



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

الْحَيَارَاتُ

مُؤَلَّفَاتُ

رَبِّهِمُ النَّبِيِّينَ وَالْمُرْسَلِينَ

أَتَمَّتْهُمُ الْمَلَائِكَةُ

لَقَدْ جَاءَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ بَرَكَاءً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الخيارات

كاتب:

محمد على اراكي

نشرت في الطباعة:

مكتب آيه الله الاراكي

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٧	الخيارات (محمد على اراكى)
١٧	اشاره
١٧	اشاره
١٩	مقدمتان
١٩	اشاره
١٩	أما المقدمه الأولى: فى بيان حقيقه الخيار
٢٠	أما المقدمه الثانيه:
٣١	القول فى أقسام الخيار
٣١	الأول: خيار المجلس
٣١	و تنقيح مباحث هذا الخيار يحصل برسم مسائل
٣١	مسأله: لا إشكال فى ثبوته للمالكين المتعاقدين،
٣١	اشاره
٣٧	فرع: لو مات الموكل و كان الوكيل حاضرا فى المجلس أو بالعكس،
٤٣	مسأله: لا إشكال على المبنى الذى تقدم مئا فى صوره قيام البائع و المشتري
٤٣	اشاره
٤٣	المانع أحد أمور ثلاثه:
٤٣	الأول: أن الموضوع هو البيعان،
٤٣	و الثانى: أن الافتراق و الاجتماع غير ممكنين فى حق الشخص الواحد
٤٣	و الثالث: أنا و إن سلمنا أن الغايه أعم من الممكنه و المستحيله
٤٥	فرع: لو مات أحد المتبايعين فى المجلس أو كلاهما فهل هذا افتراق بينهما
٤٦	مسأله: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار
٤٦	اشاره
٤٧	هنا وجوه متصوره

- ٤٧ اشارة
- ٤٧ الأول: أن يكون من آثار الفسخ عند وجود العين استرجاعها و عند عدمها
- ٤٧ والثاني: أن يكون الفسخ حلاً للعقد و جعله كأن لم يقع
- ٤٨ والثالث: أن يكون الفسخ حلاً للعقد أيضا لكن من حين الفسخ
- ٤٩ والرابع: أن يكون الفسخ أيضا حلاً للعقد من حينه و لكن ليس معناه
- ٥١ والخامس: أن الفسخ حلّ من حين و لكن في صورته التلف ينزل بعد الفسخ
- ٥٢ و السادس: أن يقال: إنّه بعد الفسخ نستكشف أن العين أنا ما قبل التلف
- ٥٢ و السابع: أن يقال: لا شك أن عقد البيع يعتبر في حقيقته دخول كلّ عوض
- ٥٨ مسأله: دليل هذا الخيار من قوله-عليه السلام-: البيعان إلى آخره خاص
- ٥٩ مسأله: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،
- ٦١ القول في مسقطات هذا الخيار
- ٦١ اشارة
- ٦١ مسأله: لا خلاف ظاهرا على المحكى في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه
- ٦١ اشارة
- ٦٢ نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:
- ٦٢ الأول: أن هذا الشرط مخالف للمشروع،
- ٦٦ الثاني: أن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما
- ٦٨ الثالث: من الإشكالات أن هذا الشرط إسقاط لما لم يجب،
- ٧٠ ثم إنّ هذا الشرط يتصوّر على وجوه:
- ٧٠ الأول: بما تقدّم من اشتراط السقوط إتما على نحو ما ذكرنا من سقوطه بعد
- ٧٠ الثاني: اشتراط عدم الفسخ بأن يقول: (بعث بشرط أن لا أفسخ)
- ٧٤ الثالث: اشتراط الإسقاط،
- ٧٥ بقي الكلام في أنّ المشهور عدم تأثير الشرط المذكور قبل العقد
- ٧٧ فرع: ذكر العلامة-قدس سرّه-في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفي
- ٨٠ مسأله: و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد،
- ٨١ مسأله: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» فهنا وجوه

- ٨١ اشارة
- ٨٣ ثم إن ثبوت الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:
- ٨٦ مسأله:من جمله مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعين،
- ٨٦ اشارة
- ٨٩ مسأله:المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه
- ٩٢ مسأله:لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد
- ٩٢ اشارة
- ٩٤ فروع:
- ٩٤ الأول:لو اتفقا على الافتراق و اختلفا فى كونه على وجه الإكراه أو
- ٩٥ الثانى:لو اختلفا بعد الافتراق و إنشاء الفسخ فى المتقدم منهما و المتأخر،
- ٩٥ الثالث:لو اختلفا فى الافتراق و عدمه
- ٩٥ مسأله:و من مسقطات هذا الخيار التصرف
- ٩٨ الثانى:خيار الحيوان
- ٩٨ اشارة
- ٩٨ مسائل
- ٩٨ مسأله:المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري،
- ٩٨ اشارة
- ١٠٠ التكم فى موضعين
- ١٠٠ اشارة
- ١٠٠ أما الموضع الأول:
- ١٠٣ الموضع الثانى:العموم الذى يمكن أن يكون مرجحاً للمقام بعد فرض
- ١٠٦ مسأله:مبدأ هذا الخيار من حين العقد،
- ١١٢ مسأله:لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه الأيام،
- ١١٤ مسأله:يسقط هذا الخيار بأمر
- ١١٤ أحدها:اشتراط سقوطه فى العقد
- ١١٤ الثانى:إسقاطه بعد العقد،و قد تقدم الأمران.

- الثالث:التصرف الثالث:التصرف ١١٥
- الثالث:خيار الشرط الثالث:خيار الشرط ١١٩
- اشاره اشاره ١١٩
- مسأله:لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، مسأله:لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، ١٢٤
- مسأله:لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّاه المجهوله كقدوم الحاج،و بين مسأله:لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّاه المجهوله كقدوم الحاج،و بين ١٢٩
- مسأله:مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنّه المتبادر من الإطلاق، مسأله:مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنّه المتبادر من الإطلاق، ١٣١
- مسأله:يصح جعل الخيار لأجنبيّ، مسأله:يصح جعل الخيار لأجنبيّ، ١٣٢
- مسأله:من أفراد خيار الشرط ما يضاف إليه البيع و يقال له:بيع الخيار، مسأله:من أفراد خيار الشرط ما يضاف إليه البيع و يقال له:بيع الخيار، ١٣٧
- اشاره اشاره ١٣٧
- الأوّل:اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصوّر على وجوه: الأوّل:اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصوّر على وجوه: ١٣٧
- الأمر الثاني:الثمن المشروط ردّه إنا أن يكون في الذمّه و إنا أن يكون معيّنًا، الأمر الثاني:الثمن المشروط ردّه إنا أن يكون في الذمّه و إنا أن يكون معيّنًا، ١٤٤
- الأمر الثالث:هل يكفى مجزّد ردّ الثمن إلى المشتري في الفسخ، الأمر الثالث:هل يكفى مجزّد ردّ الثمن إلى المشتري في الفسخ، ١٤٤
- الأمر الرابع:لا إشكال في سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد الأمر الرابع:لا إشكال في سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد ١٤٧
- الأمر الخامس:لو تلف المبيع فلا إشكال في صورته وقوعه قبل الردّ و كذا الأمر الخامس:لو تلف المبيع فلا إشكال في صورته وقوعه قبل الردّ و كذا ١٥٣
- الأمر السادس:لا إشكال في الردّ إلى نفس المشتري،و كذا إلى من يقوم الأمر السادس:لا إشكال في الردّ إلى نفس المشتري،و كذا إلى من يقوم ١٥٩
- الأمر السابع:لا إشكال في صحّه اشتراط الفسخ برد الثمن الأمر السابع:لا إشكال في صحّه اشتراط الفسخ برد الثمن ١٦٢
- الأمر الثامن:كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، الأمر الثامن:كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، ١٦٧
- مسأله:هل الأصل في خيار الشرط جريانه في عامّه العقود مسأله:هل الأصل في خيار الشرط جريانه في عامّه العقود ١٦٨
- الرابع:خيار الغبن الرابع:خيار الغبن ١٨٩
- اشاره اشاره ١٨٩
- مسأله:يشترط في هذا الخيار أمران، مسأله:يشترط في هذا الخيار أمران، ١٩٩
- الأوّل:عدم علم المغبون بالقيمه، الأوّل:عدم علم المغبون بالقيمه، ١٩٩
- اشاره اشاره ١٩٩
- فرع:بعد ما عرفت من عدم الخيار في مورد الضرر المقدم به فلو أقدم على فرع:بعد ما عرفت من عدم الخيار في مورد الضرر المقدم به فلو أقدم على ٢٠٢
- و لو اختلفا في القيمه فهيهنا صور: و لو اختلفا في القيمه فهيهنا صور: ٢١٠
- الأولى:أن تكون القيمه في ما قبل العقد معلومه و أنّها أنقص من الثمن الأولى:أن تكون القيمه في ما قبل العقد معلومه و أنّها أنقص من الثمن ٢١٠

- و الثانيه: أن تكون القيمة السابقه مساويه فادعى المشتري تغييرها إلى ٢١٠
- الثالثه: أن تكون القيمة السابقه معلومه بأحد الوجهين ٢١٠
- الرابعه: أن يتفقا على النقصان فى الحال و المساواه فى القبل، ٢١١
- الخامسه: أن يكون تاريخ حدوث النقصان معلوما و تاريخ وقوع العقد ٢١١
- الأمر الثانى: كون التفاوت فاحشه، ٢١٢
- مسأله: بعد ما عرفت استفاده خيار الغبن من دليل «لا ضرر» فهل المستفاد ٢١٦
- مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر: ٢٢٢
- أحدها: إسقاطه بعد العقد ٢٢٢
- الثانى من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد، ٢٢٤
- الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات ٢٢٦
- الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون قبل العلم ٢٢٧
- اشاره ٢٢٧
- هذا كله فى تصرف المغبون ٢٣٣
- اشاره ٢٣٣
- فقد تحقّق من جميع ما ذكرنا انحصار الأقسام فى ثلاثه: ٢٤١
- خاتمه البحث: فى بعض من الفروع المرتبطه بالمقام: ٢٤٤
- مسأله: هل هذا الخيار ثابت فى كلّ معاوضه ماليه أو يختصّ بخصوص ٢٥٧
- مسأله: اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى ٢٥٩
- الخامس: خيار التأخير ٢٧٤
- اشاره ٢٧٤
- و التكلم هنا فى مقامات: ٢٧٦
- المقام الأوّل: ٢٧٦
- المقام الثانى: فى أنه بعد تسليم حمل النفي المذكور على نفي اللزوم، فهل ٢٧٨
- المقام الثالث: فى بيان الحال فى بعض من الفروع ٢٨١
- المقام الرابع: فى الشرط التى لهذا الخيار ٢٨٦
- المقام الخامس: فى مسقطات هذا الخيار و هى أمور: ٢٩٢

- الأول:الإسقاط، ٢٩٢
- الثاني:بذل الثمن بعد الثلاثه، ٢٩٣
- المقام السادس:فى مسائل مرتبطه بالمقام ٢٩٤
- الأولى:هل هذا الخيار على الفور أو التراخى؟ ٢٩٤
- المسأله الثانيه:لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع ٢٩٤
- المسأله الثالثه:لو اشترى ما يفسد من يومه ٢٩٩
- خاتمه: ٣٠١
- السادس:خيار الرؤيه ٣٠٢
- اشاره ٣٠٢
- مسأله:مورد هذا الخيار كما عرفت هو العين الشخصيه الغائبه ٣٠٣
- مسأله:يسقط هذا الخيار بترك المبادره ٣١٢
- مسأله:لو شرط الأرش عند ظهور المخالفه مع تعيينهما مقدار الأرش ٣١٥
- مسأله:هل خيار تخلف الوصف خاص بالبيع أو يشمل كل عقد ٣٢١
- مسأله:لو اختلفا فقال المشتري:تخلف صفه،و قال البائع:لم يتخلف، ٣٢١
- مسأله:لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول بطل ٣٢٥
- السابع:خيار العيب ٣٢٤
- اشاره ٣٢٤
- القول فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما ٣٣٨
- مسأله:يسقط الرد خاصه بأمور: ٣٣٨
- أحدها:التصريح بالتزام العقد و إسقاط ٣٣٨
- الثانى من مسقطات الرد:التصرف فى المعيب ٣٣٨
- الثالث من المسقطات تلف العين ٣٤٩
- الرابع من المسقطات:حدوث عيب عند المشتري، ٣٤٩
- بقى فى المقام فروغ لا بأس بالتنبيه عليها: ٣٤٠
- أحدها:لو حدث نقص عند المشتري ثم زال ٣٤٠
- الثانى:لو رضى البائع برده معيبا إما مع الأرش أو بدونه،فهل يجوز الرد أو ٣٤١

- الثالث: لو أسقط الأرش بتخيّل أن يرده بعده فحدث العيب قبل أن يرد، ٣٦١
- الرابع: قد تقدّم أنّ المراد بالقيام بالعين بمساعده فهم العرف كونه على ٣٦٢
- مسأله: يسقط الأرش دون الردّ في موضعين - ٣٦٩
- اشاره - ٣٦٩
- أحدهما: إذا اشترى ربوتيا بجنسه فظهر عيب في أحدهما، ٣٦٩
- ثانيهما: ما لو لم يوجب العيب نقصا في قيمه، ٣٧٠
- مسأله: يسقط الردّ و الأرش معا بأمر: ٣٧٠
- أحدها: العلم بالعيب قبل العقد، ٣٧٠
- الثاني: ما إذا تبرأ البائع عن العيب، ٣٧١
- ثم إنّ هنا أمورا يظهر من بعض سقوط الردّ و الأرش بها - ٣٧٦
- منها: زوال العيب قبل العلم به أو قبل الردّ، ٣٧٦
- و منها: التصرف بعد العلم بالعيب - ٣٧٨
- و منها: التصرف في المعيب - ٣٨٠
- و منها: حدوث العيب في المعيب المذكور، ٣٨١
- و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، ٣٨٥
- مسأله: لا إشكال في أنّ بيع المعيب في الجملة غشّ، ٣٨٨
- اشاره ٣٨٨
- هيهنا مراتب - ٣٨٩
- اشاره - ٣٨٩
- المرتبه الأولى: أن يكون صرف عالميّة البائع بالعيب و جهل المشتري به ٣٨٩
- المرتبه الثانيه: أن يسأله المشتري، ٣٩٠
- المرتبه الثالثه: أن يسأله و يقول كذبا: لا أعلم، ٣٩٠
- الرابعه: أن يسأله فيخير بالصّحه، ٣٩٠
- مسائل في اختلاف المتبايعين: ٣٩٢
- اشاره ٣٩٢
- أمّا الأول ففيها مسائل: ٣٩٢

- الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه، مع تعذر ٣٩٢
- الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبرة، ٣٩٢
- الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو بعده ٣٩٤
- إشاره ٣٩٤
- فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد ٤٠٢
- الرابعة: لو ردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته ٤٠٩
- و أما الثانية أعنى: الاختلاف في المسقط، ففيها أيضا مسائل: ٤١١
- الأولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه، ٤١١
- الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده، ٤١١
- الثالثة: لو كان عيب مشاهدا غير ما اتفقا عليه ٤١٣
- الرابعة: لو اتفقا في سبق العيب و اختلفا في البراءة عنه و عدمها، ٤١٤
- الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري بعد العلم أو إسقاطه أو تصرفه أو ٤١٧
- أما الثالثة ففيها مسائل: ٤١٧
- الأولى: لو اختلفا في الفسخ فادعى المشتري تحققه و البائع عدمه، ٤١٧
- الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت ٤٢٠
- الثالثة: لو اختلفا في جهل المشتري بأصل الخيار أو بالفوريته ٤٢٣
- القول في ماهيته العيب و ذكر بعض أفرادها: ٤٢٤
- إشاره ٤٢٤
- الكلام في بعض أفراد العيب: ٤٢٨
- مسأله: لا إشكال و لا خلاف في كون المرض بأقسامه عيبا، ٤٢٨
- مسأله: هل الثيوبه في الإماء عيب يجوز به فسخ بيعها أو لا؟ ٤٣٣
- مسأله: عدّ في القواعد و التذكرة من جمله العيوب عدم الختان في العبد ٤٣٦
- مسأله: عدم الحيض ممتن شأنها الحيض ٤٣٧
- مسأله: الثفل الخارج عن العاده في السمن و نحوه عيب ٤٣٨
- مسأله: القول في أحداث السنه: ٤٤٠
- خاتمه: في عيوب متفرقه ٤٤٥

- ٤٤٧ القول في الأرش:
- ٤٤٧ اشاره
- ٤٥٢ مسأله: لو علم مقدار الأرش
- ٤٥٤ مسأله: لو اختلفت البيّنات فربّما يفرض في صورته الترافع،
- ٤٥٧ القول في الشروط:
- ٤٥٧ اشاره
- ٤٥٨ الكلام في شروط صحّه الشرط: هو أمر قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:
- ٤٥٨ أحدها: أن يكون مقدورا للمكّلف:
- ٤٦١ الثاني: أن يكون الشرط سائغا:
- ٤٦٢ الثالث: أن يكون الشرط أمرا عقلائيّا:
- ٤٦٣ الرابع: أن لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنّه:
- ٤٦٣ اشاره
- ٤٦٣ الأوّل: العنوان المأخوذ من الأخبار في هذا المقام أمور:
- ٤٦٤ الثاني: المراد بالكتاب إمّا القرآن كما هو الظاهر، وإمّا المكتوب على العباد
- ٤٦٤ الثالث: الظاهر أنّ معنى مخالفه الشرط للكتاب أو السنّه أن يكون نفس
- ٤٦٥ الرابع: غالب موارد الشرط هو الأمور الغير الحاصله
- ٤٦٦ الأوّل: أن يكون المراد بالكتاب و السنّه واقعهما اللوح المحفوظي،
- ٤٦٧ الثاني: أن يكون المراد بالكتاب و السنّه المعتبر عدم مخالفه الشرط لهما ظواهر
- ٤٦٧ الثالث: أن يقال: إنّ كلّ حكم من الإيجاب و التحريم و الإباحه
- ٤٩١ الشرط الخامس: أن لا يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد:
- ٤٩١ اشاره
- ٤٩١ الأوّل: أن ينافي مع ما يقتضيه طبع العقد،
- ٤٩١ الثاني: أن ينافي مع ما لا يكون مقتضى طبع العقد و لكنّه من خواصه
- ٤٩١ الثالث: أن ينافي مع ما هو حكم شرعي للعقد
- ٤٩١ الرابع: أن ينافي مع حكم الشارع على أمر غير العقد
- ٤٩٨ الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا يوجب جهاله في البيع،

- ٤٩٨ اشارة
- ٤٩٨ أما الكلام فى الأولى:
- ٤٩٩ و أما الجهه الثانیه:
- ٥٠١ الشرط السابع:أن لا يكون الشرط مستلزما للمحال:
- ٥٠٤ الشرط الثامن:أن لا يكون الشرط ابتدائيا:
- ٥١٠ القول فى حكم الشرط الصحيح:
- ٥١٠ اشارة
- ٥١١ و أما القسم الأول:
- ٥١٢ و القسم الثانى:لا إشكال فيه و مثل له بالوكاله و الوصايه
- ٥١٣ و أما القسم الثالث:و هو مشكوك الحال،
- ٥١٣ اشارة
- ٥١٤ لكن يقع الكلام فى مسائل:
- ٥١٤ الأولى:أنه هل يصير الفعل واجبا على
- ٥١٦ الثانیه:فى شرط الفعل بعد القول بالوجوب التكليفى،هل يجوز الإيجاب لو
- ٥٢١ المسأله الثالثه:بعد ما عرفت من ثبوت الإيجاب و الخيار عند التخلّف فهل
- ٥٢١ المسأله الرابعه:بعد ما عرفت من ثبوت الخيار فى تخلّف الشرط،هل الأرش
- ٥٢٨ المسأله الخامسه:لو تعدّر الشرط و كانت العين فى حال تعدّره خارجه عن
- ٥٣١ المسأله السادسه:لا إشكال فى أنّ للمشروط له إسقاط حقّه
- ٥٣١ المسأله السابعه:لا إشكال فى أنّ الشرط لو كان جامعا لوصفين بل و كذا
- ٥٣٦ خاتمته:فى فروع:
- ٥٣٦ الأول:هل هذا الخيار على الفور أو على التراخى؟
- ٥٣٧ الثانى:لو كان فقدان الشرط بتقصير من المشروط له
- ٥٣٨ الثالث:لو عمل بالشرط الصحيح ثم فسخ العقد بسبب آخر أو بالتقابل،
- ٥٣٩ القول فى حكم الشرط الفاسد:
- ٥٣٩ و الكلام فيه يقع فى أمور:
- ٥٣٩ الأول:لا إشكال فى أنّ الشرط الفاسد غير واجب الوفاء

- أمور ثلاثة: ٥٤١
- الأول: أن للشرط قسطاً من الثمن، فإذا فسد، فسد ما يقابل الباقي ٥٤١
- الثاني: أن التراضي بالمقيد منتف مع انتفاء القيد، ٥٤١
- الثالث: الأخبار، ٥٤٣
- الأمر الثاني: بناء على القول بالإفساد لا ينفع إسقاط المشروط له ٥٤٨
- الأمر الثالث: بناء على الإفساد لو لم يذكر الشرط الفاسد في متن العقد ٥٤٨
- تتمه في ذكر أمور: ٥٤٩
- الأول: المقبوض بالشرط الفاسد حكمه في الضمان و عدمه حكم العقد ٥٤٩
- الأمر الثاني: لو اختلفا في اشتراط الشرط الفاسد في العقد و عدمه، ٥٥٠
- الأمر الثالث: قد عرفت أن الشرط قد يكون بنفسه فاسداً لكونه إقماً نفساً ٥٥١
- الأمر الرابع: قد عرفت أن الشرط و إن كان بإزائه قسط من العوض لتبا ٥٥٢
- الأمر الخامس: قد يقال بالفرق في ما بين العقود الإذنيه من قبيل الوكالة ٥٥٣
- القول في أحكام الخيار ٥٥٥
- مسأله: الخيار موروث بأنواعه، ٥٥٥
- اشاره ٥٥٥
- تتمه: هل خيار المجلس ينتقل إلى الوارث ٥٦٥
- مسأله: في كيفيته استحقاق الورثه لحق الخيار، ٥٦٦
- اشاره ٥٦٦
- الأول: أن يكون لكل وارث خيار مستقل في كل المال ٥٦٦
- الثاني: أن يكون لكل واحد حق فسخ مستقل في مقدار نصيبه خاصه، ٥٦٦
- الثالث: أن يكون للمجموع حق واحد على فسخ كل المال، ٥٦٧
- الرابع: أن يكون الحق قائماً بالطبيعته المعترفه ٥٦٧
- بقي في المقام فرعان تعرض لهما شيخنا المرتضى - قدس سره ٥٧٢
- أحدهما: لو اجتمع الورثه على فسخ ما باعه مورثهم فهنا صور ثلاث: ٥٧٢
- ثم ذكر الفرع الثاني و هو: أنه لو فسخ بعض الورثه ٥٧٣
- مسأله: لو كان الخيار لأجنبي فمات الأجنبي فهل ينتقل إلى وارثه أو إلى من ٥٧٥

- ٥٧٧ ----- مسألة:في أنه كما يكون تصرّف ذى الخيار فى ما انتقل إليه إجازة هل يكون
- ٥٧٧ ----- اشاره
- ٥٨٤ ----- فرع:لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار
- ٥٨٧ ----- و من أحكام الخيار:عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار فى ما انتقل إليه،
- ٥٨٧ ----- اشاره
- ٥٨٧ ----- أما الأول:فهو أنّ كلّما تحقّق للغير حقّ فى عين لا يجوز للمالك التصرفات
- ٥٨٨ ----- و أما الصغرى أعنى:كون حقّ الخيار متعلّقا بالعين،
- ٥٨٨ ----- اشاره
- ٥٩٢ ----- فروع،
- ٥٩٢ ----- الأول:بناء على القول بعدم نفوذ التصرفات الناقله لو سقط الحقّ أو
- ٥٩٣ ----- الثانى:لو قلنا بعدم نفوذ التصرفات المتلفه الشرعيّه فما حال الوطى الموجب
- ٥٩٥ ----- الفرع الثالث:هل الإجاره على القول بمنع مثل البيع ممنوع أو لا؟
- ٦٠٠ ----- مسأله:المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد،
- ٦٠٦ ----- مسأله:بناء على حصول الملك بنفس العقد و لو لم ينقض الخيار كما قوّيناه
- ٦٢٥ ----- مسأله:من أحكام الخيار على ما حكى عن التذكرة أنه لا يجب على ذى
- ٦٢٦ ----- مسأله:قالوا:لا يسقط الخيار بتلف العين،
- ٦٢٦ ----- اشاره
- ٦٢٦ ----- الأول:أنّ يقال:إنّ الفسخ الذى هو عبارته عن الحلّ و هو كالعقد محتاج
- ٦٢٦ ----- الثانى:أنّ الفسخ يعتبر بالنسبه إلى التالف فعلا
- ٦٢٧ ----- الثالث:أنّ يقال:إنّ العين تلفت و الحال أنّ تلفها على هذا الشخص
- ٦٢٧ ----- الرابع:أنّ يقال:مقتضى الفسخ أولا و بلا واسطه رجوع العين إن كانت
- ٦٢٨ ----- الخامس:أنّ الفسخ إعدام العقد و جعله كأن لم يكن،
- ٦٣٦ ----- تعريف مركز

الخيارات (محمد علي اراكي)

اشاره

سرشناسه: اراكي، محمد علي، ۱۳۷۳ - ۱۲۷۳

عنوان و نام پديد آور: الخيارات / تاليف محمد علي اراكي

مشخصات نشر: ۱۴۱۴ ق. = ۱۳۷۲.

مشخصات ظاهري: ص ۶۳۲

شابك: ۵۰۰۰ ريبال ؛ ۵۰۰۰ ريبال

يادداشت: عربي

يادداشت: كتابنامه به صورت زير نويس

موضوع: خيارات

موضوع: فقه جعفري -- قرن ۱۴

رده بندي كنگره: BP۱۹۰/۲/الف ۴ خ ۹ ۱۳۷۲

رده بندي ديويي: ۲۹۷/۳۷۲

شماره كتابشناسي ملي: م ۷۲-۴۰۱۳

ص: ۱

اشاره

الخيارات

تأليف محمد علي الراكعي

ص: ٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و اللعن على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين البحث في الخيار و أقسامه و أحكامه و لنقدم مقدّمتين، أوليهما: في بيان حقيقه الخيار، و الثانيه: في تقرير الأصل عند الشك و أنه اللزوم أو عدمه.

أما المقدّمه الأولى: في بيان حقيقه الخيار

في بيان حقيقه الخيار، اعلم أنه يتصوّر كونه حقًا متعلّقًا بالعين، أثره جواز استرداده برّد بدله، و كونه متعلّقًا بالفسخ بأن يكون واليا عليه، و كونه متعلّقًا بالعقد بمعنى الولاية عليه بالفسخ أو الإمضاء.

و لازم الأوّل هو السقوط بتلف العين، و لازم الثاني و الثالث عدمه و يفترقان فيما لو تعدّد صاحب الخيار من جانب واحد، فعلى الأوّل لو أمضى واحد كان حقّ الثاني بحاله فله الرّد أو الإمضاء، و على الثاني حال الإمضاء كالرّد فكما أنّ الرّد مسقط للعقد عن قابليه إجازة الثاني فكذلك الإمضاء و سيجىء تحقيق المسأله فيما

بعد إن شاء الله.

ويمكن أن يقال: الظاهر بحسب اعتبار العرف في موارد حكمهم بالخيار هو عدم كونه حقًا على العين لأنهم يعتبرون الرجوع في المعامله، و أمّا الوجهان الآخران فيمكن تأييد الثاني منهما أولًا: بأنه لا معنى لحقّ الإنسان على فعل نفسه، و ثانيًا: ظاهر قوله: «فإنّ ذلك رضى منه» (١) أنّ الرضى بنفسه موجب لسقوط الخيار، لا لأجل كشفه عن الإسقاط، و على الوجه الأوّل لا بدّ من التزام ذلك و هو خلاف الظاهر لأنّ الظاهر أنّ هذا العنوان موضوع لا معرّف.

و إذن فنقول إذا كان طرف الحقّ التخييري أحد الأمرين من الإمضاء و الردّ، فأيا منهما اختاره ذو الخيار سقط حقّه لأنّه بذلك استوفى حقّه كما لو فسخ.

هذا و يمكن أن يقال في باب الفضولى أيضا بانطباق عدم فائده الإمضاء بعد الردّ على القاعده على هذا المبنى، بأن يقال هناك أيضا بثبوت حقّ للمالك تخييري بين الأمرين كما في المقام، و يستفاد ذلك من قوله -عليه السّلام- في بعض أخبار نكاح العبد بدون إذن سيّده: «إن شاء السيّد أجاز و إن شاء ردّ» (٢) بضميمه عدم الفصل بين النكاح و سائر العقود فيقال إنّ بالردّ قد استوفى حقّه و سقط كما في كلّ حكم تخييريّ أو وضعي هذا.

أمّا المقدمه الثانيه:

اعلم أنّه استدللّ شيخنا المرتضى -قدّس سرّه الشريف- على أصاله اللزوم بوجوده: منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣). و منها قوله تعالى:

ص: ٤

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

٢- ٢) المصدر نفسه: الجزء ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ص ٥٢٣ ح ١. المستدرک: الجزء ١٥، الباب ١٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ص ١٥ ح ١.

٣- ٣) المائده: ١.

أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١). و منها قوله تعالى تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٢) بتقريب أن التصرف المنافي للمعامله بعد الفسخ مشمول للآيات الثلاث فيكون حراما و تركه واجبا، و يستكشف من هذا فساد الفسخ كما أن مقتضى إطلاق الأخيرتين نفوذ البيع و التجاره عن تراض بعد الفسخ أيضا.

و منها قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (٣). و قوله -عليه السلام-: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلطون على أموالهم»، و قوله: «المؤمنون عند شروطهم» (٤).

تقريب الاستدلال بالأخير ما تقدم في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٥) و أما ما سبق فبأن نفس الفسخ و الاسترجاع أكل للمال بالباطل و تصرف بغير طيب نفس المالك و مخالف للسلطنه.

و منها الأخبار المستفيضة الدالّه في خصوص البيع على أن «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٦) و أنه «إذا افترقا وجب البيع» (٧) و أنه «لا خيار لهما بعد الرضا» (٨).

هذا جملة ما تمسك به -قدس سرّه- من الأدله الاجتهاديّه (٩).

و استشكل في الكلّ شيخنا الأستاذ، أما في الأخير فبأنه حكم حقيقى

ص: ٥

١- ١) البقره: ٢٧٥.

٢- ٢) النساء: ٢٩.

٣- ٣) النساء: ٢٩.

٤- ٤) الوسائل: الجزء ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ص ٣٠ ح ٤. الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار ص ٣٥٣ الحديث ١ و ٢.

٥- ٥) المائده: ١.

٦- ٦) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦ ح ٣.

٧- ٧) المصدر نفسه: ح ٤.

٨- ٨) المصدر نفسه: ح ٣.

٩- ٩) المكاسب: ٢١٥.

و القدر المتيقن منه تحديد شخص الخيار المذكور، و أما فيما تقدّم فهنا اشكال عام و إشكالات خاصّه ببعض.

أما الإشكال العام فهو أنّه لا شبهه في أنّه كما أنّ العرف يحكمون بحصول المبادله في بعض الموارد و بعدم حصولها في بعض آخر و الشارع قد أمضى طريقتهم في بعض الموارد، كذلك يحكمون أيضا بكون المعامله قابله للرجوع تاره و غير قابله له، و أنّ الرجوع ظلم و صادر عن غير الحقّ و على وجه الباطل أخرى.

و في المورد الأوّل ليس الأكل أكلا بالباطل و لا- أكلا لمال الناس بلا رضاهم و لا مزاحمه لسلطنه الملاك على أموالهم، لأنّ هذه العناوين بعد فرض وجود الحقّ ليست مصادفه عندهم، كما أنّه لا بيع بعد الرجوع بل صار منحلاً منفصما.

و في المورد الثاني يحكمون بصدق جميع هذه العناوين و بكون البيع باقيا بحاله، و هنا موارد مشكوكه الحال يتوقف العرف فيها عن الحكم بالصحة و البطلان و الانحلال و اللابيعيه و العدم.

إذا عرفت ذلك فنقول: كما أنّا نحمل ألفاظ الشارع من قوله: البيع كذا و الصلح كذا، و هكذا على ما يصدق عليه هذه العناوين بنظر العرف، كذلك في بقاء هذه المصاديق و ارتفاعها أيضا المنبع هو العرف فما دامت باقيه عندهم نحكم بإطلاق حكم الشارع، و إذا زالت زال الحكم، و لو صار مشكوك الحال سقط الحكم عن الإطلاق لأنّه فرع إحراز الموضوع.

و إذن فنقول: أمّا في موارد الشكّ فتسقط جميع الأدلّه المذكوره عن التمسّك، لما عرفت من الشكّ في صدق عنوان البيع و العقد و تجاره عن تراض بحسب البقاء، و كذلك في صدق عنوان الباطل و الأكل لمال الغير و رفع سلطنته، لا يقال: إنّما يصحّ ذلك لو كان العقد بوجوده الأعمّ من الحدوث و البقاء

موضوعا بأن كان طبيعه الأثر مسببا عن طبيعه العقد حدوثا و بقاء نظير الحرارة المسببه عن النار كذلك، و أمّا إذا كان الموضوع هو العقد بالوجود الحدوثي فهو أبدا محرز لأنّ الحدوث أمر غير قابل للارتفاع.

لأننا نقول: لا شبهه في أنّ الفسخ متعلّق بعين ما هو موضوع الأثر إذا لا أثر لحلّ غيره، فإن كان المؤثر هو البقاء كان الفسخ، واردا عليه و إن كان الحدوث كان الفسخ أيضا واردا عليه.

و أمّا قولك: كيف يمكن فسخ الأمر الماضي؟ فجوابه: أنّه عند العرف أمر ممكن فكما يوردون الإمضاء من اللاحق إلى الأمر السابق كذلك يعتبرون ذلك في جانب الفسخ، فيكون الأمر السابق في هذا الحين مفسوخا و تكون الآثار منفيّه من هذا الحين.

و بالجملة: القول بأنّ منشأ الآثار هو الحدوث و مورد الفسخ هو البقاء ليس له وجه، هذا حال موارد الشك.

و أمّا موارد القطع باللزوم العرفي فلا حاجة إلى الأدلّه المذكوره لوجود الارتكاز و السيره القطعيه و هي بضميمه عدم الردع حجّه شرعيّه، نعم هذه الأدلّه على فرض تماميّه إطلاقها يصير إمضاء للسيره و لكن لسنا محتاجين إلى تجسّم إثبات إطلاقها إذ الغرض قطع العرف ببقاء البيع و باطلية الرجوع و كونه أخذنا لمال الناس بنحو الظلم فحكمها غير محتاج إلى جعل الشرع، بل هي من قبيل نفس الظلم ممّا يقطع العرف به و يتمّ بضميمه عدم ردع الشارع، كما أنّه في موارد القطع بالجواز العرفي أيضا لا تصلح هذه الأدلّه رادعه لما قرّر في محلّه من عدم كفايه العموم أولا و لما مرّ آنفا من عدم الموضوع لها ثانيا.

ثمّ موارد حكم الشارع على المصاديق العرفيه لهذه العناوين بخلاف

حكمها عند العرف، مثل الحكم بفساد بيع الخمر، و حله أكل الماره تختلف حالها تخصيصا و تخصّصا باختلاف المبنيين في كيفية الخطابات الشرعيه المعلقه على العناوين العرفيه هل هي متعلقه بلحاظ المصاديق العرفيه لا بنحو التقييد بل بنحو يتكلم نفس العرف واحد منهم واحدا، أو متعلقه بالمصاديق الواقعيه النفس الأمره؟ غايه الأمر لما كان الشارع بمقام البيان و ألقى قضيه إلى العرف مع خطائهم في نظره بدون نصب قرينه تدلهم على خطائهم كان هذا دليلا على مساعدته لهم، لا أن القضيه مستعمله في المصاديق العرفيه بل في الواقعيه و إنما جعل نظرهم طريقا إلى التشخيص.

فإن قلنا بالمبنى الأوّل كان خروج تلك الموارد تخصيصا، لأنّ الموضوع العرفي محفوظ بعد البيان أيضا كما نشاهد في بيع الخمر و أكل الماره.

و إن قلنا بالثاني كان تخصّصا و ذلك لكشف حكم الشارع عن عدم أصل الموضوع و إلا فمع وجوده فالحكم ضروري غير قابل للارتفاع فلا يمكن صيروره الباطل الواقعي حلالا و لا البيع الواقعي حراما، لكن على هذا يصير التمسك في موارد الشك في حكم الشارع تمسكا في الشبهه الموضوعيه، و التمسك بطريقه النظر خروج عن التمسك بالعام، نظير التمسك بالاستصحاب المنقح للموضوع حيث لا يعدّ من التمسك بالعام في شيء.

و بالجملة: كون الخارج قبل تبين خروجه تخصيصا نتمسك في رفعه بنفس الأدله، بلا حاجه إلى ضمّ شيء آخر، و بعده تخصّصا كما يظهر ذلك من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - لا ينطبق على شيء من الوجهين، و هذا إشكال آخر غير ما ذكرنا من عدم الحاجه إلى التمسك بها في موارد القطع و عدم فائدتها في موارد الشك. هذا هو الإشكال العام.

و أما الإشكال الخاص بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فأمران الأول: المراد بالعقد على ما يظهر من تفسيره فى بعض الروايات و صريح بعض أهل اللغة بمعنى العهد، و لا يعهد عند أحد من أهل العرف كون المعاملات السوقية معاهدات بين أهالى السوق.

و الثانى: أن الخارج عن تحت الآيه أكثر من الداخلى فيها إذ البيوع العرفيه التى يحكم العرف فيها بالصحة و الشرع بالفساد بحدّ يكون الباقي تحته على قدر البشاعه و الاستهجان من القلب، و هذا يدلّ إمّا على قرينه متّصله فى الآيه سقطت و لم يلزم معها هذا الاستهجان، و إمّا أنّ المراد بها أمر آخر غير مرتبط بباب المعاملات أصلا مثل العهود الإلهيه، اللهم إلا أن يقال بإمكان إصلاح هذه الوجهه بتمسك المشهور كما يقال فى دليل القرعه و نحوه.

و أما الخاص بالآيتين بعده: فهو أنّهما بمقام الإهمال نظير قول القائل فى مقام الردع عن المساهله فى معالجه المرض: لا تسامح و اشرب الدواء. فهنا أيضا فى مقام الردع عن الأكل بالباطل أرشد إلى التجاره عن تراض، فكما لا يمكن أخذ الإطلاق من قول القائل فى المثل: «اشرب الدواء» كذلك فى المقام من قوله تعالى إلا أن تكون تجارّة عن تراض (١).

و أما آيه أحلّ الله البيع و حرّم الربا (٢).

فهو فى مقابل ما قالوا فى مقام استيحاشهم إنّما البيع مثل الربا (٣) فقال: كيف يتماثلان و الحال أنّ الله أحلّ البيع و حرّم الربا؟ فليس المقام إلا مقام تقابل الطبيعتين فى الحكم و لا يصحّ أخذ الإطلاق من هذا المقام كما هو واضح.

ص: ٩

١-١ (١) النساء: ٢٩.

١-٢ (٢) البقره: ٢٧٥.

١-٣ (٣) البقره: ٢٧٥.

هذا حاصل الكلام فى الأدله الاجتهاديه الثمانيه.

بقى الكلام فى الأصل المرجوع إليه عند الانقطاع عن الدليل و قد عرفت ممّا سبق أنّ موارد الشكّ فى حال المعامله عند العرف من هذا القبيل.

فاعلم أنّ استصحاب ملك الطرف بعد الفسخ جارٍ، إلاّ أنّه قد يورد عليه بأنّ هنا استصحابا حاكما على هذا الاستصحاب، و تقريب الحاكم بأحد وجوه ثلاثه.

الأول: أن يقال: إنّ المالك الأصلي قد بقى من علاقته ملكه فى موارد ثبوت الخيار علقه ضعيفه نظير اللون الضعيف المتخلف عن اللون الشديد، و كان من أثر بقاء هذه العلقه جواز الفسخ و الاسترداد، و على هذا فعند الشكّ يستصحب بقاء أصل العلاقه كما يستصحب أصل السواد عند احتمال تخلف الضعيف.

و الجواب: أنّ هذا مجرد فرض و مقام الإثبات يكون الدليل على خلافه، فإنّ البائع و المشتري حسب ما هو مفاد انشاءيهما قد نقلتا تمام مالهما من العلاقه فى العين إلى صاحبه و لم يبق منه لنفسه شيئا، و إمضاء الشرع أيضا لحق هذا.

الثانى: أن يقال: إنّ الخيار فى موارد ثبوته حقّ جديد يستحدث بالعقد إمّا متعلقا بالعين أولا، أو بتبع العقد، و على هذا فعند الشكّ يحتمل بقاء جامع العلاقه المشتركه بين علاقته الملك و هذه العلاقه، كما يستصحب وجود الإنسان فى الدار عند القطع بذهاب زيد و احتمال دخول فرد مقارنا لذهابه، و استصحاب عدم الفرد لا يغنى عن استصحاب بقاء الكلّ، لأنّ الترتب عقلى فكلّ منهما جار بلا مزاحمه للآخر.

و الجواب: أولا: لا أثر لهذا الجامع، بل الأثر لكلّ من الخاصين أعنى:

علاقه الملك و علاقته الخيار.

و ثانيا: سلّمنا وجود الأثر له لكن نقول: فرق بين ما إذا كان الخاص الذى نحكم بثبوتة أو بنفيه بالاستصحاب من الموضوعات الخارجيه كزيد، و بين ما كان من قبيل مجعولات الشرع كما فى الوجوب، ففي الأوّل ما ذكرت من حديث الترتّب العقلى صحيح، و أمّا فى الثانى فكما أنّ إثبات الخاص لا ينفك عن أصل الجامع، لأنّ جعل الأمر المَجْعول تكوينه حقيقه، و لا يعقل تكوين الفرد بدون الجامع، كذلك نفى جميع الأفراد أيضا لا ينفك عن نفى الجامع كما فى مقام التكوين الذى يكون المقام منه حقيقه، و إذن فيتعارض استصحاب نفى الفرد مع استصحاب وجود الجامع.

الثالث: أنّه لا شبهه فى حدوث حقّ الخيار فى البيع ما دام المجلس، و نشكّ فى بقائه بعد انقضائه و مقتضى الأصل البقاء.

و الجواب: أنّه بحسب مقام الثبوت هنا أنحاء الأوّل: أن يكون المسبّب و هو حقّ الخيار متعدّدا بتعدّد أسبابه، و الثانى: أن يكون متّحدا و تكون الأسباب متداخله و حينئذ إما نقول بكونه حقيقه ذات تشكيك فتختلف مرتبته بتعدّد السبب كالوجوب، أو نقول بعدم ذلك أيضا.

فالقسم الأوّل أيضا يحتمل كون الحقّ الآخر موجودا مع حقّ خيار المجلس من أوّل الأمر و الثانى أن يكون حادثا بزواله، فاستصحاب كلّى الحقّ على الأوّل من القسم الأوّل من القسم الثالث لاستصحاب الكلّى، و على الثانى من القسم الثانى منه. و على كلّ حال، الكلام فى القسم الأوّل بقسميه ما تقدّم فى استصحاب الجامع بين الملك و العلقه حرفا بحرف فلا نطيل بالإعاده.

و أمّا القسمان الأخيران حيث يكون المستصحب نفس الشخص لا الكلّى

فيمكن دفعه أولاً: بأننا و إن قلنا قوله: «فإذا افترقا وجب البيع» (١) حكم حيثى لكنه يفهم منه عرفاً أنه ليس هنا و لو بعنوان عارضى خيار لا ينفك عن البيع.

و ثانياً: أن المسبب و إن كان شخصاً واحداً على فرض البقاء لكن لا شبهه فى احتياجه إلى سبب آخر، إذ السبب الأول و هو المجلس قطعى الارتفاع بالدليل فيحتاج إلى جعل آخر، فيكون مقتضى الاستصحاب عدم هذا الجعل الآخر فيعارض مع استصحاب الشخص. و بعد التعارض فى جميع الأقسام نرجع إلى استصحاب الملك الذى هو المحكوم.

فإن قلت: لا تصل النوبه إليه بل هنا استصحاب حاكم آخر بعد الحاكمين المتعارضين السابقين و هو استصحاب مؤثره الفسخ الثابته حال المجلس بعد انقضائه.

قلت: هو أيضاً غير جار لعدم اتحاد القضيتين، فإن الفسخ أمر كلى و لا شبهه فى تعدد موضوع هذا الكلى باختلاف اعتباره مع وصف الاجتماع و الافتراق، فالمتيقن مؤثره الفسخ المقرون بالاجتماع فى المجلس و المشكوك الفسخ المقترن بالافتراق فلم تتحد القضيتان.

هذا ثم إن شيخنا المرتضى قدس سره -حكى (٢) عن مختلف العلامة (٣) أنه جعل الأصل فى مسأله (أن المسابقه لازمه أو جائزه) هو الجواز و عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤) و لم يتعرض أحد

ص: ١٢

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ٤ ص ٣٤٨.

٢- (٢) حكى عنه -ره- فى المكاسب: ٢١٦.

٣- (٣) المختلف:

٤- (٤) المائده: ١.

لنفس هذا الأصل و أنه ما المراد منه.

نعم فى خصوص المسابقه و شبهه ممّا لا يتضمّن تملكاً أو تسليطاً يمكن تقرير هذا الأصل، بأن يقال بعد فسخ أحدهما بدون رضى الآخر:الأصل بقاء ملك المالك الأصلي للسبق بعد سبق غيره، و هذا تقرير أصل الأصل و إن كان فعلاً غير جارٍ إمّا لحكومته الأدلّه الاجتهاديه، و إمّا لحكومته أصل حاكم آخر و هو أصله بقاء الأثر الحادث بعقد المسابقه قبل حصول السبق و هو ملكيه السابق، لا بمعنى أنه فعلاً مالك، بل بمعنى أنه لا تنتظر مالكيته إلاّ حصول سبقه و لم يكن هذا قبل العقد، إذ لو كان يسبق سابقاً لما يملكك و هذا حاكم على استصحاب ملك المالك الأصلي.

و الحاصل:مقصود شيخنا-قدس سرّه-بيان أصل جريان الأصل لا فعليته و الاعتماد عليه، كيف و لو لم يكن أصل آخر كانت العمومات بمذاقه-قدس سرّه- حاكمه، فلا يرد عليه-قدس سرّه- ما ربّما يورد عليه من حكومه الأصل الذى ذكرنا على الأصل الذى ذكره-قدس سرّه.

ثم إن استصحاب الملك كما يجرى فى الشبهه الحكميه كذلك يجرى فى الشبهه الموضوعيه، نعم ربّما يكون فى الشبهه الموضوعيه أصل منقّح للموضوع إمّا مثبت للزوم، و إمّا للجواز فيكون حاكماً على الأصل الحكمي و هذا واضح بحسب الكبرى. و لكن شيخنا العلامة المرتضى-قدس سرّه-جعل من صغرياته ما إذا تردّد العقد الواقع بين كونه هبه أو صدقه، فجعل الأصل عدم قصد القربه فيثبت الهبه الجائزه (1). قال شيخنا الأستاذ-دام أيام إفاداته العاليه-:جريان هذا الأصل و عدم مثبتيته يتوقف على أمرين:

ص: ١٣

الأول: مأخوذه عدم القربه فى الهبه على وجه الجزئيه و التركيب دون القيديه و التقييد، بأن كان حقيقتها عباره عن تملك مجانى و عدم داع إلهى، لا- التملك المجانى الغير الناشى عن الداعى الإلهى أو الناشى عن غيره و إلا- لم يفد هذا الأصل إثبات المقيد، بل الأصل هو عدم المقيد، فيعارضه أصاله عدم المقيد الآخر فيكون أثر الأول عدم جواز تملك المال بالفسخ، و أثر الثانى عدم اللزوم فيتنافيان فى المؤدى فيتساقطان فيرجع إلى الاستصحاب الحكمى.

الثانى: عدم مأخوذه عدم الذى هو الجزء فى فرض الفراغ عن الجزء الآ-خر، بأن اعتبر فى فرض الفراغ عن وجود التملك المجانى أمران: وجود القربه و عدمها، فالأول: صدقه، و الثانى: هبه، و يحتمل أن تكون الهبه نفس التملك المجانى، فالصدقه قسم منه، إذ على هذا أيضا يكون الأصل عدم تحقق هذا الجزء العدمى لكونه مسبقا بالعدم الأزلى، فيعارضه استصحاب عدم تحقق الجزء الوجودى فيتعارضان و نرجع إلى الأصل الحكمى، هذا و إثبات الأمرين فى غايه الإشكال، بل لا يبعد استظهار الخلاف مع أنّ الشك كاف فى عدم جريان الاستصحاب لكون الشك فى بقاء الموضوع.

ثمّ فى مورد جريان الأصل الحكمى فى الشبهه الموضوعيه و إن كان يثبت اللزوم لكن لا- يثبت عنوان العقد اللازم لو كان له أثر، بل نرجع فى ذلك الأثر إلى أصل آخر جار فى ذلك المقام و هذا بحسب الكبرى واضح، و لكن جعل منه شيخنا العلامة- قدس سرّه- ما إذا تردّد الأمر بين كون العقد الواقع هبه أو بيعا فاستصحاب الملك بعد الفسخ يثبت اللزوم. و أمّا الشك فى اشتغال الذمه بالعوض فنرجع فيه إلى استصحاب البراءه، و استشكل عليه السيد الطباطبائى -قدس سرّه الشريف- بالعلم الإجمالى بعد الفسخ بأنه إمّا يجب عليه ردّ العين، أو يكون مكلفا بأداء العوض و هو جيد.

و تنقيح مباحث هذا الخيار يحصل برسم مسائل

مسألة: لا إشكال في ثبوته للمالكين المتعاقدين،

إشاره

إنّما الإشكال في ثبوته للوكيل فنقول: جهه الإشكال صدق البيعين (١) عليهما و العدم، و تنقيح المقام يحتاج إلى تقديم مقدّمه هي: أنّ إسناد الفعل إلى المباشر بحيث يكون قوّه الفاعل بدون توسط آله في البين، هو المؤثر في الإيجاد لا شبهه في كونه حقيقيا، و كذلك إذا كانت الوساطه من قبيل الآله الصرّفه كالمنشار و المنحت، حيث إنّ الفعل يحصل أيضا بقوّه الفاعل و الآله شأنها إيصال القوّه فيكون الفعل مسندا إلى الفاعل بالحقيقه.

و أمّا إذا كانت الوساطه أيضا فاعلا و كان الصادر من ذيهما هو التسبب فإن كانت فاعلا بلا شعور سواء كان فاعلا بالطبيعه كالنار أم بالإراداه كالسبع - و بعبارة أخرى كان ضعيفا بحيث يعدّ كآله-، فالفعل بالحقيقه مسند إلى الوساطه، فالإحراق فعل النار و ليس قوّه الملقى أبدا دخيلا- في حصوله، و كذلك الإتلاف فعل السبع من غير دخاله قوّه الملقى و لكن يصحّ الإسناد إلى الملقى إسنادا مجازيا كالحقيقه، بمعنى أنّ الإطلاق لا ينصرف عنه فإذا قيل: من أحرق كذا، أو من أتلف كذا، كان شاملا لهذا القسم أيضا.

و إن كانت الوساطه فاعلا قويا لا يعدّ كآله فالإسناد مجازي لا يجوز حمل

ص: ١٥

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٥، ح ١.

الإطلاق عليه، و من هذا القبيل قوله تعالى يا هامانُ ابنِ لِي (١)، و قولك:فتح الأمير المدينه.

فتحصل: أنّ الإطلاق يشمل كلا قسمي المباشره و القسم الأول من التسيب دون الثاني منه.

إذا تحقّق هذا فنقول: الوكيل على ثلاثه أقسام:الأول:الوكيل في مجرد إجراء الصيغه.الثاني:الوكيل في العقد دون ما يترتب عليه و يتفرّع عليه.و الثالث:

الوكيل في العقد و ما يتفرّع عليه مطلقا.

لا إشكال في صدق البيع على المالك الموكّل في القسم الأول، لأنّ الوكيل بمنزله الآله له، و لا في عدم انصراف الإطلاق إلى نفسه، لأنّه بمنزله الصغير الذي أعطيت مال الغير إياه فأتلفه، حيث لا يحكم بضمانه بل بضمانك. كما لا إشكال في عدم صدق البيع على المالك في القسمين الأخيرين و صدقه على الوكيل فيهما لكونه فاعلا قويا.

و حينئذ فنقول:الحق أنّ قوله-عليه السلام-:«البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢)-بملاحظه اقتترانه في بعض الأخبار بقوله:«و المشتري للحيوان بالخيار إلى ثلاثه أيام» (٣)حيث لا يلزم الفقيه بثبوتة للوكيل مطلقا و بملاحظه حكمه الخيار حيث إنّهُ للإرفاق بالمالك- يكون منصرفا إلى المالك و لا يشمل الوكيل كما حكى ذلك عن جامع المقاصد،و إذن فلا يثبت الخيار لجميع أقسام الوكيل بأن يكون ذا حقّ خيارى.

ص:١٦

١-١) غافر:٣٦.

٢-٢) الوسائل:الجزء ١٢،الباب ١ من أبواب الخيار ص ٣٤٦ ح ٣.

٣-٣) المصدر نفسه:الباب ٣ من أبواب الخيار،ص ٣٤٩ ح ١،٢،٣،٤،٥.

و أما المالك: ففي القسم الأول قد عرفت كونه بيعا، و أما في القسمين الأخيرين فيمكن إثبات الخيار له لا من جهة كونه بيعا، بل من جهة أنّ فعل الوكيل بنظر العرف و الشرع بمنزلة فعل الموكل، و الفرق بينه و بين النائب أنّ الثاني يحتاج صيروره فعلة بمنزلة فعل المنوب عنه إلى قصد النيا به، و أما الأول ففعله بحسب الذات يعدّ فعلا للموكل، فيفيد هذا التنزيل ترتيب كلّ أثر كان لفعل الموكل على فعل الوكيل، و من جملة الآثار أنّ الموكل لو صدر منه البيع كان له عند حضوره مجلس البيع الخيار، فيترتب هذا الأثر ببيع و كيله فلو كان حاضرا في المجلس كان له الخيار.

و أمّا مع غيابه، فإن قلنا: بأنّ دليل التنزيل يجعل حضور الوكيل أيضا بمنزلة حضوره كان له الخيار أيضا، و إن قلنا: بعدم الشمول لمثل هذا و إلّا- لزم القول بثبوت الخيار للمالكين لو باشرا العقد تفرّقا عن المجلس مع حضور و كيلهما المطلقين في جميع أمورهما فيه، و لا يمكن الالتزام به، فالخيار منحصر بحاله الحضور. هذا حال المالك.

و أما الوكيل، فقد عرفت عدم شمول الدليل له إمّا لعدم صدق البيع عليه لغه و إمّا انصرافا، نعم يمكن في حق القسم الأخير الذي فرض كونه و كيلا- مطلقا مباشرة الفسخ أو الإمضاء من باب الوكاله عن المالك إذا كان المالك حاضرا في المجلس دون القسمين الأولين.

هذا كلّ على تقدير تسليم الانصراف الذي ادّعيناه من وحده السياق و ملاحظه حكمه الخيار كما هو الحق، و أمّا على تقدير إنكاره و أنّ الحكم ثابت للبيع كائنا من كان، فاللازم الحكم بثبوت الخيار للقسمين الأخيرين من الوكيل لما عرفت من صدق البيع عليهما و يكون هذا حقا لهما، و إن منع المالك عن أعماله

فلا تأثير لمنعه إذ لم يلحظ في جعله غبطه المالك، إذ الفرض أنه حق الوكيل لا المالك فالاختيار مع الوكيل لا المالك.

و أما ما ذكره شيخنا المرتضى -قدس سرّه-: من أن المستفاد من أدله الخيار إثبات سلطنه ذى الخيار على المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن سلطنته على المنتقل إليه فلا- تفيد تخصيص دليل سلطنه المالك الموكل من حيث تجويز إخراج ماله الجديد عن ملكه بدون رضاه، فاللازم التفصيل بين القسمين الأولين من الوكيل و بين القسم الأخير بعدم الخيار للأولين و ثبوته للأخير (1).

ففيه: أنه بعد تسليم صدق البيع على الوكيل كما هو المفروض و كون الحكم فعلياً لا- حيثيتياً نظير حليه لحم الغنم- و إلا- لزم التوقف في مورد الشك عند عروض عارض حتى بالنسبه إلى المالك أيضا و الرجوع إلى الأصل العملى- و عدم ندره الوكيل على نحو القسم الثانى بل شيوعه لا وجه لهذه الدعوى فإنّ الظاهر أنّ البيعه عله تامه لثبوت الخيار الفعلى.

و حاصل ما ذكر: أنّنا إما أن نقول بانصراف البيع بمناسبه المقام- حيث إنه بمقام الامتتان على المالك- إلى صاحب المال و أنّ وصف كونه بيعا يلغى، و إنّما الموضوع تحقّق بيع مضاف إلى صاحب المال و لو لم يكن بمباشرة بلسانه، و لهذا قلنا بكفايه التسيب فيما كانت الواسطه كالآله.

و إما أن نقول بعدم إلغاء وصف البيعه و نجعله الموضوع التام بلا انصراف إلى المالك.

فعلى الأوّل لا- يثبت الخيار فى القسمين الأ-خيرين من الوكيل لعدم كونهما مالكين، و مقتضى ذلك و إن كان عدم الثبوت للمالكين أيضا- لعدم إضافه البيع

ص: ١٨

إليهما- لكن كفانا مؤنه ذلك التنزيل العرفي الممضى شرعا في باب الوكاله.

و حاصله: أن كل أثر كان ثابتا لإضافه الفعل إلى صاحب المال بالأعم من مباشرته بجوارحه أو بنحو التسبب، فهذا التصرف إذا صدر من وكيله يكون عند العرف بمنزله الفعل المضاف إليه، فيقولون: بيع هذا بيع ذاك، و صلح هذا صلح ذاك و هكذا، يعنى يترتب ذلك الأثر الثابت للإضافه، و المفروض فى المقام أن البيع إذا تحقق نسبته إلى المالك و لو لم يكن هو المباشر بجوارحه يترتب عليه أثر ثبوت الخيار بالتنزيل المحقق للنسبه يتحقق هذا الأثر.

و هذا التنزيل و إن لم يثمر لوصف البيعيه لكن عرفت أن الموضوع حسب المناسبه المقاميه ليس إلا- نسبه البيع إلى صاحب المال، و إن شئت قلت: البيع المنتسب إلى صاحب المال، فإن المناسبه المقاميه تنقص من الكلام و تزيد عليه، هذا بناء على الانصراف.

و أما بناء على العدم، فاللازم الحكم بثبوتة للوكيلين دون الموكلين، أما الأول:

فواضح، و أما الثانى: فلعدم الصدق لا حقيقه و لا تنزيلا.

أما الأول فواضح، و أما الثانى: فلأن التنزيل إنما يفيد فى ترتب الآثار التى يكون لإضافه الفعل إلى شخص الموكل دخل فى ترتبها، و أما ما كان نسبتها إليه و إلى الوكيل على حد سواء فإن كلا منهما لو تلبس بوصف الباعى كان له هذا الأثر و لا مزيه لأحدهما فى ذلك على الآخر فلا يفيد شيئا.

و بعبارة أخرى: بناء على هذا يكون الخيار مسببا عن إضافه البيع إلى البائع و لو لم يكن مالكا، و التنزيل يفيد الإضافه إلى الذات لا بوصف أنه بائع فيقال:

هذا البيع بيع زيد مثلا، و لا يقال: هو بيع زيد البائع و المفروض موضوعيه الثانى.

هذا و قد تحصل أن ثبوت الخيار لكل من الموكل و الوكيل كما اختاره شيخنا

المرتضى فى الوكيل المستقل بمعنى كون كلّ ذا حقّ لا يستقيم على شىء من المبنيين، نعم يثبت للوكيل المستقل بمعنى جواز مباشرته للفسخ أو الإمضاء بعنوان الوكالة عن صاحب الحقّ.

ثمّ إنّه قدّس سرّه -بعد أن اختار ذلك قال: فقد يتحقّق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكلّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز فإنّ تلك المسأله فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد (1). انتهى كلامه الشريف -قدّس سرّه.

قال شيخنا الأستاذ -أطال الله أيام إفاضاته الشريفه -: مبنى ما ذكره -قدّس سرّه -على أخذ البيع باعتبار صرف الوجود، إذ على هذا كلّ من سبق فقد انطبق عليه الصرف، فإسقاطه يسقط الخيار، و بالزامه يلزم العقد و لا أثر لفسخ أو إمضاء من يلحقه لعدم انطباق الصرف على ثانى الوجود و هذا واضح.

و بالجملة: موضوع الحقّ على هذا هو الطبيعى الموجود فى المعين كموضوع الكلمه و لا ربط له بالأشخاص، و لكنك خير بأنّ هذا غير ملازم مع كون التعدّد من جانب أو من جانبين، فيمكن فرض الوجود السارى مع التعدّد فى الجانب الواحد كما فى الوارث بناء على القول به فيجئ فيه مسأله تقديم الفاسخ على المجيز هذا، و أمّا بناء على أخذ البيع فى المقام باعتبار الوجود السارى كما يشهد به اعتباره كذلك بالنسبه إلى البيوع المتعدّده فلا يستقيم ما ذكره، إذ كلّ من سبق بالإمضاء فقد سقط حقه و لا ربط له بحقّ من عداه من أهل طرفه.

هذا بناء على ما اختاره -قدّس سرّه -من أنّ الإمضاء مرجعه إلى الإسقاط،

ص: ٢٠

و أما بناء على أنه كالفسخ أحد عدلى الحقّ التخييرى فلكلام فيه محلّ آخر.

فرع: لو مات الموكل و كان الوكيل حاضرا فى المجلس أو بالعكس،

فعلى ما ذكره من اعتبار صرف الوجود لا إرث، لأنّ الصرف لم يمت، و هذا نظير ما تقدّم فى بيع الصاع الكلى من الصبره حيث إنّه لو تلف إلا صاعا بقى حقّ المشتري و هذا واضح.

إنّما الكلام فيما لو ماتا دفعه فى المجلس فهل ينتقل إلى جامع وارث الصرف أو لا؟ يبتنى على القول بأنّ أدلّه الإرث هل تشمل الصرف أو أنّها متعرّضه لحال موت الأشخاص؟ فعلى الأول ينتقل إلى وراث الموكل و الوكيل كما كان لهما، يعنى يتعلّق بالجامع فيما بينهم، ينطبق على السابق منهم، و على الثانى يتنفي الحقّ بانتفاء الموضوع.

ثمّ بناء على ثبوت الخيار للموكل و الوكيل بل و الوكيل فى التوكيل و إن طالت السلسله، فهل العبره بتفرّق أى من الموكل و الوكيل؟ الظاهر اختلاف الحال بناء على اختيار صرف الوجود و اختيار الوجود السارى، فعلى الأول يبتنى المسأله على أنّ التعبير بعدم التفرّق من باب الأصاله أو من باب الكنايه عن الاجتماع.

فإن قلنا بالأول فالمعتبر حصول التفرّق مضافا إلى جنس البيع و هو محقق بأول مصداق تحقّق له، فواحد من أهل السلسله لو خرج عن المجلس سقط خيار جميع أهل السلسله لصدق تفرّق البيع.

لا- يقال: التفرّق أمر عدمى بمعنى عدم اجتماع البيع، لأننا نقول أولا: هو أمر وجودى مثل الاجتماع فكما أنّه عباره عن هيئه خاصيه فكذا هذا. و ثانيا: سلّمنا أنّه عدمى لكنّه من باب العدم و الملكة نظير العمى، فإنّه ليس عباره عن مطلق

عدم الاجتماع و لو بعدم الموضوع كما أنّ العمى ليس عدم البصر كذلك بل عدم الاجتماع عن الموضوع القابل، و إذن فحاله كالوجودى.

و إن قلنا بالثانى كما ربّما يشهد له نظائره فى العرف حيث يفهمون من جعل شىء غايه للحكم أنّ الموضوع ما قبله مثل «صم إلى الليل» يعنى: صم فى النهار و «كلّ شىء طاهر حتى تعلم» يعنى ما دام الشكّ، فهنا أيضا الخيار ثابت ما دام الاجتماع حاصلًا، فالمعيار صدق اجتماع جنس البيع مع جنس البيع و هو يتحقّق و لو بوجود و كيل من طرف و أصيل من آخر فى المجلس.

هذا بناء على صرف الوجود، و أمّا على اعتبار الوجود السارى فالاعتبار بالتركيب الثنائى الحاصل من كلّ فرد من طرف مع كلّ فرد من الطرف الآخر، فإذا فرض زيد و عمرو فى طرف و بشر و خالد فى آخر، فتركيب زيد مع بشر فرد للدليل و تركيه مع خالد فرد آخر و هكذا عمرو، فإذا خرج بشر مثلا عن المجلس فالخيار للثلاثه محفوظ، و لو خرج زيد أيضا فالخيار للباقيين محفوظ.

و بالجملة: يتّحد الحال نتيجه مع القول بصرف الوجود بناء على جعل عدم الافتراق كناية و لا يحصل هنا فرق بين جعله كناية أو أصاله.

هذا و لكنّ الذى يقتضيه النظر الدقيق كما تبه عليه شيخنا و ملاذنا الأستاذ - أطال الله عمره و أيام إفاداته الشريفه - عدم الفرق بين اختيار صرف الوجود و الوجود السارى فى أنّ النتيجه حصول الغايه بالنسبه إلى من خرج و بقاء الخيار لمن بقى ما دام بقى من كلّ طرف واحد.

بيان ذلك: أنّ الحكم و لو تعلق بحسب الصوره بالطبيعه بأحد الاعتبارين و الذى جعل شرطا أو غايه خارج عن موضوع الحكم، و لهذا يفرق بين قولنا: «إذا

أهانك الإنسان فأهنة» أو «إذا دخل الزوال فاجلس» و بين قولنا: «الإنسان المهين لك فأهنة» و «الجلوس الكائن فيما بعد الزوال ائت به» فى باب الاستصحاب و باب أخذ المفهوم فيقال: الموضوع بعد زوال الإهانة و انقضاء وقت الزوال باق بناء على الاعتبار بموضوع الدليل بناء على الأوّل، و أنه غير باق بناء على الثانى، و كذلك يكون الموضوع فى جانب المفهوم محفوظاً، فيكون من باب مفهوم الشرط على الأوّل بخلاف الثانى فإنّه من باب مفهوم الوصف فيبتنى على القول به.

و لكن بحسب اللب لا- فرق بين التعبيرين فان المستفاد تنويع الطبيعه و تقسيمها إلى واجد الشرط و فاقده، و إعطاء كلّ حكماً خاصاً به، فيقال: «الإنسان المهين يجب إهانته» لا- أنّه إذا تحقّق فرد من الإهانة من فرد من الإنسان يجب الإهانة للإنسان و لو فى ضمن فرده الغير المهين، و هكذا يقال: الجلوس المقيّد بما بعد الزوال واجب، لا أنّه بمحض دخول الزوال يتساوى نسبه الوجوب إلى جميع أفراد الجلوس من الممتقيّد بهذا الوقت و الممتقيّد بأوقات أخرى، فإنّ هذا و إن كان أمراً ممكناً لكنّه ممّا لا يكاد يفهمه العرف من القضيّه الشرطيّه أو الغائيّه، فالشرط و الغايه و إن كانا راجعين إلى الهيئه حسب الصورة لكنّهما راجعان إلى الماده حسب المعنى و اللّب.

لا- يقال: هذا فى ما إذا اعتبر الطبيعه بالوجود السارى صحيح، و أمّا لو اعتبر بنحو صرف الوجود فلا يتصوّر قسمان للطبيعه بهذا الاعتبار- قسم واجد و قسم فاقد للشرط أو الغايه- مثلاً- إذا اتّصف صرف وجود الإنسان بوصف الإهانة فلا يمكن نسبه عدم الإهانة إلى الصرف و لو صحّ إلى الفرد، للفرق بين الإعراض الوجوديّ و الأعراض التى من قبيل الوجود و العدم، فالأولى تسرى من

الفرد إلى الصرف، ولكن الثانيه لا تسرى عدمياتها إلا بعد اتّصاف تمام الأفراد بذلك العدم و إلا فاتّصاف فرد واحد بوجود تلك الصفه كاف في صحّه النسبه إلى الصّيرف و عدم صحّه السلب عنه و إن اتّصف جميع ما عدا ذلك الفرد بسلب تلك الصفه.

لأننا نقول حال الطبيعه على ما ذكرنا كحالها في القضيّه التوصيفيه مثل:

«الإنسان المهين كذا» إذا أريد صرف الوجود، فإنه لا إشكال أنه من باب تقسيم الإنسان إلى المهين وغيره و ملاحظه الصرفيه بعد هذا من مجموع الموصوف و الصفه لا اعتبارها في الموصوف و إيراد الصفه على الصرف.

و الذي يرد عليه ما ذكرت هو الثاني لا الأوّل ضروره أنه كما يصحّ اعتبار صرف الوجود في الإنسان العالم كذلك يصحّ اعتباره في الإنسان الغير العالم، فإذا تحقّق في الخارج فردان اتّصف أحدهما بالعالميه و الآخر بعدمها تحقّق الصرفان في زمان واحد و يترتب عليهما حكمهما، نعم لو اعتبر الصرفيه في الموصوف، أعنى:

الإنسان، امتنع تحقّق الحالتين، أعنى: العالميه و عدمها فيه في زمان واحد.

و على هذا فنقول: طبيعه البيع قد قسمت على قسمين، مفترق و غيره فالخيار ثبت لصرف وجود البيع الغير المفترق و عدمه لصرف وجود البيع المفترق هذا.

ثمّ إنّه قال شيخنا المرتضى -قدّس سرّه الشريف-: إنّه لا يجوز للموكل تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى، لأنّ المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار للعاقده في صورته القول به عند العقد لا -لحوقه له بعده، نعم يمكن توكيله في الفسخ أو مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً (1) انتهى.

لا شبهه في ما ذكره -قدّس سرّه-، لأنّه إن أراد صيروره الوكيل بدلاً لنفسه

ص: ٢٤

فى أصل ثبوت الحق له دون نفسه فهذا تشريع، و إن أراد إثبات السلطنة المطلقة له حتى يشمل الدليل فالدليل قاصر عن شمول مثله بناء على ما ادّعه -قدّس سرّه- من انصرافه إلى مورد الفراغ عن ثبوت السلطنة عند العقد فلا يشمل ما إذا ثبت بعده، هذا.

و أمّا نقله الحقّ مستقلاً من نفسه إلى الأجنبي مجاناً أو مع العوض، فقد يقال بإمكان تطبيقه على القواعد نظراً إلى أنّ عموم الهبة أو الصلح مثلاً شامل لكلّ مال أو حق قابل للانتقال، وهو وإن كان ساكتاً عن إعطاء القابلية لكن يمكن استفادتها من تسلّم إرث هذا الحقّ.

و أمّا احتمال تخصيص العموم المذكور مع وجود القابلية فمضافاً إلى دفعه بالأصل، مدفوع بمخالفته لعموم قاعده السلطنة أيضاً، فإنّها وإن كانت حيثية و لكن بالنظر إلى الأسباب الشرعيّة مثل الصلح و الهبة حكم فعلى.

و فيه: أنّ الإرث لا يفيد إلاّ إيجاباً جزئياً، و من المحتمل أن يكون المقام من قبيل حقّ المضاجعة حيث يقبل الانتقال إلى الضرّه و لا يقبله بالنسبة إلى الأجنبي مع أنّه ليس تخصيصاً فى دليل الهبة و الصلح إلاّ أن يقال بالفرق بين المقامين بأنّ موضوع المضاجعة هو الزوجه، فلا يتحقّق فى حقّ الأجنبي، كحقّ الشفعة المتقوم بالشريك، و الإرث كاشف عن عدم التقوم بشخص المورث.

لكن فيه مع ذلك أنّ باب الإرث ليس باب النقل و الانتقال، بل هو من باب تنزيل الوارث منزله المورث فكأنّه بنفسه صاحب الحقّ و ذلك بادّعاء الارتكاز العرفى فى حقيقه الإرث و أنّه هذا التنزيل.

و يظهر الثمره بين الوجهين فيما إذا لم يكن للميت مال أصلاً، فعلى الأول:

لا وجه لفسخ الوارث، إذ لا ملك للميت حتى يخرج معادل العوض أو نفسه عن

كيسه، و يدخل المعوِّض في كيسه فيتلقاه الوارث منه.

و أمّا على الثاني: فنفس الوارث يتصدّى للإدخال في كيسه و الإخراج منه بما هو نائب مناب الميِّت من دون تلقّيه المال من الميت، و كذا يظهر في حقّ الزوجه إذا كان ما انتقل عن الميت عقارا كما هو واضح.

ثمّ إنك عرفت الكلام في الوكيل و الموكل، و أمّا الكلام في الفضولي و المجيز فعدم ثبوت الخيار للأوّل على ما تقدّم منّا واضح، و ثبوته للثاني يحتاج إلى إثبات أحد أمرين:

الأوّل: أن يقال بكون نفس الإجازة عقدا و يباع مستقلا.

و الثاني: أن يقال بأنّه و إن لم يكن كذلك لكنّها توجب إضافه البيع الصادر من الفضولي إلى نفسه، و حينئذ و إن كان لا يصدق في حقّه أنّه باع لأنّ المتبادر منه إيجاد أصل العمل لا إضافه العمل المفروغ عن وجوده لكن يصدق عليه أنّه بيع.

و أمّا على مبنى شيخنا-قدّس سرّه-فالحال في المالك كما تقدّم، و أمّا في الفضولي فالبيع و إن كان عبارته عمّن انتسب إليه المعنى المسبّبي العرفي لا-الشرعي- و لهذا نقول بثبوته للبيعين في الصرف و السلم قبل القبض-لكن الظاهر عدم تحقّق البيع العرفي في بيع الفضولي حتى بالنسبه إلى الغاصب البائع لنفسه، فإنّ العرف أيضا حاكم بتوقّف حصول البيع على رضى المالك، نعم بعد تحقّق الرضى من المالك مع بقاء المجلس لا مانع من القول بثبوت الخيار للفضوليين لأنّهما بالرضى يصيران بيّعين فإن قلت: بل البيع حينئذ هو المالك لأنّ الفعل يستند إلى الجزء الأخير من العلّه و هو المالك لأنّه موجد الشرط، فهو فاعل المبادله.

قلت: فرق بين الفاعل و موجد الشرط أو رافع المانع، فلا يقال لمن جفّف

المحلّ بعد ملاصقه النار له إنّهُ فاعل الإحراق، وكذا لو رفع الحائل، ألا ترى أنّه لا يقال للمشتري أنّه بائع، مع أنّ للقبول مدخلا في تحقّق المبادله، فيبيعه المالك في المقام متوقّفه على إثبات أحد الأمرين المتقدمين، وللکلام فيهما محلّ آخر.

مسأله: لا إشكال على المبني الذي تقدّم منّا في صورته قيام البائع و المشتري

إشاره

بشخص واحد،

فإنّه يعتبر حضور المالكين في المجلس حتّى يثبت لهما الخيار، وأمّا بناء على ما تقدّم عن الشيخ قدّس سرّه فهل يثبت لنفس هذا المتصدّي لطرفي العقد إذا لم يكن في المجلس غيره أو لا؟ فاعلم أنّ

المانع أحد أمور ثلاثة:

الأول: أنّ الموضوع هو البيعان،

و هو بمقتضى كونه تثنيه يدلّ على مدخلية الاثنيّته فلا يثبت للواحد، وكذا هيئه ما لم يفترقا.

و الثاني: أنّ الافتراق و الاجتماع غير ممكنين في حقّ الشخص الواحد

و لا الجسدین المتلاصقين و الغايه ظاهره في إمكانها في حقّ الموضوع.

و الثالث: أنّا و إن سلّمنا أنّ الغايه أعمّ من الممكنه و المستحيله

كما في:

حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ (١) و كما في: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» حيث نقول بثبوت الضمان بعد التلف مع أنّ الغايه غير ممكنه، و معنى غائبيتها أنّه لو عادت العين بنفس عيسويّ مثلا و ردّها كانت الغايه حاصله.

و لكن نقول: مادّه الافتراق لا تناسب مع الواحد، نعم تناسب مع الجسدین المتلاصقين، غايه الأمر عدم الإمكان، فإذن لا بدّ من الفرق بينهما فإنّ الغايه مخصّصه للحكم نظير العله.

و الحاصل: أنّا نسلم كون الغايه غير ظاهره في الممكنه، و لهذا نقول بالثبوت

ص: ٢٧

فى المتلاصقين، و لكن لا بدّ من إمكان الفرض و لا يمكن الافتراق فى الجسد الواحد و لو فرض قطعه قطعه، و أمّا الجسدان فلو فرض عدم تلاصقهما جاء فيهما الافتراق و الاجتماع.

و حيثنذ نقول: الغايه تخصّيص الحكم بالموضوع الممكن فيه فرض تحقّق الغايه، فيكون غير الممكن فيه فرضه خارجا عن عموم اللفظ، فيحتاج إثبات الحكم فيه إلى تنقيح المناط، و من هنا تبين عدم المانع في المانع الثانى المتوهم مانعيته.

و أمّا المانع الأول: فالثنيه و إن كان ظاهرا فى الاثنيته الخارجيه دون العنوايته لكنّ الظاهر منه فى هذا المقام أنّه من باب التغليب من قبيل القمرين و الشمسين، و تكون كنايه عن عنوانى البائع و المشتري، فكأنّه قيل: البائع و المشتري كلّ منهما بالخيار حتّى التفرّق، فلا مانعيه من قبل الموضوع بالنسبه إلى الجسم الواحد لصدق العنواين عليه حقيقه، كصدق العالم و الهاشمى على الفرد المجمع لهما، و إنّما المانع من قبل قوله: حتّى التفرّق حيث يستظهر منه التضييق فى الموضوع لكونه ممّا يقبل فرض التفرّق و ليس هكذا الجسم الواحد.

إن قيل: لم لا- يمكن فرض الغايه فى الواحد و الحال أنّ المذكور فى الدليل قوله: ما لم يفترقا و هذا الأمر العدمى ممكن فى الواحد كالجدار و إنّما الغير الممكن هو الافتراق.

قيل: إن كان المقصود عدم تحقق الافتراق فى العالم، صحّ ما ذكرت لكنّ اللازم منه القول بالخيار فى البيعين المتعدّدين إذا لم يجمعهما مجلس واحد من أول الأمر أيضا إذ يصدق فى حقّهما أنّهما لم يفترقا يعنى لم يحدث منهما التفرّق و إنّما بقى التفرّق السابق، فإنّ الظاهر من هذا العنوان عدم الحدوث و لكن هذا خلاف

الظاهر، بل الظاهر هو عدم التفريق ممن من شأنه التفريق، وهذا لا يصدق في حق الواحد لعدم الشأنيه، ولا حق المتعدد المفترق من الابتداء لعدم تحقق الحدوث في حقهما.

إن قيل: يمكن القول بثبوت الخيار للواحد و بجعل الغايه خروجه عن المجلس لأن انقضاء المجلس في حقه هذا، كما أن انقضاءه في حق الاثنين تاره بخروج أحدهما و أخرى بخروج الاثنين معا و مفارقتهما عن مجلس البيع.

قيل: لو كان الغايه في الدليل مفارقه المجلس كان ما ذكر حقا و لكنّها افتراق البيعين، و لهذا نقول ببقاء الخيار في الاثنين لو خرجا عن المجلس على هيئتهما الاجتماعيه بدون افتراق بينهما في الطريق.

فرع: لو مات أحد المتبايعين في المجلس أو كلاهما فهل هذا افتراق بينهما

فلا يورث خيار المجلس فإن الميت قد فارق الدنيا فكيف بصاحبه؟ أو أن العبره باجتماع البدنين و هو حاصل فيورث؟ و حينئذ هل الموروث هو الحق المطلق الغير المغيبي بشيء، أو أنه أيضا مغيبى؟ و حينئذ فهل الغايه افتراق بدن الميتين أو الميت و الحى من المتبايعين؟ أو أنها افتراق الوارثين من مجلس العقد؟ الظاهر هو الوجه الثالث، أما الوجه الأول و هو عدم الإرث فمبني على أحد أمرين:

الأول: المناقشه في صدق البيعين على الميتين و هو محلّ منع، فإنه كما يطلق عرفا أن هذا أبو زيد مثلا و زوج هند، كذلك يقال: هذا مشتر أو بائع و ليس الإطلاق بنحو ينصرف عنه الإطلاق.

و الثاني: المناقشه في عدم تحقق الغايه و هو أيضا كذلك، فإنه يطلق أيضا بلا عنايه أن الزيد و أباه ما افترقا. و السرّ أن الاختياريه غير دخيله في الحكم كما في:

اغسل ثوبك من النجاسه، حيث إنّ الغسل يراد به مطلق وصول الماء إلى الثوب و لو لم يكن عن مباشره اختياريه، فكذلك العرف يفهم في المقام أيضا أنّ العبره بالكون في نقطه و الكون في نقطتين، فلو حصل الافتراق بينهما سهوا أو في حال النوم كفى في صدق الغايه.

و إذن فبعد فرض صدق البيعين على الميتين يصير الحكم في حقهما معيى بالكون في نقطتين، و هذا أمر لم يتحقق ما دام في محل واحد.

و أمّا الوجه الثانى: و هو التوريث بلا غايه فلا وجه له، إذ المتروك كان ذا أمد فليس بعد انقضاء الأمد متروك حتى يورث كما في خيار ثلاثه الحيوان.

و أمّا الوجه الأخير: و هو كون الغايه افتراق الوارثين، فلا وجه له أيضا فإنّ غايه الافتراق من قبيل الحكم لا الحقّ فلا يورث هو، و ليس هنا أيضا دليل نزل افتراق الوارثين منزله افتراق مورثهما، فتعين الوجه الثالث و هو كون الغايه افتراق الميتين.

مسأله: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار

اشاره

منها: من ينعق على أحد المتبايعين، و المشهور كما قيل: عدم الخيار مطلقا، بل عن ظاهر المسالك أنّه محلّ وفاق، و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للمالك، و الكلام فيه مبنى على قول المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار و إلاّ فلا إشكال في ثبوت الخيار، و الظاهر أنّه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبه إلى نفس العين لأنّ مقتضى الأدله الانعتاق بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرّيه بعد تحقّقها.

و الحاصل: يقع الكلام - بعد مسلمته أصل صحّه البيع و حصول الانعتاق

ص: ٣٠

و عدم زواله بعد التحقّق-فى ثبوت الخيار بالنسبه إلى القيمه و عدمه،فقد يقال:

إنّه مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار و دليل عدم عود الحرّ إلى الرقيّه،فيفرض المعتق كالتالف فلكلّ من الطرفين الفسخ و الرجوع إلى القيمه.

و قد يستند فى عدم الثبوت عند العلم بالانعتاق إلى أنّ الإقدام على البيع أو الشراء إتلاف للعبد و سيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرف فعدم ثبوته به أولى.

و لكن فيه أولاً:أنّه ليس إتلافاً فإنّه عرفاً إقدام على البيع و الشراء،و الانعتاق حكم شرعى،فالمكلف حقيقه هو الشارع.

و ثانياً:سَلّمنا لكنّ الدليل على مسقطيه التصرف عموم التعليل المستفاد من قوله-عليه السلام-فى بعض الروايات:«فذلك رضى بالبيع»و ظاهره المفروغيه عن وجود البيع فلا يشمل مثل هذا الذى هو مقارن له.

فالعمده فى المقام هو النظر فى كيفية الفسخ عند التلف الحقيقى،ثمّ فى جريانها فى المقام و عدمه فنقول-و على الله التوكّل

هنا وجوه متصوّره

اشاره

(١)

الأول:أن يكون من آثار الفسخ عند وجود العين استرجاعها و عند عدمها

استرجاع البدل،

و فيه أنّ الخيار حقّ متعلّقه العقد لا العين و هذا الوجه يناسب الثانى.

و الثانى:أن يكون الفسخ حلاً للعقد و جعله كأن لم يقع

من أوّل الأمر نظير الكشف الحكمى فى الإجازة،فإنّ اللازم حينئذ أن يكون العين التالفه فى يد المفسوخ عليه بمنزله المال التالف من الفاسخ فى يد المفسوخ عليه.

ص:٣١

١-١) سيأتى ما يرتبط بالمقام فى الصفحه:٦١٠،منه دام ظلّه العالى.

و فيه: أن اللازم الرجوع بالنماءات المتجدّده بين العقد و الفسخ أيضا كما هو الحال في الكشف الحكمي و لا يلتزمون به.

و الثالث: أن يكون الفسخ حلاً للعقد أيضا لكن من حين الفسخ

لا- من أول الأمر، لكن معنى الحلّ هو عكس العقد، فكما كان العقد مبادله بين المالين فالحلّ عبارته عن عكس هذه المبادله بعنوان حلّها، و لازمه انتقال المثلثين إلى البائع و الثمن إلى المشتري.

ثم إنّ العوض التالف يعود إلى مالكة الأصلي بما هو عليه من العوارض، فلو تجدد له بياض عند المالك الجديد، انتقل بياضه إلى المالك الأصلي، فمن العوارض التي أتصف بها عند المالك الجديد هو وصف التالفية فلا بدّ أن ينتقل هكذا إلى الأصلي.

و منها أيضا: كون هذا التلف واردا خسارته على كيس المالك الجديد، فلو كان مقوماً بالعشرين لتلف من ماله عشرين و هكذا فلا بدّ أن ينتقل إلى الأصلي أيضا بهذا الوصف، فلو لم تشتغل ذمّة الجديد بعد انتقال التالف إلى الأصلي بعوضه الواقعي لخرج عن وصف كون تلفه عليه لأنّ الفرض جبران خسارته برجوع عوضه المسمّى إليه، فمعنى بقاءه على الأوصاف السابقة الحاصلة له في يد المالك الجديد هو اشتغال ذمّته للمالك الأصلي بعوضه الواقعي عند انتقال عوضه الجعلي إليه حتى لا- يلزم انقلاب وصف التالفية عليه بالتالفية على المالك الأصلي.

و حينئذ نقول: اللازم من هذا البيان عدم ثبوت الخيار في مسألتنا المفروض فيها بقاء العين و زوال صفه الماليه، فإنّ خساره و إن كانت كما في صورته تلف العين وارده على المفسوخ عليه لكن مجرد هذا لا يصحّ النقل و الانتقال و اعتبار إضافه الملك، فإنّه خاص بموضوع المال، فيعتبر في صحّته اعتبار هذه الإضافه أمران

الأول:الماليه و هى قائمه بالعين فى حالتى وجودها و عدمها،فالحنطه مثلا مال فكما نحمل عليها موجود و معدوم و هو فى كل حال حنطه فكذلك متصفه بالماليه.

و الثانى:كون الخساره فى موضوع المال التالف على غير من اعتبر إضافه الملكيه بالنسبه إليه.

فالأمر الثانى و إن كان فى مقامنا متحققا كما فى صورته تلف العين لكن الأمر الأول مفقود،فإن الحرّ لا مال عرفا و شرعا،و هذا هو الفارق بين المقامين و المائر بين المسألتين،و لكن لا يخفى أنّ لازم هذا البيان عدم جواز الفسخ مع طرؤ العتق،أو صفه أخرى مخرجه عن الماليه بعد تحقّق العقد الخيارى و مضى زمان عليه هذا.

و الرابع:أن يكون الفسخ أيضا حلاً للعقد من حينه و لكن ليس معناه

صرف إعدام العقد

و تبديله بالنقيض،بل يدعى أنّ معناه عرفا ما يسمّى بالفارسيه (واتاباندن)،و معنى ذلك أن يكون مثل العقد فى جميع الجهات إلا فى تبديل العوضين فنقول:إنّ العقد مشتمل على أمرين:

الأول:إنشاء المبادله و هذا مدلوله المطابقى.و الثانى:تعهد كل من الطرفين بتسليم ما ملكه إلى صاحبه،و هذا مدلوله الالتزامى المفهوم منه عرفا و على هذا ينطبق أصل الضمان قبل القبض على القاعده،نعم اللازم على هذا هو الضمان بالعوض الواقعى فالضمان بالمسمى الذى هو انحلال العقد و انفساخه يكون بالتعبد،و وجه كون أصل الضمان على طبق القاعده أنّ كون عين الحنطه الشخصيه مثلا- على عهد البائع للمشتري معناه كون المشتري مستحقا لمطالبه هذا العين من البائع،و وفاء البائع عند الوجود برّد نفسها و عند العدم برّد ما هو

أقرب الأشياء إليها و هو فى المثلئ المثل و فى القيمئ القيمه.

و على هذا فمعنى الفسخ عكس هذه المبادله و عكس هذا التعهد، فإذا كانت الحنطه حين الفسخ تالفه عند المشتري فمعنى الفسخ جعل الحنطه فى عهدہ المشتري منتقله إلى البائع بإزاء الثمن كذلك، و معنى ذلك صيروره البائع ذا حقّ على المشتري بمطالبتہ بنفس الحنطه المبيعه، و حيث إنّها تالفه فخرج المشتري عن عهدتها بدفع مثلها.

لا يقال: على هذا يلزم صحّ بيع العين التالفه حين البيع أيضا بهذا الوجه.

لأننا نقول: حال العين بهذا الوجه حال المنفعه فكما أنّها مال و مع ذلك لا تقبل اعتبار البيع فكذلك العين التالفه.

و لازم هذا الوجه أنّه لو كانت العين موجوده و لكن انتقلت إلى ملك غير المفسوخ عليه بنقل لازم و أمكنه الاسترداد منه بعقد جديد و لو ببذل مال كثير، و جب عليه ذلك لأنّ الانتقال إلى البذل إنّما هو بعد تعدّد العين و الأصل، و كذلك اللازم منه أنّه لو كانت العين موجوده حال الفسخ و لكن تلفت قبل الردّ إلى الفاسخ كانت مضمونه على المفسوخ عليه كما كان هو الحال فى نفس العقد قبل القبض.

هذا كلّه حال التلف الحقيقى من غير فرق بين تلف ذات المال أو وصف المائئيه، و أمّا حال مسألتنا، و هى الانعتاق القهرى فيمكن أن يقال بأنّه حيث عرفت ابتناء الأمر فى مسأله التلف الحقيقى على التعهد بالتسليم يمكن القول بعدم الخيار فى مسألتنا بملاحظه أنّه لا تعهد بعد صيروره العين خارجه عن سلك الأموال بمجرّد البيع و حصول المبادلہ، فلا يتمشى التعهد مع العلم و لا يمضى شرعا مع الجهل، فالفسخ إنّما يفيد مبادلہ على عكس المبادلہ السابقه خاليه عن

التعهد و قد كان حكم الضمان مبني عليه.

و الخامس: أنَّ الفسخ حلّ من حين و لكن في صورته التلف ينزّل بعد الفسخ

التالف بمنزله التالف من مال الفاسخ،

فيعامل من هذا الحين معه معامله ما تلف من مال الفاسخ في يد المفسوخ عليه من تضمينه للبدل، و في صورته الانتقال عن ملك المفسوخ عليه بعقد لازم يعامل مع المنتقل معامله كونه مالا للفاسخ و قد انتقل عن ملك المفسوخ عليه و ملك هو ثمنه فصار تالفا على الفاسخ في يد المفسوخ عليه و هكذا في صورته طريان الحرّيه، فينزّل العبد بوصف كونه متحرّرا عن ملك المفسوخ عليه منزله شيء تحرّر من مال الفاسخ مفيدا بحال المفسوخ عليه و في يده.

و بالجمله: المنزّل هو المال بوصف ما جرى عليه لا هو بذاته حتى يكون الطارى طارئا في ما هو بحكم مال الفاسخ فيعامل مع الانتقال معامله الفضوليه و هكذا.

و حينئذ نقول: قد يكون طرؤ التلف أو ما هو كالتلف بعد استقرار الحقّ في العينين و ذلك بمضى زمان عليهما مع بقائهما بوصف الملكيه للمفسوخ عليه، و قد لا يكون كذلك، بمعنى أنّه لا يجرى شيء من أجزاء الزمان على العين بوصف بقائها على ملكيه المفسوخ عليه و قد كانت متعلّقه لحقّ الفاسخ بل كانت من أوّل آتات ما بعد آن دخولها في ملكه تالف المائيه.

ففي الصوره الأولى: لا شبهه في التنزيل الذي ذكرنا لسبق تعلّق الحقّ بالعين في حال وجودها، فبعد التلف يعامل معها معامله المال التالف من ملك الفاسخ.

و أمّا في الصوره الثانيه: فحيث لم يتعلّق بالعين في شيء من الزمان حقّ من

الفاسخ فلا محلّ للتنزيل المذكور فإنه فرع فعليّه الحقّ في نفس العين في زمان ولا يكفى وجود مقتضيه بدون فعليّه.

هذا وفيه أنّ غايه ما يثبت بهذا تصحيح الضمان بواسطة التنزيل المذكور بعد تسليم مساعده دليل الفسخ على هذا التنزيل.

وأما تلقّى الفاسخ الملك عن ملك المفسوخ عليه، فلا يثبت بهذا فإنّ المنزل هو العين بوصف ما جرى عليه من التلف أو ما هو كالتلف وقد كان المعتمد في الفسخ ذلك حيث إنّ عكس البيع والتلقّى معتبر فيه كما هو واضح.

و السادس: أن يقال: إنه بعد الفسخ نستكشف أنّ العين آنا ما قبل التلف

صار في ملك الفاسخ،

أو ينزل كذلك، فالأوّل كشف حقيقي و الثاني كشف حكمي، و حينئذ نقول: لا يجري هذا في مسأله الاعتاق، أما على الكشف الحقيقي فواضح، لأنّ ما بين ملكيه المفسوخ عليه و الاعتاق ليس فصل و لو بمقدار آن.

و أمّا على الحكمي فلأنّ الملكيه هنا ليس على وجه يترتب عليها سوى الاعتاق، فهي نظير ملكيه الكلّي في بيع السلف، حيث إنّ البائع يملك آنا ما في عهده نفسه الحنطه باعتبار الوجود الخارجى ثم ينقله إلى المشتري و إلا فيلزم نقله ما ليس له، فهذه الملكيه ليست على حدّ سائر الأملاك و لا يترتب عليها فائده سوى النقل في مسأله الكلّي و الاعتاق في مسألتنا و لهذا لا يعدّ هو متمولا لكذا و كذا حنطه مثلا.

و السابع: أن يقال: لا شك أنّ عقد البيع يعتبر في حقيقته دخول كلّ عوض

في ملك من خرج عن ملكه العوض

و أيضا هو يتعلّق بالعين، و ليس للبدال فيه عين و لا أثر، فالفسخ أيضا لا بدّ أن يكون مبادله مثل نفس العقد و عكسه، و واقعا بين نفس العينين لا بدلها.

فإن قلت: العقد عبارته عن الإنشاء الذي هو خاطر النفساني واللفظ الذي هو من مقوله الصوت وكلاهما متدرج ومتصرم لا بقاء لهما، فكيف يرد عليهما الفسخ؟ قلت: نعم ولكن أثره وهو المبادله باق، وبهذا الاعتبار يعتبر لنفسه البقاء كما يعتبر للوضوء البقاء مع أن الباقي أثره وهو الطهاره لا بتأثيره بل بطبعه بعد تأثيره في الحدوث، ومن هنا يتضح فساد جميع الوجوه السابقه.

أما تنزيل العقد كأن لم يكن من حدوثه فقد عرفت أنه يلزم منه رجوع النماءات إلى الفاسخ وهو خلاف ما يقولون.

أما الحلّ الحالي والتأثير في الملك آنا ما قبل التلف حقيقه فهو أمر غير معقول، لعدم تعقل تأثير اللاحق في السابق.

و أمّا تعلق حق الخيار بالأعم من العين والبدل، بمعنى أن يتعلق بالعين عند وجودها وبالبدل عند عدمها، فقد عرفت أنه لا عين ولا أثر للبدل في العقد فكيف يكون في الفسخ مع أنه عكس العقد.

و أمّا تنزيل التالف بوصف التالفية منزله التالف من ملك الفاسخ، فهو يصحح الضمان لو قام الدليل على أصل التنزيل ولا يصحح التلقّي المعتبر في حقيقه الفسخ.

و أمّا الحلّ الحالي والتأثير في السابق حكما بمعنى التنزيل، فلا معنى له إلا ترتيب الأثر وهو تضمين البدل، فكأنه قلنا من الأول إن أثر الفسخ هو الرجوع إلى البدل، فقد وقعنا فيما فررنا منه.

و أمّا الحلّ الحالي والتأثير في انتقال التالف على المفسوخ عليه بوصف كونه كذلك، أو التأثير في انتقال نفس العين بلحاظ الوجود الخارجي على أنها في عهده

المفسوخ عليه نظير الكلى فى بيع السلم، فقد عرفت أنّ الفسخ عكس العقد و ليس فى العقد إلاّ- المبادله بين نفس العينين الموجودتين لا- التالفيتين و لا المعبرتين فى العهده، فاعتبار أحد الأخيرين فى الفسخ مناف لكونه قلبا و عكسا للعقد المقتضى لمشابهته معه من جميع الجهات إلاّ جهة القليه و العكسيه.

و أما ما ذكر فى مقام توجيه العين المعبره فى العهده: بأنّ التعهّد أمر مدلول عليه فى العقد، فهو على تقدير تسليمه ليس مأخوذا فى أحد طرفى المبادله بأن نبادل العين المتعهّده بالعين كذلك، بل المبادله بين نفس العينين و التعهّد واقع على تسليم طرفى المبادله، فالفسخ أيضا بعد تصحيح طرفى المبادله فيه يكون فيه بمقتضى العكسيه هذا التعهد و لكنّه لا يقتضى أن يكون وصف التعهد مأخوذا فى طرفى المبادله كما عرفت.

و حينئذ فنقول: الخيار بحسب ما ارتكز من معناه فى أذهان العرف هو حقّ إعاده العقد، فمتعلّقه العقد و لكن قد يقال: إنّ لازم هذا أن يتعلّق حقّ بالعين أيضا بالعرض.

و قد يقال: بل لا- يتعلّق حقّ بالعين و إنّما المتحقّق صرف الحكم و هو جواز تملكه من ملكه و الظاهر الأوّل بملاحظه حكم العرف بذلك، فإنّهم كما يحكمون بأنّ اعاده العقد حقّ كذلك يحكمون بأنّ تملك العين و استرجاعه أيضا حقّ و هذا الحقّ خاص بالعين و متقوم بها لا بالجامع بينها و بين البديل بل نقول: لو خرج العين عن ملك المفسوخ عليه ثمّ دخلت بنقل جديد غير الفسخ مثل البيع و نحوه أيضا لا يجب نقل عينها، بل يجوز تبديلها ببديلها فمتعلّق الحقّ هو الاسترجاع من عين الملك السابق.

و مقتضى هذا أن لا يتحقّق حقيقه الفسخ بعد تلف العين أو انتقالها بنقل

لازم، لفوات ما به قوامه أعنى العين بالملك السابق، و لكن إذا رأينا أنّ العرف يعامل مع شيء آخر عند عدم العين، معاملة التدارك للعين و يجعلونه بدلا و قائماً مقامها، و يرتّبون عليه الآثار المطلوبه منها و هو المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى، فحينئذ يلزم قيام هذا الحقّ بذلك الشيء، لكونه بمنزله نفس العين و تداركها.

فهذا أشبه شيء بالإرث، حيث إنّ الملك كان للميت فى حال حياته متقوماً بشخصه لا بالجامع فيما بينه و بين وارثه و مع ذلك إذا مات ينتقل إلى وارثه، و السرّ أنّ الملك ثابت لشخصه لا بوصف حياته بحيث لو كان فى حال الممات قابلاً للملك كان مالكا، فالقصور ليس من ناحيه المقتضى، و هذا بخلاف ما لو كان لوصف الحياه فيه مدخل فيرتفع موضوعه بارتفاع الحياه فلا يبقى موضوع حتّى ينتقل إلى القائم المقام.

و هنا أيضا الحق قائم بالعين لكن ليس لوصف وجودها مدخل فى موضوع هذا الحق ليكون حقاً ما داميا حتى يرتفع بارتفاع موضوعه، و لا يكون معنى لانتقاله إلى بدله بل هو حقّ مطلق و مدخلية حال الوجود من باب الموردية و أنّ حال العدم غير قابل لتعلق الحقّ به، و مثل هذا يقوم البدل مقام المبدل فى المعروضيه له.

و بالجملة: فقد تحقّق أنّ الحقّ إنّما يتعلّق بالبدل بعد قيامه بالمبدل و ليس له قيام بالبدل ابتداء و استقلالاً، و لازم هذا أنّه لو تلف المبدل فى أول آتات ما بعد آن ملك المفسوخ عليه لم يكن وجه للانتقال إلى البدل، إذ لم يتحقّق فى المبدل منه عين و لا أثر و إنّما تحقّق صرف المقتضى له بدون الفعلية فكيف ينتقل إلى البدل مع أنّه تابع للفعلية فى المبدل و لو فى آن عقليّ، و لا فرق فى هذا بين العلم و الجهل و صدق الإتلاف و عدمه، و من هنا يتّضح الخدشه فيما ذكره شيخنا المرتضى

قدّس سرّه -عقيب قوله: «و بالجمله» من قوله: «فإنّ الخيار حق في العين» (١) إلى آخره، فإنّه غير ملائم مع شيء مما سبق هذا الكلام و ما لحقه فراجع كلامه -قدّس سرّه.

فإن قلت: بعد ما ذكرت من أنّ حقيقه الفسخ لا يتمشى إلّا في حال وجود العينين لعدم تعلّق العقد إلّا بهما دون البديل فلا يتعلّق بالبديل فسخ، حيث لم يتعلّق به عقد يجب الاقتصار عليه في حال وجود كليهما، و أمّا التنزيل و المعامله مع البديل مبادله المبدل فقد سبق منك الخدشه فيه بأنّه لا يسمن و لا يغنى من جوع بعد كونه لبا خروجاً عن مقتضى الفسخ، فكأنّه إيراد له من أول الأمر على البديل.

و بالجمله: مقتضى كلّ دليل حملة على المصاديق الحقيقه لموضوعه، و أمّا المصاديق التنزيليه فهي لبا إسراء الحكم إلى غير الموضوع فيحتاج إلى دليل آخر و لا يكفيه نفس الدليل الأولى.

قلت: نعم ما ذكرت حقّ لو أريد التمسّك لما ذكرنا بعموم أدلّه الخيار بل نقول: مقتضى الأدلّه الأولى كما ذكرت الاختصاص بحاله وجود العينين لعدم تمشّي الفسخ حقيقه إلّا فيها.

و لكن يمكن التمسّك بدليل اليد على إثبات التنزيل الذي ذكرنا، حيث إنّ مفاده أنّ الخساره الحاصله من ناحيه المأخوذ على أي شخص ورد مالكا كان أم غيره، فهي على عهده صاحب اليد و حينئذ فيتّجه التفصيل بين تلف ما انتقل إلى الفاسخ في يده و بين تلف ما انتقل إلى المفسوخ عليه.

فيقال في الصوره الثانيه: إنّ يد المفسوخ عليه بمقتضى عموم «على اليد» ضامن لما أخذ يعني: إنّ الخساره الحاصله من ناحيه التالف على الفاسخ، حيث

ص: ٤٠

إنه كان محلَّ حقّه و ملكا شأنيًا له،بمعنى أنّه يصير ملكه بمقدمه فسخه،يكون على الفاسخ جبرانها و تداركها.

فقد أقيم بمقتضى هذا العموم المثل أو القيمه منزله نفس العين فى إمكان تملكهما بإنشاء الفسخ،لأن هذا تدارك و جبران لما خسره ذو الخيار،فإنشاء الفسخ حينئذ يكون من قبيل إنشاء الموجب البيع حيث إنّه يكون بنظره لا واقعيه له أصلا لا عرفا و لا شرعا،لتوقف حصوله فيهما على القبول فهنا أيضا يقصد إلى إنشاء الفسخ مع العلم بعدم حصول حقيقه الفسخ لعدم وجود العينين،فإنّ القصد الجدّى إلى الإنشاء المجرد.إذا ترتّب عليه فائده لا مانع منه أصلا،فإنّ الإنشاء أمر خفيف المؤنه.

هذا و تحقيق المقام زياده على هذا يطلب من محلّه،و لعلّ الله تعالى يوفّقنا لذلك بمنّه وجوده إن شاء الله تعالى.

فقد تحضّل ممّا ذكرنا،عدم الخيار فى شىء من المسائل الثلاث أعنى:مسأله من ينعق على أحد المتبايعين،و العبد المشتري من الكافر،و شراء العبد نفسه لو جوزناه على تقدير القول بملكه بأن قلنا بكفايه المغايره الاعتباريه بين المالك و المملوك.

فكما يقال:إنّ الإنسان مسلّط على نفسه،يعتبر هنا أيضا مالكيته لنفسه، و لو فرض صحّحه هذا الاعتبار عرفا—و لازمه صحته فى جانب الحرّ أيضا بأن يبيع نفسه—فلا إشكال من جهه أخرى،فإنّه من غير الجهه المذكوره حال الكلى فى السلم،و الدين فى بيع الدين على من هو عليه،حيث إنّه فى الكلّ يحصل الملك آنا ما و أثره السقوط فى الأخير و الانعتاق فى مسألتنا و الانتقال فى باب السلم.

و على كلّ حال فوجه عدم الخيار فى الجميع واحد،و هو أنّ العين لا يقبل

تعلّق الحقّ به و لو فى آن عقلى، لعدم استقرار ملك المشتري إلا فى آن فى مسأله من يعتق على أحد المتبايعين و مسأله شراء العبد نفسه، و عدم قبول العبد المسلم لملكه الكافر فى المسأله الوسطى.

نعم، لو قلنا: بأنّ الممنوع هو الملك الابتدائى لا على وجه الاستداه، و الملك بالفسخ عود الملك السابق، لم يكن مانع من الفسخ فيها.

مسأله: دليل هذا الخيار من قوله -عليه السلام-: البيعان إلى آخره خاص

حسب اللفظ بالبيع،

(١)

و لكن هل يتعدى إلى الصلح كما تعدّوا فى مسأله بيع الوقف و بيع أم الولد مع كون النهى خاصا بالبيع، يمكن ابتناء المسأله على أنّ الصلح هل هو مشتمل على بيع ضمنى أو لا؟ توضيحه: أنّ قول الموجب: «صالحتك على هذا بهذا» هل هو من قبيل «ملكته هذا بهذا» فكما أنّ الباء فى الثانى تكون للمقابلة بين العينين لا بين التمليك و العين، كذلك فى الأول أيضا، فتكون المصالحة كأنها واقعه على المقابلة بين العينين و لا مقابل لنفسها، أو أنّ الباء فى الأول اعتبر للمقابلة بين المصالحة و العين، فالمصالحة واقعه على ملكيه المخاطب للمتنازع فيه و قد أعطى المخاطب بإزاء هذا الصلح شيئا و هو مدخول الباء، فإن قلنا بالأول دخل تحت العموم و إلا احتاج إلى تنقيح المناط.

هذا حال الصلح، و أمّا العقود الجائزه: فهل لجعل الخيار فيها معنى أو لا؟ يمكن دعوى الثانى، فإنّ الخيار أثره الطبعى جواز فسخ العقد، و إذا كان هذا المعنى حاصلًا فى العقد أبدا يصير الجعل لغوا و تحصيلًا للحاصل و لا يكفى وجود ما هو من أحكام الخيار من الإرث و قابليته للإسقاط، فإنّها أحكام مترتبه بعد تحقّق

ص: ٤٢

الاعتبار العرفي لنفس الخيار، فإذا كان هو تحصيلًا للحاصل من حيث أثره الطبيعي فوجود تلك الأحكام غير مجد في الاعتبار العرفي.

و نظير المقام: ما إذا اشترط في ضمن العقد على الحيوان خيار الثلاثة أيام أو في ضمن العقد على غيره الخيار الممتد بمقدار المجلس، فإنّ هذا أيضا لا اعتبار عرفي له بعد تحقّق الخيارين بالجعل الشرعي، ولا يكفي إمكان الإسقاط في تحقّق الاعتبار.

نعم، لو كان الجعل بحسب الأثر الطبيعي مؤثرا في أمر غير حاصل و لو كان نسبه مع الحاصل نسبه القصير و الطويل، تحقّق الاعتبار العرفي، كما لو اشترط مع خيار المجلس المجمعول بأصل الشرع خيارا ممتدا يطول بعد المجلس أو في بيع الحيوان خيارا يمتدّ أمده إلى ما بعد الثلاثة كسنة و شهر.

و بالجملة: حال وجود السبيل إلى انفساخ العقد حال ملكية الشيء، فكما لا معنى لصيروره الملك ملكا ثانيا حتى يصير مشتدا، كذلك لا معنى لتحقّق السبيل ثانيا إلى الانفساخ، إذ لا معنى لاشتداد السبيل.

هذا كلّ بناء على كون الخيار عباره عن السلطنة على الحلّ و عدمه، و أمّا بناء على أنّه ملك إقرار العقد و إزالته، فقد يقال: إنّه حينئذ يوجب أمرا زائدا على مقتضى العقد، فإنّ العقد الجائر ليس معنى جوازه إلاّ جواز حلّه لا إبرامه، و المفروض كون ثمره الخيار جواز إبرامه و لكن فيه أنّه و إن كان الأمر كما ذكر لكّنه شرط مخالف للمشروع، فإنّ شرط لزوم ما جعله الشارع جائزا مطلقا أو عند قصد إنشاء الإلزام مخالف لحكم الشرع بالجواز، نظير اشتراط حرمة لحم الغنم مع كونه حلالا بأصل الشرع، و سيجيء توضيح ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

لأنّ ظاهر النص كون البيع علّه

ص: ٤٣

تأمه، ومقتضاه كظاهر الفتاوى على المحكّي شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض.

قال شيخنا المرتضى-قدس سرّه الشريف:- لا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف و السلم وجوبا تكليفيًا إمّا للزوم الربا كما صرح به في صرف التذكرة، و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملكا، لأنّ ثمره الخيار حيثند جواز الفسخ فلا يجب التقابض (١). انتهى.

قال شيخنا الأستاذ-أدام الله بركات أنفاسه القدسيّه:- توضيح ما ذكره-قدس سرّه-أنّ قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) يدلّ على الوجوب التكليفي للوفاء و هو عبارة عن التسليم و التسلم بعنوان الملكية على نحو ما جعله المتعاقدان في متن العقد، و من وجوب هذا المعنى نستكشف الوضع أعنى حصول ملكية الثمن للبائع و المثلن للمشتري.

ففي باب الصرف و السلم إنّما دلّ الشرع على أنّ المستكشف و هو الملكية متأخر عن التقابض و ليس هذا تصرفا في عموم أَوْفُوا، فهو بعمومه يقتضى وجوب الوفاء بالمعنى المذكور فيهما أيضا، غايه الأمر إنّ مقتضى العقد إنّما هو التقابض و لو في خارج المجلس لكن دلّ الدليل في خصوص المقام على أنّه منحصر في المجلس.

هذا و لكن تصوير الخيار مع فرض وجوب الوفاء مشكل، ألا ترى أنّه-قدس سرّه-تمسك لأصالة اللزوم بعموم الآية؟ فلو لم يكن بين ثبوت الخيار

ص: ٤٤

١-١) المكاسب: ٢١٩.

٢-٢) المائدة: ١.

و وجوب الوفاء منافاه لما كان وجه للتمسك، والحاصل أنّ معنى الوفاء بالعقد هو الالتزام به خارجا و عدم نقضه، فمعنى وجوبه حرمة نقضه، فإذا جاز النقض فلا معنى لوجوب الوفاء.

إن قلت: يلزم على ما ذكرت خروج العقد المشروط فيه الخيار عن عموم الآية.

قلت: لا يلزم ذلك لأنّ العقد بهذا الوصف ليس له وفاء إلاّ بهذا القدر أعنى ما دام بقاء العقد و عدم انتقاضه بالفسخ، و أمّا العقد المطلق فمعنى الوفاء به حفظ موضوعه، فلا يقال: إنّ الحكم ليس حافظا لموضوعه، فإنّ معنى الوفاء إنّما هو إبقاء العقد و عدم نقضه، و على هذا فالأقوى أنّ وجوب التقابض إنّما يحصل بعد سقوط الخيار إمّا بأعماله بالإجازة، أو بإسقاطه كما هو مقتضى عبارته التذكيره أيضا.

و لكن فى مجيء الخيار فى العقدين قبل القبض لا نحتاج إلى ذلك بل يكفى الأثر التأهلى التعليقى، و هو أنّه لو حصل القبض يحصل الملك، فبالفسخ يبطل هذه الأهلية فيصير القبض المتأخر لغوا، فإنّ شأن الفسخ إبطال أثر العقد كيفما كان.

القول فى مسقطات هذا الخيار

إشارة

و هى أربعه على ما ذكرها فى التذكرة، اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و إسقاطه بعد العقد، و التفرق، و التصرف، فيقع الكلام فى مسائل.

مسألة: لا خلاف ظاهرا على المحكى فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه

إشارة

فى ضمن العقد

و عن الغنيه الإجماع، و يدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض:

«المسلمون عند شروطهم» (١). و قد يتخيل معارضته بعموم أدله الخيار و لكن الحقّ

ص: ٤٥

عدم نهوض أدلّه الخيار للمعارضه بل التحقيق عدم معارضه شىء من أدلّه الأحكام الأصلية لدليل الشرط إذ لا يخلو الحال من أمرين:

إمّا يكون ذلك الدليل غير ناظر إلى عنوان الشرط فيكون نسبه مع دليل الشرط مثل نسبه دليل رجحان متعلّق النذر مع دليل النذر.

و إمّا يكون متكفلاً للحكم حتّى فى هذه المرتبه مثل دليل حرمه الخمر، فلا معارضه أيضاً، لأنّ دليل الشرط مورده مخصوص بما إذا لم يكن تحليلاً للحرام أو تحريماً للحلال و كيف كان لا إشكال من حيث المعارضه.

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه:

الأول: أنّ هذا الشرط مخالف للمشروع،

فإنّ الشارع جعل للبتعين الخيار فاشترط عدمه لهما مخالف له.

أقول: توضيح المقام يحتاج إلى بسط فى المقال فى بيان معنى قوله -عليه السلام-:

«إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً» (١) عقب قوله -عليه السلام-: «المسلمون عند شروطهم» (٢).

ف نقول و على الله التوكّل: قد يقال إنّ معناه الحلال و الحرام الفعليان المطلقان حتّى بالنسبه إلى حال الشرط فيفرق بين الحلال و الحرام الحيثيين مثل حليه الغنم، فاشترط خلافهما جائز و بين الفعليين مثل حرمه الخمر فاشترط خلافه غير جائز.

و فيه: أنّه يلزم الركاهه فى العبارة إذ المعنى على هذا: أنّ الشرط واجب، إلاّ - أن يكون هنا حرام فعليّ حتّى فى حال الشرط أو حلال كذلك و هذا لا جدوى تحته،

ص: ٤٤

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ٥.

٢- (٢) -المصدر نفسه: ص ٣٥٣، ح ١ و ٢ و ٥.

فإنّ عدم اجتماع الحكمين المتضادين الفعليين من أبده البديهيات.

نعم لو كان ناظرًا إلى مقام الإثبات و الدلاله بمعنى أن يكون مفاده أنّ الأدلّه الدالّه على حليه الأشياء فعليًا أو حرمتها كذلك يكون مقدّمه عند معارضتها مع دليل الشرط، كان له معنى، و لكنّه خلاف الظاهر فإنّ الظاهر كون المراد هو الحلال و الحرام الواقعيين و فى مقام الثبوت لا هما بما هما مفاد الأدلّه و فى مقام الإثبات، و إذن فيلزم الركاكه التى ذكرنا.

فالذى يصحّ فى معنى العبارة أن يكون المراد هو الحلال مع قطع النظر عن طرؤ عنوان الشرط و الحرام كذلك، نظير الرجحان المعبر فى متعلّق النذر فإنّه الرجحان مع قطع النظر عن عنوان النذر و لهذا يكون صحّحه النذر للإحرام قبل الميقات أو للصوم فى السفر تخصيصًا فى دليله.

و على هذا فلو شرط فعلا حراما أو ترك واجب كان تحليلا للحرام، و كذا إذا شرط لزوم عقد جائز أو حرمة لحم الغنم، و أمّا إذا شرط نفس العقد الجائز بنحو النتيجة مثل شرط العاربه أو الوكاله على إشكال فيها فى ضمن عقد لازم، أو شرط أكل لحم الغنم أو ترك أكله فهذا لا مانع منه، لأنّ أصل العاربه و الوكاله قد فرضنا الفراغ عن مشروعيتهما و كذلك الأكل و تركه و إن كانا يصيران لازمين بواسطه حكم الشرط و كذا الأكل أو تركه يصير واجبا كذلك، لكن لا- ينافى هذا مع جوازهما الذاتى أو إباحتهما كذلك، لأنّ الجواز و الإباحه بعنوان أوّلى و اللزوم و الوجوب بعنوان الشرط.

فإن قلت: ما الفرق بين عدم الملكيه للمشروط له أو عدم الوكاله أو العاربه الثابت له قبل الشرط بحكم الشرع الذاهب بحكم الشرط و بين حليه الغنم و الجواز الثابتين مع قطع النظر عن الشرط؟ فإن قلت بجواز الأوّل و أنّه ليس

تحليلاً- للحرام و تحريماً للحلال فلا بدّ أن تقول به في الثاني، وإن قلت في الثاني بأنّه تحليل أو تحريم فكذلك في الأوّل و لا وجه للتفكيك.

قلت: الفرق أنّ الشارع جعل للغنم حكماً و هو الحليّه، و كذا للعاريه و الوكاله حكماً و هو الجواز، فشرط حرمة الأوّل و لزوم الثاني مخالفه للمشروع، و أمّا عدم ملكيه المشروط له أو عدم عاريه المال له أو عدم ثبوت الوكاله له فليس حكماً مجعولاً من قبل الشرع في حقّ المشروط له بل الملكيه و العاريه و الوكاله أمور مجعوله في حقّ كلّ أحد، غايه الأمر توقّفها على حصول أسبابها الشرعيه، و المفروض أنّ الشرط أيضاً سبب شرعي عند كون متعلّقه أمراً مشروعاً.

نعم لو خصص الشارع سببه في أمر خاص غير الشرط مثل الطهاره الحديثيه أو الخبيثيه في الغسلتين و المسحيتين أو الغسل و الغسل و مثل حليه بضع المرأه الحرّه في النكاح كان شرط حصوله بغير ذلك السبب أيضاً مخالفاً للمشروع، و أمّا إذا كان نفس المسبب أمراً مشروعاً و لا يحتاج في التحقّق إلى سبب مخصوص إلاّ بخصوصيته كونه سبباً مجعولاً شرعياً فنفس متعلّق الشرط أمر مشروع، و سببته للمتعلّق أيضاً شرعي فاللازم تحقّق المتعلّق.

و على هذا فنقول في المقام لو كان مقصود المشترط عدم ثبوت الخيار في هذا البيع رأساً فهو خلاف المشروع فإنّه ثبوته و إن كان المقصود سقوطه بعد الثبوت آناً ما، كان جائزاً، لأنّ سقوط الخيار بعد الثبوت أمر فرغنا عن مشروعيته و لهذا يسقط بالإسقاط.

و أمّا روايه مالك بن عطيه فلا بدّ فيها من التصرّف على كلّ حال، إمّا بأن يقال: إنّ المراد فيه من قوله: «بشرط أن لا يكون لك الخيار» مع ظهوره في اشتراط عدم الثبوت هو اشتراط السقوط فيكون الاستدلال بقوله: «المسلمون عند

و إِمّا من حمل هذه الفقرة على ظاهرها من اشتراط عدم الثبوت و التصرّف في الاستدلال بحمله على الاستدلال المبني على التعيّد فإنّه من التمسّك بالعام فيما نقطع بانطباق عنوان المخصّص عليه، و لكنّ التمسّك من الإمام-عليه السلام- يكشف عن عدم كون هذا المورد مرادا من المخصّص هذا.

لا- يقال: ما ذكرت من أنّ اشتراط السقوط بمعنى عدم الثبوت رأسا حتى بمقدار آن ما- كما هو محلّ الكلام ظاهرا في المقام- شرط مخالف للشرع يمكن القول بعدم مخالفته بملاحظه أنّ جعل الخيار حيث يكون في مقام الامتنان فلا يشمل ما إذا أقدم المتبايعان على سقوطه، نظير ما إذا أقدم على البيع بأقلّ من قيمه، حيث تقولون بأنّه غير مشمول لدليل لا ضرر لأنّه في مقام الامتنان، فلا يشمل صورته الإقدام.

لأنّ نقول: الفرق بين المقامين: أنّ الإقدام هناك كان على موضوع ضرريّ فيمكن عدم شمول حكم الشرع له، و أمّا هنا فالمقدم عليه نفس مجعول الشرع، يعني أقدم على عدم ثبوت حقّ أثبتته الشارع.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى-قدّس سرّه الشريف- أجاب عن هذا الإشكال بما حاصله: أنّ قوله-عليه السلام-: «البيعان بالخيار» (٢) و إن كان له ظهور في العليه التامه، لكن المتبادر من إطلاقه صورته الخلو من الشرط، بمعنى أنّ ذات البيع في حال عدم ملاحظه عنوان الشرط معه صار محكوما بالخيار، ففي مقام الفعلية يتوقّف على عدم الشرط، فيكون ما لا يتخلّف عن الخيار هو العقد بشرط لا.

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٣ ح ١ و ٢ و ٥.

٢- (٢) -المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٦ ح ٣.

و أما العقد من حيث هو فلا يمتنع شرعا تخلفه عن الخيار فلا يكون اشتراط السقوط اشتراطا للمنافى هذا، مع أنّ لو سلّمنا ظهور الدليل فى العليّه التامّه لكن مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط حمّله على الاقتضاء دون تمام العله.

فإن قلت: فاللازم على هذا أن لا يبقى شرط مخالف للكتاب و السنّه لأنّ جميع العمومات المنافيه للشرط يجرى فيها هذا الجمع بينها و بين دليل الشرط.

قلت: قد علمنا بالنص و الإجماع أنّ الخيار حقّ مالى قابل للإسقاط و الإرث فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى (١) هذا.

قال شيخنا الأستاذ- دام أزيام إفاضاته الشريفه:- مضافا إلى ورود الإشكال عليه بما تقدّم منّا فى معنى تحليل الحرام و تحريم الحلال- أنّه لو كان دليل «البيعان» إلى آخره كما ذكره، فاللازم عدم المشموليّة و لو لم يكن للشرط حكم مجعول فى الشرع و لا يمكن الالتزام به.

و أما ما ذكره- قدّس سرّه- من أنّ ذلك مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط فورود الإشكال عليه بما تبه هو- قدّس سرّه- عليه فى كلامه بقوله: إن قلت إلى آخره واضح و أمّا دفعه بقوله: علمنا بالنص و الإجماع إلى آخره فهو خروج عن المفروض من كون ذلك مقتضى الجمع بل يصير الدليل هو النصّ و الإجماع.

ثمّ إنّه- قدّس سرّه- عبّر عن الإشكال بالمخالفه لمقتضى العقد مع أنّه عنوان آخر غير عنوان المخالفه للمشروع، و المقصود من الشرط المخالف لمقتضى العقد ما يلزم منه التناقض فى مقام الإنشاء، مثل البيع بشرط عدم الملكيه أو عدم السلطنه، و لا يخفى عدم ارتباطه بالمقام.

الثانى: أنّ الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما

لأنّ

ص: ٥٠

المشروط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد بل هو كالعقد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

و الجواب: أنه لا توقف فى جانب لزوم الشرط على لزوم العقد المشروط به فإنّ للزوم الشرط معنيين، أحدهما: لزومه التبعى الجائى من قبل دليل لزوم العقد حيث إنّ الشرط كالجاء من أحد العوضين، فالملزم للمبادله بين العوضين ملزم لما هو قيد لهما أو لأحدهما، لعدم معقوليه تعلق اللزوم بالشىء دون ما هو كالجاء منه أو قيده.

و الثانى: لزومه الذى يأتى من قبل قوله-عليه السلام-: «المؤمنون عند شروطهم» (١) و لو فرض عدم ما يدلّ على لزوم أصل العقد فالذى يتوقف على لزوم أصل العقد هو اللزوم بالمعنى الأول حيث فرضناه تبعا و أثرا للزوم العقد بل عينه، و أمّا اللزوم بالمعنى الثانى فهو لا- يجامع مع جواز العقد فعلا السارى إلى مرتبه الشرط لما عرفت من عدم تعقل عدم سرايه حكم العقد لزوما أو جوازا إلى الشرط المشتمل هو عليه، فإذا كان حكم العقد الفعلى الغير المتغير حتى بملاحظه حاله الشرط هو الجواز و المفروض صيرورته ساريا إلى الشرط، فلو كان حكم الشرط هو اللزوم، لزم اجتماع المتنافيين فى الأمر الواحد.

و حينئذ نقول فى المقام: البيع علّه تامه لفعليه الخيار فى الآن المتصل اللاحق به، و أمّا بالنسبه إلى الآن الثانى فحكمه أيضا و إن كان هو الخيار لكّنه بالنسبه إلى هذا الحكم اقتضائى قابل للتغيير و لهذا يقبل الاسقاط، فالحكم الاستقلالى الجائى بالعنوان الطارى أعنى الشرط لا ينافيه.

فإذا جاء حكم (ف بالشرط) و المفروض أنّ الشرط سقوط خيار البيع فى الآن

ص: ٥١

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٣، ح ١ و ٢ و ٥.

الثانى فمعنى لزوم هذا الشرط عين لزوم العقد و يسرى منه بالتبع-بالقاعدته العقلية المتقدمه-حكم تبعي إلى الشرط أيضا بالجمله المانع هو تفكيك ما بين العقد المتبوع و الشرط التابع فى اللزوم و الجواز،فمتى لم يتحقق هذا التفكيك فلا مانع عقلا و لا يلزم تحقق اللزوم فى العقد سابقا على تحققه فى الشرط قضيه للتوقف لما عرفت من منع التوقف.

فمقامنا أشبه شىء باب اشتراط القدره فى الأمر، فإنه أيضا ليس بمعنى توقف الأمر على القدره الخارجيه حتى لا يعقل تحققها بنفس الأمر للزوم الدور، بل الذى يحكم به العقل عدم اجتماع الأمر مع العجز حال العمل، فإذا لم يتحقق هذا المعنى فلا مانع، بالجمله الباب باب التلازم لا التوقف.

فإن قلت:الآن الأول الذى اعترفت فيه بجواز العقد فعليا ينافى مع لزوم الشرط بالبيان المتقدم.

قلت:لزوم الشرط لا يشمل ذلك الآن، فإن المفروض أن الشرط إنما هو السقوط فى الآن الثانى، و مرجعه إلى أنه لو انقضى الآن الأول على العقد و خرج منه سالما بلا فسخ فسخه، كان فى الآن الثانى ساقط الخيار، فليس فى دليل لزوم الشرط أيضا تعرض لهذا الآن حتى ينافى مع جواز العقد.

الثالث:من الإشكالات أن هذا الشرط إسقاط لما لم يجب،

لأن حدوث الخيار بعد العقد، فشرط سقوطه حال العقد كشرطه قبله.

و الجواب:أنه لا مانع من إسقاط ما لم يجب، كضمان ما لم يجب بل و بيع ما لم يجب عقلا بمعنى أنه كما يعقل الإنشاء الجدى لإسقاط أمر موجود حال الإنشاء -و كذا ضمان دين كذلك و بيع مال كذلك- كذا لا مانع عقلا من إنشاء الإسقاط

لأمر يستحدث أو ضمان دين كذلك أو بيع مال كذلك ملاحظا في الإنشاء ظرف تحقق ذلك الأمر و الدين و المال، نظير الإنشاء في الجواب المشروط و الوصية و التدبير و الوقف على البطون و الإشكال العقلي المتوهم هنا ليس زائدا على ما توهم في تلك الأبواب و الجواب أيضا الجواب فبعد الفراغ عن الإمكان العقلي ينحصر المانع في الشرع.

فنقول: المانع الشرعي إمّا هو الإجماع على البطلان، و إمّا انصراف أدلّه صحّحه هذه العناوين إلى صورته وجود المتعلقةات حال الإنشاء بإحدى الدعويين:

إمّا دعوى انصراف عنوان البيع و الضمان و الإسقاط إلى ما كان منها مطلقا فعليا كما ادعى ذلك في مادّه الوجوب أيضا و أنّ إطلاق الواجب ينصرف إلى المطلق منه دون المشروط.

و إمّا دعوى أنّ المتعارف و المتداول من أهل العرف في معاملاتهم إنّما هو الفعلي المطلق من هذه العناوين دون المعلقه المشروطه، فبيع المال الذي سيحصلونه ليس متداولاً عندهم و هكذا، فإطلاق الأدلّه ينصرف إلى المتعارف و لا يشمل النادر فيبقى ما ذكر من صورته التعليق بلا- دليل على صحّحه، فيكفيه حكم الأصل الأولى بالفساد و شيء من الوجهين غير جار في المقام.

أمّا الإجماع فواضح مع أنّه من الممكن استناد المجمعين إلى الوجه الثاني و معه لا- اعتماد به، و أمّا الانصراف فممنوع بكلا وجهيه في المقام، فإنّ غير المتعارف إنّما هو إيقاع هذه العناوين على ما يتأخّر حصوله زمانا عن زمان الإيقاع لا ما يكون تأخّره بمقدار الآن الذي لا- يحويه الزمان فإنّ هذا من المتعارف بينهم، فإنّ شرط النتيجة متعارف بينهم مثل شرط عاريه المبيع عند البائع، و منه مورد روايه مالك بن عطيه.

الأول: ما تقدم من اشتراط السقوط إما على نحو ما ذكرنا من سقوطه بعد

ما ثبت آنا ما، وإما على نحو ما استظهره شيخنا المرتضى

قدس سرّه الشريف - من كلام المشهور و هو عدم ثبوته من الأصل.

الثاني: اشتراط عدم الفسخ بأن يقول: (بعث بشرط أن لا أفسخ)

فلو خالف الشرط و فسخ احتمل فيه شيخنا المرتضى -قدس سرّه- وجهين: عدم النفوذ و النفوذ، و شبه المقام ببيع مندور التصدق، ثم جعل الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الشامل لما بعد الفسخ نظير ما مرّ منه -قدس سرّه- من التمسك بأوفوا بالعقود لأصالة اللزوم بتقريب أنه إذا وجب الوفاء حتى بعد الفسخ بأن يجب عليه التسليم بعنوان ملكية الطرف هناك و كذا يجب عليه هنا ترتيب آثار عدم الفسخ من عدم إعادته العين من يده و المعامله معه معامله ماله حتى بعد الفسخ، يكشف ذلك عن لغويّه الفسخ و فساده في كلا المقامين (١).

و قد عرفت فيما تقدم الإشكال في هذا التمسك و أنه من باب التمسك في الشبهه الموضوعيّه، فإنه إذا شككنا في مؤثريّه الفسخ و عدمها فمعنى ذلك شكنا في بقاء العقد و الشرط الموجود في ضمنه المتقوم به حدوثا و بقاء و قد كان حكم وجوب الوفاء مترتبا على موضوع العقد و الشرط، نعم قبل الفسخ يشمل وجوب الوفاء لنفس الفسخ أيضا، بمعنى أنه يصير حراما لكونه خلاف الوفاء و لكن بعده مع الشك في فساده فلا.

إذا عرفت ذلك فنقول: قد يقال بأن دليل الشرط كدليل النذر لا يفيد سوى حكم تكليفي متعلق بالمشروط و المنذور، فلو كان متعلق النذر و الشرط هو عدم

البيع مثلاً- فغاياته المنع التكليفي من البيع و هو لا- يستلزم الفساد الوضعي، بل نقول في خصوص المقام يستلزم صحته حيث إنه متعلق بالمعنى المسببي أو هو الذي تعلق به الجعل الشرطي أو النذري، فكما أنه لو شرط البيع لا يستلزم وقوع المبادله بلا حاحه إلى إنشائه كذلك شرط عدم البيع أيضا غير مستلزم لعدم تحقق المبادله حتى مع إنشائه.

هذا و يمكن أن يقال بالتفصيل بين ما إذا كان المقصود من اشتراط عدم الفسخ جعل عدم الحل بالمعنى المسببي للمشروط له، و بين ما إذا كان المقصود جعل عدم إنشاء هذا المعنى الذي هو السبب له، ففي الأول يبطل الفسخ، و في الثاني يصح.

توضيح المقام: أن قوله- عليه السلام-: «المسلمون عند شروطهم» (1) مفيد لحكم تكليفي على طبق ما جعله المتشارطان، فإن تعلق جعلهما بالنتيجة مثل الملكيه و السقوط كان الحكم التكليفي راجعا إلى آثارها، لأن الوفاء بهذا الشرط ترتيب تلك الآثار و ينتزع منه حكم وضعي بثبوت النتيجة.

و إن كان متعلقا بالفعل أفاد وجوبه أو بالترك فكذلك، و حيث إن مفاد (اللام) في قوله: شرطت لك على نفسي كذا، هو الاختصاص و السلطنه، ينتزع من هذا الحكم التكليفي- بل و من الحكم التكليفي الجائي من قبل أو فوا بالعقود، حيث إن الشرط أيضا تابع للعقد- حكم وضعي هو ثبوت الحق للمشروط له على المشروط عليه، و لهذا يستحق المطالبه و الإيجاب و لو كان مجرد الحكم لما كان له ذلك.

و حينئذ فإذا شرط عدم الفسخ المسببي تحقق للمشروط له حق على عدم

ص: ٥٥

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار ص ٣٥٣ ح ١ و ٢ و ٥.

الحلّ و المفروض كون الخيار أيضا بمعنى ملك حل العقد، و لا تجتمع هاتان الملكيتان في أمر واحد شخصي فإنّ الملكيه معناها الاستيلاء على طرفي الوجود و العدم، و كما لا يمكن اجتماع نفس الوجود و العدم في الأمر الواحد الشخصي كذلك لا يمكن الاستيلاء الفعلي المطلق لشخص على وجود الأمر الواحد الشخصي و الاستيلاء المطلق الفعلي لشخص آخر أيضا عليه إمّا بوجوده ابتداء أو بعده كذلك، و بعد ثبوت التنافي بين هذين الحقيين لا محاله يذهب حقّ المشروط عليه و المفروض أنّ نفوذ الفسخ أيضا من آثار الحقّ فيرتفع بنفوذه أيضا.

فإن قلت: فإذا كان الشرط موجبا لذلك فلا قدره للمشروط عليه على الفسخ فكيف يتوجّه إليه النهي عنه.

قلت: يمكن تصحيح النهي بنحوين.

أحدهما: كالنهي عن بيع الربا و بيع الخمر حيث إنّ منزّل على المبادله العرفيه لا- بقيده العرفيه بل على نحو يشير إليه أهل العرف، فذاك المعنى الذي يقع في أذهانهم بذاته وقع تحت النهي و الحرمة و الفساد، فكذلك هنا أيضا و إن كان لا مجال للفسخ و الحلّ الحقيقي و بنظر الشرع، و لكنّ الذي يراه العرف حلاًّ ممكن فيكون هو حراما و فاسدا، أو الشرط أو النذر مثلا متعلّق بهذا المعنى أيضا و إن صدرا من المتديّن.

و الثاني: كالنهي عن الصلاة في الحمام عند نذر تركها حيث إنّ متعلّق النهي هو الصلاة الصحيحه لولا النهي النذري فهنا أيضا متعلّق النهي الفسخ الذي يكون كذلك لولا تعلّق النهي الشرعي و هو مقدور.

و من هنا نقول بثبوت الخيار للمشروط له لو خالف المشروط عليه و أتى بالفسخ بهذا المعنى فإنّه و إن لم يفت بذلك غرض عن المشروط له لفرض بقاء

العقد بحاله إلا أنّ خيار تخلف الشرط لا يدور مدار فوت الغرض، و لهذا لو شرط الخياطه فلم يفعلها و اتفق وجود متبرّع بها لم يسقط الخيار بوجود المتبرّع مع حصول الغرض و هو الخياطه، فاتعاب النفس لأجل إثبات فوت غرض على تقدير كما يظهر من شيخنا في الفرع الآتي لم نفهم له وجهها.

فإن قلت: فعلى هذا لو فسخ مرّه فقد تخلف الشرط و عصي، فلو فسخ ثانيا فلا بدّ من صحّته، لسقوط الشرط بعصيان أمره.

قلت: هذا تابع لنظر الشارط، فإن جعل متعلّق الشرط عدم الفسخ بمعنى عدم هذه الحقيقه ما دام المجلس يكون المرّه الثانيه و الثالثه و هكذا كلّها تخلفاً، لانحلال الشرط إلى شروط، و لا تلازم بين عدم مصداق في الخارج للفسخ إلا واحداً و بين لحاظ صرف الوجود و إن جعل المتعلّق عدمه باعتبار صرف الوجود أعنى عدم قلب عدمه الأزلى بأصل الوجود، فاللازم ما ذكرت من سقوط الخيار، و هذا التفصيل يجيء في باب النذر أيضا عند تعلّقه بعدم الفعل.

و حاصل الكلام: أنّه بعد أنّ دليل الشرط مفيد لحقّ وضعيّ بالنسبه إلى ما شرط فلا بدّ من الفرق بين ما إذا كان ما شرط عدم نفس الفسخ المسبّبي و بين ما إذا كان عدم إنشائه.

فعلى الأوّل: -حيث لا- يمكن اجتماع الحقيين في موضوع واحد، فلا- بدّ من ذهاب حقّ المشروط عليه بواسطة المزاحمه لحقّ المشروط له، و إذا ذهب يجيء الفساد.

و أمّا على الثاني: فالإنشاء أمر خارجي مقدور للمشروط عليه و لا ينافي ثبوت حقّ المشروط له فيه مع قدره الخارجيه للمشروط عليه، فهو نظير شرط عدم الأكل.

و بالجمله يختلف مورد الحقيين، لأنّ المشروط عليه ليس له حقّ في الإنشاء بل من أحكام حقّه في المسبّب جواز إنشائه، و من هنا يظهر أنّه لو قلنا بأنّ الخيار ملك العقد بالإقرار و الإزالة كان الحال هكذا حتّى في صورته شرط عدم الحلّ المسبّب، فإنّ مورد حق المشروط عليه هو العقد، و الحلّ و الإقرار موردان للحكم بالنسبه إليه.

و الأوّل مورد حق المشروط له فلا يلزم الإشكال العقلي المتقدّم، و من هنا يظهر الحال في شرط عدم البيع، و في نذر التصدّق على القول باشماله على نذر ضمنّي بعدم البيع و قلنا بثبوت الحقّ للمندور له في متعلّق النذر، فإنّ البيع ليس موردا للحقّ بالنسبه إلى المالك و إنّما هو مورد الحكم، فلا يلزم إشكال عدم إمكان اجتماع الحقيين.

الثالث: اشتراط الإسقاط،

و لا يجيء هنا التقريب المتقدّم في سابقه- بعدم نفوذ الفسخ- فإنّ الباب هنا باب التضاد و يمكن تعلّق الحقيين وضعا بالضدّين و إن لم يمكن التكليف بهما، و لهذا يمكن رجحانهما بخلاف النقيضين، فلا يمكن كون زمام أمر أحدهما وضعا بيد أحد و زمام الآخر بيد غيره كذلك.

كما لا يمكن رجحان كليهما، فكما أنّ رجحان أحد طرفي النقيضين يوجب لا محاله مرجوحيه الطرف الآخر، كذلك هنا أيضا كون زمام الأمر بيد أحد الشخصين في أحد طرفي النقيضين يوجب خروجه عن يد الشخص الآخر، و لا يمكن في الآن الواحد وجود الزمام وضعا بيدهما معا.

و أمّا الضدّان: أعني الإسقاط و الفسخ فلا مانع من ثبوت كلا الحقيين في الآن الواحد متعلّقين بهما، و ليس كالتكليف حتّى يكون ممتنعا، ألا ترى إمكان رجحان كليهما.

و بالجمله ثبوت الحقّ للمشروط له في الإسقاط مسلّم و أمّا كونه موجبا لفساد الفسخ كما قوّاه شيخنا-أعلى الله مقامه- فلم نعرف وجهه.

بقي الكلام في أنّ المشهور عدم تأثير الشرط المذكور قبل العقد

من دون إشاره في متن العقد إلى ما ذكر سابقا بقوله مثلا: «على ما ذكر» فالمحكّي عن شيخ الطائفة-قدّس سرّه- القول بتأثيره، و اختار شيخنا المرتضى-قدّس سرّه- عدم التأثير، و لا بدّ أن يعلم أوّلا أنّ الإشكال هنا من وجوه ثلاثة لا بدّ من التمييز بينها و عدم الخلط.

الأوّل: أنّ هذا الشرط شرط ابتدائي فتتكلّم فيه من حيث نفسه و لو فرض الغفله عنه حال العقد، و الكلام فيه مبنيّ على صدق الشرط بحسب المادّه على الشروط الابتدائية و عدم قيام إجماع أيضا على خروجها عن حكم الشرط.

الثاني: أنّ هذا الشرط إسقاط لما لم يجب و لو فرض كون الشرط عدم ثبوت الخيار لا سقوطه فإنّ عدم الثبوت أيضا لا بدّ له من اقتضاء الثبوت.

الثالث: أن نتكلّم في فرض وجود الاشتراط قبل العقد و حضوره في الذهن حال العقد و إيقاع العقد مبنيّا عليه بالإشاره النفسانيّه مع خلو الكلام عمّا يدلّ على تقييد الإنشاء به، و هذا محلّ الكلام في المقام.

و حاصل الكلام: أنّ ابتناء العقد على المذكور قبله بحسب عالم الثبوت يمكن بنحوين:

الأوّل: أن يوقع العقد بعد الفراغه و استراحه النفس عن حصول الالتزام السابق بتخيّل كفايته و نفوذه، فهو في حال إيقاع العقد ملتفت إلى الالتزام السابق و يكون العقد أيضا مبتنيا عليه بمعنى أنّه لولاه لما أقدم على العقد، و لكن الإنشاء خال عن التقييد.

و الثاني: أن يدرج الالتزام في العقد في عالم الإنشاء فينشئ التزامين أحدهما في ضمن الآخر و الآخر مبني على الأول، هذا بحسب عالم الثبوت، و من المعلوم أن الذي يندرج في موضوع الشرط هو الثاني، و الأول من قبيل الدواعي، و أما بحسب مقام الاستظهار فلا بد من وجود دال عرفي على النحو الثاني، فلو فرض وجود العلم من الطرفين به مع عدم نصب قرينه داله عرفيه كان فاسدا.

فالذي ينبغي التكلم فيه هنا هو الكلام في أن الاشتراط قبل العقد ثم إيقاع العقد بلا دال فعلي كالإشارة، و لا قولي هل هو بنفسه قرينه على تقييد إنشاء العقد المتأخر بذاك الالتزام-فيكون مغنيا عن قرينه أخرى- أو أنه أعم من ذلك و من النحو الآخر؟ فلو فرض تحقق النحو الثاني في عالم الثبوت و العلم به أيضا من المتشارطين لم يكف، لعدم وجود الدال العرفي لا خارجا كما هو الفرض و لا من قبل هذه الهيئة الحاصله من سبق الاشتراط على العقد.

و الذي اختاره شيخنا المرتضى-قدس سره- هو الثاني، و هو الحق فإن مجرد الذكر السابق بنفسه غير مؤثر في اللزوم، لأنه إما التزام شرعي ابتدائي، و إما وعد بالالتزام، فليس محكوما على كل حال بوجوب الوفاء، و العقد أيضا غير ملزم له، لأنه التزام مستقل لا يرتبط بالالتزام العقدي إلا بجعل المتكلم و إلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطا منويا فيكون كالمحدوف النحوي بعد نصب القرينه. انتهى.

و حاصله الفرق بين سبق ذكر العوضين و ما يوصفان به مع عدم الذكر في العقد حيث يقدر في الكلام بقرينه الذكر السابق فيكون كقول القائل: (مكه) عند قولك له في حال تهيئه السفر: (أين تريد)، فهنا أيضا إذا وصف شخص لك عبدا له فقال: إن لي عبدا كذا و كذا و كذا. فقلت له: بعنيه. فقال: بعتك. فقلت

اشترت. فحينئذ و إن لم يذكر شيء من نفس العبد ولا من أوصافه في شيء من الإيجاب و القبول لكنّه من باب المحذوف النحوى مع نصب القرينه يكون مقدّرا في الكلام و المقدّر كالمذكور.

و هذا بخلاف الحال في مقامنا، فإنّ سبق الاشتراط لا يكون قرينه على تقييد العقد اللاحق و موجبا لتقدير الشرط في الكلام كما هو الحال لو قال أحدهما لآخر:

تعال نتبايع بيعا مشروطا بسقوط خياره، فقال آخر: نعم فشرعا في ذكر الإيجاب و القبول و خليا الكلام عن ذكر الشرط، فإنّ الحال هنا كعدم ذكر العوضين في المثال المتقدّم.

و أمّا إذا سبق العقد بنفس التزام سقوط الخيار ثمّ أوقعا العقد فليس في الكلام حينئذ ما يدلّ على التقدير، و كلام شيخنا محمول على الأخير كما أنّ كلامه في العوضين و قيودهما محمول على ما ذكرناه من المثال دون ما إذا ذكرا أوصاف المبيع قبل العقد ثمّ ذكرا نفس المبيع في العقد خاليا عن الأوصاف و عن اللام العهدية، فإنّ الكلام فيه كعين الكلام فيما نحن فيه، فكلامه -قدّس سرّه- محمول على صورته عدم ذكر الموصوف و الصفات معا.

فرع: ذكر العلامة -قدّس سرّه- في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى

خيار المجلس و غيره

في متن العقد و هو: ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، بأن قال: لله على أن أعتقك إذا بعتك، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع، لصحّ النذر فيجب الوفاء به و لا يتمّ برفع الخيار، و على قول بعض علمائنا من صحّحه البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط و يصحّ انتهى.

هذا مبنيّ على كون النذر موجبا لتعلّق حقّ للمندور له في العين، و على القول بأنّ التضاد و التنافي أيضا موجب لعدم إمكان تعلّق الحقيين بهما، إذ حينئذ لا

يجتمع حقّ المنذور له في العتق مع حقّ الناذر في الفسخ المنافى له إذا فرض عدم إمكان التوسّل إليه بسبب آخر غير الفسخ كالإقاله ونحوها.

و أمّا وجه اختصاص المثال بنذر العتق على تقدير البيع دون العتق المطلق -مع أنّه أيضا على القول المذكور مناف لنفوذ التصرفات- أنّ في صورته النذر للعتق المطلق يكون المنافى له نفس البيع لوقوع العين بسببه عرضه للزوال و انقطاع سلطته الناذر عنها بانقضاء مدّه الخيار و عدم الفسخ قبله، فخصّ الكلام بصوره نذر العتق بعد البيع فإنّ البيع حينئذ لا محاله لا يسقط عن الصحّه بواسطه النذر، لأنّه متأخّر عنه، ولا يعقل تأثير المتأخّر في المتقدّم فيتمحض المنافاه في الاشتراط.

فإن قلت: لا وجه للتفرقه بين البيع و الشرط، إذ عين ما ذكرت في وجه عدم بطلان البيع من عدم منافاته لحقّ المنذور له لسبقه رتبه عليه جار في جانب الشرط، فإنّ البيع و المبادله إنّما تتحقّق بعد تمام الإيجاب و القبول، و المفروض كون الشرط في ضمنهما، فالتقدّم الرتبي موجود في الشرط أيضا فلا وجه لبطلانه و صحّحه البيع، بل لا بدّ إمّا من بطلانهما أو صحّتهما.

قلت: ما جعله الناذر شرطا لنذره حقيقه البيع بمعناه العرفي أعنى ما وقع تحت حكم (أحلّ) من الشارع، و الفرض أيضا إمكان التفكيك بين حصول المبادله مع وجود الالتزام الشرطي في ضمنه و بين حصول ذلك الشرط و عدم الملازمه بين صحّتهما و فسادهما، و لا شبهه أيضا أنّ رتبه البيع متقدّم على رتبه الالتزام الذي في ضمنه، ضروره تأخّر المتضمّن عن المتضمّن و المندرج عن المندرج فيه، فإنّ حقيقه الاشتراط ليس صرف التزام مقارن لالتزام آخر، بل أخذ في حقيقته كونه بوصف الاندراج و الالتصاق بذلك الالتزام الآخر، و من المعلوم أنّ وجود الالتصاق متأخّر عن ذاتي الالتزامين و الشرط عباره عن مجموع الالتزام

و الالتصاق، فهو أيضا متأخر عن نفس الالتزام، إذا ثبت ذلك فنقول: إذا تحقق الالتزام البيعى فهو موجب لحصول أمور فى الرتبه المتأخره عنه.

الأول: حكم (أحل) من الشارع، و الثانى: تحقق موضوع الاشتراط، و الثالث: فعلية حكم (ف بالنذر) حيث إنه كان كنفس النذر مشروطا بالبيع و معلوم أن فعلية الشرط فى الخارج سبب لفعلية المشروط، و الرابع: فعلية حكم وضعى مستكشف من حكم (ف بالنذر) أعنى ثبوت حق المنذور له و تعلقه برقبه المال، فإن هذا غير متأخر رتبه عن الحكم التكليفى بالوفاء بالنذر بل مستكشف عنه، فالاستكشاف متأخر و أما نفس المستكشف أعنى الحق فمتساو رتبه مع ذلك الحكم فقد تحصل أن المانع عن نفوذ حكم الشارع بالوفاء بموضوع الاشتراط أعنى حق المنذور له متحقق فى رتبه موضوع ذلك الحكم أعنى نفس الاشتراط، فلا يصل النوبه إلى مجيء ذلك الحكم، لأن القاعده فى باب تراحم الحقوق تأثير ما كان منها أسبق مقتضيا.

لا يقال: كما تقولون فى الوجوبات المشروطه أنه يتحقق للإراداه بعد فعلية الشرط و تحققه خارجا مرتبه جديده ما كانت حاصله قبل، و بهذا تصححون الترتيب فى الأصول بين الاستصحاب التقديرى و التنجيزى على تفصيل مقرر فى محلّه، كذلك الحال هنا فى نذر الناذر، فيحصل لموضوع النذر مع قطع النظر عن حكمه فعلية حادثه بعد البيع فيتأخر حكمه عن هذه المرتبه و يتساوى مع رتبه حكم الشرط.

لأننا نقول: نعم و لكن ليس لهذه الفعلية المستحدثه أثر بل وجودها و عدمها سيان، بل الأثر لحدوث النذر التعليقى، و لو فرض رجوع الناذر عن نذره قبل حصول الشرط.

مسأله: و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد،

بل هذا هو المسقط الحقيقي، و لا خلاف ظاهرا على ما حكاه شيخنا المرتضى -قدس سره- في سقوطه بالإسقاط و هذا هو العمده في دليله و إلا ففيما استدلّ به عليه نظر.

فإنه استدلّ شيخنا -قدس سره- بفحوى ما سيجىء من النصّ الدالّ على سقوط الخيار بالتصرّف معلّلا بأنه «رضى منه بالبيع» (١) فإنه إذا كان التصرّف لكاشفيته النوعيه عن الرضا مسقطا كان الإسقاط الذى هو كاشف صريح كذلك بطريق أولى.

و بفحوى تسلّط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلّط على حقوقهم المتعلّقه بالأموال و لا معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابله للنقل إلا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط.

أمّا النظر فى الاستدلال الأول: فلاّنه من الممكن الفرق بين التصرّف و بين الإسقاط فإنه إذا كان الإنسان مخيرا بين ردّ المال و إمساكه فاختار فى مقام العمل الثانى و ربّ عليه الأعمال الخارجيه من التصرّفات الكاشفه عن ذلك فرتبّ الشارع على هذا التصرّف الكاشف بأنه موجب لزوال اختيار المتصرّف عن الشقّ الآخر من تخييره أعنى الردّ، فهذا لا يدلّ على ملزميه مثل قول: أسقطت حقّ تخييري و اختياري.

فإن قلت: هذا أيضا كالعمل يدلّ على رضاه و التزامه بهذا الطرف من التخيير.

قلت: الفرق أنّ العمل واقع عن الرضى بالإمساك و الالتزام به و معلول له فيكون كاشفا عن سبق الرضى و الالتزام عليه كاشفا نوعيا، و أمّا القائل: «أسقطت

ص: ٦٤

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار ص ٣٥١ ح ١.

حقّ خيارى» فإنّه ربّما لم يرتفع الترديد و التزلزل عن نفسه و إنّما يريد رفعه و خروجه عن الاضطراب بنفس هذا القول و الإسقاط، فغايه ما يدلّ عليه هو الرضا و الالتزام المتأخّر و أمّا المتقدّم فلا دلالة نوعيه فيه عليه، نعم يدلّ على رضاه سابقا بحصول الرضى و الالتزام بالعنوان الثانوى لاحقا.

و أمّا النظر فى الاستدلال الثانى: فلأنّ المنساق من قضيه «الناس مسلّطون على أموالهم» هو التسلّط على نقلها و التصرف فيها بذاتها فإنّ البيع و الهبه و الصلح و سائر التصرفات و ارده على ذات المال لا بوصف كونها مضافه إلى المالك بالإضافه الملكيه.

و بالجمله التسلّط على المضاف غير التسلّط على الإضافه، و لو فرض تسلّط المالك على الإضافه أيضا بأن يكون قوله (أسقطته عن ماليتى) مؤثرا و نافذا، فهو يكون بدليل آخر و لا يستفاد من دليل السلطنه على الأموال، و على هذا فالتعدى إلى الحقوق إنّما يفيد إمكان تبديل إضافته إلى الحقّ بإضافه أخرى أو نقلها إلى الغير مجانا، و أمّا إسقاط إضافته عنه فهو كإسقاط إضافته عن المال غير مفهوم عن دليل السلطنه لا منطوقا و لا فحوى.

إذا عرفت ذلك فالعمده ما عرفت من عدم ظهور الخلاف و كون ذلك أمرا عرفيا ارتكازيا فكما أنّ أصل حقيته الخيار لا مدرّك له غير العرفيه و الارتكاز فكذلك كونه قابلاً للإسقاط أيضا من الأمور العرفيه، و بضميمه عدم الردع يصير حجّه شرعيه و لعل القاعده المسلّمه «لكلّ ذى حقّ إسقاط حقه» أيضا مستفاده من هذا.

مسأله: لو قال أحدهما لصاحبه: «اختر» فهنا وجوه

إشاره

متصوّره بحسب عالم الثبوت

ص: ٦٥

الأول: أن يكون غرضه من ذلك استكشاف الحال.

و الثاني: أن يكون الغرض جعل أمر خيار نفسه مفوضاً إليه و يكون هو بمنزله عقله فيختار ما يراه صلاحاً له.

و الثالث: أن يريد نقل الحق إليه و ليس هذا إنشاء لأمر حاصل على ما مرّ في اشتراط الخيار في العقود الجائزه، فإنه بخيار نفسه و حده و إن كان يمكنه فسخ العقد رأساً لكن لم يمكنه الإمضاء كذلك بحيث لم يقبل الانفساخ بعده كما كان يقدر عليه ذو الخيار الواحد و يحصل له ذلك بعد هذا النقل، فالإنشاء ليس إنشاء لأمر حاصل حتى لا يمكن الجدد إليه.

الرابع: أن يريد تمليك أمر الخيار إياه بأن يكون هو وحده صاحب اختيار العقد لا بشركه غيره و هذا بأن يسقط هو حقه فيكون تعبيراً عن الإسقاط بلازمه.

ففي الفرض الأول: لا وجه للسقوط مطلقاً، و في الثاني: حاله حال الوكيل في أنه لو أمضى ينفذ من ناحيه نفسه قطعاً و من ناحيه الأمر أيضاً إلا أن يقيد به بكونه من ناحيه نفسه أو من ناحيه الأمر و لو سكت فخيار الأمر بحاله.

و في الثالث: حيث إنَّ النقل غير مؤثر شرعاً، فالخيار باق مطلقاً كالفرض الأول، و إنشاء النقل ليس دالاً على الرضى بالبيع حتى يشمل النص المتقدم إليه الإشارة، نعم لو علم من حال صاحبه أنه يختار الرضى كان دالاً هذا و لو فرض تماميته ذلك في الإسقاط فإنه لم يسقط حقه و إنما أبقاه و نقله إلى صاحبه.

و في الرابع: يكون ساقطاً مطلقاً كما هو واضح، هذا بحسب الثبوت و أمّا بحسب الإثبات فلا يبعد دعوى ظهور الكلمه في الوجه الأخير، و على هذا يحمل ما في بعض الروايات، أتت بالخير ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر، و أمّا

حملة على مطلق التلّفظ بهذه اللفظه بأيّ وجه من الوجوه المذكوره كان فبعيد، بل لو فرض الإجمال فى عرفنا و احتملنا كونه فى العرف السابق ظاهرا فى الوجه الأخير لسقط الروايه عن صحّحه التمسك أيضا.

ثمّ إنّ ثبوت الخيار للمتعدّد يتصوّر على وجوه:

الأول: أن يكون كلّ واحد كذى خيار واحد، فكما أنّه فى صوره وحده ذى الخيار يكون له الفسخ و له الإمضاء، فيلزم العقد إمّا لأنّ الإمضاء كالفسخ بنفسه طرف الخيار و إمّا لأنّه إسقاط للحقّ، كذلك كان لكلّ من الاثنين أيضا الفسخ و كان له الإمضاء بحيث لا يقبل الانفساخ بعده و لو بفسخ صاحبه.

الثانى: أن يكون لكلّ من الاثنين الفسخ و الإمضاء من ناحيته بأحد المعنيين، إمّا إلزام العقد و إبرامه من ناحيته و إمّا إسقاط الحقّ كذلك.

الثالث: أن يكون هنا حقّ واحد قائم بالاثنين فلا ينفذ فسخ أحدهما و لا إمضاؤه بل المؤثر فسخ المجموع و إمضاؤه.

ففى الفرض الأوّل: لا- كلام مع الاتفاق فى الاختيار، و أمّا مع الاختلاف -بأن اختار أحدهما الإمضاء و الآخر الفسخ- فإن كان أحدهما أسبق من الآخر فاللائم تأثير المقدّم و لغويه المؤخّر، و إن كانا متقارنين فاللائم لغويّه كليهما عن التأثير و بقاء العقد بحاله من الجواز.

و فى الفرض الثانى: لا تعارض بين الفسخ من أحدهما و الإمضاء من الآخر أصلا، إذ الفرض أنّ الإمضاء لا يفيد إلاّ أعمال الحقّ أو إسقاطه من ناحيه الممضى فقط مع بقاء حقّ الآخر بحاله، فالحكم بالانفساخ ليس تقديمًا للفسخ على الإجازة إذ هو فرع التعارض.

و فى الأخير: يسقط كلا الأمرين عن التأثير مطلقاً، لعدم استقلال أحد الشخصين بالأمر حسب الفرض هذا بحسب مقام الثبوت.

و أمّا إثبات أنّ مقامنا أعنى خيار البيعين من أى من الأقسام: يمكن دعوى القطع بعدم كونه من قبيل الأخير إذ لا اختصاص له بحال المجلس بل هو ثابت بعده أيضاً لإمكان التقايل، فيدور الأمر بين أحد الأولين و يمكن إثبات الثانى منهما بأمرين:

الأول: إطلاق الخيار المستفاد من قوله -عليه السلام-: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (١) لصوره إمضاء أحدهما.

لا يقال: فيلزم ثبوت الإطلاق لصوره فسخه أيضاً لأننا نقول: خروجه من باب ارتفاع الموضوع أعنى العقد، حيث إنّ الفسخ لا يمكن اختصاصه بطرف واحد، و على فرض عدم الإطلاق قضيه الاستصحاب ثبوت الخيار لكل بعد إمضاء الآخر.

الثانى: قوله -عليه السلام- فى بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا» (٢) فإنه لو كان الخيار على الوجه الأول لما اختار -عليه السلام- المشى بالخطى، بل كان يقول: قد أمضيت البيع، فاختيار المشى لحصول الوجوب دال على حصر الموجب فيه و على هذا فلا يفرض التعارض بين الفسخ و الإجازة فى مسألتنا.

نعم يفرض فى الوليين و الوكيل و الأصيل، حيث إنّ إمضاء كلّ إلزام للعقد و موجب لسقوط حق الآخر، و كذا الورثة إن قلنا بأن خيارهم أيضاً من هذا القبيل

ص: ٦٨

١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٢-٢) المصدر نفسه: ص ٣٤٨، ح ٢ و ٣ و ٤.

بأن يقوم كل واحد منزله مورثه.

و كذا يفرض فى تصرّف ذى الخيار فى العوضين دفعه واحده، كما لو باع عبدا بجاريه ثم أعتقهما جميعا، حيث إنّ إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاريه إجازة و قد عرفت حال التعارض فى مثل الولتين و الوكيل و الأصيل.

و أما حاله فى الفرض الأخير فمجمّل الكلام فيه: أنا إما أن نقول: بسببته التصرف للإمضاء و الفسخ، و إما أن نقول: بكاشفتيهما عن الرضى السابق عليهما بأحد الأمرين، فإن قيل بالأول فاللزام سقوطهما عن التأثير فيكون ملك المتصرف للجاريه محفوظا فى رتبه إعتاقه فيقع العتق صحيحا، لأنه أنشأ إنشاء جديا لعتق الجاريه فى ملكه فيقع صحيحا، و حيث إنّ المفروض كون كل تصرف موضوعا مستقلا لإلزام العقد فى عرض الإمضاء، نظير التقبيل و الوطى للزوجه المطلقه الرجعيه بناء على الاحتمال الذى قواه شيخنا الأستاذ فيه من كونه بنفسه رجوعا لا- من باب كشفه عن الرجوع، فاللزام فى المقام لزوم العقد بواسطه هذا التصرف العتقى المسببى.

و بالجملة: بعد تساقط التصرفين الإنشائيين عن الأثر بواسطه المعارضه يبقى هذا التصرف المسببى فى جانب الإمضاء مؤثرا لسلامته عن المعارض.

هذا على القول بالسببته، و لا ينافيه قوله- عليه السلام- فى بعض الأخبار:

«فذلك رضى منه بالبيع» (١) بل الجمع بينه و بين سائر الأخبار يقتضى الحمل على أنّ هذا التصرف بنفسه حكمه حكم الرضى، فمفاد الكلام هو التنزيل و يؤيده حمل الرضى على نفس التصرف، و لو كان المعتره هو الكشف لكان حقّ العبارة أن يقول: هو دالّ على الرضى.

ص: ٦٩

(١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

و أمّا بناء على الكاشفيه، فلا- إشكال في تحقّق الإنشاء الجديّ لكلّ من العتقين، و أصاله الظهور في كليهما جاريه، لإمكان اجتماعهما، كيف و إنشاء العتق في مال الغير جدّا متمشّ و لهذا قلنا بتمشّي الجدّ في الفضولي، نعم لازم كلّ من الجدّين عرفا لا يجامع مع لانزم الآخر كذلك، فإنّ اللازم العرفي المكشوف عنه بالجدّ في عتق الجاريه هو الرضى باللزوم و اللازم العرفي في الجانب الآخر هو الرضى بالانفساخ، و لا- يمكن اجتماع الرضائين في نفس واحده في زمان واحد، فيتحقّق التعارض بين الظهورين، و قاعده تعارض الطريقتين هو التساقط في المفاد المطابقي و الأخذ بهما في نفى الثالث، فلا بدّ في المقام من الحكم بثبوت أحد الرضائين و عدم الحكم بخصوص أحدهما فلا- يمكن الحكم ببقاء العقد على حاله الأولى من الجواز بل الخيار ساقط إمّا بالإمضاء أو بالفسخ.

و أمّا حال العتق فأصاله الصّحه مقتضيه للصّحه في كلّ منهما، و كذلك استصحاب بقاء الملك إلى حين العتق في جانب عتق الجاريه مقتض للصّحه فيه، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في مورد موافقته مع أصل الصّحه و حكومته على أصل الصّحه فالأصل الجارى في جانب الجاريه هو الاستصحاب، و يعارضه أصاله الصّحه في الجانب الآخر فيتساقطان، فنرجع إلى أصل الصّحه في جانب الجاريه الذي هو الأصل المحكوم.

و إن قلنا بأنّ الاستصحاب غير جار في مورد أصل الصّحه و لو مع الموافقه فيتعارض أصل الصّحه في كلّ جانب بمثله في الجانب الآخر فنرجع إلى الاستصحاب في جانب الجاريه، و على كلّ حال يكون عتق الجاريه محكوما بالصّحه.

مسأله: من جمله مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعين،

اشاره

و تسميته مسقطا

ص: ٧٠

مسامحه إذ لا سقوط في الحقيقة بل الانعدام بتمام المقتضى و لا إشكال في أصل انعدام الخيار به، و معنى حدوث افتراقهما مع كونهما متفرّقين بالبدن حدوث الافتراق بملاحظه حاله الاجتماعيه الحاصله حال العقد، فإنّ الشئيين إذا تلاصقا جسما لا يعتبر في نسبة الافتراق إليهما إلا رفع التلاصق الذي هو حاق معنى الافتراق و لا نحتاج إلى لحاظ أمر زائد.

و أما إذا كانا جسما متفرّقين غير مجتمعين، فنسبه الافتراق لا بدّ فيها من ملاحظه، أما ملاحظه أصل الوجود في العالم بأن انمحي وجود أحدهما، و إما الوجود في مملكه خاصه فيعتبر انتقال أحدهما إلى مملكه أخرى، و إما الوجود في بلد خاص، و إما في محله خاصه، و إما في مجلس خاص، و إما من هيئه خاصه، فيعتبر افتراق أحدهما من تلك الهيئه و لو لم يخرج عن المجلس، مثلا إذا كان بينهما بعد ذراع، فتفرّقهما عن هذه الهيئه عباره عن انتقال أحدهما من مكانه إلى حدّ ذراع و ربع ذراع أو نصف ذراع أو ذراعين، كما أنّ الجسمين المتلاصقين يفترقان بانفصال أحدهما و لو بمقدار خط دقيق.

و هذا معنى قول شيخنا-قدّس سرّه-: فإذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسمّاه ارتفع الخيار، فلو فرض انتقال أحد الجالسين على حدّ الذراع عن محله إلى حدّ ذراع و عشر شبر كفى في صدق الافتراق فإنّ البعد الذراعى قد ازداد بعشر شبر، و ليس مراده- قدّس سرّه-بالإضافي ما يطلق في مقابل الحقيقي كما إذا كان الشخص فاسقا بقول مطلق فيقال هذا عادل بالإضافه إلى فلان و أشير إلى من هو أفسق منه، فإنّه قد عرفت أنّ الافتراق في مقامنا على وجه الحقيقة و الإطلاق.

هذا و لكن تنظر شيخنا الأستاذ-دام بقاءه- في تعميمه-قدّس سرّه- الافتراق الواقع غايه لكلّ مورد يصدق مسمّاه العرفي، بأنّه و إن كان كذلك

و صادقاً على أقلّ من الخطوه كما عرفت و لكن يمكن دعوى انصرافه الإطلاقي إلى مقدار معتدّ به نظير انصراف لفظ الإنسان عن الفرد ذى الرأسين مع كونه مصداقاً عرفياً.

و على فرض تسليم عدم الانصراف، فلا قصور في الروايه المذكوره في كلامه -أعنى قوله- عليه السلام- في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا» (١)- من حيث الدلاله على اعتبار الزيادة على مقدار الخطوه بخطوه أخرى فإنه طُبّق الافتراق على المشى خطأ و جعل وجوب البيع علّه غائيه له، و لو كان الخطوه أو الأقلّ كافياً في صدق الافتراق و حصول الغايه لكان الزائد لغوا، و ليس الأقلّ و الأكثر هنا في الفرد مع صدق الطبعه على الأقلّ فإنّ ذلك في الدفيعين لا في مثل المقام ممّا يوجد الأقلّ و الأكثر تدريجيين.

ثمّ إنّه لا شبهه في صدق الافتراق منسوبا إلى كليهما بحركه أحدهما عن مكانه و بقاء الآخر في محلّه و عدم مصاحبته إياه في الحرکه و لا يعتبر حرکه كلّ إلى خلاف جانب الآخر.

نعم نسبه الفعل في الصورة الأولى إلى المتحرّك و الساكن ليست على نهج واحد، بل الفاعليّه مختصّه بالمتحرّك و إن كان لاختيار الساكن أيضا مدخلتيه و لكن مجرد ذلك لا يشركه في فاعليّه الفعل، و اختياره هنا نظير اختيار السامع في صدق عنوان الإعلام على المتكلّم، فإنّه لو لم يصغ لم يتحقّق عنوان الإعلام، فلاختياره مدخلتيه في صدقه و لكن الفاعل إنّما هو المتكلّم لا هو و السامع.

