



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا
عليكم يا صابرا
الرحم

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

فحبة الازهار في احكام الخيار

قاليف

شيخ الشريعة الاصفهاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نخبه الازهار فى احكام الخيار

كاتب:

محمد حسين سبحانى

نشرت فى الطباعة:

دار الكتاب

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	نخبه الازهار فى احكام الخيار
١٢	اشاره
١٢	اشاره
١٤	تقديم بقلم علامه الحجه السيد أحمد الحسينى
١٧	اما الأستاذ فهو: شيخ الشريعه الأصبهانى -
٢٤	و اما التلميذ فهو: الشيخ محمد حسين السبحانى
٢٨	[مقدمه المقرر]
٢٩	ما هو حقيقه الخيار
٣٤	تعريف آخر للخيار
٣٨	تطابق التعريفين مع روايات الخيار
٤٢	حقيقه الفسخ بعد البيع
٤٤	الأصل فى العقود اللزوم
٤٤	أدله أصاله اللزوم فى البيع أو مطلق العقود
٤٤	اشاره
٤٤	الايه الاولى:
٥١	الآيه الثانيه
٥٢	الآيه الثالثه
٥٣	الآيه الرابعه
٥٥	الدليل الخامس على أصاله اللزوم
٥٧	الدليل السادس على أصاله اللزوم
٥٨	و من الأدله على اللزوم الاستصحاب
٦٩	أقسام الخيار
٦٩	اشاره

٦٩	الأول خيار المجلس:
٦٩	اشاره
٦٩	هل يثبت خيار المجلس للوكيل
٧٦	ارث خيار المجلس
٧٩	ما ليس فيه خيار المجلس
٨٦	تنبيه
٨٨	مسقطات خيار المجلس
٨٨	اشاره
٨٨	الأول اشتراط سقوطه في متن العقد
٨٨	اشاره
٩٠	الأول: أن سقوط الخيار من قبيل شرط الغايه و النتيجة
٩٣	الثاني انه مستلزم للدور،
٩٤	الثالث: أنه مخالف لمقتضى العقد،
٩٥	الرابع:
٩٦	الثاني من مسقطات خيار المجلس: اشتراط أن لا يفسخ:
٩٦	اشاره
٩٩	أما بيان الأول
١٠٠	و أما بيان الثاني:
١٠٢	دفع توهم.
١٠٤	الثالث من مسقطات خيار المجلس اشتراط إسقاط الخيار
١٠٤	اشاره
١٠٦	حول كلام للشيخ
١٠٨	الرابع من مسقطات خيار المجلس نفس إسقاط الخيار بعد العقد
١٠٨	اشاره
١٠٨	الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف من النص
١٠٨	الثاني: فحوى «الناس مسلطون على أموالهم»،

- الثالث: فحوى ما دل على كفايه بعض الأفعال الصادره من المالك فى إجازة عقد الفضولى. ١١٠
- الرابع: ١١٠
- الخامس: ١١١
- السادس: ١١١
- و أما القاعده المسلمه ١١٢
- هل الكتابه كقول؟ ١١٣
- هل يسقط الخيار بقوله: اختر ١١٤
- تنبيه. ١١٥
- الخامس من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين. ١١٧
- الإكراه على الافتراق. ١٢٠
- فرع ١٢٤
- اشاره ١٢٤
- تنبيه ١٢٤
- الثانى من الخيارات، خيار الحيوان. ١٢٧
- اشاره ١٢٧
- اشكال التعارض بين القاعدتين. ١٢٨
- رفع الاشكال ١٢٩
- هل هذا الخيار مختص بالمبيع الشخصى؟ ١٢٩
- هل هذا الخيار مختص بالمشتري أولاً. ١٣٠
- اشاره ١٣٠
- منها: عموم قوله تعالى: ١٣٠
- و منها: ١٣١
- اشاره ١٣١
- الأول: استفاده العرف عن مثل هذه العبارة، الاختصاص و الحصر ١٣١
- الثانى: ١٣١
- الثالث: ١٣١

- ١٣١ الرابع:
- ١٣٢ الخامس: مفهوم الوصف،
- ١٣٤ تزييف أدله القول الأول ..
- ١٣٤ اشاره
- ١٣٥ مسأله
- ١٣٦ مبدء خيار الحيوان ..
- ١٣٦ اشاره
- ١٣٨ حل اشكال
- ١٣٨ اشاره
- ١٣٨ الأول: أن إسقاط الخيار في المعنى
- ١٣٩ الثاني: النقص بالسقوط،
- ١٣٩ الثالث: بالحل،
- ١٤٠ ما المراد من حين العقد؟
- ١٤٠ ما المراد من ثلاثه أيام؟
- ١٤٠ اشاره
- ١٤٠ الاولى: أنه إذا عقد في زمان من النهار،
- ١٤١ الثانيه: أن الليله الأخيره هل هي داخله في ثلاثه أو لا.
- ١٤٣ مسقطات خيار الحيوان
- ١٤٣ اشاره
- ١٤٣ الأول:
- ١٤٣ الثاني: إسقاطه بعده
- ١٤٤ الثالث: التصرف،
- ١٤٤ اشاره
- ١٤٥ التصرف المسقط ما هو؟
- ١٤٧ الثالث: خيار الشرط
- ١٤٧ اشاره

- ١٥٠ شرط صحه خيار الشرط -
- ١٥٢ هل يشترط تعيين مده الخيار فى الصلح؟ -
- ١٥٣ جعل الخيار للأجنبى -
- ١٥٤ بيع الخيار -
- ١٥٤ اشاره -
- ١٥٧ الثمن المشروط رده -
- ١٥٩ مسأله -
- ١٥٩ اشاره -
- ١٦٠ فرع -
- ١٦٠ حكم تلف المبيع و الثمن و نمائهما -
- ١٦٢ هل يصح اشتراط الخيار فى غير البيع. -
- ١٦٥ الرابع خيار الغبن -
- ١٦٥ اشاره -
- ١٦٧ أما أولا: فلان قوله تعالى: -
- ١٦٧ و ثانيا: أن المدار فى لزوم المعامله هو الرضا الفعلى -
- ١٦٧ و ثالثا: ورود النقض عليه ببعض الموارد، -
- ١٦٧ و رابعا: عكس الإيراد الثانى و هو بطلان المعامله فى تلك الحال من أول الأمر -
- ١٦٨ اما الأول فنقول: -
- ١٦٨ اشاره -
- ١٦٨ أما الأولى فإننا لا نسلم ان الاستثناء منقطع، -
- ١٦٨ و اما الثانيه فسلمنا أن هذا الاستثناء منقطع -
- ١٧٠ تحقيق استطرادى حول حديث المنزله -
- ١٧٢ الإجابيه عن الإشكالات الأخر -
- ١٧٢ اشاره -
- ١٧٢ ما دفع الثانى: -
- ١٧٢ و اما دفع الثالث: -

- ١٧٢ واما الرابع:
- ١٧٥ الاستدلال بقاعده لا ضرر
- ١٧٥ اشاره
- ١٧٥ الأول: قضيه سمره بن جندب،
- ١٧٦ الثاني: قضيه منع فضل ماء ليمنع فضل كلاء،
- ١٧٦ الثالث:
- ١٧٦ اما الأول،
- ١٧٦ واما الثاني،
- ١٧٦ واما الثالث: فهو ظاهر فى الحكم الوضعى
- ١٨١ حول قاعده لا ضرر
- ١٨١ اشاره
- ١٨١ الأول [موارد قضاء النبى (ص)]
- ١٨١ اشاره
- ١٨١ الحديث الجامع لأفضيه رسول الله صلى الله عليه و آله
- ١٨٤ التنبيه الثانى:
- ١٨٥ الخامس من الأدله التى استدلت بها على خيار الغبن
- ١٨٦ الدليل السادس الإجماع
- ١٨٧ الدليل السابع: ثبوت الخيار على وفق القاعده
- ١٨٧ اشاره
- ١٨٨ الشرط فى ثبوت خيار الغبن
- ١٨٨ اشاره
- ١٨٨ الأول:
- ١٨٨ الثاني: كون التفاوت فاحشا و مما لا يتسامح به،
- ١٩٠ هنا مسائل أربعة
- ١٩٠ الاولى:
- ١٩١ المسأله الثانيه

المسأله الثالثه: ١٩٤

المسأله الرابعه ١٩٧

من مسقطات هذا الخيار التصرف ١٩٩

اشاره ١٩٩

تتميم ٢٠١

تعريف مركز ٢٠٤

نخبه الازهار فى احكام الخيار

اشاره

عنوان و نام پديد آور : نخبه الازهار فى احكام الخيار / تاليف محمد حسين السبحانى.

مشخصات نشر : قم: دارالكتاب، ۱۳۹۲.

مشخصات ظاهرى : ۲۶۴ ص.

وضعيت فهرست نویسى : فهرست نویسى توصيفى

عنوان ديگر : بالاي عنوان: بحث آيت الله العظمى شيخ الشريعه الاصفهاني.

شماره كتابشناسى ملي : ۳۲۴۸۸۵۲

ص: ۱

اشاره

تقديم بقلم العلامة الحجة السيد أحمد الحسيني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المسائل الفقهيّة بمجموعها تعني بالروابط الموجوده بين الإنسان المسلم و ربه أو مجتمعه أو نفسه، فما دام يعتقد بالإسلام لا بد له من العمل بدستوره و السير على ضوء شريعته في كل تصرفاته الفرديه و الاجتماعيه و حتى في عقائده القلبيه و ضميره الإسلامى.

ان ما يصدر من الإنسان له حكم خاص في الشريعة الإسلاميه و وجهه نظر تخصصه، و هذا الحكم هو المعبر عنه في لسان علماء الدين ب (الفقه)، و العالم الذى تتحصل له ملكه استخراج الحكم من آيات كتاب الله العظيم و دلائل سنه الرسول صلى الله عليه و آله و سلم المبينه بواسطته أو بواسطه الأئمه من أهل البيت عليهم السلام هو المسمى ب (الفقيه).

و على الفقيه أن يسعى فى استنباط الاحكام لنفسه و لمن لم تتهيا له وسائل الاستنباط من سائر المسلمين، حتى يتمكنوا من التوفيق بين أوامر الله تعالى و بين أعمالهم من العبادات و المعاملات و بقيه شؤونهم العامه و الخاصه و لو لا هذا الطريق لما عرف الناس أحكام ربهم و لحاروا فى متاهات الجهل و سبل الضلال.

من هنا نحس بشده ضروره فتح باب الاجتهاد و البحث الجاد عن كل مسأله مسأله من الفقه، لئلا يصيبه الجمود فى شكله و محتواه و ليتبلور حتى يصبح معطاء مجيبا على كل حادثه تحدث و مسأله تتجدد، و يسير مع عجله الزمن و يملأ الفراغ الذى يواجهه الإنسان الذى يعطى كل يوم شكلا جديدا لحياته الفكرية و الاجتماعيه.

إن تعطيل التجديد و الاجتهاد فى الفقه الإسلامى يعنى إيقاف المسلم عن سيره التقدمى و الحد من نشاطاته الاصيله و دفعه الى التسول من الخارجين على دينه و المناهضين لمعتقداته. و أخيرا سلب الاعتماد على شخصيته و ذوبانه فيما يستورد له من وراء حدود وطنه الإسلامى الأكبر.

و معنى عدم تعطيل ذلك، اشتغال جماعه من ذوى الاختصاص فى مسائله و بذل جهودهم فى النظر و البحث و الاستنباط، حتى تستوفى جوانب المباحث و يستخرج الحكم نقيًا خالصًا من شوائب التسرع أو عدم استفراغ الوسع.

و يزيد قيمه الاستنباط إذا كان الفقيه من ذوى الأقدام الراسخه فى التدريس و التنقيب و الفحص، يعطى مجال النقاش للتلاميذه حتى

تظهر مواهبهم المكنونه و تنجلي صداداً أذهانهم، و هو يستفيد أيضاً من الإشراقات التي ربما تسطع على أفكارهم، فيتبهبون الى نكات بعدت عن ذهنه أو يلتفتون إلى نقطه ضعف غابت عن خاطره.

في هذه المجموعه الفقيهيه- التي نقدم لها بهذه الكلمه المتواضعه- نقرأ جهدا علميا تتوفر فيه أسس الاستنباط بأجلى معانيه، و نستشعر بالنظر فيها عظمه أستاذ كان له شهره واسعه في الفقه و الاستنباط أفنى سنين طويله من عمره في جامعه النجف الأشرف مدرسا و مربيا و مجددا، كما نستشعر جلاله تلميذا امتلاء بالمواهب و الجد حتى قطع أشواط بعيده في العلم و البحث.

اما الأستاذ فهو: شيخ الشريعة الأصبهاني

اما الأستاذ فهو: شيخ الشريعة الأصبهاني (١)

أستاذ الفقهاء، مرجع عصره، الزعيم الديني الكبير الميرزا فتح الله بن محمد جواد النمازي (٢) الشيرازي المعروف بشيخ الشريعة (٣) الأصبهاني النجفي.

ولد رحمه الله بإصبهان في الثاني عشر من ربيع الأول - أو ربيع الثاني - سنة ١٢٦٦.

١- انظر ترجمته في: أعيان الشيعة ٤٢-٢٥٧، معارف الرجال ٢-١٥٤، أحسن الوديعه ١-١٧١، علماء معاصر ص ١٢٢، مصنفى المقال ص ١٩٣، ریحانه الأدب ٣ ر ٢٠٦، مكارم الاثار ٥ ر ١٨١٦، الاعلام للزركلى ٥ ر ٣٣٣، معجم المؤلفين ٨ ر ٥٢، الذريعه فى مختلف اجزائه.

٢- قيل ان جده الحاج محمد على النمازي كان كثير الصلاه مداوما عليها فاشتهر بهذا اللقب (نمازي) وبقى ذلك فى أحفاده، و قيل انه من أعقاب نمازان خان التركمانى الذى نقله الشاه عباس الصفوى من ما وراء النهر إلى أصبهان و كثر أعقابه فى إيران و غيره و لقب بيتهم بهذا اللقب.

٣- كان يلقب أولا بـ «الشريعة» و يلقب أخواه بـ «الطريقه» و «الحقيقه»، أو كان يلقب بـ «شريعة الحق» ثم اشتهر بـ «شيخ الشريعة» و بقى يعرف به.

نشأ بها نشأته الأولى و تتلمذ بتفوق على كبار علمائها فى المراحل الدراسيه المختلفه، و من أساتذته الذين أخذ عنهم فى أصبهان المولى عبد الجواد الخراسانى و المولى حيدر على الأصبهانى و المولى أحمد السبزوارى و المولى محمد صادق التنكابنى و المولى محمد تقى الهروى و الحاج الشيخ محمد باقر بن الشيخ محمد تقى الأصبهانى، و تلقى من الأخير كثيرا من المباحث الفكرية و الأصوليه و سمع عليه تحقيقاته فى تقوية القول بحجيه الظن بالطريق.

و سافر الى مشهد الرضا عليه السلام لزياره، فجرت به مباحثات بينه و بين علمائه الأجلاء و ظهر فضله فى سائر العلوم، ثم عاد إلى أصبهان و انقطع عن الحضور على الاساتذه و اشتغل بالتدريس و الإفاده بطريقه أعجب الطلبة بها و التفوا حوله.

ثم هاجر الى النجف الأشرف- مدينه العلم و موئل العلماء- فى سنه ١٢٩٥ و تتلمذ على اساتذتها الاعلام و نهل من نعيمهم الصافى، و واصل ليله بنهاره حتى حاز مرتبه عظيمه فى العلم و الفضيله و أصبح من رجالها المعدودين و اساتذتها المشهورين، و كان من ابرز شيوخه فى النجف الحاج ميرزا حبيب الله الرشتى و الشيخ محمد حسين الكاظمى.

و فى سنه ١٣١٣ قصد حج بيت الله الحرام و زياره النبى الكريم صلى الله عليه و آله، و لما عاد الى النجف انقطع للتدريس و البحث و التصنيف و التأليف.

و له الإجازة بالروايه عن جماعه من الاعلام، منهم، السيد مهدى

القزوينى الحلى، و السيد محمد باقر الخونسارى صاحب الروضات، و أخيه السيد محمد هاشم الخونسارى، و الشيخ محمد طه النجف، و الشيخ محمد حسين الكاظمى.

كان الشيخ أيام دراسته بإصبهان يمارس التدريس لحلقه من الطلاب، و لما عاد من مشهد انقطع الى التدريس كما ذكرنا. و عند ما هاجر الى النجف زاول التدريس أيضا ضمن تلمذه على اساتذتها حتى سنه ١٣١٣ حيث رجع من الحج، و فيها استقل بإلقاء محاضراته العاليه فى الفقه و الأصول و غيرهما معنيا بتربيته رجال العلم و منصرفا الى تنشئه العلماء و الأفاضل.

و يتفق مترجموه على أنه ربي مئات من أهل العلم فى حوزة أصبهان و النجف، و كانت حلقه درسه مرغوبا فيها يتوافد عليها الطلاب و الراغبون فى الدراسات العاليه.

و يعود السبب فى التفاضل الطلبة حوله و تسابقهم الى محضر درسه، إلى أخلاقه الطيبه و حسن إلقاءه و عمق الموضوعات التى كان يتناولها و تشعب ثقافته و اطلاعه الواسع على فنون من العلم.

يمتاز الشيخ على كثير من الفقهاء المعاصرين له بالموسوعيه و المطالعه الطويله فى العلوم التى لا تدخل فى نطاق الفقه من قريب، فقد كان- كما ينقل قوى الحافظه مرهف الشعور سريع الانتقال كثير القراءه و مداوم النظر فى الكتب المتفرقه. و تجمع هذه الصفات فيه خلقت منه عالما يلم بفروع

العلوم المتداوله فى بيئته و غير المتداوله.

فى الفقه و أصوله كان بارعا لم يشق له غبار و أذعن بتفوقه فيهما من أتى بعده من شيوخ العلم فى حوزة النجف و غيرها.

و فى الكلام و العقائد و الفلسفه كان متمكن يكتب الرسائل فيها و يناظر المخالفين و يغلب عليهم.

و فى علوم القرآن و الأدب يتحدث بقوه الأخذ بناصيتها المتمرن فى مسائلها، و يكتب مسأله خلافيه منها (قراءه ملك و مالك فى سوره الفاتحه) فيفتح أمام قارئه آفاقا من التحقيق و الدقه العلميه فى الأقوال و الآراء.

و فى الحديث كان على جانب عظيم من الدرايه به، و حتى فى الكتب الحديثيه التى ألفها إخواننا اعلام أهل السنه، فى كتابه «القول الصراح» ترى دقه متناهيه فى علوم الحديث و علله عديمه النظير فى زمانه.

و فى الرجال و أحوال الرواه و تراجمهم هو فى الرعيل الأول من روادها و المحققين فيها، حتى يقول تلميذه العلامه الشيخ آغا بزرك الطهرانى عنه فى كتابه «مصفى المقال»: أطول باعا فى فنون الحديث و الرجال بعد شيخنا العلامه النورى من سائر من ادركتهم من المشايخ.

أضف الى ذلك معرفته بالطب و العلوم الرياضيه، فقد نقل بعض الثقات انه مرض فأحضر له أحد الأطباء، فجعل يشرح له مرضه و أسبابه على ضوء ما جاء فى كتاب (القانون) لابن سينا، فظن الطبيب

أنه بمناسبة مرضه قد قرأ الموضوع الخاص من القانون، ولكنه استدرجه في الكلام الى امراض اخرى و المسائل الطبيه فكان الشيخ يتحدث معه عنها كأن القانون قد فتح امامه يقرأه.

و ملخص القول نردد هنا ما قاله السيد الأمين في كتابه «أعيان الشيعة»: كان يمتاز بمشاركته في فنون الفلسفه القديمه و الحكمه الإلهيه فضلا عن العلوم الإسلاميه من الكلام و الحديث و الرجال و خلافيات الفرق و معرفه آراء الملل و النحل و الأهواء و المقالات و مالها و ما عليها من الحجج و الأدله.

و من بين نشاطات الشيخ العلميه تبرز عدد من الكتب القيمه التي تتسم بالعمق في الموضوع و أحيانا الابتكار، و إليك أسماء ما وقفنا عليه من تلكم الدرر الغاليه:

١- إناره الحالڪ في قراءه ملك و مالڪ.

٢- ابانه المختار في إرث الزوجه من ثمن العقار.

٣- صيانه الإبانه عن وصمه الرطانه.

٤- إفاضه التقدير في أحكام العصير، طبع بقم سنه ١٣٧٠.

٥- قاعده لا ضرر، طبع بقم سنه ١٣٦٨.

٦- قاعده الطهاره.

٧- قاعده الواحد البسيط.

٨- رساله في المتمم كرا.

٩- رساله في التفصيل بين جلود السباع و غيرها.

١٠- رساله فى العصور العنبى ١١- رساله فى علم البارى بالممتنعات ١٢- تعاللق على الفصول فى الأصول ١٣- مناظره مع الالوسى البغدادى ١٤- القول الصراح فى نقد الصحاح ١٥- إبرام القضاء فى وسع القضاء هذا ما عدا حواشيه على كثر من الكتب الدراسيه و رسائله الفتوائيه لعمل مقلديه و غيرها من الكتابات المتفرقه.

مكانه الشىخ المعروفه فى العلم و التقوى و شهرته الواسعه فى أوساط النجف و أصبهان- التى كانت من أهم الحوزات العلميه آنذاك مهدت له الزعامه الدينيه و المرجعيه العامه، فقلده كثر من الناس فى أواخر أيام فقيه عصره السيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى، و بعد ان توفى السيد زاد عليه الإقبال فى التقليد، و أصبح المرجع الأعظم بعد وفاه الفقيه الزعيم الميرزا محمد تقى الشيرازى- قدس الله أسرار الجميع.

و أثناء قيامه بمهام المرجعيه العظمى و الزعامه العامه، شارك الثوار العراقيين فى جهادهم ضد الانكليز، و كانت له مشاركه فعاله فى صد هجوم العدو على الوطن الإسلامى، و تحالف رؤساء القبائل و زعماء العشائر فى الدفاع و المطالبه بحقوق الشعب العراقى، و كان قد قرب الغلب على العدو الكافر لو لا خيانه بعض شيوخ العشائر و نفر من كبار

التجار و الساسه، كما هو مفصل فى الكتب المؤلفه فى تاريخ الثوره العراقيه.

و على اثر سفره للجهاد أصيب بمرض عضال فى صدره كان يقعه فى الفراش من حين الى آخر، و اشتد عليه المرض بعد توارد الحوادث و الآلام، الى ان اختار الله تعالى له الدار الآخره، فتوفى فى النجف الأشرف ليله الأحد الثامن من شهر ربيع الثانى سنه ١٣٣٩ و دفن فى الصحن الغروى الشريف فى إحدى الغرف الشرقيه.

واما التلميذ فهو: الشيخ محمد حسين السبحاني

فقيده العلم والتقى آيه الله الشيخ محمد حسين بن الحاج محمد جعفر بن الحاج فرج الله السبحاني الخياباني التبريزي (١) ولد بمدينة تبريز في ليلة التاسع عشر من شهر رمضان المبارك سنة ١٢٩٩، وبها قضى أيام طفولته ونشأ نشأته الاولى، وفي حوزتها العلميه بدأ بالدراسات الدينيه وقطع مرحلتى المقدمات والسطوح ومقدارا من دروس الخارج، ومن نميرها العذب استقى العلوم الإسلاميه، فقرأ علم الفلك والنجوم والحساب على المرحوم الميرزا على المنجم اللنكراني، والفقه والأصول على آيه الله المرحوم الانگجى، والفلسفه على الفيلسوف الشيخ حسين القراچه داغى.

ثم هاجر الى جوار على عليه السلام سنة ١٣٢٧، وبقي أحد عشر عاما في النجف الأشرف يتلقى الدراسات العاليه من خيره مشايخ

١- تجد ترجمته في: علماء معاصرين ص ٣٩٦، نباء البشر ٢ ر ٥٥٩، معجم رجال الفكر في النجف ص ١٧٧، گنجينه دانشمندان ٣ ر ٣١٤، الذريعه في مختلف اجزائه.

العلم بها، و كان فى مقدمتهم الايات العظام السيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى و الشيخ ضياء الدين العراقى و شيخ الشريعة الأصبهانى، و كان الأخير أشد أساتذته أثرا على مسيرته العلميه، لأنه كان ملازما له أكثر من عشر سنوات مستفيدا منه فى دروسه العامه و مجالسه الخاصه.

و بعد أن بلغ المرتبه العاليه من العلم و الفضيله و قطع أشواط ساميه من الفقاهاه، رأى ضروره العوده إلى وطنه (تبريز) للإرشاد و التبليغ و العمل على اقامه دين الله تعالى فى العباد و تعليم الناس معالم دينهم، فعاد فى سنه ١٣٣٩ الى مسقط رأسه و أقام به مشتغلا بالشئون العلميه و الاجتماعيه.

أجيز شيخنا المترجم اجتهادا و روايه من آيات الله العظام شيخ الشريعة الأصبهانى و الميرزا محمد تقى الشيرازى و السيد محمد الفيروزآبادى و الحاج الشيخ عبد الكريم الحائرى و السيد أبو الحسن الأصبهانى و الشيخ ضياء الدين العراقى.

و فيما يلى نقل قطعه من اجازته الأخير، و منها بيد و مكانه الشيخ الرفيعه عند أساتذته الذين تتلمذ عليهم، قال:

«. و بعد فان العالم العامل و الفاضل الكامل بحر التقى و علم الهدى جامع المعقول و المنقول حاوى الفروع و الأصول فخر الفضلاء الفخام و افتخار الفقهاء القمقام شيخنا المكرم و مولانا الأعظم الشيخ محمد حسين التبريزى قد هاجر عن وطنه الشريف طالبا لتحصيل الكمال و مجدا لتحصيل العز و الاستقلال فجد و اجتهد الى ان بلغ درجه الاجتهاد فإنه منتهى المراد، و الله در من يعرف قدره و يأتى بأمره و يحفظ قوله.»

لم يتوان الشيخ عن التأليف و التصنيف حين دراسته في النجف الأشرف و بعد ان عاد الى وطنه، فكتب تقرير دروس أساتذته و ألف في موضوعات علميه أخرى يبدو من خلالها دقه الضبط و الشمول و العمق و من آثاره الموجوده الان:

١- إرشاد الأفاضل إلى مطالب الرسائل، تعليقه على رسائل الشيخ الأنصاري في جزئين، فرغ منها سنة ١٣٦٥.

٢- نكت الكفايه تعليقه مختصره على الكفايه كتب أكثرها في حياه صاحب الكفايه و فرغ منها سنة ١٣٣٠.

٣- كتاب الصلاه، استدلالى موسع.

٤- توقف الاجتهاد على العلم بالرجال.

٥- حاشيه كتاب الطهاره للشيخ الأنصاري، غير منقحه.

٦- المواعظ و الأخلاق، لم يرتب بعد.

٧- نخبه الأزهار في أحكام الخيار.

٨- تحديد الكروزنا و مساحه، أتمه سنة ١٣٣٤.

٩- تعريف البيع و الفرق بين الحق و الحكم.

١٠- ملاقى الشبهه المحصوره حكم و المضطر الى ارتكابها.

و الرسائل الأربع الأخيره هي التي نقدم لها في هذه المجموعه، و قد سعى مشكورا فضيله العلامة الشيخ رضا الاستادى في تهيتها للطبع و تخريج أحاديثها- جزاه الله خيرا عن العلم و العلماء.

ذكرنا فيما سبق أن الشيخ عاد الى تبريز في سنة ١٣٣٩ شعورا

بالمسؤولية الدينية الملقاه على عاتقه، و من حين رجوعه الى موطنه بدأ بالتدريس و التأليف و تربيته الطلاب كما اشتغل بسائر الوظائف الشرعيه و الاجتماعيه و كان مثالا رائعا في العمل الجاد و الزهد و التقوى و حسن الخلق و صفاء الضمير.

و في ظهيره يوم الحادى عشر من شهر شوال المكرم سنه ١٣٩٢ جاء أجله المحتوم، فلبى نداء ربه سعيدا نقى الصحيفه، و شيع جثمانه الطاهر وجوه أهالى تبريز، ثم نقل الى مدينه قم المقدسه حيث مقره الأخير، فدفن فى مقبره العلماء (من مقابر أبو حسين) بعد ان شيع جنازته الزكيه حشد من العلماء و شيوخ الحوزه العلميه، و أقيم فى المدينتين و غيرهما فواتح و مجالس التأبين اشترك فيها سائر الطبقات.

رحم الله الماضين من علمائنا العاملين، و وقفنا للاهتداء بهديهم و السير على ضوء تعاليمهم الدينيه البناء، انه خير موفق و معين.

قم- ٢٠ ذى الحجه الحرام ١٣٩٨ السيد أحمد الحسينى

[مقدمه المقرّر]

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على أشرف الأولين و الآخريين محمد، و آله الطيبين الطاهريين المعصومين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الان الى قيام يوم الدين.

اما بعد: فيقول العبد المذنب الإثم، المحتاج الى الله العاصم، محمد حسين بن الحاج محمد جعفر بن الحاج فرج الله السبحاني التبريزي: هذه درر فوائد و غرر فرائد، التقطتها من بحث خيارات شيخنا العلامة، انموزج السلف، و زبده الخلف، شيخ الفقهاء و المجتهدين رئيس المله و الدين، استاد العلماء المتأخرين آيه الله العظمى و حجته الكبرى، العالم الرباني الشيخ فتح الله الشهير بشيخ الشريعة الأصفهاني، أعلى الله مقامه و رفع في الخلد مكانه، جعلتها تذكرة لنفسى و تبصره لغيرى ان شاء الله.

ما هو حقيقه الخيار

الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار، و هو عبارته عن ترجيح القادر أحد طرفي ما يراه خيرا لنفسه أو لمنوبه فيختاره و لو كان ذلك من جهه الاعتقاد النفساني الشهوى دون الاعتقاد الواقعي.

و أما تعريفه بالقدره مطلقا- سواء أ كانت على المعنى الذي عرفها به المتكلمون، من صحه تساوى نسبه الفعل و الترك، أم على المعنى الذي عرفها به الحكماء اعنى: ان شاء فعل و ان لم يشأ لم يفعل و لكنه شاء و فعل، فغير صحيح جدا، لان الاختيار متفرع على القدره و من نتائجها و لوازمها، لا أنه نفسها كما لا يخفى.

قال الشيخ الأنصارى قدس سره: «غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى ملك فسخ العقد على ما فسرته به فى موضع من الإيضاح فيدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزه، و فى عقد الفضولى، و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمه و الخاله لفسخ العقد على بنت الأ-خ و الأ-خت و ملك الأمه المزوجه من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب. و لعل التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام، فيخرج ما

كان من قبيل الإجازة و الرد لعقد الفضولى، و التسلط على فسخ العقود الجائزه، فإن ذلك من الأحكام الشرعيه لا من الحقوق، و لذا لا تورث و لا تسقط بالإسقاط». (١)

و لا يخفى ما فيه من سوء التعبير إذ سبب دخول تلك الأمور ليس الا التعبير بملك فسخ العقد و كذا سبب خروجها ليس الا ذلك، مع ان الملك شىء واحد، و هو فى الواقع و نفس الأمر، اما مدخل فقط، أو مخرج كذلك. و اما كونه مدخلا و مخرجا معا مع كونه شيئا واحدا كما ترى و الاولى فى المقام أن يقال: ان هذا التعريف- أى ملك فسخ العقد- للخيار لا مطرد و لا منعكس.

اما الأول فلدخول ما ذكر من الأمور الستة فيه، مع انها ليست من أقسام الخيار الذى يبحث عنه فى المقام.

و أما الثانى فلخروج خيار من ثبت له خيار فى الشرع، لكنه محجور عن اعماله و ممنوع منه، مثل الخيار الثابت للسفيه و المجنون و أمثالهما شرعا، فان مقتضى الخيار و مقتضى اعماله موجودان فيهم، لكن كونهم محجورين شرعا يمنع عن إعماله، فحينئذ يخرج عن التعريف خيار من ليس له سلطنه فعلا على اعماله، مع أنه من أقسام ما نحن فيه.

و الجواب عن الأول أن يقال: ان السلطنه و الملكيه على نحوين نحو منها سلطنه ابتدائيه و ملكيه كذلك مجعوله عن قبل الشرع لذى الخيار.

و نحو آخر منها ليس كذلك، بل هى ملكيه و سلطنه تابعه لملك المالك،

لكونها أحد التقلبات و التصرفات التابعه لملك المالك، لان للمالك ان يتصرف فى أمواله و أملاكه بأى تصرف شاء و ان يتقلب بأى تقلب يريد فيه، كما هو المراد من المالكه و مقتضاها.

فالمراد من الملك فى التعريف، هى الملكيه الابتدائيه غير التابعه فحينئذ يخرج ملك الفسخ فى العقود الجائزه غير الهبه، و ملك الفسخ فى الرد لعقد الفضولى و اجازته، عنه، لان ملك الفسخ للعقد فيها ليس ملكا ابتدائيا بل هو فيها، فعل من جمله الأفعال المتعلقة على الملك و من قبيل سائر التصرفات و التقلبات الواقعه عليه الصادره عن مالكه، لعدم انقطاع حقه عن ملكه من أصله فيها.

هذا بخلاف العقود اللازمه التى فيها خيار الغبن، أو العيب، أو الشفعه، أو الرؤيه أو غيرها من أمثالها، إذ علقه الملكيه فيها منقطعه بالكلية، فالشارع يجعل الملكيه لذى الخيار ابتداء.

و بيان أوضح، أن كل شىء أضيف إلى شىء آخر، يكون هذا الشىء المضاف ملاحظا و معتبرا لأجل الشىء الثانى و يسند اليه من حيث انه كذا أو كذا من عنوانه و وصفه، كما فى أكرم العالم أو أطعم الفقير أو اقتل المشرك، فان الملاك و العله، فى إكرام العالم، و إطعام الفقير. هو حيث علمه و فقره كما هو كذلك فى جميع المقامات من الإضافه.

ففيما نحن فيه لما أضيف لفظ «ملك» الى كلمه «الفسخ» يعلم منه أن الخيار عباره عن ملك الفسخ للعقد من حيث انه فسخ له.

فعلى هذا فالخيار الذى كان فى (١) تلك الأمور الستة يخرج عن تعريفه، لان الملك فيها للفسخ ليس من هذه الحثيه، كى يكون غير مانع، بل لكونه لازما من لوازم الملكيه، و فعلا من جمله الافعال و التقلبات الواقعه على الاملاك لملاكها كما مر من غير خصوصيه له فى الفرديه و الفعليه كما لا يخفى على اولى الحجى.

و أما الهبه، فإننا نلتزم فيها بثبوت الخيار و انها مثل ما ذكر من الخيارات الكائنه فى العقود اللازمه من خيار الغبن و العيب و الشفعه و غيرها، اما لوجود النص، (٢) أو لشمول التعريف عليه.

ثمّ لما كان ثبوت تلك السلطنه و الملكيه لنفس العاقد أو لمن كان فعله فعل العاقد كالوكيل، خرج الأمران الأولان عن الأربعة الباقية عن التعريف أيضا، و هو ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث و ملك العمه و الخاله لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت لأنهم ليسوا عاقدين و لا ان أفعالهم أفعال العاقدين.

و اما الاخران منها، فنلتزم فيهما أيضا بكونهما داخلين فيما نحن فيه، و من جمله أفراده لشمول التعريف لهما مع انه صرح فى بعض الاخبار (٣) بكون الأمه المزوجه من عبد فى تلك الحال بالخيار.

١- حق العبارة هكذا: فالخيار الذى كان فى الأمرين الأولين من تلك الأمور الستة.

٢- عن أبى عبد الله (ع): قال: أنت بالخيار فى الهبه ما دامت فى يدك. الوسائل ج ١٣ ص ٣٣٦.

٣- راجع الوسائل الباب - ٥٢- من أبواب نكاح العبيد و الإماء و هذا عنوانه: باب أن الأمه إذا كانت زوجه العبد أو الحر ثمّ أعتقت تحيزت فى فسخ عقدها و عدمه و فيه ١٤ حديثا.

لا- يقال: ان بعض تلك الأمور لم يكن داخلا من أول الأمر فى التعريف، مثل العقود الجائزه و العقد الفضولى، كى نحتاج إلى إخراج منه.

و ذلك اما أولا فلان ما يصدر من المعير و المودع و الواهب و غيرهم، بالنسبه إلى العاربه و الوديعه و الموهوب به، هو رفع اثر العقد أعنى أخذ ماله من يد المستعير أو المستودع أو المتهب مثلا، لا فسخ العقد من أصله كما هو غير خفى على العاقل فضلا عن الفاضل.

