



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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

کتاب
منیۃ الطالب
فی
حاشیۃ الکافی

میرزا محمد حسین غروی نائینی

جلد ۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

منیه الطالب فی حاشیه المکاسب

کاتب:

موسی بن محمد نجفی خوانساری

نشرت فی الطباعة:

المطبعة الحیدریه

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
١١	منيه الطالب في حاشيه المكاسب المجلد ٢
١١	اشاره
١١	اشاره
١٢	القول في الخيارات
١٢	اشاره
١٢	مقدمتان
١٢	الأولى في معنى الخيار لغه
١٤	الثانيه ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه أن الأصل في البيع اللزوم
٣٠	القول في أقسام الخيار
٣٠	الأول في خيار المجلس
٣٠	مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا وكيلين في الجملة
٣٩	مسألة لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره ولايه أو كاله
٤٠	مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار
٤٠	منها من ينعق على أحد المتبايعين
٤٤	أو منها شراء العبد نفسه
٤٨	مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع
٥٠	مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد
٥٣	القول في مسقطات الخيار
٥٣	مسألة لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد
٥٣	اشاره
٥٩	أفرع ذكر العلامة موردا لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس
٥٩	مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد
٥٩	اشاره

- ٦١ [مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]
- ٦١ [مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]
- ٦٢ اشاره
- ٦٤ [مسأله لو أكره أحدهما على التفزق]
- ٦٦ [مسأله و من مسقطات هذا الخيار التصرف]
- ٦٦ [الثاني خيار الحيوان]
- ٦٧ اشاره
- ٦٨ [مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]
- ٧٢ [مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مده الخيار]
- ٧٢ [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٧٥ [مسأله لا إشكال في دخول اللبنتين]
- ٧٦ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]
- ٧٦ [الثالث التصرف و لا خلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار]
- ٨١ [الثالث خيار الشرط]
- ٨١ اشاره
- ٨٣ [مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا]
- ٨٥ [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ٨٧ [مسأله يصح جعل الخيار الأجنبي]
- ٩١ [مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]
- ٩١ اشاره
- ٩٣ [توضيح المسأله يتحقق بالكلام في أمور]
- ٩٣ [الأمر الثاني الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمه و إما أن يكون معينا]
- ٩٥ [الأمر الثالث قيل أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ]
- ٩٧ [الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]
- ١٠٢ [الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]
- ١٠٩ [الأمر السادس لا إشكال في قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري]

- ١١١ [الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن]
- ١١٣ [الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ كذا يجوز للمشتري]
- ١١٣ [مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]
- ١١٧ [الرابع خيار الغبن]
- ١١٧ اشاره
- ١٢٧ [مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]
- ١٢٧ [الأول عدم علم المغبون بالقيمه]
- ١٣٧ [الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]
- ١٣٩ [بقى هنا شىء]
- ١٣٩ [مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى]
- ١٤١ [يسقط هذا الخيار بأمر]
- ١٤١ [أحدها إسقاطه بعد العقد]
- ١٤٥ [الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]
- ١٤٦ [الثالث تصرف المغبون]
- ١٤٧ [الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن]
- ١٤٧ اشاره
- ١٤٩ [أو أما تصرف الغابن]
- ١٤٩ اشاره
- ١٥٧ [أو لو تصرف الغابن تصرفاً مغتيراً للعين]
- ١٥٩ [أو إن كان التغيير بالزيادة]
- ١٦٥ [أو لو كان التغيير بالامتزاج]
- ١٦٨ [بقى الكلام فى حكم تلف المعوضين]
- ١٧٣ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماله]
- ١٧٣ [مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]
- ١٨٧ القول فى خيار التأخير
- ١٨٧ اشاره

- ١٩٥ [ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور] -
- ١٩٥ [الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره] -
- ١٩٦ [ثم إن هنا أمورا قيل باعتبارها في هذا الخيار] -
- ١٩٦ [أمنها عدم الخيار لأحدهما أو لهما] -
- ١٩٩ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمور] -
- ١٩٩ [أحدها إسقاطه بعد الثلاثه] -
- ٢٠١ [الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه] -
- ٢٠٢ [الرابع أخذ الثمن من المشتري] -
- ٢٠٣ [مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان] -
- ٢٠٣ [مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع] -
- ٢٠٥ [القول في الشروط] -
- ٢٠٥ [الكلام في شروط صحه الشرط] -
- ٢٠٥ [أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف] -
- ٢٠٧ [الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه] -
- ٢٠٧ [الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء] -
- ٢٠٨ [الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه] -
- ٢٢١ [الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد] -
- ٢٣٨ [الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا] -
- ٢٤٠ [الشرط السابع أن لا يكون مستلزما للمحال] -
- ٢٤٣ [الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد] -
- ٢٤٧ [أو قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط] -
- ٢٤٩ [مسأله في حكم الشرط الصحيح و تفصيله] -
- ٢٤٩ [القسم الأول إذا تعلق الشرط بصفه من صفات المبيع] -
- ٢٥١ [القسم الثالث إذا تعلق الشرط بما هو من قبيل الغايه] -
- ٢٥٦ [القسم الثاني و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل] -
- ٢٥٧ [الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي] -

- ٢٦٣ [الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب]
- ٢٦٣ [لو تعذر الشرط فليس للمشتري إيا الخيار لعدم دليل على الأرش]
- ٢٧١ [الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه]
- ٢٧٦ [السابعه قد عرفت أن الشرط من حيث هو لا يقسط عليه الثمن]
- ٢٨٠ [القول فى حكم الشرط الفاسد]
- ٢٨٠ [الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد]
- ٢٩٣ [الكلام فى أحكام الخيار]
- ٢٩٣ [الخيار موروث بأنواعه]
- ٢٩٣ [اشاره]
- ٢٩٨ [بقى الكلام فى أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال]
- ٣٠٢ [مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه الخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزيه]
- ٣٠٢ [اشاره]
- ٣٠٨ [أفرع إذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم]
- ٣١٢ [مسأله لو كان الخيار لأجنبي و مات]
- ٣١٣ [مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]
- ٣١٤ [مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبيله]
- ٣١٤ [اشاره]
- ٣١٨ [أفرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار]
- ٣١٩ [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار]
- ٣١٩ [اشاره]
- ٣٢٥ [أفرعان]
- ٣٢٥ [الثانى أنه هل يجوز إجازة العين فى زمان الخيار]
- ٣٢٨ [مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك]
- ٣٣٦ [مسأله من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار]
- ٣٥٢ [مسأله و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم العوضين فى زمان الخيار]
- ٣٥٤ [مسأله قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين]

٣٥٧ ----- [مسأله لو فسح ذو الخيار فالعين في يده مضمونه]

٣٥٨ ----- [القول في القبض]

٣٥٨ ----- [مسأله اختلفوا في ماهية القبض في المنقول]

٣٦٠ ----- [الكلام في أحكام القبض]

٣٦٠ ----- اشاره

٣٦٤ ----- [مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

٣٦٤ ----- [مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

٣٦٩ ----- تعريف مركز

سرشناسه : خوانساری نجفی، موسی، ۱۲۵۴ - ۱۳۲۲.

عنوان قراردادی : المکاسب. شرح

عنوان و نام پدید آور : منیه الطالب فی حاشیه المکاسب / تالیف موسی النجفی الخوانساری؛ تقریراً لابیحات آیت... محمدحسین الغروی النائینی؛ طبع علی نفقه مکتبه المحمدی.

مشخصات نشر : طهران: مطبعه حیدری، ۱۳۷۳ق. = ۱۳۳۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

یادداشت : عربی.

یادداشت : افست از روی چاپ گراورسازی رشدیہ.

موضوع : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : نایینی، محمدحسین، ۱۲۳۹-۱۳۱۵.

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق . المکاسب . شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف ۸م ۳۳ ۷۰ ۱۳۳۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۳۹۷۶۲۲۰

ص : ۱

هذا هو الجزء الثاني من كتاب منيه الطالب في حاشيه المكاسب لمؤلفه حجّه الإسلام الحاج الشيخ موسى النجفي الخوانسارى
دامت بركاته

[القول في الخيارات]

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على أشرف أنبيائه محمد وآله الأئمه الطيبين الطاهرين ولعنه الله على أعدائهم
أجمعين أبدأ الأبدان

[مقدمتان]

[الأولى في معنى الخيار لفه]

قوله قدس سره الخيار لفه اسم مصدر من الاختيار إلى آخره

أقول الخيار بمعناه اللغوي يشمل كل مورد كان لأحد المتعاقدين أو لغيرهما اختيار في أمر فالأول كملك الزوجين الفسخ
بالعيوب والثاني كملك العمه والخاله فسخ العقد على بنت الأخ والأخت وغير ذلك مما كان الشخص مختاراً في الفعل و
الترك ومعناه الاصطلاحي لا عموم له كذلك بل هو حق ثابت لشخص في خصوص نقص العقد والعهد وإبرامه

وعرفه المصنف قدس سره بأنه ملك فسخ العقد وعرفه المحققون من القدماء بأنه ملك إقرار العقد وإزالته والحاصل من
تعريف المصنف أنّ أحد طرفي الاختيار وجودي والآخر عدمي ومن تعريف القدماء أنّ طرفيه وجودي والحق ما اختاره
القدماء وقبل تحقيقه ينبغي تمهيد مقدمه قد أشرنا إليها في كتاب البيع وهي أنّ العقود بحسب الثبوت على أقسام ثلاثه منها ما
يقتضى اللزوم ذاتا ومنها ما يقتضى الجواز كذلك ومنها ما لا يقتضى شيئا منهما فما كان من الأول فشرط الخيار فيه ينافي
مقتضاه ولا يقبل الفسخ ولا الإقاله وما كان من الثاني فشرط اللزوم ينافي مقتضاه وما كان من الثالث فلا ينافي كل واحد من
الشرطين فيه

وأما بحسب الإثبات فقد استكشفنا من الأدله أنّ عقد النكاح والضمان من الأول ولذا لا يصحّ فيهما جعل خيار الفسخ ولا
يقبلان الإقاله ولا ينافي ذلك جواز فسخ النكاح بالعيوب الخاصه ويتخلف بعض الشروط وجواز فسخ الضمان إذا تبين إفسار
الضامن مع عدم علم الدائن به لقيام الدليل عليه بالخصوص واستكشفنا منها أنّ الهبه من الثاني والبيع من الثالث

ثم إذا كان العقد مقتضياً للزوم أو الجواز بذاته فاللزوم أو الجواز حكمي ولا يقبلان

الإسقاط كما هو الشأن في جميع الأحكام الشرعيّة سواء كانت ثابتة في العقود أم في غيرها فلو التزم العاقد في إنشائه بضد ما اقتضاه العقد كان منافيا لمقتضاه و مخالفا للكتاب و السّينه و لو التزم بما اقتضاه لما أفاد إلّا التأكيد و أما ما لا اقتضاء له فاللّزوم أو الجواز حتّى قابل لجعل الخيار فيه و إسقاطه ثمّ إنّ الالتزام بما اقتضاه ذات العقد من اللّزوم أو الجواز أو الالتزام بمضمون المعاوضه في العقد الذي لا يقتضى أحدهما إنّما هو بالدّلاله الالتزاميه

و توضيح ذلك أنّ ما ينشأ بالعقود إمّا مدلول مطابقى و إمّا التزامى أمّا المطابقى فهو فى البيع نفس تبديل المال بالمال الّذى يحصل بالمعاطاه أيضا و أمّا الالتزامى فهو التعهّد بما أنشأ و الالتزام به و هذا هو العقد و العهد الموثق لا المعنى المطابقى الحاصل بالفعل أيضا و لذا قلنا فى باب المعاطاه بأنّها بيع لا عقد و قلنا بأنّها تفيد الجواز لعدم تحقّق ما يوجب اللّزوم فيها

ثمّ إنّ هذه الدّلاله الالتزاميه ناشئه من بناء العرف و العاده على أنّ من أوجد معنى بالعقد يلزم عليه أن يكون ثابتا على ما أوجده و بانبا على إنفاذ ما أنشأه و إلّا لم يقدم أحد على المعاملات الخطيره و المعاوضه فى الأشياء النفيسه و سيجى ء زياده توضيح لذلك فإذا كان هذا بناؤهم فى العقود المعاوضيه و ما يشبهها فكلّ عقد كان اللّزوم من مقتضيات ذاته يصير هذا الالتزام مؤكّدا له كالتكاح و الضّمان و كلّ عقد كان الجواز من مقتضياته كالبهه يخرج عن عموم أوّفوا بالعقود بالتخصيص و كلّ عقد لا اقتضاء له يصير بهذه الدّلاله ذا اقتضاء كالبيع و قوله عزّ اسمه أوّفوا بالعقود ناظر إلى هذه الدّلاله لا الدّلاله المطابقيه لأنّ وجوب الوفاء فى البيع بلحاظ معناه المطابقى إنّما هو لحرمة التصرف فى مال الغير لا لأنّه عقد و عهد موثق

و بعبارة أخرى فى المعاوضات العقديّه مدلولان المطابقى و هو بيع و الالتزامى و هو عقد و وجوب الوفاء يناسب لحاظ العقديّه كما هو صريح الآيه فإذا كان اقتضاء اللّزوم من جهه إنشاء العاقد المدلول الالتزامى و التزامه به فلو ثبت الخيار فى عقد بأحد الوجوه الثلاثه الآتية يوجب تخصيص الآيه الشّريفه و يكون حقّا مالكيًا قابلا للإسقاط كما أنّه يقبل الإقاله للتلازم بينهما إذا كان حقيا و كان بمعناه المصطلح لا بمعناه اللّغوى الشّامل للحكمى أيضا و لا شبهه أنّ الخيار فى المقام إنّما هو بمعناه المصطلح لأنّه لو ثبت الخيار فى العقد لأحد إمّا بالشرط كبيع الشّروط أو بجعل شرعى كخيار الحيوان و المجلس أو لتخلّف شرط ضمنى كالغبن و العيب و نحوهما فمعنى ثبوته أنّ التعهّد بمدلول العقد الذى تعهّد به العاقد على نفسه و قلنا إنّ من باب بناء العرف و العاده على أنّ كلّ من عقد عقدا يلزم أن يكون على عقده و يبقى على عهده زمام أمره بيد المعاهد أى لثبوت الخيار ليس هذا الالتزام ملكا للطرف و ليس كنفس المدلول المطابقى الذى هو ملك للطرف و لو مع الخيار فإذا كان مالكا للالتزام نفسه فله إقراره و إبرامه و له حلّه و نقضه

و بعبارة أخرى ثبوت الخيار لأحد معناه أنّ اختيار المدلول الالتزامى المنشأ من المتعاقدين وضعا و رفعا بيد ذى الخيار فله ردّ ما ألزمه على نفسه من إنفاذ العقد فينحلّ العقد و له إبقاء ما التزم به طرفه له فيستقرّ العقد

إذا عرفت هذه المقدّمه

ظهر أنّ كلّاً من طرفى الخيار أمر وجوديّ و قوامه بملك كلا الالتزامين و العقد الغير الخيارى قوامه بملك التزام الطرف و خروج التزام نفسه عن قدرته و بالإقاله يرد ما خرج و يخرج ما دخل و لذا لو أقالا يرد كلّ منهما الالتزام الذى ملكه إلى طرفه و من هنا ذكروا أنّ الخيار يدخل فى كلّ ما يدخل فيه الإقاله

قوله قدّس سره و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ ففيه أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار إلى آخره

بعد ما ظهر أنّ أجود التعريفين تعريف القدماء بأنّ الخيار ملك إقرار العقد و إزالته ظهر أنّ مرجع إلزام العقد ليس إلى إسقاط حقّ الخيار لأنّ معنى إلزامه إعمال أحد طرفى الخيار و أمّا إسقاط الحقّ فهو أمر فوق الخيار فإنّ الإسقاط إذهب موضوع الحق لا إعماله كما أنّ الإعراض عن الملك فوق السلطنه و به يذهب موضوع المال و ليس الإعراض من أنحاء السلطنه على المال

و بالجملة ليس إسقاط الحق فى قبال حلّ العقد بل المقابل له الالتزام بالعقد و إن كان أثره الإسقاط هذا مضافا إلى ما سيجىء من المصنف فى أحكام الخيار أنّ الخيار ليس عبارته عن ملك فسخ العقد و عدمه لأنّ نفس عدم الفسخ ليس إعمالا لأحد طرفيه بل يحتاج إلى أمر وجوديّ و هو الرضا بمضمون العقد

[الثانيه ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه أنّ الأصل فى البيع اللزوم]

قوله قدّس سره ذكر غير واحد تبعا للعلامة فى كتبه أنّ الأصل فى البيع اللزوم إلى آخره

لا- يخفى أنّ الأصل بمعنى الرّجحان المستند إلى الغلبه لا يرجع إلى محصّل فإنّه ممنوع صغرى و كبرى فالمراد منه إمّا القاعده المستفاده من العمومات و الاستصحاب أو معناه اللغوى بمعنى أنّ وضع البيع و أساسه على اللزوم و ذلك لما ذكرنا من أنّ بناء العرف و العاده على التزام كل عاقد بما ينشئه و يشعر بذلك عبارته التذكرة من قوله و الغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه و إنّما يتمّ ذلك باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه انتهى

و بالجملة العقد هو العهد الموثق فهو كالبيعه المتعارفه بين الرؤساء و التابعين لهم و كالتعهد الحاصل بتصفيق كلّ منهما يده على يد الآخر فإذا كان هذا بناء العرف و العاده فى المعاملات مع عدم ردع الشارع عنه فيصير كلّ عقد معاوضيّ و ما يشبهه كالتكاح متضمّنا لهذا البناء و دالّا عليه بالدلاله الالتزاميه

نعم لو جعل أحدهما زمام هذا الالتزام لنفسه أو جعله الشارع له فيصير ذا خيار حقّى قابل للإسقاط و لذا عبّرنا عن الخيار بملك الالتزام لأنّه حقّ لا حكم

قوله قدّس سره بقى الكلام فى معنى قول العلامة إلى آخره

الأولى أن يقال فى توجيه كلام العلامة أنّ الخروج عن أصله اللزوم يتحقّق بأمرين الأوّل ملك الالتزامين أى الخيار و الثانى

ملك أخذ ضميمه مع مال الطرف عوضا عن ماله

و بعبارة أخرى كما أنّ العقد يقتضى اللّزوم كذلك يقتضى أن يكون أحد العوضين فقط عوضا عن الآخر فإذا ثبت الخيار فيه يخرج عن اقتضائه اللّزوم و إذا ظهر العيب فيه يخرج عن اقتضائه كون أحد العوضين وحده عوضا عن الآخر لاقتضاء ظهور العيب الأرش مع العوض

و بالجمله ثبوت العيب أو ظهوره و إن كان سببا للخيار إلّا أنّ الخيار الحاصل به مختلف فى السّينخ مع سائر الخيارات لأنّ أخذ الأرش ليس من باب فسخ العقد فى جزء من مدلوله حتّى يكون من سنخها و حتّى يورد عليه بأنّه لا يعتبر فى الأرش

كونه جزءا من الثمن بل هو ملازم لإبقاء العقد على حاله بالنسبة إلى أصل التزامه بالتبديل و إنما يتصرف فيه بأخذ ضميمه مع المعيب مع أنّ المنشأ كان معوضيه نفس المبيع للثمن لا معوضيته مع شيء آخر

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا أنّ الأصل بمعناه اللغوى بل بمعنى الاستصحاب و بمعنى القاعده المستفاده من العمومات لا يختصّ بالبيع بل يطرد في كلّ عقد معاوضى مبناه على اللزوم

قوله قدس سره فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إِلَى آخِرِهِ

لا- يخفى أنّه لو كان المَجْعُول بالأصل هو الحكم التّكليفى و كان المَجْعُول المنتزِع هو الوضعى كاللّزوم فى المقام يجب أن يكون الحكم التّكليفى المستتبِع للحكم الوضعى مناسباً له و مَجْعُولاً- على نحو ينتزِع المطلوب منه فعلى هذا يكون مفاد الآيه وجوب الوفاء بالعقد و العمل بما اقتضاه مطلقاً أى فى جميع الأزمنه و بالنسبه إلى كلّ زمانى لأنّ ببركه مقدّمات الحكمه يتمّ إطلاق وجوب الوفاء بالنسبه إلى كلتا الجهتين لأنّه لو كان وجوب الوفاء به فى وقت دون وقت و بالنسبه إلى عدم الفسخ لا مع الفسخ يلزم لغويه تشريعه فمفاد هذا الحكم التّكليفى هو وجوب الوفاء به فى جميع الأزمنه و مع طرؤ كلّ طار كما أنّ المناسب للفظ الوفاء أن يكون متعلّقه المعنى المصدرى أى الإيجادى من العاقد و الإصدارى منه لا اسم المصدرى و هو الحاصل من التزامه الذى هو العقد

و بعبارة واضحة المناسب لوجوب الوفاء أن يكون متعلّقه نفس تعهّده لا ما تعهّده به فيندفع عن المصنّف ما أورد عليه المحقّق الخراسانى قدس سره فى حاشيته على المتن من أنّ مع الشكّ فى تأثير الفسخ يكون التمسك بالإطلاق من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه و ذلك لأنّه لو كان متعلّق الوفاء هو العقد بمعنى اسم المصدر فمع الشكّ فى تأثير الفسخ يكون تمسكاً بالإطلاق فيما لا يعلم أنّه عقد سيّما إذا قلنا إنّ الفسخ حلّ العقد من حين العقد

و أمّا لو كان متعلّقه فعل المكلّف فإذا كان الوفاء به واجبا و بقاءه على قوله و إبرامه ما تعهّده به لازماً فلازمه بقاء ما تعهّده به و عدم تأثير فسخه و نستكشف منه بقاء عقده كالأستكشاف من عموم أكرم العلماء أنّ زيدا الذى يحرم إكرامه ليس زيدا العالم

و بعبارة أخرى لو كان الفسخ رافعا لموضوع الوفاء و موجبا لذهاب التعهّده بالمعنى المصدرى عن صفحه الوجود و عن ظرفه لكان وجوبه مع تحقّق الفسخ تمسكاً بالإطلاق فى مورد الشكّ فى المصداق و أمّا لو كان الفسخ رافعا للعقد فمع الشكّ فى تأثيره يمكن وجوب الالتزام بما التزم به و بهذا البيان يمكن أن يقال بعدم الاحتياج إلى الإطلاق بالنسبه إلى الزمانى بل يكفى إطلاقه فى الزمان لأنّه إذا كان الوفاء بالتعهّده لازماً فى جميع الأزمان فلازمه عدم تأثير الفسخ

ثمّ إنّه لا- إشكال فى أنّ اللّزوم المستفاد من الحكم التّكليفى ليس تعهّدياً صرفاً بل لمناسبه الحكم و الموضوع يعلم أنّه حقّ مالكي بل يمكن استفاده كونه حقّاً من مقابله الجمع بالجمع فى الآيه الشّريفه أيضاً فإنّ كلّ مكلّف إذا كان مكلّفاً بالوفاء بعقده يستلزم أن لا- يكون الوفاء بوصف الاجتماع مطلوباً على المتعاقدين فعلى هذا يجب على كلّ واحد الوفاء بما تعهّده به مع وفاء الآخر به فإذا استقال أحدهما الآخر فله الإقالة و لا نحتاج إلى إطلاق أدلّه الإقالة حتّى يقال إنّ موردها منحصر فى استقاله الزّلات

و العثرات لا العقود و المعاهدات بل لو كان موردها العقود أيضا لم يعلم جريانها في كل عقد و ذلك لأنّ وجوب الوفاء لو كان
حقا مالکيا فمقتضى

القاعده جريان الإقاله فى كل عقد مبناه على اللزوم لو لا الخيار و يشهد به المعاهدات بين الدول و البيعه التى كانت بين الأئمه عليهم السّلام و أصحابهم فإنّ الحسين ع قال لأصحابه مرارا رفعت بيعتى التى كانت فى رقابكم و أنتم فى حلّ منى و بهذه المضامين قال الحسن ع لقيس بن سعد بن عباده لما امتنع عن البيعه مع معاويه لبيعه مع الحسن ع و هذه البيعه و إن لم تكن قابله للحلّ و ليست كبيعه العشائر مع شيوخهم و رؤسائهم إلّا أنّ الناس حيث كانوا قريب عهد بالجاهليه فعاملوهم عليهم السّلام بما ارتكز فى أذهانهم

و كيف كان فالعهد و العقد يجب البقاء عليه ما دام الآخر باقيا على عهده لأنّ كونه حقّا مالكيًا يقتضى جواز الإقاله لكلّ منهما فليس وجوب الوفاء من قبيل حرمة بيع العبد المسلم من الكافر تعديداً غير قابله للرفع و لو مع رضا العبد المسلم و ليس وجوبه أيضا كوجوب الصّلاه بحيث لا يترتب على عصيانه غير العقاب بمعنى أنه يحرم عليه الفسخ و لكن لا ينافى تأثيره لأنّ مقتضى كونه حقّا مالكيًا أن يكون بمنزله وجوب أداء الدين فمعناه أنّ الفسخ لا يؤثّر و العقد لا يفسخ به

هذا كلّ لو كان المجعول الأصلي هو الحكم التّكليفى و أمّا لو كان هو الوضعى كما هو الحقّ فى أمثال اللزوم فإنّ الملكيه و الرّقيه و الولايه و اللزوم و نحو ذلك بنفسها قابله للجعل و ليست كالشّروطيه و الجزئيه و المانعيه التى لا تقبل الجعل بالأصالة فدلاله الآيه على المطلوب أظهر لأنّها على هذا إمضاء لما عليه العرف و العاده من بنائهم على لزوم الالتزام بما التزموا به فمقتضى هذه الدّلاله أن يكون العقد بنفسه بحسب الدّلاله اللفظيه موجبا للزوم ترتيب آثار ما التزم العاقد على نفسه فإذا أمضى الشّارع هذا البناء إمّا بالأمر الإرشادى نظير الأوامر فى باب الأجزاء و الشّرائط أو بأمر مولوى لحقّ مالكي لا للتعبّد الصّيرف يصير اللزوم مجعولا كمجعوليه الولايه و الملكيه

و الحقّ أنّ المجعول الأصلي هو الوضعى الذى هو منشأ لترتب آثار الملك من جواز التصرّف و التقلّب لأنّ المجعول الشرعى فى المعاملات بأجمعها هو إمضاء ما عليه الناس فيها و بناؤهم على جعل الوضعى أولا لا العكس أى لا يجوز البائع للمشتري أولا جواز التصرّف فينتزع منه الملكيه بل بناؤهم على أن جواز التصرّف من آثار الملكيه و كيف كان فسواء كان اللزوم منتزعا أو مجعولا بالأصالة فهو ليس من مقتضيات العقد فى نفسه و عن مفاد لفظ المتعاقدين مدلولًا مطابقًا أو التزاميًا مع قطع النظر عن حكم الشّارع حتى يقال إنّ العمل بالعقد و وجوب الوفاء به هو العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز لأنّ مقتضاه فى نفسه ليس إلّا التبديل مطابقه و الالتزام بترتيب آثار الملكيه على البيع التزاما الذى أمضاه الشّارع بقوله أوفوا بالعقود إمّا انتزعا أو أصالة لا لزوم هذا الالتزام أو جوازه

و بالجمله لزوم الالتزام أو كونه باختيار العاقد ليس إلّا مستفادا من أدلّه لزوم العقد أو من أدلّه الخيارات فكلّ منهما من المجعولات الشرعيه الخارجه عن مقتضيات العقد فى نفسه

قوله قدّس سره و من ذلك يظهر الوجه فى دلاله قوله تعالى أحلّ الله البيع إلى آخره

لا يخفى أنّ حرمة الرّبا التى فى هذه الآيه جعلت قبلا لحثّيه البيع إمّا بمعنى حرمتها التّكليفيه و الوضعيه كليهما و إمّا خصوص

أحدهما و الاستدلال بهذه الآيه يتم لو كان المراد منها الأعم أو خصوص التّكليفية و إلاّ لو كان المراد منها فساد الربا فبقريته

المقابلة يصير المراد من الحليته الصّحة لا اللزوم

ثمّ على فرض أن يكون المراد من الحليته حليته جميع التصرفات إلّا أنّ مع الشكّ في ثبوت الحليته بعد الفسخ لا يمكن التمسك بإطلاقها لأنّه من قبيل التمسك بالإطلاق مع الشكّ في المصداق لأنّ الفسخ لو كان مؤثراً لكان هنا رافعا و مزاحما مع أصل الحليته و هذا بخلاف نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّ الْفَسْخَ ثُمَّ لَا يَرْفَعُ مَوْضِعَ وَجُوبِ الْوَفَاءِ الَّذِي هُوَ الْإِتِّزَامُ بِالْمَعْنَى الْمَصْدَرِيَّ وَ إِنَّمَا يَرْفَعُ الْعَقْدَ الَّذِي هُوَ اسْمُ الْمَصْدَرِ

و توضيح ذلك أنّ القيود الرّاجعه إلى الموضوع يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إليها مطلقا و مقيدا و أمّا حالات نفس الحكم فلا- يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إليها مطلقا أو مقيدا فضلا عن أن يكون مطلقا أو مقيدا بالنسبه إلى رافعه و طارده و نظير ذلك ملاحظه الأحكام الثّابته للأشياء بعناوينها الأولى مع الأحكام الثّابته لها بعناوينها الثّانويّه فَإِنَّ إِبَاحَةَ الْمَاءِ لَهَا إِطْلَاقٌ بِالنَّسْبَةِ إِلَى اشْتِرَاطِ تَرْكِ شَرْبِهِ فِي ضَمَنِ عَقْدٍ لَازِمٍ مِنْ حَيْثُ ذَاتُ الْاِشْتِرَاطِ أَيْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فَعَلَ مِنْ أَفْعَالِ الْمَكْلُوفِ كإِطْلَاقِهَا بِالنَّسْبَةِ إِلَى سَائِرِ أَفْعَالِهِ وَ أَمَّا مِنْ حَيْثُ أَثَرُهُ فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ لَهَا إِطْلَاقٌ لِأَنَّ أَثَرَ الْاِشْتِرَاطِ رَافِعِيَهُ الْإِبَاحَةَ وَ الْإِبَاحَةَ لَا إِطْلَاقَ لَهَا بِالنَّسْبَةِ إِلَى وَجُودِهَا وَ عَدَمِهَا

و السرّ في ذلك أنّ المحكوم ليس ناظرا إلى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبه إلى حاكمه و في مقامنا هذا الفسخ لو كان مؤثراً لكان رافعا لأصل الحليته و لا إطلاق لها بالنسبه إلى رافعها بخلاف تأثير الفسخ في حلّ العقد فإنّه لا يزاحم و جوب الوفاء و لا موضوعه الذي هو التعقيد و إنّما يرفع العقده الحاصله من فعل العاقد فيمكن التمسك بإطلاق أَوْفُوا فِي رَفْعِ هَذَا الشُّكِّ

و هذا هو السرّ في تخصيص المصنف هذا الإشكال بأحلّ الله البيع و أمثاله دون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بالجمله بعد الفسخ نشكّ في حليته التصرف كالشكّ في حليته أكل المال بالتجاره عن تراض فالتمسك بعقد المستثنى في هذه الآيه لا يفيد أيضا لرفع الشكّ عن تأثير الفسخ

قوله قدس سره و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَى آخِرِهِ

تقريب الاستدلال بعقد المستثنى منه يتوقّف بعد الفراغ عن كون المراد من الأكل فيه هو التملك لا- الازدراد على أن يكون المراد بالباطل هو ما يسمّى باطلا عرفا و أن يكون العرف مع الشكّ في أنّ بالفسخ يمكن التملك أم لا حاكما بالبطلان

و بعبارة أخرى يتوقّف الاستدلال على أمرين الأوّل أن يكون نظر العرف متبعا في تعيين المصداق و الثّاني أن يكون حاكما بأن ما لم يعلم كون الفسخ سببا للتملك أن يكون التملك باطلا- و كلاهما ممنوعان أمّا الأوّل فلأنّ نظرهم متبع في تعيين المفاهيم لا- المصاديق إلّا أن يكون تعيين المصداق راجعا إلى تعيين المفهوم و أمّا الثّاني فلعدم حكمهم في مورد الشكّ في كون شيء سببا مملكا بعدم كونه مملكا و باطلا لشكّهم في السبب فكيف يحكمون بعدم المسبب

و نظير هذا التقريب للاستدلال المصنف في أوّل باب البيع بأدله المعقود في مورد الشكّ في الأسباب مع إقراره بأن

الأسماء و عناوين العقود كالبيع و الصِّلح و الهبه إنَّما هي موضوعه للمسبِّبات دون الأسباب فقال و أمَّا وجه تمسِّك العلماء بإطلاق أدلِّه البيع و نحوه فلائذَّ الخطابات لَمَّا وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشَّرعيَّة على ما هو الصَّحيح

المؤثر عند العرف إلى آخره

و نحن قد استوفينا الكلام في هذا المرام و قلنا إنه لو كان باب العقود و آثارها من قبيل الأسباب و المسببات لا باب الإيجاديات بالأدله لما كان وجه للتمسك بإطلاق ما يرجع إلى إمضاء المسببات لرفع الشك في تأثير سبب من الأسباب لأن كلا منهما يحتاج إلى إمضاء على حده و لا يرجع إمضاء بتدليل المال بالمال إلى إمضاء ما كان القبول فيه مقدما على الإيجاب لعدده العرف سببا فراجع و اغتنم

و بالجملة لا يفيد التمسك بعقد المستثنى و لا المستثنى منه بوصف الانفراد نعم مجموع العقدين يفيد المطلوب و ذلك لأن المستثنى هنا مستثنى منقطع فإن التجاره عن تراض ليس من الباطل و محكوما بخلافه بل خارج عنه موضوعا و حكما و إخراجة عنه موضوعا ليس كخروج الحمار عن القوم تكويننا بل نفس الدليل هنا ناظر إلى خروجه فمفاد العقدين أن كل تملك ما عدا التجاره عن تراض هو داخل في أكل المال بالباطل فأخذ المال من المنتقل إليه و التملك عنه بدون رضاه أى التملك بالفسخ هو التملك بالباطل

قوله قدس سره و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ع لا يحل إلى آخره

لا- يخفى أن تقريب الاستدلال به كتقريبه في الآيه المتقدمه بالنسبه إلى مجموع العقدين و ذلك لأن كون المستثنى مفرغا لا يصح إلا فيما كان المستثنى منه المقدر عاما فعدم حليه جميع أنحاء التقلبات من الأكل الازدرادى و التملكى إلا مع طيب نفس المالك لا يصح إلا أن لا يؤثر الفسخ

نعم هذا الحكم كالحكم المستفاد من الآيه المتقدمه قابل للتخصيص بأدله الخيار و غيرها فما لم يعلم التخصيص بالفسخ و نحوه يكون العام متبعا و بالجملة لا- يمكن منع الإطلاق أو العموم بالنسبه إلى أوفوا بالعقود و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض و الخبر الشريف لا يحل لدلائها على أن الفسخ لا يؤثر و ليس التمسك بها من قبيل التمسك بالعام أو المطلق فيما لا يعلم الانطباق عليه و ذلك لما عرفت أن الفسخ لا يرجع إلى ما تعلق به الوفاء في الآيه الأولى و ليس أيضا تجاره عن تراض لأن الملك قبل الفسخ داخل في ملك من انتقل إليه فالتملك عنه به و التكسب به تكسب لا عن تراض و ليس أيضا بطيب نفس المالك فلا يحل التملك به فعلى هذا لا وجه للإيراد على جميع الأدله بنهج واحد

قوله قدس سره و منها قوله الناس مسلطون إلى آخره

لا إشكال في أن السيلطنه التامه على الأموال تقتضى أمرين الأول عدم قصر سلطنه المالك على ماله بأن لا يقدر على البيع و الصلح و أمثالهما كما إذا كان ماله مرهونا أو كان هو مفلسا أو سفيها الثاني عدم تسلط غيره على إخراج ماله عن ملكه كما إذا كان لغيره حق الخيار أو دين يحكم الحاكم بجواز المقاصه منه فإذا اقتضى السيلطنه عدم تسلط الغير إلا لحق أو حكم فيقتضى عدم تأثير الفسخ من غيره بلا حق و لذا لا يجوز للمقرض إرجاع العين من ملك المقرض لمنافاته للسيلطنه التامه للمقرض على ماله فعلى هذا لو قلنا بأن ملك الفسخ و الإقرار متعلق بالعين فمع الشك فيه يصح التمسك بإطلاق الناس مسلطون على عدم

تأثير الفسخ لأنّ الفسخ ينافى عدم تسلّط غير المالك على مال المالك

و أمّا لو قلنا بأنّ الفسخ يتعلّق بالعقد بمعنى أنّ الخيار يبطل التبديل الواقع من العاقدين من دون إرجاعه العين و رجوع العين إنّما هو أمر قهري يحصل بحلّ العقد ففي مورد الشك لا يمكن التمسك بالإطلاق لأنّ الفسخ لا يرجع إلى تصرّف غير مالك العين فيها

و بالجمله لو قلنا

بأن الخيار متعلق بالعين فلازمه أن من عليه الخيار لا يتمكن من التصرف فيها لمنافاته لتعلق حق الغير بها و لازمه أيضا عدم نفوذ الفسخ ممن لم يعلم ثبوت الخيار له و أما لو قلنا بأنه متعلق بالعقد فلازمه جواز تصرف من عليه الخيار و عدم صحته التمسك بإطلاق الناس مسلطون

قوله قدس سره و منها الأخبار المستفيضه إلى آخره

لا- يخفى أن المناقشه في هذه الأدله بأن دلالتها على وجوب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا إنما هو بلحاظ ما يقتضيه نفس البيع لا- للأموال العارضة أحيانا من غبن و عيب و لأجل هذا لا يكون أدله سائر الخيارات مخصيه لها كما في حاشيه المحقق الخراساني قدس سره غير صحيحه فإن نفس أدله سائر الخيارات تدل على التخصيص و أن وجوب البيع الحاصل بالافتراق مثلا إنما هو في غير الحيوان كصحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله ع قال قلت له ما الشرط في الحيوان قال ثلاثه أيام للمشتري و قلت ما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا و هكذا الصيحه المحكيه عن قرب الأسناد

و بالجمله فالمناقشه في الأدله من دأب المصنفين و هم بصدد بيان الاحتمال و لو كان على خلاف الظاهر لتوسعه أذهان المحصّلين و إلما فدلاله هذه الأخبار على اللزوم في خصوص البيع ممّا لا تنكر كما أن دلاله غير آيه أوفوا بالعقود على أصاله اللزوم في العقود المعاوضيه كذلك و دلاله أوفوا على أصاله اللزوم في مطلق العقود و لو كان العهد الذي بين الله تعالى و عباده أيضا كذلك

قوله قدس سره و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا إلى آخره

لا- يخفى أن العقود على ثلاثه أقسام الأول العقود الإذنيه كالعاريه و الوديعه و الوكاله و المضاربه التي قوامها بالإذن من المالك التي يكفي فيها كل لفظ أو فعل كاشف عن الرضا منه و لا إشكال في أن مقتضاها أن مع فسخ المالك ينتفى رضاه بالتصرف فيرتفع ما هو قوامها فلا- يجرى فيها الاستصحاب بل في الحقيقه هذه الأقسام خارجه من باب العقود بالتخصيص و إنما تسمى عقدا لاعتبار رضا الطرفين و إلما فهي ليست إلما تسليطا على التصرف

نعم لو اشترط عدم الفسخ في ضمن عقد آخر فهي تابعه لذلك العقد و أما لو اشترط عدمه في نفس هذا العقد كما لو وكله و شرط عدم عزله فلا يفيد هذا الشرط لأن كل ما بالغير لا بد أن ينتهي إلى ما بالذات و نفس الوكاله لو كانت جائزه فالشرط في ضمنها مثلها

و الثاني العقود التنجيزيه كالبيع و الصلح و أمثالهما و لا إشكال أن مقتضى الاستصحاب بقاء أثر ما أنشأ بالعقد فينتج نتيجة اللزوم و المناقشه فيه بمعارضه باستصحاب بقاء علاقه المالك الأول المقتضى لتأثير فسخه في استرجاع المال إلى ملكه و حكومته على استصحاب ما ينتج اللزوم لأنّ الشك في اللزوم و الجواز ناش عن الشك في بقاء علاقه المالك الأول ممنوعه جدّا لأنّ علاقه المالك إن أريد بها العلاقه التي بها يقدر على فسخ العقد و حلّمه بناء على أن الخيار راجع إلى ذلك ففيه عدم تحقق

المستصحب قبل العقد و عدم تيقنه بل نقطع بعدمه لأنه قبل البيع لا عقد حتى يمكن لبائعه مثلاً حلّه و أمّا حين البيع فتحقق هذا الحقّ له أوّل الكلام

و إن أريد بها علاقه بها يقدر على إرجاع العين في ملكه فهي مستحيله الاجتماع مع الملك أي قبل البيع ليست هذه العلاقه له لأن كون

الإنسان مالكا لإرجاع العين التي في ملكه إلى ملكه ليس له معنى محصل فقبل البيع نقطع بعدم المستصحب أيضا و أمّا بعده فإنه وإن أمكن ثبوت هذا الحقّ أى إرجاع العين إلى ملكه بجعل شرعى أو مالكي له إلّا أنّ المفروض أنّ الشكّ فيه و الأصل عدم حدوثة

و إن أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع ففيه أنّ الشكّ في بقائها بعد التفرّق حيث إنّ إمّا لاحتمال ثبوت خيار آخر له مع خيار المجلس و إمّا لتبدّل هذا الخيار إلى خيار آخر فهو من الاستصحاب المقارنى أو التبدلى من القسم الثالث الذى لا نقول بجريانه إلّا أن يكون نحو وجود المستصحب وجودا تبدلنا كالحركة و ذلك لأنّ الصّحّة التي كانت في المجلس مقطوع الارتفاع و الحصّة الأخرى مشكوك الحدوث من أول الأمر و نفس مفهوم الكلى لا وجود له إلّا في ضمن أحد الفردين و ليس من قبيل القسم الثانى

و بالجملة مع عموم الأخبار بأن مع الافتراق ينقطع الخيار لا- معنى لاستصحاب بقاء خيار المجلس و الخيار الآخر مشكوك الحدوث ثمّ من هذا البيان ظهر أنّه يمكن أن يكون وجه التأمل في قوله فتأمل هذا الذى ذكرنا يعنى أنّ التمسك بالأخبار إنّما هو لبيان ارتفاع خيار المجلس لا- لإثبات اللزوم بالأخبار حتّى يقال إنّ الكلام في استصحاب اللزوم إنّما هو مع الإغماض عن العموم إذ مع فرض وجوده لا وجه للتمسك باستصحاب الملكيه

و بالجملة التمسك بالأخبار إنّما هو لبيان أنّ علاقة المالك الحاصله له في المجلس ارتفعت بالتفرّق عنه فيبقى استصحاب ما ينتج اللزوم سليما عن الحاكم

قوله قدّس سره نعم هو حسن في خصوص المسابقة إلى آخره

هذا هو القسم الثالث من العقود و هى العقود التعليقيّة كالمسابقة و المراماه و المساقاه و الجعالة و أمثالها و لا إشكال في جريان الاستصحاب في هذه العقود أيضا لأنها و إن لم تتضمن تملكيا أو تسليطا فعلا- إلّا أنّها بعد حصول المعلق عليه فيها يحصل الملكيه فأنشأ التملك على تقدير السبق مقتضى اختصاص السبق بالسابق فإذا شكّ في ارتفاع هذا الأثر عن العقد لفسخ أحد المتعاقدين فالأصل بقاؤه بل المسلم من حجّيه الاستصحاب التعليقى هذا القسم منه و ما يشبهه من استصحاب عدم الفسخ

و بالجملة التّكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده كالحجّ على المستطيع لو شكّ في ارتفاعه عن موضوعه فالأصل بقاؤه كما أنّ الملكيه المنشأ على تقدير كالتزمى و السبق لو شكّ في ارتفاعها بالفسخ فالأصل بقاؤها و العجب من المصنف قدّس سره أنّه مع تحقّق أحد جزأى موضوع الحكم كالعصير العنبى كيف أجرى استصحاب حكمه مع عدم تحقّق جزئه الآخر و في المقام مع أنّه إنشاء تكليف أو وضع على موضوع مقدر وجوده لم يجر فيه الاستصحاب مع أنّ حقيقه الملازمه بين تحقّق الموضوع و الحكم ثابتة في المقام فهى قابله للاستصحاب لا مثل حكم العصير العنبى و قد استوفينا الكلام فيه في الاستصحاب التعليقى

قوله قدّس سره بل يرجع في أثر كلّ عقد إلى ما يقتضيه الأصل إلى آخره

لا يخفى أنّ منشأ الشكّ في اللزوم و الجواز تاره لشبهه حكميّه و أخرى لشبهه خارجيّه فإن كان للأوّل فحيث إنّه لا أصل يثبت السبب فيجزي الأصل في المسبب و يقال الأصل بقاء أثر العقد ملكا كان كالبيع أو حقًا كالرهن و لو كان للثاني فقد يكون هنا أصل موضوعي يثبت اللزوم و الجواز و قد لا- يكون فالأوّل كما إذا علم بأنّ العقد الصادر بيع و شكّ في جعل الخيار فالأصل عدم

جعلته فيثبت اللزوم أو علم بأن الصادر هبه و شك في جعل الثواب أو قصد القربة فالأصل عدمهما فيثبت الجواز و الثاني كما لو اشتهب العقد الصادر بين البيع و الهبه أو الإجاره و العاريه أو القرض و الوديعة

ثم الاشتباه تاره مع بقاء العين و أخرى مع فساده و على التقادير فقد يكون الاشتباه في مورد الترافع كما لو كان النزاع بين المتعاقدين و أخرى في غير مورده كما لو كان بين وارثهما أو بين أحدهما و وارث الآخر بمعنى أن يدعى أحدهما عدم العلم فلو كان العقد صحيحا و كان الاشتباه في مورد الترافع أى كان أحد المتعاقدين و هو من انتقل عنه العين يدعى الهبه و الآخر البيع و العين باقيه في يد من ادعى البيع فلو قلنا بالتحالف فيرجع العين إلى مالكة الأصل و لو لم نقل و فسخ مدعى الهبه فحيث إنه يشك في تأثير الفسخ فمقتضى الأصل بقاء أثر العقد إلا أنه يعلم إجمالا إما بخروج العين عن ملك من انتقلت إليه و إما بثبوت العوض عليه

و حيث إن مدعى الهبه يدعى عدم استحقاقه العوض فيجب الصلح بينهما و لو كان النزاع بالعكس أى المالك الأصلي يدعى البيع و الآخر الهبه أى كان نزاعهما في ثبوت اشتغال ذمه من انتقل إليه العين بالعوض و عدمه مع اعتراف المالك الأصلي بعدم استحقاقه الفسخ فالأصل براءة ذمه مدعى الهبه عن العوض

و لو كان الاشتباه في غير مورد الترافع أى لا يدعى أحدهما أو كلاهما العلم بالواقع فمقتضى استصحاب أثر العقد هو اللزوم و مقتضى أصالة البراءه هو عدم اشتغال ذمه من بيده العين عن العوض إلا أنه يعلم إجمالا بأنه لو فسخ طرفه فإما يجب عليه رد العين أو العوض فلا يفيد أصل البراءه و يجب الصلح بينهما لأن الطرف أيضا يعلم بعدم استحقاقه إما العين و إما العوض و لو لم يكن العين باقيه في هاتين الصورتين ففي الصورة الأولى لو ادعى المالك الأصلي البيع حتى يستحق العوض فالأصل براءة ذمه من تلف عنده العين و لو ادعى الهبه و ثبت الفسخ في حال بقاء العين و ادعى مماطله الآخر في رد العين فالحكم كما في مورد بقاء العين إلا أن هنا يعلم تفصيلا ببقاء العوض في ذمه من تلف عنده العين إما المسمى على ما ادعاه من البيع و إما المثل أو قيمه لعدم رده عين مال الغير مع تسليمه المماطله

و في الصورة الثانية الأصل براءة ذمته عن العوض إلا أن يقال في جميع الأقسام أن مقتضى أصالة الاحترام في الأموال أن مدعى براءة الذمه تجب أن يثبت مدعاه و إلا نفس المال بطبعه يقتضى أن لا يخرج عن ملك مالكة بلا عوض و لا يبعد أن يكون منشأ اختيار المشهور الضمان في مورد اشتباه العقد الصلح بين القرض و الوديعة و بين الإجاره و العاريه بالنسبه إلى المنافع و بين البيع و الهبه هو أصالة الاحترام فتدبر

هذا مع أنه دل نص خاص على الضمان في مثل هذه الموارد و هو ما عن أبي الحسن ع عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعه و قال الآخر إنما كانت لي عليك قرضا فقال ع المال لازم له إلا أن يقيم البيئه أنها كانت وديعه

و أميا لو كان العقد فاسدا ففي صورته بقاء العين يجب ردها إلى مالكةا أو إلى ورثته و في صورته التلّف يجب ردّ عوضها إلى

مالكها أو ورثته لأنّ موجب الضّمان و هو اليد قد تحقّق و رافعه و هو إقدام المالك على المجاتيّه غير معلوم فيستصحب و يحكم بالضّمان لأنّ الموضوع للضّمان و هو المركّب من اليد و عدم تحقّق رافعه محرز بالوجدان و الأصل و ليس إقدام المالك على

المجانيه من مفاد كان الناقصه لليد حتى يقال إن عدم إقدامه من مفاد ليس الناقصه فليس له حاله سابقه لأنه لم تتحقق في زمان يد تتصف بعدم إقدام صاحبها على المجانيه و ذلك لأن رافع الضمان ليس من نعت اليد بل هو من صفات ذى اليد كما هو الشأن في كل عرض بالنسبه إلى محلّه و إمّا بالنسبه إلى عرض آخر أو جوهر فهما متباينان و لذا يكفى في تحقّقه قبل تسليط المالك على ماله أو بعده كما يكفى تحقّقه معه فإذا تحقّق يد في الأمس و إقدام على المجانيه في اليوم يكفى لرفع الضمان و على هذا ففي مورد الشكّ في الإقدام على المجانيه يحرز عدمه بالعدم المحمولى

ثمّ لا يخفى أنّه بناء على ما ذكرنا في تحقيق قاعده ما يضمن و ما لا يضمن من أنّ الإقدام على الضمان ليس دليلاً مستقلاً للضمان ظهر ما في كلام المصنف في قوله قدس سره و إن كان المستند دخوله في ضمان العين إلى آخره كما أنّه لا يخفى ما في قوله أو لو قلنا بأن خروج الهبه من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه لأنّ الهبه خارجه عن عموم أوفوا بالعقود و مثله لا عن عموم على اليد ما أخذت لأنّ عمومه غير ناظر إلى العقود

ثمّ إنّ لا إشكال في أنّ الرجوع في أثر كلّ عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إنّما يتمّ فيما لو كان العقد المختلف فيه له أثر غير أثر ما يدعيه الآخر من العوض و نحوه و أمّا لو كان المالك الأصلي يدعى الهبه و الآخر الصّليح المجاني و قلنا بأنّ الصّليح عقد لازم مستقلّ فمقتضى استصحاب اللزوم عدم تأثير فسخ مدعى الهبه

[القول في أقسام الخيار]

[الأول في خيار المجلس]

[مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا وكيلين في الجملة]

قوله قدس سره و الأولى أن يقال إنّ الوكيل إن كان وكيلاً في مجرّد إجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجوه التي ذكرها المصنف ره تبعاً للمحقّقين تامّه لا إشكال فيها أمّا الانصراف فممنشؤه أنّ الوكيل في إجراء الصّليغ بمنزله الآله و كأنّه لسان الموكل فنسبه البيع إليه في الحقيقة نسبه مجازيّة و ذلك لأنّه و إن كان مختاراً في إنشاء عنوان البيع إلّا أنّ مبادئ اختيار اسم المصدر غير قائم به و أمّا كون مفاد أدلّه الخيار عدم ثبوته لمجرى الصّليغ فوجهه ما يستفاد من مناسبه الحكم و الموضوع من أنّ المحمول الذي رتب على البيع هو المحمول في الرتبة الثانيه من الحمل

و توضيح ذلك أنّ محمولات الموضوعات مختلفه بعد اتفاقها في تجرّد عقد وضع موضوعاتها عنها فمثل حمل الموجود على ماهيه يكون الموضوع فيه الماهيه المعراه عن الوجود و العدم و مثل حمل كاتب على زيد الموضوع فيه ما يكون مفروغ الموجوديّة و مثل حمل تحرّك الأصابع عليه الموضوع هو الموجود الكاتب و بهذه المناسبه يختلف الموضوع في باب الاستصحاب لفرق العرف بين موارد فلا بدّ أن يلاحظ أنّ العناوين المأخوذه في الموضوعات بل هي من قبيل العلل كالتغيّر لعروض النجاسه على الماء أو من قبيل الوسائط في العروض أى الموضوع هذا المعنون بالعنوان كالمجتهد الذي هو موضوع

لجواز التقليد و تمييز هذين الأمرين بنظر العرف و لذا بعد زوال التغيير يقولون بأن الموضوع باق بخلاف زوال الاجتهاد

ففى المقام الذى أخذ موضوعا للخيار أخذ بعد مفروغيه مالكيته لالتزام الطرف المقابل أى بعد كونه قادرا على الإقاله و ردّ التزام طرف المقابل قادرا على إعمال التزام نفسه بإبقائه أو إعدامه

و بعباره واضحه مفاد أدله الخيار إثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين فى نقض ما التزم به و إبرامه بعد الفراغ عن سلطنته على الإقاله و ردّ

ما التزم الآخر به و لا- شبهه أنّ مجرى الصّيغه لا- يملك التزم الآخر و ليس له الإقالة حتّى يثبت له بأدله الخيار ملك كلا الالتزامين

و يجب أن يحمل مراد المصنف من المنتقل عنه و إليه على الالتزام لا العين حتّى يقال إنّ حقّ الخيار لا تعلق له بما انتقل عنه أو على ما سيجىء توضيحه و أمّا الدليل الثالث أى اتحاد السّياق فأمره أظهر من أن يخفى على أحد فإنّ قوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا يدلّ على أنّ من له الخيار فى الحيوان و من له خيار المجلس واحد و خيار الحيوان لا يمكن الالتزام بثبوتة للوكيل فى إجراء الصّيغه فكذلك خيار المجلس و الأخبار المطلقة كقوله البيعان بالخيار حتّى يفترقا متّحد فى الموضوع مع الأخبار المقرونة بخيار الحيوان لا من باب حمل المطلق على المقيّد فإنّه لا- يجرى فى الأحكام الانحلاليه كقوله أكرم العالم و أكرم زيدا بل من باب أنّه لا إطلاق فى الأخبار المطلقة فإنّ الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان فى بيع الحيوان

و أمّا الدليل الرّابع و هو أنّ حكمه جعل الخيار إرفاق للمالك ليروّى فيختار ما هو الأصح له فهو و إن كان دليلاً اعتبارياً و لا يقتضى الحكمه الاطراد فى كلّ مورد إلّا أنّه نعم بأن جعل هذا الخيار شرعا لمن ليس له اختيار البيع بلا موجب و لا ينتقض بجعل المتعاقدين الخيار الثالث فإنّه كمال السّلطنه لهما فى ذلك و حقّ جعلى مالكي منهما له

ثمّ إنّ هذه الوجوه الثلاثه الأخيره إنّما هو بعد الغضّ عن الوجه الأوّل و أمّا بلحاظه فلا نحتاج إلى تطويل و ذلك لما عرفت من أنّ عقد الوضع و هو البيع لا يصدق على مجرى الصّيغه لأنّ مبادئ اختيار البيع ليس بيده نعم يفيد هذه الوجوه لإثبات عدم ثبوت الخيار للوكيل الذى تنتهى وكالته بإجراء عقد البيع و إن لم يكن كمجرى الصّيغه بل كان مستقلاً فى التصرف فى الشراء أو البيع

و حاصل الكلام أنّ الوكلاء على أقسام ثلاثه الأوّل الوكيل المفوض المستقلّ فى التصرف على أىّ نحو شاء كالعامل فى القراض و أولياء القاصرين و الثانى الوكيل فى إجراء الصّيغه فقط و الثالث المتوسّط بينهما بأن كان وكيلاً مستقلاً فى المعاضه إلّا أنّ نفس دليل وكالته لا يشمل فسخ المعاضه بعد تحقّقها و لو أذن له الموكل فى الفسخ بعد العقد أيضا فهو وكاله مستقلّه فتقطع وكالته الأولى بعد المعاضه و إن كان مستقلاً و مختاراً فى الشراء مثلاً بأيّ مقدار من الثمن و من أىّ بائع

فالقسم الأوّل له الخيار لعموم النصّ لأنّه بيع حقيقه بل جميع الوجوه الداله على ثبوت الخيار للمالك لو كان بنفسه عاقدا تجرى فى حقه أيضا و القسم الثانى ظهر حاله و الثالث كالثانى و إن صدق عليه عقد الوضع إلّا أنّ عقد الحمل و هو قوله ع بالخيار لا يشملها لما عرفت من أنّ الخيار سلطنه ثابتة بأدلتها للعاقده بعد الفراغ عن سلطنته على التزم الطرف المقابل و الوكيل الذى تنتهى وكالته ليس مالكا لالتزام الطرف المقابل لأنّه ليس له الإقالة و لا الفسخ بغير خيار المجلس من سائر الخيارات حتّى يثبت له خيار المجلس بأدلتها بل هو بعد المعاضه أجنبيّ صرف

و بتقرير آخر أدله الخيارات مخصّيه لعموم أوّفوا بالعقود فكلّ من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار و هو ليس إلّا من كان مسلّطاً على ما انتقل إليه فالتسلّط على ما انتقل إليه ملازم لثبوت الخيار و لو كان الخيار راجعاً إلى العقد لا

العين فمن ليس مسلّطا على

ما انتقل إليه ليس وجوب الوفاء موجهاً عليه و من لا يجب عليه الوفاء لو لا الخيار ليس له الخيار فعلى هذا لقد أجاد المصنف قدس سره في تعبيره بأن مفاد أدله الخيار إثبات حق و سلطته لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه

و هكذا الوجهان الأخيران لا يجريان في حق هذا الوكيل أيضا فإن خيار الحيوان المقرون في الأدلة مع خيار المجلس ليس له لأنه أجنبي عن الحيوان حتى ينظر و يتروى و هكذا الإرفاق للمالك و إن كان حكمه إلا أن الحكمه لا يجب أن يطرد في مورد الحكم المعلل بها لا في غير موردته مثلا اختلاط المياه الذي حكمه لجعل العده لا يجب أن يطرد إلا أنه في مورد ذات العده لا في البائن الذي ليس موردا لجعل العده فالمقام و إن كان جعل الخيار حكمه و إرفاقا للمالك إلا أنه جعل له فهو الذي له الخيار و لو لم يكن في مورد خاص جعله له إرفاقا له و لم يجعل لغير المالك فلا وجه لثبوته له

قوله قدس سره و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال إلى آخره

بعد ما ظهر أن الخيار ثابت للوكيل المطلق المفوض إليه أمر المعامله بيعا و شراء فسحا و إمضاء دون غيره فهل يثبت للموكلين مطلقا أو لا- يثبت لهما مطلقا أو تفصيل بين الموكلين في إجراء الصيغه فلهما ذلك و غيرهما من القسمين الآخرين فليس لهما وجوه أقواها ثبوته لهما مطلقا

أمّا لو كان و كيلهما و كيلا في إجراء الصيغه فقط لأن البيع في الحقيقة نفس الموكلين و الوكيلان بمنزله لسانهما و يصدق في حقهما حقيقة أنهما باعا و اشترى و أمّا لو كان و كيلهما و كيلا في المعاوضه الخاصه أو مطلقا فلصحه انتساب البيع إلى نفس الموكلين أيضا كما يصح انتساب الفعل إلى المباشر و السبب في كل فعل و لذا ورد تاره الله يتوفى الأنفس حين موتها و أخرى قُلْ يَتَوَفَّاكُم مَلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ وَ ثَالِثَهُ وَ لَوْ تَرَى إِذْ يَتَوَفَّى الَّذِينَ كَفَرُوا الْمَلَائِكَةَ فَنَسَبَ الْفَعْلَ تَارَهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَ أُخْرَى إِلَى عِزْرَائِيلَ عَلَيْهِ السَّلَام وَ ثَالِثَهُ إِلَى أَعْوَانِهِ مِنَ الْمَلَائِكَةِ سَلَامَ اللَّهِ عَلَيْهِمْ

نعم قد يناقش فيما ذكرناه بوجوه الأول أنه و إن صح استناد الفعل إلى السبب و المباشر إلا أنه في استعمال واحد لا بد أن يراد أحدهما فالمراد من قوله ع البيعان إمّا الموكلان أو الوكيلان و المفروض ثبوته للوكيل المفوض فلا يمكن ثبوته للموكل أيضا الثاني أنهم ذكروا أنه لو حلف المالك على عدم البيع لم يحث ببيع و كيله فممنه يظهر أن بيع الوكيل ليس بيعا له الثالث أنه لا شبهه في تأثير فسخ الوكيل المفوض و إمضائه فكيف يؤثر فسخ المالك و إمضائه مع أن الملك الواحد و الحق كذلك لا يمكن ثبوته للمالك متعدده و ذوى حقوق مختلفه

و لكنّه بأجمعها فاسده أمّا الأول فلأن إرادته معنى واحد في استعمال واحد إنما يلزم لو كان اللفظ مختصا بأحد من الأمرين و الأمور أو السبب و المباشر كآليات الشريفة فكما لا يمكن أن يراد من ملك الموت هو الله تعالى فكذلك لا بد أن يراد من يتوفاكم في هذه الآيه الفعل بالمباشره و أمّا لو كان اللفظ من قبيل البيع أو المميت مثلا فلا يجب أن يراد منه أحد من المباشره و السبب لإمكان إرادتهما منه و لو على نحو عموم المجاز

و بالجمله يراد من البيع معنى عامًا له مصاديق مختلفه في كفيته صدور الفعل منهم على نحو التسبيب و المباشره و أما الثاني فعدم
حنث المالك ببيع وكيله مضافا إلى اختصاصه بغير مورد الوكيل

فى إجراء الصيغه لحنثه ببيعه أن عدم الحنث إنما هو لاعتبار الالتفات و الاختيار فى متعلق النذر و أما البيع فلم يعتبر الاختيار و لا الالتفات فيه فيصدق فى حق الموكل أنه بائع و إن لم يلتفت إلى بيع و كيله و أما الثالث ففيه أن تعدد الملاك فى ملك واحد فى آن واحد إنما يمتنع لو كان كل مالك فى عرض الآخر و أما فى المقام فملك الوكيل فى طول ملك المالك و من شئون ملكه و من باب أنه هو الوكيل و الوكيل هو الموكل

هذا مضافا إلى أن حكمه جعل الخيار تقتضى ثبوته للموكل أيضا و بالجمله إذا كان الموكلان حاضرين فى المجلس فالأقوى ثبوته لهما و إن لم يجتمعا للبيع و لم يعلما به أما اعتبار حضورهما فلظاهر قوله ع ما لم يفتقا أما عدم اعتبار اجتماعهما للبيع و التفاتهما به فلاطلاق الدليل و عدم اعتبار شىء سوى الاجتماع

ثم بناء على ثبوت الخيار للموكلين و الوكيلين طوليا فكل من سبق من الوكيل هو الموكل على إعمال الخيار نفذ و ذهب موضوع حق الآخر و ذلك ظاهر كما يظهر توضيحه فى خيار الشرط المجعول للأجنبي

قوله قدس سره ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد وجوه أقواها الأخير إلى آخره

لا- يخفى أن كفايه بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين فى المجلس متنافيان و ذلك لأنه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممن له الخيار لم يعتبر فى الابتداء أيضا لأن استفادة الاجتماع فى المجلس إنما هو من قوله ع ما لم يفتقا فلو صدق عدم تفرق الموكل بقاء و كيله فى المجلس صدق اجتماعه أيضا ابتداء و إن لم يكن نفس الموكل حاضرا فى المجلس رأسا لأن عدم صدق تفرقه ليس إلا أن الوكيل هو الموكل تنزيلا فإذا كان كذلك فلا يعتبر حضوره أصلا فالأولى أن يقال لو كان الموكلان حاضرين فى المجلس و لو لم يجتمعا للبيع فيثبت الخيار لهما مطلقا

و أميا لو لم يحضرا فلو كان الوكيلان و كيلين فى إجراء الصيغه فقط أو فى خصوص معاملته خاصه بحيث تنتهى و كالتها بالعقد فلا خيار أصلا لا للموكلين و لا للوكيلين أما للوكيلين فلما ظهر سابقا

و أما للموكلين فلعدم حضورهما و حضور الوكيلين لا يفيد لاجتماع البيعين اللذين هما الموكلان حقيقه فإن بعد انقطاع الوكاله ليس اجتماع لأحد أصلا و لا- بد فى إعمال الخيار من اجتماع من له الخيار فلا يفيد حضور الموكلين بعد العقد قبل تفرق الوكيلين أيضا لأن حال البيع لا اجتماع و حال الاجتماع لا خيار

و بعبارة أخرى يظهر من قوله ع ما لم يفتقا اعتبار اجتماع من له الخيار من حين البيع إلى حين إعمال الخيار فلو لم يحصل لا خيار فعلى هذا لو وكلهما الموكلان بالفسخ بعد العقد مع عدم حضور أنفسهما لا يصح لأن نفس و كالتها فى إجراء الصيغه أو فى المعامله لا- يثبت لهما حقا فى الفسخ و الإمضاء و إذنهما فى الفسخ و الإمضاء بعد عدم ثبوت الخيار لأنفسهما لعدم حضورهما لا يؤثر فى ثبوت حق للوكيل لأن ثبوت حق له إنما هو فرع ثبوته لموكله

و أما لو كان الوكيلان وكيلين مفوضين مستقلين فيكفي عدم تفرقهما لثبوت الخيار للموكّلين و لو لم يجتمعا أصلا و ذلك لما
عرفت من أنّ الحقّ الثّابت للوكيلين إنّما هو لأنّهما بدنا تنزيلين للموكّلين و لأنّ البائع في الحقيقة هو الموكّلين لأنّ البيع كسائر
المشتقات

كقوله باع فلان داره موضع لمن انتقل عنه المال و المنتقل عنه المال هو المالك لا الوكيل فليس للوكيل حق في عرض حق الموكل و إنما حقه من شئون حق المالك و من حيث إنه نازل منزلته فإذا كان المالك هو البيع و كان اجتماع الوكيل بمنزله اجتماع المالك فلا يعتبر حضور المالك أصلاً

و بالجملة حيث إن الحق الثابت للوكيل إنما هو لكونه مالكا تنزيلا و لذا نختار في المسألة الآتية عدم انتقال حق الخيار الثابت له إلى وارثه لكونه ذا حق من حيث و كالتة لا- من حيث ذاته فيكفى عدم تفرقه للثبوت حق للمالك و لو مع عدم حضوره و هذا مراد العلماءه قدس سره من أنه لو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل حق الخيار إليه لأن ملكه أقوى أى خيار الموكل باق و بموت الوكيل لا- ينتقل إلى وارثه لأن ملكه من شئون ملك الموكل و من تبعات و كالتة و لم يكن له حق في عرض حق الموكل حتى ينتقل إلى وارثه

و بالجملة لو كان حق الوكيل حقا مستقلا و كان الخيار ثابتا له و لموكله بما هما شخصان كثبوت حق الخيار للورثه على أحد الأقوال فيه لكان الانتقال إلى الوارث في محله و كان المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و لازمه عدم ثبوت الخيار للموكل مع عدم حضوره و سقوط حقه مع افتراقه

و أما لو كان حقه طوليا و من باب أنه هو الموكل تنزيلا فلا وجه لانتقاله إلى وارثه و لا لثبوت حق الموكل بعد فسخ الوكيل أو إمضائه و لا- لاعتبار حضور الموكل أو سقوط حقه بتفرقه بل لو قلنا باعتبار حضوره أيضا لا يسقط حق الخيار بتفرقه ما دام الوكيل باقيا لأن التفرق كالانفصال و سائر الأفعال الموجهة التي هي بمعنى التأييد لا- يصدق إلما مع تفرق الجميع و ليس كالإيجاب الذي يصدق بأول وجوده

قوله قدس سره و ممّا ذكرنا أتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين إلى آخره

لا إشكال في هذا أصلا لأنه و إن صدق البيع على الفضولي إلّا أنّ الوجوه التي ذكرناها في عدم ثبوته لمجرى الصيغه جاريه هنا بل بطريق أولى إنما الكلام في ثبوته للمالكين لو كانا حاضرين في مجلس عقد الفضوليين و أجازا في المجلس و لا يبعد ثبوته لهما لأن الإجازة ينتسب العقد إليهما و المفروض حضورهما في المجلس فيصدق عليهما البيعان الغير المفترقين

و لو لم يكونا حاضرين معا في المجلس فلو لم يجتمعا في مجلس الإجازة أيضا بأن أجازا متفرقين فلا إشكال في عدم ثبوت الخيار لهما و أمّا لو حضرا في مجلس الإجازة فيظهر منه قدس سره أنه على الثقل لا سيما على القول بأن الإجازة عقد مستأنف أن لثبوته لهما وجهها

و لكن الحق عدم ثبوته لهما أيضا لأن الثقل أو الكشف لا مدخلية له في صدق البيع المجتمع حال البيع عليهما لأن الانتقال و إن حصل حال الإجازة إلّا أنه لو احتمل خصوصية الاجتماع حال العقد فلا دافع لهذا الاحتمال و إطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهة و أمّا القول بأن الإجازة عقد مستأنف فمردود جدا و ممّا ذكرنا أولا يظهر ما إذا كان أحد المالكين مباشرة للعقد و الآخر مجيزا و جمع العقد من الأصيل و الفضولي مع الإجازة مجلس واحد عرفا فإنه لا يبعد ثبوت الخيار هنا فقط لأن

حين الإجازة يصدق عليهما البيع المجتمع

نعم لو كان مجلس الإجازة غير مجلس العقد فلا خيار لهما و إن اجتمعا معا حين الإجازة لعدم تأثير هذا الاجتماع أصلا لصيروره العقد فى بدو الأمر عقدا للأصيل و الآن للمالك فلا وجه لثبوته

[مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره ولايه أو كاله]

قوله قدس سره مسأله لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره إلى آخره

لا يخفى أن ثبوت الخيار للعاقده الواحد المتولّي طرفي العقد يتوقّف على أن يكون قوله ع ما لم يفترقا و حتّى يفترقا بيانا للمسقط بحيث يكون قوله ع البيعان بالخيار كلاهما مستقلا لا يرتبط بقوله ع ما لم يفترقا أى كان مفاد الكلام أنّ الخيار للبيعين ما دام في المجلس و أمّا إذا افترقا فيسقط حقّهما و أمّا لو كان ظاهرا في القيدية للموضوع أى البيعان الغير المفتقرين يثبت لهما الخيار فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الاجتماع و الافتراق فلو فقد هذا الوصف ابتداء كما في المقام أو طرأ ثانيا كما إذا مات الوكيل المفوض في المجلس و لم نقل بانتقال حقّ الخيار إلى غيره و لم يكن المالك في المجلس فلا خيار أصلا و الظاهر أن قوله ع ما لم يفترقا قيد للموضوع فيعتبر ثبوته للبيعين اللذين من شأنهما الاجتماع و الافتراق و لا أقلّ من الشكّ

نعم لو قيل بإجمال الأدلّة فمقتضى الاستصحاب الفرق بين ما إذا طرأ فقد هذا العنوان و ما إذا فقد ابتداء فيقال بثبوت خيار المجلس في الأوّل و عدم قابليته للسقوط إلّا بمسقط آخر لعدم إمكان الافتراق و عدم ثبوته في الثاني للشكّ في ثبوته ابتداء

[مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار]

[منها من ينعق على أحد المتبايعين]

قوله قدس سره منها من ينعق على أحد المتبايعين إلى آخره

لا يخفى أنّ صحّ هذا العنوان بناء على المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار تتوقّف على أن يكون البيع معاوضه حقيقته بأن ينتقل من ينعق إلى ملك من ينعق عليه و أمّا لو قيل بأنّه استنقاذ محض كاشترى المسلم الأسير من الكفّار فلا يشمل أدلّة الخيار

ثمّ بناء على كونه بيعا معناه دخول المبيع في ملك المشتري حقيقه و إن لم يستقرّ على ملكه لانعتاقه عليه قهرا و هذا هو المقصود من الملك التقديري في باب أعتق عبدك عني أى الملك الحقيقي الغير المستقرّ الثابت آنا ما لا الملك الفرضي كأنياب الأوغال و على هذا ينزل التقديري في قول المصنف لا- الفرضي و الحاصل أنّا إذا قلنا إنّ الملك فيمن ينعق عليه تقديري لا- تحقيقي و لكن على نحو البيع الاستنقادي لا- على نحو التقديري في باب أعتق عبدك عني فإنّه تحقيقي فالأولى الاستدلال لعدم ثبوت الخيار بما ذكرنا من أنّ أدلّة الخيار لا تشملّه فإنّه لا يصدق على المتعاقدين البيعان و إن أنشأ الملكيه فإنّ الإنشاء مقدمه للانعتاق لا بما ذكره المصنف

و حاصله أنّ بيعه ممّن ينعق عليه إقدام على إتلافه فلا خيار للبائع و شراء المشتري من ينعق عليه إتلاف له في الحقيقة فلا خيار له فإن مع قصور أدلّة الخيار لا تصل النوبه إلى هذا الاستدلال

نعم ما ذكره قدس سره أيضا متين جدّا و لا- يختصّ بمورد العلم و ذلك لأنّ المعامله التي أوجدها المتبايعان إذا كانت سببا

لإتلاف المبيع لا يبقى موضوع لتعلّق الخيار به و إن قلنا بتعلّقه بالعقد لا بالعين فإنّ التفصيل بين تعلّقه بالعقد أو بالعين يؤثر فيما لو استقرّ الملك ثم تلف و أمّا لو كان نفس البيع سبباً للتلف فلا فرق بينهما كما لا فرق بين العلم و الجهل لو كان البيع من باب إيجاد السّبب

نعم لو قلنا بأنّ الانعتاق حكم شرعيّ مترتب على الملك فمجرد علم المتبايعين به لا يؤثر في سقوط الخيار لأنّهما لم يقدموا إلّا على بيع العبد و الانعتاق و الخيار حكمان مجعولان و اردان على هذا الموضوع فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجح

و على هذا فيمكن

أن يكون قوله فتأمّل راجعا إلى عدم الفرق بين مورد العلم و الجهل فى كلا- طرفى النفى و الإثبات أى يمكن أن يقال بثبوت الخيار حتى فى مورد العلم لأن الإقدام على موضوع ذى حكم ليس إقداما على الحكم و يمكن أن يقال بسقوط الخيار حتى فى مورد الجهل لأن إنشاء البيع إذا كان سببا للإتلاف فالجهل به لا يقتضى عدم تأثير السبب كما فى كلّ ما كان من قبيل الأسباب و المسببات

نعم قد يتوهم هنا إشكال آخر على أصل ثبوت الخيار أو سقوطه فإنّ النزاع فيه إنّما هو بعد تحقّق القبض من المشتري ثم دعوى الرجوع إلى القيمة لثبوت الخيار و امتناع تعلّقه بالعين أو سقوطه لعدم إمكان تلّقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و إذا فرض أنّ البيع إتلاف للمبيع فلم يتحقّق القبض من المشتري و لكنّك خبير باندفاع هذا التوهم لأنّ نفس انعقاده عليه إقباض و إلّا يلزم أن يكون تلفه على البائع و لا يستحقّ شيئا من الثمن و القيمة

قوله قدس سره و قد يقال إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى إلى آخره

هذا القول لصاحب المقابس قدس سره و محصّل مراده أنّه لو قلنا بأنّ الانعتاق معلول للملك العذى هو مترتب على العقد و الخيار فى عرض الملك فله الخيار بالنسبة إلى القيمة كما هو مفروض كلامه لأنّ الملك و الخيار كليهما معلولان للعقد عرضا و الانعتاق معلول لأحد المعلولين فهو متأخر رتبة عن علته التى هى فى عرض المعلول الآخر إلّا أن يقال نسبة الخيار و الملك إلى العقد ليست نسبة المعلولين إلى العله حتى يقال إنّ الانعتاق متأخر رتبة عن الخيار حيث إنّ مترتب على الملك العذى هو فى عرض الخيار و ذلك لأنّ الخيار من أحكام العقد لا من معلولاته و الملك أيضا ليس معلولا له بل هو المنشأ به فإذا كان الخيار من أحكامه و كان له وجه الحرفية لا الموضوعية و الاسميه بمعنى أنّه حلّ له من حيث المنشأ و إرجاع للإضافه المالكيه فيمتنع إعماله فى المقام الذى لا يمكن فرض مالكيه المفسوخ عليه

و أمّا لو قلنا بأنّ الانعتاق و الخيار كليهما معلولان للعقد أو معلولان للملك و الخيار معلول للملك و الانعتاق للعقد ففيه وجهان

أحدهما السقوط أمّا على الأخير فلسبق الانعتاق على الخيار و أمّا على الأولين فلأنّ نصّه أخبار العتق و لا يقال يمكن الجمع بينهما بتأثير العتق و رجوع ذى الخيار إلى القيمة لأنّ القيمة بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل

و ثانيهما الثبوت للجمع بين الحقيين و لا- يقال لا- يمكن الجمع بينهما لتعارض النصّين فإنّ التعارض إنّما هو بالنسبة إلى نفس العين و أمّا بالنسبة إلى القيمة فلا منافاه أصلا بل هو عمل بالنصّين و مقتضى ثبوت حقّ الخيار الرجوع إلى القيمة للإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن الثمن و عن قيمة المبيع و تنزيلا للفسخ منزله الأرش من عدم سقوطه لو ظهر عيب فى المبيع مع انعقاده على المشتري أى كما أنّ الانعتاق لا يوجب سقوط حقّ المشتري من الأرش لو ظهر المبيع معيبا فكذا لا يوجب سقوط حقّ البائع بالنسبة إلى القيمة لعدم التنافى بينهما و ممّا ذكرنا ظهر أنّ جميع ما وجّه به الثبوت راجع إلى وجه واحد و هو ثبوت القيمة

نعم يرد على وجه السقوط أنّ النصّيه لا- توجب الترجيح فى المقام لأنّ تعارض أخبار الانعتاق و الخيار ليس من باب تعارض

الدليلين بل نظير تراحم الحقيين فأنصيّه أخبار العتق لا تفيد تقديمه على الخيار

قوله قدس سره أقول إن قلنا

إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار وبالتقابل إلى آخره

محضه أنه لو قلنا بأن الفسخ يوجب خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه يمتنع الخيار في المقامين الأول في مسألتنا هذه لأن رجوع العمودين إلى ملك البائع يقتضى كون المشتري مالكا للعمودين و ذلك ممتنع لأنه لا يترتب على ملكيه لهما سوى الانعتاق الثاني في ما لو انتقل بالملك اللأزم إلى الثالث فإنه يمتنع أن يرجع المبيع إلى البائع الأول مع أن المشتري الثاني اشتراه من المشتري الأول و السير في ذلك ما ذكرناه من أن تقدير الملك ليس مجرد الفرض بل له واقع غايه الأمر أنه ملك غير مستقر و الملك الحقيقي الآنى يمتنع في هذين المقامين نعم

في مورد التلف الحقيقي يمكن تقدير الملك قبل التلف أنا ما للبائع و أما لو قلنا بأن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين إن كانت موجوده و بدلها إن كانت تالفه أو بحكم التلف فلا مانع من إعمال الخيار في جميع المقامات

و الحق ذلك إذ لا- موجب لتقدير الملك بل لا موجب لضمان من عليه الخيار فإن مجرد تلف المبيع في يد المشتري من مال البائع لا- يوجب ضمان المشتري لماله لو لم يكن يده يد ضمان و لو كانت فلا موجب للتقدير و المفروض أن نفس المعامله اقتضت التضمن بمعنى أن درك التالف على من تلف عنده لأن حقيقه البيع تقتضى تضمين كل منهما لمال الآخر و معنى ضمانه أنه لو تلف عنده يصير عوضه المسمى ملكا مستقرا لآخر فالعين قبل الفسخ مضمونه بثمنها و أما بعد الفسخ فمضمونه بقيمتها لو كانت تالفه لأن عدم إقدام المتبايعين مع قبض العوضين يقتضى ضمان كل منهما لمال الآخر فما دامت العين موجوده لو فسخ أحدهما ردت العين و لو كانت تالفه ردت قيمتها لأن بالفسخ ينحل المعامله فيرد الثمن و يأخذ القيمه

إلما أن يقال إن التضمن الذى يتصور في هذا القسم من المعامله إنما هو التضمن من حيث أصل المعامله و هو جعل العوض للمبيع و جعل المعوض للثمن بمعنى تبديل المال بالمال

و أما التضمن المطلق الذى يقتضى الضمان بالمسمى قبل القبض بحيث إذا تلف المبيع أو الثمن انفسخت المعامله و رد الباقي منهما إلى مالكة الأصلي و يقتضى الضمان بالمثل أو القيمه بعد القبض بحيث إذا تلف المقبوض و طرأ فسخ أو انفساخ أو إقاله يرد مثله أو قيمته إلى الطرف فلا- يعقل هنا لأنه لا يمكن للبائع مثلا أن يلتزم بضمان المبيع و كون دركه عليه بالضمان المطلق حتى في مورد التلف لأن معنى ضمانه كذلك أن يكون تلفه من ماله و لازمه أن يقدر العبد ملكا له أنا ما قبل التلف و لازمه عدم انعتاقه على المشتري و هذا ينافى حكم الشارع به

و على هذا فلا يمكن أن تجرى القاعده الأخرى في المقام و هى أن بالقبض ينتقل الضمان لأن معنى هذه القاعده أن القبض يقتضى أن يكون تلف المقبوض على مالكة الفعلي عكس تلفه قبل القبض لأنه على مالكة الأصلي و يقتضى أيضا انتقال الضمان بالمسمى إلى الضمان الواقعي و هذه القاعده فرع القاعده الأولى فإذا لم يكن للبائع مثلا الالتزام بالمسمى بالضمان المطلق قبل القبض لم يكن له الالتزام بالضمان المطلق بعد القبض بالضمان الواقعي فلا يقدر على حل العقد بالفسخ و لا بالإقاله و ليس هذا العقد بعد صحته قابلا لأن يطرأ عليه انفساخ فتدبر

قوله قدس سره إلّا مع إقدام

المتبايعين على المعامله مع العلم إلى آخره

ذكرنا سابقاً أنّ شراء من ينعق لو كان من باب الاستنقاذ لا البيع الحقيقي فسقوط الخيار في كمال الوضوح لإيجاد البائع ما هو سبب للإتلاف و أمّا لو كان من قبيل البيع الحقيقي كما هو ظاهر أكثر الأخبار من أنّه يملك فينعق عليه فسقوطه مشكل حتّى في مورد العلم إلّا على ما ذكرنا من أنّ المعامله الكذائيه بنفسها سبب للإتلاف و لا يقاس على ما إذا باع عبداً و شرط عتقه على المشتري لأنّ مجرّد الشرط ليس سبباً للعتق فإنّ للشارط إسقاط شرطه فالبيع بشرط العتق ليس سبباً للإتلاف و هذا بخلاف بيع من ينعق على المشتري قهراً و هكذا لا يقاس على ما إذا شرط البائع على المشتري تصرّفًا ناقلاً أو أذن له في التصرف الناقل أو التالف فإنّ مجرّد الشرط و الإذن مع إمكان إسقاط الشرط أو الرجوع عن الإذن ليس موجبا لسقوط حق الخيار لأنّه ليس سبباً للإتلاف المبيع

و بالجملة التصرف بلا- إذن و الإذن بلا- تصرف من المأذون ليس موجبا لسقوط حق الخيار بخلاف المقام فإنّه كالإتلاف الخارجيّ و السرّ فيه أنّ الخيار يثبت بالنسبه إلى قيمه في مورد لا يكون من أحد المتبايعين إقدام على المجائيه و في المقام مع علم البائع بأنّ المبيع ينعق على المشتري لا يمكن تضمينه إيّاه و إذا امتنع التضمين امتنع الفسخ فامتنع الخيار

[و منها شراء العبد نفسه]

قوله قدس سره و منها شراء العبد نفسه إلى آخره

مفروض المسأله هو ما لو اشترى نفسه من مولاه بماله لنفسه و بعد فرض كون العبد مالكا للمالك كما يظهر في باب المكاتبه و فاضل الصّريه يرد إشكالان في المقام الأوّل أنّه و إن كان العبد مالكا إلّا أنّه و ملكه ملك للمولى و في البيع يشترط أن يكون الثمن و المثلثين مختلفين مالكا لأنّه تبديل طرف إضافه بطرف إضافه لشخص آخر و ليس تبديلا مكانيا فلا يعقل أن يبذل الإنسان أحد ماله بالآخر و في المقام نفس العبد ملك للمولى و الثمن الذي هو ملك للعبد ملك للمولى أيضا فكيف يبيع عبده بمال عبده الذي هو ماله الثاني أنّ العبد كيف يملك نفسه مع أنّه لا يعقل أن يتحد الملك و المالك

فصحه هذه المعامله تتوقف على دفع الإشكالين فنقول أمّا الأوّل فمدفوع بكفايه التعدّد اعتبارا و ذلك لأنّ الثمن و إن كان ملكا للمولى إلّا أنّه ملكه طولا لا في عرض ملكه للعبد فإنّ الملك الواحد لا يجتمع عليه مالكا عرضا و أمّا طولا فلم يقم على امتناعه دليل فالثمن الذي يملكه العبد و إن كان ملكا للمولى إلّا أنّه ملك له طولا و المثلث و هو العبد ملك للمولى بلا واسطه فيجوز تبديل ملك له بلا- واسطه بملك له بواسطه ملكه لصاحب المال فاختلف المالكين اعتبارا و دفع الثاني بأنّه لا مانع من تملك الإنسان لنفسه بمعنى أنّه كان أوّلا- رقا و منافعه ملكا للغير فإذا اشترى نفسه صار حرّا أي لا يملك منافعه أحد و لا ينافي ملكته لنفسه عدم تسلّطه على بيع نفسه فإنّ الملكيه لا تلازم السلطنه المطلقه

و كيف كان فموضوع البحث في المقام أنّه بعد الفراغ عن صحّه شراء نفسه لنفسه فهل فيه خيار له أو لمولاه أو كليهما أو لا

مطلقا وجوه الظاهر عدم الخيار أمّا بالنسبه إلى العين فلأنّ الحر لا يعود رقّا و أمّا بالنسبه إلى القيمه فلما عرفت في المسأله السابقيه من أنّ الخيار يتعلّق بما فيه تضمين و مع علم المولى بأنّه عبده و علم العبد بأنّ اشتراء نفسه موجب لمالكيتته لنفسه المساوق للحرّيّه لا يعقل تضمين معاملي حتّى ينتقل الضمان

و بالجمله فى بيع من يعتق على المشتري لما امتنع تضمين البائع المشتري لعلمه بتلفه عليه قهرا امتنع الخيار بالنسبه إلى الطرفين و فى مسألتنا هذه امتنع التضمين من كليهما العلم المولى بحريه العبد بمجرد شرائه نفسه فيمتنع تضمينه بالنسبه إلى المبيع و علم العبد بأن الثمن ملك لمولاه لأنه و ما فى يده لمولاه فيمتنع تضمينه للثمن فسقوط الخيار فيها أولى من مسأله شراء من يعتق على المشتري

قوله قدس سره و فيها أيضا أنه لو اشترى جملا فى شدّه الحرّ فى الخيار إشكال إلى آخره

لا- يخفى أنّ المحقق الثّانى وجه الإشكال بأن كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن إعمال الخيار فيه ثم أورد عليه بأنّ الخيار لا يسقط بالتلف و وجهه المصنف قدس سره بأنه يحقل اعتبار قابليته العين للبقاء بعد العقد فى تعلّق الخيار بها ثم تأمل فيه و لعلّ منشأ تأمله أنّ مجرد احتمال اعتبار البقاء ما لم يتم عليه دليل لا- يوجب تقييد إطلاق أدلّه الخيار و لا يخفى أن إيراد جامع المقاصد على ما أفاده فى منشأ الإشكال و تأمل المصنف على ما ذكره فى منشئه و اردان على البيان الذى ذكره فإنّ كون المبيع تالفا صغرى لا تندرج تحت كبرى مسلّمه و احتمال اعتبار قابليته العين للبقاء دعوى بلا دليل

و أمّا لو قرّر الإشكال بما مرّ نظيره فى بيع من يعتق على المشتري و شراء العبد نفسه فلا يندفع بما أفاده و بيان ذلك أنّ مورد تعلّق الخيار إنّما هو فيما إذا ضمّن كل من المتبايعين الآخر بماله و مع علمهما بتلف المال خارجا أو شرعا أو عادة فلا تضمين و إذا امتنع التضمين امتنع الفسخ فامتنع الخيار

و بعبارة أخرى مورد خيار المجلس هو البيع المذموم لم يكن بناء المتعاقدين على الإعراض عن العوضين و مع علمهما بأنّ المال بمجرد البيع يخرج عن المائنه إمّا شرعا أو عادة فقد أقدم على ذهاب مالهما و فى بيع من يعتق على المشتري نفس البيع سبب للإتلاف شرعا و هكذا شراء العبد نفسه سبب للإتلاف شرعا للملازمه بين ملكيه النفس و الحريه و أمّا بيع الجمل فليس سببا للإتلاف بل شدّه الحر سبب له و لذا اتفقوا على سقوط الخيار بالنسبه إلى الأولين و اختلفوا بالنسبه إلى الأخير

[مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع]

قوله قدس سره لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع إلى آخره

لا إشكال فى عدم ثبوت خيار المجلس فى شىء من العقود الجائزه سواء كانت جائزه حقّا كالعقود الإذنيه أو حكما كالهبة الغير المعوّضه لأنّ جعل الخيار فيها لغو بل ظاهر دليل خيار المجلس أنّ مورده العقد المذموم من شأنه اللزوم لو لا الخيار و الهبه و إن أمكن طرؤ اللزوم عليها كما لو تلفت العين الموهوبه إلّا أنّ لزومها ليس لسقوط الخيار بل لو طرأ الملزم فى المجلس أيضا يلزم الهبه

و على هذا فينبغى توجيه كلام الشيخ فى دخول الخيار فى مثل الوكالة بأن مراده من دخول الخيار فى هذه العقود تعلقه بها إذا وقعت فى ضمن عقد البيع بنحو النتيجة فتفسخ الوكالة بفسخ البيع تبعاً و هذا و إن لم يكن من الخيار فى الوكالة بل هو فى البيع إلا أنه بملاحظه سائر كلمات الشيخ من عدم تعلق الخيار بالوكالة و أمثالها لا محيص عن هذا التوجيه

و بالجملة لا معنى لثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه إنما الكلام فى ثبوتها فى العقود المعاوضيه اللآزمه كالصّلىح و الإجاره و سائر العقود من الرهن و القرض ممّا يلحق بالعقود المعاوضيه و الحقّ عدم ثبوتها فيها أصلاً لاختصاص أدلته بالبيع و لا يقال على سائر أحكام المبيع مثل كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع و خيار العيب و نحو ذلك على ما هو الظاهر

من الفقهاء من إجرائها فى سائر العقود المعاوضيه و ذلك لما يظهر فى محلّه من أنّ سائر أحكامه التى أجروها فى سائر العقود إنّما هو لدلاله أدلتها على أنّ منشأ ثبوتها فى البيع إنّما هو لكونه معاوضه لا من جهه خصوص البيعه

و بعبارة أخرى كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع مثلا إنّما هو لاقتضاء الضمان المعاوضى ذلك لا لتعبّد شرعى صرف و هكذا خيار العيب إنّما هو للاشتراط الضمنى الذى بناء كلّ عاقد عليه لا للتعييد المحض و إن أعمل فيه التعبّد أيضا من جهه الخيارين الرّد و الأرش إلّا أن أصل جعله ليس تعييدا صرفا و هذا بخلاف خيار المجلس فإن وجه ثبوته ليس إلّا التعبّد الصرف فلا يتعدى من البيع إلى غيره

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

لا إشكال فى ثبوت خيار المجلس فى الصرف و التسلم لو تحقّق القبض فى المجلس إنّما الإشكال فى ثبوته فيهما قبل القبض و منشأ الإشكال أنّ الخيار ملك فسخ العقد و الفسخ إنّما يتعلّق بالعقد الصحيح و المفروض أنّ الصحه تتوقف على القبض و تنقيح ذلك يتوقف على بيان أمور الأوّل أنّ المجلس الذى يعتبر القبض فيه فى الصرف و التسلم لا يشترط أن يكون مجلس العقد بل يكفى القبض فيهما ما لم يفترق المتبايعان و إن خرجا عن مجلس العقد

و يدلّ عليه قوله ع و إن نرى حائطا فانز معه فيستفاد منه كفايه القبض قبل التفريق و إن فارقا مجلس العقد مصطحبين الثانى إذا صار أمران سببا لانفساخ العقد ينسب الفسخ إلى أسبق السببين لو كان الثالث ذكر العلّامه وجهين لوجوب القبض شرعا أحدهما مختصّ بالصرف و ثانيهما مشترك بينه و بين التسلم

أمّا المختصّ فهو لزوم الرّبا و يجب أن يحمل كلامه على لزومه فى الجملة و هو لو كان الثمنان من جنس واحد كالذهب بالذهب مثلا فإنّه لو أقبض أحدهما مثقالا من الذهب و لم يقبضه الآخر إلى مدّه يلزم الرّبا لأنّ للأجل قسطا من الثمن و المثقال التّقدى أزيد قيمه من التّسيئه فيلزم الرّبا و هذا الكلام و إن لم يخلو عن إشكال إذ لا نقيصه إلّا إذا شرط التأجيل لا إذا كانت المعامله نقدية و لم يسلم أحدهما العوض فإنّه لا ربا فيه إلّا أنّه لا يرد عليه المناقشات التى ذكرها بعض المحشّين

و أمّا المشترك فهو وجوب الوفاء بالعقود و لا يقال بعد شرطية القبض فى صحه العقد لا عقد حتى يجب الوفاء به لأنّ نقول التّخصيص الوارد على العقود اللّازمه قد يرد على جميع آثارها و قد يرد على بعضها فمن الأوّل الخيار فإنّ العقد المشتمل على إنشاء التبديل مطابقه و على التعهّد بما أنشأه التزاما و على الشّروط الضّمنيه كتنقيد البلد و التسليم و التسلم و السلامه من العيب و عدم الغبن إذا خصّص مدلوله بدليل الخيار الموجب لملك فسخ العقد و إقراره يكون جميع مراتبه خياريا و لذا لا يجب التسليم و التسلم فيه كما أنّ له فسخ العقد أى عدم الوفاء بما تعهّده التزاما و من الثانى القبض فى الصرف و التسلم فإنّه معتبر فى الملكيه لا فى أصل العقد و لا فى وجوب الالتزام بما التزم به و يؤيد ذلك بل يدلّ عليه الخبر المذكور و هو إذا نرى حائطا فانز معه فإنّه لو كان أصل العقد و صحه المنشأ به موقوفا على القبض لم يكن وجه لتعقيب أحد المتبايعين الآخر فى تحصيل القبض

و بالجمله دليل الخيار ناظر إلى أوفوا بالعقود و العقد المتضمن للشرائط الضمّية التي منها التسليم

و التسلم إذا خصص دليل الخيار لا يجب الوفاء به في زمان الخيار بالنسبة إلى التسليم و التسلم أيضا لحكومته دليل الخيار على مثل الناس مسلطون فلا- يرد إشكال المحقق الأردبيلي بأن منع أحد المتبايعين عن الإقباض لا يسوغ ظلم الآخر و ذلك لأن وجوب الإقباض لو كان من باب تسليم مال الغير لكان إشكاله في محله و أما لو كان من جهة الشرط الضمني الذي خصص دليل الخيار فلا يرد إشكاله و أما دليل اعتبار القبض في الصرف و التسلم فليس ناظرا إلى العقد بل القبض شرط للملك فلا ينافيه وجوب التسلم و لا مانع من تعلق خيار المجلس بهما فيكون مبدؤه العقد ثم إنه لا تنافي بين كون القبض شرطا للملكية و كون الإقباض واجبا شرعا لحق مالكي لأنه لو كان استفادته الشرطية و الوجوب التكليفي كلاهما من الأخبار الآمره بالقبض لكان من باب استعمال المشترك في معنييه و أميا لو كانت الشرطية مستفاده من الأخبار و الوجوب التكليفي من أوفوا بالعقود فلا إشكال أصلا

فتحصل ممّا ذكرنا أنّه لو قلنا بوجوب القبض في الصرف و التسلم لحق شرعي مالكي و لذا يصح الإقالة فيهما فمبدأ الخيار من حين العقد و ثمرته ظاهره و أما لو لم نقل بوجوبه فمبدؤه بعد القبض إذا كان المجلس باقيا و ذلك لأنه لو لم نقل بوجوبه إمّا لما ذكره الأردبيلي من أنّ وجوب القبض من باب وجوب ردّ المال إلى مالكة فلو لم يكن كلّ عوض ملكا للآخر فلا معنى لردّه و إمّا لاعتبار القبض في أصل العقد لا في الملك فالعقد قبله غير تامّ و على أيّ حال لا وجه لتعلق الخيار بالعقد قبل القبض لأنّ الخيار يتعلّق بالعقد الذي لولاه لكان العقد لازما فإذا لم يكن كذلك فلا- معنى لتعلّق الخيار به و لا- يقاس على الخيارين العرضيين اللذين يردان على العقد لأنّ كلّا منهما لو لم يكن لكان العقد لازما من هذه الحيثية و لو لم يكن لازما مطلقا و هذا بخلاف عقد الصرف مثلا فإنّه و لو لم يكن خياريا أيضا لم يكن لازما

و بعبارة أخرى الخيار هنا في طول القبض و مترتب عليه و ليس من قبيل الخيارين العرضيين اللذين يؤثر كلّ منهما أثرا خاصيا فمجرد إمكان الأثر للخيار كما يظهر من المصنف قدس سره لا يفيد في ثبوته لو دلّ الدليل على تعلقه بما لولاه لكان لازما و لو من هذه الحيثية فتأمل جيّدا

ثم إنّه يمكن أن يكون قول صاحب الدروس قدس سره ناظرا إلى هذا القول بأن يكون مراده من اللزوم في قوله فإنّ للقبض مدخلا في اللزوم المستفاد من أوفوا بالعقود لا اللزوم مقابل الصيحه أي بدون القبض لا يجب الوفاء بالعقد لأنّ للقبض دخلا في وجوب الوفاء به

قوله قدس سره و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما إلى آخره

أي ممّا ذكرنا من أنّه لو قلنا بعدم وجود التقابض ففي أثر الخيار خفاء ظهر أنّ الخيار الثابت للمالكين في باب الفضولي مبدؤه حين الإجازة و ذلك لأنّ الخيار الثابت هنا إنّما ثبت للبيع و البيع هو المالك بعد الإجازة لأنه ليس قبلها بيعا من غير فرق بين الكشف و الثقل لأنّ الإجازة و إن كانت إنفاذ العقد الفضوليّ و العقد سابق عليها إلّا أنّ أثر كونها إنفاذ المنشأ إنّما هو ترتيب آثار الملكية من حين العقد لا إثبات الباعية

للمجيز لأنّ البائعيه إنّما يثبت بالوجود التكويني للإجازة

و بعبارة أخرى بعد العلم بأنّ صحه عقد الفضوليّ تتوقّف على أن لا يكون فعل الفضوليّ علّه تامه لترتب أثره عليه كترتب الإيلام على الضرب فإنّه بالإجازة لا يستند إلى المجيز و بعد العلم بأنّ النزاع في الكشف و النّقل إنّما هو فيما يرجع إلى فعل غير المالك بحيث كانت الإجازة و نحوها إنفاذ الأمر سابق عليها كإجازة المرتهن و العمه و الخاله و كأداء الزكاه ممّن باع المال الزكوى يظهر أنّ الإجازة من المالك في المقام تؤثر في استناد المسبب و التمليك إلى نفسه و لو من حين عقد الفضوليّ و لا يمكن أن تؤثر في صدق البائعيه عليه من ذلك الحين و كما لو عقد فضوليّ و أجازة فضوليّ آخر ثم أجاز المالك تلك الإجازة لا تؤثر إجازته في الإجازة السابقيه بل بنفسها إجازة من المالك لأنّ حيثيه الإجازة مترتبه على وجودها التكويني فكذلك صدق البائعيه في المقام مترتب على وجودها التكويني و نزاع الكشف و النّقل جار في ما هو القابل لتعلّق الإجازة به و لذلك لم يجر هذا النزاع في القبض المعتر في الصرف و السّلم و في قبول المشتري و أمثالهما ممّا هو بنفسه أحد أركان العقد

[القول في مسقطات الخيار]

[مسألة لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باسقاط سقوطه في ضمن العقد]

إشاره

قوله قدس سره لا خلاف ظاهر في سقوط هذا الخيار باسقاط سقوطه في ضمن العقد إلى آخره

لا يخفى أنّ عمده الإشكال المتصوّر في هذا المسقط أحد الإشكاليين على سبيل المنفصله الحقيقيه فإنّ اشتراط سقوطه في متن العقد إمّا يرجع إلى إسقاط الخيار فيرد عليه أنّه إسقاط لما لم يجب أو يرجع إلى عدم كون هذا العقد خياريا فيرد عليه أنّ هذا الشرط مخالف للكتاب و السنه مضافا إلى لزوم الدور لأنّ عدم كون العقد خياريا يتوقّف على لزوم الشرط و لزومه يتوقف على عدم كونه خياريا لأنّه لو كان جائزا لكان الشرط في ضمنه كذلك أيضا

و أمّا سائر الإشكالات فلا يرد أصلا أمّا تعارض دليل الشرط مع دليل الخيار ففيه أنّه لو كان الشرط راجعا إلى الإسقاط لا ينافيه الخيار حتّى يرجح دليل الشرط بعمل الأصحاب أو بالحكومّه لأنّه مع ثبوت الخيار فقد أسقطاه و لو رجع إلى عدم كون العقد خياريا فليس المعارض إلّا مخالفه الشرط للسنه الدالّه بالإطلاق على ثبوت الخيار في كلّ عقد

و أمّا مخالفه الشرط لمقتضى العقد ففيه أنّ الخيار ليس مقتضاه بل من الأحكام الشرعيه الثابته له فليس شرط سقوطه مخالفا لمقتضاه كما لا يخفى فالعمده أحد الإشكاليين و لا يمكن أن يراد في عرض واحد على موضوع واحد لأنّ الشرط لو رجع إلى الإسقاط فليس مخالفا للكتاب فهو كإسقاطه بعد العقد و لو لم يرجع إليه فليس إسقاطا لما لم يجب

إذا عرفت ذلك فنقول ذكر المصنف قدس سره ضابطا لامتيان الشرط المخالف عن غيره و هو أنّه لو كان ملاك الحكم بنحو

العليه لشرط المخالف له مخالف للكتاب و لو كان بنحو الاقتضاء فلا- يكون مخالفا له و هذا و إن تمّ ثبوتها إلّا أنّه لا يتمّ إلّا بالوحي أو الإلهام إثباتا لأنّ معرفه أنّ ملاك الحكم بنحو العليّه أو الاقتضاء لا تحصل إلّا للأولياء فالأولى أن يقال إنّ الحكم إمّا تكليفيّ أو وضعيّ و التكليفيّ إمّا اقتضائيّ أو تخيريّ فلو كان تكليفيّا اقتضائيا فالشرط المخالف له مخالف للكتاب لأنّ وجوب الصّلاه أو حرمة الخمر يشمل بإطلاقه مورد شرط التّرك و الشّرب إلّا أن يدلّ دليل على خلافه فيستكشف به أن الوجوب

أو الحرمة مشروط بعدم الشرط أو النذر كما دلّ الدليل على صحّحه نذر الإحرام قبل الميقات و لو كان تخييرياً فالشرط المخالف له ليس مخالفاً للكتاب فإنّ شرط عدم شرب الماء لا ينافي إباحته إلّا أن يدلّ دليل على خلافه كما ورد أنّ شرط ترك التسرى و التزويج لا ينفذ فإن به يستكشف أنّ الشارع أراد إباحه التسرى مطلقاً

و بالجمله مقتضى الأصل في طرف الاقتضاء و التخيير متعاكس و لو كان وضعياً فإمّا من الحقوق أو من الأحكام فلو كان حقاً فشرط سقوطه لا ينافي الكتاب و لو كان حكماً كميّرات الزّوجه الدائمه و عدم الإرث للمتمتع بها فالشرط المخالف له مخالف للكتاب إلّا إذا ثبت خلافه إذا عرفت ذلك ظهر أنّه لو كان الشرط راجعاً إلى عدم كون هذا العقد خيارياً فهو شرط مخالف للكتاب إذا ثبت خلافه إذا عرفت ذلك لو كان الشرط راجعاً إلى عدم كون هذا العقد خيارياً فهو شرط مخالف إلى هنا

و لا- يقال إنّ الأحكام الثابتة للأشياء بعنوانها الأولى ثابتة لها اقتضاء لو خليت و طبعها فلا ينافي طرؤ عنوان ثانوى لها رافع لحكمها لأننا نقول لو كان دليل الشرط مثل دليل لا ضرر و لا حرج لكان كذلك و أمّا لو اعتبر في نفس دليل الشرط عدم كونه مخالفاً للكتاب فعمومه حيث خصّص لا يرفع حكم الواجب أو الحرام

نعم لو دلّ دليل خاص على صحّحه هذا الشرط نستكشف أنّ ملاك الحكم الوجوبى أو التحريمى تامّه في غير مورد الشرط و أمّا الأدلّه العامّه فلا- يمكن حكومتها على أدلّه الأحكام الوجوبيه أو التحريميه بل إطلاق دليل الحكم أو عمومه يدخل الشرط في المستثنى