و في مقامنا التلبس بمادّه الافتراق و إن كان مشتركا بينهما حيث لا يمكن

ص: ٧٢

(١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار ص ٣٤٨، ح ٣.

حصوله من جانب دون آخر كالمقابله و البعد و أمثالهما و لكن إيجاد هذا المعنى النسبي لا يضاف إلا إلى المتحرّك و لو كانا معا مختارين في أصل حصوله و وجوده هذا.

و لكن شيخنا العلامة المرتضى قدس سرّه ذهب في هذا المقام إلى أنّ الافتراق ذاته من المتحرّك و وصفه من الساكن، كما أنّ ذات الإعلام من المتكلم و وصف إعلاميته من السامع، و لكن هذا المقدار يكفي في صدق افتراقهما و لا يلزم حصول الذات المتّصفه بالافتراق من كليهما، ثم استشهد في كفايه هذا المقدار للصدق العرفي بقوله -عليه السلام- فيما تقدّم: «فمشيت خطأ ليجب البيع حين افتراقنا» (١) حيث إنّ أثبت الافتراق لكلا الطرفين بمشيّه -عليه السلام- فقط.

مسألة: المعروف أنّه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه

إذا منع عن التخابير أيضا، سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه.

قال شيخنا الأستاذ -أدام الله أيام إفاضاته الشريفة-: ليس مطلق الفعل المسند إلى الفاعل المختار كذلك بل المواد التي يوجد في مفهومها الخروج عن قوّه الفاعل مثل الضرب و الكسر حالها كذلك، فالكسر حال النوم، و إن خرج عن قوّه النائم، لكن لا باختياره و شعوره هو خلاف منصرفه، و أمّا المواد التي لم يوجد ذلك في مفهومها فليست هكذا، كما يقال: طهر زيد، و ليس المتبادر أنّه طهر نفسه، و الافتراق لا يبعد كونه من هذا القبيل. و على هذا يتّضح الحال في هذا الفرع و الفرعين الآتين إذ الحكم في الجميع هو السقوط عن كلا الطرفين لحصول الغايه.

و أمّا قوله -عليه السلام- في صحيحه الفضيل: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا

ص: ٧٣

منهما» (١) فلا يصلح لتقييد الافتراق بوقوعه عن الرضى منهما، لأنه لما لم يكن العمل على طبقه - لأنَّ المسلم سقوط الخيار فيما إذا نام أحدهما و خرج الآخر - فلا بدّ من حمله على معنى آخر.

و أمّا ما ادّعه شيخنا - قدّس سرّه - من تبادل الافتراق إلى ما كان عن الرضى من أحدهما ففيه أولاً: أنّه لا سند لهذا التبادر. و ثانياً: لا يتحقّق النشوء في الفرع الوسط، أعني: ما إذا جلس أحدهما بالاختيار و خرج الآخر بالكره، فإنّه على مذاق شيخنا القائل بأنّ ذات الافتراق من المتحرّك و وصفه من الساكن لم ينشأ الافتراق عن رضى الجالس و إن كان لجلوسه مدخل في الاتّصاف بالافتراق، إلاّ أن يدعى أنّ المتبادر هو الافتراق و الرضى المتقارنان و لو كان الافتراق من أحدهما و الرضى من الآخر و هو كما ترى.

بل اللائق بهذا المذاق أن يقال: إنّهُ لما لم يتحقّق الافتراق الناشئ عن الرضى فالخيار ثابت لهما كما قلنا، نعم في الفرع الأخير أعني ما إذا خرج أحدهما بالاختيار و جلس الآخر بالكره تمّ ما ذكره من السقوط عن الكلّ.

و أمّا حديث الرفع، فالظاهر عدم شموله للمقام، و اختصاصه بما إذا ترتّب الأثر وضعاً أو مؤاخذه على العناوين القصدية كما في عنوان المعصية و العقد، و الشاهد على هذا أنّه لا يساعد الوجدان على أنّه لو أكره إنسان إنساناً على وضع اليد على النجاسة يكون هذا خارجاً من باب التخصيص، و كذا لو أكرهه على النوم. و ليس حصول النجاسة في الأوّل و الحدث في الثاني خروجاً عن الحديث بالتخصيص بواسطة الإجماع، مع أنّه على فرض الشمول لا بدّ من

ص: ٧٤

التفصيل بين ما إذا عزم على الفسخ، و بين ما إذا عزم على الإمضاء، و بين ما إذا تردّد بين الأمرين.

ففى الأخير: لا بدّ من عدم السقوط و لو لم يمنع من التّخاير، لأنّه أكرهه على أمر و هو التّفرّق، و النّتيجه و هو اللزوم مبعوضه له و ليس له مندوحه، إذ الفرض أنّه مردّد لا يعلم أنّ أيّا من الفسخ و الإمضاء صلاح بحاله.

و فى الثّانى: لا بدّ من السقوط و إن منع من التّخاير، فإنّ النّتيجه و هو اللزوم غير مبعوضه له، و صدق الإكراه فرع كون النّتيجه المترتبه على الفعل المكروه عليه مبعوضه للمكروه - بالفتح - و لا - يكفى كون التّفرّق من جهه أخرى مبعوضا كبروده الهواء و نحوها، فإنّه لا منّه فى رفع الأثر فى مثل هذا.

و فى الأوّل لا بدّ من التفصيل بين المنع عن التّخاير و عدمه، فمع المنع يسقط لمبعوضيه النّتيجه و عدم المندوحه و مع العدم لا يسقط لثبوت المندوحه و هو الفسخ فلا منّه فى الرفع.

ثمّ لو قلنا بما أفاده - قدّس سرّه - بتقريب أن يقال: إنّ المتبادر من قولنا المتبايعان بعد وقوع الفرقة فيما بينهما لا خيار لهما، يتبادر منه أنّهما حال وقوع الفرقة راضيان غير متخيّلين للفسخ و إنّما يحدث ذلك بعد وقوع الفرقة، فكأنّه قيل وقوع الفرقة مع الرضى مسقط للخيار.

و حينئذ لو كنّا و هذه العبارة لحكمنا أنّ المقام من قبيل تقابل الجمع بالجمع كما هو الحال فى نظائره، أعنى أنّ الفرقة مع الرضى فى حقّ كلّ مسقط لخياره، فلو افترق أحدهما و بقى الآخر فالافتراق مع الرضا إنّما حدث من الأوّل دون الثّانى فلا بدّ من سقوط خياره دون الثّانى، و لكن بعد ما فهمنا من الروايه الحاكيه لمشى الإمام - عليه السلام - و تسلّم كفايه الرضى من أحدهما من تسلّمهم سقوط خيار

الطرفين في صورته موت أحدهما و خروج الآخر اختياراً، فلا بد من التفصيل بين من يتحرك و من يسكن، فالأول حسب ما ذكره -قدس سره- متحقق في حقه الفرقة الناشئة عن الرضى بخلاف الثاني، فإن الفرقة و إن كانت نسبتها إليهما على السواء و لكن النشوء لم يتحقق في حق الثاني فلا بد من التفصيل بين الفرعين، أعني ما إذا كان المكروه عليه الممنوع عن التخايير هو الجالس أو المتحرك، بالسقوط في الأول، لأن المتحرك مختار، و بالثبوت في الثاني، لأن الجالس و إن كان مختاراً لكن لم يتحقق في حقه النشوء فتأمل في أطراف كلامه -قدس سره- لعلك تعرف حقيقته مرامه.

مسألة: لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد

إشاره

مجلس الزوال،

و قد وجه شيخنا الأستاذ -دام علاه- هذا القول بأن يقال: إن الغايه حقيقه الافتراق عن أى اجتماع كان، و ليس الملحوظ منه فرد خاص، أعني خصوص ما كان عن الهيئه الاجتماعيه حال البيع.

و حينئذ إذا سقط الافتراق الأول الذى هو ما كان عن اجتماع حال البيع عن التأثير و صار بمنزله العدم، فالحكم معلق على عدم مجيئ فرد آخر من حقيقه الافتراق و هو منحصر فيما كان عن هيئه اجتماع حال الزوال.

هذا و لكنّه كما عرفت مبنئ على عدم فهم الخصوصيه من الخبر، و الحق أنّها مفهومه كما عرفت فيما تقدّم أيضاً.

و حينئذ قد يقال كما فى بيع المكروه إذا زال الإكراه و لحق الرضى، بأنّه يسقط من هذا الحين الخيار بالدليل، فإنّ المسقط كان هو الافتراق و قد حصل و الرضى و هو حاصل فى هذا الحال فقد تمّ كلا جزأى السبب.

و فيه: أنّ المؤثر حدوث الافتراق عن الرضى و لا يكفى اقتران بقائه بالرضى، فإنّ الظاهر من قولك: افترق و هو راض، أنّه حدث منه الافتراق فى حال الرضى،

و على هذا فالذى ينبغى أن يقال: هو أنّ الخيار باق لعدم حصول الغايه و هو الافتراق المقيّد بالرضى فيكون ما بعد الزوال كما قبله داخلا- فى النصّ و محكوما بالخيار بالدليل و لا- نحتاج فى إثباته عند احتمال وجود رافع إلى الاستصحاب كما يظهر من شيخنا المرتضى-قدّس سرّه.

هذا و يمكن أن يقال كما تقدّم: إنّ الغايه، أعنى: حتّى يفترق، مضيقه للمعنى و مخصّصه له بالمورد القابل، فلا يشمل الصدر صورته وحده البيّعين و كذا المفترقان من الابتداء، و على هذا فبعد حصول الفرقة يخرج المورد عن القابليه للافتراق عن مجلس العقد و قد فرضنا أنّ حكم النصّ فى موضع يقبل لأن يقال فى حقه: حتّى يفترق.

و هذا نظير أن يقال: البيعان بالخيار ما لم يجئ زيد، فمات زيد، فإنّ حاله موت زيد مسكوت عنه فى الدليل إثباتا و نفيًا، و حينئذ فنحتاج فى أصل إثبات الخيار من أوّل زمان الفرقة الإكراهيه إلى الرجوع إلى الأصل من عموم أوّفوا على تقدير تماميته، و إلّا فإلى استصحاب بقاء الخيار لا أنّه فى أصل ثبوته يكفينا النصّ، و فى بقائه فى مقابل احتمال غايه أخرى نرجع إلى الاستصحاب كما يظهر من شيخنا-قدّس سرّه.

فقد تلخّص: أنا إمّا أن نقول باعتبار المحلّ القابل و إمّا لا، فعلى الأوّل:

يكون النصّ ساكتا عن أصل الثبوت أيضا لا- عن خصوص الارتفاع بعد الثبوت، و على الثانى: يكون متكفّلا- للثبوت و البقاء أيضا، فالتفكيك لا يتمشى على أىّ تقدير.

هذا على تقدير القول باعتبار قيد الاختيار و الرضى من باب التبادر و نحوه غير دليل الإكراه، و أمّا على تقدير القول بأنّ المستند فيه دليل رفع الإكراه فأوّلا

يمكن القول بعد الغض عن الوجه المتقدّم من اختصاصه بالعناوين القصديّة بأنّه غير شامل للمقام، لأنّه مخصوص بمقام كان له مع قطع النظر عن الرفع أثر شرعيّ، فيكون الحديث رافعا لذلك الأثر، والافتراق ليس له أثر شرعيّ، لأنّ حاله حال الليل في قولك: صم إلى الليل، فإنّ الموضوع للأثر هو النهار لا الليل، و بعد الغض عن ذلك يمكن أن يقال: حيث إنّ سوجه للامتنان فلا بدّ من ثبوت الخيار عند الفرقة الإكراهيّة بل بعد زوال الإكراه بمقدار يسع الفسخ و مقدّماته و بعد هذا المقدار فالمرجع إمّا العموم و إمّا استصحاب الخيار.

فعلم أنّ ما قاله شيخنا-طاب ثراه- يتمّ على هذا مع أنّه قدس سرّه-لم يستند في اعتبار القيد المذكور إلى حديث الرفع، هذا.

فروع:

الأول: لو اتّفا على الافتراق و اختلفا في كونه على وجه الإكراه أو

الاختيار،

فإن قيل باعتبار قيد الاختيار من جهة الانصراف فالأصل مع من يدعى كونه على وجه الإكراه لأصالة عدم تحقّق المقيّد، أعنى الافتراق الاختياريّ. و إن قيل به من جهة حديث الرفع فجريان أصالة عدم تحقّق الإكراه و عدمه مبنيان على أنّ لسان دليل رفع الإكراه، كيف اعتبر المرفوع، فهل اعتبر الأفعال المفروغ عن وجوداتها إذا وقعت عن إكراه فرفع الحكم عنها؟ أو أنّه اعتبر نفس عنوان الإكراه و علّق عليه الرفع.

فعلى الثاني: استصحاب عدمه الأزليّ جار، و على الأول: يكون مثبتا لعدم حاله السابقه في الافتراق المفروض الوجود، و العدم الأزليّ لا ينفع بحال الوجود بالفعل، و على هذا فيتعارض استصحاب عدم تحقّق تمام القضيّه المشتمله على الافتراق المفروض المحكوم فيها بعدم الإكراه مع استصحاب عدم تحقّق القضيّه الموجهه، فيكون المرجع هو العموم أو استصحاب الخيار على الخلاف.

ص: ٧٨

الثانى: لو اختلفا بعد الافتراق و إنشاء الفسخ فى المتقدم منهما و المتأخر،

فإن كان الأثر مرتباً على المقيّد فى الجانبين، أعنى على الفسخ المقيّد بما قبل الافتراق و على الافتراق المقيّد بما قبل الفسخ، فأصلاً عدمهما متعارضان، فنرجع إلى استصحاب الملكيه.

و إن كان الأثر لكلّ فى حال عدم وجود الآخر، فلا بدّ من التفصيل بين صورته معلومته تاريخ أحدهما و مجهوليه التاريخين، ففى الأولى: نستصحب عدم مجهول التاريخ إلى التأريخ المعلوم للآخر و ترتّب أثره، و فى الثانية: نرجع إلى استصحاب الملكيه.

الثالث: لو اختلفا فى الافتراق و عدمه

من جهه الاختلاف فى زمان البيع كأن يقول أحدهما: كان البيع بالأمس و قال الآخر: بل كان فى هذا المجلس، فالظاهر أنّ المقام من قبيل الشكّ فى المتقدم و المتأخر من الطهاره و الحدث، فاستصحاب بقاء الهيئه الاجتماعيه لا يجرز اتصال زمان شكّه بزمان اليقين.

مسأله: و من مسقطات هذا الخيار التصرف

اعلم أنّ التصرف الكاشف عرفاً عن الرضى و الالتزام بالعقد حاله حال قول: أمضيت العقد، إذ لا يعتبر فى الإمضاء المسقط إلا الرضى القلبي مع وجود المظهر، و لا- يعتبر كون المظهر هو اللفظ و لكن على هذا لو انكشف مخالفه الكاشف للواقع حكم بثبوت الخيار، هذا على القاعده فالذى يحتاج إلى تعبد خاص أحد أمور آخر:

الأول: اعتبار الكاشف المذكور بنحو الموضوعيه بحيث لو انكشف الخطاء أيضاً ترتّب عليه الأثر.

الثانى: كون مطلق التصرف الدالّ على الرضى بالملكيه- و لو لم يدلّ على

الالتزام بالعقد-مسقطا،و التعيّد الوارد في الباب هو التعليل المذكور في بعض أخبار خيار الحيوان حيث قال:«فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه أيام فذلك رضى منه فلا شرط (1)»(أو و لا شرط)«و استفاده العموم و العليه منه ثابتة سواء كان قوله:«فذلك رضى منه»جوابا للشرط أو كان توطئه للجواب و كان هو قوله:فلا شرط.

أمّا على التوطئه فواضح،فكأنه قيل:إن أحدث حدثا فلأجل أنه رضى،لا يبقى شرط،و أمّا على الجوابيه فلظهور قوله:فلا شرط أو و لا شرط في كونه تفريعا على قوله:فذلك رضى و على كلّ حال يصير الكلام بمنزله قولك:تصرّف مشتري الحيوان موجب لسقوط خياره،لأنّ التصرف رضى،و قاعده باب التعليل إلغاء خصوصيته المورد فيستفاد منه قضيه كليّه و هي أنّ كلّ تصرّف كان رضى فهو موجب لسقوط الخيار.

لكن هذا كلّ بناء على كون قوله:فذلك رضى،غير مبنى على التعبد بل كان قضيه وجدائيه سواء كان بمعنى أنّ هذا التصرف رضى و التزام بالعقد،أم بمعنى أنّه رضى بالملكيه.

و أمّا إذا كان مبتيا على التعبد و تنزيل التصرف بمنزله الإمضاء فيسقط الكلام من قابليه التعدي بسببه إلى مورد آخر،لأنّ المعنى حينئذ أنّ تصرّف مشتري الحيوان لكونه بمنزله الإمضاء تعبدا يكون مسقطا.

فالمستفاد أنّ كلّ ما كان بمنزله الإمضاء فهو مسقط،و أمّا إنّ التصرف في غير المشتري المذكور أيضا ينزل هذه المنزله أو لا،فهو ساكت عن هذا و لا دليل آخر عليه أيضا.

ص: ٨٠

١-١) الوسائل:الجزء ١٢،الباب ٤ من أبواب الخيار،ص ٣٥١،ح ١.

ثم لا-شبهه أنّ الظاهر من هذه الوجوه كون المراد هو التصرف الكاشف عرفاً من الالتزام والإمضاء و أنه لم يعتبر في قوله:«فذلك رضى» إلا بيان القضيه الواقعيه الوجدانيه و تطبيق الرضى على نفس التصرف لأجل نحو اتحاد فيما بين الكاشف و المكشوف، نظير ما يقال: هذا فسق، مشيراً إلى العمل الخارجى.

و أما كون المراد من الرضى هو الرضى بالملكه فيبعده أنه يلزم حينئذ لغويّه هذا الخيار، فإنه لا ينفكّ غالباً عن مثل هذا التصرف الذى لا- يحلّ لغير المالك و لو مثل اسقنى ماء و أغلق الباب، و أما كون تطبيق الرضى من باب التنزل و التعيّد فبعيد كما لا يخفى.

و لكن يبعد الوجه الأول الأمثله التى وقعت فى الجواب عن السؤال عن الحدث، فإنه ذكر فى الجواب ملامسه الجاربه و تقيلها و النظر إلى ما لا يحلّ منها قبل الشراء و من المعلوم أنّ هذه تصرف كاشف عن الرضى ببقاء الملكيه لا عن الالتزام و الإمضاء.

و يمكن أن يقال بعدم منافاه هذه الأمثله أيضاً لذلك الوجه كالأمثله الأخر المذكوره فى الخبر الآخر مثل ركوب الدابّه فراسخ، و نعلها، و أخذ حافرها، فإنّ كلّ هذه دوالّ على إرادته الفاعل إمساك الدابه و عدم ردّها إلى البائع.

و أمّا وجه عدم منافاه التمثيل بملامسه الجاربه و تقيلها و النظر إليها كذلك، فلأنّ حال الجاربه حال الزوجه فى أنّ المرغوب فيها المستوريّه و أنّها معدوده من عورات الرجل التى يكره دخاله الأجنبي فيها بوجه من الوجوه، و الجاربه فى حال خيار المشترى و إن كانت شرعاً ملكاً له و لكنّه إذا أراد الفسخ فباشرها أو قبلها أو نظر إليها، يعدّ عند العرف هذا منه أمراً شنيعاً كمباشره جاربه الغير و تقيلها و النظر إليها، و هذا و إن لم يمضه الشارع و لكنّه بواسطه ثبوت هذا

الارتكاز كاشف عن إرادته صاحبه إبقائها و إمساكها و عدم ردّها.

هذا و يبقى حينئذ الكلام فى أنّ الكاشفيّه النوعيّه عن الإمضاء و الالتزام هل هى معتبره موضوعا أو طريقا؟ و الروايه قابله لكليهما، و على كلّ تقدير يصحّ التعدّي إلى غير مورد خيار الحيوان من سائر أقسام الخيار.

الثانى: خيار الحيوان

اشاره

لا- خلاف بين الإماميّه فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري، و هل يشمل الحيوان كلّ ذى حياه و لو مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز؟ استظهر الأستاذ الاستناد-دام علاه-انصرافه عن مثل هذا، ألا ترى عدم انصراف الذهن إلى مثل ذلك من قول القائل: فلان يملك كذا و كذا حيوانا؟ و فى شموله للحيوان المشرف على الموت كالصيد الذى أصابه السهم أو جرحه الكلب المعلم تردّد، لاحتمال انصراف اللفظ إلى ما يكون معرضا للبقاء ثلاثه أيام، فحاله دائر بين عدم الخيار رأسا و بين الخيار.

و على تقديره يكون منتهى الخيار آخر الثلاثه سواء بقى أم تلف قبل انقضاء الثلاثه.

فلم نعلم وجه ما أفاده شيخنا-قدّس سرّه-من أنّ فى منتهى الخيار حينئذ وجوها، و كذلك التردّد فى شموله للحيوان الكلى لقوّه احتمال انصراف مثل قولك:

«فلان يملك كذا حيوانا» إلى المعين.

و كيف كان فالكلام فى من له هذا الخيار و فى مدّته من حيث المبدأ و المنتهى و مسقطاته يتمّ برسم

مسائل

مسأله: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري،

اشاره

و عن سيدنا المرتضى

ص: ٨٢

قدّس سرّه -و ابن طاوس- قدّس سرّه- ثبوته للبائع أيضا و هنا قول ثالث و هو ثبوته لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا أو مثمنا، و قد اختلفت الأخبار في الباب و بذلك اختلفت الأنظار في الجمع، و الأولى التيمن بذكر الأخبار أولا، فنقول و بالله الاستعانه:

منها: صحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال لي: ثلاثه أيام للمشتري، قلت: و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال -عليه السلام-: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضى منهما» (١).

و منها: صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد: «قال: سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو البائع أو لهما كليهما؟ قال -عليه السلام-: الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه أيام، فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء» (٢).

و منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» (٣).

و منها: موثقه زراره عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان» (٤).

و منها: صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «قال:

ص: ٨٣

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار ص ٣٤٦، ح ٣.

٢- ٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار ص ٣٥٠، ح ٩.

٣- ٣) المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٥، ح ١.

٤- ٤) المصدر نفسه: ص ٣٤٥، ح ٢.

المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (١).

و منها: صحيحه الحلبي في الفقيه عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري» (٢).

و منها: صحيحه ابن رثاب عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «قال: الشروط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري» (٣).

و منها: رواه علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا -عليه السلام-: «قال: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري و في غير الحيوان أن يفترقا» (٤) الحديث.

و منها: رواه الحسن بن علي بن فضال قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا -عليهما السلام- يقول: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام» (٥).

هذه جملة ما عثرت عليه من أخبار الباب، ثم

التكلم في موضعين

إشاره

الأول: هل بين هذه الأخبار جمع عرفي حتى لا نحتاج إلى الرجوع إلى المرجحات السنديه، أولا حتى لا يبقى محيص عن الرجوع إليها؟ الثاني: بعد فرض عدم الجمع العرفي هل هنا عموم من الكتاب أو السنه موافق لأحد طرفي التعارض حتى يصير مرجحا و يدخل المقام تحت عنوان ما وافق الكتاب و السنه، أو لا حتى ينجز الأمر إلى التخيير الخبري؟

أما الموضع الأول:

فالحق وجود الجمع، لأن الأخبار بين معلق للخيار على

ص: ٨٤

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٣.

٢- (٢) المصدر نفسه: ح ١ و ٤.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ٤، ص ٣٥١، ح ١.

٤- (٤) المصدر نفسه: ص ٣٥٠، ح ٨.

٥- (٥) المصدر نفسه: ص ٣٤٩، ح ٢.

عنوان المشتري و هذه الطائفة بين ما جعل ذلك حدًا لهذا الخيار مثل الخبر الأول، حيث إن ظاهر سؤال السائل: (ما الشرط؟) أنه سؤال بما الحقيقيه، فيقع في الجواب ما كان جامعاً و مانعاً.

و بين ما ليس في مقام التحديد و لكن سؤال السائل وقع في خصوص من له الخيار حتى صرح أنه البائع فقط، أو المشتري كذلك، أو هما معاً مثل الخبر الثاني.

و بين ما ليس في مقام التحديد و لا في مقام تعيين من له الخيار مثل السادس و السابع و الثامن.

و بين معلق على المتبايعين، و بين معلق على صاحب الحيوان، و بين معلق على صاحب الحيوان المشتري.

و هذه الطوائف من حيث التخصيص بعنوان المشتري في قبالة البائع بحيث كان للمشتري موضوعه يكون بينها النفي و الإثبات الصريحان، إمّا صراحه الإثبات، فلأن قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان» (1) صريح في كلا العنوانين، و أمّا صراحه النفي، فقد عرفت أن الخبرين الأولين المعلقين على عنوان المشتري صريحان في النفي عن البائع، أحدهما بواسطة الكون في مقام شرح الحقيقيه و بيان الحدّ، و الآخر بواسطة التصريح في السؤال عن الاختصاص و التعميم، و أمّا من حيث التخصيص بصاحب الحيوان مشترياً كان أم بائعاً فلا تأبى عن الجمع.

أمّا ما ذكر فيه صاحب الحيوان فواضح، و دعوى انصرافه إلى المشتري

ص: ٨٥

لغلبه وقوع الحيوان مثنى و ندره وقوعه ثمنا ممنوعه، لعدم إيجاب هذه الغلبه للانصراف، مضافا إلى أنّ الحكمه الداعيه لجعل الخيار و المناسبه بين الحكم و الموضوع يقتضى التعميم كما هو واضح.

و أمّا ما ذكر فيه صاحب الحيوان المشتري سواء قرئ بالفتح أم بالكسر، فيمكن أن تكون النكته فى ذكر القيد دفع توهم أنّ المقصود بصاحب الحيوان من انتقل عنه الذى هو صاحب الأولى و نكته ذكر المشتري كون الغالب فيمن انتقل إليه أنّه المشتري.

و أمّا ما ذكر فيه المشتري لا- بعنوان التحديد و لا- الجواب عن سؤال التعيين لمن له الخيار، فلأنّه يكفى فى نكته التقييد للغلبه المذكوره. مضافا إلى أنّ حمل المطلق على المقيد المثنى إذا كانا بملاك واحد كما فى المقام، إنّما يكون فيما إذا كان الحكم فى المطلق متعلّقا بالطبيعى بعنوان صرف الوجود كما فى مثال: أعتق الرقبه، و أعتق الرقبه المؤمنه، و أمّا إذا كان باعتبار الوجود السارى كما فى المقام- حيث إنّ الحكم أعنى الخيار، سار فى جميع أفراد صاحب الحيوان- فذكر المقيد أعنى المشتري يمكن أن يكون من باب التطبيق لا من باب خصوصيّه فى نفسه.

و أمّا ما كان بعنوان التحديد فالتعبير بالعنوان الملازم الغالبى مع الشىء فى مقام تحديد الشىء ليس خارجا عن المحاوره و احتمالا بعيدا لا يمكن حمل الكلام عليه.

و إن شئت التمثيل فلاحظ هذا المثال و هو أنّه، لو بسط شخص سفره لمطلق من كان جائعا سواء كان محتاجا أم غنيا فيصحّ فى مقام الجواب عن سؤال:

ما الذى بسطت هذه السفره له؟ أن يقال: هم المحتاجون، بملاحظه غلبه انطباق العنوانين أعنى الجائع و المحتاج فى الخارج، و هذا بخلاف ما إذا كان المبسوط

لأجله مطلق الإنسان فإنه يقبح في مقام الجواب المذكور القول المذكور و إن كان يحسن أيضا بطريق الابتداء لا في مقام الجواب المذكور بملاحظه كون الغالب في من ينتفع بالسفره هم الفقراء و المحتاجين.

و أما ما يكون جوابا عن سؤال تعيين من له الخيار، فمفروض السائل أنّ رجلا اشترى جاريه، و في هذا الفرض لا شبهه أنّ الخيار خاص بالمشتري لأنه صاحب الحيوان لا البائع بملاحظه غلبه وقوع الثمن نقدا لا حيوانا.

فبقى صحيحه محمّد بن مسلم الواقع فيها قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان»، و يقرب فيها أيضا أن يقال: إنّ التعبير بالمتبايعين بملاحظه التلخيص في عبارته لأن يحمل على الموضوع الواحد محمولين، و المقصود في الصدر أنّ كلا منهما صار صاحبا للحيوان يكون بالخيار و في الذيل أنّ لكل واحد بشخصيته الخيار، فالمقصود اشتراك الخيار فيما بينهما و عدم تخصيصه بواحد، غايه الأمر في خيار المجلس يكون أبدا لكليهما و في الحيوان يختلف باختلاف الموارد، فقد يكون للمشتري فقط و قد يكون للبائع كذلك و قد يكون لهما معا، و إذن فتعيّن بحسب الجمع بين الروايات القول الثالث أعنى الثبوت لصاحب الحيوان ثمنا كان أم مثمنا.

الموضع الثاني: العموم الذي يمكن أن يكون مرجحا للمقام بعد فرض

التعارض و عدم الجمع، شيثان

أحدهما: عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و الثاني: عموم ما وقع في بعض الروايات «فإذا افترقا وجب البيع» (١).

أما الأول فقد تقدّم الإشكال فيه، من حيث إنه تمسك بالعام في الشبهه المصدقيه للشك في بقاء العقد بعد فسخ من يحتمل تأثير فسخه، و أما الثاني

ص: ٨٧

(١ - ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢، من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

فالإشكال المتصوّر فيه من جهات:

الأولى: أنّ وجوب البيع أمر وحداني غير قابل للتبعيض لبساطه محلّه، أعنى البيع فكما أنّ الصّحّه و الفساد لا يمكن تبعيضهما في حقّ المشتري و البائع، كذلك لزوم و عدمه، فالبيع إن كان لازماً فهو كذلك في حقّ الطرفين، وإلا فليس كذلك في حقّهما أيضاً. و حينئذ فقد ثبت في المقام في حقّ المشتري بعد التفرّق عدم لزوم البيع ما لم ينقض الثالثة، وإنّما الشك في خصوص البائع و لا معنى للزوم بالنسبه إليه فقط.

و بالجملة: فقد خصّص هذا العموم بالنسبه إلى المقام سواء كان للبائع بعد التفرّق أيضاً خيار كالمشتري أم لم يكن.

الثانية: أنّ هذه الجملة قد وقعت في ذيل أخبار خيار الحيوان بعنوان (ما عدا الحيوان) فيوجب تخصيص ما كان منها منفرداً، و في غير أخبار الحيوان بعنوان (ما عداه) أيضاً، فيكون مصبّ خيار المجلس ما عدا الحيوان، فلا ربط لهذا العموم بمقامنا الذي هو مبايعه الحيوان.

الثالثة: أنّه بمقام الحكم الحيثي و ليس له نظر إلى نفي الخيار المطلق، و إنّما المنفّي خصوص خيار المجلس فثبوت خيار الحيوان لا ينافي هذا النفي و اللزوم الحيثيين.

و يمكن ذبّ الأوّل: بمنع عدم قبول الوجوب للتفكيك فإنّ معنى الوجوب ليس إلاّ عدم قبول الفسخ، و هذا يقبل التفكيك بأن يكون بالنسبه إلى واحد قابلاً و إلى آخر غيره، كما أنّ القابليه أيضاً ممكن التفكيك، و يدلّ عليه صحّحه ذكر كلمه (سواء) عقيب قولنا: وجب البيع، بأن نقول: سواء بالنسبه إلى البائع أم إلى المشتري.

و حينئذ نقول:الإطلاق المنفرد عن باب خيار الحيوان مقتضاه عدم قابليه البيع بعد الافتراق للفسخ مطلقا،خرج عن هذا الإطلاق المشتري في خصوص الحيوان إلى ثلاثه و بقى البائع.

و أما الإشكال الثاني:و هو أنه حيث وقع في ذيل هذه الأخبار في ما سوى الحيوان فلا إطلاق له بالنسبه إلى الحيوان.

فيمكن دفعه بأنه في مقام تشقيق الغايه دون مقام الثبوت،يعنى بعد ثبوت الخيار يكون الغايه له في الحيوان ثلاثه و في غيره الافتراق،حتى في مثل قوله -عليه السلام-:«المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و في ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (١).

و المحصّل من المجموع:أنّ غايه الخيار في الحيوان في حقّ المشتري انقضاء الثلاثه و في غير الحيوان في حقّ كليهما هو الافتراق،و هذا ساكت عن حكم البائع في الحيوان،فيكون ظهور الإطلاق المستقلّ المفروض تعرّضه له خاليا عن المزاحم و المعارض،على ما تقرّر في محلّه من حجّيه المطلق المقيد بالمنفصل في ما عدا مورد التقييد.

و أمّا الإشكال الثالث:فالحقّ عدم إمكان ذبّه،إذ غايه ما يقال في ذبّه:أنّه حيث وقع في ذيل روايات الحيوان قوله:«فإذا افترقا فلا خيار» (٢) يعلم منه أنّه ناظر إلى جمع الجهات،و لكن علمت أنّ إطلاق ثبوت خيار المجلس المنفصل عن دليل خيار الحيوان شامل لبيع الحيوان أيضا من حيث الثبوت و من حيث الغايه،و حينئذ لو كان الغايه حكما فعليا لزم بالنسبه إلى المشتري في الحيوان

ص: ٨٩

١- (١) الوسائل:الجزء ١٢،الباب ٣،من أبواب الخيار،ص ٣٤٩،ح ٣.

٢- (٢) المصدر نفسه:الباب ١،من أبواب الخيار،ص ٣٤٦،ح ٣.

تخصيصه، وحينئذ يلزم إما عدم ثبوت خيار المجلس في حقه مع الثبوت في حق البائع وإما ثبوته في حقهما ولكن عدم سقوطه في حق المشتري بالتفرق الواقع في أثناء الثلاثه، وحيث إن شيئا منهما لا قائل به وجب المصير إلى كون الافتراق مسقطا في حقه من حيث المجلس فقط مع بقاء خيار الحيوان، وإذا ثبت كون الغايه في حقه حيثما ثبت في حق البائع أيضا لاتحادهما في الإنشاء، فلا- يمكن كون الإنشاء الواحد من جهة بعض الأفراد حيثما و من جهة آخر فعليا، فقد تحصل مما ذكرنا أن المتعين على فرض التعارض هو التخيير الخبري لعدم المرجح.

مسأله: مبدأ هذا الخيار من حين العقد،

فلو لم يفترقا ثلاثه أيام انقضى خيار الحيوان وبقى خيار المجلس، لظاهر قوله- عليه السلام-: «إن الشرط في الحيوان ثلاثه أيام و في غيره حتى يفترقا» (١) خلافا للمحكى عن ابن زهره فجعله من حين التفرق، وكذا الشيخ والحلي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم.

اعلم أولا- أنه لا- بد من التكلم أولا في أنه هل لخيار المجلس في بيع الحيوان أعم من اجتماعه مع خيار الحيوان أو افتراقه ثبوت أو لا؟ قد عرفت فيما تقدم تأييد الثبوت و نزيد هنا فنقول:

قوله في صحيحه الفضيل المتقدمه- حيث إن السائل سأل أولا- عن خصيصه الحيوان فأجاب: ثلاثه أيام للمشتري، ثم سأل عن خصيصه غير الحيوان فعدل عن سياق الجواب الأول و أجاب بلفظ العموم فقال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٢)- دليل على عموم خيار المجلس لجميع أقسام البيع حتى بيع الحيوان، وأن ما ذكره- عليه السلام- في الصدر إنما هو في مقام الزيادة التي تكون لبيع الحيوان على غيره، ويستفاد ذلك أيضا من قوله في صحيحه محمد بن مسلم

ص: ٩٠

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ٥.

٢- (٢) المصدر نفسه: ح ٣.

و موثقه زرارہ: «البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» (١) و يبقى منافيا لهذا روايتان:

الأولى قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (٢).

و الثانى قوله: «الخيار في الحيوان ثلاثه أيام للمشتري و في غير الحيوان أن يفترقا» (٣) و هذان و إن كان ظاهرهما التخصيص لأصل تشريع خيار المجلس بما سوى الحيوان، لا خصوص لغائيہ الافتراق كما تقدم.

فإذا تحققت ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان، فهل يمكن اجتماعهما في زمان واحد حتى إذا كان ظاهر الأدلة ذلك أخذنا به أو لا- حتى يتصرف في ذلك و يجعل مبدأ خيار الحيوان بعد انقضاء المجلس؟ فلا بدّ أولاً من بيان الأنحاء الممكنة بحسب التصوّر.

الأول: أن يكونا حقيقتين مختلفتين كالظهر و العصر و حقائق الأغسال على قول، فيكون حالهما حال العالم و الهاشمي، و حينئذ لا إشكال في إمكان اجتماعهما و لا يلزم تأثير العلتين في المعلول الواحد بل لكلّ منهما معلول مستقلّ.

الثانى: أن يكون حقيقتهما واحده و لكن كانت ذات مراتب من الشده و الضعف كالسواد، و حينئذ أيضا لا يلزم لغويّه الأسباب المتعدده بل كلّ منها مؤثر أثره فيفيد ازدياد المرتبه كما هو الحال في السواد عند تعدد المسودات في المحلّ الواحد الشخصى.

الثالث: أن يكون الحقيقه واحده و المرتبه أيضا واحده، و الوجود أيضا

ص: ٩١

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، ص ٣٤٥، ح ١ و ٢.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٣.

٣- (٣) المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، ص ٣٤٦، ح ٥.

حسب الفرض من وحده المحلّ شخصا أيضا واحد، وحينئذ لا- يمكن تأثير كلّ من الأسباب استقلالاً بل لا بدّ من مؤثره المجموع، وهذا نظير توارد الأسباب المتعدّده التي يكفى كلّ واحد بانفراده على إزهاق روح زيد، فلا بدّ من استناد هذا المعلول الواحد الشخصى إلى مجموع تلك العلل، لأنّ الاستناد إلى واحد معيّن ترجيح بلا مرجّح وإلى الغير المعين غير معقول، لأنّ المبهم الواقعى لا- واقع له، و إنّما هو صرف انتزاع عقلى، و إلى الجامع يوجب انعزال الخصوصيات عن التأثير مع ضروره صحّه النسبه إليها كما فى حال الانفراد، فكما يقال عند الانفراد: قتل زيد عمرا، كذلك فى حال الاجتماع أيضا يقال: قتل زيد و عمرو بكرا.

لا يقال: يلزم حينئذ تبعض المعلول على أجزاء هذا المجموع فيكون المعلول كالعله مركبا مع ضروره كونه بسيطا كما فى حال وحده العله.

لأننا نقول: لا يضرّ بساطه المعلول تركيب العله، لأنّ المجموع أيضا عنوان بسيط، كما أنّ الصلاه تؤثّر فى النهى عن الفحشاء مع أنّه بسيط و هى ذات أجزاء، و الحلّ: أنّ الهيئه المجموعيه أمر وحدانيّ بسيط، هذا ما أفاده شيخنا الأستاذ- دام أيام إفاداته الشريفه.

فتحصّل أنّه إذا كان ظاهر الدليلين أعنى: دليل خيار المجلس، و دليل خيار الحيوان، هو ثبوت كلّ منهما من حين العقد اللازم منه اجتماع كليهما فى ما قبل الافتراق، لا يمنع عنه مانع حتّى نلتزم بالتصرّف، و جعل مبدء الثانى من ما بعد التفرّق من غير فرق بين شىء من الأنحاء الثلاثة المذكوره.

أمّا على الأولين فواضح، و أمّا على الأخير فقد عرفت أنّ المسبّب و هو الخيار أمر واحد شخصى غير قابل للتأكّد و الشدّه، و لكن يقبل تأثير المتعدّد فيه بنحو الجزئيه، و الذى لا يقبل تأثير المتعدّد بنحو الاستقلال، و ظاهر الدليل و إن كان هو

الاستقلال و لكن لا بد من غمض العين عن هذا الظاهر بواسطه شهاده العقل بعدم الإمكان.

و أما إنَّ الثابت من هذه الأنحاء ماذا؟ فالظاهر هو القسم الأخير.

أما تعدد الحقيقه فالطريق إليه تعدد الآثار و ليس أثر الخيار غير الفسخ و الإمضاء، و أما الإسقاط و النقل فهما فرع ثبوت أصله و لا شك أن الفسخ و الإمضاء أثر واحد و لا يتمشى من طبع الخيار غير هذا الأثر الواحد حتى نستكشف من اختلاف الأثر اختلاف حقيقه المؤثر، مضافا إلى أن حقيقه الخيار كحقيقه الملكيه حقيقه عرفيه، و ليست كالظهر و العصر و حقائق الأغسال مما لا سبيل للعرف إلى معرفتها، و لا شك أن العرف كما لا يرى للملكيه حقيقتين متصادقتين فى مال شخصى، كذلك عندهم حال الخيار، و من هنا تعرف عدم صحه الوجه الثانى، و أنه ليس الباب باب الاختلاف فى الشده و الضعف أيضا، لأن الفسخ و الإمضاء ليسا بقابلين لذلك، فتحقق الوجه الثالث.

ثم على الوجهين الأولين لو أسقط من ثبت له الخياران أحد الخيارين كان مؤثرا فى سقوطه بلا إشكال، و أما على الوجه الأخير فهل للإسقاط الحيثى أيضا أثر كحصول الغايه؟ فإنه يوجب استناد المعلول الواحد الشخصى إلى الفرد الآخر من السبب بعينه على الاستقلال- رجح شيخنا الأستاذ- دام علاه- ذلك بيان: أن الإنشاء للإسقاط من حيثيه واحده فى غايه الإمكان، فيكون هو مقتضيا للسقوط، و لكن وجود السبب الآخر حافظ للمعلول و مانع عن سقوطه، فمتى خلى هذا المقتضى عن المانع أثره.

مثلا: إذا أسقط الخيار من حيث بيع الحيوان فما دام لم يحصل الافتراق لا يؤثر هذا الإنشاء شيئا، و أما بعد حصوله فيرتفع المانع فيسقط الخيار من هذا

الحين، لأنَّ أحد السببين له بطل بحصول الغايه و الآخر بواسطه الإسقاط.

ثمَّ إنَّه على فرض عدم الدليل فى جانب الإثبات و الشكَّ فى أنَّ مبدأ خيار الحيوان هو العقد أو من حين التفرَّق فهل مقتضى الأصل ماذا؟ قد يقال: إنَّ أصله عدم حدوث خيار الحيوان إلى ما بعد الافتراق جاريه، و كذلك أصله بقاءه إلى ما بعد الثلاثه من حين العقد.

و استشكل على الأوَّل شيخنا المرتضى -قدس سرّه- بأنَّه مثبت و وجهه شيخنا الأستاذ-دام علاه- بأنَّ الخيار و عدمه و إن كانا كالوجوب و عدمه لا- يلتمس فى إجراء الأصل فيهما وجود الأثر الشرعى و عدمه- لأنَّ نفسيهما أثر شرعى- لكن لا بدَّ من أن يكون للجعل الظاهرى لهما فائده و لو عقليته، إذ لو خلى عن كلِّ فائده كان لغوا، و جعل عدم خيار الحيوان فيما قبل التفرَّق بقضيه الاستصحاب لا تترتب عليه فائده أصلاً، إذ الفائده المتوهمه عدم جواز الإسقاط لخيار الحيوان، و لكنَّه لا يعدُّ ثمرة، لأنَّه لو كان مبدؤه ما بعد التفرَّق أيضاً جاز الإسقاط لمعرضيته للوجود فيكون كالإسقاط فى ضمن العقد، و حينئذ فلا بدَّ لتحصيل الثمره من إثبات كون المبدأ للحدوث ما بعد التفرَّق و هذا مثبت، هذا ما قاله-دام ظلّه.

لكن استشكل عليه الحضّار: بأنَّه يكفى فى الثمره أنَّه لو صرَّح فى ما قبل التفرَّق: بأنَّى أسقطت كلَّ خيار ثابت لى فعلاً ما لم يحصل التفرَّق بحيث صار لى بواسطته الفسخ و الإمضاء جائزين قبل التفرَّق، لا يؤثّر هذا فى سقوط خيار الحيوان لو كان مبدؤه ما بعد التفرَّق، و يؤثّر لو كان مبدؤه من حين العقد.

و استشكل على الثانى شيخنا الأستاذ-دام علاه-: بأنَّه بعد العلم بأنَّ مدّه خيار الحيوان لا تزيد و لا تنقص عن ثلاثه أيام، غايه الأمر شكَّ فى مبدأ هذه الثلاثه و أنَّه العقد أو التفرَّق، فلا يوجب هذا الاستصحاب زياده فى عمر

المستصحب و قد كان معتبرا فيه حسب ما استظهر من دليبه على تفصيل مقرّر في الأصول ذلك، نعم لا بأس باستصحاب الجامع.

ثمّ إنّه استدللّ على كون مبدأ خيار الحيوان من حين التفرّق بما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري.

و أجاب شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- بأنّ أدلّه التلف من البائع محموله على الغالب من كونه بعد المجلس، انتهى.

و استشكل فيه شيخنا الأستاذ: بأنّ وجه ذلك إن كان هو الانصراف فهو ممنوع، ألا ترى أنّ ما دلّ على أنّ التلف في زمن الخيار المشترك من المشتري يشمل التلف الحاصل في المجلس؟ فالحقّ أن يقال بتخصيص ذلك الدليل أعني: ما دلّ على أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري، بما دلّ على أنّ التلف ممّن لا- خيار له، فيتحصّل من مجموع الدليلين: أنّ ورود التلف على كيس المشتري مشروط بمماثلته مع البائع، و عدم زيادته عليه بخيار مختص به دونه، وإن كان هنا خيار مشترك أيضا، و هذا و إن كان خلاف الظاهر- فإنّ الظاهر من دليل ورود التلف على كيس من لا- خيار له عدم جنس الخيار- و لكن بعد ملاحظه مجموع الدليلين يصير متعيّنا في مقام الجمع.

هذا على تقدير كون الدليل على أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري لفظيا، و أمّا على تقدير كونه القاعده أعني: قاعده ورود تلف المال على مالكة حين التلف فالأمر أوضح، لأنّ المقام من باب المقتضى و اللامقتضى.

ثمّ إنّ الظاهر جريان ما قلنا في خيار المجلس من اختصاصه بالمالك العاقد في هذا الخيار أيضا، فلا يثبت في حقّ الوكيل بأقسامه، و أمّا الأصل في باب الفضولي بعد الإجازة، فإنّ قلنا: بأنّه يصير بالإجازة يباع، فلا إشكال لاجتماع

القيد فيهِ، و أمّا على العدم فلا يثبت له كالفصوليين.

و دعوى أنّ إثبات الخيار لعنوان صاحب الحيوان في بعض الأخبار المتقدمه مقتضى لكفايه هذا القيد مدفوعه، بأنّه و إن لم يصرح قيد البيعه في الكلام، و لكنّه مفهوم من السياق كما هو واضح على العارف بأسلوب الكلام و قرينه التقابل بالبيعين.

و أمّا الصرف و السلم: فلا شك أنّ البيع العرفي متحقّق فيهما قبل القبض، فاللازم ثبوت الخيار أيضا قبله و لا يلزم اللغو، إذ يكفي في عدم اللغو وجوب التقابض لو قلنا بوجوده نفسا قبل القبض مع توقّف الملكيه عليه و على تقدير عدم القول به، قابليه حصول الملكيه فيما بعد بتوسط القبض، فيؤثر الفسخ في إزاله هذه القابليه، هذا.

مسأله: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثه الأيام،

و هل الليله الأولى أيضا داخله بأن يكون المراد من كلّ يوم هو مع ليلته- فيكون مقدار الخيار اثنتين و سبعين ساعه- أو أنّ المراد بكلّ يوم بياض اليوم و إنّما أريد الليلتان المتوسطتان من القرينه الخارجيه أعنى الاستمرار المستفاد من غير مادّه اليوم؟ رجّح شيخنا الأستاذ- دام علاه- الأول، و رجّح شيخنا المرتضى- قدس سرّه- الثاني.

و حاصل ما أفاد شيخنا الأستاذ في تقريب مرامه في مجلس بحثه الشريف:

أنّه لا شبهه أنّ المتكلم إذا صار بصدد بيان امتداد الشيء و مقدار عمره كما إذا قال: طول عمر بقّ ثلاثه أيام، فالإنسان يفهم أنّه قاصد لحدّ محدود مضبوط، لا يزيد و لا ينقص باختلاف الأحوال و الأفراد و السنين و الفصول، فلو ولد بقّ في أوّل النهار لا يصير أقصر عمرا من بقّ آخر ولد أوّل الليل، فهذه القرينه معيّنه لأن يكون المراد من اليوم هو مع ليلته، فإنّ ثلاث دورات اليوم و الليل مضبوطه

الساعات، بخلاف ما إذا أريد من اليوم نفسه، فإنَّ أيام الصيف أطول من أيام الشتاء.

و أيضا لو أريد بياضات الأيام، فإنَّه الليلتين المتوسطتين كما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - يستفاد بقريته أنَّ الخيار خيار واحد مستمر غير متخلل في أثنائه عدم، و أمَّا الليله الأولى لو فرض وقوع العقد في أولها أو أثنائها، فلا دليل على إدخالها لعدم شمول مادّه اليوم و لا اقتضاء القرينه الخارجيه المذكوره.

فإن قلت: هو لقضيّه قوله: «صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثه» (١) فإنَّ تعليق الحكم على العنوان مقتض لثبوتيه بمحض تحقّق العنوان، و أمَّا قيد ثلاثه أيام فهو إنّما يكون في مقام بيان غايه الامتداد و أنّه لا يتجاوز عن هذا الحدّ، و ليس في مقام الحصر مبدأ و غايه في الثلاثه.

قلت: دلالة بعض الأخبار على ما ذكرت مسلّم، أعني: كونه بصدد بيان الغايه مع السكوت عن المبدأ، فيؤخذ بالإطلاق و يحكم بتحقّق الخيار من أول آتات حصول عنوان صاحب الحيوان.

و أمّا لو فرض ظهور بعض الأخبار الأخر المتقدمه في الكون بصدد التعرّض من كلتا الجهتين، أعني: التعيين للأول و الآخر و أنّه بتمامه يكون في ظرف ثلاثه أيام، فهذا مقدّم على الطائفة الأولى تقدّم المقيّد على المطلق، فإنَّ الأخذ بالأول من باب عدم ذكر الخلاف، فإذا ورد المخالف فهو غير مزاحم معه كما هو الحال في كلّ مطلق و مقيّد.

اللهمّ إلا أن يقال: بتوهين هذا الظهور في الثانيه في حدّ نفسه من باب أنّه و إن كان ظهورا مستفادا من الجمود على اللفظ إلا أنّ استبعاد العرف خروج الليله عن الخيار و الانتظار للصيحه في تحقّقه يوجب إلغائه، فافهم و تأمل هذا.

ص: ٩٧

(١ - ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٢، ٦.

و أيضا لو جمدنا على ظهور الأيام في البياضات الثلاثة فربما يمكن دعوى صدق هذا العنوان على ما إذا بقى من اليوم الأول ساعه فوق العقد، فإذا كان الخيار من هذا الحين إلى آخر اليوم الثالث يصدق أن الخيار تحقّق ثلاثة أيام و انقضى بانقضاء الثلاثة، ألا ترى أنك لو صرت ضيفا لأحد تقول: إنّي كنت يوم الجمعة في منزل فلان مع أنّ مقدار توقّفك في منزله، لم يبلغ إلاّ ساعه.

و بالجمله إطلاق اليوم على بعضه صار شائعا بحيث لا ينصرف عنه الإطلاق و أما وجه اعتبار انقضاء اليوم الثالث فهو قوله -عليه السلام- في بعض الروايات: «فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (١) حيث أناط حصول الوجوب على مضى الثلاثة و هو متوقّف على انقضاء اليوم الثالث.

اللهم إلاّ أن يقال: إنّ الإطلاق المذكور في المثال و أمثاله يكون بمعونه القربنه و إلاّ -فمثل قول المسافر: إنّي توقّفت في البلد الفلانيّ ثلاثة أيام، أو قولك:

أمسكت عن الغذاء ثلاثة أيام، أو جلست كذلك ظاهر في تمام الأيام الثلاثة.

و بالجمله الأمر القارّ الذات إذا أضيف إلى قطعه من الزمان ظاهر في استيعابه لتمام تلك القطعه، و المقام من هذا القبيل.

و على كلّ حال المعتمد ما ذكر أولا من إرادته الأيام و لياليها من الأيام الثلاثة لعدم تحقّق الانضباط في الحدّ إلاّ بذلك.

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها: اشتراط سقوطه في العقد

و لو شرط سقوط بعضه جاز.

الثاني: إسقاطه بعد العقد، و قد تقدّم الأمران.

ص: ٩٨

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، ص ٣٥٠، ح ٩.

و لا- خلاف على المحكى في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار، و يدلّ عليه صحيحه ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري [فيما اشترى] حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضى منه و لا شرط له (أو فلا شرط له) قيل له: و ما الحدث؟ قال- عليه السلام-: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرّماً عليه قبل الشراء» (1) و قوله- عليه السلام-: «فذلك رضى منه» (2) ليس المراد به الرضى بأصل الملكيه فإنّ هذا ليس أمراً حدثاً بواسطة التصرف بل أمر حاصل من حين العقد إلى حين الفسخ، فالمراد به الرضى بالعقد في مقابله كراهه ضدّه أعنى الفسخ فنقول:

قوله- عليه السلام- فذلك رضى منه و لا شرط له يحتمل وجوهاً أربعة.

أحدها: أن يكون جملة (فذلك رضى منه) جواباً للشرط، يعنى حكماً شرعياً للموضوع المتقدم لا خصوص الجواب النحوى، فكأنه قيل: إحداث الحدث في الثلاثة من المشتري في ما اشترى التزام و إمضاء للعقد، و معلوم من الخارج أنّ حكم الإمضاء نفى الخيار إمّا لأنه أحد عدليه و إمّا لرجوعه إلى الإسقاط على الخلاف المتقدم في حقيقه الخيار، و على هذا لا وجه لتخصيص الحدث بتصرف مخصوص بل لا- بدّ من التعدى إلى كلّ ما تصدق عليه هذه اللفظه، و لا يستفاد من الكلام عليه أيضاً، فإنّ قوله: (لا شرط) على هذا تفصيل لذلك الإجمال نظير قولك: هذا خمر تنزيلاً يحرم شربه.

الثانى: أن يكون الجواب الشرعى بالمعنى المتقدم قوله- عليه السلام-: «لا شرط» و يكون «فذلك رضى» (3) إخباراً عن الواقع و هذا أيضاً على قسمين:

الأول: أن يكون هذا الإخبار بياناً للحكمه في التشريع فكأنه قيل: مطلق

ص: ٩٩

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار ص ٣٥١، ح ١.

٢- ٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار ص ٣٥١، ح ١.

٣- ٣) المصدر نفسه.

إحداث الحدث مسقط الخيار و الحكمه فى تشريع هذا الحكم كون الحدث بحسب النوع التزاما بالعقد و هذا أيضا كالأول فى عدم التقييد للحدث، فإنّ الحكمه لا يجب أطرادها.

فإن قيل: ما الفرق بين الحكمه و العله؟ و لو لم تكن الحكمه مطرده لزم كون التشريع فى غير موردها جزافا صرفا.

قلت: مرادنا بالحكمه الغرض الأصلى الباعث على التشريع، و لا ينافى أضيقيه دائرته من دائره التشريع بواسطه توليدها غرضا آخر موجبا لتوسيع دائره التشريع، كما يلاحظ فى حكم السلطان العرفى بأخذ كلّ من يخرج فى الساعه الرابعه من الليل مع كون الغرض الأصلى أخذ السارق، لكن بما يرى أنّ تخصيص خطابه بعنوان السارق يوجب الوقوع فى خلاف الواقع كثيرا يوجب هذا تعميمه الحكم فمثل ذلك أيضا ممكن فيما نحن فيه.

الثانى: أن يكون الإخبار بيانا للعلّه و هذا يوجب التقييد للحدث بمورد وجود العله، فالمحكوم بالمسقطيه خصوص الأحداث التى تكون التزاما و إجازة فعليّه للعقد عرفا، لأنّ العله مضيقه كما هى موسعه، و هذا أيضا يحتمل وجهين:

الأول: أن يكون الشارع حين رأى تلك الأحداث التى حالها حال الأقوال فى الكشف عن الرضى القلبي و الالتزام الباطنى بالعقد مع عدم الاقتران بالصارف أو ما يصلح للصارفيه، فبملاحظه نوع اتحاد بين الكاشف و المكشوف طبق الرضى على نفس الأفعال الخارجيه من أخذ الحافر و النعل و الركوب فراسخ و أمثالها.

الثانى: أنه و إن لاحظ تلك الأفعال لكن لا بما هى بل بما هى حاكيه عن الرضى القلبي- و فى هذا النظر الاستطراقى الذى كلّ ما يحمل من المحمولات

فيه يرجع إلى ذى الطريق-طبق الرضى و علق عليه حكم الإسقاط.

و لازم أول هذين الوجهين دوران الحكم مدار وقوع تلك الأفعال بشرط تماميته أركان كشفها عن عدم القرينه بعد الدلاله فى حدّ أنفسها، فلو تبين عدم الرضى القلبى بعد ذلك و تخلف الكاشف النوعى فى مورد شخصى عن المكشوف لا يضرب بالحكم.

و لازم الثانى: كون تمام الإناطه بالمكشوف فمع التخلف يرتب آثار عدم السقوط، فهذه أربعه احتمالات.

فإن قلت: لا موجب للحصر فإنّ هنا احتمالا خامسا و هو أن ينظر إلى مجموع الكاشف و المكشوف و يحمل عليه الرضى و يعلق عليه حكم الإسقاط، و هو العلم الطريقي على وجه جزء الموضوع، و قد فرغ عن إمكانه فى محله.

قلت: نعم هو صرف إمكان عقلى و لكنّه لا يعدّ احتمالا فى الروايه، فإنّه لكثره بعدها عن الظاهر غير محتمل فتصير الاحتمالات منحصره فى الأربعه.

و حيث إنّ احتمال التنزيل و هو الاحتمال الأوّل بعيد عن اللفظ-فإنّه ظاهر فى مقام الإشاره إلى أمر مسلّم لدى المخاطب كبرى و صغرى لا كبرى فقط- و الاحتمال الثانى أعنى كون ذلك حكمه يكون أيضا خلاف الظاهر فإنّ الظاهر من أمثال هذه التعبيرات هو العليه.

و أمّا الاحتمال الرابع: أعنى كون الجمله علّه للحكم مع الإناطه على المكشوف فهو و إن كان لا-يبعد عن ظاهر اللفظ و لكنّه مقطوع الخلاف من الخارج، فإنّ الكبرى المسلّمه الخارجيه التى طبقها الإمام-عليه السلام-على المقام قد أخذ فيها جزءان: الرضى و المظهر، فلو فرض العلم بالرضى بطريق الرمل و الجفر لا يكفى فى الحكم بالسقوط، فينحصر الأمر فى الاحتمال الثالث.

فإن قلت: يبيد هذا الاحتمال أيضا أمران، أحدهما: الأمثلة المذكورة في الذيل، فإن النظر و اللمس و التقيبيل غير دالّ على الرضى نوعا، الثانى: أنّ أفراد الحدث فى الخارج يغلب فيها ما لا دلالة فيه على الرضى بحيث يمكن دعوى قلّه الدالّ منها فى جنب غيره، و مع هذا يستهجن التعليل بقول مطلق فهو نظير التعليل للنهى عن أكل الرمان بأنّه حامض مع كون الحامض فى أفرادة قليلا.

قلت: أمّا الأوّل فيمكن الجواب عنه بالفرق فى نظر العرف بين الجارية و سائر المملوكات، فحال الجارية حال الزوجه فى كون المرغوب فيها المحجوبيّه و الاستتار، فلو أخذها المشتري و قبلها أو لامسها أو نظر إلى ما يحرم قبل الشراء أعنى إلى العوره-فإنّ النظر إلى ما عداها غير محرّمه قبل الشراء مقدّمه للشراء-ثمّ ردّها إلى بائعها صار ذلك موجبا لعدم رغبه الناس فى ابتاعها، فإنّ العمده فى الجارية تصييرها أمّ ولد و لا-شكّ أنّ النظر فى أمر أمّ الولد كنظرهم فى أمر الزوجه فى مراعاة قلّه نظر الغير إلى عورتها و لمسها و تقبيلها فلا يرغبون فيمن وقع فى حقّه أمثال ذلك.

أمّا الثانى: فلا-نسلّم قلّه الأفراد المذكوره فى جنب غيرها بل إذا لوحظ أخصيّه مادّه الحدث من مادّه التصرف يمكن دعوى العكس، و أنّ الغالب فى أفراد الحدث هو الدلاله فتدبر.

هذا كلّه على تقدير تسليم أنّ المراد بالرضى هو الرضى و الالتزام بالعقد الذى هو ضدّ الفسخ و لا يتمشى لا محاله من غير العالم بالخيار، و لكنّه مناف لإطلاق الروايه، فإنّ قوله-عليه السلام:-فإن أحدث المشتري (1) إلى آخره لا اختصاص له بالمشتري العالم بخيار الحيوان فيشمل الحدث الصادر من الجاهل، و بهذه القرينه بضم القطع بعدم إرادته الرضى بأصل الملكيه كما تقدّم يحصل معنى ثالث

ص: ١٠٢

و هو الرضى بأصل إمساك الملك و الغمض عن رده إلى البائع، فإنّ هذه الحاله ممكن التمشى من العالم و الجاهل الذى بحسب نفسه ملجأ بقبول البيع و التزامه، و لكنّها ما دامت كامنه فى نفسه و لم تصل إلى مقام الإظهار بالفعل الدالّ النوعى على وجودها فى نفس الفاعل لا تثمر فى سقوط الخيار و إنّما تثمر بسبب تحقّق الإظهار الفعلى.

فإن قلت: الجاهل المذكور يرى نفسه من الأوّل ملتزماً بالقبول فكيف يصحّ حمل هذا المعنى على الحدث؟ و هذا أيضا كالرضى بأصل الملكيه الذى قلت إنّ غير مقصود من العبارة لكونه أمرا حاصلًا من الأوّل.

قلت: مجرّد الجهل لا يوجب ما ذكرت فإنّه ربّما يتوسّل إلى انفساخ العقد بالتقاييل أو بوجه آخر، فما دام لم يبرز منه العمل الدالّ على الالتزام بالملكيه فمجرّد الجهل غير حاكم بكونه ملتزماً.

و بالجملة على هذا الوجه يسقط الاحتمال الأوّل من الاحتمالات الأربعة المذكوره أعنى إرادته التنزيل، فإنّ التنزيل إنّما يصحّ فيما إذا كانت فى موضوع الرضى كبرى وجدائيّه خارجيّه، و على هذا المعنى ليس للرضى هذا المعنى، و إنّما المرتكز فى الأذهان مسقطيه الالتزام بالعقد الذى هو عدل الفسخ الصادر من العالم بالخيار، لا هذا المعنى المتساوى النسبه إلى العالم و الجاهل، فتدبرّ.

الثالث: خيار الشرط

اشاره

أعنى: الثابت بسبب اشتراطه فى العقد، و قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: لا خلاف فى صحّه هذا الشرط و لا فى أنّه لا يتقدّر بحدّ عندنا، و نقل الإجماع عليه مستفيض، و الأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامه المسوّغه لاشتراط كلّ شرط إلّا ما استثنى، و الأخبار الخاصه الوارده فى بعض أفراد المسأله.

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره «أنّ المسلمين عند شروطهم» (١) و يزيد في صحيحه ابن سنان «إلا كلّ شرط خالف كتاب الله فلا يجوز» (٢) و في موثقه إسحاق بن عمّار «إلا شرطاً حرّم حلالاً أو حلّ حراماً» (٣) انتهى.

قال شيخنا الأستاذ- دام ظلّه-: أمّا الأخبار الخاصّة مثل صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله- عليه السلام- في حديث قال- عليه السلام-: «و إن كان بينهما شرط أيّاماً معدوده فهلك في يد المشتري قبل أن. الشرط فهو من مال البائع» (٤).

و رواه السكوني: «إنّ أمير المؤمنين- عليه السلام- قضى في رجل اشترى ثوباً بالشرط إلى نصف النهار» (٥).

و الأخبار المستفيضة الواردة في اشتراط الفسخ برّد الثمن كما سيأتى نقلها إن شاء الله تعالى، فالتمسك بها مع التأييد بالإجماعات المنقولة المستفيضة حسن في إثبات المطلب.

و أمّا الأخبار العامّة: فلا إشكال في التمسك بها أيضاً بناء على ما ذهب إليه -قدّس سرّه- في معنى الاستثناء الواقع فيها، و أمّا على ما نحتمل من معنى آخر فيها فربّما يشكّل الحال.

و توضيح معنى الاستثناء على سبيل الإجمال: أنّ المراد بالتحليل و التحريم هو الترخيص و المنع الصادران من نفس الشارط، فإذا قال: بعثك بشرط شربك الخمر، فهذا معناه: رخصتك في الشرب، و إذا قال: بشرط عدم شربك الماء، فهذا

ص: ١٠٤

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٣، ح ١ و ٢ و ٥.

٢- ٢) المصدر نفسه: ح ٢.

٣- ٣) المصدر نفسه: ح ٥.

٤- ٤) المصدر نفسه: الباب ٨، من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ٢.

٥- ٥) المصدر نفسه: الباب ١٢، من أبواب الخيار، ص ٣٥٩، ح ١.

منع منه للمشروط عليه عن الشرب، و على هذا فربما يستشكل بأنه لا داعى لكلّ مشرط لفعل أو ترك أو نتيجة إلا لأن يحصل به أمر غير حاصل و هو بأن لا يكون للمشروط عليه فى صوره شرط الفعل ملزم شرعى إلى الفعل أو نفسانى و كذا النتيجة، فإنه إذا كانت النتيجة حاصله فاشترطها أمر لغو لا يصدر عن عاقل.

فعلى هذا مرجع كل شرط إما إلى سدّ باب فتحه الله أو فتح باب سدّه الله، و هذا معنى تعميم التحليل و التحريم إلى الطلبى و الوضعى، و كذا الحلال و الحرام فلا يبقى للمستثنى منه إلا شرط ترك المحرّمات، و فعل الواجبات و النتائج الحاصله لولا الشرط.

و حاصل التفصّى على ما اختاره شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- أن يقال: إنّ الحلال و الحرام الثابتين فى الشريعة على قسمين، أحدهما: ما ثبت للذوات فى حال التجرد عن العناوين الطارئه و باعتبار أنفسها لو خلّيت و طبعها كما فى حليه لحم الغنم، و هذا لا يزاحم حكما ثابتا لعنوان ثانوى وارد على الذات، فإنّ وروده يوجب قلب الموضوع و خروجه عن وصف التجرد إلى موضوع آخر معنون.

و الثانى: ما يثبت للذوات مع الإطلاق لجميع الحالات الطارئه و العناوين العارضه عليها، و هذا لا محاله يحصل التنافى بينه و بين الحكم المنافى الثابت للعنوان الطارئ، لأنّ الموضوع حسب الفرض محفوظ فى التنافى بين الحكمين، فما ورد فى بابى الشرط و الصلح من استثناء ما كان منهما تحليلا للحرام و تحريما للحلال ناظر إلى الحلال و الحرام اللذين كانا من قبيل القسم الثانى، و ما يلزم من استثنائه لغويّه البابين هو الحلال و الحرام اللذان من القسم الأوّل.

فشأن البابين هو التغيير و التبديل فيما كان من القسم الأوّل و ليس فيه تحليل و تحريم بل هو قلب للموضوع و إخراج له عن الوصف الذى به صار موضوعا

و التحليل و التحريم إنما يتحققان فى القسم الثانى الذى فرض فيه سرايه الحكم و إطلاقه إلى جميع حالات الموضوع التى منها حاله الاشتراط، فإنه لو نفذ الشرط حينئذ فاللازم منه رفع الحكم مع حفظ الموضوع.

و حاصل الإشكال الذى أورد على هذا التفصلى شيخنا الأستاذ-دام ظلّه:-

أنّه إن أريد من الحلال و الحرام ما كان مدلولاً للأدلة بما هو مدلول، و بعبارة أخرى: كان قوله-عليه السلام-:الحلال و الحرام ناظراً إلى مفاد الأدلة الذى يستنبطه المجتهد فى مقام الإثبات، فالتشقيق صحيح، فإنّ المعنى حينئذ أنّه ينظر إلى مفاد الأدلة الأوّلية، فإن استفيد منها حكم حيثى مع عدم النظر فى مقام الدلالة إلى العناوين الطارئة، فالشرط صحيح و إن كان المفاد منها الحكم مع ثبوت الإطلاق الدلالى بالنسبة إلى الحالات الطارئة، فالشرط باطل و لا يجوز رفع اليد عن ذلك العموم و الإطلاق الإثباتيين بدليل الشرط و ملاحظه المعارضه بينهما، و لكن كون الكلام ناظراً إلى مقام إثبات الأدلة بعيد غايه البعد.

و إن أريد الحلال و الحرام الثابتان بحسب مقام الثبوت و نفس الأمر اللذان هما ذات المكشوف بالأدلة فى مقام الإثبات، فالاستثناء حينئذ يرجع إلى أمر ركيك و توضيح للواضح، فإنّ المعنى أنّه إن كانت الحليّة و الحرمة الواقعتين اللتين شرط خلافهما الشارط بحسب مقام ثبوتهما و واقعتهما ساريتين إلى هذه الحالة الطارئة على الموضوع و هو حاله الاشتراط فالشرط باطل، و إن لم تكونا ساريتين إلى العنوان الطارئ و واقفتين على مرتبه الذات المجرّده فالشرط صحيح، و الشقّ الأوّل راجع إلى أنّه لو كانت الحرمة الواقعيّة الفعلية ثابتة حال الشرط بفعليّتها فلا يمكن أن يجيء الوجوب من قبل الشرط، و هذا أمر بديهى لعدم إمكان الحرمة و الوجوب التعيينيين فى مورد شخصى مع عدم المندوحه.

فإن قلت: يمكن وجودهما بوصف الفعلية و تراهما.

قلت: معنى الفعلية في المتراحمين ثبوتهما مع قطع النظر عن حال التراحم و المفروض هنا الفعلية حتى بالنظر إلى حال الابتلاء بصفه الاشتراط، و حكمها الجائي من قبل أوفوا بالشروط و لا شبهه في عدم معقولية اجتماع الفعليتين بهذا المعنى.

و حاصل التفصيلى على ما مال إليه أستاذنا-دام ظلّه-بعض الميل فى مجلس الدرس أن يقال: إنّ الحلال و الحرام يراد بهما الواقعيان لا- ما هو مفاد الأدلّه و فى مقام الإثبات لكنّ المقصود منهما كلّ حكم جاء من قبل اقتضاء فى الموضوع لجعل ذلك الحكم، و حاصل الاستثناء يرجع إلى أنّ الاشتراط لا يقوم بقبال الأحكام التى جعلها الشارع باقتضاء المقترضيات فى موضوعاتها و لو فرض كون المقترضى بحيث لا يقاوم العناوين الطارئه و يكون مغلوبا لها، و لكن إذا وقعت متعلقاتها تحت عنوان الشرط، فهذا العنوان ليس كسائر العناوين فى مغلوبية ذلك الاقتضاء فى جنبه و يخرج بهذا الأحكام التى جعلها الشارع لا- لاقتضاء فى الموضوعات لجعلها، بل لعدم اقتضاء فى جعل أضدادها.

مثلا- الإباحه قد تكون مجعوله لاقتضاء فى الموضوع، كما لو كان فى حدّ ذاته مناسبا للإيجاب، و لكن مناسبه للتسهيل و الامتنان، و غلبه هذا على الأوّل أوجب جعل الإباحه.

و قد تكون مسببه لا- عن الاقتضاء بل لعدم اقتضاء فى شىء من جانبى الفعل و الترك للطلب الإلزامى و لا غيره إلى جعل ذلك، فكلّ ما كان من قبيل الأوّل فالشرط فى مورده باطل لأنّه تحليل و تحريم، و كلّ ما كان من الثانى فلا تحليل و لا تحريم فيصحّ.

إن قلت: كيف يكون في الأوّل تحليل و تحريم إذا فرض عدم ناظرية الحكم بواقعه لحاله الاشتراط و كان حكماً حيثاً فإنه حينئذ قلب الموضوع و فرق بين إبطال الموضوع و إبطال الحكم.

قلت: قد أسند التحليل و التحريم إلى الشارط فهما فعله و لا شكّ أنّه علّق التزامه الشرطى على نفس العنوان المحكوم بالحكم، و بعبارة أخرى هو مع الحكم يرد على ذات الموضوع دفعه و فى عرض واحد، فلو فرض نفوذه كان إبطالا- للحكم فى رتبه وجود موضوعه، نعم حكم الشارع حيث أنّه متأخر عن فعل الشارط و التزامه كان لا محاله فى موضوع آخر غير الذات المجرّده، و حينئذ يمكن أن يقال بمناسبه الحكم و الموضوع بانصراف عنوان التحليل و الترحيم إلى القسم الأوّل، إذ يصدق فى الثانى أنّ الشارط ما فعل شيئاً بقبال الشارع- عليه السلام-، هذا حاصل الكلام فى توضيح الاستثناء.

إذا عرفت ذلك فنقول فى مسألتنا: شرط الخيار فى البيع مناف بحسب الصورة، لآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و لروايه «إذا افترق البيعان و جب البيع» (٢) و لكن على المذاق الأوّل فى معنى الاستثناء يمكن أن يقال بعدم المنافاه لشيء منهما.

أمّا الآيه الشريفه: فلأنّ مفادها و جوب الوفاء بالعقد و الإتيان بمقتضاه كيف ما كان، فإذا فرض إدراج الشرط فى العقد فالوجوب يتعلّق بهذا الموضوع المقيّد.

و أمّا الروايه الشريفه: فمفادها حكم حيثى و قد عرفت اختصاص التحليل و التحريم على هذا المذاق بما لم يكن من هذا القبيل.

ص: ١٠٨

١-١) المائدة: ٢.

٢-٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

لا يقال: ينافى كونه حيثيا جعله-قدس سره- هذه الروايه مع الآيه مرجعا فى ما تقدم فى مسأله نفى خيار بائع الحيوان بعد تعارض الأخبار من الطرفين.

لأننا نقول: لا- منافاه لإمكان كون الخطاب من جهه فعليا و من أخرى حيثيا و من الممكن القول بفعليه الحكم المزبور بالنظر إلى خصوصيته بايعته الحيوان، و بعبارة أخرى بالإضافه إلى أفراد البائعين و البيوع و المبيعات و عدم فعليته بالنظر إلى مثل عنوان الاشتراط، هذا على المذاق الأول.

و أمّا على المذاق الثانى فيمكن أيضا تقريب عدم المنافاه، أمّا فى الآيه فيما تقدم، و أمّا فى الروايه فبأن يقال: إنّ الوجوب و نفى الخيار حكم جاء من قبل عدم الاقتضاء، فإنّ الملك إذا حصل فالرفع و الإزاله محتاج إلى السبب و أمّا الترك بحاله فيكفيه عدم سبب الرفع.

لا يقال: يكفى فى السبب للوجوب نفس بقاء الملك الذى هو بطبعه.

لأننا نقول: هذا من قبيل بقاء الجسم فى محله ما لم يحدث المزيل و هذا بقاء الموضوع، و الذى نحن فيه وجود خصوصيته فى الملك مقتضيه للحكم عليه بعدم الخيار و أنّى لنا بإثبات ذلك، إذ من الممكن كون الملك بحسب طبعه باقيا مع كونه لا اقتضاء فى شىء من طرفى الحكم بالخيار و الحكم بالعدم، و لكن حيث إنّ العدم لا- مؤنه له بل يكفيه عدم تحقق علّه الوجود حكم بالعدم.

لكن هذا التقريب فى الروايه مسقط لها عن قابليته التمسك بها فى مثل المسأله المتقدمه من نفى خيار بائع الحيوان، إذ ليس مفادها على هذا إلا نفى الاقتضاء للخيار فلا ينفى احتمال الاقتضاء من ناحيه خصوصيته.

هذا و الذى يسهل الخطب كما عرفت هو الأخبار الخاصه مؤيده

بالإجماعات المنقوله المستفيضه.

ثم الكلام فى أحكام الخيار المشترط فى العقد يظهر برسم مسائل.

مسأله: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه،

لعموم الأدله حتى لو شرط يوما و يوما لا، أو شهرا و شهرا لا، إنما الكلام فيما لو لم يعين المده و حصل التراضى بالخيار فى مدّه مجهوله كقدوم الحاج.

فقال شيخنا المرتضى -قدس سرّه-: بطل بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه صريحا لصيروره المعامله بذلك غرريه، انتهى.

وجه غرريه البيع: أنّ الشرط فى المجهوله المرده بين شهر و شهرين مثلا لا شكّ فى كونه غررا و خطرا، و معنى الغرر هو إلقاء النفس فى معرض الخطر و ليس المعيار فيه عدم إقدام العقلاء عليه، إذ لا منافاه فى إقدامهم فى كثير من أفراد الغرر و هو ما يسمونه إقداما على حظ و بخت.

و بالجمله: إذا كان الشرط غرريا فالبيع أيضا يصير كذلك لمساس الشرط به، فإنه كما يسرى الغرر الآتى من ناحيه المتعلق أعنى: العوضين و ما يتعلق بهما إلى البيع كما فى بيع ما لا يعلم قدره فى المكيل و الموزون، فكذلك حال الشرط فإنه أيضا و إن كان لا يرتبط بحسب الإنشاء بشىء من العوضين و إنما يلاحظ جانبه فى مقدار قيمه بحسب اللبّ و الغرض، و لكنه مرتبط بنفس المبايعه و المبادله، فإنه و إن لم يوقع إنشاء البيع و الالتزام بالمبادله منوطا بالشرط كما هو الشأن فى الشرط الأصولى بل أدرج الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام البيعى من دون أن يفرض الالتزام البيعى طرفا، و لكنه يرجع بالمآل إلى الشرط الأصولى إذ ليس حقيقه الشرط مجرد مقارنه بين الالتزامين بلا مساس لأحدهما بالآخر بل المقصود تضييق دائره المندرج فيه بالمندرج.

و على هذا فإذا كان في المندرج جهاله و غرر فلا محاله يسرى إلى المندرج فيه ضروره أنّ النتيجة تابعه لأخسّ المقدمتين، و المقيّد بما هو مقيّد يصير غرريًا لغرريّه القيد و هذا واضح.

و لكن لا بدّ أن يعلم أنّ هنا أيضا كما تقدّم في مسأله تعيين العوضين فردا غرريا عند العرف و إن كانوا يقدمون عليه و فردا غير غرريّ مع ثبوت مطلق الجهاله فيه، و مثلنا له فيما تقدّم بمبايعه الجنسين في كفتى الميزان متساويين وزنا و قيمه، و بمبايعه الجنس المرّدّ بين خمسه أمان جياذ و عشره رديّه متساويين في قيمه، فإنّ فيهما مطلق الجهل ثابت و لكن لا تعدّ مثل هذه المعامله غرريّه.

و هكذا فيما نحن فيه فقد يفرض الجهاله بمثل ما مثلنا من التردّد بين الشهر و الشهرين، و هذا لا شبهه في صدق الغرر معه عرفا، و قد يفرض فيما بين ساعه و ساعتين ممّا يتسامح فيه عرفا و لا يخرج بواسطه هذا المقدار عن الانضباط.

ثمّ في المسأله المتقدمه قام الإجماع على لزوم مراعاة العلم بالمقدار في المكيّل و الموزون و مضرّيّه الجهل حتّى في مثل المثالين و في مثل بيع عبد من عبيدين، و لكن في مسألتنا هذه لا نصّ مخصوص بالفرض، و عمومات النهى عن بيع الغرر وحدها غير كافيه لإثبات التعميم المذكور لما عرفت من عدم الصدق عرفا في مثل الساعه و الساعتين، فالمتّبع حينئذ الإجماع إن ثبت كما يظهر دعواه من العبارة المتقدمه من شيخنا-قدّس سرّه.

و لكنّه خلاف ما نرى مسلميته في باب الأجل في السلم الذى استشهد-قدّس سرّه-به في المقام أيضا، فإنّ جعل الأجل رأس الشهر الهلالى مثلا صحيح مع أنّه لا يعلم رؤيه الهلال فى الثلاثين أو فى التسعه و العشرين، فقد اغتفر مثل هذا التفاوت الذى هو بيوم و ليله فكيف لا يغتفر مثل الساعه و الساعتين؟

و على هذا فإن تابعا موارد صدق الغرر عرفا لا يصير دائره الغرر بحسب العرف و الشرع متفاوتة، نعم إن قلنا بأنه يحصل من تشعب موارد كلمات العلماء فى مواضع متفرقة- حيث عللوا مضرّيه الجهل بما لا يسمّى غررا عرفا كالأمثله المذكوره بلزوم الغرر- انعقاد الإجماع على أنّ مراد الشارع- عليه السلام- من الغرر الواقع تحت النهى مطلق الجهل، فحينئذ يصير دائره الغرر الشرعى أضيق دائره من العرفى، كما ذكره بعض الأساطين- قدّس أسرارهم-، و إن كان حقّ العبارة أن يقال: إنّ الشرعى أوسع دائره من العرفى، لكن أنّى لنا بإثبات ذلك.

ثمّ إنّه ربّما يقال فى قبال ما قلنا فى وجه بطلان البيع بغرريّه الشرط بواسطة الجهل بمدّته: بأنه لا شكّ أنّ البيع عند تخلف الشرط ليس حاله كحالته عند تخلف أحد العوضين فيمكن انتفاء الشرط مع بقاء البيع الذى هو المشروط، غايه الأمر حصول الخيار، و حينئذ نقول: إذا فرض وجود الدليل على فساد الغرر فى مطلق الجعل و الالتزام لا خصوص البيع، إنّ الشرط حينئذ يصير فاسدا لغرريّته، و فرضنا إمكان بقاء البيع بدون الشرط، و إذا سقط الشرط فلا موجب لبطلان البيع لأنّ المفروض عدم الغرر فيه من جهه أخرى.

و لكن فيه أنّ موضوع الغرر لا- بدّ أن يلاحظ وجوده و عدمه قبل حكمه، فقبل حكم الشارع بالبطلان إذا لاحظنا جعل البائع الشارط نراه جعلاً غرريّاً، و تسرى الغرريّه إلى جعله البيعى أيضاً. و حينئذ فإذا فرض وجود الدليل على بطلان مطلق الغرر فاللازم بطلان الشرط من جهتين، إحداهما من جهه دخول نفسه تحت دليل الغرر، و الأخرى من جهه تبعيته للبيع الذى هو أيضا داخل تحته.

و بالجملة: بعد سرايه الغرر من الشرط إلى البيع بقضيّه التقييد يتعيّن القول ببطلان البيع، و لكن يظهر من المحقق الخراسانى- قدّس سرّه- فى حاشيته على

مكاسب شيخنا-قدّس سرّه-في هذا المقام إمكان كون الشرط غير قيد للعقد و إن كان في ضمنه، وهو-قدّس سرّه-أعلم بما أفاد.

مسألة: لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهولة كقدوم الحاج، وبين

عدم ذكر المدّة أصلاً،

كأن يقول: بعثك على أن يكون لي الخيار، وبين ذكر المدّة المطلقة كأن يقول: بعثك على أن يكون لي الخيار مدّة، لاستواء الكلّ في الغرر.

خلافاً للمحكّي عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبي، فجعلوا مدّة الخيار في الصورة الأولى ثلاثه أيام و يحتمل حمل الثانيه عليها، و عن الانتصار و الغنيه و الجواهر الإجماع عليه، و في محكّي الخلاف وجود أخبار الفرقه به.

اعلم أنّه لو قصد الشارط في الصورة الأولى جعل الخيار في ظرف الدوام- كما هو الحال في جعل الأحكام لا بمعنى التعرّض في إنشائه لذلك حتى يخرج عن المفروض، بل إنّما يتعرّض لجعل حقيقه الخيار و يستفاد الإطلاق و الامتداد بحسب طول الزمان من مقدّمات الحكمه- فلا شبهه في جوازه، فإنّ الدوام أمر مضبوط لا جهل فيه فلا غرر، كما أنّه لو أخذ الزمان قيّداً مفرداً للفسخ فانتزع عمّياً بين تلك الأفراد الفرضيّة جامعا كلياً، و ينشئ ملكيه ذلك الكلّي نظير الصاع من الصبره في الأعيان يخرج عن الغرر أيضاً، لأنّ الكلّي لا جهل فيه، فلا بدّ من فرض الكلام فيما إذا كان المقصود ملكيه الفسخ على نحو الإهمال، إمّا بأن يجعله معرّفاً لفرد خاص و إمّا بأن يوكل التعيين إلى زمان آخر، و هذا لا إشكال في شمول دليل الغرر إياه كالصوره الثانيه.

و ما يتوهّم في قبال هذا العموم أمور:

الأوّل: الإجماع المنقول في لسان الأساطين الثلاثه-قدّس الله أسرارهم.

الثاني: إرسال الخلاف وجود أخبار الفرقه به، و هذا بمنزله أخبار مرسله على

الثالث: مفهوم بعض أخبار خيار الحيوان و هو صحيحه ابن رئاب حيث قال-عليه السلام-:«الشرط في الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط» (1) حيث خصّ التعميم لصوره الاشتراط و العدم بالحيوان، فيستفاد منه لمفهوم اللقب أنّ غير الحيوان يكون فيه هذا الحكم في صورته الاشتراط، و حيث إنّ الاشتراط المطلق يعلم أنّه ليس كذلك فيحمل على صورته الاشتراط بدون تعيين المدّة.

الرابع: ما روى في كتب العامّة أنّ حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجّه أصابته في رأسه، فقال له النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم: «إذا بعت فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثا» و في روايه: و لك الخيار ثلاثا. و الخلابه الخديعه. تقريب الدلاله: أنّ معنى لا خلابه «إنّي لا أتحمّل منك الخدعه» يعنى أفسخ البيع لو شئت، فعبر عن عدم لزوم البيع بعدم الخلابه بطريق الكنايه، و جعل النبيّ صلي الله عليه و آله و سلم حكمه الخيار ثلاثه أيام.

و توهم الاختصاص لهذا الحكم بذاك الشخص أو بمن هو مثله في المخدوعيه أو بهذه اللفظه بعيد عن الظاهر، فإنّ الكلام في مقام بيان المخلص، و ظاهره أنّ هذا من خواص ذات العمل من أيّ فاعل صدر، هذا ما يتوهم و الكل غير قابل للاعتماد.

أمّا الإجماع: فعليه أنّه منقول، مضافا إلى إمكان إرادته ناقله أنّ الإطلاق منصرف إلى الخيار المجعول الشرعي لكونه معهودا في ذهن المتشرّع و هو ثلاثه أيام بالإجماع.

و أما الثاني: فلأنه لم يعثر في كتب الأخبار و لا في كلام أحد من الفقهاء من تعرّض لذكر هذه الأخبار، مع أنّ العادة تقضى بأنّها لو كانت لوجدت في تلك الكلمات، فمن القريب بعد ملاحظه ذلك كون قول الخلاف إشاره إلى أخبار الحيوان بالتقريب الذى ذكر.

و أما الثالث: فوهنه واضح.

و أما الرابع: فالدلاله و إن لم يبعد تماميتها و لكنّ السند قاصر لأنّ الروايه كما عرفت عاميه و لم يعلم انجبارها بالعمل، إذ استناد المجمعين إليها غير معلوم و إذن فالحكم بالبطلان في كلتا صورتين متّجه.

مسأله: مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الإطلاق،

و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدؤه أوّل جزء من ذلك الزمان، و لو جعل مبدؤه من انقضاء خيار الحيوان، فبناء على القول بأنّ مبدأ ثلاثه الحيوان من حين العقد لا إشكال، و أمّا على القول بأنّ مبدأها من حين التفريق، فربّما يشكّل بأنّ الغرر حاصل حيث لا- يعلم أنّ المجلس فى أىّ زمان ينقضى، و لكنّه محلّ إشكال لأنّ المجلس حسب المتعارف معلوم مقدار مكثه، و المقدار المحتمل من الزيادة و النقيصه فيه قليل يتسامح به عادة، و ليس حال هذا الجهل بأقوى من الجهل فى الشهر الهلالى الذى لا يعلم ختمه بثلاثين أم بتسعه و عشرين.

ثمّ بناء على ما هو الحقّ من إمكان الخيار المتعدّد فى الزمان الواحد بأنّ تتداخل الأسباب فى المسبّب الواحد لا إشكال، و أمّا بناء على القول بالعدم فلا بدّ من تقييد الإطلاق إلى ما بعد زمان خيار الحيوان و الحكم بالصحّه ممّا بعد هذا الزمان، فلو جعل الخيار عشره أيام يسقط من أوّله مقدار زمان خيار الحيوان و يبقى بقيه العشره صحيحا، و الجهل بانقضاء خيار الحيوان هنا غير مضرّ و إن

قلنا بإضراره في السابق، فإنَّ الجهل المضرَّ ما كان في مقام الجعل و لا جهل حسب الفرض في ذلك المقام، لأنَّه متعلِّق بعشره مبدؤه من حين العقد، غايه الأمر التفكيك في التأثير و الصَّحَّه حسب قطعات الزمان كما يحصل التفكيك في الإنشاء الواحد المتعلِّق في باب البيع بما يملك و ما لا يملك و قد فرغ عن إمكانه في محلّه، و أمَّا جعل تمام المدّه كالعشره في ما بعد ثلاثه الحيوان فهو خلاف ما قصده الجاعل.

مسأله: يصحّ جعل الخيار لأجنبيّ،

و لو جعل الخيار لمتعدّد ففي المسأله وجوه بحسب التصوير.

الأوّل: جعل الخيار للمجموع بحيث لا يكون لواحد استقلال لا في الفسخ و لا في الإمضاء و يكون حالهم كالوراث في وجه.

الثاني: جعله لكلّ واحد و هذا يتصوّر على وجوه:

الأوّل: أن يكون الواحد ذا حقّ على الفسخ و على الإلزام بحيث لا يقبل العقد بعده انفساخاً بأحد من أسبابه حتّى التقايل، و هذا خلاف الشرع فإنّ العقد قابل للانفساخ بالتقايل.

الثاني: أن يكون ذا حقّ على الفسخ و يكون الإمضاء منه إسقاطاً لهذا الحقّ، و هذا صحيح، و لازمه أنّهما لو اختلفا في الفسخ و الإمضاء فكلاهما نافذ و العقد منفسخ كما هو واضح.

الثالث: أن يكون ذا حقّ على الفسخ و على الإلزام من طرف نفسه وحده و من طرف صاحبه كذلك في مقابل الانفساخ بالتقايل.

الرابع: أن يكون ذا حقّ على الفسخ و على الإلزام من ناحيه نفسه فقط دون صاحبه.

وقد تنظر في صحه الأخيرين شيخنا الأستاذ-دام أ أيام بقاءه- بأن متعلق الحق بعد الإلزام حسب الفرض و هو العقد باق بحاله، إذ الفرض أنه لم يؤخذ في موضوع الحق سوى وجود العقد بلا قيد آخر، و حينئذ فانقطاع يد الآخر بواسطه هذا الإلزام ليس إلا بالتصرف في إطلاق نفوذ حق الآخر و أنه غير نافذ في صوره وجود هذا الإلزام.

لا- يقال: ليس تصرفا في نفوذه، بل في موضوعه فإن موضوعه ليس مطلق العقد بل العقد القابل للانفساخ و هذا الإلزام يوجب خروج العقد عن قابليه.

لأننا نقول: كالأ، فإن العقد بعد باق على قابليه للانفساخ و لهذا يجوز التقايل، فلا قصور في ناحيه قابليه العقد فيتمخض في جانب نفس الحق فيصير الشرط من هذه الجبهه خلاف الشرع، نعم له تضييق موضوع الحق بأن يجعل موضوعه العقد الذي لم يرد عليه إمضاء من صاحبه و حينئذ فكل من الفسخ و الإمضاء تقدم كان هو المؤثر دون ما تأخر.

ثم إنه هل يجب على الأجنبي مراعاة المصلحه للجاعل؟ قيل: نعم و الحق أن هذا تابع لجعل الجاعل، فإن جعله مستقلا في الأمر و مختارا تاما فله ما يشاء و لو كان فسادا بحال الطرفين.

نعم يمكن دعوى أن الظاهر من شاهد حال من يجعل الأجنبي ذا خيار على معاملته كونه في ذلك متكلا على خبرويته و نظره، و أنه في ذلك يقوم مقام نفسه في رعايه جانبه و ملاحظه صلاحه بحيث يوجب هذا المعنى انصرافا في عالم الإثبات إلى ثبوت التقييد في موضوع الجعل، فالمجوعول هو الخيار الخاص أعنى ما روعى فيه المصلحه للجاعل و إلا فإن صار من قبيل الحيثيه التعليليه مع الإطلاق في مقام الجعل و الإنشاء فلا ينفع، و هذا واضح.

ثم إنه يظهر من المحقق الطباطبائي قدس سره- في هذا المقام من تعليقه تفصيل آخر في المسألة حاصله: أن جعل الخيار للأجنبي تاره من باب التوكيل، و أخرى من باب التحكيم، وإذا كان من باب التوكيل فقد يكون للموكل أيضا خيار و قد يكون لخصوص الوكيل، فأوجب في صورته التوكيل مراعاة المصلحه و ذكر في صورته التحكيم مثل ما قلناه.

قال شيخنا الأستاذ- دام علاه-: صحه اشتراط الوكاله للأجنبي بعد جعل الخيار لنفسه مبيته على كون الوكاله شرطا على الموكل و إلا فلو اعتبر اشتراطها على طرفه فلا معنى لهذا الاشتراط، فإن صاحب الحق يصح له جعل الوكاله، و لو كان ضررا على صاحبه و ليس لرضى صاحبه و قبوله في ذلك مدخل، و إنما الدخيل قبول الوكيل، و الحال أن المطلوب من الاشتراط حصول إزام و التزام لولاه لم يحصل، و هذا إنما يتحقق في جانب الموكل فإنه غير ملزم على الثبات لو عقد صيغه الوكاله مستقلا، و أما إذا ألبسه صورته الاشتراط تنجز عليه البقاء و الدوام.

و حينئذ فنقول: طبع الوكاله آب عن قبول اللزوم- بمعنى عدم تأثير العزل في زوالها- فإن حقيقتها متقومه ببقاء الموكل على نصبه و توكيله، فإذا رجع و عزل فلا و كاله و لا تفويض و لا إيكال قهرا، و حينئذ فلا بد أن نقول ببطلان هذا الشرط، فإن دليل الشرط إنما يكون مصبه الأمور القابله للزوم و البقاء بعد رجوع الشارط عن شرطه.

اللهم إلا- أن يقال: إن مفاد الدليل ابتداء إنما هو التكليف، و الوضع إنما ينتزع بتبعه فإذا لم يكن للوضع مجال بواسطه ما ذكرت من عدم القابليه لا يوجب هذا أن لا نأخذ بظاهر الدليل من إثبات التكليف وحده، و حينئذ فنقول بحرمة العزل تكليفا، و إن كان ينعزل لو عصى و عزله.

ثم المراد بكونه لخصوص الوكيل أنّ الخيار للموكل لكن بلسان وكيله.

ثم في صورته التحكيم هل للمشروط له إسقاط حقه حتى يوجب سقوط حق الأجنبي، لأنّ المفروض أنّ حق الأجنبي نفس حق المشروط له فمعنى إسقاط حقه زوال هذا الحق و كذا للأجنبي أيضا إسقاط حقه حتى يلزم منه قهرا سقوط حق المشروط له؟ فصل شيخنا الأستاذ- دام علاه- بين الموردین فجوّز في الأخير دون الأول.

أما وجه الجواز في الأخير فلاّنه من قبيل إعدام الموضوع بالنسبه إلى حق المشروط له فإنّ حقه متعلق بحق الأجنبي، فإذا أسقط الأجنبي حقه لا يبقى محلّ لحق المشروط له.

و أما وجه العدم في الأول فلاّنه حق الأجنبي ليس مبتيا على حق المشروط له بل إنّما معنى عدم بقاء حق المشروط له انتفاء هذا الحق كما هو الحال في شرط سائر النتائج، وعلى هذا نقول: القدر المتيقّن من أنّ لكلّ ذي حق إسقاط حقه غير هذا المورد ممّا لم يوجب الإسقاط تفويت حق ثابت للغير.

ثم إنّّه قد يستشكل في أصل نفوذ هذا الشرط، أعنى شرط الخيار للأجنبي، بأنّه مخالف لعموم «فإذا افترقا وجب البيع» (1) فيدخل تحت قوله: «إلاّ- شرطا حرّم حلالا- أو أحلّ حراما» (2)، خرج عن عموم هذا الاستثناء في خصوص المتعاقدين بالنسبه إلى خيار ثلاثه الحيوان و خيار الشرط بالنصوص الخاصه الناصه و بقي الباقي، فلا موجب بالنسبه إلى الأجنبي لرفع اليد فيه عن عموم الاستثناء، و أنت خيرير بأنّ هذا الاشكال لا مدفع له بما أفاده شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- بأنّ

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢، من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

٢- (٢) المصدر نفسه: الباب ٦، من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ٥.

الفسخ لا- يعتبر في حقيقته كونه من المتعاقدين، و لهذا يقال يارث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين، فإنه يقال: نحن نسلم مرحله إمكانه و لكن كلامنا في الوقوع و أن الدليل قائم بخلافه.

و الذى أفاده شيخنا الأستاذ- أطال الله بقاءه- فى جواب هذا الإشكال: أنه لا بد أن يعلم أولا، أن عموم الاستثناء المزبور من العمومات الغير القابله للتخصيص لا بمعنى إباطه عقلا، بل بحسب سياق اللفظ و أسلوب العبارة، فإن قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «قضاء الله أحق و شرطه أوثق» يستفاد بحسب متفاهمه العرفى أنه لا مخصيص له، و إن كان يمكن حسب ما قررنا فى معنى الاستثناء من أن المراد عدم إفاده الا-شترط تغييرا و تبديلا فى اقتضاءات الشرع، فإنه بمكان من الإمكان مزاحمه الأحكام الاقتضائية بحكم آخر أقوى ملاكا.

و حينئذ فنقول: بعد ورود النص الخاص فى مورد المتعاقدين بثبوت الخيار بعد التفريق، يستكشف منه كون عموم خطاب وجب البيع عند الافتراق، حكما نشأ من قبل عدم الاقتضاء. بمعنى: أن العقد فى حد نفسه كالموضوعات الخارجيه له قرار و بقاء، فما دام المجلس يكون المقتضى لجعل الخيار فيه باقيا، و إذا زال المجلس صار البيع حسب مقتضى طبعه لازما، فإن المانع جعل الشارع الخيار، فإذا انتفى الجعل بانتفاء موجهه و هو المجلس تحقق اللزوم قهرا، فمنشأ اللزوم انقضاء المقتضى لجعل الخيار بواسطة التفريق، لا حدوث المقتضى لجعل العدم بسببه.

لا- يقال: لا شك أن الظاهر الأولى من خطاب «إذا افترقا وجب البيع» بل كل خطاب هو أن الموضوع مقتض للحكم لا أنه صرف عدم الاقتضاء لنقيض الحكم، و حينئذ فيجب الأخذ بهذا الظاهر بقدر الإمكان، فالذى يجب رفع اليد فيه

عن هذا الظهور إنما هو في موضوع المتعاقدين.

و أمّا في حقّ الأجنبيّ فالأخذ به ممكن، وذلك لأنّ الأمر دائر بين أن نقول بأنّ الافتراق مطلقاً منعزل عن مرحله الاقتضاء، و بين أن نقول بأنّه في الجملة له اقتضاء ذلك، غايه الأمر لا بنحو الإطلاق، فالثاني رفع اليد عن الإطلاق، و الأوّل رفع اليد عن الأصل، و لا شكّ أنّ الأوّل أولى لكونه حفظاً للظهور بقدر الإمكان.

لأننا نقول: لو حملنا الخطاب على الاقتضاء لزم رفع اليد عن إطلاق المادة بالنسبه إلى المتعاقدين في خصوص حال الشرط، بخلاف ما إذا حملناه على عدم الاقتضاء، فإنّ إطلاق المادة حينئذ محفوظ حتّى في حال الشرط، و مع ملاحظه حكمه فيمكن جعل أصاله الإطلاق في المادة أماره على كونه من قبيل الثاني.

و لو سلّم التعارض بين الظهورين أعني: ظهور الخطاب في الاقتضاء و ظهور أصاله الإطلاق تحقّق الإجمال، فيكون اشتراط الخيار للأجنبي من موارد الشبهه في كونه محلّلاً و محرّماً، و الأصل المؤسس لهذا المقام على ما يأتي إن شاء الله تعالى في محلّه، أصاله عدم المخالفه للكتاب و السنّه.

مسأله: من أفراد خيار الشرط ما يضاف إليه البيع و يقال له: بيع الخيار،

إشاره

و هو: أن يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدّه بأن يردّ الثمن فيها و يرتجع المبيع، و تحقيق حال المسأله محتاج إلى التكلّم في أمور.

الأوّل: اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصوّر على وجوه:

الأوّل: أن يؤخذ قيّداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت بأن يكون له الخيار مشروطاً بنفس الردّ أو بزمانه، و على كلّ حال لا خيار قبل الردّ. و المراد بالردّ:

فعل ماله دخل في القبض من طرفه و إن أبى المشتري.

ص: ١٢١

الثانى: أن يؤخذ قيذا للفسخ، فيكون جميع المدّة المضروبه ظرفا للخيار و السلطنه، لكنّ المسلّط عليه أمر مضيق و هو الفسخ الخاص بخصوصيّه المقارنه أو التأخر للردّ.

الثالث: أن يكون الردّ فسخا فعليًا، بأن يقصد به تمليك الثمن ليتملك المثلن، و عليه حمل فى الرياض على المحكى ظاهر الأخبار الداله على عود المبيع بمجرد الردّ كما يأتى إن شاء الله تعالى.

الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيذا لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشره الفسخ، فإنّ التسلّط على أمر كالزوجيه و الملكيه و الانفساخ تاره يكون بإنشاء نفس تلك المعانى و إمضاء الشارع، و أخرى يكون بإيجاد ما هو سبب لوجودها من دون تحقّق إنشاء قوليّ أو فعليّ متعلّق بنفسها.

فالوجه الثالثه المتقدّمه من قبيل الأوّل. غايه الأمر إنّ الإنشاء فى الثالث يكون فعليًا و بنفس الردّ، و فى الأولين يكون إمّا فعليًا و إمّا قوليًا بعده، و هذا الوجه الرابع من قبيل الثانى.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطًا لوجوب الإقاله على المشتري بأن يلتزم على نفسه الإقاله إذا جاء البائع بالثلن و استقاله.

إذا عرفت هذا، فالكلام فى صحّه هذه الوجه تاره على القواعد و أخرى بحسب النصوص الوارده، و أنّها مساعده مع الكلّ أو البعض، و على الثانى مع أى منها.

أمّا الكلام على القاعده: فمقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» (1) صحّه

ص: ١٢٢

الكُلّ، لا يقال: نعم و لكن مقتضى الاستثناء أعنى قوله-عليه السلام-: «إلا ما حلّ الحرام و حرّم الحلال» البطلان، لأنّ الشرط بجميع هذه الوجوه محلّل للحرام و مخالف للمشروع، فإنّ المشروع هو لزوم البيع بمقتضى إطلاق «إذا افترقا و جب البيع».

لأنّ نقول: لا محيص عن القول بعدم الإطلاق في هذه القضية بالنسبة إلى حال الشرط، و إلّا لزم التخصيص في عموم الاستثناء بملاحظه القطع بصحّحه أحد الوجوه بواسطة النصّ، و قد مرّ إباته عن التخصيص، فنستكشف بذلك عدم الإطلاق لهذه القضية كما تقدّم.

و على هذا فقضيّه عموم دليل الشرط صحّحه الجميع، إلّا- أن يكون هنا مانع آخر من موجبات البطلان من التعليق على القول بمبطلّيته و الغرر و غيرهما، و لهذا قد يقال بعد تسليم عدم المانع من ناحيه الإطلاق المذكور: بأنّ الوجه الأوّل و هو تعليق الخيار على الرّد أو على وقته باطل من جهه التعليق و من جهه جهاله وقت الرّد، و أنّه مثل قدوم الحاجّ، فكما أنّ اشتراط الخيار المعلق على قدومهم يكون باطلا للجهاله، فكذا هنا بل يقال: لا فرق في هذه الجهه بين التعليق للخيار على مثل الرّد و القدوم ممّا يجهل وقته، و بين إطلاقه و تقييد الفسخ بذلك، و إن كان يرتفع إشكال التعليق على التقدير الثانی، و لكن إشكال الغرر باق بحاله غير مندفع، إذ من الواضح أنّ الغرر اللازم في التقدير الأوّل- بواسطة جهاله زمان القدوم، و أنّه يتحقّق بعد شهر أو شهرين مثلاً، و بهذا المقدار تختلف الأغراض و الرغبات- لا- يرتفع بمجرد كون الخيار أمراً منجز الحصول مع كون متعلّقه من الفسخ على حاله التريّد و الجهاله المذكوره، فإنّ الذي تختلف باختلافه الرغبات، هو السلطنه الخارجيه على الفسخ، و المفروض تردّد أمرها، دون صرف الاعتبار

القائم بنفس المنشئ، فإنّ بذل المال بإزاء مثله يعد سفها، فالمنظور الأصلي في بذل المال إنّما هو السلطنة الخارجيه دون هذا الأمر الاعتباري، فالفرق بين الوجهين في حصول الغرر في غايه الإشكال بل جزم شيخنا الأستاذ-دام علاه-بخلافه.

و على هذا يسرى الإشكال في جميع الوجوه الخمسه لجريان الملاك المذكور فيها أجمع، و على هذا فإن كان مفاد أخبار الباب بعض هذه الوجوه كان هو بخصوصه خارجا عن دليل الغرر و يبقى الباقي تحته، و حيث إنّ الظاهر منها كما يأتي-إن شاء الله تعالى-هو الوجه الرابع أعنى: قيديّه الردّ للانفساخ فيبقى سائر الوجوه محكوما بالبطلان و هو ممّا يبعد منهم الالتزام به.

و الذي ذكر شيخنا الأستاذ-دام علاه-في رفع هذه العويصه أن يقال: فرق عرفا بين كون الأمر المعلق عليه الخيار أو الفسخ الذي فرض كونه مجهول الحصول أو مجهولا- زمان حصوله من الأمور الخارجيه عن تحت قدره الفاسخ كقدوم الحاج و نحوه من طيران الغراب و نزول المطر، و بين كونه من الأمور الاختياريه له المنوطه بإرادته و مشيئته، بحيث في أيّ زمان شاء إحداثه و إيجاده، أحدثه و أوجده، فلو لم يوجد لكان من ناحيه عدم إرادته و إن كان مسببا عن عدم تمكّنه.

و الحاصل: فرق بين ما كان من قبيل الأفعال المنوطه بإرادته المحتمل عدم تمكّنه من بعض مقدّماتها، و بين ما لا ربط له به أصلا، فالوجدان حاكم بارتفاع الغرر مع الأوّل سواء مع التعليق أم مع التقييد، و بحصوله في الثاني من غير فرق بينهما أيضا.

أمّا الثاني: فلما مرّ. و أمّا الأوّل: فلأنّ هذه الجهاله مثل جهاله أنّه هل يريد

فيما بعد ذلك الفسخ أو لا؟ مثل صورته جعل الخيار مطلقاً؟ فكما لا تضرّ هذه الجهالة التي مستندها جهالة الإرادة، كذلك في مقامنا أيضاً يكون الجهل بواسطة الجهل بأنه يريد في ما بعد أو لا؟ ولو كان عدم إرادته لأجل عدم قدرته من المال بمقدار الثمن.

فإن قلت: نعم هذا بالنسبة إليه، وأما بالنسبة إلى المشروط عليه فهذا الأمر المجهول من الأمور الغير الاختيارية، فهو كقدوم الحاج بالنسبة إليه.

قلت: هذا مثل جهالة الفسخ لا- يعدّ غرراً بالنسبة إليه، والسرّ أنّ السلطنة هي المبذول لأجلها المال و معناها الإناطة بالإرادة، أعنى: إن شاء فسخ و إن شاء لم يفسخ، ولا فرق عرفاً بين كون اختيار الفسخ بيده مطلقاً أو مع الاقتران بفعل اختياريّ له، لا أعنى كونه مقطوع الاختيارية له في موطنه، بل بمعنى كونه في معرض ذلك.

ألا ترى أنّه لا فرق في عدم الغرر بين جعل خيار الفسخ مطلقاً، وبين جعله و اشتراط كون الفسخ مقترناً أو متأخراً عن صعود جبل أو عدو ريع فرسخ، مع كونه بحسب القوّة و البنية ممّن يكون في معرض التمكن من ذلك بأن يجعل له الفسخ الخاص بهذه الخصوصية، و بعد عدم مساعده الوجدان على غرريّه هذا لا فرق أيضاً بين جعله بصورة التعليق أو بصورة التقييد، فإنّ هذا إنّما يجدى في مقام إصلاح الصورة، و التعليق و عدمه، و أمّا اللّب فلا يتفاوت، و إذن فلا ينبغي الإشكال في الصحّة من هذه الجهة.

و استشكل شيخنا العلامة المرتضى -قدّس نفسه الزكية- في الوجه الرابع، و هو كون الردّ سبباً للانفساخ بما حاصله: أنّ ترتّب الانفساخ على غير سببه الشرعيّ من الإنشاء الفعليّ أو القوليّ مخالف للمشروع، و قاس ذلك بباب المبادله،

فلو شرط في ضمن عقد حصولها بالنظر في المرآه أو حصول أمر كذائي مثلا، فحاله حال ما لو شرط حصول الزوجيه أو الطلاق بمثل ذلك.

و لكن استشكل شيخنا الأستاذ-دام بقاءه-في ذلك أيضا، و أنه لا-مانع في جانب الانفاسخ، فإنه أمر معقول و ليس يمنعه إجماع، كما لعله تحقق في الأبواب الثلاثة أعنى: الزوجيه و الطلاق و البيع. هذا كله، الكلام في الوجوه الخمسه حسب القواعد.

و أما حسب نصوص الباب فلا بدّ أولا من التيمّن بذكرها ثم التكلّم في ما يستفاد منها، و أنه أي من الوجوه المذكوره؟ و إن كان لا يهّمنا تحقيق ذلك بعد ما عرفت من تطبيق تمامها على القواعد، فنقول و بالله المستعان:

منها: موثقه إسحاق بن عمّار «حدّثني من سمع أبا عبد الله-عليه السلام-:

و سأله رجل و هو عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك دارى هذه، و تكون لك أحبّ إلى من أن تكون لغيرك، على أن تشتري لى إن أنا جئتك بئمنها إلى سنه أن تردّها علىّ؟ فقال-عليه السلام-: لا بأس بهذا إن جاء بئمنها إلى سنه ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ قال-عليه السلام-: الغله للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله؟» (1).

و روايه معاويه بن ميسره قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار خلطه، فشرط: إنك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال-عليه السلام-: له شرطه، قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب

ص: ١٢٤

(١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ١.

فى ذلك المال فى ثلاث سنين، قال-عليه السلام-: هو ماله، و قال-عليه السلام-: أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» (١).

و عن سعيد بن يسار فى الصحيح على المحكى «قال: قلت لأبى عبد الله -عليه السلام-: إنّنا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم، فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر و ثلاثه عشر و نوخر ذلك فيما بيننا و بين السنه و نحوها، و يكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منّا شراء قد باع و قبض الثمن منه، فنعده إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا و بينه أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ فقال -عليه السلام-: أرى أنّه لك إن لم يفعل، و إن جاء بالمال للوقت فردّ عليه» (٢).

و عن أبى الجارود عن أبى جعفر -عليه السلام- «قال: إن بعث رجلا على شرط، فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك» (٣).

و كون الأخير من أخبار الباب مبنى على كون (بعث) بمعنى اشترت. قال فى المجمع: و يقال: البيع: الشراء، و الشراء: البيع، لأدب أحدهما مربوط بالآخر، ثم قال بعد كلام: و فى الخبر «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه» (٤) أى: لا يشتري على شراء أخيه، و النهى إنّما وقع على المشتري لا البائع. انتهى.

و كذا مبنى على كون قوله: (بمالك) بكسر اللام، فإن كان بالفتح كانت أجنبيّه عن باب شرط الخيار و مرتبطه بخيار تخلف الشرط.

ص: ١٢٧

١-١ (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ص ٣٥٦، ح ٣.

٢-٢ (٢) المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ١.

٣-٣ (٣) المصدر نفسه: ح ٢.

٤-٤ (٤) مجمع البحرين: الجزء ٤، ص ٣٠٣، ماده «بيع».

و على كل حال فقد عرفت أنّ التعبير في هذه الأخبار وقع بنحوين:

الأول: تعليق ردّ المبيع على المגיעء بالثمن، والثاني: تعليق نفس ملكيه المبيع ثانيا للبايع على المגיעء بالثمن.

أمّا الثاني: فواضح الانطباق على شرطيه الردّ للانفساخ، فإنّ الظاهر من المגיעء و الإتيان بالثمن هو المגיעء و الإتيان الخارجى، لا الجعلى الإنشائى بمعنى إنشاء إدخاله فى ملك المشتري، فمقتضاه كون نفس الإتيان الخارجى به عند المشتري موجبا لعود المبيع.

و أمّا الأول: فقد اختار شيخنا الأستاذ - دام علاه - أيضا كونه كذلك ببيان:

أنّ المراد بردّ المبيع أو ردّ الشراء أيضا ليس الردّ الإنشائى بل الردّ الخارجى للعين إلى البايع، و معنى وجوب الردّ بهذا المعنى ليس إلاّ أنّه صار ملكا له بنفسه إتيانه الثمن، فوجوب الدفع لكونه ماله هذا.

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده إمّا أن يكون فى الذمه و إمّا أن يكون معينا،

و على كل تقدير إمّا أن يكون قد قبضه و إمّا لم يقبضه، فإن لم يقبضه إلى أن حضر المدّه فلا إشكال فى صورته انقضاء المدّه فى لزوم البيع لو لم يفسخ، إنّما الكلام فى أنّ له الفسخ فى أثناء المدّه أو لا؟ فى المسأله و جهان:

الأول: الجواز، بملاحظه أنّ الردّ ليس له موضوعيه، فالشرط حقيقه مطلق الكون عند المشتري و إن لم يتحقّق الردّ و هو هنا حاصل، و ظاهر شيخنا المرتضى - قدس سرّه - تقويه هذا.

و الثاني: العدم، بملاحظه أنّ تمام النظر إلى قبض الثمن من المشتري، فإنّ البايع إنّما يقدم لحاجته إلى الثمن، فتقدير عدم القبض مغفول عنه رأسا، فيكون محطّ الإنشاء صورته القبض، فلا إنشاء مع العدم، نعم لا تقييد بالقبض فى لبّ

الغرض لكن أعميه الغرض لا فائده فيها بعد أخصيه دائره الإنشاء.

فإن قلت: فيلزم أنه لو حصل تهاتر بعد القبض، بأن اشتغل ذمه المشتري للبائع بمقدار الثمن و قد كان البائع قبض الثمن فأراد الفسخ عند حضور المدّاه لم يكن جائزا إلا بالردّ الخارجى و هو من البعد بمكان.

قلت: السرّ أنّ خصوص هذا الفرد و إن كان مغفولا عنه حال الإنشاء، لكنّ الجامع المتحقّق فى ضمنه قد تحقّق فيه الإنشاء، فالإنشاء قد ورد على مطلق كون موازى الثمن من مال البائع عند المشتري عند حضور المدّاه فى تقدير القبض للثمن، فحاصل الفرق أنّ ما قبل القبض المغفول عنه نفس الجعل و الإنشاء، و هنا المغفول عنه هو الفرد مع تحقّق الإنشاء فى الجامع و المضرّ هو الأوّل دون الثانى، و قد قوى هذا الوجه شيخنا الأستاذ-دام علاه-فتأمّل.

هذا كلّه هو الكلام على تقدير عدم قبض الثمن إلى حضور المدّاه.

و أمّا إن قبض الثمن، فهنا صور حاصله باختلاف صور الجعل:

فأما يجعل الشرط فى صورته تعيين الثمن ردّه بعينه، و إمّا يجعل الشرط الأعم من ردّ البذل، حتّى مع التمكن من ردّ العين، بل أو يجعل الأعم من ذلك و من ردّ قيمه فى المثلى بل و ردّ ما لم يبلغ قيمته قيمه المبيع.

كلّ ذلك صور ممكنه تابعه للقرار و الجعل حتى الصوره الأخيره، كما لو شرط مقارنه الفسخ مثلا- لدفع ربحانه إلى المشتري، فيكون دفع الربحانه موجبا بعد هذا الاشتراط لانفساخ المبيعه و عود كلّ عوض إلى صاحبه الأصلي، و لو قلنا بصحّه شرط المبادله المسببيه أيضا، جاز اشتراط حصول الانفساخ ثمّ وقوع المبادله بين ذلك الأجنبى المدفوع و بين الثمن ليردّ المبيع إلى البائع بقضيه الانفساخ و يصير الثمن أيضا ملكا له بقضيه المبادله، هذا فى الثمن المعين و يجرى مثله فى الكلّى.

الأمر الثالث: هل يكفي مجرد ردّ الثمن إلى المشتري في الفسخ،

أو لا بدّ مقارنة له أو متأخراً عنه من إنشاء فسخ إمّا قوليّ و إمّا فعليّ؟ الظاهر ابتداء المسألة على الوجهين في أصل مسأله الفسخ فإنّ فيه وجهين:

الأول: أنّه كسائر العقود من البيع و الصلح و نحوه لا- يكفيه المظهر عن الرضى الباطنى بحصول المضمون، ألا ترى أنّه لو أخبر أحد: بأننى مشتاق إلى زوجتيه المرأه الفلانيه، و معلوم من حالها أنّها أيضا مشتاقه إلى الزوج، لا- يكفي مجرد ذلك في انعقاد الزوجيه، بل لا بدّ فيه من حصول الإنشاء. و كذلك الحال في باب البيع و نحوه، فكذا الحال في الفسخ، فمجرد إظهار الندامه على المبيعه و الرضى بعود الملك إليه غير كاف في الفسخ، بل لا بدّ من تحقّق الإنشاء إمّا فعلا و إمّا قولاً.

الثانى: أنّ باب الفسخ غير سائر الأبواب، فيكفى هنا مجرد الرضى الباطنى مع الإظهار و لو بطور الإخبار و لو لم يتحقّق بطبقه إنشاء فعلا و لا قولاً.

فإن قيل بالوجه الأخير: فلا شبهه في أنّ الردّ دالّ و مظهر للرضى بعود المبيع إليه، و لا قصور في دلالتة على هذا فلا بدّ أن يكون كافيا و غير محتاج إلى شيء آخر.

و إن قيل بالأول: فالوجه عدم الكفايه و الفرق بين المقام و بين المعاطاه في البيع مثلا، و تصرّف ذى الخيار في ما انتقل عنه بما يتوقّف على الملك كالبيع و نحوه، بل و نفس ردّ الثمن إلى المشتري في صورته إطلاق الخيار المشترط في العقد و عدم تقييدها بالردّ ثبوت الدلاله و الظهور في المقامات الثلاثه للفعل على الإنشاء المطلوب، فإنّه لا- احتمال معتنى به في دفع الثمن و قبول المثل غير كونه بعنوان المبيعه، و هكذا بيع ذى الخيار لما انتقل عنه لا يحتمل احتمالا معتنى به غير إنشاء الفسخ ثمّ معامله طولاً، و هكذا الردّ للثمن في صورته الإطلاق أو اشتراط الفسخ

بالردّ كما هو الوجه الثالث.

و أمّا في مقامنا فحيث إنّ في البين احتمالين كلاهما متعارف مرسوم غير موهوم،الأوّل إنشاء الفسخ بنفس الردّ،و الثاني إيجادَه بعنوان كونه مقدّمه للفسخ ثمّ تصدّى الفسخ بعده بإنشاء قوليّ أو فعليّ،و ليس في البين قرينه معيّنه للأوّل، فيكون نفس الردّ قاصر الدلالة على الفسخ،فلهذا لا محيص عن عدم الكفاية.

الأمر الرابع: لا إشكال في سقوط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد

فيما إذا كان الردّ شرطاً للفسخ مع فعلية الخيار،و إنّما الكلام في صور آخر كان أصل حدوث الحقّ مشروطاً بالردّ،كما في الوجه الأوّل،فإنّ الإسقاط فيه إسقاط لما لم يجب و هو و إن لم يكن في إنشائه محذور عقلي كما في الواجب المشروط و غيره،و لكن لا- دليل على الصحّة و النفوذ فيه شرعاً،و ذلك أنّه لا دليل لفظي في البين حتّى ننظر فيه هل له إطلاق و عموم يشمل مثل هذا الحقّ الذي لم يتحقّق إلّا مقتضيه مع تزلزل تتمّه علته في الحصول في ما بعد و العدم،أو لا يشمل؟ و الدليل في الباب منحصر في الارتكاز و السير به بضميمه عدم الردع،و الذي تحقّق عليه ذلك و نجده عند مراجعته العرف و العقلاء إنّما هو السلطنة على رفع اليد عن الحقوق الفعلية،و أمّا الحقوق التي لم يتحقّق إلّا- مقتضيتها فلم تجزم منهم الإقدام على مثل ذلك فيها،كما لم نجدهم يقدمون بيع الأعيان التي سيملكونها بإرث أو اصطياد أو شراء أو نحو ذلك،و معلوم أنّ مجرد عدم الدليل كاف في الحكم بالعدم،و لو لم يكن لدليل ثبوت الحقّ أيضاً إطلاق مفيد لما بعد هذا الإسقاط أيضاً كفانا استصحاب بقاء الحقّ و الخيار.

فإن قلت: سلّمنا ذلك بالنسبة إلى حقّ الخيار،و أمّا بالنسبة إلى حق الشرط فلا،فإنّه حادث بمجرد العقد و لا يتوقّف على حصول الردّ و لعلّ هذا هو الفارق

بين المقام و بين خيارى الحيوان و الشرط بناء على تأخر مبدأيهما عن التفريق حيث لا- يصح إسقاطهما فى ما بين العقد و التفريق،و يصح هنا فيما بين العقد و الردّ.

و حاصل الفرق أن الحق هناك واحد متعلق بالفسخ،و أمّا التفريق فهو و إن كان اختياريا له لكنّه مجرد حكم لا حقّ،و أمّا فى المقام فعلاوه على حقّ الخيار الذى فرض كونه معلقا على الردّ يكون حقّ آخر هو فعلّى غير معلق على شىء،و هو حقّ أنّه لو ردّ كان مختارا و مسلّطا على الفسخ و هذا حقّ جاء من ناحيه الاشتراط.

قلت:حقّ الشرط أيضا تابع للمشروط و ليس بحقّ آخر،و لهذا فى صورته إطلاق الخيار ليس فى البين حقّان،حقّ شرط و حقّ خيار،فكذا فى صورته التعليق أيضا ليس فى البين إلّا حقّ واحد معلق على الردّ،و قد مرّ الإشكال فى إسقاطه.

و يسقط أيضا بانقضاء المدّة و عدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا على التفصيل المتقدّم.

و لو تبين المردود من غير الجنس فلا- ردّ و هذا واضح،و لو ظهر معيبا،قال شيخنا المرتضى -قدّس سرّه-:كفى فى الردّ و له الاستبدال.قال شيخنا الأستاذ -دام علاه-:قد يفرض الكلام فى الثمن الكلى و قد يفرض فى الشخصى.

أمّا فى الأوّل:فحيث إنّ الكلى المقيد بقيد لا ينطبق على الفاقد لذلك القيد،فإذا فرض أنّ الثمن كلى و المفروض انصرافه إلى المقيد بالصحة فالفرد المتصف بالعيب غير مصداق لذلك الكلى المقيد،فاللازم عطف هذا أيضا على صورته ظهوره من غير الجنس.

و أمّا فى الثانى:فيمكن أن يقال:إنّه و إن تغيّر وصف الصحة و الثمن مقيد بها حسب الانصراف و لكنّه يعدّ عرفا متّحدا مع الواجد لا مغايرا له،فلا يقال:إنّ هذا ردّ لغير الثمن،و لكن لما كان شرط الردّ أيضا منصرفا إلى الصحيح فكأنّه

تعهد بوصف الصحه، و حيث لم يسلمه كان عليه تداركه ببذل التفاوت، فلا وجه لما ذكره- قدس سره- من قوله: و له الاستبدال.

نعم يتم ما ذكره- قدس سره- في صورته كون الثمن كلياً لو قلنا بانصراف شرط الرد إلى رد الفرد المقبوض من الكلي بعينه، إذ حينئذ يكون شرط الفسخ و هو رد العين المقبوضه حاصلًا، لفرض عدم المغايره فيما بين حالتى الصحه و العيب فى العين الشخصيه، و لكنّه بعد الفسخ ينتقل إلى المشتري ما جعلاه فى المبايعه ثمنًا و هو الكلى الصحيح، و هو غير منطبق على المعيوب، فله الاستبدال بهذه الملاحظه و إن كان له الاكتفاء بالمعيوب عوضاً عن الصحيح، هذا.

و قال شيخنا المرتضى- قدس سره-: و يسقط أيضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الإطلاق عليه، و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلى إذا حمل الإطلاق على اعتبار رد عين المدفوع، كـل ذلك لإطلاق ما دلّ على أنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد و لا خيار، و قد عمل الأصحاب بذلك فى غير مورد النصّ كخيارى المجلس و الشرط.

و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفايه- قدس سرهما-: أنّ الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لأنّ المدار فى هذا الخيار عليه، لأنّه شرع لانتفاع الباع بالثمن، فلو سقط الخيار سقط الفائدة، و للموثق المتقدم المفروض مورده تصرف الباع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و المحكى عن العلامة الطباطبائى- قدس سره- فى مصابيح، الردّ على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصّله: أنّ التصرف المسقط ما وقع فى زمان الخيار و لا خيار إلا بعد الردّ، و لا ينافى شىء ممّا ذكر لزومه بالتصرف بعد الردّ لأنّ ذلك زمنه لا قبله و إن كان قادراً على إيجاد سببه فيه، إذ

المدار على الفعل لا على القوه، على أنه لا يتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنه مثلا. انتهى محصيل كلامه-قدس سره.

و ناقش بعض من تأخر عنه في ما ذكره، من كون حدوث الخيار بعد الرد لا-قبله: بأن ذلك يقتضى جهاله مبدأ الخيار و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ-رحمه الله-بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمه فى هذه المسأله الداله على أن غله المبيع للمشتري هو كون مجموع المده زمان الخيار. انتهى، هذا.

و قد استشكل شيخنا الأستاذ-دام علاه-فى كل من كلام الشيخ، و استظهار الأردبيلي، و ردّ العلامة الطباطبائي و المناقشه على الردّ.

أما الأول: فلأن إطلاق كلامه-قدس سره-يرد عليه ما أورده الأردبيلي-قدس سره-، فإن الثمن المعين المشروط ردّ عينه نقدا أم غيره، فيه فرضان:

الأول: أن يكون البيع به بغرض الانتفاع به بما لا يتلف عينه، كما إذا كان الثمن دابه و كان الغرض ركوبها.

و الثانى: أن لا يكون كذلك كما إذا باع داره بمقدار من النقود لأجل أنه يحتاج بعد سنه إليها و يحتمل عسر التحصيل بعد هذا إلى آخر السنه، ففى الفرض الأول إشكال الأردبيلي وارد، لأن التصرف المسقط سواء قلنا بكاشفيتها أم بتعديديتها لا عموم لدليله بالنسبه إلى هذا الفرض المعلوم فيه ابتناء المعامله على التصرف المذكور، فكيف يكون كاشفا عن الالتزام بالعقد، و دليل التعبد أيضا لا-يشمل صوره العلم بعدم ابتناء التصرف على الالتزام؟ نعم الفرض الثانى يكون التصرف فيه كاشفا، فلو جعل النقود المذكوره من حلّي زوجته كان له الكشف عن الالتزام.

فنقول: إن اعتمدنا في مسأله سقوط الخيار بالتصرّف على القاعده أعنى:

قاعده أنّ لكلّ ذى حقّ إسقاط حقّه-غايه الأمر قد يكون الإسقاط باللفظ الذى له ظهور و قد يكون بالفعل كذلك و هذا من الثانى-فلا إشكال.

و إن اعتمدنا فيها على النصّ الوارد فى خيار الحيوان فإن استفدنا منه الكاشفیه،جاز التعدّى من مورده لاستفاده العليّه،فلا إشكال أيضا،و إن لم نستفد منه الكاشفیه و إنّما حملناه على التعيّد بأنّ التصرّف بمنزله الرضى،فلا وجه للتعدّى من مورده إلى غيره مطلقا،و على فرض التعدّى فلا إشكال فى شموله للمقام أيضا،نعم الفرض الأوّل خارج قطعا.

فحاصل الإشكال:أنّه كان عليه-قدّس سرّه-تقييد العنوان بما ذكرنا من صورته عدم الإقدام بغرض الانتفاع بالثمن،و هذا و إن كان فرضا نادرا لكنّه -قدّس سرّه-أيضا بصدد الفرض النادر،إذ جعل الثمن معينا ثم اشترط ردّ عينه أيضا من الفروض النادره،فلا بدّ من تمحيض الكلام فى هذا الفرض النادر مع ذلك القيد الذى ذكرنا.

و أمّا الثانى:فلأنّه بعد ما جعلنا الكلام ممخّضا فى ما فرضناه من الفرد النادر،فلا يرد عليه شىء ممّا ذكره من اللغويه،و من ظهور الموثّق،فإنّ كلّا منهما خاصّ بالفرض الأوّل،بل نقول:إنّ الموثّق و سائر أخبار الباب لا يشمل صورته جعل الثمن معينا رأسا،لأنّها محموله على المعاملات المتعارفه من البيع بالثمن الكلى،فهى ساكنه عن حكم ما فرضنا.

و أمّا الثالث:فلأنّ ما ذكره-قدّس سرّه-من التفرقه بين ما قبل الردّ و ما بعده بجعل التصرّف فى الأوّل غير مسقط لعدم وقوعه فى زمن الخيار،و فى الثانى مسقطا لوقوعه فى زمنه و إن كنّا نحن أيضا ذكرنا ذلك سابقا ببيان:أنّ القدر

المتيقن من الارتكاز في باب إسقاط الحقوق هو الحقوق الفعلية لا المعلقة.

و لكن دقيق النظر يقتضى خلاف ذلك، و أنه لا فرق في جواز الإسقاط بين ما قبل الرد و ما بعده، و ذلك لأنّ الخيار و إن كان قبل الردّ مشروطاً غير فعليّ، و لكنّ المشروطية وقعت تحت جعل الشارع.

و فرق بين ما إذا كان الجعل الصادر من الشرع بنحو الإطلاق من دون تعليق بشيء-لكن العقل بواسطه رؤيه المزاحم الأقوى جعله معلقاً على زوال ذلك المزاحم الأقوى، كما لعلّه الحال بالنسبه إلى اشتراط خيار الحيوان بالتفرّق عن المجلس، فإنّه لم يرد خطاب من الشرع بهذا الاشتراط و أنّ صاحب الحيوان بالخيار إذا تفرّق هو و صاحبه، و إنّما الخطاب ورد مطلقاً كما في خيار المجلس بلا- فرق، و إنّما العقل بعد رؤيه المزاحمه و الفهم من مذاق الشرع أنّ المجلس أقوى، يحكم بتأخير خيار الحيوان عن انقضاء الأوّل، و ليس هذا تقييداً للخطاب بمقيّد عقليّ لما تقرّر في محلّه من أنّ إطلاق الخطابات بالنسبه إلى المزاحمات غير متعرّضه حتّى تكون قابله للتقييد، و بالجمله لم يقع التعليق و الاشتراط هنا تحت الجعل الشرعيّ.

و بين ما إذا وقع ذلك بجعل من الشرع كما في المقام، فإنّ المتشارطين جعلاً خيار البائع على تقدير الردّ، و دليل «المؤمنون عند شروطهم» (1) أوجب نفوذ هذا المضمون و انعقاده.

و بعبارة أخرى: هذا الدليل يفيد ثبوت الحقّ للمشروط له في ما هو مفاد شرطه، إن مطلقاً فمطلق و إن مشروطاً فمشروط، فإن اشترط الخيار المطلق يفيد الحقّ المطلق، و إن اشترط الخيار المشروط على تقدير الردّ مثلاً، يفيد الحقّ المشروط

ص: ١٣٦

(١ - ١) مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥، من أبواب الخيار ص ٣٠١، ح ٧.

بهذا التقدير، فكأنه ورد الخطاب من الشارع بأن للبائع حقّ الفسخ لو ردّ الثمن، فيكون هذا خطاباً مشروطاً صادراً من الشارع كسائر الخطابات المشروطة من التكليفيّة و الوضعيّة، كخطاب «العصير العنبي إذا غلا يحرم» و خطاب «إذا غلا ينجس».

و وجه الفرق: أنه قد تقرّر أنّ الخطابات المشروطة الشرعيّة قبل حصول الشرط أحكاماً و لها حظ من الوجود لا أنّها معدومه صرفه، غايه الأمر إنّ تأثير ما كان منها من قبيل التكليف في بعث العبد نحو المكلف به ينتظر لحصول المعلق عليه، و عدم التأثير غير عدم المؤثر، فكما أنّ التكليف المنوط هناك متحقّق كذلك الوضع المنوط فيما كان من قبيل الوضع الذي منه المقام أيضاً متحقّق، فالحقّ هنا بمنزلة التحريم هناك فكما أنّ التحريم بنحو الإناطة مجعول - و لهذا يعامل معه معامله الموجود فيستصحب و يرد عليه النسخ - كذلك الحقّ بنحو الإناطة أيضاً مجعول، فيعامل معه معامله الحقّ الموجود من الاسقاط و سائر الآثار.

و أمّا المناقشه في تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم الجهالة فقد فرغنا عن جوابه في ما تقدّم، و أنّ التعليق على الأمر الاختياري ليس كالتعليق على غيره، و أمّا حكم العرف بأنّ مجموع المدّة زمن الخيار فلعله مبنيّ على جعل الردّ قيدياً للفسخ مع إطلاق الخيار، كما لعله المتعارف في البيوع الخيارية.

و أمّا ما ذكره بعض الأصحاب في ردّ الشيخ من بعض أخبار المسأله، فلعله لأجل أنّه حمّله على المتعارف المرسوم بين الناس من اشتراط الخيار مطلقاً، و جعل الردّ قيدياً للفسخ هذا.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع فلا إشكال في صورته وقوعه قبل الردّ و كذا

بعده و قبل الفسخ في الوجهين الأوّلين

من الوجوه الخمسه المتقدّمه في كونه من

و أما إذا وقع بعد الردّ بناء على كونه قيد الانفساخ أو كونه فسخا فعليا أو بعده و بعد الفسخ أيضا، فلا إشكال أيضا في وقوعه من مال البائع و لكن هل نحكم بضمان المشتري الذي فرض وقوع التلف في يده بالمثل أو القيمة للبائع أو لا نحكم؟ تحقيق المقام أن يقال: لا إشكال في صورته المسامحة في الردّ إلى البائع في الضمان، لقاعده اليد، و ما سيأتي، و لا في صورته الإذن الجديد من البائع في عدم الضمان. فالكلام ممحّض في ما إذا بادر بعد الفسخ إلى الردّ بأسرع زمان ممكن، مع عدم تحصيل الإذن الجديد ثم تلف سماويا قبل الوصول إلى البائع.

فنقول: الظاهر عدم شمول قاعده اليد لمثل هذا و ذلك لتبادر الاختيار من قوله -عليه السلام-: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فظاهر «أخذت» هو الأخذ الاختياري، ألا ترى أنّه لا ينسب إلى الذهن من هذا الكلام ما إذا أطار الريح مال الغير في حجر الإنسان فورد عليه التلف السماوي، أو وقع في يده بغير التفات منه بوجه آخر؟ نعم لا شبهه في شمول الشبهه الموضوعية، فإنّ الأخذ اختياري، و المقام من قبيل الغير الاختياري، فإنّه و إن كان ملتفتا لكنّه كالمتوسط في الأرض المغصوبه لا يقدر على ترك هذا المقدار من الأخذ، فالإنسان لا يفهم من الكلام مثل هذا.

و لكن مع ذلك يمكن القول بالضمان في ما نحن فيه من طريق آخر غير قاعده اليد و هو أن يقال: لا شك أنّ العقد البيعي كما أنّه عباره عن إنشاء المبادله، كذلك يتضمّن أو يكون من أحكامه العرفيه تعهّد كلّ طرف لتسليمه ماله إلى صاحبه، و لهذا يطالب كلّ من الآخر التسليم لا بعنوان أنّه ماله و في يده بل

بعنوان أنه متعهد بالتسليم، ولعل هذا قضيه الوفاء بالعقد أيضا، حيث إنه تكوين ما أوقعه إنشاء في الخارج.

و على هذا نقول: الفسخ عكس العقد و حله، في أصل المبادله و في لازمه المذكور، فينعكس المبادله و ينعكس التعهد، فكما أنه لو تلف هناك أحد العوضين قبل القبض كان مقتضى الحكم العرفي بالتعهد غرامه البدل و إن كان الشارع حكم على خلافه بالانفساخ القهري، كذلك لو تلف هنا أيضا بعد الفسخ و قبل القبض لزم الخروج عن العهده بإعطاء البدل.

ثم في صورته تلف المبيع قبل الرد أو بعده و قبل الفسخ هل يسقط الخيار أو لا؟ استظهر العدم شيخنا المرتضى قدس سره - فيسترده المثل أو قيمه، و احتمال السقوط، و بناه على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن و ارتجاع المبيع، و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثم إنه لا تنافي بين شرطيه البقاء و عدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيجيء في أحكام الخيار، لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم إلا بإلزامه إبقائه على المشتري. انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: هنا بحسب الثبوت طريقان للحكم بسقوط الخيار بتلف المبيع.

الأول أن يقال: إن الخيارات المجعوله غير الخيارات الشرعيه، فالثانيه عبارته عن ملك فسخ العقد، فيكون الحق ابتداء مربوطا بالعقد و فسخه. و أميا الأولى فيمكن أن نظر الجاعلين من الابتداء إنما هو مربوط بخصوص العين المنتقله منهم و استردادها، فما يقع بحسب الإلزام و الالتزام هو استرداد العين إما مطلقا أو مشروطا بأمر كذا، كرد الثمن و نحوه، فمورد الحق في هذه الشروط نفس

و على هذا فلو تلفت سماويًا فقد انتفى الحق بانتفاء مورده، و أما إتلاف المشتري فلا إشكال أنه مذهب للحق أيضا و لكنّه حرام تكليفا، لأنّه تفويت محلّ حقّ البائع و لو فرض كونه قبل ردّ الثمن، لما مرّ من أنّ الحقّ المنوط أيضا نوع حقّ و هو ثابت فعلا، نعم لا- اقتضاء له بالنسبه إلى حفظ شرطه و هو الردّ، فيجوز للمشتري إيجاد المانع عنه، و أما إتلاف الموضوع و هو العين المبيعه فغير جائز.

و هل يجوز تضمين المشتري بأن يتدارك الحق الفاسد بإقامه البدل مقام العين المتلفه حتّى يكون هو متعلّقا لحقّ البائع كالمبدل؟ مبنّى على جريان ضمان الإتلاف فى الحقوق أيضا، كما لو أتلّف العين المرهونه، فكما يجب تدارك مال الراهن، كذا تدارك حقّ المرتهن، بأن يوضع البدل مقام المبدل فى الرهانه.

الطريق الثانى: و هو ظاهر عباره الشيخ أن يقال: إنّ الخيار هنا أيضا سنخه سنخ الخيارات المشروعه من كونه حقّا فى العقد، و لكن لما كان نظر الجاعلين مقصورا على خصوصيّة العين و استرجاعها، فهم لا يجعلون الخيار إلّا فى فرض ثبوت العين لانتفاء الغرض مع انتفائها، فكأنّه قيل: جعلت لنفسى الخيار إن بقى العين.

و أما حرمه إتلاف العين على هذا، مع أنّ المشروط بشيء لا يقتضى حفظ ذلك الشيء، فلأجل تعهّد و التزام آخر متعلّق بإبقاء المشتري ذلك المبيع إلى زمان حصول الخيار، فإنّه بعد ما كان غرض البائع استرجاع عين ماله، فلا يتمّ هذا إلّا بإلزامه على المشتري إبقائها و عدم تفويتها، فهذا كندر أضحيه الشاه المعينه على تقدير مرزوقيه الولد حيث إنّه متضمّن لنذر ضمّنّى بإبقاء الشاه.

و على هذا فلا إشكال فى انتفاء حقّ الخيار المجعول بتلف العين سماويًا كان

أم بإتلاف المشتري أم غيره كما أنه في صورته الإتلاف أيضا، يمكن أن يقال بثبوت خيار آخر للبائع بواسطة تخلف المشتري عن شرطيه البقاء، والحاصل أنه يحصل للبقاء شرطيه أصوليه وفقهيه، فمن حيث إناطه حق خيار الردّ به شرط أصولي فبانتفائه ينتفى المشروط، ومن حيث إلزامه على المشتري شرط فقهي كشرط الخياطه، ففقده من قبل المشتري موجب لخيار تخلف الشرط، هذا.

ولكن هذا التقريب الثاني مخدوش بأن مجرد كون الغرض في استرجاع عين المال لا يوجب تخصيص دائره الجعل و الإنشاء به وإنما يوجهه لو كان فرض تلف العين مغفولا عنه، وأما إذا كان ملتفتا إليه و لكن أطلق الجعل بملاحظه اطمئنان البائع بشخص المشتري، حتى أنهم في هذه المعاملات الخياريه يراعون شخصا لا- يتممك ما لهم حتى بعد انقضاء زمان الخيار و حصول اللزوم، حتى صار في زماننا بيع العين المبيعه ببيع الخيار قبيحا في أنظار العرف، فلا يوجب الاطمئنان تقييدا في الجعل أصلا.

هذا كله في تلف المبيع و لو تلف الثمن فإن كان بعد الردّ و قبل الفسخ فمقتضى ما سيجيء من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتري و إن كان ملكا للبائع حسب الفرض من عدم حصول الانفساخ بنفس الردّ و انتظاره لإنشاء آخر.

نعم هذا مبني على عموم قاعده التلف في زمن الخيار بالنسبه إلى الثمن مع كون مورده المثلث و بالنسبه إلى خيار الشرط، و تحقيق الحال في ذلك موكول إلى محلّه، و الذي مربوط بهذا المقام أنه إن قلنا بالعموم من كلتا الجهتين فهل يصلح للتخصيص روايه معاويه بن ميسره المتقدمه في روايات الباب، و كذا قاعده «أنّ الخراج بالضمان» أو لا؟

قال شيخنا الأستاذ: الحقّ عدم الصلاحيه لشيء منهما، أما الروايه فليس المذكور فيها إلا أنّ نماء الثمن للبائع و تلف المثل من المشتري، و شيء من هذين لا ينافي قاعده التلف في زمان الخيار، بل يثبتان في موردها كما هو واضح، فلم نعلم أنّ نظر من جعلها صالحه للتخصيص إلى ماذا؟ و أمّا القاعده فيمكن أن يقال بعد الغضّ عن اعتبارها سندا، أنّ الكليّه إنّما يستفاد منها في جانب العكس، أعني كلّ من هو ضامن لمال فهو مالك لمنافعه كما هو مذهب أبي حنيفه في قضيه البغله المعروفه، و هذا غير نافع بالمقام، و الذي ينفعنا أنّ كلّ من له المنافع فهو ضامن، بضميمه الإجماع على أنّ نماء الثمن للبائع، و لكن هذه الكليّه يمكن منع استفادتها من العبارة، فإنّه جعل فيها المنافع بإزاء الضمان و دائرا مداره لا الضمان في قبال ملك المنافع فافهم. هذا في التلف بعد الردّ.

و إن كان التلف قبل الردّ فشمول قاعده التلف في زمن الخيار حينئذ علاوه على التعميم السابقين يحتاج إلى تعميم ثالث و هو التعميم بالنسبه إلى الخيار المنفصل عن العقد إذا وقع التلف فيما بينه و بين العقد الذي هو زمان اللزوم.

و لا يبعد القول بهذا التعميم كما ذكره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -، فإنّ في بعض أخبار تلك المسأله قوله: «حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري» (١)، و ظاهر هذه العبارة أنّ العله في هذا الحكم كون ملكيه المشتري في معرض الزوال و عدم خروجه عن التزلزل، و معلوم أنّه في الزمان الواقع بين العقد و الخيار المنفصل و إن كان الملك الشخصى الخاص بخصوصيّته هذا الزمان غير قابل للزوال و لكن لا يمكن الحكم بأنّ حقيقه الملكيه على قول مطلق صارت

ص: ١٤٢

لازمه غير قابله له، و المعيار للحكم المذكور ذلك، فتدبر.

الأمر السادس: لا إشكال في الردّ إلى نفس المشتري، وكذا إلى من يقوم

مقامه شرعا

كالوكيل المطلق و الوليّ الشرعي و الوارث، بل و الأجنبي و لو لم يكن له وكالة و لا ولاية إذا كان هذا التعميم مصرّحا به في العقد.

إنّما الكلام في ما إذا جعل الشرط، الردّ إلى المشتري فقال: لو رددت إليك كان لي الخيار، فهل ينفع في صورته تعذّر الردّ إلى نفسه الردّ إلى من يقوم مقامه كالوارث و الحاكم و الوكيل المطلق؟ قال شيخنا الأستاذ -دام بقاه-: لا- شبهه في عدم إمكان التمسّك بعمومات أدلّه الوكالة و الولاية و الإرث لهذا المقام، فإنّ الوكالة و لو فرضت إطلاقها فإنّما هي في موضوع أموال الموكّل أو فعل موجب لحصول المال كالقبول في باب العقود، و في مقامنا الثمن قبل الفسخ الصحيح غير ملك لموكّله و ليس هنا فعل مربوط بما هو الشرط من الردّ لموكّله، فإنّ البائع اشترط الردّ بمعنى إيجاد المقدمات التي من قبله، فليس لقبول المردود إليه و لا امتناعه دخل لا وجودا و لا عدما في ذلك أصلا، فحاله في هذا كالجدار، فكأنّ الشرط جعل وضع الثمن عند الجدار، و مجرد هذا ليس فعلا حتى يقال بأنّ فعل الوكيل فعل الموكّل، و هكذا الكلام في الولاية بعينها.

و أمّا الإرث فلاّن هذا لا يعدّ حقّا و لا مالا للمردود إليه حتّى ينتقل إلى وارثه، نعم لو تحقّق الشرط و هو الردّ إلى نفس المشتري و تحقّق المال للمورث كان منتقلا- إلى الوارث، و هذا كلّه بخلاف الحال في طرف البائع، فإنّه أيضا و إن جعل الشرط الردّ الصادر منه المدلول عليه بقاء المتكلم في قوله: (لو رددت) و لكن عموم أدلّه الوكالة و الولاية و الإرث يمكن أن يقال بعدم المانع لها عن شمول المقام، أمّا

ص: ١٤٣

الوكاله و الولايه فهذا الرد فعل فى مال الموكّل و المولّى عليه، و المفروض أنّ فعل الوكيل و الوليّ فيما أنيط الحكم بفعلهما يقوم مقام فعلهما و يفيد فائدته، و أمّا الإرث فلأنّ الحقّ المنوط كما مرّ سابقاً نوع حقّ ثابت فعليّ فهو موروث.

إن قلت: نعم لكنّه معلق على تصوير غير ممكن فى حقّ الوارث و هو ردّ خصوص البائع.

قلت: يمكن أن يجاب بأنّه كما كان الحقّ الثابت للميت هو الخيار لو ردّ نفسه فهذا إذا انتقل إلى الوارث فمعناه أنّ للوارث الخيار لو ردّ نفسه.

لا يقال: هذا التقريب جار فى ما اشترط الخيار بمباشره لسان المورث مع أنّ الإرث فيه ممّا لا يلتزم به أحد.

لأنّنا نقول: التعبير المذكور أعنى التقييد باللسان مفيد لتقييد الحقّ بحال حياه المورث و ممّا قرّر فى محلّه أنّه يشترط فى صدق المتروك الذى هو موضوع الإرث كون المقتضى فى كلتا حالتى الحياه و الموت موجوداً، إذ لو كان المقتضى قاصراً لا يصدق أنّ الميت مات و ترك هذا، و هذا بخلاف قيد الردّ فى ما نحن فيه، فإنّ حاله حال الفسخ، فهما و إن كانا مضافين إلى المورث لكن ليس للإضافه مدخلية، فالذى قام به الحقّ هو حقيقه الفسخ على تقدير حقيقه الردّ و الإضافه إلى البائع من باب عدم قابليه غيره، و لهذا لو قيد فى المقام أيضاً الردّ بكونه بمباشره نفسه كان حاله حال قيد مباشره اللسان فى الفسخ، فافهم.

فتحصّل ممّا ذكرناه أنّ التمسّك لمقامنا بأدله النيابة غير مجد، كما أنّ التمسّك بعموم الغرض - و أنّه مطلق الوصول إلى من يملك التصرّف فى الثمن بعد الفسخ و صيروره الثمن ملكاً للمشتري و لا خصوصيه لنفس المشتري، فإنّ المقصود أن لا يبقى دينا فى ذمّه البائع و هو حاصل بالردّ إلى نفس المشتري أو من يقوم مقامه -

غير مجد أيضا، فإن الغرض غير متَّبِع في أبواب المعاملات ما لم يقع تحت الإنشاء.

نعم الذى يمكن أن يقال فى وجه الجواز فى المقام: أنّ كاف الخطاب فى قوله: (لو رددت إليك) وإن كان ظاهره الأوّلى خصوصيّة المخاطب، ولكنّه يتنزّل على الأعمّ منه و ممّن ينوب منابه، و بعبارة أخرى على من يملك التصرّف بعد الفسخ كما ذكروا ذلك فى كاف الخطاب فى قول البائع: «بعتك»، لو ظهر المشتري و كيلا و غير مالِك للثمن، حيث يتزّلونه على الأعمّ من خصوص المخاطب و من ينوب هذا منابه و يعدّ وجوده التنزيليّ، و بعبارة أخرى على المالك للثمن.

و لكن صحّحه هذا أيضا منوطه على تعارف وقوع هذه الأمور الموجه لتعدّد الردّ إلى المشتري، من الموت و الجنون و الغيبه الموجه لانقطاع اليد عنه إلى زمان حصول الخيار، بحيث لم يكن مغفولا عنه حال الإنشاء، كما أنّ الوجه فى التعميم المذكور فى (كاف بعتك)، هذا التداول، أعنى تداول وقوع الشراء من كلتا الطائفتين أعنى المالكين و من يقوم مقامهم، و أمّا إذا كان وقوع مثل ذلك غير متعارف بل كان خلافها مظنونا بالظنّ الاطمئنانى بحيث تسكن النفس بعدم الوقوع، فلا وجه حينئذ لصرف اللفظ عمّا هو ظاهره من خصوصيّة نفس المخاطب بالخطاب بما هو هذا الشخص الخاص.

و بالجمله: المعيار وقوع الجامع تحت الإنشاء، فلا- يضرّ اعتقاد أنّ مصداقه منحصر فى فرد و لا يتحقّق مصداق آخر، أو وقوع المصداق تحت الإنشاء بواسطه الاعتقاد المذكور.

و من هنا يعرف الحال فى مسأله شراء الأب للطفل بخيار البائع، و ردّ البائع الثمن إلى الجدّ مع التمكن من الأب أو بدونه، فإنّ الكلام فيه أيضا بعينه ما تقدّم، و لازم صيروره الجامع المذكور أعنى: مطلق من يملك تصرّف المال بعد

الفسخ و يكون قبضه قبض المالك مقصودا فى الإنشاء، كفايه الردّ إلى أى فرد منه و لو مع التمكن من آخر، كما أنّ لازم وقوع المصداق عدم الكفايه حتى مع التعذّر.

و على هذا فرّما يمكن الاستشهاد لوقوع المصداق بإباء الذهن عن الردّ إلى وكيل المشتري مع إمكان الوصول إليه بسهولة، و كون الوكيل آله للموكل، فإنّ الذهن لا يساعد على عدم العمل بالشرط فى هذا الفرض، و لو كان الخصوصيّة ملغاه لما كان لأحد الفردين مزّيّه على الآخر كما هو واضح.

ثمّ هذا كلّه فى مثل الأب و الجدّ اللذين لا يتقيّد ولايه أحدهما بعدم مزاحمته لما تصدّاه الآخر من المعامله فى أموال الصغير، و أمّا لو وقع ذلك فى الحاكمين اللذين ولايه أحدهما منوطه بعدم المزاحمه للآخر فى مورد تصديّه، بأن ردّ البائع الثمن الذى اشترط ردّه فى معاملته مع أحد الحاكمين إلى الحاكم الآخر، فحينئذ و لو قلنا بتعميم مقام الإنشاء لكلّ من يملك التصرف بعد الفسخ، لا بدّ أن نقول بعدم كفايه الردّ إلى الآخر، فإنّ الآخر غير مصداق لهذا العنوان، فإنّ المفروض أنّ ولايته و جواز تصرفه منوط بعدم ابتداء الأوّل فى التقلب و التقلب فى المال، لأنّه مع هذا الفرض يعدّ عرفا دخاله هذا مزاحمه للأوّل، فيكون الدفع إليه كاللدفن إلى الأجنبي العامى فى عدم حصول الشرط.

و من هنا يستشكل على كلام شيخنا المرتضى قدّس سرّه فى هذا المقام حيث إنّ بعد اختيار كفايه الردّ إلى الثانى استظهر وجوب دفع الثانى الثمن إلى الأوّل بملاحظه عدم مالكيته للتصرف، للمزاحمه العرفيه، مع أنّه لا وجه للكفايه و حصول الشرط بعد تسليم صدق المزاحمه عرفا على تصرفاته فى الثمن بعد الفسخ، فتدبّر.

الأمر السابع: لا إشكال فى صحّه اشتراط الفسخ برد الثمن

كما تقدّم

ص: ١٤٦

الكلام فيه، و لو اشترط الفسخ في بعض المثلثين بردّ ما قبله من الثمن كالنصف و الربع مثلا، فقد استشكل في المستند على ما حكى في صحّته، نظرا إلى عدم إمكان التمسك لصحّته بعموم أدلّه الشروط، بواسطة مخالفه هذا الشرط لعموم دليل لزوم البيع بعد الافتراق عن المجلس، و هذا الوجه و إن كان بعينه موجودا في الفرض الأوّل أيضا، لكنّه خرج بالنصّ الخاص، فيكون شرطا مخالفا للسنة قد شرّع بالدليل الخاص تخصيصا في عموم عدم نفوذ الشرط المخالف، فيجب الاقتصار على مقدار الدليل، و لا شبهه أنّه الفرض الأوّل، فيجب في الثاني العمل بالعموم.

و على هذا فلا بدّ من التفرقة بين شرط الفسخ في البعض بردّ البعض و بين شرط ارتجاع البعض بردّ البعض، أو كون البعض له كذلك، فإنّ الثاني غير مخالف لعموم من عمومات الكتاب و السنة فلا مانع فيه من الأخذ بعموم أدلّه الشروط بخلاف الأوّل. هذا ما ذكره.

و لكنّا فرغنا فيما تقدّم عن هذا الإشكال بما إجماله: أنّه و إن كان قوله: «فإذا افترقا وجب البيع» (١) ظاهرا - كما هو الحال في نوع القضايا - في الفعلية و كون اللزوم باقتضاء في ذات البيع، و أنّ هذا الاقتضاء على حسب إطلاق المادة غير مقتيد بحال دون حال، و قضيه هذا كون شرط الخيار بعد التفرّق داخلا في عنوان ما يحلّل حرام الشرع و يحزّم حلاله، و لكن بعد ورود الدليل بالجواز في بعض الأفراد و عدم إمكان التزام التخصيص في عموم «إلا - شرطا حزّم حلالا - أو أحلّ حراما» (٢) لإبائه عرفا عن التخصيص يستكشف كون هذا الاقتضاء في البيع غير مطلق، بل

ص: ١٤٧

١ - (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، ص ٣٤٨، ح ٤.

٢ - (٢) المصدر نفسه: الباب ٦ من أبواب الخيار، ص ٣٥٤، ح ٥.

مقيّد بحال عدم الشرط، وهذا الاستكشاف و إن كان في خصوص مورد الدليل دون غيره، و لكنّه يوجب وهن الإطلاق بالنسبه إلى الغير أيضا، فيكفي حينئذ الشك، لأنّ المرجع حينئذ أصاله عدم المخالفه. هذا مجمل الكلام في صحه الشرط المذكور، و قد تقدّم تفصيله.

و الذي ينبغي التكلّم فيه هنا أنّه على الفرض الأول أعني: صورته اشتراط الفسخ في الكلّ بردّ الكلّ، لو أطلق ذلك فلا إشكال في عدم القدره على فسخ البعض بردّ بعض الثمن، و يكون البعض المدفوع باقيا على ملك البائع، و لو تلف كان مضمونا على المشتري إلا أن يكون يده يد أمانه، هذا مع الإطلاق.

و أمّا لو صرّح في هذا الفرض: بأنّ له الفسخ في كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن، فلا- إشكال في جواز الفسخ في ما قابل المدفوع، لكن هل يحدث للمشتري خيار التبويض لو خرجت المدّه و لم يدفع الباقي من الثمن أو لا؟ الموجود في كلام شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- هو الثبوت، و هو بظاهره مخدوش، لأنّ خيار التبويض ليس له دليل على الإطلاق، و إنّما المتيقّن منه صورته عدم إقدام المشتري، و بعد ما فرض أنّه قد وقع التصريح في العقد بهذه الخصوصيّة فقد أقدم على التبويض، فكيف يحدث مع ذلك له الخيار.

نعم لو فرض أنّه في هذه الصوره شرط المشتري على البائع بأنّك على تقدير ردّك البعض و فسخك البعض، تردّ البقيّه و تفسخ البقيّه فورا و في ذلك المجلس، فحينئذ لو تخلف كان فسخه البعض نافذا، و لكن بقضيّه تخلفه الشرط يحدث للمشتري الخيار، بل و يحدث له أيضا خيار التبعض، فإنّه مع ضميمه هذا الاشتراط يمكن أن يقال: إنّ ما أقدم على تبعض الملك عليه. فتح الباب وضعا لكن سدّه تكليفا.

بل و على وجه الحقيّه و صحّه المطالبه فإنّه حينئذ لا يخلو حاله من أمرين إمّا يفى بالشرط و لا يبعض، و إمّا يتخلف حينئذ أيضا للمشتري بحسب العرف خيار الفسخ، فيدفع عن نفسه أيضا التبعض بفسخ نفسه فهو غير مقدم على التبعض مطلقا.

و لو فرض أنّه شرط هذا الشرط و لكن لم يقيد الفوريّه بل قيد بعدم مضيّ المدّه فحينئذ لا يورث التخلف - حتى انقضت المدّه - إلا خيار التخلف، لأنّه أقدم حينئذ على التبعض.

لكن هذا كلّه إنّما هو مع وجود هذا الشرط في البين، أمّا على ما هو صورته المفروض من عدم عين و لا أثر لهذا، و إنّما شرط الفسخ في الكلّ برّد الكلّ، غايه الأمر على هذا الوجه أعنى أن يكون مختارا على الفسخ في كلّ جزء من المثلث بدفع ما يخصّه من الثمن بلا قيد و لا شرط آخر، فلا يعلم ظاهرا وجه لخيار التبعض للمشتري لوجود الإقدام.

و قد يقال في مقام التوجيه: إنّّه قد يجعل الشرط ردّ الكلّ و المشروط فسخ الكلّ، و قد يجعل الشرط ردّ البعض و المشروط فسخ البعض، و لكن يجعل ردّ البعض الباقي و الفسخ الباقي شرطا للشرط على نحو الشرط المتأخر، و هذان مشتركان نتيجته، و قد يجعل الشرط ردّ البعض و المشروط فسخ البعض بدون اشتراط كلّه لردّ البعض الباقي في فسخ البعض الأوّل أصلا.

و حينئذ يمكن أن يقال: إنّ الشارط إنّما أقدم على جعل الاختيار و القدره بيد الفاسخ و لم يقدم على الفسخ، و فرق بينهما، فإنّ الثاني إقدام على الضرر، و أمّا الأوّل فإن وقع بداعي وقوع الفسخ فكذلك أيضا، و أمّا إن وقع من باب انحصار الوصله إلى المعامله فيه برجاء أن لا يتمكّن البائع من الثمن في رأس المدّه أصلا، أو تمكّن

و لم يعزم على الفسخ فلا يصدق أنّ هذا الشرط مقدم على ضرر نفسه، فتأمل.

فإن قلت: كما أنّه في صورته تبين بعض المبيع مستحقاً للغير يقولون بخيار التبعض للمشتري مع الصحّة في البعض المملوك مع أنّ الصحّة ملازمه للوقوع تحت الإنشاء، ولم يناف هذا مع ثبوت الخيار المبني على عدم الإقدام، فلم لا تقولون بمثله في المقام؟ بأن يقال: إنّ جعل ردّ الكلّ شرطاً لفسخ الكلّ حاله حال جعل الكلّ مقابلاً بالكلّ، فكما أنّ الثاني ينحلّ إلى مقابله الأبعاض بالأبعاض، فكذا الأوّل ينحلّ إلى جعل الأبعاض شرطاً للأبعاض.

قلت: فرق بين المقامين، أمّا مقام جعل المقابله، فالجعل فعل قلبى مثل فعل جوارحى، فكما أنّك لو رفعت كلا يديك للوضع على رأس شخصين فوق في الأثناء حائل غير اختياري بين إحدى يديك و بين أحد الرأسين، فليس وقوع يدك الأخرى على الرأس الآخر خارجاً عن اختيارك، فكذا جعل المقابله بين الشيئين، و الشيئان إذا كان أحد الشيئين مصحوب المانع واقعا عن الانتقال، فبالنسبه إلى الخالي عن المانع قصدك للنقل بالعوض موجود محقق، و هذا بخلاف مقام الاشتراط، فقولك: إذا رددت الثمن كنت مختاراً على فسخ الثمن يراد بالثمن مجموع المال الذي وقع قبلاً للمبيع، و بالثمن مجموع ما قابله.

و بالجملة جعلت الالتزام بالفسخ على تقدير حصول أمر فلا بدّ أن تنظر في أنّ الظاهر العرفي من التقدير ماذا؟ و لا شك أنّك إذا قلت: إذا رددت الثمن أحيئك أو افعل كذا، يفهم العرف منه ردّ التمام، فكذا في المقام بلا فرق.

و بالجملة المنشأ في المقام الالتزام بإيقاع أمر في الاستقبال على تقدير كذا، و هو غير الإنشاء الفعلي، و إيقاع الفعل الإنشائي فعلاً مربوطاً بالمجموع كما هو الحال في مقام البيع، فافهم و تدبّر.

يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برّد الثمن، و لا- إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين و لا- في جواز التصريح برّد البدل مع تلفها، بل و لا في جواز جعل الشرط ردّ البدل و لو مع التمكن من العين، أو جعل الشرط ردّ القيمة في التالف المثلى أو المثل في التالف القيمي.

و المسائل الثلاث من باب واحد، بمعنى أنّ ردّ المثل في التالف المثلى مثلا- الذى هو المسألة الأولى معناه: تعين كلّ المثل المستقرّ في الذمّه بعد الفسخ في هذا الشخص المردود، و ليس مقتضى الفسخ إلاّ- نفس استقرار الكلّي من دون تعينه في شخص، فلا بدّ من تصحيح التعين بدليل الشرط و أنّه يشمل شرط النتيجة.

و كذا ردّ البدل مع وجود العين معناه: كون الفسخ علّه لانعكاس المبادله و انتقال المثل إلى البائع ثم انتقاله منه إلى المشتري ثانيا مقابلا بالبدل المدفوع، فصحّه هذا أيضا مبتنيه على صحّه شرط النتيجة، و ذلك لأنّ مقتضى الجمع بين القصد الجدّي إلى تحقّق الفسخ بحقيقته مع ردّ البدل في حال وجود العين إرادته هذا المعنى بدلاله الاقتضاء كما يقولون نظيره في (بع عبدك عنى)، و إرادته انتقال نفس البدل ابتداء بتوسط الفسخ إلى البائع منافع لعرفيه كون معنى الفسخ هو الحلّ و القلب للمعامله.

و كذا ردّ القيمة في التالف المثلى أيضا معناه: أنّه بعد وقوع الفسخ بحقيقته المقتضى لانتقال المثل في ذمّه المشتري إلى البائع وقع المعاوضه بين المثل المستقرّ و بين القيمة المدفوعه، و أمّا كونها إيفاء لما في الذمّه فلا عرفيه له، هذا.

و بما ذكرنا ظهر لك الخدشه في ما ذكره شيخنا المرتضى- قدّس سرّه في

هذا المقام ولعله أشار إلى بعض ما ذكر أو كلفه بالأمر بالتأمل.

مسألة: هل الأصل في خيار الشرط جريانه في عامه العقود

المشتمله على المعاوضه اللازمه غير البيع، كالإجاره و الصلح و المزارعه و المساقاه، حتى إنه لا بدّ من التماس الدليل في عدم الجريان؟ أو أنه لا- مجرى بحسب القاعده له فيها، و لا بدّ من التماس الدليل للجريان؟ نعم العقود الجائزه إلى الأبد خارج عن محلّ الكلام، فإنّ جعل الخيار فيها تحصيل للحاصل، اللهم إلا أن يقال: الذي ثابت بنفس العقد هو السلطنه على استرجاع العين، و الذي يثبت بالخيار هو السلطنه على إزاله العقد، و تظهر الثمره في حال تلف العين، فعلى تقدير عدم الخيار لا- وجه لمطالبه البدل، لأنّ محل السلطنه و هو العين قد فات، و على تقدير الثبوت مقتضى القاعده هو المطالبه به فتأمل.

نعم لا يجرى هذا في مثل شرط الخيار بمقدار المجلس أو الثلاثه الأيام في العقد الذي شرّع فيه الخياران شرعا.

و أمّا العقود اللازمه فقد يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّه نفوذها الشامل بإطلاقه لحال الاشتراط، و بين عموم: «المؤمنون إلخ» حمل الأول على حال عدم الشرط، يعنى هذا الاقتضاء الذاتى الذى ثابت للعقد لو خلى و طبعه ليس له بما هو عقد بل بضميمه عدم الاشتراط.

و فيه: أنه لا داعى إلى هذا التصرف بل الداعى إلى خلافه فنحملها على ظاهرها من كون الحكم الأصلى ثابتا لنفس المعامله بلا قيد، و لازمه عدم إمكان التمسك بدليل الشرط، إذ يصير الشرط حيثنذ خلاف الكتاب و السنّه فيندرج فى المستثنى، و إنّما ألجأنا إلى الحمل المذكور فى خصوص البيع النصوص الخاصه

و لولاها كان قضيه القاعده فيه أيضا ذلك.

و قد يقال: إننا تتبعنا العقود فوجدنا الإقاله جاريه فى كلها، و خيار المجلس و الحيوان و الشرط فى بعضها، فعلمنا بهذا أنّ الفسخ فيها مؤثر فى رفع أثرها، و يصير إطلاق الأدله بهذا موهونا، فيعلم أنّه لا إباء فى ذات المعامله عن الفسخ بالتقاييل، فلا يكون الشرط إلا مفيدا للتسلط على الفسخ المؤثر فى رفع الأثر بجعل الشارع، لا جاعلا له مؤثرا حتى يكون مخالفا للكتاب و السنه.

و فيه: أنّ مؤثريه الإقاله لا يفيد، إلا أنّ الفسخ فى ما إذا تراضى المتعاقدان عليه مؤثرا، و أين هو من الفسخ الغير المقرون برضى غير الفاسخ الذى هو محلّ الكلام، فمن المحتمل عدم مؤثريته، و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، لأنه حينئذ من الشبهه المصادقيه.

بل نقول: يمكن التمسك بعموم: «إلا- ما خالف» و تعيين كونه من هذا القبيل بواسطه إطلاق دليل نفوذ العقد، فإنّه محمول على الاقتضاء المطلق، غايه الأمر أنّه صار مغلوبا للمقتضى الأقوى فى مورد الإقاله، و أمّا فى مورد الفسخ من الطرف الواحد فلا يصير عنوان الشرط مزاحما لذلك الاقتضاء بقضيه قوله -عليه السلام-: «إلا ما خالف الكتاب و السنه».

اللهمّ إلا- أن يقال: إنّه متى شرع التقاييل فى العقد مع التراضى بعده، جاز تراضيهما حاله على سلطنه أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإنّ إقدامه على ذلك حين العقد كاف فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إيّاه بعد العقد بالرضى بما يفعله صاحبه من الفسخ و عدم الاعتراض عليه، قائمًا مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه و إن لم يرض فعلا.

و أما إذا لم يصحّ التقايل فى العقد لم يصح اشتراط الخيار، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما فالالتزام حين العقد لسلطنه أحدهما عليه لا يحدث له أثر، لما عرفت من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلاّ فائده الرضى الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيًا.

