



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

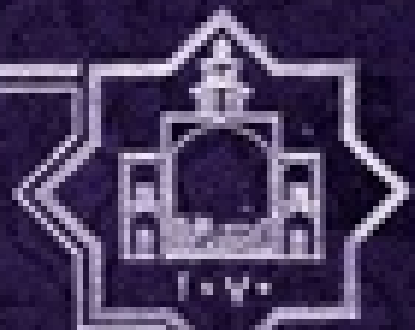
اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه واهله

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir



شرح

خيارات اللُّمعة

تأليف

الفقيه المحقق الشيخ علي

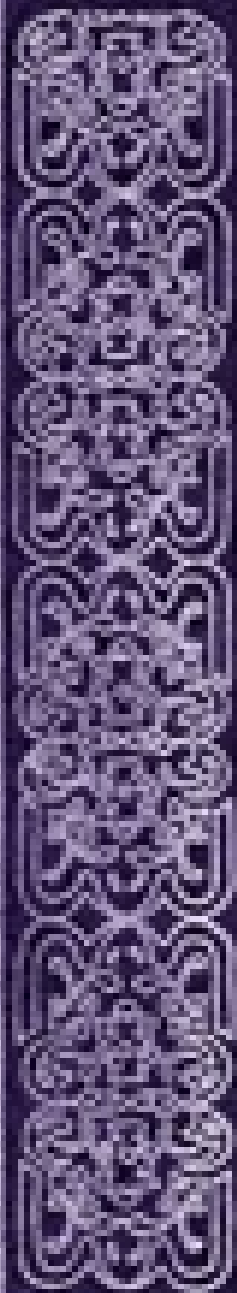
نجل الشيخ الكبير كاشف الغطاء رحمته الله

الطبع في سنة ١٣٥٣ هـ



مكتبة دار الحديث
بمكة المكرمة

الطبعة الأولى سنة ١٣٥٣ هـ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شرح خيارات اللمعه

كاتب:

على بن جعفر كاشف الغطاء

نشرت في الطباعة:

جامعه مدرسين حوزة علميه قم، دفتر انتشارات اسلامي

رقم الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	شرح خيارات اللعه
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٤	مقدمه التحقيق
١٤	اشاره
١٤	[موجز من حياه المؤلف قدس سره]:
١٨	[الفصل التاسع الخيار فى الخيار]
١٨	اشاره
٢٢	[الأول خيار المجلس]
٢٢	اشاره
٢٤	[او هو مختص بالبيع]
٢٨	[او يسقط بأمر]
٢٨	[باشتراط سقوطه فى العقد]
٣٠	[او باسقاطه بعده]
٣٢	[او بمفارقة أحدهما صاحبه]
٤٨	[او لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر]
٤٩	[او لو خيره فسكت فخيرهما باق]
٥١	[اتتميم]:
٥٥	[الثانى: خيار الحيوان]
٥٥	اشاره
٥٦	[او هو ثابت للمشتري خاصه]
٥٦	[او البحث فى هذه المسأله يقع فى مقامات]
٥٦	اشاره

- ٥٧ [الأول في اختصاص هذا الخيار بالبيع]
- ٥٧ [الثاني في معنى البائع والمشتري]
- ٥٨ [المقام الثالث في اختصاصه بالمشتري]
- ٦٦ [أو مدته ثلاثة أيام]
- ٦٧ [أشروعه من حين العقد]
- ٦٩ [أو يسقط بأمور]
- ٦٩ [يسقط باشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد العقد]
- ٧٠ [أو يسقط بتصرفه]
- ٧٧ [الثالث خيار الشرط]
- ٧٧ اشاره
- ٧٨ [لا بد من تمهيد مقدمه]
- ٨١ [أظاهر الأكثر ثبوت هذا الخيار في كل بيع]
- ٨٦ [أو هو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً]
- ٩١ [أو يجوز اشتراطه لأحدهما و لكلّ منهما ولأجنبي]
- ٩٣ [أو يجوز اشتراط المؤامره]
- ٩٦ [أو يجب اشتراط مدّه المؤامره]
- ١٠٢ [الرابع خيار التأخير]
- ١٠٢ اشاره
- ١٠٣ [تخصيص هذا الخيار بالبيع]
- ١٠٨ [أو مدته ثلاثة أيام]
- ١١٠ [أشطين لهذا الخيار]
- ١١٠ اشاره
- ١١٠ [الأول: عدم القبض والإقباض]
- ١١٣ [الشرط الثاني: الحلول]
- ١١٤ [أو قبض البعض كلا قبض]
- ١٢٠ [أو تلفه من البائع مطلقاً]

- الخامس خيار ما يفسد ليومه] ١٢٤
- اشاره ١٢٤
- [او هو ثابت بعد دخول الليل] ١٢٤
- [او اليوم يطلق على ما يشمل الليله] ١٢٤
- [السادس: خيار الرؤيه] ١٢٨
- اشاره ١٢٨
- [او هذا ثابت لمن لم يرا] ١٢٩
- [زاد في طرف البائع أو نقص في طرف المشتري] ١٣١
- [او لا بد فيه من ذكر الجنس و الوصف و الإشاره] ١٣٤
- [او لو رأى البعض تخير في الجميع مع عدم المطابقه] ١٣٥
- [السابع: خيار الغبن] ١٣٧
- اشاره ١٣٧
- [الغبن في اللغه و عند المتشرعه] ١٣٧
- [او هو ثابت مع الجهاله] ١٤٤
- [او لا يسقط بالتصرف] ١٤٨
- [التصرف الناقل بطريق اللزوم] ١٥٣
- [الثامن: خيار العيب] ١٦١
- اشاره ١٦١
- [وصف الصخه ليس داخلاً في المبيع] ١٦١
- [تعريف العيب] ١٦٢
- [للمشتري الخيار مع الجهل بين الرد و الأرش] ١٦٥
- [في معنى الأرش] ١٦٨
- [لو تعددت القيم] ١٧٠
- [يسقط الرد بالتصرف أو حدوث عيب بعد القبض] ١٧٥
- اشاره ١٧٥
- [الصور المتصوره في المقام أربعه] ١٧٥

- ١٧٥ اشارة
- ١٧٥ [أما الصورة الاولى: ثبوت الردّ و الأرش]
- ١٧٥ [الصورة الثانيه: يسقط الردّ دون الأرش بامور]
- ١٧٥ اشارة
- ١٧٥ [الأول التصرف]
- ١٧٨ [الثاني: حدوث العيب]
- ١٨٢ [الثالث: سقوطه بإسقاطه]
- ١٨٣ [الصورة الثالثه: سقوط الأرش دون الردّ]
- ١٨٤ [الصورة الرابعه سقوطهما معاً و هي أمور]
- ١٨٤ اشارة
- ١٨٤ [الأول: العلم بالعيب]
- ١٨٥ [الثاني الرضا بالعيب]
- ١٨٦ [الثالث اشتراط السقوط]
- ١٨٩ [أو الإباق عيب]
- ١٩٢ [أو عدم الحيض عيب]
- ١٩٣ [الثفل في الزيت غير المعتاد عيب]
- ١٩٥ [التاسع: خيار التدليس]
- ١٩٥ اشارة
- ١٩٥ [التدليس: كتمان عيب السلعه عن المشتري]
- ١٩٩ [أو شرط صفه كمال أو توهمها]
- ١٩٩ اشارة
- ١٩٩ [أو شرط البكاره]
- ٢٠٢ [الثبويه تطلق على معنيين]
- ٢٠٢ اشارة
- ٢٠٤ [التصريه في اللغه]
- ٢٠٥ [التصريه للشاه و البقره و الناقه]

٢٠٥	اشاره
٢٠٥	[التصريه تدليس حرام]
٢١٠	[بعد اختبارها ثلاثه أيام]
٢١٦	[او يرد معها اللبن حتى المتجدد]
٢٢٢	[العاشر: خيار الاشتراط]
٢٢٢	اشاره
٢٢٢	[الكلام يقع في مقامات]
٢٢٢	اشاره
٢٢٢	[المقام الأول في معنى الشرط]
٢٢٣	[المقام الثاني في التعليق على الشرط]
٢٢٦	[المقام الثالث الشروط في العبادات الصرفه]
٢٢٧	[المقام الرابع الشرط المنفصل]
٢٢٨	[المقام الخامس الشروط ليست كأحد العوضين]
٢٢٩	[يصح اشتراط سائغ في العقد]
٢٢٩	اشاره
٢٣٠	[تفصيل المقام أنّ الشروط أقسام]
٢٣٠	اشاره
٢٣٠	[أحدها: المؤكّدات]
٢٣١	[ثانيها: ما يذكر فيه مقتضيات الصحه]
٢٣١	[ثالثها: المؤسسات]
٢٣٥	[رابعها: اشتراط ما لا نفع فيه]
٢٣٨	[خامسها: ما يذكر فيه المنافيات للعقد]
٢٤٣	[سادسها: ما يقضى بتجهيل العوضين أو أحدهما]
٢٤٥	[سابعها: ما كان من مقتضيات الشرع و أحكامه و ليس للمخلوق دخل فيه]
٢٤٧	[ثامنها: ما كان ممّا حرّمه الشارع من أعيان كخمر و لحم ميته أو كلب]
٢٤٨	[تاسعها: ما علم من الشرع جواز اشتراطه بالخصوص]

- ٢٥٠ [القسم العاشر من أقسام الشروط اشتراط غير المقذور]
- ٢٥١ [لو شرط غير السائغ بطل و أبطل]
- ٢٦٠ [شرط العتق]
- ٢٦٠ [لو شرط عتق المملوك جاز]
- ٢٦٤ [عدم وفاء المشتري بشرط العتق]
- ٢٦٤ [كل شرط لم يسلم لمشرطه]
- ٢٦٧ [اختلف الأصحاب في وجوب الوفاء بالشرط الجائز]
- ٢٦٧ [اشاره]
- ٢٦٧ [أحدها: الوجوب على المشروط عليه و ليس للمشروط له الفسخ]
- ٢٦٩ [ثانيها: أنه لا يجب على المشروط عليه الوفاء به]
- ٢٦٩ [ثالثها: التفصيل المنسوب إلى المصنف]
- ٢٧٠ [رابعها: أن للمشروط له الفسخ بمجرد امتناع المشروط عليه]
- ٢٧٣ [الحادى عشر: خيار الشركه]
- ٢٧٤ [الثانى عشر: خيار تعدر التسليم]
- ٢٧٩ [الثالث عشر: خيار تبعيض الصفقه]
- ٢٨٢ [الرابع عشر: خيار التفليس]
- ٢٨٣ [تعريف مركز]

شرح خيارات اللمعه

اشاره

سرشناسه: آل كاشف الغطاء، على بن جعفر، ق ۱۲۵۳ - ۱۱۹۷

عنوان و نام پديدآور: شرح خيارات اللمعه / تاليف على نجل كاشف الغطاء

مشخصات نشر: قم: جامعه مدرسين حوزه علميه قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۲ق. = ۱۳۸۰.

مشخصات ظاهري: ۲۷۲ ص. نمونه

فروست: (جامعه مدرسين حوزه علميه قم، دفتر انتشارات اسلامي ۱۰۷۰)

شابك: ۹۶۴-۴۷۰-۵۰۷-۶۱۸۰۰۰ريال

يادداشت: عربي

يادداشت: كتابنامه به صورت زيرنويس

عنوان ديگر: اللمعه الدمشقيه. برگزيده. شرح

موضوع: شهيد اول، محمدبن مكي، ۷۸۶ - ۷۳۴. اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفري -- قرن ق ۸

موضوع: خيارات

شناسه افزوده: شهيد اول، محمدبن مكي، ۷۸۶ - ۷۳۴. اللمعه الدمشقيه. برگزيده. شرح

شناسه افزوده: جامعه مدرسين حوزه علميه قم. دفتر انتشارات اسلامي

رده بندي كنگره: BP۱۸۲/۳ ش ۸۰۱۲ ۱۳۸۰

رده بندي ديويي: ۲۹۷/۳۴۲

شماره كتابشناسي ملي: م ۸۲-۱۸۵۸۹

مقدمه التحقيق

إشارة

الحمد لله كلما وقب ليل و غسق و كلما لاح نجم و خفق، و الصلاة و السلام على أشرف من برأه و خلق، محمّد الفاتح لما استقبل و الخاتم لما سبق، و على أهل بيته المطهّرين من كل دنس و المعصومين من كل زلق، و اللعن على كل من بغى عليهم و بثق.

و بعد، من المباحث التي لها مكانه خاصّه في الفقه الإسلامي «مبحث الخيارات» من كتاب المتاجر، و لذلك ألفت جمع من الفقهاء المتأخّرين في هذا المبحث كتباً مستقلّة، علاوةً ممّا حقّقوا من أحكامها في المتاجر.

و من تلكم الكتب هذا السفر الثمين، و هو شرح استدلاليّ مبسوط على مبحث خيارات «اللمعة» للشهيد الأوّل قدس سره من أتقن و أشهر المتون الفقهيّة.

استعدت مؤسستنا بتقديم هذا الكتاب القيم محققاً إلى معاهد الدراسات الإسلاميّة، شاكره للفضلاء الذين ساهموا في إنجاح هذا المشروع، و تخصّ بالذكر الفاضل النبيل سماحه الحجّه «الشيخ جعفر النجفي» بما اقترح علينا بإحياء هذا الأثر المنيف و تفضّل علينا بإعطاء نسخته المطبوعه بعد ما عني به من مقابلتها ببعض المخطوطات، و كذلك الفاضل الجليل سماحه الحجّه «السيد إسماعيل مير أشرفي الأراكي» بما تحمّله من أعباء تصحيحه و تحقيقه و تخريج مصادره، و سماحه المحقّق الفاضل «الشيخ أحمد المحسنى السبزواري» لمراجعتة النهائيّة و اعتنائه بإشباع الكتاب تدقيقاً، جزاهم الله عن الشريعة الغراء خير الجزاء.

و رأينا من المناسب أن نذكر نبذاً من حياه المؤلف قدس سره مكتفين بما أورده السيد الأمين قدس سره في أعيان الشيعة:

[موجز من حياه المؤلف قدس سره]:

كان عالماً فاضلاً ورعاً زاهداً عابداً فقيهاً اصولياً مجتهداً محققاً مدققاً شاعراً أدبياً، جليل القدر عظيم المنزله، و له مشاركة جيده في العلوم العقليّة و الأدبيّة،

رأس بعد أخيه الشيخ موسى و تصدّر للتدريس و الإفتاء مع كثره مراعاة الاحتياط، مهيباً وقوراً، كثير الصمت ذاكراً لله تعالى في أغلب أوقاته مواظباً على عبادته في نوافله و واجباته، أمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، لا تأخذه في الله لومة لائم. و كان أبوه يصحبه في أسفاره و يفديه بنفسه إذا عبّر عنه، كما يدلّ على ذلك رسالته التي كتبها في أصفهان باستدعائه، و كان مصاحباً له في سفره ذلك.

قرأ على أبيه و تخرّج به و تفقّه عليه. و أقبل على الأخذ منه و التخرّج به خلق في النجف و كربلاء، و كان يقيم في السنه ثلاثه أشهر أو أربعه في كربلاء في داره التي كانت فيها باستدعاء من طلبتها للحضور عليه، فيزدحم عليه طلبه العجم العذيين يقرءون على شريف العلماء المازندراني؛ و منهم السيد إبراهيم القزويني (صاحب الضوابط) و ممّن تخرّج عليه من مشاهير الفقهاء و الاصوليين الشيخ مشكور الحولوي، و الشيخ مرتضى الأنصاري، و الآخوند زين العابدين الكلپايگاني، و الشيخ جعفر التستري، و الشيخ أحمد الدجيلي، و الشيخ حسين نصّار، و الشيخ طالب البلاغي، و الميرزا فتح المراغي (صاحب العناوين) و أغلبها تقرير دروسه، و صهره السيد مهدي القزويني، و ابن اخته الشيخ راضي ابن الشيخ محمّد، و السيد علي الطباطبائي، و السيد حسين الترك، و الحاج ملا علي ابن الميرزا خليل الطيب، و الشيخ مهديّ ابن المترجم و غيرهم.

لم يعن كثيراً بالتأليف في الفقه، قيل له في ذلك، فقال: أباني جيده و أبيت رديته. لم يصنّف سوى شرحه على الروضتين، جملة من أبواب البيع إلى آخر الخيارات، و طبعت الخيارات منه فقط في طهران.