نعم لو أغمضنا عن هذا الإشكال و أجبنّا عنه بما أجاب به المصنف قدس سره لا يرد إشكال الدّور لأن الشرط في العقد الجائز و إن لم يكن لازم الوفاء إلّا أنّ لزوم هذا الشرط لا يتوقّف على لزوم العقد و لا لزوم العقد على لزوم هذا الشرط لأنّ اشتراط عدم كون البيع خيارياً يرجع إلى أنّه ليس في هذا العقد ما يوجب الفسخ

و بعبارة أخرى و لو لم يكن في البين مثل المؤمنون عند شروطهم إلّا أنّ وجوب الوفاء بالعقد كاف في لزوم الشرط لأنّه لو لم يكن هذا البيع خيارياً يبقى عموم أوّفوا بالعقود على حاله و يمكن أن يكون هذا مقصود المصنف قدس سره من أنّ عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد لا ما هو ظاهره من أنّه استفاد لزوم الشرط من قوله المؤمنون عند شروطهم فإنّ الإشكال بحاله لأن لزوم الوفاء بالشرط يتوقف على كون العقد لازماً و المفروض أنّ لزومه متوقّف على عدم كونه خيارياً

و بالجمله فالأولى أن يقال إذا لم يكن في البين خيار فالعقد لازم يجب الوفاء به و هذا الشرط راجع إلى كون العقد لازماً غير خيارى فلا- توقّف أصلاً ثم إنّ هذا كلّ لو كان الشرط راجعاً إلى عدم كون هذا العقد خيارياً و أمّا لو رجع إلى عدم كون المشروط عليه ذا خيار أى إلى إسقاط حقّه فالإشكال بأنّه إسقاط لما لم يجب غير وارد لأنّ إسقاط ما لم يجب الرجوع إلى هبه ما لا يملكه الواهب هو إسقاط حقّ لم ينشأ سببه أصلاً كالإسقاط قبل العقد

و أمّا لو وجد سببه و لو لم يحصل فعلاً فلا مانع عن إسقاطه قال في التذكرة لو وكلّه في شراء عبد و عتقه و فى تزويج امرأه و طلاقها و استدانه دين و قضائه صحّ انتهى ففى كلامه إشارة إلى أنّ ما اشترط فى الوكاله من كون المتعلّق مملوكاً للموكل لا

يجب أن يكون ملكا فعليا بل إذا حصل المقتضى للملكية صحّ الوكّال فيه بخلاف ما إذا لم يحصل سببها أصلا كما لو وّكله

فى طلاق زوجه سينكحها أو أسقط الموكل خيار المجلس حين توكيله للبيع أو شرط فى ضمن عقد لازم سقوط الخيار فى العقد الذى سيوجده

و بالجمله لا- إشكال فى صحه الزمن الواقع بعد إنشاء البيع كما لو قال البائع بعته و ارتهنته أو قال المشتري اشتريته و رهنته و أمثال ذلك فى المقام يصح إسقاط الخيار بعد إنشاء البيع و اشتراط سقوطه فى ضمنه و يدل عليه المكاتبه المذكوره فى الكتاب فإن الزوجه إذا صارت حره بأداء مال الكتابه فهى مختاره فى إقامتها مع زوجها العبد و مفارقتها إياه مع أنه ع أجاز شرط عدم الخيار لها قبل الحرّيه و ليس إلا لأن التشبث بالحرّيه يكفى لإسقاط الخيار

و لكن الأولى أن يقال إن اشتراط سقوطه فى متن العقد و إن لم يكن إسقاطا لما لم يجب إلا أنه لا لما هو ظاهر كلام المصنف من تحقّق المقتضى فإن وجوده من دون وجود الجزء الآخر من العله لا- يوجب إمكان الإسقاط الفعلى بل لأن معنى الخيار هو ملك الالتزام و محله فى متن العقد و الإسقاط يرجع إلى تفويض ملك الالتزام الذى ملكه بالعقد أو يملكه بعد إلى صاحبه فيرجع الإسقاط إلى دفع الحقّ لو كان الخيار متوقفا على أمر غير حاصل كخيار الغبن بناء على كون ظهوره شرعا له

و بيان آخر إن مرجع سقوط الخيار إلى سقوطه فى مرتبه وجوده لا إلى إسقاطه فعلا و حيث إن رتبه وجوده متأخره عن رتبه الملكيه فى عالم الإنشاء أيضا إذا كان متأخرا عن إنشاء الملك يصحّ إنشاؤه و يكون من قبيل إنشاء الحكم على الموضوع المقدر وجوده

قوله قدس سره ثم إن هذا الشرط يتصوّر على وجوه إلى آخره

الوجه الأول راجع إلى شرط النتيجة و لا شبهه أن النتيجة تحصل بالشرط لو لم يجعل الشارع حصولها من سبب خاص كالطلاق و العتق و النكاح و أمثالها فإن الشرط كالتنذر يتحقّق به ما يتحقّق بالنذر و فى المقام لم يجعل الشارع لسقوط الخيار سببا خاصا فيسقط بمجرد الشرط و أما الوجه الثانى و الثالث فيرجعان إلى شرط الفعل فالثانى كما لو شرط أن لا يبيع من زيد و الثالث كما لو شرط أن يبيع منه فلو باع منه على الثانى يبطل البيع لفساد معامله إذا تعلق النهى بها من حيث المسبب و ذلك لأن الشرط يوجب سلب قدره المالك على البيع من زيد كما أنه يبطل لو باع من غير زيد على الثالث لعدم قدرته على البيع من غير زيد بالشرط فتصير معامله من جهه تخصيص الناس مسلطون بأدله الشرط منهيا عنها بالنهى النفسى لا من جهه أن وجوب البيع من زيد يوجب النهى عن ضده حتى يقال إن الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن الضد و على فرض الاقتضاء النهى الغيرى لا يوجب الفساد و ذلك لأن معامله مضافا إلى اعتبار لصحتها من حيث شرائط العقد و العوضين و المتعاقدين يعتبر أن يكون إيجادها مقدورا لمالكها فتفسد إذا لم تكن مقدوره شرعا بالشرط

قوله قدس سره و كيف كان فالأقوى أن الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر إلى آخره

و السير فيه ما ذكرناه مرادا من أن القصد و الدواعى غير معتبره فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبني على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لأن الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به

يتوقف على الالتزام به في العقد و مجرد البناء عليه ليس التزاما به و لا يقاس على أوصاف العوضين كالحنطه الحمراء أو لا على الشروط

التي جرت العادة والعرف على الالتزام بها في العقد

أمّا الأوصاف فلاّنها لو ذكرت قبل العقد فذلك يوجب انصراف العوض إليها في العقد فلا يحتاج إلى إنشاء على حدّه و أمّا الشّروط فسواء كانت من شروط العوضين كالسلامه من العيوب التي هي من قيود العوضين أم كانت من الشّروط التي كان بناء العرف و العادة عليها كالتسليم و التسلم فإنشاء العقد إنشاء لها لأنّها من لوازم ألفاظ العقود فكما أنّه ينشأ بها معانيها المطابقه فكذا مداليلها الالتزاميه و هذا بخلاف الشّروط الخاصّ للعقد الخاصّ فإنّه ليس من المداليل الالتزاميه و ليس كالشّروط النوعيه و كالأوصاف فليس هو المنشأ في العقد إلّا مع ارتباط العقد به صريحا أو إشاره كأن يقول بعث على ما ذكر

و بالجملة بعد ما عرفت من أنّ المراد من اشتراط الإسقاط في متن العقد هو عدم فسخ العقد لا عدم كون العقد خياريا فليكن المراد من اشتراط سقوطه قبله هو هذا المعنى و ذلك لو أشير في العقد إليه يرتبط العقد به و لم يكن إسقاطا لما لم يجب و أمّا لو لم يذكر في العقد فهو من الشّروط الابتدائيه التي لا يجب الوفاء بها و إن وقع العقد مبني عليها لأنّ مجرد البناء لا يفيد شيئا

و حاصل الفرق أنّ ذكر الأوصاف قبل العقد يوجب اعتبارها في العوض و عدم مقابله شىء من الثمن مع الوصف لا يوجب أن يتعلّق الإنشاء بالموصوف دون الوصف و أمّا الشّروط كالخياطه مثلا فلا يمكن أن ينشأ بالإنشاء المتعلّق بالمشروط فيه لأنه أمر خارج فيحتاج إلى إنشاء مستقلّ إمّا مطابقه أو التزاما كالشّروط النوعيه المنشأ بالالتزام

[فرع ذكر العلامه موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس]

قوله قدس سره فرع ذكر العلامه إلى آخره

لا يخفى صحّه هذا التّذير لأنّ العبد و إن خرج عن ملكه بالبيع إلّا أنّه حيث يمكن إرجاعه إلى ملكه بالخيار فيصحّ التّذير و لا يجوز له شرط عدم الخيار لأنّ إسقاط الخيار مناف للتّذير و التصرفات المنافيه له خارجه عن سلطنه التّأذير بسبب نذره و قول بعض المحشين إنّ إسقاط الخيار إنّما لا يصحّ فيما لا يمكن فيه الإقاله أو الشّراء و أمّا لو أمكن فلا مانع من إسقاطه غير وجيه لأنّ الإقاله أو الشّراء أو الاستيهاب ليس تحت قدره التّأذير لأنّ تحقّق هذه العناوين يتوقّف على إرادته شخص آخر و قد لا يريدّها و ما هو تحت قدرته أعمال الفسخ فيجب على التّأذير إعماله و مقتضاه عدم صحّه شرط سقوط الخيار

[مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

إشاره

قوله قدس سره و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد إلى آخره

لا إشكال في سقوطه بالإسقاط إنّما الكلام في مدركه و الاستدلال بفحوى النّاس مسلّطون غير تامّ لأنّه لو فرض دلالتّه بالصّراحه على تسلّط النّاس على حقوقهم لا يفيد ذلك لأنّ السّلطنه على المال و الحقّ هي أن يتصرف فيهما بالتصرّفات التي تحت سلطنته

لا التصرفات التي فوق سلطنته

و بعبارة واضحة ذكرنا في أول الخيارات أنّ مثل الناس مسلّون لا يدلّ على صحّة الإعراض عن الملك المذى هو إذهب موضوع الملك فلا يدلّ على التسلّط على إسقاط الخيار الذي هو إذهب موضوع الحقّ لأنّ التسلّط على الحقّ معناه نفوذ تصرّفه فيه بالنقل و أمثاله كإعمال الخيار بالفسخ أو الإمضاء لا إعدامه لإسقاطه

□
اللهمّ إلّا أن يقال إنّ الإعراض عن الملكيه و إن لم يكن من أنحاء السّيلطنه على الملك لأنّ السّيلطنه عبارة عن الاقتدار و الاقتدار على سلب الاقتدار ليس تحت الاقتدار إلّا أنّه ليس الحقّ

مثل المملوك لأن المملوك له وجود عيني غير الإضافه الحاصله بينه وبين المالك و وجوده العيني غير قابل للإعدام إلا بنحو الشرب و الأكل الذي هو تحت السلطنه لا إعدامه بنحو الإتلاف الغير المرخص فيه شرعا

و بعبارة واضحة إعدام المملوك ليس من أنحاء السيلطنه على الملك لأنه لا يمكن إعدامه تشريعا و فى عالم الإنشاء بل ما هو قابل للتصرف هو الإضافه الحاصله بينه وبين المالك و هذا بخلاف الحق فإنه ليس إلا الإضافه الخاصه و قد لا يكون لمتعلق الحق وجود عيني و الإضافه الخاصه قابله للتصرف و لو بنحو الإعدام و لا ينتقض هذا بمثل حق التحجير و حق الرهانه و نحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالعين فإن تعلقها بها ليس كتعلق الإضافه المالكه بالملك فإن الملك وجوده العيني ملك للمالك و هذا بخلاف الحق المتعلق بالعين فإن العين إما تكون ملكا لغير ذى الحق أو تكون من المباحات فنفوذ تصرف ذى الحق ليس إلا بمعنى السيلطنه على الإسقاط بل أظهر آثار السيلطنه على الحق إعدامه إنشاء فبنفس قوله أسقطت حتى ينعدم الحق و ليست السلطنه عليه إلا عبارة عن إعدامه أو نقله إلى الغير لو كان قابلا للنقل

و بالجمله الفرق بين الحق و الحكم هو أن الحق قابل للإسقاط دون الحكم فإن الحقوق بأسرها قابله للإسقاط و إن لم يقبل بعضها للانتقال أصلا أو إلى غير من عليه الحق كحق الخيار فى المقام فإنه لا يقبل الانتقال إلى غير من عليه الخيار و لكنه قابل للانتقال إلى من عليه الخيار كما سيجىء شرحه

[مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

قوله قدس سره لو قال أحدهما لصاحبه اختر إلى آخره

لا- يخفى أن هذه الكلمه يحتمل أن يراد بها تمليك الخيار ممن عليه الخيار فإن هذا الحق قابل لأن ينتقل إليه و إن لم يقبل الانتقال إلى غيره لأنه شرع لإرجاع العين إلى ملك مالكةا الأصلى فهو تابع للمال و ينتقل إلى من كان أحد العوضين ملكا له و لذا ينتقل إلى وارثه و لا- ينتقل إلى وارث الأجنبى المذى جعل الخيار له فى العقد فإن الأجنبى بمنزله الوكيل ليس مالكا للمال حتى يكون مالكا لحق الخيار و يحتمل أن يراد بها تفويض الأمر إليه بحيث إنه لو تصرف فيما فوض إليه ينفذ فى حق الأمر و أما لو لم يتصرف فيبقى حقه على حاله كما لو أذن المرتهن فى بيع العين المرهونه فإنه لا يسقط الرهانه إلا بالبيع لا بالإذن و هذا بخلاف الأول فإن التملك يوجب انتقال الحق من الأمر إلى المأمور

هذا مضافا إلى أنه و إن لم يقبل الانتقال أصلا و لو إلى الطرف الآخر إلا أن التملك غير التفويض فإن التملك بنفسه إسقاط لأن مرجع الخيار إلى مالكيه الالتزام فإذا نقل هذا الالتزام إلى طرفه فلا يملك التزام نفسه فيصير العقد كالعقد اللأزم ابتداء و هذا عين معنى الإسقاط و يحتمل أن يراد بها استكشاف حال المأمور لا- التملك و لا التفويض و ليست هذه الكلمه ظاهره فى إحدى المحتملات إلا بقرائن حالته أو مقالته

[مسألة من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين]

قوله قدس سره مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين إلى آخره

لا إشكال في سقوط الخيار بالافتراق و لو لم يكشف عن الرضا بالعقد لأنه بنفسه من المسقطات و على هذا فلو حصل في حال الغفله و النسيان سقط به الخيار كما في حال الالتفات و الذكر و هذا لا ينافي اعتبار الاختيار بمعنى آخر في الافتراق و عدم كفايه الافتراق الحاصل عن كره إذا منع من التّخاير أيضا للفرق بين المكره و غيره بالنّص الخاصّ

و بالجمله

لو حصل الافتراق عن النسيان أو الغفلة أو إبطاءه الزَّيْح و الهواء يسقط به الخيار و ذلك لظهور أدلته بأن أمد الخيار عدم التفريق و بقاء الهيئته الاجتماعيه الحاصله لهما حال العقد فإذا ارتفعت الهيئه فلا خيار بعده و إطلاق المسقط عليه مسامحه لأن التفريق بناء عليه غايه للخيار و هو بنفسه ليس موضوعا للحكم بل الموضوع له هو نقيضه و هو عدم التفريق فما قيل من أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه التبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه ممنوع جَدًّا

أمّا التبادر فلما ظهر تحقيقه في محلّه من عدم اعتبار الاختيار في موادّ الأفعال و لا في هيئاتها لاشتراكها بين أفعال السجايا و غيرها من الأعراض التسعه نعم الفعل في مقابل الانفعال اختياري

و أمّا حديث الرّفْع فيه أوّلا- أنّ النسيان مرفوع فيه أيضا مع أنّ القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان و الغفلة فيستكشف من السّيقوط في مورد النسيان أنّ ذات الافتراق بما أنّه فعل لا- بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات و حديث الرّفْع يجرى فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود و الإيقاعات و لم يؤخذ فيه عنوان العمد و الالتفات و لا الخطاء و النسيان و لا الأعم و إلّا لم يرتفع بحديث الرّفْع كما بين في محلّه و ثانيا بعد تسليم عدم الاعتبار بذات الفعل و بعد تسليم أنّ المرفوع لا ينحصر في الحكم التكليفيّ إلّا أن مورد بعض المرفوعات منحصر في متعلّق التكليف كالحسد و الوسوسه و الطيره فتعميم الرّفْع لموضوعات التكليف كالسّيف و الحضر و التفريق مع عدم الجامع بين المتعلّق و موضوع التكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنّه لو شرب المكلف نسيانا أو كرها أو أفطر كذلك فشربه كالعدم لا أنّه لو تحقّق السفر و الإقامة أو التفريق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا- يلتزم أحد بأنّه لو أقام مثلا- عن كره يجب عليه القصر و ثالثا أنّه لو كان التفريق بنفسه من المسقطات لكان وجوده كالعدم لو تحقّق كره و أمّا لو كان ضده و هو الهيئه الاجتماعيه موجبا للخيار فرفع التفريق تشريعا لا يثبت بقاء الهيئه الاجتماعيه

نعم لو وقع التفريق عن إكراه أو قهر مع المنع عن التّخاير أيضا بأن أجبر على السّيكوت لكان الحقّ عدم السّيقوط لكن لا لحديث رفع الإكراه بل لصحيحه الفضيل الدالّه على اعتبار الرّضا و الرّضا فيها و إن لم يكن بمعنى طيب النّفس بل بمعنى الاختيار إلّا أنّه لو أكره على التفريق و منع من التّخاير أيضا لا يكشف هذا التفريق عن اختيار العقد و إمضائه

و بالجمله لو لم يمنع من أعمال الخيار و لكنّه بنفسه اختار العقد و إن أكره على التفريق يسقط خياره كما أنّه لو منع من أعمال الخيار و لكنّه بنفسه اختار التفريق يسقط خياره أيضا و أمّا لو أكره على كليهما فلا يسقط خياره لإمكان عدم اختياره بقاء العقد فلم يحرز الإمضاء فيستصحب الخيار

ثم لا يخفى أنّ

قول المصنف قدس سره و لا ريب أنّ الرّضا المعتبر ليس إلّا المتّصل بالتفريق إلى آخره

غير صحيحه لأنّه لو كان المدار على التفريق المختار عن الرّضا أي التفريق النّاشي عن الطيب بالعقد لكان اللّازم القول بعدم السّقوط في المتفريق النّاشي عن الغفلة أو النسيان مع أنّه لا يلتزم به و لا يبعد أن يكون وجه العدول عن هذا التفسير آخر بقوله أو

يقال إلى آخره ورود الإشكال عليه مع أنه يقع في محذور آخر على التفسير الثاني فإن التفرق ليس كاشفا نوعيا حتى يسقط بالخيار مطلقا

[مسأله لو أكره أحدهما على التفرق]

قوله قدس سره مسأله

لو أكره أحدهما على التفرّق إلى آخره

لو تحقّق الإكراه الموجب لعدم سقوط الخيار بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر لكونه مختار إمّا بالبقاء لو كان المكره مكرها على الافتراق أو بالافتراق لو كان مكرها على البقاء ففيه احتمالات سقوط خيارهما مطلقا و ثبوته لهما مطلقا و سقوط خيار خصوص المختار دون المكره إمّا مطلقا أو في خصوص ما إذا كان المختار مختارا في التفرّق دون البقاء و مبنى الاحتمالات أنّه لو كان الافتراق و لو من واحد غايه لكلا الخيارين فيسقط من الطرفين لحصوله من أحدهما بالاختيار بناء على حصوله من سكون أحدهما مختارا و حرّكه الآخر مكرها

و أمّا إذا قلنا بعدم حصوله إلّا بحركه المختار و عدم العبره بالسّيكون الاختيارى فيسقط من الطرفين في خصوص هذه الصورة و لو كان الافتراق من الطرفين اختيارا غايه لمجموع الخيارين فلا يسقط من واحد منهما لحصول افتراق أحدهما كرها و لو جعل افتراق كل غايه لخيار نفسه فيسقط في حقّ المختار مطلقا أو فيما إذا كان متحرّكا و أمّا لو كان ساكنا فلا يسقط و منشأ المبنى استظهاره من الأخبار و لكن الظاهر من مقابله الجمع بالجمع و التّشبيه بالتّشبيه أن يكون افتراق كلّ غايه لخيار نفسه دون غيره و هذا الظهور ارتكازى عرفى و بناء العرف عليه إلّا أن يقوم قرينه على خلافه و لذا قيل إنّ العام أظهر في الاستغراقية من المجموعيه فاعتبار اختيار كل واحد لمجموع الخيارين لا وجه له و كذا كفايه اختياريه أحدهما لسقوط خيارهما

نعم قد يستفاد من قوله عليه السّلام فمشيت خطاء ليجب البيع أنّ افتراق أحدهما اختيارا يكفي في سقوط كلا الخيارين لأنّ إطلاق كلامه يشمل ما إذا كان الآخر مكرها أو نائما أو ناسيا أو غافلا و لكن لا يخفى أنّه لا يمكن استفادة الإطلاق من فعله ع لأنّ القضايا الشخصية ليس لها إطلاق حتّى يصحّ الاعتماد عليها و لم يصدر الفعل في مقام بيان الحكم و لا في جواب السّؤال حتّى بترك الاستفصال يستفاد العموم منه ثم إنّ ما ذكرناه إنّما هو بحسب النّظر البدوى و أمّا بعد التعمّق فالحق بقاء خيارهما

و تنقيحه يتوقّف على رسم أمور الأوّل أنّ التفرّق و كما يحصل بحركه كلّ منهما إلى جانب غير جانب الآخر كذلك يحصل بحركه أحدهما و سكون الآخر و القول بأنّ الافتراق ثبوتى و السّيكون عدمى على فرض تسليمه لا أثر له لأنّ المدار في الخيار إذا كان على الهيئه الاجتماعيه فبحركه أحدهما تنفصل الهيئه و لم يعتبر في انفصال الهيئه الطيب و الرّضا حتى يقال إنّ الساكن لم يفعل شيئا

الثانى أنّ بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه لا يرتبط بالمقام فإنّه لو قيل ببقاء الأكوان لا بتجددها آنا فآنا و عدم احتياج الباقي في بقائه إلى المؤثر يعنى أنّ العلّه المحدثه هي المبقية فغاياته أنّ استمرار السّكون ليس مستندا إلى الساكن بل بقاؤه إنّما يكون بنفس علته المحدثه و هذا لا يفيد بعد ما ظهر أنّ الهيئه الاجتماعيه ترتفع و لو بإطاره الهواء و أنّ مجرّد انفصالها و لو عن إكراه يوجب سقوط الخيار

الثالث أنّ اقتضاء مقابله الجمع بالجمع و التّشبيه بالتّشبيه التوزيع إنّما هو لظهور جعل عنوان فعل كل مكلف متعلّقا لتكليف نفسه و لذا يحتاج اعتبار الاجتماع إلى مئونه زائده على ظهور أدلّه التكاليف و أمّا لو لم يتوقّف اعتبار الاجتماع إلى مئونه زائده فلا

يصير الشمولي أظهر من المجموعى و فى مقامنا حيث جعل الهيئه الاجتماعيه مدارا للخيار فلا يقتضى ملاحظه وصف الاجتماع إلى مؤونه زائده لأنّ الهيئه من الإضافات القائمه بالطرفين و قوامها باجتماع كليهما على هذا الوصف بل فى مثل المقام اعتبار إضافه كل بالنسبه إلى نفسه يحتاج إلى مؤونه زائده

إذا عرفت ذلك ظهر من الأمرين الأولين أنّ التفصيل بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما لا وجه له و ظهر من الأمر الثالث أنّ التفصيل بين المختار مطلقا و المكره فالسقوط عن المختار و الثبوت للمكره لا وجه له لأنّ الإضافه تنقطع باختيار أحدهما فيبقى فى المقام قولان آخران الثبوت لهما و السقوط عنهما و لو لا- صحیحه الفضيل لكان مقتضى الإطلاقات السقوط عنهما لأنّ فيها جعل مدار الخيار على عدم التفرق الساقط بتفرق أحدهما و لو عن كره إلا أن مقتضى تقييدها بصحيحه الفضيل أنّ المدار فى السقوط على اختيار كليهما فإذا أجبر أحدهما على التّخاير و منع منه و أجبر على التفرق أيضا لم يعلم بقاء المجرور على حاله الذى كان قبل الجبر فلم يحرز الاختيار إذ لعله كان يفسخ فيستصحب الخيار

و بالجملة الظاهر من الصّحيحه تقييد السقوط بالرضا منهما المنتفى بانتفاء رضاء أحدهما أو كليهما فيبقى الخيار حتى بالنسبه إلى المختار و لا وجه لمعارضتها بفعل الإمام ع بعد ما ظهر أنّ القضيّه الشخصيه لا يستفاد منها الحكم الكلى فتأمل جيّدا

قوله قدس سره فالنص ساكت إلى آخره

و ذلك لأنه بعد أن جعل مدار الخيار بضمّ الصّحيحه إلى الإطلاقات على الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما بمقتضى طبعها فإذا فقد هذه الهيئه بلا اقتضاء طبعهما بل بالكراه و الجبر مع عدم دلالة الصّحيحه على ثبوت الخيار لهما بفقد الرضا و الاختيار لعدم ثبوت المفهوم لها فيجب الرجوع إلى الاستصحاب فيما لو زال الإكراه حتى فى أوّل زمان زواله فضلا عمّا بعده

نعم بعد أوّل الزمان ما يجرى النزاع فى أنّه من مورد الرجوع إلى الاستصحاب أو عموم العام أو التفصيل بين ما لو كان الخيار متصلا بالعقد كخيار المجلس و ما لو كان منفصلا و سيجىء إن شاء الله تفصيله فى محله

[مسأله و من مسقطات هذا الخيار التصرف]

قوله قدس سره و من مسقطات هذا الخيار التصرف إلى آخره

سيجىء فى محله أنّ سقوط الخيار بالتصرف ليس لحكم تعبدى و لا- لكشفه عن الرضا بل التصرفات المالكيه هى بنفسها بمقتضى القواعد من المسقطات لأنها إجازة فعلية و على هذا لا فرق بين خيار الحيوان و غيره بل لو كان سقوطه لدليل تعبدى أيضا لم يكن فرق بين جميع الأقسام فإنّ قوله ع فذلك رضا منه بمنزله عموم العله

[الثانى خيار الحيوان]

قوله قدس سره الثاني خيار الحيوان إلى آخره

لا- يخفى أنّ ظاهر النصّ و الفتوى و إن شمل كلّ ذى حياه و لكن مقتضى مناسبه الحكم و الموضوع اختصاص هذا الخيار بالحيوان المقصود منه حياته لا لحمه فالصّيد المشرف على الموت و السمك و الجراد اللذان يقصد منهما اللحم نوعا و إن قصد نادرا حياتهما خارجه عن هذا العموم بل يمكن استفاده التخصيص من بعض الأخبار المعلل فيه الخيار بنظره المشتري و بناء عليه يختص أيضا بالحيوان الشّخصى لعدم جريان النّظره فى الكلّى فإنه لا يصحّ بيعه إلّا بعد تعيينه بالأوصاف و بما يوجب اختلاف قيمه هذا مضافا إلى أنّ المشتري لا يملك مطالبه الكلّى فى باب السلم

قبل موسم قبضه فلا- يمكن جعل مبدإ الخيار قبل حلول الأجل و أمّا بعد القبض فلا دليل على أنّ مبدأ الثلاثة من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوته في الكلّي الحالى لعدم الفرق بينهما

نعم الكلّي في المعين لو صحّ بيعه كما إذا كان جميع أفراده متساويه في قيمه لا يبعد ثبوت الخيار فيه لجريان التعليل

[مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]

قوله قدس سره مسأله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري إلى آخره

الأقوال في المسأله ثلاثه اختصاصه بالمشتري مطلقا كان الثمن كالمبيع حيوانا أم لا و ثبوتها لهما مطلقا و اختصاصه بمن انتقل إليه الحيوان مطلقا

و منشأ الأقوال اختلاف الأخبار فبعضها ظاهر في اختصاصه بالمشتري كقوله ع الخيار في الحيوان ثلاثه أيام للمشتري و بعضها ظاهر في ثبوتها لهما كقوله ع في صحيحه محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و بعضها ظاهر في ثبوتها لمن انتقل إليه الحيوان كقوله عليه السلام و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام بناء على أنّ المراد من الصّاحب هو الصّاحب الفعلي لا الأصليّ لأنّه لا يمكن أن يكون الخيار لمن انتقل عنه لا للمنتقل إليه لكونه خلاف الإجماع مع منافاته لحكمه النّظر و الاختبار

و أظهر الأقوال أدلّه هو الأخير و هو ثبوتها لمن انتقل إليه بئنا كان أو مشتريا أو كليهما لو كان العوضان حيوانين دون من انتقل عنه أمّا ثبوتها لمن انتقل إليه مطلقا فلقوله ع صاحب الحيوان بالخيار و لا ينافيه ظهور قوله ع للمشتري و لا ظهور موثقه ابن فضال صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثه أيام

أمّا أولا- فلعدم حمل المطلق على المقيّد في الأحكام الانحلاليه كما إذا قيل أكرم العلماء و أكرم زيدا فلا ينافي ثبوت الخيار للمشتري ثبوتها لغيره إذا صار صاحب الحيوان أو ثبوتها لكليهما إذا انتقل إليهما

و أمّا ثانيا فلا إمكان ورود القيد مورد الغالب كما في قوله عزّ من قائل وَ رَبَّائِكُمْ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ فلا ظهور له في الاختصاص و لا يقال يمكن حمل المطلق مثل قوله ع صاحب الحيوان على الغالب فيراد منه المشتري لأنّ الغالب كونه كذلك كما صرح به الإمام ع في الموثقه لأنّ نقول الغلبه قد توجب حمل القيد على موردها و لا توجب تقييد المطلق أو الانصراف إلى موردها كما إذا لم توجب ضعف صدق المطلق على غير الغالب بأن لم يكن المطلق مشككا بل متواطئا من حيث الماهيه أو الوجود هذا مضافا إلى أنّ في موثقه ابن فضال يمكن أن يكون المشتري وصفا للحيوان بأن يقرأ بفتح الرّاء مع أنّه لو قرئ بكسر الرّاء فيمكن أن يكون التقييد لدفع توهم ثبوت الخيار لصاحبه الأصلي و هو البائع فلا تعرّض له إلى مورد كان البائع صاحبه الفعلي

و أمّا ثالثا فلا إمكان أن يكون النكته في التقييد دفع توهم أنّ خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوتها للبائع و المشتري أي ليس للبائع خيار إذا انتقل عنه الحيوان و ليس كخيار المجلس في ثبوتها لهما فليس بصدد إخراج البائع إذا كان الثمن حيوانا

و بالجمله فلا مانع من الأخذ بعموم صاحب و ثبوته لكلّ من انتقل إليه الحيوان هذا حال المنتقل إليه و أمّا عدم ثبوته للمنتقل عنه فلاّنه لا دليل على ثبوته له إلّا قوله ع في صحيحه محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا فإنّ المتبايعان بإطلاقه يشمل ما إذا كان الثمن أو المثلن أو كلاهما حيوانا و لكن يمكن تقييده بصحيحته الأخرى المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام فيصير المراد من المتبايعين

بعد التقييد من انتقل إليه الحيوان أى يحمل على مورد يكون الثمنان حيوانين

نعم يرد على التقييد إشكالات ثلاثه الأول أن حمل قوله ع المتبايعان بالخيار على ما إذا كان الثمنان حيوانين حمل على فرد نادر فإن الغالب كون المبيع حيوانا الثاني أن اتحاد السياق يقتضى أن يكون ثبوت الخيار فى بيع الحيوان و غيره الذى ثبت فيه خيار المجلس على نهج واحد و خيار المجلس أمر قائم بالمتبايعين بالنسبه إلى الثمن و المثلث فخير الحيوان لو لم يكن إلا للمنتقل إليه يلزم أن يرتكب شبه استخدام فى لفظ المتبايعان بالخيار أى يراد منه تعلق الخيار بالنسبه إلى غير الحيوان بالثمن و المثلث و بالنسبه إلى الحيوان بأحدهما الثالث أنه لو حمل المتبايعان على مورد كان العوضان حيوانين للزم أن يناقض صدره ذيله لأن ذيله صريح فى أن فيما سوى ذلك ليس إلا خيار المجلس و ما سوى كون الثمنين حيوانين يشمل ما كان المبيع حيوانا فيلزم أن لا يكون للمشتري خيار مع أنه لا يقول به أحد و ليس الواقع كذلك أيضا

و لكنّه لا يخفى أنّ جميع هذه الإشكالات لا يصادم ظهور قوله ع صاحب الحيوان بالخيار فى اختصاص الخيار بمن انتقل إليه

أمّا أولا- فلائح حمل قوله المتبايعان على ما إذا كان الثمنان حيوانين و إن كان حملا- على الفرد النادر إلا أنّ قوله ع صاحب الحيوان أظهر فى الاختصاص بمن انتقل إليه من إطلاق المتبايعان خصوصا مع عدول الإمام ع عن قوله المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلى قوله و صاحب الحيوان لأنه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس ثابتا لكليهما لكان اللّازم أن يقال المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و هما بالخيار فى الحيوان ثلاثه أيام فعدوله ع فى صحيحه محمّد بن مسلم و فى صحيحه زراره ليس إلا لبيان الاختصاص

و أمّا ثانيا فلمعارضه هذه الصّحيحه الدالّه بإطلاقها على ثبوت الخيار لهما مع روايه قرب الإسناد الصريحه فى عدم ثبوت الخيار للبائع إذا كان المبيع حيوانا و لا- سيّما التعليل الوارد فيه بقوله ع الخيار لمن اشترى نظره ثلاثه أيام فإنّ العله و إن كانت حكمه التشريع و هى لا تقتضى الأطراد إلا أن بمناسبة الحكم و الموضوع يستكشف مناط جعل الخيار و أنه للمنتقل إليه دون المنتقل عنه

و أمّا الإشكال الثانى فغير وارد أصلا لأنه لو كان قوله ع المتبايعان بالخيار منزلا على ما إذا كان الثمنان حيوانين فيتحد حكمه مع غير الحيوان فى ثبوت الخيار لهما كان حق الرّد متعلّقا بما فى يدهما أو حقّ الأخذ متعلّقا بما انتقل عنهما لأنّ حلّ العقد و إبقاءه بيدهما على أى تقدير و الفرق الاعتبارى الخارجى لا يوجب استعمال قوله ع المتبايعان بالخيار فى معنيين

و أمّا الإشكال الثالث فلا يخفى ما فيه لأن ذيل الزوايه لا ينفى صدره من حيث التّصويبه و الظهور فإنّه لو حمل صدره على ما إذا كان الثمنان حيوانين يصير مفاده اللّفظى أنه لو كان الثمن و المثلث كلاهما حيوانا فالخيار لكليهما و لو لم يكن كذلك بأن كان أحدهما حيوانا فلا خيار لأحدهما إلا خيار المجلس و عدم إمكان العمل بذيله لا يوجب مناقضه ذيله لصدره

فغايه الأمر يقيد ذيله و يقال إن مقتضى الأدلّه الأخرى هو أن لمن انتقل إليه الحيوان خيار ثلاثه أيام و بالجمله لا إشكال فى ترجيح صحيحى محمّد بن مسلم و زراره الدالّتين على ثبوت الخيار لخصوص من انتقل إليه من حيث الدلاله على الزوايه الدالّه

على ثبوته لمن انتقل عنه أيضا فلا مجال حينئذ لملاحظه السند مع أنّ إعراض القدماء عنها و عدم العمل بها إلى زمان

السيد المرتضى قدس سره يكفى وهنا لدلالاتها و سندها إذ لعلها كانت منقوله بالمعنى لأن شخص محمد بن مسلم هو الراوى للصحيحه الأخرى الداله على الاختصاص بمن انتقل إليه فالمسأله واضحه

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور موثقه ابن فضال فى اختصاص الخيار بالمشتري لركاكه قراءه المشتري بالفتح و بعدها عن سياق اللغه العربيه فيحمل المطلق على المقيّد مع ظهور عدّه من الروايات فى الاختصاص بالمشتري و احتمال ورود القيد مورد الغالب ضعيف فإنّ الأصل فى القيد الاحترازيّه إلا إذا ثبت كونه واردا مورد الغالب كما فى ربائبكم اللاتى فى حجوركم فالأقوى ما عليه المشهور فتدبر

[مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها فى مده الخيار]

قوله قدس سره مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها إلى آخره

لا يخفى أنّه لو قام الدليل على أنّ ضمان الأمه فى مده الاستبراء على البائع لم يكن ملازما لثبوت الخيار للمشتري فى هذه المده لأنّه لم يثبت الملازمه بين ضمان شخص و ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمه بالعكس فإنّه ثبت أنّ من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له هذا مضافا إلى أنّه لم يثبت ضمان البائع فى مده الاستبراء فالتفصيل بين الحيوانات فى مده الخيار لا وجه له أصلا

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

قد تخيل أنّ النزاع لا وجه له لأنّه ليس خيار الحيوان إلّا خيار المجلس المذى هو فى غير الحيوان إلى التفرق و فيه إلى ثلاثة أيام فيكون مبدؤه من حين العقد

و فيه أنّا لو اخترنا ما عليه السيد المرتضى من ثبوت خيار الحيوان للبائع و المشتري لكان لهذا الكلام وجه و أمّا لو قلنا بعدم ثبوته للمنتقل عنه فلا- شبهه فى أن خيار الحيوان مغاير لخيار المجلس موضوعا و محمولا- فإنّ خيار المجلس ثابت لكليهما ما دام المجلس باقيا سواء طال أم قصر و خيار الحيوان يختصّ بمن انتقل إليه فى ثلاثة أيام فأين هذا من ذاك ثمّ إنّ استدلال على أنّ مبدأه بعد التفرّق بأمر الأول الاستصحاب و يمكن تقريبه بوجهين الأول أصاله عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة أيام من حين العقد أى بعد مضيّ ثلاثة أيام من حين العقد يستصحب بقاء خيار الحيوان بمقدار زمان المجلس و الثانى أصاله عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و الأوّل لا- إشكال فيه لو آل الأمر إلى الأصول و لم يستظهر الحكم من الأدله لأنّ أثره تأثير الفسخ فإنّه من الآثار الشرعيه المترتبه على نفس بقاء الخيار من دون واسطه و الثانى مثبت لأنّ نفس عدم حدوثه لا أثر له و لا يثبت به أنّ مبدأه بعد التفرّق

و لا يقال إنّ من آثار عدم حدوثه عدم تأثير إسقاطه لم يرتب على عدم حدوثه بل من باب أنّ إسقاطه إسقاط لما لم يجب إلّا

أن يقال إنَّ كونه إسقاطا لما لم يجب مترتب على أمرين أحدهما محرز بالوجدان و هو نفس الإسقاط و ثانيهما بالتعدي و هو عدم حدوث الخيار فلا محذور في استصحاب عدم الحدوث

فالصواب في الجواب عن هذا الأصل أنَّه بمعناه المحمولي و هو عدم تحقُّق الخيار قبل بيع الحيوان لا أثر له و بمعناه التعتي و هو حين بيع الحيوان ليس له حاله سابقه و استصحاب العدم المحمولي لإثبات العدم التعتي مثبت الثاني أنَّه لو لم يكن مبدؤه التفرُّق لزم اجتماع السببين على مسبب واحد و قد يرد بأنَّ الأسباب الشرعيه معرفات لا علل

و لا يخفى أنَّ النزاع في أنَّ الأسباب معرفات أو علل بالمعنى المتصوّر الصحيح لا ربط له بالمقام فإنَّه لو كان المراد من المعرف أنَّه حكمه لا-عله فكون مناطات الأحكام من قبيل الحكم لا-العلل لا ربط له بالمقام لأنَّ الخيارين تابعان لمقتضى دليلهما قبل التفرُّق كان مناطهما حكمه

لجعل أو عله و لو كان المراد من المعرف أن موضوع الحكم الذى أخذ فى القضيه الحقيقته ليس عله لثبوت الحكم عند تحققه فهذا بديهى البطلان لأنه لو جعل حكم على تقدير بفتحقه يتحقق الحكم و بعدمه لا يتحقق و لا يعقل تحقق الموضوع و عدم تحقق الحكم فلا- يمكن أن يقال إن الأسباب الشرعيه معرفات لا علة لأنها بهذا المعنى علة فإذا كانت كذلك فالأصل عدم التداخل لأن كل موضوع سبب لتحقيق الحكم الذى أنشئ على فرض وجوده فلو أمكن تعدد الحكم نلتزم به و لو لم يمكن فلو أمكن تعدد مرتبه كالشده و القوه كما فى الاستحباب و الوجوب فهو و لو لم يمكن الخيار فى المقام الذى هو من قبيل سائر الأحكام الوضعيه الغير القابله للتأكد و التعدد فمقتضى توارد العلتين على معلول واحد أن يكون المعلول مستندا إلى مجموع العلتين فإن كلا منهما مستقل فى العليه لو لم يقارنه الآخر فمع المقارنه يستند إلى كليهما هذا مع أن الخيار قابل للتعدد من حيث الإضافه أى و إن لم يمكن تعدد نفس الخيار و لكن يمكن تقييده من جهه السبب و أثر ذلك أنه يمكن إسقاطه من جهه و إبقاؤه من أخرى لأنه ليس معنى الخيار إلا ملك الالتزام الذى التزم العقاد به فلو ملك التزام نفسه من جهتين فله إسقاط إحداهما و إبقاء الأخرى

و بالجملة لا يلزم من إسقاط الخيار سقوطه رأساً فإنه تابع لنظر المسقط و هذا لا ينافى وحده الخيار فإن الملكيه التى هى من الأمور الاعتباريه يمكن رفع اليد من أحد أسباب اعتبارها فحال الخيار بالنسبه إلى السببين كحال القتل بالنسبه إلى أسبابه فإنه مع كونه غير قابل للتعدد و التأكد يمكن تقييده بأسبابه فإذا اجتمع سببان فيه أحدهما إلهيا و الآخر خلقيا كالارتداد و القصاص أو حقان خلقيان يمكن سقوطه من جهه و ثبوته من أخرى

نعم إذا كان كل منهما إلهيا فغير قابل لإضافته إلى سبب دون آخر لأن مرجع الحد الشرعى إلى الحكم الشرعى و الحكم غير قابل للإسقاط الثالث الأخبار الداله على أن تلف الحيوان فى الثلاثه ممن انتقل عنه أى ممن ليس له الخيار و بضميمه ما دل على أن التلف فى الخيار المشترك ممن انتقل إليه يستكشف أن مبدأ خيار الحيوان بعد التفريق لأنه لو كان مبدؤه أول زمان العقد الذى يشترك فيه البائع و المشتري فى الخيار لما كان التلف على البائع

و فيه ما لا يخفى لأن أدله خيار الحيوان لو كانت ظاهره فى أن مبدؤه من حين العقد لم يمكن رفع اليد من ظهورها بمجرد أنه لا يمكن الجمع بين الأدله الداله على أن تلف الحيوان فى زمان الخيار المشترك من المشتري و الأدله الداله على أن تلف الحيوان فى الثلاثه التى هى زمان خيار الحيوان للمشتري على البائع إلا على أن يكون مبدأ الثلاثه بعد التفريق لأن غايته تعارض القاعدتين فيمكن حمل ما دل على أن التلف من البائع على الغالب من كونه بعد المجلس فلا إطلاق له حتى ينافى ما دل على أن التلف فى المجلس ممن انتقل إليه و يمكن تقييد ما دل على أن تلف المال فى زمان الخيار المشترك من المنتقل إليه بغير مورد الحيوان فيقال إن التلف فى زمان الخيار المشترك ممن انتقل إليه إلا أن يكون له خيار مختص فيكون التلف من المنتقل عنه

قوله قدس سره ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه إلى آخره

لا- إشكال فى أن مبدأ الثلاثه فى عقد الفضولى بناء على النقل من حين الإجازة و كذا بناء على الكشف الحكيم لأن الدليل الدال

على ترتيب الآثار من حين العقد يدل على ترتيب آثار الملكيه و لا- يدل على أن الاستناد إلى المالك المذى يتحقق بحسب الخارج بالإجازة أيضا من حين العقد

و بعبارة أخرى كما أن الأ-صول لا- يترتب عليها إلا الآثار الشرعية فكذلك الأدلة التي وردت في بيان إثبات حكم تعدي لا يترتب عليها إلا المقدار الذي ورد التعبد به دون لوازمه العاديه

و أمّا على الكشف الحقيقي فبناء على كون الشرط هو وصف التعقب أو التزمنا على ما هو المحال و الخلف و هو أن الإجازة بوجودها العيني شرط و مع هذا تحقق الملك قبلها كما يقوله القائل بصحة الشرط المتأخر فمبدأ الثلاثة من حين العقد

و أمّا بناء على الانقلاب فمن حين الإجازة لأن القائل به يقول بانقلاب آثار الملك و أما نفس الإجازة الواقعة فعلا فلا يدعى وقوعها حين العقد فمبدأ الخيار لا محاله من حينها و أدله الجميع واضح ثم إن مبدأها في السلم من حين العقد لا حين حصول الملك أى حين القبض كما عرفته في خيار المجلس لأن الخيار مخصص لوجوب الوفاء بالعقد فلا يقال لا أثر له قبل القبض

[مسألة لا إشكال في دخول الليلتين]

قوله قدس سره مسأله لا إشكال في دخول الليلتين إلى آخره

لا يخفى أن اليوم بحسب العرف و اللغه هو الزمان الممتد بين طلوع الشمس و غروبها بحيث لو أطلق على مجموع الليل و النهار فهو بقرينه خارجيه كما أن إطلاقه على اليوم الصومى و هو من أول الفجر إلى زوال الحمرة بدليل خارجي و إلا فبحسب معناه العرفى كاللغوى هو اليوم الإجارى و هو من أول الشمس إلى الغروب

نعم في خصوص المقام لما استفيد الاستمرار من الأخبار يدخل الليلتان المتوسيطتان في الأيام كما أنه لو وقع العقد في أول الغروب يستمر هذا الخيار من حين العقد إلى منتهى اليوم الثالث فدخول الليلتين أو الليالى في بعض الموارد ليس لدخولها في مفهوم الأيام و ذلك واضح إنما الكلام في أن الحكم المترتب على الأيام مترتب على خصوص اليوم التام أو يكفى التلفيق و هو تاره يحصل من تليفيق نصف من اليوم بنصف من الليل و أخرى من تليفيق نصف يوم بنصف يوم آخر فنقول الحكم بحسب الثبوت لا يخلو عن أحد الوجوه الثلاثة

فتاره لا يكون لليوم خصوصيه أصلا بل المخصوص هو المقدار الخاص من الحركة الفلكيه و أخرى له خصوصيه و الخصوصيه إما من حيث هذا المقدار من البياض أو لخصوصيته بتماميته أما بحسب الإثبات فلا بد من قيام قرينه على أحد الأقسام الثلاثة و لا- يبعد دعوى قيام القرينه النوعيه على كفايه التليفيق من يومين لأن ظاهر ما يوجب اعتبار اليوم أو الأيام في موضوعات الأحكام هو اعتبار هذا المقدار من البياض لا من حركة الفلك و لا تمام البياض من يوم واحد و عدم كفايه التليفيق في الاعتكاف إنما هو لاعتبار الصوم فيه و الصوم ثبت أن يومه من أول الفجر إلى زوال الحمرة

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]

[الثالث التصرف و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار]

قوله قدس سره الثالث التصرف و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار إلى آخره

تنقيح البحث فيه يستدعى رسم أمرين تقدم تنقيحهما فى تحت المعطاه الأول أن مقتضى القواعد الأوليه وقوع كل عنوان من عناوين العقود و الإيقاعات بالفعل كوقوعه بالقول إذا كان الفعل فى طبعه بحسب العرف و العاده مصداقا لذلك العنوان بحيث يحمل عليه بالحمل الشائع الصناعى أنه هو أى كان بطبعه آله لإيجاده فلا يقع العنوان بالفعل الذى ليس آله

لإيجاده و لو نوى وقوعه به الثانی أن خروج بعض الإيقاعات ليس لإجماع تعبدى بل لانتفاء ما يكون آله لإيجاده من الأفعال فعدم وقوع العتق أو الطلاق بالفعل إنما هو لأنّ الفعل ليس آله لإيجادهما و لهذه الجهة لا تجرى المعاطاه أيضا فى كثير من العقود كالصلح و الضمان و الحواله و النكاح

و بالجمله لا يختص الإيقاع بخصوصية موجه لعدم جريان المعاطاه فيه من حيث إنه إيقاع فعلى هذا كل إيقاعى كان الفعل آله لإيجاده كالزجوع فى الهبه و العده و الفسخ و الإجازة يقع به

إذا عرفت ذلك فحيث إن الإجازة من الإيقاعات و لا بد فى تحققها خارجا من إنشاء لفظى أو فعلى فكل فعل كان مصداقا لتحقيقها خارجا و فى عالم الاعتبار تقع به و من أوضح مصاديق الأفعال التى تقع هذه بها التصرف فإنه إجازة فعلية

نعم يشترط أن يكون التصرف مالکيا بأن يكون نحو تصرف الملاك فى أملاكهم فالتصرف الاختيارى و الذى جرت العاده بصدوره من غير المالك كسقى الدابة و ركوبها حال الذهاب و الإياب و قوله للجاريه ناولينى الماء مثلا و التصرف الصادر من حيث الاشتباه الموضوعى كتخييل أن هذه الدابة غير المشتره خارج عن التصرف المالكى

و بالجمله مقتضى القاعده تحقق الإجازة و الفسخ بالفعل كتحققها بالقول و ليس التصرف مسقطا تعبدى و إلا لوجب الاقتصار على موردده و هو التصرف فيما انتقل إليه و فى خصوص الحيوان فالتعدى عنه و القول بأن تصرف المالك فى كل معاملة فيما انتقل عنه فسخ و فيما انتقل إليه إجازة ليس إلا لأنّ التصرف بنفسه إجازة و إنشاء فعلى فيما انتقل إليه

نعم التصرف قبل العلم بالعيب فى خيار الحيوان مسقط تعبدى و أما بعد العلم كالتصرف فى المقام فهو على وفق القاعده و الأخبار الوارده فى هذا الباب أيضا كاشفه عما ذكرنا فإنّ قوله ع إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء و قوله ع فذلك رضى منه و لا شرط له يدل على أنّ الرضا بالبيع و اختياره هو بنفسه مسقط للخيار و ليس المراد من الرضا الطيب فإنه بهذا المعنى يتعدى بالياء مع أنه فى روايه عبد الله بن الحسن تعدى بالنفس فيكشف عن أنّ معناه فى سائر الأخبار هو الاختيار

و يؤيد ذلك بل يدل عليه صحه حمل الرضا على التصرف بلا عنايه فإنّ قوله ع فذلك أى الحدث رضى منه لو كان بمعنى الطيب لاحتاج إلى عنايه إما بحمل المنكشف على الكاشف أو التنزيل هذا مع أنّ جهه كشفه عن الرضا لا أثر له فى شىء من العقود و الإيقاعات فإنّ العقد أو الإيقاع إنشائى لا يوجد إلا بآله من قول أو فعل و مجرد الرضا الباطنى لا أثر له أصلا

و بالجمله لما استظهر المصنف من الرضا أنه بمعنى طيب النفس وجه أو احتمال وجوها فى قوله ع فذلك رضى منه و لا شرط له و كل ذلك فى غير محلّه لأنه مبنى على أخذ الرضا بمعنى الطيب

ثم إنّ كون جواب الشرط فذلك رضى منه أو قوله ع و لا شرط له و يكون فذلك رضى منه توطئه للجزاء كما تكرر هذا الكلام منه قدس سره لا يرجع إلى فرق حقيقى بين الوجهين بل لا معنى للتوطئه فإنه قد يكون الجواب مجموع الكلام من الصغرى و الكبرى و قد يكون خصوص الكبرى

ثم إنّ المحتملات فى الرّوايه لو كان المراد من الرّضا طيب النّفس ثلاثه فإنّ الاحتمالين

الأولين يرجعان إلى أمر واحد و هو جعل التصرف مسقطا تعديا و منزلا منزله الالتزام بالعقد فعلى هذا كل حدث و تصرف بمنزله الالتزام بالعقد فى سقوط الخيار به فيصير مفاد الحديث أنه لو أحدث المشتري حدثا فهو بمنزله رضائه فلا خيار له و الاحتمال الثالث الذى هو الثانى فى الحقيقيه يرجع أيضا إلى التعبد لأنه لو لم يكن للتصرف ظهور فعلى و شخصى فى الرضا بل كان كظهور و الألفاظ فى إرادته معانيها لما كان متبعا فى كل مقام إلا بتعبد من الشرع و بامضاء ما عليه طريقه العقلاء فإذا كان تعديا يدور مدار مقدار التعبد و لا وجه للتعدي عنه إلى مورد الفسخ

ثم على الوجه الأول يكون حمل الرضا على التصرف نظير حمل الصلاه على الطواف فى قوله ع الطواف فى البيت صلاه و على الثانى أى الثالث فى كلامه يكون من حمل المنكشف على الكاشف

فتحصل ممّا ذكرنا أنه ليس التصرف فى عرض سائر المسقطات مسقطا مستقلا بل لمكان أنه إجازة و التزام بالعقد و أخذ بأحد طرفى الخيار و لذا يجب أن يعد التصرف بحسب العرف و العاده مصداقا للإجازة و إن لم يقصد به الإجازة لأن كل فعل كان مصداقا لعنوان يكفى فى تحقق العنوان مجرّد القصد إلى الفعل و لا يشترط قصد العنوان به و لذا قالوا إن الوطى و إنكار الطلاق رجوع و إن لم يقصده بهما

نعم غير الوطى من سائر الأفعال يجب أن لا يقصد منه خلاف العنوان لأن مع قصد الخلاف يخرج الفعل عن المصداقيه كما أنه يشترط أن لا يقع الفعل اشتباها و أن لا يكون من الأفعال التى تصدر من غير المالك أيضا كسقى الدابة و نحو ذلك

و بالجمله التصرف المالكى هو بنفسه إجازة فعليته و لو لم يقصد به عنوان الإجازة بل لو فعل فعلا لم يصدق التصرف عليه كالعرض على البيع فهو أيضا إجازة لأن قوله ع فذلك رضى منه كما يوجب تخصيص التصرف بالتصرف المالكى كذلك يوجب تعميم كل عمل كان مصداقا للاختيار و من هنا ظهر أن ما أورده قدس سره على من خصص التصرف بالتصرف المالكى غير وارد أصلا لأن عقد الوضع و إن كان عاما إلّا أن عقد الحمل يوجب تقييد الموضوع و جزاء الشرط فى الشرطيات كالمحمول فى الحملات

فقوله ع فذلك رضى منه يوجب اختصاص التصرف بالتصرف الناشى عن اختيار و التزام بالعقد و الاختصاص لا- يوجب استهجانا سواء قلنا بأن التصرف مسقط تعبدى أو كاشف نوعى أو إجازة فعليته أمّا على التعبدية فواضح لأن كل تصرف محرّم عليه قبل الشراء فهو مسقط بمنزله الرضا

نعم يرد عليه مضافا إلى أن ظاهر الخبر بيان الأمر الارتكازى لا التعبدى إن جعل الخيار لغو لأنه لا ينفك المبيع عن التصرف فيه فى الثلاثه و أمّا على الكشف النوعى الذى قلنا إنه راجع إلى التعبد أيضا فلاّ جعل فذلك رضى بمنزله العله للجزاء إمّا راجع إلى علمه الجعل أو المجمعول و الحكم أمّا لو كان علمه للحكم فهى موضوع الحكم و ليس من أول الأمر عاما حتى يكون تخصيصه بالفرد النادر مستهجنا و أمّا لو كان علمه للتشريع كزوال أرياح الآباط فى غسل الجمعة و عدم اختلاط المياه فى العده فتاره تكون العله بمثابه من الأهميه فى نظر الشارع بحيث لا يرضى بوجودها و لو فى الفرد النادر فيصحّ تشريع الحكم على وجه

العموم حفظا للحمى

و أخرى لا تكون

بتلك المثابه فلا يصحّ تشريعه على وجه العموم هذا مع أنّ كلّ ذلك لم يكن لأنّه ليس المراد من الحدث مطلق التصرف حتّى يكون تعليل الحكم المطلق بهذه العلّه الغير الموجوده إلّا فى قليل من أفراده مستهجننا بل المراد منه التصرف المالكى و هو فى الغالب لا ينفكّ عن الرضا و كاشف نوعى عنه

نعم مطلق التصرف ليس كاشفا نوعيا و لكن أين الإطلاق و بالجمله بعد ما ظهر أنّ الحكم بسقوط الخيار بالتصرف ليس إلّا لأنّه إجازة فعلية ظهر أنّ الجمع بين الأخبار فى غايه الوضوح لأنّها بأجمعها ناطقه بأنّ التصرف الذى يحرم على المتصرف لو لم يكن مالكا هو اختيار للعقد و إمضاء له سواء صدر بعنوان الإجازة أم بلا التفات إلى العنوان

نعم لا بدّ من الالتفات إلى الفعل و صدوره عنه بما هو مالك لهذا الذى اشتراه و سواء صدق عليه التصرف عرفا أم لا كالعرض على البيع و إنكار البيع كلّ ذلك لأنّ هذه الأفعال بنفسها مصاديق للإجازة

نعم يجب أن لا يخرجها عن هذا العنوان بقصد الخلاف فإنّ الأفعال مختلفه فى جهه المصداقيه فبعضها لا اقتضاء صرف و بالقصد يتصف بعنوان و بعضها يتصف به ما لم يقصد خلافه و بعضها يتصف به مطلقا كالوطى فى زمان العده الرجعيه فإنّه و إن قصد به الزنا لا الرجوع إلّا أنّه يتحقّق الرجوع به نعم يعزّر لقصد هذا

و يمكن أن يقال بالفرق بين التصرف فيما انتقل إليه و التصرف فيما انتقل عنه فإنّ الأوّل إجازة و إن قصد الخلاف و الثانى مع قصد الخلاف ليس فسحا و منشأ الفرق هو أنّ التصرف فيما انتقل إليه تصرف فيما هو ملكه فإذا نوى به الغصبيّه مثلا لا يخرج عن كونه تصرفا فى الملك فإذا صدر الفعل عنه بالاختيار مع العلم بموضوع الخيار كالعلم بالغبن مثلا أو العيب فنفس صدور هذا التصرف المالكى هو التزام بأحد طرفى الخيار لأنّه التزام بعدم شرط التساوى و مثلا فى المائيه الموجب للخيار و لو لم يعلم بأنّ المغبون ذو خيار شرعا لأنّ عدم العلم بالحكم لا يخرج التصرف عن عدم الالتزام بتساوى المالىين

نعم مع الجهل بالغبن ليس مجزّد التصرف المالكى مصداقا لإسقاط شرط التساوى لعدم علمه بعدم التساوى و أمّا التصرف فيما انتقل عنه فلو قصد به التصرف العدوانى فهذا ليس أخذا بأحد طرفى الخيار لإمكان طرؤ عنوان الغصب عليه فالفعل يصير ذا وجهين و ليس كمن أكل مال نفسه و قصد الغصب و من وطئ زوجته و قصد الزنا فإنّ هذا القصد لا يغيّر الفعل عمّا هو عليه و لو كان القصد حراما و على هذا فالوطى فى زمان الرجوع رجوع و إن قصد الخلاف لأنّ المطلقه الرجعيه زوجه

ثم إنّ هذا ما هو التّحقيق فى المقام و أمّا كلمات العلماء فلا يجمعها جامع واحد بل كلّ منهم سلك مسلكا فبعضهم أخذ بالتعبديه و بعضهم بالكاشفيه التّوعيه و بعضهم اعتبر الكشف الفعلى فراجع

[الثالث خيار الشّروط]

إشاره

قوله قدس سره الثالث خيار الشّروط إلى آخره

وقد حكى عن صاحب المستند أنّ الأدلّة العامّة مثل المؤمنون عند شروطهم لا تكفى لإثبات صحّة اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب والسنة لأنّ السّنة تدلّ على أنّ الافتراق يجب البيع فاشتراط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها وحيث إنّنا قد ذكرنا في اشتراط سقوط خيار المجلس في ضمن العقد ضابطا للشرط المخالف و الموافق

ظهر ما فى كلامه

و حاصل الضابط أن كل حكم تكلىفى غير اقتضائى و كل حكم وضعى حقى قابل للاشتراط فالمهم إثبات الصغرى و أن اللزوم فى المقام حقى لا حكمى و إثباتها و إن تقدم فى المعاطاه مفضلا إلا أنه لا بأس بالإشاره إليه إجمالا

فنقول إن اللزوم فى باب النكاح و الضمان حكمى لا حقى و الكاشف عنه عدم جريان الإقاله فىهما كما أن الجواز فى الهبه كذلك أيضا بل الجواز فى المعاطاه من جهه أيضا كذلك لأن الأفعال لا تدلّ إلا على نفس المنشئات بالعقود و ليست لها دلالة التزاميه

و أما اللزوم فى البيع و فى كل عقد معاوضى فهو حقى لأنه حكم شرعى متعلق بما ينشئه المتعاقدان بالدلاله الالتزاميه فإن بعت كما يدلّ على التبديل مطابقه يدلّ بحسب العرف و العاده على الالتزام بما أنشأه فالبايع يملك المشتري المبيع و يملكه التزامه بكون المبيع بدلا للثمن فيملك المشتري المثلث و التزام البائع كما يملك البائع الثمن و التزام المشتري فكلّ منهما يملك التزام صاحبه و أوفوا بالعقود يدلّ على وجوب الوفاء بهذا الالتزام الذى به سمى العقد عقدا و عهدا مؤكدا كما أن بالإقاله تنحلّ هذا الالتزام و يرد كلّ منهما الالتزام الذى ملكه إلى صاحبه و الخيار ملك كلا الالتزامين و لذا يثبت فى كلّ ما يجرى فيه الإقاله و بالعكس

فإذا كان الالتزام من منشئات المتعاقدين فلو اشترط أن لا يكون هذا فى مدّه معينه لأحدهما فلا يملك المشروط عليه التزام المشروط له و إذا ارتفع موضوع الحكم فلا حكم حتى يكون شرط خلافه مخالفا للكتاب و لو لم يكن الأدله العامه الوارده فى الشّروط لكفى أوفوا بالعقود لصحه هذا الشرط لأنّ وجوب الوفاء بما التزم به كلّ عاقد على نفسه إنّما هو عين وجوب الوفاء بأن لا يكون العقد لزوميا فى مدّه كما أن شرط سقوط الخيار كذلك فتأمل

[مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا]

قوله قدس سره مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا إلى آخره

تنقيح ما فى هذا العنوان يتوقف على بيان أمور الأول أنه لا مانع من صيروره العقد جائزا بعد ما كان لازما لعدم قيام الدليل على امتناع هذه الكبرى مضافا إلى ثبوت نظيرها فى الشّرع كخيار التفليس و التأخير الثانى أنه لا تحديد لمدّه الخيار فى طرف القله أو الكثره

نعم لا بدّ أن تكون المدّه مضبوطه فلو جعلها أبدا أو مدّه العمر فى طرف الزيادة أو بمقدار يمكن فيه إعمال الخيار فى طرف القله فإنما يبطل من جهه الجهل بالمدّه لا من حيث الزيادة و التقيصه بل يمكن أن يقال أن جعله أبدا يبطل من جهه أخرى أيضا و هى منافاته لمقتضى العقد فإن مقتضاه بمدلوله الالتزامى هو التزام كلّ من المتبايعين بما أنشأه فلو لم يلتزم أحدهما به فى مقدار من الزمان فهو ينافى إطلاقه و لا بأس به و أمّا لو لم يلتزم به أبدا فهو ينافى مقتضاه و يفسد

الثالث أنّ العقد تاره مبنى على المحاباه و التّسالم كالصّيح و المحاباتى و أخرى مبنى على الدّقه و الأوّل لا يضرّ فيه جعل الخيار مدّه مجهوله على الأظهر من الأدلّه كما لا يضرّ فيه الجهل بالعوضين و الثّانى يضرّ فيه الجهاله كما تضرّ فى نفس العوضين لا لأدلّه الغرر بل لاعتبار العلم بالعوضين بدليل خاصّ و الدّليل و إن كان ناظرا إلى نفس العوضين إلّا أنّ الشّروط بمنزله الجزء فهو راجع إلى ضميمه إلى أحد العوضين فالجهل به يسرى إليهما لكن اعتبار العلم بهما إنّما هو فى خصوص البيع

و أمّا فى سائر العقود المعاوضيه فاعتباره لا- بدّ أن يكون من جهه الغرر و الخطر و أدلّه الغرر و إن اختصّ بعضها بالبيع إلّا أنّ بعضها الآخر عام ثم إنّ الغرر فيما اشترط فى البيع حيث إنّ راجع إلى نفس

البيع فالاستدلال بفساده من جهة نفى الغرر العام و إن صحَّ إلّا أنّه لا موجب له لما عرفت من سرايه الضّميمة إلى البيع و البيع الغررى بنفسه فاسد للدليل الدالّ صريحا على أنّه لا غرر فى البيع

ثم لا فرق فى صورته البطلان بين أن لا يذكر مدّه أصلا أو يذكر مدّه مجهوله أو مطلقه فالأول كما لو اشترط أن يكون له الخيار و الثانى كما لو اشترط أن يكون عند قدوم الحاج و الثالث كما لو اشترط أن يكون مدّه خلافا لجماعه حيث جعلوا مدّه الخيار فى الصوره الأولى ثلاثه أيام و فى محكى الخلاف وجود أخبار الفرقة به و فى الجواهر صحّحه هذه الصوره لأنّ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان

و لكنّه لا- يخفى أولا- أنّ التمسّك بالأخبار الّتى لا- نعرفها بعينها لا- وجه له بعد احتمال عدم دلالتها فإن مجرد جبران قصور إرسالها بذكر الشّرخ قدس سره لا يوجب صراحتها فى المدعى بل و لا ظهورها فيه و ثانيا على فرض صحّتها سندا و تماميه دلالتها فهى موجه لتخصيص أدله الغرر أو الأدله الدالّه على اعتبار العلم بالعوضين و لو أحقهما من الشّروط لا التّخصيص فإنّ التّحديد بالثلاثة فى الشرع لا يخرج الغرر عن الغرريه مع أنّه لو سلّم ذلك أيضا فلا أثر له لأنّ الشّروط يخرج عن الغرر لو قصد المشترط إجمالا المدّه الّتى هى محدوده بحدّ واقعا و إن لم يعرفها تفضيلا كالوصيه بالكثير أو القديم فإنّ الموصى يقصد ما هو معنى الكثير واقعا عند الشّارع و إن لم يعلمه تفضيلا

و على هذا الوجه يمكن تطبيق الصوره الأخيره و هى ما لو قال بشرط أن يكون لى الخيار مدّه فإنّه لو كانت المدّه محدوده بالثلاثة و العاقد قصد ما هو معناها واقعا يخرج عن الغرر و الجهاله و أمّا الصوره المبحوث عنها و هى ما إذا قال لى الخيار و لم يذكر مدّه أصلا فليس هنا شىء مبهم حدّده الشّارع حتى يخرج عن الجهاله بقصد الجاعل لما هو الواقع هذا مع أنّه إنّما يصحّ ذلك لو علم المشترط تجديد الشّارع و أمّا فى صورته الجهل بأصل التّحديد فكيف يقصد ما هو المحدود واقعا

و بالجمله خروج هذا الشّروط عن الغرر موضوعا ممّا لا محصل له مع أنّ الخروج الموضوعى الّذى قصده القائل هو التّخصيص و التّخصيص عباره عن الخروج التكويني و فى المقام لو ثبت التّحديد الشرعى يخرج عن الغرر بالحكومه

ثم لا- وجه لقياس المقام على خيار الحيوان فإنّ ثبوته فى الحيوان إنّما هو لدليل شرعى و لا يختصّ بعلم المشتري أو جهله فإنّه من الآثار الشرعيه فى بيع الحيوان و أين هذا ممّا هو من مجعولات المتبايعين فإنّ جعلها مدّه خاصّه كالثلاثة يتوقف على بيانها صراحة أو بيان ما ينطبق عليه واقعا و هو منحصر فى ما لو علم إجمالا بأنّه مبين واقعا و إن لم يعلمه تفضيلا و أين هذا من الجاهل المطلق

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

قوله قدس سره مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى آخره

قد ذكرنا سابقا فى خيار الحيوان أنّه لا مانع من اجتماع سببين للخيار فإنّه و إن لم يقبل التعدّد و لا التأكّد إلّا أنّه يمكن اختلافه

باختلاف أسبابه فيؤثر من جهة أحد أسبابه و يسقط من جهة الآخر فعلى هذا لو جعلنا مبدأه منفصلا عن العقد فهو و لو أطلقا فمبدؤه من حين العقد

ثم إنّه لو قلنا بأن مبدأه حين فقد سائر الخيارات فلا يرد إشكال المصنف قدس سره عليه بأن الحكم بثبوته من حين التفرّق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما فإنّ تبعيّة العقود للقصود و وجوب عدم تخلفها عنها إنّما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر

مضادّ له كما لو قصد البيع و ترتّب عليه الهبه أو قصد المتعه و ترتّب عليه الدوام بناء على كونهما حقيقتين و أمّا بيع ما يملكك و ما لا يملكك فحيث إنّ القصد فيه فى الحقيقه ينحلّ إلى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و إن قصدا كون مبدئه حين العقد إلّا أنّهما قصدا من حينه إلى سنه مثلا فلو حكم الشّارع بأنّهما ما داما فى المجلس ليس لهما خيار الشّروط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد

و بالجمله كون صحّه بيع ما يملكك مع ضمّ ما لا يملكك إليه على طبق القواعد ليس إلّا لعدم كونه من موارد تخلف العقد عن القصد و قد ذكرنا فى المعاطاه فى جواب استبعادات الشّيخ الكبير ما يزيد توضيحا للمقام

[مسأله يصحّ جعل الخيار الأجنبيّ]

قوله قدس سره مسأله يصحّ جعل الخيار الأجنبيّ إلى آخره

تنقيح هذا العنوان يتوقّف على بيان أمور الأوّل فى تحقيق ما ذكره المصنف من ضعف منع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين فنقول إنّ ما يتخيّل وجها لفساد جعل الخيار للأجنبيّ أمران الأوّل أنّ الخيار ليس معنى اسميّا و ملحوظا استقلاليا و كان مجرّد السلطنه على الفسخ و الإمضاء بل هو معنى حرفيّ و هو عبارته عن ردّ كلّ مال إلى مالكة الأصليّ أو إبقائه و إقراره فى ملك مالكة الفعلى و هذا ينفذ ممّن كان زمان المال بيده و أمّا الأجنبيّ فأجنبيّ عنه

و بعبارته أخرى و إن كان الأصل فى كلّ حقّ أن يكون قابلا للإسقاط لأنّ هذا هو الفارق التام بينه و بين الحكم إلّا أنّه ليس كلّ حقّ قابلا- للنقل إلى الغير و على فرض كونه قابلا- له فليس قابلا- للنقل إلى كلّ أحد فإنّ حقّ القسم قابل للتّملك إلى الزّوج و الضره و لكن لا- يقبل التّملك إلى الأجنبيّ فالخيار أيضا و إن كان قابلا لتّملك أحدهما إلى طرفه كما ذكرنا فى مثل قول أحدهما للآخر اختر إلّا أنّه لا يقبل التّملك إلى الأجنبيّ

الثانى معنى الخيار أنّ الالتزام الذى ملكه أحدهما من صاحبه زمام أمره بيده المملك و هذا بعد الفراغ عن مالكيه التزام الآخر فهو ملك كلا الالتزامين و الأجنبيّ لا يملك التزام الطرف الآخر حتى يملك التزام من له الخيار و قد أجاب المصنف عن هذا بأنّه لا- مانع عنه لأنّه نظير إرث الزّوجه للخيار مع عدم إرثها من العين كالعقار و فيه بعد الغضّ عمّا فى مسأله إرث الزّوجه من الإشكال أنّ جعل الخيار للأجنبيّ لو كان على نحو جعل الملك الحقيقىّ فلازمه إرث وارث الأجنبيّ عنه لأنّ ما تركه لوارثه و أمّا لو كان على نحو التفويض الراجع إلى أنّ نظره متّبع و أنّه مالك لتسليم الالتزام المذى هو تحت يد المالك إلى الطرف أو إبقائه للمالك فهو كالوكيل فى القبض و الإقباض فلا مانع عنه و على هذا لا يرثه وارثه لأنّه لا يملك شيئا حتى يرثه وارثه و يجب عليه أيضا مراعاة مصلحه المالك لأنّه ليس كسائر الملاك يتصرّف كيف يشاء

و على هذا فثبوت الخيار له متوسّط بين الملكيه و الوكاله فلا يمكن ترتيب آثار الملك عليه حتى يرث وارثه و لا ترتيب آثار الوكاله حتى يمكن عزله بل هو نظير التولية على الوقف فلا بدّ أن يراعى غبطه من جعل له الخيار و لا يرد الإشكالان عليه لأنّ الخيار عبارته عن حلّ العقد و لازمه رجوع كلّ مال إلى المحلّ المذى خرج عنه لا رجوعه إلى ملك من حلّ العقد و لا مانع من

كون الأجنبي مالكا لكلا الالتزامين من قبل ذى الحقّ

الأمر الثّانى أنه قد يجعل الخيار الواحد و قد يجعل المتعدّد و على الثّانى قد يجعل خيارا واحدا لهم و قد يجعل لكلّ منهم خيارا مستقلا فلو كان الخيار لواحد فالمتّبِع فسخه أو إمضاؤه و لو كان

للمتعدّد فلو كان ثبوت الخيار لهم من باب أنّ كلّ واحد من مصاديق ذى الخيار كخيار المجلس بناء على ثبوته للموكل و الوكيل المفوض فإنّ الخيار لكلّ منهما من باب أنّ كلّ واحد من مصاديق البيع أى الخيار ثابت لجنس البيع لا للعموم لكلّ من سبق إلى إعمال الخيار نفذ منه

ففى المقام لو كان جعل الخيار للوكيل أو الأجنبى المتعدّد كثبوته للوكلاء طولاً فكل من سبق إلى إعماله نفذ منه و ذهب به موضوع حق الآخر و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز و لو كان الخيار للمتعدّد بلحاظ وصف اجتماعهم فلا يؤثر إلّا اجتماعهم فى الفسخ أو الإمضاء دون استقلال كل واحد و لو كان لكلّ واحد مستقلاً و فى عرض الآخر فيقدم الفاسخ و لو كان متأخراً على المجيز لأنّ إجازة المجيز إنّما يؤثر من طرف نفسه فيبقى الحق للآخر فلو فسّخه ينحل به العقد

الثالث لو قلنا بأن جعل الخيار للأجنبى تفويض إليه أو توكيل له فلا شبهه فى احتياجه إلى قبوله و أما لو قلنا بأنّه تملك فتوقّفه على قبوله مبنى على انحصار الملك القهرى بالإرث و الوقف على البطون و أما لو قيل بحصوله من شرط النتيجة و نحو ذلك من دون توقّفه على قبول من جعل الملكيه له فنفس الجعل كاف فى حصوله

الرابع فى شرح عباره الوسيله و الدّروس أما الأوّل فقولته إذا كان الخيار لهما و اجتماعاً على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل يحتمل أن يكون مراده لو جعل المتبايعان الخيار لأنفسهما بوصف الاجتماع أى على نحو كان بنظرهما فلو اجتماعاً فهو و إن خالف أحدهما الآخر بطل أى لم ينفذ لا الفسخ و لا الإجازة و لكن جعل الخيار كذلك لغو لأنّ لهما الإقاله بلا إشكال فلا فائده لهذا الجعل

و يحتمل أن يكون لهما على نحو الاستقلال فقلته و إن لم يجتمعا أى لو فسّخ أحدهما و أمضى الآخر بطل البيع أى يؤثر الفسخ تقدّم على الإجازة أو تأخّر و قوله و إن كان لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء أى إن رضى الأجنبى و قبل جعل الخيار له نفذ البيع أى ليس لمشترط الخيار للأجنبى خيار فى البيع و البيع نافذ فى حقه من هذه الجهه و إن كان خيارياً بالنسبه إلى الأجنبى و إن لم يرض أى و إن لم يقبل الأجنبى فالمبتاع بالخيار لتعدّد الشرط و على هذا فقلته كان المبتاع بالخيار فى غايه الارتباط مع كلامه السابق و هذا بخلاف ما إذا حمل قوله و إن رضى نفذ البيع على أنّه لو أمضى العقد فإنه لا معنى لقوله و إن لم يرض أى و إن فسّخ كان المبتاع بالخيار

و أمّا الثانى فقلته يجوز اشتراطه لأجنبى منفرداً و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلّا لم يكن لذكره فائده يحتمل أن يراد منه كون الأجنبى منضمّاً مع أحد المتبايعين أى إعمال الخيار لهما بوصف الاجتماع و يحتمل أن يكون مستقلاً فعلى الأوّل يكون قول المصنّف مؤيداً له لأن معنى كلام الدّروس أنّه لو خولف أى لو فسّخ الأجنبى و أجاز الأصيل أمكن اعتبار فعله أى صار الإجازة كالعدم لأنّ نظر الأجنبى متّبع أيضاً فأيدته المصنّف بما حاصله أنّه لا شبهه فى ذلك لأنّه لو أجاز الأجنبى و فسّخ الأصيل لا يؤثر إجازته فلو لم يعبر بفسّخه و كان وجوده كالعدم بأن يؤثر إجازة الأصيل فلا يكون لذكره فائده و على الثانى يكون كلام المصنّف فى مقام الإيراد لأنّ ظاهر كلام الدّروس أنّ فعل الأجنبى معتبر مطلقاً أجاز أو فسّخ فأورد عليه المصنّف بأنّ فائده جعل الخيار له ليس اعتبار فعله مطلقاً

نعم لو لم يمض فسخه مع إجازته الأصيل لكان ذكره بلا فائده لأنّ المفروض عدم مضيّ إجازته مع فسخ الأصيل و أمّا لو أشر
فسخه

فلا يكون ذكره لغوا و بالجمله فحاصل الإيراد أنه لا يعتبر فعل الأجنبي المخالف مطلقا بل إنمّا يؤثر فسخه دون إجازته مع فسخ الأصيل

[مسألة من أفراد الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]

إشارة

قوله قدس سره مسألة من أفراد الشرط ما يضاف البيع إليه إلى آخره

الوجه المتصوره فيه تنتهى إلى سبعة الأول أن يكون الخيار معلقا على الرد في مدّه معيّنه كسنة مثلا في أى زمان ردّ الثمن في ظرف السّنة كان له الخيار الثّاني أن يكون الخيار معلقا على ردّ الثمن في خصوص آخر السنه الثالث أن يكون الفسخ معلقا على الرد لا الخيار الرّابع أن يكون الردّ فسخا فعليا الخامس أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري السادس أن يكون شرطا لوجوب بيعه من مالكة الأصلي السابع أن يكون قيّدا لانفساخ العقد و كلّ هذه الوجوه صحيحة إلّا السابع

أمّا الأول و الثّاني فلا- محذور فيهما إلّا التعليق و الجهاله في خصوص الأول أمّا التعليق فلم ينهض لبطلانه دليل إلّا الإجماع و معقده العقود لا الشّروط في ضمنها و أمّا الجهاله فإنمّا تضرّ لو لم يعين مدّه أصلا كأن يقول إذا جئت بالثمن في أى وقت كان لى الخيار فيصير كما لو قال بشرط أن يكون لى الخيار إن قدم زيد و هذا بخلاف ما لو قال لى الخيار إذا جئت بالثمن في أى وقت من الأوقات من زمان العقد إلى سنه فإنّ الخيار هنا غير مجهول إلّا من باب الجهل بالمعلّق عليه و هو يرجع إلى إشكال التعليق لا الجهاله

و أمّا الثالث و الرابع و الخامس فلا إشكال فيها أصلا كما هو واضح و أمّا السادس فقد استشكل فيه بالدور و بالأخبار الوارده في خصوص المقام و سيجى ء في باب الشّروط اندفاع الدّور و أنّ الأخبار ناظره إلى أنّ المقصود لو كان هو البيع الحقيقي فلا بأس به و لو كان هو البيع الصّورى و كان المقصود الأصلي الرّباء كأن يشتري نسيئه و يبيعه من البائع نقدا بأقلّ من قيمه النسيئه على نحو لم يكن للمشتري عدم البيع و لا- للبائع عدم الشّراء بل كان كلّ منهما ملزما بالمعامله ثانيا يبطل و أمّا لو اشترط البائع على المشتري أن يبيعه بعد سنه إذا جاء بمثل الثمن مع قصد هما البيع الحقيقي فلا يشمله الأخبار

و أمّا الوجه السابع فيرد عليه أحد المحذورين و هو إمّا انفساخ العقد بلا سبب و إمّا اقتضاء وجود الشّيء عدم نفسه فإنّ بيع الدّار و اشتراط انفساخه برّد مثل الثمن إمّا يرجع إلى شرط انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل لأنّ انتقال الدّار من المشتري إلى البائع بلا سبب أى بلا- إنشاء قولّى و فعلى غير ثابت في الشّريعه فيكون شرطا مخالفا للكتاب و إمّا يرجع إلى أنّ نفس اشتراط الانفساخ إنشاء للفسخ فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشرط فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برّد مثل الثمن

و بالجمله يجب أن يكون البيع محققا ثابتا حتّى يشترط في ضمنه شرطا سائغا كملكه الكتاب مثلا بناء على عدم اعتبار حصولها

من سبب خاص بأن لم تكن كالتكاح و الطلاق المتوقف حصولهما على أسباب خاصه و أما إذا كان البيع منفسخا بالشرط الحاصل في ضمنه فلا يعقل تأثير هذا الشرط في الملكيه و لا يقاس إنشاء انفساخ العقد بهذا الشرط الذى هو رد الثمن على اشتراط سقوط الخيار في ضمن العقد فإن اشتراط سقوطه مؤكّد لبقاء العقد فإن العقد مقتضى للخيار فإسقاطه لا ينافى العقد و هو أيضا ليس إسقاطا لما لم يجب

و هذا بخلاف إنشاء انفساخه فعلا مشروطا بردّ الثمن فإنّ هذا الإنشاء مناقض للعقد و لا يمكن تصحيحه بكون ظرف الرد متأخرا فإنّ الاشتراط في ضمن العقد فعلى و إن علق على أمر متأخر بل لو سلّم أن إنشاء الفسخ على تقدير غير حاصل لا يلزم من وجوده

عدمه لأنَّ ظرف حصول الانفساخ متأخر و المقارن للعقد هو ظرف الإنشاء إلَّا أنه يجب أن يكون الشارط مالكا لهذا الشرط كالبائع إذا باع و ارتهن قبل قبول المشتري و كمن و كل شخصاً في نكاح زوجته و طلاقها و رجوعه إليها ثم طلاقها فإنَّ في هذه الموارد واقع النكاح مقدم على واقع الطلاق و إنشأؤه كذلك أيضا فهو مالك للإنشاء المترتب على إنشاء آخر فكما أنَّ واقع المترتب في ظرف حصول المترتب عليه متأخر فكذلك إنشأؤه و هكذا جعل الخيار في ضمن العقد أو شرط السقوط في ضمنه فإنَّ التزام الموجب حاصل بنفس إيجابه فله إسقاطه و هذا بخلاف انفساخ العقد فإنه لا يملكه

نعم اشتراط انفساخ عقد آخر خيارى في ضمن هذا العقد لا مانع عنه بحيث كان نفس هذا الإنشاء فسحا له و هذا بخلاف أن يقول بعتك بشرط أن يكون منفسخا

ثم إنه بعد ما عرفت من صحه جعل الخيار بأحد الوجوه الستة بمقتضى القواعد العامه فتطبيق الأخبار الخاصه على أحد الوجوه لا موجب له لا سيما حملة على الوجه السابع الذى هو الرابع فى كلام المصنف قدس سره مع أن أكثرها ظاهر فى كون الرد فسحا فعليا أو مقدمه لإنشاء الفسخ أو الإقاله أو التملك ثانيا أو كان الشرط سببا لكون المبيع له عند الرد كما هو ظاهر الغنيه فإنَّ ملكيه البائع للمبيع ثانيا بالاشتراط فى ضمن العقد بلا إنشاء على حده من المشتري لا مانع عنه للفرق بين إنشاء الملكيه بالاشتراط و إنشاء الفسخ به و الفارق هو أن الأول لا يستلزم من وجوده عدمه بخلاف الثانى

[توضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور]

[الأمر الثانى الثمن المشروط رده إما أن يكون فى الذمه و إما أن يكون معينا]

قوله قدس سره الأمر الثانى الثمن المشروط رده إما أن يكون فى ذمه إلى آخره

الثمن إذا كان نقدا قد يكون كلياً و قد يكون شخصياً فإذا كان كلياً و اشترط الخيار برده فلو قبضه فردّه يتحقق بمثله أيضا كما يتحقق بنفس المقبوض لأنَّ كل فرد من مصاديق الكلى و شرط رد الثمن معناه شرط رد ما كان مصداقه

نعم لو شرط رد المقبوض فلا يتحقق رده إلما برد عين المقبوض إلما أن يقال بعد تعيين الكلى بالفرد المقبوض فالثمن هو المقبوض بشخصه فرد الثمن معناه رد ما هو الثمن فعلا و المصداق الآخر ليس ثمناً و لو لم يقبضه فهل له الخيار أو لا وجهان وجه الثانى أن معنى جعل الخيار بشرط الرد هو شرط القبض ليتحقق موضوع الرد و لكن الأقوى هو الأول لأن الرد أخذ طريقاً لوصول الثمن إلى المشتري

نعم لو علم من الخارج أن الغرض تعلق بالرد بما هو رد فليس له الخيار و بالجمله فى مورد الإطلاق ينزل الشرط على ما هو المتعارف نوعاً و العرف و العاده يرون الرد طريقاً نعم لو قيده بما هو خارج عن المتعارف و كان اشتراطه عقلياً جامعاً لشرائط الصحه فلا مانع عنه و إذا كان الثمن شخصياً فتارة يقع الكلام قبل قبضه و أخرى بعده

أما قبل قبضه فحكمه حكم الكلي بل بمقتضى ما قدمناه من عدم الفرق بين الكلي و الفرد في مورد القبض لأن الكلي يتعين في المقبوض فالحكم في كلتا الصورتين واحد فعلى هذا لو قبض الثمن سواء كان كلياً أم شخصياً فتارة يشترط رد عينه و أخرى يشترط رد الأعم من البدل و من العين و ثالثه يطلق

فإذا اشترط رد عينه بشخصه فلا خيار له في مورد التلف كان التلف سماوياً أو بمتلف أجنبياً كان أو نفس البائع و إذا جعل الخيار بشرط رد الأعم فتارة يقيد بمورد التلف أى يجعل الخيار بشرط رد العين مع وجودها و بدلها مع تلفها و قد يطلقه و قد يقيد بصوره بقاء العين فلو جعل رد البدل في صورته التلف فلا إشكال في أنه مع بقائها يجب ردّها و مع تلفها يرّد بدلها و لو أطلق فلو قلنا بصحة التقييد بصوره البقاء فلا إشكال و أما مع فسادة فالإطلاق ينزل على مورد التلف

فيجب التكم في صورته التقييد فنقول لو جعل الخيار المشروط بالرد مقيداً برّد مثل العين و لو مع بقائها فقد يكون الرد فسخاً فعلياً أى قيد الفسخ بالرد لا الخيار

ففى هذه الصوره لا- يصح شرط ردّ البدل مع بقاء العين لأنّ حقيقه الفسخ ردّ كلّ مال إلى مالكة الأصلي و رد غير المال المفروض وقوع الفسخ به ليس ردّا للمال إلى مالكة ففى هذه الصوره الشرط فاسد بلا إشكال إلّا أن يقال مرجع هذا الشرط إلى إسقاط الخصوصيه العييه و الرضاء بالماليه و التّوعيه فإنّ تنزيل إسقاط الخصوصيه منزله إسقاط الأوصاف فى من له على ذمه غيره طعام موصوف بوصف خاص بمكان من الإمكان كما سنشير إليه

و على هذا ففى غير مورد خيار الشرط لو فسخ ذو الخيار فمقتضى الفسخ رجوع كلّ ملك إلى مالكة فإسقاط الخصوصيه و رضا كلّ منهما ببدليته غير ماله عن ماله مبنى على استفاده ذلك من قاعده على اليد كما سيظهر الإشاره إليه

و أمّا فى مورد خيار الشرط فيمكن شرط ردّ مثل الثمن و شرط ردّ المثل فى القيميّ و القيمه فى المثليّ فى نفس هذا العقد المشروط المثبت للخيار لأنه ينحلّ إلى شرطين شرط تحقّق الخيار و شرط مالكيه كلّ منهما لما فى يده من مال المالك الآخر و ليس هذا الشرط مخالفًا للكتاب بل مخالف لإطلاق الفسخ فإنّ إطلاقه يقتضى ردّ العين ما دامت موجوده و بالشرط يقيد الإطلاق فيجعله فى حكم صوره التّلف

و أمّا لو كان الرّد مقدّمه للفسخ أو معلقًا عليه الخيار أو مقدّمه للإقاله أو البيع فلا محذور فيه لأنّ الفسخ لا يتحقّق به و إنّما يصير المردود فى يد المشتري بمنزله المقبوض بالسّوم فإذا فسخ البائع بعد هذا الرّد ينتقل الثمن الموجود إلى المشتري و المردود باقى فى ملك البائع فلهما أن يتراضيا على كون كلّ منهما بدلًا عن الآخر نظير أداء القرض بمال آخر و يصير الشرط سببًا لوجوب رضا كلّ منهما ببدليته ما فى يده لمال الآخر

و لكنّه لا يخفى أنّ هذا يصحّ بناء على ما ذكرنا من معنى ضمان اليد المستفاد من على اليد ما أخذت بأن يكون أخذ مال الغير بدون التّلف موجبا لصيرورته فى ذمه الأخذ بماليته و نوعيته و شخصيته فلصاحب المال إسقاط كلّ واحد من هذه الخصوصيات بأن يرضى ببده و على هذا يصحّ اشتراط ردّ القيمه فى المثليّ و بالعكس لأنّ له إسقاط الماليه و الاكتفاء ببده من غير هذا الجنس و لو لم يكن بهذا المقدار من القيمه أو إلقاء نوعيته التى بها صارت العين مثليه و الاكتفاء ببدها من حيث الماليه

و أمّا لو قلنا بأن مفاد على اليد هو الضمان عند التّلف فما دام العين موجوده لا يمكن أن يكون بدلها منتقلا إلى المشتري إلّا بالمبادله فلا يصحّ و بالجملة الإشكال مبنى على أصل مسأله الضمان و حيث اختار المصنف أنّ معنى على اليد استقرار الضمان بالتّلف و لذا اختار قيمه يوم التّلف فى القيميّ فلا يصحّ اشتراط كون المدفوع إلى المشتري بدلًا عن ماله

نعم نفس شرط ردّ غير ماله إليه لتحقّق الخيار أو الفسخ أو الإقاله لا مانع عنه إلّا أنّه لا تصحّ ببدليه المردود عن الثمن الموجود عند البائع من دون مبادله هذا كلّّه إذا كان الثمن نقدا و أمّا إذا كان فى الذمه فإن كان فى ذمه المشتري فحكمه حكم الكلى التّقدى قبل القبض و بعده و إن كان فى ذمه البائع فحيث إنّ الإنسان لا يملك ما فى ذمه نفسه فهو بمنزله التّلف فله ردّ مثله أو قيمته بل لا معنى لشرط ردّ الثمن فى هذه الصوره إلّا ردّ مثله أو قيمته

قوله قدس سره الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلى آخره

لا يخفى أنه لم يستشكل أحد في صحته إنشاء الفسخ بالفعل و لم يدع مدع اعتبار كونه بالقول فإنّ الأصحاب صرّحوا بكفايه ما دون و مثل ردّ الثمن في إنشاء الفسخ به بل نظرهم في المقام إلى العقود المتعارفه بين الناس و المتعارف عندهم أنّ الردّ مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقاله فيجب بعده إنشاء الفسخ أو إعمال الخيار أو الإقاله بأمر آخر غير هذا الردّ الذي به يتحقّق ملك الخيار أو الفسخ و الإقاله

[الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]

قوله قدس سره الأمر الرابع إلى آخره

لا يخفى أن إسقاط الخيار بعد العقد وإن صحَّ على الوجه الثاني والثالث في المتن ولا اختصاص له بالوجه الثاني لأنه لا فرق بين كون الرد فسخاً فعلياً وكونه مقدّماً للفسخ القولي إلا أن صحَّتها إنما هي لكونه مالكا للخيار وعلى هذا يصحَّ إسقاط الشرط على الوجه الأول والثاني اللذين ذكرناهما من الوجوه وهما أن يكون الخيار معلقاً على الرد في مجموع المدّة أو في رأس المدّة وبعد انتهائها لأنَّ الخيار وإن لم يتحقّق بعد على الوجهين إلا أن المشتري مالك للشرط فله إسقاطه

و بالجمله في خروج إسقاط الشرط والخيار عن إسقاط ما لم يجب لا يكفي تحقّق سببهما الذي هو العقد بل لا بدّ من تحقّق الملكيه لمن يسقطهما وصحّه إسقاط خيار المجلس والحيوان في ضمن العقد لم تكن من جهه تحقّق سببه من الإيجاب بل لأنَّ إنشاء الإسقاط مترتب على الإيجاب فإنَّ الموجب مضافاً إلى تملك ماله للمشتري ملكه التزامه فإذا جعل الشارع أمر الالتزام بيد المملك فله التّجاوز عن حقّه وجعل هذا الالتزام لظرفه فعلى هذا لو كان الخيار ثابتاً له وكان الرد فسخاً فعلياً أو مقدّماً للفسخ فله إسقاط الخيار ولو لم يكن ثابتاً بل كان مقتدياً بالرد أو كان الرد شرطاً للإقالة أو البيع ثانياً فله إسقاط الشرط لأنه ملك له

قوله قدس سره ولو تبين المردود من غير الجنس فلا رد ولو ظهر معيها كفى في الرد إلى آخره

تنقيح الفرق بين الصّورتين سيجيء مفصّلاً ولا بأس بالإشارة إليه إجمالاً وهو أنه لا يشبهه في أن قوام ماليه المال إنما هو بصورته النوعية العرفية التي هي أخصّ من الصورة النوعية باصطلاح أهل المعقول فإنَّ العبد والجارية في اصطلاحهم نوع واحد ولكنهما في مقام البيع متغايران فإذا كان قوامها بالصورة النوعية فلو باع العبد الحبشي فتبين أنه حمار وحشي بطل البيع سواء عين النوع بنحو التوصيف أو الشرط كما أنه في مقام القبض أيضاً لو قبض بدل العبد حماراً بطل القبض لأنَّ المقبوض غير ما تعلّق به البيع فإنَّ البيع يتعلّق بالصورة النوعية لا بالمادة الهيولانية وأما لو باع عبداً شخصياً موصوفاً أو مشروطاً بغير صفه الصّحة كالكتابه أو باع ولو من دون توصيف أو شرط بالنسبة إلى وصف الصّحة فلو ردّ العبد في الأول وتبين فيه فقد الوصف ولو ردّه في الثاني وتبين فيه فقد الصّحة فله الخيار بين الرضا بالفاقد أو الأرش وأما لو كان المبيع كلياً فحيث إنّه يتنوع بالوصف على نوعين فلو ردّ غير الموصوف فله التبدل لا لأنَّ مرجع الموصوف أو المشروط إلى تعدّد المطلوب بل لأنَّ ما يستحقّه في عهده المشروط عليه هو القسم المتّصف بالوصف فله إسقاط ما يستحقّه وله مطالبه الوصف ولما لم يمكن إعطاء الوصف إلا في ضمن العين فيستبدل بعين أخرى

و بالجمله الكلي الموصوف بغير وصف الصّحة يتعيّن مصداقه بالمتّصف فلو ردّ من غير الجنس فلا إشكال في أنه خارج عمّا يستحقّه ولو ردّ من الجنس فاقداً للوصف المشروط أو للصّحة يتحقّق به الردّ غاية الأمر له في ذمّه المشروط عليه الخصوصيه الكذائيه فله التبدل لاستيفائها

قوله قدس سره ويسقط أيضاً بالتصرّف في الثمن المعين إلى آخره

تنقيح ذلك الأمر يتوقف على تمهيد مقدمات الأولى أنّ بين الثمن الشخصي و الكلي فرقا في جهه الظهور فإنّ شرط ردّ الثمن في الشخصي ظاهر في ردّ عين الثمن و في الكلي ظاهر في الأعمّ لأنّ الكلي و إن تشخص بالمدفوع إلّا أنّه بنفسه قابل للانطباق عليه و على غيره نعم لو شرط في الشخصي ردّ غيره أو في الكلي ردّ شخص المدفوع يتبع شرطه فعلى هذا لو أطلق في الشخصي و الكلي فالإطلاق على الأول

ينزل على عين الثمن و في الكلى على الأعم الثانيه أن مسقطيه التصرف و كونه فسحا فعليا لأحد الوجوه الثلاثه لأنه إما للتنافي بين البناء على المالكيه و البناء على الفسخ و إما لظهوره الفعلي في الأخذ بأحد طرفي التّخاير و إما لظهوره النوعي الثالثه أن بناء المعاوضه في البيع الخيارى غالبا على التصرفات المتلفه في الثمن بحيث عدّه غيره من الفرد النادر الشاذ

إذا عرفت ذلك نقول لو شرط ردّ عين الثمن فلا إشكال في أنّ التصرفات الناقله أو المتلفه فيه موجهه لسقوط الخيار لو وقعت في زمان الخيار بل موجهه لعدم ثبوته و إطلاق المسقط عليها مسامحه و أمّا لو أطلق كأن قال بشرط أن ترد مالي كما هو مفاد روايه معاويه بن ميسره فمقتضى ما ذكرناه عدم سقوط خيار مطلقا كان الثمن شخصا أو كليا فإنّ الإطلاق و إن انصرف إلى ردّ العين في الشخصى إلاّ أنّه فيما لم يكن بناء البائع نوعا على الانتفاع بالتصرفات المتلفه و أمّا مع بنائه كذلك فيحمل الإطلاق على شرط ردّ الأعم لو كان الاشتراط صحيحا و لو مع بقاء العين أو يحتمل على الأعم في مورد التلف

و بالجملة التصرف من البائع إنّما ينافى فسخه أو أنّه ظاهر نوعي في إجازته أو مصداق فعلي لها في غير المورد الذي بناؤه على التصرف بل لو قلنا بأنّ التصرف مسقط تعبدي يخرج مورد البيع الخيارى عن دليل التعبد إمّا لانصرافه عنه و إمّا لكون هذا البناء من البائع بمنزله الاشتراط الضمني بأن لا يكون هذا التصرف مسقطا و هذا شرط سائغ لأنّه من حقوق المتبايعين و لو كان ثبوته من جهة النص و التعبد فإنّه لا يشترط عدم الحكم الشرعي في هذا المورد بل يشترط على المشتري أن لا يكون تصرف البائع موجبا لمالكيه المشتري التزام نفسه

و على هذا فكلام المحقق الأردبيلي و من وافقه في غايه المتان و إيراد المصنف عليه في الحقيقة تأييد له لأنّ مرجع كلامه إلى عدم السقوط في غير مورد شرط ردّ شخص العين و هو و من وافقه مورد كلامهم في المتعارف بين الناس و المتعارف عدم شرط ردّ خصوص العين لأنّ بناءهم كمفاد الأخبار اشتراط ردّ المال و هو أعم من العين و المثل بل لا يمكن شرط ردّ خصوص العين مع أنّ غرضهم الانتفاع بالثمن بالتصرف الناقل

كما أن إيراد المصاييح عليهم غير وارد فإنّ حاصل إيراده أنّ التصرف المسقط في المقام من باب السالبة بانتفاء الموضوع لأنّ التصرف مسقط في زمان الخيار و الخيار المشروط بردّ الثمن يحصل للبائع بعد ردّه إلى المشتري لا قبله فلو تصرف بعد الردّ إليه يسقط خياره لتحققه دون ما إذا تصرف فيه قبل الردّ و ذلك لأنّ الخيار و إن علق على الردّ إلاّ أنّه يتصوّر على وجهين لأنّه تاره يتحقّق الخيار بانتهاء المدّه كيوم بعد السنه و أخرى جميع المدّه ظرف للخيار ففي أيّ ساعه ردّه له الخيار

و في القسم الأوّل يرد إشكال المصاييح و أمّا في القسم الثاني فلا- كما في سائر الوجوه الأربعه التي تقدّم أنّ الردّ ليس قيّدا للخيار أمّا في سائر الوجوه فواضح و أمّا في القسم الثاني من الوجه الأوّل في كلام المصنف فالأخيار و إن علق على الردّ إلاّ أنّ التزام البائع حيث إنّ تحت يده و إن علقه على الردّ فله إسقاطه بالتصرف الذي هو مسقط فعلى كما له إسقاطه قولاً و مجرد كونه معلقاً لا- يوجب خروج الالتزام عن سلطنه لأنّه علقه على أمر اختياري كما لو جعل أعمال خياره في مكان خاصّ أو عند الحاكم الشرعي

و بالجمله كان له الردّ فى طول المده لتحقق خياره فهو مالك له فله إسقاطه قولاً و فعلاً و ليس من إسقاط ما لم يجب لا لإيجاد سببه بل لكونه ملكاً له فعلاً

ثم إن ممّا ذكرنا ظهر أنّ الوجه الأوّل فى كلام المصنف على قسامين و فى أحدهما يلتزم بإمكان إسقاط الخيار لا فى كليهما كما هو صريح

عبارته في قوله نعم لو جعل الخيار و الرد في جزء معين من المدّة كيوم بعد السنه إلى آخره فلا تنافى بين كلاميه فلا يرد على ما أورده بعض المحشين

ثم إن محضيل كلام الجواهر في الرد على المصايح أمور ثلاثه الأول أنه لو قيل بأنه لا خيار قبل الرد يلزم جهاله مبدأ الخيار الثاني أنه خلاف ما يستفاد من فهم العرف فإنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدّة لا بعد الرد و الثالث أنه خلاف ما هو البناء من الأصحاب من ردّ الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض هذه الأخبار المستفاد منه أن غلّه المبيع للمشتري لأن حاصل كلامهم أن مجموع المدّة ظرف للخيار مع أن نماء المبيع للمشتري فلو توقف الملك على انقضاء الخيار لما كانت الغلّه للمشتري فمن ردّ الأصحاب مقاله الشيخ بهذا الخبر يستفاد ثبوت الخيار مطلقا و إلا لما كان وجه لاستدلال الأصحاب به على ردّ الشيخ

و محضل ردّ المصنف على الجواهر أن الجهاله الناشئه عن الردّ مع تعيين ظرف الخيار لا تضرّ و أما فهم العرف فلا يتبع فيما لو كان المدار على كيفيه جعل الخيار و أما استدلال الأصحاب فلعلهم فهموا من مذهب الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار المنفصل أيضا و لا يخفى أن الأخير لا يستقيم لأنّ الشيخ يقول بالتوقف في نحو خيار المجلس و الشرط لا مطلقا فلو لم يكن الخيار في المقام متصلا و كان بعد الردّ لما كان وجه لاستدلالهم بهذه الأخبار على ردّ الشيخ

و ينبغي التنبيه على أمرين الأول أن فائده النزاع في ثبوت الخيار و عدمه قبل الردّ مع قابليته إسقاط الشرط مطلقا لظهر في التصرّف فإنه لو كان الخيار ثابتا في طول المدّة و كان الفسخ معلقا على الردّ لكان التصرّف التزاما بالملكيه و أما لو لم يكن الخيار ثابتا فليس التصرّف تصرفا في زمان الخيار و أما الشرط فعلى أى تقدير لا يسقط بالتصرّف لأنّ الإسقاط من العناوين التي ليست الأفعال مصداقا لها بل لا بدّ من تحقّقها بالقول

و بالجملة و إن كان الشرط قابلا للإسقاط تحقق الخيار أم لا إلا أن سقوطه منحصر بالقول بخلاف الخيار فإنه يسقط مطلقا لأنّ التصرّف مصداق للالتزام الثاني أنه لا ينبغي الإشكال في أن المشروط بالشرط لا يتحقّق قبل حصول شرطه كان المشروط وضعا أو تكليفا لامتناع الشرط المتأخّر فلا يرد على المصايح بأنه لو كان الخيار في طول المدّة لكان التصرّف مسقطا لأنه تصرف في زمان الخيار مع أن الخيار على كلا الوجهين معلق على الردّ فقبل الردّ لا خيار و ذلك لأن فعلية الخيار و إن كانت متوقّفه على الردّ مطلقا إلّا أن ملك التزام العقد بيد ذى الخيار الذى هو البائع فى المقام فيما إذا كان الخيار فى طول المدّة لأنه قادر على إقدار نفسه فى جميع الأوقات فالتصرّف فى الثمن ردّ للالتزام العقدى الذى كان زمام أمره بيده إلى المشتري بخلاف ما إذا كان الخيار منفصلا كيوم بعد السنه فإن التزام نفسه فعلا بيد المشتري

و بالجملة لا تنافى بين المشروطيه و كون المشروط بيد المشروط له و إن كان شرطه متأخرا و لذا لو رجع المشترط فى باب المسابقه و شكّ فى استحقاق السابق السبق مع رجوع طرفه يستصحب بقاء الحكم المشروط و هكذا الشكّ فى نسخ الحكم المشروط بل جريان الاستصحاب التعليقى منحصر فى أمثال هذه الموارد ففى المقام زمام أمر العقد بيد البائع من زمان العقد إلى سنه مثلا فلو تصرف ببناء مالكي و التزام عقدي فهذا التصرّف مسقط لحقه و من هذا البيان قلنا إنه يسقط بالإسقاط القولى أيضا