و أما ثانيا فبأننا لو قلنا بدخول هذه أيضا فلا نحتاج فى الإخراج عنه فى الجواب الى اعتبار الملكيه الابتدائيه فى المقام دونها أو اعتبار قيد الحيثيه فيه دونها على ما مر من التقريرين المذكورين، إذ مقتضى ثبوت ما لهم من حق الرجوع فيها، انهم عند رجوعهم يرفعون اثر العقد لا فسخه كما مر فحينئذ يكون سبب الخروج فيها ما ذكرنا من رفع الأثر من دون حاجه الى غيره مما مر.

لأننا نقول: اما أولا فإن الرجوع فيها ليس رفعا لآثارها بل هو فسخ نفس العقد، غايه الأمر انه فسخ فعلى له لا قولى.

و ثانيا ان كل من قال بان الرجوع رفع لأثر العقد لا فسخه ليس بمنكر لفسخه كى لا يتمكن من فسخه، و ينحصر التمكن برفعه لا غير بل كما أنه قائل بأن الرجوع يرفع به اثر العقد كذلك أنه قائل بأن به يفسخ العقد أيضا.

بل التفكيك هنا أحسن بأن فسخ العقد بالرجوع من دون ان يأخذ عاريتة من المستعير مثلا بخلافه هناك، فان القول بتسلط الشخص بأخذ ماله من دون تسلطه على فسخ عقده كما ترى.

فحينئذ يتوجه الاشكال عليه، و هو دخول الأمور السابقه بهذا التقدير لا على كل تقدير.

تعريف آخر للخيار

قد يعرف الخيار بأنه ملك إقرار العقد وازالته، و اخدش الشيخ الأعظم قدس سره فى هذا التعريف: بأنه ان أريد من إقرار العقد إبقائه على حاله بترك الفسخ، يكون ذكر الإقرار فى المقام مستدركا و زائدا، لأن القدره على الفسخ التى هى عباره أخرى عن ازالته، هى عين القدره على تركه، فىكون مفهوم القدره على تركه مستفادا من مفهوم القدره إلى الفسخ، و من مفهوم القدره على ازاله العقد، و الا- فلو فرض كون الشخص قادرا على الفسخ و على ازاله العقد، دون تركه و إبقائه، يكون ذلك وجوبا لا قدره كما هو واضح.

و ان أريد منه إلزامه و جعله غير قابل لان يفسخ فمرجهه إلى إسقاط حق الخيار، فلا تؤخذ فى تعريف نفس الخيار.

هذا حاصل كلامه رفع مقامه (١).

أقول: ان الخيار على ما مر هو لغه و عرفا ترجيح القادر أحد طرفى الشىء الذى يرى فيه مصلحه لنفسه فيريده و يختاره، و هذا المعنى باق على حاله مطلقا، سواء أ كان ذلك الطرف المرجح فى النظر و الاعتقاد

تركا متعلقا للخيار، أم فعلا كذلك مثل فسخ العقد و إزالته فإن الترك أيضا مما قد يصير ذا مصلحة لشخص ذى الخيار، فيكون راجحا فيه فيختاره على فعل الفسخ كما لا يخفى و لذا اتفق أكثر الفقهاء ردا على شرذمه منهم على ان الترك يصح ان يكون متعلقا للأحكام الشرعيه كالفعل لكونه مقدورا مثله.

اما الجواب عن الخدشه المذكوره، فبان نقول: أولا ان مثل هذه الخدشه جار في طرف المعطوف، اعنى إزالته أيضا، فلا يختص الخدشه بالمعطوف عليه كما هو المتوهم من حصرها فيه، و ذلك بان يقال: ان أريد من ازاله العقد فسخه و إعدامه فذكرها مستدرک لأن القدره على الإقرار و الإثبات عين القدره على الإزالة و الإعدام، إذ القدره لا يتعلق بأحد الطرفين، و الا يكون وجوبا لا قدره.

و اما ثانيا فان غرض المعرف من التعريف، ذكر طرفي القدره و التصريح بهما معا جريا على ما هو المتعارف فى التعاريف هذا.

و قد يقال فى المقام تفصيا عن وقوع الإشكال: انا نختار الشق الثانى من الشقين، اعنى إلزام العقد، و ان المراد منه اعمال الخيار، و هو قد يكون بإسقاط الخيار، و قد يكون بالتصرف فى المبيع مثلا، و قد يكون بالتفرق من المجلس، و قد يكون بالإلزام بالعقد.

و لا يخفى ما فيه أيضا من الإشكال، فإن ما هو محذور سابقا بالنسبه إلى إيراد الشيخ الأعظم رحمه الله فهو بعينه موجود هنا، و هو لزوم أخذ إسقاط الخيار و التصرف و التفرق فى تعريفه كما هو واضح بالنسبه إلى الثلاثه الأول منها، من ان المراد من اعمال الخيار، إسقاط

الخيار، أو التصرف في المبيع، أو التفرق و اما بالنسبة إلى الرابع منها، اعنى الالتزام بالعقد، فهو عين القول بالشق الأول و هو إرادته إبقاء العقد على حاله بترك الفسخ من إقراره، مع انه خلاف الفرض، إذ المفروض اراده الشق الثانى منها دونه كما مر.

مع انه يلزم على هذا الفرض ما لا يلزم على كون الإقرار بمعنى الالتزام، و هو ان هذا فرار من المطر الى الميزاب، لأنه أراد ان يتفصى من أخذ إسقاط الخيار فى تعريفه و الحال انه قد أخذ اعمال الخيار الذى هو يكون بتلك الأمور فى تعريفه.

فان قلت: ان المراد من اعمال الخيار كون مرجعه الى تلك الأمور، لا انها مأخوذه فى التعريف.

قلت: هذا بعينه جار هناك أيضا، بأن نقول: ان مراد القائل من تعريف الخيار بملك إقرار العقد، إلزام العقد لكن مرجع ذلك الى إسقاط الخيار لا أخذه فى تعريفه، مع ان الشيخ الأنصارى رحمه الله مع ذلك لم يرض به و أشكل عليه بقوله: «فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار».

و على أى تقدير من التقديرين، فالفسخ عباره عن حل العقده الحاصله بالعقد، و هدم الربط الموجود، و العلقه الموجوده بين الشئيين بسببه.

و هذا الحل و الهدم تاره يكون مستتبعا للرد فقط كما إذا صالح ماله بلا عوض و كان الخيار مع المشتري، و اخرى يكون مستتبعا للاسترداد كذلك، كما فى الفرض المذكور، و لكن بجعل الخيار هنا للبائع، فإنه إذا فسخ العقد فاللازم بمقتضى الفسخ رد المشتري المبيع فى الأول،

و استرداد البائع مبيعه الى ملك نفسه فى الثانى و هو واضح، و ثالثه يكون مستتبعا لكليهما، (١) كما فى المعاملات المفارقة بين الناس، و رابعه لا يكون مستتبعا لشيء منهما أصلا، كما إذا صالح الأب أمواله الكثيره الوافره مع ابنه بعشره دراهم، مع شرط الخيار لابنه حسب، فى مده طويله، ثمّ مات الأب قبل مضى تلك المده بتمامها مع وجود دين مستغرق على أمواله عليه، فملك تلك الدراهم بالإرث عن أبيه، فإن الابن فى تلك الصوره لو فسخ. (٢)

١- فى كل من البائع و المشتري.

٢- هنا بياض فى الأصل و الظاهر ان يقال: لم يكن هنا رد و لا استرداد بالنسبه إلى الولد و الوالد بل يأخذ الجميع من الأموال و الدراهم، أصحاب الديون فتأمل.

تطابق التعريفين مع روايات الخيار

ثمَّ ان الخيار بأى معنى كان من المعنيين السابقين، من ملك فسخ العقد أو ملك إقرار العقد و ازالته، هل ذلك هو الذى دل عليه الاخبار، أو هو غيره؟

الذى يظهر من الشيخ الأنصارى قدس سره فى أول الخيارات و آخرها معا، ان المعنى المذكور للخيار بكيفيته المخصوصه و عبارته الخاصه ليس مدلول الروايات و انما هو معروف فى كلمات المتأخرين.

و أما ما تدل عليه الروايات، هو رد المبيع و العين و استرداد الجارىه و ردها و أمثالها.

أقول: ان كل من قال بأن الخيار عبارته عن رد العين أو المبيع مثلا كما هو مقتضى معناه فى الاخبار بناء على قوله قدس سره، لا يقول ان لصاحب الخيار أن يرد المبيع و مع ذلك يبقى العقد على حاله من دون ان يفسخه أولا قبل رده اليه بل مراده من رد المبيع أو استرداد العين فسخ العقد أولا- ثمَّ بتبع ذلك الفسخ يرد المبيع اليه أو يسترد العين، بل معناه فى الحقيقه ذلك، لان مجرد الرد و الاسترداد من دون ملك فسخ العقد لا محصل له فى المقام، لأنه لا يريد بعد رده، ان يهب أو يعامل بعده معامله ثانيه جديده

بل يريد من أجل الرد ان يرجع ماله الى نفسه و مال الغير اليه، و هو معنى ملك فسخ العقد، بل المعنى المذكور غير معقول لا يصدر عن شاعر فضلا عن عالم كما لا يخفى.

و الحاصل ان الدوران فيما نحن فيه، من أن معنى الخيار ملك فسخ العقد مثلا أورد العين أو الجارية أو استردادها، ليس من قبل دوران الأمر بين المتباينين، بل من قبيل دوران الأمر بين المطلق و المقيد، لما عرفت من عدم معقوليه رد العين و إبقاء العقد على حاله.

فظهر مما ذكرناه انه لا- فرق فى المقام حين إرادته ذى الخيار الفسخ بين أن يكون المبيع باقيا أو تالفا، غايه الأمر أن ذا الخيار يرجع بعده الى المتلف و يأخذ المثل ان كان المبيع مثليا أو القيمة ان كان قيميا، كما عليه الاتفاق من الإماميه.

ثم ان الحق و التحقيق فى معنى الخيار ما هو المعروف فى لسان المتأخرين من التعريفين السابقين و ان ذلك المعنى هو الذى صرح به فى الاخبار، لكن بلفظ مساوق له لا بعين لفظه و عباراته.

منها «البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع (١)» فان قوله عليه السلام: «و إذا افترقا وجب البيع» يدل منطوقا و مفهوما على ان الخيار الحاصل قبل الافتراق و عدمه بعده، انما هو بالنسبة إلى العقد، لا انه بالنسبة إلى رد العين أو استردادها و ذلك ان الوجوب هنا ليس بمعنى الثبوت بل هو بمعنى لزوم العقد و استقراره و الا- فثبوته كان قبل التفريق عن المجلس، فلا- يتفاوت الحال بالنسبة اليه و الى عدمه

١- راجع الوسائل الباب- ١- من أبواب الخيار

فتخصيص الوجوب بالبيع حين تحقق التفرق بقوله: «و إذا افترقا وجب البيع» يدل على ان العقد حينئذ يلزم و يستقر و ان لم يكن قبله واجبا و لازما، و كان لدى الخيار ملك فسخه و حله، كما هو معنى ثبوت الخيار قبل التفرق.

و منها ما فى خيار الحيوان من قوله: وجب الشراء» (١) فإنه مثل قوله عليه السلام: «وجب البيع» فى المعنى، فيعلم منه أن اسناد الوجوب الذى أريد منه اللزوم لما مر الى الشراء، انما هو بعد أيام الخيار أعنى الأيام الثلاثة فى المقام فيكون الخيار الثابت فيهما بالنسبة إلى فسخ ذلك الشراء، فيتبعه رد الحيوان أو استرداده.

و منها ما فى خيار التأخير (٢) من إسناد المضى و عدمه فى أيام الخيار و بعدها الى البيع دون رد العين أو المبيع و دون استرداده. و منها روايه عمر بن حنظله «انه اشترى أرضا عشره أجره فأمسح فوجد خمسه أجره قال: مضمون ان رضى بالخمسه و استرجع نصف ماله، و ان لم يرض بها يرد البيع. (٣)

و أنت خبير بان كل واحد منها يدل على أن الخيار انما هو بالنسبه إلى فسخ العقد الذى عبر عنه تاره بالبيع، و أخرى بالشراء، و هذا التعبير و ان لم يكن عين المدعى من كون الخيار عباره عن ملك فسخ العقد و شبهه، الا أنه مساوق له فى المعنى كما عرفت.

١- الوسائل الباب- ٤- من أبواب الخيار الحديث ٩

٢- الوسائل الباب- ٩- من أبواب الخيار

٣- الوسائل الباب- ١٤- من أبواب الخيار الحديث ١

وقد يستدل فى المقام بصدر الروايه الأولى أيضا و هو «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و تقريره بأن يقال ان مده الخيار الثابته بمقتضى ذلك ممتده زمانا الى امتداد زمان المجلس، و هو ان كان المراد منه فسخ العقد لصلح ملاحظه هذا المعنى فيه، لأنه مما لو حصل لبقى ما لم يرد المزيل عن بقاءه.

بخلافه لو قلنا انه حق ثابت لذى الخيار بالنسبه إلى رد العين فإنها قد يفوت قبل انتفاء المجلس و تفرقه فلا يصلح ان يتعلق على ردها بعده.

و فيه مالا يخفى إذا المبيع أيضا قد يكون باقيا غالبا ببقاء زمان المجلس، و ممتدا زمان وجوده بامتداد زمانه الا أن يمنع المستدل الغلبه.

حقيقه الفسخ بعد البيع

لو تصرف فى المبيع مثلا بإحدى التصرفات الملكيه فتلف، بان أكله أو شربه أو غير ذلك قبل انقضاء زمان الخيار، ثم فسخ ذو الخيار مع فرض عدم انقضاء العقد، فإنه يرجع الى صاحبه بالمثل أو القيمه بالاتفاق من الأصحاب، مع انه قد تلف فى ملكه و ليس ضمانه ضمان اليد كى نتمسك بقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) و لا ضمان الإتلاف، لعدم إتلافه مال الغير.

و اما الجواب، فنقول ان الفسخ كما مر عباره عن حل الربط الحاصل بالعقد، و هذا الحل مسبوق بلحاظ وجود الربط بين الشئين حقيقه أو فرضا، و ذلك أيضا مسبوق بوجود نفس الشئين كذلك، كى يلحظ الربط بينهما، فلما كان البيع فى المقام غير موجود حقيقه لفرض كونه تالفا فلا بد من فرض وجوده ليتحقق الربط بينه و بين مقابله من عوضه و يقوم بوجودهما و يقع الفسخ على هذا الربط، فاذا فرضنا وجوديهما المرتبطين و وقع الفسخ على هذا الربط الموجود فيها على الفرض و انحله يرجع كل من العوضين الى ملك صاحبه، فالثمن يرجع الى المشتري، و المبيع إلى البائع، الا انه لما لم يكن موجودا يجب عليه ابداله بمثله

ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا على ما هو مقتضى الفسخ و الحل و بعبارة أو فى، أن الغرض من المبيع أن يتملك أحد المتبايعين ملك الأخر بعوض، كما هو واضح بل أوضح، فإذا فسخ العقد يكون المشتري فيما نحن متملكا بالمبيع من دون عوض، إذا الفرض أن الثمن بمجرد الفسخ خرج عن ملك البائع و دخل فى ملك المشتري فحينئذ يبقى ملك الغير عنده بلا عوض، و حينئذ فلا بدله تخلصا من هذا المحذور من رده الى صاحبه عينا أو مثلا أو قيمه على اختلاف المقامات.

الأصل في العقود اللزوم

و قد أريد منه معان متعددة:

منها الراجح، نسبة الشيخ قدس سره الى جامع المقاصد و لا يخفى أن مراده من الرجحان ليس هو الطرف المظنون كما توهمه الشيخ رحمه الله، ثمَّ أورد عليه ما أورده من الاشكال.

و منها القاعده المستفاده من العمومات مثل قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و أمثاله.

و منها الاستصحاب و مرجعه إلى أصاله عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ احد المتبايعين من دون رضا الآخر.

و منها وضع البيع و بناؤه لغه و عرفا على اللزوم، و لا يخفى ما فيه من أنه ليس معنى مستقلا في قبال المعانى الأخر، بل راجع الى ما هو مناسب له من المعانى المذكوره.

و منها التمسك بالمقتضى و المانع، حيث ان البيع عباره عن تملك غير محدود، و معنى كونه تملكاً غير محدود، استمراره ما لم يثبت مانع يقينى، و بعباره اخرى: أن نفس العقد مقتضى للبقاء، و الفسخ مانع عن بقاءه، فإذا علمنا بتحقق الفسخ نرفع اليد عن مقتضاه و الا فلو

شككنا فيما هو مانع أو مزيل له كما في المقام فلا، لوجود المقتضى و هو العقد، و عدم العلم بالمانع.

على انه مانع كما في قولنا: أن الفقر مقتضى لجواز أكل الزكاه و السيادة مانعه عنه فاذا شككنا في كون زيد سيدا مع إحراز الفقر فيه بالوجدان، تجرى فيه هذه القاعده لما مر من وجود المقتضى و هو الفقر و عدم المانع و هو سيادته، و لا مجال هنا لإجراء الاستصحاب لعدم اليقين بعدمها سابقا كي يستصحب عند الشك فيها.

هذا مما انفردت به هذه القاعده كما عرفت و هنا أمثال آخر و نظائر لا حاجه الى إيرادها، و من أرادها فليرجع الى كتاب (١) من يرى الاستصحاب نفس هذه القاعده ليس غير، و الحال أنها من جمله مصاديقه و موارد.

١- و هو العلامة الشيخ محمد هادي الطهراني في كتاب «محججه العلماء» ج ٢ ط ١٣١٨

أدله أصاله اللزوم فى البيع أو مطلق العقود

إشاره

ثم ان القوم رضوان الله عليهم تمسكوا لإثبات أصاله اللزوم فى البيع أو مطلق العقود بآيات:

الايه الاولى:

قوله عز ذكره «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) بناء على أن المراد منها العقود المتعارفه الفقهيه أو مطلق الأحكام الإلهيه عقدا كان أو غيره من الصلاه و الزكاه و الحج و نظائرها من سائر العهود الثابته فى الشرع كما هو الظاهر و المناسب لقوله تعالى بعد ذلك:

«أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَهُ الْأَنْعَامَ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ.» (٢) و الا- فلو كان المراد منه هو الأول لما كان مناسبا لهذا القول بل يكون أجنبيا عن المقام بخلافه على الثانى فإن العقود التى هى العهود الإلهيه لما كانت مجمله و مبهمه، عقبها سبحانه و تعالى ببعض أفرادها و مصاديقها على ما مر و ان العقد هو العهد الموثق لان كل عقد عهد، و ليس كل عهد عقدا كما هو المستفاد من موارد استعمالاته فى الكتاب (٣) و غيره.

١- المائده: ١

٢- المائده: ١

٣- راجع المعجم المفهرس.

و ما صدر من صاحب المجمع فى بيان ماده العقد من أن كل عهد عقد، و لا يكون كل عقد عهدا سهو منه رحمه الله كما لا يخفى على المنصف.

قال الشيخ قدس سره فى بيان دلالة قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» للمدعا «أنه دل بوجوب الوفاء بكل العقد، و المراد منه العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه، فاذا دل العقد على تمليك العاقد ماله من غيره مثلا وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكيه ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك، نقض لمقتضى ذلك العقد، فهو حرام بإطلاق الآيه، فاذا حرم بإطلاقها جميع ما يكون نقضا لمضمونه من التصرفات التى من جملتها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه، كان هذا لازما مساويا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي و هو فساد الفسخ و عدم صحته منه من غير رضا الآخر، و هو معنى اللزوم.» (١)

الا ان هنا اشكالا معروفا بحيث ان كل من تعرض بالاستدلال على أصالة اللزوم بهذه الآيه، ذكره إلا أقل قليل منهم و هو:

ان الاستدلال بإطلاق الحكم فى المقام متوقف على تحقق وجود الموضوع، لأن إثبات الحكم اعنى المحمول بالحمل الشائع الصناعى على الموضوع فرع ثبوته أو لا- حتى يحمل المحمول عليها، فلو فرضنا تحقق وجوده بنفس إطلاق الحكم كما فيما نحن- إذا المفروض أن العقد بسبب

وقوع الفسخ عليه من دون رضا صاحبه يكون وجوده فعلا مشكوكا- يلزم الدور، فحيث لا يصلح التمسك بإطلاقها في المورد المشكوك العقديه كما هو واضح.

نعم يمكن إثبات وجود الموضوع أولا بالاستصحاب ثمّ الحكم عليه بعده بلزوم الوفاء ببركه الآيه الشريفه الا أنه خروج عن محل النزاع إذا الكلام في أنه هل يمكن الاستدلال بإطلاقها على أصاله لزوم البيع في الموارد المشكوكه أولا.

وقد أجيب عنه بأننا لا نسلم أن الموضوع هنا ليس بموجود أو مشكوك وجوده، بل هو موجود فعلا و باق حقيقه لأنا في الموارد التي نعلم فيها بورود الفسخ حقيقه و انه فسخ كذلك في نظر الشارع لا نقول فيها انه يزيل العقد و انه يرفعه، فضلا عن الموارد التي كانت نشك في صحه الفسخ كما فيما نحن فيه لان العقد عباره عن ألفاظ مخصوصه من الإيجاب و القبول، و المفروض أنه وجد من قبل، غايه الأمر أن الفسخ الذي علم تأثيره قد جعله الشارع مانعا عن ترتيب الاثار المترتبه على العقد قبله، بعد حصوله و وجوده و أن هذه الاثار غير مترتبه عليه بعد ذلك مع بقاء وجود العقد على ما هو عليه من دون تصرف فيه فكذا الكلام فيما شك في تأثيره من الموارد. فحيث لما علم أن العقد موجود حقيقه و وقع الشك في أن ما صدر من أحد المتبايعين من الفسخ من دون رضا الآخر، هل هو فسخ كى يكون التصرفات البعديه صحيحه جائزه أو ليس بفسخ كى لا يكون كذلك، بل تكون فاسده محرمة فيحكم عليه باللزوم عملا بإطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ليس العقد من قبيل العلل العقليه كى

لا يمكن انفكاكه عن آثاره.

و فيه انه قد مر أن الفسخ عبارة عن حل العقد و الربط الموجود بين المالين بحيث يكون العقد بسببه معدوما، فكأنه لم يكن مذكورا فالإشكال المذكور من أن الشك في تحقيق الفسخ يوجب الشك في وجود العقد، فإثباته بإطلاق الحكم مستلزم للدور يبقى على حاله.

و لا يخفى أنه إشكال قوى وارد في المقام و لا دافع له أصلا و ان تصدى بعض بدفعه الا انه بلا دافع.

نعم ان لنا هاهنا تقريرا آخر من دون أن يرد عليه الاشكال المذكور من عدم صحه التمسك على وجود الموضوع بإطلاق الحكم، و من دون الحاجه الى الاستعانه بالتصرفات الواقعه عليه مطلقا في إثبات المدعى كما عليه الشيخ رحمه الله و هو أن نقول:

ان الآيه انما تدل على أن الوفاء بالعقد واجب و أن ترك الوفاء عليه حرام، و معنى وجوب الوفاء عليه و حرمة تركه عدم صحه فسخه و عدم صحه رجوعه فيه، فلو فسخ العقد أو رجع فيه يكون الفسخ حينئذ فاسدا و الرجوع فيه لغوا بمقتضى الآيه الشريفه لما هو مقرر في محله من أن الأوامر و النواهي الوارده في باب المعاملات كلها للإرشاد إلى الأحكام الوضعيه من فساد الفسخ و غيره دون المولويه.

و حاصل هذا التقرير أن قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أى لا ترجعوا فيها و لا تبطلوا بفسخ و غيره بل احفظوها على ما هي عليها و أبقوها كذلك، فيكون «أَوْفُوا» على هذا متوجها أولا و بالذات الى عدم صحه الفسخ

و فساده و عدم صحه الرجوع فيه من دون توسط شى ء.

لكن يرد عليه أن الانصاف أن الظاهر من الأوامر و كذا النواهي في هذا الباب كونها أيضا للمولوى دون الإرشادى.

ثم لا يخفى أن معنى الوفاء بالعقد ليس عبارته عن ترتيب آثار ملكيه الغير له و لا أن ترك الوفاء به عبارته عن التصرفات المنافيه لملكيه له و ذلك لما هو بديهى من انه لو باع و سلم المبيع اليه ثم أخذه منه قهرا من دون أن يريد فسخه أو سرقه منه لا يكون ذلك منافيا للوفاء بمقتضى العقد، إذ الفرض أنه سلمه اليه و وافق به، غايه ما فى الباب أنه يصير ظالما فى حقه لغصب ما له أو لسرقته كما هو ظاهر.

و من هنا ظهر ما فى عبارته الشيخ رحمه الله من الفساد، و ذلك حيث انه قال فى عبارته السابقه: ان العقد لما كان دالا على تمليك العاقد ماله من غيره و جب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكيه ذلك الغير له ثم فرع ذلك بقوله: «فأخذه من يده من غير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى العهد».

و وجه الفساد واضح مما ذكرنا.

و لنا تقرير آخر أيضا و هو أسلم من السابق من حيث عدم ورود الاشكال عليه أصلا و هو ان نقول:

انا سلمنا أن الأوامر و النواهي ظاهره فى المولوى دون الإرشادى فالآيه تدل حينئذ على وجوب تحفظ العقد و حرمة الاعراض عنه بفسخ و الرجوع فيه، لكن هنا مقدمه مسلمه، فمع ضميرتها به يتم المطلوب، هى أن كل عقد جائز يجوز فيه الرجوع بلا اشكال، و كل عقد لا يجوز فيه

الرجوع فهو لازم، فيكون مفاد الآيه مع تلك المقدمه أن العقد الذى يجب حفظه و يحرم الرجوع فيه، و كذا الاعراض عنه، لأجل كونه لازماً، لما هو مقتضى المقدمه و الا فغير لازم فان العقد الجائز ليس كذلك و لا يجب حفظه و لا يحرم الرجوع عنه.

و ان شئت قلت: ان كل فسخ مؤثر فى العقد فهو جائز شرعا و ينعكس بعكس النقيض: ان كل فسخ غير جائز شرعا فهو غير مؤثر، و المفروض ان الآيه تدل على عدم جواز الفسخ و حرمة ذلك هو المدعى من أصاله اللزوم فى العقود.

و مع ذلك كله يمكن ان يقال: أن المراد من العقود فى الآيه و ان كان خصوص العقود المتداوله بين الناس فهو بعيد جدا ان كان أعم منها و من العهود بينه تعالى و بين العباد، لازمه كانت أو جائزه، تكون دلالة الآيه على اللزوم حينئذ موهونه لدخول المستحبات فيها على الفرض مع أنها ليست بلازم الوفاء فافهم و اغتنم.

الآيه الثانيه

و من جمله العمومات التى يتمسك بها لأصالة اللزوم، قوله تعالى «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (١) حيث انه يدل على حليه التصرفات مطلقا حتى التصرفات الواقعه على العقد بعد فسخه، نظير التقرير السابق فى الآيه الاولى.

و يرد عليه انه لا وجه لإرادته التصرف من لفظ البيع لعدم دلالته عليه كما لا يخفى.

هذا بناء على ان المراد من الحليه هو الحكم التكليفي، و اما بناء على ان المراد منها هو الحكم الوضعي كما هو الظاهر بقريته المقام فيكون «أحل» مشتقا من الحلول، يعنى انه تبارك و تعالى أحل البيع فى محله، و أوقعه فى موقعه، و أمضاه على حاله، و أبقاه فى قبال البيع الربوى أى لم يبقه على حاله، و لم يمضه، بل منعه ورد من ترتيب الآثار عليه فظهر انه لا دلالة له على المدعى من أصاله اللزوم فى البيع بوجه كما عرفت.

الآيه الثالثه

و من جمله الأدله على أصاله اللزوم، قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١) و حاصل الاستدلال به، انه يدل بإطلاقه على حليه أكل المال إذا كان سبب حصول ذلك المال تجاره عن تراض. و معلوم ان المراد منه ليس فعلا- خاصا و أكلا مخصوصا، بل المراد منه مطلق التصرفات حتى التصرفات البعديه بعد الفسخ من دون رضا الآخر.

و فيه انه و ان كان متعرضا لحال التصرف لما مر من أن المراد من جواز الأكل بالتجاره، هو جواز التصرف، و هذا أحسن من هذه الجهه للاستدلال به للمقام من غيره، الا انه لا إطلاق له فيه بل هو بصدد مجرد كون الأكل بالتجاره حلالا فى قبال الأكل بالباطل، من غير نظر فيه الى بيان مده الحليه و انها دائمه. أو مختصه ببعض الأحوال.

الآية الرابعة

و من جمله الأدله صدر هذه الآية. و هو قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (١) و تقرير دلالته للمقام بوجوه.

منها: انه يدل على حرمة الأكل بالباطل فى أموال الناس فيما يسمى باطلا عند العرف و اما الموارد التى يراها العرف من قبيل الأكل بالباطل، و مع ذلك رخص الشارع فيها بالأكل كما فى حق الماره، و حق الشفعه مثلا فهى تكون مما خطأ الشارع فيه العرف فى فهم البطلان و ان ترخيصه يكشف عن عدم بطلانه واقعا و انما هى مما تخيله العرف كذلك.

فحينئذ إذا لم يعلم فى مورد أن الشارع رخص فيه أولا- كما فى المورد المشكوك، يكون الأكل و التصرف فيه ممن لم يعلم ثبوت حقه فيه، أكلا- للمال بالباطل، فلازم ذلك كون الفسخ الصادر من أحدهما من غير رضا الآخر باطلا، و هو يكشف عن لزوم العقد.

و لا يخفى ما فيه من الإشكال، إذا الآية حينئذ تصير مجمله لان ما من مورد من الموارد المشكوكه التى ابتلى به المكلف الا و يشك فى أنه هل كان من جمله ما هو باطل فى الواقع و فى نفس الأمر، أو كان من جمله ما تخيله العرف باطلا، فلا يصح حينئذ التمسك بها فى بطلان الفسخ الكاشف عن لزوم العقد، و قد أشرنا عليه بمثل هذا الكلام فى بعض مسائل الصلاه، فى تحقيق معنى التجاوز بالغير، و أن المراد من الغير ما ذا؟ فراجع.

و منها: أنه يدل على حرمه الأكل و ان موضوعها فيها هو الباطل العرفى على نحو ما سبق، لكن الموارد المأذون بها فى الشرع مع صدق البطلان عليها عرفا كانت من باب التخصيص لا من باب التخطئه فى المصداق.

و فيه أيضا أن الشارع مع تصديقه العرف فى البطلان كيف يرخص فى الباطل؟.

و منها: أن الظاهر منها أن كل أكل واقع فى الأموال فهو أكل مال بالباطل شرعا الا ما كان بتجاره، فتدل الآيه على ان الأكل بسبب الفسخ من دون رضا الآخر باطل، فيتم المطلوب حينئذ.

لا يقال: ان حرمه الأكل أو كونه باطلا فرع كونه مال الغير و هو مشكوك بعد الفسخ و بعد وروده.

لأننا نقول: أن هذا انما يرد لو جعلنا الأكل عباره عن التصرفات الواقعه بعد الفسخ، و اما لو جعلنا كفايه عن كون مطلق التصرف حتى الفسخ حراما و باطلا غير مؤثر و هو الحق كما مر فلا يلزم الإشكال، لأن الفسخ تصرف فى مال الغير حيث انه ازاله لملكيته و قطع لربطه و علقته.

لكن فيه ان يقال: ان الحرمه لا- ينتزع عنها الفساد و لا- يمكن أن يجعل النهى عن الأكل إرشادا إليه، لأنه بالنسبه إلى سائر التصرفات غير الفسخ حرام تكليفى فلا يمكن حمله على بيان الحكم الوضعى بالنسبه إلى خصوص الفسخ، لاستلزامه استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد.

الدليل الخامس على أصالة اللزوم

و من جمله الأدله التي استدلوها بها عليها قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و دلالاته على المدعى متوقفه على ثبوت المقدمتين:

الاولى: دلالاته على وجوب الوفاء بالشرط.

الثانيه كون المراد من الشرط مطلق الشروط حتى يعم الشروط الابتدائيه كى يكون العقد البيعى من جمله مصاديقها، فيجب الوفاء به بناء على مقتضاه.

اما ثبوت المقدمه الأولى فواضح، لكونه ظاهرا فى انه يجب الوقوف عند الشروط و يجب القيام بها و أن لا ينقضها بناقض، و لا يتخلف عنها بخلف، بل قد قيل ان دلالة الجملة الخبريه على الطلب أقوى و أكد من دلالة نفس الإنشاء عليه و وجهه واضح.

هذا مضافا الى كون ذيله قرينه على دلالاته لما ذكر من وجوب الوفاء و هو قوله: «الا من عصى الله» (٢) و «الا شرطا حرم حلاله أو أحل حراما» (٣) و أشباههما من العبائر المختلفه المأثوره عن المعصوم عليه السلام فى كتب الأحاديث.

فالعقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده و لا يجوز التعدى عنه إذا شككنا فيما صدر من أحد المتبايعين دون الآخر فى أنه من

١- الوسائل، الباب- ٢٠- من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- راجع الوسائل، الباب- ٦- من أبواب الخيار و ذيله.

٣- الوسائل، الباب- ٦- من أبواب الخيار، الحديث ٥.

من مصاديق الفسخ أولاً، فيدل حينئذ على اللزوم بهذا التقريب.

و اما ثبوت المقدمه الثانيه فغير مسلم لوجه:

أما أولاً- فإننا لا نسلم ان معنى الشرط هو الإلزام و الالتزام، إذ لا نفهم من الشرط بل لا يستفاد منه في قولنا: أجيئك بشرط ان أفعل كذا، أو ان تفعل كذا، انى ملتزم بك عند مجيئى أو أنت ملتزم لى عند مجيئى، و انا ألزمك عنده ان تفعل الفعل الكذائى، أو ان أفعل الفعل الكذائى.

بل فائده الشرط انه يجعل مشروطه بوجوده عرضه للزوال بمعنى انه يجوز العمل عليه لو شاء و أراد كما لا يخفى.

نعم قد ينطبق ذلك على مورد الإلزام و الالتزام، و لا يلزم منه انه بهذا المعنى و هو واضح.

و اما ثانيا، سلمنا ان معنى الشرط هو الإلزام و الالتزام، الا ان العقد البيعى ليس من هذا القبيل إذ هو شىء و الشرط شىء آخر. نعم هو معنى وجوب الوفاء بالعقد، لا انه معنى نفس العقد.

و مما ذكرنا يظهر دفع كلتا الدعويين للشيخ الأنصارى قدس سره من دعواه منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائيه، و ان المتبادر العرفى من معناه هو الإلزام التابع بالعقد كما فى أول باب الخيارات (١) و من دعواه عدم الإشكال فى صحه استعمال الشرط فى الالتزام الابتدائى و وقوعه فى الاخبار كثيرا كما فى باب الشروط (٢) و اما دفعهما فواضح مما ذكرنا.

١- المتاجر، قسم الخيارات ص ٢

٢- المتاجر ص ٢٧٥ طبع تبريز ١٣٧٥

و اما ثالثا، سلمناه ان معناه هو الإلزام و الالتزام، و ان العقد البيعى أيضا من هذا القبيل، لكن لا بد فى المقام من إثبات إطلاق حتى يشمل المورد الذى نعلم طرو عارض عليه و يشك فى انه من مصاديق الفسخ أولا على الفرض.

لكن لنا منع هذا الإطلاق، بل هو ممنوع من أصله.

و اما رابعا سلمنا جميع ذلك لكن يرد عليه الاشكال العام السابق من ان الحكم بمقتضى إطلاقه على موضوع، متوقف على وجود الموضوع و تحققه حقيقه، و المفروض ان وجود الموضوع فعلا- بسبب طر و هذا الطارى، فلا- يصح الحكم عليه بأنه موجود بإطلاق الحكم كما مر سابقا.

نعم يمكن الاستدلال عليه بكل واحد من التقريرين الأخيرين فى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فتذكر

الدليل السادس على أصالة اللزوم

و من جملة الأدله المتمسك بها فى المقام قوله عليه السلام:

«البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع» (١) فإنه يدل على ان الافتراق إذا حصل انتفى لهما الخيار، و لا معنى لانتفائه إلا كون البيع لازما و هو معلوم.