و في عصره اشتهر صاحب الجواهر حتّى صار يُعدّ نظيراً له، و لكنّه لم يُفقه. و يقال: إنّه لما كان أمر التقليد مردّداً بينهما اجتمع جماعه لتعيين الأفضل منهما، فرجّحوه على صاحب الجواهر، فسأل صاحب الجواهر بعضهم قائلاً: ما فعلت سقيفه بنى ساعده؟ فأجابه: قدّموا علياً! فاستقلّ الشيخ محمّد حسين بالتدريس من ذلك اليوم حتّى انتهت إليه الرئاسة؛ و كأنّه إلى ذلك يشير الشيخ عبد الحسين آل محيي الدين في أبياته اللاميّه الهائيّه، و ذكرت في ترجمه الشيخ محمّد ابن الشيخ

علی ابن الشیخ جعفر. و ينقل عنه: أنه كان يطوف ليلًا على الأرامل و الیتامی و يدفع لهم صرر الدراهم و لا یخبرهم بنفسه تأسیاً بأتمته الأطهار. و كان أخوه الشیخ موسی بنی أساس المسجد العذی بجانب مقبرتهم، ثم توفی قبل إتمامه، فأتمه هو و كان یقیم فیہ الجماعه.

ورد إلى كربلاء لبعض الفتن التي وقعت في النجف مع أخيه الشيخ موسى، فأكبّ عليهما الفضلاء من أهل العلم، و كانت كربلاء يومئذٍ هي محطّ الطلبة، فيها ألف فاضل من علماء إيران یحضرون دروس شریف العلماء، فحضر بعضهم درس الشیخین فاستحسنوا فقههما، و كانا یدرسان الفقه لا غیر. ثم عاد المترجم بعد سنته أشهر مع أخيه الشيخ موسى إلى النجف. و فی تلك السنه توفی شریف العلماء، فورد النجف ألف طالب من طلبة كربلاء و سكنوا النجف حباً بدرس المترجم و أخيه الشيخ موسى. ثم توفی الشیخ موسی فاستقلّ الشیخ علی بالتدریس، و منها صارت النجف مرجعاً لأهل العلم من إيران و قبلها كربلاء و لم یکن فی النجف طلبة من إيران (انتهی).

ثم ذكر من شعره قصيده، و مدحاً فی أمير المؤمنين عليه السلام و مرثيتين لسيد الشهداء أبي عبد الله الحسين صلوات الله عليه، راجع أعيان الشيعة: ج ٨ ص ١٧٨١٧٧.

و لا يفوتنا في الختام أن نشير إلى وصف النسخ التي اعتمدنا عليهما، و هي:

١ المطبوعه بطهران عام ١٢١٩ المتوفّره في المكتبات.

٢ مخطوطه محفوظه في مكتبه «آستان قدس رضوی» و هذه ناقصه تبتدئ من أوائل خيار الشرط و تنتهي إلى أواسط خيار الاشرط.

٣ مخطوطه محفوظه في مكتبه «مركز إحياء التراث الإسلامي» بقم، يبدو منها أنّها بخط المؤلف قدس سره فقدت من أولها و خلالها و آخرها ممّا هو بخطه أوراق، فاستُسخت من نسخه اخرى و اكملت، فلله الحمد و له المنّ.

مؤسسه النشر الإسلامي التابعه لجماعه المدرّسين بقم المشرفه

[الفصل التاسع الخيار فى الخيار]

إشاره

قال المصنّف رحمه الله:

«الفصل التاسع (١) فى الخيار»

لا ريب أنّ ثبوت الخيار على خلاف القاعده، لأنّ الأصل فى البيع اللزوم.

و هذا الأصل إمّا بمعنى الظاهر، و ذلك لأنّ الظاهر من صيغه البيع بحسب دلالتها عرفاً و قصد المتعاقدين لها الدوام، فمعنى بعثك مثلاً ملكتك على الدوام، فهى مقتضيه بذاتها لثبوت مقتضاها على الدوام فلا ينتقض إلّا بدليل، و فيه تأمل.

أو بمعنى الاستصحاب، لأنّ الأصل دوام ما كان سواء قلنا ببقاء الأكوان و احتياجها إلى المؤثر أو قلنا بعدمه و عدم احتياجها استناداً إلى العرف و الشرع. فكلّ ما صدر من عبارته أو عقد أو إيقاع أو حكم يحكم ببقاء حكمه حتّى يثبت المزيل له، و الخيار مبنى على رفع البقاء على بعض الوجوه. فما يقال: من أنّ الخيار هو قدره على الفسخ و لا ملازمه بينه و بين الفسخ الفعلى و المضادّ للاستصحاب إنّما هو الثانى لا الأوّل، لا وجه له، لأنّ انتفاء الأوّل بانتفاء الثانى حيث ينتفى شرعاً، فتأمل.

أو بمعنى الغالب بمعنى أنّ الغالب فى البيع اللزوم حيث يراد عموم الأزمان و الأفراد، و لا ينافى ذلك اقتضاء المصلحه بعروض الجواز عليه فى بعض الأزمان كزمان عدم التفريق أو فى بعض المواطن كأسباب الخيار المشهوره أو فوات شرط معيّن أو وصف معيّن، أو عروض الشركه قبل القبض أو تبعض الصفقه و نحو ذلك،

أو عروض الفسخ بالإقاله أو الانفساخ بالتلف قبل القبض و التحالف عند التخالف فى تعيين المبيع و الثمن فى وجهه، إلى غير ذلك.

أو بمعنى القاعده المستفاده من الإجماع كما نقله غير واحد و من الكتاب و السنّه من قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و «المؤمنون عند شروطهم» (٢) لأنّ الأمر للوجوب و الجمع المحلّى للعموم، و كذا الموصول و خطاب المشافهه إمّا عامّ بأصله كما ذهب إليه من يعوّل (٣) على رأيه (٤) أو باعتبار الخطاب التعليقى أو باعتبار الدليل الخارجى، و الوفاء بها عباره عن العمل بمقتضاها.

و فيه: أنّ تعقيبه بقوله تعالى: «أُحِلَّتْ» يفيد أنّ المراد ما عقده الله تعالى فى رقاب عباده من الأحكام.

و يجاب بأنّه ربّما كان كلاماً منقطعاً، و بأنّ العقود قد يراد بها الأعمّ و هذا قسم من الأحكام.

و فيه أيضاً: أنّ الوفاء بالمستحبّ العمل به مرّه و تركه اخرى، فمن ترك لا يعدّ غير واف.

و من هنا ترى بعض الأصحاب يستدلّون بالآيه الشريفه فى باب العقود الجائزه باعتبار أنّ المراد وجوب الوفاء بمقتضاها.

و يجاب بأنّ الصيغ بنفسها لا يقتضى الجواز و لا دلالة لها عليه و إنّما هو حكم مستفاد من الشرع، و ظاهر الآيه الشريفه وجوب الوفاء بالعقد بنفسه و بما يقتضيه بحسب ذاته لا بما استفيد من حكمه شرعاً إلّا بتقدير و إضمار.

مع أنّ المفسّرين و الفقهاء أعرف بمواقع الألفاظ و قد فهموا منه ذلك.

على أنّه مع استفاده حكم العقد من الشرع جوازاً أو لزوماً لا حاجه إلى الاستدلال بالآيه.

و على ما قرّرنا فالعقود الجائزه و اللازمه ذات الخيار على خلاف الأصل.

١- المائده: ١.

٢- عوالى اللآلى ١، ٣: ٢١٨، ٢٩٣، ٢١٧.

٣- فى نسخه: لا يعوّل.

٤- الوافيه: ١١٩.

و اورد هنا سؤال و هو أنّ البيع لا ينفكّ عن خيار المجلس فيكون الأصل في البيع ثبوت الخيار لا اللزوم.

قال صاحب الوافية: إنّ قولهم: «الأصل في البيع اللزوم» ليس له وجه، لأنّ خيار المجلس ممّا يعمّ أقسام البيع (١).

و في الكفاية: الأصل في العقود اللزوم و وجوب الوفاء بها، خرج البيع بالنصّ فيبقى الباقي على أصله (٢) انتهى.

و اجيب بأنّ طرؤ الجواز عليه في بعض الأحيان لا ينافي كون مشروعيتها على اللزوم، فالافتراق في الحقيقة رافع للمانع لا جزء من المقتضى و المقتضى، للزوم العقد بمقتضى ذاته.

ألا ترى أنّه لو اشترط سقوطه و بقي العقد بمقتضى ذاته سليماً من المعارض قضى باللزوم.

على أنّه لو لم ينفكّ البيع عن خيار المجلس لربّما أمكن القول بذلك.

و من المعلوم انفكاكه في عدّه مواضع: كما إذا اشترط سقوطه، أو اشترى من ينعق عليه، أو اشترى ليرث، أو أسلم عبد الذمّي و بيع عليه، أو قهر الحربى قريبه و باعه، أو اشترى العبد نفسه إن جوّزناه. و كما في ذى الحقوين، أو عقد الواحد عن اثنين عند بعض إلى غير ذلك.

قال المصنّف: «و هو أربعة عشر قسمًا».

ذكر هذا العدد لا- أرى له وجهاً، لأنّه إن بنى على التداخل لم يكن أربعة عشر، و إن بنى على اختلاف الصور زادت ضعف الأصل و أكثر، إذ من جملتها: خيار الشفعة إذا كان الشفيع وحيداً، و خيار الخيار إذا باع و كان فيه خيار لغيره، و خيار المرابحة بناءً على استقلاله، و خيار الواطئ إذا وطئ الجارية مولاه و باعها ناسياً أو عاصياً لاحتمال صيرورتها امّ ولد، و خيار مستحقّ قصاص النفس أو قصاص الطرف من العبد، و خيار مستحقّ الحدّ رجماً أو قتلاً أو مطلقاً، و خيار

١- الوافية: ١٩٨.

٢- الكفاية: ٩٢ س ٢٩.

الجلال، و خيار الموطوء من الحيوان من المركوب، و خيار الكفر لضرر السؤر، و خيار المكاتب قبل تحرير بعضه لو أجزنا بيعة، و خيار خوف حدوث العيب، و خيار خوف التلف لكون العبد في الحرب أو في محلّ الطاعون، و خيار فساد العقيدة من أهل الإسلام، و خيار التنجيس إلى غير ذلك.

و كما يرجع كثير ممّا ذكر إلى العيب أو التدليس و نحو ذلك، يرجع، ما ذكر المصنّف أيضاً من خيار الشركه و التبويض و نحوهما إليهما، فلا وجه للحصر.

إلّا أن يقال: إنّ ما ذكره أعمّ و أشمل ممّا ذكرنا، فيريد الحصر بالنسبه إلى ذلك، و بناء الأصحاب في هذا الباب على ذكر أقسام الخيار العامّ البلوى الكثيره الدوران المتعرّض لها في الروايات التي لا يرجع بعضها إلى بعض.

فمن هنا اقتصر بعضهم على خمسة (١) و آخرون على ثمانية (٢) و المصنّف في الدروس على تسعة (٣). و الأمر في ذلك سهل.

١- الشرائع ٢: ٢١.

٢- الكفايه: ٩١، س ١٥، الحدائق ١٩: ٣.

٣- الدروس ٣: ٢٦٥.

[الأول خيار المجلس]

إشارة

قال المصنّف رحمه الله:

«الأول: خيار المجلس».

هذه الإضافة من باب إضافة الحالّ إلى المحلّ و ليست من باب إضافة المسبّب إلى السبب كخيار الغبن و العيب. و جعلها من هذا القبيل كما في مجمع البرهان (١) بعيد إلّا أن يراد معنى آخر.

و إضافته إلى موضع الجلوس مع كونه غير معتبر في ثبوته:

إمّا لأغلبه هذا الفرد، و ندره وقوع ما عداه فهو بحكم العدم فلا يكون داخلاً في العبارة بل مسكوتاً عنه يعلم من خارج، فاللفظ على حقيقته.

أو بدعوى الحقيقة العرفية الجديدة، و هو غير بعيد كما يشهد به التبادر و كثره الاستعمال.

أو بدعوى المجازية تجوّزاً في إطلاق بعض أفراد الحقيقة على تمام معناها.

و على كلّ حال فهذا الخيار ثابت بالإجماع محصلاً و منقولاً نقلاً مستفيضاً، و بالنصوص و هي في ذلك مستفيضة:

□

منها صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار

ثلاثة أيّام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا (١).

□
و صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: المتبايعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان ثلاثة (٢).

و صحيحه الفضيل بن يسار: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (٣).

□ □
و صحيحه محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتّى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيّام (٤).

□
و صحيحه الحلبيّ أو حسنته عن أبي عبد الله عليه السلام: قال أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهو بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا و جب البيع (٥). إلى غير ذلك من الروايات.

فما رواه غياث بن إبراهيم في الموثّق عن عليّ عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب و إن لم يفترقا» (٦) شاذّ لا يصلح معارضاً لما سبق.

و قد حمّله الشيخ على استباحه الملك قبل الافتراق و إن جاز الفسخ قبله. و جوّز حمل الافتراق المنفّى على البعيد دون القليل الملمزم (٧).

و قد تحمّل على أحد المقامات التي يسقط فيها هذا الخيار كاشتراط سقوطه، أو بيعه ممّن ينعق عليه و نحو ذلك. أو معنى الصفقه الرضا بالبيع و الالتزام به.

و على كلّ حال فهي إمّا مؤوّله، أو مطّرحه، أو محموله على التقيّه، فإنّ

١- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٣.

٢- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٦.

٣- الوسائل ١٢: ٣٤٣ ب ١ من أبواب الخيار ح ٣.

٤- الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب ١ من أبواب الخيار، ح ١.

٥- الوسائل ١٢: ٣٤٨ ب ٢ من أبواب الخيار، ح ٤. و فيه: فهما بالخيار.

٦- الوسائل ١٢: ٣٤٧ ب ١ من أبواب الخيار، ح ٧.

٧- التهذيب ٧: ٢١ ذيل، ح ٨٧، الاستبصار ٣: ٧٣ ذيل، ح ٤.

هذا مذهب أبي حنيفة (١) و هو من جملة المطاعن التي طعن فيها في مخالفه قوله لقول النبي صلى الله عليه و آله.

[و هو مختص بالبيع]

قال المصنّف: «و هو مختصّ بالبيع»

كما في الخلاف و الغنيه و الشرائع و النافع و المختلف و التحرير و القواعد و الإرشاد و التنقيح و المسالك و الكفايه (٢)، للأصل، و للإجماع المنقول.

و قد نسبه إلى علمائنا في التذكرة و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان (٣). و في المسالك: أنه لا خلاف فيه بين علمائنا (٤).

و في الخلاف: الإجماع على أنه لا يدخل في الوكاله و العاريه و القراض و الحواله و الوديعه (٥).

و منع في المختلف إجماع الخلاف، لأنّ ثبوت الخيار مطلقاً يستلزم ثبوته في المجلس (٦).

و فيه: أنّ الممنوع خيار المجلس دون الخيار فيه، فإن أرادوا الثاني كان النزاع لفظياً.

و خالف في ذلك الشيخ في المبسوط و القاضي و الحلّي، فأثبتوه في نحو العاريه و الوديعه و القراض و الوكاله و الجعاله (٧).

و هو ضعيف، لأنّ جوازها أصليّ و الخيار فيها عامّ لا يقبل السقوط فلا تأثير

١- المجموع ٩: ١٨٤.

٢- الخلاف ٣: ١٣ ذيل المسأله ١١، و المسأله، الغنيه: ٢٢، الشرائع ٢: ٢٣، المختصر النافع: ١٢٢، المختلف ٥: ٦٢، التحرير ١ ص

١٦٨ س ١، القواعد ٢: ٦٤، الإرشاد ١: ٣٧٤، التنقيح ٢: ٤٣، المسالك ٣: ٢١١، الكفايه: ٩٢ س ٢٨.

٣- التذكرة ١: ١٦ ٥ س ١٣، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ٣٣، مجمع الفائده ٨: ٣٨٨.

٤- المسالك ٣: ٢١١.

٥- الخلاف ٣: ١٣، المسأله ١٢.

٦- المختلف ٥: ٧٣.