لأنه ليس إسقاطا لما لم يجب

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]

قوله قدس سره الأمر الخامس لو تلف المبيع إلى آخره

لا يخفى أنّ تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع إلّا بناء على أن يكون الخيار مطلقا

متعلقا بالعين أو اشتراط الردّ و الاسترداد الظاهر في ردّ العين بخصوصيتها أو قلنا بأنّ ظاهر الشرط في المقام تعلق الخيار تابعه لخصوصيته فيها بنظر المشتري

و جميع الوجوه ضعيفه أمّا الأوّل فلما سيجىء في أحكام الخيار من تعلق الخيار بالعقد و أمّا الثاني فلأنّ ظاهر الأخبار الوارده في المقام هو جعل الخيار للمشتري معلقا على الردّ لا جعل الردّ له و أمّا الثالث فلأنّ في البيع الخيارى يتعلّق بالنظر بماليه المال غالبا و منشأ جعل الخيار فيه بيعه بأقل من ثمن المثل و لو كان منشأ جعل الخيار فيه الرغبة إلى الخصوصيه العيئيه لباعها بثمن المثل و جعل لنفسه الخيار و البيع بثمن المثل لا- يرغب فيه المشتري مع جعل الخيار للبائع إلّا أن يكون المبيع أمرا يرغب فيه المشتري جدا بحيث كان احتمال صيرورته له داعيا إلى الشراء بثمن المثل مع جعل الخيار للبائع و لكن هذا نادر فلا وجه لتزليل أخبار الباب على الفرد النادر

و بالجملة تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع كان قبل ردّ الثمن أو بعده و يظهر من صاحب الجواهر التفصيل بين بعد الردّ و قبله قال قدس سره و كما أنّ النماء له أى للمشتري فالتلف منه بلا خلاف للصحيح و الموثق بل هو كذلك و إن كان بعد الردّ إلّا أنّه مضمون عليه لأنه وقع في زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المثل أو قيمه بخلاف التلف قبل الردّ الذى ليس زمان الخيار كى يستحقّ الرجوع عليه بل المتّجه سقوط الخيار

انتهى و قبل بيان ما يرد على كلامه نقول لا إشكال فى أنّ مقتضى المعاوضه قبل القبض ضمان كلّ من المتعاقدين لما انتقل عنهما بضمان المسمّى و لازم ذلك أنّه لو تلف يتعيّن المسمّى للبدليه أى يفسخ العقد و يرجع كلّ مال إلى مالكة الأصلي و لا شبهه أنّ بالقبض ينتقل الضمان أى يصير المالك ضامنا لما انتقل إليه و يتبدّل الضمان المعاوضى أيضا بضمان اليد بمعنى أنّه لو تلف المبيع مثلا- عند المشتري بعد القبض و طرأ عليه الفسخ أو الانفساخ أو الإقاله فالتالف مضمون عليه بالمثل أو قيمه فيسترجع الباقي عند الطرف و يؤخذ منه المثل أو قيمه و لا شبهه أيضا فى أنّ انتقال ضمان التالف إلى القابض إنّما هو لو لم يكن له الخيار و أمّا مع الخيار فالتلف ممّن لا خيار له

نعم فى خصوص قاعده ضمان التالف على من لا- خيار له اختلف العلماء فى أنّ الحكم مطلق فى جميع الخيارات أو مختصّ بخيار الحيوان أو الشرط أو هما مع المجلس و كذلك اختلفوا فى اختصاص الحكم بتلف البيع كتلف الحيوان فى يد المشتري مع ثبوت الخيار له أو يشمل تلف الثمن فى يد البائع إذا كان له الخيار

و على أى حال فمعنى قولهم إنّ بالقبض ينتقل الضمان إلّا أن يكون خيار أنّ القبض وجوده كعدمه إذا كان للقابض خيار فيكون حال المقبوض كحاله قبل القبض فى أن ضمانه على مالكة الأصلي و هو الضمان المعاوضى فإذا تلف الحيوان فى يد المشتري الذى له الخيار يفسخ البيع و يردّ الثمن الموجود عند البائع إذا لم يكن له الخيار إلى المشتري إذا

عرفت هذا نقول يرد عليه أولا أنّ مقتضى كلامه فى ردّ المصاييح هو أنّ مجموع المدّ ظرف الخيار لا بعد الردّ فالتفصيل بين قبل الردّ و بعده فى ثبوت الخيار بعده دون قبله لا- وجه له و ثانيا لا- وجه لقوله إذا تلف المبيع بعد ردّ الثمن يكون تلفه من

المشترى لأنّه وقع فى زمان خيار البائع لأنّ قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له كما عرفت تختصّ بتلف المقبوض عند ذى الخيار

و بعبارة أخرى هذه القاعده مفادها أنّ القبض كالعدم فلو كان الخيار للمنتقل إليه فتلفه يحسب من المنتقل عنه و فى المقام التّلف عند القابض كان فى زمان خيار المنتقل عنه و هو البائع و خياره ليس علّه

لكون تلف المبيع على المشتري لأن قبضه مع عدم الخيار له صار سببا لأن يكون تلفه عليه

نعم فائده هذه القاعده تظهر في تلف الثمن عند البائع لو قلنا بالتعدى إليه أيضا كما سنشير إلى وجهه و ثالثا أن هذا التعليل مشترك بين قبل الرد و بعده على ما اختاره هو قدس سره من عدم الفرق في قاعده التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بين الخيار المتصل و المنفصل فقبل الرد و إن لم يكن الخيار ثابتا إلا أنه يتحقق بعده فإذا اقتضت القاعده كون تلف المبيع على المشتري بعد رد الثمن لوقوعه في زمان خيار البائع فتقتضى كونه عليه أيضا قبل الرد لتحقق الخيار و لو بعد ذلك و رابعا أن مقتضى كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له انفساخ العقد قهرا لأن حال المقبوض كحاله قبل القبض فلا معنى لقوله لأنه وقع في زمن خيار البائع فله حينئذ الفسخ و خامسا أنه لا وجه لإطلاق كلامه في ثبوت الخيار بعد الرد لو فرض أن للبائع نظرا إلى الخصوصيه العييه

و بالجملة لا إشكال في عدم الفرق بين الرد و قبله فإنه لو كان الغرض متعلقا برد العين فالتلف موجب سقوط الخيار مطلقا و لو كان النظر إلى ماليتها فلا وجه لسقوطه أصلا و لا إشكال في أن مقتضى القواعد كون ضمان المقبوض على مالكة الذي قبضه لو لم يكن له خيار على الطرف كان لطرف خيار أم لا- فتلف المبيع على المشتري ليس لثبوت الخيار للبائع بل لأنه ملك له و قد قبضه و ليس له خيار

و مِمَّا ذكرنا من أن مرجع قاعده كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له إلى أن قبض ذى الخيار كعدم القبض يظهر ما فى عباره المصنف أيضا من قوله و لو تلف الثمن فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى ما سيجى ء من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتري و إن كان ملكا للبائع لما عرفت من أن مورد هذه القاعده ما إذا تلف المقبوض عند مالكة مع كونه ذا خيار فهذه القاعده على فرض تعميمها للثمن موردها ما إذا تلف الثمن فى يد البائع أى صغرها تلف الثمن قبل الرد لا تلفه عند المشتري فلو قلنا بضمان المشتري بعد قبضه فإنما نقول به لكونه فى حكم المقبوض بالسوم كما سنشير إليه لا لقاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له

قوله قدس سره إلا أن يمنع شمول تلك القاعده للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع إلى آخره

لا إشكال فى أن مورد قاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له هو تلف المبيع عند المشتري مع كونه ذا خيار كما إذا كان المبيع حيوانا فالتعدى عنه إلى تلف الثمن عند البائع إذا كان ذا خيار كالمقام إنما هو للتعليل فى ذيل هذه الأخبار و هو قوله حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري فإن هذا الكلام بمنزله أن استقرار الملك يوجب ثبوت التلف على المالك فما دام الملك مترزلا و للمالك رده لا يستقر ضمانه عليه بل ضمانه على صاحبه الأول الذى ليس له خيار

و من هذا البيان يظهر عدم الفرق فى تلف الشىء على من لا- خيار له لا- على ذى الخيار بين الخيار المتصل أو المنفصل لأن استقرار الملك رافع للضمان لا أصل الملك فعلى هذا تلف الثمن يجب على المشتري إذا كان قبل الرد سواء كان مجموع المده ظرف الخيار لو كان بعد الرد

نعم سيجى ء إن شاء الله فى أحكام الخيار أن هذا يختص بتلف الثمن الشخصى بالتلف السماوى أو ما هو بمنزلة كما إذا وجب عليه الإتلاف شرعا و بإتلاف من عليه الخيار أو الأجنبى و أما إتلاف ذى الخيار أو تلف المقبوض من الثمن الكلى فليس ضمانه على من لا خيار له هذا مع أنه لو قيل باختصاص قاعده التلف فى زمان الخيار بتلف المبيع عند المشتري لو كان ذا خيار و عدم شمولها لتلف الثمن إلما أن تلف الثمن بعد الرد إلى المشتري على أى حال ضمانه على المشتري لأن البائع دفعه إليه ليسترده منه المبيع لا مجانا

و بلا عوض فيصير كالمقبوض بالسوم في أنّ ضمانه على القابض

نعم لو تلف قبل الردّ إليه فتلفه على البائع بناء على الاختصاص و بالجمله مقتضى ذيل الزوايه المتقدمه هو أنّ ضمان تلف الثمن عند البائع على المشتري و العجب من صاحب الجواهر من عدّه التعميم من غرائب الكلام ثم ردّه بخبر معاويه بن ميسره مع أنّ الزوايه غير متعرّضه لتلف الثمن أصلا و ليس مفادها إلّا أنّ نماء الثمن للبائع و تلف المبيع على المشتري إلّا أن ينضمّ إليها قاعده الخراج بالضمان فإنّ كون نماء الثمن للبائع بمقتضى روايه معاويه و كون المنافع بإزاء الضمان بمقتضى تلك القاعده ملازم لكون تلف الثمن على من له نماؤه و هو البائع

و لكنّه لا يخفى أن قاعده الخراج بالضمان على فرض دلالتها على مدّعه قابله للتخصيص بقاعده التّلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له و بقاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه مع أنّ دلالتها غير تامّه و أوضحنا مفادها في قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و ملخصه أنّ هذه القاعده سيقّت لبيان ما ارتكز عند العقلاء و هو أن من تعهّد شيئا و بذل بإزائه الثمن فمنافعه له بسبب بذل العوض في مقابله فالضمان فيها بمعناه المصدرى

و بعبارة أخرى بعد عدم إفاده هذه القاعده ما استظهره أبو حنيفه من أنّ الغنم بإزاء الغرم فلا تشمل ضمان الغاصب يدور الأمر بين المعنى المصدرى أى الضمان الجعلى المالكى و اسم المصدر و هو الحاصل من الجعل الشرعىّ التّعدي كالتضمان فى القاعدتين و الأعمّ منهما بناء على صحّته و الأظهر هو الأوّل فإنّ المرتكز عند العقلاء هو أنّ التضمن صار سببا لاستيفاء المنافع و بالعكس أى من ضمن مالا و بذل بإزائه فخراجه أى منافعه له بإزاء ضمانه

إذا عرفت ذلك فمقتضى هذه القاعده أنّ نماء الثمن للبائع و نماء المثلث للمشتري بسبب تعويضهما و تضمينهما أى حيث بذل البائع المبيع بإزاء الثمن و ضمن الثمن فنماؤه له و حيث بذل المشتري الثمن و عوضه بالمثلث و ضمنه فمنافع ما ضمنه و أدخله فى ماله له فينحصر مورده فى التضمن الجعلى المالكى الذى أمضاه الشارع فعلى هذا لا تشمل القاعده الضمان فى قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له لأنّه ليس بجعل مالكيّ بل تعديّ محض و كذلك لا تشمل الضمان فى قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه إذا كان تعديا محضا كما ذهب إليه جماعه من العلماء

و أمّا بناء على المختار من عدم كون القاعده تعدييه محضه بل منشأ الحكم بالضمان كونه مقتضى الشرط الضمنىّ الذى يتعهّد به كلّ من المتعاقدين للآخر من التسليم و التسلم و إن أعمل فيه التعيّد فى الجمله و هو جعل التالف آنا ما فى ملك من انتقل عنه قبل التّلف فقد يتوهم تنافيا مع قاعده الخراج بالضمان لأنّ مقتضاها أنّ الضمان على من كانت المنافع له فالمبيع إذا تلف قبل القبض مع أنّ منافعه للمشتري يكون ضمانه عليه مع أنّ قاعده كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه تقتضى أن يكون ضمانه على البائع

و لكن يمكن دفعه بأن قاعده الخراج ناظره إلى التضمن الأولى لا التضمن الثانوى المترتب على الأولى

و توضيح ذلك أنّ في كلّ معاوضه يتحقّق ضمانان بالنّسبه إلى كلّ من البائع و المشتري فالبايع مثلاً ضامن للثمن ابتداء و للمبيع ثانياً أى ضمن الثمن بإزاء المثلّم و أدرجه في ملكه و ضمن المثلّم أى التزم بأنّه لو تلف يكون المسمّى بدلا له أى تعهّد بالتسليم إلى المشتري بحيث لو تلف يكون عوضه المسمّى و هو الثمن باقيا على ملك المشتري لانفساخ العقد و لو تعيّد و قاعده الخراج بالضمان ناظره إلى التّضمن الأصلي لا التّبعي و لا تشمل

الثانوى فلا تخصيص و لا حكمه

هذا مع أنه لا مانع عن التخصيص و الحكومه فلو كانت قاعده التلّف عامّه و شامله لتلف الثمن كما يستفاد ذلك من ذيل بعض الأخبار الواردة فى خيار الحيوان فتقدم على قاعده الخراج بالضمان لأن مفاد قاعده التلّف انفساخ معامله و ردّ التالف إلى ملك من لا خيار له

فالعمده استفاده التعميم من قاعده التلّف و عدمها لا جعل روايه معاويه بن ميسره دليلا على أنّ تلف الثمن بعد الردّ من البائع و لو منضمّا إلى قاعده الخراج بالضمان و الحقّ عدم شمول قاعده التلّف لتلف الثمن و اختصاصها بتلف المبيع فى زمان خيار المشتري بخيار الشّروط و الحيوان أو المجلس أيضا على خلاف فيه

نعم لو قلنا بالتعميم فلا فرق بين الخيار المتّصل و المنفصل لما عرفت من أنّ مناطه تزلزل البيع و سيجىء تفصيل ذلك إن شاء الله فى محلّه و يظهر أنّ الإشكالات الواردة على كلام المصنّف فى استحباب الضمان الثابت قبل القبض إلى زمان القبض فى مدّه الخيار و لو كان الخيار منفصلا غير وارده عليه

و لكن عمده الإشكال أنّ مقتضى القواعد أنّ تلف كلّ مال على مالكة خرج منها تلف المبيع قبل القبض و تلفه بعد القبض فى زمان خيار المشتري فبقى تلف الثمن بعد قبض البائع له على حكم القواعد و قوله ع حتى ينقضى الشّروط غايه لثبوت تلف المبيع فى زمان خيار الحيوان أو الشّروط على البائع لا- علّه حتى يعتم على تلف الثمن فى زمان خيار البائع هذا مضافا إلى أنّ التسالم على ثبوت الخيار لو شرط ردّ مثل الثمن فى صورته تلف الثمن و صحّه هذا الشّروط دليل على أنّ قاعده التلّف لا تجرى فى تلف الثمن لأن مقتضى القاعده بعد تعميمها للخيار المنفصل أن يكون تلفه على المشتري فيفسخ البيع و هذا الشّروط يقتضى أن يكون تلفه على البائع فيبقى العقد على حاله و يفسخ أو يفسخ برّد المثل و قاعده التلّف لو قلنا بتعميمها فهى حكم تعبدي شرعى ليس قابلا للتغيير بالشّروط المخالف لها حتى يقال إنّ شرط الخيار برّد مثل الثمن متضمّن لشرطين أحدهما الخيار و ثانيهما أنّ تلف الثمن مع أنّه فى زمان خيار البائع على البائع فالحقّ ما اختاره صاحب الجواهر لكن لا لظهور خبر معاويه بن ميسره بل لعدم الدليل على أنّ تلف الثمن كتلف المبيع

[الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري]

قوله قدس سره الأمر السادس لا إشكال فى قدره على الفسخ إلى آخره

لا- يخفى أنّه لو شرط الردّ إلى خصوص المشتري فلا- يكفى الردّ إلى غيره لو امتنع الردّ إليه لغيبه أو جنون أو موت و لو شرط الردّ على الأعمّ منه و من وكيله أو وليه فيكفى الردّ إلى كلّ واحد منهم و لو أطلق فالمسأله ذات قولين و لا- يخفى أنّ نسبه الحدائق إلى المشهور عدم اعتبار حضور المفسوخ عليه فى الفسخ لا يلزم عدم اعتبارهم الردّ إلى خصوص المشتري فإنّه لا ملازمه بين الفسخ و الردّ و يمكن أن لا يكون حضور الطّرف معتبرا فى الفسخ و يعتبر فى الردّ الذى هو الإقباض قبض خصوص الطّرف

و بالجمله يجب أن يخرج الردّ إلى الوارث عن محلّ الخلاف لأنّ الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حقّ المورث البائع إليه سواء قلنا بأن الخيار و الفسخ يتعلّق بالعقد أم قلنا بأنّه يتعلّق بالعين مطلقاً أم بالتفصيل بين سائر الخيارات و المقام الّذى قلنا بأنّه متعلّق بالعين و لذا لا- يجوز في المقام لمن عليه الخيار التصرّفات المنافية لاسترداد العين و ذلك لأنّ المال على أيّ حال ينتقل إلى الوارث على نحو كان لمورثه فالردّ إليه كالردّ إلى مورثه

نعم في مورد التخصيص بخصوص شخص المشتري لا- يكفي الردّ إلى الوارث إلّا أنّ في مورد الإطلاق لا يوجب الموت امتناع الردّ فالعمده هو البحث عن الردّ إلى الوكيل المطلق لو كان أو إلى الحاكم الشرعي

فقد يقال إنّ الأدلّه

الدالّة على ولاية الحاكم و وكالة الوكيل لا تشمل ما ليس للمولى عليه و الموكل مصلحه فيه فقبضهما ليس قبضا من المشتري حتى يكون المدفوع ملكا للمشتري فيجب عليهما حفظه و ردّ المبيع إلى البائع

و فيه أنّه لو فرض إطلاق الوكالة لماله و عليه كما هو المفروض في المقام فقبضه قبض الموكل و لذا لو خاطب أحد المتبايعين الآخر بقوله بعتهك مع كون المشتري وكيلا- لصحّ الخطاب كذلك مع أنّ الكاف لم يوضع للخطاب بالأعمّ و ليس إلّا لأنّ الوكيل هو الموكل تنزيلا ففي المقام إذا كان قبضه قبض الموكل يشمل الإطلاق الردّ إليه فليس إعمال الخيار ممتنعا

و أمّا ولاية الحاكم فلا- تختصّ بما للمولى عليه مصلحه و لذا ينفق على زوجه الغائب من ماله بل لو قيل باعتبار المصلحه في التصرف إلّا أنّ في المقام حيث إنّ الفسخ لا يناط بحضور المفسوخ عليه و قبوله فلذی الخيار إعماله فيبقى مال المشتري بلا وليّ فله ردّه إلى الحاكم لحفظه و اعتبار الحضور للردّ أيضا يكفي فيه حضور من هو قائم مقام المشتري شرعا

ثمّ إنّه لو باع الأب عن ابنه و اشترى الجدّ لطفل آخر فلا إشكال في أنّ الأب يردّ إلى الجدّ لو شرط الخيار و هكذا لو تولّى أحدهما طرفي العقد يجوز أن ينوي بالقبض الردّ إلى المفسوخ عليه أو يردّ إلى الوليّ الآخر الذي لم يكن متولّيًا لطرفي العقد كما أنّه لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع فللبائع الردّ إلى الأب و إلى جدّ الطفل لولايه كلّ منهما على الطفل فقبض كلّ منهما قبض الطفل

إنّما الإشكال في أنّه لو اشترى الحاكم للطفل بخيار البائع فهل للبائع الردّ إلى حاكم آخر كما كان له الردّ إلى الأب و الجدّ أو لا بل يجب الردّ إلى خصوص الحاكم المشتري الأقوى أنّه يجب الردّ إليه بخصوصه لأنّ بتصرف الحاكم في مال اليتيم و وضع اليد عليه يخرج ماله عن المال الذي لا وليّ له فليس لحاكم آخر التصرف في هذا المال

[الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن]

قوله قدس سره و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن جاز إلى آخره

قد يقال إنّ هذا الشرط مخالف للسنّة لأنّ السنّة جرت في اشتراط الخيار بردّ الجميع و لا يخفى ما فيه لأنّ جعل المتعاقدين التبعض بالنسبة إلى المبيع أو الثمن ليس محلّلا- للحرام و لا محرّما للحلال و يكفي في صحّته عموم المؤمنون عند شروطهم و توهم أنّ الالتزام العقدي أمر بسيط فإمّا أن يجعل للمشروط له تمام الالتزام و إمّا يبطل فاسد جدا لأنّه لا ينافي بساطه الالتزام جعل التبعض في الملتزم فإنّ التبعض قد ينشأ من جعل مختلفي الحكم متعلّقا لببيع واحد كما لو باع الخلّ و الخمر أو مال نفسه و مال غيره صفقه و قد ينشأ من جعل البائع أو المشتري بالنسبة إلى الثمن أو المثل الذي لو لا الجعل كان جميع أجزائه متّحد الحكم ففيما لو أطلق اشتراط الفسخ بردّ الثمن لم يكن له الفسخ إلّا بردّ الجميع و أمّا لو شرط الفسخ في كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن فالبائع بالشرط جعل المبيع للمشتري متبعضا و لا مانع عنه

ثمّ إنّ هذا على أقسام قسم لا يجعل الخيار إلّا في بعض المبيع بردّ ما يقابله من الثمن سواء جعل على وجه كان الردّ فسخا فعليا

أم مقدّمه للفسخ أم الخيار و هذا لا إشكال في صحّته إذ ليس المشتري إلّا كمن اشترى دارا من شريكين جعل أحدهما الخيار لنفسه دون الآخر و قسم يجعل الخيار في المجموع و لكن بحيث إنّ كلّ ما يردّ مقدارا يثبت له الخيار بهذا المقدار أو يكون كلّ مقدار فسحا فعليا بمقدار ما يقابله من المبيع

و هذا أيضا كالسابق في الصحّح و لا إشكال في القسمين بأقسامهما في أنّه ليس للمشتري خيار تبعض الصّيفه لأنّ أصل ثبوت خيار التبعض إنّما هو لتخلّف شرط ضمنّي في العقد و هو كون مجموع المبيع بوصف

اجتماعه مقابلا لمجموع الثمن فلو صرّحا بانحلال العقد و إمكان تبعضه فلا شرط ضمنا بل الشرط على خلافه

نعم لو شرط فسخ المجموع متدرّجا و فسخ فى البعض و لم يفسخ فى الباقي حتى خرجت المدّة بطل الفسخ فى البعض نظير المكاتب المشروط و قسم يشترط فسخ المجموع برّد جزء من الثمن و هذا أيضا لا مانع منه

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ كذا يجوز للمشتري]

قوله قدس سره الأمر الثامن إلى آخره

حكم شرط المشتري برّد المبيع لثبوت الخيار لاسترداد الثمن فى جميع الصور السبع و فى جعل ردّ المثل فى القيميّ و بالعكس و فى جعل ردّ المثل مع بقاء العين حكم شرط البائع و قد تقدم حكمه فراجع

[مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبائع]

قوله قدس سره مسأله لا إشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبائع إلى آخره

تنقيح هذا العنوان يتوقّف على بيان أقسام العقود فنقول قد تقدم مرادا أنّ العقود على قسمين إذنيّه و عهديّه و العهديّه على قسمين تعلقيّه و تنجيزيّه فما كان من العقود الإذنيّه كالوكالة و الوديعة و العاربه لا يجرى فيه شرط الخيار لأن الخيار معناه ملك الالتزام و العقود الإذنيّه لا-الترام فيها فهى خارجة عما يجب الوفاء به تخصصا بل إطلاق العقد عليها إنّما هو لكونها واقعه بين اثنين و إلّا فنفس حقيقتها متقومه بالإذن المحض و الرضا الصّيرف و ما كان من العهديّه فلو كان اللزوم أو الجواز فيه حكما لا حقا لا يجرى فيه أيضا شرط الخيار فالأول كالتكاح و الضمان و الثّانى كالهبة

أمّا الأول فلأنّ شرط الخيار فيه مناف للسنّه فلا يصحّ الجعل من العاقد على خلاف مقتضاه الذى ربّبه الشارع عليه و لذا لا يصحّ الإقاله فيه و سرّه أنّ الإقاله ردّ الالتزام الذى ملكه كلّ من المتعاقدين إلى صاحبه و إذا لم يدخل الالتزام تحت الملك لا يقبل الردّ كما أنّ الخيار ملك التزام نفسه و هذا لو لم يدخل تحت الملك لا يصحّ جعله بالشرط

و أمّا الثّانى فلأنّ العقد لو كان جائزا ذاتا فجعل الخيار فيه لغو رأسا و ليس من قبيل جعله فيما هو جائز عرضا كجعله فيما فيه خيار الحيوان أو المجلس لإمكان تأثير الجعل فيه بلحاظ إسقاطه و تقييد المسبّب بأسبابه

و لو كان اللزوم فيه حقا كسائر العقود فسواء كانت تنجيزيّه كالبيع و الصّح و أمثالها أم تعلقيّه كالجعله و السّب و الزّمايه يصحّ فيه شرط الخيار و من هذا البيان ظهر عدم جريان خيار الشرط فى مطلق الإيقاعات لأنه ليس فيها التزام و عهد من الموقع و لم يلتزم بمنشئه بالتزام عهديّ و عقديّ و ليس وجه عدم الجريان اعتبار وقوع الشرط بين اثنين كما يظهر من بعض الأعلام حتى يرد عليه بأن كون الإيقاع من طرف واحد لا يقتضى عدم وقوع الشرط فى ضمنه لإمكان اشتراط الخيار فى ضمنه و قبول الآخر لهذا الشرط بل لأنّ حقيقه الشرط هو إناطه المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمه لأحد العوضين و فى الإيقاعات لا عوض فيها حتى

ينضمّ الشرط إليه

و بعبارة أخرى ليس الشرط مجرد ذكر شىء منضمّا إلى آخر كما لو قيل بعتك الدار و أجزتك البستان بل يجب أن يناط المنشأ به و فى الإيقاعات لو أنيط أصل المنشأ به بطلت للتعليق و لو ذكر غير مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائى الذى لا يجب الوفاء به لكونه حيثنذ مجانيا و بلا عوض و غير منضم إلى أحد الطرفين

نعم بعض الإيقاعات يمكن تقييده بخصوصيته خاصه كعتق العبد و شرط الخدمه عليه إلا أنّ هذا النحو من الشرط خارج عما هو محلّ البحث فإنّ موضوع البحث هو الالتزام بالشىء فى ضمن الالتزام بشىء آخر لا إنشاء المنشأ بنحو خاصّ فالمولى لما كان مالكا لرقبه العبد و منافعه

و أمواله فله تخصيص عتقه ببعض الجهات و هذا ليس من قبيل الشرط في ضمن العقود

و حاصل الكلام أن الإيقاع حيث إنه إذا أنشأ يوجد المنشأ بنفس الإنشاء و لا يتوقف على القبول فالشرط الواقع بعده إما يرجع إلى الشرط الابتدائي و إما إلى تعليق المنشأ الذي هو باطل و إما إلى تخصيص المنشأ بخصوصيته خاصه

و على أي تقدير هذا خارج عن الالتزام في الالتزام الذي هو محل الكلام ثم إنه لو رجع الشرط إلى التخصيص لا يتوقف على قبول العبد نعم لو شرط على العبد بعد العتق شيئا يتوقف نفوذه على قبوله كما لو قال أعتقتك و زوجتك ابنتي و شرطت عليك إن تزوجت أو تسرّيت عليها أن تعطيني مائه درهم و احتياجه هنا إلى القبول إنما هو لعدم تملك العبد لمائه درهم حال العتق فيرجع هذا الشرط إما إلى مال الكتابه أي يرجع الإيقاع إلى العقد و يتوقف صحته على القول بصحة المجاز أو الكنايه و إما إلى الشرط في ضمن التزويج الذي وقع بعد العتق

و يؤيد ما ذكرناه بعض الأخبار الواردة في استثناء الخدمه من أنه يجب استثنائها قبل العتق لأنه لو أعتق أولا يصير العبد حراً مالكا لنفسه و منافعه فإنه لو كان العتق قابلا للشرط لم يكن وجه لهذا التعليل كما لا يخفى

و بالجملة جميع الإيقاعات لا يقبل جعل الشرط في ضمنه سواء كان شرط الخيار أم غيره و لا يخرج غير شرط الخيار عن الشرط الابتدائي أو التقييد أو التعليق أو عنوان عقدي فعلي هذا لو أبرأ أو طلق بشرط فيرجع الأول إلى المعاوضه و الصلح عمّا في الذمه بشيء و الثاني إلى الطلاق بالعوض الذي هو محل الكلام صحه و فسادا

و تقدّم أنّ جميع العقود الإذنيه و العقود التي لزومها و جوازها من الأحكام الشرعيه لا- من حقوق المتعاقدين حكمها حكم الإيقاعات فانحصر صحه الشرط مطلقا أو شرط الخيار في العقود العهديه التي يكون الجواز و اللزوم فيها حكما مترتبا على التزام المتعاقدين الذي هو حق من حقوقهما القابل للإرث و الانتقال و الإسقاط هذا بحسب الثبوت

و أمّا بحسب الإثبات أمّا النكاح فلزومه حكمي لا حقي لتوقف ارتفاعه على الطلاق فينكشف منه أنّ اللزوم فيه ناش عن حكم الشارع بلزوم نفس عنوان العقد لا عن التزام من المتعاقدين

و بعبارة أخرى كلّ لزوم نشأ من أَوْضُوا بِالْعُقُودِ فهو حقي و كلّ ما نشأ من لزوم نفس العنوان فهو حكمي فكون دفع النكاح موقوفا على الطلاق شرعا كاشف عن أنّ رفعه ليس بيد المتعاقدين و يدلّ عليه عدم مشروعيه الإقاله فيه فإنها و الخيار توأمان كما عرفته مرارا و الفسخ في مورد العيوب ليس حقا ثابتا للفاسخ و لذا لا- يرثه الوارث بل إنما هو حكم شرعي مستثنى من الحكم بلزوم النكاح فإنّ اللزوم و إن كان حكما إلا أنه قابل للاستثناء فكأنه حكم الشارع بأن من مقتضيات عنوان النكاح الذي هو المنشأ بالصيغه اللزوم إلا في مورد تخلف الشرط كشرط البكاره و بنت المهيره و نحو ذلك و في العيوب الخاصه

و بالجملة عدم مشروعيه شرط الخيار لعله إجماعي في النكاح كتحققه بالنسبه إلى عدم مشروعيه التقابل فيه بلا إشكال لظهور أنّ اللزوم مترتب على نفس العنوان لا على عقده و ترتب اللزوم في البيع في بعض الأخبار على نفس العنوان لا على العقد كقوله

ع فإذا افترقا وجب البيع مع كون اللزوم فيه حقيا بلا إشكال لا يدل على أن اللزوم في النكاح كذلك أيضا فإن قوله ع إذا افترقا وجب البيع بعد قوله المتبايعان بالخيار معناه وجوب عقد البيع لقرينه مقابلته بالخيار الذي هو ملك الالتزام الذي نشأ من العهد و ممّا ذكرنا ظهر صحّه شرط الخيار في عقد البيع بلا إشكال فإن لزومه حقّي و يدلّ

عليه النصوص بالخصوص و أما الوقف فإن قلنا بأنه إيقاع مطلقا فلا يصح شرط الخيار فيه أصلا و إن قلنا بأنه عقد مطلقا أو عقد في الوقف الخاص فالأظهر من الأدلة عدم دخول شرط الخيار فيه إما لأنه فك ملك لله بغير عوض فيكون كمطلق الصّدقات التي دلّ الدليل على أنه لا يرجع فيما كان لله و إما لاعتبار التأييد فيه الملازم للزوم شرعا

و الخبر العذي استدللّ به في المتن لجواز شرط الخيار فيه لا يدلّ على المدعى فإن رجوع الموقوفه إلى الميراث لعله لبطلان الوقف بسبب هذا الشرط و لرجوعه إلى الحبس ما دام العمر مع أنه فرض في الرواية رجوع الوقف إلى الملك بمجرد الاحتياج لا بعد الفسخ فليس رجوعه إليه من باب شرط الخيار و إلّا لتوقف على أعمال الفسخ فيصير الرواية دالة على صحته حسبنا لأن اشتراط العود إليه مع الحاجة في قوه جعل الوقف ما قبل الحاجة

و أما الهبة فغير المعوضه منها جوازه حكمي لترتب إمكان الرجوع للواهب ما دام العين موجوده على نفس العنوان لا على عقدها كما يدلّ عليه أخبار الباب و جعل الخيار في الجواز الحكمي لغو

و أما المعوضه أو ما قصد بها الثواب أو الهبة لدى الرّحم و غير ذلك ممّا طرأ عليه اللزوم كصوره تلف العين فاللزوم فيها حكمي و استثنيت من جواز الرجوع في الهبة شرعا كما يظهر من أدلتها فراجع

و أما الصّلمح فلو كان في مقام المعاوضه يدخل فيه الخيار و أمّا لو كان في مقام الإبراء فلا يدخل فيه لأنه إيقاع إلّا أن يرجع إلى المعاوضه و هكذا لو كان في مقام قطع الخصومه لا لأن مشروعيتها لقطع المنازعه ينافي اشتراط الخيار لأنّ هذا حكمه لتشريعه لا عله بل لأنّ لزومه رتب شرعا على نفس هذا العنوان لا على العقدى منه

و أما الضمان فكالتكاح لزومه حكمي لأنّ من أثره انتقال الدين إلى ذمه الضامن و براءة المديون فأرجاعه إلى ما كان لا يمكن إلّا بضمان آخر و التّقابل المتصوّر فيه أيضا و بهذا المعنى و يلحقه الحواله و الكفاله و أمّا الرهن فلا مانع من دخوله فيه غايه الأمر يصير الدين بعد الفسخ كالديون التي لم يجعل وثيقه لها

و أما الجعالة و السبق و الرّمايه فالظاهر أنّها غير لازمه قبل العمل و بعده لا يمكن شرط الخيار لاستحقاق العامل الأجره و بالجملة كلّ عقد لم يكن لزومه أو جوازه حكميا بل كان من جهة الالتزام العقدى فيدخل فيه الخيار و ما ليس كذلك فلا يدخل فيه و ليس المقام مقام تنقيح المصاديق و إنّما أشرنا إلى بعضها تبعا لما أفاده شيخنا الأستاذ أدام الله تعالى بقاءه

[الرابع خيار الغبن]

إشاره

قوله قدس سره الرابع خيار الغبن إلى آخره

لا يخفى أنّ ثبوت هذا الخيار في الجملة لا إشكال فيه و إنّما الكلام في مدركه و أتمّ المدارك له هو حصوله من جهة تخلف

الشَّرطُ الضَّمْنى و ذلك أَنه لما كان تعيَّش بنى آدم موقوفا على تبديل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين فى المائيه فىناط التَّبديل بالتساوى و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العاده جرى نفس إجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما فى المائيه بحيث لو علم المغبون بالحال لم يرض فمدرك ثبوت الخيار تبانى المتعاقدين على تساوى العوضين فى المائيه و هذا بمنزله الصِّغرى و الكبرى أَن تخلف البناء يوجب عدم التراضى بالمعامله و لما ثبت فى باب الفضولى و المكره أَن الرضا اللاحق كالسابق فلم يكن تخلف البناء موجبا لفساد البيع رأسا فله إقرار العقد و اختيار نتيجه و له ردّه

و المصنف قدس سره ناقش فى الصِّغرى و الكبرى جميعا مع أخذه بهذا المدرك فى باب التَّسليم و التسلم و فى اعتبار نقد البلد بل فى خيار العيب و خيار الرُّؤيه و لا يخفى أَن مع تسليمه فى بعض

الموارد بأنَّ الشرط الضمني كالشرط الصريح يوجب تخلفه الخيار لا وجه لمناقشته في المقام مع أنَّها غير تامَّة أمَّا في الصغرى فلأنَّ قوله الوصف المذكور أى كون العوضين متساويين في المائيه ليس إلَّا من قبيل الداعى

ففيه أنَّ الداعى هو الموجب لإرادته شىء أى الباعث لها كمن دعاه إلى بيع داره تزويج امرأه فإنَّ تخلفه لا يضرَّ بالمعامله و أمَّا إذا كان اشتراط التساوى و البناء عليه نوعيًا فيكون من قيود المراد و يدخل تحت الالتزام و أمَّا فى الكبرى فقوله قدس سره مع أنَّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد

فيه أنَّ التقييد لو لم يذكر فى متن العقد أصلا لا إجمالا و لا تفصيلا لا يوجب تخلفه خيارا و أمَّا مع أخذه فيه إجمالا و بالدلاله الالتزاميه فهو بمنزله أخذه صريحا

و بعد ما عرفت أنَّ البناء على التساوى و ليس بناء شخصا حتى يكون من قبيل الداعى بل من المتعارف نوعا فهو بمنزله إنشائه فى متن العقد صريحا

و بالجمله لا اعتبار بالقيود البنائيه التى لم تذكره فى متن العقد أصلا لأنَّ القصد ما لم ينشأ على طبقها لفظ و لا يوجد بفعل لا اعتبار بها و هذا يختص بقيد لا يرجع إلى وصف أحد العوضين كاشتراط الخياطه و أمَّا إذا رجع إليه ككتابه العبد فتوجب البناء عليه صرف المعامله إليه كما أنه إذا كان التقييد لازما عرفيا فيكون كالمنشأ فى العقد غايه الأمر أنه أنشأ به التزاما و لا فرق بين الإنشاء الصريح و الضمنى

نعم الغبن المذى يتسامح فيه عادة لا يوجب الخيار لعدم البناء على التقييد بعدمه كما أنَّ اعتبار معناه اللغوى و هو الخدعه من طرف الغابن لا وجه له أصلا لأنَّ المدار على اشتراط التساوى نوعا سواء كان الغابن جاهلا أو عالما نعم إذا كان المغبون عالما فليس له الخيار و سيجىء وجهه و حاصل الكلام أنه لا فرق فى الشروط ضميتيه كانت أو صريحه فى أنَّ تخلفها يوجب الخيار

إنما الكلام فى تقريب الاستدلال بالأمر و الشريفة مع أنَّ ظاهر المستثنى اعتبار الرضا فى صحه المعامله و أمَّا ثبوت الخيار على تقدير تخلفه فغير ناظر إليه هذا مع أنَّ أصل الرضا حين التجاره و الإنشاء موجود فلو كان هو المعبر صححت المعامله أبدا و لو كان المعبر الرضا التقديرى لا الفعلى إلى الرضا على تقدير التساوى لبطلت المعامله رأسا

ثم إنَّ اختلاف الحالتين و صحه المعامله و لزومها قبل الاطلاع على الغبن و عدم لزومها بعد الاطلاع يحتاج إلى دليل و لكن يمكن تقريب الاستدلال بالآيه الشريفة بمجموع المستثنى و المستثنى منه بناء على كون المستثنى مفرغا و تقريبه أن قوله عزَّ اسمه و لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فِي قُوَّةٍ أَنْ يَقَالَ لَّا تَمْلِكُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بوجه من الوجوه فإنه باطل إلَّا على وجه التكبسب عن رضا فالتملك بدون رضا المغبون تملك بالباطل و مع رضاه تملك صحيح ثم إنَّ رضاه بالتجاره بمعناها الاسم المصدري هو المعبر فى العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن و أمَّا مع علمه به فإذا كان حاصل دخل فى عقد المستثنى و إلَّا أى لو لم يمض و ما رضى بالفاقد دخل فى المستثنى منه و لا نعى بالخيار فى المقام إلَّا

نعم لو كان المراد من التّجاره معناها المصدرى و اعتبر الرّضا فيها بهذا المعنى فمع حصوله حين صدور التّجاره لا وجه لاعتباره بعد فلا- يتم الخيار و مع عدم حصوله تبطل رأسا فلا- معنى لصحّتها مع إمضائها و لكن قد عرفت فى باب الفضولى أنّ اسم المصدر فى العقود له اعتبار استمرار و بقاء و من هذه الجهه يقبل العقد الفضوليه و ينسب بالرّضا اللّاحق إلى الراضى فالتّجاره الّتى اعتبر الرّضا فيها هى بمعنى اسم المصدر

و هي قابله لأن يلحقها الرضا بعد العقد فالمعامله فى المقام حيث كانت مقيدة بقيد غير ركنى و هو التساوى بين المالين فتخلفه لا يوجب بطلانها رأسا بل يوجب إنناطتها بالرضا فإذا لم يرض المغبون بفاقد القيد يدخل ما أخذه الغابن فى أكل المال بالباطل و إذا رضى به يدخل فى التجاره عن تراض فهو راض بالتجاره ما دام جاهلا بالغبن و يصح تصرف الغابن و المغبون فيما انتقل إليهما و إذا علم به فلو رضى بالفاقد فهو و إذا لم يرض يدخل تحت أكل المال بالباطل

نعم يمتاز هذا المعنى من الخيار عن سائر الخيارات التى يحتاج الإمضاء و الفسخ فيها إلى الإنشاء فإن الدليل المثبت لهذا الخيار بالتقريب المذكور لا يدل إلما على أن مجرد الرضا بعد العلم بالغبن يكفى فى الصيحه و عدمه يكفى فى البطلان و الخيار الاصطلاحى ليس كذلك

و بالجمله إثبات الخيار الذى هو عباره عن ملك الإقرار و الإزالة بمقتضى الأدله العامه مشكل

نعم لو صح سند النبوى و هو قوله ص لا يتلقى الجلب فمن تلقاه و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار ثبت الخيار المصطلح لأن ظاهر قوله ص فهو بالخيار هو الخيار المصطلح و لكن الكلام فى أصل ثبوت النبوى مع عدم كونه مرويا بطرق أصحابنا إلا أن يقال إن الأصحاب تلقوه بالقبول و لذا يعدون غبن الركب من أحد أسباب الخيار

و حاصل الكلام أنه لو كان مدرك الخيار خصوص الشرط الضمنى فإثباته بالمعنى المصطلح فى غايه الإشكال لأن إنناطه العوضين بالشرط أو الوصف صريحا أو ضمى لا يفيد إثبات الخيار لأن غايه التقييد ثبوت حق للمشروط له فله إسقاط حقه و رضاه بالفاقد و له عدم إسقاط حقه و هذا لا يلزم فسخ العقد فله يكون من الحقوق التى تبقى فى ذمه من عليه الحق و لا يمكن استيفاؤه و يكون كسائر الديون

كما أن إثبات الخيار بما قد يقال من أن التقييد بالوصف أو الشرط من قبيل تعدد المطلوب مشكل أما أولا فلأن وحده المطلوب و تعدده إنما يتصور فى الأحكام التكليفية لا الوضعيه التى هى المنشئات بالعقود لأن المنشأ الموصوف أو المشروط أمر واحد لا تعدد فيه و ثانيا هذا الكلام غير مطرد و لا منعكس فإنه قد يكون المطلوب متعددا فى الصور النوعيه التى بها قوام مائيه المال مع أن تخلفها يوجب البطلان قطعا سواء ذكرت و صفا أو شرطا كما لو اشترى عبدا حبشيا فانكشف كونه حمارا و حشيا أو اشترى عبدا و انكشف كونه جاريه و قد يكون المطلوب واحدا فى الشروط و الأوصاف التى لها دخل فى زياده المائيه كالكتابه و أمثالها بحيث لو علم أن العبد ليس كاتباً لم يقدم على شرائه مع أن تخلفها لا يوجب البطلان

و ثالثا كون المقام من قبيل تعدد المطلوب لا يفيد إلا صحه العقد لا الخيار بفقد أحد المطلوبين فله المطالبه بمطلوبه المفقود لا رد العقد الواقع على المجموع أو إمضائه

قوله قدس سره و أقوى ما استدلل به على ذلك فى التذكرة و غيرها قوله ص لا ضرر و لا ضرار إلى آخره

لا يخفى أنه لو كان اعتبار التساوى بين الأموال من الشروط الضميه فالاستدلال بلا ضرر فى محله لأن مفاده أن الحكم الذى

ينشأ منه الضّرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لأنّه و إن جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضّرر إلّا أنّه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفه التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار

فلا- يقاس الإقدام فى المعاملات جهلا بالضّرر على الإقدام فى العبادات جهلا به الذى اخترنا فيه أنّ الحكم لا يرتفع فى مورد الضّرر المجهول لأنّ الحكم

التكليفى المجهول لا يوجب الضرر لأنه كان أو لم يكن فحيث إنَّ المكلف لا يرى الضرر فى الفعل يقدم على الفعل الضررى فالحكم الشرعى يصير من قبيل المعد للضرر و الجزء الأخير من العله لوقوعه فيه هو جهله به مع أنّ رفع الحكم منه فى هذا الحال ليس امتنانا عليه لاستلزامه بطلان العمل و إعادته و ذلك ينافى الامتنان

و أمّا مع العلم به فالجزء الأخير من العله أو تمام العله هو الحكم الشرعى و هذا بخلاف المعاملات فإنّ الأمر فيها بالعكس لأنّ مع العلم بالضرر فالضرر يستند إليه لإقدامه عليه و أمّا مع الجهل فالضرر يستند إلى الحكم الشرعى و هو لزوم العقد المغبون فيه

و أمّا لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائيه أو الدواعى التى لا إشاره فى العقد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقه و لا التزاما فلا وجه للاستدلال بلا ضرر لإثبات الخيار لما عرفت من أنّ مفاده أنّ الحكم الذى ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنوانا ثانويًا له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنوانا للحكم بل يكون عنوانا لنفس فعل المكلف و بإقدام و اختيار صدر الفعل عنه و لو كان جاهلا بالضرر و منشأ تضرره فى المقام ليس وجوب الوفاء بالعقد بل تخيله التساوى بين المالىن إلّا أن يقال إنّ العاقد و إن أقدم على المعامله الغبتيه إلّا أنّ إقدامه عليها و إيجاده لها موجب لتحقق موضوع وجوب الوفاء و إذا كان موضوعه ضرريًا و جب أن يرتفع حكمه بلا ضرر

و بعبارة أخرى و إن لم يكن اعتبار التساوى من الشروط الضمّيه إلّا أنّ حكم الشارع بوجوب الوفاء بالعقد الملى صدر عن المكلف حكم فى موضوع ضررى فيجب أن يكون مرفوعا لأنّ الحكم يصير فعليًا بعد تحقّق موضوعه و موضوعه و إن صدر عن العاقد جهلا- بالغبن و بتخييل التساوى إلّا أنّه بعد تحقّقه ينسب الضرر الوارد على العاقد باعتبار بقاء المعامله إلى حكم الشارع بالبقاء لا إلى إقدام المكلف

إن قلت فعلى هذا لو علم العاقد بالضرر و أقدم عليه لكان اللّازم عدم ثبوت وجوب الوفاء و لا يختصّ رفع الحكم بالجهل قلت فى مورد العلم ليس الضرر مستندا إلى الحكم بل إلى الإقدام لأنه علم بالضرر و أقدم عليه فلا وجه لرفع حكمه فالفرق بين العلم و الجهل إلّا أنّ الكلام فى أصل المدعى لأنّ الحكم و إن لم يكن فعليًا إلّا بعد تحقّق موضوعه و لكنّ الكلام فى أنّ الضرر مستند إلى الإقدام أو إلى الحكم فنقول لو كان الضرر ناشئًا عن الحكم بحيث لو لم يكن الحكم الشرعى لما وقع العاقد فى الضرر لكان هذا الحكم مرفوعا و المفروض فى المقام أنّ العاقد بتخيله التساوى أقدم على المعامله من دون أن يكون ملزما بها

و بعبارة أخرى كلّ حكم تكليفى أو وضعى كان هو تمام العله للضرر أو الجزء الأخير منها فهو مرفوع و أمّا لو كان الحكم معدا كالوضوء المجهول أنه ضررى أو لا دخل للحكم أصلا فى الضرر كالمقام لأنه بداعى النفع أقدم على المعامله فلا معنى لرفعه و مجرد صيروره الفعل ضرريًا باعتبار بقائه على حاله بعد صدوره اختيارا لا يوجب أن يرتفع حكمه و إلّا لزم أن يرتفع حكم الضمانات و الإتلافات إذا صدر الفعل عن المكلف جهلا- بأنّ المال من غيره فإنّ أكل مال الغير بتوهم أنّه ماله قد صدر عنه موضوع إذا حكم الشارع بوجوب خساره عليه يكون حكما فى موضوع ضررى مع أنّه لا يمكن أن يكون هذا الحكم مرفوعا و لا وجه له إلّا أنّ الإقدام صار منشأ للضرر لا الحكم

و بالجمله لو لم يكن اعتبار التساوى من الشروط الضمّية بل كان من الدّواعى أو الشروط البنائية فلا وجه لأن يكون تعذّرها موجبا للخيار و عليك بالمراجعه إلى ما كتبناه فى قاعده لا ضرر

قوله قدس سره و لكن يمكن

الخدشه في ذلك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل لا يستلزم ثبوت الخيار

محصل مرامه قدس سره أن قاعده الضرر لا تثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء بكل الثمن كما عليه بناء الأصحاب لأن تدارك الضرر يحصل بأحد الأمور الثلاثة الأول الخيار و الثاني رد مقدار ما تضرر فيه من عين الثمن أو المثلن فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم حال ورثه ذلك المريض في أن لهم استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض و الثالث رد ما به يتدارك ضرر المغبون و لو من غير جنس الثمن أو المثلن نظير ما احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحه في أخباره برأس المال و بذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإذا أمكن تدارك الضرر بأحد الأمور الثلاثة فترجيح بعض منها بلا مرجح لا وجه له

و فيه أنه لا يمكن تدارك الضرر في المقام بالأمر الثاني و الثالث أما الثاني فلأن المعاوضه وقعت بين مجموع مالي الغابن و المغبون فيجب أن يقال إما بالبطلان في الجميع أو بالصحة كذلك

و بالجمله استرداد جزء من أحد العوضين من دون رد ما يقابله خلاف مقتضى المعاوضه من مقابله المجموع بالمجموع و استرداد ورثه المريض لو قلنا به فهو حكم تعبدى و لذا لا يتعدى إلى ما لو باع بأقل من ثمن المثل

و أمّا الثالث فتدارك ما فات من المغبون لا يخرج عن كونه هبه مستقلة و الهبه من الغابن أو غيره لا يخرج المعامله عما وقعت عليه من الغبن و مجرد كون داعي الواهب تدارك خساره المتهب لا يوجب انقلاب الهبه عن حقيقتها و تسميه هذا الإعطاء غرامه لا تغيير الواقع عما هو عليه لأن الغرامه عباره عن تدارك ما اشتغلت الذمه به و مجرد كون الغابن طرفا للمعامله مع المغبون لا يوجب ضمانه لما تضرر به المغبون لعدم تحقق موجبات الضمان من اليد و الإلتاف سيما مع جهل الغابن بالغبن

و أمّا ما احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحه في أخباره برأس المال و بذلك المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فلا ربط له بالمقام و يمكن تطبيقه على القواعد بأن يقال إن المعامله وقعت حقيقه بين رأس المال واقعا و بين المبيع

غايه الأمر طبق البائع كذبا رأس المال على غير ما هو واقعه فيكون كالخطأ في التطبيق كما لو اشتبه البائع مثلا و أقبض أربعة بدلا عن ثلاثة أمان فإنه لا شبهه أنه يرد المنّ الزائد بدون خيار بين الفسخ و الإمضاء فإن المعامله لم تقع بإزاء المنّ الزائد و لم يجعل جزء من الثمن في مقابله فمسأله كذب البائع كذلك أيضا أى في عالم اللبّ و الواقع يجعل الثمن بإزاء رأس المال الواقعى لا ما أخبر به فإذا انكشف خطأه أو كذبه يرد ما هو الزائد على رأس المال مع ربح الزائد إلا أن يمتنع و هذا بخلاف المقام فإنه قد جعل تمام الثمن بإزاء تمام المثلن فلا- موجب لأخذ المغبون زائدا خارجيا هذا مضافا إلى أنه لا يمكن أن يجعل الخيار بين الفسخ و الإمضاء في عرض الاحتمالين الأخيرين على فرض صحتها لأنه لو كانت المعامله بالنسبه إلى الزيادة باطله و بالنسبه إلى غيرها صحيحه كما هو مقتضى الاحتمال الثاني أو كان الغابن ضامنا للتفاوت و كان وجوب دفع الزائد عليه من باب الغرامه كما هو مقتضى الاحتمال الثالث فلا وجه لثبوت الخيار للمغبون بين الفسخ و الإمضاء في الكلّ لأنه لم يتضرر أصلا حتى يثبت له الخيار فثبوت الخيار له كذلك إنما هو إذا لم يمكن الاحتمالان المذكوران فالخيار بهذا المعنى في طول هذين الاحتمالين لا في

عرضهما كما لا يخفى

و حاصل الكلام أنه لا يمكن الالتزام باسترداد جزء

من العوضين إلّا إذا لم تقع المعاملة على هذا الجزء بالخصوص أو إذا ثبت الخيار في هذا الجزء كما إذا وقع العقد على مختلفي الحكم كالحيوان وغيره و المفروض في المقام لا- هذا و لا- ذاك مع أنّه لو كان الفسخ راجعا إلى خصوص الجزء لوجب ردّ مقابله فيمتنع أن يكون الخيار بالمعنى المشهور مقابلا- لهذا الاحتمال و في عرضه بل لا يمكن جمعهما كما لا يخفى كما أنّ الوجه الثالث أيضا ليس في عرض الخيار فإنّه لو كان الغابن ضامنا لما فات فليس العقد ضروريا على المغبون فتأمل جيّدا

ثم إنّ المحقق الخراساني قدس سره بعد ما اختار في الأصول أن مفاد لا ضرر نفى الحكم بلسان نفى الموضوع قال في حاشيته على المتن في ذيل هذا العنوان هذا إذا كان المرفوع بحديث لا ضرر الحكم الناشئ منه الضّرر

و أمّا إذا كان المرفوع ما كان للضرر من الحكم مع قطع النظر عن هذا الحديث كان المرفوع في المعاملة الغبتيه وجوب الوفاء بها و هو يستلزم جوازها لا الخيار المصطلح الذي هو من الحقوق لأنّ عدم وجوب الوفاء على المغبون لا يقتضى ثبوت حقّ له القابل للإسقاط و الصّح و الإرث انتهى ملخصا

ثم إنّ قدّس سره في باب المعاطاه جعل الفرق بين الجواز الحقيّ و الحكميّ باعتبار اختلاف متعلّقه و قال لو كان الجواز و اللزوم بمعنى جواز فسخ المعاملة و عدمه كما في باب الخيار فهما من أحكام الأسباب و أما لو كانا بمعنى جواز تراّد العينين بلا توسط فسخ المعاملة كما في الهبة فهما من أحكام الملك فجعل الجواز الحقيّ بمعنى الخيار و الحكميّ بمعنى الردّ الخارجى الّذى لا يمكن إلّا مع بقاء العينين و لا يخفى ما في كلامه في كلا المقامين أمّا جعل الجواز الحكميّ كما في الهبة يارجاع العين من دون فسخ المعاملة فهو لا يستقيم لأنّ ردّ العين من دون الفسخ تصرّف في مال الغير فليس الفرق ما ذكره بل ما ذكرنا في مقامه من أنّه لو كان الجواز أو اللزوم راجعا إلى نفس المنشأ أى إلى المدلول المطابقى للعقد فهو حكمي كالجواز في الهبة و اللزوم في النكاح و لو كان راجعا إلى الالتزام الّذى التزم به كلّ من المتعاقدين الّذى بهذا الاعتبار تسمّى المعاملة عقدا فهو حقيّ

و أمّا ما أفاده من عدم استلزام الجواز الخيار المصطلح فقد ظهر ما فيه ممّا ذكر من الفرق بين الجوازين لأنّه لو كان وجوب الوفاء بالعقد راجعا إلى الالتزام الّذى التزم به كلّ من المتعاقدين بما تضمّنه من شرط التّساوى فإذا فقد شرط التّساوى يرتفع ما التزم به لو كان ضروريّا و لازم ذلك أن يكون التّزامه تحت سلطنته و هذا ليس إلّا الخيار فإذا كان مفاد لا ضرر عدم لزوم المعاملة الغبتيه لأنّ من لزومه ينشأ الضّرر على المغبون فمعناه عدم كون الغابن مالكا للالتزام الّذى ملّكه المغبون بل أمر الالتزام بيد المغبون و له أن يفوضه ثانيا إلى الغابن أو أن يفسخ

[مسألة يشترط في هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

قوله قدّس سره مسأله يشترط في هذا الخيار أمران إلى آخره

لا إشكال في أنه لو علم المغبون بالقيمه و أقدم على المعامله فلا خيار له أصلا سواء قلنا بأن منشأ ثبوته قاعده لا ضرر أم تخلف الشرط الضمني لأن مع العلم لا شرط و الضرر لم ينشأ من الحكم باللزوم بل نشأ من إقدامه و في حكم العلم الاطمئنان كما أنه لا إشكال في ثبوت الخيار لو كان غافلا عن القيمه بالمره أو كان ملتفتا و لكن كان معتقدا للتساوى أو مطمئنا به إنما الإشكال في صورته الشك و ما يلحق به من الظن الغير المعبر فهل هو ملحق بالعلم بالغبن مطلقا أو ملحق بالعلم بعدمه مطلقا أو تفصيل بين صور الشك ثم الشاك إمّا عالم بالحكم أو جاهل به فلو كان عالما و شك في القيمه و لكنّه أقدم على المعامله برجاه أن لا يكون ضرر فهذا ليس مقدما على الضرر عرفا و لا ينسب الضرر إليه

فبناء على كون منشأ الخيار

قاعده لا ضرر فالخيار ثابت له و أما لو كان منشؤه الشرط الضمني ففي ثبوت الخيار له إشكال لأنه مع الشك في قيمه و إقدامه على المعامله من دون اتكاله على طريق أو أصل مثبت للتساوى فكأنه أقدم مع العلم بعدمه

فلا يقاس المقام على مورد الشك في الصحه و العيب في أن الخيار لا يسقط إذا ظهر العيب لأنه في باب العيب كان متكلا على أصاله السيلامه في الأشياء و في المقام لا أصل يثبت أن القيمة الواقعيه كذا و كذا و من هنا ظهر حال سائر أقسام الشك و هو ما إذا أقدم على المعامله كيف ما كان فإنه مع هذه الحاله كيف يشترط التساوى

و هذا من غير فرق بين أن يكون عالما بالحكم أو جاهلا بل لا يجرى قاعده الضرر أيضا لأنه قد أقدم على المعامله من دون رجاء التساوى بل يمكن أن يقال إن الشاك ليس له الخيار في جميع الصور المتصوره لأن مجرد رجاء كون المالكين متساويين في القيمة و عدم كونه مغبونا لا يقتضى الإقدام على المعامله الضرريه لأن رجاء العدم لا يخرج الفعل عن الاختيار كمن رجا أن لا يكون السبع في الطريق و لكنّه احتمله احتمالا عقلايا فمشى في هذا الطريق فإذا افترسه السبع ينسب الفعل إليه

نعم لو كان متكلا على بينه أو أصل فالافتراض لا يكون عن الإقدام

قوله قدس سره و لو أقدم عالما على غبن يتسامح به فبان إلى آخره

لا يخفى أن صور الإقدام أربع الأول أن يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم الثانيه هذه الصوره مع كون الزائد بنفسه مما لا يتسامح به و في هاتين الصورتين لا إشكال في أن الخيار لا يسقط أمّا في الثانيه فواضح و أمّا في الأولى فلأنّ المجموع من حيث المجموع لم يكن مقدما عليه و الإقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيدا بهذا المقدار و إلّا كان راجعا إلى إسقاط خيار الغبن و الثالثه الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا

و الأقوى في هذه الصوره سقوط الخيار و لا يقاس على الصوره الأولى لأنّ في الصوره الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لا يكون موجبا للخيار و في المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدم عليه لا يكون موجبا للخيار الرابعه الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما لا يتسامح و الأقوى فيها ثبوت الخيار أمّا بناء على قاعده لا ضرر فواضح و أمّا بناء على تخلف الشرط فقد يتوهم أن من أقدم على ما لا يتسامح فكأنه أسقط شرط التساوى فلا موجب آخر للخيار و لكنّه فاسد لأنّ مقدار التفاوت و له مراتب فقد يسقط المغبون جميعها و قد يسقط بعضها فلو أسقط مقدارا خاصا فلا وجه لسقوط الخيار رأسا

قوله قدس سره ثم إنّ المعبر القيمة حال العقد إلى آخره

الكلام في المقام قد يقع بناء على كون مدرك الخيار قاعده لا ضرر أو بناء على كون المدرك تخلف الشرط الضمني

ثم بناء على كونه تخلف الشرط فقد يتكلم بناء على أن يكون مرجع الاشتراط مطلقا صريحا كان أو ضممتيا إلى اشتراط كون المبيع حال العقد متصفا بكذا أو بناء على أن يكون الاشتراط راجعا إلى اشتراط تسليم ما هو متصف بكذا فلو كان الشرط في قوه اشتراط كون المبيع حال العقد متصفا بكذا لو قلنا بصحته و عدم رجوعه إلى اشتراط ما لا يدخل في مقدوره فمقتضى

تخلف الشرط حال العقد ثبوت الخيار و لو وجد بعد العقد قبل القبض فضلا عما إذا وجد بعد القبض قبل العلم أو بعد القبض و العلم قبل الرد لأنّ الزيادة الحاصلة بعد العقد إنّما حصلت في ملك المغبون و المعامله وقعت على الغبن

و لو كان الشرط راجعا إلى تسليمه

مع الوصف فالحق سقوط الخيار مطلقا كما عليه العلامة قدس سره في قوله مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط الرد وتوضيح ذلك أنه لو حصل الشرط بعد العقد فتاره يحصل بعد العقد وقبل القبض و أخرى بعد القبض و قبل العلم و ثالثه بعد العلم و قبل الرد

ثم إن حصوله قد يكون بفعل المشروط له و قد يكون بفعل المشروط عليه أو الأجنبي أو بقدره الله سبحانه فلو حصل بفعل المشروط له قبل القبض أو بعده فلا يخرج ذمه المشروط عليه من عهده الشرط لأنه قد حصل في ملك المشروط له بفعله فلا وجه لبراءه ذمه المشروط عليه فالتعليل الذي ذكره المصنف قدس سره من قوله لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه يتم في هذه الصورة و أما لو حصل بفعل المشروط عليه أو بفعل الأجنبي المتبرع أو بقدره الله سبحانه قبل القبض فلا إشكال في عدم الخيار للمشروط له

أما لو كان الأثر من فعل المشروط عليه فلائن فعله محترم شرعا فأثر فعله من أملاكه فليس عليه شيء بعد الوفاء بالشرط و أما لو كان من قدره الله سبحانه أو من أجنبي متبرع للمشروط عليه فسقوط الخيار أو عدم ثبوته يتوقف على مقدمتين الأولى أن لا يكون معنى الاشتراط إيجاد المشروط عليه هذا الشرط بنفسه بل يكون مرجعه إلى تسليم المبيع متصفا به الثانيه أن لا يكون حصوله في ملك المشروط له منافيا لما التزم به المشروط عليه لأن سمن الدابة مثلا و إن كان تابعا لملك الدابة إلا أن تبعيته في الملك إنما هو بعد تحققه لأن الملكيه متأخره رتبه عن التحقق و الشرط يحصل في رتبه التحقق

و بعبارة أخرى الوفاء بالشرط إنما يكون بحصوله فلا- ينافي وقوعه في ملك المشروط له حصوله و أما لو حصل الشرط بعد القبض قبل العلم بتخلّف الشرط فحكمه أيضا سقوط الخيار بضمّ مقدمه ثالثه و هي أنّ الاشتراط ليس معناه تسليم الشرط مع العين المشروط فيها بل معنى الشرط أن يكون المبيع موصوفا بالوصف بحيث لو أمكن إيجاد الوصف بدون وجود الموصوف أصلا برأ ذمه المشروط عليه فالمشروط له يملك على المشروط عليه أمرين المبيع و الشرط فلو سلمهما إليه برأ من عهده ضمانه و لو كان الموجد للشرط هو الله سبحانه لأن حصوله بإيجاده سبحانه في معنى حصوله قهرا

و من هنا ظهر حكم الصورة الثالثه و هي حصول الشرط بعد العلم سواء قلنا بأن العلم سبب للخيار أو كاشف و ذلك لأن الخيار لا يكون حدوثه كافيا في بقاءه دائما بل تابع حدوثا و بقاء لانتفاء الشرط فإذا حصل الشرط ارتفع

ثم إن هذا كله لو كان المدرك تخلف الشرط و أما لو كان قاعده لا ضرر فحكم الصور الثلاث أظهر كما أشار إليه المصنف بقوله لأن التيدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الخيار المشروع لتدارك الضرر لأنه دائر مدار الضرر فإذا ارتفع قبل الفسخ ارتفع الخيار

قوله قدس سره و أشكل منه ما لو توقّف الملك على القبض إلى آخره

يعنى احتمال عدم الخيار في الصرف و السلم أظهر فيما إذا حصل الشرط بعد العقد و قبل القبض

و لكن قد عرفت أنّ الحقّ في جميع المعاملات ارتفاع الخيار بحصول الشرط بعد العقد و لو بعد العلم فضلا عمّا قبله و فضلا عمّا قبل القبض و قد عرفت في خيار المجلس أنّه لو لم يكن القبض واجبا في البيع العذى تتوقف صحته أو حصول الملكيه فيه على القبض لا معنى للخيار أصلا و لو التفت إلى فقدان الشرط ففي المقام إذا كان حال العقد مغبونا و ارتفع الغبن قبل القبض فبناء على عدم وجوب الإقباض لا موقع للخيار و بناء على وجوبه كما هو الحقّ فللخيار وجه

و لكنك قد عرفت أنّه إذا ارتفع الغبن قبل القبض ثمّ أقبض بعد اطلاعه على الغبن يرتفع الخيار و أمّا لو ارتفع

بعد القبض و قبل العلم أو ارتفع بعد العلم و قبل الرّد فحكم هذه المعامله حكم سائر المعاملات لأنّ مدخلية القبض فى الصيحه أو الملكيه و عدم مدخليته لا توجب تفاوتاً فى الحكم بعد تحقّق القبض و نظر المصنف قدس سره أيضاً إلى ارتفاع الغبن قبل القبض مع حصول الاطلاع عليه أيضاً قبل القبض

و بالجمله الفرق بين هذه المعامله و غيرها يظهر فى ارتفاع الغبن قبل القبض مع علم المغبون به قبله لأنّه إذا اطلع على الغبن قبل القبض فلو لم يكن القبض واجبا عليه لم يتحقّق له داع إلى الإقباض و لا- موضوع للخيار و لو كان واجبا عليه فحيث إنّ وجوب إقباض الزائد فى مقابله التاقص ضرر عليه فللخيار محلّ فإذا ارتفع الغبن بين العقد و الإقباض فسقوط الخيار فى هذه المعامله أظهر من غيرها لأنّ الملك قد انتقل إليه من دون نقص بخلاف سائر المعاملات لأنّ الملك انتقل فيها إليه مع التّقص و أمّا ارتفاع الغبن بعد القبض أو قبله مع الاطلاع عليه بعد القبض فلا فرق فيه بين هذه المعامله و غيرها

قوله قدس سره و لو ثبت الزيادة أو التّقيصه بعد العقد فلا عبره بهما إجماعاً إلى آخره

يعنى أنّ المدار فى الخيار على الغبن الحاصل حال العقد فلو كان المال مساوياً للآخر حاله ثم زاد أو نقص بعده فلا اعتبار به فالغبن الحاصل بعد العقد و لو حصل قبل القبض لا يوجب خياراً

إن قلت إذا كان المدار فى الخيار على الغبن الحاصل حين العقد فليكن سائر الشرائط كذلك و لازمه أنّه إذا كان المبيع صحيحاً حال العقد و صار معيباً بعده قبل القبض لم يكن موجبا للخيار و لازمه أيضاً أن حصول الشّروط بعد العقد مع عدمه حينه غير موجب لسقوط الخيار و إلّا يلزم أن يكون الغبن قبل القبض و لو بعد العقد موجبا للخيار قلت المدار فى ثبوت الخيار فقدان الشّروط من حين العقد مستمراً إلى زمان إعمال الخيار فيجب أن يكون الشّروط مفقوداً من حين العقد و ثبوت الخيار فى العيب الحاصل بعد العقد قبل القبض إنّما هو لقاعده تلف المبيع قبل قبضه فإنّها تشمل أيضاً تلف الأوصاف و لا تشمل ارتفاع قيمه السّوقيه أو نقصانها بعد العقد

و بالجمله العبره فى شرط التساوى الموجب للخيار هو وجوده حال العقد إلى زمان الفسخ فلا عبره بما يحدث بعد العقد و هذا لا ينافى ما ذكرناه من أنّ موجب الخيار إذا زال بعد العقد قبل الفسخ يرتفع الخيار

قوله قدس سره ثم إنّ لا عبره بعلم الوكيل فى مجرّد العقد إلى آخره

لا إشكال فى أنّ الوكيل فى مجرّد العقد لا عبره بإقدامه على الغبن و عدمه فضلاً عن علمه و جهله نعم الوكيل المفوض حتّى فى المعاملات المحاباتيّه لو علم بالغبن فلا خيار له لأنّه لا تشمله أدلّه الضرر و لا الدليل الدالّ على أنّ تخلف الشرط موجب للخيار كما تقدم وجهه و فى هذه الصوره لا خيار للموكل أيضاً و لو كان جاهلاً بالغبن فضلاً عمّا إذا كان عالماً كما أنّه لا إشكال فى أنّ مع جهلهما يثبت الخيار إنّما الكلام فيما لو كان الوكيل جاهلاً و الموكل عالماً و هذا على قسمين فتارة مع علمه بالغبن جاهل بأنّ الوكيل عالم به و أخرى يعلم بأنّه جاهل

و يظهر من المصنف عدم ثبوت الخيار في كلتا الصورتين مع أنّ الأقوى في الصورتين خصوصا في الأولى ثبوت الخيار لأنّ مجرد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار لأنّ العلم إنّما اعتبر طريقا و أماره على الإقدام و مجرد عدم الردع مع العلم ليس دليلا- على الإقدام بالغبن إذ لعلّه من جهة ثبوت الخيار للوكيل الجاهل بالغبن لا يردعه عن المعاملة لجهه عقلائيّه داعيه له إلى المعاملة فعلا مع إعمال الخيار بعد ذلك

ثم إنّّه إذا ثبت الخيار للوكيل فهل هو

للموكل أيضا أو مخصوص بالوكيل وجهان وقد مرّ في خيار المجلس تفصيل ذلك

قوله قدس سره لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصالة اللزوم إلى آخره

لا يخفى أنّه لا وجه لإجراء أصالة عدم العلم لأنّ العلم بالقيمة و عدمه ليس موضوعا بل الموضوع هو الإقدام و عدمه فلا مانع من إجراء أصالة عدم الإقدام مع أنّ الإقدام بنفسه أمر مسبق بالعدم و ليس نعتا للعقد هذا مع أنّ جعل المغبون مدّعا مع مطابقه قوله لأصالة عدم العلم ينافى ما جعلوه ضابطا للمدّعى و المنكر و على هذا فلا وجه لإدراجه فيمن يتعسّر إقامه البيّنه عليه فإنّه كان كذلك أو لم يكن مع مطابقه قوله للأصل لا يطالب بالبيّنه

و بالجملة من يقبل قوله بيمينه و لو كان مدّعا هو من ادّعى شيئا لا يعلم إلّا من قبله مع كون المدّعى به مخالفا للأصل و أمّا لو كان مطابقا للأصل فليس من مصاديقه

و على أيّ حال يختصّ بمن لا يعلم إلّا من قبله لا- بمن تعسّر عليه إقامه البيّنه و إلّا يلزم أنّ من تعسّر عليه إقامه البيّنه يقبل قوله بيمينه و لم يلتزم به أحد و محصّل الكلام أنّ ظاهر العنوان أنّ الغابن منكر و المغبون مدّع و لذا قال بأنّ الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبيّنه و واضح أنّ البيّنه هنا بيّنه المدّعى لا بيّنه المنكر لرفع اليمين على القول به و جعل المغبون مدّعا ينافى مطابقه قوله للأصل المعوّل عليه لو لا الدعوى

ثمّ على فرض جعله مدّعا لا معنى لسماح دعواه مع اليمين بمجرد تعسّر إقامه البيّنه عليه لأنّ يمين المدّعى إنّما يعتبر في موارد خاصّه و هو اليمين المردوده و التي تكون جزء البيّنه و يمين الاستظهار و أمّا يمينه مع تعسّر إقامه البيّنه عليه فلا دليل على اعتباره

ثمّ إنّ لا وجه لقبول يمين المدّعى بمجرد عدم إمكان حلف المنكر و هو الغابن لإمكان فصل الخصومه بالصّريح و نحوه هذا مع أنّ بحث القوم و موضوع عنوانهم ما إذا كان الغبن معلوما و الغابن يدّعى علم المغبون و المغبون ينكره

و على هذا فلا معنى لقوله قدس سره و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال لأنّ المدّعى لا بدّ أن يدّعى على خلاف مقتضى الأصل

قوله قدس سره و قد يشكل بأنّ هذا إنّما يوجب عدم إلى آخره

لا- يخفى ما فيه أمّا أولا فلا أنّ مجرد مخالفه قوله للظاهر لا يوجب أن يجعل مدّعا إلّا إذا كان الظاهر حجّجه و أمّا لو لم يكن حجّجه فلا- اعتبار به أصلا و ثانيا أنّه ليس مقصود جامع المقاصد و المسالك من قولهما إنّ المغبون لو كان من أهل الخبره لا يسمع دعواه هو جهه مخالفته للظاهر حتّى يشكل عليهما بما أشكله قدس سره بل مقصودهما أنّه من شرط سماع الدعوى أن يكون الاحتمال الّذى يدّعه المدّعى في مقابل الأصل عقلا ثانيا و عاديا لا مجرد كونه عقليا مثلا إذا ادّعى المعدم الفقير على غنى فصيّا بقيمه عشره آلاف ليره لا يسمع دعواه و ثالثا لو قلنا إن كلّ ما لا يعلم إلّا من قبل المدّعى يقبل مع اليمين فهذه القاعده تكون حاكمه على جميع الأصول و الظواهر فمن يدّعى ما لا يعلم إلّا من قبله يكون منكرا لأنّ قوله مطابق لما هو الأصل في المسأله لا

أنه مدع و يقبل قوله

و رابعا على فرض أن يكون هذا مدّعا لأن قوله يخالف الظاهر الذي هو حجّه فلا وجه لقوله إلا أن يقال إنّ معنى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدّعا يجرى عليه جميع أحكام المدعى إلى آخره لأنه لو كان مدّعا يجرى عليه جميع أحكام المدّعى كما أن قول من يوافق الظاهر الذي هو حجّه يجرى عليه جميع آثار المنكر

قوله قدس سره و لو اختلفا فى القيمة وقت العقد إلى آخره

لا يخفى أن عبارته و إن لم تكن وافيه بالمرام إلا أنّ المقصود واضح و محلّ النزاع

ثبوت الغبن و عدمه و لا- شبهه أيضا أن استصحاب اللزوم يجرى فى جميع الصور إنما الكلام فى جريان الأصل الموضوعى الحاكم على أصالة اللزوم

فبقول تاره يقع الاختلاف فى القيمة حال العقد مع اتفاقهما على قيمه الفعلية مثلا البائع يدعى أن المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزلت قيمته فكون قيمته فعلا ثمانية التى تطابق الثمن الذى وقع العقد عليه لا يخرج عن الغبن و المشتري يدعى أن قيمته حال العقد ثمانية فلا غبن فأصالة عدم التغيير مضافا إلى أن التغيير ليس بنفسه أمرا مسبوقا بالعدم و مضافا إلى أن الاستصحاب قهقرى لا- تفيد للمغبون لأنها تنتج عدم الغبن فلو جرت فهي مطابقه لأصالة اللزوم و لكن الحق عدم جريانها لما ظهر فى محلّه أن الاستصحاب القهقرائى ليس بحجه مع أنه مثبت لأن الأثر لم يرتب على هذا الأمر الانتزاعى بل رتب على منشا انتزاعه و هو عدم التساوى حال العقد

و أخرى يقع الاختلاف فى القيمة حال العقد مع اتفاقهما على قيمته سابقا كما لو كان قيمة المبيع قبل العقد عشره و بيع بثمانية فيدعى من يدعى الغبن بأن قيمته حين العقد كانت كقيمته قبله و منكر الغبن يدعى التنازل و أن المبيع حين العقد قيمته ثمانية فأصالة عدم التغيير لو جرت كانت مثبتة للخيار و مخالفه لأصالة اللزوم و ثالثه يقع الاختلاف فى القيمة بعد العقد مع اتفاقهما على موافقه قيمته حال العقد و قيمته الفعلية فإذا بيع بثمانية و يدعى مدع الغبن أن قيمته حال العقد عشره و الآن كذلك أيضا و المنكر يدعى أن قيمته فعلا ثمانية فتطابق مع قيمته حال العقد فالشك هنا ليس فى التغيير مع الاختلاف فى الغبن و عدمه

إذا عرفت ذلك ظهر ما فى كلام المصنف قدس سره من جعله أصالة عدم التغيير رديفا لأصالة اللزوم لأنها لو جرت ففى صوره واحده تطابق أصالة اللزوم لا مطلقا

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

قوله قدس سره الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا فالواحد إلى آخره

لا- يخفى أن ما يتسامح فيه فى المعامله قد يكون قليلا جدا بحيث لا يصدق عليه الضرر و هذا خارج عن موضوع البحث فى المقام لأن الكلام سيق لما إذا كانت المعامله ضرريه فتاره يكون الضرر مما يتسامح فيه و أخرى ما لا يتسامح

ثم إنه من المعلوم أن المدار فى التسامح و عدمه على اختلاف المعاملات فيختلف الضرر أيضا باختلافها فإذا لم يكن الضرر الخاص مّا يتسامح فيه فى المعامله الكذائيه فلا- إشكال فى ثبوت الخيار و إذا كان مّا يتسامح فلا خيار سواء كان مدركه تخلف الشرط الضمنى بنفسه من دون جعل تخلفه مقدمه لقاعده الضرر أو لكون تخلفه موجبا للضرر أو لنفس قاعده الضرر لأن مع التسامح لا يتحقق الشرط الضمنى و لا تجرى قاعده نفي الضرر أيضا لكونها وارده فى مقام الامتنان فلا تشمل ما إذا كان بناء المتعاملين على الإقدام على الضرر و إنما الإشكال فى الشك فى أنه مّا يتسامح أولا

فإذا كان مدرّك الخيار نفس قاعده الضّرر فالشكّ إذا رجع إلى الشكّ في المصداق لا يمكن التمسك بقاعده الضّرر لأنّ التخصيص وإن كان لبيّناً لا لفظياً إلّا أنّ الخارج لو كان عنواناً كلياً كخروج يد المحسن عن قاعده على اليد يكون اللبّي كاللفظي في عدم جواز التمسك بعموم العام في الشبهه المصداقيه

□

فلا يقاس على جواز لعن المشكوك إيمانه من بني أمّيه تمسّكاً بعموم لعن الله بني أمّيه قاطبه لكون التخصيص فيه أفرادياً كما بينا وجهه في الأصول و لكن الشكّ في المقام راجع إلى المفهوم لأنّ

الشبهه المصادقيه ما كان المقدار المتسامح فيه الخارج عن عموم لا ضرر معلوما كالعشره و الباقي تحت العموم معلوما كالخمسه و شك في أنّ الغبن في هذه المعامله عشره أو خمسه و في المقام نفس القدر المتسامح فيه مشكوك مفهوما لدورانه بين الأقل و الأكثر فالمرجع هو عموم قاعده لا ضرر و أما إذا كان مدرک الخيار تخلف الشرط إما بنفسه أو بضميمه لا ضرر فالمرجع هو قاعده اللزوم المستفاده من العمومات

[بقي هنا شيء]

قوله قدس سره بقي هنا شيء إلى آخره

لا يخفى أنّ قاعده لا ضرر و لا حرج في مقام حكومتها على أدلّه الأحكام يراعى فيهما الضرر و الحرج الشخصى لا النوعى نعم إذا كانا حكمه لتشريع الحكم كظهاره الحديد و ثبوت الشفعه فالمدار على النوعى بل على الاتفاقى منهما و لو لم يكن نوعيا كجعل العده لعدم اختلاط المياه و لا فرق في رعايه الشخصى منهما بين الحكم التكليفى و الوضعى

إذا عرفت ذلك فنقول شراء ماء الوضوء لمن لا يضرّ به و عدم شرائه لمن يضرّ به تارة يفرض فيما إذا كان قيمه الماء في محلّ الشراء أضعاف قيمته في غير هذا المحلّ كالماء في المفازة في شدّه الهجير و أخرى فيما إذا لم يكن قيمته إلا كقيمته في سائر الأزمنه و الأمكنه ففي الأول نفس المعامله ليست ضرريه لأنّ ذلك قيمه الماء فيجب شراؤه على من يتمكّن منه لأنّه واجد للماء و متمكّن عن إيجاده و إنّما لم يجب على من لا يتمكّن من شرائه لأنّ إيجاب الوضوء على هذا الشخص ضررى لا لزوم المعامله و لذا لو اشترى هذا المفلس هذا الماء بهذا المقدار لا- خيار له في المعامله و في الثانى لم يعلم من الأصحاب فتوى بوجوب الشراء و لو للتمكّن لأنّ نفس المعامله ضرريه إلّا أن يتمسك بدليل النصّ

و بالجملة في جميع الأبواب المدار على الضرر الشخصى و الغبن في المعامله بمقدار الثلاث ضرر على كلّ شخص و لو كان ذا ثروه و مال و بمقدار نصف العشر ليس ضروريا و لو للمعدم المفلس و شراء ماء الوضوء لو كان قيمه الماء كثيره و لم يقع الغبن في المعامله لا يكون ضروريا حتى يقال شخصى أو نوعى و إذا وقع الغبن فيها فالمدار على أنه ممّا يتسامح أو لا يتسامح

نعم قد يكون شراء الماء للمعدم حرجيا و لو لم تكن المعامله ضرريه كما إذا كان قيمه الماء في المفازة بمقدار ما اشتراه به فإذا كان حرجيا فيجب الوضوء عليه حرجى باعتبار مقدّمته

[مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى]

قوله قدس سره مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى إلى آخره

لا يخفى أنّ الخيار حق واقعى سواء قلنا بأنّ مدرکه تخلف الشرط الضمنى مطلقا أو من جهه الضرر أم قلنا بأنّ مدرکه قاعده لا ضرر من دون أن يكون التساوى شرطا بل كان داعيا أو شرطا بنائيا غير مذکور في العقد فلا يدور مدار العلم بالغبن بل العلم به

كاشف عقليّ لأن معنى الخيار أنّ ملك الالتزام يبد نفس الملتزم فإذا كان منشأ الخيار اشتراط التساوى فتخلفه من حين العقد موجب لعدم التزام المغبون بما التزم به فيرجع اشتراط التساوى إلى الخيار الجعليّ من حين تخلف التساوى وهكذا إذا كان منشأ الخيار قاعده لا ضرر لأنه يرجع مفادها إلى جعل الشارع الخيار للمتضرر و معلوم أنه متضرر حين العقد فلا بد أن يكون لزمه مرتفعا من حين وقوعه لا من حين العلم بالضرر لما ذكرناه في قاعده لا ضرر أنّ الضرر الواقعيّ رافع للأحكام الوضعيه لا المعلوم لأنّ الضرر هنا لا يستند إلى الجهل بل إلى اللزوم لأنّ الجهل به لا يوجب إلّا صدور المعامله من المغبون و نفس صدورها ليس ضروريا بل الضرر يتحقق بعد تحقق المعامله إذا كانت لازمه

فلا يقاس المقام على الأحكام التّكليفيه

حيث تقدم أنّ العلم بالضرر له دخل في رفع الحكم وهذا بخلاف الوضعيات فإنّ الضرر مستند إلى الجعل الشرعى وهو لزوم العقد ولا دخل للعلم والجهل فيه

نعم يكون العلم كاشفا عقليا وقد يتوقف إعمال الخيار على العلم به كما إذا قيل بأنّ التصرف مسقط للخيار لكشفه عن الرضا الفعلى لا لكونه مسقطا تعديا ولا لكونه مصداقا للمسقط بالحمل الشائع الصيغى فإن كاشفيتها عن الرضا الفعلى موقوف على العلم بالخيار

ومما ذكرنا ظهر ما فى كلام المصنف من قوله و توضيح ذلك أنّه إن أريد بالخيار السلطنة إلى آخره فإنّ الخيار كما عرفت هو ملك الالتزام وهو حق واقعى شرعيا كان أو جعليا ومن آثاره السلطنة لا- أنّه نفس السلطنة و توقف إعمال الحق فى بعض المقامات على العلم به لا يوجب أن يكون الخيار مرددا بين الأمرين

ثم إنّ الآثار المجعولة للخيار بأجمعها تترتب على نفس الحق الواقعى لا أن بعضها مترتب على العلم وبعضها على واقعه وبعضها مردد بين الأمرين لما عرفت من أنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة إذا كان كاشفا عن الرضا ومع عدم العلم بالحق لا يكشف عن الرضا وهذا بخلاف ما لو قلنا بأنه مسقط تعدي فإنه يكون مسقطا و لو لم يعلم بالخيار

[يسقط هذا الخيار بأمر]

[أحدها إسقاطه بعد العقد]

قوله قدس سره مسأله يسقط هذا الخيار بأمر إلى آخره

لا يخفى أنّ محلّ البحث تارة يقع فى إسقاط الخيار بلا عوض بعد العلم بالغبن و أخرى فى المصالحة عنه بالعوض فلو كان بلا عوض فلو أسقط مرتبه خاصه و ظهر الغبن الواقعى مخالفا لما أسقطه فلا وجه لسقوطه لأنّ ما هو الواقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و أما لو كان مطابقا لما أسقطه فلا إشكال فى سقوطه كما أنّه لو كان جاهلا بمرتبه و لكن احتمل بلوغه إلى مائه دينار مثلا فأسقطه بالغا ما بلغ و ظهر الغبن بأقل من مائه أو بمقدار مائه فلا إشكال فى سقوطه أيضا

و إنّما الإشكال فى موردین آخرين أحدهما ما لو أسقطه بزعم أنّه عشره فتبين كونه مائه و الثانى ما لو أسقطه بالغا ما بلغ و لكن لم يحتمل بلوغه إلى مائه بل تخيل أنّ غايته خمسين فظهر كونه مائه ففى السقوط وجهان قد يقال إنّ مبنى الوجهين أنّ اعتقاد مرتبه من الغبن أو احتمالها لو كان من قبيل الداعى فتخلّفه لا يضرّ بسقوط خيار الغبن بلغ ما بلغ و أما لو كان من قبيل التقييد فلا

ولا يخفى أنّ المقام ليس من موارد دوران الأمر بين الداعى و التقييد كالوجوب و الأداء مثلا فى باب العبادات لأنّ المدار فى المعاملات صحه و فسادا على تخلف الوصف أو العنوان أى الصوره النوعية فتخلّف العنوان يوجب البطلان و لو ذكر بنحو الشرط كقوله بعتك هذا إن كان حمارا و أما تخلف الأوصاف و القيم فلا يوجب الفساد و لو جعلهما عنوانا للمبيع كقوله بعتك

هذا الكاتب أو هذا الذى قيمته كذا نعم لو جعلهما قيذا للموضوع بطل العقد من جهة التعليق لا من جهة تخلف القيد

و بالجمله الأوصاف أو القيم لا- يتردد أمرها بين القيديه و الداعويه بل هى إلى الدواعى أقرب كما أنّ العناوين ليست مردده بينهما بل هى من قبيل القيديه إذا عرفت ذلك فإسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبه الغبن لو كان موجبا لتقييد الإسقاط بتلك المرتبه نظير تقييد المبيع بالصوره النوعيه لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زياده الغبن عما احتمله أو اعتقده وجه إلا أنه لا يمكن التقييد فى المقام لأنّ الخيار أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب و لا يقبل التأكد و فى المقام لا يقبل التخصيص بسبب دون سبب كما فى اجتماع خيار المجلس و الحيوان مثلا لأنّ التخصيص فرع اختلاف الأسباب و فى المقام للخيار بسبب واحد لأنّ مائه دينار مرتبه واحده من الغبن و ليس إسقاط الخيار كإسقاط الدين باعتقاد أنه عشره

فتبين كونه مائه لأن دوران الدين بين الأقل والأكثر و اشتغال الذمه بديون متفاوتة موجب لسقوط ما أسقطه دون الزائد و هذا بخلاف مرتبه واحده من الغبن فإن في هذه المعامله الخاصه ليس سبب الخيار إلا هذه المرتبه التي هي إحدى مراتب الاختلاف و ليست مرتبه من مراتب طوليه

و بالجمله إذا لم يكن سبب الخيار إلا أمرا واحدا و لم يكن نفس المسبب إلا أمرا بسيطا فليس اعتقاد مرتبه إلا من قبيل الداعي بحيث لو قيد الإسقاط بهذه المرتبه لبطل من جهة التعليق في المنشأ فبدون إرجاعه إلى تقييد المنشأ لا وجه لبطلانه و مقتضاه سقوط الخيار هذا كله فيما لو أسقطه بلا عوض

و أمّا إسقاطه بالعوض أى المصالحة عنه بالعوض فحكم الصيور الثلاث الأول حكم الإسقاط بلا-عوض و أمّا الصيورتين الأخيرتين و هما ما لو صالح عنه بزعم أنه عشره فتبين كونه مائه و ما لو أسقطا الغبن بالغا ما بلغ مع اعتقاده بأنه خمسون فتبين كونه مائه فالمحتملات ثلاثه صحه الصلح مع الخيار للغبن في المصالحة و الفساد و الصيحه بلا خيار و قد ذكر المصنف وجه الجميع في المتن و لكنّه لا يخفى أنه لو صالح خيار الغبن بالغا ما بلغ يكون الصلح مبنيًا على المحاباه فلا يجرى فيه خيار الغبن

قوله قدس سره و أمّا إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن إلى آخره

لو قلنا بأن ظهور الغبن كاشف عقلي فلا إشكال في سقوطه على جميع المدارك و أمّا لو قلنا بأنه شرط شرعي فبناء على كون المدرك النص الوارد في تلقى الركبان أو الإجماع فتاره يسقطه على تقدير ظهور الغبن و معلقا فيكون من التعليق في المنشأ إلا أنه لا إشكال فيه لما ظهر في محله من أن الشرط لو كان لفرض وجود الموضوع يخرج عن التعليق و التقييد و أخرى يسقطه فعلا و منجزا فيكون من إسقاط ما لم يجب و الجواب عنه بأن مع تحقق المقتضى يخرج من إسقاط ما لم يجب غير صحيح كما بيناه في خيار المجلس و محصّله أن بطلان إسقاط ما لم يجب حكم عقلي غير قابل للتخصيص لأنه من مصاديق وهب الأمير ما لا يملك و بمجرد حصول المقتضى مع عدم تحقق الجزء الآخر لعله لا يمكن ترتب المقتضى بالفتح عليه و لا يقاس إسقاطه بعد العقد على إسقاطه في متن العقد فإنه يرجع إلى الدفع لا الرفع لأن العقد يقتضى الخيار لو خلى و طبعه أى إطلاق العقد يقتضى التساوى و السلامه عن العيوب أمّا لو التزم بعدم التساوى و بالبراءه عن العيوب فلا مقتضى للخيار أصلا

و أمّا مسأله إبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان فلا ربط له بالمقام لأن الإبراء قبل التفريط يرجع إلى إذن المالك الودعي في وضع المال في غير المخزن فيرجع إلى الإذن في التفريط لا إلى إسقاط الضمان بعد التفريط و إلا لا يسقط كما في المقام و أمّا إسقاطه بعد التفريط كما هو ظاهر العبارة فليس إسقاطا لما لم يجب لأن المال بمجرد التفريط يدخل في ضمان المفرط و اعتبار التلف إنما هو لاعتبار قيمه المال يوم التلف لا لتحقيق الضمان في ذلك الزمان فتأمل كما أنّ البراءه عن العيوب لو تحققت في متن العقد فترجع إلى الدفع و لو تحققت بعد العقد قبل ظهور العيب مع كون ظهوره شرطا للخيار فالكلام الكلام

و بالجمله مجرّد تحقق المقتضى للخيار لا يخرج إسقاط الخيار عن إسقاط ما لم يجب لو كان مدرکه النصّ و الإجماع

نعم لو كان مدرکه تخلف الشرط أو قاعده الضرر يمكن إسقاطه و لو كان الخيار متوقفا على العلم بالغبن لما عرفت في خيار

الشّروط من أنّّه لو شرط الخيار بعد سنه بحيث كان مبدؤه رأس السنه فهو قبل تمام السنه و إن لم يكن ذا خيار

إلّا أنّه مالك للشرط فله إسقاط شرطه و يذهب به موضوع الخيار ففي المقام أيضا له الالتزام بغير المساوى أو الإقدام به

نعم فى متن العقد حكم إسقاطه حكم إسقاط خيار المجلس من أنّ إسقاط الحق فى محلّ ثبوته ليس من إسقاط ما لم يجب فيكون الإسقاط راجعا إلى دفع الحقّ لأنّه قد رضى بعدم التّساوى و الضّرر

و بالجملة العقود اللفظية متضمّنه للالتزام العقدى و لا شبهه أن محلّ الالتزام نفس العقد فلكلّ من المتعاقدين أن يلتزم بمدلول العقد و يذهب موضوع الخيار فلا فرق بناء على هذا بين إسقاط الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن و إسقاطه فى متن العقد لأنّ فى الأوّل من قبيل إسقاط الشرط و فى الثانى من التّزام العاقد بما أنشأه و لا شبهه أنّه لصاحب الالتزام أن يتصرّف فعلا فيما هو تحت سلطانه

[الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]

قوله قدّس سرّه نعم هنا وجه آخر للمنع يختصّ بهذا الخيار و خيار الرّؤية إلى آخره

محضيّ لالإشكال أنّ إسقاط الخيار فى متن العقد يوجب الغرر أمّا فى خيار الرّؤية فلا بدّ بيع العين الغائبة لا- يصحّ إلّا بذكر الأوصاف التى بها تختلف مائته المال و مرجع إسقاط الخيار إلى اشتراء المال بأى وصف كان و هذا غررى لأنّ الأوصاف لها دخل فى المائته بمقدار المائته من هذا المبيع غير معلوم و أمّا فى خيار الغبن فكذلك فإنّ اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس إلّا لأجل العلم بمقدار مائته فإذا كان الجهل بالمبيع أو بالصّيفه راجعا إلى الجهل بالمائته فإسقاط خيار الغبن أيضا يرجع إلى الجهل بمقدار مائته المال فيلزم الغرر و فيه أولا التّقص بالمعاملة المحاباته فإنّها تصحّ بلا شبهه و لا فرق فيها بين العلم بمقدار المائته و المعاملة بالتقص منها أو أزيد و بين الشكّ فيه

و بالجملة لا- إشكال فى أنّه يصحّ أن يبيع ما لم يعلم قيمته السوقية بمقدار معيّن من المال و ثانيا بالحلّ و هو أنّ المعاملة مع الجهل بالقيمة السوقية ليست غرريّه فإنّ الغرر يرجع إلى الجهل بالعوضين أو إلى الجهل بصفاتهما الرّاجعه إلى التفاوت فى المائته للفرق بين العلم بأنّ المبيع حنطه أو شعير أو أنّ الحنطه متّصفه بكذا أو كذا و بين عدم العلم بأنّ الحنطه الكذائيه بأى مقدار تشتري فى السوق فى الأولين مائته المال مشكوكه و فى الأخير مائته معلومه عند المتبايعين و مشكوكه فى أنّ غيرهما يشتره بهذا المقدار أو أزيد أو أنقص

و بالجملة حكم الغبن حكم العيب و لا شبهه فى صحّه البراءة من العيوب و منشأ ذلك أنّ أصله السّلامه أو اشتراط التّساوى فى المائته ليس مصحّحا للبيع حتى بإسقاطهما يفسد بل هما من الشّروط الضّمنيه التى يوجب تخلفهما الخيار فإذا بنى العاقد على الشراء و لو كان معيبا أو و لو لم يسو بما اشتراه فيسقط شرطه و هذا بخلاف الأوصاف التى بها تختلف القيمة فى العين الغائبه فإنّ اعتبارها مصحّح للبيع فلا- يمكن إسقاطها فإنّه يناقض اعتبارها فلا- يصحّ قياس إسقاط خيار الغبن على خيار الرّؤية بل الصواب فيه أن يقاس على خيار العيب فكما أن وصف الصحّه ليس من الأمور التى بسبب اعتبارها يصحّ العقد و يخرج البيع عن

الغرر لأنَّ البيع ليس غررًا كان الأصل في الأشياء هو السَّلامه أو العيب فكذلك البيع بمقدار معيّن من الثمن ليس غررًا كان بناء المتعاقدين على اشتراط تساوى العوضين في المائيه أولاً

[الثالث تصرّف المغبون]

قوله قدّس سرّه الثالث تصرّف المغبون إلى آخره

قد ذكرنا في خيار الحيوان وجه كون تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة بما لا مزيد عليه فراجع و ظهر ممّا قدّمناه أنّ التصرّف المالكى مسقط للخيار مع العلم بموضوع الخيار فلو اشتبه عليه الحيوان الذى اشتراه و تصرّف

فيه يتخيّل غيره فهذا التصرّف ليس مسقطا ففى المقام لو لم يعلم بالغبن فالتصرّف الواقع منه ليس التزاما بالتأقص مقابل الزائد و هذا واضح

قوله قدّس سرّه فتأمّل

لا- يخفى أنّ ما يتخيّل كونه منشأ للأمر بالتأمّل أحد الوجوه الثلاثة الأولى المناقشه فى الفرق بين الدّفع و الرّفع فيما كان الدليل الدّال على حكم المستصحب إجماعا أى لا- فرق بين أن يكون الشكّ فى الدّفع أو الرّفع فلا- يجرى الاستصحاب مطلقا لأنّ الحكم ثبت بالإجماع لا بالدليل حتى يستصحب فى مورد الشكّ و لكن لا يمكن أن يكون ذلك وجه نظر المصنف قدّس سرّه لما أوضحه فى الأ-صول من أنّ الاستصحاب يجرى فى مورد الشكّ فى الرافع و لو كان الدليل المثبت للحكم إجماعا و إنّما يناقش فى خصوص دليل العقل

الثانى كون الشكّ فى المقتضى لا- الرافع و تقريبه أن مقدار استعداد بقاء المستصحب مع التصرّف غير معلوم و لكنّه أيضا كالسابق ليس منشأ للأمر بالتأمّل لأنّ المدار فى الشكّ فى المقتضى على أن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزّمان لا بقاؤه من حيث الزّمانى و بالتّسببه إلى كلّ طار و عارض و إلّا يرجع جميع أقسام الشكّ فى رافعته الموجود إلى الشكّ فى المقتضى مثلا لو شكّ فى استعداد بقاء الطّهارة مع الودى و المذى فلو لم يجر استصحاب الطّهارة لكونه شكّا فى المقتضى فلا مورد لأغلب الاستصحاب كما لا يخفى

و الثالث و هو المتعين أن يكون الشكّ شكّا فى الموضوع لأنّ موضوع من له الخيار ليس ذات المغبون حتى يستصحب حكمه و هكذا ليس الموضوع الذى تعلق به الخيار العقد الغبى بل يحتمل أن يكون لوصف عدم الرضا و لو نوعا دخل فى الموضوع فمن تصرّف تصرفا يكشف عن رضاه ليس له الخيار كاحتمال دخل عدم التصرّف فى الموضوع الذى تعلق به الخيار

[الرابع من المسقطات تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن]

إشاره

قوله قدّس سرّه الرابع من المسقطات تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن إلى آخره

لا- يخفى أنّه لا وجه لسقوط خيار المشتري المغبون قبل العلم بالغبن إلّا إذا ثبت إجماعا تعديدا فيكون كخيار العيب الذى ثبت بالنص سقوط الردّ به لو تصرّف فى العين و لو قبل العلم بالغيب تصرفا مغيرا للعين كما سيجى ء فى محله و ما ذكره وجهها للسقوط ضعيف كما اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدّس سرّه و لا إجماع فى المسأله و القاعده تقتضى عدم سقوط الخيار إذا كان منشؤه الضرر أو تخلف الشرط إلّا فى مورد الإقدام على الضرر أو إسقاط الشرط و المفروض أنّ مع الجهل بالغبن لا يتحقّق الإقدام أو الإسقاط إلّا معلقا أو إسقاطه فى متن العقد فمجرد التصرّف ليس مسقطا سواء كان تصرفا ناقلا كالبيع و نحوه أو كان فكا للملك كالوقف و العتق أو رهنا و إجاره و استيلادا أو تلفا حقيقيا أو نقلا جاز للنّاقل الردّ كالهبة و البيع الخيارى

نعم لو ثبت كون التصرف من المغبون مطلقا أو من خصوص المشتري المغبون مسقطا إجماعا يجب أن يفصل بين التصرفات ففي مورد التلف الحقيقي أو الحكمي كالعق و الوقف ينبغي القول بسقوط الخيار و أمّا في مورد النقل فيمتنع الفسخ ما دام العين المغبون فيها خارجه عن ملك المغبون و لو كان النقل جائزا لأن الفسخ يقتضى ردّ العين من ملك الفاسخ إلى ملك المفسوخ عليه و ردّها من ملك المفسوخ عليه إلى ملك الفاسخ و العين إذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الردّ

نعم له ردّ العين إلى ملكه إلّا أنّه ما لم يردها يمتنع ردّها إلى ملك المفسوخ عليه و أمّا في مورد التدبير و الوصيّه فلا إشكال في إمكان الفسخ لأنّ نفس الفسخ إبطال لهما و في مورد الإجاره أيضا كذلك لأنّ كون العين تحت يد المستأجر لا يمنع عن ردّ رقبه الملك إلى الغابن و الفسخ

لا يقتضى إلّا ردّ الملك و أمّا فى مورد الرهن و الاستيلاء فيمتنع الردّ أمّا الرهن فلاّ حقّ الرهانه يقتضى بقاء العين المرهونه فى ملك الرهن ليستوفى المرتهن حقّه منها فكون الرقبه ملكا للرهن لا يفيد لصحّه الردّ لامتناع إخراج الرهن ما دام رهنا عن ملك الرهن و ليس حقّ الرهانه كحقّ الجنايه يتبع رقبه العبد أينما كان و أمّا الاستيلاء فكذلك أيضا لأنّه لو انعقد الولد فى ملك المستولد بلا تعلق حقّ أحد على الأمه يمتنع إخراجها عن الملك ما دام الولد حيّا

قوله قدّس سرّه و ربما يبينان على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد إلى آخره

قد يورد على المصنف قدّس سرّه بأنّه لا وجه لذكر هذه العبارة المنقوله من الشافعيّه إلّا حسننها و لكنّه لا يخفى أنّ وجه إمكان الردّ و عدمه بعد عود الملك إلى ملك المغبون و ارتفاع المانع ليس إلّا هذين المبنين فلو قيل بأنّ الزائل العائد كالذى لم يزل فله الردّ و لو قيل بأنّه كالذى لم يعد فلا و الحقّ هو التفصيل بين موارد العود

فلو عاد إلى ملك المغبون على الوجه الذى كان ملكه قبل التصرف بحيث كان قوام ملكه بعد العود هو قوامه قبل التصرف فالزائل العائد كأنّه لم يزل فلو باع بالبيع الخيارى أو وهبه ثم فسخ البيع أو رجع عن الهبه فالفسخ و إن كان حل العقد من حينه لا من حين العقد إلّا أنّ سبب الملك للمغبون بعد الفسخ أو الرجوع عن الهبه هو السبب الذى كان قبل تصرفه و هو اشتراؤه من الغابن فإذا رجع العين إلى حالها قبل التصرف فلا مانع من ردّها إلى الغابن و يلحق بالفسخ الإقالة و فكّ الرهن و موت ولد أمّ الولد و كلّ ما رجع الملك إلى سببه الذى كان بين الغابن و المغبون

و أمّا لو عاد إلى ملكه على غير ما كان له قبل التصرف كما لو رجع إليه بالاشتراء أو بالإرث و نحو ذلك بحيث كان سببه بعد العود غير سببه قبل التصرف فالزائل العائد كالذى لم يعد لأنّ هذه الملكيه الحاصله له فعلا غير الملكيه الحاصله له قبل التصرف فإن سبب ملكه قبل التصرف هو اشتراؤه من الغابن و سبب ملكه فعلا هو الإرث و الاشرء من غير الغابن فيتخلف السببان فيمتنع الفسخ لأنّه عبارة عن ردّ كلّ مال إلى مالكة الأصل على نحو خرج عن ملكه و العين بعد رجوعها إلى ملك المغبون بسبب جديد لا يمكن ردّها إلى ملك الغابن على نحو خرج عن ملكه و دخل فى ملك المغبون

و بعبارة أخرى الفسخ يتعلّق برّد الملك أى مبطل لسببه فالسبب لو كان موجودا أمكن إبطاله و أمّا لو انعدم و تبدّل بسبب آخر فلا معنى لإبطاله

[و أمّا تصرف الغابن]