و لكن فيه أيضا: أنّ المعترف فى التقايل تقارن الرضائين و لا يكفى الرضى من أحدهما حال العقد و من الآخر بعده حال الفسخ، و أمّا قيام أمر الشارع مقام الرضى الفعلى فهو فرع صحه الشرط، و الكلام الآن فيه، و من المعلوم أنّ الحكم لا يصحح موضوعه.

نعم حيث إنّ العرف أيضا حاكم بلزوم متابعه الشرط و عدم التعدي عنه، فهو ملزم بحكمهم بالوقوف عند شرطه، لكن هذه الملزمية أيضا من باب ترتيب أثر الفسخ، و أنّه صار مؤثرا فيجب معامله مال الغير مع هذا المال الذى عند المفسوخ عليه، و فرق بين مثل هذا الرضى و الرضى بالفسخ بالعنوان الأولى، و الذى هو المعترف فى الإقاله هو الثانى.

فإذن لا محيص عن التفصيل الذى تقدّم عن صاحب المستند فى مسأله بيع الخيار فى صورته شرط ردّ البعض فى فسخ البعض و هو: التفصيل بين شرط الانفساخ بعد قول أو فعل كذائى من الشارط و بين شرط الفسخ إلاّ إذا لم يكن فى ذلك معامله دليل يقتضى إطلاق لزومه الذاتى، فحينئذ و إن كان الشك فى مؤثريه الفسخ، لكن يمكن تنقيح الموضوع بأصالة عدم المخالفه.

و بعد ما عرفت الحال على نحو الكليّه فلا بدّ من التكلّم عن موارد خاصّه.

منها: خصوص الإيقاع مطلقا و المدعى فيه تاره عدم قبوله للاشتراط أصلا لا

للخيار و لا لغيره، و أخرى عدم قبوله لخصوص شرط الخيار مع تسليم قبوله لأصل الاشتراط.

أمّا الأول: فقد حكى شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- الاستدلال له بأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما يتّبه عليه جملة من الأخبار، و الإيقاع إنّما يقوم بواحد.

و ردّ هو -قدّس سرّه- عليه بأنّ المستفاد من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين، المشروط له و المشروط عليه، لا كونه متوقّفاً على الإيجاب و القبول، و استشهد لهذا بأنّهم جوّزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمه مدّه تمسّكا بعموم:

«المؤمنون عند شروطهم» غاية الأمر توقّف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول انتهى كلامه -رفع مقامه.

قال شيخنا الأستاذ -دام أّيّام إفاضاته الشريفة-: يمكن تقريب الاستدلال بوجه يسلم عن إيراده -قدّس سرّه-، لكن على مبنى من يقول: بأنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد، و هو أن يقال: إذا وقع الشرط في ضمن الإيقاع فلا -يخلو حاله، إمّا يلزم على الطرف المشروط عليه بدون توقّف على قبوله و رضاه، و إمّا يحتاج إلى قبوله و رضاه، و بدونه لا لزوم و لا صحّه.

أمّا الأول: فهو ممّا لا يمكن الالتزام به، حيث يلزم أن يجب على أحد شيء مالىّ أم غيره أو يتعلّق بعهدته حقّ أو يخرج عن ملكه مال من دون رضاه بل و التفاته.

و أمّا الثانى: ففي صوره عدم قبوله و رضاه لا يخلو الحال إمّا أن نقول بطلان الشرط مع المشروط، و إمّا أن نقول بصحّه المشروط و بطلان الشرط، فالثانى خلاف

المبنى من مفسدته الشرط الفاسد لما وقع فى ضمنه، و أنّ العقود تابعه للقصد، فإذا قصد الإيقاع مقيداً فلا يقع مطلقاً.

و على الأول: إمّا أن نقول بالصحة مع القبول، وإمّا بالبطلان معه أيضاً، فعلى الأول يلزم كون الإيقاع متوقفاً على القبول، وقد فرضنا أنه من المسلم عندهم عدم الحاجة فيه لا- فى الصحة و لا فى اللزوم إلى قبول الغير، فتعين الثانى و هو المطلوب، و هذا التقريب لا- يرد عليه سوى فساد المبنى فيلتزم بوقوع الإيقاع على كلّ حال بدون توقّف فيه صحه و لا لزوماً على القبول، و إنّما الشرط هو المحتاج إلى القبول، فمعه يصحّ و بدونه يبطل، و لا محذور لما قرّر فى محلّه من فساد المبنى المذكور. هذا تقريب المدعى الأول مع جوابه.

و أمّا الثانى: و هو عدم قبول الإيقاع لخصوص اشتراط الخيار فى ضمنه، فيمكن تقريبه بوجوه: الأول أنه من قبيل جعل ما ليس بسبب سبباً بالاشتراط، كما لو جعل الإتيان فى منزل زيد شرطاً، فإنّه لا يفيد أزيد من جواز ذلك للمشروط له، و أمّا حصول الانفساخ بسببه فلا يتأتّى من الشرط، ففيما نحن فيه أيضاً إذا شرط قول فسخت مع الإنشاء، فغايتها جواز هذا الأمر له، و أمّا صيرورته سبباً فلا يحصل هذا من الشرط، فلا بدّ من إحراز أصل السبب من الخارج حتّى يحصل بالشرط التسلّط عليه.

و لا يستشكل بأنّه على هذا فلا يبقى وجه لهذا الشرط فى باب العقود و ذلك للفرق الواضح، حيث علمنا أصل السبب هناك بواسطة صحّه الإقاله و سائر الخيارات الشرعيه، و أمّا هنا فلم نعهد من الشرع تجويز نقض آثار إيقاع بعد وقوعه و رجوع المطلق ليس إلّا حكماً شرعياً و لا ربط له بالفسخ.

و فيه: أنه فرق بين اشتراط مثل المجرى إلى دار زيد ممّا ليس له طبعاً خاصية

نقض العقد و بين مثل الفسخ، فإنّه بطبعه مقتض للنعوض و الحلّ نظير صيغه البيع حيث إنّ مقتض للمبادله، بخلاف مثل الوثبه و سائر الأفعال، فإذا وقع مثل الأوّل تحت عنوان الشرط، فلا يفيد فيه حكم الشرط إلّا لزومه أو جوازه، و أمّا مثل الثاني فقضيّه وقوعه تحت الشرط و إمضاء الشارع وقوع ما هو مقتضاه طبعاً بنظر الشارع، و مساعدته في ذلك لنظر الفاسخ.

فإن قلت: فسخ الإيقاع نظير إعدام العدم، فالإعدام يحتاج إلى أمر وجودي، و أمّا العدم الصرف فلا يقبل الإعدام، فأثر الطلاق و العتق و الإبراء و الفسخ ليس إلّا إعدام ما وجد سابقاً من الزوجيّة و الرقيّه و الدين و العقد، و أمّا العدم الحاصل من هذا الإعدام فلا يقبل إعداما آخر.

قلت: إن أردت عدم قابليته عقلاً، فممنوع، و كذا إن أردت عدم القابليته عرفاً، و ذلك لأنّ الانطلاق و الحرّيّه أيضاً شىء وجودي قابل للإعدام و الرفع، و كذا الانحلال و البراءه، و بالجملة: مراجعه العرف و الوجدان أقوى شاهد على قبول الإيقاع للحلّ كما هو المشاهد في مثل الوعد.

و إن أردت عدم القابليته شرعاً، فهذا مشترك الوجود بين الإيقاع و العقد، و مجرد رؤيه السببيّه في مورد الإيقاع و الخيارات الشرعيّه لا- يكفي لغيرها، بعد احتمال دخل خصوصيّة المورد، فالتحقيق هو الرجوع في كلا المقامين إلى أصله عدم مخالفه الأزلي، و العجب من شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- كيف اكتفى هنا بمجرد احتمال عدم المشروعيّة في المنع، مع أنّه اعتمد في باب الشروط على إحراز قيد عدم المخالفه باستصحاب عدمها الأزلي.

الوجه الثاني: من وجوه منع اشتراط الخيار في الإيقاع: أنّ المانع إطلاقات أدلّه صحّحه الإيقاع و نفوذه، حيث إنّ شامل لما بعد الفسخ، فيستفاد منها أنّ

الحكم ثابت لنفس الإيقاع من حيث هو و إن كان يمكن رفعه لعروض عارض، و قد عرفت أنّ عنوان الشرط لا يمكن تأثيره في قبال المقتضى الشرعى الثابت اقتضاؤه الذاتى للذات المجردة حتى حال تحقق الشرط، و على هذا فيكون شرط الخيار داخلا في ما خالف السنّه و محللا للحرام و محرّما للحلال.

و الجواب: أنّ الأدلّه الناهضه بصحّه الإيقاع لا تفي بأزيد من أصل ترتّب الأثر عقيب وقوع الصيغه و الإنشاء في قبال وقوعه لغوا و بلا أثر، و أمّا إنّ الأثر بعد وقوعه و تحقّقه فإلى متى يبقى و أى شىء يرفعه؟ فلا نظر فيها إلى إثبات ذلك و لا نفيه، فهو نظير دليل تنجيس النجاسات للأشياء الملاقيه لها من حيث إنّها غير متعرّضه لأنّ النجاسه متى عرضت على المحلّ فهو غير قابل للتطهير و الرفع أو قابل، و على الثانى يكون باقيا إلى أى مقدار من الغسل، فعلم أنّه من المحتمل أن يكون الفسخ إذا وقع تحت حقّ الموقع قابلاً لارتفاع أثر الإيقاع و أنّه لا ينافى ذلك لإطلاق أدلّه الإيقاع، و إذن فيصير شرطه فى ضمن الإيقاع بلا مانع بعد إجراء أصاله عدم المخالفه الأزلى.

الوجه الثالث: أنّ الفسخ غير مؤثّر فى رفع أثر الإيقاع بواسطه أصاله بقاء الأثر بعد الفسخ، و هو ملازم لفساد الفسخ ظاهرا، و بعد جريان هذا الأصل لا يبقى لاشتراط الفسخ مجال لأحد الوجهين، إمّا لتنزيل هذا الاستصحاب بقاء الأثر منزله نفس الواقع فى كون الشرط المخالف له شرطا مخالفا للسنّه غير نافذ، كما يقال فى أصاله حلّ لحم الحيوان المشكوك لتجويز الصلاه فى وبره و سائر أجزائه.

و إمّا لأنّ السنّه التى اعتبر عدم مخالفه الشرط إيّاها أعمّ من الحكم الواقعى، و القاعده الظاهريّه المقرّره للشاك كالاستصحاب، فالشرط هنا مخالف

للاستصحاب وجدانا، كما أنه على الأوّل مخالف للسنة الواقعيّة تنزيلا و تعييدا، و نظير هذين الوجهين جار في اشتراط شرب المائع المستصحب الخمرية، فإنه لا يمكن لأحد الالتزام بجواز الشرب بواسطة الشرط، و لا فرق بينه و بين المقام.

و الجواب:- مضافا إلى إمكان القول بمبثبته هذا الاستصحاب حيث لا يحرز عنوان الشرط المخالف بناء على كون القيد المعبر خصوصا عدم المخالفه للسنة الواقعيّة، و ليس حال المقام حال الصلاة في وبر ما لا يؤكل، فإنه قد اعتبر في الدليل من آثار جزء ما لا- يؤكل لحمه، أنّ الصلاة في وبره غير جائز، و من آثار جزء ما يؤكل لحمه أنّ الصلاة في وبره جائز، فيكون ترتيب ذلك على الأصل الذي مفاده أنّ الحيوان ممّا يؤكل لحمه، ترتيبا للأثر الشرعي، و هذا بخلاف المقام، حيث رتب البطلان من الابتداء على الشرط المخالف للكتاب و السنة، لا أنه اعتبر من آثار الكتاب و السنة أنّ الشرط المخالف لهما باطل- أنّ قياس المقام باشتراط شرب مستصحب الخمرية و نحوه مع الفارق.

و الحاصل: سلّمنا أن لا فرق في مخالفه حكم الله الموجه لبطلان الشرط بين مثل الاستصحاب من القواعد الظاهريّة المجعولة للشاك بأحد التقريبين المتقدمين، و بين الأحكام الواقعيّة، و لكن لا ربط للمقام بذاك الباب.

وجهه: أنّ احتمال عدم تأثير الفسخ و بطلانه الموجب لاستصحاب بقاء أثر الإيقاع، إنّما هو ناش من كون الشرط المذكور في الإيقاع مخالفا للكتاب و السنة، حيث إنّ من المعلوم أنّ الفسخ الواقع عقيب الشرط المذكور فاسد، كما أنّ من الواضح أنّ الفسخ الواقع عقيب شرطه الغير المخالف لهما نافذ صحيح، و لا- يعقل أن يكون الأصل المترتب على الشك المتولد من المخالفه و عدمها مؤثرا في بطلان الشرط، و المؤثر فيه إنّما هو الحكم الذي له واقع مع قطع النظر عن المخالفه

و العدم، و هو هنا كون أثر الإيقاع لازماً بحيث لا يقبل التغيّر بالفسخ الواقع عقيب الشرط، فإنّ من المحتمل كونه كذلك، كما أنّ من المحتمل أيضاً كونه بخلافه، و أنّه بحيث يرتفع بسبب الفسخ المذكور.

فالذى يحتمل مخالفه الشرط و عدم مخالفته له هذان، و لا أصل فى هذه المرتبه ينقّح أحد الاحتمالين، فتكون أصاله عدم المخالفه جاريه بلا- مزاحم. نعم يتولّد من احتمالى المخالفه و عدمها، احتمال أن يكون الأثر الحاصل بالإيقاع قبل الفسخ زائلاً بعده و أن يكون باقياً، و الأصل فيه و إن كان يقتضى البقاء، لكن لا يمكن تأثير هذا الأصل فى بطلان الشرط، فإنّه يعتبر فى الحكم المخالف- بالفتح- أن يكون ثابتاً مع قطع النظر عن عنوان المخالفه، و هذا معلول للشكّ المسبّب عن الشكّ المتعلّق بعنوان المخالفه و عدمها.

نعم هذا الحكم الأصلى لا يجتمع مع عدم مخالفه الشرط، لا أنّ الشرط صار مخالفاً له، و على هذا فيكون أصل عدم المخالفه جارياً و حاكماً.

و منها العقود: و هى بين ما أتفق على عدم الجريان فيه، و ما اختلف فيه، و ما اتفق فيه على الجريان.

فمن القسم الأوّل النكاح، قال شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- بعد نقل الإجماع: و لعلّه لتوقّف رفع أثره على الطلاق، و مراده أنّ المجمعين فهموا من الشرع ذلك فصار ذلك جهه إجماعهم.

و كيف كان لا إشكال فى فساد الشرط، و هل المشروط أيضاً فاسد؟ ربّما يقال بذلك نظراً إلى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، و نحن و إن قلنا فى الشروط الفاسده أنّها غير مفسده، لكن ما كان منها منافياً لمقتضى العقد لا بدّ من القول فيها بالإفساد، و ذلك للزوم التناقض فى الإنشاء، فلو شرط عدم الثمن فى

البيع أو عدم ملكيته المشتري للمثمن فيه كان هذا مناقضه في القصد، بمعنى: أنَّ الجَدَّ المعتبر في تأثير الإنشاء يفوت، فلا يمكن الجَدَّ بالمبادله مع الجَدَّ بعدم تملك المثمن، لا أنه لا يمكن تحقُّق صورته الإنشاء المتحقَّقه في (بعث السماء و الكواكب) أو (بعث الحشرات)، فلا يقال بعد حصول الإنشاء بترتّب الأثر و لو حصل مناقضه معه أيضا.

و حاصل وجه كون شرط الخيار في النكاح من هذا القبيل أن يقال: إنَّ النكاح الدائم يمتاز عن الانقطاع بأنَّ الإنشاء فيه متعلِّق بالزوجيه الدائمه و لا- بدّ في قسمه من تعيين المدّه و لو بألف سنه، و إذا فرض أنه ينشئ الزوجيه في جميع الأزمان و إلى الأبد، فلا يبقى مجال لاشتراط الفسخ، إذ معناه عدم الجَدَّ في إنشاء الزوجيه في زمان حصول الفسخ، فبين الأمرين تهافت و تناف.

لا يقال: فكيف الحال في باب الإجاره؟ حيث إنَّ التقييد بالمدّه مأخوذ فيه قطعا، و مع ذلك يصحّ جعل الخيار فيه قبل انقضاء المدّه و لم يستشكل أحد بمنافاته لمقتضى العقد.

فإنّه يقال: الوجه أنَّ المدّه هناك قيد للمملوك و هو المنفعه لا للملك، فالمنفعه الممتدّه عشر سنين مثلا بمنزله العين الواحده يملكها المنشئ بلا تقييد لتمليكيها، فلا منافاه لشرط الفسخ حينئذ، نعم اللزوم أن يكون الراجع إلى المؤجر بعد الفسخ تمام المنفعه من أوّل المدّه إلى آخرها، و المسلم بينهم إنّما هو رجوع المنفعه ممّا بعد الفسخ، و لكنّه حكم على خلاف قاعده الفسخ ثابت في محلّه بالدليل الخاص.

و كيف كان يرد على الوجه المذكور بطلان مبناه، و هو كون عقد النكاح من مقوماته أخذ قيد الدوام، فإنَّ المقوم له عدم ذكر المدّه، و لهذا يكون الانقلاب في

مسأله ما إذا نسي ذكر الأجل في المتعه، حيث ينقلب دائما، حكما على وفق القاعده، و لا يحتاج فيه إلى التعبد، فمضمون الأخبار مطابق لمقتضى القاعده.

و بالجمله بالوجدان حال إنشاء التزويج، حال إنشاء التمليك في البيع، فكما لا اسم في الثاني عن الزمان، فكذا الأول بلا فرق، و على هذا لا يبقى منافاه كما هو واضح، فالعمده في الباب هو الإجماع على البطلان فيكون الشرط مخالفا للمشروع، فيكون فاسدا مع صحه أصل النكاح.

و من القسم الثاني: الوقف، و يمكن تقريب البطلان فيه بأحد وجهين.

الأول: الأخبار الداله على أن «الراجع في صدقته كالراجع في قيئه» و أن «ما جعل لله فلا رجعه له فيه»، فإن دلالتها على أن المردود لا يصير ملكا للراد، ظاهرا ممّا لا ينكر.

و أما القول بأنه مع إدراج شرط الرجوع في عقد الصدقه لا يصدق الرجوع فيه أنه مناف لمفهوم الفسخ، فإنه الرجوع عمّا فعله سابقا فدخوله في عنوان الرد أيضا، لا ينبغي إنكاره.

و أمّا كون الوقف ممّا جعل لله، فيمكن استظهاره من إطلاق الصدقه الجاربه عليه الواقع في الأخبار، و من المعلوم أن الصدقه فصلها قصد القربه، و إن أبيت إلا عن عدم دخول قصد القربه في حقيقه الوقف—و لهذا يتمشى من الدهرى—فيتم المطلوب في خصوص القسم الداخل منه في الصدقه بالاشتغال على قصد القربه، و هذا الوجه كما ترى جار في مطلق الصدقه.

الوجه الثاني: أن يقال: إنه مناف لمقتضى الوقف، فإنه قد أخذ فيه قيد حبس تلك الرقبه و إدامته و تأييده، على خلاف الحال في التمليك البيعى، و لهذا

يكون المنع عن التصرف الناقل فيه على وفق القاعده، وقد عرفت أنه لا يجتمع الجد في إنشاء الملكيه المرسله الخالده مع شرط الإعاده عند الفسخ.

لا يقال: فكيف المقال في شرط العود إلى الواقف عند الحاجه؟ حيث ورد الخبر بصحته، وما الفرق بينه وبين شرط الفسخ؟ فإنه يقال: الفرق أنه راجع إلى التضييق في دائره الوقف، نظير القيود المعتره في الموقوف عليه، فكما يعتبر التأييد هناك في الموضوع المقيّد، كذلك يعتبر هنا أيضا التأييد في المقيّد، أعنى: وقف البستان مثلا- مقيّدا بما قبل حاجه الواقف أو في حال كونه غنيا، فالانتهاء بانتهاء الغناء لا يضرّ بالتأييد المعتر فيه.

إن قلت: لم لا تقول بمثله في شرط الفسخ؟ قلت: سرّه أنه يخرج بذلك الفسخ عن حقيقته، لأنّ معناه الرجوع عن القرار و هو فرع وجود القرار في فرض الفسخ، وعلى فرض التقييد يكون القرار في نفسه منقضيا بمجىء الفسخ لمجىء غايته.

و من هذا القسم أيضا الصلح، وقبل التكلّم فيه لا بدّ من تقديم مقدّمه.

و هي: أنه هل يعتبر في مفهوم الصلح سبق منازعه كما هو الحال في لفظه (آشتى) في الفارسيّه؟ أو هو أعمّ من ذلك و من أن يكون المحلّ معرضا لوقوع النزاع في المستقبل؟ كما إذا وقع على المعاوضه بين شيئين مجهولى المقدار، حيث يوجب أقلّيه الثمن من المثلثين نزاع البائع و أقلّيه المثلثين نزاع المشتري، فمعنى الصلح: أنا لا ننازع في هذين المالين بعد ذلك.

أو لا يعتبر في مفهومه لا سبق النزاع و لا ترقّب لحوقه، كما إذا وقع على المعاوضه بين شيئين معلومين من جميع الجهات، بحيث لا يتطرّق إليهما النزاع كما

لم يكن بين المعاوذين سابقه مخاصمه أصلا، و هو بأن يكون عباره عن مطلق جعل القرار على الشيء كما هو المتفاهم من لفظه الاصطلاح.

تحقيق المقام أن يقال: إنَّ المفهوم من ماده (ص ل ح) ليس فيه اعتبار مخاصمه أصلا، و لهذا يقال: صلح أمر فلان، أو أصلح الله الأمير، أو هذا العمل صالح لكذا، و لا معنى فى شىء من ذلك لاعتبار المخاصمه، و لكن تبادر ذلك من هيئه باب المفاعله الذى مصدره الصلاح و اسم مصدره الصلح لعله غير قابل للإنكار.

و حينئذ فصدق هذا المفهوم الحاصل إما بوضع الهيئه أو بالانصراف، فى مورد تحقّق المداقه من الطرفين فى جميع الجهات محلّ إشكال، فلا بدّ أن يقال: بأنّه حينئذ مجرّد لفظ لم يرد به حقيقته و إنّما أطلق و أريد به البيع مثلا، فترتب عليه الآثار الخاصه بالبيع من اعتبار القبض فى الصرف و السلم و عدم الغرر و خيارى المجلس و العيب و أمثال ذلك.

نعم على مذاق مثل المحقّق الخراسانى - قدّس سرّه - ممّن يقول بأنّ لمفهوم الطلب مصداقين، أحدهما حقيقى و هو الصفه النفسانيه التى هى الشوق الأكيد بفعل الغير، و الآخر مصداق اعتبارى و هو لا هويه له سوى التلفظ بلفظ الطلب مع قصد تحقّق هذا المفهوم، و لا يحتاج إلى تلك المقدمات المحتاج إليها فى القسم الأوّل - يمكن أن يقال هنا أيضا بأنّ مفهوم الصلح كمفهوم الإراده له مصداقان، أحدهما حقيقى و هو متقوم بسبق نزاع أو بالأعمّ منه و من ترقّبه، و الآخر اعتبارى، و هو لا هويه له سوى التلفظ بهذه اللفظه مع قصد تحقّق مفهومه، و لا حاجه فيه إلى نزاع أصلا.

لا يقال: الإنشاء و إن كان متمشيا، لكن حاله حال الإنشاء فى مثل (بعث

(السماء) غير مقرون بالجدّ، و من المعلوم احتياج التأثير إليه.

لأننا نقول:الجدّ و عدمه إنّما ينتزعان من كون الإنشاء بداعى ترتّب الأثر الذى يفيد الإنشاء بحسب طبعه و كونه لا بهذا الداعى كما هو الحال فى (بعث السماء)، و من المعلوم أنّ المقصود من الإنشاء فى المقام ترتّب الأثر أعنى:وقوع المعاوضه بين المالمين التى هى المصالح عليها،فالمقام حاله حال الأمر الذى إنشاؤه الأمر بداعى إيجاد المتعلّق،لكن لا لغرض فى المتعلّق و شوق نفسانى منه إلى حصوله،بل كان حصوله و عدمه سيّان عنده و لكن تعلّق غرضه بنفس إنشاء الأمر بداعى تحريك المخاطب،فلا شبهه أنّ هذا الأمر و البعث جدّى و ملزم للامثال عقلا،فكما أنّه غير مشتاق إلى الفعل و لكنّه طالب له بغرض التحريك الذى هو الأثر الطبعى للطلب،كذلك هنا أيضا ليس مصداق الصلح الحقيقىّ فى النفس حاصلا،و لكنّه منشئ له بالصيغه بغرض أثره الطبعى الذى هو الانتقال مثلا.

لكن هذا على مذاق من يقول بالوجود الاعتبارى على نحو ما يقوله القائل المذكور،و أمّا على ما هو الحقّ من أنّ المنشئ أبدا مظهر عن المعنى فى ضميره و بتبع هذا الإظهار قد يتحقّق عنوان حقيقىّ واقعىّ،فلا يتمشى إنشاء الصلح إلّا مع سبق النزاع أو ترقيبه.

و نحن و إن قلنا بأنّ الإراده فى صورته عدم الشوق نحو الفعل المراد يمكن أن تصير مخلوقا للنفس لأجل المبادى فى نفسها،و لكنّها مع ذلك لا يمكن بالنسبه إلى فعل غير مقدور كالطيران،و البناء القلبى على الصلح أيضا من هذا القبيل، فلا يمكن تمشييه لأجل مصلحه فى نفسه كما لا يتمشى إرادته الطيران.

و إذن فلا- محيص إلّا- عن تعميم معنى الصلح و لو عند الشارع بأن علم من دليل خارجىّ أنّ المصالحه التى جعل لها الأثر فى الشرع أعمّ من هذا الذى فى

أذهاننا من هذه اللفظه، و هو مطلق القرار على الشيء.

و حاصل الكلام: أنّ المتبادر من لفظ الصلح، ما كان مسبقاً بالمنازعه، فيختص بالرفع فلا يشمل الدفع إلا على ضرب من التجوّز. غاية الأمر إنّّه على قسمين: صلح خارجيّ و هو أن يقبل مثلاً كلّ منهما وجه الآخر، و صلح عقدي و هو أن يصلح بينهما في منازعه ماليه بأن يتحمّل كلّ واحد أو واحد بعض الخساره على سبيل العفو و الإغماض.

و على كلّ حال فالتمسك لإجراء عقد الصلح في غير مورد سبق النزاع بإطلاق دليل «الصلح جائز» كما وقع في كلامي المسالك و الجواهر لا يخلو من نظر، فإنّ التمسك بالإطلاق فرع إحراز عنوان الموضوع.

نعم الظاهر تحقّق الإجماع من الشيعة على عدم الاختصاص بصوره سبق النزاع و لكنّ القدر المتيقّن منه صورته توقّعه، بل الظاهر من استدلال البعض على الجريان في مورد عدم السبق و التوقّع -بأنّه لا قائل بين الأمّه بالفصل بين الصورتين و بين غيرهما- تحقّق الإجماع في صورته عدم السبق و التوقّع أيضاً، و لكن الكلام في إتمام المطلب على القواعد مع قطع النظر عن الإجماع.

و حينئذ نقول: استدلال شيخنا الأستاذ -دام علاه- على التعميم بروايات مشتمله على إسناد الصلح إلى المديون الذي أبراه الدائن إمّا من تمام الدين و إمّا من بعضه.

منها: الصحيح عن أبي عبد الله -عليه السلام-: «في الرجل يكون عليه الشيء فيصلح (فيتصلح خ ل)؟ فقال -عليه السلام-: إذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس» (1).

ص: ١٦٦

١- ١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥، في أحكام الصلح، ص ١٦٦، ح ٣.

و منها: ما عن أبي عبد الله - عليه السلام - «قال: سألتناه عن الرجل يكون عنده المال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه وارثهم و كيلهم فيصلحه على أن يأخذ بعضا و يدع بعضا و يبرأه ممّا كان عليه، أ يبرأ منه؟ قال - عليه السلام -: نعم» (١).

و منها: رواه علي بن أبي حمزة «قال: قلت لأبي الحسن - عليه السلام -: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم مات، إلى أن أصالح ورثته و لا أعلمهم كم كان؟ قال - عليه السلام -: لا يجوز حتى تخبرهم» (٢).

و احتمال كون الكلمه في الأولى «فيتصالح» لا يضّر، لأنّه مشترك مع كلمه «يصالح»، و ما اشتهر في الفارسيه من ذكر المتصالح في مقام المطاوعه، من الأغلاط المشهوره، و أمّا احتمال كونها بفتح اللام و فعلا مجهولا فيبعده أمران:

أحدهما: ركاهه نسبه المفعوليّه إلى المخاطب بكاف الخطاب في صالحتك و هو كنسبه المبيوعيه إلى المخاطب بكاف الخطاب في بعتك، بل المتعارف التعبير عنه بالمصالح له، و عن الثاني بالمشتري أو المبيوع منه.

و الثاني: أنّه إذا صدر السؤال بذكر موضوع ثمّ عقبه بفعل فالظاهر كونه معلوما و إن احتمل كونه مجهولا لكنّه مخالف لظاهر الأسلوب، ألا ترى إذا كان السؤال بهذه الصوره: (رجل له بيت فيصلّي في بيته؟ فقال: لا بأس) فكلمه يصلّي و إن احتمل أن يكون مجهولا حتى يكون المراد: أنّ الغير يجيء و يصلّي في منزله، لكنّه بعيد و لا يقرأ الكلمه إلّا معلوما.

و هذا الوجه الثاني يجري في الروايه الثانيه أيضا بالنسبه إلى احتمال أن يكون فاعل (يصالحه) الضمير الراجع إلى الدائن أعني: الوارث، فإنّه خلاف تصدير

ص: ١٦٧

١ - ١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٦، في أحكام الصلح، ص ١٦٧، ح ١.

٢ - ٢) المصدر نفسه: الباب ٥، في أحكام الصلح، ص ١٦٦، ح ٢.

الكلام بذكر الرجل الذي عنده مال فإنّ الظاهر إسناد (بصالحه) إليه.

و على هذا فتقريب الاستدلال: أنّ المصالحه من طرف المديون مع فرض معلومته أصل الدين و مقداره لا تتحقّق بمعنى رفع اليد عن الخصومه إلى العفو و المسالمه، لأنّه حينئذٍ إمّا لا يدفع تمام الدين، و إمّا يدفع بعضه فقط، و على كلّ حال فالعفو من طرف الدائن، لأنّه يتجاوز على سبيل التخيير عن أخذ ماله إمّا بالتمام أو ببعضه، و إمّا المديون فبالنسبه إلى البعض الغير المدفوع لا تجاوز منه كما هو واضح، و كذا بالنسبه إلى البعض المدفوع، لأنّه في دفعه مريد لاستخلاص رقبته و استفراغ ذمّته، و أيّ تجاوز و فتوه في ذلك؟ نعم بالنسبه إلى من لا يقنع بأحكام الشرع و يسلك سبيل الظلم و التعديّ علانيه يمكن التجاوز، إلاّ أنّ الكلام في غير مثل هذه الخصومات ممّا كان له و لو في الظاهر طريق، لا ما كان من محض الظلم.

و بالجملة: لا يتحقّق في الفرض المذكور الصلح القرارى إلاّ من جانب الدائن، و أمّا كون ذلك كافيا لصحّحه الإسناد إلى المديون بملاحظه أنّه مورد هذا الصلح، ففيه ما عرفت من أنّ المتحقّق من قبله ليس هو ما يقال له في الفارسيّه:

(آشتي) و (ساز گارى).

نعم يتحقّق ذلك في ما إذا كان مقام الإثبات مشكوكا إمّا في أصل الدين و إمّا في مقداره، فتراضيا على مقدار معين، فإنّ العفو و الإغماض حينئذٍ من طرف المديون بملاحظه أنّه يحتمل براءه ذمّته رأسا أو عمّا يوازي هذا المقدار، و من طرف الدائن بملاحظه أنّه يحتمل الاشتغال بأزيد منه، و هذا واضح.

لكنّ المفروض في الروايتين الأخيرتين المفروغتيه عن مرحله الإثبات من كلتا الجهتين، نعم تحتمل الروايه الأولى الجهل بالمقدار، فيمكن أن يقال فيها بأنّ لفظ

(يصالح) بعد ظهوره فيما يرادف لفظه (آشتى) فى الفارسيه، لا- بدّ من حمله على صورته الجهل بالمقدار من باب كونه محققاً لمصداق هذا المفهوم، كما إذا قيل: من يصالح كذا، فإنه محمول على صورته تحقّق المحقّقات، لكن فى الروايتين الأخيرتين كفايه.

و على هذا فلا بدّ من حمل لفظ المصالحة الواقع فى الروايه على غير ما يتبادر منه و هو مطلق جعل القرار على الشئ، سواء كان مربوطاً برفع خصومه حاصله أو دفع خصومه متوقّعه أم لم يكن كذلك.

و لا يخفى أنّه على هذا يصير قسيماً لتمام العقود و أعّم مورداً و أكثر نفعاً من جميعها، و ذلك لأنّه كما يجرى فى موارد تمامها- لأنّ القرار و المواضعه و الاصطلاح متمشّ فى الجميع- يجرى أيضاً فى مثل إسقاط الدعوى الذى لا يجرى فيه غيره.

و أمّا وجه القسيميّه، فلا بدّ من البيع مثلاً- إنشاء الملكيه بعوض، و الهبه إنشاء الملكيه مجاناً، و الإجاره إنشاء الملكيه للمنفعه بعوض، و لكنّ المنشأ الأوّلى هنا هو القرار و التوافق و متعلّقه نفس العين أو المنفعه، نعم لازم ذلك هو التملك، و أمّا العوض و هو مدخول (باء) فيكون مقابلاً- لنفس القرار، فلو فرض أنّه أراد إنشاء نفس التملك ابتداءً و جعل العوض مقابلاً- لنفس المملوك، خرج عن عنوان الصلح.

لا يقال: على ما اعترفت به من تبادل معنى المسالمة و الإغماض بعد الخصومه من اللفظه، فلا تصير الروايه مصادمه لهذا الوجدان القطعى.

و على فرض الشكّ فى أعمال أصاله الحقيقه فى مثل المقام ممّا يكون المراد معلوماً مبنى على مذهب السيّد المرتضى- قدّس سرّه- و قد ارتضيتم فى محلّه خلافه، فالتمسك بالروايات لا يفيد فى تعيين حال معنى اللفظه.

لأننا نقول: ما ذكرت حقّ لو كنّا فى الاستدلال بصدّد تشخيص الوضع اللغوى، و أمّا إن كنّا بصدّد تعيين الموضوع الذى أطلق عليه الشرع هذه اللفظه و رتب عليه الأثر سواء كان بحسب اللغة حقيقه أم مجازا فلا إشكال.

و على كلّ حال فاللازم بعد ما عرفت من عدم أخذ معنى رفع الخصومه فى الصلح الذى يراد فى لفظ الإيجاب عند الشرع أن لا يكون شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد حتّى فى مورد وقوعه فى مقام رفع الخصومات، لأنّ الرفع المذكور فى هذا المورد أيضا خارج عن حقيقته، فعموم دليل الشرط لا مانع من التمسك به، و كذا كلّ خيار ثبت بالعمومات مثل خيار الغبن.

و أمّا ما كان دليله خاصّا بعنوان مخصوص مثل خيارى الحيوان و المجلس، فلا مجال لجريانها فيه، و لكن ما ذكرنا من إمكان التمسك فى ما كان دليله العمومات بالنسبه إلى خيار الشرط الذى دليله عموم (المؤمنون). إنّما هو صرف الإمكان و إلا فالتحقيق كما مرّ الإشارة فى أوّل البحث إليه عدم الجواز، لأنّ هذا الشرط مناف للمشروع فى عقد الصلح، و ذلك لمنافاته لإطلاق قوله - عليه السلام -:

«الصلح جائز بين المسلمين» (1) فما ذكرنا إنّما هو فى مقام عدم كون الشرط منافيا لمقتضى حقيقه عقد الصلح مع قطع النظر عن حكمه و أنّه فى الشرع النفوذ المطلق أولا.

و أمّا ما عن بعض الأساطين من التفصيل بين الصلح المشتمل على الإبراء فلم يجوز فيه الشرط و غيره فجوزه، فلعلّه مبنى على أنّ الإبراء و الإسقاط حيث أنّه إعدام لا يقبل الفسخ عند العرف، لأنّ العدم لا يقبل العدم، لكنك عرفت الخدشه فيه فى ما تقدّم مع أنّه منقوض بمثل بيع الدين على من هو عليه، حيث

ص: ١٧٠

إنه على هذا لا بدّ من عدم جريان خيارى المجلس و الغبن و خيار الشرط فيه أيضا لأنه أيضا مفيد للإسقاط.

و من هذا القسم الرهن، و الظاهر منافاه شرط الخيار فيه لمقتضاه، فإنّ حقيقته استيثاق الدائن بأنّه متى تعذّر الوصول إلى دينه استوفاه من هذا المال، و ترتفع هذه الوثاقه مع جعل الخيار للراهن، و من هذه الجبهه منعوا عن رهن مثل الطير فى الهواء و السمك فى الماء، فإنّه نظير رهانه الشخص مع كون اختيار الذهاب بيد نفسه، فإنّ حقيقه المعنى الذى يعبر عنه فى الفارسيه ب(گروى) لا- يتحقّق و لو فرض أنّ المرتهن يطمئنّ بأنّه لا يذهب، فإنّ هذا الاطمئنان الخارجى لا يفيد فى صدق المعنى بعد كون الاختيار بيده بحيث متى شاء ذهب، كما لا يقال فى حقّه أنّه محبوس بحبس النظر.

و من هنا يظهر أنّه لو جعل الخيار بعد انقضاء مدّه كرأس سنّه أشهر لا يكفى بعد كون الرهانه فى تمام السنه، فإنّه لا يجامع مع الرهانه فى ما بعد السنّه أشهر و إن كان لا ينافى مع ما قبلها، و هكذا الكلام بعينه فى باب الضمانه حرفا بحرف فلا يحتاج إلى الإطاله.

و من القسم الأخير أعنى: ما اتّفق على صحّحه شرط الخيار فيه ما عدا الصرف و السلم، و بيع من ينعق على المشتري، و العبد المسلم المشتري من الكافر، من أقسام البيع سواء فى ذلك المعاطاه و غيرها، و إن استشكل فى جريان مطلق الاشرط فى مطلق العقد المنشأ بالفعل شيخنا المرتضى -قدّس سرّه-، لكن من الممكن أن يتقاولا سابقا على الإنشاء الفعلى على الاشرط، كما يتقاولان على تعيين كمّيه العوضين و كفيّتهما، ثمّ يؤتى عند التقابض بكاشف فعلى كالإشاره باليد و نحوها للإشاره إلى الاشرط السابق بقصد الإنشاء.

و لو فرض قصور الدلاله فى الإشاره كفى التلّفظ بقول على الشرط المذكور مقارنا للإعطاء أو القبض، فإنه حينئذ يرتبط بالإنشاء الفعلى كما يرتبط الفعل باللفظ بمعنى أنّ الاحتفاف به قد يوجب تغييرا فى ظهوره، و بالجملة لم أعرف وجها للإشكال فهو- قدّس سرّه- أعرف بما قال.

بقى الكلام فى الضابطه التى أفادها شيخنا المرتضى-قدّس سرّه- فى هذا المقام لتحقيق أنّ أىّ عقد يجرى فيه شرط الخيار؟ و أىّ عقد لا يجرى؟ و هو جريان الإقاله و عدمه، فأناط الجريان بجريان الإقاله و العدم بعدم جريانها.

قال شيخنا الأستاذ-دام بقاءه-: يمكن تسليم أصل الأولويه فى طرف النفى، فإنّ طرفى العقد اللذين هما العاقدان له إذا اتّفقا على الحلّ و لم يثمر فى الانحلال فاستقلال أحدهما على الحلّ بدون رضى الآخر إلّا حال الاشتراط فى ضمن العقد يكون غير مثمر بالأولويه، و إن كان هذا أيضا منقوضا بباب النكاح، حيث إنّه مع عدم جريان الإقاله فيه يجرى فيه فسخ الواحد عند العيوب المخصوصه.

و أمّا فى جانب الإثبات فلا وجه للأولويه أصلا، فإنه إمّا يراد بذلك أنّه إذا رأينا أنّ العقد قابل للانفساخ فى الجملة كفى ذلك فى مشروعيه الفسخ، لنقض ذلك بباب النكاح، حيث علم فيه قابليته للفسخ فى الجملة مع عدم جريان الشرط فيه، و إن أريد كما هو ظاهر الكلام أنّ مناط الإقاله جار مع الشرط ببيان:

أنّه إذا كان توافق الطرفين على الحلّ الفعلى مثمرا فاستقلال أحدهما إذا كان ناشئا عن التوافق فى ضمن العقد على هذا الاستقلال أيضا حاله حال التوافق الفعلى.

ففيه منع الأولويه، فإنّ باب الإقاله باب إقاله النادم و يعتبر فيه تقارن الرضاءين فعلا، و دعوى عدم الفرق بين التواطؤ الفعلى و بين التواطؤ السابق على

استقلال أحدهما منقوض بباب العقد، فإنه أيضا يكفي فيه توافق الطرفين على عقده، ومع ذلك لو تواطأ على استقلال أحدهما ثم بدا لصاحبه واستقل الآخر بالعقد لا يكفي قطعاً.

وإن أريد أنه وإن لم يتحقق الرضى الفعلى من صاحب الفاسخ حال الفسخ وجدانا، ولكنه متحقق تعديداً، بمعنى أن قول الشارع: «ف بشرطك» منزل لرضاه الحاصل حال العقد منزله المستمر إلى ما بعده حين فسخ صاحبه، ففيه:

أنه دور واضح، فإن المفروض أننا نشك في المشروعيه مع قطع النظر عن هذا التنزيل، وإنما يصير مشروعاً بالدخول تحت الإقاله بواسطه هذا التعبد، وفرضنا أن التعبد المذكور أيضا يحتاج إلى مشروعيه المشروط مع قطع النظر عنه وهذا واضح.

الرابع: خيار الغبن

إشاره

لا- حاجه إلى تعيين معنى اللفظه لغه، لأنه ما وقعت في آيه أو روايه، بل المحتاج إليه تشخيص موضوع أدلتهم وإجماعهم، وهو كما يعتبر فيه جهل المغبون، يكون أعم من حيث جهل صاحبه و علمه. و يعتبر فيه أيضا أن يكون الزيادة أو النقصان بما لا يتسامح به عادة.

فلا بد من التكلم في هذا الموضوع بأي اسم سمي. فنقول و على الله التوكل:

لا إشكال في صورته علم المغبون بالحال في الصحه و اللزوم كما عرفت، إنما الكلام في الجاهل و هو على قسمين، لأن جهله إما بسيط و إما مركب.

أما القسم الأول: فأصل صحه معامله و الحال هذه على القاعده في غايه الإشكال، و هل ترى من نفسك أن الغرر في هذا أقل من الغرر في صورته الجهل بالجنس أو الوصف أو الكم؟

مثلا إذا عرف أنّ الجنس فيروزج و عرف صفته من اللون و غيره بالإحساس، و لكنّه لعدم كونه خبره شاكّ في أنّه مقوم بتومان واحد أو بخمسين تومانا؟ فأقدم بدون الفحص على سبيل الحظ و البخت على شرائه بخمسين، لا يكون هذا بأدون من إقدامه على شراء ما في الصندوق مع ترّدده بين خاتم واحد من فيروزج بتومان واحد أو خمسين خاتما كلّ واحد كذلك، فكما أنّ الثاني يعدّ في العرف جزافا، و بعبارة فارسيه (دل بدريا زدن) كذا الأوّل بلا فرق.

نعم الجهل بالكمّ - و لو انفك عن الجهل بالماليه كما لو علم أنّه على كلا التقديرين من كونه واحدا أو خمسين مقوم بخمسين - قام الإجماع على مضرّيته، و لكنّ الكلام في موضوع الغرر و الخطر الذي هو أيضا واقع تحت النهي، فالإنصاف أنّهما من هذه الجهه على نحو واحد، فالحكم بالصحّه في ما نحن فيه من الجهل بالقيمه مع العلم بالجنس و الصفات و المقدار لا - يتمّ إلاّ بالإجماع كما هو المحقّق.

و بعد ذلك فإثبات الخيار للمغبون أيضا على القاعده في غايه الإشكال، لأنّ الأدلّه لا تنفي في هذا القسم بإثباته.

أمّا أنّه التجاره عن تراض، فلأنّ المفروض رضاه بوقوع المعامله مع احتمالّه أنّه انقض من الثمن بمراتب، و بعد دخوله تحت التراضي فخروجه عن الأكل بالباطل أيضا واضح.

و أمّا قاعده لا - ضرر، فإنّه مقدم على الضرر، فإنّه بالفرض محتمل و ليس لاحتمال الضرر دافع من أصل عقلائي، غايه الأمر أنّه دخل برجاء احتمال النفع، و لهذا لو انفك الاحتمال الأوّل عن هذا الرجاء و كان قاطعاً بالضرر لما أقدم، و لكنّه ما لم يوطن نفسه على تحمّل الضرر في جنب ما يرجوه من حصول النفع لما كان

مقدما مع الاحتمال أيضا، بل يكون متجاوزا عن النفع المحتمل خوفا عن الضرر المحتمل. والحاصل أنّ هذا شخص جعله الرجاء المذكور مقدما على الضرر على تقدير ثبوته.

و أمّا في صورته ثبوت الاحتمال مع الدافع العقلاني، فالاحتمال يصير موهونا غير قابل للاعتناء و بمنزله العدم، فهو قد تحرّز عن الضرر بالطريق العقلاني و على وجه يعذره العقلاء و لا يلومونه، إلا أن يكون الضرر خطيرا في الغايه بحيث يكون احتمال له و لو موهوما واجب التحرّز عندهم، فحينئذ يكون حاله حال الاحتمال، و الحاصل أنّ هذا أيضا و إن كان إقداما لكنّه عن حجّه و معذّر، و الأوّل إقدام بلا حجّه، و المتيقّن من الخروج عن قاعده لا ضرر هو الأوّل.

و كيف كان فإثبات الخيار في هذا القسم أعنى الجاهل البسيط الغير القائم عنده اماره عقلائيّه، لا يتمّ إلا بالإجماع كما هو المحقّق أيضا.

و أمّا القسم الثاني: و هو الجاهل المرّكب و المحتمل القائم لديه اماره عقلائيّه فأصل الصّحّه فيه لا إشكال فيه، و أمّا إثبات الخيار فقد يتشبّه فيه بآيه: *ال تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ تَارَهُ وَ بآيَهُ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ أُخْرَى*، و الظاهر عدم التماميّة في شيء منهما، لأنّ المعامله على هذا الوجه و إن فرض أنّ وصف كون العوض مميّا يساوي قيمته العوض الآخر و صفا مقوما في المعامله، كوصف الصّحّه و أمثاله لا من قبيل الدواعي، لا يخلو حالها إمّا يقال:

إنّها مع تخلف هذا الوصف و كونه أنقص من عوضه قيمه لا يخرج عن عنوان التجاره عن تراض.

و إمّا يقال: إنّه مع هذا التخلف خارجه عن العنوان المذكور، فالثاني مفيد للبطلان على تقدير استفاده الحصر من الآيه، أو لا يستفاد حكمه صحّه و بطلانا

من الآيه على تقدير عدم الاستفاده، والأول غايه ما يفيد هو الصحه، وأما الخيار فساكت عنه كما يكون ساكتا عن عدمه.

و من هذا يعلم الخدشه فى الاستدلال بالآيه الثانيه، فإن أمرها أيضا دائر بين صدق عنوان الأكل بالباطل و عدم الصدق، فعلى الثانى لا يستفاد حكمه أو استفاد أصل الصحه المجامعه مع الخيار و اللزوم، و على الأول استفاد البطلان، فالحق أن الآيتين ليستا بدليلين فى الباب.

و قد يقال: إن وصف المساواه مع العوض قيمه و عدم النقصان عنه كذلك مأخوذ فى طرف المبادله و المعاوضه على وجه القيديه، مثل ما إذا صرح فى اللفظ بذلك بصوره الوصف أو الشرط، فكما أنه فى هذه الصوره لم يكن إشكال فى تحقق الخيار على قاعده المقتضيه للخيار فى صوره تخلف الوصف و الشرط، فكذا مع عدم الذكر اللفظي، و لكن كان عقد المعامله مقيدا واقعا و فى نفسها بثبوت وصف المساواه، فتكون قاعده تخلف الوصف جار هنا بلا فرق.

و فيه: منع ذلك و لا أقل من الشك.

و قد يتمسك أيضا بما ورد فى خيار تلقى الركبان. و فيه: أن الروايه غير موجوده فى كتب الإماميه، و الشهره و إن كانت على طبقها، لكن الاستناد غير معلوم، على أنه على فرض التسليم، يمكن أن يكون قسما مستقلا من الخيار غير متوقف على الغبن، و على فرض التوقف أيضا لا وجه للتعدى عن مورده بعد عدم عموم فى اللفظ. فالدليل فى الباب لو كان إنما هو قاعده لا ضرر، فاللازم التكلّم فيه.

فنقول و بالله الاستعانه: قد يقال فى تقريب الاستدلال: إن المراد بالنفى بعد تعذر إرادته الحقيقه نفى آثار الضرر، كما فى لا رجال و أمثاله، فيكون المراد بالضرر

الموضوع الضررى كالعقد الغبى و الوضوء الشينى و أمثالهما، فكما يراد من لا رجال أن آثار الرجال منفيه، يراد بهذا أيضا أن آثار العقد الغبى و الوضوء الشينى منفيه.

ثم آثار العقد الجواز التكليفى و الصحه الوضعيه و اللزوم الوضعى، و حيث قام الإجماع على ثبوت الأولين يكون المرفوع فيه هو الأخير، مع أنه يمكن أن يقال بأنه لا وجه لرفع الأولين، لأن المرفوع و المنفى هو الأثر المترتب عليه الضرر لا غيره، و الصحه و كذا الجواز التكليفى الذى يترتب عليهما فى الآن العلقى المتأخر عنهما الجواز الوضعى، و السلطنه للمغبون على الفسخ ليس فيها ضرر أصلا، و خروج المال عن ملك المغبون بإزاء الأقل من قيمته و إن كان قد حصل بنفس الإنشاء و لكن هذا الآن العلقى عند العرف حاله حال الفلاس الواحد حيث إنه أيضا ضرر بالدقه، و لكنّه يتسامح فيه العرف و لا يعدونه ضررا.

و على هذا فليس فى إثبات الصحه تخصيص فى قاعده لا ضرر، لأنها ليس من ناحيتها الضرر و إن كان يندفع بنفيها، فتعين الأمر فى نفي اللزوم، و هو و إن كان أعم من الجواز بمعنى ثبوت حق الخيار المتفرع عليه الإسقاط و الإيرث و سائر آثار الحق، لأنه يلائم مع الحكم و لكن المقصود و هو نفس قدره المغبون على الفسخ حاصل، و إن كان آثار الحق ليست جاربه، هذا.

و لكن فى هذا التقريب إشكال من جهتين.

الأولى: أنه فرق بين كلمه (لا) النافيه للجنس و بين قولنا: رفع كذا، كما فى حديث الرفع، فالثانى ظاهر فى أن العنوان التالى مثل النسيان و الخطأ موجب لارتفاع الأثر المترتب على الذات المعنونه به، ضروره أن العنوان المقتضى لثبوت الأثر لا يمكن أن يقتضى ارتفاعه، و هذا بخلاف النفى الوارد على العنوان بكلمه لا، فإن الظاهر أن المنفى الأثر المترتب الجائى من قبل نفس هذا العنوان كما هو

الشائع في التركيبات التي من هذا القبيل، مثل لا رجل، ولا ربا بين الوالد وولده، حيث يؤتى بذلك في مقام أن الأثر الذي يقتضيه عنوان الرجوليه و الربويّه منتف في هذا المصداق من الرجل و الربا.

فالمناسب لهذا في المقام أن يراد بقولنا: «لا ضرر»: أنه ليس في هذا الضرر، الآثار المترقبه من طبيعه الضرر كما يقال في الضرر اليسير: ليس هذا بضرر، و أما الإرجاع إلى المعنونات بهذا العنوان مع جعل العنوان عبره حتى كأن قيل العقد الغبني ليس بعقد، و الوضوء الشيني ليس بوضوء، فهو خارج عن متفاهم اللفظ عرفا، بل الظاهر أن الموضوع بما هو معنون بعنوان الضرر منفي، و لازمه حسب نظائره رفع الآثار المترتبّه على عنوان الضرر.

الثانيه: سلّمنا الحمل على نفى آثار الذات و لكن حسب اعترافه يكون المنفي خصوص الآثار المترتب عليها الضرر، و لهذا ذكر أن الصحه و الجواز التكليفي باقيا، و على هذا فمقتضى ذلك ليس نفى اللزوم برأسه، فإنه لو فرض كونه مشروطا ببذل الغابن التفاوت فورا بدون فاصله معتدّ بها ليس فيه أيضا ضرر، نعم إطلاقه بالنسبه إلى مورد التسامح من البذل ضرري، فاللازم من هذا إنّما هو الجواز المشروط لا المطلق كما هو المدعى.

و ممّا ذكر في الجهه الثانيه يعرف الخدشه بناء على المعنى الآخر للحديث اختاره شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- و هو: أن يكون النفي على حقيقته مثل لا- رجل في الدار، و أريد بالإسلام الأحكام المجعوله في هذه الشريعه، فكأنه قيل: لا ضرر في هذه الأحكام، و مرجعه إلى نفى جعل الحكم الضرري، فلو اقتضى إطلاق أو عموم شمول حكم لمورد ترتب الضرر يكون الحديث حاكما عليه.

إذ على هذا نقول: لنا في العقد الغبني حكمان. الأوّل: مثل أحلّ الله البيع ممّا مفاده الصحه و هو غير مترتب عليه ضرر كما تقدم بيانه.

إذ على هذا نقول: لنا في العقد الغبني حكمان. الأول: مثل أحلَّ اللهُ البيعَ ممَّا مفاده الصّحه و هو غير مترتب عليه ضرر كما تقدم بيانه.

و الآخر مثل أوفوا بالعقود و استصحاب الملك ممَّا مفاده اللزوم و هذا أيضا لا يترتب عليه في مورد إقدام الغابن فورا على بذل التدارك ضرر، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاقه.

لا يقال: بذل التدارك عباره عن تمليك ما يساوى الزيادة مجاناً، و هذا أمر مستقل لا ربط له بالضرر الذي ورد على المغبون في عقده، و المربوط به إنّما هو إعادته نفس ماله.

لأننا نقول: نعم لو كان الداعي هبه مستقله، و أمّا لو كان الداعي هو التدارك بحيث لو لا ورود الضرر لما وهب، فمنع ما ذكرت، فإنّ هذا عند العرف يعدّ جبرانا لذلك الكسر و تداركا لذلك الضرر، و نفس اللزوم المقرون بهذا التدارك حاله حال الصّحه المقرونه بالجواز، فكما أنّ الثاني ليس عند العرف ضررا فكذا الأول، فاللازم على هذا أيضا تخصيص الجواز بحال عدم بذل التفاوت أو التسامح فيه.

بل نقول و هكذا الحال أيضا بناء على ما اخترناه في محلّه في معنى الحديث من حمل النفي على حقيقته و عدم الإشاره فيه إلى الأحكام المجعوله، و المراد بكلمه «في الإسلام» ما هو المراد في «لا رهبايته في الإسلام»، فهو إشاره إلى هذا المذهب، و نظير لا فسوق و لا جدال في الحجّ (1) غايه الأمر أنّ النفي تشريعي و المراد به أنّ الشارع بحسب التشريع سدّ باب الضرر بجميع الجهات الممكنه بحسب وظيفه التشريع، و مرجعه إلى أنّه حرّم الضرر تكليفا ثمّ على تقدير العصيان يكون بقاء هذا الضرر الحادث أيضا مسدودا بإيجاب ردّ العين، كذلك على تقدير البقاء

ص:

و تضمين الضار لصاحب المال على تقدير التلف.

فإنه قد يقال على هذا: أما الصحه و الجواز التكليفى فقد عرفت حالهما، و أما اللزوم على تقدير عدم بذل الغابن التفاوت فلا داعى إلى رفعه بناء على هذا المعنى، لإمكان إثباته و التوسيل إلى نفي الضرر بإيجاب البذل على الغابن، إذ هو مغن عن جعل اختيار الفسخ للمغبون، و إن أبيت عن كفايه صرف التكليف فتضمينه الأرش بلا- شبهه يكون كافيا، فيمكن حفظ ظهور دليل اللزوم حتى فى هذه الصورة أيضا.

و لكن نقول: إن سدّ الضرر تشريعا ما دام للوظيفه التشريعيّه مجال لا يكفيه هذا المقدار، إذ فى فرض الامتناع عن الأرش بعد هذا التضمين الشرعى أيضا يكون للوظيفه مجال و هو رفع اللزوم عن العقد، فإذا صار رفع لزوم العقد هو المرحله الأخيره و لا بدّ منها فالإيجاب و التضمين المذكوران لغو، لكفايه تشريع رفع اللزوم على تقدير المسامحه فى البذل عن تشريعهما و عدم كفايتهما عنه، فتكون النتيجة على هذا أيضا هو جعل الخيار المشروط كما على المعنيين الأولين، هذا.

و حاصل الكلام فى المقام أنّ معنى الحديث الشريف ليس أنّ الحكم الضررى ليس فى الأحكام الإسلاميه، و ليس أنّ الموضوع الضررى منفى حكمه الثابت له مع قطع النظر عن الضرر، أما الثانى فلما عرفت، و أما الأول، فلأنّ المتبادر من كلمه «فى الإسلام» ما يراد فى قول القائل: أول رأس رفع على الرمح فى الإسلام، و أول مولود ولد فى الإسلام، و ليس هذا بأول قاروره كسرت فى الإسلام بالجملة إرادته الجامعه و الحوزه فى هذه العبارة ممّا لا شبهه فيه، إذ لا معنى لإرادته مطروفيه الأحكام للولاده و رفع الرأس و كسر القاروره، فالمتبادر إلى الذهن كون الكلمه فى الحديث أيضا من هذا الباب.

ص: ١٨٠

وحيثُذ فالمراد بالنفي هو التشريعي و من الضرر نفس موضوعه الخارجى و مرجع النفي التشريعى لموضوع الضرر أن الشارع شرع التشريعات التى لها مدخل فى سد باب الضرر على حسب ما يقتضيه كل مقام، ففى مقام يكون بجعل النهى، و فى آخر بعدم الإمضاء، و فى ثالث بتشريع الخيار، و فى رابع بغير ذلك من وجوه التشريع الدافعه النافيه للضرر.

و حيثُذ نقول: فى المعامله الغبتيه دليل الصحه منفك عن دليل اللزوم، و رفع اليد عن ظهور الأوّل بلا وجه، لأنّ الصحه بمجردها و لو انضمت معها تشريع الخيار و التسلّط على الردّ ليست ضروريا، و لا ينافى سدّ الضرر تشريعا كما عرفت، بل الضرر جاء من عدم إمكان التخلّص عن هذا الضرر الجائى بالصّحه.

و بالجمله الضرر الممكن التخلّص تشريعا فى آن بعد تشريعه لا ينافى تشريع نفي الضرر و أمّا دليل اللزوم الجائى من قبله عدم إمكان التخلّص فنقول:

هذا أيضا بمجرده لا ينافى تشريع النفي، بل إذا قيد بعدم انضمام الجبران إلى الضرر الواقع، فإنّ عدم إمكان التخلّص عن الضرر الذى يتعقّبه جبرانه - لا تملك خارجى غير مرتبط به - لا ينافى نفي الضرر تشريعا، فالذى ينافيه إنّما هو جعل اللزوم فى خصوص ما إذا لم يلحقه الجبران و الأرش و لازم جعل نفي الضرر رفع اليد عن إطلاق دليل اللزوم فى هذا المورد، فيحصل الخيار عند عدم البذل.

غايه ما يمكن أن يقال هنا إنّهُ يمكن سدّ الضرر مع بقاء اللزوم بحاله بوجوه آخر، الأوّل: إيجاب الغرامه تكليفا أو وضعا على الغابن، و الثانى: إلزام الغابن و إجباره على الفسخ، و الثالث: إلزامه بواحد من هذين الأمرين شاء، و الرابع: اختيار المغبون فى استرداد خصوص الزائد بفسخ البيع عند امتناع الغابن

عن البذل، ومع هذه الاحتمالات لا وجه لرفع اليد عن دليل اللزوم.

و لكن فيه: أنّ الوجه الأخير ينافى قضيه الفسخ، لأنه حلّ المعاوضه فلا يمكن حلّها بحيث تصير النتيجة ردّ بعض أحد العوضين مع بقاء تمام العوض الآخر بحاله. وأمّا الوجوه الأخر، فإيجاب الجبران لا يصير الضرر الواقع مجبوراً بل الجابر نفس البذل الخارجى، فإن تحقّق هو فالضرر مجبور و إن لم يكن إيجاب، و إن لم يتحقّق فالضرر غير مجبور و إن كان إيجاب، فاللازم رفع الحكم الذى يسجّل الضرر و هو اللزوم على تقدير عدم الجبران الذى هو البذل الخارجى، و معه يكون هذا الإيجاب أمراً لغواً خالياً عن الفائده التى نحن بصددّها من سدّ الضرر الغير المجبور.

و أمّا إلزام الغابن على الفسخ، فصرف هذا الحكم أيضاً غير جابر للضرر الذى سجّله اللزوم على المغبون، نعم لو وافق الغابن و فسخ صار الضرر الوارد مرتفعاً من هذا الحين، و هذا بخلاف ما لو جعل الخيار للمغبون فى الآن المتأخّر عن حصول المبادله و لو فى حال غفلته و نومه مشروطاً بعدم حصول الجبران الخارجى عقبيه فى الزمان المتّصل العرفى بالعقد، فإنّ الضرر حينئذ لم يقصّر الشارع عن سدّه بأقصى ما يمكن تشريعاً، و أمّا الوجوه الأخر فقد عرفت نقصانها، و قد فهمنا من الحديث الشريف عدم القصور و عدم إبقاء مجال للضرر بقول مطلق.

بقى فى المقام أخبار آخر تمسّكوا بها.

مثل قوله -عليه السلام-: «غبن المؤمن حرام» (١) و قوله -عليه السلام-: «لا يغبن المسترسل فإنّ غبنه لا يحلّ» (٢) و مثله ما عن مجمع البحرين: «أيما مسلم استرسل

ص: ١٨٢

١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٧، من أبواب الخيار، ص ٣٦٤، ح ٢.

٢-٢) المصدر نفسه: الباب ٢، من أبواب آداب التجاره، ص ٢٨٥، ح ٧.

إلى مسلم فغبنه فهو كذا» وقوله-عليه السلام-:«غبن المسترسل سحت» (١).

و عن مجمع البحرين: أنّ الاسترسال الاستئناس و الطمأنينه إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه، و أصله السكون و الثبات (٢).

و لا يخفى الخدشه الواضحه فى غير الأخير منها، فإنّ الغبن فيها على معناه اللغوى أعنى: الخديعه و الخيانه فى مقام المشاوره، فلا ربط لها بمقام المعامله، نعم الأخير ظاهر فى ما يتعلّق بالمال لكن فيه احتمالات:

الأول: أن يكون خصوص الزيادة التى يأخذها الغابن، بمنزله السحت فى الحرمة و الضمان.

و الثانى: أن يكون الغابن بمنزله آكل السحت فى استحقاق العقاب على أصل العمل و هى الخديعه فى أخذ المال.

و الثالث: أن يكون مجموع العوض الذى يأخذه الغابن سحتا فى صورته خاصّه، و هى صورته اطلاع المغبون و ردّه للمعامله المغبون فيها، و لا يخفى أنّ الروايه لو لم تكن ظاهره فى أحد الأولين بملاحظه أنّ اللازم على الأخير تقييدها و سياقها آب عنه فلا أقلّ من الإجمال.

ثم إنّ تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل:

مسأله: يشترط فى هذا الخيار أمران،

الأول: عدم علم المغبون بالقيمه،

اشاره

فلو علم بالقيمه فلا خيار.

قال شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-بل لا غبن كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال لأنّه أقدم على الضرر. انتهى.

ص: ١٨٣

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٧، من أبواب الخيار، ص ٣٦٣، ح ١.

٢- ٢) مجمع البحرين، الجزء ٥، ص ٣٨٣، ماده «رسل».

قال شيخنا الأستاذ-دام بقاءه-فيه أوّلا: أنّ الغبن ليس في دليل من الأدلّه حتّى يتمسّك بعدم صدقه، فاللازم ملاحظه أنّ دليل لا ضرر الذى عرفت أنّه العمده في الباب هل فيه قصور عن شمول هذا أو لا؟ و ثانيا: ما علّل-قدّس سرّه-به قصور لا ضرر من التعليل بأنّه أقدم على الضرر، إن أريد بذلك أنّ هذا الضرر نشأ من فعل نفسه و هو عقده على ماله بما ينقص عنه قيمه، و الشارع لم يفعل إلّا- إمضاء فعله، فلم يحدث من ناحيته ضرر علاوه على ما أورده على نفسه، ففيه: أنّ هذا مشترك الورود في الجاهل أيضا، فإنّه أيضا عاقد على ماله بأنقص منه و الشارع لم يفعل إلّا إمضائه، غايه ما في الباب أنّه غافل عن هذا الإيراد هناك، و في المقام عالم.

و إن أريد أنّ سوق الحديث حيث إنّ للمنه فيكون منصرفا إلى غير العالم إذ لا- منه في رفع حكم اللزوم بالنسبه إليه، و لا- في وضعه خلاف منه.

ففيه: أنّه أى منه أعظم من جعل الخيار و رفع اللزوم، لأجل أنّه لو فرض حصول البداء له في المستقبل أمكنه الاستخلاص عن الضرر، و على هذا فيكون وضع اللزوم أيضا خلاف المنه، فإنّه بعد البداء ليس له ملزم على تحمّل الضرر إلّا حكم الشرع، فالذى ينبغي أن يقال في المقام أحد أمرين:

الأوّل: أنّ العالم تاره يعامل معاملة سفهائيه و هذا لا كلام فيه، لأننا نتكلّم في المعامله الصحيحه، و أخرى تكون معاملته ناشئه عن غرض عقلائي و حينئذ ما دام لم ير في إعطاء الأزيد في مقابل الأنقص منفعه و غرضا يليق مثل هذا في سبيل نيله لما يقدم، و بالجمله يرى أمر نفسه دائرا بين أمرين، إمّا فوت مال و حفظ غرض و إمّا العكس، فما دام لم ير الأوّل أولى و لم يترجّح في نظره لما يقدم.

و حينئذ لا يصدق في مثل هذا الشخص أنّه متضرّر، و إن كان يصدق

بملاحظه أنه لم ينل في مقابله بما يساويه من جنس المال، و لكن بالأعم من المال و الغرض فهو غير متضرر بل ربّما يكون بشاشا مشعوبا بالمعامله بملاحظه ما نال إليه من الغرض المهمّ.

لا يقال: العوض الإنشائي الواقع مقابلا للمال في إنشاء المعاوضه إنّما هو المال، فهو قد اشترى مثلا المال بالمال لا المال و الغرض به و المناط في الضرر هو ما يقابل عوضا في الإنشاء لا ما يقابله في مقام الدواعى.

لأننا نقول: حال هذا مثل حال الشرط فكما أنه يوجب الترقى في مائيه المشروط و كذا المنافع، فيمكن أن يقال: إنّ الأغراض و الدواعى أيضا كذلك و هو و إن لم يوجب تفاوتاً في جانب المائيه- لأنّ ما يوجب ذلك هو المقصوده لنوع العقلاء لا ما يتفق للأشخاص، و لهذا لا تتحقّق المغبويه في طرف الغابن لو فرض أنه باع بالقيمه العادله ممّن يكون له هذا الغرض لأنّه وصل إلى عوض ماله بالمال- و لكن يكفى لرفع عنوان التضرر بالنسبه إلى الشخص النائل إلى الغرض، ألا- ترى أنّ من يهب المال لا يصدق أنه تضرر، كما في مورد النهب و السرقة و الحرقه و الغرق، بل لو كان بعنوان الصدقه المقصود بها الأجر الأخرى أيضا فكذلك، هذا.

و الثانى: تسليم صدق الضرر حقيقه، و لكن يدعى انصرافه إلى غير المقام ممّا لم يورده الإنسان على نفسه، بحيث يصح نسبته إليه و أنّ هذا ضرر أوردت أنت على نفسك، و ليس منشأ الانصراف هو المئه لما عرفت من ثبوتها في هذا المورد أيضا، بل هو نظير انصراف الظلم إلى ظلم الغير لا ظلم النفس، فلفظه الضرر أيضا منصرفه إلى غير مورد انتساب الضرر إلى نفس المتضرر، بحيث يقال له: لا- تلو منّ إلا- نفسك، ثمّ لو فرض أنّ هذا موجب للشك في الانصراف فهو مانع عن عقد الإطلاق، فإنّه من قبيل وقوع الأمر عقيب الحظر ممّا يصلح للقريته مع

ثمّ الوجهان بعينهما جاريان في حقّ الملتفت الشاك في الزيادة أو النقصه، فإنّه إمّا يقدم و لو في فرض علمه بالضرر و هذا واضح، وإمّا لا- يقدم على فرض ذلك، وهذا يحصل له حاله همّ و غمّ عند ظهور الضرر، ولكنّه ما لم يكن موطنًا نفسه في الابتداء على تحمّل الضرر على فرض احتمالته متجاوزا عن الضرر المحتمل بملاحظه الغرض الذي يقصده لما يقدم.

و الحاصل: أنّ الغرض تاره يكون بحيث لا- يبالي عن الضّرر المالى المقطوع فى طىّ تحصيله، وإمّا لا- يبالي عن خصوص محتمله، و على كلّ حال لا يصدق فى حقّه التضرّر، لأنّه أعطى المال و نال إلى الغرض الذى يساويه.

و يمكن أن يقال: بانصراف لفظه لا- ضرر فى الإسلام عن هذا، فإنّه يقال فى حقّ صاحبه: لا تلومنّ إلاّ نفسك، نعم لا يجرى ما ذكرنا فى مورد الاطمئنان بالعدم، أو الطريق العقلائى به فإنّه لا يستعقب الملامه و التوبيخ من العقلاء.

و بالجملة صدق العبارة فى مثل مورد الشكّ و الظن بالعدم فضلا عن الوجود مع عدم الطريق العقلائى مشكّل، فإن كان إجماع فهو.

فرع: بعد ما عرفت من عدم الخيار فى مورد الضرر المقدم به فلو أقدم على

الضرر المتسامح به

فى مثل المعامله، كخمسه قرانات فى معاملته عشره توماتان فتبيّن كونه أزيد بما يتسامح به، كما تبين فى المثال كونه تومانا واحدا حيث إنّ الزيادة أيضا خمس قرانات، و نصف العشر ممّا يتسامح به بخلاف العشر، فحينئذ هل يثبت له الخيار؟ بملاحظه أنّ إقدامه كان بحدّ الخمسه و هو غير واقع و ما وقع محدود بحدّ العشره و هما متباينان، أو لا يثبت؟ بملاحظه أنّ الإقدام على الخمسه المحدوده إقدام اللابشرط المقسمى، فيكون عدم الإقدام خاصًا بالزائد و هو

أيضا ممّا يتسامح به، و الوجهان جاريان في ما إذا كان القدر المقدم عليه غير متسامح به و الزائد متسامحا به، كما لو أقدم على العشره فتبين الخمسه عشر.

و لكن الحقّ ثبوت الخيار لا بيان أنّ المقدم عليه هو المحدود و هو غير الواقع فإنّ الخدشه عليه بالانحلال إلى أصل الذات و الحدّ، فما تغاير هو الحدّ دون الذات واضح، بل بيان أنّ الخمسه قرانات إنّما لا تكون متسامحا بها إذا لم تكن منضمّه بما عداها، و أمّا لو انضمّ فيخرج عن صفه التسامح، ألا ترى أنّ حبه الأرزن الواحد يتسامح به مالك الدابه و لكن إذا حمل عليها كرور حبه بحيث لو زيد حبه أخرى لسقطت الدابه عن المشى كان حينئذ غير متسامح بل مضايقا، و مثل ذلك يجرى في المقام أيضا.

ثمّ إنّ في عبارته شيخنا العلامة في هذا المقام في الفرع الثاني زياده قوله: «أو بما لا يتسامح» و مع ذلك قال: ففي الخيار وجه، و لهذا يرد عليه في بادئ النظر الإشكال بأنّه في هذه الصوره لا شبهه في الخيار، و لكنّه لا بدّ من حمل العبارة على معنى: أنّه إذا كان المقدم عليه ما لا يتسامح فتبين أزيد، ففي الخيار وجه من غير فرق بين كون الزيادة متسامحا بها أو غيره، و حينئذ يكون الوجه الآخر عدم هذا التعميم و هو ملائم مع التفصيل لا أنّه عدم الخيار في كلا القسمين.

ثمّ إنّ التشريع الذي يجيء من قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «لا ضرر» (1) حيث إنّه يكون لأجل تدارك الضرر و رفعه، فلا بدّ من تخصيص خطابه بمن يعلم كونه متضرّرا، و أمّا من لا يعلم بل يعلم العدم أو يكون غافلا فلا وجه للجعل في حقه، إذ لا ينفع هذا الجعل في حقه شيئا، بل ربّما يوجب عليه الكلفه و المشقّه، كشخص يعلم بعدم تضرّره بالغسل فاغتسل ثمّ صلّى فتبين له التضرّر، فإنّ إيجاب التيمّم

ص: ١٨٧

و الإعادة و الحكم بطلان عمله لا يفيد في حقه إلا كلفه زائده.

و على هذا فلا بد أن يقال في الخيار الذي يجيء من هذا الحديث الشريف:

إن ابتداء حدوثه حين الأطلاع على الضرر لا أنه من حين العقد و الأطلاع كاشف.

و على هذا فلو فرض صيروره المال قبل الأطلاع بل قبل الرد و لو بعد الأطلاع مترقياً بحسب القيمة السوقية بحيث ساوى مع عوضه، أو صار أزيد، أو فرض كون عوضه متنزلاً بحيث ساوى مع المال، أو صار أنقص، فلا وجه حينئذ لتشريع الخيار، إذ هو في مقام المنه، و لا منه في دفع المساوى و أخذ المساوى، أو دفع الأزيد و أخذ الأنقص، هذا بناء على حدوث الخيار بالاطلاع.

و أمياً بناء على حدوثه بمجرد العقد، فلا شبهه في سقوط دليل لا ضرر من أول زمان حصول المساواه، أو انعكاس الأمر، فيبقى الخيار بحسب البقاء بلا دليل، و أمّا اللزوم، فإن قلنا: إن دليل لا ضرر مقيد لعموم دليل اللزوم، فيكون دليل اللزوم هو المرجع فيما عدا مقدار التقييد. و إن قلنا: إنه من باب الخروج الفردي في زمان، فهو مورد النزاع المعروف من أن المرجع هل استصحاب حكم الخاص أو عموم العام؟ و لا شبهه أيضاً في الرجوع إلى دليل اللزوم لو كان فيه عموم زمانى، و إلا فالى استصحاب الخيار.

ثم هذا هو الكلام فيما إذا كان الضرر متحققاً من حين العقد و زال بعده قبل الفسخ، و لو انعكس الأمر بأن لم يكن ضرر حين العقد و حدث ترقى القيمة في عوض المال أو تنزلها في المال بعد العقد، فلا شبهه في صدق الضرر حينئذ و أن حكم اللزوم ضرر على المشتري مثلاً، فإنه لو جاز له الفسخ لدفع عن نفسه الضرر. و بالجمله بعد كون المدرك هو قاعده لا ضرر، لا فرق في التضرر بين صورته

ثبوت التفاوت القيمي بين العوضين من أول العقد أو حدوثه بعده.

ويمكن أن يقال: إنَّ الفرق بين المقامين بعد تحقُّق الضرر في كليهما أنَّه في الأوَّل دفع الضرر المتوجَّه إلى المشتري بالفسخ، ليس بإضرار الغير الذي هو البائع، فإنَّ ذلك في حقِّه إنَّما هو عدم النفع عند العرف و لو كان بالدقَّة ضرراً، فإنَّه قد ملك الزائد، و الفسخ موجب لتفويت الزيادة عليه نظير سائر أملاكه، و هذا بخلاف الحال في الفرض الثاني، فإنَّ الفسخ يعدُّ إضرار عليه.

فهو هنا نظير العقد الجديد في الفرض السابق، فإنَّه لو أوقعا عقداً جديداً بين نفس العوضين تحقَّق الغبن في جانب البائع، فحال الفسخ هنا أيضاً كذلك، فيكون المقام من صغريات دفع الضرر المتوجَّه إلى النفس بإضرار الغير و هو غير مورد القاعده إمَّا للانصراف كما هو الحقُّ المبيِّن في محلِّه، و إمَّا لتعارض فردى الضرر، فتحقَّق من أوَّل الفرع السابق إلى هنا: أنَّه لا بدَّ في ثبوت الخيار من أمرين:

حدوث الضرر من حين العقد، و بقائه إلى حين الفسخ، فكلٌّ من الأمرين انتفى، انتفى الخيار.

ثمَّ ما ذكرنا من عدم نفع الضرر الحادث بعد العقد، إنَّما هو في غير الصرف ممَّا يتوقَّف الملكيه فيه على حصول أمر غير العقد كالقبض فيه، فلو حدث الضرر بعد العقد و قبل القبض و تبين له ذلك بعد القبض، فهل يحكم بالخيار؟ نظراً إلى أنَّ أوَّل زمان حصول النقل و الانتقال كان الضرر موجوداً، أو بالعدم؟ نظراً إلى أنَّه من قبيل الضرر الحادث بعد البيع، لأنَّ البيع العرفي حاصل، فهذا بنظر العرف دفع الضرر بإضرار الغير؟ الحقُّ هو الأوَّل، و ذلك لأنَّ إضرار الغير إنَّما حدث بقول الشارع: هذا العقد الذي توهمتموه مؤثراً قبل القبض غير مؤثِّر، يعني أنَّ هذا الضرر وارد على البائع مثلاً لا على المشتري كما توهمتموه.

و من هنا يظهر أنه لا يحتاج إلى جعل خيار قبل القبض لاندفاع الضرر بواسطة الحكم المذكور، و حينئذ فلا يحدث بجعل الخيار للمشتري بعد القبض عنوان دفع الضرر بإضرار الغير، فيكون مشمولاً للقاعدة، هذا.

ثم إنّه لا شبهه هنا في أنّ الخيار إنّما هو للموكل إذ هو المتضرر دون الوكيل، فلو فرض القول في مثل خيار المجلس الذي علق على البيعين بثبوتها للوكيل بناء على عدم انصرافه إلى المالك، فلا وجه للقول به هنا بعد كون المدرك قاعده لا ضرر.

نعم إعمال الفسخ في الوكيل المطلق جائز، و هو مطلب آخر غير ثبوت الخيار، هذا في أصل ثبوت الخيار، و أمّا إنّ الاعتبار في العلم و الجهل بحال أيّهما؟ فالظاهر عدم الإشكال في عدم العبء بعلم الوكيل في مجرد الصيغه و لا بجهله، و أمّا الوكيل المطلق في جميع الأمور فإن كان جاهلاً و الموكل عالم و مقرّر للوكيل في عقده، فلا خيار، كما لا خيار في صورته علمهما، و يكون في صورته جهلهما، و أمّا علم الوكيل و جهل الموكل فالظاهر فيه أيضا عدم الخيار، لأنّه في جعل التوكيل له بحيث يشمل مثل هذا العقد على المال بأنقص منه مقدم في إضرار نفسه، و قد عرفت خروج المقدم عن القاعدة.

ثم إنّ الجهل إن ثبت باعتراف الغابن أو إقامه البينه فلا - كلام. و إلّا فالمدعى للجهل تاره ليس من أهل الخبره و أخرى يكون كذلك، ففي الصورة الأولى قد يقال: بأنّه المنكر و يقبل قوله مع يمينه، و ذلك لأنّه يدعى ثبوت الخيار الذي هو المطابق للأصل، فإنّ الأصل عدم العلم و هو حاكم على أصله اللزوم الموجوده في طرف مدعى العلم.

و فيه: أنّ الأصل المذكور مثبت، إذ لو فرض أنّ الحكم كان مرتباً على

موضوع العالم و نقيضه على الجاهل، كان الأمر كما ذكر، ولكن الدليل حسب الفرض قاعده لا ضرر، و الخارج منه المقدم على الضرر و من المعلوم عدم إثبات عدم العلم لعدم الإقدام.

و حينئذ نقول: لو كان خروج المقدم أيضا بدليل منفصل بعد عموم القاعده له كان أصاله عدم الإقدام جاريا و قائما مقام أصاله عدم العلم في جعل مدعى الجهل منكرا، و لكن المفروض أنّ خروجه يكون بالانصراف، فالموضوع منعقد من الابتداء على النحو الخاص، و حينئذ فالأصل يكون في طرف مدعى العلم الذي يدعى نفى الخيار لأنّ الأصل عدم تحقق هذا الموضوع الخاص.

فإن قلت: غايه ما ذكر صيروره مدعى الجهل مدعيا، و لكنّه لا يثمر في عدم قبول دعواه بيمينه، لأنّه من قبيل المدعى لأمر لا يعلم إلا من قبله، و يعسر أو يتعدّر إقامه البيّنه عليه، و القاعده في مثله قبول قوله بيمينه مع كونه مدعيا.

قلت: إن كان المطلب ثابتا بالإجماع فلا كلام، و إلا فعلى القواعد يكون مشكلا، و ذلك لأنّ قاعده باب المدعى و المنكر كون البيّنه على الأوّل و اليمين على الثانى، فإذا تعسّر أو تعدّر الأوّل، فالقاعده تعين اليمين على الثانى. و لا يخفى أنّ مجرد كونه مدعيا لما لا - يعلم إلا - من قبله لا - يصير منكر بيان أنّ السيره العقلانيه جرت على اتباع قول من يختصّ بأمر كالمربى للطفل و نحوه بالنسبه إلى الشىء المختصّ به و لا يعتنون بقول غيره عند المعارضه.

وجه ذلك أنّ المتيقّن من بناء العقلاء صوره عدم الاتّهام و أمّا فيها فلا يحرز بناؤهم لو لم نقل بأنّهم متوقّفون.

نعم الذى يمكن إثباته على القواعد أن يقال: إنّ تعسّر الإقامه و تعدّرها قد يكون في شخص الواقعه كمن أقرض غيره و لم يشهد في مجلس الإقراض فأنكر

المقترض بعد ذلك، وقد يكون في نوع الواقعة كما في ما نحن فيه و أمثاله.

ففى القسم الأول: إن نهض فى قبال المدعى منكر فلا- إشكال فى يمين المنكر، وإن لم ينهض بقباله منكر و كان مدعى بلا معارض جزمى و إنما يقول الخصم: أنا لا- أعلم اشتغال ذمتى لك، و مقتضى الأصل براءتها، فحينئذ فال مورد مما ليس فيه بينه بالفرض و لا يمين لأنّ الخصم شاكّ حسب الفرض، فلا طريق إلى حسم النزاع.

و أما القسم الثانى: فإن كان فى البين منكر بطريق الجزم، فقد تقدّم أنّ القاعده تقتضى حسم النزاع بيمينه، و أمّا إن لم يكن منكر بل ادعى عدم العلم، و لم يدع الطرف أيضا علمه، فحينئذ يمكن القول بتقديم قول المدعى مع حلفه بمقدمتين:

الأولى: أنّ كثره أمثال هذه الموارد فى الخارج تورث قطع الإنسان بعدم رضى الشارع بترك المخاصمه بحالها بلا فاصل و حاسم، لاستلزامه تضييع الحقوق الكثيره.

لا يقال: أنّى لنا بهذا القطع و من الممكن رفع النزاع بدون جعل الفاصل، فإنّ الحاكم شاكّ فى الواقعة فهو أيضا يكون محكوما بأصل براءه ذمّه من يدعى المدعى مديونيته، فهذا الأصل يجوز له الحكم و الإلزام ظاهرا بإسكات المدعى و رفع يده عن المخاصمه.

ألا ترى أنّه لو كان مع المدعى أماره حجّه مطلقه، كاليد كما فى قضيه مولانا الزهراء-سلام الله عليها- ترتفع المخاصمه بإرجاع الطرف الشاكّ إلى الاماره؟ لأننا نقول: هذا الحكم إنّما هو من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و المعتبر فيهما هو المنكر عند الفاعل و المعروف كذلك، ألا ترى أنّه لو كان مائع

مستصحب الخمرية لدى الحاكم، والمقلد يعلم كونه ماء ليس للحاكم نهي عن الشرب، فكذا الحال في المقام لا يمكن للحاكم إلزام مدعى الدين من باب الأمر بالمعروف، بكف اليد عن طرفه بمجرد كونه شاكاً ومحكوما بالأصل والمفروض كون المدعى مدعياً للعلم، ومن هنا نعرف الفرق بين المقام وبين القضية الواقعة لمولاتنا -صلوات الله عليها-، فإن الموجود هناك أماره معتبره في جانب العالم، والطرف كان معترفاً بشكّه، فلهذا كان ملزماً بمقتضى الأمر بالمعروف باتباع تلك الاماره الموجب لعدم المخاصمه.

و بالجمله المخاصمه في المقام حاصله بلا- شبهه، لأن أحدهما يقول: أدّ مالي، والآخر يقول: أنا شاكٌ وليس عليّ دفع شيء إليك، فلو لم يجعل الشارع هنا طريق فصل يلزم بقاء المخاصمه بحالها مع كثره أمثالها و شيعوها بحيث يعلم الإنسان بأن الشارع لا يرضى بإهمالها و عدم جعل فاصل و حاسم لها.

و المقدمه الثانيه: أنّ الحاسم و الفاصل للخصومات المنتهيه إلى قضاؤه الحاكم منحصر في الشريعه في أمرين لا- ثالث لهما، البيّنات و الأيمان، و ذلك بقضيته (إنما) في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنما أفضى بينكم بالبيّنات و الأيمان» (١).

و دعوى كون الحصر إضافياً بالنسبه إلى موارد وجود المدعى مع المنكر- فلا يشمل مثل المقام الذي يكون المدعى بلا منكر، و ذلك لأنّ الغالب المتعارف في المنازعات ذلك و لهذا سيق قوله- عليه السلام-: «البيّنه للمدعى و اليمين على من أنكر» على وجه الإطلاق- مدفوعه بأن الانصراف ممنوع.

هذا كلّه في صورته عدم كون المدعى للجهل من أهل الخبره، و أمّا في الصورة المزبوره فقد يدعى: أنا و لو سلّمنا كونه منكراً لمطابقه قوله مع الأصل، نقول هنا

ص: ١٩٣

(١-١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢، من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى، ص ١٦٩، ح ١.

بكونه مدّعيًا لمخالفه قوله مع ظهور عدم الغفلة عن القيمة من أهل الخبره، و الظاهر مقدّم على الأصل.

وفيه: أنّ الظاهر الذى مقدّم على الأصل فى هذا الباب إن كان مجرد الظهور الذاتى و لو انفكّ عن الحجّيه و وجوب الاتّباع سلمنا وجوده فى المقام، و لكنّ الكبرى غير معلومه و إن كان خصوص الظهور الحجّيه، فيمنع وجوده فى المقام، فإنّنا نرى أنّ أهل الخبره إذا قال فى موضوع خبرويته قولاً - ثمّ قال: أنا سهوت فى قولى و لم يكن مقام الاتّهام، يرفع أهل العرف اليد عن ظهور كلامه الأوّل، و لو كان المقام مقام الاتّهام فلا يأخذون بقوله الأخير، و لكن يوجب هو شكّهم فى قوله الأوّل أيضاً، فراجعهم.

و هكذا الحال فى أصاله عدم السهو الجارىه فى أفعال و أقوال عامّه العقلاء، فإنّه لو ادّعى عاقل سهوه فى موضوع فمع عدم الاتّهام يقبل، و معه يوجب التوقّف فى الأصل العقلائى، و لهذا لو أقرّ أنّ لزيد عليه عشره، ثمّ ادّعى أنّه سها فى تعيين العشره و إنّما كان عليه تسعه، فليس هذا من باب الإنكار بعد الإقرار المسلّم فيما بينهم عدم الاعتناء به، و لو لم يكن المطلب فيه أيضاً ثابتاً بالتعبّد إمّا من العقلاء أو من الشارع لأمكن الخدشه فيه أيضاً، هذا كلّه فى الاختلاف فى الجهل.

و لو اختلفا فى القيمة فهينا صور:

الأولى: أن تكون القيمة فى ما قبل العقد معلومه و أنّها أنقص من الثمن

و لكن ادّعى البائع تغييرها إلى المساوى له فى حال العقد.

و الثانیه: أن تكون القيمة السابقه مساويه فادّعى المشتري تغييرها إلى

النقصان

فى حال العقد.

الثالثه: أن تكون القيمة السابقه معلومه بأحد الوجهين

و كان الاختلاف فى

ص: ١٩٤

القيمه فيما بعد العقد-بناء على أنّ ارتفاع القيمه قبل العلم تدارك للضرر و مسقط للخيار-مع الاتفاق على موافقه هذا الزمان مع زمان العقد فى السعر.

الرابعه:أن يتفقا على النقصان فى الحال و المساواه فى القبل،

و إنّما الاختلاف فى تاريخ العقد،فواحد يدعى كونه قبل حدوث التغيير و آخر يدعى كونه بعده مع الجهل بالتاريخين.

الخامسه:أن يكون تاريخ حدوث النقصان معلوما و تاريخ وقوع العقد

مجهولا.

و قد يدعى أنّ الأصل فى ما عدا الأخيره مع منكر سبب الغبن،لأنّ الأصل عدم التغيير.

و فيه:أنّه-مع كون نتيجه على فرض الجريان مختلفه فى هذه الصور فربّما يكون ترجيح منكر سبب الغبن و ربّما يكون ترجيح مدّعيه-مثبت،لأنّ موضوع الحكم الذى هو العقد الغير الضررى أو الضررى غير محرز بهذا الأصل.

لا يقال:يمكن أن يقال فى الصوره الأولى إنّ هذه العين التى كانت مقومه بعشره كان العقد عليها بعشرين موجبا للخيار فى يوم السبت،و الأصل بقاؤه فى يوم الأحد على هذا الوصف.

لأنّنا نقول:لا ينقح بهذا أيضا عنوان الضرر.اللهم إلا أن نقّرر الأصل بوجه آخر،و هو أن نقول:كان العقد عليها فى السابق متصفا بالضرريه فالآن كما كان، و لكن فيه أيضا أنه من باب الاستصحاب التعليقى فى الموضوع،و قد قرّر فى محلّه عدم جريانه.

فالحقّ أن يقال فى جميع الصور المذكوره:إنّ الأصل مع منكر سبب الغبن لأصالة اللزوم-لا بمعنى العمومات،لأنّ التمسك بها فى مثل المقام تمسك بالعام

ص: ١٩٥

فى الشبهه المصدقيه-بل بمعنى استصحاب الملكيه.

الأمر الثانى: كون التفاوت فاحشا،

فلو كان ممّا يتسامح به كعشر العشر بل و خمسه بل و نصفه فلا خيار، لانصراف دليل لا ضرر عن مثل ذلك.

و لو اختلفا فى كون الضرر فاحشا أو متسامحا به إمّا من باب الشبهه الموضوعيه كما لو ادّعى أحدهما أنّ الضرر نصف العشر و هو متسامح به، و الآخر أنّه العشران و هو غير متسامح به، و إمّا من باب الشبهه المفهوميه، كما لو اتّفقا على أنّه العشر و لكن اختلفا فى كونه متسامحا به أو لا، فالمرجع هو الأصل الموضوعى أعنى: أصاله عدم تحقّق الضرر على الوجه الخاص الذى هو المنصرف إليه فى قاعده لا ضرر، و هذا لا شبهه فيه، إنّما الكلام فى تعيين الميزان للتسامح و عدمه و المراد به.

فنقول: ليس المراد أن يكون الضرر لقله مقداره غير معتنى بشأنه حتى مع العلم، و ذلك لأننا نعلم أنّه فى مقام الدين يحتسبون الفلّس و أقلّ من الفلّس، بل المراد أنّ نوع العقلاء على تقدير التفاتهم حال العقد إلى هذا المقدار من النقيصه و شكّهم فى حصوله و عدم حصوله لا يصرفون الوقت فى تشريح المطلب و تحقيقه بالفحص فى مظان الاطلاع و الرجوع إلى أهل الخبره، بل يعدّون الوقت أشرف من إدراك هذا المقدار، و أمّا مع علمهم بزياده المالىه بمقدار الفلّس أو أقلّ فلا يتسامحون كما عرفت.

بقى فى المقام إشكال تعرّضه شيخنا المرتضى -قدّس سرّه الشريف- و هو:

أنّ ظاهر الأصحاب فى باب خيار الغبن الدوران مدار الضّرر المالى و هو الشراء بأزيد من قيمه أو البيع بأنقص منها مع كون التفاوت فاحشا معتدّا به عند النوع، و لكنّهم فى باب الوضوء صرّحوا بأنّه لو توقّف الوضوء على الشراء بأزيد من

القيمة و لو بأضعافها وجب، إلا- أن يكون موجبا للضرر الحالى، كمن يكون رأس مال معيشته و معيشه عياله مائه تومان و كان الثمن أيضا مائه، أو يكون هنا إجحاف و لو لم يتحقق الضرر الحالى، كما إذا كان قيمة قربه الماء فلسا فاتفق مصادفه غريب متمول لهذا المحل فلم يقدم أحد من أهل ذلك المحل على البيع منه إلا واحدا منهم و هو أيضا قال: لا أبيع مقدار الوضوء منه إلا بمائه تومان، و الحاصل صرحوا فى هذا الباب بدوران التيمم مدار الضرر الحالى أو الإجحاف، فيرد عليهم أنه: ما الفرق بين البابين بعد كون المدرك فيهما قاعده لا ضرر، فإن كان المنفى به هو المالى فليكن كذلك فيهما و إن كان الحالى فكذلك، فما وجه الفرق؟ و أجاب هو- قدس سره- بوجهين. الأول: أن يقال بالفرق بين باب التكليف، حيث يكون بقبالها أجر أخرى فلا يصدق الضرر، نعم إذا أضرّ بالحال كان منفيًا بدليل لا- حرج لا- بقاعده لا- ضرر، فإنه مخصوص بالضرر المالى. [و بين باب المعاملات].

الثانى: أنه قد خرج باب الوضوء عن تحت القاعده بالنص الخاص، و إلا كانت القاعده فيه أيضا الدوران مدار الضرر المالى، لكن النص ورد بالوجوب مع توقفه على الشراء بالزيادة عن القيمة، فهو مخصّص لدليل لا ضرر، نعم تبقى حكومه دليل لا حرج على ذلك النص بالنسبه إلى مورد الإضرار بالحال و الإجحاف بحالها، فالفارق بين البابين وجود النص.

قال شيخنا الأستاذ- دام علاه-: أمّا وجه ما ذكره- قدس سره- من عدم انتفاء الضرر الحالى بلا ضرر و إنّما هو منفى بلا حرج و المنفى بلا ضرر خصوص المالى، فهو أنّ الضرر ضد النفع، و كما أنّ النفع هو الزيادة فى المال أو فى البدن أو

فى العرض، فالضرر هو النقصان فى أحدها، و مورد الضرر الحالى غير محسوب فى شىء من ذلك، نعم هو عبارته عن المشقه و العسر و الحرج.

و أمّا ما ذكره من تخصيص قاعده لا- ضرر فى خصوص باب التيمم بالنص الخاص، فيمكن منعه لعدم دلالة النص إلا على الوجوب مع الغلاء، و أمّا إنه لأجل غلاء قيمه السوقية أو لأجل غلاء الثمن مع رخص قيمه فلا تصريح فيه، و يمكن حمله على الأول بملاحظه ندره الثانى، و الأولى ذكر النص.

فقول: الموجود فى الوسائل فى هذا الباب روايتان، الأولى: روايه صفوان:

«قال سألت أبا الحسن- عليه السلام- عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاه و هو لا يقدر على الماء، فوجد بقدر ما يتوضأ به بمائه درهم أو بألف درهم، و هو واجد لها، أ يشتري و يتوضأ أو يتيمم؟ قال- عليه السلام-: لا، بل يشتري، قد أصابنى مثل ذلك فاشترت و توضأت، و ما يشتري بذلك مال كثير» (١).

و الثانى: روايه حسين بن أبى طلحه قال: سألت عبدا صالحا عن قول الله عزّ و جلّ أوْ لَمْ يَسْرِتُمْ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً (٢) ما حدّد ذلك؟ قال- عليه السلام-: فإن لم تجدوا بشراء و بغير شراء، قلت: إن وجد قدر وضوء بمائه ألف أو بألف و كم بلغ؟ قال- عليه السلام-: ذلك على قدر جدته» (٣).

و أنت خبير بأنه ليس فى الروايتين إلا- أنه وجد قدر الوضوء بالمبلغ الكثير، و مجرد هذا لا يوجب الحمل على صورته التضرر المالى بل يلائم مع كون السعر بهذا المبلغ، و معه لا تخصيص فى قاعده لا ضرر فإنه بذل المال و أخذ المال، فليس

ص: ١٩٨

١- (١) الوسائل: الجزء ٢، الباب ٢٦، من أبواب التيمم، ص ٩٩٧، ح ١.

٢- (٢) سورة المائدة/٦.

٣- (٣) الوسائل: الجزء ٢، الباب ٢٦، من أبواب التيمم، ص ٩٩٨، ح ٢.

إيجاب هذا عليه إلا كإيجاب شراء مؤن الحجّ، فإنه بقدر ما ينفق يصل إلى المال كركوب الدابة و المأكل و المشروب و أمثال ذلك.

نعم قد يقال: إنّ صرف إيجاب المعامله ليس ضروريًا و لكن بملاحظه غايته و هو الصرف في الوضوء يكون ضروريًا، فإنه إتلاف للمال، و القول بأنّ من جمله حوائج الإنسان طاعه مولاه مستلزم للدور، إذ لولا الأمر و الإيجاب لا طاعه، و قد فرض توقّفهما على عدم الضرر و توقّفه على عنوان الإطاعه المتوقّفه عليهما.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ الكلام ممحّض في خصوص الشراء و أنّه ليس بضرريّ، و أمّا ذو المقدمه—و هو صبّ الماء الموجب لإتلاف مقدار منه—فهو ضرر قد جاء بنفس (توضّأ بالماء) الذي معناه أتلف الماء بالصرف في الوضوء، فليس في إيجاب الشراء ضرر آخر.

و كيف كان يرد عليه—قدّس سرّه—و على الأصحاب—قدّس الله أسرارهم— أنّ الضرر الحالى الذى تمسّك الشيخ فى دفعه فى باب الوضوء بدليل لا— حرج، و سائر الأصحاب أمّيا به و إمّيا مع دليل لا ضرر، ليس بأخصّ من الضرر المالى موردا، بل يمكن انفكاكه عن المالى كالعكس، مثاله ما إذا توهم الإنسان أنّه ذو مكته كثيره بحيث يليق بحاله شراء فرس أو سيف غالى القيمه فبذل مائه تومان مثلا فى طريق ذلك، و فرضنا أنّه كان مساويا مع قيمتها السوقية أو كان أنقص من القيمه السوقية، ثمّ بان أنّه كان هذا المبلغ تمام رأس ماله و الآن ليس له من سنخ المال إلاّ الفرس أو السيف و هو محتاج إلى مؤنه نفسه و مؤنه عياله، فحينئذ لا شبهه فى تحقّق الضرر الحالى مع عدم الضرر المالى. فالإيراد أنّه ما وجه عدم تمسّك الشيخ فى هذا المورد بثبوت الخيار فى المعامله بدليل لا حرج و كذا عدم تمسّك الأصحاب بدليل لا ضرر و لا حرج معا.

و لو قلنا بعدم شمول لا ضرر للضرر الحالى كما قوّيناه فى تقريب كلام الشيخ

فأى اختصاص للدليل لا حرج بباب التكاليف؟ مع أنه لا أظنّ أحدا منهم التزم في مثل المثال بثبوت الخيار كما ترى جريان السيره العرفيه في مثله على عدم الخيار، و على فرض ما ذكرنا من عدم الاختصاص فلا يبقى وجه لما طال التشاجر فيه فيما بينهم من كيفيه تصوير الغبن من الطرفين فإنه على هذا في غايه السهوله، إذ يمكن كون أحدهما متضررا ماليا و الآخر متضررا حاليا، فيكون كل منهما ذا خيار.

بقى الكلام في دفع الإشكال عن تصوير غبن الطرفين.

و الذى أفاده الأستاذ العلامة-دام أيام إفاداته الشريفه-في وجهه أن يقال:

يمكن فرض ذلك في ما إذا اختلفت مائيه العين باختلاف أيدي المالكين و لو في محلّ واحد كما هو المشاهد في الأدويه المجلوبه من الإفرنج حيث إنّها في أيدي الأشخاص المعدّين لبيعها مقومه بأكثر منها إذا كانت في أيدي غيرهم، و ذلك لعدم الاحتياج إلى تفتيش المفتش في أيدي الطائفه الأولى و الاحتياج إليه في أيدي الثانيه.

و على هذا لو كان قيمه دواء خمسه و عشرين في يد يتاع الدواء و عشره في يد الغير فغبنه الغير و اشترى بعشرين فحينئذ كلّ منهما مغبون، أمّا الأوّل فلاّنه باع بأنقص من قيمه السوقيه، و أمّا الثاني فلاّنه اشترى بأزيد من العشره التي هي قيمه السوقيه في حقّه، و الانتقال من القيمه العليا إلى السفلى و إن كان بواسطه القبض لا صرف إنشاء المعامله و لكن يكفي في غبته المعامله بالنسبه إلى المشتري حدوث الضرر من ناحيه القبض الذي هو من توابع المعامله، هذا.

مسأله: بعد ما عرفت استفاده خيار الغبن من دليل «لا ضرر» فهل المستفاد

منه كون المبدأ من حين العقد أو كونه من حين الاطلاع على الغبن؟

قد يقال بالثاني، نظرا إلى أنّ الدليل المذكور مسوق للمنه و لا منه بالنسبه إلى

غير المّطلع، فإنّ وجه الامتتان أقداره على دفع الضرر عن نفسه، وهو محتاج إلى تشخيص كونه مصداقا للمتضرّر، بل قد يوجب الجعل في حقّ غير المّطلع جعله في كلفه و مشقّه كما في باب غسل الجنابه إذا كان استعمال الماء مضراً و هو غير مّطلع، فجعل التيمّم في حقّه و الحكم ببطلان غسله يوجب عليه إعادة الصلوات الكثيره التي أذاها في حال الجهل بمضريه الاستعمال.

و لكن الحقّ أنّ السوق بمقام المّنه لا- ينافي الثبوت الواقعيّ مع قطع النظر عن حالتي العلم و الجهل، أمّا أوّلاً- فلأنّه لا فرق بين الجهل بالموضوع و الجهل بالحكم، و التقييد بالعلم في الثاني مستلزم للدور الواضح، فلا بدّ أن يكون الحكم ثابتاً مع قطع النظر عن جهله و علمه فما يكون وجه المّنه هناك يكون وجهها في الجهل بالموضوع.

و أمّا ثانياً: فالمّنه المستفاده من اللفظ بقربنه المقام حالها حال اللطف المستفاد من العقل في جعل التكاليف، فكما أنّ معنى اللطف هناك ليس هو التقريب و التباعد الفعليين الغير المتمشّيين في حقّ غير العالم بالحكم و الموضوع، بل هو أمر مجامع مع الجهل و العلم و العذر و التقصير في الموضوع و الحكم، و حاصله إيجاد السبب من ناحيه الشرع بحيث لو لم يحصل القرب و البعد كان مستندا إلى سبب آخر لا إلى قصور في الجعل الشرعيّ فكذلك حال المّنه هنا، فمعناها إيجاد السبب لدفع الضرر من ناحيه الشرع، بحيث لو حصل الضرر كان من ناحيه أمر آخر لا من قبل قصور في جعل الشرع.

لكن على هذا يرد في المقام إشكال آخر، و هو أنّ الاختلاف الواقع في فوريّه هذا الخيار و تراخيه يجيء على هذا من أوّل زمان العقد، فمن يقول بأنّ القدر المتيقّن هو الثبوت بمقدار زمان الفسخ لا بدّ و أن يقول بذلك من أوّل العقد

و الرجوع فى ما بعده إلى العموم الزمانى على القول به. فيلزم على هذا القول عدم الخيار بعد الاطلاع إذا اختلف زمانه مع زمان العقد، و ظاهرهم عدم الالتزام حتى فى الجهل الحكمى، و الاختلاف إنما هو بالنسبه إلى ما بعد الاطلاع.

و يمكن حلّ هذا الإشكال أيضا بأن القدر المتيقن لا بدّ و أن لا ينافى مع الإطلاق و لا يرجع إلى التقييد و التحديد، فإنّ احتمال كون الخيار ممتداً إلى ساعه مثلاً أو ساعتين ينافيه الإطلاق.

نعم لو كان الدليل ليّياً أمكن القول بأنّ المتيقن ثبوت هذا المقدار، و أمّا إذا كان هو اللفظ أعنى قوله: «لا ضرر» و فهمنا أنّه مسوق فى مقام المنه الشخصيه دون النوعيه فالاحتمال المذكور يدفعه الظهور اللفظى.

هذا على تقدير التحديد بمثل الساعه و الساعتين، و أمّا إن كان التحديد بما بعد زوال الجهل و حصول العلم فاللازم فى الجهل الحكمى هو الدور أيضاً، فإنّ تقييد الحكم بعلم نفسه كما يكون دوراً بالنسبه إلى أصل حدوثه فكذلك بالنسبه إلى تحقّق جزئه الأخير.

لا يقال: هذا ينافى مع ما صرّحت به من كون «لا ضرر» فى مقام المنه من حيث الذات مع قطع النظر عن طرؤ الطوارى و الحالات.

لأننا نقول: نعم الأمر كما مرّ و لكنّ المنه من حيث الشارع على شخص الذات المجرّده لا يتمّ إلاّ بإبقاء الحكم الذى به يدفع الضرر عن نفسه إلى زمان رفع الجهاله عنه من حيث صغرى الضرر و كبراه. و بعبارة أخرى: معنى إطلاق المنه الشخصيه من ناحيه الشارع هو كون وقوع الضرر بالنسبه إلى كلّ شخص شخص من الذوات مستندا إلى اختيار المكلف، غايه الأمر لا يجمع اختياره مع الجهل إمّا موضوعاً و إمّا حكماً.

و بهذا يندفع إشكال الدور بالنسبه إلى الجهل الحكيم، فإنه يقال:الدور إنما يلزم إذا قيد الحكم بعنوان العلم به و أما إذا قيد بأمر آخر يلازم العلم فلا محذور. و يندفع إشكال التقييد و المنافاه للإطلاق أيضا، فإن ثبوت الحكم إلى أن يكون الضرر واقعا بسوء اختيار المكلف يلائم إطلاق المنه الشخصيه.

لا- يقال:فكيف المقال فى الجهل بالحكم عن تقصير فيلزم فيه فوت الخيار قبل العلم،لأنه أيضا متضرر بسوء اختياره فى عدم تعلمه الحكم؟ لأننا نقول:المراد بسوء الاختيار ما يعمله فى نفس النتيجة بلا- واسطه لا- الأعم منه و من الاختيار الذى أعمله فى المقدمات. و بالجملة:فالمقصود أن فى أصل جعل حكم الخيار فى حق الجاهل منه حيثيه،بمعنى أنه يقال له:إننا جعلنا لك السبيل إلى رفع الضرر عنك و لكنك غفلت و جهلت إما حكما أو موضوعا، فلا تقصير من ناحيتنا، كما أن جعل اللزوم فى حقه إضرار عليه.

لا- يقال:وجود هذا الحكم و عدمه سيان فى الوقوع فى الضرر ففى الحقيقه هو متضرر من جهه اعتقاده اللزوم،و ليس لجهه مصادفه الاعتقاد للواقع أو مخالفته مدخل فى ذلك أصلا،بل هذا مطلب سار فى جميع الأبواب،فإن الإنسان دائما تكون حركاته معلومات للصور الذهنيه من دون مدخلته للواقع حتى بنحو الجزئيه،فمن يفر من الأسد الذى يحدث فيه الفرار هو الأسد الخيالى الذهنى لا الخارجى،و هكذا.

لأننا نقول:كلا- و حاشا،بل الأمر حسب المصادفه و المخالفه مختلف، فإسناد الفعل يكون إلى الواقع مع المصادفه و إن كان إلى التخيل مع عدمها،و هذا أمر بديهى يكاد يعد إنكاره من إنكار المحسوسات،فالمعتد المرتب للأثر إن كان لواقع معتقده خارج كان المؤثر فى نفسه و تحريك عضلاته نفس ذلك الخارج،

غايه الأمر بتوسط الصورة لا الخارج البحث؟، وإلا كانت الحركة مستنده إلى التخيل البحث.

فنقول فى المقام: إن كان الحكم المجعول الشرعى مطابقا لاعتقاد الشخص كان الضرر من ناحيه حكم الشارع، نعم لو كان هو الخيار على خلاف معتقده يكون الضرر من جهه الاعتقاد، وحيثذ فالقول بأن المبدأ من حين العلم تقييد فى الدليل بلا وجه، كما أن القول بأن المنتهى من حينه أيضا كذلك، مضافا إلى لزوم المحذور العقلى فى الصورتين بالنسبه إلى الجهل الحكمى أعم من التقصيرى و المعذور فيه، وهو لزوم دخاله ما يتأخر عن الحكم فى إنشائه أما قيذا و إما غايه.

نعم القول بأن الخيارات من حين العقد و باق إلى زمان لو لم يكن الحكم فيه لا يقال إن الضرر ورد من الشرع، بل يقال ضرر أورده على نفسه، ليس فيه تقييد و لا محذور.

ثم إن قلنا: بأن المستفاد من «لا- ضرر» ليس بأزيد من الجواز الحكمى دون الخيار الذى هو من الحقوق فلا كلام، و إن قلنا: بأنه يستفاد منه حق الخيار فالظاهر ترتب جميع ما كان أثرا لثبوت هذا الحق من حين العقد الذى عرفت أنه حين ثبوته، فيجوز الإسقاط من هذا الحين، و كذا تجرى قاعده أن «ال تلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» من هذا الحين، و كذا لو قلنا بمنع التصرفات الناقله من غير ذى الخيار لكونه مفوّتا لحق ذى الخيار من العين، نقول بعدم نفوذها هنا من هذا الحين و لا اعتبار بالإجماع الواقع على النفوذ قبل اطلاع المغبون على فرض تحقّقه، لأنه يحتمل كونه إجماعا تقييدا مبنيّا على مدارك مختلفه.

فبعض القائلين كان قائلاً: لأجل قوله: بأنه حكم لا حق، و آخر لأجل قوله بأنه و إن كان حقا لكنه يحدث بعد الاطلاع، و ثالث لأجل قوله بأنه و إن كان حقا

جائيا بالعقد و لكنّه لا يمنع مطلقا عن تصرّف غير ذى الخيار لأنّه حقّ على العقد لا العين، و بعد وجود هذا الاحتمال يسقط عن الحجّيه، نعم لو أحرز من القائلين عدم التفاوت بين الصور المزبوره و نقائضها فى قولهم بالنفوذ كان إجماعا حجه.

و أمّا تصرّف المغبون قبل العلم من حيث مسقطيته و عدمها، فإن قلنا بكونه كاشفا تعبديا، فلا فرق بين التصرّف قبل العلم و بعده، و إن قلنا بأنّه كاشف نوعى، فالغالب وقوعه بعد العلم مع إمكان وقوعه أحيانا قبله أيضا، كما إذا أحرز من حاله أنّه لو كان له خيار أيضا لا يقدم على الفسخ بل كان يمضى المعامله و صدر منه تصرّف مبنى على هذا المعنى، و إن قلنا بأنّ المعيار فى التصرّف المسقط أن يصدق عليه عنوان الرضا بالبيع و لو من باب اعتقاد عدم المفّر عنه و عدم حضور نفسه للاستقاله، فعدم التفاوت فى حصوله بين ما قبل العلم و ما بعده أوضح.

ثمّ إنّّه يظهر من عبارته شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- فى هذا المقام إلحاق خيار العيب بالغبن من حيث الكلام فى كون مبدئه العقد أو العلم بالعيب، و لكنّك خير بأنّ مجيئ الاحتمالين حسب التصوير متّضح الاشتراك بين البابين، و أمّا الاستظهار من الأدلّه فالبابان من هذه الجهه مختلفان، فخيار الغبن قد عرفت الكلام فيه، و أمّا خيار العيب فالمدرّك فيه الأخبار الخاصّه و المذكور فيها ظهور العيب و حملته على المعرفيه خلاف الظاهر.

إن قلت: نعم، و لكن قاعده «لا ضرر» جاريه هناك أيضا كما هنا.

قلت: لا- نسلم، لأنّ عنوان العيب عنوان آخر غير عنوان الضرر، فقد يجتمع معه و قد يفترق عنه، كما إذا اشترى المعيوب بما دون قيمته، غايه ما فى الباب أنّه

فى صورته اجتماعهما يكون هنا خياران، أحدهما من حين العقد و الآخر من حين العلم بالعب.

نعم يمكن أن يقال فى ذلك الباب: بأنّ الموجب لرفع اليد عن ظهور كلمه ظهور العيب فى الموضوعيّه هو الإجماع على كون الأرش الذى هو بمعنى تدارك ما فات من وصف الصّحّه يكون عدلا للفسخ، لا أنّه ثابت فى طوله بمعنى أنّه مخير بين الأرش و الفسخ، لا أنّه مجعول فى حقّ الفسخ، فإن أسقطه يحدث له حقّ الأرش، و هذا الإجماع بضميمه أنّ استحقاق وصف الصّحّه إنّما هو من أثر نفس العقد لا العلم بالعب-فيكون الفوت حاصلًا من حين العقد، فمن المستبعد أن يكون استحقاق تداركه من حين العلم-كاشف عن ثبوت العدل الآخر و هو الفسخ أيضا من هذا الحين أعنى حين العقد.

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إسقاطه بعد العقد

و هو قد يكون بعد العلم بالعب، فلا- إشكال فى صحّته إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبته الغبن أو الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبّب عن أى مرتبه كان، فاحشا أو أفحش، و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشره فظهر مائه، ففى السقوط و جهان:

أحدهما: أنّ الخيار أمر واحد مسبّب عن مطلق التفاوت الغير المتسامح به و لا تعدّد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط.

و الثانى: أنّه يختلف شدّه و ضعفا باختلاف مراتب التفاوت زياده و نقصانا، فالذى أسقطه هو الحدّ الناقص، و الواقع هو الزائد، و لم يتعلّق به إسقاط كما هو الحال فى إسقاط حقّ العرض بزعم كونه شتما فظهر قذفا.

و الظاهر من الوجهين هو الأوّل، فإنّ ملكيه الفسخ أمر وحدانى لا يقبل الشدّه و الضعف، فإذا رفع اليد عنه ارتفع، و أمّا الإسقاط بعوض بمعنى المصالحه

عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب.

و لو أطلق كما لو صالح عن الغبن المتحقق في المتاع المشتري بعشرين، بدرهم، معتقدا أنه بين درهمين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فتبين أنه ثمانية عشر على خلاف المتعارف في مثل هذه المعامله، فلا بد من التفصيل بين ما إذا أخذ الجبهه المذكوره على وجه التقييد أو الداعي، فعلى الأول نحكم ببطلان الصلح و إن لم يكن التعارف موجبا للانصراف، و على الثاني نحكم بالصحة و إن كان في البين انصراف، و أما الجواز و اللزوم فإن استفيد بملاحظه التعارف المذكور اشتراط ضمنى لجبهه كونه غير زائد عن أحد الحدود المذكوره فاللازم ثبوت الجواز، لأجل تخلف الشرط، و إلا فاللازم ثبوت اللزوم.

و أما إثبات الخيار حينئذ من جهه الغبن إذا كان صلحا مبتيا على المدأقه، فيمكن الخدشه فيه بعدم شمول دليل نفى الضرر لمثل هذا الصلح، إذ بعد تشريع الخيار في أصل المعامله و تجويز الفسخ يرتفع الضرر، فإذا ترك ذو الخيار أعمال الفسخ و أسقط حقه و فرض غبنه في هذا الإسقاط، لا يلزم تجويز فسخ آخر في هذا الإسقاط المشتمل عليه الصلح، إذ لا يلزم من عدم التجويز إبقاء ضرر بحسب التشريع إذا الفرض اندفاعه بالتشريع الأول، فتأمل.

و أمّا إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن فالإشكال فيه من جهتين، الأولى: عدم حصول الجزم بأصل وجود الخيار للشك في الغبن، فكيف يتمشى الجدّ في إنشاء الإسقاط؟ و هو سهل الدفع كما في نظائره من إنشاء طلاق مشكوك الزوجيه أو إعتاق مشكوك الرقيه أو إبراء مشكوك المديونيه، فإنّ القطع بعدم الخيار أو الزوجيه أو الرقيه أو الدين يوجب عدم تمشى الجدّ و كون الإنشاء هزلئيا، و أمّا الاحتمال فتمشى الجدّ معه بترقب الحصول بمكان من الإمكان.

و الثانيه: أنه إسقاط لما لم يثبت بناء على كون العلم بالغبن شرطاً لثبوت الخيار، وهذا أجاب عنه شيخنا المرتضى -قدس سرّه- بكفايه وجود المقتضى وهو الغبن الواقعي، ولكنه محل إشكال في ما إذا تخلل بين الإنشاء و حصول العلم زمان معتد به، والذي لا- إشكال فيه ظاهراً ما كان التقدم بين الإنشاء و حصول الشرط بصرف الرتبة كما في الإسقاط في متن العقد إذا كان الخيار حاصلًا بتمام العقد.

الثاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد،

و الإشكال فيه من الجبهه المتقدمه في المسقط السابق لهذا الخيار و في إسقاط الخيارات المتقدمه، أعنى: كونه إسقاطاً لما لم يجب، و استلزامه للدور بملاحظه وقوعه في العقد الجائز الخيارى قد تقدم التفصلي عنه.

و العمده الإشكال المختص بالمقام و خيار الرؤيه الذى أشار إليه الشهيد -قدس سرّه- بقوله: و لو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤيه فالظاهر بطلان العقد للغرر. انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الغرر فى الغبن سهل الإزاله.

و تحقيق المقام: أن الغرر لا يشمل الجهل بالقيمه السوقيه و إلا كانت المعامله فاسده مع الشك فى القيمه، و على فرض الشمول ليس الخيار الشرعى رافعا له، لأن الحكم لا يغير موضوعه، فالحق عدم الإشكال و صحه العقد و الشرط معا فى المقام.

و أما خيار الرؤيه، فإن قلنا بعدم تقييد البيع بالأوصاف المرئيه و إنما هى صرف الداعى، و رافع الغرر إنما هو الاطمئنان بوجودها فالخيار عند التخلف يكون تعديداً شرعاً و عرفاً فلا إشكال فى صحه العقد و الشرط هناك أيضاً، و لعل خيار تخلف وصف الصحه أيضاً من هذا القبيل، فلهذا لا تكون البراءه من العيوب المحتمله محل إشكال.

و أمّا إن قلنا بأنّ الرّؤية توجب التقييد أو فرض الكلام في ما إذا لوحظ الوصف بنحو التقييد، و لو خرج عن عنوان خيار الرّؤية إلى عنوان خيار تخلف الوصف فلا بدّ حينئذ من ملاحظه أنّ اعتبار التقييد بوجود تلك الصفات مع اشتراط سقوط الخيار عند تبين فقدها راجع إلى إلغائها بعد اعتبارها حتّى يكونا من قبيل المتنافيين في الإنشاء الغير الممكن اجتماع الجدّ إليهما، أو أنّهما غير متنافيين، فعلى الثاني يحكم بصحّ العقد و الشرط أيضا و على الأوّل يكون الشرط فاسدا، بلا- كلام لحصول التنافي المذكور، فإن كان رافع الغرر أيضا هو الاشتراط يصير عائدا بطلانه فيصير العقد أيضا باطلا، و إن لم يكن هو رافعا بل الاطمئنان الخارجى بوجودها، كان العقد صحيحا و لازما من باب عدم الموجب للخيار فيه، فالعمده ملاحظه ثبوت التنافي أو عدمه.

و قد قوى شيخنا المرتضى-قدس سرّه- في هذا المقام عدم ثبوت التنافي، قال-قدس سرّه-: و لا تنافي بين أن يقدم على اشتراء العين بانيا على وجود تلك الأوصاف و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل، انتهى.

و يمكن أن يقال: إنّ العرف في تقييد المبيع بالأوصاف-كالفرس بالعربيّه- يكون محطّ نظرهم إلى أثر ذلك التقييد أعنى: السلطنه الخارجيه على الردّ عند التخلف و الحقّ الخارجى على المطالبه، فكأنّه وقع من الأوّل هذا المعنى تحت الإنشاء، و فى ما إذا كان التقييد رافعا للغرر يكون رافعيته بهذه الجهه، و إلاّ فصرف الالتزام و البناء القلبى على الوجود بما هو لا يندفع به غرر.

و على هذا فيقعاق عدم الحقّ و عدم السلطنه أيضا تحت الإنشاء يكون من جمع المتنافيين فى الإنشاء، و لا يفيد تعلق الإنشاء بالسقوط لا بعدم الثبوت بعد ما كان الغرض الأصلى من الالتزام و التقييد بالوصف حقّ المطالبه الخارجيه التى لا

يكفيها الآن العقلي، و الذي يتضح به المنافاه فى المقام ما إذا اشترطا الخيار لأحدهما مثلا ثم اشترطا سقوطه، فإن مجرد اعتبار السقوط لا يدفع المنافاه بل حاله عرفا كحال اشترط عدم الثبوت.

الثالث: تصريف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات

المتقدمه بعد علمه بالغبن، و مجمل الكلام أن ذا الخيار إذا رضى بالعقد فى مقابل الفسخ و أتى بقول أو فعل له ظهور نوعى حجه على ذلك سقط خياره، سواء قلنا إن الرضى مقابل الفسخ و عدله أو قلنا إنه ملازم لصرف النظر عن حق الخيار، فيصير أما إجازة فعلية أو إسقاط كذلك، و لا- حاه إلى التماس دليل، لأن الحكم على طبق القاعده، و الذى يحتاج إلى ورود تعييد و التماس دليل هو موضوعية التصرف مطلقا، أو خصوص الكاشف النوعى منه، أو كون الرضى بالعقد لا فى مقابل الفسخ مسقطا أعنى الرضى به فى مقابل الاستقاله المتحقق مع الغفله عن حق الخيار بحيث لو علم به لفسخ.

و كل من هذه لا دليل عليه إلا ما يتوهم من تعليل الحكم فى خيار الحيوان بقوله-عليه السلام-: «فذلك رضى منه فلا شرط» (١) و دلالة على أحدها غير معلومه.

فصار الحاصل أن مقتضى القاعده أن الإسقاط المدلول عليه بالفعل إنشاء فعلى له أثر الإنشاء القولى و لا فرق فى تأثيره بين ما بعد العلم بالغبن و ما قبله لو فرض إمكانه فيه.

و لو فرض حصول تصرف مع عدم تحقق الإنشاء القولى و لا الفعلى، فمقتضى قاعده «لا ضرر» ثبوت الخيار معه، و لو فرض عدم إطلاقه أو الشك فيه فحال المقام حال ما إذا كان زيد العالم فى يوم الجمعة فاسقا فصار يوم السبت

ص: ٢١٠

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

عادلا، أو كان مسافرا فصار حاضرا، بل أو كان جنبا يتضرّر بالغسل فصار متمكّنا منه من غير ضرر، حيث لا نرجع إلى استصحاب حكم المخصّص، بل المرجع هو العام أعنى: أكرم العلماء في الأول، و عموم وجوب الصوم في الثاني، و عموم وجوب الغسل في الثالث. و ليس هنا مقام أنّ العموم لا يتكفّل للزمان، فبعد خروج الفرد في زمان لا دلالة له بالنسبة إلى ما بعده، و ذلك لأنّ هذا فيما إذا لم يكن الخروج بواسطة انطباق عنوان مقيّد للعام عليه فزال بعد تلك القطعه، بل كان الخارج نفس ذات الفرد في ذات قطعه من الزمان.

و سيجيء تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى في ذيل خيار تلقى الركبان عند الكلام في المسألة التي وقعت محلا للنزاع بين إمامي الفن المحقّق الكركي و الشيخ الأجل المرتضى - قدس سرهما.

الرابع من المسقطات: تصرّف المشتري المغبون قبل العلم

إشاره

تصرّفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم، كالبيع و العتق، فإنّ المصرّح به في كلام المحقّق و من تأخر عنه على ما نقله شيخنا المرتضى - قدس أسرارهم - سقوط خياره حينئذ، و قيل: إنّه المشهور. قال شيخنا: و هو كذلك بين المتأخّرين.

و الذى أفاد شيخنا الأستاذ في وجه هذا الحكم و اختصاصه بخصوص المغبون و عدمه في الغابن هو أن يقال: حقّ الفسخ و إن كان متعلّقا بالعقد، لكنّ العقد عباره عن مبادله المالين في الملك، ففسخه و رفعه يكون لا محاله عباره عن إعادةتهما ثانيا في المكان الأوّلى من الملكيه، فهو مشترك مع التراد الذى هو مورد الحكم في باب المعاطاه، غايه الأمر الفرق بالحقيّه و الحكميه، و كذلك مع المبادله الجديده بين العينين، غايه الأمر الفرق بأنّ المبادله هنا بعنوان العكسيّه و الرفعيّه للمبادله الأوّلى و هناك بعنوان الاستقلال و الأصاله.

و على هذا فمقتضى القاعده- ما لم يكن فى البين دليل من الخارج معمم و منزل للبدل منزله العين- عدم وجه للرجوع إلى البدل مع انقطاع اليد عن العين و عدم إمكان استرجاعه فى الملك الأول، بل هو دائم بدوام العين، و يزول بزوال إحدى العينين أو كليهما، فالحكم بالسقوط بالتصرف المانع عن الرد مطابق للقاعده فى جانب المغبون، فالشأن فى إثبات خلافه فى الغابن و أنه لو وقع مثل ذلك التصرف فى جانب الغابن، لا يوجب سقوط خيار المغبون مع جريان القاعده فيه أيضا على نسقها فى المغبون.

و يمكن أن يقال: بأن عدم السقوط هناك لأجل دليل معمم خارجى أجنبى عن دليل الفسخ و هو قاعده ضمان اليد بناء على جريانها فى الحقوق كالأموال، و تعميم اليد الضامنه للمالكه.

و توضيح ذلك أنه بعد ما عرفت أن حق المغبون متعلق بتملك عينه فى يد الغابن بإزاء تملك عين الغابن إياه، فإذا تلف هذا المعنى وفات بواسطه عدم السبيل إلى التملك، صار جبران هذا فى عهده اليد الآخذة أعنى الغابن، و جبرانه أن يصير فى مكان العين بدله من مال الغابن.

فكما أن المغبون كان يرجع إلى عينه و يدفع عين الغابن بعنوان الرجوع عن المعامله يرجع حينئذ إلى بدل عينه بعنوان الرجوع عن المعامله، و هذا ببركه دليل ضمان اليد و إلا فلدليل الفسخ بنفسه لا يقتضى أزيد من رد نفس العين و لا إشاره فيه إلى تنزيل البدل و إقامته مقام المبدل، إذ هو عكس العقد، و المبادله العقديّه كانت فى ما بين العينين و لم يكن للبدل فيها عين و لا أثر، فدفع المغبون البدل إلى الغابن بلا وجه.

و من هنا يظهر أنه لو حدث بالعين عيب بل و لو كانت مستأجره و لم ينقض

المدّة ليس للمغبون حقّ الفسخ، إذ العين ليست بحاله الأوّليّه، ثمّ هذا في صورته عدم إمكان الردّ بوجه مثل العتق أو الوقف واضح.

و أمّا النقل اللازم فقد يقال: إنّ قاعده «لا ضرر» كما اقتضت خياريّة العقد الأوّل يقتضى خياريّة هذا العقد الثانی أيضاً، فيجوز للمغبون فسخه ثمّ فسخ العقد الأوّل.

و فيه أنّ قاعده «لا ضرر» لا تقتضى أزيد من خياريّة العقد الذى حدث الضّرر فيه فى ما بين طرفيه، و أمّا العقد الذى يتضرّر من ناحيته شخص ثالث أجنبىّ من الطرفين أو أحد الطرفين لكن لا فى هذا العقد، بل فى عقد آخر فبناؤهم على عدم التمسك بها، و إذن فقاعده أوفّوا بالعقود محكمه فى هذا العقد الثانی، فيوجب انقطاع يد المغبون عن استرجاع العين و بذلك يبطل حقّه.

فإن قيل: يمكن مع ذلك القول بعدم البطلان بواسطه إمكان الإقاله بل و البيع الجديد و بهذا يفترق عن العتق و الوقف.

قيل: لا- يصحّ مجرد هذا اعتبار الحقيّه، إذ المأخوذ فى حقيقتها استقلال ذى الحقّ بالنسبه إلى المتعلّق، و هذا منتف فى الإقاله، لأنّها قائمه بالطرفين فليس له اختيار تام، و كذلك المعتبر فيها أن تكون العين بنفس الملكيه التى اقتضاها العقد الخيارى راجعه إلى المالك الأوّل، و هذا منتف فى العقد الجديد.

و من هنا يظهر أنّ العقد الجائر لا يوجب بطلان الحقّ، بمعنى أنّ للمغبون أن يفسخ عقد الجائر أوّلاً ثمّ يفسخ العقد الأوّل، بل له أن يفسخ العقد الأوّل قبل فسخ الثانی لكن بقصد أن يتحقّق كلا الفسخين بهذا الإنشاء، فيكون إنشاؤه فسحاً قولياً للعقد الأوّل، و فعلياً للعقد الثانی نظير بيع ذى الخيار لما انتقل عنه، و أمّا فسخه ابتداءً للعقد الأوّل بدون هذا القصد فغير جائز.

و أمّيا استيلاء الأمه، فظهر أيضا حاله فإنّه ما دام الولد حيّا يوجب بطلان الحقّ بواسطة انقطاع اليد عن استرجاع العين، و أمّا بعد وفاته فيرتفع المانع، و المفروض أنّ العين باقيه على حالها و على الملك السابق، فتكون قاعده «لا ضرر» جاريه و لا يبتنى على العموم الزماني، لأنّه مثل ما إذا تلفت العين في قطعه من الزمان ثمّ عادت بخرق العاده.

و لو حصل الامتزاج في يد المغبون فإمّا أن يكون بالجنس أو بغيره، و على الأوّل إمّا أن يكون بالمساوى أو بالأ-جود أو بالأردى. و على كلّ حال إمّا أن يكون بمال نفس الغابن أو بمال غيره أعمّ من المغبون أو ثالث، و الحكم في الجميع أنا إمّا أن نقول: بأنّ المزج أحد أسباب الشركه الحقيقيه كالصيغه فحينئذ يسقط الردّ، لأنّه متقومّ بالملك المفروز و هذا ملك مشاع، فإنّه إذا كان في ملك غير المغبون فواضح، و أمّا إذا كان في ملكه فإنّه لا بدّ أن يشير إلى العشره الأمان مثلا المشاعه في المجموع، و قد فرض أنّ هذا خلاف حقّه.

و إمّا أن نقول: بأنّ المزج لا- يحدث شيئا، بل المالان ممتازان في علم الله، غايه الأمر جعل الشارع في مقام العلاج أن يصطلحا بينهما، و إن أبى أحدهما أجبره الحاكم على الصلح القهري كدرهم الودعي، و حينئذ يجب التفصيل بين ما إذا حصل بواسطة الامتزاج قلّه الرغبه إلى المتاع، فيسقط الردّ لأنّه بمنزله العيب، و بين ما إذا بقيت بحالها أو زادت الرغبه فيها فيبقى الردّ.

و لو تغيّرت العين بالنقيصه فقد مرّ الكلام فيه، و لو تغيّرت بالزيادة العينيّه فحاله حال الامتزاج بناء على حصول الشركه الحقيقيه، إذ العين ترجع إلى الغابن مجزّاه عن الزيادة فتبقى الزيادة في ملك المشتري المغبون و تقع الشركه بنسبه الزيادة، و أمّا لو تغيّرت بالزيادة الحكميّه، كما لو نسج الغزل، أو قصر

الثوب، أو خبز الدقيق فلا إشكال في أنّ له الردّ ما دام لم يحدث بذلك نقيضه في العين.

إنّما الكلام في ما إذا زادت العين قيمه بواسطة زياده الصفه و أنّها هل ترجع مع الصفه إلى الغابن بدون أن يدخل عوض هذه الصفه من ملك الغابن في ملك المغبون، فيصير عمل المغبون بلا أجره؟ أو أنّها ترجع إليه مجزّاه عن تلك الصفه و تبقى الصفه لمحدثها؟ في المسأله قولان اختار المسالك في باب المفلس في مسأله: أنّ الغريم لو وجد عين ماله فهو أحقّ به فيما إذا زاد فيها بعمل المفلس صفه ثانيهما، و اختار الجواهر في ذلك الباب أولهما.

و حيث إنّ المسأله عامّ البلوى لحصول الحاجه إليها في غير باب-كباب الفسخ، و باب المفلس، و باب الإجاره فيما إذا انقضت المدّه و سلّم الأجير العين إلى المؤجر و قد زادت بعمله صفه و أمثال ذلك-يليق بسط الكلام.

فنقول:الذى نقل عن المسالك أنّا لو قلنا بالشركه في الزيادة العيئيه فهنا نقول بها بطريق أولى، و لو لم نقل بها هناك فيمكن أن نقول بها هنا، و ذلك لأنّ السمن و الطول مثلا يكونان بفعل الله سبحانه و إن كان بسقى منه و علفه، بخلاف الوصف هنا فإنّه يكون بفعل نفس العامل، و لهذا لا يصحّ الاستئجار على إحداث الزيادة العيئيه، و يصحّ على إحداث الوصفيه، ثم بعد هذا اختار أنّ الأقوى هو القول بالشركه في كلتا المسألتين بدون إشاره إلى الدليل.

و الذى أفاده الأستاذ-أدام الله أّيّام إفاداته الشريفه-أن يقال:كما أنّ وجود الهيئه في الخارج وجود مندك في وجود المحلّ، كذلك لها عرض المالىه مندكاً في مالىه الماده، و كما قد يجزّى في الذهن وجود الهيئه عن الماده فيقع مستقلاً تحت

الحكم، كذلك قد يعرضه التفكيك في الاعتبار فحينئذ يصير مالا مستقلا، و من جمله ما يساعد الاعتبار على التفكيك أمثال هذه الموارد، فإنَّ العرف يعتبرون انتقال المادة المنفكَّه المجزَّاه عن الهيئه إلى مالکها و بعد هذا الاعتبار تصير الهيئه -قهرًا- مستقلا بالاعتبار، و المفروض أنَّ لها المالىه كالوجود فتصير مالا مستقلا، فإذا اعتبرت منفكَّه تبقى لا محاله على ملك من أحدثها.

لا- يقال: فعلى هذا يلزم أن يصحَّ نقل المالك المادة المنفكَّه عن الهيئه إلى غيره، غايه الأمر إن لم نساعد على البيع كان بعنوان الصلح.

لأننا نقول: يمكن الفرق بين ما إذا لم يحصل موجب خارجي لاعتبار التفكيك و قصد ذلك بنفس الجعل، فهذا لا يساعده الاعتبار، و بين ما إذا حصل موجب خارجي فحينئذ يصحَّ كما في الأمثله المذكوره، فإنَّه بعد تجزئته العين عن الهيئه يجوز أن يصطلحا شخصين آخرين في أن يقوما مقامهما في ملكيه أحدهما المادة المجزَّده و الآخر الهيئه كذلك.

لا يقال: يلزم على ما ذكرت أنه لو أحدث مثل ذلك، الغاصب كان كما إذا ضمَّ إلى العين جزءا من أمواله، و لا يمكن الالتزام به.

لأننا نقول: يمكن الفرق بين ما إذا كان من أول الحدوث ملكيه المادة لغير المحدث للهيئه كما في المغصوب، فلا يساعد العرف على التفكيك، و بين ما إذا اتَّحد المحدث و المالك للماده في الابتداء ثمَّ حصل التفريق في الاستدامه، فيساعدون على التفكيك، نظير نتاج الدابَّه، فإنَّه لا يساعد العرف على حدوث النتاج في ملك غير مالک الدابَّه، و لكن بعد الحدوث في ملكه لا مانع من التفريق في البقاء و الاستدامه.

إذا عرفت ذلك فنقول: بعد مساعده الاعتبار يكون المتبع دليل كلِّ باب

فإن استفيد من مثل قوله-عليه السلام-في المفلس: «إذا وجد الغريم عين ماله فهو أحقّ بها» الإطلاق بالنسبه إلى جميع الأحوال-لا بمعنى مجرّد أن لا-يمنع تلك الأحوال عن انتقال ذات العين بل بمعنى أنّها علاوه على ذلك ينتقل معها أيضا- فاللازم حينئذ القول بأنّه ملكك ذلك تعديداً مجّاناً، وأما إن لم يستفد إلا أنّ العين تنتقل بأى حاله كانت من دون نظر إلى انتقال تلك الزيادة الحكميّة، فيكون المتيقّن منه انتقال الذات معراه عن الهيئه، فتبقى الهيئه لمحدثها.

و هكذا ينظر إلى دليل الفسخ، فإن اعتبر فيه أن يكون العين كما هي عليه حال وقوع المبادله منتقله إلى صاحب الأصل، فهذا معنى التجزئه فيحكم ببقاء الهيئه على ملك المحدث، وإن كان له الإطلاق و أنّ العين على ما هي عليه من حاله الفعلية، تنتقل بجميع جهاتها إليه فهذا حكم تعديدي ورد على خلاف ما يساعده الاعتبار، ويمكن الفرق بين ذى الخيار وغيره بثبوت الإطلاق فى الأوّل و عدمه فى الثانى.

هذا كله فى تصرف المغبون

إشاره

و أمّا تصرف الغابن، فالظاهر أنّ الخيار لا يسقط به و قد تقدّم وجهه، و حينئذ فإن فسخ و وجد العين خارجه عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ذكر شيخنا المرتضى-قدّس سرّه- أنّ فى تسلّطه على إبطال ذلك من حينها أو من أصلها كالمرتتهن و الشفيع، أو رجوعه إلى البدل وجوهاً، ثمّ قوى الوجه الأخير.

قال شيخنا الأستاذ-أدام الله أيام إفاداته الشريفه-: أوّلاً: لا شك أنّ أصل المبادله البيعيّه غير واقعه إلا على الشخصين لا على الأعمّ منهما و من البدل، و إلا لزم أنّه لو باع العين من زيد ثمّ باعها من عمرو كان البيعان صحيحين، فنحكم

بملكه العين لزيد وقيمتها في ذمته لعمرو، و على هذا فعكس هذه المبادله لا ينتج إلا رجوع نفس الشخصين، فاقتضاه بدون حاجه إلى دليل آخر لرجوع البدل عند عدم إمكان المبدل لا يعرف له وجه. نعم بتوسط دليل آخر مثل ضمان اليد يمكن القول به كما تقدم منا.

و ثانياً: أنّ المحتملات في المقام بين اثنين لا ثالث لهما بعد القطع بثبوت الخيار و أنّه متقوم بملك الطرفين، بمعنى أنّه ليس كحقّ الرهن حيث يجمع مع عدم ملكيه الراهن للرقبه بل يعتبر ملكيه كلّ من الفاسخ و المفسوخ عليه لما ينتقل عنه بواسطه الفسخ إلى صاحبه حتّى يتلقّى كلّ منهما الملك من صاحبه لا من أجنبيّ، فإنّ عكس العقد إنّما هو هذا إذ بعد ذلك يقال تعلق حقّ المغبون باسترجاع العين عن ملك الغابن الذي يستتبعه عرفاً حقّ له على إبقاء الملك، إمّا يوجب تزلزل العقد الواقع عليه و صيرورته فضولياً، و كالعقد الواقع على ملك الغير فيكون الفسخ إبطالاً له من الأصل، و إمّا لا يوجب تزلزلاً في العقد و أنّ وصف الطلقه لم يرد في دليل اعتباره في الصحه على وجه الكلّيه.

نعم ورد في بعض الحقوق الخاصه مانعيته عن الصحه كحقّ الرهن، و لكن لا يمكن التعدّي إلى غيره، و حينئذ لا يبقى مجال إلاّ للقول باللزوم، و لا مجال للقول بالصحه مع الجواز، لا بمعنى أن يصير العين ابتداء عن ملك المشتري من الغابن إلى المغبون، و لا بمعنى اقتدار المغبون على فسخ عقد الغابن مع مشتريه.

أمّا الأول: فواضح، فإنّ خلاف مقتضى الفسخ كما عرفت من أنّه يعتبر فيه تلقّى الملك عمّن ينتقل الملك إليه و ليس حاله كالرهن.

و أمّا الثاني: فلعوم دليل لزوم ذلك العقد الشامل للمغبون أيضاً و عدم ما

يصلح مانعا عنه، لأنّ ما يتوهم مانعيته إمّا دليل نفى الضرر عن المغبون و المفروض إمكان حفظه مع حفظ ذلك العموم بالرجوع إلى البدل، و إمّا دليل ثبوت الحقّ للمغبون متعلّقا ببقاء العين على ملك الغابن، و هذا أيضا لا يصلح مانعا، لأنّ هذا حقّ للمغبون و سلطنه على عدم إعمال الغابن أسباب الخروج عن الملك في ذلك العين، و لا يلزم من هذه السلطنة إهمال تلك الأسباب عن التأثير، بل هي كالأسباب الطبيعيه لإعدام أصل العين متى وردت تؤثر أثرها، فينتفى مورد حقّ المغبون بواسطه إعمالها، غايه الأمر اتّصاف العمل بالحرمة من حيث إنّه كالأكل و الإحراق مفوّت لمحلّ حق الغير.

و من هنا يتّضح حال العقد الجائز أيضا، فإنّه لا وجه لاقتدار المغبون على فسخه، نعم يمكن أن يقال بوجوب الفسخ على الغابن لأنّه كالإبقاء سابقا على العقد حفظ لمحلّ الحقّ، و يمكن تنزيل كلام المسالك المذكور في المكاسب في هذا المقام على هذا أيضا فراجع. و لكن لو عصى و لم يفسخ و فسخ المغبون العقد الأوّل يملك البدل لا محاله في ذمه الغابن، و بعد ذلك يرتفع حكم لزوم الفسخ عن الغابن، و لو حمل كلام المسالك على هذا المقام يوجّه عليه اعتراض شيخنا المرتضى - طاب ثراه - فراجع.

ثمّ مقتضى ما ذكرنا في الناقل عن الملك جريانه بعينه في المانع عن الردّ كالاستيلاء، و لكن احتمل هنا شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - تقديم حقّ الخيار معلّلا بسبق سببه على الاستيلاء.

و اعترض عليه شيخنا الأستاذ - أدام الله أّيّام إفاداته الشريفه -: بأنّ حال الاستيلاء حال الناقل، غايه الأمر إنّ الثاني مزيل أصل الملكيه و الأوّل مزيل قابليه انتقالها إلى الغير، و كما أنّ الحقّ متعلّق بإبقاء أصل الملكيه و قلنا: إنّ هذا لا يوجب

إهمال سبب النقل و الإزالة عن التأثير، كذلك الحقّ المتعلّق بإبقاء القابليه أيضا ليس بأزيد من ذلك، فيكون حال الاستيلاد بحسب التشريع كحال سبب تكويني، فغايه الأمر الحرمة و أمّا الوضع فاللازم ترتبه لعموم دليله مع عدم المانع عنه، هذا.

و لو تصرّف الغابن تصرّفا مغيرا للعين فإمّا أن يكون بالنقيصه أو بالزيادة أو بالامتزاج، ثمّ النقيصه أيضا قد تكون منفكه عن الزيادة و كذلك الزيادة، و قد يجتمعان كما إذا حصلت الزيادة كيفا و النقيصه كمّا، كما إذا عمل في الخشب هيئه تزيد بها قيمه و لكن نقص ذلك عن كمّها، أو بالعكس بأن حصلت النقيصه كيفا و الزيادة كمّا.

و الأولى التعرض للزيادة الحكميه أوّلا اقتفاء بدرس شيخنا الأستاذ-دام أيام إفاداته- فنقول:

لو فسخ المغبون و وجد العين زائده عند الغابن إمّا بتعليم صنعه و إمّا بنسج الغزل أو قصاره الثوب و أمثال ذلك، فقد عرفت عدم سقوط الخيار بذلك، لكن اختار شيخنا المرتضى-قدّس سرّه- في جانب المغبون إيجاب ذلك سقوط حقّ الفسخ، معلّلا بأنّه موجب للشركه و قد كانت مفروزه، فلا يمكن ردّ العين بحالها، و حكم هنا بثبوت الشركه بنسبه الزيادة. فربّما يورد أنّه كما أوجب هناك سقوط الردّ فليوجب هنا الانتقال إلى البدل.

و ليعلم أوّلا- أنّ الكلام في ما إذا لم يحدث بسبب الشركه نقص في العين أصلا لا- كمّا و لا- قيمه، فإنّ الذهب و لو ابتلى بهيئه، يكون على قيمته الخالي عن تلك الهيئه و لو فرض تعدّد المالك فإنّه إذا باعا معا من ثالث لا تتفاوت قيمته.

و حينئذ نقول: الفرق بين المقامين أنّ مدرك هذا الخيار دليل لا ضرر، و إعماله فى المقام السابق و إن كان رافعا لضرر المغبون لكنّه يحدث ضررا على الغابن، لأنّه كان ينتفع بماله بنحو الاستقلال، و الحال لا يمكن له ذلك بل يحتاج إلى إذن الغير، و دليل لا ضرر فى مثل ذلك يسقط عن الاستدلال و بعد سقوطه نرجع إلى دليل لزوم المعامله.

و أمّا فى المقام فلا يمكن مثل ذلك حتى ينتقل إلى البدل، لأنّ هذا الضرر شيء أقدم عليه المغبون و أوردته على نفسه، لأنّ العالم بإحداث الزيادة الحكميّه لدى الغابن إذا أقدم على الفسخ فهو فى طبع عمله قد أقدم على نقل مال يكون للغير فيه مدخل و لا يشمل مثل هذا دليل لا ضرر.

لا يقال: نعم، لكن يحدث بالنسبه إلى الغابن هذا الضرر فإنّه كان مالكا للهيهته بنحو يجوز له الاستقلال فى التصرف و الآن ليس له ذلك.

لأنّنا نقول: المفروض أنّ المال الذى أخرجه العقد عن كيسه قد عاد إليه بنحو الاختصاص أعنى: عوض الماده، بقى أنّه عمل فى الماده عملا أحدث فيه الزيادة الحكميّه و هذا أيضا أوجب شركته فى مال الغير، و ليس هذا المقدار ضررا عرفا، و بالجمله لا وجه للانتقال إلى البدل.

هذا مع عدم نقص فى العين، و أمّا مع حدوث النقص فالظاهر أنّ له حكم النقص الذى سنتعرّضه إن شاء الله تعالى من كونه فى ضمان الغابن يلزم عليه تداركه و يكون شريكا فى العين أيضا بقضيه ما ذكر فى الزيادة الحكميّه. هذا هو الكلام فى الزيادة الحكميّه الخالصه و المجتمعه مع النقيصه فى الكمّ الذى وعدنا تقديمه اقتفاء للأستاذ، فلنرجع إلى حكم النقيصه الخالصه على حسب ترتيب شيخنا المرتضى - قدس سرّه.

فنقول: ولو حدث عند الغابن نقص فهذا على قسمين، لأنّه قد يكون الوصف الفئات غير واقع تحت ضمان المغبون و تحت تعيُّده- بأن لم يقع العقد مبنيًا عليه، بل إمّا كان ملحوظًا على وجه الداعي أو لم يكن ملحوظًا أصلاً و كانت العين مشاهدته و كان وجود صفه كمال فيه مجهولاً- للطرفين مع وجدانه واقعا فإنّه لا غرر حينئذ، إذ الفرض وقوع البيع بنحو المشاهدته، فلو تبين بعد الفسخ أنّه كان واجدا لهذه الصفه و قد فاتت تحت يد الغابن فلا ضمان.

و قد يكون الوصف تحت ضمان المغبون، بأن أوقعا عقد المعامله مبتيا عليه فتبين فواته تحت يد الغابن، فهذا الوصف لو فات تحت يد الغابن فالفسخ صحيح و يصير بدل الوصف و تفاوت ما بين واجده و فاقدته على عهدته الغابن، أمّا أصل صحّته الفسخ، فلاّنه كالبيع إذا وقع على العين الشخصيه مقيده بوصف فتبين فقده فإنّ البيع يحكم بصحّته، و حال الفسخ في ما إذا تلف هذا الوصف تحت يد غير ذي الخيار مثل البيع.

و أمّا ضمان الأرش، فلاّنه مقتضى «على اليد» على ما عرفت من جريانه في الحقوق.

إن قلت: تكفى في إثبات هذا الضمان قاعده «لا ضرر».

قلت: لا- يثبت بها الضرر على الغابن، فإنّه متى دار الأمر بين ضررين فإن كانا على شخصين كما هنا فلا يثبت ب «لا ضرر» تجويز دفع الضرر عن أحدهما بإضرار صاحبه، و إن كانا على شخص واحد كما هنا بالنسبه إلى المغبون في تحمّله على ضرر العين و فسخه مع كون العين فاقدته الوصف، فإنّ تجويز كلا- الأمرين منه عليه بخلاف إيجاب أحدهما. هذا كلّ هو الكلام على وجه الكلّيه.

بقى الكلام في فرع الإجاره التي قوى شيخنا المرتضى قدّس سرّه فيه عدم

الأرش. و لكن استشكل عليه الأستاذ-دام علاه-بأنه لا شبهه في أنّ مقدار مائيه العين بمقدار منفعتة، فكلمًا نقص عن المنفعة نقص عن المائيه، فإذا كانت قيمه العين ألفا و نقص عن منفعتة ما يوازي مائتين، صار مائيه العين ثمانمائه و هكذا، و ليس هذا بمجرد اختلاف القيمه السوقيه بل لخصوصيته حادثه في العين.

و بالجملة: فحال إجاره العين حال نقصان عينه و سائر جوارحه في نقص مائيه العين، فيوجب الأرش و هو قد ينطبق مع أجره المثل و قد لا ينطبق، هذا حكم النقيصه، و أما الزيادة الخالصه فقد عرفت حكم الحكميه منها.

و أمّا العيئيه كما لو غرس في الأرض، فلا-شبهه في أنه بالفسخ يتعدّد مالک الغرس و الأرض، و لكن يبقى الكلام في تسلّط مالک الأرض على القلع بلا أرش أو معه و عدمه، فينبغي بسط الكلام لعموم البلوى كما تقدّم في الحكميه، فنقول:

تعدّد مالک الغرس و الأرض يتصوّر على أنحاء.

الأول: أن يكون الغارس غاصبا و ظالما و متصرّفا عدوانا، و هذا لا شبهه في جريان قوله صلّى الله عليه و آله و سلم «ليس لعرق ظالم حقّ» فيه بمعنى أنه ليس له احترام، فيجوز لمالک الأرض قلعه و إلغاء هذه الجبهه من مائتته من دون أرش لعدم الاحترام، و لا حرمه تكليفية، لأنّه تفرّغ ماله عن مال الغير، و من هنا يجوز إجباره لصاحب الغرس على القلع، لأنّه بإحداثه متصرّف في الأرض فيجوز منعه عن التصرف و لو بالإجبار.

الثاني: أن يكون الغارس غاصبا واقعا و غير عاص للمعدوريّه في الظاهر، و يمكن القول بشمول قوله-عليه السلام-لهذا أيضا، بملاحظه تفسير ظالم بمن يشمله.

الثالث: أن لا يكون المالک للنواه غارسا لها أصلا، بل كان وقوعه في الأرض

بتوسط ربح أو طائر مثلا، فنمت و صارت شجره، و شمول القول المذكور لهذا في غاية البعد، بل في محل المنع، و مقتضى القاعده أن يقال: إن صاحب النواه بملاحظه اختياره في الإبقاء و القلع متصرف في الأرض بخلاف صاحب الأرض، فقاعده السلطنه غير مقتضيه بالنسبه لصاحب الغرس لتجوز الإبقاء، لأنها غير مشرعه، و لكنّها مقتضيه بالنسبه لصاحب الأرض تجوز القلع لأنه تفرغ للمال عن مال الغير.

الرابع: أن يكون المالك غارسا لكن على نحو الحق كالمستأجر و غير ذى الخيار، و المفلس قبل إعمال الخيار و التفليس.

و يمكن أن يقال في ما عدا الأول: بأن هذا الغرس مثل إجاره المسكن، فكما أنها كانت استيفاء لمنفعه الدار مدّه، فكذا الغرس أيضا استيفاء لمنفعه الأرض مقدار بقاء الشجر بحسب طبيعته، فإن من يغرس الشجر يلاحظ فوائده المترتبه على بقائه لا قطعه و جعله حطبا، فقد استوفاهما في زمان كانت الرقبه ملكا له، فينقل الرقبه إلى الغير بدون هذه المنفعه فتصير كالعين المستأجره التى تقدّم الكلام فيها.

و أما الأول أعنى المستأجر و كذا المأذون من المالك في غرس الشجره و كذا العاربه إذا غرس المستعير، فلا اشكال ما دام عدم انقضاء المدّه فى الإجاره، و بقاء الإذن و العاربه فى الأخيرين، و أما بعد ذلك فيرتفع عنوان الصحه عن التصرف، فالتصرف و الاستيفاء ههنا أيضا ثابت و لكن أصل المنفعه باقيه على ملك المالك، فاستيفاؤها ما دامت موجوده منوطه بالإذن، فمتى ارتفع الإذن صار غصبا و حراما.

نعم الإذن فى الغرس يلازم عرفا مع التعهد بالإبقاء، و لكن ليس هذا إلا

مجزّد وعد غير لازم الوفاء شرعا، فيصير حال الغارس في جميع هذه الثلاثه حال صاحب الغرس في القسم الثالث، أعنى ما إذا حصل الغرس بإطاره ريح أو إلقاء طائر، وقد قلنا إنه بحسب الوجود البقائى متصرف في أرض الغير، فلهذا الغير حق أن يقطع يد تصرفه عن ملكه.

فقد تحقّق من جميع ما ذكرنا انحصار الأقسام فى ثلاثه:

الأول: ما يكون مشمول قوله: «ليس لعرق ظالم حق» (1) على سعه مدلوله و ضيقه.

و القسم الثانى: ما لا يكون مشمولاً له و لكن يكون صاحب الغرس متصرفاً فى إبقائه الشجر فى أرض الغير.

و القسم الثالث: ما لا يكون داخلاً فى الخبر و لا متصرفاً فى أرض الغير، و هو ما إذا كان الغرس فى ملك الغارس، سواء كان مترزلاً أم لازماً.

فى الأول لا حرمة للغرس، فيجوز للمالك مباشره قلعه بدون الأرش، و فى الثانى يكون للمالك حقّ على الغارس بملاحظه كون الغارس متصرفاً، نعم قلنا إنّ هذا الحقّ لا يلزم رفع الضمان، فهو مع ذلك ضامن للأرش، و فى الثالث يكون للمالك الغرس حقّ على صاحب الأرض بإبقاء شجره فى ملكه بلا أجره، غايه الأمر عليه نقص المالىه الوارده على الأرض فى باب الفسخ، فهو بمنزله العيب الحادث عنده فى العين حيث يلزم عليه تدارك وصف الصّحّه.

ثمّ على ما ذكرنا يرتفع الإشكال، و أمّا على ما ذكره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - حيث ذهب إلى أنّ كلّاً من المالكين فى مسأله الفسخ يملك ماله لا بشرط

ص: ٢٢٥

(١ - ١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٣٣، من أبواب أحكام الإجاره، ص ٢٨٣، ح ٣.

حقّ له على الآخر و لا عليه له فلكلّ منهما تخلص ماله عن مال صاحبه. فيرد عليه -قدّس سرّه- الإشكال: بأنّه ما وجه هذا الحقّ الثابت لكلّ؟ مع كونه مستلزماً للتصرّف في مال الغير، و أئى مجوّز للتصرّف بغير رضى المالك؟ إذ المفروض أنّه فرض -قدّس سرّه- عدم الحقّ لواحد من الشخصين على الآخر، فيكون المتحصّل أنّ فى البين مالكين و مملوكين بدون حقّ لأحدهما على الآخر، فبأئى قاعده يجوز لأحدهما تصرّفه فى ملك الآخر؟ و أمّا على ما ذكرنا: فقد عرفت أنّه يكون لأحد المالكين حقّ على الآخر بدليل خارجى، و معنى ثبوت الحقّ أنّ رضاه ملغى، و أمّا إذا كنّا نحن و قاعده السلطنه بلا حقّ من الخارج لأحد الشخصين فكلّ منهما غير راض بالتصرّف فى ماله، فلا مجوّز لأحدهما فى تصرّفه فى مال صاحبه، بل يكون المقام من باب تراحم الحقّين و للكلام فيه محلّ آخر.

ثمّ إنّه -قدّس سرّه- بعد أن جوّز القلع لصاحب الأرض قال: فهل يجوز للمغبون مباشره القلع، أم له مطالبه المالك بالقلع و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ و جوه، انتهى.

و يرد على الوجهين الأخيرين: أنّا سلّمنا أنّ له حقّ أن يقلع الغرس و لكن لمباشرته مؤنه و تحمّل زحمه أو إنفاق نفقه، فلائى وجه يصير بمجرّد المطالبه هذا المعنى لازماً على صاحب الغرس؟ و أئى معنى لإجبار الحاكم فى صورته امتناعه؟ فإنّ المفروض أنّه ليس له حقّ على الشخص حتّى يكون الحاكم ولياً عليه عند الامتناع عن الأداء بل له حقّ القلع الخارجى، فإن رضى الغارس فهو و إلّا فيسقط إذنه و يتحمّل نفس مالك الأرض مشقّه القلع إن أراد، و لا- وجه لتحميله ذلك على مالك الغرس و لا لوجوب ذلك على الغارس بمطالبته كما هو

ثمّ قال-قدّس سرّه:-هذا كلّه حكم التخليص، و أمّا لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حقّ لأحد المالكين على الآخر،استحقاقه الأجره على البقاء،لأنّ انتقال الأرض إلى المغبون بحقّ سابق على الغرس لا بسبب لاحق له،انتهى. و هذا الكلام بظاهرة يفيد وجوب القبول على صاحب الغرس و عدم جواز امتناعه عن الإبقاء بالأجره، و هذا أيضا لا وجه له.

ثمّ إنك عرفت أنّه لا حقّ لصاحب الأرض على قلع الشجره فى مسألتنا، و لكن لو قلنا بأنّ له القلع،أو فرضنا الكلام فيما له ذلك كما فى القسم الوسط من الثلاثه المتقدّمه،فقد قلنا إنّه يجب عليه بذل التفاوت فى ما بين المقلوعيّه و المنصوبيه،فهل اللازم حينئذ ملاحظه ما بين المقلوع و المنصوب الذى استحقّ عليه شخص آخر القلع،أم ما بين المقلوع و ذات المنصوب؟الحقّ هو الثانى كما اختاره شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-،و انتصره شيخنا الأستاذ-دام علاه-فى مجلس الدرس ببيان:

إنّ كثره الرغبه و قلّتها لا نسلم أنّهما كليهما يوجبان التفاوت فى مالّيه المال، مثلا كون المال بيد مالك صعب المعامله يوجب قلّه الرغبه فى شرائه،و لكن لا يوجب ذلك نقصان مالّيته،و كذلك لو علم أنّه يرد على المال حرق أو غرق بعد ساعه يصير ذلك موجبا لقلّه الرغبه،بل لا يحضر أحد فى شرائه بثمان يسير،و لكن المالّيه باقيه بحالها.

ألا- ترى أنّ المتلف يتلف المال و إتلافه يرد على موضوع المال،و لهذا يغرم المالّيه،و لو كان حضور التلف مخرجا للمالّيه فاللازم عدم الغرامه،بل عدم المعنى لقيمه يوم التلف،بل اللازم أنّه تختلف المالّيه بمرور الأيام،لأنّه كلّما يمضى يوم

يصير المال إلى التلف أقرب، فلا بد أن ينقص من ماله مع عدم تفاوت في ذاتياته أصلاً، وهذا ممّا لا يلتزم به ذو مسكه.

و على هذا فنقول: استحقاق الإلتلاف أيضاً لا يزيد حاله عن التلف الخارجى المقطوع، بل وجه منقصيته على فرضها إنّما يكون لأدائه إلى الإلتلاف الخارجى، و بعد ما عرفت أنّ الليره مثلاً إذا علمنا بأنّها ساعه أخرى تقع فى قعر البحر بحيث لا يتمكّن أحد من إخراجها، لا تنتزّل عن مالهته أصلاً، فكذا الحال فى الاستحقاق المذكور أيضاً.

خاتمه البحث: فى بعض من الفروع المرتبطه بالمقام:

أحدها: لو قلنا بمقاله الشيخ من استحقاق المغبون للقلع أو فرضنا الكلام فى مثل ما إذا وقع الغرس فى غير الملك بغير اختيار مالك النواه، فلا إشكال فى أنّ الإبقاء باختيار صاحب الغرس يوجب الأجره لصاحب الأرض، و لكن لو جرى عليه زمان لا يمكن فيه عاده قلع الشجر و كان له أجره، فهل لصاحب الأرض مطالبه الأجره أيضاً؟ مقتضى القاعده أن يقال بالتفصيل بين مثل مسأله حصول الغرس بإلقاء الطائر و نحوه، و بين ما إذا حصل ابتداء الغرس باختيار الغرس كما فى مسألتنا على مقاله الشيخ. ففى الأوّل نقول بالعدم، فإنّ هذا المقدار الذى يجرى على الشجره من انتفاع الأرض يجرى بغير اختيار صاحب الغرس، فلا يكون استيفاء.

و بعباره أخرى ليس فى البين قوّه و فعل منه، و نحن و إن قلنا بتعميم قاعده الضمان بالإلتلاف إلى حال السهو و الغفله لكن لا بدّ من تحقّق قوّه و فعل من المتلف، و أمّا مثل ما إذا سقط خبز الغير فى حلقومه بغير اختياره و نحوه بدون

توسيط قوه منه فى البين فلا دليل على إيجابه الضمان.

نعم يصح القول بالضمان فى الصوره الأخرى أعنى: ما إذا كان ابتداء الغرس ناشئا من غرسه و فعله، فإن حاله حال المتوسط فى الدار الغصبيه فى حال الخروج، فإن هذا المقدار لو كان له أجره تجب عليه فإنه يصحح كونه فعلا له و باختياره أن سببه و هو الدخول كان باختياره، فكذا المقام يكون هذا المقدار من بقاء الشجر فعلا له و يعدّ هو مستوفيا لمنفعه الأرض فيدخل تحت الضمان.

ثانيها: قد عرفت حكم الزيادة الحكيمه المحضه و العييه كذلك. بقى حكم المشوبه من الجهتين مثل الصبغ و مثل ما إذا كان الشاي ملك أحد و الماء ملك آخر، أو اللحم ملك أحد و الماء ملك غيره، و طبخ الشاي أو اللحم فى ذلك الماء، فإنه لا شبهه عند العرف فى أنه لا يحكم بأن صاحب الصبغ و الشاي و اللحم ليس له حق فى العين أصلا و إنما انتقل حقه بالبدل، و ليس المعيار فى ذلك صرف عين فى حصول تلك الصفه من الغير، فإنّ تحصيل الحراره فى الماء بحطب الغير أيضا يكون فيه صرف مال الغير و مع ذلك لا يعدّ من هذا القبيل بل يحكم بأن الماء حقّ تطلق لصاحبه، و إنما يستحقّ صاحب الحطب البدل فى ذمه صاحب الماء.

و بالجمله: الكلام فى ذلك قد يكون فى الغاصب، و قد يكون فى غيره ممّن كان تصرفه فى المال بحقّ، كما فيما نحن فيه من تصرف غير ذى الخيار و كما فى باب المفلس.

أمّا الغاصب فربّما يحتمل أن مقتضى القاعده فيه أن يقال بجواز تصرف المغصوب منه بعد ردّ المال إليه كما كان قبل الغصب، و ليس للغاصب المنع لوقوع التصرف فى ماله أيضا و لا مطالبه الأجره، لأنّ هذا أيضا من البذل المتوقّف عليه

الردّ إلى المالك، فإنّه يجب عليه ردّ المال إلى المالك بحيث وصل إليه و ارتفع المانع عن تصرّفاته، كما كان قبل الغصبيّه، و هذا المعنى كما يتوقّف على بذل الأجره للحميّال و نحوه، كذلك يتوقّف على أن لا يكون لماله الذي لا يمكن تخليصه عن مال المغصوب منه حرمة مانعه عن تصرّف المغصوب منه و لا موجه للضمان.

نعم لا يسقط عن المائيه رأسا بحيث لو اتفق بيع المال دخل تمام الثمن في كيس المغصوب منه، بل يقع ما يوازي منه بإزاء هذه الزيادة المشوبه في كيس الغاصب، فاحترامه من هذه الجبهه محفوظ، لأنّه غير متوقّف عليه الردّ، و لكن المقدار الذي يمنع عن حصول السلطنه للمغصوب منه و الاستيلاء التام منه على ماله بدون تعلق أجره و ضمان في عهده لا بدّ من سقوطه بالنسبه إلى هذا المقدار عن الاحترام.

و أمّا غير الغاصب: فتقع المسأله بالنسبه إليه مندرجه تحت المال المشترك الذي يحصل الضرر بقسمته، أو لا يمكن قسمته، فيرجع إلى الحاكم في إجارتها عليهما أو بيعه كذلك أو كيفيه أخرى و ليس هنا محلّ تحقيق ذلك.

ثالثها: إنك عرفت في مثل ما إذا حصل الغرس في غير الملك على غير وجه الظلم كإلقاء طائر و نحوه، أنّ المتصرّف صاحب الغرس و على هذا بنينا صحّه قلع صاحب الأرض و استحقاقه له، إمّا مع سبق الإذن فإن امتنع منه و من المباشره سقط إذنه أو أجبره الحاكم، أو بدون ذلك.

فيقع الكلام في أنّه لو طلب صاحب الغرس القلع و لم يأذنه صاحب الأرض لاستلزامه التصرّف في أرضه و الدخول في بستانه، فهل له هذا أو لا؟ لا إشكال في أنّ دليل سلطنه المالك على ماله لا يقتضى جواز دخول صاحب الغرس، لما تقرّر في محلّه من عدم صلاحيته لتشريع حكم آخر غير ما تعرّضه من

الحكم المتعلق بحيث المالكه.

نعم يمكن أن يقال: بأنَّ صاحب الأرض عند إرادته صاحب الغرس القلع و منعه منه يصير متصرفًا في الغرس، فيشملة دليل حرمه التصرف، وهذا الدليل حاله على خلاف حال دليل السلطنة، بمعنى أنَّ مفاده وجوب رفع اليد عن مال الغير، وإن أوجب ذهاب احترام المال فيوجب تشريع المقدمات أيضا، فيجوز لصاحب الغرس الدخول و يبقى ملك صاحب الأرض ساقط الاحترام بهذا المقدار، غاية الأمر بقاء حكمه الوضعي أعنى الضمان، فمن هذا الحيث يبقى الاحترام بحاله، فلو حصل نقصان في الأرض يجب على القالع أرشه.

و لو كان التغيير بالامتزاج، فإمّا أن يكون بغير جنسه و إمّا أن يكون بجنسه، و على الأوّل إمّا أن يكون على وجه الاستهلاك و إمّا لا- يكون، فإن كان بغير الجنس و على وجه الاستهلاك كماء الورد المستهلك في الزيت فتاره يكون ما وقع عليه العقد هو المستهلك و أخرى يكون المستهلك فيه، فإن كان الأوّل فبعد الفسخ يرجع إلى البدل، و إن كان الثاني فإمّا أن يزيد به قيمه و إمّا لا، فعلى الأوّل يدخل في الزيادة الحكمية التي قد مرّ الكلام فيها، و على الثاني يرجع العين إلى المغبون بعد فسخه من دون حقّ للغابن لفرض تلف عينه و عدم إيجابها الزيادة في ماله عين المغبون.

و إن كان بغير الجنس و لا على وجه الاستهلاك، و لا محاله يوجب زوال الصورة الأولى و حدوث طبيعه ثالثة كالخلّ الممتزج مع السكر، فإن الحاصل ليس بخلّ و لا- سكر بل هو حقيقه ثالثة، فالكلام قد يقع في وقوع مثل هذا في الملكين لمالكين، إمّا بالاتفاق و إمّا على نحو غصب أحدهما لمال الآخر، و قد يقع في وقوعه في المالكين لمالك واحد ثم حصل تعدّد المالك لأجل الفسخ أو رجوع غريم المفلس

إلى عين ماله.

فإن كان في المالكين لمالكين فلا إشكال في أنّ لكلّ منهما في هذا البين مال ولا يمكن أن يقال زال ملك كلّ منهما و حدث شيء ثالث، غايه الأمر إنّ العهده لتدارك ما فات ثابتة مع الغصب و غير ثابتة مع فرض الوقوع على نحو الاتفاق، و مع هذا يمكن أن يقال في مسأله الفسخ بالرجوع إلى البدل و الحكم بأنّ ما وقع العقد عليه قد زال و انعدم، و لا ملازمه بين عدم إمكان القول بالانعدام في تينك المسألتين و عدمه ههنا.

