت) لان لازم عدم حدوثه، بقائه الى ثلاثة ايام بعد التفرق.

اللهم الا ان يقال: انه من اللوازم الشرعية او ان الوسطة خفية.

(وادلة التلف من البائع) كما ذكر فى الدليل الثالث بقوله «و ما دل على ان التلف .. الخ» (محمول على الغالب من كونه بعد المجلس) فالغالب ان المجلس ينقضى فى لحظات او دقائق، ثم يكون للمشتري خيار الحيوان فقط بدون خيار المجلس.

فاذا تلف الحيوان بعد المجلس يكون من البائع، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، ولا نسلم انه اذا تلف فى زمن خيار المجلس يكون من البائع، وان كان للمشتري خيار الحيوان أيضا.

(ويرد التداخل) وهو الدليل الثانى الذى ذكره بقوله «وبلزوم اجتماع .. الخ» (بان الخيارين ان اختلفا من حيث الماهية، فلا بأس

بالتعدد و ان اتحدا، فكذلك.

اما لان الاسباب معرفات.

و اما لانها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر او سبقه فهي علل تامة

بالتعدد) اذ لكل سبب مسبب، وليس من اجتماع السببين على مسبب واحد فللمشتري خياران احدهما بسبب المجلس و الآخر بسبب الحيوان لا انهما يؤثران خيارا واحدا (و ان اتحدا) الخياران بحسب الماهية (فكذلك) لا بأس بتعدددهما.

(اما لان الاسباب) الشرعية (معرفات) فهما اسمان لشيء واحد مثلا و مشيران إليه، كما اذا نصبت على رأس الفرسخ علامتان، فانهما ليسنا بسببين، و انما علامتان لشيء واحد.

(و اما لانها) اى الاسباب الشرعية (علل و مؤثرات) فاذا اجتمعتا لا تؤثر كل واحدة منفردة، بل حالها حال سهمين اطلقا على قلب انسان فانهما معا يقتلانه، و ان كان كل واحد منهما يقتله لو اطلق وحده الى قلبه، فانه (يتوقف استقلال كل واحد منها) اى من هذه الاسباب (فى التأثير) بانفراده (على عدم مقارنة الآخر او سبقه).

اذ لو قارنه كان جزئى أثر لكل نصف الأثر، اذ لا تعقل الصور الاخرى استقلال هذا، او ذلك، و عدم تأثيرهما اصلا، و تأثير احدهما اقل من النصف، و الآخر النصف او اقل من النصف، او اكثر من النصف و لو سبقه كان الاثر للسابق، لا لللاحق (فهى) اى المؤثرات (علل تامة)

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 11، ص: 256

ص: 255

إلا من هذه الجهة، وهو المراد مما في التذكرة في الجواب عن ان الخيارين مثلاً، فلا يجتمعان، من ان الخيار واحد، و الجهة متعددة.

ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الاجازة ناقلة او زمان الملك عبّر بذلك للغلبة.

في نفسها (الا من هذه الجهة) اي جهة التقارن و السبق، فاللاحق ليس علة اصلاً، و المقارن ليس علة تامة، و انما جزء علة (و هو) اي انهما علتان كل واحدة جزء السبب- حين تقارنهما- (المراد مما في التذكرة في الجواب عن) اشكال (ان الخيارين مثلاً، فلا يجتمعان).

فانه ره اجاب عنه بما حاصله: (من ان الخيار واحد، و الجهة متعددة) اي ان الخيارين كلاهما يؤثران في امر واحد، فلكل من المجلس و الحيوان جزء الأثر، لا كل الأثر.

(ثم ان المراد بزمان العقد) في عنوان المسألة حيث قلنا: مبدأ هذا الخيار من حين العقد (هل) هو (زمان مجرد الصيغة) و ان لم يكن ملك (كعقد الفضولي) فانه لا ملك (على القول بكون الاجازة ناقلة).

اذ حين الاجازة يكون الحيوان للمشتري.

نعم على القول بان الاجازة كاشفة يكون الملك من حين العقد (او) المراد بزمان العقد (زمان الملك، عبّر) عن زمان الملك (بذلك) اي بزمان العقد (للاغلبة) فان الغالب اي حين العقد يحصل الملك، و عليه فاذا

الظاهر هو الثانى كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو اسلم حيوانا فى طعام وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض.

و تمثيله بما ذكر

لم يحصل الملك- حين العقد- لم يكن خيار الحيوان من حين العقد بل من حين الملك.

(الظاهر) من انصراف النص (هو الثانى) اى زمان الملك (كما استظهره بعض المعاصرين).

ثم (قال) ذلك المعاصر (فعلى هذا) الذى ذكرناه من انه من حين الملك (لو اسلم حيوانا فى طعام) اى باع بيع السلم، بان باع البائع حنطة يسلمها بعد شهر فى قبال اعطائه المشتري شاة الآن (و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان) اى الذى انتقل إليه الحيوان (و ان كان بائعا) حيث ان المفروض فى المقام ان البائع انتقل إليه الحيوان فى مقابل ان يعطى للمشتري حنطة بعد شهر فيكون من بيع السلف و هو تقديم الثمن و تأخير المثمن (كان مبدئه) اى مبدأ خيار الحيوان للبائع (بعد القبض) اى بعد ان قبض الشاة فاذا حصل العقد صباحا، و اخذ البائع الشاة ظهرا، كان مبدأ الخيار الظهر، اذ قد تقرر فى بيع السلم ان الملك لا يحصل الا بعد اخذ البائع الثمن.

(و) لا يخفى ان (تمثيله) اى تمثيل هذا المعاصر (بما ذكر) اى بما

ص: 257

مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين.

وقد تقدم التردد فى ذلك.

ثم ان ما ذكره فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف و لوقبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك

اذا كان الثمن حيوانا و المضمن الطعام، و لم يمثّل بما اذا كان الثمن طعاما و المضمن حيوانا (مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين) فلا خيار فى الحيوان الكلى.

و لو مثل بما اذا كان المضمن حيوانا، كان من بيع الكلى، لان المضمن فى السلم كلى.

و حيث فرض هذا المعاصر كون الثمن حيوانا و الثمن ينتقل الى البائع احتاج الى قوله: و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان.

(و) الشيخ يشكل على هذا المعاصر بقوله: (قد تقدم التردد فى ذلك) اى فى لزوم ان يكون الحيوان الكلى لا خيار فيه، فقد احتملنا وجود خيار الحيوان حتى فى الحيوان الكلى.

و عليه يمكن مثال السلم بما اذا باع حيوانا كليا سلما فى قبال اخذ البائع الطعام.

(ثم ان ما ذكره فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف) اى فى بيع النقد بالنقد (و لوقبل القبض يدل على انه لا يعتبر فى الخيار الملك) اذ الملك فى بيع الصرف يتوقف على القبض، فحيث لا قبض لا يكون ملك.

و مع ذلك ذكروا ان خيار المجلس من، حين العقد، و كلامهم هذا

لكن لا بدّ له من أثر.

وقد تقدم الاشكال فى ثبوته فى الصرف قبل القبض، لو لم نقل بوجود التقابض.

يدل على ان خيار الحيوان أيضا من حين العقد، وان لم يحصل ملك (لكن لا بدّ له) اى للخيار قبل الملك (من أثر) اذ لو لا الأثر لا معنى لوجود الخيار.

(وقد تقدم الاشكال فى ثبوته) اى الأثر (فى الصرف قبل القبض) اذ لا ملك حتى يكون أثر (لو لم نقل ب) ان اثره (وجوب التقابض).

لكن قد تقدم رد المصنف الاشكال بان للخيار اثرا، ولو لم نقل بوجود التقابض، وذلك لان أثر الخيار خروج العقد بالفسخ عن قابلية لحوق القبض، فراجع.

ص: 259

مسئلة لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام،

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج.

و لا فى دخول الليالى الثلاث عند التليفق مع الانكسار.

ولو عقد فى الليل فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث.

(مسألة: لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة ايام) فى باب خيار الحيوان (لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم).

و ذلك لان المنصرف من اليوم النهار فقط، الا اذا كان هناك قرينة تدل على دخول الليل، كما اذا قال: كنت أربعة ايام فى البلد الفلانى (بل للاستمرار) فى الخيار (المستفاد) هذا الاستمرار (من الخارج) اى من خارج اللفظ، لان النص و الفتوى يقولان: ان الخيار من حين العقد الى ثلاثة ايام، و ذلك لا يتحقق الا بدخول الليلتين المتوسطتين.

(و) منه يعرف انه (لا) اشكال (فى دخول الليالى الثلاث عند التليفق مع الانكسار).

كما اذا عقد فى ظهر الثلاثاء فانه يمتد الى ظهر الجمعة، ليتحقق ثلاث نهارات، و بذلك يدخل ثلاث ليالى هى ليلة الاربعاء و الخميس و الجمعة.

(ولو عقد فى الليل) اوله او وسطه او آخره (فالظاهر بقاء الخيار الى آخر اليوم الثالث) حتى يتحقق ثلاث نهارات.

و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليلة العقد.

لكن فيه انه يصدق الاقل من ثلاثة ايام.

و الاطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل، خلاف الظاهر.

قيل و المراد بالايام الثلاثة ما كانت مع الليالى

(و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليلة العقد).

فاذا كان وقت العقد فى الليل بمقدار ساعة من آخر الليل، كان الخيار الى ان يبقى من نهار الثالث الى الغروب بمقدار ساعة- مثلا-.

و وجه هذا الاحتمال إرادة مقدار اليوم من الساعات، فاذا بقى من الليل ساعة نقص مقدارها من نهار الثالث.

(لكن فيه انه يصدق) اى حين نقصنا ساعة من نهار الثالث (الاقل من ثلاثة ايام) وقد عرفت لزوم ثلاثة ايام كاملة.

(و) ان قلت: ان المراد بثلاثة ايام، مقدار ثلاثة نهارات، و لو كان بعضها من الليل.

قلت: (الاطلاق) اى اطلاق اليوم (على المقدار المساوى للنهار) فى عدد الساعات (و لو من الليل، خلاف الظاهر) عرفا.

اذ العرف يرى ان اليوم يراد به النهار فقط.

(قيل) اللازم ثلاث ليال أيضا، فالخيار فى ثلاث نهارات و ثلاث ليال، مطلقا، سواء عقد فى النهار او الليل، فاللازم مضى ست و ثلاثين

ساعة (و) ذلك لان (المراد بالايام الثلاثة ما كانت مع الليالى

الثلاث لدخول الليلتين اصالة، فتدخل الثالثة، و الا لاختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد، انتهى فان اراد الليلة السابقة على الايام، فهو حسن الا انه لا يعلى بما ذكر.

وان اراد الليلة الاخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد اذ لا تقول باستعمال اليومين الاولين فى

الثلاث لدخول الليلتين) المتوسطتين (اصالة) كما تقدم وجهه (فتدخل) الليلة (الثالثة) بقرينة لزوم التساوى فى المفردات (و الا لاختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد) وذلك خلاف الظاهر، فانه اذا استعمل الجمع فالظاهر ان مفرداته متساوية المعنى، فاذا قال «عيون» كان الظاهر ان المراد به ثلاث اعين من جنس واحد، لا من اجناس مختلفة، مثل عين باصرة، وعين جارية، وعين جاسوسة (انتهى) كلام «قيل»

اقول (فان اراد) دخول (الليلة السابقة على الايام، فهو حسن) لما تقدم من ان وجه دخول الليلة السابقة اعتبار الاستمرار من حين العقد الى مضى ثلاثة ايام (الا انه لا يعلى بما ذكر) من عدم اختلاف مفردات الجمع، لان العلة التى ذكرناها مقدمة على ما ذكره.

(وان اراد الليلة الاخيرة) بعد انتهاء الايام الثلاثة (ف) فيما ذكره من العلة نظر.

اذ (لا يلزم من خروجها) اى خروج الليلة الاخيرة (اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد) بل مفردات الجمع تكون بمعنى واحد (اذ لا تقول باستعمال اليومين الاولين) اللذين هما فى ضمن الجمع (فى

اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار.

بل نقول ان اليوم مستعمل فى خصوص النهار او مقداره من نهارين لا فى مجموع النهار و الليل، او مقدارهما و لا فى باقى النهار و لو ملفقا من الليل.

و المراد من الثلاثة ايام هى بلياليها اى ليالى مجموعها لا كل واحد منها

اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار) حتى يلزم الاختلاف.

(بل نقول ان اليوم مستعمل فى خصوص النهار) اذا كان العقد من اول النهار، او مع تقدم شىء من الليل (او) مستعمل فى (مقداره) اى مقدار النهار (من نهارين) اذا كان العقد فى اثناء النهار، لان احدهما يلفق بالآخر (لا) ان اليوم استعمال (فى مجموع النهار و الليل) فيما عقد اول الليل او اول النهار (او مقدارهما) فيما عقد فى جزء من الليل، او جزء من النهار (و لا فى باقى النهار و لو ملفقا من الليل).

و الحاصل: ان اليوم نهار كامل تاما كان او ملفقا، لا ليل و نهار كاملا، و لا ليل و نهار ملفقان، و لا بعض ليل و بعض نهار ملفقا.

(و) ان قلت: فكيف ادخلتم الليلتين المتوسطتين.

قلت: لان (المراد) بسبب القرينة الخارجية (من الثلاثة ايام هى بلياليها اى ليالى مجموعها).

لما عرفت من استمرار الخيار، و لازمه دخول الليلتين المتوسطتين (لا) ليلة (كل واحد منها) حتى يراد باليوم، اليوم و ليلته

ص: 263

فالليالى لم ترد من نفس اللفظ، وانما اريدت من جهة الاجماع و ظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار، فكانه قال الخيار يستمر الى ان يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

(فالليالى لم ترد من نفس اللفظ) حتى تختلف المفردات (وانما اريدت من جهة الاجماع) القائل بدخول الليلتين المتوسطتين (و ظهور اللفظ) فى الاستمرار الملازم لدخول الليلتين المتوسطتين (الحاكمين) صفة، للاجماع و ظهور اللفظ (فى المقام) اى مقام الخيار لانه فى بعض المقامات لا ظهور للفظ، كما اذا قال: صم ثلاثة ايام (باستمرار الخيار، فكانه) لما قال: ثلاثة ايام (قال الخيار يستمر الى ان يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار).

ثم انه لا- فرق فى الليلتين المتوسطتين، ان يكون ظلاما او ضياء، كما فى القطب، حين كان كله ليلا، كما انه لا فرق فى ثلاث نهارات بين الامرين، كما فى القطب حين كان كله نهارا، اما تعيين الليل و النهار فى الملفق فبان بحد حسب افق مكة، او اقرب المواضع المعتدلة الى القطب، او يكون حسب الجعل كما ذكرنا المسألة فى كتاب الصلاة من الفقه و الله العالم.

مسئلة يسقط هذا الخيار بامور.

احدها: اشتراط سقوطه فى العقد

و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

و الثانى: اسقاطه بعد العقد،

و قد تقدم الامران.

و الثالث: التصرف

و لا خلاف فى اسقاطه فى الجملة لهذا الخيار.

و يدل عليه قبل الاجماع النصوص.

(مسألة: يسقط هذا الخيار) اى خيار الحيوان (بامور).

(احدها: اشتراط سقوطه فى العقد) و ذلك لان «المؤمنون عند شروطهم» و الخيار حق و ليس بحكم، و لذا فهو قابل للاسقاط (و لو شرط سقوط بعضه) اى بعض الخيار (فقد صرح بعض بالصحة) اى صحة العقد (و لا بأس به).

(و الثانى: اسقاطه بعد العقد) فانه حق قابل للاسقاط كسائر الحقوق مثل حق القسم فى الزوجة، و حق النفقة فيها الى غير ذلك (و قد تقدم الامران) فلا حاجة الى الاطالة فى الاعادة.

(و الثالث: التصرف) من صاحب الخيار، و هو المشتري فى المقام (و لا خلاف فى اسقاطه) اى التصرف (فى الجملة لهذا الخيار).

(و يدل عليه قبل الاجماع النصوص) فان النص كان ثم انعقد

ففى صحیحة ابن رثاب فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام فذلك رضا منه، ولا شرط له قيل له و ما الحدث؟ قال: ان لامس، او قبل، او نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء.

وصحیحة الصفار كتبت الى ابى محمد عليه السلام فى الرجل اشترى دابة من رجل، فاحدث فيها حدثا من اخذ الحافر، او نعلها، او ركب ظهرها فراسخ أله ان يردھا فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد

بعده الاجماع على طبقه.

(ففى صحیحة ابن رثاب) قال عليه السلام: الشرط فى الحيوانات ثلاثة ايام للمشتري (فان احدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة ايام) اى قبل انتهاء الثلاثة، فانه اذا انتهى الثلاثة فلا خيار حتى يبطله الحدث (فذلك) الحدث (رضا منه، ولا شرط له) الاخير، وقد تقدم وجه تسمية الخيار شرطا (قيل له) عليه السلام: (و ما الحدث؟) المسقط للخيار؟ (قال) عليه السلام: (ان لامس) مشتري المرأة، الجارية (او قبل، او نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء) وهذه امثلة لاحداث الحدث كما لا يخفى، و سيأتى من المصنف تفصيل الكلام فى ذلك

(و) فى (صحیحة الصفار كتبت الى ابى محمد) العسكرى (عليه السلام فى الرجل اشترى دابة من رجل، فاحدث فيها حدثا من اخذ الحافر) فان الحافر كظفر الانسان يقص كما يقص الاظفر (او نعلها) «نعل» من باب التفعيل اى جعل لها نعلا (او ركب ظهرها فراسخ أله ان يردھا فى الثلاثة الايام التى له فيها الخيار بعد

الحدث الذي يحدث فيها؟ او الركوب الذي يركبها فراسخ فوق عليه السلام اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ان شاء الله تعالى.

وفى ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد قلت له: رأيت ان قبلها المشتري، او لاس؟ فقال اذا قبل او لاس او نظر منها الى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزم البيع.

الحدث الذي يحدث فيها؟) من اخذ الحافر او التنعيل (او الركوب الذي يركبها فراسخ) فانه ليس بحدث في الدابة ولذا ذكره في مقابل الحدث (فوق عليه السلام) اي اجاب، و الاصل فيه جعل جوابه او امضائه او خاتمه واقعا على الكتاب (اذا احدث فيها حدثا فقد وجب الشراء) والمراد بالحدث هنا الاعم من الركوب، و الا كان جوابه عليه السلام ناقصا (ان شاء الله تعالى) اصله كلمة الشرط، ثم استعمل في مطلق التبرك.

(وفى ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الاسناد) فى مسألة اختصاص هذا الخيار بالمشتري (قلت له: رأيت ان قبلها المشتري، او لاس؟) فهل له خيار؟ او يسقط ذلك خياره (فقال) عليه السلام (اذا قبل او لاس او نظر منها الى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط و لزم البيع).

و الظاهر ان تمكين الرجل لها بان تقبله او تلامسه او تنظر منه الى ما لا يحل يعنى للزوجة والامة، أيضا فى حكم ذلك، لانه المستفاد من النص عرفا خصوصا بعد قوله عليه السلام: نظر منها الى ما يحرم

و استدل عليه في التذكرة بعد الاجماع بان التصرف دليل الرضا وفي موضع آخر منها: انه دليل الرضا بلزوم العقد.

وفي موضع آخر منها- كما في الغنية- ان التصرف اجازة.

اقول: المراد بالحدث ان كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك الا برضاه، كما يشير إليه قوله او نظر الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء.

على غيره.

(و استدل عليه) اي على اسقاط التصرف لخيار الحيوان (في التذكرة بعد) ادعائه (الاجماع) على الحكم (بان التصرف دليل الرضا) و الرضا مسقط للخيار، لانه اسقاط نفسى وله مظهر، كما ان العقد رضا نفسى وله مظهر.

و لا فرق في المظهر بين ان يكون قولاً او عملاً، الا اذا دل دليل خاص على لزوم كون المظهر لفظاً، كما في باب النكاح و الطلاق.

(وفي موضع آخر منها) اي من التذكرة (انه) اي التصرف (دليل الرضا بلزوم العقد).

(وفي موضع آخر منها) أيضا (- كما في الغنية-) أيضا (ان التصرف اجازة) للزوم، و الاجازة مسقطه.

(اقول: المراد بالحدث) المسقط للخيار (ان كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك الا برضاه، كما يشير إليه قوله) عليه السلام (او نظر الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء) فانه مثال بلا اشكال، و هو اقل

ص: 268

فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب من انه لو استخدمه بشي ء خفيف مثل: اسقنى، او: ناولنى الثوب، او: اغلق الباب، سقط الرد.

ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط، معللا بان مثل هذه الامور قد يؤمر به غير المملوك بان المسقط مطلق التصرف.

انواع التصرف، بل لا يعد عرفا تصرفا، وقد جعله الشارع من انواع التصرفات (فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه) وان لم يكن استخداما مثل النظر و اللمس و تحمير وجهها و قصّ شعرها بل مثل ثقب اذنها، و توشيم خدّها (مسقطا) للخيار (كما صرح به) اى بان مطلق التصرف مسقط (في التذكرة في بيان التصرف المسقط للردّ) اذا كان للمشتري حق الردّ (ب) سبب (العيب من انه لو استخدمه بشي ء خفيف) من انواع الخدمة (مثل: اسقنى) الماء (او: ناولنى الثوب، او اغلق الباب، سقط الرد) لانه تصرف فى الخادم و التصرف مسقط.

(ثم استضعف) العلامة (قول بعض الشافعية) القائل (بعدم السقوط معللا) ذلك البعض (بان مثل هذه الامور) الجزئية (قد يؤمر به غير المملوك) فليس امر المملوك تصرفا، كما انه امر غير المملوك ليس تصرفا (بان المسقط مطلق التصرف) هذا ردّ العلامة.

و حاصله: انه ليس ما ذكره الشافعى دليلا، اذ: كل تصرف مسقط و هذا تصرف، و امر الانسان بذلك غير مملوكه لا يوجب اشكالا فى القياس

وقال أيضا لو كان له على الدابة سرج او ركاب فتركهما عليه بطل الردّ لانه استعمال و انتفاع، انتهى.

وقال فى موضع من التذكرة عندنا ان الاستخدام بل كلّ تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد، انتهى.

وهو فى غاية الاشكال

الذي ذكرناه.

(وقال) العلامة (أيضا لو كان له) أي للمشتري (على الدابة سرج او ركاب) ما يوضع فيه الرجل (فتركهما عليه) أي على الحيوان، بعد ان اشترى المشتري الدابة (بطل الردّ) و سقط خياره (لانه) أي ترك سرجه و ركابه عليه (استعمال و انتفاع) بالدابة و كل استعمال يوجب اسقاط الخيار (انتهى) كلام العلامة.

(وقال) أيضا (فى موضع من التذكرة عندنا ان الاستخدام بل كل تصرف) و ان لم يكن استخدما- فان الاستخدام اخص من التصرف- (يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب او بعده يمنع الرد) فيسقط خيار العيب (انتهى) كلامه ره.

(وهو) أي كون مطلق التصرف مسقطا (فى غاية الاشكال) من جهة عدم انصراف التصرف المسقط الى مثل هذه التصرفات.

و من جهة ان لازم ذلك بطلان حكمة الخيار، اذ الخيار جعل تداركا لندم المشتري اذا ظهر له ما يزهده فى الحيوان، و الظهور لا يكون بعد التصرف فى الجملة.

ص: 270

لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث، وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد.

مع ان من المعلوم عدم انفكك المملوك المشتري عن ذلك فى اثناء الثلاثة.

فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو.

و الى هذين الاشكالين وبعض المبعّادات الاخر اشار المصنف بقوله: (لعدم تبادر ما يعم ذلك) الذي ذكره العلامة (من لفظ الحدث) فاذا قيل: الحدث، لا يشمل امثال النظر، و اغلق الباب و اسقنى (وعدم دلالة ذلك) الذي ذكره العلامة (على الرضا بلزوم العقد) فانه اذا كان ذلك حدثا ابطال الخيار لانه تصرف، و اذا كان ذلك علامة الرضا ابطال الخيار، لانه لا خيار بعد الرضا، اما و ليس احدهما موجودا فلما ذا يسقط الخيار.

(مع ان) فى المقام وجها آخر لاجل عدم ابطال الخيار بهذه الامور التى ذكرها العلامة و هو ان (من المعلوم عدم انفكك المملوك المشتري) - بصيغة اسم المفعول - (عن ذلك) اى عن امثال هذه التصرفات (فى اثناء الثلاثة) الايام، لغلبة تصرف المشتري فى المملوك بهذه الانحاء.

(ف) اذا كانت هذه الامور توجب سقوط الخيار (يلزم جعل الخيار فيه) اى فى المملوك - و كذا فى كل حيوان - (كاللغو) لانه جعل لا يفيد الا نادرا، و الشارع الحكيم لا يجعل حكما لغوا، و لا حكما شبيها

مع انهم ذكروا ان الحكمة فى هذا الخيار الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشتري و كيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية، و لمسها، و امرها بغلق الباب، و السقى، و شبه ذلك و ان كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه فى معرض التعليل فى صحيحة

باللغو.

(مع) ان فى المقام وجها رائعا يبعد اسقاط امثال هذه التصرفات للخيار.

ف (انهم ذكروا ان الحكمة فى هذا الخيار) اى خيار الحيوان (الاطلاع على امور خفية فى الحيوان توجب زهادة المشتري) و نقرته عن الحيوان، فالشارع جعل له ان يفسخ ان زهد فيه (و كيف يطلع الانسان على ذلك) الامر الخفى فى الحيوان، الذى يكون الاطلاع عليه موجبا للاجازة او الفسخ (بدون النظر الى الجارية، و لمسها، و امرها بغلق الباب، و السقى، و شبه ذلك) مثل تحمير وجهها، و توشيم خدها، و غير ذلك من الامثلة، و كذلك بالنسبة الى ركوب الدابة المشتراة للركوب، و حلب الشاة المشتراة لاجل اللبن الى غيرها (و ان كان المراد) من التصرف المسقط- الذى مثله العلامة بالتصرفات المذكورة- (مطلق التصرف) لكن لا مطلقا، و لكن (بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد) دلالة عرفية (كما يرشد إليه) اى الى ان التصرف بشرط الرضا مسقط للخيار (وقوعه) اى وقوع التصرف المسقط (فى معرض التعليل فى صحيحة

ص: 272

ابن رثاب.

و يظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التي ذكروها.

و دعوى ان جميعها مما يدل- لو خلى وطبعه- على الالتزام بالعقد فيكون اجازة فعلية

ابن رثاب) قال عليه السلام: فذلك رضا منه، ولا شرط له.

(و يظهر) ذلك- اى ان التصرف الدال على الرضا مسقط- (من استدلال العلامة وغيره) من الفقهاء (على المسألة) اى مسألة اسقاط التصرف للخيار (بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد) «بان» متعلق ب «الاستدلال» (فهو) اى هذا المراد (لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التي ذكروها).

حيث انهم قالوا ان هذه التصرفات اى النظر، و اللمس .. الخ، تسقط و لم يقيدوا الاسقاط باشتراط ان يدل التصرف على الرضا.

(و) ان قلت: انما اطلقوا و لم يقيدوا، لان هذه التصرفات بطبيعتها تدل على الرضا- من باب ان اطلاق المطلق ينصرف الى الفرد الغالب-

قلت: (دعوى ان جميعها) اى جميع هذه التصرفات (مما يدل- لو خلى) التصرف (وطبعه-) بدون ان يقيم التصرف قرينة على عدم رضاه بالبيع- (على الالتزام بالعقد، فيكون) التصرف (اجازة فعلية) كما ان لفظ: اجزت، اجازة قولية، و كلاهما يكشفان عن الرضا، و يوجبان

ص: 273

كما ترى.

ثم ان قوله عليه السلام فى الصحيحة: فذلك رضا منه، يراد منه الرضا بالعقد فى مقابلة كراهة ضده اعنى الفسخ، و الا فالرضا باصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ.

و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين عن أبيه، عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم فى رجل اشترى عبدا

سقوط الخيار (كما ترى) اذ لا نسلم ان اى تصرف يدل على الرضا.