إشارة

قوله قدّس سرّه هذا كلّه فى تصرف المغبون و أمّا تصرف الغابن فالظاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به إلى آخره

هذه المسألة من صغريات تصرف من عليه الخيار و الظاهر أنّه لا يسقط بتصرفه خيار من له الخيار سواء تصرف بالتقلّ للآزم أو

ما بحكمه من الإلتلاف و الهبه لذي الرّحم أم بالتّقل الجائز أم بالتّغيير أو المزج و الخلط لأنّه لا موجب لسقوط الخيار و لو قلنا بنفوذ تصرّف من عليه الخيار لعدم الملازمه بين نفوذ تصرّفه و سقوط حق ذي الخيار و هذه المسأله و إن كان محل تنقيحها في أحكام الخيار إلّا أنّه لا بأس بالتعرّض لها إجمالاً تبعاً لما أفاده شيخنا الأستاذ مد ظلّه و توضيحاً للفروع الآتية في المتن

فنقول في نفوذ تصرّف من عليه الخيار مطلقاً أو عدم نفوذ تصرّفه مطلقاً أو التّفصيل بين الموارد أقوال و الظاهر أن محلّ الخلاف في غير العين التي اشترط ردها برّد الثمن فإنّ المشتري ليس له التّصرفات الناقله فيها إلّا أن يكون النّظر بماليتها و كيف كان فلو فسخ ذو الخيار و وجد العين خارجه عن ملكك من عليه الخيار فلو قيل بعدم جواز تصرّف من عليه الخيار وضعا و تكليفاً فخرجها كالعدم لأنّ

تصرّفه باطل رأسا

و أما لو قيل بجواز تصرّفه تكليفا فهل ينفذ منه مطلقا أو في خصوص العتق فلذى الخيار المثل أو القيمة أو يبطل من أصله أو من حين الفسخ وجوه بل أقوال منشؤها الاختلاف في متعلّق حق الخيار فقول بأنه العين و قيل بأنه العقد بما هو عقد و قيل بأنه العقد طريقا لاسترجاع العين فعلى الأول و الثالث لا ينفذ تصرّفه لأنّ العين إذا كانت متعلّقه لحق الغير لا ينفذ تصرف مالكها فيها كما في العين المرهونه و استشهد لهذا القول بما اختاره الفقهاء من أنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقّه متعلّقا بالعين لم يكن إذنه موجبا لسقوط حقّه و كان له فسخ العقد

و أورد عليه المصنف بأنّ سقوط الخيار بالإذن في التصرف إنّما هو لدلاله الإذن عرفا على السقوط لا التعلّق الخيار بالعين و فيه أنّه لو كان منشأ السقوط دلالة الإذن عليه عرفا لكان اللّازم سقوطه مطلقا سواء تصرف من عليه الخيار أم لم يتصرف مع أنّ الأقوى أنّ السقوط إنّما هو بالتصرف المأذون فيه لا بمجرد الإذن كما هو الشّأن في بيع الرّاهن بإذن المرتهن فإنّه لا يسقط حقّ المرتهن أيضا بنفس الإذن

هذا مع أنّ دلاله الإذن على الإسقاط ممنوعه لأنه قد أذن لمن عليه الخيار في التصرف في ماله الّذى يقتضيه طبع المعامله فلا يدلّ على الإجازة و لذا يفصل في العرض على البيع بين عرض المنتقل عنه و المنتقل إليه فإنّه بالنّسبه إلى المنتقل عنه فسخ و ليس إجازة بالنّسبه إلى المنتقل إليه

و بالجملة لا- وجه لسقوط حقّه بمجرد إذنه لمن عليه الخيار في التصرف في ماله و لا- ينافى ذلك كون إذنه للأجنبي في بيع المنتقل عنه فسخا و ذلك لاختلاف المقامين في دلاله الإذن على الإجازة أو الفسخ عرفا كاختلاف العرض على البيع بالنّسبه إليهما

نعم الملازمه بين الفسخ و الإجازة إنّما تكون في التصرف الناقل من نفس ذى الخيار فكل مورد كان تصرفه في المنتقل إليه إجازة يكون تصرفه في المنتقل عنه فسخا فالصّواب في الجواب أن يقال إنّهُ يمكن القول بسقوط الخيار بالتصرف المأذون فيه و إن لم يكن الحق متعلّقا بالعين لأنّه بالإذن يرفع موضوع الخيار فإنّ إعماله لا يمكن إلّا إذا أمكن الفسخ و الإمضاء كلاهما و بعد إذنه في التصرف لو تصرف المأذون لا يمكن أن يكون ضمان العين في عهده فإذا امتنع الضّمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار

ثم إنّ هذا بناء على سقوط الخيار بالتصرف المأذون فيه لا بنفس الإذن و أما بناء على صحّحه ما نسبته شارح الميسيه إلى المشهور من سقوط الخيار سواء تصرف المأذون أم لم يتصرف فيصحّ الاستشهاد به لتعلّق حق الخيار بالعين لأنّه لو لم يكن حقّه متعلّقا بها لكان إذنه كإذن الأجنبي

هذا بناء على الوجه الأول و الثالث و أما لو قيل بتعلّق حقّ الخيار بالعقد بما هو هو فقد يقال بنفوذ تصرّفه مطلقا و قد يفصل بين الإتلاف و الإخراج عن الملك و على أىّ حال لا- ينافى ذلك إعمال الخيار فلو فسخ يتعلّق حقّه بالبدل مطلقا أو في مورد الإتلاف و أما في التصرف الناقل فيرجع المال عن ملك من انتقل إليه إلى ملك المتصرف و عن ملكه إلى ملك الفاسخ أما من

حين الفسخ أو من أصله

ثم إنّه استشهد المصنف لنفوذ تصرّفه مطلقا و كون الخيار متعلّقا بالعقد بمقدمتين الأولى أنّه لو كان الخيار متعلّقا بالعين لزم سقوطه بتلفها الثانيه أنّ الفقهاء اتفقوا بأنّ تلف العين لا يوجب سقوط حق من له الخيار فتنج هاتان المقدمتان اللتان إحداهما بمنزله الصغرى و الأخرى بمنزله الكبرى نفوذ تصرّفات من عليه

الخيار مطلقاً و أن الخيار متعلق بالعقد لا بالعين

و فيه منع المقدمه الأولى فَإِنَّ سقوط الحق بتلف متعلقه إِنَّمَا يصحّ لو لم يكن المتعلق في عهده من تلف عنده و العين في المعاملات مضمونه إما بالمسمى أو بالمثل أو القيمة و كيف كان فوجه تعلق حقه بالبدل لو نفذ تصرف من عليه الخيار هو أَنّه لو جاز التصرف فلا موجب لإهمال ما يقتضيه من ترتيب آثار الملك على ملك المشتري الثاني فلو فسخ ذو الخيار يتعلق حقه بالبدل جمعا بين الدليلين

و أما وجه انفساخ المعامله الثانيه بفسخ المعامله الأولى فهو لحديث الفرعيه و حاصله أَن جواز التصرف و الانتقال إلى المشتري الثاني نشأ من كون المال ملكا للمشتري الأول فإذا أزال المنشأ بفسخ ذي الخيار يفسخ العقد الثاني إما من حين الفسخ كما هو مقتضى تأثير الفسخ في غير المقام أو من أصله كما هو مقتضى الفرعيه فَإِنَّ العقد الثاني لو كان متفرعا على الأول فإذا بطل الأول يبطل الثاني من أصله و يصير كأن لم يوجد هذا مع أَن مقتضى الفسخ تلقى كل من المتعاقدين الملك من الآخر فلا بد من انفساخ العقد الثاني من أصله حتى يتلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه لا من المشتري الثاني

إذا عرفت مدرك الأقوال إجمالا- فلا- بأس للإشارة إلى ما هو المختار فنقول الأقوى هو تعلق حق الخيار بالعقد طريقيًا فإن المقصود من جعل الخيار لدى الخيار هو تمكنه من استرجاع العين و ردها إلى حالها قبل العقد

و يؤيد ذلك تفصيل المشهور في إرث الزوجه الخيار الذي يستحقه الزوج الميت المتعلق بالأرض بين ما كانت الأرض منتقلة عن الزوج فلا- ترث و ما كانت منتقلة إليه فترث لأنّ في الانتقال عنه لا- يفيد للزوجه حق الخيار لأنها لا ترث من العقار و في الانتقال إليه ترث الثمن لو فسخت العقد و لو لم يكن العين متعلقه لحق الخيار بل كان الخيار مجرد السيلطنه على حلّ العقد من دون نظر إلى العين لما كان وجه للتفصيل كما لا يخفى

و يؤيده أيضا عدم إرث وارث الأجنبي الخيار المجعول له فإنه لو كان الخيار مجرد السيلطنه على العقد و لم يكن ماله من باب استرجاع العين بل كان هو شيئا في حيال ذاته لكان اللّازم إرث الوارث له لأنه ممّا تركه الميت و هذا بخلاف ما إذا كان ماله الخيار باسترجاع العين فحيث إنّ الوارث ليس له حظّ من العين و نفس حلّ العقد ليس له ماله فلا يرثه الوارث

و يؤيده أيضا عدم صحه نقل الخيار إلى غير من عليه الخيار فإنه لو لم يكن للخيار مساس بالعين لما كان وجه لعدم الانتقال إلى الأجنبي فعدم الانتقال إليه يكشف عن تعلق الخيار بالعين اللّهمّ إلا أن يقال إن جميع هذه المؤيّدات لا تقاوم ما تقدم في بيان حقيقه الخيار من كونه راجعا إلى ملك الالتزام و حلّ التبديل و التعهيد فإنه تقتضى كونه راجعا إلى العقد من دون مساس له بالعين

هذا مضافا إلى أنّ نفس حقيقته لا تختلف ببقاء العين و تلفها و في كلتا الصورتين يعمل الخيار و يفسخ التعهيد بعنايه واحده لا أنّ مع بقائها يرجع إلى ردّ شخصها و مع تلفها يرجع إلى ماليّتها فإذا كان إعمال الخيار على وجه واحد في المقامين فلا بدّ من أن يكون متعلقا بنفس العقد و الاختلاف ناشئا من اختلاف الموارد لأنّ إبطال التبديل بين المالين مع بقاء العين يقتضى قهرا ردّ

العين و مع تلفها حيث إنّها في ضمان الطرف يرجع المثل أو قيمه

و على هذا فالحقّ ما اختاره المصنّف قدّس سرّه و صحيحه ابن سنان حتّى يصير للمشتري غير ناظره إلى تعلّق الخيار بالعين أصلا

فإنها في مقام بيان أن تلف العين في ضمان من ليس له الخيار و في عهده إلا إذا انقضى الخيار و يصير الحيوان ملكا مستقرا للمشتري بحيث لا يقدر أن يخرج عن ملكه إلا بمعامله جديده

و بعبارة واضحة الفسخ ليس تملكا جديدا حتى يتقوم بالعين و يمنع كونه ملكا لذى الخيار عن تصرفات من عليه الخيار بل رد للتبديل السابق و حل للتعقيد و التعهد و رجوع العين أو بدلها إلى حالها السابق من لوازم رد التبديل لا من جهة تعلق الحق بها

ثم إنه لو جاز تصرف من عليه الخيار فلا وجه لبطلان المعاملات الصادرة منه لا من أصلها و لا من حين الفسخ و حديث الفرعية لا- محصل له كما لا يخفى و أما لو لم يجز لتعلق الخيار بالعين فهل يبطل المعاملات رأسا بمعنى أن من شرائط صحه البيع مثلا كون الملك غير متعلق للخيار كما أن من شرائطه عدم الفرد أو أن معنى عدم جواز تصرفاته أن لزوم العقد يتوقف على عدم تعلق الحق بالعين و الحق هو الثاني إلا على القول ببطلان الفضولي فيما لو كان العين متعلقا لحق الغير كبيع الزاهن و حيث إن المختار صحته مع إجازة ذى الحق فيصح في المقام مع إجازة من له الخيار

ثم إن تعلق حقه بالعين هل هو من قبيل تعلق حق الجنايه بالعبد الجانى و تعلق حق الشفعة بالدار المشتركة أو من قبيل حق الرهانه وجهان و الحق هو الثاني لأنه لا يمكن أن يتعلق الحق في المقام بملك الثالث و على هذا فالتصرفات المتلفه لا تجوز أصلا و أما التصرفات الناقله فمراعى بإجازة ذى الخيار و انقضاء مده الخيار و يجرى نزاع الكشف و الثقل في الإجازة كما يجرى نزاع الفسخ من الحين أو من الأصل في الفسخ بالنسبه إلى العقد الأول

و أما بالنسبه إلى العقد الثاني فيفسخ العقد الأول يبطل الثاني من رأسه لأنه كبيع الزاهن مع فسخ المرتهن نعم ليس لذى الخيار إبطال العقد الثاني من دون فسخ العقد الأول لأن حقه لم يتعلق إلا بالعين و ليس له السلطنه على عقد المالك و قد أشرنا إليه في باب الفضولى و أما وطى الأمه فلو كانت الطلقيه من شرائط صيروره الأمه أم الولد شرعا فالاستيلاد غير مانع عن تعلق حق الخيار بالعين فلا مانع من الوطى

و أما لو لم تكن الطلقيه شرطا فلا يجوز لأنه موجب لإتلاف حق ذى الخيار و لكنه لو استولدها و لو معصيه تصير الموطوءه أم الولد فيمتنع ردها بالفسخ و إن كان الخيار مقدما لأن تقدم الحق إنما يؤثر لو كان الحقان في رتبه واحده و أما لو كان أحدهما معدما لموضوع الآخر فلا يلاحظ التقدم و إذا كان رجوع العين مشروطا بإمكانه عقلا أو شرعا يؤثر الاستيلاد لأنه مانع شرعى

ثم إن مما ذكرنا ظهر مدرك الوجوه التي ذكرها المصنف من تسلط المغبون على إبطال تصرفات الغابن من حين الفسخ أو من الأصل و من عدم تسلطه و ظهر أيضا أن بطلان التصرف من حين الفسخ أو من الأصل يمكن على كلا القولين من عدم تعلق حق الخيار بالعين و من تعلقه بها فعلى القول بعدم التعلق فممنشأ البطلان من حينه أو من أصله هو الفرعية و على القول بالتعلق فممنشأ الاحتمالين كون التصرف من قبيل تصرف الراهن فبالفسخ يبطل من أصله أو كونه من قبيل تصرف من عليه حق الشفعة فيمكن للشفيع إبطال العقد الثاني أو الثالث

ثم لا- يخفى أن الحق بناء على جواز التصرف هو عدم الفرق بين العقود الجائزه و اللازمه و لا وجه لما ذكره في المسالك من

كون الغابن ملزماً بالفسخ فيما لو باع بخيار أو وهب بغير ذى الرّحم لما عرفت من أنّ حقيقه الفسخ تقتضى ردّ التبديل بمجرد
الفسخ و إذا انتقل

بدل العين حين الفسخ إلى ملك الفاسخ فلا موجب لإلزام المفسوخ عليه بالفسخ و ليس البديل فى المقام كبديل الحيلولة فإن العين فى بدل الحيلولة باقيه على ملك مالکها و البديل غرامه فلصاحب العين إلزام الضامن بتحصيل العين بخلاف المقام فإن حق المغبون بمجرد الفسخ يتعلّق بالبديل

ثم بناء على القول بعدم وجوب الفسخ فى العقد الجائر فلو اتفق عود الملك إلى الغابن بالفسخ قبل فسخ المغبون فلا إشكال فى أن فسخه يتعلّق بالعين و لو اتفق عوده إليه بسبب جديد فالعائد كأنه لم يعد

و أما لو اتفق عوده بعد فسخ المغبون فلو عاد بسبب جديد فلا إشكال فى أنه لا يتعلّق حق المغبون به و أما لو اتفق عوده بالفسخ فلا يبعد أن يقال بتعلّق حقّ المغبون به خلافا للمصنف لأنّ البديل فى المقام و إن لم يكن من قبيل بدل الحيلولة إلا أنّ منشأ تعلّق الحق به تعدّر العين فلو ارتفع التعدّر يرجع البديل و لذا لو فرض محالا- عود العين التالفه فلا إشكال فى تعلّق حقّ المغبون بها فيكون المقام كما لو صار الخلل عند الغاصب خمرأ فأخذ المالك بده ثم صار بعده خلا فإنه يرتفع البديله

و بعبارة أخرى إذا فسخ الغابن المعامله الواقعه بينه و بين الثالث و رجع العين إليه فلا بدّ أن لا تبقى فى ملكه مع فسخ المغبون لأنّ المفروض أن منشأ ملكيته للعين كانت المبادله بينه و بين المغبون فإذا ارتفعت المبادله و لو قبل رجوعه إلى الثالث ترجع العين إلى ملك المغبون و بدلها إليه حتى بناء على ما اختاره صاحب المقابس من أنّ التلّف و ما بحكمه يوجب المعاوضه القهرية الشرعيه لأنه لا ينافى وقوع المعاوضه قهرا بالتلف و بطلانها برجوع التالف إلا أن يكون للدليل الدالّ على وقوع المعاوضه إطلاق بحيث يشمل بعد رجوع التالف إلى حاله السابق و حيث إنّه لا دليل على ذلك من أصله فضلا عن إطلاقه فلا فرق بين الفسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده قبل أخذ البديل أو بعده

[و لو تصرف الغابن تصرفا مغتبرا للعين]

قوله قدّس سرّه و لو تصرف الغابن تصرفا مغتبرا للعين إلى آخره

لا يخفى عدم صحّه ما فصّله فى النقيصه بين أن يكون التّقص موجبا للأرش و بين ما لا يوجبه فإنه مضافا إلى عدم صحّته فى نفسه يكون مخالفا لما اختاره فى الأبواب الأخر من عدم الفرق بين الأوصاف

و بالجملة لو كان وصف الصحه الذى يوجب فقده الأرش فى باب خيار العيب موجبا لكون الغابن ضامنا له لكان وصف الكمال أيضا كذلك و لو لم يكن فقد وصف الكمال موجبا للضمان فلا يوجب فقد وصف الصّحّه أيضا لأنّ التّفريقه بينهما إنّما يكون بأحد الوجهين الأول كون وصف الصحه بمنزله الجزء بأن يقع مقدار من الثمن بإزائه دون وصف الكمال و ذلك ممّا لا يلتزم به المصنف و لا يمكن الالتزام به لأنّ الأوصاف و إن كانت موجبه لزياده مائيه المال إلا أنّها لا تقع بإزائها فى عقد المعاوضه شىء من العوض و ثبوت الأرش فى مقابل وصف الصّحّه إنّما هو بالتعبّد لا من جهه وقوع الثمن بإزائه و إلا كان اللّازم ردّ بعض من خصوص الثمن و الثّانى أن يكون زوال وصف الصّحّه تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بأنّ الضمان

المعاوضى و إن تبدل بضمان اليد بعد القبض إلّا أن تبدله به إنّما هو فى خصوص العين و وصف الصّحه دون وصف الكمال و هذا أيضا ممّا لا يمكن التزام به لأنّه لا فرق بين الأوصاف فى أنّها بأجمعها مضمونه على المفسوخ عليه كما تكون مضمونه على الغاصب لأنّ وجه الضمان فى البابين هو قاعده اليد

و لا يمكن أن يقال بأنّه لا وجه لضمان المفسوخ عليه

النقص الحاصل في ماله فإنه لو تم ذلك اقتضى أن لا يكون ضامنا لوصف الصِّححه بل العين أيضا لأنَّ كلاً منهما ملكه و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا- إشكال بمعنى أنه يجب عليه ردّ المثل أو القيمة و استرداد ما دفعه إلى طرفه لو لم يكن التّلف في زمان خيار الطّرف و إلّا يجب عليه ردّ المثل أو القيمة من دون استرداد ماله أو بدله

و ممّا ذكرنا ظهر حكم الإجاره فإنّها نقص يجب على المفسوخ عليه تداركه و لا يمكن الفرق بين الفسخ و التّفاسخ و لم يبين المصنف وجه الفرق أصلا

ثمّ إنّ مما ذكرنا ظهر ما في حاشيه السيد من قوله و لكنّ الظاهر أنّ الفقهاء لا يلتزمون بما ذكرناه فإن سقوط خيار التّفليس بنقصان وصف الصِّححه و عدم سقوطه بنقصان سائر الأوصاف لو قيل بهما فليس ذلك للفرق بين الأوصاف بل لاعتبار قيام العين على ما كانت عليه حال البيع في ذلك الباب و مع تلف وصف الصِّححه ليس العين قائمه بعينها دون وصف الكمال ففي تلف وصف الصِّححه تكون العين كسائر أمواله ممّا يتعلّق بها حق الغرماء دون تلف وصف الكمال فإنّ البائع يأخذ نفس العين و قولهم في باب الفلس بأنّه لو ردّ البائع العين المعيبه ليس له الأرش للنقصان لا يستقيم و لذا ينتقل هو خلافه عن العلّامة و الشّهيد

و بالجملة معنى الضّمان في المعاوضات كالبيع مثلا هو أنّ البائع ضامن للمبيع قبل القبض أي عهده المبيع عليه فإذا تلف يفسخ البيع و يتعيّن المسمّى للعوضيه أي يرجع نفس الثّمن إلى المشتري و بعد إقباضه ينتقل الضّمان أي عهده المبيع إلى المشتري فإذا تلف و طرأ على العقد فسخ أو إقاله يجب عليه ردّ المثل أو القيمة و يسترد ثمنه من البائع لو كان موجودا أو مثله أو قيمته لو كان تالفا

فعلى هذا يكون كلّ من المتبايعين ضامنا لما انتقل عنه قبل القبض و ضامنا لما انتقل إليه بعد القبض و ضمانه بعده ضمان اليد فإذا كانت يده يد ضمان يجب عليه ردّ قيمه العين بجميع أوصافها التي تتفاوت بها مائته المال و لو كانت مثل وصف الكمال

و على هذا فلا- فرق في النقص الحاصل في مال الفاسخ بين أن يكون من جهه إجاره الطّرف أو غيرها فإنّ إجارته و إن كانت صحيحه بناء على عدم تعلّق حق الخيار بالعين في غير المشروط برّد مثل الثّمن إلّا أنّها توجب نقصان في المال فإنّ مناط مائته المال منفعه و المفروض أنّ ضمان النقص على المفسوخ عليه فيجب عليه تدارك النقص بتقويم المال غير مسلوب المنفعه و تقويمه مسلوب المنفعه في مده الإجاره و أخذ التفاوت

و بالجملة كون المنفعه تابعه للملك لا ينافي ضمان الموجب للنقص الحاصل بالإجاره نعم لا وجه لأن يكون ضامنا لأجره المثل لأنه قد تصرف في ملكه من دون تعلّق حق به و أجره المثل إنّما تصحّ في التصرف في مال الغير بدون تعيين العوض كما أنّه لا يكون ضامنا لأجره المسمّى و ذلك واضح فالفرق بين التّفاسخ و الفسخ لا يعقل و كون التّفاسخ من الأصل و الفسخ من الحين غير فارق بعد ما ظهر أنّ المناط في الضّمان كون يده يد ضمان هذا مضافا إلى أنّه لا وجه للفرق بين التّفاسخ و الفسخ فإنّ كلاً منهما من الحين و حكمهما حكم الإقاله و الانفساخ

قوله قدّس سرّه و إن كان التّغيير بالزيادة إلى آخره

الزيادة قد تكون حكميّة محضه أى ليس لها ما بحذاء خارجى كقصاره الثّوب و قد تكون عينيه محضه كالغرس و قد تكون من كلتا الجهتين كالصّيبغ بالنّيل و خياطه الثّوب إذا كان الخيط من الخياط ثمّ إنّ الزّيادة قد تكون موجه لزيادة قيمه العين و قد لا تكون

أمّا ما لا يوجب زيادة قيمه فالحقّ عدم ثبوت شىء لمحدثها

لأنه عمل لنفسه في ماله و لا يمكن أن يكون عمله لنفسه مضمونا على غيره و أمّا ما يوجب الزيادة في القيمة فإذا كانت حكميته فتاره تكون هذه الزيادة بفعل الغابن و أخرى بفعل من الله سبحانه و ما بفعل من الله سبحانه قد يكون عمل الغابن معدا له كتعليف الدابة و سقيها الموجبين للسمن و قد لا يكون فعلا من الغابن أصلا كما لو صار العبد كاملا بصنع الله تبارك و تعالى و معنى كون الزيادة بفعل الغابن أن تكون الزيادة أثرا لفعله بحيث كان فعله عله تامه لحصول الزيادة كقصاره الثوب

ثم إن في المقام مصاديق مشتبهه في أن الأثر مترتب على الفعل بلا واسطه أو مترتب عليه مع الواسطه كتعلم العبد فإنه قد يقال بأن التعليم عله تامه له و قد يقال بأنه معد له كالعلف للدابة فإنه معد للسمن و كيف كان فلو كانت الزيادة بفعل من الله من دون مدخله للغابن في حدوثها أصلا أو كان فعل الغابن معدا لها فإذا فسح المغبون فليس للغابن شىء يازائها لأنها و إن حدثت في ملكه و كان هو مالكةا قبل الفسخ إلا أن منشأ ملكيته لها هو التبعية للعين فإذا انتقلت العين عنه إلى المغبون تصير تابعه لملك المغبون

و أمّا لو كانت الزيادة بفعل من الغابن فيصير شريكا مع المغبون فإن كون الزيادة أثرا لفعله يوجب أن يملكها العامل و لا ينافى تبعية العمل للعين في الملكيه ملكيه الاستقلاله عند خروج العين عن ملكه فإن هذا العمل له جهتان جهه منسوبه إلى الفاعل من حيث صدوره عنه و جهه منسوبه إلى المحل من حيث وقوعه فيه و جهه الوقوع متأخر رتبه عن جهه الصّيدور فيلاحظ في المقام ملكيته من حيث الصّيدور فإذا ملكه مستقلا فانتقال العين عنه لا يوجب انتقال هذا الملك منه فلو لم ينتقل يصير شريكا مع المغبون في المائيه لا في العين فيقوم الثوب مثلا مع القصاره و بدونها و يكون التفاوت بين القيمتين ملكا للغابن

و من هذا البيان ظهر وجه فرق الأساطين في وجوب تسليم العين الذي عمل فيها المؤجر عملا و عدم وجوبه بين الموارد فإن المورد الذي له حبس العين هو ما كان العمل ملكا له مستقلا فكأن المؤجر يبدل عمله بالأجره فله حبس عمله حتى يأخذ ثمنه و لما لم يمكن حبسه إلا بحبس العين فلا يجب عليه تسليمها و المورد الذي ليس له الحبس ما لم يكن عمله عله تامه لترتب الأثر كسقى الدابة و علفها فليس له الأجره إلا بعد تسليم العين لأن المؤجر لا يستحق الأجره إلا بعد العمل

و المفروض أن عمله ليس موجبا لأن يملك أثره لعدم كونه عله لتحقق الأثر فليس له إلا أجره العمل هذا كله في الزيادة الحكيمه و أمّا الزيادة العينيّه المحضه كالغرس فتنقيح البحث فيه يتوقف على بيان أقسام الغرس إجمالا

فنقول إذا اختلف و تعدد مالك الأرض و مالك الشجر فتاره يكون تعددهما ابتدائيا و أخرى عارضيا فالأول كما إذا غرس من استعار الأرض أو استأجرها إغارها أو إجاره مطلقه أو لخصوص الغرس أو غرس غاصب في أرض الغير أو غرس فيها الجاهل بفساد المغارسه المعموله في بعض البلدان و هى أن يغرس في أرض الغير بأن يشتركا في الغرس و الأرض و الثانى كمن باع الشجر دون الأرض أو بالعكس أو باع الأرض من زيد و الشجر من عمرو أو باع الأرض من زيد فغرس زيد فيها ثم أخذ الأرض منه بالشفعه و هذا على أقسام ستّه غير التعدد بالبيع قسمين منها تعدد المالك نشأ من جهه الحق الثابت قبل الغرس كحق الخيار و حق الفسخ و أربعه منها نشأ الحق بعد الغرس كالتفاسخ و الانفساخ و الإقاله و خيار التفليس

أَمَّا إِذَا كَانَ الْمَالِكُ مُتَعَدِّدًا ابْتِدَاءً فَالْحَقُّ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ أَنَّ

لمالك الأرض قلع الشجر من دون أرش عليه لصاحبه أما في مورد الغصب فلائنه ليس لعرق ظالم حقّ و أما في البيع الفاسد فلائنّ الغارس و إن لم يقدم على تلف ماله إلا أنه مشترك مع الغاصب في عدم ثبوت حقّ الإبقاء له لأنّ مناط جواز القلع عدم ثبوت حقّ للغارس لا الإثم و الإقدام و منه يظهر جواز القلع في مورد العاريه و الإجاره و لو للغرس فإنّ بعد انقضاء مدّه الإجاره أو بعد رجوع المعير لا حقّ للغارس في بقاء شجره في أرض الغير

و أمّا إذا طرأ التعدّد فلا- شبهه أنه لو تعدّد المالك بالبيع فليس لمالك الأرض القلع و لا الأجره لأنّه ملكها مشغوله بالشجر و الشجر مناط مألتيه وصف الشجرية فيستحق مالكه بقاؤه من دون حقّ عليه لمالك الأرض و من هذا القبيل إرث الزوجه للمثبات فإنّها تستحقّ قيمتها بما هي مثبات و أمّا لو تعدّد بالفسخ أو بالشفعه أو بسائر الأسباب من الانفساخ أو التّفاسخ أو الإقاله أو خيار التّفليس فقد يقال في جميع هذه الأقسام السّته بعدم جواز قلعه لمالك الأرض مطلقا

و قد يقال بجواز قلعه مع الأرش في جميع الصّور أو بجوازه بلا أرش و قد يفصل بين الفسخ و الشّفعه و بين سائر الأسباب فيجوز القلع فيهما لا في غيرهما و منشأ التّفصيل توهم أنّ الملك في مورد الشّفعه و الخيار مترنزل و حقّ ذى الخيار و الشّريك متعلّق بالأرض قبل الغرس فيجوز لذى الحقّ قلع الشجر إذا رجع إليه الأرض و لكن الحقّ أنّ الملكيه في جميع الموارد غير مترنزل و جواز الرجوع حكم شرعيّ فالأرض لا يتعلّق بها الحقّ في جميع الموارد

و منشأ جواز القلع مطلقا أنّ الفسخ أو الانفساخ و ما بحكمهما يقتضى رجوع العين على ما هو عليه قبل الغرس و الغرس لو كان موجبا لتلف وصف من الأوصاف حقيقه لكان ضمانه على من تلف الوصف عنده كما لو صارت العين معينه لا يمكن زوال عيبها و أمّا لو لم يوجب تلف الوصف حقيقه لإمكان قلعه فلا وجه لأن يكون باقيا حتّى يكون على الغارس أجره المثل

و من هذا البيان ظهر وجه جواز القلع مع الأرش على القالع أمّا جوازه فلما تقدم و أمّا الأرش فللضّرر الوارد على مالك الشجر من دون إقدام منه عليه

و بعباره أخرى غرسه عمل محترم فلا يمكن إزالته من دون أرش و منشأ عدم جواز القلع مطلقا أنّ الغرس وقع من أهله في محلّه فالغارس مالك للغرس بوصف الشجرية غايه الأمر أنّ غرسه موجب لتفويت منفعه الأرض على مالكها فله أرش نقص هذه المنفعه الفائته

و بالجملة الغارس استوفى منفعه الأرض ما دام غرسه باقيا فيجب عليه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك ما استوفاه بأجره المثل أو قيمه النقص و لا يبعد أن يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء و لكنّه يرد عليه أنّ هذا التقريب دور واضح لأنّ استحقاق مالك الغرس للإبقاء يتوقف على استيفائه منفعه الأرش حتّى يكون باستيفائه متلفا منفعه الأرض و كونه مستوفيا متوقف على عدم جواز قلع مالك الأرض و أمّا لو جاز فلم يستوف إلا قبل زمان الفسخ أو الانفساخ و عدم جوازه يتوقف على استحقاق مالك الغرس للإبقاء

و بالجملة كما أنّ مالك الشجر مالك له بوصف الشجرية فكذلك مالك الأرض مالك لجميع منافعها فتقديم حقّ أحدهما من

دون مرجح ممتنع إلما أن يقال بالفرق بين الفسخ و ما بحكمه و بين الانفساخ و ما بحكمه و بين الانفساخ و ما بحكمه و هو أن الملك في الأوّل و إن كان تاما و الحق لم يتعلّق إلما بالعقد إلمّا أن كونه في معرض الزوال يوجب الشكّ في بقاء احترامه بعد الفسخ فيجب أن يثبت الاحترام

للغرس بعد الفسخ حتى لا يمكن لمالك الأرض قلعه و إثبات احترامه بعده دورى و هذا بخلافه فى الثانى فلأنه ليس فى معرض الزوال أصلا إلا إذا وقع التفسخ أو الإقاله على خلاف العاده فيبقى فى ثبوت حق الغارس كون ملكه من حيث السبب و المسبب تاما فغرسه محترم لأنه وقع من أهله فى محله فيكون كسائر تصرفاته مثل إجارته و هبته فإذا كان حين الغرس محترما فيوجب أن يكون القلع ممتنعا شرعا فيصير كالتلف الخارجى

نعم على الغارس أجره المثل ما دام شجره باقيا و عليه ضمان النقص فى الملكيه أيضا لو كان الغرس موجبا له و لو مع ثبوت الأجره فإنها قد لا تتدارك بها النقص الحاصل فى المبيع فإن الأرض المستأجره مدّه مديده لا يرغب فى شرائها و لو أعطى الأجره للمشتري لأن نفس كون الأرض فى يد المالك بحيث يتصرف فيها ما يشاء ماله لا تتدارك بأجره الأرض و عدم تعرض الأساطين لأرش النقص و ذكر أجره المثل وحدها إنما هو لإيكال الأمر إلى محله و هو ضمان الصفات التى بها تتفاوت الماله

و بالجملة و لو قلنا باستحقاق مالك الغرس للإبقاء إلا أنه مع ذلك يجب عليه أجره المثل فى ما بعد الانفساخ لأن عدم جواز القلع لمالك الأرض تكلفى لا ينافى ثبوت الأجره له كما فى جواز أكل مال الناس فى المخصصه فإنه لا ينافى الضمان فالضمان يجتمع مع حق البقاء

ثم إنه قد ظهر أن وجه ثبوت حق البقاء له هو حرمة المال لا الضرر الوارد عليه لأن الضرر عليه معارض بضرر المالك و لا يقاس بالضرر الوارد على الجار من جهة تصرف صاحب الدار فى أن ضرر صاحب الدار لا يرتفع بقاعده لا ضرر لأن الضرر عليه نشأ من قاعده لا ضرر فى حق الجار فقصر السيلطنه الناشئه عن لا ضرر إذا كان ضرريا لا يرتفع بلا ضرر لأن الموضوع المتولد من الحكم على موضوع لا يشمل هذا الحكم و هذا بخلاف المقام فإن كل واحد من ضرر مالك الأرض و ضرر صاحب الغرس فى عرض واحد فلا يمكن أن يكون أحدهما مرفوعا بلا ضرر دون الآخر

ثم إنه بناء على أن يكون جواز القلع دائرا مدار الضرر فوجه فتوى المشهور بأن الزرع ليس حكمه حكم الشجر فى جواز قلعه لمالك الأرض ظاهر لا لما قيل من أن للزرع أمدا ينتظر فإن مجرد ذلك لا يوجب الفرق بل لأن بقاء الزرع إلى زمان الحصاد ليس ضررا على مالك الأرض فإن الأرض معدّه فى طبعها للزراعه و استيفاء منفعتها فإذا أمكن استيفؤها بأخذ الأجره من مالك الزرع لم يتوجه ضرر على مالك الأرض حتى يتعارض الضرران و هذا بخلاف بقاء الأرض مشغوله بالشجر مدّه مديده فإنه ضرر على مالكةها و لو استوفى أجره الأرض و لذا لو أعطى غاصب الدار أجرتها أزيد مما يعطيه غيره لكان نفس عدم تسلط المالك على داره ضررا عليه

و بالجملة فرق بين الزرع و الغرس فى ورود الضرر على مالك الأرض نعم غرس شجر التوت لدود القز حكمه حكم الزرع فالأولى التفصيل بين موارد الغرس ثم إنه لا يبعد أن يكون وجه التفصيل بين الغرس و الزرع من أن للزرع أمدا ينتظر راجعا إلى ما ذكرناه من الفرق بينهما فى الضرر و عدمه

قوله قدّس سرّه و لو كان التّغيير بالامتزاج إلى آخره

لا يخفى أنّ المزج قد يكون اتّفاقيا و قد يكون بفعل شخص فإذا كان اتّفاقيا فلا ضمان على من كان المال عنده و إن أوجب النقص لو لم تكن يده يد ضمان و أمّا إذا كانت يده يد الضّمان فحكمه المزج عمدا

و أمّا لو كان بفعل شخص فالنقص عليه لو كانت يده يد الضّمان

كالغاصب و من بحكمه كما فى مورد المعامله الفاسده أو المعامله الصّحيحه بعد القبض لما تقدّم سابقا أنّ كلّ نقص حصل فى يد من عليه الخيار و من بحكمه ممّن يكون ضامنا للمقبوض فضمانه على ذى اليد

ثم إنّ المزج إمّا أن يكون بغير الجنس أو بالجنس و الممزوج بغير الجنس قد يعد تالفا عرفا كمزج ماء الورد بالتّفط و حكمه هو الرّجوع إلى المثل أو القيمه و قد لا- يكون تالفا و هو على أقسام لأنّه إمّا يوجب المزج انقلاب المالكين إلى حقيقه أخرى أى به تبدّل الصّوره النوعيه للممتزجين إلى صوره أخرى كما فى مزج أجزاء التّرياق الفاروق و مزج الخلّ بالأجنبيين على قول و إمّا لا يوجب الانقلاب و هو على قسمين قسم يرتفع الامتياز بينهما كمزج الخلّ بالدّبس و قسم لا يرتفع الامتياز إلّا أنّه يتعدّر أو يتعسّر الإفراز بينهما كمزج الحنطه بالشّعير

و حكم الصّوره الأولى هو الاشتراك فى المائيه كما هو مقتضى القاعده فى كلّ مال اختلط مع الآخر اختلاطا يرفع التّمييز لأنّ الخصوصيه العيئيه الشخصيه لكلّ من المالكين إذا ارتفعت لا يمكن أن يتعلّق بهما حكم تكليفا كان أو وضعا فيتعلّق الوضع بأصل الماله فيشتركان فى العين بحسب المائيه أى يقوم الخلّ منفردا و الأجنبيين منفردا و يؤخذ لكلّ من المالكين قيمه الممزوج بالنسبه من نفس العين فإذا كان قيمه ممّن من الأجنبيين دينارا و قيمه ممّن من الخلّ دينارا أو اختلطا و صارت القيمه ثلاثه دنانير فليس الاشتراك هنا أولا- فى العين بأن يأخذ صاحب الأجنبيين ممّا من المخلوط و صاحب الخلّ ممّن لأنّ بالخلط تصير قيمه الأجنبيين ناقصه و قيمه الخلّ زائده فلا بدّ من أن يشتركا فى المائيه بأن يأخذ صاحب الأجنبيين ممّا و نصفا و صاحب الخلّ أيضا كذلك لأنّ هذا نسبه قيمه مالهما إلى المجموع و لا يتوقّف التّقسيم و الإفراز هنا على البيع كما فى قصاره الثّوب لأنّه لا يمكن فيها تقسيم الثّوب

و أمّا حكم الصوره الثانيه و الثالثه فسيجى ء و على أىّ حال المزج فى الصّور الثلاث لا يوجب سقوط حقّ الخيار و لا الرّجوع إلى المثل أو القيمه نعم لو كان الخيار متوقّفا على بقاء العين بعينها سقط من هذه الجهه كخيار التّفليس و العيب كما أنّه لو كان الجواز الحكمى أيضا متوقّفا على البقاء كما فى الهبه لا يجوز الرّجوع عند الخلط

و أمّا لو امتزج بالجنس فى صوره تساوى الجنسين لا شبهه فى الاشتراك فى المقدار إنّما الكلام فى المزج بغير الجنس فى الصّورتين الأخيرتين و المزج بالجنس فى صوره الخلط بالأردإ و الأجود و تنقيح البحث فى جميع صور الامتزاج يتوقّف على بيان أمرين الأوّل أنّ الامتزاج فى المائعات يوجب الاشتراك بمقتضى القاعده الأولى لما عرفت من أنّ التّالف لا يتعلّق به تكليف أو وضع سواء حصل التّلف قهرا أو بالاختيار عدوانا أو بحقّ و المفروض أنّ الامتزاج موجب لتلف الخصوصيه الشخصيه من كلّ مال فى جميع الصّور فكما لا- يمكن أن يتعلّق تكليف بإفراز المالكين فكذلك الوضع فمع تلف الشخصيه لا- يمكن أن يكون مالك المال قبل الامتزاج مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج فيوجب التّلف الإشاعه قهرا عكس القسمه

الثانى أنّ للاشتراك مراتب ثلاثه لا تصل النوبه إلى المرتبه اللّاحقه إلّا بعد تعدّر السّابقه الأولى الاشتراك فى الممتزج بنسبه المالكين فى المقدار لأنّه لو أمكن أخذ كلّ مالك من عين الممزوج بمقدار حقه قبل المزج فهو المتعّين و هذا فى مزج الجنس بالجنس مع تساويهما فى الصّفات واضح فإنّ الفائت ليس إلّا الخصوصيه الشخصيه دون

أصل المال و وصفه و مالتيته فيأخذ كل منهما بمقدار حقه من العين

الثانيه الشركه في العين بمقدار الماليه لا بمقدار الوزن و هذا كما في مزج الخل بالعسل لأنّ الفائت هنا شيئان خصوصيه المالين و تلف الصوره و لو عرفا فإن الخل لم يبق بصورته الأولى و لا العسل فهما شريكان في قيمه الممزوج و لكن من نفس الممتزج فإنه لا وجه لشركتهما في الثمن مع أنّ مادّه مالهما موجوده

الثالثه الشركه في الثمن كما في قصاره الثوب و صبغه فإنه لا يمكن الاشتراك في الثوب فيباع و يقسم الثمن بمقدار المال و العمل أو بمقدار المالين و العمل إذا عرفت ذلك ظهر أنّ الحق في المزج بالجنس مطلقا هو الشركه في المقدار نعم لو امتزجه الغابن أو الغاصب بالأردإ فعليه أرش النقص و لا وجه للشركه في الماليه لأنه إذا أمكن الشركه في المقدار لا تصلّ الثوبه إلى الشركه في قيمه فإنّ امتزاج الحنطه الجيده بالرديئه لا- يوجب إلّا فوت الخصوصيه الشخصيه و تلف وصف الجوده أمّا فوت الخصوصيه فيوجب الشركه و أمّا تلف الجوده فيوجب استحقاق الأرش فلا- وجه لأن يقوم المجموع و يأخذ كل منهما منه بمقدار قيمه ماله مع إمكان أخذ مقدار المال مع الأرش و ليس مزج الجيد بالرديء كمزج العسل بالخل في تلف الصوره حتى يقاس عليه فإنّ الصوره باقيه هنا عرفا

و أمّا لو امتزجه بالأ-جود فلا- شىء له أمّا الغاصب فظاهر و أمّا الغابن فلاّنه لم يعمل عملا حتى يشترك في الثمن و ليس على أحد ضمان جوده ماله فلا شىء له و زياده صفه في مال المغبون رزق رزقه الله تعالى ثم لا يخفى ما في عباره المصنف من اختصاص إشكال الرّبا في الخلط بالأجود مع أنّه لو لزم الرّبا للزم في الصورتين لأنه لا فرق بين أن يأخذ الغابن أزيد من مقدار ماله أو المغبون و لكنّه لا يلزم في المقام من أصله و إنّه يجرى في المعاوضات و توابعها و في الضمانات و في المقام إذا اقتضى مزج المالين ذهاب المقدار كما في تبدل الصوره بصوره أخرى تصير العين مشتركه بينهما بحسب الماليه و هذا ليس تبديلا حتى يلزم الرّبا

[بقي الكلام في حكم تلف المعوضين]

قوله قدس سرّه بقى الكلام في حكم تلف المعوضين إلى آخره

لا يخفى أنّه ينبغي أن يذكر حكم التّلف في أحكام الخيار و إنّما ذكره في المقام لمزيد اختصاص به و هو أنّه قد ادّعى الشهره بل الإجماع على أنّ تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن مسقط لخياره فقد يتوهم أنّه لو كان التصرّف مسقطا لكان التّلف أولى فذكروا حكم التّلف في المقام لدفع هذا التوهم و هو أنّه لو قلنا بسقوط الخيار بالتصرّف فلا يلزمنا القول بسقوطه بالتّلف إلّا أن يكون ما علل به في التذكرة للسقوط بالتصرّف و هو عدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك هو بنفسه موردا للإجماع أو يكون مفاد دليل معتبر و المفروض أنّه لا هذا و لا ذلك فلا وجه للسقوط بالتّلف مع أنّه قد عرفت أنّ أصل سقوطه بالتصرّف ليس إجماعيا

ثمّ إنّه لا يخفى عدم الفرق بين تلف مال من عليه الخيار و تلف مال من له الخيار فإنّ حكم التّلف في جميع الصور واحد سواء

تلف مال الغابن أو المغبون كان قبل الفسخ أو بعده فلا وجه للبحث فيما وصل إلى كلّ منهما مستقلاً نعم في خصوص الفسخ قبل التّلف فرّق العلّامة فيما وصل إلى من عليه الخيار و من له الخيار فقال لو فسخ ذو الخيار و تلف ما وصل إلى من عليه الخيار ليس عليه ضمان فإنّ العين في يده أمانه و أمّا لو تلف ما وصل إلى من له الخيار بعد الفسخ فيده يد ضمان

و لكن أورد عليه شراح هذه العبارة و قالوا بعدم الفرق بين الصّورتين و أنّ يد كلّ منهما يد ضمان و مجرد كون الفسخ ناشئاً من قبل

من له الخيار لا- يوجب أن يكون يد من عليه الخيار يد أمانه فإذا لم يكن فرق بين الصّور أصلاً فنقول في محلّ البحث و هو التّلف قبل الفسخ أنّ التّلف إمّا أن يكون بآفه سماويّه أو بالإتلاف و المتلف إمّا من كان المال بيده أو طرفه أو الأجنبي فإذا كان التّلف بآفه أو بإتلاف من كان المال بيده فبالفسخ ينحلّ العقد و يرجع كلّ من المالين إلى صاحبه فلو كان الثّمن موجوداً عند البائع الغابن و تلف المبيع عند المشتري المغبون بآفه أو بإتلافه يرجع المغبون إلى عين ثمنه و يضمن قيمه التّالف للبائع

ثمّ إنّ المدار في قيمه هل على قيمه يوم التّلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء أو أعلى القيم وجوه و الأقوى هو الثالث لأن منشأ القول بأعلى القيم في غير المورد هو أن تفاوت القيمه الشّوقيه كتلف الأوصاف مضمون على القبض و في المقام نفس الأوصاف الحاصله بين القبض و الفسخ ليس ضمانها على الفاسخ فضلاً عن ارتفاع القيمه فإنّ سمن الدابّه المهزوله حين العقد غير مضمون على الفاسخ فإنّ ما اخترناه من ضمان الأوصاف هو الأوصاف الموجوده حال العقد التالفه حين الفسخ لا كلّ صفه تالفه و لو لم تكن موجوده حال العقد فيدور الأمر بين الأقوال الثلاثة و القول بيوم القبض في غير هذا المورد ينطبق على القول بيوم الفسخ في المقام لأنّه يوم يصير المال في عهده من كان مالكا له قبل الفسخ و حيث قلنا في باب الغصب و العقد الفاسد أنّ صحيحه أبي ولاد لا- تدلّ على اعتبار يوم الغصب و لا تقتضى القواعد العامّه أيضاً الانتقال إلى القيمه يوم الغصب فالقول بيوم الفسخ لا وجه له لأنه و إن كان يوم ردّ كلّ مال إلى صاحبه إلّا أنّ المال لما صار بسبب القبض مضموناً بضمان اليد فمقتضى الضّمان أنّه لو طرأ الفسخ و كان المال تالفاً يجب ردّه بماليته و أمّا ردّ قيمته يوم الفسخ فلا دليل عليه فيدور الأمر بين يوم التّلف أو يوم الأداء و منشأ الوجهين هو ما تقدم في ضمان اليد من أنّ التّلف هل يقتضى أن تتقدر مائيه المال في ذاك اليوم أو لا يقتضى ذلك بل يبقى ماليته في ذمه المتلف أو من تلف عنده إلى يوم الأداء و المختار هو الأخير

و كيف كان فلا يحتمل الضّمان في الفسخ بعد التّلف إلّا قيمه يوم التّلف أو يوم الأداء لا سائر الاحتمالات ثم لا يخفى أنه لو قيل بأنّ المدار على قيمه يوم التّلف فلا وجه لصحّه المصالحه على العين التالفه لأنّه لو لم يكن للعين اعتبار البقاء و لو بحسب المائيه فلا يصحّ الصّالح إلّا على قيمتها فلو صحّ على نفس العين يجب أن يكون المدار على يوم الأداء فالجمع بين جواز الصّالح و القول بيوم التّلف غير ممكن كما أنّه لو قيل بأنّ المدار على يوم التّلف فينبغي عدم الفرق بين الانفساخ و الفسخ

فما يظهر من الدّروس و من تبعه من أنّه لو اشترى عينا بعين فقبض إحداها دون الأخرى فباع المقبوض ثم تلف غير المقبوض أنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض دون الثّاني فيغرم البائع الثّاني قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض لا وجه له لأنّ غرامه البائع الثّاني الذي هو المشتري قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض ينطبق على القول بأنّ المدار على يوم الفسخ و إلّا لكان على البائع الثّاني قيمه يوم البيع الصّادر منه مع المشتري الثّاني فإنّه يوم تلف المبيع

و بالجمله قد ذكرنا مرارا أن مقتضى الضّمان المعاوضي كون البائع ضامناً للمبيع و المشتري للثّمن قبل القبض فإذا تلف أحدهما حينئذ يرجع الباقي إلى مالكة الأوّل لانفساخ المعامله بسبب التّلف قبل القبض

ثمّ إذا وقع التّقايبض يتبدّل ضمان البائع للمبيع بضمانه للثّمن و ضمان المشتري للثّمن بضمانه للمبيع

و ينتقل الضمان المعاوضى بضمان اليد أى إذا تلف المبيع مثلا ثم طرأ الفسخ أو الانفساخ أو الإقالة يردّ المشتري إلى البائع قيمه المبيع و يأخذ ثمنه العدى كان بدلا عن المبيع و إذا تلف كل منهما فيأخذ كل منهما قيمه ماله العدى انتقل إلى الآخر ففي هذا المال حيث تلف المبيع أولا لانتقاله إلى الغير ثم طرأ الانفساخ من جهة تلف الثمن الغير المقبوض فالانفساخ يقتضى رجوع كل مال إلى صاحبه الأصلي و إذا كان كل منهما تالفا أحدهما قبل القبض و الآخر بعده فالقاعده تقتضى فى تلف المقبوض الرجوع إلى قيمه يوم التلف بناء على ما اختاروه و يوم تلف المبيع هو قبل الانفساخ أى يوم البيع و فى تلف الثمن حيث إنّه قبل القبض يقتضى رجوع المبيع إلى مالكة الأصلي و لما لم يمكن الرجوع بعينه فيرجع بمالتيته إما متقدّره أو غير متقدّره و لا وجه لرجوع قيمته يوم الانفساخ و الفرق بين الفسخ و الانفساخ لا وجه له

هذا كلّ حكم التلف أو الإتلاف من المنتقل إليه و ظهر أنه لا فرق بين تلف ما عند الغابن أو المغبون فحكم تلف ما عند الغابن بتلف سماوى أو بإتلافه حكم التلف عند المغبون

بقى الكلام فى إتلاف كل واحد ما عند الآخر و إتلاف الأجنبى فلو أتلف الغابن ما عند المغبون فلو لم يفسخ يأخذ قيمه ماله يوم الإتلاف و إذا فسخ يأخذ ثمنه ثم يردّ عليه قيمه التالف يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء و يأخذ منه قيمه التالف يوم الإتلاف بناء على أن الإتلاف يقتضى اشتغال ذمه المتلف بقيمه ذلك اليوم فقد يختلف قيمه التي يردّها و التي يأخذها و لو أتلف المغبون ما عند الغابن ثم فسخ يأخذ المغبون قيمه ماله على أحد الوجوه المتقدّمه و لكن يأخذ الغابن من المغبون قيمه يوم الإتلاف زادت على قيمه التي قيل بها فى التلف أو نقصت

و بالجملة كلّ مورد وقع تلف أو إتلاف فى أحد العوضين دون الآخر فالباقي يردّ إلى صاحبه الأصلي بالفسخ أو الانفساخ و إنّما الكلام فى التالف فى أنّه يؤخذ قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء فإذا قلنا بأنّ الإتلاف يقتضى قيمه التالف يوم الإتلاف و الفسخ يقتضى قيمه التالف يوم الفسخ أو الأداء فإذا كان قيمه يوم الإتلاف مغايرا لقيمه يوم الفسخ أو الأداء يختلف ما يأخذه الفاسخ مع ما يأخذه المفسوخ عليه و أمّا لو كان موافقا فيصير تهاترا قهريا

و لو أتلف الأجنبى فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمه التالف يتعيّن رجوع الفاسخ إلى المفسوخ عليه و كذا العكس و أمّا لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا- يتعيّن على كلّ منهما الرجوع إلى طرفه بل يتخيّر بين الرجوع إلى الطرف و الرجوع إلى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب

نعم بناء على الاعتبار بيوم الفسخ يتعيّن الرجوع إلى الطرف لأنّ المال و إن كان فى ذمه المتلف أيضا إلّا أنّه قد أتلف ما ليس للفاسخ قبل الفسخ فهو ضامن لمالكة الفعلى و المالك الأصلي يطلب مصداق ماليته يوم الفسخ و من يشتغل ذمته بمصداق هذا اليوم هو الطرف لا المتلف فإنّه إنّما يضمن لعين المال أو قيمته يوم التلف أو يوم الأداء

و على أى حال لا- وجه لتعيّن الرجوع إلى المتلف حتى بناء على اشتغال ذمته بالغبن أو بمالتيها الغير المتقدّره لأنّ المال و إن كان قبل الفسخ ملكا لمن انتقل إليه و بعد الفسخ ملكا لمن انتقل عنه إلّا أنّ مقتضى ضمان الطرف جواز رجوع من انتقل عنه

التألف إلى الطرف أيضا كما في تعاقب الأيدي ثم إنه لا يخفى أن الإبراء بمنزله القبض كما في إبراء الزوجه قبل الدخول مهرها
فلو أتلف الغابن مثلا

مال المغبون فأبرأه المغبون ثم فسخ بأخذ ثمنه من الغابن و يرد عليه قيمه ما أبرأه من دون أخذ قيمه التالف و ذلك واضح

[مسألة الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه مائته]

قوله قدس سره الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه مائته إلى آخره

لا يخفى أنه لو كان مدرک ثبوت خيار الغبن هو الإجماع لكان اللّازم هو الاقتصار على مورده و أمّا لو كان هو الشرط الضمني أو نفى الضرر فيجرى في كل معاوضه كان بناؤها نوعا على الدقه و عدم المغابنه و لما اخترنا أنّ مدرکه الشرط الضمني فيتعدى إلى المعاوضات التي مبناها على الدقه فينبغى بيان بناء المعاوضات طرّا فنقول منها ما يقتضى البناء النوعى فيه على تساوى المالمين و هو البيع و الإجازة و الصّالح القائم مقامهما كصلح ما فى ذمه شخص بعوض معین

و منها عكس ذلك كالصّالح الواقع فى مقام رفع الخصومه و كالصّالح الواقع فى مقام إبراء ما فى ذمه المصالح له فإن بناء هذين العقدين نوعا على التسالم و التّجاوز عن الحقّ كائنا ما كان

و منها ما لا يقتضى هذا و لا ذاك فيتبع اشتراط شخص العاقد فى شخص المعامله كالجعله و نحوها فلو كانت المعاوضه من القسم الأوّل يجرى فيها خيار الغبن إلّا إذا بنى أحد المتعاقدين أو كلاهما على المعاوضه بالغما ما بلغ فإنّ مع الإقدام يسقط شرط التساوى و يقدم البناء الشّخصى على النوعى و لو كانت من القسم الثّانى لا يجرى فيها لأنّه لا اشتراط و لا فى رفعه منه بل يمكن أن يقال ليس الصّالح فى مقام رفع الخصومه و لا فى مقام الإبراء من المعاوضات و لذا لا يعتبر فيهما ثبوت حقّ أصلا و لو كانت من القسم الثّالث فيدور ثبوت الخيار فيه مدار الاشتراط و يتبع حكم كلّ معاملة شخص تلك المعامله فظهر ممّا ذكرنا أنّ التفصيل الّذى ذكره عن بعض هو الحقّ فإنّه لو لم يكن الخصوص معاوضه بناء نوعى يدور ثبوت الخيار فيه مدار الشرط و مع البناء على التسامح لا يجرى الخيار بل قد عرفت أنّ البناء الشّخصى مقدّم على البناء النوعى

[مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى]

قوله قدس سره مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا الاختلاف يجرى فى كلّ عقد خيارى لم يكن لمدّه الخيار تحديد من الشّرع كخيار الرّؤيه و العيب و نحو ذلك و منشأ القول بالفوريّه هو الرّجوع فى زمان الشكّ إلى عموم أو فوّا بالعقود و بالتراخى إلى الاستصحاب و المصنف قدس سره قد ناقش فى كليهما أمّا الاستصحاب فللشكّ فى موضوعه و لا يرد عليه أنّ الموضوع فى باب الاستصحاب يؤخذ من العرف فلا وجه للشكّ فيه لأنّ ما يرجع فيه إلى العرف هو حيثيه بقاء المستصحب لا حيثيه ثبوته بمعنى أنّه لو أحرز للموضوع أوّلا ثم شكّ فى ارتفاع الحكم عنه لاحتمال مدخلية القيد الزائل فى عليه ثبوت الحكم مع حكم العرف باتّحاد الموضوع فى زمان الشكّ مع الموضوع فى زمان المتيقّن لعدّه التبدلات من حالات الموضوع لا من قيوده يجرى الاستصحاب و أمّا لو لم يحرز الموضوع أوّلا بل ثبت الحكم فى العنب مثلا و شكّ فى مدخلية العنبية فى موضوع الحكم فلا يمكن إجراء الحكم فى الرّيب

و بالجمله إذا أحرز بمناسبه الحكم و الموضوع أنّ الموضوع هو ذات الشئ ء و شكّ في عليه الوصف للحكم حدوثا أو حدوثا و بقاء فهنا محلّ الاستصحاب و أمّا لو لم يحرز أنّ الموضوع ذات الشئ ء أو أحرز عدمه و أنّ الوصف هو تمام الموضوع كالفقر لاستحقاق الزكاه فلا يمكن إجراء الاستصحاب

و ممّا ذكرنا ظهر ما في كلام الزّياض قدّس سرّه من التفصيل بين ما إذا كان مدرك الخيار هو الإجماع فيجرى الاستصحاب و ما كان مدركه قاعده الضّرر فلا يجرى و ذلك لأنّه لو سلّم اتّحاد الموضوع

في القضية المتيقنه والمشكوكه يجرى الاستصحاب سواء كان دليل المستصحب الإجماع أو قاعده الضرر لأن فائده الاستصحاب إجراء الحكم الثابت سابقا الشياكت عن زمان الشك في مورد الشك و لو ناقش في الموضوع لا- يجرى الاستصحاب كان دليل المستصحب هو الإجماع أو قاعده الضرر

فالأولى أن يقال إن الموضوع في المقام غير محرز لا- لما أفاده المصنف قدس سره من أن الموضوع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ بل لوجه أمتن و أدق و هو أنه فرق بين أن يدل دليل على أن الخيار ثابت التضرر و بين أن ينفي اللزوم لحكومه لا ضرر على الحكم الذي ينشأ منه الضرر فلو كان من قبيل الأول يمكن أن يقال إن الموضوع هو الشخص المتضرر لا الوصف العنوانى و الشخص باق كما في الخيار الثابت للمبيع و لصاحب الحيوان و لذا يستصحب و أما لو كان من قبيل الثانى فلا معنى للاستصحاب لعدم تحقق أركانه أصلا لأنه لم يثبت الخيار لشخص المغبون حتى يستصحب الخيار له بل إنما دل لا ضرر على أن الحكم الضررى منفي ففى مورد لم يكن الحكم ضرريا فلا- حكومه بالقضيه المتيقنه غير المشكوكه بأسرها موضوعا و محمولا- و نسبه لأن من يتمكن من أعمال الخيار و لو آنا ما فاللزوم ليس ضرريا عليه أصلا هذا كله فى التمسك بالاستصحاب

و أميا الرجوع إلى العموم فى زمان الشك فتفتيح ما فيه يتوقف على ترتيب أمور الأول أن الزمان بحسب طبعه الأصلي ظرف للأمر الواقع فيه و كونه قيذا له يحتاج إلى عناية و مثونه زائده و منشأ جريان الاستصحاب فى الزمانيات هو كون الزمان ظرفا و إلا يكون من إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر الثانى أن الزمان قد يكون ظرفا لمتعلق الحكم و قد يكون ظرفا لنفس الحكم له قد يقع الزمان تحت دائره الحكم و يرد الحكم على الزمان كما يرد على الأفراد كما إذا كان إكرام كل عالم فى كل زمان واجبا و قد يقع الحكم تحت الزمان و يرد الزمان على الحكم فيكون الزمان ظرفا لوجوب الإكرام الثالث أنه لو كان الزمان ظرفا للمتعلق يمكن استفاده العموم الزمانى من الدليل الدال على وجوب المتعلق

و أما لو كان الزمان ظرفا للحكم فلا يمكن استفادته من نفس دليل الحكم لأن الحكم لا يمكن أن يتعرض لبقاء نفسه فلا بد فى ثبوته من التمسك بدليل الحكمه أو دليل آخر كقوله ع حلال محمّد صلى الله عليه و آله حلال إلى يوم القيامه و حرامه حرام إلى يوم القيامه الرابع أن ما ذكرناه فى الأمر الأول من أن الزمان بمقتضى طبعه الأولى يكون ظرفا و كونه قيذا يحتاج إلى مثونه زائده إنما هو بالنسبه إلى الحكم الثابت فى الأزمنه المتعدده المتكثره فإن الحكم الثابت فى زمان إذا كان الزمان قيذا له لا يمكن استصحابه فى زمان آخر

و أميا متعلق الحكم فلا- يجرى فيه هذان اللحاظان لأنه أمر وحدائى فى جميع الأزمنه و لا يمكن فيه التكثر بلحاظ الأزمنه لأن المتعلق فى زمان بنظر العرف عين المتعلق فى زمان آخر فإذا وجب الجلوس من الزوال إلى الغروب فى كل آن و شك فى آن أنه من بعد الغروب أو من قبله لا- يمكن استصحاب الحكم و أميا لو شك فى بقاء الجلوس و ارتفاعه أو شك فى أنه جلوس نهارى أو ليلى فلا مانع من استصحابه

الخامس أن العموم على قسمين مجموعى و استغراقى و المراد من المجموعى ما كان الحكم الوارد على الأفراد المتعدده و

الأزمته المتكثّره ملحوظا على وجه الارتباطيه بين الأفراد أو الأزمان فيكون كلّ فرد أو كلّ زمان جزءا من الكلّ و المراد من الاستغراقى ما كان كلّ فرد جزئيا و لا فرق بين الزّمان

و غيره في صحته انقسامهما إلى المجموعى والاستغراقى و صحته تخصيص كل منهما و أنّ التخصيص لا يضرّ بالمجموعيه كما لا- يضرّ بالاستغراقيه لأنه كما يوجب خروج فرد من الاستغراقى كذلك يوجب خروج جزء من المجموعى و كما أنه إذا خرج فرد عن العموم الاستغراقى يجب امثال الحكم فى سائر الأفراد فكذلك إذا خرج جزء عن المركب يقع الارتباطيه فى باقى الأجزاء

ثم إنّه كما إذا شكّ فى التخصيص فى الاستغراقى يتمسك بالعموم فكذلك إذا شكّ فى خروج بعض الأجزاء من المجموعى يتمسك بالعموم و كيف كان فلا يخفى أنه ليس الارتباطى غير المجموعى و لا ينقسم العموم إلى زيد من القسمين

إذا عرفت ذلك ظهر أنه لو كان الزمان ظرفا للمتعلق لكان استفاده العموم الزمانى من الدليل الدالّ على وجوب المتعلق فى مقام اللفظ بمكان من الإمكان فيصح أن يقال أكرم العلماء دائما أو فى كلّ زمان أو مستمرا و غير ذلك من الألفاظ و أما إذا لم يكن ظرفا للمتعلق فلا يمكن استفاده العموم و استمرار الحكم إلّا من دليل خارجيّ من حكمه و غيرها و هذا لا إشكال فيه إنّما الكلام فى تمييز الموارد التى يكون الزمان ظرفا للحكم عن غيرها فنقول جميع الأحكام الوضعيه لا بدّ من أن يكون الزمان فيها ظرفا للحكم كقوله هذا نجس و هذا طاهر و هذا ملك زيد و العقد لازم و هكذا لعدم ثبوت متعلق فيها حتى يردّد بين كون الزمان ظرفا له أو للحكم بل هناك حكم و موضوع فيجب أن يكون الزمان ظرفا للحكم

فإن قلت هذا لو قيل بتأصيله الأحكام الوضعيه و أما لو قيل بانتزاعيتها من الأحكام التكليفيه فلا محاله كلّ حكم تكليفى له متعلق فيمكن أن يكون الزمان ظرفا له لا للحكم

قلت أولا- أنه لا يمكن أن يكون مثل النجاسه و الطهاره و لزوم العقد و الملكيه و الزوجيه و أمثال هذه الوضعيات منتزعه لعدم صحه انتزاع النجاسه المترتبه عليها آثار مختلفه كحرمه شربها و فساد بيعها و عدم جواز الصيلاه معها من حكم تكليفى يكون منشأ لانتزاع هذه الأحكام و الآثار لأنّ قوله اجتنب عنه أو لا تشربه أو غيرهما لا يشمل جميع الآثار الوضعيه و ثانيا أن الحكم التكليفى المنتزعه عنه لزوم العقد ك أو فوا بالعقود ليس له متعلق صادر عن المكلف خارجا لأنّ الوفاء ليس من أفعال المكلف حتى يمكن أن يكون دائميّا بلحاظ كل آن من الآنات و حرمه تصرّف كلّ عاقد فيما انتقل عنه ليس من آثار الوفاء و لكون التصرّف نقضا له بل من جهه أن ما انتقل عنه صار مال الغير فيكون تصرّفا غصبيّا فهذا الحكم التكليفى لا محاله يرجع إلى أنّ العقد لازم و لا ينتقض و ليس أوف بالعقد كأوف بالنذر حتى يكون وجوب الوفاء به هو العمل به كالعمل بالنذر و إلّا وجب العمل بالعقد بأن يتصرّف فى ما انتقل إليه و ثالثا أنّ الحكم التكليفى المجعول لا بدّ من أن يكون مناسبا للحكم الوضعى لأنّ المقصود بالأصالة إذا كان تشريع الوضعى و لم يمكن جعله إلّا بجعل منشأ انتزاعه فيجب أن يجعل منشأ الانتزاع على نحو ينتزعه عنه الحكم الوضعى فإذا قيل يجب الوفاء بالعقد فلا بدّ من إثبات الوجوب فى جميع الآنات و بالنسبه إلى كلّ طار من الفسخ و غيره و إثبات الوجوب فى جميع الآنات لا- محاله إمّا بدليل خارجى و إمّا بدليل الحكمه و هو لغويّه وجوبه فى بعض الآنات فبالآخره يرجع الزمان إلى الحكم لا إلى المتعلق و أمّا إثبات الوفاء بالنسبه إلى كلّ طار فلا يفيد إلّا أنّ العقد بالفسخ لا يفسخ لا أنّ الوفاء ثابت دائما

و بالجمله و إن أمكن أخذ الزمان ظرفاً للمتعلق فيقال إنّ الوفاء في كلّ آن واجب

إلا أنه لو لم يؤخذ في اللفظ كذلك و علم من الخارج لغويته تشريع هذا الحكم في بعض الأزمان يقع الزمان فوق دائره الحكم لا محاله

و أميا التكليفيات فالكلام فيها تاره يقع في النواهي و أخرى في الأوامر أميا النواهي فيمكن ثبوتها كلا القسمين فيها بأن تكون حرمه الخمر مثلا- دائميته في جميع الأزمنه أو يكون الشرب محرما دائما فإذا كان الزمان طرفا للحكم لا يمكن تشريع الاستمرار ثبوتها بتشريع الحكم و لا استفادته إثباتا من دليل الحكم لأن الحكم بمنزله الموضوع للدوام و الاستمرار فلا بد من تشريعه أولا ثم جعله دائميًا و هكذا في مقام الإثبات لا بد من استفاده الاستمرار من غير دليل الحكم كدليل الحكمه و نحوه و إذا كان طرفا للمتعلق فيمكن تشريعه ثبوتها بتشريع الحكم و استفادته إثباتا منه و تقدم أن اعتبار ثبوت المتعلق في جميع الآتات لا يختص بلفظ خاص فينشأ بمثل أبدا أو دائما أو في كل آن أو يستفاد من دليل التخصيص كما إذا خرج الشرب في زمان خاص من لا تشرب الخمر فإنه يستكشف منه أن الشرب في جميع الآتات كان متعلقا للحكم

ثم لا- يخفى أن لفظ الاستمرار و الدوام و الأبد مثل لفظ كل آن في أن الظاهر من الجميع هو العموم الأصولي أي كل آن من الآتات موضوع غير الآن الآخر لا العموم المجموعي فعلى هذا كان الزمان طرفا للحكم أو للمتعلق لو عصى المكلف في آن و أطاع في الآخر كان كل آن تابعا لنفسه و لا يرتبط طاعته إن بان آخر فمحل النزاع في المقام هو العموم الزماني الأصولي كعموم الأفرادي العرضي كما أن النزاع أيضا يختص بالأحكام الشخصية المتعلقة بالموضوعات الخارجيه بعد تحققها

و أما الأحكام الكليه أي المجعوله على سبيل القضييه الحقيقيه و المنشأه على الموضوعات المقدر وجوداتها فالزمان المأخوذ فيها ظرف للحكم و عموم الحكم معناه عدم نسخه فما يقال إن النسخ تخصيص في الأزمان قول صدر على خلاف الاصطلاح لأن عموم الزمان العدى يرفعه النسخ إنما هو للحكم المجعول على كل موضوع على فرض وجوده لا للمتعلق أو الموضوع حتى يقبل التخصيص

ثم إنه إذا كان الزمان طرفا للمتعلق فخرج بعض أفراد المتعلق لا يوجب رفع اليد عن غيره ففي مورد الشك يرجع إلى العام لا إلى استصحاب حكم المخصص و لا يمكن الرجوع إليه و لو لم يكن هناك عام لأنه من إساء حكم موضوع إلى موضوع آخر لما عرفت أن محل البحث إنما هو فيما إذا كان كل آن من الآتات موضوعا مستقلا غير الآن الآخر

و أميا إذا كان الزمان طرفا للحكم فلا- يمكن الرجوع إلى العموم لأن العموم الثابت بدليل الحكمه أو بدليل آخر تابع لوجود موضوعه أي إذا كان شيء حلالا- فحليته تستمر إلى أن يزيلها المزيل و أميا إذا خرج عن الحليه كما لو صارت الشاه جلاله ثم شك بعد خروجها عن الجلل بأنها حلال أو حرام فبقوله ع حلال محمّد ص حلال إلى يوم القيمة لا يمكن التمسك لرفع الشك و إثبات الحليه لأن كل حلال يستمر حليته و أميا أن هذا حلال أو حرام فلا يمكن إثباته بهذا العموم لأنه كما يدل على استمرار حليته الحلال كذلك يدل على استمرار حرمه الحرام و مع الشك في الحليه و الحرمة لا يمكن إثبات الاستمرار العدى هو تابع لإحراز الموضوع و لا يعقل أن يكون عموم الحكم محرزا لموضوعه ففي المقام مرجع الأمر إلى استصحاب حكم المخصص لا إلى عموم العام بل لو لم يجر الاستصحاب لم يمكن الرجوع إلى العام

فتلخص ممّا ذكرنا أنّه لو كان الزّمان ظرفاً للمتعلّق أى أخذ كلّ آن من آتات الشّرب موضوعاً و تعلّق الحكم بجمعها فإذا شكّ
فى أصل التّخصيص أو فى مقدار المخصّص فالمرجع هو عموم العام لأنّه لا فرق

في صحته التمسك بالعموم بين الأفراد العرضية للشرب و أفراد الطوليه غايه الفرق بينهما أن أفراد العرضية بنفس تعلق النهي بالطبيعه يندرج كل فرد تحتها و لذا يقال إن ترك الطبيعه بترك جميع الأفراد و أما الأفراد الطوليه فلا بد من لحاظها على حده غير تعلق الحكم بالطبيعه لأن ترك الطبيعه بنفسه لا يدل على تركها في جميع الأزمان و لكنّها إذا لوحظت و تعلق الحكم بالطبيعه بهذا اللّحظ فلا يتوقّف على عنايه زائده لأن طواري المتعلق يمكن لحاظها إطلاقا أو تقييدا في مرتبه الجعل لأن طواريه كطواري الموضوع تكون في المرتبه السابقه على الحكم

و أمّا لو كان الزّمان ظرفا للحكم فبنفس تشريع الحكم لا يمكن لحاظ بقائه في كلّ آن بل لا بدّ من تشريعه أولا ثم لحاظه كذلك لأن بقاء الحكم كالعلم و الجهل به من الطواري المتأخّره عن رتبه الجعل فلا بدّ من ثبوت الموضوع أولا ثم الحكم ببقائه و إذا جعل الزّمان ظرفا له بجعل آخر فلو شكّ في أصل تخصيصه أو في مقدار المخصّص فالمرجع ليس عموم العام بل استصحاب حكم العام إذا شكّ في أصل التّخصيص و استصحاب حكم المخصّص إذا شكّ في مقدار المخصّص

فتبيّن ممّا ذكرنا أنّ مورد الرجوع إلى العام غير مورد الرجوع إلى الاستصحاب و لم يفرض المصنف قدّس سرّه ظرفيه الزّمان في مورد واحد على قسمين حتّى يورد عليه ما أورد و تمام الخلط نشأ من هذا التوهّم و بعد وضوح المقصود فلو كان التعبير منه قدّس سرّه قاصرا و موهما فالإيراد على التعبير لا وقع له

و عمدته الفرق ما ذكرنا من أنّ الزّمان قد يؤخذ تحت الحكم و قد يؤخذ فوقه و الرجوع إلى العموم يصحّ في الأوّل دون الثاني و الرجوع إلى الاستصحاب يصحّ في الثاني دون الأوّل

و إذا تبيّن أنّ التّواهي بأسرها قابله لكلا القسمين فهل الأصل اللفظي يقتضى أن يكون الزّمان ظرفا للحكم أو المتعلق فنقول إنّ مقتضى القواعد اللفظيه هو الأوّل لأنّ كونه ظرفا للمتعلق لا بدّ من التصريح به في اللفظ بأن يقال الشّرب في كلّ آن حرام فإذا لم يؤخذ المتعلق في كلّ آن متعلقا للحكم بل ورد النصّ على الطبيعه المرسله أو على التّكره فتعلق النهي بهما لا يقتضى إلّا عموم الطبيعه لجميع أفرادها العرضيه دون الطوليه و ذلك لأنّ النهي لم يوضع للدّوام و التّكرار و لذا يجرى التّزاع في دلاله الأمر على الفور و عدمها في النهي و إلحاق النهي بالأمر في هذا التّزاع يكشف عن أنّ جهه الفرق بينهما تختصّ بدلاله النهي على ترك الطبيعه بمطلق وجوداتها العرضيه دون الأمر فإنه يدلّ على صرف الوجود و أمّا من غير هذه الجهه فهما سيّان فلا بدّ من إثبات الفوريه و الدّوام من دليل خارج فإذا ورد النهي مجردا عن الدّوام كأن قيل لا تشرب الخمر فيحتاج في استفاده ترك الطبيعه زائدا عن المقدار المتيقّن و هو أنّ ما إلى مقدمات الحكمه و لا شبهه أنّ الحكمه تقتضى تعلق الطلب بأزيد من مقدار ما لأنّ ترك الشّرب أنا ما حاصل فشرعيه لغو فإذا استفيد الدّوام من مقدمات الحكمه فلا محاله يرجع نتيجة الدّوام إلى دوام الحكم لا إلى آفات المتعلق لأنّ المتعلق معنى أفرادى و قرينه الحكمه تجرى في الجمل لأنّه لا معنى لأن يقال إنّ الحكمه تقتضى دوام الخمر أو دوام الشّرب بل الحكمه تقتضى دوام النهي و دوام اللّزوم و هكذا

و ظهر ممّا ذكرناه سر عدم تمسك العلماء لحرمة الخمر في مورد الشكّ في حليته و حرمة كحال المرض بمثل لا تشرب الخمر بل يتمسك لإثبات حرمة بالاستصحاب لأنّ التمسك بالخطاب لا يمكن إلّا إذا أخذنا الزّمان ظرفا للشّرب و أخذه كذلك

يجب أن يكون بتصريح في اللفظ و إلا فلا محاله يقع الزمان ظرفا للحكم

لما ظهر أنّ الحكمه لا تجرى فى ناحيه المتعلق لأنه من دون تعلق حكم به لا معنى لأن يؤخذ دائما أو لا دائما فدليل الحكمه فى ناحيه المتعلق يكون من السالبه بانتفاء الموضوع

هذا كله فى التواهي و أما الأوامر فما كان من الأمور الاعتقاديّه فأخذ الدوام فى نفس الحكم بمكان من الإمكان و بعده أسسنا الأصل اللفظى ففى مورد الشكّ فى أخذ الزمان فى الحكم أو فى المتعلق فالأصل يقتضى أن يقع الزمان ظرفا للحكم

و ما كان من الأعمال الجوارحيه كالصوم و الصيلاه فما كان للزمان دخل فى مصلحته و ملاكه كالصوم فأخذ الزمان ظرفا للحكم أيضا لا محذور فيه بأن يكون وجوب الصوم من أول الطلوع إلى الغروب مستمرا كما يمكن أن يكون الإمساك المستمر واجبا أى يمكن أن يجعل الاستمرار ظرفا للطلب كما يمكن أن يجعل ظرفا للمطلوب فلو لم يكن الزمان فى مقام الإثبات ظرفا للمطلوب فلا محاله يرجع إلى الطلب

و الثمره بين الوجهين تظهر فى وجوب الإمساك فى بعض الآنات مع العلم بعدم تعقب هذا الجزء بالأجزاء اللاحقه كما إذا علم بأنه يسافر قبل الزوال أو علمت المرأه بأنها تحيض فى أثناء النهار فلو كان الزمان ظرفا للحكم يجب الإمساك لأن الطلب باق بمقدار بقاء الشرط و وجوب الكفاره يستقيم فى هذا الفرض أيضا لأن كل آن تابع لدليل حكمه و لا يتوقف أيضا على تصوير الشرط المتأخر و جعل الأمر الانتزاعى شرطا لأن الشرط لوجوب الإمساك فى كل آن حاصل

و أما لو كان الزمان ظرفا للمتعلق فلازمه أن يكون الطلب بالنسبه إلى هذا الأمر الممتد فعليا من أول الطلوع و لازم فعليته مع كون المطلوب مستمرا أن يكون تعقب سائر الأجزاء مع شرائطها معتبرا فى فعليته فيتوقف الفعلية على الشرط المتأخر بنحو التعقب و لازمه أيضا أن يكون وجوب الإمساك و الكفاره مع العلم بعدم تعقب هذا الجزء بسائر الأجزاء من جهه دليل خارجي و إلا فلا بد من القول بصحّه أمر الأمر مع العلم بانتفاء شرطه

و بالجمله قد ذكرنا فى باب الترتب أنه يمكن تصوير الاستمرار فى نفس الطلب و يتبعه المطلوب فى الاستمرار و يرتفع به الإشكالات الوارده فى الصوم مع الالتزام بقبح أمر الأمر مع العلم بانتفاء شرطه هذا إذا كان للزمان دخل فى المصلحه

و أما إذا لم يكن كذلك و إن كان زمانيا لا بدّ و أن يقع فى الزمان كالصيلاه و أمثالها فقد يتوهم أنه لا يمكن أن يجعل الزمان ظرفا للحكم لأن لازم استمراره أن يكون المكلف فى كل آن مشغولا بالصلاه و لكّنه توهم فاسد لأن استمرار الحكم تابع لكيفيته جعل المتعلق فإذا وجب الصيلاه فى أول الظهر ثم بعد العصر ثم بعد الغروب أو جعل الصلاه واجبه فى أول الظهر من اليوم و فى أول الظهر من الغد و هكذا و أخذ الزمان ظرفا للحكم فمعنى استمرار الحكم أنّ الوجوب فى أول الظهر فى جميع الأيام باق و انفصال الامتثال لا يضرّ بالاتصال فيمكن أخذ الزمان ظرفا لنفس الحكم فى مثل الصيلاه و نحوها ممّا لم يكن للزمان دخل فى ملاك الحكم كما يمكن أخذه ظرفا للمتعلق و تظهر الثمره بين الوجهين فيما إذا أخرج المقيم عن بلد الإقامه من دون إنشاء سفر جديد بل كان قاصدا للرجوع إلى محلّ الإقامه أو كان مترددا بناء على أن تكون الإقامه قاطعه للسفر حكما لا موضوعا و أما لو قيل قاطعه موضوعا فلا يترتب على الوجهين ثمره

و توضیح ذلك أنه لو قيل بأن المقيم ليس بمسافر موضوعا كما هو المختار فالحكم واضح و معنى كونه غير مسافر موضوعا أن تكون الإقامة عرفا ضدا للسفر فإن المكث في محل يخرج المسافر عن كونه مسافرا

نعم خروجه عن هذا العنوان له مراتب متفاوتة في نظر العرف و لكن

الشَّارِع حدّد الموضوع و عيّنه في إقامه عشره أيام كسائر التّحديدات الشّرعيّه كتّحديده أصل السّيفر فإنّه بنظر العرف مختلف و لكن حدّده الشّارع بشمانيه فراسخ و هكذا الكثره في الماء الّذي لا يستقدر حدّدها الشّارع بمقدار خاص فلا يقال إنّ المقيم لو كان حاضرا موضوعا لكان اللّازم عدم الفرق بين عشره أيام و عشره أيام إلّا ساعه لأنّ العرف و إن لم يفرّق بينهما إلّا أنّ بعد تحديد الشّارع هذا الموضوع العرفي لا يبقى مجال لسؤال الفرق فإذا كان المقيم غير مسافر موضوعا فيجب على المقيم الخارج عن محلّ الترخّص العازم على العود أو المتردّد في السّيفر التّمام و ذلك لأنّه يستفاد من الأدلّه على أنّ كلّ مكلف يجب عليه التّمام خرج عنها المسافر فإذا شكّ في أن الخارج عن محلّ الإقامه العازم على العود حكمه حكم حال الإقامه أو حكمه حكم حال السّيفر فمقتضى العموم هو وجوب التّمام عليه سواء كان الزّمان في باب السّيفر مأخوذا في المتعلّق أو في الحكم لأنّه على أيّ حال خارج عن كونه مسافرا

و أمّا لو قيل بأن المقيم مسافر و لكنّه خارج عنه حكما كالعاصي بسفره فإنّه لا إشكال في كونه مسافرا يجب عليه التّمام فتظهر الثّمرة بين جعل الزّمان ظرفا للحكم أو للمتعلّق لأنّه لو كان وجوب القصر على المسافر مستمرا فلو رجع العاصي بسفره عن عزمه و لم ينشأ بعد الرّجوع سفرا جديدا أي بمقدار المسافه و هكذا لو خرج المقيم من دون عزم على السّيفر الجديد فالمرجع هو استصحاب حكم المخصّص و لو كان الزّمان ظرفا للمتعلّق بأن كان مفاد الدّليل على أنّ لكلّ مسافر القصر فخرج بعض أفراد الصّلاه لا يمنع عن الرّجوع إلى العام في البعض الآخر المشكوك فيجب عليه القصر بعد الخروج أو بعد الرّجوع عن المعصيه

فتلخص ممّا ذكرنا أنّ الزّمان في الوضعيات بأسرها مأخوذ في الحكم و أمّا التّكليفيات و جوبيّه كانت أو تحريميه و الوجوبيّه جوانحيّه كانت أو جوارحيّه فيمكن بحسب الثّبوت أن يكون الزّمان ظرفا للمتعلّق و أن يكون ظرفا للحكم و إذا لم يصحّح في اللفظ بكونه ظرفا للمتعلّق و علم بأنّ ثبوت التّكليف في الجملة لغو فلا محاله يقع الزّمان ظرفا للحكم و لازمه أن لا يكون المرجع عموم العام بل إمّا استصحاب حكم العام أو استصحاب حكم المخصّص

فتلخص ممّا ذكرنا أنّه لو شكّ في كون الخيار على الفور أو التراخي ليس المرجع عموم أو فوّا بالعقود بل لا بدّ أن يرجع إلى استصحاب حكم المخصّص

إن قلت يمكن أن يكون المرجع عموم العام بتقريب آخر و هو أنّه لا شبهه أنّ أو فوّا بالعقود وضعيه كانت أو تكليفيه حكم على من أنشأ الالتزام العقدي و المنشئ ينشئ الملكيه الدّائمه لا الموقّته فإذا كان وجوب الوفاء بالملكيه الدّائمه لازما فيرجع في غير القدر المتيقن من زمان ثبوت الخيار و هو الفور إلى وجوب الوفاء بالمنشأ

قلت فيه أوّلا- أنّ الدّوام و التّوقيت ليسا من منشئات المتعاقدين بل إنّهما من الأحكام الشّرعيّه و ليس المنشأ بقوله بعث البيع من زمان الإنشاء إلى آخر الدّهر و بعبارة أخرى اللّزوم و الجواز أو التأييد و التّوقيت في البيع من الأحكام الشرعيّه لا من منوعات البيع و لا يختلف حقيقته باختلاف أحكامه و هكذا في النّكاح على المشهور فإنّ حقيقه الانقطاع و الدّوام واحده و لذا لو نسي ذكر الأجل يقع دائما بمقتضى القاعده لأنّ الدّوام لا يحتاج إلى إشاره إليه في العقد بل عدم ذكر المدّه مع إنشاء علقه الرّوجيه يقتضى الدوام

نعم لو كان الدوام و الانقطاع حقيقتين مختلفتين فنسيان الأجل يقتضى بطلان النكاح رأساً لأن ما قصد لم يقع و ثانياً أن الدوام و إن كان من منشآت المتعاقدين إلا أنه يجب الوفاء به إذا دلّ عليه لفظ أى إذا أنشأ بما

هو آله لإيجاده و مجرد قصد العاقد الدوام مع عدم إيجاده بآلته من قول أو فعل لا اعتبار به فى العقود لأنه يكون كالشروط البنائيه التى لم تذكر فى العقود لا صريحا و لا إشاره

قوله قدس سره و أما استناد القول بالتراخى إلى الاستصحاب فهو حسن على ما اشتهر من المسامحه إلى آخره

قد ذكرنا فى أول العنوان أن المصنف قدس سره ناقش فى أدله الفور و التراخى كليهما

و ظهر أن المدرك للخيار لو كان هو قاعده لا- ضرر لا- يجرى الاستصحاب لوجهين الأول أن الموضوع لو كان اشتقاقيا كالمتمسّر يمكن أن يكون بحسب الثبوت تمام الموضوع للحكم هو الوصف العنوانى و يمكن أن يكون الموصوف بالوصف فى مقام الإثبات إذا أحرز بمناسبه الحكم و الموضوع أن الموضوع أيهما فهو و إلا فلا يجرى الاستصحاب للشك فى الموضوع و لو كان جامدا فالموضوع هو ذات الشئ ء بصورته النوعيه لا بالماده الهيولائيه و حيث إن الموضوع فى المقام عنوان اشتقاقى و يشك فى أنه الموصوف أو الوصف فلا يجرى الاستصحاب و الثانى أن مقتضى حكمه أدله لا ضرر و لا حرج على الأحكام الثابته أن يكون الحكم المعنون بالضرر و الحرج مرفوعا فالعقد اللازم إذا كان لزومه الشرعى ضروريا فلزومه منفى و أما لو لم يكن كذلك فلا وجه لنفيه و رفعه فى غير مورد الضرر لا حكمه أصلا

و أما لو كان المدرك للخيار هو الإجماع فهذان الإشكالاتان غير واردين لأن الإجماع يثبت الخيار للمغبون فالموضوع باق حين الشك إلا أنه حيث ثبت فى محله عدم جريان الاستصحاب مع الشك فى بقاء المستصحب بحسب طبعه فى عمود الزمان مع قطع النظر عن طرؤ زمانى عليه فلا يفيد الإجماع أيضا لاستصحاب الخيار

ثم إنه لا- يخفى أن منشأ الإشكالات بحسب كل مدرك غير منشئه بحسب مدرك آخر و عباره الكتاب لا يخلو من اضطراب و الخطب هين هذا تمام الكلام فيما استفدته من شيخنا الأستاذ دام ظلّه فى الخيارات و لما فاتنى ما أفاده فى خيار التأخير و أحكام الشروط فاستنسخته مما كتبه العالم الفاضل ثقه الإسلام المرحوم الشيخ أبى الفضل طاب ثراه نجل المرحوم الآخوند ملا محمد على الواعظ الآبى الأصفهانى النيم آوردى فخير التأخير و أحكام الشروط من تقارير هذا الفاضل المرحوم قال رحمه الله تعالى فى حاشيته على الكتاب

القول فى خيار التأخير

إشاره

القول فى خيار التأخير إلى آخره

من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن لزمه البيع ثلاثه أيام فإن جاء المشتري بالثمن فى الثلاثه فهو أحقّ بالعين و إلا يتخير البائع بين الفسخ و الصبر و المطالبه بالثمن هكذا عند الإماميه كما قال العلامة فى التذكرة و علله بأن الصبر أبدا مضرّ بالبائع فينفى بحديث الضرر

و لكنّه لا- يخلو عن المناقشه حيث إنّ مجرّد الصّبر على الثّمن لا يعدّ ضررا و باعتبار كونه فى ضمانه و دركه عليه لو تلف قبل قبضه فهو أيضا لا يصلح لكونه موجبا للخيار فعلا حيث إنّّه فى معرض الضّرر هذا مضافا إلى أنّ إناطه الحكم به لا تنطبق على ما بنوا عليه نفيا و إثباتا سعه و ضيقا

و ربّما يعلّل بإطلاق العقد بتقريب أنّ مقتضاه تسليم المبيع و تسلّم الثّمن على غير وجه المماطله و المسامحه عرفا و حيث إنّّه لم يكن منضبطا عند العرف فرّبما يوجب التّشاح و التّشاجر فحدّده الشّارع بثلاثه أيّام كما فى غيره من التحديدات الشرعيّه فمرجهه إلى الشّروط الضّمنى و الخيار عند تخلف الشّروط

و هذا و إن ساعده الاعتبار و ربما يشعر به بعض الأخبار لكنّه إنّما يصلح لأن يكون علّه لتشريع الحكم لا أن يناط به الحكم نفيا و إثباتا

و إلاً فلا وجه لاختصاصه بالبائع و لا بصوره عدم قبض الثمن و إقباض المثلن فتأمل جيداً

و كيف كان فالمدرک الصحيح فى المسأله الأخبار الخاصه إلاً أن مقتضاها طراً إبطال البيع و أنه لا بيع بينهما بعد الثلاثه الظاهر فى نفى حقيقته و صحته لا مجرد لزومه و لذا توقّف فيه بعض الأجله و جزم به صاحب الحدائق طاعنا على العلامه فى المختلف حيث إنه قدس سرّه اعترف بظهور الأخبار فى البطلان و مع ذلك اختار نفى اللزوم و ثبوت الخيار مستدلاً بأن الأصل بقاء صحه العقد

هذا و لكن لا يخفى على المتأمل أن بعد القطع بأنّ تشريع هذا الخيار بخصوص البائع دون المشتري إنّما هو لأجل الإرفاق على البائع إمّا لكون المبيع قبل القبض فى ضمانه و إمّا لتوقيف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أىّ حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من خياره بل ربّما يكون الحكم بالبطلان منافياً له كما لا يخفى

هذا مضافاً إلى ظهور قوله عليه السّلام فى غير واحد من الأخبار لا- بيع له إلى آخره فى انتفاء البيع من طرف المشتري المنتج لثبوت الخيار فى طرف البائع و بعد اعتضاده بما ذكرنا من الإرفاق و بفهم العلماء منها نفى اللزوم لا الصّحّه بالاتفاق إلاً ما شدّد و بموافقه مع الأصل المقتضى لبقاء الصّحّه عند الشكّ فلا- يعارضه ما فى روايه على بن يقطين من أنه لا بيع بينهما الظاهر فى بطلان البيع و انفساخه من الطرفين رأساً كما لا يخفى

و كيف كان فالقدر المسلم من هذه الأخبار فى قبال عمومات صحه العقود و لزومها ثبوت الخيار بالشرائط المذكوره فى عنوان المسأله منها أن لا يقبض المبيع و الظاهر عدم الخلاف فى اشتراطه كما هو المصرّح به فى بعض الأخبار فيقتيد به سائر مطلقاتها كما هو القاعده فى جميع الأبواب فأصل الاشتراط ممّا لا إشكال فيه و إنّما الإشكال فى أنّ المراد منه القبض الخارجى كما هو مقتضى ظهوره الأوّلى فلو مكّنه من المبيع فلم يقبض كان الخيار باقياً على حاله لصدق أنه ما قبضه و فى قبالة لو قبضه بدون إذن البائع و اطلاعه كان رافعاً للخيار لصدق أنه قد قبضه مطلقاً أو مع عدم الاسترداد و المراد منه القبض الرافع لضمان البائع الحاصل بالتمكين و لو لم يقبض الغير المتحقّق بالعدوان فلو لم يسترد فلا- خيار فى الفرع الأوّل لتحقق القبض دون الثانى لعدم تحقّقه وجهان من التعبد بظاهر النصوص و ممّا ذكرنا من القرينه المقاميه المرتكزه من أنّ جعل الخيار هنا للبائع من جهه الإرفاق عليه و كون المبيع قبل قبضه فى ضمانه و دركه على عهدته

فيدور الحكم هنا مدار تلك المسأله فكل قبض كان مسقطاً لضمان البائع هاهنا مسقط لخياره هناك فلو مكّنه من المبيع و لم يقبض لم يكن له خيار حيث لا يكون له ضمان و كذلك لو قبضه ثمّ أودعه عنده

و دعوى إطلاق الأدله حيث إنّ قوله ع ثم يدعه عنده أعمّ من كونه مسبوقاً بالتمكين و عدمه مدفوعه بما استظهرنا من القرينه المقاميه و القاعده الارتكازيه و هى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و بها رفعنا اليد عن ظهور الأخبار فى نفى الصّحّه إذ ليس هذا الظهور بأقوى من ذلك الظهور قطعاً و كذلك ظهور القبض فى القبض الخارجى بل بعد ارتكازيه ذاك الحكم و احتفاف الكلام بتلك القرينه لا ينعقد ظهور على خلافها و على وجه ينافيها و يعارضها فتأمل جيداً

و من هنا يظهر الوجه فى الفرع الرابع الذى ذكره فى هذا المقام و هو قبض بعض المبيع دون بعض فعلى البناء على التعبد لا وجه لتبعض الخيار بل اللمازم القول به مطلقا نظرا إلى صدق عدم قبض المبيع الظاهر فى الجميع فقبض البعض كالا- قبض أو القول بعدم الخيار كذلك بدعى

انصراف الأخبار إلى صورته عدم قبض شىء منه و على البناء على أنه إرفاق للبائع من جهة الضمان فاللزام تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره و إن قلنا بأنه خارج عن منصرف الأخبار

و بالجمله فهذه الفروع الأربعة المذكوره فى المقام كلها مبنيه على الوجهين من احتمال التعيد فيدور الحكم نفيًا و إثباتًا مدار الاستفاده من الأخبار و احتمال كونه إرفاقًا للبائع فيدور مدار هذا المعنى كما لا يخفى

و الإنصاف أن الالتزام بالتعيد المقتضى للجمود على ألفاظ الروايات فى جميع المقامات بعيد جدا و إلا فاللزام هو القول بنفى الصيحه لا- اللزوم و فهم الأصحاب حينئذ لا اعتماد به بعد احتمال استناده إلى تلك القرينه المرتكزه أى كون الحكم من جهة الإرفاق على البائع بمقتضى الضمان قبل القبض كما أن إناطه الحكم بتلك الجهه أيضا موجه للخروج عن مورد الأخبار طرا لوضوح أن قبض الثمن و عدمه غير مرتبط بتلك الجهه مع أن اشتراط عدمه مجمع عليه ظاهرا نصا و فتوى و إن كان الإرفاق من جهه تأخير ثمنه لا من جهه كون المبيع فى ضمانه كما احتملناه سابقا فحينئذ فاشتراط عدم قبض المبيع غير موجه لعدم مدخليته فى تلك الجهه و إن كان كل واحد من الجهتين مقتضيه للتشريع الخيار للبائع فلازمه الاكتفاء بأحد الأمرين من عدم قبض الثمن أو إقباض المثل

□
و بالجمله فالجهتان كأنهما متدافتان و هذا المطلب يعطى التعدييه و الاقتصار على ما يستظهر من الأخبار من الخصوصيه اللهم إلا أن يقال إن كلتا الجهتين كانتا مرعيتين فى تشريع هذا الخيار و الشاهد عليه كما يساعده الاعتبار أن مع إقباض المثل و عدم قبض المثل يمكن استيفاء حقه بالمقاصه و نحوها و كذلك مع قبضه المثل فقط يمكن إقباض المثل إلى الحاكم و غيره رفعا لضمنانه و تخلصا عن دركه و هذا بخلاف ما إذا لم يقبض المثل و لم يقبض المثل فإن تخلصه من درك هذه المعامله إنما هو بالخيار بعد الثلاثه و جواز الفسخ و استيفاء حقه من نفس المثل فتأمل جيدا

و كيف كان فالمعتبر نصا و فتوى اعتبار كلا- الأمرين من عدم إقباض المثل و عدم قبضه للمثل كما هو ظاهر النصوص المتقدمه و قد تقدم الكلام فيما يتعلق بالأول و أما الثانى فيقع الكلام فيه أيضا فى فرعين الأول الظاهر أن قبض بعض المثل هنا أيضا كلا قبض فلا يضر بالخيار كما هو ظاهر الأخبار لصدق أنه ما قبض المثل و دعوى انصرافها إلى صورته عدم قبض شىء منه فى غايه المنع كما يشهد عليه فهم أبى بكر بن عياش فى روايه ابن الحجاج المتقدمه و إقناع المتنازعين بما حكى عن الإمام مع أن الظاهر المحكى عنه عليه السلام عدم قبض تمام المثل فاستدلال التذكرة بالروايه فى محله و إن نظر فيه شيخنا العلامة و لكن لم يعلم وجه النظر فتدبر

الثانى لو قبض المثل بدون إذن المشتري فهل هو كعدمه لظهور الأخبار و انصرافها إلى القبض الصحيح الأعم من أن يكون ياذن المشتري أو قبضه بحق كما إذا كان بعد تمكين المبيع للمشتري و عدم قبضه الموجب لسقوط ضمانه للمبيع و جواز التصرف فى المثل بأى وجه أو أنه فى حكم القبض موجب لسقوط الخيار نظرا إلى إطلاق بعض الأخبار و ظاهر عنوانهم للمسأله من اشتراط عدم إقباض المبيع و عدم قبض المثل الظاهر فى معناه الأعم و به يفرق بين المثل و المثل و جهان أقواهما الأول لما عرفت من أن الظاهر المتبادر من إطلاق القبض ما هو المتعارف المتداول فى المعاملات من وقوعه مع الإذن و التعبير فى العنوان بالإقباض

فى طرف المبيع و القبض فى طرف الثمن إنما هو لاختصاص المسأله بالبائع و ثبوت الخيار له لا لأجل

الاكتفاء بقبض الثمن كيف ما اتفق و هذا واضح لا- يكاد ينكر و إلا فما ذكر لا اختصاص له بظاهر العناوين بل هو الظاهر من روايه علي بن يقطين أيضا

و لكن مع ذلك كله لا دلالة لها على الاكتفاء بالقبض مطلقا لما عرفت من انصرافه فى النصوص و الفتاوى إلى القبض الصحيح المتعارف فى المعامله نعم يمكن المناقشه فى ثبوت الخيار حينئذ من جهه أخرى و هى أن قبض الثمن عدوانا كأنه ارتضاء للبيع فيكون مسقطا للخيار من تلك الجهه و لعلّه الوجه لما فى عناوين المسأله من التعبير بإقباض المبيع و قبض الثمن و لعلّ لبعض ما ذكرنا أمر شيخنا العلّامة بالتأمل فتأمل

و كيف كان فعلى اعتبار الإذن كما هو الأقوى و الأظهر فالإجازة اللّاحقه أيضا فى حكم الإذن و هل هى كاشفه أو ناقله و جهان أقوامها الثّانى و يتفرّع عليه ما لو قبض قبل الثّلاثه فأجاز المشتري عبدها فعلى النّقل لا يمنع من الخيار لعدم قبض الثمن فى الثّلاثه و على الكشف لا- خيار حيث إنّه قبض الثمن و ربّما يتخيّل جريان هذا الفرع فى قبض المبيع أيضا فيشكل على الشّيخ قدّس سرّه من جهه تخصيصه بقبض المثلّم و لكنّه توهم فاسد لوضوح أنّ إجازة البائع لقبض المبيع ارتضاء منه للبيع و إسقاط لخياره سواء وقعت قبل الثّلاثه أو بعدها فلا يتفاوت بين كونها كاشفه أو ناقله فلا تغفل

و كيف كان هل الإجازة هنا كما فى باب الفضولى فيجرى فيه ما ذكر هناك من الأقوال أو اللّازم هنا القول بالنّقل و إن كان فى الفضولى محلّا للإشكال و جهان أقوامها الثّانى كما اختاره شيخنا العلّامة مع أنّه قائل بالكشف الحكيمى فى تلك المسأله فلا يرد عليه أنّ هذا مخالف لمبناه

و توضيح المقام أنّ توقّف العقد على الإجازة تاره لأجل أنّ العقد بنفسه وقع صحيحا جامعا لشرائط الصّحه و لكن حيث إنّه وقع عن غير المالك فلا يستند إليه لا تسببيا و لا مباشره حتى صار العقد عقده فيعمّه أدلّه لزوم الوفاء بالعقد فيتوقّف على الإجازة ليستند إليه و لو تسببيا حيث إنه قابل للنّيابه و أعمّ من التّسبب و المباشره على الفرض فإذا أجاز و استند إليه العقد فعلا يقع الكلام فى أن استناد العقد إلى المالك بالإجازة يوجب صحّته من أوّل الأمر فيتربّ عليه آثار الصّحه كذلك أو يتّصف بالصّحه من حين الإجازة حيث إنّ فى هذا الحين صار العقد عقدا له

و بالجمله فمحلّ الكلام فى أنّ الإجازة كاشفه حقيقه أو حكما أو ناقله من حينها إنّما يختصّ بما إذا كان عدم تماميّة العقد من جهه عدم الاستناد إلى المالك فقط و إلّا فجميع جهات العقد من الإيجاب و القبول و النقل و الانتقال و كون كل واحد من العوضين مضمونا عليه و غير ذلك محفوظه كما لا يخفى

و هذا بخلاف ما إذا كان من قبيل جعل الأجره على الأعمال كما فى جميع العقود العهديّه مثل القراض و المضاربه و الشّيق و الرّمايه و الجعالة و نحو ذلك فإنّ قوام وقوع العمل محترما مضمونا على الغير بأن يكون بأمر الغير و التماس منه

و بعبارة أخرى كان إرادته الفاعل منبعثه عن إرادته الغير و إلّا فلا يقع محترما و مضمونا عليه جدا و حينئذ لو أجاز مالك الجعل أحد هذه العقود المذكوره فبالإجازة و إن استند العقد إليه و صار عقدا له و لكن فائدته أنّ العامل لو لم يأت بالعمل فمن حين

الإجازة يصير عمله محترماً و واقعا بإذن الغير و التماس منه فيقع مضمونا عليه و أمّا الأعمال السابقة فلا يكاد يفيدها الإجازة
لوضوح أنّ بالإجازة لا يخرج العمل عمّا وقع عليه من كونه متبرّعا غير مضمون على أحد

نعم لو كان جاهلا بالحال و أقدم بتغيير الفصولى يرجع إليه بمقتضى الغرور

يرجع إلى من غره و هذا مطلب آخر

و بالجمله ففي هذا النسخ من العقود لا سبيل إلى القول بالكشف و لو قلنا به في العقود المعاوضيه كما لا سبيل إليه في العقود الإذنيه التي قوام تحققها بالإذن و الاستنابه كالوكاله و الوديعه و العاريه و اشتباه ذلك فلو و كل شخص أحدا فضولا من الغير فمرجع إجازته الغير إلى إذنه و استنابته فيما و كل له فعلا و لا معنى لكشفها عن صحه ما وقع فضوليا لما عرفت أن حقيقه هذه العقود الإذن و الاستنابه فيما هو وظيفه للمنوب عنه فلا يعقل وقوعها بدون الإذن و إن لحقه و يترتب عليه ضمان الوكيل الفضولي لو تصرف في مال الغير على وجه يوجب الضمان إلا أن يكون إذنه و إجازته فيما بعد على وجه يستلزم سقوط ضمانه فتأمل جيدا