٧- المبسوط ٢: ٨٢، المهذب ١: ٣٥٦، السرائر: ٢: ٢٤٦.

للمجلس، بخلاف الجواز العارضى فى اجتماع الخيارين باختلاف الحىثىتىن، فإنه يمكن أن يسقط أحدهما و يبقى الآخر.

و قد يقال: إنه يمكن أن يكون ذلك من الحكم الشرعى التبعدى و التداخل القهرى و إن لم يكن له تأثير لحكمه لا نعلمها و قد تظهر ثمرته فى مثل النذر و نحوه فلا يلزم العبث على الحكيم فيه غير أن الدليل منع منه و هو ضعيف.

و تأول كلامهم الشهيد فى الدروس بقصد منع التصرف فى المجلس (١).

و هو مع أنه غير معنى الخيار و خاص بأحد الطرفين لا دليل عليه. كيف و الإذن المسوغ للتصرف حاصل بالعقد.

بل قد يقال بعدم معقوليته مثل ذلك فى الوديعه، لامتناعه فيها مطلقاً.

اللهم إلاً أن يراد بالتصرف التصرف فيما يتعلق بالحفظ، و هو بعيد.

و على تقدير اختصاصه بالبيع كما هو الأصح يعم جميع أقسام البيع من السلم و النسيه و المرئى و الموصوف و نحوها كما فى التذكرة و تعليق الإرشاد (٢) للإجماع المنقول (٣) و عموم الدليل.

و المشكوك فى كونه بيعاً يرجع فيه إلى الأصل.

و أخذ الأرش من الجانبين ليس بيعاً، فلا يجرى فيه خيار المجلس و إن ثبت فيه الربا، لأنّ بناء الربا على كلّ ما استند إلى العقد و لو بالسبب، كما لا يجرى فيما ملك بالشرط كأن يشترط عليه ملكيه شىء باخر فى عقد البيع.

و يسقط هذا الخيار بالنظر إلى الأصل، فإنه لا يجرى بالنسبه إلى الشرط فيما لو أراد الفسخ فيه، لأنه ليس بيعاً.

اللهم إلاً أن يقال: إنّ الشروط كالشطور و هى لا تتبعض فى الخيار، و كما

١- الدروس ٣: ٢٤٨.

٢- التذكرة ١: ٥١٦ س ١٩، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٣.

٣- راجع مجمع الفائده ٨: ٣٨٩.

يتبع فى الفسخ يتبع فى الالتزام و لا معنى للتفكيك، فلا يجرى الخيار فيها على كل من الوجهين.

و يجرى فى القباله و التوليه و التشريك بناءً على أنّها من البيع.

أمّا المعاطاه فإن لم يكن بيعاً فلا كلام، و إن كانت منه كما هو الأقوى فلا يجرى فيها خيار المجلس، لأنها من العقود الجائزه.

نعم قد يقال بجريانه فيها بعد التصرف الملزم لها.

و فيه: أنّ التصرف مسقط للخيار فكيف يثبت الخيار به، مع أنّه بعد خروجها من دليل الخيار كيف تدخل فيه بعد ذلك.

اللهمّ إلّا أن نقول بأنّ التصرف المسقط للخيار هو المتعقب له لا ما ثبت الخيار بسببه و هو بعيد سيّما على القول بإسقاطه الخيار لكشفه عن الرضا بالعقد.

و على تقديره فهل المدار فى التفرّق على مجلس المعاطاه فيختصّ ما إذا وقع التصرف فيه، أو مجلس التصرف و إن افترقا عن الأوّل؟ وجهان.

أمّا مثل صيغته «ملّكت» عند الإطلاق إن بنينا على أنّ البيع أصل فى نقل الأعيان كانت من البيع و جرى فيها خيار المجلس و لا يعارض ذلك أصل لزوم العقد، و إلّا فلا.

و حيث اعتبر فيه البيع لم يجرى فى باقى العقود من صلح و غيره سواء قلنا بقيام الصلح مقام البيع أو لا، إذ الظاهر أنّ الشيخ لا يقول بأنّ ما كان من الصلح فى مقام البيع قسم من البيع، بل يقول: هو صلح قائم مقام البيع (١) و فرق بين الأمرين.

و اعلم أنّ الشارح قال: «و يثبت للمبتاعين» (٢) و ظاهر كلامه ثبوت هذا الخيار لكلّ من المتعاقدين مطلقاً كما يظهر من بعض كلماتهم، و ليس كذلك بل للمالكين و الوليّين و الملقّين.

و أمّا الوكيلان و الملقّ من الوكيل و غيره فإن كانت الوكاله على العقد وحده، فلا- خيار لهما بل للمالكين. و إن شملت وكالتهما الخيار كأن يوكلّا فيه بعد العقد فى

١- راجع المبسوط ٢: ٢٨٨.

٢- الروضه البهيه ٣: ٤٤٨.

المجلس أو قبل العقد بناءً على صحّحه التوكيل فيما لا يملكه الموكل حين العقد من التوابع كما هو الأقوى سواء حصل ذلك بمجرد التوكيل في العقد لأنه من التوابع أو مع النصّ عليه بالخصوص و تظهر الثمره بالنسبه إلى الأوّل فيما إذا نصّ على العدم كان الخيار للوكيلين و الأصيلين فالوكيل على العقد فقط سبب مؤثر لا مختار.

و قد يقال بثبوت الخيار له حكماً شرعياً و إن لم يرض به المالك، لأنّ الموجود في أكثر الروايات «البيعان» (١) و في بعضها «التاجران» (٢).

و البيع إمّا نفس الإيجاب و القبول أو النقل و الانتقال، و على كلّ منهما فهو صادق عليه كما هو ظاهر.

بل يشكل ثبوت الخيار للمالك معه حينئذ بل و مع الوكيل المتصرّف، إذ ليس هو «بيع» بكلّ من المعنيين مع أنّ الظاهر من ضمير «ما لم يتفرّق» العود إلى العاقد.

اللهمّ إمّا أن نقول: إنّ الفرد الظاهر من «البيع» إنّما هو مالك التصرف أصله أو ولايه أو وكاله كما تقضى به اللغة و العرف و الوكيل على نفس الصيغه من الأفراد النادره، أو أنّ الظاهر منه خصوص المالك عاقداً كان أو لا و الوكيل و الوليّ إنّما يعلم من خارج من دليل الوكاله و الولايه، أو يختصّ به المالك العاقد بناءً على أنّه الغالب فقط و يعلم حكم المالك غير العاقد من خارج للقطع بإلغاء الخصوصيه مع أنّ كونه عاقداً ليس من القيود المصرّح بها كما أنّه يعلم حكم العاقد غير المالك من خارج أيضاً.

و من هنا أشكال الحكم في أنّ المعتبر في التفريق تفريق الوكيلين أو المالكين أو الجميع أو كلّ بالنظر إلى خيار نفسه لا خيار الآخر.

و الظاهر أنّ المدار على تفريق العاقدين أصيلين أو وليين أو وكيلين أو مختلفين، فلو عقد الوكيل بحضره الأصيل فلا اعتبار بالأصيل بل المدار على الوكيل.

١- الوسائل ١٢: ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٩ ب ١، ٣ من أبواب الخيار، ح ١-٣، ٦.

٢- الوسائل: ٣٤٦ ب ١ من أبواب الخيار، ح ٦.

و لا ينافى ذلك ما تقدّم من ثبوت الخيار للأصيل و الوكيل و دخول الأصيل تحت مدلول الروايه.

و مع ذلك لا- يلزم التخالف بين الضمير و مرجعه فيها، لوجود القرينه الدالّه على مرجع الضمير فى قوله: «ما لم يفترقا» إلى العاقدين و هى ذكر طرؤ الافتراق المقتضى لسبق الاجتماع للعقد و هو بعيد، أو باعتبار الاحتمال الأخير و هو أنّ المراد بالبيعين المالكين العاقدين لأنّه الغالب و العاقد غير المالك و المالك غير العاقد يعلم من خارج بالنظر إلى الخيار و مسقطه، و هو غير بعيد و يرشد إلى ذلك التعبير فى بعض الروايات بالتاجرين (١).

[و يسقط بأموار]

[باشتراط سقوطه فى العقد]

قال المصنّف: «و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد»

للأصل و الإجماع (٢) و عموم الكتاب (٣) و الصحيح الوارد فى الشروط (٤). و الخبر الصريح (٥) و عليه يحمل الآخر «البيعان بالخيار إلّا بيع الخيار» (٦) أو على خيار الشرط فإنّه باقٍ و إن تفرّقا.

و يؤيّده الاعتبار فإنّ الأغراض تتعلّق بلزوم العقد تارةً و بجوازه اخرى.

و بذلك كلّه يتقيد إطلاق الأخبار المستفيضة و إن كان بينها و بين أدلّه الشروط عموم من وجه، و تترجّح هى بقله الأفراد، مع التأمّل فى شمولها لمحلّ الفرض لمكان تبادر غيره عدا صحيحه الحلبي (٧) فإنّ العموم فيها لغوى.

و ثبوت الخيار مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه إسقاطه، فلا منافاه فيه لمقتضى العقد، و إلّا لاستلزم عدم صحّته شىء من الشروط فى شىء من العقود.

و جواز هذا العقد من الآثار الشرعيّه الخارجه عن مقتضى ذات العقد، فليس

١- الوسائل ١٢: ٣٤٧، ب ١ من أبواب الخيار، ح ٦.

٢- الغنيه: ٢١٧.

٣- المائده: ١.

٤- الوسائل ١٥: ٣٠، ب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

٥- الوسائل ١٦: ٩٥، ب ١١ من أبواب المكاتبه، ح ١.

٦- مسند أحمد: ج ٢ ص ٤.

٧- الوسائل ١٢: ٣٤٦، ب ١ من أبواب الخيار، ح ٤.

اشتراط سقوطه كاشتراط اللزوم فى العقود الجائزه من الهبه و العاريه و الوديعه و إن كان كلّ منهما إسقاط للتسلط على الفسخ.

مع أنه يمكن القول به كما سيأتى، إلا أن يقوم إجماع على خلافه.

و لا يفترق الحال فى صحّه هذا الشرط بين القول بأن الشروط مثبتة للغايات كالأسباب فىكون على وفق القاعده و عدمه، لقيام الدليل عليه بالخصوص.

و الظاهر أن المدار فيها على المقارن، فلو تقدّم أو تأخر لم يلزم، خلافاً لظاهر الخلاف و الجواهر فى الأول (١) و هو شاذّ، لإطباقهم على خلافه، و لإطلاق النصّ المثبت للخيار، إلا أن نقول: إنه بحكم التبادر مختصّ بغير محلّ الفرض. و فيه: أن فيه ما عمومه لغوى.

ثمّ إنّ النصوص المستفيضة الوارده فى باب النكاح الدالّه على عدم اعتبار الشروط قبله (٢) شامله للمقام عموماً أو فحوى. و تنزيهه على ما وقع قبل تمام العقد أو على الشرط المضمّر المدلول عليه بالقرينه ممكن. و الحقّ اعتباره كما تقدّم فى باب المراهجه. و لا- ينافى ذلك إطلاق الروايات بعدم اعتبار الشروط المتقدّمه فى باب النكاح (٣) لأنّ هذا من المقارن، و السابق دليل عليه.

و لعلّه أراد هذا بقوله فى المختلف: أنّهما لو شرطاه قبل العقد و تبايعا على ذلك صحّ ما شرطاه (٤).

و لظاهر المختلف فى الثانى (٥) لعدم الدخول تحت دليل الشرط. و لعلّه أراد بالمتأخّر فى مقابله الواقع فى الأثناء أو باعتبار دلالتة على الرضا يكون مسقطاً للخيار و مُلزماً للعقد.

ثمّ إنّ شرط سقوط خيار المجلس قد يكون لتمامه، و قد يكون للبعض لمبدئه أو لآخره أو لوسطه مع ضبط المدّه، كما إذا علما أنّهما يمكثان فى المكان زماناً

١- الخلاف ٣: ٢١ المسأله ٢٨، جواهر الفقه: ٥٤، المسأله ١٩٥.

٢- الوسائل ١٤: ٤٦٨، ب ١٩ من أبواب المتعه ح ١ و ٢.

٣- المصدر السابق.

٤- المختلف ٥: ٦٣.

٥- عطف على قوله: خلافاً لظاهر الخلاف.

معيناً. فقد يكون جواز بعد لزوم في المجلس. و قد يكون لزوم بعد جواز. و قد يكون جواز بين لزومين.

و يحتمل القول بعدم جواز مثل ذلك، بل إما أن يسقط الكلّ باشتراط سقوط البعض. أو يقع اشتراط سقوط البعض لاغياً لا باعتبار أنه إسقاط للحقّ كما في نفقه الزوجه بالنسبه إلى المستقبل فإنه ضعيف باعتبار تقدّم سبب ثبوته و هو العقد بل باعتبار أنه حقّ بسيط لا يقبل التبعض، و ليس كخيار الحيوان مغياً بالثلاثه أيام. و جعل الغايه فيه التفريق و إن استلزم الزمان. إلا أنه فيه اتّفاقي كالتراخي في الخيار المتراخي، فتأمل.

و على هذين الوجهين يبتنى اشتراط سقوط خيار المجلس في بعض المبيع دون بعض، فإنّ الظاهر أنّه التزام بالجميع أو يقع باطلاً، كيف لا! و الالتزام متفرّع على الفسخ و الفسخ لا يتبعض، لأنّه إذا التزم البعض فلا يخلو إمّا أن يصحّ له أن يفسخ البعض الآخر أو لا، فإن صحّ جاز التبعض و إلاّ فإنّ التزم بالكلّ أو فسخ في الكلّ فلا التزام البعض.

و ما يقال: من أنّ الإيجاب إسقاط حقّ و لصاحب الحقّ أن يسقط حقّه كيف شاء و الناس مسلّطون على أموالهم، لا وجه له إذ لا بحث في أنّ له الإسقاط كيف شاء لأصل الإباحه.

و إنّما الكلام في ترتّب السقوط الشرعي على إسقاطه، و هو ممنوع كما عرفت.

[و باسقاطه بعده]

قال المصنّف: «و باسقاطه بعده»

منهما أو من أحدهما، للإجماع المنقول عن الغنيه و التذكرة و ظاهر الخلاف (١). و هو الحجّه المقيده للأصل و لإطلاق ما مرّ من المستفيضة المثبته للخيار في المسأله. مضافاً إلى مفهوم بعض المعتمره الوارده في خيار الحيوان، و فيه: فإن أحدث المشتري حدثاً قبل الثلاثه فذلك رضّي منه و لا شرط له (٢).

١- الغنيه: ٢١٧، التذكرة ١: ٥١٧ س ١٩، الخلاف ٣: ٢١، المسأله ٢٧.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

و لانحصار الحقّ فيهما فيسقط بإسقاطهما.

و لأنّ فسخ اللازم بالتقابل يقتضى لزوم الجائز بالتخاير.

و لأنّه سقط بالافتراق لدلالته على الرضا، و التخاير صريح في ذلك.

و يحصل التخاير بالإيجاب منهما و من أحدهما مع رضا الآخر. و لو أمضاه أحدهما دون الآخر، فإن فسخ انفسخ البيع و إلّا اختصّ بالخيار.

و إنّما لم يتعرّض المصنّف لاشتراط الإسقاط بل اقتصر على شرط السقوط، لعدم حصول السقوط بمحض الاشتراط بل يتوقّف على الإسقاط، و مع عدمه يثبت خيار الاشتراط، فهو راجع إلى ما ذكر من الإسقاط.

و احتمال العطف على المضاف إليه، ينافيه إعادة حرف الجرّ، مع استلزامه ترك ذكر الإسقاط الذي هو أولى بالذكر (١).

و على كلّ حال فشرط الإسقاط و السقوط قد يكون للبائع أو للمشتري أو لهما، أو للأجنبيّ مفرداً أو مع البائع أو المشتري أو معهما، في ذلك العقد أو في غيره، أو فيهما متّصل أو منفصل أو مختلف مع سبق الاتّصال و الانفصال، أو متّصل للبائع و منفصل للمشتري و ما عداه، أو متّصل للمشتري و منفصل فيما عداه، أو لهما كذلك، أو للأجنبيّ، أو للأجنبيّ مع أحدهما، أو معهما كذلك.

و الأقسام كثيرة و يجيىء تحقيق الحال في خيار الشرط و شرط الخيار.