لكن فيه اشكال واضح، و هو انه: نعم، الافتراق يدل على لزوم البيع و عدم ثبوت الخيار لهما بعد الافتراق، لكن بمعنى ان الخيار الذى كان للمتبايعين قبل افتراق المجلس، و انه كان موجبا لجواز العقد ليس لهما بعد ذلك و ان العقد يصير لازما من هذه الجهة.

و اما كونه لازما من سائر الجهات أيضا حتى من جهة طرو ما يصلح ان يكون فسخا له فلا دلالة عليه كما لا يخفى.

و من الأدله على اللزوم الاستصحاب

و من الأدله على اللزوم الاستصحاب (١)

و من جمله الأدله الاستصحاب، و هو أقوى الأدله فى المقام لو كان سالما عن الإشكالات الآتية.

فنفول فى تقريره:

أنا نعلم يقينا بوقوع العقد و أنه سبب لحصول ملكيه أحد المتابعين لمال الآخر و بالعكس قطعاً أو لانقطاع علاقه المالك عن العين المنتقله به، فصارت ملكا لصاحبه و انقطاع علاقه مال صاحبه المنتقل عنه به، فصار ملكا له كذلك، فاذا شككنا بعد ذلك فى أن العقد المذكور هل يكون منفسخا بقول أحدهما «فسخت العقد» من دون رضا الآخر أو لا؟

يستصحب الملكيه الثابته بالعقد فعلا، لان الشك فى وجود الرفع، و الأصل عدمه الى أن يعلم الفسخ حقيقه.

لكن فيه اشكال من وجوه:

أما أولا فبأنه شك فى المقتضى فانا نشك فى ان اقتضاء العقد و

١- هذا سابع الأدله التى استدلت بها على أصاله اللزوم و ثامنها الذى لم يتعرض له المؤلف: الناس مسلطون على أموالهم راجع متاجر الشيخ الأنصارى قسم الخيارات، ص ٢

استعداده هل هو باق الى زمان الشك و بعده أو انقضى ذلك قبل هذا الزمان بقوله: «انا فسخت العقد» فان كان العقد المفروض ثبوته عقدا جائزا و انعقد كذلك فى نفس الأمر فقد تمّ استعداده بصدور قوله: «انا فسخت العقد» و انقضى، فيكون هذا مؤثرا فيه، و ان كان عقدا لازما فى الواقع فاستعداده حينئذ يكون باقيا فلا يكون ذلك القول فيه مؤثرا فيكون حاله من حيث الاستعداد و الاقتضاء مجهوله فلا يجرى فيه الاستصحاب.

و بعبارة أوضح أن الملكيه على نحوين، ملكيه مستقلة، و ملكيه مترزله، أو ملكيه لازمه و ملكيه غير لازمه، فاذا كان الأمر كذلك و لم يعلم حال ما هو أثر العقد من مقتضاه يكون استعداده مشكوكا فلا يجرى فيه الاستصحاب.

و أما ثانيا فيقال: أن ما نحن فيه من قبيل القسم الثانى من الاستصحاب الكلى لكون الشك فى بقاء المتقين السابق من جهة الشك فى تعيين ذلك الفرد و تردده بين ما هو باق فعلا و بين ما هو مرتفع كذلك، إذ العقد الذى شك فى بقائه ان كان لازما فهو باق قطعاً و ان كان جائزا فهو مرتفع به جزما كما فى مسأله القطع بوجود حيوان فى الدار فى زمان ثمّ شك فى بقائه فيها بعد ذلك الزمان و عدمه، فالشك فيه من جهة الشك فى تعيينه فى فرد أو تردده بين ما هو باق قطعاً ان كان فيلا مثلا و بين ما هو مرتفع كذلك ان كان بعوضه، فلا- يجرى فيه الاستصحاب لدوران الأمر فيه بين ما هو مقطوع الانتفاء لو كان العقد الموجود المفروض سابقا جائزا و بين ما هو مشكوك الحدوث و هو لزومه فيكون محكوما بالانتفاء بحكم الأصل.

و اما ثالثا فان الاستصحاب المذكور- من استصحاب بقاء الملكيه الثابته للمالك الثانى بعد فرض صدور ما يحتمل كونه موجبا للفسخ من القول المذكور الذى مقتضاه اللزوم- معارض بما هو حاكم عليه من استصحاب عدم انقطاع علاقه المالك الأول عن العين المنتقله عنه الى غيره، فحينئذ يقدم ذلك عليه فلا يتم التمسك به أيضا فى المقام.

و أما الجواب عن الوجوه المذكوره:

فعن الأول:

فبأن يقال: أولا بالحل:

و هو انا لا نسلم عدم حجيه الاستصحاب فى الشك فى المقتضى إذ كما أنه حجه فى الشك فى الرفع و فى الشك فى رافعيه الشىء الموجود كذلك انه حجه فى الشك فى المقتضى أيضا لشمول إطلاق الاخبار من قوله عليه السلام «لا تنقض اليقين بالشك» أو «لا ينقض الشك اليقين» (١) و أمثالهما.

نعم لو بنينا على مبنى الشيخ الأنصارى قدس سره من عدم كونه حجه فيه يرد الإشكال فى المقام، لكن المختار عدم صحه ذلك القول إذ اليقين المأخوذ فى اخبار الباب انما هو باق على حاله و على صفه اليقين، و هو الحق من دون التصرف فيه و جعله بمعنى المتيقن كما هو مختاره.

و ثانيا بالنقض:

و هو انا سلمنا أنه كذلك، لكنه من قبيل الموارد التى أجمع

١- راجع رساله الاستصحاب ص ٨٢ للأستاذ الأكبر دام ظله.

القوم بجريان الاستصحاب فيهما كما في استصحاب بقاء الضوء للسراج إذا شك في استعداد الدهن له و استصحاب بقاء الحياه إذا كان الشك من جهه القابليه و الاستعداد لبقاء ذى الحياه و هكذا غيرهما من نظائرها مما كان الشك فيه من الجهه المذكوره لا من جهه الشك في حدوث الرفع كالموت لأجل السقوط من شاهق مثلا مع أن الاستصحاب حجه فيها بلا اشكال، فما هو الجواب هناك هو الجواب هنا.

و ثالثا:

انا لا- نسلم ان الملكيه على نوعين بل الملكيه لها نوع واحد و حقيقه واحده و لا- اختلاف فيها، و انما الاختلاف و التغير في أسبابها، فإنها قد تفيد ملكيه مستقله لازمه و قد تفيد ملكيه غير مستقله غير لازمه، و معلوم ان تغير السبب و اختلافه لا يوجب تغير المسبب و اختلافه فحينئذ يستصحب ذلك المسبب أعنى الملكيه الحاصله بالعقد.

و رابعا:

سلمنا انه من قبيل الشك في المقتضى، و ان جميع ما ذكرنا من الأجوبه غير وارده، الا ان المقام ليس من القبيل المذكور حقيقه و واقعا، لان المعنى في الشك في المقتضى كون الشك في نفس اقتضاء المقتضى و استعداده فقط، لا في شىء آخر غير الاستعداد و القابليه، بخلاف المقام فان الشك هنا انما في رافعيه الفسخ المفروض حصوله من البائع قطعاً لا في نفس اقتضاء الملكيه و استعدادها من حيث البقاء و عدمه كما هو المدعى، إذ لو صرفنا النظر عنه ليبقى الملكيه الحاصله المفروضه للمالك الثانى على حالها بلا اشكال من دون شك في رفعه أو ارتفاعه.

و عن الثانى:

انا لا نسلم ان الاستصحاب فى الكلى الذى مر ذكره ليس بحجه بل هو حجه فيه بلا ارياب لكونه مشمولاً لإطلاق الاخبار كما قرر فى محله هذا أولاً.

و ثانياً:

سلمنا عدم حجيتة فيه لكن الاستصحاب هنا و كذا فيما كان من هذا القبيل كما فى جميع مصاديق القسم الثانى من الاستصحاب الكلى مثل العلم بحدوث حدث مردد بين كونه بولاً و منياً، ليس من قبيل الاستصحاب الكلى كما هو المدعى فى المقام، بل هو فيهما من باب استصحاب الفرد قطعاً، إذ المفروض أن المستصحب هو الذى يرى جئته فى المدار و يرى أنه من بعض افراد الحيوان و يسمع صوته أو بعض علاماته الداله حساً على انه جزئى شخصى و حقيقى، كما هو مقتضى الشىء و تشخصه خارجاً. غاية الأمر انه لا يعرفه بشخصه و بتعيينه بحيث يمتاز عن غيره من مشاركاته فى جنسه و معلوم ان عدم حصول العلم و المعرفة به بخصوصه لا يوجب كونه كلياً.

نعم عدم العلم به كذلك يوجب ترديدا للمستصحب (بالكسر) فيه فى بقاءه و عدمه فيكون هذا منشأ لشكه، فيكون أركان الاستصحاب من هذه الجهة تامه.

و من هنا ظهر ان القول - بأنه لا - بد فى الاستصحاب من يقين سابق و شك لا - حق، و المقام ليس كذلك، إذا المستصحب (بالفتح) مردد بين ما هو منتف قطعاً، إذا فرض الحاصل من الحدث بولاً مثلاً و عقب

بالوضوء بعده، و بين ما هو مشكوك حدوثه، فعلا، إذا فرض منيا مع التعقيب المذكور، فلا يكون أركانه حينئذ تامه، فلا مجال لجريانه- لا وجه له أصلا، لما مر من أن كونه كذلك كان منشأ للشك و مصححا للاستصحاب و لترتيب آثاره.

نعم الذى يجب ترتيبه عليه من الاثار انما هى الاثار المشتركة بين البول و المنى أعنى آثار الحدث المفروض وجوده فى الخارج المشخص بتشخصاته الخارجيه و جزئيته، مثل حرمة مس كتابه القرآن على هذا الشخص و نظيره، لا ترتيب آثار خصوص كل واحد منهما من حيث شخصيته و خصوصيته، لعدم كونه مستصحا كذلك. فافهم و اغتتم.

قال الشيخ قدس سره فى مبحث المعاطاه:

و يدل عليه اى مدعاه من أصاله اللزوم فى المقام و بقاء ملكيه المالك الثانى.

مع انه يكفى فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب الملك.

و مع ان المحسوس بالوجدان ان إنشاء الملك فى الهبه اللازمه و غيرها على نهج واحد.

ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع،

فان كان الأول، كان اللازم التفصيل بين أقسام التمليك المختلفه بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه أو عدم قصده، و هو بديهي البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه.

و ان كان الثانى لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصد المنشئ و هو باطل في العقود، لما تقدم من ان العقود المصححه عند الشارع تتبع المقصود انتهى (١) و لا يخفى ما في تلك الوجوه من الإشكال:

اما في الأول:

من قوله: مع انه يكفى في الاستصحاب الشك.

ففيه انه ممنوع جدا إذ مقتضاه أنا لو شكنا في ان هذا المورد هل هو مجرى الاستصحاب أو ليس بمجراه، لجاز أن يجرى فيه الاستصحاب، مع أنه لا بد في جريانه من اعتبار مجراه، و انه هل هو مقرون بما اعتبر في جريانه من الشرائط و الأركان، كى يجرى فيه الاستصحاب أو لا؟

ففيما نحن فيه انا إذا شكنا في أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك، لا يكون المقام مجرى له أو من خصوصيات السبب المملك يكون مجرى له، لا وجه للحكم بأنه مجراه لما مر من أنه لا بد في جريانه من إحراز أركانه و شرائطه و هو واضح.

و اما في الثانى من قوله: مع أن المحسوس بالوجدان.

ففيه أن كون الملك في الهبة اللازمه و غير اللازمه على نهج واحد مسلم بالحس و الوجدان، لكنه لا- ينافي كونه مختلفا بخصوصيه المحل و بلحاظ المورد كما في الهبة لذى الرحم و لغيرهم، فان معناها هو إنشاء الملك في كلا الموردين على نسق واحد و نهج فارد بلا اشكال، فيه، لكن لما كنا جاهلين بمواردها حقيقه كشف الشارع عن حقيقتها بأنه إن وقعت على ذى الرحم تكون لازمه، و ان وقعت لغيرهم تكون غير لازمه.

و وجه الفرق خصوصيه المحل في كليهما و نظير ذلك كما فيمن أحدث الحراره في محلين مختلفين بأن أحدث حرارتين متساويتين من جميع الجهات في محلين، لكن أحدهما أشد من الأخر كما في الحديد و الخزف فإنها و ان كانت على نحو واحد، الا أن اختلاف المحل يجعلها مختلفين حيث ان بقائها في الأول يكون أزيد زمانا من الأخر:

فظهر أنه يمكن اختلاف المعنى الواحد على ما نحسه بالوجدان باختلاف بعض الخصوصيات كما عرفت، فيكون المقام من قبيل الاستصحاب الكلى، و يخرج عما هو الفرض من كون الاستصحاب استصحاب الفرد كما هو مقتضى تسليم الشيخ قدس سره عدم جريانه فيه، و تنزله عنه الى دعوى جريان الاستصحاب في الفرد.

و اما في الثالث من قوله أن اللزوم و الجواز لو كانا.

ففيه انا نختار الشق الثاني، و قوله لزم إمضاء الشارع العقد على

غير ما قصده المنشئ مدفوع بأن المسلم من كون العقود تابعه للقصد هو مطابقه أصل المعنى للقصد و تبعيته له، و المفروض أن المنشئ قد قصد الملكيه عند إنشائه العقد، و اما مطابقه خصوصيه زائده عليه خارجه عن مقتضاه استفاده عن اعتبار الشارع لخصوصيه المحل أعنى اللزوم و عدمه، فليس بمسلم.

و اما فى الرابع (١) ففيه ان كون الشئ ء بالحس و الوجدان واحدا لا- يستلزم ان يكون واحدا شخصيا خارجيا كى يكون المستصحب مفردا لا- كليا بل يمكن ان يكون مع ذلك كليا مرددا بين فردين أو أفراد كثيره متحده الحقائق فحينئذ يكون المستصحب فى المقام كليا فلازمه استصحاب الكلى لا الفرد.

مضافا الى ما ذكرنا ان لنا جوابا آخر:

و هو ان لنا دليلا على ان المسبب أيضا مختلف و ليس الاختلاف منحصرًا فى الأسباب ليس غير.

و بيان ذلك أن المؤثر فى المقام هل هى الأسباب باختلافها أو هى بجامعها؟

اما الثانى فخلافاً للفرض إذا المفروض ان المؤثر هى الأسباب و أما الأول، فلازمه تعدد الأثر المسبب بتعدد الأسباب و المؤثرات بلا اشكال، كما هو مقتضى اختلافها.

١- لا يخفى ان هذا أيضا هو الوجه الثانى من الوجوه الثلاثة المذكوره فى كلام الشيخ لا الرابع.

و عن الثالث:

و هو كون الاستصحاب بين متعارضين، و أن أحدهما حاكم على الآخر.

ففيه إشكالان:

الأول: أن كون جريان استصحاب بقاء الملكيه للمالك الجديد معارضا باستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك الأول عن ملكه، متوقف على عدم انقطاع العلاقه له عن ملكه كلياً و الحال أن المعلوم من الاخبار الداله على ثبوت الخيار لذيه فى بابه انقطاع علاقه عن ملكه كذلك، و أن الخيار الثابت له حق آخر مجعول عن قبل الشارع ليندفع به الضرر الوارد عليه من جهة العيب الموجود فى المبيع أو من جهة الغبن أو غير ذلك من أسباب الخيار، و قد مر سابقاً أن معنى الخيار هو فسخ ذى الخيار العقد و رجوعه فيه لا الرجوع بالمال و العين.

فظهر أن مقتضاه استرداد ما زال عن ملكه حقيقه و واقعا من المال بإعمال الحق المجعول من الخيار عند تحقق أسبابه فتأمل.

الثانى:

ان كون أحد الاستصحابين حاكماً على الآخر لا- معنى له الا- كونه سبباً و الآخر مسبباً كما هو المطلوب من الحكومه فى اصطلاحاتهم و المقام ليس من هذا القبيل.

فان بقاء الملكيه فيه للمالك الثانى ليس مسبباً عن بقائها للمالك الأول، كى يكون حاكماً عليه و لا يكون مجال لجريانه فيه، بل كل واحد منهما مسبب عن سبب غير سبب الآخر كما هو معلوم.

ثمّ لا يخفى أن الحق جريان هذا الاستصحاب مطلقا سواء كان أثر العقد سبقا أم تسلطا أم غيرهما من الآثار من دون فرق بينهما.
و ما ذهب اليه الشيخ الأنصارى قدس سره من الفرق فى جريانه بين كون الأثر سبقا و كونه تسليطا فى غير محله إذ ما من عقد الا يكون له اثر كما لا يخفى.
هذا كله فى الشبهه الحكميه، و أما جريانه فى الشبهه الموضوعيه فلا إشكال أيضا فيه كما لا إشكال فى كون اللزوم مقتضى العقود.

أقسام الخيار

إشارة

و هي كثيرة حتى عد بعض لها عشرين مورداً إلا أنا نكتفى بذكر الأهم منها كما هو المتعارف في كتب الأكثر و هي سبعة (١).

الأول خيار المجلس:

إشارة

اعلم انه لا إشكال في ثبوت هذا الخيار بين الإماميه و العامه، الا أن أبا حنيفه قد أنكر ثبوت ذلك، و تصدى بعض من تبعه من أشياعه بتوجيه النصوص المستفيضه الوارده في إثبات ذلك الخيار و بتأويلها، تفصيا عن رد كلامه و تخلصا عما يرد عليه من الاشكال بها، فراجع الى كتبهم.

هل يثبت خيار المجلس للوكيل

ثم لا إشكال أيضا في ثبوته للمالكين العاقدين، و انما الكلام و الاشكال في انه هل هو ثابت لو كليهما أو لا.

قال بعض بثبوته لهما مطلقا، و قال آخر و هو المحقق الثاني بعدم ثبوته لهما كذلك و انما الثابت لموكليهما فقط، و فصل ثالث كالشيخ الأنصاري في مكاسبه بين أن يكونا و كيلين في خصوص اجراء

١- لا يخفى انه لم يتعرض المؤلف في هذه الرساله الا لأربعة منها و هي المجلس و الحيوان و الشرط و الغبن.

العقد أو وكيلين فى التصرف فى مال الموكل مطلقا على أى نحو اتفق من التصرف المالى، بأن كانا مستقلين فى التصرف فى ماله بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها كالعامل فى مال المضاربه مثلا و كاستقلال أولياء القاصرين من الصغار و المجانين فى تصرفهم فى أموالهم على أى نحو شاءوا، و أرادوا، أو كانا مستقلين فى التصرف فى ماله فى خصوص أمر واحد كالبيع و الشراء للموكل، و جوه.

قال قدس سره: بعدم ثبوت الخيار لهما فى الوجه الأول لأمر:

منها أن المتبادر من قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» غير الوكيلين فى مجرد اجراء العقد.

و فى الوجه الثانى بثبوت لهما لعموم النص، و ان دعوى تبادر المالكه ممنوعه خصوصا إذا أسندت هذه الدعوى إلى الغلبه، لأن معامله الوكلاء و الأولياء لا تحصى.

و فى الوجه الثالث بعدم ثبوت لهما أيضا كالوجه الأول لا لما ذكر فى وجه من انصراف الإطلاق الى غير ذلك أو تبادر غيره من النص، بل لبعض ما ذكر فيه من ان مفاد أدله الخيار إثبات حق و سلطنه لكل من العاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، و عن تمكنه عن رد ما فى يديه، فلا يثبت بهذه الأدله هذا التمکن و التسلط لو شك فى ثبوته، و لم يكن مفروغا عنه فى الخارج.

هذا حاصل ما ذكره قدس سره فى كتابه المذكور (١) لكن أقول انه لقد أجاد فيما أفاد بالنسبه إلى الوجه الأول من

الدليل، من عدم ثبوت الخيار للوكيل فيه لعدم صدق البيع عليهما أو انصرافه عنهما أو المتبادر منه من باشر التصرفات الماليه من الأخذ و الرد دون من باشر بمجرد اجراء العقد ليس غير، كما هو الفرض.

كما ان دعواه ثبوته فى الوجه الثانى لمقتضى صدق البيع عليهما فى غايه الجوده و المتانته، لما ذكر من الصدق و عموم النص.

و اما قوله قدس سره فى الوجه الثالث.

بعدم ثبوته لهما لا لعدم صدق النص عليهما فيه، أو انصرافه عنهما إذ البيع صادق عليهما بلا اشكال، و ليس منصرفا عنهما أصلا، بل لعدم بعض ما ذكره وجها للأول من الوجوه، و هو ان إطلاق أدله الخيار مسوق لإفاده سلطنه كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه عن رد ما فى يديه مما انتقل اليه و المفروض ان الوكيلين ليسا متمكنين عن رد ما انتقل إليهما لعدم كونهما وكيلا فيه، بل هما وكيلان فى خصوص المعاوضه، فلا يشمل عليهما البيع بهذا النحو.

فمدفوع بان المفروض ان البيع صادق عليهما و ان ثبوت الخيار و عدم ثبوته يدور مدار صدق البيع و عدم صدقه، و كون الصدق مشروطا بهذا الشرط المذكور أول الكلام فعلى مدعيه إثباته.

و لصاحب المسالك فى هذا المقام كلام لكن الإنصاف أنه خلط فى التمسك بثبوت الخيار و عدم ثبوته بين ما هو مقتضى أدله الخيار و بين ما هو مقتضى أدله الوكاله.

لكن سلوك الشيخ الأنصارى فى المقام و هو التمسك بمقتضى أدله الخيار فقط موافق لمسلك القوم فراجع.

ثم ان أغمضنا عن شمول أدله الخيار فى إثباته للوكيلين، و قلنا

بأنها داله على خيار العاقدين المالكين، كما عن المحقق الثانى، هل يمكن التمسك فيهما بعموم أدله الوكاله أولاً؟.

الحق أنه يمكن التمسك بها فى ثبوته للوجه الثانى، إذ المدار فى الثبوت و عدمه على صدق البيع و على عدمه، و المفروض أنهما فيه بيعان كما هو مقتضى تفويض أمر المعاوضه إليهما مطلقا كما مر سابقا و هذا واضح لا اشكال فيه.

كما أن عدم جواز التمسك بها فى ثبوته للوجه الأول أيضا كذلك لما مر من عدم صدق البيع فيه.

و أما جواز التمسك بها فى ثبوته للوجه الثالث فوجهان من جهة أن الوكيل فيه بيع و أن أدله الوكاله تنزله منزله المالك العاقد، فيثبت له ما ثبت له من الخيار، و من أن هذه الأدله تجعله نائبا أو وكيلا عن قبله فيما و كل فيه من متعلق الوكاله لا وكيلا فيما أزيد منه كما هو مقتضاها فلا يثبت له الخيار حينئذ، و الأخير منها لا يخلو عن قوه و هو الحق.

ثم هل يثبت الخيار للموكلين عند حضورهما فى مجلس العقد فى الموارد الثلاثه المذكوره أولاً؟.

أقول انه قدس سره لقد أجاد أيضا فى قوله بثبوت الخيار فى الأول من الوجوه لهما، لان الخيار حق ثابت للبيع و المفروض أن الوكيل فى مجرد إجراء العقد ليس بيعا كما مر، فيكون البيع نفس الموكل فيثبت له الخيار.

و أما ثبوته لهما فى الثانى و الثالث ففيه أشكال لما مر من أن ثبوته يدور مدار صدق البيع و عدم صدقه، و هما ليسا بيعين حقيقه بل البيع

حقيقه وكيلاهما كما هو مقتضى تفويض أمور المعامله مطلقا أو خصوص أمر المعاوضه من البيع و الشراء إليهما كما مر آنفا، مع أن المراد من الحضور و الاجتماع الحضور البيعى و الاجتماع الكذائى بخلاف حضور الموكلين عند المعامله و اجتماعهما حال البيع، فإنه ليس اجتماعا بيعيا و حضورا كذلك كما لا يخفى.

بقى هنا شىء:

قال الشيخ قدس سره «فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من طرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المميز، فإن تلك المسئله فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد انتهى» (١) و توضيح ذلك أنه إذا فرضنا عشره أشخاص موكلين شخصا واحدا فى المعامله الكذائيه فى طرف واحد من العقد، و فرضنا عشره أخرى موكلين شخصا آخر من طرف آخر منه بأن كان أحدهما وكيلا منهم فى بيع العبد عن قبلهم و الآخر وكيلا فى شرائه لهم إذا شرطوا الخيار لكليهما أو فى بيع حيوان بحيوان، بأن بدل أحدهما بالآخر ليكون الخيار لكليهما، أو فرضنا احد المتعاملين وكيلا كذلك و الآخر أصيلا أو أمثال ذلك من الفروض. و فرضنا فوت احد الوكيلين أو كليهما بعد ان تحقق المعامله الكذائيه فإن الخيار حينئذ ينقل منه الى الموكلين بلا اشكال لكونه حفا لهم

و مقتضى كلامه قدس سره انه ان اعمل أحدهم الخيار إمضاء أو فسخا نفذ و يسقط عن الباقيين من الموكلين، و هذه المسأله ليست من مسأله تقديم الفاسخ على المجيز، يعنى ان الفاسخ هناك مقدم على المجيز سواء كان فسخه سابقا على اجازة المجيز أم لا- حقا عليها و الوجه فى ذلك ان معنى اجازة المجيز العقد، انه يبقى العقد على حاله و انه يسقط الحق الثابت له شرعا من الخيار عن نفسه فقط، و لا ربط له لإسقاط حق غيره منه بخلاف فسخ الفاسخ فإنه يعدم الموضوع و هو العقد من البين، فلا يبقى لغيره حينئذ حق أصلا لانتفاء موضوعه مطلقا سواء قدم على الإجازة أم أخر عنها فلا تأثير لوقوع الإجازة بعد فسخ الفاسخ لما عرفت من الوجه.

هذا حاصل كلامه قدس سره و لكن لا يخفى ما فيه من الإشكال فإن عدم سقوط حق الفاسخ فى مسأله تقديم الفاسخ على المجيز فى صورته كونه مسبقا على الإجازة الواقعة من صاحبه و عدم كونها مفيدة للزوم العقد فى تلك المسأله كى لا يكون لإعمال الفسخ مجال، ان كان الملاك فيه ثبوت الحق من الجانبين و اعتبار تعدده فى البين، فقد يمكن لنا فرض ثبوته فيما نحن لكل من الموكلين أيضا لعدم المانع فيه لصدق البيع على كل واحد منهم، فيكون حكمه حينئذ مثل حكم تلك المسأله فيما ذكر لها من الحكم من غير فرق، فإن أجاز واحد منهم فلا- تكون اجازته مسقطه لحق الغير من الباقيين بل انما تكون مسقطه لخيار نفسه و التزاما لبقاء العقد على حاله.

فعلى هذا لو فسخ واحد منهم العقد يكون نافذا و معدما للعقد و ان كان ذلك بعد الإجازة، كما انه كذلك هناك.

و ان كان الملاك فى سقوط حق الفاسخ بعد فرض وقوع الإجازة قبله فيما نحن فيه، هو وحده الحق و لذا كانت الإجازة بمجرد صدورها مؤثره فلا اثر للفسخ بعد فرض وقوعها فيه.

فلو أمكن فرض وحده الخيار فى تلك المسأله للمتبايعين كليهما مطلقا إجازة كانت أم فسخا كما انه مما يحتمل لصدق قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» عليه أيضا، يكون حالها مثل حال ما نحن فيه أن الواقع من كل واحد منهما مطلقا إجازة أم فسخا يكون مؤثرا فى اللزوم أو الفسخ فلا يكون بعد ذلك لإعمال الأخر خيار فى المقام سواء أجاز أم فسخ، بل لا معنى له لوجود طبيعه فى ضمن الفرد، و لو كان ذلك الفرد الموجود إجازة مثل ما نحن فيه بعينه.

ارث خيار المجلس

ثم ان الشيخ قدس سره قال فى مسئله ارث الخيار: أن فى استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد لا يقبل التقسيم و التجزئه، وجوها أربعة.

الأول: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا متعددا بتعدددهم مثل استحقاق مورثهم و لازمه عدم سقوط خيار بعض إجازة أو فسحا باعمال البعض الآخر خياره كذلك كما لا يخفى نظير حد القذف و حق الشفعه الذى لا يسقط بأخذ البعض عن الباقين. و الاستناد فى ذلك الى النبوى صلى الله عليه و آله من قوله: «ما ترك الميت فلو إرثه» و غيره.

الثانى: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه، و لازمه جواز الفسخ، له فيه دون باقى الحصص، و يكون مع اختلاف الورثه فى الإمضاء و الفسخ ثبوت الخيار على من عليه الخيار من جهة تبعض الصفقه.

و قال فى وجه ذلك انه لما كان الخيار غير قابله للتجزيه و التقسيم كان مقتضى أدله إرث الورثه فيما ترك مورثهم تعين تبعضه بحسب متعلق الخيار، نظير المشتريين لصفقه واحده إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما بسبب حدوث العيب مثلا.

الثالث: استحقاق مجموع الورثة الخيار من دون ارتكاب تعدده بالنسبة الى جميع المال، و لا بالنسبة إلى حصه كل منهم، لان مقتضى أدله الإرث فى الحقوق و الأموال أمر واحد و هو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة، الا أن التقسيم فى الثانيه لما كان أمرا ممكنا يكون مرجع اشتراك المجموع من الورثة فى المجموع من الأموال إلى اختصاص كل منهم بحصه مشاعه بخلاف الحقوق، فإنها باقيه على حالها من اشتراك المجموع فيها سواء أرادوا اجازته أم فسخا، فلا بد من اتفاقهم عليها أو عليه، فلا يجوز لبعضهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكل و لا فى حصته.

الرابع: و هو الذى عبر عنه بقوله: و هنا معنى آخر و هو قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقق الطبيعه فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا كما فى الثالث فحينئذ يكون لازمه جواز استقلال كل منهم بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقيق الطبيعه فى الواحد، و ليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز له الفسخ بعده كما ان المجموع أيضا كذلك.

هذا حاصل ما افاده قدس سره هناك. (١)

و فيه ما لا يخفى من عدم صحه عد الأخير منها وجها مستقلا على حده فى قبالتها، لأننا لا نعقل كونه كذلك، بل هو من قبيل الوجه الأول منها إذ كون الطبيعه متعلقا للحكم أما الطبيعه من حيث هى هى مع قطع النظر عن الوجودين الخارجى أو الذهنى، و اما الطبيعه باعتبار احد الوجودين و بعبارة أخرى باعتبار وجودها السعى و الخارجى أو الذهنى، فإذا لا يكون لها وجود الا وجود الافراد ذهنا أو خارجا فيكون الوجه الأخير

حينئذ عين الوجه الأول لا مغايرا له كما هو مدعاه.

ثم ان الحق و المختار فى تلك المسأله من الوجوه الثلاثه هو الوجه الثالث من استحقاق مجموع الورثه بالخيار لا لما ذكره قدس سره من الوجه، بل لان الخيار لما كان حقا شخصيا قائما بشخص واحد و هو مورثهم قبل موته، فاذا فات المورث يكون الورثه كلهم مع قائمين مقامه فى قيام الحق المذكور الشخصى الوحدانى بهم و بمجموع أشخاصهم كما هو مقتضى القاعده.

و من هنا يظهر ما هو المختار فيما نحن فيه أيضا من مسأله تعدد الموكلين معا و انتقال الخيار لكونه حقا من الوكيل إليهم بعد فوته و هو ما مر من استحقاق مجموع الموكلين معا لحق الخيار لعين ما ذكرنا له من الوجه كما عرفت.

ما ليس فيه خيار المجلس

ثمّ انه قد استثنى من عموم ثبوت هذا الخيار موارد.

منها: شراء من ينعق على المشتري بالملك و لو تقديرا مثل شراء الأب و الابن، إذ بمجرد شرائه يصير ملكا للمشتري و لو ملكا تقديريا أنا ما فيترتب عليه الانعاق، فليس فيه خيار مطلقا لا فى العين و لا فى قيمه.

أما الأولى فلأدله الداله على أن الحر لا يعود رقا.

و أما الثانية فمن وجهين:

الأول أن الاستحقاق بالبدل فرع الاستحقاق بالمبدل كما هو مقتضى البدليه و المبدليه و الا فلا يكون مالكا للبدل أيضا كما هو واضح، و المفروض أنه لا يجوز أن يكون مالكا للعين و مستحقا لها لعروض الحريه فلا يكون له الخيار.

الثانى أن ظاهر قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (١) اى بالخيار فيما بأيديهما من العين من حيث الرد و الاسترداد لا ما يرجع اليه عند تعذر العين من قيمه، فإنه غير متبادر عنه، بل المتبادر عند الإطلاق هو الأول و هو غير خفى على المنصف.

١- راجع الوسائل، الباب - ١ - من أبواب الخيار.

قال العلامة قدس سره فى التذكرة: «لو اشترى من ينعق عليه بالملك كالأب و الابن لم يثبت خيار المجلس، لأنه عقد مغابنه من جهه المشتري، لأنه وطن نفسه على الغبن المالى و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه» (١) و فيه ما لا يخفى من الاشكال كما اشاره اليه الأنصارى أيضا، و هو أن توطين النفس على إعتاقه بالشراء عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعامله بأن اشترى ما يقابل بالخمسه بعشره دراهم مثلا أو أزيد من ذلك، مع أن ما هو مناط فى ثبوت الخيار و هو أن يتروى و ينظر بعدها فى معاملته ليدفع الغبن به عن نفسه لو كانت معامله غبنيه، ممكن فى المقام.

فظهر أن مجرد الاقدام على الشراء عالما بالانعتاق لا يستلزم الاقدام على الغبن فضلا عن كونه عينه كما يتوهم. نعم هو توطين لها على انعتاقه و هو غير منكر.

قال صاحب المقاييس:

«و فى ثبوت الخيار للبائع و الرجوع مع الفسخ إلى القيمة إشكال ينشأ من أن الخيار و العتق هل يتحققان بمجرد حصول البيع أو بعد ثبوت الملك آنا قليلا، أو الأول بالأول و الثانى بالثانى، أو بالعكس» إلى آخره (٢).

١- التذكرة ج ١ ص ٥١٦

٢- و إليك تتمه كلام صاحب المقاييس: فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بالعدم لا لأنصيه أخبار العتق، و كون القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، و لسبق تعلقه على الأخير، و يحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين و دفعا للمنافاه من البين و عملا بكل من النصين و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلا للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب فى أحدهما و للعتق بمنزله تلف العين. راجع المقاييس للتستري ص ٢٤٠

أقول فى توضيح بعض فقراته: ان المراد من «الحقين» هو حق البائع و حق العتق، و الجمع بينهما عبارته عن إبقاء المنعتق على حرته و رجوع ذى الخيار بسبب الفسخ الذى كان مالكا به الى قيمه.

و المراد من «رفع المنافاه» التى هى استحقاق البائع الفسخ المقتضى لرجوع كل من العوضين الى صاحبه الأول مع تعذر عود المنعتق الى ملكه، هو رجوع البائع بسبب فسخه إلى قيمه المنعتق لتعذر رد عينه، فعلى هذا يرتفع المنافاه.

و المراد من «النصين» هى أدله الخيار و أدله العتق، و مقتضى العمل بهما مع قطع النظر عن دليل آخر يفيد رجوع المشتري الى الثمن و بقاء المنعتق على حرته، و لازم ذلك خلو يد البائع عن كل من العوضين و هو غير ممكن، و لذا عقبها بقوله «و بالإجماع».

يعنى أن الإجماع دل على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، و يكون الحاصل من العمل بها، استحقاق من له الخيار بالفسخ و بقاء المبيع المنعتق على حرته و رجوع البائع إلى قيمه.

و قد ظهر مما ذكرنا ان قوله «بالإجماع» عطف على موضع لفظ الكل الذى فى عبارته قدس سره فراجع و لا تغفل (١).

هذا حاصل بعض عبارته.

لكن یرد على كلامه قدس سره:

أولاً: أن التقارن و التقدم فى المقام انما هو رتبى ذاتى لا ترتيبى

١- هذا تنبيه على سقوط كلمه «كل» فى المتاجر عند نقله كلام المقاييس فراجع المتاجر ص ٢١٨ فإنه حكى هكذا: «عملا بالنصين و بالإجماع».

زمانى، فلا عبره على مثل هذا التقارن و التقدم فى ترتيب الاثار كما لا يخفى على الفطن.