(ثم) لا بد من بيان شىء و هو (ان قوله عليه السلام فى الصحيحة) لابن رئاب (فذلك رضا منه، يراد منه الرضا بالعقد) اى اسقاط الخيار (فى مقابلة كراهة ضده) اى ضد العقد (اعنى الفسخ).

فربما يقول الانسان: ارضى بالعقد، وربما يقول: اكره ضد العقد، و هذان لفظان مقابلان، لكن معناهما واحد (والا) يكن هذا المعنى الذى ذكرناه للرضا بالعقد (ف) ليس هناك معنى ثان صالح للرواية.

اذ: (الرضا باصل الملك مستمر من زمان العقد الى حين الفسخ) و هو لا يحتاج الى تصرف فى المبيع، ليكشف عن الرضا.

(و يشهد لهذا المعنى) و ان الرضا يراد به فى قبال الفسخ، لا الرضا باصل الملك (رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن على بن الحسين) عليه السلام (عن أبيه، عن جعفر) عليه السلام (عن أبيه عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم فى رجل اشترى عبدا

ص: 274

بشرط الى ثلاثة ايام، فمات العبد فى الشرط قال يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برئ من الضمان.

فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد.

بشرط) «بشرط» بالتثوين (الى ثلاثة ايام، فمات العبد فى) زمان (الشرط) اثناء الثلاثة (قال) صلى الله عليه وآله وسلم (يستحلف) المشتري (بالله تعالى ما رضيه، ثم هو) اى المشتري (برئ من الضمان) ويكون التلف من البائع، و يأخذ المشتري ثمنه منه.

(فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد) لا الرضا باصل الملك، فانه اذا كان غير ملتزم بالعقد اى لم يسقط الخيار، كان للمشتري الخيار.

و من المعلوم ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

ثم الظاهر من الرواية ان البائع ادعى ان المشتري اسقط خياره و المشتري انكر ذلك، وقاعدة الدعوى «ان البينة على المدعى و اليمين على من انكر».

و حيث ان البائع لم تكن له بينة على دعواه، كان اللازم ان يحلف المشتري.

ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم «يستحلف» اى يطلب من المشتري ان يحلف- وقد كانت الدعوى من البائع انه اسقط خياره- اما على سبيل القطع، و اما على سبيل التهمة، و فى كلتا الحالتين على المنكر الحلف.

ص: 275

والاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة، او على صورة حصول القطع للبائع بذلك.

اذا عرفت هذا فقله عليه السلام: فذلك رضا منه ولا شرط له يحتمل وجوها.

احدها ان يكون الجملة جوابا للشرط فيكون حكما شرعيا بان التصرف بالتزام بالعقد، وان لم يكن التزاما عرفا.

(و) لذا كان (الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة) اي سماع الحاكم اتهام البائع ظنًا بالمشتري على انه اسقط خياره (او على صورة حصول القطع للبائع بذلك) اي بانه اسقط خياره

وذلك لانه اذا قلنا ان الظن لا يسمع من المدعى وكان البائع يظن انه اسقط خياره لم يكن وجه لاستحلاف المشتري.

(اذا عرفت هذا) الذي ذكرناه من الاشكال في كفاية التصرف القليل في اسقاط الخيار اذا لم يكشف عن الرضا (فقوله عليه السلام:

فذلك رضا منه ولا شرط له، يحتمل وجوها) أربعة.

(احدها ان يكون الجملة) «فذلك رضا» (جوابا للشرط) في قوله عليه السلام «فان احدث...» (فيكون حكما شرعيا بان التصرف بالتزام بالعقد) بان الشارع جعل هذا جعلًا (وان لم يكن التزاما عرفا) فهو توسعة في الرضا فقد ادخل فيه الشارع فردا جديدا هو التصرف من قبيل: الطواف بالبيت صلاة.

الثانى ان يكون توطئة للجواب، و هو قوله و لا شرط له، لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقية، فيكون اشارة الى ان الحكمة فى سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالبا على الرضا.

نظير كون الرضا حكمة فى سقوط خيار المجلس بالترفق فى قوله:

فاذا افترقا فلا خيار

(الثانى ان يكون) جملة «فذلك رضا» (توطئة) و مقدمة (للجواب) و التوطئة بيان لعل الحكمة (و هو) اى الجواب (قوله) عليه السلام (و لا شرط له، لكنه) انما جاء بقوله «فذلك رضا» (توطئة لحكمة الحكم) بسقوط الخيار (و تمهيد لها) اى للحكمة (لا) ان «فذلك رضا» (علة حقيقية) حتى يدور الحكم بسقوط الخيار مدار الرضا، فان العلة هى التى يدور الحكم مدارها، بخلاف الحكمة فانها سبب الحكم، و ان لم تكن فى كل الافراد مثلا: النجاسة علة التطهير، اما: المشقة فهى حكمة عدم وجوب السواك اذ ربما لا تكون مشقة، و مع ذلك لا يجب السواك، قال صلى الله عليه و آله و سلم «لولا ان اشق على امتى لامرتهم بالسواك» (فيكون) قوله عليه السلام «فذلك رضا» (اشارة الى ان الحكمة فى سقوط الخيار بالتصرف) «ب» متعلق ب «السقوط» (دلالته) اى دلالة التصرف (غالبا على الرضا) بسقوط الخيار.

(نظير كون الرضا حكمة فى سقوط خيار المجلس بالترفق) فانه اذا تفرقا عن المجلس سقط الخيار سواء رضيا، أم لا، و مع ذلك فقد ذكر الامام ان حكمة السقوط هو الرضا غالبا (فى قوله) عليه السلام (فاذا افترقا فلا خيار

بعد الرضا منهما، فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا.

وعلى هذين المعنيين فكل تصرف مسقط، وان علم عدم دلالة على الرضا.

الثالث: ان تكون الجملة اخبارا عن الواقع نظرا الى الغالب، و ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه و يكون علة للجواب، فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف - غالبا - دالا على الرضا بلزوم العقد

بعد الرضا منهما، فإنه) حكمة بلا اشكال، اذ (لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا) اذا حصل الافتراق بالاختيار، لا اكرها، كما تقدم الكلام في ذلك.

(وعلى هذين المعنيين) الاول و الثانى (فكل تصرف مسقط) لخيار الحيوان (وان علم عدم دلالة على الرضا) او علم عدم رضا المشتري لان التصرف له موضوعية، وقد حصل.

(الثالث) ان التصرف الذي له دلالة نوعية على الرضا مسقط لا كل تصرف، ب (ان تكون الجملة) اى «فانه رضا» (اخبارا عن الواقع) الخارجى، و انما اخبر الشارع بان التصرف رضا نوعا (نظرا الى الغالب و) ذلك ب (ملاحظة نوع التصرف لو خلى و طبعه) و لم تكن هناك قرينة على عدم الرضا (و يكون) قوله عليه السلام «فذلك رضا» (علة للجواب) و هو قوله عليه السلام «و لا شرط له» (فيكون نفى الخيار معللا بكون التصرف غالبا - دالا على الرضا بلزوم العقد) «معللا» خبر «يكون» و «بلزوم» متعلق ب «الرضا» فالشارع قال «لا خيار» لان التصرف يدل على الرضا

وبعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علقته كما فى قوله: لا تأكل الرمان لانه حامض، دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك اى دالا بالنوع غالبا على التزام العقد.

وان لم يدل فى شخص المقام فىكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا.

(وبعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق الحكم بمؤدى علقته) فان العلة تعمم و تخصص، اذ يتبين منها ان العلة مدار الحكم وجودا و عدما، لا الموضوع الذى انصب عليه الحكم (كما فى قوله: لا تأكل الرمان لانه حامض).

حيث ان الحامض يعمم تارة لان المنهى عنه اكل كل حامض وان كان غير رمان.

ويخصص اخرى لان المنهى عنه اكل الرمان الحامض لا كل رمان وان كان حلوا.

ف (دل) متعلق بقوله «و بعد» و فاعل «دل» «لا شرط له» فى الرواية، اى دل قوله عليه السلام لا شرط له (على اختصاص الحكم) اى حكم «لا شرط له» (بالتصرف الذى يكون كذلك).

و فسر «كذلك» بقوله: (اى دالا بالنوع غالبا على التزام) المتصرف (العقد) بأن يكون هذا النوع من التصرف، فى اغلب الاوقات دالا على الرضا.

(وان لم يدل فى شخص المقام) على رضا المتصرف (فىكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعى فى الرضا) و

نظير ظهور الالفاظ فى معانيها مقيدا بعدم قرينة توجب صرفه عن الدلالة.

كما اذا دل الحال او المقال على وقوع التصرف للاختيار، او اشتباها بعين اخرى مملوكة له.

و يدخل فيه كلما

ان لم يكن له ظهور شخصى.

(نظير ظهور الالفاظ فى معانيها) فان لها ظهورا نوعيا (مقيدا) ذلك التصرف الظاهر (بعدم قرينة توجب صرفه) اى صرف التصرف (عن الدلالة) على الرضا، و القرينة هى:

(كما اذا دل الحال) اى حال هذا الانسان الذى لا يسقط خياره الا بعد الاختبار (او) دَلَّ (المقال) بان قال بنفسه: ان تصرفى للاختبار (على وقوع التصرف للاختبار).

فان الدلالة النوعية حينئذ ساقطة، كما انه اذا قامت قرينة فى باب الالفاظ، ان المتكلم لم يرد ظاهرها، لم يكن اللفظ دالا (او) وقوع التصرف (اشتباها بعين اخرى مملوكة له) كما اذا علمنا انه اراد من ياقوت عبده القديم لا عبده الجديد، و انما اشتبه فامر الجديد اشتباها بالقديم بعمل، فان مثل هذا التصرف لا دلالة فيه على الرضا، فليس بمسقط للخيار.

(و) حيث عرفت ان العلة فى الرواية «تعمم» فالمعيار الدلالة على الرضا، و ان لم يكن تصرفا، ف (يدخل فيه) اى فى الحديث السابق
(كلما

ص: 280

يدل نوعا على الرضا و ان لم يعد تصرفا عرفا كالتعريض للبيع، و الاذن للبائع فى التصرف فيه.

الرابع: ان يكون اخبارا عن الواقع، و يكون العلة هى نفس الرضا الفعلى الشخصى و يكون اطلاق الحكم مقيّدا بتلك العلة فىكون موضوع الحكم فى الحقيقة هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار.

ثم ان الاحتمالين الاولين و

يدل نوعا على الرضا و ان لم يعد تصرفا عرفا)

و ذلك (كالتعريض للبيع، و الاذن للبائع) او غيره (فى التصرف فيه) او كالتعريض للاجارة و نحو ذلك مما يعد عرفا دلالة على الرضا.

(الرابع) من الوجوه المحتملة فى الحديث المتقدم (ان يكون) قوله عليه السلام «فذلك رضا منه» (اخبارا عن الواقع، و يكون العلة) لسقوط الخيار (هى نفس الرضا الفعلى الشخصى) فرضا المشترى فعلا مسقط للخيار (و يكون اطلاق الحكم) بقوله عليه السلام «لا شرط له» (مقيدا بتلك العلة) لما تقدم من ان العلة تعمم و تخصص (فىكون موضوع الحكم) بسقوط الشرط (فى الحقيقة) و الواقع (هو نفس الرضا الفعلى) فكان الامام عليه السلام قال «اذا رضى سقط خياره» (فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار).

و لا فرق بين ثبوت الرضا بالمقال او بالحال.

(ثم ان الاحتمالين الاولين) الحاصلين فى ان كل تصرف مسقط (و

ص: 281

ان كانا موافقين لاطلاق سائر الاخبار و اطلاقات كلماتهم، مثل ما تقدم من التذكرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط.

وكذا غيره، كالمحقق و الشهيد الثانيين، بل لاطلاق بعض معاهد الاجماع الا انهما بعيدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتها لاكثر كلماتهم فان الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ بل ظاهرها اعتبار

ان كانا موافقين لاطلاق سائر الاخبار) فان اطلاق الاخبار بان التصرف مسقط يشمل ما كان برضا او بدون رضا (و اطلاقات بعض كلماتهم، مثل ما تقدم من التذكرة من ان مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط).

وقوله «لمصلحة نفسه» اى نفس التصرف اى ان التصرف بما هو تصرف مسقط، لا بما هو كاشف عن الرضا.

فالصلاح فى اسقاط التصرف للخيار، انما هو فى نفس التصرف.

و يحتمل ان يراد «بمصلحة نفسه» مقابل التصرف للاختبار و الحفظ

(وكذا) اى كالعلامة (غيره، كالمحقق و الشهيد الثانيين) فان اطلاقهما يدل على اسقاط التصرف بما هو تصرف (بل لاطلاق بعض معاهد الاجماع) عطف على «لاطلاق سائر الاخبار» (الا انهما) اى الاحتمالين الاولين (بعيدان عن ظاهر الخبر) اى صحيحة ابن رئاب المعللة بقوله «فذلك رضا منه» (مع مخالفتها لاكثر كلماتهم، فان الظاهر منها) اى من كلماتهم (عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ) لا ان يتصرف للاستفادة (بل ظاهرها) اى ظاهرا كلماتهم (اعتبار) التصرف، بحيث يكون له

الدلالة فى الجملة على الرضا كما سيجى ء.

و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا و ان لم يعد تصرفا، كتقبيل الجارية للمشتري على ما صرح به فى التحرير و الدروس فعلم ان العبرة بالرضا، و انما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أيضا بان العرض على البيع اجازة، مع انه ليس حدثا عرفا.

(الدلالة فى الجملة) اى و لو دلالة جزئية (على الرضا كما سيجى ء) فى تقوية المعنى الثالث.

(و يؤيده) اى يؤيد ان كلماتهم ظاهرة فى اعتبار الدلالة على الرضا (حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا) فى اسقاط الخيار (و ان لم يعد تصرفا، كتقبيل الجارية للمشتري) فانه ليس تصرفا من المشتري، و مع ذلك قال هذا البعض بانه مسقط.

و ذلك لان سماح المشتري لها بتقبيله دال على رضاه بالبيع (على ما صرح به فى التحرير و الدروس، فعلم) من هذا المثال (ان العبرة) فى اسقاط الخيار (بالرضا) لا بالتصرف بما هو تصرف محض (و انما اعتبر) فى النص و الفتوى (التصرف للدلالة) على الرضا (و ورود النص أيضا) هذا عطف على «حكم بعضهم» (بان العرض على البيع اجازة، مع انه) اى العرض (ليس حدثا عرفا) فانه حيث دل على الرضا كان مسقطا، و ان لم يكن تصرفا.

و ذلك يؤيد ان المعيار فى المسقط «الرضا» و انما اخذ التصرف من باب انه دال على الرضا نظرا الى ما رواه السكونى عن ابي عبد الله

و مما يؤيد عدم إرادة الاصحاب كون التصرف مسقطا الا من جهة دلالة على الرضا حكمهم بأن كل تصرف يكون اجازة من المشتري في المبيع يكون فسخا من البائع فلو كان التصرف مسقطا تعديا عندهم، من جهة النص لم يكن وجه للتعدى عن كونه اجازة الى كونه فسخا.

عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف، فعرض له ربح فاراد بيعه، قال عليه السلام ليشهد انه رضيه فاستوجبه ثم لبيعه ان شاء، فان اقامه في السوق فلم يبع فقد وجب عليه، فان الامام عليه السلام حكم بوجوب البيع بمجرد اقامته في السوق.

(و مما يؤيد) أيضا (عدم إرادة الاصحاب كون التصرف مسقطا الا من جهة دلالة على الرضا) - لا من حيث انه تصرف بما هو هو- (حكمهم) فاعل «يؤيد» (بان كل تصرف يكون اجازة من المشتري في المبيع يكون فسخا) اذا صدر ذلك التصرف (من البائع).

و وجه التأييد ما ذكره بقوله: (فلو كان التصرف) من المشتري (مسقطا تعديا، عندهم من جهة) انه ورد (النص) عليه بدون ان يكون وجه اسقاطه للخيار من جهة دلالة على الرضا (لم يكن وجه للتعدى عن كونه) اي عن كون التصرف (اجازة الى كونه) من البائع (فسخا) لانه لم يرد نص بان تصرف البائع فسخ.

اما اذا قلنا بانه من طرف المشتري اجازة- من جهة دلالة على الرضا- كان وجه كونه فسخا من طرف البائع واضحا، لانه دليل الرضا، و

وقد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالا جازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر التصرف مثلا للفسخ و الاجازة الفعلين.

فاندفع ما يقال فى تقريب كون التصرف مسقطا لا للدلالة على الرضا بان الاصحاب يعدونه فى مقابل الاجازة.

و اما المعنى الرابع فهو و ان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللفظ

رضا البائع برد المضمن الذي كشف عنه بالتصرف، فسخ للمعاملة.

(وقد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالا جازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر) التذكرة بعد ذلك (التصرف مثلا للفسخ و الاجازة الفعلين) مما يدل على ان الاجازة و الفسخ فى سياق واحد.

و حيث علم ان الفسخ لا يكون الا برضا- و الفعل دال على الرضا- كان لا بد و ان تكون الاجازة بفعل دال على الرضا.

(فاندفع) بما ذكرنا من ان الفعل فى الفسخ و الاجازة على نحو واحد (ما يقال فى تقريب كون التصرف مسقطا) بنفسه (لا) انه مسقط (للدلالة على الرضا بان) يتعلق ب «ما يقال» (الاصحاب يعدونه) اى التصرف (فى مقابل الاجازة) فحاصل «ما يقال» هو: ان التصرف لا يحتاج الى الرضا، لان الاصحاب يجعلونه فى قبال الاجازة التى تحتاج الى الرضا.

و وجه اندفاعه هو: ان ظاهر الاصحاب ان كلا من التصرف و الاجازة انما يكون اسقاطا للخيار، لدلالتهما على الرضا.

(و اما المعنى الرابع) و هو اعتبار الرضا الفعلى الشخصى (فهو و ان كان اظهر الاحتمالات من حيث اللفظ) لظهور صحیحة ابن رثاب

بل جزم به فى الدروس.

و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله بن الحسن ابن زيد الحاكية للنبوى الدال- كما فى الدروس أيضا- على الاعتبار بنفس الرضا.

و ظاهر بعض كلماتهم الآتية ان المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد.

مع ان اظهريته بالنسبة الى المعنى الثالث غير واضحة، فتعين إرادة المعنى الثالث.

على ان الرضا الشخصى مناط سقوط الخيار (بل جزم به فى الدروس) فقال: بان الاسقاط لا يكون الا بالرضا الفعلى.

(و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله بن الحسن ابن زيد الحاكية للنبوى الدال- كما فى الدروس) و ذكر الدروس (أيضا-) انها دالة (على الاعتبار بنفس الرضا) الفعلى الشخصى.

(و) لكن لا يمكن الذهاب الى هذا المعنى الثالث، لان (ظاهر بعض كلماتهم الآتية) ان المعنى الثالث خلاف الاجماع.

ف (ان المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم اناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد) «بلزوم» متعلق ب «الرضا» فلا حاجة الى الرضا الشخصى، فى اسقاط الخيار هذا.

(مع ان اظهريته) اى المعنى الرابع (بالنسبة الى المعنى الثالث غير واضحة) بل المعنيان فى رتبة واحدة، و للمعنى الثالث بعض المرجمات (فتعين إرادة) الحديث (المعنى الثالث) من المعانى

ص: 286

و محصله دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و ان لم يفد فى خصوص المقام فيكون التصرف اجازة فعلية فى مقابل الاجازة القولية و هذا هو الذى ينبغى ان يعتمد عليه.

قال فى المقنعة ان هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع الا ان يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتياح، انتهى.

الاربعة المحتملة.

(و محصله دلالة التصرف لو خلى) التصرف (و طبعه) و لم تكن قرينة على خلاف دلالته (على الالتزام) بالعقد (و ان لم يفد فى خصوص المقام) فهو- كما تقدم- دلالة الظاهر على المعنى، و ان لم يحصل علم بىارادة المتكلم له (فيكون التصرف اجازة فعلية) عملية (فى مقابل الاجازة القولية) فهما شقان كلاهما يفيد اسقاط الخيار.

(و هذا) المعنى الثالث (هو الذى ينبغى ان يعتمد عليه) فى الفتوى.

ثم ان المصنف ذكر جملة من كلمات الفقهاء للاستدلال بها على ان مرادهم المعنى الثالث.

(قال) المفيد (فى المقنعة ان هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع) لان تلف المبيع فى زمن الخيار ممن لا خيار له (الا ان يحدث فيه) اى فى الحيوان (المبتاع) المشتري (حدثا يدل) ذلك الحدث بنوعه (على الرضا بالابتياح، انتهى) كلامه.

ص: 287

و مثل للتصرف فى مقام آخر بان ينظر الى الامة، الى ما يحرم لغير المالك.

وقال فى المبسوط- فى احكام العيوب- اذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها.

و اذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و سقيها و علفها و حلبها و اخذ لبنها و ان نتجت كان له نتاجها.

ثم قال: و لا يسقط الرد لانه انما يسقط بالرضا بالعيب، او بترك الرد

(و مثل) المقنعة (للتصرف فى مقام آخر بان ينظر) المشتري (الى الامة، الى ما يحرم لغير المالك) فان مثاله دليل على عدم ارادته الرضا الفعلى الشخصى.

و انما النظر يدل على انه راض بالبيع رضا نوعيا، و الا لم ينظر الى ما يحرم على غير المالك.

(وقال:) الشيخ (فى المبسوط- فى احكام العيوب- اذا كان المبيع بهيمة و اصاب بها عيبا فله ردها) و لو بعد الثلاثة بسبب العيب.

(و اذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و سقيها و علفها و حلبها و اخذ لبنها) اى ينتفع باللبن (و ان نتجت كان له نتاجها) لان البهيمة قبل فسخ العقد ملك للمشتري فله منافعها.

(ثم قال) المبسوط: (و لا يسقط الرد) بهذه الأمور المذكورة (لانه انما يسقط بالرضا بالعيب، او بترك الرد

بعد العلم بالعيب، او بان يحدث فيه عيب عنده وليس هنا شي ء من ذلك، انتهى.

وفى الغنية: لو هلك المبيع فى مدة الخيار، فهو من مال بايعه الا ان يكون المبتاع قد احدث فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى.

وقال الحلبي فى الكافي- فى خيار الحيوان-: فان هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع الا ان يحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى.

بعد العلم بالعيب، او بان يحدث فيه) اى فى المبيع (عيب عنده) فيمنع هذا العيب الجديد من الرد بالعيب القديم (و ليس هنا شي ء من ذلك) الثلاثة، فان كون التصرف فى طريق الرد مانع عن دلالة التصرف دلالة نوعية على الرضا، فيدل كلام المبسوط على انه ان صدر منه التصرف فى غير طريق الرد كان تصرفه مسقطا للخيار.

ولا وجه لاسقاطه الخيار الا لانه دليل نوعى على الرضا (انتهى) كلام المبسوط.

(و) قال ابن زهرة (فى الغنية: لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بايعه) لان التلف ممن لا خيار له (الا ان يكون المبتاع قد احدث فيه حدثا يدل على الرضا) فان ظاهر كلامه الدلالة النوعية، و ان لم يعلم الانسان بانه كان له رضا فعليًا (انتهى).

(وقال الحلبي فى الكافي- فى خيار الحيوان-: فان هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع، الا ان يحدث) المشتري (فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى) فانه أيضا يدل على الرضا النوعى لا الشخصى.

وفى السرائر- بعد حكمه بالخيار فى الحيوان الى ثلاثة ايام- قال: هذا اذا لم يحدث فى هذه المدة حدثا يدل على الرضا، و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته، او يكون لمثل ذلك التصرف اجرة بان يركب الدابة، او يستعمل الحمار، او يقبل الجارية، او يلامسها، او يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالمندور، انتهى.

(و) قال ابن ادريس (فى السرائر- بعد حكمه بالخيار فى الحيوان الى ثلاثة ايام- قال: هذا) الخيار له فى الثلاثة (اذا لم يحدث فى هذه المدة) و هى الثلاثة الايام (حدثا يدل على الرضا)- اى بنوعه- (و) اذا لم (يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته، او) تصرفا (يكون لمثل ذلك التصرف اجرة).

و مثال ماله اجرة (بان يركب الدابة، او يستعمل الحمار) فى وضع حمل عليه مثلاً (او يقبل الجارية، او يلامسها، او يدبرها تدبيراً) بان يقول لها: انت حرّ دبر وفاتى.

و لا يخفى ان جملة «يقبل .. الخ» عطف على «يحدث و يتصرف» و ليس عطفا على «يركب» اذ ليس لتقبيل و ما بعده اجرة، ف (ليس له) اى للمشتري (الرجوع فيه) بان يفسخ العقد.

وقوله «ليس» جواب شرط مقدر، اى ان فعل هذه الامور فليس له ان يرجع فى المبيع، بان يفسخه و يأخذ ثمنه (كالمندور) اى كما انه اذا نذر ماله الفسخ فيه، بطل خياره لاقتضاء النذر ابقاء العين فلا يقدر على الفسخ (انتهى).

وقال فى موضع آخر اذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا فى العادة و اما العلامة ره فقد عرفت انه استدل على اصل الحكم بان التصرف دليل الرضا باللزوم.

وقال فى موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم يكن ذلك رضا بها.

ثم قال و لو سقاها الماء او ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكه و لو حلبها فى طريقه فالاقرب انه تصرف يؤذن

و كيف كان فقول السرائر «حدثا يدل على الرضا» يدل على ما اختاره المصنف من المعنى الثالث.

(وقال) ابن ادريس (فى موضع آخر) من كتابه (اذا لم يتصرف) المشتري (فيه تصرف يؤذن بالرضا فى العادة).

(و اما العلامة ره فقد عرفت) فيما تقدم (انه استدل على اصل الحكم) باسقاط التصرف للخيار (بان التصرف دليل الرضا باللزوم) فلم يعتبر الرضا الفعلى الشخصى، كما هو المعنى الرابع.

(وقال) العلامة (فى موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة او طالت، لم يكن ذلك رضا بها) لوضوح ان فعله بعد ان عرفنا قصده لا يكون دليل الرضا.

(ثم قال) العلامة: (و لو سقاها الماء او ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكه) اى امساك المشتري، للدابة (و لو حلبها فى طريقه) الى سقى الماء او الرد الى داره (فالاقرب انه تصرف يؤذن

بالرضا.

وفى التحرير- فى مسألة سقوط ردّ المعيب بالتصرف- قال و كذا لو استعمل المبيع، او تصرف فيه بما يدل على الرضا.

وقال فى الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، اذ بها يعرف حالها ليختبر، و ليس ببعيد

بالرضا) فان ظاهر «يؤذن بالرضا» انه يكتفى بالاذن النوعى و ان لم يعلم الرضا الشخصى.

(وفى التحرير- فى مسألة سقوط ردّ المعيب بالتصرف- قال) العلامة (و كذا) يوجب سقوط الخيار (لو استعمل المبيع، او تصرف فيه بما يدل على الرضا) فجعل الدلالة النوعية موجبة لسقوط الخيار.

(وقال) الشهيد «ره» (فى الدروس: استثنى بعضهم من التصرف) الموجب لسقوط الخيار (ركوب الدابة و الطحن عليها) بان تربط بالطاحونة للطحن بسبب الدابة (و حلبها).

و انما استثنى ذلك البعض (اذ بها) اى بهذه الامور (يعرف حالها) اى حال الدابة، فيفعل المشتري ذلك (ليختبر) حال الدابة (وليس) كلام المستثنى (ببعيد) اذ مع احتمال الاختبار فى فعله لا يدل فعله على الرضا، فلا يكون اسقاطا للخيار.

و مما ذكرنا يظهر دلالة كلام الدروس على مقصد المصنف، من ان التصرف المشعر بالرضا نوعا يوجب سقوط الخيار.

ص: 292

وقال المحقق الكركى: لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها جاريتها المختصة، فتبينت ذات الخيار، او ذهل عن كونها المشتراة ففى الحكم تردد، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف.

و من انه غير قاصد الى لزوم البيع، اذ لو علم لم يفعل.

و التصرف انما عدّ مسقطا لدلالته على الرضا باللزوم.