و السرّ أنّ المالك للشيء يملكه في جميع حالاته بل في جميع تطوراته و صورته، بل لو كان الحادث مغايرا معه و نتیجه متولّده منه كالزراع بالنسبه إلى البذر نحكم أيضا بملكيتته لصاحب الأصل، فلا ندور في حكمنا بالملكيه في المسألتين مدار حفظ الموضوع العرفي.

و أمّا في مسأله الفسخ، فالمدار على بقاء المعقود عليه بحسب النظر العرفي، و لا شبهه أنّ تغيير الأوصاف مثل صيروره الحنطه دقيقا أو الدقيق خبزا لا يوجب تغيير الموضوع العرفي، و أمّا مثل صيروره الخلّ سكنجينا بواسطة الامتراج، فلا يبقى معه الموضوع العرفي، و لهذا لو باع الخلّ مشيرا إلى السكنجين، كان مثل ما إذا باع الفرس مشيرا إلى الكتاب، و ليس مثل ما إذا باع هذين الغنمين مشيرا إلى غنم و خنزير، فحال الخلّ في السكنجين حال الماء في المائع المضاف بالطين، فكما أنّ الموجود فيه بحسب النظر العرفي ليس بماء، كذلك ليس الموجود في السكنجين بنظرهم خلا، فلهذا يقوى في النظر القول بالرجوع في مسأله الفسخ إلى البدل و في مسأله المفلس بعدم استحقاق الغريم للأخذ.

و أمّا في مسأله الغصب: فيمكن أن يقال بتخيير المالك بين أخذ العين حتّى

تحصل الشركه مع الغاصب بنسبه المائيه و القيمه، و بين تغريم البدل، أمّا الأول:

فلأنّه قضيه كون هذه الصوره طارئه على مادّه ماله، كما تقدم أنّه يوجب الدخول فى ملك مالك المادّه.

و أمّا الثانى: فلأنّه قضيه قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فإنّ المالك كان مالكا للخلّ و قد وقع تحت يد الغاصب، فعليه عهده هذا المأخوذ، و لازمه جواز مطالبه المالك منه الخلّ و قد وقع تحت يد الغاصب، فعليه عهده هذا المأخوذ، و لازمه جواز مطالبه المالك منه الخلّ، التى لازمها تغريمه البدل و بعد أخذه ينتقل ملكه عن العين الخارجيه إلى البدل المأخوذ، و يصير العين ممخضه للغاصب كما فى بدل الحيلوله- حيث إنّ المالك هناك أيضا مخير بين اختيار ملكيه نفس العين الواقعه قعر البحر و بين تغريم البدل- فيصير العين بعد أخذ البدل و تملكه ملكا للغاصب.

هذا فى الغاصب. و أمّا فيما لو امتزج المالان لمالكين بغير اختيارهما، فقد يقال: لا دليل على حصول الشركه هنا، بل يقال بأنّهما مفروزان، فالأجزاء الواقعيه المعلومه عند الله من الخلّ لصاحبه و كذا السكر، و لا دليل على خروجهما عن المفروزيه إلى الإشاعه.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ بنظر العرف تحصل الشركه و يحكمون بأنّ المالكين شريكان فى هذا السكنجيين على نسبه مائيه مالهما، و لم يرد من الشرع تخطئه هذا الحكم العرفى، فيكون كسائر السير العرفيه التى لم يرد بتخطئتها دليل من الشرع، و ذلك لما قلنا إنّ بنظر العرف قد صار الموضوع موضوعا آخر و حكمه الاشتراك بنسبه القيمتين، فلو كان قيمه السكر ثلاثه قرانات و قيمه الخلّ قرانين و قيمه السكنجيين خمس قرانات فالحال واضح من ثبوت ثلاثه أخماس لصاحب السكر و خمسين لصاحب الخلّ، و كذا لو صار قيمه السكنجيين أربعه أو ستّه.

و أمّا الاشتراك فى القيمة بمعنى كون المالىن ممتازين واقعا غايه الأمر عدم إمكان تخليصهما خارجا-فلا بدّ من بيع المجموع فيحصل الشركه فى الثمن-فهذا خلاف ما يراه العرف من حصول المزاج الثالث و الطبيعه الثالثه،هذا كلّ هو الكلام فى غير المتجانسين.

و إن كان الامتراج بالجنس،فإمّا يكون بالمساوى أو بالردىء أو بالجيد،و تاره يقع الكلام فى ما لم يكن صاحب عهده فى البين كمسأله المفلس و ما إذا اتفق الامتراج بغير اختيارهما،و أخرى يقع فى ما إذا كان فى البين صاحب عهده كما فى مسأله الفسخ و الغاصب.

أمّا إذا لم يكن فى البين صاحب عهده و كان المتجانسان متساويين،فلا- إشكال أنّ القول بصيروره المفروز مشاعا بمجرد الامتراج يحتاج إلى دليل،و إلاّ فهو أمر على خلاف القاعده.

و الذى يمكن أن يقال على القواعد:أنّ كلّ من المالىن باق بحاله كما قبل الامتراج من كونه مفروزا،و لكنّه بحكم الإشاعه.

بيان ذلك:أنّه إن استفيد من باب الشركه الحقيقه أنّ للمالك حقّ الانتفاع بماله بما يتوقّف على المفروزيه،و له حقّ إيجاد سبب ذلك من التقسيم،و يجب على الآخر إجابته لو لم يكن قسمه رديّه و لا موجه للضرر،و يكون القسمه مستلزمه لمبادله كلّ من الحصّتين المشاعتين بالأخرى أعنى:حصّه هذا الشريك فى البيت الآخر مثلا بحصّه ذلك الشريك فى هذا البيت،فباللزام من هذا جريانه بعينه فى المقام،إذ للمالك أن يقول:لى حقّ الانتفاع بمالى بنحو كان خالصا و غير مشوب، و طريق التخليص هو التقسيم المستلزم للمبادله المذكوره.

و غايه ما فى الباب أنّ المبادله كانت هناك بين الحصّتين المشاعتين و هنا بين

المفروزتين، هذا بضميمه قاعده العدل و الإنصاف فى ما إذا تلف بعض المال الممتزج، فإن مقتضاها التسويه بينهما فى التالف على حسب السهم، فالمال مفروز بحكم الإشاعه، و لعل هذا مراد من عبّر عن الشركه فى المقام بالشركه الظاهريه، هذا فى المتساويين.

و أمّا مع التفاوت بالرداءه و الجواده، فالكلام كما مرّ، لكن المبادله هنا ربويّه إن أريد احتساب التفاوت الحاصل من الامتزاج بالردىء فى مقام القسمة بأن جعل للجيد مثلاً سهماً، و للردىء سهم إذا كان مائيه الجيد ضعفى مائيه الردىء، فإنّ اللازم حينئذ أن تقع المبادله بين الضعف و الضعفين من المتجانسين.

و لو فرض أنّ دليل الربا يشمل مثل هذه المبادله التى هى بالعنوان الأوّلى قسمه و تكون مبادله بالاستلزام، يعلم عدم استحقاق مثل هذا التقسيم لأحدهما، و حينئذ فلا محيص عن التقسيم بطريق المساواه و لو استلزم تضرّر صاحب الجيد.

و من هنا يتّجه حينئذ أن يقال: إنّ طالب القسمة إن كان صاحب الجيد فهو المقدم على الضرر، فيجب على صاحبه إجابهته، و تجبر لو امتنع، و إن كان صاحب الردىء فيدخل تحت كبرى ما إذا كانت القسمة ضرريّه على غير مريدها، حيث لا يجب على الآخر المتضرّر إجابه الطالب، فلو فرض تضرّر الآخر أيضاً بعدم القسمة و احتياجه إليها يعامل معاملة المال المشترك الحقيقى إذا كان الأمر فيه كذلك، إمّا من الرجوع إلى الحاكم فيبيعه عليهما أو يؤجره عليهما أو غير ذلك.

و كيف كان فقد تبين أنّ الحكم بالشركه الحقيقيه بمجرّد الامتزاج و صيروره المال المفروز لكلّ منهما مشاعاً بدون اختيارهما و رضاهما أمر مخالف للقواعد يحتاج إثباته إلى دليل و لم يقم عليه إلاّ وجود عنوان الشركه فى كلمات الفقهاء -رضوان الله عليهم-، و هو بعد احتمال إرادته ما ذكرنا من المعامله معه معاملة المال المشترك

لجريان الملاك الواحد فيهما يسقط عن الدلاله، هذا حال الامتراج في صورته عدم وجود صاحب عهده في البين.

و أمّا معه كما في الغاصب و في باب الفسخ حيث إنّ المفسوخ عليه متعهّد للمال المنتقل إليه للفساخ، فلا إشكال في هذه الصورة أيضا في بقاء المالكين على حالهما من الاستقلال و عدم الانقلاب إلى الإشاعه، و لكن حيث إنّ أحد الشخصين متعهّد للآخر يجب عليه تسليط صاحبه على ماله بوصف الاستقلال و عدم الامتراج بمال الغير، و هذا المعنى لا يمكن بدفع تمام المال إليه حتّى يتصرّف في أعيان ماله، لأنّه ليس له أن يتصرّف في أعيان هذا المتعهّد، فعلمه الإجمالى مانع له عن التصرف.

و القول بأنّه يجب على المتعهّد إباحه ماله له لأنّه من قبيل مؤنه الردّ أو أنّ ماله يسقط عن الاحترام رأسا نظير ما قلناه سابقا في الصبغ و نحوه، فيه: أنّ الفرق بين المقام و ما تقدّم الذى قلنا فيه بسقوط الاحترام، أنّ ابتدال المال هناك مقدّمه حقيقته للردّ الواجب، و أمّا في المقام فليس إلّا مقدّمه علميه، و هى غير واجبه، بعد فرض إمكان الخروج عن العهده بطريق آخر يجعله العرف أقرب الأشياء إلى الفائت، و هو وضع نصف المال الممتزج و تسليمه إلى المتعهّد له، فإنّ هذا أقرب من هذا المقدار من حنطه أخرى مثلا، فإنّ هذا النصف مشتمل على العين و على البدل و ذاك كلّه بدل، و من المعلوم أقربيه الأوّل، فبعد وجود مثل هذا التدارك و عرفيته لا يصار إلى المقدّمه العلميه.

هذا مع عدم التفاوت و أمّا معه:

فإن كان الجوده في مال المتعهّد، فيجب عليه التجاوز عن وصف جودته، لأنّه حينئذ من قبيل المقدّمه الحقيقيه للردّ التى قد عرفت وجوب بذلها عليه، و أمّا

إن كان فى مال المتعهد له -فحىث إن احتساب سهمه فى مقام القسمة أزيد بمقدار يفى بجبر نقصانه يوجب الربا كما عرفت- فليس له ذلك بل يدفع إليه قسمة متساوية.

نعم للمتعهد له حىئنذ مطالبه أرش النقصان، و ليس فى مقام التدارك لهذا النقصان أيضا شىء أقرب من دفع ما يوازيه من هذا المال المشترك، وهذا سالم عن الربا، لأن اعتبار المعاوضة إنما هو بين المتماثلين و الزيادة إنما جاءت بحكم ضمان الفائت، نظير الأرش فى المبيع المعيب إذا كان هو و الثمن متجانسين مكيلين أو موزونين.

هذا تمام الكلام فى تصرفات المغبون و الغابن، بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن.

و تفصيله: أن التلف إما أن يكون فى ما وصل إلى الغابن، أو فى ما وصل إلى المغبون، و التلف إما بآفه، أو بإتلاف أحدهما، أو بإتلاف الأجنبى.

و ليعلم أولًا: أنك عرفت الإشكال فى جريان خيار الفسخ كليه مع تلف إحدى العينين، و أنه كما يعتبر فى البيع وجود العوضين حاله و لا- يرجع إلى البدل لو تبين عدم أحدهما حال الإنشاء، فكذا الحال فى الفسخ الذى هو عكسه، فهو أيضا محتاج إلى عوضين موجودين حتى يعكس مبادلتهم، و لهذا قلنا إن الحق له إضافة إلى العينين، نعم صححنا الفسخ فى صورته التلف عند المفسوخ عليه لأجل دخوله تحت العهد، فينزل البدل منزله المبدل فى الطرفيه للعقد.

و كيف كان فالكلام الآن مبنى على الغض عما ذكرنا و تسليم جريان الفسخ مع تلف إحدى العينين بل كليهما.

فنقول: على المبنى المذكور لا إشكال في الرجوع إلى البديل بعد تعذر المبدل فإن كان مثلياً فالإلى المثل، وإن كان قيمياً فالإلى القيمة، لكن هل المعتبر قيمة أى وقت؟ قيمة وقت الفسخ أو وقت الأداء؟ وفي كلام شيخنا المرتضى -قدس سره- الترييد بين وقت التلف و وقت الفسخ.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه: لا- وجه لاحتمال يوم التلف، لأنّ المال يوم التلف ملك لصاحبه الجديد، ولا معنى لضمان الإنسان قيمه مال نفسه، فالمتعين هنا أحد الأمرين: إما قيمة يوم الفسخ إن قلنا إنّ نفس القيمة تستقر في ذمه من تلف عنده العين بسبب الفسخ، أو قيمة يوم الأداء إن قلنا إنّ العرف يرى نفس العين موجوده في عهده من تلف عنده بعد الفسخ.

إن قلت: يمكن توجيه يوم التلف هنا أيضا كباب الغصب، بأن يقال: إنّ المال يعتبر آنا ما قبل التلف خارجا عن ملك صاحبه الجديد إلى المالك الأصلي نظير الكشف الحكمي في باب الإجازة، و حينئذ فيحكم بقيمة يوم التلف على القاعده كما هو واضح.

قلت: المفروض أنّ ما وقع مبنيًا على العقد إلى حين الفسخ، لا تترتب آثار خلافه بعد الفسخ أيضا، فإنّ الفسخ حلّ من حين لا من السابق حتى بلسان التنزيل و على هذا يتعين أحد الأمرين اللذين ذكرناهما.

ثمّ إن كان التلف بآفه سماويّه فلا كلام، سواء عند الغابن أم عند المغبون، و إن كان بإتلاف الغابن لما عند المغبون فإن أبرأه المغبون أو قبض منه القيمة ثمّ ظهر الغبن ففسخ، فلا- إشكال في رجوع الغابن إلى القيمة، و أمّا مع عدم الأمرين، فظاهر شيخنا المرتضى -قدس سره- أنّ المغبون يأخذ الثمن من الغابن، و أنّه لا شيء للغابن، و لعلّه لأجل التهاثر لما اشتغلت ذمه الغابن مع ما اشتغلت ذمه

المغبون، وهذا إنما يحسن لو قلنا بأنّ المعترف في كلا المقامين قيمه يوم الأداء.

و أما إن قلنا: بأنّ المعترف في ما اشتغلت ذمّه الغابن يوم التلف و في ما اشتغلت ذمّه المغبون أحد الأمرين من يوم الفسخ أو الأداء و كانت القيمتان مختلفتين بالزيادة و النقيصه فليس الأمر كما ذكر كما هو واضح، و منه يظهر الحال بالنسبه إلى العكس أعني: ما إذا أتلّف المغبون لما في يد الغابن.

بقي صورتان: الأولى: ما إذا أتلّف ما عند المغبون الأجنبي، و الثانيه: ما إذا أتلّف الأجنبي ما عند الغابن.

و الذي صرّح به شيخنا المرتضى -قدس سرّه- أمّا في الصورة الأولى: فإنّه إن لم يرجع المغبون إلى المتلف يرجع الغابن إليه، أعني: إلى ذلك المتلف الأجنبي.

و أمّا في الثانيه: فاحتمالات ثلاثه:

أحدها: رجوع المغبون إلى الغابن، لأنّه الذي يرّد إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله.

و ثانيها: الرجوع إلى المتلف، لأنّ المال في ضمانه و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده.

و ثالثها: التخيير بينهما، فإن شاء رجع المغبون إلى الغابن و إن شاء رجع إلى المتلف.

و استشكل على هذا شيخنا الأستاذ -دامت أيام بركاته الشريفه-: بأنّ صاحب المال قبل الفسخ إمّا لا عهده له بالنسبه إلى المالك بعده، و إمّا يكون متعهّداً له، فعلى الأول لا وجه لرجوع المالك بعد الفسخ إليه في التلف السماوى، و على الثاني فالمتعّين في إتلاف الأجنبي في كلتا صورتين المذكورتين رجوعه

أيضا إلى المالك قبل الفسخ، ولا وجه لرجوعه إلى المتلف لا تعيينا ولا تخيرا.

و مجرد كونه متعهدا للمالك قبل الفسخ و هو متعهد للمالك بعده لا يفيد أن يكون هو متعهدا للمالك بعد الفسخ، فإنه إنما يكون متعهدا لمن ملك في ذلك الآن أعنى: آن التلف، و هو المالك قبل الفسخ ليس إلا، لأن الفسخ لا يغير ما سبق عليه و إنما يقرب العقد بالنسبة إلى اللاحق، فاللازم أن يكون الفسخ موجبا لتعهد المالك قبل الفسخ للمالك بعده و عدم تعهد المتلف له لعدم موجب التعهد بالنسبة إليه، و إنما تحقق الموجب فيه بالنسبة إلى المالك قبل الفسخ، فيكون العين في عهده المتلف بالنسبة إلى المالك قبل الفسخ و في عهده المالك قبل الفسخ بالنسبة إلى المالك بعده، و لا ضير في كون العين الواحدة في عهدين لشخصين من غير فرق بين اعتبار نفس العين في العهده أم اعتبار قيمه.

و القول بأنه لو كان المعتبر نفس العين فالمتعين الرجوع إلى المتلف لأن العين في عهده، مجرد دعوى، فإنه قد تحقق سبب لأن يعتبر العين في عهده بالنسبة إلى شخص المالك قبل الفسخ، و تحقق سبب آخر لاعتبار ذلك في المالك قبل الفسخ بالنسبة إلى المالك بعده، فاللازم تعهده أيضا للعين له، كما أن لزوم رجوع المالك بعد الفسخ إلى المتلف بناء على اعتبار قيمه في عهده يشبه القول بأنه لو فسخ أحدهما و قد باع صاحبه المال من شخص كان الثمن في البيع الثاني للفاسخ، لأنه عوض للتلف، غايه الأمر هو عوض جعلى، و ما نحن فيه أعنى: ما أثبتته الله في ذمه المتلف عوض واقعى. و إذا فرضنا أن الفسخ لا تأثير له بالنسبة إلى ما سبق فكما لا يوجب خروج العوض الجعلى عن كيس المالك قبل الفسخ فكذا بالنسبة إلى العوض الواقعى، و ليت شعرى أى فرق بين المقامين؟ نعم يتجه التخيير في ما نحن فيه بين الرجوع إلى المتلف أو إلى المالك قبل

الفسخ بالنسبه إلى الإلتلاف لما عند المفسوخ عليه، بناء على ما قدّمنا من جريان عهده اليد بالنسبه إلى الحقوق، فيكون المقام بالنسبه إلى متعلّق الحق من تعاقب الأيدي، فيجوز لصاحب الحقّ الرجوع إلى أيّهم شاء، فتدبّر.

مسأله: هل هذا الخيار ثابت في كل معاوضه مائنه أو يختصّ بخصوص

البيع؟

الظاهر عدم الفرق بين البيع وغيره في جريان «لا ضرر»، نعم كلّ ما لم يثبت بهذه القاعده لا يتجاوز عنه في غير البيع، فلو فرض أنّها لا تدلّ على أزيد من جواز الاسترداد و إنّما ذهبنا إلى الحقيّه في البيع بضميمه الإجماع، لا يمكن المصير إلى تلك الضميمه في غير البيع، لعدم الإجماع هنا.

و كذلك في صورته الشك في قيمه لا يمكن إثبات الخيار بلا ضرر، لوجود الإقدام من غير فرق بين البيع و الصلح و غيرهما، بل و في بعض صور القطع بالقيمه أيضا، و هو ما لو اضطرّ إلى الشراء بحيث لو علم أنّه أزيد من قيمه لما ترك الشراء، فإنّ حال حضوره للشراء بأيّ قيمه كان و لو بأضعاف قيمه يمنع من جريان لا ضرر و لو فرض أنّه يعلم اتفاقا بمساواه الثمن للقيمه العادله.

و كذا الحال في الفرد الذي بنى على المسامحه و عدم المداqqه كالبيع المحاباتي و الصلح كذلك، و كذا الصلح على الحقّ المجهول أصله، و أمّا الصلح على الحقّ الثابت، المجهول مقداره، فقد يكون واقعا على أيّ مقدار كان، فهذا أيضا كالسابق في عدم جريان «لا ضرر» فيه، و قد يكون باعتقاد أنّه لا يزيد عن المصالح به أو لا ينقص عنه و في هذه الصوره أيضا لو صرّح في مقام الإنشاء: بأنّي أصالح عن حقّي بكذا و إن فرض كونه أزيد منه بأضعاف، فهذا أقدم منه على الضرر، فلو تبين أنّه كان أكثر فلا خيار، لأنّه و إن كان عالما بالمساواه بحيث لو علم العدم لما أقدم لكن إنشاء المصالحه في تقدير الأكثرية إنشاء عن قصد و جدّ

ص: ٢٤١

نحو المدلول نظير إنشاء البيع بشرط الخيار، وإنشاء الطلاق في مشكوك الزوجيه.

و بالجمله:تمشى القصد الجدوى فى أمثال هذه الموارد ممّا يقصد نحو المنشأ بالعنوان الثانوى مع القطع بعدمه بالعنوان الأوىلى ممّا لا ريب فيه،و بهذا الاعتبار لا يدخل تحت عموم «لا ضرر».

و من هنا تبين أنه لو صرح فى عقد البيع أيضا بإطلاق المبيعه لحالتى مساواه الثمن مع قيمه و عدمها فهو بمنزله إسقاط الخيار و لو كان عالما بالمساواه،فلو تبين عدمها فلا خيار للإقدام الجدوى فى مرحله الإنشاء الجدوى، هذا.

و لكن هذا كله مبنى على أصل جواز التمسك ب«لا- ضرر» فى أبواب المعاملات من البيع و أخواته،و لكنّه محلّ إشكال عند شيخنا الأستاذ-أدام الله أيام بر كاته الشريفه.

و محصل ما قرره فى الدرس فى بيان الإشكال:أن «لا ضرر» يكون مفاده نفى الضرر فى ما هو من قبيل مجعولات الشرع لا بالنسبه إلى ما هو أمر كائن فى الواقع و نفس الأمر بأسبابه النفس الأمريّه،غايه الأمر أنّ الشارع بواسطه علمه بالغيب و حدّه نظره و امتيازه عن غيره أدرك ما لا يدركه غيره فكشف و بين عمّا أدركه،فالإيجاب و القبول عند العرف و الشرع كليهما سبب واقعى لحصول النقل و الانتقال،و ليس فى البين إلاّ- تصديق الشارع للعرف و أنّه صادق فى ما فهم،كما أنّه فى مورد المخالفه ليس من الشارع أيضا جعل بل مجرد أنّ العرف مخطئ فى ما فهم،و الواقع على خلاف ما فهمه،و نفى الضرر لا يشمل إلاّ المجعولات،و لا يدخل تحته مثل هذه الأمور الوضعيه التى نصيب الشارع منها مجرد كشف الغطاء عن واقعها المحفوظ.

نعم إن قلنا: إن الإجازة من الشارع في أبواب المعاملات له جزء الدخل في ترتيب الأثر نظير إجازة المالك في البيع و نحوه دخل في المجعولات و شمله لا ضرر، لكنّه خلاف المبنى و أنّ إجازة الشارع ليس إلاّ تصديق العرف في ما فهم، و ليس له نصيب إلاّ الكشف محضا.

و على هذا فيمكن المصير إلى ثبوت خيار الغبن بطريق آخر و هو إرجاعه إلى تخلف الوصف، فإنّ من يفاضل صاحبه في قيمه و أنّها كذا أو كذا، ثمّ استقر رأيهما على شيء و يوقعان المبايعه عليه فهما ناظران إليه بعين المساواه مع قيمه بحيث يكون هذا قيّدا لطرف العقد لا- من باب الجهه التعليقيه، و على هذا فيدخل تحت قاعده تخلف الوصف، و خياره أمر عرفي يحكم به العرف، فتدبر.

مسأله: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي

على قولين، و استند للقول الأوّل و هو المشهور ظاهرا، إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن، و قرّره في جامع المقاصد على المحكيّ بأنّ العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمته و إلاّ- لم ينتفع بعمومه. انتهى. و للقول الثاني بالاستصحاب.

و استشكل شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- على التمسك بالعموم بما ملخصه:

إنّ العموم الزماني على قسمين:

أحدهما: المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبه إلى زمانه الراجع بدليل الحكمه إلى استمراره في جميع الأزمته، و لا يخفى أنّ هذا العموم في كلّ فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو في زمان ما، إذ ليس في خروجه دائما زياده تخصيص في العام حتّى يقتصر عند الشك فيه على المتيقّن، و السرّ ما عرفت من

تبعيه العموم الزماني للعموم الأفرادى، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد، دام زمان خروجه أو انقطع، و المناط كون الزمان مأخوذاً ظرفاً للحكم.

و إن فرض عمومه لغويًا لا- بدليل الحكمه فيكون الحكم حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد و انقطاعه، فيكون المرجع لا محاله استصحاب حكم الخاص.

ثانيهما: أن يكون الزمان مكثراً لأفراد العام بحيث يكون الفرد فى كل زمان مغايراً له فى زمان آخر، كما إذا قال المولى لعبده: أكرم العلماء فى كل يوم، بحيث كان إكرام كل عالم فى كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم فى اليوم الآخر، و حينئذ فاللازم بعد العلم بخروج فرد فى زمان ما، الاقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، فإذا علم بخروج زيد العالم و شك فى خروجه عن العموم يوماً أو أزيد و جب الرجوع فى ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل القسم الأول، لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا- فرق بين عدم وجوب الوفاء به فى زمان واحد و بين عدم وجوبه رأساً نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلّه التخصيص و كثرته حتى نتمسك بالعموم فى ما عدا المتيقن. انتهى ما نقلنا عنه ملخصاً.

قال شيخنا الأستاذ- دامت بركاته الشريفه-: لا إشكال عند الشيخ و لا عند غيره فى أنه لو كان المخرج بعنوان التقييد، يتمسك مطلقاً فى ما عدا المتيقن منه بالعموم و لو فى فرد واحد، فإذا خرج عن دليل وجوب الصلاة على كل مكلف

عنوان المسافر أو الحائض يجب التقييد بغير المسافر أو الحائض، فإذا فرض تطبيق هذا العنوان على شخص ثم زال عنه فلا إشكال أنه بعد الزوال يرجع فيه إلى العام من غير تفصيل بين الموارد.

فكلامه-قدّس سرّه-لا بدّ من تنزيهه على مورد لم يعلّق الحكم في دليل المخصّص على عنوان، بل كان الخارج ذات الفرد بلا عنوان أصلاً و كان العنوان بمنزله هؤلاء إشاره صرفه إلى الذات، أو وإن كان معلقاً على العنوان و لكن كان العنوان محفوظاً في الفرد غير متبدّل نظير ما نحن فيه، فإنّ دليل لا ضرر قيد عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بغير الضرر منها، والعقد الضرر المغبون فيه يكون من أوّل وجوده إلى آخره واجدا لهذا العنوان غير مسلوب عنه هذه الصفة، و لكن نشكّ في أنّ الإخراج مخصوص بالزمان الأوّل، أو يشمل الأزمنة المتأخّره أيضاً، من غير احتمال دخاله عنوان في الموضوع غير منطبق إلّا على الزمان الأوّل، بل الموضوع بعنوان واحد يحتمل أن يكون خارجاً في زمان واحد أو أزمنة كثيرة.

إذا عرفت محلّ كلامه-قدّس سرّه-فنقول حينئذ في توجيه مرامه:

قد يكون الزمان ملحوظاً للمتكلّم إمّا في جانب المادّة أو الهيئته إمّا بنحو الاستغراق أو المجموعيّه، كأن يقول: إكرام العلماء في كلّ زمان أو في مجموع الزمان مطلوبى، أو يقول: إكرام العلماء مطلوب في كلّ زمان أو مجموع الزمان، و لازم الاستغراق ثبوت إطاعات و عصيانات بعدد الأيام، و لازم المجموعيّه ثبوت إطاعه و عصيان واحد، و لازم كلا النحويّن أنّه لو خرج زمان و شكّ في غيره يقتصر على المقدار المتيقّن و يرجع في الباقي إلى العموم الاستغراقى أو المجموعى.

أمّا الأوّل فواضح، و أمّا الثانى فلائمّه من قبيل الاستثناء عن أكل السمكه ذنبها، و القيد في هذه الصورة لبا راجع إلى المادّة أعنى: الموضوع، و إن كان في

الصورة راجعا إلى الهيئته، فلا فرق بين قوله: إكرام كل يوم مطلوبى و بين قوله:

طلب مستمرّ فى كل يوم متعلق بالإكرام، و الفرق إنّما هو صورى فقط.

و بعبارة أخرى: القيود المصرّح بها الملحوظة للمتكلّم كلّها متّمات للقضيّه لا أنّها راجعه إلى القضيّه التامّه، فالنسبه التامّه الحكميّه متأخّره عن تمام تلك القيود لا- أنّها ملحوظه متأخّره عن النسبه التامّه الحكميّه، فإذا قال: أكرم العلماء دائما، فكأنّه قال: الإكرام الدائمي مطلوبى، أو أنّ الطلب الدائمي فى الإكرام.

و قد يكون القيد ملحوظا بعد تمام القضيّه و مجيئ النسبه الحكميّه، فيلاحظ القضيّه بمجموعيّتها من حيث هي قضيّه و حينئذ يمكن تعليق القيد بنحوين.

الأول: أن ننظر إلى الأفراد و أحكامها، و بعبارة أخرى إلى القضايا المتولّده من تلك القضيّه الوجدانيه، و يرجع القيد إليها، فكأنّه قيل: حكم أكرم زيدا حكم دائمي ثابت فى كل يوم و حكم أكرم عمرا كذلك، و هكذا إلى آخر الأفراد.

و الثانى: أن ننظر إلى نفس هذا الحكم الوجدانى المضروب للقانون الذى ينحلّ إلى أحكام لا- إلى منحلّاته، فكأنّه قيل: هذا الحكم الضرب القانونى ثابت فى كل زمان، و هذا أيضا يمكن بنحوين.

ألف: أن يقال ذلك بعنايه التجديد و أنّ الحكم يتجدّد فى كل يوم و يكون مغايرا للموجود فى اليوم القبل.

ب: أن يلحظ بعنايه الوحده و عدم التفاوت و التغير، فلازم القسم الأول أعنى: القيد المربوط بالمنحلّات أنّه لو ارتفع الحكم عن زيد مثلا فى يوم و شك فى ما بعده يرجع إلى العموم، كما أنّ لازم القسم الأول من نحوى ربطه بنفس القضيّه الوجدانيه الضرب القانونيّه هو ذلك أيضا، لأنّ الموجود فى يوم الجمعه مثلا قضيّه

غير ما هو الموجود في يوم السبت و المعلوم تخصيصه هو الأول دون الثاني.

و أما النحو الثاني من هذا القسم و هو أن تكون القضية الواحدة مستمره في سلسله الزمان، فلازمه عدم إمكان التمسك في ما إذا خرج الفرد في زمان، لأنّ العام قد خصص في هذا الزمان و المفروض عدم عموم آخر في البين في اليوم الثاني، و لا استفاده دوام في حكم نفس الفرد بالنسبه إلى اليوم الثاني و إنّما علق قيد الدوام بالقضيه العامه المضروبه للقانون بوحدها، و هي قد خصصت، فمن هذا الحين يجرى في الزمان مخصيصه، و لا يفرق بحالها دخول الفرد في الأزمته المتأخره أو خروجه، لأنّ العام الفردى ليس له إلا تخصيص واحد، لأنّه قضيه واحده و العموم الزمانى إنّما اعتبر بالنسبه إلى وجود العموم الفردى بما هو عموم و مضروب للقانون الذى يلائم مع ورود التخصيص عليه، فهو إنّما يفيد في ما إذا ارتفع هذا العموم برأسه من البين في يوم، فإنّ قضيته الإثبات في اليوم البعد، و أمّا بالنسبه إلى ارتفاع حكم فرد واحد و عدمه فهو في ذلك تابع لنفس القضية العامه بالعموم الفردى، فإن كان فيه مقتضى للدخول كما قبل ورود المخصيص كان جاريا في الزمان بتبع القضية و إلا كما بعد وروده، فلا يحدث من قبل هذا الدوام المتعلق بنفس القضية مقتضى لدخوله.

إذا عرفت هذا فالمدعى أنّ المتكلم إذا كان في مقام البيان و ساق القضية بعموم أفرادى غير ملاحظ للزمان أصلا بنحو من الأنحاء المذكوره فمقدمات الحكمه قاضيه بثبوت النحو الأخير، إمّا لأنّه الأخفّ أو لا دليل على أزيد منه، أمّا عدم كون الزمان و الدوام حينئذ في نفس طرفى النسبه، فلأنّه المفروض من أنّ النسبه الحكميه الإنشائيه إنّما تعلق بالموضوع المجرد عن ملاحظه الزمان.

و أمّا إنّ الدوام العارض على القضية بعد تمام النسبه عارض على العموم لا

على المحكيات به، فلائنه لا أقل من عدم الدليل على النحو الثاني، و مع الشك أيضا يسقط الاستدلال.

و أما إنّه بعد العروض على العموم لا يلاحظ تعدّد العموم بعدد الأزمنه، فلائنه مؤنه زائده تحتاج إلى عنايه زائده و المقدمات تنفيه. فيصير المتحصّل أنّ عموما فرديا صار محكوما-بحكم المقدمات-بالبقاء في طول الزمان، و لازمه ما ذكرنا.

و ليس المراد بالبقاء نظير ما يعتبر في الاستصحاب حتّى لا يتعقّل له معنى مع تخلّل العدم، كما حمل كلام شيخنا-قدّس سرّه- عليه بعض الأساطين من محشّى كلامه-قدّس سرّه-، فإنّه حينئذ و إن كان لا يصح التمسك لمكان ما عرفت من عدم صدق البقاء مع تخلّل العدم، و لكنّه غير مفاد للمقدمات، لأنّه بهذه العنايه أيضا محتاج إلى مؤنه زائده و معدود في عرض سائر القيود، فيكون إثباته من بينها ترجيحا بلا مرجح، بل المراد هو عدم الانفكاك عن شيء من أجزاء الزمان من دون عنايه اعتبار الاتّصال، و لهذا قلنا: إنّه لو ارتفع الحكم العمومي برمته جاز التمسك في ما بعد المقدار المتيقّن من الزمان إلى الإطلاق الزماني.

إن قلت: نمنع ما ذكرته من جعل خروج الفرد في زمان تخصيصا فرديا، بل نقول: هو تقييد في الإطلاق، فإنّ العموم الفردى لازمه الثبوت آنا ما، و الاستمرار بطول الزمان إنّما هو بقضيّه الإطلاق، و حينئذ فالمقتضى للدخول في الزمان الثاني و هو الإطلاق ثابت.

قلت: لا وقع لما ذكرت بعد ما عرفت من البيانات السابقه، فإنّ هناك مدلولين طوليين، فالقضيّه مدلولها إثبات الحكم في ذوات الأفراد من غير تعرّض للزمان، و الإطلاق مدلوله جرّ هذه القضيّه بما لها من المفاد و المدلول في أجزاء الزمان، فإذا خرج الفرد عن المدلول الأوّلى فلا دلالة للمدلول الثانوى على إثباته

فى الزمان الثانى أو نفيه، فإنَّ المجرور إلى هذا الحين كان عامًا غير مخصَّص و من هذا الحين صار عامًا مخصَّصًا، و الاختلاف فى المجرور لا يوجب الاختلاف فى ما مدلوله الجزّ، فليس هذا تقييدا فى الإطلاق أصلا.

إن قلت: سلّمنا ذلك و لكن نقول: الجزّ فى القضيّه العامّه مستلزم للجزّ فى أجزاء هذا العموم أعنى: الآحاد و قد سلّمت أنّه لو كان مفاد المقدمات ابتداء جزّ أحكام الآحاد تمّ الاستدلال، فما الفرق بين كون ذلك مفادها ابتداء أو بالمآل بواسطة الاستلزام؟ قلت: هذا أيضا كالإشكال الأوّل لا وقع له بعد البيانات المتقدّمه، فإنّ قضيّه المقدمات على ما عرفت ليست بأزيد من ثبوت الحكم العمومى الذى هو النظام لشتات الأفراد من دون تكفّل لما عداه، فأصالة الجدّ فيه إنّما هى فى قبال ارتفاع هذا المعنى بأن لم يكن العموم فى الزمان الثانى، و أمّا بعد إجراء أصالة الجدّ فى مفاد الإطلاق يحصل لنا حكم عمومى قابل للتخصيص فنحتاج إلى أصالة جدّ آخر فى هذا العموم بالنسبه إلى كلّ فرد منه، فإذا اختلّت الأصالة المذكوره بالنسبه إلى فرد فليس المصحح لها أصالة الجدّ فى المفاد الأوّل.

و بالجمله: لا تكفّل فى الإطلاق بحال الأفراد أصلا إلّا بالأعمّ من الجدّ و التوطئه الذى هو المحتاج إليه فى تأليف العموم، و أمّا تعيين أنّه الجدّ أو التوطئه فمحتاج إلى أصل آخر جار فى العموم الفردى، فإذا بطل الأصل بورود الدليل المخصّص فلا مقتضى بعد انقضاء الزمان المتيقّن لدخول الفرد و لا لخروجه.

هذا حال التمسّك بالعموم و قد عرفت عدم تماميته، و أمّا التمسّك بعد ذلك باستصحاب حكم الخيار للقول بالتراخي، فقد استشكل فيه أيضا شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - و المانع المتصوّر من جريانه أمران:

أحدهما: عدم وحده الموضوع المعتره فى الاستصحاب كما يظهر من كلام

الشيخ-قدس سرّه-، لأنّ الموضوع الذى حكم عليه بالخيار هو من لم يتمكن من الفسخ، وبعباره أخرى هو العاجز عن دفع ضرره، وهذا قد انقلب فى الآن الثانى، لأنّه بعد مضى الزمان الأوّل صار شخصا قادرا على دفع ضرره و سامح فى دفعه.

و ثانيهما: أنّ المقام من قبيل الشكّ فى المقتضى، فإنّه لا يعلم أنّ المقتضى للخيار طويل أم قصير.

و قد تنظر فى ما ذكره شيخنا الأستاذ-دامت بركاته العالیه- بكلا وجهيه، أمّا الثانى: فلأنّه مضافا إلى عدم تماميته فى نفسه- كما بين فى الأصول مشروحا فليراجع- قد رجع هو-قدس سرّه- عن ذلك فى مواضع من كلماته على المحكّي.

و أمّا الأوّل: فالموضوع لا يمكن أن يكون هو العاجز عن دفع الضرر فعلا حتّى مع ملاحظه الحكم الوارد عليه، لأنّ اللازم حينئذ رفع الحكم لموضوعه و هو محال عقلا، فالموضوع هو الذات أو العاجز لولا- هذا الحكم أو العاجز المطلق أنا ما، و على كلّ التقادير يكون باقيا على جميع الأمذقه فى أخذ الموضوع للاستصحاب لأنّه باق هنا عرفا و دليلا و دقه، نعم رفع العجز هنا إنّما أخذ غرضا، فالعاجزيّه غير مأخوذه فى الموضوع نظير الجهل فى الإخبار، حيث ليس الموضوع هو الشخص المخاطب بقيد الجهل بل ذاته بغرض رفع الجهل.

ثمّ لو فرض إمكان أن يكون الموضوع هو العاجز الفعلى من جميع الجهات، فاللازم حينئذ تقييد العموم، أعنى: عموم أو فوا بالعقود (1) بغير حال العجز الفعلى، ثمّ الرجوع فى ما عدا المقدار المتيقّن من التقييد إلى العموم، و ليس هذا من محلّ النزاع المتقدّم فى شيء كما عرفت.

ثمّ لم يعرف ما وجه تعيين تشخيص الموضوع فى الاستصحاب من الدليل،

ص: ٢٥٠

مع أنّ المحكّم و المرجع فى تشخيص موضوعات سائر الأحكام هو العرف، فلا- فرق بين قضيه: «الدم نجس» و بين قضيه: «لا تنقض»، فكما أنّ النجاسه مترتبه على ما يراه العرف دما، كذلك الحرمة مترتبه على ما يراه العرف نقضا.

و حينئذ نقول: قد يكون بحسب الدليل وجود خصوصيه مأخوذا فى الموضوع على وجه التقييد كما فى: «الماء المتغير نجس» و مع ذلك ليس الموضوع بنظر العرف لثبوتها إلا- الذات كما أنّه قد يؤتى بالخصوصيه فى صورته القضيه بعنوان الشرط الخارج عن الموضوع و مع هذا يكون انتفاؤه مضرًا ببقاء الموضوع، كما فى قولك: إذا كان هذا- مشيرا إلى الهولى المشتركه بين الكلب و الملح- كلبا فهو نجس، فلا يقال عند صيروره الكلب ملحا مثلا: قد ارتفع النجاسه عن هذا و يقال فى مثال «الماء المتغير نجس» بعد ارتفاع التغير إنّه بقيت نجاسه هذا أو ارتفعت، و إذن فى المقام و لو سلمنا كون العجز عن الدفع قيذا فى موضوع الخيار، لكنّه قيد دليلي و ليس بعرفي، لأنّ العرف يقول: قد بقى خيار هذا الشخص أو ارتفع، و صدق البقاء و الارتفاع عنده شاهد على كون الموضوع عنده ذات الشخص و إن كانت صفه العجز معلوم الدخل حدوثا و بقاء، فمع الشكّ فى مدخليتها فى البقاء لا مانع من الاستصحاب، لإحراز الموضوع.

نعم هنا كلام آخر يمكن أن يكون هو محطّ نظر صاحب الرياض- قدّس سرّه- و هو أنّه: كما أنّا نستفيد من قضيه أوّفوا بالعقود- إيجاب الوفاء، كذلك نستفيد فى عرض ذلك أنّ العقد له اقتضاء لوجوب الوفاء، فبعد انقضاء الزمان الأوّل من الخيار و إن كان لا- يمكن التمسك بالإطلاق فى الهيئه و إثبات الوجوب، و لكن يمكن التمسك بإطلاق اللفظ من حيث المدلول الآخر، فالمقتضى محرز بهذا الدليل، و أمّا المانع فإن قلنا بتماميه قاعده المقتضى و المانع، فلا إشكال فى ترتب النتيجة و لا يبقى مجال لاستصحاب الخيار.

و أما إن قلنا بعدم التماميه فأولا ندعى أنا نقطع بعدم وجود مانع غير الضرر، و هو أيضا مقطوع عدم اقتضائه أزيد من إثبات الخيار في الزمن الأول، إذ هو الذي يوجب عدم استناد الضرر إلى حكم الشرع، و أما إثباته في الزمان الثاني فلغو من حيث ترتب هذه النتيجة، إذ لو ثبت وجوب الوفاء فليس هذا الضرر آتيا من قبل الشارع، بل من قبل تهاون نفس المكلف.

و بالجملة: بعد القطع بسقوط هذا الملاك عن التأثير نقطع بعدم تحقق ملاك آخر لثبوت الخيار، فلا وجه للاستصحاب، و على فرض تسليم احتمال وجود ملاك آخر، فلا يحتمل وجود شخص الخيار السابق، بل لو كان لكان شخصا آخر لتعدد ملاكه، فيستنى على صحه استصحاب الكلى في القسم الثالث منه، مع أنه على تقدير الصحه معارض باستصحاب عدم جعل خيار آخر، فيرجع إلى استصحاب الملك و عدم ترتب أثر الفسخ.

و لعلّ هذا مراد سيّد الرياض فيقال: إنّه لو كان المدرك للخيار قاعده «نفى الضرر» فلا استصحاب للخيار، بواسطة ما ذكرنا، و إن كان المدرك الإجماع المنقول - حيث لا - لسان له - فيحتمل بقاء الخيار بعين وجوده الشخصى الأولى، فحينئذ يتجه التمسك باستصحابه، هذا منتهى تقريب كلامه - قدس سرّه.

و لكن قد استشكل فيه شيخنا الأستاذ - دامت بركاته العالیه - بأنّ تخصيص «لا ضرر» بخصوص الزمان الأول لا وجه له، إذ اللفظ غير قاصر فإنّ الضرر لم يرتفع و الشخص أيضا لم يقدم و لم يتقبل الضرر على نفسه، غايه الأمر أّخر أعمال الخيار إما لأن يتأمل في صلاحه و فساده، و إما لغير ذلك.

و الحاصل: التأخير ليس رضائه منه بالبيع، فرغ اللزوم عنه في غايه المنه، و لو وجب الاقتصار في مدلول «لا ضرر» على مقدار لا يستند الضرر إلى الشرع

بحيث صحّ الاحتجاج على العبد بأنّي لم أورد الضرر عليك، لكان اللازم في الوضوء الضروري لأجل وجود مرض قد تهاون المكلف في معالجته فبقى في اليوم الثاني، أن نقول بوجوبه في اليوم الثاني، إذ الضرر ناش من مسامحه المكلف لا من إيجاب الوضوء، ولا أظنّ أحدا يلتزم به.

و أيضا لازم القول بالاختصاص بمقدار التمكّن من إعمال الفسخ أن يكون العلم بالحكم مأخوذا في غايه نفس الحكم و هو في إنشاء واحد غير ممكن، فإنّ إعمال الخيار يتوقّف على مقدمتين، علم بالكبرى أعنى: الخيار، و علم بالصغرى أعنى: الضرر، فاللازم تقييد الخيار بما بعد زمن كلا العلمين بمقدار يتمكّن من الفسخ و جعل العلم بنفس الحكم المنشأ في إنشاء واحد غايه لنفس هذا الحكم مستلزم لاجتماع لحاظين في لحاظ واحد.

نعم لا إشكال في إمكان ذلك في جعلين بأحدهما يجعل مهمله الخيار، و بالآخر يجعل الخيار المعنى بما بعد العلم بالأوّل بساعه مثلا، و أمّا في الجعل و الإنشاء الواحد فتقييد الحدوث بالعلم مستلزم للدور، و تقييد الغايه به مستلزم للجمع بين لحاظي إنشاء الحكم و الفراغ منه.

إن قلت: لا داعى إلى جعل القيد هو العلم، بل هو التمكّن الذى هو يلازم العلم.

قلت: بعد فرض تأخر التمكّن عن العلم فالتقييد به أيضا كالتقييد بالعلم، و بالجمله لازم القول بالفور إن قال القائل به بعذرته الجهل بالموضوع أو الحكم ما ذكرنا، و أمّا إن قال بعدم عذريته و أنّ المعيار سدّ باب الضرر من قبل الشارع نظير إعمال اللطف في جعل الأحكام من قبل الشارع، فاللازم احتساب مبدأ الفور من حين العقد إلى مقدار يتمكّن من إعمال الفسخ، فيسلم عن هذا الإشكال الثاني،

نعم يبقى عليه حينئذ الإشكال الأوّل.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا: أنّه إن كان المدرك للخيار هنا دليل الضرر فاللازم القول بالتراخي سواء قيل بعذريه الجهل على تقدير القول بالفور أم لا، وإن جعل المدرك هو الإجماع فإن جعل الجهل عذرا، فلا يمكن كون الخيار فورياً، لما ذكر من استلزامه المحذور، وإن لم يجعل الجهل عذرا فاللازم حينئذ القول بالتراخي أيضاً لكن من باب الاستصحاب، أعني: استصحاب الخيار.

ثمّ على القول بالفور لا إشكال في عدم اعتبار الفوريّ العقليّ، لاستلزامها الحرج على المكلف، وإذا صار الشارع بمقام رفع الضرر عن المكلف إرفاقاً به لا يوقعه في الحرج، لأنّه نقض الغرض، بل المعتبر هو الفور العرفي، لكن لو كان مشغولاً بصلاه نافله أو أكل أو قضاء حاجه، فهل له التأخير إلى الفراغ، وكذا لو أطلع على الغبن في الليل فله التأخير إلى الصباح؟ لا يبعد أن يقال بالتفصيل بين ما إذا أمكن له الفسخ مع التوسّل به إلى تحصيل ماله على حسب الموازين الشرعيّه بلا عسر و حرج، كأن يكون العدلان حاضرين في المجلس فيجب حينئذ المبادرة العرفيه، فلا يجوز التأخير إلى الفراغ عن الأكل أو الصلاه أو قضاء الحاجه كالخروج من الحمام، و بين ما إذا لم يمكن ذلك بسرعه، وإنّما يحتاج إلى مضيّ زمان لأجل إحضار العدلين، فإنّ مجرّد إمكان قول «فسخت» لا يدفع الضرر و العسر، فإنّه ربّما ينجز ذلك إلى الاختلاف، فينكر الطرف وجود الفسخ منه، و المفروض عدم إمكان إقامه البيّنه عليه، و ليس ممّا لا يعلم إلّا من قبله و من الأمور القلبيّه الباطنيّه كالعلم و الجهل حتى يسمع دعوى من يدّعيها.

و لا يمكن للمنكر أيضاً اليمين، لأنّه غير عالم، فيبقى المرافعه بلا فصل

و يوجب انقطاع يد هذا الفاسخ عن عين ماله و عن عوضه معا، و هذا أمر قد تحقّق من قبل الشارع، لحكمه بوجوب الوفاء فى الآن الثانى، و حكمه الآخر بعدم سماع قول المدعى فى قبال المنكر إلاّ مع البيّنه، و هذا بخلاف ما لو رفع وجوب الوفاء فى الآن الثانى أيضا بمقدار يحضر عند البيّنه و يفسخ عندها، فإنّه جمع بين رفع الضرر و الحرج معا، فعين الجبهه الداعيه إلى الفور العرفى فى قبال العقلى داعيه إلى الانصراف عن العرفى إلى الإمهال بهذا المقدار، هذا. و لكن لم يعلم وجود قائل بهذا التفصيل.

ثمّ على القول بالفور و جعل الجهل الموضوعى أو الحكمى عذرا، إن ادّعى الجهل بالخيار و أنكر الآخر، قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: فالأقوى القبول، لأنّ الأصل العدم.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام علاه -: بأنّ المراد من استصحاب عدم العلم إن كان تشخيص موضوع عدم الإقدام، فهو مثبت، و إن كان من حيث نفسه، فهو غير موضوع لأثر شرعى، و الذى رتب الأثر عليه عنوان الضرر و قد خرج عنه صورته الإقدام، فالذى هو المهمّ هو أنّ هذا الشخص هل صدر منه إقدام حتّى يكون خارجا عن موضوع الخيار أو لا، حتّى يكون داخلا؟ فالمناسب حينئذ أن يقال فى وجه قبول قوله: إنّه مطابق لاستصحاب الخيار بناء على ما تقدم من صحّته و عدم الإشكال فيه من جهه تعدّد الموضوع.

و هل يمكن استصحاب موضوع الخيار أعنى: العاجز أو لا؟ التحقيق أنّ استصحاب وجود العاجز بنحو مفاد كان التامه غير مفيد، و أمّا استصحاب كون هذا الشخص عاجزا فلا إشكال فى أنّ له حاله سابقه، فإنّه فى الزمان الأوّل لا

محاله كان كذلك، و شكّ في زواله عنه بعده فيستصحب، لكنّ الكلام في أنّه بناء على مذاق الشيخ-قدّس سرّه-الذى ذهب إلى أنّ مثل هذه التقييدات مضرّه بالاستصحاب مع الشكّ في إحراز القيد، هل في الاستصحاب الموضوعى في أمثال هذه الموارد الخدشه المذكوره، أعنى: الشكّ في بقاء الموضوع أو هو سالم؟ و يمكن الفرق بين المقامين.

و يبعد منه-قدّس سرّه-أنّه كان مستشكلا في استصحاب الخمرية في ما إذا شكّ في تبدّلها بالخليه، أو استصحاب بقاء التغيّر لو شكّ في زواله.

و إذن فيتوجّه عليه-قدّس سرّه-:السؤال عن الفرق بين استصحاب الحكم في أمثال هذه الموارد-حيث خدش فيه بأنّ الوصف العنوانى غير محرز- و بين استصحاب نفس الوصف العنوانى حيث تلقّاه بالقبول؟ مع أنّ المعروض للوصف العنوانى أيضا لا محاله كان محدودا بحدود واقعيه ليست بمحرزه حال الشكّ، و إلاّ لم يعقل الشكّ، فالشكّ لا محاله لأجل تغيّر بعض من الأمور فى المائع الشخصى و يحتمل دخلها فى الخمرية، أو احتمال تغيّر ما هو دخيل فيها، و المائع الخارجى مع هذه الحاله يصحّ جعله مشارا إليه فيقال: هذا كان خمرا و الآن باق على خمرية.

فإذا فرضنا أنّنا نجوز مثل هذه المسامحه فى طرف الموضوع، فأىّ باعث لنا فى المنع فى جانب الحكم؟ مع أنّ الموضوع فى المقامين واحد. ألا ترى صحّه القياس على نحو الشكل الأوّل؟ فيقال: هذا خمر، و كلّ خمر حرام، فهذا حرام. و (هذا) فى قولنا: هذا حرام، عين (هذا) فى قولنا: هذا خمر، و إن بنيتم على المداقه و قلتتم: بأنّ (هذا) فى قولنا: هذا حرام، يكون فيه وصف الخمرية على نحو الاندكاك، نقول

بمثله فى قولنا: هذا خمرا.

ألا ترى عدم صحه حمل الخمر على المشار إليه مع عدم إحراز هذا المعنى؟ فاللازم على هذه المدأقه طرح الاستصحاب فى كلا الجانبين، كما أن اللازم من المسامحه من هذه الجهه جريانه فى كليهما، فلم يعلم أنه-قدس سره- ما يجب عن هذا مع ما هو الظاهر منه من قبول الاستصحاب الموضوعى؟ هذا كله بناء على تسليم أخذ عنوان العاجز فى موضوع الخيار، و أمّا بناء على ما أسلفنا من عدم إمكانه، و أن الموضوع نفس الذات، و الحكم مجعول بغرض رفع العجز، فاستصحاب الخيار جار و الإشكال مندفع بحذفيره.

بقى فى المقام شىء، و هو أن الظاهر من الفروع المذكوره فى هذا المقام أن المشهور القائلين بالفور غير ملتزمين بثبوت الخيار بمقدار إمكان إعماله من غير فرق بين العلم و الجهل، بل يعتبرون الفور مع مراعاة العلم بالحكم و الموضوع.

فيتوجه عليهم: أنه كيف يمكن تصوير مثل هذا الجعل ثبوتا كما أشرنا سابقا من عدم تعقل جعل العلم بالحكم فى إنشاء واحد غايه له.

و قد يحتمل فى رفع ذلك عنهم بأن المشهور قائلون بجعل الخيار من دون تقييد بالعلم و الجهل، و كلامهم فى فروع جعل الجهل عدرا راجع إلى من اعتقد بفوريه الخيار و انقضى مقدار الفور و لم يفسخ، فهذا منه إسقاط لأن الخيار بحسب الواقع فورى إمّا واقعا، أو بعد العلم به، فكلامهم راجع إلى مرحله الإسقاط دون مقام الثبوت، فتأمل.

ص: ٢٥٧

قال فى التذكره على المحكى: من باع شيئاً و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه، لزمه البيع ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثه فهو أحقّ بالعين و لا خيار للبائع، و إن مضت الثلاثه و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا أجمع، انتهى.

و حكى الإجماع عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها، قيل: و هو معتضد بما فى التذكره من أنّ الصبر أبداً مظنه الضرر المنفى بالخبر، بل الضرر هنا أشدّ من الضرر فى الغبن حيث إنّ المبيع هنا فى ضمانه و تلفه منه، و ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه.

و يمكن أن يقال: إنّ الصبر غير واجب بمعنى عدم المطالبه، بل يجوز له المطالبه و يجب بحكم الشرع على المشتري التسليم و هذا الإيجاب حكم دافع للضرر، و لو خالف المشتري و لم يسلم فهذا غير مرتبط بالشرع، بل ناش من قبل عصيانه. ثم على هذا التقدير أيضاً يمكن دفع الضرر بالتقاص، بأن يأخذ المبيع تقاصاً.

ثم أى اختصاص فى دليل لا- ضرر بطرف البائع؟ بل يجرى مثله حرفاً بحرف فى جانب المشتري إذا خلّى بينه و بين الثمن و لم يدفع البائع المثلن خصوصاً إذا قلنا بعموم قاعده التلف قبل القبض فى طرف الثمن أيضاً، فلا بدّ أن يقال بثبوت الخيار للمشتري حينئذ و لا يلتزمون به.

و أيضاً لا يثبت التقييد بالقيود المذكوره بهذا الدليل، إذ لو فرضنا أنّ البائع

دفع المثلثن و امتنع المشتري عن دفع الثمن جرى الكلام بعينه، فإن الظاهر أنه -قدس سرّه- جعل الضمان عند التلف وجها لأشديّه الضرر هنا من ضرر الغبن، لا أنّ أصل الضرر متقوم به.

و أيضا التقييد بعدم اشتراط التأخير إن كان لأجل اندفاع الضرر حينئذ بواسطه ثبوت خيار تخلف الشرط لو أخر عن المده المشروطه، فهذا مبني على إرجاع شرط التأخير إلى شرطين، أحدهما للمشتري مثلا و الآخر للبائع، بمعنى أنّ التأخير إلى المده الكذائيه شرط للمشتري مثلا و عدمه بعد انقضاء تلك المده و التعجيل بالدفع شرط عليه.

و هذا بكلّيته ممنوع، فإنه قد لا يكون غرض المتشارطين إلا متعلّقا بنفس جواز التأخير مع الإيكال في وجوب التعجيل بعد الأجل المشترط إلى اقتضاء طبع العقد، فيكون شرطا للمشتري لا له و عليه.

و بالجملة في أصل التمسك بدليل لا ضرر للمقام محلّ النظر أولا، و في إثباته بهذه الكيفيه التي في كلامهم -رضوان الله عليهم- أيضا محلّ نظر بعد تسليم المرحله الأولى.

فاللازم صرف الكلام إلى الأخبار الخاصه التي تمسكوا بها.

منها: روايه على بن يقطين «قال: سألت أبا الحسن -عليه السلام- عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن؟ قال -عليه السلام-: الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن قبضه (قبض) يبعه و إلا فلا بيع بينهما» (1).

و روايه إسحاق بن عمّار عن العبد الصالح -عليه السلام- «قال: من اشترى

ص: ٢٥٩

بيعا فمضت ثلاثه أيام و لم يجئ فلا- بيع له» (١) وروايه ابن الحجاج «قال: اشترت محملا- و أعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه، ثم احتبست أياما، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و إلا فلا بيع له» (٢).

و صحيحه زراره «عن أبي جعفر- عليه السلام- قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه؟ قال- عليه السلام-: إن جاء في ما بينه و بين ثلاثه أيام و إلا فلا بيع له» (٣).

و التكم هنا في مقامات:

المقام الأول:

من حيث إن قوله- عليه السلام-: «لا- بيع» يستفاد منه نفى اللزوم أو نفى الصحه؟ لا- إشكال في أن الظاهر البدوى تعلق النفي بالحقيقه، بل قد يقال: إن ظاهره نفى انعقاد البيع قبل حصول القبض في الثلاثه، لكنّه مندفع بظهوره في أن هذا النفي أمر مستحدث يحصل بعد حصول الشرط، و حينئذ فالحمل على ظاهره من نفى الحقيقه يقتضى الحكم بالبطلان بعد انعقاده صحيحا، كما جزم بظهور الاخبار فيه في الحدائق، و وافقه شيخنا المرتضى- قدس

ص: ٢٦٠

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، ص ٣٥٧، ح ٤.

٢- ٢) المصدر نفسه: ص ٣٥٧، ح ٢.

٣- ٣) المصدر نفسه: ص ٣٥٦، ح ١.

سرّهما- فى خصوص قوله: «فلا بيع بينهما»، و أمّا قوله: «فلا بيع له» فادّعى-قدّس سرّه-أنّه بواسطه لفظه «له» ظاهر فى اختصاص النفى بطرف المشتري و حيث إنّ الصّحّه أمر غير قابل للتبعيض فلا محاله يرجع إلى اللزوم من طرف البائع.

لكن خدش فى ما ذكره-قدّس سرّه-شيخنا الأستاذ-دام ظلّه-بإمكان كون النكته فى هذا التقييد أنّ المشتري هو الذى يأتى البائع لأجل أخذ المبيع فناسب لذلك تخصيصه بالذكر و إلا فالبيع حقيقه منتف عن كليهما.

و أمّا تسليمه-قدّس سرّه-الحدائق فى ظهور قوله: «لا بيع بينهما» فى نفي الصّحّه، فيمكن ادّعاء العكس و أنّه ظاهر فى نفي اللزوم، و ذلك لأنّ قيد «بينهما» لا بدّ أن لا يكون لغوا، و الذى يخرجّه عن اللغوئيه أن يكون للإشاره إلى معنى الإلزام و الالتزام الموجود فى حاقّ البيع أو يكون من آثاره و خواصّه، يعنى لا يكون هذا الإلزام و الالتزام، و الاحتجاج بينهما بأن يقول أحدهما للآخر: أين البيع؟ إذا رآه خالف مقتضاه.

فتعيّن حمل النفي على نفي اللزوم و الكمال، إذ لو حمل على نفي الصّحّه لزم لغويّه القيد، إذ كان يصحّ الاكتفاء بقوله: «فلا بيع» و حينئذ فيصير قوله فى سائر الأخبار: «فلا بيع له» أيضا مؤيّدا لهذا المعنى بالتقريب الذى ذكره-قدّس سرّه- و إن قلنا لا يصحّ الاستناد إليه ابتداء لما مرّ من الخدشه فى ظهوره و كونه مجملا محتملا لمعنيين.

هذا مضافا إلى أنّ نفي أصل صّحّه البيع مع أنّه غير مرتفع بحسب الارتكاز العرفى، لا يصحّ إلا بالتنصيص عليه، و لا يكفيه مثل هذا التركيب الكثير الاستعمال فى نفي الكمال، فإنّه إذا رأى العرف حسب ارتكازه بقاء المعاهده البيعيّه و عدم انفصالها بمجرد مضى ثلاثه أيام عن العقد بدون قبض لأحد

الطرفين-كما يشهد به حال الراوى فى قضيه شراء المحمل،حيث ضحك من بيع بائع المحمل-ثم رأى من الشارع إيقاع البيع تحت النفى فى هذا المورد يصرفه حسب ارتكازه إلى اللزوم.

إن قلت:اللزوم أيضا أمر ارتكازى كأصل بقاء المبادله المسببیه.

قلت:نمنع بقاء الارتكاز بالنسبه إلى هذا المورد،لأنهم أيضا يفهمون حدوث أمر فى هذا البيع بواسطه هذا التأخير،غايه الأمر ترددهم فى أنه حقّ للبائع فى الفسخ أو انفصال العقد رأسا،إلا- أن يقال إذا انجزّ الأمر إلى هنا فقد سلمت عدم الارتكاز،إذ الارتكاز لا يلائم مع احتمال الخلاف فليرجع إلى ما هو ظاهر اللفظ أولا،فالأولى ما ذكر أولا فى تقريب مدعى المشهور من نفى اللزوم.

المقام الثانى:فى أنه بعد تسليم حمل النفى المذكور على نفى اللزوم،فهل

الشرط فى اللزوم وجود كلا القبضين فى الثلاثه،

بحيث لو انقضت الثلاثه و لم يجتمع القبضان كلاهما تحقّق الجواز سواء تحقّق أحدهما أم لا؟أو أنّ الشرط فى الجواز بقاء كلا العدمين إلى انقضاء الثلاثه،بحيث لو انقلب أحدهما إلى الوجود فى أثنائها كفى فى اللزوم؟نحتاج فى استظهار ذلك من الرجوع إلى الأخبار.

فنقول:أمّا خبر على بن يقطين،فذو احتمالين،لأنّه يحتمل أن يكون قوله فى الجواب:«قبضه بيعه»بتشديد قوله«بيعه»حتى يكون المفعول عباره عن الثمن،و يحتمل أنّ«قبضه»بالتشديد«و بيعه»بالتخفيف،فيكون المراد:إقباض البائع المبيع للمشتري،فيكون المعبر فى اللزوم على الأوّل قبض الثمن بخصوصه، و على الثانى قبض المبيع كذلك،هذا كلّ على نسخه«قبضه»بهاء الضمير،و أمّا بناء على نسخه«قبض»بدون الهاء فيتعيّن الاحتمال الثانى أعنى:كون الاعتبار بقبض المبيع وحده.

و على كل حال لا يصلح الخبر للاعتماد لوجود الإجمال، لكن قد يقوى كفايه واحد من قبضى الثمن و المثلث في الثلاثه في الحكم باللزوم، فيحتاج الجواز إلى انعدام كليهما إلى آخر الثلاثه كما هو قضيه كلام المشهور، بدعوى أن مورد جميع الأخبار الوارده في الباب عدم الإقباض و القبض في شيء من الطرفين.

أما خبر علي بن يقطين، فواضح، و أما غيره فما عدا خبر أبي بكر بن عياش، و هما الخبران الآخرا، فلأجل أن الشرط في الحكم بنفى البيع فيهما جعل عدم مجيئ المشتري، و هو بقول مطلق عبارته عن عدم مجيئه لا لأخذ المبيع و لا لإعطاء الثمن.

و أمّا خبر أبي بكر، فالموجود في الجواب و إن كان جعل الشرط عدم المجيء بالثمن لكن بقريته المورد - حيث فرض السائل عدم قبض شيء من الطرفين - يمكن الخدشه في عمومته.

و حينئذ نقول: لو فرضنا أن الشرط في جميع هذه الأخبار جعل نفى المجيء بالثمن لكنّه في مورد مخصوص، و هو ما إذا لم يقبض شيء من الطرفين، ففي هذا الموضوع ذكر شرطيتان أعني: إن جاء بالثمن في ما بينه و بين الثلاثه لزم البيع و إلا جاز، فليس في شيء من الشرطيتين تعرض لحكم صورته وجود قبض المبيع، فتكون هذه الصوره مسكوتاً عنها في هذه الأخبار، فنرجع في حكمها إلى القواعد، و مقتضاها اللزوم، ففي صورته قبض الثمن الحكم باللزوم يكون بمقتضى هذه الأخبار و القواعد، و في صورته قبض المثلث بمقتضى القواعد فقط، فتبقى صورته واحده للجواز و هي ما إذا انتفى القبضان معا في أثناء الثلاثه و هو مطابق لمذهب المشهور.

و لكن يرد على هذا: أن إطلاق روايه أبي بكر بن عياش شامل لحال إقباض

المبيع مع إمكان دعوى الإطلاق في الخبرين الآخريين غير خبر علي بن يقطين أيضا بملا حظه صدق قوله: «و لم يجي» بمحض عدم المجيء لإعطاء الثمن و لو أخذ المثلث.

و حينئذ نقول: أمّا اعتبار عدم قبض الثمن في الحكم بالجواز فمصرّح به في الأخبار الثلاثة، و أمّا المثلث، فيمكن دعوى ظهور خبر علي بن يقطين فيه، فإنّ احتمال تشديد «بيعه» خلاف الظاهر خصوصا بقريته تقديم قوله: «الرجل يبيع البيع» فإنّه ظاهر في إرادته هذا الذي تقدّم.

نعم مع فرض الشكّ ليس هنا محلّ أصل عقلائي يزيل الشكّ، فإنّ أصاله عدم التشديد إن أجريت في التلقظ بتقريب: أنّ الأمر دائر بين الأقلّ و الأ-كثر، لأنّ «بيع» بالتشديد زائد على «بيع» بالتخفيف بناء و كسره، ففيه أنّ الأصل في مثل دوران الأمر بين كون المسموع هل هو «جئني بأسد» أو «جئني بأسد يرمى» و إن كان تعيين الأقلّ، لكن لا يجرى هذا في ما نحن فيه، و ذلك لحدوث هيئه خاصّه باللفظه متقوّمه بعدم الياء الزائده و الكسره في قبال هيئه أخرى حاصله بوجودهما، فالأمر دائر بين متباينين، و من المعلوم عدم الأصل العقلائي فيه.

و إن أجريت في الكتابه، ففيه: أنّه ليس في البين نوع محفوظ بأن يكون نوع الكاتبين محافظين على مثل هذه الخصوصيات من ثبت التشديد في الكلمه المشدّده، و بعد عدم حاله نوعيه فلا أصل عقلائي مع أنّ الشكّ أيضا كاف في سقوط الأصل.

فتحقّق أنّه مع الشكّ لا- يثمر الأصل لعدم وجوده، و لكن الحقّ عدم الشكّ في كون كلمه «بيعه» بالتخفيف و وجود الاطمئنان بكونها كذلك، و حينئذ يتعيّن أن يكون قبض المبيع في الثلاثه أيضا موجبا لعدم الجواز، فيندرج المقام في أمثال

«إذا خفى الجدران» إلخ ممّا إذا تعدّد الشرط و اتّحد الجزاء، وقد تقرّر في محلّه اختيار أخذ المفهوم من كلا المنطوقين مع عدم تقييد شيء من المنطوقين بالآخر، و لازم ذلك استقلال كلّ من القبضين في الحكم باللزوم فيحتاج الحكم بالجواز إلى انعدام كليهما في تمام الثلاثة.

و لكن هذا في ما إذا لم يصرّح في نفس القضية بالمفهوم كما في مثال «إذا خفى» إلخ، و أمّا في مثل المقام- حيث يتعقّب كلّ من القضيتين بقضيّه أخرى متعرّضه للمفهوم- فيجىء في تينك القضيتين المذكورتين في الدليل أيضا الكلام المزبور، و مقتضاه استقلال كلّ من العدمين في الحكم بالجواز، فيحتاج اللزوم إلى تحقّق القبضين كليهما في أثناء الثلاثة، فيتحقّق بين الصدر و الدليل التعارض.

فإن قلنا: إنّ المعيار في مثل ذلك إنّما هو الصدر فهو، و إلا يتحقّق الإجمال، و لا بدّ من الأخذ بالمتيقّن في تخصيص العمومات و هو إناطه الجواز بكلا العدمين مستمرّين إلى آخر الثلاثة فيتّحد نتيجه مع الأخذ بالصدر.

المقام الثالث: في بيان الحال في بعض من الفروع

التي تعرّضها في هذا المقام شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- في هذا المقام.

منها: لو كان عدم قبض المبيع بعدوان من البائع، كما إذا بذل المشتري الثمن فلم يأخذه البائع و لا دفع المثلث، فاختار اللزوم من جهة انصراف الأخبار عن هذه الصورة بملاحظه ورودها في مقام الامتنان على البائع و الإرفاق به و دفع الضرر عنه و لا يناسب ذلك مع عدوانه.

و لكن فيه: أنّنا لا- نحتاج إلى هذه التجشّمات، بل لنا أن نقول: هذا داخل في مضمون الأخبار الحاكمة باللزوم بمجىء المشتري بالثمن، فإنّ المفروض أنّه بذله و إن امتنع البائع عن الأخذ، و لكن لم يعتبر في مفهوم المجىء بالثمن أخذ البائع،

و ليس هذا مربوطا بكون القبض فى باب الضمان أو القبض اللازم على كل من المتعاقدين أو القبض المعين للكلى فى الزكاه و غيرها فى الشخص ماذا، هل هو نفس التخليه، أو هى مع تسلّم الطرف؟ فإنّ أيا من الأمرين اخترناه هناك فمفهوم المجرىء بالثمن أمر غير مأخوذ فيه القبول من الطرف، و إذن فالحكم باللزوم يكون بقضيّه نفس الأخبار.

إن قلت: لا شكّ أنّ المجرىء بالثمن فى الخارج ملازم غالبى مع القبول فإنّما توجب هذه الغلبه انصراف اللفظ و إمّا توجب القدر فى مقدّمات الإطلاق، لعدم نقض غرض لو كان المراد المقيد لفرض ندره الفاقد للقيد خارجا.

قلت: هذا فى متعلّق الأوامر صحيح متين، و أمّا فى متعلّق السببىه و العليه التى هى مفاد لفظه «إن» و «اللام» فإن حصل الانصراف فهو فى حكم التقييد، و أمّا لو لم يحصل، فلا يجرى هنا ما ذكر فى الأوامر.

و الفرق أنّ الأمر إذا تعلّق بالمقيّد فهو كالوجود و توابع الوجود يحصل له الإضافة بالحقيقه إلى أصل الطبيعه أيضا، فيصح فى القضيّه التى موضوعها الطبيعه بعنوانها جعل المحمول مثل هذا الأمر، فلا محاله لا بدّ من التفصيل بين ما إذا كان ما يحتمل دخالته غالبى الوجود و بين غيره، ففى الثانى يقتضى المقدّمات كون الطبيعه مركبا أصليا للأمر لا أنّه بالسرايه من الخاص، و أمّا فى الأوّل فلا يجرى المقدّمات لما ذكر.

هذا حال الأمر، و أمّا السببىه و التأثير، فلا يمكن إضافتها إلى أصل الطبيعه مع فرض الموضوع لها المقيد، بل النسبه حينئذ إلى الطبيعه غلط، إذ الملاك و المناط فى التأثير إذا كان قائما بالمقيد بما هو مقيد فليس فى الطبيعه إلا الشأئيه دون الملاكيه الفعلية و المؤثريه كذلك.

فلو دلّ الدليل على كون الطبعه هي الملاك و السرّ و المَخّ في أمر كذا، كفانا ذلك عن وجود المقدمات من غير فرق بين كون القيد المحتمل المدخل متعارفاً أو لا، فحال محمول العليّه حال كلمه «كلّ» و«لا» النافيه في أنّهما يقومان مقام المقدمات و لا حاجه في إجراء المقدمات في مدخولهما، بل هما مع المدخول بنفس المدلول اللغوي يكفينا مؤنه المقدمات.

ثمّ هذا كلّ حال ما إذا جاء بالثمن مع عدم قبول البائع، و لو جاء به و لكن قال للبائع: إن أنت تسلّمني المبيع فهذا الثمن لك و إلّا فلا أسلمك، فهل هذا داخل في مدلول الأخبار أو لا؟ لا يبعد دعوى الانصراف عن مثل هذا و أنّ الظاهر من لفظه جاء أن يرتفع الامتناع من قبل المشتري بتمامه و على جميع التقادير، و في الفرض المزبور ما سلط البائع كذلك، و التقدير و إن كان أمراً مقدوراً للبائع أعني: تمكينه المشتري من المثل، فامتناعه صار سبباً لامتناع المشتري، و بالجمله الامتناع حاصل من ناحيه المشتري و إن كان سبب هذا الامتناع من قبل البائع.

و منها: لو قبض المشتري المبيع بغير اختيار من البائع و رضايته فهل يعدّ هذا من القبض المذكور في الخبر، و المفروض أنّ الثمن غير مقبوض فالباع لازم، أو لا فالباع جاز بعد الثلاثه؟ الحقّ هو الثاني لأنك عرفت أنّ في الأخبار طائفتين.

الأولى: ما رتب الجواز على عدم قبض المبيع و رتب اللزوم على قبضه.

و الثانيه: ما رتب على عدم قبض الثمن و عدم المجيء به و رتب اللزوم على المجيء به، أمّا الطائفة الأولى فقد صارت مجمله بالنسبه إلى شمول هذا المقام إمّا لاحتمال كون النسخه «قبض» بالتشديد أو بالتخفيف، أو لأنّه و إن كان

بالتخفيف لكنّه مشكوك الشمول للمقام بملاحظه احتمال انصرافه إلى القبض المقرون برضى البائع، فإذا سقطت الطائفة الأولى عن الحكم باللزوم، فالحكم بالجواز قضيه الطائفة الثانيه إذ لا إجمال فيها، إذ المقام داخل في عنوان عدم المجيء بالثمن و قد حكمت هذه الطائفة عليه بالجواز، غايه الأمر خصصتها الطائفة الأولى بصوره قبض المبيع، و القدر المتيقن من تخصيصها صوره وقوع القبض مقترنا برضى البائع، فيبقى غيره مشمولاً لعموم الطائفة الأولى، لأنّ المقام من قبيل إجمال المخصّص المنفصل و تردده مفهومًا بين الأقل و الأكثر، و لا شبهه في أنّ المرجع فيه إلى عموم العام.

و قد بنى شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- المسأله على أنّ مثل هذا القبض يوجب رفع الضمان عن البائع أو لا، فعلى الأوّل يثبت اللزوم، لارتفاع ضرر البائع من حيث الضمان، نعم يبقى عليه ضرر عدم وصول الثمن و ضرر وجوب حفظ المبيع لمالكه في صوره الاسترداد، و كلاهما ممكن الاندفاع في صوره الاسترداد بأخذ المبيع مقاصه.

و أنت خير بأنّه لا وجه لابتناء مسألتنا على تلك المسأله إذ لكلّ دليل خاص بها، فاللازم النظر إلى الدليل الخاص، و قد عرفت مقتضى الدليل المخصوص بالمقام، و أمّا وجه تخصيصه -قدّس سرّه- بالأخذ مقاصه بالضررين المذكورين و جعله مانعاً عن إجراء لا ضرر دون ضرر الضمان، فهو أنّه ما دام لم يحصل القبض الذي على عهده البائع ليس له استحقاق أخذ الثمن، فكيف يجوز له المقاصه من المثلث؟ فلا مورد للمقاصه بالنسبه إلى ضرر الضمان، و أمّا بعد خروجه عن تلك العهده و ارتفاع ذلك الضرر و حصول اليأس عن أداء الثمن فالمقاصه حينئذ تصير جائزه.

هذا كلّ مع بقاء البائع على عدم الرضا به، و لو صار راضياً بعد القبض

بغير رضاه في أثناء الثلاثة، فهل يصير حينئذ بحكم القبض أو لا؟ الظاهر نعم، فإنه وإن فرض أن المذكور في الدليل إنما هو الإقباض وهو غير حاصل هنا، لكن معلوم أن المناط إنما هو القبض المقترن بالرضى، ولا خصوصيته للإقباض، وإلا فلو فرض أنه قال للمشتري: اذهب وخذ المثلث من محلّه لما شكّ في أنه قبض و موجب للزوم.

و منها: لو قبض بعض المبيع أو بعض الثمن دون بعضهما الآخر، فهل يكفي هذا في الزوم، أو لا بدّ من قبض الكلّ وإلا فالبيع جائز وإن قبض البعض؟ الظاهر الثاني، وذلك لأننا وإن سلّمنا أنّ تعليق النفي بالثمن أو المثلث ابتداء ظاهر في تعلّقه بتمام الأجزاء. فقولك: ما قبضت الثمن والمثلث، ظاهر في عدم قبض شيء منه، ولا يصدق مع قبض البعض، ولكن لو استفيد هذا النفي من مفهوم قضيه إثباتيه كقوله -عليه السلام-: «إن جاء بالثمن وإلا فلا بيع» فليس ظاهرا في تعلّق النفي إلا بالمجموع من حيث المجموع المتحقّق بانتفاء بعض الأجزاء، وذلك للزوم التطابق والتوافق بين قضيتي المنطوق والمفهوم في الموضوع، ولا شبهه أنّ الموضوع في الإثباتيه التي هي المنطوق إنما هو المجموع من حيث المجموع، إذ لا يصدق قولنا: جاء بالثمن على مجيء البعض، فلا بدّ أن يكون الحكم المنفي في طرف المفهوم أيضا منفيًا عن عين هذا الذي هو الموضوع في طرف المنطوق، ومن المعلوم أنّ نفي قبض المجموع يصدق مع قبض البعض أيضا، فيكون المتّجه هو الجواز.

و منها: هل يكفي تمكين البائع المشتري أو العكس؟ الظاهر العدم، فإنّ صرف التمكين لا يصدق أنّه قبض أو أنّه جاء، نعم بمعنى أن يحضر المبيع عند المشتري ويقول له: هذا مالك لا مانع من قبلي، كاف، فالمراد أن يكون المال في

البيت و يقول: لا- مانع من ناحيتي، فهذا غير كاف، و قول السائل في بعض الروايات السابقه: «ثم يدعه عنده» غير ظاهر في تمكين البائع، أو يقال: هذا في ما لو كان سبب ذلك امتناع البائع قبل مجيئ الثمن، اللهم إلا أن نتمسك حينئذ بترك الاستفصال و بذلك نستكشف عدم الكفايه.

و منها: قد عرفت أنّ الأخذ من غير اختيار البائع أو المشتري غير كاف، فلو كان هذا بحق كما إذا كان صرف التمكين كافيا في الخروج عن العهده و لم يعتبر فيه نقل خارجي و إحضار كذلك، و قد عرفت عدم كفايه هذا المقدار في لزوم البيع في مقامنا، فلا شبهه أنه يجوز لهذا الممكن أن يأخذ عوضه عند صاحبه و لو بغير رضاه.

فهل هذا الأخذ كاف في الزوم أو لا-؟ لا يبعد القول بالكفايه، بملاحظه أنه و إن لم يصدق لغه القبض أو المجيء، و لكن من المعلوم أنّ اعتبار ذلك إنّما هو لأجل الطريقيه إلى وصول المالكين إلى صاحبهما بنحو يصح له الانتفاع و التصرف لا لخصوصيه في نفس هذين العنوانين.

المقام الرابع: في الشرط التي لهذا الخيار

مما عدا عدم قبض المبيع و المجيء بالثمن.

أحدها: عدم تأجيل الثمن أو المثمن، و محلّ استظهار هذا الشرط من الأخبار ظهور قوله -عليه السلام-: «الأجل بينهما ثلاثه» في أنه في مقام لم يقع المتبايعان نفسهما في مقام إصلاح التسليم و التسلم و جعل الأجل له.

و بعبارة أخرى ظاهر في أن لا- يكون التأخير في تمام هذه الثلاثه عن حق، فيخرج عن مورده مثل ما إذا اشترط التأجيل، نعم لو كان الظاهر عدم الاستحقاق من حيث البيع مع قطع النظر عن الشرط جرى فيه الخيار، لكن

الظاهر عدم الاستحقاق الفعلي، وحيث إنّ الظاهر كون مبدأ الثلاثه من حين العقد فيخرج عن تحت هذه القضية ما لو كان بعض هذه المدّة و لو ساعه مشروطا فيه التأخير لأحدهما أو لهما.

الثاني: أن يكون المبيع عينا شخصيّه في مقابل الكلّي في الذمّه فيشمل الكلّي في المعين مثل الصاع في الصبره و مورد استظهار هذا أيضا أنّ كلمه «بيع» الواقع في روايتين لا شبهه في أنّه بمعنى المصدر لغه، و لكنّه أطلق للمناسبة على المبيع.

و قد ادّعى شيخنا المرتضى قدّس سرّه- أنّ المناسبه إنّما هي في ما بين المعنى الحقيقي و خصوص العين الشخصيّه دون الكلّي، و هو- قدّس سرّه- أعلم بما قال، و ليس مثله في ما يرادفه بالفارسيه من لفظه «فروختن» جاريا، أعنى: لا يحسن استعماله في المبيع مطلقا حتّى يراجع الوجدان في تشخيص الحال.

فيبقى كلمه «شيء» الواقعه في روايه أبي بكر بن عيّاش، فإنّه شامل للكلّي و المعين، لكن ادّعى شيخنا- قدّس سرّه- انصرافه إلى الموجود الخارجي، فهو نظير المطلق المنصرف عند الإطلاق إلى بعض الأفراد و المجاز المشهور الذي أغناه الشهره عن إقامه قرينه على إرادته من المطلق.

و قد تنظر في ما أفاده شيخنا الأستاذ، و محصل ما أفاده: أنّ كلمه «شيء» حسب المقامات مختلفه، فإنّه إذا أضيف إليه الأكل أو الشرب لا يناسبه إلاّ الموجود الخارجي، و لو أضيف إليه البيع أو الشراء فإن كان الفاعل شخصا فقيرا يعلم من حاله عدم ابتياعه الكلّي في الذمّه، يعلم بهذه القرينه أنّ المقصود هو الموجود الخارجي، و أمّا لو أغمض النظر عن كلّ ذلك فلا نسلم انصرافه إلى الموجود الخارجي، و إذن فمقدمات الحكمه قاضيه بعدم دخل خصوصيّة التعيين

فى هذا الحكم.

ثم على فرض القول بالانصراف هل يشمل المنقول و غيره أو يختص بالأول؟ ربّما يدعى أنّ مادّة القبض و المجرىء مناسبان مع المنقول، فلا- يشمل مثل الدار و الشجر و نحوهما ممّا لا- يقبل التحريك و النقل، فإنّ المتبادر من مادّة القبض و المجرىء ذلك. اللهمّ إلا- أن نمنع ذلك و نقول: إنّ المقصود مجرد الاستيلاء من دون مدخلية لهذين العنوانين كما تقدّم أنّ المقصود مجرد الوصول بحيث ساغ للمنتقل إليه الانتفاع و التصرف، هذا.

الثالث: ما ذكره العلامة-قدّس سرّه-: من عدم ثبوت الخيار لأحدهما أو لهما، و قد يتوهم أنّ الوجه أنّ الأخبار ناصّة باللزوم بعد الثلاثه على تقدير، و الخيار على تقدير آخر، فيخصّ مورد به بما إذا لم يكن خيار لأحدهما أو لهما، فإنّ القول بأنّ اللزوم الجائى من ناحيه عدم التأخير و الخيار الجائى من ناحيه التأخير هما المراد إثباتهما بالأخبار، ينفيه أنّ الحكم لا يتقيّد بسببه، فإنّ كلّ علّه إنّما يوجد المعلول لا المقيّد منه بكونه متولّدا من هذه العلّه، و إذن فاللازم ثبوت أصل الخيار بلا تقييد بشىء، و ثبوت أصل اللزوم كذلك، و لا يتحقّق ذلك إلاّ مع عدم خيار آخر.

و فيه: أنّا إن قلنا بثبوت المراتب للخيار فقد تحقّق الخيار بهذا السبب و لو كان هنا متقدّما عليه أو مقارنا له سبب آخر، و أمّا إن قلنا: إنّ أمر واحد غير ذى مراتب فنقول: إنّ العلّه لمثل هذا المعنى لازمها عقلا أن تكون مؤثّره فى البقاء لو سبقها علّه أخرى.

و أوجه ما يقال فى توجيه الاشتراط المزبور أن يقال: بأنّ الأخبار منصرفه إلى صورته لم يكن التأخير موردا للحقّ، و فى مورد الخيار يكون هذا الحقّ ثابتا، بمعنى أنّ لدى الخيار حقّ تأخير أداء العين و لو قبل الفسخ، فإنّه بعد تماميه هاتين

المقدماتين تحصل النتيجة و هي عدم جريان خيار التأخير في مورد خيار آخر في الثلاثة.

لا يقال: لا فرد من البيع إلا و فيه خيار و لا أقل من خيار المجلس فيلزم عدم المورد لخيار التأخير.

لأننا نقول: لا بد من الالتزام بأحد أمرين، إما لعدم لزوم اللغوية التي ذكرت نقول بعدم قادحيته هذا الخيار، فيكون المنصرف إليه عدم ثبوت حق في التأخير غير هذا الحق الناشئ من قبل خيار المجلس، وإما نقول: إن مبدأ الثلاثة الأيام إنما هو بعد الافتراق كما هو أحد المحتملين في أصل الروايات كما يأتي إن شاء الله تعالى.

و على كل حال لا يلزم ما ذكرت من عدم الجريان، نعم لازم هذا عدم الجريان في مثل خيار الحيوان، فإن القول بتأخير مبدأ الثلاثة إلى انقضاء ثلثه الحيوان خال عن الدليل، فإن الظاهر كون المبدأ إما نفس العقد أو افتراق المتعاقدين.

و من هنا استشكل شيخنا العلامة على العلامة بأن لازم قولكم عدم القول بخيار التأخير في بيع الحيوان، و الحال أنكم تقولون به، لكن قال شيخنا الأستاذ:

يمكن توجيه كلام العلامة على وجه لا يتوجه عليه هذا الإيراد و يستقيم مع قوله بالخيار في بيع الحيوان، و هو أن يقال: إن مبنى كلامه في الاشتراط المذكور على أمرين.

أحدهما: ما ذكر من ثبوت حق التأخير في مورد الخيار، و الثاني: انصراف أخبار الباب إلى صورته كون التأخير لا عن حق لا مطلقا، بل خصوص حق جاء من ناحيته جعل منهما و تعاهد، سواء تعلق بنفس التأخير و التأجيل أم تعلق بالخيار و كان من أثره شرعا جواز التأجيل، فيبقى صورته عدم استناد الحق أصلا إلى

جعلهما باقيا تحت الانصراف كما فى خيار الحيوان، فإنه بذاته و بحكمه خارج عن جعل المتعاقدين، هذا كله هو الكلام فى توجيه القول بالاشتراط، ولكنه مخدوش لأن كلاً مقدّمته فى محلّ المنع.

أمّا أنّ لدى الخيار حقّ الإمساك ما دام الخيار، فممنوع، سواء قلنا: حقّ الخيار متعلّق بالعقد و لا يرتبط بالعين، أم قلنا: يحصل له ارتباط بالعين، أمّا على الأوّل: فواضح، و أمّا على الثانى: فلأنّ أدلّه سلطنه الناس على أموالهم و كذا وجوب الوفاء بالعقود قاضيه بوجوب التسليم، و مجرد كونه ذا حقّ على العين بمعنى أنّ له استردادها بفسخ العقد لا يقتضى أن يكون له الإمساك و الحال أنّه ملك الطرف، و هذا واضح.

و أمّا أنّ أدلّه المقام منصرفه إلى ما إذا لم يكن هناك حقّ فى التأخير، فالمسلّم منه ما إذا ثبت هذا الحقّ بجعل المتعاقدين فى أصل التأجيل، و أمّا إذا أطلقا الجعل من هذا الحيث، و إنّما ثبت الحقّ المذكور لأحدهما أو لهما شرعا و لو تبعا لجعل منهما فى الخيار، فلا نسلم الانصراف عنه ما لم يكن هذا المعنى ارتكازا عرفيا، و مجرد الاستيناس بالأحكام الشرعيّه و مسبوقيه الأذهان بها لا يكفى، فإنّ الأحكام وارده على الموضوعات العرفيه الصرفه مع قطع النظر عن ورود أمثالها من حكم شرعى آخر.

الرابع: تعدّد المتعاقدين، لا- إشكال فى ظهور قوله: «لا- يقبضه صاحبه و لا- يقبض الثمن» من حيث القبض و الإقباض، و من حيث قوله: «صاحبه» فى تعدّد البائعين، و كذا قوله: «الأجل بينهما» و قوله: «فلا- بيع بينهما» و كذا قوله: «فلم يجرى» و قوله: «تركته عند صاحبه» و قوله: «إن جاء»، و حيث إنّ الخيار حكم على خلاف الأصل، فإذا لا محيص عن الاقتصار على مورد النصّ، و الرجوع فى ما عداه إلى

العمومات، بل و ربما يدعى ذلك بالنسبه إلى كون المبيع باقيا و غير تالف في هذه الثلاثه.

و على هذا فلو فرض أننا في سائر الخيارات، قلنا بجواز الخيار مع تلف إحدى العينين - و فرغنا عن إشكال عدم الإمكان مع التلف - لا نقول به هاهنا لقصور الدليل إلا في صورته البقاء، فلو باع العبد مَمَّنْ ينعق عليه ثم انقضى ثلاثه أيام و لم يجرى بالثمن فلا خيار.

أمّا الأول: أعنى: انصراف الأخبار إلى صور التعدد - نعم لا - ضمير في وحده الوكيل في مجرد العقد فإنَّ البائع و المشتري متعددان، كما لا - تظهر الثمره في الولي من الصغيرين، مثلا - إذا باع من أحدهما و قبل من الآخر، فإنَّ القبض حاصل، فلم يتحقق شرط الخيار، بل تظهر في الوكيل عن اثنين في إتمام أمر المعامله مع كون المالكين في أيدي الموكّلين - فلا يبعد دعواه فيقال في هذه الصوره بسكوت الأخبار و أنّ العقد لازم من جهه القاعده و لو أحرَّ القبض و الإقباض إلى ثلاثه أيام.

و أمّا الثاني: أعنى: الانصراف إلى صورته بقاء المبيع، فرِّبما يمنع بدعوى الإطلاق في قوله: «من اشترى بيعا فمضت ثلاثه أيام و لم يجرى فلا بيع له» و فيه: أنّ الظاهر أنّ قوله: «لا بيع له» يراد بلفظه البيع هنا ما أريد بها في صدر القضية، أعنى: قوله: «من اشترى بيعا» و لا شبهه أنّ المراد بها هناك هو المبيع، فيراد هاهنا أيضا ذلك، و معناه أنّه يصير منقطع اليد عن المبيع و هذا ظاهر في كون المبيع موجودا حال الحكم بانقطاع اليد.

و بالجملة: فالقدر المتيقن من الأخبار حينئذ صورته الوجود و التعدد، فيقتيد إطلاق دليل وجوب الوفاء بهذا المقدار المتيقن، و نرجع في ما عداه إلى الإطلاق المزبور، هذا.

بقى شيء و هو أنه هل مبدأ هذه الثلاثة الأيام من حين العقد أم من حين التفريق؟ ظاهر قوله-عليه السلام-:«الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض ببعه» أن المدة ظرف للقبض الذي كان على البائع، و من المعلوم أنه متعهد به من حين العقد، و ظاهر قوله-عليه السلام-:«فإن جاء بينه و بين ثلاثة أيام» أنها ظرف الغيبة، و لكن الأقوى الأول، بملاحظه أن المجيء كناية عن إقباض الثمن.

و ربما يستظهر الثاني بملاحظه قوله-عليه السلام-:«الأجل بينهما» حيث اعتبر وقوع الثلاثة أيام واسطه بين الشخصين و هو لا محاله بوقوع الغيبة بينهما، في هذه المدة.

و فيه: أنه بعد سبق الكلام بإيقاع المعاملة بينهما و عدم خروجهما عما هو قضيه المعامله من تسليم العوضين ظاهر في كون الأجل بين الشخصين باعتبار تعهد التسليم و لو فرض استطاله مجلس حضورهما ثلاثة أيام.

المقام الخامس: في مسقطات هذا الخيار و هي أمور:

الأول: الإسقاط،

لا إشكال في كونه مسقطا بعد الثلاثة، و في سقوطه بالإسقاط في أثناء الثلاثة أو اشتراط سقوطه في متن العقد إشكال، و المسألة مبنيه على أن الإنشاء التعليقي-بعد الفراغ عن أصل إمكانه و دفع ما أورد في تصويره- ما وجه القول بعدم وقوعه في أبواب العقود و الإيقاعات؟ هل هو لأجل كون المتعارف هو المنجز؟ ألا ترى أن من يشتغل بشراء شيء من مالكة لا يبيعه من غيره قبل إتمام المعاملة الأولى، و هكذا من يملك المال بعد ساعه بتوسط موت مورثه لا يبيعه من غيره قبل تلك الساعه، و هكذا لا يبرأ من يشتغل ذمته له بعد ساعه قبلها، و لا- يطلق المرأه التي يزوجهها بعد ساعه قبلها و هكذا؟ أو أنه لأجل انصراف هذه المواد أعني: البيع و الضمان و الإسقاط و الإبراء

و الصلح و الإجاره و غير ذلك فى الفعلى المنجّز نظير ما قيل فى مادّه الواجب من انصرافه إلى الفعلى المطلق دون المشروط، و به اعتذر عن إطلاق كلامهم فى بحث مقدّمه الواجب حيث عنونوا أنّ مقدّمه الواجب واجبه، هذا.

و لو فرض منع التعارف فى الفعلى المنجّز، فإن قلنا: إنّ الوجه هو الثانى، فلا بدّ من القول بعدم الجواز فى المقام، و إن قلنا: بأنّ الوجه هو الأوّل، فلا بدّ من النظر فى أنّ الإسقاط فى أمثال المقام فى الحقوق العرفيه أمر متعارف أو لا؟ لا يبعد أن يقال: إنّّه إذا كان الذى أنيط به الحقّ صرف الزمان المستقبل و هو مقطوع الحصول، فالإسقاط و لو قبل حضوره أمر متعارف، و أمّا إذا كان منوطا علاوه عليه على أمر آخر غير محقّق الوقوع مثل التأخير فى مقامنا- حيث لا نعلم بعدم وقوعه إلى آخر المدّه- فلا يكون حينئذ بمتعارف.

الثانى: بذل الثمن بعد الثلاثه،

لا كلام بناء على جعل المدرك لهذا الخيار قاعده «لا ضرر»، فإنّ الضرر منفيّ بعد هذا البذل، و الخيار إنّما هو مجعول لتدارك الضرر المستقبل لا الماضى.

و أمّا لو بنينا على كون المدرك هو الأخبار الخاصّه كما تقدّم تقويته، فقد يدعى السقوط حينئذ أيضا، بملاحظه أنّ الأخبار و إن كان ظاهرها البدوى أنّ المعيار هو المجيء فى الثلاثه و عدم المجيء فيها- فبعد عدم تحقّق المجيء فى الثلاثه يتحقّق الخيار و إن جاء بعد الثلاثه- و لكن بعد التأمل يعرف أنّ مراد المتكلّم كون البائع غير منقطع اليد عن ماله و بدله معا، ففرض الخيار فى صورته استمرار عدم المجيء بعد الثلاثه فمتى تحقّق المجيء انقلب الموضوع و خرج عمّا حكم عليه بالخيار.

فهو نظير ما يقال: إنّى أصبر فى هذا المكان ثلاث ساعات فإن جئت و إلّا

أذهب وحدي و بلا- رفيق، فإنه لو مكث هناك أربع ساعات مثلا- ثم جاء الشخص الآخر يصحبه معه قطعاً، و إذن فنحن و إن خدشنا في الرجوع إلى العمومات في غير المقام لأجل عدم العموم الزماني، لا نخدش هيهنا، لمكان التقييد بما هو الظاهر، أو القدر المتيقن من عنوان غير الجائي بالثمن. هذا هو الكلام في بذل الثمن.

و أما مطالبه الثمن أو أخذه على تقدير القول بعدم قادحيه بذله فلا وجه لقدحهما بعد عدم كشفهما عن الإسقاط، فإن مجرد أخذ الثمن لا يدل على أن الأخذ راض بالمعامله و غير متردد و لا عازم على فسحها، و كذا مطالبه الثمن فإنه لأجل أنه بذلك يعرف أنه يمتنع من البذل فيفسخ، أو لا يمتنع فيجاوز عن حق الخيار حينئذ، فبالمطالبه التي هي طريق معرفه صلاح الفسخ و فساده كيف يستكشف الرضى و العزم على عدم الفسخ؟

المقام السادس: في مسائل مرتبطه بالمقام

الأولى: هل هذا الخيار على الفور أو التراخي؟

يمكن أن يقال: بأن مقتضى القاعده هنا التراخي بناء على كون المدرك لهذا الخيار قاعده «لا ضرر» و إن قلنا، بأن مقتضاها في خيار الغبن هو الفور، بملاحظه أن الضرر هناك بعد مضي مقدار زمن التمكن من الفسخ مع الالتفات إلى الضرر و إلى الخيار يصير مقدما عليه، فيخرج عن تحت النفي، و أما في المقام فغايه المطلب أن البائع بعد صبر يوم مثلا عقيب الثلاثه يستكشف منه الرضى بهذا المقدار من التأخير، و أين هو من التأخير في طول الزمان أي ما بلغ.

و الحاصل: الضرر هناك واحد و بالإقدام عليه في زمن يخرج عن تحت القاعده، و هنا تدريجي، فإن الصبر يومين أزيد ضررا من الصبر يوما و هكذا،

فالإقدام بالنسبه إلى يوم لا- يوجب خروج ضرر اليومين عن تحت القاعده، بل اللازم عدم ثبوت اللزوم حتى بالنسبه إلى اليوم أيضا، لأن الإقدام الناشئ عن الالتفات إلى حق الخيار و الإهمال في إعماله لا يعقل أن يوجب ارتفاع هذا الحق.

نعم لو فرض أنه مقدم مع قطع النظر عن هذا الحق كأن أجاز للمشتري تأخير يوم مثلا، فاللازم حينئذ عدم الخيار بالنسبه إلى اليوم، و الفرق بين هذا و ما تقدّم واضح، فإن المشتري عاص بالتأخير هناك و غير عاص هنا.

و كيف كان فعلى المختار من عدم المدرك للخيار من غير جهه الأخبار الخاصه، فلا إشكال على تقدير إهمال النصوص في الرجوع إلى الاستصحاب و لا- يجرى هنا الشبهه في الموضوع الجاربه في ما تقدّم، فإن الموضوع-أعنى: البائع غير المقبض و لا القابض-بعد مضيّ الثلاثه محفوظ، كما أنه بعد عدم العموم الأزمانى في عموم الوفاء بالعقود لا- محيص عن الرجوع إلى الاستصحاب، و لا مجال للتقيّد، إذ الفرض محفوظه عنوان المقيّد في زمن الشكّ.

فالكلام إنّما هو فى أنّ النصوص من هذا الحيث مهمله أو يستفاد منها الفور أو التراخى؟ قد يقال: بأنّ المستفاد منها التراخى، بملاحظه أنّ قوله -عليه السّلام-: «لا بيع» بعد العلم بعدم إرادته الحقيقه، أعنى: نفى الصحّه، فالأنسب بالمعنى الحقيقى نفى اللزوم رأسا، و لكنّه محلّ تأمل، لأنّ استداده النفى عند إمكان الحقيقه غير مستفاده من اللفظ حسب الفرض من كونه غير وارد من هذه الجهه فى مقام البيان، و إلاّ كان هو الحجّه من غير حاجه إلى غيره، بل مستفاده من مقدّمه خارجيه و هو العلم بعدم عروض الصحّه على المعامله بعد مضيّ زمن عليها باطله، و الأنسبيه المعتبره إنّما هى بالنسبه إلى المستفاد من اللفظ، و لا شبهه فى حصولها فى نفى اللزوم فى زمن ما بالنسبه إلى نفى الصحّه كذلك، هذا.

اللَّهِمَّ إِلَّا أَنْ يَتَشَبَّهَ لاسْتِفَادَةِ التَّرَاخِي بَعْدَ مَنَعِ مَقَدِّمَاتِ الْإِطْلَاقِ هُنَا إِلَى وَجْهِ آخِرٍ وَهُوَ وُرُودُ النَّفْيِ عَلَى الْمَهْمَلَةِ، حَيْثُ تَقَرَّرَ فِي مَحَلِّهِ أَنَّ ذَلِكَ مَغْنٍ عَنِ الْمَقَدِّمَاتِ وَ مَفِيدٌ فَائِدَتُهَا بَعْدَ ضَمِّ أَنَّه لَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَفْرَادِ الْعَرَضِيِّهِ لِلطَّبِيعَةِ وَ الْأَفْرَادِ التَّدْرِيجِيِّهِ الْحَاصِلَةِ بِتَدْرِجِ الزَّمَانِ، فَإِذَا وَقَعَ الْجَامِعُ مِنْ بَيْنِ الْجَمِيعِ تَحْتَ النَّفْيِ وَ لَوْ فِي زَمَنِ فَالْإِذَا انْتَفَاءُ تَمَامِ الْأَفْرَادِ مِنَ الْعَرَضِيِّهِ وَ التَّدْرِيجِيِّهِ، لِأَنَّ انْتِفَاءَ الْمَهْمَلَةِ إِنَّمَا هُوَ بِانْتِفَاءِ كُلِّ مَالِهِ مِنَ الْمَصْدَاقِ، هَذَا.

المسألة الثانية: لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع

إجماعاً مستفيضاً بل متواتراً كما عن الرياض، و يدلُّ عليه النبوى المشهور: «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ، فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» (١) و إطلاقه كإطلاق معقد الإجماع شامل لما إذا كان التلف بعد بطلان الخيار، كما لو قلنا بكونه على الفور فمضى الفور ثم تلف، أو قلنا بأنَّ بذل المشتري للثمن مبطل له فيبذل ثم تلف كما أنَّه شامل لما إذا كان الخيار باقياً كما لو قلنا بالتراخي و لم يبذل الثمن أو قلنا بعدم مبطلتيته.

و كيف كان فالنبوى معارض في كلتا الصورتين بقاعده الملازمه بين النماء و الدرك المستفاده من النصَّ الوارد في بيع الشرط، حيث إنَّه بعد الحكم بأنَّ الدار يرد إلى البائع بعد ردِّه الثمن في رأس الموعد سأل الراوى عن حكم الغلِّه و سائر النماءات ما حالها؟ قال-عليه السلام-: «هِيَ لِلْمَشْتَرِي أَلَا- تَرَى أَنَّه لَوْ احْتَرَقَتِ الدَّارُ فَمِنْ مَالٍ مَنْ كَانَ يَحْتَرِقُ؟» قال: من مال المشتري، قال: «فَكَذَلِكَ النَّمَاءُ يَدْخُلُ فِي مَلِكِهِ» (٢).

وجه المنافاه و المعارضه أنَّ الضمان هنا على البائع مع كون النماء للمشتري

ص: ٢٨٠

١- ١) مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

٢- ٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ص ٣٥٥، ح ١.

و مقتضى هذا الخبر و أمثاله أن يكون النماء لمن كان التلف عليه.

و ما يتوهم من دفع المنافاه بأن مقتضى الخبر أنّ التلف الوارد على أى شخص كان مالكا حين التلف فالنماء له، يعنى:النماء فى حال ذلك الملك،و فى المقام أيضا لو فرض وجود النماء للملك فى ذلك الآن العقلى الذى يقدر قبل التلف كان للبائع،و الحاصل أنّ النبوى وارد على القاعده و يوجب الخروج الموضوعى عنها.

مدفوع بأنّ المستفاد من الخبر أنّ من كان ضامنا فالنماءات الخارجيه المفروضه التحقّق يكون له لا النماءات المقدره على فرض محال فى الآن العقلى،و لا شبهه فى كون النبوى بالنسبه إلى هذا المضمون منافيا و معارضا،نعم لا معارضه بينه و بين قاعده أنّ ضمان المال لمالكه،لأنّنه خروج موضوعى بالنسبه إليها،و لكنّ القاعده المذكوره غير هذه القاعده و إذن فالحقّ مع شيخنا المرتضى حيث سلّم المعارضه و قدّم النبوى صلّى الله عليه و آله و سلم،لأنّنه أخصّ.

و يمكن أن يقال:يدفع المنافاه بوجه آخر و هو أنّ مقصود الإمام-عليه السلام- تنبيه السائل على ما ارتكز فى ذهنه،فإنّنه حيث رأى أنّ المال شبه الرهن يعود بعد المدّه ببذل المالك الثمن إلى مالكه،فتخيّل أنّه محروم عن نماءاته و حاله حال الرهن،فصرفه الإمام-عليه السلام-عن هذا التخيّل بتنبيه لما هو يقرب الملكيه فى ذهنه من كون التلف عليه،حيث إنّه لم يكن فى الخفاء عند السائل بمشابه ملك الغلّه،فإنّنه كان متوهما لعوده إلى المالك الأصلي و عدم ملكيه المشتري لها،و لكن لم يكن متوهما لكون التلف قبل وصول المدّه غير مرتبط بالمشتري،فتبّه الإمام-عليه السلام-بما هو مصدّق له من ورود التلف عليه حتّى يستدلّ عليه بملزومه من الملكيه و التفاوت بين المقام و الرهن فيتّضح عليه الحال فى النماء أيضا.

و بالجمله ليس الإمام بمقام إعطاء قاعده تعبيديه مفادها الملازمه المذكوره، بل المقصود جعل هذه الملازمه الغاليه شاهدا و اماره للسائل على الملكيه، فكأنه قال: نماء الملك لمالكه، فلا منافاه فيه للنبوى أصلا.

هذا كله مع عدم الخيار، و أما مع الخيار للبائع:

فقد يقال: بأن النبوى حينئذ معارض بقاعده أخرى، أعني: كون التلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له و لكن فيه: أنه لا عموم في هذه القاعده لجميع أفراد الخيار و لجميع أحوال المبيع كما سيجيء في محلّه إن شاء الله تعالى.

و لو تلف في الثلاثه فمقتضى النبوى صلّى الله عليه و آله و سلم أيضا كون الضمان على البائع و هذا واضح، و لكنّ الذى يضعف المطلب أنّ مثل المفيد و السيدين الذين قالوا في ما بعد الثلاثه بالضمان تمسّكا بالنبوى صلّى الله عليه و آله و سلم أعرضوا عنه و قالوا بضمان المشتري هنا مع وضوح كون المقام مصداقا للنبوى و عدم إمكان خفائه عليهم، فلا يبعد دعوى حصول الاطمئنان بأنّهم عثروا على ما لم نعثر عليه.

و هل يرتفع الضمان بمجرد تمكين البائع للمشتري؟ قد يقال: فرق بين مفهوم التمكين و مفهوم القبض الذى علق عليه الحكم فى باب الضمان و فى باب خيار التأخير، فإنّه لو قال البائع: أنا حاضر فى تسليم المبيع مع كونه فى حرزه، لا يحصل بمجرد هذا القبض، و خصوصا مع وجود مثل الروايه المصرّحه بمعنى القبض، حيث سأل السائل عن سرقة المتاع الذى اشتراه الرجل و تركه عند البائع و لم يقبضه هل هو من مال المشتري أو البائع؟ قال-عليه السلام-: «من صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يردّ إليه حقه» (١).

ص: ٢٨٢

١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، ص ٣٥٨، ح ١.

ألا ترى كيف أكد القبض بقوله: «يخرجه من بيته» وليس المراد الإخراج من البيت حقيقه، بل هو كناية عن رفع سلطنته و إدخاله تحت سلطنه الغير، و لو أبى الغير و لم يقبل.

نعم قد يقال: إنَّ المعاوَضه متضمَّنه لتعهد كلِّ منهما بالعمل على طبق ما تعاقدا في الخارج، و هو يحصل بمجرد التمكين، فإذا مكن أحدهما الآخر يجب على الآخر أيضا التمكين، و لا- يتوقف على الإخراج عن تحت السلطنه فضلا عن الإدخال في سلطنه الآخر، فالقبض في المقامين منصرف إلى هذا المعنى و لكنّه لا شاهد له، و أىّ استبعاد في ترتيب هذه الأحكام التبعديه على معنى القبض المغاير مع التمكين قطعاً؟

المسأله الثالثه: لو اشترى ما يفسد من يومه

فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له، هذا مضمون مرسله محمّد بن أبى حمزه (1)، و لكن هل المراد من كون المبيع يفسد من يومه أنّه بيوم و ليله يفسد فيتحقّق الخيار بدخول الليل؟ و يبعده أنّ مقابله الليل يبعد إرادته اليوم و الليله معا، من اليوم.

أو أنّه بنفس مضيّ اليوم يفسد، فيكون أوّل الليل أوّل فساده؟ فحينئذ إن قلنا بضمان الوصف على البائع كالأصل فلا منّه في جعل الخيار أوّل الليل، نعم إن قيل بعدم الضمان و قيل بأنّه بعد الفسخ يرجع إلى المشتري ببدل الوصف كان له حينئذ وجه، و إن كان يرد عليه أيضا أنّه بعد أن صار بمقام مطالبه البديل فليس بأولى من مطالبه الثمن، إلا أن يقال: إنّ مطالبه البديل أسهل من مطالبه الثمن، و كيف كان لا يخلو هذا الاحتمال أيضا من بعد.

أو أنّه يفسد بمضيّ اليوم عليه، فإنّ بعض الأشياء يفسده هواء اليوم إلاّ

ص: ٢٨٣

بمحافظةه و جعله فى مكان محفوظ و هو خلاف عاده البائعين، من جعل المبيع فى مكان بارز يكون بمرأى الناس، فالشارع لما رأى أنّ مثل هذه الأشياء لا يمكن الصبر عليها ثلاثة أيام جعل المدّة فيها دخول الليل.

و على هذا فلو كانت الفاكهه مقطوعه ساعه البيع و كان أوّل الليل فى كمال الطراوه جاز الفسخ لأنّها شيء يفسده مرور اليوم.

و فيه أنّه خلاف المتبادر من كلمه «من يومه» فإنّه ككلمه من حينه و من ساعته المراد به سرعه الفساد إليه بمقدار اليوم الواحد، لكن هل مبدأ هذا اليوم الواحد أوّل وجود الشيء أو زمان وقوع المعامله عليه؟ لا يبعد الأوّل، لأنّ الغالب فى مثل هذه الأشياء أنّها أوّل اليوم تقطع و تعرض للبيع، فالروايه ناظره إلى الغالب، و المراد أنّ هذه الأشياء التى لا بقاء لصحتها إلى الصبح الآتى متى بيعت فى أىّ ساعه من ساعات اليوم و لو كان فى ظرف آخر اليوم فمدّة الصبر إلى الليل.

و ما ذكر من أنّ مقابله الليل يبعد إرادته اليوم و الليله من اليوم، لأنّه كالفقير و المسكين إذا افترقا اجتماعاً، و إذا اجتمعا افترقا، فيه أنّ هذا صحيح لولا قرينه المنة، لكن بعد ملاحظتها و أنّه لم يقصد الشارع جعل الخيار فى أوّل أزمنه الفساد يدور الأمر بين ما ذكر أخيراً من جعل كلمه من نشوبه، من قبيل فلان يتضرّر من صومه، و بين ما ذكرنا من إرادته اليوم و الليله من اليوم كما هو غير بعيد فى مادّته و إن كان بعيداً بملاحظه مقابله الليل، لكنّه قريب بالنسبه إلى الاحتمال المذكور.

و على هذا يخرج عن مورد الروايه ما إذا وقعت المعامله فى الليل، كالأشياء التى يكون الفساد إليها أسرع من يوم و ليله، فلا محيص فيها عن الرجوع إلى قاعده

«لا ضرر» والعمل بما هو مقتضاها من الخيار أو المقاصه.

ثم المراد بالفساد ليس التلف بل تغير اللون و نحوه ممّا يقلل الرغبه إليه و هل تنزل قيمه السوقيه أيضا يلحق بالفساد أو لا؟ لا شبهه في عدم إمكان التمسك بروايه: «ما يفسده اليوم» لأنها ظاهره في فساد الوصف لا قيمه، نعم لا يبعد التمسك بلا ضرر إن سلم تماميته في إثبات الخيار.

و لكن فيه نظر، بملاحظه أنّ قاعده «لا ضرر» صارت مخصّصه في هذا المقام بقوله في أخبار خيار التأخير بأنه: «إن جاء في ما بينه و بين ثلاثه أيام» وقوله:

«الأجل بينهما ثلاثه» و لا شكّ أنّه في مقام الإطلاق من هذه الجهه، أعنى: كون الصبر عليه ثلاثه أيام يوجب تنزل قيمته و عدمه.

خاتمه:

لا- إشكال أنّ المراد بثلاثه أيام ليس بياض ثلاثه أيام، بل الأعمّ من الملقّ، كما هو الحال في أقلّ الحيض، و ثلاثه الحيوان، نعم الليلتان المتوسطتان داخلتان، و في صورته التلفيق تدخل ثلاثه ليال، إمّا من جهه شمول اليوم أو بقريته الاستمرار، هذا.

و لو اختلفا في مضيّ الثلاثه و عدمه فالأصل مع مدّعى العدم، و كذا لو اختلفا في القبض و العدم فالأصل مع مدّعى العدم، و أمّا لو اختلفا في تأجيل الثمن و العدم، فقد يقال: الأصل مع مدّعى العدم فيه أيضا، لكن فيه أنّ هذا العدم لم يؤخذ في النصّ قيّدا للخيار و إنّما استفدناه من انصراف قوله: «إن جاء ما بينه و بين ثلاثه أيام» في كون التأخير لا لحقّ مع اتّصال مبدأ الثلاثه بالعقد، و من المعلوم أنّه لا- أصل يعيّن حال التأخير و أنّه كان لحقّ أو لغيره، و أصاله عدم التأجيل غير مثبت لهذه الخصوصيه، و الرجوع إلى أصاله عدم تحقّق موضوع الخيار لا يثبت حال هذا العقد، فالمتعيّن حينئذ الرجوع إلى استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ.

و هو ثابت فى بيع العين الغائبه إذا ظهرت على خلاف ما شرط أو وصف أو اعتقد، والحاصل إذا صحَّ بيعها بذكر الأوصاف إمّا مع البناء أو مع الإحراز و لو بدون البناء، فإذا تبين فيها عدم تلك الأوصاف عند الرؤية تحقق الخيار، وهذا بالنسبه إلى تخلف ما شرط أو وصف لا يحتاج إلى تعيّد بل يكفيه مساعده العرف، بل لا يجرى فيه قاعده «لا ضرر» بكليته، لأنّه قد لا يكون ما شرط موجبا لزياده قيمه حتّى يكون فقده ضررا ماليا، نعم يلزم منه الضرر الغرضى لكنّه غير مشمول للقاعده، فالذى يحتاج إلى التعبد صورته كون الصفه المتخلفه على وجه الداعى بدون تقييد العقد به.

فنعول: تدلّ على ثبوت الخيار فى هذه الصوره صحيحه جميل بن درّاج «قال: سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلّبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله -عليه السلام-: إنّه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعه ثمّ بقى منها قطعه لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤية» (1) فإنّه شامل لما إذا قاس المشتري تلك القطعه التى لم يرها على اللائى رآها فتبين له عدم كونها مثلها و لم يكن شرط ذلك فى العقد، بل قد يقال هو شامل لما إذا كان موافقا لها، و لكن بدا له فى البيع، لكن يبعده تفرّيع الاستقاله على التفتيش، فإنّه يدلّ على رؤيته فى تلك القطعه شيئا لم يكن فى سائر القطعات و قد كان تخيلها مشابهه لها و بالجمله دلالتها على المطلوب خاليه عن الخدشه.

و أمّا الروايه الأخرى التى استشهد بها أيضا للمقام، أعنى: صحيحه زيد الشحام «قال: سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل اشترى سهام القضايين من قبل أن يخرج السهم؟ فقال -عليه السلام-: لا تشتري شيئا حتى تعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج» (١) فدلالته محل إشكال، لأن المراد بشراء السهم إما ما يخرج بعد ذلك عند التقسيم و يصير ممتازا عن غيره، و هذا و إن كان يجيء فيه خيار الرؤية، لكنه باطل لأنه نكره و غير معين.

و أمّا الكسر المشاع و أمّا الكلى فى المعين، و على هذين يصحّ البيع لكن ليس الخيار عليهما خيار الرؤية مقتيدا بما بعد الخروج لأنه متى رآها يجيء له الخيار و إن كان قبل الخروج، و هكذا لو أريد خيار الحيوان لأنه أيضا غير متقيد بالخروج بل يكون من حين تمام العقد.

فالذى ينبغى حمل الروايه عليه هو إرادته شراء ما يخرج فى السهم عند التقسيم بالقرعه، و من المعلوم أنه غير صحيح و الإمام -عليه السلام- أيضا منع عنه و أمر بالصبر حتى يخرج السهم و يراه بعينه، و أنه لو اشترى قبل ذلك فهو بالخيار متى خرج، يعنى: أن هذا الشراء لم يفد بالنسبه إليه ملكا و ليس بعد الخروج ملزما بالقبول، لأنه ليس ملكه بل إن شاء ملكه بعقد جديد و إن شاء تركه.

مسأله: مورد هذا الخيار كما عرفت هو العين الشخصيه الغائبه

و من المعلوم احتياج بيعها إلى تعيين الأوصاف التى بها يرتفع الغرر فى البيع، و ههنا إشكال بملاحظه حكمهم فى بيع السلم و بيع العين الغائبه و بيع العين المشاهده، فإنه لا يعتبر فى السلم ذكر الأوصاف بتمامها، بل يتسامح فى ذكر بعضها، لأن الاستقصاء يفضى إلى عزه الوجود، و لكن ليس هكذا الحال فى العين الغائبه فاعتبروا فيها

ص: ٢٨٧

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٥، من أبواب الخيار، ص ٣٦٢، ح ٢.

الاستقصاء لذكر تمام الصفات التي يختلف الثمن باختلافها و أيضا من المعلوم في العين المرئيه عدم اعتبار الاطلاع على جميع الصفات المعبره في السلم و بيع العين الغائبه.

و جعل المناطق في جميع الموارد هو الغرر العرفي أيضا لا يسهل المطلب، لأنه يقال: ما المراد بالغرر العرفي و كيف اختلف هذا المعنى الواحد بالصدق على جهاله صفه في مورد و بعدمه على عين تلك الصفه في مورد آخر؟ و الذي ذكره الأستاذ- دام ظلّه-: أنّ المراد بالغرر: عدم المبالاه، لكنّه قد يكون في قبال الأغراض العقلانيه و قد لا يكون في قباله غرض عقلائي، مثلا عدم المبالاه بوجود منّ من تبين في خمسه عشر مئنا ليس بغرر، لأنّ في قباله حفظ الوقت عن الصرف في مدّه لأجل وزن التبن، و أمّا في الذهب فعدم المبالاه ليس بقباله غرض عقلائي بحسب النوع.

و حينئذ نقول: أمّا في السلم فلو بنوا أمرهم على المداqqه كما في العين الغائبه يوجب ذلك سدّ باب المعامله السلميّه، فهذا غرض عقلائي قام بقبال عدم المبالاه بمقدار في شخص المعامله السلميّه، و ليس هكذا الحال في العين الشخصيه أعمّ من الغائبه و الحاضره، فالمعتبر فيهما أيضا المداqqه بمقدار يوجب الزيادة عليه سدّ باب المعامله، و ضابطه الصفات التي أمكن الاطلاع عليها بالرؤيه أو بالمخالطه و الاختبار في مدّه، فما كان منها معلومه للبائع أو كان طريق آخر إلى حصول الاطلاع بها ممكنًا فاللازم ذكره، و ما كان غير ممكن الاطلاع لعدم حصول طريق إلى استعماله برؤيه و لا بغيرها فليس بلازم.

و القول بأنّه لا أقلّ من التوصيف و جعل العقد مبتيا عليه فإنّه ممكن، مدفوع بأنّ اندفاع الغرر بمجرد هذا محلّ منع و إلا فاللازم ارتفاع الغرر بمجرد اشتراط

الخيار فى بيع العين الغير المعلومه الذات و الصفات رأسا فإنّ الخيار مع اشتراطه عرفى كما فى صورته تخلف الوصف.

و الحاصل: لا فرق بين الحاضر و الغائب بل المعيار شىء آخر مستو فيهما، و هو كون عدم المبالاه بلا ما بإزاء و لو كان ما بإزاه استراحه البدن عن تعب التحقيق و عدم كونه كذلك مع مساعده نوع العقلاء على ذلك، فلو كان لشخص بحسب أغراضه الشخصيه غرض أهم من المداقه فى شراء الذهب فأقدم على وزنه بالأحجار التى يوزن بها الأمتعه الخسيسه لعدم فوت ذلك الغرض الأهم لعدّه العقلاء و اردا على المعامله الخطريه.

و هذا بخلاف ما إذا كان ذلك أمرا نوعيا، ألا ترى أنّ الأمر فى معاملة التبن و أمثاله هكذا؟ فلو أقدموا على وزنه بالأحجار الكبار التى تتفاوت بمقدار من مثلا لأجل أنّ صرف الوقت لإحراز هذا لا يليق لا يعدّ إقداما و شراء خطريا.

و على هذا فلو أقدم على شراء عين حاضره و لكن لم يتفحص عن بعض ماله دخل فى زياده قيمته و لم يكن ممّا يعلم بالرؤيه حاله كان خطريا، فإنّ بعض الأمور تقوم فيها الرؤيه مقام الفحص، مثل كمّ المتاع و مقداره مساحه أو وزنا، فإنّ الأوزان و المساحات جعلت علامه على كمّ خاص و حدّ مخصوص من كبر الجسم، فإذا أوقع كمّا خاصا تحت النظر و عينه فى نظره بأنّه واف بأى مقدار من الغرض، مثل أنّ هذا المتاع يفى بقاء له و بقاء لابنه، أو هذه الحنطه تفى لمؤنه سنته و سنه عياله، فأقدم على الشراء بدون استعمال آلات الوزن و المساحه لما كان مقدا على الخطر.

نعم تعيّدنا الشرع بلزوم استعمال تلك الأدوات بخصوصها لا من باب دفع الغرر فى مثل الفرض، فالمقصود أنّ الأوصاف التى يمكن معرفتها بالرؤيه فالعين

الحاضره يفترق من جهتها عن الغائبه فيلزم فيها الوصف دون الحاضره، فيفترقان في كفيته الاستعلام بعد استوائهما في لزوم أصله.

و أما الأوصاف التي لا يعلم حالها بالمشاهده مثل المراتب الإنسانيه المحضه في العبيد و الإماء المحتاجه إلى معاشره مدّه مديده من حسن الخلق و سوائه، و مثل الصناعات التي اكتسبها العبد و الأمه، فلا فرق بين الحاضره و الغائبه و لا يعقل أن يكون الخطر ناشئاً من جهه الجهل بهذه الأمور في الغائبه لو لم يذكر تلك الأوصاف وجوداً أو عدماً، و يكون مرتفعاً في الحاضره مع الجهل بها كما يظهر من بعض الأساطين، حيث جعل الاختلاف بين الحاضره و الغائبه في محقق رفع الغرر، و أنه بالجهل بمثل هذه الأمور يتحقق ارتفاعه بالوصف في الغائبه و هو يتحقق ارتفاعه في الحاضره بنفس المشاهده، و لو كانت هذه الأشياء مجهوله.

و أنت خير بأنّ الخطر في شراء الغائبه عند جهل هذه الأمور ليس إلّا لأجل جهلها الراجع إلى جهل مقدار مائته ما يصل إليه من الطرف، و هذا بعينه موجود في شراء الحاضره عند جهل عين هذه الأمور.

هذا ما تقتضيه القاعده، فإن قام إجماع على خلافه بأن رأيناهم لا يلتزمون بهذا المقدار في العين الحاضره- بل على هذا لا بدّ أن لا يجوز لغير العارف بخصوصيات الأمتعه و الأجناس المبتاعه الإقدام على الشراء أو البيع إلّا بعد المراجعه ليصير عارفاً، و إلّا فهو و الأعمى سيّان، و هو خلاف ما استقرّت السيره العمليه عليه- كان هو الحجّه و إلّا فالإكتفاء بصرف المشاهده لا يوجب رفع الغرر و الخطر عن المعامله، هذا.

ثمّ إنّ غرر الأوصاف قد يرجع إلى غرر الوجود بمعنى أنّ الموصوف بها بما هو موصوف يكون مشكوك الوجود إذا كانت الأوصاف كذلك، ضروره أنّ المقيد كما ينتفى بانتفاء الذات ينتفى أيضاً بانتفاء القيد.

و لكن فيه أنه لا يمكن عدّ المقام تاره من غرر الوصف و أخرى من غرر الوجود، إذ المفروض أنّ المعامله صحيحه على تقدير فقدان الوصف، و ليس من باب تخلف المبيع فيكون باطلا، فالتقييد و إن كان حاصلا بالدقه و لكنّه بالنظر العرفي المسامحي غير حاصل، و المبيع إنّما هو نفس الذات، فالغرر في وجود المبيع غير حاصل، نعم الغرر حاصل في وجود صفته فالغرر ان في المقام غير مجتمعين.

و على كلّ حال فإن حصل الاطمئنان بوجودها أو عدمها بأيّ طريق كان و لو بوصف شخص ثالث لهما كان كافيا، إنّما الإشكال في ما إذا لم يحصل الاطمئنان، فهل مجرّد التقييد في عباره العقد أو الذكر بصوره الاشتراط مع فرض وجود الشكّ رافع للخطر أو لا؟ ظاهرهم الاكتفاء بذلك في رفعه.

و لعلّ سرّه أنّ الخيار حينئذ أمر عرفي، فيكون أمر هذه المعامله بين أحد شيئين: إمّا وجود الصفه و هو المطلوب و إمّا فقدانه و وصول المشتري إلى ثمنه، و لكن هذا منقوض بصوره المعامله الخطريّه من جميع الجهات، مثل بيع ما في الصندوق مع قرار الخيار للمشتري، فإنّ الخيار هنا أيضا أمر عرفي، و يمكن أن يقال: إنّّه خرج بالإجماع إن كان، و إلاّ كان مقتضى القاعده فيه أيضا الصحه.

و الحقّ أنّ الغرر ليس معناه خوف الضرر و فوت الثمن من كيسه حتّى يرفع بالاطمئنان بعدم فوته، و إلاّ لما كان الشكّ في وجود المبيع أو القدره على تسليمه من الغرر، بل معناه خوف عدم حصول الغرض الذي يفيدّه العقد، و هذا المعنى حاصل حتّى مع اشتراط الخيار، و أمّا سرّ أنّ اشتراط الوصف رافع له فهو أمر آخر يجيء إن شاء الله تعالى التعرض له فانتظر.

و على كلّ حال فهل يكون للقول بثبوت الأرش عند ظهور المبيع فاقد الصفه كما هو منقول عن ابن إدريس وجه أو لا؟ قد يقال بالعدم بملاحظه أنّ القيد و الشرط ليس حالهما كالجزء حتى يقابل بإزائهما في الإنشاء جزء من الثمن،

نعم فى اللب لا- فرق بينهما، فإن جعل استحقاق الأرش من هذه الجهه لم يطابق مع القول المذكور، لأن لازمه رجوع جزء من الثمن و هو مفارق للأرش أحياناً.

و يمكن أن يقال: إن القيد يستفاد منه عرفاً تعهد من البائع و التزم بوجوده و لازم التعهد بالشئ هو أداء بدله عند تعذره كما هو الحال فى سائر الموارد، فإن من كان طالباً على عهده إنسان حنطه ففقدت الحنطه يرجع إليه بديلها، و هكذا فى المقام.

إلا أن هذا منقوض بنفس المبيع، فإن البائع متعهد بتسليمه، فلا بد أن نقول عند مصادفه تلفه بالرجوع إلى بدله و عدم بطلان أصل البيع.

إلا أن يدفع بأن فى هذه الصورة لم يقع أصل المعامله تحت أدله الصحه إذ ما قصد لم يقع، و هذا بخلاف ما إذا صح أصل العقد بواسطه وجود ذات المبيع، فشملته الأدله فيكون التعهد مؤثراً أثره من استحقاق مطالبه البديل.

بقى فى المقام سؤال الفرق بين ظهور نفس المبيع غير موجود حال العقد، أو كون صفته كذلك، حيث يقولون بالبطلان فى الأول و لا يقولون ببطلان أصل المعامله فى الثانى، مع أن قضيه القاعده فيهما على حد سواء، فإن المقيّد بقيد إذا انتفى قيده كان المقيّد منتفياً. لا نقول بتعدد الموضوع عرفاً فى واجد الصفه و فاقدها، و لهذا نقول بجريان الاستصحاب المبني على الوحده العرفيه.

فليس حال المقام مثل ما لو تبين فقدان بعض الصفات الذاتيه، مثل ما لو تبين العبد حماراً، أو الكتاب فرساً حيث ليس فى البين مشار إليه محسوس، و لا مثل ما إذا جعلت هذه القيود العرضيه ضميمه للكلى، فإنه يعدّ مابيناً لكلى آخر فاقد للقيد، بل نقول-مع حفظ الموضوع العرفى، فيكون المعقود عليه حاصلًا:- إن نفس العقد الذى هو المحمول مقيّد بوجود القيد، بمعنى أن التراضى العقدى و القرار الإنشائى قد أخذ فيه على وجه القيديه و وجود الصفه و قد

تبيّن فقدانها، فلا قرار ولا تباني في فرض عدمها.

و معنى قولنا: إنّ المعقود عليه حاصل: أنّ العقد الإنشائي الجنائي قد حصل قطعا و كان هو متعلقا بهذا الموضوع أيضا قطعا، و لكن كان له خصوصية لا أثر له مع فقدان تلك الخصوصية، نظير ما يقال في الوجوب المشروط حيث إنّ الوجوب فعلى قبل حصول الشرط و لكنّه غير مؤثر و يكون كالعدم، ففي المقام أيضا حيث كان القرار و التراضي البيعى مبتيا على حصول الصفة ففي فرض عدمها، القصد و الرضى موجودان و لكن لا أثر لهما كما لا أثر للوجوب المشروط مع عدم شرطه.

و الذى يمكن أن يقال فى حسم مادّه الإشكال أن نلتزم بتعدّد المطلوب بمعنى أنّ لبّ القصد و الارتكاز الجنائي فى هذه الموارد متعلق بإنشائين أحدهما فى المطلق و الآخر فى المقيّد، و لا يلزم استعمال اللفظ فى معنيين إذ كما يتصوّر التفكيك بين الإرادتين الجدّيه و الاستعمالية بالنسبة إلى الأفراد أو الأحوال من دون لزوم ملاحظه الإطلاق و التقييد فى لحاظ واحد، كذلك نقول بالنسبة إلى مراتب الجدّ.

فكأنّه قيل: بعت هذا مطلقا إلا فى المرتبة القصوى فبعته مقيّدا، و القيد أعنى: قوله «العربى» مثلا فى قوله: بعتك هذا الفرس العربى، و إن كان فى الصورة متعلقا بالموضوع، لكن عرفت أنّ الموضوع ليس إلا هذا الجسم المشاهد، فالقيد راجع فى اللبّ إلى البيع، و حيث إنّ لو أمسكه عند ظهوره عجميّا لا - يقال إنّ آكل للمال بالباطل، غايه الأمر أنّه يقال: إنّ رجل مسامح حيث ترك الأخذ بالخيار و لم يقع بصدد المطالبه لما قيّده يعلم أنّه بحسب المرتبة الدنيا من الجدّ قاصد للبيع المطلق، و حيث إنّ مصرّح فى اللفظ بالقيد و بأخذ بالخيار عند التخلف، و يكون ذلك حقّا يحكم بأنّ التقييد راجع إلى المرتبة القصوى للمطلوب.

لكن دعوى وجود هذا الارتكاز فى خصوص الأوصاف العرضية و فى خصوص المبيع الشخصى دون الذاتيه و دون الكلى فيه خفاء، بمعنى أنه يناسب أن يكون فى نفس العناوين المذكوره ارتباط مع الصحه و الفساد، لا أن وجه الارتكاز المذكور و هو خاص بمورد دون آخر إذ يسأل عن وجه التخصيص مع إمكان مجيئه فى الموردين، فتأمل.

ثم معيار الصحه على ما عرفت كون الوصف غير مقوم للحقيقه، و إلا كان من تخلف المبيع، و المتجه فيه البطلان، فيقع الكلام فى تشخيص موارد كون الوصف هو العارضى أو المقوم للحقيقه، فالذكوره و الأنوثة فى العبيد و الإماء تعدّ من الحقيقى، و فى الغنم لا- يبعد أن تكون من العارضى، و كذلك لبن الغنم مع لبن البقر جنس واحد و إن كانا حقيقتين فى باب الربا، لكن يشكل إن كان الحكم فى ذلك الباب على القاعده و بلا تعييد فى البين، كما فى الحنطه و الشعير، فإن ورد تعييد بأنّ لبن الغنم و لبن البقر مثلا- و هكذا جنبهما و دهنهما حقيقتان أعنى: بحكم الحقيقتين فهو، و إلا فإن كان على القاعده فيبعد ذلك كلّ البعد، و كيف يمكن الحكم بأنّ اللبن عند العرف يختلف حقيقته بصرف كونه من الغنم و كونه من البقر.

فالإنصاف اتحاد البابين فى أمثال هذه الأشياء، نعم قد يشكل فى مثل الفاسونى المتخذ من القطن و الفاسونى المتخذ من الصوف، فإنّ الصوف و القطن لا- شكّ فى عدّ العرف لهما من جنسين، و لكن فى هذا الباب لا- يبعد المعامله معهما معاملة الأوصاف، فلو اشترى الفاسونى على أنه صوفى فبان أنه قطنى لا يبعد أن يقال إنّه من تخلف الوصف عند العرف، فتأمل.

مسأله: الأكثر على فوريّه هذا الخيار، و قد يستشكل بأنّه ما وجه الاختلاف فى خيار الغبن و الاتفاق هنا على الفور؟

و يجاب بأنّ الفارق ظهور النصّ هنا-و هو قوله-عليه السلام-:«كان له خيار الرؤية»-في الفوريه،فإنّه بمنزله قولنا:كان له الخيار عند الرؤية،و الظاهر في أمثاله اتحاد زمان الفعل الذى مورد الحكم أعنى:الفسخ في مقامنا الذى هو مورد الحقّ و الملك مع زمان الرؤية كما في قولك:عند ما رأيت زيدا أعطه درهما،حيث يفهم أنّ زمان الإعطاء زمان الرؤية لا أنّه زمان الإيجاب،و أمّا الإعطاء فموسّع بالنسبه إليه و إلى الأزمنه المتأخره،فكذا لو قيل:عند ما رأيت المبيع متخلف الوصف فلك الفسخ،يعنى فسخك في هذا الزمان نافذ،لا أنّ حكم النفوذ لا حق بفسخك من هذا الحين،و أمّا زمان الفسخ فموسّع.

إن قلت:قول السائل أنّ المشتري بعد ما قلب المبيع استقال صاحبه فلم يقله،ثمّ جواب الإمام-عليه السلام-بأنّه لو قلب تسعه و تسعين و بقى واحده لم يرها كان له خيار الرؤية،ظاهر فى أنّه مع هذا المفروض الذى قد فرض تأخر الزمان عن الرؤية يكون له الخيار.

و القول بابتناؤه على كون الاستقاله فسخا لأنّها كاشفه عن كراهه العقد،فحالها حال إنكار الطلاق حيث قالوا بأنّه رجعه إذا كان فى العده،فاسد.لأنّ الاستقاله طلب الفسخ من الطرف و هو غير الفسخ،و كاشفيتها عن كراهه العقد مسلّمه لكن مجرد هذا غير كاف،و لهذا لو أظهر الندامه و قال:يا ليت لم أوقع المعامله،ليس فسخا،كما يشاهد فى سائر القرارات العرفيه و المواعيدات الواقعه بينهم.

قلت:لا-نسلّم أنّه يعتبر فى الفسخ أزيد من كراهه قلبيه للمعامله مع الإتيان بمظهر قولى أو فعلى أعمّ من كونه بنحو الأخبار أم الإنشاء،فإظهار الكراهه بواسطه صدور الاستقاله عمّن له حقّ الخيار مؤثّر فى انتقاض المعامله

ثمّ على فرض عدم تماميّه دلالة الروايه، فاستصحاب بقاء الخيار فى الأزمنه المتأخّره بعد بطلان التمسك بالعمومات- كما تقدّم فى خيار الغبن- هنا متّجه و سالم عن الخدشه الوارده عليه هناك من الشكّ فى بقاء الموضوع لأنّ الموضوع هنا محرز بقيوده.

مسأله: يسقط هذا الخيار بترك المبادره

على التفصيل المتقدّم فى خيار الغبن بناء على الفورويّه و بإسقاطه بعد الرؤيه، و فى قيام التصرف الغير الدال على الالتزام بالعقد فى مقابل فسخه- كما إذا وقع باعتقاد عدم الخيار أو كون البائع شخصاً قوياً متمرداً عن أحكام الشرع-مقام الإسقاط وجه مبنى على استفاده العموم من التعليل فى بعض أخبار خيار الحيوان بقوله: «فذلك رضى منه» (1) بناء على تفسير الرضى بما ذكرنا أعنى: الأعمّ من الالتزام بالعقد فى مقابل الفسخ.

و أمّا بناء على تفسيره بالرضى المقابل لرضى الفسخ الذى لا يتمشى فى حقّ الغير الملتفت بثبوت حقّ الفسخ فلا يمكن الحكم فى هذا القبيل من التصرفات.

نعم التصرفات الدالّه لا إشكال فيها لكنّها قسم من الإسقاط، لأنّه أعمّ من القولى و الفعلى، و الذى يكون فى كلمات العلماء غيرها بدليل جعلهم التصرف قسيماً للإسقاط.

و كيف كان فهل التصرف أو الإسقاط قبل الرؤيه مؤثّر أو لا؟ مبنى على أنّ الرؤيه سبب أو كاشف؟ فإن قلنا بالثانى صحّ و إلّا كان من إسقاط ما لم يجب، و قد تقدّم البحث فيه، و قد مضى ما يظهر منه قوه القول بالسببيّه بمعنى أنّه يحدث الخيار عند الرؤيه، فإنّ معنى قوله-عليه السلام-: «خيار الرؤيه» خيار مطروف

فى ظرف الرؤيه لا بمعنى أنه يتولّد من الرؤيه كما يقال: خيار الغبن و العيب و التأخير، يعنى ما سببه أحد هذه الأمور حتى يسقط عن الدلاله على ما قلنا من الفوريه، فإنّ الظاهر كون الرؤيه لها سمه الطريقيه لا الموضوعيه بهذا المعنى.

نعم بمعنى أنّ الخيار يحدث عندها و بعباره أخرى بمعنى دخالتها على وجه الظرفيه مسلّم، فيكون الحاصل أنّ الخيار المظروف فى ظرف الرؤيه مشوّه تخلف الوصف، و على كلّ حال فلا ثبوت له قبل الرؤيه، لأنّها فرضت ظرفا له.

ثمّ مع الغضّ عن ذلك و جواز إسقاطه قبل الرؤيه، فلو أدرج شرط سقوط هذا الخيار فى ضمن نفس العقد فهل هو من قبيل الشروط الفاسده المفسده- و لو لم نقل بإفساد الشرط الفاسد فى سائر الموارد، فإنّه من قبيل سرايه الجهل من الشرط المجهول إلى العقد- أو أنّه صحيح و ليس بفاسد و لا مفسد، أو أنّه فاسد و ليس بمفسد؟ فى المسأله أقوال.

و اختار شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- الأوّل، محتجّا بلزوم كون تعهد الوصف لا تعهد، و إذا صار التعهد لا تعهدا بطل البيع لعود الغرر الذى كان ارتفاعه بواسطه التعهد لا بواسطه الخيار لأنّ الحكم لا تبديل له فى موضوعه.

أمّا لزوم كون التعهد لا تعهدا، فقد يستشكل عليه بأنّ تعهد وجود الوصف مع التعهد بعدم السلطنه على الفسخ على تقدير تخلف التعهد الأوّل كيف يتناهيان؟ مع أنّ الثانى مبنى على تخلف الأوّل و بروز عدم وفاء صاحبه و هو مؤكّد له.

نعم قد يكون الشرط منافيا للجدّ إلى العقد، كما فى البيع بشرط عدم الثمن، أو البيع بشرط عدم السلطنه رأسا على المثلثين، و ههنا أيضا لو فرض أنّ الخيار لازم لا ينفكّ للتعهد بالوصف بحيث لا يجتمع الجدّ إلى الملزوم مع الجدّ إلى انتفاء

اللازم كان الأمر كذلك، ولكن المفروض عدم ارتفاع الغرر بواسطة الخيار بل بواسطة نفس الاشتراط.

و أما كون الخيار من قبيل السلطنة اللازمه للملك حتى لا يقبل السقوط بعد الثبوت آنا ما بمعنى أن يكون اللازم وجود السلطنة خارجا، فإنه حينئذ يوجب عدم تمسّي الجّد إلى الاشتراط لو كان في ظرف الاشتراط و موطنه، نعم لا بأس بوقوعه بلا فصل بعد تمامه بتوسط الإسقاط، لأنهما إنشاءان مستقلّان.

ففيه: أنّ الكبرى مسلّمه لكن لا- طريق لإثباتها في المقام، و أيضا كيف يكون الاشتراط بنفسه رافعا للغرر و الخطر؟ فإنه في مثل الأفعال يوجب تسلّط المشروط له على مطالبه الشارط بالعمل، و أمّا في مثل شرط كون الفرس عربيا فلا يتصوّر كيف يوجب رفع الغرر.

و يمكن ذبّ الإشكال بحذافيه بأن يقال: وجه كون الاشتراط رافعا للغرر أنّ البائع محتاج إلى الثمن و حيث إنّ يعلم بأنّه في صورته الاشتراط لو بان التخلّف لكان لطرفه الفسخ فينتفى غرضه من وصول الثمن، فهذا يوجب وثوقا نوعيا بكون الوصف موجودا، و لو لم يفد الوثوق الشخصى، كما هو الحال في الوثوق بقول الثقة، فهو طريق حجه عقلائي يخرج معه الإقدام عن كونه خطريا، و هذا مبنّى على كون الخيار عرفيا، و لا ينافيه قول الشيخ أنّ الخيار شرعى، فإنه يمكن إرادته الشرعى الإمضائى، أو أنّه لا ينافى إثبات الشرعى مع ثبوت العرفى أيضا.

و بالجملة فالاشتراط باعتبار هذا اللازم يفيد الوثوق النوعى، و كذا الحال لو لم نقل بعرفيه الخيار و لكنّ المشتري يعلم بعلم البائع بثبوت الخيار شرعا عند تخلّف الوصف.

و حينئذ نقول في تقريب التهافت و التنافى: إنّ اشتراط عدم سلطنه المشتري

على الفسخ بعد الثبوت آنا ما يوجب رفع هذا الوثوق، وقد كان الجد إلى التهد و الاشرط للوصف ناشئا ببركه ترتب هذا الأثر و حصول هذا الاطمئنان، فإذا ارتفع بواسطه شرط السقوط صار إنشاء بلا روح.

و على هذا فلو فرض أن اشرط السقوط لم يؤثر في رفع الاطمئنان الحاصل بالتعهد كان جائزا، كما إذا كان قبل المعامله بانبا على تعهد وجود الوصف و حين ما اشتغلا بإجراء الصيغه عرض عارض لاشرط سقوط الخيار، فإنه حينئذ لا ينافى التعهد المذكور في تأثير الاطمئنان، فلا يوجب بطلان المعامله مع صحته أيضا، و كذا لو علم أن البائع غير عالم، و لكن صحه المعامله حينئذ محل إشكال.

مسأله: لو شرط الأرش عند ظهور المخالفه مع تعيينهما مقدار الأرش

حتى لا يلزم جهاله من ناحيته فلا مانع من صحته سواء رفع الغرر من الخارج أم بنفس هذا الاشرط بالبيان المتقدم، و لا يضر التعليق في باب الشروط كما قرّر في محله.

نعم يبقى الإشكال في استحقاق الأرش مع الشك في مشروعيتها، و لهذا لو بذله بعنوان الأرشيه بدون اشرط في العقد، فلا يحكم بمملكيتها، نعم في باب العيب قد علمنا من الشرع مشروعيتها، و لكن هذا الإشكال أيضا ممكن الاندفاع بأن غايه الأمر هو الشك في المشروعيه، و هو غير مضر بالأشرط، و شمول دليل الشرط له، فإن أصله عدم المخالفه للكتاب و السنه ترفع هذا الشك، اللهم إلا أن يستشكل في جريان هذا الأصل، و لكن الكلام بعد الغض عن ذلك و البناء على صحته و إجراءاته في أمثال هذه الموارد.

و لو اشرط انفساخ المعامله عند ظهور الخلاف، فهو أيضا لا مانع من صحته بناء على أن حصول الانفساخ بلا توسط إنشاء قولى أو فعلى حينه، بل حصوله بنفس هذا الإنشاء المعلق الحاصل في الاشرط، إنا علم مشروعيتها كما لو

استظهر ذلك من قوله في أخبار بيع الشرط: بأن الدار له، وإما يشك في ذلك فيكفيه أصاله عدم المخالفه.

و كذلك الحال لو شرط الانفساخ عند ظهور المخالفه و انعقاد بيع آخر في ما بين الثمن و عين كليه موصوفه كذائيه أو شخصيه كذلك، أو في ما بين المبيع و أحد المذكورين، فإن البيع لم يعلم كونه مثل النكاح له أسباب خاصه ليس الشرط منها، بل غايه الأمر هو الشك فيرجع إلى الأصل المتقدم القاضى بالصحه.

و على تقدير القول بالفساد فلا- وجه للقول بالإفساد- كما ربما يستظهر من عباره الشهيد- قدس سره- إذا فرض رفع الغرر عن المعامله من الخارج، بأن حصل الاطمئنان بوجود الصفه و لكن شرط على تقدير ظهور الخلاف الذى هو احتمال موهوم فى نظره حصول الانفساخ و المبادله المذكوره، نعم لو اعتمد فى رفع الغرر بهذا الاشتراط كان البيع باطلا و لو فرض صحه الشرط من حيث نفسه بمعنى عدم المانع فيه لو وقع فى عقد صحيح من جهات آخر.

و تفصيل الكلام فى المقام ببيان الشقوق المتصوره فى اشتراط الأبدال أن يقال: إنه قد يجعل العين الأخرى الموصوفه مقابله بالثمن الواقع فى البيع الأول، و قد يجعل مقابله هذه العين، الظاهر مخالفه وصفها مع المشروط، و الأول أيضا على قسمين، لأنه قد يجعل الثمن فى الإنشاء الواحد بإزاء شئيين على تقديرين عكس المسأله المعروفه، أعنى: بيع الشئ الواحد بثمانين على تقديرين، بأن يبيع حالا بكذا و إلى شهر بكذا.

و قد يجعل المبادله الأولى مستقره على المبيع الواحد و على تقدير ظهور المخالفه يصير منفسخا، و يحصل ثابتا بين ذلك الثمن و بين المبيع الآخر، فإن جعل التقدير ظهور المخالفه فواضح، و إن جعل نفس المخالفه الواقعيه فلا بد

من حصول المبادله أنا ما لينفسخ بعده ثم تنعقد الأخرى.

و على كل حال فإن كان من قبيل القسم الأول أعنى: إيقاع المبادله من الابتداء بنحو الترديد فى المثلثين بأن كان هذا على تقدير المخالفه أو ظهورها و ذاك على تقدير العدم، فالظاهر منهم أن هذا النحو من البيع غير جائز، حتى أنه لو صححنا دلالة الروايه الوارده فى تلك المسأله المعروفه للزم الاقتصار على موردها حتى لا يجوز التعدى إلى مثل المبيعه بثلثين إلى شهر و بثلثين آخر إلى شهرين، لأن موردها صورته كون الثمن نقدا كذا و إلى شهر غيره، فحكم فيها بانعقاد المعامله بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، و ليس بطلان هذا من جهه الغرر، لأننا نفرض حصول الاطمئنان بوجود الصفه و عدم المخالفه، بل على فرض الشك أيضا، إذ لا خطر فى مثل هذه المبيعه الواقعه بين الثمن و بين هذا الفرس المشكوك عربيته على تقدير عربيته، و بينه و بين فرس آخر مقطوع عربيه على تقدير العدم، بل الدليل هو الإجماع على بطلان الإبهام و الترديد فى المثلثين كما فى الثمن، فإن تم و إلا فمقتضى القواعد هو الصحه.

و إن كان من قبيل الثانى أعنى: إيقاع المعامله منجزا بين هذا و الثمن، ثم انفساخها على تقدير ظهور المخالفه و انعقاد مبادله أخرى فى ما بين هذا الثمن و العين الموصوفه الأخرى، فهذا لا مانع فيه من جهه البيع، إذ يفرض حصول الاطمئنان من الخارج بوجود الصفه و لا من جهه شرط الانفساخ، لوجوده فى مسأله شرط الخيار برد الثمن.

و أما من جهه شرط الانعقاد ثانيا فلا شبهه فى كونه فى طول حصول الانفساخ لترتب المبادله و الانتقال الثانوى على الدخول فى ملك البائع حتى يعود بالمبيعه الثانويه إلى المشتري، فالانفساخ مقدمه للانعقاد، فيكون مقدا فى الرتب

على الانعقاد فيرد حينئذ الإشكال بأن الشرط تابع للعقد المشروط فيه حدوثا و بقاء فكيف يمكن ارتفاع العقد الذي وقع في ضمنه الشرط، و في الرتبة المتأخره من ذلك يتحقق مضمون الشرط الذي وقع في ضمنه.

و لكنّه ليس واردا، لأنّ الشرط إذا تعلّق بهذا الترتيب ففوقه خلافه خلاف الوفاء بالشرط، فإذا وقع تحت مفاد الشرط حصول هذا الترتيب و شمله دليل الوفاء بالشرط، فاللازم حصوله كذلك، و هذا نظير أن يشترط في بيع الحيوان مثلا على المشتري أنه لو فسخ في الثلاثه كان عليه دينار للبائع، فمقتضى هذا الشرط وقوع الملكيه عقيب الفسخ، فكيف يصير الفسخ الذي صار مقتضيا بحكم دليل الشرط، مانعا لما صار مقتضيا له؟ نعم يمكن الدغدغه في صحّه هذا الشرط الثاني من جهة احتمال اختصاصه بالحصول من أسباب خاصه كما في النكاح، فإن جعلنا ذلك مضرا بصحّته صار هذا الشرط فاسدا، و أما إفساده للعقد فمبني على القول بإفساد الشرط الفاسد، فإن قلنا بعدم الإفساد فلا وجه للفساد.

نعم لو ظهر المبيع فاقتدا للوصف فهل يحصل الانفساخ بمقتضى الشرط الأول؟ بتقريب أنه كما لم يوجب فساد الشرط الثاني فساد العقد لم يوجب أيضا فساد الشرط الأول، أو أنه لا يحصل بل تبقى المبادله بحالها و يحصل الخيار على قاعدته؟ يمكن تقويه الثاني، لأنّ شرط الانفساخ نسبه إلى شرط الانعقاد نسبه المقدمه إلى ذيه لا نسبه المقيد إلى قيده، و نسبه العقد إلى الشرط الثاني نسبه المقيد إلى قيده، و نحن إن قلنا بأنّ المقيد لا يبطل إنشاؤه ببطان القيد، لا يلزم أن نقول بأنّ الإنشاء الحاصل مقدمه و يتبع إنشاء آخر أيضا لا يبطل ببطان الإنشاء

الثانى، بل يمكن دعوى شهاده العرف فى الثانى بالبطلان، و أنّ الفرع لا يزيد على الأصل.

و إن كان من قبيل الثالث أعنى: إيقاع المعامله منجّزا على هذا ثم اشتراط وقوع مبادله أخرى بين هذا فى ملك المشتري و بين عين أخرى إمّا كليته أو شخصيّه موصوفه على تقدير فقدان الصفه المشترطه فى المبيع الأول، و هذا أيضا لا إشكال فيه من حيث البيع الأول لو فرض حصول الاطمئنان بصفته، و لا من حيث الشرط لو فرغنا عن إمكان مملكيه الشرط شرعا و عدم الاختصاص بالأسباب الخاصّه مثل البيع و الصلح، و فرضنا أنّ المبيع الموصوف أيضا جعل فقدان صفه واحده من صفاته تقديرا للمبايعه المشترطه، و يكون حاله عند هذا التقدير أيضا معلوما.

مثلا كان معلوما أنّ هذا الفرس لو لم يكن عربيا كان فارسيا حتّى لا يكون الثمن فى المبايعه الثانيه شيئا مجهول الصفه فيبطل من جهه الغرر، و يوجب بطلان البيع.

نعم لو فرض الدغدغه فى الأمر الأول صار هذا الشرط فاسدا، و فى إفساده العقد أيضا هو الوجهان الموجودان فى كلّ شرط فاسد، و على تقدير العدم فلا وجه لفساد العقد، فلم يعلم ما وجه حكم شيخنا الشهيد بفساد العقد، إلا أن يكون المفروض جهاله المبيع على تقدير فقدان الصفه و تردّده بين صفات آخر تتفاوت بها المائيه، فإنّه حينئذ يقع ثمن البيع الثانى مجهولا و تسرى الجهاله إلى البيع الأول، فيسرى الفساد من هذه الجهه، لكنّ الحكم بالفساد بوجه الكليّه ليس له وجه بناء على مبنى عدم مفسديّه الشرط الفاسد.

ثمّ لم يعلم ما وجه اعتراض الحدائق على الشهيد بما حاصله: أنّه لا وجه للفساد فى صورته ظهور المبيع موصوفا، مع تسليمه الفساد فى صورته ظهور

الفقدان، فإنه إن بنينا على إفساد الشرط الفاسد فلا فرق بين الصورتين في الفساد، وإلا فكذلك في الصحة، وإن كان بناء كلامه على ما تقدّم عن الأردبيلي -قدّس سرّهما- من تقوية البطلان عند الفقدان، فكيف صنع بالأخبار المتقدّمة الواردة في خيار الرّؤية؟ والسّدى أفاده شيخنا الأستاذ -دام علاه- في توجيه عبارته الحدائق على وجه يسلم عن الإيراد الواضح الغير اللائق بأهل العلم: أنّ مراده بالمخالفة في قوله:

«لو ظهر مخالفاً فإنّه يكون فاسداً من حيث المخالفة» هي مخالفة الشرط للشرع، بمعنى أنّ شرط الإبدال مخالف لأخبار خيار الرّؤية، فإنّ الشرع جعل العلاج ثبوت الخيار، وجعل هذا الشرط بقبال الشرع الإبدال، وإذا فسد الشرط فسد المشروط بناء على مذاق من يجعل الشرط الفاسد مفسداً و بناء على أنّ إبطال موضوع الخيار أعني: ارتفاع العقد أيضاً ينافي مع ما دلّ على الخيار في حال وجود العقد.

ثمّ أورد على نفسه إيراداً بأنّ هذا الشرط لا يخالف الشرع، لأنّه جعله جابراً لتخلّف الوصف، فأجاب بعدم الصالحية للإجبار، لأنّ الأخبار الدالة على الخيار مطلقة شاملة لحال وجود مثل هذا الشرط أيضاً، فالشارع في هذا الفرض أيضاً جعل الجابر هو الخيار فجعله الإبدال يكون مخالفة للشرع.

و أمّا وجه تخصيص البطلان بصوره ظهور فقد الوصف دون صورته وجوده، فالأنّ الشرط إنّما هو في صورته عدم ظهور الوصف، فلا شرط مع ظهوره، والأخبار المتقدّمة أيضاً عامّة شاملة لهذا الفرض فنحكم بالصحة والخيار بمقتضاها، هذا ما أفاده -دام ظلّه- في توجيه عبارته ولكنّ الأمر سهل بعد وضوح أصل المسألة كما عرفت.

مسأله: هل خيار تخلف الوصف خاص بالبيع أو يشمل كل عقد

واقع على عين شخصيّه موصوفه كالصلح و الإجاره؟ اختار شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-الشمول مستدلا بأنّه لو لم نحكم بالخيار مع تبين المخالفه فإنّما أن نحكم ببطلان العقد و إمّا أن نحكم بلزومه، و الأوّل مخالف لطريقه الفقهاء، و الثاني فاسد من جهه أنّ دليل اللزوم هو وجوب الوفاء و حرمة النقض، و من المعلوم أنّ عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقده للأوصاف المشترطه ليس نقضا للعقد، هذا حاصل استدلاله-قدّس سرّه.

و خدش فيه شيخنا الأستاذ-دام علاه:- بأنّ مجرد عدم وفاء دليل اللزوم لا يكفي لنفيه بعد أنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الآثار المفروض حدوثها بحكم الإجماع المذكور في كلامه-قدّس سرّه-قبل الفسخ بنفس العقد في ما بعد الفسخ، فالأولى الاستدلال ببناء العقلاء على الخيار في صورته التخلف، و تسلط من تخلف الوصف في ما انتقل إليه على فسخ العقد، و على فرضه لا نحتاج إلى الإجماع أيضا، إذ يكفي هذا البناء لإتمام كلّ من الصّحّه و الجواز لو لم نقل بأنّ الصّحّه مفاد الأدلّه كما اختاره على خلاف ما سبق اختياره من الأستاذ-دام ظلّه-من إمكان استفادتها منها أيضا.

مسأله: لو اختلفا فقال المشتري: تخلف صفه، و قال البائع: لم يتخلف،

فهذا له صورتان:

الأولى: أن يكون كلّ منهما مدّعيًا للتقييد بصفه، كأن يقول المشتري: قيدينا العبد بالحبشيّه و هذا زنجي، و يقول البائع: بل قيديناه بالزنجيّه.

و الأخرى: أن يرجع النزاع إلى المطلق و المقيّد، فيقول المشتري: قد قيديناه بالحبشيّه، و يقول البائع: بل أوقعنا البيع على وجه الإطلاق من هذه الجهه، و دفعنا

الغرر بحصول الاطمئنان من الخارج و لكن صرحنا فى الصيغه بأنه سواء كان كذلك أم لا.

و على كل حال فهل يقَدِّم قول البائع أو المشتري؟ رجح العلامة-أعلى الله مقامه-الثانى، لبراءه ذمته عن دفع الثمن إلى البائع، و لا ينافى مع اعترافهما بوقوع البيع، لا بتناؤه على عدم وجوب تسليم ذى الخيار فى زمن الخيار ما انتقل عنه و إن تسلّم ما انتقل إليه.

و لكن يرد عليه بأنّ هنا أصلاً آخر و هو عدم ملكيه المشتري و بقاء ملكيه البائع للثمن، فيعارض هذا مع الأصل المذكور.

و أورد عليه شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-بأنّه بعد الإقرار باشتغال الذمّه بالثمن حسب وقوع العقد الصحيح يقع الشك فى حصول الالتزام من البائع بالوصف المفقود أو لا، و الأصل يقتضى عدمه، و هذا الأصل حاكم على أصاله البراءه المذكوره، لكونه موضوعياً بالنسبه إليها.

ثمّ رجع عن هذا و فرّق بين الاشتراط و التوصيف و أنّه مع الاشتراط يكون الأمر هكذا، و أمّا مع التوصيف فالأصل يقتضى عدم وقوع العقد المقيّد بالصفه الموجوده، و مقتضاه عدم وجوب الوفاء على المشتري بدفع الثمن إلى البائع، و لا يرد على هذا الذى ذكره-قدّس سرّه-ما أوردناه على كلام العلامة-قدّس سرّه-من المعارضه بأصاله بقاء ملك البائع للثمن بعد فسخ المشتري، لأنّ هذا الأصل موضوعى بالنسبه إلى استصحاب الملك، بمعنى أنّ من آثار عدم وقوع العقد على الصفه الموجوده بنحو مفاد ليس التامه أعمّ من أن لا يقع عقد فى البين أصلاً أو وقع مقيّداً بالصفه المفقوده ملكيه المشتري للثمن بعد قول فسخت.

فهذا الأصل و إن لم يحرز إلاّ جامع العدم دون إحدى الخصوصيتين لكنّ

الملكيه عقيب الفسخ ليس من آثار إحداهما، وإنما هي أثر لهذا الجامع العدمي، فيكفي الأصل المتكفل لهذا الجامع لإثباته، فيرفع الشك بالنسبة إلى الملكية بعد الفسخ فلا يبقى مجال لاستصحابها، هذا.

و لكن يرد عليه -قدس سرّه-: معارضه هذا الأصل بأصل آخر وهو أصل عدم وقوع العقد على الصفه المفقوده و يكون من أثره أيضا عدم عود ملكيه الثمن للمشتري بعد الفسخ.

و الذي اختاره شيخنا الأستاذ -دام ظلّه- في المسأله: تقديم قول البائع.

و توضيح ذلك: أنّ معقد النزاع ليس هنا أصل ينقح أحد طرفيه، بمعنى أنّه ليس لنا أصل يحرز أنّ هذا العقد الموجود على أيّ حال من وصف التقييد بالمفقود أو الموجود أو وصف الإطلاق و كونه خياريا أو لازما، و لكن لا بدّ من تنقيح أنّ الجواز هو المحتاج إلى السبب أو اللزوم، و بعد ذلك لا بدّ من تنقيح أنّ السبب ماذا و أنّه هل اعتبر على نحو لا يقبل الاستصحاب أو على نحو يقبله؟ أمّا الجهه الأولى فنقول: الظاهر أنّ اللزوم ليس إلاّ -عبارة عن بقاء الملك و عدم وجود ما يزيله، و الجواز عبارة عن وجود موجب لزواله، فاللزوم أمر عدمي و ليس سببه إلاّ عدم موجب الخيار مع وجود ما يقتضي الملك و هو العقد.

و أمّا الجهه الثانيه فنقول: سبب الخيار إمّا عبارة عن تخلف الصفه المعقود عليها، أو كون العقد واقعا على صفه مفقوده، و على كلّ حال نقول: يمكن لنا تتميم المرام بضميمه الوجدان إلى الأصل، و ذلك لأنّ العقد الموجود على هذا المنوال له بوحده وجوده الخارجي أثران:

أحدهما: الصّحّه، و الآخر: الخيار، و بمقتضى تعدّد الأثر لا بدّ من تعدّد المؤثر، فنقول بالتحليل العقلي يكون المؤثر في الانتقال أصل جامع العقد أعمّ من

الواقع على المنوال المذكور و من غيره، و المؤثر في الخيار هو هذا العقد الخاص.

فالجهد الأولى معلومه الحصول لنا في المقام، إذ لا- نشك في وقوع جامع العقد على هذا الثمن الشخصي، و أمّا الجهد الثانيه فمشكوكه مسبوقة بالعدم فنستصحه و نرتب عليه عدم حصول إعادته الملك الحاصل للبائع إلى المشتري، فأصل الانتقال إلى البائع محرز بحكم الوجدان، و موجب عوده إلى المشتري محكوم بالعدم بحكم الأصل، و قد عرفت أنّ هذا معنى اللزوم.

و لا- فرق في ما ذكرنا بين كون الموجب للخيار تخلف الصفه بنحو مفاد كان التامه، أو كون العقد واقعا على الصفه المتخلفه بنحو مفاد كان الناقصه، أمّا على التقدير الأول، فجريان أصل العدم واضح، و أمّا على الثاني فلأننا لا نريد إحراز حال العقد الموجود الذي هو مطرح المرافعه كما تقدّم ذكره في صدر التوضيح بل نقول: الأصل عدم تحقّق العقد بهذا المنوال على هذا الثمن الشخصي.

و بعباره أخرى الأصل عدم تحقّق قضيه عقد كان كذا في هذا الثمن، و هذا كاف في إثبات المدعى من عدم تحقّق العود في هذا الثمن على تقدير الانتقال.

نعم لو كان الأثر مرتباً على موضوع شخصي خارجي مع محمول عدمي، لا يمكن إجراء أصاله عدم تحقّق القضيه من الأزل ثم حمله على الموضوع الخارجي، لأنّ السالبه المنتفيه الموضوع مع السالبه الموجوده الموضوع موضوعان عند العرف، فإذا كان أثر صلاه ركعتين مثلاً مرتباً على قضيه «زيد إذا لم يكن قائماً» و شككنا في قيام زيد الموجوده، فلا يمكن إجراء أصاله عدم تحقّق قيام هذا الزيد من الأزل و جرّه إلى حال وجوده، فإنّ الحكم حال وجوده بأنّه ليس بقائم غير الحكم بعدم تحقّق قيامه من الأزل. فالموضوع في الثاني في الحقيقه هو الربط و في الأول هو الزيد الخارجي.

و أما إذا كان أثر صلاه ركعتين مرتباً على قضيه «زيد إذا كان قائماً» فشكنا في قيامه بعد وجوده فلنا إجراء أصله عدم تحقق هذه القضيه لرفع الأثر المذكور، و مقامنا من هذا القبيل، فتدبر.

مسأله: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول بطل

كما عن المبسوط و القاضي و ابن سعيد-قدس سرهما- و العلامه في كتبه و جامع المقاصد، و استدلل عليه في التذكرة و جامع المقاصد على المحكي بأن بعضه عين حاضره و بعضه في الذمه مجهول.

قد يستشكل في هذا بأنه يمكن رفع الجهاله بأحد أمور ثلاثه، إما أن يبيعه المنسوج و المغزول على أن ينسج المغزول بمنوال المنسوج مع الاطمئنان بأنه يفى بالشرط و يخرج عن عهده، و إما أن يبيعه هذا المنسوج بضميمه مقدار معين من المغزول الكلي بالشرط المذكور، و إما أن يبيعه هذا المنسوج مع أذرع معلومه من المغزول المنسوج بهذه الصفه على وجه الكلي، هذا.

و لكن قال شيخنا الأستاذ-دامت أيام إفاضاته الشريفه-: يمكن أن يكون نظر المانع إلى صورته قصد بيع هذا المنسوج مع المنسوج الذي يكون له شأنيته الوجود بأن يجعله بما هو جزئي و غير قابل الصدق على كثيرين ضميمه للموجود.

و وجه البطلان حينئذ اشتراكه مع ما أجمعوا ظاهراً على البطلان فيه من بيع أحد عبيدين متساويين في جميع الجهات بلا تفاوت بينهما رأساً و أصلاً من دون تعيين أحدهما، فإن كونه بنحو الإبهام الذي لا تعيين له حتى في نفس الأمر يظهر أنه أيضاً كالجهل مانع مستقل عن الصحه، و هذا المعنى بعينه موجود في المقام، فإن ما يتصوره اللاحظ من الموجود في المستقبل لا بعنايه الوجود حتى يقبل الجعل في العهده له أنحاء متشابهه من جميع الجهات في عالم التصور و لا ميز في نفس

الأمر لما يجعل في العهده ممّا بين هذه الصور، فلا محاله يكون جزء المبيع هو الجزئي المرّدّد في ما بينها، الذي لا يخرج واقعه عن الإبهام.

و القول بأنّه معلوم في علم الله تعالى فيشار إليه بهذا الوجه الإجمالي و هذا كاف في مقام المايزيّه، فيكون كالشبح المرئي من بعيد، فإنّه محتمل الانطباق على الكثيرين على البدل لكنّه ليس بنكره فكذا في المقام.