و أولى بما ذكرنا من عدم قابليته الإجازة للكشف ما إذا كان توقّف المعامله عليها لأجل تعلق حق للمجيز على أحد العوضين على وجه يمنع من تصرف المالك كما في بيع الزاهن العين المرهونه بلا- إذن من المرتهن و كما في بيع ما تعلق به حق الخيار بناء على أنه حق متعلق بالعين

و كيف كان ففي هذه المواضع أيضا لا معنى لكاشفيه الإجازة بلا شبهه لأنّ البائع إنّما باع مال نفسه فلا معنى لتوقفه على إجازة غيره

غايه الأمر حيث إنه مناف لحق المرتهن فلا- بدّ من التخلّص عنه بوجه إمّا بفكّ الرهن أو باستيذان منه و إلا فالبائع ما باع مال غيره حتى يتوقف على الإجازة لا من جهه الاستناد و لا من جهه أخرى كما لا يخفى

و بالجمله ففي هذه الموارد الثلاثه لا محيص عن القول بأنّ الإجازة مثبتة بمعنى أنّ ما يترتب على الفضولي يثبت بها لا أن يثبت بالعقد و يكون الإجازة كاشفه عنه كما لا- يخفى و ما نحن فيه من قبيل القسم الأ-خير حيث إنّ البائع إنّما قبض ماله غايته للمشتري حقّ الحبس لعدم أخذه المبيع فقبضه بدون إذن منه مناف لحقه الثابت فيه فيكون من قبيل تصرف المالك في العين المرهونه فتأمل و لا تغفل

[ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور]

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره]

قوله قدس سرّه إلا أنّ الظاهر من لفظ الشئ ء الموجود الخارجى إلى آخره

و حاصل الاستظهار بنحو أسدّ و أخصر أنّ ظاهر لفظ الشئ ء كلفظ المبيع و المتاع أن يكون المبيع معنونا بهذا العنوان قبل البيع و الكلى الثابت فى الذمه لا يكون قبل البيع شيئا بل اعتبار يحدث بالعقد فروايه أبى بكر بن عياش أيضا منصرفه عنه كسائر الأدله

[ثم إن هنا أمورا قيل باعتبارها في هذا الخيار]

[منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما]

قوله قدس سره منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما

الوجوه المحتمله هاهنا أنّ الخيار تاره في الثلاثه و أخرى بعدها و ثالثه عندها أى رأس الثلاثه و على التقادير إمّا لأحدهما أو لكليهما و الذى يمكن استظهاره من الأدله على ما يشير إليه أن يكون خيار فى البين عند الثلاثه الذى هو موقع جعل خيار الشرط إمّا بعدها أو قبلها فلا وجه للاشتراط و على هذا فلا ينافى مع خيار الحيوان على ما يتّضح لك إن شاء الله

قوله قدس سره و كيف كان فلا أعرف وجهها معتمدا فى اشتراط هذا الشرط إلى آخره

لا- يخفى أنّ ما أفاده أخيرا من أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجىء المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير و ذو الخيار له حقّ التأخير مبنيًا على ما أفاده فى التذكرة فى أحكام الخيار من أنّه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمن الخيار وجه وجه لعدم الخيار مناقشته فيه بقوله و فيه بعد تسليم الحكم فى الخيار إلى آخره كما ناقش فيه فى أحكام الخيار أيضا ممّا لا وجه له مع اعترافه قدس سره به فى باب القبض و عليه يبنى جواز حبس أحد المتبايعين ما انتقل عنه مع امتناع الآخر عن تسليم ما انتقل إليه و به يجيب قدس سره فى ذاك الباب من إشكال

الأردبيلي في المسأله من أن ظلم أحد المتبايعين و منع الغير عن حقه لا يوجب جوازه على الآخر

و بالجمله ما أفاده في التذكرة في غايه المتانته و توضيحه أن بعد ما كان بناء المعامله و عقد المعاوضه على التسليم و التسلم و التبدل و التبدل فيصير القبض و الإقباض من الشروط الضمنيه التي التزم بها المتعاقدان في متن العقد و هذا هو المراد من قولهم إن إطلاق العقد يقتضى كذا و كذا و حينئذ فمرجع كون العقد خياريا إلى أنه بجميع ما تضمنه من الشروط الضمنيه أو الصريحه غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقد كذلك لا يجب الوفاء بما في ضمنه من التعهدات الضمنيه و عليه يتفرع أن الشروط الصريحه في ضمن العقد غير واجبه على المشروط عليه إذا كان العقد خياريا أما إذا كان له الخيار فواضح و أما إذا كان عليه الخيار و لم يسلم الآخر ما انتقل عنه فلما عرفت من أن التسليم و التسلم التزام من الطرفين فإذا لم يف أحدهما به و لو حقا فلا يجب على الآخر أيضا الوفاء به

نعم لو سلم ذو الخيار فيجب على من عليه الخيار أيضا أن يسلم ما انتقل عنه بجميع ما اشترط عليه في ضمن العقد صريحا أو ضمنا

و حينئذ ففي المسأله لو فرضنا أن يكون لأحدهما أو كليهما خيار عند الثلاثه التي هي زمان جعل الخيار فلا يجب على المشتري بذل الثمن في هذا الحال أما لو كان له خيار زائد عند الثلاثه التي هي زمان جعل الخيار فلا يجب زائد على المشتري بذل الثمن في هذا الحال أما لو كان إلى هنا خيار فلما عرفت أن ذلك مقتضى عدم وجوب الوفاء بالعقد بجميع ما يتضمنه ضمنا أو صريحا و من جملة تسليم ما انتقل عنه و أما لو كان للبائع خيار فلا المفاوض أنه لم يسلم المبيع فلا يجب عليه البذل أيضا لما عرفت من أنه التزام من كلا الطرفين فإذا لم يكن أحدهما ملزما به بمقتضى خياره فلا يلزم الآخر أيضا بمقتضى التزامه إلا أن يشترط عليه تعجيل الثمن و هو خارج عن موضوع المسأله

و حينئذ فبضميمه الاستظهار من الأخبار من كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير يتم المطلب كما أن حكمه تشريع هذا الخيار و هو كونه قهرا على المشتري المماطل و جبرا على البائع و ملاحظه مناسبه الحكم مع موضوعه أيضا يقتضى أن يكون كذلك

و لكن لا يخفى أن ذلك لا يقتضى أزيد من أن لا يكون التأخير عند الثلاثه بحق و عن مباطله و أما في الثلاثه فلا موجب للالتزام به كما أفاده قدس سره فأشكل عليه لزوم اختصاصه بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه ظاهرا بل ربما يستأنس من التحديد بالثلاثه أن يكون الغرض منه مراعاة خيار الحيوان فجعل الخيار للبائع بعد الثلاثه

و بالجمله فلا وجه و لا موجب للالتزام بكون تأخير الثمن عن مباطله في مجموع الثلاثه بل غايه ما يقتضيه ما تقدم عدم كونه كذلك عند الثلاثه فلا ينافى مع خيار الحيوان بوجه نعم ربما ينافى مع ما يدعى ظهور الأخبار في كونه إمهالا على المشتري في الجمله فتأمل

و كيف كان فلا ينافى هذا الخيار مع خيار المجلس أصلا و العجب أنه قدس سره مع التزامه بذلك و تقويه كون مبدإ هذا

الخيار من حين العقد كما يأتي آنفا المستلزم لعدم كون التأخير في بعض الثلاثة بغير حق فمع ذلك يلتزم بأن لا يكون في مجموع الثلاثة كذلك و على أى حال فلا ينافى مع خيار المجلس بلا إشكال إلا أن يتفق بقاء المجلس و اصطحابهما إلى الثلاثة فمقتضى ما ذكرنا أيضا عدم الخيار و لكنّه فرض نادر جدا و من مطاوى ما ذكرنا ظهر أنّ مبدأه أيضا من حين العقد كما هو المستظهر من مضامين الأدلّه

و أما احتمال كونه من حين التفرّق فلا وجه له عدا ما تقدم من الإشكال

المعروف في خيار الحيوان أو المجلس من دعوى امتناع اجتماعهما في زمان و لكنّها باطله جدّا كما هو المحقّق في محلّه و احتمال كون المبدإ في خصوص المقام بعد التفزق استظهارا من الأخبار فاستظهاره على مدّعيه و إلّا فقد عرفت أن ظاهر الأخبار يعطى خلافه

و أمّا خيار الحيوان الثابت للمشتري فلا يمنع أيضا عن هذا الخيار بناء على ما حَقَّقناه أنّ غايه ما يمكن أن يلتزم به و يستظهر من الأدلّه من مناسبه الحكم و موضوعه أن يكون التّأخير عند انقضاء الثّلاثة بغير حقّ فالواجب أن لا يكون له خيار في هذا الحال و أمّا قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا إشكال فلا ينافي اعتبار ذلك مع ما في المختلف من الاتّفاق على ثبوته في الحيوان بل قد عرفت أنّ الإمهال في الثّلاثة لعلّه لأجل مراعاة خيار الحيوان

نعم بناء على ما أفاده قدّس سرّه و استظهره من الأدلّه من أن لا يكون التّأخير بحقّ في مجموع الثّلاثة فينافي مع خيار الحيوان كما أفاده لكن الاتّفاق المذكور يدفعه مضافا إلى منافاته مع جعله قدّس سرّه المبدأ من حين العقد فتأمل

و أمّا سائر الخيارات مثل خيار العيب و الغبن و الرّؤية المشروطه فعليّتها بالعلم بالعيب و ظهور الغبن و فقد الوصف و إن كان مبدؤها من حين العقد فربما يختلف الحال فيها من حيث حدوث العلم في الثّلاثة أو بعدها كما يتفاوت الحكم أيضا من جهه القول بالفوريّه و عدمها فالضّابط في منعها عن هذا الخيار ما ذكرنا من أن لا يكون عند انقضاء الثّلاثة العدى هو محلّ خيار الشّروط و موقع حلوله خيار بأن علم به و لم يفسخ و قلنا بسقوط خياره بسبب الفوريّه

و أمّا إذا لم يعلم به إلى أن حلّ الثّلاثة فمنعه عن خيار التّأخير و عدمه مبنّى على أنّ استفادة الحكم يدور مدار واقعه فلم يكن التّأخير بغير حقّ فلا يكون خيار أو مدار فعليّته الخيار فلا يمنع عنه حيث لا خيار بالفعل و لعلّ الثّاني أظهر لصديق المماطلة في تأخير الثمن فتأمل جيّدا

و منه يظهر حال خيار الشّروط و أنّ المعبر في منعه أن يكون ثابتا موجودا عند انقضاء الثّلاثة إمّا بأن يكون مبدؤه عند انقضاء الثّلاثة أو من حين العقد إلى التّالي كما هو الشّائع المتداول في خيار الشّروط و لعلّه الوجه في تخصيص السّرائر الحكم بخيار الشّروط فلا تغفل

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]

[أحدها إسقاطه بعد الثّلاثة]

قوله قدّس سرّه و في سقوطه بالإسقاط في الثّلاثة وجهان إلى آخره

بل لا ينبغي التأمّل في سقوطه به و كذلك في إسقاطه في متن العقد كما في خيار العيب و الغبن فإن فعليّته الخيار و إن كانت عند الثّلاثة و لكن مبدأه و هو استحقاق مطالبه الثمن في كلّ آن موجود من حين العقد فمرجع إسقاطه إلى اجتيازها عن حقّه

الثابت بالعقد كما اعترف به قدس سره في خيار الغبن و نحوه مع أنّ فعليته أيضا مشروطه بالعلم به فلا مجال لنظره قدس سره و التأمل فيه

هذا إذا أسقطه في الثلاثه و أمّا اشتراط إسقاطه في متن العقد فيرد إشكالا تاره من جهه الشك في مشروعيته و منافاته لما هو مقتضى العقد شرعا فلا يصح التمسك بأدله الشروط بعد تخصيصها بما لا يكون منافيا للمشروع فلا دليل على لزوم الوفاء به شرعا و أخرى من جهه كونه إسقاطا لما يتحقق بالعقد بعد تماميته فيكون من قبيل إسقاط ما لم يجب

و قد أجيب عن الأوّل في محلّه بأنّ كلّما كان من قبيل الحقوق فإسقاطه جائز نافذ لوضوح أنّ الحقّ سلطنه و جده مجعوله لصاحبه فمعناه متقوم بجواز رفع اليد عنه و كون زمام اختياره بيده إلّا أن يقوم دليل خاص على أنّه نحو سلطنه لا يصح الاجتياز عنه و إلّا فمقتضى طبعه جواز سلبه عنه و التّقلب و التّقلب فيه و هذا

هو أحد الوجوه الفارقة بين الحقّ والحكم

نعم إذا كان الحكم الشرعي هو الإباحه فهو أيضا كذلك حيث إنّ معناه ترخيص المكلف بالنسبه إليه فعلا و تركا فيصح التزامه به كذلك بالنذر أو بالاشتراط في ضمن العقد إلّا أن يدلّ دليل على عدم جوازه كشرط عدم التّسرى في عقد المزواجه كما قيل و أمّا إذا كان الحكم الشرعي من قبيل الوضع أو الوجوب و التّحريم فمعلوم أنّ الالتزام بخلافه في ضمن العقد أو بالنذر و العهد يكون منافيا للمشروع إلّا إذا دلّ دليل خاص على جوازه أيضا كما في نذر الإحرام قبل الميقات أو الصوم في السفر على ما حقّق في محلّه

و عن الثّاني بمنع كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب حيث إنّه يشترط الإسقاط في رتبه حصول الملكيه فيكون إنشأؤه مترتبا على إنشأئهما كما أن تحقّقه أيضا مترتب على تحقّقها فلم يرد الإسقاط لا في مرحله الإنشاء و لا مرحله التّحقّق إلّا على أمر ثابت و احتياجه إلى أزيد من ذلك ممنوع جدّا و لا موجب له عقلا كما لا يخفى و نظائره كثيره في الفقه أيضا كما صرّحوا بصحّه أن يقال بعتك هذا و جعلت ثمنه رهنا عندك أو اشترت هذا و رهينه عندك أو يقال و كلك في نكاح فلانه و طلاقها إلى غير ذلك ممّا يشبه المقام

و العجب من شيخنا العلّامة حيث إنّه ملتزم بما ذكرنا كلّه في محلّه و مع ذلك يقول فإن كان إجماع على السقوط و إلّا فللنظر فيه مجال مع أنّ من جهه الإشكال الأوّل و هو أنّ الخيار إنّما هو مسبّب عن التأخير بعد الثلاثه لا العقد وحده فهو مشترك مع خيار الغبن و العيب بناء على أنّ فعليّه الخيار مسببه عن ظهور العيب و العلم بالغبن و قد تقدّم تفصّيه عنه بما ذكرنا من أنّ الإسقاط راجع إلى ما هو مبدأ الخيار الثّابت في حال العقد و من جهه الإشكاليين الأخيرين مشترك مع خيار المجلس و الحيوان أيضا

و قد أجاب عنهما أيضا بما يرجع إلى ما ذكرنا و كيف كان فليس للنظر فيه مجال بل يسقط الخيار بجميع أنحاء إسقاطه بلا ريب و لا إشكال

[الثالث بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه]

قوله قدّس سرّه و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورته التضرّر فعلا إلى آخره

لا- يخفى أن بعد دعوى هذا الانصراف لا- مجال للتمسّك بإطلاق الأدلّه على فرض إطلاقها و لا باستصحاب الخيار الّذى استحسنته قدّس سرّه أولا على فرض إهمالها إذ انصراف الأدلّه يوجب تخصيصها بخصوص هذه الصّوره و كذلك يوجب تبدل الموضوع المستصحب على ما عرفت في خيار الغبن أيضا فلا- مجال للتمسّك بهما إلّا أن دعوى هذا الانصراف لا تخلو عن التّمحل و الاعتساف مع أنّه ليس في الأدلّه من الضّرر لا عين و لا أثر

و لو سلّم دخله فهو من قبيل علل التشريع الغير المقتضيه لإناطه الجعل بها نفيا و إثباتا و حينئذ فمختار التذكرة من القول بالسقوط

لا يخلو عن الإشكال فضلا من أن يكون فيه القوّه اللّهمّ إلّا أن يدعى أنّ من ملاحظه مجموع أدلّه الباب و التّفصيل بين ما يتسارع فيه الفساد و غيره و غير ذلك يشرف الفقيه القطع بإناطه الحكم بالضرر نفيًا و إثباتًا

و كيف كان فعهدتها على مدعيها فتأمل و لا تغفل

[الرابع أخذ الثمن من المشتري]

قوله قدّس سرّه فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاريه إلى آخره

لا يخفى أنّ المناط إنّما هو بقصد الدّافع فاحتمال الأخذ بعنوان العاريه لا ينفح بعد ما كان دفع المشتري ظاهرا في بذل الثمن فأخذ البائع بلا تصريح بخلافه أيضا يحمل عليه و يكون رضا فعليا و التزاما بالعقد الموجب لسقوط خياره كما أفاده قدّس سرّه

نعم يمكن المناقشه في أصل كون مجرد الأخذ التزاما كما في سائر أبواب الخيارات و لكن الفرق بينها و بين خصوص هذا الخيار المسبّب عن تأخير

الثمن واضح فلا تغفل نعم مطالبه الثمن لا تدل على الالتزام لإمكان أن يكون لأجل أنه لو رآه مماطلا سيفسخ فيكون استدفاعا للضرر المستقبل كما أفاد قدس الله روحه

[مسألة في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان]

قوله قدس سره وقد تقدم ما يصلح أن يستند إليه لكل من القولين إلى آخره

إشاره إلى ما أفاده في خيار الغبن من ابتناء الفوريه و عدمها على التمسك بعموم أو فوا بالعقود أو الاستصحاب وقد منع في ذاك الباب التمسك بكلا الأمرين أميا العموم فلجعل الدوام والاستمرار ظرفا للحكم لا لمتعلقه بحيث يكون أكثر لأفاده بحسب الزمان كتكثره بحسب الأفراد و أميا الاستصحاب فلعدم إحراز بقاء الموضوع بعد تمكن المغبون من تدارك الضرر فالمرجع إلى أصاله عدم تأثير الفسخ و عدم ترتب الأثر عليه هذا ملخص ما أفاده هناك أما المقام فمن جهة التمسك بالعموم فالكلام فيه هو الكلام

لكن لا يخفى أن من جهة الضرر فرقا بين المسألتين كما اعترف به قدس سره فإن في مسألة الغبن نفس العقد وقع ضررًا فعدم المبادره إلى الفسخ مع علمه بالخيار حكما و موضوعا يمكن القول بأنه رضا فعلى بالعقد و إقدام على الضرر كما لو علم به من حين العقد فالمسامحه و المماطله مع أنها خلاف العاده العقلانيه كاشف نوعي عن ارتضاء العقد و اختياره الموجب لسقوط خياره و هذا بخلاف المقام فإن الضرر مستند إلى تأخير الثمن المتجدد بدوام التأخير في كل آن فعدم المبادره إلى الفسخ غايته الكشف عن الرضا بالضرر الفعلي فلا يوجب سقوط الخيار لسبب الضرر المستقبل فمقتضى حديث نفي الضرر ثبوت الخيار له في كل آن من غير حاجه إلى الاستصحاب فلا تغفل

قوله قدس سره و كيف كان فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوه إما لظهور النص و إما للاستصحاب إلى آخره

أميا ظهور النص ففي محل المنع إذ ليس لنا لفظ نستظهر منه نفي اللزوم رأسا أو في الجملة و دعوى النسبيه بنفي الحقيقه غير موجهه إذ ليس في البين عدا الإجماع و بعض القرائن على إرادته نفي اللزوم في الجملة فالالزام بإهمال النص أمس بالقواعد اللفظيه

و أميا استصحاب الخيار فالاشكال فيه من جهة إرجاع الشك إلى المقتضى على حسب الضابط الذي أفاده في محله حيث لم يحرز من الأدله بقاء هذا الخيار إلى أن يعرضه العارض فأصل المقتضى له لم يحرز إلا في الجملة فالمرجع إلى ما ذكرنا من التمسك بنفس أدله الضرر فتدبر

[مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة كان من البائع]

قوله قدس سره لكن النبوى أخص من القاعده الأولى إلى آخره

المراد من القاعده ما يستفاد من الحديث النبوي المعروف المتلقى بالقبول و هو قوله ص الخراج بالضمان و المراد بالخراج ما يستخرج من الشيء من الزيادات و المنافع فيوهم أنّ منافع الشيء و زياداته في مقابل دركه و خسارته فكلّ من يستوفي المنافع كانت العين مضمونه عليه و لذا حكم الشيخ قدس سرّه في المبسوط بأنّ نماء المبيع المردود بخيار العيب قبل القبض للبائع بمقتضى ضمانه و لكنّه مبنّى على الأصل الذي هو المختار عنده من عدم حصول النقل و الانتقال التام قبل انقضاء الخيار و أمّا على الأصل الذي هو المشهور بل أرسلوه من المسلمات من حصول الملكيه التامه بالعقد و جميع المنافع و الزيادات لمالكه أى المشتري فربّما يوهم التعارض بين تلك القاعده و القاعده الأخرى مسلمه أيضا و هي أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه

و لكن لا يخفى أنّ معنى الحديث الخراج بالضمان أنّ الشيء بعد ما ضمنه الإنسان و تضمّنه و دخل في ملكه فمع قطع النظر عن عروض العوارض عليه يكون تكفّله عليه من حفظه و إصلاحه و الإنفاق

عليه لو كان حيوانا و لو تلف كان من كيسه بإزاء ما يستوفى منه من منافعه و زياداته و هذا لا ينافى أن يقع في عهده الغير و ضمانه بتلف أو غصب أو عاربه مضمونه و غير ذلك كما لا- ينافى أن يكون العين في عهده مالكة و لكن كان منافعه للغير بسبب آخر فالمراد بالضمان نفس التعهيد الحاصل للمشتري بالعقد و دخول المبيع في ملكه بإزاء ثمنه كما يشهد بذلك ما في الخبر الوضيعه بعد الضمنيه حرام إلى آخره حيث أطلق الضمنيه على نفس العقد بل إطلاق العقد عليه أيضا بتلك الملاحظه حيث إنه لغه العهد أو العهد المؤكد

و بالجملة فهذا الضمان لا ينافى مع ما يحصل من سائر الأسباب الاتفاقيه من اليد أو التلف و نحوهما فلا ينافى مع ضمان البائع قبل القبض تعبدا بل كلها وارد عليه فإن شئت عبر عن هذا الضمان بضمان التكفل و عن تلك الضمانات بضمان الغرامه كما عبر كذلك بعض الساده الأجله كما لا ينافى مع القاعده الأخرى و هي أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له بذاك البيان الذي قلنا فإن كل ذلك لأجل جهات خارجه عن المعامله

و كيف كان فالمسأله منقحه خاليه عن الشبهه نعم المذى يوجب التحير في المقام التفصيل الذي نقل عن بعض الأجله من أنه لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع و لو تلف في الثلاثه فمن المشتري فإنه لا- يوجه بوجه من الوجوه بل يوهم أن يكون التفصيل بالعكس بتوهم المعارضه بين قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له و تقديم الثانيه مع أنه أيضا فاسد حيث إن الثانيه مخصوصه ببعض الخيارات أولا و موردها التلف بعد القبض فلا يعارض مع هذه أبدا ثانيا و كيف كان فينبغي التأمل و التتبع لعله وقع اشتباه في النقل فراجع و تأمل

[القول في الشروط]

[الكلام في شروط صحه الشرط]

[أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف]

قوله قدس سره الكلام في شروط صحه الشرط و هي أمور قد وقع الكلام أو الخلاف فيها أحدها أن يكون داخلا تحت قدره المكلف إلى آخره

لا يخفى أن اشتراط هذا العنوان يوجب اختصاصه بما إذا كان الشرط من مقوله الأفعال و أما اشتراط الوصف الحال في المبيع مثلا فلا يتصف بالقدره و عدمها إلا بإرجاعه إلى التسليم بشرط كذا و كذا و كذلك اشتراط بعض النتائج الغير المتوقعه على سبب خاص المتحقق بنفس الشرط فإنه لا إشكال في صحته كما اعترف به مع أنه لا يتصف بالمقدوريه

نعم لو كان مرجع الشرط إلى إيجاد الأسباب فهو كاشتراط الفعل و حينئذ فالأولى التعبير بكون ما يشترط تحت سلطانه و استيلائه فيعم الأفعال التوليديه و المباشريه و غيرها من الشروط الجائزه ككون العبد كاتبا فإنه يسقط على الوصف بسلطنته على العين و كذلك في الغايات المتوقعه على الأسباب و غيرها غايته مرجعه في الأول إلى اشتراط إيجاد السبب و في الثاني بنفس

و بالجمله فالمعتبر أن يكون الشرط مملوكا للمشروط عليه كما اعتبر في باب الإجاره كذلك فيعم الأعيان و المنافع و الأوصاف و غيرها و الأفعال بجميع أقسامها و وجه اعتباره أيضا أوضح من اعتبار القدره فإن الشرط أعدّ لنقل ما يصحّ نقله بسائر العقود و ما لا يصحّ نقله بها فلا بدّ كالبيع و الإجاره و غيرهما أن يكون مملوكا للشارط و إلّا فهو من قبيل وهب الأمير ما لا يملك

و على أيّ حال ما كان فعلا للشارط فلا بدّ أن يكون تحت قدرته إمّا ابتداء كالأفعال المباشريّه أو بتوسط سببه على وجه لم يكن بين السبب و المسبب أمور غير اختياريّه الموجهه لحصول الغايه تاره و عدم حصولها أخرى

كاشتراط جعل الزرع سنبلًا و البسر رطبًا فإنّ هذه الأمور من أفعال الله تبارك و تعالَى بتوسيط أمور خفيّة و غير خفيّة يكون فعل العبد و هو الزرع و السقى و نحوهما مجرد إعداد لها فلا يصحّ استناده إلى العبد و عدّه من أفعاله كما لا يخفى

و أمّا ما كان من قبيل أوصاف المبيع فلا بدّ أن يكون خاليا بحيث يقدر الشارط على أن يسلمه تبعا للعين فإن لم يكن خاليا مثل الأوصاف التي يمكن تحقّقها كما يجوز عدمه ككون الزرع سنبلًا أيضا بناء على اشتراط اعتباره وصفا للمبيع لا فعلا للشارط إذ يصحّ اعتباره بكلا الوجهين و اشتراط قدره احتراز عنه بكلا وجهيه فلا يجوز اشتراط لما ذكرنا من عدم كون الوصف الغير الفعلي مملوكا له و تحت سلطنته

و ما كان من قبيل شرط التناجج مثل كون المال المخصوص لزيد مثلا فالقدره عليه حصوله بنفس الاشتراط من غير حاجه لى سبب خاص فاشتراط كون زوجته مطلقه أو أمته حرّه و أمثال ذلك باطل جدّا نعم يصحّ اشتراط إيجاد السبب مثل أن يعتق عبده مثلا فلا مانع منه من تلك الجهه لكونه تحت سلطنته لو لم يكن فيه محذور من جهه أخرى فتأمل جيدا

[الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه]

قوله قدس سرّه الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه إلى آخره

الظاهر أنّ ذكر هذا الشرط مستدرك لإرجاعه إلى اشتراط قدره فإنّ الممتنع شرعا كالممتنع عقلا و كذلك على ما ذكرنا من اعتبار كونه مملوكا له إذ بالتهى الشرعى يخرج عن تحت سلطنته و مملوكيته مضافا إلى أنّ مرجع اشتراط المحرّم إلى الاشتراط المخالف للكتاب فيكون من مصاديق المسأله الآتية فتأمل و لا تغفل

[الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء]

قوله قدس سرّه الثالث أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء إلى آخره

و لو لم يوجب زياده فى المائيه و لم يجعل يازائه المال أيضا فإنّ الشرط على أى حال لا يقع يازائه الثمن و لا يقصد فى العقد أصاله فلا يلزم أن يكون له المائيه و هذا بخلاف باب الإجاره فإن تمام الغرض هناك انتقال المنفعه فلا بدّ أن تكون لها مائيه و تكون عائده إلى المستأجر يازاء ثمنه و لذا لا يصحّ إجاره العبادات الغير القابله للثيباه

و كيف كان حيث إنّ المدار على كون الغرض معتدّا به عند العقلاء فربّما يشكّ فى بعض مصاديقه مثل اشتراط كون العبد كافرا أو جاهلا بالعبادات أو أكلا لأشياء مخصوصه و الضابض عدم اللغويّه على وجه يوجب ثبوت حقّ للمشروط له على الشارط فتأمل جيدا

[الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

قوله قدس سره الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب إلى آخره

و هذا هو العمده في باب الشروط و الدليل عليه الأخبار المتضافره بين ما هو مضمونه بطلان الشرط المخالف للكتاب أو بطلان ما ليس في كتاب الله أو ما كان سوى كتاب الله أو ما كان مما حرّم حلالا أو أحلّ حراما

و في صحيحه ابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عزّ و جل فلا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله إلى غير ذلك من العناوين و في عدّ اشتراط الولاء لغير المعتقد مخالفا للكتاب كما في بعض هذه الأخبار دلالة على أنّ المراد أعمّ من الكتاب و السنّه كما صرح به في روايه محمّد بن قيس فيمن تزوّج امرأه و اشترطت عليه أنّ يدها الجماع و الطلاق قال ع خالفت السنه و وليت حقّا لست أهلا له إلى آخره

فالضابط أن لا يكون مخالفا للمشروع و على هذا فلا فرق بين اعتبار الموافقه أو عدم المخالفه إذ لو لم يكن مخالفا للمشروع فلا محاله يكون موافقا لأحد العمومات و الإطلاقات الواردة في الكتاب و السنّه فمرجع جميع هذه العناوين إلى ما ذكرنا من عدم المخالفه للمشروع كما

لا فرق بين كون نفس الشرط أى الملتزم به مخالفا للكتاب أو الالتزام به كاشتراط عدم التسرى و التزويج كما مثل به قدس سره بناء على استفادة عدم جوازه من الأخبار و لكنّها لا تخلو عن إشكال فإنّه ورد فى روايتين على ما نقل قدس سره

إحدهما روايه منصور بن يونس و هى و إن دلت على التوبيخ عليه حيث قال ع بئس ما صنع لكنّها مصرّحه بنفوذ الشرط و وجوب الوفاء به مستشهدا بقول رسول الله صلى الله عليه و آله المسلمون عند شروطهم و ثانيتهما روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام و هى و إن كانت ظاهره فى عدم نفوذ الشرط لكن مفروض السائل تعليق الطلاق و أنّه إن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرّيه فهى طالق فيمكن أن يكون عدم نفوذه لتعليق الطلاق لا لكون الشرط بنفسه مخالفا للمشروع اللهم إلّا أن يقال استشهاد الإمام و تعليقه عليه السلام بمثل فانكحوا ما طاب لكم من النساء و أحلّ لكم ما ملكت أيما نكح و قوله تعالى و اللاتى تخافون نُشوزهنّ فِعْظوهنّ وَ اهْجُرُوهُنّ فِي الْمَضَاجِعِ يَدلّ على أنّ عدم النّفوذ لأجل مخالفه الاشتراط لتلك العمومات فيتم المدعى و لعلّه الوجه لأمره قدس سره بالتأمل بعد التفاته إلى ما ذكرنا من الإشكال فراجع و تأمل

و كيف كان العمده فى المقام تشخيص الضّابط لمخالف الكتاب و تمييزه عن غيره فإنّه فى غايه الإشكال

و قد أظنّب الكلام قدس سره فى بيان الضّابط تاره بما حاصله أنّ الحكم الشرعى لو كان ثابتا على موضوعه لو خلى و طبعه مع قطع النظر عن الطّوارى فاشتراط خلافه ليس مخالف للكتاب فإنّه من الطّوارى المغيّره له فلا ينافى كونه لو خلى و طبعه مباحا و لكن صار واجبا بعروض الاشتراط أو النذر و العهد أو بأمر الوالدين و غيرهما ممّن يجب إطاعته و إن كان ثابتا لمتعلّقه بجميع حالاته و طواريه فاشتراط الخلاف مخالف للكتاب و أخرى بما حاصله الفرق بين كون ثبوت الحكم المتعلّقه على وجه العليه أو وجه الاقتضاء فلا ينافيه اشتراط الخلاف إلى غير ذلك ممّا يكون من قبيل الإحاله إلى المجهول و المذى ينبغى أن يقال فى المقام أنّ الشرط أى ما يتعلّق به الشرط تاره من الوضعيات الشرعيّه

و أخرى من التكاليف الخمسه التكليفيّه كاشتراط ترك واجب أو مباح أو فعل محرّم أو مكروه و نحو ذلك

أمّا الوضعيات فتاره من الأمور التى جعلها الشارع تحت سلطنه الشارط و أعطاه زمام اختياره كما فى باب الحقوق و الأموال و أخرى ليست من هذه الأمور مثل كون الولاء لمن أعتق و ولد الحرّ حرّ أو الطلاق بيد من أخذ بالساق و غير ذلك من الأمور التى ليست تحت اختيار المكلف بوجه أمّا هذا القسم من الوضع فلا ينبغى الشّبهه فى أن اشتراط خلافها مخالف للمشروع جدّا إلّا أن يقوم دليل خاصّ على جواز تغييره بالشرط أو التّذّر و نحوهما و من هذا القبيل اشتراط إرث المتمتع بها أو رقيه من كان أحد أبويه حرّا فإنّ الإشكال فيها من جهة تعارض التّصوص فمن يدعى جوازه يدّعيه لسبب نصّ خاصّ و إلّا لا يكاد يصحّ تبدّله بالشرط و نحوه كما لا يخفى كما لا ينبغى الشّبهه فى التبدّل بالشرط فيما إذا كان من قبيل القسم الأوّل أى الحقوق و الأموال إذا المفروض سلطنه عليها و كون اختيار بيده هنا فيتصرّف فيها كيف ما شاء و قد أشرنا سابقا أنّ الشرط وضع لتملك ما لا يصحّ تملكه بالبيع و الإجاره و غيرها فيعرض عن حقّ خياره فى المجلس و غيره أو كون مال كذا لزيد أو غير ذلك و هذا أيضا ليس على وجه العليه لإمكان قيام دليل خاصّ

على المنع من التصرف الخاص كبيع المصحف من الكافر و ما يكون من نظائره فتأمل جيدا

و أمّا ما كان من قبيل التكاليف فالظاهر أنّ الالتزام بترك الواجب أو فعل المحرّم نوعا خلاف المشروع بل لا ينبغي الشبهه فيه لمكان إطلاق دليلهما التأمّل لصوره الالتزام بالخلاف و عدمها فيكون مخالفا للكتاب و محلّلا للحرام إلّا أن يقوم دليل خاصّ على جواز تغييره بالشّروط كسائر العوارض المجوّزه لفعل الحرام و ترك الواجب و دليل وجوب الوفاء بالشّروط لا يصلح لذلك لاشتراطه بعدم كونه مخالفا للكتاب و محلّلا- للحرام فلا يقع التعارض بين دليل التّكليف و أدلّه الشّروط أبدا كما توهم و قيل بالرجوع إلى المرجّحات و كيف كان فهذا وظيفه دليل آخر غير دليل الشّروط أو كان دليل الواجب أو المحرّم مهملا من تلك الجهة أى لم يكن له إطلاق حتّى في صورته اشتراط خلافه و هذا و إن كان مجرد الفرض إلّا أنّ على تقدير تحقّقه فالمرجع إلى الأصل الّذى ينقّح تفصيلا فهذا أحد موارد الشكّ الّتى تحتاج إلى الأصل و كذلك فيما إذا تعارض الأدلّه في جواز تغيير الحكم بالشّروط و الشّبهه و إن كانت مفهومية بل الشكّ من جهة الموضوع في أمثال المسأله قليل جدا و لكن مع ذلك لا مجال للرجوع إلى العالم لكون المخصّص متصلا فيوجب إجماله فراجع و تأمل

و أما المباحات فالالتزام بتركها أو فعلها ليس مخالف للمشروع لعدم منافاه وجوبها بالعرض مع إباحتها كما لا يخفى نعم قد يقال بأنّ نفس الالتزام محرّم للحلال و إن لم يكن الملتزم به مخالف للكتاب لما قيل من عدم المنافاه بل يلزم ذلك في مثل التّذر و العهد و ما يشبههما أيضا حيث إنّ الالتزام بترك المباح محرّم له لا- محاله فيعمّه تلك الأدلّه مع أنّ جميع موارد الالتزامات الصّحيحه إمّا التزم بفعل مباح أو مندوب أو ترك مباح أو مكروه فكيف التّوفيق

و يمكن استفاده ما يذبّ به عن الإشكال ممّا ورد في بعض الأخبار من بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما معلّلا بأنّه ليس لك أن تحرّم ما أحلّ الله فيمكن أن يقال بأنّ الالتزام على ترك المباح تاره التزم بترك مصداق منه أو بتركه مطلقا في برهه من الزّمان و هذا لا- بأس به لعدم مخالفته للكتاب لا من حيث الالتزام و لا من حيث الملتزم و أخرى التزم بترك نوع مباح دائما كالحلف على ترك شرب العصير دائما و حينئذ يكون التزمه محرّما لما أحلّه الله كما في الروايه

و بالجملة يمكن الفرق بين الالتزام على ترك مباح نوعا أو بعض مصاديقه و كذلك بين تركه دائما أو في برهه من الزّمان و يكون ذلك توفيقا بين الأدلّه على حسب ما تقتضيه الروايه الوارده في العصير و الإنصاف أنّه لو لم تكن تلك الروايه كانت المسأله محلّ الشّبهه فتأمل جيّدا

ثمّ إنّ بناء على هذا التفصيل فالقدر المسلّم من صحّه الالتزام ما إذا كان على بعض مصاديق المباح أو نوعه في برهه قليله من الزمان و من عدم صحّه الالتزام ما إذا كان على نوع المباح دائما و أمّا الالتزام على بعض مصاديقه دائما أو على نوعه في مدّه متماديه فيكون من موارد الشكّ فالمرجع إلى الأصل و كيف كان فالمسأله لا يخلو عن التأمّل و الإشكال في بعض الموارد أنحاء الالتزامات فالأولى تأسيس ما يقتضيه الأصل فيها حتى يكون هو المرجع في هذه المقامات

و الّذى أفاده قدّس سرّه هنا أنّ المرجع عند الشكّ في مشروعية الشرط أصاله عدم مخالفته للكتاب خلافا لما اختاره في أصوله

و عقد تنبيها خاصا لعدم جريان هذا الأصل

فى تنبيهاٲ الاسٲصحاب لأنّ المخالفه لىسٲ مسبوقة بالعدم مع فرض وجود موضوعه ٲٲى يٲكم باسٲمرار العدم اذ الشّرٲ إمّا وجد مخالفًا أو غير مخالف فلا محاله يكون اسٲصحاب عدم المخالفه بلحاظ العدم السّابق على وجود موضوعها من ٲىٲ كونها بنفسها من الٲواٲٲ المسبوقة بالعدم الأزلّى لا محاله و بهذا اللّحاظ أى بلحاظ عدمها النّفسى المٲمولّى لم يؤخذ موضوعا بل أخذ بلحاظ عدمها النّعى أى عدم كون الشّرٲ مخالفًا و بهذا الاعٲبار لىسٲ مسبوقة بالحاله السّابقه

و حاصل الإشكال على هذا الأصل أنّ عنوان المخالفه بوجوده النّفسى المٲمولّى و إن كان مسبوقة بالعدم لا محاله لكن إٲباٲه لا يكاد يٲٲب الموضوع الشّرعى و لا يكاد يٲٲٲم به الموضوع المٲقٲد و يحرز بضمّ الوجدان إلى الأصل ٲٲى يٲرٲب عليه ٲكمه إلّا بنحو من الملازمه العقليّه الٲى لا اعٲبار بها فى الأصول على ما ٲٲقّ فى محلّه و بوجوده النّعى الزّابٲى إذا اسٲصحب عدمه يٲٲٲم منه الموضوع و لكنّه غير مسبوق بالعدم الكفائى لوضوح أنّ العدم لا يكاد يصير نعتا لموضوعه إلّا يٲٲقّق الموضوع غير مٲصّف بالوصف فىصير عدم الوصف نعتا له إمّا قبل وجود الموضوع فىلّىس إلّا العدم المٲمولّى

و لقد أجاد قدّس سرّه فى تنبيهاٲ الاسٲصحاب فى بيان الضّابٲ بين العدم النّفسى و النّعى و عدم جريان الأصل فى الٲانى دون الأوّل و كأنّه عدل عنه و بنى على جريان هذا الأصل

و ٲىٲ إنّه أصل ٲائر فى ٲٲىر من المسائل الفقهيّه فلا بأس بشرٲ من الكلام فىه و بيان ما هو الٲٲقٲق فىه فى الجمله فنقول إذا أخذ قىد فى موضوع الٲكم الشّرعى وجودا أو عدا فتاره من قبىل العرض و محلّه و أخرى من قبىل الجوهرىن مثل كون زىد و عدم كون عمر و معه مثلا أو عرضىن لموضوعىن أو لموضوع واحد ٲارج عن موضوع الٲكم

أمّا ما لم يكن من قبىل العرض و موضوعه فجرىان الاسٲصحاب فى كلّ واحد من الجزئىن مبنى على مسأله معلومى الٲارىخ و مجهولى الٲارىخ فإن كان أحدهما معلوما كموت المورٲٲ و الآخر مجهولا كإسلام الوارٲٲ مثلا يٲصحب عدمه إلى زمان الآخر فىلٲٲم الموضوع بضمّ الوجدان إلى الأصل و يٲرٲب عليه الٲكم الشّرعى أو نقيضه إذا كان المأخوذ فى لسان الدّلىل مجرّد كون الٲاٲٲىن مجٲمعىن فى سلسله الزّمان أو كان أحدهما قبل الآخر أو بعده كذلك من دون اعٲبار عنوان بسىٲ من العناوىن المنٲرعه عن ذلك كالٲقارن و الٲقّدم و الٲأخّر ٲٲى عنوان الٲال و شٲبهه و إلّا فجرىان الأصل لا يكاد يٲٲب هذا العنوان كما لا يخفى

نعم لو كان كلاهما مجهولى الٲارىخ فالأصلان فىهما متعارضان متساٲان كما شرح فى محلّه و أمّا ما كان من قبىل العرض و موضوعه فتاره يكون العرض نعتا لموضوعه مسبوقة بالوجود أو العدم مثل أنّ زىدا كان عادلا فىشكّ فىسٲصحب عدالته أو كان و لم يكن بفاسق فىسٲصحب عدم فسقه و هذا ممّا لا إشكال فىه و إنّما الإشكال فى اسٲصحاب عدمه المٲمولّى أى بلحاظ عدم السّابق على وجود موضوعه فىما إذا لم يكن بوصفه النّعى مسبوقة بالوجود أو العدم بل موضوعه إمّا وجد مٲصفا به أو غير مٲصّف به من أوّل الأمر و هذا مبنى على إمكان أخذه بهذا اللّحاظ فى موضوع الدّلىل ثبوتا و إٲباٲا ٲٲى يٲٲٲم الموضوع بىرکه الاسٲصحاب و ضمّ الوجدان إلى الأصل

و الأقوى عدم إمكان أخذه كذلك أى بوجوده النفسى المحمولى أو عدمه كذلك لا ثبوتاً ولا إثباتاً أمّا من حيث الثبوت فلأنّ
المعروض بالنسبه إلى انقسامه إلى هذا

العرض و نقيضه إمّا أن يكون مطلقاً فتقيده بعدم كون العرض بوجوده المحمولى مقارنا له يدافع مع هذا الإطلاق لبداهه أنّ الملازمه العقلية مرعيه بحسب الواقع و نفس الأمر و إنّما لم يعين بها فى مقام إجراء الأصول و وجود العرض بنفسه و لنفسه عين وجوده لموضوعه فإذا فرضنا أنّ المعروض من حيث انقساماته الأوليه الملحوظه قبل انقساماته من حيث الأمور المقارنه له مطلق غير مقيّد لا- بوجود العرض نعتا له و لا بعدمه فتقيده بعدمه المحمولى يدافع مع هذا الإطلاق لا محاله و إن كان مقيّدا به أو بنقيضه على وجه التّعنيه فتقيده به كذلك أى كونه أمرا مقارنا له لغو صرف لأجل الملازمه الواقعيه بين نحويه من الموجود مثلا فى قولنا أكرم العالم إذا كان العالم من حيث انقسامه إلى الفاسق و نقيضه مطلقا غير مقيّد لا به و لا بنقيضه فتقيده أيضا بعدم وجود فسقه مقارنا لوجوده يدافع مع هذا الإطلاق و يناقضه لا محاله و إن كان مقيّدا بعدم كونه فاسقا فتقيده أيضا بعدم وجود الفسق فى زمانه تقييد لغو مستهجن فيتعيّن أن يكون العرض ملحوظا على وجه التّعنيه فى مقام الإطلاق و التقييد بالنسبه إلى مفروضه و لا تصل التّوبه إلى لحاظه عرضا و محمولا لما أشرنا إليه من أنّ لحاظ الموضوع إطلاقا أو تقييدا بالنسبه إلى عوارضه و انقساماته الطاربه عليه أو لا- مقدّم على لحاظه باعتبار مقارناته فإطلاق الموضوع أو تقييده بالنسبه إلى عوارضه إنّما يلاحظ بوجوداتها التّعنيه و لا يعقل الإطلاق و لا التقييد بلحاظ وجوداتها التّفسيه و بما هى أشياء فى حدّ نفسها مبينه لوجود موضوعاتها فتأمل جيّدا

و أمّا من حيث الإثبات و ملاحظه الأدلّه فلأن أخذ القيد فى موضوع الحكم تاره بنحو المركّب التّوصيفى كقولك أكرم العالم العادل مثلا و اعتباره نعتا لموضوعه بديهيّ فى هذا القسم و استصحاب وجود العداله مقارنا للعالم لا يثبت عنوان العالم العادل كما هو واضح و أخرى بدليل منفصل كقولك لا تكرم الفاسق من العالم بعد الحكم بإكرام العالم مطلقا

و هذا القسم أيضا يكشف الدليل المنفصل عن اعتبار نقيضه العدمى أى من ليس بفاسق فى مصبّ العموم و يخرج العام عن كونه تمام الموضوع فيساق التّوصيف غايته بعنوان عدمى الذى هو نقيض الخارج

و ما أفيد فى المقام من بعض أساتيدنا الأعلام طاب ثراه من عدم معنويّه العام بعنوان التّقيض بل هو معنون بكل عنوان فيعمّ صورته لحقوق العرض عليه بوجوده المحمولى فيستصحب عدمه الأزلى و ببركته يدخل فى موضوع العام و يعمّه حكمه مرجعه إلى عدم التّخصيص المفروض وجوده فيلزم الخلف لبداهه أنّ بعد خروج عنوان الفاسق مثلا عن تحت العام فلا محاله تضيق موضوع الحكم و مصبّ العموم و لا يبقى انقسامه إلى الخارج و نقيضه و لا نعى بالتّقييد إلّا هذا

نعم إطلاقه بالنسبه إلى وجود العرض و عدمه بما هو أمر مقارن له و إن لم ينثلم بالتّقييد اللفظى فإنّ الخارج إنّما هو بعنوانه التّعنى و نقيضه الذى يقع فى مصبّ العموم كذلك لا محاله و لكن قد عرفت أنّ بعد هذا التّقييد لا يكاد يبقى ذلك الإطلاق و إلّا يتدافعان لأجل الملازمه الواقعيه

و توضيح المقام بأزيد من هذا البيان موكول إلى محلّه و كيف كان فهذا القسم أيضا بعد وقوع نقيض الخارج فى مصبّ العموم مرجعه إلى التّقييد بالمتّصل و ثالثه يكون بنحو الاستثناء كقولك أكرم العالم إلّا الفاسق منهم و هذا أيضا كالمفصل فى تضيق مصبّ العموم و تقييده بنقيض الخارج بل هو أولى كما لا يخفى على المتأمل فتأمل و رابعه يكون بدليل منفصل لكن على نحو

يكون التقييد واردا على عنوان الوصف كما هو الشائع المتعارف في ألسنة العلماء ولا يخلو لسان الأدلّه

عنه أيضا كقولهم يشترط في الإمام العدالة و الذكوريه و الحريره مثلا- و هذا القسم مع قطع النظر عما ذكرنا في مرحله الثبوت يمكن في مقام الإثبات أن يكون اعتبار الوصف في موضوع الحكم بجواز الاقتداء بوجوده النفسى المحمولى بأن يكون الشرط في جواز الاقتداء مثلا كون العدالة و الحريره و نحوهما موجوده في زمان وجود الإمام و مقارنه لوجوده لا نعتا له بأن يكون عادلا أو حرا مثلا و هذا مع قطع النظر عن كونه تقييدا مستهجنا ربما يقطع بعدمه و عدم إرادته لو فرض وقوعه في لسان الأدله غايته أنه يوجب الشك في أحد النحويين و هما كيفيتان متبايتان من التقييد فلا بد من إحراز القيد بكلا الوجهين فلا بد أن يكون الوصف بكلا نحويه مسبوqa بالوجود أو العدم بل إثبات عدمه نعتا يلازم عدمه مقارنا و لا عكس فتأمل جيدا

و بالجمله فقد ظهر أن بحسب لسان الأدله إنما أخذ الأوصاف التي نسبتها إلى موضوع الحكم نسبة العرض إلى محلّه على وجه النعتيه و الصفتيه لا بوجوداتها النفسيه و بما هي ماهيات في حيال ذاتها فلا بد في إحرازها بالاستصحاب أن تكون مسبوقة بالحاله السابقيه بما هي نعوت لموضوعاتها و إحراز عدمها الأزلى بما هي ماهيات في قبال موضوعاتها لا يثبت عنوان نعتيتها إلا بالملازمه العقلية الغير المرعيه في الأصول العمليه على ما حقق في محلّه و حينئذ فاللازم تنقيح أنها بوجوداتها النعتيه مسبوقة بالعدم حتى يستصحب عدمها أو ليست مسبوقة بالعدم كذلك فلم يكن مجال للاستصحاب و صحه الاستصحاب هنا مساوقه لما هو المعروف عند المنطقيين من صدق السالبه بانتفاء الموضوع و عليه بنوا الفرق بين السالبه المحصيه و الموجبه المعدوله المحمول و لكن المرضي عند المحققين أنه من الأغلاط كما صرح به الحكيم الشيزواري في حاشيته على الأسفار و إن تبعهم في منظومه في المنطق و كيف كان توضيح المقام مبنى على بيان إجمالى في حقيقه الربط و النسبه في القضيه و أنه من ناحيه الماهيه بمعنى أن الماهيات العرضيه مع قطع النظر عن وجوداتها لها جهه نفسيه و جهه ربطيه بموضوعاتها فإذا كانت الماهيه بكلتا جهتيها مسبوقة بالعدم فنعتيتها لموضوعها تكون مسبوقة بالعدم الأزلى فيصح استصحاب عدمها بنحو من العنايه و أن الربط و النسبه بأنفسهما ماهيه ثالثه خارجه عن ماهيه الموضوع و المحمول و هي الماده المشتركه التي يرد عليها الإيجاب تاره و السلب أخرى فيكون عنوان الربط بنفسه كسائر الماهيات مسبوqa بالعدم فيستصحب استمرار العدم و عدم طرده بالوجود أو أنه معنى منتزع من ناحيه وجود العرض و الماهيه بنفسها ليست إلما هي تاره يلحقها الوجود المحمولى الطارد لعدمه كذلك و أخرى باقيه على عدمها فالنعتيه و الربطيه و الاتصاف و غيرها كلما شئت فعبّر عناوين منتزعه عن خصوصيه وجود العرض و أنه إذا وجد في الغير لا محاله

و بعبارة أخرى إذا أفيض الوجود إلى العرض و وجد في موضوعه فوجوده اعتباران لا- أن له وجودين فيأنه من الأغلاط اعتبار كونه بنفسه موجودا من الموجودات في عرض موضوعه و اعتبار كونه حالا- فيه و قائما به و فانيا فيه فمن اعتباره الثاني ينتزع الوجود الربطى و النعتى كما أن من اعتباره الأول ينتزع الوجود النفسى المحمولى

و على هذا ليست النعتيه مسبوقة بالعدم بل المسبوق به هو الماهيه العرضيه التي تنقسم إلى الموجوده تاره و إلى المعدومه أخرى و هي التي نسبتها إليهما على حدّ سواء و أما الوجود فلا يعقل أن يعرضه العدم كما هو واضح لا يخفى و ما قيل من أن الوجود مسبوق بالعدم فيه مغالطه فإن معناه

أن وجود الماهية مسبقا بعدمها لا بعدمه بمعنى أن وجودها يطرد عدمها و ينقضه لا أن الوجود كان معدوما ثم لحقه الوجود أو يشك فيهِ فيستصحب عدمه فإن ذلك من الأغلاط الواضحة التي لا يكاد يتفوه به ذو مسكه فإنهما وصفان متقابلان يعرضان الماهيات فلا يعقل اتصاف أحدهما بالآخر تاره و بنقيضه أخرى كما لا يخفى

و بالجمله الذي يكون مسبقا بالعدم هو الماهية و هي القضية المتيقنة في الاستصحاب التي يصح أن يقال إنها كانت معدومه و الآن كما كانت و لا يصح أن يقال إن الوجود الربطى كان معدوما و الآن كما كان بالضرورة من العقل و البداهه من الوجدان

فقد ظهر من ذلك كله أن الربطية و النعتية و غيرهما من العناوين منتزعه عن وجود العرض و تحققه في الخارج قائما بموضوعه و فانيا فيه فلا يعقل أن يكون مسبوقة بالعدم المحمولى فضلا عن النعتى و إنما المسبوق به ذات العرض بما هو عرض لا بما هو عرضى فافهم و اغتنم و قد ظهر أن هذا مساوق لكذب القضية السالبة بانتفاء الموضوع كما قال به أهل التحقيق

نعم بناء على الوجهين الأولين و هو أن يكون الربطية من قبل ذات الماهية العرضية أو تكون الماهية ثالثة رابطة بين الموضوع و المحمول فإذا كانت الماهية بخصوصياتها مسبوقة بالعدم فيصح أن يقال خصوصيتها النعتية كذلك مسبوقة بالعدم و أوضح من ذلك الوجه الثانى لوضوح أن عنوان الربطية إذا كانت ماهية من الماهيات فمسبوقة بالعدم لا- محاله فيصح الاستصحاب و كذلك يصح قولهم بصدق السالبة بانتفاء الموضوع فإن نفي الربط كما يصدق مع وجود الموضوع كذلك يصدق مع عدمه أيضا و لعله يرجع إلى ما ذكرنا من الوجهين الخلاف المحكى بين القدماء من المنطقيين و الجماعة المتأخره عنهم من أن مفاد السالبة هو سلب الربط الذى فى الموجهه بمعنى أن الإيجاب فى الموجهه عباره عن نسبه المحمول إلى الموضوع فيرد على مادّه المحمول و فى السالبة يرد السلب على هذه النسبه الإيجابيه و لازمه عدم وجود السلب و الإيجاب على شىء واحد

و هذا خلاف ما يقضى به الوجدان لبداهه أن ما يثبت للموضوع فى الموجهه بعينه يسلب و ينفى فى السالبة و كذلك لازم هذا القول خلو القضية السالبة عن الربط و النسبه و هذا أيضا ممّا لا يساعده الضروره من الوجدان و لذا عدل عن ذلك الجماعة المتأخره و قالوا بأن مفادها ربط السلب أى السلب و الإيجاب يردان على النسبه الخبرية على حدو واحد و هى الماده المشتركة فى كلتا القضيتين الخارجه عن مادتي الموضوع و المحمول و لازمه القول بتربيع أجزاء القضية كما قالوا و هذا الوجه و إن كان أصلح من الوجه الأول إلما أنه أيضا خلاف التحقيق و يصادمه الوجدان الدقيق إذ من البديهي فى استعمالاتنا و محاوراتنا أن النسبه ليست شيئا برأسها و جزءا للقضية بنفسها إذ لازمه أن يكون من سنخ الماهيات مع أنها منحصره فى المعقولات المعروفة مضافا إلى أن بناء عليه تحتاج بنفسها إلى ما يربطها بطرفيها فافهم جيدا

و قد خرجنا عما هو المقصود فى المقام

و كيف كان فعلى هذين الوجهين يتم استصحاب الأعراض بوجوداتها النعتية كما يصح صدق السالبة بانتفاء الموضوع أيضا و لكن على ما هو تحقيق الحق فى المقام كما قال به المتأخرون من أهل الصيناعه من أن النسبه فى حاق حقيقتها منقسمه إلى ثبوتيه و سلبيه و أنها بكلا- قسميها وارده على مادّه المحمول فالإيجاب عباره عن ثبوت المحمول العرضى لموضوعه كما أن

سلب المحمول عن موضوعه و أنه غير متّصف به و غير معنون بعنوانه و مرجعه إلى ما ذكرناه و اخترناه على ما يساعد عليه الوجدان فى الاستعمالات و المحاورات من أنّ النسبه الثبوتيه أمر منتزع عن نفس وجود العرض فى محلّه و قيامه به و فنائه فيه كما أنّ السلبيه عباره عن عدم قيام العرض بمحلّه فيصير ذلك وصفاً أو عنواناً عدمياً للموضوع لا محاله و هذا معنى قولهم النسبه فى حاقّ حقيقتها تنقسم إلى الثبوتيه و السلبيه

و يشهد لذلك ما بنوا عليه و حقّقوه من أنّ كلّ واحد من الوجود و العدم ينقسم إلى النفسى المحمولى و الربطى نعم قد استشكل صدر المتألّهين فى العدم الربطى نظراً إلى أنّ العدم كيف يكون رابطاً مع أنّه لا يصلح لأن يكون منشأً لأثر بل الآثار كلّها من قبل الوجود و هو منشؤها و مبدؤها و لذا قد مال فى حقيقه النسبه إلى ما ذهب إليه المتقدّمون من أنّ النسبه السلبيه سلب ما فى القضيّه الإيجابيه غفله عن تواليه الفاسده و محاذيره الّتى أشير إليها فى الجمله مع مصادمته للضروره و الوجدان

□

و قد أجاد شيخنا الأنصارى قدّس سرّه و كيف أجاد بل لعلّه ممّا أجرى الله تعالى على قلمه من التعبير عن العدم الربطى بالنعتى و به يحسم مادّه الإشكال لوضوح صلاحية العدم المضاف أن يصير نعتاً لمنوعته و عنواناً له و لو سلّم عدم صلاحيته للربط كما توهم

و الحاصل أنّ الذوات كما تتّصف بالأوصاف الوجوديه كذلك تتّصف بالأوصاف العدميه بمعنى أن يكون عدم القيام مثلاً عنواناً و وجهاً لزيد كما أن وجوده ربما يكون كذلك

و قد ظهر أن كلّاً منهما بذاك الاعتبار ليس مسبقاً بالعدم فلا مجال لاستصحابه بل المسبوق به باعتبار وجود الوصف و عدمه المحمولى و استصحابه بذاك الاعتبار لا يثبت وجوده و عده نعتاً و إن يلازمه واقعا إلّا أنّ بناء الأصول على التفكيك بين اللوازم و الملزومات و الملازمات كما لا يخفى

و قد ظهر أيضاً أن صدق السالبه بانتفاء الموضوع من الأغلاط الواضحه و ما يتداول فى الألسنه بنحو من العناية لا محاله لو كان من الاستعمالات الصّحيحه فلا يزاحم مع ما ذكرنا من البيان و إقامة البرهان

نعم هناك مغالطه قد استدللّ بها القائلون بالصّيدق و هى أنّه لو لم يصدق السالبه عند انتفاء الموضوع لصدق نقيضه لا محاله و التالى باطل بالضروره فالمقدم مثله مثلاً لو لم يصدق زيد ليس بقائم عند انتفاء الموضوع لصدق نقيضه و هو زيد قائم لامتناع ارتفاع النقيضين و حلّه أنّ العوارض الّلماحقه للموضوعات تاره هى نفس الوجود و العدم و أخرى سائر العوارض كالقيام و القعود و نحوهما

أمّا الوجود و العدم فيلحقان ذات الموضوع بماهيته و حقيقته العاربه عن كلا الوصفين و لذا يكون الحمل فى مثل زيد موجود مبنياً على العناية و التجريد و حينئذ فيهما وصفان متقابلان تقابل الإيجاب و السلب بمعنى امتناع ارتفاعهما بالقياس إلى الماهيات كما يمتنع اجتماعهما أيضاً و لا يعقل الواسطه بينهما إذ معروضهما ذوات الماهيات كما قلنا

و أمّا سائر العوارض فتلحق الموضوعات المفروضة وجودها فإنّها هي الّتي تصحّ قيام العرض بها أو نقيضه و انقسامها إلى القسمين و أمّا الماهيّة بذاتها مع قطع النّظر عن كونها موجودة لا تكاد تتصف بالقيام و لا بنقيضه و كذلك سائر العوارض فيكون تقابل كلّ عرض و نقيضه تقابل العدم و الملكة لورودهما على موضوع قابل لأن يتّصف بهما و هو الموضوع المفروض الوجود فيصحّ حينئذ ارتفاعهما بانتفاء موضوعه

نعم بعد فرض وجود الموضوع

لا- يعقل ارتفاعهما كما لا- يمكن اجتماعهما و لا يجرى ذلك بالنسبه إلى وصفى الوجود و العدم فإن فرض انتفاء الموضوع مساوق لآتصاف الماهية بالعدم فلا يعقل تصوّر خلّوها عن الوصفين كما لا يخفى و حينئذ نقول السّالبه عند انتفاء الموضوع بنفسها من الأغلاط لعدم صلاحية الموضوع بعد فرض انتفائه للحقوق عدم القيام به كما لا يصلح للحقوق القيام به فتأمل جيدا فإن قلت على هذا فلا فرق بين السّالبه المحصّله و الموجبه المعدوله المحمول من حيث الصّدق مع أنّهم قد فرّقوا بينهما باعتبار ثبوت الموضوع فى الثانيه كما فى سائر الموجبات دون الأولى قلت نعم لا فرق بينهما بحسب الصّيدق و التفرقه المذكوره عين المدعى فمصادره

نعم فرق بينهما من جهه أخرى و هو ما أشرنا إليه من أنّ الموضوع إذا اتّصف بوصف عدمى يصير ذلك العدم المضاف عنوانا له بلحاظ الثانوى فالفرق بينهما هو الفرق بين العناوين الأولى و الثانويه بمعنى أنّ زيدا إذا حكم عليه بعدم القيام فينزح منه عنوان بسيط ثانوى باللّحاظ الثانوى فيتّصف بكونه لا قائم و لذا لو كان موضوعا لحكم شرعى بهذا العنوان فاستصحاب عدم اتّصافه السّابق بالعرض لا يثبت ذاك العنوان فافهم جيدا

و كيف كان فنتيجته ما ذكرنا من التّفصيل و التّطويل و إن لم يكن خاليا عن الفائده و الإفاده لشيوع هذا الاستصحاب فى الأبواب كثيرا فلا بدّ من تنقيحه أنّ النّعوت العدميه التى نسبتها إلى منوعاتها نسبه العرض إلى موضوعه مثل عدم كون الشرط مخالفا أو عدم كون الدّم حيضا أو عدم كون الماء كرا أو عدم كون الامراه قرشيّه إلى غير ذلك من الموارد العديده التى لا تحصى لا مجال لاستصحابها بلحاظ عدمها السّابق على وجود موضوعاتها لعدم كونها بهذا اللّحاظ مسبوقة بالعدم و بلحاظ عدمها المحمولى لم تؤخذ موضوعا لحكم بل قد عرفت امتناعه ثبوتا و عدم وقوعه إثباتا و حينئذ لو شكّ فى هذه الموارد مثل أنّ الشرط مخالف للكتاب أم لا فلا أصل فى تلك المرحله و لكنّه حيث يوجب الشكّ فى نفوذ الشرط فالأصل المسببى أى أصله عدم نفوذ الشرط و عدم كون المشروط عليه ملزوما به هو المحكم فافهم و اغتنم

[الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

قوله قدّس سرّه الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد إلى آخره

اعلم أنّ مقتضيات العقد تاره ما يقتضيه بذاته بمعنى أنّ سلب ذلك المقتضى عنه يكون مساوقا لنفيه و إبطاله و أخرى ما يقتضيه بإطلاقه سواء كان من آثاره المترتبّه عليه عرفا مثل اقتضائه للتسليم و التسلم و كون الثمن نقدا و كونه نقد البلد و ما يشبه ذلك أو من الأحكام الثّابته له شرعا مثل ثبوت خيار الحيوان للمشتري و خيار المجلس للمتعاقدين و نحوهما فإنّ مرجع الجميع إلى الأحكام الثّابته له شرعا غاية إمّا تأسيسا أو إمضاء و إلّا فالأثر العرفى لو لا الإمضاء الشرعى لا مانع من اشتراط خلافه لعدم منافاته مع ذات العقد و لا يندرج تحت عموم الشرط المخالف للكتاب فلا محذور

و كيف كان فمن المعلوم أنّ ما كان منافيا لإطلاقه لا- مانع عن اشتراطه لوضوح أنّ معنى الإطلاق صلاحيةه للتقييد و صحّه الاشتراط على خلافه فالمنع عنه من جهه أخرى لا محاله فيندرج المسأله من تلك الجهه فى المسأله السّابقه من ملاحظه كونه

مخالفا للمشروع أو غير مخالف فما أفاده قدس سرّه من الوجهين لعدم الصّحّه لا يجريان في مورد واحد بل الوجه الأوّل لما كان منافيا لذات العقد و الثّاني لما كان منافيا لما جعله الشّارع من آثاره فلا بدّ من ملاحظه دليل

ذلك الجعل من أنه جعل أثرا لذات العقد أو لإطلاقه

و على أى حال لا دخل له بما يقتضيه العقد من الالتزامات المنشأه به صريحا أو ضمنا مطابقه أو التزاما بل من الأحكام الثابته له بالتعبد فالمتبع ملاحظه دليله و كيف كان فقد اختلط هذه المسأله بالمسأله السابقيه و لعلّه المنشأ للإشكال و صعوبه الفرق بين الموارد التى يصحّ الاشتراط عمّا لا يصحّ فكان حقّ المقام تخصيص البحث هنا بالآثار المترتبّه بحسب العرف و العاده على ما ينشأ بالعقد و البحث عمّا هو مقتضى ذات العقد بحيث لو لم يكن كان الإنشاء لغوا و كان اشتراط عدمه مناقضا لما أنشأه بالعقد أوّلا و ما هو مقتضى إطلاقه فاشتراط عدمه كان رافعا للإطلاق المقتضى له لا منافيا لما اقتضاه مع حفظ المقتضى كما لا يخفى على المتدبّر فتدبّر

و أما الآثار المجعوله على العقد شرعا التى لا ربط لها بالإنشاء العقدى و ما ينشأ به و يلتزم به المتعاقدان صريحا أو ضمنا فهى خارجه عن هذه المسأله رأسا و مندرجه فى المسأله السابقيه

و قد عرفت أنّ المتبع ملاحظه دليل الجعل و حينئذ فتشخيص القسمين أى ما يقتضيه ذات العقد أو إطلاقه فى غايه الوضوح و كمال السهوله فإن المنشئات العقدية تاره ينشئها العاقد أوّلا و بالذات و يدلّ العقد عليه مطابقه مثل تملك الأعيان فى البيع و المنافع فى الإجاره و أخرى ينشئها تبعا و ضمنا بحيث يعدّ من مداليل العقد التزاما مثل كون العوض نقد البلد أو كون ما انتقل عنه صحيحا أو غير ذلك من الأمور التى يتضمّنه العقد و يدلّ عليه بالدلاله الالتزاميه

فإن كان مرجع الاشتراط إلى ما ينافى الأوّل مثل أن يكون مرجعه إلى عدم حصول المبادله و التملك و التملك مثلا فهو مناف لمقتضى العقد لا محاله للزوم المناقضه الواضحه و من هنا يظهر وجه بطلان اشتراط كون البيع بلا عوض و الإجاره بلا أجره فإنّ العوض و الأجره فى البيع و الإجاره من مقوماتهما التى يدلّ العقد عليه بمدلوله اللفظى المطابقى لما عرفت من أنّ حقيقه البيع مبادله الأعيان بالأموال و الإجاره مبادله المنافع بها فاشتراط عدمهما مناف لما أنشأ به العاقد ابتداء كما لا يخفى

و هذا بخلاف اشتراط عدم بيعه أو وقفه أو هبته مطلقا أو بشخص خاصّ فإنّه لا ينافى مع التملك و التملك المنشأ بالعقد بل هو من آثاره و لوازمه المترتبّه عليه بحسب العرف و العاده لو لا الاشتراط على خلافه

نعم إذا كان مرجع الاشتراط إلى منع جميع الآثار المترتبّه على ما ينشأ بالعقد من الزوجيه و الملكيه و نحوهما فلا يبعد إلحاقه إلى ما ينافى لمقتضى العقد لأنّ ما ينشأ به إنّما هو طريق للوصول إلى تلك الآثار فمع اشتراط عدمها كأنه لم ينشأ بالعقد شيئا فيلزم المناقضه و لو بنحو من العناية و المسامحه و كذلك الأثر الظاهر على وجه كان تمام الغرض و الغايه للعقد و كان سائر الآثار بالنسبه إليه من قبيل ضمّ الحجر إلى جنب الإنسان غير ملحوظه بنظر المتعاقدين و غير مرغوبه من العقد بحسب العرف و العاده بحيث كان انتفاؤه بنظرهم مساوقا لانتفاء العقد و لعلّ نظر المشهور فى عدم صحّحه اشتراط المنع عن البيع و الهبه فى ضمن عقد البيع إلى ذلك و لكنّه ليس بجيد لأنّ البيع بالنسبه إلى الملكيه ليس بهذه المثابه

نعم ربما يكون كذلك فى بعض الأعيان بالنسبه إلى بعض الأشخاص إلّا أنّ المناط ليس على ملاحظه الأشخاص بل على ما هو

كذلك نوعا بحسب ما يقتضيه العرف و العاده و من هذا القبيل اشتراط عدم الوطى فى عقد المزواجه فلا مانع عنه كما ورد عليه
الزوايه

نعم لا يبعد أن يكون المنع عن مطلق الاستمتاع فيه منافيا لمقتضى العقد

بذاك المعنى الذى أشرنا إليه و إن كان مرجعه إلى نفي الالتزامات الضمنية التبعيه التى يتضمنها العقد بحسب العرف و العاده فقد عرفت أنها من مقتضيات إطلاقه المنصرف إلى ما هو المعمول فى نوع المعامله عرفا فإذا صرح على خلافه كالبراءه عن العيوب أو كون الثمن مؤجلا و نحو ذلك فلا إطلاق حتى يكون اشتراط الخلاف منافيا لمقتضاه فلا محذور

و بالجمله فرق بين الالتزام المنشأ فى متن العقد صريحا و مطابقه و الالتزامات التبعيه المتفرعه عليه اللاحقه له عند إطلاقه فاشتراط الخلاف مناف لمقتضى العقد فى القسم الأول دون الثانى و يلحق بالقسم الأول اشتراط المنع عن جميع الآثار أو الأثر المطلوب المرغوب من العقد بحيث يكون سائر الآثار فى جنبه وجودها كعدمها غير مرعيه بنظر المتعاقدين كالملكيه فى عقد البيع بناء على كونها من لوازم البيع حيث إن حقيقته مبادله المال بالمال فى الملك و إن قلنا بأنه تمليك بالعوض فالملكيه نفس المنشأ بالعقد

و على أى حال اشتراط عدمها مناف لمقتضى العقد بخلاف مثل الالتزام بوصف الصيحه أو عدم تغابن العوضين أو كون الثمن مؤجلا- و نحو ذلك فإنها التزامات تبعيه يقتضيها العقد بإطلاقه بحسب العرف و العاده فبالإصحاح على خلافه يرتفع موضوع الإطلاق من دون انثلام فى حقيقه العقد كما هو واضح

و أمّا الآثار الشرعيه الثابته للعقد تعديدا فتاره مترتب على المعقود عليه من دون نظر إلى سببه أصلا مثل الناس مسلطون على أموالهم فإن السيلطنه جعلت أثرا للملكيه من أى سبب كانت و لو حصلت من الإيجاب القهريه كالإرث مثلا و هذا لا مساس له بباب منافيات العقد بوجه فيتمحض المنع عنها بكونه مخالفا للكتاب و من هذا القبيل حق الإسكان الثابت للزوج فلا ربط له بالعقد حتى يكون منعه عنه منافيا لمقتضاه بل الكلام فيه ينبغى أن يقع من حيث كونه حقا قابلا للإسقاط أو حكما تعديدا غير قابل له لا من حيث منافاته للعقد و كذلك ما يرجع إلى قصر السلطنه فى الأموال مثل المنع عن البيع و أمثاله

و قد عرفت فى المسأله السابقه أن كلما يرجع إلى باب الحقوق يصح إسقاطه بالاشتراط فى متن العقد أو بعده فإنه مقتضى كمال السلطنه و تماميتها كما لا يخفى و أخرى مترتب على العقد بما هو عقد خاص كخيارى المجلس و الحيوان فى عقد البيع و هذا القسم يمكن إدراجه فى المسأله بأن المنع عن تلك الآثار مخالف لما يقتضيه العقد شرعا و لكن مع ذلك حكمه موكول إلى المسأله السابقه من الفرق بين كونها حقا أو حكما وضعيا أو تكليفا و الرجوع إلى دليله من حيث قابليته للاشتراط على خلافه و عدمها

و حينئذ فاشتراط عدم الخيارين فى البيع مثلا لا محذور فيه إن كان مرجعه إلى إسقاط ما جعله الشارع حقا لهما لما نقحنا فى المباحث السابقه أن حقيقه الحق متقومه بكونه تحت سلطانه و زمامه بيده

نعم لو كان مرجعه إلى عدم كون العقد خياريا فيرجع إلى التصرف فى الحكم الشرعى فلا ينتقل و لا يجوز قطعا فتأمل جيدا و مما ذكرنا ظهر أن بعض المسائل المبحوث عنها فى المقام لا مساس له بالشروط المخالف لمقتضى العقد مثل اشتراط عدم بيعه أو وقفه أو هبته مطلقا أو من شخص خاص فلا- مانع من الاشتراط من غير فرق بين العتق و غيره كما قيل و إلا فبناء العتق على

التغلب لا يكاد ينفذ كما لا يخفى و كذلك اشتراط عدم إخراج الزوجه عن بلدها لما عرفت من أنه غير مرتبط بالعقد

نعم ينبغي التكلم فى بعض هذه المسائل مثل الفرق بين الإجاره و العاريه و جواز اشتراط الضمان فى الثانى

دون الأول و اشتراط توارث الزوجين في عقد المتعه و اشتراط عدم الخسران في عقد الشركه فإنها لا يخلو عن التأمل و الإشكال
 فقول و على الله الاتكال أما الأولى فالمشهور بينهم عدم جواز اشتراط الضمان في عقد الإجاره دون العاريه معللاً بأنه مخالف
 لمقتضى العقد و ناقش فيه المقدس الأردبيلي و تبعه شارح الروضه في حاشيته عليها بمنع كونه منافياً لذات العقد بل ينافي
 إطلاقه الغير المنافى مع اشتراط خلافه و عن بعضهم على ما حكى شيخنا المحقق الأستاذ دام ظلّه التفصيل بين الإجاره على
 الأموال فلا يجوز و على الأعمال فيجوز إذ فرق بينهما ففي إجاره العين يقع مال المؤجر في يد المستأجر و معنى ضمانه ضمان
 المستأجر و في الإجاره على الأعمال كالخياطه و القصاره و نحوهما يقع مال المستأجر في يد الأجير و المراد بضمائه ضمان
 الأجير لا المستأجر

ثم إن المتسالم بينهم ظاهراً في القسم الثاني عدم استحقاق الأجير للأجره إلا بمقدار وفائه للعمل فيستحق الأجره تدريجاً بأداء
 العمل كذلك و هذا ينطبق على ما هو المعروف من أن الإجاره عقد على المنافع التدريجيّه الموجوده جزءاً فجزءاً و لا إشكال
 فيه من حيث كونها معدومه فلا يصحّ تعلّق العقد بها و تملكها بعد ما كان لها نحو وجود اعتباراً عند العقلاء و يصحّ بذل المال
 بإزائها عندهم و جرت سيرتهم عليه

و أمّا القسم الأول أى الإجاره على الأعيان فالمتسالم عندهم ظاهراً استحقاق المؤجر للأجره بمجرد تسليم العين و عدم حقّ
 التّكول للمستأجر بعد وضع يده عليها و أنّ استقرار ملكيته للأجره يتوقف على انقضاء المدّه فلو تلف العين أو سلب عنها المنفعه
 تحسب عليه و انطبق هذا الفتوى على تملك المنافع لا يخلو عن الإشكال إذ المنافع تدريجيّه فلازمها استحقاق الأجره كذلك

ثم إنه لو استحقّ الأجره بتسليم العين فتوقّف استقرار ملكيته على انقضاء المدّه لا يستقيم بظاهره و من ذلك كله يستكشف أنّ ما
 يقع عليه الإجاره ليس صرف المنافع المتدرّجه و إلا فقد عرفت أنه لا وجه لاستحقاق الأجره بتسليم العين بل للعين نحو دخل في
 متعلّق الإجاره و لذا نقل عن بعض أهل النّظر من هؤلاء الأواخر أنّ الإجاره تملك العين موقّناً و لكن فساده واضح لعدم
 معهوديّة التوقيت في الملكيه في الشّريعه إلا أنّ بناء ذاك القائل مخالفه القوم في هذه المراحل فتأمل

و يظهر من المحقق و العلّامه قدّس سرهما من تعريفهم لها بأنّها عقد ثمرته تملك المنافع أنّ المعقود عليه ليس صرف المنافع
 بل المحكى عن التذكرة التصريح بذلك و هو كذلك عند التحقيق و النّظر الدّقيق فإنّ النّقل و الانتقال تارة يقع على نفس
 الأعيان فيتبعه آثار الملكيه و كلّما يكون من لوازمها عرفاً و شرعاً و منها كون العين تحت يده الانتفاعيّة بمعنى سلطنته عليها على
 نحو يصحّ له الانتفاع بها بأنحاء منافعتها و إن لم ينتفع بها فعلاً

و أخرى يقع على نفس المنافع المستوفاه تدريجاً فإنّها و إن كانت معدومه و لكن لها نحو وجود باعتبار قابليّه العين لها و نحو
 اعتبار عقلانيّ يصحّ بذل المال بإزائها كما قدمناه فلا إشكال في تملكها من تلك الجبهه و لكن لازمه تقسيط الثمن الذي يقابلها
 و انتقاله إلى من انتقل إليه جزءاً فجزءاً حيث إن استحقاقه للأخذ مشروط بقبض ما انتقل عنه إلى المنافع و المفروض كون
 قبضها تدريجياً فيكون استحقاقه لأخذ الثمن كذلك فافهم

و ثالثه يقع على ذاك الأمر المتوسط الذي أشرنا إليه من أنه من توابع الملكيه و لوازمها أى كون

العين تحت يد الانتفاع و هذا المعنى أيضا اعتبار عقلائي يصح بذل المال بإزائه بل هو أقوى من المنافع الفعلية فإنه أمر يتحقق بالعقد و ينشأ بإنشاء تملكه و إن كان بقاؤه منوطا ببقاء العين على قابليته الانتفاع

أمّا القسم الأول فهو مختص بالبيع و ما هو موضوع لنقل الأعيان من العقود و أما القسمان الأخيران فيقع الكلام في أنّ المعقود عليه في عقد الإجاره أيهما هل هو نفس المنافع التدريجيّه أو ذلك المعنى المتوسط الذي تصوّرناه و على الثاني ينحلّ ذاك الإشكال الذي أشرنا إليه من تسالمهم على استحقاق الأجره بتمامها بتسليم العين إلى المستأجر لما عرفت من أنّه أمر متحقّق حال العقد و ينشأ به أنا لا تدريجا و قبضه إلى من انتقل إليه أيضا بنفس قبض العين و وضع يده عليها فيستحقّ المؤجر العوض أي الأجره بتمامها بنفس تسليم العين لا أن يكون القبض تدريجا حتى يكون استحقاق العوض أيضا كذلك كما يستقيم أيضا تسالمهم على توقف استقرار العوض في ملكه ببقاء العين على قابليته الانتفاع لما عرفت من أنّ هذا المعنى و إن كان آنّي الحصول بالعقد لكن بقاؤه متقوم ببقاء العين أيضا فبخروج العين عن الانتفاع المقصود بالعقد يخرج عن كونه مقبوضا و يترتب عليه حكم التلف قبل القبض فتأمل جيّدا

و كيف كان فلو قلنا بأنّ المعقود عليه في إجاره الأعيان ذاك المعنى المتوسط المستتبع للمنافع التدريجيّه كما هو التحقيق و الظاهر من كلمات بعض الأجله كالمحقّق و العلّامة بأنّها عقد ثمرته تملك المنافع فاستحقاق المستأجر لوضع اليد على العين في كمال الوضوح لما عرفت من أنّ حقيقه العقود عليه متقومه بوضع اليد على العين بل هو معنى كما لا يخفى و أمّا على القول بأنّه نفس المنافع فلازم استحقاقها و ملكيتها وضع اليد عليها عقلا

و على أيّ حال فنفس الإنشاء العقدي متضمّن لكون العين تحت انتفاعه إمّا مطابقه على الأول أو التزاما على الوجه الثاني فيكون وضع اليد على العين عن حق مالكي منشأ بالعقد مطابقه أو التزاما فاشترط ضمانها على المستأجر خلاف الكتاب كما هو واضح فكون اليد عن حقّ مالكي إنّما يثبت بالعقد و من المدلولات الالتزاميه لما هو المنشأ به بل نفس المنشأ على تقدير و عدم ضمان اليد الثابت عن حق و استحقاق أمر ثابت في الشّرع فلا- ينفذ اشتراط الضمان و هذا بخلاف الإجاره على الأعمال فإنّ مال المستأجر هنا يقع عليه يد المؤجر و لا استحقاق له على وضع اليد عليه لجواز استيفاء العمل مع كون العين في يد مالكيها أو بذل المالك للأجره بلا استيفاء العمل فلا يكون يد المؤجر عليها بحق يلزمه العقد بوجه فلا بأس باشتراط كونها مضمونا عليه لعدم منافاته لمقتضى العقد بل هو لا اقتضاء بالنسبه إليه كما في العاريه على ما سنشير إليها إجمالاً و لا يكون مخالفا للمشروع أيضا كما هو واضح

و حينئذ فالتحقيق هو التفصيل بين الإجاره على الأعيان و الأموال لما ذكرنا من أنّ الفرق الواضح بينهما و على هذا فما ورد في بعض الأخبار من جواز شرط الضمان على مثل الملاح و المكاري و الجمال خال عن الإشكال و على مقتضى القاعده فإنه في إجاره السّفينه من الملاح لحمل الطعام و اشتراط أنّه لو نقص كان عليه فقال ع جائز إلى آخره فيكون من باب الإجاره على العمل فراجع و تأمل و لا تغفل

و كيف كان فقد ظهر أنّ وجه عدم الضمان في الإجاره إنّما هو استحقاق المستأجر لوضع اليد على العين الناشئ من قبل نفس

مطابقه أو التزاما بأحد الوجهين و إذا كان يده بحق مالكي أي يملكه بالعقد لا مجرد كونه برضا المالك و تسليطه عليه فاشترط كون اليد ضمان خلاف للمشروع إذ الذي هو محل الكلام هو هذا لا مجرد أنه لو تلف العين يتداركه المستأجر من ماله فإنه ربما يكون نافذا جائزا فتأمل جيدا

و من هذا القبيل يد المرتهن على العين المرهونه فإنه أيضا بحق مالكي ناش من قبل العقد فإن كون العين وثيقه عنده بحيث كان له استيفاء ماله عنها في محله لا يكاد ينفك عن وضع اليد على العين و كونها تحت سلطنته فاشترط الضمان فيه أيضا مناف لمقتضى العقد بالمعنى الذي ذكرناه

و أما سائر أبواب الأمانات فما عدا العاربه و هو الوكالة و الوديعه فكذلك أي لا يصح شرط الضمان لكن لا من جهة استحقاقه كون العين في يده بل من جهة كونها استنابه عن المالك فجعل يدهما بمنزله يده ينافي ضمانه فحقيقه الاستنابه منافيه للضمان لإرجاعه إلى ضمان نفسه

و على هذا فلا فرق في الوكالة بين كونها تبرعا أو بجعل فإن جعل لا ينافي الاستنابه نعم لو قيل كما توهم أن عدم الضمان من جهة إرجاعهما إلى مصلحة المالك فيتفاوت صورته التبرع و غيرها و لكن مجرد ذلك لا يكاد يكفي في عدم الضمان إلا بضميمة مثل ما جعل الله على المحسنين سبيلا و أمثال ذلك حتى يتم و ينتج و على أي حال بعد ما عرفت من منافاه الاستنابه مع الضمان و كونهما من هذا الباب فلا نحتاج إلى كبرى أخرى

بقي الكلام من الأمانات الخمس في العاربه و قد ظهر أنه لا مانع من اشتراط الضمان فيها لعدم دخولها في إحدى الكبريات المذكوره من كون تصرف المستعير عن حق مالكي أو استنابه أو كونه مصلحة للمالك و إحسانا عليه بل مجرد تحليل و إباحه و هذا غير مقتض لعدم الضمان بوجه

نعم مقتضى إطلاقها و إرسالها ذلك و عليه يحمل ما في بعض الأخبار ليس على المستعير عاربه ضمان إلى آخره فإن عدم الضمان كما يمكن أن يكون مستندا إلى علته موجه لذلك كذلك يمكن أن يكون لعدم مقتضى للضمان فلا اقتضاء للعقد بحسب ذاته لا له و لا لعدمه فيصح اشتراط الضمان كما يصح اشتراط عدمه و طريق استكشاف ذلك أي كونه من باب عدم العلة أو العلة الموجه لعدمه ما في الأخبار العديده من الضمان عند الاشتراط فراجع

و قد ظهر مما تقدم أن حال الإجاره على الأعمال بعينه حال العاربه في عدم دخولها في الكبريات المذكوره المنافيه للاشتراط كما هو واضح الثانيه في اشتراط عدم الخسران في عقد الشركه فإنه أيضا محل خلاف و إشكال و على جوازه وردت روايه صحيحه عن رفاعه قال سألت أبا الحسن موسى ع عن رجل شارك رجلا في جاريه له و قال إن ربنا فيها فللك نصف الزبح و إن كانت وضيعه فليس عليك شيء فقال لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه إلى آخره و لكن منعه ابن إدريس مطلقا لمنافاته مع الشركه و الروايه خبر واحد ليس حجه عنده

و عن التنقيح الاقتصار على مورد النص تعبدا و عن المحقق في الشرائع جوازه في مطلق الحيوان و لا يعلم له وجه و عن الدروس

كما نقل عنه التعدى إلى مطلق المبيع معللا- بأن تبعيته المال من لوازم الشركه المطلقه لا- مطلق الشركه فلا ينافى فى اشتراط
خلافها و الروايه على القاعده فيتعدى عن موردها إلى سائر الموارد أيضا

هذا ما أفاده قدس سرّه فى بيع الحيوان و فى الشركه الابتدائيه استظهر البطلان و فى الصلح تسلّم الصّحه بلا إشكال و لذا أورد
عليه صاحب الجواهر بالتّهافت بين

كلماته و لكن سيّضح لك عدم التّهافت بينها و أنّ كل واحد وقع في محله

و بالجمله كلمات الأكاربر على ما نقل مختلفه في الأبواب الثلاثه فالظاهر في باب الصّيلح تسالمهم على الصّحه لمكان غير واحد من الأخبار كما أنّ الظاهر أيضا تسالمهم على البطلان فيما إذا كان الشرط في ضمن عقد الشركه معللا بعدم وقوع الزيادة لأحدهما في مقابل عوض و لا وقع اشتراطها في ضمن عقد معاوضه ليضمّ إلى أحد العوضين و لا اقتضى تملكها عقد هبه و الأسباب المقرّره للملك معدوده و ليس هذا منها

هكذا و أفادوا و نعم ما أفادوا فإنّ حقيقه الشركه إنّما تحصل بامتزاج المالين لا بالعقد و لذا لو عقد أو لم يحصل الامتزاج لا يتحقق الشركه كما أنّه لو امتزج المالان يتحقق الشركه و إن لم يعقدا فالشركه من لوازم الامتزاج الواقع في الخارج

و من الواضح كون التّماعات الحادثه أيضا مشتركه بينهما بنسبه أصلها كما أنّ النقص لو ورد يرد على المجموع و ليس لذلك الامتزاج المتحقّق في الخارج قهرا أو اختيارا مساس بباب العقد و اللفظ و الإنشاء و نحو ذلك حتى يبحث أنّ التساوى في الربح و الخسران هل مقتضى ذات العقد أو مقتضى إطلاقه كما هو واضح بل هو مقتضى الشركه الخارجيه الحاصله بالامتزاج و لكن حيث إنّ مقتضى الشركه عدم جواز التصرف لكلّ منهما بدون إذن الآخر ففائده العقد هي الإذن في التصرف في مقام التجاره و الاسترباح من أحدهما أو كليهما و كيفيه العمل على وجه تعاطيا عليه في عقد الشركه و حينئذ فاشترط التفاضل و النقص في الربح و الخسران في ضمنه لا يكاد يفيد شيئا لأنّه بمثابة الشروط الابتدائيه حيث لا يرجع إلى خصوصيات الإذن و كيفيه العمل لوضوح أن مجرّد اقترائه بالعقد لا يوجب صيرورته شرطا في ضمن العقد فافهم

و بالجمله إذا لوحظ هذا الاشتراط إلى الشركه الحاصله بالامتزاج و لو لم يكن مسبقا بالعقد فمخالف للمشروع و ما يقتضيه الشركه عرفا و شرعا و هو أنّ نماء كل مال لصاحبه لا محاله إلّا بسبب مملك مفقود في المقام على الفرض و إذا لوحظ إلى عقد الشركه يكون من قبيل الشروط الابتدائيه الغير النافذه على ما سيأتى توضيحه لعدم ارتباطه بما هو المنشأ بالعقد من إذن كلّ واحد منها في التصرف في مال الآخر بإعماله في مقام التكسب و الاسترباح

نعم لو كان الشرط راجعا إلى خصوصيات العمل فكونه في ضمن عقد جائز لا يضّرّ حيث إنّ مرجعه إلى تقييد الإذن فبدونه يبطل العقد لا الشرط و بعبارة أخرى المشروط عليه ملزم بالوفاء بالشرط مع التزامه بالشركه نظير الوجوب الشرطى في المستحبات العباديه

و كيف كان فقد تحضّل أنّ المتّجه بطلان اشتراط التفاوت في الربح و الخسران في الشركه الابتدائيه أى ما يكون بالعقد كما أفاد الدروس و غيره و لكن لا يخفى أنّ مقتضى تعليلهم من لزوم انتقال الزيادة في ملك المشروط له بلا عوض و بلا سبب مملك من هبه أو وقوعه في ضمن عقد معاوضه ليضمّ إلى أحد العوضين أنّه لو كان للمشروط له عمل أو كان الاشتراط في ضمن عقد المعاوضه كالباع مثلا كما هو مورد الروايتين الواردتين في الجاربه كان صحيحا نافذا إذ على الأوّل يكون الزيادة في مقابل العمل كما في باب القراض و لذا قالوا بأنّ الاسترباح إذا كان منوطا بعمل فهو بالقراض أشبه من الشركه فيصير الشرط هنا

من خصوصيات الإذن و كيفية جعل المنشأ بالعقد

و قد عرفت أنّ مع فرض بقاء الشركه و حفظها يجب الوفاء بالشّروط

إذ بدونه لا إذن كما في سائر العقود الإذنيه كالوكاله ونحوها فيصح الاشتراط سواء كان للآخر أيضا عمل أو اختص بالمشروط له إذ مرجع الاشتراط إلى تبرع الشارط في عمله فلا بأس و أمّا الثاني أى ما كان في ضمن عقد معاوضه نشأت منه الشروط فمقتضى القاعده و التعليل المذكور أيضا الصّحه لصيرورته ضميمه لأحد العوضين فلا يكون بلا عوض و لوقوعه في ضمن عقد لازم فيلزم

نعم فيه إشكال الغرور الجهاله و كونه متعلّقا على أمر غير حاصل و انحصار الأسباب المملّكه بالعقود الخاصه فإن قلنا بأنّ الملكيه لا- لتوقّف على سبب خاصّ كما يأتى توضيحه إن شاء الله و أنّ القدر المسلّم من التعليل الممنوع إنّما هو فى باب العقود و الإيقاعات لأنّ الدليل الوافى به ليس إلّا الإجماع الممكن تخصيصه بالباين دون باب الشروط كما يأتى تنقيح ذلك أيضا إن شاء الله و أنّ الجهاله حيث يضاف الرّبح و الخسران إلى رأس المال و هو أمر مقدّر لا بأس بها فاشتراط التفاضل لا بأس به كما هو المنصوص فى قضيه الجاريه فيكون الزويتان على القاعده الموجهه لجواز التعدى إلى سائر الموارد كما أفاد الدروس قدس سرّه و بينه و بين الاشتراط فى ضمن عقد الشركه بون بعيد لا يقاس أحدهما بالآخر فتدبر

هذا إذا كان مرجع الاشتراط إلى جبر خسارته من ماله الذى ينتقل إليه بالمعامله فمرجعه إلى تمليك مقدار من حصّته على تقدير الخسران فلا محذور فيه عدا الجهاله و التعليل و أمّا إذا كان المرجع عدم انتقال مقدار من الثمن إلى الشارط رأسا بل ينتقل إلى المشروط له ابتداء فهذا خلاف القاعده و مخالف للكتاب و السّينه بالبدهه لإرجاعه إلى عدم انتقال العوض إلى من له المعوّض بل إلى غيره و هذا فاسد جدا و الزويتان و إن أمكن انطباقهما على الوجهين و لكن لا داعى إلى حملهما على الوجه الثانى بعد صلاحيه الحمل على الوجه الأوّل لو لم تكونا ظاهرين فيه لأنّ ما يتعلّق به الغرض غالبا عدم الخسران و جبر النقصان بأى وجه كان و أمّا كونه بوجه خاصّ فلا- يكون ملحوظا للأنظار كما لا- يخفى كما أنّ صحّه الاشتراط أيضا مبنى على عدم شمول الخسران لصوره تلف المال رأسا كما هو الظاهر المتبادر منه عرفا و أمّا لو قيل بشموله للتلف أيضا حيث إنّه أقوى مصاديق الخسران فلا ينبغى الشّبهه فى بطلان الشّروط لإرجاعه إلى كون المملوك فى عهده غير مالكه و أن خسارته و دركه على غيره هذا مناف للقاعده و الملازمه بين الضمان و الملكيه و لا يقاس على ضمان ما فى الذّمه لبدهه الفرق بين المقامين كما لا يخفى على أهل البصيره فإنّ مرجع الضمان انتقال ما فى ذّمه المضمون له إلى ذّمه الضامن لا كون العين الموجوده مملوكه لأحد و كون ضمانها على الآخر فإنّ حقيقه الملكيه كون الدرك و الخساره على المالك فافهم و لكنّ الأوصاف أنّ المتبادر من الخسران وقوع النقص على المال عند المعاوضه لا مطلق الدرك حتى عند التلف

نعم ظاهر ما ورد فى باب الصّيلح من قوله و عليك التوى إلى آخره شموله لصوره التلف أيضا و لكن هذه الأخبار كلّها محموله على صوره إرادته فسخ الشركه و تسالم أحد الشريكين على أخذ رأس ماله و تجاوزه عن ربحه و خسارته و هذا لا مانع منه بوجه من الوجوه لا من جهه منافاته مع الشركه لما عرفت من أنّه عند إرادته فسخها أو انقضائها و لا من جهه الرّبح و الخسران لإرجاعه إلى هبه كل واحد منهما ما عنده من الزيادة إلى الآخر إن كان عينا و إلى إبراء ما فى ذّمته إن كان دينا

نعم ربما يلزم فى بعض صوره الربا و لكنّه كالغرر و الجهاله مغتفر فى باب الصّيلح و بالجمله فقد ظهر اختلاف الحكم

فى الأبواب الثلاثة كما نقل عن الشَّهيد و تبعه غيره أيضا فلا تناقض بين كلماتهم كما أورد صاحب الجواهر على الشَّهيد قدس سرهما

و قد عرفت كمال الفرق بين الأبواب و العجب منه قدس سره أنه شدّد النكير على الشَّهيد فى صحّحه الاشتراط فى ضمن عقد البيع و فى باب الشَّرْكَه ظاهره الميل إلى الصَّيْحه مع ما عرفت أنّ الأمر بالعكس فراجع و تأمل و أعجب منه حملة مورد الزوايتين فى الجارية على بيع الكلّى فى المعين فى مقام تطبيقهما على القاعده مع أنّ تصويره فى غايه الإشكال و على فرض التّصوير لازمه عدم استحقاق الرِّبْح أيضا

نعم فى الأخبار الواردة فى باب الصّالح يمكن تطبيقها عليها كما تقدّم و كيف كان فما أفاد الشَّهيد فى باب الصَّيْح و فى ضمن عقد البيع الموجب للشَّرْكَه من صحّحه الاشتراط بل و كذلك كل عقد لازم كان موجبا للشَّرْكَه و عدم الصَّيْحه فى عقد الشَّرْكَه كلّها على القاعده و منطبق على الأصول الكلّيّه كما أشير إليها فى الجمله

بقى الكلام فيما إذا حصل الشَّرْكَه بسبب آخر قهرى كالإرث و نحوه أو اختيارى كالبيع و الحيازه و نحوهما ثم اشتراط التفاوت فى الرِّبْح و الخسران فى ضمن عقد لازم آخر و بعبارة أخرى تارة يكون الاشتراط فى ضمن عقد هو منشأ الشَّرْكَه و أخرى فى ضمن عقد بعد فرض تحقّقها بسبب آخر و الفرق أنّ على الأول يمكن القول بأنّ الشَّرْكَه إنّما تحقّقت على هذا الوجه فلا اقتضاء لها حتى ينافيه الاشتراط بخلاف الثانى فإنّ الشَّرْكَه المتحقّقه سابقا مقتضيه لتساويهما فى الرِّبْح و الخسران فاشتراط التفاوت مناف لمقتضاها و إن لم يكن فيه محذور من جهه كون التفاضل بلا- عوض أو من جهه عدم السبب المملّك لما عرفت من اندفاعهما إذا كان فى ضمن عقد لازم

و لكن قد عرفت أنّ اشتراط التفاضل يتصوّر بأحد الوجهين تارة يكون مرجعه إلى عدم دخول الزيادة فى ملك الشَّارط و انتقاله إلى المشروط له ابتداء أى عند حصول المعاوضه و ظهور الرِّبْح و أخرى إلى انتقالها إلى مالكها على القاعده ثم انتقاله من ملكه إلى المشروط له

و قد عرفت أنّ على الأوّل لا- يجوز الاشتراط فى ضمن العقد المنشأ للشَّرْكَه أيضا لمنافاته مع ما يقتضيه الملكيه و مخالفته للقواعد المستفاده من الكتاب و السنه و على الثانى لا محذور فيه فى كلا المقامين لعدم منافاته مع ما يقتضيه الشَّرْكَه حتّى يفرّق بين كونها متحقّقه سابقا أو حاصله بنفس هذا العقد

نعم فيه إشكال الغرر و الجهاله و انحصار سبب الملك فى العقود المعهوده و تعليق التملّيك على المرابحه و ظهور الرِّبْح و قد أشرنا سابقا أنّ الوجوه الثلاثة قابله للمنع كما يأتى توضيحه إن شاء الله

و كيف كان فقد تلخّص من مجموع ما ذكرنا أنّ اشتراط التفاضل لأحد الشَّرْيكين بجميع وجوه المتصوّره من كون الرِّبْح لأحدهما و الخسران بينهما أو الرِّبْح بينهما و الخسران على أحدهما أو تفاضل أحدهما فى الرِّبْح من دون أن يكون له عمل موجب لاستحقاقه لذلك تارة فى ضمن عقد الشَّرْكَه ابتداء و أخرى فى ضمن عقد لازم يحصل منه الشَّرْكَه سواء كان العقد

بينهما أو بينهما و بين ثالث يشترط تفاضل أحدهما في الرّبح على الآخر و ثالثه في ضمن عقد لازم مع تحقّق الشّركه سابقا بأسبابها القهريّه أو الاختياريّه ففي القسم الأوّل الوجه بطلان الشّروط لمنافاته مع القواعد الكلّيّه و ما يقتضيه عقد المشاركه أيضا و أمّا في القسمين الأخيرين فالمتّجه النفوذ و الجواز إن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من أحد الوجهين و لم يمنع الغرر و التّعليق و كون الشّروط مملّكا و إلّا ففي صحّته

إشكال بل منع و الله العالم بحقيقه الحال

[الشَّرْطُ السَّادِسُ أَنْ لَا يَكُونَ الشَّرْطُ مَجْهُولًا]

قوله قدس سرّه الشَّرْطُ السَّادِسُ أَنْ لَا يَكُونَ الشَّرْطُ مَجْهُولًا إِلَى آخِرِهِ

و ليعلم أولاً- أن محلّ الكلام في الشَّرْطِ الواقِعِ فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ الَّذِي لَمْ يَكُنْ وَضَعَهُ عَلَى التَّغَابِنِ وَ الْمَهَابَاهِ كَالْبَيْعِ وَ الْإِجَارَةِ وَ نَحْوَهُمَا وَ أَمَّا مَا بَنَى لِذَلِكَ وَ وَضَعَ لِلتَّمْلِيكِ وَ التَّمْلِكِ لِلأَشْيَاءِ الْمَجْهُولَةِ كَالصَّيْلِحِ فَالشَّرْطُ الْمَجْهُولُ فِي ضَمْنِهِ لَا بَأْسَ بِهِ إِذْ لَا مَعْنَى لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ مَا لَمْ يُعْتَبَرُ فِي نَفْسِ الْعَوْضِيْنَ وَ أَنْ لَا- يَغْتَفَرُ فِيْمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الضَّمِيمَةِ لِأَحَدِهِمَا مِمَّا اغْتَفَرَ فِيهِمَا مِنَ الْغَرْرِ وَ الْجَهَالَةِ كَمَا لَا- مَحْذُورٌ فِيهِ مِنْ جِهَةِ إِطْلَاقِ التَّبْوِيِ النَّهْيِ عَنِ الْغَرْرِ لِخُرُوجِ الصَّيْلِحِ عَنْهُ عَلَى الْفَرْضِ فَيَكُونُ خَارِجًا بِجَمِيعِ مَا يَتَضَمَّنُهُ مِنَ الشَّرُوطِ وَ اللَّوَاقِحِ لَا مَحَالَةَ

وَ بِالْجَمْلَةِ فَهَذَا الْقِسْمُ مِنَ الشَّرْطِ خَارِجٌ عَنِ مَحَلِّ الْكَلَامِ وَ لَا يُضَرُّ بِهِ الْجَهَالَةُ بَلَا شَبَهَةٍ كَمَا لَا شَبَهَةَ ظَاهِرًا فِي بَطْلَانِ مَا يَكُونُ رَاجِعًا إِلَى أَوْصَافِ الْعَوْضِيْنَ فَإِنَّ الظَّاهِرَ اتَّفَاقَهُمْ عَلَى بَطْلَانِهِ كَمَا صرَّحُوا بِهِ فِي مَسْأَلَةِ تَعْيِينِ الْأَجْلِ لِلثَّمَنِ أَوْ الْمَثْمَنِ فِي التَّسْيِئَةِ وَ بَيْعِ السَّيْلِمْ بِأَنْ اشْتَرَا الْأَجْلَ لَوْ لَمْ يَكُنْ مُضْبُوطًا مَعِيْنًا يُوجِبُ بَطْلَانَ الْمَعَامَلَةِ لِمَكَانِ الْغَرْرِ وَ الْجَهَالَةِ فَضِلًا عَنِ الْأَوْصَافِ الرَّاجِعَةِ إِلَى نَفْسِ الثَّمَنِ وَ الْمَثْمَنِ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ لَا يَخْفَى

فمَحْطُّ الْكَلَامِ فِي الشَّرُوطِ الْخَارِجِيَةِ الْغَيْرِ الْمُرْتَبِطَةِ بِهِمَا لَوْ لَا الشَّرْطُ فَالْكَلامُ فِي أَنَّ بِاشْتِرَاطِهَا فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ يَرْتَبِطُ بِهِمَا بِحَيْثُ تَصْيِيرُ ضَمِيمَةٍ لِهَمَا وَ جِهَالَتُهُ يُوْجِبُ جِهَالَتَهُمَا أَوْ مَجْرَدَ التَّزَامِ تَبَعِيٍّ غَيْرِ مَقْصُودٍ فِي الْعَقْدِ أَصَالَهُ فَيَكُونُ مِنْ قِبَلِ تَوَابِعِ الدَّارِ مِثْلًا مِثْلَ مَمْرِهِ وَ مِفْتَاحِهِ وَ أَمْثَالِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَكُونُ جِهَالَتُهُ مُوجِبًا لَجِهَالَتِهِ وَ هَذَا هُوَ الْمُرَادُ مِنَ الدَّرُوسِ فِيْمَا لَوْ جَعَلَ الْحَمْلَ جِزَاءً لِلْمَبِيْعِ فَقَالَ الْأَقْوَى الصَّخَّةَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْاِشْتِرَاطِ وَ لَا يُضَرُّ الْجَهَالَةُ لِأَنَّهُ تَابِعٌ انْتَهَى

وَ لَكِنْ لَا يَخْفَى أَنَّ مَجْرَدَ التَّبَعِيَّةِ لَيْسَ مِنَ الْكِبَرِيَّاتِ الَّتِي لَا يُضَرُّ فِيهَا الْجَهَالَةُ لِعَدَمِ مَسَاعَدَةِ دَلِيلِ عَلَيْهِ لَا عَقْلًا وَ لَا نَفْلًا وَ اغْتِفَارُهَا بَعْضُ التَّوَابِعِ لِأَجْلِ دَلِيلٍ أَوْ إِجْمَاعٍ لَا- يَقْتَضِي اسْتِفَادَةَ قَاعِدِهِ كَلَيْهِ فِي جَمِيعِ التَّوَابِعِ فَلَوْ سَلِمَ كَوْنُ الشَّرْطِ تَابِعًا وَ عَدَمُ وَقُوعِهِ ضَمِيمَةٍ لِأَحَدِ الْعَوْضِيْنَ فَلَا دَلِيلَ عَلَى اغْتِفَارِ الْجَهَالَةِ فِيهِ بِمَجْرَدِ ذَلِكَ