ثمّ إنّّه لا ريب في سقوط الخيار بالمسقط اللفظي الصريح، لأنّ الخيار حقّ من الحقوق، فيسقطه يسقط.

و الظاهر أنّه من الإيقاعات لا من العقود، فلا يتوقّف على القبول بل هو كالإبراء.

و يسقط بالمسقط اللفظي الظاهر، و لا يشترط فيه ما يشترط في صيغ الإيقاعات من العربيّة و الإعراب و نحو ذلك.

و يتأدّى بالحقائق و المجازات و بكلّ لفظ يدلّ على ذلك، سواء كان بلفظ الإسقاط أو غيره كأوجبنا البيع أو اخترناه أو التزمنا به و نحو ذلك، لأنّه ليس

١- و لفظه «بعده» ظاهر في خلافه. (هامش الأصل).

كالعقود المبنيّ فيها على النقل و الانتقال.

و هذا مشكل، لمنافاته للأصل من عدم سقوط الحقّ إلّا بالمتيقّن، و ظاهر إجماع الأصحاب من اعتبار الصراحة و غيرها في الإيقاعات اللازمه كالطلاق و نحوه كما تعتبر في العقود.

اللهمّ إلّا أن يكون المخرج لذلك بخصوصه الإجماع، أو باعتبار الاتفاق على السقوط بالفعل صريحه و ظاهره في المقام و القول أولى منه، أو باعتبار التعليل بالرضا في الروايات الصحيحة.

هذا كلّه في المسقط القولي صريحه و ظاهره.

و أمّا المسقط الفعلي بقسميه فسيأتى البحث فيه (١).

و أمّا السقوط بمحض التيه و القصد و إن كان في بعض الروايات (٢) إشاره إليه مؤيّدَةً بأنّ المدار على المدلول، و الدالّ إنّما يعتبر للدلاله، و حيث لا حازه إلى الدلاله هنا للعلم بحال نفسه كان ذلك إسقاطاً، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب و طريقه الشرع عدم اعتبار ذلك في مثله، كما لا يخفى على من تتبّع في نقل الحقوق و فكّها.

و لهذا انكر على الشيخ في إثباته النذر بمجرد التيه (٣) و هو الموافق لمقتضى الأصل من ثبوت الحقّ. و التعليل بالرضا في الروايات (٤) إمّا لبيان الحكمه أو علّه مقيّدته بالإجماع، فافهم.

[و بمفارقة أحدهما صاحبه]

قال المصنّف: «و بمفارقة أحدهما صاحبه» (٥)

و لو بالأرواح فلو ماتا أو أحدهما حصل التفزق، كما احتمله في القواعد

١- و يمكن إدخاله في كلام المصنّف فيكون التصرف المذكوراً في كلامه، و لكنّه خلاف الظاهر كما فهم الشارح. (هامش الأصل).

٢- الوسائل ١٢: ٣٤٧، ب ٢ من أبواب الخيار.

٣- المسالك ١١: ٣٩٧.

٤- الوسائل ١٢: ٣٤٦، ب ١ من أبواب الخيار، ح ٣.

٥- القواعد ٢: ٦٥، التذكرة ١: ٥١٧ س ٣٩.

و التذكرو و مال إليه في مجمع البرهان (١) و استقره في تعليق الإرشاد (٢) لأنّ مفارقه الدنيا أولى من مفارقه المجلس، و باعتبار أنّ ظاهر الروايات البيعان بالخيار مع الحياه، لعود ضمير التفريق إليهما فمع الممات يسقط الخيار تبعاً لمتعلقه أو بخصوص الأبدان، فلا عبره بالافتراق بالموت أو بالإدراك لعروض جنون أو نوم أو إغماء أو بالكلام أو بغير ذلك كما في جامع المقاصد و المسالك (٣) و هو الظاهر من كلام الأصحاب باعتبار أنّ المتبادر من التفريق التباعد في المكان، و هو ظاهر في الجسم لا في الروح، مع أنّ الروح لا يعلم مفارقتها للمجلس فيستصحب الحكم. و يستفاد من بعض الروايات بقاؤها مع الميت (٤) فالأولوية ممنوعه.

و ثبوت الخيار للوارث باستصحاب جواز العقد و بقوله عليه السلام: «من ترك حقاً فهو لوارثه» (٥) المؤيد بالشهره المحصله و المنقوله و بإجماع الغنيه (٦) في خصوص المقام بلفظه و بلفظ «عندنا» في التذكرو (٧) في مطلق الخيار و بلفظ «نفي الخلاف» في الرياض (٨). مضافاً إلى عمومات الإرث (٩) فدعوى التقييد بالحياه ممنوعه.

ثمّ إنّ الوارث إن كان حاضراً قام مقام الميت في الخيار. و هل يقوم مقامه في اعتبار التفريق؟ باعتبار أنّ مفارقه الميت للمجلس كمفارقه المكره الممنوع من الاختيار و كما انتقل هناك إلى مجلس الزوال للزوم الضرر ببقاء الخيار دائماً ينتقل هاهنا إلى مجلس الوارث و الأصل و فرعه ممنوعان، و هو قياس لا نقول به أو يبقى الحكم معلقاً على الميت و الآخر أو الميتين؟ أو يقال ببقاء الخيار دائماً من غير سقوط بالتفريق كالعاقده الواحد على أحد الوجهين؟ أو بالنسبه إلى الميت و أمّا الآخر فيدور مدار ذهابه من المجلس كأحد الوجوه في المكره؟ أو بثبوت فوراً؟ وجوه، أقواها الثاني عملاً بالاستصحاب.

١- مجمع الفائده ٨: ٣٨٥.

٢- تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٣.

٣- جامع المقاصد ٤: ٢٨٧، المسالك ٣: ٢١٥.

٤- بحار الأنوار ٦: ١٦١.

٥- موسوعه أطراف الحديث النبوي ٨: ١٨٥.

٦- الغنيه: ٢٢١.

٧- التذكرو ١: ٥٣٦ س ٣٩.

٨- الرياض ٨: ٢٠٢.

٩- النساء: ٧، ١١، ١٧٦.

و التفرّق هنا يصدق بانتقال الحيّ و بنقل الميّت مع عدم المصاحبه، و معها يبقى إلى أن يتفرّقا.

و إن كان غائباً قام فيه الاحتمال الأوّل و إن بعد ما بينهما و لم يعلم أحدهما بمكان صاحبه، أو السقوط بناءً على هذا الاحتمال لانتفاء المتعلّق، و هو عدم تفرّق المتبايعين. و تجرى فيه باقى الاحتمالات. و يزيد خامساً، و هو امتداده بامتداد مجلس الخبر، لتعدّد مجلس العقد، و دوام الخيار ضرر فينتقل إلى البدل كما فى مجلس الزوال فى المكره، و الأقوى فيه ما قوّيناه فى سابقه، و مجلس الخبر لا دليل عليه، فالقول به تحكّم.

هذا كلّه مع اتّحاد الوارث، فلو تعدّد فكذلك، إلّا أنّ ثبوت الخيار لكلّ واحد فى مجلسه إذا كان غائباً بعيد.

و لو اختلفا فى الفسخ و الإجازة قدّم الفاسخ. و فى انفساخ الجميع أو فى حصّه خاصّه ثمّ يتخير الآخر لتبعيض الصفقه و جهان، أجمدهما الأوّل، و سيجىء البحث فى المقامين.

و فى الدروس: فإن كانوا حضوراً أى الورّاث فى مجلس العقد فلهم الخيار إلّا أن يفارقوا العاقد الآخر. و لا ينقطع الخيار بمفارقة بعضهم، لأنّه لم يحصل تمام الافتراق، لأنّهم ينوبون عن الميّت جميعهم (١) انتهى.

ثمّ أنّه بناء على ثبوت الخيار للوكيل على نفس الصيغه و انتقال الخيار بالإرث فهل ينتقل بعد الموت إلى ورثه الوكيل أو إلى الموكل؟ و جهان.

و فيما إذا عزل الوكيل أيضاً يجىء الوجهان فى بقاء الخيار له أو انتقاله إلى الموكل.

و حيث كان البناء على تفرّق الأبدان يجىء الإشكال فيما لو ذهب بعض

١- لم نعثر عليه فى نسخ الدروس، و العبارة بعينها وردت فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٥٠، و لعلّ المؤلّف قدس سره راجعه و رأى فى سطرٍ قبله «الشهيد فى الدروس» و حسب أنّ العبارة من الدروس.

الميت دون البعض، فقد يفصل بين الجزء الذي يبقى الحياه معه و غيرها و بين ما يتحقق صدق الاسم بدونه و ما لا يتحقق.

و مثل ذلك يجرى فى نيه الإقامه و الوطن ممن قطع أو ظن بالقتل.

و الظاهر أنّ المجلس تابع للعقد، فإذا تناديا بالبيع من مكان بعيد فالمجلس ما بينهما، و إذا تباعدا فوق ذلك تفرق المجلس، و إذا تقاربا لم يتفرق كما فى التذكرة و الدروس و كنز الفوائد (١) لعموم النصّ. و دعوى: عدم شموله لهذا الفرد، ممنوع.

و أسقطه بعض العامه لمقارنه المسقط (٢) و لا ريب فى سقوطه.

ثم إن إسقاط التفرق للخيار هل هو حكم تعديى للدليل و إن علم منه عدم الرضا بالسقوط، أو لدلالته على الرضا ظاهراً كما صرحت به الصحيحه (٣) فهو مسقط حتى مع الشك ما لم يعلم عدم الرضا، أو لا- يسقط حتى يعلم منه الرضا فمع الشك لا يحكم بالسقوط؟ وجوه، أقواها الأول كما هو ظاهر الأصحاب (٤) حملاً لما فى الروايه على بيان الحكم لا- العله، و أضعفها الأخير.

و لو كان البائع جماعه و المشتري واحد أو بالعكس أو كان الطرفان و أجزنا اشتراك العاقدين فى العقد الواحد كأن يقول أحد الوكلاء: بعثك يا زيد، و يقول الآخر: و يا عمرو و هكذا، أو يقول أحدهم: بعثك الدرهم، و الآخر الدينار، فيقول المشتري: قبلت و مثله تعدد الوارث بناءً على أنّ المدار على تفرقه فهل يحصل التفرق بالبعض أو بالكل أو كالتفرق فى باب الجماعه يناط بالصدق العرفى أو يعطى كل حكمه؟ وجوه، أضعفها الأخير، لعدم جواز التبعض فى الالتزام و الفسخ و مدرك الأولين صدق التفرق و عدمه و لعل الأقوى الثانى، استصحاباً لبقاء الخيار، و هو الظاهر من النصّ.

١- التذكرة ١: ٥١٧ س ٣٦، الدروس ٣: ٢٦٧، و لم نجده فى كنز الفوائد.

٢- المجموع ٩: ١٨١.

٣- الوسائل ١٢: ٣٤٦، ب ١ من أبواب الخيار ح ٣.

٤- للإجماع على أنّهما لو افترقا مختارين مع عدم رضا هما بالزوم يسقط خيارها. (هامش الأصل).

و لو باع الوكلاء عن شخص دفعه بقى الخيار ببقاء واحد منهم، و المدار على مجلس التمليك أو مجلس العقد؟ احتمالان، أقواهما الأخير.

و يختلف الحكم فى مسأله إجازة الفضولى إذا جعلت ناقله و قد اختلف مجلس التمليك عن مجلس العقد فى أن بناء الصّحه على مجلس العقد بالعود إليه أو مجلس الإجازة أو البطلان مطلقاً؟ وجوه، أقواها الأخير.

و اعتبار المجلس هنا و فى الصرف و السلم من مقوله واحده على الأقوى، لاقتضاء الدليل ذلك.

و المدار فى الكلّ على اسم عدم التفريق، فالماشيان و الراكبان و الجالسان و النائمان سواء، و إذا ذهبنا مجتمعين كان المجلس باقياً.

لكن يبقى الكلام فى مسأله النذر و اليمين و العهد هل يجرى فيه؟ الظاهر لا، إلّا مع القرينه الدالّه على التعميم، إذ هو من الحقيقة العرفيه الخاصه أو المجاز المشهور لا العرفيه العامه و لا الشرعيه.

ثم إن سقوط خيار المجلس بالافتراق مجمع عليه بين الأصحاب إجماعاً محصلاً و منقولاً، سواء تفارقاً فيه أو فارقاه غير مصطحبين أو فارقاه أحدهما دون الآخر عالمين أو جاهلين أو مختلفين، لعموم النصّ.

إنّما الكلام فيما به يحصل الافتراق، فهل المدار على الحكمة و هو عبارته عن كون الشئيين بحيث يتخللها ثالث أو اللغوى و هو أوسع دائره منه، أو العرفى و هو أوسع دائره منهما بناءً على أنّه غير التحديد بالخطوه فما زاد أو التحديد بالخطوه فما زاد؟ و على الأخير فهل يراد بالخطوه المتعارفه أو يراعى فى كلّ خطوه؟ وجوه، و لا ريب أنّه لا يراد الأوّلان، و إلّا لم يثبت خيار غالباً و لم يصحّ صرف و لا سلم خصوصاً من الماشيين، و قوله عليه السلام: «و إن نزا حائطاً فائز معه» (١) ينفيه. و دعوى صدق الاتحاد بينهما فقط أو بينهما و بين المعنى العرفى لأصالة عدم النقل، لا يخلو من وجه.

و الظاهر إرادته المعنى العرفي، لأنّ الافتراق لا تحديد له في الشرع فيكتفى فيه بالمسمّى عرفاً.

و ذكر الخطوه في كلام الأصحاب ليس لبيان التحديد الشرعي و إنّما هي مثال و العبره بمسمّى الانتقال بحيث يزيد ما بينهما من البعد عمّا كان حال العقد و لو كان بأقل منها كما صرّح جماعة (١) أو للكشف عن العرف و هم أعرف بمداليل الألفاظ، بمعنى أنّ العرف لا يصدق بما دونها (٢). و هو غير بعيد كما صرّح به أيضاً جماعة من الأصحاب (٣) و ربّما ادّعى أنّ الإجماع منقول عليه (٤).

و لا ينافي ذلك الصحيح المتضمّن لحصوله في الخطي (٥) فإنّه لا يأبى حصوله بما دونها.

و توقّف في الخطوه بعض المتأخّرين، لعدم ظهور الصدق بها عرفاً، و المتبادر من الافتراق المعتقد به (٦).

و يرده عدم صحّه السلب في مقام التحقيق و إن جاز توسّعاً تنزيلاً للقليل منزله المعدوم. أ لا ترى أنّه يقال: لا تفارقه و لو خطوه، تنبيهاً على الفرد الأخرى و إنّ الشكّ كاف في المطلوب، فإنّ الأصل عدم النقل.

و يتبه عليه حديث الخطوه حيث إنّ «الخطي» جمع خطوه و أقلّه ثلاث، و عدم صدق التفزق بها عرفاً ظاهراً، فلا يترتب عليها الحكم كما لا يترتب على الواحد و هم لا يقولون به. و الصحيح المنطوي على التعليل بالرضا. و الأصحاب قطعوا بالخطوه فلا يتخطى ما قالوه.

و المراد بالخطوه الخطوه المتعارفه، إذ هي التي ينصرف إليها الإطلاق.

١- التحرير ١: ١٦٥ س ٢٩، المسالك ٣: ١٩٦، جامع المقاصد ٤: ٢٨٤.

٢- أي ما دون الخطوه.

٣- الخلاف ٣: ٢١ المسألة ٢٦، المبسوط ٢: ٨٢، السرائر ٢: ٢٤٦.

٤- مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٣ س ١٠.

٥- الوسائل ١٢: ٣٤٧، ب ٢ من أبواب الخيار، ح ٢.

٦- الرياض ٨: ١٨٠.

ثمّ اعلم أنّ المراد بالافتراق فى الروايات و كلمات الأصحاب الافتراق الطارئ بعد العقد، و إنّما لخصّ الحكم خصوص المتماثّين، و هو باطل.

ثمّ إنّ المراد بالتفرّق تفرّق تمام البدن لا أبعاضه، فلو تبايعا مضطّجين أو مستقلّيين و أقدامهما متلاصقه ثمّ قبض كلّ رجله فحصلت فرجه عظيمه مع بقاء رأسيهما على حالهما فالخيار باقٍ.