و ثانيا: أن هذا التفصيل انما يناسب فيما أريد إثبات الخيار بالنسبه إلى العين لا القيمه كما هو مراده و مدعاه، الا ترى أنه بناء على هذا الوجه لا- يكون فرق بين تقارن حصول الخيار و الاعتاق كما على الأولين و بين تقدم أحدهما على الآخر كما على الأخيرين، غاية ما فى الباب أن العتق يحصل بالعقد فيكون بمنزله تلف المبيع، و هذا لا ينافى ثبوت الخيار به لكونه حقا لذيه فيه.

و ثالثا: أن ما ذكره قدس سره من أنصيه أخبار العتق، مسلم لا اشكال فيه، لكنه لا يقتضى عدم الخيار فى العقد مع أنه حق لذيه فيه كما مر دون العين، فحيث لا ينافى ثبوته بالنسبه إلى القيمه.

و كونها بدلا عن العين لا- يضر، لان العين و ان لم تكن مملوكه للمشتري فعلا- و لازمه امتناع الاستحقاق بالقيمه لامتناع الاستحقاق بالمبدل، لكنها قد حصلت فى ملكه و تلفت عليه.

و رابعا: أن قوله «و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع من العوضين إلخ» لا محصل له، إذ يده لا تكون خاليه عن أحدهما، سواء فسخ العقد أم لم يفسخه، فإنه على الفرض الأول يأخذ القيمه من المشتري و على الفرض الثانى يبقى الثمن فى يده.

و خامسا: أن تنزيل الفسخ منزله الأرش لا وجه له للمطلب.

و لا يخفى أن هذه الإشكالات كلها سوى الأول منها قد تعرض بها الأستاذ الأعظم السيد محمد كاظم الطباطبائى اليزدى دامت بركاتة

أيضا في حاشيته على المكاسب. (١)

إلا أنا قد ذكرنا سابقا أن أدله الخيار لا يتبادر منها إلا الخيار فيما بأيديهما من العين من حيث الرد و الاسترداد، لا ما يرجع إليه من قيمه عند تعذرهما كذلك، لعدم تبادره عند الإطلاق كما لا يخفى.

قال الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه في ذلك المقام:

أقول: ان قلنا انه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظرا إلى أن خروج احد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه. و ان قلنا ان الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين ان كان موجودا و بدله ان كان تالفا أو كالتالف. (٢)

أقول: التحقيق هو الأول من الوجهين إذ لا معنى للفسخ الا ما ذكره قدس سره من خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه بالنسبة إلى المعوض و رد ما انتقل إليه الى من انتقل عنه بالنسبة إلى العوض.

و ذلك قد مر مرارا ان الفسخ هو حل العقد، و مفاد العقد مبادله كل من المتبايعين ما في أيديهما لصاحبه، فيكون الفسخ حل هذا المعنى من حينه.

و لكن لا نسلم أن مقتضى ذلك عدم الخيار في المقام، و ذلك لان المبيع المنعق و ان لم يكن صيرورته مملوكا للمشتري حقيقه

١- راجع حاشيه السيد، قسم الخيارات، ص ٧،

٢- المتاجر، ص ٢١٨ طبع تبريز.

كى يسترجعه عند البائع حتى يكون خارجا عن ملكه و داخلا فى ملك صاحبه، لكنه يمكن كونه مملوكا له تقديرا، بأن يقال ان المبيع الذى تلف عند المشتري بالانعتاق كأنة ملك للبائع حين الفسخ و هو موجود عند المشتري فحينئذ لا بد له من إعطاء عوضه كما فى سائر الموارد من الفسخ مع فرض تلف المبيع، و لا يعتبر تقدير ملكه له قبل الانعتاق ليكون منعقا فى ملكه، بل يكفى تقدير ملكه، حين الفسخ.

و كذلك الكلام فى صورته السبع فى زمن الخيار و لكن لا- يخفى أنه يكفى فى ضمان المشتري تقدير كونه ملكا للبائع بعد الفسخ، و لا يعتبر تقدير كونه ملكا للمشتري ثمَّ خروجه عن ملكه الى ملك البائع كما يستفاد من كلام الشيخ أعلى الله مقامه و أما الوجه الثانى منهما و هو القول بأن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين ان كانت موجوده و بدلها ان كانت تالفه، و أنه لا يعتبر إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه.

ففيه أنه بناء على هذا الوجه لا وجه لضمائه بالبدل، لان الفرض أن العين قد تلفت فى ملكه من دون ضمان منه فما لم يقدر كون العين التالفه ملكا لملكها الأول فلا معنى للضمان.

لكن يمكن أن يقال ان تلقى الفاسخ عنه لا يتوقف على اعتبار التقدير فيما تعذر تلقى العين بنفسها فإنه و ان كان معتذرا الا أنه لا يتعذر تلقى تلك العين ببدلها فكان العين محفوظه ببدلها و بماليتها، فيرجع بالفسخ ببدلها.

و صحه التلقى عن المفسوخ عليه بهذا الوجه هنا، ليس بأقل

من صحته بالتقدير فى الوجه الأول، فإن هناك اعتبار الملكية و الحال أنه لا ملكيه حقيقه و هنا اعتبار بقاء العين المملوكه و الحال أنه لا بقاء لها حقيقه.

و قد ظهر مما ذكرنا أنه بناء على هذا القول أيضا لا محيص عن أن الفاسخ يتلقى الملك عن المفسوخ عليه، غاية ما فى الباب أنه يكون التلقى فى أحدهما بالبدل و فى الآخر بنفس العين.

و الحاصل أن شرط صحه الفسخ و هو تلقي الفاسخ عن المفسوخ عليه فى كلا المقامين حاصل فلا مانع من اعمال دليل الخيار لكن الحق و التحقيق أن العلماء كثر الله أمثالهم لما رأوا ان الشارع حكم بشىء متوقف على شىء آخر، و رأوا أن الموقوف عليه كالملكيه ليس موجودا حقيقه فقدروا وجوده تصحيحا لكلامه الشريف و تحذيرا عن حمله على اللغويه كما فى مسأله بيع من ينعق عليه، فان الاعتاق فيه متوقف على تقدير الملك بمقتضى قوله (ص): «لا عتق إلا فى ملك (١)» و لذا قدروه و لو أنا قليلا.

بخلاف مسأله فسخ ذى الخيار فانا لم نحز حكم الشارع فيه بأدله الخيار كى يحتاج الى تقدير الملك، إذ هو أول الكلام و الا فلا تكون محلا للخلاف بين الأصحاب.

هذا هو الانصاف كما لا يخفى، مع أن تقدير الملك فيما نحن فيه من فسخ البائع العقد خرق لقاعده «ان الحر لا يعود رقا» بخلافه هناك، فإنها على طبق القاعده، كما مر من أنه «لا عتق إلا فى ملك».

و أما قياس المقام على قاعده التلف فهو قياس مع الفارق، لان تقدير الملك فيها من جهة حكم الشارع بضمان المشتري المتوقف عليه مقدمه للتلقى، كما إذا باعه بعقد لازم فى زمن خيار البائع بخلاف ما نحن فيه، لما مر من عدم إحراز حكم الشارع فيه و انه أول الكلام.

مع أنها ليست مخالفه لقاعده بخلافه.

فظهر أنه لا بد من تقدير ملكيه المشتري إذا ترتب عليه الانعتاق لا مطلقا كما هو المستفاد من كلام الشيخ قدس سره أيضا و هو فى محله و موقعه كما لا يخفى.

تنبيه

هنا مسأله مرتبطه لا تخلو عن فائده و هى هذه:

اعلم أن تقدير الملك انما هو لأجل الضروره الداعيه اليه، فتقديره أنا ما أو أنا قليلا فى بيع العبد المنعتق كالأب و الأخ لازم لأجل انعتاقه كما مر آنفا من قوله: «لا- عتق إلا فى ملك (١)» فاذا فرضنا تقدير الملك المذكور لأجل الضروره يترتب عليه انعتاقه و هو واضح و اما إذا فرضنا كون البائع ذا خيار و فسخ عقد هذا المبيع المنعتق على الفرض فلا بد من تقدير الملك للمشتري أيضا كى يسترجع البائع عن ملكه.

فيقال انه كلما قدر الملك المذكور للمشتري يترتب عليه انعتاقه و هكذا يتسلسل فلا تصل النوبه إلى تملك البائع و تمكنه منه.

لكن يمكن أن يقال و هو الجواب عنه: ان تقدير الملك هنا لأجل ضمانته له ليس غير.

فظهر أن في حصول الاعتاق لا بد من تقديره لا ان التقدير كلما حصل يترتب عليه الاعتاق بل يوجب شيئاً آخر كالضمانه في المقام فافهم و اغتتم.

مسقطات خيار المجلس

اشاره

اعلم أنه كما لا إشكال في ثبوت هذا الخيار مطلقا حتى فيما بين العامه كما مر، كذلك لا إشكال في سقوطه أيضا إنما الكلام و الاشكال في دليل ذلك لا في أصل السقوط.

و هو يحصل بأحد أمور:

الأول اشتراط سقوطه في متن العقد

اشاره

و الدليل على صحه ذلك عموم قوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم» (١) للمقام حيث أضيف الجمع الى الضمير، و معلوم أن الجمع المضاف يفيد العموم، فحينئذ يجب الوفاء بهذا الشرط أيضا على ما هو مقتضاه.

و أما صدق قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» على ذلك المورد، و ان كان له مجال فمقتضاه تعارض الدليلين، و ان النسبه بينهما عموم من وجه، فلا بد في مورد الاجتماع من الرجوع الى المرجح لكن الترجيح مع قوله: «المؤمنون عند شروطهم»

١- الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور، الحديث ٤.

أما أولا- فلأن دلالته أنا هي بالوضع كما هي كذلك في كل عام بخلاف دلاله قوله: «البيعان بالخيار» فإنها من باب الإطلاق و من باب مقدمات الحكمه، و قد قرر في محله أن الدلاله الوضعيه مقدمه على الدلاله الاطلاقيه.

و أما ثانيا فإن دلاله قوله: «البيعان بالخيار» على مثل المقام غير شامله بل منصرفه عنه كما لا يخفى على المصنف.

و أما ثالثا فإن قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» أظهر دلاله و هو ظاهر فيعتمد عليه.

هذا بالنسبه إلى المرجح الداخلى.

و أما الترجيح بالمرجحات الخارجيه و تأييده بها فلكونه موافقا لمقتضى أصاله اللزوم و مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و مؤيدا بعمل الأصحاب.

و لو شككنا في الترجيح بالمذكورات أو سلمنا عدمه فالمرجع هو أصاله اللزوم فيثبت به المدعى أيضا إذ بعد التعارض يتساقطان فيرجع إليها.

هذا بناء على تسليم التعارض بينهما و الا فالحق و الانصاف انه لا تعارض بينهما لا مكان العمل بكلا الدليلين معا، فان الظاهر من أدله الاحكام أنما هو بيان مرحله الاقتضاء للمقتضيات مع قطع النظر عن طروء الطوارئ.

و معناه أنه لو لم يكن في البين مانع من أن يمنع عن تأثير المقتضى مع فرض وجود شرائط التأثير لأثرت، و أن أدله الشروط متكفله لبيان

مرحلة الحكم الفعلي، أعنى بيان أحداث المانعيه فحينئذ تكون مانعه عن تأثير أدله الأحكام لحكومتها عليها فعلا فلا يكون بينهما معارضه أصلا.

و لعل هذا أيضا مراد الشيخ قدس سره من قوله: «عدم نهوض أدله الخيار للمعارضه إلخ (١)» و مما ذكرنا يظهر ما فى عبارته المذكوره من سوء التعبير كما لا يخفى.

نعم ان مجرد كونها مسوقه لبيان ثبوت الاقتضاء بأصل الشرع كما فى المكاسب (٢) لا يرفع المعارضه عنها لو كانت دلالتها على ثبوته فعلا مطلقا حتى مع ملاحظه الطوارى كما لا يخفى.

و قد يستشكل التمسك بدليل الشرط فى المقام بوجوه:

الأول: أن سقوط الخيار من قبيل شرط الغايه و النتيجة

و ليس من قبيل الأفعال الاختياريه كى يصح اشتراطه، فلا يترتب عليه آثار الصحه و عموم دليل الشرط لا يدل على كون الشرط مشرعا بل انما يدل على أن الوفاء فيما صح للشرط التمسك به شرعا مما يكون صحته مفروغا عنه لو لا الشرط، لازم عليه، و اما ما ليس كذلك كما فى المقام يكون اشتراطه لغوا صرفا لما مر من كونه خارجا عن الاختيار فترتيب آثار الصحه على مثل هذا الشرط من قبيل تحليل الحرام و تحريم الحلال، فحينئذ لا يجب الالتزام عليه بل يحرم لما مر.

و الجواب عنه: أن الحق مثل الملكيه فى كونه من الاعتبارات

١- المتاجر، ص ٢٢٠

٢- المتاجر، ص ٢٢٠

العقلانيه التي يتوسل اليه بما جعل سببا له، و من جمله أسبابه الشرط في هذا المقام لكونه مجعولا سببا له في وجوب الوفاء عليه، فاذا كان ثبوته مما يتوسل اليه و كان مقدورا كان سقوطه أيضا كذلك إذ لا يعقل كون أحد الطرفين مقدورا عليه و تحت الاختيار دون الآخر.

و قد يقال في الجواب: ان الأصحاب بين من منع اشتراط النتيجة و الغايه مطلقا و بين من جوزه كذلك الا ما نص الشارع بعدم جوازه من ذوات الأسباب الخاصه كالزوجيه و الطلاق و أمثالهما مما لا يحصل بالاشتراط، بل لا بد في تحققه شرعا من صيغته الخاصه و بين من فصل فمنع اشتراط ذوات الأسباب الخاصه مطلقا و جوز غيرها سواء علم عدم وجود سبب خاص له كما في الملكيه، بأن يقال: بعتك داري بكذا بشرط كون دارك لي، أم شك فيه كما في الوكاله.

و ما نحن فيه من قبيل الأخير، لمكان الشك في ان سقوط الخيار من ذوات الأسباب الخاصه أولا.

فعلى هذا يتمسك فيه بعموم «المؤمنون عند شروطهم» فلا مانع منه.

لا يقال: ان التمسك به في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه، و قد قرر في محله عدم جوازه.

لأننا نقول: ان الخارج من العام من المصاديق ليس له علامه يسمى بذى السبب و كذا الداخل منها تحته ليس له علامه يسمى بأنه غير ذى السبب، كى يكون التمسك بالمشكوك من قبيل التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه.

بل الواقع العلم بخروج أمور متعدده و يشك في انه خرج منه غير

تلك الأمور أيضا أولا، فيكون الشك حينئذ في التخصيص الزائد لا في المصداق.

و أيضا أن الممنوع من التمسك به مطلقا في المقام وغيره انما هو كون منشأ الشك الأمور الخارجيه، لا الشك في أن الشارع هل حكم بالجواز أو لا كما في المقام و الا فالتكليف هو الرجوع الى نفسه الشريفه لو كان حاضرا أو الى الأدله المأخوذه منهم عليهم السلام ان لم يكن كذلك كما أشير إلى نظير هذا المطلب في السابق أيضا و المقام من هذا القبيل كما هو واضح.

و قد يقال في المقام: انه لا مجال للتمسك به فيه لو لم يمكن تنقيح كون المشكوك من أفراد العام بوجه من الوجوه كما هو كذلك في مثل قولنا: أكرم العلماء و لا- تكرم الفساق منهم، فإنه إذا شك في وجوب إكرام زيد العالم العادل في السابق و حرمة من جهه الشك في فسقه فعلا يحكم بوجوب إكرامه فعلا ببركه استصحاب عدالته، و ما نحن فيه كذلك، و توضيحه أنا إذا شكنا في أن اشتراط سقوط الخيار مخالف للكتاب و السنه كى لا يجوز التمسك بعموم أدله الشرط أو ليس بمخالف لهما كى يجوز ذلك فنقول: انا نعلم قطعا عدم وجود سبب خاص لسقوط الخيار من قبل الشرع سابقا و لو من جهه عدم وجود ذى سبب فتستصحب عدم وجوده عند وجود ذى السبب.

غايه ما في الباب من الفرق بين ما نحن فيه و بين المثال المذكور ان جريان الأصل هنا على نحو السالبيه بانتفاء الموضوع بخلافه هناك

كما إذا شككنا فى امرأه هل هى نبطيه أو قرشيه أو غيرها نستصحب عدم وجود نسبتها سابقا و لو قبل خلقتها و من جهه عدم وجود المنتسب على نحو «ليس» التامه.

هذا غايه ما يمكن ان يقال فى الجواب عن الاشكال.

لكن يرد عليه أولا- انه ان أريد من الاستصحاب ربط السلب بأن يكون الغرض من الاستصحاب هو استكشاف حال الموضوع المشكوك اعنى إثبات عدم كون اشتراط سقوط الخيار مخالفا للكتاب و السنه و إثبات عدم كون المرأه نبطيه فالأصل مثبت فان الاستصحاب على صورته «ليس التام» التى يجتمع مع عدم الموضوع لا- يثبت حال الموضوع المشكوك و لا يثبت اتصافه بالوصف العدمى المستصحب.

و ان أريد منه سلب الربط بأن يكون الغرض الاكتفاء بمفاد الأصل دون إثبات حال الموضوع فلا فائده فى التمسك به.

و ثانيا انه من شرط الاستصحاب اتحاد القضيتين المشكوكه و المتيقنه، و الأمر هنا ليس كذلك لمكان وجود الموضوع فى المشكوكه و عدمه فى المتيقنه.

الثانى انه مستلزم للدور،

و بيانه ان لزوم الشرط متوقف على لزوم العقد، لان الشرط فى ضمن العقد غير اللازم، غير لازم بلا إشكال، إذ حكمه لا يزيد عن حكم الأصل و هو العقد الذى هو كالوعد، فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط لزم الدور.

و أجاب الشيخ الأنصارى قدس سره عنه بما حاصله

ان التوقف هنا ليس توقفا سببيا زمانيا كى يقال: ان ملاك البطلان متحقق و هو تقدم الشىء على نفسه فيبطل.

بمعنى ان لزوم الشرط و ان كان متوقفا على لزوم العقد الا ان لزوم العقد ليس متوقفا على لزومه بل لزوم العقد و لزوم الشرط متحققان فى زمان واحد من دون توقف أصلا، فلزومه بمقتضى دليله عين لزوم العقد و يمكن الجواب بوجه آخر و أخصر و هو:

نعم ان لزوم الشرط متوقف على لزوم العقد لما مر من الوجه الا ان توقف لزوم العقد على لزوم الشرط ممنوع، بل لزومه متوقف على صحته، ان كان الشرط صحيحا يصير العقد لازما و الا فلا و هو أوضح من ان يخفى.

و الأوضح منه فى الجواب ان يقال ان البيع عقد لازم، و خيار المجلس مزاحم له فاشتراط السقوط لدفع المزاحم للإثبات اللزوم فلا دور.

الثالث: أنه مخالف لمقتضى العقد،

إذ مقتضى أدله الخيار إثبات الخيار للبيع فى العقد، فاشتراط عدم كونه ذا خيار فيه مناقض لمقتضاه.

و الجواب عنه أولا:

انه ليس مخالفا لمقتضى العقد، لان المخالف لمقتضاه انما يكون لو قال البائع: بعثك دارى بشرط أن لا تسكن فيها، أو بشرط أن لا تباعها، أو قال المزوج ابنته: أنكحتك ابنتى بشرط أن لا تواقع بها و أمثال ذلك. فان شرط عدم تسلط المشتري ببيع ما اشتراه من الدار و شرط عدم سكناه فيها، و كذا شرط عدم تسلط الناكح بمواقعه

زوجته، كلها منافيه لمقتضى العقد و مناقضه له كما هو واضح.

بخلاف ما نحن فيه إذ شرط سقوط الخيار لا ربط له بمقتضى العقد أصلا، نعم هو مناف لإطلاقه لا لمقتضاه.

و ثانيا: أن اشتراط سقوط الخيار مؤكداً لمقتضى العقد لا مناقض له، لأن معنى عدم الخيار فى العقد لزومه و عدم تزلزله و عدم قابليته للفسخ، و هو أظهر.

و ثالثا: أن من المسلم جواز شرط الخيار فى العقد وجودا بغير هذا الخيار، مع انه مناقض لمقتضاه فى الظاهر، لأن مقتضاه هو اللزوم على ما مر تفصيلا من مقتضى الأدله المذكوره سابقا، فاذا لم يكن شرط وجوده مناقضا حقيقه لمقتضاه، فيكون شرط سقوطه أيضا كذلك.

الرابع:

أن إسقاط الخيار فى ضمن العقد إسقاط لما لم يجب.

و الجواب عنه:

أن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، بل من قبيل منع ما لم يجب من أن يجب، و حاصله دفع الوجوب فيه لا رفعه.

و يمكن الجواب بوجه آخر و هو أن اشتراط سقوط الخيار انما هو فى محل ثبوته على نحو التعليق و التقدير و هو ليس من قبيل إسقاط ما لم يجب بلا اشكال كما لا يخفى.

الثانى من مسقطات خيار المجلس: اشتراط أن لا يفسخ:

اشاره

بأن قال: بعتك بشرط أن لا أفسخ فى المجلس، ثمّ لو خالف ففسخ العقد، هل يكون فسخه مؤثرا فيه أو لا يكون كذلك بل هو لغو، و لفظ باطل؟

و يمكن الاستدلال على الشق الثانى بعموم «المؤمنون عند شروطهم» إذ كما أن له عموما أفراديا كذلك أن له عموما أحواليا شاملا لجميع أحواله، و من جمله أحواله حال بعد وقوع الفسخ فيكون مقتضى عمومه وجوب الوفاء بالشرط فى جميع الأحوال حتى حال الفسخ و بعده، فنستكشف من عمومه أن فسخه انما وقع لغوا صرفا نظير الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما من المتبايعين منفردا من دون رضا الآخر لغوا باطلا لا يرفع وجوب الوفاء بالعقد مع أن العرف لا يفهمون عن مثل قوله: «المؤمنون عند شروطهم» فيما نحن فيه الا عدم قدره على الفسخ، و هو مساوق لعدم الخيار، لان الخيار كما مر سابقا هو ملك إقرار العقد و إزالته، فإذا انتفى القدره بالنسبه الى الثانى بمقتضى فهم العرف انتفى الخيار من أصله، لأن المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه.

فالتحقيق حيثئذ هو لغويه الفسخ إذا اشترط عدمه و لغويه الرجوع و العزل و أمثالها كذلك إذا فسخ أو رجع أو عزل.

لكن يشكل التمسك بعمومه فى المقام من جهة أن التمسك به، اما قبل إحراز الموضوع له أو بعد إحرازه، فعلى الأول يلزم التمسك بالعام فيما يشك فى كونه فردا له و هو باطل بالوجدان، و على الثانى اما ان يكون إحرازه بهذا العام أو بغيره كالاستصحاب مثلا، الثانى خلاف الفرض فى المقام لان الفرض هو التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» للمورد المذكور، أما الأول فهو مستلزم للدور.

و بيانه: أن عموميه «المؤمنون عند شروطهم» لهذا المورد ما نحن فيه اعنى ما إذا شرط عدم فسخ العقد ثم فسخ أحدهما، أو شرط عدم العزل فى الوكاله ثم عزل، أو شرط عدم الرجوع فى الطلاق ثم رجع و أمثال ذلك، متوقفه على كون المورد فردا من أفراد العام واقعا و الا- فلا- وجه للحكم بوجوب الوفاء بالشرط فى هذا المورد و فى غيره كما هو واضح. و كونه فردا له واقعا متوقف على عموميه ذلك العام و شموله له من الشرط، فهل هذا الا الدور؟

لكن يمكن الجواب عن ذلك بأن شمول العام على ذلك المورد و ان كان متوقفا على كونه فردا له واقعا لما مر من الوجه، لكن كونه فردا له واقعا ليس متوقفا على شمول العام عليه، بل العام كاشف عنه فلا دور، فتأمل.

و لو قررنا التوقف بين العلمين بأن نقول ان العلم بأن المؤمنين عند شروطهم شامل لهذا المورد من الفرض، متوقف على العلم بكونه فردا

له، و العلم بكونه فردا له متوقف على العلم بشمول العام له، لكان لزوم الدور حينئذ أمتن و أشد، فلا يندفع بما مر من الجواب كما لا يخفى.

لكن يمكن الجواب عنه أيضا بأن نقول: ان العلم بفردية الفرد للعام متوقف على العلم بكونه شاملا- له فعلا- و هو مسلم، و أما كون العلم بشمول العام متوقفا على العلم بفردية الفرد له فممنوع، لان القدر المسلم منه هو عدم العلم بخروج الفرد عن تحت العام و هو حاصل فى المقام، و اما الاعتبار بأزيد من ذلك فى الشمول فغير مسلم.

و ان قيل: ان التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» فى المقام على هذا الفرض و التقرير أعنى عدم العلم بكون المورد فردا من أفراد العام أو لا، تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه إذ الفرض انا لا نعلم انه من افراد ذلك العام أولا، فلا يتم الاستدلال به حينئذ للمقام.

قلنا: ان المقام ليس من قبيل الشبهه المصداقيه بل الشبهه فيه، من قبيل الشبهه الحكميه لما هو واضح، من ان منشأ الشك و الاشتباه فيه ليس الأمور الخارجيه كما هو المناط و الملاك فيها، بل منشأ الشك عدم معلوميه الحكم الشرعى فيه، إذ الشك فى ان العقد البيعى أو الوكالى أو الطلاقى، هل يكون منفسخا بسبب الفسخ، أو الوكيل منعزلا- بسبب العزل، أو الطلاق باطلا بالرجوع، أولا.

فالمرجع حينئذ هو نفس الشارع أن أمكن الرجوع الى نفسه الشريفه الزكيه، و الا الى الأدله الكاشفه عن حكم المسئله كما لا يخفى.

ثمّ لو قلنا بعدم تماميه الاستدلال بعموم «المؤمنون عند شروطهم» لما نحن فيه، لما فيه من ريب من أن وجوب الوفاء بالشرط أنما يثبت فى مورد

أحرز فيه وجود الشرط، و علم تحقق الموضوع فيه تفصيلا كى يترتب عليه حكمه، و المفروض انا كنا شاكين فعلا فى أنه بعد وقوع الفسخ أو العزل أو الرجوع فى الأمثله المذكوره هل الموضوع و هو شرط عدم تلك الأمور باق على ما هو عليه بحيث يكون تلك الأمور لغوا صرفا بالنسبه إلى مشروطاتها، و ثابتها مثل مثابه طيران الطير فى السماء بالنسبه إليها أو أنه قد ارتفع بعروضها و لم يبق شىء فى البين كى يتمسك بعمومه نظير الاشكال الوارد فى الاستدلال بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فيما يشك فى وجود العقد بسبب عروض ما يشك فى إزالته العقد و عدمها من الفسخ و غيره على ما مر سابقا فى الاستدلال للمقام بالاستصحاب مستقلا مع قطع النظر عن عموم «المؤمنون عند شروطهم» أو منضمما بذلك العام غنى و كفايه.

أما بيان الأول

فنقول: انا قد علمنا قبلا- بوجود العقد تفصيلا ثم بعد فسخ البائع فى المجلس له شك فى بقاءه و عدمه، بمعنى أن الفسخ العارض عليه هل كان مزيلا- للعقد و مؤثرا فيه كى لا- يكون باقيا فعلا، أو ليس كذلك حتى يكون باقيا على ما هو عليه، فتستصحب بقاءه فعلا فيترب عليه لغويه الفسخ أو الرجوع أو العزل مثلا لا يقال: أن الأصل فى المقام مثبت، لأن لغويه الفسخ و غيرها من أمثالها من اللوازم العقلية لا الشريعة، فلا مجال لجريان الاستصحاب.

لأنا نقول:

أولا

نعم هو لازم عقلى لكن لغويه الفسخ فى نظر العرف هو عين القول ببقاء العقد على حاله على ما هو مقتضى الاستصحاب، و أنهم لا يفهمون من الحكم ببقائه إلا هذا المعنى، فيترتب مثل هذه الاثار عليه.

و ثانيا:

ان اللازم إذا كان خفيا فى نظر العرف بحيث يرى العرف ذلك اللازم نفس المستصحب كما فى المقام فلا مانع من جريانه أيضا و ان كان مثبتا.

و أما بيان الثانى:

و هو التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» مع ضم الاستصحاب اليه.

فنقول: ان المحذور المتصور فى التمسك بعمومه هنا ليس الا احتمال ارتفاع الموضوع لوجوب الوفاء بالشرط أو لحرمة ترك الوفاء عليه واقعا، و إذا أثبتنا وجود الموضوع حقيقه و قلنا ببقائه فعلا بمقتضى الاستصحاب لصح التمسك بعموم ذلك العام فى هذا المقام من دون كلام فيه.

و بالجمله انه إذا فرض بقاء العقد الذى اشترط عدم فسخه بمقتضاه يجب الوفاء عليه بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم» فلازم ذلك أنه لو وقع فى البين فسخ أو عزل أو رجوع فى الوكاله أو الهبه أو غير ذلك ما هو خلاف ما اشترط فى العقد مطلقا و خلاف ما اتفقا عليه فيما بينهم يكون لغوا باطلا فى نظر الشرع و بلا اثر كما مر مرارا.

لا يقال: ان غايه ما يفيد، قوله: «المؤمنون عند شروطهم» هو

وجوب الوفاء بالشرط و حرمة الترك به، و هو حكم تكليفي، غايه الأمر يكون الفسخ عليه حراما و أما عدم نفوذه فلا يثبت بهذا العام فيحتاج إثباته إلى عنايه أخرى.

لأننا نقول ان العرف لا يفهمون من تباني المتبايعين على عدم الفسخ للعقد في قوله: بعث، بشرط ان لا أفسخ الا انه لو فسخ العقد بعد ذلك كان فسخه لغوا و غير نافذ، بل لا معنى للاشتراط في نظرهم الا هذا كما هو واضح فاذا كان الأمر عندهم كذلك يكون مفاد «المؤمنون عند شروطهم» أيضا ناظرا الى هذا المفهوم العرفي، و إرشادا الى أن المؤمن إذا شرط شرطا فلا بد له من الوقوف عند شرطه، و ان لا يتجاوز عنه، و الا كان غرضه لغوا و سعيه عبثا.

و الحاصل أن الشروط التي أمر بوجوب الوفاء بها أو بحرمة الترك هي الشروط المعروفة المتداوله بعينها عند العرف في استفاده المراد منها و هو الحكم الوضعي.

و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه اتفاق الأصحاب كاه و الحنفية في باب الرهن على أن الراهن إذا و كل المرتهن في بيع الرهن ثم عزل الوكيل لم يكن عزله نافذا و يكون لغوا و غير مؤثر كما لا يخفى.

و خلاف الشهيد قدس سره في المقام مبني على أصل انفرد به نفسه و هو غير مضر في المقام أصلا.

فظهر من جميع ما ذكر أن ما وقع من الفسخ و الرجوع و العزل و غير ذلك، لا حظ لها من الأثر بعد فرض شرط عدمها في متن العقد، فيكون وجودها كعدمها لما ذكرنا من الوجه.

ثمّ مع ذلك كله لو ادعى الخصم ثبوت التأثير لها فعليه إثباته بالدليل كما لا يخفى.

دفع توهم.

قد يتوهم مما سبق أنه لو قلنا: بعدم تماميه الاستدلال بعموم «المؤمنون عند شروطهم» للمقام، أو أغمضنا عن الاستدلال به و استدللنا بالاستصحاب استقلالاً فيتوجه إشكال حينئذ في المقام.

و هو أن المانع الذى يترأى من العمل بمفاد أدله الخيار من قوله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» فيه هو كون أدله الشروط حاكمه عليها لكونها متكفله لبيان العناوين الثانويه بخلافها، فإنها متكفله لبيان العناوين الأوليه، فيكون على هذا حاكمه عليها، و قد أشير الى ذلك فيما سبق أيضاً فحينئذ إذا فرضنا عدم تماميتها فيه فلا مانع حينئذ من العمل بمفادها، و لم تصل النوبه إلى العمل بالاستصحاب و الاستدلال به لما نحن فيه، فضلاً من أن يكون فيه غنى و كفايه.

لأنها عموم لفظى بخلافه فإنه أصل عملى، و العموم اللفظى مقدم على الأصل.

و بعبارة أخرى إنها أدله اجتهاديه و الأصول أدله فقاهيه فهى مقدمه عليها فلا مجال لها مع وجودها.

و لكن يندفع ذلك الإشكال بأن نقول:

ان أدله الخيار انما تدل على الحكم التكليفى أعنى جواز اعمال الخيار أعنى السلطنه على الفسخ و الإمضاء و على الحكم الوضعى و هو كون الفسخ أو الإمضاء منه صحيحاً و نافذاً، و إذا انتفى أحد الحكمين

فى مورد بجهه من الجهات فلا يبقى لها صلاحيه صدق فيه.

ففى ما نحن فيه لما اتفق المتبايعان على عدم فسخ العقد علم منه أن فسخه ليس بجائز بل حرام، فإذا ينتفى الجواز الذى هو بعض مفاد تلك الأدله و يبقى بعض مفادها و هو الحكم الوضعى من الصحه و النفوذ، فلا يكون مجال لورودها حينئذ فيبقى التمسك بالاستصحاب بلا مانع و بلا مزاحم.

الثالث من مسقطات خيار المجلس اشتراط إسقاط الخيار

إشاره

قال الشيخ قدس سره: مقتضى ظاهر هذا الاشتراط وجوب الاسقاط بعد العقد، فلو أخل به ففسخ العقد، ففي تأثير الفسخ وجهان المتقدمان، و الأقوى عدم التأثير. (١)

و الحق أن مرجع هذا القسم من اشتراط إسقاط الخيار كسابقه أيضا الى القسم الأول من اشتراط سقوط الخيار حقيقه، و أن وقوع الفسخ و غيره بعد الاسقاط لا أثر له أصلا، كما قال به الشيخ قدس سره أيضا.

و هذا لا اشكال فيه.

لكن يتوجه عليه قدس سره هنا اشكال و هو أنه بعد البناء على أنه بمجرد اشتراط الاسقاط يسقط الخيار كما هو مقتضى قوله «و الأقوى عدم تأثير الفسخ لو أخل بالشرط و فسخ» فحينئذ لا يبقى في المقام شيء كى يجب عليه إسقاطه بعد العقد مره ثانيه كما لا يخفى.

فظهر من ذلك أنه لا وجه لقوله «و مقتضى ظاهر هذا الاشتراط وجوب الاسقاط بعد العقد» كما هو واضح.

قال الشيخ رحمه الله: «و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشتري الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ؟ وجهان. من عدم حصول الشرط و هو إسقاط الخيار بعده- هذا إشاره إلى وجه ثبوت خيار تخلف الشرط- و من ان المقصود منه إبقاء العقد على حاله فلا يحصل إلا إذا فسخ العقد- هذا إشاره الى عدم ثبوته.

ثم قال قدس سره: و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار أى خيار التخلف للمشروط له، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار له (١).

و لكن لا يخفى ما فيه أيضا من الاشكال.

و هو أن للمشروط يكون خيار تخلف الشرط بمجرد تخلف المشتري عليه بشرطه و هو إسقاط الخيار بعد العقد، سواء قلنا بعدم تأثير الفسخ أم بتأثيره، و ابتناء ثبوت الخيار على تأثير الفسخ و عدمه على عدم تأثيره لا وجه له أصلا، بل حال القول الأول من عدم تأثير الفسخ مثل حال القول الثانى فى ثبوت الخيار من دون فرق بينهما أصلا.

وقد يقال: ان اشتراط إسقاط الخيار بعد العقد غير صحيح فى خصوص المقام و ان كان لاشتراطه فى غيره من سائر المقامات مجال.

و ذلك: فان مقتضى ذلك منع تأثير ما يتحقق بعد ذلك من العلة التامة و الإخلال بما هو علة تامة لتحقق أمر آخر و وجوده، فان العقد علة تامة لثبوت الخيار، فلو جاز اشتراط إسقاطه بعد العقد، يلزم عدم كون العلة التامة علة تامة للخيار و المفروض أنها علة تامة لثبوته.

أقول:

انه لا- طائل تحته، لان العقد ليس عله تامه له بل هو مقتضى له و المقتضى انما يؤثر تأثيره إذا لم يمنعه مانع عن اقتضائه و لم يدفعه دافع عن ذلك، و الاشرط المذكور احداث مانع عن تأثيره و اقتضائه و إيجاد دافع و مبطل كذلك عند اقتضائه فى محله و موقعه كما مر إليه الإشاره فيما سبق أيضا.