وقال فى موضع آخر، و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها، او للخوف من ظالم، او ليردها

(وقال المحقق الكركى: لو تصرف ذو الخيار غير عالم) بان له فى هذا المبيع الخيار (كأن ظنها جاريتها المختصة) التى ليس له فيها الخيار (فتبينت) اى ظهرت (ذات الخيار، او) تصرف وقد (ذهل عن كونها المشتراة) التى له فيها الخيار (ففى الحكم) بسقوط الخيار، او بقائه (تردد، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف) فيشمل ما اذا جهل او ذهل، كما يشمل ما اذا علم.

(و من انه غير قاصد الى لزوم البيع، اذ لو علم) بان له فيه الخيار (لم يفعل) اى لم يتصرف.

(و التصرف انما عدّ مسقطا لدلالته) اى التصرف (على الرضا باللزوم) و لا دلالة فى المقام، و ظاهر هذه العبارة انه يكفى بالرضا النوعى.

(وقال فى موضع آخر، و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار او لدفع جموحها) جمحت الدابة اذا عصت و صعبت، فاذا ركبها الانسان و أدبها ذلت (او للخوف من ظالم) يأخذ كل دابة فارغة غصبا- مثلا- (او ليردها)

تصرفا.

ثم قال: وهل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببيعيد ان لا يعد

و كذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن على اشكال ينشأ من انه ملكه فله استخلاصه

على صاحبها (تصرفا) مسقطا للخيار، لان هذه الامور لا تدل على الرضا.

(ثم قال: وهل يعد حملها للاستخبار) وهل انها تقدر على الحمل الثقيل، أم لا؟ (تصرفا) مسقطا (ليس ببيعيد ان لا يعد) اذ لا يدل التصرف على الرضا.

ولعل الفرق بين ركوبها للاستخبار حيث افتى جزما بانه ليس تصرفا وبين حملها حيث يظهر منه نوع تردد للعرف، فان العرف يرى ان ذلك ليس بتصرف، بل المتعارف ان الانسان اذا اشترى الدابة ركبها مقدارا، بخلاف الحمل عليها فانه ليس بتلك المثابة.

(و كذا لو اراد ردها و حلبها لاخذ اللبن) فانه غير بيعيد ان لا يعد ذلك تصرفا (على اشكال) في عدم كون الحلب تصرفا (ينشأ) هذا الاشكال من تعارض جهتين.

من انه تصرف عرفا فاللازم ان يكون مسقطا.

و (من انه) قبل الفسخ (ملكه) لان الحليب ملك صاحب الدابة، و ان كان في زمن الخيار (فله استخلاصه) و اخذه، فلا يكون حلبه مسقطا لخياره.

ص: 294

انتهى.

و حكى عنه فى موضع آخر انه قال: و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به.

و يحتمل ان يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار او الحفظ

اقول: لا يخفى ان المحقق الثانى لم يذكر الا احد طرفى الاشكال و او كل الطرف الآخر الى وضوحه (انتهى).

(و حكى عنه فى موضع آخر انه قال: و المراد بالتصرف المسقط) للخيار (ما كان المقصود منه التملك) و اسقاط الخيار (لا الاختبار) فانه لا- يسقط الخيار (و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى) هذا مثال للحفظ لانها اذا لم تشرب الماء تلفت و ركوبها فى الطريق لاجل ايصالها الى الماء (انتهى)

(و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به) لان الملك حصل قبل ذلك فلا يراد بالتملك احداث الملك، بل الالتزام به باسقاط الخيار.

(و يحتمل ان يراد به) اى بالتملك (الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار او الحفظ) فان التملك قد يستعمل بمعنى احداث الملك، و قد يستعمل بمعنى الالتزام به، و قد يستعمل بمعنى استعمال الملك استعمالا لا للاختبار و الحفظ.

و وجه استدلال المصنف بهذه العبارة، لمراده من المعنى الثالث ان قول المحقق «ما كان المقصود منه التملك» يراد به ما كان ظاهرا فى ذلك ظهورا نوعيا، لا انه يريد المحقق بذلك القصد الشخصى

هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام الظاهرة في المعنى الثالث

و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا- لو خلى و طبعه- على الالتزام بالعقد، ليكون اسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام.

لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقا من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة في النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالبا مع الغفلة، او التردد او العزم على الفسخ مطلقا

(هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام) اي مقام كون التصرف مسقطا (الظاهرة) تلك الكلمات (في المعنى الثالث).

اقول: ظهور جملة منها في ما ذكره المصنف محل نظر، كما لا يخفى.

(و حاصله) ان المسقط هو (التصرف على وجه يدل عرفا- لو خلى و طبعه- على الالتزام بالعقد، ليكون) التصرف (اسقاطا فعليا للخيار) في قبال الاسقاط القولي- (فيخرج منه) اي من التصرف المسقط (ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام) بالاسقاط.

(لكن) اذا كان المراد من التصرف المسقط ما ذكرناه من الدال نوعا على الالتزام (يبقى الاشكال المتقدم سابقا من ان اكثر امثلة التصرف المذكورة في النصوص) كالنظر الى الجارية (و الفتاوى) كقوله للجارية: اغلقى الباب (ليست كذلك) دالة عرفا على الالتزام بالعقد (بل هي) اي التصرفات المذكورة (واقعة غالبا مع الغفلة او التردد او العزم على الفسخ مطلقا) اي انه يريد الفسخ

او اذا اطلع على ما يوجب زهده فيه.

فهى غير دالة فى نفسها عرفا على الرضا.

و منه يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقا من عدم انفكك اشترء الحيوان من التصرف فيه فى الثلاثة فيكون مورد الخيار فى غاية الندرة بان الغالب فى هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا يسقط بها الخيار

على كل حال (او) يريد الفسخ (اذا اطلع على ما يوجب زهده فيه) اى نفرتة عن المبيع.

(فهى) اى التصرفات المذكورة (غير دالة فى نفسها عرفا على الرضا) فكما لا دلالة لها شخصيا فلا دلالة لها نوعيا.

(ومنه) اى من عدم دلالة اكثر الامثلة المذكورة فى النص و الفتوى دلالة عرفية على الرضا بالعقد- لوقوعها غالبا بلا التزام بالعقد (يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقا).

فانا ذكرنا سابقا أولا استبعادا يحصل (من عدم انفكك اشترء الحيوان من التصرف فيه، فى الثلاثة) الايام (فيكون مورد الخيار) اذا كان امثال النظر الى الجارية، و ركوب الدابة، مسقطا للخيار (فى غاية الندرة) و كونه فى غاية الندرة خلاف الادلة و الفتاوى الظاهرة فى كثرة مورد الخيار.

و ذكرنا ثانيا دفعا لهذا الاستبعاد (بان الغالب فى) امثال (هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا يسقط بها) اى بامثال هذه التصرفات (الخيار).

اذ فيه يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا لان لهذا المصحح لهذا التعليل - مع العلم بعدم كون بعض افراده رضا هو ظهوره فيه عرفا من اجل الغلبة.

فاذا فرض ان الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد، بل مع العزم على الفسخ، او التردد فيه او الغفلة كان

و نقول الآن ثالثا في وجه النظر على الدفع المذكور وبالشكال في الدفع، يقوى الاستبعاد.

(اذ فيه) اى في الدفع المذكور (ان هذا) الدفع (يوجب استهجان تعليل السقوط) للخيار (بمطلق الحدث).

اى ان الشارع في صحيحة ابن رثاب علل اسقاط التصرف للخيار (بأنه رضا) فانه اذا كان الدفع صحيحا لزم استهجان العلة في صحيحة ابن رثاب.

وجه الاستهجان ما ذكره بقوله: (لان المصحح لهذا التعليل) اى انه رضا (- مع العلم بعدم كون بعض افراده رضا- هو) اى المصحح هو (ظهوره) اى التصرف (فيه) اى في الرضا (عرفا).

و انما كان الظهور (من اجل الغلبة) اى غلبة كون التصرف رضا، و حيث كان الغالب ذلك كان التصرف ظاهرا في الرضا.

(فاذا فرض) هذا الفرض ذكر «الدفع» للاستبعاد (ان الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد، بل مع العزم على الفسخ، او التردد فيه) اى في الفسخ (او الغفلة) عن ان له الفسخ (كان

تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة غير الموجودة الا فى قليل من افراده مستهجننا.

و اما الاستشهاد لذلك بما سيجي ء من ان تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفقا

تعليل الحكم) بان التصرف مسقط (على المطلق) اى مطلق التصرف (بهذه العلة) علة ان التصرف رضا (غير الموجودة) تلك العلة (الا فى قليل من افراده) اى افراد التصرف (مستهجننا).

فتحققت ثلاثة امور «استبعاد» و «دفع» و «نظر فى الدفع».

و الحاصل: ان المصنف يقول «التصرف الدال عرفا على الرضا النوعى مسقط للخيار» و الاشكال عليه انه «اكثر الامثلة فى النص و الفتوى، لا دلالة فيها على الرضا» فكيف قال الشارع «التصرف مسقط لانه رضا بالعقد».

(و) لكن ربما يؤيد «الدفع» بان تصرف المشتري فى الحيوان، حاله حال تصرف البائع ذى الخيار فى الثمن.

فكما ان تصرف البائع ليس عن رضا- و لذا لا يسقط خياره- كذلك تصرف المشتري فى الحيوان ليس عن رضا- و لذا لا يسقط خياره-.

و على هذا يتم «الدفع» الذى كان يقول «الغالب فى التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم .. الخ» و الى هذا- و هو: ربما يؤيد الدفع- اشار المصنف بقوله: و (اما الاستشهاد لذلك بما سيجي ء من ان تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفقا) كما اذا كان

و ليس ذلك الا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن.

ففيه ما سيجي ء.

و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع

البائع مغبونا، او كان فى الثمن عيب، او كان للبائع خيار الشرط، الى غير ذلك.

(و ليس ذلك) اى عدم سقوط خيار البائع بتصرفه فى الثمن (الا من جهة صدوره) اى صدور التصرف (لا عن التزام) للبائع (بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن) اذا كان تصرفه متلفا، او برد نفس الثمن اذا لم يكن تصرفه متلفا، كما اذا كان الثمن ثوبا و لبسه، او نحو ذلك.

(ففيه ما سيجي ء) من ان ذلك من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف.

و ذلك لان بناء البيع على الانتفاع بالثمن، فكانهما اشترطا بقاء الخيار حتى بعد التصرف، و ليس المقام كذلك، فلا تواطى فى بيع الحيوان ان الخيار باق، و ان تصرف المشتري فى الحيوان.

اذا: فالاستهجان الذى ذكرناه باق.

(و مما ذكرنا من استهجان التعليل) «بانه رضى» (على تقدير كون غالب التصرفات واقعة، لا عن التزام)، بالعقد (يظهر فساد الجمع) بين

بهذا الوجه يعنى حمل الاخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها، و بين ما دل من الاخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف.

مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في

ما دل على سقوط الخيار بمطلق التصرف مثل الاخبار المتقدم نقلها، و بين ما دل على خلافه مثل خبر عبد الله، و الخبر المصحح، بحمل الاولى على صورة دلالة التصرف على الرضا باللزوم، و حمل الثانية على صورة عدم دلالة التصرف على الرضا باللزوم.

فان الجمع (بهذا الوجه) غير تام.

و انما ظهر فساد الجمع لاستلزامه استهجان التعليل المذكور في الاخبار، و الجمع الذي يستلزم الاستهجان غير صحيح.

و الى ما ذكرناه اشار بقوله: (يعنى حمل الاخبار المتقدمة) كصحيحة ابن رئاب، و غيرها (على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد).

و انما نحمل هذا الحمل (جمعا بينها) اى بين هذه الاخبار (و بين ما دل من الاخبار على عدم سقوطه) اى الخيار (بمجرد التصرف) المحمول على ما اذا لم يكن التصرف رضا بالعقد.

(مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة) في العبد الذي مات، و كان للمشتري خيار الشرط، حيث قال صلى الله عليه و آله يستحلف بالله تعالى ما رضيه ثم هو برئ من الضمان (التي لم يستفصل في

جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار، وعدمه.

وانما انيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى.

ومثل الخبر المصحح في رجل اشترى شاة، فامسكها ثلاثة ايام ثم ردّ قال ان كان تلك الثلاثة ايام شرب لبنها، يرّد معها ثلاثة امداد وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء.

ونحوه الآخر.

جوابها) اى جواب الرواية (بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار، وعدمه) اى عدم تصرف المشتري، مع انه لو كان تصرف المشتري مسقطا، لزم الاستفصال المذكور.

(وانما انيط سقوط الخيار فيها) اى فى الرواية (بالرضا الفعلى) للمشتري، فان ظاهر «ما رضيه» فى الرواية الرضا الفعلى، كما هو واضح

(ومثل الخبر المصحح) الذى قال بعض بصحته- وان لم يتحقق ذلك عند المصنف- (فى رجل اشترى شاة، فامسكها ثلاثة ايام، ثم ردّ) فما تكليفه؟ (قال) عليه السلام (ان كان تلك الثلاثة ايام شرب) المشتري (لبنها، يرّد معها) اى مع الشاة (ثلاثة امداد) قيمة اللبن (وان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء) فان الامام عليه السلام حكم بجواز الردّ، مع انه تصرف فى الشاة بالحلب وشرب اللبن.

وذلك لانه لم يرض بالشاة فيدل على ان المعيار فى سقوط الخيار الرضا، لا التصرف.

(ونحوه) اى نحو هذا المصحح، خبره (الآخر).

وما فيهما من رد ثلاثة امداد لعله محمول على الاستحباب مع ان ترك العمل به لا يوجب ردّ الرواية فتأمل.

وقد افتى بذلك فى المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها اياما، ثم وجد المشتري فيها عيبا.

(و) ان قلت: كيف حكم الامام بردّ ثلاثة امداد، مع ان اللبن للمشتري، حيث انه قبل الفسخ يملك كل شئ منه، و الفسخ من حينه لا من اصله.

قلت: (ما فيهما) اى فى الخبرين (من ردّ ثلاثة امداد لعله محمول على الاستحباب مع) انه ان كان على سبيل الوجوب لا يضر بدلالة الخبرين لما نحن بصدده.

ف (ان ترك العمل به) اى بهذا الجزء من الخبر (لا يوجب رد الرواية) لما علم فى موضعه من امكان التقطيع فى الخبر الواحد، كان قطع صدر جزء من الخبر تقيه، او شبه ذلك (فتأمل).

لعله اشارة الى ان قوله «يردّ» هو موضع استدلالنا بالخبر فاذا سقط، لم يبق موضع للدلالة.

لكن فيه ان فقرة واحدة من الخبر اذا اشتملت على حكمين لم يعمل باحدهما، لم يستلزم ذلك عدم العمل بالآخر.

(وقد افتى بذلك) اى بانه يرّد ثلاثة امداد- فليست هذه الفقرة غير معمول بها- (فى المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة) اى لم يكن حليب فى ثديها (و حلبها اياما، ثم وجد المشتري فيها عيبا) فانه يرّدّها و

ثم قال: وقيل ليس له ردّها، لانه تصرف بالحلب.

وبالجملة: فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطا لدلالته على الرضا بلزوم العقد، وبين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الردّ او التردد فيه وفي التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد

يرد ثمن الحليب.

(ثم قال) المبسوط: (وقيل ليس له ردها، لانه) اي المشتري (تصرف) في الشاة (بالحلب) و التصرف يسقط الخيار.

(وبالجملة فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطا لدلالته) اي دلالة التصرف (على الرضا بلزوم العقد) ف «لدلالته» وجه ل «الاسقاط» (وبين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى) وفي النص من امثال: اغلق الباب، و: ناولني الثوب، و النظر الى الامة و لمسها (خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب) للدابة (في طريق الردّ) الذي يكون التصرف بدون دلالة على الرضا النوعى اصلا (او التردد فيه) اي في الردّ، عطف على «في طريق» (و في التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما) اي الركوب مع عزمه على الردّ او التردد فيه و التصرف للاستخبار (بالرضا بلزوم العقد) لوضوح ان المشتري ليس براض، اذا اراد رده او تردّد

ص: 304

فِي غَايَةِ الْأَشْكَالِ وَاللَّهِ الْعَالَمِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ.

فِيهِ، وَإِذَا أَرَادَ اسْتِخْبَارَهُ فَهُوَ (فِي غَايَةِ الْأَشْكَالِ) وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ الْإِحْتِيَاجَ إِلَى الرِّضَا الشَّخْصِيِّ الَّذِي نَفَاهُ الْمُصَنِّفُ (وَاللَّهُ الْعَالَمِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ) وَهُوَ الْمَوْفُوقُ الْمُسْتَعَانَ لِفَهْمِ الْأَحْكَامِ.

ص: 305

إشارة

اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد، ولا خلاف فى صحة هذا الشرط، ولا فى انه لا يتقدر بحدّ عندنا.

ونقل الاجماع عليه مستفيض.

والاصل فيه، قبل ذلك الاخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى

(الثالث) من الخيارات (خيار الشرط، اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد) فإضافة الخيار الى الشرط من باب اضافة المعلول الى علته، لان الشرط علة الخيار (ولا خلاف فى صحة هذا الشرط) للنص و الاجماع على ذلك (ولا فى انه لا يتقدر بحدّ) كيوم وعشرة ايام (عندنا)

نعم ينبغى استثناء ما اذا كان تحديده خارجا عن اطلاق النص و الفتوى، كما اذا باعه شيئا و جعل خياره مائة سنة مثلا.

(ونقل الاجماع عليه) اى على هذا الخيار (مستفيض) استفاضة فوق الآحاد، ودون التواتر.

(والاصل) اى الدليل (فيه) اى فى هذا الخيار (- قبل ذلك-) الاجماع (الاخبار العامة المسوغة) اى المجوزة (لاشتراط كل شرط الا ما استثنى) من مخالفة الكتاب و السنة، و كذا المخالفة لمقتضى اصل العقد، كان ينكح بشرط ان تكون بينهما محرمية، او يبيع بشرط ان لا يكون للمشتري التصرف فيه.

و الاخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة فمن الاولى الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره ان: المسلمين عند شروطهم.

و يزيد فى صحيحة ابن سنان: ألا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز

وفى موثقة اسحاق بن عمار ألا شرطاً حرم حلالاً او حلال حراماً.

(و) كذلك يكون الاصل فى الخيار (الاخبار الخاصة الواردة فى بعض افراد المسألة) مما يعلم منها المناط فيتعدى منها الى سائر افراد الشرط لوحدة الملاك فى الكل (فمن الاولى) اى الاخبار العامة الشاملة لكل شرط (الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره) و هو (ان: المسلمين عند شروطهم).

و معنى «عند» انهم ملزمون بالوفاء بالشروط الزاماً تكليفاً وضعياً

(و يزيد فى صحيحة ابن سنان: ألا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز) اى فلا ينفذ ذلك الشرط.

كما اذا شرط، ان يشرب الخمر او يترك الصلاة، او لا يرث ولده، او ما اشبه ذلك.

(وفى موثقة اسحاق بن عمار ألا شرطاً حرم حلالاً) بان يكون الشرط مشرعاً، كما لو شرط ان يكون شرب الماء حراماً، اما اذا شرط ان لا يشرب الماء صح الشرط، فانه لم يحرم حلالاً.

وقد يقال ان المراد بتحريم الحلال تحريم الواجب فى قبال تحليل الحرام (او حلال حراماً) على ما عرفت.

نعم فى صحيحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله.

لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب.

و تمام الكلام فى معنى هذه الاخبار و توضيح المراد من الاستثناء الوارد

(نعم فى صحيحة اخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز) اى لا ينفذ (على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله).

وقوله «نعم» اشارة الى ان فى هذا الحديث اشترط «موافقة كتاب الله» بينما فى غيره اشترط «عدم مخالفة كتاب الله».

و من المعلوم ان الشرط يمكن اعتباره «غير مخالف» اما اعتباره «موافقا» فهو مشكل، لان كثيرا من الاحكام ليست فى ظاهر القرآن.

(لكن المراد منه) اى من الموافقة (بقرينة المقابلة) لقوله عليه السلام «مخالفا لكتاب الله» (عدم المخالفة) لان الفقرة الثانية تفسير للفقرة الاولى.

و ذلك (للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب) و الا فكثير من الشروط لم تذكر فى الكتاب شيئا يطابقه الشرط.

(و تمام الكلام فى معنى هذه الاخبار) اى الشرط المخالف و الموافق (و توضيح المراد من الاستثناء الوارد

فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد ان شاء الله.

و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط في العقد و هي تظهر برسم مسائل

اشارة

فيها) من تحليل الحرام و تحريم الحلال (يأتي في باب الشرط في ضمن العقد ان شاء الله) هذا تمام الكلام في الاخبار العامة.

و اما الاخبار الخاصة فهي: صحيحة ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: وان كان بينهما شرط- اياما معدودة- فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط، فهو من مال البائع.

اقول: لاین التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، ورواية السكوني المتقدمة ان امير المؤمنين عليه السلام: قضى في رجل اشترى ثوبا بالشرط الى نصف النهار، الى غيرهما، و سيأتي بعض الاخبار الخاصة الاخر.

(و المقصود هنا بيان احكام الخيار المشترط في العقد) في قبال موضوع الخيار الذي قلنا انه سيأتي (وهي تظهر برسم مسائل)

مسئلة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه لعموم ادلة الشرط.

قال فى التذكرة لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى، واستدل له فى موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم.

وردّ بعدم المانع من ذلك.

مع انه- كما فى التذكرة

(مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد او منفصلا عنه) بكل اقسامه من الاول او الوسط او الاخير او اثنان منها، او ثلاثة او اكثر كان يفرض ان المدة فى الاجارة- و نمثل بها لوضوح الاقسام فيها- سنة، فيشترط الخيار فى اليوم الاول، او فى اليوم الوسط، او فى اليوم الاخير، او فى الاول و الوسط، او فى الاول و الاخير، او فى الاول و الوسط، او فى الوسط و الاخير او فى الاول و الوسط و الاخير، الى غير ذلك (لعموم ادلة الشرط) الشاملة لكل هذه الاقسام.

(قال فى التذكرة لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعى، واستدل) العلامة (له) اى للشافعى (فى موضع آخر) من التذكرة (ب) انه لو صح الخيار المنفصل استوجب ذلك (لزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم) وذلك خلاف ادلة الوفاء بالعقد.

(وردّ بعدم المانع من ذلك) لانه ليس خلاف ادلة الوفاء.

(مع انه) اى عدم جواز انفصال الخيار عن العقد (- كما فى التذكرة

- منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية.

نعم يشترط تعيين المدة.

فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج بطل بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا لصيرورة المعاملة بذلك غررية

- منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية) فانهما منفصلان عن العقد مما يوجب ان يكون العقد اللازم جائزا.

(نعم يشترط تعيين المدة) المقرر تأخير الخيار إليه، و كذلك المدة التي يشرع منها الخيار.

(فلو تراضيا على مدة مجهولة) أولا (كقدوم الحاج) او آخرا، مثل ان يبدأ الخيار من اول محرم الى آخر يوم يأتي فيه الحجاج، او كلا، مثل مدة بناء هذه الدار، و المفروض انه غير معلوم أولا و لا آخرا (بطل) الشرط (بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا لصيرورة المعاملة بذلك) الجهل في المدة (غررية) و المراد بالغرر الجهالة التي توجب الضرر و الاشتباه، فان مع جهالة المدة يشتهب اول الخيار او آخره او مدته و ذلك يوجب الضرر احيانا و الاختلاف احيانا اخرى و في الحديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر- كما في مستدرك الوسائل-

لكن الظاهر انه ليس بغرر مطلقا فلو جعل الخيار الى اول الشهر لم يضر، و ان لم يعلم ان اول الشهر اى يوم، لاحتمال نقص الشهر السابق و تمامه، و كذا اذا جعله الى آخر الشهر، او جعل الخيار شهر شوال مثلا و لا يعلم اوله و لا آخره، لاحتمال نقص شهر رمضان و

ص: 311

و لا عبرة بمسامحة العرف فى بعض المقامات و اقدم العقلاء عليه احيانا فان المستفاد من تتبع احكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك
اذ كثيرا ما يتفق التشاح فى مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين.

نقص شهر شوال، بل اذا كان قدوم الحاج شيئا موقتا فى الخارج ليس تقدمه و تأخره بقدر يوجب الغرر عرفا لم يكن فى جعله- مدة الخيار-
اشكالا.

(و) ما ذكره المصنف من انه (لا عبرة بمسامحة العرف فى بعض المقامات و اقدم العقلاء عليه احيانا) محل نظر.

اذ: الغرر موضوع عرفى، كسائر الموضوعات، و احداث الشارع فيه تغييرا غير معلوم، و العرف كما هو مرجع الموضوع مفهومه فكذلك هو
مرجع التطبيق، و قد شرحنا ذلك فى بعض مباحث الفقه.

و كيف كان (ف) انما لا عبرة بمسامحة العرف، ل (ان المستفاد من تتبع احكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك) اى بالمسامحة العرفية.
اقول: لم اجد مقاما ذكر الشارع بعدم رضاه بمثل هذا التسامح.

و انما لا يرضى الشارع.

(اذ كثيرا ما يتفق التشاح فى مثل الساعة و الساعتين فى زمان الخيار فضلا من اليوم و اليومين).

مثلا: فى ظهر يوم الجمعة ارتفعت قيمة المتاع، فاراد البائع الفسخ و لم يرد المشتري، فانهما يختلفان فى انه هل له خيار، أم لا؟

وبالجملمة، فالغرر لا- ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة، و الا لم يكن بيع الجزاف، و ما تعذر تسليمه، و الثمن المحتمل للتفاوت القليل، و غير ذلك من الجهالات غررا لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات.

اقول: لا تشاح، لانه اذا قدم الحاج كان الحق مع البائع، و الا مع المشتري، ثم كل تشاح له موازين قضائية يرجع إليها، فلا مشكلة، و مثله غير نادر فى الشرعيات.

(و بالجملمة، فالغرر لا ينتفى بمسامحة الناس فى غير زمان الحاجة الى المداقة) فان العرف فى الامور المحتاجة الى المداقة لا يتسامحون مثل وزن الذهب- و فى غيرها يتسامحون، فاذا تسامحوا لم يكن ذلك موجبا لرفع الغرر (و الا) فلو تتبعنا العرف فى مسامحاتهم (لم يكن بيع الجزاف، و) بيع (ما تعذر تسليمه، و) كذا فى (الثمن المحتمل للتفاوت القليل) كما فى بعض الدراهم و الدنانير فى الزمن السابق، حيث يزيد و ينقص مقدار شعيرة، و نحوها من جهة كثرة التعامل عليها (و غير ذلك من الجهالات غررا).

و انما لم يكن غررا (لتسامح الناس فى غير مقام الحاجة الى المداقة فى اكثر الجهالات).

وفيه انا نقول: بانه ليس بغرر، الا اذا كان نص او اجماع على انه غرر موضوعا او انه محكوم بحكم الغرر.

ولعل هذا مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر في الشرع اضيق من دائرته في العرف و الا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه الا الى العرف.

نعم الجهالة التي لا يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم، لا تعد غررا، كتفاوت المكايل و الموازين.

(ولعل هذا) الذي ذكرنا من ان العرف يتسامح، بما لا يتسامح فيه الشرع- في باب الغرر- (مراد بعض الاساطين من قوله ان دائرة الغرر في الشرع اضيق من دائرته في العرف) فان الشروط التي وضعها الشارع في الغرر اكثر، فيقول «لا جهالة، لا ضرر، لا تسامح» بينما يقول العرف «لا جهالة، لا ضرر» و ينتج من زيادة شروط الشارع في باب الغرر، ان الغرر عنده اوسع افرادا من الغرر عند العرف.

فمثلا: افراد غرر العرف عشرة، و افراد غرر الشارع خمسة عشر (و الا-) يقصد بعض الاساطين ما ذكرناه في معنى الغرر (ف) لا معنى لأضيقية الدائرة شرعا، اذ (الغرر لفظ لا يرجع في معناه الا الى العرف) كسائر الموضوعات التي حكم الشارع عليها باحكام.