و لو قرب أحدهما من صاحبه بمقدار بعد الآخر فقدر المساحه باقٍ، فهل يعدّ تفرّقاً؟ إشكال، و الأظهر ذلك.

و لو تفرّقا بعد الدخول فى العقد ثمّ رجعا قبل إتمامه، حكم بعدم التفرّق على إشكال.

و لو كان وكيلاً فى الايجاب و القبول و بعد إيقاع الايجاب تولّى المالك القبول حصل به و بالمالك.

و لو كانت بينهما فاصله وقت العقد فخرج كلاهما عن الحدّين أو أحدهما عن الحدّ على وجه البعد لا الدنو لأنّ التدانى تقارب بينهما لا تفارق حصل التفرّق.

و لو استطال مكان العقد لحصوله حال العدو فعاد أحدهما بعد التمام إلى بعض المسافه دون الآخر، حصل الافتراق.

و لو تكثّرت الخطى على وجه الاستداره، فلا افتراق. و التفرّق فى جهه العلوّ و الهبوط كالتفرّق من الجهات الأربع.

و لو تعدّرت الافتراق لوحده العاقد عن اثنين هو أحدهما أو غيرهما و كاله أو ولايه أو بالتفريق أو لكونهما مجتمعين على حقو واحد، ففيه وجوه، بل أقوال:

فذهب الشيخ و القاضى و الفاضلان و الشهيدان و المحقّق الكركى و الصميرى (١) إلى ثبوت الخيار، للإجماع على ثبوته فى كل بيع كما فى الغنيه (٢) و لأنّ المقتضى له

١- المبسوط ٢: ٧٨، المهذب ١: ٣٥٣، الشرائع ٢: ٢٢، القواعد ٢: ٦٥، الدروس ٣: ٢٦٥، المسالك ٣: ١٩٧، جامع المقاصد ٤: ٢٨٥، غايه المرام ٢: ٣٤.

٢- الغنيه: ٢٢٠.

فى المتعدّد و هو البيع قد وجد فى الواحد فىلحق به تنقيحاً لمناط الحكم. و لا أثر للتعدّد فى الخيار و إن ورد النصّ به، لوروده مورد الغالب، مع قصد التنصيص به على الاشتراك و التوطئه لذكر التفريق. و لو أثر فيه لأثر فى غيره ممّا ابتنى عليه، فيسقط مع الأتحاد أكثر الأحكام. و لأنّ الظاهر من تعليق الخيار بالبيع فى قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار (١)» ثبوته لهما من حيث هما بيعان.

و يرجع بعد إسقاط الاثنيّيه من الحيثيه لكون التشبيه فى قوه التكرار بالعطف إلى ثبوته للبائع من حيث هو كذلك و المشتري من حيث هو كذلك. و العاقد الواحد بائع و مشتريّ فثبت له الخيار بالاعتبارين.

و لا- ينافى ذلك قوله: «ما لم يفترقا» إذ النفى حقيقه فى السلب المطلق لا فى عدم الملكه عمّا من شأنه ذلك. و لا فرق فيه بين المتعدّد و الواحد.

و قد يتمسّك بعموم النصّ أخذاً بحقيقه النفى و حملاً للتشبيه على عموم المجاز كما يتبّه عليه سوق النصوص و الاقتران بخيار الحيوان فى أكثرها، و العموم فيه معلوم بالخصوص (٢).

و فى الصحيح: ما الشرط فى الحيوان؟ فقال: ثلاثه أيام للمشتري. قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (٣).

و هذا الحديث يفصح عن المطلوب فإنّه مع تضمّنه لما ذكر عمّ المتحد سؤالاً فيعمّه جواباً و تعليلاً ينشأ من التنبيه على علّه السقوط بالافتراق فيعمّه حكماً.

و حكى العلّامه فى التذكره و التحرير قولاً بلزوم البيع و مال إليه الأردبيلى و صاحب الكفايه و صاحب الحدائق (٤) تمسكاً بالأصل، و لزوم الضرر ببقاء الخيار

١- الوسائل ١٢: ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٩ ب ١، ٣ من أبواب الخيار، ح ١، ٣، ٦.

٢- ذكره السيّد بحر العلوم أيضاً بلفظ «قد يتمسّك» مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ٢٤٥.

٣- الوسائل ١٢: ٣٤٦، ب ١ من أبواب الخيار، ح ٣.

٤- التذكره ١: ٥١٦ س ١، التحرير ١: ١٦٥ س ٣٣، مجمع الفائده ٨: ٣٨٩، الكفايه: ٩١ س ٢٤، الحدائق ١٩: ١٣.

الغير المغتيا بغايه، و ظهور الأخبار فى التعدد. فإنّ تشبه البيعين ظاهراً تقضى بالتعدد الحقيقى و كذا تشبه ضمير «يفترقا» و مادّه التفرّق.

ثمّ الذى فى صحيحه ابن مسلم «حتّى يفترقا» (١) عليه السلام و ظهور «حتّى» فى التعدد الحقيقى لا يخفى.

و فى صحيح الفضيل: ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (٢) و فيها ظهور من عدّه وجوه.

و فى صحيحه الحلبي: أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع (٣).

و فى صحيحه ابن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام، و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفترقا (٤).

و أحاديث قيام الباقر عليه السلام عن مجلسه حين اشترى من غيره (٥) لا يدلّ إلّا على التعدد. و لا أقلّ من أنّ الإطلاقات فى الأخبار تحمل على الأفراد الشائعه و هى المتبادره عند الإطلاق.

و كيف كان فظاهر الأدلّه مقصور على التعدد الحقيقى، و الإجماع لم يثبت، و إجماع الغنيه (٦) مع ضعفه فى نفسه مساق للعموم لأفراد البيع كالسلم و النسيئه و نحوها (٧) لا إلى نحو ما ذكر، فإنّه من الأفراد النادره التى يخرج من العموم فضلاً عن الإطلاق، ككلام العلّامه فى التذكره حيث قال: و يثبت فى جميع أقسام البيع كالسلم و النسيئه و المرئى و الموصوف و التوليه و المرابحه (٨) و نحوه كلام غيره.

و تنقيح المناط ممنوع، مع أنّه ربّما كانت الحكمه كثره دوران المتعدد دون

١- الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب ١ من أبواب الخيار، ح ١.

٢- الوسائل ١٢: ٣٤٦ ب ١ من أبواب الخيار، ح ٣.

٣- الوسائل ١٢: ٣٤٨ ب ٢ من أبواب الخيار، ح ٤.

٤- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٣.

٥- الوسائل ١٢: ٣٤٧، ٣٤٨ ب ٢ من أبواب الخيار، ح ١-٤.

٦- الغنيه: ٢٢٠.

٧- كذا فى الأصل أيضاً، و الظاهر: نحوهما.

٨- التذكره ١: ٥١٥ السطر ما قبل الأخير.

غيره. فناسب الإرفاق بالخيار فيه، و تأثير الأتحد فى سقوط هذا الخيار لا يقتضى تأثيره فى سقوط باقى الأحكام، لوجود الدليل العام فيها دون هذا المقام.

و ظهور الحيشه لو سلم لا يقوى على ظهور التعدد. و النفى فى «ما لم يفترقا» و إن كان حقيقه فى السلب المطلق إلا أن المتبادر من هذه العبارة بالنظر إلى صدر الخبر هو توجه النفى إلى القيد خاصه دون المقيّد. و هم قد صرّحوا فى محاوراتهم فى هذا المبحث بأن معناها أن المتبايعين بالخيار ما لم يفارق أحدهما الآخر، و يحصل البعد بينهما بما يزيد على وقت العقد.

فالمنفى إنما هو الافتراق دون من ترتب عليه الافتراق و هما البيعان. و مبنى الكلام السابق إنما يتم على رجوع النفى إلى القيد و المقيّد، و هو خلاف ظاهر الخبر.

و لا- ريب أنه لو دار الأمر بين التجوّز بصدر الخبر و هو «المتبايعان» أو عجزه و هو «ما لم يفترقا» مع أنه ليس من المجاز بل من إرادته غير الظاهر من أفراد الحقيقه كان الأولى الثانى و لا- أقلّ من الشكّ و الأصل العدم، فلا وجه لما فى المسالك: من أن المفهوم من قوله «ما لم يفترقا» إرادته السلب لا- عدم الملكه أى عدم الافتراق عمّا من شأنه الافتراق، أو محتمل فيثبت الخيار بمقتضى صدر الحديث و يحصل الشكّ فى المسقط فيستصحب إلى أن يثبت المزيل (١) إلا أن يدعى التأييد بفهم المشهور و هم أعرف بمواقع الألفاظ.

و لهذا كله توقّف فى جامع المقاصد و ظاهر التحرير و الإيضاح و التنقيح (٢) و حواشى الشهيد.

ثمّ إنه بناءً على ثبوت الخيار هل يسقط بانتقال العاقد عن مجلسه تنزيلاً له منزله التفزق أو لا؟ و جهان، بل قولان:

حكى أولهما الشيخ فى المبسوط عن بعضهم (٣) و قال به الصيمرى (٤) و احتمله

١- المسالك ٣: ١٩٨.

٢- جامع المقاصد ٤: ٢٨٧، التحرير ١: ١٦٥ س ٣٤، الإيضاح ١: ٤٨١، التنقيح الرائع ٢: ٤٤.

٣- المبسوط ٢: ٧٨.

٤- غايه المرام: ٢: ٣٥.

العلامة في المختلف (١) وولده في الإيضاح (٢) نظراً إلى أنّ خيار المجلس يسقط بمفارقتها من غير اصطحاب، ولا مصاحبه بين الشخص و نفسه.

و ضعّف باستحاله افتراقهما و المسقط هو الافتراق. و قد ينتصر له: بلزوم الضرر لو دام الخيار، و بلزوم مخالفه الفرع الذي هو العاقد الواحد للأصل الذي هو المتعاقدين و قد حمل عليه تنقيحاً لمناط الحكم و قد كان الخيار في الأصل يزول بشيء معلوم فينبغي أن يكون في الفرع مثله و إنما لمخالفه و بإطلاق ما دلّ على جواز بيع الوكيل ماله من موكله و مال موكله من نفسه، و لو دام الخيار مع الاتحاد و جب التفصيل في الأخبار الدالة على ذلك بأن يفرّق فيها بين شراء الوكيل لنفسه فيلزم البيع بالاختيار و بين شرائه لغيره فيقف اللزوم على الافتراق، لأنّ الوكيل يتوخّى مصلحة الموكل و لا مصلحة له في دوام الخيار في الأوّل كما أنّها موجودة في الثاني. لكنّ هذا التفصيل لم يقل به أحد.

و ذهب إلى الثاني العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في المسالك و العليان في التعليقات الكركيه و الميسيه (٣) و هو ظاهر الشيخ و القاضي و المحقّق (٤) لفقد دليل التنزيل فيستصحب الخيار، و الضرر مندفع بالاشتراط و الفسخ، و المخالفه مقلوبه لأنّ زوال الخيار في الأصل بالتفرّق. فلو كان هاهنا بمفارقة المجلس تخالف الأصل و الفرع و تصرّف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقاً فإن وجدت مع استمرار الخيار صحّ و إلّا بطل بهذا الاعتبار.

قوله: «فلو أكرها أو أحدهما عليه لم يسقط مع منعهما من التخير» (٥) صور المسألة أربعه (٦)

-
- ١- المختلف ٥: ٦٤.
 - ٢- الإيضاح ١: ٤٨١.
 - ٣- التذكرة ١: ٥١٦ س ٢، المسالك ٣: ١٩٩، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقة ١٣٣ س ٨، و لا يوجد لدينا التعليقات الميسيه.
 - ٤- المبسوط ٢: ٧٨، المهذب ١: ٣٥٣.
 - ٥- الروضة البهيه ٣: ٤٤٩.
 - ٦- العبارة في المطبوعه هكذا: هذا كلّ مع عدم الإكراه، أمّا لو أكرها أو أحدهما مع منعهما من التخير ففي المسألة صور أربع.

الاولى: أن يكرها على التفريق و على عدم الاختيار فى الفسخ و إيجاب البيع.

الثانية: أن يكرها على التفريق و لم يكرها على الاختيار مطلقاً لا فسحاً و لا إيجاباً.

الثالثة: أن يكرها على التفريق و يكرها على الفسخ فقط.

الرابعة: أن يكرها على التفريق و يكرها على الإيجاب فقط.

فى الثانية يسقط الخيار، لتمكّنها من الفسخ.

و فى الثالثة لا يسقط، لعدم تمكّنه من الفسخ كأولى.

و فى الرابعة يسقط، لتمكّنه من الفسخ، فتركه دليل الالتزام.

و الحاصل أنّ المدار على التمكّن من الفسخ و عدمه و يمكن ادخال الصورتين تحت كلام الشارح [حيث قال: و لو اكرها أو أحدهما عليه لم يسقط مع منعهما من التخاير (١)].

و على كلّ حال فدلّيل عدم سقوط الخيار فى المقام الإجماع كما فى الغنيه و تعليق الشرائع (٢). و لعلّه يخصّ الصورة الاولى فقط و استصحاب الخيار. و تبادل الاختيار. و لذا صحّ أن يقال: لم يفترقا و لكن فرّقا.

و يعضده التعليل بالرضا، و أنّ الخيار شرّع للإرفاق و لا رفق مع الإيجاب.

فإن قلت: إنّ الافتراق فى الروايات و فى كلام الأصحاب إن اعتبر فيه العلم و القصد و الاختيار فافتراق النائم و الساهى و الناسى و المدهوش و السكران و المغمى عليه و المجنون و المجهور ليس بافتراق، فالتمكّن من الاختيار و عدمه سيان، فبقاؤه من غير اختيار مع تمكّنه حتّى يرتفع و يكون المجلس حينئذٍ مجلس الارتفاع لا بأس به و إن دخل تحت الافتراق. و الحكم وضعى لا شرعى ينبغى أن يسقط الخيار بمجرد حصوله بأى كيفيه كان.

١- لم يرد فى الأصل.

٢- كما فى الغنيه: ٢١٧، و حكاها السيّد بحر العلوم فى المصاييح عنها و عن تعليق الشرائع، انظر مصاييح الأحكام (مخطوط): ٢٤٥

قلت: لنا أن نلتزم بالأوّل بدعوى أنّه المتبادر، وأنّ من ذكر عدا المجرور قد ألحقه الإجماع بالمختار القاصد العالم، و يبقى المجرور على وفق القاعده.

و عليه منع ظاهر، لعدم تحقّق الإجماع في ذلك، كيف! و في جامع المقاصد قد تأمّل في الحاق المدهوش بالمجنون (١). و لم ينصّ على حكم المسأله أحد من الأصحاب مع أنّه على هذا يكون غير المجرور أسوأ حالاً منه.

أو نلتزم بالثاني و نقول: إنّ المجرور فقط الممنوع من التّخاير أخرجه الإجماع، و هو بعيد.

و الظاهر أنّ المنشأ الصدق العرفي في الفرق بين ما ذكر و بين المجرور، و أنّ النائم و الساهي و نحوهما ينسب إليهما فعل الافتراق عرفاً كالمختار القاصد، بخلاف المجرور، فإنّه لا يقال فيه: افتراق، بل فرّق.

نعم يبقى الإشكال بالنسبه إلى المجرور في افتراقه الغير الممنوع من اختياره فمقتضى ذلك عدم السقوط فيه إلّا أن يكون الفارق الإجماع، و بناءً على أنّ المستند الإجماع يشكل، إلحاق الصورة الثالثه من الصور الأربع بالاولى، فتأمّل.

فإن قلت: بناءً على أنّ التفرّق المجرور عليه بحكم البقاء في المجلس ينبغي أن يكون البقاء في المجلس و عدم التفرّق المجرور عليه بحكم التفرّق، و تتصوّر فيه تلك الصور الأربع.

قلت: هو قياس مع الفارق، لوجود الدليل في الأوّل دون الثاني، مع أنّ الأصل الاستصحابي كما يثبت الأوّل ينفي الثاني، فتأمّل.

و الجبر على أحد الأمرين من البقاء في المجلس أو التفرّق في وجه خاصّ جبر على التفرّق على إشكال.

و لو اكره أحدهما على المفارقة فإن اكره الآخر على المقام يبقى الخياران، لكونهما مكرهين، و إلّا احتمل بقاؤهما، و انقطاعهما، و بقاء خيار المكره دون الباقي. و كذا لو حبس أحدهما ففارقة الآخر اختياراً.