نعم تعليله بذلك في العقود التي لا يضرّ الجهالة فيها بنفسها كالصَّيْلِحِ مِثْلًا لَا بَأْسَ بِهِ وَ يَتَمُّ بِهِ الْمَدْعَى حَيْثُ إِنَّ تَبَعِيَّتَهُ تَقْتَضِي اغْتِفَارَ الْجَهَالَةِ فِيهِ أَيْضًا كَمَا لَا يَخْفَى وَ أَمَّا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَقَامِ فإِثْبَاتُ التَّبَعِيَّةِ لَا يَقْتَضِي عَدَمَ الْمَنْعِ مِنَ الْجَهَالَةِ

هذا مضافا إلى إمكان منع التبعية رأسا مع كون الالتزام العقدي منوطا بالشَّرْطِ بحيث لو لم يف به كان للمشروط له فكّ التزامه و فسخه و كون عدم الوفاء به موجبا للخيار دون البطلان- لا- يقتضى تبعيته كيف و الحكم في الشَّرُوطِ الرَّاجِعَةِ إِلَى أَوْصَافِ الْعَوْضِيْنَ أَيْضًا كَذَلِكَ يُوْجِبُ الْخِيَارَ دُونَ الْفَسَادِ هَذَا مُضَافًا إِلَى مَا صرَّحُوا بِهِ مِنْ أَنَّ الشَّرْطَ قَسْطًا مِنَ الثَّمَنِ بِمَعْنَى أَنَّهُ يُوْجِبُ

زياده المائيه و بذل الثمن يازاء ما كان فى طرفه بحيث لو لم يكن هذا الشرط لم يبذل يازائه هذا المقدار من الثمن أو هذا
المثمن و مع ذلك كيف يصح دعوى أنه غير مقصود فى العقد غير ملحوظ فى المعاوضه

و بالجمله فقد ظهر أن المتجه هو القول بالبطلان لصيرورته ضميمه لأحد العوضين كالأوصاف فجهالته توجب جهالتهما لا محاله
مضافا إلى أن إطلاق النبوى يقتضى بطلانه بنفسه و لا موجب لأن يدعى انصرافه إلى غير الشروط نعم ما كان مشتملا على لفظ
البيع من الأخبار فيمكن دعوى عدم شموله للشروط المجهول بناء على كون المراد من البيع هو المسبب لا عقد البيع فتأمل جيدا

و كيف كان فما أفاده قدس سره من الوجهين

للبطلان في محله و في غايه المتانہ إلا أن استدراكه في آخر كلامه فيما إذا عدّ المشروط تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج لا يخلو عن الإشكال إذ لو لم يكن مقصودا فلا موجب للاشتراط و قد عرفت أن التبعية ليست كبرى كليه حتى في مثل المقام

[الشَّرْطُ السَّابِعُ أَنْ لَا يَكُونَ مُسْتَلْزَمَا لِلْمَحَالِ]

قوله قدس سره الشرط السابع أن لا يكون مستلزما للمحال إلى آخره

و قد مثلوا له بقول البائع بعتك بشرط أن تبعه مني أو بعتك بشرط أن يكون مبيعا لي و الأول شرط الفعل و الثاني شرط النتيجة فيملك بنفس الشرط لو كان صحيحا بناءً على عدم اختصاصه بسبب خاص و حصوله بالشرط أيضا و كيف كان فالثاني أولى بالبطلان كما سيوضح عليك إن شاء الله و لكن محط الكلام و النقض و الإبرام هو الأول و الظاهر اتفاقهم على بطلان هذا الشرط و إنما الكلام في وجه البطلان فقد علله العلامة في التذكرة بأنه مستلزم للدور لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور إما لو شرط أن يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السنه انتهى

و قرره في جامع المقاصد بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و هذا بظاهرة واضح الفساد كما أورد عليه جماعه ممن تأخر عنه إذ لا يكاد يخفى على فاضل أن حصول الملكيه لا يتوقف على تحقق الشرط في الخارج فكيف يخفى على مثل العلامة مع أن كلماته في التذكرة و غيره مشحونه من أن سبب الملكيه هو العقد و حصول الشرط موجب للزومه فلا وقع إنصافا للإيراد عليه بأن صحه العقد لا يتوقف على حصول الشرط فلا دور و إن صدر ذلك عن بعض الأكابر مثل الشهيد و غيره كما أنه قدس سره متفطن للانتقاضات الواردة عليه من اشتراط بيعه لغيره أو وقفه عليه أو على ولده أو عتقه أو اشتراط كون المبيع رهنا على الثمن و غير ذلك من الأمور المتوقفه على الملك فإن الملكيه لو كانت متوقفه على الشرط أيضا يلزم الدور بالتقريب المتقدم فتخصيصه للمقام بلزوم الدور يكشف عن أن غرضه بيان مطلب آخر

قال في التذكرة بعد كلامه المتقدم لا- يقال ما التزمتموه من الدورات هنا أي في اشتراط بيعه على غيره لأننا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى و منه يعلم أيضا أن جهه الإشكال ليست مجرد توقف صحه الشرط على الملك بل المحذور شيء آخر مختص بالاشتراط على البائع دون غيره

و كيف كان فالظاهر أن ما أورد عليه كله من سواء التعبير الواقع في كلامه في بيان الدور و العدى يمكن أن يقال في تقريب الدور و توجيه الإشكال على وجه يختص بالمقام دون سائر الأمور المتوقفه على الملك كما يلوح من كلامه قدس سره في مقام آخر من التذكرة أن الشرط لا بد و أن يكون مقدورا و مملوكا للشارط كما بيناه سابقا بمعنى أن يكون أمرا طرفاه بيده و تحت سلطنته نفيا و إثباتا و هذا المعنى منتف في المقام حيث إن ظرف الاشتراط ظرف ملكيه البائع و عدم انتقال المبيع بعد إلى المشتري فاشتراط بيعه على نفسه مرجعه إلى اشتراط بيع المال على مالكة و هذا أمر غير معقول و تحصيل أمر حاصل و لذا قد صرح قدس سره أنه لو شرطه بعد فرض خروجه عن ملكه و انتقاله إلى المشتري لا محذور فيه

و قد نقل كلامه شيخنا أستاذ الأساتيد قدس سرهما المشعر بذلك بل المصرح به في باب النقد و النسيئه فراجع و تأمل و بالجمله
فحاصل تقريب الدور أن صحه الشرط يتوقف على صحه العقد و انتقال المبيع إلى المشتري و خروجه عن ملك الشارط لئلا
يكون من قبيل شرط بيع المال على مالكة و صحه العقد

و كونه موجبا لذلك يتوقف على صحه الشرط بناء على بطلان العقد المشروط بالشرط الفاسد و حينئذ فالفرق بين اشتراطه على نفسه أو على غيره أو اشتراط وقفه أو عتقه و نحو ذلك في غايه الوضوح لعدم إرجاعه إلى اشتراط أمر غير معقول و هو بيع المال على مالكة و هذا هو المراد من قوله لجواز أن يكون بيعه على غيره جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي و بيانه يوجب تطويل المقال و لا يساعده الحال و الله الموفق و المعين في جميع الأحوال

و لكن يرد عليه أن في جميع هذه الموارد بل في كل شرط يرجع إلى التصرف في المبيع إن كان بعد فرض خروجه عن ملك البائع و انتقاله إلى المشتري فلا محذور في الاشتراط بوجه و إن كان قبل فروض خروجه عن ملكه يعم المحذور في الجميع أيضا فإن مرجعه في اشتراط الوقف أو العتق مثلا إلى اشتراط وقف ماله أو عتق عبده على غيره و جعل ماله رهنا عند نفسه في اشتراط الرهن و قوله من جواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي لا يكاد ينفع فإن الغرض من اشتراط الوقف أو العتق وقف المشتري أو عتقه من ماله و من قبل نفسه لا من قبل البائع مع أنه لا يجرى في اشتراط الرهن فتأمل تفهم

و بالجملة فلزوم المحذور في الجميع على نهج واحد و حلّه ما أشرنا إليه من أن ظرف وقوع الإنشاء ظرف خروج المبيع عن ملك البائع و انتقاله إلى المشتري فيكون الشرط واردا على المال المفروض انتقاله إلى المشروط عليه إنشاء

و بعبارة أخرى إنشاء الشرط مترتب على إنشاء البيع و فرض تحققه إنشاء كما أن تحقق الشروط خارجا بعد تحقق البيع و انتقال المبيع إلى المشتري كذلك فيكون قادرا عليه و مملوكا له و نظائره كثيرة في أبواب الفقه كقوله أنت و كيل في نكاحها و طلاقها أو طلقتك و رجعت إليك أو بعت و ارتهنت بل عليه يحمل ما ورد في الرواية أعتقتها و زوجتها و جعلت عتقها مهرها فإن إسقاط جميع ذلك يصلح و ينطبق على القاعدة بالبيان الذي تقدم بل به يمكن حل الإشكال الوارد على إسقاط الخيار في متن العقد و أنه إسقاط لما لم يجب فإن ظرف إنشاء البيع ظرف تحقق الخيار و إيجابه إنشاء فيكون الإسقاط بعد فرض الإيجاب إنشاء كما أن حصول الإسقاط خارجا بعد تحقق البيع و إيجاب الخيار كذلك فلا إشكال فتأمل جيدا

و كيف كان فقد ظهر أنه لا محذور في الشرط المبحوث عنه من تلك الجهة أي من جهة لزوم الدور و استلزامه للمحال و لذا علل الشهيد البطلان بعدم القصد إلى البيع بعد ما أجاب عن الدور المذكور بما أشرنا إليه و هذا أيضا مضافا إلى الانتقاضات الواردة عليه من اشتراط البائع وقفه عليه و على عقبه و نحو ذلك مما يوهم كون البيع وسيله إليه كإسناد يدل على المنع كليا لإمكان تحقق القصد إليه حقيقه هذا أولا- و ثانيا كون الداعي على البيع رجوع المبيع إليه ثانيا بيعا أو وقفا أو هبه لا ينافي مع القصد الإنشائي لمدلول العقد فتأمل جيدا

و ربما يعلل البطلان و يستدل عليه بأخبار العينه و هي أن يشتري الإنسان شيئا نسيته ثم يبيعه على البائع بأقل من ثمنه نقدا تخلصا عن الربا أو لوجه آخر ففي روايه الحسين بن منذر بعد ما سئل ع عن صحه هذا البيع أنه قال ع إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار و إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري إلى آخره و نحوها روايه علي بن جعفر فإنهما تذلان على صحه المعامله و عدم البأس بها إذا لم يكن كل واحد من المتعاقدين ملزما بالبيع الثاني بل كان لكل واحد خيار إن شاء يبيع و إن شاء لا يبيع فيدل بمفهومه على البأس و البطلان إذا كان المشتري ملزما بالبيع ثانيا لأجل الاشتراط

إذ لا موجب لالتزامه به إلا اشتراطه عليه كما هو محلّ الكلام

و الإنصاف أنه لا مساس لهذه الأخبار بما نحن فيه أبدا بل هي في مقام بيان مطلب آخر و هو التفصيل بين كون البيع الثاني عن طيب أو كره مضافا إلى أنّ ظاهرها السؤال عن البيع الثاني و البحث في صحّحه الاشتراط إنّما هو في البيع الأوّل فلا مساس لها بالمقام

و كيف كان فقد ظهر أنّه لو كان إجماع على بطلان هذا الشرط كما لا يبعد بأنّ بطلانه كأنه مفروغ عنه عندهم فهو و إلا فلا موجب للبطلان لعدم مساعده ما ذكر من الوجوه عليه كما عرفت نعم فيما إذا كان مرجع الشرط إلى التّتيجه كأن يقال بشرط أن يكون مبيعا أو مملوكا يمكن القول بالبطلان لإرجاعه إلى خلاف ما يقتضيه العقد فيدخل في تلك المسألة لا لأجل الوجوه المتقدّمة فتأمل جيّدا فإنّ المسألة لا تخلو عن الإشكال

[الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد]

قوله الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد إلى آخره

و المراد به العقود اللّازمه و إن لم يصرّح به لوضوح أنّ العقد الجائر بنفسه لا يجب الالتزام به فضلا عن الشرط الذي في ضمنه

نعم قد أشرنا في الأبحاث السّابقيه المتعلّقه بالشّركه أنّ العقود الإذنيّه إن كان الشرط فيها راجعا إلى اعتبار خصوصيته في الإذن مثل اشتراط الضّمان في العاريه أو كون المال في حرز خاص مثلا في الوديعة أو كون تصرّف أحد الشّريكين أو عمله على وجه خاصّ مثلا يلزم الوفاء به لا من باب وجوب الوفاء بالشرط بل لإناطه الإذن في التصرف به فبدونه لا إذن

و كيف كان فالمراد ذكره في عقد المعاوضه حتى يصير بمنزله الضّميمه لأحد العوضين و يخرج عن كونه مجانا إذ المستأنس من حكم الشّارع بجواز العقود المجانيّه مثل الهبه و العاريه أنّ مطلق التعهّدات المجانيّه لا يجب الوفاء بها و لعلّه المستكشف من الإجماع المحقّق ظاهرا على عدم لزوم الشّروط الابتدائيّه و توقّف اللّزوم على صيرورتها بمنزله الجزء لأحد العوضين فالوجه لعدم لزومها مجانيّتها لا مجرد كونها ابتدائيّه و لذا لو التزم بشيء من الأعيان أو المنافع بعوض و قلنا بعدم توقّف ملكيتها على لفظ خاصّ لا يبعد القول بلزومه و إرجاع الأوّل إلى البيع و الثّاني إلى الإجاره أو إلى الصّالح في كليهما فتأمل جيّدا

و كيف كان فتحقيق الكلام في الشّروط بحسب أقسامها أنّها تاره المذكوره في متن عقد المعاوضه فلا شبهه في لزوم الوفاء به على المشروط عليه كوفائه بأصل المعاوضه وضعها و تكليفا على التفصيل الذي يأتي الكلام فيه إن شاء الله و أخرى غير المذكوره في العقد بل مجرد تعهّد و التزام من أحدهما للآخر من غير تعقّب بعقد و معاوضه أصلا و هذا هو المراد من الشّروط الابتدائيّه و لا شبهه في عدم إفادتها اللّزوم بوجه

و قد عرفت ثبوت الإجماع على عدم لزومها و به يخصّص عموم المؤمنون عند شروطهم بناء على شموله لمثلها و عدم اختصاصه

بالالتزام فى البيع كما تقدم نقله عن القاموس أو فى مطلق العقد كما ورد الاستشهاد به فى كثير من الأبواب فى غير واحد من الأخبار و ثالثه تواطيا عليه قبل العقد من دون ذكرها فى متن العقد و إيقاعه فى حيز الإنشاء سواء كان راجعا إلى أوصاف العوضين أو غيرها و هذا هو المصطلح عندهم بشروط التبانى و وقع فى الجملة محل الإشكال من جهة لزوم الوفاء به و عدمه و إن كان المشهور على عدم اللزوم أيضا إلا أن ظاهر الخلاف و المختلف يؤهم خلافه و غاية ما قيل أو يقال فى توجيه اللزوم من وجوه أحدها أنه لا شبهه فى أن بعض الأمور مثل التسليم و التسلم و كون الثمن نقد البلد

و نحو ذلك بسبب تعاهده عند العرف و العاده يصير مدلولاً للعقد التزاماً و لو لم يذكر في متن العقد بل لم يكن العاقد ملتفتاً إليه أصلاً و ليس ذلك إلّا من جهة أنّ تعاهده عند العرف و تباينهم عليه و جرى عادتهم على الإلزام و الالتزام به يوجب وقوع العقد مبتئياً عليه و كون الالتزام منوطاً به على وجه يوجب انتفاؤه الخيار لا البطلان على ما سيأتى توضيحه

و حينئذ يمكن أن يكون تواطؤ المتعاقدين و تباينهما على أمر قبل العقد موجبا لصيرورته كذلك و وقوع العقد مبتئياً عليه إذ لا فرق بين كون ذلك بالتعاهد عند العرف أو بسبب تعاهده عندهما و تباينهما عليه غاية أن اللمازم هنا التفاتهما إليه و عدم نسيانهما حتى يقع العقد مبتئياً عليه بخلاف الشّروط الضّمّية فإنها لكونها بحسب العرف و العاده فلا يلزم الالتفات إليها بل العقد يتضمنها و لو كان العاقد جاهلاً بها أو ناسياً لها

و بالجملة فحال شروط التّباني كحال الشّروط الضّمّية في كون التعاهد في خارج العقد موجبا لتضمّنه عليها و وقوعه مبتئياً عليه فتقع تحت الإلزام و الالتزام العقدي و يدلّ عليه العقد بمدلوله الالتزامى فيجب الوفاء به كما يجب الوفاء بها و يوجب تعذّره الخيار كما يوجب ذلك تعذّرها

و فيه ما لا يخفى من الفرق بين المقامين لوضوح أنّ الشّروط الضّمّية بسبب تعاهدها عند العرف يصير من المدلولات العرفية للفظ قصدها المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ أبداً لبداهه أنّ تباين المتكلّم و المخاطب على معنى لا- يكاد يوجب الدّلالة و صيروره اللفظ دالاً عليه بنحو من الأدلّة بخلاف كون الشّيء مفاهما من اللفظ عرفاً فافهم و تأمل جيّداً ثانيها أنّه إذا كان التّباني على أمور راجعه إلى أوصاف العوضين يوجب انصراف لفظ الثمن أو المثلثن إلى ما هو المعهود عندهما كما هو كذلك في غير المقام

و فيه أنّه لو كان مرجع الاشتراط مطلقاً سواء كان من أوصاف العوضين أو غيرها إلى تقييد الثمن أو المثلثن ببعض الخصوصيات بحيث يوجب انتفاء الخصوصية انتفاءهما كما هو قضيه التّقييد و الانصراف فله وجه إلّا أنّ مقتضاه بطلان العقد بتخلّفه أو تعذّره و ليس البناء في الشّروط على ذلك بل الالتزام بها على نحو ينتج الخيار عند تعذّرها و ارتباطها بالعقد بهذا المقدار من الارتباط لا التّعليق و التّقييد الموجبان لانتهاء المشروط عند انتفائها كما لا يخفى

و هذا المعنى لا يكاد يحصل بالانصراف بل يحتاج إلى التّزام على حده و إنشائه عند العقد و لذا قالوا بأنّ مرجع التوصيف في باب العقود إلى الاشتراط و سيأتى مزيد توضيح في ذلك إن شاء الله و ثالثها ما أشار إليه قدّس سرّه أنّ التّباني يوجب إناطه التّراضى المعتبر في المعاملة بوجود الشّروط و لو لم يكن كذلك بحسب اللفظ و الإنشاء فيكون العقد بدونه تجاره لا عن تراض الدّاخل في عنوان أكل المال بالباطل

و فيه أنّ التّواطى على الشّروط غاية أن يصير داعياً على إيقاع العقد إنشاء فتخلّفه كتخلّف سائر الدواعى لا يكاد يوجب قصوراً فيما اعتبر في العقد من قصد إنشائه و تحقق مدلوله كما في سائر المقامات كيف و لو كان القصد منوطاً بوجود الشّروط فلازمه البطلان عند فقدانه لا ثبوت لخيار للمشروط له كما هو المدعى فلا بدّ من الالتزام بتحقيق القصد المعتبر في صحّة المعاملة مع

فقد الشّروط أيضا فإن قصد مدلول العقد مطلب و كون الغرض الباعث إليه شيئا ربما يترتب عليه و ربما لا يترتب عليه مطلب آخر
فتدبّر

و كيف كان فالظاهر من كلماتهم و عدم

ترتيبهم أثر اللزوم على الشرط الغير المذكور فى العقد من كون فساده موجبا لفساده و كون التبانى عليه موجبا لبطلان معاوضه أحد المتجانسين بأزيد منه و غير ذلك مما يوجب الفساد لو كان مذكورا فى العقد التسالم على عدم لزوم هذا القسم من الشرط أيضا كما فى الشرط الابتدائى و أنت إذا تأملت فى الفروع التى ذكروها فى أبواب العقود و المعاملات ربما تقطع بصحة هذه الدعوى فراجع و تأمل و الله هو العالم

[و قد يتوهم هنا شرط ناسع و هو تنجيز الشرط]

قوله و قد يتوهم هنا شرط ناسع إلى آخره

الظاهر أنه من المحقق الثانى قدس سره على ما أفاد أستاذنا المحقق دام ظلّه العالى و حاصله اعتبار التنجيز فى الشروط كاعتباره فى نفس العقود عدا الوصيه و التدبير إجماعا على ما هو الظاهر من كلماتهم

و توضيح المقام أنّ التعليق بمعنى إناطه العقد على تقدير دون تقدير تاره يرجع إلى الإنشاء أى قصد مدلول اللفظ و تحققه به و هذا أمر غير معقول إذ مرجعه إلى عدم القصد الذى يتقوم به الإنشاء و لا يكاد يحصل بدونه و أخرى يرجع إلى المنشأ بمعنى أن يقصد حصول الملكيه على تقدير مجىء زيد مثلا و هذا فى التكوينيّات العيبيه مثل الضرب و القتل مثلا أيضا غير ممكن بأن يقصد حصول القتل على تقدير كون ما وقع عليه عدوا مثلا و إناطته به على وجه لو كان صديقا لم يقع عليه و هذا واضح لبداهه وقوع القتل على أى حال غايته أنّ الداعى على إيقاعه و هو قتل العدو تاره يصادفه و أخرى يتخلف عنه فإناطه ذات الفعل على تقدير كونه قتل العدو أمر مستحيل غير معقول كما هو واضح و لكن فى الاعتباريات مثل ما ينشأ بالعقود أو الإيجاب و التحريم فى باب التكاليف فحيث إن أصل وجودها باعتبار المعبر و على نحو اعتباره فيمكن أن يكون اعتباره على تقدير خاصّ و إناطه على أمر خارج عن الاختيار من زمان أو زمانى و نحو ذلك فيصحّ إيجاب الحجّ على تقدير الاستطاعه أو إنشاء الملكيه على تقدير الموت كما فى الوصيه و نحو ذلك

و بالجملة فالمنشئات بالعقود كالملكيه و الزوجيه و غيرهما و كذلك الإيقاعات و إن أمكن تعليقها على أمر حالى أو استقبالى إلّا أنّ ظاهرهم الاتفاق و التسالم على بطلان العقد أو الإيقاع به لا لكونه موجبا للغرر حتّى يختصّ بما إذا كان معلقا على أمر مشكوك الحصول و يصحّ فيما اغتفر فيه الغرر كما فى باب الصلح بل لاتفاقهم على ذلك تعبدا و إطلاق معاقد إجماعاتهم فيعمّ التعليق على متيقّن الحصول كالزمان و أيضا

نعم فيما إذا كان المعلق عليه أمرا حاليا حاصلًا عند العقد فرمّا يظهر من بعض الكلمات جوازه و كذلك فيما إذا كان التعليق من مقتضيات نفس العقد بمعنى كون العقد متضمّنا له و لو لم يصرّح به كقوله إن كان هذا حمارا فبعته أو إن كان هذا رقّا فأعتقته و أمثال ذلك فيبقى التعليق على أمر حالى مشكوك الحصول و الاستقبالى سواء كان متيقّنا أو مشكوكا حصوله على إشكال فى المتيقّن منه و تمام الكلام فى محلّه

و من هنا ظهر عدم صحّحه مقايسته المقام كقوله بعثك هذا بدرهم على أن تخط لي إن جاء زيد على قوله أنت وكيلى فى أن تببع إذا جاء رأس الشهر نظرا إلى أن التعليق و التقييد راجع إلى متعلق الشرط و هو الخياطه على تقدير المجىء كما أن فى الثانى راجع إلى متعلق الوكاله و هو البيع فى زمان خاص فلا يلزم التعليق فى نفس الشرط أو الوكاله فلا محذور

و فيه إمكان تصحيح ذلك فى المقيس عليه حيث لا محذور فيه إلا التعليق على أمر متيقن الحصول الممكن إرجاعه إلى ما أفاده قدس سره و هذا بخلاف المقيس لاستلزامه الجهل بالثمن و الغرر فى المعامله بناء على كون الشرط بمنزله جزء من العوضين فيلزم أن

يكون الثمن هو الدرهم على تقدير و مع الضميمة على تقدير آخر و هذا معنى لزوم أدائه إلى البيع بثمانين كما قيل و إرجاع التعليق إلى متعلق الشرط أى الخياطه لا إلى نفس الشرط لا يدفع هذا المحذور و هو اختلاف الثمن على التقديرين

و حينئذ فالمتجه فى الجواب أن يمنع كون الشرط جزءاً للثمن حقيقه حتى يختلف الثمن كيف و لازمه تبعض المعامله بتعدّد الشرط كما فى الأجزاء الحقيقيه بل المراد من كونه بمنزله الضميمة أن الإلزام و الالتزام الواقعيين بين العوضين منوطان بالوفاء به فمع التعدّد لا إلزام و لا التزام و هذا هو حقيقه الخيار كما قدّمناه مشروحا

و كيف كان فلا إشكال فيه من تلك الجبهه و لا من جهه الإجماع على اعتبار التّنجيز فى العقود فإنّ القدر المسلّم منه خصوص بابى العقود و الإيقاعات باستثناء موارد فيهما أيضا و على أى حال ثبوته فى باب الشروط غير معلوم بل الظاهر من غير واحد من الأجله نفوذ الشرط مع التعليق كما صرّحوا به فى الخيار المشروط برّد الثمن و يدلّ على نفوذه مضافا إلى ذلك كله ما ورد فى امرأه مكاتبه أعانها ولد زوجها على أداء مال كتابتها مشروطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق من نفوذ الشرط و صحته مستشهدا بعموم المؤمنون عند شروطهم فإنّه أقوى دليل على المدعى كما لا يخفى

[مسأله فى حكم الشرط الصحيح و تفصيله]

[القسم الأوّل إذا تعلق الشرط بصفه من صفات المبيع]

قوله قدّس سرّه و لا إشكال فى أنّه لا حكم للقسم الأوّل إلّا الخيار مع تبيّن فقد الوصف المشترط إذ لا يعقل تحصيله هنا إلى آخره

ينبغى تخصيص ذلك بالأوصاف الّتى لا- يمكن تحصيلها و إحداثها للمشروط عليه قبل تسليم الموصوف إلى مالكه و إلّا كوصف الكتابه للعبد مثلا- أو إزاله العيب عنه إذا كان معييا فاللّازم عليه تحصيل الشرط و تسليمه متّصفا بالوصف و لا خيار للمشروط له أيضا فإنّ المدار فى وجود الوصف و عدمه حال التّسليم لا حال وقوع العقد عليه و لذا حال فقد الوصف كتجدّد العيب مثلا بعد العقد و قبل القبض حال فقدانه حال العقد فى كونه موجبا للخيار كما تقدم تفصيلا

نعم إذا كان المناط حال العقد و اتّصافه بالوصف حين وقوعه عليه فنتيجه ما أفاده من عدم الفرق لعدم إمكان تحصيل الوصف المعبر وجوده حال العقد إلّا أنّ ذلك يحتاج إلى قرينه أخرى و مئونه زائده على ما يقتضيه الاشتراط و إلّا فما هو المعهود المتعارف من الاشتراط فى ضمن العقود من أوصاف العوضين اتّصافهما بها حال تسليمهما و عليه يتفرّع ما اختاره فى خيار العيب من أنّه لو زال بعد العقد و قبل القبض بل قبل العلم و لو بعد القبض يسقط به الرّد بل نقل عن العلّامه التّصريح فى مواضع من التذكرة بأنّه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرّد سقط حق الرّد و كذلك لو زادت القيمه السّوقيه فى خيار الغبن قبل العلم به أو بعده و قبل الفسخ أو بعده و قبل الرّد يسقط خياره و إن ناقشناه فى بعض فروضه

و على أى حال لو زادت قيمه أو زال العيب قبل تسليمه إلى من انتقل إليه فلا ينبغي الإشكال فى سقوط الردّ فالمدار على حال القبض لا- على حال العقد كما لا يخفى ثم إن ما أفاده قدّس سرّه من أنه لا حكم لهذا القسم أى اشتراط الوصف الزاجع إلى العوضين إلا الخيار لعدم أثر آخر له شرعا حتى يترتب عليه بأدله وجوب الوفاء بالشرط مبنى على ما اختاره فى هذا الباب من أنّ مفاد أدله الشرط و وجوب الوفاء به ترتيب ما له من الأثر شرعا فتكون فقط متكفله لبيان الحكم التّكليفى و أمّا اللزوم الوضعى فهو منتزع من التّكليف كما هو مختاره فى مطلق الوضعيات على ما يظهر من بعض كلماته و إن كان بعضها موهما لخلافه

و كيف كان فما أفاده هنا من أنّه

لا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم مبنى على هذا المسلك أى انتزاع الوضعيات من التكليف و عدم تأصلها بالجعل

و يرد عليه مضافا إلى بطلان هذا المبنى من أصله كما حَقَّقناه فى محلّه أن بناء عليه لا موجب للخيار أيضا و لا دليل على جوازه و نفوذه إذ المفروض عدم شمول الأدلّه للمسأله لانتفاء الأثر الشرعى و لا يصحّ شمولها باعتبار نفس الخيار لأنه متفرع على نفوذ الشرط و لزومه على المشروط عليه حتى يوجب تعدّره أو امتناعه جواز الفسخ للمشروط له فيلزم أن يكون ثبوت الخيار فى المسأله بلا دليل يوجهه و لا يكاد يصحّ الالتزام به لأنه من أظهر موارد ثبوت الخيار لتعدّر الشرط و أوضح أقسامه كما لا يخفى على المتأمل فتأمل

و حينئذ فلا محيص من القول بأن مفاد الأدلّه بيان اللزوم الوضعى و يترتب عليه ما له من الأثر الشرعى لو كان له أثر كما فى غير المقام و هذا هو الظاهر المتبادر من قوله ع المؤمنون عند شروطهم فإنّ الظاهر من موارد استعمالات هذا الظرف الوقوف عند الشىء و عدم إمكان المضى عنه فيكون المعنى و الله العالم أنّهم واقفون عند شروطهم و ملزمون بها و هذا معنى اللزوم الوضعى كما لا يخفى و كذلك وجوب الوفاء بالشرط لو كان فى أدلّه الشرط ما هو بهذا المضمون كما فى أو فوا بالعقود كناية عن حصول الشرط و تحقّقه و ثبوته على المشروط عليه و فى ذمته و غير ذلك من التعابير التى نتيجتها مطلوبيته لأدائه لا مجرد ترتب الآثار حقّ يختصّ بمورد دون مورد بل معنى يعمّ جميع الموارد و يستتبع وجوب معامله ملك الغير مع المشترط فى ما له من الآثار شرعا فتأمل جيّدا

[القسم الثالث إذا تعلق الشرط بما هو من قبيل الغايه]

قوله قدس سرّه و أمّا الثالث فإن أريد اشتراط الغايه إلى آخره

و المراد من الغايات النتائج الحاصله بالعقود و الإيقاعات مثل الملكيه و الحرّيه و نحوهما فالكلام فيها فى أنّها كما تحصل بأسبابها المعدّه لها كذلك تحصل بنفس الاشتراط فى ضمن عقد آخر أم لا بل لا بدّ فى حصولها من إنشائها مستقلاّ و لا يصحّ جعلها تبعا لأحد العوضين فى عقد آخر و لذا لو كانت بنفسها تبعا لأحد العوضين كالزوائد المتّصله فى الحيوان مثل صوفه و وبره مثلا- فإنّه يملكك بتبع العين سواء اشترط أو لم يشترط بل استثنائه يحتاج إلى الاشتراط و كذلك ما لم يكن بنفسه تبعا و لكن باشتراطه يصير تابعا حقيقه

و بعبارة أخرى يصير من لواحق المتبوع و زوائده كبيع الدابّه مع الحمل و العبد مع ماله و نحو ذلك فإنّ الظاهر عدم الإشكال فى صحّه الاشتراط فى أمثال هذه المقامات سواء كانت الغايه متوقّفا حصولها على سبب خاصّ أو لم يكن فلو بيع الدابّه مع حملها أو الشجره مع ثمرتها يصحّ و لو قلنا بتوقّف البيع على سبب خاصّ فإنّ المعاوضه هنا بين المتبوع و عوضه حقيقه و إنشاء فلا يرد عليه ما يرد على غير هذا المقام كما يأتى الإشارة إليه إن شاء الله

و حينئذ فدعوى تسويغ هذه الموارد لكونها توابع للمبيع موجهه و ما أفيد من عدم صلاحية ذلك للفرق غير مفيد لوضوح الفرق بين اشتراط حمل الدابة أو ثمره الشجره و اشتراط كون مال آخر ملكا له بلا عوض

و حينئذ ما يوجه على المحقق الثاني هو جعل الحمل تبعا لدابته أخرى فإن من المعلوم أنه لا يصير تبعا لها بالجعل كما لا يخفى لا على أصل التبعية و عدم صلاحيتها للفرق

و كيف كان فالذي هو محل الإشكال أن لا يكون المشتري بنفسه تبعا لأحد العوضين و لا بالاشتراط يصير كذلك بل كان تبعا لأحدهما في العقد إنشاء مع كونه بنفسه شيئا مستقلا في عرضهما يبذل بإزائه المال كالبدل بإزائهما

كأن يقال بعتك هذا الكتاب بدرهم على أن يكون هذا القميص لى أو لزيد أيضا

و على أى حال فقد بناه قدس سره على أن يكون الغايه ممتا ثبت بالدليل اعتبار تحققها بسبب خاص كما لا يبعد دعواه فى جميع الإيقاعات كالطلاق و العتاق فلا- تكاد تحصل بالشرط بل يكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للكتاب أو كانت ممتا لا يتوقف تحققه على سبب خاص كالوكالة و الوصايه فيصح الاشتراط و الذى يشك فى أنه من أى القسمين و لم يدل دليل واضح على أحد الوجهين فيبنى على نفوذ الشرط و صحه الاشتراط إلا لأجل التمسك بعمومات الشرط فإن الشبهه مصداقيه بل الأصل الذى أسس فى مسأله الشك فى المخالفه من استصحاب عدم المخالفه للكتاب بالبيان الذى أسلفناه

هذا ملخص ما أفاده قدس سره فى هذه المرحله و حيث أثبتنا سابقا و بينا مشروحا عدم جريان هذا الأصل و نظائره رأسا فلا بد فى المقام من الكلام أولا- فى أن المانع من نفوذ الاشتراط ما أفاده قدس سره من اختصاص الغايه بسبب خاص أو من جهه أخرى غير تلك الجبهه و ثانيا فيما هو المعول عند الشك فى النفوذ و عدمه بعد البناء على عدم جريان هذا الأصل فنقول الظاهر أن الشك فى حصول الملكيه لشيء بالشرط كما فى أمثال المذكور الذى هو أحد الموارد المشكوكه ليس من ناحيه السبب و احتمال اختصاصه بلفظ البيع أو الهبه مثلا فإن لازم ذلك عدم جواز وقوع الصيالح عليه أيضا فإن حال الصيالح بعينه حال الشرط من هذه الجبهه بناء على كونه عقدا برأسه كما هو التحقيق لا أن يكون تبعا لسائر العقود كما قيل و كذلك لازم ذلك التسليم على عدم إفاده المعاطاه للملكيه مع أنها محل كلام و إشكال

بل قد حقق فى محله أن العمده فى جهه البحث عنها ليس من جهه اختصاص الملكيه بسبب خاص أو عدم اختصاصها به بل من جهه أن ما وقع فى الخارج هل هو مصداق للتملك بحيث يصح حمله عليه بالحمل الشائع أو مصداق لمطلق الإباحه و التسلط الأعم من التملك و غيره

و بالجملة فالظاهر أنه لا ينبغى الإشكال فى عدم اختصاص الملكيه بسبب خاص و لذا يجوز حصولها بالصيالح عليها بلا خلاف فيه ظاهرا و إذا جاز حصولها بالتسالم عليها جاز حصولها بالاشتراط أيضا فإنهما توأمان يرتضعان من ثدى واحد كما حقق فى محله و كذلك لو كان الشرط ملكيه شىء بعوض خاص غير ما جعل عوضا فى عقد المعاوضه مثل أن يقال بعتك هذا الكتاب بدرهم بشرط أن يكون هذا القميص لك أيضا بدرهم فالظاهر عدم الإشكال فى صحته مع أنه لو كان مختصا بسبب خاص ينبغى الإشكال فى تلك الصوره أيضا

و كيف كان فالظاهر أن الإشكال فى اشتراط الملكيه فى ضمن العقد ليس من جهه السبب و احتمال اختصاصه بسبب خاص بل من ناحيه المسبب فإن المعهود من الشريعه فى تملك الأعيان كونها إما بعوض مسمى كما هو مدلول عقد البيع و إما مجانا بلا عوض و أعد له عقد الهبه و إما كونه لا بلا عوض و لا مع العوض على مقتضى ظاهر العقد و أن يقع بإزائه بعض الثمن لا محاله بعد ما فرضنا استقلاله و عدم صيرورته تبعا لأحد العوضين بالاشتراط فكأنه غير معهود من الشريعه فيكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه لا أنه غير مقدور للمشروط عليه كما أفاده قدس سره فى مسأله اشتراط القدره فإن الغايه و هى تملك ماله إلى الغير مقدور له و تحت سلطانه و عدم حصوله بنظر الشارع إلا بأسباب خاصه لا يوجب سلب القدره عنه

وَالْحَاصِلُ أَنَّ التَّصَرُّفَ الشَّرْعِيَّ

تاره فى ناحيه المسبب كعدم جواز بيع المصحف أو المسلم من الكافر بحيث يكون دليله مخصّصا لعموم السّلطنه و قاصرا لسّلطنته على غير ذلك الوجه فيصير المسبب غير مقدور له و خارجا عن سلطنته و لذا يدلّ النهى عنه على فساد و أخرى يكون فى ناحيه السّبب و أنّ الغايه الفلانيه مثلا لا تحصل إلّا بسبب كذا و كذا و هذا لا يوجب خروجها عن قدرته و قصورا فى سلطنته كما لا يخفى و تمام التحقيق فى ذلك مو كول إلى محلّه فافهم و اغتم

و كيف كان فالمانع فى المقام سواء كان من جهه السّبب و احتمال اعتبار الخصوصيه فيه كما أفاده قدّس سرّه أو من جهه المسبب أى كون المشترط لا مجائيه صرفه و لا مع العوض هو احتمال كون الشرط مخالفا للكتاب كما أفاده فى المقام لا كونه غير مقدورا كما أفاده فى ذاك الباب و حينئذ فلا بدّ من البحث فيه من تلك الجبهه و أنّ المعول فى صوره الشكّ فى أحد الوجهين هو عمومات الشرط أو أصاله عدم تحقّق الغايه إلّا بما علم كونه سببا لها بعد ما عرفت من عدم جريان أصاله عدم المخالفه

نعم على تقدير جريانها تكون حاكمه على الأصل المتقدم إلّا أنّ صحّه جريان سنخ هذا الأصل كليّه فى محلّ منع كما حقّقناه فى محلّه مشروحا

و حينئذ فإنّ أمكن الأخذ بعموم المؤمنون عند شروطهم فهو و إلّا فالمرجع هو الأصل المتقدم أى أصاله عدم تحقّق الغايه و الإنصاف أنّ التمسك بالعموم لا محذور فيه و أنّ كون الشبهه مصداقيه ممنوع جدا بل مرجع الشكّ فى جميع ما شكّ فى المخالفه إلّا ما شدّ إلى الشكّ فى أنّ الحكم الفلانى مجعول فى الشريعه حتّى يكون اشتراط خلافه مخالف للسّنه أم لا كما فى المقام فإنّ الشكّ فى أنّ المستفاد من الأدلّه اختصاص انحصار السّبب المملك للأعيان بالبيع و الهبه أو لا ينحصر بهما كما فى تملك المنافع كالأفعال فإنّها تاره تبرّع محض و أخرى بإزاء العوض كذلك و ثالثه باشتراطها فى ضمن عقد آخر نتيجته و جوب الوفاء بها فلا يكون تبرّعا محضا و كون تعذّره موجبا للخيار فلا يكون بإزاء الأجره كذلك بل واسطه بينهما فهل يكون الأعيان كذلك أو ينحصر تملكها بأحد الوجهين فيكون الشبهه حكميه لا مصداقيه كما لا يخفى و كذلك إذا كان الشكّ من جهه الاختصاص بسبب خاصّ و عدمه فإنّ مرجعه أيضا إلى الاشتباه فى الحكم و أنّ غيره سبب لحصول النقل و الانتقال بنظر الشارع أم لا فلا مساس له بالاشتباه من جهه المصداق و الشكّ فى أنّ الحكم المجعول فى الشريعه كقوله ع من حدود المتعه أن لا ترث و ما يشبه ذلك هل يعمّ صوره الاشتراط أم لا فيكون الشبهه مفهوميه مردّده بين الأقلّ و الأكثر فيؤخذ بالمتيقّن و فى المشكوك عموم أدلّه الشرط هو الحكم و أوضح من ذلك فى التمسك بالعموم ما كان من قبيل القسم الأوّل أى يكون الشبهه حكميه إذ التمسك بالعموم فيها بلا محذور و لا شبهه كما حقّق فى محلّه

نعم ربما يشكل فى التمسك بالعمومات من جهه أخرى و هى كونها مخصّصه بالتخصيص المتصل الموجب لإجمالها و سقوط دلالتها التصديقيه على العموم بالنسبه إلى الموارد المشكوكه كما هو القاعده فى جميع المخصّصات المتصله على ما حقّق فى محلّه و لكن ذلك إنّما يختصّ ببعض العمومات و أمّا ما لا يكون مخصّصا بالتخصيص المتصل كما فى بعض أخبار الباب مثل الزوايه المتقدمه فى الامراه المكاتبه فدلالته على العموم محفوظه فيخصّص بما علم خروجه عنه بالأدلّه المنفصله و هو ما علم مخالفته و أمّا بالنسبه إلى مشكوك المخالفه سواء كان من جهه الشكّ فى الحكم أو من جهه الشبهه فى المفهوم فعمومه

هو الحكم و إجمال ما هو المجمل لا يكاد يسرى إلى الآخر لو لم يكن الآخر مبتئا و رافعا لإجماله فتدبر

و بالجمله هذه قاعده كليته تجرى فى جميع أبواب المخصّصات و المقيدّات من أنّه لو كان فى المسأله دليان أحدهما مخصّص بما يوجب إجماله فلا وجه لأن يعامل معاملة المجمل مع الآخر أيضا مع أنّ أصله العموم بالنسبه إليه غير ساقطه و انقسامه إلى ما يحتمل خروجه و نقيضه محفوظ مثلا إذا قيل أكرم العلماء إلّا الفساق منهم و تردّد الفسق بين خصوص ارتكاب الكبيره أو الأعمّ منه و من ارتكاب الصّغيره فشمول هذا العام لمرتكب الصّغيره و إن كان غير معلوم لتخصيصه بما عدا ما هو الفاسق واقعا و لكن لو كان فى البين عام آخر غير مخصّص به كذلك فعمومه بالنسبه إليه محفوظ و لم يعلم خروجه عنه إلّا على تقدير كون الفاسق لغه و عرفا أعمّ منه و من غيره و هذا التقدير ليس من لواحق العام و انقساماته حتّى يكون الشكّ فيه موجبا للشكّ فى عمومه فالانقسام الّذى من لواحقه و طواريه و هو انقسامه إلى مرتكب الصّغيره و غيره محفوظ لم يقع انثلام فيه و ما ليس بمحفوظ شموله له على تقدير شمول الفاسق له بمفهومه و هذا ليس من لواحق العام و طواريه كما هو واضح

و الحاصل أنّ التمسك بعمومات الشّروط فى المقام الّتى لم تكن مخصّصه بتخصيص متّصل لا مانع فيه و لا محذور فيما إذا كان الاشتباه من جهه الشّبّه فى المفهوم فضلا عن كونه من جهه الشّبّه فى أصل الحكم و أنّ الحكم الفلانى فى الشّريعه مجعول أو ليس بمجعول بل يمكن التمسك بالعمومات المخصّصه به غير عنوان الموافقه و المخالفه أيضا كقوله ع المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطا حرّم حلالا- أو أحلّ حراما و نحو ذلك فيما إذا شكّ من جهه المخالفه و الموافقه لا من جهه الحليّه و الحرمة كما فى أمثال المقام فإنّ إطلاقها من تلك الجهه محفوظ فيعمّ موارد الشكّ فإنّ الشكّ فى تحقّق الملكيه أو الحرّيّه مثلا بالشّروط لا ربط له بالحليّه و الحرمة بل من جهه كونه مخالفا للكتاب و عدمه فتلك العمومات أيضا لا مانع من التمسك بها فتأمل جيّدا

و لعلّ هذا هو الوجه فيما هو المرتكز فى الذّهن من عدم صحّحه البناء على فساد الشّروط بمجرد احتمال مخالفته للكتاب و يأبى عنه الفهم المستقيم و لذا يرى أنّ الشّيخ قدّس سرّه مع إصراره البليغ و منعه الأكيد لجريان استصحاب العدم النّعتى بلحاظ العدم السّابق على وجود الموضوع و عقد تنبيه لذلك فى تنبيهات الاستصحاب يتشبّث بذيل هذا الأصل فى هذا الباب و يتمّ المطلوب بذاك المشرب

و لكنّ التّحقيق ما ذكرناه من التمسك بالعمومات و منشأ الخلط تخيل أنّ الشكّ فى هذه الموارد من جهه الشّبّه فى المصداق لتبين مفهوم المخالفه فمرجهه إلى أنّه مخالف أم لا- و لكن قد عرفت أنّ مفهوم المخالفه عنوان منترع عن أنواع الالتزامات المنافيه للحكم المجعول فى الشّريعه فلو كان الشكّ فى أصل جعل الحكم أو فى إطلاقه لمورد المشكوك فمستند إلى القصور فى البيان الشّرعى لا إلى الاشتباه من جهه الأمر الخارجى

نعم لو شرط فى ضمن عقد ثمّ شكّ فى كيفيّة شرطه بأنّه كان على وجه يخالف الكتاب أو على وجه لا يخالفه فيكون الشّبّه مصداقيه و لكنّه قليل جدّا بل غالب موارد الشكّ فى المخالفه من إحدى الجهتين اللّتين أشرنا إليهما فلا مساس له بالشّبّهات المصداقيه فافهم و اغتنم فإنّ المقام صار مزله لأقدام الأجلّه فضلا عن أمثالنا من الطّلبه و الله الهادى إلى طريق الرّشد و الهدايه

[الأولى فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى]

قوله و إنما الخلاف و الإشكال فى القسم الثانى و هو ما تعلّق فيه الاشتراط بفعل إلى آخره

اعلم أن البحث

فى المسأله لىس من جهات عدیده كما أفاده قدس سره من جعل الكلام تاره فى الحكم التکلیفى و جعل المخالف فى خصوص الشهید قدس سره و أخرى من حیث جواز الإجار و عدمه عند امتناع المشروط علیه ثم إرجاع ذلك إلى المسألتین تاره فمن حیث الوضع و كون الشرط سببا لثبوت حق لصاحبه على من اشترط علیه كسائر الحقوق من كونه موجبا لاشتغال الذمه و یسقط بإسقاطه و غیر ذلك و أخرى من حیث جواز الإجار و عدمه على كلا الوجهین بل الظاهر أنّ مرجع البحث كله إلى أمر واحد و هو أنّ مقتضى الاشتراط فقط انقلاب العقد للآزم جائزا كما أفاده الشّهید أو یكون متضمنا لوضع آخر و هو استحقاق الشرط لمن له الشرط و اشتغال ذمه المشروط علیه فلازمه جواز الإجار علیه عند امتناعه كما لو آجر نفسه لفعل و عمل و كذلك مقتضاه و جوب أداء الحق لصاحبه فمرجع الكلام إلى ما أفاده قدس سره فى آخر كلامه من أنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط علیه بمقتضى العقد المقرون بالشرط انتهى

و ذلك لوضوح أنّ الحكم التکلیفى السّاذج بحیث لا- یسقط بإسقاط المشروط له و یكون و جوب الوفاء به تكلیفا كسائر التکالیف الوجوبیه فى عرض التکلیف بوجوب أداء مال الغير مع مطالبته ممّا لا ینبغى أن یحتمله أحد لبداهه سقوطه بإسقاط الشرط فلا- یكون من قبیل حرمة الغیبه و الشتم و الضرب و نحوها أيضا بأن یكون فى جهتان جهه متعلقه بالله تعالى من حیث كون هذه الأمور مخالفه و عصیانا له و جهه متعلقه بالمغتاب و المضروب من حیث كونها إیذاء لهما و لذا لا یکاد یسقط عصیانه تبارك و تعالى بإسقاط المغتاب حقه كما لا یکاد یجوز بإذنه فى غیبهه أو شتمه و هذا بخلاف المقام فإنّه یسقط الشرط بإسقاط المشروط و لا یجب الوفاء به مع إذنه و رضاه بترکه أو بتأخیره

و کیف كان بعد الاتفاق ظاهرا على سقوط الشرط بإسقاطه من صاحبه فیما عدا شرط العتق فالتکلیف المخصّص فى كونه حقا لله تبارك و تعالى ممّا لا یکاد یحتمل و كذلك المشوب منه و من حقّ الناس كما فى موارد الغیبه و الشتم و القذف و نحوها لبداهه عدم تسویغها بإذن المشتوم و المقذوف و قطعاً كما لا یخفى فالتکلیف الّمدى یتصوّر فى المقام ما یتبعه ملكیه الشرط للمشروط له و استحقاقه لأن یطالبه فیجب أدائه شرعا أيضا كما فى الدّین و أشباهه

و حیثئذ فالبحث عنه فى قبال الوضع و جعله أمرا مستقلا بنفسه فى غیر محلّه فضلا عن البحث فى ظواهر الأدله من أنّها داله على الوجوب و الاستحباب كما احتتمل فإنّه مبنی على حمل ظواهر الأدله على التکلیف السّاذج فیمكن القول بالاستحباب نظرا إلى ترتب الحكم على عنوان المؤمن أو لكون مساقها مساق أدله استحباب الوفاء بالوعد و مکروهیه خلفه و نحو ذلك

و أمّا بعد ما عرفت من عدم احتمال التکلیف المخصّص و دلالة الأدله على ثبوت الوضع كما استظهرناه من قوله ع عند شروطهم أى واقفون عندها و ملزومون بها فلا یبقى مجال الاستحباب بلا ارتیاب بل احتمالاً من مثل شیخنا أستاذ الأساتید بعید غایه البعد كما أنّ مقایسه الشرط بالوعد و أخباره الدّاله على حسن الوفاء به فى غیر محلّها لبداهه أنّ الوعد لیس متضمنا للإلزام و الالتزام بوجه بل إخبار بأمر ممكن الوقوع و عدمه غایته یتحبّ القيام به مع إمكانه و أنّى هذا من الاشتراط و الالتزام و إیجاب شىء على نفسه إنشاء لا إخبارا فتأمل جدا

و کیف كان فالذى ینبغى أن یحرر

في المقام أنّ فائده الشرط صرف جعل العقد عرضه للزوال و إناطه لزومه العقدي أو الشرعي بحصول الشرط فمع عدم حصوله و لو بالاختيار ينتفى اللزوم فلا موجب للقهر و الإيجاب أو ثبوت حقّ مالكي لصاحب الشرط على الآخر المستتبع لجواز الفسخ عند تعذر تسليمه كتعذر تسليم العوضين لا مجرد تخلّفه فلو امتنع يجبر على التسليم و أداء الحقّ إلى مالكة كما لو امتنع من تسليم العوض المنتقل عنه فإنّ مجرد ذلك لا يوجب الخيار مع إمكان الأخذ منه و لو بالإيجاب بل يتوقّف الخيار و انفساخ العقد على تعذر التسليم كما هو واضح لا يخفى

و من هنا يظهر أنّ المخالف في المسألة لا ينحصر بالشّهاد قدس سرّه بل كلّ من قال بعدم جواز إجباره كالعلامة في بعض كتبه و الشّيخ على ما نقل عنه في المبسوط و غيرهما مرجع كلامه إلى الوجه الأوّل لا محالة إذ لا يكاد يستقيم المنع إلّا بذلك أي منع الحقّ المالكى المشروط له على الشّارط رأساً أو ثبوته على وجه ينتج التّخيير بين الوفاء بالشرط أو فسخ العقد عرضاً و تصويره لا يخلو عن غموض فتأمل جيّداً

و حينئذ فالتفكيك بين المسألتين أي من حيث وجوب الوفاء و عدمه و تخصيص الخلاف فيه إلى الشّهاد قدس سرّه و من حيث جواز الإيجاب و عدمه و نسبة الخلاف فيه إلى جماعه في غير محلّه

نعم ربما يكون الاختلاف بينهم من جهة المبنى حيث لم يوجّه غير الشّهاد المانع إلى تعليق العقد و إناطه الالتزام بالشرط فينتفى عند انتفائه فعلاً الوجه عندهم مطلب آخر كما يدلّ عليه تصريح العلامة في مواضع من التّذكرة بطلان التّعليق في العقد على وجه الإناطة و أمّا الشّهاد قدس سرّه فصريح كلامه في نكت الإرشاد و غيره أنّ الوجه في ذلك هو التّعليق و إناطه الالتزام العقدي بحصول الشرط فإذا لم يحصل فيجوز له الرضا بالفاقد من دون التزام و هذا معنى الخيار و قلب العقد اللّازم جائزاً

قال قدس سرّه في مقام التّفصيل بين اشتراط الغايه أو الفعل المعبر عنهما تاره بأمر حالي أو استقبالي و أخرى بما كان العقد كافياً في تحقّقه و ما لم يكن كافياً في تحقّقه و مرجعهما إلى اشتراط الغايات أو المبادئ فلا يكون تفصيلاً فيما هو محلّ الكلام كما توهم أنّ الشرط الواقع في العقد اللّازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الاختلال به كشرط الوكالة و إن احتاج إلى آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل ينقلب العقد اللّازم جائزاً أو جعل السّرفيه أنّ اشتراط ما يكون العقد كافياً في تحقّقه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما في اللزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللّازم جائزاً انتهى

و فيه أوّلاً- أنّ ظاهر الاشتراط ليس تعليق الالتزام عليه بل التزام بنفس الشرط كما هو محلّ البحث و إن قيل إنّ مرجعه إلى إناطه الالتزام به و تعليقه عليه فهذا لا- يوجب الفرق بين المقامين ففي كليهما يؤول إليه غايته في اشتراط الغايات إن كانت الغايه ممّا يمكن إيجادها بسبب كالكالاه يجب تحصيلاً للشرط و وفاء بالعقد و إن كانت ممّا لا يمكن إيجادها بسبب كاشتراط الخيار أو عدمه يكون فاسداً لتعليق العقد على أمر غير حاصل لا يمكن تحصيله أيضاً بسبب و إن قيل بأنّه لا يؤول إلى التّعليق بل التزام به و نفس اشتراطه إنشاؤه كما في اشتراط الخيار فنحن نقول به في شرط الفعل أيضاً

و على أى حال بعد ما كان كيفيه العقد و الاشتراط بحسب الإنشاء العقدى على نهج واحد فلا وجه للتفصيل و التفرقه بين اشتراط الفعل و الغايه و ثانيا أن مرجع التعليق إن كان إلى إناطه الإنشاء و إيقاعه على تقدير دون تقدير فهذا أمر مستحيل كما حَقَّقنا فى محلّه أن المعانى الإيجاديه

غير قابله لإنطائها بأمر غير حاصل فإنها إما توجد بإنشائها أو لا توجد فلا معنى لإيجادها معلقه على غيرها كما لا يخفى مضافا إلى أنها معان حرفيه غير ملحوظه عند الاستعمال غير ملتفت إليها في هذا الحال فلا يمكن لحاظ الإطلاق أو التقييد فيها و إن كان المرجع إلى تقييد المنشأ أى البيع مثلا بأن ينشأ ملكيه خاصه بإرجاع القيد إلى الماده نظير قيد الواجب و هذا و إن كان فى الأمور الخارجيه كالضرب و القتل مثلا- أيضا غير متصور لامتناع إنطاه الفعل الصادر على أمر خارج عن الاختيار مثل إنطاه الضرب على وقوعه على المضرب و إن كان عدواً دون ما إذا كان صديقا بل يكون العنوان من قبيل الدواعى على الفعل تاره يتخلف عنه و أخرى يصادفه كما هو واضح إنما أنه فيما إذا كان المنشأ من الاعتباريات كالملكيه و الزوجيه فحيث إن وجودها على نحو اعتبارها فيصح اعتبارها على وجه خاص و إنطتها على تقدير دون تقدير فيكون التعليق فيها بمكان من الإمكان كما فى قيود الواجب فإنها أيضا من هذا الباب

و لكن ذلك مضافا إلى كونه مخالفا للإجماع على بطلان التعليق فى العقود و اعتبار التنجيز فيها بلا إشكال لا يكاد ينتج الجواز بل مقتضاه بطلان العقد رأسا لأن المفروض عدم إنشاء البيع على تقدير انتفاء الشرط و انتفاء المشروط بانتفاء شرطه حكم عقلى غير قابل للتخصيص إلا بإرجاع الاشتراط إلى معنى لا ينافى مع بقاء المشروط كما يأتى تصويره إن شاء الله

نعم الذى يفيد الخيار و انعقاد العقد جائزا إنطاه الالتزام الذى يدل عليه العقد التراما و يتضمنه عرفا على وجود الشرط فعند انتفائه لا الترام للمشروط له حتى يجب الوفاء به بدليل الإمضاء شرعا فينقلب اللزوم جوازا كما هو مدعاه قدس سره و لكنه مبنى على كون الالتزام ملحوظا بنفسه فى حال العقد و منشأ به باستقلاله مثل أن يصرح به بأن يقول مثلا بعت هذا بهذا و التزمت به و ليس كذلك بالبدهاه بل مدلول العقد إنشاء البيع على وجه الالتزام فيكون كيفيه لإنشائه و نحوه من أنحاءه يتعبه قهرا على حسب ما هو المفهوم منه عرفا و بهذا الاعتبار يسمى عقدا و لذا نقول بأن المعاطاه بيع لا عقد فتأمل جيدا

و كيف كان فقد ظهر بطلان التعليق بجميع أنحاءه و ما يتصور فيه التعليق منها لا يكاد يفيد الخيار و ينتج الجواز و ما يفيد و ينتجه لا- يكاد يصح التعليق فيه كما قلنا هذا إذا كان المراد تعليق الإنشاء و الالتزام العقدى على وجود الشرط كما هو صريح كلام الشهيد رفع مقامه و إن قيل توجيهها لكلامه و وجهها لمن قال بمقالته من الأجله كما أشرنا إليه من التردد أو الميل إليه من بعض عبارات التذكرة

و نقل عن الشيخ فى مبسوطه أيضا و غيرهما أن المراد إنطاه الحكم الشرعى و هو وجوب الوفاء بالعقد بوجود الشرط بعد تسليم أنه بحسب الترامه بالعقد غير منوط بشىء و غير معلق على تقدير دون تقدير و لكن لا شبهه أنه لم يلتزم بالفاقد فلا يعمه دليل وجوب الوفاء بالعقد فيقع جائزا لعدم الدليل على اللزوم

و فيه أن المشروط له و إن لم يلتزم بالفاقد إلا أن المشروط عليه الترام بإعطاء الشرط و صفا كان أو فعلا فيجب عليه الوفاء على حسب الترامه بأن يؤدى الشرط إلى من له الشرط أداء الحق إلى صاحبه فمع امتناعه يجبر عليه كما فى سائر الحقوق و الأموال

و ثانيا أن عدم الترام صاحب الشرط بالفاقد و إن صحح إلا أن فيه مغالطه إذ ليس معناه عدم وجوب وفائه بالعقد بل معناه الأخذ

بالشّروط و الوفاء بالعقد بمعنى أنّه إمّا أن يتجاوز عن حقّه أو يطالبه و مع امتناعه يجبره عليه نظير ما يقال في الشكّ في الأقلّ و الأكثر أنّ الأقلّ على تقدير وجوب الأكثر ليس بواجب

فإنَّ معناه وجوب الإتيان به و بالأكثر لا سقوط التّكليف عنه فتدبّر

و كيف كان فما يظهر من هؤلاء الأجلّه من عدم جواز الإيجابار على الشّروط مع تصرّيحهم بأنّه كالجزء من العوضين بل أنّ له قسطا من الثمن و ثبوت الخيار بمجرّد التخلّف لا وجه له و أضعف من ذلك تفصيلهم في مسأله اشتراط العتق بأنّه إن قلنا إنّ حق لله تعالى يجبر عليه لو امتنع و إن قلنا إنّ حقّ للبائع لم يجبر إذ لا معنى لكونه حقّا له تبارك و تعالى إلّا اعتبار قصد التقرب فيه و لازمه التعدّي إلى كلّ ما يكون كذلك كاشتراط الوقف أو الصدقه أو بناء قنطره و غيرها من الوجوه البريّه فلا وجه للاختصاص بالعتق و لا يقاس بمنذور الصدقه و غيره لبداهه الفرق بينهما فإنّ طرف الالتزام هنا هو الله تعالى دون المشروط له كما لا يخفى

و كيف كان فقد ظهر من مجموع ما ذكرنا أنّ بالشّروط يثبت حق مالكيّ للمشروط له على الشّارط الموجب لاشتغال ذمته به كما في سائر الحقوق و يسقط بالإسقاط كما اتّفقوا عليه و تسالمهم ظاهرا في غير اشتراط العتق و قد عرفت عدم الفرق بينه و بين غيره من الأمور القربيه و غيرها الرّاجع انتفاعها إلى من له الحقّ أو الأجنبي فيستحقّ المطالبه و الإيجابار مع المماطله و مع التعذّر يوجب الخيار لعدم التزامه بفاقد الشّروط

نعم توجيه الخيار مع صحّه البيع دون البطلان كما يسبق في بادى النّظر مطلب آخر يأتي الكلام في تنقيحه آنفا فتدبّر

[الثالثه في أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التّمكّن من الإيجابار]

قوله قدّس سرّه الثالثه في أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التّمكّن من الإيجابار

لا يخفى أنّ المسأله بعينها هي المسأله السّابقه باختلاف يسير و تفاوت في العبارة و لعلّه سهو من قلمه فراجع و تدبّر

نعم زيادتها على السّابقه أنّه لو كان الشّروط من قبيل الإنشاء القابل للنيابه فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذّر إجباره أو عند امتناعه مطلقا نظرا إلى عدم تحقّق الإنشاء عن طيب و رضاه مع اعتباره فيه فيدور بين سقوط أحد الشّروطين من الطيب و الرّضا أو المباشره و قد استدللّ على جواز إيقاعه للحاكم بعموم ولايه السّيّطان على الممتنع و لكن لا يخفى أنّ عمومته مع وجود المولى عليه و حضوره و كمال عقله و بلوغه ممنوع فتأمل جيّدا

[لو تعذّر الشّروط فليس للمشتري إلّا الخيار لعدم دليل على الأرش]

الرّابعه لو تعذّر الشّروط فليس للمشتري إلّا الخيار إلى آخره

سواء كان الشّروط متعذّرا حال العقد أو طرأ التعذّر عليه من غير فرق بين ما يرجع إلى العوضين كالأوصاف أو غيره من الأمور الخارجيه كالأفعال و الأعمال نعم لو كان الفعل متعذّرا ابتداء فيدخل في مسأله العقد المشروط بالشّروط الفاسد و سيأتي أنّ الحكم فيه أيضا هو الخيار لا الفساد كما هو مختار جماعه من الأمجاد

و كيف كان تحقيق البحث في المقام يقع في مطالب ثلاثه الأوّل في صحّه العقد و عدم بطلانه بتعذّر الشّروط الثّاني في جوازه و

ثبوت الخيار للمشروط له و كَيْفِيَّةِ الْجَمْعِ بَيْنَ الصَّيْحَةِ وَ الْجَوَازِ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ الْقَاعِدَةُ نَعْمَ بِنَاءِ عَلَى مَسْلُكِ شَيْخِنَا الْعَلَّامَةِ قَدَّسَ سِرَّهُ مِنْ اقْتِضَاءِ الْقَاعِدَةِ الْبَطْلَانِ وَ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ بِالتَّعَبُّدِ مِنَ الْإِجْمَاعِ وَ قَاعِدَةِ الضَّرَرِ فَالْأَمْرُ سَهْلٌ وَ لَكِنْ قَدْ أَبْطَلْنَا هَذَا الْمَسْلُكَ فِي خِيَارِ الْغَبْنِ وَ غَيْرِهِ مَشْرُوحًا فَإِنَّ الْإِجْمَاعَ فِي أَمْثَالِ تِلْكَ الْمَسَائِلِ الْعَرَفِيَّةِ الْإِمْضَائِيَّةِ شَرَعًا تَحْصِيلُهُ لَا يَخْلُو عَنْ تَأَمُّلٍ

وَ أَمَّا الْقَاعِدَةُ فَقَدْ حَقَّقْنَا فِي مَحَلِّهِ أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْخِيَارُ بِوَجْهِ آخَرَ مِنْ اسْتِنَادِهِ إِلَى تَعَدُّرِ الشَّرْطِ الضَّمِّيِّ أَوْ الصَّرِيحِ فَالْتِمَسْكَ بِهَا فِي مَحَلِّهِ حَيْثُ إِنَّ الْوَفَاءَ وَ الرِّضَا بِفَاقِدِ الشَّرْطِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَشْرُوطِ لَهُ إِلَّا أَنَّهُ مُسْتَعْنَى عَنْهُ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ وَ إِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْخِيَارُ بِوَجْهِ آخَرَ فَلَا مَوْقِعَ لِلْتِمَسْكَ بِأَدْلَى الضَّرَرِ وَ لِإِقْدَامِ الْمَشْرُوطِ لَهُ عَلَى الْمَعَامَلَةِ بِعِلْمٍ مِنْهُ وَ اخْتِيَارِهِ وَ مَجْرَدِ تَخَلُّفِ الشَّرْطِ لَا يَكَادُ يُوْجِبُ الْخِيَارَ

كتخلف سائر الأمور الباعته على الإقدام على المعامله فتأمل جيداً

□
و بالجمله تتميم المسأله على ما تقتضيه القواعد لا يخلو عن الغموض و تدقيق النظر كما سيوضح عليك إن شاء الله الثالث في جواز أخذ الأرش من التفاوت بين واجد الشرط و فاقده بالنسبه إلى الثمن و المثلن كما في خيار العيب و مبني المسأله أن ثبوت الأرش فيه على القاعده أو على خلافها ثبت بالنصوص تعديداً فهاهنا مقامات من الكلام الأول في إثبات الصيحه و عدم بطلان العقد بتعدّر الشرط فنقول إن الخصوصية الفاقده تاره تكون ركنا في المعامله و عنواناً للعوضين كالصّور النوعيه التي للأشياء التي يبذل بإزائها الأموال و تقع في العقد بإزائها الثمن مثل كون المبيع حماراً و غلاماً و نحو ذلك ممّا يوجب تخلفه اختلالاً في أركان العقد على حسب ما قصده المتعاقدان مثل ما إذا باع غلاماً حبشياً و ظهر حماراً و حبشياً و هذا يوجب بطلان المعامله بلا شبهه و لو في البيع الشّخصي فإنّ المبادله فيه و إن وقعت بين الثمن و هذا الموجود الخارجى كيف ما كان لكن لا بمادته الهيلولائيه حتى تكون محفوظه في المثال المفروض بل بصورته النوعيه المفروض انتفاؤها لأنها التي يبذل بإزائها المال و يقع في مقابلها الثمن فما يقال إن العقود تابعه للقصد محل استعماله في تلك الصوره حيث إن ما قصده البائع مثلاً و بذل بإزائه الثمن منتف و ما هو موجود لم يقصده و لم يبذل بإزائه شىء و لا يصح أن يقال إنّه من قبيل تخلف الدّواعى بمعنى أن اعتقاد كونه غلاماً صار داعياً لبذل المال بإزاء الموجود الخارجى لما عرفت من أن المعنى المحفوظ فيه و لو بانسلاخ ذلك العنوان عنه هو المادّه الهيلولائيه الغير القابله للمعاوضه لعدم المائيه لها فإنّ مائيه الأشياء بصورها النوعيه بل بالصّور العرفيه التي ربما تكون أخصّ من الصّور النوعيه العقليه فتأمل جيداً

و بيان أوضح الخصوصية الفاقده تاره توجب أن يعدّ الموجود الخارجى مبيناً لما وقع عليه العقد عرفاً فانتفاؤها يوجب بطلان العقد لا محاله سواء جعلت عنواناً للمبيع كقوله بعتك العبد الذى هو هذا أو وصفاً له كقوله بعتك هذا العبد أو عبر عنه بلسان الاشتراط كقوله بعتك هذا بشرط أن يكون عبداً فإنّ انتفاء العبيديه في جميع هذه الصّور يوجب البطلان إذ التّوصيف أو الاشتراط هنا لا يفيد أزيد ممّا يعتبر في أصل المعامله بعد ما عرفت عدم صلاحية بذل المال بإزاء المادّه المبهمه الجنسيه

و أخرى تكون الخصوصية فضله بمعنى أن انتفاءها لا يوجب اختلالاً في مبادله المالكين بحيث يعدّ الموجود فعلاً مبيناً للمعقود عليه عقلاً و عرفاً و إن كان الالتزام بكون أحدهما عوضاً عن الآخر منوطاً بوجود الخصوصية فانتفاؤها في تلك الصوره يوجب انتفاء الالتزام لا انتفاء أصل المبادله و ذلك كما في اشتراط الأمور الرّاجعه إلى أوصاف العوضين أو الأمور الخارجيه التي بمثونه الشرط تصير بمنزله الوصف و الضّميمه لهما و هذا القسم محلّ الكلام و أنّ تعدّره يوجب الخيار أو لا يوجبه

و أمّا ما كان من قبيل القسم الأول فهو خارج عن محلّ البحث رأساً و لا ينبغي عدّه في عداد الشّروط و الأوصاف لما عرفت من أنّ التّعبير عنه وصفاً أو شرطاً لا يفيد أزيد ممّا يعبر في أصل المعاوضه من اعتبار كون العوضين معلوماً و عنوانهما محفوظاً نظير اشتراط بقاء الموضوع في جريان الاستصحاب و ما اعتبروه في جريان قاعده الميسور في كون الفاقده يعدّ ميسوراً للواجد لا مبيناً له فإنّ الخصوصية المنتفيه تاره تكون عنواناً للموضوع و متقومه بها حقيقه الواجب بحيث يكون انتفاؤها موجبا لانتفاء

الموضوع و تعذر الواجب رأسا فلا مجال لجريانهما

و أخرى ليست كذلك بل عنوان الموضوع أى ما هو معروض الحكم بحسب المناسبه التى بين الأحكام و موضوعاتها محفوظ بنظر العرف و كذلك الواجب لم تتعدّر بحقيقته بل ببعض أبعاضه فيصح جريان القاعدتين و إن لم يشملهما إطلاق دليلهما لأجل انتفاء الخصوصيه كما حَقَّق في محلّه

و بالجملة صحّه المعامله و نوع المبادله مبتنيه على حفظ عنوان المتعاضين أى ما يبذل بإزاء الأموال في العرف و العاده كالصّور النوعيه التى للأعيان فإنّ مائيتها تدور مدارها غالبا لا- على المادّه الهيولائيه و لا على الأوصاف الخارجيه و إن كانت موجه لتفاوت القيمه بسببها فإن كانت تلك الصّوره التى وقعت عليها العقد محفوظه إلى حين القبض بل موجوده فى هذا الحال و لو فرض انتفاؤها حال العقد فيصحّ المعامله و تقع المبادله لا محاله و لا يعقل إناطتها بوجود الوصف أو الشّروط فإنّهما من قبيل الدّواعى لا يعقل أن يكون وقوع الفعل الخارجى و عدم وقوعه منوطا بهما كما لا يخفى

و إن لم يكن تلك الصّور محفوظه إلى حين التسليم و إن كانت موجوده حال العقد كما إذا صار الخلل خمرًا مثلا فلا مجال للصّحّه لذهاب المائيه و عدم وقوع المعارضه بين الثّمن و المادّه الهيولائيه الموجوده فى حال خمريته نظير ما ذكر فى القاعدتين أى قاعده الميسور و الاستصحاب كما أشرنا إليه

نعم ما ذكر كلّه إنّما يتمّ فى البيع الشّخصى و مبادله الأعيان الخارجيه بالثّمن كذلك و كذلك فى الأوصاف التى لا يكون مائيه الموصوف متقومه بها كوصف الصّحّه فى الجوز و أبيض و نحوهما و إلّا فانتفاء الوصف يوجب فساد المعامله بذاك المناط الذى نقّحناه فإنّ الثّمن فى مثل هذه الأشياء يقع بإزاء وصف صحّتها حقيقه فيكون الوصف فيها بمنزله الصّور النوعيه فى غيرها و الموصوف بمنزله المادّه الغير القابله لوقوع المعاوضه عليها كما قلنا

و كذلك الكلام فى البيع الكلى فإنّ اشتراط الوصف فيه يوجب تقييد المبيع الثّابت فى الذّمه ففاقد الوصف ليس فردا لما وقع عليه العقد و لازمه الفساد إلّا أنّ المشهور فيه أيضا الصّحّه و الخيار لكن بتقريب آخر ليس هنا محلّ ذكره فتدبّر و ربما يظهر من بعضهم الحكم بجواز الإبدال أيضا و الفرق بينه و بين الخيار لا يخلو عن التأمل فتأمل

و كيف كان فقد ظهر أن تعذر الشرط فيما هو محلّ البحث أى الشّروط الزّائده عن عنوانى العوضين الخارجيه عمّا يقع بينهما المبادله لا- يكاد يتشلم به صحّه العقد و وقوعه على نحو أوقعناه فلا موجب للفساد مع تماميه جهات الصّحّه و أمّا اللزوم فليس كذلك فإنّه ناش عمّا يتضمّنه العقد و يدلّ عليه بمدلوله الالتزامى العرفى و هو التزام كلّ من المتعاقدين بما عقد عليه و إعطاء القول من كلّ واحد لصاحبه و بهذا الاعتبار يسمّى عقدا و يعمّه عموم أوفّوا بالعقود و لذا قيل إنّ المعاطاه بيع لا عقد و من المعلوم أنّ الالتزام بما وقع عليه العقد منوط بوجوده لا الإناطه على وجه التعليل بمعنى الانتفاء عند الانتفاء بل يكون الشّروط من قبيل شرط الواجب بمعنى أنّه يجب على المشروط عليه الوفاء بالعقد و تسليم ما انتقل عنه مع الشّروط فيجب على المشروط له الوفاء به كذلك فإذا تعذر الشّروط فلا ملزم للعقد لعدم الالتزام بالفاقد فعلى صاحبه الالتزام به فعلا و الرضا به أو فسخ العقد و

حلّه و هذا معنى الخيار

فقد ظهر أن العقد الذي شرطه كالمعاطاه على قول فيه بيع لا عقد أما الأول فلوقوع المبادله بين العوضين بل قد عرفت عدم صحه إناطتها بوجود الشرط على وجه لا- يرجع إلى تعليق الإنشاء الممتنع وقوعه أو تعليق المنشأ المجمع على بطلانه و أمّا أنه ليس عقدا

فلما عرفت من انتفاء الالتزام بالمبادله مع فقد الشرط وصفا كان أو غيره فلا يعمّه عموم أوفوا بالعقود فإنه إمضاء لما التزما به و هو فى المقام على الفرض متعذر مفقود

و بالجمله فقد تلخص مما ذكرنا أن ما أفاده الأصحاب من صحه العقد و ثبوت الخيار للمشروط له عند التخلف كما هو مقتضى مختار الشهيد و من وافقه أو عند التعذر كما هو مختار المشهور صحيح منطبق على القاعده و ما يقتضيه العقد و الاشتراط فلا وجه للقول بفساد العقد لو لا الشرط و إثبات الخيار بالإجماع و قاعده الضرر كما يظهر من شيخنا العلامه قدس سره فى بعض كلماته نظرا إلى إرجاع الشرط إلى تقييد المنشأ فينتفى بانتفائه لما عرفت من أنه ليس تقييدا للإنشاء و لا للمنشأ بل التزم فى التزم

و لنعم ما عبروا عنه بالشرط فى ضمن العقد فهو غير مرتبط بالعقد على وجه يوجب انتفاؤه فسادا و مرتبط به بوجه يوجب انتفاؤه الخيار بالتقريب الذى ذكرنا من دخله فى الالتزام العقدى لا فيما هو مدلوله المطابقى أى المبادله بين العوضين فتأمل جيدا

أقول و الإنصاف أن تصوير ذلك على وجه لا يرجع إلى التعليق فى الإنشاء و لا إلى تقييد المنشأ الموجب لانتفائه عند انتفائه و لا إلى نظير تعدد المطلوب فى الواجبات و لا إلى نظير الواجب فى الواجب كما قيل و مع ذلك كان النتيجة عند انتفائه صحه العقد و ثبوت الخيار للمشروط له فى غايه الإشكال و كذلك تصوير ما ذكر من إناطه الالتزام به مع ما عرفت أن الالتزام ليس بنفسه ملحوظا فى العقد بل إنما لوحظ حاله و كيفية للإنشاء أى كون الإنشاء على وجه الالتزام

و كيف كان فتصوير المطلب أى الجمع بين الصحه و الجواز فى غايه الدقه و يحتاج إلى إمعان الفكر و تدقيق النظر و قد أتعب نفسه شيخنا المحقق و أستاذنا الماجد فى تصوير ذلك و قد أجاد فيما أفاد و لكن ما قررناه غير واف بمراده و قاصر عن بيانه و لعلك إذا تأملت فيما ذكرنا فى الواجب المشروط من إرجاع الشرط إلى الماده حال الإسناد لا إليها قبل الإسناد و النسبه كما فى سائر قيود الواجب المطلق و لا إلى الهيئه بل عقد جملة بجملة كما هو مفاد أداء الشرط يتضح لك حال المقام و تصوير ما بنى عليه علماؤنا الأعلام فتأمل جدا فإن المسأله من مزله الأقدام

قوله قدس سره الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتري إلا الخيار لعدم دليل على الأرش إلخ

هذا هو المطلب الثالث من المطالب التى أردنا تنقيحها و حاصل الكلام فيه بعد إثبات أن تعذر الشرط لا يوجب فساد العقد بل ينقلب العقد جائزا فللمشروط له الفسخ و الرجوع إلى ما انتقل عنه فهل يجوز له أخذ الأرش كما فى العيب أو لا يجوز له سوى الفسخ و الرد و مبناه ما ذكرنا فى مسأله خيار العيب من أن الأرش فيه هل ثبت على القاعده و حسب ما يقتضيه المعاضه أو ثبت بالتعبيد فيقتصر على مورده و قد أثبتنا هناك عدم إمكان تطبيقه على القواعد لأنه إن كان تميميا للنقص و غرامه للعيب فلازمه أخذ قيمته الواقعيه دون ما يخصه بالنسبه إلى الثمن و إن كان تنقيصا للثمن فلازمه رجوع ما يخصه من عين الثمن دون غيره

و كيف كان فالمتعدى عن مورد العيب يحتاج إلى الدليل المفقود فى المقام بل فى سائر الخيارات أيضا خلافا لما هو ظاهر التذكرة من التعدى إلى المقام بل إلى غيره مثل خيار الغبن أيضا على ما يخطر بالبال بل الظاهر منه فى المسأله التفصيل بين

أقسام الشّروط على وجه لا يكاد أن يستقيم و يوجّه

و حاصله أنّ الشّروط تاره من الأوصاف التي لا توجب إلّا زياده الرّغبه في موصوفها من غير

أن يوجب وجوده أو عدمه زياده في قيمه الموصوف بوجه فقد قال قدس سره بتعيين الخيار عند تعذره

و أخرى من الأوصاف التي توجب زياده المالىه في الموصوف فقال إذا تعذر يتخير المشروط له بين الفسخ و الرجوع بالتفاوت و بين قيمته مطلقا و قيمته مع الشرط و تبعه الصيمرى فيما لو شرط تدبير العبد ثم امتنع فيرجع إلى جزء من الثمن نسبتبه إليه كنسبه التفاوت إلى القيمه لا قيمته الواقعيه كما صرح به في التذكره و هو المصطلح في الأرش عند إطلاقه و ثالثه من الأفعال التي يقابل بإزائها المال كخياطه الثوب و صبافته فيتخير المشروط له بين الفسخ و المطالبه به أو بعوضه إن فات وقته و ظاهر العوض قيمته الواقعيه كما هو واضح هكذا يستفاد من كلماته على ما نقلها شيخنا العلامة قدس سرهما

و فيه أولا أن التفصيل بين الأوصاف ممنوع لعدم وقوع شىء منها في مقابل الثمن بل المقابله عرفا و شرعا بين العوضين و إن كانت مالىه المال ربما تزيد و تنقص بوجود الوصف و عدمه و إلا فاللزام بطلان العقد بالنسبه إلى ما يقابله كما في الجزء و ثانيا الفرق بين شرط الوصف و غيره أشكال من الأول لأنه إن كان مضمونا في عقد المعاوضه و يصير ضميمه لأحد العوضين و يقابله شىء من الثمن فلا وجه للرجوع إلى القيمه مع وجود العوض المسمى فإن الضمان إنما يكون بمالىه الشىء واقعا إذا لم يلتزم المتعاقدان على الأزيد أو الأنقص منه أو التزما و لم يمضه الشارع كما في المقبوض بالعقد الفاسد و إن كان مضمونا بضمان اليد فمع وضوح بطلانه لازمه الرجوع إلى القيمه في شرط الوصف أيضا لبداهه أن دخل الشرط في العقد على نهج واحد لا يكاد يختلف باختلاف المشترط وصفا أو عملا خارجيا

و بالجمله ما أفاده قدس سره غير قابل للتوجيه بوجه هذا مضافا إلى أن الجمع بين الخيار و الأرش مطلقا غير متصور لأن مالىه الشىء دائما محفوظه في العهده و لا تكاد تتعذر حتى يوجب الخيار فإن كان المال مطلقا مضمونا بخصوصيته و بشخصه فتعذره يوجب الخيار و لا موجب للرجوع إلى عوضه لا بما سمي في العقد و لا بقيمته الواقعيه و إن كان مضمونا بمالىته المحفوظه في حال التلف و عدمه و حال تعذر أدائه بشخصه و عدم تعذره فلا موجب للخيار فلو سلم أن الشرط أيضا يبذل بإزائه المال و يقابله شىء من الثمن فحاله كذلك لا محاله فافهم

و كيف كان فالتحقيق في المقام كما أفاده شيخنا أستاذ الأساتيد قدس سره عدم جواز الرجوع إلى الأرش مطلقا لعدم وقوع شىء من الثمن بإزاء الشرط كان له مالىه لنفسه أو لم يكن من غير فرق بين الأوصاف و لا بينها و بين غيرها من الشروط الخارجيه مثل شرط الخياطه و الصباغه لما عرفت من أن دخلها بالعقد على نهج واحد و لا ينافى ذلك مع وقوعها تحت الضمان و لكن بمعنى أن تعذر أدائها يوجب الخيار في المبادله الواقعه بين العوضين فيكون ضمانها بهذا المعنى لا بمعنى ثبوتها في ذمه المشروط عليه على نهج سائر الأموال فإنه فرع قابليه المضمون لذلك و وجود المالىه له بنفسه مع لحاظ تلك المالىه أيضا في عقد المعاوضه و هذه كلها في الشروط مفقوده كما بين بما لا مزيد عليه فتأمل

□

أقول هكذا أفاد أستاذنا الماجد أدام الله أيام إفاضاته تبعا لشيخنا العلامة قدس سره و لكن فيما إذا كان الشرط بنفسه له مالىه يبذل بإزائه المال كشرط الخياطه و لم يكن تبعا لأحد العوضين لا بنفسه كالتماءات المتصله و لا بالشرط كمال العبد و حمل الدابّه و نحوها فما أفاده لا يخلو عن التأمل و للإشكال فيه مجال

لوقوع شىء من الثمن بإذنه واقعا و صيرورته ضميمه لأحد العوضين لا محاله و إن لم يقع بإذنه شىء فى متن العقد و كان الالتزام به شرطا لا جزءا اللهم إلا أن يقال بأن الضمان و اشتغال الذمه يدور مدار كيفية العقد و اعتبار المضمون و تعهده فى العهده على حسب ما يقتضيه المعاوضه و لا يدور مدار واقعه فتأمل جيدا

[الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه]

قوله قدس سره الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه إلخ

لا يخفى أن ظاهره فرض التعذر بعد خروج العين بالتلف أو بالتصرف فيكون من قبيل الخيارات المنفصله كالتأخير و التفليس و نحوهما و حينئذ يشكل عليه بأن بعض الوجوه المذكوره مثل فسخ العقد المترتب من حينه أو من أصله إنما يجرى فى الخيار المتصل بحيث يقع التصرف الناقل فى زمان الخيار فعلى القول بتعلق حق الخيار بالعين أو بوجه آخر يوجه القول بفسخ العقد المترتب

و أما فى الخيار المنفصل و كون العين طلقا فى حال التصرف الناقل فلا موجب لبطلانه مطلقا أو جواز فسخه كذلك لعدم المانع من التصرف الناقل كغيره من التصرفات بل يتعين الرجوع إلى المثل أو القيمه كما هو المحقق فى محله و لكنّه مندفع بما حققناه فى بحث الخيار أن الخيار المنفصل تاره يحدث بعد العقد بمبدئه و فعليته كما فى خيار التفليس و التأخير على وجه و خيار الرؤيه و العيب على القول بكونهما صرف التعبد

و أخرى يكون مبدؤه موجودا حال العقد و إن كان فعليته منوطا بزمان متأخر كما فى الخيار المشروط بالزمان أو بزمانى كذلك كما فى خيار العيب و الرؤيه على ما هو التحقيق فيها من كون الخيار مستندا إلى ما يتضمنه العقد ضمنا من عدم التغاير و كون المبيع صحيحا أو على وفق ما شاهده فتخلف هذه الأمور يوجب الخيار و حينئذ تكون الخيارات الثلاثه من صغريات مسائلنا هذه أى خيار تخلف الشرط غايه الأمر محلّ البحث هنا فى الشرط الصريح و فيها يكون الشرط ضمنيا و لا فرق بينهما من تلك الجبهه فتأمل جيدا

و كيف كان فالتحقيق فى هذا القسم من الخيار المنفصل ترتب آثار الخيار على العقد من حينه لتحقق مبدئه حال العقد الموجب لتزلزله كنفس الخيار فلو منعنا عن التصرفات الناقله فى زمان الخيار أو قلنا بتوقفها على الإجازة لقلنا بهما فى هذا القسم من المنفصل أيضا لما عرفت من تزلزل العقد من أول الأمر و كون العين متعلقا لحق الغير على القول به و غير ذلك من الأحكام المترتبة على الخيار فما أفاده قدس سره فى غايه المتانّه إلا أنه لم يؤد ما هو حق المسأله من التوضيح و التفصيل بل اكتفى بمجرد عنوان البحث و نقل الأقوال و وجوه الاحتمال من غير تعرض لمداركها فينبغى تداركه تميميا لمرامه و توضيحا لكلامه رفع مقامه فنقول إن التصرفات الناقله تاره تنافى مع نفس الاشرط مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعه من زيد فباعه منه أو أن يبيعه من عمرو فباعه من غيره و نحو ذلك

و أخرى لا- منافاه لها مع ما اشترط عليه مثل أن يشترط عليه عملا فتعذر على المشروط عليه بعد ما خرج العين عن ملكه بأحد

أسبابه الموجبه لذلك أمّا الثّاني فالحكم فيه كما أفاده قدّس سرّه من عدم منع التصرّف عن الفسخ و الرّجوع إلى المثل أو القيمه أو فسخ العقود المترتبه من حينه أو من أصله و استرجاع العين بنفسها على الخلاف المتقدم في أحكام الخيار

و قد عرفت أنّ الشرط بنفسه موجب لثبوت حقّ للمشروط له على ذمّه الشّارط فلا- يقال إنّ الخيار إنّما يحدث بعد التعذّر فالتصرّف إنّما وقع في حال ملكيه العين طلقا للمشروط عليه

فلا موجب للانفساخ لما عرفت أن مبدأ الخيار و هو الشرط موجود في حال العقد فيكون حاله كالخيار المتصل في تزلزل العقد و عدم استقراره إما لتعلق حق للمشروط له في العين أو في العقد على الخلاف المتقدم

و كيف كان فلا إشكال في هذا القسم و إنما الكلام في القسم الأول و هو أن يكون التصرف بنفسه منافيا للشرط كما مثلناه و قد ذكر فيه وجوه ثلاثه من القول بالصحة مطلقا أو الفساد كذلك أو التوقف على إجازته من له الشرط فلو أجاز ينفذ التصرف و يسقط خياره لأن إجازته مساوقه لإسقاطه كما قلنا في محله و لو لم يجوز فيفسخ العقود المترتبة و لا خيار له أيضا لعدم تعدد الشرط بل يجبره على الوفاء به حسب ماله من الحق الثابت بالاشتراط فانحصر الخيار بالتعذر في الوجه الأول و هو نفوذ التصرفات مطلقا من غير توقف على إجازته بناء على ما تقدم من الشهيد ره و من تبعه من أن الشرط لا يوجب حقا للمشروط له بل فائدته انعقاد العقد جائزا فله الفسخ عند تخلف المشروط عليه ابتداء من غير توقف على التعذر أو أحد الأمرين من ثبوت حق للمشروط له و سلطنته على الفسخ عرضا كما وجهنا به القول بعدم جواز الإيجاب ممن تبع الشهيد قدس سره في ذلك

و كيف كان فالتعذر الموجب للخيار مبنى على صحة العقد المترتب بوجه و إلا فلا تعذر لفساد العقد بنفسه أو بفسخ المشروط له فيجب على المشروط عليه الوفاء بشرطه و إيقاع العقد ثانيا في محله على وفق ما اشترط عليه كما يجوز إجباره عليه عند امتناعه حسب ما تقدم تفصيله و الغرض من الإشارة إليه هنا أيضا التنبية على انحصار وجه القول بالصحة بعدم إفاده الشرط حقا للمشروط له مطلقا كما هو مقاله الشهيد أو إفاده أحد الأمرين من حق الشرط أو الفسخ المتحد مع سابقه في عدم جواز الإيجاب و ثبوت الخيار بمجرد التخلف و لو مع الاختيار

نعم يمكن توجيه الصحة على وجه لا ينافى مع القول بالإيجاب و هو إرجاع شرط التصرف على وجه خاص إلى ناحيه السبب لا المسبب أى إلى شرط الفعل لا- النتيجة كما أفاده أستاذنا المرحوم طاب ثراه في تعليقه المختصره فراجعها هذا كله في وجه القول بالصحة و أمّا الفساد فربما يوجه بأن مقتضى اشتراط البيع على وجه خاص مثلا- و وجوب الوفاء به النهى عن ضده الموجب لقصر سلطنه المالك أى المشروط عليه عن سائر أنحاء التصرفات بناء على رجوع النهى إلى المسبب فإنه الذى يتعلق به الغرض العقلاني أحيانا و يصح جعله ضميمه لأحد العوضين كما هو واضح

و حينئذ فحال المسألة مثل التصرف في مندور الصدقة و المعاملات المنهيه كبيع المسلم أو المصحف من الكافر و نحو ذلك فيقع المعاملة باطله و لو مع إجازته من له الشرط لتوقف نفوذ التصرف على سلطنه المالك عليه و عدم أخذ الشارع إياها بسبب النهى عنه كما في الأمثلة المذكوره و أشباهها و يكون العين بنفسها متعلقه لحق الغير و محجورا عليها عن سائر أنحاء التصرفات لا- ممتا يتوقف أداء واجب آخر على صرفه في مصرف خاص حتى يقال بعدم اقتضاء النهى هنا للفساد كما لو توقف الحج الواجب على صرف مال بالخصوص فتخلف المستطيع و صرفه في وجه آخر كبيعه و نحوه فإن النهى هنا لا يوجب فساد معاملته كما حقق في محله و لذا فزقوا في مسألة اشتراط تمكن المالك من التصرف في النصاب في تمام الحول بين ما لو نذر أن يتصدق ببعض النصاب و لو مشروطا بأمر غير حاصل فإنه يوجب انتفاء الشرط في أثناء الحول لتخلل حجره عن التصرف في المندور كيف ما شاء و بين ما لو توقف و انحصر أداء واجب كالحج مثلا على صرفه في

طريق خاص فلو عصي و تخلف حتى حلّ الحول يجب عليه الزّكاه لبقاء تمكّنه إلى هذا الحال

و السرّ فيه ما أشرنا إليه من أنّ في القسم الأوّل تعلق النّهي برقبه العين فيصير محجورا عن التصرف فيها شرعا الموجب لقصر سلطنته و خروجه عن عموم الناس مسلطون على أموالهم بسبب المنع الشرعيّ الذي هو كالاتناع العقلي المنافي مع بقاء تمكّنه من التصرف في تمام السّينه و هذا بخلاف ما إذا كان النّهي لأجل مقدميته لواجب آخر فإنّ التوقّف و المقدميه لا يقتضى أزيد من إيجاب الفعل على المكلف و أمّا قصر سلطنه المالك عن ماله و حصرها في مصرف خاصّ فهو أمر زائد يحتاج إلى مثنونه زائده و لا يكفي فيه النّهي الناشئ عن المقدميه كما لا يخفى

و بالجملة بهذا الوجه يمكن توجيه الفساد و لكن أصل المطلب و إن كان في غايه المتانّه إلّا أنّ جعل المسأله من صغريات مبنئى على كون وجوب الوفاء بالشّروط كالوفاء بالنّذر حقّا إلهيا و حكما تكليفيا محضا في عرض ما يقتضيه الشّروط من الوضع كما يظهر من شيخنا العلّامة قدّس سرّه في بعض كلماته السّابقه

و لكن قد ظهر أنّه ليس كذلك و إلّا لا يكاد يسقط بإسقاط المشروط له شرطه و تجاوزه عن حقّه مع أنّ الظاهر تسالمهم على سقوطه بالإسقاط في غير العتق فلا- يكون التّكليف فيه كالتّكليف بوجوب الوفاء بالنّذر بل تكليف تبعيّ يتبع الوضع و يبدور مداره كما في الدّين و نحوه نظير تصرف العبد في ماله أو في نفسه المتوقّف صحّته على إجازة مولاه معلّلا بأنّه لم يعص الله و إنّما عصي سيّده

و من المعلوم أنّ هذا النّحو من التّكليف لا- يكاد يصلح لتخصيص أدله السّيلطنه بل إنّما يتبع الوضع فإن كان الحقّ الثّابت للمشروط له مانعا عن نفوذ التصرف في العين فهو و إلّا فلا موجب للبطلان و حينئذ الصّحّه و الفساد مبتيان على الخلاف المتقدّم بين الشّهيد و من تبعه و بين المشهور من أنّ الاشتراط يوجب إحداث حقّ مالي مالكي في ذمّه المشروط عليه كسائر الحقوق الماليّه أو لا- يوجب إلّا جواز العقد و بناء على ما حقّقناه من إفادته الحق لا محاله و لذا يجوز له إسقاطه فليس من قبيل حقّ الجنايه بمعنى كونه حقّا ثابتا على رقبه العين كل ما كان حتى لا ينافي استينافه مع نفوذ التصرفات الناقله و لو بالعقود المتعدده بل ثابت في رقبه العين ملكا لمالكها فينافي مع نفوذ التصرفات كما في باب حقّ الرّهانه

و بالجملة فالمسأله من صغريات ذلك الباب فيجرى فيها الخلاف الذي فيه بين الأصحاب من توقّف الصّحّه على إجازة المرتهن أي صاحب الحق كما هو المشهور ظاهرا و المعروف من جماعه من الأجلّاء أو الفساد مطلقا كما حكى عن بعض المتأخرين مثل صاحب المقابس و غيره مدّعيّا لعدم جريان حكم الفضولي في المسأله و نظائرهما

و كيف كان فالقول بالفساد مطلقا مبنئى على هذا الوجه كما أنّ القول بتوقّفه على الإجازة مبنئى على إجراء حكم الفضوليّ عليه كما هو المحقّق المختار في محلّه و حينئذ فالمتّجه ما أفاده قدّس سرّه من أنّ خير الأقوال أوسطها و حينئذ لو أجاز صحّت العقود المترتبه و يسقط حقّه الثّابت بالاشتراط لما ذكرنا من إرجاعها إلى إسقاط الشّروط و الرّضا بالعقد بدونه و لو ردّ العقود اللّاحقه تنفسخ كلّها و يجب على المشروط عليه الوفاء بالشّروط لعدم تعدّره بعد انفساخ العقود المترتبه فلا موجب للخيار كما لا يخفى

و حينئذ فقله قدس سره فاذا فسخ المشروط له ففي انفساخ العقد من أصله أو من حينه أو الرجوع بالقيمه وجوه رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبنائه على التغليب فيرجع بالقيمه و بين غيره فيبطل انتهى مبنى على الاستدراك الذى فى كلامه من صحه العقد الثانى بناء على عدم جواز الإجبار لا أنه متفرع على ما اختاره أولا لما عرفت من أن حدوث الخيار

بالتعذر مبنًى على صحّته العقود المترتبة و إلّا فلا تعذر للشّروط أصلاً أمّا على القول بالفساد فواضح و كذلك على القول الأوسط مع ردّ العقود المترتبة حيث إنّ العين باقية في ملك المشروط عليه و أمّا مع الإجازة فالعقود المترتبة و إن صحّت بها و يتعذر الشّروط لا محاله إلّا أنّ مرجعها إلى إسقاط حقّه رأساً كما قلنا

و بالجمله فالعبارة لا يخلو عن التّعديد و على أىّ حال فالتفصيل بين العتق و غيره للمنع عنه مجال و لازمه القول به بالنسبة إلى جميع الخيارات بل في العين المرهونه أيضاً مع أنه لم يلتزم به أحد نعم من بعض كلمات شيخنا العلّامة في أحكام الخيار يلوح أنّ التصرف بالعتق محلّ الإشكال في جميع أبواب الخيار لكنّه لم يلتزم به في الرهن بلا إشكال

و قد عرفت أنّ المسألة من هذا الباب فلا موقع للتفصيل و كون بناء العتق على التّغليب لا يكاد يثبت المدعى فإنّ معناه أنّه لو انعتق بعض العبد بوجه يلحقه الباقي بالتفصيل [الهدى ذكر في محله و هذا لا- دخل له بما هو محلّ البحث في المسألة كما أن احتياجه إلى القربة لا- يوجب كونه من حقوق الله تعالى و إلّا يلزم القول به في سائر الشّروط التي من الوجوه القرينة كالوقف و الصّيدقة و تسهيل المنفعة على الوجوه العامّة و نحوها فلا- وجه للاختصاص بالعتق مضافاً إلى ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ طرف الالتزام في اشتراط العتق و نحوه هو المشروط له و الشّارط يلتزم له و يشتغل ذمّته له لا- لله تعالى حتى يكون حقاً له تبارك و تعالى كما في النّذر فإنّه التزم له تعالى كما لا يخفى فالقياس على النّذر و شبهه في غير محله بل يكون حقاً ممّحّضاً للمشروط له كاشتراط الوقف و الصّدقة و نحوهما فيسقط بإسقاطه لا محاله

□

و من هنا ظهر ما هو التّحقيق في المسألة الآتية فلا نعيده لضيق المجال و عدم مساعدته الحال و أسأل الله التوفيق و حسن المآل

[السابعة قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسّط عليه الثمن]

قوله السابعة قد عرفت أنّ الشرط من حيث هو لا يقسّط عليه الثمن إلى آخره

لا- يخفى أنّ المسألة مع إطناب الكلام فيها لم تنقح كما هو حقّها مع أنّها من أهمّ المسائل فينبغي جعلها خاتمة لباب الشّروط و بيان أقسامها كما هو حقّها و تميز ما يتقسطه بإزائه الثمن عمّا لا يتقسط بإزائه شىء منه و بيان الضّابط في ذلك فنقول إنّ الشّروط أى ما يقع في عقد المعاوضة بصوره الاشتراط تاره يكون من الأمور الخارجيّة الغير الرّاجعة إلى العوضين بوجه كاشتراط عمل أو ضميمه شىء خارجيّ إلى الثمن أو المثلث على وجه الاشتراط من غير أن يوجب حدوث خصوصيّة فيهما

و أخرى من الأمور الرّاجعة إلى العوضين و هذا أيضاً تاره من قبيل الصّور الجوهرية التي بها شبيّه الأشياء و ماليه الأموال و تقع متعلّقه للأغراض أوّلاً و بالذّات و يبذل بإزائها الأعواض كحماريه الحمار و ما يشبه ذلك و أخرى من الأوصاف العرضيّة لأحد العوضين مثل كون العبد كاتباً و الثمن نقداً غالباً و نحو ذلك

و ثالثه من قبيل كميّه الأشياء و مقاديرها كقولك بعتك هذه الصّبره بشرط أن تكون عشره أصواع أو هذه الأرض بشرط أن تكون عشره أجر و غير ذلك و إنّما جعل ذلك قسماً ثالثاً مع أنّه أيضاً من الأعراض اللاحقه لأحد العوضين من الثمن أو

المثمن لأنّ فيه جهتين وحيثيتين جهه الوصفية من حيث إفادته لوصف الاجتماع وكون العين الشخصية متّصفه بوصف كونها كذا جزءا و جهه ذاتية جوهرية باعتبار إفادته لتعيين مقدار العوضين الذي به يزيد و ينقص و يختلف باختلافه قلّه و كثره

و بيان أوصاف الأوصاف ممخّضه لاعتبار خصوصية في الموصوف من غير أن يوجب تغييرا في الموصوف من حيث القلّه و الكثره و الزيادة و التقيصه

غايته أنّ الموصوف الخارجى تاره واجد للوصف و أخرى فاقد له

و بعباره أخرى اختلاف فيه من حيث النقص و الكمال لا من حيث الزيادة و النقصان فى الصوره الجوهرية التى أخذت عنوانا فى المعامله و هذا بخلاف المقدار فإنه يوجب اختلاف تلك الصوره الجوهرية زياده و نقيصه فيشبهه من تلك الجبهه باشتراط نفس الصوره الجوهرية أى القسم الأول فتأمل جيدا

و بالجملة هذه أقسام الشروط و من الواضح أنّ القسم الأول أى اشتراط ما هو الخارج عن حقيقه العوضين تعذره أو تخلفه لا يوجب إلّا الخيار فإما أن يفسخ العقد و يردّ العوض و إما أن يمضيه بتمام العوض من الثمن أو المثلن لما حققناه أنه التزام بشىء و راء الالتزام الذى بين العوضين

و بعباره أخرى التزم فى ضمن الالتزام الأول بعد تماميته بتمام جهاته غايته حيث إنه مرتبط به و محقق فى ضمنه فانتفاؤه يوجب الخيار بالبيان الذى تقدّم و على أى حال لا يوجب انتفاؤه تبعضا فى الصفقه و لا تقسيطا فى الثمن بلا شبهه لعدم وقوع شىء من الثمن بإزائه على حسب التزام المتعاقدين و ما أنشئ عقد المعاوضه و ما يقال إنّ للشرط قسطا من الثمن أى عند التحليل لا بحسب ما يقتضيه العقد فتأمل

و من هذا القبيل القسم الثالث أى ما كان راجعا إلى اعتبار وصف فى العوضين فإن انتفاءه أيضا يوجب الخيار فى فسخ العقد بكله أو إمضائه كذلك لما عرفت من أنّ المبادله بين العوضين و لا يقع شىء بإزاء الوصف و إنما يوجب زياده فى الموصوف من حيث المالىه فانتفاؤه لا يوجب انقضاء فى الالتزام الأول أى فى أصل المعامله و إنما يوجب جوازه لعدم التزامه بالفاقد و إناطته بوجود الوصف بالتقريب الذى تقدّم

و من هنا يظهر الكلام فى القسم الثانى أى ما كان الشرط من الصور الجوهرية فإنه لا ينبغى الشبهه فى أنّ تخلفه يوجب بطلان العقد رأسا عكس ما ذكرنا فى الأوصاف فإن حقيقه المعامله متقومه بها فمع انتفائها لا معامله أصلا و ذلك لما أشرنا إليه مرارا أنّ المواد الهيولائيه ليست لها مالىه و لا يقع بإزائها شىء من الأموال بل يقع العوض بإزاء الصوره النوعيه العرفيه التى ربما تكون أضيقت من الصوره العقليه فإن فى مثل العبد الزنجى و الرؤمى يكون الصوره النوعيه محفوظه و لكن العرف يرى كل واحد مابينا للآخر فتأمل

و كيف كان فانتفاء ما هو من قبيل الصور النوعيه للعوضين يوجب بطلان المعامله و فساد العقد سواء كان العقد على الكلى و على الموضوع الخارجى غايه الأمر فى القسم الأول أى فى الكلى فرض انتفائه بتعذر الكلى بجميع أفراده فلا عبره بتخلف عنوان المقبوض و سواء جعل العنوان مقدّما على الإشاره كقولك بعت الحمار المذى هو هذا و مؤخرا عنها كما فى قولك بعت هذا الحمار أو جعل شرطا كقولك بعت هذا على أن يكون حمارا و غير ذلك من التّعبيرات لما عرفت من أنّ البحث ليس فى مرحله اللفظ حتى يمكن الاختلاف باختلاف التعبير بل ما هو المناط فى الشرط و هو أن يكون التزاما فى ضمن الالتزام المنشأ بالعقد مفقود فى مثل تلك الأمثله أى فى الصور النوعيه فإنها قوام العقد و حقيقه ما ينشأ به لا أن تكون أمرا زائدا عليه كما هو