(نعم) لا تقصد بان الشارع لاحظ الدقة في كل مورد.

ف (الجهالة التي لا- يرجع الامر معها غالبا الى التشاح بحيث يكون) التشاح (النادر كالمعدوم، لا تعد) تلك الجهالة (غررا، كتفاوت المكايل و الموازين) و الاشبار و الاذرع في تقدير القماش و الارض و نحوهما.

و يشير الى ما ذكرنا: الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم الى اجل معلوم.

و خصوص موثقة غياث لا- بأس بالسلم فى كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم الى دياس او الى حصاد، مع ان التأجيل الى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع.

(و يشير الى ما ذكرنا) من لزوم ملاحظة الدقة فى المدة (الاخبار الدالة على اعتبار كون السلم) و هو ما كان الثمن نقدا، و المثلث بعد مدة عكس النسبية- (الى اجل معلوم) و اذا كان الوقت قابلا للزيادة و النقصان لم يكن اجلا معلوما، فلا تصحّ المسامحة فى الاجل، و فيه ان المسامح فيه معلوم عرفا.

(و خصوص موثقة غياث) قال عليه السلام (لا- بأس بالسلم فى كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم الى دياس او الى حصاد) الحصاد حصاد الزرع و قطعه، و الدياس سحقه لاجل اخراج الحب من التبن، و نحوه (مع ان التأجيل الى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع) فيعلم من هذه الموثقة ان الشارع لاحظ الدقة، و لم يترك الامر الى تسامح العقلاء.

اقول: لكن فيه ان الدياس المطلق، و الحصاد المطلق مجهولان حتى عند العقلاء، اذ يختلف اوقاتها فى منطقة واحدة كالعراق اكثر من شهر، و هذا نفاه الشارع..

اما دياس صحارى كربلاء و شبهها من منطقة واحدة مثلا، فلا نسلم

وربما يستدل على ذلك بان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة، لانه غرر.

وفيه ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة.

ان الرواية تشمله، كما ان العقلاء يجعلونه وقتا.

(وربما يستدل على ذلك) اى على لزوم الدقة فى المدة، و عدم المسامحة العرفية (بان اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لانه) اى اشتراط المدة المجهولة (غرر) و الغرر مخالف للكتاب و السنة.

اما الكتاب فقوله تعالى: **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ***، فانه اذا كانت المدة مجهولة، كان ذلك سببا للجهل بقدر الثمن، اذ: للأجل قسط من الثمن فمدة تزلزل البيع و هو مدة الخيار تؤثر فى جهالة الثمن فان ثمن البيع المتزلزل يوما اكثر من ثمن البيع المتزلزل شهرا.

و اما السنة: فلما ورد من نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر.

و حاصل كلام المستدل ان هذا الشرط مخالف للكتاب و السنة.

(وفيه) ان المستدل اراد بيان ان الشرط مخالف للكتاب و السنة، لكن دليله يعطى ان البيع مخالف للكتاب و السنة.

و من المعلوم (ان كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة) كما يفيد دليل المستدل (غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة)

ففى الثانى يفسد الشرط و يتبعه البيع.

وفى الاول يفسد البيع فيلغو الشرط.

اللهم الا ان يراد ان نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر، و ان لم يكن بيعا، فيشمله دليل نفي الغرر، فيكون مخالفا للكتاب و السنة

كما ادعاه المستدل، فدعواه شي ء و دليله شي ء آخر.

(ففى الثانى) و هو كون نفس الشرط مخالفا (يفسد الشرط) لانه مخالف (و يتبعه البيع) فى الفساد فيفسد البيع أيضا، لان البيع المشتمل على الشرط الفاسد فاسد.

(وفى الاول) و هو كون البيع فاسدا (يفسد البيع فيلغو الشرط) اذ الشرط لا يجب، الا اذا كان فى ضمن بيع صحيح او ما اشبه البيع من الالتزامات الصحيحة.

(اللهم الا ان يراد) اى يريد المستدل فى قوله «انه غرر» (ان نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر، و ان لم يكن بيعا، فيشمله) اى يشمل الخيار (دليل نفي الغرر).

فالمستدل اراد بيان ان الشرط الغررى باطل، و استدل لنفس ذلك، فدليله موافق لمدعاه، اذ لو كان نفس الخيار غرريا (فيكون مخالفا للكتاب و السنة).

اما السنة فلنهي النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر.

و اما الكتاب فلقوله تعالى: مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ.

لكن لا يخفى سراية الغرر الى البيع فيكون الاستناد في فساده الى فساد شرطه المخالف للكتاب كالاكل من القفا

و (لكن لا يخفى) ان المستدل لو اراد كون نفس الشرط غرريا كان الانسب التعليل لبطلان البيع بانه بيع غررى، لا بما ذكره من ان شرطه غررى، لان الغرر في الشرط يوجب الغرر في البيع (سراية الغرر) في الشرط (الى البيع فيكون الاستناد في فساده) اى فساد البيع (الى فساد شرطه المخالف للكتاب) و السنة (كالاكل من القفا) لان المستدل كان بإمكانه ان يقول البيع غررى، ففاسد فلم يكن يحتاج الى ان يقول الشرط غررى ففاسد، و حيث انه في ضمن البيع فالبيع فاسد.

و الحاصل ان المصنف اورد على المستدل احد اشكالين على سبيل منع الخلو، او لهما قوله «وفيه»، و ثانيهما قوله «كالاكل».

و حاصل ايراده انه ان اراد المستدل ان يقول «البيع غررى» ففيه انه لا يصح - على هذا - ان يفرع عليه كون الاشتراط مخالفا للكتاب و السنة، حيث قال المستدل في كلامه: فاشتراطه مخالف للسنة.

و ان اراد المستدل ان يقول «الشرط غررى» ففيه انه - و ان صح التفريع المذكور - الا ان عدول المستدل عن القول «بفساد البيع» الى القول «بفساد الشرط» كالاكل من القفا.

فقول المصنف «اللهم ..» اراد به بيان الاحتمال الثانى فى عبارة المستدل، وردّه.

مسئلة لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدة اصلا

كان يقول بعثك على ان يكون لى الخيار و بين ذكر المدة المطلقة كان يقول: بعثك على ان يكون لى الخيار مدة لاستواء الكل فى الغرر.

خلافًا للمحكى عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبي فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية ثلاثة ايام.

و يحتمل حمل الثالثة عليها

(مسألة: لا فرق فى بطلان العقد) اذا كانت المدة مجهولة (بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدة) للخيار (اصلا كان يقول بعثك على ان يكون لى الخيار) بدون ان يعين زمان الخيار، او اوله، او آخره (و بين ذكر المدة المطلقة) بان يقول «مدة» و يطلقها (كان يقول: بعثك على ان يكون لى الخيار مدة).

و انما قلنا لا فرق (لاستواء الكل) اى كل الصور الثلاثة (فى الغرر) فيكون باطلا.

(خلافًا للمحكى عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر) للقاضى (و الغنية و الحلبي فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية) و هى ان يقول: بعثك على ان يكون لى الخيار (ثلاثة ايام).

(و يحتمل حمل) الصورة (الثالثة عليها) فاذا قالها كانت مدة الخيار

وعن الانتصار والغنية والجواهر الاجماع عليه.

وفي محكى الخلاف وجود اخبار الفرقة به.

ولا شك ان هذه الحكاية بمنزلة ارسال اخبار فيكفى فى انجبارها الاجماعات المنقولة.

ولذا مال إليه فى محكى الدروس.

لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول الا عن الشيخ قدس سره واوله بإرادة خيار الحيوان.

ثلاثة ايام.

(وعن الانتصار والغنية والجواهر الاجماع عليه) اى على انه اذا اطلق، حمل على ثلاثة ايام.

(وفى محكى الخلاف وجود اخبار الفرقة به) اى بكون المطلق يحمل على ثلاثة ايام.

(ولا شك ان هذه الحكاية) من الشيخ (بمنزلة ارسال اخبار) فيدل ان هناك اخبارا مرسله (فيكفى فى انجبارها) سندا (الاجماعات المنقولة) التى نقلناها عن الثلاثة.

(ولذا مال إليه فى محكى الدروس) وقال: بانه اذا اطلق المدة حمل على ثلاثة ايام.

(لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول) اى القول بحمل المدة المطلقة على ثلاثة ايام (الا عن الشيخ قدس سره) فقط (و اوله بإرادة خيار الحيوان) لا خيار الشرط الذى هو محل الكلام.

ص: 320

و عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الجزم به.

وقواه بعض المعاصرين منتصرا لهم بما في مفتاح الكرامة، من انه ليس في الادلة ما يخالفه.

اذ الغرر مندفع بتحديد الشرع، وان لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا اشكال في صحة العقد مع الجهل به، او بمدته.

وزاد في مفتاح الكرامة التعليل بان الجهل يتول الى العلم الحاصل

(و عن العلامة الطباطبائي) السيد بحر العلوم (في مصابيح الجزم به) اي بان المطلق يحمل على ثلاثة ايام.

(وقواه بعض المعاصرين) وهو صاحب الجواهر (منتصرا لهم) اي لمن قال بان المطلق يحمل على ثلاثة ايام (بما في مفتاح الكرامة، من انه ليس في الادلة ما يخالفه) حتى يقال: بان المطلق لا يحمل على ثلاثة ايام.

(اذ) الاشكال فيه، بانه غرر، غير وارد، فان (الغرر مندفع بتحديد الشرع) له بثلاثة ايام (وان لم يعلم به المتعاقدان) فان علم المتعاقدين ليس بشرط بعد تحديد الشرع، فحال خيار الشرط (كخيار الحيوان) المقرر شرعا في بيع الحيوان (الذي لا اشكال في صحة العقد مع الجهل به) اي باصل خيار الحيوان (او بمدته) اي الجهل بان مدته ثلاثة ايام.

(وزاد في مفتاح الكرامة) في وجه تصحيح كون المطلق مدته ثلاثة ايام (التعليل بان الجهل) بالمدة (يتول الى العلم الحاصل) ذلك

من الشرع.

وفيه ما تقدم فى مسألة تعذر التسليم من ان بيع الغرر موضوع عرفى حكم فيه الشارع بالفساد.

والتحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان.

فان ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفي الغرر و كان التحديد تعبديا نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة.

العلم (من الشرع) حيث عين الشرع ثلاثة ايام.

(وفيه) اى فى الاستدلال الذى ذكره بعض المعاصرين وزاده فى مفتاح الكرامة (ما تقدم فى مسألة تعذر التسليم من ان بيع الغرر موضوع عرفى) كسائر المواضع العرفية المحكومة من قبل الشارع (حكم فيه الشارع بالفساد) لورود روايتين، احدهما نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر، و الاخرى نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 11، ص: 322

(و) ان قلت: تحديده بثلاثة ايام شرعا كاف فى رفع الغرر.

قلت: (التحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان) فلا يصح من جهة القصد، و لا يرفع غرره فى نفسه.

(فان ثبت) التحديد بالثلاثة (بالدليل) الخاص (كان) ذلك الدليل (مخصصا لعموم نفي الغرر) فيكون غررا قد اجازه الشارع (و كان التحديد) امرا (تعبديا) لا امرا قصده المتعاقدان، فيكون (نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة) كما اذا اوصى ان يعطوا

ص: 322

او يكون حكما شرعيا ثبت في موضوع خاص، و هو اهمال مدة الخيار.

و الحاصل: ان الدعوى في تخصيص ادلة نفى الغرر لا في تخصصها و الانصاف ان ما ذكرنا من حكاية الاخبار و نقل الاجماع

مالا كثيرا حيث عين في الرواية بثمانين تمسكا بقوله تعالى: لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ (او يكون) اصل الخيار و مدته كلاهما (حكما شرعيا ثبت في موضوع خاص، و هو) اي الموضوع الخاص (اهمال مدة الخيار) وقوله «او» عطف على «كان التحديد».

و الحاصل: اذا قال البائع «بعتك بشرط الخيار» اما شرط الخيار يتحقق بقصد البائع، و مدته تتحقق بحكم الشرع، و عليه يكون التحديد تعبدا، و اما شرط الخيار و مدته كلاهما يتحققان بحكم الشرع، اذ شرط البائع باطل حيث لم يذكر المدة، فاصل الشرط أيضا: كقدر المدة يحتاج الى حكم الشارع، و عليه يكون كل من اصل الشرط و مدته تعبدا شرعا.

(و الحاصل: ان) هذا الشرط غررى قطعاً، فلا يصح كلام الجواهر و مفتاح الكرامة، حيث ارادا جعل الشرط غير غررى.

فاللازم اثبات (الدعوى في تخصيص ادلة نفى الغرر) و ذلك باثبات ورود النص بصحة مثل هذا الغرر (لا في تخصصها) بان يقال: انه ليس بغير اصلا، كما اراده المفتاح و الجواهر.

(و الانصاف) انه لم يقدّم دليل من الاخبار على صحة مثل هذا الخيار المجهول المدة، ل (ان ما ذكرنا من حكاية الاخبار و نقل الاجماع

لا ينهض لتخصيص: قاعدة الغرر، لان الظاهر بقريئة عدم تعرض الشيخ لذكر شي ء من هذه الاخبار فى كتابيه الموضوعين لايداع الاخبار، انه عول فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلالة الاخبار الواردة فى شرط الحيوان.

ولا ريب ان الاجماع المحكية انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالاته او القاصر دلالاته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة

لا ينهض لتخصيص: قاعدة الغرر).

اما عدم نهوض الاخبار التى ارسلها الشيخ، ف (لان الظاهر بقريئة عدم تعرض الشيخ لذكر شي ء من هذه الاخبار) التى ارسلها فى كتابه: الخلاف، و (فى كتابيه) التهذيب والاستبصار (الموضوعين لايداع الاخبار، انه) «انه» متعلق ب «الظاهر» (عول فى هذه الدعوى) اى دعوى وجود الاخبار (على اجتهاده) الشخصى (فى دلالة الاخبار الواردة فى شرط الحيوان) اى خياره.

(و) بهذا اسقط حجية الاجماع ايضا.

اذ: (لا- ريب ان الاجماع المحكية انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالاته) بان يكون سند المرسل ضعيفا، و لكن دلالاته واضحة، فالاجماع يجبر السند (او القاصر دلالاته) فالاجماع يتم الدلالة، اذ لو فهم الفقهاء من خبر معنى يكون فهمه قريئة على ان معنى هذا الخبر هو كما فهموه (لا) ان الاجماع يجبر (المرسل المجهول العين) الذى لا نعرف عين المرسل بألفاظه (المحتمل لعدم الدلالة

رأساً فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لا- حاجة الى ضمّ المنجبر، اذ نعلم اجمالاً- ان المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار.

و لا ريب ان المستند غالباً في اجماعات القاضى و ابن زهرة اجماع السيد فى الانتصار.

رأساً) كما فى المقام، حيث يحتمل ان الشيخ فهم من خيار الحيوان مسألتنا هنا.

و من المعلوم ان اخبار الحيوان لا دلالة لها على مسألتنا اصلاً و اذ: سقط المرسل (فالتعويل) و الاعتماد فى مسألتنا (حينئذ) اى حين ناقشنا فى المرسل سندا و دلالة (على نفس الجابر) اى يكون مستند المسألة الاجماع فقط (و لا حاجة الى ضمّ المنجبر) اى المرسل - بعد سقوط المرسل على ما عرفت-.

و انما لا حاجة (اذ نعلم اجمالاً) اى علماً عادياً فى الجملة- من القرينة التى ذكرناها- (ان المجمعين) فى مسألتنا (اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار) و كانهم رأوا وحدة الملاك بين خيار الحيوان و بين الخيار فى ما اذا ذكرت المدة مطلقاً، فتعدّوا من اخبار الحيوان الى هذه المسألة، و لا شك فى ضعف هذا المناط.

(و لا- ريب ان المستند غالباً فى اجماعات القاضى و ابن زهرة اجماع السيد فى الانتصار) فلا يمكن الاعتماد عليه، اذ هو اجماع منقول ضعيف غاية الضعف.

نعم قد روى فى كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجّة اصابته فى رأسه فقال له النبي صلى الله عليه وآله: اذا بعت فقل: لا خلابة، و جعل له الخيار ثلاثا.

وفى رواية و لك الخيار ثلاثا، و الخلابة: الخديعة.

وفى دلالة فضلا عن سنده ما لا يخفى.

و جبرها بالاجماع كما ترى.

(نعم قد روى فى كتب العامة ان حنان بن منقذ كان يخدع) على صيغة المفعول (فى البيع لشجّة اصابته فى رأسه) فضعف بذلك عقله (فقال له النبي صلى الله عليه وآله: اذا بعت) شيئا (فقل: لا خلابة و جعل) صلى الله عليه وآله (له الخيار ثلاثا).

(وفى رواية) اخرى (و لك الخيار ثلاثا، و الخلابة: الخديعة) فكانه بقوله هذا «لا خلابة» يجعل لنفسه الخيار ثلاثة ايام.

و لا يقال: ان له خيار الغش، او الغبن، او العيب فلا حاجة الى هذا الخيار الثلاثة.

لانه يقال: من الممكن ان يكون ما اشتراه صحيحا و بالقيمة العادلة لكنه لا يحتاج إليه و انما سيق الى شرائه، او بيعه، لاجل الشجة، و لعدم انضباط حواسه، و ان لم يكن بمنزلة السفية او المجنون، حتى تبطل معاملاته.

(وفى دلالة) لانه فى مورد خاص (فضلا عن سنده) العامى (ما لا يخفى)

(و) احتمال (جبرها) اى رواية حنان (بالاجماع) المتقدمة (كما ترى)

اذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين الى خلافها فى الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح.

فالقول بالبطلان لا يخلو من قوة.

ثم انه ربما يقال: ببطلان الشرط دون العقد و لعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد

غير صحيح.

(اذ التعويل عليها) اى على الاجماع (مع ذهاب المتأخرين الى خلافها) لانهم افتوا بأن لا خيار، اما لبطلان العقد لان الشرط الفاسد مفسد، او لبطلان الشرط اذا لم نقل بافساد الشرط الفاسد للعقد (فى الخروج عن قاعدة الغرر) «فى» متعلق ب «التعويل» (مشكل) لان القاعدة قوية و المخرج ضعيف (بل غير صحيح) اطلاقاً.

(فالقول بالبطلان) للشرط فقط او للعقد فيبطل الشرط (لا يخلو من قوة).

وان كان ربما يقال: ان مراسيل الشيخ حجة.

اما من جهة الدلالة فلانه افتمى ثم قال به روايات فمضمون فتواه روايات و احتمال انه استنبط ذلك من روايات خيار الحيوان خلاف الظاهر و لا تلازم بين وجود الروايات و بين ذكرها فى التهذيب و الاستبصار.

و اما من جهة السند فللانجبار و القول بالخيار لا يخلو من وجه.

(ثم انه ربما يقال: ببطلان الشرط دون العقد و لعله مبنى على ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد) لعدم دليل على التلازم بين

ص: 327

وفيه ان هذا على القول به في ما اذا لم يوجب الشرط فسادا في اصل البيع كما في ما نحن فيه حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و الا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط، و سيجي ء تمام الكلام في مسألة الشروط.

الفسادين بل العقد مشمول للدليل: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، وغيره من ادلة لزوم العقود و صحتها (و فيه ان هذا) اي فساد الشرط دون العقد (على القول به) انما هو (في ما اذا لم يوجب) فساد (الشرط فسادا في اصل البيع كما في ما نحن فيه).

فان فساد الشرط يسرى الى البيع (حيث ان جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا) و اذا صار البيع غرريا بطل، سواء كان سبب الغرر الشرط او غيره (و الا) نقل بهذا القول، و هو ان فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط (فالمتجه فساد البيع) اذا فسد شرطه (و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط الى المشروط).

لكن لا يبعد عدم البطلان في المقام على القول بعدم السراية (و سيجي ء تمام الكلام في مسألة الشروط) ان شاء الله تعالى.

مسئلة مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

لانه المتبادر من الاطلاق.

ولو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدئه اول جزء من ذلك الزمان.

فلو شرط خيار الغد، كان مبدئه من طلوع فجر الغد

(مسألة: مبدأ هذا الخيار) اى خيار الشرط (من حين العقد) فبانقضاء الايجاب، و القبول يبدأ زمان خيار الشرط (لانه) اى كونه من حين العقد (المتبادر من الاطلاق) اى اطلاق قول البائع والمشتري، باشتراط الخيار اسبوعا مثلا.

ولا يخفى ان اطلاق قولهما انما يؤخذ به اذا لم يقصد الا ما يستفاد من اللفظ، و الا فالمتبع قصدهما.

(ولو كان) اى جعل (زمان الخيار منفصلا) عن العقد (كان مبدئه اول جزء من ذلك الزمان) حسب الانصراف العرفى.

(فلو شرط خيار الغد، كان مبدئه من طلوع فجر الغد) لان طلوع الفجر اول الغد.

اما اذا كان اللفظ مجملا، فاللازم الرجوع الى قصدهما، كما اذا جعل الخيار من اول نهار الغد، اذ: النهار مجمل، بين طلوع الفجر و طلوع الشمس.

ولو لم يقصدا الا ظاهر اللفظ وفرض اجمال اللفظ، فمن المحتمل ان يكون زمان الخيار اقل الامرين، فيكون فى المثال من طلوع الشمس

فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان بناء على ان مبدئه من حين العقد.

ولو جعل مبدئه من حين التفرق، بطل لادائه الى جهالة مدة الخيار.

وعن الشيخ والحلى: ان مبدئه من حين التفرق.

وقد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته.

(فيجوز جعل مبدئه) اى مبدأ خيار الشرط، و الفاء تفريع على انه يجوز جعل مبدأ خيار الشرط منفصلا (من انقضاء خيار الحيوان).

لكن هذا (بناء على ان مبدئه) اى مبدأ خيار الحيوان (من حين العقد) فمن حين العقد الى ثلاثة ايام خيار الحيوان، وبعده خيار الشرط.

(ولو جعل مبدئه) اى مبدأ خيار الحيوان (من حين التفرق بطل) خيار الشرط (لادائه الى جهالة مدة الخيار) اذا كان حين التفرق مجهولا، جهالة توجب الغرر.

ووجه البطلان: انه لا يعلم من اين يبدأ خيار الحيوان، فلا يعلم ابتداء خيار الشرط.

(وعن الشيخ والحلى: ان مبدئه) اى مبدأ خيار الشرط (من حين التفرق) لئلا يجتمع خيار الشرط مع خيار المجلس.

(وقد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته) فيمكن الجمع بينهما و المجلس، فينقضى بانقضاء المجلس.

نعم يمكن ان يقال هنا: ان المتبادر من جعل الخيار جعله فى زمان لولا الخيار لزم العقد، كما اشار إليه فى السرائر.

لكن لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلاثة.

مع ان هذا انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس.

والافمع الجهل به لا يقصد

اما خيار الشرط فانقضاءه حسب ما قرأ.

(نعم يمكن ان يقال هنا) اى فى باب خيار الشرط ان خيار الشرط بعد خيار المجلس، لا لاجل ما ذكره الشيخ، بل ل (ان المتبادر من جعل) المتعاقدين (الخيار جعله فى زمان لولا الخيار لزم العقد، كما اشار إليه فى السرائر).

وذلك لان علة جعلهما الخيار امكان الفسخ فلا حكمة لهما فى جعله فى حال خيار المجلس.

وعليه يكون خيار الشرط بعد انقضاء خيار المجلس.

(لكن لو تم هذا) الوجه (لاقتضى كونه) اى كون خيار الشرط (فى) بيع (الحيوان من حين انقضاء الثلاثة) لان العلة المذكورة موجودة فى خيار الحيوان أيضا حيث انهما لم يذكرهما فى خيار الحيوان.

(مع ان هذا) وهو كون خيار الشرط بعد خيار المجلس (انما يتم مع العلم) من المتعاقدين (بثبوت خيار المجلس) لان علة ما ذكر، انما هى فى مورد العلم.

(والافمع الجهل به) اى اذا جهلا ان لهما خيار المجلس (لا يقصد)

الا الجعل من حين العقد بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

المتعاقدان (الا الجعل) لخيار الشرط (من حين العقد) وقصدهما في الجعل هو المتبع (بل الحكم بثبوته) اى ثبوت خيار الشرط (من حين التفرق) مطلقا سواء علما بخيار المجلس، أم لم يعلما به (حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما) مع العلم: ان العقود تتبع القصد. فتحصل انه ان علما بخيار المجلس، وقصد وضع خيار الشرط في زمان لا خيار لهما شرعا، كان مبدأ خيار الشرط من حين انقضاء المجلس و الا كان مبدئه من حين العقد.

ص: 332

قال فى التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد، صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الاجماع فى الاجنبى، قال: لان العبد بمنزلة الاجنبى.

و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار.

فان

(مسألة: يصح جعل الخيار) اى خيار الشرط (لاجنبى) عن العقد

(قال فى التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد، صح البيع) لاطلاق: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَ: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، (و) صح (الشرط) لاطلاق المؤمنون عند شروطهم (عندنا معا، و حكى عنه) اى عن العلامة (الاجماع فى) صحة جعل الخيار ل (الاجنبى).

ثم (قال): انما نقول بصحة جعل الخيار للعبد الذى باعه (لان العبد بمنزلة الاجنبى) الحرّ، لانه فرد من افراد الاجنبى، فكلما ثبت فى مطلق الاجنبى، يثبت فى العبد.

(و لو جعل الخيار) اى خيار الشرط (لمتعدد كان كل منهم ذا خيار) لان اطلاق دليل: المؤمنون عند شروطهم، يشمل كل أولئك المتعدد.

(فان) اتفق المتعدد فى الفسخ او الاجازة، فلا اشكال فى الاخذ برأيهم.

اختلفوا فى الفسخ و الاجازة قدم الفاسخ، لان مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة بخلاف ما لو وكل جماعة فى الخيار، فان النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك.

و عن الوسيلة: انه اذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ او امضاء نفذ

و ان لم يجتمعا

و ان (اختلفوا فى الفسخ و الاجازة) ففسخ احدهم و اجاز الآخر (قدم الفاسخ، لان مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة).

كما انه اذا جعل خيار الشرط للمتعاقدين فاجاز احدهما، و فسخ الآخر، قدم الفاسخ على المجيز لنفس العلة المذكورة.

(بخلاف ما لو وكل) من له الخيار (جماعة فى الخيار، فان النافذ) من الفسخ و الاجازة (هو تصرف السابق) منهما (لفوات محل الوكالة بعد ذلك) اذ خيار واحد لكل منهم على سبيل البدل.

فاذا نفذه احدهم فسخا، او اجازة، لم يبق محلّ للشخص الآخر بل سقط الخيار بفعل الشخصى الاول، اما من جهة بطلان العقد، اذا كان الاول فاسخا، و اما من جهة لزوم العقد اذا كان الاول مجيزا.

(و عن الوسيلة: انه اذا كان الخيار لهما) اى جعلتا لنفسهما خيارا واحدا فقط، لا ان يكون لكل واحد منهما خيار، فلا يكون لهما خياران (و اجتمعا على فسخ او امضاء نفذ) لان فسخهما معا اخذ بالخيار، و اجازتهما معا اخذ بالخيار أيضا.

(و ان لم يجتمعا) كلاهما على الفسخ او الامضاء، بل فسخ احدهما

بطل.

وان كان لغيرهما، ورضى، نفذ البيع وان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء، انتهى.

وفي الدروس يجوز اشتراطه لاجنبى منفردا ولا اعتراض عليه ومعهما او مع احدهما

و اجاز الآخر، او فسخ احدهما او اجاز، و سكت الآخر (بطل) ما فعله كلاهما، او احدهما، اى لم يقع فسخ ولا اجازة، لان العمل كان لكليهما معا، فلا يقع العمل من احدهما.

(وان كان) خيار الشرط (لغيرهما) اى الاجنبى عن المعاملة (ورضى) بالبيع (نفذ البيع) لان معنى: رضاه، اسقاط الخيار.