مدفوع بأنّه حينئذ و إن كان كذلك لكنّ المبيع على هذا التقدير يكون مرّددا بين الموجود و المعدوم، إذ على تقدير عدم النسج لا معلوم عند الله، بل المعلوم عنده تعالى هو العدم. و مفروض كلامهم -قدّس أسرارهم- ما إذا كان المبيع سواء نسج أم لم ينسج أبدا شيئا محفوظا موجودا بالوجود في العهده، و البيع بهذا التقدير لا محاله متعلّق بالمبهم.

السابع: خيار العيب

إشارة

اعلم أنّ مقام البيع و الشراء سواء كان باللفظ أم بالفعل ظاهر في كون المتعلّق هو الصحيح الخالي عن العيب إذا كان متعلّقا بالعين الشخصيّة و لم يذكر من الصحّة و العيب قيد، و ليس هذا من قبيل الأ-غراض المترتّب على المبيع أو الصفات الكماليّه الموجوده فيه، فإنّه يكون الإنشاء فيها مطلقا ما لم يذكر القيد و إنّما التقيّد في اللب.

و أمّا في صفة الصحّة فهي تصير قيدا للإنشاء بمعنى أنّ النظر الإنشائي مقصور على الصحيح، بل نقول: لا فرق في ذلك بين العين الشخصيّة و الكلّي، فإنّ هذا من خاصيّة مقام البيع و الشراء حيث لا يقدم العاقل على شراء المعيوب إلّا لعارض، و على هذا يكون ثبوت الخيار عند تبين العيب على حسب القاعده

و إنما التعبد في سقوط الردّ مع عدم قيام المبيع بعينه، و في ثبوت الأرش.

نعم ههنا فرق بين العين الشخصيه و الكلّي من حيث وجود أصل السلامه الذي هو أصل عقلائي و أماره على ثبوت وصف الصحه في الأولى دون الثاني، فإنّ لفظ الجنس يدلّ عليه مطلقا إن لم يضيق بذلك القيد، و أمّا العين الشخصيه فأصل عدم خروجها عن الحاله الطبيعیه القاضيه بعدم نقص فيه عن الخلقه الأصليه يعين حالها و يخرجها عن التريده، و لكن لا- يكفى بمجرد لإثبات الخيار عند فقد وصف الصحه، إذ غايته حصول الاطمئنان بوجود الصفه و هو غير قاضٍ بالتعبد في مرحله الإنشاء.

و الحاصل: هذا الأصل نافع لأجل رفع الغرر، و أمّا لتطبيق ثبوت الخيار في صورته الفقد على القاعده فليس هو بنافع، بل النافع هو الانصراف المقامي الذي هو بمنزله التقييد و الذکر، فهما أمران غير مرتبطان ليس أحدهما علّه للآخر، فما يظهر من عبارته شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- من عليّه الأصل المذكور للانصراف المذكور محلّ نظر، و لهذا نرى مجيئ الانصراف في الكلّي مع عدم تحقّق الأصل فيه.

إلا- أن يقال في توجيه كلامه- قدّس سرّه-: إنّ البائع في صورته علمه بحال المبيع- كما هو الغالب- لا- يتعهّد وصف الصحه للمشتري مع وجود العيب، و يكون الانصراف صوريا لا تعهّدا على طبقه، ألا ترى أنّه لو أخبر أحد أنّ الإنسان دخل في الدار و كان الداخل ذا رأسين لا- يصحّ نسبه الكذب إلى المخبر؟ فكما أنّ الانصراف صوري لا- تجزم على طبقه واقعا، فكذا في المقام. نعم مع وجود وصف الصحه و الفرض أنّ البائع عالم يتحقّق منه التعهّد، فأصل السلامه إنّما يحتاج إليه لإثبات هذا التعهّد.

و الحاصل: إطلاق العقد بالنسبه إلى وصف الصحه ليس كسائر الصفات الدخيله فى الغرض، بل يوجب التقييد و الابتاء على الوجود لكن بضميمه إحراز كون البائع عالما بوجود وصف الصحه، و إلا فمع العلم بالفساد لا يتحقق منه التعهد، فأصل السلامه يحرز به وجود السلامه و بالملازمه كون البائع الذى يقلب العين عالما به، و بعد ذلك يفيد الانصراف المذكور تعهد البائع بالوصف فعلم أن الأصل المذكور محتاج إليه لأجل تحقق الانصراف من طرف البائع.

لكن يرد عليه -قدس سره- حينئذ أن اللانزم على تقدير كشف خلاف هذه الأماره و معيوبته المبيع و أن البائع كان غير متعهد، عدم ثبوت خيار تخلف الوصف و إنما الخيار ثابت لأجل التعهد أو أنه خيار عرفى آخر غير خيار تخلف التعهد و الوصف، و تظهر الثمره فى صوره التصريح بالاشتراط، فإنه تعهد من البائع مطلقا و لو فى صوره عدم وجود السلامه و علمه بذلك، إذ تعهده حينئذ مثل تجزم الخبر فى القضيه الإخباريه التى هو عالم بكذب مضمونها، فيوجب هذا التصريح خيارا زائدا على ما اقتضاه نفس العقد على المعيب بمؤنه التعبد أو العرف، فلو سقط الرد فى ذلك الخيار بواسطه بعض التصرفات لم يسقط بواسطه هذا الخيار الحادث بالاشتراط.

و أمّا الروايه التى استشهد بها شيخنا المرتضى -قدس سره- على عدم حدوث تفاوت بواسطه هذا التصريح المشتمله على بيع الأمه على أنها باكره فوجدها المشتري ثيبه، حيث أرجعه الإمام -عليه السلام- إلى الأرض، فيعلم أن الرد سقط بواسطه هذا التصرف و لو كان الخيار الحادث بالاشتراط مغايرا لما سقط.

فيمكن الجواب بعد تسليم كون الثيبوبه عيبا كما لعله يأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى: بأنه يمكن كون هذا حكما على خلاف القاعده ثابتا فى باب

الاشتراط كما ورد نظيره في اشتراط البكاره في عقد النكاح، فوجدها الزوج ثيبا، حيث وردت الروايه الصحيحه بانتقاص المهر، و إن اختلف الفقهاء-رضوان الله عليهم- في تعيين مقدار النقصان، فذهب بعضهم إلى أنه الأرش في ما بين مهر البكر و الثيب، فمن الممكن كون هذا الحكم تعبدا خاصا بباب اشتراط البكاره في المرأه أعم من وقوعه في عقد النكاح أو البيع.

و على ما ذكرنا يبقى الكلام في أنه لو صرح بالاشتراط و تصرف المشتري في المبيع و سقط بذلك رده من ناحيه العيب، فهل له الأرش و الرد معا؟ أمّا الأرش فبمقتضى العيب، و أمّا الرد فبمقتضى الشرط، الكلام مبني على فهم الإطلاق في دليل الأرش في العيب، فإن كان الدليل في مقام تشريع الخيار في الرد مع قيام المبيع بعينه و مطالبه الأرش مع عدمه، و كان ساكتا عن الجهات الطارئه، فإن قطعنا من الخارج بأنّ الجبهه الطارئه، أعنى: حدوث سلطنه الرد بعد التصرف من ناحيه الشرط لا مانع له عن اقتضاء العيب للأرش فهو المطلوب، و أمّا إن احتملنا كون هذا مانعا بأن يكون المقتضى للأرش إنّما يصير فعليا لو لم يكن للمشتري المتضرر طريق آخر لدفع ضرره من الرد، و أمّا مع انفتاح باب ذلك له فلا يصير فعليا، فلا بدّ حينئذ من إحراز عدم المانعيه بالأصل لو كان، و إلا فمجرد الحكم الاقتضائي لا ينعف مع بقاء الاحتمال المذكور بحاله.

نعم لو ثبت أنّ الأرش يجتمع مع الرد بمعنى ثبوت التخيير بينهما في عرض واحد إمّا بدليل لفظي و إمّا لبني نقطع بأنّ ثبوت الرد من ناحيه الشرط لا يحدث أمرا زائدا، فكما لا نحتمل أن لا يبقى الرد الناشئ من العيب بواسطه ثبوت هذا الرد، كذلك لا نحتمل سقوط عدله الذي هو الأرش.

و أمّا إذا لم يقم دليل على أزيد من ثبوت الأرش عند اليأس عن الرد فالدليل

و إن لم يكن بظاهر فى سقوط الأرش عند تحقّق مثل هذا الرّد- لأنّ المتيقّن منه صوره الرّد بالعيب- و لكن ليس بظاهر فى ثبوت الأرش أيضا، بل هو ساكت عن صوره تحقّق التمكّن عن الرّد بطريق آخر و حينئذ يجرى ما قلنا من احتمال المانع غير الممكن دفعه بالأصل.

فالعمده إذن ملاحظه الدليل الوارد فى المسأله و أنّه هل يفيد التخيير العرضى فى ما بين الأمرين قبل التصرّف و تعيين الأرش بعده، أو أنّه يفيد تعيين الرّد قبل التصرّف و الأرش مكانه بعده؟ فنقول و على الله الاتكال فى كلّ حال: أنّه لم يوجد فى الأخبار ما ظاهره التخيير، نعم فى الفقه الرضى- عليه السلام-: «فإن خرج السلعه معيبا و علم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده، و إن شاء أخذه، أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب» و ظاهره على ما ذكره شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- أنّ ما بعد (أو) أيضا طرف ثالث للخيار، يعنى: أنّه مخير فى ما بين الرّد و الأخذ بتمام الثمن و أخذ الأرش، و هذا مبنى على رجوع ضمير «ردّ» إلى المشتري.

لكن يمكن أن يكون الضمير راجعا إلى البائع، و المقصود أنّ المشتري بين الأمرين بالخيار إلا أن يجرى البائع و يرّد عليه بأرش العيب، فيسقط عند ذلك خيار المشتري، فلا يكون الأرش على هذا طرفا لخيار المشتري، و إنّما اختياره بيد البائع بمعنى أنّه ليس للمشتري الرّد مع بذل البائع للأرش، لأنّ خياره مشروط بعدم البذل و قد بذل، فلا تنطبق الروايه على هذا المعنى على المشهور من ثبوت التخيير بين الأمور الثلاثة للمشتري و أنّه ليس للبائع اختيار أحدها.

و هنا طريق آخر لإثبات التخيير بغير الإجماع ذكره السيد المحقّق الطباطبائى فى حاشيته على مكاسب شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- و إن خدش

هو-قدس سرّه فيه، وهو أن يقال: إنّ لنا ثلاث طوائف من الأخبار.

الأولى: ما أطلق فيه الردّ و هي كثيره، والثانيه: ما أطلق فيه الأرض، والثالثه:

المفصّله في ما بين التصرّف و عدمه، وهذا مقتيد لإطلاق الأولتين، حيث إنّ مقتضاهما التسويه بين الحالين، وهذا يفيد الفرق بانحصار الأرش و عدم جواز الردّ بعد التصرّف، و مقتضى الجمع العرفي بين إطلاقي الطائفتين الأولتين هو حمل ظاهر كلّ على نصّ الآخر، فإنّ كلّاً منهما ظاهر في التعيين و نصّ في الجواز، فنحكم بمقتضى نصوصيه كلّ بجواز الأمرين و نرفع اليد عن ظهور كلّ في التعيين.

ثمّ هذا في ما قبل التصرّف و أمّا بعده فبمقتضى الطائفة الثالثه يحكم بتعيين الأرش و ارتفاع التخيير، ثمّ أخبار الأولى و الثالثه معلومه، و أمّا الثانيه فذكر لها ثلاثه أخبار:

الأول: ما تقدّم من روايه يونس بناء على عدم ظهورها في صورته التصرّف و كون الثيوبه عيبا.

و الثاني: خبر عمر بن يزيد: «قال: كنت أنا و عمر بالمدينه، فباع عمر جرابا هرويا كلّ ثوب بكذا و كذا، فأخذه فاقسموه، فوجدوا ثوبا فيه عيب، فقال لهم عمر: أعطيك ثمنه الذي بعتم به، قالوا: لا و لكننا نأخذ منك قيمه الثوب، فذكر ذلك عمر لأبي عبد الله- عليه السلام- فقال: يلزمه ذلك» (1).

بناء على عدم كون القسمه تصرّفا كما لا يبعد، و رجوع الضمير في قوله -عليه السلام-: «يلزمه» إلى البائع، و لا ينافيه أنّ ذلك خلاف مقام التخاطب، فإنّ

ص: ٣١٥

مقتضاه الإتيان بكاف الخطاب، لأنّ السائل كان هو البائع، لأنّ الناقل للقضيّه شخص آخر، وليس هذا بخلاف المتعارف في مقام نقل شخص عن شخص كما يشهد به ملاحظه أمثاله في الفارسيّه و بناء على أن يكون المراد بالقيمه التي طالبها المشتري هو التفاوت في ما بين الصحيح و المعيب كما هو الظاهر أيضا لعدم احتمال غيره، و يبعد كون الضمير راجعا إلى المشتري لكونه حسب الفرض جماعه، فكان اللازم أن يقول: يلزمهم ذلك، أعنى: قبول الثمن، مع أنّ المنقول عن نسخه التهذيب «يلزمهم» بضمير الجمع، فتصير الروايه حينئذ على خلاف المشهور القائلين بلزوم الأرش عند مطالبه المشتري قبل التصرف.

و الحاصل في الروايه احتمالات:

الأول: أن يكون طرفا التريد ثمن الثوب المعيب، أعنى: ما خصّه في ضمن المجموع و قيمته المراد بها تفاوت القيمه، و قد عرفت عدم مساس الروايه بالمقام على نسخه التهذيب، و على الأخرى لا أقلّ من الإجمال لو لم نقل بظهور ضمير الغائب في الرجوع إلى المشتري فيتحد مع نسخه التهذيب.

الثاني: أن يكون المراد بالثمن ثمن الجراب المشتمل على الثياب و بالقيمه ما قابل الثوب المعيب بخصوصه، فتدلّ الروايه على عدم جواز الفسخ في البعض المعيب خاصّه و لا ربط لها بالمقام أيضا.

الثالث: أن يكون المراد بالثمن ما قابله في المبيعه و بالقيمه قيمته العادله السوقيه، و على هذا أيضا لا ربط لها بما نحن فيه.

الثالث: خبر السكوني: «إنّ عليّاً -عليه السلام- قضى في رجل اشترى من رجل عكّه فيها سمن احتكرها حكره، فوجد فيها ربّا، فخاصمه إلى عليّ -عليه السلام- فقال له عليّ -عليه السلام-: لك بكيل الرب سمن، فقال له الرجل: إنّما بعته منك حكره،

فقال له عليّ-عليه السلام-:إنّما اشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربّا»(1)بناء على ظهوره في بيع الشخصى و كون الربّ مخلوطا مع السمن حتّى يعدّ عيبا فيه،فيكون أخذ السمن بكيله من باب الأرش.

و لكن فيه أنّ الظهور فى الشخصى و إن كان حقّا،لكن ظاهر قوله:«لك بكيل الربّ سمنا» أنّ الربّ ممتاز يمكن تعيين كيله،و معه يخرج عن باب العيب إلى تبعض الصفقه،فتكون الروايه حكما على خلاف القاعده،فإنّ مقتضى القاعده بطلان البيع بالنسبه إلى ما قابل الرب و حدوث الخيار للمشتري بالنسبه إلى البعض الآخر لتبعض الصفقه.

و على كلّ حال فلو فرضنا سلامه الروايات الثلاث عن الخدشه فى الدلاله على الأرش بنحو الإطلاق لأمكن الخدشه فى الجمع العرفى الذى ذكره من حملها مع أخبار الرد على التخيير،فإنّ هذا ما دام لم يكن فى البين شاهد جمع،و أمّا بعد وجود الخبر المفصل فيما بين ما قبل التصرف و ما بعده بالرد فى الأول،و الأرش فى الثانى يتعين الحمل على ذلك.

و قد يتشبّه لإثبات التخيير بأنّنا لا نحتمل مدخليه التصرف فى ثبوت استحقاق الأرش بل دخاله كلّها للعيب و هو بعينه موجود فى ما قبل التصرف، غايه الأمر روعى جانب المشتري،حيث جعل له الرد،لأنّ مصلحته فيه أزيد، و حينئذ فلا يعقل المانع فى هذا الجعل الذى وقع لأجل مراعاته،فلو فرض أنّه رضى بترك الرد و لكن لم يرض بالعيب أيضا،فالمقتضى لاستحقاق الأرش موجود و المانع مفقود فليؤثر أثره.

و الحاصل ذكر الرد و عدم التعرّض للأرش إنّما هو لأجل أنّ الطباع لا

ص: ٣١٧

١-١) الوسائل:الجزء ١٢،الباب ٧،من أبواب أحكام العيوب،ص ٤١٩،ح ٣.

يميلون إلى الأرش ما دام الرد ممكنا، فالأرش إنّما يصار إليه حيث لا تمكّن من الرد، لا أنّ تشريع الأرش مخصوص بصوره عدم التمكّن، وذلك لما عرفت من العلم بعدم ثبوت مدخلية لغير العيب في استحقاق الأرش و عدم تصوّر مانعيه في إمكان الرد بالنسبه إلى الأرش، وذلك لظهور الأدله في كون الرد لرعايه جانب المشتري لا للتضييق عليه، والعجب أنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - قد تشبّث بمثل هذا في عدم مدخلية ظهور العيب في ثبوت استحقاق الأرش، ولم يذكره بالنسبه إلى التصرف مع أنّ المقامين من واد واحد، هذا.

ثمّ إنّ المنقول عن شيخ الطائفه أنّه ذهب إلى أنّ أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد، و ردّه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بمخالفته لإطلاق الأخبار بجواز الأرش. فربّما يتوهم المتوهم أنّ هذا الكلام مناف لما ذكره - قدّس سرّه - قبل أسطر من أنّ الأرش لم يوجد في الأخبار ما يدلّ على التخيير بينه وبين الرد، بل ما دلّ عليه مختصّ بصوره التصرف المانع من الرد. لكنّ التوهم فاسد، لأنّ مقصود شيخ الطائفه من اليأس عدم التمكّن ولو بطريق الاستقاله، وهذا المعنى معلوم أنّه يمكن دفعه بإطلاق الأخبار كما هو واضح.

ثمّ إنّ الظاهر من عنواني الظهور و الوجدان الواقعيين في الأخبار هو الطريقيه الصرفه، فالخيار ثابت بنفس العقد، وذلك لظهور نفس التقييد بهما و لو في مورد كان الحكم تعبديا صرفا في ذلك، فكيف و هو في المقام إمضاء لما ارتكز في الأذهان العرفيه، و الثابت عندهم إنّما هو الخيار بنفس العيب الواقعي مع العقد من دون مدخلية لوصفي الظهور و الرؤيه و هذا واضح أيضا.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - ذكر هنا أيضا كما في خيار الغبن بأنّ الخيار إن أريد به السلطنه الفعلية، فمن المعلوم عدم حصوله إلّا بعد العلم

بالصغرى والكبرى، وإن أريد به نفس الحقّ الواقعى فهو ثابت مع قطع النظر عن العلم والجهل، نعم فى الآثار لا بدّ من النظر إلى أدلتها، فما يظهر من دليله ترتبه على نفس الحقّ الواقعى حكم به قبل الظهور و منه جواز الفسخ الاقتراحى، أو بظن سبب معدوم و منه جواز الإسقاط و ما يظهر من دليله ترتبه على السلطنه الفعلية يتوقف على حصول العلم، و مثل له فى خيار الغبن بكون التصرف مسقطا للخيار، فإنّ دلالة على الالتزام بالبيع إنّما هو بعد العلم بالموجب للخيار.

و أنت خبير بأنّ هذا الذى جعله مثلا لا يجرى هنا، فإنّ التصرف هنا غير مسقط للخيار، بل معيّن لأحد طرفيه من الأرش و مسقط للآخر من غير فرق بين ما قبل العلم و ما بعده، فلا يعلم هنا مثال لما يكون مترتبا على السلطنه الفعلية، هذا.

ثمّ إنّه ادعى شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- ثبوت هذا الخيار فى جانب الثمن أيضا، لكن لو ثبت إجماع فهو، و إلاّ -فالأخبار قاصره، لاختصاصها بالثمن، نعم مقتضى ما ذكرنا من الانصراف و ظهور العقد فى التقييد بوصف الصحه مع أصاله السلامه مشترك فى المقامين، لكنّ الثابت على تقديره خيار عرفى آخر لا ربط له بخيار العيب و إثبات الأرش.

بقى فى المقام شىء و هو أنّه هل يثبت هذا الخيار فى بيع الكلى أيضا أو أنّه خاص بالشخصى، قال فى الشرائع: إذا اشترى دراهم فى الذمه بمثلها و وجد ما صار إليه غير فضّه قبل التفرّق له المطالبه بالبدل -إلى أن قال:- و إن لم تخرج بالعيب عن الجنسيه كان مختيرا بين الردّ و الإمساك بالثمن من غير أرش له و المطالبه بالبدل قبل التفرّق قطعاً و فى ما بعد التفرّق تردّد، انتهى.

و عن العلامه فى الإرشاد فى فرض المسأله له الردّ و الإمساك بغير أرش و البدل و إن تفرّقا.

و عن المبسوط و الوسيله تخييره بعد التفريق بين الرضى بالبيع و الفسخ و الإبدال.

و عن التذكرة و المختلف أنه يطالب البدل و ليس له الفسخ إلا مع تعذر الإبدال، و عن المختلف جواز أخذ الأرش أيضا فى مختلف الجنس حتى بعد التفريق.

قال فى الجواهر: و هو المفهوم من عبارته القواعد.

و لكن استشكل فى هذا الحكم شيخنا الأستاذ-دام ظلّه-، و توضيح المقام أنّ الأمر فى الكلّى لا يخلو عن حالين، إمّا نقول بانصرافه إلى الصحيح، و إمّا لا، فإن قلنا بالأول كما هو الصحيح، فلا يخلو إمّا نقول بوحده المطلوب كما هو الصحيح، أو بتعدده، و على الثانى إمّا نقول بأنّ هنا مبنيين أحدهما: المطلق، و الثانى: المقيد، كما فى التعدد المطلوبى فى باب التكليف فى مثل: «إذا كان كذا أعتق رقبه» و «إذا كان كذا أعتق رقبه مؤمنه» و إمّا يكون المبيع صرف الوجود و أخذ هو محلا للخصوصيه، أعنى: وصف الصحه، كما هو أحد المحتملين فى الجهر بالقراءه، و على جميع هذه التقادير لا يصحّ القول بثبوت الأمور المذكوره من الردّ و الإمساك و الإبدال و الأرش.

أمّا على الانصراف و وحده المطلوب كما هو الصحيح، فلأنّ الفرد المدفوع لم يصير ملكا للمشتري، لأنّه غير فرد للمبيع لوضوح أنّ الإنسان الأبيض غير مصداق للإنسان الأسود، فلا فرق فى المغايره و الأجنبيّه مع المبيع بين دفع ما ليس بجنس كالخشب فى بيع الحنطه، و بين دفع فاقد الوصف، و إن كان بينهما فرق فى الشخصى، و لهذا كان له الإغماض عن فقدان الوصف فى فاقده و اتّخاذه مبيعا، لأنّه وقع عليه البيع.

و بعبارة أخرى و إن كان قد باع هذا الموصوف فتخلف الوصف، لكن لم يتخلف الإشاره، و هي أيضا و إن كانت متقيده بالدقه فيكون متخلفه و لكن بنظر العرف غير متخلفه، و يكون البيع لهذا الموصوف كالضرب له.

و بالجملة يمكن في الشخصى دعوى المبيعه في الفاقد، و أمّا في الكلى، فلا سبيل إلى ذلك، فإنّ العرف يفهم أنّ المبيع إذا كان كلى الحنطه الحمراء مثلا، فليس دفع الصفراء وفاء بالبيع أصلا، و على هذا فالمتعين هو الإبدال لا غير من دون حقّ في الفسخ و الأرش و الإمساك بغير أرش.

و أمّا على الانصراف و تعدّد المطلوب بالنحو الأوّل فاللازم قبول المدفوع و بقاء فرد صحيح في ذمه البائع مصداقا للمبيع المقيّد، فليس له الإبدال حينئذ أيضا و يتعين الإمساك بغير أرش، نعم له المطالبه بفرد آخر صحيح.

و أمّا على تعدّد المطلوب بالنحو الثانى، فليس له الإبدال أيضا، لأنّ هذا مصداق لصرف الوجود فيجوز له الإمساك و الإغماض عن فقدان الصفه، و يجوز له فسخ أصل المعامله، لأنّ هذا يرجع إلى اشتراط وجود الصفه في الصرف الذى يملكه خارجا، و قد فرض تخلفه، فالثابت له خيار تخلف الشرط لا- العيب، فليس له الأرش كما ليس له الإبدال، نعم هنا كلام في أنّ له أن يسلب عنوان الوفايه عن هذا المدفوع نظير ما يقال في تبديل الامتثال في ما إذا كان المطلوب صرف الوجود.

و أمّا على منع الانصراف صحّت الإمساك و لا وجه للرد، نعم إلا أن يقال بأنّ الأخبار شامله لمثل هذه العين الشخصيه التى هي صارت مبيعه بالعرض، لانطباق الكلى المبيع عليها، فيصدق أنّ هذا مبيع و هو معيب، فيجرى فيه الخيار بين الردّ و الإمساك بغير أرش و الأرش، لكن على كلّ حال لا يبقى مجال للإبدال لأنه فرع عدم المصداقيه للكلى، و المفروض أنّ المعيب مصداق لعدم انصراف

الكلى إلى الصحيح، هذا.

القول فى مسقطات هذا الخيار بطرفه أو أحدهما

مسأله: يسقط الرد خاصه بأمور:

أحدها: التصريح بالتزام العقد و إسقاط

الردّ

و اختيار الأرش، فإنّ الظاهر جواز هذا التفكيك له، فإنّ حقّه يرجع إلى حقّين فيجوز له إسقاط أحدهما و إبقاء الآخر، و لا يضرّ كونهما على وجه التبادل له، فإنّه نظير الأيدى المتعاقبه لو أبرأ بالنسبه إلى يد واحده، يعنى: أسقط إضافة حقّه إلى تلك العهده فإنّ هذا جائز له.

الثانى من مسقطات الردّ: التصرف فى المعيب

اعلم أنّ الموجود فى الباب صحيحه ظاهره فى تعليق حكم سقوط الرد و مضى البيع على عنوان إحداث شىء فى المعيب، و مرسله معلّقه للحكم على عدم قيام الشىء بعينه، فإمّا لا- بدّ من التصرف فى ظهور الأوّل بإلغاء حيث الإضافه و الإسناد إلى المشتري و جعل المعيار مجرّد حدوث شىء مع التقييد بكونه مغيّراً، و إمّا من التصرف فى ظهور الثانى بجعله كناية عن التصرف، و لكن لا داعى إلى هذين، بل اللزم الأخذ بظاهر كلّ منهما.

فالظاهر من الثانى: أنّ التغير و إن حدث من فعل أجنبيّ، بل و إن لم يحدث من قبل أحد كالموت- حيث إنّه أعظم أفراد عدم القيام بالعين- موجب لسقوط الردّ.

و أمّا الخبر الأوّل: فإمّا ظاهر- بقرينه الخبر الوارد فى خيار الحيوان المعبّر فيه أيضا بإحداث الحدث مع تفسيره بمثل النظر و اللمس للجاريه معلّلا بأنّه رضى بالبيع- فى خصوص ما كان من التصرفات كاشفه عن الرضى بالبيع، و إمّا مجمل، و يفهم التعدى من ذلك الخبر الوارد فى خيار الحيوان، فإنّ ظاهر ذلك الخبر- بعد

ص: ٣٢٢

إرادته التنزيل في قوله «رضى بالبيع» وبعد إرادته الكشف عن الالتزام في مقابل الفسخ، فإنه فرع الالتفات إلى وجود الخيار المفقود بحسب الغالب-إرادته كون التصرف كاشفا عن عدم إرادته صاحبه لرد المبيع و لو بتخيّل أنّه لا يجوز له الردّ مع عدم حضور نفسه للاستقاله أيضا، فإنه ليس التزاما بالعقد و إسقاطا لحق الخيار، و لكنّه جعل هذا المعنى في الخبر تعبّدا مسقطا للخيار.

فنقول: يستفاد من مجموع الخبرين أو الأخبار الثلاثة أنّ في الباب مسقطين، أحدهما مطلق التغيّر، والثاني مطلق الكاشف عن استمساك المعيب و عدم خيال رده، و لو مثل ابتياع السرج الغالي القيمة، أو بناء الطويله للفرس.

لا يقال: مقتضى قوله-عليه السلام- في المرسله: «إن كان قائماً بعينه رده» أنّه يجوز الردّ و لو حصل التصرف الكاشف.

لأننا نقول: لا يخلو الحال، إمّا نقول بأن هذه قضيه حيثه ناظره إلى أنّه لا مانع من هذا حيث مع قطع النظر عن الحيثيات الأخرى، ألا ترى أنّه لا- يفهم منه جواز الردّ و لو مع سبق الإسقاط، فالحاصل لا- نظر له إلى أنّ هنا شيئا آخر مسقطا أو لا- فلا ينافيه وجود مسقط آخر.

أو نقول: إنّ قضيه فعليّه ينافيه وجود المسقط الأخر، فمقتضاه أنّه ليس شيء في البين سوى التغيّر، و أنّه لو لم يكن فلا- مسقط للردّ، فحينئذ يتحقّق التنافي على وجه التباين في ما بين مضمونى الصحيحه و المرسله، و لا يمكن القول بأنّ النسبه بينهما عموم من وجه بملاحظه توافقهما في مادّه الافتراق، أعنى: ما إذا كان إحداث الشيء و لم يكن القيام بالعين، و ما إذا كان القيام بالعين و لم يكن إحداث الحدث، فيتعارضان في مورد الاجتماع، أعنى: صورته القيام بالعين مع إحداث الحدث، و ذلك لأنّ المضمونين متباينان، يعنى: أنّ مفاد المرسله كون المناطيه

و المداريّه للقيام بالعين و عدمه، فمع عدمه يكون سقوط الردّ معلولا له لا للإحداث و مقتضى الصحيحه أنّه للإحداث.

لا يقال: ما الفرق بين المقام و بين قضيتي «إذا خفى الجدران فقصر» و «إذا خفى الأذان فقصر»؟ لأننا نقول: لو أخذنا ظهور المنطوق في حصر السبب لتحقق التنافي كما قلنا، و لكن المسهّل للخطب هناك أنّه لا ظهور قوى في السببيّه، فيرفع اليد عنه، فيكون المعنى أصل تحقّق السببيّه لكلّ من الأمرين، أعني: خفاء الأذان و خفاء الجدران، فكأنّه قلنا: هذا سبب و هذا أيضا سبب، و من المعلوم عدم التنافي بينهما، و أمّا في المقام فالمفروض ظهور القضيه و لو بالإطلاق لصوره الأحداث في أنّه ليس هنا مسقط آخر غير عدم القيام بالعين، فالجواز مع القيام ثابت مطلقا و مع عدم القيام منقّي لأجله، فمفاد الحصر الذي ألغيناه هناك صار هنا مستفادا ببركه الإطلاق، و من المعلوم التنافي بين مضمون «أنّ المناط هو عدم القيام فقط» و مضمون «أنّ الأحداث أيضا مناط».

فعلى هذا لا بدّ من معاملة الخاصّين المتباينين مع الصحيحه و المرسله، و الرجوع بعد تساقطهما إلى ذلك الخبر العام الوارد في الحيوان الشامل لخيار العيب و غيره.

و لكن حيث عرفت أنّ القضيه وارده في مقام الحكم الحيثي - و لهذا لا - منافاه فيها مع مسقطيه الإسقاط - فيكون هنا عنوانان للإسقاط، أحدهما: مطلق الكاشف عن الرضى بالبيع و لو مبتيا على خيال عدم الحقّ في الرد و لو لم يكن تصرفا كما مرّ من مثال شراء السرج للدابه، و الثاني: مطلق تغير العين و لو لم يرجع إلى التصرف أيضا كما لو أوقع الريح الثوب في مكان فصبغه، و على هذا يسهل

الأمر في مثل التصرفات المخرجه عن الملك سواء بالنقل اللازم أو الجائر أم العتق أم الوقف، فإن صاحبها راض بالمعامله و غير قاصد للرد و النقض، بل و كذا مثل الوصيه و التدبير.

نعم يبقى الإشكال على مثل شيخنا المرتضى -قدس سرّه- حيث جعل التصرف الكاشف عن الرضى بالمعامله، بمعنى إسقاط حق الخيار الذى هو فى مقابل الفسخ عنوانا للإسقاط، فإن هذا المعنى لا- يصدق مع فرض وقوع الناقل قبل الاطلاع بالخيار، و المفروض عدم صدق العنوان الآخر أعنى: عدم البقاء بعينه، فإن المبيع بعد الفسخ يكون باقيا على حاله. نعم لو أوقع النقل اللازم فلا يبقى تخيره بين الرد و الأرش، من حيث إنّ الفسخ قضيته رجوع العين بعين الملكيه السابقه و هو غير اختيارى للفاسخ، لفرض لزوم العقد، اللهم إلا أن يقطع بحضور صاحبه للإقاله لو استقاله.

ثم إنّه يبقى الكلام على كلا المذاقين فى مثل التلف السماوى، حيث إنّه يمكن الخدشه فى انطباق كلا العنوانين عليه، أما عدم انطباق عنوان الكاشف بكلا- المعنيين فواضح، و أمّا عنوان عدم البقاء بعينه، فلأنّ المفروض فى الروايه هو الفراغ عن وجود العين، فإنّ العين التى فرض وجودها قد فصل بين حالتها، نظير التفصيل بين حالتى قيام و عدم قيام زيد المفروغ وجوده حيث إنّه ساكت عن حكم حال عدم أصل زيد، فكذا فى المقام.

و دعوى مفهوميه حال التلف و أنّه إذا كان تغير الأوصاف مع محفوظيه الذات موجبا للسقوط فتلف أصل الذات بطريق أولى، مدفوعه بأنّه إن أريد انفهام ذلك من اللفظ من قبيل انفهام حرمه الضرب و الشتم من آيه فلا تَقُلْ لَهُمَا أُفّ .

ففيه أنّ مورد الفحوى التى هى قسم من الدلالات اللفظية ما إذا كان سوق الكلام لأجل إفادته، و أين هذا من مثل المقام الذى يمكن فيه عدم خطور التلف بذهن المتخاطبين.

و إن أريد أنّه و إن لم يفهم من اللفظ و لكن يفهم بالطريق الأولى و بقياس الأولوية، ففيه منع دعوى هذا القطع فضلا عن الأولوية، و بعد إمكان الفرق بين المقامين، و أنّ الشارع حكم بالرجوع إلى البدل مع التلف، يكون المرجع استصحاب بقاء الخيار الذى كان موضوعه العقد، و هو موجود فى حالتى وجود العين و عدمه على ما يظهر من العلماء-رضوان الله عليهم-، هذا.

و أمّا وطى الجارية، فيمكن أن يقال حسب القاعده بكونه مسقطاً، لأنه ينطبق عليه كلا العنوانين، لكونه كاشفاً عن الرضى بالبيان المتقدم، و موجب لتغير الأمه، فإنّ الأمه الغير الموطوءه تكون أصغى بنظر صاحبها الأولى منها فى ما بعد و طى المشترى لها، فيعرضها بهذا الوطى حاله نفره، هذا مضافاً إلى الأخبار الخاصه الوارده بمسقطيه الوطى للرد.

و لكن هل الوطى مسقط تعبدى فى عرض ذينك العنوانين، أو ليس عنوانا مستقلاً؟ و يظهر الثمر لو قلنا بعدم حصول التغيير بذلك و إن كان خلاف التحقيق مع وقوع الوطى بوجه الاشتباه الغير الكاشف عن الرضى، فعلى التعبد به يسقط الرد لصدق الوطى، و ندره الوجود لا يوجب الانصراف، و على العدم لا يسقط، لكنّ الظاهر عدم كونه مسقطاً برأسه، و لا أقلّ من الشكّ، فيبقى أصاله جواز الرد قبله بحالها.

و يبقى الكلام فى أمرين، الأول: أنّه ورد فى أخبار مانعيه الوطى التعبير بأنّه «معاذ الله أن يجعل لها أجر» فهل المراد بهذا ماذا؟ قال شيخنا المرتضى قدس

سره الشريف:- ما يظهر لى عاجلا- أنه صدر هذا عن الإمام- عليه السلام- على سبيل المماشاه للمخالفين المستنكرين لإجاره الفروج و الرد، حيث إنه ملازم لدفع مقدار من المال بملا-حظه الوطى بعنوان أرش الجنايه الذى هو جزء من قيمتها و هو فى الصوره مشابه للأجره على الفرج، و هو أمر مستنكر، فتكون الاستعاذه لأجل هذا الأمر المستنكر بنظر الخصم مماشاه و تقيّه.

و لكن يبعده أنه إذا كان أصل الحكم الواقعى موافقا لمذهبهم لا داعى إلى إعمال التقيّه فى إقامه الوجه له على وفق مذهبهم، و الحاصل إظهار الموافقه مع عدم ما يوجب التقيّه بعيد غايته.

و أمّا التوجيه بأنه لما يكون هذا استيفاء فى الملك فاستعاذ- عليه السلام- أن يجعل بإزائه شيئا و غرامه، و المعامله معه معامله الوطى لجاريه الغير بشبهه، فيبعده وقوع مثله فى عيب الحبل من غير المولى كما يأتى، مع أنه لا يصلح وجهها لتعين الأرش و عدم الرد، إذ اللازم هو الرد بلا شىء بإزاء الوطى، و لعلّ الأظهر أنه فى قبال بعض العامه القائلين بالردّ مع ردّ مهر المثل، فلاستعاذه من القول بما قاله هذا البعض على حسب رأيه، و قياسه، و أنّ الواجب هو القول بتعين الأرش.

و كيف كان بقى الأمر الثانى، و هو أنه ورد فى الأخبار و كلمات الأصحاب -رضوان الله عليهم- استثناء عيب الحبل عن هذا الحكم أعنى: أنه لو ظهرت الأمه بعد وطئها معيه بعيب الحبل من غير المولى، لا يمنع هذا الوطى عن ردّها و يردّ معها العقر، و أمّا الحبل من المولى على وجه كانت أمّ ولد، فالبيع معه باطل، و طى أم لم يطئ، و لكن خالف فى ذلك جماعه فألحقوا الحبل بغيره فى مانعيه الوطى عن الرد بسببه كسائر العيوب، و منشأ الاختلاف الأنظار فى معنى الأخبار الوارده فى الباب، فحملها المشهور على الحبل من غير المولى، و الرد على الرد فى

الملك، و هيئه قوله-عليه السلام-:«ترد» على الجواز، بملاحظه سبق الحظر، يعنى: أنّ هذا العيب غير سائر العيوب، فترد معه الجاربه بعد الوطى و إن كان ممنوعا فى غيره، و حملها الجماعه على الحبل من المولى و أنّ الرد هو الرد إلى المالك و الهيئه على ظاهرها من الوجوب.

و لا بدّ من الكلام أولا: فى ظاهر نفس هذه الأخبار مع قطع النظر عن المعارضه مع ما يخالفها من الظواهر الأخر و أنّه يقتضى ما ذكره أى الطائفتين.

و ثانيا: فى ما يقتضيه الجمع العرفى بينها و بين ما بقبالها من مطلقات مانعيه الوطى عن الرد بالعيب من غير تفصيل بين عيب دون عيب و غيرها لو كان، فإنّ النسبه و لو كان بالإطلاق و التقييد لكن ربّما يتعين التصرّف فى المقيّد بحمله على خلاف ظاهره لثلا ينافى المطلق، كما لو ورد أكرم العلماء و ورد لا- تكرم زيدا، و تردّد بين العالم و الجاهل، و كان له ظهور فى الجملة فى زيد العالم، فإنّه ربّما يرفع اليد عن هذا الظهور حفظا للعموم، و به يرفع الإجمال عن الخاص و يحمل على زيد الجاهل.

أمّا الكلام فى الجبهه الأولى: فاعلم أنّ الاحتمالات المتصوره فى هذه الأخبار بين ثلاثة لا رابع لها.

الأوّل: أن يراد بالهيئه الأعمّ من الجواز و اللزوم، و من الردّ الأعمّ من ردّ المال إلى مالكه كما فى بيع أمّ الولد، أو إلى الملك كما فى الرد بالعيب و من الحبل الأعمّ من حصوله من المولى أو من غيره.

و الثانى: التقييد للحبل بكونه من المولى و حمل الهيئه على ظاهرها من الوجوب، و الرد على الرد إلى المالك.

و الثالث: التقييد بكونه من غير المولى مع حمل الهيئه على الجواز، لأنّ المقام مقام الحظر، يعنى أنّ الوطى غير مانع فى هذا المقام و إن كان كذلك فى غيره.

ثمّ لو كنّا و هذه الأخبار أمكن دعوى ظهورها فى حدّ نفسها فى المعنى الأخير، فإنّه سالم عن المخالفه للظاهر فى الأولين، أمّا الأول فلأنّه خلاف ظاهر الهيئه حيث إنّه الوجوب و لا يكفى المسبوقيه بالحظر بالنسبه إلى بعض الأفراد، و أيضا خلاف ظاهر الرد، فإنّه يمكن دعوى ظهوره فى الرد إلى الملك الذى هو فى البيوع الخياريه، دون الرد الثابت فى البيوع الباطله و الأموال المسروقه، مضافا إلى قضيه وحده السياق فى بعض الأخبار حيث أردفه مع الرد فى بيع الأمه الغير الحبلى إذا ظهر فيها عيب آخر و خصوصا مع أنّه لا يختص الحكم بالبطلان فى بيع أمّ الولد بصورة الوطى، و لا وجه لتوهمه، و بعد بعد هذا المعنى يدور الأمر بين أحد التقييدين الآخرين حتّى يكون مفادها على أحدهما بطلان بيع أمّ الولد و على الآخر جواز الرد بالعيب فى الأمه الحبلى غير أمّ الولد.

و الإنصاف أنّ قرينه وحده السياق مانعه عن الحمل على الأول مضافا إلى ظهور الرد فى حدّ نفسه فى الرد بعنوان الفسخ، فالأخبار فى حدّ نفسها ظاهره فى ما ذكره المشهور كما اعترف به شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- أيضا، غايه الأمر عارضه مع ظواهر آخر.

أمّا الكلام فى الجبهه الثانيه أعنى: معارضتها مع أخبار مانعيه الوطى فالأمر و إن كان دائرا بين تقييد تلك بغير عيب الحبل أو تقييد هذه بحبل الأمه من المولى حتّى لا يرتبط بالمقام، لكن يمكن ادعاء أظهرية هذه الأخبار و لزوم التصرف فى تلك من وجهين.

الأول: أن يقال: إنّ كلمه العيب لا تشمل مثل الحبل لأنّه ليس بعيب،

و إنما أجمعوا على عيبته لأجل أنّ الأخبار جعلته بحكمه و أدرجته فى سلكه، و لو لا ذلك لما فهمنا دخوله فى تلك الأخبار.

الثانى: إنّنا سلّمنا ظهورها لكنّ الظهور القابل للإنكار لا يقاوم ظهور أخبار الباب التى عرفت قوتها بملاحظه وحده السياق و غيرها.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى قدّس سرّه- أيضا اعترف بظهور الأخبار فى ما قلنا، إلّا أنّه قدّس سرّه- عارضه بظهورات أخرى.

منها: لزوم أحد التصرفين بناء على مذهب المشهور إمّا حمل الحبل على ظاهره من الإطلاق و الهيئه على الأعم من الوجوب و هو خلاف الظاهر، و إمّا تقييد الحمل بحبل غير المولى فتكون الهيئه وارده فى مقام الحظر و ليست ظاهره فى الوجوب، و لكن فيه أنّ هذا المحذور يلزم على مذهب الجماعه أيضا لأنّهم أيضا يقيّدون الحبل بكونه من المولى.

و منها: مخالفة لزوم العقر على المشتري لقاعده عدم العقر فى وطى الملك، و فيه أنّه ليس لنا عموم لفظى دالّ على انتفاء العقر فى وطى الملك، نعم الثابت إنّما هو عدم لزوم الأجره بإزاء الاستيفاء لمنافع الملك، و أمّا عدم لزوم الشىء أصلا حتّى بعنوان الجبران للعار اللازم على البائع فى مثل المقام فليس الدليل عليه إلّا الأصل و هو مورد بورود الدليل الاجتهادى.

و منها: ظهور قوله فى مرسله ابن أبى عمير: «رجل باع جاريه حبلى و هو لا يعلم» (1) فى كون السؤال عن بيع أمّ الولد و إلّا- لما كان لذكر القيد فائده، و فيه أنّ من الممكن كونه محتملا أنّ الجهل يمنع عن ردّ المشتري للجاريه لعدم تقصير البائع.

ص: ٣٣٠

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٧، ح ٨ و ٩.

ثم قال-قدّس سرّه-:و غايه الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دلّ على مانعيه الوطى للردّ بالعموم من وجه،فتبقى هذه الوجوه مرجّحا لتقييد هذه الأخبار،و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم و بين إطلاق الحمل فى هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى و جب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقط لكونه رضى بالبيع.

و مقصوده-قدّس سرّه-جعل هذا الخبر مرجعا مع الإغماض عن مختاره فى السابق من تخصيصه التصرف بما كان بعد العلم أو كان مغيرا،و البناء على مسقطيه مطلق التصرف سواء كان قبل العلم أم بعده،مغيرا أم لا،كاشفا عن الرضى أم لا؟كما أنّه بناء على مختاره من التخصيص يكون المرجع بعد التكافؤ عموم ما دلّ على جواز الرد مع بقاء العين بناء على عدم تغيير الوطى للعين كما ذكره-قدّس سرّه-،و قد أشار إلى مرجعيه هذا على مختاره بقوله:و يمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين.

فإن قلت:كيف يكون ما دلّ على كون مطلق التصرف مسقطا مرجعا و الحال أنّه أيضا كالخبر الدالّ على كون الوطى مانعا،نسبته مع هذه الأخبار عموم من وجه،لأنّ موردهما البيع الصحيح،و هذه الأخبار أعّم من الصحيح كما فى صورته الحمل من غير المولى أو المولى مع عدم صيروره الجاربه أم ولد،و من الفاسد كما فى صورته كونها أم ولد و شأن المرجع أن يكون عامّا مطلقا؟ قلت:يمكن الجواب بأنّ وجه تقديم الخاص المطلق على العام كذلك ليس إلّا- من جهة أقوائيه ظهور الخاص،فلو فرض أنّ الأقوائيه حصلت بين العائمين من وجه و جب المعامله معهما معاملة الخاص و العام المطلقين،و ذلك لأنّ أحد العائمين من وجه لو كان أضيق دائره و الآخر أوسعها،فلا شك أنّه قد يصير

الأضيق أظهر من الأوسع، ومنه المقام، فإنه لا شبهه لأحد ظاهرا في عدم الدغدغه في تقديم هذه الأخبار المجوزة للرد بالحبل مع التصرف الوطئى على ذلك العموم الوسيط الدال على مانعيه كلى التصرف فى كلى المبيع، ولازم هذا أنه إذا صارت هذه الأخبار معارضه بأخبار آخر فى عرضها أعنى: أخبار مانعيه الوطئى عن الرد بالعب صلح هذا العموم للمرجعيه. هذا.

ثم إنه -قدس سره- بعد الغض عن هذا العموم و الخدشه فيه و كذا فى ما دل على جواز الرد مع قيام العين قال: وجب الرجوع إلى أصله جواز الرد الثابت قبل الوطئى لكن يبقى لزوم العقر مّا لا دليل عليه إلا الإجماع المركب و عدم الفصل بين الرد و العقر فافهم، انتهى.

و يمكن أن يشير بقوله: «فافهم» إلى أنه إنما تضرر هذه الملازمه الثابته بين الرد و العقر بالإجماع إذا ثبتت فى الأعم من الظاهر و الواقع، و أمّا إذا ثبتت فى خصوص الواقع فيمكن التفكيك فى مرحله الظاهر بمقتضى أصله الرد و أصله عدم العقر.

اللهم إلا- أن يقال: وإن كان لم تثبت الملازمه فى الأعم لكن العمل بالأصلين يوجب المخالفه القطعيه العمليه للعلم الإجمالى الحاصل بأنه إما يكون الثمن بتمامه ملكا للبائع فالتصرف فيه حرام على المشتري، وإما يكون مقدار العقر ثابتا فى ذمه المشتري للبائع فعدم دفعه و التصرف فى الثمن مخالفه عمليه لهذا العلم.

بقى هنا فرعان: الأول: بناء على مذهب المشهور لو انضم إلى الحبل عيب آخر، فهل الوطئى مانع أو لا؟ قد يتمسك للثانى بإطلاق الأخبار، فإنها شامله لما إذا اجتمع عيب الحبل مع عيب آخر فيكون بجميع أفراده خارجا عن عموم أخبار

مانعيه الوطى عن الرد بكل عيب، و لكن الظاهر أنّ الأخبار لا نظر لها إلى حاله الاجتماع، و إنّما يتعرّض بحيث الحبل.

و حينئذ نقول: العيب الآخر مقتضى للرد حسب ظاهر الأخبار و الوطى مانع بالنسبه إليه، و أمّا الحبل فمقتضى بلا مانع، و مقتضى القاعده فى مثله أن يكون المقتضى بلا مانع مؤثراً أثره، فيكون مقتضاها جواز الرد، فيكون جواز الرد قبل الوطى مستندا إلى سببين و بعده إلى خصوص الحبل، و ينقطع فى مرحله البقاء استناده إلى العيب الآخر، فحال الراجع فى الأثناء حال المانع من الابتداء.

الثانى: هل الأخبار تشمل صورته وقوع الوطى عالما بحصول الحبل أو خاصّه بصوره وقوعه جاهلا به؟ قد يقال بالثانى، لأنّ الأخبار بين طائفتين: ما صرح فيه بقيد وقوعه قبل العلم، و ما لم يذكر فيه ذلك، أمّا الأولى فواضح، و أمّا الثانى فيمكن أن يقال: إنّ مفروض الكلام صورته الجهل من الابتداء، و إلّا فلو كان عالما و أقدم على الشراء لم يتوهم كونه ذا خيار، فالمفروض عنه فى ما بين المتخاطبين كون المشتري جاهلا بعيب الحبل، و حينئذ فيصير الكلام فى قوه أن يقال: لو اشترى الجارىه الحبلى جاهلا بحبلوليتها فوطئها، فإنّ ظاهر هذا الكلام كون الوطى حال الجهل.

الثالث من المسقطات تلف العين

الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري،

و تفصيل ذلك أنّه إذا حدث العيب بعد العقد فإمّا أن يحدث قبل القبض أو بعده فى زمن الخيار الذى يكون المبيع فى ضمان البائع أعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط، و إمّا أن يحدث بعد القبض و بعد مضى الخيار.

فإن حدث قبل القبض أو فى زمن الخيار المذكور قالوا-رضوان الله عليهم-: إنّهُ فى حكم العيب الذى كان قبل العقد فى أنّه موجب للخيار بل و الأرش، و لازم ما ذكر أن لا يكون مسقطا، لأنّ مثبت الشئ لا يكون رافعا له،

و أمّا الدليل على أصل ما قالوا من إيجابه الخيار و الأرش فليس إلّا ما ورد من أنّ التلف في ما قبل القبض من مال البائع، أو التلف أو الحدث في زمن الخيار ممّن لا خيار له، بناء على شمول التلف لتلف الأوصاف، لكن في الاستدلال نظر، إذ في المضمون المذكور احتمالان:

الأول: أن يكون المراد أنّه يحكم بعد التلف بأنّه تالف من مال البائع قبل العقد فيعامل معه معامله التالف عن ملكه كذلك، فإن كان عينا فاللازم معامله المعامله الواقعه على العين التالفه من البطلان و عدم الانعقاد رأسا، و إن كان وصفا راجعا إلى الصحه، فاللازم معامله كما لو وقع العقد على العين المعيبه من ثبوت الرد أو الأرش.

و الاحتمال الآخر: أن يكون المراد إثبات التلف عليه في الحال إمّا حقيقه و إمّا تنزيلا، فلازمه في تلف العين أن يعود الثمن إلى ملك المشتري، لأنّه لا يستقرّ ملك البدل مع عود المبدل، و أمّا في فوات الوصف فحيث لم يقع بإزائه شيء في المعاوضه فلا وجه لرجوع شيء من الثمن إلى المشتري. نعم حيث حكم بأنّ هذا التلف و الخساره الحاصله من قبل فوات الوصف يكون من مال البائع إمّا حقيقه و أمّا ما قبل التلف، و إمّا تنزيلا فاللازم من ورود التلف و الخساره عليه أن يملك المشتري من مال البائع ما يوازي ذلك الوصف الفات و يبذل بلحاظه من قيمه الواقعيه، فلا دلالة فيه على الأرش و لا على ثبوت الرد.

و أمّا الاحتمال الأوّل فهو و إن كان وافيا بالمطلوب، لكنّ اللازم منه ترتيب أثر الانفساخ من الأصل في تلف العين كما عرفت.

و الحاصل: بعد الغضّ عن أنّ قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه» [\(1\)](#) مختص بتلف العين كلّا أو بعضا و لا يشمل فوات الوصف

ص: ٣٣٤

(١-١) مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٩، من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

و تسليم أنه شامل للأخير أيضا، تاره يقال: إنَّ المعنى أنَّ نفس المبيع يصير من جزء أموال البائع إذا حدث فيه تلف عين أو نقص صفه إمَّا بلحاظ الحال أو بلحاظ الماضي، و لازمه الانفساخ من الحين أو من السابق فلا ربط له بالمقصود.

و أخرى يقال: إنَّ الضمير لا يرجع إلى نفس المبيع بل إلى التالف فكأنه قيل: التالف أو الفائت يتلف و يفوت من مال البائع، و هذا تاره بلحاظ الحال فيستكشف الانتقال إلى البائع آنا ما قبل التلف و لازمه الغرامه للعوض الواقعي، في فوات الوصف، و أخرى بلحاظ الماضي، و لازمه فيه و إن كان هو التخيير بين الرد و الأرش لكن في تلف العين رجوع النماءات إلى البائع أيضا و لا يلتزمون به.

و ثالثه يقال: الضمير راجع إلى التالف أعم من العين و الوصف، لكن المراد أنَّ العين و الصفه و إن انتقلتا بالعقد حقيقه إلى ملك المشتري و لكن بقيتا من الابتداء على ملك البائع من هذا الحيث تنزيلا، فهما ملك تنزيلي من هذه الجهه، أعنى: من جهه كون التلف واردا في ملكه للبائع و ملك حقيقي للمشتري، فاللازم حينئذ أن يعامل مع فوات الوصف معامله ما إذا فات قبل الانتقال الحقيقي إلى المشتري و هو التخيير بين الردّ و الأرش، هذا.

و لكن الإنصاف عدم إمكان الجزم بشمول التلف لفوات الوصف، بل يمكن دعوى ظهوره في تلف العين بعضا أو كلاً، هذا في ما قبل القبض، نعم بالنسبه إلى ما قبل انقضاء الخيار يمكن التمسك بما ورد في بعض الأخبار من عطف قوله: «أو يحدث فيه حدث» على قوله: «يموت» فيقال: إنه يشمل الحديث مثل نقصان الصفه، لكن المذكور في جانب الحكم إنما هو ثبوت ضمان ذلك على البائع، و الظاهر المتبادر منه إنما هو القيمة السوقية من دون ملاحظه نسبه إلى خصوص ثمن المسمّى و أيضا لا مدخليه له بالرد.

فيبقى القول بكون العيب في الزمانين ملحقا بالعيب الحادث قبل العقد في إیراث الأثرین بلا شاهد في الأخبار، نعم حكى عليه الإجماع.

نعم يمكن في خصوص زمن الخيار أن يقال بالأرث المصطلح بملا-حظه أنّ المسؤول عنه بقول السائل: «على من ضمان ذلك» هو نحو واحد في المشتري و البائع، و لا إشكال أنّ الذي يتصور من الضمان في حق المشتري أن يكون الثمن الذي أعطاه بملا-حظه هذا الوصف الفاتت ذاهبا من كيسه، و لا- يستحق استرجاعه من البائع، فيكون معنى ضمان البائع بهذه القرينه أيضا استحقاقه لذلك، و كون هذا المقدار ذاهبا من كيس البائع، و مقتضى هذا و إن كان رجوع عين مقدار من الثمن، لكن يمكن أن يجعل كون تمام الثمن بإزاء الموصوف لا بإزائه مع الوصف قرينه على ثبوت مقدار ما يوازيه، و لو لم يكن من عين الثمن، لثلا يلزم جمع البدل و المبدل في ملك واحد.

و على هذا فالضمان للأرث في خصوص العيب الحادث في زمن الخيار يمكن إثباته و أمّا الرد فلا دليل عليه.

و أمّا مسأله عدم مانعته عن الرد بالعيب القديم و لو قلنا بكونه مقتضيا و كون التغير مسقطا، فلأجل انصراف الدليل على حسب ما هو المرتكز في أذهان العرف إلى التغيرات التي تكون على عهده المشتري، فإنه للبائع أن يقول: قد دفعت إليك عينا صحيحة و أنت تردّ إليّ واجده لعيب كذا.

و أمّا إذا كان نفس العيب على عهده البائع و عليه غرامته فليس له هذا اللسان كما إذا كان بفعله، فإذا كان الدليل منصرفا إلى صورته عدم الضمان على البائع يبقى صورته الضمان عليه داخلا- تحت إطلاق جواز الرد بالعيب القديم، و يكون حكم الشارع بالضمان تشخيصا لصغرى ما انصرف الدليل عنه.

و من هنا يمكن أن يوجّه كلام المحقق و شيخه ابن نما على وجه لا يرد عليهما إشكال الشهيد و لا الشيخ المرتضى و لا صاحب الجواهر، بأن يقال: إنَّ من المسلّم في ما بينهما أنّ العيب المضمون على البائع منصرف عنه دليل اشتراط قيام العين، لكنّ الاختلاف بينهما في الصغرى من جهه اختلافهما في معنى الضمان الذى ذكر في الأخبار، فحملة ابن نما كما حملنا على الأرض المصطلح، و لهذا قال في مدّه ثلاثه الحيوان بثبوت الخيارين، و بعدها بثبوت خيار واحد هيهنا و هو خيار الرد بالعيب القديم، و حملة المحقق قدّس سرّه -على أنّ للمشتري أن يردّ العين المعيبة بالفسخ الذى ثبت له في خيار ثلاثه الحيوان إلى البائع، لا أنّ له استحقاق مطالبه الأرض و لا أنّ له حقّ الرد بهذا العيب.

و حيثئذ فما دام الثلاثه يكون له في ما إذا كان المبيع معييا من الابتداء خياران، أحدهما خيار الحيوان و الآخر خيار الرد بالعيب القديم، و بعدها ينقطع كلا الخيارين فهما متفقان في تعدّد الخيار في ما قبل الثلاثه، و إنّما الاختلاف في ما بعدها، فذهب أحدهما إلى أنّ ضمان البائع معناه ثبوت الأرض و هذا باق بعدها، فغايه خيار العيب القديم أعنى: حدوث التغيّر الغير المضمون على البائع لم يحصل بعد، و الآخر يقول: معنى الضمان أنّه يمكن المشتري إعادة العين بتوسط الفسخ بخيار الحيوان إلى البائع مع وصف هذا العيب الحادث، و هذا المعنى يزول بعد الثلاثه فيبقى العيب مضمونا على المشتري فيدخل تحت منصرف الأخبار فيكون غايه الخيارين معا انقضاء الثلاثه.

فعلم أنّ كلام الجواهر حيث جعل الكلامين متعاكسين مع تسليم أنّهما معا قائلان بخيار واحد، و كذا كلام الشيخ حيث حمل كلام المحقق على خيار واحد و هو خيار الحيوان، كلاهما غير مناسب.

و الذى ينادى بأن مراد المحقق ما ذكرنا قوله المحكى عنه فى درسه: «تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار و كذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار» انتهى. فإن قوله: بالعيب القديم كالصریح فى ما ذكرنا، و كذا يدل عليه عطف مدّة الخيار على ما قبل القبض فى عبارته الشهيد حيث قال على ما حكى: «لو حدث فى المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد إن كان قبل القبض أو فى مدّة خيار المشتري المشترط أو بالأصل، فله الرد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار فى الرد خلاف بين ابن نما و تلميذه المحقق - قدس سرهما -» فإن الرد الذى يكون قبل القبض لا محاله يراد به الرد بالعيب القديم، إذ لا ردّ بعنوان ما قبل القبض، فيكون المراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى مدّة الخيار.

و أما إشكال الشهيد بالتنافى بين كلامى المحقق أعنى: حكمه فى الشرائع بضمان العيب الحادث فى الحيوان على البائع و حكمه فى الدرس بعدم الأرش، فقد تبين أيضا عدم وروده، لأن معنى الضمان عنده - قدس سره - هو إمكان إعاده العين بوصف عيبها الحادث إلى البائع حتى تكون خسارته عليه دون استحقاق الأرش، هذا.

و قد عرفت أن العيب الحادث قبل القبض لا - دليل فيه على الرد و لا الأرش، و الحادث فى زمن الخيار لا دليل فيه على الرد مع وجوده بالنسبة إلى الأرش.

ثم على تقدير القول بإيرائهما - كالموجود قبل العقد - أثرين أعنى: الرد و الأرش، فلا إشكال فى أنه لو كان المبيع معيبا قبل العقد ثم عاب بعده قبل القبض أو قبل انقضاء أحد الخيارات الثلاثة يكون الأرش متعددا بعدد العيوب القديمه و المتجدده، و هل يكون هنا خيارات أيضا بعدد العيب القديم و الحادث، بل لو تجدد العيب قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار متعددا على التعاقب يكون

بعدها الخيار، فيكون كما لو جاء الخيار المتعدد بأسباب عديدة كالمجلس و الحيوان و الشرط، فلو أسقط من جهة يبقى محفوظا من غيرها؟ أو أنّ الخيار غير متعدّد بل واحد مستند إلى المجموع، و حال العيب الحادث مع السابق كحال عيين سابقين كالعمى و الصمم لو كانا قبل العقد حيث إنّه ليس هنا إلا خيار واحد مسبّب عن المجموع؟ لا بدّ هنا من ذكر الاحتمالات المتصوّره في مقام الثبوت و ملاحظه اللّازم على كل تقدير، ثمّ إنّ المستظهر منها ماذا؟ فنقول و بالله التوفيق: يمكن كون طبيعه العيب سببا بنحو صرف الوجود بحيث كان الوجود اللاحق لغوا بمعنى كونه غير سبب كالأشياء الأخرى، و يمكن كونها بنحو الوجود السارى، فلو كان المحلّ غير قابل، فالوجود اللاحق سبب صار معطلا عن الفاعليّه و ليس كالأشياء الأخرى، و في هذا المقام يمكن استظهار أنّ كلّ طبيعه جعلت سببا لأمر، فالظاهر اعتبارها بالوجود السرياني إذ ليس عند العرف و في الأسباب الخارجيه ما يكون السببيه فيه قائمه بصرف الوجود.

ثمّ الخيار يمكن أن يكون أمرا قابلاً للتعدّد و التمايز الشخصى، بأن يكون العقد الواحد الشخصى موردا لخيارات متعدّده شخصيه بالنسبه إلى شخص واحد، و يمكن أن يكون غير قابل لذلك و لكن يقبل المراتب و الشده و الضعف، و على هذين التقديرين فاللازم عدم معطلته سبب عن التأثير حسب ما استظهرناه من كون السبب هو الوجود السارى، غايه الأمر إنّ اللاحق يؤثّر على الأوّل في شخص آخر من الخيار، و على الثانى يؤثّر في شدته، و على كلّ حال يقبل الإسقاط من جهة و الإبقاء من جهة.

و يمكن أن يكون غير قابل لا للتعدّد و لا للتأكد، بل يكون أمرا واحدا

مستمرًا و هذا على قسمين، الأول: أن يكون استمراره أيضًا مستندًا إلى استمرار سببه، والثاني: أن يكون السبب بعد إحدائه منعزلاً و يكون قيام الخيار فى البقاء بنفسه لا بمعونه بقاء السبب، و لازم الأول أنه لو أسقط من جهة أحد السببين قبل وجود السبب الآخر يكون الآخر بعد وجوده مؤثراً، و أمّا لو أسقط بعد وجود كليهما فلا بدّ من سقوط الخيار رأساً، و لا معنى للإسقاط من ناحيه سبب العمى دون الصمم، إذ هذا تصرف شارعى ليس للمكلف، فإنّ معناه: أنّى أسقطت العمى مثلاً عن السبب و ليس له ذلك.

و لازم الثانى أنه لو أسقط خياره كان السبب اللاحق مؤثراً مطلقاً، أمّا لو كان قبل وجوده فواضح، و أمّا بعد وجوده فلاّنه كان سبباً و لم يكن من جهة سببته قصور و إنّما كان القصور فى المحلّ، فمتى صار المحلّ قابلاً عمل المقتضى عمله.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أمّا بحسب الإثبات فالظاهر عدم كون الخيار من قبيل أحد الأولين أعنى: كونه قابلاً للتكرّر الشخصى أو التأكيد، لأنّ حاله حال الملك، فكما لا يقبل الملك التكرّر فى العين الشخصى و لا التشدد فكذا حقّ الخيار أيضاً، فينحصر الأمر فى الأخيرين.

و يمكن أن يقال: إنّ اللازم كون الإسقاط من جهة موجبا لصيروره الآخر مؤثراً مطلقاً حتّى بناء على كون الخيار أمراً واحداً مسبباً فى البقاء عن بقاء سببه، و ذلك لأنّ معنى: أنّى أسقطت خيارى من جهة الصمم مثلاً، أنّى أراضى بوجود هذا العيب، و العيب إذا كان مرضياً به يخرج عن موضوع السبب رأساً كالعيب المرضى ابتداءً، و بالجملة يكون مرجع هذا الإسقاط إلى قلب الموضوع بالنسبه إلى أحد العيين لا إسقاط الحقّ حتى يقال إنّ له ليس له تغيير السبب.

و لازم هذا أن يكون الخيار باقياً بملاك عيب العمى لكونه عيباً غير مرضى به

حينئذ، بل يمكن أن يقال بهذا بالنسبة إلى العيين الموجودين من السابق أيضا، فإنه لو قال: رضيت بهذا المبيع من حيث وجدانه لعيب الصمم، فلا مانع من بقاء حقه بالنسبة إلى ما لم يرض به من العيوب، بل وكذا بالنسبة إلى الخيارين المختلفين نوعا، فإنه لو أمكن التعدد النوعي للخيار أو التأكد كذلك، أمكن في التعدد الشخصي من حقيقه واحده أيضا، وحينئذ فلو أسقط البعض لا وجه له إن أريد نفى سببته، وإن أريد إسقاط الخيار فلا معنى لبقائه مستندا إلى السبب الآخر.

فالمخلص أن يقال: إنَّ الدليل المثبت للخيار بالسبب الفلاني كالمجلس و الشرط و الحيوان و نحوها منصرف عمّا إذا التزم ذو الخيار بعدم الأعمال، بل و في الشرط يكون نفس جعل الشارط لا إطلاق له بالنسبة إلى فرض حصول الرضى و الالتزام له بالبيع و عدم خيال فسخه، فيكون شرط عدم ثبوت حق الخيار الفلاني في ضمن العقد على هذا موجبا لانصراف الدليل عن هذا العقد و لو لم يكن دليل الشرط، و لعلّ هذا مراد شيخنا المرتضى في ما تقدّم في مسأله شرط سقوط الخيار حيث إنَّ الظاهر منه - قدّس سرّه - إرجاعه إلى شرط عدم الثبوت.

و كيف كان فبهينا مسائل ثلاث قد وقعت اثنتان منها في كلام شيخنا المرتضى مختلطتين، إحداهما أنّ العيب الحادث في زمان ضمان البائع كالعيب الموجود قبل العقد في إثبات الرد و الأرش بسببه، و الثانيه أنّه غير مانع عن الرد بالعيب القديم، و قد تقدّم الكلام هنا في ذلك، و الثالثه أنّ العيب الحادث في زمان ضمان المشتري أعنى بعد انقضاء الخيار و بعد القبض هل هو مانع عن الرد أو لا؟ و هي المقصود بالبحث في المقام لأنّ الكلام في المسقطات.

فنعول و بالله التوفيق: قد يتكلّم في مانعيه ذلك على حسب القاعده و قد

يتكلم في النص الخاص.

أما من حيث القاعده، فقد تقدّم في بعض المباحث السابقه أنّ العين في يد ذى الخيار متى تلف كلاً أو بعضاً، أو تغيّر بالعيب، أو فوات وصف كمالى، أو بغير ذلك و لو لم تتفاوت المائيه-بل و لو فرض زياده المائيه و لكن تفاوت الحال من حيث غرض البائع، كما لو فرضنا أنّ كبر الحيوان بعد الفسخ لا يوجب الشركه و لكن كان البائع له غرض بخصوص الشاه الصغيره-كان لغير ذى الخيار في جميع هذه الصور أن يقول:لست دفعت العين إليك بهذا الحال، و لست ملزماً بالقبول إلاّ بالحال التى دفعتها إليك بها، و قد تقدّم من العلامه-أعلى الله مقامه- أيضاً تعليل سقوط الخيار بعدم إمكان ردّ العين، فلا مجال للانتقال إلى البدل، نعم هنا كلام بالنسبه إلى غير ذى الخيار و أنّ يده ضمانى، فعليه الخروج عن العهده ببذل البدل لو لم تكن العين قائمه، هذا بحسب القاعده.

و أما من حيث النصّ الخاص، فقد تقدّم أنّ هنا خبرين في أحدهما تعليق السقوط على عنوان إحداث الحدث، و فى الآخر على عنوان عدم قيام العين، و قلنا:

يمكن إرجاع الثانى إلى الأوّل، فلا دلالة فى النصّ على السقوط إلاّ فى ما إذا صدر فعل من المشتري دالّ على رضاه، و يمكن إرجاع الأوّل إلى الثانى، و المراد بإحداث الحدث حدوث الحدث و لو لم يكن من ناحيته. ثمّ اخترنا أنّ الظاهر كونهما عنوانين مستقلّين، فالأوّل ناظر إلى ما تقدّم فى خيار الحيوان من مسقطيه التصرف بملاك كاشفيتها عن الرضى بالبيع، و الثانى عبارته عن مطلق عدم قيام العين من أى أحد صدر، أو لم يصدر من أحد بل كان بأسباب آخر.

نعم ينصرف النصّ عمياً إذا كان بفعل البائع، فإنّه عرفاً ليس له الامتناع بعلمه ما فعله نفسه، لأنّه شىء يكون نقصه على عهده، كما تقدّم سابقاً أنّ العبارة

منصرفه عن موارد ضمان البائع للنقص.

و أما بالنسبة إلى غير مورد الضمان، فيدور مدار صدق عدم قيام العين و لو فرض عدم رجوعه إلى العيب، بل و لو لم يرجع إلى النقص، بل و لو رجع إلى الزيادة إذا كان هناك غرض عقلائي في عدم القبول، كما تقدم في مثال كبر الشاه عند المشتري و قلنا بأن الفسخ لا يوجب الشركه، فإنه في جميع هذه الصور يصدق أنّ العين غير قائمه، فليس للمشتري أن يردّ.

و قد يقال: إنّ المتبادر من القيام بالعين ما يقابل تلفها أو تلف بعضها، إلا أنّ المثال بالخياطة و الصبغ شاهد على التعميم لمثل نقص الأوصاف، فإنّ النقص فيهما بواسطة تعلق حقّ المشتري بالعين.

و لكن يمكن أن يقال: إنّ مفروض الروايه أنّ الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، فالسؤال وقع عن عين موجوده معيه، و في هذا المفروض إذا قيل:

إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجح بنقصان العيب، فمعلوم أنّ كلتا الشرطيتين واردتان على المحلّ الموجود، فلا تشمل الروايه صورته التلف أصلاً، بل ينحصر موردها بالعيب و نقص الأوصاف.

و حينئذ فلو فرض أننا لا نقول بعود السمن إلى المشتري بعد الفسخ فالمبيع و إن زاد مائته بواسطة السمن إلا أنّه لو فرض رغبه بعض الطباع عنه و كانوا بصغيره أرغب كان له الامتناع. ألا- ترى أنّه لو تعلّم العبد عند المشتري علم الرقص و عمله، فربّما زاد بذلك قيمته، لكن للبائع أن لا- يقبله، نعم لو لم يوجب التغيير نقص مائته و لا غرض عقلائي أصلاً، فلا يصدق عليه عنوان عدم القيام.

و أما مسأله لزوم تبعض الصفقه كما لو أراد المشتري ردّ بعض المبيع، أو أراد

أحد المشتريين صفقه واحده ردّ سهمه خاصه، فدخلها تحت النصّ محتاج إلى مقدّمتين.

الأولى: أنّ هذا نقص و لعلّه لا- يقبل الإنكار حتّى في ما إذا تميّز مال الفاسخ عن مال المفسوخ عليه، كما لو باع عبدين صفقه، فأراد المشتري ردّ أحدهما، فإنّ له الامتناع، إذ ربّما كان في اجتماعهما مدخل في غرض عقلائي.

و الثانيه: أنّ قوله -عليه السلام-: «إن كان قائماً بعينه ردّه» وإن كان ظاهره الأولى كون القيام بملا-حظه حال الكون في يد المشتري، لكنّ المناسبه المقاميّه شاهده على ملاحظه حال الوصول إلى يد البائع، فكأنّه قيل: إذا كان حين يصل إلى البائع يصل كالحاله الأولى جاز الردّ، ولا شبهه حينئذ في شموله للمقام فإنّ حدوث التبعض يكون بالوصول إلى يد البائع، وإلا فلا تبعض قبله. أمّا في صوره وحده المشتري، فواضح، و أمّا في صورته تعدّده، فلأنّ الاثنتين فرضا مشتريا واحدا في المعامله.

بقي في المقام فروع لا بأس بالتنبيه عليها:

أحدها: لو حدث نقص عند المشتري ثمّ زال

و رجع إلى الحاله الأولى هل له الردّ أو لا-؟ الظاهر الجواز، لأنّ حال عنواني القيام و عدمه حال المسافر و الحاضر فكلمّا رجع عنوان رجع حكمه، و يدلّ عليه أنّه لو فرض حدوث العيب قبل علم المشتري بالعيب القديم، ثمّ زال ثم علم، فإنّه يصدق عليه عبارته السؤال، أعنى: أنّ الرجل يشتري المتاع فيجد به عيبا. و يصدق عليه قوله -عليه السلام-: «إن كان قائماً بعينه ردّه» و إذا اشتمل هذا الفرد شمل غيره للقطع بعدم الفرق، و السرّ أنّ القيام بالعين ليس معناه البقاء على الحاله الأولى، و لا أن يكون المعبر صدق عنوان حدث فيه التغيير بملاحظه قوله: فإن قطع أو صبغ بصيغه

الماضى.

أمّا الأول: فلأنّه ليس هو المتبادر من هذه الكلمه، مع أنّه لو فرض أنّ معناه هو البقاء، لكانت المناسبه المقاميّه شاهده على إلغاء خصوصيّه البقائيه، و أنّ المعيار كون المبيع حال الوصول إلى البائع كهيئته الأوّليه.

و أمّا الثانى: فلأنّ التعبير بالمضى فى الثلاثه المذكوره فى الحديث لأجل أنّ الغالب عدم إمكان زوالها بعد الحدوث، و لو سلّمنا أنّ المعيار صدق المضىّ مطلقاً، لكن هذا مبنى على جعل المناط هو الدليل، و لكن يمكن استظهار كونه هو الصدر بملاحظه ما ذكرنا من شهاده المناسبه المقاميّه بذلك.

الثانى: لو رضى البائع برده معياً إماماً مع الأرض أو بدونه، فهل يجوز الردّ أو

لا؟

اختار شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- الأوّل، بملاحظه أنّ الدليل النافى للرد عند الخروج عن القيام بالعين يكون فى مقام رعايه حقّ البائع، فهو منصرف عن صورته رضاه و عدم امتناعه.

و استشكل فيه شيخنا الأستاذ بأنّ الحكمه و إن كانت ذلك و لكن لا يوجب انصرافاً فى الدليل، نعم لا مانع من الإقاله، و أمّا بعنوان الفسخ الذى هو إعمال الخيار فالنصّ قد خصّصه بحال القيام و عين فى غيره الأرض.

الثالث: لو أسقط الأرض بتخيّل أن يرده بعده فحدث العيب قبل أن يرد،

فهل يوجب سقوط الردّ أو لا؟

قد يقال بالثانى بملاحظه أنّ النصّ إنّما أسقطه فى تقدير بقاء السلطنه له على الأرض، فلا يشمل صورته عدم السبيل له إلى رفع ضرره، فيكون الرد ثابتاً بمقتضى الدليل المثبت للرد بقول مطلق.

ص: ٣٤٥

حينما يصل إلى يد البائع، و لو كان في يد المشتري قائماً بحاله، و على هذا المعنى يتفرّع مسأله لزوم التبعض على البائع، و لا بدّ من التكلّم فيها تفصيلاً و على الله تعالى التوكّل، فنقول: قد يكون التبعض لأجل التعدّد في أحد العوضين، و قد يكون لأجل التعدّد في المشتري، و قد يكون لأجل التعدّد في البائع.

أمّا الصورة الأولى أعنى: ما إذا كان المبيع متعدّداً فنقول: تاره يكون العيب الثابت في بعض هذا المتعدّد موجبا لنسبته إلى المجموع المركّب كعمى الدابه و العبد و تعيب نقطه من القالي فإنّه ينسب إلى المجموع، و لا يقال هذا المقدار معيب و ما بقى صحيح.

و أخرى لا يكون كذلك يعنى يختصّ التعيب بموضوع العيب من غير إضافه له إلاّ على سبيل ضرب من التجوّز إلى غيره، و لعلّ منه تعيب ذراع من الكرباس الطويل المتّصل، فإنّه لا دخل له بالذراع الآخر المتّصل به، و كذا الصبره التي كان صاع منها معيبا، و كذا الشاتان المعيبه إحداهما مع وقوع البيع عليهما صفقه، و هذا أيضا على قسمين، لأنّه قد يفرض ذلك في ما إذا يحدث بواسطه الردّ للبعض المعيب في يد البائع نقص فيه، فيدخل في عدم القيام بالعين على حسب ما تقدّم من المعنى، و ذلك كما في أحد عدلى الباب و أحد عدلى الخفّ و نحوه، أو لا يحدث بسببه نقص أصلا إلاّ فوت غرض للبائع حيث أراد وصول عشره توماتات فوصل إلى خمسّه مثلا.

فإن كان الأوّل من هذه الأقسام فالظاهر أنّ مصبّ دليل جواز الردّ ليس إلاّ- نفس المعيب دون أبعاضه سواء المعين منها أم المشاع، فالعبد الأشلّ أو الأعمى لا دليل على جواز ردّ نصفه المشاع، أو المعين و كذا القالي المعيب نقطه

منه، فإنّ الدليل أثبت الرد في موضوع ما اشترى مقيداً بكونه ممّا به عيب أو عوار، و لا يقال نصف العبد الأعمى أعمى أو نصف هذا القالي معيب، بل هما نصفان لشيء معيب.

و الحاصل: ليس لنا من الأوّل في هذا القسم دليل مثبت حتّى نقول بأنّه يلزم بعد الرد تبعض على البائع أو لا، بل غايه الدليل إثبات الرد في الكلّ لأنّ عنوان ما اشترى و به عيب غير صادق على النصف و الربع و غير ذلك من الكسور، و صادق عليها في ما إذا وقع أحدها مستقلاً تحت الشراء، و الفاصل هو العرف فراجع حتّى يتبيّن لك صدق المقال.

و إن كان الثانی من الأقسام، فدليل الرد و إن كان شاملاً للبعض بل لا يشمل الكلّ، لأنّه غير معيب إلّا على ضرب من المسامحة إلّا أنّه يصدق عليه عنوان عدم القيام بالعين على ما مضى من معناه من اعتبار ذلك حين ما يصل إلى البائع، فإنّ عدل الخفّ أو الباب بوصف الانفراد عن العدل الآخر الذي هو حادث حينما يصل إلى البائع منقّص له، و لعلّ منه ما إذا كان ردّ البعض المعيب من الكرباس موجبا لسقوط الباقي عن الوفاء بمقدار الثوب عند القطع، و للإشاعة الحكميّة عند عدمه فإنّ كلّاً من الأمرين نقص.

و إن كان الثالث منها أعنى: ما إذا لم يحصل سوى عنوان تبعض الصفقه الذي ليس فيه إلّا نقض الغرض العقدي- فإنّ غرض العقد الشخصى كان وصول عشره تومات و الآن يلزم وصول الخمسه- فمجرد ذلك يمنع كونه موجبا للخروج عن صدق القيام بالعين عرفاً، و إن كان لو ردّ المشتري يحدث بواسطه هذا المعنى خيار التبعض للبائع.

و توضيح المقام أنّه إذا علّق الحكم على جسم متّصل ذى أجزاء عند

اتّصاف بعض الأجزاء بوصف فهل يسرى هذا الحكم إلى تمام ذلك الجسم المتّصل، أو يختصّ بموضوع الاتّصاف، مثلا لو قيل: كلّ جسم لاقى النجاسه فهو نجس، فهل المفهوم عرفا أنّه لا بدّ من ملاقاه تمام الجسم الذى طوله بمقدار عشره أذرع مثلا أو يفهم الأعمّ منه و من ملاقاه نقطه منه؟ الظاهر الثانى.

و حيثئذ هل يفهم أنّ ذلك يوجب نجاسه الكلّ أو نجاسه خصوص موضع الملاقاه. و هكذا قوله: «كلّ شىء يراه المطر فهو طاهر» بالنسبه إلى الحوض الكبير الذى رأى المطر نقطه منه؟ الظاهر الثانى أيضا، ففى مقامنا حكم الخيار علّق على المبيع و هو مجموع ما وقع عليه العقد من تمام الجسم المتّصل الواحد، أو مجموع الأمور المتفرّقه المبيعه صفقه واحده، و قيّد ذلك بكونه معيوباً، فإذا اختص العيب ببعض الأجزاء و صار سببا لتعيّب الكلّ كعمى الحيوان، و عيب نقطه من القالى فهو فى حكم تعيّب الكلّ حقيقه.

و أمّا لو لم يوجب السرايه كالشأتين المعويه إحديهما أو عدلى الباب أو الخفّ، فحالهما حال الجسم الملاقى بعضه للنجس حيث إنّه ليس مسكوتا عنه للدليل، فكذا هذا المصداق ليس مسكوتا عنه فى مقامنا، و هل المستفاد أنّه يختص حكم جواز الرد بموضع العيب أو يستوعب الكلّ؟ الظاهر الأوّل، كما كان هو المستفاد من الدليل هناك، فالمبيع مجموع ما وقع عليه العقد، لكنّ الخيار وارد على موضع العيب كان الكلّ أم البعض، و لا يتبعّض فى مورده بالنسبه إلى أجزائه كسائر الخيارات.

ثمّ فى الصورة الأخيره أعنى: ما إذا انفكّ الكلّ عن البعض فى صدق المعويه ينظر إلى ذلك البعض المعيب، فإن كان ردّه منفردا موجبا لنقص على البائع كأحد عدلى الباب أو الخفّ، فلا بدّ من القول بعدم الجواز، لما ذكرنا من

المعنى لقوله-عليه السلام-:«إن كان قائماً بعينه»،و إن لم يكن موجبا لشيء كأحد الشاتين فالخيار ثابت بلا مانع عنه.

فعلم ممّا ذكرنا أنّ عدّ التبعض من جمله الموانع للرد بقول مطلق ممّا لا ينبغي،إذ في الصورة الأولى لا مقتضى للرد بالنسبه إلى البعض،و كذا في الثانيه لو قلنا إنّ تعيب البعض يوجب ورود الخيار على الكلّ،و لو اخترنا أنّه يوجب وروده على المعيب خاصّه فحيثذ إن أوجب نقضا آخر منع،و إلا فلا،فنفس التبعض بقول مطلق ليس مانعا.

و الحاصل:أنّه في ما إذا كان العيب في البعض غير موجب لمعيوبته الكلّ، و لا ردّه موجبا لنقص فيه،فمقتضى قوله:«إذا اشترى الرجل الشيء فوجد به عيبا، فإن كان قائماً بعينه ردّه على صاحبه»(1)جواز ردّ هذا البعض دون الكلّ،و ليس هنا مصداقان للمشتري-بالفتح-فإنك إذا اشترت عبدا و توب كرباس مقدار ذراع من رأسه معيب،ف قيل لك:ما المشتري في صفقتك؟لأشرت إلى ذلك التوب بأجمعه و العبد،لا إلى خصوص ذلك الذراع منه،فإذا قيل لك:إن كان باقيا بحالته الأولى ردّه إلى صاحبه،فالضمير و إن كان يرجع إلى المشتري لكن العرف يفهم ردّ ذلك المعيوب بخصوصه.كما إذا قيل لك:إذا لاقى هذا الثوب من الكرباس نجس فاجتنب منه إذا كان رطبا،يفهم منه أنّه يختصّ بالحكم بموضع الملاقاه إذا كان رطبا.

كذلك إذا قيل:إذا كان هذا المشتري-بالفتح-به عيب،فإن كان قائماً بعينه ردّه إلى صاحبه،يفهم اختصاص هذا بموضع العيب إذا كان هو قائماً بعينه.

ص: ٣٤٩

و على هذا فمقتضى الخبر جواز ردّ هذا البعض منفردا، و ليس الكلّ فردا و مصداقا، فلا يجوز الردّ فيه بمقتضى الخبر، كما ليس تمام الثوب مصداقا لواجب الاجتناب فى المثال.

و أما دعوى أنّ لا ضرر حاكم على الخبر لأنّ ردّ البعض و استرداد ما يوازيه من الثمن ضرر على البائع، فلا يجوز.

ففيه: أنّه إن أريد من الضرر، الضرر النقض الغرضى بملاحظه أنّه أوقع المعامله لأن يصل إلى عشره توماتا، فحصل خمسه وفات منه خمسه، ففيه أنّ الخيار فى كلّ مورد ثبت بدليله يورد هذا الضرر على المفسوخ عليه، بل ضرر فوت تمام الثمن أعظم. و إن أريد تبعض المبيع عليه بمعنى ردّ بعضه و عدم ردّ بعضه الآخر فلا نسلم أنّه من حيث هو مع قطع النظر عن استلزامه لردّ مقداره من الثمن إلى المشتري يكون ضررا، و إلّا لزم فى ما إذا ردّ عليه مجانا أيضا و ررد هذا الضرر و هو معلوم البطلان.

و أما دعوى أنّ إثبات السلطنه على ردّ المعيب و إمساك الصحيح ثمّ سلبها بإعطاء سلطنه الفسخ للبائع لغو. ففيه أنّ المحتملات بحسب مقام الثبوت هنا أمور، الأوّل: أن يلزم الإمساك، و الثانى: أن يخيّر بين إمساك الكلّ و ردّ الكلّ، و الثالث: أن يخيّر بين إمساك الكلّ و ردّ البعض المعيب و إمساك الصحيح، و الأرفق من هذه الثلاثة بمقصود المشتري و بحاله هو الأخير، فإنّه ربّما لا يعمل البائع خياره.

و بالجمله: لم نقف على صارف عن ردّ البعض مع أنّه لو فرض المانع من هذه الجهات عن ردّ البعض فأىّ موجب للقول برّد الكلّ؟ بل المتعين القول بالانتقال إلى الأرش، فإنّه قد عرفت أنّ الخبر لا يشمل الكلّ كما لا يشمله فى مثال

اللَّهِمَّ إِلَّا- أن يكون في المقام إجماعان: الأول: على أنه لا يجوز ردّ البعض كما استظهره شيخنا المرتضى -قدّس سرّه-، والثاني: على أنه لا يجوز ردّ البعض كما استظهره شيخنا المرتضى -قدّس سرّه-، والثاني: على أنه يجوز ردّ الكلّ، كما حكاه في الجواهر عن الغنيه و الخلاف، واستظهره شيخنا الأستاذ -دام بقاءه- من صاحب الحدائق، وربما تشعر عبارته شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- في هذا المقام أيضا بمسألته، وذلك لأنّه بعد أن ردّد بين أن يكون محلّ الخيار تمام المبيع، أو خصوص المعيب، قال عقيب الشقّ الثاني ما لفظه: غايه الأمر أنه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لثلا يتبعص الصفقه عليه، وإمّا لقيام الإجماع على جواز رده، وإمّا لصدق المعيوب على المجموع.

و أمّا الثاني: وهو تعدّد المشتري بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيب، فالمشهور على عدم جواز انفراد أحدهما برّد حصّته، وعن جماعه جوازه، وعن آخرين التفصيل بين علم البائع بتعدّد المشتري فالجواز و جهله فالعدم.

قال شيخنا الأستاذ -دام ظلّه-: إنّ هذا المقام أولى بعدم الجواز من المقام السابق، لجريان ما تقدّم هناك لعدم الجواز هنا مع زياده، أمّا ما افترق فيه المقامان فهو أنّ البعض المردود هناك مفروز و هو مبيع، والمردود هنا مشاع، و البيع إنّما وقع على مجموع الدار مثلاً، لأنّه محلّ الإيجاب و القبول. نعم لازم انتقال الدار إلى مجموع الشخصين أن يملك كلّ منهما مستقلاً نصفاً مشاعاً، وهذا غير أن كان مركب الإنشاء و العقد أوّلاً هو الكسر المشاع.

ألا ترى أنّ من باع الدار من شخص واحد لا يصحّ أن يقال: إنّ باع بيوعاً كثيرة عديده بعدد الكسور المتصوّره فيه؟ و حينئذ فإذا ترتّب الحكم على الشيء المشتري -بالفتح-، فالظاهر منه هو

ما وقع تحت الإيجاب و القبول، و لا- شك أنّ الإيجاب وقع على الدار، و كذا القبول فى ما إذا صدر من الوكيل لهما، و أمّا إذا صدر من نفس الا-ثنين فكذلك يتعلّق القبول من كلّ منهما بنفس الدار لا بنصفه المشاع، فإنّه ربّما لا يخطر بالبال أصلا، لكن قبول كلّ إنّما يؤثّر فى ملكيه النصف نظير إنشاء الفضولى بالنسبه إلى النصف، حيث يختصّ تأثيره فى النصف.

و بالجمله الذى وقع تحت البيع و الشراء ليس هو عنوان النصف أو الربع، أو غير ذلك، و ليس الحكم مرتّبا على كلّ شىء ملك بوسيله الشراء و لو لم يصدق عنوان المشتري-بالفتح-و المبيع، و إلّا لزم جريان خيار العيب فى المفتاح و نحوه ممّا يندرج فى المبيع.

و أمّا ما اشترك فى المقامين، فهو أنّا لو تنزّلنا عن الجبهه الأولى و فرغنا عن صدق عنوان المشتري، و لكن عنوان القائم بعينه لا يصدق، بناء على ما مرّ من معناه من أنّه حين ما يصل إلى البائع لا- بدّ من أن يكون كما كان، و النصف المشاع لم يكن من الابتداء إلّا- ملكا مختصّا للبائع، و الآن إذا ردّ إليه يصير ملكا مشاعا مشتركا و الإشاعه موجب للنقص و قلّه الرغبه، فلا يصدق أنّ المشتري أعنى:

النصف المشاع قائم بعينه و هو على ما هو عليه و كما كان قبل البيع، و هذا هو الذى منع من الرد فى بعض صور القسم الأوّل، و هو مثل ذراعى الكرباس إذا فرضنا أنّ عيب أحد الذراعين لا يوجب صدق معيبيّه الكلّ، فإنّ ردّ خصوص الذراع المعيوب لا يجرى فيه الإشكال الأوّل و هو عدم صدق المبيعيّه، و ذلك لأنّ الشراء وقع على الأبعاض المعينه فى ضمن الكلّ و ليس حال المعين كالمشاع.

و من هنا يمكن الفرق فى ما لو ظهر بعض المبيع مستحقّا للغير بين كونه بعضا معينا فيصحّ فى غيره، و كونه مشاعا فيقوى البطلان إلّا مع إجازة صاحب

نعم يجرى فى هذه الصورة الإشكال الثانى، فإنه إذا ردّ إلى البائع فإن أبقى الثوب بحاله من الاتّصال حصل الشركه الحكميّه، وإن فصل بين الذراعين كان أيضا نقصا، فلا يصدق كون المبيع قائماً بعينه، نعم مثل الشاتين لا يجرى فيه شىء من الإشكالين.

و أمّا الثالث: هو تعدّد البائع بأن باعا شيئا ثمّ ظهر معييا فأراد ردّ النصف إلى صاحبه، فالظاهر عدم الإشكال فيه من شىء من الوجهين، فإنّ كلاهما إنّما صار بصدد بيع ما يملكه و هو نصف الدار فباعا النصفين بصفقه واحده، و المفروض أنّه يرّد النصف إليه كما كان و على حالته الأوّليه، هذا.

مسأله: يسقط الأرش دون الردّ فى موضعين

اشاره

على ما قالوا:

أحدهما: إذا اشترى ربويًا بجنسه فظهر عيب فى أحدهما،

فقيل لا أرش حذرا من الربا، و لازمه أنّه لو حدث عيب عند المشتري كان البيع لازما لا مفزّ عن العيب.

و تحقيق المقام أنّ الأرش غرامه شرعيّه حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لها و ليس فى الجعل و القرار العقدى منه عين و لا أثر، بمعنى أنّه و إن كان يبذل مقدار من الثمن بلحاظ وصف الصّحّه، و لكن هذا المقدار المبدول مع سائر الثمن يبذل فى الإنشاء عوضا للعين، و لا- يجعل للصّحّه سهم منه أصلا، و غايه ما يستفاد منعه من أدلّه تحريم الربا و لزوم الجعل مثلا بمثل حتّى فى الصّحيح و المعيب إنّما هو تعيين مقدار أو شرط بإزاء ذلك الوصف أو زياده بلحاظه إمّا فى ابتداء العقد أو بعد تمامه فى حال قراره و بقائه.

و أما لو فرضنا أنّهما لم يجعلاً بإزائه شيئاً، و إنّما الشارع حكم على من باع المعيب بلزوم تدارك العيب بنسبه الثمن عند اختيار صاحبه، فليس هذا منافياً لما فهم من تلك الأدلة، إذ لم يفهم منها السقوط الرأسي لوصف الصحة عن المائيه عند الشرع، و إنّما فهم المنع من القرار و التبانى العقدى و هو مفروض الانتفاء فى المقام.

ثانيهما: ما لو لم يوجب العيب نقصاً فى القيمة،

و مثلوا له بالخصاء فى العبد، فإنّه عيب بلا إشكال و لكنّه يوجب زياده القيمة لزياده رغبه السلاطين و سائر المتمولين لأجل قابليته الخصىّ بنظرهم للتردد عند النسوان.

و لكن قد يناقش فى المثال بأنّ زياده القيمة إذا كانت ناشئه من غرض محرّم فهى ملغاه عند الشارع، و أى فرق بين حصول أصل المائيه من المنفعه المحرّمه كما فى الخمر أو زيادتها كما فى المقام؟ و الأولى أن يمثّل للمقام بالقالى العتيق حيث إنّّه يصير زائد القيمة بملاحظه كثره رغبه الطالبين للأشياء العتيقه المعبر عنها فى الفارسيه ب(آنتيك).

مسأله: يسقط الردّ و الأرش معا بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد،

و يكفيه عدم الدليل على الخيار و الأرش مع العلم، و لا يحتاج إلى الدليل على العدم، و لا يساعده العرف أيضاً و لا قاعده نفى الضرر، لوجود الإقدام، و قد يستدلّ بمفهوم صحيحه زواره المتقدّمه، و فيه نظر، فإنّ الجزء المذكور عقيب الأمور المذكوره فى الشرط هو انتفاء الردّ و ثبوت الأرش، و مقتضى المفهوم عدم هذا الجزء و هو يدور بين ثلاثه: الأوّل: ثبوت الأمرين من الرد و الأرش، و الثانى: انتفاؤهما معا، و الثالث: ثبوت الرد دون الأرش،

فلا يثبت خصوص الثاني منها، اللهم إلا أن يتشَبَّثَ في نفي الأول و الأخير بالإجماع فيتعيّن الوسط.

ثمّ لو شرط في حال العلم ثبوت خيار العيب فهذا له صورتان: الأولى: أن يشترط سببّيه العيب المعلوم كالعيب المجهول لما يكون المجهول سببا له، فهذا لا- ينعقد بالا- اشتراط، إذ أمر السببّيه و التأثير ليس بيده، فإنّا و إن قلنا: إنّه لم يرد من الشرع في خصوص المعلوم حكم بالعدم، لكن يكفي كون دليل الإثبات خاصّا بالمجهول، فهذا نظير أن يشترط في خصوص الثوب أن يثبت فيه الخيار الخاص المسبّب من الحيوان. و بعبارة أخرى: يشترط المؤثريه في الثوب سنخ المؤثريه الثابته في الحيوان، و لا إشكال في عدم تأتّى هذا من قبل الشرط، و يكفي هذا المقدار في مخالفته للمشروع، و لا يلزم وجود الدليل على العدم، و لكن غايه هذا أنّ الشرط فاسد، و لم يعلم ما وجه فساد العقد و أى امتياز لهذا عن سائر الشروط الفاسده، حيث حقّق شيخنا الأنصارى- قدّس سرّه- فيها عدم الإفساد و جزم هيهنا بالإفساد، فالتحقيق أنّه فاسد غير مفسد.

الثانيه: أن يشترط ثبوت الخيار له في الردّ، و إن شاء أخذ التفاوت و الأرش و لو حدث عنده عيب سقط حقّه عن الأرش، فالظاهر عدم المانع عن هذا الاشتراط فهو كما لو شرط في بيع الثوب خيار ثلاثة أيام كما جعله الشارع في الحيوان.

الثاني: ما إذا تبرّأ البائع عن العيب،

و يمكن الاستدلال على السقوط، بالصحيحه المتقدمه بتقريب أن يقال: إنّ الظاهر من مثل العبارة المذكوره، أعنى:

«من اشترى شيئا معيبا و لم يعلم و لم يتبرّأ البائع إليه فأحدث فيه، يمضى البيع عليه و يردّ إليه الأرش» بحسب المتفاهم العرفى أنّ ما قبل «الفاء» في قوله

«فأحدث» يكون محققاً للحقّ و ما بعده مانع عن شقّ منه و هو الرد، نظير أنّ «من عمل صالحاً فأشرك يحوط عمله و أجره» فإنّ ذكر «من عمل» إنّما هو لأجل بيان المقتضى لثبوت الأجر و مثله و إن لم يكن في مقام بيان المقتضى- فلو احتملنا دخاله شيء آخر لم يكن نفيه بإطلاقه-، و لكن يمكن الأخذ بما ذكر في الكلام و أنّه يكون ممّا له الدخول فينتفى المقتضى بانتفائه.

ثمّ نقول: نقطع من الخارج أنّ الحقّ الثابت في باب العيب له طرفان: الردّ و الأرش، فبضميمة هذا القطع الخارجى نتج أنّ بانتفاء واحد من القيود، إمّا حصول العلم أو التبرّي ينتفى هذا الحقّ الطرفينى بانتفاء مقتضيه، لكن تسميه هذا باسم المفهوم لا يخلو عن شيء، و على هذا يتمّ الاستدلال في هذا المسقط و في المسقط المتقدّم، و لم نعلم وجه تفرقه شيخنا المرتضى- بالتنظر في التمسك بالصحيحه لمسقطيه الأول مع التمسك به لمسقطيه، الثانى.

ثمّ إنّّه لم يعمل أنّه لم يستدلّ هنا كما في التبرّي عن العيوب الغير الموجوده المتجدّده في ما بعد بدليل الشروط بإرجاع التبرّي إلى الاشتراط لسقوط آثار و لوازم البيع على المتاع من الردّ و الأرش عند وجود العيب.

و بالجملة: حال اشتراط سقوط هذا الخيار بكلا طرفيه في متن العقد كحال اشتراط سقوط غيره من خيار المجلس و الحيوان في التفصيل بين اشتراط عدم الثبوت فيخالف الشرع، و و السقوط بعد الثبوت آنا ما فلا مانع من نفوذه، هذا في العيوب الموجوده.

و أمّا المتجدّده: فلا إشكال في اختصاص النصّ بالموجوده و عدم شموله للمتجدّده، فينحصر الدليل هنا في دليل الشرط، و لا مانع من التمسك هنا إلا من حيث التعليق الموجود فيه بوجود العيب في المستقبل، و قد مرّ في بعض الأبحاث

السابقه أنه قد يستند في إبطال التعليق بالوجه العقلي من أنه لا يعقل الإسقاط الفعلي لما لم يثبت فعلا، ولكنّه من هذه الجهة كالوجوب المشروط، فإنّ الإنشاء للإسقاط يكون بلحاظ حال الوجود و مثله لا مانع منه، بل شائع واقع، وقد يستند إلى الإجماع فيقال: القدر المتيقن منه غير المقام وقد يستند إلى انصراف الأدلّه إلى غير التعليق، فدليل نفوذ البيع منصرف إلى المبادله الفعلية، ولا يشمل بيع الدار مثلا على تقدير ابتياعه بعد سنه مثلا من صاحبها، وكذا دليل الشرط المنصرف منه ما إذا حصل بالشرط تعهد لأحد الطرفين أو خروج عنه و استراحه منه بالنسبه إليه فعلا، وبالجملة كان مشتقلا على ذلك فعلا، فلا يشمل ما إذا لا يرى العرف فيه تفاوتاً، بل يرى حال المشترط كما قبل الاشتراط لم يحدث عليه عهده.

و حينئذ نقول: التعليقات من هذه الجهة مختلفه، فربّ تعليق على أمر يكون عند العرف مع تعليقته مورثاً لأثر فعلي و عهده فعلية أو خروج عن عهده فعلية، و منه المقام، فإنّ المال إذا باعه صاحبه فإن لم يشترط هذا الشرط فهو في معرض أن يرجع إليه بواسطه حدوث عيب في المستقبل، و بواسطه اشتراط براهه ساحته من لوازم ذلك العيب على تقدير الوجود ينتزع راحه فعلية في قبال ذلك الابتلاء و التعهد الفعلي، فلا مانع من الاشتراط حينئذ.

نعم، في بعض المواضع لا أثر فعلي للشرط المعلق أصلاً، بل يكون وجوده كعدمه عند العرف، مثل ما لو شرط أنه لو ابتاع داراً بعد سنه ملك زيداً مثلاً كذا، فإنه لا يرجع عند العرف إلى تعهد فعلي، فهذا لا يبعد دعوى انصراف دليل الشرط عنه، و من قبيل الأوّل اشتراط مقدار على البائع للمشتري لو تبين المبيع مستحقاً للغير، مضافاً إلى غرامه ثمن المثل من حال المعامله إلى خمسين عاماً الذي تداول في هذا الزمان.

فقد تبين مما ذكرنا عدم الإشكال من جهة التعليق، و أما من حيث الغرر فلا وجه لوروده في المتجدد، فإن المبيع مقطوع الصحه حال البيع، فلا غرر فيه أصلاً، و أما في الموجود حال العقد فالمفروض وجود أصل السلامه و إحراز الصحه بهذه الاماره العقلانيه.

و من هنا تبين الفرق بين المقام و بين اشتراط سقوط الخيار عند تخلف الوصف المشترط، فإن الغرر ثابت هناك بواسطه التنافي بين هذا الاشتراط و بين ذلك الالتزام بالوجود، و الفرق أن الغرر كان مرتفعاً بالالتزام، فإذا جاء ما نافي الالتزام عاد الغرر، و أما هنا فالغرر مرتفع بالأصل العقلاني و لا تفاوت في وجوده بين الالتزام من البائع و عدمه.

و في عباره شيخنا المرتضى -قدس سره- في هذا المقام اغتشاش، و الظاهر أنه سقط من النسخه شيء فراجع، فإن أجزاء الكلام لا يلتئم بعضه ببعض، و ذلك لأنه نقل عن العلامة الإشكال في العيوب المتجدده بأن البراءه هي هنا براءه مما لم يجب، و الجواب بأن المتبرئ منه هو الخيار و سببه العقد لا العيب.

ثم استشكل هو -قدس سره- على العلامة -قدس سره- بأن الخيار مسبب عن العيب لا العقد، ثم نظر المقام بإسقاط خيار الرؤيه بعد العقد و قبل الرؤيه، و أن العلامة في بعض كلماته معترف فيه بعدم الجواز، و إن قال في البعض الآخر بالجواز، لكنّه مخالف لسائر كلماته.

ثم قال: و بالجمله فلا فرق بين البراءه من خيار العيوب و البراءه من خيار الرؤيه بل الغرر في الأول أعظم، إلى آخر ما قال.

و أنت خبير بأنه لم يكن من حديث الغرر في الكلام السابق عين و لا أثر، فلا بد أن يكون في الكلام سقط، مثل أن يكون بعد قوله: مخالف لسائر كلماته: مع

أنه مستلزم للغرر و هذا و إن كان موجودا فى البراءة عن العيب حال العقد.

و بالجمله فلا فرق إلى آخر كلامه، فراجع كلامه تعرف حقيقه المرام.

ثم إن التبرى عن العيب بحسب مقام الثبوت يتصور على أنحاء، الأول:

أن يكون من باب قلب الموضوع، فإن موضوع الخيار هو العقد الخالى عن التبريه عن وصف السلامه، فكأنه قال: بعتك هذه العين بكل تقدير من الصحه و العيب، فيخرج الموضوع عن موضوع الخيار.

و الثانى: أن يرجع إلى الإسقاط، فالعقد واقع على العين بدون تجريدها عن وصف صحتها، و هذا موضوع لثبوت الخيار لو تخلف الصحه و لا- يحتاج إلى الالتزام بوجود وصف الصحه، و لكن يشترط فى العقد استراحه نفسه من لوازم وجود العيب، و الوجهان مشتركان فى سقوط كل من الأرش و الردّ بهما.

و الثالث: أن يرجع إلى البراءة عن ضمان مال بسبب العيب فيسقط به الأرش خاصه.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أمّا بحسب الإثبات و أنّ الظاهر من كلمه التبرى فى عباره المتعاقدين ماذا؟ فاستظهر منه شيخنا الأستاذ الوجه الوسط، و نظره بما تعارف بين العرب من تبرى طائفه منهم عن جرائم شخص منهم، و المقصود أنهم لا يصيرون ملوثين بتبعات جرائمه، و لا يلزمهم لوازمها، فالتبرى من العيب أيضا عباره عن إسقاط ما كان العيب يقتضيه لولا الإسقاط و التبريه من كل ما يلزمه.

ثم إنه على فرض التبرى من العيب فلو كان للمشتري خيار آخر من شرط أو حيوان أو مجلس و تلف العين بسبب هذا العيب، فلا وجه للحكم بعدم ضمان البائع لهذا التلف الناشئ من هذا العيب بمجرد أنه تبرأ عن تبعاته، فإن هذه

التبعية ليست للعيب بما هو عيب، بل بما هو مصداق للتلف في زمن الخيار، وهو ممّن لا خيار له، وما ذكرنا من فرض ثبوت خيار آخر هو مورد كلام القوم في المقام.

ولكنّ السيّد الطباطبائي المحمّدي لكلام شيخنا المرتضى -قدّس سرّهما- حمل كلامهم على صورته عدم خيار آخر وأنّ المراد كفايه شأنه خيار العيب في الحكم بالضمان، فاستشكل عليه أولاً بأنّه لا دليل عام في مسأله ضمان التلف في زمن الخيار يشمل خيار العيب كما يأتي في بابها إن شاء الله تعالى، وثانياً بأنّه على فرض التعميم خاص بالخيار الفعلي، فلا يكفيّه الشأنيه.

والظاهر أنّ ما ذكره لا يساعد عليه كلمات القوم، فإنّ المذكور في عبارته الدروس عطف صورته العلم بالعيب من أوّل العقد أو الرضى به لاحقاً على المقام، وهو صريح في كونه مفروضاً في زمان خيار المشتري من سبب آخر غير العيب، فلم يعلم ما الذي دعا السيّد -قدّس سرّه- إلى الحمل المذكور.

ثمّ إنّ هنا أموراً يظهر من بعض سقوط الردّ والأرش بها

منها: زوال العيب قبل العلم به أو قبل الردّ،

و استظهر شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- من عبارته العلامه سقوط الأرش و الردّ معاً، لأنّ فيها سقوط الردّ معللاً بعدم موجهه، و الظاهر أنّ موضع الاستظهار هو التعليل بعدم الموجب بعد مفروغيته أنّ الموجب للأمرين واحد، فإذا انعدم بالنسبه إلى أحدهما انعدم بالنسبه إلى الآخر أيضاً، و كيف كان فهو صريح عبارته أخرى له -قدّس سرّه- كما نقلهما شيخنا المرتضى -قدّس سرّه-، و قوَى شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- التفصيل بين الأمرين بثبوت الأرش دون الردّ.

و استوجه شيخنا الأستاذ -دام أيام بقائه- مقاله الشيخ -قدّس سرّه- بأنّ هذا أولاً مبنّى منه -قدّس سرّه- على ما يظهر منه في ما تقدّم من دوران

الاستصحاب مدار الموضوع الدليلي، و إذن فنقول: قوله في إحدى الروايتين المتقدمتين في صدر الباب: فيجد به عيباً، ظاهر في وجود العيب حال الوجدان، و كذلك قوله: إن كان قائماً بعينه ردّه، ظاهر في تعلق الرد بالمعيب الخارجي المحفوظ عنوان معيّنته حال الرد، كما في نظائره من أكرم العالم، و أكلت الخبز، حيث إنّها ظاهره في اتحاد زمان الجرى مع زمان الفعل، فأخذ زمان الجرى زماناً سابقاً و إن كان يلائم مع كون المشتقّ حقيقه في من تلبس فعلاً، و لكنّه لا يلائم مع هذا الظهور الآخر من الظهور في اتحاد الزمانين.

و أمّا قوله في الصحيحه: اشترى شيئاً و به عيب أو عوار، إلى أن قال: ثمّ علم بذلك العيب، فهو و إن كان يمكن استفاده كفايه وجود العيب حال الشراء منه، إلا أنّ الظاهر منه أيضاً أن يكون طريق العلم بالعيب وجود العيب و رؤيته خارجاً، لا أن يعلم بطريق آخر بوجوده في السابق، فيتحد مضمون الروايتين في أنّ الظاهر كون عنوان المعيّنه محفوظاً حال الردّ، و الاستصحاب غير جار بناء على المبنى المذكور.

هذا حال الردّ و أمّا الأرش فالموضوع فيه هو الأرش و له إضافه إلى المعيب، فيجوز المطالبه بالأرش أو يستحقّ المطالبه به، فإذا تمّ أسباب هذا الحكم أو الحقّ، فارتفاعه يحتاج إلى دليل، فيكون الاستصحاب فيه محكماً لبقاء الموضوع بخلاف الرد، هذا.

و لكنّ الحقّ كما قرّر في الأصول من أخذ الموضوع في باب الاستصحاب من العرف جريان الاستصحاب في كلا المقامين لإحرازه عرفاً في كليهما.

فإن قلت: التمسك بالاستصحاب مبنّى على عدم ظهور الدليل المثبت للخيار في دورانه مدار وجود العيب حدوثاً و بقاء بحيث يزول بزواله، كما أنّه يحدث بحدوثه، فإنّه لا مجال حينئذ للاستصحاب.

قلت: غايه ما فى الباب أنّ قوله: من اشترى شيئاً معيباً و لم يعلم ثمّ وجده معيباً رده فى تقدير و أخذ الأرش فى تقدير ساكت عن التعرّض لحال زوال العيب قبل العلم أو قبل الرد، لا أنّه دالّ على عدم الخيار و انتفائه فإنّه ممنوع جدّاً.

و منها: التصرف بعد العلم بالعيب

حيث إنّه عند ابن حمزه مسقط للأمرين، و تحقيق القول فيه أنّه إن علم أنّ هذا التصرف كاشف عن الرضى بالمبيع و بالعيب بحيث أبرء البائع عن الأرش فلا كلام، و إن لم يعلم الحال فإن كان بعد العلم بالخيار فهو رضى بالمبيع و إن كان قبل العلم بالخيار فهو داخل فى عموم التعليل المستفاد من بعض أخبار خيار الحيوان كما مرّ مراراً، و على كلّ حال يكون سقوط الردّ على وفق القاعده، و أمّا الأرش، فالتكلم فيه أوّلاً فى الدليل المثبت له هل يشمل هذه الصوره أو لا؟ و ثانياً فى جريان الاستصحاب فيه على تقدير عدم وفاء الدليل و عدمه.

أمّا الأوّل: فالحقّ فيه عدم الشمول و عدم الوفاء، على خلاف ما يظهر من شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -، فإنّ الذى يتوهم ظهوره فى إثبات الأرش بعد التصرف فى حال العلم بالعيب هو المرسله: «فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب» (1) و لا - يخفى أنّه تفصيل وارد فى مفروض السائل من كونه قد وجد فى الثوب العيب، و الظاهر منه أنّه فى هذا الحال إن كان قائماً جاز الرد و إلّا لم يجز، فلا يشمل ما إذا تصرف بعد الوجدان فيه شيئاً.

و أمّا الاستصحاب، فاعلم أنّ الحاله السابقه المتيقّنه لثبوت الأرش هنا هو جوازه التخييرى الذى كان طرفه الآخر هو الرد، و قاعده التخيير عند سقوط أحد

ص: ٣٤٢

(١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦، من أبواب الخيار، ص ٣٤٣، ح ٣.

أطرافه هو التعيين عقلا في باقى الأطراف فى ما إذا كان الملاك فى اليد، كما فى الأوامر، و أمّا فى مثل المقام حيث يحتمل كون التصرف مسقطا للأرش كما صار مسقطا للعدل الآخر، فنحتاج حينئذ إلى التمسك بالاستصحاب.

فإن قلنا: بأنّ المعبر فيه بقاء الموضوع الدليلى لا- يجرى، إذ من المحتمل كون الموضوع من لم يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب، فإنّ الدليل على التخيير هو الإجماع و هو لا- لسان له، و إن قلنا: بأنّ الموضوع مأخوذ من العرف، فالمانع من هذه الجهة مفقود لإحراز الموضوع عرفا.

لكن يبقى الكلام فى جهتين أخريين: إحداهما: فى أنّ المتيقن سابقا هو الجواز التخييرى و لا يحتمل بقاء لاحقا، و الجواز التعيينى الذى يحتمل بقاء لاحقا مقطوع العدم سابقا، فينحصر الاستصحاب فى الجامع و الجواز التخييرى و التعيينى فردان من الجواز عند العقل لاختلاف الحدّ.

و يمكن التفصيلى عنها إمّا بالتزام الوحده عرفا كما فى السواد الضعيف و الشديد، و إمّا بأنه من استصحاب الكلّى و القسم الثالث منه و التحقيق جريانه.

و الثانيه: إنّنا لو سلّمنا جريان الاستصحاب فى القسم الثالث، فإنّما نسلّمه فى الموضوعات، و أمّا فى الأحكام فلا يعقل جعل الجامع بدون جعل الفرد.

و التحقيق فى الجواب أنّه إنّما يرد على من يعتبر فى الاستصحاب فى الأحكام أن يرجع إلى جعل الحكم المماثل، و أمّا على المختار من عدم اعتبار ذلك- بل المعبر البقاء على المعامله السابقه- فهو بمكان من الإمكان، و المعامله السابقه هنا الأخذ بالأرش، و إن كان يلزم من هذا جعل الجواز التعيينى، و بهذا المبنى يصحّ إجراء الاستصحاب فى العدم الأزلى للتكليف أيضا.

الذى لم تنقص قيمته بالعيب، بل ربّما زاد كما في العبد الخصى، فالأرش غير ثابت رأسا، و الرد ساقط لأجل التصرف، أمّا الأرش فلا كلام فيه، و أمّا الرد فلا بدّ من تفصيل الكلام بأن يقال: إن كان التصرف دالّا على الرضى دخل تحت عموم مسقطيه هذا التصرف، فلا كلام في سقوطه به، سواء وقع بعد العلم بالخيار أم قبله، أمّا الأول فلاّنه إسقاط فعلى، و أمّا الثانى فلاّنه مشمول للعموم المذكور.

و إن كان التصرف ممّا لا دلالة له على الرضى بالبيع و عدم خيال النقض و لو بالإيقاله، فيقع الكلام تاره في دليل مسقطيه هذا التصرف و هو الصحيحه السابقه من قوله: «فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا» (1) هل يشمل هذا المقام المفروض فيه عدم ثبوت الأرش، أو أنّه خاص بمورد إمكان التدارك للضرر بالأرش؟ و أخرى في الأصل الذى يرجع إليه عند الشك و عدم وجود الدليل الاجتهادى.

أمّا الأول فنقول: الظاهر من قوله في الصحيحه: «يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (2) أنّ المفروض كلام الإمام-عليه السلام-مورد إمكان التدارك بالأرش، و على فرض تسليم العموم و الشمول نقول: هذا الحكم أعنى: الحكم بالسقوط بإحداث الحدث حكم وارد في مقام الضرر، و الحكم الوارد كذلك لو فرض حدوث زياده ضرر في بعض أفراده لم تكن تلك الزيادة في البعض الآخر، فاللازم القول بالتخصيص فيه بقاعده لا ضرر.

نعم لو فرض مساواه جميع الأفراد في مقدار الضرر فلا وجه للتخصيص، للزوم الترجيح بلا مرجح، و لا شكّ أنّ سقوط الرد في مورد العيب المنقّص للقيمه

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، ص ٣٦٢، ح ٢.

٢- (٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، ص ٣٦٢، ح ٢.

ضرره أنقص منه فى المقام أعنى: ما إذا لم ينقص القيمة بالعيب، فإنّ تضرّر المشتري من حيث عدم نيل الغرض مشترك بين المقامين، فإنّه تعلق غرضه بالصحيح و هذا معيب، و لكنّ الفرق أنّه يأخذ من البائع فى المقام الأوّل تداركا لهذا الضرر مالا، و هذا المال و إن كان بمقدار نقصان المائيه الذى حدث من قبل العيب و لكن لما يكون بعنوان تدارك وصف الصحه فيكون وجودا تنزيليا له.

و أما فى مقامنا فالنقص المالى معدوم حسب الفرض، فيبقى النقص الغرضى بلا جابر، و مجرد حصول الزيادة فى المائيه حاله حال حصول النموّ فى ملك آخر له بقدر نقصان المعيب أو حصول الربح من محلّ آخر له بهذا المقدار.

و بالجمله، بناء على شمول قاعده لا ضرر للضرر الغرضى و عدم اختصاصه بالمالى فاللازم الاقتصار-على تقدير شمول الصحيحه للمقام-بغيره من المقامات الأخرى، و الحكم بعدم سقوط الرد بالتصرّف الغير الكاشف فى المقام، هذا.

و أمّا الثانى فنقول: لو شككنا فى المسأله بواسطه سكوت الصحيحه عن حكم المقام و القول بعدم جريان لا ضرر فى المقام أيضا، فالظاهر جريان استصحاب خيار الرد و عدم الإشكال فيه، فإنّ خيار الرد قبل التصرّف محقق لا شبهه فيه، فيستصحب بعده حتى على مذاق من يجعل موضوع الاستصحاب دليليا، فإنّ الشكّ هنا فى المسقط و موضوع الحكم لا يتقيّد بعدم المسقط كما هو واضح، و هذا نظير استصحاب الطهاره عند الشكّ فى حدوث الرفع و الناقض.

و منها: حدوث العيب فى المعيب المذكور،

و الكلام هنا من حيث عدم شمول دليل سقوط الرد عند عدم قيام العين كالسابق بواسطه اختصاصه بمورد إمكان التدارك بالأرش، نعم الفرق أنّ دليل لا ضرر كان فى الفرع السابق جاريا

على ما مرّ، و ليس فى المقام جاريا، لإثبات الرد لأمرين، الأول: ما ذكره شيخنا المرتضى من معارضة ضرر المشتري بالصبر لضرر البائع بقبول المعيب بالعيب الحادث و لو مع الأرش، و الثانى ما ذكره شيخنا الأستاذ-دام علاه- و هو: أنّ ضرر المشتري متيقن على أى حال سواء حكم بالصبر أم بالرد.

أمّا على الأول فواضح، و أمّا على الثانى فلأجل محكوميته بدفع الأرش، فإنّه ضرر عليه، فجنس الضرر عليه وارد على كل حال غير قابل الارتفاع حتّى يشمله دليل لا ضرر، و مجرد كونه تعييتا على تقدير عدم الخيار و تخييريا على تقدير ثبوته لا يثمر فى رفع الضرر.

ألا ترى أنّ من أكره على بيع أحد ماله، فاختر أحدهما فهو مكره و يحكم بفساد بيعه مع أنّه مختار فى الخصوصية؟ و فى المقام أيضا و إن كان اختيار الخصوصية بيده لكن بالنسبة إلى جامع الضرر ينتهى إلى حكم الشرع، و إذن فيبقى الرجوع إلى استصحاب الرد.

و منها: ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا، و محصل الكلام أنّا إن فرغنا عن الصغرى لعنوان المانع فلا- كلام، بمعنى أنّا فرغنا عن كون الربا لازما و عن كون التصرف مانعا حتّى فى مثل المقام، و كذا حدوث العيب. و أمّا الكلام فى تشخيص الصغرى فيعلم ممّا تقدّم من عدم شمول دليل السقوط لهذا المقام إلّا إذا كان التصرف كاشفا عن الرضى.

لا- يقال: دليل السقوط بالتصرف الكاشف و إن كان شاملا، لكن لم لا- يقدم عليه دليل لا- ضرر كما قلت بناء على شمول الصحيحه؟ لأننا نقول: حيث إنّ المفروض أنّه رضى بالمبيع فقد أقدم على الضرر من حيث عدم الرد، و لو كان له خيال دفعه بالأرش فالشارع منعه من هذه الجهة

و حكم قهرا عليه بسقوط الأرش.

و من هنا يظهر الخدشه فى كلام شيخنا المرتضى حيث يظهر منه تأثير إقدامه فى سقوط الأرش، مع أنه سواء أقدم أم لم يقدم لا فرق فى حكم الشرع بالمنع عن الربا، نعم يظهر أثر الإقدام بالنسبه إلى التصرف كما عرفت.

و بالجمله لو سلمنا لزوم الربا من أخذ الأرش فى المقام، فالمسأله من حيث مسقطيه الردّ و العيب الحادثه مشتركه مع السابقه حرفا بحرف، لكن يظهر من العلامه اختصاص المقام فى صورته حدوث العيب بكلام فى عدم إمكان بقاء الرد هنا و لم يكن فى السابق، و هو أن يقال: الأخذ بالأرش هنا ممنوع للزوم الربا، و حيث إنّ الرد بلا أرش الذى هو مقتضى الاستصحاب أيضا مقطوع بعدم فاللازم سقوط الردّ.

أمّا بيان لزوم الربا من أخذ أرش العيب الحادث فله تقريران، الأول: بطريق الجدل و هو أن يقال: كما قلتم بلزوم الربا من أخذ المشتري أرش العيب القديم، كذلك نقول نحن بلزومه من أخذ البائع أرش العيب الحادث و نطالبكم الفارق بين المقامين، فإنه إن كان هذا المقدار من تحقق الزيادة التى تكون من آثار التعهيد بوصف الصحه مع تخلفه-مع أنه ليس بإزائه بذل مقدار من الثمن بل ربّما لا يكون بلحاظه أيضا بذل مقدار منه-منشأ للزوم الربا فى جانب عقد المعامله، كان هذا حاصلًا بعينه فى جانب فسخها و حلّها الذى هو أيضا معاوضه على عكس عقد البيع، و إن كان لا يضرّ ذلك و المضرّ إمّا هو أخذ الزيادة فى أحد طرفى المعاوضه، فاللازم عدم الإضرار فى المقامين، فالمقرّ بالإضرار فى المقام الأول يلزم به فى الثانى.

الثانى: أن يكون بطريق الحلّ، و هو أن يقال: لا يتحقق استحقاق البائع

المفسوخ عليه الأرش لأجل فوات وصف الصّحّه إلاّ لأجل أن يكون وصف الصّحّه مدرجا في عقد البيع في ضمن ما بذل بازاءه الثمن حتى يكون بازاءه شيء من الثمن، فإنّه حينئذ إذا استرجع المشتري تمام الثمن و دفع المبيع، يقول البائع:

فأين وصف الصّحّه الذي كان مقدار من الثمن مبذولا بإزائه، وقد أخذت كلّ الثمن، فاللازم التدارك بالأرش.

فصيروره البائع في المقام ذا استحقاق للأرش بعنوان غرامه الوصف الفائت-نظير ما إذا قبض المشتري قبل وقوع المعامله على الربويين المبيع منهما، فعاب في يده وصف الصّحّه، ثم أوقع المعامله، فإنّه يستحقّ البائع غرامه وصف الصّحّه الفائت في يد المشتري قبل المعامله-لا تتحقّق إلاّ بذلك، فإنّ وجه الغرامه في المثال أنّ المشتري قد تلف في يده مال البائع فعليه الغرامه.

و في مقامنا هذا المعنى-أعنى: كون التلف واردا في يد المشتري على ملك البائع-إنّما يتحقّق بما ذكرنا من كون المعامله واقعه بين الذات مع الوصف، و بين الثمن حتى يوجب الفسخ تقدير ملك التالف الذي هو الوصف آنا ما قبل التلف في ملك المفسوخ عليه الذي هو البائع في يد الفاسخ الذي هو المشتري، فيحكم عليه بلزوم الأرش، فلحوق هذا الباب بذاك الباب مبنّى على إدراج الوصف في أحد الطرفين و هو موجب للربا في أصل عقد المعاوضه و بطلان البيع من رأس، و حيث إنّ اللازم باطل فالملزوم مثله، و قد عرفت بطلان الرد بلا أرش أيضا فتعيّن عدم الردّ و لزوم المعامله، هذا.

و قد استشكل شيخنا الأستاذ-دام علاه-بأنّ هذا مبنّى على أنّ تعهّد الوصف و اشتراطه يوجب كون مقدار من الثمن مبذولا بلحاظه، و إن لم يكن بإزائه، و فيه أنّه لا يلزم ذلك، فربّما يكون التقابل بين الذاتين و يكون الوصف

المتعهّد به بلحاظ وصف فى الذات الأخرى مفقود فى هذا. وبالجملة: لا يلزم أن يكون الوصف بلحاظ المقدار و الكم بل يكون بلحاظ الكيف، ثم من لوازم التعهّد الخروج من العهده بالعين أو البدل.

ثم الحقّ فى المسأله عدم لزوم الربا من أخذ الأرش، لأنّ الأرش ليس داخلا فى شىء من العوضين، وإنّما هو من لوازم التعهّد عرفا، وقد تقدّم ذلك سابقا، و على فرض تسليم الربويّه فقد عرفت أنّ دليل مانعيه العيب الحادث عن الرد صورته إمكان الأرش، فيبقى الاستصحاب هنا بلا مانع لإثبات الردّ بدون الأرش، و لزوم الضرر قد عرفت عدم إمكان دفعه بقاعده لا ضرر للمعارضه، و على فرض بطلان هذا أيضا فأى مانع عن الرد مع الأرش؟ فإنّه لا يوجب الربا فى أصل عقد المعاوضه كما عرفت من عدم ملحوظيه جزء من الثمن بإزاء الوصف المتعهّد به.

و أمّا الفسخ فهو ليس عنوانه الابتدائى إلّا- حلّ العقد، غايه الأمر أنّه معاوضه قهرا فلا- يلزم القول بمضريه الأرش فى أصل المعاوضه الابتدائيه للزوم الربا القول بالمنع منه فى الفسخ أيضا، إذ لم يعلم المنع عن الربا حتّى فى مثل هذا القسم من المعاوضه القهريّه.

إن قلت: فلم لا- يجوز الإقاله بشرط الزيادة؟ قلت: إن كان الشرط للعمل فلا- مانع منه، و أمّا إن كان لمتعلقه فالمانع أنّه خلاف مقتضى الإقاله.

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار،

فإنّ ظاهر الغنيه إسقاطه الرد و الأرش كليهما، و تحقيق المسأله أنّه قد يقال بسقوطهما لأجل دلالة التأخير مع الإطلاع على العيب على الرضى بالمبيع معيوباً، و فيه منع الدلاله.

نعم يجرى هي هنا التكلّم في أنّ المرجع بعد عدم الإطلاق في دليل الخيار في خصوص الردّ هل هو عموم أو فوّا أو استصحاب حكم الخاصّ؟ و أمّا في الأرش فلا يجرى لأنّه لا ينافي لزوم العقد.

و حينئذ نقول: مورد الرجوع إلى الاستصحاب في صورته عدم العموم الأزمانى إنّما هو في ما إذا لم يخرج الخاص الفرد عن تحت العام بالعنوان، كما إذا أخرج عن تحت أكرم العلماء عنوان الفاسق، فتلبس زيد العالم بالفسق يوم الجمعة، ثمّ زال و رجع إلى العدالة يوم السبت، فإنّه مع عدم العموم الأزمانى يصحّ التمسّك في حكمه يوم السبت إلى العام، و لا- يجوز التمسّك بالاستصحاب، و كما خرج عن عموم الصلاة و الصوم الحائض، و عن عموم الصوم المسافر، فإنّه لا- شبهه لأحد حتى شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- في أنّ الرجوع بعد زوال العنوان إلى العام، بل نقول: لو كان الخروج بعنوان خصوص الزمان أيضا كما لو خرج زيد بعنوان يوم الجمعة، فالمتّجه التمسّك في غيره بالعموم.

فالمورد الذى يسقط العام ما إذا خرج ذات الفرد بلا عنوان و اتّفق أنّ خروجه صادف يوما، و شككنا في دوام الخروج في ما بعد هذا اليوم و عدمه، و كذا ما إذا خرج بالعنوان و لكن كان عنوانه باقيا، و لم يكن للدليل المخرج إطلاق شامل للزمان الثانى. و بعبارة أخرى كان شكّنا في غايه الحكم و أمده لا راجعا إلى عنوان الموضوع، و إلّا فاللازم الاقتصار في رفع اليد عن العموم على المقدار المتيقّن، و حينئذ يكون الاستصحاب محكّما على جميع الأمذقه حتّى مذاق من يعتبر الموضوع الدليلى في الاستصحاب.

و لكن يبقى حينئذ الإشكال على شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- حيث إنّ في مبحث فوريّه خيار الغبن و عدمها، اختار أنّ الرجوع إلى العموم غير جائز، لعدم

العموم الأزمانى فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) وكذا إلى الاستصحاب لعدم إحراز الموضوع، إذ لعلّه المتضرّر الغير المتمكّن من دفع ضرره، ثم اختار أنّ المرجع استصحاب الملك فيحكم باللزوم.

فبرد الإشكال عليه أنّا لا يبقى لنا مورد إلاّ و إمّا يصحّ الرجوع فيه إلى العام أو إلى الاستصحاب لأنّ الموارد بين أربعة لا خامس لها، لأنّ الخاص لا يخلو إمّا أنّه خرج بالعنوان و زال العنوان، وقد عرفت متّبعه العموم فيه، و إمّا أنّه خرج بالعنوان مع بقائه و الشكّ فى أمد الحكم، وقد عرفت أنّ المتّبع هو الاستصحاب على جميع الأمذقه، و إمّا أنّه خرج بلا- عنوان حتّى عنوان الزمان، فالمتّبع أيضا هو الاستصحاب.

بقى مورد رابع و هو أنّ نشكّ فى أنّه خارج بعنوان زال عنه فى الآن الثانى، أو أنّه خارج بلا عنوان؟ و قد يتوهم فى هذا المورد أنّه لا- يجوز التمسك بالعموم، لأجل دوران الأمر بين تخصيص الفرد و تقييد الحال، و لا مرجح فى البين، فيحصل الإجمال، و لا يجوز الاستصحاب أيضا، لعدم إحراز الموضوع بناء على لزوم أخذه من الدليل.

و لكن فيه أنّ منع التمسك بالعام فى غايه المنع، و ذلك لأنّه قد انعقد ظهور العام و استقرّ فى شمول الفرد فى كلّ الحالات بحيث استوى شموله بالنسبه إلى الأحوال فى عرض واحد، و المخصّص المنفصل حسب الفرض مجمل مردّد أمره بين إخراج الذات بتمام الحالات و بين إخراج إحدى الحالات وحدها، فيبقى ظهور العام فى شمول غيرها من الحالات فى مقام الاستعمال محفوظا عن التصرف، و حديث تبعيه عموم الحال لعموم الذات لا ينفع، فإنّه ليس بأزيد من عموم

ص: ٣٧١

الزمان، فإنه أيضا في طول الفرد و مع ذلك لو صرح و قال: أكرم العلماء في كل زمان، و كان المتيقن من خروج الخارج يوما واحدا، فلا شبهه عند أحد في التمسك بالعام، مع أنه يحتمل خروجه بعنوان الذات و يحتمل خروجه بعنوان اليوم، و على التقدير الأول يكون عموم الزمان مخصصا بتبع عموم الفرد.

إذا عرفت هذا فنقول: في مقامنا عنوان المخصيص محفوظ، فإنه العقد على المعيب و هو محفوظ، و تأخير الأخذ بمقتضى الخيار و عدمه ممّا لا يمكن مدخليته في موضوع الخيار، لأنه متأخر عنه، و لكنّه يمكن أن يصير مسقطا للحكم، فيكون من موارد الرجوع إلى الاستصحاب على جميع الأمذقة.

ثمّ هذا بناء على تسليم عدم الإطلاق في دليل الرد بالنسبة إلى الزمان الثاني، و لكنّه في غايه الضعف، فإنه لو كان الأمر في الخيار مضيقا للزم التنبيه عليه في قوله-عليه السلام-: «إن كان قائماً بعينه رده على صاحبه» هذا كله في الرد.

و أما الأرش: فالتحقيق أيضا جواز استصحابه على جميع الأمذقة، لما عرفت من أنّ قيد عدم الأخذ بالخيار غير مأخوذ في موضوع الخيار قطعاً، نعم لا يجرى هنا إطلاق الدليل، فإنّ دليله الإجماع، و القدر المتيقن منه غير المقام.

و يظهر من شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-الفرق بين الرد و الأرش، بعدم الجريان في الأول، لعدم إحراز الموضوع فيرجع إلى استصحاب الملك المعبر عنه بأصالة اللزوم في كلامه-قدّس سرّه-و بالجريان في الثاني، و لم يعلم وجه الفرق، بل الثاني أولى بعدم الجريان لما عرفت من أنّ دليله الإجماع و لا- يمكن أخذ الموضوع منه، فلا بدّ من الرجوع بعد سقوط استصحابه إلى استصحاب براءة ذمّه البائع من الأرش، و الله العالم.

مسألة: لا إشكال في أنّ بيع المعيب في الجملة غشّ،

إشاره

و الغشّ حرام،

ص: ٣٧٢

و الكلام الآن فى تشخيص مورد الغش عن غيره فى هذا المقام.

و ليعلم أولاً- أنّ كلّ مورد حكم فيه بصدق الغش لا يحكم بالفساد، فإنّ النهى لم يتعلّق بعنوان المعامله، و ما وقع من الأمر بإلقاء الدرهم المغشوش فى البالوعه معللاً بأن لا يباع به، لا يدلّ على ذلك، إذ فرق بين قوله: لا تبع بهذا و بين قوله- عليه السلام-: «ألقه فى البالوعه حتّى لا- يباع شىء فيه غشّ» (1) منهيّ عنه و لا- يستفاد تحريم البيع بما هو بيع عن هذا الكلام الثانى، و ذلك لأنّ المورد لمّا كان هو الدرهم، و التصرّف الغالب فيه صرفه فى المعامله و البيع و الشراء، فذكر البيع من باب انحصار فرد الغشّ فيه بالبيع، لا من باب موضوعيّ البيع.

و بالجملة: لا ظهور فيه فى التحريم النفسى و بالعنوان البيعى نظير بيع الربا و نحوه، هذا مضافاً إلى إطلاق أخبار الخيار فإنّها شامله بإطلاقها مورد وجود الغشّ، و مع ذلك لم يحكم فيها بالفساد، بل بالخيار المتفرّع على الصحّ، هذا.

و أمّا تعيين مورد الغشّ: فاعلم أنّا و إن لم نكن من أهل لسان العرب و لكن قد دخل فى ذهننا من موارد استعمال هذه اللفظه مفهوم، فنقول

ههنا مراتب

اشاره

لا بدّ من عرضها على الوجدان.

المرتبه الأولى: أن يكون صرف عالميه البائع بالعيب و جهل المشتري به

و عدم إعلام البائع من دون أن يسأله المشتري، و لكنّه يشتري اعتماداً على أصل السلامه، فترك إخبار البائع بالعيب فى هذه الصوره خلاف النصح قطعاً، و لكنّ الغشّ ليس نقيض النصح بل ضدّ له بدليل عدم مساعدته الوجدان على صدق الغشّ فى هذه الصوره.

ص: ٣٧٣

المرتبه الثانيه: أن يسأله المشتري،

فيقول: لا يجب علىّ الجواب فاشتره أيضا اعتمادا على أصل السلامه، و لا نرى من الوجدان صدقه في هذا أيضا من غير فرق بين العيب الخفي و الجليّ في كلتا صورتين.

المرتبه الثالثه: أن يسأله و يقول كذبا: لا أعلم،

و يقدم على الشراء اعتمادا على الأصل، و الظاهر عدم الصدق أيضا من غير فرق بين الخفي و الجليّ.

الرابعه: أن يسأله فيخبر بالصّحّه،

و حينئذ فإن كان البائع شخصا أمينا ممّن يكون قوله طريقا عقليّا يصحّ الاعتماد عليه، فاعتمد المشتري و أقدم على الشراء فالإنصاف صدق الغش حينئذ، و أمّا إن كان بخلاف ذلك، و بعبارة أخرى لم يقم طريق عقلائيّ، و إنّما كان التقصير من المشتري- حيث اعتمد على من لا- يليق الاعتماد عليه- فلا غشّ، نعم إن قرن كلامه بالقسم- بحيث اندرج تحت الطريق العقلاني المعتمد عليه عند العقلاء- كان أيضا كالأول.

فإن قلت: فعلى هذا ما من مورد إلا- و يلزم فيه الغشّ، إذ في جميع الموارد يحصل التعهّد و الالتزام من البائع بوصف الصّحّه، و المشتري معتمد على هذا التعهّد عند العقلاء.

قلت: ليس التعهّد مفيدا للاطمئنان بما هو تعهّد ما لم ينضمّ إلى شواهد و خصوصيات خارجيّة من موثوقيه البائع، و على فرض حصول الغشّ في مورد لا يرفعه التبرّي.

و بالجمله: لكلّ من التعهّد و التبرّي خواصّ آخر من ثبوت الخيار و عدمه، و لا- تأثير لهما في ما نحن بصدده، و على ما ذكرنا فربّما يحصل الغشّ في العيب الجليّ مع التبرّي، و ربّما لا يحصل في العيب الخفيّ مع التعهّد.

هذا ما يظهر من العرض على الوجدان، فلا بد من مراجعته الأخبار، فإن علم أنّ مورد الحكم و التحريم أخصّ أو أعمّ من هذا، نقول به، وإلا فالمتّبع ما ذكرنا، و الظاهر عدم ما يدلّ على خلافه في الأخبار أيضا، فإنّ ما ذكر فيها من تطبيق الغشّ على البيع تحت الظلال، و تغطيه الجيد الردى، مطابق مع ما ذكرنا، إذ في البين عمل من البائع يوجب وقوع المشتري في خلاف الواقع.

و لا- ينافيه أيضا ما عن بعض أهل اللغة حيث قال: «غشّه، لم يمخّضه النصح» فإنّ من أرى نفسه أنّه بصدّد نصح أخيه و رعايه خيره، فذكر عيوب المتاع الجزئيه، و لكن أخفى عنه عيبا كبيرا، كان هو الملقى لأخيه في ذلك العيب، لأنّه بإظهاره لتلك العيوب الجزئيه كأنّه أظهر للطرف أنّه لو كان فيه عيب لأخبره، فيحصل للطرف شبه اطمئنان بالعدم، و حسن ظنّ به، فيقع في المحذور من حيث لا يشعر. و بالجملة: لا يدلّ على أنّه أمر عدوى و صرف ترك النصح، للفرق بين عدم تمحيض النصح و بين تركه.

بقي هنا مطلب و هو أنّ خلط اللبن بالماء، له صورتان:

الأولى: أن لا يكون الخليط بعد الخلط خارجا عن اسم اللبن، فقد باع اللبن المعيب، فلا إشكال في صحّته، غايه الأمر تحقّق الخيار.

الثانية: أن يكون خارجا و يكون حقيقه أخرى، كما لو مزج اللبن بالدبس و بقى الدبس على حقيقته كاللبن، و حينئذ يتوجّه الإشكال في أصل صحّته المعامله من حيث إنّ ظاهرهم الحكم ببقاء الدبس في المثال على ملكك البائع، و عدم انتقاله إلى المشتري، لأنّه مثل ما لو باع هذا الفرس فبان كتابا، و ليس كما لو باع هذا الفرس العربي فبان عجميا، و على هذا فيشكل الحال من حيث لزوم الغرر، إذ وزن ما كان مقصودا بالبيع و محلاّ للقصد الإنشائي الذي هو بالفرض مقدار

اللبن غير معلوم، نعم كان وزنه مع انضمام أمر خارج أجنبي معلوما وهذا غير مفيد، وهذا هو الفارق بين المثال وبين ما لو باع هذه العشره أمان فبان خمسه أمان، فإن الحنطه الموجوده مثلا مقصوده بالبيع وقد ارتفع فيه الغرر، غايه الأمر بالجهل المركب، و أما في المقام فما هو المقصود غير مرتفع الغرر حتى بنحو الجهل المركب أيضا.

و الحاصل: لا بدّ إماما من القول بانتقال الخليط أيضا إلى المشتري، وهو خلاف ما يلتزمون في مقامات آخر، وإماما من الالتزام بلزوم الغرر و البطلان في الكلّ، فالصحة في البعض و البطلان في البعض لا يعلم له وجه.

مسائل في اختلاف المتبايعين:

إشاره

و هو تاره في موجب الخيار، و أخرى في الكلّ، فالصحة في البعض و البطلان في البعض لا يعلم له وجه.

مسائل في اختلاف المتبايعين: و هو تاره في موجب الخيار، و أخرى في مسقطه، و ثالثه: في الفسخ.

أما الأول ففيها مسائل:

الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه، مع تعذر

ملاحظته

لتلف و نحوه، فالقول قول منكر العيب بيمينه، و هذا الكلام بإطلاقه لصوره العلم بالعيب سابقا محلّ منع، لأنّ مدعى العيب حينئذ منكر لمطابقه قوله مع استصحاب بقاء العيب إلى حين العقد، و ليس مثبتا، لأنّ أصل العقد محرز بالوجدان، و وصف معيبيه المعقود عليه بالأصل، فهو نظير الكريه الثابته للمائع بالأصل و مائتته بالوجدان.

الثانيه: لو اختلفا في كون الشيء عيبا و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبره،

قال شيخنا المرتضى -قدس سرّه-: كان الحكم كسابقه. انتهى.

و لا- يمكن هنا استصحاب عدم العيب قبل الاتّصاف بما يشكّ في عيئته لو كان له حاله سابقه لعدم الشكّ في الخارج، و إنّما هو في صدق مفهوم العيب على هذا المقطوع التحقّق و عدمه و لا أصل يعين أحدهما، ففي مطرح الدعوى لا

أصل يعين أحد طرفيه، و مجرد وجود الأصل الحكمي هنا و هو استصحاب الملكيه بعد الفسخ ربّما يستشكل في كفايته لتعيين المنكر عن المدعى بأن يقال: إنّ المعيار وجود الأصل أو الإماره في نفس مطرح الدعوى، و لا يثمر وجوده في ما يستلزمه أو يلازمه.

و من هنا لو تداعيا عينا في يد أحدهما، و قال ذو اليد: هي مالي قد اشتريته منك، يحكم بأنّ المنكر غير ذي اليد، لأنّ الأصل يلاحظ بالنسبه إلى القضيّه التي انقلبت دعواهما إليها، و هي تحقّق الاشتراء و عدمه، و الأصل مطابق لقول من ينكره و إن كان هنا أماره معتبره في جانب الآخر و هي يده الشاهده على مالكيته، و لهذا يصحّ الشراء منه قبل فصل الخصومه و ترتيب سائر آثار الملكيه له عليه.

و بالجملة: المناط وجود الأصل في مطرح الدعوى، و في المثال الأصل موجود في جانب غير ذي اليد، فصار هو منكر، و فيما نحن فيه اللازم هو التحالف، لعدم أصل و لا أماره في شيء من الطرفين.

و يمكن أن يقال: إنّما لا ينظر إلى الأصل في القضيّه الأخرى إذا كان في نفس القضيّه في حدّ ذاتها محلّ جريان الأصل موجودا كما في المثال، و أمّا إذا لم يكن كما في المقام، فالمتعيّن الانتقال إلى القضيّه الأخرى، إذ بالملازمه يتحقّق نزاع فيها أيضا و يكون أحدهما بالفرض مطابقا فيه للأصل فيكون هو المنكر.

ثمّ لا- إشكال في انفكاك النقص عن العيب، كما في العين المستأجره مدّه مديده حيث إنّها غير معييه، و لكنّها تنقص بالإجاره، كما لا إشكال في انفكاك العيب عن النقصان كما في الخضاء و نحوه، و لا إشكال في أنّه كما أنّ أصل السلامه عن العيب يكون مبنى للعقد، كذلك الأصل خلو العين عن كلّ نقص و لو لم يكن عيبا، و يقع العقد مبتئا عليه، فعند التخلف يتحقّق الخيار لتخلف الوصف

المشترط ارتكازا.إنما الإشكال فى تصوّر المثال لصوره معلوميه النقص و مشكوكيه العيب و تنازعا،و على فرضه يحكم بثبوت الرد،و أمّا الأرش فالأصل البراءه عنه.

الثالثه:لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو بعده

اشاره

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخيار،قدّم قول منكر التقدّم،أمّا مع العلم بتاريخ العقد و القبض و انقضاء الخيار فلا إشكال،لأنّ استصحاب عدم حدوث العيب و بقاء السلامه إلى ما بعد القبض و الانقضاء جار و هو أصل موضوعيّ.

أمّا مع الجهل بالتاريخين أو بتاريخ القبض و الانقضاء،فأصالة عدم تحقّق القبض و الانقضاء إلى ما بعد العيب لا يثبت أنّ القبض وقع على المعيب،أو أنّ الخيار كان مقارنا للعيب،فيكون أصالة عدم تحقّق ما هو موضوع الخيار جاريه، و لا أقل من استصحاب الملك،فيكون الأصل فى هذه المسأله مع البائع على كلّ حال و يكون هو المنكر.

لا يقال:أصالة عدم تسليم المثلث على ما يستحقّه المشتري جاريه فى جانب المشتري.

لأنّ نقول:إن كان المقصود أنّ للمشتري الامتناع من بذل ما يوازى الأرش،لأنّه موقوف على تسليم البائع المثلث على الوصف المشترط و الأصل عدمه.ففيه أنّ هذا المعنى قبل التسليم الخارجى و لو لم يحدث عيب قطعا أيضا موجود بالنسبه إلى تمام الثمن،و لا-ربط له بما نحن فيه من موضوع الخيار،و إن كان الغرض إثبات الخيار،فقد عرفت أنّ أصالة تأخر القبض و التسليم إلى زمن العيب لا يثبت تقدّم العيب على القبض الذى هو موضوع الخيار.

و الحاصل:أنّ هنا مطلبين،الأول:مسأله عدم وجوب التسليم قبل تسلّم العوض الآخر،و موضوعه ليس التسليم بمعنى الخروج عن تحت السلطنه فعلا،

بل معناه الحضور و عدم الامتناع و التمكين للطرف لأن يأخذ عوضه، و هذا المعنى فى صورته الشك فيه يستصحب عدمه، لكن لا ينفع إلا لعدم استحقاق الإلزام بالتسليم، و أين هو من حق الخيار و الأرش؟ و الثانى: مسأله ضمان بائع العين ما دام لم يخرج عن تحت سلطنته فعلا و لو كان حاضرا للبذل و غير ممتنع، و استصحاب عدم هذا إلى زمن العيب لا يثبت تقدّم العيب عليه حتى يورث الضمان، و أمّا استصحاب عدم التسليم المقيّد بتعلّقه بالعين على الوجه المستحق، فلا ينفع، فإنّه لو فرض التسليم على الوجه الغير المستحق و حدث العيب كان مضمونا على المشتري بلا شبهه، و بالجمله الأصل المذكور لا أصل له.

ثمّ فى الموارد التى يكون أحدهما مدّعى و الآخر منكرا لو أقام أحدهما بينه فإن كان المدّعى فلا إشكال فى سماع بينته، و لو كان المنكر فى سماع بينته كلام بحيث سقط عنه اليمين، و قوى شيخنا المرتضى -قدس سرّه- السماع و سقوط اليمين، و ربّما يتوهم التنافى بين القول بالسماع و بين القول بتقدّم بينه المدّعى عند إقامه كليهما البينه، فإنّه إن كان بينه المنكر مسموعا فى مقام الترافع، فما وجه تقديم بينه المدّعى عند التعارض؟ و إن كان غير مسموع فما وجه القول به عند انفراد المنكر بالبينه؟ و تنقيح الكلام و إن كان خارجا عن وظيفه المقام، يبتنى على التكلّم فى كلّ واحد من المسألتين أعنى: حكم بينه المنكر فى صورته الانفراد و حكمها فى صورته التعارض، فنقول و بالله الاعتصام: أمّا حكمها فى حال الانفراد فالذى يتصوّر قبل النظر إلى أدلّه الباب ثلاثة أنحاء من التصوّر.

الأول: أن يكون وظيفه المنكر التخيير بين إقامه البينه و الحلف.

الثانى: أن لا يكون له إلا الحلف و تكون بيّنته لغوا صرفا.

و الثالث: هو البرزخ بين الأمرين، و هو أن لا تكون بيّنته فاصلا و لا لغوا، بل كانت حججه، و يظهر ثمرته أنه عند وجودها و وجود بيّنته المدعى توجب سقوط بيّنته المدعى، فإنّ الذى هو فاصل إنّما هو البيّنة التى لم تعارض بحجّه أخرى. و بعبارة أخرى ما هو الحجّه فى غير مقام الترافع، و هو غير المتراحم بالحجّه الأخرى، و المزاحمة باليد فى سائر المقامات لو أضرت، و لكن علم فى هذا المقام عدم إضرارها و إلا لم يبق مورد للبيّنة، هذه احتمالات مقام الثبوت.

أمّا بحسب مقام الإثبات، فالظاهر من قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «البيّنة للمدعى و اليمين على من أنكر» - بمقتضى كون التفصيل قاطعاً للشركة - أنّ البيّنة حقّ للمدعى، ليس له اليمين، و اليمين وظيفه تعيينيّة للمنكر ليس له حقّ إقامة البيّنة.

ثمّ هذا هو الوظيفة الأوليّة و لا - ينافى ثبوت اليمين فى بعض الموارد للمدعى بدليل خاصّ خارجي، و ليس بقبال هذا الظهور الذى صار محصّله أنّ البيّنة فى مقام الترافع ليست فاصله للخصومه لو أقامها المنكر إلا أخبار.

منها: ما فى بعضها من قوله: «فإن كانت - أى الدابّة - فى يد أحدهما و أقاما جميعا بيّنة، قال: أقضى بها للحالف الذى هو فى يده» و هذا لا - ينافى مع ما احتملناه أخيرا من كون البيّنة فى جانب المنكر حجّه و ليست كاليد، و إن كانت لا تصلح لقطع الدعوى، و فائدتها إسقاط بيّنته المدعى عن الحجّية و الفاصلية، فيرجع إلى الحلف، فإنّ الخبر ظاهر فى كون الاستناد إلى الحلف لا إليه و إلى البيّنة.

و بالجمله لا منافاه فيه مع الظهور الذى ادّعيناه فى الخبر الأوّل.

و منها: خبران آخران، و فيهما فى فرض الخبر الثانى أنّه بعد إقامتهما البيّنة قضى الأمير أو قضى رسول الله - صلّى الله عليهما و آلهما - للذى هى فى يده،

و هذا لا- منافاه فيهما مع الخبر الثاني،الحاكم بالرجوع إلى الحلف،فإن السكوت عن الحلف فيهما لعلّه كالجرى المتعارف بين الفقهاء حيث يعبرون كثيرا ما في مقام التعبير عن المنكر أنّ القول قوله،مع أنّه لا- محاله يحتاج إلى اليمين، فالتعبير في الخبرين أيضا مناسب لأن يكون في مقام أنّ المنكر يقبل قوله و لكن مع يمينه.

و منها:عموم أخبار حجّيه البيّنه و عموم قوله:«إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان» (١)و قد ظهر جوابهما فإنّ قوله:«البيّنه على المدّعى و اليمين على من أنكر» (٢)خصّص تلك العمومات ببيّنه المدّعى.

و منها:خبر حفص بن غياث (٣)المشتمل على جواز الشهاده بالرؤيه في اليد بأنّه ملكه،و فيه:أنّه غير ما نحن فيه،فإنّ كون الشهاده مستنده إلى اليد غير كونها لذى اليد،فإنّ من الممكن أنّ الشاهد رآها في يد أحد المترافعين قبل الترافع ثمّ ترافعا و قد سقط العين عن يد من رآها الشاهد في يده.

و منها:خبر البغله و السرج المشتمل على تسليم مولانا أبى الحسن موسى -سلام الله عليه-البغله لمن ادّعاها،و أمره-عليه السلام- بأخذ السرج مستشهدا -عليه السلام-بأنّ عندنا البيّنه بأنّها سرج محمّد بن على -عليهما السلام- (٤).

و فيه أنّ الخبر غير ممكن الاستدلال،فإنّه وارد في مقام حسن أخلاقه -عليه السلام-و عدم تشاخّه مع أهل الدنيا،و امتناعه-عليه السلام-عن السرج،لأنّه كان

ص: ٣٨١

١- (١) الوسائل:الجزء ١٨،الباب ٢،من أبواب كيفيه الحكم و الدعوى،ص ١٩٩،ح ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل:الجزء ١٧،الباب ٣،من أبواب كيفيه الحكم و الدعوى،ص ٣٦٨،ح ٤.

٣- (٣) الوسائل:الجزء ١٨،الباب ٢٠،من أبواب الشهادات،ص ٢٥٠،ح ١.

٤- (٤) المصدر نفسه:الباب ٢٤،من أبواب كيفيه الحكم و الدعوى،ص ٢١٤،ح ١.

واضحاً علينا كونه منه-عليه السلام-، فلم يكن -عليه السلام- فيه محتاجاً إلى المشاخه.

و منها: خبر فذك (1) بتقريب أنه أنكر على أبي بكر أنه طلب البيئه منه -عليه السلام- في الدعوى عليه مع أنه لا يطلبها من غيره- عليه السلام- عند الدعوى عليه و لو كان طلب البيئه من المنكر أمراً منكراً لكان أولى بالمحاجه.

و فيه أن هذا الخبر على خلاف مقصود المستدلّ أدلّ، فإنّ ظاهره أنّ أبا بكر لا يطلب من المدعى عليه في غير مورد دعواه-عليه السلام- بيئه، فلم يطلبها منه؟ يعنى مع أنه يعلم أنّ طلب البيئه من المنكر لا يجوز، و لهذا يعامل هكذا مع سائر الناس فلم يطلبها منه-عليه السلام- مع كونه منكراً.

ثمّ إنّ هنا أخباراً تدلّ على عدم الاعتناء بيئه المنكر عند إقامه المدعى للبيئه بقوله-عليه السلام- في بعضها: حقّها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بيئه لأنّ الله أمر أن يطلب البيئه من المدعى، فإن كانت له بيئه و إلاّ فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عزّ و جلّ، و هذا صريح فى الاحتمال الثانى الذى قدّمناه من لغويّه بيئه المنكر رأساً.

فتكون هذه الأخبار مع الأخبار المتقدمه الوارده فى الرجوع إلى الحلف عند تعارض البيئتين متوافقه فى سلب عنوان الفاصلتيه عن بيئه المنكر، بمعنى عدم إباء الطائفه الثانيه عنه، و يبقى تعارضها فى مقام أصل الحجيه، فصريح الطائفه الأولى نفيها، و صريح الثانيه إثباتها، لكن لا يضّرّ هذا بما نحن بصدده من عدم منافاه فى هذه الأخبار، لما استظهرناه من قوله: «البيئه للمدعى إلخ» من انحصار الفاصل فى الأمرين على وجه التعيين، هذا هو الكلام فى حكم بيئه المنكر فى صوره الانفراد.

ص: ٣٨٢

١-١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٥، من أبواب كيفيه الحكم و الدعوى، ص ٢١٥، ح ٣.

و أما مع الانضمام إلى بينه المدعى، فالإنصاف عدم الجمع العرفي في البين، و السند في كل من الطائفتين منجبر بالعمل، و إذن فالمرجع الأخبار العلاجيّه، و لعلّ المرّجح كان مع أحدهما، و لتتقيح ذلك زياده على هذا محلّ آخر.

و كيف كان إذا حلف البائع، فإن كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره- كما يختبر في مقام الشهاده على الإعسار و العداله و غيرهما ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر- فلا إشكال في جواز حلفه على عدم تقدّم العيب أو نفى استحقاق الرد أو الأرش.

و إن لم يختبر ففي جواز اعتماده على الأصل مع كونه شاكّا إشكال من حيث إنّ دليل الأصل هل يجوز له مع كونه شاكّا أن يظهر الواقع إظهارا بّتيا كالعالم، و يحلف على طبق إظهاره حتّى يصير موضوعا لحكم غيره- نظير فتوى المجتهد حيث إنّّه يجوز له دليل الأصل أن يفتى بمضمونه فيصير فتواه موضوعا لحكم غيره - أو لا يجوز له ذلك؟ بمعنى أنّه لا يجوز له الإنكار رأسا، لا أنّه يجوز له الإنكار و لا- يجوز له الحلف، فإنّ المسألتين من واد واحد، إلّا- أن يقال: إنّ المخاصمه بينهما قائمه بمعنى أنّ البائع حسب الأصل المجعول في حقّه يمتنع عن أداء الأرش أو ردّ الثمن، و المشتري يريد منه ذلك، فلا بدّ من فاصل لهذه المخاصمه.

فيقع الكلام في أنّه هل يجوز له الحلف استنادا إلى الأصل أو لا؟ و لا شكّ أنّه لو حلف على نحو ما يقوله بأن يحلف على أنّه غير ملزم حسب الأصل الظاهري بالموافقه للمشتري فهذا ليس فاصلا، لأنّه ليس بأمر لا يصدّقه المشتري، بل المشتري أيضا يحلف بأنّ تكليف البائع حسب حاله من الشكّ إنّما هو العمل على طبق الأصل الظاهري و ليس مثل هذا فاصلا للخصومه، فلا يبقى إلّا الحلف على الواقع بتّا أو على نفى العلم، و الثاني أيضا كالحلف على عدم

الملزميه حسب الأصل غير نافع في ما كان المشتري مصدقاً له فيبقى الأول.

و قد يقال: بعدم جوازه نظراً إلى أنّ القضيّه الإخباريه تدلّ بالالتزام على قطع المخبر بالمضمون، و لهذا تسأل بعد الاخبار بقولك: ممّ علمت؟ ثمّ في مورد الشكّ في صدق المضمون و عدمه - حيث إنّ الشبهه موضوعيه و الأصل فيها البراءه - فلا مانع من الإخبار من هذه الجهه، فالمانع الذي يراه كلّ أحد من وجدانه من جهه هذا المدلول الالزامي، و لا يلزم تعدّد الكذب، فإنّ المدعى أنّه قبيح مستقلّ و لو لم يسمّ كذباً.

و حينئذ نقول: يمكن الفرق بين مقام الإخبار عن الموضوعات و مقام الإخبار عن الأحكام، ففي الثانيه يجوز الإخبار عن الحكم الواقعي مع أنّ المستند هو الأصل الظاهري، لأنّ طبع الإخبار بقريته المقام - حيث كثر و شاع فيه ذلك - قد انقلب عن الظهور في الجزم بالواقع الحقيقي إلى الجزم بالأعم من الحقيقي و الجعلي، و أمّا في الموضوع كما لو أخبر بمجىء زيد، فلم يتعارف فيه ذلك، فالظاهر الأولى محفوظ، فلو أخبر بمقتضى أصل ظاهري تحقّق فيه ذلك الأمر القبيح، أعنى: القول بغير علم، على ما عرفت من كونه قبيحاً مستقلاً غير عنوان الكذب، نعم يمكن التعدّي إلى الأمارات العرفيه مثل اليد في باب الملكيه لأنّها بمنزله العلم عرفاً.

إذا عرفت ذلك فنقول: لا يصحّ للبائع في مقامنا عند تعذّر إقامه المشتري البيّنه أن يحلف الحلف البتّي على عدم الاستحقاق أو نفى تقدّم العيب، لفرض كونه شاكاً، و الأصل لا يجوز له ذلك، لكونه إخباراً عن الموضوع الخارجي و كونه مستلزماً للقول بغير علم.

و حينئذ فإن ادعى المشتري أنّ البائع عالم فيتجنّز عليه التكليف بالردّ، فله

الحلف على نفي العلم و هو تفصل هذه الخصومه، و الخصومه الأصليه بحالها، و أما إن اعترف هو أيضا بكونه شاكًا أو تردّد في صدقه و كذبه فحينئذ ليس لنا منكر، إذ المنكر عباره عمّن ينفى أمرا يشتهه غيره، و أما مجرد النفي بلا مدّع في القبال فلا يجعله منكرًا، نعم البائع ناف للعلم، و المشتري غير مدّع له، و المشتري مدّع لحقّ الخيار أو التقدّم، و البائع غير منكر له، فلم يتعلّق النفي و الإثبات من الطرفين بقضيّه واحده حتّى يقال بشمول قوله: «و اليمين على من أنكر» للبائع في المقام، حتى يقال: بعد عدم إمكان الحلف البتّى بلزوم الحلف على نفي العلم و القول بكونه فاصلا للخصومه الأصليّه.

و حينئذ فيبقى الأمر دائرا بين أمور، الأول: أن يبقى الأمر معطلا إلى أن يقدر المشتري على إقامه البيّنه.

الثاني: أن يقال: لا يرضى الشارع بالتعطيل و حصر الفاصل في البيّنات و الأيمان، فيقال: إنّ المقام مقام ردّ الثمن إلى المشتري، لا بمعنى أنّه مورد اليمين المردوده، فإنّه في ما إذا توجه اليمين إلى المنكر فامتنع فردّ إلى المدّعى، فلا يشمل المقام الذي لم يتوجه إليه ذاتا، إلاّ- أن يقال باستفاده أنّه متى لم يمكن استفاده اليمين من جانب المنكر أعمّ من جهة امتناعه أم من جهة عدم إمكان نفس الحلف، فاليمين حقّ المدّعى.

الثالث: أن يقال: يتوجه اليمين إلى المشتري أيضا لكن بدليل لا ضرر، و لكنّك خبير بعدم تماميّة شيء من الوجهين، لأنّ المناط غير منقّح و اللفظ غير شامل، و أمّا قاعده «لا ضرر» فإجرائها في طرف البائع أولى، لأنّه متضرّر بأخذ المال الذي تحت يده منه و انتزاعه من يده قهرا عليه.

و بالجملة: فلا يعلم لمطابقه حلف المشتري هنا للقواعد، كما اعترف به

شيخنا المرتضى -قدس سرّه- وجه، وهو -قدس سرّه- أعلم بما أفاد.

ثمّ إنّ في التذكرة بعد ما حكى عن بعض الشافعيّيه جواز الاعتماد على أصالة السلامه في هذه الصورة قال: و عندى فيه نظر، أقرب به الاكتفاء بالحلف على نفي العلم، انتهى.

و الظاهر أنّ من يقول بالاكتفاء في فصل أصل الخصومه يمين نفي العلم إنّما يقول به لأجل القاعده، و عليه فلا فرق بين صوره الاختبار و إمكان الحلف البتّى و بين صوره عدمه، فمع إمكان الحلف على الواقع لأجل الاختبار يحصل التخيير بين اليمينين، و كلّ منهما فاصل للخصومه و مسقط لأصل الدعوى و عبارته التذكرة ساكتة من هذا الحيث، أعنى: الاختصاص بصوره تعذر اليمين البتّى، و التعميم لصوره إمكانه.

و في عبارته شيخنا المرتضى -قدس سرّه- هنا شبه تدافع، حيث إنّه سلّم أولاً ظهور عبارته التذكرة في الاختصاص، ثمّ ذكر ما هو صريح في عدم ظهورها فيه و الأمر سهل.

فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشتري عيبا يوجب الرد

فلا -كلام- في صورته عدم الاختلاف، فإنّ الوكيل الخاصّ أجنبيّ و لا عهده عليه، و غيره أعنى: الوكيل المطلق كعامل القراض و الوليّ على الصغير يجوز له الإقدام بمقتضى العيب من ردّ الأرش أو الثمن.

إنّما الكلام في صورته الاختلاف في تقدّم العيب و حدوثه، و هذا أيضا قد يفرض مع معلوميّه الوكاله بين الطرفين، و قد يفرض مع الاختلاف فيها أيضا، أمّا صورته العلم بالوكاله فلا إشكال في الوكيل الخاصّ، فإنّّه أجنبيّ لا يسمع إقراره و لا ينفع يمينه.

و أما الوكيل المطلق و الولي على الصغير و السفيه و المجنون، فيقع الكلام في أنّ إقرارهما يوجب اشتغال ذمّه الموكل بالأرش أو بردّ الثمن، ثمّ على فرض ذلك هل يوجب يمينهما أثرا و يرفع الدعوى عن الموكل، أو أنّ اليمين متوجّه إلى الموكل؟ و كذا الكلام في الولي.

قد يقال: بأنّ إقرار الوكيل المطلق و الولي على حسب القاعده نافذ في حقّ الموكل و المولى عليه و يوجب الاشتغال عند الشكّ، و ليس للموكل و المولى عليه بعد البلوغ و الرشد الاعتراض عليه، نعم لو ادّعى الخيانه فهو أمر آخر نظير ما لو ادّعى على عداله الشهود أو على اجتماع شرائط الحكومه في الحاكم، أو على كون إقراره على نحو رسم القباله.

و الحاصل: فرق بين الادّعاء على الموضوع الذي صار نافذا و محكوما بالإمضاء شرعا و بين الادّعاء في خصوصيات القضيّه مع التسليم للموضوع بأن يقول الموكل: لا أعلم اشتغال ذمتي بشيء، و كذا المولى عليه بعد البلوغ، فإنّه في ذلك نظير ما لو أنكر بعد الإقرار و ادّعى أنّه سها في الإقرار الأوّل، فإنّه لا يسمع منه، و في ما نحن فيه أيضا مقتضى أدلّه الولاية و الوكاله المطلقه صيروره إقرار الوكيل و الولي مثل إقرار نفس الموكل و إقرار نفس المولى عليه عند اجتماع شرائط صحّته، هذا في الإقرار.

و أما اليمين فلا وجه لقيام يمين الوكيل و الولي مقام يمين الموكل و المولى عليه، فإنّ الدليل اقتضى ثبوت اليمين على المدّعى عليه، و ليس هو إلاّ- الموكل و المولى عليه، لأنّه الذي يرجع إليه ضرر الدعوى، و أما الوكيل و الولي فلا يتخصّران من قبل هذه الدعوى بشيء.

و الحاصل: أنّ هنا في الوكيل المطلق و الولي المعلومين كلامين، الأوّل: هل

ينفذ إقرارهما على الموكل و المولى عليه [حتى] يلزما على حسبه، و الثاني: في أنه لو أنكر اهل يتوجه اليمين إليهما أو لا؟ و الحق في الأول أن يقال: إن من هو مكلف بتكليف فهو في تشخيص موضوع تكليفه يتبع نظر نفسه، فإذا كان الولي و الوكيل المطلق مكلفين بحفظ مال المولى عليه و الموكل و برّد حقّ الغير عليهما في مالهما إلى ذلك الغير، ففي تشخيص أن أيّ موضوع مال للمولى عليه و الموكل يجب تسليمه و قبوله، و أيّ مال حقّ للغير في مالهما يجب دفعه إلى الغير يكون المتبع نظرهما، و يكونان مأخوذين بنظرهما، فكما أنّ من قطع بأنّ هذا المائع خمر لا بدّ من أن يجتنب، و لو امتنع يلزمه الحاكم و سائر المسلمين، كذلك الوكيل و الولي المقرّان في مسألتنا أيضا يجب عليهما العمل على طبق علمهما، و لو امتنعا فللحاكم و سائر المسلمين إلزامهما و أمرهما من باب الأمر بالمعروف، هذا في المقام الأول.

أمّا المقام الثاني: فالحقّ في الولي عدم جواز الحلف لعدم توجه الضرر إليه، و أمّا الوكيل في المضاربه فيمكن أن يقال بصحّ حلفه نظرا إلى أنّ الربح و لو بعد تمام الحول و ملاحظه ربح جميعه و خسرانه و ما بقى بعد وضع الخسران من الربح يكون مقدار منه حقّا له يتلقاه من البائع الموكل، فتكون دعوى حقّ الفسخ ضررا عليه بهذه الملاحظه، فإنّه مفوّت عليه الربح الذي هو في معرض الحصول له. هذا في الولي و الوكيل المعلومين.