على أن هذا الوجه من الاشكال لو تمّ لثم فى سائر الموارد أيضا فلا وجه لخصوص هذا المورد كما لا يخفى،

حول كلام للشيخ

حكى الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه فى المكاسب عن العلامة رحمه الله موردا لعدم جواز اشترط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد.

و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، بان قال: «على أن أعتقك إذا بعتك».

قال: «لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار» ثم قال قدس سره: هذا مبنى على ان النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافيه له، و أن الأقوى فى الشرط أيضا كونه كذلك.

أقول: لا يخفى ما فيه من باعث التعجب و البعد، لعدم ابتناء كلامه قدس سره على ما ادعاه الشيخ الأنصارى بل لا ربط لكلامه له

أصلاً، بل يبتنى كلامه هذا على المسأله الكليه المعروفه عند الأصحاب التي من جملتها تلك المسأله المفروضه، و هي هل الشرط الفاسد في العقد يفسد العقد أو لا يفسده، بل يكون الشرط فاسدا فقط.

و الذي يؤيد ما ذكرناه ذيل قوله قدس سره: «و على قول بعض علمائنا من صحه البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط و يصح البيع» و هو كما ترى يدل على ما ادعيناه من مختار العلامه كما لا يخفى (١).

الرابع من مستقات خيار المجلس نفس إسقاط الخيار بعد العقد

إشاره

و يمكن الاستدلال عليه بعد الإجماع بأمور:

الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف من النص

معللا بأنه رضا بالبيع فإسقاطه حيثئذ يكون كاشفا عن رضا بالبيع.

لكن فيه أن السلطنه على أعمال الخيار بإيجاب البيع و فسخه كما هو مفاده لا يستلزم السلطنه على قلع الخيار عن أصله و إسقاطه من رأسه كما فى فرض إبقائه أيضا كذلك إذ هو يحتاج الى دليل آخر غير دليل ثبوته، لأنه لا يدل على مزيد مما ذكر فضلا عن دعوى الفحوى.

الثانى: فحوى «الناس مسلطون على أموالهم»

فإنهم اولى بالتسلط على حقوقهم العارضه على أموالهم و المتعلقة بها و قد تعسى فى المكاسب (١) أن هذه الفحوى هو مدرك القاعده المسلمه: من أن لكل ذى حق إسقاط حقه.

و لكن فيه أيضا أن تسلط الناس على أعيان أموالهم بناء على أنه مضمون الروايه (٢) - و الا - فليس فى الاخبار منه عين و لا اثر فضلا عن

١- راجع المتاجر ص ٢٢١

٢- البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

- كونه آية قرآنيه كما توهمه بعض - ليس إلا- لأجل علاقته الملكيه لهم و اختصاصها الخاص بهم دون غيرهم، و ليس بين الأشخاص و حقوقهم اختصاص خاص أصلا فضلا عن كونه أقوى من الاختصاص الثابت بينهم و بين أموالهم و إنما كان نفس الحق عبارته عن اعتبار خاص بينه و بين ذيه الذى تعلق به بناء العقلاء، فيكون حال الحق مثل حال الملكيه فى عدم التسلط على رفع اليد عنه مع حفظ متعلقه الا مع فرض رفع اليد عنه أيضا.

كما أن تسلط المالك على الملك لا يستلزم التسلط على ملكيته بحيث يتمكن من رفع اليد عنها دونه. نعم يتمكن من رفعها تبعا لرفع الملك كما فى الاعراض عن الملك، فإنه إنما كان من جهة التسلط على الملك لا الملكيه و غيره.

فظهر أن دليل التسلط على الأموال لا يكون دليلا على التسلط على الحقوق بالفحوى.

على أن دليل السلطنه ليس فى مقام تشريع السبب من التصرفات بناء على أن الاسقاط تصرف من جمله التصرفات - مع أنه فى محل المنع لما يجىء من الإشاره اليه - و لا - المسبب، بل إنما كان فى مقام إثبات السلطنه للمالك فيما ثبت كونه من الأمور الجائزه السائغه فى الشرع من التصرفات و أسبابها فى قبال الحجر و المنع عنها، فلا بد حينئذ من كون لفظ «أسقطت» من جمله تلك الأمور، سابقا على دليل السلطنه كى يكون مقتضاه إثبات نفوذه و مضيه و هو خلاف الفرض فى المقام، إذ المفروض إثبات جوازه بهذا الدليل.

و لعل الوجه فى القاعده السابقه المسلمه من أن لكل ذى حق

إسقاط حقه، كون الحق عند العقلاء اعتباراً خاصاً عندهم كما مرت إليه الإشارة يسقط بإسقاط ذيه، ولذا كانت مسلمة عندهم بداهة أن الوجه فيها لو كان فحوى تسلط الناس على أموالهم لما كانت مسلمة فيما بينهم لما مر.

و بما ذكرنا ظهر ما في الاستدلال بالفحوى المذكوره على سقوط الخيار بكل لفظ دال عليه بإحدى الدلالات العرفيه من الاشكال و المنع.

الثالث: فحوى ما دل على كفايه بعض الأفعال الصادره من المالك فى إجازة عقد الفضولى.

و فيه منع الملازمه، فضلا عن دعوى الفحوى فى المقام لانطباق الصغرى و الكبرى المسلمتين، من أن كل عقد لو أجازة المالك أو تصرف فيه بأى تصرف كان، يكون لازماً فى حقه و نافذاً عليه هناك، و العقد الفضولى عقد تصرف فيه المالك لازماً عليه، بخلاف الكلام هنا، فان تحقق سقوط الخيار لكل لفظ دال عليه غير معلوم ثبوته كى يلزم سقوطه بالإسقاط.

الرابع:

قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ (١) بيان الاستدلال فيه واضح.

و لكن فيه أن المراد من الموصول فى الآية هو الوعد على ما استشهد بها الامام عليه السلام على لزوم الوفاء به (٢)، و الاسقاط ليس من قبيل الوعد عرفاً.

١- الصف: ٣

٢- تفسير البرهان ج ٤ ص ٣٢٧.

على انه من قبيل الإنشاء و الوعد من قبيل الاخبار.

الخامس:

عموم قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) بناء على أن المراد من العقود هو العهود، فالإسقاط أيضا عهد من جملتها فيجب الوفاء به. وفيه أن الإسقاط ليس من العقود بل من الإيقاعات و لذا لا- يفتقر الى القبول، فلو أسقط الخيار من دون اطلاع الطرف الآخر لكان نافذا.

السادس:

حصول صدق الاسقاط النافذ عرفا لو قال ذو الخيار:

أسقطت خيارى، بمقتضى ما تقدم من التسلط على إسقاط الحقوق.

و فيه أنه موقوف على تسليم الفحوى و هو فى محل المنع.

السابع: عموم أدله الشروط.

و فيه أنه موقوف على إثبات شمولها للالتزامات الابتدائية و هو أول الدعوى.

و لكن الإنصاف أن مقتضى النص بعموم التعليل بقوله عليه السلام:

«انه رضا بالبيع» (٢) يدل على ان كل قول أو فعل كاشف عن الرضا بالبيع كاف فى سقوط الخيار، من غير فرق بين إمضائه بإعمال الخيار و بين إسقاط أصل الخيار، و هذا النص (٣) دليل على المطلب و مخصوص بالبيع.

١- المائدة: ١

٢- الوسائل، الباب- ٤- من أبواب الخيار- الحديث ١

٣- أى الروايه السابقه التى فيها «انه رضا بالبيع».

و أما القاعده المسلمه

فالتحقيق فى بيانها أن يقال: انه لو كان لكل ذى حق حق قابل للنقل، و علم من الشرع أن الغرض من جعله ليس إلا الإرفاق فى حق كل ذى حق و وجود المصلحه له، و أنه لم يعتبر فيه جهه تعبيديه من قبله، صح له إسقاط هذا الحق عند العقلاء.

فعلى هذا لا- يكون اعتبار العقلاء مأخوذاً فى الحق بقول مطلق، بل هو مخصوص بهذا الصنف منه، فلا ينتقض ما ذكرنا حينئذ بالحقوق غير القابله للنقل، مثل الحقوق المنتزعه عن الذات كحق الأبوه و الاخوه مثلاً، و لا بالحقوق التى علم فيها اعمال الشارع الجبهه التعبيديه، كحق الرجوع فى الطلاق على تقدير.

و الحاصل أن كل مورد علم فى جعله ملاحظه إرفاق المكلف و علم أيضاً عدم ملاحظه جهه تعبيديه فيه فله أن يرفع اليد عنه بالإسقاط و غيره كما فى المقام، و ان علم مع ذلك لحاظ جهه تعبيديه فيه فليس له ذلك.

نظيره سقوط الركعتين من صلاه المسافر، فإنه و ان علم انه تخفيف و إرفاق للمكلف الا انه علم فيه أيضاً لحاظ جهه تعبيديه فلا يجوز له ضمهما لصلواته المقصوره.

و ان شك فى مورد فى لحاظها و عدمه، فالأصل عدم جواز رفع اليد عنه كما فى حق الرجوع فى الطلاق بناء على عدم العلم باعتبار الجبهه المذكوره فيه و عدمه.

هل الكتابه كالتقول؟

ثم هل الكتابه يقوم مقام القول فى المقام فى جميع ما يترتب عليه من اللوازم و الاثار؟ وجهان مبنيان على أن ظواهر الافعال كظواهر الأقوال فى حجيتها بسبب الدليل و عدمها.

فان قلنا بالحجيه فلا بد حينئذ من إخراج الطلاق بالكتابه عنها لعدم انعقاده إلا بالإنشاء القولى بالاتفاق.

و ان قلنا بعدمها فلا بد أيضا من إخراج إشاره الأخرس عنه.

و التحقيق عدم حجيتها لعدم قيام الدليل من الإجماع و السيره عليها كما قامت السيره على حجيه ظواهر الأقوال.

نعم لو علم من الخارج أن المراد من الكتابه ليس إلا إسقاط خيار ذلك الكتاب مثلا لقامت مقام قوله، كما فى غير هذا المقام و الا فلا لما مر.

هل يسقط الخيار بقوله: اختر

لو قال أحد المتبايعين للآخر: «اختر» فان اختار المختار- بالفتح- الفسخ فلا إشكال في انفساخ العقد، و ان اختار الإمضاء فلا إشكال أيضا في لزومه من قبله.

و انما الاشكال و النزاع في سقوط خيار الأمر، بمعنى أنه هل يسقط بمجرد أمره بذلك في هذا الفرض أولا.

أقول: ان غايه ما يمكن الاستدلال به على سقوطه أحد الأمرين:

الأول: أن هذا الأمر هنا غايه تعبدية للخيار كما يترأى من بعض أخبار هذا الباب، من «أن البيعين بالخيار ما لم يقترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر (١)» كما أن افتراقهما كان غايه تعبدية له، فحينئذ يسقط خياره بمجرد اختياره لحصول المغيى عند حصول غايته.

لكن فيه أن التحقيق أنه ليس غايه تعبدية لعدم الدليل عليه، و اما ما ذكر من الخبر فلم يثبت كونه من طرفنا الإماميه و انما هو من طرق العامه.

الثاني: انه يدل على تملك الأمر خياره على المأمور و تفويضه

١-المستدرک، الباب- ٢- من أبواب الخيار، الحديث ٣

إليه فاذا اختار المأمور الإمضاء يسقط خيار الأمر.

و فيه أن الظاهر أن كلمه «اختر» لا دلالة لها بحسب وضعها الا على طلب اختيار المخاطب أحد طرفى العقد من الفسخ و الإمضاء، و إرادته منه كذلك، و ليس فى مفاده دلالة على تمليك الخيار و تفويض الأمر إياه إلى المخاطب كما لا يخفى.

و ما ورد من السؤال عنه عليه السلام عن رجل خير امرأته فاخترت نفسها فبانت و الجواب عنه بقوله عليه السلام: لا انما هذا شىء كان لرسول الله صلى الله عليه و آله خاصة إلخ» (١) لو سلم دلالة على المطلب، بضميمه أن أمر الطلاق بيد من أخذ بالساق، انما هى بقرينه المقام لا ان كلمه «اختر» بنفسها تدل على التمليك و التفويض.

تنبيه.

ثم اعلم انه لا إشكال فى ان إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر، فلو فسخ الآخر انفسخ العقد لكن لا من جهه تقديم الفاسخ على المجيز بل من جهه بقاء خياره على حاله بعد إسقاطه.

مع ان الفرض المذكور ليس من هذا القبيل أصلا كما هو واضح نعم قد يقال: انه لو كان تعارض بين الإجازة و الفسخ كما لو أجاز الأصيل أو الوكيل العقد، و فسخه الآخر منهما دفعه واحده الكائنين فى طرف واحد مع فرض كون الطرف الآخر مجيزا أيضا أو بلا خيار أصلا،

١- الوسائل، الباب- ٤١- من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٤ و غيره.

كانت المسأله من باب تقديم الفسخ على الإجازة.

و كذا لو تصرف ذو الخيار فى كلا العوضين دفعه واحده، كما لو باع عبدا بجاريه ثم أعتقها جميعا فإن إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاريه اجازة.

و كذا غير هذين الموردين من الأمثال و النظائر.

لكن لا- يخفى ما فيه من عدم المعقوليه، إذ كيف يعقل إيقاع الفسخ و الإجازة، كما فرض فى المثال على قول هذا القائل من شخص واحد دفعه واحده، مع أن حريه العبد بسبب تقديم الفسخ على الإجازة، لأنه لا ينعقد الا بعد دخوله فى ملكه بعده و لازمه القول بحريه العبد دون الجاريه مع أنه انما أعتقهما فى ملكه على الفرض، و هو غريب عجيب.

نعم يمكن فى المقام أن يقال: انه لا وجه لتقديم الفسخ على الإجازة لمكان التعارض على الفرض، لان مقتضى الإجازة تثبيت للعقد و الفسخ ابطال له و هما متنافيان، و لا وجه لتقديم أحدهما على الآخر فمقتضى القاعده التساقط فى جميع تلك الأمثله و ان نسب إلى العلامه التقديم، لكن لم يعلم له وجه.

الخامس من مسقطات خيار المجلس افتراق المتبايعين.

لا إشكال في سقوطه به، وإنما الإشكال فيما يكتفى به في صدق الافتراق.

قد يقال: أن المعتبر منه ما يكون في نظر العرف افتراقاً.

وقال الشيخ الطوسي قدس سره: «أقل ما يتحقق به الافتراق و ينقطع به خيار المجلس خطوه». (١)

وقال الشيخ الأنصاري أعلى الله مقامه: «أن معنى حدوث الافتراق المسقط خيارهما افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما قبل افتراقهما و حين العقد» (٢) و حاصل ما يستفاد من قوله (رحمه الله) كفايه حدوث الافتراق في سقوط الخيار و لو كان أقل من خطوه بل مسماه.

و الحق هو القول الأول أعنى ما يسمى في نظر العرف افتراقاً و هو لا يصدق في نظرهم بمثل الخطوه أو أقل منها، لا سيما إذا كان هذا المقدار منه لأجل تحصيل بعض الأغراض المتعلقة لنفس المعامله كما إذا

١- الخلاف ج ١ ص ٥١٢ طبع ١٣٧٧.

٢- المتاجر ص ٢٢٢

افترقا بمقدار خطوه أو بأقل منها لأخذ الثمن أو المثل، أو لأجل الفسخ في المجلس لضيق المكان، أو لشده الحراره أو غير ذلك من الأغراض السائعه له، فحينئذ فإنه لا يصدق حينئذ الافتراق بالإشكال.

و يمكن الاستدلال على مختاره قدس سره بأحد أمور:

الأول: ما في بعض الروايات من قوله: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا» (١) فأن قوله: «حين افترقنا» يدل على أن وجوب البيع كان عن حين المفارقه و هو الان الذي أخذ بالافتراق و شرع فيه، فيكون هذا دليلا و شاهدا لقوله قدس سره.

الثاني: انه إذا علمنا أن اللفظ لو استعمل في الفرد النادر علمنا من ذلك أنه يستعمل في الافراد الشائعه و النادره كليهما معا كما ادعى السيد قدس سره نظير ذلك في باب المياه في مسأله جواز التطهير بالماء المضاف، (٢) ففي ما نحن فيه لما كان الافتراق الذي يتحقق في ضمن الخطأ الثلاثه من الافراد النادره موجبا لسقوط الخيار، يعلم منه أنه لو تحقق في ضمن فرد آخر أندر منها أيضا يكون موجبا لسقوطه و لو كان ذلك أقل من خطوه و مسماه.

الثالث: أن المراد من الافتراق في الروايه هو مقابل الاجتماع و هو أنما يتحقق في مقابله بعض الأشياء مع بعض آخر و الافتراق الذي هو خلافه يكون مجرد التباعد بين الشئين أو الأشياء فحينئذ يكون بعد احد المتبايعين و لو قليلا كافيا في سقوط الخيار.

١- الوسائل، الباب - ٢ - من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣.

٢- المسائل الناصريات المسأله ٢٢.

هذا غاية ما يمكن الاستدلال به لمختار الشيخ قدس سره و لتصحيحه لكن كل واحد منها لا يصلح سنداً لإثبات قوله قدس سره.

أما الأول، فإن قوله: «حين افترقنا» أى حين تحقق الافتراق بيننا، فحينئذ يكون معناه معنى قوله: «فاذا افترقا وجب البيع» (١) بعينه من غير فرق بينهما أصلاً لا مجرد الأخذ و الشروع فيه كما هو المدعى. هذا أولاً.

و ثانياً: أن ترتيب وجوب البيع على مثل خطوات و تعليقه عليه يدل على عدم كفايه أقل من ذلك فى لزوم البيع و وجوبه.

و اما الثانى، فإننا لا نسلم أن الخطوات الثلاثة من الافراد النادره، سلمنا ذلك لكن ثبوت الحكم لفرد نادر لا يوجب ثبوته لما كان أندر منه، نعم لو كان مساوياً له فى الندره لصح دعوى ثبوته له أيضاً لكونه مثله.

و اما الثالث، فإن المأخوذ فى الروايه هو عنوان الافتراق الذى هو المعتبر و الميزان فى سقوط الخيار فى نظر العرف، لا مجرد البعد كى يصدق على الخطوه و على الأقل منها.

و من هنا يظهر ما فى التعبير عن الافتراق بأدنى الانتقال و لو كان إصبعا، بل قوله: «قمت فمشيت خطأ» فى الروايه المذكوره، يدل على أن الأقل من الخطوات الثلاثة لا يكفى فى سقوطه فى نظر العرف كما هو الظاهر.

و مما ذكرنا يظهر ما فى منع الشيخ رحمه الله انصراف إطلاق

الخطوه إلى أزيد من خطوه. و فى منعه دلالة الروايه، (١) من الاشكال و دعوى- إمكان كون فعل المعصوم لزياده التوضيح لبيان الفرد للافتراق- غير مسموعه، بل هى محتاجه إلى الدليل و الإثبات، و للمانع يكفى مجرد المنع كما لا يخفى.

ثم ان الافتراق الموجب لسقوط الخيار هو حركه أحد المتبايعين من المكان الذى تبايعا فيه من دون مصاحبه الآخر معه فى الحركه يعنى ان الآخر اما لا يكون متحركا أصلا و يبقى فى المكان الذى كان فيه، أو يتحرك لكن لا إلى الجبهه التى تحرك إليها صاحبه، بل إلى جبهه أخرى منافيه لها. و لعل هذا مراد الشيخ قدس سره من قوله: «ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركه أحدهما و بقاء الآخر فى مكانه إلخ» (٢) فراجع.

الإكراه على الافتراق

لو اكراه على الافتراق فالمعروف عدم إسقاط الخيار عن المكره و يمكن الاستدلال عليه بأمر:

منها: أنه إذا أسند الفعل كالقيام و القعود و الاجتماع و الافتراق مثلا- إلى ذوى الإراده و الاختيار كما صرح به التفتازانى فى المطول أيضا يكون ظاهرا فى الاختيار، يعنى يكون صادرا عن اراده و اختيار لا عن اكراه و اضطرار. فحينئذ الافتراق عن اكراه لا يكون مسقطا للخيار.

و منها: أن قوله صلى الله عليه و آله فى حديث الرفع (٣):

١- ذكره فى المتاجر، ص ٢٢٢ طبع تبريز.

٢- المتاجر، ص ٢٢٢

٣- الخصال ص ٤١٧ طبع الغفارى.

«و ما استكرهوا عليه» انما يدل على ان المكروه- بالفتح- لا أثر لفعله مطلقا حتى الأثر الوضعى بناء على ان هذا الحديث الشريف يرفع الحكم الوضعى أيضا و لا اختصاص له برفع المؤاخذه فقط، كما يدل على ذلك روايه المحاسن (١) حيث استشهد الامام عليه السلام فيها على عدم وقوع الطلاق و العتاق، بهذا الحديث.

و منها: صحيحه فضيل بن يسار عن ابى عبد الله عليه السلام قال قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري. قلت:

و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (٢).

حيث يدل على أن الافتراق الموجب لسقوط الخيار مشروط بكونه صادرا مع الرضا و المكروه لا رضا له و الا لا يكون مكرها.

و لكن يمكن الجواب عن كل منها.

أما عن الأول ففيه أو لا- نمنع أن الفعل إذا أسند إلى ذى الإراده و الاختيار لا بد أن يكون بالاختيار، و ان قال به بعض أهل المعانى و البيان، الا ترى انه مردود بأدله الضمان مثل قوله: من أتلف مال الغير فهو له ضامن و بأدله نواقض الصلاه كمن أحدث فى صلاته فصلاته باطله مثلا و غير ذلك مما ليس فيه صدور الفعل من الفاعل أو قيامه به مشروطا باختياره و ارادته

١- المحاسن ج ٢ ص ٣٣٩ طبع المحدث و الوسائل ج ١٦ ص ١٦٤ طبع إسلاميه.

٢- الوسائل، الباب- ١- من أبواب الخيار، الحديث ٣ و الباب ٣ الحديث ٥.

فى تأثيره.

و ثانيا سلمنا ذلك، لكن القول بأن المكره لا اختيار له فى حال الإكراه فاسد جدا إذ المكره كغيره فى كونه ذا اراده و اختيار فى تلك الحال لان الشخص إذا أكره على شىء بأن يقال له: بع دارك بفلان و الا لأقتلك أو لاقتل ابنك، فإنه من المعلوم يكون مختارا و راضيا ببيع داره كمال الرضا دفعا للضرر الراجع الى نفسه أو ابنه إذا العاقل إذا صار مرددا بين أمرين، و الفرض أنه لا بد من اختيار واحد منهما يختار بكمال الرضا و الرغبة ما هو أهون و أسهل من الأمرين و يترك ما هو أشد و أشق عليه و ان كان منشأ ذلك هو اكراه المكره بالكسر، لكنه لا يضر بحصول الرضا بالبيع عند التردد.

و مثل ذلك قول الطبيب للمريض: أن هذا المرض لا علاج له الا ان تشرب الدواء الفلانى أو تأكل الفلانى المعجون الكذائى أو تعطينى المبلغ الكذائى حتى أعالجك و المفروض انه لا- يتمكن و لا- يقدر على ذلك الا- ببيع داره أو عقاره مثلا فهو حينئذ يرضى ببيعها بكمال الطوع و الرغبة لكى ينجى نفسه منه كما هو أوضح من أن يخفى على احد.

و اما عن الثانى ففيه أولا انا نمنع أن الحديث يرفع الحكم الوضعى بل دلالاته منحصره على رفع الحكم التكليفى و يستتبعه رفع المؤاخذه و كونه دالا على أزيد من ذلك محتاج الى دليل.

و اما روايه المحاسن ففيها كلام طويل فى محله لا يسعه هذا المختصر و ثانيا سلمنا ذلك، لكن قوله: «و ما استكرهوا عليه» فى الحديث المذكور لا يشمل ما نحن فيه بل هو خارج عن مفاده و الا يلزم ان يكون

الحديث معمولاً به بالنسبه الى بعض فقراته و غير معمول به بالنسبه إلى بعضها الآخر، إذ القوم قد اتفقوا في ان الافتراق مسقط للخيار و لو كان في حال سهوا و نسيان أو خطأ أو اضطرار أو غفله أو جنون أو غير ذلك مما يصح نسبه الفعل الى الشخص و صدوره عنه و لو كان ذلك عنه بتقصير أو قصور، كما ان المعتبر في باب الضمان أيضا كذلك يعنى إذا صح نسبه الفعل الى المتلف مطلقا.

و ثالثا ان الأصحاب فرقوا بين من اكره بالافتراق و بالتخاير كليهما و بين من اكره بالافتراق فقط دون التخاير، فقالوا: ان الخيار يسقط على الثانى دون الأول، مع ان الإكراه حاصل على كلا التقديرين كما لا يخفى و اما عن الثالث، ففيه أولا أنا لا نسلم أن المراد من الرضا الذى فى قوله عليه السلام: «بعد الرضا منهما» هو الرضا بالافتراق، بل المراد منه هو الرضا بأصل المعامله.

و ثانيا: ان قوله عليه السلام: «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» تفريع للغايه التى فى قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» فلو كان الرضا فيه مأخوذاً فى الافتراق و معتبرا فيه كما هو المدعى يلزم تفريع المقيّد على الغايه المطلقه، مع أن المتفرع - بالفتح - لا بد من أن يكون مطابقاً للمتفرع عليه إطلاقاً و تقييدا كما هو مقتضى القاعده و الا فلا يكون تفريعا له بل شيئا أجنبيا كما هو واضح.

على أنه يعارض لقوله عليه السلام: «فمشيت خطأ ليجب البيع (١)» فإنه يظهر منه كفايه مطلق الافتراق فى اللزوم و ان بقى الطرف الآخر على حاله

فيكون و زان هذه الصحيحه و زان سائر أخبار الباب في عدم الدلاله على المقيد. و قد يتمسك في المقام بالإجماع المنقول.

و فيه: أن حجيه الإجماع الذي لم يعلم كاشفيته عن رأى المعصوم عليه السلام ممنوعه جدا.

لكن يمكن أن يستدل للمسأله بحيث لا ينافى قول المشهور بل ينطبق عليه بأن يقال: ان جعل الخيار في مواده انما هو للإرفاق و سهوله أمر المتعامل لثلا يقع في خسر و ضرر بالمعامله، فحينئذ يكون الحكم بسقوط الخيار بسبب فعل الغير كالافتراق مع الإكراه و مع منع التخايير أيضا خلاف الإرفاق له.

نعم لو استند الفعل اليه و لو كان صدوره عن قصور كما إذا تفرق نسيانا أو غفله أو في حال السكر أو الإغماء أو الاضطرار أو الإكراه مع عدم المنع من التخايير فلا يكون حينئذ خلاف الإرفاق كما لا يخفى.

فرع

اشاره

لو أكره أحد المتبايعين على الافتراق و منع عن التخايير أيضا دون الأخر.

فهل يسقط خيار المختار فقط!.

أو يسقط خيارهما معا؟.

أو لا يسقط خيار كل منهما أصلا؟.

أو يسقط خيار المختار لو فارق عن المجلس و الا فلا؟.

وجوه بل أقوال.

مبنى على أن التفرق المسقط للخيار هو ما كان عن اختيار في مقابل

الإكراه عليه و على منع التخاير، على أن مفاد قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع» هو أن تفرق كل واحد منهما مسقط لخياره دون خيار الآخر حتى يكون تفرق المختار مسقطا لخياره دون خيار المكره.

أو أن مجموع التفرق الحاصل منهما غايه لكلا الخيارين حتى يكون اللازم ثبوت خيارهما فى المقام.

أو أن حصول الافتراق غايه لكل من الخيارين و لو صدر من واحد منهما حتى يكون اللازم سقوط خيارهما لحصول الافتراق الاختيارى الذى هى الغايه.

هذا إذا كان أحدهما مختارا مطلقا كما هو الفرض ان قلنا ان الساكن أيضا متفرق أو فى صورته خصوص مفارقه الآخر عن المجلس ان لم نقل انه متفرق.

فأقول: ان الأظهر منه هو الأول و ذلك لادن البيعان فى قوله عليه السلام تنبيه و هى فى قوه تكرير المفرد، و قوله عليه السلام «البيعان بالخيار» فى قوه قوله البائع و المشتري بالخيار، و قوله «ما لم يفترقا» فى قوه قوله ما لم يفترق البائع و المشتري، فالمقابله فيها من حيث الحكم ثبوتا و سقوطا على نحو واحد، فيكون تفرق كل واحد منهما مسقطا لخيار نفسه.

و كون مجموع التفرق غايه لكلا الخيارين اللازم منه ثبوت خيارهما فى المقام خلاف الظاهر.

و كون حصول الافتراق و ان كان من واحد، غايه لكليهما مطلقا

أو في خصوص مفارقه الآخر المختار عن المجلس بعيد في غايه البعد بل لا معنى له في الظاهر، لأنه لا يمكن حمل قوله: «حتى يفترقا» على معنى «حتى يحصل الافتراق من واحد لا بعينه» كما لا يخفى.

تنبيه

ان زوال الإكراه تاره يتصور بالنسبه إلى مجلس العقد بأن زال الإكراه على افتراقهما عن مجلسه فقط لا مطلقا و يعبر عنه بالإكراه الخاص.

و اخرى يتصور بالنسبه إلى الإكراه المطلق بأن أكرهوا على الافتراق مطلقا في مجلس العقد و غيره أيضا، فيعبر عنه بالإكراه المطلق في عنوان المسأله.

هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

الثانى من الخيارات، خيار الحيوان

إشاره

لا إشكال فى ثبوته للمشتري لما هو مقتضى الأخبار المستفيضة (١) و الفتاوى.

و انما الإشكال فى أنه هل هو ثابت فيما كان له حياه مستقره، فلا- يشمل لما لا يستقر له الحياه مثل السمك المشتري حيا المشرف للموت و الصيد المرمى المشرف له لاصابه السهم اليه أو جراحه الكلب المعلم عليه و الجراد المحرز فى الإناء أو أمثالها مما ليس له بقاء ثلاثه أيام بل الغرض الأصيلى من بيعه و شرائه هو اللحم، أو لا، بل كان عاما شاملا لكلا القسمين من الحيوان؟.

الظاهر أنها غير شامله لمثل هذا القسم من الحيوان، اما لما مر من أن الغرض من البيع و الشرى فيه هو اللحم لا بلحاظ انه حيوان حى فلا- يشمل الاخبار عليها، و اما لانصرافها عنها لان الظاهر من سياق النصوص فى ذلك الباب كون الحيوان من شأنه بقاء ثلاثه أيام كما هو واضح، و ما نحن فيه ليس له شأنه البقاء على الفرض.

و على تقدير شمول أخبار الخيار على ذلك القسم أيضا هل مقدار

١- راجع الوسائل، الباب- ٣- من أبواب الخيار.

الخيار، مده حياته، أو يمتد الى آخر ثلاثه أيام أو هو فوري وجوه.

لكن لو قلنا بشمول الاخبار مثل المقام كان المتجه أن مدته فيه الى ثلاثه أيام لصدق الحيوان عليها و أن المدار على كونه حيوانا حال العقد لا بقاؤه الى انقضاء ثلاثه أيام و عدم تسليم الانصراف فيها و الا فلا خيار فيها مطلقا.

الا- أن البحث عن أمثال ذلك لا أهميه له فى المقام و انما ينبغى التعرض لما هو أهم من ذلك على تقدير شمول اخبار الخيار لما ليس له حيوه مستقره و هو:

اشكال التعارض بين القاعدتين

انه تسالم القوم بأن التلف فى زمان الخيار لا- يسقط الخيار و بان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، و الحال ان مقتضى هاتين القاعدتين فى المقام إثبات الخيار على الاولى و نفيه على الثانيه، و ليس هذا الا التناقى بين مفادهما بناء على توجيههم القاعده الثانيه بأن التلف موجب لانفساخ العقد كما فى التلف قبل القبض أيضا كذلك، فإنه من مال البائع لكونه موجبا لانفساخ العقد و الا- فلا- وجه لانه يكون ممن لا خيار له أو من البائع لكونه فى ملك المشتري واقعا تحت يده، لاستلزامه المخالفه بين القاعده الأخيره و بين قاعده عدم ضمان الشخص لمال الغير.

نعم يمكن الجواب عن المنافاه المذكوره بالنسبه الى ما ليس له حياه مستقره لان ذهاق الروح عنه لا يوجب صدق التلف عليه لما مر من أن الغرض منه هو اللحم و هو موجود فعلا و لم يكن تالفا.

و اما بالنسبه الى ما كانت له حياه مستقره فالتنا فى باق على حاله

رفع الاشكال

نقول: فيه أولا- انا لا- نسلم ان التلف يوجب انفساخ العقد، إذ ليس ذلك اتفاقا عند الأصحاب، بل قال به جماعه منهم، لكن قولهم ذلك ليس عندنا بمسلم على ان كونه سببا للانفساخ خلاف القاعده و الارتكاب به فرارا عن مخالفه قاعده عدم الضمان لمال الغير كر عما فر عنه.

و ثانيا: أن التلف فى نفسه ان لم تلازمه جهه أخرى من الجهات لا- يكون موجبا لانفساخه، و الذى كان موجبا لانفساخه فى المقام هو كونه مقرونا باختصاص الخيار للمشتري و الموجب له هى تلك الجهه، و لذا لو كان الخيار مختصا للبائع أو مشتركا بينهما، أو كان الخيار خيار العيب لما يجرى فيها ذلك الكلام بلا اشكال.

على أن الموارد التى قالوا فيها بانفساخ العقد ليست بأزيد من الموارد الثلاثه و هى خيار المجلس و خيار الحيوان و خيار الشرط كما قال به الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه، بل عن صاحب الجواهر أنه منحصر فى الأولين فقط و لا يجرى فى غيرهما من الشرط و غيره

هل هذا الخيار مختص بالمبيع الشخصى؟

ثم هل ذلك الخيار مختص بالمبيع الشخصى المعين أو يجرى فى الكلى أيضا؟ قد يقال بالأول لانصراف الأخبار إليه لكثرة وجوده و غلبته فى معاملته الناس، و لما جعل الخيار من أجله من الحكمة و هى الاطلاع فى ثلاثه أيام بما فى المبيع من العيوب الخفيه، فإن تلك الحكمة الملحوظه فيه انما هو مناسب بالنسبه إلى المبيع الشخصى، و اما بالنسبه إلى الكلى فلا وجه لها.

لكن فيه ما لا يخفى من الفساد.

أما أولا فلانا لا نسلم الانصراف أصلا.

و ثانيا: سلمنا ذلك لكن الكثرة و الغلبه هي كثره الوجود و الغلبه و هي غير مفيده و انما المفيد انما هو كثره الاستعمال بحيث لا يتبادر من اللفظ عند استعماله غير ذلك المعنى الشخصى و هو ممنوع فى المقام.

و ثالثا: أن الحكمه المذكوره لو سلمنا كونها وجها لجعل الخيار أنما هي مفيده للظن لا لليقين فلا فائده للاعتماد عليه ما لم يتم عليه دليل من الخارج.

نعم لو ادعى الظهور الذى يختلف باختلاف الأذهان كان له وجه

هل هذا الخيار مختص بالمشتري أولا

اشاره

هل هذا الخيار مختص بالمشتري أو مختص بمن ينقل اليه الحيوان مطلقا ثمنا كان أو مثمنا أو مشترك بين البائع و المشتري؟ أقوال.

المشهور هو الأول.

و استدل له بعد الإجماع كما عن الغنيه و ظاهر الدروس (١) بوجوه:

منها: عموم قوله تعالى:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢)» لكن خرج منه المشتري بسبب القرينه الخارجيه و بقى الباقي تحته، و كذا الكلام فى عموم قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع» (٣) خرج عنه المشتري بسبب الدليل الخارجى.

١- الدروس، كتاب الخيار، الدروس الثانى و لم نجده فى الغنيه فراجع.

٢- المائده: ١

٣- الوسائل، الباب- ١- من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣

و منها:

أشاره

صحيحه الفضيل بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام «قال قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري، قلت: و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (١) و التمسك بها في المقام بوجوه:

الأول: استفاده العرف عن مثل هذه العبارة، الاختصاص و الحصر

نظير استفادته ذلك عن مثل قوله: الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢) و قوله:

«الولاء لمن أعتق» (٣) و نظائرها مما يكون مثله في الأسلوب و السياق.

و القول بإفادتها الحصر و الاختصاص فيهما دونه مع أن كلها على نسق واحد مكابره قطعاً.

الثاني:

انه قد قرر في محله ان تعريف المسند اليه باللام يفيد الحصر، أي حصر المسند به.