(وان لم يرض) بالبيع، لكنه لم يفسخ (كان المبتاع) للحيوان - اى المشتري - (بالخيار بين الفسخ والامضاء، انتهى) لان خيار الشرط متعلق بالاجنبى اما خيار الحيوان فهو متعلق بالمشتري.

وهذا غاية ما يقال فى هذه العبارة، وهى غير مستقيمة كما لا يخفى.

(و) قال (فى الدروس يجوز اشتراطه لاجنبى) عن البائعين (منفردا) اى ان يكون خيار الشرط للاجنبى فقط (ولا اعتراض عليه) فى الفسخ او الاجازة، لان الخيار له، فله ان يفعل ما يشاء.

(و) يجوز جعل الخيار للاجنبى (معهما) فالخيار لثلاثة (او مع احدهما) الاجنبى واحد المتبايعين.

ص: 335

ولو خولف امكن اعتبار فعله، و الا لم يكن لذكره فائدة، انتهى.

اقول: و لو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازته و المفروض عدم مضى اجازته مع فسخه لم يكن لذكر الاجنبى فائدة.

(و) حينئذ بان كان الخيار لهما معه، او لاحدهما معه ف (لو خولف) الاجنبى بان اراد الاجنبى الفسخ و اراد احدهما الاجازة او العكس (امكن اعتبار فعله) اى فعل الاجنبى، فيلغو فعل احد المتبايعين فسخا او اجازة (و الا) يعتبر فعل الاجنبى (لم يكن لذكره) و جعل الخيار له (فائدة)

مع وضوح ان جعل الخيار للاجنبى لا بد له من اثر (انتهى) كلام الدروس.

(اقول) يريد الدروس بقوله: (و) لو خولف ... الخ انه (لو لم يمض فسخ الاجنبى مع اجازته) اى اجازة المالك (و المفروض عدم مضى اجازته) اى اجازة الاجنبى (مع فسخه) اى مع فسخ المالك، لان المالك اذا فسخ انفسخ العقد سواء اجاز الاجنبى، أم لا.

اذ: الفسخ مقدم على الاجازة، فيما اذا كان لكل منهما خيار مستقل حسب الشرط (لم يكن لذكر) الشرط ل (الاجنبى فائدة) فلا فسخه، و لا اجازته تنفعان.

و حيث ان للشرط للاجنبى فائدة قطعا، و لم تكن الفائدة فى اجازة الاجنبى مع فسخ المالك لا بد و ان تكون الفائدة فى فسخ الاجنبى مع اجازة المالك.

ثم انه ذكر غير واحد ان الاجنبى يراعى المصلحة للجاعل.

ولعله لتبادره من الاطلاق.

والا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

(ثم انه ذكر غير واحد ان الاجنبى يراعى المصلحة للجاعل) اى لمن جعل الخيار له.

فان كانت مصلحة الجاعل الفسخ، فسخ الاجنبى العقد.

وان كانت مصلحة الجاعل الاجازة اجاز.

ومعنى مراعات المصلحة انه لو عمل الاجنبى على خلاف مصلحة الجاعل لم ينفذ عمله.

مثلا: كانت مصلحة الجاعل الاجازة ففسخ، فانه لا ينفذ فسخه لانه ليس مفوضا إليه الا المصلحة.

نعم اذا كانت المصلحة فى الفسخ، فلم يفسخ لم يترتب عليه الفسخ كما هو واضح.

(و) كيف كان فلزوم مراعاته للمصلحة (لعله لتبادره) اى تبادر العمل بالصلاح (من الاطلاق) اى من اطلاق جعل الشرط له فى قبال ان يقول له: لك الخيار مطلقا «مصلحة كان الاخذ بالخيار أم لا».

(والا) يكن التبادر عرفا (فمقتضى التحكيم) اى جعل الشرط للاجنبى فانه يقتضى جعل الحكم بالفسخ و الامضاء فى يده (نفوذ حكمه) اى حكم الاجنبى (على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة) الجاعل.

فتعليل وجوب مراعات الاصلح بكونه امينا لا يخلو عن نظر.

ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنى مخالف للمشروع نظرا الى ان الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشرط او بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن

و منه يعلم ان وجه مراعاته للمصلحة «لتبادر» (فتعليل وجوب مراعات) الاجنبى (الاصح بكونه امينا) «بكونه» متعلق «بالاصح» (لا يخلو عن نظر).

اذ اى ربط بين كونه امينا وبين عدم نفوذ عمله اذا لم يفعل الاصلح

(ثم انه ربما يتخيل ان اشتراط الخيار للاجنى مخالف للمشروع) فلا يصح هذا الجعل، لان الشرط اذا كان مخالفا للشرع، كان باطلا، كما تقدم (نظرا الى ان الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ) اى بالتقاييل بان يرضى كل واحد من المتعاقدين باسترداد ما اعطى و اعطاء ما أخذ (او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس و الشرط) فان خيار المجلس داخل فى العقد شرعا، و خيار الشرط داخل فى العقد جعلا منهما.

وعلى كلا التقديرين فالخيار داخل «بالاصل» فقوله: بالاصل، متعلق «بالفسخ» و عطف على «بالتفاسخ» (او بالعارض) اى ان الخيار ليس داخلا فى العقد ابتداء، بل يكون له الخيار اذا عمل عملا (كخيار الفسخ برد الثمن) كان يشترط انه اذا رد الثمن كان له خيار الفسخ، و

و هو ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعا و لا عقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد، او بالعين و ان كان اجنبيا.

فحينئذ، يجوز للمتبايعين اشتراط حق للاجنبي في العقد.

هذا ما يسمى ببيع الشرط (لنفس المتعاقدين) «لنفس» متعلق ب «صحة» اي ان الشارع جعل الفسخ لنفس المتعاقدين، فلا خيار للاجنبي لا اصلا و لا شرطا.

(و هو) اي التحميل (ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ) لا بد و ان يكون (من احد المتعاقدين) اذ لا دليل على ذلك، لا (شرعا و لا عقلا).

اذ لا- دليل من الشرع او العقل على ذلك بل اطلاق ادلة الشرط يدل على امكان جعل الشرط للاجنبي، كما ان العقل لا يرى مانعا عن ذلك، و العقلاء يفعلونه في عقودهم (بل المعتبر فيه) اي في الفسخ (تعلق حق الفاسخ بالعقد) بان يملك ابطاله و ان لم يكن له حق في العين و ان انفسخ العقد (او بالعين) بان كان له حق في العين، بحيث اذا بطل العقد كان له العين (و ان كان اجنبيا) كما لو جعل خيار الشرط للمالك.

(فحينئذ) اي حين كان من الممكن له حق في الفسخ، و ان لم يكن له حق في العين (يجوز للمتبايعين اشتراط حق) الفسخ و الامضاء (للاجنبى في العقد) و ان لم يكن له حق في العين.

وسيجي ء نظيره فى إرث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين.

(وسيجي ء نظيره) اى ما كان له حق فى العقد، دون ان يكون له حق فى العين (فى إرث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين).

فاذا باع الزوج ارضا بخيار فمات و كانت له زوجة ورثت الزوجة الخيار مع انها لو فسخت المعاملة لم ترث الارض، لان الزوجة لا ترث من الارض و سيأتى تفصيل الكلام فيه.

وكذا لو باع الأب الحبة بخيار، فان الاولاد لهم الحق فى الفسخ مع ان الوارث لها الولد الاكبر الى غيرهما من الامثلة.

ص: 340

بان يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى امر العقد، فيأتمر بامره، او بان يأتمره اذا امره ابتداء.

و على الاول فان فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ.

(مسألة: يجوز لهما) اى البائع و المشتري (اشتراط الاستيمار) سواء جعل الشرط لهما او لاحدهما (بان يستأمر المشروط عليه الاجنبى) فشرط البائع على المشتري ان يستأمر فلانا الاجنبى (فى امر العقد) فلاحق للمشتري ان يفسخ بدون طلب امر المشتري، بل اللازم على المشتري ان يطلب من الاجنبى هل يفسخ، أم لا؟

(فيأتمر) المشتري (بامره) اى بامر الاجنبى فيما قال له من الفسخ او الامضاء (او) عطف على «بان يستأمر» (بان يأتمره) اى ان المشتري يقبل امر الاجنبى (اذا امره) اى امر الاجنبى المشتري (ابتداء) بدون ان يطلب المشتري امر الاجنبى.

مثال الاول: يقول زيد البائع لمحمد المشتري لك الخيار على شرط ان تستشير عليا، فاذا قال لك: افسخ، فلك الفسخ.

و مثال الثانى: ان يقول زيد لمحمد لك الخيار، على شرط ان يقول لك عليّ «ابتداء بدون ان تستشير» افسخ.

(و على الاول) اشتراط الاستيمار (فان فسخ المشروط عليه) الاستيمار (من دون استيمار) اى دون استشارة من الاجنبى (لم ينفذ) لفرض انه

و لو استأمره فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعا، اذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار، بل الالتزام بامره مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضا ملك الفسخ.

و ان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الامر ملك الفسخ حينئذ

اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه.

أما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ، فواضح اذ المفروض ان الثالث لا سلطنة له على الفسخ

كان له الخيار بعد الاستيمار (و لو استأمره) بان طلب استشارة الاجنبى (فان امره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعا، اذ) العرف يرى من هذا الشرط ان (الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار) و مجرد الاستشارة (بل الالتزام بامره) اى بامر الاجنبى (مع انه لو كان الغرض مجرد ذلك) الاستيمار و الاستشارة (لم يوجب ذلك) الاستيمار بدون ترتيب الأثر على امره و لم يوجب ذلك الاستيمار «و امره بالاجازة» (أيضا ملك الفسخ) اذ لم يكن اثر لامره- حسب الفرض- فباى وجه يفسخ بعد الاستيمار؟

(و ان امره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ) عطف على «فان امره بالاجازة» (بل غاية الامر) عند امره بالفسخ (ملك الفسخ حينئذ) فان شاء فسخ، و ان شاء لم يفسخ، و لا يجب عليه الفسخ.

(اذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه) سواء رضى الآخر بالفسخ أم لا؟

(اما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح) انه لا يجب عليه الفسخ (اذ المفروض ان الثالث) الاجنبى (لا سلطنة له على الفسخ) لانه لم يجعل

و اما مع طلب الآخر للفسخ، فلان وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر- راجع الى حق لصاحبه عليه.

فان اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستيمار الى

له سلطة الفسخ، لا شرعا و لا بجعل المتعاقدين (و المتعاقدان) اللذان لهما الفسخ (لا يريد انه) و لا دليل على انه يلزم على احدهما الفسخ، لزوما شرعيا او لزوما جعليا.

(و اما مع طلب الآخر) طرف البيع (للفسخ، ف) شرط البائع على المشتري- مثلا- استيمار الاجنبى لا يجعل للبائع حق الفسخ لنفس البائع، لان المفروض ان الفسخ حق للمشتري فقط، لا انه حق لهما، و انما يجعل حقا للمشتري «فى ان يفسخ أو لا يفسخ» و المفروض ان المشتري لا يفسخ (لان وجوب الفسخ حينئذ) اى حين امره الاجنبى بالفسخ (على المستأمر- بالكسر-) كالمشتري فى مثالنا (راجع الى حق لصاحبه) كالبائع فى مثالنا (عليه) اى على المشتري- فى مثالنا-.

(فان اقتضى اشتراط الاستيمار) من البائع (ذلك الحق) فى وجوب الفسخ (على صاحبه) المشتري (عرفا) بان قال العرف: انه اذا اشترط البائع على المشتري الاستيمار، كان معناه ان للبائع ان يفسخ اذا امر الاجنبى و المشتري بالفسخ (فمعناه سلطنة صاحبه) اى البائع- فى مثالنا- (على الفسخ، فيرجع اشتراط) البائع على المشتري (الاستيمار الى

شرط لكل منهما على صاحبه.

و الحاصل: ان اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه انما يقتضي ملكه للفسخ، اذا اذن له الثالث المستأمر.

و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضي ملك كل واحد منهما للفسخ عند الاذن.

و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني و هو الايتامر بامره الابتدائي

فانه ان كان شرطا لاحدهما ملك

شرط لكل منهما على صاحبه) ان يكون له الفسخ اذا امر الاجنبى بالفسخ

و هذا خلاف الفرض لان المفروض ان للبايع على المشتري ان يفسخ «الفسخ بيد المشتري وحده» لا ان كلا منهما له حق الفسخ.

(و الحاصل: ان اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه انما يقتضي ملكه) اى ملك الصاحب (للفسخ، اذا اذن له) اى للصاحب (الثالث) الاجنبى (المستأمر) - بالفتح.

(و اشتراطه) اى اشتراط الاستيمار (لكل منهما على صاحبه يقتضي ملك كل واحد منهما للفسخ عند الاذن) من الاجنبى.

(و مما ذكرنا) قبل «و الحاصل» و آذني لخصناه فى «و الحاصل» (يتضح حكم الشق الثانى و هو الايتامر) لاحد المتعاقدين (بامره) اى بامر الاجنبى (الابتدائى) بدون استيماره، اذ قلنا فى اول المسألة «بان يستأمر أو بأن يآتمره ..».

(فانه ان كان شرطا لاحدهما) البائع او المشتري (ملك) ذلك

الفسخ لو امره به.

وان كان لكل منهما ملكا كذلك.

ثم من اعتبار مراعات المستأمر للمصلحة وعدمه، وجهان، اوجههما العدم ان لم يستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقرينة حالية او مقالية.

«الاحد» (الفسخ لو امره) الاجنبى (به) اى بالفسخ.

(وان كان) شرطا (لكل منهما) على صاحبه (ملكاً) كلاهما (كذلك) اى الفسخ لو امره الاجنبى بالفسخ.

(ثم من اعتبار مراعات المستأمر) - بالفسخ - اى الاجنبى (للمصلحة) فى امره بالفسخ او بعدم الفسخ (وعدمه) اى عدم اعتبار المراعات (وجهان، اوجههما العدم) لاطلاق شرط الاستيمار (ان لم يستفد) بصيغة المجهول (الاعتبار) اى اعتبار مراعات المصلحة فى امر المشتري (من اطلاق العقد) بان كان الاطلاق منصرفاً الى مراعات المصلحة فى امر الاجنبى (بقرينة حالية او مقالية).

اما اذا كان اطلاق العقد منصرفاً، فاللازم ان يكون امر الاجنبى بالفسخ او الامضاء ناشياً عن المصلحة، والله سبحانه العالم.

ص: 345

اشارة

و يقال له: بيع الخيار و هو جائز عندنا- كما فى التذكرة-، و عن غيرها الاجماع عليه، و هو ان يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بان يردّ الثمن فيها و يرتجع المبيع.

و الاصل فيه بعد العمومات المتقدمة فى الشرط النصوص المستفيضة.

منها: موثقة اسحاق بن عمّار، قال: سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام يقول و سأله رجل و انا عنده، فقال رجل مسلم احتاج الى بيع

(مسألة: من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، و يقال له:

بيع الخيار) و الاضافة لاجل ان فى البيع يجعل الخيار (و هو جائز عندنا- كما فى التذكرة-، و عن غيرها الاجماع عليه، و هو) عبارة عن (ان يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة) محدودة، كسنة مثلا (بان يردّ الثمن فيها) اى فى تلك المدة (و يرتجع) اى يأخذ (المبيع).

(و الاصل) اى الدليل (فيه) اى فى جواز هذا القسم من الشرط (بعد العمومات المتقدمة فى الشرط) بصورة مطلقة شاملة لهذا الشرط أيضا (النصوص المستفيضة).

(منها: موثقة اسحاق بن عمّار، قال: سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام يقول و سأله رجل و انا عنده، فقال) ذلك الرجل (رجل مسلم احتاج الى بيع

داره، فمشى الى اخيه، فقال له ابيعك دارى هذه و تكون لك احب الى من ان تكون لغيرك على ان تشتري لى انى اذا جئتك بئمنها الى سنة تردها على، قال لا- بأس بهذا ان جاء بئمنها ردها عليه قلت أ رأيت لو كان للدار غلة، لمن تكون الغلة؟ فقال للمشتري، الا ترى انها لو احترقت كانت من ماله.

و رواية معاوية بن ميسرة، قال سمعت أبا الجارود، و يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه و بين الذي اشترى منه الدار خلطة فشرط

داره، فمشى الى اخيه) المسلم (فقال له ابيعك دارى هذه و تكون) الدار (لك احب الى من ان تكون لغيرك) لكن البيع (على ان تشتري لى انى اذا جئتك بئمنها الى سنة تردها على) هل يصح هذا البيع و هذا الشرط؟ (قال) عليه السلام (لا بأس بهذا) البيع (ان جاء بئمنها) الى المدة المذكورة و (ردها عليه قلت أ رأيت)- اى اخبرنى - (لو كان للدار غلة) و ربح (لمن تكون الغلة؟ فقال) عليه السلام: (للمشتري، الا ترى انها لو احترقت كانت من ماله) فمن عليه الغرم فله الغنم.

و السر واضح، فان الدار صارت ملكا للمشتري، و انما للبائع الحق فى استرجاعها اذا رد الثمن.

(و رواية معاوية بن ميسرة، قال سمعت أبا الجارود، و يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه) اى بين البائع (و بين الذي اشترى منه الدار خلطة) و صداقة (فشرط)

انك ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله، قال له: شرطه، قال له ابو الجارود فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال هو ماله، وقال عليه السلام أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار؟ دار المشتري.

وعن سعيد بن يسار فى الصحيح، قال: قلت: لابي عبد الله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد او غيرهم، فنيبعهم ونربح عليهم

البائع لنفع المشتري (انك ان اتيتنى بمالى ما بين) مدة (ثلاث سنين) اى فى هذه المدة (فالدار دارك) ترجع أليك (فاتاه) اى اتى المشتري (بماله) الى البائع «الثلث» (قال) عليه السلام (له) اى للمشتري (شرطه) فعلى البائع ان يأخذ الثمن و يرد الدار (قال له ابو الجارود فان هذا الرجل) البائع (قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين) و انتفع به فى تجارة و غيرها (قال) عليه السلام مكررا (هو ماله) اى ان الدار ترجع الى البائع (وقال عليه السلام أ رأيت لو ان الدار احترقت) فى هذه المدة (من مال من كانت تكون الدار؟) ثم اجاب عليه السلام بقوله: (دار المشتري) و كان هذا التأكيد بان الدار للمشتري حتى لا يظن انها عارية فى يد المشتري، او ما اشبه العارية.

(وعن سعيد بن يسار فى الصحيح، قال: قلت: لابي عبد الله عليه السلام انا نخالط اناسا من اهل السواد) السواد العراق سميت بذلك لان اراضيها كانت خضراء بالزرع و الخضرة الشديدة تميل الى السواد- كما لا يخفى - (او غيرهم، فنيبعهم ونربح عليهم

فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و تؤخر ذلك فىما بيننا و بينهم السنة و نحوها، و يكتب لنا رجل منهم على داره او ارضه بذلك المال الذى فى الفضل الذى اخذ منا شراء بانه باع و قبض الثمن منه، فنعه ان جاء هو بالمال الى وقت بيننا، و بينهم ان نرد عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ قال ارى انه لك.

فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر) فرأس المال عشرة، و الربح اثنان، او ثلاثة (و تؤخر ذلك) اى اعطائهم الثمن لنا (فىما بيننا و بينهم السنة و نحوها) فىكون البيع دينا (و يكتب لنا رجل منهم على داره او ارضه) اى انه يبيع داره او ارضه لنا بمبلغ الثمن، بشرط انه ان جاء بالمال كان له استرداد ارضه و داره اى بيع الشرط.

فالدار و الارض تكون (ب) مقابل (ذلك المال) الذى نطلبه منه، و (الذى فى الفضل) لانا اخذنا منه اثنى عشر او ثلاثة ربحا للمال (الذى اخذ منا) المتاع (شراء) فى مقابل ذلك المال (بانه) متعلق ب «يكتب» اى يكتب بانه (باع) داره و ارضه (و قبض الثمن منه) اى من المشتري لانه لما كان عنده «الاثنى عشر و الثلاثة عشر» فكانه قبض الثمن (فنعه ان جاء هو بالمال) الذى اعطى فى مقابله داره او ارضه (الى وقت) محدد كسنة مثلا (بيننا، و بينهم ان نرد عليه) الدار و الارض التى وقع عليها (الشراء) بان اشتريناها منه (فان جاء الوقت) كرأس السنة مثلا (و لم يأتنا بالدراهم فهو) اى المبيع «الدار و الارض» (لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ قال) عليه السلام (ارى انه) الدار و الارض «المبيع» (لك

ان لم يفعله، وان جاء بالمال الموقت فرد عليه.

وعن ابى الجارود عن ابى جعفر عليه السلام، قال: ان بعت رجلا على شرط، فان اتاك بمالك، و الا فالبيع لك.

اذا عرفت هذا

فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور

الأول: ان اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه.

احدها: ان يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق او

ان لم يفعله) بان لم يأت بالثمن في الوقت المحدد (وان جاء بالمال الموقت) إليّ في المدة الموقّنة (فرد) ارضه و داره (عليه) لان له خيار الفسخ.

(وعن ابى الجارود عن ابى جعفر عليه السلام، قال: ان بعت رجلا على شرط) ان له فسخ البيع و ردّ المال، صحّ البيع و الشرط (فان اتاك بمالك) اى المبيع فهو، و يكون البيع مفسوخا (و الا) يأت بالمبيع ليسترد ثمنه (فالبيع لك) لازم.

(اذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في امور).

الامر (الاول ان اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار) بيع الخيار (يتصور على وجوه) خمسة.

و اضاف إليها السيد الطباطبائي في حاشيته ثلاثة اخرى فصارت الوجوه ثمانية.

(احدها: ان يؤخذ) رد الثمن (قيدا للخيار على وجه التعليق او

التوقيت، فلا خيار قبله، ويكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد، ولو بقليل ولا خيار قبل الردّ.

و المراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه وان ابى المشتري.

الثانى: ان يؤخذ قيذا للفسخ، بمعنى ان له الخيار فى كل جزء من المدة المضروية

التوقيت، فلا خيار قبله).

فالاول: كان يقول «الخيار متوقف على رد الثمن».

و الثانى: كان يقول «الخيار فى زمان ردّ الثمن».

و الفرق ان فى الاول لم يسم الزمان فالخيار معلق على المظروف، وفى الثانى الخيار معلق على الظرف «فان الزمان ظرف ورد الثمن مظروف» (و يكون) اول (مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد، ولو بقليل) لان «الرد» واقع بعد العقد و الخيار معلق عليه، او معلق على زمانه (ولا خيار قبل الردّ) لان الخيار يأتى بعد الرد.

(و المراد برد الثمن) الموجب للخيار (فعل ماله دخل فى القبض من طرفه) اى طرف آخذ الثمن و هو البائع (وان ابى المشتري) عن اخذه، فليس المراد قبض المشتري، لانه ربما لا يقبض و القصد من الخيار تمكن البائع من استرجاع داره.

(الثانى: ان يؤخذ) ردّ الثمن (قيذا للفسخ، بمعنى ان له الخيار) من حين العقد (فى كل جزء من المدة المضروية) مثلا اذا جعل مدة

و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن، او تأخره عنه.

الثالث: ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بان يراد منه تمليك الثمن ليتملك منه المبيع.

وعليه حمل فى الرياض ظاهر الاخبار الدالة على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن.

الرابع: ان يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له الى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ

الخيار سنة كان له الخيار فى كل السنة (و) لكن (التسلط على الفسخ) مشروط بالردّ (على وجه مقارنته لرد الثمن، او تأخره عنه) اى تأخره عن ردّ الثمن.

ففى هذا الوجه «الفسخ متوقف على رد الثمن».

وفى الوجه السابق «الخيار متوقف».

(الثالث: ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بان يراد منه) اى من رد الثمن (تمليك الثمن ليتملك منه المبيع) بينما فى الوجه السابق «التسلط على الفسخ متوقف».

(وعليه) اى على هذا الوجه الثالث (حمل فى الرياض ظاهر الاخبار الدالة على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن) فالرد فسخ.

(الرابع: ان يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد) فاذا ردّ الثمن انفسخ العقد تلقائيا بلا فسخ قولى و لا فسخ فعلى (فمرجع ثبوت الخيار له) اى للبائع (الى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ)

و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة.

و يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتى سعيد بن يسار و موثقة اسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية، حيث لم يذكر هذا القسم من البيع فى الخيار اصلا، و انما ذكره فى امثلة الشروط الجائزة فى متن العقد

و حيث ان الانفساخ انفعال، و الانفعال لا يعقل بدون الفعل، فاللازم ان يقال: ان الشارع هو الفاسخ.

(و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة) لقوله «فالدار دارك» فان ظاهره الانفساخ.

(و يحتمل الثالث) لقوله «ان اتيتنى بمالى ... فالدار دارك» فيكون الايتان فسحا فعليا (كما هو) اى المعنى الرابع «الانفساخ» (ظاهر روايتى سعيد بن يسار و موثقة اسحاق بن عمار).

لقوله عليه السلام فى الاول «ان جاء بالمال الموقت فرد عليه» اذ ظاهره ان «الرد» لاجل الانفساخ بمجرد ان جاء بالمال.

وفى الثانى «ان جاء بثمانها ردها عليه» و تقريب الاستدلال ما ذكر (و عنوان المسألة) اى مسألة بيع الشرط (بهذا الوجه) الرابع (هو الظاهر من الغنية، حيث لم يذكر هذا القسم من البيع) اى بيع الشرط (فى) باب (الخيار اصلا، و انما ذكره فى امثلة الشروط الجائزة فى متن العقد).

و هذا يدل على ان الغنية لا يرى انه خيار و فسخ، بل انفساخ

قال: ان يبيع ويشترط على المشتري ان ردّ الثمن فى وقت كذا كان المبيع له انتهى.

الخامس: ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري بان يلتزم المشتري على نفسه ان يقيله اذا جاء بالثمن، و استقاله و هو ظاهر الوسيلة حيث قال: اذا باع شيئاً على ان يقيله فى وقت كذا بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الاقالة، اذا جاء بمثل الثمن فى المدة، انتهى فان ابى اجبره الحاكم، او اقال عنه، و الا

اذا رد الثمن، اذ لو كان يرى انه خيار و فسخ، لذكره فى باب الخيار (قال) ابن زهرة (ان يبيع ويشترط على المشتري ان ردّ الثمن فى وقت كذا كان المبيع له) و معنى كان المبيع له الانفساخ (انتهى) كلام الغنية

(الخامس: ان يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري بان) يشترط البائع على المشتري ان يلتزم المشتري على نفسه ان يقيله اذا جاء بالثمن، و استقاله) اى طلب منه الاقالة و فسخ المعاملة (و هو ظاهر الوسيلة حيث قال: اذا باع شيئاً على ان يقيله فى وقت كذا) فى زمان محدود (بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته) اى لزمته المشتري (الاقالة) و فسخ البيع (اذا جاءه) البائع (بمثل الثمن فى) نفس (المدة) المحدودة (انتهى).

و على هذا (فان ابى) المشتري من الاقالة (اجبره الحاكم) لانه حق للبائع، فللحاكم جبر الممتنع (او اقال) الحاكم (عنه) اى عن المشتري ان لم يكن اجباره (و الا) يتمكن البائع من اثبات مطلبه عند الحاكم او نحو

استقل بالفسخ وهو محتمل روايتى سعيد بن يسار و اسحاق بن عمار على ان يكون رد المبيع الى البائع فيهما كناية عن ملزومه و هى الاقالة، لا- ان يكون وجوب الردّ كفاية عن تملك البائع للمبيع، بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن على ما فهمه الاصحاب، و مرجعه الى احد الاولين.

و الاظهر فى كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثانى.

لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة

ذلك (استقل) البائع (بالفسخ) لانه حقه، فله استنقاذه (و هو) اى هذا المعنى الخامس (محتمل روايتى سعيد بن يسار و اسحاق بن عمار).