واضح كما أنّ ملاك العنوائيه هو هذا فلو جعل الوصف عنوانا كقولك بعتك هذا الكاتب لا يكاد يوجب انتفاؤه بطلان العقد
لأنه بأى لفظ عبّر لا يخرج عن كونه التزاما زائدا على العقد متحققا فى ضمنه فلا موجب لبطلانه بانتفائه

و بالجمله فاللّازم ملاحظه ما هو المناط فى القسمين

أى الشرطيّه و العنوايته لا- ملاحظه اختلاف الألفاظ و التعابير فإنّ هذه قاعده جاريه ساريه فى غير واحد من أبواب الفقه كما أشرنا إلى بعضها فيما تقدم و أمّا القسم الأخير الذى هو محلّ البحث و هو أن يكون الشرط من قبيل المقادير فحيثما عرفت أنّ فيه جهتين و حيثيتين فقد وقع محلّ الخلاف و الإشكال فى أنّه يعامل معه معامله العنوايته فلو تخلف المقدر المشترط يبطل معامله بالنسبه إلى المقدار الفائت و يقسّط الثمن بنسبته كما إذا أخذ المقدار عنوانا لا شرطا كقولك بعتك هذه العشره أمنان من الحنطه فإنّه لا- إشكال و لا- خلاف ظاهرا فى أنّ عند التخلف يقسّط الثمن بحصّيته مع ثبوت الخيار للمشتري أيضا لتبعّض صفقته فكذلك إذا أخذ شرطا كقولك بعتك هذه بشرط أن تكون عشره أمنان فظهر أنّها خمسه أمنان من غير فرق بين متساوى و الأ-جزء أى ما كان مثليًا كما فى المثال و غير متساوى الأجزاء كقولك بعتك هذه الأرض على أن تكون عشره أجزء فظهر أنّها خمسه أجزء فى كلتا الصورتين يرجع المشتري إلى نصف الثمن و له الخيار بالنسبه إلى الباقي أيضا كما إذا باع ما يملك مع غيره أو مال نفسه مع مال غيره و عدم إجازة مالكة فإنّه يرجع من الثمن بحصّته و للمشتري الخيار لتبعّض صفقته أو يعامل معه معامله الأوصاف فله الفسخ بكّله أو الإمضاء كذلك نظرا إلى أنّ المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان و هو محفوظ على حاله

غايه الأمر أنّه التزم أن يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع فأوجب الخيار كالكتابه المفقوده هكذا أفاد القائلون بهذه المقاله كصريح القواعد و محكى الإيضاح و قوّاه فى محكى حواشى الشّهد و الميسّيه و الكفايه و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضا لو فرق بين متساوى الأجزاء و غيره

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

[الأول أنّ الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد]

قوله الأول أنّ الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعد فإنّ إلخ

اعلم أنّ فساد الشرط لا محاله بانتفاء أحد الأمور المذكوره المعتبره بعضها فى أصل كونه شرطا مصطلحا و بعضها فى صحّته من كونه مذكورا فى متن العقد و غير مناف لمقتضاه و غير مخالف للمشروع و كونه مقدورا و غير مستلزم للحال و لا مجهولا و لا لغوا أى عدم تعلق الغرض المعتدّ به عند العقلاء به نوعا إلى غير ذلك و لا إشكال فى عدم وجوب الوفاء به و أمّا استحبابه فى غير ما كان مخالفا للمشروع فقد أفاد قدّس سرّه أنّه لا تأمل فيه لدخوله فى الوفاء بالوعد و فيه تأمل بل منع لأنّ الوعد إخبار فلا ربط له بباب الشّروط التى هى من مقوله الإنشاء كما لا يخفى فلا دليل على استحباب الوفاء به كوجوبه

و على أى حال الكلام فى الشرط الفاسد تاره يقع فى تحرير محلّ النزاع و تعيين ما هو محلّ الخلاف منه و أخرى فى أنّه هل يوجب فساد العقد أو لا يوجب الفساد بلا خيار أو مع الخيار فالأقوال فى المسأله ثلاثه و أمّا سائر التفصيل فى الحقيقة راجعه إلى الجبهه الأولى لا أن يكون أقوالا فى أصل المسأله و

ملخص الكلام فيها أنّ فساد الشرط إن كان موجبا لاختلال أصل العقد كالشروط المنافية لمقتضاه أو التافيه لجميع آثاره المترتبة عليه أو آثاره المرغوبه منه عرفا كشرطان لا يملك في عقد البيع أو لا يستمتع مطلقا في عقد النكاح إلى غير ذلك فلا شبهه في أنّه فاسد و مفسد للعقد لا محاله لإرجاعه إلى نقض العقد و إنشائه السابق إما صريحا كما في القسم الأول أو ضمنا و التزاما كما في الثاني فهذا القسم خارج عن محلّ البحث بلا كلام و كذلك إذا كان فساده موجبا لاختلال شيء من

الأمر المعتره فى العوضين من كونهما لا معلوما مقدورا لكل واحد من المتعاقدين من تسليم ما انتقل عنه إلى من انتقل إليه كبيع الخشب بشرط أن يجعله صنما أو العنب بشرط أن يعمله خمرا فإن مرجع هذا الشرط إلى سلب المنافع المحللة وحصرها فى المحرم فيوجب خروج العين عن المائيه و صيرورتها مسلوبه المنفعه أما المنافع المحلله فلعدم جواز استيفائها بمقتضى الاشتراط و أمّا المنفعه المحرّمه فلسلبها عنه شرعا فيخرج المال عن كونه مالا و صالحا لأن يقابل بالعوض و هذا هو المراد من قوله قدس سره إنّه أكل المال بالباطل فلا تغفل و من هذا القبيل الشرط المجهول لكن لا مطلقا بل إذا كان مرجعه إلى اشتراط إحداث وصف مجهول فى أحد العوضين فإنّه يوجب الجهاله فيهما فيوجب البطلان لا محاله

و عليه ينزل كلامه قدس سره و لا تأمل أيضا فى أنّ الشرط الفاسد لأجل الجهاله يفسد العقد لرجوع الجهاله فيه إلى جهاله أحد العوضين انتهى و إلّا إذا كان الشرط أجنبيًا مجهولا بنفسه فلا موجب لإفساده و كون التراضى منوطا به هو عين دعوى القائلين بالإفساد فى محلّ النزاع فلا يصلح للتمسك به على الخروج عنه كما لا يخفى فلا محاله مراده الجهاله الرّاجعه إلى أوصاف العوضين كما يظهر من تعليقه و مطاوى كلامه فراجع

و من هذا القبيل الشرط الغير المقدور فإنّه تاره يكون كذلك بنفسه و أخرى يوجب تعذر تسليم ما اشترط فيه فتاره يقال بعتك هذا الزرع بشرط أن تجعله سنبلًا ففساد الشرط يوجب فساد العقد أيضا لتعذر تسليمه سنبلًا حيث إنّه ليس بفعله و تحت قدرته

و أخرى بعتك هذا الثوب بشرط أن تجعل زرعى سنبلًا بحيث يكون الشرط بنفسه متعذر التسليم و حينئذ لا موجب لكونه مفسدا إلّا من جهه إناطه التراضى و هى فى محلّ المنع كما يأتى

و بالجمله الموارد الخارجة عن محلّ النزاع صحه و فسادا لا بدّ و أن يكون فساد الشرط من جهه أخرى غير إناطه التراضى به أو كونه ضميمه لأحد العوضين فإنّهما عين الدّعى فى محلّ البحث كما لا يخفى

و حينئذ فكلمًا كان مرجع البحث فى إفساده و عدمه إلى هاتين الجهتين فهو محلّ الخلاف و محطّ الأقوال و ما كان جهه البحث فيه إلى جهه أخرى مثل كونه محلًا بالعقد أو بشرائط العوضين كالموارد المشار إليها فهو خارج عن محلّ البحث و مفسد للعقد بلا إشكال

و من هنا يظهر أنّ فساد الشرط لو كان من جهه لغويته و عدم تعلّق غرض العقلاء به فخروجه عن البحث و عدمه مبنى على كون نظر القائل بالإفساد إلى أنّ الشرط ضميمه لأحد العوضين و له قسط من الثمن كما هو الوجه الأول الذى استدّلوا به فلا يوجب فساد العقد لعدم مائيته و جريان الدليل المذكور بالنسبه إليه و إن كان نظرهم إلى الوجه الثانى و هو إناطه التراضى به فلا وجه لإخراجه عن محلّ النزاع و التسالم على صحه العقد كما قيل فإنّ إناطه الرضاء لا تدور مدار المائيه و عدمها كما لا يخفى

نعم إذا كان فساد الشرط لعدم ذكره فى متن العقد كشروط التّباني فلا ينبغى التأمّل فى عدم فساد العقد به بل هنا من قبيل السالبه بانتفاء الموضوع حيث لا شرط اصطلاحا لا أنّه شرط فاسد غير مفسد

هذا ملخص ما أفاده أدام الله أيام إفاضاته في تحرير الضابط فيما هو محلّ البحث و ما هو خارج عنه صحّه و فسادا

و حاصله أنّ جهه البحث إن كانت راجعه إلى إناطه الرضاء بالشّروط و عدمها فهو محلّ البحث و الخلاف و إلّا فإن كانت راجعه إلى لزوم اختلال في العقد أو شرائط العقود

عليه فهو موجب للفساد بلا- إشكال و إن كان مفاد الشرط من جهة أخرى غير راجعه إلى شىء منهما فهو خارج عن محلّ البحث أيضا من طرف الفساد

و لقد أجاد دام ظلّه فيما أفاد و أتى بالتحقيق حقّه و بتوضيح المراد من كلمات الأصحاب غايته إلّا أنّه يختلج ببالى القاصر إشكال فى هذا الباب و هو أنّ معنى الصحّة فى الشّروط بل فى الوضع و الإنشاءات من العقود و الإيقاعات و غيرها أنّ ما أنشأه المنشئ و أوجده بأسبابه وجد و تحقّق عند الشّارع الذى بيده اعتباره فيإنشاء المنشئ و إمضاء الشّارع صحّ اعتبار و وجد فى ظرف الاعتبار شىء لم يكن بموجود قبل الإنشاء أو بدون الإمضاء هذا معنى الصحّة و معنى الفساد ما يقابل هذا أى لم يتحقّق بالإنشاء شىء فى موطنه و ظرف وجوده بل كان مجرد لفظ و لقلقه لسان و حينئذ فلو قلنا بفساد الشّروط فمعناه أنّه و لو التزم به إنشاء إلّا أنّه لم يتحقّق التزام و لم يعتبر اعتبار و حينئذ فكيف يمكن أن يؤثّر فى فساد العقد لبداهه أنّ مجرد اللفظ و الإنشاء غير صالح لذلك بل ما ينشأ ربما يكون منافيا لمقتضى العقد أو مخالفا للكتاب و نحو ذلك

□
اللهمّ إلّا أن يقال إنّ مجرد إنشائه نقض لإنشائه السابق □ أو محرّم شرعا فيفسد و لكن هذا لا ينحلّ به الإشكال و لعله لقصور فهمى و عدم إدراك ما هو حقيقه الوضع و الإنشاء و أسأل الله البصيره فى دينه و فقها فى حكمه فإنّه الموفق

و كيف كان إذا عرفت محلّ الخلاف و ميزت ما هو قابل للتّزاع عن غيره بالضّابط الذى أفاده الأستاذ دام ظلّه العالى فلنشرع فى ذكر الأقوال و بيان الاستدلال فنقول و على الله الاتّكال إنّه قد حكى عن الشّيخ و الإسكافى و ابن البراج و ابن سعيد القول بأنّ فساد الشّروط يوجب فساد العقد

و عن جماعه من الأجلّه المتأخّره مثل الشّهيدى و العلّامة و المحقّق الثّانى و جماعه أنّ العقد يبقى على الصحّة و هذا أيضا يرجع إلى قولين الصحّة مع الخيار و بلا خيار على التّفصيل الذى يأتى الكلام فيه أمّا القول بالصحّة فيدل عليه العمومات و الإطلاقات الدّالّه على مشروعّيّه المعامله تأسيسا أو إمضاء كما هو الغالب فى العقود فلا يحتاج إلى دليل آخر و مثونه أخرى فى إثباتها كما لا يخفى بل القول بالفساد يحتاج إلى إقامه الدّليل المخرج للعقد عن هذا الأصل و هو من وجوه

الأوّل دعوى أنّ فساد الشّروط يوجب جهاله العوض لأنّ له قسطا من الثّمن و جهاله العوض يوجب الغرر المبطل للمعامله كما إذا كان من أوّل الأمر و فساده واضح حلا و نقضا كما أفاده قدّس سره لمنع وقوع الثّمن بإزاء الشّروط و الأوصاف بل إنّما توجب زياده المالىّه فى المثلث الذى يقع العوض بتمامه بإزائه و على فرض تسليم وقوع الثّمن بإزائها أيضا لا يكاد يوجب الفساد كما فى صور فساد الجزء مثل العقد على ما يملك مع ما لا يملك كالعبد و الخنزير و ما يملك مع ما لا يملك كما فى الفضولى فهذه الجهاله غير مضرّه بصحّه المعامله لمعلوميه كلّ من العوضين حال العقد و إمكان رفعها بتقويم الجزء الصّحيح منفردا و منضمّا غايته يوجب الخيار لمكان تبعض الصّيفه و تعدّد شرط الانضمام المعتبر ضمنا و نحن نقول به فى المقام على ما يأتى الكلام فيه إن شاء الله

و الثّانى و هو العمده دعوى إناطه التّراضى الحاصل عند العقد على وجود الشّروط فإذا انتفى لفساده ينتفى الرّضا المعتبر فى صحّه

و أجيب عنه بالنقض و الحلّ أيضا أمّا النّقض فبوجوه منها النّقض بالشّروط الفاسده فى النّكاح فإنّه لا خلاف نضا و فتوى فى عدم فساد النّكاح بمجرّد فساد شرطه المأخوذ فيه هكذا أفاد قدّس سرّه و ليكن المراد كما يظهر من كلامه فيما تقدم الشّروط المرتبطه بالمهر

أى التى بمنزله الضميمة له ففسادها لا يوجب فساد عقد المهر الذى يتضمّنه عقد النكاح فإنه ينحلّ إلى عقدين عقد المزاوجه و هو إنشاء العلقه الزوجيه بين الزوجين من غير توقّفه على ذكر المهر مقدارا أو تعيينا غايته حيث إنه يتضمّن التسليط على البضع فلا بدّ من كونه بعوض و بإزائه شىء من المال و لذا يصحّ النكاح بلا ذكر المهر فيجب مهر المثل مع الدخول و الامتناع على الموسع قدره و على المقتر قدره مع عدمه و كذلك نكاح المفوضه فيجب ما يعينه الزوج و لو بعد العقد و تمام الكلام خارج عن المرام و عقد المهر و هو تعيين ذاك الأمر الكلى الثابت على الزوج بإزاء تسليطه على البضع فى مقدار معلوم أو فى عين معلومه فما يكون مرتبًا بهذه المرحله و بمنزله الضميمة للمهر فساده لا يوجب فساد عقد المهر فيرجع إلى مهر المسمى

و أقمًا ما يكون مرتبًا بأصل النكاح مثل اشتراط الخيار فيه أو عدم الاستمتاع بالكلية ففساده لمنافاته مع مقتضى العقد عرفا أو شرعا يوجب فساد النكاح كما لا يخفى فراجع و تأمل

ثم إنّ عدم رجوعهم إلى مهر المثل عند فساد الشرط كما أفاده قدس سرّه بمجرد لا يصير دليلا على المطلب و لا يثبت المدعى فإنّ بناءهم فى صور فساد المهر تاره الرجوع إلى مهر المثل كما إذا عقد على عبد فبان حرًا و أخرى بالرجوع إلى مهر المسمى أو قيمته كما إذا عقد على مال فظهر مال الغير و بعض المقامات صار محلّ الإشكال كالعقد على الخمر و الخنزير و نحوهما فى بطلان أصل المهر و الرجوع إلى مهر المثل أو بطلان تعيينه فى ما لا يملك فيرجع إلى قيمته عند مستحليه و الضابط فى ذلك أنّ الفساد تاره يرجع إلى تقديره كما إذا عقد على شىء لا قيمه له أصلا كالعقد على الحرّ مثلا و أخرى يرجع إلى بطلان تعيينه كما فى مال الغير فيرجع إلى قيمته و منه يظهر وجه الإشكال فى مثل الخمر و الخنزير من حيث إنه لا ماله لهما فى الشرع فيرجع الفساد إلى بطلان التّقدير و من حيث إنّ لهما تقدير عند مستحليه فيرجع إلى قيمه

و كيف كان المسأله من قبيل القسم الثّانى فإنّ فساد الشرط لا يوجب بطلان أصل التّقدير بل غايته بطلان تعيين ما هو بمنزله الضميمة للمهر فيقوم ما جعل مهرا مع الشرط تاره و مع عدمه أخرى و يرجع إلى التّفاوت و حينئذ فلو ثبت تسالمهم على عدم الرجوع إلى شىء مطلقا و الاقتصار على ما هو المسمى كما هو الظاهر فيدلّ على المدعى و إلّا فلا دلالة بمجرد عدم الرجوع إلى مهر المثل فاحفظ ما ذكر من الضّابط

و منها النقض بالجزء الفاسد فإنه لا يكاد يوجب فساد العقد قطعا بل يقسّط الثمن بنسبته و يصحّ فى الباقي و للمشتري الخيار لتبعض الصّيهه الفقه الراجع إلى انتفاء شرط الانضمام و منه يظهر أنّ مرجعه أيضا إلى انتفاء الشرط لا- أن يكون الفرق بينه و بين الشرط عسرا كما أفاده فى جامع المقاصد بل هو عينه فإنّ فساد الجزء يوجب انتفاء شرط الانضمام المعبر فى العقد ضمنا فيكون التراضى أيضا منوطا به كما فى الشرط الفاسد

و كيف كان فالتفصيل بين الجزء الفاسد و الشرط الفاسد و أنّ الثّانى يوجب فساد العقد دون الأوّل تحكّم صرف كما هو واضح و منها التّفرض بصوره تعدّد الشرط فإنّ التراضى لو كان منوطا به على وجه يوجب انتفاؤه فاللزام القول بالفساد فى صورته التّعذر أيضا غايته أنّ التّعذر تاره يكون عقليا و أخرى شرعيا كما فى صور فساد الشرط و هذا ليس بفارق لأنّ التّعذر الشرعى كالتّعذر العقلى كما أنّ الفرق بأنّ فى صورته التّعذر وقع العقد صحيحا على وجه المرضاهه ثم طرأ عليه التّعذر الموجب لخياره

إمّا برضائه بالفاقد و إمّا بفسخه للعقد و هذا بخلاف فساد الشّروط فإنّ الرّضا من أوّل الأمر منوط بأمر فاسد فلا يقع العقد من أوّل الأمر صحيحا أيضا ليس بفارق لما يأتى الإشارة إليه من أنّ الرّضا غير منوط بالشّروط مطلقا على وجه ينتفى بانتفائه بالتعدّد الطّارى و غيره

و كيف كان فمن عدم التزامهم بالفساد هنا يكشف أنّ الإناطة ليس على وجه يوجب انتفاء الشّروط انتفاء التّراضى المعتبر فى صحّحه العقد و حلّ ذلك ما أشرنا إليه سابقا فى توجيه الخيار عند تعدّد الشّروط و نعيده هنا أيضا توضيحا للمقام و تبعاً له قدس سرّه حيث حمل كلامه على خلاف مقصوده فلا بأس بالتّنبيه عليه

و حاصله أوّلا أنّ المراد من التّراضى المعتبر فى العقود ليس ذلك المعنى القلبي المعبر عنه بطيب النّفس فإنّه من قبيل الدّواعى غالبا و تخلفه لا- يوجب بطلان المعامله و إلّا يلزم بطلان كثير من المعاملات الواقعة لأجل الفقر و الحاجه أو لأجل بعض الأغراض التى لو علم عدم حصولها لم يقدم على المعامله أصلا و غير ذلك من الدّواعى التى قد تحصل و قد تتخلف بل المراد الرّضا المعاملى أى فى مقام العقد و الإنشاء الخارجى إيجابا أو قبولا لا يكون بمكره و لا مجبور كما هو واضح

ثم إنّ العناوين التى يقع عليها العقد أو القيود المأخوذه فيه و صفا أو شرطا تاره تكون من الصّور النوعيّة لم يقع عليه العقد و أخرى تكون من العوارض الخارجيّة بالتّسببه إليه

و الذى يقع عليه المبادله و يبذل بإزائه العوض هو القسم الأوّل أى الصوره الجوهريّة التى للشىء و بها يكون الشىء شيئا و بها يكون ماله الأشياء لوضوح أنّ المادّه الهيولائيّه غير صالحه لأن يبذل بإزائها المال و لا يعدّ من الأموال كما أنّ العوارض أيضا لا يبذل بإزائها شىء من العوض بل توجب زياده فى المائيه و كثره الرّغبه فى معروضها

و على أىّ حال فالمبادله تقع بين الشىء بصورته النوعيّة و عوضه كما أنّ الرّضا المعتبر فى المعامله منوط بها فإذا تخلف الصّوره النوعيّة مثل أنّه باع حمارا فبان بغله أو بقره فلا شبهه فى بطلان العقد رأسا لأنّ البغله أو البقره لم يقع عليها العقد و لم يكن المواطاه و المراضاه عليها فيحتاج إلى مبادله جديده و رضاه جديد سواء أخذت الصوره النوعيّة عنوانا للمبيع فى لسان العقد كقوله بعتك هذا الحمار أو وصفا كقوله بعتك هذا الذى هو حمار أو الحمار الذى هو هذا أو شرطا كقوله بعتك هذا بشرط أن يكون حمارا إلى غير ذلك من التّعبيرات فى جميع هذه الصّور يفسد المعامله عند التّخلف لما ذكر من أنّ ما وقع عليه العقد و المراضاه غير الموجود لم يقع عليه العقد و المراضاه

و أمّا العوارض فحيث عرفت عدم وقوع شىء من العوض بإزائها فانتفاؤها لا يوجب خلل فى العقد و فيما وقع عليه العقد و لا يكون التّراضى بالمعنى الذى قلنا أيضا منوطا به و إلّا فانتفاؤها يوجب البطلان لا الصحّحه و الخيار بل من قبيل قيود الواجب بمعنى أنّ المبيع وقع عليه العقد بهذا الوصف فيجب على البائع تسليمه كذلك لا من قبيل قيد الوجوب بمعنى التّعليق فى الإنشاء و لا التّعليق فى المنشأ فإنّ جميع ذلك يوجب الفساد عند عدمه بل التزام زائد فى ضمن الالتزام الأوّل نتيجته وجوب الوفاء به و مع عدمه عدم لزوم الوفاء به من غير أن يوجب اختلالا- فى الالتزام الأوّل و أركانه و المراضاه المعتبره فيه نظير وجوب الأكثر فى

ضمن الكلّ في العبادات فإن انتفاءه لا يوجب اثلام وجوب الأقلّ كما هو الوجه في جريان البراءة في هذه المسألة إلّا

من حيث دخله فى الغرض و هذا ساقط فى باب المعاملات لما عرفت أنّ صحتها و فسادها لا يدوران مدار الدواعى و الأغراض و كيف كان فقد ظهر أنّ التراضى المعتبر فى المعامله غير منوط بوجود الشرط و عدمه و هذا هو مراده قدس سره من كون المفقود فى المعامله ركنا أو غير ركن و ضابطه ما ذكرنا من كونه من الصور النوعيه أو من الأوصاف و الأغراض بالنسبه إلى المتعاضين لا أن يكون مراده التفصيل بين ما يكون على نحو وحده المطلوب أو تعدد المطلوب

فلا- يصح توجيه الخيار بأنّ باب العقود من قبيل الثانى كما قيل و حمل كلام المصنف عليه فإنّ ذلك أولا ليس أمرا كليّا مضبوطا حتى يمكن دعواه فى جميع العقود بل يختلف باختلاف الموارد و الأغراض و ثانيا لا يكاد يوجب التفاوت بين ما هو الركن و غيره فإنّ غير الركن أيضا بما يكون له دخل فى أصل المطلوب

و ثالثا ليس بناؤهم فى الخيار و عدمه على ذلك لوضوح أنّه لو أحرزنا فى القسم الأوّل أى فى مثل بعثك هذا الحمار أنّ غرض المشتري و مطلوبه مطلق دابّه تحملها و تحمل أثقاله من دون مدخلية للحماريه فيما هو مطلوبه من المعامله مع ذلك لو بان أنّه بقره أو بغله يفسد البيع بلا خلاف و لا إشكال كما أنّه لو أحرز أنّ تمام غرضه من شراء العبد أن يكون كاتبا بحيث لو علم بعدم كتابته لا يقدم على المعامله و شرائه بفلس و مع ذلك لو اشترى الكاتب ثم تخلف الوصف ليس له إلّا الخيار أيضا بلا خلاف و لا إشكال

و السر فيه ما ذكرنا أنّ باب العقود و المعاملات صحه و فسادا لا يدور مدار الأغراض الباطنيه و الدواعى الشخصيه

و كيف كان فقد ظهر أن ثبوت الخيار ليس مبتيا على وحده المطلوب و تعدده بل بمعزل عن هذا الباب غير مرتبط به بلا شكّ و لا ارتياب بل مبنّى على الضابط الذى ذكرناه فاحفظه فإنّه من دقائق الأفكار النفسيه التى استفدناها من شيخنا المحقق و أستاذنا المدقق أدام الله أيام إفاضاته

و بالجملة فقد تحصل من مجموع ما ذكر أنّ مقتضى القواعد فى الشرط الفاسد هو الخيار مع صحه العقد كما عن جماعه من الأجله و اختاره المصنف قدس سره بالأخره أيضا مع اضطراب فى قلمه لمخالفه مثل المحقق و العلّامه و الشهيدين و غيرهم من الأجلّاء المذنبين ليست مخالفتهم بأمر سهل فى أمثال هذه المسائل مع تفصيله قدس سره بين صورته علم المشروط له بالفساد و جهله

و الوجه فيه أن بناء قدس سره فى خيار تخلف الشرط مطلقا أنّه على خلاف القاعده و ثبوته فى مواردّه إنّما هو بمثل قاعده الضرر و نحوها كما لا يخفى على المتتبع فى كلامه قدس سره فيختلف الحال من حيث شمول القاعده و عدمه باختلاف العلم و الجهل

و أمّا على ما اخترناه فى جميع الأبواب من أنّه على القواعد من غير حاجه إلى دليل آخر فلا يكاد يفرق بين صورتى العلم و الجهل أيضا نعم الذى يشكل الأمر فى المسأله و يصعب المشى على طبق ما ذكرنا من القاعده أنّه ليس من الخيار لا فى كلمات

القائلين بالفساد أو الصحه و لا فى لسان الأخبار و الأدله عين و لا أثر و لذا صارت المسأله فى غايه الإشكال أقول و يؤيد ذلك
أى عدم ذكر من الخيار فى الأقوال و الآثار ما تقدم من الإشكال فى أصل المسأله و أنّ الشرط بعد فرض فساده كيف يؤثر فى
العقد مع أنّ تأثيره فيه نحو ترتيب أثر عليه المنافى مع فساده و قد أجاب الأستاذ عنه بأن معنى الفساد عدم ترتيب الأثر عليه شرعا
و أمّا الأثر اللازم لوجوده تكويننا الحاصل بإنشائه لا محاله فلا ينافى مع فساده مثلا البيع المشترط فيه بما يخالف الكتاب مثل بيع
العنب

على أن يصنعه خمرا معنى فساده عدم ترتب آثار الصحه عليه و إلغائه عند الشارع

و أمّا كونه التزاما فى ضمن العقد عرفا بحيث لو لم يكن المنع الشرعى يصحّ فهو أمر حاصل بالتزام المتعاقدين و تأثيره فى فساد العقد من تلك الجبهه و لكن لا يخفى أنّ هذا مبنى على كون المجعول الشرعى فى العقود هو ترتيب الآثار لا نفس المسببات مثل الملكيه و الزوجيه بل كانت هى منتزعه عن الآثار و هو خلاف التحقيق

قوله قدس سرّه الثالث روايه عبد الملك إلى آخره

هذا هو الوجه الثالث الذى استدللّ به القائلون بالفساد و هو عدّه أخبار غير واضحه الدلاله على المدعى منها روايه عبد الملك عن الرضا ع عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على و ضيعه هل يستقيم ذلك و يأخذ ذلك قال ع لا ينبغى إلى آخره بناء على أنّ المراد لا ينبغى البيع لاشتماله على شرط عدم الوضيعه المخالف للسنة فيفسد و إلّا فلا موجب للكراهه و فيه ما لا يخفى لاحتمال أن يكون المراد كراهه الأخذ بالوضيعه فلا يدلّ على فساد الشرط فضلا عن فساد العقد كما يحتمل إرجاعه إلى الشرط أى لا ينبغى مثل هذا الشرط و على أىّ حال غايته الكراهه لا الفساد مع ما فيه من الإجمال و الإبهام كما لا يخفى

□

و منها ما رواه الحسين بن منذر عن أبى عبد الله ع فى بيع العينه و المشهور فيه ما هو المعهود المتداول بين الناس تخلّصا عن الرّبا و هو أن يشتري السيلعه بثمان مؤجل ثم يبيعه من بائعها بأقل من هذا الثمن نقدا متباينا على ذلك قبل العقد فقد سأله عن ذلك فقال ع إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبيع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتري فلا بأس إلى آخره بحمل الخيار على ما يقابل التزامهما بالبيع الثانى و هو لا يكون إلّا باشرط البيع على بائعه و قد قلنا بفساد هذا الشرط فيدل على أنّ مع الاشرط فيه بأس و لا موجب له إلّا فساد الشرط

و فيه تكلف واضح بل الظاهر أنّ مراده ع من قوله إن كان بالخيار و كنت بالخيار وقوع المعامله الأولى جدّا و حقيقه بحيث لو لم يشأ أحدهما للبيع الثانى كان عليه ذلك فى مقابل وقوعها صوريا و وسيله للعقد الثانى كما لا يخفى على المتأمل

و منها روايه على بن جعفر ع فى بيع العينه أيضا عن أخيه ع قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسه نقدا أ يحلّ قال ع إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس إلى آخره قال قدس سرّه و دلالتها أوضح من الأولى و هو كما أفاد من حيث التصريح بعدم الاشرط إلّا أنّ تفسيره بقوله ع و رضيا شاهد على ما ذكرنا أى وقوع البيع الأوّل عن مرضاه و عن طيب لا صوريا للتوصل إلى الثانى

و كيف كان فالإنصاف عدم دلاله شىء منها على المدعى خصوصا فى قبال ما ذكر من الأخبار العديده الواضحه الدلاله فى أنّ الشرط الفاسد كاشترط كون ولاء العتق على غير المعتق كما فى قضيه بريده و اشترط عدم الإرث فى الروايتين الأخيرتين لا يوجب فساد أصل البيع و دلالتها على ذلك فى غايه الظهور و لم نذكرها لوضوحها فراجع هذا مع أن عمومات مشروعيه العقود و المعاملات يكفى للقول بالصحّه كما لا يخفى

نعم قد استدللّ عليها أيضا بأن صحّحه الشرط فرع صحّحه البيع فلو كان صحّته أيضا موقوفا على صحّحه الشرط يدور و لكنّه مدفوع بأنّ المراد من صحّحه الشرط إن كان صلاحيّه لأن يقع صحيحا و واجب الوفاء فهو لا يتوقّف على صحّحه البيع بل على الشّروط المتقدّمه و إن كان المراد وجوب الوفاء به فعلا- فهو و إن توقّف على صحّحه البيع و وجوب الوفاء به أيضا إلّا أنّ التوقّف من الطرفين في مرتبه واحده كتوقف صحّحه الإيجاب على القبول و القبول على الإيجاب

و هنا لا محذور فيه و لا يكون مستحيلا كما حقق في محله

قوله ثم على تقدير صحه العقد إلى آخره

كان التحقيق هنا عقد فروع و جعل ذلك أولها مقابل قوله الثاني و لعله غلط من النسخه أو سهو من قلمه و كيف كان قد حققنا سابقا أن خيار تخلف الشرط على القاعده و فساد الشرط أيضا أحد مصاديقه فإن التعذر الشرعي كالتعذر العقلي في كونه موجبا لتخلف ما التزم عليه المتعاقدان بمعنى أن صاحب الشرط لم يلتزم بالفاقد فلا ملزم للعقد بالنسبه إليه شرعا فإن دليل اللزوم مفاده وجوب الوفاء في ما التزم به و المفروض تعذره و حينئذ فلا فرق بين علم المشروط له أو جهله به

و أما بناء على مختاره قدس سره من أنه على خلاف القاعده قد ثبت في بعض الموارد بالإجماع و دليل الضرر و نحوه فالتفصيل في محله لأن مع علمه بالحال قد أقدم على ضرره فلا يعمه القاعده و الإجماع أيضا منتف في المقام

بل قد عرفت أن في كلماتهم ليس من الخيار عين و لا- أثر فاللمازم الأخذ بالمتيقن هذا آخر ما استفدنا منه دام ظلّه في باب الشروط و أسأل الله أن يجزيه عنا خير الجزاء و وفقنا و إياه لما يحب و يرضى هذا آخر ما استنسخته من تقريرات العالم الفاضل المرحوم الميرزا أبي الفضل الأصفهاني طاب ثراه فلنرجع إلى ما استفدناه منه دام ظلّه في أحكام الخيار

[الكلام في أحكام الخيار]

[الخيار موروث بأنواعه]

إشاره

قوله قدس سره الكلام في أحكام الخيار الخيار موروث بأنواعه إلى آخره

لا يخفى أن توضيح ما أفاده في هذا العنوان يتوقف على التنبيه على أمور قد تقدم الإشارة إليها في هذا الكتاب إجمالا

الأول أن المجعول الشرعي الأعم من التأسيسي و الإمضائي على قسمين تكليف و وضع و إنكار الأخير و جعله منتزعا من الأول لا وجه له فإن بعض أقسامه كالسبيبه و الجزئيه و الشرطيّه و المانعیه و إن لم يكن قابلا للجعل متأصلا إلا أن ما عداه قابل لذلك لأن المجعول الشرعي التأصيلي عبارته عما كان وجوده التكويني عين تشريعه فإذا تحقق شيء في عالم الاعتبار بنفس إنشائه فهو قابل للجعل و لا- شبهه أن الملكيه و الولايه و الحرّيه و نحو ذلك تتحقق في عالم الاعتبار خارجا بنفس إنشاء من بيده ذلك فكما أن التكاليفيات سنخ من الاعتباريات إذا أضيفت إلى الجاعل تكون من أفعاله و إذا أضيفت إلى الأفعال تشبه الكيفيات الخارجيه و إذا أضيفت إلى المكلف تكون من سنخ الانفعال و لها آثار و أحكام من وجوب الطاعة و قبح المعصيه فكذلك الوضعيات و منها الملكيه التي تسمى بالجده الاعتباريه و الإضافه الخاصه بين المالك و المملوك الحاصله من أسباب خاصه اختياريه أو قهریه كالبيع و الإرث و نحوهما

ثم إن لهذه الإضافة مرتبتين مرتبه قويه تسمى بالملك و ضعيفه تسمى بالحق أى لو كانت تامه من حيث نفسها و من حيث متعلقها تسمى ملكا و لانزمه سلطنه المالك عليه المستتبعه لنفوذ أنحاء التصرفات فيه إلا ما خرج و لو كانت ناقصه من حيث نفسها كالإضافه الحاصله بين المرتهن و العين المرهونه أو من حيث متعلقها كالحاصله بين ذى الخيار و ما تعلق الخيار به أو الحاصله بين المالك و الشئ الغير المتمول كحبّه الحنطه تسمى حقا

الثانى أن انتقال هذه الإضافه إلى الغير بمعناها الجامع بين الملك و الحق تاره بمبادله المملوك الذى هو أحد طرفى الإضافتين و أخرى بتبدل المالك الذى هو الطرف الآخر و ثالثه بإعطاء نفس الإضافه و السبب لحصول الأول هو العقود المملكه للعين أو المنفعه مجاناً أو بالعوض التى تجمعها العناوين الأربعة الهبه و العاريه و البيع و الإجاره و ما يحدو حدوها و للثانى هو الإرث الذى قد بينا فى أول الكتاب أنه عباره عن تبدل المالك مع بقاء الملك و الإضافه التى بينه

و بين مالكة على حاله و للثالث هو الهبة المعوضه فإنها على ما احتملناه فى المعاطاه عبارہ عن إعطاء المالك نفس الإضافه لغيره بل لا يبعد أن يكون الهبة الغير المعوضه أيضا كذلك فإنهما لا تختلفان من هذه الجبهه

و كيف كان فلا- إشكال فى أن الإرث سبب للانتقال إلى الوارث بالتبدل المالكى و الانتقال الحاصل بالوراثه مباين سنخا مع الانتقال الحاصل بالعقود المملكه الثالث أن إرث الخيار يتوقف على أمرين أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا كالأجازة للعقد الفضولى و جواز الرجوع فى الهبة الثانى أن لا يكون من الأمور القائمه بشخص مخصوص كحق الحضانه و المضاجعه لأن تبدل ذى الحق و قيام شخص مقام آخر بمقتضى أدله الإرث يتوقف على أن يكون الحق ممّا تركه الميت فلو لم يكن كذلك إمّا بأن لا- يكون حقا بل يكون حكما أو لا يكون بعد الميت باقيا لكون القائم به هو شخص الميت بحيث يذهب بذهابه فلا معنى للانتقال إلى الغير و حيث قد تقدم فى بحثى المعاطاه و الخيار كون الخيار حقا مالكيا لا حكما تعديدا و بينا الفرق بين الجواز الحقى و الحكمى فإثبات الأمر الأول لا- يتوقف على قيام الإجماع عليه و لكن إثبات كونه قابلا للانتقال إلى الغير بغير الإجماع مشكل فإنّ الحقوق بأجمعها و إن كانت قابله للإسقاط و هذا هو الضابط التام بين الحقّ و الحكم و قد أوضحنا فى صدر مبحث البيع أنه لا- وجه لتقسيم بعض المحشين الحقوق بما يقبل الإسقاط و ما لا- يقبله كحق الولايه و الأيوه و حق الاستمتاع للزوج و نحو ذلك لأنّ هذه من الأحكام و تسميتها حقا إنّما هو بعنايه و مناسبه إلا أن إثبات كونها قابله للانتقال إلى الغير مشكل لإمكان كونها حقا و إضافه خاصه و لكنّها قائمه بشخص خاص و قد يتوهم إمكان إثبات ذلك من نفس أدله الخيار فإنّ الظاهر منها أن الميت المالك لحق الخيار مورد للحق لا مقوم له فإذا كان موردا له ينتقل إلى وارثه

و فيه أنه لو كان موردا له أنتج عكس المقصود فإنّ كون الشخص موردا لحق أو مال إنّما هو لانطباق عنوان عليه من دون نظر إلى خصوصيته الشخصيه كأعلم البلد و الفقراء و نحوهما و هذا العنوان لو انطبق على شخص يكون مصرفا للمال أو الحقّ و لو لم ينطبق عليه لا- يستحقّه و كون أبيه متصفا بهذا العنوان لا يوجب انتقال ما كان له إلى وارثه فأصل مورد الإرث مبنى على أن لا يكون المورث موردا بل كان ذا حق لخصوصيته الشخصيه فيقع النزاع فى أنه هل ينتقل هذا الحق إلى وارثه أو لا

و قد يقال إنّ الحقّ لو كان ممّا يستجلب به المال كحق الخيار و الشفعه و التحجير و السبق فى المباحات الأصليه أو يستجلب به أمر آخر كالقصاص و حدّ القذف فهو ممّا تركه الميت و ينتقل إلى وارثه و أمّا لو لم يكن كذلك كحقّ السبق فى المشتركات العامه من المدارس و المساجد و الخانات فليس ممّا تركه الميت حتّى ينتقل إلى وارثه و هذا منشأ التفصيل بين جعل الخيار لأحد المتعاقدين فيرثه وارثه و جعله للأجنبي فلا- يرثه لأنّ الأجنبي لا يستجلب المال لنفسه بإعمال الخيار و لا شيئا آخر فحقّ الخيار ليس ممّا تركه حتى يقوم الوارث مقامه

و السرّ فى ذلك أنه لو كان الحقّ متعلقا بشىء كالمال أو القصاص فحيث إنّ غير نفس الإضافه يكون هناك أمر باق فلا بدّ أن ينتقل إلى الوارث و أمّا لو لم يكن للمورث إلّا نفس السيلطنه من دون تعلّقه بأمر آخر كالجوس فى المدرسه و المسجد أو التوليه و القيومه من قبل الحاكم فليس غير الاستيلاء شىء باقيا حتى ينتقل إلى الوارث هذا

و لكنك خبير بأن إثبات هذا التفصيل أيضا بغير الإجماع مشكل فإنّ

تعلق الخيار المَجْعُول لأحد المتعاقدين بالمال و عدم تعلقه به لو كان مَجْعُولاً للأجنبيّ دعوى بلا برهان و هكذا الفرق بين حقّ التّحجير مثلاً و حقّ الجلوس في المسجد

نعم لو ثبت التّفصيل فلا- فرق بين أن يكون متعلق الحقّ مالا- فعلياً كحقّ السّيق في المباحات الأصليّه و أن لا- يكون كذلك كالصّيد الذي يقع في الشّبكه المنصوبه من الميّت بل لا يبعد أن يقال إنّ إرث الصّيد من إرث الأموال لا الحقوق لأنّه لا فرق في نظر العرف و العقلاء بين الأموال الفعليّه و ما يؤول إليها

و كيف كان فما أفاده المصنف قدّس سرّه من أنّ الاستدلال على إرث الخيار بالكتاب و السنّه الواردين في إرث ما ترك الميّت يتوقّف على كون الخيار حقاً لا حكماً و أن يكون قابلاً للانتقال ممّا لا شبهه فيه

و قد عرفت أن إثبات الجزء الثّاني بغير الإجماع مشكل و أمّا إثبات الجزء الأوّل فلا يتوقّف على الإجماع على نفس الحكم و لا على الإجماع على سقوطه بالإسقاط و لا على الخبر الوارد في خيار الحيوان من سقوطه بالتصرّف معللاً بأنّه رضى منه لما عرفت من أنّ الخيار حقّ مالكيّ لا حكم تعبدى فهو قابل في نفسه لأن ينتقل إلى الوارث

و نحن و إن استوفينا البحث عن ذلك سابقاً إلّا أنّه لا بأس بالإشاره إليه توضيحاً لما سبق و تنبيهاً لما سيأتى فنقول إنّ اللّزوم و الجواز تارة يلحقان المنشأ بالعقد بمعنى أنّ ذات المعقود عليه قد يقتضى اللّزوم مع قطع النظر عن وقوعه في حين العقد كالنّكاح و الضّمان و الوقف و نحو ذلك بحيث إنّه لو صحّ وقوعه بالمعاطاه لكان لازماً أيضاً و قد يقتضى الجواز كما في الهبه الغير المعوّضه و هذا القسم من اللّزوم أو الجواز يكون حكماً تعبدياً صرفاً و لذا لا يتغيّر النّكاح و نحوه بالشّروط على خلافه و لا يقبل الإقاله و لا يتغيّر الهبه أيضاً عن مقتضى ذاتها بالشّروط على خلافها و لا يؤثّر وقوعها تحت الالتزام العقديّ في لزومها فهي خارجه عن عموم أوّفوا بالعقود بالتخصيص

و أخرى يلحقان نفس العقد بمعنى أنّ المنشأ كالبيع مثل في حدّ ذاته لا يقتضى الجواز أو اللّزوم و لكنّه حيث أنشئ بالعقد الذي هو العهد المؤكّد فبمدلوله الالتزامى العرفى يدلّ على التزام كلّ من المتعاقدين بالمدلول المطابقى و هو المبادله بين المالين و مرجع قوله عزّ من قائل أوّفوا بالعقود إلى تحقّق تلك الالتزام و أنّ البائع لالتزامه بالتبديل ملزم على أن يكون المبيع عوضاً عن الثّمّن و هذا الالتزام يملكه المشتريّ و المشتريّ أيضاً ملزم على أن يكون الثّمّن عوضاً عن المبيع و التزامه بذلك يملكه البائع فكلّ واحد مالك لالتزام طرفه و حلّ هذا الالتزام العقديّ إمّا بالإقاله أى ردّ كلّ منهما إلى طرفه الالتزام الّذى ملكه أو بفسخ أحدهما إذا كان مالكا لكلا الالتزامين الّذى يعبر عنه بالخيار فحقيقه الإقاله هي الفسخ لا البيع ثانياً

غايه الأمر لا يتحقّق حلّ العقد إلّا بتجاوز كلّ منهما عن حقّه لأنّ كلّ واحد لا يملك إلّا أحد طرفى العقد و حقيقه الخيار هي ملك كلا الالتزامين أحدهما السّيلطنه على التزام صاحبه الّذى ملكه بالعقد الّذى به جاز له الإقاله الثّاني السّيلطنه على التزام نفسه الّذى ثبت له شرعاً كخيار المجلس و الحيوان أو بجعل منهما كخيار الشّروط أو بتخلّف الشّروط الصّمنيّه كخيار الغبن و العيب و نحو ذلك

إذا عرفت ذلك ظهر الفرق بين الخيار و الجواز الحكمى و اللزوم العقدى و الحكمى فإنّ الجواز الحكمى مقابل للزوم الحكمى و أمّا الخيار هو مقابل للزوم العقدى الّذى هو حقّ من الحقوق فإنّه عبارته عن سلطنه كلّ من المتعاقدين على التزام الآخر فكّل منهما مسلّط و مسلّط عليه

و على هذا فلا شبهه أن الخيار قابل للإسقاط و الانتقال إلى غيره بعد ما ثبت إجماعاً أنه ليس لنفس ذى الخيار خصوصية بها يقوم به حتى ينتفى بموته أو جنونه

[بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال]

قوله قدس سره بقى الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال إلى آخره

لا يخفى أن المسلم من عدم تبعيته إرث الخيار لإرث المال إنما هو بالنسبة إلى الدين المستغرق لتركه الميت فإنه لو قيل بعدم انتقال التركة إلى الوارث فلا تلازم بينه و بين عدم انتقال الخيار إليه

و أمّا بالنسبة إلى الزوجه المحرومة من العقار و غير الأ-كبر من الأولاد المحروم من الحبوه فظاهر المشهور هو التلازم و كيف كان ففي إرث الوارث للخيار المتعلق بالمال الّذى لا- يرث منه وجوه ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه فيرث في الأول دون الثاني

و رابعها عدم الجواز في هذه الصوره و الإشكال في غيرها و قبل بيان مدرك الوجوه ينبغى التنبيه على أمر و هو أن النزاع في إرث الزوجه الخيار المتعلق بما تحرم عنه و هكذا إرث غير الولد الأكبر الخيار المتعلق بالحبوه إنما هو بعد الفراغ عن أن إرث الخيار ليس كإرث حق الشفعة فإن أصل ثبوت خيار الشفعة للشريك إنما هو بمعنى ثبوت حق إبطال المعامله و إرجاعها إلى نفسه بالثمن الّذى اشترى المشتري به فأرثه عبارته عن انتقال هذا الحق إلى الوارث بأن يرجع المعامله إلى نفسه بالثمن من ماله و أمّا إرث الخيار فليس عبارته عن حق إرجاع المعامله إلى نفسه بل عبارته عن حق حلّ المعامله و إرجاع ما انتقل عن الميت إليه ثم إرث الوارث منه فلا تلازم بين ثبوت حق الشفعة للوارث و ثبوت حق الخيار له

و بعبارته أخرى الأقوال الأربعة في إرث الزوجه الخيار مبتنيه على أن يكون الفسخ حلاً للعقد و أن يكون كالأقاله على مذهب الخاصه لا أن يكون كالأخذ بالشفعة و كالتملك الجديد

ثم إنه لا تلازم أيضا بين إرث حق الإقاله و حق الخيار لما عرفت أن الخيار ملك كلا الالتزامين و أمّا ما به يقدر على الإقاله فهو ملك التزام الطرف و هو ليس تابعا لإرث المال و إلّا لزم أن يكون الطرف مالكا للفسخ دون الوارث لأن الطرف مالكا لالتزام الميت من دون أن يملك الوارث التزام الطرف فمن عدم قدرته على الفسخ نستكشف أن الالتزام الّذى كان الميت مالكا له يملكه الوارث و هذا البرهان لا يجرى في الخيار لأن من عليه الخيار لا يملك التزام طرفه

و كيف كان فالأقوال في المسأله مبتنيه على أن يكون الخيار حلاً للعقد إذا عرفت ذلك فنقول الوجه لعدم إرث الخيار مطلقا هو أن الخيار على ما تقدم ملك كلا- الالتزامين و لا- يمكن أن تملك الزوجه مثلا كليهما لأن الأرض لو انتقلت عن الميت فهي ليست مالكة لالتزام نفسها و لو انتقلت إليه فهي ليست مالكة لالتزام الطرف لأن الأرض لغيرها من الورثه فلو أراد البائع أن يفسخ البيع و يردّ الأرض إلى نفسه ليس للزوجه منعه عنه

ووجه المصنف قدس سره بوجه آخر فقال و الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه على ما وصل بإزائه و لا يخفى أن هذا نظير ما أفاده في خيار المجلس من عدم ثبوته للوكيل الغير المفوض و هذا الوجه بظاهره لا يستقيم في كلا المقامين لوضوح أن الخيار حق متعلق بالعقد لا بما انتقل عنه و لا يتوقف على السلطنة على المنتقل إليه أيضا و إلا لم يثبت للأجنبي و لا للورثة مع استغراق الدين

و لكنه يمكن أن يكون مقصوده أن الخيار و إن كان متعلقا بالعقد إلا أنه لا بما هو في حيال نفسه بل لكونه طريقا لاسترجاع ما انتقل عنه و رد ما انتقل إليه فإذا كان الوارث محروما عن أحدهما فلا معنى لفسخه

و أما وجه ثبوت الخيار لها مطلقا كما قواه

صاحب الجواهر فهو أنّ الخيار ليس إلّا السِّلْطَنه على الفسخ و الإمْضاء و هو متعلّق بالعقد على ما عرفت من تعريفه فى بحث الخيار من أنّه ملك فسخ العقد و إقراره و لا ربط له بالمنتقل عنه أو إليه حتّى تحرم الزّوجه عنه و لذا صحّ جعله للأجنبى و لا ينافى ذلك ما قيل من أنّه ملك كلا الالتزامين فإنّ مالكيه الالتزامين لها معنيان أحدهما صحيح و ثابت فى المقام و هو التسلّط على الفسخ و الإمْضاء فإنّ هذا اعتبار عقلاى كان للمورث فيرثه وارثه و ذلك ليس تابعا للملك و بهذا المعنى يصحّ جعله للأجنبى

و الثّانى هو الملك المطلق بحيث يكون له السِّلْطَنه على طرد غير ذى الخيار و منعه عن الفسخ و هذا لا دليل على اعتباره

و أمّا وجه ثبوت الخيار لها إذا انتقلت الأرض إلى الميّت كما اختاره فخر المحقّقين و فسّر به عبارته والده فى القواعد فلاّ أنّ به تستجلب الثّمن فإنّ ملك بائع الأرض للثّمن لما كان مترلزلا حين حياه المورث اقتضى بقاء هذا التّزلزل بعد موته ثبوت حقّ للزّوجه و إن لم يكن لها تسلّط على نفس الأرض و هذا القول هو الظّاهر من القواعد قال قدّس سرّه الخيار موروث بالحصص كالمال فى أىّ أنواعه كان إلّا الزّوجه غير ذات الولد على أشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لثرت من الثّمن انتهى فإنّ الظّاهر أنّ المشار إليه فى قوله أقربه ذلك هو الإرث كما فسّر به الفخر و السيّد عميد الدّين و الشّهيد

و أمّا وجه عدم ثبوت الخيار لها فى هذه الصّوره كما اختاره جامع المقاصد و فسّر به عبارته القواعد و قال إنّ المتبادر أنّ المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث المذى سيقت لأجله العبارة فلاّ أنّه إذا انتقلت الأرض إلى الميّت لا تراث الزّوجه منها بل هى حقّ لباقى الورثه استحقوقها بالموت فكيف تملك الزّوجه إبطال استحقاقهم إلى أن قال و أيضا فإنّها إذا ورثت فى هذه الصّوره و جب أن تراث فيما إذا باع الميّت أرضا بطريق أولى لأنّها تراث حينئذ من الثّمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقّها من الثّمن و هو أولى من إرثها حق غيرها الذى اختصوا بملكها انتهى

و الأقوى من هذه الوجوه هو ما اختاره فخر المحقّقين و توضيحه يتوقف على الإشاره إلى أمور تقدم التّنبيه عليها الأوّل أنّ العقد بمدلوله الالتزامى يدلّ على التّزام كلّ من المتعاقدين بمالكيه صاحبه لما انتقل عنه إليه و هذا معنى لزوم العقد و حلّه إمّا برد كلّ منهما التّزام صاحبه المذى هو مقوم مالكيته لما انتقل إليه و إمّا بالسِّلْطَنه على كلا الالتزامين و الأوّل هو الإقاله و الثّانى هو الخيار الثّانى أنّ اعتبار الحقوق التى هى من الأمور الاعتباريه النفس الأمريّه تاره على وجه الموضوعيه سواء كانت من الحقوق المتقومه لشخص خاصّ كحق المضاجعه و الحضانه أم لا كحقّ القصاص و حدّ القذف و أخرى على وجه الطّريقيّه لاكتساب المال و جلب منافع الأموال كحقّ الخيار الثالث أنّ ثبوت الخيار للوارث ليس من جهه تبعيته للملك فإنّ هذا لا يختصّ بالحقّ بل الحكم أيضا يثبت للوارث إذا انتقل المال إليه كحقّ إجازة العقد الواقع فضولا فى ملك المورث

إذا عرفت ذلك ظهر بطلان القول بإرث الخيار لها مطلقا لأنّ هذا الحقّ حيث اعتبر لجلب المال لا يمكن أن تراثه الزّوجه إذا انتقلت الأرض عن الميّت و لا- ينافى ذلك كون الخيار عبارته عن التسلّط على الفسخ و الإمْضاء و عدم كونه تابعا لإرث المال لأنّ انتقاله إلى الوارث يتوقّف على كون الحقّ متروكا بحيث لو لم يملكه الوارث لبقى الحقّ بلا مستحقّ و كونه متروكا يتوقّف على إثبات كونه ممّا يستجلب به شىء إمّا لنفس ذى الحقّ

أو لغيره كالأجنبي و لا ندعى امتناع ثبوت الخيار لمن ليس مالكا للمال شرعا أو عقلا حتى ينتقض بثبوتة للأجنبي

إن قلت لا إشكال في بقاء هذا الحق بعد الميِّت و لذا يرثه سائر الورثة فلو كان باقيا و لم يكن تابعا للمال بل كان مجرد السِّلْطَنه على الفسخ و الإمضاء ترثه الزَّوجَه أيضا قلت بقاؤه لسائر الورثة لا يلازم إرث الزَّوجَه منه سواء قيل بأنَّ الوارث يستحقَّ الخيار بالحصَّه أو قيل بكونه قائما بالمجموع أو قيل بأنَّ لكلِّ وارث خيارا مستقلاَّ أما على الأوَّل فواضح لأنَّ الزَّوجَه ليست لها حصَّه و أما على الأخيرين فلا تُعتبر اجتماعها معهم أو ثبوتها لها بالاستقلال أوَّل الكلام لإمكان كونها كالوارث القاتل أو الكافر فإثباته لها لبقائه لسائر الورثة لا وجه له

و ظهر بطلان القول بعدم الإرث مطلقا لأنَّ مبناه على أن يكون أدلُّه الخيار مسوقه لبيان تسلُّط ذى الخيار على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن تسلُّطه على ما انتقل إليه و لذا لا يثبت للوكيل في إجراء الصِّيغَه و المبنى ممنوع لأنَّها مسوقه لبيان تسلُّط ذى الخيار على الفسخ و الإمضاء و هذا التسلُّط ليس تابعا للتسلُّط على المال المنتقل عنه و إليه و عدم تسلُّط مجرى الصِّيغَه على الفسخ و الإمضاء إنَّما هو لاعتبار قيد في الموضوع و هو كونه بيِّعا للذى هو فاقده لا لعدم تسلُّطه على المالكين هذا مع أنَّ المورث في المقام كان مسلطا على ما انتقل إليه و كان الخيار ثابتا له فإذا كان لأدلُّه الإرث إطلاقا فمقتضاه ثبوتها للوارث و لو لم يكن مسلطا على ما انتقل إلى الميِّت لما عرفت في الأمر الثالث من أنَّ إثبات الحقِّ للوارث ليس من جهه تبعيته للملك فإنَّ ذلك لا يختصُّ بالحقِّ بل الحكم أيضا كذلك

و ظهر بطلان القول بالإرث إذا انتقلت الأرض عن الميِّت لأنها بالفسخ لا تستجلب شيئا و هذا بخلاف ما إذا انتقلت إليه فإنَّها تستجلب الثمن فلا مانع من سلطنتها على التزام الميِّت بكون الثمن باقيا في ملك الطرف فإنَّه بعد أن ثبت أنَّ هذا الالتزام بيد الميِّت و كونه مالكا له كملكه لا يلتزم الطرف بكون الأرض باقيه في ملك الميِّت و ثبت بأدلُّه الإرث أنَّ ما كان للميِّت فهو لوارثه فيثبت لها ملكيه هذا الالتزام و إن حرمت عن التزام صاحب الميِّت لعدم إمكان توصيلها به إلى الأرض المنقله إلى الميِّت لأدِّ أثر الحرمان عن الأرض الموجب لحرمانها عن مالكيه التزام طرف الميِّت ليس إلَّا عدم إمكان الإقاله لها و أمَّا من حيث دخل ذلك الالتزام في حلِّ العقد فيدخل في عموم أدلُّه الإرث

و بعبارة واضحة لا شبهه أنَّ التزام الميِّت فيما انتقل عنه ترثه الزَّوجَه لأنَّ سلطنتها عليه طريق لاسترجاع الثمن و أمَّا التزام الطرف بكون الأرض باقيه في ملك الميِّت فله حيثيتان حيثيه كون الأرض متقومه به فهي لسائر الورثة و لهم الإقاله و رد هذا الالتزام دون الزَّوجَه و حيثيه مدخليته في الفسخ و قدره ذى الخيار عليه و من تلك الجهه من لوازم الخيار الذى هو حقٌّ مالى تتوصَّل الزَّوجَه به إلى الثمن فتأمل

ثمَّ إنَّه قد يجعل مبنى الأقوال الأربعة الاختلاف في حقيقه الخيار فلو قيل بأنَّه ملك إقرار العقد و إزالته فترثه مطلقا و لو قيل بأنَّه السِّلْطَنه على الرَّد و الاسترداد في عرض واحد فلا ترثه مطلقا لأنَّ الأرض لو كانت منتقلة عن الميِّت ليس لها السلطنه على الاسترداد و لو كانت منتقلة إليه ليس لها السِّلْطَنه على الرَّد و لو قيل بأنَّه السِّلْطَنه على الرَّد و يتبعه الاسترداد قهرا لا ترثه لو كانت الأرض منتقلة إلى الميِّت و أمَّا لو كانت منتقلة عنه فترثه لأنَّ لها

السلطنة على رد الثمن و لو قيل بأنه السلطنة على الاسترداد و يتبعه الرد قهرا فالأمر بالعكس

و فيه أن الخيار عبارته عن التسلط على الحلّ و الإمضاء و الردّ أو الاسترداد خارج عن حقيقته و منشأ الأقوال الأربعة مع الاعتراف بأن حقيقته الخيار ذلك إنّما هو للتزاع في اعتبار قيد في دليل الإرث و عدمه و هو كون هذا الحقّ طريقا لاسترجاع العين أو أنّه لو حظ بحيال نفسه

و على أيّ حال كون الخيار عبارته عن الردّ وحده لا معنى له فإنّ ذلك هبه و كذلك الاسترداد استيهاب و الردّ و الاسترداد إمّا هبتان أو تبديل مال بمال هذا كلّ لو أريد من الردّ و الاسترداد الردّ إلى الشخص و أمّا لو أريد منه الردّ إلى الملك فالردّ إليه لا يمكن إلّا بحلّ العقد و إبطاله فمن دون حلّه كيف يمكن أن يردّ العوضان إلى ما كانا قبل العقد مع أنّه لو أمكن ذلك فلا محالة يملك الردّ و الاسترداد في عرض واحد لأنّ الردّ إلى الملك عبارته عن إبطال التبديل الواقع أولا و التبديل ليس تبديلا مكائيا حتّى يلاحظ الردّ أحد العوضين أولا و الآخر ثانيا بل اعتباري و يحصل في كلّ منهما في رتبة واحده و في زمان واحد

[مسألة في كيفية استحقاق كلّ من الورثة الخيار مع أنّه شيء واحد غير قابل للتجزيه]

إشارة

قوله قدّس سرّه مسألة في كيفية استحقاق كلّ من الورثة الخيار مع أنّه شيء واحد غير قابل للتجزيه إلى آخره

لا يخفى أنّ الوجه الأوّل و هو استحقاق كلّ واحد منهم خيارا مستقلاّ كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكلّ و إن أجاز الباقون بمعنى تقديم الفاسخ على المجيز و إنّ تأخر فسخه ممتنع ثبوتا فإنّ الملك و الحقّ و الاستيلاء و كلّ ما يتصوّر من الإضافات و الاعتبارات التي وجوداتها العينية هي عين جعلها ممّن بيده جعلها و إيجادها لا يعقل أن تكون مع وحدتها مملوكة أو مضافه إلى اثنين بتمام الملكية و الإضافه بحيث كان لكل منهما منع الآخر عن التصرف فيها إذ كما لا يمكن توارده علتين مستقلّتين على معلول واحد كذلك لا يمكن أن يكون ملك واحد بتمامه لمالكين و حقّ واحد بتمامه لمستحقّين

و ما يقال من أنّ الملك حيث كان من الاعتباريات فلا مانع من اعتبار مالكين لملك واحد فقد ظهر جوابه في عقد الصبّي من أنّ الاعتبار الصّحيح هو المدار في الاعتباريات لا التّخييلات و الفرضيات و يمتنع أن تكون إضافه واحده قائمه باثنين و ما يمكن ثبوته لهما مع فرض وحدته هو حقّ المطالبه أو حقّ الاستيفاء فثبوت حقّ الخيار للأب و الجدّ إذا جنّ العاقد أو ثبوته لحاكمين مستقلاّ ليس من باب قيام إضافه واحده بشخصين فإنّ الحقّ قائم بنفس المجنون و إنّما يكون للوليّ أعماله فلا يصحّ قياس إرث حقّ الخيار على إرث حقّ حدّ القذف لأنّ الحقّ الذي ثبت للمورث في القذف هو حقّ مطالبه الحد لا أنّ له إضافه إلى الحدّ فإنّ الحدّ جزاء شرع للتشفيّ فله المطالبه به و له العفو

و بالجملة المذى يمتنع ثبوته لشخصين مستقلاّ و في عرض واحد هو ما يكون من قبيل الملك لا ما يكون من قبيل الولاية و حقّ الاستيفاء أو المطالبه و حقّ حدّ القذف و إن جاز لكلّ من الورثة أعماله من دون المراجعة إلى غيره إلّا أنّه نظير حقّ حدّ السرقة و

الزنا لكل فقيه فلو دلّ الدليل على أنّ حدّ القذف لا يسقط بعفو بعض المستحقّين فلا يستكشف عنه أن ملك الخيار أو المال يمكن أن يكون بتمامه لاثنين مستقلا و في عرض واحد لإمكان أن يكون هذا الدليل في مقام إثبات السّلطنة لهما على المطالبه بحيث لو لم يكن هذا الدليل لقلنا بمقتضى أدلّه الإرث أنّ حقّ الحدّ بمقدار حقّهم من إرث المال و لا يقاس إرث الخيار أيضا على إرث الشّفعه لقيام الدليل

على أن الشريك المتعدد الطارى أو الابتدائي كالشريك الواحد إما مطلقاً أو إذا كان شريكه الآخر غائباً فإذا انتقل المال إلى الورثة يصير كل واحد منهم شريكاً لانطباق عنوان الشراكه عليه فلو أراد كل منهم إعمال الحق يقع التزاحم و إذا أسقط أحدهم حقه فلآخر إعماله و هذا الحكم فى ابتداء العقد خلافى إلا أن الظاهر هو الاتفاق فى ثبوته للورثة المتعدده فلا محاله يكون كفيته ثبوته لهم نظير كفيته ثبوته للمتعدد حين العقد لو قيل به و هذا لا ربط له بإرث الخيار مستقلاً لأن كفيته ثبوته للمتعدد هى الشركه بينهم لو أخذ الكل بالشفعه و إلا يقع بينهم التزاحم و أما لو أخذ واحد منهم دون غيره فهذا بمنزله تفويض المسقط حقه إلى غيره

ثم لا يخفى أن حق القصاص أيضا ليس مما يستقل به كل وارث لأنه لو كان كذلك لم يكن وجه لردّ الدية بمقدار حق غير الآخذ بالحق إلى أولياء المقتص منه فإمكان استيفاء الحق من كل واحد كما كان الآخذ بالشفعه لكل واحد مع رجوع المال المأخوذ إلى الجميع و هذا ليس عباره عن استقلال كل واحد على الآخذ بالحق

و حاصل الكلام أن استحقاق كل واحد من الورثه خياراً مستقلاً فى عرض الآخر بحيث ينتج تقديم الفاسخ على المجيز كما فى خيار المجلس للمتعاقدين مما لا يمكن ثبوتاً و استحقاق كل واحد منهم على نحو استقلال الوكيل المفوض و موكله بحيث ينتج تقديم السابق مجيزاً كان أو فاسخاً و إن أمكن ثبوتاً إلا أنه لا دليل عليه إثباتاً لأن ظاهر أدله الوراثه أن الحق كالمال يتخصص و ليس هنا دليل آخر يدل على استحقاق كل منهم مستقلاً و لم يقم برهان على أن الشارع جعل لكل منهم ذلك و لا على أن المورث اشترط على صاحبه أن يكون لكل من ورثته الخيار فالوجه الأول لا أساس له سواء قيل بأن الحق الواحد الفعلى قائم بالمتعدد أو قيل بأن حق الاستيفاء قائم بهم إلا أن يقال إن مقتضى ورود الحكم على العام أو المطلق هو استقلال كل فرد من الأفراد و هذا المعنى حيث يمتنع بالنسبه إلى المال أو الحق على نحو اجتماع الملاك المتعدده على ملك واحد فيلتزم بتقسيم المال و الحق بالحصص

و أما استقلال كل منهم على نحو الوكلاء المتعدد أو المولى و العبد بالنسبه إلى مال العبد و نحو ذلك فيجب الآخذ بظهور العام أو المطلق لأنه لا دليل على امتناع ثبوت حق واحد فى سائر الحقوق للمتعدد كحق القصاص و حدّ القذف و الشفعه فإن الأولين عبارتان عن حق الاستيفاء و الثالث عباره عن حق أن يملك كحق الإحياء و هكذا ثبت حق السيق للمتعدد و إنما الممتنع إعمال هذا الحق للمتعدد للتزاحم بينهم فإذا أسقط بعضهم حقه فللباقى إعماله و على هذا فلو دلّ دليل الإرث على أن ما تركه الميت فلكل واحد من ورثته فالأخذ بظهوره و هو ثبوت هذا الحق للمتعدد مستقلاً لا مانع منه هذا تمام الكلام فى الوجه الأول

و أما الثانى أى استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً فى نصيبه فهو أصحّ الوجوه كما اختاره العلماء فى القواعد و قال الخيار موروث بالحصص كالمال لأن ظاهر قوله ص ما ترك الميت من حق فلورثته أن يكون إرث الحق كإرث المال و أن يكون جنس الوارث واحداً كان أو متعدداً قائماً مقام المورث و أن تكون الإضافه الخاصه به قائمه بهذه الطبيعه بمطلق وجودها و لازم ذلك استحقاق الفسخ و الإجازة لكل واحد فى مقدار نصيبه إلا أنه ينافى ذلك تبعض الصيغه على طرف الميت و مقتضى الشرط الصمنى الذى التزم به الميت من عدم تبعض الصيغه عليه عدم نفوذ إعمال الخيار لكل واحد مستقلاً بل لا بدّ من اتفاقهم على الفسخ و الإجازة إلا أن يرضى الطرف

بالتبعض أو اشترط عليه المورث أى جعل لنفسه خيار الفسخ فى البعض و إنما فالورثه ملزمون بعدم التشقيص قضيه للشرط الصمى المقتضى للتفوذ وضعا و ما أفاده المصنف قدس سره من جواز الفسخ لبعض الورثه غايته ثبوت خيار التبعض لمن عليه الخيار مبنى على عدم اقتضاء الشرط الوضع و التفوذ و هو خلاف التحقيق و مناف لمختاره أيضا إلا أن يقال إن العقد باعتبار تعدد الورثه ينحل إلى عقود و التعدد الطارى كالتعدد الابتدائى و لكن سيجى ء فى آخر البحث فساده

و أميا الثالث و هو استحقاق مجموع الورثه لجميع الخيار بأن لا يتعدّد الحقّ و لا المستحقّ الذى لازمه عدم جواز الفسخ و لا الإجازة من البعض فمبنى على ما أفاده قدس سره من الفرق بين إرث الحقّ و المال و إن كان دليلهما واحد و هو أنّ المال قابل للتجزية فيقسم على حسب السهام و الحقّ أمر بسيط غير قابل للتجزية فيشتركون فيه

و فيه أنّ عدم قابليته للتجزية مبنى على أن يكون من الحقوق الموضوعية التى مطلوبيتها عند العقلاء باعتبار أنفسها لا باعتبار كونها طريقا للتوصل إلى المال و قد تقدّم أنه طريق لاستجلاب المال و استرداد المنتقل عنه بالفسخ و إبقاء المنتقل إليه بالإجازة فلا مانع من تجزيته بتجزية الأموال بل لا محيص عن ذلك لما عرفت من أنّ حقيقته هى سلطنه أحد المتعاقدين أو كليهما على التزام نفسه بكون المنتقل عنه فى ملكك صاحبه و التزام صاحبه بكون المنتقل إليه فى ملكه و أحد الالتزامين يملكه بالعقد و الآخر بالجعل الشرعى أو المالكى بحيث لو لم يكن هذا الجعل كان كلّ واحد من الورثه ملزما بما التزم به المورث و لا شبهه أنّ لزوم التزامه بما التزم به المورث إنّما هو بمقدار حصّته من المال و لا- وجه لأن يلتزم بما فى يد سائر الورثه فإذا كان وجوب التزامه بمقدار نصيبه من المال فكذلك سلطنته على الالتزام أيضا بمقدار نصيبه من المال و هذا ينتج الوجه الثانى

و أميا الوجه الرابع و هو قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه فمبنى على أن يكون إرث الخيار ثابتا لصرف الوجود من الوارث لا لمطلق الوجود و حيث إنّ صرف الوجود قائم بكلّ واحد من الورثه فكلّ من بادر إلى أعمال الحقّ فسحا كان أو إجازة ينفذ فى حقّ الجميع و لا عبره بما يقع متأخرا

و فيه أنّ المتبادر من أدلّه الإرث كون الحكم شموليا لأنّ البدليّه و قيام الطبيعه بفرد ما و بصرف الوجود يتوقّف على مثونه زائده فى مقام الثبوت و الإثبات فلو جى ء بتنوين التنكير كما فى قوله جئنى برجل أو تعلق الأمر بالطبيعه كقوله صلّ فلازمه كفايه الفرد فى مقام الامتثال أميا التنوين فلأنّها وضعت لإفاده الفرد المنتشر و أمّا الأمر فلأنّ المادّه و إن كانت مجردة عن الطبيعه و الفرد إلّا أنّ الهيئه حيث دلّت على طلب الطبيعه و طرد العدم فبمجرد وجود الطبيعه و بأوّل وجودها و أميا لو جعلت الطبيعه موضوعا للحكم كما فى قوله لا- تشرب الخمر و ما تركه الميت فلوارثه فظاهر الخطاب يقتضى أن يكون كلّ فرد من أفراد الطبيعه موضوعا للحكم مستقلا

و بالجملة ما أفاده قدس سره من قيام الخيار بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا و إن كان تحقيقا دقيقا و لازمه وحده الحقّ و المستحقّ بقيام الحقّ الواحد بصرف الوجود من الوارث و ينتج نفوذ أعمال الحقّ من كلّ من بادر إليه و صحّح قيامه بالمجموع فسحا أو إجازة من حيث كونه مصداقا للقدر الجامع لا بما هم هم و كونه كالفسخ و الإمضاء من ذى الخيار بتصرّف واحد لو اختلفوا فى الفسخ

و الإمضاء مقارنا إلمّا أنه يرد عليه أولا- أنّ عنوان الوارث ليس عنوانا واقعيّا ثابتا لهم حتّى يمكن أن يكون الخيار قائما بصرف الوجود منه بل عنوان انتزاعيّ من نفس دليل الإرث فموضوع الحكم ليس إلّا الأشخاص و إطلاق الوارث عليهم إنّما هو من قبيل من قتل قتيلا فله سلبه

و ثانيا لو كان مراده قدّس سرّه من الطّبيعه الجامعه هي الإضافه الخاصّه الّتي بينهم و بين المورث الّتي بها ينتقل ماله إليهم لا إلى غيرهم لا ما هو ظاهر كلامه من كونها عنوان الوراثة فظاهر الأدلّه لا يساعد على ذلك لوضوح أن كيفيه الاستحقاق بالنسبه إلى الأموال و الحقوق على نهج واحد و لا شبهه أنّ المال يرثه الأشخاص على سبيل العام الاستغراقي لا المجموعى بكلا معنيه

فالوجه الثالث و الرابع ممّا لا دليل عليه و إن لم يمتنع ثبوتا كما اعترف به قدّس سرّه بالنسبه إلى الوجه الرابع و أمّا الوجه الأوّل فقد عرفت امتناعه ثبوتا فانحصر الوجه الصّحيح في الوجه الثاني و قد عرفت أنّه يشترك مع الوجه الثالث في أنّ نفوذ الفسخ و الإمضاء يتوقّف على اتّفاقهم غايه الفرق بينهما أنّ عدم نفوذ الفسخ أو الإجازة من البعض في الوجه الثالث إنّما هو لعدم المقتضى و أمّا في الوجه الثاني فلوجود المانع و هو تبعض الصّفقه على طرف الميّت

نعم لو قلنا بأنّ التعدّد الطّارى من قبل الوراثة كالتعدد الابتدائي فلا مانع من إعمال كلّ منهم حقّه مستقلا فالصّواب تنقيح هذا المعنى الّذى دار في ألسنه الأعلام و تنقيحه يتوقّف على بيان الفرق بين قولهم في بعض الموارد إنّ العقد واحد لا- يتبعض و قولهم إنّ العقد ينحلّ إلى عقود متعدّده

فنقول مورد الأوّل هو العقد الصّادر من واحد المتعلّق بشىء واحد كما لو بيع حيوان أو المتعلّق بشيئين متّفقى الحكم كما لو بيع حيوانان فإنّه لا- يجوز للمشتري الفسخ في البعض و الإمضاء في غيره لأنّ الالتزام الواحد لا يقبل التبعض و التفرقه بين أجزاء المنشأ من النصف و الثلث و الربع تنافى الشّروط الضّمنى الّذى بناء المتعاقدين عليه و هو مقابله مجموع المبيع لمجموع الثمن و لذا لو كان المبيع مشتركا بين مالكين و لم يعلم به المشتري لو فسخ أحدهما يثبت خيار تبعض الصّفقه للمشتري

و مورد الثاني هو الجمع بين مختلفى الحكم في عقد واحد سواء كان منشأ الاختلاف الاختلاف في المالين كما لو جمع بين ملك نفسه و ملك غيره في المبيع أو في اللزوم و الجواز كما لو جمع بين الحيوان و غيره أو في الصّححه و الفساد كالجمع بين الشّاه و الخنزير فإنّ الإنشاء و إن كان واحدا في هذه الموارد إلّا أنّه حيث جمع بين المختلفات فينحل منشؤه و التزامه إلى متعدّد فيتبع كلّ واحد حكمه إذا كان المشتري عالما بذلك و ذلك واضح لأنّه إذا كان المالك متعدّدا مثلا فلا معنى لالتزام كلّ منهم بكون المبيع بتمامه باقيا في ملك المشتري لأنّه لا معنى لالتزامه بما هو من وظيفه شريكه إلّا إذا كان وكيلا مفوضا عنه

إذا عرفت ذلك فنقول أصل تعدّد الحق بموت المورث لا ينبغى الشّبهه فيه فإنّه لا ينافى ذلك كون الحقّ واحدا في ابتداء العقد فإنّ مناط انحلال العقد إلى العقود المتعدّده موجود في المقام و هو عدم إمكان التزم كلّ واحد من الورثه بالنسبه إلى نصيب الآخر

و طرو التعدّد على العقد الواحد ليس بعزيز كما لو تلف بعض المبيع قبل القبض أو في زمان الخيار أو خرج بعضه عن الماليه

كما إذا صار الخل خمرا إلّا أنّ مجرد تعدّد العقد و انحلاله إلى العقود لا يؤثّر في جواز الفسخ بالنسبة إلى كلّ واحد من الورثة لأنّ مالكيه الطرف للالتزام المورث تقتضى عدم تسلّط كلّ منهم بمقدار

نصيبه بل يتوقف فسخهم وإجازتهم على اتفاقهم مثل الوجه الثالث إلا أن الفرق بينهما أنه على الوجه الثاني يجوز لكل واحد من الورثة الإجازة دون الثالث لأنها تدور مدار رضا الطرف فلو رضى بها فقد أسقط حقه وهكذا لو رضى بالتشقيص يجوز لكل واحد فسخ البيع بالنسبة إلى حقه دون الوجه الثالث لأنه لو كان الحق قائما بالمجموع فرضا الطرف لا يفيد جواز أعمال الخيار لكل واحد و أما لو كان الحق لكل واحد منهم مستقلاً بمقدار نصيبه فرضا الطرف يؤثر في صحته أعمال الحق لكل واحد

فتحصل مما ذكرنا أن التعدد الطارى ليس كالتعدد الابتدائي وهذا النزاع يجرى في مثل الزهن والشفعة ونحوهما وأنه فرق بين ما كان الزاهن متعددا ابتداء وبين ما إذا عرض التعدد كما لو تعدد ورثته الزاهن أو المرتهن فإن تعدد الوارث وإن أوجب تعدد الحق بمقدار نصيبه من المال إلا أن أعماله يتوقف على اتفاقهم هذا تمام الكلام في أصل المسألة وأما كلمات الأساطين فقابله للحمل على المختار وعلى ما اختاره المصنف من الوجه الثالث بل ظاهر عبارته القواعد والدروس والمسالك أن المانع من أعمال الخيار هو تبعض الصفقة على المشتري لا قيام الخيار بالمجموع

نعم عبارته الإيضاح موهمة لذلك فإن قوله قدس سره في توجيه المنع بأنه لم يكن لمورثهم إلا خيار واحد ظاهر في أن الخيار الثابت للورثة خيار واحد قائم بالمجموع ولكنه بعد التأمل في كلامه يظهر أن مقصوده أن التعدد الطارى ليس كالتعدد الابتدائي

و ما ذكره قدس سره في توجيه كلام العلامة في اعتبار توافق الورثة في أعمال خيار العيب من

قوله قدس سره إن المراد بوجود التوافق وجوبه الشرطي ومعناه عدم نفوذ التخالف ولا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهم مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته وهو المطلوب

لا يخفى ما فيه فإن عدم نفوذ فسخ صاحبه مع عدم إجازة الشريك الآخر هذا الفسخ مرجعه إلى عدم نفوذ إجازة بعضهم مع فسخ الآخر لأن مقتضى اعتبار التوافق أن يكون الفسخ والإمضاء كلاهما بالاتفاق فلا يمكن أن تكون الإجازة من أحدهم نافذة دون فسخه فمراد العلامة من اعتبار التوافق أنه لولاها لزم التقرير وكذا ما استظهره من عبارته العلامة لترث من الثمن وهو

قوله إن هذا الكلام قد يدل على أن فسخ الزوجه فقط كاف في استرجاع تمام الثمن إلى آخره

لا- يخفى ما فيه فإن قول العلامة لترث من الثمن حيث وقع بعد قوله الخيار موروث بالحصص ظاهر في استقلال كل واحد من الورثة في مقدار حصته من المال لا في استقلال كل واحد في استرجاع تمام الثمن

[فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم]

قوله قدس سره فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم إلى آخره

لا يخفى أن ما ذكره من التفصيل بين ما كان للميت مال وما لم يكن وما أفاده من التقابل بين ثبوت حق انحلال العقد للورثة و قيامهم مقام الميت مما ينافي ما اختاره في غير المقام

و توضيح ذلك أنه قد تقدم أن حقيقه الإرث هي تبدل المالك أو المستحق لا تبدل الملك أو الحق ففي إرث الحق تنحل الإضافة التي أحد طرفها قائمه بالحق طرفها الآخر بالمستحق من طرف المستحق و تقوم بشخص آخر مع بقاء الحق على ماله و هكذا في إرث المال و هذا بخلاف البيع فإن فيه يتبدل الملك لا المالك فإذا كان ذلك حقيقه الإرث فيتفرع عليه أمور

الأول أنه لا بد أن ينتقل إلى الوارث حق حل العقد

و إقراره لا- التملك و التملك فإن حق الخيار المنتقل إلى الوارث بأدله الإرث لا يمكن أن يتغير عما هو عليه بسبب الإرث و المفروض أن ما كان للمورث هو حق حل العقد و إقراره لا التملك و التملك و لذا صار إرث الزوجه الخيار المتعلق بما تحرم عنه محلها للخلاف و لو كان الخيار عباره عن التملك و التملك لم يكن وجه للإشكال بانتقاله إلى الزوجه فإن تملك الزوجه الأرض و إعطاء الثمن من مالها غير قابل للمناقشه فيه

الثاني أنه لا بد أن لا يكون حق الخيار للورثه كحق الشفعه لهم بأن يعطوا الثمن من مالهم و يتملكوا المثلث بل لا بد أن ينتقل المثلث بفسخهم إلى المورث و يرد الثمن إلى المفسوخ عليه لو كان باقيا و بدله لو كان تالفا و كان للميت مال و لو لم يكن له مال يبقى في ذمته و هذا التفصيل إنما يتفرع على كون الخيار ملك إقرار العقد و حله و أميا إن كان عباره عن التملك و التملك فلا- وجه للفرق بين كون الثمن باقيا في ملك الميت أو تالفا و لا فرق في صورته التلف بين أن يكون على الميت دين مستغرق أو لا- و بين أن يكون للميت مال أو لا لأن في جميع الصور للورثه أن يعطوا الثمن من مالهم و يتملكوا المثلث كما في الشفعه

الثالث أنه لا يمكن أن يكون حق الفسخ مقابلا لقيام الورثه مقام الميت لأن قيامهم مقامه بأدله الإرث هو الذي اقتضى ثبوت حق الفسخ لهم و أدله الإرث لا- تجعل طرف الإضافه للورثه إلا على نحو كان المورث عليه و لا ثبت لهم حقا آخر من غير فسخ الحق الثابت للمورث

و بالجملة و إن كان بين الورثه و الأولياء و الوكلاء فرق فإنهما من قبيل النائب عن ذى الحق في الاستيفاء و لا- يرجع أثر الاستيفاء إليهما و أما الورثه فهم نفس الميت إلا أن هذا الفرق لا يقتضى جعل ملك الفسخ و الإقرار مقابلا لقيام الوارث مقام الميت فإذا كان ملك الفسخ و الإقرار ثابتا للوارث فلو فسخ يرجع كل عوض إلى محله الذي خرج عنه فيرجع المنتقل عن الميت إليه و لو لم يكن له مال تشتغل ذمته ببذل ما انتقل إليه

نعم للطرف أن يحبس المال المنتقل إليه حتى يستوفى دينه من الميت و لو كان عليه دين مستغرق فللطرف حق الأولويه بالنسبه إلى المال المردود من سائر الغرماء و لو كانت قيمته أزيد عما يستحقه الطرف بعد الفسخ يرد الزائد إلى الغرماء و لو كانت أنقص يضرب مع الغرماء و لا وجه لرجوع المال إلى الوارث و اشتغال ذمته بعوضه لو لم يكن له مال

و حاصل الكلام أن الفسخ ضد البيع الواقع أولا و ليس بيعا جديدا و تملكا و تملكا و لذا وقع النزاع في الإقاله بأنها بيع أو فسخ فإذا كان ضدا للبيع الواقع أولا فلو ارتفع البيع بالفسخ فلا محاله يرجع كل مال إلى مالكة الأصلي و منه إلى الورثه و لا وجه لأن يرجع إلى مالكة الفعلى إلا من حيث كونه قائما مقام المالك الأصلي لا من حيث إنه مالك له فعلا و لذا لو وقع العقد ثانيا على أحد العوضين أو كليهما ثم طرأ فسخ أو انفساخ لا يرجع العوضان إلى مالكهما الفعلى بل يرجعان إلى مالكهما الأصلي و يرجع المالك الأصلي إلى الناقل بالمثل أو قيمه و هكذا لو رجعت الأرض المنتقله عن الميت بالفسخ لا ترث منها الزوجه و لو كانت راجعه إلى المالك الفعلى للثمن لكانت الزوجه مثل سائر الورثه لأن الرجوع إليها كذلك مثل شرائها الأرض فهو يملكها

الرابع لا وجه لانتقال ما يرجع بالفسخ إلى الفاسخ وحده و لو قلنا بجواز إعمال حقّ القياس لكلّ واحد منهم مستقلاً لما

عرفت من أنّ إرث الخيار ليس كإرث حقّ الشّفعة و التملّك الجديد فلا بدّ أن يرجع المال إلى جميع الورثة لأن بفسخ أحدهم يبطل العقد و يرجع من حين الفسخ كل مال إلى مالكة الأصلي

و ما أفاده قدّس سرّه في

قوله و من هنا جرت السّيره بأن ورثه البائع ببيع خيار ردّ الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم إلى آخره

لا شهاده فيه على أنّ بالفسخ ينتقل تمام المال إلى الفاسخ و أن حقّ حلّ العقد و إقراره مقابل لقيام الوارث مقام المورث و أنّ الفسخ يقتضى رجوع المال إلى المالك الفعلي لا الأصلي لأن وجه جريان السّيره كذلك غير معلوم فيحتمل أن يكون ردّهم مثل الثمن من أموالهم لا- لكونهم مالكيين فعلا- بل لأنّ الفسخ يقتضى رجوع المبيع إلى ملك المورث فتشتغل ذمته بالثمن المنتقل إليه فللورثه بل لكلّ أحد أداء دينه

نعم لو جرت السّيره بعدم أداء سائر ديون الميّت من المبيع و عدم كونهم ملزمين بذلك لكشف عن عدم انتقال المبيع إلى ملك الميّت بل ينتقل إليهم بما هم مالكون فعلا فيكون نظير حقّ الشّفعة و قيام السيره كذلك ممنوع بل الظاهر عدم التزام أحد بذلك مع أنّه لو ثبت ذلك أيضا بالسيره فغايه الأمر أن إرث الخيار المشروط برّد مثل الثمن يخرج عن إرث سائر الخيارات و يكون هو بالخصوص عباره عن ملك أن يملك كالشفعه و لازم ذلك أنّه لو اشترى أحد الورثه سهم البقيّه ثم طرأ فسخ أو انفساخ أن يرجع جميع ما انتقل عن الميّت إلى الوارث المشتري و الظاهر عدم التزام الفقهاء به أيضا

و كيف كان فقد تقدّم من المصنّف قدّس سرّه في أوّل الخيار أنّه عباره عن ملك حلّ العقد و عدمه و ليس عباره عن ملك أن يملك كحقّ الشّفعة نعم يمكن أن يكون خصوص الخيار المشروط برّد مثل الثمن واسطه بين حقّ الشّفعة و ملك الفسخ و إقراره بأن يكون بالنسبه إلى الرّد مثل الشّفعة فلا يعتبر فيه إخراج الثمن أو مثله عن ملك الميّت بحيث لو كان الثمن موجودا لا يجب على الورثه ردّ عينيه بل لهم أن يردوا مثله من أموالهم و أن يكون بالنسبه إلى رجوع ما انتقل عن الميّت مثل سائر الخيارات فيرجع إلى ملك الميّت و يرثه الورثه أو يؤدّي منه ديونه لو كان عليه دين و منشأ هذا الاحتمال هو ما عرفت أنّ بناء هذه المعامله على إتلاف الثمن فلا يشترط ردّ نفس الثمن و ليس نظر المشتري أيضا إلى الثمن المنتقل عنه بخصوصيته بل غرضه أن لا يتلف ماله فإذا أخذ منه المبيع بفسخ أحد الورثه فله مثل الثمن و لو من ملك الفاسخ نهايه الأمر حيث إنّ الفاسخ دفعه من ماله فله حبس المثلن ليستوفى ماله من الورثه و أمّا انتقال المبيع إلى خصوص الفاسخ فلا وجه له

[مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات]

قوله قدّس سرّه مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات إلى آخره

لا- يخفى أنّ مقتضى ما ذكرناه من الضّابط بين الحقوق التي يرثها الوارث و التي لا يرثها أن لا يكون الخيار المجعول للأجنبيّ ممّا يرثه وارثه لأنّه ليس له غير نفس الإضافه و هي السّيلطنه على الفسخ و الإمضاء من دون أن يستجلب بها نفعاً من مال أو حقّ

فيموته يسقط هذا الحقّ ولا وجه أيضا لأن ينتقل بالوراثه إلى جاعل هذا الحقّ له لأنّه ليس وارثا للأجنبي وارث المال أو الحقّ لأولى الأرحام لا لغيرهم

نعم من غير عنوان الإرث يمكن أن يكون له كما إذا كان الحقّ لكلّ منهما مستقلا و إنّما فوض أمر إعماله إلى الأجنبي فإذا مات يبقى أصل الحقّ له وقد تقدّم في خيار المجلس توجيه ما أفاده العلّامة من انتقال حقّ الخيار من الوكيل إلى الموكل

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]

قوله قدّس سرّه و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف إلى آخره

قد تقدّم مرارا أنّ كلّ فعل خارجي يكون مصداقا لعنوان من عناوين العقود و الإيقاعات بحيث يحمل

عليه بالحمل الشائع الصناعي يوجد به هذا العنوان كما يوجد بالقول إلا أن يدل دليل تعبدى على اعتبار اللفظ و قد تقدم في باب المعاطاة أن قوله ع إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام ليس ناظرا إلى ذلك و لم ينعقد إجماع عليه أيضا

نعم أصل الصيغرى و أن أى عنوان يكون الفعل مصداقا له و أى عنوان لا يكون مصداقا له مطلب آخر لا بد من إحرازه و قد تقدم أن النكاح و الضمان و الصلح فى العقود و الطلاق و العتق فى الإيقاعات لا يكون الفعل مصداقا لها و أما الإجازة و الفسخ فلا شبهة فى وقوعهما بالفعل و لذا اشتهر بين الفقهاء أن كل تصرف ورد فى المنتقل إليه إجازة و كل تصرف ورد فى المنتقل عنه فسخ بقيود ثلاثه الأول كونه تصرفا مالكيًا الثانى أن لا يكون للامتحان و الاختبار الثالث أن يكون المتصرف ملتفتا إلى كون المتصرف فيه محلا للخيار و وجه اعتبار هذه القيود واضح لأنه لو انتفى واحد منها لا يكون التصرف مصداقا للفسخ أو الإجازة

و قد تقدم أيضا أنه لو كان الفعل مصداقا لعنوان فقصد الفعل كاف فى تحقق العنوان به و إن لم يقصد بإيجاده ذاك العنوان بل بعض العناوين يتحقق بنفس قصد الفعل و إن قصد عنوان الخلاف كالتصرفات المالكية فى المنتقل إليه فإنه لو قصد عنوان الغصب بها تقع إجازة و إن أبيت عن ذلك فلا شبهة أن وطى المطلقة الرجعية رجوع و إن قصد الزنا و على أى حال لو قصد الفعل و لم يقصد الخلاف يقع العنوان به و لا وجه لاعتبار قصد العنوان حتى يحرز تحققه من حمل فعل المسلم على الصحة مع أن إحرازه بهذه القاعده فى غايه الإشكال لأنها ليست أماره على ما هو الحق تبعا لما اختاره المصنف فى الأصول

[مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبيله]

إشارة

قوله قدس سره مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبيله إلى آخره

لا يخفى أنه لا بد أولا من بيان المحذور الذى يرد فى تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه ثم الدفع عنه فنقول إن المحذور تاره يقتر فى الوضعيات و أخرى فى التكليفيات أما الوضعيات فحاصله أنه لو باع ذو الخيار ما انتقل عنه فتوقف صحه بيعه على كونه ملكا له قبل البيع و كونه ملكا له قبل البيع و كونه مالكا له يتوقف على أن يكون قوله للمشتري بعتك فسخا و كونه فسخا متوقف على كونه بيعا فالبيع يتوقف على الملك و الملك على الفسخ و الفسخ على البيع و يلزم أيضا اجتماع العله و المعلول فى رتبه واحده لأن البيع معلول للملك و الملك معلول للتصرف فمن التصرف يحصل تملك الفاسخ و تملك المشتري المترتب على ملكيه الفاسخ و أميا التكليفيات فلائى البيع و الوطى و نحوه محرم على غير المالك فبالوطى مثلا يتحقق الملك و الحليه المترتبه عليه فى رتبه واحده

و أميا الدفع فمن وجوه أربعه الأول أن تكون إرادته التصرف مملكه و هذا الوجه إن صح يرتفع به جميع الإشكالات حتى فى الوطى لأنه يقع بعد تحقق الملك إلا أنه قد تقدم مرارا أن الفسخ و الإجازة من الإيقاعات و هى لا تحصل بمجرد الكراهه الباطنيه و الرضا القلبي الثانى أن الفسخ يحصل بأول جزء من الفعل أو القول و نفوذ التصرف يحصل بباقي الأجزاء و هذا يتم فى البيع لا- الوطى فإن الجزء الأول يقع محرما الثالث أن الفسخ و البيع يحصلان معا بنفس التصرف إلا أن الأول مقدم رتبه على

الثانى و هذا الوجه و إن اختاره جملة من الأساطين إلما أنه لا يخلو من إشكال كما سنشير إليه الرّابع أن التصرف تاره بالعقد الناقل و أخرى بالمعاطاه فإذا كان بالعقد فالفسخ يحصل بالإنشاء و البيع بالمنشأ و إن كان بالمعاطاه

فالفسخ يحصل بالأخذ من المنتقل إليه و البيع بالإعطاء للمشتري

نعم لا يجرى هذا فى التّعاطى من طرف واحد و على أى حال فأصحّ الوجوه فى الجواب عن الإشكال فى الوضعيات هو الأخير و تقريبه يظهر ممّا تقدّم فى المعاطاه من تقدير الملك آنا ما فيما يقتضى الجمع بين الأدلّه ذلك فى المقام يقدر الملك آنا ما للفاسخ ثمّ ينتقل إلى المشتري و تقدير الملك و إن توقّف على الدليل إلّا أنّ دليله فى المقام كون الفعل بنفسه مصداقا للفسخ بالحمل الشّائع الصّناعى و حيث إنّ إنشاء القولى فعل من أفعاله فبقوله بعث يفسخ العقد و يملك ما انتقل عنه من حيث الإنشاء و ينتقل إلى المشتري من حيث أثر القول و مرتبه الأثر متأخره عن مرتبه أصل القول

نعم لو اعتبر فى الانتقال إلى الغير كون العقد واقعا فى ملك النّاقل لزم المحذور لأنّ الملكيه تحصل بنفس العقد و أمّا لو اعتبرت الملكيه فى السّبب الذى مرتبه متأخره عن السّبب فلا محذور

و بالجمله بناء على ما هو الحقّ من اعتبار وقوع المنشأ فى الملك لا الإنشاء و لذا لا تعدّ الملكيه من شروط العقد بل تعدّ من شروط العوضين فالفسخ يحصل بذات الإنشاء و الانتقال إلى المشتري يحصل بأثره و لذا لو عقد فاسدا يتحقّق به الفسخ أيضا لأنّه يحصل بالإنشاء لا بالمنشأ و أمّا فى التكاليفيات فالإشكال أصلا غير وارد لأنّ حلّيه الوطى مثلا لا تتوقّف على ملك الرقبه بل على سلطنه الواطى و لذا يجوز بالتّحليل و التّرويح فلو كان لدى الخيار السّيلطنه عليه بالوطى حلال له و به يفسخ المعامله من حيث كونه مصداقا للفسخ

نعم لقائل المنع عن ثبوت هذه السّيلطنه له فى ملك غيره و أمّا لو سلم عموم معقد الإجماع بجواز تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه لكلّ تصرف حتّى الوطى و الأكل و الشّرب و البيع و نحو ذلك من الإتلاف الحقيقى و الحكمى فلا وجه لتفصيله بين نفوذه وضعا و حرمة تكليفه لا امتناع كون طرفى الفعل تحت سلطنه الفاعل وضعا و خروج أحد طرفيه عن تحت سلطنته تكليفا و قد ذكرنا فى الإجاره على الواجبات بيان الملازمه و أوضحنا أنّ الملازمه ثابتة فى العكس أيضا أى إذا كان الشّىء واجبا أو حراما تكليفا لا يمكن أن يكون التصرف فيه نافذا وضعا

و يمكن أن يكون نظر صاحب الجواهر قدّس سرّه فى قوله إنّ الرجوع من حقوق المطلق إلى ما ذكرناه أى لا- يعتبر فى حلّيه الوطى أن تكون الموطوءه زوجه قبل الوطى لأنّه يكفى فى سلطنته على الوطى كونه من حقوق الزّوجيه و هذا التّوجيه و إن لم يكن له محلّ فى الرجوع فى زمان العدّه لعدم خروج المطلّقه الرّجعيه عن الزّوجيه إلّا أنّه وجيه بنفسه

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أنّ التّفصيل بين رهن ذى الخيار و عقد الواهب لا وجه له فإنّه إن تحقّق الفسخ بنفس عقد الرهن يتحقّق له رجوع الواهب بالعقد على العين الموهوبه أيضا فإن الحكم فى الهبه و الخيار واحد

قوله قدّس سرّه و أجاب الشّهيد عن الثّانى بمنع الدّور التّوقفى و أنّ الدّور معى

لا يخفى أنّ الدّور المعى فى المقام لا يرجع إلى محضّل لأنّه عبارته عمّا كان الأثر الحاصل مستندا إلى مجموع الشّيين من دون

توقّف أحدهما على الآخر كالهئته الحاصله من اعتماد لینه على أخرى و فى المقام لو كان الفسخ بالفعل متوقفاً على الملك قبله مع أنّ الملك متوقّف عليه فالدور توقّفى لتوقّف الشىء فى الوجود على ما يتوقّف عليه فالصواب فى الجواب منع توقّف الفسخ على الملك قبله لا بمعنى

حصولهما معا و فرض الأوّل مقديما على الثّاني رتبه فإنّ التّقدم الرّتبى إنّما يتصوّر فى الشّيئين المجتمعين زمانا مع كون أحدهما علّه للآخر و الإشكال فى المقام إنّما هو فى صحّته علّه الملك و هى الفسخ بل لما عرفت من أنّ الفسخ يحصل بالإنشاء فى التصرّف القولى فىملكك الفاسخ أنا ما و ينتقل عن ملكه إلى الثّالث بأثر الإنشاء و هو متأخر رتبه عن الإنشاء و أما فى التصرّف الفعلى كالوطى و نحوه فالإشكال غير وارد أصلا

و ما أفاده المصنف قدّس سرّه فى

قوله و توهم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كلّ ما يحصل به قولاً كان أو فعلا فاسد إلى آخره

لا يستقيم لما عرفت من الملازمه بين الحليه الوضعيه و التكليفيه فإذا جاز الفسخ بأدله الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلا لما ظهر أنّه لا تدلّ أدلّه توقّف الوطى و البيع على الملك على اعتبار ملك الرّقبه بل الملك لغه و عرفا هو السّيلطنه كما فى قوله عزّ من قائل بملكنا و لو سلّم فقوله ص لا بيع إلّا فى ملك قابل للتّخصيص فلا يقتضى الجمع بين أدلّه نفوذ التصرّف و هذا الدّليل الالتزام بحصول الفسخ قبيل التصرّف

نعم لو قيل بأنّ الجواز الوضعى لا ينافى الحرمة التكليفيه تعين الالتزام بحصول الفسخ و الإجازة بالكراهه و الرضا

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار]

قوله قدّس سرّه فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال أعتقتهما إلى آخره

لا- يخفى أنّ عتق المشتري العبد و الجاريه بصيغته واحده تارة يقع فيما كان الخيار له و أخرى فيما كان للبائع و ثالثه فيما كان لهما

أما الصّوره الأولى فالأقوال فيها ثلاثه نفوذ عتق الجاريه لتقديم الفسخ على الإجازة فيما وقع التراحم بينهما و نفوذ عتق العبد لأنّه ملكه دون الجاريه لأنها ملك البائع و عتقها من المشتري يتوقّف على الملك المتوقف على الفسخ و فى رتبه تحقّق ملك الجاريه ينعقد العبد فلا- يبقى مجال لانعتاق الجاريه و عدم نفوذهما أصلا و الأقوى هو الأخير لأنّ تقديم الفسخ على الإجازة الذى هو مدرّك القول الأوّل مورده ما كان الحقّ لمتعدّد فيؤثر الفسخ و إن كان متأخرا عن الإجازة لأنّ أثر الإجازة سقوط الحقّ من طرف المميز لا مطلقا فلآخر أعمال حقه بالفسخ

و أما مدرّك القول الثّانى ففيه أنّ مقابل عتق الجاريه هو عتق العبد لا إجازة ذى الخيار فإنّ الإجازة تقابل الفسخ و كما أنّ عتق الجاريه متوقّف على الفسخ فكذلك عتق العبد يتوقّف على الإجازة فإنّه و إن كان مملوكا له فعلا إلّا أنّ نفوذ عتقه يتوقّف على إمضاء العقد و إمضاؤه يتوقّف على عدم كون عتق الجاريه فسخا كما فى العكس فإذا كان التوقّف من الطرفين فلا ينفذ كلاهما

و أما الثّانية فعتقه العبد يتوقّف على نفوذ تصرّف من عليه الخيار فى متعلّق الخيار و أما عتقه الجاريه فلا ينفذ بلا إشكال لا من

قبل نفسه لعدم كونه مالكا لها و لا من قبل ذى الخيار لبطلان الفضولى فى الإيقاعات و أما الثالثه فبناء على نفوذ تصرف من عليه الخيار فحكمها حكم الصورة الأولى فلا ينعق كلاهما و أما بناء على عدم نفوذه فيصح عتق الجاربه لكونه فسخا من ذى الخيار و لا يصح عتق العبد لأنه يوجب إبطال خيار البائع

[مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار]

إشارة

قوله قدس سره مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار إلى آخره

قد تقدم فى خيار الغبن فى ذيل عنوان تصرف الغابن الأقوال فى المسأله و مدرکها إجمالا و لكنه لا بأس بإعادتها تبعا لما أفاده شيخنا الأستاذ مدّ ظلّه و توضيحا لما تقدم فنقول أمّهات الأقوال ثلاثه عدم جواز تصرفه و ضعا و تكليفا فلا ينفذ معاملاتة و يحرم عليه إتلافه و جوازه مطلقا بحيث لو فسخ ذو الخيار يرجع إلى المثل أو القيمة و جوازه مطلقا إلّا أنّه لو فسخ يبطل إمّا من حين الفسخ

أو من أصله و لازم القول الأخير التفصيل بين التصرفات المتلفة و الناقله فلا تجوز الأولى و تجوز الثانيه و لازمه أيضا التفصيل في التصرفات الناقله بين العتق و غيره فلا- ينفذ العتق و ينفذ غيره لأدّن بطلان تصرفه بفسخ ذى الخيار لا يتصور فى الإتلاف الخارجى و الإتلاف الشرعى لأدّن التالف لا يمكن استرجاعه و الحرّ لا يمكن عوده رقّا فلو صحّ العتق نفذ مطلقا و لو لم ينفذ يجب أن لا يصحّ رأسا

ثم إنّه ربما يتوهم ابتناء المسأله على حصول الملك بنفس العقد أو بانقضاء الخيار كما أنّه ربّما يتوهم ابتناؤها على تعلّق الخيار بالعقد أو بالعين فعلى الأول من كلّ منهما يجوز تصرفاته مطلقا و على الأخير لا يجوز مطلقا

و لكنك خبير بفساد كلا- التوهمين أمّا الأول فلأنّه لو قيل بما ينسب إلى الشّيخ و جماعه من توقّف الملك على انقضاء الخيار فلا- بدّ من القول بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار مطلقا سواء كان منافيا للاسترداد أم لا و أن يكون تصرفه منوطا بإذن ذى الخيار كما فى تصرف الرّاهن فى العين المرهونه و لا بدّ أن يعلّل المنع بقوله ع لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه لا بما علّل به أكثر المانعين من أنّ تصرفه ينافى استرداد العين و أمّا الثانى فلأنّه و إن جعله مبنى القولين أو الأقوال جملة من الأساطين إلّا أنّه لا يمكن الالتزام به فإن تعلّق الخيار بالعين ابتداء لا وجه له لما ظهر سابقا أنّ الخيار سلطنه لذى الخيار على التزامه العقدى الذى لو لم يكن له الخيار كان ملزما بالتزامه