الثالث:

ان ذكر القيد في الكلام في مقام التحديد و غيره إنما يدور مدار نكته و فائده فيه حذرا عن صيرورته لغوا، و هي هنا ليست الا اختصاص الخيار للمشتري و الا يكون ذكره لغوا و بلا فائده.

الرابع:

مقابلته عليه السلام قوله: «البيعان بالخيار إلخ» بقوله «ثلاثه أيام للمشتري» فهي أيضا مما يدل على الحكم المذكور من الاختصاص.

١- الوسائل، الباب- ١- من أبواب الخيار الحديث ٣

٢- الوسائل

٣- الوسائل، الباب- ٣٥- من أبواب العتق الحديث ١.

الخامس: مفهوم الوصف،

و هو مفهوم قوله: «ثلاثة أيام للمشتري»، فإنه يدل مفهوما على عدم هذا الشرط لغيره من البائع.

على أن فى بعض اخبار الباب (١) ان تلف الحيوان فى زمن الخيار من البائع، و هو مع ضميمه قاعده أن تلف المبيع فى زمن الخيار ممن لا خيار له، يفيد أن الخيار مختص بالمشتري.

و فى بعض آخر منها (٢) ان المشتري إذا تصرف فى الحيوان لزم البيع، فلو لم يكن أمر المعامله بيد المشتري فقط و كان للبائع فيه حق أيضا لما يصح استناد لزوم البيع اليه بقول مطلق، بل ينبغى أن يقول (ع) لزم البيع من قبله و طرفه. و الحاصل ان اسناد اللزوم الى تصرف المشتري خاصه يكشف عن عدم خيار البائع كما لا يخفى.

على أن فى بعض منها (٣) تقييد ثبوت الخيار للمشتري ب قيد خاص و هو صريح فى المدعى.

و يمكن الاستدلال للقول الثانى بعموم صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: قال رسول الله (ص): البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» (٤) فإن الظاهر من كون صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام، من ينتقل اليه الحيوان و هو البائع.

١- الوسائل، الباب- ٥- من أبواب الخيار.

٢- الوسائل، الباب- ٤- من أبواب الخيار.

٣- الوسائل، الباب- ٣- من أبواب الخيار.

٤- الوسائل، الباب- ١- من أبواب الخيار، الحديث ١

و حمل صاحب الحيوان على المشتري كما عليه صاحب الوسائل (١) لا وجه له بل لو كان المراد منه المشتري يكون العدول من التعبير بالمشتري إلى التعبير بصاحب الحيوان موهما لخلاف المقصود و المعنى المتعارف، لان الغالب في استعمال ذلك اللفظ صاحب المبيع و السلعه و هو البائع لظهوره فيه كما عبر في بعض الروايات عند اختلاف الأقوال التجار بأن القول قول رب السلعه، و معلوم أن رب السلعه هو البائع، فإذا قيل «صاحب الحيوان» فهو بمنزله ان يقال «رب السلعه» و كذا قوله عليه السلام (٢) في بعض آخر منها في جواب سؤال السائل من شرّ بقاع الأرض و هو الأسواق، فبين عند ذلك أن أهلها بين مطفف في القفيز و سارق في الذراع و كاذب في السلعه (٣).

و بعموم صحيحه أخرى له عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا (٤) و تقرير الاستدلال فيها على النحو الذي ذكر في الاولى و لا- يضر شمولها لصوره كون المثلث فقط حيوانا بقرينه قوله (ع) «المتبايعان بالخيار» حيث يشعر بان الخيار ثابت للبائع أيضا في هذا الفرض، لأنها مقيدة بالروايات السابقه المتمسك بها للقول الأول، حيث

١- قاله في الوسائل في ذيل الحديث الثالث من الباب الثالث من أبواب الخيار.

٢- الوسائل: الباب- ٦٠- من أبواب آداب التجاره الحديث ١

٣- دلالة هذه الروايه على المدعى غير واضحه

٤- الوسائل، الباب- ٣- من أبواب الخيار الحديث ٣.

جعل الخيار فيها فى هذا الفرض للمشتري فقط.

و اما موثقه على بن فضال عن على بن موسى الرضا (ع) يقول:

صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام (١) فلا ينافى تقييد صاحب الحيوان بالمشتري.

و بيانه أن احتمال كون القيد واردا مورد الغالب، و مجرد الغلبه كاف فى خروجه عن اللغويه من دون احتياج الى كونه احترازيا كما لا- يخفى بخلاف المطلق المراد منه المقيد فإنه لا بد فيه من وجود قرينه قويه صارفه عن الظهور الأصلى له، و لا يصلح لذلك إلا الغلبه الكامله الموجهه لصرفه عن إطلاقه و توجيهه الى التقييد، و اما الغلبه الناقصه فلا كفايه لها للتقييد.

تزييف أدله القول الأول

إشاره

لكن لا يخفى ما فى القول الأول من المنع.

اما الإجماع، فلان المنقول منه غير مجد لا فى المقام و لا فى غيره، إذ مجرد الاطلاع بأقوال جماعه من الفقهاء الذى غايته هو الاطلاع على فتاوى أربعين أو خمسين فقيها مع عدم الاطلاع بفتاوى غيرهم الذين هم أكثر و أزيد منهم بمراتب عديده، لا يوجب القطع بقول المعصوم كما هو الملاك و المناط فى حجتيه، إذ لعلهم أفتوا بخلاف ما أفتى به الجماعه المعروفه.

على أن المقطوع هو ان مستند فتواهم ليس الا الاخبار المتقدمه التى ستعرف ضعف دلالتها على المدعى.

و مما ذكرنا يظهر حال دعوى الشهره فى المسأله أيضا كما لا يخفى و أما عموم قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و عموم قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» ففى حجيته ما لا يخفى من التأمل بعد ورود تخصيصات كثيره عليه.

و اما الجواب عن الاخبار كلها، فمقتضى فهم العرف من أمثال هذه العبارات لو عرضت عليهم أن السائل فيها انما هو بصدد استفسار حال الحيوان فى مقام بيعه و أن الخيار إلى أيهما يصير من البائع و المشتري و ليس هو فى صدد السؤال عن حال الشراء، فأجاب الإمام عليه السلام (ع) على طبق سؤاله بأن الخيار للمشتري.

و يدل على ذلك أيضا صحيحه ابن رثاب «قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار! للمشتري أو البائع أو لهما كليهما؟»

فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثه أيام نظره فاذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء» حيث ان السؤال فيها عن ذى الخيار فى مقام بيع الجاريه

مسأله

لا فرق بين الأمه و غيرها فى مده الخيار، و لا وجه للقول بأن مده خيار الأمه مده استبرائها، لعدم الدليل عليه.

و لكن يمكن ان يقال: ان هذا القول ليس مبني على أن خيار الحيوان فيها يمتد الى انقضاء مده استبرائها، بل هو مبني على ما هو المعروف من أن المبيع إذا كان مظنه للعيب فمده الخيار فيه يمتد الى العلم بعدمه و لما كانت الأمه مظنه للحمل و هو عيب فيها اتفاقا فحينئذ يكون للمشتري خيار العيب فيها مده استبرائها.

مبدء خيار الحيوان

اشاره

الحق ان مبدء هذا الخيار من حين العقد، فلو لم يتفرقا ثلاثه أيام انقضى خيار الحيوان وبقى خيار المجلس بظاهر قوله عليه السلام:

«ان الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام و فى غيره البيعان بالخيار حتى يفترقا» فإنه (١) جعله مقابلا لخيار المجلس، فكما ان مبدء الثانى من حين العقد فينبغى أن يكون الأول أيضا كذلك قضاء لحق المقابله.

خلافًا لابن زهره حيث جعله من حين التفرق.

و ربما يستدل له بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه أيام من حين العقد، و بأصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد إذ الخيار ان ليسا مختلفين من حيث الحقيقه و الماهيه، و بما دل على أن تلف الحيوان أو غيره من المبيع فى الثلاثه من البائع مع ان التلف فى الخيار المشترك من المشتري، فلو كان مبدءاً من حين العقد دخل فيه خيار المجلس الذى هو مشترك بين البائع و المشتري فيلزم أن يكون التلف فى المجلس من البائع مع وقوعه فى زمان الخيار المشترك فلا بد ان يكون مبدءه بعد خيار المجلس حتى يكون التلف فى زمانه تلفاً فى زمان الخيار المختص بالمشتري فيكون التلف حينئذ من البائع بمقتضى قاعده «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» و يرد الأصل ظاهر الدليل.

على أنه بالتقرير الثانى مثبت لان المقصود إثبات كون الخيار

١- الوسائل، الباب- ١- من أبواب الخيار، الحديث ٣ و الباب- ٣- منها الحديث ٥

بعد انقضاء المجلس و كونه بعده من اللوازم العاديه لعدم كونه قبله على الفرض.

هذا بالنظر الى ترتيب آثار وجود خيار الحيوان بعد الثلاثه من حين العقد، و اما بالنظر الى ترتيب آثار عدمه قبل التفرق، فبالتقرير الأول أيضا مثبت لان الهدف منه ترتيب اثر العدم على ما قبل التفرق، عكس التقرير الثانى، فإنه مثبت من حيث ترتيب اثر الوجود بعد الثلاثه الا أن الانصاف ان الأصل ليس مثبتا الا بالتقرير الثانى كما افاده الشيخ قدس سره (١) إذ معنى المثبتيه هو ما إذا لم يكن فى البين إلا- أثر عقلى، و هذا بالنسبه الى الأصل بالتقرير الأول ممنوع، إذ ليس أثره منحصرا فى عدم احداثه قبل التفرق، بل له آثار آخر مثل جواز إسقاطه أو انتقاله إلى الورثه بالإرث أو غير ذلك مما يعد أثرا له، و هذا بخلافه بالنسبه إلى التقرير الثانى فإنه لا اثر له الا كون الخيار بعد انقضاء المجلس و نظير هذا ما لو شكك فى بناء أنه مسجد أو دار، و المفروض أنه مسبق بعدم كل منهما، فأصله عدم كونه مسجدا لها آثار شرعيه بلا واسطه من جواز تنجيسه و بيعه و شرائه و كذا سائر التصرفات الأخر، بخلاف أصاله عدم كونه دارا إذ ليس لها أثر إلا إثبات كونه مسجدا و هو أثر عقلى.

و يرد اجتماع السببين بناء على اتحاد المسبب، أن استقلال كل منهما فى السببيه موقوف على عدم مقارنته للآخر و الا يكون كل منهما

جزءا للسبب، مع أن هذا على فرض تسليم عدم كون الأسباب معرفات.

و اما معه فلا اشكال.

و أما الأدله الداله على أن التلف من البائع فمحموله على الغالب و هو كونه بعد المجلس.

حل اشكال

اشاره

قد ذهب الأصحاب فيما إذا كان لواحد خيارات متعدده مثل خيار المجلس و خيار الحيوان و خيار العيب و غيرها فى مبيع واحد، إلى انه يجوز له إسقاط بعض منها و إبقاء بعض آخر، مع أن حقيقتهما ليست إلا ماهيه واحده و شيئا فارقا، فكيف يصح فيه ذلك، مع أن الحق الذى يعبر عنه بالخيار ليس قابلا- للتجزيه، إذ ليس له نصف و لا- ثلث و لا ربع و لا أمثال ذلك كى يصح الاسقاط بلحاظ بعضه، و عدمه بلحاظ بعضه الآخر، بل هو فيها شىء واحد حقيقه واحده بمعنى أنه لو أسقط سقط كله و الا فلا يسقط شىء أصلا.

و لكن يمكن الجواب عنه بأحد الوجوه.

الأول: أن إسقاط الخيار فى المعنى

هو الرضا بالعقد و بأصل المعامله كما وردت الروايه بهذا المضمون أيضا مثل قوله عليه السلام:

«فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (١) فالرضا حينئذ يختلف باختلاف متعلقه فاذا تعلق بخيار العيب أو خيار الرؤيه أو خيار المجلس مثلا- يكون الساقط ذلك ليس غيره مما لم يكن متعلق الرضا من الخيارات الأخرى. بل قد يحصل هذا الرضا من جهه دون جهه أخرى فى خيار واحد كما

فى خيار العيب عند اجتماع عيوب متعدده فى مبيع واحد إذا رضى ببعضها دون بعض آخر من البواقي.

الثانى: النقص بالسقوط،

و توضيح ذلك أن المعروف و المسلم بين الأصحاب هو انه لو اشترى حيوانا حصل للمشتري خياران خيار- الحيوان و المجلس قبل أن يتفرقا، فإذا انتفى مجلس العقد بالتفرق، انتفى خياره المختص به و يبقى خيار الحيوان على حاله الى أن يمضى ثلاثه أيام بلا اشكال فيه، فما هو الجواب هناك هو الجواب فيما نحن فيه.

و كذا النقص بما اعتبر فيه الفور و التراخي من الخيارات فان الخيار الفورى إذا لم يعمل به سقط مع العلم به بخلاف التراخي فإنه يبقى الى أن تنتهى مدته المحدوده، مع أن حقيقتهم شىء واحد.

الثالث: بالحل،

و هو أن كونها ماهيه واحده لا- ينافى كونها عديده بالجهات و الإضافات و متعدده باعتبار الشخصيات، كما لا ينافى كونها مجتمعها فى محل واحد شخصى إذ ما يمتنع اجتماعه فيه من الأمور العديده انما هو الأمور المتأصله لا الأمور الاعتباريه التى قوامها باعتبار المعبر و جعل الجاعل كما فى المقام.

فظهر أن التعدد ليس مختصا بالأسباب دون المسببات كما عن بعض بل كما أنها متعدده كذلك المسببات أيضا متعدده.

و ما ذكرناه هو المراد بما فى التذكرة من ان الخيار واحد و الجهه متعدده فى جواب من قال: ان الخيارين مثلان فلا يجتمعان.

على ان مفاد الخيار هو ملك إقرار العقد و ازالته و القدره على فسخ العقد و إمضائه و هو قابل للاشتداد بزياده الجهات فياسقاط بعض

منها تزول مرتبه الشده من المراتب و تبقى مرتبه اخرى منها أخف.

ما المراد من حين العقد؟

و ليعلم أن المراد من حين العقد الذى هو ابتداء زمان الخيار هو حين التملك لا مجرد التلفظ بالصيغه، و اما التعبير بحين العقد، فلعلة للغلبه، لأن الغالب انه لا يحصل الملك الا به إذ المراد من ثبوت الخيار أنه لولاه للزم العقد، و هذا المعنى يختلف باختلاف المقامات، فإنه قد يتحقق من حينه كما هو القسم الغالب، و قد يتحقق بعد القبض كما فى بيع الصرف و السلم، و قد يتحقق بعد الإجازة كما فى الفضولى اما مطلقا أو بالنسبه إلى أحدهما دون الآخر فحينئذ يتحقق التملك بالنسبه إلى الأصيل من حين العقد و بالنسبه إلى الفضولى بعد اجازة المالك.

ما المراد من ثلاثة أيام؟

اشاره

لا إشكال فى أنه إذا عقد على حيوان حين طلوع الشمس، ينقضى زمان الخيار عند غروبها فى اليوم الثالث.

و كذا لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه، لا لان الليل داخل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المعترف فيها المستفاد من الخارج.

و انما الإشكال فى المقام من جهتين.

الاولى: أنه إذا عقد فى زمان من النهار،

هل يلغى البقيه منه مطلقا ثم يحسب زمان الخيار بعدها، أو تحسب تلك يوماً واحداً كذلك، أو تحسب ان كان ما مضى من الزمان قليلاً بحيث يصدق اليوم على البقيه و لو بالمسامحه العرفيه و تلغى فى غيره أو تحسب من حيث كونها مبدء

للخيار لا من حيث كونها جزءا محسوباً من الثلاثه، أو تحسب على نحو التلفيق بأن يلفق اليوم منها و من مقدار ما نقص من اليوم الرابع، وجوه و احتمالات.

الثانيه: أن الليله الأخيره هل هي داخله في ثلاثه أو لا.

أما الوجه الأول من محتملات الجبهه الأولى.

ففيه أن الظاهر من النص ان ابتداء الثلاثه و الخيار هو حين العقد، و نظير ذلك انه لو قال الموجر آجرتك داري إلى عشره أيام انه لا يفهم منه الا كون ابتداء الإجاره هو حين العقد، مع انه لا معنى للزومه في هذه البقيه ثم جوازه بعد ذلك كما هو مقتضى عدم الخيار فيها.

و اما الوجه الثاني منها.

ففيه أن اليوم الحقيقي عبارته عما بين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس، فلا- معنى لعد ثلث اليوم أو نصفه أو غيرهما من الكسور يوما واحدا تاما حقيقيا.

و أما الوجه الثالث.

ففيه أن موضوع الحكم هو اليوم الحقيقي و الدقى لا- المسامحى كما أن موضوع الحكم فى باب الزكاه و الكر و فى غيرهما مقدار معين محدود من الماء و الغلات بحيث لو نقص عنه لما كان الموضوع محققا حقيقه و لما يحكم عليه بشىء من الاحكام و هو واضح.

و اما الوجه الرابع:

ففيه ما مر من الإشكال فى الوجه الأول أيضا مضافا الى انه لا معنى للتفكيك بين الخيار و بين ثلاثه أيام بجعل الأول من حين العقد و الثاني

بعد انقضاء البقيه.

فاذا القول بالتلفيق الذى هو خامس الوجوه المذكوره هو المتعين، و لو كان لازم ذلك صيروره أحد الأيام مجازا فى المقام من جهه إرادته مقدار بياض اليوم منه، الا انه لما كان بسبب مساعده الدليل فلا بأس به و اما الجهه الثانيه من جهتي الاشكال و هو دخول الليله الأخيره فى الثلاثه و عدمه.

فقد يقال بالدخول و يعلل بأنه لو لم يكن داخله فيها لاختلت مفردات الجمع فى استعمال واحد مع أن الجمع ليس الا تلك المفردات و فى قوتها.

لكن التحقيق هو عدم الدخول.

و اما ما ذكر من المحذور من اختلال مفردات الجمع فهو فرع القول بأن اليوم عبارته عن نهار مع ليلته، و ليس الأمر كذلك، بل عبارته عن خصوص ما بين طلوع الفجر الى غروب الشمس من الزمان حقيقه أو تلفيقا و انه استعمل فى جميع الثلاثه على نحو واحد.

و أما دخول الليلتين المتوسطتين فليس من جهه استعمال اليوم فى مقدار معين من الزمان و هو النهار مع الليل، بل دخولهما بالتبع و المجاز، و لحصول الاستمرار المستفاد من الثلاثه لا بالأصالة و الحقيقه كى يلزم ما ذكر من المحذور كما لا يخفى.

مسقطات خيار الحيوان

إشاره

يسقط هذا الخيار بأمر:

الأول:

اشتراط سقوطه في العقد.

الثاني: إسقاطه بعده

و قد تقدم تفصيلهما فيما سبق من خيار المجلس فلا فائده للإعاده.

و أما اشتراط سقوط بعضه، فنسب الشيخ قدس سره القول بالصحة الى بعض، و قال أيضا لا بأس به. (١)

و لكن قد يقال: ان هذا انما يصح بالنسبه إلى السقوط من أوله أو آخره، و اما السقوط بالنسبه إلى وسطه فلا، بناء على أن الخيار حق واحد شخصي فاذا تخلل العدم بسبب إسقاط اليوم الثاني فلا يكون موجب لليوم الثالث، لان ما ثبت بالعقد فقد انعدم بالإسقاط فيستحيل اعاده المعدوم. و على تقدير إمكانها يحتاج الى المعيد و لا دليل على كون العقد معيدا، كما لا دليل على كونه موجبا لخيار آخر.

أقول: لما كان الخيار أمرا واحدا بسيطا و ليس قابلا للتنقيص مطلقا فلا مجال حينئذ للتفصيل بين الوسط و طرفيه كما هو واضح.

ثم ان قوله قدس سره: «و لا بأس به» لا يبعد أن يكون ناظرا الى ان الخيار و ان كان حقا وحدانيا الا انه بمنزله الحقوق العديده باعتبار الأيام و الساعات، فيجوز حينئذ شرط سقوط بعضه بهذا النظر و الاعتبار.

الثالث: التصرف،

إشاره

و لا إشكال فى مسقطيته فى الجملة لا مطلقا، و الا فالاختلاف فيما بين الأصحاب فى المقام قد بلغ الى حد قد قيل انه لا يرجى زواله و إصلاحه فلا بد من التثبت بالأخبار الواردة فى المقام.

و هى على نحوين: نحو منها ظاهر فى أن مطلق التصرف مسقط للخيار كما فى ذيل صحيحه على بن رثاب «قلت له: أرأيت ان قبلها المشتري أو لا- مس قال: فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع» (١) و نحو آخر منها ظاهر فى أن التصرف الكاشف عن الرضا مسقط له كما فى صحيحه أخرى له «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثه أيام فذلك رضى منه و لا شرط له، قيل له عليه السلام: و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء» (٢) و قوله عليه السلام: «فذلك رضى منه» يحتمل فيه وجوه:

منها: أن يراد منه أن التصرف بمنزله الرضا.

و منها: أن يراد انه دال على الرضا نوعا بمعنى انه كاشف نوعى عن الرضا.

و منها: ان يراد أنه دال عليه فعلا.

هذا مع قطع النظر عن التركيب النحوى و الا فعلى هذه الوجوه أما ان يكون هو الجواب عن الشرط.

١- الوسائل، الباب- ٤- من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢- الوسائل: الباب- ٤- من أبواب الخيار الحديث ١.

أو يكون توطئه و تمهيدا للجواب و هو قوله: «و لا شرط له» اى لا خيار له.

فعليه يكون الوجوه المحتمله أما ثلاثه على تقدير كونه جوابا أو سته على تقدير احتمال التمهيد و التوطئه له فيه أيضا.

و أما القول بأن احتمالاتها أربعه كما عليه الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه فى مكاسبه (١) بجعل الوجهين المحتملين فى التركيب مختصا بإرادته كون التصرف بمنزله الرضا تعبدا فلا وجه له كما لا يخفى.

التصرف المسقط ما هو؟

إذا تحقق ذلك فاعلم أنه ذهب جماعه منهم صاحب الجواهر إلى ان مطلق التصرف مسقط للخيار.

و استدل له بإطلاق الاخبار و الفتاوى، و بأن الامام عليه السلام جعل كلا من اللمس و التقييل و النظر مسقطا تعديدا فى قبال الرضا اى ذلك التصرف كالرضا فى المسقطيه لا انها كواشف عنه و هو المسقط حتى يكون المطلقات مقيده بتلك الصحيحه.

أقول: ليس الرضا من حيث هو مسقطا كما ان مجرد الكراهه من حيث هى ليست فسحا فلا بد من ان يكون حمله على الحدث من باب كشفه عنه و المراد به الرضا بأصل البيع فيكون الحدث كاشفا عن استمراره لا الرضا بالالتزام، إذ غالب التصرفات لم يكن كاشفا و لو نوعا عن الالتزام فيلزم التخصيص بالفرد النادر.

و بعبارة اخرى ان غالب التصرفات من الاحداث الواقعة على المبيع مما ذكر كاشفه نوعا عن استمرار الرضا بأصل البيع لا الرضا بالالتزام بالعقد فإنه فرد نادر، فلو حملناها على الاحداث الكاشفه عن الرضا بذلك، يلزم تخصيصها بالفرد النادر و هو قبيح.

هذا آخر الكلام فى خيار الحيوان.

الثالث: خيار الشرط

إشاره

و من جمله الخيارات خيار الشرط و هو يحصل باشرطه فى العقد.

و الذى يدل على صحته بالخصوص من الاخبار صحيحه ابن سنان عن ابى عبد الله (ع) فى حديث «قال: و ان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع» (١) و منها روايه السكونى ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوبا بالشرط الى نصف النهار. (٢)

و منها الأخبار الواردة برد الثمن. (٣)

ثم هل هذا الشرط على طبق القاعده لكن خرج عنها ما خرج مثل الشرط فى عقد النكاح و الطلاق و أمثالهما مما هو خارج بالنص و بقى تحتها ما بقى لشمول عموم قوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله» (٤) أو على خلاف القاعده

١- الوسائل، الباب- ٨- من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢- الوسائل- الباب- ١٢- من أبواب الخيار، الحديث ١.

٣- الوسائل، الباب- ٧- من أبواب الخيار،

٤- الوسائل، الباب- ٦- من أبواب الخيار، الحديث ٢- و فيه «المسلمون» مكان «المؤمنون».

لكن خرج منه بعض الشروط بواسطة الأخبار المتقدمه.

قد يقال انه على خلاف القاعده تاره بدعوى عدم الإمكان إذ كما لا يمكن فسخ العقد للمتبايعين كذلك لا يمكن مع الشرط أيضا.

و وجه ذلك اما ان قوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم» أنما يشمل على ما هو جائز فعله و سائغ إتيانه من الشرائط قبل الشرط لا ما لم يكن سائغا قبله و لكن يكون سائغا بالاشتراط و الا يلزم ان يكون مشرعا- بالكسر- و ليس الأمر كذلك و هو واضح.

و المفروض أن قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» كان يقتضى اللزوم فحيثئذ كلما يحصل الفسخ يكون لغوا و غير مؤثر. و اما ان الخيار حكم من الأحكام الشرعيه و ليس من الأفعال الاختياريه للمكلف بل هو فى الحقيقه من احكام الله تبارك و تعالى و ليس وضعه و رفعه بيده فلا يكون له حيثئذ أثر أصلا.

و اخرى بدعوى ان هذا مخالف للكتاب و السنه من جهه وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب مثل قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و السنه مثل قوله: «فاذا افترقا وجب البيع» و غير ذلك مما يمكن إثبات وجوب الوفاء به.

و لكن يمكن رد ذلك أولا:

بأننا لا نسلم عدم جوازه قبل الشرط لان مفاده مثل مفاد الإقاله، الا ان بينهما فرقا من جهه أخرى و هو ان الرضا بحل العقد فى الإقاله من حينها و فى المقام من حين العقد لكونه مشروطا فى ضمنه على الفرض و ثانيا

ان فرض الامتناع و عدم الإمكان اما لأنه كالطريان الى السماء و المفروض انه ليس كذلك، و اما لحرمة العمل بالفسخ و ليس الأمر كذلك أيضا، و ليس من جملة المحرمات، التللف بلفظ فسخت كما هو واضح و اما القول بان الخيار من قبيل الحكم غير مضر و فى المقام لأنه ليس من قبيل اشتراط جعل الزرع سنبلأ أو جعل الثمره تمرا و أمثال ذلك حتى يستحيل بل كان من قبيل شرط النتيجة و قد قرر فى محله صحه هذا الشرط إذا كان من ذوات الأسباب.

و أما دعوى كونه مخالفا للكتاب و السنه فمدفوعه بأن وجوب الوفاء الذى يتراءى كونه مناقضا لشرط الخيار انما هو من مقتضيات إطلاق العقد لا من مقتضيات طبيعته، فلا مناقضه من حيث ذاته فلا محذور كيف و البيع و الخيارى وارد فى الشرع كثيرا، فالحكم قابل للتغير بالطوارئ و العوارض فلا إشكال فى صحه الشرط المذكور.

فان قلت: بناء على ما ذكر، إذا انعقد عقد بلا شرط أثر اللزوم كذلك لأنه مقتضى الإطلاق حسب الفرض، فليس قابلا للزوال بعد الاستقرار، و هذا يناهى ما قرر فى محله من جواز العقد بعد كونه لازما بسبب اشتراط الخيار فيه فى ضمن عقد آخر بعد ذلك.

و أيضا إذا انعقد جائزا بسبب اشتراط الخيار فيه ثم أسقطه صاحب الخيار، فما الذى يصير سببا للزومه بسبب الاسقاط بعد زوال الإطلاق بسبب الاشتراط.

على أن الإطلاق عبارته عن مجرد العقد عن التقييد و هذا أمر عدمى فكيف يسند إليه الأمر الوجودى أعنى اللزوم.

قلت: محصل ما ذكرنا أن العقد مع قطع النظر عن طرو الطواري من اشتراط الخيار فى ضمن عقد آخر أو إسقاطه بعد العقد محكوم بالزوم شرعا تعبدا ان كان مطلقا فمطلقا و ان كان مقيدا فبالنسبه الى غير جهة العقد.

فعلى هذا اندفعت الإشكالات بأجمعها.

فظهر مما ذكرنا أن اشتراط الخيار على وفق القاعده و طبقها، و الاخبار الخاصه كاشفه عنه لكن خرج عنها مثل اشتراط الخيار فى النكاح و الطلاق.

لا أنه على خلاف القاعده و الاخبار الخاصه مخصصه لما دل على عدم صحه الشرط المخالف للكتاب و السنه.

مع أن سياق أدله عدم صحه الشرط المخالف لهما آب عن التخصيص كما هو غير خفى على الوفى، إذ مفاد تلك الاخبار نفى كون صحه الشروط المخالفه للكتاب منهم عليهم السلام مطلقا لا انه بالنسبه الى بعض أفرادها دون بعض كما هو مقتضى القول بالتخصيص.

شرط صحه خيار الشرط

يشترط فى صحه هذا الخيار تعيين مدته، فلو اشترطاه إلى مده مجهوله بان قالوا الى قدوم الحاج مثلا بطل و بطلت المعامله أيضا لسرايه الغرر إليها، و لا اعتبار بمسامحه العرف أحيانا لعدم رضا الشارع بذلك قطعا.

و هذا مراد من قال: «ان دائره الغرر فى الشرع أضيق من دائرته فى العرف» (١).

١- كما عن الشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء.

و قد يقال: بناء على هذا كان الأنسب أن يقال ان الغرر فى الشرع أوسع دائره لا أضيق.

أقول: أن مراده أن الشارع انما ضيق على الناس بسده باب بعض المسامحات العرفيه عليهم.

استدل صاحب الجواهر على لزوم تعيين المده بأن اشتراط المده المجهوله مخالف للكتاب و السنه لأنه غرر.

قال فى المكاسب فى مقام رده: و فيه أن كون البيع بواسطه الشرط مخالفا للكتاب و السنه غير كون نفس المشروط مخالفا للكتاب و السنه، ففي الثانى يفسد الشرط و يتبعه البيع و فى الأول يفسد البيع فيلغوا الشرط.

ثم قال: اللهم الا أن يراد ان نفس الإلزام بخيار فى مده مجهوله غرر و ان لم يكن يباعا فيشمله دليل نفى الغرر و نهيه فيكون مخالفا للكتاب و السنه انتهى (١) أقول: لا يخفى ما فيه من عدم المناسبه و الربط، إذ لم يقل احد ان كون البيع بواسطه الشرط مخالفا للكتاب و السنه عين كون نفس المشروط مخالفا لهما، حتى يجاب عنه بأنه غيره لا عينه.

نعم الجواب المناسب و الدفع اللائق ما أفاده قدس سره بقوله:

اللهم الا أن يراد أن نفس الإلزام بخيار إلخ إذ كما ورد من النبى (ص) أنه نهى عن البيع الغررى (٢) كذلك ورد عنه صلى الله عليه و آله أيضا

١- المتاجر، ص ٢٢٨.

٢- الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب آداب التجاره الحديث ٣.

أنه نهى عن الغرر (١)، من دون تقييده بلفظ البيع، فحينئذ يسرى غرر الشرط الى المشروط فيبطل أيضا.

و لكن هذا الجواب لا يحتاج الى التعبير و الاستمداد بلفظ اللهم فى المقام.

ثم انه لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، فلو شرط الخيار لغد مثلا أو يوما و يوما لا، لصح لعموم أدله الشروط.

هل يشترط تعيين مده الخيار فى الصلح؟

و هل يشترط تعيين مده الخيار فى الصلح أو لا، قد قيل نعم لإطلاق ما ورد من أنه نهى عن الغرر.

و فيه ان غايه ما سلمنا منه هو ورود النهى عن البيع الغررى مع كون ضعف سنده منجبرا بعمل الأصحاب، و اما وروده عن مطلق الغرر فليس بمسلم، و اما ثبوت تعيينها فى غير البيع من العقود اللازمه كالإجاره و غيرها فبالإجماع، و لا يعلم استناده الى هذا الإطلاق كى يشكل الأمر هنا أيضا.

على ان اغتفار الجهل فى المصالح عنه و المصالح به مثل قول احد الشريكين للملاخر لك ما عندك ولى ما عندى مع عدم علمها بمقدار ما عندهما على ما ثبت فى محله يوجب اغتفاره فى الشرط بطريق اولى من أجل كونهما من مقومات العقد دونه.

ثم هل يسرى فساد الشرط بسبب الجهل فى المده إلى المشروط أولا قيل نعم و لو لم نقل به فى غيره من الشروط الفاسده.

أما أولاً فمن جهه ان التراضى لم يقع الا مع الشرط.

و اما ثانياً فمن جهه سرايه جهله الى العوضين فى المعامله.

أقول: اما مسأله التراضى فهى مشتركه الورود بين هذا الشرط و غيره من الشروط، فلا مجال لاختصاصه به، و اما مسأله السرايه فلا نسلم دخل هذا الشرط فى المقابله بين العوضين فى المعامله حتى يسرى جهله إليهما، غايه الأمر ان فقده يوجب الخيار.

جعل الخيار للأجنبى

لا- إشكال فى صحه جعل الخيار للأجنبى منفرداً، أو مع المتبايعين، أو مع أحدهما، و لا ريب أيضاً فى صحه جعله على سبيل التحكيم و الولاية و على سبيل الوكالة لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بل الظاهر من الجعل هو الأول.

و تظهر الثمره فى سقوط الخيار بإسقاط الجاعل أو بتصرفه فى المبيع و فى انعزاله بعزله فإنه إذا كان على سبيل الوكالة يكون له عزله و تفويت محلها بالإسقاط و التصرف و غير ذلك من المسقطات بخلاف ما إذا كان على سبيل الولاية فإنه ليس له شىء مما ذكر لتفويض أمر العقد اليه.

و لا يخفى انه ليس من هذا القبيل سائر الموارد كجعل الحاكم غيره قيماً على صغار أو مأذونا ليتصرف فى الموقوفه مثلاً لأنه من قبيل الوكالة ليس غير، لقصور أدله النيابة عن كون المجتهد مختاراً حتى فى إعطاء المنصب أعنى الولاية بل قيل انه ليس للإمام عليه السلام أيضاً بل هو مختص بالله جل ذكره و عظم شأنه، فبناء على هذا لو مات الحاكم فلا يجوز لمن أو كل اليه الأمر التصرف فيه لارتفاع الاذن بالموت قطعاً.

بيع الخيار

اشاره

من أفراد خيار الشرط ما يضاف اليه البيع بأن يقال: «بيع الخيار» و هو ان يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدته معينه كشهر و شهرين مثلاً بأن يرد الثمن فيها و يسترد المبيع.

و الذى يمكن أن يستدل به للمقام مضافاً الى الإجماع، النصوص المستفيضة:

منها: موثقه إسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام قال سأله رجل و أنا عنده فقال له عليه السلام: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لى انى إذا جئتك بثمانها إلى سنه تردها على، قال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردها عليه قلت: أ رأيت لو كان للدار غله لمن تكون الغله؟ فقال عليه السلام:

الغله للمشتري الا ترى انه لو احترقت كانت من ماله» (١).

و غيرها من أمثالها (٢).

١- الوسائل الباب- ٨- من أبواب الخيار، الحديث ١، مع تفاوت قليل.

٢- راجع الوسائل، الباب- ٧ و ٨- من أبواب الخيار.

ثم هل هذا الشرط على طبق القاعده كى يشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم» فيتعدى حينئذ عن مورد النصوص الى غيره بان شرط البائع ان جئت بعض الثمن فى مده كذا أن استرد بعض المبيع من النصف أو الثلث أو الربع مثلا، أو شرط المشتري أنه ان جئت بالمبيع فى مده كذا أو بعضه كذلك ان ترد الى الثمن أو بعضه.

أو ليس كذلك فلا يتعدى الى غيره.

قد يقال بالثانى إذ كما أن تعليق نفس العقد مفسد له كذلك مفسد للشرط فيسرى فساده الى العقد، ولأن مده هذا الخيار ليست بمضبوطة كى يكون ابتداء الخيار منها و الحال أنه يشترط أن يكون مده الخيار، مضبوطة.

و لو سلمنا انضباط المده بجعل الرد قيذا للفسخ بأن يكون له خيار فى كل جزء من المده المعينه، و يكون التسلط على الفسخ متوقفا على الرد، و لكن توقف التسلط على الفسخ على الرد ينافى الخيار و يناقضه لكونه عباره عن السلطنه على الفسخ و الإمضاء.