و أمّا المجهولان العاجزان عن إثبات الوكاله و الولاية على المشتري، و قد ادّعى المشتري عليهما تقدّم العيب، فظاهر عباره شيخنا المرتضى قدّس سرّه - أنّهما يؤخذان بإقرارهما بتقدّم العيب، و يتوجه الحلف إليهما على عدمه مع الإنكار قبل أن يحلف المشتري على عدم الوكاله و الولاية.

ولذا يورد عليه بأنه لا وجه له بعد أن هذه أعنى: دعوى المشتري مالكيه الولي و الوكيل أيضا خصومه مدعيها الوكيل و الولي، و منكرها المشتري، فإنه و إن كان مثبتا للمالكيه و هما نافيان لها و لكن ظاهر اليد مع المشتري، فاللازم أولا حلف المشتري على عدم الوكاله و الولايه، ثم توجيه الدعوى الأخرى إليهما بعد ثبوت أصالتهما.

و لكنّه مدفوع بأنّ ظاهر قول الولي و الوكيل في مقام البيع: «بعتك» خصوصا إذا قال: «مالي» أنّه هو المالك، و لو قلنا في الفضولي أنّه لا- يتقوم وصف المبيعه بهذا، و لكن لا شبهه في أنّه ظاهر، فيكون إقرارا منهما علاوه على ظاهر يدهما بأنهما المالكان، فهما مأخوذان بهذا الظاهر حتّى يثبتا خلافه، فلا حاجه إلى حلف المشتري على كونهما أصيلين.

و كيف كان فإن اعترف الوكيل بالتقدم و كان و كيلا في شخص المعامله، و صار بعدها أجنبيا، فلا بدّ من دفعه المال من مال نفسه، و لا- يجوز له الدفع من عين الثمن مع وجوده و إمكان دفعه، و لا- دفع بدله من مال الموكل مع تلفه، لأنّه أجنبي، و من هنا يصحّ كونه مدعى عليه في دفع عن نفسه هذا الضرر الذي يتوجّه لو اعترف.

و إن كان و كيلا- مطلقا فإن كان الموكل حاضرا و أثبت عليه بالبينه أنّه ساه في إقراره، و لكنّه لم يرجع عن إقراره للمشتري، فكذلك لا بدّ من أن يدفع مقدار الثمن من مال نفسه كما أنّه يحلف لدفع هذا الضرر المتوجّه مع الاعتراف في صوره الإنكار، و أمّا مع عدم حضوره أو عدم اعتراضه عليه في إقراره، فلا شكّ في أنّه حينئذ يدفع عين الثمن مع وجوده و بدله من مال الموكل مع تلفه، و حينئذ لا يصحّ حلفه مع إنكاره، لأنّه غير مدعى عليه.

ثمّ في الصورة التي قلنا بصيرورته مدّعى عليه لوجوب دفعه من مال نفسه لو دفع و ردّ المشتري إليه المثل، فهل يكون المال ذاهبا عن كيسه و لا رافع له، أو له طريق للتخلّص؟ قد يقال: حكم الحاكم و إلزامه بدفع البذل في صورته موجوديّة الثمن و كونه عينا شخصيّة لا كليّا في الذمّة، معناه المعاملة مع هذا معاملة العوضيّة لذلك الثمن الشخصي، و لازم ذلك صيروره ذلك الثمن منتقلا إلى الوكيل، و حيث إنّه في يد الموكلّ و هو ممتنع عن البذل فلو كيل المقاصّه من عين المثل الموجوده في يده.

هذا في العين الشخصيّة الموجوده، و أمّا التالفه و الكلي في الذمّة، فيمكن أن يقال: إنّ الوكيل قد نزل منزلته في الظاهر في أداء ما في ذمّته، لأنّه نزل مالكا واقعيّا فهو مؤد دينا ثابتا في ذمّته، و حيث إنّه غير متبرّع في هذا الأداء فله المقاصّه من عين المثل الموجوده في يده التي هي ملك للموكلّ حسب علمه بتقدّم العيب و فسخ المشتري.

و لكن فيه أنّ جعل البدليّه غير ملازم مع جعل المبدليّه في مقام التعيّد، و إن كان ملازما بحسب الواقع، و إلا فلا بدّ من الالتزام بجواز وطى الزوج المرأه التي يعلمها أجنبيّه بمجرد دعواها الزوجيّة و حلفها عليها مع حكم الحاكم بها، إذ لا فرق بين الزوجيّة و البدليّه، فكما أنّ البدليّه لا تتحقّق إلا من طرفين فكذلك الزوجيّة، هذا.

و يمكن أن يقال بأنّ للوكيل حقّ دعوى سبق العيب بالنسبه إلى الموكلّ سواء في العين الشخصيّة الموجوده أم التالفه و الثابت في الذمّه، أمّا في العين الشخصيّة الموجوده، فيقال في تقريب ذلك: إنّ صدق عنوان المدّعى يتوقّف على

وجود نفع في صدق ما يقوله الشخص عائد إليه، وفي هذا المقام ذلك موجود، فإن الوكيل لو أثبت على الموكل بحكم الحاكم وإقامه البيّنه سبق العيب يلزمه أن يردّ العين الشخصيّة الموجوده من الثمن إلى المشتري حسب إقراره بأنّه الموكل مع وجدان فسخ المشتري، وإذا ردّ العين إلى المشتري، صار هذا موجبا لاسترداد الوكيل من المشتري ماله الذي أعطاه لعدم القدره على العين، فإنّه يقول للمشتري: هذه العين و ادفع عوضها.

إلا- أن يقال: إنّ المشتري غير ملزم بأخذ العين من الموكل، لأنّ المعتبر في الفسخ أن يرجع العين بعين الملك السابق إلى الفاسخ، فلا ينفع عودها بملك جديد، وفي هذا المقام- حسب إقرار الوكيل بالمالكيه في ضمن صيغه البيع، و كون العين في يد الموكل- يصحّ للمشتري الامتناع، و أن يقول: هنا إقراران، لى الأخذ بأيّهما شئت، أحدهما من الوكيل، و الآخر من الموكل، و بأيّهما و جّهت دعوى كان لها اقتضاء، فمقتضاها في الوكيل دفع البدل و في الموكل دفع العين، و حيث اخترت الدعوى على الوكيل، لا يجب على الأخذ للعين من يد الموكل، أخذا للوكيل بإقراره.

ثمّ إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردوده و ردّ العين على الوكيل فهل للوكيل ردّها على الموكل أو لا؟ و جهان بناهما في القواعد على كون اليمين المردوده بمنزله إقرار المنكر، فلا ينفذ في حقّ الموكل، أم بمنزله البيّنه فيفيد في حقّه.

و اعترضه جامع المقاصد بأنّه لا وجه للحكم على الموكل للوكيل بالبيّنه التي يكذبها الوكيل، اللهم إلا أن يكون مدركه الأصل، و انتصر مفتاح الكرامه للعلامة بأنّ الاعتراض مبنى على كون اليمين بمنزله بيّنه الرادّ التي يقيمها على الموكل، فإنّ

تكذيبه حينئذ مضرّ، و لكنّ المعروف أنّه بمنزله بينه المدعى، و حينئذ فكما لم يضر تكذيبه في نفوذها على نفسه، فكذلك في نفوذها على الموكل.

و اعترضه شيخنا المرتضى -قدّس أسرارهم- بأنّ كونه بمنزله بينه المدعى لا يستلزم إلّا نفوذها على الوكيل، و أمّا نفوذها على الموكل للوكيل المكذب لها فلا، و الحاصل: تكذيبه لا يضرّ في مقام النفوذ على ضرره، و مضرّ في مقام النفوذ لأجله و نفعه.

و انتصر شيخنا الأستاذ -دام بقاءه- للعلامة -قدّس سرّه- بإمكان أن يقال:

إنّ طبع الحكم الصادر من الحاكم طبع مدرّكه، فإن كان هو الإقرار، فحيث إنّ الإقرار لا يثبت إلّا ما كان ضررا على المقرّ من دون إثبات و نفي بالنسبة إلى الواقع، فكذلك الحكم الصادر من الحاكم في مقام الإقرار أيضا لا يتعدّى عن مقدار ضرر المقرّ، و إن كان المدرّك هو البينة، فكما أنّ البينة متعرّضه لإثبات الواقع أو نفيه، فكذلك الحكم أيضا نافذ بالنسبة إلى الواقع، فإذا قامت البينة على السبق في مقامنا فحكم الحاكم يثبت سبق الواقعى، و الانفساخ على المالك الواقعى، و حيث إنّ الوكيل بحسب ظاهر الصيغه قال: أنا المالك، حكم عليه بالانفساخ.

و الحاصل ينحلّ حكمه هذا إلى حكّمين، حكم على الوكيل، و حكم على الموكل. أمّا على الوكيل فواضح، و أمّا على الموكل فلاجل أنّه المالك الواقعى، و نقض حكم الحاكم غير جائز، فيقول الوكيل للموكل: أنت محكوم بحكم الحاكم و لا يجوز لك نقضه، فاردد عين الثمن إلى المشتري، فإذا ردّه إليه استردّ هو ما دفعه من البدل، هذا.

و لكن يمكن الخدشه بأنّ حال هذا الحكم بعينه حال ما إذا قال الشخص لأحد مبتيا على إحراز صداقته: ادخل دارى، و كان عدوّا و كان آخر صديقا، و لازم

هذا الكلام أنه يجوز للآخر الدخول.

و الحل أنّ الحكم الوارد على الخاص يصح نسبته إلى المهمله، لكن لا سرايه له إلى غير الخاص، بخلاف ما إذا ورد ابتداء على المهمله، فإنّ لازمه السرايه، وهنا لا ملاك لحكم الحاكم بالنسبه إلى جامع المالك، لعدم تحقّق الدعوى عليه، وإنّما المتحقّق هو الدعوى على شخص الوكيل، فالحكم إنّما وقع عليه و فى ضمنه تعلق لجامع المالك، و مثل هذا التعلق لا يوجب السرايه، هذا و قد اعترف هو- دام ظلّه- أيضا بعض الاعتراف بورود هذا الإشكال، و صلّى الله على محمّد و آله الطاهرين.

الرابعه: لو ردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته

فهيها صور، الأولى:

أن يكون اختلافهما فى ثبوت الخيار ناشئا من الاختلاف فى كون هذا مبيعا أو غيره، الثانيه: أن يتّفقا فى أصل الخيار و لكن اختلفا فى تعيين المبيع، و هذا على أنحاء:

الأوّل: أن يكون فى يد المشتري عينان، فيدعى البائع إحداهما أنّها مبيعه، و يدعى المشتري الأخرى، الثاني: أن يدعى ذلك من دون أن يكون فى البين عين أخرى، الثالث: أن يدعى تلف مبيعه و هذا أيضا إمّا فى خيار العيب و إمّا فى غيره من سائر الخيارات الغير الساقطه بالتلف.

أمّا الصورة الأولى: فالأصل مع البائع لأصالة عدم وقوع البيع على هذا، و لم يقع على مبيع معيب آخر باعترافهما ينتج عدم ثبوت حقّ الخيار، كما يستصحب عدم إصابه البول للثوب، و يضمّ مع القطع بعدم إصابه الدم و غيره من النجاسات فتحكم بعدم النجاسه.

أمّا الثانيه: فالأصل مع المشتري، و ذلك لأنّ يده على العين الأخرى اماره ملكيته، و هى و إن كانت ثابتة بالنسبه إلى العين الأولى، لكنّها ساقطه بواسطه

سلبه ملكيتها عن نفسه، وحينئذ فيؤخذ بمقتضى أمارته اليد و يحكم بمقتضى الملازمه فى ما بين ملكيه تلك و مبيعته هذه بمبيعته هذه.

أما الثالثه: فقد يقال: إنَّ الأصل أيضا مع المشتري، لأصالة عدم الخيانه، و فيه: أنه من الممكن تبديل المبيع اشتباها من دون تعمّد، و على فرض عدم احتمال ذلك فالأصل المذكور لا يثبت الوضع، كما لا يمكن الحكم بوجوب ردّ السلام عند سماع كلمه من أحد مردّده بين الفحش و السلام، فالظاهر أنّ مرجع الاختلاف حينئذ إلى التداعى، لأصالة عدم وقوع العقد على هذا و أصالة عدم وقوعه على غيره الذى يدّعيه البائع.

و أما الرابعه: و هى دعوى البائع التلف فى خيار العيب، فيرجع النزاع فى ثبوت الخيار، و لا يجرى هنا استصحابه، لأنَّ الأصول أيضا لا- تجرى إلا- بعد إحراز موضوعها و بعبارة أخرى بعد إحراز القدره على متعلقاتها، و فى المقام هذا المعنى غير حاصل، فإنَّ موضوع الخيار أو أثره الذى لا- ينفكّ هو الترادّ الواقع فى ما بين العينين، و مع الشكّ فى التلف لا- يحرز القدره على هذا الموضوع، فكيف يستصحب نفس جواز الترادّ أو جواز العقد الذى أثره جواز الترادّ؟ و هل هو إلا- كاستصحاب بقاء الماء فى الحوض ليرتّب عليه وجوب الوضوء؟ أو بقاء العالم فى الدار ليرتّب عليه وجوب تقبيل اليد؟ و القول بأنَّ استكشاف القدره بالأصل لا- يبتنى على الأصل المثبت، لأنَّ هذا من لوازم الأعمّ من الحكم الظاهرى و الواقعى، فيحكم بأنَّ المبيع هذه العين الموجوده، فيه ما لا يخفى، و إذن فالمرجع أصالة عدم وقوع العقد على هذه العين، بضميمه تسالمهما على عدم وقوع العقد على شىء آخر منتج للترادّ، هذا فى خيار العيب.

و أمّا في سائر الخيارات فإن كان الذى يدّعيه البائع تالفاً مثلثياً و كان الموجود مثله، انقطعت الدعوى، لأنه على قول المشتري عين حقّ البائع، و على قول البائع بدله، فيجب عليه دفع الثمن، و إن كان مثلثياً و لكن يدّعى البائع تفاوته مع هذا الموجود بالزيادة و النقصه فكالسابق، لأصالة عدم اشتغال ذمّه المشتري بأزيد من هذا الذى يدفعه، و إن كان مثلثياً و يدّعى تفاوته بما يرجع إلى التباين، أو كان قيمياً فالظاهر رجوع النزاع إلى التداعى.

و أمّا الثانيه أعنى: الاختلاف فى المسقط، ففيها أيضا مسائل:

الأولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه،

فالظاهر التفصيل بين ما إذا كانت الحاله السابقه هو عدم العلم فالقول قول المشتري، لأصالة بقائه، فيحصل لنا عقد واقع على المعيب و الحال أنّ عاقده غير عالم، فإنّ قوله -عليه السلام-:

«و لم يتبه» لا يفيد موضوعيه التنبيه بل كونه مقدّمه للتنبيه و لم يعتبر التنبيه قيذا فى العقد، كما يحتمل فى الوقوع فى غير جزء غير المأكول فى الصلاه حتى يرد إشكال المشبته، بل فى العاقد فيكون كاشتراط الصلاه بطهاره المصلّى، و إن كانت الحاله السابقه هو العلم فالقول قول البائع، فإنّ إعطاء الأثر فى المنطوق لعدم العلم يعطى أثر الضدّ مفهوما للعلم.

الثانيه: لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده،

فهنا مبيان يختلف باختلافهما تعيين المنكر عن المدّعى. الأول: أنّ الموجب للخيار هو العيب الواقعى، غايه الأمر إنّ زواله قبل العلم مسقط و رافع، فعلى هذا القول قول المشتري، لأصالة بقاء العيب و عدم زواله.

الثانى: أنّ الموجب ظهور العيب كما هو الظاهر من عبارته التذكرة، فعلى هذا القول قول البائع لأصالة عدم تحقّق الموضوع أعنى: العلم بالعيب الفعلى،

و لا تجرى أصاله بقاء العيب إلى حين العلم، لأنه بالنسبه إلى تعلق العلم بالعيب حاله مثبت.

و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيين فى كون الزائل هو القديم أو الحادث، فقال شيخنا المرتضى -قدس سرّه-
:مقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار، و لا يعارضه أصاله بقاء الجديد، لأنّ بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلاّ
من حيث استلزامه لزوال القديم، و قد ثبت فى الأصول أنّ أصاله عدم أحد الضدّين لا يثبت وجود الضدّ الآخر ليرتّب عليه
حكمه. انتهى كلامه -رفع فى الخلد مقامه.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ -دام ظلّه- أوّلاً: بأنّ الأصل إنّما يجرى مع الشبهه الخارجيه لا المفهوميه المنفكه عن الخارجيه، مثلاً
لو علمنا أنّ هذه الصلاه الخاصّه إلى الجهه الخاصّه فى ما إذا صلّى إلى جهات أربع فاقده الطهاره، فلا يمكن إجراء قاعده الفراغ
بالنسبه إلى الصلاه الواقعيه المستقبليه للقبله، و فى المقام أيضاً معلوم أنّ عيب العمى مثلاً زائل و عيب الصمم مثلاً باق، فلا يبقى
إلاّ الشبهه فى مفهوم العيب السابق بما هو هذا العنوان.

و ثانياً: سلّمنا جريان الأصل فى مثل هذه الشبهه، قولكم إنّ أصاله بقاء الجديد لا يوجب سقوط الخيار إلاّ بالاستلزام لم نعلم له
وجهاً، فإنّ بقاء الجديد يترتّب عليه بلا واسطه أثر و هو انتفاء الردّ لعدم قيام العين و يعين الأرش، و حينئذ فالقاعده تقتضى إجراء
كلا الأصلين مع الإغماض عن الإشكال الأوّل، فيحكم ببقاء العيين معاً، و مقتضاهما بقاء أصل الخيار، لكن يتعيّن أحد شقيه و هو
الأرش، فإنّ مقتضى العيب القديم ليس إثبات الردّ تنجيزاً بل معلقاً بقيام العين، و مقتضى بقاء العيب الحادث انتفاؤه تنجيزاً، و لا
معارضه بين التنجيزى مع

التعليق، و لا- يضرّ مخالفه الأصلين للعلم الإجمالى بزوال أحد العيبين، فإنه لا- يترتب على إجراء كليهما مخالفه عمليّه، فإنّ الاحتمال بين سقوط كلّ من الرّد و الأرش و هو على تقدير بقاء الحادث و زوال القديم، و ثبوت الأرش و الرّد معا، و هو على تقدير زوال الحادث و بقاء القديم.

ثمّ بناء على ما هو التحقيق من عدم جريان الأصل الموضوعى يكون المرجع هو الأصل العملى الجارى فى الحكم، و هو أصاله بقاء الأرش و انتفاء الرّد بناء على كون الموجب للخيار هو العيب الواقعى، فيكون البائع مستفيدا بحلفه بنفى الرّد، و المشتري بأخذ الأرش.

نعم لو قلنا: بأنّ الموجب هو العلم بالعيب قبل زواله، فالأصل مع البائع فى نفي كلا الأمرين، لأصاله عدم تحقّقهما لا لأصاله عدم تحقّق العلم الموجب، و ذلك لعدم الشبهه الخارجيه نظير ما تقدّم فى الأصل الموضوعى المتقدّم.

الثالثه: لو كان عيب مشاهدا غير ما اتفقا عليه

و ادعى البائع حدوثه و المشتري قدمه، فله صورتان، الأولى: أن يكون المشتري راضيا بذلك العيب المتفق على سبقه حال العقد إذ وقع العقد مع التبري عن مثله، و الحاصل لم يكن من جهته خيار للمشتري. و الثانيه: أن يكون الخيار موجودا من ناحيته.

ففى الصوره الأولى: يكون الحال كالعيب المنفرد لو اختلفا فى سبقه و لحوقه، فيكون الأصل مع البائع، لأصاله عدم تحقّق موجب الخيار، و فى الثانيه يكون الأصل مع المشتري، لأصاله عدم تحقّق المسقط، نعم ليس له الأخذ بزياده الأرش الآتيه بملاحظه العيب الجديد، لأصاله براه ذمه البائع من تلك الزيادة، و أصاله عدم هذا العيب حين العقد لا يثبت عنوان التأخر و الحدوث عند المشتري الذى هو الموضوع للإسقاط، و من هنا يظهر الحكم فى ما لو اختلفا فى الزيادة عن

المقدار المتفق عليه من العيب الواحد، و لو فرض الشكّ و وقوع الخلاف في أصل تحقّق الزيادة و العدم عند المشتري فلا إشكال أنّ الأصل عدم الزيادة.

الرابعه: لو اتفقا في سبق العيب و اختلفا في البراءة عنه و عدمها،

فقد يقال بأنّ مرجع النزاع إلى دعوى كلّ منهما أمرا مقيّدا، أمّا المشتري فيدعى وقوع العقد مقيّدا بوصف الصحّة، و أمّا البائع، فلأنّه يدعى أنّه قد أقام القرينه على عدم إرادته ذلك القيد المنصرف إليه، فيرجع دعواه إلى تقييد آخر في العقد و هو التقييد بالبراءة عن العيب، و لا أصل يعيّن أحد القيدين.

و قد يقال: إنّه و إن لم يكن في البين أصل عمليّ موضوعي، إلا أنّ في المقام أصلا لفظيا في جانب المشتري و هو أصاله عدم القرينه الصارفه للفظ عن طبعه، و ليس مرجع أصاله عدم القرينه إلى أصاله عدم السهو حتّى يقال: إنّه في مثل المقام ممّا وقع الخلاف بين المتخاطبين ليس عليه بناء من العقلاء، و ذلك لفرض البناء على عدم القرينه مع فرض القطع بعدم الغفله و احتمال وجود القرينه العهديه.

و الحقّ عدم جريان هذا الأصل أيضا، و ذلك لعدم إحراز بناء العقلاء لو صرّح نفس المتكلّم بأنّه أقام قرينه متّصله بالكلام على إرادته خلاف الظاهر، فلاحظ باب الأقارير، فإنّه لو أقرّ بأنّ لزيد عليه عشره ثمّ ادّعى أنّه أراد من لفظ العشره التسعه لم يسمع منه، لأنّ هذا على خلاف ما استقرّ عليه بناء نوع أهل المحاوره، نعم من جرى ديدنه على ذكر قرائن كلامه منفصلات ليس فيه هذا المعنى، و لكن لو ادّعى أنّه أقام القرينه على إرادته التسعه بأن قال: إنّي وصلت بقولي عشره قولي: إلا واحدا، لم يؤخذ بإقراره الأوّل، و لا أقلّ من الشكّ في الأخذ و مقامنا من هذا القبيل.

فالتحقيق عدم الأصل الموضوعى لا- العملى و لا- اللفظى فى المقام، نعم لا- بدّ من تنقيح أنّ المعيار فى باب خيار العيب أى موضوع حتى يكون اللزوم مترتباً على عدمه، أو أى موضوع حكم عليه باللزوم و حكم عند فقده بالخيار؟ فنقول: يمكن أن يقال: إنّنا لا ننظر إلى حيث كون العقد مأخوذاً فيه قيد الالتزام بوصف الصّحّه أو لا، بل ندور مدار ما يستفاد من الخبر الوارد فى خيار العيب و نأخذ بما هو ظاهره، و لا- شبهه أنّ ظاهر قوله: «أئما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم يتتبه إلخ» أنّ هنا ثلاثه أمور، أحدها وجودى و هو الا-شراء للمعيب، و الآ-خران عدميان و هما عدم التبرى و عدم التتبه، فالموضوع مركّب. أو يقال: إنّهُ مقيّد، و لكنّ العدمى لم يؤخذ قيدا فى العقد بأن يكون الموضوع العقد المقيّد بوصف عدم وقوع التبرى فيه حتى لا- يكون له حاله سابقه، بل فى العاقد فيصحّ استصحاب عدم التبرى حالاً فى العاقد، و يترتب عليه أنّ عقده الصادر فى المعيب موجب الخيار.

ثمّ قد يقال: إنّ سماع المشتري ليس له دخل فى الأثر بل المعتبر الإتيان بالمظهر على الوجه المتعارف، فلو كان المشتري أصمّ و لم يسمع صدق أنّ البائع تبرأ إليه من العيب، كما يصدق أنّه سلّم عليه لو لم يسمع السلام، و على هذا يمكن حمل مكاتبه جعفر بن عيسى حيث إنّ السائل فرض وجود التبرى من البائع واقعا و إنّما فرض تردّد المشتري، فجواب الإمام- عليه السّلام- مبنى على بيان حكم الواقع، و أنّه بمجرد الشكّ لا ينقلب الحكم الواقعى، و لو حمل على تصديق المشتري بوجود التبرى و إنّما يدعى أنّه لم يسمعه، و أنّ للسمع أيضا مدخلا، فتصير الروايه أصرح فى هذا المدعى.

لكن الذى يبعد الحملين لفظ «يصدق» أو «لا يصدق» الواقع فى السؤال

حيث إنه ظاهر في تسليم أصل مدخلية السماع واقعا، وإنما السؤال عن مقام الإثبات، إلا أن يقال: إن المراد بهذين اللفظين ما عقبه السائل عقيب كل منهما من قوله: فلا يجب عليه اليمين وقوله: فيجب عليه اليمين، وتخلل الفاء من قبيل تعقيب المجمل بالمفصل.

ثم على ما ذكر لا- بد من الحلف على نفى البراء واقعا، وأما بناء على ما يظهر من شيخنا المرتضى من مدخلية السماع في الأثر، فهل الحلف متعلق بنفى العلم؟ قد يورد عليه: بأننا لو سلمنا التبادر فإثما هو لأجل مناسبه مقام الإقدام، وأن المشتري مع علمه بالتبزي أقدم على إدخال المعيب في ملكه، فلا بد من صيروره المنصرف إليه هو الإقدام، ولا وجه لجعله حكمه وعله لحصول الانصراف إلى العلم و السماع، وعلى هذا فلا بد من الحلف على نفى الإقدام.

بقي في الروايه المذكوره إشكال آخر و هو أنه فرض السائل أن البراءه وقعت عند نداء المنادى فيستشكل بأن المؤثر إنما هو ما وقع في متن العقد دون ما وقع قبله حين النداء.

و الجواب: أننا إن بنينا في اعتبار عدم التبزي في الخيار من جهه الخبر، فلا شك أنه كما اعتبر الاثراء للمعيب اعتبر عدم التبزي في عرضه كما اعتبر عدم التبه، وليس فيه إشعار بأن التبزي المعتبر عدمه هو ما كان شرطا في العقد.

هذا إن استفدناه من الخبر، وإن استفدناه من قاعده انصراف البيع إلى وصف الصحه، والتبزي قرينه صارفه، فلا يعتبر أيضا إدراجه في العقد، وذلك لكفايه جعله جمله مستقله مذكوره قبل العقد متصلا به، فإنه موجب لصرف الظهور الانصرافي أيضا.

فلاحتياج إلى الإدراج موقوف على أن يكون الخيار من مقتضيات نفس العقد على المعيب و لو كان بداعي الصّحّه لا بقيدها، و من المعلوم أنّ التبرّي لا يوجب انتفاء هذا المعنى، لأنّ أصل السلامه محفوظ بحاله، و الاعتماد يكون عليه، و بالجمله يكون مرجع التبرّي حينئذ إلى شرط سقوط ما يقتضيه طبع العقد من الخيار لولا هذا الشرط.

و على هذا فنقول: يمكن الجواب بأحد نحوين، الأوّل: أن يقال: إنّ المقاوله السابقه على العقد موجهه لوقوع العقد مبتيا عليها، و الثانى: أن يقال: إنّ رسم دلالى العراق على ما حكى إنّما هو تكرار النداء بعد ما رضى مشتر لمقدار بذلك المقدار، و بعد تكرار النداء ينادون بإيجاب البيع مع الراضى بذلك المقدار و يدرجون التبرّي فيه مترقبين لمن زاد فى أثناء هذا الإيجاب أيضا، و يطولون الصوت حتّى يتمكنوا من رفع اليد عند زياده من زاد.

الخامسه: لو ادّعى البائع رضا المشتري بعد العلم أو إسقاطه أو تصرّفه أو

حدوث عيب فى ضمانه حلف المشتري،

لأصالة عدم هذه الأمور، ثمّ إنّ شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- ذكر فى هذا المقام مسأله ما لو اختلفا فى عيب آخر وجداه فى المعيب فادّعى البائع حدوثه، و المشتري قدمه، مع أنّه -قدّس سرّه- ذكر عين الفرع المذكور فى ما تقدّم، فيكون تكرار فى كلامه، و العجب أنّه -قدّس سرّه- تمسك لترجيح جانب المشتري بأصالة عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب، و معلوم أنّ هذا العنوان لم يترتب عليه أثر.

أما الثالثه ففيها مسائل:

الأولى: لو اختلفا فى الفسخ فادّعى المشتري تحقّقه و البائع عدمه،

فقد يكون الوقت باقيا و قد يكون منقضيا، ففى الأوّل له إنشاء، و فى الدروس أنّه

يمكن جعل إقراره إنشاء، ولا بدّ أولاً أن يعلم أنّ الفسخ حيث إنّه حلّ العقد فيكون كنفس [العقد] (1) محتاجاً إلى الإنشاء ولا يكفى فيه مجرد إظهار الرضى، كما لا- يكفى فى حصول المبايعه، نعم يمكن أن ينزل ما ليس بإنشاء بمنزله الإنشاء حكماً و تعبداً، كما فى باب الرجوع فى العده حيث ورد أنّ الوطى رجوع، فإنّه بإطلاقه شامل لصوره لم يكن بقصد الرجوع.

و الحاصل: الإقرار بالفسخ فى مقامنا ليس إلّا إظهاراً للرضى بالفسخ و ليس إنشاء له، و لا تنزيل أيضاً إلّا أن يحمل كلامه-قدّس سرّه-على قاعده «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» فإنّ المشتري مالك الفسخ فيكون مالكا للإقرار به، يعنى ينفذ إقراره بوقوع الفسخ و يعامل معه معامله الفسخ الصادر منه.

و استدللّ عليه شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-بالخبر الوارد فى من أقرّ ببيع عبده ثمّ مات فجاء العبد و قال لوصى الصغار: أنا غلام الميّت، فقال-عليه السّلام:-

«صدّق عمّك و كذب الغلام فأخرجه و لا تقبله» (2) حيث إنّه-عليه السّلام-قدّم قول الميّت بمجرد إقراره بالبيع، و ظاهره عدم سماع دعوى الغلام و عدم مطالبه الإثبات منه، لا مجرد أن يكون ذلك جاعلاً للموصى منكراً و الغلام مدّعياً.

و قد يورد على هذا الاستدلال بأنّه من الممكن تنزيل الحكم فى الروايه على قاعده الإقرار، فلا يصير دليلاً على قاعده من ملك، و ذلك لأنّ إقراره بسلب الملكيه عن نفسه مسموع منه.

لا يقال: هذا بالنسبه إلى نفي استحقاق العبد للنفقة فى مال المقرّ يقع للمقرّ، و قد قرّر أنّ الإقرار إنّما يسمع فى ما على المقرّ لا فى ماله، و المفروض الحكم

ص: ٤٠٢

١-١) الزيادة منّا اقتضتها العبارة.

٢-٢) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٢٦، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٣، ح ١.

فى مورد الروايه بنفى الاستحقاق، فلا- يتم إلا- على قاعده «من ملك» حيث لا اختصاص لها بخصوص ما على المقر بل يشمله و يشمل ماله.

لأننا نقول: ما تقرّر من مأخوذه الإقرار فى ما عليه لا فى ماله إنما هو بالنسبه إلى متعلق الإقرار أولاً، فإذا كان هو أمراً ضرورياً على المقر يؤخذ به، ثم لو ترتب عليه لوازم و آثار كانت نفعا للمقر فمقتضى القاعده الأخذ بها، و لا ينافى مع اختصاصها بما عليه، لأنه بالنسبه إلى المتعلق الأولى، ألا ترى أنه لو كان مديونا و لم يكن له مال، و كان بين يديه أموال احتملنا أنها أمواله فأقرّ بأنها ليست بمال له يؤخذ بهذا الإقرار و بلازمه من عدم مطالبه الديان له و النظره له، ففى مقامنا بعد ما فرض أنه أقرّ بعدم مملوكيه العبد فعدم النفقه من آثاره و إن كان نفعا للمقر، هذا ما يقال.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ- دام عمره- بأن ما ذكره من الفرق بين المتلازمين و الطوليين حق، و لكن المقام من القبييل الأول، فإن الإقرار بعدم الملكيه ينحلّ إلى إقرارين فى عرض واحد إقرار بنفى مالكيه نفسه و إقرار بنفى مملوكيه العبد، و هما متضايغان كالأبوة و النبوه، و الإقرار بأحدهما إقرار بالآخر للتلازم الجلى، و لكن لا يمكن أن يستفيد المقرّ بالأبوة بحقوق النبوه عن أقرّ بأبوته له ممّا هو موضوعه الابن، نعم بالنسبه إلى ما يكون موضوعه الأب يكون الحال كما ذكره.

فنقول فى ما نحن فيه: النفقه من آثار المملوكيه لا المالكيه، و ليس نفس نفى المملوكيه أيضا ضررا على المقرّ، فيكون إثبات عدم النفقه بإقرار نفى المالكيه غير منطبق على قاعده الإقرار، و ينحصر أن يكون لأجل قاعده من ملك.

هذا كلّه مع بقاء الوقت للفسخ و أمّا بعد انقضائه فليس مشمولاً للقاعده،

لأنّ الظاهر منها الملكيه الفعلية حال الإقرار، و المفروض في المقام عدمها، و حينئذ فالمدعى هو المشتري و المنكر هو البائع، فإن أقام المشتري البيّنه فلا- كلام، و إن حلف البائع على نفي الفسخ أو لم يثبت فهل للمشتري الأرش لثلا- يخرج عن الحقيين أو لا-؟ لأنه مقر بعدم استحقاقه للأرش؟ لا يبعد أن يقال: مقتضى القاعده جواز أخذه بأقلّ الأمرين من الأرش و زياده الثمن على القيمة، فلو كان عين المبيع موجودا و كان الثمن عشرين و كانت القيمة عشرة و كان الأرش أيضا عشرة جاز له أخذ العين تقاصيا، هذا إذا كان عين الثمن أيضا موجوده أو تالفه قيمته، و أمّا إذا كانت تالفه و مثليه ففي التقاص إشكال كالإشكال في صورته تلف عين المبيع، فإنّ التقاص ممّا في الذمه محلّ إشكال.

هذا كلّه إذا قلنا: إنّ حلف البائع على نفي الفسخ لا ينفى التقاص من مثل هذا المال الذي يسلبه الحالف عن نفسه، و إنّما المنفى هو التقاص من المال الذي ينجزّ إلى خصومه جديده، و أمّا إن قلنا بالتعميم فالتقاص في جميع الصور ممنوع، هذا.

الثانيه: لو اختلفا في تأخّر الفسخ عن أول الوقت

بناء على فوريّه الخيار بالنسبه إلى زمان حصول العلم، فإن كان الشكّ في تاريخ وقوع الفسخ مع العلم بتاريخ العلم بالعيب فأصالة عدم وقوع الفسخ في الأزمنه المتّصله بالعلم جاريه و لكنّها معارضه بأصالة صحّه الفسخ، نظير ما لو شكّ في اجتماع الطلاق لشرط حضور العدلين و نحوه، فإنّه يحكم بالصحّه و ترتّب الأثر و هذه مقدّمه على الأولى.

و إن كان الشكّ في تاريخ العلم بالعيب مع العلم بتاريخ الفسخ، فإنّ بنينا

على أنّ الموجب للخيار هو العلم، والمؤثر في الحلّ هو الفسخ المتعقّب للعلم فهذا المقيّد مشكوك التحقّق و لو لأجل قيده، والأصل عدم تحقّقه، فيكون الكلام كما تقدّم حرفاً بحرف من معارضته لأصالة الصّحّه و تقدّم الثانيه، وإن بنينا على أنّ الموجب نفس العيب الواقعي و أنّ العلم في الأزمنه المتقدّمه المنفصله لكونه رضى بالعيب مانع، فأصالة عدم تحقّق هذا المانع و عدم حصول العلم في الأزمنه المتخلّله في ما بين العقد و الزمان المتأخّر المنافي للفورّيّه جاريه و معاضده لأصالة الصّحّه.

و حاصل الكلام مع العلم بتاريخ الفسخ و الجهل بتاريخ العلم بالعيب أنّا قد نقول بأنّ الخيار مسبّب عن العيب الواقعي بلا تقييد بشيء أصلاً إلا أنّ حصول العلم مع التراخي بعده في الفسخ مسقط و رافع للخيار، فلا يحتاج في أصالة عدم تحقّق العيب إلى ساعه ما قبل الفسخ إلى إثبات تقييد الفسخ بوقوعه بعد العلم بلا فاصله، حتّى يقال إنّّه مثبت من هذه الجهه كما هو الحال في ما إذا علم بتاريخ الرجوع في العده و شكّ في تاريخ إيقاع الطلاق، فإنّ استصحاب عدم إيقاع الصيغه إلى ساعه ما قبل الرجوع مثلاً لا يثبت به كون الرجوع في العده بل المستصحب حينئذ عدم هذا المقيّد بما هو مقيّد.

و بالجمله: بعد فرض أنّ العلم رافع فلا بدّ من عدم تقييد الفسخ بكونه مقروناً بعدمه، إذ الشيء لا يتقيّد بعدم الرفع و إلا يخرج الرفع عن كونه رافعاً فالفسخ لا يتقيّد بعدم ما يرفع و يسقط حقّ الفسخ.

نعم إن قلنا: إنّ الجمع بين الأدلّه اقتضى كون الخيار حقّاً مطلقاً ما دام عدم العلم، و بعده يصير مقيّداً و قيده عباره عن كون متعلّقه فسخاً خاصاً و هو الفسخ المتّصل أو الغير المفصول عن العلم، فالحال حينئذ حال الرجوع في العده من أنّ

الأصل لا يثبت كون الفسخ ذا خصوصيته، فيجرب أصل عدم المقيّد بما هو مقيّد.

هذا مع الإغماض عن أصله الصحّح وإلا فلا يبعد جريانها لإحراز القيد، وإن كان ربّما يستشكل فيها من جهة أنّ مدركها ليس أخبار حمل فعل المسلم على الأحسن، إذ قرّر في محلّه أنّها في مقام الوعظ ولا ربط لها بمقام التعيّد، بل المدرك بناء العقلاء، و إذن فمن المحتمل اختصاص البناء بغير صورته التنازع و خصوصا في باب العقود، حيث إنّها متقوّمة بطرفين، فإنكار أحد الطرفين مثل إنكار نفس المعامل فساد معاملة أوقعها بنفسه بلا- دخاله شخص آخر، حيث لا شبهه في عدم جريان أصل الصحّح مع هذا، فكذا مع إنكار الطرف في العقود.

و يمكن أن يقال في مسألتى الرجوع و الفسخ مع معلوميّه تاريخيهما بأن مقتضى الأصل الصحّح لا من باب أصله تأخر الصيغته أو العلم بالعيب حتّى يستشكل بأنّه لا يصحّح الرجوع في العده أو الفسخ في زمن الخيار، بل نقول: إنّّه قد حدث بعد الصيغته و كذا بعد العقد أمر وجوديّ و هو العده و الخيار و نشكّ في انقضائهما في حال الرجوع و الفسخ، فالأصل بقاؤهما إلى حالهما، فيثبت كون الرجوع رجوعا في العده، و كون الفسخ فسخا في زمن الخيار، و لا يستشكل بأنّ إثبات التقيّد لا يتمشى من الأصل، فإنّ القيد مأخوذ في باب الرجوع في المرأه، و في مقامنا في الفاسخ، و الرجوع في حال كون المرأه في العده و الفسخ في حال كون الفاسخ ذا خيار مؤثّران، و هذا مثل استصحاب الطهاره في المصلّى حيث يحرز به كون الصلاه صلاه عن طاهر.

و أمّا احتمال أن يكون الفسخ الخاص متعلّقا للحقّ و هو المتّصل أو غير المنفصل عن العلم بعد ما كان المطلق منه متعلّقا له قبل العلم. ففيه: أنّا لا نحتمل أن يكون العلم رافعا لحقّ و محدثا لحقّ آخر، و لازم هذا ذلك، فإنّ الحقّ

المتعلق بالمطلق ذهب و جاء حق آخر متعلق بالمقيد، فهذا دليل أن العلم لا يثمر إلا المسقطيه، ولا يفيد تقييدا في متعلق الحق بل الحق على ما هو عليه من الذات و الحد.

و على هذا فاستصحاب عدم العلم لا- مانع منه، و مع الغض عنه استصحاب بقاء الخيار إلى حين الفسخ أيضا لا مانع منه، و قد عرفت أن نظير الثاني يجرى في الرجوع أيضا.

الثالث: لو اختلفا في جهل المشتري بأصل الخيار أو بالفوريه

بناء على اعتبار العلم بهما في الفوريه، و اعلم أن الكلام هنا تارة في أصل تصوير إناطه الفوريه بالعلم بأصل الخيار، و ثانيا في إناطتها بالعلم بنفسها و أخرى في أن الأصل ماذا.

أما الكلام في الأول: فمن المعلوم عدم إمكانه في جعل و إنشاء واحد بأن يجعل الحكم و يجعل أمده في هذا الإنشاء إلى ساعه مثلا- بعد العلم به، إذ كما لا- يمكن دخل العلم بنفس الحكم المجعول في القضيّه في موضوعه، كذلك لا- يمكن دخله في بقائه. نعم يمكن في جعلين في أحدهما يجعل الخيار مهملا عن الامتداد و الفوريه، و في الآخر يجعل العلم بذلك المجعول الأول سببا للفوريه.

ثم بعد تصوير هذا في الجعلين ثبوتا يشكل الكلام في مرحله استظهاره و إثباته، إذ بعد أن أدله إثبات الخيار مثبت له من غير نظر إلى حالتي العلم بالخيار أو الجهل به، و ليس هنا دليل آخر يقيد إطلاقه بالنسبه إلى العالم يكون الثابت أن العلم بالعيب لو وصل إلى حدّ يكشف عن رضى الشخص بالعيب بواسطه الاحتفاف ببعض الأمور يكون مسقطا للخيار، و أين هنا من التقييد؟ و أما الكلام في الثاني فالأمر فيه أشكل من الأول، إذ العلم بنفس الفوريه

مأخوذ في نفسها و هو دور محض، و أمّا الكلام في الأصل، فاعلم أنّ الأصل و إن كان مع مدعى الجهل لكن قوله خلاف الظاهر الحجّة العقلانيّة لو كان متعلّقا بأصل الخيار، فإنّ خيار العيب و أنّ المعيب مردود أمر لا يختصّ بالمسلمين، بل يعرفه جميع فرق البشر، فمن ادّعى الجهل به يكون على خلافه، الأماره المعتره العقلانيّه، و إن كان متعلّقا بالفوريّه فليس حكم الفوريّه بمثابه أصل الخيار من الوضوح، فليس على خلافه الأماره فيكون أصله عدم علمه متّبعه.

القول في ماهية العيب و ذكر بعض أفراده:

إشارة

اعلم أن حكم الرد و الأرش متعلّق في الروايات بالعيب و العوار، أمّا العوار فنقل عن الصحاح أنّه العيب، فيكون العطف من عطف المترادفين و إن كان خلاف الظاهر، إلّا أن يقال: يكفى في التغيرات كون العوار خاصاً، فإنّه على ما قيل:

الشقّ و الخرق، فيكون من مقابله العام بالخاص، هذا.

و أمّا العيب فقد يقال: إنّ عبارته عن الخروج عمّا استقرّ عليه النوع الفعليّ للأفراد و إن كان على خلاف مقتضى طبيعته الأصليّه مع قيد أن يكون مخللاً بالفوائد و الآثار المرغوبه من الشئ، فمع فقدان أحد الأمرين لا عيب.

و على هذا ربّما يكون شئ عيباً في الخلقه الأصليّه و صار بحسب النوع الفعليّ صحّه و فقدانه عيباً، و ربّما يكون في الخلقه الأصليّه كما لا- و صار بحسب النوع الفعليّ أيضاً صحّه و فقدانه عيباً، و من قبيل الأوّل الختان، و من قبيل الثاني ما لو فرض كون نوع العبيد عالماً بصنعه خاصّه و فرض انتفاؤه في المبيع، و ربّما كان شئ عيباً في غير المال و ليس بعيب في المال كالخضاء، فإنّه في الحرّ مضرّ بما يترقّب منه من أثر الفحوله و التناسل، و أمّا في العبد فحيث إنّ الأثر المترقّب في حقّه ليس

هو الفحوله، و ما يترقب منه من الخدمه لا ينقص منه بواسطه الخصاء لو لم يزد، فليس ذلك فيه بعيب.

إذا تقرّر اعتبار القيدين المذكورين في مفهوم العيب عرفاً، فربّما يتوهم أنّ ما ورد في الشريعة من تحديده من أنّ «كلّ ما كان في أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب» (1) يستفاد منه خلاف ما ذكر، وذلك لأنّ عدم نبات شعر العانه في المرأه يعدّ كمالاتها و يكون داخلاً في عمومها، ولهذا استظهر محمّد بن مسلم و ابن أبي ليلى حكمه من هذا العموم.

و استشكل عليه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بوجه: الأوّل: أنّ الظاهر أنّ المفروض في مورد النزاع المبتلى به لابن أبي ليلى كون عدم نبات الشعر كاشفاً قطعياً أو احتمالياً عن وجود مرض في أصل مزاج المرأه أو في عضوها الخاص.

و يمكن أن يخدش في هذا الإشكال، بأنّه و إن كان لما استبعده - قدّس سرّه - من كون النظر ممحّضاً في صرف عدم النبات مع القطع بعدم المرض أصلاً وجهه، و لكن ليس لما استظهره أيضاً وجهه، فإنّ المرض إن علم وجوده فلا يبقى شكّ لأهل العرف في عيبته حتّى يتنازع المتبايعان و يحتاج البائع إلى سؤال ابن أبي ليلى و يقول له: أيّها القاضي إن كان عيباً فاقض به، و إن احتمل وجوده فالسؤال حينئذ و إن كان في محلّ و لكن المسؤول عنه حينئذ هم الأطباء العالمون بالمرض دون القاضي.

الثاني: أنّ الروايه لعمومها للزياده و النقيصه عن أصل الخلقه لا بدّ من حملها على التنزيل، فقوله: هو عيب مثل قوله: أنّ التصرف في المبيع الخيارى رضى

ص: ٤٠٩

١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٠، ح ١.

بالبیع، فالمقصود إلحاق أحكام العيب لا- إثبات موضوعه، وحيث إن أظهر الآثار خصوص الردّ حتى صار مشهوراً أنّ المعيب مردود يكون القدر المتيقّن من التنزيل إثبات الردّ دون سائر الآثار.

و فيه أنّ الداعى إلى هذا الحمل ليس إلا مخالفته لما ارتكز في الأذهان العرفية، فلا يمكن حمل قوله: هو عيب على الحقيقة، لكنّ الأمر دائر بين الحمل على التنزيل و بين الحمل على ما نذكره بعد ذلك من الأماريه، والثانى أظهر، ألا ترى أنّ حمل عالم على مشكوك العلم الذى قام أماره معتبره على علمه أقرب إلى الحقيقة من حمله على معلوم الجهل بمجرّد التنزيل و الإلحاق الحكيمى؟ الثالث: منع الإطلاق فى الروايه من حيث الذات مع قطع النظر عن التأييد بفهم ابن مسلم و ابن أبى ليلى، و ذلك لانصرافه بقريته الارتكاز العرفى عن مثل زياده شعر رأس الجاربه أو حدّه بصر العبد، أو تعلّمهما للصنعه و الطبخ، و كذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس، فالروايه محموله على ما يساعده العرف بحكم الارتكاز الموجب للانصراف و المناسبه المقاميّه.

و لكنّك خبير بأنّ هذا لا يدفع الإشكال عن مورد النزاع، فإنّه مع معلوميّه عدم المرض و صرف عدم نبات الشعر لا وجه للنزاع، و كذا مع معلوميّه المرض، و مع التردّد يكون المرجع هم الأطباء لا القضاء.

الرابع: الخدشه فى سند الروايه بالإرسال، فلا تصلح دليلاً فى مقابله الطريقه العرفيه فى مفهوم العيب.

قال شيخنا الأستاذ- دامت بركاته الشريفه-: أحسن المحامل لهذا الخبر حمله على السؤال عن الشبهه المصدقيه من حيث الأماره الشرعيّه، و أنّه هل جعل الشارع لرفع هذا التحير رافعا أم لا؟ و حينئذ يتّجه السؤال عن القاضى، و يتّجه

النزاع، كما أنّ وجه الأمازيه أيضا واضح، فإنّ الله تعالى لم يدع شيئا ممّا نحتاج إليه إلّا وقد أودعه في أصل الخلقه، و ما من شيء لم يودعه إلّا كان وجوده مستدركا، فيكون نقصان الأوّل و زياده الثانى فى مورد الشبهه المصادقيه كاشفا ظنّيا عن اختلال فى العضو أو فى المزاج، لأنّ بناء الخلقه على النظام التام الخالى عن النقصان، فالخارج عنه خارج عن طريقه النظام و يكون إلى الاختلال أقرب.

ثمّ فى مورد عدم الصدق العرفى للعيب مع غلبه الخلاف فى أفراد النوع، قد يقال: إنّه و إن لم يتحقّق الخيار من جهه العيب، و لكنّه آت من جهه تخلف الوصف و ذلك لانصراف المبيع إلى واجد ما هو الغالب، و لكنّه بإطلاقه محلّ تأمّل، فإنّ غلبه الوجود على ثلاثه أقسام:

الأوّل: أن تتفاوت الأغراض باختلاف هذه الصفه الغالبه نوعا، و الثانى: أن لا- تختلف الأغراض النوعيه، و الثالث: أن يكون الأشخاص مختلفين، فالانصراف فى القسم الأوّل مسلّم، و أمّا فى الثانى فممّا يزول بالتأمّل كما إذا ادّعى التقييد فى ما إذا تبين كون العبد حديد البصر خارجا عن المتعارف، أو كون نقطه خاصّه يسيره من بدنه أجدر، فإنّ المنصرف إليه و إن كان الفاقد لما ذكر و لكن من المعلوم عدم دخاله هذا فى المراد الغالبى، فعند التنزاع لا- بدّ من الترافع، و ليس هنا ظاهر حجّه فى البين على التقييد.

بقى الكلام فى الثالث، و الظاهر فيه الأخذ بالانصراف، فإنّه ظاهر حجّه، و به يستكشف حال المراد اللبى، و المفروض عدم ما يصرف الكلام عن هذا الظهور البدوى الانتقاشى كما فى القسم الثانى، و الحاصل هنا ظهور انصرافى مستقرّ، فاللازم الأخذ به، فيصير مدّعى التقييد منكرا لمطابقه قوله للظاهر الحجّه.

فتلخص ممّا ذكرنا أنّ العيب تاره يرد و أخرى لا يرد، و غير العيب أيضا تاره

يرد و أخرى لا- يرد، أما العيب المردود فهو ما كان منقّصا للماليه مع عدم الغلبه النوعيه، و أما العيب الغير المردود فهو ما كان منقّصا و لكن شاع و ذاع فى خصوص صنف بحيث تحقّق أماره عرفيه على وجوده فى أفراد ذلك الصنف، فيخرج عن موضوع غير المتنبّه به إلى المتنبّه به.

و أمّا غير العيب المردود فهو ما كان نقصا فى الخلقه غير منقّص للماليه، و كان غالب الوجود فى أفراد النوع مع تعلق غرض النوع بعدمه، و لا- يستلزم ذلك نقص الماليه كما يتصوّر فى الأشياء العتيقه، حيث إنّ رغبه النادر و تعلق غرضه كاف فى غلاء قيمتها، و أمّا غير العيب الغير المردود فهو هذا الفرض مع عدم تعلق غرض النوع بالعدم بل مساواته بوجوده و عدمه.

الكلام فى بعض أفراد العيب:

مسأله: لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض بأقسامه عيبا،

لكن فى إطلاقه لمثل حمى يوم، إشكال بل منع، لعدم اختلاف المالىه و الأغراض بسببه، و كذا فى استحقاق القتل فى الردّه أو القصاص و القطع فى السرقة و الجنايه و الاستسعاء فى الدين، فإنّه و لو فرض كون حاكم الشرع الباسط اليد و كون العبد بسبب ذلك معرضا لهذه الأمور، و لكنّه لا يسمّى شىء منها عيبا.

نعم يمكن القول بثبوت خيار الرد من أجل الانصراف إلى الخالى عن مثل ذلك. وجه عدم كون ذلك عيبا هو العرف، فإنّه لا يحكم على عبد يقتل بعد ساعه أخرى أنّه معيوب، كما لا يقال أنّه نقص عن قيمته، و لهذا يقال قد فات منه المال البالغ كذا، و يذكر ما هو قيمه لولا القتل، كما أن حال الاستسعاء حال مسلوبته المنفعه فى العين المستأجره أو المحبوسه أو الموقوفه، فإنّ كلّ ذلك لا يصدق عليه

عنوان العيب عرفاً، وإن كان يثبت فيه الخيار لأجل تخلف الوصف المنصرف إليه عند الإطلاق.

لا- يقال: الحد الذي عيّنت للعب صادق على ما ذكر، فإنّ هذه حالات على خلاف ما عليه نوع أفراد العبيد و يكون منقّصاً للماليه، أمّا الأول فواضح، و أمّا الثاني فلاّته لا يقدم أحد على شراء هذا العبد و بذل المال بإزائه و الماليه اعتبار عرفى يعبر عنه بترتب الآثار و بذل المال، فإذا سقط عن هذه المرتبه و لو بالعرض سقط عن الماليه، و لم يبق فرق بين الليره الواقعه فى قعر البحر الذى حصل اليأس عن إخراجها و بين الخنفساء، غايه الأمر أنّ الثانى غير مال بجهه ذاته، و الأوّل بجهه عرضيه، و النتيجة تابعه لأخسّ المقدمات.

نعم لا اعتبار بإعراض شخص واحد أو أشخاص معينين عن ترتيب الآثار، بل المعيار إعراض نوع العقلاء، و فى المقام نوع العقلاء معرضون، فحاله حال الاسكناس و الجلود المسكوكه إذا سلب عنها البناء و ترتيب الآثار عملاً، يخرج عن الماليه، فإذا صارت منافع الأرض إلى ألف عام مسلوبه صارت كالاسكناس الساقط عن الاعتبار و الخنفساء.

لأننا نقول: فرق بين الاسكناس و الجلود [و بين الأرض]، فإنّ ماليّتها من جهه تعهد صاحب ثروه، فإذا انقضت مدّه تعهده أو انقضت ثروته سقطا عن الماليه، و أمّا مثل الذهب و الفضّه و سائر الأجناس الماليه فجهه الماليه فيها متقوّمه بالخواص و الآثار الكامنه فى ذواتها، و من المعلوم عدم تفاوت فى ناحيه تلك الخواص فى هذه الأحوال المفروضه فى المقام بحسب نقصان فى ذات الأرض، و إنّما يكون لأجل عارض خارجى، و مثل ذلك لا ينقص الماليه.

نعم يمكن القول بالخيار من جهه تخلف الوصف المنصرف، و ممّا ذكرنا

يعرف الكلام في عنوان الحبل، فإنه قد يقوم الإجماع على أنه في الشرع عيب، يعني أن الشارع رتب عليه حكمه، وقد يقال باستفاده هذا من الأخبار وقد يقال ينطبق عنوان العيب عليه عرفاً، أمّا الأوّل فمبنى على ثبوت الإجماع ومع احتمال استناد المجمعين إلى الأخبار لا يبقى وثوق به.

و أمّا الثاني فليس في الأخبار دلالة على كون الحبل عيباً، وإنما ذكر فيها أن الجارية الحبلية إذا اشترت ووطئت ثم علم بحبلها ترد على البائع مع نصف عشر قيمتها (1).

فإن حملناها على وجوب الرد و بطلان البيع لكونه واقعا على أم الولد فلا ربط له بالمسألة، وإن حملناها بقرينه وحده السياق مع غير الحبلية- حيث اثبت فيها الأرش و أنها لا ترد إذا وطئها صاحبها- على جواز الردّ و صحّحه البيع، فغايبه الأمر إثبات حكم الرد، و أمّا سائر الآثار فلا تثبت، بمعنى أنه لو حصل الحبل قبل القبض أو في مدّة الخيار لا يلحقه حكم العيب.

لا يقال: الأمر دائر بين تخصيص عموم لزوم الوفاء بأمر غير العيب و عدم تخصيصه إلاّ بالعيب، فأصله عدم التخصيص يحرز بها على مذاقكم- حيث تقولون بجريانها في غير الشبهه المراديه- أن الحبل عيب.

لأننا نقول: كما أن قضيتها عيبته، قضيتها بالنسبه إلى عموم أخبار مانعيه الوطى عن الرد بالعيب عدم عيبته، فلو لم نقل بأقوائيه الثانيه بواسطه ضيق دائره العام الثاني بالنسبه إلى الأوّل فلا أقلّ من المساواه و تحقّق الإجمال.

و بالجمله: ليس في الأخبار ما يدلّ على ترتيب الشارع جميع آثار العيب على

ص: ٤١٤

(١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٥، ح ٩، ٦، ١.

الحبل و إنما حكم بخصوص الرد مع إمكان أن يقال بتنزيله على خيار تخلف الوصف، فإن الغرض يتعلّق ببعض الخدمات المنافيه مع الحبل، بل و بالوطى و هو ممنوع لأنه إدخال الماء فى زرع الغير، فيمكن القول بتقييد الإنشاء عند الإطلاق و انصراف مقام البيع بعدم الحبل، فيكون مضمون الخبر على القاعده لا حكما تعدياً.

هذا بالنسبه إلى الأمه، و أمّا بالنسبه إلى سائر الحيوان فيمكن التفصيل بين مثل الغنم الذى ليس المرغوب منه حمل الأثقال، فليس الحمل موجبا للرد، و بين مثل الحمار ممّا يكون المرغوب فيه حملها فيكون الحمل موجبا للرد.

بقى الكلام فى رفع التنافى بين كلمات العلماء فى المقام حيث تسالموا على أنّ الحبل عيب، و صرّحوا فى مقام آخر بأنّه لو حملت الأمه عند المشتري و ولدت فإن نقصت بالولاده أو بالحمل فلا ردّ و إلاّ فله الردّ.

و جعل شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- هذا الكلام منافيا للأوّل، فإنّ مقتضى عيبته أنّه متى حدث عند المشتري كان مانعا عن الرد، لأنّ العيب الحادث عند المشتري أحد مانعي الرد بالعيب، و مقتضى كلامهم الثانى عدم الاعتناء بشأن الحمل ما لم يتولّد منه نقص آخر من هزال الجسم و غيره، أو من حيث إنّّه بعد زواله لا يمنع الرد، و العيب متى حدث منع من الرد و إن زال بعد ذلك، هذا حاصل كلامه -قدّس سرّه-.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ -دام علاه- أوّلاً: بأنّ الاستفادة من كلامه -قدّس سرّه- أنّ العيب الحادث عند المشتري بعنوان العيبته مانع عن الرد، و فيه أنّ هذا العنوان ليس فى الأدلّه، و إنّما الموجود عدم القيام بالعين، فيشمل مثل الشركه و الحمل على مختارنا، إذ لم يبق العين بحالها، و خصوصاً أنّ الحمل

و ثانياً: أنّ المنافاه بين الكلمات لا وجه لها، فإنّ الكلام الثانى متعرّض لحال ما بعد الوضع و أمّا الحبل فقد زال، و المعيار فى العيب حال الرد، فلا اعتبار بالزائل، فلا جرم لا بدّ من الاعتبار بحال الوضع، فإن حدث نقص فلا ردّ و إلاّ فيجوز.

و بالجمله: الكلمات غير آبيه عن هذا القول كما لا- تأبى عن القول بعدم الاعتبار بالحمل رأساً لعدم كونه عيباً، و المنافاه إنّما تجيء لو حملت كلماتهم الثانيه على حال الحمل فعلاً- قبل الوضع، فيحمل قولهم على أنّ الحمل إن كان بحيث لو وضعت نقصت، لم يجز الرد، أو حصل الاتفاق منهم على أنّ العيب الحادث عند المشترى يمنع الرد و لو بعد الزوال، و كلّ من الوجهين فى محلّ المنع.

أمّا الأوّل: فلأنّ خلاف ظاهر العبارة حيث إنّ التعرّض لحال الوضع، و أمّا الثانى: فلحصول الاختلاف فى تلك المسأله، فمن الممكن ابتناء قول القائل على أنّ العيب إذا زال فلا اعتبار به.

و التحقيق فى أصل مانعيه الحمل و عدمها أن يقال: أمّا فى الأمه فيدخل تحت عنوان عدم قيام العين، إذ ليس المراد به بقاء الموضوع العرفى، بل بقاءه بحسب جميع ماله دخل فى الأغراض العقلانيه، و هنا يختلف الغرض العقلانى، كما فى قطع الثوب، فإنّ الموضوع العرفى باق و لكن فات الغرض العقلانى و هو إمكان قطعه بأى صورته شاء، و هكذا صبغه، و كذلك فى المقام، و القول بكون الحمل للبائع لا ينفع، لأنّه كما إذا أسقط المشترى حقّه من الصبغ فإنّه لا يوجب زوال مانعيته، هذا فى الأمه.

أمّا فى غير الأمه فلا بدّ من التفصيل بين ما يكون المطلوب فيه الركوب أو

الحمل من فحل خاص و بين غيره كالشاه، فإن الاعتراض في الأخير غير عقلائي، لأنه ليس من غرض كذلك، و أما في الأول فهو عقلائي، فيصدق عنوان عدم قيام العين عليه، هذا و لم نجد هذا التفصيل في كلمات الأعلام حتى شيخنا المرتضى - قدس أسرارهم - فراجع.

مسألة: هل الثيوبه في الإمام عيب يجوز به فسخ بيعها أو لا؟

قد يقال: لا- لأجل كونها على وفق الغلبه الكاشفه عن الخلقه الأصليه، و يمكن الإشكال عليه بالفرق بين الغلبه في موارد قلنا بحدوث الطيبه الثانويه و بينها في المقام، فالخلقه النوعيه في المقام بعد على البكاره، و لكن غلب وجود عارض أوجب الخروج عن مقتضاها.

نعم لو كان اقتضاء ماء و هواء ناحيه أن لا تولد أو لا تكثر فيها الأمه إلا و هي ثيبه صحّ القول بكونها غير عيب، و ليس الحال هنا كالخراج المضروب على الأراضي حيث إنه لنوعيته خرج عن العيب، و ذلك للفرق بأنّ الخراج أمر استقرائي بنائي و هذا أمر اتّفاقي، غايه الأمر كثير الاتفاق، و بالجمله يمكن الخدشه في عدم العيبه.

نعم يمكن القول مع فرض كونها عيبا بعدم ثبوت الخيار بوجودها، بملا-حظه أنّ الغالب وجودها فلا- يكون العقد مبتيا على السلامه منها، لكن يسرى الإشكال حينئذ في أصل صحه المعامله من أجل لزوم الغرر، فإنّ الغلبه ليست بحدّ صارت أماره عقلائيه على العدم، و المفروض أنّ الأماره على الوجود أيضا مفقوده، فيصير المبيع مجهول الصفه.

و يمكن الإصلاح بأن يقال: حاله حال الصفات الكامنه في الأمه من الأخلاق الباطنه المحتاج تشخيصها إلى معاشره مدّه مديده، فإنّه لو بنى على

الفحص و التدقيق من حيث هذه الصفات لزم سدّ باب بيع الأّمه.

فنقول: إنّ صفه البكاره من هذا القبيل، فإنّ في السؤال عن نفس المرأه ركاه، و البائع ليس أزيد أطلاعا من المشتري بحال المرأه، و من هذا الباب لا ينفع الاشتراط في رفع الغرر فإنّه لا يوجب زياده أطلاع المشتري، و صرف إيجابه الخيار غير مفيد و إلّا لزم صحّه بيع المجهول الرأسي بشرط الخيار.

ثمّ إنك قد عرفت أنّ الأقوى كون الثيبوبه عيبا لكن استدللّ على عدم عيبته بروايه سماعه: «عن رجل باع جاريه على أنّها بكر، فلم يجدها كذلك، قال -عليه السّلام-: لا -تردّ عليه و لا- يجب عليه شيء، إنّه قد تكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها» (١) تقريب الاستدلال بأحد نحوين:

الأوّل: أن يكون قوله: «على أنّها بكر» بمعنى شرط البكاره و يكون المقصود من التعليل أنّه يحتمل حدوث زوال البكاره في الأّمه، مع كونها باكره من حين الولادة، و حينئذ يحتمل حدوثه بعد العقد و قبل قبض المشتري، و أمّا بعد قبضه فبعيد، إذ لا يطول زمان مكثه عنده حتى يحتمل حدوث أمثال ذلك عنده، بل مع تعيّن حدوث ذلك عند البائع يتردّد الأمر بين ما قبل العقد، و ما بعده و قبل القبض للمشتري فلا يجب على البائع شيء، و لو كانت الثيبوبه عيبا لكان يرد عليه -عليه السّلام-: أنّه و لو كان لا يلزم عليه شيء من حيث تخلف الوصف المشترط بناء على عدم ضمان الأوصاف على البائع قبل القبض، و لكنّ العيوب تكون مضمونه عليه بالأدله الخاصه فيجب عليه التدارك من حيث العيبه فحيث إنّ -عليه السّلام- علّل عدم الاستحقاق باحتمال التأخر عن العقد دلّ على عدم عيبه الثيبوبه، هذا.

ص: ٤١٨

الثانى: أن يكون قوله: «على أنّها بكر» بمعنى بانيا أو مشتراطاً، و يكون المراد من التعليل تخطئه هذا البناء أو الاشتراط و كونها خارجين عن سيره العقلاء، فإنّه بعد ما جرى عادة الأممه على زوال البكاره عنها بأسباب عديده، يكون البناء و الاشتراط أمرا سفهائياً، نظير البناء على طيران العبد. و بالجمله صارت البكاره كالمحال العادى، و فى مثله يكون البناء و الاشتراط سفهائيين، فيكون وجه الدلاله على عدم العيبه أنّ أمر الثيوبه إذا كان بهذه المثابه من كونها طبيعه ثانويه للأممه فلا جرم ليست بعيب، لأنّه ما خرج عن الطبيعه الثانويه، هذا.

قال شيخنا الأستاذ-دام علاه-: و الحقّ أن يقال: قوله «على أنّها بكر» محمول على الابتاء أو الاشتراط، و المقصود من التعليل هو ما ذكر أخيراً من كونهما سفهائيين بعد ملاحظه قلّه وجود البكاره من جهه كثره مناشىء زوالها و تعدّد أسباب ذهابها، إذ من المعلوم أنّ حال الشارط و المشروط عليه فى مثل ذلك على حدّ سواء، و لا تحصل زياده اطلاع للشارط و زياده اطمئنان بوجود المشروط بواسطه هذا الاشتراط، فيكون مثل اشتراط الكتابه فى العبد الغائب الذى لم يره واحد من المتبايعين، و لا حصل لهما اطلاع بحاله من حيث الكتابه و العدم، فإنّ حقيقه الاشتراط غير متحقّقه، فلا تدلّ الروايه بناء على هذا على عدم العيبه، بل يلائم مع العيبه كما ذكرنا سابقاً، و وجه عدم الرد و الأرش بواسطه هذا العيب أيضاً قد تقدّم و كذا عدم لزوم الغرر.

ثمّ بناء على الاحتمال الأوّل الذى ذكرنا فى الروايه، و كذا بناء على الاحتمال الثانى من الاحتمالين المذكورين فى كلام شيخنا المرتضى-قدّس سرّه- و هو كون البكاره كنايه عن عدم الوطى تصير الروايه دليلاً على عدم عيبه الثيوبه، و ذلك لأجل ما تبه عليه شيخنا المذكور-قدّس سرّه الشريف- من أنّ الثيوبه على تقدير

عيبته و كونها غالبه في الإماء لا توجب جواز الرد، بواسطة كون المشتري مقدما على أي حال، و مثل هذا منصرف عنه الروايات الواردة في خيار العيب، و لكن لو وقعت تحت الاشتراط خرجت عن هذا العنوان فتصير مشموله لتلك الروايات فيصير أخذ الأرش مجزوا.

و حينئذ نقول: أمّا على الاحتمال الأوّل في كلامنا فنقول: المفروض أنّ البكاره بمعنى عدم الثيبوه وقعت تحت الاشتراط فلو كانت الثيبوه عيبا لوجب الأرش على أي حال سواء حدثت عند البائع قبل العقد أم عنده بعده، و أمّا على الاحتمال الثاني في كلام الشيخ-قدّس سرّه- فيقال: البكاره بمعنى ما يقابل الثيبوه و إن لم تقع تحت الاشتراط، بل بمعنى عدم الوطى و لكنّها ملازمه غالبية للكباره، بمعنى ما يقابل الثيبوه، و لهذا استكشف المشتري من الثيبوه وجود الوطى، فمع هذا الاشتراط لما يلازم البكاره بذلك المعنى لا يصدق أنّ المشتري دخل في المعامله كيف ما اتّفق، بل سدّ باب الثيبوه بسدّ باب ما يلازمها غالبا، و يكفي هذا المقدار في الدخول تحت الأخبار، فحيث حكم بنفي الأرش دلّ على عدم العيبه.

و يتّجه على هذا الاحتمال الجمع بين الروايه المذكوره و الروايه الأخرى الوارده في: «رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال- عليه السّلام-: يرد عليه فضل قيمه إذا علم أنّه صادق» (1) فإنّه يقال: المقصود من العذرائيه البكاره بمعنى ما يقابل الثيبوه، و تخلف شرطها موجب تعبدا لثبوت الأرش، و أمّا الرد فمنفى لأجل التصرّف و هو الوطى، فإثبات الأرش ليس من أجل العيب.

مسأله: عدّ في القواعد و التذكرة من جمله العيوب عدم الختان في العبد

الكبير،

لأنّه يخاف عليه من ذلك، و استحسّنه شيخنا المرتضى-قدّس سرّه- على تقدير تحقّق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه.

ص: ٤٢٠

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٦، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٨، ح ١.

و تنظر فيه شيخنا الأستاذ-دام علاه- بأن الختان إن كان فيه خوف هلاك النفس فلا يشرع، وإن لم يكن فيه إلا خوف سقوطه عن المشاغل أياما قلائل فهذا لا يوجب نقصا في المائيه و لا عيبا، ثم الإلتلاف الذى يكون بحكم الشرع فى موضع تسليمه لا يوجب تعيب الشئ، لأن موضوع العيب كموضوع الضرر لا بدّ و أن يلحظ فى الأشياء مع قطع النظر عن الحكم الشرعى الوارد عليها، هذا مع قطع النظر عن الإشكال فى أصل صيروره استحقاق القتل منشأ للتعيب، و مرّت الإشاره إليه سابقا.

نعم يمكن أن يقال بثبوت الخيار من أجل الانصراف إلى الفرد المختون، فيكون كالعين المستأجره حيث نقول بالخيار لا من جهة العيب بل من جهة تخلف الوصف المنصرف إليه الإطلاق.

مسأله: عدم الحيض ممّن شأنها الحيض

بحسب السنّ و المكان و سائر الخصوصيّات الدخيله فى ذلك قد يقال: إنّه عيب، للخروج عن المجرى الطبيعى، و لقول الصادق-سلام الله عليه- و قد سئل «عن رجل اشترى جاريه مدركه، فلم تحض عنده حتّى مضى لها سنّه أشهر و ليس بها حمل؟ قال-عليه السلام-: إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه» (١).

و فى كلا الوجهين نظر، أمّا الأوّل: فلأنّ صرف الخروج عن المجرى الطبيعى مع عدم لزوم نقص فى المائيه و القيمه-لعدم منقصه مزاجيه و هزال و اصفرار لون و نحو ذلك- لا يوجب عيبا بل ربّما يوجب كمالا لأنّها لا يطرأها فى كلّ شهر حاله تمنعها عن بعض المشاغل، و أمّا العقم فغير مضرّ فى الإماماء، إذ ليس المطلوب فيها التناسل كما فى الخيل.

و أمّا الروايه فالحكم فيها بالرد مشكل لعدم انفكاك الأمه عن التصرف فى

ص: ٤٢١

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٣، ح ١.

هذه المدّة الطويلة، فكيف يصحّ الحكم بالردّ مع أنّ الروايات المتقدّمة ناصّه بمانعيه مثل اللمس و النظر و التقبيل فكيف بالوطى؟ و من المستبعد عاده عدم اتّفاق شيء من ذلك في مفروض السؤال، و ذكر الحكم الحيثي مع بعده لا يصحّ مع عدم الفرد له في الخارج، لا بتلائمه بالمزاحم دائماً، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ السؤال حيثي بمعنى أنّه عن خصوص كونه من العيوب أو لا؟ مسأله: هل الإباق عيب أو لا؟ الظاهر عدم الإشكال في عيبته، بل كونه من أفحش العيوب، و يدلّ عليه أيضاً ما رواه أبو همام في عيوب السنه، و في آخره قال الراوى محمّد بن على للرضا- عليه السّلام-: فالإباق؟ قال- عليه السّلام-: ليس الإباق من ذا إلا أن يقيم البيّنه أنّه كان آبق عنده (1)، و لا يخفى صراحته في المطلوب.

بقي الكلام في أنّه بم يتحقّق الإباق؟ و الظاهر أنّه أيضاً كسائر العناوين مثل العداله و الفسق محتاج إلى ملكه، فلا يقال: هذا العبد آبق، إلا- بعد تكرّر العمل و حصول ملكه، كما هو الحال في السارق و غيره، فلا يكفي المرّه الواحده المعلوم عدم تعقبها بالمرّه الثانيه و كون العبد نادماً غير قاصد للعود، و هذا واضح.

مسأله: النفل الخارج عن العاده في السمن و نحوه عيب

يثبت به الردّ و الأرش، لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء.

اعلم أنّ وجود الدردي على قسمين: الأوّل: أن يكون بحيث ليس ممتازاً عن الشيء بل مضمحلاً فيه، نظير الغش في الذهب، و هذا لا- شبهه في عدّه من جمله العيوب و تترتب عليه أحكام العيب، و الثاني: أن يكون ممتازاً عن الشيء كالصخره الموجوده في السمن، و هذا ليس بعيب بلا شبهه، كما أنّه لا شبهه في فساد البيع لو علم المشتري بالحال و لم يعرف قدر الشيء، لأنّ الدردي غير متمول، و الذي

ص: ٤٢٢

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٢، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١١، ح ٢.

استثنى من بيع الغرر هو الجهل الناشئ من انضمام الظرف إلى المظروف و لا- دخل له بالجهل الحاصل من وجود شيء غير متمول في ضمن المظروف و هذا واضح.

فيقع الكلام في صورته جهل البائع و المشتري بوجوده في المبيع، فالظاهر صحه البيع و عدم الاندراج تحت عنوان الغرر، لأنه من بيع ما يملك و ما لا- يملك صفقه واحده، و حينئذ فإن وقع البيع على السمن- غاية الأمر اكتفى في تعيين وزنه بمعرفه وزن المجموع منه و من الظرف فتبين وجود الدردى فيه- تحقق خيار تبعض الصفقه، فله الرد و له أخذ المقدار الموجود بما يقابله من الثمن.

و إن وقع على ما في هذا الظرف من السمن كل رطل بكذا، و كان علمه بمقداره التخميني أو بسميته ما عدا الظرف داعيا صرفا غير واقع تحت الاشتراط، فالبيع لازم، إذ لا عيب و لا تبعض في الصفقه، و إن كان الإطلاق في قوه اشتراط كون ما عدا الظرف سمنا، أو صرح باشتراط كون السمن كذا و كذا رطلا فتبين نقصانه، تحقق حينئذ خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم في مسأله بيع الصبره على أنها كذا و كذا رطلا فظهر ناقصا.

و على كل حال ليس الحكم بنفوذ البيع بالنسبه إلى المقدار الموجود و كذا بالنسبه إلى ما يقابل الدردى و استحقاق المشتري مقداره من المبيع موافقا لشيء من القواعد، إذ ليس ذلك مقتضاها في شيء من الصور التي ذكرت.

فما ورد في الروايه الحاكيه لقضاء علي- عليه السلام- «في رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره فوجد فيها ربا من أنه- عليه السلام- قال للمشتري:

لك بكيال الرب سمنا، فقال له الرجل: إنما بعته منه حكره فقال له علي- عليه السلام:-

إنما اشترى منك سمنا، و لم يشتر منك ربا» (1) لا يمكن تنزيله على صورته العيب،

ص: ٤٢٣

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٧، من أبواب أحكام العيوب، ص ٤١٩، ح ٣.

لأنه حينئذ يستحق مطالبه الأرش لا بكيال الربّ سمنا، ولا على صورته الامتزاج مع عدم الاضمحلال مع العلم بالكيفيه، لأنّ البيع فاسد، ولا- مع الجهل بها إذا في صورته لا- يستحق شيئا، وفي أخرى له خيار تخلف الوصف من أخذ الكلّ أو ردّه، أو تخلف الجزء من قبول البعض و استرداد ما قابل الدردي من الثمن، ولا ينطبق شيء من ذلك على استحقاق السمن بكيال الرب.

مسأله: القول في أحداث السنه:

علم أنه لا بدّ لنا من ارتكاب التخصيص في إحدى القاعدتين، لأننا إما أن نقول بأن مواد هذه الأمور عيوب فيلزم التخصيص في قاعده أن الخروج عن القيام بالعين يسقط الخيار، فإنّ الفعلية مغیره للعين مع عدم سقوط الخيار بفعليتها، وإما أن نقول: إن العيب نفس ظهورها و فعليتها، فلا ربط لها حينئذ بالعيب الموجود حال العقد حتى يجيء فيه دليل اشتراطه بعدم التصرف.

و على الفرض الأوّل اللازم رفع اليد عن عموم العام الوارد في باب العيب، بأن نقول: عدم قيام العين مسقط إلا- هنا، لإطلاق المخصّص، لأنه شامل لحالتى وجود التصرف و عدمه، فاللازم الأخذ به و لا داعى إلى ارتكاب التقييد فيه بخصوص صورته عدم التصرف فإنّ المرجع إطلاق المخصّص.

نعم هنا مطلب آخر و هو أنّ التصرف في كلّ مورد خيار يوجب سقوطه و لا اختصاص له بباب العيب بناء على استفاده ذلك من التعليل الوارد في خيار الحيوان، فلا محيص عن القول بعدم تمشّى هذا العموم هنا، للزوم التخصيص بالفرد النادر في أخبار الباب كما هو واضح.

لكن فيه أنّ القدر الثابت من التعليل مسقطيه التصرف للخيار الموجود لا مانعته بالنسبه إلى غير الموجود، فلا يفيد بالنسبه إلى التصرفات السابقه، نعم يفيد

بالنسبه إلى اللاحقه و لا مانع منه أيضا.

بقى الكلام فى إصلاح الاختلاف بين الأخبار فى تعيين الأمور المذكوره، ففى بعضها الاقتصار على ثلاثه و السكوت عن الرابع، و فى بعضها ذكر الأربعة:

الجنون و الجذام و البرص و القرن، فما وجه الجمع؟ قال شيخنا الأستاذ-دام علاه:- و إن كان ليس المقام مقام الإطلاق و التقييد و لكن يجرى فيه مناطه، و ذلك أنّ المناط فى الإطلاق و التقييد أنّ الكون فى مقام البيان ينعقد بسببه ظهور فى أنّه لو كان فى المطلوب شىء آخر دخيلا- لذكره، و هذا المعنى فى المقام موجود، فإنّه إذا صار بصدد تعداد مصاديق عنوان و اكتفى بثلاثه ينعقد ظهور فى أنّه ليس شىء آخر فى عدادها مصداقا لذلك العنوان، فإذا ظهر الدليل المتعرّض لإثبات شىء رابع كان حاله بعينه حال الدليل المقيّد بالنسبه إلى المطلق، فكما أنّ مقتضى الجمع بين النصّ و الظاهر تقديم النصّ و هو المقيّد على الظاهر و هو المطلق، فهذا الكلام بعينه سار هنا، فإنّ المثبت للرابع ناصّ فى الإثبات و الدليل الآخر ظاهر فى النفي، فالقاعده مقتضيه لتحكيم النصّ على الظاهر، هذا.

ثمّ إنّ وقع فى هذا المقام إيراد غريب على شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-فى نقل الروايه، و هو: أنّه-قدّس سرّه-سهى فى النقل إذ كانت نسخه سقيمه لأنّه نقل روايه محمّد بن على و ذكر فيه الجنون و البرص و القرن، ثمّ قال: و هذه الروايه لم يذكر فيها الجذام مع أنّها فى مقام التحديد و الضبط.

فأورد المحشّى-طاب ثراه-بأنّ الروايه حسب ما فى الوسائل مشتمله على الجذام، لأنّه بعد ما نقل صحيحه أبى همام المشتمله على الجذام قال ما حاصله: و رواه الشيخ نحوه، إلاّ أنّه قال و القرن و البرص ثمّ قال: و رواه أيضا-إلى

أن قال:- عن محمّد بن على عن الرضا- عليه السّلام- إلخ.

و لكنك خبير بأنّ ما فى الوسائل من صحيحه أبى همام مشتمله على ثلاثه:

الجنون و الجذام و البرص،فقوله: و رواه الشيخ مثله إلّا أنّه قال: و البرص و القرن معناه أنّه بعد الجنون عطف هذين الاثنين مكان الجذام و البرص، و إلّا ففى حيث الثلاثيه أيضا هما مثلان، و الشاهد القوى على ذلك كون روايه محمّد بن على فى الحدائق على ما حكاه الأستاذ و على ما رأيت فى الوافى كما نقله شيخنا مشتمله على الجنون و البرص و القرن هذا، و قد تقدّم وجه الجمع بين ما اشتمل على الأربعة و ما اشتمل على الثلاثه.

لكن هنا خبر آخر لا يجرى فيه ما تقدّم و هو ما حكى عن الكافى أنّه قال:

و روى الوشاء: أنّ العهد فى الجنون وحده إلى سنه، و لكنّه أيضا يجرى فيه احتمال أن يكون قوله: «وحده» من صاحب الكافى قيدا لقوله: «روى».

و خبر آخر ذكر فيه: أنّ العهد فى الرقيق إلى ثلاثه أيّام إن كان فيه حبل أو برص أو نحو هذا، فجعل البرص من العيوب المضمونه على البائع فى زمن الخيار بمعنى إجباها الخيار و لو بعد الثلاثه، و هو غير كونه موجبا لخيار موقّت إلى سنه، و هو أيضا يمكن الجواب عنه بإمكان تصحيف البرص و كونه فى الأصل «المرض».

بقى الكلام فى القرن حيث ذكر شيخنا أنّ المذكور فيه من الروايات غير صحيح و الأقوال غير بالغه حدّ الشهره، و لكن فى إحدى روايتى أبى همام أعنى: ما رواه الشيخ عنه مذکور مع كونها صحيحه، اللهم إلّا- أن يستشكل فيه من حيث عدم العلم بتفسيره و إجماله، فإنّه على ما فى الكافى فسر بالحدبه إلّا أنّ الفرق بينهما أنّ الحدبه: انحداب فى الظهر يوجب دخول الظهر و خروج الصدر، و القرن

انحداب فى الفرج و لكن على ما هو المعروف ليس عبارته عن الانحداب بل هو عظم مانع عن الوطى مثل السمن، و فى عبارته التهذيب هكذا، و القرن و الهدبه لأنها تكون فى الصدر يدخل الظهر و يخرج الصدر، و لم أفهم معناه.

و يمكن أن يقال: إنَّ المراد من روايه الكافى أنَّ القرنيه هو الحدبه إلاَّ أنَّ الحداب فى الظهر يخرج الظهر و هذا الحدث فى الصدر يخرج، فىكون الحداب الصدر من أحداث السنه و يكون حاكما على روايه القرن الخاليه عن التفسير، لكنّه مبنى على كون التفسير من الإمام-عليه السلام- و لعلّه الظاهر.

و أمّا الجذام فقد استشكل فيه المسالك بأنّه من موجبات العتق فكيف يصير موجبا للخيار؟ و وجهه بأنَّ السبب للخيار متقدّم لأنّه مادّه الجذام، فىوجب تأخّر الاعتاق إلى ما بعد الفسخ أو الإمضاء، و فيه: أنَّ القاعده فى المقام معامله الأعمّ و الأخصّ المطلق، فإنّ الدليل الدال على أنَّ الجذام يوجب الاعتاق أعمّ مطلق، و دليل المقام ناصّ فى ردّ نفس العين مملوكا إلى البائع و هو خاصّ مطلق، فالقاعده تقديم الثانى على الأوّل.

و لو فرض المشى على قاعده الأسباب فالحقّ أن يقال بتقديم سبب العتق، لأنّه يفوت الموضوع بالنسبه إلى سبب الخيار، لأنّه فرع الملك و الأوّل مزيله. هذا و لو قلنا بأنَّ السبب فىهما شيء واحد و متحقّق فى آن واحد.

ثمّ على ما قلنا من التخصيص فهل يحكم بعد الفسخ بالاعتاق على البائع أو بعد الإمضاء بالاعتاق على المشتري؟ قد يقال: نعم، لأنّ العام إذا خصّص فى القطعه الأولى من الزمان يؤخذ بعمومه فى القطعه الثانیه، لأنّه من باب التقييد فلا يبتنى على العموم الأزمانى.

و لكن يورد بعدم العموم للدليل بالنسبه إلى جميع الأحوال، للفرق بين مثل

قولنا: أكرم العلماء و بين مثل قولنا: المجذوم لا يملك، فما كان من الأول بصورة الحكم إذا خرج فرد في حال و كان المتيقن من الدليل تلك الحالة يؤخذ بعدها بالعموم، و ما كان من الثاني بصورة الأخبار فهو بملاحظته نظائره في العرف إذا رأينا فردا خارجا لا يفكك فيه بين الأحوال لو فرض تلبسه بحال لا يقطع بعده بالخروج، فإذا لا وجه للقول بالانعتاق لعدم الدليل.

نعم لو قلنا: بأن الباب باب تراحم السببين و أنّ الشارع رجّح جانب سبب الخيار و جعله لا- محاله حافظا لموضوعه أعنى الملك، فمقتضى القاعده أنّه إذا زال السبب الأقوى أثر الأضعف أثره، لكن هذا محتاج إلى الدليل المثبت للسبب بهذا الوجه و قد عرفت عدمه.

ثم إنّ شيخنا العلامة الأنصاري- رحمه الله- أورد على المسالك في قوله بأنّ المادّه هو الموجب للخيار: بأنّه لو كان كذلك لزم أنّه لو تأخر الظهور عن السنه و لو بقليل- بحيث كشف عن وجود المادّه قبل انقضاء السنه- كان مختارا و لا يلتزم به أحد.

و أورد عليه شيخنا الأستاذ: بأنّ مراد الشهيد أنّ الماده قبل السنه المكشوفه بالبروز في السنه هو الموجب، فأين هو من الماده في السنه. نعم حقّ الإيراد أن يقال: لآزم ذلك أنّه لو تأخر البروز عن السنه بقليل بحيث كشف عن وجود المادّه بعد البيع و قبل القبض لو فرض وجود تراخ بينهما لزم على قاعده مضمونيّه العيب قبل القبض أن يقولوا بالخيار و لا يلتزمون به.

ثم إنّ ظاهر الأخبار أنّ أحداث السنه توجب خيارا في مبدأ السنه، فلو فرض حدوثها في الجزء الأخير من السنه فاللازم عدم الخيار، لأنّه يستلزم الخيار بعد السنه، و أمّا ما ورد في بعضها من كلمه بعد السنه فيمكن أن يكون لفظه «بعد»

بتشديد الدال يعنى بعدد أيام السنه كما أنّ الظاهر أنّ الخيار الحادث من كلّ عيب يبقى إلى تمام السنه من حين الشراء لا أنّه فورى.

بقى الكلام فى التصرف و الأرش اللذين قد اشتهر الحكم بمانعيه الأول و عدليه الثانى، و قد عرفت شطرا من الكلام فى الأول، و قد عرفت عدم تماميه الأدله السابقه فى المقام، اللهم إلا أن يتمسك بقوله فى بعض أخبار مانعيه الوطى: «لا ترد الجاريه بعبب إذا وطئت» (1) و يقال بعمومه لكلّ عيب سواء السابق و اللاحق.

و أمّا الأرش فالأخبار خاليه عنه بالمرّه. نعم فى ذيل ما ذكر من خبر الوطى مذکور، فالخبر المذكور بالنسبه إلى خصوص الوطى فى الجاريه يصلح دليلا على كلا الأمرين، كما أنّ كلام المفيد أيضا خاصّ به، و يبقى فى غيره كلا الأمرين بلا دليل، لكنّ الخبر المذكور أيضا لا يطمئن بعمومه لمثل العيوب الحادثه بعد العقد، بل القدر المتيقن. منه العيوب الحاصله حاله، كما أنّ استفاده الأرش من التعليل فى بعضها بقوله -عليه السلام-: «معاذ الله أن أجعل لها أجرا» فى مقام تعيين الأرش غير صحيح، فإنّه إنّما يستفاد منه عدم جواز الردّ و أمّا ثبوت الأرش فلعله لأجل المقتضى له الخاص بذلك المقام أعنى: العيب الموجود حال العقد.

خاتمه: فى عيوب متفرقه

من الكفر، و محرّميه الأمه برضاع أو نسب، و كون البائع نائب المالك لا مالكا، و ظهور أثر الوقف، و الصيام و الإحرام، و الاعتداد و النماميه، و الساحريه، و القاذفيه للمحصات، و الشاربيّه للخمر، و المقامرّيه، و غير ذلك ممّا ذكر فى كلام شيخنا -قدّس سرّه.

فالكلام الكلى فى الجميع أنّها غير منقّصه للماليه، نعم موجب لقله الرغبه،

ص: ٤٢٩

لكن لا- تلتزم بين الأمرين كما فى الجوهره النفيسه التى لا يرغب أحد فى شرائها لغلاء قيمتها و لكنّها موجبہ للخيار بملاحظه تقييد النظر إلى الفاقد لهذه الأوصاف، فالخيار خيار تحلّف الشرط إلا فى من ينعق على المشتري، فإنّ ثبوت الخيار فيه مع أنّ التقييد ثابت محلّ إشكال، فإنّ الملك لا يستقرّ إلا بقدر يرد عليه الانعتاق، فلا مجال لمجىء خيار ردّ العين فلا يبقى للانتقال إلى البدل مجال.

و تحقيق المسأله أنّ أصل الرجوع إلى البدل فى مسأله الفسخ عند فقدان العين وجدانا أو شرعا مع أنّه ليس منه فى الأصل أعنى: البيع عين و لا أثر يكون لأجل التعهّد بالتسليم المأخوذ فى الفسخ، فإنّه ليس مجرد إعدام العقد حتّى يكون رجوع كلّ مال إلى صاحبه لمقتض فى ذاته، وإلا- لم يبق للرجوع إلى البدل وجه، بل هو عبارته عن قلب العقد فيكون مشتملا على معاوضه جديده، فكما أنّ العقد المقلوب منه مشتمل على التعهّد بالتسليم كذلك الفسخ الذى قلبه، و إذا صار الحال هكذا فيتحقّق حقّ فى العين باسترجاعها فتكون مضمونه فى يد البائع للمشتري بضمان اليد كما فى العين المرهونه، حيث إنّ الغاصب ضامن للمالك و المرتهن معا، هذا فى التلف عند غير ذى الخيار.

و أمّا التلف عند ذى الخيار فلا- وجه للرجوع فيه إلى البدل كما لا- وجه فى التلف عند غير ذى الخيار فى ما كان آنا ما بعد العقد، فإنّه نظير تلف المبيع فى حال البيع حيث لا تعهّد بدفع البدل، ففى الفسخ أيضا بعد الوجود فى زمان و تعلق هذا الحقّ به يندرج تحت ضمان اليد، نعم لو اشترط من له الخيار أنّه ببذل مثل الثمن كان متسلّطا على ردّ المبيع جاز حينئذ و لكنّه خارج عن قضيّه الفسخ من حيث هو، و الله العالم.

و التكلم فى معناه لغه و أنه منقول إلى كل واحد من الموارد المصطلحه فيها هذه اللفظه عند الفقهاء، أو إلى الجامع بينها، أو إلى شخص واحد منها حتى يكون فى غيره مجازاً، لعلّه ليس فيه كثير فائده، فالأولى صرف الوقت فى ما هو المهمّ و هو أنه هل المعتبر هو التفاوت الواقعى، أو النسبه إلى الثمن لو كان المعيب مثنماً، أو إلى المثلث فى العكس؟ قد يقال: ظاهر الخبر: «له أرش العيب» أو «يرجع بقيمه العيب» هو الأول، و التعبير فى بعض آخر بأنه «يرد بقدر ما نقص من الثمن» أو «يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب» منزّل على ما هو الغالب من نقصان قيمه عن الثمن، فلو فرض الاستيعاب أو الزيادة فاللازم ردّ الكل أو مع الزيادة، و يعارض ذلك بأنه ليس أولى من العكس بأن يقال: المعتبر هو النسبه و لكن لما كان الغالب هو المساواه فهذا عتبر عنه بالقيمه.

و لكنّ الحقّ - مع الغضّ عمّا هو التحقيق الآتى ذكره - أنّ الغلبه ليست بحيث لم يكن تفاوت حتى يسيرا فعلى فرض الغضّ عمّا يأتى لا بدّ من القول بتعيين قيمه الواقعيه.

و قد يقال: إنّ كونه النسبه موافق للقاعده، و تقرّر القاعده بوجهين، الأول:

إنّ المعامله و المعاوضه و إن وقعت إنشاء فى ما بين الذاتين و لم تقع بإزاء الوصف شىء و لكن فى عالم اللب يقع بإزاء الوصف مقدار من الثمن و هذا وجه عدم الانفساخ كما فى الجزء و هو السرّ فى عدم تعيين جزء من نفس الثمن مع بقائه.

و الثانى: أنّ المعاوضه بحسب الإنشاء متقيّد بالوصف، فيقع الوصف فى العهده فتجب الغرامه، و الخروج عن هذه العهده ببذل بدل الوصف عند عدمه.

لا يقال: فلم لا يتعين البدل الواقعى بل جعلى؟ لأننا نقول: إنّّه فى هذه

المعامله لم يقع بصدد التعهد للوصف بأزيد مما جعله بإزائه لئلا، ولاحظه في جعله إنشاء في قبال العين، هذا ما يقال، وفيه نظر.

أما الوجه الأول: فلائنه ليس بأزيد من تخلف الداعي و ليس فيه خيار أصلا.

و أمّا الوجه الثاني: فلأزمه القول به في صفات الكمال إذا وقعت تحت الاشتراط و لا- يقولون به، فالحق أنّ الخيار من آثار الاشتراط عرفا، و ليس الأرش إلا أثرا شرعيا، فاللازم النظر إلى الأدله الشرعيه و أنه كيف المستفاد منها.

فنقول و على الله التوكّل: الحقّ كما ذكره شيخنا المرتضى هو تعيين النسبه دون التفاوت الواقعي، و وجهه أنّ القيمه بحسب جعل المتعاملين قد طبقت على ما تعاقدوا و تراضيا عليه و جعلاه في قبال العين، حتّى إنّ المشتري في صورته وجود الوصف و زياده القيمه السوقيه عن الثمن لا- يرى أنه انتقل إليه شيء بلا- ما بإزاء، بل يراه بتمامه قد انتقل إليه بإزاء المال، لا أنه يرى أنّ بعضه انتقل إليه بإزاء ماله و بعضه انتقل إليه زائدا كما هو اللازم لو يرى القيمه الواقعيه في هذا الحال قيمه.

و حينئذ نقول: منصرف الأخبار الآمره لهذين المتعاملين بردّ القيمه و استرجاعها و ردّ الأرش و استرجاعه ليس إلا هو الثمن الجعلي و ما يقسيط على الوصف عند التقسيط على المجموع، لأنّه هو الذي فات على المشتري و ورد نقصانه عليه حتّى يصحّ التعبير بالأرش على التدارك له، و أمّا نفس العيب فليس نقصا واردا عليه بل هو كان في مال البائع، و ممّا يؤيد هذا الذي قلنا ذكر كلمه الردّ و ذكر الثمن، مع أنّ الغالب فواته، و لو كان المقصود القيمه الواقعيه لما كان لذكر الثمن وجه بل يذكر اسم نفس القيمه.

ثمّ قد تحقّق ممّا ذكرنا أنّه لا وجه للانفساخ، و أمّا لزوم ردّ نفس الثمن مع

بقائه و لو لم نقل بالانفساخ- كما ربّما يتوهم في باب القرض بملاحظه أنّه و إن كان من باب الغرامه و لكن لا شيء أقرب إلى الشيء من نفسه، فالانتقال إلى البدل إنّما هو في صورته عدم التمكن منه- فالجواب عنه أنّه لا شبهه في فوات نفس الثمن بواسطه العقد على المشتري، بمعنى أنّه تلف ملكيته، فلا فرق حينئذ بين رجوعه بنفسه أو رجوع شيء آخر، فيكون كلّ منهما بالنسبه إلى إطلاق دليل الأرش في حدّ سواء.

و على فرض عدم تسليم الإطلاق نقول: إنّ الأصل عدم تسلط المشتري على ردّ نفس الثمن، و الأصل براءة ذمّه البائع من تسليم الشخص كما ذكره شيخنا المرتضى، فإنّه إمّا أن يكون الثابت هنا تكليفا محضاً، و إمّا من باب الدين، فعلى الأول يكون الأمر دائراً بين الأقلّ و الأكثر، نعم لو كان الثمن جنساً لا نقداً يكون دائراً بين المتبائنين، و أمّا على الثاني فكذلك الحال بالنسبه إلى صورته كون الثمن جنساً.

و أمّا في صورته كونه نقداً فهو من الأقلّ و الأ- أكثر لو قلنا بأنّه على تقدير تعيّن الشخص تكون العهده ساريه إلى المراتب أعنى: بأصل جامع النقد الغالب و بهذا الشخص، فلا تعهد جديد بعد تعدّد الشخص، و أمّا لو قلنا بوحده العهده و المتعهد به، فالظاهر أنّ الكلام فيه كالكلام في التكليف، أعنى: أنّ القائل بالبراءه هناك لا بدّ من أن يقول بها هنا أيضاً، إذ كما تصحّ نسبه الوجوب إلى المهمله، كذلك تصحّ نسبه الدينيه و المتعهديه إليها بلا فرق.

و يمكن الخدشه في الدين و لو سلّمنا البراءه في التكليف بأن يقال: إنّ النسبه إلى المهمله في ذلك الباب مصحّح للعقاب، و همّ العقل ليس إلّا إسقاط العقاب، و هو يحصل بالإتيان بفرد المهمله و لو في غير ضمن الواجد، و ليس همّ

العقل الإتيان بما هو المأمور به، فإنه على تقدير كونه المقيّد لم يأت بشيء من المأمور به، فلا يصدق في صورته العلم بكونه المقيّد و أتى بفاقد القيد أنه امتثل نصف امتثال، بل لم يمتثل أصلاً، وهذا بخلاف باب الدين، فإن الحق أمر شخصي واحد إما متعلّق بالمطلق أو بالمقيّد، وقد حكم الشارع عليه بلزوم الأداء.

و على فرض كونه متعلّقاً بالمقيّد لم يؤدّ بشيء لو أدّى الفاقد، فاستصحاب بقاء أصل الحقّ و جامعته جارٍ، و أثره أن يلزم عليه أداءه و رفعه عن نفسه، و لا- ينقطع عنه إلا- بأداء الواجد، و في باب التكليف لو كان من أثر التكليف شرعاً رفعه و إسقاطه كان الحال هكذا أيضاً، و نظيره ما إذا تردّد أمر رافع الحدث بين الغسل فقط أو هو مع الوضوء فإنه لا شبهة في جريان استصحاب أصل الحدث بعد إتيان الغسل فقط و أثره عدم جواز الصلاة و لا ينقطع إلا بإتيان كلا الأمرين.

ثم هل المعتبر خصوص النقيدين أو يكفي و لو من غيرهما؟ قال شيخنا:

استظهر جامع المقاصد من عبارته العلامة- حيث ذكر في بيع الصرف في ما إذا تخالف الجنسان و ظهر عيب في أحدهما بعد التفرّق بأنه لا يجوز إعطاء الأرض من أحدهما و يجوز من غيرهما- أنه ذهب إلى الجواز بغير النقيدين، و استشكل جامع المقاصد بأن الأصل في الحقوق المائيّة هو النقدان، فكيف ما يثبت تداركاً لنقصان في أحدهما، انتهى.

و الظاهر أنّ وجه عدم جواز الأرض بأحدهما في فرض العلامة- قدّس سرّه- لأجل أنّه يلزم تأخّر التقابض عن المجلس بالنسبة إلى الأرض الذي هو كالعوض لوصف الصحّة في العوض الصحيح، و الظاهر أنّ وجه الاستظهار أنّ كلام العلامة- قدّس سرّه- مبنيّ على جواز الأرض مطلقاً بكلا- الأمرين، فإذا حصل المانع في بعض الموارد في أحدهما يتعيّن الأمر في الآخر، و على هذا يتوجّه إشكال

و حاول شيخنا المرتضى -قدس سرّه- تصحيح العبارة على وجه يرتفع عنه الإشكال بأنّ أداء غير النقدين يحتاج إلى رضی الدافع بخلاف النقدين، فليس له الامتناع لو طالبه ذو الحق، فمقصود العلامة -قدس سرّه- أنّه لو تراضيا على جعل الحقّ هو الجنس الآخر جاز، لا أنّه من الابتداء يكون الحقّ متعلّقا بالأعم حتّى يرد الإشكال.

و لكنّ الحقّ عدم نفع هذا الكلام في دفع الإشكال، فإنّه يقال: لا يخلو إمّا [أن] يكون الحقّ متعلّقا بالأعمّ أو بالأخصّ، فعلى الأول لا وجه لاعتبار التراضى و يتوجّه الإشكال، و على الثانى فالمفروض عدم إمكانه فى المورد، للزوم المحذور، فاللازم سقوط الحقّ رأسا، و لا معنى لتعلّق الحقّ بغير النقدين مع اشتراطه بالتراضى.

إلا- أن يقال: إنّ مراده -قدس سرّه- أنّ هنا مصداقين للتدارك فى عرض واحد، أحدهما المصداق الذاتى الغير المحتاج فى مصداقيته إلى التراضى و هو النقدان، و الآخر ما يحتاج فى المصداقيه إلى التراضى و هو غيرهما، فإذا صار أحد المصداقين متعدّرا صار المصداق الآخر متعيّنا، لكنّ المصداق المتعدّر لو كان هو النقدين صار المصداق المحتاج إلى التراضى حينئذ غير محتاج إليه، لأنّ التدارك ليس له فى هذا الحال مصداق غيره.

فالفرق بين المقام و بين الحقوق الثابتة فى الذمّه أنّه إذا استقرّ فى الذمّه إمّا الدينار و إمّا الدرهم كما هو الحال فى المقامات الأخر فلا يعقل أن يصير جنس آخر وفاء لهما، فلا بدّ من المعاوضه، و أمّا فى المقام فالثابت فى العهد ليس إلّا حقّ التدارك و هو له مصداقان عرضيان، فأيهما تحقّق كان نفس التدارك لا عوضه.

ثم إنه ذكر شيخنا المرتضى -قدس سرّه- أنه لا يعقل استيعاب الأرش للثمن، فإن معنى استيعابه للثمن أن لا يبقى للعين حال البيع تمّول أصلاً، فوقع البيع على ما ليس بمال و هذا يوجب الفساد و عدم وقوع البيع رأساً، و هذا مطلب حقّ، فلا يجمع ثبوت الأرش مع صحّه البيع إلاّ بنقصان الأرش عن الثمن دون مساواته.

إلاّ أنّ للعلامه كلاماً في بيع العبد الجاني، يظهر منه الأرش المستوعب، حيث ذكر أنّه إن استوعبت الجنايه قيمه العبد فللمشترى مع الجهل الخيار بين أخذ الثمن بعنوان الفسخ و أخذه بعنوان الأرش.

و فيه أوّلاً: عدم معقوليه الاستيعاب كما مرّ، و ثانياً: منع كون الجنايه عيباً في العبد و موجبا لنقصان المائيه، و إلاّ فكيف يقول لو استوعبت الجنايه قيمته؟ و كيف يعرّض في معرض البيع؟ و بالجمله الخيار هنا نظير الخيار في العين المستأجره لا يستحقّ إطلاق اسم العيب، و لا وجه لثبوت الأرش أصلاً، فتدبرّ.

مسأله: لو علم مقدار الأرش

فلا كلام، و إلاّ فهل يرجع فيه إلى قول المقومين و يكون قولهم حجّه شرعيّه متّبعه من غير اعتبار شروط البيئه من التعدّد و العداله أو لا؟- يظهر من شيخنا المرتضى -قدس سرّه- التفصيل بين أقسام المقومين في اعتبار ذلك و وضوحاً و خفاءً، حيث قسمهم إلى ثلاثه: الأوّل: من يخبر بالقيمه السوقيه لا- عن حدس و اجتهاد بل بالطرق الأخر، و الثاني: من يخبر عن اجتهاد و حدس و أعمال فكره و رويّه، و الثالث: من يخبر بالصغرى بعد معلوميّه الكبرى، كما لو علم أنّ قيمه الرديّ من الذهب كذا و جيّده كذا، فأخبر المقوم بأنّه رديّ أو جيّد، فجعل الاعتبار في القسم الأوّل أوضح منه في الأخيرين.

و الحقّ عدم التفرقه أصلاً، إذ لا يخلو إمّا يحصل الوثوق بسبب إخبار المقوم

أو لا يحصل، فالقسم الأول لا يعتبر فيه شروط الشهاده من غير فرق بين الأقسام، لأنّ بناء العقلاء على المشى على طبق الوثوق و الاطمئنان كما هو المبيّن في باب الأحكام، و القسم الثاني لا فرق بينها في الاعتبار، إذ لا دليل لنا على الاعتبار بقول أهل الخبره ما لم يفد الاطمئنان و الوثوق كما ذكر في عدم حجّيه قول اللغوى.

و بالجمله: فالحقّ أن يقال: إنّه إن كانا مترافعين، فلا ينفع في رفع نزاعهما الوثوق أيضا بل الفاصل ليس إلاّ البيّنه أو اليمين، و إن لم يكن بينهما ترافع فالوثوق إن حصل من أى سبب كان يكون حجّه و إلاّ فلا محيص عن اعتبار العدد و العداله، لأنّ اعتبار البيّنه بقول مطلق و في جميع الأبواب قد ثبت وروده من الشرع كما يتضح بمراجعه أخبارها الواردة في المواضع المتفرّقه التي جمعها في كتاب «عناوين» من شاء فليراجعه.

و أمّا جريان دليل الانسداد، فأولا: لا- يفيد إلاّ- مطلق الظنّ لا- خصوص الناشئ عن قول المقوم، و ثانيا: لم نعرف كيف يجرى مقدّماته، لأنّه بالنسبه إلى الواقعه الشخصيه ليس لواحد من المشتري و البائع علم إجمالي، و ليس محلّ ابتلائهما قضايا متعدّده يحصل من ملا-حظه المجموع علم إجمالي، و إن اعتبر العلم بالنسبه إلى الشارع في عامّه الوقائع، ففيه أنّ الوقائع التي يحصل فيها الاختلاف بين المقومين شاذّه جدّا، و المقدار القليل الحاصل فيه الاختلاف بينهم ليس فيه علم إجمالي بتضييع حقّ.

ثمّ لو تعذّر معرفه قيمه إمّا لفقد أهل الخبره أو توقّفهم، فالظاهر الرجوع إلى الأصل في نفى الزائد و ليس هنا مقام الاشتغال، و لو قلنا في المطلق و المقيّد بالتقريب المتقدّم، لأنّ الأقلّ و الأ-كثر هنا استقلّيان، نعم لو قلنا بأنّ الباب باب التبعض و أنّ وصف الصّحه يصير بقباله جزء من الثمن فمع فقدّها يكون البيع

بالنسبة إلى ما قابله من الثمن غير واقع، فيشكك البائع في انتقال الزائد إليه و عدمه، والأصل يقتضى عدم الانتقال، والبقاء على ملك المشتري، فيجب الأخذ حينئذ بالأكثر، ولكن المبنى ضعيف.

و أما الرجوع إلى مطلق الظن فقد عرفت ما فيه من عدم ارتباط المقام بدليل الانسداد، لأنّ الكلام في الوقعه الواحده التي يتلى بها الإنسان في عمره مرّه أو مرّتين، ولا يحصل له علم بالخلاف حتّى يجرى فيه دليل الانسداد، هذا.

مسألة: لو اختلفت البيّنات فربّما يفرض في صورته الترافع،

و ربّما يفرض في غيرها، ففي الأولى يبتنى على مسأله تقديم بيّنه الخارج، و حيث إنّ الظاهر ذلك كان المقدم بيّنه الأكثر، لأنّ بيّنه الأقل هو المطابق للأصل، فصاحبها المنكر، و قد ورد أنّ على المدعى البيّنه لا على المنكر.

و أما في غير صورته الترافع، فالقاعده تقتضى سقوط الأمارتين عن الحجّيه، و قاعده الجمع في غير مورد الجمع العرفي - كما سلّمه و أوضحه شيخنا المرتضى في التعادل و التراجيح قبالا للشهيد في تمهيد القواعد - غير ثابتة، بمعنى أنّ الجمع العرفي لو كان فهو المتّبع، و إلا فاللازم طرح كليهما و الرجوع إلى ما دونهما من الأصول و القواعد، و قد عرفت أنّه نفى الزائد و الأخذ بالأقلّ.

و لكن شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - قد أصرّ في هذا المقام مع توضيحه ما ذكرنا في مسأله التعادل و التراجيح بأنّ القاعده هو الجمع و الأخذ بكلتا البيّنتين بقدر الإمكان، قال - قدّس سرّه -: لأنّ كلّاً منهما حجّيه شرعيّه فإذا تعدّر العمل بهما في تمام مضمونه و جب العمل به في بعضه، انتهى.

و تماميّه ما ذكره - قدّس سرّه - مبنيّه على مقدّمتين كلتاها ممنوعه، الأولى:

القول في الأمارات بالسببيّه و الثانيه أنّها أمر بالعمل بمؤدّياتها لأجل المصلحه في

نفس سلوكها، والأحرى القول بأن المصلحه المذكوره ليست فى نفس المؤديات بل فى الالتزام و البناء القلبي على واقعيه المؤديات و ترتيب الأثار عليها، فإنه لو قيل بالطريقه فاللازم التساقت عند التعارض و عدم الجمع المدلولى كما ذكرنا، كما أنه لو قيل بالسبب على الوجه الآخر، أعنى: وجود المصلحه فى نفس المؤديات فاللازم التساقت أيضا فيما إذا كان مفاد أحدهما النفي و الآخر الإثبات كما فى المقام، حيث إن أحدهما يثبت المقدار الزائد و أنه مورد استحقاق المشتري و الآخر ينفيه.

و أما على الوجه الذى ذكرنا، أعنى: وجودها فى الالتزام القلبي الذى لازمها العمل الأركانى فنقول: فرق بين أن يكون المفاد ابتداء جعل الحق و نفيه، فإنّ اللازم التساقت أو إيجاب المعامله و عدم الإيجاب فكذلك، و بين إيجاب التدبىن بكون الزائد حقا و إيجاب التدبىن بكون الأقل حقا ليس إلا، فإنّ الأخير باب المتراحمين حيث لا يمكن الجمع بين الالتزامين فى القلب فيثبت التخيير، و لازمه و إن كان إيجاب المعامله فى الزائد و عدمه، و لكن فرق بين أن يكون هذا مفادا ابتدائيا لدليل الحجّيه و بين أن يكون لازما لمفاده، فعلى الأول يلزم التساقت دون الثانى.

إلاّ أنّ الفرق بين هذا المقام و التراحم فى التكاليف- مثل إنقاذ الغريقين الغير الممكن جمعهما- أنه لا مرجح هناك لأحد الفردين على الآخر، و أما هنا فالمرجح مع العمل بكلّ بينه فى نصف المبيع، فإنّ البينه على العشره مثلا ينحلّ إلى أنّ هذا النصف خمسّه و ذاك أيضا خمسّه، و هكذا بينه الثمانيه مثلا يرجع قوله إلى أنّ كلّ نصف أربعة، فكان الموجود فى البين أربع بينات، و التخيير فى التدبىن بالمؤدى و إن كان يقتضى كون الاختيار بيد المكلف، و لكن حيث إنّ المؤدى و جوب معاملة الحقّ، و اللازم فى مقام الجمع بين الحقيين هو التقسيط و العدل

فيجب الأخذ بواحد من يئنتى الخمس و واحد من يئنتى الأربع، هذا.

و لكن عبارات شيخنا المرتضى فى هذا المقام مختلفه، فبعضها يساعد الطريقيه و بعضها السببيه، و ما ذكرنا أيضا لا يخفى أن كلتا مقدمتيه ممنوعه، أعنى:

أصل السببيه و كونها على تقدير القول بها على نحو كون المصلحه فى التدئين، فإنّ أحدا لا يقول بأنّ التدئين القلبي بمفاد البيئه مثلا واجب.

ثمّ على فرض القول بالتنصيف-على خلاف التحقيق الذى قلنا من الأخذ بالأقلّ و التساقط-فهل الطريق إليه ماذا؟ فإنه قد وقع الاختلاف بين المشهور و بين الشهيد، فيظهر من المشهور أنّ الطريق جمع قيمتى الصحيح و قيمتى المعيب و تنصيف المجموع فى الطرفين ثمّ ملاحظه النسبه فى ما بين النصفين، و الذى اختاره الشهيد-قدّس سرّه-أنّ تلاحظ النسبتان و يلاحظ التنصيف فيهما، فإذا كانت النسبه بحسب قول أحدهما النصف و بحسب الآخر الربع، فاللازم الأخذ بالنصف من النصف و النصف من الربع و هكذا، و لو كانت الأطراف ثلاثه فاللازم الأخذ بالثلث من كلّ واحد، و لو كانت أربعه فبالربع و هكذا.

و الحقّ ما قاله الشهيد، فإنه لو كان التضمن هنا كباب ضمان اليد بالعوض الواقعى كان الحقّ مع المشهور، و لكن الضمان هنا بالنسبه من الثمن التى هى لازم قولى البيئتين فلا بدّ من إعمال قاعده الجمع فى هذا المورد و لا وجه لأعمالها فى نفس القيمتين مع عدم ارتباطهما بما هو المهمّ و الموضوع للأثر، و هذا الوجه فى اختيار كلام الشهيد أسدّ و أخصر ممّا ذكره شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-، فإنه مبنى على ملاحظه التنصيف فى نفس القيمتين، و قد عرفت أنّه لا وجه لذلك فى ما لا يشمله دليل الحجّيه بل اللازم من الابتداء الرجوع إلى لازم المخبر عنه و هو النسبه، و إعمال قاعده الجمع فيه.

لما كان كلمه الشرط واقعه فى الأدله مثل «المؤمنون عند شروطهم» (١) و«الشرط جائز» إلخ، فلا بأس بالتكلم فى معناه، فاعلم أنّ له معنيين عرفاً، أحدهما: المعنى المصدرى و هو الإلزام و الالتزام فى البيع و نحوه، و الثانى: ما يلزم من عدمه العدم و إن كان لا يلزم من وجوده الوجد، و قد يدعى اتحاد المعنيين و أنّ المعنى الثانى أيضا من قبيل إطلاق الخلق على المخلوق، فالشرط عباره عن جعل الإلزامى، فقد يكون من قبيل الالتزام بالعمل أو الصفه، و قد يكون من قبيل جعل القيد، و الجاعل للقيد إما العقل أو الشرع أو العرف، و ليس فى عدم تضايف الشارط و المشروط دلاله على عدم صحته بالمعنى الثانى مصدرا، فإنّ المشروط حقيقه نفس القيد، إذ هو الذى جعل شرطا كالوضوء فى الصلاه، و أما الصلاه فهى مشروط فيه.

و الحقّ أن يقال بالمغايره و أنّ الاشتقاق من الثانى اشتقاق جعلى من المبدأ الجامد، فإنّه ليس فى موارد التقييد جعل متعلق ابتداء بالقيد، مثلا- الشارط فى قوله: إن جاءك زيد فأكرمه، ليس طلبه أوّلا متعلّقا بالمطلق حتّى يجعله ثانيا مقيّدًا، إلاّ أن يكون الطالب ممّن يمكن فى حقّه البداء.

فالذى هو الحقّ أنّ المفهوم المقيّد بحسب وجوده التقررى محتاج إلى القيد، و فى أىّ عالم وجد يحتاج إلى القيد و ينعدم بانعدامه، فالطالب إنّما يتعلّق طلبه بالمقيّد كما يتعلّق بالمهمله، فكما لا يقال إنّ جعل المهمله بمحض ذلك لا يصلح أن يقال إنّ جعل المقيّد أو القيد بمحض تعلّق طلبه و إرادته بالمقيّد.

نعم هنا عنوان مستحدث بتبع هذا الطلب و هو صيروره المجيء قيدا للطلب، أو صيروره الوضوء قيدا للمأثور به، و لم يكن هذا العنوان قبل الأمر

موجودا و وجد بعده و يتبعه.

و حيث قد صحَّ أنّ للشرط معنيين مصدرِيًا و جامدًا، فهل المتداول في المعامله بين الناس أَى المعنيين؟ و المدلول للأدله الدالّه على وجوب الوفاء بالشرط أيّهما؟ فنقول: إنّه المعنى الأوّل إذ لم يعهد في المعاملات أن يعقد المعامله مشروطه بأن يقول: إن كان كذا بعثك، و إلاّ بطل، للتعليق المبطل، و كذا ليس مفاد أدله الوفاء بالشرط مثل ذلك، فإنّه لا معنى لوجوب الكون عند مضمون الجملة الشرطيّه، و ترتيب الجزاء ليس وفاء بالشرط، فينحصر أن يكون المراد المعنى الآخر و هو الالتزام الضمني، فيكون الوفاء به الإتيان بمضمونه خارجا، هذا.

الكلام في شروط صحّه الشرط: و هي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:

أحدها: أن يكون مقدورا للمكّلف:

و المقصود ليس الاحتراز عن مثل الطيران، فإنّ اشتراط أمثال ذلك مرغوب عنه عند العقلاء، فلا يصير معنونا في كلام الفقهاء، بل المقصود الاحتراز عمّا ليس فعلا للمكّلف بلا واسطه، نظير صيروره الزرع سنبلًا، و البسر تمرا، أو فعل الغير، فإنّه ليس حصول ذلك باختيار من المشروط عليه، لا يقال: هذا أيضا كالمحالات تكون دواعى العقلاء عن اشتراطه مصروفه.

لأننا نقول: كلاً، بل يتداول في ما بينهم الالتزام و التعهد بالأمر الاستقباليّه مثل نزول الغيث غدا و نحوه، و فائدته في ما يترتب عليه المؤاخذه هو المؤاخذه و في ما لا مؤاخذه فيه هو مجرد الغالبية في صوره المطابقه و المغلوبية في صوره المخالفه.

ثم بعد وضوح محلّ الكلام، الذى يمكن أن يكون وجها لهذا الاشتراط أحد أمرين، الأوّل: عدم صحّه وقوعه متعلّقا للأمر المستفاد من دليل الوفاء بالشرط،

ص: ٤٤٢

لأنه لا يتعلّق بغير المقدور، فإذا لم يشمل الدليل تبقى صحته بلا دليل. الثاني:

لزوم الغرر، وكلا الأمرين غير قابل للاستناد.

أمّا الأول، ففيه أولاً: أنا قد بينّا في الأصول بأنّ ما يقع في حيز الطلب لا يلزم أن يكون حركة صادرة من جوارح العبد، بل الأعمّ منه و من الأمر الذي يكون له الاقتدار على وقوعه و لا وقوعه و لو بإيجاد المانع، سواء كان من قبيل كون الواسطه آله صرفه لإيصال قوه المكلف كالمنحت، حيث يوصل القوه إلى الخشبه، أو كانت من الفواعل الطبيعيه أم المختاره من قبيل السبع، فإنّ في الكلّ يصحّ أن يقال: إنّ الوجود و العدم تحت اقتدار المكلف، فنفرض في المقام كون الغير من قبيل الولد للمشروط [عليه] أو العبد الغير المتمرّد عن أمره و في ما كان من فعل الله سبحانه نفرض كون المشروط عليه مستجاب الدعوه، و هكذا.

و ثانياً: لا- ندور في باب الشرط مدار دليل الوفاء بالشرط و إلا فكيف يجرى في الوصف الحالى في العين الخارجيه مثل كتابه العبد حين البيع؟ حيث إنّه دائر بين الوجود و العدم، و ليس أمراً مقدوراً للمشروط عليه بل نكتفى في مثله بدليل صحه البيع بعد كونه تتمه للبيع، مثل قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (1)** ففي مثل الموارد التي تكون في مسألتنا خارجه عن حيز القدره حتّى بالطريق المتقدّم نقول:

إنّ الدليل فيه عين الدليل في اشتراط الوصف الحالى.

و أمّا الثاني: فلاننا إنّما نقول في الوصف الحالى بارتفاع الغرر من الخارج أو من نفس الالتزام، و على كلّ تقدير يجرى نحوه في الاستقبالي فإنّنا ندور مدار حصول الاطمئنان من الخارج و مع العدم نلتزم بالبطلان. و إنّما نقول: نفس الالتزام و التعهّد رافع الغرر بملاحظه أنّه قد بذل الثمن بإزاء المثلث مع التعهّد بالوصف، فإن لم يكن الوصف فالتعهّد به موجود فلا مخاطره و لا غرر، هذا.

ص: ٤٤٣

ثم إنه عدّ من أفراد الغير المقذور اشتراط النتيجة الغير الحاصله إلاّ بالأسباب الخاصّه مثل مزوّجّيه الأجنبيّه، أو مطلقّيه الزوجه من غير أن يراد إيجاد الأسباب، بل كان المقصود نفس حصول النتيجة حال البيع، و الظاهر أنّه في غير المحلّ و إن كان أصل الفساد حقّاً، فإنّ المطلقّيه الحالّيه أمر مقدور، فإنّه لو فرض أنّه تكلم عوض قوله: بعت، بقوله: طلقت، كان الطلاق حاصلًا، و هذا معنى مقدوريته، و لكن يكفي في الفساد عدم شمول الدليل إيّاه، فإنّ الاشتراط ليس من أسباب حصول الزوجيه أو الطلاق، و هو و إن لم يشترط كونهما حاصلين بالاشتراط حتّى يدخل تحت عنوان الشرط المخالف للسّنّه، لكن مقتضى اشتراطه حصولهما في الحال أن يكونا حاصلين بنفس الاشتراط.

و على كلّ حال يبقى هنا سؤال و هو أنّ في جميع هذه الموارد التي يحكم بفساد الشرط بواسطه فقدان واحد من الأمور المعتره في صحّته ما معنى الفساد؟ فإن كان مجرّد عدم الخطاب بالوفاء به تكليفا في ما كان عملا، ففيه: أنّ محلّ الكلام في الأعمّ من العمليّات و غيرها من الأوصاف الحالّيه و النتائج، و مع قطع النظر عن التكليف المذكور لا- يخلو الحال إمّا نقول في الشرط الصحيح بأنّ تخلّفه يوجب البطلان، أو يوجب الخيار، و كلّ من هذين يجري في الشرط الفاسد أيضا، فإنّ إناطه البيع إمّا متحقّقه أو غير متحقّقه، و على الثاني يلزم الحكم بلزوم البيع من الابتداء، و لا- يمكن الالتزام به، و على الأوّل فاللازم أحد الأمرين من البطلان أو الخيار، لأنّه لازم الإناطه على اختلاف المذاقين، فلم يكن وجود الشرط و عدمه سيّين.

و بالجملة: إن كان المقصود من الفساد عدم التكليف، ففيه ما تقدّم، و إن كان المقصود صيروره وجوده كعدمه و بلا- أثر صرف، فهو ممنوع.

و يمكن أن يجاب بأن معنى صحه الشرط أنه يتحقق للمشروط له حق على المشروط عليه يطالبه به و له إسقاطه، فإن و في فهو، و إن تخلف بنى على الوجهين من أن المبتنى على شىء ينتفى بانتفائه، و من أن مقتضى بقاء الموضوع بقاء العقد، و لكن حيث انقطع يده عن حقه فمن آثار ذلك عرفا أنه مختار على الفسخ.

و بالجمله الخيار أثر عرفى لهذا الحق عند التخلف و لا حاجه فى إثباته إلى قاعده الضرر، و أمّا فى الشرط الفاسد فحيث لا حق للمشروط له على المشروط عليه فلا وجه للخيار، فالأمر دائر بين البطلان قضيه للابتناء، و الصحه مع اللزوم قضيه لبقاء الموضوع.

لا يقال: وجه الخيار أنه ما أقدم على البيع مع بطلان الشرط، لأننا نقول:

هذا تقرير الفساد، و أمّا إذا فرض أنه بيع مشمول للأدله و المفروض عدم حدوث حق له على صاحبه فلا وجه لفسخه عند عدم شرطه، لأنه لم يحدث له حق حتى يتسلط بسبب انعدامه على إبطال العقد، فالوجه أن يكون العقد واجب الوفاء، و توضيح المقام زياده على هذا يأتي إن شاء الله تعالى عند البحث عن أن الشرط الفاسد مفسد أو لا؟ و حاصل المقام صار أن الشرط الصحيح أمره دائر بين البطلان و الخيار، و الفاسد دائر بين البطلان و اللزوم، و ليس فى العلماء ظاهرا من قال بالخيار فى الثانى، و إن كان ذكره شيخنا المرتضى -قدس سرّه- وجها، كما ليس فيهم قائل بالبطلان فى الأول، و إنما هو وجه علمى.

الثانى: أن يكون الشرط سائغا:

فلو شرط فعلا محرّما لا ينفذ كما لو شرط أن يصنع العنب خمرا، و الوجه فى عدّ هذا شرطا مغايرا لما أتى من عدم كونه مخالفا للكتاب و السنّه أن مضمون الشرط قد يكون مخالفا كما فى اشتراط رقيه حرّ أو

توريث أجنبي، وهذا هو الشرط الآتي، وقد لا يكون نفس المضمون مخالفا كما في شرط صناعه العنب خمرًا، حيث لم يرد في كتاب أو سنّه أن العنب لا يصنع خمرًا، أو أنّه بعد الصنّاعه يمتنع أن يصير خمرًا، وإنّما الموجود حكم هذا الموضوع و أنّه الحرمة.

فلو شرط الجواز كان من العنوان الآتي، وأمّا لو شرط نفس الفعل فهو من هذا العنوان، نعم يمكن إدراج كليهما تحت عنوان جامع، ولكن هذا جار في جميع الأمور الثمانية، فيمكن جعل الكلّ تحت جامع واحد، ومجرّد ذلك لا يضرب بجعلها عناوين متعدّده.

و كيف كان فالدليل على اعتبار هذا الشرط و إن لم يشمله عنوان مخالفه الكتاب قوله -عليه السّلام-: «شرط الله قبل شرطكم» (1) وهذا العنوان أعمّ من المخالف للكتاب و ممّا نحن فيه، ولهذا قد طبّق في الأخبار تارة على شرط النتيجة -كما في شرط ولاء العتق في المملوك لبائعه حيث قال -عليه السّلام-: «قضاء الله أحقّ و شرطه أوثق» -و أخرى على شرط الفعل كما في شرط عدم التزويج و التسرى على المرأه و عدم هجرها لو أتت بسببه في عقد نكاحها حيث قال -عليه السّلام-: «شرط الله قبل شرطكم».

الثالث: أن يكون الشرط أمراً عقلياً:

بأن يكون فيه غرض عقلائي، فلو شرط غصّ العين اليمنى مثلاً حال الكيل، أو رفع الرجل اليمنى مثلاً حاله فلا يصحّ، هذا ما ذكره العلماء، فإن كان المراد أنّ ذلك يحمل على المزاح نظير ما إذا أوقع البيع على الخنفساء صحّ ما ذكره، و أمّا إذا كان محلّ كلامهم يعمّ حتّى ما إذا فرض غرض شخصي له في الكيل بهذه الكيفيّة الخاصّة، فللمنع مجال واسع.

ص: ٤٤٦

نعم ذكروا في فرد من هذا العنوان و هو اشتراط كون العبد كافرا وجهين، الأول: أن يكون صحيحا لأجل أن فيه غرضا عقلاييا لاستغراق أوقاته بالخدمه، فإنه ذمى لا يمكن إجباره بخلاف المسلم الفاسق، و جواز بيعه على المسلم و الكافر.

الثانى: أن يكون باطلا لأجل أن «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» (1) و توضيح هذا الوجه أنه يلزم على صحه هذا الشرط أن يكون واجبا على المشروط عليه إبقاء وصف كفره بالتشكيكات، بل لو فرض أنه اختار الإسلام أن يلقى إليه التشكيكات حتى يرجعه إلى كفره القديم، فيلزم أن يكون الشارع قد حكم فى هذا المورد بعلو جانب الكفر على الإسلام، و حيث علمنا بأن الشارع لا يحكم بذلك علمنا بأنه لا يمضى هذا الشرط و لا يحكم بوجوب الوفاء به.

الرابع: أن لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه:

اشاره

و تفصيل الكلام فى هذا الشرط منوط على التكلم فى أمور:

الأول: العنوان المأخوذ من الأخبار فى هذا المقام أمور:

الأول: مخالفه الكتاب و السنه، و الثانى: عدم موافقتهما، و الثالث: تحليل الحرام و تحريم الحلال، و من المعلوم عدم منافاه الأخير مع الأول، إنما الكلام فى الأولين، و يمكن أن يقال:

إن عدم موافقه عرفا يفهم منه المخالفه، كما يقال: فلان لا يوافق ميلى، و يراد أنه يخالفه، مضافا إلى إمكان القطع بأن موافقه غير معتبره فى نفوذ الشرط و إلا لزم انحصار الشرط النافذ فى اشتراط فعل الواجب و ترك الحرام، فإن اشتراط فعل المباح مثل خياطه الثوب لا يكون موافقا مع الجعل الإلهى، نعم له اجتماع معه، لأن الجعل الإلهى حيثى و هذا فعلى، و هو غير موافقه و المماثله بين الجعلين، أعنى:

ص: ٤٤٧

١- (١) الوسائل: الجزء ١٧، الباب ١، من أبواب موانع الإرث، ص ٣٧٦، ح ١١.

جعل الشارط و جعل الشارع، فإنّ مجعول الأوّل هو اللزوم و مجعول الثاني هو الترخيص و حيث نقطع بخلاف ذلك فالمعتبر عدم المخالفه.

و أمّا القول بأنّ ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لا- محاله يدخل في العمومات المرخصه، ففيه: أنّ الظاهر اعتبار موافقه بحسب العنوان الأوّلي لا بالعنوان الثانوي من قبيل «كلّ شيء لكّ حلال» ممّا يعطى حكم الموضوعات باعتبار الشكّ.

الثاني: المراد بالكتاب إنّما القرآن كما هو الظاهر، و إنّما المكتوب على العباد

فيكون أعّم من القرآن و السنّه، و الظاهر هو الأوّل، و يكون إلحاق السنّه بواسطه التصريح بها أيضا في الأخبار.

الثالث: الظاهر أنّ معنى مخالفه الشرط للكتاب أو السنّه أن يكون نفس

الجعل الشرطي مخالفا للجعل الشرعي،

سواء كان متعلّق الجعل أيضا مخالفا للكتاب و السنّه كما في اشتراط توريث الأجنبي و رقيه الحرّ أم لا كما في اشتراط فعل المباح أو تركه، أو فعل الحرام، فإنّ نفس المتعلّق غير مخالف للكتاب و السنّه، إذ ليس فيهما أنّهما يقعان أو يتركان.

نعم فعل الحرام مخالفه للكتاب و السنّه، و هو غير كونه مخالفا لهما، و لكن اشتراط الفعل أو الترك في المباح أو الفعل في الحرام مناف مع الجعل الإلهي، لأنّ الله تعالى جعل الإباحه أو التحريم، و هذا جعل الوجوب على نفسه، و من المعلوم مخالفه حكمي التحريم و الترخيص مع الإيجاب، فيكون صدق مخالفه الكتاب في كلا الموردین على نسق واحد أعني: اعتبر التخالف فيهما بين جعل جاعل الشرط و جعل الشرع، و هكذا في صورته جعل الشارط توريث الأجنبي، فإنّ الله تعالى جعل عدم توريثه و هذا جعل توريثه، فنفس الجعلين متخالفان.

و من هنا تظهر الخدشه فى ما ذكره شيخنا المرتضى-قدس سرّه-حيث أورد على نفسه بأنّ التزام ترك المباح لا ينافى إباحته، و أجاب بأنّ التزام فعل الحرام مخالف للكتاب، و يكفى هذا المصداق فى تصوير كون الالتزام مخالفاً دون الملتزم، إذ فيه أنّه إن اعتبر المخالفه فى الملتزم فهو غير موجود فى شىء من المقامين، إذ فعل الحرام مخالفه لجعل الشارع لا أنّه مخالف له، ففى عدم المخالفه بالمعنى الثانى هو و ترك المباح سيّان، و إن اعتبر فى الالتزام فهو فيهما موجود كما عرفت، فلا وجه للتفكيك كما يستفاد من السؤال و الجواب.

و ممّا يؤيد بل يدلّ على اعتبار المخالفه فى نفس الالتزام دون الملتزم ما دلّ من الأخبار على فساد شرط عدم التسرّى و التزويج و الهجر عند وجود سببه، مستدلاً بأنّه مخالف للكتاب، و قد عرفت أنّ نفس الملتزم فيها غير مخالف، فلا بدّ من إرادته مخالفه نفس الالتزام.

و أمّا احتمال أن يكون الشرط فى مفروض الخبر المذكور ترتّب الطلاق على الأمور المذكوره فمع منافاته مع ذكر الإمام-عليه السلام-آيات التزويج بأزيد من واحده و جواز التسرّى و الهجر، مدفوع بأنّ المتفاهم عرفاً من مثل ذلك شرط عدم التسرّى، و أنّ الطلاق جعل عقوبه للارتكاب، نظير قولك: إن فعلت كذا فلست برجل، و معناه أنّى التزم بعدمه، و ليس معناه الالتزام بترتب عدم الرجوليه على الفعل كما هو واضح، و مورد الروايه من هذا القبيل فراجع.

الرابع: غالب موارد الشرط هو الأمور الغير الحاصله

مع قطع النظر عن الشرط، و الحاصله ببركته تكليفاً كان أم وضعاً، و بالجملة غالب موارد حصول تغيير و تبديل بواسطه الشرط و إحداث أمر بعد ما لم يكن، و هذا كيف يجمع مع الاستثناء فى هذه الأخبار، أعنى: كون الشرط المخالف للكتاب و السنّه غير نافذ؟

إذ المخالفه موجوده فى البين غالباً، فلا بدّ من ذكر الأنحاء المتصوّره فى المراد من هذه العبارة، فنقول هى أمور:

الأول: أن يكون المراد بالكتاب و السنّه واقعهما اللوح المحفوظى،

فالشرط إذا كان مخالفاً مع القرآن الواقعى أو السنّه الواقعيّه فهو غير نافذ، وهذا المعنى بعيد، لأنّ الاستثناء على تقديره مستهجن، لأنه فى قوّه قولك: الشرط نافذ إلا إذا استلزم اجتماع الضدّين، فإنّ القرآن و السنّه الواقعيّين إن كانا ثابتين حتّى فى حال الاشتراط و مع النظر إليه فالاشتراط مخالف، لكن عدم نفوذه من أبده البديهيّات، إذا الشىء لا يتحمّل حكّمين متضادين فى زمان واحد.

لا يقال: قد استرحنا من شبهه اجتماع الضدّين فى مبحث الاجتماع و قلنا بارتفاعه بتعدّد الجبهه.

لأنّنا نقول: لو فرض تعدّد الجبهه يرتفع التنافى و التخالف من البين و المفروض أنّا فى مقام بيان صورته التخالف و هو موقوف على وحده الموضوع و وحده الجبهه بمعنى أن يكون حكم الفعل مثلاً هو الإباحه حتى مع عروض هذا الالتزام و البناء الشرطى عليه أيضاً، فإنّه مع هذا لو حكم عليه باعتبار هذا العنوان بالوجوب فهو غير جائز حتّى عند المجوز. هذا فى صورته كون القرآن و السنّه فعليين، و أمّا إن كانا حيثيين و غير ناظرين إلى هذا العنوان الطارى فلا مخالفه أيضاً.

و بالجمله: كما يعتبر فى حصول المخالفه اتّحاد الموضوع و الجبهه يعتبر أيضاً كون كلا الحكمين فعليّين، إذ لا معارضه و لا منافاه و لا مخالفه بين الحكمين مع كون أحدهما حيثياً و الآخر فعليّاً و لو اتّحد الموضوع و الجبهه، و هذا واضح، و بالجمله يصير الاستثناء بياناً للواضح و توضيحاً للبديهى.

الثاني: أن يكون المراد بالكتاب و السنه المعبر عدم مخالفه الشرط لهما ظواهر

الألفاظ

المودعه فيهما، وهذا ليس كالأول، فإن فائده الاستثناء على هذا أنه لا تقع معارضه بين عموم «أوفوا بالشروط» وبين عمومات الكتاب و السنه، بل يكون سمت التقدّم دائماً للثاني، ولكن هذا أيضاً بعيد، لأنّ الإنسان لا يفهم أنّ لأصالة العموم و أصاله الإطلاق و سائر الأصول اللفظيه سمت الموضوعيه و أنّ الشارع راعى عدم مخالفه هذه الأصول اللفظيه في الشروط، بل المقطوع أنّه راعى جانب محكّي هذه الأمارات و الأصول و هو نفس الحكم الواقعيّ الثابت في القرآن و السنه.

الثالث: أن يقال: إن كل حكم من الإيجاب و التحريم و الإباحه

و الاستحباب و الكراهه و غيرها لا إطلاق له بالنسبه إلى حال المزاحمات

و هي المراد بالعناوين الطارئه في كلمات القوم، فإذا شككنا أنّ العنوان الفلاني إذا طرأ على الخمر فهل يزاحم حرمة و يصير بواسطه المقتضى الأهمّ فيه مقدّماً على مقتضى الحرمة، فليس في دليل حرمة الخمر إطلاق يرفع هذا الشك.

نعم لو شككنا في أنّه هل لوجود عنوان دخل في تماميه مقتضى الحرمة ندفعه بالإطلاق، و أمّا الشكّ من حيث المزاحم فلا بدّ في دفعه إلى التمسك بالأصل و بعده بدليل حرمة الخمر، نظير ما إذا وقع غريق في البحر و شككنا في أنّه هل في البين غريق أهمّ منه أو لا؟ فأصالة البراهه عن وجود ذلك الأهمّ مع دليل إنقاذ هذا الغريق كافيه عقلاً في اللزوم الفعليّ و التنجّز الحالى.

و على هذا نقول: لو لم يكن في أدلّه الشروط هذا الاستثناء لاحتملنا أن يكون عنوان الشرط مقتضياً أقوى و أهمّ في نظر الشرع على سائر الواجبات و المحرّمات في الشريعة فضلاً عن غيرهما، فكما أنّ عنوان الحرج و الضرر يبيح الواجب و الحرام

ص: ٤٥١

فكذا هذا العنوان، نعم ربّما يكون في العنوان الأوّلي أهمّيّه فيلزم رعايه جانبه، كما في حفظ النفس.

و بالجمله: كانت المعامله مع هذا العنوان الطارى كسائر العنوانات الطارئه الأخر مثل الغصب على الصلاه على القول بوقوع التزاحم و امتناع الجمع، و العليه للحرام فى المباح، و لكن هذا الاستثناء أفاد أنّ هذا العنوان متى قابل مع مقتضى من المقتضيات الشرعيّه فلا- يمكن أن يغلب عليه، بل المقتضى الشرعى الإلهي أحقّ و أوثق و أقدم على الشرط، و هكذا فى أمر الوالدين و السيد، فإنّه لولا قوله: «لا طاعه المخلوق فى عصيان الخالق» (1) لا حتملنا أن ينقلب كثير من الأحكام إلى أضدادها بسبب ذلك، و لكن منع عن ذلك هذا التعبير، و هكذا نظيره فى النذر و أخويه و فى باب الصلح.

و حينئذ نقول: هنا قسمان من الأحكام: تكليفيّه و وضعيّه، أمّا الأوّلي: فلا- كلام فى التحريم و الإيجاب، بمعنى أنّ الشرط فى مورد هما سواء تعلّق بالفعل أم بالنتيجه فهو مخالف مع المقتضى الإلهي، إذ باب الإيجاب و التحريم باب الاقتضاء و الإلزام، فإذا ألزم الشرع جانب الترك أو الفعل و شرط الشارط الفعل فى الأوّل أو الترك فى الثانى، فيكون جعله بقبال جعل الله، و الاستثناء دلّ على أنّ هذا الجعل لا يمكن أن يحدث من ناحيته تغيير و تبديل فى ذلك القرار الإلهي و الشرط الشرعى، و أمّا الأحكام الثلاثه الأخر فهى على قسمين:

الأوّل: أن يكون لا لاقتضاء فى هذا الحدّ من الحكم، بمعنى أنّ عدم المنع من كلّ من الترك و الفعل فى الإباحه كان لأجل أنّه ليس موجب و مقتضى للمنع فى شىء منهما، و كذلك الترخيص فى الفعل، و عدم الإلزام على الترك فى المكروه

ص: ٤٥٢

١-١) الوسائل: الجزء ١١، الباب ٣، من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه، ص ١٣١، ح ١.

و العكس فى المستحب يكون لأجل عدم الداعى إلى الإلزام و المنع عن النقيض، فالقرار الشرطى حينئذ فى كل من جانبى الفعل و الترك نافذ، فيوجب الإيجاب تاره و التحريم أخرى، و لا يلزم العنوان المستثنى، بمعنى أنه لا يلزم تحريم الحلال أو تحريم أو إيجاب المستحب أو المكروه، فإنّ المفروض أنّ نفس الأحكام المذكوره ليست فى حدّ ذاتها مقتضيا مستحكما لواحد من الفعل أو الترك بأن يكون الحاكم مقيما عليه غير متجاوز عنه، و لا اقتضى مقتضى فى أن يكون حكم الواقعه بهذا الحدّ أعنى: حدّ الإباحه أو الاستحباب أو الكراهه، فإنّ حينئذ بهذا الاعتبار يدخل فى الاستحكام و أنّ الشارع يريد إرادته مستحكمه على خلاف جعل الشرط.

الثانى: ما ذكرنا من أن يكون كل واحد من الأحكام الثلاثه لوجود مقتضى فى نظر الشارع اقتضى أن يكون حكم الواقعه فى ما بين العباد هو الإباحه أو الاستحباب أو الكراهه، فإنّ الإلزام الشرطى لواحد من الطرفين حينئذ مناف مع هذا القرار المستحكم الإلهى، و الحاصل لا بدّ فى حصول عنوان المخالفه من وجود القرار المستحكم، فإنّ الشرط، و بدونه لا شرط لله تعالى و لا يتحقّق كون الشرط مخالفا لقرار الله تعالى و إرادته، و بعد وجود الاستحكام تتحقّق المخالفه من غير فرق بين أن تكون فى نفس ذات القرار كما فى الإيجاب و التحريم و بين أن تكون فى كون القرار بالحدّ الكذائى كما فى بعض أنحاء الثلاثه الأخر.

و أمّا الطائفه الثانیه أعنى: النتائج فهى على قسمين: الأول: أن يكون سببه جعل الشرط، و الثانى: أن يكون سببه غيره، و الأول على قسمين: الأول: أن يكون سببه جعله الخاص، و الثانى: أن يكون بأى وجه اتفق، فإنّ تحقّق أنّ النتيجة من قبيل ما كان سببه غير جعل الشرط مثل الحرمة الشرعيّه كأن شرط حرمة لحم

الغنم شرعا، فإنَّ من المعلوم أنَّ الحرمة الشرعيَّة سببها جعل الشارع و ليس لجعل غيره فيه أثر أصلا، فهذا ظاهرا داخل في عنوان غير المقدور كما ذكره شيخنا المرتضى -قدس سرّه.

و إن تبيّن كونه من قبيل ما يكون سببه جعله الخاص كالطلاق حيث إنّ سببه الصيغه الخاصّه مع حضور العدلين فهذا داخل في مخالف الكتاب، لأنّ قرار الشارع أن لا تتحقّق هذه النتيجة بغير الجعل الخاص، و الشارع يريد نقض هذا القرار، و تحقّقه بقراره الشرطى و كونه متحقّقا بالشرط و إن كان ليس بمفاد الشرط بل مفاده جعله و لكن حصوله في هذا الآن غير منفكّ عن كونه بهذا السبب، و يكفى هذا في مخالفه الشرط للكتاب.

و إن تحقّق كونه من قبيل ما سببه مطلق جعله كما لعلّه منه الملكيه، فإنّ سبب الملكيه جعل المكلف، و ليس للشارع جعل في تحقّقها، و إنّما هو ممض لجعل الجاعل فالسبب لها هو جعل الجاعل، فحينئذ عدم تحقّق النتيجة مع قطع النظر عن الشرط ليس بحكم مستحكم للشارع، يعنى أنّه إنّما لم يحكم بالوجود لأجل أنّه لا داعى و لا موجب له، و الجعل الشرطى موجب وداع له، و هو و إن لم يكن مقتضاه النتيجة المجعوله من قبله و لكنّ الحاصل بسببه ليس النتيجة الحاصله بغير سبب حتّى ينافى الجعل الإلهى، فإنّ القرار الإلهى أن لا تتحقّق النتيجة بلا سبب، و الشرط أيضا لم يقتض ذلك، هذا في صورته تبيّن الحال.

و أمّا إن اشتبه إمّا بين الثلاثة أو بين الاثنين منها، ففي صورته اشتباهه بين الأخيرين يكون داخلا تحت الأصل الذى سنؤسّسه إن شاء الله تعالى لموارد الشك في وجود الحكم الاقتضائى في مورد الشرط و عدمه و أنّه أصل عدم المخالفه فانتظر.

و هنا قسم آخر من الوضعيات و يكون حكما و قرارا من الشارع و ليس مجرد العدم بعدم السبب، نظير حرّيه من كان أحد أبويه حرّاً، و عدم استحقاق الأجنبي من التركة، و عدم ضمان الأمين، فإنّ الشارع جعل و وضع أن لا يكون على الأمين ضمان كما جعل أن لا يرث غير القريب، و جعل أن لا يكون رقاً من أحد أبويه حرّاً، فجعل الخلاف من الشرط جعل في قبال الشارع.

و بالجمله: ما ذكرنا في الإباحه و الاستحباب و الكراهه من القسمين موجود في الوضعيات، فمن قبيل ما يكون من باب عدم المقتضى للخلاف الحكم بعدم الملكيه لغير المالك، و من باب وجود المقتضى على الوفاق الأمثله التي ذكرنا.

ثمّ هذا المعنى الذى ذكرنا للاستثناء و هو أنّ الشرط لا يصير عنوانا مزاحما و مقتضيا أقوى في نظر الشارع على المقتضيات الموجوده في العناوين الأوليه للأشياء يكون عموم الاستثناء قابلاً للتخصيص و غير آب عنه، بخلاف المعنى الذى ذكره شيخنا المرتضى و هو المعنى الأول من المعانى التي ذكرنا، فإنّ عدم قبوله للتخصيص حينئذ عقليّ، إذ عدم قبول حكم الشارع الفعلى من كلّ الجهات و جميع الحثيات للتغيير أمر غير قابل للتخصيص، فلهذا أشكل عليه الأمر في بعض الموارد، مثل ما لو ورد دليل على اشتراط إرث المتمتع بها في عقد التمتع دون غيرها من سائر الأجانب و دونها في غير عقد التمتع، فإنّ تخصيص عدم جواز الشرط المخالف غير جائز بمذاقه - قدّس سرّه.

فينحصر الأمر في أن يقال إنّ هذا الحكم أعنى: عدم توريث الأجنبي حكم فعلى بالنسبه إلى سائر الأجانب، و كذا بالنسبه إلى المتمتع بها في غير عقد التمتع، و حيثى بالنسبه إليها في ذلك العقد، و هو و إن كان ممكناً لكنّه بعيد غايه البعد، و كذلك مسأله عدم ضمان الأمين حيث جوّزوا اشتراطه في عقد العاريه و اشتهر

عدم جوازه فى عقد الإجاره.

و أمّا على ما تقدّم منّا فالاستثناء أمر قابل للتخصيص، فكلّ ما ورد فى الأخبار على خلافه نقتصر عليه و نرجع فى الزائد إلى العموم، فحكم عدم توريث الأجنبي و عدم ضمان الأمين بحكم قوله -عليه السلام-: «ما على الأمين إلاّ اليمين» حكم و قرار استحكامى من الشرع فى هذين الموضوعين لا يبدلها و لا يغلب عليها ما يقتضى الخلاف من عنوان الشرط إلاّ الفرد الخاص منه، و هو ما وقع من شرط الضمان فى عقد العاربه، و من شرط توريث الأجنبي فى عقد المتمتع بها، و إن كان على هذا أيضا يدور الأمر بين هذا و بين أن يقال بتقييد ما دلّ على عدم إرث الأجنبي، و عدم ضمان الأمين، بأن يقال: إنّ هذين المقتضيين غير موجودين بالنسبه إلى هذا المورد، فقرار الشارع فى هذين ناقص من جهه المقتضى لا من جهه وجود المانع و المزاحم.

و بالجمله الأمر دائر بين تخصيص عموم الاستثناء و بين تقييد دليل الاقتضاء، لا يقال: إنّ قوله: ما على الأمين إلاّ اليمين، إنّما هو فى مقام الترافع و الإثبات و لا نظر له إلى مقام الثبوت و أنّ الضمان فى أىّ موضع متحقّق و فى أىّ موضع غير متحقّق.

لأننا نقول: لو كان الضمان فى الأمين متحققا لما كان إلاّ الحكم بالخروج عن العهده، و لما كان مقام اليمين، فحيث حكم باليمين نعلم أنّه ليس محكوما بالضمان على الإطلاق كما فى سائر ذوى الأيدى على أموال الغير، فكأنّه قال: يد الأمين غير موجه للضمان.

و كذلك لا إشكال على ما ذكرنا فى مسألتى عدم رقيه من أحد أبويه حرّ و عدم كون اختيار المسكن بيد الزوجه، فإنّ اشتراط الرقيه فى الأوّل و اشتراط كون

الاختيار بيدها مناف مع شرط الشارع للحرية في الأولى، و لوجوب طاعه الزوج عليها متى أراد منها الاستمتاع.

و بالجمله: يتضح الحال على هذا في غالب الوضعيات و ما خرج بالدليل نلتزم بكونه تخصيصا في عموم الاستثناء.

نعم يشكل الحال في المباحات و المستحبات و المكروهات، لوجود القسمين فيها، و على هذا فنحتاج نحن و شيخنا المرتضى - قدس سره - إلى تأسيس أصل لرفع التحير في مواضع الاشتباه.

فنقول: لا - بد هنا من تمهيد مقدمه أصوليه و هي و إن كان محلها الأصول و لكن لا بد هنا من الإشارة، و هي أن الاستصحاب التعليقي تاره: يكون في الموضوع، و أخرى: في الحكم، و الأول: تاره: يكون الأثر لنفس ما أحرز بالاستصحاب من القضية التعليقيه، و أخرى: يكون للوجود الفعلي المتأخر عن وجود المعلق عليه، فالاستصحاب التعليقي في الحكم لا إشكال في جريانه و لا - تصير فعليته محتاجه إلى الأصل المثبت، لأنها و إن كانت عقليته لكنّها من لوازم نفس الحكم ظاهريا كان أم واقعيًا، و الاستصحاب في الموضوع مع ترتب الأثر على الوجود الفعلي غير جار.

مثاله: أن يكون ماء نعلم في السابق أنه بإراقه كفين عليه كان يصير كرا، و نشك الحال في بقائه على ما كان أو نقصانه، فنحتاج في تميمه كرا إلى أزيد من كفين، فاستصحاب أنه كان في السابق بحيث لو صبّ عليه كفاً كان كرا، و الآن كما كان استصحاب تعليقي في الموضوع، و الشارع رتب الآثار على الكز بوجوده الفعلي دون التعليقي، فنحتاج إلى الحكم بعد الصب بالكريه الفعليه حتى ترتب الأثر، هذا ما يذكرونه مع كلام فيه في محله.

و أما الاستصحاب التعليقى فى الموضوع مع ترتب الأثر على حيث تعلقيته فهو مثل استصحاب مضرّيه الصوم فى الأمس مع عدم كونه صائما أمس، فإنه يقول: لو صمت أمس كان يضرّنى، فالآن أيضا كما كان فيرتب عليه حكم الحرمة، فإنّ الشارع رتب الحرمة على الصوم الذى على تقدير وجوده مضرّ لا على الموجود الفعلى المضرّ.

و حينئذ نقول: أو لا: نطرح الكلام فى مثال المرأة التى نشك فى كونها قرشيّه، فالاستصحاب المتصوّر فى حقها ثلاثة: الأوّل: استصحاب عدم كون هذه المرأة بعنايه الوجود قرشيّه، وهذا ليس له حاله سابقه وجوديه و لا عدميه. الثانى:

استصحاب عدم الانتساب فى ما بينها و بين قریش، وهذا كان له فى الأزل حاله سابقه، لأنّ الانتساب يحتاج إلى طرفين فما قبل وجودهما لم يكن الانتساب موجودا. الثالث: استصحاب أنّ ذات المرأة كانت زمان خلقه آدم بحيث لو وجدت لما كانت قرشيّه و الآن نشك، فالأصل بقاء هذا التعليق، و المعلق عليه و هو وجودها حاصل فهى غير قرشيّه، وهذا داخل فى القسم الثانى من استصحاب الموضوع التعليقى و قد قلنا بأنّ فى جريانه محلّ كلام.

و حينئذ فلا بدّ من التشبّث بذيّل الاستظهار من أدلّه ذلك المقام فى الفقه و أنّ المستظهر هل هو اعتبار عدم القرشيّه فى المرأة الملحوظه بعنايه الوجود أو عدمها لا بعنايه الوجود، فإن كان الثانى جاز الاستصحاب و إلا فلا.

إذا عرفت هذا فنقول: إجراء استصحاب عدم كون هذا الشرط بعنايه الوجود مخالفا ليس له حاله سابقه، و استصحاب عدم المخالفه بنحو ليس التامّه محتاج إلى الاستظهار من الدليل أنّه اعتبر بهذا النحو، و أمّا استصحاب أنّه كان لو وجد فى الأزل لم يكن مخالفا للكتاب و السنّه - نظرا إلى أنّ المخالفه كالمقابله تحتاج

إلى وجود الطرفين-فيمكن القول بجريانه و لو لم نقل بجريان الاستصحاب التعليقى فى الموضوعات المعتر فى الأدله وجودها الفعلى،و ذلك لأنّ عنوان المخالفه يكون من العناوين التى وظيفه الشارع بيانها و الكشف عنها،و هو بنفسه و إن كان لا تناله يد الجعل لكنّه بالمنشأ قابل له،فحاله كحال الصحه و الفساد و أمثالهما.

و بالجملة:الاستصحاب جار هنا لكون المحمول أمرا شرعيا لا موضوعا تكوينيا خارجا عن وظيفه الشارع مثل الكزيه أو القرشيّه فى المثالين المتقدمين، و الحكم بأنّ هذا لم يكن مخالفا على تقدير الوجود و إن كان لم يرد فى شىء من الأدله و إنّما هو أمر ننتزعه نحن،و لكنّ الحقّ عدم الاحتياج فى باب الاستصحاب-على خلاف ما اشتهر-إلى الحكم المجعول،و لهذا نستصحب العدم الأزلى للتكليف و يتحقّق فى اللاحق حكم الحلّيه مع أنّه لم يكن فى الأزل حليه.

و على هذا فنقول:مرجع أصاله عدم المخالفه عدم جعل الحكم المخالف للشرط،كما أنّ أصاله الصحه بعد العمل مرجعه إلى إسقاط الأمر عن المقيّد على تقدير فقدان القيد المشكوك،و يكون الاستصحاب جاريا و إن كان المستظهر من الأدله اعتبار عدم المخالفه على نحو مفاد ليس الناقصه.و بالجملة:نقول:

الأصل عدم مخالفه هذا الشرط لكتاب الله،فإنّ مخالفه هذا الموجود لا بدّ له من هذا الموجود و الكتاب،فمع انتفاء أحد الأمرين ينتفى مخالفه هذا.

فإن قلت:هذا لا يرتبط بالموضوع،غايه الأمر إنّ لك وجود الشرط و عدم مخالفته،و أمّا إنّ هذا الشرط ليس بمخالف فبعد لم يتحقّق و إثباته مبنى على الأصل المثبت و المستظهر من الدليل هذا.

نقول:الأصل أنّ هذا الشرط على تقدير الوجود لم يكن مخالفا فيكون العدم

مرتبطاً بالموضوع على تقدير الوجود، والدليل دلّ على أنّ الشرط الذى على تقدير الوجود ليس بمخالف حكمه كذا، فلسنا محتاجين فى إثبات الأثر إلى إثبات أنّ هذا الوجود الفعلى ليس بمخالف، فهو نظير استصحاب عدم مضرّيه الصوم على تقدير الوجود.

وإن ضايقنا عن هذا أيضاً وقلت: ظاهر الدليل أزيد من هذا أيضاً وهو أنّ الشرط الموجود فعلاً قد انقسم إلى قسمين: أن يكون مخالفاً وأن لا يكون كذلك، والاستصحاب المذكور لا يفيد إلاّ الربط على تقدير الوجود، ولكن إثبات أنّ هذا ليس بمخالف فعلاً يحتاج إلى الأصل المثبت.

فبقول حينئذٍ أولاً: ليس عدم المخالفه هنا موضوعاً غير مجعول، بل هو كالحرمه و النجاسه أمر مجعول، غايه الأمر بتبع منشأ الانتزاع، فكما أنّ الوجوب المشروط أمر متعقّل قابل للجعل، عدم المخالفه المشروط أيضاً أمر قابل للجعل، و لازم الجعل للحكم المشروط أن يصير الحكم فعلياً بفعليه الشرط، وليس هذا من الأصل المثبت، لأنّ اللازم لازم نفس الحكم لا المحكوم به.

و أما القول بأنّه لم يكن فى السابق قضيه شرعيه مجعوله موضوعها الشرط على تقدير الوجود و محمولها عدم المخالفه، فمدفوع بأننا لا ندور مدار وجود مثل ذلك - على خلاف بعض الأساطين - بل ندور مدار المتيقّن السابق و المشكوك اللاحق مع كون وضع المحمول و رفعه وظيفه للشارع، و المحمول هنا حسب الفرض وظيفه للشارع و وضعاً و رفعاً.

و ثانياً: سلّمنا أنّ حاله حال الموضوعات الصرفه الغير القابله للجعل مثل الكزيه و القرشيّه فى المثالين المتقدمين، لكن نقول: الحقّ عدم كون الأصل - حتى مع هذا أيضاً و مع كون مقتضى الدليل إثبات الأثر للوجود الفعلى لا التقديرى

و بنحو مفاد ليس الناقصه لا- التامه-أصلا مثبتا، فإن غاية تقريب إشكال كونه كذلك أن يقال: إنَّ حال القضيَّه المشروطه فى جانب الأخبار-أعنى قولك: هذا لو صبَّ عليه كَفَّان كان كَرًا، و لو وجدت المرأه كانت قرشيَّه، أو لو وجد الشرط لم يكن مخالفا-حال القضيَّه المشروطه فى جانب الإنشاء.

فكما أنَّ قولك: إن جاء زيد أكرمه إنشاء فعلى للوجوب المشروط، كذلك قولك: إن كانت الشمس طالعه فالنهار موجود، إخبار فعلى بالوجود المشروط، فالوجود هنا فى محلِّ الوجوب هناك و الإخبار فى محلِّ الإنشاء، و لازم المنشأ هناك حيث إنَّه معلق أن يصير فعلينا بفعليه الشرط، و لازم الوجود هنا حيث إنَّه معلق أيضا أن يصير فعلينا بفعليه الشرط، فإذا صارت القضيَّه الإخباريه بعد التيقن مشكوكه و وقعت تحت قول الشارع تعييد بهذه القضيَّه بقاء كما كنت قاطعاً بها حدوثا، فيكون التعييد الشرعى مقام التصديق الخبرى.

فكأنَّه قال: كما كنت مصدقا سابقا لا تشك لا حقا، بل صدق، فيكون التعييد فعلينا و الوجود المتعبد به مشروطا، و الوجود المشروط و إن كان ملازما مع فعليه الوجود عند فعليه الشرط و لكن التعييد بالوجود المشروط غير ملازم مع التعييد بفعليه الوجود، و الأثر حسب الفرض يكون للوجود الفعلى، و بالجمله اللازم العقلى هنا للمتعبد به لا للتعبد، هذا غاية تقريب الإشكال.

و الجواب: أنَّه لا إشكال أن فى القضيَّه الإخباريه مكان النسبه الحكميه فى الإنشائيه نسبه خبريه تامه و إلا لم تكن قضيَّه، و هذه النسبه التامه غير موجوده فى الجمله الشرطيَّه قطعاً، و الظاهر أنَّه لا شبهه فى كونه موجودا فى الجمله الجزائيه، و أمَّا القول بأن وراء النسبتين نسبه ثالثه متعلقه بالنسبتين مفادها الربط التلازمى بينهما، فالظاهر أنَّه ليس بمفاد لهذه القضيَّه التى محمولها الوجود و موضوعها النهار

متعقبة للجمله الشرطيّه، بل هي مفاد قضيه كان الموضوع و المحمول فيها النسبتين، و يشهد لهذا أنّ النسبه الحكميه لا شكّ في تحقّقها في الجمل الإنشائيّه في جانب الجزاء أعنى: قوله: أكرم زيدا في قوله: إن جاءك زيد فأكرمه.

فالظاهر أنّ النسبه الخبريّه التجزئيه أيضا تكون كذلك في الجمله الجزائيّه، فالموضوع لها النهار و المحمول لها الوجود، لكن التريدي في أنّ التعليق هل هو للمخبر به أو للنسبه الإخباريّه، فإنّ كان للأوّل كما قاله المستشكل قياسا على الوجوب المشروط بمعنى أنّ الوجود المشروط المقيّد بكونه مربوطا يان كان كذا يقع موردا للتصديق بالوقوع فاللازم خياره التصديق لتمام هذا المقيّد بذاته و قيده، فالتصديق بوقوع وجود النهار المقيّد تصديق بوقوع قيده.

ألا ترى أنّه لو كان مكان الإخبار الفعلي الوجوب الفعلي و كان التعليق للواجب أعنى: إنّ إكرام زيد مربوط يان جاء وقع تحت الطلب الفعلي فلا- محاله لا بدّ أن يصير بصدد تحصيله بجميعة من الشرط و المشروط، فكذلك حال الإخبار فيلزم أن يكون المخبر يان كانت الشمس طالعه فالنهار موجود مخبرا بوجود النهار مع طلوع الشمس فعلا، و هذا واضح الفساد.

فالمخلص أن يقال: إنّ التعليق ليس لمتعلّق التصديق بل لنفسه و المصدّق به غير معلق بل صدّق في فرض وجود الطلوع بوجود النهار الفعلي، يعنى أنّه فرض حصول الطلوع و تحقّقه، و في هذا الفرض صدّق بوجود النهار بلا قيد، و لازم هذا النحو من الإخبار أن يلاحظ وجود الطلوع في الخارج و عدمه فإن لم يكن فلا أخبار في هذه الصوره و إن كان محققا فحينئذ إن وجد النهار صدق المخبر و إلاّ كذب.

و على هذا فيصير في حال الشكّ بالتعبّد الاستصحابي مكان التصديق

الخبرى التعيّد الشرعى، و أنّه يكون النهار أيضا موجودا إن كانت الشمس طالعه، فيصير التعليق للتعبيد و لازم التعبيد المشروط فعليته بفعلية الشرط، فيرتفع الإشكال عن الاستصحابات التعليقيه الموضوعيه بأسره، و الحمد لله، و الإشكال بأن كلمه اليقين لا تشمل اليقين التقديرى فيه ما لا يخفى (١).

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى -قدس سرّه الشريف- جعل الأصل فى المقام أصاله عدم المخالفه ثمّ قال: و مرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط، ثمّ نقل عن بعض مشايخه المعاصرين له اختصاص الشرط المخالف بما إذا كان نفس مؤدى الشرط حكما على خلاف حكم الشرع مثل اشتراط حرمة لحم الغنم شرعا، و أمّا اشتراط فعل الحرام و ترك الواجب فليس داخلا- تحت المخالف للكتاب، و أنّه فى مثل الأخير يقع التعارض بين دليل حرمة ذلك الشىء أو وجوبه و بين دليل وجوب الوفاء بالشرط و يرجع إلى المرجحات، و مع فقدها يعمل بالأصول و القواعد.

و استشكل عليه بقوله: و فيه من الضعف ما لا يخفى، ثمّ أورد عليه بأنّه على فرض التنزل و وقوع التعارض فاللازم على تقدير عدم المرجح أن يكون الأصل فى جانب عدم نفوذ الشرط دائما، إذ يستصحب حرمة ذلك الفعل أو وجوبه قبل الاشتراط.

قال شيخنا الأستاذ- دام علاه-: أمّا قوله: فيه من الضعف ما لا يخفى، فيمكن أن يكون إشاره إلى تحقيق تقدّم منه من أنّه لا فرق فى شمول العنوان المذكور بين القسمين، و يمكن أن يكون إشاره إلى أنّه على فرض الإغماض و تسليم

ص: ٤٤٣

١- ١) الإنصاف و ورود هذا الإشكال و به ينسّد باب الاستصحابات التعليقيه الموضوعيه، و قد اعترف الأستاذ- دام ظلّه- بوروده فى مباحثه الأصول، منه- عفى عنه -

عدم الشمول فلا وجه للتعارض، بل اللازم تقديم دليل الوفاء بالشرط دائما، فإن أدله العناوين الثانويّه لا تعارضها أدله العناوين الأوليه.

و توضيح هذا الإجمال أنّ لإطلاق العناوين الأوليه و الثانويه فى كلماتهم مقامين، الأول: ما إذا كان أحد الدليلين غير ناظر إلى الطوارئ و الحالات مثل دليل حليه الغنم مع دليل حرمة الغصب بحيث لو لم يكن دليل الغصب لم يكن لدليل الحليه إطلاق و كذا نحتاج فى إثباته إلى الأصل.

و الثانى: ما إذا كان أحد الدليلين حاكما على الآخر و ناظرا إليه كما فى دليل «لا ضرر» و دليل «لا حرج» و دليل «الوفاء بالنذر و الشرط» بالنسبه إلى أدله الأحكام، بل إطلاق العناوين الأوليه و الثانويه فى هذا القسم هو المتعارف فى كلمات شيخنا و من تبعه، و وجه التسميه أنّ دليل «لا ضرر» حاكم على تلك الأدله، فكأنه قال: ليست أحكامى فى هذا المورد، و هكذا فى قوله: «ف بنذرك» أو بشرطك، فكأنه قال: لا يعنى بشىء من أحكامى عند مصادفه أحد هذين، فيكون المنظور إليه عنوانا أوليا و الناظر عنوانا ثانويا.

و على هذا فدليل وجوب الشىء أو حرمة و إن كان مع قطع النظر عن دليل الوفاء بالشرط قابلاً للتمسك و لكنّه مع النظر إليه لا يبقى له مجال لحكومه دليل الوفاء عليه.

و أمّا ما ذكره من الأصلين أعنى: أصل عدم المخالفه على مختاره-قدّس سرّه- و أصل بقاء الحرمة و الوجوب الثابتين قبل الاشتراط بناء على اختيار مذهب شيخه، فيمكن الخدشه فى كلّ منهما.

أمّا الأول: فلأنّه إن أراد الاستصحاب الموضوعى و جعل عدم المخالفه بنحو مفاد ليس التامّه موضوعا للحكم فلا إشكال فى جريانه، و لكن قوله

«و مرجعه إلى أصله عدم الجعل» لا معنى له، وكذلك إن أراد الاستصحاب الموضوعي مع جعل الموضوع هو عدم المخالفه في موضوع الشرط على تقدير الوجود.

نعم قد يقال: إنه صحيح على تقدير إرادته كون الموضوع عدم مخالفه الشرط المفروغ عن وجوده بناء على أنّ هذا الاستصحاب حكمي و لا- مانع منه و إن استشكلنا في الموضوعي التعليقي، بتقريب أن يقال: عدم المخالفه ممّا تناله يد الجعل، لأنّ منشأه بيد الشرع و هو عدم جعل الحكم بنحو الفعلية، و هو في نفسه و إن كان أصله معارضا بأصل جعل الحكم بنحو الحيثية و لكنّه لا مانع من وقوعه مصحّحا لأصل عدم المخالفه كما في أصله عدم الجزئية في الجزء المشكوك من أجزاء المركّب، و إن كان أصل عدم و جوب الأ- أكثر معارضا بأصله عدم و جوب الأقلّ و إن كان لا ينطبق على صورته العبارة، لأنّ المتراءى منها أنّه جعل أصل عدم الجعل أصلا برأسه و هو مخدوش بالمعارضه و إن كان على تقدير عدم المعارض جاريا و لم يكن مثبتا في إثبات عنوان عدم المخالفه كما هو واضح، و لكن لا بدّ أن يكون المقصود ما ذكرنا.