وانما تحتمله الروايتان بناء (على ان يكون رد المبيع الى البائع فيهما كفاية عن ملزومه) فقد ذكرنا اللازم «الرد» و اردنا الملزوم (وهى الاقالة، لا) عطف على «ان يكون ردّ المبيع» (ان يكون وجوب الردّ كفاية عن تملك البائع للمبيع، بمجرد فسخه) اى فسخ البائع (بعد ردّ الثمن) الى المشتري (على ما فهمه الاصحاب) حيث فهموا ان لا حاجة الى الاقالة (و مرجعه) اى مرجع ما فهمه الاصحاب (الى احد) المعنيين (الاولين) من المعانى الخمسة.

(و الاظهر) مما يستفاد (فى كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة) و غيرها (هو) المعنى (الثانى) فان عباراتهم ظاهرة فى اعتبار ردّ الثمن قيذا للفسخ.

(لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة) لان ادلة

عدا الرابع، فان فيه اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى او قولى يشبه انعقاده بنفسه فى مخالفة المشروع من توقف المسببات على اسبابها الشرعية و سيجي ء فى باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه.

الشرط شاملة لها (عدا) الوجه (الرابع، فان فيه) اى فى شمول الادلة له (اشكالا من جهة ان انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى او قولى يشبه انعقاده) اى انعقاد البيع (بنفسه).

فاذا قال: اذا اعطيتك دينارا كان البيع منعقدا، او كتابك لى «بدون ان يكون اعطاء الدينار معاطاة» بل انعقاد البيع بنفسه اثر اعطاء الدينار، فان (فى) ذلك (مخالفة المشروع من توقف المسببات على اسبابها الشرعية).

فكما فى الامور التكوينية لا يكون المسبب الا بسببه الخاص «فلا يكون احتراق الا بسبب النار» كذلك فى الامور التشريعية لا يكون مسبب الا بسببه المجعول شرعا.

مثلا: جعل الشارع سبب حلية المرأة النكاح، فلا يصح ان يقال:

ان المجي ء الى الدار سبب حلية المرأة، وكذلك جعل سبب الملك البيع فلا يصح ان يجعل الطرفان سبب الملك ولادة زوجة احدهما.

و ادلة الشرط انما تسبب صحة شرط ما جعله الشارع ولا تكون ادلة الشرط مشرعة (وسيجي ء فى باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه) و هل يمكن ان يكون الشرط مشرعا؟ بان يجعل ما ليس بسبب سببا.

الامر الثاني: الثمن المشروط رده، اما ان يكون فى الذمة، و اما ان يكون معينا.

و على كل تقدير اما ان يكون قد قبضه، و اما لم يقبضه فان لم يقبضه، فله الخيار و ان لم يتحقق رد الثمن لانه شرط على تقدير قبضه و ان لم يفسخ حتى انقضت المدة لزوم البيع.

(الامر الثاني) من الامور المتعلقة ببيع الشرط (الثمن المشروط رده، اما ان يكون فى الذمة) اى ذمة المشتري بان باعه يباعا فى مقابل ثمن فى ذمته، لانه كان البيع فى قبالة الثمن الخارجى (و اما ان يكون معينا) فى الخارج.

(و على كل تقدير) ذمة او عينا (اما ان يكون قد قبضه) البائع (و اما لم يقبضه) فالصور اربعة.

الاولى و الثانية (فان لم يقبضه) ذمة كان او عينا (فله) اى للبائع (الخيار و ان لم يتحقق رد الثمن) و انما كان له الخيار لان الشرط و هو كون الثمن عند المشتري محققا تلقائيا.

و من المعلوم ان «الرد» انما كان طريقا لاجل حصول الثمن فى كيس المشتري، و هو حاصل الآن.

فعدم تحقق عنوان «الرد» غير ضارّ (لانه شرط على تقدير قبضه) و الحال انه لم يقبضه (و ان لم يفسخ) فى صورة عدم قبض الثمن (حتى انقضت المدة) مثلا: جعل مدة الخيار سنة، فانقضت بدون ان يقبض (لزم البيع) لانقضاء مدة الخيار.

و يحتمل العدم بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله.

وان قبض الثمن المعين، فاما ان يشترط رد عينه او يشترط رد ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا- منه او مطلقا او ولو مع التمكن منه

(و يحتمل العدم) اى عدم لزوم البيع (بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله) فان البيع انما يلزم اذا «لم يرد وقد قبض» فاذا لم يتحقق ذلك لم يلزم البيع.

وذلك لان قوله «اذا لم ارد فى مدة الخيار فالبيع لازم» يوجب ان يكون موضوع «لزوم البيع» هو «لم يرد وقد قبض» فاذا انقضى الموضوع انقضى الحكم.

الثالثة (و ان قبض الثمن المعين) فهو على قسمين (فاما ان يشترط رد عينه او يشترط رد ما يعمّ بدله).

ولهذا القسم الثانى ثلاث صور.

الاولى: (مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه).

الثانية: (او مطلقا) بسبب منه او لا منه.

الثالثة: (او ولو مع التمكن منه) اى من رد العين فقد يقول:

بشرط ان ارد ما يعمّ البديل اذا لم اتمكن من رد العين، وعدم تمكنى كان لا بسبب منى كما اذا سرقت العين، او يقول: بشرط ان اردّ ما يعمّ البديل اذا لم اتمكن من رد العين، ولو كان عدم التمكن بسببى كما لو

على اشكال فى الاخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العين مع الامكان.

وفى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس وجهان

اتلفته انا او يقول: بشرط ان ارد ما يعم البدل و لو مع التمكن من رد العين (على اشكال فى الاخير) وهى الصورة الثالثة.

وجه الاشكال (من حيث اقتضاء الفسخ شرعا، بل لغة رد العين مع الامكان) اى مع امكان رد العين، اذا الفسخ معناه ان يرجع كل مال الى صاحبه الاول فكيف يشترط عدم رجوع الثمن؟ و الحال انه موجود.

(و) هناك مسألة اخرى، وهى انه اذا كان الثمن مثليا فشرط رد القيمة او الاعم من المثل او القيمة، فهل يصح أم لا؟

وكذا اذا كان الثمن قيميا، فشرط رد المثل او الاعم من المثل او القيمة، فهل يصح أم لا؟ فان (فى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس) رد المثل فى القيمى (وجهان) مثلا: يشترط رد الثمن الذى هو دينار بكتاب يعادله، او يشترط رد الثمن الذى هو كتاب بقلم يعادله مع ان اللازم هو رد الدينار «الثن» دينارا، ورد الكتاب «الثن» دينارا.

و سبب ال «وجهان» اما وجه الصحة فلانه شرط و الشرط جائز ما لم يحلل حراما او يحرم حلالا.

و اما وجه عدم الصحة فلان هذا الشرط على خلاف جعل الشارع،

و اما ان يطلق.

فعلى الاول لا خيار الا برد العين، فلو تلف لا من البائع، فالظاهر عدم الخيار الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لافادة سقوطه باتلاف البائع، فيبقى الخيار فى اتلاف غيره على حاله.

وفيه نظر.

لان الشارع قال: القيمة تعادل القيمة، و المثل يعادل المثل، و اذ كان على خلاف جعل الشارع بطل الشرط (و اما ان يطلق) عطف على «فاما ان يشترط رد عينه».

(فعلى الاول) اى يشترط رد عينه (لا خيار الا برد العين) لانه الشرط (فلو تلف) فان كان التلف من البائع فلا اشكال فى سقوط الخيار، و لو تلف (لا من البائع، فالظاهر عدم الخيار) أيضا، لانه لم يفعل شرط الخيار «و هو رد العين» على كلتا الحالتين «حالة كون التلف من البائع و حالة كونه من غير البائع» (الا ان يكون اطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لافادة سقوطه) اى سقوط الخيار (باتلاف البائع).

فانه و ان قال «الشرط رد العين» لكن اراد ان «عدم رد العين اذا كان المتلف البائع يكون مسقطا للخيار» فاذا لم يكن البائع متلفا لم يكن عليه رد العين، بل له الخيار و ان رد البديل (فيبقى الخيار فى) صورة (اتلاف غيره) اى غير البائع (على حاله).

(و) لكن (فيه نظر) اذ: ان الشرط «هو رد العين» فاذا لم يحصل الشرط لم يكن وجه للخيار.

ص: 360

وعلى الثانى فله رد البديل فى موضع صحة الاشتراط.

واما الثالث فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين.

ويظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع: ان الاطلاق لا يحمل على العين.

ويحتمل حمله على الثمن الكلى وسيأتى.

(وعلى الثانى) اى يشترط رد ما يعم بدله «بصوره المتعددة المتقدمة حيث قال مع عدم التمكن من العين ... الخ» (فله رد البديل) حتى يكون له الخيار (فى موضع صحة الاشتراط) اى صحة اشتراط رد البديل وهذا اشارة الى قوله «على اشكال فى الاخير .. الخ».

(واما الثالث) الذى اشار إليه بقوله «واما ان يطلق» (فمقتضى ظاهر الشرط فيه) اى فى الثالث حيث قال «ان رددت فلك الفسخ» (رد العين) لان المنصرف من «الرد» رد العين.

(ويظهر من اطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع: ان الاطلاق) اى اطلاق «الرد» (لا يحمل على العين) بل اذا اطلق، فرد البديل قيمة فى القيمى، و مثل فى المثلى، كان له الخيار.

ولعل وجهه ان المقصود ردّ المال و ذلك يوجب عدم خصوصية ردّ العين.

(ويحتمل حمله) اى حمل كلام الدروس و الحاشية (على الثمن الكلى)

اذ لو كان الثمن كليا ثم جعله عينا خارجيا لم تكن خصوصية للعين بل المراد الاعم من البديل (وسيأتى) الكلام فيه.

وان كان الثمن كلياً فان كان في ذمة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة، فرده باداء ما في الذمة، سواء قلنا انه عين الثمن، او بدله، من حيث ان ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له فكانه تلف، فالمراد برده المشروط ردّ بدله و ان لم يكن الثمن في ذمة البائع وقبضه فان شرط رد ذلك الفرد المقبوض او ردّ مثله باحد الوجوه المتقدمة

(وان كان الثمن كلياً) في قبال ما اذا كان الثمن عيناً خارجية (فان كان في ذمة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة) كان يبيع زيد لعمر وحنطة بالف، ثم يبيع عمرو لزيد داره بالف، حتى اذا اعطاه عمرو الألف استرجع داره (فرده) اي ردّ الثمن (باداء ما في الذمة) فان ادى البائع لداره ما في ذمته «كالألف في المثال» كان رد الثمن الحنطة (سواء قلنا انه) اي ما في ذمة البائع (عين الثمن، او بدله) و انما كان بدله (من حيث ان ما في ذمة البائع) لداره (سقط عنه) اي عن البائع (بصيرورته ملكاً له) فان البائع «المديون ثمن الحنطة» لما باع داره سقط ثمن الحنطة عن ذمته، اذ صار الثمن ملكاً له في قبال داره (فكانه تلف) اذ ليس الآن شيء في ذمته (فالمراد برده) اي رد ثمن الحنطة (المشروط) في ضمن بيع الدار الى بائع الحنطة (رد بدله) اي رد بدل ثمن الحنطة «مقدار الألف» (وان لم يكن الثمن في ذمة البائع) عطف على «فان كان في ذمة البائع» وذلك كما اذا باع محمد لعلي داره في قبال الف دينار كلي (وقبضه) خارجاً (فان شرط ردّ ذلك الفرد المقبوض، او ردّ مثله باحد الوجوه المتقدمة) في قوله «او يشترط رد ما

فالحكم على مقتضى الشرط، وان اطلق فالمتبادر بحكم الغلبة فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو رد ما يعم البدل، اما مطلقا او مع فقد العين.

ويدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمة، الا ان المتيقن منها

يعم بدله مع عدم التمكن من العين .. الخ» (فالحكم على مقتضى الشرط).

مثلا: اذا شرط رد عينه لم ينفع فى ان يكون الخيار له رد غير عينه (وان اطلق) بان قال «بان ترده» ولم يقل «عينا» ولا قال «عينا او بدلا» (فالمتبادر بحكم الغلبة) لدى العرف (فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار) وبيع الشرط (هو رد ما يعم البدل) اذ المقصود رد النقود، ولا خصوصية لعين النقد الذي كان ثمنا (اما مطلقا) فى قبال (او مع فقد العين).

ووجه «مطلقا» ما عرفت من انه لا خصوصية فى نظر العرف بالنسبة الى «العين» وذلك مثل امانة «النقد» واعطاء نقد الوقف، واعطاء نقد ايجاد دار الايتام، الى غيرها.

حيث ان المنصرف اعطاء ذلك المقدار سواء كان عينا او بدل العين وان كانت عين النقد موجودة.

(ويدل عليه) اى على كفاية رد البدل (صريحا بعض الاخبار المتقدمة) اى رواية ابن ميسرة وما قبلها (الا ان المتيقن منها) اى من هذه الروايات

الأمر الثالث: [لا يكفي مجرد الفسخ في الرد]

قيل ظاهر الاصحاب- بناء على ما تقدم: من ان رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع- انه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ، و صرح به في الدروس وغيره، ولعل منشأ الظهور ان هذا القسم فرد من خيار الشرط مع اعتبار شي ء زائد فيه و هو رد الثمن.

(صورة فقد العين) و الا فان كانت العين موجودة يلزم رد نفس العين فتأمل.

(الامر الثالث) من الامور المربوطة بخيار الشرط (قيل ظاهر الاصحاب- بناء على ما تقدم: من ان رد الثمن في هذا البيع) بيع الشرط (عندهم مقدمة لفسخ البائع-) لا ان نفس الرد فسخ فعلى (انه) متعلق ب «ظاهر الاصحاب» (لا يكفي مجرد الرد في الفسخ، و) قد (صرح به في الدروس وغيره، ولعل منشأ الظهور) في كلماتهم مع ان بعضهم فقط صرح بذلك (ان هذا القسم) من بيع الشرط (فرد من خيار الشرط) اذ كل شرط في البيع يوجب الخيار اذا تخلف الشرط (مع اعتبار شي ء زائد فيه) اى في هذا القسم (و هو رد الثمن).

اذ للبائعين ان يجعلوا لانفسهما الخيار مدة محددة، كان يقول:

بعتك على ان يكون لى الخيار مدة شهر، وفي المقام نفس الخيار موجود مع زيادة قوله «ان رددت الثمن كان لك الخيار».

وكما ان فى سائر خيار الشرط «غير المقيّد بقيد» اذا اراد الفسخ احتاج الى الفسخ، كذلك هنا اذا رد الثمن احتاج الى الفسخ، فلا

وعللوا ذلك أيضا بان الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ اصلا.

و هو حسن مع عدم الدلالة.

اما لو فرض الدلالة عرفا اما بان يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشتري ليتملك منه المبيع على وجه المعاطات.

و اما بان يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية

فسخ بدون انشائه «و ان ردّ الثمن».

(وعللوا ذلك) اى الاحتياج الى الفسخ بعد رد الثمن (أيضا) بالإضافة الى ما ذكرناه من تعليقه بقولنا «و لعل ..» (بان الرد من حيث هو) ردّ (لا يدل على الفسخ اصلا) اذ الرد شيء، و الفسخ شيء آخر.

(و هو) اى هذا التحليل (حسن مع عدم الدلالة) عرفا.

(اما لو فرض الدلالة عرفا اما بان يفهم منه) اى من الرد (كونه تمليكا للثمن من المشتري) للبائع (ليتملك منه المبيع على وجه المعاطات).
و المعاطات ليست بحاجة الى ازيد من الاخذ و الاعطاء، و هذه ليست معاملة مستقلة، بل هى تشبيه بالمعاطات «فهى فسخ معاطاتى» و لذا قال «على وجه المعاطات» و لم يقل «معاطة».

(و اما بان يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له) للبائع (و الثمن ملكا للمشتري) فلا حاجة الى الفسخ بعد الرد، بل الرد يعقبه الفسخ تلقائيا.

و على هذا (فلا وجه لعدم الكفاية) «حيث عللوا ذلك بان الرد

مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك دلالة.

وما قيل من ان الرد يدل على إرادة الفسخ، و الإرادة غير المراد.

ففيه ان المدعى دلالته على إرادة كون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري.

و لا يعتبر فى الفسخ الفعلى ازيد من هذا، مع ان ظاهر الاخبار كفاية الرد فى وجوب رد المبيع، بل قد عرفت فى رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، ف

لا يدل على الفسخ» كما تقدم (مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو اخفى من ذلك) الرد (دلالة) فالرد الذي هو اظهر دلالة اولى بدلالته على الفسخ بدون حاجة الى فسخ آخر.

(وما قيل) فى تقريب عدم دلالة على الفسخ (من ان الرد يدل على إرادة الفسخ، و الإرادة غير المراد) فانك اذا اردت ان تصلّى لم تكن ارادتك صلاة.

(ففيه ان المدعى) لنا (دلالته) اى الرد (على إرادة كون المبيع ملكا له) اى للبايع بمعنى تكوين التملك بالارادة (و الثمن ملكا للمشتري)

(و) من المعلوم: انه (لا يعتبر فى الفسخ الفعلى ازيد من هذا) الذي ذكرناه.

هذا (مع ان ظاهر الاخبار) المتقدمة (كفاية الرد فى وجوب رد المبيع) بلا انتظار فسخ بعد الرد (بل قد عرفت فى رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، ف) هى و ان كانت محتملة لكون الرد

يحمل على تحقق الفسخ الفعلى به.

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد

على الوجه الثانى من الوجهين الاولين.

بل وعلى الوجه الاول بناء على ان تحقق السبب و هو العقد كاف فى صحة اسقاط الحق.

دالا- على الرضا المتعقب للرد، لكن الخبر «على ظاهره» (يحمل على تحقق الفسخ الفعلى به) اى بالرد، بدون ان يقال: ان الرضا يعقبه الرضا، و الرضا يوجب الفسخ.

فقول المصنف «بل ..» يريد تقوية ما تقدم من قوله «بان يفهم منه ..»

فى قبال الاحتمال الآخر الذى ذكره بقوله «و اما بان يدل ..».

(الامر الرابع) من الامور المربوطة بخيار الشرط (يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد) فيكون البيع لازما (على الوجه الثانى من الوجهين الاولين) من الوجوه الخمسة التى ذكرناها فى الامر الاول.

اذ يتحقق الخيار بعد العقد فله اسقاطه.

(بل وعلى الوجه الاول) من الوجوه الخمسة فانه قبل رد الثمن و ان لم يكن خيار- حسب القرار فى الشرط- الا ان له اسقاطه (بناء على ان تحقق السبب و هو العقد) اذ العقد صار سببا لهذا الخيار، و ان كان زمان الخيار متأخرا عن العقد (كاف فى صحة اسقاط الحق) لانه صار للحق شأنية.

ص: 367

لكن مقتضى ما صرح به فى التذكرة من انه لا يجوز اسقاط خيار الشرط او الحيوان بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أيضا الا- ان يفرق هنا بان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، و لو من حيث تملكه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف ما فى التذكرة.

و يسقط أيضا بانقضاء المدة، و عدم رد الثمن او بدله مع الشرط او مطلقا

(لكن مقتضى ما صرح به فى التذكرة من انه لا يجوز اسقاط خيار الشرط او الحيوان بعد العقد).

قال: انه لا يجوز (بناء على حدوثهما من زمان التفرق).

اذ قبل التفرق يكون خيار المجلس، و لا يجتمع خياران فى زمان واحد- على ما تقدم الكلام فى ذلك- (عدم الجواز أيضا) «خبر:

مقتضى» (الا ان يفرق هنا) فى بيع الشرط (بان المشروط له مالك للخيار قبل الرد، و لو) كان ملكه للخيار (من حيث تملكه) اى انه مالك (للرد الموجب له) اى للخيار، فان مالك السبب مالك للمسبب (فله اسقاطه) اى اسقاط الخيار (بخلاف ما فى التذكرة) فان فى ذلك المقام لا خيار قبل التفرق اصلا.

و عليه فلا يكون كلام التذكرة فى خيار الشرط و الحيوان منافيا لكلامنا هنا.

(و يسقط) خيار الشرط (أيضا بانقضاء المدة، و عدم رد الثمن او بدله مع الشرط) «مع» متعلق ب «بدله» اى انما يرد البديل اذا اشترط رد البديل (او) يرد البديل (مطلقا) و لو بدون الشرط اذا كان

ولو تبين المردود من غير الجنس، فلا ردّ ولو ظهر معييا كفى فى الرد، وله الاستبدال.

ويسقط أيضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط رد العين، او حمل الاطلاق عليه.

انصراف الى الرد اصلا، او بدلا (على التفصيل المتقدم) فى الامر الثانى

(ولو تبين) بعد الرد ان (المردود من غير الجنس) كما لو كان الشرط رد الذهب، وبعد الردّ تبين انه مذهب و ليس ذهباً (فلا ردّ) اذ الرد الخيالى لا يصحح الشرط، فأخذه بالخيار كان باطلا (ولو ظهر معييا) فان كان الشرط رده صحيحا بطل الرد لانه لا يكون ردا، وان كان الشرط الرد فى الجملة (كفى فى الرد، و) لكن (له) اى للمشتري (الاستبدال) وكذا اذا ردّ من جنس ادون.

(ويسقط) الخيار (أيضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط رد العين) اذا كان التصرف مانعا عن رد العين، لانه لا يقدر حينئذ على الوفاء بالشرط فليس له الاخذ بالخيار، اما اذا لم يكن التصرف مانعا من رد العين، كما اذا باعه بيع خيار ثم استرجعه او باعه مطلقا ثم رجع إليه إرثا او نحوه فله الاخذ بخيار الشرط، لانه قادر على الوفاء بالشرط (او حمل الاطلاق) اطلاق «الرد» (عليه) اى على ردّ العين عطف على «مع اشتراط...».

وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلى اذا حمل الاطلاق على اعتبار رد العين المدفوع كل ذلك لاطلاق ما دلّ على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضا بالعقد، ولا خيار وقد عمل الاصحاب بذلك فى غير مورد النص، كخيارى المجلس و الشرط.

و المحكى عن المحقق الاردبيلى وصاحب الكفاية ان الظاهر عدم سقوط هذا

(و كذا) يسقط الخيار بالتصرف فى الثمن اذا كان (الفرد المدفوع من الثمن الكلى) مشروطا رده بعينه.

كما اذا قال: اشتريت بالف بشرط انى اذا رددت نفس الفرد الذى اعطيتنى استرجعت المثلثن.

و كذا اذا اطلق «الرد» فى الكلى لكن (اذا حمل الاطلاق) اطلاق «الرد» (على اعتبار رد العين المدفوع) وان كان ذلك المدفوع فردا من الكلى الذى كان قد وقعت عليه المعاملة (كل ذلك) الذى ذكرناه انه مع التصرف مانع عن الاخذ بالخيار «فى الفروع المذكورة» (لاطلاق ما دلّ على ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضا بالعقد، ولا خيار) له

ولكن هذا اذا لم يكن تعاهد على عدم كون التصرف مسقطا للخيار والا اخذ بمقتضى ذلك التعاهد (وقد عمل الاصحاب بذلك) بان التصرف مسقط للخيار (فى غير مورد النص) الذى يقول بان التصرف رضا (كخيارى المجلس و الشرط) فان فيهما ورد ان التصرف رضا.

(و) لكن (المحكى عن المحقق الاردبيلى و صاحب الكفاية) السبزوارى (ان الظاهر) من الادلة (عدم سقوط هذا

الخيار بالتصرف في الثمن، لان المدار في هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن.

فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن، وبيع الدار لاجل ذلك.

و المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الرد على ذلك - بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب - بما محصله ان التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار، و لا

الخيار) اى الخيار في بيع الشرط (بالتصرف في الثمن).

و انما لا يسقط (لان المدار في هذا الخيار) اى الخيار في بيع الشرط (عليه) اى على التصرف (لانه شرع) و قنن (لانتفاع البائع بالثمن) فالبايع غالبا انما يبيع داره لاجل احتياجه الى المال.

(فلو سقط الخيار) بالتصرف في الثمن (سقط الفائدة) و كانت المعاملة غير عقلانية (و للموثق) لاسحاق بن عمار (المتقدم) في اول المسألة (المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن) حيث قال فيه «احتاج الى بيع داره» (و بيع الدار لاجل ذلك) الاحتياج.

(و المحكى عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الرد على ذلك) الذي ذكره الاردبيلي و السبزواري (- بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب - بما محصله) انه لا ينافى التصرف في الجملة مع سقوط الخيار بالتصرف، فمن الممكن التصرف مع عدم سقوط الخيار، ل (ان التصرف المسقط) للخيار (ما وقع في زمان الخيار) لا ما وقع قبل الخيار (و لا

ولا ينافى شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد، لان ذلك منه بعده، لا قبله، وان كان قادرا على ايجاد سببه فيه.

اذ المدار على الفعل لا على القوة، على انه

خيار الابد بعد الرد) فتصرف البائع - قبل الخيار - لا يسقط الخيار.

(ولا ينافى شيء مما ذكر) اي ذكره الاردبيلي والسبزواري - من انه لو كان التصرف مسقطا لزم عدم فائدة في هذا البيع - (لزومه) اي البيع (بالتصرف) في الثمن (بعد الرد) لان الخيار يكون بعد الرد (لان ذلك) التصرف المسقط (منه) اي من البائع (بعده) اي بعد الرد (لا قبله) اي لا قبل الرد.

اما التصرف قبل الرد فلا يكون مسقطا، لانه لم يقع في زمن الخيار (وان كان) المتصرف «البائع» (قادرا على ايجاد سببه) اي سبب سقوط الخيار (فيه) اي في وقت التصرف بان يرد الثمن ثم يتصرف في الثمن وبذلك يكون قد اسقط خياره.

لكن من الواضح ان امكان اسقاط البائع خياره غير الاسقاط فعلا.

(اذ المدار) في الاسقاط (على الفعل) اي فعلية التصرف في زمان الخيار (لا على القوة) اي قوة ان يرد ثم يتصرف حتى يكون تصرفه مسقطا لخياره (على انه) ليس البائع - دائما - قادرا على ايجاد سبب سقوط الخيار، اذ انما يقدر على ايجاد السبب اذا كان الخيار من بعد البيع مثلا - حيث انه يقدر ان يرد الثمن «ليتحقق زمان الخيار» فيتصرف

لا يتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد، كيوم بعد سنة- مثلا- انتهى محصل كلامه.

و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، بان ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار.

وبان الظاهر من اطلاق العرف.

و تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار

في الثمن، ليكون تصرفه مسقطا لخياره.

ف (لا يتم) امكان الاسقاط (فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد، كيوم بعد سنة- مثلا-) فان البائع لا يقدر على اسقاط الخيار في غير ذلك اليوم (انتهى محصل كلامه) في المصاييح.

(و ناقش بعض من تأخر عنه) و هو صاحب الجواهر (فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله، ب) انه غير تام، بل الخيار يحدث قبل الردل (ان الامر لو كان (ذلك) كما ذكره السيد، لكان (يقتضي جهالة مبدأ الخيار) اذ لا يعلم في اي وقت يرد البائع الثمن، و جهالة المبدأ توجب الغرر.

(و) يدل على ان الخيار قبل الرد لا بعده دليل آخر، و هو ما ذكره بقوله: (بان الظاهر من اطلاق العرف) «له خيار الشرط» ان زمان الخيار يحدث من وقت العقد.

(و) يؤيده (تضعيف كثير من الاصحاب قول الشيخ) القائل (بتوقف الملك على انقضاء الخيار) فان كثيرا من الاصحاب ضعّف هذا القول

ببعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة الدالة على ان غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى.

اقول فى اصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصاييح، و المناقشة على الرد نظر.

اما الاول: فلانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فى غير

(ب) سبب (بعض الاخبار المتقدمة فى هذه المسألة) مسألة بيع الشرط (الدالة على ان غلة المبيع للمشتري).

فانه لو كان ملك المشتري للمبيع يتوقف على انقضاء الخيار- كما يقوله الشيخ- لم يكن وجه لكون الغلة للمشتري، لانه فى زمن الخيار يكون المثلن للبائع، و الثمن للمشتري.

وقوله (هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهى) خبر لقوله «بان الظاهر» انتهى كلام الجواهر.

(اقول فى اصل الاستظهار المتقدم) من الاردبيلى و السبزوارى حيث قال «ان الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف» (و الرد المذكور عن المصاييح) حيث قال «ان التصرف المسقط» (و المناقشة على الرد) حيث ناقش الجواهر كلام المصاييح بقوله «بان ذلك ..»