لكن نقول: اما الجواب عن التعليق فلا- نسلم كونه مفسدا ما لم يقيم إجماع على الإفساد كما فى الطلاق و ما لم يتعلق بنفس الإنشاء بل تعلق ببعض متعلقات المنشأ كما فى المقام فحينئذ لا فساد فى البين فضلا من سرايته الى العقد.

نعم لو كان متعلقا بنفس الإنشاء يكون موجبا للإفساد لاستلزامه المناقضه بينه و بين فعليه تحقق المنشأ بالإنشاء.

و أما عن عدم انضباط المده فنقول: لا ضرر فيه الا من جهه الغرر فى المقام أصلا لكون منشأ الخيار بيده بحيث كان له إحداثه فى أى جزء شاء منها.

و من هنا يظهر اندفاع الاشكال بالمناقضه، إذ الخيار انما يحدث من حين الرد بالرد لا من حين العقد كى يشكل الأمر.

ثم ان ملاحظه رد الثمن فى هذا الخيار كما فى المكاسب (١) أيضا يتعقل بأنحاء.

منها: ما يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق و التوقيت و على وجه الظرفيه فلا يكون له خيار قبله.

و منها: ما يؤخذ قيذا للفسخ فحينئذ يكون له خيار فى كل جزء من المده المضروبه و التسلط على الفسخ فيجوز له إسقاطه قبل الرد أو مصالحته أو غير ذلك من التصرفات بخلاف النحو الأول.

و منها: ان يكون رد الثمن فسخا فعليا بأن يملك البائع الثمن به كى يتملك منه المبيع.

و منها: أن يكون الرد سببا لانفساخ العقد قهرا فيكون مرجع ثبوت الخيار الى كون ذى الخيار مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشره الفسخ.

و منها: ان يكون شرطا لوجوب الإقاله على المشتري بأن التزم أن يقلل مع البائع لو جاءه بالثمن فى وقت كذا.

ثم ان الوجه الثانى من الوجوه المذكوره لما كان هو الحق

و المختار و أنه هو ظاهر الأصحاب و المتداول بين الناس ينبغي أن يصار إليه من بينها و يكون معناه ثبوت السلطنة له من حين العقد لكن اعمال تلك السلطنة مقيد برد الثمن، كما أنه لو قيد بقيد آخر بأن كان فى المسجد أو عند الفقيه أو العدول يكون حكمه أيضا كذلك.

و بعبارة أخرى بعد تسليم ما ذكر فيه من التناقض فى ظاهره انه يمكن توجيه هذا الوجه بوجه يمكن القول بصحته فى المقام.

و هو أن نقول:

ان اشتراط الخيار لنفسه تاره يكون بان يجعل لها سلطنة مطلقه و له حينئذ الفسخ قبل رد الثمن كما هو قضيه الإطلاق و هو أوضح و اخرى بأن يجعل لها سلطنة محدوده بأن يقول: أبيعك دارى على أن يكون لى الخيار على الفسخ عند رد الثمن، و الخيار كما مر فيما سبق عبارة عن ملك إقرار العقد و إزالته فحينئذ يكون له التسلط على الفسخ من حين العقد حتى قبل رد الثمن لكن فسخه حين رده فيجوز له حينئذ إسقاطه و مصالحته بشىء آخر كما مر آنفا.

و على هذا المعنى يحمل صحه هذا الاشتراط فى معامله الناس و فى أقوال الفقهاء لا أن معناه جعل نفس السلطنة مقيد بالرد كى يرد الاشكال بالتناقض الذى نبهنا عليه آنفا.

التمن المشروط رده

التمن المشروط رده اما ان يكون كليا فى الذمه، و اما أن يكون شخصا معينا، و على كل تقدير اما أن يكون مقبوضا أو لم يكن كذلك فان كان لم يقبضه هل كان للبائع خيار فى تلك الحال أو لا.

احتمل الشيخ قدس سره في المكاسب (١) فيه عدم خياره بناء على ان اشتراط الرد بمنزله اشتراط القبض قبله، فاذا انتفى مشروطه و هو الخيار لكن الأقوى ثبوت الخيار له في هذا الفرض أيضا إذا الغرض من رد الثمن ليس إلا- إيصاله إلى مالكة كما هو كذلك في كل مقام فاذا فرض كونه في ملك مالكة يحصل الغرض المطلوب من الرد.

و بعبارة اخرى أن الرد لم يعتبر فيه موضوعيه بل هو من باب الطريقيه للإيصال.

و لو شرط البائع الخيار عند رد يعهم بدل الثمن و لو تمكن من رد عينه، فهل له رد بدل الثمن مع تمكنه من عينه أو لا.

قال الشيخ قدس سره (٢): فيه اشكال من جهة اقتضاء الفسخ شرعا بل لغه رد العين مع الإمكان.

لكن الأقوى عدم الإشكال في ثبوت الخيار و صحة الفسخ عند رد البدل و لو كان متمكنا من رد العين، و ذلك لان الفرض ان هذا الشرط سائغ في الشرع و ليس مخالفا للكتاب و السنه كى يمنع من اجله، فإذا كان كذلك يكون سببا لجواز رده مع وجود عينه، كما أن في صورته التلف كان التلف أيضا سببا لذلك بلا اشكال.

و الاشكال في المقام من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغه رد العين مدفوع بأنه كذلك في غير مورد خيار اشتراط رد البدل، و اما فيه

١- المتاجر ص ٢٣٠

٢- المتاجر ص ٢٣٠

فليس كذلك: إذ هو بنفس الرد يكون عوضا عن عينه كما هو واضح و مما ذكرنا يظهر حكم رد المثل فى القيمى و القيمه فى المثلئ أيضا إذا اشترطا ذلك حين المعامله.

مسأله

اشاره

لا- ريب فى انه لا- يكفى مجرد الرد فى الفسخ على الوجهين الأولين من الوجوه الخمسه السابقه (١) لتأخر تحققه و نفوذه عن الرد، و كذا لا يكفى على الوجه الأخير لعدم سلطنته على الفسخ مطلقا:

كما لا- ريب فى حصول الفسخ أو الانفساخ على الوجهين الأوسطين و من هنا ظهر ان عدم كفايه الرد فى الفسخ انما يكون لأجل عدم السلطنه لا لأجل عدم دلالتة عليه لأنه لو فرض الدلاله عرفا اما بان يفهم منه كونه تمليكا للثمن للمشتري فيتملك منه المبيع على وجه المعاطات، و اما بان يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، فلا وجه لعدم كفايه مجرد الرد.

على ان هذا القول من غرائب الكلام و عجائبه، إذ ليس المقام من قبيل المعاوضه الجديده حتى يرد انه على وجه المعاطاه أو الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشتري، بل كان من قبيل حل العقد بالفسخ أو الانفساخ أو الإقاله.

و ظهر أيضا عدم منافاه بين ذهاب الأصحاب إلى تحقق الفسخ بما هو أخفى من الرد كالأشاره و تعريض كل منهما ما فى يديه للبيع أو غير ذلك، و بين ذهابهم الى عدم كفايه الرد فيه فى المقام، لاعتبار

ان السلطنه محدوده هنا بخلافها هناك.

فرع

يسقط هذا الخيار بالإسقاط بعد العقد على الوجه الثاني و الثالث (١) بل على الوجه الأول أيضا بناء على ان تحقق المقتضى و هو العقد كاف فى صحه إسقاط الحق، بل و على الوجهين الأخيرين، لكن لا بعنوان إسقاط الخيار بل بعنوان حق الشرط، فلا يفسخ بالرد و لا يجب الإقاله بالرد.

حكم تلف المبيع و الثمن و نمائهما

لا ريب فى انه لو تلف المبيع يكون من المشتري، سواء «كان قبل الرد أو بعده و كان نمائه له أيضا مطلقا، سواء» تلف أم لا.

اما على الوجه الأول و فرض كون بعد الرد فللقاعده «التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار» له الحاكمه على القاعده الأوليه و هى ان كل مال تلف تحت يد مالكة فهو من ماله.

و ان فرض قبله فلمقتضى القاعده الأوليه السليمه عن الحاكمه بل لمقتضى الحاكمه أيضا، لأن مدرك ضمان من لا خيار له لمال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بسبب خيار متصل أو منفصل.

و اما على الوجوه الباقية، فإن كان قبل الرد فللقاعده الحاكمه و ان كان بعده فلضمان اليد.

و لو تلف الثمن فالظاهر انه من المشتري أيضا، اما بعد الرد و قبل الفسخ فلشمول القاعده الأوليه المحكومه، للثمن أيضا.

قال الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه فى مكاسبه (١): «و يدعى اختصاصها بالمبيع كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من روايه معاويه بن ميسره» (٢) ثم قال: «و لم اعرف وجه الاستظهار- إذ ليس فيها الا ان نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له، فلا حاجه لهما الى تلك الروايه، و لا تكون الروايه مخالفه للقاعده.

و انما المخالف لها كون التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له و كون النماء للمالك اى نماء الثمن للبائع فيما نحن فيه لا للضامن» (٣) و لكن يمكن ان يقال فى وجه الاستظهار ان إطلاق المال فى قول المشتري فى تلك الروايه (٤): «انك ان أتيتنى بمال ما بين ثلاث سنين فالدار دارك» يشمل للبدل بعد التلف، إذ المدار فى هذا الخيار على تلف الثمن من البائع و على هذا يكون تلف الثمن من البائع فيرد البدل و يسترجع المبيع لأنه لو كان التلف من المشتري، انفسخ البيع بمجرد التلف باعترافه قدس سره.

و أما قبل الرد فهو من المشتري أيضا و لا مجال حينئذ للقول بأنه من البائع بناء على الوجه الأول من الوجوه الخمسه المتقدمه لعدم ثبوت الخيار قبل الرد، لما مر من ان دليل ضمان من لا- خيار له مال صاحبه، هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أم منفصل و هو حاصل

١- المتاجر ص ٢٣١

٢- الوسائل، الباب- ٨- من أبواب الخيار، الحديث ٣

٣- عبارته الشيخ قدس سره هكذا: و انما المخالف لها هى قاعده أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك.

٤- أى روايه معاويه بن ميسره التى مر مصدره آنفا.

على ان لنا منع المبني كما علم فى ما سبق من ثبوت الخيار من حين العقد لا بالرد فتأمل. (١)

هل يصح اشتراط الخيار فى غير البيع.

قد ظهر فيما سبق صحة اشتراط الخيار فى البيع اما بمقتضى الدليل العام و اما بمقتضى الدليل الخاص.

و اما فى غيره هل يصح اشتراطه مطلقا عقدا كان أو إيقاعا إلا ما خرج بالدليل الخاص كالنكاح و الطلاق و الإبراء و العقود الجائزه أم يمنع اشتراطه كذلك الا ما ثبت بالدليل ككثير من العقود اللازمه مثل الإجاره و الصلح و المزارعه و المساقاه.

وجهان بل قولان.

يمكن التمسك للمنع بما أشرنا إليه السابق فى طى بعض الكلمات و حاصله:

ان دليل الشرط مثل دليل النذر و العهد و اليمين ملزم لا مشرع، و معناه انه يجب ان يكون متعلق الشرط كمتعلقها من الأمور السائغه الجائزه قبل تعلقه عليه و الا فلو كان جوازه مستفادا بنفس دليل الشرط يلزم ان يكون مشرعا لا ملزما.

نعم لو علمنا من دليل خاص أو إجماع تطرق الجواز اليه و كونه من الأمور السائغه تلتزم به فيه كما فى المورد التى علم من إجماع أو دليل

١- لعل وجه التأمل و غايته الإشارة الى ان مقتضى هذا المنع هو الخروج عن محل النزاع و البحث و هو واضح منه ره

آخر صححه الإقاله فيها، فانا نستكشف من صحتها فيها أنه كان من الأمور السائغه عند الشرع، و يصح حينئذ شرط الخيار فيه.

لا لأن الإقاله فسخ، بل لأنها كاشفه عن جواز هدم العقد بالفسخ و الا فلا.

و قد يتمسك لإمكان إحراز الجواز فى المشكوك بالأصل.

تاره بأن يقال: ان الأصل عدم وجود الشرط المخالف للكتاب و السنه من قبيل السالبه بانتفاء الموضوع أى و ان كان ذلك قبل تحققه و وجوده.

و اخرى بأن يقال: ان الأصل عدم جعل الشارع الحكم المترتب على العقد من اللزوم من ذاتياته، بل هو من مقتضيات إطلاقه.

و هذا أيضا من قبيل السالبه بانتفاء الموضوع.

فلا يرد انه ليس للشرط وجود اتصف بعدم المخالفه، فى السابق حتى يستصحب.

و كذا مسأله جعل الحكم، ليس له سابق أيضا فيستصحب.

لكن فيه أن هذا الأصل على أى تقدير يكون مثبتا ان كان المراد منه ربط السلب الى الشرط المبحوث عنه و العقد.

و غير مفيد ان كان المراد سلب الربط على ما مر تفصيل ذلك فى بعض الكلمات. (١)

١- و ان شئت قلت: ان كان المراد إثبات ان الشرط المأخوذ فى العقد، ليس مخالفا للكتاب و السنه على نحو مفاد ليس الناقصه، فذاك مما ليست له حاله سابقه، إذ لم يكن بهذا الشرط فى زمن من الأزمنه وجود متصف بعدم المخالفه بل كان من أول زمن وجوده مشكوكا فى الموافقه و المخالفه و ان كان المراد نفى وجود شرط مخالف لكتاب و السنه فى البين على نحو ليس التامه بحيث يصح هذا السلب مع عدم وجود لهذا الشرط فى عالم الاعتبار و التشريع فهذا و ان كانت له حاله سابقه، الا انه لا يثبت ان الشرط المنازع فيه، ليس مخالفا مهما الا على القول بالأصل المثبت فتدبر

هذا تمام البحث فى خيار الشرط.

الرابع خيار الغبن

إشاره

و من جمله الخيارات خيار الغبن.

و هو فى اللغة الخديعه و هو مستلزم للجهل، إذ قد لا يتحقق الخدعه بهذا المعنى و لا كون الشخص مخدوعا الا أن يكون مع الجهل.

و فى اصطلاح الفقهاء مبادلته مال بأزيد من ثمنه المثلى، لكن لما كان هذه المعامله الكذائيه غالبا تصدر على وجه الخدع فلذا اعتبروا فيه قيد «مع جهل الآخر» و الا فقد لا يكون فى البين خدع أصلا كما إذا كان كلاهما جاهلين بالقيمه السوقيه.

فظهر أنه فى اصطلاحهم من حيث المعنى أعم منه فى اصطلاح اللغويين.

و من هذا القبيل قوله تبارك و تعالى و جل شأنه «يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ هُوَ خَادِعُهُمْ» (١) إذ الجهل بالنسبه إليه تعالى غير معقول و كذا أمثاله مما ينسب إليه ماده الخدع، و المقصود من خدعه جل ذكره توصيفه بأفعال و أمور يشبه صدورها منه فى الظاهر بصدور أفعال الخادعين، لا ان فيه خدعا حقيقه تعالى الله عما يقول الظالمون علوا كبيرا و ان شئت

قلت: ان التعبير بالخدع و المكر بالنسبه إليه سبحانه مجاراه فى التعبير و على نحو المتشاكله.

و استدل العلامة فى التذكره لثبوت هذا الخيار للمغبون بقوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (١) ثُمَّ قَالَ فِيهَا بَعْدَهُ:

«و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض بها» (٢).

و لكن لما كان ظاهر هذا الكلام هو فساد المعامله و بطلانها من أول الأمر، لأن المفروض عند انكشاف الحال ثبوت عدم رضى المغبون بهذه المعاوضه، فتكون فاسده حينئذ لا موجبا لخياره.

وجه الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه كلامه رحمه الله بقوله:

و توجيهه: أن رضى المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فى المالىه. (٣) و حاصل مراده قدس سره منه: ان للمغبون رضائين. رضى فعلى حقيقى بأصل المعامله و بذات المبيع المأخوذ عوضا عما دفعه من القيمه يسوى بدر همين فاذا انكشف الحال و تبين أنه يسوى بدرهم يعلم أنه لم يكن راضيا به من حيث العوض، لكونه فاقدًا لعنوان له دخل فى ماليتة على فرض وجوده لكن لما كان المفقود صفه من صفاته لم يكن فقدانها موجبا لبطلان المعاوضه، بل موجبا لثبوت الخيار، اما ان يرضى بالمبيع

١- سورة النساء: ٢٩

٢- التذكره ج ١ ص ٥٢٢

٣- راجع المتاجر ص ٢٣٤ طبع تبريز لملاحظه تمام كلامه ره

الكذائى و يأخذ ما به يتدارك غبنه و ضرره، و اما أن يفسخ العقد و يرد المبيع و يسترد ثمنه.

و لكن لا يخفى ما فى هذا الاستدلال من الإشكال.

أما أولاً: فلان قوله تعالى:

«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» استثناء منقطع لا متصل، و مع ذلك أن «إلا» بمعنى «لكن» و معناه الاستدراك، و كون الا بمعنى الاستدراك شائع فى الاستعمال، و هو جملة مستقلة فى حد نفسه لا دلالة فيه على الحصر.

و ثانياً: أن المدار فى لزوم المعاملة هو الرضا الفعلى

و هو متحقق فعلاً- حاصل على الفرض، و لذا أقدم بشرائه فعلى هذا يكون العقد معه لازماً لا جائزاً من جهة اشتماله بشىء موجب للخيار.

و ثالثاً: ورود النقض عليه ببعض الموارد،

و هو أن يقال: انا فرضنا أن الشخص يشتري شيئاً مبنياً على أن بيته خال عنه و هو محتاج إليه كمال الاحتياج، أو يشتري شيئاً على أن ليس مثله عند رفقائه و أقرانه، أو ليس له مثل فى العالم، بحيث لو كان له مثل عندهم أو فى العالم أو لم يكن بيته خالياً عنه لا يكون مشترياً له أصلاً فحينئذ إذا اشترى ذلك الشىء ثم اطلع بوجود مثله فيه أو عند رفقائه يكون متضرراً فى العرف لعدم حصول غرضه من بيعه من جهة فقدانه الوصف الملحوظ فيه حين شرائه فلازم ذلك كون العقد جائزاً و كونه ذا خيار من جهة توجه الضرر إليه عرفاً و ليس الأمر كذلك.

و رابعاً: عكس الإيراد الثانى و هو بطلان المعاملة فى تلك الحال من أول الأمر

كما حكى ذلك من صاحب الجواهر.

و بيان ذلك ان المفروض ان المشتري إنما رضى عند العقد بأمر متوهم غير واقع فى الواقع و فى نفس الأمر، فيكشف ذلك بعد انكشاف الحال عن عدم رضاه بهذا المبيع من أصله فيبطل.

و هذا مثل مسأله إطعام زيد باعتقاد انه صديقه أو كونه هاشميا أو عالما، و الفرض انه لو علم انه ليس صديقه بل عدوه فى الواقع أو ليس هاشميا أو ليس عالما فيه لما يطعمه أصلا بل يبغضه غاية البغض فى المقام لو كان مجرد احتمال أمر موهوم كافيا فى الصحة فلازمه جوازا كل هذا الطعام لزيد مع علمه بأنه ليس صديقه بل عدوه و يعلم أيضا انه لو علم المطعم كونه عدوا لما يعطيه شيئا أبدا، و الحال انه لا إشكال فى عدم جواز أكله فى الصورة المفروضه بالضرورة من الدين مع وجود احتمال الأمر الموهوم هنا أيضا.

لكن يمكن دفع كل منها.

اما الأول فنقول:

اشاره

ان المقدمتين كليهما ممنوعتان

أما الأولى فإننا لا نسلم ان الاستثناء منقطع،

بل ان قوله «بالباطل» عله قائمه مقام المعلول، و تقدير الكلام: ان أكل الأموال من جميع الوجوه حرام لكونه باطلا أو لأنه باطل، الا من جهه كونه تجاره عن تراض، و لقا العله مقام المعلول نظائر كثيره فى الكتاب و السنه كما فى الكتب الأدييه.

و اما الثانيه فسلمنا أن هذا الاستثناء منقطع

لكن القول بأنه لا- يدل على الحصر ممنوع، بل هو من جهه دلالتة عليه أدل من دلالة الاستثناء المتصل عليه، فان قولنا: «جائنى القوم إلا حمارهم» يدل على مجيء

القوم بذواتهم و أنفسهم و سائر متعلقاتهم سوى حمارهم منها فقط بخلاف قولنا « جئنى القوم الا زيدا » فإنه لا يدل على مجىء متعلقات القوم كما هو واضح.

و بهذا الجواب بعينه أيضا نجيب عما أورده أهل البدع و الضلال من الاشكال على حديث المنزله.

تحقيق استطرادى حول حديث المنزله

ان العامه لما صاروا بصدد الرد و الاشكال فيما ورد فى حق سيدنا و مولانا و مولى كل مؤمن و مؤمنه أعنى أمير المؤمنين و سيد الوصيين على بن ابى طالب صلوات الله و سلامه عليه و آله فاستشكلوا فى بعض فضائله بضعف السند مثل روايه الولايه حيث لم يجدوا فى صحاحهم مثل صحيح البخارى و غيره (١) لكن لما لم يتمكنوا أن يجيبوا بمثل هذا الجواب فى حديث المنزله حيث علموا أنها موجوده فى صحاحهم أيضا من البخارى و غيره، (٢) فاضطروا فى التفصلى عن ورود الاشكال عليهم به و التخلص منه بعدم الدلاله و قالوا:

«ان حديث المنزله لا يدل على إثبات جميع منازل هارون له الا النبوه كما هو المدعى. لان الاستثناء فيها منقطع و أن إلا بمعنى لكن و لا دلاله فيه على الحصر. لان قوله صلى الله عليه و آله: «الا أنه لا نبى بعدى» يستفاد منه أن كل ما هو ثابت لهارون من المراتب و المناصب

-
- ١- قد نقل حديث الولايه فى بعض صحاحهم كصحيح الترمذى و سنن ان ماجه فراجع الغدير ج ١ ص ٩٠ ط النجف
 - ٢- راجع البخارى ج ٦ ص ٣ و مسلم ج ٧ ص ١٢٠ و مسند احمد ج ١ ص ٣٣١ و غايه المرام للبحرانى ص ١٠٨-١٥٢.

فهو ثابت لك الا عدم كون النبوه بعدى كما مقتضى كلمه «ان» المشدده التى يؤول ما بعدها بالمصدر و هو كلمه لا و مدخولها أعنى «لا- نبى بعدى» مع أن عدم كون النبوه بعده ليس من جمله منازل هارون و مناصبه كى يكون داخلا- فيها ثم أخرج بالاستثناء، بل من جمله منازل ثبوت النبوه لا عدمها.

هذا حاصل قولهم فى رد الروايه.

و حاصل الجواب منا عليهم كما مر أن نقول:

انا لا نسلم أن الاستثناء منقطع، و أن إلا بمعنى لكن و هو لا يدل على الحصر.

أما منع المقدمه الثانيه: فلما عرفت تفصيلا من أن الاستثناء المنقطع كان أدل على الحصر من الاستثناء المتصل.

و أما منع المقدمه الأولى: فنقول الاستثناء فيه متصل و أن تقدير الكلام: انه (ص) خاطب عليا عليه السلام بقوله: أنت منى بمنزله هارون فى كل وجه من الوجوه من المناصب الثابته له كائنه ما كانت إلا فى النبوه لأنه ليس بعدى نبى فقامت العله و هو قوله: الا أنه لا نبى بعدى» مقام المعلول الا النبوه» فظهر أن المستثنى على هذا التقرير هو النبوه التى هى داخله تحت المستثنى منه كانت من جمله منازل هارون و مناصبه، فيكون الاستثناء حينئذ متصلا من غير اشكال كما لا يخفى على من أدنى مرتبه بمعرفه العلوم الأدبيه. (١)

١- راجع المراجعات للسيد شرف الدين ره ص ١٢٥-١٣٥، الطبعة الرابعه.

الإجابة عن الإشكالات الأخر

إشاره

١

ما دفع الثاني:

فإن رضاه فعلا بالمبيع و ان كان حاصله الا أن وجوده كعدمه بالنسبه إلى لزوم العقد لأنه إنما رضى به لكونه يسوى بدرهمين لا انه راض به على كل تقدير و على كل حال و لو كانت قيمته بدرهم، لأنه خلاف الفرض.

و اما دفع الثالث:

فان النقص المذكور غير وارد لوجود الفارق بينه و بين ما نحن فيه، و هو أن كون الاثراء مبنيا على ما ذكر من خلو البيت عنه أو عدم وجوده عند غيره مثلا من الدواعى الخارجة عن حقيقه العقد و أركانه بخلاف ما نحن فيه فان كونه يسوى بكذا ليس كذلك فإنه من أوصافه و لوازم ذاته، فالقياس مع الفارق، فحينئذ يصح جعل الخيار هنا بخلافه هناك.

و اما الرابع:

فان بطلان المعامله من أول الأمر كما هو الفرض أول الكلام، و ان كون صحه البيع دائره مدار المساواه عند الشارع كذلك، بل غايه الأمر ان عدم المساواه يوجب الخيار لا البطلان و أما قياس ما نحن فيه على مسأله الإطعام، ففيه أن صحه الأكل و جوازه فيها متفرعه على كون الأكل صديقا أو عالما أو هاشميا أو غيرهم من العناوين

المعتبره المأخوذه فى صحته و جوازه فبانتفاء العنوان ينتفى صحه الأكل و جوازه، و يكون أكلا بالباطل و حراما بخلاف ما نحن فيه لأنه لم يكن معنونا بعنوان حتى ينتفى الحكم بانتفاء العنوان كما لا يخفى.

و لكن الحق و الانصاف أن الآيه الشريفه لا دخل لها بمسأله الخيار أصلا.

إذ المراد من الرضا لا- يخلو من أن يكون اما الرضا الفعلى الحاصل فى حال الإنشاء و اما الرضا الواقعى على تقدير العلم بالخلاف.

فعلى الأول يكون مقتضاه صحه معامله و جواز الأكل أبدا و فى جميع الأوقات حتى بعد فسخ المغبون إذا انكشف الخلاف، و الحال انه لا يلتزم به أحد بالضروره.

و أما على الثانى فلازمه عدم جواز الأكل إلا بعد انكشاف الواقع و حصول الرضا مع العلم بالتخلف، و الحال أنه لا شك و لا شبهه فى جواز التصرف قبل اطلاعه بالغبن بل بعده و قبل فسخه أيضا و هو ظاهر.

و كذا صدر هذه الآيه من قوله عز و جل «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (١) لا دلالة فيه أيضا، بل انما يدل على البطلان بناء على شمولها للمقام من معامله الخدعيه و الغبنيه.

و أما تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد معامله و عدمه كما قال به الشيخ الأنصارى قدس سره فى مقام بيان تقرير استفاده الخيار من هذه الآيه الشريفه فلا دخل له بالمخدوعيه على الثانى و عدمها على الأول. (٢)

١- سورة النساء: ٢٩.

٢- كذا فى الأصل و فيه إبهام كما لا يخفى.

لأنه بمجرد صدق كون المعامله المفروضه خدعيه و عاملها مخدوعا بها كما هو مقتضى الشمول تكون باطله عاطله، و التسلط الشرعى و العرفى على ردها لا يخرجها عن كونها خدعيه و غبنيه كما لا يخفى.

فظهر مما ذكرنا ان لازم شمول الآيه هو البطلان لا- ثبوت الخيار فلا يفرق حينئذ بين ما قبل التبين و ما بعده و ظهر أيضا ان الاستدلال بالصدر كالأستدلال بالذيل فى المقام لا فائده له بوجه أصلا كما عرفت (١) و يمكن الاستدلال لثبوت هذا الخيار بما ورد من النبى صلى الله عليه و آله فى تلقى الركبان من قوله صلى الله عليه و آله: «لا- تلقوا الجلب فمن تلقاه و اشترى منه فاذا اتى السوق فهو بالخيار» (٢) و فى روايه اخرى: «ان تلقى فصاحب السلعه بالخيار» (٣).

ولا- مجال لمنع صحه إثبات الخيار به من حيث ضعفه نظرا الى عدم وجوده فى كتب الحديث، و ان مجرد كون عملهم على طبقه لا يكفى فى انجبار الضعف، بل لا بد فيه من الاستناد عليه و هو غير معلوم و ذلك لان الظاهر بقريته ذكر الأصحاب له فى الكتب الفقهييه و الاستدلاليه انهم وجدوه فى كتب الحديث و انهم استندوا عليه، و الا فلا يبقى وجه لكتبتهم فيها مع كونهم غير مستندين عليه كما لا يخفى

١- قال الشيخ الأنصارى فى المتاجر ص ٢٣٤: و لو أبدل قدس سره هذه الآيه بقوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
كان اولى.

٢- سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٤٨

٣- الغنيه، فصل فى أسباب الخيار و مسقطاته

ثمَّ ان قوله صلى الله عليه و آله: «فإذا اتى السوق فهو بالخيار» قرينه ظاهره على ان وجه الحكم بالخيار و ملاكه- بعد الوصول اليه- هو الغبن لكون الأسعار و القيم للأشياء منكشفه فيه غالبا و هو واضح.

الاستدلال بقاعده لا ضرر

اشاره

و قد استدل عليه أيضا بقوله صلى الله عليه و آله: «لا ضرر و لا ضرار» و وجه الاستدلال به ان لزوم البيع مع الغبن حكم يلزم منه الضرر على المغبون، فينتفى بثبوت الخيار له.

هذا إجمال الكلام فيه و اما تفصيله:

فنقول: ان المورد التى استعملت فيها قاعده الضرر فى لسان الشرع ثلاثه:

الأول: قضيه سمره بن جندب،

و فيها قوله صلى الله عليه و آله:

«لا ضرار و لا ضرر على المؤمن» (١) و هذه القضيه متضمنه للفظ «على المؤمن» الذى ليس فى سائر الموارد الباقية، فيكون تلك الروايه مقدمه على غيرها لاشتمالها على زياده.

و معلوم انه إذا دار الأمر بين الزيادة و النقيصه فالمشتمله على الزيادة مقدمه على الناقص، و الا-اى و ان لم يعمل بهذا اللفظ الزائد فى هذه القضيه يلزم عدم العمل بلفظه لا ضرر و لا ضرار أيضا لعدم وروده بهذه العبارة فيها بل بنحو آخر فراجع إلى الروايه.

الثانى: فضيه منع فضل ماء ليمنع فضل كلاء،

روى عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بين أهل المدينة فى مشارب النخل انه لا يمنع نقع بئر، وقضى صلى الله عليه وآله بين أهل البادية انه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء فقال:
لا ضرر ولا ضرار (١).

الثالث:

روايه أخرى لعقبه بن خالد عن الصادق عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين و المساكين قال: لا ضرر ولا ضرار (٢).
و لا يخفى ان المستفاد من الأولين هو النهى التكليفى.

اما الأول،

فواضح.

و اما الثانى،

فكذلك أيضا إذ مراده صلى الله عليه وآله انه لا يجوز مع نقع بئر من فضل مائه و حاصل معناه انه لا يجوز أن يمنع من فضل ماء حتى يكون سببا لمنع فضل كلاء، لان راعى الأغنام و الإبل و غيرها من سائر المواشى انما يريد الكلاء التى كانت مقرونه بالماء. فاذا منع من الماء يمنع من الكلاء قهرا لأنه لا يريد بعد ذلك أصلا كما هو المتعارف فيما بين الرعاة.
فظهر ان لا ضرر ولا ضرار هنا اما ظاهر فى الحكم التكليفى أو متعين.

و اما الثالث: فهو ظاهر فى الحكم الوضعى

إذ بيع الشريك حصته

١- الوسائل، الباب-٧- من أبواب إحياء الموات الحديث ٢.

٢- الوسائل، الباب-٥- من أبواب الشفعة الحديث ١

من داره أو من غيرها بغير شريكه ليس بمحرم عليه قطعاً حتى يحكم عليه بلا ضرر ولا ضرار، بل الحكم بثبوت البيع و لزومه بغير شريكه قد يكون موجبا لتضرره من حيث المال أو الشأن أو غير ذلك و هذا الحكم من اللزوم حكم وضعى يكون ضررا على الشريك فى بعض الأوقات، فلذا انجبره بجعله ذا حق و خيار على شريكه.

لكن لما كان اراده كلاً- المعنيين اى الحكم التكليفى تاره و الوضعى أخرى من لفظ واحد من حيث انه لفظ واحد، باطلا بالضروره، فلا بد من جهه الضروره و عدم العلاج من إرجاع أحدهما إلى الأخر.

فحيث نقول: الظاهر ان لا ضرر و لا ضرار هنا انما استعمل فى نفي الحكم التكليفى أيضا.

و تقرير ذلك ان الشارع لما كان غرضه إرادته إثبات حق الشفعه للشفيع على صاحبه به و كان أيضا إرادته عدم إضرار هذا الشفيع الذى هو ذو الحق على صاحبه الذى هو بائع داره على غيره بمعنى ان الشفيع لو أراد أن يأخذ المبيع من يده من جهه تعلق حقه عليه شرعا أوجب عليه أن يأخذه من صاحبه بما رضى به الأجنبى من القيمه و الشرائط المعبره فيه بحيث لو شرط البائع عليه أن يجلس فيها بعد بيعها له سنه أو سنتين مثلا فلا بد له من ان يقبلها منه كذلك من دون ان ينقض من قيمتها شيئا و من دون ان يسقط الشرائط الملحوظ فيها- اى شرط كان من الشرائط السائغه- فمفاد لا ضرر و لا ضرار هنا انه لا يجوز عدم العمل بكل ما اتفق عليه البائع و المشتري من القيمه و غيرها بل يجب العمل بمثل ما اتفقا عليه من جميع المقررات و المفروضات فيما بينهما.

ثمّ ان دعوى هذا المعنى منه هنا انما هي من جهة الضروره و عدم العلاج كما أشير إليه آنفا لا انه الظاهر منه فلا يرد حيثنذ دعوى عدم كونه ظاهرا فيه كما لا يخفى.

و من هنا ظهر ان الموارد التي تمسكوا فيها لإثبات الخيار مطلقا- اى خيار كان من خيار الشرط و العيب و الغبن و غيرها- بعموم لا ضرر و لا ضرار لا وجه لها أصلا بل يحتاج إثباته فيها الى دليل آخر غير هذا العموم.

ثمّ لو سلمنا ان مفاد هذه القاعده مطلقا أى فى المواضع الثلاثه هو الحكم الوضعى أعنى نفى اللزوم فى المعامله حتى يكون مقتضاه ثبوت الخيار للمغبون، فيتوجه عليه اشكال الشيخ الأنصارى أعلى الله مقامه فى المقام.

و هو أن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ من المحتمل ان يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على إزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد ان كان أصل المال موجودا أو بدله ان كان تالفا و مرجعه الى ان للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت (١).

و الحاصل ان نفى اللزوم فى المعامله المغبون بها بمقتضى قاعده الضرر لا يثبت ان له الخيار فقط لا غير بل مقتضاها عدم إيصال الضرر اليه و أنه ممنوع شرعا و أن ما كان موجبا لترتبه عليه من الالتزام بلزوم

العقد كما فى المقام غير لازم الوفاء لأجل ورود المنع فى مورد الضرر و هذا المنع انما يحصل بواحد من الأمور الثلاثة المحتمل اعتباره شرعا من خيار أو تسلط المغبون على إلزام الغابن بالفسخ أورد القدر الزائد عليه، و لا وجه لتخصيصه بالأول من دون دليل عليه.

و لكن يمكن ان يجاب عنه بان المراد من قوله صلى الله عليه و آله «لا- ضرر و لا- ضرار» ان ما هو ثابت من الاحكام على الموضوعات فى غير حال الضرر، فهى مرفوعه عنها فى حال الضرر نظير رفع الأحكام الثابتة عن الفقرات التسعة المذكوره فى حديث الرفع (١) من السهو و النسيان و الخطاء و الاضطرار و غيرها من أخواتها عند تحققها و وجودها من غير فرق بينها و بين ما نحن فيه أصلا.

فإذا الذى كان ثابتا عند عدم الضرر هو اللزوم فىكون ذلك الثابت مرفوعا حين الضرر، فعدمه مساوق لثبوت الخيار بخلاف الباقيين من إلزام الغابن على الفسخ ورد القدر الزائد فإنهما غير مساوقين لعدم اللزوم بل غير مرتبطين له.