هذا ما قد يقال، و لكن فيه: أنّ شيخنا-قدّس سرّه- قد منع في مبحث البراءة من رسائله عن إجراء الاستصحاب في العدم الأزلي فكيف يجري نفسه في هذا المقام ما منعه في أصوله، و مستنده أنّ العدم غير مجعول و مورد الاستصحاب لا بدّ و أن يكون إمّا مجعولا أو موضوعا للأثر.

و أمّا الثاني: ففيه: أنّه إن أراد استصحاب الحرمة في كلّى الفعل فليس له حاله سابقه متيقّنه، إذ المتيقّن إنّما هو الحرمة ما لم يشترط، و أمّا مع الاشتراط فمشكوك من أول الأمر، لا يقال: حال الاشتراط و العدم لا يعدّد الموضوع عرفا.

لأننا نقول: هذا في ما إذا صار الحكم ساريا من الكلّي إلى الشخص، كأن وجد الخمر في الخارج ثمّ تعلّق الشرط بشربه فأريد استصحاب الحرمة في نفس هذا الشخص صحيح، وأمّا لو أريد استصحاب الحرمة في كلّي الخمر حتّى يعلم الحكم في الشخصى من جهة السرايه من الكلّي، فالموضوع العرفى غير منقّح إذ من المحتمل أن يكون لعدم الاشتراط دخل في الموضوع، و الكلّي لا شبهه في انقسامه إلى القسمين بواسطة تقيده بقيد، وليس حاله كالشخصى، فالاستصحاب في الكلّي لا يصحّ إلاّ في صورته الشكّ في النسخ، ولا يرد أنّ الكلّي المتيقّن ما كان منه في القطعه السابقه من الزمان، لأنّ بناء الاستصحاب على إلغاء هذه الخصوصيّة و التسويه بين المضيّ و الاستقبال، فلا بدّ من ملاحظه الاتّحاد في سائر الجهات غير جهة الزمان.

ثمّ على تقدير كون مصبّ كلامه قدّس سرّه في الشخصى فهو في الشخصى الموجود حال الشرط صحيح، وأمّا في الخمر الذى يصنع بعد الشرط فجريان الاستصحاب فيه مبنى على عدم لزوم وجود الحكم المجمعول في الزمان السابق في الاستصحاب الحكمى، فإنّ حرمة هذا الشىء سابقا على تقدير الوجود لم تكن مجعوله، و إنّما المجمعول هو الحرمة في الموضوع المقدر الوجود، فإنّ تقدير الوجود في القضايا الحقيقيه غير التقدير في القضيه التعليقيه، فإنّ المتحقّق في الثانيه لحاظ ذات الشىء معوّاه عن الوجود و العدم أوّلا ثمّ لحاظ تلبّسه بالوجود، و أمّا في القضيه الحقيقيه فالمتحقّق هو الحكم على الموضوع المشار إليه حال كونه موجودا.

و بعبارته أخرى يشار إلى ذاته و إلى وجوده بإشاره واحده و لا يرى ذات ثمّ تلبّسه بالوجود، فإذا بنينا في الاستصحاب على لزوم كون الحكم المستصحب

مجعولا- فى السابق فليس الحال هكذا فى ما نحن فىه، فإنه و إن كان متيقنا لنا و لكنه ليس بمجعول، نعم يصح بناء على ما أشرنا إليه من عدم اللزوم و أنه يكفى كونه متيقنا لنا و إن لم يكن مجعولا.

هذا تمام الكلام فى تأسيس الأصل المرجع فى هذا المقام، و لا بأس بصرف عنان الكلام إلى أنّ المستفاد من كلمات شيخنا المرتضى قدس سره الشريف- فى بيان معنى الاستثناء فى الحديث الشريف ماذا؟ فإنه ربّما يخفى على بعض الأذهان.

فقول و بالله الاستعانه و عليه التكلان: للحكم بحسب مقام ثبوته قسمان:

الأول: أن يتعلّق بالموضوع فى حال تجريد الموضوع عن جميع عوارضه و طوارئه، مثل أن ننظر إلى ذات الغنم و نحكم عليه بالحليّه، و التجريد فى هذا النظر دخيل كدخالته فى عروض محمول الكليّه على الطبيعه، بمعنى أنه لو فرض أنّ طارئا أخرج الغنم عن الحليّه لا ينافى هذا الحكم، لاختلاف الموضوعين.

نظير ذلك فى الإخبار ما إذا قال القائل: الرجل خير من المرأة، و نظر إلى جنس الرجل فى قبال جنس المرأة، ثم اتفق أنّه رأى فى الخارج أشخاص الرجال موصوفين بالذمائم على خلاف الأشخاص الموجودين من النساء، فلو قال: إنى ما حكمت بخيريّه الأشخاص الأول من الثانيه، بل أنا أحكم بخيريّه الثانيه من الأولى، لما كان منافيا لقوله الأول، لأنّه نظر فى الأول إلى الجنس المعزى عن جميع الخصوصيات بحيث لم يتعلّق إشارته إلا إلى أصل الطبيعه، و التجريد و إن لم يلحظ قيّدا معها و لكنه فى حكم القيد.

و لازم هذا القسم من الحكم أنّه لو فرض عدم دليل على الحكم المضاد فى العنوان الطارئ و لكننا شككنا أنّه كان محكوما بالضد لما يكفى إطلاق هذا الحكم

فى دفع هذا الاحتمال، كما أنه لو كان ذلك الدليل، عرفت أنه ما نافاه، لتغاير الموضوعين كما أشار شيخنا-قدّس سرّه-إليه فى هذا الباب و فى باب التعادل من أصوله.

الثانى: أن يتعلّق الحكم بالموضوع لا مقيّداً بالتجريد، ولا بدخالته فيه، و التسويه بين تمام العناوين العارضه على ذات الموضوع و إن لم تكن ملحوظه أيضاً لكنّه بحيث يقبل التسويه المذكوره، أعنى قولنا: سواء كان كذا أو كذا أو كذا، و هذا لو دلّ دليل على الحكم المضادّ فى صورته عروض بعض العناوين كان منافياً مع الأول، لاّتحاد الموضوع.

ثمّ فى هذا القسم الإطلاق بالنسبه إلى عوارض تطرأ على الموضوع ثابت، فكلّ ما احتملنا دخالته فى الموضوع بأن كانت المصلحه قاصره بدون ذلك القيد أو الجزء ننفى احتمالها بإطلاق الدليل، و لكن بالنسبه إلى ما يطرأ الحكم فلا إطلاق له، إذ لا يعقل إطلاق الحكم للحال المتأخّر منه، و منه وقوع المزاحمه بين امثال التكليفين مثل إنقاذ الغريقين، فنقول: تكليف «أنقذ» فى كلّ واحد مطلق حتى حال اجتماعه مع الغريق الآخر بل و محكوميه الآخر بحكم «أنقذ» يعنى لا دخل فى مطلوبيه إنقاذ هذا الغريق لعدم الغريق الآخر أو عدم حكمه.

لا يقال: بعد فرض مشغوليته الآخر بالحكم الإيجابى و المفروض عجز المكلف عن الجمع كيف يصحّ بعثه إلى الإنقاذ الآخر؟ لأننا نقول: ليس هذا بعثاً إلى عنوان الجمع بل كلّ من الأمرين يبعث نحو متعلّقه خاصّه من غير نظر إلى متعلّق الآخر، ثمّ بعد تحقّق تكليفين و وقوعهما فى حكم العقل محكومين بلزوم الامتثال يقع العبد فى كلفه الجمع، فهذا العنوان متأخّر عن نفس هذا التكليف، و لا يمكن أن ينظر إلى الحاله المتأخّره من نفسه.

و بعبارة أخرى: ربّما يأمر بجمع المكلف بين الإنقاذين و الحال أنّه غير قادر، فهذا تكليف قبيح، و ربّما يأمر بإنقاذ هذا و لو كان معه آخر، و لو كان قد أمر بإنقاذه و كذلك في الآخر فهذا في رتبة تحقّق الأمر ليس أمرا بغير المقدور، إذ المفروض أنّ إنقاذ كلّ مقدور، نعم يتحقّق في رتبة المتأخّره من حصول الشرائط العقليّة لتنفيذ الخطابين ابتلاء المكلف بجمع الامتثالين، فمعنى إطلاق المادّة في كلامهم إطلاق الهيئته في رتبة المتقدّمه على هذه الحالة.

و حيثنذ فلو حكم بعد الخطابين و حصول تنجيزهما بملاحظه هذه الحالة الطارئة بتعيين أحد الإنقاذين و منع عن الآخر- لو قلنا بمقدّميه ترك أحد الضدّين للآخر- لما كان هذا منافيا مع الحكم التعييني بإنقاذ كلّ واحد في رتبة المتقدّمه، لاختلاف الموضوعين أيضا بالنسبه إلى طارئ الحكم و إن لم يختلفا بالنسبه إلى طواري الموضوع، و قد عرفت أنّه إن وقع الشك في طواري الموضوع نرفعه بالإطلاق.

و أمّا الشك الواقع في طواري الحكم بأن شككنا أن يكون للعنوان الطارئ حكم آخر يزاحم حكم العنوان الأوّل لا أنّه يقلب مصلحته فهذا لكونه مشكوكا و غير فعلي لا يؤثّر في ذلك التكليف، فإنّه بفعليته يزاحمه لا بواقعه، و المفروض أنّه بالشك سقط عن الفعليه، فيكون الآخر تكليفا فعليّا سليما عن المزاحم، نظير تكليف (لا- تغصب) إذا لم يكن فعليّا حيث لا- يزاحم تكليف (صلّ) بناء على القول بالامتناع.

إذا تقرّر هذا فنقول: إن كان الحكم الذي خالفه الشرط من قبيل الأوّل فالشرط مغير الموضوع كما عرفت، و إن كان من قبيل الثاني فالشرط لا يقلب الموضوع، بل بعد رتبة حكمه لو كان ينقلب الموضوع، ففي رتبة الشرط، الموضوع

باق، فيكون مغيراً للحكم عن نفس موضوعه.

و بعبارة أخرى: يكون في البين مشار إليه بهذا موجود في حالتى الشرط و عدمه و كان محكوما مثلا بالحرمة، و الشرط يقتضى أن يجعله حالاً، فالقسم الثانى منعه الاستثناء دون الأوّل.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أمّا بحسب الإثبات فيمكن أن يقال: الظاهر من أدلّه حليّه الأشياء هو الحكم الحثي و من أدلّه الوجوب و التحريم هو الفعلى، و الدليل على ذلك أنّ الإباحه غالباً تكون بمعنى عدم الإيجاب و التحريم، و قلّ أن يتفق أن تكون لمصلحه تستدعيها كالأيجاب و التحريم، فإنّهما لا محاله يكونان لأجل المصلحه المستدعيه لهما، و إذن فعدم الاقتضاء لا محاله لا بدّ أن يكون في حال التجريد عن العناوين المتأخّره عن الموضوع، بخلاف الحكم الاقتضائى، فالظاهر منه كونه فعلياً ناظراً إلى جميع الحثيات، هذا تمام الكلام فى بيان مرامه - قدّس سرّه.

و أنت خبير بأنّ هذا الكلام لا يرد عليه صيروره الكلام من توضيح الواضح، و لا كونه ناظراً إلى مقام الإثبات، بل هو معنى لطيف مع كونه ناظراً إلى مقام الثبوت، ثمّ لا - يخفى عليك عدم اختلاف ما بينه و بين ما اخترناه، فإنّه على ما اخترناه أيضاً فرق بين الحثي و الفعلى، غايه الأمر طبّقنا الاقتضائى على الفعلى بحسب الإثبات و اللاقتضائى على الحثي كذلك، فالإيجاب و التحريم لو كانا حثيين ينفذ شرط خلافهما، و كذا لو وجد الحليّه الاقتضائيه الحثيه، هذا.

ثمّ إنّ قد وقع التعبير فى بعض الأخبار فى مقام الاستثناء بتحليل الحرام و تحريم الحلال، فربّما يشكل الحال علينا و على شيخنا المرتضى بالنسبه إلى عنوان تحريم الحلال، إذ لا يتفق مورد و لو واحدا نستفيد عدم نفوذ الشرط فيه بواسطه

هذا العنوان الضابط، إذ موارد الشكّ طرّا صارت محكومه بالنفوذ بحكم الأصل المؤسّس سابقا، وأدّله حليّه الأشياء أيضا لم تتعرّض للحليّه الفعلية الاقتضائية، فينحصر الأمر في الخبر الخاص الذي ورد في مورد خاص بعدم نفوذ اشتراط أمر حلال معلّلا بمخالفته للكتاب، وفي هذا المورد لا نحتاج إلى الضابط المذكور، بل يكفينا الخبر الخاص، فأى فائده في هذا الضابط والحال أنّا لم نقف على مورد واحد يقضى فيه هذا الضابط بعدم النفوذ بلا- مؤنه دليل خارجي؟ وهذا بخلاف الحال في طرف عنوان تحليل الحرام، فإنّ أدّله المحرّمات ظاهره في الحرمة الفعلية، بل لو فرضنا أنّ الاستثناء كان معناه استثناء الشرط الذي يحلّل الحرام الحيثي أعنى: ما كان حراما لولا الشرط لما كان محذور في طرفه أيضا بخلاف طرف تحريم الحلال، فإنّا لو حملناه على الحلال الحيثي فهو موجود و لكنّ الشرط المخالف له فوق حدّ الإحصاء، و لو حملناه على الفعلى لا نجد له موردا إلا في مورد الأخبار الخاصّه، هذا.

و لكن يمكن الجواب على كلا المذاقين بأنّ الإشكال إنّما يرد لو لم نجد و لو موردا واحدا، أمّا لو وجدنا و لو واحدا كفى في صحّه سوق الضابطه، فإنّ ندره المصداق للضابطه لا تضرّ، فإنّه تعرّض للفرد النادر و لا بأس به، و نحن لا نراه مفقود الأثر رأسا، بل من المحتمل قويّا أن يكون حليّه مجامعه الزوجه المستفاده من آيه نِسَاءُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ (1) اقتضائيه و مطلقه فعلية، أمّا الاقتضائية فلأنّنه قضيه حرثيتها أن يجوز لزوجهها الزرع، و أمّا الثانيه فلقضيه عموم أنّى شئتم، و من جملة الأزمنه زمان طرّو الطارئ من الشرط أو غيره.

فيمكن أن يقال: إنّّه لو شرط عدم الجماع مثلا يكون من المخالف للكتاب،

ص: ٤٧١

بل و كذا شرط عدم التزويج بملاحظه قوله صَلَّى الله عليه و آله و سَلَّمَ: «من تزوّج أحرز ثلثي دينه» وقوله صَلَّى الله عليه و آله و سَلَّمَ: «تناكحوا تناسلوا فيأتي أباهي بكم الأمم إلخ» (١)، وكذلك شرط عدم شيء من التصرف رأساً في الملك، ثم بعد استفادته كون الحلّيّه اقتضائيّه في مورد، يصير حالها حال الوجوب و التحريم في استفادته الإطلاق و الفعلية أيضاً، فإن وجه استفادته الفعلية فيهما عرفت أنه ليس إلا كونهما اقتضائيين.

ثم إن هنا عبارته من شيخنا المرتضى ربّما يشتبه المراد منها و يتوهم التناقض بين سطرين متّصلين منها، فإنّه استظهر أنّ المراد الحرام الفعلي و ينادى مواضع عديده من كلامه بذلك، و قال: بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عمّا يجب الوفاء به دليل على إرادته الحرام في نفسه لولا الشرط و ليس كذلك في طرف المحرّم للحلال، فإنّا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا الشرط، لأنّ تحريم المباحات لولا الشرط لأجل الشرط فوق حدّ الإحصاء، انتهى ما أردنا من نقل كلامه - أعلى الله مقامه.

و أنت خبير بأنّه يمكن على ما مرّ من تفصيل الكلام في بيان مراده - من الفعلية و الحيثية، و أنّ المراد من الأولى تعلق الحكم بالذات المرسله و بالثانيه تعلقه بالذات المجرّده بنحو يكون التجرّد قيدياً لئلا ملحوظ القيدية، و أنّ الإرسال في القسم الأول أيضاً ينجز في مقام الأحكام المزاحمه و بالنسبه إلى تعيين حال التزام إلى التعلق بالذات المجرّده من هذه الجهه - أن يقال: بأنّ مراده - قدس سرّه - من هذه العبارة أنّ المحرّمات بحسب أدلّه تشريعها و إن كانت فعلية و متعلقه بالذات المرسله، و لكنّها بحسب دليل الاستثناء عن وجوب الوفاء - الذي هو في مقام تعيين حال التزامه بين الشرط الذي هو عنوان ثانوي و بين ذلك الحرام الفعلي -

ص: ٤٧٢

١- ١) مستدرک الوسائل: الجزء ١٤، الباب ١، من أبواب مقدمات النكاح، ص ١٥٣، ح ١٧.

تكون لا محاله مع التجريد عن حيث الشرطيّه.

يعنى أنّ اللاحظ الحاكم على الحرام المجامع مع الشرط بترجيح جانب الشرط أو جانب الحرام لا بدّ أن يلاحظ وصف الحرمة الغير الآتيه حتّى فى حال طرؤ الشرط، إذ هذا إمّا يوجب التناقض أو توضيح الواضح، إذ لو قدّم جانب الشرط يلزم التناقض و اجتماع الحرمة و الوجوب، و إن رجّح جانب الحرمة يلزم توضيح الواضح.

و هذا بخلاف طرف المحرّم للحلال، فإنّ المراد بالحلال ليس الحلال الحيثى بحسب دليل الشرط و الفعلى بحسب دليل أصل الجعل، فإنّك عرفت أنّ الحليّه بحسب دليل الجعل حيثيه لا فعليّه، و حينئذ فإن أريد بهذا الوصف من الاستثناء أى أريد استثناء ما هو الحلال الحيثى بحسب دليل جعله فيلزم تخصيص الموارد الكثيره الخارجه فى كثرتها عن حدّ الإحصاء.

ثمّ إنّ هنا توجيهين لعبارتى المحلّل و المحرّم الواقعه فى دليل الاستثناء لا بأس بالتعرّض لهما و النظر فيهما:

أحدهما: للمحقّق النراقى -قدّس سرّه- على ما حكى فإنّه -قدّس سرّه- حمل التحليل و التحريم على إرادته الشارط صيروره الحرام الشرعى حلالا شرعيا، كصيروره الخمر مثل الماء و بالعكس، و بعبارة أخرى صورته قصده التشريع و البدعه.

و يرد عليه -بعد ما عرفت أنّ الترخيص و المنع الحاصلين من قبل الشارط يصحّ إطلاق لفظى التحليل و التحريم عليهما، فيقال على المانع عن شرب الماء أنّه حرّمه، و على المرخّص فى شرب الخمر أنّه حلّله و لو لم يصدر منهما التشريع -:

أنّ ما ذكره من البدعه و التشريع أمر غير قابل للوقوع و الظاهر من الاستثناء صورته حفظ القابليّه الذاتيه للوقوع.

و بعبارة أخرى: صورته القابلية للوقوع تحت خطاب أوف، و ما ذكر ليس كذلك، إذ ليس الحليّه و الحرمة الشرعيتان تحت تصرّف العباد، بل ينحصر سببه في جعل الشارع، و ليستا كالملكية الشرعيّه و نظائرها، فإنّها بجعل المكلف و إمضاء الشارع و قد تقدّم إلى ذلك الإشارة في ما سبق.

الثاني: للمحقّق القمّي -أعلى الله مقامه- في رسالته المعموله للمسأله، فإنّه -قدّس سرّه- حملهما على أمر آخر غير ما حمّله المحقّق المتقدّم و لا- قريب منه، و هو أن يراد بهما تغيير الحكم الكليّ الإلهي المتعلّق بالموضوعات الكليّه، فتحرّيم الخمر حكم متعلّق بالموضوع الكليّ المتساوي نسبته إلى هذا الفرد و ذاك و ذاك، و كذلك حليّه الماء، فلو أراد الشارع رفع هذا الحكم الكليّ و تبديله بالضدّ في هذا الكليّ بأنّ رخص في كليّ الخمر في جميع الأزمان و لو بالنسبه إلى شخص واحد من مخاطبي ذلك الخطاب العام، أو منع من كليّ شرب الماء في جميع الأزمان و لو بالنسبه إلى مخاطب واحد، فهذا داخل في الاستثناء، و إنّ أراد التبديل في جزئيّ من جزئيات ذلك الكليّ بأن رخص في شرب هذا الخمر الخاص أو منع من شرب هذا الماء الخاص فهذا غير داخل، لأنّ حكم الجزئيّ معلوم بالتبع و السرايه من الكليّ و ليس حكما مجعولا بالاستقلال، فلا يصدق على تغييره تغيير حكم الشارع و تبديله بالضدّ، و على هذا فنحتاج في الحكم ببطان شرط شرب الخمر الخاص إلى دليل آخر من إجماع و نحوه.

هذا ما قاله -قدّس سرّه-، و أنت خبير بمغايرته مع ما ذكره المحقّق المتقدّم، و إن كان يظهر من كلام شيخنا -قدّس سرّه- رجوعه إليه، و لكنّك خبير أيضا بأنّنا لا- نعقل الفرق بين مخالفه حكم الشرع في الكليّ و بين مخالفته في الجزئيّ في صدق عنوان المخالفه و التحليل و التحريم عليهما في صورته الإطلاق و الفعلية

لحاله الشرط، وكذا في عدم الصدق مع العدم من غير فرق بين القسمين في الصورتين.

الشرط الخامس: أن لا يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد:

إشاره

تفصيل الحال في المقام يقتضى بسط الكلام بحسب ما يتصوّر في منافاه الشرط لشيء. فنقول: هنا أربعة أقسام

الأول: أن ينافى مع ما يقتضيه طبع العقد،

كأن يشترط عدم الانتقال في عقد مقتضى طبعه النقل و الانتقال، ومنه شرط عدم الثمن في البيع، وهذا وإن كان يتحقّق فيه الجّد في الإنشاء و لكن لا يمكن أن يتأتّى بغرض الجّد بوقوع المدلول، لأنّه جدّ بوقوع المتناقضين و هو محال.

الثاني: أن ينافى مع ما لا يكون مقتضى طبع العقد و لكنّه من خواصّه

و آثاره الغير المنفكّه عنه عرفا بحيث لا يرى العرف تحقّق الملزوم بدون تحقّق هذا اللازم، فينجزّ الأمر بالآخره في هذا القسم أيضا إلى التهافت في مقام الجّد بوقوع المدلول بحسب النظر العرفي، فيكون محالا لأوله إلى التناقض.

الثالث: أن ينافى مع ما هو حكم شرعيّ للعقد

مع تمشّي إنشائه و الجّد بمدلوله عرفا، كما إذا كان من حكم عقد البيع مثلا شرعا للزوم بعد التفزق، فاشترط الجواز أو كان من حكم عقد الوكاله مثلا الجواز شرعا فاشترط للزوم، وهذا داخل في الشرط المخالف للكتاب و السنّه.

الرابع: أن ينافى مع حكم الشارع على أمر غير العقد

و الحاصل بسببه كأن يكون من حكم الملك من أيّ سبب حصل بالعقد أو بالإرث أو غيرهما أمرا خاصا فاشترط خلاف ذلك الأمر، وهذا أيضا داخل في الشرط المخالف للكتاب و السنّه.

فعلم ممّا ذكرنا أنّ الذي يصلح عدّه شرطا آخر غير المخالفه هو القسمان

الأولان، و أما الأخيران فالأول منهما و إن انطبق عليه عنوان الشرط المنافي لمقتضى العقد و لكنه ليس عنوانا آخر في قبال شرط المخالفه، و الثانى منهما لا ينطبق عليه العنوان فضلا عن كونه بقبال شرط المخالفه فتبصر.

ثم إنك قد عرفت أنّ مرجع القسمين الأخيرين إلى شرط المخالفه، فلا محاله يدور الحكم بفساد الشرط و العدم مدار كون الحكم الذى خالفه الشرط ثابتا بدليله لمطلق العقد حتى حال الاشتراط منه أو مطلق الأمر الحاصل منه حتى حال الشرط، لا ما إذا كان الحكم مخصوصا بالعقد المطلق أو النتيجة المطلقة، و على هذا فيقع الإشكال فى تمييز مصداق أحد هذين عن الآخر.

لكن يظهر منهم التفرقة بين شرط عدم البيع و الهبه فى ضمن عقد البيع و بين شرط العتق بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتى على البائع و ولده، فمنعوا الأول و جوزوا الثانى، و هذا الفرق فى غاية الصعوبه، فإنه أى فرق بين شرط أن لا يبيع و بين شرط أن لا يفسخ فى مورد الخيار؟ نعم شرط عدم نفوذ البيع أو الفسخ لو أقدم بهما غير مشروع، كما أنّ شرط حصول الاعتاق أو حصول الوقف بدون توطيط إجراء صيغتهما أيضا غير مشروع، و أمّا شرط ترك الفعل فى الأولين فلا فرق بينه و بين شرط الفعل فى الأخيرين، و لا بين ترك فعل البيع و الهبه فى عقد البيع و بين ترك الفسخ فى مورد الخيار.

وجه الصعوبه: أنا لا نستفيد من دليل حلّ البيع أو الهبه إلاّ كونهما حلالين بمعنى عدم المنع فى فعلهما و نفوذهما، لا بمعنى وجود المقتضى فى الحلّ، فإنّ الدليل على تشريعهما قاعده السلطنه و هى و إن كانت بالنسبه إلى كلى السلطنه فى قبال نفيها رأسا تفيد الاقتضاء- إذ لا تجتمع بنظر العرف ملكيه مع عدم السلطنه

للمالك رأسا و كونه كغيره مطلقا-لكنها بالنسبه إلى أشخاص التصرفات الخاصه مثل البيع و الهبه و غير ذلك فلا تفيد إلا رفع الحجر و المنع الثابت في غير المالك، يعنى أنّ المالك من حيث المالكه غير محجور عن التصرف، و لا يقال له كما يقال لغير المالك: لا سبيل لك إلى التصرف، و أمّا إنّه يثبت له كلّ تصرف فهى من هذه الجهه فى مقام السكوت، و لهذا لا يستفاد منها جواز ضرب العصا على رأس الغير حتّى يقع التعارض بينه و بين دليل حرمة الإيذاء.

و من جمله الموارد التى طُبّقوا عليها القاعده المذكوره أعنى: كون الحكم المخالف للشرط ثابتا لمطلق العقد لا العقد المطلق، ما يظهر منهم من الفرق فى اشتراط الضمان بين عقد الإجاره فلا يجوز، و بين عقد العاربه فيجوز.

و الحقّ أن يقال: إنّه إن أخذ فى مفهوم الإجاره الاستئمان المالكى فاشتراط الضمان مناف لقلوله-عليه السلام-: «ليس على الأمين إلاّ-اليمين» و كذلك لو قلنا: إنّه ليس فيه استئمان مالكى، بل يتحقّق مع كون العين فى حفظ المالك و لكنّ الشارع قد استأمن المستأجر فتكون العين أمانه شرعيّه، فإنّ الأمانه منافيه للضمان سواء كانت شرعيّه أم مالكيه، و إن قلنا: إنّه لا أمانه فى البين لا مالكيه و لا شرعيّه، فإنّ دلّ الأخبار الخاصه بعدم الضمان مطلقا على وجه الاقتضاء الفعلى كان اشتراطه مخالفا لتلك الأخبار و إلاّ فلا مانع حسب القاعده.

و أمّا العاربه فإن كانت الأمانه المالكيه أو الشرعيّه موجوده فيها أيضا كما أنّه الظاهر على تقدير القول بذلك فى الإجاره-إذ لا فرق ظاهرا بينهما إلاّ فى مجرّد ثبوت الأجره فى الإجاره و عدمها فى العاربه-فالجواز حينئذ يكون على تقدير ثبوته بإجماع و نحوه استثناء من قاعده الشرط المخالف أو من قاعده الأمانه.

و منها: اشتراط التوارث فى عقد المتمتع بها، فوقع الكلام فى أنها لا ترث مطلقا أو ترث كذلك، أو لا ترث إلا مع شرط الثبوت، أو ترث إلا مع شرط السقوط؟ والأولى التعرض للمسألة حتى يتضح الحال فى المقام، وقبل الشروع نتمن بذكر الأخبار. فنقول والله نستعين:

منها صحيحه البنظى عن أبى الحسن الرضا-سلام الله عليه-«قال: تزويج المتعه نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث إن اشترطت كان، و إن لم تشترط لم يكن» (١).

و منها: موثقه محمد بن مسلم«قال: سمعت أبا جعفر-عليه السلام-يقول فى الرجل يتزوج المرأة متعه: إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و إنما الشرط بعد النكاح» (٢).

و منها: موثقه سعيد بن يسار عن أبى عبد الله-عليه السلام-«قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعه و لم يشترط الميراث؟ قال-عليه السلام-: ليس بينهما ميراث اشتراط أو لم يشترط» (٣).

و منها: روايه عبد الله بن عمرو«قال: سألت أبا عبد الله-عليه السلام-عن المتعه؟ فقال-عليه السلام-: حلال لك من الله و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم، قلت: فما حدّها؟ قال-عليه السلام-: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك» (٤) الحديث.

هذه هى الأخبار المتعلقة بالمقام.

ص: ٤٧٨

١-١) الوسائل: الجزء ١٤، الباب ٣٢، من أبواب المتعه، ص ٤٨٥، ح ١.

٢-٢) المصدر نفسه: ص ٤٨٦، ح ٢.

٣-٣) المصدر نفسه: ص ٤٨٧، ح ٧.

٤-٤) المصدر نفسه: ص ٤٨٧، ح ٨.

و حينئذ فنقول و على الله التوكّل: إنّ الخبر الأول صريح فى ثبوت الإرث بالاشتراط و عدمه عند العدم، و احتمال إرادته الوصية بعيد فى الغايه، بل لا يحتمل، و لا يعارضها الخبر الثانى الدالّ بظاهره على ثبوت الإرث ما لم يشترط السقوط، لقابليته للحمل على إرادته إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا الأجل، فيوافق مع ما دلّ على أنّه فى صورته عدم ذكر الأجل فى المنقطع ينقلب إلى النكاح الدائم و البات، و قوله إنّما الشرط بعد النكاح بمنزله البرهان للحكم، يعنى أنّ محلّ الشرط بعد استقرار النكاح، و لازمه أنّه إن جاء الشرط يوجب قطع سلسله النكاح، و إلاّ فالنكاح قد استقرّ و لم يجرى ما يرفعه، فيكون لا محاله دائما لا منقطعا.

و كذلك لا يعارضه الخبر الرابع، فإنّ المراد بالحدّ فى كلام السائل، الظاهر أنّه الفرق المائز بين المتعه و الدوام، و لهذا اقتصر الإمام -عليه السلام- بذكر أحد الفروق، و يكفى فى الفارقية أنّ المتعه من حيث هى لو خلت و طبعها ليس فيها اقتضاء العدم، فلا ينافى أن يجيء الإرث باقتضاء من الخارج، و الحاصل ليس المستفاد منه إلاّ أنّ المتعه مثل الأجنبية، و من المعلوم أنّ الأجنبية ليس فيها اقتضاء الإرث.

نعم لو كنّا و هذا الخبر لم يمكن لنا القول بجواز هذا الشرط بمجرد عموم دليل الشرط، لأنّه من الشرط المخالف و يكون كاشتراط إرث الأجنبي، و هو و إن كان من عدم الاقتضاء لا اقتضاء العدم -كما عرفت- لكن حال الإرث كحال الزوجية، فإنّ عدم زوجية الأجنبية ليس أيضا إلاّ من باب عدم المقتضى، و مع ذلك لا يصحّ اشتراط حصول الزوجية، و السرّ أنّ الشارع جعل سبب الزوجية و كذا الإرث أمرا خاصا ليس الشرط منه، فاشتراط ثبوتها بالشرط مخالف لهذا الجعل.

هذا بحسب العموم و أمّا إذا ورد النصّ من الشارع فنقول بنفوذ الشرط

و نجعله إمّا تخصيصاً في دليل الشرط المخالف، وإمّا نقول: إنّها بهذا الشرط يحصل لها تعلق بالميت و تخرج عن كونها أجنبيّه، فلا يكون مخالفاً للكتاب و السنّه، و بالجمله بعد ورود الدليل لا إشكال و لو لم يكن لنا عموم «المؤمنون».

و أمّا دعوى أنّه ليس شرطاً مخالفاً إذا الموت سبب لكن في تقدير ضمّ الشرط.

ففيها، أنّ هذا المعنى لا يمكن تطبيقه على القاعده، بمعنى أنّه لا يمكن القول به بمجرد عموم دليل الشروط، و ذلك لأنّ مفاده أنّ الشرط سبب مستقلّ بدون تصرّف و تغيير من ناحيته في الأحكام الأوّليه، فإنّ العناوين الثانويه لا تغيير الأحكام المتعلّقه بالعناوين الأوّليه، و لا تقيدها أيضاً بصوره وجود أنفسها مع أنّ التقييد أيضاً مخالفه، و على كلّ حال فالأمر سهل بواسطه النصّ الخاص و لو لم يكن ذلك العام.

و إذن فيبقى الكلام في معارضه الخبر الأوّل مع الثالث الناصّ في نفى التوارث سواء شرط أم لا، و لا يمكن رفعها بحمل الثالث على إرادته شرط السقوط، يعنى أنّ عدم التوارث لا- يحتاج إلى الاشتراط، و إنّما المحتاج هو ثبوت التوارث حتّى يجامع مع مضمون الأوّل، و ذلك لأنّ قول السائل في السؤال: يتزوج المرأه متعه و لم يشترط الميراث، لا- يقبل الحمل على إرادته اشتراط العدم، لأنّه مثل قولك:

يشترط في الصلاه الطهاره، فإنّه لا يقبل الحمل على اشتراط العدم، فإنّه و إن لم يذكر إلاّ الماهيه بلا تقييد بالوجود لكنّ الظاهر بحيث يقرب من الصريح من التعليق على الماهيه عند الإطلاق هو إرادته الوجود، و إذن فيصير الجواب أيضاً ظاهراً قريباً من الصريح في إرادته عين ما أراد السائل من اشتراط الثبوت، يعنى:

ما توهمت من أنّ شرط الثبوت يثمر فاسد، فإنّ الميراث منفيّ بلا فرق بين اشتراطه و العدم.

و إذن فالحق أنّ حال هذه الروايه مع الروايه الأولى نظير الروايتين الواردتين في أنّ «ثمن العذره سحت» (١) و أنّه «لا- بأس ببيع العذره» (٢) فإنّ الظاهر من بعض أنّه يعامل معهما معاملة المقطوع الصدور عن الحجّه، فإنّه كما في صورته القطع لو كان في أحدهما احتمال و لم يكن في الآخر لحملنا ذلك المحتمل على ذلك الاحتمال كذلك في صورته التعيّد بالصدور، فيحمل إحدى الروايتين أعنى: روايه عدم البأس على عذره مأكول اللحم و الأخرى على غيره، و في المقام أيضا يحمل الروايه الظاهره القريبه من النصّ على إرادته شرط السقوط.

و لكنّ الحقّ كما قرّرنا في الأصول أنّه لا بدّ في الجمع العرفي من عدم خروج التكلّم عن رسم المحاوره و قانونه، و من المعلوم أنّه خارج من رسمها مثل هذا التكلّم و ليس حاله حال حمل العام على الخاص أو المطلق على المقيّد، فإذا كان الحال مثل ما نحن فيه ينقذح الشكّ في السند و يصير احتمال التصرّف في الدلاله مع التصرّف في السند في عرض واحد، و هذا معنى التعارض و لا محيص عنه كما لا طريق إلى إحراز أنّ أيّ الروايتين أصحّ و أعدل سندا، و مخالفه العامّه مشتركه بينهما.

و أمّا القول بأنّه يرجع إلى عموم آيه إرث الزوجه، على ما هو المقرّر في صورته تعارض الخاصّين من الرجوع إلى العامّ الفوق و يساعده العرف و الشرع، أمّا العرف فإنّ الخاصّ بحجّيته يزاحم العامّ و لا حجّيه له مع فرض المعارض، و أمّا الشرع فلقوله في أخبار علاج التعارض من الرجوع إلى عام الكتاب و السنّه.

ففيه: أنّ الروايتين كليهما مشتركتان في تخصيص الآيه و أنّ الزوجيه في حقّ

ص: ٤٨١

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤٠، من أبواب ما يكتسب به، ص ١٢٦، ح ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: ح ٢، ٣.

المتعه قد انفكت عن التوارث، غايه الأمر إن إحداهما ناصه بعدم فائده فى الاشتراط أيضا والأخرى مثبته له تلك الفائده مع الموافقه للأولى فى النفى عن الزوجيه، ومفاد الآيه أن الزوجيه كالأبنيه مؤثره فى التوارث، وهذا المعنى خلاف ما نطقت به الروايتان معا، فلا محيص إلا عن رفع اليد من الآيه على ما هو الحق من تخصيص الكتاب بخبر الواحد، ويبقى التعارض فى نفس الخبرين.

ويمكن أن يقال: نرجع بعد معارضتهما إلى ما يستفاد من الكتاب والسنة من حصر أسباب الإرث فى النسب والسبب وليس الشرط داخلا فيهما، هذا.

الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا يوجب جهاله فى البيع،

إشاره

قد يقال: التكلّم فى هذا المقام من جهتين، الأولى: أن الغرر المنفى فى البيع هل يشمل مثل هذا الغرر الآتى من ناحيه الشرط أو لا؟ بمعنى أنه لا يحكم بفساد البيع وإن فسد الشرط، لأن البيع غير غررى وإن كان الشرط غررىا.

والثانيه: بعد الفراغ عن ذلك هل مطلق الجهاله فى الشرط مضرّه وإن لم يدخل تحت عنوان الخطر؟ كما إذا شرط فى ضمن عقد البيع الخيار إن جاء ولده من السفر، حيث إنه إن لم يجئ لا- يحتاج إلى المدار وإن جاء فسخ البيع، وهذا حال البائع وأما المشتري فإما أن يدخل فى ملكه الدار وإما يعود الثمن فى كيسه، فخاطره مطمئن عن ورود المحذور، أو إننا ندور مدار الخطر.

أما الكلام فى الأولى:

فاعلم أن بعض الأمور التى تنتقل مع المبيع إلى المشتري قهرا لا تضرّ جهالتها وإن كانت صاحبه قيمه غاليه، مثل مفتاح الباب و نعل الدابّه و أمثالهما ممّا ينتقل بلا قصد من المتبايعين نظير انتقال رجل الدابّه معها، فلا يضرّ جهاله هذا وإن كان ربّما يبلغ قيمته إلى مقدار معتدّ به.

ولا شبهه أن الشرط ليس من هذا القبيل، لأنّ للقصد فيه مدخلا، وليس

أيضا من قبيل قصد و إنشاء مستقل غير مربوط بالبيع نظير البيعين لشيئين أحدهما معلوم و الآخر مجهول، بل القصد البيعى منوط و مربوط بالقصد الشرطى على وجه لا يلزم من فساد الشرط فساد البيع و لكن يوجب الخيار فيه، فمرتبه برزخ بين الاستقلال و الارتباط.

و الحاصل: جمعهما إنشاء واحد لا إنشاءان، و حيثذ فيصح أن يقال: إن هذا الإنشاء الواحد البيعى يكون فيه غرر و إن كان عند الانحلال ليس الغرر فى حيث بيعته و لكن إذا صح إضافة الغرر إلى البيع كفى فى البطان. و بعبارة أخرى يصدق أن الشرط فى ضمن البيع و يصدق أن الشرط غررى، فيصدق أن الغرر يكون فى هذا البيع و الشارع حكم بالفساد مع هذا الصدق، فعلم أن هنا لا- يجىء الكلام فى أن فساد الشرط لا- يوجب فساد المشروط، غاية الأمر إيجابه الخيار فى المشروط. هذا محصل الكلام فى الجبهه الأولى.

و أما الجبهه الثانيه:

فاعلم أننا لو كنا نحن و كلمه «نهى النبى عن بيع الغرر» أو «عن الغرر»، و لم يكن فى البين إجماع من الخارج يكشف عن علم وصل إلى الأصحاب صدرا بصدور عن الأئمة الأطياب- عليهم صلوات الله الملك الوهاب- لما فهمنا من هذه الكلمه فى العرف معنى مطلق الجهاله، فإن قولنا فلان مغرور، أو غرّه فلان ليس معناه الإلقاء فى المجهول بل المراد الإلقاء فى المحذور من حيث لا يشعر، فالجهاله مأخوذه فى معناه.

و الحاصل من ملاحظه موارد الاستعمال و المتبادر منها إلى الذهن هو كون النفس غير مستريحه من جهه عدم تجاوزها عن فوت أمر محبوب أو وقوع أمر مبغوض، و لكنّه من حيث وقوعه و عدم وقوعه فى تشويش و اضطراب، و يدعو الله تعالى لوقوعه أو لا وقوعه.

فالمقصود-والله أعلم-من هذه اللفظه فى الحديث الشريف أنه إذا أوقع البيع الإنسان فى هذه الحالة بحيث كان السبب له هو البيع فهذا البيع فاسد، و لا- يصح قياس المقام بالطريق المخوف حيث إنه لا- يخرج عن المخوفيه و لو كان شخص السالك مستريح النفس من جهة عدم مبالاته بالمحذور و الابتلاء بالسارق و السبع، فإن المراد بالخطر هناك خصوص خطر النفس، و أما إذا أريد الخطر بقول مطلق كما فى المقام-حيث ليس الخطر فيه مضافا إلى المال حتى يقال بحصوله فى المقام عند حصول غرض للإنسان لا- يبالي مع وصوله بقله المال و كثرته، كما إذا باع داره من رجل عالم بغرض أن يستفيد منه و لو فلسا واحدا يتبرك به بحيث كان تمام غرضه التبرك بما يخرج من يديه و صار بصدد البيع لأجل التوسيل إليه، و لا- يبالي فى نيل هذا المقصود بخروج المال الكثير من كيسه أو القليل فعدم علم هذا الشخص بالثمن لا يصدق عليه الغرر إلا إذا قام الإجماع بمضريه مطلق الجهاله.

و الشاهد أيضا على ما ذكرنا أننا لا نجد من أنفسنا صدق الغرر فى ما إذا تردد أمر المبيع بين كونه منّا من حنطه جيده مقومه بقرانين أو مئتين من حنطه رديه مقومه أيضا بقرانين، و وجهه أنّ النفس خاليه عن التشويش و الاضطراب. و كذا فى ما إذا كان بإزاء فوت قدر معتدّ به من المال غرض عقلايى، كما إذا كان بإزاء فوت مئتين من التبن لو سامح و لم يوزن و اكتفى بالتخمين و المشاهده حفظ وقته و عمره عن الصرف فى مده مديه لأجل تعيين هذا الحال فهو عند هذا الدوران يتجاوز عن فوته و لا يغتم به و لا يعتنى بشأنه، فيخرج عن الاضطراب فلم يوقعه البيع فيه.

لا يقال:الأغراض الخارجة عن المعامله لا تورث تغييرا بالنسبه إلى

المعاملة، فكما أنّه لو شككت في أنّ الدواء الفلاني هل ينتفع في رفع داء ك أو لا؟ لا يضرّ بعدم غرريّه معامله كذلك هذه الأمثله التي ذكرت الطمأنينه فيها من حيث الأغراض الخارجيه غير مثمره بعد ما كانت معامله من حيث إنّها معامله غرريّه.

لأننا نقول: المعيار حسب ما عرفت من التبادر صيروره البيع و معامله سببا لهذا المعنى، و في المثال الذي ذكرت الغرر الموجود غير مستند إلى معامله، لأنّه موجود مع عدمها و أمّا في الأمثله التي ذكرنا لو فرضنا عدم الغرض العقلاني الذي ذكرناه بإزاء فوت المال كان يصدق أنّ معامله أورثت الغرر و الخطر، و أمّا مع وجوده فلا يصدق الغرر، و وجهه أنّ الغرر حسب القاعده لا بدّ أن يلاحظ شخصيًا لا- نوعيًا، و كذلك لا بدّ أن يلاحظ بقول مطلق لا مضافا إلى خصوص المال، و حينئذ فلا محيص عمّا ذكرنا، هذا ما يستفاد من هذه اللفظه، فإن كان إجماع فهو المتّبع و إلّا فلا دليل على إضرار مطلق الجهاله، و روايه دعائم الإسلام من المحتمل أن يكون التفسير لصاحب الدعائم لا الإمام- عليه السلام.

الشرط السابع: أن لا يكون الشرط مستلزما للمحال:

و قد مثل لهذا السيد الطباطبائي المحشّي لمكاسب شيخنا المرتضى- قدّس سرّهما- بما إذا نذر الإنسان كون ماله المعين لزيد لو وجب عليه كنس المسجد، ثمّ باع هذا المال من عمرو و شرط عليه المشتري كنس المسجد، فهذا الشرط لو كان صحيحا يلزم منه وجوب الكنس و يلزم منه حسب نذره انتقال المبيع إلى زيد و هو مستلزم لفساد البيع، فيلزم من وجود هذا الشرط عدمه.

لا يقال: إذا انتقل المال بالبيع إلى عمرو لا يبقى محلّ للانتقال إلى زيد. لأننا نقول: هذا فرع أن يكون الانتقال إلى زيد متأخرا عن الانتقال إلى عمرو و هو ممنوع و إن كان متأخرا عمّا هو في عرض الانتقال إلى عمرو من وجوب الكنس، إذ لا

يلزم أن يكون المتأخر عن أحد المتساويين في الرتبة متأخرا عن الآخر بعد عدم تحقق ما هو ملاك التقدم و التأخر في ما بينهما من العلية و المعلوليه و التأثير و التأثر، هذا ما قاله-قدس سره.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ-دام ظلّه-بأنه بعد كون التقدم بالعله تقدما حقيقيا و إن كان ليس في الزمان، فإن حقيقة التقدم غير موقوفه على الزمان كما هو واضح، و لا- محاله يكون في الآن العقلي الذي لا يحتويه الزمان، لأن الزمان تدريجي و هو أمر بسيط كما يكون الفصل و الوصل متحققين خارجا في الآن لا الزمان، فالتقدم هنا أيضا يكون فيه، فيكون المعلول لا محاله متصفا بالليسيه و الانعدام في ذلك الآن و إن اجتمعا في الزمان، و ليس هذا قولاً بتركب الزمان من الأجزاء الغير المتجزيه، فإن الآن الأول و الآن الثاني أمران كزريد و عمرو لا يرتبطان بالزمان. أ لا ترى أنه قبل خلق الفلك و حركته كان في البين سبق و لحوق مع عدم الزمان؟ و بالجملة بعد انعدام المعلول حقيقه في ذلك الآن يكون ما في العرض للعله متقدما عليه، لأنه كان في ذلك الآن و هذا معنى التقدم.

ثم إنه حكى عن العلامه التمثيل للمقام بشرط البيع على المالك في ضمن البيع و أنه مستلزم للدور، فاستشكلوا عليه بأن المملكه غير موقوفه على تحقق الشرط حتى يلزم ذلك، و إنما هذا شأن الشرط الأصولي و هو غير محل الكلام لكونه تعليقا باطلا، و بعد ما كانت المملكه حاصله من حين العقد و إنما المتأخر إنما هو اللزوم فلا مانع من اشتراط البيع على المالك كما على غيره، فإن المتوقف على البيع هو اللزوم، و ما يتوقف عليه البيع هو أصل المملكه فلا دور، و أيضا يرد عليه النقض باشتراط الوقف على البائع و ولده، و أما النقض باشتراط البيع على غير البائع فقد أجاب هو-قدس سره-عنه بأن البيع على غير البائع لا يتوقف

على الملك لصحّه كونه على نحو الوكاله و الفضوليّه، هذا محصّل ما قاله و استشكلوا عليه.

قال شيخنا الأستاذ-دام ظلّه-: بأنّ العلامه لا- يليق بشأنه أن يقول ما لا يرضاه أدنى محصّل، و على هذا فنقول: يمكن أن يكون نظره-قدّس سرّه- إلى مقدّمه لو كانت مخدوشه لكنّها علميّة نظريّه قابله لأن تصدر من ذلك العالم العلامه-أعلى الله مقامه- و هي:

أن يكون من شرط صحّه البيع أن ينقطع علاقه السبب المتقدّم بالنسبه إلى المالك المتقدّم الذي يراد تأثير السبب الآخر للملكيه في حقّه بالمزّه و لم يبق من أثره شيء، و هو لا يكون إلاّ بعد استقرار الملك في حقّ المالك الثاني، فإنّه مع بقاء التزلزل لم تنقطع العلاقه بين المال و المالك الأوّل بالمزّه بل بقيت علاقه ضعيفه بحيث له السلطنه على إرجاع عين الملكيه السابقه بشخصها، فيكون حال هذا المال بالنسبه إليه حال الزوجه المطلّقه الرجعيّه في أنّها و إن انقطعت العلاقه الزوجيه عنها لكن لا بالمزّه بل بقيت منها علاقه ضعيفه، و لهذا تمنع من تجديد العقد و تأثير السبب الجديد فيها، فما دام هذه العلاقه باقيه لا يؤثّر السبب الجديد، فإذا انقضت العلاقه بالتمام يجيء محلّ تأثير السبب الجديد، هذه هي المقدّمه النظرية التي لا بدّ عن التكلّم فيها مع العلامه-قدّس سرّه.

و أمّا بعد تسليمها فكلامه-قدّس سرّه- متين و لا يرد شيء من الإشكالات عليه، لأنّ تقريب الدور حينئذ واضح، لأنّ الاستقرار موقوف على البيع و البيع حسب الفرض موقوف عليه، و أمّا النقض بالبيع على غير المالك فواضح الدفع كما ذكره نفسه-قدّس سرّه-، لأنّه غير متوقّف على أصل الملك فضلا عن استقراره، فقلوله بجواز جريانه مجرى التوكيل و الفضوليّه ليس معناه أنّ المشتري لو

باعه يكون وكيلا أو فضوليا، بل المقصود أنّ البيع على غير المالك الأول لا يتوقف على ملكيه هذا المشتري المتصدى للبيع عليه فضلا عن توقفه على استقرار ملكه.

و أما النقض بالهبه و التمليك بالصلح في زمن الخيار على البائع فيلتزم بعدم صحه كلّ ذلك و ليست المسأله إجماعيه و لا من المعلوم كونه من مذهب العلامه، مع أنّه لو فرض لا يضّرّ لكونه من اختلاف الرأى. و بالجمله فكلامه في غايه المتانّه على تقدير صحه المقدمه، نعم هي في غايه الإشكال و مسأله نظريّه علميه لا يسهل الجزم بأحد طرفيها.

الشرط الثامن: أن لا يكون الشرط ابتدائيا:

اعلم أنّ هنا محلين للكلام:

الأول: هل الشرط الابتدائي يفهم من الأدله وجوبه و نفوذه أو لا؟ و الثاني: بعد عدم فهمه و اختصاص الأدله بما في ضمن العقد هل الشرط الذى يذكر قبل العقد ثم يوقع العقد مبتنيا عليه داخل في الأدله أو لا؟ و محلّ كلامنا الآن في الثانى.

فنقول: تاره يكون المتحقق هو التعهيد و الالتزام المستقلّ السابق على العقد، ثمّ لما يوجب الاطمئنان للطرف بوقوع المتعلق يقدم على إيقاع العقد مطلقا غير مربوط. و بعباره أخرى يكون الغرض شيئا واحدا خاصيا و هو بيع الدار بالثمن المعين مع ضمّ الخياطه، و لكن لما يكون القيد بنظره حاصلا في المستقبل حسب تعهيد المشتري يقدم على بيع داره عليه بلا شرط في ضمن البيع.

و هذا ظاهرا لا- ينبغى الإشكال في عدم الاعتبار به لرجوعه إلى مجرد الداعويه و تخصيص الغرض، و من المعلوم أن لا عبره بخصوص الغرض، بل بعموم العقد، و هنا أيضا حسب الفرض قد أقدمنا على أمرين و فعلا فعلين صار أحدهما داعيا إلى الإقدام على الآخر من دون ربط في العقد المتأخر، فإذا كنّا معتبرين بالشرط

المذكور في ضمن العقد فهذا ليس من هذا القبيل، لعدم تحقق الضمته فيه.

و أخرى يكون التواطؤ بينهما على أن يوقعا عقدا خاصا بخصوصيه كونه مشروطا بكذا فيتراضيان و يوقعان العقد من دون تسميه الشرط اكتفاء بالذکر السابق نظير ما إذا عيّن الثمن و المثلث فقال المشتري للبائع: هل أنت راض؟ فيقول: نعم، فقال له: بيع، فقال: بعت، و قال المشتري: اشتريت، فإنه من قبيل حذف ما يعلم و يكون العقد مخصوصا في التيه مع اقترانه بالدال العرفي، و مثاله في ما نحن فيه أن يقول: هل أنت مقدم على أن تبيع دارك بشرط الخياطه بمائه درهم، فيقول: نعم، فيقول: بيع، فيقول: بعت، فيقول: اشتريت، فإنه لا ينبغي الشك ظاهرا في أنّ هذا عند العرف شرط في ضمن العقد، و ليس العقد أمرا منفكاً منحاذا عنه، بل البيع وقع مخصوصا بخصوص الشرط كخصوصيه الثمن و المثلث المعينين في المثال السابق، فلو كان القول باللغويه و عدم التأثير في مثل هذا الفرض فلا بد له من تعبد خاص كما ربّما يقال في باب عقد الانقطاع بالنسبه إلى تعيين الأجل كما أنه في الفرض المتقدم يكون لغوا حسب القاعدة.

فإن قلت: أي فرق بين باب الشرط و بين باب الأوصاف، فإن ذكرها قبل العقد يوجب تقييد العقد بخلاف الشرط على ما قرّرت في الفرض الأول، مثلا إذا قال: لي عبد كاتب، فقال: بعنيه، فقال: بعتك، ينصرف إلى المتقيد بالكتابه، و أمّا إذا قال: إنني متعهد لمن ابتاع مني هذا الفرس بخياطه ثوبه، فقال: مشتري بعنيه، فقال: بعتك، فلا يصير البيع متقيدا بالشرط.

قلت: السرّ أنّ المتعارف في الأوصاف التي تتفاوت قيمه بتفاوتها كونها بنحو القيد في المبيع لا صرف الداعويه، و ليس هكذا الحال في الشرط، فإنه ليس المتعارف في البيع أن يقع مع الشرط، فلهذا لا يوجب الذكر المتقدم إلا صرف

الداعويّه في البيع المتأخر بدون إيرات تقييد فيه، فتدبر.

ثم بعد البناء على عدم صحّه هذا الشرط هل يحكم ببطلان العقد مع الابتاء عليه أو بصحّته و لزومه، أو بصحّته مع الجواز؟ قد يقرب الأوّل بأنّه كما أنّ عدم ذكر بعض الثمن في الصيغه صريحا أو تمامه مثل أن يقول: تبيعني ثوبك بدرهم؟ فيقول: نعم، فيقول: بعني، فقال: بعته، فيقول: اشتريته، موجب للبطلان على ما ذكره الشهيد- قدس سرّه- في غايه المراد، لعدم الاستغناء بالذكر السابق مع القصد و الإحضار في الذهن بل لا بدّ من اللفظ الصريح، كذلك حال الشرط المنويّ مع الذكر السابق و عدم الإتيان به في العقد صريحا.

و لكن يمكن أن يقال بعد أخذ تلك الكبرى من الشهيد- قدس سرّه- تعبداً، بالفرق بين الثمن و أبعاضه الحقيقيه و بين الشرط بأنّ الثمن و أبعاضه جزء للعقد بمفهومه و أمّا الشرط فهو كالجزء بوجوده يعني أنّه لو وجد خارجا يصير جزءا أو كالجزء، بخلاف الثمن، فإنّ جزئيته مطلقه، فإنّ المبادله محتاجه إلى الطرفين، و أمّا الشرط فهو إن وجد يصير تتمه للمبادله و تابعا لها و جزءا، و إن لم يوجد فليس ما وجد مسلوبا عنه اسم حقيقه المبادله البيعيه، فإذا فرضنا أنّ الذكر اللفظي به قوام تحقّق أجزاء البيع و شروطه كالأخذ المعنوي فإنّ أحلّ بالثمن أو المثلث فهو كما إذا نوى المبادله بشيء واحد فإنّه غير واقع، لأنّ المبادله غير متحقّقه إلاّ بطرفين، فكذا إذا كان من جزء سبب تحقّقها الذكر الصريح و لم يتحقّق هو إلاّ بالنسبه إلى أحد العوضين فإنّ المبادله الخارجيه غير متحقّقه لعدم العوض له.

إن قلت: فما تقول في ما إذا خصّ بعض الثمن بالذكر مع تمام المثلث؟ قلت: إن كان المثلث قابلاً للتبويض فهو منحلّ إلى بيوع فقد تحقّق سبب

البيع بالنسبه إلى المقدار المذكور مع ما يقابله من المبيع و يبقى باطلا بالنسبه إلى غيره و ما يقابله، و أما إذا لم يكن شيء ذو أبعاد بل كان بسيطا فلا محاله لا بد من عدم وقوع البيع، لأنّ المقابله بين هذا المبيع و هذا المقدار لم يكن مقصودا، و ما هو المقصود ليس بمذكور، فالإخلال وقع لا- محاله بما هو الركن و الجزء المطلق في المبادله على كلّ حال، و ليس هكذا حال الشرط، لأنه لم يقع بإزائه إنشاء شيء من العوضين، فأركان المبادله متحقّقه لفظا و معنا، نعم قد أخلّ بشيء لو تحقّق سبب وجوده معنا و لفظا يصير جزءا و إلّا فليس مأخوذا بمفهومه في حقيقه البيع، هذا.

و قد يقرب الأوّل أيضا بأنّه لا سبيل إلى الصحّه بأحد وجهيها من اللزوم و الجواز، أمّا الأوّل: فلاّنه حرج على العاقد، لأنّه لم يعقد إلّا- على الخاص، فلزوم غيره عليه حرج عليه، و أمّا الثاني: فلاّنه المفروض عدم نفوذ الشرط، و كان هو المحقّق لحقّ للمشروط له من توابعه اختيار الفسخ، فإذا فرض عدم تحقّق الشرط فلا موجب لثبوت الحقّ فلا موجب للخيار.

و فيه: أنّه بعد أنّ دليل الصحّه مغاير لدليل اللزوم و أنّ البيع المذكور مشمول لكليهما في حدّ ذاته فدليل الحرج لا يصلح إلّا لتخصيص خصوص دليل اللزوم، لأنّه هو الذي ينشأ منه الحرج، فإذا ارتفع اللزوم و بقيت الصحّه فلا معنى له إلّا الخيار، و من هنا يمكن أن يقال في كلّ شرط فاسد بعدم إفساده للعقد، و إنّما يوجب الخيار للشارط، فتدبر.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط، و فيه: أنّ الوجه في البطلان مع التعليق لا يخلو من أمور، إمّا أنّه السرايه إلى أصل البيع و أنّه لا بيع مع عدم المعلق عليه للشرط لأنّه لا شرط و المفروض تعليق البيع عليه، و المعلق على المعلق

على الشيء معلق على ذلك الشيء، وفيه: أنّ التعليق في البيع على الشرط ليس تعليقا أصوليا بل فقهيًا بمعنى أنه التزام فعلي في ضمن الالتزام البيعي.

وإما أنه تعليق الثمن فلا ثمن مع عدم المعلق عليه، وفيه: أنّ الثمن أيضا موجود على كلا التقديرين، غاية الأمر يختلف حدّه.

وإما رجوعه إلى البيع بثمانين على تقديرين، وفيه: أنه مع عدم لزوم الغرر و الخطر العرفي كما هو المفروض - حيث إنّ الكلام مع صحه البيع من الجهات الأخرى - لا مانع منه، والخبر الذي ورد في النقد بكذا و إلى أجل بأزيد بالبطلان يقتصر على موردّه.

وإما لنفس التعليق في الشرط و أنه من العقود، فيوجب تعليقه بالبطلان فيكون الشرط فاسدا دون العقد بناء على عدم إفساد الشرط الفاسد، وفيه: أنّ وجه بطلان التعليق في سائر العقود إما الاستحالة العقلية و قد برهن في محلّه عدمها، و إما الإجماع و القدر المتيقن منه غير الشرط، و إما ما أشرنا إليه سابقا من انصراف عناوين العقود إلى الفعليّات دون التعليقي منها لعدم تعارف التعليق فيها، مثلا - البيع معلقا على ملكيه المبيع أو التزويج معلقا على تولّد الصبيّه غير متعارف سواء جعل القيد قيّدا للهيئه أم للماده، و ليس هكذا الحال في الشرط، فإنّ التعليق متعارف كما في بيع الخيار و اشتراط التزام كذا على تقدير كشف الفساد من غير فرق أيضا بين جعل القيد للماده أو الهيئه.

نعم يمكن في باب الوكالة دعوى الفرق بين النحويين بمعنى أنّ جعل القيد للهيئه بأن لا تكون الوكالة فعلا محققه، بل بعد حين ممّا يكون التعارف على خلافه، بخلاف جعله قيّدا للماده.

ثمّ إنّ الشرط الثامن بعض أفراده مبنيّ على فساد الشرط الابتدائيّ و تكلمنا

على مفروغيه هذه الجبهه و إن كان بعض أفراده و هو ما كان السابق على العقد مقاوله صرفه غير مبنئ عليه، فالأولى صرف عنان الكلام فى هذه الجبهه.

فنقول: ذكر بعض أهل اللغة أنه التزام فى التزام لا يدل على عدم كونه حقيقه فى الابتدائى، كما أن بعض الإطلاقات مثل «شرط الله قبل شرطكم» و «ما الشرط فى الحيوان» (١) لا يدل على الوضع للأعم، إذ من المحتمل كون الأول من قبيل فاعتيديوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (٢) و «قلت اطنخوا لى جبّه و قميصا».

و كون الثانى بمناسبه أن الله المالك للمتعاقدين إذا ضم إلى عقدهما شيئاً، فهو كما إذا ضمّهما بأنفسهما، و كما إذا ضمّهما بالخيار كان يستحق اسم الشرط كذلك إذا ضمّ المالك لهما و لعقدهما.

نعم فى بعض الأخبار أطلق على النذر أو العهد، و الخبر مذكور فى باب المهور من الوسائل و هو خبر منصور بزرج (٣) فراجع و علل عليه السلام -نفوذه بقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤) و أيضاً شمول قوله تعالى أو فؤوا بالعقود (٥) بناء على أنه العهد واضح، و المسأله ليست بإجماعه على ما يظهر من السيد الطباطبائى المحشى لكلام شيخنا المرتضى قدس سرهما. فالقول بنفوذ الشرط الابتدائى قوى.

ثم لو كان الشرط على ضرر الغير، فلا - إشكال فى اعتبار قبوله بمعنى إنشائه للقبول لا مجرد إحراز رضاه القلبى، و أمّا إذا كان لنفعه فالقول باعتبار قبوله بهذا

ص: ٤٩٣

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، ص ٣٤٩، ح ٥.

٢- ٢) البقره ١٩٤/.

٣- ٣) معرّب «بزرك» منه - دام ظلّه.

٤- ٤) مستدرک الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٥، من أبواب الخيار، ص ٣٠١، ح ٧.

٥- ٥) المائده ١/.

المعنى لم يقم عليه دليل بل مقتضى القاعده الحاصله من تتبع حال العرف فى أمثال هذه المعاملات من هبه الغير و إبراءه عدم الاحتياج إلى غير عدم الردّ من ناحيه ذلك الغير بعد الاطلاع، فإذا أهدي إلى غيره هديّه فلا يحتاج علاوه على عدم الردّ إلى إنشاء قبول من المهدي إليه، بل نقول لو كان أحد وليًا على صغيرين فباع مال أحدهما من الآخر فلا دليل يدلّ على الحاجه إلى مزيد من إجراء صيغت بت، نعم لو كان إجماع فهو و إلا فمقتضى القاعده عدم الحاجه، هذا.

القول فى حكم الشرط الصحيح:

اشاره

و تفصيله أنّ الشرط قد يتعلّق بالفعل و قد يتعلّق بالوصف، و قد يتعلّق بالنتيجه، و الأوّل قد يتعلّق بفعل نفس الشارط و قد يتعلّق بفعل الغير، و المتعلّق بفعل الغير على أنحاء، لأنه قد يلزم الغير بالتعهد للفعل و يلزم الطرف بالتعهد لذلك المتعهد به، و قد يلزم على الطرف ابتداء فعل الغير كما يلزمه فعل نفسه و له اعتبار عرفا، و قد يلزم على الغير فعلا بدون ارتباط بالطرف، ففى القسمين الأوّلين يتحقّق للمشروط عليه الذى هو طرف العقد عهدته ذلك الفعل المشروط مع تحقّق العهده فى أحدهما على ذلك الغير أيضا و بدونه فى الآخر و أثر العهده فى حقّ الغير هو الحكم التكليفي فقط، و فى حقّ هذا الطرف اختيار المشروط له على الفسخ عند تخلف ذلك الغير، و فى القسم الأخير لا عهدته إلا بالنسبه إلى الغير و لا أثر بالنسبه إليه إلا صرف التكليف، و لو تخلف فلا حقّ للمشروط له على فسخ المعامله، لأنّ طرفها صاحبه الذى لا عهدته عليه، فلا استحقاق عليه حتّى يكون من أثره جواز فسخ العقد الواقع معه.

و أمّا الثانى: فلا إشكال فى اعتبار العهده و الالتزام فيه عرفا و له أيضا أثر و هو جواز الفسخ عند العدم و إن لم يكن أثر تكليفي كما هو واضح.

و أمّا الثالث: فقد جعله شيخنا المرتضى قسمين: الأوّل: أن يرجع إلى شرط

التحصيل و هو يرجع إلى القسم الأول و لا إشكال فيه، و الثاني: أن يكون الالتزام متعلقاً بنفس النتيجة، قال شيخنا الأستاذ هذا أيضاً على قسمين: لأنه إما بشرط النتيجة في هذا الآن المتعقب للعقد و إما بشرطها في الزمان المتأخر الذي يسع لإيجاد السبب، فالقسم الثاني أيضاً لا شبهه فيه و إن كان من قبيل الزوجيه و الاعتاق مما له سبب خاص، و لا حاجه إلى إرجاع التعهيد بها إلى أسبابها كما في الأمر المتعلق بها حيث لا ضروره إلى ذلك فيه.

و أما القسم الأول

فيجىء فيه ما ذكره شيخنا المرتضى -قدس سرّه- من أنه إما يدلّ دليل على حصر السبب فيه في غير الشرط و إما يدلّ على إطلاق السبب، و إما يكون مشكوك الحال، فالقسم الأول مثل الزوجيه و الاعتاق أدرجه في الشرط المخالف للكتاب و السنّه.

قال شيخنا الأستاذ -دام علاه-: إنّنا و إن قلنا مخالفه الشرط يكون بمخالفه نفس الالتزام كما في الالتزام بترك المباح، و لكن مع ذلك يمكن أن يقال بعدم انطباق هذا العنوان على ما نحن فيه، لأنّ الشارط إنّما جعل مهمله الزوجيه لا المقيده بكونها معلوله للجعل الشرطي، كما هو الحال في كلّ معلول فإنّه بوصف المعلوليه لعلته غير معلول و إن كان لا ينفكّ من هذا الوصف لكنّه متأخر عن تأثير الذات في الذات، و هذا واضح.

و على هذا فإنّما كان الالتزام على خلاف الكتاب لو كان التزم من الشرع بعدم الزوجيه و ليس كذلك، و الزوجيه المقيده و إن كان التزم الشرع بعدمها لكن لم يلتزم بها الشارط بل لا يمكن إدراجه في غير المقدور، لأنّ الزوجيه في الآن المتأخر عن الصيغه أمر مقدور للشارط، بمعنى أنّه لو تكلم عوض قوله: بعث بشرط زوجيه صبيّتك: «زوجت صبيّتك» كانت الزوجيه حاصله، فليس التكلم بالأول

مخرجا للزوجيّه في الآن المذكور عن حيطة القدره، نعم بوصف كونه متكلمًا بيعت خارج، ولكن المعيار هو القدره بحسب الذات و إلا فلا مقدور إلا و هو ممتنع بشرط.

فالحق أن يقال: بأنّ المفروض حيث إنّه عدم سببّيّه الشرط في هذه النتيجة، فالثابت هو تخصيص قوله: «المؤمنون عند شروطهم» فإنّه يعطى السببّيّه للشرط و المفروض العلم بعدم السببّيّه.

و القسم الثاني: لا إشكال فيه و مثل له بالوكاله و الوصايه

فإنّ سببها هو مطلق القرار و الشرط قرار إلا أنّه يجيء الكلام في جواز عزل الوكيل و عدمه و في بطلانه بموت الموكل و عدمه فإنّ الحكمين ثابتان عند انجعالهما بالجعل المستقلّ فهل هما ثابتان مع الجعل الضمني الشرطي أو لا؟ قال شيخنا الأستاذ- دام ظلّه العالی-: الحقّ في المسأله هو التفصيل بأن يقال: أمّا عدم جواز العزل تكليفا فهو مقتضى لزوم الوفاء بالوكاله المشروطه و أمّا الانعزال بالعزل و البطلان بالموت فهما أمران غير قابلين، لعدم تحقّقهما حتّى يشملهما دليل الوفاء فإنّ الحقّ كما يأتي إن شاء الله تعالى أنّ دليل الوفاء بالعقد و الشرط مفاده و إن كان هو التكليف و لكن يتبع تحقّق الوضع، بمعنى أنّ الكلام بمنزله أنّه لما يكون الملكيه حاصله خارجا فعامل معاملتها و هكذا، فهذا المفاد في مثل الملكيه و الزوجيّه بعد فسخ أحدهما يستفاد منه وجود الأمرين، و أمّا في مثل الوكاله التي قد أخذ في حاقّ معناها كون الوكيل منصوبا من الموكل و لا نصب مع العزل حقيقه فلا يمكن هذا الاستكشاف، و ليس المفاد مجرد التنزيل حتّى يقال بتحقّق الوكاله التنزيليه.

و الحاصل قد يقال: إنّ مفاد الدليل أوّلا هو المعامله الخارجيه معامله

الوكاله و الحكم بحصولها من جهه القطع الخارجى بأنه لا يجوز التصرف من غير المالك و الوكيل، أو يقال: ينتزع الوكاله من هذا التكليف، و حينئذ لا يجوز رفع اليد عن الإطلاق فى مورد ليس المحلّ قابلاً لتحقق الوكاله كما فى ما بعد العزل و بعد موت الموكل، غايه الأمر استكشافها فى المحلّ القابل. و الحق أنّ المفاد اللفظى هو المعامله معامله الوكاله لأجل تحققها، و هذا المفاد لا يمكن تمثيه فى ما بعد العزل و الموت، و هذا واضح.

و أما القسم الثالث: و هو مشكوك الحال،

إشاره

فبناء على جعل ما كان سببه منحصرًا من قبيل الشرط المخالف فقد تقدّم الكلام فيه و أنّه يجوز الشرط لأصالة عدم المخالفه، و أمّا بناء على ما تقدّم تقويته من أنّ الشرط غير مخالف لا لأنّ المخالفه لا بدّ و أن تعتبر بالنسبه إلى الملتزم لا الالتزام، فإنّنا قد قلنا إنّ شرط ترك الحلال الفعلى داخل فى الشرط المخالف مع كون المخالفه فى الالتزام، بل لأنّ الزوجيه الملتزم بها مثلاً ليست مخالفه لا نفساً و لا التزاماً، لعدم صدور التزام من الشارع على عدمها، فالمرجع هو أصالة العموم فى دليل نفوذ الشرط، و لا يمكن أن يقال بتقييد الشرط بالشرط الذى تعلّق بأمر لا يكون سببه منحصرًا فى غير الشرط، فإنّه يصير الكلام فى قوّه أن يقال: الشرط المؤثر مؤثر.

نعم لو قيل: الشرط الذى ليس فى الأدلّه ظهور فى انحصار السبب فى غيره هو الموضوع لا- يلزم الإشكال، و لكنّ الخارج لا يحتمل إلّا المنحصر ثبوتاً لا إثباتاً، فيبقى أن يكون الخارج هو الموارد الخاصه، فيتمخض الشك فى التخصيص و يكون المرجع حينئذ هو الأصل اللفظى كما هو واضح.

هذا كلّه بعد تسليم شمول «المؤمنون». لهذا القسم من الشروط مع عدم كونها عملاً و إن كان لها أثر عملى، و أمّا تحقيق شموله لها بحيث يكون مفاده فى

شروط الفعل إيجاب العمل و في شروط النتيجة إيجاب الآثار العمليّة، فهو أن يقال: إنّ المتفاهم عرفا من دليل الوفاء بالشرط أنّه إمضاء فعل الشارط و تقرير مضمون ما شرطه و جعله أوّلا ثمّ الحكم بعد ذلك بالوفاء على طبق الشرط، و المراد بالشروط في قوله-عليه السلام-: «عند شروطهم» هو الالتزام لا الملتزم، إذ لا معنى للكون عند النتيجة الملتزمة، و المعنى أنّ المؤمن يكون عند قراره و التزامه، و لا يتخلّف عمّا هو مقتضى القرار و هو مختلف في المقامات تاره بكون العمل الخارجى فقوله: لك على خياطه مفاده تملكك الطرف هذا الفعل على عهده نفسه، كما أنّ قوله: لك على ملكيه هذا إيجاد نفس الملكيه، فمقتضى القول الأوّل ترتيب آثار استحقاق ذلك الفعل بأن يوجد، و مقتضى الثانى إيجاد آثار ملكيه الطرف من تسليمه و نحوه، و القائل بالكلام المذكور يفهم أنّه يكون مفاد الشرط عنده متحقّقا، و من هذه الجهة يمكن الحكم بالكون عنده.

و بما ذكرنا يعرف شمول دليل الشرط لكلّ من الفعل و النتيجة أعمّ ممّا كان هناك مشروط له أو لا كما فى العهد بناء على ما تقدّم من شموله لمثل ذلك أيضا و أنّه بمفاد واحد ينطبق على الكلّ.

ثمّ لا- إشكال فى انعقاد شرط النتيجة كالملكيه و لازمه وجوب ترتيب آثارها، و أمّا شروط الفعل فلا إشكال أيضا فى أنّه بالتخلّف يتحقّق الخيار و يصير العقد جائزا على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

لكن يقع الكلام فيمسائل:

الأولى: أنّه هل يصير الفعل واجبا على

المشروط عليه تكليفا أو لا؟

فقد اختار الشهيد-قدّس سرّه- عدم الوجوب، و إنّما فائده الشرط أنّ العقد عند عدم الفعل يكون جائزا.

و الذى يمكن للاستناد فى القول بعدم الوجوب أحد أمور، الأوّل: أن يقال

بعدم استفادته الوجوب من قوله: «المؤمنون عند شروطهم»، الثاني: انصراف الشروط إلى غير الفعل، الثالث: كون الشرط في الفعل راجعا إلى الشرط الأصولي، ووجه ثبوت الخيار-لا البطلان- في صورته التخلف أنّ المعلق إنّما هو اللزوم لا أصل البيع، والظاهر فساد كلّ من الوجوه.

أمّا الأولان: فلظهور قوله: «المؤمنون إلخ» في الوجوب وشمول الفعل مؤيدا بالاستثناء الواقع عقبيه من قوله: «إلا من عصى الله، فإنّ قوله: المؤمنون عند شروطهم، إمّا يراد به الإنشاء مجازا و إمّا اخبار كُتبي به عن الإنشاء و إمّا اخبار حقيقي يستكشف منه الحكم، فإن كان أحد الأولين فلا يناسب الاستثناء، إذ لا معنى لإثبات نقيض الحكم للمستثنى بمعنى تخصيص الوجوب بغير العاصي، فإنّه بمنزلة قولك: افعل إن كنت فاعلا.

و إن كان الأخير فالظاهر من السياق بيان خواص المسلم أو المؤمن و أنّ من لا يتّصف بهذا ليس بمسلم أو مؤمن و لو كاملا، و لا يحسن في هذا المقام الاستثناء بالعصيان، فإنّه يخرج حينئذ عن كونه خاصه، فإنّ كلّ أحد يوفى إن لم يعص الله.

و الحاصل إذا قيل: المسلم من كان كذا لا يصحّ أن يقال إلا مسلم لم يكن كذا، بل المفاد أنّ من ليس كذا ليس بمسلم لا مسلم غير متّصف، فالصحيح حينئذ أن يقال: إنّ قوله: «إلا من عصى الله» يكون استثناء عن المشروط عليه، والمراد أنّه يجب الوفاء، أو أنّ المؤمن يفي بشرطه إلا- إذا كان في مقام الوفاء عاصيا لله، فإنّه حينئذ ينكفّ عن الوفاء و يتحرّز، و لا يسدّه شيء عن ذلك إلا معصية الخالق، و المعنى على هذا في غاية الحسن مع كمال الملائمة مع كلّ من الوجوه الثلاثة، و هذا مؤيد لدخول الفعل في الصدر و لكون المراد هو الوجوب لا الندب.

أمّا الأول: فلأنّ المعصية ليست إلا فعلا و الوفاء الذي يكون معصية غالبا

يكون في شرط الفعل و إن كان يتحقق في النتيجة أيضا مثل شرط الزوجية.

و أما الثاني: فلأنّ الذي لا يصلح للصرف عنه إلا معصية الله يناسب كونه واجبا لا مندوبا، وبالجملة التأييد بهذا الاستثناء بناء على كونه من المشروط عليه لا الشارط صحيح على ما ذكرنا و إن لم يصح الاستدلال.

و أمّا الوجه الثالث من إرجاع الشرط إلى الشرط الأصولي فإنّ تاجه لعدم الوجوب و إن كان واضحا-و إن قلنا بدلاله «المؤمنون» على الوجوب لأنّه بالنسبة إلى الشرط بمعنى الالتزام لا الشرط بمعنى التعليق و التقييد-لكن يشكّل بأنّه كيف يمكن تعليق اللزوم دون أصل الملك بعد أنّ اللزوم من آثاره و أحكامه شرعا و عرفا، و القيد لا بدّ و أن يتعلّق بما هو المنشأ و هو أصل الملكيه أو هي مع دوامها؟ و على كلّ حال لا يفيد التعليق إلّا عدم أصل الملكيه أو دوامها بعد انعدام القيد، و أين هذا من ثبوت أصل الملك و تبدل وصف اللزوم بالجواز؟ اللهمّ إلّا- أن يقال: إنّ اللزوم و الجواز ليسا من أحكام الملك بل من أقسامه، فيكونان داخلين في المنشأ، غايه الأمر قد يتحققان بإنشاء المنشئ و قد يتحققان بجعل الشارع و إن لم يتعلّق بهما الإنشاء، فإنّه يصير حاصل معنى بعت «ملكك ملكا لازما» ثمّ يكون الملحوظ عند التعليق خصوصيّة اللزوم لا أصل الملك، فكأنّه قال: جعلته ملكا و لازما على تقدير كذا، لكن في كونهما قسمين للملك كلام، فإنّ الملك ليس له عند العرف نحوان و إن كان له حكمان مع وحدته موضوعا في مقامين لأجل خصوصيّة المقامين، و إذن فلا معنى للتعليق إلّا الرجوع إلى أصل الملك، فلا يبقى لتوجيه كلام الشهيد-قدّس سرّه-وجه.

الثانيه: في شرط الفعل بعد القول بالوجوب التكليفي، هل يجوز الإجماع لو

امتنع أو لا؟

التحقيق أن يقال: المسأله مبتنيه على أنّه هل يستفاد في شرط الفعل وضع أعنى: حقّا أو ملكا للمشروط له على عهده المشروط عليه بالنسبه إلى الفعل

ص: ٥٠٠

المشروط، أو ليس إلاّ صرف التكليف؟ فإن كان الثانى فلا وجه للإجبار و إنّما يجب الأمر بالمعروف و لو كان بالضرب و نحوه.

و إن كان الأوّل فلا وجه لعدم القول به، إذ هو حينئذ كنفس الثمن و المثلن و سائر الحقوق المائيه التى تكون لأحد على ذمّه آخر حيث يطالبه الغريم، فإن امتنع يجبره الحاكم، و الفرق بين الإجبار هنا و فى مسأله الأمر بالمعروف أنّه لا يجوز هناك الأخذ من ماله لو امتنع بعد الإجبار أيضا، و أمّا هنا فللحاكم أن يأخذ من ماله شيئا و يعطيه خيّا آخرا حتّى يخيّط الثوب بأجره من مال المشروط عليه، و قد عرفت سابقا تقويه الوجه الأوّل.

و الحاصل: المدرّك فى المقام مع سائر المقامات متّحد، فإمّا أن نقول بعدم الإجبار فى الكلّ، و إمّا نقول به فى الكلّ و التفكيك لا وجه له، نعم إن أخذ فى متعلّق الحق حصول الفعل بطيب نفس الفاعل كان حينئذ عدم الإجبار لأجل عدم الموضوع، و أمّا بعد إطلاقه بحيث يكون ما جاء بالإجبار عين متعلّق الحقّ فلا- وجه للعدم، و كذا لو جعل أحد الأمرين إمّا الخياطه و إمّا الفسخ فكذلك، و أمّا بعد جعل الحقّ متعلّقا بالخياطه و استظهار انعقاده من الشارع أيضا بدليل أوّفوا و «المؤمنون». فلا- وجه للتفكيك، هذا حاصل الكلام فى الإجبار.

و أمّا الكلام فى الخيار فيشكل فى أصله بأنّه ما الفرق بين استحقاق العمل و عدم الأداء و بين استحقاق الثمن و عدم الأداء فكيف لا يقولون فيه بالخيار؟ و مجرد أنّ الاستحقاق ليس مفادا للشرط يعنى لم يشترط النتيجة و استحقاق العمل، لا يجدى فإنّ هذا موجود فى الثمن، فإنّ البيع مبادله بين العينين لا بين الملكين، و الملك لازم المبادله بين المالكين.

و الاستدلال فى إثباته بدليل «لا ضرر» كما يستفاد من شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- الظاهر عدم تماميته، لأنّ الضرر المنفى مختصّ بالمالى، و لا ضرر مالى

هنا، إذ ربّما يساوى قيمه المبيع بدون الشرط للثمن، والضرر الغرضى غير معتبر كما هو واضح، وبالجملة إثبات خيار تخلف الشرط كليه بدليل لا ضرر في غايه الإشكال.

و ربّما يقال: إنّ الشرط تعليق لكن لا- في أصل البيع بل في لزومه، وهذا وإن كان لإثبات الخيار وافيًا وفي الحقيقة يرجع إلى شرط الخيار، لكن بعد الإغماض عمّا ذكرنا سابقًا- من عدم إنشاء اللزوم في البيع- يرد عليه: أنّه حينئذ لا وجه للقول بثبوت الحقّ للمشروط له على المشروط عليه، فإنّ المعلق لا يقتضى وجود المعلق عليه، وهذا واضح.

و ربّما يقال: إنّ الشرط وإن كان بمعنى الالتزام إلاّ أنّه ليس التزامًا مستقلًا بحيث لا يرتبط بالمبيع، بل البيع مقيد به لا بمعنى كونه مقيدًا بنفس الالتزام بحيث متى حصل كفى في حصول المقيد وإن لم يأت بما التزم به، بل بمعنى التقييد بالملتزم، والتقييد المذكور أيضا ليس راجعًا إلى أصل البيع بل إلى لزومه، فيكون حاصل قوله: بعثك كذا بكذا بشرط كذا: بعثك و ألزمتك بكذا وإن لم تفعل فلا التزم بالمبيع، ولازمه ثبوت الخيار.

فتبين أنّه قد يكون الشرط تعليقًا صرفًا إمّا راجعًا إلى أصل البيع أو إلى الالتزام به، وقد يكون التزامًا صرفًا في ضمن التزام بحيث يكون الالتزام الثانى مقيدًا بنفس الالتزام الأوّل، وقد يكون التزامًا فى التزام الثانى مقيدًا بالأوّل بحيث يكون الملتزم أيضا قيدًا. فنقول: إنّ الظاهر هو القسم الثالث و لازمه ما ذكرنا، انتهى.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ- دام ظلّه- بأنّ قوله: بعثك ملتزمًا بالخياطه إمّا يوجب قوله ملتزمًا حصول المضمون كما يوجب قوله: (بعثك)

حصول المضمون و هو المبادله، و على هذا لا- دلالة فيه على أنه لو لم يف خارجا و لم يأت بالملتزم الذى صار موردا للحقّ فحكمه ماذا من ثبوت الخيار و ارتفاع اللزوم؟ كما أنّ البيع بعد إيجابه تحقّق مضمونه من ملكيه الثمن للبائع لا دلالة فيه على أنه لو لم يف و لم يسلم الثمن كان اللزوم مرتفعا بالنسبه إلى مبادله المبيع بالثمن.

و إما لا يوجب حصول المضمون بل النظر يكون إلى ربط الالتزام بالمبادله بحصول الشرط و الملتزم فى الخارج، و على هذا لا يفيد إلا- التعليق و لا- استفاد منه ثبوت الحقّ كما ورد على وجه التعليق، فيكون هذا كرا على ما قرء، و بالجمله الجمع بين انعقاد المضمون من ثبوت الحقّ و حصول التعليق الظاهر أنه فى إنشاء واحد غير ممكن، نعم يمكن بانشئين بأن يقول: جعلتك متعهّدا للخياطه لى و جعلت لزوم البيع مربوطا بحصول الخياطه التى استحققتها عليك، و أمّا استفاده كلا- المطلبين من قوله: «بعتك مشرطا عليك الخياطه» فالظاهر عدم إمكانها.

ثمّ قال- دام ظلّه-: الحقّ أن يقال: إنّ الدليل الأمتن فى المقام هو العرف، فإنّ بناء المعاملين على كون الشرط سببا لاستحكام المطلب، مثلا: لزوم الوفاء و إن كان حكما فوريا غير جائز التأخير و لكن مع ذلك يرون أنّ فى اشتراط عدم التأخير و التسليم الفورى أثرا جديدا و استحكما آخر غير أصل اللزوم الحكمى، و هو أنه لو لم يف و أخر التسليم يكون المبيع عائدا إلى البائع، و لا- فرق فى هذا بين الوصف المتخلف و العمل المتخلف. و بالجمله يرون أنّ البائع لو أغمض فى صورته التخلف و رضى بالثمن فهو غير آكل بالباطل، و لو صار بصدد استرداد المبيع معتذرا بتخلف شرطه كان مستحقّا.

فتحقّق من مجموع ما ذكرنا إلى هنا ثبوت الوجوب التكليفى و الإيجاب،

و ثبوت الخيار عند التخلف في الشرط الذي من الأعمال.

ثم إن شيخنا المرتضى -قدس سرّه- استظهر ممّن قال بعدم وجوب الإجبار و استدلال على صحّته الشرط بعموم المؤمنون -كالشيخ في المبسوط مع كونه قائلاً بأن الشرط الفاسد غير مفسد- القول بالوجوب تكليفاً و عدم جواز الإجبار بوجهين، الأوّل: ظهور نفس النبوى في الوجوب ذاتا و بالقرينه المتّصله و المنفصله، و الثانى: أنّ دلالة النبوى على صحّته الشرط بناء على مذاق القائل بعدم إفساد الشرط الفاسد مبنيّه على إرادته الوجوب، إذ لا تنافى بين استحباب الشرط و فساده، فلا يدلّ الاستحباب على الصحّته، هذا ما ذكره.

و لا- يخفى وضوح الوجه الأوّل، و أمّا الوجه الثانى فتوضيحه: أنّا لو قلنا بإفساد الشرط فنفس الاستحباب كافى فى الحكم بصحّته، إذ استفاد من استحباب الوفاء به أنّ العقد غير فاسد، و استفاد من صحّته العقد صحّته الشرط لعدم اجتماع فساد الشرط مع صحّته العقد، أمّا الثانى فهو المفروض، و أمّا استفادته صحّته العقد من استحباب الوفاء بالشرط فهو أنّ وجه بطلان العقد أنّه مقيد و إذا لم يسلم القيد لم يسلم المقيد، و المفروض أنّ القيد حصل غايه الأمر على وجه الاستحباب، فإن عمل بهذا المستحب لزم البيع و إلّا جاء الخيار.

و أمّا لو قلنا بعدم إفساد الشرط الفاسد فلا يدلّ الاستحباب على صحّته بل يجامع مع بعض أنحاء فساده، فإنّ الفاسد قد يكون لأجل مخالفه الملتزم كما فى شرب الخمر، و قد يكون لأجل مخالفه الالتزام للكتاب و السنّه، ففى هذا القسم الثانى يمكن أن يقال بعدم وقوع الشرط صحيحا، و لكن كان الوفاء به مستحبّا، فلا يجدى ترك العمل به فى الخيار كما يمكن أن يكون صحيحا أيضا، و بالجملة الدالّ على الصحّته على هذا ليس إلّا و وجوب الوفاء، و أمّا الاستحباب فلازم أعمّ

المسألة الثالثة: بعد ما عرفت من ثبوت الإيجاب و الخيار عند التخلف فهل

الخيار ثابت مع التمكن من الإيجاب أيضا أو لا

ثبوت له إلا بعد تعذره؟ الظاهر الثاني، لأنّ الدليل عليه كما عرفت هو العرف، و العرف لا يستقلّ بالحكم بثبوت الخيار مع إمكان الوصول إلى نفس الشرط و لو بالإيجاب، فإنّ الذى حصل بالإيجاب حسب الفرض عين الذى صار موردا للشرط لا غيره، و لهذا قلنا بوجود الإيجاب على الحاكم، و العرف إنّما يحكم بالخيار بعد انقطاع اليد عن الشرط رأسا.

المسألة الرابعة: بعد ما عرفت من ثبوت الخيار فى تخلف الشرط، هل الأرش

أيضا ثابت أو لا؟

اختار شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- العدم، معلّلا بأنّ الشرط لا يقابل بالمال، بل المقابلة بين المالىن، و التقييد لا يعدّ مالا و إن كانت مالىه المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنّ مبناه -قدّس سرّه- حيث إنّهُ التمسك ب«لا ضرر»، فحال هذا الخيار حال خيار الغبن، فكما قال هناك بأنّ المقدار الذى رفعه الضرر من اللزوم المستفاد بقاعده أوفوا إنّما هو ما لم يبذل التفاوت فهنا أيضا لا بدّ من هذا الكلام، بمعنى أنّه لو فرضنا أنّه عصى و لم يأت بالخياطة المشترطه و لكن بذل الأجره لآخر يخيطه فالضرر منجبر، فلا وجه لثبوت الخيار فى هذه الصورة، فالفرق بين المقامين لا وجه له.

و أمّا القول بأنّ الشرط ليس بمال و لا يقابل بالعوض فلا دخل له بثبوت التدارك الذى قلنا، فإنّه و إن لم يكن بمال، لكن فوته لا إشكال فى أنّه أحدث الضرر، فالمقصود أنّ بذل أجره الخياطة جابر و تدارك للضرر، فكما تصوّرنا الضرر نتصوّر التدارك، و كما لم يتقوم حصول الضرر بالتموّل لا يتقوم حصول التدارك

أيضا بالتقويم و التمويل و هذا واضح، فالأولى أن يقال هنا أيضا بأن مرجعنا العرف، فإنه لا عين و لا أثر من الأرش عندهم بل يجوزون للمشروط له فسخ معامله و إن بذل المشروط عليه الأرش.

و بالجمله فكما أخذنا أصل الخيار من العرف نأخذ كفيته أيضا منهم و هو عدم سقوطه ببذل التفاوت و كذلك عدم استحقاقه لمطالبه الأرش، و يتضح هذا بملاحظه استهجان بذله لو طالب المشروط له ما شرطه سواء في الوصف المفقود أم في العمل المتروك.

نعم هنا كلام بالنسبه إلى العمل الذي له قيمه مثل الخياطه لا- بالنسبه إلى ما لا- قيمه له مثل بيع داره بقيمه المثل، و هو أن يقال: كما أن مالك الكلي على عهده آخر لو تعدد ذلك الكلي ينتقل إلى البديل، فكذا في هذا القسم من العمل أيضا يجوز أن يطالبه بالبديل و هو قيمه الخياطه، فلا- بد من ملاحظه باب الإجاره و أنه لو تعدد استيفاء المنفعه بمانع آخر غير خراب البنيان، فمقتضى ما ذكرنا هو الرجوع إلى البديل، مع أن ظاهرهم هناك الانفساخ لو كان قبل التسليم، و لازمه في ما ذكرنا هو الفسخ، و لكن لازم ما عرفت في ملك الحنطه الكلي و غيرها من الرجوع عند تعددتها إلى البديل هو الرجوع في مقامنا أيضا إليه، و لا وجه معه للفسخ، إذ هو بعد انقطاع اليد عن العمل أصلا و بدلا، و الخصوصيه و إن انتفت لكن حالها حال الخصوصيه في الكلي المنتفيه، فلا بد من ملاحظه أنه هل بين المقامين فرق بحسب القاعده أو لا؟ و على الأول مقامنا من أي القسمين، و لا يخفى أن هذا الكلام على تقدير صحته لا ربط له بالأرش و يجرى على كلا المبنيين اللذين أسلفنا من التشبث في إثبات الخيار ببديل حكم العرف كما هو المختار أو ببديل قاعده نفى الضرر كما هو مختار شيخنا العلامة.

و الحاصل: أن المسأله ذات أوجه ثلاثه: الأول: تعين الفسخ، و الثاني:

تعيّن الرجوع إلى البدل، والثالث: التخيير بين الأمرين، ويظهر من كلمات شيخنا المرتضى تشبيها و هما الأول والثالث، و من بعض المحققين المحشّين لكلماته تثليثها كما ذكرنا.

و ربّما يؤيد القول بتعيّن الفسخ و عدم جواز مطالبه البدل بأحد وجهين:

الأول: أنّ اللام في قول المشتري لا- تفيد الملكيه، بل هي متعلّقه بالشرط و التعهّد، فقوله: شرطت لك، معناه تعهّدي يكون لأجلك، لا أنّ اللام متعلّق بمتعلّقه. و بعبارة أخرى ليس المتعهّد به هو الكون له، بل تعهّد له بأمر كذا.

و يشهد لهذا ملاحظه وحده سياق الشرط بالنسبه إلى موارد قبول المورد للماليه و المقابله بالمال، و موارد عدم قبوله، مثلا قولك: شرطت لك خياطه ثوب و شرطت لك بيع دارى أو عتق عبدى، كلّ ذلك يكون اللام فيها على نسق واحد، فكما لم يرد بها بالنسبه إلى ما لا- يقبل الملك الاختصاص الملكى فكذا بالنسبه إلى المورد القابل له، فالمورد القابل و إن كان يصلح هو للمملوكيه لكنّ الشرط لم يفد فيه زائدا على الحقّ شيئا، فيكون نظير حقّ السبق و حقّ التحجير المتعلّقين بالأعيان، فإنّهما مع قبول موردهما للملكيه لم يفيدا أزيد من الحقّ، فلو غصب غاصب فهو و إن كان غصبا و حراما لكن لم يثبت عليه ضمان، لأنّه لم يتلف مالا و إنّما فوّت حقّا، فكذا في مقامنا لا ملك للمشروط له في عهده المشروط عليه حتّى ينتقل إلى البدل، بل الثابت مجرد الحقّ و قد تعدّر، فلا يثبت له إلاّ الخيار.

و الثانى: أن نقول: فرق بين الأعيان و منافع الحرّ و الدار في عنوان المائيه، فالأعيان يعرضها عنوان المائيه لذاتها مع قطع النظر عن الوجود، فحال ماليتها حال عناوينها الذاتيه و زوجيه الأربعة، فكما أنّ الحنطيه ثابتة لذاتها في أىّ عالم وجد و كذا الزوجيه، فكذا المائيه في الحنطه، و هذا بخلاف المنافع في الحرّ و فى الدار

مثلاً، فهي إنما تتّصف بالماليّه باعتبار الوجود، وإلاّ فمفهوم منافع الحرّ و الدار ليس بمال و إلاّ يلزم أن يكون الحرّ و صاحب الدار مالكا لآلاف كرور.

فالفرق إذن بين تعهّد الحرّ للخياطه و تعهّده لأمنان حنطه أنّ التعهّد في الأوّل باعتبار كونه محصّياً لا للوجود الخارجى يعطى وصف المالىّه للخياطه، و أمّا فى الأمنان فهى أموال فى ذاتها، و لكن لا يبذل أحد بإزائها مالا ما لم يتعهّد بها ذو ثروه، و كذلك بذل المال بإزاء منافع الدار إنّما هو باعتبار أصل السلامه الموجود عند العقلاء الحاكي عن وجود المنفعه فى المستقبل، فإذا فرض تعدّد العمل على المتعهّد كيبس يد الخياط مثلا و خراب الدار و صيرورتها عرصه، تبين أنّ المعاوضه لم تكن بمعاوضه حقيقيه لعدم مال بإزاء الأجره التى أعطاهها، فلم تنتقل الأجره إلى المؤجر، و لازم هذا هو القول بالبطلان فى الإجاره و ثبوت حقّ الفسخ فى شرط العمل.

لكن يرد على هذا الوجه أنّ الشارط لا يلتزم الخياطه المتعهّده بل ذات الخياطه، اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الإجاره و الشرط يتعلّقان بذات الخياطه فى خيال الوجود و بعد الفراغ منه، و على هذا فلو تبين عدمه فإن كان لعدم استيفاء الشارط و المستأجر مع حضور المؤجر و عدم مانع منه، فلا خيار و لا بطلان، و إن كان من تقصير من المشروط عليه أو المؤجر أو لمانع آخر من تلف أو غصب فتبين أنّما تخيلاه خلاف الواقع و أنّه لم يكن مال حتّى يبذل المال بإزائه فقد وقع مقدار من الأجره أو تمامها بلا ما بإزاء، فيسترجعه فى الإجاره و لا يستحقّ على المشروط عليه عوضا إذ لم يستقر فى ذمّته مال حتّى ينتقل إلى البدل.

و بالجملة: ذات الحنطه مال و يقع فى بيع الكلّى هذه الذات طرفا للمبادله فلو أعوز الحنطه لا يلزم فقدان أحد العوضين، بل يقال له: مقدار كذا من المال فى

ذمه فلان، و لو كانت المائيه غير ثابتة لمفهوم الحنطه بل لوجودها لزم انفساخ المعامله، و انكشاف عدم وقوعها، و وصف التعهد أيضا غير مثمر لأنه آت من ناحيه البيع، و المائيه لا بد من حفظها قبل البيع فلا يتم المعامله إلا بكون نفس المفهوم مالا، و لهذا يطالبون عوضه عند الإعواز، و هذا بخلاف منافع الدار و منافع الحر فإنه يستكشف بالتعذر أو عدم الوجود لتقصير المؤجر أن ما أعطاه كان إعطاء بلا ما يإزاء.

هذا غايه ما يقال في توجيه الوجه الثاني، و لكن فيه أن منفعه الدار الشخصيه حالها كحال نفس الدار الشخصيه، فكما لا ينتقل بعد فواتها إلى بدلها فكذا في المنفعه، غايه الأمر إن الدار الشخصيه لما صارت بالعقد ملكا للمنتقل إليه فقد ورد التلف عليه، و أما المنفعه فلم يـا يكون أصل وجودها متصرّما، فإذا انتفت ينكشف أن العقد لم يتحقق له موضوع، فلم يملك المؤجر العوض و لم يخرج عن ملك المستأجر كذلك، و أما المنفعه الكليه مثل أن يتعهد أو يؤجر نفسه للخياطه الكليه الأعم من أن يباشرها ببدنه أو بنائبه، فلا نسلم أنه إذا فقد نفسه للخياطه الكليه الأعم من أن يباشرها ببدنه أو بنائبه، فلا نسلم أنه إذا فقد جميع الوسائل لتحصيلها خارجا يحكمون بأنه لا مال في عهده المؤجر و المشروط عليه و يفرقون بينه و بين العين الكليه، فإن الفرق في غايه الصعوبه.

نعم الإنصاف أن الوجه الأول ممّا لا محيص عنه، بمعنى أننا إذا رأينا أن القائل: لك شرطى أن أبيعك دارى بضمن المثل، لا يرتكب عنايه و تجريدا في قوله:

لك شرطى، بل هو باق على عين عنايته في قوله: لك شرطى أن أخط ثوبك، و لا أنه يرتكب في القول الثانى مزيد عنايه، بل هو بعنايه واحده يتكلم بكلمه «لك شرطى» فى المقامين، و من المعلوم أن هذه العنايه لم تستلزم التمليك لمناسبتة مع ما لا يقبله كالوصف و شرط البيع بضمن المثل.

و حينئذ فمجرد كون المحلّ في المقام الثاني قابلاً للتمليك و التملك لا يثمر شيئاً، فإنّ المقتضى ناقص و لم يلحظ فيه عنايه التملك، فلا ينتزع في كلا المقامين أزيد من الحقّ بالنسبه إلى الملتزم، فإنّ اللام و إن كان متعلقاً بالالتزام لكن يسرى معناه إلى الملتزم، و ليس عرفاً للالتزام موضوعيه، فالحقّ مفهوم و الزائد منه غير مفهوم، و من المعلوم أنّ استحقاق الأجره و العوض فرع ثبوت مال في عهده المشروط عليه و ذمّته، و الثابت ليس بأزيد من الاستحقاق، فليس اللازم عند التعذر إلا خيار الفسخ، هذا حال العوض في ما إذا كان متموّلاً و كان التعذر طارئاً على الاشتراط بمعنى أنّ الموضوع كان موجوداً و القدره كانت ثابتة حاله، ثمّ طراً أمّا انتفاء الموضوع و إمّا سلب القدره.

و أمّا ثبوت الأرش في جميع الصور من المتموّل و غيره و الصفه و العمل، و التعذر المقارن للاشتراط و السابق و اللاحق فقد يستفاد من سيّدنا المحشّي اليزدي - طاب ثراه - كونه مقتضى القاعده، و ما ذكره في تقريبه و جهان.

الأقول: أنّ الوصف و الشرط و إن لم يكونا مقابلين بالعوض في مقام الإنشاء إلا أنّهما مقابلان به في عالم اللب، و مقتضى هذه المقابله جواز الفسخ و جواز الأرش، لا بمعنى بطلان المعامله في المقدار الذي زيد لأجله كما في تخلف الجزء، لأنّه فرع المقابله في عالم الإنشاء و المفروض عدمه، بل بمعنى جواز استرداد ما يساوى ذلك المقدار كما في خيار العيب.

و فيه: أنّ ما ذكره بعينه جار في صورته الداعي، أعنى: إذا كان وجود الوصف داعياً إلى شراء العين بأزيد من مقدار ثمنه، فإنّ اللب في كلا المقامين متحد، فإن كان مقتضى هذه المعاوضه اللبّيّه ما ذكره فليجر في كليهما، و إن لم يكن له أثر أصلاً فليكن كذلك في كليهما، فالفرق تحكّم.

فلا بدّ لنا من ملاحظه أنّ التقييد الذى هو خصوصيّة زائده فى المقام دون مقام الداعى أفاد أى شىء؟ وإلاّ فاللبّ لا يثمر شيئا، ومقتضى التقييد أيضا قد عرفت أنّه عند العرف استحقاق الفسخ، ولو أغمض عن الوصف المفقود ورضى بالعين يعدّونه أيضا أكلا بالتجاره لا بالباطل، وأما الأرش فليس له أثر عندهم، نعم لو رضى ببذل مقدار و أغمض عن الفسخ كان جائزا، لكنّ الكلام فى الاستحقاق.

الوجه الثانى: أنّ تمام العوض بإزاء العين، إلاّ أنّ إعطاء بعض ذلك فى مقابل العين إنّما هو فى مقابل الشرط، وإذا بان عدمه فله أن يرجع فى ذلك الإعطاء الزائد، لعدم وصول عوض الإعطاء إليه.

وفيه بعد تصوّر معاوضتين فى إنشاء واحد إحداهما بين نفس العينين و الأخرى بين تلك المعاوضه و بين الشرط-و أيضا كان النظر فى المعاوضه الثانيه ممّحضا إلى خصوص الحدّ أعنى: كان الشرط عوضا لمبادله ذلك الحدّ من الثمن بإزاء المثل لا بإزاء أصل المبادله-أنّ اللازم حينئذ عند فقدان الشرط انفساخ المبادله بالنسبه إلى الحدّ أعنى: رجوع الزيادة و ما بحدائها من المبيع إلى مالكهما الأصلي لا الرجوع إلى الأرش.

و العجب منه-طاب ثراه-حيث تفتن لهذا الإشكال و أجاب بأنّه لما كان التمام بإزاء العين فى الإنشاء فله أن يمضى المعامله على حسب الإنشاء و له أن يفسخها و له أن يستردّ المقدار الزائد، و أنت خير بعدم اندفاع الإشكال بذلك، لأنّ كونه بإزاء العين فى المعاوضه الأولى لا- يضرّ بكون المعاوضه بالنسبه إلى الزائد بإزاء الشرط، و لا- يعقل حصول أحد الأمرين اللذين اعتبر المعاوضه بينهما مع عدم حصول الآخر، فلا محيص عن بطلان المعاوضه بالمقدار الزائد لا ببقاء ما بإزائها.

المسألة الخامسة: لو تعذر الشرط و كانت العين في حال تعذره خارجه عن

سلطنه المشروط عليه

بتلف أو نقل لازم أو استيلاد، فللمسألة صورتان، الأولى:

أن لا- يكون التصرف الناقل منافيا للوفاء بالشرط مثل البيع و كان الشرط خياطه الثوب، و الثانيه: أن يكون منافيا للوفاء به مثل أن يكون الشرط إعتاق العبد فيبيعه.

و الكلام في الصورة الأولى تاره في صحه تلك المعامله الواقعه على العين مع كونها عرضه للخيار، و أخرى في أنه على فرض صحتها هل الخيار ثابت بإرجاع نفس العين بفسخ تلك المعامله من أصلها أو من حين الفسخ أو بإرجاع البدل؟ أما الكلام في الجبهه الأولى: فالظاهر ابتناؤه على أن حق الخيار هل هو موجود في العين قبل حصول التخلف، بمعنى أن العرف يقولون في هذا العين حق لذي الخيار أن يرجعه لو تخلف الشرط، أو أن التعليق يكون بنظرهم للحق.

و الحق أن يقال بكون التعليق إنما هو في مقام الإثبات، و إلا ففي مقام الثبوت و نفس الأمر فالحق ثابت من أول الأمر، و الدليل على ذلك أنه لو كان التخلف عباره عن حصوله خارجا فاللازم في ما إذا كان الشرط مطلقا بلا تقييد بالزمان الصبر إلى آخر عمر المشروط عليه و إن علم من حاله أنه لا- يقدم على الشرط، و المعلوم من العرف خلافه و أنه متى يسوا عن فعله جاز لهم الفسخ، و إذن يستكشف بواسطة التخلف في ما بعد أن التصرف كان واقعا حال وجود حق الخيار.

و حينئذ نقول: هل هذا الحق له تعلق بالعين أو ليس له علاقه إلا بالعقد؟ الظاهر الأول، فإن العرف يرون أنفسهم في البيع الخيارى غير قاطعى النظر عن ما لهم بل يرونه بعين المائيه في الجملة، و هذا دليل على أن الحق عباره عن علقه ضعيفه نصبت لهم في العين، و أن البيع لم يقطع علاقتهم عنها بالمره، هذا و لكن

ص: ٥١٢

ثبوت هذا الحقّ لا- ينافى صحّحه العقود الواقعه من غير ذى الخيار، إذ ليس للمالك حقّ بالبيع و نحوه حتّى يقال لا يمكن اجتماع الحقّين، فإنّ الثابت إنّما هو جواز البيع بمعنى الحكم و نفوذه و لا منافاه بينهما أصلا.

ثمّ لو فسخ المشروط له فلا وجه لفسخه ذلك البيع الذى أوقعه المشروط عليه بل يرجع عليه بالبدل على ما تقدّم من قضيه قاعده اليد، هذا على تقدير القول بثبوت الحقّ من أوّل الأمر، و أمّا على القول بثبوتها بالتخلّف الخارجى فيشكل أصل جواز الفسخ بأنّه عكس البيع، و البيع إذا انكشف كون مبيعه أو ثمنه تالفا حال وقوعه لا إشكال فى الحكم بالبطلان، فالفسخ أيضا كذلك، و السرّ أنّ البيع كان قائماً بشخص العوضين لا بالأعمّ منهما و من البدل فكذا الفسخ، لأنّه عكس البيع، هذا حال الصورة الأولى.

و أمّا الثانيه: فهى أيضا من جميع الجهات كالأولى بمعنى أنّ حقّ الخيار و إن كان ثابتا من أوّل الأمر و إن كان التخلّف الخارجى حصل بتبع التصرف و فى المرتبه المتأخّره منه، لكن قد عرفت أنّ مجرد ثبوت الحقّ لا دليل على إفساده للتصرف، هذا بالنسبه إلى حقّ الخيار لو قلنا بأنّه ثابت من أوّل الأمر و إلاّ فإن قلنا بأنّه تبع للتخلّف الخارجى فالأمر أوضح حيث عرفت أنّه معلول للبيع، و لا يعقل تأثير الحقّ المعلول للبيع فى فساده.

و أمّا بالنسبه إلى حقّ الإعتاق أو الوقف فهو لم يكن متعلّقا بالعين بل للمشروط له حقّ على المشروط عليه أن يوجد هذا الفعل و متعلّقه هذا العين، فلا- حقّ له بالنسبه إلى العين، غايه الأمر أنّه بيوعها يتلف مورد الفعل الذى هو مورد الحقّ، فلو قلنا بأنّ الأمر بالشىء يقتضى النهى عن الضدّ يصير البيع منهيا عنه من هذه الجهه، و النهى المتعلّق به من جهه أمر خارج غير موجب لفساده كما حقّق فى

محلّه، وبالجملة لا فرق بين صورتين أصلاً، فما يظهر من كلام شيخنا المرتضى من أسهليّه أمر الأولى لم يظهر لنا وجهه.

ثمّ لو كان النقل جائزاً من طرف المشتري وفسخ، أو لازماً و تقايل مع طرفه فلا إشكال في لزوم ردّ العين، لأنّه ليس ملكاً جديداً و ليس كالبيع، بل هو بنظر العرف إزاله السبب الحادث و بقاء المقتضى القديم باقتضائه، فتكون الملكيّة نفس الملكيّة السابقيه، فتعيّن عليه ردّ العين، و أمّا في الملك الجديد فهذه العين مع سائر أموال المشتري على نسق واحد فلا يمكن استيفاء عين الحقّ بشيء منها، لأنّه إعاده الملك الأوّل و هو غير ممكن في شيء منهما بخلاف الحال في الفسخ و الإقاله، هذا في صوره الفسخ أو التقايل قبل فسخ البائع ثمّ فسخ البائع.

و أمّا لو لم يقع الفسخ أو التقايل و أراد البائع الفسخ فهل له إلزام المشتري على الفسخ أو الإقاله في صوره حضور طرفه و تمكينه أو لا؟ قد يقال: نعم، لأنّ حقّه متعلّق بنفس العين لا بالعين الموجوده في ملكه و لهذا لو تلفت يحكم بالضمان، و لو كان الحقّ معلّقاً كان من باب نفويت المعلّق عليه و لا ضمان فيه، فالضمان دليل على تعلّق الحقّ بنفس العين لا بها في تقدير الملك، و إذن فللبائع أن يجبر المشتري بالخروج عن مقتضى هذا الحقّ من رفع المانع عن إعمال البائع حقّه.

ثمّ لو لم يفسخ المشتري و فسخ البائع فلا إشكال في اشتغال ذمّه المشتري بالبدل، فلو فسخ المشتري بعد ذلك أو تقايل و صاحبه و عاد العين إلى ملكه السابق سواء كان قبل أخذ البائع البدل عن المشتري أم بعده فهل ينتقل إلى العين بملاحظه أنّه الأصل، و البدل إنّما يكون بدلاً ما دام العجز عن المبدل فإذا تمكّن منه بطل البدليّه أو يستقرّ ملك البائع على البدل و يصير المبدل ملكاً

مستقرًا للمشتري، لأنه مقتضى العوضيه و البدليه.

المسأله السادسه: لا إشكال فى أن للمشروط له إسقاط حقّه

لأنّ الحقّ و إن كان قسم منه غير قابل للإسقاط لكن هذا من قبيل ما يقبله بدليل العرف المثبت له، فإنّك عرفت أنّه هو المثبت لأصل هذا الخيار و هو أيضا المسقط له بالإسقاط، كما لا- إشكال فى أنّ كلّما كان الشرط من قبيل النتيجة فهو غير قابل للإسقاط لأنّه أمر حصل و قد قضى الحقّ أثره و سقط بذلك فلا معنى للإسقاط.

و قد يستثنى ما كان حقًا لغير المشروط له و مثّل له بالعتق، و قد يمثّل بحقّ الخيار المشترط للأجنبى حيث إنّ للعبد فى الأوّل حقّ الإعناق و للأجنبى فى الثانى حقّ الخيار فليس للمشروط له فى المسألتين حقّ الإسقاط، و لكنّ الحقّ فساد كلا المثالين.

أمّا الأوّل: فلأنّ مجرد كون العبد موردا و محلا للعتق المشترط لا يوجب إحداث حقّ له بعتق نفسه، و أمّا الموجود من جانب الله فليس إلّا الأمر بالوفاء بالشرط، و هو حكم أوّلا و تابع لبقاء الحقّ ثانيا.

و أمّا الثانى: فلأنّه من قبيل الاستثناء الأوّل أعنى شروط النتيجة، لأنّ الخيار من النتائج و قد عمل الشرط عمله، و لا وجه لإسقاط المشروط له بعده و هذا واضح.

المسأله السابعه: لا إشكال فى أن الشرط لو كان جامعا لوصفين بل و كذا

القيّد و الوصف لا يكون فى الإنشاء بذل شىء من العوض بإزائه،

أحدهما: أن لا يكون بقاء الموضوع العرفى دائرا مدار وجوده و عدمه، فإنّه لو كان كذلك فلا شكّ أنّ إتيانه بصوره الشرطيه لا يثمر فى القول بكون المهمله موضوعا للبيع و الحكم بالصحه بتمام الثمن، غايه الأمر حدوث الخيار، بل هذا داخل فى تخلف المبيع،

فلا- فرق بين قولنا:بعتك هذا الفرس،و بين قولنا:بعتك هذا بشرط أن يكون فرسا، في أنه مع انتفاء الفرسية نحكم بالبطلان و كونه من تخلف المبيع.

ثانيهما:أن لا يكون الشرط ممّا به قوام أصل مائه المبيع فإنه لو كان كذلك مثل الكمّ فإنّ الحنطه لو انفكّ عن الكمّ لا نسلخ عنها المائيه،و المراد أصل عنوان المائيه لا حدّها،فإنّ وصف الكتابه أيضا له دخل في قوام حدّ المائيه.

لا يقال:إنّ الكمّ في مثل:بعتك الحنطه بشرط أن يكون عشره أمان،أيضا يكون مثل وصف الكتابه له مدخل في حدّ المائيه،فإنّ شراء بعشره قرانات مربوط بكونها عشره أمان،و إلّا- فلو نقصت عن العشره نقص الثمن أيضا بمقدار نقصان الأمان،فالكّم الخاص مقوم للقيمه الخاصّه لا لأصل القيمه.

لأننا نقول:الفرق بين ما نحن فيه و بين الكمّ أنّ الوصف أعنى الكتابه منشأ لزياده المائيه لا لأصلها بحيث يكون فاقد الوصف أيضا مالا-و أمّا العشره الأمان مثلا- فهي و إن كانت مقومه لقيمه العشره القرانات و لكن بحيث يكون توزيع القرانات بعدد الأمان بل أبعاض القرانات أيضا على أبعاض الأمان،فيقع بإزاء كلّ شيء من المّن شيء من القران،و لازم هذا أن يكون ذلك البعض المبدول من الثمن بإزاء المّن العاشر مثلا بلا ما بإزاء إذا ظهر الحنطه تسعه أمان و إن كان ذكر العشره بصوره الشرط.

و الحاصل:لا- فرق في التوزيع بنظر العرف بين صوره ذكر العشره أمان بعنوان نفس المبيع و بين ذكرها بعنوان الشرط و جعل المبيع ذات الحنطه في أنّه بنظرهم يوزّع الثمن على أبعاض الكمّ،فحال التعبير بالشرط ههنا حاله في اشتراط كونه فرسا في أنّ المنظور وقت المبادله هو جعل البدل بإزاء المقدار لا أنّه لا يتصوّر هنا عنوان الشرطيه بل المقصود أنّ المراد هو الجزئيه.

نعم لو علم قصد الشرطيّه على نسق سائر المواضع لحقه حكمها، وقد عرفت أنّ سرّ هذا كون الشيء الممسوح أو الموزون لا ماليّه له مع قطع النظر عن هذه الاعتبارات بخلاف العين الملحوظه مع قطع النظر عن الصفات مثل الكتابه و الخياطه و الطباخيه و نحوها، نعم قد يجيء هذا المعنى العرفي مع عدم وجود هذا السرّ و هو في ما إذا اشترى القطيع و شرط كونه مائه، فإنّ المنظور حسب المرسوم عند العرف لحاظ الجزئيّه مع عدم تأتّي ما قلنا.

و بالجمله المقصود دعوى المرسوميّه العرفيّه لا- عدم تعقّل حقيقه الشرط في ما نحن فيه، فلو علم كون الغرض حقيقه الشرطيّه فاللازم ترتّب أحكامها لكنّ الفرق بينه و بين سائر الشرائط أنّها على تقدير الوجود أيضا ليست بأجزاء بخلاف هذه أعنى: المقادير، فإنّ على تقدير الوجود يصير جزءا و يصير بعض الثمن بإزائها، فإنّ الأربعة أمانان ليست وراء الحنطه الموجوده، و المفروض كون الثمن بإزاء الحنطه الموجوده، و هذا من قبيل أنّ الكريّه شرط للاعتصام، و لكن عند الوجود يكون الماء بتمام أجزاءه رافعا للنجاسه، و هكذا في الأجزاء المستحبّه في الصلاه مثلا لو لم يؤت بها ليست بأجزاء و لكن لو وجدت تصير أجزاء.

ثمّ إنّك عرفت أنّه بناء على المرسوميّه المدعاه لا حاجه في الحكم بالتوزيع إلى التمسك بالخبر، لكن مع ذلك قد تمسك بخبر ابن حنظله: «في رجل باع أرضا على أنّها عشره أجره، فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقه البيع و افترقا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمس أجره؟ قال- عليه السلام-: إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء ردّ المبيع و أخذ ماله كلّه إلّا- أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضا أرضون فليوفّه و يكون البيع لازما له و عليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ

الأرض و استرجع فضل ماله،و إن شاء ردّ الأرض و أخذ المال كلّهُ» (١).

و هو مشتمل على الحكم المخالف للقاعده و هى أنّ العين الشخصيه إذا وقعت متعلقه للبيع فظهرت معدومه أو مستحقّه للغير فتبديلها بالمثل كما يظهر من الروايه نفعه،غير نافع فى الحكم بالصحه و اللزوم،فإنّ الظاهر عدم التزامهم بذلك و إن كان يساعده العرف فى مثل الظروف الجيئيه و الكتب المطبوعه التى ليس فى ما بين أفرادها اختلاف معتدّ به،فإنّه لو باع أحد عشره ظروف فظهرت تسعه فوضع عليها واحدا من سنخ تلك الظروف بلا تفاوت،فلو أراد المشتري مع ذلك ردّ المعامله يعدّونه فى هذا غير ذى حقّ،و لكنّ الظاهر عدم إمكان الالتزام به شرعا.

و الحاصل أنّ العرف يرون عدم الفرق بين الكلّى و الشخصى فى هذا فكما أنّه فى الأوّل يلزم عليه الإبدال بما كان جامعا للصفات فكذا فى الشخصى لو بدّله هو بالجامع لا يرون لطرفه حقّ الفسخ،و لكن الشرع بخلاف ذلك ظاهرا فيحكمون بأنّه من تخلف المبيع و أنّه غير صحيح و فرق بينه و بين الكلّى.

و أمّا القول بأنّه مطابق مع الأرض ففيه أنّ القائل بالأرض على تقدير القول بأنّ المقام من باب الشرط لا الجزء لا يقول بتعيينه بل بالتخيير بينه و بين الفسخ، و أنّ التخيير فيه للمشتري،و ظاهر الروايه لزوم ذلك على البائع و عدم الاختيار لواحد منهما،و إنّما يحدث الاختيار للمشتري بعد عدم إمكان التبديل،هذا كلّهُ هو الكلام فى متساوى الأجزاء.

و أمّا مختلف الأجزاء كالأرض فقد يقال بالبطلان،و الفرق بينه و بين المتساوى أنّ القسط المقسط على الجزء الفاقد معلوم أنّه ماذا،و أمّا فى المختلف

ص: ٥١٨

فحيث لا واقع في البين حتّى يتصوّر فيه الجهل المصحّح للمصالحه بل هو مبهم في علم الله تعالى أيضا، فيكون البيع باطلا للإبهام في جانب الثمن فإنّ ما يقع بإزاء المفقود غير معيّن واقعا، فلا محاله يصير ما يازاء الموجود أيضا غير معيّن كذلك و هذا معنى الإبهام.

و لكن يمكن دفع هذا الإشكال كما ذكره شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- بأنّه حينما تجسّس العين و شاهدها بتمام نقاطها فهو تصوّر كلّ جزء منها جزأين، فتختلّل الخمسه أجره عشره أجره، و بهذا يمكن تعيين القسط الواقع بإزاء الموجود، و الواقع بإزاء المفقود، و إذن فالحقّ هو الصّحّه و الخيار بين الفسخ و الإمضاء بالحصّه كما في المتساوي، هذا كلّ في جانب النقيصه.

و أمّا الزيادة بمعنى أنّه لو شرط مقدارا كعشره أمان فتيّن الزيادة على العشره فهل يحكم بكون الزائد ملكا للبائع و كونه شريكا مع المشتري، و يحدث للمشتري بسبب ذلك خيار العيب، أو يحكم بكون الكلّ للمشتري مع ثبوت الخيار للبائع لتخلّف الشرط، أو يحكم بكون الكلّ للمشتري بلا خيار لأحد؟ الحقّ في المقام هو التفصيل بأن يقال: إن كان مرجع اشتراط عشره أمان إلى أن لا يكون ناقصا عن هذا المقدار من دون تعرّض لجانب نفي الزيادة، فحينئذ لو تبيّن الزيادة فمقتضى ما قلنا من التقسيط على العشره أمان أن تبقى الزيادة في ملكك البائع، غايه الأمر أنّ المفروض حيث إنّ عدم التعرّض لحال الزيادة بمعنى أنّه لم يجعله تحت التقييد بالعدم -نعم لا يصدق في حقّه الإقدام أيضا بل أقدم على الشراء بداعي عدم الشركه و مفروغيته- تحقّق للمشتري خيار العيب.

و أمّا إن رجع الشرط المذكور إلى التحديد في كلّ من جانبي النقيصه و الزيادة فكان منحلّا إلى اشتراط أن لا يكون ناقصا عن العشره و أن لا يكون زائدا

عليها، فحينئذ أيضا تكون الزيادة باقية في ملك البائع و يكون الخيار للمشتري و يجتمع له حينئذ خيار العيب و تخلف الشرط معا، و يظهر الثمر في صورته إسقاط أحدهما فيبقى الآخر، هذا ما تقتضيه القاعدة بناء على المختار في المسألة المتقدمه من الحكم بالتفسيط، و لكن في كلام شيخنا المرتضى -قدس سرّه- ما لا ينطبق على ما ذكرنا فراجع كلامه -قدس سرّه-.

لا يقال: يمكن تصوير اللابشرطيه بالنسبه إلى الزيادة عن مقدار العشره أمان مثلا فيقع الحادى عشر و ما زاد جزءا للمبيع.

لأننا نقول: كالأمان، فإن العشره أمان على حسب ما قلنا هو المحطّ للنظر في بذل الثمن و العشره لا تصير أزيد من نفسها فتكون الزيادة عليها خارجا عن العشره فلم يبذل بإزائها شيء من الثمن، فليس جزءا من المبيع، فغايه الأمر أنّ المجموع مبيع و غيره، فإن شرط الانفراد كان له خيار تخلف الشرط، و إن لم يشترط و لم يقدم أيضا كان له خيار العيب، و إن لم يشترط و أقدم لم يكن له خيار أصلا.

خاتمه: في فروع:

الأول: هل هذا الخيار على الفور أو على التراخي؟

إن قلنا إنّ مدركه الإجماع، فالظاهر أنّه على الفور، و إن قلنا إنّ الضرر، فالظاهر أنّه ليس على الفور بمعنى أنّه في أول أزمته الأطلاع ملزم بالإعمال، و إن تسامح سقط، بل بمعنى أنّه لو حصل له الأطلاع و بقى مترددا في أنّ له الصلاح في الفسخ أو في الإمضاء و الصبر على فقدان الشرط و بقى متأملا في يومين أو أيام، لم يكن منافيا بل جاز له لو استقر بعد الأيام رأيه على الفسخ أن يفسخ، نعم التأخير الاقتراحي لم يعلم جوازه.

و إن بنينا أنّ مدركه العرف فلا بدّ من مراجعه العرف و ملاحظه أنّ ديدنهم فى المقام لو مضى أيام عن المعامله عدم الحكم باستحقاق الفسخ، أو أنّه لو كان تأمله و تراخيه لأجل تبين حاله من حيث الصلاح و الفساد يحسبونه حينئذ مثل ما إذا كان التأخير لأجل عدم الأطلاع، إذ لا شبهه فى معذوريته عندهم و استحقاقه للفسخ، نعم لو شككنا فى بنائهم كان الحكم هو اللزوم.

الثانى: لو كان فقدان الشرط بتقصير من المشروط له

مثل أن أتلف الثوب الذى اشترط خياطته عمدا، فلا إشكال فى عدم استحقاقه للفسخ، و أمّا لو كان هو السبب و لكن لا بالتقصير بل بالقصور—و قد يمثل له بما إذا أتلف الثوب المذكور غفله عن كونه محلّ الشرط، و فيه أنّ الظاهر أنّه من قبيل فوات التقدير المعلق عليه للشرط فإنّه لم يلتزم بالخياطه المطلقه بل بها معلقه على تسليم الثوب، فمع انتفاء المعلق عليه لا تخلف بلا تفاوت بين العمد و الغفله، نعم لو فرض له مثال—فالحقّ أيضا عدم الفرق بين العمد و الغفله فى عدم ثبوت الخيار، فإنّ الوجه فى ثبوت الخيار عرفا كون المشروط له ذا حقّ على المشروط عليه، و قد فات حقه، فإذا كان فوات الحقّ مستندا إلى نفسه بدون تقصير من المشروط عليه أصلا، فالظاهر عدم استحقاق المطالبه و الفسخ.

و أمّا لو كان الشرط مثل قربه من ماء ثمّ كثر الماء بحيث خرج عن المائيه فإن كان ذلك بتقصير من المشروط عليه بالتأخير إلى مكان أو زمان كذلك، فالظاهر ثبوت الخيار، و إن كان بواسطه مفاجاه المطر فى وقت غير مترقّب بلا—تأخير من المشروط عليه، فالظاهر أنّ ذلك كاشف عن عدم كون محلّ الشرط قابلاً للشرطيّه العقلانيّه، فإنّ اشتراط قربه من ماء فى زمان وفور الماء ليس ممّا يكون للعقلاء داع باشتراطه، فيكشف ذلك عن فساد الشرط رأسا فلا خيار له.

الثالث: لو عمل بالشرط الصحيح ثم فسخ العقد بسبب آخر أو بالتقاييل،

فهل الشرط أيضا تابع للعقد في الانفساخ

أو هو على حاله سواء كان من شروط النتيجة أم من الأفعال التي لها أجره كالخياطه؟ قد يقال ببقاء الشرط و عدم التابعيه للعقد نظرا إلى عدم انحصار المدرك في تصحيح الشرط بدليل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حتى يقال متى سقط هذا الدليل بارتفاع الموضوع بقى الشرط بلا- دليل على الصحه بحسب البقاء، بل الدليل هذا العموم وقوله: «المؤمنون عند شروطهم»، وهذا الثانى باق على مقتضاه، لأنّ عنوان الشرطيه قد ثبتت له بالقطعه الأولى من الزمان أعنى: ما قبل الفسخ، مضافا إلى ما تقدم فى محلّه من منع كون الشرط عبارته عن خصوص الالتزام فى الالتزام.

و أما الشروط فى ضمن العقود الجائزه فوجه عدم نفوذها أنّ دليل جواز العقد يشمل ذلك الشرط الذى فى ضمنه، فينافى مع دليل وجوب الشرط، و فى المقام لا يجرى هذا كما هو واضح، بل ربّما أمكن أن يقال: إنّ الشرط فى ضمن العقد الفاسد أيضا حسب دليل وجوب الشروط واجب، هذا.

و يمكن الجواب بأنّ دليل الشرط أيضا لا يشمل المقام، فإنّ العقد هو المحلّ بالنسبه إلى الشرط، فالشارط إنّما التزم على نفسه فى موضوع وجود العقد، و أما إذا انهدم فلم يلتزم فى هذا التقدير بشىء، فليس عدم إتيانه بما التزم خلاف الوفاء بشرطه، لكن هذا كلّه بالنسبه إلى حال عدم إتيان العمل المشروط فيحكم بعدم وجوبه بعد الفسخ أو التقاييل، و كذا بالنسبه إلى حال وجود العين التى اشترط ملكيتها للمشروط له أو ثالث فإنّه يحكم ببطلان تلك الملكيه فتعود العين إلى المقتضى الأولى.

و أما لو عمل ذلك العمل و كان ممّا له أجره كالخياطه أو تلفت تلك العين

فالحكم بالانتقال إلى البدل و أنّ المشروط عليه يطالب أجره عمله أو بدل عينه إمّا من المشروط له أو من ذلك الثالث، إمّا مع رجوعه إلى المشروط له لقاعده التسبب و الغرور و إمّا مع استقرار الضمان عليه، مبنّى على إجراء قاعده اليد في مثل ما نحن فيه، فإنّه قد ثبت يد المشروط له على عين قد تعلق للمشروط عليه حقّ باسترجاعه، لكن هذا مختصّ بمورد الخيار في جانب المشروط عليه، و إمّا في الخيار من طرف المشروط له و في التقايل لا مجرى له لعدم الحقّ، و كذا بالنسبة إلى العمل و إلى العين الموجوده في يد الثالث، و يجرى هذا الكلام حرفاً بحرف في زوال الأوصاف في تلك العين إمّا تحت يد المشروط له و إمّا تحت يد الثالث.

و الحاصل في صورته تلف العين في يد المفسوخ عليه يمكن القول بالضمان من باب اليد و إمّا في غيره فمشكل حتّى في صورته تلفها في يد ثالث، فإنّه من قبيل ما إذا أطار الريح أو ألقى الطائر مال أحد في كيس آخر من دون التفاته فعرضه التلف السماوي، فإنّ الحكم بالضمان حينئذ في غايه الإشكال، لعدم ثبوت اختيار منه أصلاً و اليد، حيث إنّ آله إعمال الاختيار كناية عنه، و فيما نحن فيه أيضاً لم يحدث اختيار منه في إثبات اليد و حدوث السلطنه أصلاً و إنّما حصل بغير اختيار منه و التفات، فإجراء ضمان اليد فيه في غايه الإشكال، هذا.

القول في حكم الشرط الفاسد:

و الكلام فيه يقع في أمور:

الأول: لا إشكال في أنّ الشرط الفاسد غير واجب الوفاء

نعم إن لم يكن من قبيل تحليل الحرام بل من تحريم الحلال كان الوفاء به مستحباً لدخوله تحت الوعد بناء على القول بعدم الإفساد، إذ بناء على الإفساد لا وعد أيضاً، فإنّ الالتزام الشرطي و إن لم يكن معلقاً على الالتزام البيعي بأن التزم في صورته البيع، و لكن ليس مطلقاً بحيث كان هنا التزاماً مستقلاً، بل للشرط ارتباط بالبيع، فكأنّه

التزم فى تقدير البيع، فحيث لا بيع لا التزام، و هذا واضح.

كما أنه لا تأمل فى الشرط الفاسد الذى يفسد البيع لأجل خلل فى بعض شروطه، كما فى الشرط المجهول، فإن وجه الإفساد أن البيع يصح أن يضاف إليه الغرر، و يضاف هو إليه فيقال: هذا البيع غررى، فإن الشرط و إن كان خارجا عن الثمن و المثلن و البيع عباره عن مبادلتهم، فهنا بيع و شرط و البيع غير غررى و لكن للشرط ارتباط بالبيع و لهذا يصح أن يقال: بيع شرطى، فهذا يصح نسبة غرريته أيضا إلى البيع فيقال: هذا البيع غررى.

لكن هنا إشكال على شيخنا المرتضى -قدس سره- حيث إنه استند فى باب اشتراط القدره على التسليم فى العوضين أن مدركه الغرر، و حينئذ فلا يفرق الشرط الغير المقذور مثل اشتراط الزرع سنبلًا مع الشرط المجهول، فكما لم يوجب الجهاله فى الشرط جهاله فى أحد العوضين و لكن أوجب غرريه البيع المشروط به، كذلك فى الشرط الغير المقذور و إن لم يوجب عدم مقدوريه أحدهما و لكن يوجب صحه إضافه الغرريه إلى البيع، فما الفرق فيما بين المقامين كما هو صريح كلامه -قدس سره-؟ نعم لو كان المدرك فى ذلك الباب هو الإجماع أمكن أن يقال: القدر المتيقن عدم مقدوريه نفس أحد العوضين، و أما الشرط فلا، كما أنه لو كان انصراف دواعى العقلاء عن الإقدام بمثل البيع الخارج أحد طرفيه عن قدره المنتقل عنه، أمكن منعه هنا أيضا، لأن الدواعى فى الشرط غير منصرفه و ليس كأحد ركنى العقد فى نظرهم.

و كلى الكلام فى المقام أن الشروط التى لا بد من الإفساد فيها لاختلال شرط من شروط العقد خارج عن محل الكلام، كما أن الشروط التى لا إفساد فيها و لو قيل بالإفساد فى غيرها مثل الشرط الابتدائى و مثل الشرط الذى ليس محل غرض

العقلاء أيضا كذلك، وإن كان القول بالفرق محلّ إشكال.

نعم لو كان غرض القائل بالفساد فى الشرط الغير العقلانى عدم توجّه حقيقه القصد و أنّه يشبه الهزل فله وجه، و أمّا لو كان الوجه انصراف دليل الشرط عنه مع تحقّق الجّد فى الإنشاء، فالفرق مشكل، و حاصل الكلام الكلى أنّ الشرط بمجرد فساده يوجب فساد العقد أو لا؟ و الوجه التى أقاموا للإفساد

أمور ثلاثة:

الأول: أنّ للشرط قسطا من الثمن، فإذا فسد، فسد ما يقابل الباقي

لأجل الجهاله، و فساد هذا الوجه أوضح من أن يحتاج إلى البيان فالأولى الصفح عنه.

الثانى: أنّ التراضى بالمقيّد منتف مع انتفاء القيد،

أمّا الثانى فواضح، و أمّا كون العقد مقيّدا فلاّ أنّ الشرط و إن كان ليس معلقا عليه العقد بل العقد فعلى و لكن لا يخلو من ارتباط نحو ارتباط المثلث بالثلث مع عدم تعليق فى البين.

و الحاصل: التقييد أعمّ من التعليق، فيمكن حصوله بدون التعليق، و لا شكّ أنّ الشرط ليس مستقلا، فيكون حاله كالثلث بالنسبه إلى ملك المثلث.

و الجواب أولا: بالنقض بالشروط الصحيحه المتخلّفه، فإنّ عين الكلام جار فيه، مع أنّه لم يعهد من أحد من القائلين بإفساد الشرط الفاسد، القول بالبطلان فيها، و القول بأنّ القيد فيها حاصل و هو الالتزام، و الملتزم الذى هو المفقود غير قيد، فيه ما لا يخفى.

و ثانيا: بالحلّ، و هو أنّه مع بقاء الموضوع العرفى و صدق الوحده العرفيه فى ما بين الفاقد للشرط و الواجد له - بحيث يحكم العرف بأنّ المفقود صفه من صفات الموضوع الواحد و حاله من حالاته كما فى الفرس الشخصى إذا قيد بكونه عربيا - لا شكّ فى صدق التعاهد و التراضى على هذا الموجود، فإذا قال: بعتك هذا الفرس، مشيرا إلى فرس شخصى خارجى، فهو مثل وضع يده، كما أنّه يقع على ذلك الفرس، و قوله: العربى، مع كونه عجميا لا يخرجّه عن كونه محلّ وضع اليد،

ص: ٥٢٥

كذلك بالنسبة إلى التعاقد و التراضي القلبيين، فإنهما أيضا وقعا على هذا الأمر الخارجى، و مجرد التقييد بكونه عربيا مع فقدانه لا يخرج عن ذلك.

نعم لو قال: بعثك هذا الجسم بشرط كونه فرسا، فهذا أيضا و إن كان مثل الأول و لو تبين كونه كتابا، إلا أن الفرق أن المهملة فى ما بين الفرس و الكتاب غير قابل للبيع و المهملة فى ما بين الفرس الشخصى إذا كان عربيا و إذا كان تركيا قابل له، كما يشهد بذلك مراجعه العرف.

إن قلت: إذا قلت: أيها الصديق أدخل، لزم على تقريرك جواز الدخول و إن كان عدوا و لا يلتزمون به.

قلت: هذا من باب استظهار كون الإذن متعلقا بالعنوان و قد أخطأ فى التطبيق، فلا يسرى الإذن من العنوان إلى المعنون، و هذا بخلاف المقام، فإن البيع ورد على هذا الجسم الذى أشار إليه، و وضع يده عليه، غايه الأمر قيده بأنه عربى، و مجرد ذلك لا يخرج عن كونه محلا للبيع و التراضى.

و الحاصل: أن المدعى أن باب الشرط ليس من باب التعليق على العنوان و الخطاء فى التطبيق، بل من باب التعليق على المشار إليه، غايه الأمر أخطأ فى التوصيف و تخيله واجدا للوصف، هذا.

و قد يجاب عن أصل الإشكال بأن باب الشرط من باب تعدد المطلوب، و فيه: أن تعدد المطلوب و إن كان أمرا متصورا ممكنا، و لكن الغالب بالنسبة إلى حال المشترطين وحده الغرض و عدم تعلق غرض لهم إلا بالمقيد، فكيف يمكن الاستظهار من عباره الاشتراط مع ملاحظه ورودها غالبا مورد وحده المطلوب لا تعدده؟ و قد يجاب أيضا بأن الشرط قيد للزوم، و أما حقيقه البيع فغير مقيد، و فيه أنه

خلاف الواقع كما يشهد به مراجعه الوجدان، فإنّ اللزوم من آثار الملك لا- أنّ تاره ننشئ الملك اللانزم و أخرى الملك الجائر، فليس المنشأ إلا حقيقه الملكيه فالشرط يتعلّق لا محاله بها.

الثالث: الأخبار،

منها: روايه عبد الملك بن عتبه عن الرضا- عليه السلام- «عن الرجل أبتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه عليّ وضيعه، هل يستقيم ذلك و يأخذ ذلك؟ قال- عليه السلام-: لا ينبغي».

وجه الدلاله على الإفساد أنّ حمل لا ينبغي على الكراهه و إرجاعه إلى الوفاء بالشرط غير جائز، لأنّ العقد لو كان صحيحا لما كان الوفاء بالشرط مكروها بل كان مستحبّا لدخوله تحت الوعد كما تقدّم، فلا- بدّ من حمله على الحرمة و إرجاعه إلى العقد، فيفيد المدعى، و أما وجه كون هذا الشرط فاسدا فلأجل كونه خلاف الكتاب و السنّه، فإنّ المراد باشتراط كون وضيعه المبيع على البائع أنّه لو نقص عن رأس المال فى صوره بيع المشتري إياه كان هذا النقص على البائع الأوّل، و من المعلوم أنّ نقصان مال أحد لا يكون إلا عليه و لا يرتبط بغيره، فاشتراط كونه على الغير خلاف الكتاب و السنّه، هذا حاصل الاستدلال.

و أجاب شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- بإمكان حمله على الكراهه و إرجاعه إلى أصل البيع هذا النحو، فلا ينافى مع صحّته.

قال شيخنا الأستاذ- دام ظلّه-: لم أعلم لم لم يحتملوا أن يكون على تقدير الحرمة راجعا إلى الوفاء بالشرط و لا يكون حينئذ أيضا دليلا على الإفساد بل يجمع صحّحه العقد، و ذلك لأنّه إذا فرض أنّ الشرط فاسد فأخذ المشتري التدارك من البائع بعنوان أنّه ملزم، و إعطاؤه إياه بعنوان الوفاء من المعلوم كونه حراما، ثمّ على تقدير إرجاعه إلى أصل البيع و حمله على الحرمة أيضا يمكن منع دلالته بملاحظه

أنّ هذا الشرط مجهول بملاحظه جهاله أصل حصول الوضيعه و جهاله مقدارها فيصير البيع غررًا و قد عرفت خروجه عن محلّ الكلام.

و منها: رواه الحسين بن منذر «قال: قلت لأبي عبد الله -عليه السلام-: يجيئني الرجل فيطلب العينه، فأشترى له المتاع مرابحه ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد و يقولون: إن جاء به بعد أشهر صحّ، قال: إنّما هذا تقديم و تأخير فلا بأس» (١).

المراد بالعينه هو الاحتيال في أخذ نفع النقود فإنّه حيث يكون ربا محرّمًا احتيل في الفرار عنه، بأن يشتري صاحب النقود متاعا يسوى بخمسه توماتا مثلا بهذا المقدار، ثم يبيعه من ذلك الشخص المحتاج إلى النقد بعشره توماتا إلى أجل معين، ثم يبيعه هذا الشخص ثانيا من الشخص الأوّل صاحب النقود بخمسه توماتا فيأخذ منه الخمسه توماتا، ثم في رأس الأجل يعطيه عشره توماتا وفاء لدينه السابق الحاصل من ناحيه ثمن المعامله السابقه، و هذه حيله شرعيّه في الاستخلاص من الربا القرضي.

ثمّ البأس المستفاد من مفهوم الكلام إمّا يرجع إلى المعامله الأولى أعني: بيع صاحب النقود المتاع من الشخص المحتاج، و إمّا إلى الثانيه أعني: بيع هذا المحتاج ثانيا من صاحب النقود، فإن رجع إلى الأولى كان دليلا على فساد الثانيه أيضا، و إن رجع إلى الثانيه كان دليلا على فساد الأولى من جهه أنّه لا مفسد للثانيه غير فساد الأولى، و على كلّ حال دلّ على المطلوب و هو كون الشرط الفاسد

ص: ٥٢٨

و فيه: أنه من الممكن رجوعه إلى الثانيه و ليس دليلا على الفساد فى الأولى بل وجه الفساد أنّ الشرط فاسد، فالمعامله الخارجيه الواقعه بعنوان الوفاء بذلك الشرط الفاسد لم يقع على وجه التراضى بها، بل بعنوان أنه ملزم به.

و على فرض رجوعه إلى الأولى أيضا غايته الدلاله على الفساد فى خصوص هذا الفرد الخاص من الشرط الفاسد، فإنه قد ذهب العلماء إلى بطلان اشتراط البيع ثانيا من البائع، أو اشتراطه ثانيا من المشتري، معللا بعضهم بالدور و بعضهم بعدم القصد و بعضهم بهذا النصّ و النصّ الآتى، فلعلّ لهذا الشرط خصوصيته فى الإفساد كما يظهر من العلماء فيبقى مفاد العمومات بالنسبه إلى ما عداه سليما عن المخصّص.

و من المحتمل أن يكون وجه البطلان فى مفروض الروايه دخول مثل هذه المعامله الواقعه على وجه النسيئه مع اشتراط أن يبيعه المشتري من البائع بالثمن الأقلّ الذى ابتاعه البائع الأوّل به فى الدين الذى يجبر النفع، و أمّا إنّ الظاهر رجوع البأس إلى أى من البيعين، فالظاهر رجوعه إلى البيع الثانى، لأنّه الظاهر من قوله -عليه السلام-: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع إلخ، و أيضا من قول السائل: إنّ أهل المسجد يزعمون إلخ.

و ممّا ذكرنا يظهر الخدشه فى روايه ثالثه ذكرت فى المقام، و هى روايه علىّ بن جعفر عن أخيه -عليه السلام- «قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل ثمّ اشتراه بخمسه نقدا أ يحلّ؟ قال -عليه السلام-: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس» (1).

هذا مضافا إلى إمكان أن يستند لصحّه العقد المشروط فى ضمنه الشرط

ص: ٥٢٩

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧١، ح ٦.

منها: ما عن المشايخ الثلاثة-رضوان الله عليهم- في الصحيح على المحكي عن الحلبي عن الصادق-عليه السلام- أنه ذكر أن بريه كانت عند زوج لها و هي مملوكه فاشترتها عائشه فأعتقتها فخبّرها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال: إن شاءت قعدت عند زوجها و إن شاءت فارقته، و كان موابيها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولاءها، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: «الولاء لمن أعتق» الخبر (١).

فإن دلالة على فساد الشرط كدلالة على صحه العقد واضحه، مثل الروايتين الأخيرتين المذكورتين في كلام شيخنا المرتضى- قدس سره- فراجع.

و قد يستدل على الصّحّه بأنّ صحّ الشرط متوقّفه على صحّ العقد فلو كانت صحّ العقد أيضا متوقّفه على صحّ الشرط لزم الدور.

و فيه أنّ توقّف صحّ الشرط على صحّ العقد مسلّمه و أمّا توقّف صحّ العقد على صحّ الشرط فممنوعه، غايه الأمر عدم اجتماع صحّ العقد مع فساد الشرط، فصّحه العقد ملازمه لكون الشرط غير مخالف للشرع و للعقد مثلا، و هذا واضح.

ثمّ من العجب أنّ شيخنا المرتضى- قدس سره- مع تقويته القول بالصّحّه و تخريبه تمام أوجه البطلان قال في آخر المسأله: و الإنصاف أنّ المسأله في غايه الإشكال و لذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقّق- قدس سره-، انتهى كلامه رفع مقامه.

و قال شيخنا الأستاذ- دام علاه-: و أنا أيضا لا أتجرأ على الفتوى بواسطه

رؤيه هذا الكلام من الشيخ-قدّس سرّه.

ثمّ على فرض القول بعدم الإفساد هل يوجب فساد الشرط الخيار للمشروط له أو لا؟ إن قلنا في خيار تخلف الشرط: إنّ مدركه العرف، فالظاهر العدم، لأنّ العرف إنّما يحكم في صورته التخلف بثبوت الخيار لأجل الحقّ الذي ينتزعه من الاشتراط، وقوله: لك على كذا، فهذا الحقّ يفيد جواز المطالبة والإجبار، ويفيد أيضا جواز الردّ في صورته الامتناع، فمجرد امتناع الوصول إلى ما اشترط ليس سببا بنظرهم، بل لثبوت الحقّ أيضا مدخل، ففي صورته عدم انتزاع الحقّ من قبل الاشتراط لا بدّ أن لا يكون خيار لانتفاء موضوعه، وإن كان النافي هو الشارع، لأنّ معنى إمضائه لطريقه العرف أنّ الخيار بنظره أيضا حكم لذلك الحقّ، فإذا حكم بعدم الحقّ علم عدم حكمه.

و إن قلنا: إنّ مدركه الإجماع فاللزام القول بالعدم أيضا، وأما إن قلنا كالشيخ-قدّس سرّه: إنّ مدركه أدلّه نفى الضرر فاللزام القول به هنا أيضا كما في تخلف الشرط الصحيح من غير فرق بين علمه بفساد الشرط و جهله، أمّا الثاني فواضح، و أمّا الأول فلأنّ علمه لا يوجب كونه مقدما على ضرر نفسه، لأنّه بنظره العرفي غير مقدم إلّا على النفع، و المعيار في الضرر هو المصاديق العرفية لا ما يتحقّق من ناحيه الحكم الشرعي، فما ليس بإقدام مع قطع النظر عن حكم الشارع عليه بالفساد لا يخرج هذا الحكم عن هذا العنوان و لا يجعله إقداما بعد ترتبه، لأنّ الحكم لا يوجب تغييرا في الموضوع و هذا واضح.

و أمّا حديث اعتضاد أدلّمه الضرر بالعمل و لا- عمل هنا، ففيه: أنّ الاحتياج فرع ورود التخصيص الكثير عليه و لم يتحقّق ذلك، فالأقوى بناء على القول المذكور هو القول بثبوت الخيار في الحاليين.

ص: ٥٣١

الأمر الثاني: بناء على القول بالإفساد لا ينفع إسقاط المشروط له

و رضاه بعدم الشرط بعد تمام الإيجاب و القبول معه، لأنّ العقد قد وقع على المقيّد و المفروض عدم وقوعه، و عدم وقوعه على المجزّد عن القيد أيضا، فالرضى اللاحق غير مثمر بل يحتاج إلى استئناف عقد جديد على الخالي عن الشرط و هذا واضح، بل لولا أنّ احتمال الخلاف المذكور في كلام العلامة لما كان من غايه الوضوح محتاجا إلى التعرّض (1).

الأمر الثالث: بناء على الإفساد لو لم يذكر الشرط الفاسد في متن العقد

بل قبله و أوقعا العقد مبتنيا عليه، فهل يوجب فساد العقد مطلقا، أو يفصل بين ما لو قلنا في الصحيح بالتأثير للذكر المتقدّم فيوجب في الفاسد الإفساد و بين ما لو لم نقل في الصحيح به بل باللغو، فيلزم اللغو في الفاسد أيضا كما اختاره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -، أو يفصل بين ما إذا علما بأنّ الذكر المتقدّم لغو فيكون لغوا، و ما إذا لم يعلم لغويته فيوجب الإفساد، كما اختاره صاحب المسالك - قدّس سرّه.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: الحقّ في المسألة هو القول بالإفساد، لأنّ من وجوه القول بالإفساد في كلّ الشرط الفاسد هو كون الرضى بالعقد مقيّدا بوجود الشرط، و هذا بعينه موجود ههنا، بل نقول: لو كان الشرط صحيحا في ذاته و لكن كان مذكورا قبل العقد فاللازم بناء على ما ذكره، الإفساد، لعين ما ذكره في كلّ المسألة، فتسالهم فيه على الصّحّ و اختلافهم في الفاسد على التفصيلين المتقدّمين لم يعلم لشيء منهما وجه.

ص: ٥٣٢

١ - ١) سيأتى في باب النكاح إن شاء الله تعالى وجه الاحتمال بل اختياره من شيخنا الأستاذ - دام علاه -، فراجع مبحث الشرط الفاسد من ذلك الباب. منه عفى عنه.

الأول: المقبوض بالشرط الفاسد حكمه في الضمان و عدمه حكم العقد

الفاسد

إن قلنا بثبوت الإجماع على قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و بالعكس، و أنّ المراد بها أنّ كلّ ما أخذه الإنسان مع العوض و لو بلحاظه كان ضمانه عليه في صورته العقد الفاسد عليه، و كلّ ما يأخذه مجاناً فلا ضمان فيه، أو أنّ المراد أنّ الإقدام على ورود الضرر من ناحيه تلف المال على كيسه موجب للضمان مع الفساد، و عدمه لعدمه، فإنّه إذا كان الإجماع على مفاد عبارته فاستظهرنا من عبارته معنى كان هذا تعييناً لمورد الإجماع بالحجّه أعنى: ظاهر اللفظ.

و حينئذ نقول: لو فرض أنّ الشرط ليس بإزائه شيء منظوراً لا لباً و لا إنشاءً كما في اشتراط شيء على الواهب في عقد الهبه الغير المعوّضه فلا ضمان، و لو فرض كون شيء إمّا بلحاظه كما في اشتراط شيء في عقد البيع أو الهبه المعوّضه، فإنّ ذلك الشيء و إن كان عبارته عن موهوبيه شيء ليس بلا ما يازاء رأساً بل لوحظ بقباله جزء من العوض لباً و إن لم يقع بإزائه شيء إنشاءً.

و إمّا بقباله إنشاءً كما في اشتراط مبيعته شيء بثمن المثل مثلاً- سواء كان على الواهب في عقد الهبه الغير المعوّضه أم غير ذلك، فإنّ في كلتا الصورتين المتعین هو الضمان. هذا كلّ على تقدير تسليم الإجماع على تلك القاعده.

و أمّا إن أنكرناه رأساً و قلنا: إنّ الثابت في باب الضمان ليس إلّا اليد أو الإتلاف، و ليس شيء آخر في عرضهما موجبا للضمان فنقول: الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» كون أخذ مال الغير بعنوان كونه مال الغير باختياره، و هذا لا يتحقق إلّا إذا التفت أنّه مال الغير، و مع ذلك أخذه، و أمّا لو لم

يلتفت بل اعتقد أنه مال نفسه، أو فرض أنه غير مختار مثل أن أطار الريح فأوقعه في كيسه من غير التفاته فعرضه التلف حينئذ، فالإنصاف أنه لا يفهم من قاعده اليد حينئذ ضمان مثل هذه اليد، فإن اليد ليست عباره عن الجارحه المخصوصه، فإن اعتبارها معلوم العدم، بل كناية عن إعمال القوه و الاختيار التي هي الآله لها غالبا، هذا.

الأمر الثاني: لو اختلفا في اشتراط الشرط الفاسد في العقد و عدمه،

فعلى القول بأنه لا يؤثر في شيء لا في إفساد العقد و لا في حدوث خيار، فلا ثمره للنزاع، و أما على القول بأن وجوده في العقد يثمر في أحد الأمرين، فالقول قول من يدعى العدم، لأصالة الصّحّه و أصالة اللزوم.

و لو تسالما على أصل الاشتراط و تخالفا في كونه صحيحا أو فاسدا، فمجمل القول فيه أنه إما أن يكون في البين قدر مشترك هما متفقان فيه، غايه الأمر كلّ يدعى وقوعه بخصوصيّته أما صحيحه و إما فاسده، و إما لا يكون بين دعوييهما قدر مشترك.

فإن كان الأوّل -و مثاله ما لو ادعى أحدهما أنّ الشرط كون مال لأحدهما للآخر و الآخر يدعى أنّ الشرط كونه موهوبا له، أو ادعى أحدهما أنّ الشرط ملكيه هذا المال المعين لأحدهما للآخر و الآخر يدعى أنّ الشرط هو مبيعته هذا المال بالقدر الكذائي، فإنّ القدر المشترك في الصورة الأولى أصل قرار الملكيه لهذا الشيء، فأحدهما يدعى كونه بخصوصيّته الموهوبيه، و الآخر كونه لا بهذه الخصوصيّته، و في الصورة الثانيه أصل قرار الملكيه أيضا و الخصوصيّته في دعوى أحدهما كونه بإزاء القدر المعين، و في دعوى الآخر كونه مجانا- فيمكن أن يقال في هذه الصورة بأنه: كما أنّ أصالة الصّحّه في العقد جاريه بناء على إفساد الشرط الفاسد، كذلك هي في الشرط بالنسبه إلى قرار القدر المشترك أيضا جاريه،

فيحكم بملكته هذا المال للمشروط له و إن كان لا يثبت بذلك كونه بالعنوان الخاص.

و إن كان الثاني: و مثاله ما لو ادعى أحدهما أنّ الشرط كون المال المعين موهوبا و الآخر أنّه كون صاحبه ملزما بهبته في ما بعد للآخر، فحينئذ قد يكون مدعى الفساد هو المشروط له ليسرى الفساد إلى العقد بناء على الإفساد و قد يكون هو المشروط عليه، و لا- إشكال في الصورتين في جريان أصل الصحّة بالنسبة إلى العقد، كما أنّه لا- إشكال أيضا في عدم جريانه بالنسبة إلى الشرط، فإنّه لا يثبت به العنوان الخاص.

مثلا- لو صدر كلام مردّد بين السلام و الفحش، لا يثبت بأصله الصحّة كونه السلام لترتب آثاره، و كذلك هنا أيضا لا يمكن ترتيب آثار كون الشرط هو فعل الهبة لا الموهوبيه بنحو النتيجة حتّى يلزم المشروط عليه بالفعل.

نعم الفرق بين الصورتين أنّه لو كان المدعى للفساد هو المشروط له، فالمشروط عليه حسب إقرار نفسه بأنّه ملزم بفعل الهبة لو حضر المشروط له للقبول يكون ملزما بالهبة و إلا فلا.

و أمّا لو كان المدعى هو المشروط عليه فلا يمكن الإيجاب أصلا، هذا و العجب من بعض الساده الأساطين حيث قوّى في تعليقه على مكاسب شيخنا المرتضى- قدس سرّه- أوّلا إجراء أصله الصحّة في الشرط و إجراء أحكام العنوان الصحيح، ثم استشكل فيه، و الحال أنّ مقتضى القاعده- بناء على كون أصل الصحّة أصلا تعبديا لا أماره- عدم الإشكال في عدم الإجراء و عدم ترتيب الأحكام.

الأمر الثالث: قد عرفت أنّ الشرط قد يكون بنفسه فاسدا لكونه إمّا نفسا

و إمّا التزاما مخالفا للكتاب و السنّه أو لغير ذلك، و قد لا يكون

في نفسه و لا في

ص: ٥٣٥

التزامه مخالفه للكتاب و السنه و لا- جهه فساد اخرى، إلا أنه مع ذلك قد أخذ في خصوص البيع مثلا تعديدا عدم وقوع هذا الاشتراط فيه، و من هذا القبيل الشروط في ضمن البيع الربوي أو القرض، فإن نفس الشرط و كذا التزامه غير فاسد، و لكن اشتراطه في ضمن بيع الحنطه بالحنطه مثلا أو في القرض ممنوع لأجل الربا.

و بالجملة: هذا القسم الثاني أعنى: ما إذا أخذ في صحه المعامله عدم اشتراط الشرط فيه، خارج عن محل الكلام، فإن الاشتراط فيه مفسد للعقد المشروط فيه بلا كلام، و إنما محل الكلام خصوص القسم الأول، و هذا واضح.

الأمر الرابع: قد عرفت أن الشرط و إن كان بإزائه قسط من العوض لبا

و لكته خارج عن طرف العوضيه

بحسب الإنشاء، و يترتب على هذا أنه لو شرط على البائع ملكيه شىء من ماله في بيع السلم لا يعتبر أن يكون مؤجلا و إن كان يعتبر في المثلن أن يكون كذلك، و كذا لو شرط على المشتري فيه كذلك لا يعتبر فيه قبض المجلس، و كذا لو شرط ملكيه حيوان في البيع لا يجرى فيه خيار الحيوان أو شرط ملكيه درهم في بيع المتاع بدراهم لا يعتبر القبض في المجلس في الدرهم و ما قبله من الدرهم الواحد من الثمن.

و يظهر من بعض الساده الأساطين في التعليقه أن من أمثله المقام المتفرعه على ما ذكرنا ما لو شرط كون درهم من مال أحدهما للآخر في مقابل درهم، فقال:

لا يحكم فيه بلزوم القبض في المجلس.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ- دام ظلّه- بوجهين، الأول: أنه ما الفرق بين اشتراط المبيعه- حيث اعترف هو- قدس سرّه- بالفساد- و بين اشتراط ملكيه شىء مقابل شىء، و هل البيع إلا عبارته عن مبادله مال بمال؟ لا يقال: إن بيد العرف شيئين يعبر عن أحدهما بالبيع و عن الآخر في

الفارسيه ب(تاخت)، و كلاهما مشترك في كونهما مبادله بين المالين.

لأننا نقول: نعم هما مشتركان في أصل المبادله، و أمّا الفرق فهو أنه يعتبر في البيع أن يكون أحدهما مئنا أعنى: يقع في ما قبل الباء، و الآخر مئنا أعنى ما بعدها، و أمّا في المعامله الأخرى فالمالان ملحوظان في عرض واحد.

و بالجمله: الكلام في معاملة هذا بذاك، المفروض كون هذا مئنا و ذاك مئنا، فالمقصود أنّ هذا لا يقع إلا بيعا و إن وقع بلفظ التمليك، و حينئذ فإن قلنا بعدم اختصاص البيع بالأسباب الخاصه جاز هذا الشرط، و لكن يعتبر فيه القبض في المجلس، و إن قلنا بالاختصاص لم يجز هذا الشرط رأسا.

الثاني: إننا سلّمنا كونه عنوانا آخر غير البيع، و لكن كيف ارتباطه بحديث عدم جزئيه الشرط لأحد العوضين حتّى يجعل من ثمراته عدم لزوم القبض في المجلس فيه، فإننا و لو قلنا بكونه جزءا أيضا لا يلزم القبض في هذا المثال، فإنّ الذي هو الجزء لأحد العوضين كون هذا مقابل ذاك، فيقع بإزاء هذا الكون الخاص شيء من العوض الآخر، فإذا دلّ الدليل على لزوم القبض في المجلس في بيع الدرهم بالدرهم فكيف يشمل مثل هذا الذي يكون العوض فيه في الحقيقه هو الأمر المعنوي أعنى المقابله بين الدرهمين و لو فرض كون المقابل له من الذهب و الفضة.

الأمر الخامس: قد يقال بالفرق في ما بين العقود الإذنيه من قبيل الوكاله

و العاربه و المضاربه و غيرهما،

في أنّا و لو قلنا في غيرها بعدم إفساد الشرط الفاسد لا بدّ أن نقول فيها بالإفساد، و ذلك لأنّ الإذن منتف مع عدم الشرط.

و استشكل فيه بعض الساده الأساطين في التعليقه بأنّ الكلام في هذه العقود هو الكلام في غيرها، في أنّ الشرط إن رجع إلى التقييد كان مفسدا في كليهما،

و إن لم يرجع إليه إمّا بتصوير تعدّد المطلوب، أو بتصوير كون التقييد فى جانب اللزوم لا- أصل المعامله لم يكن مفسدا فى كليهما، هذا محصل مرامه-قدّس سرّه.

و قال شيخنا الأستاذ-دام ظلّه:- إنّنا قد ذكرنا فى وجه تصحيح المعامله بأنّ الشرط مع كونه تقييدا يكون الموضوع العرفى الذى هو المشار إليه محفوظا فى حالتى وجود الشرط و عدمه، و لهذا فرّقنا بين الموضوعات الشخصيه و الكليه، و على هذا الذى ذكرنا لا بدّ أن نقول: بأنّ العقود الإذنيه تاره يكون موردها الجزئى الحقيقى و يشترط فى نفسها شىء، و من الواضح أنّ تخلف هذا الشىء أو عدم انعقاده لا يضرّ بوحده الموضوع، مثل أن يوكل الشخص المعين بشرط كونه كاتباً فلم يكن كذلك، فإنّه كما إذا باع العبد بشرط كونه كاتباً و لم يكن.

و اخرى لا- يشترط فى نفسها شرط، بل الشرط راجع إلى متعلّقها، مثل أن يوكل الشخص فى أن يبيع الدار بثمن كذا و شرط كذا، فحينئذ لو و فى الوكيل و باع بذلك الشرط فتخلف أو فسد لا يضرّ، لأنّه مثل أن يبيع نفس الموكل كذلك فتخلف الشرط أو فسد، و أمّا لو لم يف و باع بلا شرط فحينئذ لا يصحّ العقد، لأنّه غير متعلّق الوكاله، لأنّ ما توكل فيه هو البيع بخصوصيه كذا و هى الاشتمال على الشرط، و ما وقع ليس مصداقاً لهذا المفهوم الكلى.

و بالجملة: حال العقود الإذنيه بالنسبه إلى الشروط التى ترجع إلى نفس عناوينها كحال سائر العقود حرفاً بحرف، و أمّا بالنسبه إلى الشروط الراجعه إلى متعلّقاتها فلو تخلفت تلك الشروط أو فسدت فاللازم ما ذكرنا من التفصيل، فافهم و تذكّر.

و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً.

فى ليله الخميس ٢٨ شهر شعبان المعظم ١٣٤٥.

ص: ٥٣٨

مسأله: الخيار موروث بأنواعه، و الظاهر أنّ المسأله إجماعيه، و قد يستدلّ لها بآيات الإرث، فإنّها عامّه للأموال و الحقوق، و يمكن الخدشه بأنّها بين ما لا عموم فيه لكونه واردا فى مقام حكم آخر، كآيه اولى الأرحام (١) و بين ما هو ناظر إلى كيفيه الإرث، و لا عموم فيه أيضا بملاحظه تذييلها بالربع و النصف و نحوهما الظاهر فى كون الموضوع أمرا قابلاً للتقسيم، فلا يشمل الأمر البسيط.

نعم الاستدلال بروايه: «ما ترك الميّت من حقّ أو مال فلوارثه» حسن دلالة لو تميّت سندا، و لكنّه موقوف على إثبات مقدّمتين، الأولى: أنّ الخيار حقّ، و الأخرى: أنّه يصدق عليه ما تركه الميّت.

أمّا الأولى: فالظاهر إمكان إثباته بملاحظه مساعده العرف و حكمهم و دلالة قوله فى بعض الأخبار: «فذلك رضى منه» (٢) فإنّ الحكم لا- يتغيّر بالرضى و العدم، و أمّا باب النكاح فالرضى محقق للزوجيه و هى الموضوع للأحكام، و المقصود أنّ الرضى البحث بدون وساطه تحقّق موضوع آخر فى البين لا يصير منشأ لتغيير حكم إلى ضده.

نعم هو متداول فى الأموال، فيكون النقل و الانتقال منوطا برضى صاحب المال، فيكون مكان المال فى مقامنا الحقّ، فكما أنّ المال لا ينتقل إلّا برضى صاحبه فكذا هيئنا أيضا لا ينتقل و لا يسقط الحقّ إلّا برضى صاحبه، و لو كان

١- (١) الأنفال ٧٥/ و الأحزاب ٦/.

٢- (٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٤، من أبواب الخيار، ص ٣٥١، ح ١.

حكما صرفا لما كان وجه لسقوطه برضاه، لا أقول: إنه غير معقول أن يكون حكم ثابتا لعنوان الراضى كالمسافر و الحاضر، و لكن أقول: إن الظاهر من ترتيب شىء على الذات ثم تغييره بالرضى أن يكون حقا.

و أما الثانيه: فالظاهر أيضا إمكان إثباته بالنسبه إلى ما إذا كان ذو الحق أحد المتعاقدين، و أمّا إذا كان أجنبيا ففي صدق عنوان ما ترك إشكال، لأنّ المتبادر من هذا العنوان المال أو ما يتولّد منه المال، و بالنسبه إلى أحد المتعاقدين يكون الأمر كذلك، و أمّا بالنسبه إلى الأجنبيّ فالذى تخلف عن الميّت شىء يوجب حصول المال لشخص آخر لا- ربط له بالمّيّت أو وارثه و مثله غير متبادر من عنوان ما تركه الميّت، هذا.

مضافا إلى إمكان أن يقال: إنّ الحقّ فى خيار الأجنبيّ إنّما هو لأحد طرفى العقد و إنّما الأجنبيّ هو المباشر للاختيار، و لهذا لو أسقطه فالسقوط غير معلوم، و لو أسقطاه فالظاهر السقوط.

و حاصل الكلام فى المقام هو ادعاء انصراف عنوان ما ترك إلى الحقوق المائيه التى تنشأ المال لصاحبها، و أمّا تشخيص هذا العنوان بحسب اللغه، فالذى يظهر من البعض أنّ ما كان من الحقوق و الأموال مضافه إلى الشخص بحيث يكون للشخص قوام فى تحقّق الحقّ فلا- يورث لعدم صدق ما ترك، و ما كان الشخص موردا و محلاّ- بدون قوام له بالشخص فهو موروث لصدق المتروك.

و تنظر فيه شيخنا الأستاذ بأنّى لم أفهم ما معنى القوام و المورديه، فلو وهب شخص ماله لآخر بواسطه محبته لنفس ذلك الآخر بحيث كان منظوره فى الهبه هو بتمام خصوصياته فلا يكون ذلك المال الموهوب موروثا، و هذا ممّا لا يلتزمون به.

و الذى يمكن أن يقال: إنه يعتبر فى صدق ما ترك لغه أن يكون للمال أو

الحقّ إضافه إلى ذات الميّت بما هو، لا- أن يكون إضافته إليه بواسطه عنوان منطبق عليه منتف بعد الحياه، مثل حقّ السبق في المسجد و السوق، فإنّه لعنوان السابق، و هذا العنوان مسلوب عن الوارث، و منطبق على المورث ما دام حيًا، فإذا مات فلا يقال إنّ له حقًا تركه، بل كان و ارتفع بارتفاع الموضوع، و هكذا حقّ الوصايه و التوليه و النظاره، فإنّها للشخص بواسطه هذه العناوين، و هكذا لو كان مال موقوفًا على العالم فيموت العالم لا ينتقل إلى وارثه إذا كان جاهلا، و لو كان عالما فهو في عرضه مالك لا أنّه متلقّ للملك منه طولًا، نعم لو كان العنوان محفوظًا بعد الموت تحقّق الإرث كما في عنوان الولد الأكبر، فالذى ملكه الميّت بتوسّط هذا العنوان يملكه وارثه.

و حيثئذ نقول: أمّا ما نحن فيه أعنى حقّ الخيار، فما كان للأجنبيّ فقد عرفت الكلام فيه، و ما كان لأحد الطرفين فخير الشرط أعنى ما كان بجعلهما، فهو في نظر العرف بحكم الجزء للثمن و المثلثن أعنى: أنّ إضافته كنفس الثمن و المثلثن بنفس الذات، فيكون متروكا فيكون موروثا كالثمن و المثلثن، و أمّا ما كان بجعل الشارع فالظاهر أيضا أنّ الشارع جعل هذا الحقّ في جنب أحد العوضين، و كما أنّ العوضين يكون لذاتهما، كذلك الشارع أيضا اعتبر الحقّ لنفس من له العوض فيكون متروكا كالعوض.