(نظر).

(اما الاول) اى وجه النظر فى كلام الاردبيلى و السبزوارى (فلانه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب) هذا الدليل (فى غير

ص: 374

مورد النص عليه باتفاق الاصحاب.

و اما بناء هذا العقد على التصرف، فهو من جهة ان الغالب المتعارف: البيع بالثمن الكلى، و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن.

ولذا قويننا حمل الاطلاق فى هذه الصورة

مورد النص عليه باتفاق الاصحاب) فانهم اتفقوا على «ان سقوط الخيار بالتصرف» قاعدة كلية جارية فى كل خيار، وان كان مورد النص خيار الحيوان- مثلا- لما سبق من ان المفهوم من النص المسقط للخيار أن العلة للسقوط التصرف، فهى قاعدة كلية، لا انه فى خيار الحيوان فقط.

و على هذا فقول الاردبيلى و الكفاية «ان الظاهر عدم سقوط خيار الشرط بالتصرف» غير تام.

(و اما) استدلالهما لسقوط خيار الشرط بالتصرف بقولهما المتقدم «لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن» فيكون (بناء هذا العقد على التصرف، فهو) استدلال غير صحيح (من جهة ان الغالب المتعارف:

البيع بالثمن، الكلى، و ظاهر الحال فيه) اى فى الثمن الكلى (كفاية رد مثل الثمن).

اذا فقاعدة ان التصرف يسقط الخيار تامة، فى ما اذا كان الثمن شخصيا، و عدم سقوط خيار الشرط بالتصرف تام، فى ما اذا كان الثمن كليا، و كان ظاهر الحال كفاية رد مثل الثمن.

(ولذا) الذى ذكرنا من ان «ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن» (قويننا حمل الاطلاق) اى اطلاق رد الثمن (فى هذه الصورة) صورة كون

على ما يعم البدل.

و حينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد.

اذ لا منافات بين فسخ العقد، وصحة هذا التصرف واستمراره وهو مورد الموثق المتقدم، او منصرف اطلاقه،

الثمن كلياً (على ما يعم البدل) فانه و ان اطلق البائع قوله «لى الخيار ان رددت الثمن» الا ان مراده رد عين الثمن او بدله، بشهادة ظاهر الحال، حيث ان مقصود المتبايعين رد قدر الثمن من دون خصوصية لعين الثمن.

(و حينئذ) اى حين كان ظاهر الحال رد مثل الثمن - فى ما اذا كان الثمن كلياً- (فلا يكون التصرف فى عين الفرد المدفوع) ثمناً- من باب تطبيق كلى الثمن على هذا الفرد- (دليلاً على الرضا بلزوم العقد) حتى يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار.

(اذ لا منافات بين فسخ العقد، و) بين (صحة هذا التصرف) من البائع فى الثمن (و استمراره) اى استمرار التصرف.

و الحاصل: ان التصرف المسقط ما كان دليلاً للرضا، و التصرف فى المقام ليس دليلاً على الرضا (و هو) اى كون الثمن كلياً و ان مقصود المتبايعين رد الاعم من مثله (مورد الموثق المتقدم) لابن عمار (او منصرف اطلاقه) لان الغالب كون الثمن كلياً و كون مقصود المتبايعين رد ما يعم بدله أيضاً.

ص: 376

او من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا.

او للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن، وقد مر ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و عليه فاستدلال الاردبيلي و السبزواري بالموثق لكلامهما غير تام.

اقول: لكن اطلاق الموثق - بدون وجه لدعوى انصرافه - يمنع كلام المصنف (او من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا) عطف على قوله «فهو من جهة» فالتصرف في الثمن لا يسقط الخيار من جهة ان المتعاقدين بيّنا على ان الخيار باق، ولو تصرف البائع في الثمن فقاعدة: ان التصرف مسقط، لا تشمل المقام، وان كانت هي صحيحة في الجملة.

(او) عطف على «فهو من جهة» (للعلم) اي انا نعلم (بعدم الالتزام) اي عدم التزام البائع المتصرف في الثمن (بالعقد بمجرد التصرف في الثمن، و) اذا كان التصرف بدون الالتزام لم تشمله قاعدة «ان التصرف مسقط».

لما (قد مر) من (ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه) اي من التصرف (بعدم الرضا بلزوم العقد) بل انما يكون التصرف مسقطا اذا كان مقرونا بالرضا بلزوم العقد، فحيث لا رضا لا يكون التصرف مسقطا.

و اما الثانى فلان المستفاد من النص و الفتوى- كما عرفت- كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولى يسقط الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول.

و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرد، هذا مع

(و اما الثانى) اى النظر فى كلام صاحب المصاييح الذى رد به كلام الاردبيلى و السبزوارى فانهما قالا «ان خيار الشرط لا يسقط بالتصرف» و المصاييح ردهما «بان خيار الشرط يسقط بالتصرف، و انما قبل الرد لا خيار حتى يسقط بالتصرف».

ففيه ان الخيار موجود قبل الرد، بدليل انه يصح اسقاطه بالقول، فاذا كان الخيار موجودا قبل الرد كان التصرف مسقطا له.

و الى هذا اشار المصنف بقوله: (فلان المستفاد من النص و الفتوى كما عرفت-) فيما تقدم (كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولى).

فكما انه اذا قال «اسقطت خيارى» يسقط كذلك اذا تصرف فى الثمن، ف (يسقط) الفعل (الخيار فى كل مقام يصح اسقاطه بالقول) لانهما كاشفان عن الرضا الذى هو مسقط للخيار، اذا اظهر بمظهر.

(و الظاهر عدم الاشكال فى جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرد).

و ترتيب القياس هكذا «الخيار يسقط بالقول قبل الرد و كلما سقط الخيار بالقول سقط بالفعل» فالخيار يسقط بالتصرف قبل الرد، فقول السيد «لا خيار قبل الرد حتى يسقط بالتصرف» فى غير محله (هذا مع) انه يرد اشكال ثان على السيد، و هو ان قوله «قبل الرد لا خيار» غير تام

ان حدوث الخيار بعد الرد مبنى على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة فى مدخلية الرد فى الخيار، ولا دليل على تعيينه فى بيع الخيار المتعارف بين الناس،.

بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو الثانى او نقول ان المتبع مدلول

لانا ذكرنا سابقا ان من وجوه خيار الشرط ان يكون الخيار من حين العقد.

ف (ان حدوث الخيار بعد الرد) فقط (مبنى على الوجه الاول المتقدم) فى الامر الاول (من الوجوه الخمسة فى مدخلية الرد فى) وجود (الخيار) «فى» متعلق «بالوجه الاول» (و لا دليل على تعيينه) اى الوجه الاول (فى بيع الخيار المتعارف بين الناس) فليس كل بيع خيارى يجزئ الناس يكون فيه الخيار مقيدا بالرد.

(بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو) الوجه (الثانى) بان يكون الخيار من اول العقد- كما تقدم فى الوجه الثانى من الوجوه الخمسة- فتحصل اشكالان على السيد.

الاول: انه وان كان الخيار بعد الرد لكن يمكن اسقاطه قبل الرد.

الثانى: انه لا نسلم كون الخيار بعد الرد مطلقا بل الغالب كون الخيار مجعولا من قبل الرد (او نقول) فى تقرير الاشكال الثانى ان السيد قال «الخيار بعد الرد مطلقا» و الحال انه قد يكون قبل الرد وقد يكون بعد الرد

ف (ان المتبع) فى كون الخيار قبل الرد، او بعد الرد (مدلول

الجملة الشرطية الواقعة فى متن العقد.

فقد يؤخذ الرد فيها قيذا للخيار.

وقد يؤخذ قيذا للفسخ.

نعم لو جعل الخيار و الرد فى جزء معين من المدة، كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد، و جاء فيه الاشكال فى صحة الاسقاط هنا، و لو قولاً.

الجملة الشرطية الواقعة فى متن العقد) فى كلام المتعاقدين.

(فقد يؤخذ الرد فيها) فى الجملة الشرطية (قيذا للخيار) فلا خيار قبل الرد.

(و قد يؤخذ) الرد (قيذا للفسخ) فالخيار موجود قبل الرد لكن الفسخ يتوقف على الرد.

(نعم) يصح قول بحر العلوم من انه لا خيار قبل الرد فيما (لو جعل الخيار و الرد) كلاهما (فى جزء معين من المدة) التى قررت بعد العقد (كيوم بعد السنة) من العقد.

كما اذا باعه اول يوم من رمضان و قال له: لى الخيار فى اول يوم من رمضان الآتية (كان التصرف قبله) اى قبل ذلك اليوم (تصرفا) فى الثمن (مع لزوم العقد) اذ العقد لازم قبل اول يوم من شهر رمضان (و جاء فيه) اى فى قبل ذلك اليوم (الاشكال فى صحة الاسقاط) للخيار (هنا، و لو) كان اسقاطا (قولاً).

فاذا لم يصح الاسقاط القولى، لم يصح الاسقاط الفعلى اى التصرف

من عدم تحقق الخيار.

و من تحقق سببه.

و اما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار.

ففيه انها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الردّ و الفسخ بعده إنشاء.

أيضاً.

وجه الاشكال تعارض جهتين.

(من عدم تحقق الخيار) لفرض ان الخيار لا يكون الا في اول يوم من رمضان فلا يحق له اسقاطه، لانه اسقاط ما لم يثبت.

(و من تحقق سببه) الذي هو العقد فيحق له اسقاطه.

(و اما المناقشة) التي ذكرها الجواهر بقوله «ان ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار» حيث توهم انه (في تحديد مبدأ الخيار بالرد) اشكال (بلزوم جهالة مدة الخيار) لان اول الخيار محدد بالرد، فاذا جهل وقت الرد جهل مدة الخيار.

(ففيه انها) اي الجهالة (لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الردّ و الفسخ) اي ان يفسخ (بعده) اي بعد الردّ (إنشاء) اي ينشئ الفسخ بعد الرد.

و ذلك لما نبه عليه المحقق الخراساني، من انه لا وجه لقدح جهالة مدة الخيار الا الغرر، و لا غرر اصلاً فيما اذا كان منشأ الخيار في المدة

نعم ذكر في التذكرة انه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق، اذا جعلنا مبدئه عند الاطلاق من حين العقد.

لكن الفرق يظهر بالتأمل واما الاستشهاد عليه بحكم العرف.

المعينة بيده بحيث يمكن انشائه بعد الرد في اى جزء شاء من تلك المدة

(نعم ذكر في التذكرة) ما ظاهره: قدح جهالة مدة الخيار.

فقد قال ب (انه لا- يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق، اذا جعلنا مبدئه) اى مبدأ الخيار (عند الاطلاق) اى اذا اطلق الخيار ولم يعين مبدئه (من حين العقد) وليس منع التذكرة ذلك الا لانه غرر و عليه فلا يصح قولنا «لا قدح».

(لكن الفرق) بين ما ذكرناه وبين ما ذكره التذكرة (يظهر بالتأمل).

فلا يكون كلام التذكرة ردا لقولنا «لا يقدح».

قال العلامة الطباطبائي في وجه الفرق ان امر التفرق المحدث للخيار «كما ذكره التذكرة» ليس بيده، فجهالة حدوث زمان الخيار فيه قاذحة دون ما ذكرناه، لان امر الرد بيده، فامر الخيار أيضا بيده، وهذا لا يوجب الجهالة والغرر.

اقول لا يخفى ما فى الفرق من الاشكال (و اما الاستشهاد) اى استشهاد الجواهر (عليه) اى على ان مجموع المدة هو زمن الخيار (بحكم العرف) بمعنى ان العرف يفهم من العبارة المتعارفة بين الناس فى مقام إنشاء شرط الفسخ برد الثمن- تحقق الخيار فى مجموع المدة حيث تقدم عن الجواهر قوله «بان الظاهر من اطلاق العرف هو كون

ففيه ان زمان الخيار- عرفا- لا يراد به، الا ما كان الخيار متحققا فيه شرعا، او بجعل المتعاقدين و المفروض ان الخيار هنا جعلى.

فالشك فى تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين.

مجموع المدة زمان الخيار» فليس مبدأ الخيار من حين الرد- كما ذكره المصاييح-.

و الحاصل: ان المصاييح قال «مبدأ الخيار من حين الرد» و رده الجواهر «بان العرف يرى ان الخيار فى مجموع المدة».

(ففيه) انا لا نسلم ان العرف يرى ان زمن الخيار مجموع المدة، بل العرف يرى ان المرجع فى مدة الخيار هو جعل المتعاقدين، فاللازم الرجوع إليهما فى حالة الشك، ل (ان زمان الخيار- عرفا-) اى ما يطلق عليه فى العرف انه زمان الخيار (لا يراد به، الا ما كان الخيار متحققا فيه) اى فى ذلك الزمان تحققت (شرعا) بجعل الشارع- كخيار الحيوان- (او) تحققتا (بجعل المتعاقدين) فاذا كان الشارع قرر الخيار لزم مراجعة الشارع فى مدة الخيار، و اذا كان المتعاقدان جعلوا الخيار فاللازم مراجعتهما لمعرفة المدة التى جعلوها (و المفروض ان الخيار هنا) فى خيار الشرط فى البيع (جعلى) بجعل المتعاقدين لا بجعل الشارع.

(فالشك) منا (فى) انه هل (تحقق الخيار قبل الرد) أم لا؟ انما هو شك (بجعل المتعاقدين) و انهما كيف جعلوا الخيار؟ فهما المرجع لا كما ذكره الجواهر «من ان الظاهر من اطلاق العرف هو كون مجموع المدة

و اما ما ذكره بعض الاصحاب في رد الشيخ من بعض اخبار المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا، حتى المنفصل كما لا يبعد عن اطلاق كلامه، و اطلاق ما استدل

زمن الخيار».

(و اما ما ذكره بعض الاصحاب في رد الشيخ من بعض اخبار المسألة) حيث ان الجواهر استشهد بذلك في رد المصاييح حيث قال الجواهر «و تضعيف كثير من الاصحاب ... الخ» فان الجواهر استدل بذكر بعض الاصحاب: ان الخيار في مجموع المدة لرد المصاييح القائل بان الخيار في بعض المدة (فلعلهم فهموا من مذهبه) اى من مذهب الشيخ (توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا، حتى) الخيار (المنفصل) فردوه بانه لا يشترط في الملك انقضاء الخيار المنفصل بدليل اثبات الرواية له ملك الغلة، مع ان الخيار لم ينقض في الخيار المنفصل، فليس كلام بعض الاصحاب في رد الشيخ دليلا على كون مجموع المدة زمان الخيار ليأخذ هذا الكلام صاحب الجواهر، و يرد به على السيد القائل:

بان مبدأ الخيار من حين الرد فليس تمام المدة زمان الخيار فتحصل قول الشيخ، و رد بعض الاصحاب له، و فهم الجواهر لردّ بعض الاصحاب تفسيراً، و بهذا الفهم رد على السيد، و تفسير المصنف لرد بعض الاصحاب على ضوء فهم جديد لقول الشيخ و بهذا التفسير ردّ فهم الجواهر، و بذلك صحح المصنف كلام السيد (كما لا يبعد) الاطلاق حتى للمنفصل (عن اطلاق كلامه) اى كلام الشيخ (و) عن (اطلاق ما استدل

ص: 384

له به من الاخبار.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري،

سواء كان قبل الرد او بعده و نمائه أيضا له مطلقا.

و الظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل او القيمة برد الثمن، او بدله.

و يحتمل عدم الخيار بناء على ان مورد هذا الخيار هو الزام ان له رد الثمن

له) اى لكلامه (به) اى بذلك الاطلاق و الضمير عائد الى «ما» (من الاخبار) «من» بيان «ما».

(الامر الخامس) من الامور المربوطة بخيار الشرط (لو تلف المبيع) فى ايام الخيار (كان) التلف (من المشتري) لقاعدة ان التلف فى زمن الخيار لمن لا- خيار له، فان المشتري لا خيار له و انما الخيار للبائع (سواء كان) التلف (قبل الرد او بعده) لما تقدم من وجود الخيار من حين العقد (و نمائه) اى نماء المبيع (أيضا له) اى للمشتري لقاعدة «ان من له الغنم فعليه الغرم» (مطلقا) سواء كان النماء قبل الرد او بعده.

(و الظاهر) فيما اذا تلف المبيع (عدم سقوط خيار البائع، ف) اذا فسخ (يسترد) البائع (المثل) اذا كان المبيع مثليا (او القيمة) اذا كان قيميا (ب) مقابل (رد الثمن) عينا (او بدله) اذا صح رد بدله.

(و يحتمل عدم الخيار) للبائع اذا تلف المبيع عنده (بناء على ان مورد هذا الخيار) اى بيع الخيار (هو الزام ان له) اى للبائع (رد الثمن

وارتجاع البيع.

وظاهره اعتبار بقاء المبيع فى ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثم انه لا تنافى بين شرطية البقاء، وعدم جواز تقويت الشرط، فلا يجوز للمشتري ائلاف المبيع كما سيجي ء فى احكام الخيار.

وارتجاع البيع) بعينه.

(وظاهره) اى ظاهر هذا الشرط (اعتبار بقاء المبيع فى ذلك) اى فى الالزام (فلا خيار) للبائع (مع تلفه) لانه قد فقد الموضوع، وبدون الموضوع لا حكم.

(ثم انه) ربما يستشكل انه كيف يمكن الجمع بين «ان الشرط فى الخيار بقاء المبيع» وبين «انه لا يجوز تقويت مورد الشرط اى لا يجوز تلف المبيع».

وجه المنافات «ان المعلق على شي ء لا يقتضى وجود المعلق عليه» مثلا: اذا علق الحج على الاستطاعة، او علق الصوم على الحضر، او علق الصلاة على طهارة المرأة من الحيض، لم يقتضى ايجاد او ابقاء الاستطاعة و لا ايجاد او ابقاء الحضر، و لا ايجاد او ابقاء الطهارة.

فكيف تقولون- فى مقامنا- ان الخيار معلق على بقاء المبيع، مع قولكم بوجوب ابقاء المبيع.

و الجواب: انه (لا تنافى بين شرطية البقاء) فى صحة الخيار (و) بين (عدم جواز تقويت الشرط).

وعليه (فلا يجوز للمشتري ائلاف المبيع كما سيجي ء فى احكام الخيار).

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 11، ص: 387

ص: 386

لان غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتم الا بالتزام ابقائه للبائع.

ولو تلف الثمن فان كان بعد الرد وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيجي ء من ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتري وان كان

وانما قلنا: انه لا تنافي (لان غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله) غالبا (و لا يتم) هذا الفرض الذي هو شرط ضمنى في بيع الخيار (الا بالتزام) المشتري (ابقائه) اى ابقاء نفس المبيع (للبيع).

وانما قلنا «غالبا» لانه قد يكون غرض البائع الحصول على الاعم منه و من مثله.

كما اذا باع بيعا خياريا كتابا و كان قصده الدرس فى ذلك الكتاب فلا يهمله ان استرجع عين كتابه او بدله.

وفى المقام حيث لا شرط ضمنى بارجاع الكتاب بعينه، يحق للمشتري اتلافه و ارجاع بدله عند الفسخ.

و منه يعلم انه يمكن جعل الشرط ارجاع القيمي بالمثل «مثلا- عرفا» كما اذا باعه شاة و كان مقصوده لحمها، فلا يهمل ان يرجع عينها او بدلها

(ولو تلف الثمن) و لم يتلف المثل (فان كان) التلف (بعد الرد وقبل الفسخ)- فيما اذا لم يكن نفس الرد فسخا- (فمقتضى ما سيجي ء من ان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه) اى التلف (من المشتري) لان المشتري لا خيار له فى بيع الشرط و انما الخيار للبائع فقط (و ان كان) الثمن

ملكا للبائع، الا ان يمنع شمول تلك القاعدة للثمن، و يدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و لم اعرف وجه الاستظهار اذ ليس فيها الا ان نماء الثمن للبائع، و تلف المبيع من المشتري، و هما اجماعيان

(ملكا للبائع) اذ القاعدة عامة و لا يلاحظ فيها ان التالف ملك من كان (الا ان يمنع شمول تلك القاعدة) قاعدة: التالف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (للثمن) فيكون تلف الثمن من كيس البائع (و يدعى اختصاصها) اى تلك القاعدة (بالمبيع) فقط (كما ذكره بعض المعاصرين) و هو صاحب الجواهر (و استظهره) اى استظهر ادعائه بان القاعدة خاصة بالمبيع و لا تشمل الثمن (من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و) لكنى (لم اعرف وجه الاستظهار).

اقول: الرواية هي قال سمعت أبا الجارود، و يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، و كان بينه وبين الرجل آذي اشترى منه الدار خلطة، فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فاتاه بما له قال له شرطه، قال له ابو الجارود فان هذا الرجل قد اصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال عليه السلام هو ماله، و قال عليه السلام رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري (اذ ليس فيها) اى فى الرواية (الا ان نماء الثمن للبائع، و تلف المبيع من المشتري، و هما اجماعيان).

و على طبق القاعدة «فنماء الثمن للبائع» تدل عليه «قاعدة ان

حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما الى تلك الرواية

و لا تكون الرواية مخالفة للقاعدة، و انما المخالف لها هى قاعدة ان الخراج بالضممان اذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك.

نعم الاشكال فى عموم تلك القاعدة

النماء تابع للملك» فان الثمن حيث كان للبائع كان نمائه للبائع.

«و تلف المبيع من المشتري» تدل عليه «قاعدة التلف من المالك» حيث ان المبيع للمشتري (حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له) و اذ كان الحكمان المذكوران على طبق الاجماع و القاعدة (فلا حاجة لهما) اى للحكمين المذكورين (الى تلك الرواية) رواية معاوية بن ميسرة

(و) قد عرفت انه (لا تكون الرواية مخالفة للقاعدة) بل القاعدة على طبق الرواية (و انما المخالف لها) اى للرواية (هى قاعدة ان الخراج بالضممان اذا انضمت) القاعدة (الى الاجماع على كون النماء للمالك).

اذ «نماء الثمن للبائع لاین الثمن ملكه» و «تلف الثمن على المشتري لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» و حيث ان المشتري لا خيار له فالتلف يكون عليه.

و هذان الحكمان «نماء الثمن للبائع و تلفه على المشتري» يتنافيان مع قاعدة «الخراج بالضممان» لان هذه القاعدة تقول «كل من ربح النماء يخسر اذا تلف» و الحكمان يقولان «يربح انسان و يخسر انسان آخر».

(نعم الاشكال فى عموم تلك القاعدة) قاعدة «التلف فى زمن الخيار

للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار.

لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن، و اختصاصها بالخيارات الثلاثة اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان.

و سيجيء الكلام فى احكام الخيار.

و ان كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد

ممن لا خيار له» (للثمن) اذ المتيقن من القاعدة «المثمن» (ك) ما ان الاشكال أيضا موجود فى (عمومها) اى عموم قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» (لجميع افراد الخيار) فهل ان التلف «فى كل خيار» ممن لا خيار له، أم ان القاعدة خاصة ببعض الخيارات.

(لكن الظاهر من اطلاق غير واحد) من الفقهاء (عموم القاعدة) قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» (للثمن) فتلف الثمن كتلف المثمن ممن لا- خيار له (و اختصاصها) اى القاعدة (بالخيارات الثلاثة) فقط (اعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان) دون سائر الخيارات.

(و سيجيء) تفصيل (الكلام) فى ذلك (فى احكام الخيار) ان شاء الله تعالى.

ثم لا يخفى: ان بعض المعلقين ذكر وجه استظهار الجواهر، لكن حيث ان بيانه خارج عن مقصد الشرح، فالراغب يرجع الى محله.

(و ان كان التلف) للثمن (قبل الرد) للمثمن- وهذا عطف على قوله: فان كان بعد الرد وقبل الفسخ- (ف) يكون التلف (من البائع) و ذلك (بناء على عدم ثبوت الخيار) للبائع (قبل الرد) فلا تجرى قاعدة:

وفيه: مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء فان دليل ضمان من لا- خيار له مال صاحبه و هو تزلزل البيع، سواء كان بخيار متصل او بمنفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة كما سيحيى ء.

التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له حتى يكون التلف من المشتري.

(وفيه: مع ما عرفت من منع المبنى) اذ قد تقدم فى ردّ العلامة الطباطبائي عدم كلية عدم الخيار قبل الرد، بل قد يكون خيار قبل الرد وقد لا يكون، فلا يصح اطلاق القول «بان التلف قبل الرد من البائع» (منع البناء) فانا اذا سلمنا صحة المبنى لكن نقول «ان البناء على هذا المبنى غير صحيح».

وبعبارة اخرى لا نسلم الصغرى، و ان سلمنا الكبرى، فانا نمنع كون التلف من غير ذى الخيار يتوقف على ثبوت الخيار الفعلى، بل اذا كان الخيار شأنيا يكون التلف من غير ذى الخيار الشأنى أيضا.

واستدل المصنف لهذا المنع بقوله: (فان دليل ضمان من لا خيار له) اى قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» (مال صاحبه) مفعول «ضمان» (و هو تزلزل البيع) خبر «فان» (سواء كان) التزلزل (بخيار متصل) بان كان الخيار فعليا (او ب) خيار (منفصل) بان كان الخيار شأنيا (كما يقتضيه) اى يقتضى هذا الاطلاق الشامل للخيارين المتصل و المنفصل (اخبار تلك المسألة) اى مسألة: ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (كما سيحيى ء) ان شاء الله تعالى.

ثم ان قلنا بان تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع.

وان قلنا بانه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البديل، ويرتجع المبيع.

(ثم ان قلنا بان تلف الثمن من المشتري) لان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له (انفسخ البيع) لان الثمن رجع الى المشتري، فبطلت المعاملة ورجع المثلن الى البائع.

(وان قلنا بانه من البائع) لان القاعدة المتقدمة لا تشمل الثمن كما تقدم (فالظاهر بقاء الخيار) للبائع لما تقدم من ان المراد ب «الرد» المشروط رد العين او القيمة (ف) اذا تعذرت العين (يرد) البائع (البديل) للقيمة (ويرتجع المبيع) بعد فسخه للعقد.

ص: 392

الأمر السادس لا اشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري،

او برده على وكيله المطلق، او الحاكم، او العدول، مع التصريح بذلك فى العقد و ان كان المشروط هو رده الى المشتري مع عدم التصريح
ببدله فامتنع رده إليه عقلا لغيبة و نحوها او شرعا لجنون و نحوه

ففى حصول الشرط برده الى الحاكم كما اختاره المحقق القمى فى بعض

(الامر السادس) من الامور المرتبطة ببيع الشرط (لا اشكال فى القدرة) للبايع (على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري) اذا بقى على
شرائط التكليف (او برده على وكيله المطلق) الوكيل فى كل شيء لا الوكيل فى امر خاص غير اخذ الثمن و الا فلا اشكال فى صحة الرد
على وكيله فى اخذ الثمن كما انه لا يكفى رده على وكيله فى ما اذا شرط رده على نفسه فقط (او الحاكم) فى ما اذا تعذر الرد على وكيله (او
العدول) المؤمنين اذا تعذر الحاكم و وكيل الحاكم (مع التصريح بذلك) بان يرده على وكيله و نحوه (فى العقد) لانه مع التصريح قد و فى
بالشرط، فله استرجاع المبيع (و ان كان المشروط) فى العقد (هو رده الى المشتري مع عدم التصريح ببده) اى بدل المشتري (فامتنع رده
إليه عقلا، لغيبة و نحوها) كما اذا كان مسجوناً لا يمكن الوصول إليه (او شرعا لجنون و نحوه) كالاغماء.

(ففى حصول الشرط برده الى الحاكم) الشرعى و وكيله (كما اختاره المحقق القمى فى بعض

اجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان.

وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن الى المشتري مع غيبته حيث انه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار، وانه لا اعتبار بالاشهاد خلافا لبعض علمائنا.

قال: ان ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه.