و مبنى الوجوه على أنّ شرط اللزوم تفرّقهما المستند إلى اختيارهما، أو اختيار أحدهما مطلقاً، أو في حقّ المختار خاصّه.

و مستند الأوّل و هو الأقوى أنّه المتبادر من النصّ، و المفهوم من التعليل بالرضا منهما في الصحيح، و يقتضيه الإجماع المنقول، و لأنّ الشكّ في المسقط يقتضى البقاء تمسكاً بالأصل، و هو اختيار المبسوط و الغنيه و التحرير و كنز الفوائد و الشارح هاهنا (١) و ظاهر الإرشاد و المسالك (٢). و الثانى ظاهر الشرائع و الدروس و الإيضاح و محتمل القواعد (٣). و الثالث محتملها الثانى، و هو ظاهر الخلاف و الجواهر و التذكرة في هذا الفرع (٤) لكنّه ذكر في غيره ما ينافيه (٥). و المتحصّل من كلامه بعد ردّ بعضه إلى بعض: سقوط الخيارين معاً، لحصول المفارقة باختيار أحدهما، و عدم توقّف الافتراق على تراضيهما، و مقتضى القاعده السقوط بالتفرّق عدا ما استثنى بالدليل، و الأصل لزوم العقد، و التعليل عليل. و ضعفه (٦) معلوم ممّا سبق.

و لا يستفاد هذا من إطلاقات روايات مشى الباقر عليه السلام الخطفى لإيجاب البيع (٧) كما يتخيّل لأنّها منزّله على الفرد الظاهر.

و قد يوجّه التفصيل بأنّ مفارقة المختار أماره الالتزام بالعقد فيسقط خياره و إن بقى الآخر، كما لو تبعض الاختيار فاختار أحدهما الإمضاء و سكت الآخر، فإنّ خيار الساكت باقٍ فقط. و ضعّف بمصاحبه المكره له شرعاً فينتفى الافتراق منهما كذلك، لأنّه لا يقبل التبعض بخلاف الإيجاب.

و منه يعلم وجه عدم تأثير مفارقة المختار للمجلس ما دام الآخر مكرهاً، لأنّه

١- المبسوط ٢: ٨٤، الغنيه: ٢١٨، التحرير ١: ١٦٦ س ٣، كنز الفوائد ١: ٤٤٧، الروضه ٣: ٤٤٩.

٢- الإرشاد ١: ٣٧٤، المسالك ٣: ١٩٦.

٣- الشرائع ٢: ٢١، الدروس ٣: ٢٦٦، الإيضاح ١: ٤٨٣، القواعد ٢: ٦٥.

٤- الخلاف ٣: ٢٦ المسأله ٣٥، جواهر الفقه: ٥٥ المسأله ١٩٧، راجع التذكرة ١: ٥١٨ س ١٩.

٥- المصدر السابق س ٢٣.

٦- الظاهر مرجع الضمير: كلام العلّامة قدس سره.

٧- الوسائل ١٢: ٣٤٧ ٣٤٨ ب ٢ من أبواب الخيار ح ١-٣.

معه شرعاً، فلا يسقط الخياران ولا خيار المفارق فقط. خلافاً للعلامة في التحرير (١). ووجه الفرق بينه وبين الباقي في المجلس بمصاحبه المكره له في الثاني دون الأول، فإنه إنما جبر بمفارقة المجلس وعدم الاختيار معها وقد أسقط حكمها الشارع فيكون كما لو كان في المجلس مختار فيهما.

و فيه نظر بل هو بمنزله المجبور على البقاء الممنوع من الاختيار.

و في الإيضاح بنى المسألة على بقاء الأكوان وعدمه، وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه، وأن الافتراق ثبوتى أو عدمى.

فعلى عدم بقاء الأكوان واحتياج الباقي يسقط، لأنه فعل المفارقة.

و على القول بالبقاء والاستغناء و ثبوت الافتراق لا يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئاً و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذاك.

و إن قلنا: إنه معلل سقط أيضاً لأنه علته.

و أنت خبير بأن الأحكام الشرعية لا تبنى على التدقيقات الحكمية.

و قد يتمشى بعض وجوه هذه المسألة في الحي و الميت. قوله: فإذا زال الإكراه.

فلهما الخيار في مجلس الزوال (٢) إذا زال الإكراه فهل الخيار (٣) على الفور أو على التراخي مطلقاً أو محدود بمجلس الزوال؟ وجوه.

فذهب العلامة في أحد قوليه في التحرير و التذكرة إلى الأول (٤) اقتصاراً فيما خالف أصل لزوم على المتيقن.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى الثالث (٥) و إليه ذهب الشارح هنا (٦) و مال إليه الميسى.

و فيه: أن المراد بالمجلس في هذا المقام مكان البيع لا مطلق المجلس

١- التحرير ١: ١٦٦ س ٣.

٢- الروضة البهية ٣: ٤٤٩.

٣- العبارة في المطبوعه هكذا: و هل الخيار بعد زوال الإكراه من المتبايعين و رجوعه إليهما.

٤- التذكرة ١: ٥١٨ س ٦، و أمّا التحرير فهذا نصّه: و يثبت لهما الخيار في مجلس زوال الإكراه ما لم يفترقا. راجع ج ١ ص ١٦٦

س ٢.

٥- المبسوط ٢: ٨٤.

فتحديده بهذا المجلس لا- دليل عليه. فإمّا أن يجعل على الفور أو يجعل على التراخي غير محدّد بالمجلس المذكور، و الاستصحاب مقطوع لتغير الموضوع.

و قد يجاب عنه بأنّه لما لم يكن هذا الافتراق افتراقاً بحكم الشرع فالمجلس باقٍ إلى حين زوال الإكراه و هو مجلس العقد غير أنّه في صورته البعد المفرط و عدم صدق الاجتماع هل المدار على مجلسهما بعد زوال الإكراه اختلف حالهما فيه في القيام و القعود و المشى و العدو و غير ذلك أم لا علم أحدهما بحال صاحبه أو لا، أو يبنى فيهما على مجلس المكره بعد زوال الإكراه، فإن فارقه و إن لم يعلم الآخر سقط خيارهما و إن لم يفارقه بقي الخياران قام الآخر من مجلسه أو لا، أو يبنى على مجلس العلم في غير المكره. و في المكره على مجلس زوال الإكراه، أو يبنى فيهما على مجلس العلم و صدق الاجتماع و يشترط مراقبه أحدهما لصاحبه؟ وجوه و احتمالات أو فقها بالقواعد الأول و أقربها إلى الاعتبار الأخير.

و ذهب بعض المحققين إلى الثاني، و استدللّ عليه بالأصل، و بأن خيار المجلس موضوع على التراخي و هذا منه أو بدل عنه (١). و الثاني لا يدلّ على مطلوبه.

و اقتصر في الدروس على حكاية قول الشيخ (٢). و في المسالك على ذكرهما (٣) و جهين (٤). و ظاهرهما التوقف.

و لو زال الإكراه عنه و هو سائر انقطع الخيار بمفارقة موضع التمكّن على أحد الوجهين كما لو فارق مجلس الزوال إلّا في طريق العود إن لم يؤدّ إلى البعد و لا يجب العود و إن قصرت المسافه و لا يتحرّى الأقصر. خلافاً لبعض العامّة في الأول (٥) و لا عبره به.

[و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر]

قال المصنّف: «و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر قدّم الفاسخ»

لأنّ الفسخ يمضى على الآخر بخلاف الالتزام فإنّه إنّما يجرى على نفسه لأنّه

١- مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٢.

٢- الدروس ٣: ٢٦٦.

٣- كذا في الأصل.

٤- المسالك ٣: ١٩٦.

٥- نسبة العلّامة قدس سره إلى الجويني، راجع التذكرة ١: ٥١٨، س ١٩.

عبارة عن إسقاط حقّه من الخيار ولا ينافى ثبوت حقّ الثانی فيكون كما لو اختصّ الخيار بأحدهما، ولأنّ سلطان الفسخ بأصل العقد مع المجلس والإسقاط جديد للشرط سواء كان شرط إسقاط أو شرط سقوط فإنّه وإن قارن السقوط العقد في الثانی إلّا أنّه متأخّر في الرتبة فإنّ الشرط متأخّر عن المشروط.

و على كلّ حال فقد تقدّم ما ينافيه فلا يؤثّر، أو يكون التأثير للفسخ المتأخّر عنه، أو يكون حكماً تعديدياً مستنده الإجماع على الظاهر.

و تقرير السبب بأنّ الإسقاط أصل و الفسخ عارض، مقلوب على قائله.

و تنظر صاحب الكفاية في تقديم الفاسخ (١) و هو في غير محلّه.

و لو كان الإسقاط و الفسخ من واحد كصدوره من وليين عليه أو وكيلين مطلقين له دفعه واحده، فأقوى الوجوه التساقط و يبقى على حاله.

و لو كان من المالك و الوكيل، قام فيه وجهان: الصّحّه و يكون ذلك عزلاً للوكيل أو بحكمه، و البطلان. و لعلّ الأقوى الأوّل.

[و لو خيره فسكت فخياريهما باق]

قال المصنّف: «و لو خيره فسكت فخياريهما باق»

لو قال أحدهما لصاحبه: اختر، فلا يخلو فإمّا أن يقول: عنّي أو عنك أو عنّا أو يطلق، ثمّ إمّا أن يعين المختار إمّا الفسخ أو إسقاطه أو يطلق، ثمّ إمّا أن يسكت الآخر أو يجيب بأحد الأمرين من الفسخ أو الإمضاء أو يجيب بالعدم. فالصور ثمان و أربعون. و الظاهر أنّه لو قال: اختر عنك، ليس من محلّ البحث في شىء. أمّا لو قال: عنّا أو عنّي، فالظاهر أنّ السكوت لا يفيد شيئاً في جميع الأقسام.

أمّا خيار المخير فباق إجماعاً و كذا خيار الآخر في صورته الإطلاق كما في المبسوط و الخلاف و الشرائع و المختلف و التحرير و القواعد و الإيضاح و الدروس و غايه المرام و تلخيص الخلاف و كنز الفوائد (٢) و فتوى الشارح هنا و في

١- الكفاية: ٩٣ س ٢.

٢- المبسوط ٢: ٨٢ ٨٣، الخلاف ٣: ٢١ المسأله ٢٧، الشرائع ٢: ٢١، المختلف ٥: ٦٢، التحرير ١: ١٦٥ س ٣١، القواعد ٢: ٦٥، الإيضاح ١: ٤٨١، الدروس ٣: ٢٦٦، غايه المرام ٢: ٣٤، تلخيص الخلاف ٢: ١٢، كنز الفوائد ١: ٤٤٥.

المسالك (١) للأصل، و إطلاق النص، و عدم دلالة التخيير على الالتزام.

و حكى الفاضلان فى الشرائع و المختلف (٢) قولاً بسقوط خيار القائل، لأنه ملك صاحبه ما ملكه من الخيار و الخيار حق من الحقوق يقبل التمليك بصلح و بغيره، و للخبر: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر (٣).

و التخيير لا يدل على التمليك. و الخبر عامى و ظاهره سقوط الخيارين معاً، و هو خلاف الإجماع فيحمل على الامضاء.

و عزى المحقق الكركى و الشهيد الثانى هذا القول إلى الشيخ (٤) و هو غريب! لتصريحه بخلافه فى المبسوط و الخلاف و حكاه عنه العلامة و ولده (٥) كذلك.

و على هذا القول فيما لو أجب بالعدم فهل حكمه حكم السكوت و يكون التمليك قهرياً و إن لم يرض به أو لا؟ و جهان، لعل الأقوى المساواه.

و قد يقال: إن معنى السكوت فى كلامهم يعنى بالنظر إلى الفسخ أو الإمضاء و إنما فلا- بد من القبول قولاً أو فعلاً و لا معنى للتمليك القهرى، فلو سكت أو أجب بالعدم لم يكن من المسألة.

و فى التذكرة: يسقط خيار الأمر إن قصد تمليك الخيار (٦) و إلا فهو باقٍ و إن اختار صاحبه الإمضاء.

و الحق أن قول القائل: «اختر» يحتمل التمليك و التفويض و الاستكشاف. فإن قصد الأول سقط خياره.

و إن سكت الآخر أو الأخير لم يسقط و إن أمضى، و إن قصد التفويض سقط مع الإمضاء دون السكوت.

و الظاهر من التخيير التفويض، و لذا فرّقوا بين السكوت و الإمضاء.

و لا يتوجه على المشهور أنكم تقولون فيما لو أذن أحد المتعاقدين للآخر فى

١- الروضة ٣: ٤٤٩، ٤٩٠، المسالك ٣: ١٩٧.

٢- الشرائع ٢: ٢١، المختلف ٥: ٦٢.

٣- مسند أحمد ٢: ٧٣.

٤- جامع المقاصد ٤: ٢٨٥، المسالك ٣: ١٩٧.

٥- المختلف ٥: ٦٢، الإيضاح ١: ٤٨٠.

٦- التذكرة ١: ٥١٨ س ٣٩.

التصرّف: سقط خيار الآذن و إن لم يتصرّف الآخر لأنّ ظاهر الإذن الالتزام بالعقد، و يلزمكم مثله في التفويض بأقسامه.

قلنا: فرق بين المقامين، لعدم وجود ذلك الظهور الذي في الإذن في التفويض، فتأمل.

هذا كلّ مع السكوت إذا لم يصرح بالمتعلّق. و لو صرح بالمتعلّق فإن قال: «اختر الإمضاء» فالحكم كما لو أطلق. و لو قال: «اختر الفسخ» فخيار الأمر باق و إن أمضى المخير. و ظاهر الدروس سقوطه (١) و هو بعيد.

أمّا مع الجواب، فإن كان بالإمضاء بطل الخياران سواء أطلق المخير أو قال: «اختر الإمضاء». أمّا لو قال: «اختر الفسخ» فلا، كما صرح به الشيخ و ابن زهره و العلّامة و الشهيد (٢) و غيرهم. و في الغنيه و ظاهر الخلاف الإجماع عليه (٣).

و إن أجاب بالفسخ سواء أطلق المخير أو قال: «اختر الفسخ» انفسخ العقد.

أمّا لو قال: «اختر الإمضاء» فأجاب بالفسخ و قصد الفسخ بالحقّ المنتقل إليه لا الفسخ لحقّ نفسه، لم يفسخ على إشكال.

و إن أجاب بعدم فهو أولى بعدم التأثير من السكوت.

[تتميم:]

تتميم: ذكر جماعه من الأصحاب مسقطين آخرين لهذا الخيار غير ما ذكره المصنّف:

الأول: بيع من ينعق على المشتري فإنّه لا خيار له فيه و لا للبائع، كما في التذكرة و القواعد و غايه المرام و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد و المسالك (٤) لدخوله في ملك المشتري بنفس العقد فينعق بمجرد الملك، و العتق لا يقع متزلزلاً، و الحرّ لا يعود رقاً.

١- الدروس ٣: ٢٦٦.

٢- لم نجد التصريح ممّن ذكره، راجع الخلاف ٣: ٢١ المسألة ٢٧، الغنيه ٢١٧، المختلف ٥: ٦٢، الدروس ٣: ٢٦٦.

٣- الغنيه: ٢١٧، الخلاف ٣: ٢١ المسألة ٢٧.

٤- التذكرة ١: ٥١٦ س ٥، القواعد ٢: ٦٥، غايه المرام ٢: ٤٣. تعليق الإرشاد (مخطوط) الورقه: ١٣٣، المسالك ٣: ٢١٢.

و فى الصحيح فى من ىنعتق من الرجال و النساء: إئهم إذا ملكوا عتقوا، و إئهنّ إذا ملكن عتقن (١).

و أكثر النصوص و كثير من العبارات نفى الملك، و حقيقه النفى و أقرب مجازاته ىنفيان الخيار، لأنّ أقرب المجازات نفى الأحكام و الآثار، و أعظمها الخيار.

نعم ىثبت على القول بانتقال المبيع بعده إذ لا مانع منه، و مدرك المسأله انّ بين دليلى العتق و الخيار عموماً من وجه، لأنّ ظاهر الروايات أنّ تقدّم الملك عقلى.