و بعبارة أخرى الخيار ملك فسخ العقد و إقراره و لا يتعلّق بالعين رأسا و لذا يصحّ إعماله فى صورته بقاء العين و تلفها فالأولى أن يقال إنّ الخيار و إن كان سلطنه على حلّ العقد و إبقائه إلّا أنّه يمكن أن يكون هذا المعنى طريقيّا أو موضوعيّا و على الطريقيّه يمكن أن يكون الغرض منه استرجاع المال بالأعم من العين أو المثل أو القيمة و أن يكون الغرض منه استرجاع نفس العين فلو كان موضوعيا صرفا يجوز تصرف من عليه الخيار بجميع أنحاء التصرفات كما لا يخفى إلّا أنّ ذلك باطل جدّا لأنّه لو كان هذا بنفسه من الاعبارات العقلانيّه و جبّ إمّا أن ترثه الزّوجه مطلقا و أن يرثه وارث الأجنبيّ و إمّا أن لا يرثه الوارث أيضا لأنّ الاعتبار العقلانى تاره من قبيل الولايه أو القيمومه التى هى عبارة عن نفس السّيلطنه فهذا لا ينتقل إلى الغير و لو كان وارثا للمال

و أخرى اعتباره باعتبار متعلّقه فلا- بدّ أن ينتقل إلى وارث ذى الحقّ و لو لم يكن وارثا للمال و بالجمله كون الخيار موضوعيّا صرفا لا- وجه له فانحصر فى الوجهين على الطريقيّه و مبنى الوجهين أنّه لو قلنا فى باب الضّمان بأنّ المدار فيه على قيمه يوم الأداء إمّا لبقاء العين التالفه بخصوصيّتها الشّخصيّة فى عهده الضّامن أو بماليتها الغير المتقدّره بالمقدار فلازمه أن يجب عليه حفظها ليتمكّن المضمون له عن استرجاع نفس العين فلا يجوز له التصرفات المتلفة و الناقله و يكون حفظها من قبيل المقدمات الوجوديّة للواجب المطلق

و أمّا لو قلنا بأنّ المدار على قيمه يوم التّلف فلازمه أن يكون ماليتها المتقدّره فى عهده الضّامن فيجوز له إتلافها و نقلها إلى الغير لأدّن ما فى ذمه الضّامن هو القدر المشترك بين العين و المثل أو القيمة و يكون حفظا للعين من المقدمات الوجوبيّه للواجب و حيث اخترنا فى مسأله الضّمان أنّ المدار على قيمه يوم الأداء فلا- يجوز له التصرفات المانع عن الاسترداد بل فى الخيار

المشروط برّد مثل الثمن لا شبهه في عدم جواز التصرف المانع و إن قلنا بتعلّق الضمان بالأعم لأن الغرض من جعل

الخيار نوعا هو ردّ نفس المبيع

لا يقال غايه ما يقتضيه الخيار مطلقا هو طريقته لجلب المال الذي هو القدر الجامع بين العين و بدلها و لذا لا سقط بتلف العين بل ينتقل إلى البديل لأننا نقول الذي يمكن أن يكون الخيار وسيله إلى استرداده هو ما انتقل عن ذي الخيار إلى من لا خيار له و هو نفس العين و لذا لو طرأ الفسخ أو الانفساخ و كانت العين باقيه لا يصحّ ردّ المثل أو قيمه و ردهما عند التلف إنّما هو لتعدّد ردّ العين و عدم موجب لسقوط الخيار فلا ملازمه بين الرجوع إلى البديل مع التلف و جواز الإلتلاف

ثم بناء على ذلك هل يبطل التصرفات الناقله أصلا و لا تصحّ بالإجازة أو أن حكمها حكم الفضولي وجهان تقدّم مدركهما في عقد الرّاهن و قلنا إنّ لا فرق في الفضولي بين أن يكون العقد قاصرا من حيث المقتضى أو لوجود المانع و إذا صح عقد الرّاهن بإجازة المرتهن صحّ عقد من عليه الخيار بإجازة ذي الخيار لأنّ مرجع إجازته إلى إسقاط حقّه

ثم إنّ لو وقع عقود مترتبه على المال فليس له استرداد العين إلّا بعد فسخ العقد الأوّل إلّا أن يكون الاسترداد فسخا فعليا للأوّل و بالجملة فرق بين الإجازة و الفسخ فإنّ الإجازة مرجعها إلى إسقاط الحقّ فينفذ الجميع و أمّا فسخ العقد الثاني مع عدم الفسخ الأوّل فلا معنى له

ثم إنّ قد ظهر في خيار الغبن وجه حرمة الوطى إذا كان الاستيلاء مانعا عن أعمال الخيار و لو كان سبب الخيار مقدّما و قد ظهر أيضا حكم العقود الجائزه الواقعه من غير ذي الخيار و تقدّم أيضا أنّ ما أفاده المصنف قدّس سرّه من جواز تصرفات من عليه الخيار مطلقا أقوى من المنع و لكن المسأله مشكله جدّا حيث إنّ المشهور على المنع و إن كان حقيقه الخيار لا تقتضى ذلك لما عرفت أنه في صورته تلف العين و بقائها لا تختلف حقيقته فلا بدّ من أن يكون طريقا لاستجلاب المال الذي هو القدر المشترك بين العين و المثل أو قيمه

قوله قدّس سرّه ثم إنّ المتيقّن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقّق الخيار فعلا إلى آخره

توضيح ذلك أن الخيار على أقسام ثلاثه لأنّه تاره فعلى منجز بلا توقّفه على شىء أى متّصل بالعقد بلا شرط متأخر شرعيا كان كخيارى المجلس و الحيوان أو جعليا من المتعاقدين كشرط الخيار فى متن العقد مطلقا لهما أو لأحدهما

و أخرى متأخر بنفسه و بمنشئه كخيار التّفليس و خيار التأخير بناء على كونه تعديدا و إمّا بناء على كونه ناشئا عن تخلف الشرط الضمنى و هو التّسليم و التّسلم الذي بناء المعامله عليه نوعا و إن أعمل فيه التّعبد من حيث تعيين الحد بالثلاثه فحاله حال الغبن و العيب و الرّؤيه و سيجىء حكمها و ثالثه واسطه بين الأوّلين كالخيار المشروط برّد الثمن بعد سنه فإنّ شرط الخيار حاصل حين العقد و لكن زمان إعماله متأخر ثم إنّ يظهر من جمله من الأساطين أن خيار العيب و الغبن و الرّؤيه كخيار التّفليس متأخر عن العقد بنفسها و بمنشئها لتوهمهم ثبوتها بالتّعبد و اشتراط تحقّق أصل الخيار شرعا بظهور العيب و الغبن و تخلف الوصف فى مقابل القول بأنّ العلم بها كاشف عقلى

و لكنك خبير بأن منشأ ثبوتها هو الشرط الضمني خصوصا في خيار الرؤية المسبب عن فقد الوصف المشترك في العقد اعتمادا على الوصف أو المشاهده السابقه فإن فقد الوصف الموجب للخيار حاصل حين العقد و العلم به و عدمه ليس له مدخلية في ذلك فقياس خيار الرؤية على خيار التأخير لا وجه له بل المصنف قدس سره صرح في خيار الغبن بأن ثبوت الحق للمغبون قبل العلم

لا شبهه فيه و إن كان إعماله فعلا مشروطا به و مع هذا فكيف ينفي الخلاف ظاهرا في جواز تصرف من عليه الخيار في الثلاثة لتوقف الخيار على أمر متأخر من ظهور العيب أو الغبن أو تخلف الوصف

إذا عرفت ذلك فنقول أمّا الخيار المتأخر بنفسه و بسببه فلا ينبغي الإشكال في جواز تصرف من عليه الخيار فيما يتعلّق به و ضعا و تكليفا قبل تحقّق سببه لكونه مالكا له ملكا طلقا و مجرد تعلّق الحق به بعد ذلك لا يمنع عن تصرفات مالكة و ذلك واضح كما أفاده قدّس سرّه لاستلزام المنع عنه المنع عن التصرف في أحد العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض

كما لا ينبغي الإشكال في المنع عن جواز التصرف بناء على القول به في زمان تحقّق الخيار فعلا كالمجلس و الثلاثة في الحيوان أو الزمان المشروط فيه الخيار و إمّا التصرف في زمان الخيار المشروط بأمر متأخر سواء كان وقتا كيوم الجمعة أو أمرا آخر كردّ مثل الثمن ففيه إشكال و خلاف و الأقوى إلحاقه بالخيار المنجز فإنّ المنع عن التصرف على القول به هو تزلزل العقد و فعليّه حق ذى الخيار و هما حاصلان لأنّ نفس الشرط الموجود حال العقد حق مالكي يجوز إسقاطه و إبقاؤه و التصرف المتلف مناف له

و أمّا الخيارات الثلاثة المسببه عن الشرط الضمني فحيث إنّ الخيار حاصل حين العقد على ما هو الأقوى و لا مدخلية لظهور الغبن و العيب و تخلف الوصف فإلحاقها بالخيارات الثلاثة أى المجلس و الحيوان و الشرط في غايه الوضوح لو لا الإجماع على خلافه و الظاهر عدم تحقّقه و إن ادّعى المصنف قدّس سرّه أنّ هذا النحو من الخيار غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهرا

لأنّ عدم الخلاف لا يكشف عن الإجماع أمّا أولا- فلذهاب جملة من الفقهاء جواز التصرف في متعلّق الخيار و لو في خيار المجلس و نحوه و أمّا ثانيا فلذهاب جملة منهم إلى عدم تحقّق الخيار إلّا بعد العلم به و كون العلم شرطا شرعيا له فلم يبق إلّا قليل ممن يعترف بشبوت الخيار و كون العلم كاشفا عقليا و يلتزم بعدم جواز التصرف في زمان المجلس و نحوه و مع ذلك يختار جواز تصرف الغابن و نفوذه قبل ظهور الغبن و بهذا المقدار لا يتحقّق الإجماع

و على هذا فإلحاقه بالخيار المنجز فعلا أقوى ثمّ إنّ جماعه من المانعين من جواز التصرف جوزوا و طى الأمه المتعلّقه لحقّ الخيار مع التزامهم بتقديم حقّ الاستيلاد و تفويته لحقّ الخيار و إن كان متأخرا عن سبب الخيار و ما يمكن أن يكون وجهها لذلك أمران الأوّل أن المتيقّن من المنع هو التصرف المتلف فعلا- لحقّ ذى الخيار و أمّا مجرد كونه معرضا للفوات فلا دليل على المنع عنه الثّاني التمسّك باستصحاب عدم العلوق و عدم صيروره الموطوءه حبلى و لكن الأقوى هو المنع كما هو ظاهر المحكى عن التّذكرة و الدّروس لأنّ متعلّق التّكليف فيما كان حصول الأثر متوقّفا على أمر خارج عن اختيار المكلّف هو نفس فعل المكلّف فيما يحرم عليه في المقام هو الوطى لا حصول العلوق لكون فعل المكلّف بالنسبه إليه معدّا فلا يصحّ إناطه التّكليف به فعلى هذا نفس الوطى تفويت لحقّ ذى الخيار إلا أنّه في معرض ذلك و لا يقاس بالعرض على البيع فإنّه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع و هو أمر اختياريّ يمكن تركه بعد العرض على البيع و أمّا الاستصحاب فمضافا إلى كونه استقباليا ليس له حاله سابقه إلّا بالعدم المحمولي و الجواز مترتب على عدم كون هذا الوطى موجبا للحمل و هذا غير مسبوق بالعدم

[فرعان]

[الثانى أنه هل يجوز إجازه العين فى زمان الخيار]

قوله قدّس سرّه الثانى

أنه هل يجوز إجازه العين في زمان الخيار إلى آخره

لا- إشكال في أنه لو آجره من ذى الخيار أو بإذنه ففسخ لم تبطل الإجاره بل يمكن أن يقال إن استيجار ذى الخيار و إذنه في الإجاره مسقطان لخياره فلا يبقى محل للفسخ

و كيف كان فلو لم نقل بذلك إلا أنه لا شبهه أن بعد إجارتها منه أو من غيره بإذنه إذا فسخ لا تبطل الإجاره و ترد العين إليه مسلوب المنفعه و بلا غرامه لأن الإذن في تفويت المنفعه كالإذن في إتلاف الأوصاف لا تكون عهدتها على المتلف

و بالجمله بعد الإذن في الإجاره لا وجه لبطانها بفسخ ذى الخيار و لا يقاس على إجاره البطن الأول من الموقوف عليه للفرق بينهما فإن البطن الثاني يتلقى الملك من الواقف فلا محاله ملكه البطن الأول موقته إذ لا يعقل أن يملك الواقف كل واحد من البطون ملكه تامه مطلقه قابله للدوام فإجاره البطن الأول تبطل بموته إلا أن يكون متوليا أيضا و هو أمر آخر و أما من عليه الخيار فيملك العين ملكه تامه صالحه للدوام و من نماء هذا الملك المنفعه الدائم

غايه الأمر أنه مترزل من حيث تعلق حق ذى الخيار به فإذا أذن في الإجاره فإذنه و إن لم يناف فسخه بالنسبه إلى العين إلا أنه ينافى فسخ بالنسبه إلى الإجاره و أما لو آجره بلا إذن منه فالظاهر عدم الإشكال أيضا في صحه الإجاره إلى زمان الفسخ حتى على القول ببطان التصرف من حينه بالفسخ لأنه مختص بالتصرف المنافي لاسترداد العين

و أما بالنسبه إلى ما بعد الفسخ فقولان بطلان الإجاره و صحتها مع غرامه المؤجر المنفعه التالفه في مدّه الإجاره و احتمال عود العين مسلوب المنفعه باطل جدا لأن المنافع المستوفاه في الضمان المعاضى مضمونه على المستوفى أما وجه الصيحه فهو ما أفاده في المتن من أنه يكفى في ملك المنفعه الدائمه تحقق الملك المتعدده للدوام لو لا الرافع آنا ما هذا مضافا إلى قياسه على التفاسخ بعد الإجاره فإنه لا يلتزم أحد ببطان الإجاره

و أما وجه البطلان فلتبعيه ملك المنفعه لملك العين لا بالمعنى الذى علله به المحقق القمى من أنه علم بالفسخ أن المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجاره كانت مترزله و مراعا بالنسبه إلى فسخ البيع فإن هذا يستلزم التوقيت في الملك الذى لم يعهد في الشرع عدا باب الوقف على البطون بل بمعنى أنه بناء على عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع عن الرد فتصرفه بالإجاره نظير تصرفه بالنقل إلى الغير حيث إنه لا يمكن مع بقاء العين الحيلولة بينها و بين المالك فمجرد عود الإضافه المالكه من دون رجوع آثار الملك من قدره المالك على القلب و الانقلاب لا أثر له

و بناء على جواز تصرفه يمكن المنع في المقام أيضا لمنافاته لتبعيه المنافع للعين فإذا رجعت العين لا بد أن ترجع منافعها أيضا و منافاته لحقيقه الفسخ أيضا لأنه يقتضى عود الملك إلى ما كان حين العقد و المفروض أنه كان مع المنفعه و منافاته للتسليم و التسلم المشترط ضمنا في متن العقد لأن العقد كما يقتضى التسليم و التسلم بعد العقد فكذلك يقتضيه بعد الفسخ بعكس ما يقتضيه حين العقد و صحه الإجاره تستلزم عدم لزوم تسليم العين إلى الفاسخ لاستحقاق المستأجر أن تكون العين تحت استيلائه فيقتضى أن يستحق المؤجر أخذ ماله دون الفاسخ و قياس الفسخ على الإقاله إما مع الفارق و إما أن الحكم في المقيس عليه

حكم المقيس لأنهما لو أقالا- مع علمهما بالإجاره فالتزما بكون العين في يد المستأجر و أمّا لو آجر أحدهما ما انتقل إليه ثم
استقل الآخر مع جهله فلا وجه لصحة الإقاله و صبر المقييل إلى انقضاء مدّه الإجاره

بل لا بدّ إمّا من بطلان الإجاره أو الإقاله أو ثبوت الخيار للمقيل الجاهل فما أفاده المصنف في أوّل العنوان وجها لبطلان الإجاره من كونها إبطالا لتسلّط الفاسخ على أخذ العين هو الصّواب سواء قلنا بنفوذ التصرفات الناقله من غير ذى الخيار أو لم نقل لأنّ العين في المقام باقيه في ملك المؤجر فيؤثر فسخ ذى الخيار بالنسبه إليها و إذا عادت إليه فلا بدّ أن يكون مسلّطا عليها و هذا لا يجتمع مع صحّحه الإجاره المقتضيه لاستحقاق المستأجر وضع اليد عليها

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّّه لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و أنّه يسقط خياره بهذا التصرف إلى آخره

لا يخفى أنّ نفوذ تصرفه بإذن ذى الخيار واضح جدّا لأنّه مالك للمال فعلا و المنع كان لتعلّق حقّ ذى الخيار به فإذا جاز ارتفع المنع إنّما الكلام في سقوط خياره به مع أنّه لا منافاه بين الإذن في التصرف الناقل بل الإتلاف و إرادته الفسخ و أخذ البدل و المصنف جعل منشأ السقوط أمرين الأوّل دلالة الإذن عرفا على الالتزام بالعقد و الثّاني أنّ التصرف المأذون فيه تفويت لمحل هذا الحقّ

و لكنّك خبير بأن الوجه الأوّل لا يمكن الالتزام به كما أشرنا إليه في خيار الغبن لأنّ الإذن لو كان دالا على إسقاط الحقّ لزم سقوطه و لو لم يتصرف المأذون مع أنّه لا يلتزم به المصنف و لا يمكن الالتزام به فإنّه نظير إذن المرتهن في بيع الرهن من أنّه لا يؤثر في السقوط ما لم يقع البيع من الرّاهن و يجوز رجوعه عن إذنه

نعم التفصيل بين إذنه في التصرف للثالث و لمن عليه الخيار في محله فإنّ إذنه للثالث كاشف عن الفسخ لأنّه لا معنى لأنّ يأذن غير المالك في التصرف في المال فيجب حمله على الفسخ و أمّا إذنه لمن عليه الخيار في التصرف فيما انتقل عنه إليه فلا يدلّ عليه أنّه إمضاء للعقد لأنّه إذن فيما يقتضيه طبع المعامله

و بالجمله كون الإذن بنفسه إسقاطا مستلزما لأنّ يكون إذن المرتهن أيضا كذلك مع أنّ كونه ملحوظا بلحاظ نفسه عرفا ممنوع جدّا بل المتبادر عند العرف كونه ملحوظا باعتبار متعلّقه و أنّه إذن في المسقط و لذا أنكر القواعد و جامع المقاصد و المسالك على الميسيه الذي رتب على المشهور ذلك

و كيف كان فدلاله الإذن بنفسه على إسقاط الخيار ممنوع و أمّا الوجه الثّاني فهو الصّوب الّمدى لا محيص عنه و إن كان تعليقه بقوله لأنّ أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحقّ فيه لا مع سقوطه عنه قابلا للمناقشه لأنّ الانتقال بالبدل ليس فرع كون العين متعلّقا للحقّ فإنّ الانتقال إليه في مورد تلف العين مسلّم حتى في العقود اللازمه إذا طرأ عليها الفسخ أو الانفساخ كما لو أقالا و كانت العين تالفه فالأولى أن يعلّل بما أشرنا إليه في خيار الغبن و هو أنّ التصرف المأذون فيه مفوّت لمحلّ الحقّ حيث إنّ الغرض من الفسخ استرجاع الملك السّابق إمّا بعينه أو ببدله و كل منهما متعذّر أمّا العين فلخروجها عن ملك المشتري بالتصرف الناقل أو بالإتلاف و أمّا البدل فلاّنه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه مأذونا في التصرف لا يمكن أن يكون ضمان العين عليه فلا موضوع لانتقال الضمان إلى بدلها فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار

قوله قدس سره مسأله المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك إلى آخره

لا يخفى أنّ هذا العنوان مقدّم طبعا على العنوان السابق فإنّ جواز تصرّف من عليه الخيار فيما انتقل إليه متفرّع على تحقّق الملك له قبل انقضاء الخيار فكان الأنسب تقديمه

و كيف كان فالأقوى ما عليه المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار مطلقا للأدله العامه و الخاصه

أمّا العامّة فلأنّ قوله عزّ من قائل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** ظاهر في أنّ البيع علّه تامّه لجواز التصرف الّذى هو من لوازم الملك و كذلك قوله **تِجَارَةً** عَنْ تِجَارَةٍ الدّال على أنّ التّجاره عن تراض خارجه عن أكل المال بالباطل و إطلاقهما يشمل البيع الخيارى و غيره

و أمّا الخاصّه فمنها صحيحه يسار بن يسار عن الرّجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الّذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به قلت أشتري متاعى فقال ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمک و الاستدلال إنّما هو بقوله ع ليس متاعك لا بجواز البيع من البائع حتّى يقال بأنّ البيع منه جائز و لو لم نقل بحصول الملك قبل انقضاء الخيار و منها ما دلّ على جواز النّظر فى الجارىه فى زمان الخيار إلى ما لا- يحلّ له قبل ذلك و الإشكال عليه بأنّه نظير حلّ و طى المطلّقه الرجعيّه الّذى يحصل به الرجوع غير وارد لأنّ التّصرّف فى و طى المطلّقه الرجعيه وقع من ذى الحقّ فيتحقّق به الرجوع و فى المقام وقع من غير من له الخيار فلو لم يكن مالكا لكون العقد خياريا حرم النّظر إليه

و بالجملة لو قيل بأنّ تصرّف من لا خيار له يوجب سقوط خيار ذى الخيار لم يكن جواز تصرّفه كاشفا عن كونه مالكا لإمكان حصول الملكيه بنفس التصرف إلّا أنّ هذا لا دليل عليه

و أمّا لو كان تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه موجبا لسقوط خياره فتحقّق الرجوع بالوطى فى المطلّقه الرجعيّه لا ربط له بالمقام و منها ما دلّ على أنّ نماء المبيع للمشتري و تلفه منه فى الخيار المشروط بردّ الثمن و لا شبهه أن تملك المنافع فرع تملك العين و المناقشه فيه بأنّه من قبيل اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن لا اشتراط الخيار حتّى يكون دليلا للمقام لا وجه لها فإنّه خلاف ظاهر الأدلّه كما اعترف به المصنّف قدّس سرّه بل قد تقدم فى تلك المسأله أنّ اشتراط الانفساخ بلا سبب باطل و كون نفس هذا الشرط سببا له يلزم من وجوده عدمه

و بالجملة دلالة هذه الأخبار على حصول الملك فى زمان الخيار فى غايه الوضوح بل جميع الأخبار الوارده فى العينه يدلّ على حصول الملك فى زمان الخيار فإن بيع المشتري المبيع فى المجلس من البائع لا يمكن أن يصحّ إلّا أن يكون مالكا له مع ثبوت خيار المجلس له و للبائع و ما عن المصنّف قدّس سرّه من الإشكال فيه بأن تواطؤهما على البيع ثانيا موجب لسقوط خيارهما مستشهدا بتصريح الشّيخ بجواز ذلك مع منعه عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس غير وارد لأنّ مجرد التّبانى و التواطؤ على البيع ثانيا لا يوجب أن يكون العقد لازما و كما أنّ التّبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد جائزا فكذلك التّبانى على البيع لا يقتضى أن يصير الجائر لازما

و ما صرّح به الشّيخ لا يدل على أن إسقاط الخيار لا يتوقف على الإنشاء بل يكفى التّبانى عليه لاحتمال كون المنع عن بيعه على غير صاحبه لأجل ما بنى عليه من عدم حصول الملك فى زمان الخيار و جواز البيع على صاحبه لأجل الخيار العينه الدالّه عليه بالخصوص تعبدا

و كيف كان فمجرد التّبانى لا أثر له و إسقاط الخيار كسائر الإيقاعات يحتاج إلى الإنشاء هذا كلّ مع أنّ كلمات القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار مضطربه غايه الاضطراب و لا ينطبق دليلهم على مدّعاهم فبعضهم يجعل الانقضاء كاشفا و منهم من

يجعله ناقلا و بعض محطّ كلامه الخيار المتّصل و بعض يدّعى عدم حصول الملك حتى فى الخيار المنفصل و قد يتفق لشخص واحد قولان مختلفان فقد يظهر من الشيخ موافقه المشهور و قد يظهر منه على ما حكاه المحقّق توقّف الملك على انقضاء الخيار سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما و عبارته المحكيه عنه

فى الشَّفْعَه صرِيحَه فى التَّفْصِيل بَيْن مَا إِذَا اخْتَصَّ الخِيَارَ بِالمَشْتَرَى فَيَمْلِكُ بِنَفْسِ العَقْدِ وَ بَيْن مَا إِذَا كَانَ لِلْبَائِعِ أَوْ لهُمَا فَيَتَوَقَّفُ عَلَى انقِضَاءِ الخِيَارِ

وَ الظَّاهِرُ عَدَمُ الخِصُوصِيَّةِ لِلْمَشْتَرَى بَلْ كُونَ أَحَدَهُمَا ذَا خِيَارٍ بِحَيْثُ يَقْدَرُ عَلَى إِبْطَالِ العَقْدِ يُوْجِبُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الآخَرَ إِلَّا بَعْدَ انقِضَاءِ الخِيَارِ فَإِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ لَا يَمْلِكُ المَشْتَرَى كَالعَكْسِ وَ إِذَا كَانَ لَهُمَا لَا يَمْلِكُ كُلُّ مِنْهُمَا وَ الإِشْكَالُ عَلَيْهِ بِأَنَّ حِصُولَ المَلِكِ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الآخَرَ يَقْتَضِي إِمْرًا بِالجَمْعِ بَيْنِ العُوضِ وَ المَعْوُضِ أَوْ بَقَاءِ المَلِكِ بِلَا مَالِكٍ وَ إِنْ كَانَ قَابِلًا لِلدَّفْعِ بِجَعْلِ الانقِضَاءِ كَاشْفًا لَا نَاقِلًا إِلَّا أَنْ أَصَلَ المَدْعَى لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ

لَأَنَّ غَايَةَ مَا اسْتَدَلَّ لَهُ أُمُورُ الأَوَّلِ أَنَّ الغَرَضَ مِنَ المَلِكِ هُوَ التَّصَرُّفُ المَمْتَنِعُ فِي زَمَانِ الخِيَارِ وَ فِيهِ أَوَّلًا أَنَّهُ مَبْنَى عَلَى عَدَمِ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ وَ ثَانِيًا أَنَّ التَّصَرُّفَ المَمْتَنِعَ مَا كَانَ مُتَلَفًا أَوْ نَاقِلًا لَا كُلَّ تَصَرُّفٍ وَ ثَالِثًا لَا مَلَازِمَهُ بَيْنِ امْتِنَاعِ التَّصَرُّفِ وَ عَدَمِ حِصُولِ المَلِكِ

الثَّانِي صَحِيحُهُ ابْنُ سَنَانٍ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي العَبْدَ أَوْ الدَّابَّةَ بِشَرَطٍ إِلَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ فَيَمُوتُ العَبْدُ أَوْ الدَّابَّةُ أَوْ يَحْدُثُ فِيهِ حَدِثٌ عَلَى مَنْ يَكُونُ ضَمَانًا ذَلِكَ فَقَالَ عَلَى البَائِعِ حَتَّى يَنْقُضَى الشَّرَطُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَصِيرُ المَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى شَرَطُ لَهُ البَائِعِ أَوْ لَمْ يَشْرَطْ قَالَ وَ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَرَطٌ أَيَّامًا مَعْدُودَةً فَهَلْكَ فِي يَدِ المَشْتَرَى فَهُوَ مِنْ مَالِ البَائِعِ فَإِنَّ قَوْلَهُ حَتَّى يَنْقُضَى الشَّرَطُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَ يَصِيرُ المَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى ظَاهِرٌ فِي تَوَقُّفِ المَلِكِ عَلَى انقِضَاءِ الخِيَارِ وَ أَمَّا قَبْلَهُ فَلَا يَصِيرُ لِلْمَشْتَرَى وَ فِيهِ أَنَّ ظُهُورَهُ لَا يَقَاوِمُ صَرِيحَ قَوْلِهِ لَيْسَ مُتَاعَكَ لِقَابِلِيَّتِهِ حَمَلَهُ عَلَى الاسْتِقْرَارِ أَوْ الطَّلَاقِيَّةِ وَ فِي المَقَامِ وَ إِنْ كَانَ المَلِكُ لِلْمَشْتَرَى طَلَقًا إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ مُسْتَقْرًا عَلَيْهِ بِحَيْثُ لَا يَقْدَرُ عَلَى سَلْبِهِ عَنِ نَفْسِهِ إِلَّا بِأَسْبَابٍ خَاصَّةٍ وَ بِالجَمْلَةِ فِي قَوْلِهِ وَ يَصِيرُ المَبِيعُ لِلْمَشْتَرَى إِحْتِمَالَاتٌ ثَلَاثَةٌ الأَوَّلُ حِصُولُ المَلِكِ لَهُ الثَّانِي صَيُورُوتُهُ طَلَقًا الثَّلَاثُ صَيُورُوتُهُ مُسْتَقْرًا وَ لَا يَنْتَزِلُ إِلَى الثَّانِي إِلَّا بَعْدَ تَعَدُّرِ الأَوَّلِ وَ لَا إِلَى الثَّلَاثِ إِلَّا بَعْدَ تَعَدُّرِ الثَّانِي إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَدَّرُ الحَمْلَ عَلَى أَصْلِ المَلِكِيَّةِ وَ كَذَلِكَ عَلَى الطَّلَاقِيَّةِ فَيَتَعَيَّنُ الحَمْلُ عَلَى الاسْتِقْرَارِ

الثَّلَاثُ النَّبِيُّ المَشْهُورُ الخِرَاجَ بِالضَّمَانِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ المَنَافِعَ بِإِزَاءِ الضَّمَانِ وَ يَنْعَكِسُ بِعَكْسِ النَّقِيضِ إِلَى أَنَّ مَنْ لَيْسَ ضَامِنًا لَيْسَ الخِرَاجَ لَهُ وَ بِضَمِيمِهِ قَاعِدَةُ التَّلْفِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ مَمَّنْ لَّا- خِيَارٌ لَهُ يَنْتِجُ عَدَمَ حِصُولِ المَلِكِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ لِأَنَّ كُونَ التَّلْفِ عَلَى البَائِعِ فِي زَمَانِ خِيَارِ المَشْتَرَى يَقْتَضِي أَنَّ يَكُونُ مَنَافِعُ المَبِيعِ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ كُونَ المَبِيعِ فِي زَمَانِ خِيَارِ المَشْتَرَى فِي ضَمَانِ البَائِعِ يَقْتَضِي أَنَّ يَكُونُ المَنَافِعُ لَهُ فَإِذَا كَانَتِ المَنَافِعُ لَهُ لَمْ يَحْصُلِ المَلِكُ لِلْمَشْتَرَى وَ إِلَّا كَانَتِ المَنَافِعُ لَهُ لِتَبَعِيَّتِهَا لِلعَيْنِ

وَ لَا يَخْفَى أَنَّهُ قَدْ اسْتَدَلَّ بِالنَّبِيِّ لِقَوْلِ المَشْهُورِ أَيْضًا بِتَقْرِيْبِ أَنَّ المَبِيعَ فِي زَمَانِ الخِيَارِ المَشْتَرَكِ أَوْ المَخْتَصِّ بِالبَائِعِ فِي ضَمَانِ المَشْتَرَى وَ خِرَاجِهِ لَهُ وَ بِقَاعِدَةِ التَّلَازِمِ بَيْنِ مَلِكِ المَنفَعَةِ وَ مَلِكِ العَيْنِ يَثْبُتُ حِصُولُ المَلِكِ بِنَفْسِ العَقْدِ

وَ لَكِنَّكَ خَبِيرٌ بِعَدَمِ دَلَالَتِهِ عَلَى كَلَا- القَوْلَيْنِ أَمَّا قَوْلُ المَشْهُورِ فَلَمَّا فِيهِ أَوَّلًا أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ مِنَ القَائِلِينَ بِتَوَقُّفِ المَلِكِ عَلَى انقِضَاءِ الخِيَارِ التَّزَامَهُمْ بِكَوْنِ ضَمَانِهِ عَلَى المَشْتَرَى حَتَّى يَكُونُ مَنَافِعُهُ لَهُ فَيَسْتَكْشِفُ مِنْهُ حِصُولَ المَلِكِ بِنَفْسِ العَقْدِ وَ ثَانِيًا أَنْ دَلَالَةُ النَّبِيِّ عَلَى التَّلَازِمِ بَيْنِ ضَمَانِ العَيْنِ وَ مَلِكِ المَنَافِعِ هُوَ الّهْدَى أَفْتَى بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ فِي المَدَابِئِ المَسْتَأْجَرَةِ وَ قَدْ أَوْضَحْنَا مَا فِيهِ فِي

المقبوض بالعقد الفاسد و يبين أن مفاده هو أن الضمان العقدي يقتضى أن يكون المنافع بإزائه فلا ينافى تملكه لمنفعيه كونه فى

عهده

الغير بأحد موجبات الضمان مثل الغصب والإتلاف كما لا ينافى كون ضمانه على مالكة أن يكون منفعتة لغيره بسبب آخر كالإجاره و العاريه

و أما قول الشيخ و من تبعه فلائ انضمام النبوى إلى قاعده التلّف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له لا ينتج ما نسب إلى الشيخ من التفصيل بل يدلّ على خلافه فإنّ الشيخ يعترف بحصول الملك للمشتري مع اختصاص الخيار به بل انضمامه إليها لا ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار مطلقا لما ذكرنا من عدم التلازم بين الملك و الضمان لعدم دلالة النبوى على ذلك بل النبوى لا يدلّ إلا على ما هو مقتضى المعاوضه من أنّ التّضمين العقدى بإزاء المنافع لا أنّ كون الشّخص ضامنا بإزاء الخراج

و بالجمله لو كان النبوى دالا- على أنّ كلّ من هو ضامن لشيء فمنافعه له حتّى الغاصب لتّم الاستدلال به على عدم حصول الملك فى زمان الخيار و أمّا لو كان ناظرا إلى الضّمان المعاوضى فلا ربط له بالمقام و على أى حال الاستدلال به منضمّا إلى قاعده التّلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك لذى الخيار و هذا قول بعض المخالفين للمشهور و مضادّ للمحكى عن الشيخ فى الخلاف كما أن الاستدلال بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع فى زمان الخيار كصحيحه ابن سنان المتقدّمه و نحوها منضمّا إلى قاعده الضّمان بالخراج لا يجدى لما نسب إلى الشيخ

نعم للاستدلال بنفس هذه الأخبار وجه القول بالتوقّف مطلقا إلا أنّه قد ظهر ممّا تقدّم أنّه لا ملازمه بين الملك و الضّمان على سبيل الإطلاق بل إنّما يكون التلازم بينهما فيما لم يكن موجب لضمان غير المالك و هذه الأخبار تدلّ على أنّ البائع ضامن لما انتقل إلى المشتري ما لم ينقض خياره كما أن مقتضى المعاوضه أن يكون كلّ من المتعاقدين ضامنا لما انتقل إلى الآخر ما لم يسلمه إليه فهذه الأخبار مخصّصه لما يدلّ على أنّ بالتسليم يرتفع الضّمان فتدلّ على أنّ القبض فى زمان خيار القبض كلابس و لنعم ما عبّر به الشّهد قدّس سرّه عن مفاد قاعده المعاوضه و هذه الأخبار بقوله و بالقبض ينتقل الضّمان إذا لم يكن خيار

و على هذا فما أفاده المصنف قدّس سرّه فى

قوله فهذه الأخبار إمّا أن يجعل مخصّصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله إلى آخره

تبعيد للمسافه لما عرفت أنّ مفاد هذه الأخبار أنّ قبض ذى الخيار كعدم و أنّ الضّمان الثّابت قبل القبض باق بعد القبض أيضا إلى أن يرتفع الخيار هذا مع أنّ العلم الإجمالى بتخصيص أحد العامين يسقط كليهما عن الحجّيه و الشّهره لا تنفع فى مقام الدّلاله

قوله قدّس سرّه ثمّ إنّ مقتضى ما تقدّم من عبارتى المبسوط و الخلاف من كون الخلاف فى العقد المتقيّد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل إلى آخره

لا يخفى أنّه لو قيل بتوقّف الملك على انقضاء الخيار لما عللّ به بعضهم من أنّ فائده الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار

فالتعدى إلى الخيار المنفصل مبنى على المسأله السابقه و هى منع تصرف من عليه الخيار حتى فى الخيار المنفصل أو اختصاص المنع بالخيار المتصل و حيث قد عرفت أن عدم الجواز كان مختصا بالخيار الفعلى فعدم حصول الملك أيضا مختص به

نعم كان هناك نزاع آخر فى الصيغرى و هو أن خيار العيب و الغبن و الرؤيه كخيار التأخير و التفليس أو أنها كخيار المجلس و الحيوان و ظهر أن الأقوى كونها من الخيارات الحاصله حين العقد و أن توقف أعمال الخيار على العلم بالعيب و الغبن و فقد الوصف

و كيف كان فالتخصيص أو التعميم فى المقام مبنى على التخصيص

أو التعميم في المسألة السابقة وقد ظهر أنّ القدر المسلم هو خيار المجلس و الحيوان و الشرط المطلق و أمّا لو قيل بالتوقف للأخبار المتقدمه الدّاله على أنّ التّلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له فالتّعدى إلى الخيار المنفصل مبنّى على المسألة الآتية و هي أنّ قاعده التّلف ممّن لا خيار له ساريه في غير خيار الحيوان و الشرط اللّذين هما مورد الرّوايات

و أمّا لو اقتصت بهما و خيار المجلس على إشكال فيه فلا- يمكن التّعدى إليه و كيف كان فالتّعدى و عدمه إمّا مبنّى على المسألة المتقدمه أو الآتية نعم بناء على ما اختاره المصنف في كلتا المسألتين من اختصاص كلا الحكمين بخيار الحيوان و الشرط و المجلس فلا فرق بين أن يكون مدرك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار عدم جواز التّصرف في زمان الخيار أو الأخبار المتقدمه

[مسألة من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار]

قوله قدّس سرّه مسأله من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار إلى آخره

لا- يخفى أنّ هذه القاعده أي كون التّلف في زمان الخيار ممن لا خيار له في الجملة من القواعد المسلّمه بين الفقهاء كقاعده كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه و لا إشكال في أنّها لا تشمل ما إذا كان الخيار للطرفين لأنّه ليس هناك من لا خيار له حتّى يكون التّلف منه و إنّما الإشكال من جهات أخرى

الأولى في شمولها للخيار الثابت للبائع أو اختصاصها بالمشتري بأن يكون تلف المبيع في زمان خيار المشتري على البائع لا تلف الثمن في مدّه خيار البائع على المشتري

الثانية في شمولها لجميع الخيارات أو اختصاصها بالخيار الزماني كالحیوان و الشرط أو تعمه و ما كان متوسطا بين الزماني و غيره كالمجلس فإنّه ليس زمانيًا و مضروبًا في الزمان حتّى يكون كخيار الحيوان و الشرط بل هو معنون بعنوان الاجتماع المنطبق على الزمان

الثالثة في كونها تعديّه صرفه مستفاده من الأخبار المتقدمه في المسألة السابقة أو أنّها مقتضى قواعد باب المعاوضه أيضا

الرابعة أنّ الضمان فيها هل ضمان المعاوضه أي بتلف المبيع يردّ الثمن إلى المشتري أو ضمان اليد فيرجع المشتري إلى البائع بالمثل أو القيمه و كلّ هذه الجهات محلّ الخلاف بين الأعلام و ليس إجماع على إحداها

و المشهور بينهم في الجبهه الأولى و الثانيه هو الاختصاص فاختروا اختصاص القاعده بخيار المشتري في خصوص الحيوان و الشرط و صرّحوا بأنّه إذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع و إن مات بعد العلم بالعيب و قيد المحقق الثاني كون الضمان على البائع في الاقتصاص من العبد الجاني بما إذا كان في الخيار المخصوص بالمشتري أي خيار الحيوان فيظهر من تقييده أنّ العبد من جهه العيب ليس في ضمان البائع مع أنّ العبد الجاني فيه جهتان من الخيار كونه معيبا و كونه حيوانا

و لكن يظهر من جماعه من المحققين التعميم بالنسبه إلى الجهتين فمنهم الشهيد قدس سره حيث قال و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار و منهم المحقق جمال الدين فى حاشيه الروضه و منهم صاحب الرياض و مفتاح الكرامه و حيث إن المسأله خلافیه فلا بدّ أولاً من تنقيح الجهه الثالثه

فنقول العقد المعاوضى متضمّن لالتزام كلّ من المتعاقدين بتسليم ما انتقل عنه إلى طرفه بحيث إنّ لكلّ واحد منهما حقّ حبسه حتّى يسلمه الآخر و لو سلّم أحدهما و امتنع الآخر فله إجباره و الترافع عند الحاكم و مع تعذّره فله المقاصه منه بإذن الحاكم أو مطلقاً و إن تلف مال كلّ منهما قبل التسليم على الآخر و لكن هذا إذا لم يكن العقد خيارياً و أمّا إذا كان خيارياً فهو بجميع ما يتضمّنه من المدلول المطابقى و الالتزامى

خيارى لأنه لا يمكن أن يكون لذى الخيار حل العقد و كان ملزما بما التزم به صريحا أو ضمنا فلا يجب عليه التسليم إلى أن ينقضى خياره و لو سلم تبرعا فله استرداده و هذا بخلاف من ليس له الخيار فإنه ليس له الامتناع من التسليم لو طولب به بمقتضى التزامه فى ضمن العقد

نعم لو امتنع ذو الخيار من التسليم فله المنع أيضا و له الاسترداد أيضا و لكن كل ذلك لا يقتضى أن يكون تسليم غير ذى الخيار كالعدم و يبقى ضمانه الثابت قبل القبض إلى ما بعد القبض قبل انقضاء خيار الطرف فلا بد من قيام دليل تعبدى على بقاء الضمان بعد خروجه عما هو وظيفته من القبض

و على هذا فانحصر المدرك فى الأخبار المتقدمه و هى مختصه بخيار الحيوان و الشرط و لا تعم المجلس فضلا عن غيره من الخيارات فالمرجع هو القواعد العامه و هى تقتضى أن يكون ضمان المال بعد القبض على مالكة الفعلى و لا يقال إن كون التلف ممن لا خيار له ليس منافيا للقواعد لأن مرجعه إلى انفساخ العقد و رجوع كل مال إلى مالكة الأصلى قبل التلف آنا ما ثم التلف منه كما يظهر منه قدس سره فى المتن

لأننا نقول و إن اقتضى الانفساخ ذلك إلا أنه بنفسه مخالف للقاعده فإن مثل قوله عز من قائل أوفوا بالعقود يدل على لزوم العقد و عدم انفساخه بلا موجب و بدون الانفساخ يمتنع أن يكون تلف المقبوض على غير قابضه و هكذا الأدله الداله على أن تلف المبيع فى العقد الخيارى المشروط برد الثمن على المشتري تدل على أن القبض موجب لأن يكون تلف المال على مالكة و كذلك الأدله الداله على التفصيل بين صوره القبض و عدمه فلا نحتاج إلى استصحاب عدم الانفساخ حتى يقال إن أصاله الضمان الثابت قبل القبض حاكم عليه لأن الشك فى الانفساخ مسبب عن الشك فى الضمان

هذا مضافا إلى أن الأدله الاجتهاديه على خلاف الاستصحاب لأن الضمان لو كان جعليا و كان مقتضى الشرط الضمنى فالجعل مقيد بعدم التسليم و أما لو كان شرعيا فقولته حتى يخرج من بيته يدل على انتهاء الضمان بالإخراج الذى هو كناية عن التسليم

نعم لو قلنا بكون الضمان قبل القبض تعديدا مع عدم تعرض دليل التعبد لحكم الضمان بعد القبض كان للاستصحاب مجال و بالجملة لو كان الضمان شرعيا صح الاستصحاب لو شك فى بقاءه بعد القبض و أما لو كان للشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده إنما هو بسبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فى القسم الثالث من استصحاب الكللى إلا أن يقال بحجته فيما كان المرتفع و المشكوك من سنخ واحد و التفاوت بينهما إما بالشده و الضعف أو بحسب الدقه العقلية دون المسامحه العرفيه كالحركه المتحصله من أمور متباينه

و بالجملة مقتضى العمومات و روايه عقبه بن خالد فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المال و يخرج من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه حقه إن المال بعد القبض فى عهده مالكة و لا يضمه غيره حتى يقال بالانفساخ فلو نوقش فى دلالة الأخبار الوارده فى خيار المشروط برد الثمن على كون الضمان بعد القبض على

المالك و لو كان ذا خيار بأن يقال هذه الأخبار تدلّ على ضمان المشتري الذي لا خيار له المبيع المنتقل إليه و لا تعرّض فيها
لضمان البائع الذي هو ذو الخيار الثمن الذي انتقل إليه

فلا تنافى قاعده التّلف فى زمان مّمن لا خيار له لكفى العمومات و روايه عقبه و القدر المسلّم من قاعده التّلف فى زمان الخيار هو خيار الحيوان و الشّروط الثّابتان للمشتري

و لا وجه للتّعدى إلى سائر الخيارات و لا إلى الخيار الثّابت للبائع إلّا توهم استفادتها بالعليه من قوله حتّى ينقضى الشّروط و يصير المبيع للمشتري بأن يقال كلّ من لم يستقرّ عليه المال لكونه ذا خيار يقدر أن يسلب ملكيته عن نفسه فتلف ماله على غيره أى بالتلف يفسخ معامله و يصير التّالف قبل التّلف آنا ما فى ملك من لا خيار له ثمّ تلف من ماله و على هذا فلا فرق بين الخيار الثّابت للبائع أو المشتري و لا بين خيار الحيوان و الشّروط و غيرهما من خيار المجلس و خيار تخلف الشّروط الضّمّيه

و لكنّه فاسد لأنّ كلمه حتّى قلما تستعمل فى العليه و معناها غالبا هى الغايه مع أنّ استفاده العليه منها تؤثر لو أحرز كونها علّه للمجعول لا الجعل و التّشريع

هذا مضافا إلى أنّ الظاهر من قوله ع إن كان بينهما شرطا أيّاما معدوده أن يكون الشّروط أمرا مضبوطا له أمد محدود و أن يكون نفس الخيار مجعولا- بينهما بجعل شرعى كخيار الحيوان أو بجعل منهما كخيار الشّروط لا أن يكون الشّروط أمرا آخر يوجب تخلفه الخيار كاشتراط التّساوى و الصّحه و الوصف

و على هذا فلا يشمل الدّليل خيار المجلس و إن كان مجعولا شرعيّا فضلا عن الخيارات الثّلاثه لا سيّما لو قلنا بحدوثها بعد العلم بالعيب و الغيب و نقد الوصف

أمّا خيار المجلس فلعدم كونه مضبوطا و ليس له أمد محدود فإنّ الأيام فى قوله ع أيّاما معدوده و إن لم تكن لها خصوصيه بل تشمل شرط الخيار السّاعه و السّاعات إلّا أنّها لا بدّ أن تكون معدوده محدوده

و أمّا الخيارات الثّلاثه فلائها ليست شرطا مجعولا ابتداء و إلغاء جميع الخصوصيات و جعل المناط كون العقد فى معرض الزّوال ليس قطعيا بل هو أشبه شىء بالقياس سيّما إذا قلنا بما ينسب إلى المشهور من كون ظهورها موجبا للخيار فإنّه يلزم تبدل الضمان و انتقاله من المغبون مثلا إلى الغابن و هذا بعيد كما أفاده المصنف قدّس سرّه من عدم شمول الروايه التّزلزل المسبوق بالزّوم

نعم لو قيل بالتعدى إلى خيار المجلس فله وجه لأنّ منتهاه و إن لم يكن مضبوطا إلّا أنّ كونه محدودا بزمان الافتراق مضبوط فكما يتعدى من الأيام إلى السّاعات قطعا يتعدى إلى عدم الافتراق و بقاء المجلس مع أنّه فى السيّخ متّحد مع الخيارين فى كونه مجعولا هذا بالنّسبه إلى سائر الخيارات الثّابته للمشتري

و أمّا التّعدى من حيث الثّمن إلى الثّمن فدعوى القطع باتّحادهما مناطا ليست جزافيه كما أفاده المصنف قدّس سرّه بل دعوى القطع بعدم الخصوصيه للمشتري و كون التّالف مبيعا مسموعه إذ لا منافاه بين ذلك و قاعده كون ضمان المال على مالكة فإنّها ليست تعبدية حتّى تصلح للمعارضه مع قاعده تلف المال مّمن لا خيار له بل هى من الأمور الارتكازيه المرتفعه بكلّ ما دلّ على

أنَّ ضمان المال على غير مالكة حتَّى استصحاب الضَّمان الثَّابت قبل القبض بل و لو قيل بأنَّها قاعده تعبدية إلَّا أنَّه لا شبهه في كونها مخصَّصة بقاعده التَّلف قبل القبض فلو شكَّ بعد القبض في بقاء الضَّمان فالمرجع هو استصحاب حكم الخاص لا عموم القاعده كما ظهر وجهه في خيار الغبن

فالعمده في دفع المنافاه بين القاعدتين ما ذكرناه من تخصيص قاعده كون تلف المال على مالكة بقاعده التَّلف لا ما أفاده قدس سرّه من أنَّ المراد من الضَّمان انفساخ العقد فلا منافاه لما عرفت من أنَّ الانفساخ بلا موجب هو بنفسه مخالف

للقاعده و الانفساخ قبل القبض إتما هو الشرط الضمني أو لدليل تعبدى و هو قوله ع كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال تابعه و حاصل الكلام أنه يمكن دعوى القطع باتحاد المناط و أنه لا- خصوصيه لتلف المبيع عند المشتري و لو أنكرنا ذلك فاستصحاب الضمان الثابت قبل القبض كاف فى حكومته على قاعده كون تلف المال على مالكه و ليس تقديريا و لا شكافى المقتضى كما لا يخفى

و لا يعارضه استصحاب عدم الانفساخ فإن الشك فيه مسبب عن الشك فى الضمان و الأصل السببى حاكم على المسببى

قوله قدس سره نعم يبقى هنا أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مده خيار البيع الخيارى من المشتري إلى آخره

لا يخفى أن الالتزام بالتعميم لا محذور فيه فإذا تلف الثمن عند البائع يفسخ البيع و يرد المبيع إليه إلا بعد رد الثمن فكأنه اشترط أن لا- يكون ضمان الثمن على المشتري فاسدا لأنه بعد الالتزام بالتعدى من مورد النص إلى تلف الثمن فى زمان خيار البائع لتتقيح المناط أو لاستفادته من العله المنصوصه فى الأخبار و هى حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري فشرط عدم كون تلف الثمن فى زمان خيار البائع من المشتري مخالف للكتاب فيكون كما لو اشترط عدم ضمان كل منهما لما انتقل عنه قبل القبض بل لو قلنا بأن القاعده ليست تعديده و إنما هى من مقتضيات الضمان المعاضى فشرط عدم كون تلف الثمن من المشتري فى زمان خيار البائع فاسد أيضا لكونه منافيا لمقتضى العقد

و بالجمله بناء على التعدى إلى الثمن و عدم الفرق بين الخيار المتصل و المنفصل فلا- محيص عن الالتزام باطراد القاعده و شمولها لخيار البائع المشروط برد الثمن كما أفاده قدس سره فى

قوله فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعده إذا كان الثمن شخصا إلى آخره

ثم لا يخفى أنه لا فرق فى الثمن و المضمن من حيث الكليه و الشخصيه أيضا و القاعده تختص بالشخصى دون الكلى

و توضيح ذلك أنه لو كان أحد العوضين أو كل واحد منهما كليا فمقتضى المعاضه بقاء الكلى فى ذمه من انتقل عنه إلى أن يسلم الفرد المنطبق عليه الكلى إلى المنتقل إليه فلو سلم غير المنطبق عليه عنوانا كالشعير بدلا عن الحنطه فهذا التسليم كالعدم لعدم وقوع العقد على ما ينطبق على المقبوض فيجب عليه الإبدال و لا خيار للمنتقل إليه بلا إشكال

و أما لو سلم غير المنطبق عليه وصفا كالمعيب بدلا عن الصحيح و غير الكاتب بدلا عن الكاتب فمقتضى القاعده أيضا الإبدال لعين ما ذكرناه فى تخلف العنوان إلا أن الظاهر من بعض الفقهاء هو التخيير بين الإبدال و الخيار بين الفسخ و الإمضاء بل إذا كان معيوباً فالتخيير بين الرد و الأرش و الإبدال و الظاهر أن ذلك جمع بين المتناقضين إذ لو تعين الكلى فى الفرد المقبوض فتخلف الوصف لا يقتضى إلا الخيار دون الإبدال و إن لم يتعين فيه فالمتعين هو الإبدال لا التخيير بينه و بين الخيار إلا أن يقال إن الجمع بينهما إنما هو للجمع بين القاعده و أدله الخيار فإن القاعده تقتضى الإبدال لعدم كون المقبوض ممّا ينطبق عليه ما وقع العقد عليه و أدله الخيار مثل قوله ع فإن خرج السيلعه معيبا و علم المشتري بالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رد عليه

بالقيمه أورش العيب تقتضى التّخيير بين الرّد أى فسخ المعامله و الإمضاء بلا أورش أو معه فتأمل

و كيف كان فالخروج عن عهده الكلّى ثمنا كان أو مثمنا إنّما هو بأداء الفرد المنطبق عليه عنوانا و وصفا فإذا أذاه كذلك فلا ضمان عليه لو لا قاعده الضّمان فى زمان الخيار و لكن حيث قد عرفت أنّ معنى القاعده هو انفساخ العقد بالتلف و أنّ

الضمان المعاوضى الثابت قبل القبض باق بعد القبض فلا وجه لشمول القاعده لتلف الفرد المقبوض من الكلى لأن تلف الفرد لا يقتضى إلما صيروره الكلى كغير المقبوض فلا- وجه لانفساخ العقد به و لا- جامع بين صيروره العقد كالعدم كما فى تلف الشخصى و القبض كالعدم و المفروض شمول القاعده لتلف الشخصى فلا تشمل الكلى

نعم لو قيل بأن معناها ثبوت الضمان الواقعى لا- اسمى فلا- مانع من شمولها للكلى لأن العقد بناء عليه لا يفسخ حتى يكون الشخصى مبيانا مع تلف الفرد المقبوض من الكلى

و بالجملة إذا قلنا بأن معنى القاعده أن الضمان الثابت قبل القبض لا يرتفع بالقبض فى زمان الخيار و أن الضمان المعاوضى باق فالفرق بين تلف الشخصى و الفرد من الكلى واضح فإن تلف المبيع الشخصى إذا كان فى زمان خيار المشتري على البائع بمقتضى النصوص يقتضى انفساخ العقد لا محاله و رجوع المبيع إلى ملك البائع آنا ما حتى يكون التلّف من ماله و هذا بخلاف الفرد من الكلى فإنه يمكن أن يكون من البائع بلا انفساخ المعامله

و ممّا ذكرنا ظهر وجه الأمر بالتأمل فى قول المصنف و هو أن انفساخ العقد لا عين له و لا أثر فى الأخبار حتى يكون لزومه فى الشخصى و عدم لزومه فى الكلى منشأ للفرق بينهما بل كون التلّف من ملك البائع بناء على ظهور الخبر فى ذلك هو الموجب للفرق بينهما فإنه فى الشخصى لا يستقيم إلا بالانفساخ و هذا بخلافه فى الكلى و لذا لو قلنا بأنه ليس معنى قوله من البائع كون التلّف ملكا له بل معناه أن خسارته عليه فلا حاجه إلى فرض الانفساخ فلا فرق بينهما

قوله قدس سرّه ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعه منهم كالمحقق و الشهيد الثانى أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه إلى آخره

هذه هى الجهة الرابعه التى أردنا تنقيحها فنقول الاحتمالات فى المراد من الضمان ثلاثه الأول هو الضمان المعاوضى كالضمان فى قاعده تلف المبيع قبل قبضه فمفاد النصوص فى المقام أن الضمان الثابت قبل القبض باق بعده إذا كان للمشتري خيار فالقبض فى زمان الخيار كالعدم و هذا هو الظاهر من الشهيد فى الدروس حيث قال و بالقبض ينتقل الضمان إلا إذا كان خيار فمعنى كون تلف المبيع فى زمان خيار المشتري من مال البائع هو انفساخ المعامله و انتقال المبيع إلى البائع آنا ما قبل التلّف

و على هذا لا يمكن أن يقيّد الانتقال إليه بما إذا فسخ المشتري لأن العقد بمجرد التلّف يفسخ قهرا فيرتفع موضوع حق الفسخ لأن بقاء العقد الثانى هو الضمان الواقعى أى المثل و قيمه المعبر عنه بضمان اليد فمفاد الروايات أنه لو تلف المبيع فى زمان خيار المشتري فغرامته على البائع سواء فسخ المشتري أم لم يفسخ

غايه الأمر أنه لو فسخ يسترجع الثمن و لا- شىء عليه للبائع و لو لم يفسخ يأخذ المثل أو قيمه فالفرق بين هذا الاحتمال و الاحتمال الأول يظهر فى صوره عدم الفسخ و أما فى صورته الفسخ فلا فرق بينه و بين الانفساخ فى أنه يسترجع الثمن الثالث هذا الاحتمال مع تقييد الضمان على البائع بما إذا فسخ المشتري و أما لو لم يفسخ فلا شىء له

ثم لا يخفى أنه بناء على التقييد لا وجه للاحتتمالات الثلاثة فى قوله قدس سره فىحتمل أنه يتخبر بين الرجوع على البائع بالمثل أو القيمه و بين الرجوع بالثمن و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن و يحتمل أن لا يرجع بشىء إلى آخره

لأنه إذا قيد التلّف على البائع بصورة فسخ المشتري فلا وجه للرجوع إليه في صورته عدم الفسخ

هذا مضافاً إلى أنه لا يعقل التخيير بين الرجوع إلى الثمن وإلى المثل والقيمة لأن الرجوع إلى الثمن أى المسمى إنما هو لانفساخ المعامله فلا يجتمع مع بقائها

و كيف كان فأقوى الاحتمالات هو الوجه الأول لأن الظاهر من التّصوّر أنّ الضمان السابق باق بعد القبض في زمان الخيار نعم قد يرد عليه إشكالان الأول أنّ في صحيحه ابن سنان فرض الأعمّ من تلف الوصف أو تلف العين فقال فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من يكون ضمان ذلك إلى آخره ولا معنى لأن تكون والأوصاف مضمونه بالمسمى لعدم وقوع شيء من الثمن بإزائها في عقد المعاوضه ولا يمكن الجمع بين الضمانين في قوله على من يكون ضمان ذلك فيتعين إرادته الضمان بالمثل أو القيمة في تلف العين أو الوصف

و فيه أنّ الضمان الواقعي وإن كان هو الظاهر من لفظ الضمان أو منصرفه ولكنه إنما يراد منه لو لم تكن قرينه على خلافه ومع تعهد الضامن ضمان المسمى وإمضاء الشارع له لا معنى لأن يراد الضمان الواقعي فينحصر إرادته ذلك فيما إذا لم يكن في البين تسميه كما لو قيل ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه أو لم يمسّ الشارع المسمى كما في المقبوض بالعقد الفاسد فإذا فرض أنّ الروايات دلّت على أنّ القبض كالعدم وأنّ الضمان السابق باق فلا معنى لأن يراد منها الضمان الواقعي

نعم لو دلّت على ارتفاع الضمان السابق بالقبض وجعل ضمان على حده بعد القبض كان الظاهر منه أو منصرفه هو الضمان الواقعي وهذا خلاف ظاهر السؤال أيضاً فإن قوله على من يكون ضمان ذلك لا يمكن أن يكون سؤالاً عن ضمان اليد لوضوح أنه على من تلف العين في يده وأما اتحاد معنى الضمان في تلف الوصف وتلف العين فهو وإن كان كذلك إلّا أن نتیجه كون الوصف في ضمان من ليس له الخيار أنّ عهده الوصف عليه أيضاً بعد القبض كما يكون عليه عهده الموصوف وتلف الموصوف يقتضى الانفساخ

وأما تلف الوصف فلا يقتضى الإبقاء خيار تخلفه دون الغرامه لا بالضمان الواقعي ولا بالمسمى وبالجملة الضمان في كليهما بمعنى واحد وهو أنّ عهده الوصف والموصوف على من لا خيار له فلو أسقط المشتري خيار الشرط أو انقضى مدته فله إعمال الخيار بالنسبه إلى فقد الوصف وعلى أي حال لا يقع بإزائه شيء من الثمن فلا يوجب تخلفه الغرامه

نعم قد ثبت في تخلف وصف الصيحه التخيير بين الأرش والخيار تعبداً لا لكونه مقتضى المعاوضه الثاني أنّ الضمان بالمسمى قد ارتفع بالقبض لخروج كلّ واحد من المتعاقدين عن عهده ما ضمنه وبالقبض انتقل الضمان بالمثل أو القيمة وانعكس الأمر به أيضاً فصار كلّ منهما ضامناً لما انتقل إليه فلو دلّ دليل على ضمان كلّ منهما لما انتقل عنه بعد القبض أيضاً يؤخذ بظاهره وهو الضمان الواقعي وفيه أنّ مفاد الدليل لو كان عدم تأثير القبض في رفع الضمان لا- تشريع ضمان على حده فلازمه بقاء الضمان السابق وهو المسمى وهذا هو الظاهر من قوله على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام ويصير المبيع للمشتري لأنّ معناه أنّ القبض ليس غايه للضمان بل الغايه انقضاء شرطه واستقرار الملك عليه بحيث لا يقدر أن يسلب الجده الاعتباريه عن

و على هذا فتأمل المصنف في عبارته الدروس بقوله و العبارة محتاجه إلى التأمل من وجوه عديدة في محلّه و إشكاله تاره يرجع إلى المبني و أخرى إلى المعنى

أما الأول فوارد على ما هو ظاهر كلامه في قوله وبعده لا يبطل الخيار من أن القبض يرفع الضمان المعاوضى و أن الضمان فى مدّة الخيار ضمان واقعى و هو مناف لقوله فى مقام آخر و بالقبض ينتقل الضمان إلما أن يكون خيار فإنّ ظاهره أنّ القبض كالعدم و الضمان المعاوضى باق

و أما الثانى فوارد على جملتين من كلامه الأولى قوله فلو فسخ البائع رجع بالبدل فى صورته عدم ضمانه فإنّ هذا الكلام تفرّيع على قوله وبعده لا يبطل الخيار أى لو قلنا بأنّ التّلف فى زمان الخيار لا يوجب سقوط الخيار كما هو مسلّم فى الجملة فلو كان ذو الخيار هو البائع و تلف المبيع عند المشتري كما هو مورد البحث و فسخ البائع يرجع إلى المشتري ببطل المبيع إذا لم يكن البائع ضامنا و هذا القيد الأخير لا يستقيم أصلا لأنه لا يمكن رجوعه إلى المشتري إلّا إذا كان الخيار مختصا به و لا يكون مشتركا و لا مختصا للمشتري

أمّا فى الخيار المختصّ بالمشتري فلما عرفت أنّ المشتري يرجع إلى البائع و أمّا فى الخيار المشترك فلا لأنّ ضمان كل منهما لا يمنع أن يرجع كلّ منهما إلى الآخر فلو تلف المبيع عند المشتري و فسخ البائع يرجع إلى بدل المبيع مع كونه بصورة عدم ضمانه هذا مع أنّ الضمير فى قوله عدم ضمانه يرجع إلى المبيع لا إلى الثمن كما هو واضح

و بالجملة لو كان الخيار مختصا بالبائع فلا يتصور كونه ضامنا حتّى يقتيد رجوعه بالبدل بصورة عدم ضمانه و لا يمكن فرض المسألة فى تلف الثمن عند البائع مع كونه ذا خيار أمّا أولا- فلا لأنّ ظاهر قوله لا يبطل الخيار و إن كان التّلف من البائع كما إذا اختصّ الخيار بالمشتري هو اختصاص القاعدة بتلف المثل و إلّا كان حقّ التعبير أن يقال و إن كان التّلف ممّن تلف عنده كما لو كان الخيار لطرفه حتّى يشمل الثمن أيضا و أمّا ثانيا فلا أنّه لو فرض تلف الثمن عند البائع و قلنا بأنّ التّلف لا يسقط الخيار فمقتضاه أنّه لو فسخ يسترجع المبيع و لو لم يفسخ يسترجع بدل الثمن

و على أىّ حال ليس هو ضامنا مع اختصاص الخيار به فلا وجه للتقييد و لا يمكن فرضها فى إتلاف البائع المبيع عند المشتري حتى يتصور ضمانه مع كونه ذا خيار أمّا أولا فلا لأنّ الإتلاف موجب لسقوط خياره و أمّا ثانيا فلا لأنّ القاعدة لا تشمل الإتلاف و أمّا ثالثا فلا لأنّ مفروض الشّهاد قدس سرّه هو التّلف

الثانية قوله قدس سرّه و لو أوجبته المشتري فى صورته التّلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع المثل أو قيمه فإنّ إيجاب المشتري إمّا بعد التّلف أو قبله فإذا كان بعده فلا محلّ له لأنّ خياره سقط بانتفاء الموضوع لارتفاع العقد و انفساخه بالتّلف قبل القبض فلا موقع لقوله لم يؤثر فى تضمين البائع لأنه لم يكن إيجابه قابلا لأنّ يؤثر حتى يقال لم يؤثر و إذا كان قبله فإيجابه غاية الأمر يجعل العقد غير خيار و لا- أثر لكون العقد لازما لإبطال أثر التّلف قبل القبض فإنّ العقد سواء كان خياريا ثم لم يكن يبطل بالتّلف الطّارى قبل القبض فإذا تلف المبيع يرجع الثمن إلى المشتري قهرا و لا وجه لأن يكون بدل المبيع من المثل أو قيمه راجعا إليه

و بعبارة أخرى انفساخ العقد بالتّلف قبل القبض لا يختصّ بالبيع الخيارى فسقوط الخيار لا يوجب بقاء العقد حتى يضمّن البائع

بدل المبيع فعلى أى تقدير قوله قدّس سرّه لم يؤثّر إلى آخره توضيح الواضح

نعم يمكن توجيهه بأن تكون هذه الجملة توطئه للجملة الأخيره و هى قوله و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره نظر فيكون حاصل الجملتين هو التردد بين الوجه الثانى و الثالث من الوجوه المتقدمه بأن يكون الضمان واقعيًا مطلقًا أو مقيدًا بصوره الفسخ فلو لم يفسخ المشتري بل أوجب

العقد فى زمان الخيار فهل يؤثر فى تضمين البائع المثل أو القيمه أو لا يؤثر وجهان فلو كان مقتيدا لا يؤثر أى لا يوجب تضمينا و لو كان مطلقا يؤثر

قوله قدس سره ثم إن الظاهر أن حكم تلف البعض حكم تلف الكل إلى آخره

لا- يخفى أن تلف البعض موجب لانفساخ المعاوضه بالنسبه إليه كتلف الكل لأن الأبعاض يقسط عليها الثمن فتلف البعض فى زمان الخيار فى ضمان من لا خيار له و أما تلف الوصف فهو و إن كان فى ضمانه بمعنى أنه يوجب الخيار سواء كان قبل القبض أو بعده إلا أنه لا وجه لانفساخ المعامله به من غير فرق بين وصف الصّحه و غيره لعدم وقوع شىء من الثمن بإزائه

نعم بين وصف الصّحه و غيره فرق من جهه أخرى و هو أن فى تلف وصف الصّحه يتخير المالك بين الردّ و الأرش دون غيره و على أى حال لا فرق بينهما من جهه الانفساخ و قد تقدّم فى خيار الغبن فى ذيل عنوان التغيير ما يوضح ذلك فراجع

قوله قدس سره و أما إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره إلى آخره

لا يخفى أن مورد القاعده مثل مورد قاعده التّلف قبل القبض هو التّلف السّماوى و لقوله ع فهلك فى يد المشتري و أما الإتلاف فله أحكام أخر و تقدم الإشاره إليها إجمالاً فى خيار الغبن

ف نقول توضيحاً لما تقدّم و تنبيهاً على عبارته المتن إن صور الإتلاف كثيره لأنه تاره يكون بفعل البائع و أخرى بفعل المشتري و ثالثه بفعل الأجنبى و على التقادير تاره يكون الثمن تالفاً و أخرى المضمن و على التقادير تاره يكون قبل القبض و أخرى بعده و على التقادير تاره يكون الخيار لأحدهما أو كليهما و أخرى لا- يكون خيار مطلقاً و هذه الصّور تجرى فى إتلاف البعض أو الوصف و الوصف تاره يكون وصف الصّحه و أخرى غيره من الأوصاف

و كيف كان فلا شبهه فى أنه لو أتلف ذو الخيار ما انتقل إليه سقط به خياره و لو أتلف ما انتقل عنه فإتلافه فسخ للمعامله لأنّ كلّاً من الإتلاف فيما انتقل إليه و فيما انتقل عنه تصرف منه و تصرفه فيما انتقل إليه إجازة و فيما انتقل عنه فسخ بالشّرائط المتقدمه بأن لا يكون للاختبار أو الغفله و نحو ذلك

و أمّا لو كان للاختبار أو الغفله أو الجهل بسبب الخيار كإتلاف المغبون ما انتقل إليه قبل اطلاعه على الغبن فليس إجازة كما تقدّم فى خيار الغبن و على هذا فلو أتلف ذو الخيار ما انتقل عنه غفله قبل إقباضه إلى من انتقل إليه لا يكون إتلافه فسخاً بل يكون موجبا للخيار لمن انتقل إليه لتعدّر التسليم كما لو أتلفه الأجنبى قبل القبض

و بالجمله إتلاف ذى الخيار ما انتقل إليه سواء وقع قبل القبض أو بعده استيفاء لماله و إسقاط لخياره بالشّرائط المتقدمه و إتلافه ما انتقل عنه مطلقاً فسخ للمعامله بالشّرائط المتقدمه و مع فقد الشّرائط يختلف حكم قبل القبض و بعده فإنّه لو وقع قبله يوجب الخيار للمنتقل إليه و أما لو وقع بعده فلا يوجب الخيار هذا حكم إتلاف ذى الخيار

و أمّا إتلاف غير ذى الخيار و الأجنبي فلا- يبطل خيار ذى الخيار و تقدّم حكمهما فى خيار الغبن فلنرجع إلى العبارة فنقول مفروض كلامه قدّس سرّه هو تلف المبيع فى يد المشتري المذى له الخيار و ينطبق ما أفاده على الفروض إلى قوله و إن كان بإتلاف أجنبيّ

و أمّا من قوله و إن كان بإتلاف أجنبيّ تختير أيضا بين الإمضاء و الفسخ و هل يرجع حينئذ بالقيمة إلى المتلف أو إلى صاحبه أو يتختير وجوه إلخ فكأنه ينعكس الفرض و هو إتلاف الأجنبي ما انتقل عن ذى الخيار و هو الثمن كما هو ظاهر غير موضع من كلامه منها قوله و هل يرجع حينئذ فإنّ الظاهر أنّ ضمير يرجع راجع إلى ذى الخيار

و لو كان المبيع تالفا لا يستقيم سواء أمضى العقد أو فسخ لأنه لو أمضاه فليس له الرجوع إلى صاحبه لاستقرار الثمن في ملك البائع بامضاء المشتري و لو فسخه ليس له الرجوع إلى الغاصب لأن المبيع بمجرد الفسخ ينتقل إلى البائع فله الرجوع إلى الغاصب أو إلى ذى الخيار لا أن ذى الخيار مخير

نعم لو كان ضمير يرجع راجعا إلى المفسوخ عليه ينطبق على فرض المقام و هو تلف المبيع عند المشتري إلا أنه خلاف الظاهر و أميا لو فرض كون الإتلاف واقعا على الثمن المنتقل إلى البائع ففسخ المشتري فللترديد بين رجوعه إلى المتلف أو إلى صاحبه وجه و منها قوله و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ إلى آخره لأن رجوع المبيع التالف في ملك الفاسخ أى المشتري لا معنى له بل فسخ المعاملة يقتضى رجوع الثمن إليه و منها قوله أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ إلى آخره و منها قوله الفاسخ فى الشطر الأخير من هذا العنوان و منها قوله بعد ذلك و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان

نعم ينطبق العبارة على المقام إذا قلنا بأنها غلط من قلم الناسخ و أن الصحيح هو المفسوخ عليه بدل الفاسخ فى المواضع الثلاثة و الفاسخ بدل المفسوخ عليه فى قوله و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان كما لا يخفى و هكذا لا بد من التصرف فى لفظى الثمن و المثلثان فإن انطباقها على المقام يصح بأن تكون العبارة هكذا و من أنه إذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلثان فى ملكه

و كيف كان فانطبق العبارة على المقام يحتاج إلى التصرف فيها و أما لو جعلنا قوله و إن كان بإتلاف أجنبى إلى آخره إعراضا عنه و بيانا للقاعده الكليه فإذا أتلث الثمن و لم يفسخ المشتري يرجع البائع إلى المتلف بلا شبهه

و أما لو فسخ فتاره يفسخ بعد رجوعه إلى المتلف و أخرى قبله فإذا فسخ بعد رجوعه إليه فلا إشكال أيضا لأن الثمن كان ملكا للبائع و رجع مالكة إلى المتلف و برئ ذمه المتلف و فسخ المشتري لا يوجب إلا تعلق حقه ببدل الثمن الذى هو فى عهده البائع لا المتلف و أما لو فسخ قبل رجوع البائع إلى المتلف فهنا محل الوجوه الثلاثة من تعيين الرجوع إلى البائع أو المتلف أو التخيير و مبنى الوجوه قد تقدم فى خيار الغبن و قلنا إن الأقوى هو التخيير كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد كما فى تعاقب الأيدي

و ما أفاده المصنف فى المقام من أنه أضعف الوجوه لا وجه له بل تعيين الرجوع إلى البائع أضعف الوجوه لأنه متفرع على أن يكون المتلف ضامنا للمالك الفعلى للمال و هو متفرع على الانتقال إلى قيمه يوم التلف و قد تقدم فى ضمان القيمي أنه أضعف الأقوال سندا

[مسألة و من أحكام الخيار أنه لا يجب على المتبايعين تسليم العوضين فى زمان الخيار]

قوله قدس سره و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار إلى آخره

قد عرفت في خيار المجلس أنّ من أعظم الشّروط التي يتضمّنّها العقد هو التّسليم و التّسلم بل هو الغرض الأصلي من المعاوضه فإذا لم يكن العقد خياريا يجب التّسليم على الطّرفين و يثبت لكلّ واحد منهما حقّ حبس ما انتقل عنه إذا امتنع الآخر من التّسليم لأنّ ذلك أثر التّزام كلّ منهما على التّسليم فيكون حاكما على قاعده السّلطنه و حرمة التصرّف في مال الغير بدون إذن مالكه و أمّا لو كان خياريا فحيث إنّ العقد بجميع مداليه المطابقية و الالتزامية تحت يد ذي الخيار لا يجب عليه التّسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يقال هذا مخالف لقاعده السّلطنه لأنّ من لا خيار له لو انتقل إليه المال على نحو كان لمالكه الأصلي التسلّط

على عدم التسليم لم يثبت له السلطنة المطلقة و بالجمله قاعده السلطنة قابله للتضييق

فما أفاده قدس سره من أنه لم أجد لهذا الحكم وجها معتمدا فيه ما لا يخفى مع أنه قدس سره في فروع بيع الصرف و أحكام القبض ملتزم بذلك و كيف كان فما أفاده العلامة غير قابل للمناقشه و إن قلنا بتعلق الخيار بالعقد لأن عدم وجوب التسليم على ذى الخيار ليس لتعلق حقه بالعين كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونه حتى يكون قابلا- للمنع بل لما عرفت من أنه لو لم يجب الوفاء بالعقد عليه لا يجب عليه الوفاء بما التزم به فى ضمنه فيجوز له حبس العين و إن جاز للآخر أيضا حبس ما انتقل عنه و لو لم يكن له الخيار لأن التزامه بالتسليم كان منوطا بتسليم صاحبه

نعم يصح المناقشه فيما أفاده فى قوله و لم يتبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده فإن المتبرع لو كان من عليه الخيار فلمنع ذى الخيار عن التسليم وجه و هو كونه ذا خيار و أمّا لو تبرع ذو الخيار فلا وجه لمنع الآخر عن التسليم مع كونه ملتزما به

غايه الأمر أن التزامه كان منوطا بتسليم ذى الخيار و المفروض تبرعه به و هكذا فى قوله و له استرداد المدفوع قضيه للخيار لأن الدافع و إن كان من له الخيار إلا أن مقتضى خياره هو الامتناع عن التسليم ابتداء و أمّا بعده فلا دليل على جواز استرداده إلا إذا كان اتفاقيا كما هو الظاهر حيث جعل المخالف بعض الشافعيه

[مسأله قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين]

قوله قدس سره قال فى القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين إلى آخره

لا يخفى أن هذه القاعده مسلّمه فى الجمله و لا تعارضها قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف فى زمان الخيار فإن التلف فى الموردين و إن أوجب سقوط الخيار إلا أن إيجابه له إنما هو لانفساخ العقد به و مورد هذه القاعده إنما هو مع بقاء العقد فلا تراحم بينهما ثم إن موردها إنما هو فى الخيار الشرعى لا- الجعلى فإنه تابع لكيفيه الجعل فقد يتعلق الخيار بنفس العين بخصوصيتها الشخصيه و قد يتعلق بماليتها فمن اختلافهما لا يمكن الاستظهار لإثبات القاعده أو نفيها كما أنه لا يمكن إحراز الثبوت أو السقوط من كلمات الأعلام فإنه قد يظهر منهم التأمل فى بقاءه مع التلف فى جملة من الموارد

منها فى المباحه لو ظهر كذب البائع فى رأس المال فإنه لا شبهه فى ثبوت الخيار للمشتري إمّا للإجماع أو لإرجاعه إلى تخلف الشرط الضمنى حيث إن بيعه برأس المال يتضمن اشتراط صدقه فى أخباره و مع ذلك لو تلف المتاع فى يد المشتري فقد تردّد العلامة فى ثبوت الخيار بل حكى عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم و علل ذلك بأن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين و لكن قوَى فى المسالك و جامع المقاصد ثبوته

و منها فى الغبن فإن المحقق الثانى تردّد فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه بل ظاهر العلامة سقوطه فى التلف الحكمى كما إذا نقل المغبون العين عن ملكه معللا بعدم إمكان الاستدراك حينئذ

و منها خيار الرّؤيه فإنّ المحقّق الثّاني ألحقه بخيار الغبن في سقوطه بتلف العين

و على هذا فالصواب تحقيق المسأله على مقتضى القواعد العامه فنقول بعد ما تقدم مرارا أنّ الخيار عباره عن ملك فسخ العقد و إقراره فتلف العين لا- يقتضى سقوطه و لو كان طريقا لاسترجاع العين لأنّه ليس طريقا لاسترجاعها بخصوصيتها الشخصيه بل طريق لاسترجاعها بماليتها و هى محفوظه فى كلتا صورتى بقاء العين و تلفها بل لو لم يرد فى الأدله لفظ الخيار و إنّما ورد الردّ و الاسترداد فتلف العين لا يقتضى امتناعهما لأنّهما ليسا ظاهرين فى الردّ و الاسترداد الخارجيين بل المقصود منهما الردّ و الاسترداد فى الملك مع أنّه لم يرد فى الأدله لفظ الردّ

إلما فى خصوص خيار العيب و النزاع فى سقوطه بالتلف أو بقاءه لغو لأن أعمال الخيار فيه يتوقف على بقاء العين بحالها فلو تغيرت عما وقع العقد عليه و لم تكن العين قائمه بعينها سقط الخيار فضلا عما إذا تلف

هذا مع أنه لو دلّ الدليل على ثبوت حق الرد فنقول إنه إما أمر أجنبي عن الخيار و إنما هو حكم شرعى تعبدى و لا يترتب عليه آثار الخيار من سقوطه و نقله إلى الغير كجواز الرجوع إلى العين الموهوبه أو جواز الرجوع فى المعاطاه فإنه لا يصلح للإسقاط و لا المصالحة عليه و لا أن يرثه الوارث و إما مرجعه إلى ذاك المعنى المتعلق بالعقد الغير المرتبط بشىء من العوضين

و بالجمله لو استفيد من جواز الرد هذا المعنى القابل للنقل و الإسقاط فهو متعلق بالعقد و لا يدور مدار بقاء العين و لو لم يستفد ذلك فهو حكم شرعى فى مقابل الخيار فليس فى المقام معنيان قابلان لأن ينطبق عليهما الخيار و كان أحدهما متوقفا على بقاء العين دون الآخر فلا وقع للترديد

و ما أفاده قدس سره من أن إرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه فى كلمات الشارع فيه ما لا يخفى فإن حصل ما أفاده هو أن الرد و إن كان مقابلا للخيار و لزوم بقاء العين فيما إذا ورد فى الأدله لفظ الرد لا يقتضى لزوم بقاءها إذا ورد فيها لفظ الخيار إلا أن لفظ الخيار أيضا مردد بين معنيين و لم يعلم ما أريد منه فى الأدله فيحتمل إرادته معنى منه يتوقف على بقاء العين

و لا يخفى أنه ليس معنى الخيار فى الأدله إلا ما هو اصطلاح المتأخرين فيه فإنهم استفادوا هذا المعنى من الأخبار و من كلمات القدماء و هذا المعنى لا يتوقف على بقاء العين فإنه فى مقابل لزوم العقد سواء كان ثابتا بجعل شرعى أم ناشيا من تخلف الشرط الضمنى

نعم الخيار الجعلى المالكى يمكن تقييده بصوره بقاء العين و أما مع الإطلاق فحكمه حكم القسمين الأولين

أمّا الخيارات المبعوله شرعا كما فى خيار الحيوان و المجلس و التأخير على وجه فالظاهر من أدلتها كقوله ع لو افترقا وجب البيع و قوله ع فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء و قوله ع و إلا أى لو لم يأت بالثمن فلا بيع بينهما كون الخيار فى مقابل اللزوم العقدى الذى لا ربط له بالعوضين مع أنه لو منعنا الظهور فى ذلك إلا أنه لا شبهه فى أن إطلاق الأدله يقتضى بقاء الخيار مع التلف أيضا هذا مع أن الاستصحاب يقتضى بقاءه أيضا و ليس من الشك فى المقتضى لأنه لو لم يحدث الأمر الزمانى و هو التلف نقطع ببقائه فى عمود الزمان

و أمّا ما كان مستندا إلى تخلف الشرط كخيار الغبن و العيب و الرؤيه فتعلقه بالعقد أوضح فإنه ليس متعلقا به و مجعولا فى ضمنه ابتداء بل المجعول هو الشرط فإذا تخلف فلا التزام حقيقه و نتيجة صحه العقد و عدم الالتزام بالفاقد ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و عدم توقفه على بقاء العين واضح و حاصل الكلام أنه لا وجه لسقوط الخيار بتلف العين بعد كون يد المتعاقدين يد ضمان

غايه الأمر أن كلّا منهما يضمن مال صاحبه قبل القبض و يضمن ما انتقل إليه بعده و كون الشخص ضامنا لمال نفسه معناه أنه لو

تلف ثم طرأ فسخ و انفساخ أو إقاله يجب عليه ردّ المثل أو قيمه و لا ينتقل إليه بدل التالف مجاناً فزمانه يقتضى عدم سقوط حق الخيار بتلف متعلقه و إنما المانع عن إعماله عدم كون ذى اليد ضامناً كما فى الهبه و لذا يمتنع الرجوع إذا تلف العين الموهوبه

[مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]

قوله قدس سره مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه إلى آخره

لا يخفى

أنه لا فرق بين يد الفاسخ و المفسوخ عليه فإن يد كل منهما يد ضمان و مجرد عدم أخذ الفاسخ ماله من المفسوخ عليه و إبقائه عنده لا يقتضى أن تصير يده يد أمانه إلا أن يجعله وكيلا في الحفظ و إقدام الفاسخ على الفسخ ليس تسليطا للمفسوخ عليه على ماله فلا وجه لخروجه عن الضمان

نعم قد يتوهم الإشكال على أصل الضمان مطلقا و حاصله أن الضمان بعد الفسخ إن كان هو الضمان الثابت عليهما قبله أى الضمان المعاوضى فالمفروض انتفاء موضوعه هذا مع أنه كان بالعوض المسمى و هو ارتفع يقينا فبطل أصل الضمان لامتناع بقاء الجنس مع ذهاب فصله و إن كان ضمان اليد فشمول دليل اليد للمقام مشكل لعدم تجدد اليد و الاستيلاء على مال الغير

و لكنك خير بفساد التوهم فإن الاستفادة من دليل اليد أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه إلا أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال إنه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمل قوله ص على اليد ما أخذت بل اعتبر بالقربه العقليته فى موضوع الحكم بوجوب الأداء و لا شبهه أنه حين الحكم بوجوب الأداء هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير و إن لم يكن حين الأخذ كذلك

و بالجملة المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان ثم إنه لا ينافى ضمان كل منهما لما فى يده مع جواز حبسه حتى يسلم الآخر ما فى يده لما تقدم أنه من مقتضيات عقد المعاوضه كاقضاءه التسليم على كل منهما ابتداء

[القول فى القبض]

[مسألة اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول]

قوله قدس سره اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول إلى آخره

لا يخفى أن معنى القبض متحد فى جميع الموارد و هو الاستقلال و الاستيلاء على الشئ ء و إنما الاختلاف نشأ مما يتحقق به القبض ففى غير المنقول هو التخليه و فى المنقول هو حصوله تحت اليد و لا فرق بين أفراد المنقول من المكيل و الموزون و المعدود و غيرها و اعتبار الكيل و الوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود ليس لعدم تحقق القبض إلا بها بل لدليل خارجي كما أن مجرد الكيل و الوزن و العد من دون التسليم إلى من انتقلت هذه الأشياء إليه لا يتحقق بها القبض

فمما ذكرنا ظهر أنه لا وجه لعد الاختلاف فى الآثار بين الإقباض و القبض من اختلاف معنى القبض لما عرفت من أن معناه فى جميع الموارد واحد فالأولى صرف الكلام إلى الأحكام المترتبة على القبض فنقول الإقباض و القبض الذى بمعنى الانقباض ليسا كالكسر و الانكسار بحيث لا يمكن التفكيك بينهما خارجا بل هما من قبيل الإيجاب و الوجوب فإن الكسر و الانكسار ليس لهما مرتبه إنشائية بل هما أمران خارجيان لا يتحقق كل منهما بدون الآخر بخلاف الإيجاب و الوجوب فإن لهما مرتبه إنشائية و مرتبه خارجيه و الإنشائي من الإيجاب و إن لم ينفك من منشئه فى هذه المرتبه و لو صدر ممن ليس له حق الإيجاب إلا أن

الخارجي منه و الذي يترتب عليه الأثر ينفك عن الإنشائي لأنّ السافل و إن أنشأ جدًا و حقيقه إلّا أنه لا يصير إيجابه منشأً لتحقيق الوجوب خارجا

و هذا حال جميع العقود و الإيقاعات فإنّ تأثيرها خارجا ينفك عن إيجادها أي إنشائها لفظا و ذلك واضح و حال القبض و الإقباض كحال الوجوب و الإيجاب لو قلنا بأنّ الإقباض هو التخليه و الانقباض دخوله تحت اليد و الاستيلاء فإنّه

قد يتحقق التخليه و لا- يتحقق تحت الاستيلاء كما أنه قد يقع دخوله تحت الاستيلاء من دون تسليط من له حق الإقباض فإذا اختلفا خارجا فلا بدّ من البحث عن أحكام القبض في أنّها هل مترتبة على فعل المقبض أو على فعل القابض

فقول الحكم لو كان تكليفيًا كوجوب الإقباض على الغاصب و على المتبايعين فيما يجب عليهما فلا محاله يترتب على فعل المقبض لأنّ التكليف يتعلّق بالمقدور فوجوب الإقباض على الغاصب هو رفع موانع استيلاء المغصوب منه على ماله لا وصوله تحت يده و لو كان وضعيًا فتارة ينشأ من قبل اشتراط أحدهما و أخرى من التعيّد فلو نشأ من الاشتراط فيصير الأمر كالتكليف لأنّ الشرط راجع إلى ما هو تحت قدره المشروط عليه فلو شرط البائع على المشتري أن يبيع المبيع من زيد فمرجع الشرط إلى وجوب عرض المشتري المبيع على زيد و إنشاء البيع من المشتري و أمّا شراء زيد و قبوله له فهو خارج عن الشرط فلو قلنا بأنّ كون تلف المبيع قبل القبض من باب الشرط الضمني فإذا رفع البائع موانع قبض المشتري و خلّى بينه و بين المبيع فهو برىء من الضمان و إن لم يتسلمه المشتري

و لو نشأ من دليل التعيّد يراعى كيفيّة الجعل و ظاهر النبوى كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه أن رفع الضمان بقبض المشتري و ظاهر روايه عقبه بن خالد حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته هو أن رفعه بتخليه البائع فإنّ ظاهر قوله ع حتى يقبضه و إن كان موافقا لظاهر النبوى لأنّ الإقباض خارجا بدون القبض لا يتحقق إلّا أنّ عطف قوله ع و يخرج من بيته على قوله يقبض المتاع يوجب صرف ظهور الإقباض عمّا هو ظاهر فيه و يجعله بمعنى التخليه الصّرفه لأنّه ظاهر في كونه تفسيراً له فلا بدّ من حمل أحد الخبرين على كونه وارداً مورد الغالب و إذا لم يتحقق ترجيح و أمكن حمل كلّ منهما على الغالب بأن يحمل روايه عقبه على الغالب من ملازمه الإخراج مع الوصول إلى المشتري فالمدار على الوصول إليه أو يحمل النبوى على وروده مورد الغالب من ملازمه حصول القبض مع إقباض البائع فالمدار على فعل البائع فيتساقطان و المرجع هو الوصول و الاستصحاب يقتضى الضمان إلّا إذا حصل القبض خارجا من إقباض البائع لو كان منشأ الضمان التعيّد و أمّا لو كان منشأ الشرط الضمني فلا يجرى الاستصحاب لأنّ الاشتراط يرجع إلى ما هو فعل المشروط عليه

[الكلام في أحكام القبض]

إشارة

قوله قدس سرّه الكلام في أحكام القبض إلى آخره

لا يخفى أنّه من القواعد المجمع عليها أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه و مع الغرض عن الإجماع يدلّ عليه النبوى و روايه عقبه بن خالد فأصل الحكم في الجملة مسلم و إنّما الكلام في أنّه تعيّد صرف أو من باب اشتراط المتعاقدين و قبل تنقيح البحث عنه يجب ذكر معاني الألفاظ الواردة في هذا العنوان التي أشير إليها إجمالاً في بحث الخيار و أحكامه

□

أمّا المبيع فلا- يشمل بحسب اللفظ الثمن و لو قيل بشموله له مناطاً كما سيّجىء إن شاء الله و أمّا التّلف فهو ظاهر في التّلف

السِّمَوى أو ما يلحق به كما لو كان الإِتلاف واجبا شرعا كمورد القصاص و الارتداد و صيروره العبد حرًا لا بفعل من مالكة
كالمزمن و المعقد فمثل التنكيل خارج عن هذا الباب لأنّه إِتلاف و إن ترتّب العتق عليه كترتّب المعلول على علّته و كما إذا
سرق المتاع و لا يعرف السّارق أو غضبه سلطان لا يرجى عوده و أمّا الإِتلاف

من البائع أو المشتري أو الأجنبي فهو خارج عن هذه القاعدة و لا يشملها النص سواء قلنا بالتعديده أو من باب اشتراط التسليم لأنه على أي حال لا موجب لانفساخ العقد بالإتلاف كما أشير إليه أيضا في قاعده التلف في زمان الخيار و أما القبض فقد عرفت معناه و هو الاستيلاء على الشئ ء

و أميا قوله فهو من مال بائعه فظاهره أن التلف يقع في ملك البائع و التالف يصير من أمواله سواء جعل الطرف لغوا متعلقا بتالف أو مستقرا متعلقا بثابت و على أي حال ليس معناه أن خسارته عليه كما في الغصب و إلا لكان اللأزم التعبير بعلى البائع و نحوه فلا يمكن جعل الزوايه دليلا على ثبوت الضمان الواقعي من المثل أو القيمه

إذا عرفت ذلك فنقول أميا أصل الضمان فمما لا- إشكال فيه لأد المشتري لم يعط الثمن مجانا للبائع و لا البائع المثلن مجانا للمشتري بل جعل كل منهما ماله بإزاء مال الآخر و هذا هو معنى الضمان في قاعده الخراج بالضمان و في قاعده كل ما يضمن بصحيحه فمعناه التعويض و إنما الكلام في أنه كيف يقتضى التلف انفساخ العقد لأن كون الثمن عوضا عن المبيع و عدم كونه مجانا معناه عدم هبه المشتري لا- وقوع التلف من البائع لأن المثلن ملك للمشتري و تلف في يد غيره من دون تفريط فنقول معنى عدم المجانيه و إن لم يقتض ذلك إلا أن المعاوضه تتضمن التزامات مطابقيه و التزامات ضميمته

و من الالتزامات الضميميه تسليم البائع المثلن إلى المشتري خارجا فإذا لم يمكنه التسليم يبطل العوضيه فإن قلت تعذر التسليم لا يقتضى البطلان غايته ثبوت خيار تخلف الشرط للمشتري قلت لو بقى المال على قابليه التسليم غايه الأمر تعذر العارض كالإباق أو الشرقة المرجو عوده أو امتنع البائع عنه فتلزم بالخيار

و أما لو لم يبق على قابليه التسليم كالتلف و ما في حكمه فلا معنى لخيار تخلف الشرط لأنه بطل العوضيه و امتنع الوفاء بالالتزام الضمني إن قلت امتناعه لا يقتضى أيضا بطلان المعاوضه غايه الأمر أنه يجب على البائع رد المثل أو القيمه قلت لو كان الالتزام الضمني هو البدليه على تقدير البقاء فالأمر كما ذكر و أما لو اقتضى البدليه على كل تقدير أى البدليه المطلقه فحيث خرج المثلن عن كونه قابلا للبدليه فلا بد من رجوع الثمن إلى ملك المشتري لاقتضاء المعاوضه ذلك

و بالجملة كل من المتعاقدين يجعل المبادله بين المالين اعتبارا و كذلك بينهما خارجا أى يعطى ماله و يأخذ عوضه و هذا معنى اشتراط التسليم فمرجع اشتراطه إلى أخذ ما سمّاه في عقد المعاوضه عوضا لا إلى أخذ البدل الواقعي فإذا بطل ما سمّاه في عقد المعاوضه عن العوضيه و خرج عن صلاحية البدليه يخرج الآخر عن البدليه فيرجع قهرا إلى مالكة و هذا معنى الانفساخ

ثم إذا رجع الثمن إلى المشتري فلا- بد أن يرجع المبيع إلى البائع و لا- يمكن قياسه على الغصب في أنه مع بقاء المغصوب على ملك المغصوب منه يرجع بدله إليه لأد الغصب لم يكن فيه معاوضه حتى لا يمكن الجمع بين العوض و المعوض بل وجوب البدل على الغاصب من باب الغرامه و بدل المائيه لا بدل العين

و في المقام حيث إن بدليه المثلن كانت بالمعاوضه و المعاوضه إذا اقتضت خروج المعوض عن ملك من دخل في ملكه العوض و بالعكس فبطلانها مقتض للعكس فإذا دخل الثمن في ملك المشتري فلا بد أن يخرج المثلن عن ملكه بل قيل بذلك

فى الغصب أفضا

و كىف كان ففى المقام لا إشكال أن الانفساخ

كالفسخ فكما أنّ بالفسخ يرجع كلّ من العوضين إلى ملك مالكة الأصلي فكذلك في الانفساخ و هذا ممّا لا إشكال فيه إنّما الكلام في أنّ رجوع المبيع إلى ملك البائع قبل التّلف آنا ما أيضا على مقتضى القواعد أو تعبد صرف و إلّا فمقتضى القواعد هو انفساخ المعامله و رجوع المبيع إلى البائع من جهة التّلف فهو معلول للتّلف فكيف يتقدّم عليه فنقول هذا أيضا على طبق القواعد و حقيقه المعاوضه تقتضى ذلك و يصير التّلف كاشفا لا علّه

و توضيح ذلك أنّه لو سلّم أن عقد المعاوضه اقتضى ضمان المسمّى لا المثل أو القيمه و لازمه انفساخ المعاوضه و أنّه اقتضى رجوع المثل إلى البائع يجب أن يقال برجوعه إليه آنا ما قبل التّلف لأنّه بعد التّلف لا يصلح للرجوع و لا قابليه له للعوضيه و المفروض أنّ بطلان المعاوضه يقتضى دخول ما خرج فإذا لم يبق ما خرج على صلاحته الدّخول اقتضى خلاف ما يقتضيه الانفساخ و مجرّد فرض التّلف موجودا لا يخرج عن المعدوميه فلا بدّ أن يلتزم بما هو صالح للرجوع و الصّالح إنّما هو قبل التّلف فتحصل ممّا ذكرنا أنّ المحتملات أو الأقوال ثلاثه

الأوّل كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع تعبدًا صرفًا مطلقًا الثّاني كونه مطابقًا للقاعده مطلقًا أى و إن لم يكن نصّ في المقام فجميع ما ذكرنا من الانفساخ و رجوع المثل إلى ملك البائع و رجوعه إليه قبل التّلف هو مقتضى قواعد المعاوضات الثّالث التّفصيل بين الجهات بأن يكون أصل الانفساخ على طبق القاعده و أمّا تحقّقه قبل التّلف فبالنّص الخاص و هو الرّوايه و النبوى

ثمّ إنّ يتفرع على الأوّل أنّه لا- يمكن التعدّى من تلف المبيع إلى الثّمن و لا من البيع إلى غيره إلّا إذا استظهر كون الخصوصيه ملغاه كما في خيار العيب فإنّه يتعدى عن البيع إلى سائر المعاوضات بل إلى شبهه المعاوضات من الخلع و مثله و أمّا لو علم دخل الخصوصيه أو احتمل كما في خيار المجلس فلا يمكن التعدّى

و على الثّاني و الثّالث يتعدّى إلى الثّمن في البيع و إلى المثل في جميع المعاوضات لأنّ أصل الانفساخ على القولين على طبق القواعد و كونه قبل التّلف أو بعده من جهة السّريان إلى غير البيع و فيه إلى الثّمن لا أثر له بل على الظّاهر لا أثر له أصلا بل هو نزاع علميّ فتدبر

[مسأله تلف الثّمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

قوله قدّس سرّه مسأله تلف الثّمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين إلى آخره

لا- يخفى أنّه حيث ثبت أنّ مقتضى المعاوضه مع إمضاء الشارع لها هو انفساخها بتلف كلّ واحد من العوضين قبل التّسليم فلا فرق بين تلف المثل أو الثّمن و لا- بين البيع و غيره من الصّالح و الإجاره بل لو قلنا بالتعبدية فلا فرق أيضا بين تلف المبيع أو الثّمن فإنّ النبوى و إن اختصّ بتلف المبيع إلّا أن روايه عقبه بن خالد صريح أو ظاهر في سرايه هذا الحكم إلى الثّمن أيضا فإنّ قوله ع فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتى يردّ إليه ماله صريح في أنّ المبتاع هو المشتري و الضّمان الثّابت عليه هو

الضمان المعاوضى الثابت على البائع و الضمير فى قوله لحقّه راجع إلى البائع فيصير مفاده أنّ المشتري لو قبض المبيع فهو ضامن لحقّ البائع حتى يرد إليه الثمن فإذا تلف الثمن قبل أن يردّه إليه يفسخ المعاوضه و يرجع المبيع إلى البائع و احتمال كون المبتاع هو البائع مساوق لأن لا يكون للشّروط جزاء كما أن احتمال رجوع الضّمير إلى المشتري أو كون الضّمان عليه هو ضمان اليد لا المعاوضى احتمال

لا يعتنى به مع أنّ الزوايه لو لم تكن صريحه فلا أقل من ظهورها في سرايه الحكم إلى الثمن فيكفى للمدعى

نعم بناء على التعديديه لا يتعدى من البيع إلى غيره من المعاوضات لأنّ إلغاء الخصوصيه و استظهار أنّ المناط هو المعاوضه يتوقّف على شَمّ الفقيهه خصوصا في تسريه الحكم إلى شبه المعاوضات كعوض الخلع و المهر

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا ظهر أمور أحدها ثبوت أصل الضمان و ثانيها كون الضمان ضمانا معاوضيا لا ضمانا واقعا فمقتضاه الانفساخ و ثالثها أنّ الانفساخ قبل التلّف آنا ما على طبق مقتضى المعاوضه فعلى هذا يجرى هذه الأحكام في سائر المعاوضات و رابعها أنّ الضمان يرتفع بتخليه البائع و إن لم يقبضه المشتري

و بقى هنا أمر آخر يجب التعرّض له و هو أنّه هل هذا الضمان قابل للإسقاط أم لا و الحق عدم سقوطه بالإسقاط لا لأنّه إسقاط لما لم يجب لأنّ الضمان فعلى بمقتضى المعاوضه و لا لأنّه مجعول شرعى تعبدى لا يقبل الإسقاط لأنّ التعبدى على قسمين قسم راجع إلى حقّ خلقى كخيار الحيوان أو قسم ممخّض فى كونه حكما شرعيا كلزوم النكاح و جواز الهبه فلو كان من قبيل الثانى فلا يقبل الإسقاط مطلقا لأنّه من آثار الحكم و هو المائز بينه و بين الحقّ و أمّا لو كان من قبيل الأوّل فلو رجع الإسقاط إلى أصل الجعل كما لو جعل العقد غير خيارى فهذا راجع إلى الشرط المخالف للكتاب أو لمقتضى العقد و أمّا لو رجع إلى إسقاط حقه فلا محذور كما قدّمناه فى خيار المجلس بل لأنّ حكم الضمان المعاوضى حكم ضمان الأعيان فكما أنّه ليس للمغصوب منه إسقاط الضمان عن الغاصب مع بقاء يده على حالها من كونها يد ضمان فكذلك فى المقام لأنّ المعاوضه إن اقتضت الضمان قبل القبض فقبل رفعها بالإقاله و قبل رفع عدم القبض بهبه أو إباحه لا يمكن أن يرفع مقتضاها

و بالجملة لا بدّ فى رفع الضمان من رفع موضوعه فمع بقاء الموضوع على حاله لا يمكن رفع أثره إمّا لأنّه مخالف لأصل الجعل أو مخالف لمقتضى العقد فليس رفعه تحت استيلائه و سلطنته

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

قوله قدّس سرّه لو تلف بعض المبيع قبل قبضه إلى آخره

لا شبهه فى أنّ تلف بعض المبيع كتلف كلّ لو كان البعض ممّا يقسّط عليه الثمن فى عقد المعاوضه كتلف أحد العبدین اللّذين باعهما صفقه و تلف منّ من الحنطه من عشره أمان سواء قلنا بأنّ القاعده على القاعده أو على التعبد

أمّا بناء على الأوّل لأنّ التلّف إذا اقتضى انفساخ المعاوضه بالنسبه إلى التالف فيرجع التالف آنا ما إلى ملك البائع

و أمّا على الثانى فلاّنّ المبيع و إن كان منصرفا عن بعض المبيع و ظاهره هو المنتقل إلى المشتري بعقد مستقلّ لا فى ضمن العقد الواقع على المجموع إلّا أنّ هذا الانصراف بدوى لصدق المبيع على كلّ جزء ممّا وقع عليه العقد و لذا لو لم يكن هذا الجزء موجودا أو مملوكا فى حال العقد يبطل البيع بالنسبه إليه و يصحّ فى الباقي

و أمّا لو لم يكن البعض ممّا يقسّد عليه الثمن كيد العبد و رجله فحكمه حكم تلف الوصف و الحقّ فيه أنّ تلفه لا- يوجب إلّا تحقّق الخيار للمشتري سواء كان الوصف ممّا ثبت فيه الأرش لو كان في أوّل العقد مفقودا أو لم يكن

و بالجمله لا فرق بين تلف وصف الصّحّه و سائر الأوصاف و تعذّر الشّروط فإن كلّها لو حدث بعد العقد و قبل القبض يكون موجبا للخيار لا الأرش لأنّ تعهّد البائع بالتسليم موصوفا لا يقتضى انفساخ المعاوضه بالنّسبه إليه بعد كونه موصوفا حال العقد و سرّه أنّ في عقود المعاوضه لا يجعل مقدار من الثمن مقابلا للوصف مطلقا فإنّ

الوصف و إن أوجب تفاوت المبيع فى القيمه إلما أنّ القيمه تجعل بإزاء المبيع و لا تجعل مقدار منها مقابلا للموصوف و مقدار منها إذ الوصف فالانفساخ بلا موجب

غايه الأمر أنّ الملزم لقبول المشتري لم يتحقق فله الردّ أو الإمضاء [□] مجّانا لأنّ الالتزام فعلا بالفاقد و قد ظهر سابقا أنّ الأرش على خلاف القاعده فلا يتعدّى إلى غير مورده هذا آخر ما وفّقنى الله تعالى لضبطه [□] ممّا استفدت من تحقيقاته دام ظلّه فيما يتعلّق بالمكاسب المحرّمه و كتاب البيع و الخيارات و الحمد لله أولاً و آخراً و صلّى الله على محمّد و آله الطيّبين الطاهرين

[□]
ثمّ لِمَا لَبِي شيخنا المعظم قدّس الله تعالى سرّه داعى الحقّ و جاور ربّه الكريم طلب منّى جماعه من العلماء و الأعاضم من إخوانى المؤمنين بل أمرونى بطبعه و نشره ليكون تذكره لاسمه و ينتفع به أولو العلم من بعده فامتثلت أمرهم و أحببت أن ألحق به ما استفدته منه فى قاعده الضّرر و زينتته تيمّناً بثالث و هو ما صنّفه قدّس سرّه فى حكم اللباس المشكوك فيه فإنّه رساله شريفه تحتوى على جملة من القواعد الفقهيّه و المسائل الأصوليّه و الدقائق الحكميّه و تأليف لطيف لم يكتب مثله فى الإماميّه فأقول و بالله سبحانه و تعالى أستعين

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 آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



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