اجوبة مسائله) لانه ولى الممتنع و القاصر و نحوهما، فالحاكم- فى هذا الحال- كالمشتري- (و عدمه) فلا يصح رده الى الحاكم فى فسخ المعاملة (كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله) لان الشرط متعذر، و اذا تعذر الشرط تعذر الفسخ (قولان).

(و) لكن (ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق) من العلماء (على عدم لزوم رد الثمن الى المشتري مع غيبته) بل يكفى رده الى الحاكم فى صحة الفسخ فيكون قول المناهل خلاف الاجماع (حيث انه) اى الحدائق (بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم) اى طرف ذى الخيار (فى فسخ ذى الخيار) فى مطلق الخيارات، بل لذى الخياران يفسخ فى غيبة الخصم (و انه لا اعتبار بالاشهاد) اى اخذ الشاهد عند الفسخ (خلافا لبعض علمائنا) حيث اعتبروا الاشهاد عند الفسخ.

(قال: ان ظاهر الرواية) المراد بالرواية الجنس لا رواية خاصة (اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع) و يكون الفسخ (بعد دفع الثمن إليه) اى الى

فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري، و جعل الثمن امانة الى ان يجي ء المشتري و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الاخبار المذكورة، انتهى.

اقول: لم اجد فيما رأيت من تعرض لحكم رد الثمن مع غيبة المشتري في هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانة عند البائع حتى يحضر المشتري.

و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار

المشتري.

(فما ذكروه) الفقهاء (من جواز الفسخ) اى جواز فسخ البائع فى بيع الشرط (مع عدم حضور المشتري، و) اذا فسخ (جعل الثمن امانة الى ان يجي ء المشتري) ليرده عليه (و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه) اى على جواز الفسخ، و جعل الثمن امانة (الا انه بعيد عن مساق الاخبار المذكورة) اى ما قال بانه ظاهر الرواية (انتهى) كلام الحدائق.

(اقول: لم اجد فيما رأيت من تعرض لحكم رد الثمن مع غيبة المشتري فى) مسألة (هذا الخيار) خيار الشرط، فكيف نسب الحدائق إليهم انهم ذكروه (و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن امانة عند البائع حتى يحضر المشتري) اذا فسخ فى حال غياب المشتري.

فقول الحدائق «و جعل الثمن امانة ..» من اين ذكره.

(و) ان اعتمد الحدائق فى النسبة إليهم الى (ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار) ففيه انه لا يصلح مستندا له لانه

ص: 395

انما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل العامة، و بعض الخاصة حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم.

و لا تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ، و هو ردّ الثمن الى المشتري، مع ان ما ذكره من اخبار المسألة لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و ان كان موردها صورة حضوره لاجل تحقق الرد.

(انما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو) فسخ.

و من المعلوم انه لا يشترط فى الفسخ حضور الخصم (فى مقابل العامة و بعض الخاصة حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم).

(و) من المعلوم انه (لا- تنافى بينه) اى بين كلامهم فى رد العامة، و بعض الخاصة (و بين اعتبار حضوره) اى الخصم (لتحقق شرط آخر للفسخ، و) الشرط الآخر (هو ردّ الثمن الى المشتري) لان ردّ الثمن الى المشتري شرط فى الفسخ حسب قرار المتعاقدين (مع ان ما ذكره) اى الحدائق (من اخبار المسألة) التى ادعى ظهورها فى حضور المشتري عند فسخ البائع (لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ) لانها لم تشترط ذلك (و ان كان موردها صورة حضوره) اى حضور الخصم (لاجل تحقق الرد).

فان عملية الرد لا تكون الا بحضور من يأخذ، الا ان المورد «غير الاشرط» فلا يمكن ان يجعل المورد شرطا.

ثم بين المصنف وجه ان كون «المورد حضور المشتري» لا يلازم

الا ان الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناء على مغايرة الفسخ للرد، و عدم الاكتفاء به عنه.

نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم.

لكن الاصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور فى هذا الخيار، خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن، فافهم.

و كيف كان فالاقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ الى خصوص المشتري

حضوره «فى الفسخ» بقوله (الا ان الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان) فيرد البائع الثمن اليوم و يفسخ البيع غدا (بناء على مغايرة الفسخ للرد) بان لا يكون نفس الرد فسحا (و) بناء على (عدم الاكتفاء به) بالرد (عنه) اى عن الفسخ.

(نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها) اى مورد تلك الاخبار (بحضور الخصم) هذا كله رد على صاحب الحدائق.

(لكن) يمكن تصحيح كلامه الا-خير القائل باعتبار حضور المشتري فى الفسخ بان (الاصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور) اى حضور المشتري (فى هذا الخيار) اى خيار الشرط (خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد ردّ الثمن) وان الفسخ و الرد شي ء واحد (فافهم) فان ذكر الاصحاب لا يفيد الاشتراط، و لعلهم ذكروا ذلك فى مورد كان الرد فسحا فلا اطلاق لكلامهم.

(و كيف كان) كلام الاصحاب (فالاقوى فيما لم يصرح) فى العقد (باشتراط الردّ الى خصوص المشتري) بنفسه

هو قيام الولي مقامه، لان الظاهر من الرد الى المشتري حصوله عنده، و تملكه له، حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ.

ولذا لو دفع الى وارث المشتري كفى، وكذا لو ورد وارث البائع مع ان المصرح به في العقد رد البائع وليس ذلك لاجل إرثه للخيار

(هو قيام الولي) وكذا كان او حاكما او وليا- كما اذا جن- او من اشبههم (مقامه) اي مقام المشتري في كفايته في الفسخ (لان الظاهر من شرطهما حال العقد (الرد الى المشتري) هو (حصوله) اي الثمن (عنده) اي عند المشتري (و تملكه له) بدخول الثمن في ملك المشتري (حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ) وهذا يحصل اذا سلم الثمن الى ولي المشتري.

(ولذا) الذي ذكرنا من ان المعيار حصول الثمن للمشتري «و ذلك يحصل بتسليمه الى ولي المشتري» (لو دفع) البائع بعد الفسخ الثمن (الى وارث المشتري) فيما لو مات المشتري (كفى).

وانما نقول بانه «كفى» لان العرف يرى انه وفاء بالشرط «مما يكشف عن ان الشرط عرفا لم يكن اكثر من ذلك» (وكذا لو ورد وارث البائع بان مات البائع ورد وارثه الثمن الى المشتري (مع ان المصرح به في العقد رد البائع) الثمن (وليس ذلك) كفاية رد وارث البائع الى المشتري (لاجل إرثه) اي إرث الوارث (للخيار) حتى يقال: ان وارث البائع حيث ورث الخيار كان له ان يرد الثمن، فلا يدل رد وارث البائع على كفاية «الدفع الى وارث المشتري».

لان ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الردّ، وكذا الكلام فى وليه.

و دعوى ان الحاكم انما يتصرف فى مال الغائب على وجه الحفظ و المصلحة، و الثمن قبل ردّه باق على ملك البائع

و انما قلنا «ليس ذلك» (لان ذلك) اى ارث البائع للخيار (متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الرد) اذ لو كان للبائع خصوصية لم يكن يورث خياره، كما اذا صرح بان للبائع فقط «دون وارثه» الخيار و اذ لم يكن «ردّ وارث البائع» الا لاجل عدم الخصوصية فى البائع كان اخذ ولى المشتري كافيا لوحدة المناط فى وارث البائع و ولى المشتري، و المناط هو الدفع من قبل البائع و الاخذ من طرف المشتري، سواء كان الراد و الاخذ نفس البائع و المشتري او انسانا آخر مربوطا بهما من وارث و ولى (و كذا الكلام فى وليه) اى ولى البائع.

(و) ان قلت: لا حق للحاكم ان يأخذ الثمن من البائع لان اخذه من البائع خلاف مصلحة المشتري اذ معنى اخذ الحاكم ان البائع يحق له الفسخ، و الفسخ ضرر على المشتري، فان الدار المنتقلة الى المشتري مثلا- اعلى من ثمنها الذي دفعه المشتري الى البائع، و قبض الحاكم للثمن يوجب تضرر المشتري بذهاب الدار عن يده.

قلت: (دعوى ان الحاكم انما يتصرف فى مال الغائب على وجه الحفظ و المصلحة) فانه ليس للحاكم الا العمل بما هو صلاح الغائب (و الثمن قبل ردّه) الى الحاكم الولي للمشتري (باق على ملك البائع) و فى قبالة

وقبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب او شبهه، فلا يكون وليا فى القبض فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ، مدفوعة ب

المثمن باق على ملك المشتري (وقبضه) اى قبض الحاكم الثمن (عنه) اى عن قبل المشتري (الموجب) ذلك القبض (لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب) الذي هو المشتري (او شبهه) اى شبه الغائب

كما اذا جن المشتري فكان الحاكم وليا له، واذ لم يكن اخذ الحاكم الثمن لمصلحة المشتري (فلا يكون) الحاكم (وليا فى القبض) لانه ولى فى العمل لمصلحة المولى عليه، لا انه ولى مطلقا واذ لم يكن الحاكم وليا (فلا يحصل ملك المشتري المدفوع) اى للثمن الذي قبضه الحاكم (بعد الفسخ) «بعد» متعلق ب «ملك» لان ملك المشتري يحصل للثمن بعد فسخ البائع، وفى المقام حيث لم يقبض المشتري الثمن- و الحاكم القابض ليس وليا له حسب الفرض- لا ينفع فسخ البائع فى ملكية المشتري للثمن اذ الفسخ انما يكون مملكا للمشتري اذا كان المشتري قد قبض الثمن (مدفوعة) خبر «دعوى» (ب) انه لا يشترط فى ولاية الحاكم على المشتري «مصلحة المشتري» هنا، بل كما ان البائع كان يرد على نفس المشتري وان لم يكن الرد مصلحة للمشتري، كذلك يرد البائع على من يقبض عن المشتري وان لم يكن الرد مصلحة للمشتري.

فحال الحاكم حال المشتري فى انه مجبور فى اخذ الثمن سواء كان الأخذ مصلحة للمشتري، أم لا، فان الشارع فى المقام راعى مصلحة البائع

ان هذا ليس تصرفا اختياريا من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب صح له الفسخ، اذ لا يعتبر فيه قبول المشتري، او وليه للثمن، حتى يقال ان ولايته فى القبول متوقفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري او وليه منه اذا حصل الفسخ.

و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن الى عدول المؤمنين ليحفظوها

حيث ان بيده الخيار.

ف (ان هذا) الأخذ من الحاكم للثمن (ليس تصرفا اختياريا من قبل الولي) الذي هو الحاكم (حتى يناط) هذا التصرف (بالمصلحة) للمشتري (بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب) الغائب الذي هو المشتري (صح له) اى للبائع (الفسخ) و تسليم الثمن الى ولي المشتري (اذ لا- يعتبر فيه) اى فى الفسخ (قبول المشتري، او وليه للثمن) بل المقدم للفسخ إرادة البائع، فان بيده الاختيار (حتى يقال ان ولايته) اى الحاكم (فى القبول) للثمن (متوقفة على المصلحة) مصلحة المشتري (بل المعتبر) فى الفسخ (تمكين المشتري او وليه منه) اى من الثمن (اذا حصل الفسخ) وفى المقام يمكن اعطاء الثمن لولى المشتري الذي هو الحاكم.

(و مما ذكرنا) من جواز الفسخ اذا تمكن من اعطاء الثمن الى الحاكم (يظهر جواز الفسخ برد الثمن الى عدول المؤمنين) اذا لم يكن الحاكم الشرعى ولا وكيله (ليحفظوها) اى يحفظوا القيمة

ص: 401

حسبة عن الغائب، و شبهه.

ولو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصح له الفسخ؟ مع رد الثمن الى الولى الآخر، اعنى الجدد مطلقا، او مع عدم التمكن من الرد الى الأب، او لا، وجوه.

(حسبة) اى احتسابا وقربة الى الله (عن الغائب، و شبهه) كالمجنون بل يمكن ان يقال ان له الفسخ و وضعه امانة عند نفسه، اذا لم يجد عدول المؤمنين اذ لا خصوصية لعدول المؤمنين فان البائع كاحدهم و دليل: لا ضرر، يمنع من القول بعدم الفسخ حتى تنتهى المدة و يلزم البيع

(ولو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصح له) اى للبائع (الفسخ؟ مع رد الثمن الى الولى الآخر، اعنى الجدد مطلقا) سواء تمكن من الرد على الأب، أم لا- (او) يصح الرد الى الجدد (مع عدم التمكن من الرد الى الأب، أو لا) فلا بد من الارجاع الى الأب مطلقا فلو لم يتمكن من الارجاع الى الأب لم يصح له الفسخ (وجوه).

اما رد الثمن الى الولى الآخر مطلقا فلانهما وليان فيكونان بمنزلة واحدة فحالهما حال وكيلى انسان.

واما عدم الرد الا الى الأب مع الامكان، فلانه مقتضى ظاهر الاشتراط عند العقد، فاذا لم يمكن الأب قام الولى و هو الجدد مقامه.

واما عدم الرد الى الجدد مطلقا فللجمود على ظاهر الشرط عند العقد.

والاقوى هو الاول و ان كان الاحوط الثانى، اما الثالث فهو بعيد

ص: 402

و يجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير فردّ البائع الى حاكم آخر، و ليس فى قبول الحاكم الآخر مزاحمة للاول حتى لا يجوز قبوله للثمن، و لا يجرى ولايته بالنسبة الى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فى مثل هذه الامور

جدا.

(و يجرى مثلها) اى مثل الوجوه الثلاثة (فيما لو اشترى الحاكم للصغير) و المجنون و نحوهما (فردّ البائع الى حاكم آخر، و) الظاهر جوازه لان الحكام كلهم وكلاء امام واحد، لكن فيما (ليس فى قبول الحاكم الآخر مزاحمة ل) الحاكم (الاول حتى لا يجوز قبوله) اى قبول الحاكم الآخر (لثمن) عن قبل المشتري (و) حتى (لا يجرى ولايته) اى ولاية الحاكم الثانى (بالنسبة الى هذه المعاملة) التى اجريت مع حاكم آخر (بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فى مثل هذه الامور) التى تسبب الشجار و النزاع فى مقابل الامور التى لا تسبب ذلك، كما اذا كانت دارا مردّدة بين الملك و الوقف.

فحكم احدهما انها وقف و التولية لزيد، و حكم الآخر بانها ملك لزيد حيث لا موقع للشجار، اذ لا نزاع بين اثنين.

و وجه عدم جواز المزاحمة فيما اورث الشجار ان الحاكم وضع لاجل رفع النزاع و الشجار فلا يمكن ان يشرع حكم يوجب مزيدا من النزاع.

و اما من قال بعدم البأس فى المزاحمة مطلقا، قال بانهما وكيلان و لا يحق لهما الشجار، فلدى الاختلاف يكون المرجع من يفصل امثال

لما عرفت من ان أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا، بل البائع اذا وجد من يجوز ان يملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ.

وليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الاول.

غاية الامر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب، لان هذا

هذه القضايا، و تفصيل الكلام في ذلك في كتاب القضاء.

فقوله: (لما عرفت) تعليل لجواز الفسخ باعطاء الثمن للحاكم (من ان أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا) حتى تلاحظ المصلحة (بل البائع اذا وجد من يجوز ان يملك الثمن عن المشتري) اي يقبل الثمن ليكون ملكا للمشتري (عند فسخه) اي فسخ البائع للبيع، و «عند» متعلق ب «يملك» (جاز له) اي للبائع (الفسخ).

(و) حيث يشكل الامر في المقام بان اخذ الحاكم الثاني يوجب المزاحمة الممنوعة، قال (ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الاول) حتى لا يصح تسليم الثمن الى الحاكم الثاني.

(غاية الامر) اذا قلنا بعدم جواز المزاحمة (وجوب دفعه) اي الثمن (إليه) اي الى الحاكم الاول، فالفسخ جائز على كل حال (مع احتمال عدم الوجوب) اي عدم وجوب الدفع الى الحاكم الاول و ان كانت مزاحمة (لان هذا) الثمن الذي يأخذه الحاكم الثاني بعد فسخ البائع بيع الشرط

ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الاول، فلا مزاحمة.

لكن الاظهر انها مزاحمة عرفا.

الأمر السابع: اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع،

فلورد بعضه لم يكن له الفسخ وليس للمشتري التصرف فى المدفوع إليه، لبقائه على ملك البائع.

و الظاهر انه ضامن له لو تلف اذا دفعه إليه على وجه الثمنية، الا

(ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الاول) حتى يكون اعطاء الثمن الى الحاكم مزاحمة (فلا مزاحمة) بين الحاكمين.

(لكن الاظهر انها) اى تسليم الثمن الى الحاكم الثانى و تأنيث الضمير باعتبار «مزاحمة» (مزاحمة عرفا).

فاذا قلنا بعدم جواز المزاحمة لم يجز التسليم الى الحاكم الثانى.

(الامر السابع) من الامور المرتبطة بخيار الشرط (اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك) الفسخ (الا برد الجميع) اى جميع الثمن و ذلك لانه شرط الفسخ (فلورد) البائع (بعضه) اى بعض الثمن (لم يكن له الفسخ) الا اذا اكمله بالبعض الآخر (و) اذا دفع البائع بعض الثمن (ليس للمشتري التصرف فى المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع) ورضى البائع ان يتصرف فيه لا ينفذ بعد ان كان رضا معامليا لا رضا مطلقا

(و الظاهر) من القواعد (انه) اى المشتري (ضامن له) اى للمقدار المدفوع إليه من الثمن (لو تلف) لقاعدة: على اليد (اذا دفعه إليه على وجه الثمنية) لانه ليس بثمن، و لا امانة، و لا وجه آخر لعدم الضمان (الا

ان يصرح بكونها امانة عنده الى ان يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع.

ولو شرط البائع الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فى ما قابل المدفوع، و للمشتري خيار التبويض اذا لم يفسخ البائع بقية المبيع و خرجت المدة،

ان يصرح) البائع المعطى (بكونها) اى العين المدفوعة بعنوان بعض الثمن (امانة عنده) اى عند المشتري، فقال هى امانة عندك (الى ان يجتمع قدر الثمن) كاملا (يفسخ البائع) فانه اذا تلف عند المشتري حينئذ بدون تعدد و تقريط لم يكن ضامنا، اذ الامين ليس بضامن، و لو تلف و اختلفا فى انه بتعد، أم لا، فليس عليه الا اليمين، كما هى القاعدة الكلية

(ولو شرط البائع) عند العقد (الفسخ فى كل جزء) جزء من اجزاء المبيع (ب) مقابل (رد) البائع (ما يخصه) اى يخص ذلك الجزء (من الثمن) كما اذا باعه دارين بالفين، و شرط ان كل الف اذا دفع، كان له فسخ احدى الدارين (جاز الفسخ فى ما قابل المدفوع) حسب الشرط.

و الظاهر ان الفسخ بقدر ما بيد البائع، فاذا دفع الف فى مقابل الدار الغربية، كان الراجع إليه الدار الغربية، و ان لم يرض المشتري بل اراد ارجاع الدار الشرقية (و للمشتري خيار التبويض اذا لم يفسخ البائع بقية المبيع)، بان لم يعط بقية الثمن (و خرجت المدة) المضروبة اجلا للخيار، و ذلك لوضوح ان الشرط كان اعطاء جميع الثمن فى مقابل رد جميع المبيع، فاذا لم يعط جميع الثمن لم يكن له الفسخ، فاذا فسخ البعض و ظن المشتري انه مقدمة فسخ الكل كان ذلك مراعى بفسخ الكل

و هل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك و يجوز اشتراط الفسخ فى الكل برد جزء معين من الثمن فى المدة، بل بجزء غير معين فيبقى

فاذا لم يفسخ الكل، كان للمشتري الامتناع عن رد المبيع، و استرجاع ما رد منه اذا كان رد البعض (و هل له) اى للمشتري (ذلك) اى خيار التبويض (قبل خروجها؟) اى قبل خروج المدة بان كانت المدة سنة مثلا و اعطى البائع فى نصف سنة نصف المبلغ، و استرجع دارا من الدارين مثلا- فللمشتري ان يأخذ بخيار التبويض بان يسترد الدار و يرجع نصف الثمن و يحتفظ بالدارين معا الى ان يعطى البائع كل الثمن قبل السنة (الوجه ذلك) اى للمشتري حق ذلك لحصول سبب خيار التبويض فعلا.

لكن فيه انه اذا كان الشرط اعطاء كل جزء عند اعطاء البائع كل جزء من الثمن لم يكن لخيار المشتري وجه، بعد ان رضى بالتبويض حال العقد (و يجوز اشتراط الفسخ فى الكل) اى كل المبيع (برد جزء معين من الثمن فى المدة).

كما اذا قال البائع: افسخ العقد اذا اعطيت نصف الثمن (بل بجزء غير معين).

كما اذا قال البائع: افسخ العقد اذا اعطيت بعض الثمن و لم يعين مقدار ذلك البعض.

و انما يجوز ذلك لقاعدة: المؤمنون عند شروطهم.

و كيف كان (ف) اذا فسخ البائع بعد اعطاء جزء معين او جزء غير معين (يبقى

الباقى فى ذمة البائع بعد الفسخ.

الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل.

و لا اشكال فى انصراف الاطلاق الى العين.

و لا فى جواز التصريح برد بدله مع تلفه.

الباقى فى ذمة البائع بعد الفسخ) فاذا دفع فهو، و الا كان للمشتري اخذه منه يجبر الحاكم، فاذا لم يمكنه ذلك، كان له الفسخ و استرجاع المثل من البائع، و رد ما اعطاه من المثل.

(الأمر الثامن) من الامور المربوطة بخيار الشرط (كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل) فيقول المشتري للبائع اذا رددت الدار عليك فى مدة سنة كان لى فسخ العقد و استرجاع ثمنها.

و انما يجوز ذلك لاطلاق قاعدة: المؤمنون عند شروطهم.

(و لا اشكال فى انصراف الاطلاق) الى اطلاق المشتري قوله «ان رددت المثل» (الى العين) فاللزم عليه رد عين المثل اى نفس الدار- مثلا- لا ان يرد بدله مثلا اذا كان مثليا كما اذا كان المثل حنطة، و قيمة اذا كان قيميا كما اذا كان المثل الدار.

(و) كذلك (لا-) اشكال (فى جواز التصريح برد بدله) اى بدل المثل (مع تلفه) بان يقول المشتري «ارد عين الدار، او الحنطة لى وجودهما، و اراد بدلها قيمة او مثلا لى تلفهما.

لان مرجعه الى اشتراط الخيار برد المبيع، مع وجوده، وبدله مع تلفه، وعدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ، وفي جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين اشكال من انه خلاف مقتضى الفسخ لان مقتضاه رجوع كل من العوضين الى صاحبه فاشترط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع.

و انما قلنا «و لا فى جواز ..» (لان مرجعه) اى مرجع هذا الشرط (الى اشتراط الخيار برد) عين (المبيع، مع وجوده، و) برد (بدله) مثلا او قيمة (مع تلفه، و) مع (عدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ).

قوله «و عدم» عطف توضيحي لقوله «مع تلفه» وقول المصنف «لان مرجعه» اى انه لا- فرق بين ان يقول المشتري «اذا رددت المثلثم استرجع العين و اذا كان المثلثم تالفا رددت بدله» و بين ان يقول «اذا رددت المثلثم- عينا لدى وجوده» و بدلا «لدى تلفه»- كان لى استرجاع الثمن (و فى جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين اشكال) من اطلاق: المؤمنون عند شروطهم، فيصح (من انه خلاف مقتضى الفسخ) فان الشارع قرر الفسخ المعبر عند العقلاء فاذا شرط على خلاف المقرر عند العقلاء، كان من قبيل شرط خلاف مقتضى العقد (لان مقتضاه) اى مقتضى الفسخ (رجوع كل من العوضين الى صاحبه).

و عليه: (فاشترط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع) فلا

بل ليس فسخا في الحقيقة.

نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي، وبالقيمة في المثلى، امكن الجواز لانه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلى بالقيمة، والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير ما

يشمله دليل الشرط (بل) مثل هذا الفسخ الموجب لرجوع البديل «مع وجود العين» (ليس فسخا في الحقيقة) لانه فسخ غير مشروع.

لكن ربما يقال: ان هذا الاشكال غير صحيح لان الفسخ يوجب رجوع العين اذا لم يكن هناك مانع شرعى، او مانع عقلى، وإلا رجع الى البديل، والشرط بمنزلة المانع الشرعى لان الشرع فى باب الشرط امضى الشروط العقلائية وهذا شرط عقلائي.

فكما انه اذا تلف العين يرجع الى البديل، كذلك اذا شرط عدم اعطائه العين.

(نعم لو اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمي) كرد الشاة بشاة شبيهة بها، بينما الشاة قيمية (و بالقيمة فى المثلى) كرد الحنطة قيمة لا حنطة (امكن الجواز) وان كان هذا أيضا خلاف مقتضى الفسخ.

و انما نقول بامكان الجواز (لانه بمنزلة اشتراط ايفاء ما فى الذمة بغير جنسه) لانه اذا كان المبيع تالفا تعلقت قيمته او مثله بالذمة فيشترط ان يوفى ما فى الذمة بشيء آخر (لا) انه (اشترط ضمان التالف المثلى بالقيمة، و) التالف (القيمي بالمثل) حتى يقال: انه خلاف مقتضى الفسخ ويكون فيه المحذور السابق (ولا) انه عبارة عن (اشترط رجوع غير ما

ص: 410

اقتضاه العقد الى البائع، فتأمل، ويجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه، او بدله والله العالم.

اقتضاه العقد الى البائع) حتى يقال: انه خلاف مقتضى العقد، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل (فتأمل).

لعل وجهه ما ذكرناه من صحة اشتراط رد البديل ولو مع التمكن من العين (ويجوز اشتراط الفسخ لكل منهما) اي البائع والمشتري (برد ما انتقل إليه، او بدله والله العالم).

ص: 411

قريباً جداً بعونه تعالى سيصدر القسم الثاني من الخيارات و الجزء الثاني عشر من الكتاب (ايصال الطالب الى المكاسب) عن قريب ان شاء الله تعالى.

و يبحث في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع.

(الناشر)

ص: 412

محتويات الكتاب

الموضوع الصفحة

مقدمة الكتاب 2

تعريف الخيار و مواردہ 3

فى ان الاصل فى البيع اللزوم او الجواز 10

القول فى اقسام الخيار 58

1- خيار المجلس 59

فى ثبوت خيار المجلس للمالكين 61

فى انه هل يثبت خيار المجلس للعاقد الواحد أم لا 89

فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن خيار المجلس 95

فى عدم ثبوت خيار المجلس فى العقود سوى البيع 123

فى مبدأ خيار المجلس 129

القول فى مسقطات الخيار 135

فى سقوط خيار المجلس باشتراط سقوطه فى ضمن العقد 136

من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد 170

من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين 181

فى عدم الاعتبار بالافتراق عن اكره 187

فى ما لو اكره احد المتبايعين على التفرق 196

ص: 413

فى ما اذا زال الاكراه 221

من مسقطات خيار المجلس التصرف 224

2- خيار الحيوان 227

فى اختصاص خيار الحيوان بالمشتري 232

فى انه لا فرق فى مدة الخيار بين الامة وغيرها 249

فى مبدأ خيار الحيوان 251

فى دخول الليلتين فى الايام الثلاثة 260

فى مسقطات خيار الحيوان 265

3- خيار الشرط 306

فى عدم الفرق بين اتصال زمان الخيار وانفصاله 310

فى عدم الفرق بين ذكر المدة وعدمه فى بطلان العقد 319

فى مبدأ خيار الشرط 329

فى صحة جعل خيار الشرط للاجنى 333

فى جواز اشتراط الاستيمار 341

فى اضافة البيع الى الخيار 346

فى ان الثمن اما ان يكون فى الذمة او معيناً 357

فى ان ردّ الثمن مقدمة للفسخ 364

فى اسقاط خيار الشرط باسقاطه بعد العقد 367

في ما لو تلف المبيع كان تلفه من المشتري 385

في تسلط البائع على الفسخ 393

فيما اذا اطلق اشتراط الفسخ برد الثمن 405

في تسلط البائع و المشتري على الفسخ 408

محتويات الكتاب 414

ص: 415

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر أباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