و لكن الإنصاف ان هذا الجواب غير وارد على اشكال الشيخ قدس سره بل غير مرتبط به حقيقه لان اشكاله رحمه الله مبنى على المعنى الثالث من المعانى الثلاثة المحتمل (٢) فى قوله صلى الله عليه و آله:

«لا ضرر و لا ضرار» و هو حمل النفى على النهى و المعنى المستفاد من

١- الخصال ص ٤١٧- طبع الغفارى

٢- راجع رساله لا ضرر لأستاذ المؤلف فشيخ الشريفه الأصبهانى تجد بيان المعانى الثلاثة أو الأربعة للحديث

تحريم الفعل، و نفي الضرر المجرد عن التدارك، و الذي هو المختار عنده من قوله: صلى الله عليه و آله «لا ضرر و لا ضرار» هو عدم مجعوليته الحكم الضررى فى الشرع.

فحينئذ يرد عليه ما مر حاصلًا و محصولًا من ظاهر معنى كلامه رحمه الله من ان رفع الحكم الذى يلزم من ثبوته ضرر، يتحقق بكل واحد من الأمور المذكوره، و لا يختص ذلك بالخيار.

نعم هذا المعنى المدعى فى المقام معنى آخر و هو معنى رابع له.

و لو قلنا به فيه يكون جوابًا عن اشكاله بلا اشكال، لكنه يرد عليه اشكال آخر و هو ان نفي اللزوم عن العقد بقاعده لا ضرر، انما لازمه صيروره العقد جائزًا و لا يلزم منه ثبوت الخيار الذى قد مر سابقًا انه حق يجوز نقله وارثه و إسقاطه و غيرها من التصرفات كما هو المدعى، و الجواز مما لا يقبل شيئًا من ذلك.

حول قاعده لا ضرر

اشاره

ينبغي التنبيه على أمرين:

الأول [موارد قضاء النبي (ص)]

اشاره

انه قد كتب بعض العامه جميع الموارد التي قضا فيها النبي صلى الله عليه و آله، منها قضاؤه صلى الله عليه و آله في الشفعه و قضاؤه في عدم منع فضل ماء ليمنع فضل كلاء و ليس فيهما التمسك بقوله «لا ضرر و لا ضرار» أصلا، بل لا يمكن تصحيحه على فرض وجوده لا سيما بالنسبه إلى قضاؤه في منع فضل الماء لان المنع عن فضله ليس ضررا عليهم بل هو منع عن انتفاعهم كما هو واضح. و ما يترأى في كتب الأحاديث من ذكر هذا اللفظ عقيب بعض الروايات مثل القضيتين المذكورتين انما نشأ من تقطيع الروايات بعضها من بعض، نعم هو منحصر بقضيه سمره بن جندب فقط.

الحديث الجامع لأفضيه رسول الله صلى الله عليه و آله

روى احمد بن حنبل في مسنده و قال:

حدثنا عبد الله، حدثنا أبو كامل الجحدري، حدثنا الفضيل بن سليمان، حدثنا موسى بن عقبه عن إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عباد بن الصامت عن عباد

قال: ان من قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله أن المعدن جبار و البئر جبار و العجماء جرحها جبار و العجماء البهيمه من الانعام و غيرها و الجبار الهدر الذى لا يغرم.

و قضى رسول الله (ص) فى الركاز الخمس.

و قضى أن تمر النخل لمن أبرها الا أن يشترط المبتاع.

و قضى أن مال المملوك لمن باعه الا أن يشترط المبتاع.

و قضى ان الولد للفراش و للعاهر الحجر.

و قضى بالشفعه بين الشركاء فى الأرضين و الدور.

و قضى لحمل بن مالك الهذلى بميراثه عن امرأته التى قتلتها الأخرى.

و قضى فى الجنين المقتول بغره عبد أو امه فورثها بعلمها و بنوها قال و كان له من امرأته كليهما ولد، قال فقال أبو القاتله المقضى عليه يا رسول الله (ص) كيف اغرم من لا- صاح له و لا استهل و لا شرب و لا أكل فمثل ذلك بطل، فقال رسول الله (ص) هذا من الكهان.

قال: و قضى فى الرحبه تكون بين الطريق ثم يريد أهلها البنيان فيها فقضى ان يترك للطريق فيها سبع اذرع قال و كان تلك الطريق سمى الميتاء.

و قضى فى النخله أو النخلتين أو الثلاث، فيختلفون فى حقوق ذلك فقضى ان لكل نخله من أولئك مبلغ جريدتها حيز لها.

و قضى فى شرب النخل من السيل ان الأعلى يشرب قبل الأسفل و يترك الماء الى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذى يليه فكذلك

تنقضى حوائط أو يفنى الماء.

و قضى ان المرأة لا تعطى من مالها شيئاً إلا بإذن زوجها.

و قضى للجدتين من الميراث بالسدس بينها بالسواء.

و قضى ان من أعتق مشركاً فى مملوك فعليه جواز عتقه ان كان له مال.

و قضى ان لا ضرر و لا ضرار.

و قضى انه ليس لعرق ظالم حق.

و قضى بين أهل المدينة فى النخل لا يمنع نفع بئر.

و قضى بين أهل البادية انه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل الكلاء و قضى فى ديه الكبرى المغلظه ثلاثين ابنه لبون و ثلاثين حقه و أربعين خلفه.

و قضى فى ديه الصغرى ثلاثين ابنه لبون و ثلاثين حقه و عشرين ابنه مخاض و عشرين بنى مخاض ذكور.

ثمّ غلت الإبل بعد وفاه رسول الله (ص) و هانت الدراهم فقوم عمر بن الخطاب إبل المدينة ستة آلاف درهم حساب أوقيه لكل بعير.

ثمّ غلت الإبل و هانت الورق فزاد عمر بن الخطاب ألفين حساب أوقيتين لكل بعير.

ثمّ غلت الإبل و هانت الدراهم فأتى عمر اثنتى عشر ألفاً حساب ثلاث أواق لكل بعير.

قال: فزاد ثلث الديه فى الشهر الحرام و ثلث آخر فى البلد الحرام.

قال فتمت ديه الحرمين عشرين ألفا.

قال فكان يقال: يؤخذ من أهل البادية من ماشيتهم لا يكلفون الورق و لا الذهب و يؤخذ من كل قوم ما لهم قيمه العدل من أموالهم (١) هذا هو الخبر السادس من أخبار عباده بن صامت فى مسند أحمد الذى كنت فى صدد إيراده لكونه متضمنا لقضيه لا ضرر و لا ضرار ليعلم أنها قضيه واحده و ليس فى باقى قضاياها مثل قضائه بشفعه و قضائه بين أهل المدينه و قضائه بين أهل البادية لفظ «لا ضرر و لا ضرار» لكى يشكل الأمر من جهات.

التنبیه الثانى:

ان لفظ «فى الإسلام» فى قوله: «لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام» ليس فى كتب الأحاديث أصلا لا من طرقنا و لا من طرق العامه، و انما هو مما تفرد به ابن أثير فى كتابه فيما بين اللغويين. (٢)

-
- ١- مسند احمد، الجزء الخامس، ص ٣٢٦، و راجع رساله لا ضرر لشيخ الشريعه الأصبهاني ص ١٧-١٨. قال فيه بعد نقل روايه عباده بن صامت: أقول: و هذه الفقرات كلها أو جلها مرويه من طرقنا موزعه على الأبواب و غالبها بروايه عقبه بن خالد و بعضها بروايه غيره و جمله منها بروايه السكونى و الذى اعتقده أنها كانت مجتمعه فى روايه عقبه بن خالد عن أبى عبد الله (ع) كما فى روايه عباده بن صامت الا ان أئمه الحديث فرقوها على الأبواب.
- ٢- نهايه ابن أثير ج ٣ ص ٨١ و نقله الصدوق كما نقله عنه صاحب الوسائل راجع كتاب الإرث من أبواب الموانع الباب الأول الحديث ٩.

الخامس من الأدلة التي استدلت بها على خيار الغبن

قد قلنا: انه قد استدلت على هذا الخيار بقوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» وقوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» و بما ورد في تلقى الركبان و بقاعده لا ضرر.

و قد يستدل على الخيار بأخبار وارده في حكم الغبن مثل قوله عليه السلام: «غبن المسترسل سحت» (١) و قوله عليه السلام: «غبن المؤمن حرام» (٢) و قوله عليه السلام «لا تغبن المسترسل فان غبنه لا يحل» و غير ذلك من نظائرها.

و لكن لا دلالة لها لثبوت الخيار أيضا، لأن المراد من الغبن هو المعنى اللغوى و هو الخديعة الذى قد مر أنه مستلزم للجهل فى طرف المغبون لا المعنى الاصطلاحى، أعنى مبادله مال بمال يزيد على ثمنه المثلى الذى هو أعم منه معنى، فلا يعم للمورد الذى يكون كلا المتبايعين جاهلين، مع ان الغبن حاصل فيه بلا إشكال.

١- الوسائل، الباب- ١٧- من أبواب الخيار، الحديث ١

٢- الوسائل، الباب- ١٧- من أبواب الخيار الحديث ٢

سلمنا لكن حرمة الغبن و عدم حليته حكم تكليفي غير مستلزم للحكم الوضعي و هو الخيار للمغبون، و كذا المراد من السحت و هو كون الغابن فيما تحقق به الغبن بمنزله آكل السحت في استحقاق العقاب.

سلمنا ذلك أيضا الا- أن الملازمه انما هي بين الحرمة و عدم الحليه و بين الفساد، لا بينه و بين الخيار كما هو المدعى فإثباته حينئذ يقتضى دليلا آخر وراء ذلك.

الدليل السادس الإجماع

و أما التمسك بالإجماع لثبوت الخيار المذكور في المقام.

ففيه أنه غير صالح أيضا أما أولا فلانا لا نسلم ثبوته مطلقا حتى مع فرض بذل الغابن ما به- التفاوت من القدر الزائد، إذ العلامه و من تبعه قد خالفوا في ذلك، حيث قالوا بعدم الخيار في صورته بذل الغابن التفاوت فلا يكون تاما حينئذ.

و ثانيا انه دليل ظني لا- قطعي كاشف عن رأى المعصوم عليه السلام و فيما نحن فيه لا بد من دليل قطعي مع أن المدرك فيه أحد الأمور السابقة من قاعده الضرر و غيرها و قد عرفت عدم تماميه كلها.

و ثالثا انا ذكرنا سابقا أن تحصيل الإجماع المحصل من أقوال العلماء و فتاويهم في جميع البلدان و في جميع الأعصار غير ممكن حقيقه و في الواقع، لأن غايه ما وصل إلينا من كتبهم المعروفة أو كنا نعرف أسمائهم و أشخاصهم انما كانوا بين ثلاثين و أربعين شخصا أو أربعين و خمسين فقيها لا أزيد من ذلك، فكيف يمكن دعوى الاطلاع بفتاوى جميعهم بل ربما لا يكون الشخص عالما بفتوى جاره مع كونه

جارا له، بل ربما يوجد عالم ذو فتوى و لكن لا يكون له تأليف و لا رساله عمليه و غير ذلك من المبعديات.

الدليل السابع: ثبوت الخيار على وفق القاعده

اشاره

و يمكن الاستدلال لما نحن فيه بوجه آخر غير تلك الوجوه المذكوره و هو ان نقول:

ان ثبوت الخيار للمغبون انما كان على طبق القاعده.

و تقرير ذلك ان العقد المفروض قد وقع مقيدا بان المبيع مساو للثمن الفلانى و كل عقد مبنى على قيد، يوجب تخلفه الخيار.

اما الصغرى فظاهر لأنه لو علم عدم كونه مساويا له لما يرضى بالعقد على الفرض و معلوم انه لا فرق بين القيد اللفظى و القيد المفهومى الذى يستفاد من قرينه الحال أو المقال، لكونه قيذا حقيقه كما لا يخفى.

و اما الكبرى فكذلك أيضا إذا القيد فيما نحن فيه كغيره قيد للزوم العقد، لا نفس المعامله، و الا يوجب تخلفه بطلانها.

و يدل على ذلك أيضا ما افاده الشهيد قدس سره فى اللمعه من قوله: «لا يجب على المشترط عليه فعله و انما فائدته أى فائده الشرط جعل البيع عرضه للزوال عند عدم سلامه الشرط و قلب العقد اللازم جائزا» (١) و حاصله كما ترى إيجاب الخيار عند مخالفه الشرط لا البطلان من رأس.

نعم يرد على ما ذكره قدس سره من عدم وجوب الوفاء بالشرط،

انه مخالف لجميع أدله الشروط لكونها ظاهره فى وجوب الوفاء بالشروط.

و يمكن التمسك فيما ادعيناه أيضا بما ورد من خيار الرؤيه من صحيحه جميل بن دراج.

«قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقبلها ثم رجع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه (١) فإنها بعد حملها على صورته يصح بيع الضيعة، اما بأن يوصف القطعه غير المرئيه بوصف يصح معه البيع، أو بان يدل ما رآه من القطعات على ما لم يره، تدل على أن فقدان الوصف يوجب قلب اللازم جائزا.

و هذه الروايه و ان وردت فى خيار الرؤيه كما عرفت الا ان الملاك و هو فقدان الوصف و تخلفه فى كلا المقامين واحد، و المورد لا يكون مخصصا كما هو مقرر فى محله.

الشرط فى ثبوت خيار الغبن

اشاره

ثم انه يشترط فى ثبوت هذا الخيار أمران.

الأول:

اعتبار الجهاله بالقيمه السوقيه الواقعيه فى طرف المغبون.

الثانى: كون التفاوت فاحشا و مما لا يتسامح به،

فلو اشترى بثمن أزيد من قيمته السوقيه مع كونه عالما بالزياده التى لا يتسامح بها عادة فلا خيار له.

و كذا لو اشترى كذلك لكن كان التفاوت مما يتسامح به عادة و ان كان حين الشراء جاهلا فلا خيار أيضا.

اما هنا فلما فيه من المسامحة العرفية.

و اما هناك فلاقدامه على غبنه و ضرره.

و هل هذان الأمران قيذان للموضوع اعنى تحقق الغبن و حصوله، أو قيذان للحكم بالخيار، أو التفصيل بأن الأول قيد للأول و الثاني قيد للثاني وجوه:

اما الوجه الأول فلعدم صدق الخديعه مع العلم بالغبن و لصحه سلب الغبن عما إذا كان التفاوت مما يتسامح به.

و أما الوجه الثاني فلصدق الغبن مع العلم بالزيادة و لو لم يكن خديعه فى البين، و لان الناس انما يماكسون فيما يتسامح فيه أيضا فموضوع الغبن حينئذ موجود متحقق لكن الحكم بالخيار يتوقف على الأمرين المذكورين.

و اما وجه الثالث فيظهر من الوجهين السابقين عليه من دون حاجه الى ذكره على حده.

لكن خير الوجوه أوسطها.

إذ ثبوت الغبن ليس متوقفا على وجود الخديعه و دائرا مدارها إذ قد يثبت الغبن بدون الخديعه أيضا كما إذا كان المتبايعان جاهلين معا كما مرت إليه الإشاره فى أول هذا الخيار و لا نسلم صحه سلب الغبن عما كان التفاوت مما يتسامح فيه لما مر من الوجه.

هنا مسائل أربعة

الأولى:

لو أقدم على غبن يتسامح فيه فبان مما لا يتسامح فيه من مجموع ما أقدم فيه من المعلوم وغيره. كما إذا اشترى شيئاً على أنه يسوى بخمسه دراهم فى الواقع بخمسه دراهم و نصف فظهر أنه يسوى فى الواقع بأربعة دراهم و نصف مثلاً فالزائد المعلوم و هو نصف درهم و ان كان المفروض انه مما يتسامح فيه عرفاً لكنه مع النصف الآخر المجهول مما لا يتسامح فيه على الفرض، فعلى هذا يثبت له الخيار لأنه إنما أقدم على ما يتسامح فيه بشرط لا، فقد تبين انه بشرط شىء.

و كذا لو أقدم على ما لا يتسامح فبان أنه أزيد مما لا يتسامح فيه منفرداً و كان مثله فى عدم التسامح.

اما ثبوت الخيار هنا فلأنه إنما رضى و أقدم بالنسبة إلى المرتبة الأولى مما لا يتسامح فيه بشرط عدم وصوله إلى المرتبة الأخرى من الثانية و الثالثة أو غير ذلك.

نعم لو كان الزائد فى تلك الصورة مما يتسامح فيه فلا- يكون له حينئذ خيار لأن الزيادة فيها داخله فى المرتبة الأولى مما لا يتسامح فيه التى أقدم عليها مع عدم كونها واصله إلى مرتبة ثانية منه و هو واضح ثم اعلم ان المعتبر فى تحقق القيمة ملاحظه حال العقد، فلو زادت

بعده و أن كان ذلك قبل اطلاع المغبون بالنقصان في زمان العقد لا تكون مجديه لثبوت الخيار لما مر سابقا من ان الملاك و المناط في ثبوته هو قاعده تخلف الشرط الضمني و هو غير حاصل.

كما انه لو نقصت بعده لا يكون موجبا لثبوته أيضا.

و كذا لو قلنا بأن المدرك فيه هو التعبد اما من جهه الاخبار أو الإجماع.

نعم لو قلنا ان المدرك في ثبوته قاعده «الضرر» بمعنى ان الخيار يثبت بثبوت الضرر و يسقط بزواله،- لا انه كاشفا عن عدمه من أول الأمر لعدم صدق السقوط حينئذ- كان لسقوطه وجه، لكن قد عرفت الاشكال فيها سابقا.

واعلم أن الشيخ قدس سره قال في المكاسب في بيان الأمر الثاني أعنى كون التفاوت فاحشا: «الواحد بل اثنان في العشرين لا يوجب الغبن وحده عندنا كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله» (١) أقول: ان الناس لا يتغابنون بما يتسامح في مقام المعامله بل بأدنى تفاوت أيضا و لعل ما ذكره العلامة أعلى الله مقامه فيها من الحد هو المعيار في مقام الرد دون المعامله، حيث ان الناس لا يردون بما يتسامح فيه من الزيادة في ذلك المقام فقط كما لا يخفى.

المسأله الثانيه

لو ادعى المغبون الجهل بالقيمه عند الشراء و ادعى البائع علمه بها عنده و أنه أقدم على ما وقع عليه العقد و هما متفقان في الزيادة،

فهل يسمع دعواه الجهل بالقيمه مطلقا من دون مطالبه بينه و يمين لأصالة عدم العلم، أو لأنه لا يعلم الا من قبله أو يسمع مع اليمين، أو يسمع مع البينه و ان عجز عن إقامتها يتوقف الدعوى فيرجع الى ما هو مقتضى الأصل فى تلك المسأله قبل تلك الدعوى، أو يسمع معها و ان عجز عنها فمع اليمين، وجوه.

قد يقال بالأول عملا بالقاعده المعمول بها عند الفقهاء فى مقامات كثيره من ان كل ما لا يمكن العلم به الا من قبل صاحبه يقبل قوله فيه مثل قول المرأه بانقضاء عدتها و عادتها فى صحه الطلاق و الفراق، و قول معطى النفقه للصغير بعدم كونها مجانا، و قول محتكر الطعام بأنه قوت عياله و أولاده و غيرها من أمثالها و نظائرها، فإن الجهل أيضا مما لا يعلم الا من قبل مدعيه فيقبل قوله من دون مطالبه الشىء منه من البينه و اليمين أصلا.

و اما الوجه فى الثانى فهو انه منكر لعلمه بزياده القيمه عند العقد، و ان قوله موافق للأصل إذا لأصل عدم كونه عالما بها حينه، فيطالب حينئذ باليمين لان فصل الخصومه لا بد ان يكون ياحدى الموازين الشرعيه من الإتيان بالبينه أو اليمين أو الرجوع و النكول و غيرها.

و اما الوجه فى الثالث فإنه بدعواه الجهل يكون مدعيا و ان ما يتميز به المدعى و المنكر- هو تعبيرهم عن المدعى بأنه لو ترك ترك أى لو ترك خصوص الدعوى الشخصيه لترك فى هذه الدعوى الشخصيه- صادق عليه فى المقام، إذ لو ترك مدعى الجهل دعواه هذه لترك فيها.

و اما الوجه فى الرابع و لعله الذى اختاره الشيخ الأنصارى أعلى الله

مقامه فهو جمعه رحمه الله بين وظيفتى المدعى و المنكر فى قوله:

«ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن، و بالبينه ان تحققت، و بقول مدعيه مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصاله اللزوم.

و لا- يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال فتأمل» (١) فإن قوله رحمه الله بالبينه ان تحققت و بقول مدعيه إذا ادعى الجهل أو الغبن، يفيد، ان المغبون فى نظره مدع و لذا أطلق عليه هذا اللفظ و ما يجب عليه فى إثبات الدعوى هو إقامة البينه.

و انه منكر لأنه الذى وافق قوله للأصل و هو عدم علمه بها كما هو ميزان معرفه المنكر عن غيره.

و لا يخفى عليك ما فى عباره الشيخ فى هذا المقام من عدم معلوميه المراد و عدم تنقيحه من ان أيهما من الغابن و المغبون مدع و ان أيهما منكر.

فان تعبيره قدس سره بأن الجهل انما يثبت باعتراف الغابن و بالبينه ان تحققت، يعلم منه ان المدعى هو المغبون و الا لما يحتاج إلى البينه فيكون الغابن على هذا منكرا.

و بأنه يثبت بقول مدعيه مع اليمين لأصاله عدم العلم الحاكمه على أصاله اللزوم، يعلم منه انه منكر و الا فلا معنى لاعتبار اليمين و اعتبار موافقه قوله للأصل، لما مر من انه ميزان لمعرفه المنكر، فعلى هذا يكون الغابن مدعيا عكس الأول.

و بقوله و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال اى علم المغبون، يعلم منه انه منكر مثل الأول.

و بالجمله انه بعد ذلك كله لا يعلم انه مدع فى ما نحن فيه أو منكر كما لا يخفى.

و لكن نقول: ان معنى المدعى و المنكر مثل معانى سائر الألفاظ كالقيام و العقود و الذهاب و الرجوع و غيرها فى كونها من المعانى العرفيه و ليس لهما حقيقه شرعيه أو متشرعه كما هو واضح.

لكن الأصحاب كثر الله أمثالهم قد جعلوا لكل واحد منهما ضابطه و قالوا كما عرفت آنفا ان المدعى من كان إذا ترك ترك، و كان أيضا قوله مخالفا للأصل أو الظاهر، و المنكر من كان إذا ترك لا يترك، و كان قوله موافقا للأصل أو الظاهر، و غير ذلك من الموازين المقرره لهما فى محله.

إذا علم ذلك فينبغى ان يعلم أيضا ان المراد من الأصل المذكور هنا ليس هو الأصول العامه من أصل البراءه و أصل العدم، بل المراد هو الأصل المقرر فى المسئله قبل ملاحظه الترافع و التداعى و مع قطع النظر عنه، و هو قد يكون أصاله الصحه و قد يكون أصاله اللزوم و قد يكون أصاله البراءه أو الاشتغال أو الاستصحاب كما لا يخفى - نعم قد يتحقق فى ضمن الأصول العامه بل الغالب يكون كذلك و ذلك لا يوجب كونه عباره عنها كما توهمه بعض، بل هى إحدى مصاديقه.

و مما ذكرنا يظهر حال ما نحن فيه فان من يدعى الجهل اعنى المغبون هو مدع إذ هو الذى لو ترك الدعوى ترك فيها، و ان قوله مخالف للأصل المقرر فى المسأله فإن الأصل فيها هو أصاله اللزوم و

مقتضى قوله دعوى ثبوت الخيار لنفسه بسبب جهله و هو مناف له، و ان الظاهر كونه عالما بزياده قيمه حين العقد.

و ان من يدعى علمه بالحال من صاحبه هو منكر، لان قوله موافق للأصل المذكور هو أصاله اللزوم اى لزوم العقد و ان الأصل براءه ذمته عما يدعى عليه، و انه لو ترك دعواه (و هو علم مدعيه بالحال) لم يترك بل يؤخذ منه.

فحينئذ كان اللازم على المغبون إقامه البينه على كونه جاهلا حال العقد فإن أقامها يأخذ التفاوت و الافعلى الغابن الحلف على كونه عالما بالقيمه حينه.

و ان ادعى هو أيضا الجهل بالحال مثل المغبون أو لم يحرز ضبطه على علمه لكونه فعل الغير، فيتوقف الدعوى، فيرجع الى الأصل المعين فى المسأله كما مرت إليه الإشاره.

و من نظائر المسأله من عليه دين للغير لكن يدعى إفلاس نفسه و عدم قدرته على أدائه، و كذا غاصب مال الغير يدعى أدائه ورده اليه، و ان ذكره بعض على سبيل النقض للميزان المذكور.

من أن المديون يدعى الإفلاس مع انه لو ترك إفلاسه لا يترك و كذا الغاصب لو ترك دعواه الرد، لا يترك، بل يؤخذ منهما ما فى ذمتهم من الدين و مال الغصب.

فان المراد من انه لو ترك لترك أى فى خصوص دعواه مما يدعيه على الغير، لا ما يقارنه من ادعاء آخر.

فحينئذ يكون مدعى الإفلاس انه لو ترك دعواه الإفلاس خاصه

لترك في هذه الدعوى خاصه، و هذا لا ينافى عدم تركه في دعوى أخرى التي كانت مقارنه لها.

و كذا الكلام في مسأله الغصب فإنه لو رجع عن دعواه لترك في خصوص دعواه التي رجع عنها لا مطلقا.

هذا في غير أهل الخبرة، و اما الكلام فيه فهو بعينه مثل غيره في سماع قوله ان احتمال الجهل في حقه، و الا فلو كانت خبرويه بحيث يوجب العلم بعدم معقوليه الجهل في حقه، أو القطع بعدم احتمال الجهل فيه، فلا يسمع قوله.

و اما ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانيان من عدم سماع قولهم مطلقا حتى في صوره احتمال الجهل في حقهم كما هو المستفاد من كلامهم فلا وجه له أصلا.

المسأله الثالثه:

فيما يمكن فرض ثبوت هذا الخيار لكلا الطرفين من البائع و المشتري في معامله واحده من جهه وصول الغبن إليهما معا.

و هو ما إذا تبايعا في غير بلدهما و فرض ان البائع لو باعه في بلده يكون ثمنه أزيد من الثمن الذي باعه به في المحل المفروض و كذا فرض ان المشتري لو اشتراه في بلده يكون ثمنه انقض من الثمن الذي اشتراه به هناك.

و التحقيق فيها انه ان أمكن لحوق كل منهما بأحد البلدين فيها و الا فالمرجع حينئذ أصاله اللزوم، و الحكم بعدم كون معامله غبنيه أصلا لعدم إمكان تحصيل العلم بالغبن.

نعم يشكل الأمر في صورته العلم الإجمالي بحصول الغبن في المعامله الشخصيه و لكن لا نعلم المغبون بشخصه فحينئذ لا بد من العمل بالقرعه لشمول دليلها عليه لاشتباه الغبن فيما بينهما و لو لم نعمل بها لكونها ضعيفه السند و عدم عامل بها في هذه المسأله فالمرجع أيضا أصاله اللزوم فتأمل جيدا.

المسأله الرابعه

قال الشيخ الأنصارى رحمه الله تعالى: «ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد؟ وجهان.»

(١)

لا- يخفى ان هذه المسأله مما تفرد بها الشيخ قدس سره، لكن لا محصل لها حقيقه أصلا لعدم الاختلاف في كلمات العلماء بوجه.

فان من عبر بالظهور أو بالكشف أو أمثالهما مما هو في كتبهم، انما هو من جهه الطريقيه إلى الواقع و الكاشفيه عنه لا- ان له خصوصيه في ثبوت الخيار.

و من هنا ظهر المراد من اعتبار الدخول بالسوق في روايه تلقي الركبان (٢) فان الدخول به لأجل كونه طريقا لتبين الغبن، و هو ظهوره به، و لذا لو ظهر قبل الدخول بالسوق كان للمغبون أيضا خيار فلا اشكال.

و اما الجمع بين كلماتهم في اختلاف الاثار، ففيه أيضا ما لا يخفى بل لا وجه له أيضا.

١- المتاجر ص ٢٣٧.

٢- سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٤٨

إذا الاثار انما هي آثار للغبن الواقعي الثابت بحسب الواقع على الفرض: لا على ظهوره و كشفه.

فظهر أن الجمع بين كلماتهم انما هو على النحو الذي ذكرناه لا على ما ذكره قدس سره من اختلاف الاثار، فافهم.

من مسقطات هذا الخيار التصرف

إشاره

اعلم ان التصرف الواقع بعد العلم بالغبن ان كان فعلا ظاهرا فى الرضا بالعقد أو كاشفا عن الرضا بالالتزام به، يكون مسقطا للخيار و ذلك لأحد الأمرين:

اما لما مر من أن ظاهر الأفعال مثل ظاهر الأقوال فى حجيتها الا ما خرج منها بالدليل كما عليه الأصحاب من ترتيبهم الاثار على الأفعال الكاشفه عن الفقر و الغنى و العداله و الفسق و غير ذلك و هو ظاهر ديدنهم.

و اما لذيل صحيحه ابن رثاب (١) و هو قوله: «و ذلك رضى منه» و بيانه ان الامام عليه السلام انما اقتصر بذكر الصغرى دون التعرض بذكر الكبرى للإشعار بأن الكبرى أمر مرتكز فى ذهن جميع العقلاء و انه مفروغ عنها عندهم، و لذا لا يحتاج إلى إثباتها كما لا يخفى و مثل ذلك دعوى كليه عدم نقض اليقين بالشك فى باب الاستصحاب أيضا.

نعم يمكن الاشكال عليه مضافا الى كونه مجملا بأنه يحتمل ان

يكون الشارع قد جعل التصرف فى باب خيار الحيوان منزله الرضا تعبدا و نزله منزلته كذلك، فلا بد حينئذ من الاقتصار على موردته فلا يتعدى من هذا الباب الى باب آخر كما هو مقتضى معنى التعبد الشرعى و ان لم يكن ظاهرا فى الرضا بالعقد و لا كاشفا عنه و شككنا فى بقاء الخيار و عدمه نحكم ببقائه للاستصحاب، إذ الدليل قد دل على ثبوته أولا و قبل إيجاد هذا الفعل المشكوك كونه مسقطا، و هو يكفى فى بقاءه و لا يحتاج فيه بالنسبة إلى الان الثانى و الثالث الى دليل آخر كما هو واضح.

نعم ان المسألة المفروضة مبتنية على أنه إذا ورد عام مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ثم خرج عن تحته بعض الافراد الى زمان خاص كزمان الخيار و شك فى خروجه فى غير ذلك الزمان، فهل يرجع فى ذلك المشكوك الى عموم العام كى يسقط الخيار فيما نحن فيه، أو يرجع فيه الى المخصص كى لا يسقط فيه.

ذهب المشهور الى سقوط الخيار فى المقام و تمسكوا فيه بأمر ثلاثة:

منها إطلاق معاهد الإجماع.

و منها عدم جريان ما دل على ثبوت الخيار من الإجماع و قاعده لا ضرر و لا ضرار فى ما نحن فيه.

فالأول انما هو ثابت فى صورته عدم التصرف و اما فى صورته فلا.

و اما الثانى فمنتف أيضا لأنه كما لا يجرى مع الاقدام على الضرر فكذلك لا يجرى مع الرضا بالضرر الذى يدل عليه التصرف بعد علمه بالغبن.

و منها: ذيل صحيحه ابن رثاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضى منه و لا شرط له» (١) فان ظاهر العله، أن التصرف و هو احداث الحدث، هو رضى بلزوم العقد فلا خيار بعد الرضا.

و لا- يخفى عليك ضعف كل واحد منها اما الأول، فقيه ان المقصود من الإجماع ان كان هو الإجماع على لفظ التصرف مع كونهم مختلفين فى معناه فغير مجد فى المقام لان ما يجدى فيه هو اتفاق الآراء على أمر شرعى و هو غير متحقق جدا.

و نظير هذا الإجماع فى عدم الاعتبار إجماعهم على اشتراط التوالى فى الوضوء مثلا مع كونهم مختلفين فى معناه و فيما يتحقق به ذلك العنوان غايه الاختلاف الذى يقرب من ثمانية أقوال.

و أما الثانى، ففيه ان الإجماع و حديث لا ضرر و لا ضرار لا يصلحان للدلاله على ثبوت الخيار، بل التمسك بهما لثبوتها كان محل الكلام و المنع، فضلا عن التمسك بعدمهما فى سقوطه.

و اما الثالث فيه ما عرفت سابقا و آنفا من كونه مجملا.

و احتمال تنزيل التصرف منزله الرضا فى باب واحد تعبدا، فالتعدى منه الى غيره يحتاج الى دليل

تتميم

لو تصرف المغبون قبل علمه بالغبن فان كان تصرفا مخرجا عن الملكيه و نازلا منزله التلف، بان يبيع المشتري- بالفتح-

بالعقد اللازم. أو استولد، أو وقف، أو أعتق أو غير ذلك مما يكون تالفا أو فى صورته.

قال المشهور بسقوط الخيار و لا ينافى هذا اتفاقهم بعدم سقوط الخيار بالتصرف قبل العلم بالغبن، لان محل الاتفاق انما هو فى التصرف غير المتلف، و اما تصرفه قبل علمه بغبنه إذا كان تصرفا متلفا فليس اتفاقيا حتى يلزم التنافى و استدلووا على السقوط بعدم قدره و التمكن على رد العين اليه.

لكن يتوجه عليهم ان الخيار لما ثبت فلا وجه لسقوطه بعد ذلك مع اتفاقهم بان الخيار لا يسقط بالتلف.

خصوصا إذا كان الخيار حقا متعلقا بالعقد. لان العقد باق قابل للحل و الانحلال، فالمغبون فى صورته تلف العين إذا فسخ رجع عليه بالمثل أو قيمه كما عليه الشهيد قدس سره و اما توجيه كلامهم على ما فى المكاسب (١) فهو:

ان ما ثبت بنفى الضرر هو عدم لزوم العقد لا الخيار، و عدم اللزوم مساوق للرد و الاسترداد، و هو مختص بصوره بقاء العين، فاذا فرض العين تالفه بإتلاف شرعى انتفى موضوع الرد (٢).

لكن يمكن توجيه كلامهم بوجه آخر أحسن من هذا و أسد و هو قولنا بثبوت الخيار فى المقام (و لا وجه للعدول عنه للتفصلى عن الإشكال إلى التمسك بنفى الضرر و الإضرار) و مفاد ثبوته هو الرد و الاسترداد بمعنى أن معنى الخيار اما حق

١- المتاجر ص ٢٣٩

٢- ان العبارة تحتاج الى تميم و هو جواب «أما».

متعلق بالعقد كما هو ملك إقرار العقد وإزالته أو حق متعلق بالعين فحينئذ يكون مرددا بين الأمرين لكن نقول: ان الحق و التحقيق أنه ظاهر فى المعنى الثانى هنا لمساعدته الدليل على ذلك- و ان كان المختار فيما سبق خلاف ذلك- لتبادره منه فى الأذهان الخاليه حيث ألقى إليها الخيار، فإنها لا تفهيم منه الا الرد و الاسترداد.

و معلوم ان الرد و الاسترداد لا يمكن الا مع بقاء العين لتوقفهما عليه لا فى صورته الإتلاف مطلقا عقليا كان أو شرعيا كما مر.

و لو سلمنا عدم ظهوره فيه ليصير مجملا فنأخذ بالقدر المتيقن و هو تعلق الحق بالعقد مع بقاء العين.

و كذا الكلام على القول بثبوته بنفى الضرر و الإضرار، بأن نقول ان الاحكام الثابته بالعناوين الأوليه منفيه أو مرتفعه عند عروض العناوين الثانويه التى منها عدم الضرر.

و فى المقام كان الحكم قبل عروض الضرر لزوم العقد و وجوبه و بعد عرضه يكون ذلك الحكم منتفيا و معدوما و معنى اللزوم و عدمه هو القيام بما وقع عليه العقد من مقتضاه من الأخذ و الإعطاء به أو ببدله و هو موقوف على بقاء العين.

هذا ما أردنا إيراده فى هذه الأوراق بعون الله الملك الخلاق و قد فرغنا عن تبييضه فى الخامس عشر من شهر جمادى الآخرة من سنه سبع و سبعين و ثلاثمائه بعد الالف من الهجره النبويه (ص) و الحمد لله أولا و آخرا و لا إله إلا الله ظاهرا و باطنا تمت التعاليق فى السابع و العشرين من شهر رجب يوم بعث النبى من شهور عام ١٣٩٨ بيد العبد الفقير رضا «الاستادى» و الحمد لله و نسأله الخيره لنا و لجميع المؤمنين بحق عبادته الأخيار صلوات الله عليهم أجمعين

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 الإخصائيين 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 آواده 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
الغمامة اصحمان



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