إن قلت: هذا لا يجرى في خيار المجلس، لأنّه حقّ متعلّق بعنوان البيع و ليس هذا العنوان للوارث.

قلت: نعم و لكن حدوثا لا بقاء، و الذى مناف لصدق ما ترك هو العنوان المعبر حدوثا و بقاء كالأمثله المتقدّمه.

بقى الكلام فى أنّ إرث حقّ الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا بل هنا

تفصيل، فلو كان الوارث محروما عن إرث المال لأجل مهوريته التركة لديان الميِّت شرعا عند استيعاب دينه تركته فإنّ المال و إن كان ينتقل إلى الوارث و لكنّه ممنوع عن التصرف حتّى يستوفى الديان ديونها، نعم له فكّ المال بإيفاء الدين من جملة أموال نفسه.

فالذى قوّاه شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- أنّ الحقّ موروث بخلاف المال، قال شيخنا الأستاذ -دام ظلّه-: إن كان المقصود أنّ أصل ملكية المال للوارث متأخر عن الدين فهذا خلاف التحقيق، و الظاهر اعترافه بذلك أيضا في مقام آخر.

و إن أراد من الحرمان في طرف المال الممنوعيه من التصرفات مع انتقال الملك إلى الوارث فيرد عليه، أنّ إرث الحقّ أيضا لا بدّ أن يكون بهذا المنوال، أعنى:

أن يكون ممنوعا من إعمال الخيار، لأنّ جهه الحجر بالنسبه إلى المال هو التصرف في متعلّق حقّ الديان و هذا بعينه موجود في جانب الحقّ، و مجرد أنّ التصرف في الثانى أعنى الفسخ يكون في العقد و فى الأول يكون في المال لا يجدى شيئا، لأنّ التصرف في العقد ينتهى إلى المال.

و الحاصل أنّ التفكيك بين المال و الحقّ لم يظهر له وجه و خصوصا لو كان الفسخ مزاحما لحقّ الغرماء، كما إذا كانت المعامله محاباته بأن كان ما انتقل عن الميِّت شيئا قليلا و ما انتقل إليه خطيرا.

و لو كان محروما عن إرث المال لأجل القتل أو الرقّ أو الكفر، فالظاهر أنّه سبب للحرمان عن إرث الحقّ أيضا، لأنّه المستفاد من دليل الحرمان بهذه الأسباب، و لو كان لمنع بعض الوراث عن إرث خصوص مال كالزوجه عن العقار و غير الولد الأكبر عن الحيوه فهيها أربعة أوجه، الإرث مطلقا سواء كان المنتقل

عن الميِّت ذلك المال المحروم منه، أم كان منتقلا- إليه و عدمه مطلقا في الصورتين، و الإرث في صورته الانتقال إليه دون الانتقال عنه و العكس.

و تحقيق الحال يحتاج إلى تمهيد مقدّمه و هي أنّ فسخ الوارث هل هو عباره عن إعاده الملك إلى ملك الميِّت أو إلى ملك نفسه، فإن كان الأول فالميِّت غير مالك بالفرض، و الانتقال إلى البدل لا وجه له كما مرّ في بابه من أنّه إذا كان التلف عند من له الخيار لا وجه للبدل، و القول برجوع الملك قهقري إلى الميِّت ثم منه إلى المفسوخ عليه خلاف ما يقولونه في تصرّف غير ذى الخيار فلا يقولون ببطلانه و رجوع العين قهقري.

و إن كان الثانى فهو خلاف مقتضى الفسخ لأنّه حلّ المبادله، و معناه العود إلى الحاله الأوّليه و هو لا يمكن إلاّ بالنسبه إلى نفس الشخصين اللذين هما كانا طرفى العقد و المبادله، و الوارث خارج عن الطرفين رأسا.

لا يقال: نعم لكنّ الوارث بدليل الإرث منزّل منزله شخص الميِّت فكأنّ الميِّت برز في بدن الوارث.

لأنّ نقول: لازم هذا- مضافا إلى أنّه أمر لا يقبل بالنسبه إليه التنزيل- نعم يمكن أن ينزّل فعل الوارث و ردّه و استرداده منزله الفسخ لا- أنّه منزّل منزله الميِّت فى ماله من الفسخ- أنّه لو قيّد الفسخ بكونه بلسانه أيضا كان منتقلا بعد موته إلى الوارث، لأنّ الميِّت ببدنه التنزيلي موجود فيفسخ بلسانه التنزيلي، و هو ممّا لا يلتزمون به.

و الذى يحسم مادّه الإشكال أن يقال: إنّ الميِّت مالك فى حال ملك الورثه، و لا منافاه بين ملكيهما لكونهما مترتّبين أحدهما فى طول الآخر، فالمال فى جميع الآنات ملك للوارث و المورث معا، ألا ترى أنّه لو عاد إلى الحياه بالإعجاز

يكون المال ماله و ليس مالا جديدا له؟.

و حيثنذ نقول:معنى فسخ الوارث إعادته كل من العوضين إلى مالكيهما السابقين عن ملك المالك الآخر أعنى:من الميِّت إلى طرفه و بالعكس،و على هذا لا يصحّ فسخه مع التقييد بلسان الميِّت.

و أمّا الفسخ بشرط ردّ مثل الثمن بحيث كان الردّ مقدّمه للخيار لا فسخا فعليا،فوجه إرثه مع أنّ الشرط ردّ مثل الثمن من مال الميِّت و الوارث يجوز ردّه من مال نفسه أنّ الشرط في الحقيقه ليس مقّيّدا بالماليه له،بل يكون المال قابلاً_ للأدائيه و الوفاييه للدين الحاصل بالفسخ،و لهذا يكفي ردّ المتبرّع أيضا.

و مال الوارث أيضا لا شكّ أنّه قابل لذلك بمعنى أنّه يحضر مقدار الثمن من مال نفسه ثمّ يفسخ،فيرجع الدار المبيعه إلى الميِّت و تبقى ذمه الميِّت مشغوله بثمانها،فيؤدّي الوارث هذا الدين بذلك المال،و ليس الوجه كون الوارث نازلا منزله الميِّت،فكما كان له الفسخ بإحضار مقدار الثمن من مال نفسه فكذا للوارث.

إذا عرفت هذه المقدّمه تعرف أنّ مقتضاها جواز إرث الزوجه في كلتا صورتين،أعنى:في صورته انتقال العقار عن الميِّت و صورته انتقاله إليه.

و أمّا ما أفاده شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-في وجه المنع فيهما،أمّا في الأولى:فبأنّ الخيار علاقه للمالك في ما انتقل عنه و سلطنه له على إعادته في ملكه، و بعبارة أخرى ملك للتملّك،و هذا المعنى لا يمكن انتقاله من الميِّت بالنسبه إلى العقار إلى الزوجه،إذ لا سلطنه و لا علاقه لها على العقار و تملّكه.

و أمّا في الثانيه:فبأنّ الخيار حقّ إعادته المال المنتقل عنه بعد إحراز السلطنه على ردّ المال الواصل بإزائه،فدليل الخيار إنّما يثبت حقّ الإعادته لمن يقتدر على ردّ

ما وصل بإزاء المال-و لهذا لا يجوز خيار الوكيل-و هذا مفقود بالنسبه إلى الزوجه فى العقار.

و أمّا خيار الأجنبيّ فلا يرد نقضا على كلا الوجهين،لأنّه أيضا مالكك للتملك و مسلط على ردّ ما وصل بإزاء المال لكن بالنسبه إلى من هو منصوب من قبله أعنى:إنّه مالك لأن يتملكك المال لمن هو من قبله،و كذلك السلطنه على ردّ المال ثابتة لمن هو منصوب من قبله،و لا يجرى هذا بالنسبه إلى الزوجه،لعدم العلاقه المذكوره و السلطنه المذكوره فيها لا بالنسبه إلى نفسها و لا بالنسبه إلى من هي من قبله،إذ ليست هي منصوبه من قبل أحد.

ثمّ قوّى التفصيل بين الصورتين بالإرث فى الثانيه و عدمه فى الأولى،أمّا الثانى فلما مرّ،و أمّا الأوّل فللفرق بين مسألتنا و مسأله الوكيل بما ذكره فى كلامه.

فقد استشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنّ الذى نفهمه من حقّ الخيار أنّه حقّ على التصرف فى العقد و ولايه عليه،و هو يجتمع مع عدم الملك،فكما نتصوّر الولاية لشخص على بيع مال شخص آخر،كذلك نتصوّر الولاية له على فسخ عقد واقع على مال آخر،و ليس عبارته عن علاقه فى المال بإعادته فى ملك النفس أو المنوب عنه،و إن أبيت إلّا عن كونه حقّا فى المال فهو حقّ إعادته إلى ملك مالكه كائنا من كان،و لا يلزم أن يكون إلى نفس الفاسخ أو من هو من قبله.

نعم يبقى هنا ما ذكرناه سابقا فى فسخ الأجنبيّ من انصراف أدلّه الإرث عن حقّ لا ينتهى إلى نفع مالى للوارث،و الزوجه فى مسألتنا كذلك فى صورته انتقال العقار عن الميت،فإنّ حقّ الخيار فى حقّها لا يزيد على مجرد سلطنه اعتباريه من دون إفاده مال لها.

و يمكن الجواب بالفرق بين فسخ الأجنبيّ و فسخ الزوجه فى هذه الصوره،

بأنّ الزوجه تحرز بهذه السلطنه إرثها من الثمن عن التفويت بناء على ما هو الحق، و سيجيء إن شاء الله تعالى من أنّ إرث الورثه معناه قيام حقّ واحد كان للمورث بمجموعهم بوصف المجموعه، بحيث لو لم يجتمعوا على الفسخ لا يتحقّق الفسخ، فإنّه على هذا لو كانت هذه السلطنه قائمه بمجموع منهم الزوجه، كانت فائدتها في حقّها أنّه لو أراد سائر الورثه فسخ المعامله الواقعه على العقار الذى انتقل ثمنه إلى الميّت و ورثت منه الزوجه و امتنعت الزوجه يوجب ذلك بقاء ملكيتها لسهمها من الثمن، و يكفى هذا المقدار للنفع المالى فى شمول دليل الإرث لها.

ثمّ إنّ بعض الأساطين بعد الاعتراف بكون الفسخ حقًا على العقد و أنّه لا يقتضى تملك الفاسخ قال: إنّ عبارته عن الحلّ و ليس فى حقيقته الخروج من كيس شخص خاص و الدخول فى كيس شخص كذلك، و كون الميّت مع الطرف هما اللذين خرج و دخل عن كيس أحدهما و فيه إنّما هو من جهه المورديه، و إلاّ فالذى فى حقيقه الفسخ مأخوذ نفس حلّ المبادله بين الملكين، و حيث إنّ حلّ من الحين لا محاله يعتبر ذلك بالنسبه إلى من هو مالك لهما فعلا و إن اختلف مع المالك حين العقد، هذا.

و مقتضاه كما ترى أنّه فى صورته الانتقال إلى الميّت إذا فسخت الزوجه أو أحد من سائر الورثه ينتقل تمام الثمن من البائع إلى سائر الورثه غير الزوجه، و ينتقل العقار منهم إلى البائع، و فى صورته الانتقال عنه ينتقل تمام الثمن من جميع الورثه حتّى الزوجه إلى المشتري و ينتقل العقار منه إلى جميعهم حتّى الزوجه، و لا مانع من ذلك لأنّه انتقال بإرث الخيار لا بإرث نفس العقار ابتداء.

هذا ما ذكره و لكنك خبير بعدم تعقل ما أفاده و إن كان ذكر هو قدس

سره-مثل ذلك في حقيقه نفس البيع أيضا، ولكنك خبير بأن المبادله لا بد أن تكون باعتبار إضافه الملكيه،و الإضافه قائمه في الطرفين بشخصيهما،فمعنى المبادله أن يتبادل الإضاقتان الشخصيتان عن محلّيهما الشخصيين كما في مبادله الحجرين من مكانيهما الشخصيين.

و على هذا فالحلّ عباره عن حلّ تلك المبادله القائمه بالشخصين المالكين حال المبادله،فالمالك الشخصى حال المبادله مأخوذ في حقيقه المبادله،و المالك الشخصى حالها أيضا معتبر في حقيقه الفسخ لا المالك حال الفسخ،و هذا واضح.

و أيضا فكيف يقول هو في حال تلف العينين أو إحديهما مع أنه لا مالك فعلى حال الفسخ،و كذلك إذا انتقلا أو أحدهما إلى ثالث؟فاللازم على ما ذكره اعتبار التعاوض بين الثالث و الرابع دون طرفى العقد الأول و هو كما ترى.

و على كلّ حال فالذى هو المختار لشيخنا الأستاذ-دام بقاءه-أنّ المال دائما متروك الميّت و هو موقوف على محفوظيّه الإضافه إليه في جميع الأوقات،فيقال:إنّه ماله و لم يذهبه معه بل ذهب و رحل و خلف المال في الدنيا،و إذن فمتى فسخ الوارث يعتبر حلّ المبادله في ما بين الميّت و طرفه،ثمّ يعامل معاملة الإرث فيما ينتقل إليه و معاملة الدين فيما ينتقل عنه مع عدم بقاء عينه أو عدم كونه معينا.

بقى الكلام بناء على ما اختاره شيخنا العلامة-أعلى الله مقامه-من اعتبار سلطنه ملك المستردّ لنفس الفاسخ أو من يقوم مقامه بعد سلطنته أو سلطنه من يقوم مقامه على ردّ المال المردود في الفرق بين الزوجه-حيث اختار إرثها من الخيار في صوره انتقال العقار إلى الميّت-و بين الوكيل في خيار المجلس.

و حاصل ما ذكره: أنّ الوكيل ليس له سلطنه من خارج خيار المجلس على ردّ مال موكله، فالسلطنه لا بدّ من القول بها بركه الخيار و المفروض أنّ الخيار أيضا مع الفراغ عنها، و هذا بخلاف الحال في الزوجه هنا فإنّ المورث قبل موته كان له حقّ استرجاع الثمن بإرجاع العقار بلا تقييد بشيء، و بسبب ذلك تحققت علاقته للورثه حتّى الزوجه في استرجاع الثمن إليهم شأننا يتبع استرجاع مورثهم، و هذا الحقّ بعينه بدون تغيير يصل إليهم بعد موت المورث، فحقّ الزوجه ثابت على كلّ حال قلنا بخيارها أم لم نقل فلا نحتاج إلى إثبات سلطنتها على ردّ ما يازاء حصّتها أو تمام العقار من ناحيه الخيار كما في الوكيل.

و حاصل مقصوده - قدّس سرّه - أنّ الخيار كما كان في حياه المورث وصل إلى ورثته بلا تفاوت و لازم ذلك أنّه كما كان في حياته لو انتقل إليه الثمن بالفسخ كان نسبه الشأنيّه إلى جميع الورثه حتّى الزوجه نسبه واحده من دون اختصاص له غيرها كذلك بعد مماته أيضا عين هذا المعنى باق، فعين العقلة التي تكون لسائر الورثه في الثمن تكون للزوجه، و هي في حقّهم فعليّه غير منتظره لشيء، فكذلك بالنسبه إلى الزوجه، و لازم ذلك عدم منعها عن الفسخ، إذ لو توقّف استيفاء حقّها بفسخ غيرها نافي ذلك مع فعليّه حقّها و عدم اشتراطه بشيء و لا بفسخ أحد، إذ هذا هو الذي كان للمورث فإنّ حقّه كان غير مقيد لا حكما و لا موضوعا بفسخ غيره، و لازم انتقال ذلك إلى الورثه بعده حدوث هذا الحقّ المطلق للزوجه.

و لهذا - أعنى: لعدم تغيير في الحقّ عمّا هو عليه - لو ردّ سائر الورثه يصير إلى الزوجه من الثمن بمقدار سهمها و لا يختص الثمن بغيرها.

و هذا مراده - قدّس سرّه - من العبارة، و لكن فسره المحشّون بأنّ التزلزل بعد

الموت ثابت على كل حال سواء قلنا بثبوت الخيار للزوجه أم لا، لأن خيار سائر الورثه محفوظ.

و هذا يرد عليه الإشكال الواضح، و هو أنّ سائر الورثه لكون الشرط في حقهم موجودا استحقوا الخيار، و أين هم من الزوجه التى هى فاقده للشرط أعنى:

التسلط على ردّ ما وصل بإزاء المال، و بالجمله فساده بمثابه لا يمكن صدوره من مثل الشيخ بل أدنى طلبه.

ثم ذكر-قدّس سرّه-على نحو الإشكال على المستشكل فى إرث الزوجه فى صورته الانتقال إلى الميّت، بأنّ لازم منعها لأجل ما ذكر فى الوكيل منع سائر الورثه أيضا فى صورته الانتقال عن الميّت إذا كان الثمن معيّنا، و ورثت الزوجه منه سهمها، و قد فسّر بعض المحشّين هذه العبارة أيضا على خلاف هذا، فراجع.

ثم إنّه يرد على شيخنا العلامة-قدّس سرّه-علاوه على ما تقدّم من عدم تعقل الخيار إلاّ سلطنه على حلّ العقد من دون اعتبار شىء آخر، أنّه لا-وجه لما ذكره من أنّه لا-بدّ أن يلاحظ السلطنه على الردّ فى طول الخيار، أعنى موضوعا له و الخيار مترتبا عليه، بل نقول: كما أنّ جعل الخيار و شرطه لأجنبيّ نصب له فى هذا الردّ، كذلك جعل الشارع أيضا يوجب نصب ذلك الأجنبيّ المشمول لعموم دليل الخيار لهذا الردّ و استيلائه عليه فى عرض إعطاء سلطنه الاسترداد من دون أن يلاحظ إحداهما موضوعا للأخرى، فالمناط شمول دليل الخيار و عدمه، فالوكيل فى مسأله خيار المجلس إن قلنا بصدق البيع عليه نقول بثبوت الخيار له و إلاّ فلا.

تتمّه: هل خيار المجلس ينتقل إلى الوارث

عند موت أحد البيّعين أو كليهما فيعتبر بقاء البدنين فى المجلس أو بقاء مجلس. أو لا- ينتقل؟ الظاهر هو الأخير و ذلك لأنّ قوله: «ما لم يفترقا» ذو احتمالات:

الأول: أن يكون المراد من الافتراق الذى اعتبر عدمه هو الافتراق حياً و لازم ذلك بقاء الخيار فى صورته موتهما فى المجلس لوارثهما دائماً، لامتناع تحقق غايته.

الثانى: أن يراد منه الافتراق البدنى حين كانا أم ميتين، و لازم هذا أيضاً الانتقال إلى الوارث و غايته افتراق بدنى المورثين.

الثالث: أن يلاحظ عدم الافتراق فى من من شأنه الافتراق، و لازم هذا عدم الانتقال، لأنّ هذا العنوان ملازم مع الحياه و ينسلب بالموت، فلا يصدق المتروك، و الظاهر من الوجوه المذكوره هو الأخير، و قد عرفت سابقاً أنّ الإضافه لو تحققت فى المورث تتبع عنوان منع ذلك عن صدق المتروك بعد حياته إلا أن لا يكون ذلك العنوان مسلوباً منه بعد الموت، و من هذا القبيل إرث الشفعه بناء على اختصاصه بالشريك الواحد، فإنّ عنوان الشركه و الواحدية باقيا بعد الموت، نظير ما يملكه الكلاله الأُمى إذا كان واحداً بعنوان كونه واحداً من سدس تركه الميت، فإذا مات ينتقل إلى ورثته، لأنّ العنوان المذكور باق فيه، هذا.

مسأله: فى كيفية استحقاق الورثه لحق الخيار،

اشاره

اعلم أنّ الوجوه المتصوّره أربعه:

الأول: أن يكون لكل وارث خيار مستقل فى كل المال

، كما كان للمورث، غايه الأمر إن قلنا: إنّ الخيار سلطنه على أمرين الفسخ و الإبرام، فأيهما تحقّق من وارث لا ينفذ الآخر من وارث آخر، و إن قلنا: إنّ سلطنه على الفسخ فالإمضاء من الوارث، لا يمنع من فسخ غيره من الورثه، لأنّه لا يقدر إلا على إسقاط حقّ نفسه لا حقّ غيره.

الثانى: أن يكون لكل واحد حقّ فسخ مستقلّ فى مقدار نصيبه خاصه،

غايه الأمر إن أجاز وارث و فسخ آخر تبعض الصفقه على المشتري و جاء له الخيار.

الثالث: أن يكون للمجموع حق واحد على فسخ كل المال،

فإن اجتمعوا على الفسخ صحّ وإلا فلا، والظاهر أنه لو أسقط بعضهم حق شركته معهم جاز و يصير الحق لمن عداه.

الرابع: أن يكون الحق قائماً بالطبيعة المعتره

باعتبار صرف الوجود الصادق على القليل والكثير، وهذا يتحد نتيجة مع الأول إلا في الإسقاط، فإن إسقاط بعضهم يؤثر في إسقاط أصل الحق رأساً كما هو واضح، هذا بحسب التصوير.

وأما بحسب الاستظهار من الدليل أعنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «ما ترك الميت من حق أو مال فلوارثه» فالأظهر أن يقال: إنه في مقام الإهمال عن الكيفية، وإنما هو في مقام تعرّض أصل الإرث في قبال أن المال لا يبقى معطلاً أو واصلاً إلى غير الورثه، فلا بدّ من أخذ القدر المتيقّن من بين الوجوه وهو كون الخيار للمجموع من حيث المجموع فإنه لو اجتمعوا على الفسخ يحصل الفسخ على جميع الوجوه، وفي غيره نشكّ فترجع إلى أصله اللزوم.

ولا يخفى أنه لا ثمره في تعيين أن لفظ الوارث للجنس أو للاستغراق وكذلك لفظ الورثه، إذ على تقدير الجنس أيضاً يمكن الاستغراق بلحاظ طبيعته على نحو الوجود السارى، نعم لو لوحظ على نحو الوجود الصرف يظهر الثمر ولكنّه خلاف الظاهر، و إذن فمفاد لفظ الوارث والورثه متّحد، وهو أن الحق المتروك يصير إلى أشخاص الورثه، و حيث إنه في مقام الإهمال يبقى مردداً بين الوجوه الأربعة ويكون المتيقّن هو القول بنفوذ فسخ الجميع دون غيره.

ثمّ لو سلّمنا أنه في مقام البيان من حيث الكيفيه أيضاً و قلنا إنه يعقل وصول حق شخصى إلى متعدّد، ولا يلزم أيضاً خلاف ظاهر آخر من إرادته الاستغراق الذى قلنا إنه الظاهر فلا يصير دليلاً مع ذلك على استقلال كل وارث

فى حقّ الخيار، فغايه الأمر أنّ كلّ وارث يكون الحقّ المتروك ذا إضافه إليه بحيث يصدق أن يقال: إنّه له، ولا شكّ أنّهم لو كانوا شركاء فى حقّ واحد يصحّ أن يقال: الحقّ لهذا و لهذا و لهذا بنحو الاستغراق كما تقول: هذا و هذا و هذا بنحو الاستغراق شركاء فى الحقّ.

لا- يقال: الظاهر أنّ عين ما كان للميت يصل إلى الوارث، و ما للميت هو الحقّ الاستقلالى الذى ليس لأحد مزاحمته، فلا بدّ أن يكون للوارث أيضا كذلك لو حده السياق.

لأننا نقول: الاستقلال غير معلوم من اللام و إنّما المفهوم صرف الاختصاص الجامع و لازم تعلّقه بالواحد صار هو الاستقلال و لازم تعلّقه بالكثير خروجه عن الاستقلال، نعم لو كان له إطلاق من حيث الأحوال و أنّه له سواء زاحمه غيره من الورثه أم لا كان ملازما مع الاستقلال، لكن يمكن منع هذا الإطلاق.

فتحقق أنّه مردّد بين الاستقلال و بين الاشتراك بمعنى أن يكون قيام الحقّ بالمجموع.

و أمّا الاشتراك بمعنى استقلال كلّ وارث فى نصيبه فيمكن منعه بمخالفته لحقيقه الإرث، إذ الحقوق التى كانت للميت متجزّيه بتبع المحلّ، سلّمنا أنّ مقتضى الإرث فيها اشتراك الورث و توزيعه بينهم بتبع المحلّ و ذلك كحقّ التحجير الموزّع على أبعاض الأرض، حيث إنّ كان للميت التبويض فى هذا الحقّ و الأخذ بتمامه، فمعنى إرثه بين الورثه سلّمنا إنّ أن يأخذ صاحب الربع الحقّ فى ربع الأرض و صاحب الثلث الحقّ فى ثلثه، و هكذا و لكن إذا كان الحقّ بالنسبه إليه غير مجزّى بتبع المحلّ كما فى حقّ الفسخ- حيث لم يكن للميت أن يفسخ العقد فى بعض المال دون بعضه- فالانتقال إلى الوارث لا يزيد على هذا الحقّ

شيئا، لأنه فرع للميت وزياده الفرع على الأصل محال، ومعنى انتقال عين ما كان للميت إلى الورثه إما استقلال كل و إما قيام الحق بالمجموع.

و أمّا قيام الحق بالطبيعہ الملحوظه باعتبار صرف الوجود فهو غير محتمل، إذ الغرض نسبة الحق إلى الأشخاص، و على تقدير الكون لصرف الوجود لا نسبة له إلى الأشخاص.

و أمّا إرادته خصوص الاستقلال فى كل وارث بالنسبه إلى جميع المال لا خصوص نصيبه فقد عرفت أنه لا دليل عليه، مضافا إلى ما ذكره شيخنا المرتضى قدس سره - من استلزامه الاستعمال فى أكثر من معنى، لأن الحق و المال كلاهما مذكوران فى ما قبل اللام، و حيث إن الاستقلال بالنسبه إلى المال غير معقول فلا بدّ من ملاحظه العموم المجموعى بالنسبه إليه، و الاستغراقى بالنسبه إلى الحق و هما استعمال للفظه الورثه فى معنيين.

بل قال شيخنا الأستاذ: يمكن أن يقال بعدم معقوليته و دخوله فى عدم إمكان اجتماع اللحاظين، لأن هيهته المجموعيه المحيطه بالآحاد إمّا أن يلغى فى النظر و تجعل مرآتا للآحاد فيكون استغراقيا، و إمّا يلحظ موضوعا فيفيد العموم المجموعى، و هذان اللحاظان غير ممكن اجتماعهما، و نحن و إن جوزنا الاستعمال فى أكثر من معنى و لكن اجتماع اللحاظين لا شك أنه غير جائز.

و أمّا ما ذكره شيخنا قدس سره - من القرينه العقلية على عدم إرادته الاستقلال و هى عدم إمكان قيام الحق الواحد الشخصى بالمتعدد، فيمكن النظر فيه بأن الملك و الحق سنخان متباينان من الإضافه، فالملك سنخه سنخ الجده التى هى واحد من المقولات كالتنغل و التقمص، و من المعلوم استحاله قيام التنغل الشخصى الواحد بشخصين أو أشخاص، و كذا الملكيه الواحده الشخصيه.

و أما الحقّ فهو نوع سلطنه كخيار الفسخ و هو بذاته غير آب عن القيام بالمحلّ المتعدّد، بمعنى أنّ الجاعل لو جعل خيار الفسخ على رأس واحد فلا- محاله يكون قائماً بذلك الواحد و لا- يزاومه غيره، و لو جعله على رأس كثيرين فلا- محاله يكون كلّ صاحب سلطنه، و لازم تعدّد المحلّ أنّه يزاوم كلّ صاحبه.

ألا- ترى أنّ الوجوب الكفائي وجوب واحد متعلّق بالمتعدّدين و فعل كلّ واحد واجب نفسى لا مقدّمى، و مع ذلك الواجب واحد، و لهذا يسقط بإتيان الواحد، و تعلقه بواحد ما أو بالمعيّن عند الله أو الجامع خلاف التحقيق، و كذلك إذا كان الأشخاص المتعدّدون على الماء الواحد الغير الكافى إلا- لوضوء أحدهم، فالجميع واجد أعنى كلّ واحد واجد إلى أن يسبق أحدهم بالحيازه و الصرف، فالوجدان الشخصى صار مضافاً إلى أشخاص كثيرين.

ثمّ على تقدير الخيار للمجموع فإذا أجاز واحد منهم فإن كان راجعاً إلى أنّه غير موافق للباقيين لو فسخوا، فلازم كونه جزءاً لموضوع الخيار أن لا ينفذ فسخ الباقيين، لأنّ موافقته جزء الموضوع، و إن كان راجعاً إلى إسقاط حقّه حيث إنّ جزء الجمع الذى لهم الخيار فله إسقاط حقّ دخالته و انضمامه مع الباقيين، فإنّه ينتزع من الحقّ للمجموع حقّ لكلّ واحد بأن ينضمّ رأيه إلى رأى الباقيين و يكون له الدخاله، فإذا أسقط حقّ الدخاله لنفسه يصير الحقّ للباقيين.

و من هنا يظهر وجه حكم المشهور على المحكّي بأنّ عفو أحد الورثه عن حقّ الشفعه لا يوجب سقوطه عن غيره، مع جريان ما ذكرنا فى الخيار من ثبوت الحقّ للمجموع فى الشفعه أيضاً حرفاً بحرف لا اتحاد المدرك فى الباين، فإنّه يقال فى صورته كون مراد العافى إسقاط حقّ دخاله نفسه: إنّ لازم إخراج نفسه عن تحت الحقّ بقاء الحقّ للباقيين، نظير ارتفاع الوجوب عن بعض أبعاض المركّب للخرج

حيث يوجب بقاءه فى الحدّ الناقص منه، نعم لو كان مراده عدم موافقه الأخذ بالشفعه و أنّه غير صلاح بنظره فلا وجه لما ذكره.

و أمّا توجيهه بقاءه لا ضرر- حيث إنّ سقوط حقّ الشفعه عن السائرين ضرر عليهم- فيمكن الخدشه فيه، و توضيح الخدشه يحتاج إلى تقديم مقدّمه، و هى أنّه ورد فى بعض روايات الشفعه ذكر قاعده لا ضرر تعليلا لها، و هى روايه عقبه ابن خالد عن أبى عبد الله- عليه السلام- «قال: قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالشفعه بين الشركاء فى الأرضين و المساكن و قال: لا ضرر و لا ضرار» (١).

و لا يخفى أنّه ظاهر فى أنّ وجه القضاء و الفتوى كان هو القاعده، و الحال أنّا لو كنّا نحن و القاعده لما استفدنا هذا الحكم منها، إذ أولاً: ليس مجرّد تجديد الشريك ضرراً على الشريك دائماً بل ربّما يكون نفعاً له، نعم فى بعض الأحيان يوجب الابتلاء بالشريك السيئ الخلق و المعاشره، فيستلزم الضرر الحالى.

و ثانياً: لا دليل على خصوص الأخذ بالشفعه بمعنى الإرجاع إلى نفسه بإعطاء الثمن من الكيس، لاندفاع الضرر بفسخ المعامله، و لا يدفع بأنّه ضرر على البائع، لأنّه كالبايع الغابن.

و ثالثاً: لا خصوصيّة للبيع بل يجرى هذا فى كلّ معامله و لو صلحاً أو هبه و نحوهما، و الحال أنّهم يخصّون الشفعه بالبيع.

و الذى يحسم مادّه الإشكال أن يقال: إنّ تعليل الحكم قد يكون بالكبرى لما ليس من مصاديقه- لحكمه أوجبت تعميم الحكم إلى غير المصاديق- نظير حكم استحباب غسل الجمعه مع تعليله برفع عفونه الإبط و حصول التنظيف،

ص: ٥٥٥

١- ١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٧، من أبواب الخيار، ص ٣٦٤، ح ٤.

فمطلوبيه التنظيف هي الكبرى و صارت حكمه لجعل حكم كلى على كل مكلف و لو من كان إبطه ذا رائحه طيبه، و الموجب لتعميم الحكم عن دائره مصاديق الكبرى المطلوبه إلى غيرها، لا محاله مصالح مقتضيه لذلك، مثل أن يرى الحاكم أنه لو أناط الحكم بالمصاديق الواقعيه ربّما يشتهبه المكلف المصاديق غيرها و مثل ذلك.

إذا عرفت ذلك فنقول: يمكن أن يكون هناك مصالح اقتضت جعل حكم الشفعه فى خصوص البيع و لكنّ الداعى الأولى رعايه قاعده لا ضرر فيصحّ لأجل ذلك، التعليل بها، و يشهد لهذا قوله -عليه السلام-: «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم. و قال لا ضرر إلخ»، حيث إنه ظاهر فى كون الشفعه جعلاً و قضاءً مستقلاً غير القاعده، و لو كان من باب التطبيق لما كان هنا إلاّ جعل واحداً، و إذن فلا يجوز لنا التعدّى من مورد يقين ثبوت الشفعه إلى موارد الشكّ بعموم لا ضرر.

و من هنا يظهر السرّ فى قضيه سمره بن جندب حيث وقع التعليل بالقاعده فى قلع شجرته أيضاً، مع أنّا لو كنّا نحن و القاعده لما فهمنا ذلك منها، فإنّه يقال: إنّ ذكر لا ضرر من باب الإشاره إلى الكبرى المطلوبه التى يكون المنظور فى الحكومه المذكوره رعايه جانبها، غاية الأمر أنّ الموجود فى تلك القضيه هو الحكومه الولائيه، و الموجود فى باب الشفعه هو الحكم و الفتوى، فتدبرّ.

بقى فى المقام فرعان تعرّض لهما شيخنا المرتضى -قدس سرّه

أحدهما: لو اجتمع الورثه على فسخ ما باعه مورّثهم فهنا صور ثلاث:

الأولى: أن يكون عين الثمن موجوداً فى التركه.

و الثانیه: أن يكون معدوماً و لكن كان للميت تركه سواء كان دين مستغرق أم لا، و سواء كان الفسخ مصلحه للديان أم لا.

و الثالثه: أن لا يكون للميت تركه أصلا.

فلا- كلام في الصورة الأولى من حيث وجوب دفع العين إلى المشتري، و أما الثانيه: فقوى فيها أصل جواز الفسخ للوارث و تردّد في اشتراطه بمصلحه الديان و قال: إن المشتري أيضا كأحد من ديان الميت يقسم معهم مال الميت و ظاهره أنه لو لم يف إلا ببعض الثمن يبقى الباقي دينا على الميت مع عدم تركه وافيه بأدائه، و أما الثالثه فقوى فيها أيضا جواز الفسخ و تردّد في أن الثمن هل يكون في ذمه الميت أو يشتغل به ذمه الورثه؟ و بنى المسأله على أن المال بفسخ الورثه ينتقل إلى الميت ثم يتلقى الورثه منه، فلانمه اشتغال ذمه الميت، أو أن الورثه قائمون مقام الميت، فكما أن الميت كان يملك المال لنفسه بالفسخ قام الورثه من هذا الحيث مقامه و تشتغل ذمتهم بالثمن.

ثم ذكر الفرع الثاني و هو: أنه لو فسخ بعض الورثه

و قلنا بجوازه فهل ينتقل المبيع إلى جميع الورثه، أو إلى خصوص الفاسخ؟ و جعله أيضا مبيتا على الوجهين المذكورين، ثم قوى الوجه الأخير أعنى: الرجوع إلى نفس الفاسخ مستدلا عليه بجريان السيره- في ما لو كان للمورث خيار الفسخ بردّ الثمن و ردّ الوارث مثل الثمن من ماله- بعدم إلزام الوارث بأداء ديون الميت من ذلك المال المسترجع، و هذا شاهد على أنه ينتقل إلى نفس الوارث.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ- دام بقاءه- بأمور:

الأول: لا- وجه لتفرقه- قدس سرّه- بين الصورة الثانيه و الثالثه، حيث بنى اشتغال ذمه الورثه أو الميت بالثمن على الوجهين في الثالثه، و جزم بثبوت الثمن في تركه الميت في الثانيه مع أنه أيضا متفرع على الوجهين كما هو واضح، إذ لو قلنا بانتقال المال إلى الوارث لا فرق في اشتغال ذمته و الثبوت في ماله بين ثبوت مال للميت و عدمه.

و الثاني: مقتضى ما قوّاه من الوجه الأخير أنّه لو كان الفاسخ الزوجه، و المبيع العقار أن ينتقل إليها، إذ ليس هذا من الإرث و إن كان الحق بالإرث، مع أنّه قدّس سرّه-لم يلتزم بهذا في ما تقدّم.

و الثالث: أنّ قضيه الفسخ أن يكون حلاً للمبادله و المفروض قيامها بالميت و طرفه، و حلّها إنّما هو بعكس المبادله المذكوره و لازمه الانتقال إلى الميت و عنه، و هذا و إن قلنا بعدم لزوم دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوّض في أصل عقد المبادله، و قلنا إنّ شراء المال لأن يدخل في ملك الصديق أيضا يصدق عليه حقيقه المبادله لأنّ الحل لا بدّ و أن يتعلّق بشخص المبادله الواقعه إن كانت بين المالكين فلا بدّ من اعتبار الحلّ بينهما، و وقعت بين المالك و صديق المالك الآخر فلا بدّ من اعتبار الحلّ أيضا بين المالك و الصديق، و إلا يخرج عن كونه حلاً لتلك المبادله الواقعه.

و أمّا دليل تنزيل الوارث، فغايه مفاده أنّه قائم مقام الميت في الحقّ و المال فيكونان مضافين إليه لا أنّه قائم مقامه في جميع الأمور، و لا شكّ أنّ ما كان للميت هو حقّ الفسخ بحقيقته، و مجرد ثبوت هذا للوارث لا يقتضى إلاّ أنّ حقيقه الفسخ يكون ثابتا للوارث لا شيء آخر ليس بفسخ و حلّ.

و أمّا السيره التي صارت سببا لرجوعه-قدّس سرّه-، فالإنصاف أنّه استبعاد في المحلّ و لا يختصّ هذا بالوارث بل يجري في نفس المورث حال حياته أيضا لو فرض أنّه كان فاقدا للمال رأسا ففسخ، فإنّ الاستبعاد حينئذ أنّ هذا الفسخ ضرر على المفسوخ عليه، و قد يليق أن يسمّى سيره، إذ قلّ أن يتفق مثل هذه القضايا في الخارج حتّى نعلم أنّ السيره فيه ماذا.

و محصل الكلام فيه: أنّ الخيار إن كان بجعل من المتعاقدين أمكن أن

يقال: إنّه ضرر أقدم عليه حيث لم يقيد بصوره إحضار مثل الثمن، و أمّا إن كان شرعيًا فإن كان دليله الضرر كان هذا من تعارض
فردى الضرر، وإن كان دليله شيئًا آخر فربما أمكن أن يقال برفع اليد عن إطلاق أو عموم ذلك الدليل في هذا المورد بحكمه
لا ضرر، هذا.

مسأله: لو كان الخيار لأجنبيّ فمات الأجنبيّ فهل ينتقل إلى وارثه أو إلى من

اشترط له من المتعاقدين أو يسقط؟

الظاهر الأخير.

أمّا أولًا: فلما تقدّم الإشاره إليه من قصور دليل الإرث عن شمول الحقّ الذى لا يحصل من نفس اعماله المال و انصرافه إلى ما
يحصل منه.

و أمّا ثانيًا: فمن الممكن أن يقال: إن اعتبار الحقّ يكون لمن اشترط له، فلا حقّ لنفس الأجنبيّ حتّى يرثه وارثه، و لا وجه للانتقال
إلى من اشترط له بعد فرض اشتراط مباشره الأجنبيّ.

و أمّا ثالثًا: سلّمنا عدم الانصراف و ثبوت الحقّ الطولى للأجنبيّ بأن يقال:

للمشروط له حقّ أن يكون للأجنبيّ حقّ، و لكنّ الظاهر أو المحتمل كونه للأجنبيّ ما دام حيًا، فالتقييد بالحياه مأخوذ فيه، و مثل
هذا لا يسمّى متروكا بعد موته كما تقدّم الإشاره إليه سابقا.

ثمّ إنّه ذكر العلامه فى القواعد على ما حكى أنّه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه، و لو كان العبد لأجنبيّ لم يملك
مولاه، و لا يتوقّف على رضاه إذا لم يمنع حقًا للمولى.

قال شيخنا الأستاذ- دام علاه-: الإنصاف أنّه لم يظهر وجه للفرق بين المسألتين، نعم يمكن أن يقال فى كلّى المسأله، إمّا فى أصل
نفوذ جعل الخيار للعبد من دون توقّف على رضاه أو رضى مولاه، فهو مقتضى القاعده من أنّه لا دليل

على لزوم القبول فى أمثال هذه الإيجابات التى مشتمله على تمليك مال أو جعل حق للغير مجاناً و بلا عوض مالى عليه، فلا مانع من القول بنفوذه و لو لم يلتفت.

نعم له الردّ بعد الالتفات، و أين هو من اشتراط القبول فى أصل النفوذ؟ و يظهر الثمر فى ما لو مات قبل الردّ فإنّه يحسب من تركته على ما قلنا، بخلاف ما لو قلنا باشتراط القبول.

و على هذا فنقول: جعل الخيار للعبد أيضاً غير محتاج إلى قبول، نعم لو احتاج إليه كان قبوله محتاجاً إلى إجازة السيد، لأنّه داخل فى الروايه التى نفى استقلال العبد فى أمر الطلاق مستدلاً بأنّه «عَبِيداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»، قال -عليه السلام-: «و شىء الطلاق»، فإنّه يقال فى المقام: و القبول شىء، هذا فى أصل انعقاد الخيار المجعول للعبد.

و أمّا فسخه بعد الانعقاد، فلا إشكال فى تحريمه تكليفاً لو منعه المولى، و أمّا نفوذه وضعاً فربّما يقال: إنّ أثر قهرى لتحقق الحقّ و إلّا يلزم نقصان فى حقه.

و الإنصاف أنّ الحقّ أيضاً كالمملك مجامع مع عدم نفوذ التصرف، فكما أنّ ملك الصغير أمر مجامع مع عدم نفوذ تصرفاته، كذلك الحقّ هنا أيضاً شىء متصوّر غير السلطنه مجامع مع المحجوريه عن التصرف، و إذن فيصح أن يقال: إنّ المولى متى منعه عن الفسخ ففسخه غير نافذ، و متى أمره به و امتنع أجبره عليه و إلّا فعله كما هو الحال فى بيع ماله و طلاق امرأته.

هذا على ما هو الظاهر من الروايه المشار إليها من شمول المنع لما لا ينافى حقّ المولى، فإنّ إجراء صيغه الطلاق أيضاً لا ينافى شيئاً من حقوق المولى، نعم إن قلنا: لا دليل على المنع فى غير ما يزاحم حقّ المولى فلا مانع من فسخه عند عدم المزاحمه.

مسأله: في أنه كما يكون تصرف ذي الخيار في ما انتقل إليه إجازة هل يكون

إشارة

في ما انتقل عنه فسحا أو لا؟

و الكلام هنا في ثلاثة مقامات:

الأول: في أنه عند وجود الاحتمالات في التصرف منها كونه بعنوان الفسخ، و منها كونه غفله، و منها كونه عدوانا، و منها كونه فضوله هل هنا أصل يعين كونه فسحا أو لا بد من تشخيص ذلك من مظانّه؟ الثاني: هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول أو لا بد فيه من القول؟ الثالث: على تقدير القول بأنه يحصل بالفعل أيضا هل ينفذ التصرف المترتب عليه طولا، أعني: البيع الذي وقع الفسخ به مثلا هل يكون نافذا صحيحا أيضا أو لا؟ و منشأ الإشكال أنه من صغريات «من باع ثم ملك».

و حاصل الكلام، أمّا في المقام الأول: فهو أنّ هنا صورتين:

الأولى: أن يكون أمر التصرف دائرا بين الفسخ و الغفله عن كونه منتقلا- عنه إلى الغير و حسابان أنه باق على ملكه، و الظاهر في هذه الصورة عدم الإشكال في أنّ أصله عدم السهو و النسيان جاريه و بها يثبت كونه قاصدا إلى الفسخ، لأنه من الأصول و الأمارات التي تثبت بها اللوازم.

و الثانية: أن يدور بين العمد و السهو، و العمد أيضا يدور بين الفضوليه و الغصب و الفسخ، فحينئذ أصله عدم السهو نافية للسهو، و لكن يبقى الأمر بين الثلاثه، و يمكن نفي احتمال الفضوليه أيضا بظهور صيغته بعت مثلا في الاستقلال و عدم كونه نائبا في هذا الإنشاء عن الغير، فيبقى احتمال الغصبيه، و إجراء أصله حمل فعل المسلم على الصحيح الظاهر عدم كونه مثمرا في ما نحن بصددّه، و إنما هو في مقام المعاشرة دون ترتيب آثار الواقع، فغايه ما يثبت أنه لم

يتصرف عدوانا، وأما أنه أنشأ الفسخ فلا، إلا أن يقال في خصوص ما إذا كان التصرف عقدا مثل البيع والهبة والإجاره أن البناء على ترتيب آثار الصحة الواقعيه، فكما أنه لو شك في تحقق القبض في الصرف بينون على وجوده، كذلك لو شك في تحقق الملكيه بينون على وجودها.

لا يقال: الملكيه ليست من شرائط الصحة الواقعيه و لو مع حفظ الاستقلال في الإنشاء، لفرض صحه بيع الغاصب لنفسه.

لأننا نقول: نعم الصحة التأهليه محرزها و لا تحتاج إلى الأصل، و الذي نحتاج في إحرازه إلى الأصل و هو الفعلية غير متحققه في بيع الغاصب لنفسه، فالملكيه شرط لهذه الصحة لكن هذا على تقدير صحته إنما يتم في مثل العقود، و أما في غيرها مثل الوطى المردد بين الزنا و الفسخ، فلا يوجب الحمل على الصحيح إلا نفي الحد دون كونه بإنشاء الفسخ، هذا.

و أمّا المقام الثاني: فمحصّل الكلام فيه أن الكراهه الباطنيه الغير المصحوبه مع المظهر لا يكون فسحا عرفا و كذا الأخبار الذي اقترن مع الكراهه الباطنيه و الرجوع الباطنى، و أما المظهر الإنشائي أعني: كونه قاصدا حكاية نفس الرجوع القلبي بنحو حق في محله في الفرق بين الإنشاء و الإخبار الصادق، بأن يكون المستعمل فيه في اللفظ و المحكى في غيره ابتداء نفس المعنى القلبي بحقيقته الخارجيه، لا أن تكون الحكايه أولا عن المفهوم و بتوسيطه عن حقيقه الوجود الخارجى حتى يكون الانفكاك كذبا، بل يكون بحيث يكون الانفكاك نوع خلو اللفظ عن المعنى و كونه مهملا.

و بالجملة: وجود هذا النحو من المظهر عن الرجوع القلبي أيضا لازم بحكم العرف، و أما زياده على ذلك لزوم كونه باللفظ دون الفعل فضلا عن كونه بقول

مخصوص، فيمكن الجزم بعدم دخالته لصدق الفسخ عرفا على الفعل الدالّ بالنحو الذي ذكرنا.

و أما المقام الثالث: فلا بدّ من فرض الكلام في ما إذا لم يسبق صيغه البيع بمقاولة أصلا، وإلا كانت المقاولة السابقة فسخا و البيع واقعا بعد تحقّق الملك، و أما إذا لم يسبق بذلك فحينئذ قد يتكلّم على مبنى من يجعل المعانى الإنشائية أمورا نفسيّة كشف عن حقيقتها دوالها، و قد يتكلّم على مبنى من يجعلها أمورا مجعولة بالأقوال و الأفعال، أمّا على الأخير فالأمر واضح لأنّ القائل بجعل أمر الإنشائيات خفيف المئونه، فيمكن أن يجعل اللفظ الواحد موجدا لمعنيين بأن يقصد حصول الفسخ أوّلا ثمّ البيع ثانيا و يقصد حصول هذين المترتّبين بقول واحد و هو بعث.

و أمّا على الأوّل فنقول: المفروض كشف كلمه «بعث» أوّلا عن حقيقه معنى البيع فى النفس و طولا عن حقيقه معنى الفسخ فيها، و لا مانع من إظهار كلتا الحقيقتين بدالّ واحد طولا كما فى الكنايات التى ينتقل فيها من اللوازم إلى الملزومات، و إذن فلا يلزم تأخّر زمان حصول الملكيه عن زمان النقل و البيع حتّى يندرج فى عنوان من باع ثمّ ملك بل هما متقارنان زمانا.

نعم بحسب الرتبة يصدق عليه أنّه باع أوّلا ثمّ ملك، لأنّ الكشف عن الفسخ المملّك يكون تبعا للكشف عن البيع، فالبيع المسبّب عن الكشف المتبوع يكون فى عرض الكشف التابع الذى هو علّه للفسخ المملّك، فالبيع متقدّم رتبة على حصول الملك.

و بالجمله: الإشكال من وجهين الأوّل: كيف يمكن أن يؤثّر الشىء الواحد فى أمرين متضادّين أعنى: الإدخال فى الملك و الإخراج عن الملك؟ و الثانى:

مقتضى قوله-عليه السلام-:«لا بيع إلا في ملك» كون البيع متوقفا على الملك، فلو توقّف الملك أيضا على البيع كما هو الفرض لزم الدور.

فالجواب عن الأوّل أنّ في النفس حالتين: الكراهة والإرادة، واللفظ يدلّ أوّلا على إرادته البيع مطابقيه، وفي طول هذه الدلالة المطابقيه يدلّ التزاما على كراهة البيع الأوّل، فهما دالّان ومدلولان، فاللفظ بذاته يدلّ على المدلول المطابقي و بوصف كونه دالّا عليه يدلّ على الالتزام.

و أمّا عن الثاني فأوّلا- نقول: المراد من البيع في قوله-عليه السلام-:«لا بيع إلا في ملك» هو البيع المسبّب أعنى النقل و الانتقال العرفي الخارجي الذي هو متأخّر عن الإيجاب و القبول، ولا شكّ أنّه متأخّر عن حصول الملكية، لأنّ الملك و الفسخ يحصل بالإيجاب، و البيع بهذا المعنى يحصل بعد القبول.

و ثانيا: سلّمنا أنّ المراد به هو البيع السببي، أعنى: إنشاء البيع و لكن نقول:

الحصر في قوله-عليه السلام-إضافي، و المقصود نفى البيعيّه عمّا تداول في الناس من بيع مال الغير عن أنفسهم بمجرد الاقتدار و السلطنه على الشراء من صاحبه، و لهذا وقع الاستفسار في الأخبار في جواب السائل عن هذه القضية بقولهم-عليهم السلام.

«أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟» (1) فإن قال: نعم جوّزه، و إلا أجابوا بهذه الكلمه و ما يؤدّي مؤدّاها.

و الحاصل: أنّ البائع لمال الغير عن نفسه بعد عدم كونه بائعا عن المالك الكلّي، بل عن الشخصى حال البيع-و المفروض أنّه غير مالك- يتصوّر على أنحاء، الأوّل: أن يكون قاصدا جدّا على نحو مجاز السكاكي و تنزيل نفسه منزله المالك و هو في الغاصب.

ص: ٥٦٤

و الثاني: أن يبيع العين الشخصي المملوكه للغير متعهدا لها كما يتعهد في بيع الكلى و يكون المصحح اقتداره على التحصيل، فإذا اشتراه و أتى به إلى المشتري يكون أداء لما في العهده، و ليس للمشتري الامتناع من الأخذ كما في تسليم المصدق في بيع الكلى.

و الثالث: أن يكون على نحو التعليق بزمان حصول الملك و ما نحن فيه من هذا القبيل، غايه الأمر يحصل المعلق عليه بنفس الصيغه، و حينئذ فقولهم -عليهم السلام-: «لا تبع ما ليس عندك» أو «لا يبيع إلا في ملكك» إنا ناظر إلى خصوص القسم الثاني -كما يشهد به بعض القرائن في تلك الأخبار- و حينئذ لا ربط له بما نحن فيه، و إنا شامل للقسم الأخير أيضا و حينئذ أيضا يكون منصرفا إلى التعليقات المتأخر زمان وجود الملكيه عن زمان الإنشاء.

و كذلك الدليل الدال على بطلان التعليق في البيع غير شامل لهذا، لأنه إنا الإجماع و هو مفقود في المقام، و إنا انصراف أدله عناوين المعامله إلى الفعلى دون التعليقى -مثل البيع بشرط موت الأب و حصول الملك بالميراث و كما في إسقاط حق الخيار بشرط حدوثه في الغد في البيع الذى يتباينان على إنشائه في الغد، أو الضمان للدين الذى تنشأ صيغته في الغد- و هذا أيضا مفقود فإن المسلم من الانصراف إنما هو بالنسبه إلى التعليق المحتاج إلى مضي زمان، و أما ما كان مجرد تأخر الرتبته أو إلى حصول القبول فالعمومات شامله له، و لهذا قلنا بصحة إسقاط حق الخيار الحادث بالعقد في ضمن ذلك العقد.

و على هذا فلا مانع من صحه التصرفات المذكوره، و لا يخفى الفرق بين ما ذكرناه و ما ذكره شيخنا المرتضى -قدس سره-، فإنه ذكر وجهين لصحتها:

الأول: أن المراد بالبيع هو المسبب و لا شبهه في تأخره عن الملك، لأنه

و الثانى: أن المراد به الإنشاء و لكن ليس المقصود نفيه بتمام أجزائه عن ملك الغير حتى يلزم تقدّم الملك على جميع أجزائه حتى يصدق أنه بتمام أجزائه فى الملك قضيه لحقّ الظرفيه، فإنّها غير صادقه مع المقارنه، بل المقصود نفيه بجزئه الأخير عن الوقوع فى ملك الغير، فاللازم تحقّق جزئه الأخير متأخراً عن ملك البائع و هو هنا حاصل، لأنّ الفسخ يحصل بالجزء الأوّل أعنى قوله: بع، و الجزء الأخير أعنى «تاء» بعث يحصل عقب حصول الملكيه.

نعم لو كان المقصود نفيه بتمام الأجزاء فاللازم سبق الملك على جميع الأجزاء و هو منتف، غايه الأمر إن قلنا بالجزء الذى لا يتجزأ تحصل المقارنه بين الملك و الجزء الأوّل للعقد، و إن لم نقل به كما هو الحقّ كان الملك متأخراً عن الجزء الأوّل للعقد، و الجزء الأوّل سابقا عليه و قد كان المعتبر سبق الملكيه على مجموع الأجزاء، هذا محصل ما ذكره.

و أنت خبير بأنّ الوجه الثانى لا- يتمّ إلا إذا كان قوله: «بع» قبل مجيئ «التاء» كاشفا عرفيا و لو بضميمه القرائن، و أما لو احتمل أنّه غير قاصد به إلا- جريان اللسان مثلا- فلا- يتمّ ما ذكره قدّس سرّه، و أمّا على ما ذكرنا فلا- يفرق الحال بين دلاليه «بع» عرفا و عدمها، فإنّ قوله: «بعث» بتمامه دالّ عرفي و هو كاف فى الصّحه بالتقريب الذى تقدّم، هذا.

ثمّ إنّ هنا سؤالاً- عليه- قدّس سرّه- فى الفرق الذى ذكره بين القول بالجزء الذى لا يتجزأ و غيره مع أنّه لا فرق ظاهرا على كلا القولين فى حصول السبق للجزء الأوّل من العقد على مسببه الذى هو الملكيه، و كون الجزء لا يتجزأ لا يفيد مقارنته مع معلوله.

و يمكن الجواب بأن مراده-قدّس سرّه-هو المقارنه الزمانيه مع السبق الرتبى فى صورته القول بالجزء الذى لا يتجزى بخلاف غيره،فإنه على تقدير العدم يكون الجزء السبب لا محاله ذا أجزاء،فيكون بعض أجزائه مقدّما زمانا لفرض تدرّجه،بخلاف الجزء الذى لا يتجزأ فإنه سابق رتبه و مقارن زمانا فإنه النقطه.

ثمّ هذا كلّه فى العقد الواقع على ما انتقل عنه،و أمّا مثل الوطى فلا محيص عن القول بحرمة مقدار منه يقع به الفسخ،و أمّا القول بأن كونه وسيله للفسخ مجوّز له،ففيه أنّ الثابت فى الفسخ إنّما هو الجواز الوضعى دون التكليفى.

نعم لو كان هنا-كما فى باب الرجوع فى عدّه المطلقه الرجعيه-دليل ناصّ فى خصوص الوطى و أمثاله:لقلنا-جمعا بينه و بين عموم ما دلّ على أنّ «لا-وطى إلّا-فى الملك»:-إنّما بتخصيص ذلك الدليل و أنّ وطى غير الملك صار هنا جائزا، و إنّما بحمل ذلك العموم على صورته استقرار ملك الغير فلا-يشمل مثل المقام الذى يخرج عن الملك بنفس هذا الوطى،و إنّما بحصول الملك و الانفساخ آنا ما قبل الوطى حتّى لا يرد التخصيص على ذلك العموم،و لكنّ المفروض عدم الدليل الناصّ فى هذا الباب،و إذن فلا محيص عن القول بحرمة الجزء الأوّل.

نعم لا يبعد أن يقال:إنّ باب الإمضاء و باب الفسخ غير أبواب المعاملات،ففى المعاملات نحتاج إلى الإنشاء القولى أو الفعلى و لا-ينعقد بغير ذلك،و أمّا باب الإمضاء فهو عبارته عن صرف الرضى الباطنى،غايه الأمر أنّ الرضى ما دام لم يصل إلى مرتبه الإظهار إمّا بالقول أو بالفعل لا يسمّى إمضاء،فالإمضاء عبارته عن المرتبه الواصله إلى مرتبه الإظهار و لو فرض حدوث مانع قهرى عن تحقّق الإظهار مثل الموت كفى فى تحقّق الإمضاء تلك الحاله النفسانيه.

و الحاصل: ما يكون ملازما مع الإظهار لو لم يمنع عنه مانع غير اختياري هو الإمضاء، و بقرينه المقابله يكون [الفسخ] عباره عن الكراهه المقابله لذلك الرضى، و على هذا فيكون الفعل و القول كاشفين عن تحقّق تلك الحاله قبيلهما، و بتحققها يتحقّق الفسخ فيرتفع الإشكال على هذا عن جواز تلك التصرفات و ضعا و تكليفا.

فرع: لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار

ثمّ قال: أعتقتهما و المفروض أنّه لو قال: أعتقت العبد، كان رضى بالمعامله، و لو قال: أعتقت الجاريه، كان فسخا لها، ففي الصوره المفروضه لا يمكن أن يتحقّق الإمضاء و الفسخ معا، فهل يتحقّق الإمضاء و ينعق العبد، أو الفسخ و تنعق الجاريه أو لا ذاك و لا ذاك، بل العقد باق و الخيار أيضا باق و العبد و الجاريه غير منعتين؟ قد يقال: بأنّ سبب الإمضاء و الفسخ إذا تعارضا و تساقطا نأخذ بإنشاء عتق العبد، و إن لم ينطبق عليه الإمضاء، لأنّه تصرف من المالك وقع في ملكه، بخلاف عتق الجاريه فإنّه في ملك الغير، فإذا انعتق العبد يسقط الخيار لا- لأجل كون عتق العبد إمضاء بل لأجل فوات الموضوع الذى تعلّق به الخيار عند ذى الخيار، و قد تقدّم فى بعض المباحث السابقه سقوط الخيار بهذا.

و فيه: أنّ الباب ليس باب التزاحم بين السببين أعنى سبب الإمضاء و سبب الفسخ حتّى نعلم بتساقطهما فى التأثير، بل المقام مقام التعارض بين الظهورين، لأنّ الجدّ فى الإنشاء بين الأمرين فى زمان واحد غير ممكن، بل الواقع إمّا الإمضاء و إمّا الفسخ. و حينئذ إمّا يقال بعدم الظهور رأسا فى شىء من الطرفين فيبقى الإنشاء خاليا عن الإظهار فلا إشكال فى نفوذ عتق العبد.

و إما يقال بتحقق الظهورين في حدّ نفسيهما و تعارضهما و عدم إضرار التعارض في تحقّق الفسخ، بل المناط هو الظهور الذاتى المحفوظ مع التعارض، و حينئذ فمن المحتمل كون الواقع في النفس هو إنشاء الفسخ فقط، و على تقديره يكون مانعا عن نفوذ عتق العبد، لأنّ عتق العبد إنّما ينفذ في ما إذا لم يفسخ العقد الواقع عليه في عرضه، بل و كذا سائر التصرفات إنّما تنفذ في ما إذا لم يتحقّق الفسخ مقارنا لها، و دليل نفوذ التصرفات منصرف عن مثل هذا، فيكون التصرف النافذ مقيدا بعدم المقارنه مع الفسخ بخلاف الفسخ، فإنّه تصرف في العقد و ليس مقيدا بعدم وقوع تصرف مقارن معه في المال.

و حينئذ فنقول: عتق العبد قد تحقّق الإنشاء الجدّي بالنسبه إليه قطعا و لا ينافيه الإنشاء الجدّي بالنسبه إلى عتق الجاربه، لأنّهما مجتمعان كما في إنشاء الفضولى لنفسه، و الذى لا يمكن هو اجتماع الجدّ بالإمضاء و الفسخ، و أمّا العتق للعبد و الجاربه التى ثمنها لا بالعنوانين فلا مانع من تمشّى الجدّ بالنسبه إليهما معا في زمان واحد.

و بالجملة: الجدّ في إنشاء عتق العبد محرز و المانع منه و هو قصد إنشاء الفسخ لعتق الجاربه محتمل، و هو مدفوع بالأصل فيكون نافذا و بسببه يسقط الخيار و يثبت العقد، و لعلّ هذا مراد من قال في المسأله بتقديم جانب الإجازة لمطابقتها لأصالة بقاء العقد و عدم تحقّق الفسخ.

و يشكل بأنّه كما أنّ الإجازة و الفسخ ليسا من باب التراحم لعدم إمكان اجتماعهما كذلك جدّ إنشاء العتق في العبد مع إنشاء الفسخ غير ممكن اجتماعهما، لأنّ الأوّل تحرير العبد، و الثانى إدخاله في ملك الطرف، و لا يمكن الجدّ بهما من شخص واحد في زمان واحد، فاللزام القول بأنّ المقام مقام تعارض الظهورين

أيضا فليس لنا جدّ بإنشاء العتق في العبد حتّى نضمّ إليه أصله عدم تحقّق الفسخ لاحتمال أن لا يكون الجدّ إلا بالفسخ.

نعم هذان الظهوران و إن كانا متّصلين و في كلام واحد، و لكنّهما لا- يخرجان عن كونهما ظهورين في حدّ ذاتهما كما في الخبرين المتعارضين، غايه الأمر إنّ الظهور مستقرّ في الخبرين و هنا غير مستقرّ، لكنّهما مشتركان في نفى الثالث.

و بعبارة أخرى أحد الظهورين بلا- عنوان ظهور مستقرّ حجّه في كلا- المقامين، و لازم هذا هو القول بسقوط الخيار إمّا بانتفاء الموضوع و إمّا بالفسخ.

لا- يقال: لا- يكفي في الفسخ مثل هذا الظهور، لأننا نقول:المعتبر نفس الظهور الذاتى و هو محفوظ و أمّا الحجّيه فلا، و بالجمله يكون سقوط الخيار على هذا مقطوعا به كما أنّ تصرّف المعتق في العبد غير جائز لأنّه مقطوع الزوال عن ملكه.

ثمّ على تقدير كون المقام من باب تراحم السببين- كما هو الظاهر من كلام شيخنا المرتضى قدّس سرّه- فإن قلنا في الإجازة و الفسخ كليهما بأنّ المؤثّر هو الحاله القلبيه الملازمه للإظهار أو في كليهما الإظهار فلا مناص عن التساقت لبطلان الترجيح بلا مرجح بعد عدم إمكان اجتماعهما في التأثير، فاللازم بقاء الخيار و الملكيتين.

نعم لو قلنا باختلاف الحال في البابين و أنّ المؤثّر في أحدهما الحاله القلبيه و في الآخر الإظهار كان التأثير لما هو عبارته عن الحاله القلبيه لتقدّمه على الآخر الذى هو الإظهار.

ثمّ هذا في صورته كون الخيار للمشتري فقط، و لو كان للبائع فقط فلا إشكال في بطلان عتق الجاربه في فرض المسأله و هو عتق المشتري لهما، لعدم قبوله

للفضوليّ، و أمّا عتق العبد فينبى على جواز تصرّفات غير ذى الخيار فى زمن الخيار و عدمه، كما أنّه فى صوره ثبوت الخيار لهما معا فالمسأله مبيته على جواز تصرّفات المالك فى ماله مع ثبوت الخيار لمالكه الأصلى، فإن قلنا بالجواز جرى فيه جميع ما تقدّم فى الصوره الأولى حرفا بحرف و إلاّ فالمتحقّق عتق الجارىه فيتحقّق الفسخ -دون العبد- كما هو واضح.

و من أحكام الخيار: عدم جواز تصرّف غير ذى الخيار فى ما انتقل إليه،

إشاره

اعلم أنّ هنا كلاما من حيث الكبرى و كلاما من حيث الصغرى.

أمّا الأول: فهو أنّ كلّما تحقّق للغير حقّ فى عين لا يجوز للمالك التصرّفات

المتلفه لها،

لأنّها تضييع لمورد حقّ الغير و هو حرام، و الظاهر أنّ الحرمة التكليفيه ممّا لا شبهه فيه، و أمّا الوضعيه فهى و إن كانت مقتضى كلمات العلماء -حيث يشترطون فى البيع أن يكون المبيع و كذا الثمن ملكا طلقا- و لكن لقائل أن يمنعها لو لم يكن إجماع و الظاهر عدمه، لأنّ ظاهر كلام شيخنا المرتضى -قدّس سرّه- فى الخيار المجعول بالشرط نفوذ التصرّف مع تسليم تضمّن شرط الخيار لشرط الإبقاء، فلذى الخيار حقّ الإبقاء، و أمّا وجه الجواز على حسب القاعده فلأنّه تصرّف وقع من أهله فى محلّه.

لا- يقال: إنّ خلاف سلطنه صاحب الحقّ على حقّه كما يستدلّ لبطان تصرّف غير المالك بكونه خلاف سلطنه المالك على ملكه.

لأنّ نقول: هذا أوّل الكلام، أعنى: كون صاحب الحقّ سلطانا حتّى من هذه الجبهه، و إنّما المسلم له بعض أنحاء السلطنه مثل جواز الإسقاط و النقل، و أمّا تسلّطه بحيث لا ينفذ تصرّف المالك إلاّ بإذنه فهذا سلطنه أخرى لا يوجب مجرّد ثبوت الأنحاء الأخر ثبوتها، فمن الممكن أن ينفذ تصرّف المالك فيكون مثل أكله

ص: ٥٧١

و إتلافه لنفس العين فى كونه إتلافا و إن كان محرّما تكليفا، و الحرمة التكليفيه هنا لا تنافى الوضع بل لا تعقل بدونه كما هو واضح، هذا هو الكلام بحسب الكبرى.

و أما الصغرى أعنى: كون حق الخيار متعلقا بالعين،

إشاره

فربّما يمنع و يقال بأنّه متعلّق بالعقد، و لكّنه مدفوع أوّلا بما مرّ مرارا: من أنّ معنى الفسخ حلّ المبادله و كما كانت المبادله بين العين و العين بحيث لو كانت إحداهما معدومه ما صحّت المبادله و لم ينتقل إلى البدل كذلك الفسخ يكون بينهما لأنّه حلّ تلك المبادله المفروض تقوّمها بهما.

و ثانيا: سلّمنا كونه متعلّقا بالعقد لكن ما الفرق فى ما هو الملاك بين كونه متعلّقا به أو بالعين، فإنّ تضييع الحقّ فى الصورتين متحقّق، إذ على تقدير تعلّقه بالعقد أيضا فأنتم مسلمون أنّ له اقتضاء أوّليا بالنسبه إلى استرداد العين ثم بعد عدم إمكانه ينتقل إلى البدل، و بالجمله فيكون من باب تعدّد المطلوب.

لكن قد يقال: إنّنا و إن سلّمنا كونه متعلّقا بالعين أيضا لا نسلم كون التصرف مزاحما و مفوّتا، لأنّ الفاسخ متى فسخ يفسخ بفسخه العقد الأوّل و الثانى الذى كان مبتنيا عليه، لأنّه لا يمكن انفساخ الأصل و بقاء الفرع لأنّه فى كلّ آنات وجوده متفرّع على العقد الأوّل، فمتى سرى البطلان إلى العقد الأوّل فلا محاله يسرى إلى ما هو فى الوجود فرع عليه.

و فيه أنّه و إن كان يعتبر فى الفسخ أن يعود عين الملكيه السابقه-لأنّه قضيه انعدام العقد و صيرورته كأن لم يكن من حين الفسخ- لكن مع إبقائه بحاله بالنسبه إلى ما سبق فالملكيه السابقه لم تعد بالنسبه إلى ما قبل الفسخ و عادت بالنسبه إلى ما بعده، و التفرّع إنّما هو بالنسبه إلى ما قبله فقط لا بالنسبه إلى جميع الأزمان، كما أنّ هذا هو الحال بالنسبه إلى المنافع فإنّها أيضا متفرّعه على الملكيه

كالعقد الثاني بلا فرق، فإن أوجب الفسخ من حينه إبطال العقد الثاني فليوجب رجوع النماءات أيضا، وإن لم يوجب الرجوع فلا بد أن لا يوجب الإبطال.

و بالجمله: الملكية السابقة لا يعقل زوالها بعد ثبوتها و لا ثبت تنزيل على زوالها، و الملكية اللاحقه و إن زالت و لكنّها ليست مبتئا عليها، نعم لو فرض كون العقد الثاني واقعا على العين بعنوان كونها منتقلة إليه بالبيع، فهو ما دام العنوان صحيح و متى زال العنوان بطلت الملكية المتعلقة بهذا العنوان، و لكنّه خلاف الفرض من كون الملك متعلّقا بالذات.

و الملخّص من جميع ما ذكرنا أنّ أوثق شيء يقال فى المقام: أنّ الفسخ كالمبادله حقّ قائم بنفس العينين و لا دليل على فساد العقد بمجرد تعلّق الحقّ بالعين، فإذا نفذ البيع كان إتلافا لمورد الحقّ حقيقه، و حيث إن قاعده اليد لا اختصاص لها بالأموال بل تشمل الحقوق أيضا- لأنّ مفادها أنّ أىّ خساره وردت من جهة المال المأخوذ فعلى اليد تداركها و لا يختصّ بمال الغير- فيشمل مال نفس الأخذ المتعلّق به حقّ الغير، فإذا أتلّفه يكون ذو المال المتلف متعهّدا و ضامنا لصاحب الحقّ، ففى ما نحن فيه يكون متعهّدا بأن يحضر لذى الخيار مثل المال أو قيمته حتّى يسترجعها بعوض ماله، و هذا و إن كان ليس فسخا حقيقيا كما عرفت و لكن لا مانع من فهم تنزيله منزله الفسخ من دليل الضمان، إذ كما يستفاد منه التعهّد بالبدل و تنزيله، كذلك يستفاد منه تنزيل هذا التملّك منزله الفسخ.

لا يقال: الحقّ إمّا مطلق بالنسبه إلى ملكه و ملك الغير فيكون متعلّقا بالرقبه أينما ذهبت، و إمّا مشروط بملك المفسوخ عليه، فعلى الأوّل لا- إتلاف، لأنّ الرقبه موجوده بالفرض و إنّما فات وصف الملك، غايه الأمر لّمّا يكون مقتضى الفسخ تلقى الملك من المفسوخ عليه يدخل من ملك المشتري الثانى فى ملكه ثمّ

منه إلى الفاسخ.

و على الثانى و إن كان التلف متحققا لكّنه تلف بتلف المعلق عليه، نظير أن يكون مالكا لشيء ما دام حياه الولد فقتل الولد فإنّه لم يتلف المال إلاّ بإتلاف المعلق عليه، و هنا أيضا كان ذا حقّ عليه ما دام مالكا، و هو قد فوّت موضوع ملكيه نفسه فلا ضمان.

لأننا نقول: نختار الشقّ الثانى و السند أنّ الفسخ حلّ المبادله فهو لا اقتضاء له بالنسبه إلى حفظ المبادله أو إيجادها بعد انعدامها، و لكن هذا التعليق عقلى و ليس بجعلى و هو غير مضرّ بباب الضمان، و إلاّ - لا - نسدّ بابه رأسا، لأنّ ملكيه كلّ مال معلقه عقلا بوجوده، لوضوح عدم اعتبار الملكيه فى المعدوم، و مع ذلك يقال بالضمان بإتلافه، نعم يعتبر أن يكون ذلك لا لأجل قصور المقتضى كالمثال الذى ذكرت بل لأجل عدم قابليته المحلّ، و المقام من قبيل الثانى.

و على هذا فالمال يبقى فى عهده تالفا، و لا ينافى هذا مع اعتبار قيمه يوم التلف - كما اخترناه فى محلّه - دون يوم الدفع و ذلك لأنّ وجه اعتبار يوم التلف كما تحقّق فى محلّه هو أنّ العين ليس لها إلاّ - خساره واحده، و بعد تلفها ينقطع باب خسارته، و لا يتفاوت الحال بين ترقى قيمه و تنزلها، و لا منافاه بين هذا و بين ما قلنا من اعتبار العهده بالنسبه إلى نفس العين التالفه حتّى إنّ العين التالفه بهذا الاعتبار تصير مالا، غايه الأمر لا يجوزون بيعه، هذا.

و لكن قد يقال فى صورته بقاء العين عند المشتري الثانى بتعهيد المشتري الأول لها نظير التعهيد الذى قلنا إنّ المنظور فى نواهى بيع ما ليس عنده، فيقال:

مقتضى تدارك ما فات على ذى الخيار أن يكون نفس تلك العين فى عهده طرفه بأن يشتريه من صاحبه لو قدر، و يملكه ذا الخيار عند إرادته الفسخ من غير فرق

ص: ٥٧٤

بين العقد اللازم أو الجائز، غايه الأمر أنه في الجائز يتعهد بإدخال العين في ملك ذي الخيار بتوسط الفسخ، و في اللازم بتوسيط البيع.

و لكن هذا خلاف صريح العلماء، فإنهم قائلون بالانتقال إلى البدل في ما نحن فيه و في العين المغصوبه التالفه القيمه إذا وجد لها مثل، و لعل سرّ عدم قولهم بالتعهد المزبور هو استنباط الحكم العامّ لمثل ما نحن فيه من نواهي بيع ما ليس عنده بأن يكون المنهى عنه مطلق المبادله بالنحو المزبور و لو كان فسحا للبيع أو ضمانا لتالف.

ثمّ على تقدير القول بانفساخ العقد الثاني هل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله؟ لم يعلم وجه للثاني، و ما ذكره بعض حججه عليه من لزوم تلقى الفاسخ الملك من طرفه، ففيه أنّ هذا حاصل بالانفساخ من حين أيضا، و التحقيق أنّه أيضا من سنخ الفسخ، غايه الأمر أنّه الانفساخ، و إذا قلنا: إنّ مقتضى القاعده في الفسخ كونه من حين، فكذا الحال في الانفساخ، و القول بأنّ لازم هذا أن يكون الملك موقّتا و هو غير معروف في الشرع، ففيه أولا: أنّ الحال في كلّ فسخ هكذا، و ثانيا: ليس هذا توقيتا في الملك، بل زواله بزوال مقتضيه.

ثمّ تمام ما ذكرنا إنّما هو في زمان الخيار المنجز الفعلي، و أمّا المشروط بأمر غير حاصل سواء كان بجعل الشارع أم بجعل المتعاقدين، فهل على القول بعدم النفوذ في المنجز يحكم بالنفوذ في المشروط أو بعدمه؟ و كذا على المختار من النفوذ و الرجوع إلى البدل هل يحكم هنا بعدم الرجوع إلى البدل أو يحكم به؟ الظاهر أنّ مناط كلا القولين واحد، و تفصيله أنّ الخيار المشروط سواء كان شرعيّا أم شرطيّا على ثلاثه أنحاء ثبوتا و كلّ منها له لازم معلوم، لأنّ الاشتراط إمّا متضمّن لاشتراط بقاء العين، و إمّا غير متضمّن له و لكنّه كالأمر الفلاني شرط

للخيار أيضا، وإما لا يكون البقاء مشروطا ضميتيا و لا شرطا للخيار و لكن صرح الشارع بأنني استرد المثل أو قيمه في صورة التلف، وكل من هذه الثلاثة حكمه واضح.

فإنه على الأول: الكلام هو الكلام في الحقوق المنجزه بلا فرق.

و على الثاني: لا وجه لعدم النفوذ على قولهم و لا للضمان على قولنا.

و على الثالث: إن اشترط استرداد البدل في صورة التلف استحق له بمقتضى كونه شرطا سائغا، و إن لم يشترط ذلك - كما في الخيارات الشرعيه و بعض المجموعات - فلا وجه أيضا للضمان، كما لا وجه لعدم النفوذ على قولهم في كلتا صورتين.

فروع،

الأول: بناء على القول بعدم نفوذ التصرفات الناقله لو سقط الحق أو

أجاز ذو الحق بعد وقوع التصرف فهل يوجب ذلك صحتها أو لا؟

الظاهر ابتناء المسأله على أن المنع عن النفوذ هل كان بتخصيص في أدله نفوذ البيع أو أنه مقتضى المزاحمه بين السببين و تقديم الأقوى منها؟ فإن كان الثاني فحكم العقل تأثير السبب الممنوع بزوال المزاحم الأقوى فاللازم في المقام هو القول بالنفوذ، لأن البيع سبب لأصل الملك، غايه الأمر قارنه في زمان حدوثه مانع، فإذا ارتفع المانع يكون من هذا الحين، و إن لم يؤثر حينئذ إلا بقاء البيع في حدوث الملك دون حدوثه في الحدوث، لكنّه غير ضائر بعد ما هو الفرض من كون المؤثر طبيعه البيع في طبيعه الملك دون الحدوث في الحدوث و إن كان هو من المقارنات الاتفاقيه عند عدم المزاحم حال حدوث البيع، و هذا واضح.

ص: ٥٧٦

و أما إن كان الأول، فاللازم القول بعدم النفوذ، إذ بعد تخصيص أحلّ الله البيع و أوفوا بالعقود بالنسبه إلى البيع الواقع على مورد الحقّ فلا دليل على نفوذ البيع بعد ذلك بسقوط ذلك الحقّ.

لا يقال: لو كان دليل عدم النفوذ الذى هو المخصّص لعمومات الصحّح دليل سلطنه ذى الحقّ على حقّه، فليس مفاده بأزيد من عدم المزاحمه معه، و هو يحصل بالرضى المتأخر كالمقارن و كذا بسقوط موضوع الحقّ.

لأننا نقول: ما ذكرت مثل أن يقول أحد: يجوز أكل مال الغير و إتلافه بواسطه رضاه المتأخر.

و بالجملة: لا فرق بين تقييد دليل البيع بدليل عدم نفوذ بيع الصغير حيث لا يبقى عموم بعد الكبر، و كذا بالنسبه إلى بيع المكره بعد لحوق الرضى، أو بيع الراهن بعد لحوق إجازة المرتهن، أو فكّ الرهن و بين مقامنا، و الظاهر الخلط بين التراحم و التعارض، فإنّه لو قلنا بالثانى و التخصيص فلا محيص عن القول بالبطلان، و أمّا باب بيع الفضولى، فالدليل أفاد مطلق الرضى الأعمّ من المتأخر و المقارن.

الثانى: لو قلنا بعدم نفوذ التصرفات المتلفه الشرعيه فما حال الوطى الموجب

لكون الأمه أمّ ولد

ممنوع عن ردّها بالخيار؟ فهل يحكم بانسلاخه عن هذا الأثر الوضعى كما قلنا بانسلاخ أثر البيع و سائر التصرفات، أم لا يمكن الفرق بين هذا المقام و التصرفات المذكوره؟ فإنّ دليل نفوذها هو دليل سلطنه الناس على أموالهم، و هى غير مشرّعه، فلا يجوز التصرف فى حقوق الناس، و دليل الحقّ أيضا و إن كان قاعده السلطنه على الحقوق و هو أيضا حكم حيثى و لكن نفوذ التصرفات المذكوره ينافى مع السلطنه الحيثيه لصاحب الحقّ، و أمّا السلطنه الحيثيه لصاحب المال فلا

يوجب جواز تصرّفه و لو أوجب تضييع حق الغير، هذا حال التصرفات المذكوره.

و أمّا المقام، فلا- يخلو الحال فيه إمّا أن نقول: بأنّ بين دليل ثبوت الحقّ للأمه بالانعتاق من نصيب الولد و بين دليل ثبوت حقّ الخيار لبائع الأمه تراحما، و إمّا أن نقول: بينهما التعارض، فعلى الأوّل لا بدّ من تتبع أنّ أيّ الحقيين هو الأقوى حتّى يكون أولى بالرعايه، و على الثانى لا بدّ من ملاحظه أقوى الدليلين و أظهرهما حيث إنّ بينهما العموم من وجه، و لعلّ هذا هو الوجه فى جزم المانعين فى التصرفات بالمنع و تردّدهم هنا و ذكر الوجهين فيه.

هذا بناء على القول بالمنع الوضعى فى التصرفات و أمّا بناء على التكليفى - كما قوّيناه- فهل يحكم هنا أيضا بالحرمة؟ قد يقال: لا وجه لذلك، فإنّ الوطى بمجرّده ليس تضييعا للحقّ، بل مع الاستيلاء و هو غير ملازم للوطى فيكون مشكوكا.

و بالجملة: الشبهه موضوعيّه بالنسبه إلى كبرى تفويت الحقّ و ليست شبهه موضوعيّه فى الفروج حتّى يكون مقتضى الأصل لأجل أهمّيّتها الاشتغال، بل نظير الشبهه الموضوعيّه فى الحلف على ترك الوطى لا يكون الأصل فيه إلاّ البراءه، فما وجه القول بالحرمة مع فرض الشكّ.

و يمكن أن يقال فى خصوص باب الأموال: إنّ التعريض للإتلاف مورد للاشتغال و لو لم تكن مثل باب الفروج.

توضيح ذلك: أنّ البراءه حكم عقليّ وجدانى، و نحن متى راجعنا وجداننا لا نراه مستقلاّ بالبراءه فى من أخرج النار فى موضع قريب من مال الغير قابل للاحتراق، و لو لم يكن مظنوننا وصول جمره من النار إليه بل كان ذلك مشكوكا فنراه مذموما لو فعل ذلك و سقطت الجمره على المال، كما أنّه لو لم يسقط ليس فى حقّه

إلا- التجزى، وهذا بخلاف ما إذا كان أصل وجود المال فى قرب ذلك المحلّ مشكوكا فيستقلّ العقل بالبراءة، ولو كان الباب مثل باب الدماء و الفروج لكان الواجب فى مثل هذا أيضا الاحتياط، هذا.

الفرع الثالث: هل الإجاره على القول بمنع مثل البيع ممنوع أو لا؟

الظاهر ذلك، لأن وجه الممنوعيه فى البيع آت هنا و هو كون الحقّ متعلقا بالعين، فنقول هنا: إنّ الحقّ كما تعلق بالعين تعلق بالعين الكذائيه، أعنى: الواجده للمنفعه، لأنّ البيع وقع على العين مع التقييد بثبوت المنفعه، و لهذا لو بان مستأجره جاء الخيار، فالفسخ الذى هو حلّ ذلك البيع أيضا عباره عن الحقّ باسترداد العين على وصف سلّمها إياه و هو كونها ذات منفعه، و مقتضى تعلق الحقّ بهذا الوصف عدم صحّه التصرف المفوّت لموضوعه كما فى البيع بلا فرق.

هذا على القول بالمنع، و على القول الآخر يجىء هنا استحقاق المطالبه ببدل المنفعه، لأنه فات تحت يده مستحقا عليه للفاسخ فيكون مضمونا عليه، هذا ممّا لا- إشكال فيه، إنّما الإشكال فى ما إذا أجر الدار بإذن البائع أو أجره من نفس البائع، فإنه يقع صحيحا و لكن هل يوجب سقوط أصل الخيار رأسا أو بالنسبه إلى الخصوصيه فيستحقّ الفسخ بالنسبه إلى العين الفاقده للمنفعه، أو لا يوجبه أصلا، أو هنا تفصيل؟ يمكن أن يقال: إنّ الإذن فى بعض التصرفات ظاهر عرفا فى إسقاط الحقّ بحيث لو لم يعمل على طبقه فى الخارج أيضا كان الحقّ ساقطا، و هذا كالإذن فى البيع، فإنه ظاهر فى كونه ملتزما بالبيع و عدم إرادته للفسخ و لا- تردده فيه، و لعلّ منه الإذن فى الإجاره فى المدّه الطويله مثل الخمسين سنه، أو الإذن فى الإجاره بنحو الإطلاق التى أحد أفرادها ما ذكر، فإنه ظاهر عرفا أيضا فى غمض العين عن

حقّه، فلو لم يعمل أيضا كان الحق ساقطا من غير فرق بين القول بتعلق الحق بالعين أو بالعقد، فإنه على الثاني أيضا ظاهر في عدم كونه بصدد الفسخ أو شاكا فيه، بل هو بان على عدم و ملتزم ببقاء العقد.

و أما لو أذن في الإجاره مقيّدا بقصر المدّه فهذا لا دلالة فيه على إسقاط الحق لا بالنسبه إلى العين و لا بالنسبه إلى المنفعه، أما الأوّل فواضح، و أما الثاني فلاّن تقييده شاهد على ذلك، بمعنى أنّه جعل لنفسه محلا لاسترجاع العين مع المنفعه، و حينئذ فإن فسخ بعد الإجاره و قبل انقضاء المدّه فإن قلنا بتعلق الحق بالعين فلا يستحقّ البدل، لأنّه قد فات بإذنه فلا ضمان فلا استحقاق لمطالبه البدل للمنفعه الفائته.

و إن قلنا بتعلقه بالعقد، فليس المتحقّق بالنسبه إلى العين و المنفعه إلّا- الحكم مثل جواز مطالبه الدين، غايه الأمر أنّه وعد أنّه لا يطالب، فلا يجب عليه الوفاء بهذا الوعد، و على فرض وجوبه باشرطه في ضمن عقد لازم لو عصى و طالب يجب على الآخر الوفاء.

و الحقّ أن يقال بعدم الفرق في هذه الصوره أيضا في عدم الضمان بين القولين، فإنّ الإذن ينافى الضمان، فإنّ الضمان على القول بكونه من مقتضى الفسخ أيضا ليس ضمانا معاوضيا حتّى لا يكون له ارتباط بالإذن و عدمه، ضروره أنّ المبادله و المعاوضه بين العوضين متى وقعت فلا يؤثّر الإذن في الإتلاف من أحدهما لصاحبه في ما انتقل إليه في رفعها.

فلا يمكن أن يقال هنا أيضا على القول المذكور إنّ الفسخ حلّ المبادله، و لازمه وقوع المبادله بين المال و المال مع الأعميه في الطرفين للعين و البدل، فإنه ليست المبادله على هذا أيضا إلّا بين العين و العين، غايه الأمر الأعمّ في كلّ منهما

من الموجوده و التالفه،ففى فرض التلف أيضا تنتقل العين التالفه بإزاء العين الأخرى الموجوده أو التالفه.

و أما كون التلف على من انتقلت عنه فهذا أمر خارج عن المبادله و تكون قضيه أخرى للفسخ،فللفسخ قضيتان،إحداهما المبادله و الأخرى وقوع التلف على من انتقلت العين عنه،فالضمان ليس معاوضيًا،بل إمّا لكون الفسخ سببا مستقلا للتضمنين فى عرض الإلتلاف و اليد- كما يظهر من بعض الكلمات- و إمّا لأجل اليد و الإلتلاف كما قويناه.

و على كلّ حال فالمدعى أنّ المأذون لا يكون ضامنا للإذن،فدليل الضمان مقيد بغير صورته الإذن لهذه المنافاه المركوزه فى أذهان العرف و المتشرّعه،سواء كان ذلك لأجل صيروره الحقّ فى إنشاء جعله مقيدا بغير حال الإلتلاف الواقع عن الإذن فىكون التلف واردا على غير مورد الحقّ أم لم يكن راجعا لهذا التقييد بل كان الحقّ مطلقا،لكن كلّ إلتلاف لمورد الحقّ ليس موجبا للضمان،بل ما لم يكن مسبوقا بالإذن،و ليس هذا لأجل أنّ الإذن إسقاط حتّى يرد أنّه إسقاط لما لم يجب،بل لأجل المنافاه بين نفس الإذن و الحكم بضمان المأذون للإذن،هذا كلّّه هو الكلام فى نفوذ التصرفات الواقعه بإذن ذى الخيار.

بقى الكلام فى مسأله أخرى و هى:أنّك عرفت أنّ البيع الواقع بغير إذن ذى الخيار صحيح نافذ،و لا- يوجب الفسخ انفساخه أيضا،لأنّ الفسخ من الحين و البيع يكفيه الملك أنا ما قبله،و قد عرفت أنّ الإجاره الواقعه بغير إذن ذى الخيار أيضا صحيحه نافذه،فهل هى أيضا غير منفسخه بفسخ ذى الخيار أصل المعامله كالبيع،أو يوجب الفسخ هنا انفساخ الإجاره؟ قد يقال بالثانى،نظرا إلى أنّ ملك المنفعه تابع لملك العين،فإذا كان زوال

ملك المالك الأول و الانتقال إلى الثاني بمقتضى سبب جديد للانتقال إليه، فالمالك الثاني قد تلقى الملك حينئذ من المالك الأول، والمفروض أنه كان قد استوفى منه منفعه مدّه.

و أمّا إذا كان بنقص استعداد مقتضى ملكيه العين و انحلاله كما هو شأن الفسخ، فالمالك الثاني لا يتلقّى الملك حينئذ من المالك الأول بل يكون الملك عائداً إليه بالسبب القديم، فيكون هو فى عرض المالك الأول نظير البطن الثانى و البطن الأول حيث إنهما يتلقيان الملك من الواقف، فإذا انتهى استعداد ملكيه البطن الأول ينتقل من الواقف إلى البطن الثانى، و لهذا نحكم ببطلان إجاره البطن الأول من بعد موته.

و لكن فيه: أنّ المسألة مبتنيه على الملك الموقّت و الملك المطلق، و لا يعنى بإطلاق الملك التصريح بتأييده حتى يكون خلاف الواقع، بل المراد كونه بحيث يحتاج فى الرفع إلى المزيل و الرافع، و لولاه لكان باقياً نظير الحياه فإنها ثابتة للذات و الموت رافعها لا أنّها ثابتة ما دام عدم الموت، فإذا ثبت ملكيه العين آناً ما بهذا النحو من الملكيه فالمالك مالك لمنفعه العين الكائنه فى ألف سنه و أزيد فله التصرف فيها ما شاء.

و إذا ثبت بالنحو الأول أعنى: التقييد و التوقيف كما فى الوقف— حيث إنّ لازم لحاظ الواقف جميع الطبقات فى عرض واحد و إنشاء الملك لهم تقييد الملك لكلّ طبقه بزمان حياته— فلا بدّ حينئذ من عدم ملكه للمنفعه إلاّ بمقدار وجود العنوان المقيّد به فيه، فلو فرض فى ما نحن فيه ثبوت الملك بعنوان عدم الفسخ و ما دام عدمه كان مقتضاه بطلان إجاره بوقوع الفسخ.

و أمّا إذا كان الملك مطلقاً و الفسخ رافعاً له فلا بدّ من القول بنفوذ الإجاره

من غير فرق بين النقل بالأسباب الناقله أو برفع السبب السابق كما فى الفسخ، فإنه فى القسم الثانى أيضا يكون رفعا للملك الثابت لولا الرفع.

و الحاصل أنّ زوال الملك ليس من قصور فى استعداد المقتضى، لعدم انتهاء أمدّه بحصول الفسخ، بل لأجل تحقّق الرفع مع تماميته المقتضى، فالمعيار ما ذكرنا لا ما ذكر من التلقّى من المالك الأوّل أو السبب السابق أو الانتقال الجديد أو الفسخ كما ذكره المتوهّم.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى قدّس سرّه- ذكر فى الإذن المقرون بالتصرّف وجهين فى عدم استحقاق أخذ البديل بالفسخ، الأوّل: أنّ الإذن ظاهر عرفا فى الالتزام بالعقد و إسقاط حقّ الخيار، وهذا هو الذى اختاره أخيرا فى الإذن المنفكّ عن التصرّف، الثانى: أنّه ليس التزاما و إجازة و لكن مع ذلك لا يستحقّ المطالبه بالبديل لنفوذ التصرّف و وقوع التلف بإذنه، و لازم هذا أن يكون التلف واردا على العين فى غير حال كونها متعلّقا للحقّ، و الضمان فرع أن يكون التلف على المال المتعلّق للحقّ، هذا محصّل ما ذكره.

و يرد على صورته الوجه الثانى إشكالان واضحان، الأوّل: هو مناف مع اختياره- قدّس سرّه- كون حقّ الخيار متعلّقا بالعقد لا العين، الثانى: أنّه قد فرض فى هذا الوجه عدم إسقاط حقّ الخيار، فالتلف لا محاله تلف لمحلّ الحقّ و وارد فى حال مشغوليته المحلّ بالحقّ، فما معنى ما ذكره من أنّه وارد فى غير حال حلول الحقّ؟ و يمكن الجواب عن كلا الوجهين بأنّ المراد ممّا ذكر عدم إسقاطه هو حقّ الخيار و هو متعلّق بالعقد، و ما ذكر عدم حلوله فى حال التلف هو حقّ إبقاء العين، فإنه قدّس سرّه- يستفاد من بعض كلماته السابقه فى هذا المبحث أنّ

شرط الخيار متضمّن لشرط الإبقاء، وكذا الخيارات المجعوله شرعا أيضا تكون بغرض بقاء العين، فينتزع منها حقّ لذي الخيار في بقاء العين، فالإذن في الإتلاف إسقاط لهذا الحقّ، والضمان لبدل العين كان لأجل هذا الحقّ، فإذا انتفى الحقّ انتفى الضمان وإذا انتفى الضمان فلا مجرى للفسخ، إذ معناه على مذاقه استرجاع أحد من العين و البدل و هو هنا غير ممكن، أمّا العين فواضح، و أمّا الثاني فلا تنفّاء موجب الضمان فيه.

مسألة: المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد،

و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببه، و حكى عن شيخ الطائفة -قدّس سرّه- القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار، و اللازم أوّلا- هو ملا-حظه أنّ حال البيع عند العرف ماذا؟ هل يحكمون بحصول الملكيه قبل انقضاء مدّه الخيارات التي عندهم أو لا؟ و وجه ذلك أنّ قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** يراد بهما ما هو المتداول في أيدي العرف و على ما هو المعمول المقرّر عندهم، فاقترض هذه العمومات قول المشهور يبتنى على تصفيه هذا المطلب، و إلاّ فإن شككنا في ذلك ففضيّه الأصل مع الشيخ، و أمّا آيه **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** فحيث فسّر العقد بالعهد استشكلنا في شمولها للمعاملات رأسا فهي أجنبيّه عنها بالمرّه فيتمحض الأمر في الآيتين، فإن تمّ كون الملك عند العرف حاصلًا عقيب الإيجاب و القبول من غير انتظار لانتهاء مدّه الخيار كان العمومات مع المشهور فلا بدّ من التماس الدليل المخرج، و إلاّ فالأصل مع الشيخ فلا بدّ من التماس الدليل المخرج.

فنقول: الظاهر أنّ البيع و النقل و الانتقال الخارجى عند العرف غير متوقّف على مضىّ زمان الخيار و يشهد لذلك أمور، الأوّل: كون الخيار عندهم بمعنى إعادته الملك، و لولا حصول النقل بالإيجاب و القبول و كان الحال كما بين الإيجاب و القبول

لزم أن يكون معنى الفسخ إبطال الأثر التأهلي الثابت للإيجاب و القبول و هو خلاف ما ارتكز عند العاقه.

الثانى: أنهم يحكمون بتحقق البيع بعد الإيجاب و القبول لا عند الانقضاء، و البيع عباره عن النقل الخارجى دون الإنشائى.

الثالث: أن كلاً من الطرفين يسلم المال لصاحبه بعنوان أنه ماله لا بعنوان أنه أمانه عنده. لا يقال: فلم ينكرون على من تصرف تصرفاً ناقلاً فى زمان الخيار؟ لأننا نقول: التحاشى من جهه تفويته لمحل الحق لا لعدم كونه مالكا. و إذ قد تقرّر ثبوت العمومات من جانب المشهور فحينئذ لا بد من التماس الدليل المخرج عنها من طرف الشيخ-قدس سره-، و الذى يمكن التمسك به على مذهبه أمور:

الأول: ما تمسك به شيخنا المرتضى-قدس سره- من طرفه-قدس سره- و هو ما دلّ على أن ضمان المبيع فى زمان خيار المشتري على البائع، مثل صحيحه ابن سنان: «عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال-عليه السلام-: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط، قال-عليه السلام-: و إن كان بينهما شرط أيّاماً معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى فهو من مال البائع» (1).

تقريب الاستدلال من وجهين، الأول: ما ذكره شيخنا المرتضى-قدس سره- أعنى تميم الاستدلال بضميمه قاعده «الخارج بالضمان» فإن مقتضى كون الضمان مقابلاً بالخارج و النماء و كون النماء حسب ارتكاز المتشرع للمالك كون الضمان أيضاً على المالك، فكما لا يملك أحد نماء ملك غيره بل يدخل النماء فى

ص: ٥٨٥

ملك مالك الأصل كذلك لا يضمن أحد تلف مال غيره، بل التلف وارد على كيس صاحب المال.

و حينئذ نقول: الأمر دائر بين أن نخصص العمومات السابقه الدالّه على حصول الملك للمشتري بنفس الإيجاب و القبول و يكون الحكم بالضمان على وفق القاعده المزبوره فى ملك المالك، و بين أن نخصص القاعده و نقول بالملك من الابتداء حفظا لتلك العمومات، و مقتضى التكافؤ هو الرجوع إلى أصاله عدم الملك إلى زمان الانقضاء.

الثانى: هو الاستدلال بقوله -عليه السلام-: «حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري» (١)، فإنّ ظاهره أنّ صيروره الملك للمشتري متوقّف على الانقضاء.

لكن يرد على الوجهين أنّ هنا خبرا دالّا على الملكيه قبل الانقضاء بالخصوص، و مقتضاه تخصيص قاعده الخراج بالضمان، لأنّ مقتضاه الملكيه و مقتضى الصحيحه المتقدمه ثبوت الضمان على البائع و لا معارضه بين هذين المضمونين، و هما خاصان بالنسبه إلى القاعده فيرتكب التخصيص فيها بسببهما.

نعم يبقى المعارضه بينه و بين قوله فى الصحيحه: «حتى ينقضى الشرط و يصير إلخ» الذى هو الوجه الثانى، و الظاهر أنّ مقتضى الجمع العرفى هو الحكم بثبوت الملك للمشتري، و أنّ المراد بقوله: «حتى يصير المبيع للمشتري» حصول الملك اللازم له.

و الذى دلّ على الملك فى زمان الخيار هو صحيح بشار بن يسار «عن الرجل

ص: ٥٨٦

(١-١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ٥، من أبواب الخيار، ص ٣٥٢، ح ٢.

بيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه؟قال:نعم لا- بأس به، فقلت له:أشترى متاعى؟فقال-عليه السلام:-ليس هو متاعك و لا- بقرك و لا غنمك» (1)،فإنه لو كان الملك متوقفا على انقضاء الخيار ففى مفروض السائل كان خيار المجلس محققا و صحّ قوله أنه اشترى متاع نفسه.

و الجواب بأن ذلك لعله من جهة التواطى على البيع و كونه مسقطا للخيار، فيه أنّ ظاهر الكلام أنه مع قطع النظر عن هذا الشراء مع مقدّماته التى هى التواطى يكون الانتقال محققا.

لا يقال:إنّ التواطى على البيع الثانى حسب الفرض كان سابقا على البيع الأوّل،فهما بعد البيع الأوّل عازمان على البيع الثانى،و هذا العزم مع المظهر السابق كاف فى ارتفاع الخيار.

لأننا نقول:لا يكفى هذا المظهر المتقدّم على البيع،و إلا فلا بدّ من كفايه قوله:«أسقطت الخيار»قبل البيع متصلا به،و لا يقولون به.

و بالجملة:دلالة الخبر على حصول الانتقال بحسب البيع مع عدم انقضاء المجلس لا يمكن إنكارها،و حينئذ فلا بدّ من تخصيص قاعده أنّ الضمان على المالك بعد ثبوت الضمان على البائع من الخبر المتقدّم،كما أنّ مقتضى الجمع بين هذا المضمون و مضمون«حتّى يصير المبيع للمشتري»هو الحمل على ثبوت الملك اللازم له.

الثانى:ما دلّ على أنّ المشتري إذا أراد البيع و كان له الخيار فليستوجب البيع أولا على نفسه ثمّ لبيع،و هو خيران،الأوّل:ما رواه السكونى عن أبى عبد الله«أنّ

ص: ٥٨٧

أمير المؤمنين -عليهما السلام- قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه، قال -عليه السلام-
:ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم ليعه إن شاء» (١).

و الثاني: صححه الحلبي عن أبي عبد الله -عليه السلام- «أنه سئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله و يأخذه بشرط فيعطى
الربح في أهله؟ قال -عليه السلام-: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، و لا يجعل في نفسه أن يردّ الثوب على صاحبه
إن ردّ عليه» (٢)، فإنّ لو كان الملك غير موقوف على سقوط الخيار لما كان للاستيجاب قبل البيع فضلا عن الإشهاد عليه
وجه، لمكان صحّ البيع في الملك، نعم على القول بعدم الملك يصحّ ذلك، و الإشهاد لقطع مادّة النزاع في ما بينه و بين المشتري
لو أنكر في ما بعد كونه مالكا لأجل خياره.

و الجواب: أنّه على القول بالملك أيضا يمكن أن يكون وجه الإشهاد على إزام البيع على النفس أنّ المعاملة لما كانت مربحه
فربّما يطمع ذلك البائع الأوّل أن يدّعى أنّ البيع وقع لأجله و فضوله من جانبه بعد الفسخ، أعنى: أنّ المشتري فسخ أوّلا ثمّ باع
فضوله للبائع الأوّل، فالإشهاد على الإسقاط و الالتزام بالعقد لأجل دفع هذا النزاع.

لا يقال: يكفيه أن يقول: ما فسخت و بعث لنفسى، فما وجه الاحتياج إلى الإشهاد على الإسقاط؟ لأننا نقول: ذلك أمر باطنى لا يعلم
إلا من قبله و لا يمكن الإشهاد عليه بخلاف الإسقاط فإنّ ينشأ بمحضر العدلين فيقول للمدّعى: إنّي أسقطت حقّ

ص: ٥٨٨

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٢، من أبواب الخيار، ص ٣٥٩، ح ١.

٢- (٢) المصدر نفسه: ح ٢.

خيارى قبل البيع فكيف فسخت و بعث لك؟ فإذا أنكر المدعى ذلك أقام العدلين على طبق دعواه.

و بالجمله: لا يمكن إثبات مثل هذا المطلب و تأسيس مثل هذا الأصل بمثل هذا الخبر.

الثالث: ما دلّ على أنّ النماء الحادث بعد العقد و قبل الفسخ يردّ إلى المفسوخ عليه، و هو روايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها فقال-عليه السلام-: إن كان فى تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّها معها ثلاثة أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» (١). لوضوح أنّه لو حدث الملك للمشتري كان اللبن حادثا فى ملكه فلم يكن وجه لردّ ثلاثة أمداد إليه.

و الجواب أولاً: أنّ هذا فى الشاه المصرّاه أعنى: ما جمع اللبن فى ضرعها و لم يحلب أياها فحسب المشتري أنّها كثيره اللبن، فإذا تبين له ذلك و أنّ البائع دلّسه كان له خيار التديس و إرجاع اللبن حينئذ يكون على القاعده، لأنّ اللبن قد اجتمع فى الأيام السابقه على يوم الشراء فهو ملك البائع، غايه الأمر أنّه أرى أنّه من هذا اليوم.

و ثانيا: سلّمنا أنّه فى غير المصرّاه و لكن نقول إمّا يحمل على ما قبل انقضاء الثلاثة و يكون الفسخ لأجل خيار الحيوان، و إمّا يحمل على ما بعدها و يكون الفسخ من باب الإقاله، فإن كان الأول فالتقدير بثلاثة أمداد الظاهر كونه لأجل ثلاثة أيام لا وجه له بعد أنّه قد يكون اللبن فى كلّ يوم أزيد من المدّ أو أنقص منه، فهذا شاهد على كون الحكم استحبابيا، و إن كان الثانى يتعين كون الحكم

ص: ٥٨٩

١- (١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٣، من أبواب الخيار، ص ٣٦٠، ح ١.

إرشادا حيث إنّ الطرف لا يرضى بالإقاله لأجل فوت اللبن منه، فأرشدته الإمام -عليه السلام- إلى طريق كسب رضاه و هو بئذ ثلاثة أمداد له مقدّمه لأن يرضى للإقاله.

و بالجمله: فهذه الروايه أيضا لا تصلح للاستناد إليها لتأسيس مثل هذا الأصل.

الرابع: أنّ حقيقه الفسخ كليه هو الفسخ من الأصل، و حينئذ فمراد الشيخ من التوقف أنّ الأمر متزلزل و لا يعلم أنّه ملكه أو لا، إذ لعلّه يفسخ في أحد أجزاء زمان الخيار فيكشف عن عدم كونه ملكا له من الأول، و هذا الوجه أيضا قد حَقَّق بطلانه في محله من أنّ حقيقه الفسخ ليست إلاّ الحلّ من الحين.

و بالجمله: فالحقّ في المسأله مع المشهور و الله العالم.

مسأله: بناء على حصول الملك بنفس العقد و لو لم ينقض الخيار كما قويناه

لا إشكال في كون ضمان المبيع في خيارى الحيوان و الشرط

المخصوصين بالمشتري على البائع و لو بعد قبضه، و يدلّ عليه في كلا الخيارين صحيحه ابن سنان المتقدمه في المسأله السابقه، و روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل اشترى أمه بشرط من رجل يوما أو يومين فماتت عنده، و قد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ قال -عليه السلام-: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه» (١).

و أمّا إسراء الحكم إلى سائر الخيارات المختصّه بأحد الطرفين و إلى الثمن في صوره الخيار المختصّ بالبائع حتى يتمّ ما ذكره من أنّ التلف في زمن الخيار ممّن

ص: ٥٩٠

لا- خيار له فليس عليه دليل معتمد، فإن أقوى ما يصحّ به الاحتجاج على هذا التعميم قوله-عليه السلام-في ذيل صحيحه ابن سنان:«على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشتري» (١)، حيث إن قوله:و يصير المبيع للمشتري الذى هو بناء على مبنى حصول الملك بالعقد بمعنى حتى يصير المبيع ملكا غير قابل الفكّ للمشتري يكون إشاره إلى ملاك الحكم، فكأنه قال:و إن كان حصل الملك للمشتري لكن لما يكون له خيار فى الفكّ فكأنّ المال لم يصير ملكا له بعد و قاعده ذلك أن لا يكون التلف عليه.

فيدلّ بمفاد هذا التعليل المستفاد من الكلام أنّ كلّما كان لأحد الطرفين خيار خاصّ به و كان العقد لازما من جانب آخر فتلف المال المنتقل إلى ذى الخيار، يكون على صاحبه الذى لا خيار له، و أمّا صاحبه فحيث إنّ الملك صار منتقلا إليه بلا خيار له فى الفكّ عن نفسه فلا يكون التلف لما عنده إلاّ عليه، لأنّ المال ملكه، غايه الأمر أنّ صاحبه يقدر على إزالته.

و بالجملة:قوله:ما لم يملك المشتري ليس التلف عليه،و إن كان جزؤه الأوّل أعنى:ما لم يملك تعديدا و تنزيلا لكن يعلم منه اطّراد الحكم فى كلّ خيار مختصّ بأحدهما، إذ يصحّ أن يقال تنزيلا:لم يملكه بعد، و كلمه«حتى»و إن لم يستفد منه فى بعض الموارد التعليل-كما فى قولك:كل الخبز حتى تشبع-و لكن فى بعض الموارد لمناسبه فى ما بين الحكم و الموضوع يستفاد منه التعليل كما فى قولك:

اشرب الدواء حتى يصحّ مزاجك و ما نحن فيه من هذا القبيل.

و هنا وجه آخر لاستفاده التعميم و هو من الجزء الأوّل أعنى قوله:حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام، و قوله:حتى يمضى شرطه، و قوله:و إن كان بينهما شرط

ص:٥٩١

أياماً معدوده إلخ، بضميمه أنّ إطلاق الشرط قد وقع فى الروايات على خيار الحيوان، فيستفاد أنّ المعيار مطلق مضى الخيار و أنّ الحكم مطرد فى كلّ خيار خاص بأحد الطرفين.

لكن قد استشكل شيخنا الأستاذ-دام بقاءه- فى الاستفاده من كلاً- الوجهين، أمّا الأول: فلأنّ الذى يستفاد من لام التعليل غير ما يستفاد من «حتى» التعليليه، ألا ترى أنّ قوله: «ينزح حتى يطيب» الوارد فى تطهير ماء البئر لا يتعدى منه إلى الطيب الحاصل من قبل نفسه، و هنا أيضا إذا قال فى خصوص خيار الحيوان و الشرط الخاصين بالمشتري: «ما لم يصير الملك ملكا له لا يضمن تلفه» فلا نستفيد منه إلا هذا التنزيل فى خصوص البابين، و أمّا الأبواب الأخر فالملك حاصل بالوجدان و لم نعلم التنزيل فيها.

و على فرض المماشاه نقول: الحكم المستفاد من هذا التعليل غير منطبق على القاعده المعروفة أعنى: كون التلف فى زمن الخيار ممّن لا- خيار له، بل المستفاد شىء آخر و هو أنّ التلف فى زمن الخيار للمالك الأوّل، فإنّ التعليل هو أنّ المال لم يصير للمشتري، و هذا كما يجرى فى خيار المشتري يجرى فى خيار البائع بل فيه أولى، فإنّ المشتري فى صورته اختصاص الخيار به مستريح خاطر، و أمّا مع اختصاص البائع فلا استراحه له فهو أولى بعدم الملك له.

و إذن فكما لم نلغ هذه الخصوصيه أعنى: خصوصيه كون الخيار للمشتري فلم نلغ خصوصيه خيار الحيوان و الشرط و خصوصيه المشتري، فإنّ لا بدّ من القول بالتعميم الذى ذكرنا، و إلا فلا بدّ من الأخذ بجميع خصوصيات المورد، و على كلّ حال لا ينطبق على مرام المشهور.

و أمّا الوجه الثانى: ففيه أنّ المانع عن التعدى تقييد قوله: «حتى ينقضى

الشرط» بقوله: «ثلاثة أيام» و أما قوله: «حتى يمضى شرطه» فالضمير إشاره إلى ما ذكر في السؤال و هو شرط اليوم و اليومين، غاية الأمر سكت عن حكم خيار الحيوان و تعرّض من حيث خيار الشرط، و أمّا بقوله: «و إن كان بينهما شرط» فلا يخفى عدم صدق «بينهما» في الخيارات المجعوله بجعل الشارع و إن كان يصدق الشرط بقول مطلق، هذا.

ثم إنّ الضمان هنا هل معناه انفساخ العقد و عود الثمن إلى المشتري، أو هو ضمان المثل و قيمه مع بقاء الثمن في ملك البائع؟ الظاهر من كلمه الضمان هو الثاني، فإنّ تلف المال على المالك لا يسمّى ضمانا، فانفساخ العقد أنا ما قبل التلف حتى يصير التلف في ملك البائع لا يسمّى ضمانا، نعم يصحّ إطلاق الضمان عليه مسامحه بملاحظه كونه مال الغير سابقا على الآن و إن كان انتقل أنا ما قبل التلف إليه فيصحّ تنزيل هذا الآن بمنزله العدم و القول بأنّ البائع ضامن للمبيع.

لكن شيخنا المرتضى قدّس سرّه - جعل إرادته الضمان بمعنى الانفساخ ممّا لا ينبغي الريب فيها، و لعلّ الوجه فيه هو أنّ قوله: «حتى يصير المبيع ملكا للمشتري» يدلّ على تنزيل المبيع ملكا للبائع، فيدلّ على تنزيل الثمن ملكا للمشتري، يعني أنّه لم يصير المبيع بعد و لا الثمن منتقلين من مالكهما الأصليين، فليس تلف المبيع إلّا على البائع، يعني يكون التلف واردا على ملكه، فيكون هذا قرينه على إرادته خلاف الظاهر من لفظ الضمان و أنّه روعى في إطلاقه ما ذكرنا من تنزيل الآن العقلي منزله العدم.

ثمّ ممّا ذكرنا يفتح باب استصحاب الضمان الثابت قبل القبض في غير خيارى الحيوان و الشرط اللذين قلنا هما المتيقّنان من مورد النصّ، فنقول في سائر

الخيارات الخاصه بالمشتري:نحن نشكّ في أنّ تلف المبيع بعد القبض هل يكون على البائع على نحو ضمان المعامله-كما كان كذلك قبل القبض-أم ارتفع ذلك عنه بالقبض؟فمقتضى الاستصحاب البقاء،و كذا الحال بعينه في جانب الثمن في الخيار المختصّ بالبائع لو بنينا على تعميم قاعده التلف قبل القبض في الثمن كما يأتي إن شاء الله تعالى تفصيل القول فيه في محلّه.

لا يقال:هذا الاستصحاب ينافى الدليل الاجتهادى و هو قاعده أنّ تلف مال كلّ أحد على نفسه و ليس على الغير،غايه الأمر ثبت مخالفه هذه القاعده قبل القبض،و أمّا بعده فلا بدّ من الرجوع إلى عمومها دون الاستصحاب.

لأننا نقول:أجاب عن هذا شيخنا المرتضى-قدّس سرّه-بأنّ مخالفه هذه القاعده غير لازمه بعد فرض القول بضمان المعاوضه،إذ معناه انفساخ المعامله فيكون تلف المال على صاحبه لا-على غيره،نعم ينافيه استصحاب عدم الانفساخ،و لكن الاستصحاب المذكور مقدّم عليه لكون الشكّ في الانفساخ و عدمه مسببا عن الشكّ في بقاء الحاله التعليقيه الثابت قبل القبض،أعنى:لو تلف كان من مال الآخر،فإنّ الكون من مال الآخر معناه الانفساخ،و قد تقرّر في محلّه تقدّم الاستصحاب التعليقى على الفعلى.

اللهمّ إلّا- أن يقال:إنّ الانفساخ و خروج الملك عن ملك المالك ليس على خلاف أصاله عدم الانفساخ فقط حتّى يجاب بما ذكر،بل مخالف لقاعده سلطنه الناس على أموالهم أيضا و إن كان حيثيه،فإنّ سلطنه حيثيه أيضا ينافيها الخروج عن الملكيه بغير اختيار من المالك بل قهرا عليه.

فإن قلت:المفروض خروج ما قبل القبض عن تحت هذه القاعده، و التمسك في ما بعده إنّما يتمّ لو كان لها عموم أزمانى و هو فى محلّ المنع.

قلت: قد تقرّر في محلّه أنّ محلّ هذا الكلام ممخّض في ما إذا كان الخروج تخصيصاً فردياً فقط بحيث لم يكن بعنوان من العناوين أصلاً، بل كان الخارج ذات الفرد في قطعه من الزمان، وليس الأمر في ما نحن فيه من هذا القبيل، لأنّ الخروج يكون بعنوان ما قبل القبض، فيتقيد دليل السلطنة بهذا العنوان و يبقى غيره تحت إطلاقه.

و يمكن الجواب بأنّ دليل السلطنة وإن كان بالنسبة إلى حفظ موضوع المائيه ناطقاً أيضاً، ولكن يمكن الفرق بين الأسباب القهريّة التي جعلها الشارع أسباباً لخروج المال عن ملكيه مالكة و بين تملكك الغير لمال المالك كما هو الحال في باب الفسخ، فالذي يكون دليل السلطنة منافياً معه و يكون ناظراً إلى نفيه هو القسم الثاني، فمفاده أنّ الغير ليس له استقلال في قبالة المالك و لا يتمكّن من نزع المال عن المالك بدون رضاه.

و أمّا الأسباب الخارجة عن تحت الاختيار و لو لم يكن تملكاً من أحد كما في ما نحن فيه، فجعل الشارع لها سبباً نظير حكمه بحرمة بعض التصرفات في الملك مثل ضرب الغير بالعصا المملوكة للضارب، حيث إنّ غير مناف مع الحكم الحيثي، فحاصل معناه أنّه مع حفظ الأسباب الشرعيّة القهريّة و مشروعيّة نفس التصرف فالمالك أحقّ و أولى بماله من غيره، و لا إطلاق له لا بالنسبة إلى التصرف الغير المشروع و لا بالنسبة إلى السبب القهري المزيل للملك. فتحقّق أنّ الاستصحاب المذكور لا دليل اجتهادي في قبالة.

و قد يقال في الإيراد عليه أولاً: بأنّه من الاستصحاب في الشكّ في المقتضى، و الشيخ قدّس سرّه لا يقول بحجّيته.

و ثانياً: بعدم بقاء الموضوع الدليلي، لأنّه المال الغير المقبوض و الآن صار

مقبوضاً، إلا أن يقال بكفايه العرفى و هو محرز.

و ثالثاً: أنه استصحاب تعليقى، لأنّ المستصحب هو الضمان على تقدير التلف، لكنّ الحقّ كون الاستصحاب التعليقى حجّه إذا كانت الملازمه مجعوله شرعيّه.

و رابعاً: أنه فرع جريان قاعده التلف قبل القبض فى الثمن، و هو محلّ الإشكال، إلا أن يقال: إنّ المختار جريانها فيه كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

و خامساً: أن ما ذكر من أنّ دليل عدم الانفساخ ليس إلاّ- الأصل و الاستصحاب المذكور مقدّم عليه، فيه أنه مخالف لقاعده السلطنه، سلّمنا أنه ليس مخالفاً لها لكن أصل عدم الانفساخ مقدّم على أصل بقاء الضمان، لأنّ الشكّ فى الضمان ناش عن الانفساخ و عدمه، و القول بأنّه حيث ثبت مخالفه هذا الأصل فى ما قبل القبض فالأصل بقاء هذه المخالفه بعده فى مدّه الخيار، ففيه: أنه لا معنى لهذا الأصل إلاّ أصاله الانفساخ على تقدير التلف، و هذا استصحاب تعليقى و ليس بحجّه فى مثل هذه الصوره التى ليس المجعول إلاّ الانفساخ حين التلف دون الملازمه بينهما.

توضيح ذلك: أنّ الاستصحاب التعليقى إنّما يكون حجّه إذا كانت الملازمه حكماً مجعولاً شرعيّاً، و أمّا إذا كانت من الانتراعات العقلية و الذى هو المجعول أمر معلق فلا- يجرى الاستصحاب، مثلاً إن كانت القضية الشرعيّه: «إن استطعت فحجّ» بحيث كانت الملازمه مجعوله شرعيّه فإذا شكّ فى اللاحق جاز استصحاب الملازمه التى هى حكم شرعى.

و أمّا إذا كانت القضية المذكوره أنّ المستطيع يحجّ، فمتى شكّ فى بقاء هذا المعنى لا يمكن الاستصحاب، لعدم الوجوب الفعلى فى السابق حتّى

يستصحب، و عدم كون الملازمه-و إن كانت له حاله سابقه-حكما شرعيا.

و حينئذ ففي مقامنا إن كان المجعول في ما قبل القبض أنه يفسخ لو تلف فكان الشك في بقائه بعده في مدّة الخيار، جاز الاستصحاب، و أمّا إذا كان المجعول إنّما هو الانفساخ الفعلي عند حصول التلف، فقبل التلف لا حكم حتى يستصحب، فيكون المرجع أصاله عدم الانفساخ و هو مقدّم على أصاله الضمان، و القدر المسلّم هو الوجه الثاني، فلا مجرى لأصاله الانفساخ لو تلف. هذا ما أورد في المقام على الاستصحاب المذكور.

و فيه: أنّ الشكّ و إن كان في المقتضى إلّا أنّ الشيخ في كثير من كلماته مصرّح بحجّيته كما في استصحاب الحيوان المرّد بين البقّ و الفيل، و الموضوع العرفي كما حقّق في محلّه كاف و هو محفوظ، فإنّ تلف هذه العين الشخصيّة لا- يتفاوت الحال فيه بكونه ما قبل القبض أو ما بعده، و دليل السلطنة أيضا قد عرفت حاله و أنّه غير ناظر إلى مثل المقام.

و أمّا قوله قدّس سرّه: إنّ أصاله عدم الانفساخ مقدّم على أصاله الضمان فلم نفهم معناه، إذ المفروض أنّ الضمان هنا عبارته عن نفس الانفساخ آنا ما قبل التلف، فيكون المراد به أصل بقاء الانفساخ لو حصل التلف، و هو مقدّم على أصاله عدم الانفساخ على ما قرّر في كلّ الاستصحاب التعليقي مع التنجيزي، إلّا أن يقال: إنّ المراد بالضمان كون ذهاب المال من كيس الضامن، و هذا غير كون المال مالا له، و لهذا يقال صار مالا له فيكون تلفه من كيسه، هذا.

و أمّا قوله-قدّس سرّه-: فرق بين ما كانت القضية الشرعيّة إذا استطعت فحجّ و بين ما إذا كان المستطيع يحجّ، ففي التقدير الأوّل يجرى الاستصحاب لو شككنا في بقاء القضية و على الثاني لا يجرى، إذ ما قبل الاستطاعة لا حكم شرعي

حتى يستصحب، فلم أفهم أيضا معناه، فإننا سلّمنا أنّ القضيّة الشرعيّة أنّ المستطيع يحجّ لكن لا شبهه أنّ هذا بنفسه حكم شرعى و لو لم تحصل الاستطاعة الخارجيّة، فنحن نستصحب عين هذا المعنى الكبرى و لازمه الفعلية متى حصلت الاستطاعة، فنقول فى المقام: الانفساخ بتلف هذه العين الشخصيّة كان حكما شرعيا ثابتا و نشكّ فى بقائه الآن، و مقتضى الاستصحاب أنّه كما كان، و بالجملة لم نفهم بأى وجه تحصل التفرقة بين الوجهين، فتدبر.

و الحاصل: كما نستصحب حكم «الخمير حرام» و لو لم يكن له مصداق فى الخارج و لازم الأعم من الحكم الظاهرى و الواقعى أنّه لو صادف المصداق تعلق به، كذلك نستصحب حكم «المستطيع يحجّ» و لو لم يكن فى العالم مستطيع، و كذلك حكم الانفساخ فى ظرف التلف ثابت و لو لم يكن تلف فى السابق.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ استصحاب الانفساخ الثابت حال التلف قبل القبض ممّا لا إشكال فى جريانه.

لكن هذا كلّه فى الثمن الشخصى و المبيع كذلك، و أمّا الكلّى منهما فقد يقال: إنّ المبيع و هو الكلّى ليس له تلف حتى نحكم بضمانه على البائع، و الفرد و إن كان يتصوّر فيه التلف لكن ليس مبيعا، فقاعده تلف الثمن أو المثلن فى زمن الخيار ممّن لا خيار له لا يشمل الكلّى و لا المصداق.

و فيه: أنّ صفه المبيعيّة و الثمّية بعد تطبيق الكلّى على الفرد يتحقّق فى الفرد، فىقال عرفا هذا هو المبيع أو الثمن، و على هذا فتمتّى ثبت لعنوان المبيع و الثمن عموما حكم الضمان فى مدّه الخيار فلا وجه لعدم شموله لمصداق الكلّى.

إن قلت: لو تعيّب المصداق فى بيع الكلّى فلم لا- تقول بحصول خيار العيب للمشتري؟ و المفروض على ما ذكرت صدق عنوان المبيعيّة عليه.

قلت: لا نسلم صدق المبيع عليه، كيف و الكلى إذا كان مقيداً بقيد فهو لا ينطبق على الفاقد لذلك القيد و لا يصير الفاقد قابلاً لمصداقته و لو بالتراضى، مثلاً الرقبه الكافره ليست مصداقاً للرقبه المؤمنه، فلا يجزى فى مقام الامتثال، و لا الفرس التركى بالنسبه إلى الفرس العربى، فلا يكون مصداقاً فى البيع، و هذا واضح.

و بالجمله لو كان لنا دليل عام مثبت لحكم على عنوان المبيع و الثمن فلا محاله يشمل هذا الحكم الفرد المدفوع مصداقاً للكلى المبيع، لصدق المبيعه عليه حقيقه.

ألا ترى أنه لو فسخ ذو الخيار من الطرفين فى بيع الكلى بعد أخذ المصداق فهل له أن يمتنع من تأديه ذلك المصداق إلى المفسوخ عليه و يقول: كنت بعنتى الكلى فأنتقل إليك بواسطه الفسخ الكلى أيضاً و اختيار تعيينه إلى؟ لكن الإشكال كله فى إثبات الدليل العام فى مسألتنا، فإن الأخبار التى هى عمده دليلها وارده فى شراء العبد و الجاربه و الدابّه و الحيوان من الأعيان الخارجيه، و عموم التعليل فى قوله: «حتى ينقضى الشرط إلخ» أيضاً قد عرفت حاله، و أما الاستصحاب المتقدم فلا مساغ له هنا و ذلك لعدم تصوّر التلف قبل القبض بالنسبه إلى صورته كون المبيع كلياً، فإنه ما لم يقبض لم يصر منطبقاً على الخارجى، و بعده خرج عن موضوع القاعده.

فإن قلت: كما قلت فى ما تقدم بجريان استصحاب الضمان قبل القبض و هو عبارته عن الاستصحاب التعليقى أعنى: أنه كان بحيث لو تلف يفسخ العقد، ففى ما نحن فيه أيضاً يمكن هذا الاستصحاب مع تعليق آخر مضافاً إلى ذلك التعليق، بأن يقال: هذه العين الخارجيه كانت بحيث لو تلفت و هى مبيع

ينفسخ بيعه الواقع عليها فالآن أيضا كما كانت.

قلت: الحقّ عدم جريان هذا الاستصحاب، لأنه لم يكن قبل القبض في هذه العين حكم مجعول شرعيّ و هو الضمان و لو بنحو التعليق حتّى يستصحب بعده.

توضيح ذلك: إنّه قد يكون الحكم مجعولا- في مورد الذات معلقا على القيد و قد يكون مجعولا- من الابتداء في موضوع العنوان، مثلا- تاره يشار إلى الحجر و المدر و يقال: هذا لو كان إنسانا يجب عليه صلاه ركعتين، و أخرى يكلف عنوان الإنسان بصلاه ركعتين، ففي الصورة الأولى لو فرضنا انقلاب حجر إنسانا و شككنا في أنّه مكلف بالصلاه أو لا- صحّ لنا التمسك بالاستصحاب التعليقي.

و أمّا في الثانيه فلا، و ذلك لأنه ليس للشارع حكم مجعول في موضوع الحجر لا تنجيزا و لا تعليقا حتّى يجيء مقام القطع السابق بالحكم تعبد الشارع به و كانت الفعليه من لوازم الأعم من الظاهري و الواقعي، و إنّما الثابت انتزاع من العقل، و هو أنّه لو كان هذا الحجر إنسانا كان مصداقا لموضوع الخطاب و الحكم الشرعي، و لازم الاستصحاب أن يقوم بمكان هذا اليقين تعبد الشارع بهذا المطلب، أعني:

المصداقيه لموضوع الحكم، فلو كان له أثر شرعي رتب عليه كما هو الشأن في الاستصحابات الموضوعيه التعليقيه مثل استصحاب الكزيه على تقدير صبّ الغرفتين.

و لو لم يكن له أثر عملي فليس استصحابا موضوعيّا بالفرض و لا- حكميّا، لما عرفت أنّ الحكم الشرعي ليس ثابتا للذات في تقدير الوصف و العنوان، فاليقين في تقدير كذا ليس متعلقا بثبوت حكم شرعيّ للذات بل متعلق بمصداقيتها لما هو متعلق الحكم الشرعي، و إذا لم يكن لهذا أثر عملي و المفروض أنّه ليس حكما

مجمعولا أيضا حتى يكون له عمل، فلا مجرى للاستصحاب فيه.

و الحاصل: أنّ ما قلناه في تقريب جريان الاستصحابات التعليقيه في الموضوعات- من كون التقدير تقديرا لليقين لا للمتيقن و بالاستصحاب يقوم التعبد مقام اليقين فيكون التعليق للتعبد و من المعلوم أنّ الفعليه عند حصول المعلق عليه من آثار الحكم الأعم-مورده ما إذا كان لمتعلق اليقين عمل، بأن يكون إما موضوعا ذا أثر شرعي كالكزيه في المثال أو حكما شرعيا، أو نفى حكم شرعي على ما تقرّر تحقيقه في محلّه، و أمّا إذا لم يكن شيئا من ذلك، فالتقريب المذكور قاصر عن إثبات جريان الاستصحاب التعليقي.

إذا عرفت ذلك فنقول في المقام: الحكم المجمعول هو أنّ المبيع إذا تلف قبل القبض فهو من مال البائع لا أنّ كلّ شخص شخص من الأموال الخارجيه إذا بيعت فحكمه أنّ تلفه قبل القبض من مال بائعه، فالذي ينفع لاستصحاب الحاله السابقه التعليقيه هو الثاني و هو مفقود، و الأول و إن كان موجودا و لكنّه لا ينفع، لأنّ الثابت في السابق في شخص هذا المال ليس إلا انتزاعا عقليا، و هو أنّه لو كان مبيعا كان مصداقا لموضوع حكم تلف قبل القبض، و أين هذا من الحكم الشرعي؟ فتحقّق من مجموع ما ذكرنا أنّ استصحاب الضمان غير جار في الكلّي و المفروض أنّ أخبار الباب أيضا خاصّه بالشخص، فلا مجرى لقاعده الضمان في الكلّي.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى- قدّس سرّه- قد تشبّث لإثبات كون الضمان هنا بمعنى الانفساخ كما في التلف قبل القبض- لا بمعنى ضمان المثل أو القيمه- بأخبار الباب الدالّه على أصل الضمان بضميمه قاعدتي عدم ضمان شخص لمال

آخر و التلازم بين الخراج و الضمان.

و فيه: أنه لم يثبت دليل على الملازمه فى ما بين الخراج و الضمان، بمعنى أنه كلما ثبت الخراج و مالكيه النماء ثبت الضمان على ذلك الشخص إلا النبوى الغير المَجبور.

نعم الملازمه فى جانب العكس، أعنى: كلما ثبت ضمان أحد لمال فهو مالك لنماء ذلك المال، قد وردت فى بعض أخبار البيع الخيارى فراجع، فليس فى المقام إلا- القاعده الأولى، وهى ليس دليلا اجتهاديا بل صرف أصاله عدم الضمان، و كما أن هذا مخالف لهذا الأصل فالمعنى الآخر، أعنى: الانفساخ أيضا مخالف لأصل عدم الانفساخ.

فالطريق السالم لإثبات المعنى المزبور هو استفادته من نفس أخبار المسأله بوجهين، الأول: ما أشرنا إليه سابقا من قولهم-عليهم السلام-: «ما لم يصر المبيع للمشتري فالضمان على البائع» حيث إنه بلسان التنزيل مشير إلى كبرى أن كل أحد يضمن تلف مال نفسه، فهو فى مقام تعيين صغرى هذه الكبرى فى المقام تنزيلا، أعنى: أنه بعد ما لم يصر بعد للمشتري فلا وجه لكون تلفه عليه، و المستفاد من هذا أنه عند التلف إما يفسخ البيع حقيقه و يقع التلف فى ملك البائع، أو تنزيلا و يقع فى ملكه التنزيلي على ما يأتى إن شاء الله تعالى تحقيق ما هو الحق من الأمرين.

الثانى: قوله-عليه السلام-: «و إن كان بينهما شرط أياما فهلك فى تلك الأيام فهو من مال البائع» فإن الضمير إشاره إلى المال التالف لا- إلى التلف، و من الواضح إفادته الانفساخ دون الضمان المصطلح، أعنى: ثبوت المثل أو قيمه فى العهده، لأن كلمه «من» إما للتبعيض، و إما للجنس، و على كلا التقديرين تفيد المدعى،

بل نقول: لو كان راجعا إلى التلف أيضا فالظهور محفوظ، لكن إذا كان راجعا إلى التلف فهو أظهر.

ثم إن الاحتمال المتصور في المقام في الضمان أحد أمرين لا ثالث لهما.

أحدهما: الانفساخ الحقيقي أو الحكمي أنا ما قبل التلف و معه لا مجال لبقاء الخيار.

و الثاني: الضمان المصطلح و هو ثبوت المثل أو قيمه في العهده و لازمه بقاء الخيار، فإن اختار الفسخ استحق المفسوخ عليه على الفاسخ المثل أو قيمه، و المفروض كونه مديونا للفاسخ بأحدهما، فيحصل التهاتر، إلا إذا كان قد برئت ذمته قبل الفسخ فيجب على الفاسخ دفع المثل أو قيمه، لكن هذا على خلاف ما حققناه من عدم تعقل الخيار مع التلف عند ذى الخيار و إلا فلا يبقى على هذا الفرض أيضا خيار، فالكلام هنا مبني على الإغماض عن ذلك و لو استوجب البيع و أسقط الخيار فاللازم استحقاق ذى الخيار المثل أو قيمه على صاحبه، هذا هو المحتمل في المقام.

و أما الاحتمالات الأخر التي أشار إليها شيخنا المرتضى -قدس سره- -و هي أن يكون التلف على البائع إذا فسخ المشتري، و أما إذا أوجب المشتري فإمّا نقول: بتخييره بين الرجوع إلى المثل أو قيمه و بين رجوعه بالثمن، أو نقول: بتعيين الرجوع بالثمن، أو نقول: لا شيء له -فلا وجه لها.

و السيد المحقق المحشّي لكلام شيخنا المرتضى -قدس سرهما- ذكر أنّ الاحتمالات في المسألة ستّة، فذكر الاحتمالين اللذين ذكرناهما من الانفساخ قبل التلف أنا ما حكما أو حقيقه، و ضمان المثل أو قيمه، غايه الأمر التهاتر في صوره الفسخ، و جعل الاحتمال الآخر البطلان، و الفرق بينه و بين الانفساخ أنه مع الثاني

لا بدّ من عود كلّ من العوضين إلى صاحبه الأصلي إن كان موجوداً، وإلا فبدله، و أمّا البطلان، فإن كان أحد العوضين موجوداً عاد إلى صاحبه، وإلا فالعوض الآخر يعود من دون اشتغال ببدل العوض الآخر.

ثمّ ذكر الاحتمالات الثلاثة المذكورة في كلام شيخنا المرتضى -قدّس سرّه-، و بعد إبطال تلك الوجوه اختار تردّد الأمر بين الثلاثة الأوّل، لعدم تعرّض الأخبار للكيفيّة، وإنّما هي في مقام أصل الضمان.

ثمّ ذكر إمكان استفاده الوجه الأوّل أعني الانفساخ من تعبير «فهو من مال البائع» أعني ذات التالف ثمّ قوّى عدم ظهور هذه الفقرة.

ثمّ ذكر أنّه بعد إجمال الأخبار و تردّدها بين الثلاثة الأوّل، المتعيّن هو الوجه الثالث، و هو في كلامه -قدّس سرّه- الضمان بالمثل أو القيمه، لأنّه مطابق لأصالة بقاء العقد و الخيار.

و أورد عليه شيخنا الأستاذ -دام ظلّه الشريف-:

أولاً: بما ذكر سابقاً من إمكان استظهار الوجه الأوّل من فقرتين من الروايات، و لا وجه لمنع الظهور في الفقرة المذكورة.

و ثانياً: أنّ ما ذكره على فرض إجمال الروايات و سكوتها عن تعرّض الكيفيّة من أنّ الضمان المصطلح مطابق لأصالة بقاء العقد و الخيار بخلاف الوجهين الآخرين أعني: الانفساخ و البطلان فإنّهما مخالفتان لها، فيه أنّ الضمان أيضاً مخالف لأصل عدم الضمان إلاّ أن يكون مراده -قدّس سرّه- أنّه مخالف لأصل واحد، و أمّا الآخرا فلاصليين، أصل بقاء العقد و أصل بقاء الخيار.

و فيه أنّ أصل بقاء الخيار لا يعدّ أصلاً آخر بعد الحكم ببطلان العقد أو انفساخه، لأنّه مرّتب على وجود العقد، فالوجهان الآخرا ليس فيهما أيضاً إلاّ مخالفه أصل واحد، هذا.

ثم لا- إشكال في أنّ فوات الجزء أيضا حاله حال فوات الكلّ في الانفساخ على مقدار الفائت، وأمّا فوات الوصف و حدوث العيب فلا- إشكال أيضا في ضمانه على البائع، لقوله: «أو يحدث فيه حدث إلخ»، لكنّ الكلام في أنّه هل يمكن استفادته ثبوت الخيار بين الرّد و الأرش للمشتري بحدوث العيب في مدّة الخيار أو لا-؟ و غايه تقريبه أن يقال: إنّ قوله: «إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثه أيام فهو من مال البائع» دالّ على أنّ نفس العيب من ماله فكأنّ العيب حدث في مال البائع، و المفروض أنّه مبيع فيكون له حكم المبيع الذي تحقّق العيب فيه من مال البائع و هو الخيار بين الرّد و الأرش، و بالجمله كون التلف في الكلّ أو الجزء من مال البائع يفيد الانفساخ، و كونه في الوصف منه يفيد الخيار.

إن قلت: نعم يمكن تصوّر الجامع للمعنيين بالنسبه إلى فوات العين كلّا أم بعضا و بالنسبه إلى فوات الوصف، و لكن إفاده الخيار بالنسبه إلى الثاني محلّ منع، و ذلك لأنّ الخيار من أثر وقوع العقد على المعيب لا من أثر مجرّد حدوث العيب في مال البائع و لو بعد وقوع العقد. و بالجمله ما لم يكن تنزيل على تأخّر وقوع العقد عن حدوث العيب فمجرّد تنزيل حدوث العيب في مال البائع لا يشتر في ترتيب أثر الخيار بين الرّد و الأرش.

قلت: قوله- عليه السلام-: «إن حدث فيه حدث فهو من مال البائع» يحتمل وجوها ثلاثه: الأول: أنّه يقدرّ كونه من ماله أنا ما قبل التلف فيكون التلف من ماله، الثاني: أنّه يقدرّ عدم صيروره المال منتقلا بعد إلى المشتري من أوّل زمان العقد إلى زمان انقضاء الخيار بالنسبه إلى هذا الأثر الذي هو الضمان، الثالث: أن يرجع الضمير إلى التلف و يكون المراد تقدير كون التلف واردا على مال البائع الثابت له قبل العقد، فيكون أثره البطلان في فوات العين و الخيار في فوات الوصف.

إذا عرفت هذا فالوجهان الأولان اللذان يكون التنزيل فيهما في جانب المائيه -أعنى: نزل فيهما المال الفعلى للبائع غايه الأمر في أحدهما آنا ما قبل التلف و في الآخر مستمرا من أول العقد- ليس فيهما دلالة على ترتيب أثر العيب السابق على العقد، وإنما الثابت منهما كون البائع متخسرا بخساره هذا العيب، فإما يجب عليه دفع القيمة الواقعيه التي تبذل بلحاظ الوصف الفأنت، وإما الحصه التي من الثمن لوحظ في بذلها وجود ذلك الوصف، وبالجملة لا دليل على الرد و خصوصيه الأرش.

و أميا على الأخير الذى يكون مبناه التنزيل فى التلف و جعله بمنزله التلف السابق الوارد على المال حال كونه مالا للبائع و هو ما قبل العقد فاللازم ثبوت الخيار مضافا إلى الخيار الموجود و ثبوت الأرش، هذا غايه تقريب هذا الوجه.

و لكن استضعفه شيخنا الأستاذ-دام علاه- بعدم مساعده الوجدان على فهم هذا المعنى من العبارة، أعنى: التنزيل منزله التلف السابق بل المفهوم هو التنزيل فى المائيه للبائع مع حفظ كون التلف حاليا، فيتعين فى أحد الوجهين الأولين و هما لا- ثمره بينهما، مع أن الفقرة الأخرى أعنى: «حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري» لا تساعد على الوجه الأخير كما هو واضح، لأن الظاهر منها التنزيل فى سلب ملكيه المشتري و حفظ ملكيه البائع كما هو الحال فى أحد الوجهين، الأولين، فالحكم بتحقق الخيار و الأرش فى غايه الإشكال، كما أن إجراء حكم الضمان فى فوات غير وصف الصحه من أوصاف الكمال محل إشكال من جهه إمكان منع تبادل ذلك من حدوث حدث، حيث إن المتبادر منه حدوث حادثه من مرض و فوات صحه لا مثل نسيان الكتابه بواسطه كثره متاركنه و نحو ذلك.

ثم إنَّ التلف الذى ليس له متلف ضامن لا شبهه فى دخوله تحت الحكم، و أمّا فى صورته وجود الضامن كما لو أتلفه الأجنبي أو البائع فالظاهر خروجه عن مورد الحكم بالضمان، لأنّ الظاهر من مورده هو التلف الذى لا تدارك له، و أمّا ما كان له التدارك فلا يصدق عليه فوت المال، لأنّه انتقل إلى البديل فى ذمّه المتلف، فلا فرق بين وجود العين فى يد الغاصب أو وجود البديل فى عهده، وهذا هو الوجه فى التفرقة لا الفرق بين التلف و الإتلاف، و إلاّ فمثل أكل السبع لا شبهه فى كونه مشمولاً لحكم الضمان مع أنه لا شبهه فى كونه إتلافاً.

و الحاصل: أنه ربّ تلف لا تشمله الروايه و ربّ إتلاف تشمله، أمّا الأول:

فكالتلف السماوى فى يد الغاصب، و أمّا الثانى: فكالاتلاف الصادر من الذئب، و أمّا وجود العين سليمة من كلّ عيب بل ربّما يكون أسلم و أسمن فى يد الغاصب و لو مع اليأس عن الظفر به أو كونه تحت البحر فلا نحكم فيها بحكم الضمان، لأنّه حكم مخالف للقاعده و القدر المتيقّن منه صورته خروج العين عن دار الوجود و صورته تعييه، و أمّا مع محفوظيته بلا عيب و نقصان فلا دليل هنا كما ثبت الدليل فى باب الغصب بثبوت بدل الحيلولة، فإنّه لم يكن منوطاً بالتلف، بل بواسطة عموم «على اليد» حيث إنّه عام لما إذا كان فى يد الغاصب المأبوس عن الظفر به، أو تحت البحر، فطالب صاحب المال ماله فلا يمكن جوابه بالصبر حتّى يستولى على الغاصب أو يجفّ البحر، و لا جوابه ببذل أجره المنافع، فإنّه مطالب لنفس العين و شاك عن مفارقه نفس العين، فلا محيص عن تدارك نفس العين.

و أمّا الضمان الثابت فى الباب، أعنى: الانفساخ قبل التلف آنا ما فلم يثبت دليل على جريانه فى مثل هذا المورد الذى يكون الفرض وجود العين و عدم حدوث حادثه عليه بل يكون فى غايه النفاسه و السمانه.

و كذا فى صورته ورود تلف أو نقصان أو عيب عليه مع وجود ضامن سواء صدق التلف أم الإلتلاف، فتبقى صورته و هى صورته التلف أو النقصان أو العيب مع عدم ذمّه تطالب بتدارك الفأئء سواء صدق التلف أم الإلتلاف، فيحكم حينئذ بالانفساخ مع التلف و التدارك مع العيب كما تقدّم تفصيله.

ثم بعد ما عرفت خروج صورته وجود ذمّه ضامنه بالتدارك فى البين عن تحت الحكم- لأجل الانصراف- فاعلم أنّه إذا فسخ الفاسخ و الحال هذه، أعنى: أنّ العين قد أتلّفه الأ-جنبى الضامن، فالطرف الأ-خر الذى انتقل بالفسخ إليه التالف سواء كان هو المشتري أم البائع الذى هو غير ذى الخيار يرجع إلى من؟ مقتضى القاعده أن يقال بعدم الوجه للرجوع إلى المتلف لا فى صورته كون من تلف ما عنده هو الفاسخ و لا- فى صورته كونه هو المفسوخ عليه، و سواء قلنا بكون الفسخ موجبا للرجوع التالف أنا ما قبل التلف إلى صاحبه الأصلى أم قلنا بكونه موجبا للعود حال الفسخ تالفا.

أمّا إن قلنا بأنّه يوجب الرجوع أنا ما قبل التلف فغايه تقريب الرجوع إلى المتلف حينئذ أنّه أتلّف مال من انتقل إليه بالفسخ فيكون ضامنا له، لكن فيه أنّ القائل بذلك لا- يقول بالكشف الحقيقى، لعدم تعقله، و لهذا لا- نقول بانتقال النماء بل إنّما نقول بتقدير التلف فى ملكه لتصحيح قيمه يوم التلف، فالتقدير إنّما هو خاصّ بهذا الأ-ثر دون جميع الآثار التى منها الضمان، و إلاّ فالمال حقيقه لمن انتقل إليه بالعقد فيكون الضمان بالنسبه إليه ثمّ إذا انتقلت العين التالفه بالفسخ إلى صاحبه يجب عليه الخروج عن عهده بدله كما لو تلف سماويا.

و أمّا إن قلنا بأنّ الفسخ يوجب العود من حينه فغايه تقريب ضمان المتلف للمنتقل إليه بالفسخ أن يقال: إنّ ملك العين التالفه الثابت تداركها فى ذمّه

المتلف، و معنى مالكيته العين الكذائيه أن يملك ذمه ذلك المتلف.

و فيه أنّ اشتغال ذمه المتلف مسلّم لكن بالنسبه إلى خصوص من وقع الإتلاف في ملكه، فهذه الخصوصيه أعني: كون العين التالف ثابتا بدلها في ذمه المتلف لملكها يكون كضمّ الحجر جنب الإنسان بالنسبه إلى مقتضى الفسخ أعني: اشتغال ذمه من تلف ما عنده بالبدل، والحاصل أنّ قضيه الفسخ أنّ العين لو لم تكن موجوده يرجع إلى بدلها، ولا فرق في هذا المقتضى بين كون التلف سماويًا أم بإتلاف متلف ضامن لصاحبه، ففي التقدير الثاني أيضا لا ربط لهذا الضمان إلا بمن وقع التلف في ملكه، و الفسخ أيضا أوجب ضمان من وقع التلف في ملكه لمن انتقل إليه التالف بالفسخ، هذا بناء على مقاله المشهور.

و أمّا على ما قوّيناه من عدم الدليل على بقاء الخيار في صورته التلف عند ذى الخيار و ثبوته في صورته التلف عند غيره و كون الحقّ متعلّقًا بالعين، فالحكم بضمان المتلف إذا أتلّف العين الموجوده عند غير ذى الخيار مبنّى على أن إتلاف مورد الحقّ أيضا موجب لضمن المتلف لصاحب الحقّ، و حيث لا دليل عليه فيبقى بناء عليه أيضا رجوع ذى الخيار إلى المتلف بلا وجه بل يتعيّن الرجوع إلى صاحبه.

مسأله: من أحكام الخيار على ما حكى عن التذكرة أنه لا يجب على ذى

الخيار تسليم ما انتقل عنه إلى صاحبه في زمن الخيار.

اعلم أنّه يمكن تطبيق عدم لزوم تسليم أحد العوضين قبل تسليم الآخر مطلقا سواء في زمن الخيار أم غيره على القاعده بملاحظه أنّ القرار الإنشائي على الملكيه بإزاء العوض و المفروض أنّ الملكيه ملازمه للسلطنه، فيكون قرارا على الملكيه الملازمه للسلطنه، فهذا بإزاء ذاك في الملكيه الملازمه للسلطنه، و الوفاء بهذا القرار ليس الإدخال تحت تسلط الطرف فقط بل الإدخال المقيّد بالأخذ لما عنده،

و لهذا يعبر عنه بالفارسيه ب«داد و ستد» فإنّ الوفاء عباره عن إيجاد نقشه الذهن فى الخارج، فكما كان فى الذهن التزام بملازم السلطنه فى هذا بإزاء ذاك يعنى أنّ الطرف أيضا متعهد بملازم السلطنه فى ذاك، فنقشه هذا فى الخارج ليس إلاّ- التسليم المقرون بالتسليم لا المنفكّ و هذا واضح.

لكنّ الزيادة على هذا فى خصوص زمن الخيار بأن يكون الذى الخيار الامتناع و لو سلّم صاحبه قضيه للخيار فليس عليه دليل معتمد، و لا يمكن تطبيقه على قاعده و الإجماع غير محقق.

مسأله: قالوا: لا يسقط الخيار بتلف العين،

اشاره

قال شيخنا الأستاذ- دام علاه:- وجه تصوّر هذا الكلام أحد أمور:

الأول: أن يقال: إنّ الفسخ الذى هو عباره عن الحلّ و هو كالعقد محتاج

إلى طرفين

(١)

لأنّ عكس البيع، فكما أنّ البيع يحتاج إليهما يحتاج الفسخ أيضا، بل احتياج هذا أزيد بملاحظه أنّه يحتاج إلى عين ما وقع متعلّقا للعقد بشخصيته.

و بالجمله هذا الفسخ يعتبر بالإضافة إلى العين التالفه آنا ما قبل تلفها فتكون تالفه فى يده ملكا لغيره فيكون عليه ضمانه على القاعده، لكن هذا بمجرد الفسخ و دليله لا يتم، بل يحتاج إلى دليل أزيد دالّ على الضمان حتّى يستكشف منه هذا المعنى كما فى التلف قبل القبض و قبل انقضاء الخيار، و أمّا دليل الخيار فليس اقتضاؤه ذلك، بل إنّ أمكن اعتبار الفسخ فى التالف مع تالفه فهو، و إلاّ فلا بدّ من القول بعدم الخيار.

الثانى: أنّ الفسخ يعتبر بالنسبه إلى التالف فعلا

فيصير ملكا للغير

ص: ٦١٠

و المفروض أنه تالف في يده فيكون عليه ضمانه، وفيه أن الملكيه إذا وردت على التالف في يده فليس قضيتها الضمان، نعم لو ورد التلف على الملك للغير كان قضيته ذلك.

الثالث: أن يقال: إن العين تلفت و الحال أن تلفها على هذا الشخص

و بعد الفسخ أيضا لا بد أن يكون بهذا الحال فلا جرم لا بد من خروجه عن عهده خسارته حتى يكون خسارته عليه كما كان هذا هو الحال في الأيادي المتعاقبه في باب الغصب حيث إن اتصاف العين بوصف كون خسارته على اليد المتأخره يقتضى أن اليد المتأخره يجب عليها تدارك ما غرمته اليد السابقه.

و فيه: أن العقد ليس إلا- مقتضيا، وفيه: الفرق الواضح بين البابين، فإن الوصف المذكور لم يقع تحت النقل و الانتقال حتى يعتبر الفسخ بالنسبه إليه بل النقل و الانتقال إنما اعتبر بالنسبه إلى نفس العين، و كان من لوازم كونها ملكا لهذا أن يكون هو متخيرا بتلفها فإذا انتقل بالفسخ إلى ذاك يصير ذاك متخيرا.

و بالجملة هذا من لوازم المورد و ليس داخلا في عنوان المعامله حتى يعتبر الفسخ بالنسبه إليه مثل شرط الكتابه و سائر الأوصاف المتعهد بها في البيع، و أما باب الأيادي المتعاقبه فالمقتضى لاعتبار كون العين متصفه بوصف ثبوت خسارته على اليد المتأخره موجود و هو عموم على اليد، فإن خسارات العين متى زيد الأيادي الوارده عليه تزداد، و عموم على اليد يثبت جميع هذه الخسارات على اليد، و لازم ذلك قرار الضمان على اليد المتأخره.

الرابع: أن يقال: مقتضى الفسخ أولا و بلا واسطه رجوع العين إن كانت

و المثل أو قيمه إن لم تكن،

و فيه أنه بعد كون الفسخ حل المعامله و ليست في المعامله من البدل عين و لا أثر غير معقول.

الخامس: أن الفسخ إعدام العقد و جعله كأن لم يكن،

فهو متمشٍ في صورته التلف، و أمّا التضمين فلاجل اليد، وفيه أولًا: الفرق بين الفسخ و البطلان، و الأول متقوم بالطرفين دون الثاني، ألا ترى أن حلّ البيعه لا يعقل مع عدم بقاء أحد الشخصين؟ فحال المالكين هنا حال الشخصين هناك، إن قلت: فعلى هذا يلزم أنه لو تلف أحد العوضين لم يكن العقد باقيا، قلت: معنى بقاء آثاره كما يقال:

الوضوء باق، بملاحظه أثره.

و ثانيا: معنى جعل العقد و آثاره كأن لم يكن أن يكون تلف كل من المالكين على مالكة الأصلي، لأنّ هذا أثر عدم العقد، و التالف في يد الغير إذا كان حال التلف ملكا للشخص يوجب الضمان لا إذا صار ملكا بعد التلف في يده.

و بالجملة: فتحقق ممّا ذكرنا أن القول بأنّ حقّ الخيار متعلّق بالعقد دون العين - و لهذا له اعتبار حال التلف و يوجب تضمين صاحب التالف - يدور أمره بين هذه الوجوه التي عرفت أنّ كلّها باطله، فلا محيص عن بطلانه.

و هنا مسلك آخر و هو أن يقال بالتفصيل بين تلف ما عند ذي الخيار و غيره، بجواز الفسخ و الضمان في الثاني و عدمه في الأول، أمّا في الأول فلما عرفت من عدم موجب للضمان، و أمّا في الثاني فالعرف مساعد على أنّ لذي الخيار علاقة و حقًا في العين، ألا ترى أنه لو أتلف غير ذي الخيار لا يقولون بانقطاع يد ذي الخيار و عدم تدارك ما فات منه بشيء؟ فهذا دليل على أنّهم يرون له في العين علاقة و حقًا هو أورث ضمان المتلف.

و حينئذ نقول: قاعده «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» عامّة لكلّ يد استولت على مال الغير أو حقه، فإنّه لا اسم فيها من مال الغير، بل تعمّ مال نفس الأخذ إذا فرض له عهده للغير، كما في المال المرهونه لو أخذها الراهن، فإنّه

متعهّد للمرتهن، فلو تلف يجب أن يضع محلّه المثل أو قيمه، فكذا فى مقامنا هو متعهّد لصاحب الحقّ، أعنى: ذا الخيار بمقتضى عموم على اليد، أنّه لو تلف يضع محلّه المثل أو قيمه حتّى يعامل معهما معاملته، و يد هذا الشخص ليس بأمانى، بمعنى أنّه لم يستأمنه المالك و لا- الشارع و لو قلنا بوجوب الدفع إليه من حيث إنّه ماله، فإنّه لا ملازمه بينه و بين استئمانه من حيث حقّ الغير المتعلّق بالمال.

و أمّا كلمه «حتّى تؤدّى» فمعناها بالنسبه إلى صورته كون المأخوذ مال النفس أن يؤدّيه على حسب أداء الحقّ إلى ذى الحقّ و هو بأن يخلّى بينه و بين المال لو فسخ ذو الخيار، فحينئذ قد أدّى إليه حقّه فيخرج عن ضمانه.

و بالجمله: فعموم على اليد ناطق بثبوت الضمان على غير ذى الخيار، و بعد ثبوت الضمان تصير العين التالفه تالفا مضمونا، و التالف المضمون مثل الموجود فى كونه متموّلا، مرغوبا إليه مبدولا بإزائه المال، غايه الأمر لو تمّ إجماع على عدم صحّحه بيّعه قلنا به تعبّدا مع عدم إباء تمشّى حقيقه البيع فيه عرفا، و حينئذ نقول:

الفسخ عبارته عن حلّ المعامله و معناه أن ينتقل الثمن مكان الثمن و بالعكس، و العوض التالف حيث يكون مضمونا قابل للانتقال.

لا- يقال: مجرّد القابليّه لا يثمر بل اللازم اتّحاد طرفى الفسخ مع طرفى العقد فى جميع الخصوصيّات، و العقد لم يرد على العين الجامع بين حالتى الوجود و التلف، بل على خصوص الوجود، و هذه الخصوصيّة معدومه فى الفسخ.

لأنّنا نقول: ليس التقييد بالوجود تقييدا جعليّاً عقديّاً، بل العقد قائم بالعينين الجامعين بين الوجود و العدم، و إلّا فلو كان مقيداً بالوجود فالإتلاف لم يكن إلّا إعداما لموضوع المال لا لنفسه، نعم الوجود قيد عقلا لعدم قابليّه غير

الموجود للنقل، لا أنّ سبب النقل إنّما تحقّق في خصوص الموجود بل تحقّق في الأعمّ، و إذن فأعاده العين التالفه إعاده لنفس ما هو متعلّق العقد، غايه الأمر فاقد لقيده العقلي و هو غير ضائر بعد كونه أيضا مثله في التمول و القابليّه للنقل بملاحظه كونه مضمونا.

و بالجمله: لا أرى عن هذا الوجه محيصا و إن لم أر غير شيخنا الأستاذ -أطال الله بقاءه- من تعرّض له، و على هذا فالإجماع الذي نقلوه على ثبوت الإقالة في صورته التلف لم نفهم وجهه.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى -قدّس سرّه اللطيف- قد فصل بين ما إذا كان حقا متعلّقا بالعين بأن كان له ردّ العين و استردادها فلا حقّ عند التلف، لعدم الموضوع و بين ما كان حقا متعلّقا بالعقد فيجوز و المدار في ذلك دليل الخيار في الخيارات الشرعيّه و جعل المتعاقدين في المشروطه، و لو فرض الشك في أنّه من أيّ القسمين فالاستصحاب قاضٍ بكونه من الثاني.

و استشكل عليه شيخنا الأستاذ -أطال الله بقاءه- أوّلا: بأنك عرفت أنّ المدار على عكس ما ذكره -قدّس سرّه- أعني: أنّ مدار الجواز هو التعلّق بالعين و مدار العدم هو التعلّق بالعقد على حسب ما مرّ في طيّّ البيانات السابقه.

و ثانيا: اللازم ممّا ذكره سدّ باب الفسخ عند التلف مطلقا، و ذلك لأنّ أدلّه الخيارات الشرعيّه بين ما ذكر فيه عنوان له المال أو له الردّ و ما أفاد هذا المؤدّي، و بين ما ذكر فيه لفظ الخيار و هو خيار المجلس، و هو أيضا غير دالّ على التعلّق بالعقد، لأنّ لفظ الخيار في لسان الأخبار عبارته عن الاختيار و التسلّط، و المعنى المتداول له الآن مستحدث، هذا مضافا إلى وقوع هذه الفقره عقيب قوله: «الشرط في الحيوان ثلاثه أيام» فالذيل مانع لما أريد من الصدر و ليس المستفاد منه إلّا المرّدّد بين المعنيين.

لا- يقال: قوله: «فإذا افترقا وجب البيع» دليل على تعلق الخيار بالبيع. لأننا نقول: لزوم البيع في مقابل الأعم من التسلّط على الاسترداد و التسلّط على العقد، ألا ترى أنّ الهبة غير لازمه مع أنّ الموجود فيها جواز رجوع العين؟ هذا حال الخيارات الشرعيّة.

و أمّا المَجْعُولُ للمتعاقدين فالظاهر من حالهم عند ما يشترطون إنّما هو استرجاع العين و إرجاعها، نعم يبقى شاذ نادر و هو ما إذا كان الشارط ماهرًا في العلميات و ملتفتًا إلى فرق ما بين الأمرين فقيّد الخيار المشترط بكونه متعلقًا بالعقد، و هذا كما ترى في غاية القلّة.

و ثالثًا: ما ذكره -قدّس سرّه- من الرجوع إلى الاستصحاب في موارد إجمال الدليل و تردّده بين القسمين مخدوش بعدم جريان هذا الاستصحاب لعدم الأثر له أو لكونه مثبتًا.

بيان ذلك: أنّ الجامع الذي نستصحبه باستصحاب القسم الثاني من الكلّي - كما هو المتحقّق في المقام - إذا كان من الموضوعات الخارجيّة التي ربّ عليها الأثر شرعًا - كما لو ربّ على وجود الحيوان في الدار أثر شرعيّ و تردّد الحيوان الموجود بين البقّ و الفيل و مضى أقصى مدّه عمر البقّ - فلا إشكال في جريان الاستصحاب، لوجود الأثر له، و معنى عدم النقص ترتيب الآثار.

و أمّا إذا كان الجامع حكمًا شرعيًا و مجعولًا شرعًا كما في المقام فيكون نفسه الأثر و يكون لا تنقض بلحاظ عمل نفسه، و حينئذ فإن كان للمهملة بين الشخص السابق و اللاحق عمل لا نضايق من جريان الاستصحاب و لو لزم منه حينئذ أن لا يكون المَجْعُولُ بالاستصحاب مماثلاً للمستصحب، فإنّ المستصحب من القسم الزائل و المَجْعُولُ بالاستصحاب من القسم الباقي.

مثلاً: إذا تعذر بعض أبعاض المركب المأمور به و احتتم انتقال الوجوب النفسى إلى الأجزاء الباقية كان الاستصحاب مفيداً لجعل حكم إيجاب نفسى فى الأجزاء الباقية، فإنّ النفسية ليس لها مؤونه إلاّ صرف تعلق الإيجاب بتسعه أجزاء بدون ملاحظه كونها متوقفاً عليها للكلى المركب من العشره مثلاً، فالقييد أمر عدمى و لا حاجه له إلى مؤونه زائده و قد كان الثابت سابقاً هو الوجوب المحدود بالغيرية، و وجه ذلك أنّ معنى عدم النقص هو البقاء على العمل السابق، و عمل الوجوب الغيرى فى تسعه أجزاء إتيانها، فالاستصحاب يوجب إتيانها فى اللاحق أيضاً، و هذا معنى إيجابها النفسى و لا شاهد على لزوم كون المجعول مماثلاً للمستصحب كما زعمه بعض الأساتيد- قدس أسرارهم- بل اللازم كونه ممّا تناله يد الجعل لكونه ذا عمل فى السابق، و لهذا أيضاً أجرينا الاستصحاب فى العدم الأزلى للتكليف مع أنّ الثابت منه الإباحه و قد كان فى السابق عدم الحكم.

و بالجمله: فى الجوامع الشرعية أيضاً لا- نضايق من إجراء استصحاب الكلى القسم الثانى، لكن مع ثبوت العمل له كالمثال المذكور، و أمّا إذا لم يكن للمهمله عمل كما فى المقام- فإنّ الخيار المرّد بين كون متعلقه العقد أو العين ليس له عمل و إنّما لعمل لفرديه- فلا معنى لعدم نقضه عملاً.

و أمّا القول بأننا نثبت له الاختيار المطلق حتّى حال التلف، و حيث لا معنى للإطلاق مع فرض تعلقه بالعين فلا محاله يكون متعلقاً بالعقد فنثبت بذلك أنّه خيار متعلق بالعقد و هو ذو عمل. فمبنى على الأصل المثبت و لا نقول به.

هذا تمام الكلام فى تلف أحد العوضين قبل الفسخ، و أمّا تلفه بعده فربّما يكون التالف مال الفاسخ فى يد المفسوخ عليه، و أخرى يكون بالعكس، فهل يحكم بالضمان فى كليهما أو بينهما تفصيل؟ أمّا مال المفسوخ عليه فكون تلفه على

الفاسخ مبنى على أحد وجوه:

أحدها: ما أشار إليه شيخنا المرتضى -قدس سرّه- من عموم على اليد، وهذا مبنى على مقدمات، إحداها: عدم اختصاص اليد باليد العاديه، وهذا ظاهراً مسلماً، فالخارج هو اليد الأماثيه، وغيرها داخل تحت العموم.

الثانيه: أنّ الأخذ شامل لما إذا تحقّق الكون تحت اليد بغير اختيار من صاحب اليد كما إذا أطار الريح مال الغير فى جيب الغير و لم يلتفت فتلف من جيبه، و كما إذا كان مال شخص تحت يد آخر برضاه ثمّ باعه من غيره و لم يلتفت ذو اليد بذلك فتلف فى يده، و لكن فى شمول على اليد لمثل ذلك إشكال، و ما نحن فيه لعلّ من هذا القبيل، فإنّ الفاسخ لم يثبت يده على مال الغير و إنّما استرجع عينه فصارت يده على مال الغير قهراً فيكون كالمثاليين السابقين، إلاّ أن يقال: نمنع كونه من ذلك القبيل فإنّه باختياره أو وجد السبب لذلك فكأنّه استولى على مال الغير باختياره الابتدائى.

الثالثه: أنّ القاعده شامله لما إذا تأخّر زمان ثبوت العهده عن زمان حدوث الأخذ و كان فى حال الحدوث خاليا عن العهده فطراً فى حال بقاء الأخذ، كما إذا انتقل مال زيد الموجود بإذنه تحت يد عمرو إلى خالد، و شمول على اليد لمثله مشكل و لو فرض أنّه كان المتصدّى لهذا الانتقال بحيث لم يكن ذلك خارجاً عن اختياره.

لا يقال: فما تقول فى اليد العاديه إذا كانت مسبوقه بالإذن، فإنّه لا إشكال فى ضمانها مع أنّها يد باقيه فى حال ثبوت العهده، و قد كان المطلوب حدوثها حاله.

لأنّ نقول: الكلام فى أنّ اللفظ قاصر عن الشمول و ليس فى البين مناسبه فى

ما بين الحكم و الموضوع حتى نلغى بسببها الخصوصيه التي أفادها اللفظ، و ما ذكرت غير قادح في ما ذكرنا، فإنه مطلب مسلم من الخارج و من المعلوم أنه لا يتغير به مفاد اللفظ.

الوجه الثاني: ما أشار إليه أيضا شيخنا المتقدم -قدس سره-، و هو الاستصحاب لأصل الضمان الجامع بين الضمان بالعوض المسمى و بين العوض الواقعي، و هو مبنى على جريان الاستصحاب في الكلّي القسم الثالث، بأنّ احتمال وجود فرد عند زوال فرد كان موجودا أو زال، و الظاهر صحته، لمساعدته العرف على بقاء الكلّي، كما يقال: الإنسان باق من لدن آدم -عليه السلام- إلى زماننا هذا.

و أمّا الإشكال المتقدم في الاستصحاب المتقدم فغير جار هنا، فإنّ حاله حال جامع الحدث إذا ترددت الرطوبه الخارجيه من المتطهر من الحدثين بين البول و المنى ثم أتى بالوضوء، فإنّ حكم الغسل و إن كان مترتبا على المنى و استصحاب جامع الحدث بعد الوضوء لا يثبت كونه متبا لكن للجامع أثر و هو عدم جواز الدخول في الصلاه، فالمكلف و إن لم يحرز كون حدثه متبا لكنّه لا يجوز له الدخول في الصلاه بحكم هذا الاستصحاب، فلا يبقى له محيص عن إتيان الغسل حتى يقطع عنه لسان هذا الأصل، ففي ما نحن فيه أيضا نقول: استصحاب شغل الذمه بالعوض يوجب تسلط المضمون له على الضامن و لا رافع ليداه إلا رفع ما يقطع بسببه لسان الأصل و هو المثل أو القيمه، لأنّ دفع العوض المسمى مقطوع العدم، لكن يرد على هذا الاستصحاب أنه معارض باستصحاب عدم الضمان بالمثل أو القيمه فنرجع إلى أصاله البراءه، هذا.

الوجه الثالث: ما أشار إليه شيخنا الأستاذ -أطال الله بقاءه- من أنّ كلاً من المتعاقدين بحكم لزوم الوفاء بما عقدها متعهد بتسليم ما ملكه من صاحبه

إليه، لأنَّ معنى الخروج عن عهده القرار و العمل الخارجى على طبقه هو دفع كلِّ ماله إلى صاحبه، فإنَّ تلك المدافعه الخارجيه عمل خارجي لتلك المبايعه الإنشائية و المبادله فى الملكيه.

و على هذا فالفسخ كما أنه حلّ للعقد حلّ مع جميع لوازمه، فكما كانا ملتزمين بالتسليم ففى الحلّ أيضا كذلك، و لازم هذا هو الضمان عند التلف، و لهذا قلنا فى بعض المباحث السابقه أنّ ضمان تلف قبل القبض على وفق القاعده، و إنّما التعبد فى كفيته و هو كونه بنحو الانفساخ لا الضمان المصطلح، و على هذا فهذه القاعده متبّعه فى جانب الفسخ من غير تعبد على خلافها، و لازمه الضمان المصطلح، لكن هذا الوجه كما ترى مبنى على ارتباط آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالمعاملات و قد عرفت فى محلّه النظر فيه.

ثمّ إنّ هذا كلّه فى مال المفسوخ عليه إذا تلف فى يد الفاسخ، و أنت خبير بأنّ جميع ما قلنا فيه فى عكسه، أعنى: تلف مال الفاسخ فى يد المفسوخ عليه، فلا حاجه إلى الإعادة.

هذا بعض الكلام فى الخيارات و أحكامها على حسب ما وفّقنى الله تعالى لكتابه ما استفدته من بحث شيخى و أستاذى-أدام الله بقاءه- و الحمد لله و صلّى الله على محمّد و آله و كان تحرير هذا فى يوم الأحد التاسع عشر من شهر ذى الحجه الحرام من سنه

١٣٤٥

ص: ٦١٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

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