نعم لو قلنا بأنّه زمانى لم يحصل التعارض إلّا بضميمه تلك القاعدة، و دليل العتق أقوى من وجوه:

أولاً: أنّ العتق عندهم مبنى على التغليب و ىترجح بأدنى مرجح.

و ثانياً: أنّ أدلته أنصّ على هذا المورد من أدله الخيار.

و ثالثاً: يظهر من الأردبيلى أنّه فهم من العلامه فى التذكره عدم الخلاف فيه بين الأصحاب (٢) و لا- أقلّ من أنّه المشهور فيما بينهم، مع أنّه على تقدير تكافؤ الدليلين يرجع إلى الأصل و هو لزوم العقد فلا معنى للقول بالجمع بين الدليلين بناء على إنكار قاعده عدم وقوع العتق منزلاً و عدم جواز عود الحرّ رقاً، فإنّ الظاهر أنّها مجمع عليها فيما بينهم.

و احتمال فى الدروس ثبوته للبائع على المشهور (٣) لسبق تعلق حقه (٤) فىقف العتق على التفرّق أو ىثبت الخيار فى قيمه دون العين جمعاً بين الحقيين و تنزيلاً لها منزله التالف. و هو بعيد خصوصاً مع علم البائع و تقدّم حقه ممنوع، فإنّ الخيار بعد الملك كالعتق و قيمه بدل العين فىمتنع استحقاقها دون المبدل، هكذا قيل (٥).

و فيه: أنّ ذلك فيما لو تفرّع على استحقاق العين كما فى التلف فحقّ، أمّا لو قضى به الدليل الخارجى فلا امتناع، نعم ىتوجّه عليه ما تقدّم. و لعله ىريد ذلك.

١- الوسائل ١٣: ٢٩ ب ٤ من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٢- مجمع الفائدة ٨: ٣٩٠.

٣- الدروس ٣: ٢٦٦.

٤- كذا فى الأصل أيضاً، و الظاهر زياده: على المشهور.

٥- ذكره فى مفتاح الكرامه: ج ٤ ص ٥٤٨ س ٣٢ بلفظ: بل قد يقال.

وَعِدَّ من قبيل ما نحن فيه في سقوط هذا الخيار شراء العبد نفسه إن جَوَّزناه لكنَّا لا نجيزه، و ما إذا قهر الحربى قريبه و باعه للمسلم فإنه استنقاذ و بيع الكافر المصحف و المسلم، و ما إذا اشترى المملوك ليرث، و ما إذا كان المبيع جمداً فى شدّه الحرّ فإنه يذوب شيئاً فشيئاً، إلّا أن يقال: إنّ التلف لا يسقط الخيار، إلى غير ذلك.

ثانيهما: التصرف من المشتري بالبيع، فإنه مسقط لهذا الخيار، كما فى الخلاف و الكافى و الجواهر و السرائر و التذكرة و التحرير و القواعد و الإيضاح و الدروس و التنقيح و تلخيص الخلاف و كنز الفوائد و المسالك (١) للتعليل بالرضاء المستفاد من الصحيحين الواردين فى سقوط الخيار بالافتراق و خيار الحيوان بالتصرف (٢). و فيه: أنّ الظاهر من الأصحاب أنّه لبيان الحكمة لا العله، و سيأتى تمام الكلام فى ذلك.

و لنقل الشيخ فى الخلاف إجماع الفرقه على أنّ المشتري متى تصرف فى المبيع سقط خياره (٣) و ورود الأخبار به عنهم عليهم السلام مشيراً بذلك إلى ما أورده فى كتاب الحديث و لم يوجد فيه ما يدلّ على إبطال التصرف لمطلق الخيار إلّا من جهه التعليل (٤)، و وافقه القاضى على الثانى فادعى ورود الأخبار به دون الأوّل (٥) و كما يسقط خيار المشتري بتصرفه فى المبيع فكذا يسقط خيار البائع بتصرفه بالثمن المعين، لا اشتراك العله و هى الدلاله على الرضا بالبائع إن قلنا بتمايميتها فيه، و إلّا كان المستند الإجماع المنقول و هو خاصّ بالمشتري. و لو انعكس الأمر فتصرف البائع بالمبيع أو المشتري بالثمن كان فسخاً من دون معونه القرينه بناءً على ثبوت التعليل المتقدم حملاً لفعل المسلم على الصحه، فيبطل به الخياران معاً.

-
- ١- الخلاف ٣: ٢٣ ٢٤ المسأله ٣١، الكافى فى الفقه: ٣٥٣، جواهر الفقه: ٥٤ ٥٥ المسأله ١٩٦، السرائر ٢: ٢٤٧ ٢٤٨، التذكرة ١: ٥١٧ س ١٣، التحرير ١: ١٦٥ س ٣٠، القواعد ٢: ٦٥، الإيضاح ١: ٤٨، الدروس ٣: ٢٦٦، التنقيح ٢: ٥٠، تلخيص الخلاف: ١٣، كنز الفوائد ١: ٤٥٣، المسالك ٣: ١٩٧.
 - ٢- الوسائل ١٢: ٣٤٦، ٣٥٠ ب ١، ٤ من أبواب الخيار ح ٣، ١.
 - ٣- الخلاف ٣: ٢٣ المسأله ٣١.
 - ٤- راجع التهذيب ٧: ٢٤، ٧٥ ح ١٠٢، ٣٢٠.
 - ٥- جواهر الفقه: ٥٥.

و أهمل جماعه حكم التصرف في هذا الخيار و اقتصروا على سقوطه بالتفرق و التخيير. و قصيره جمع منهم عليهما فقالوا: إنما سقط بالتفرق و التخيير، و منهم الشيخ في المبسوط و ابن زهره و ابن سعيد و ابن إدريس في موضع من السرائر (١). و آخرون قصروا الأمر على الافتراق موافقه للفظ النص (٢)، و ظاهر المتأخرين عدم الخلاف، و هو كذلك، و يتبّه عليه الإجماع المنقول و بُعد الاختلاف في التخيير مع تكثّر نقل الإجماع (٣) فيه و تخصيصهم خيار الغبن بالبقاء مع التصرف، و تعليلهم السقوط به في غيره بدلالته على الرضا و العله مشتركه فيشترك المعلول، فالقصر على البعض و الاقتصار قصور في عبارته و اتكالا على الظهور لا مخالفه في الحكم. و سيجى ء تمام الكلام في التصرف إن شاء الله.

١- المبسوط ٢: ٨٢، الغنيه: ٢١٧، الجامع للشرائع: ٢٤٧، السرائر ٢: ٢٤٦.

٢- المقنعه: ٥٩١، النهايه ٢: ١٣٥، ١٣٦، المراسم: ١٧٢، المفاتيح ٣: ٦٨.

٣- راجع الغنيه: ٢١٧ و الخلاف ٣: ٢١، المسأله ٢٧ فإنّ ظاهره الإجماع عليه كما نسبه إليه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه: ج ٤ ص ٥٤٣ س ٣١ و التذكره ١: ٥١٧ س ١٩.

[الثانى: خيار الحيوان]

اشاره

قال المصنّف:

«الثانى: خيار الحيوان»

و المراد بالحيوان كلّ ذى حياه صغيراً بالذات أو بالوصف كالجراد و دود القزّ و زبور العسل و العلق و نحوها على إشكال، أو كبيراً، إنسيّاً أو وحشياً، برّياً أو بحرّياً و إن خرج من الماء و اشترطنا إمكان البقاء لإمكان عوده إلى ما يعيش فيه. فلو تركه المشتري على الجيّد حتّى مات فلا- ضمان على البائع إنساناً أو غير إنسان حيواناً تامّاً أو جزءاً مشاعاً على إشكال. أمّا الجزء المعين منه كالرأس على القول بجواز بيعه فلا خيار فيه على الأقوى مستقرّ الحياه أو غير مستقرّ. و فى غير المستقرّ وجهان: بالنظر إلى صحّه البيع و عدمها و ثبوت الخيار و عدمه نظراً إلى أنّه لا- فائده فيه فأشبهه بيع الميتة و الخيار لا يمكن للموت، و باعتبار حصول الفائده فيه و لو بشعره و وبره و عظمه. فلو فرض أنّه لا فائده فيه أصلاً لم يكن فساد البيع من جهة عدم استقرار الحياه، بل لهذا الوجه.

و دعوى عدم إمكان الخيار للموت، ممنوعه لإمكان اختيار المشتري الفسخ قبل الموت. و لو لم يفسخ كان تلفه من مال بائعه كما هو القاعده فى خيار الحيوان.

و الأقوى الثبوت لعموم الأدلّه الدالّه على ثبوت هذا الخيار فى كلّ حيوان.

فلو باع غير مستقرّ الحياه مع العلم بأنّه لا يبقى ثلاثه أيام أو باع حيّاً من السمكه و الجراد و لا يبقى كذلك، احتمال القول بانتفائه لانتفاء موضوعه، و

بالتبوت بمقدار الحياه لأنّ معنى خيار الحيوان خياره ما دام حيّاً فيكون كما إذا مات اتّفاقاً، و بالتبوت إلى الغايه، و خير الثلاثه أو سطها.

أمّا الميّت مذبوحةً أو منحوراً أو ميّتاً مذكّي كالسمك و الجراد، فلا خيار لمشتريه.

و الظاهر إنّه لا فرق بين كون الحيوان مبيعاً مستقلاً أو منضمّاً إلى غيره.

و ما يقال: إنّ ثبوت هذا الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن و المرکّب من الداخل و الخارج، لا وجه له.

و على تقدير ثبوت الخيار فليس الفسخ فيه فقط، و لو فسخ فيه فإنّما أن يقع باطلاً أو يكون فسخاً في الكلّ كما سبق، لا باعتبار الضرر بالتبويض، فإنّ ذلك في الخيار المذّي مستنده الضرر لا يخلو من إشكال لتعليهم فيه بأنّ الضرر لا يجبر بمثله، بل لأنّ الفسخ عائد إلى العقد، و العقد واحد فلا يتبعّض، و باب التبويض للصفقه ليس فسخاً لبعض العقد، و إنّما هو انفساخ من الأصل أو شىء قضى به الدليل.

و قولهم: إنّ العقد بمنزله عقود، يريدون بالنسبه إلى ذلك.

و قول جماعه من الأصحاب بمشروعيه الإقاله بالنسبه إلى البعض، إن قام عليه إجماع فذلك، و إلّا منعه.

و ما يتخيّل: من أنّ العقد كصيغه الأمر يقع الامتثال ببعض أفراد المأمور به دون البعض و إنّ العقد له تأثيرات متعدّده فيرتفع بعضها و يبقى الباقي، لا وجه له، بل هو من قبيل الأسباب و هو سبب واحد، و الأسباب الشرعيّه كالأسباب العقليّه فلا يرتفع بعض آثارها و يبقى الباقي، إذ بارتفاعه ترتفع العله.

[و هو ثابت للمشترى خاصّه]

قال المصنّف: «و هو ثابت للمشترى خاصّه»

ثبوت هذا الخيار في الجملة مجمع عليه بين الأصحاب إجماعاً محصّلاً أو منقولاً نقلًا مستفيضاً، و النصوص به مستفيضه (١).

[و البحث في هذه المسأله يقع في مقامات]

أشاره

و البحث في هذه المسأله يقع في مقامات:

[الأول في اختصاص هذا الخيار بالبيع]

[الأول في اختصاص هذا الخيار بالبيع] فنقول: لم نر من الأصحاب من نصّ على جريان خيار الحيوان في غير البيع ولا على عدمه، والاختصاص على البيع كما في خيار المجلس عدا بعض من متأخري المتأخرين (١). إلا أنّ ظاهر كلماتهم و فحاوى الأخبار يقضى بالاختصاص، وهو الموافق لمقتضى الأصل والقاعدة في الخيار.

وما يتخيّل: من الجريان استناداً إلى عموم الحكمه في ثبوت الخيار في الحيوان دون غيره، فضعيف، لعدم النصّ على الحكمه نصياً معتداً به، ولا- قام عليه إجماع، مع أنّ الحكمه لم تصل إلى حدّ منصوص العله حتى يحكم بجريانها على أنّه ربّما كانت الحكمه في خصوص البيع، لكثرة دورانه بخلاف ما عداه.

و دعوى: تنقيح المناط، ممّا لا يتفوّه به. فحينئذٍ فكلمًا شكّ في شمول البيع له لا يحكم بجريان هذا الخيار فيه، وكذا كلّ خيار خاصّ بالبيع.

وقد تقدّم تفصيل ذلك في خيار المجلس.

[الثاني في معنى البائع والمشتري]

[الثاني في معنى البائع والمشتري] وفيه وجوه:

أولها: أنّ البائع من خلا ماله المنقول منه من الباء، والمشتري بخلافه.

ثانيها: أنّ البائع المطلوب منه، والمشتري الطالب.

ثالثها: أنّ البائع المبتدى بالعقد، والمشتري بخلافه.

رابعها: البائع الموجب، والمشتري القابل.

خامسها: البائع مصدر الفعل، والمشتري مصدر الانفعال.

سادسها: البائع ناقل الجنس، والمشتري ناقل النقد.

سابعها: البائع المستدعى للمنقول إليه أوّلاً عادة، والمشتري بخلافه.

ثامنها: أنّ البائع هو المنادى على ما فى يده، و المشتري بخلافه.

تاسعها: أنّ المشتري صاحب المماكسه، و البائع بخلافه.

عاشرها: أنّ المشتري ناقل الثمن و هو ما من شأنه دخول الباء، و البائع بخلافه. إلى غير ذلك.

و لو حاولت الجمع منها بين صفتين ممّا ذكر كانت خمساً و أربعين صورته، و لو حاولت التثليث و التربيع و التخميس و هكذا تعددت الصور، و الكلّ لا وجه له.

و كلّها أو جلّها ينتقض بالسلم، و بصوره تقديم القبول على الإيجاب، و فى العقد بصيغه الشراء من الجانبين بناءً على جوازه.

و فى التمييز بالمعاطاه الفعلية لو جعلناها بيعاً، و فى عقد الأخرس إشكال.

و لعلّ الظاهر اختلافهما بالنظر إلى هذه الوجوه باختلاف المقامات.

و بذلك يرتفع الاشتباه، و على تقديره، فمع الشكّ فى صدق اسم المشتري ينفى الخيار بالأصل، فتأمل.

و مثل هذا البحث يجرى بالنظر إلى لفظ الثمن و المثلث.

و تظهر الثمره بالنسبه إلى ما يترتب على كلّ واحد منهما من الأحكام.

و تعريفهم الثمن بدخول الباء، فيه: أنّه لا- يجرى فى مثل بعثك على عوض كذا أو الثمن كذا. و كذا جعل الثمن الفضة و الذهب لا- يجرى فيما لو كان كلّ منهما من جنس الذهب و الفضة بل ربّما يكون المبيع من جنسهما و الثمن من غيرهما. و الأولى جعل المثلث هو الواقع فى المرتبه الاولى بعد الإيجاب و القبول و الثمن بخلافه، أو ما قصد بالأصالة لا بالإبدال و الثمن بخلافه، أو ما من شأنه عدم دخول الباء و الثمن بخلافه.

[المقام الثالث فى اختصاصه بالمشتري]

[المقام الثالث فى اختصاصه بالمشتري] و قد اختلف فيه الأصحاب، فقيل باختصاصه به و عدم ثبوته للبائع مطلقاً سواء كان الثمن و المثلث حيوانين أو أحدهما حيواناً دون الآخر، و هو المنقول عن

الشيخين و الصدوقين و أبى على و أبى يعلى و الطوسى و الآبى و الشاميين الخمس و الحلين الست (١). و هو المشهور بين الأصحاب شهره محصله و منقوله نقلًا مستفيضًا.

و استدللّ عليه بالأصل، و الإجماع كما فى الغنيه (٢) و ظاهر الدروس (٣) و عموم الكتاب (٤) و عموم روايات خيار المجلس، و خصوص الصحاح (٥):

منها: الصحيح الصريح عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثه أيام نظره. رواه الحميرى فى قرب الإسناد (٦).

□
و ما رواه الراوندى فى فقهه قال: و عن فضيل قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام شرط ذلك فى حال العقد أو لم يشترط، و يكون الخيار للمبتاع خاصه (٧). و لا- يقدر فى ذلك كون المروى فى الكافى و التهذيب عن فضيل فى الصحيح: «ما الشرط فى الحيوان؟ فقال: ثلاثه أيام للمشتري. قلت: و ما الشرط فى غيره؟ فقال: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا (٨)» لأنه من القدماء و أخذه من الاصول القديمه.

و فى هذه الروايه دلالة على المطلوب من وجوه:

منها: الحصر المستفاد من التعريف، فإنّ التقدير «الخيار فى الحيوان

١- المقنعه: ٥٩٢، المبسوط ٢: ٧٨، المقنع: ٣٦٥، المراسم: ١٧٣، الوسيه: ٢٤٨، كشف الرموز ١: ٤٥٧، الكافى فى الفقه: ٣٥٣، المهذب ١: ٣٥٣، الدروس ٣: ٢٧٢، الروضه ٣: ٤٥، جامع المقاصد ٤: ٢٩١، السرائر ٢: ٢٤٣ ٢٤٤، الشرائع ٢: ٢٢، الجامع للشرائع: ٢٤٧، ٢٤١، النزاهه: ٥٨٦، المختلف ٥: ٦٤، الإيضاح ١: ٤٨٣، التنقيح ٢: ٤٥.

٢- الغنيه: ٢١٩.

٣- الدروس ٣: ٢٧٢.

٤- المائده: ١.

٥- راجع الوسائل ١٢: ٣٤٥ و ٣٤٨، ب ١ و ٣ من أبواب الخيار.

٦- الوسائل ١٢: ٣٥٠، ب ٣ من أبواب الخيار ح ٩.

٧- فقه القرآن ٢: ٥١.

٨- الكافى ٥: ١٧٠ ح ٦، التهذيب ٧: ٢٠ ح ٨٥.

للمشترى» و فرق بينه و بين قولنا: «المشترى للحيوان بالخيار» فإنّ الثانی إنّما يدلّ بمفهوم الوصف و الأوّل به و بالحصص.
و منها: ظهور اللام فى الاختصاص.

و منها: المقابله بثبوت الخيار فى غير الحيوان للبائعين.

و منها: ظهور هذا الوصف فى التقييد لتعقّب السؤال و المعصوم فى مقام تعريف خيار الحيوان، و كلّ قيد فى مقام التعريف يعتبر يقيناً، لأنّه احترازى كما تقرّر فى محله.

و كما أنّ المفهوم من «ثلاثة أيام» أنّه ليس أقلّ منها و لا أكثر لأنّه فى مقام البيان، فكذا ما نحن فيه.

و لا- يقدر فى الاستناد إلى الروايه ظهورها فى كون خيار المجلس مختصاً بغير خيار الحيوان فتكون متروكه الظاهر، لأنّ ذلك إنّما وقع تبعاً لسؤال السائل.

و تقرب من هذه الروايه فى الدلاله صحيحه ابن رثاب: الشروط فى الحيوانات ثلاثه أيام للمشترى (١).

و فى صحيحه الحلبي: فى الحيوان كلّ شرط ثلاثه أيام للمشترى و هو بالخيار فيها اشترط أو لم يشترط (٢).

و مؤثقه ابن فضال: صاحب الحيوان المشترى بالخيار إلى ثلاثه أيام (٣).

و هذان الروايتان دالتان بمفهوم الوصف، و يتلوهما الصحيحان «البيعان بالخيار حتّى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام (٤)» فإنّهما ظاهراً بحسب السوق فى حصر خيار الحيوان بأحدهما، فإن اريد به البائع كانتا مخالفتين للإجماع فتعيّن أن المراد به صاحبه بعد العقد، و هو المشترى.

-
- ١- الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.
 - ٢- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ١.
 - ٣- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٢.
 - ٤- الوسائل ١٢: ٣٤٥، ب ١ و ٣ من أبواب الخيار، ح ١ و ٦.

و يشهد له تقييده به في الموتقة مضافاً إلى أنه هو المتبادر لأنه قد انتقل إليه عنه، و أيضاً فالحيوان في ضمان البائع مدّه الخيار كما دلّ عليه الصحيح و المرسل و غيرهما (١) و لو لا اختصاص المشتري به لكان من ضمانه.

و في مكاتبه الصفّار للعسكريّ المشتمله على أنه مع إحداث المشتري حدثاً يجب الشراء (٢) و ظاهرها الوجوب من الطرفين ما يقضى بذلك.

و أيضاً فالمدّه إنّما ضربت فيه لمكان الاختيار، و البائع خبير فلا خيار.

و ذهب السيدان المرتضى و ابن طاوس إلى ثبوت الخيار لهما (٣) و إطلاق الخلاف (٤) قد يؤذن بموافقتهم، و كذا الكافي لو لا تصريحه بضمان البائع (٥) و إليه مال الشهيد الثاني قال: و هو في غايه القوّه إن لم يثبت إجماع على خلافه (٦) كذلك صاحب المفاتيح (٧).

و توقّف الشهيد الأوّل في غايه المراد و حواشى القواعد و أبو العباس في المقتصر (٨) للإجماع كما في الانتصار و الخلاف (٩) و الصحيح «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتّى يفتراق» (١٠) و ما اشتمل من الروايات على لفظ «صاحب الحيوان» بناءً على أنّ المراد من انتقل عنه.

و إجماع الانتصار مردود بالشذوذ و الانحصار، لأنّ ابن طاوس غير داخل تحت معقده، لتأخّر عصره عنه، فانحصر القائل بمضمونه بمدّعيه.

و غرض الشيخ في الخلاف إثبات أصل الخيار ردّاً على العامّه، و إنّما احتجّ

١- الوسائل ١٢: ٣٥١، ب ٥ من أبواب الخيار.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥١ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

٣- الانتصار: ٤٣٣، المسأله ٢٤٥، و حكاه الفاضل الآبي في كشف الرموز ج ١ ص ٤٥٩ عن السيد بن طاوس رحمه الله.

٤- الخلاف ٣: ١٢، المسأله ٨.

٥- الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٦- المسالك ٣: ٢٠٠.

٧- المفاتيح ٣: ٦٨ ٦٩.

٨- غايه المراد: ٩٧، حواشى القواعد: ٦٤ س ٣، المقتصر: ١٦٩.

٩- الانتصار: ٤٣٣ المسأله ٢٤٥، الخلاف ٣: ١٢، المسأله ٨.

١٠- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٣.

بالإجماع على ذلك دون العموم لتصريحه فى النهايه و المبسوط باختصاصه بالمشتري (١) و يتفق وقوع مثل ذلك منه كثيراً.

و الصحيح مع كونه متروك الظاهر، لأن ظاهره اختصاص خيار المجلس بغير الحيوان، لقوله عليه السلام: «و فيما سواه .. إلخ» و لا يرد علينا مثله فى خبر قرب الإسناد، لأن الظهور هنا نشأ من كلام المعصوم و فى ذلك من كلام السائل و ركافته بزياده لفظه «من بيع» غير واضح السند، لأن فيه أبا أيوب بن عيسى أو بن عثمان أو بن زياد و إن كان الظاهر أنه الثقة، إلا أن ذلك مما يوهنه. و لا صريح الدلاله (٢) لاحتماله ثبوت الخيار للمشتري على البائع فيكون بينهما كما فى المختلف (٣) أو على أن الخيار للمجموع، من حيث المجموع فلا يدل على ثبوته فى الأفراد كما فى غيره أو على غير ذلك.

و روايتا «صاحب الحيوان» دأله (٤) على الخلاف كما سبق.

و على كل حال فدليل المرتضى لا يعارض الصحاح المشتمله على النص الصريح المعتضده بجهات الترجيح كالمطابقه لظاهر الكتاب و الشهره الظاهره بين الأصحاب و أصل اللزوم و الإجماع المنقول بل المعلوم و موافقه الاعتبار و ظواهر الأخبار، فلا مجال للتوقف، و لا لتقويه هذا القول، مع أن راوى حجه الخصم محمّد بن مسلم قد روى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام (٥). فالراوى و المروى عنه فيهما واحد.

و روى هذا الخبر زراره بعينه فى الصحيح (٦) و اللفظ فيهما مسند إلى النبى صلى الله عليه و آله

١- النهايه ٢: ١٤٠، المبسوط ٢: ٧٨.

٢- عطف على قوله: غير واضح السند.

٣- المختلف ٥: ٦٥.

٤- كذا، و المناسب: دالتان.

٥- الوسائل ١٢: ٣٤٥ ب ١ من أبواب الخيار، ح ١.

٦- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٦.

فيشبهه أن يكون هذان هما الأصل. و الأول مروى بظن الموافقه لهما فى المعنى.

و ذهب الصيمرى إلى ثبوته للمتبايعين إذا كان المبيع حيواناً بحيوان (١). و جعله المحقق الثانى ثالث الأقوال و نفى عنه البعد و جعله كالعلامة محملاً (٢) لصحيحه محمد بن مسلم السابقه فى حجّه المرتضى (٣)، و به يحصل الجمع بين الأدله.

و أنت خير بأن الجمع فرع التكافؤ و قد علمت عدمه، مع أنه لا شاهد عليه.

و ذهب الشهيد الثانى فى المسالك و الأردبيلى فى مجمع البرهان إلى ثبوته لذى الحيوان مطلقاً فيكون لهما إذا كان العوضان حيوانين و للمشتري خاصه فى بيع الحيوان بغيره، و للبائع كذلك فى بيع غيره به (٤) و قواه الشارح هنا (٥). و احتمله العلامة فى التذكرة (٦) نظراً إلى الحكمة المشتركة فإن اختصاص الحيوان بالخيار لاشتماله على امور باطنه لا- يطلع عليها إلما بالتروى و الاختبار مدّه فلو كان هذا الخيار غير محدود لأفضى إلى الضرر لأدائه إلى الفسخ بعد مدّه طويله و لا محدوداً بيوم لأنه لا يظهر فيه حاله غالباً و باليومين قد يشتبه العيب فحدّد بالثلاثة. و هذه الحكمة مشتركة فى الجانبين، و تسمى كماً بالجمع بين الأخبار، و عملاً بإطلاق ثبوته لصاحب الحيوان فى الصحيحين (٧).

فأما الحكمة فإن اريد بها العله المستنبطه فلا يجوز العمل بها ما لم تكن معلومه علماً قطعياً من عقل أو إجماع فتكون منقّحه، و إن كانت منصوصه كفى فيها الظن، لأنّ الدلاله حينئذٍ لفظيه، و ليس فى المقام شىء منهما قطعاً.

و إن اريد بها الحكمة فى شرع الحكم و موافقته للاعتبار، ففيه: أنّ هذه لا يناط

١- غايه المرام: ٢: ٣٥ ٣٦.

٢- جامع المقاصد ٤: ٢٩١، المختلف ٥: ٦٤ ٦٥.

٣- الانتصار: ٤٣٣ المسأله ٢٤٥.

٤- المسالك ٣: ٢٠٠، مجمع الفائده ٨: ٣٩٥.

٥- الروضه ٣: ٤٥٠.

٦- التذكرة ١: ٥١٩ س ١٩.

٧- الوسائل ١٢: ٣٤٥، ٣٤٩ ب ١، ٣ من أبواب الخيار، ح ١، ٦.

بها حكم، لعدم انضباطها، واطراد الحكم بدونها، على أنه ربّما كانت الحكمة ما ذكروه مع كثره الوقوع و الصدور بخلاف
الفرض المذكور، و الجمع فرع التكافؤ، مع أنه لا شاهد عليه، و المتبادر من «صاحب الحيوان» فى الصحيحين خصوص المشتري
له لا-البائع و لا-المنتقل إليه ببيع شىء به و لا-الناقل مطلقاً بئعاً له أو مشترياً غيره به، على أن تقييده به فى الموثق يفيد
الاختصاص به حكماً، للجمع بين العام و الخاص بناءً على كون الصفة مخصّية، أو موضوعاً بناءً على أن الصفة كاشفة، و أن
المتبادر إنّما هو خصوص المشتري، و أما البائع مطلقاً فلا ينصرف إليه الإطلاق قطعاً.

و على تقديره، يلزم أنه متى كان أحد العوضين حيواناً يثبت الخيار للمتبايعين، و هذا لم يقل به أحد و لا احتمله محتمل.

و ما يقال: من أن المراد بصاحب الحيوان فى الصحيحين من انتقل إليه الحيوان لا صاحبه الأصلي الناقل له، و التقييد بالمشتري
فى الموثق و إطلاق اختصاص الخيار بالمشتري فى الأخبار الاخر إنّما ورد مورد الغالب، فالصفة ليست مخصّية صه و لا موضحة و
إنّما وردت على ما هو الشائع، و حينئذ يكون صاحب الحيوان شاملاً لكل من انتقل إليه الحيوان ثمناً كان أو مثنياً و لا مخصّية
له. فالخيار لهما حيث يباع الحيوان بالحيوان و عليه يحمل الصحيح المذى هو دليل السيد، و للبائع إن باع الدار بالحيوان مثلاً، و
للمشتري إن باعه بالدرهم.

قلت: قد تقدّم لك أن المتبادر إنّما هو المشتري لأنّ الغالب فى صاحب الحيوان المشتري فيكون وارداً على الغالب و ينصرف
الإطلاق إليه، و لا يتناول من انتقل إليه مبيع غيره به، لأنّه نادر خصوصاً ببيع الدرهم به.

و ما يقال: إنّ عموم «صاحب الحيوان» لغوى فيتناول النادر و غيره من جهة الإضافة و عدم سبق معهود له مع اعتضاده بالحكمة
العامة فلا مجال للحمل على الغالب.

لأننا نقول: غلبه استعماله في المشتري جرت مجرى سبق المعهود الخارجي مؤيداً بالتقييد والإطلاق المشار إليهما سابقاً.

على أننا نمنع كون عمومه لغوياً، إذ لا يزيد عما اكتسب منه العموم أعنى المضاف إليه، مضافاً إلى فهم المشهور منه ذلك و هم أعرف بمواقع الألفاظ، مع أن الأصل في التقييد التخصيص ولا يصار إلى غيره إلا بالقرينه، مع أنه الموافق للروايتين الصريحتين الأولتين، ورواياتهم يكشف بعضها عن بعض.

و على كل حال فهو غير مكافئ لما سبق من الأدله فلا معنى للقول به.

و تستوى في مدّه هذا الخيار الأمه و غيرها على الأظهر وفاقاً للحلّي و الشهيدين (١) و ظاهر الأكثر، لعموم النصوص كقوله في صحيحه الحلبي: الخيار في الحيوان كله (٢). و في صحيحه ابن رثاب: الشروط في الحيوانات (٣) إلى غير ذلك و خصوص صحيحه قرب الإسناد الوارده في الجاربه بخصوصها (٤)، و صحيحه عبد الله بن سنان: عهده البيع في الرقيق ثلاثه أيام إن كان بها جبل أو برص (٥)، و نحو هذا الحديث، و للإجماع كما في السرائر (٦) و ظاهر الانتصار و الخلاف و التذكرة و التحرير (٧).

خلافاً للحليين فجعلنا الشرط في الأمه مدّه استبرائها (٨) و ادّعى في الغنيه الإجماع عليه. و يوافقهما ظاهر الشيخين و الديلمي حيث حكموا بضمنان البائع مدّه الاستبراء (٩) و ليس إلا أنها مدّه الخيار، و الحمل على عدم القبض بعيد.

١- السرائر ٢: ٢٧٩، الدروس ٣: ٢٧٢، المسالك ٣: ١٩٩.

٢- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ١.

٣- الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

٤- الوسائل ١٢: ٣٥٠، ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٩.

٥- الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ٧.

٦- السرائر ٢: ٢٧٩، ٢٨٠.

٧- الانتصار: ٤٣٣ المسألة ٢٤٥، الخلاف ٣: ١٢ المسألة ٨، التذكرة ١: ٥١٩ س ٣، التحرير ١: ١٦٦ س ١١.

٨- الكافي في الفقه: ٣٥٣، الغنيه: ٢١٩.

٩- المقنعه: ٥٩٢، ٥٩٣، النهايه ٢: ١٤٤، ١٤٥، المراسم: ١٧٣.

و المفروض فى المقنعه و النهايه وضع المشتري اياها عند غيره و هو قبض و ايداع.

و فيهما و فى المراسم و الوسيله و الجامع: أنّ النفقه تلك المدّه على البائع (١) و هو مؤذن بذلك، و إلّا لوجبت على المشتري بالملك قبل انقضائها، سواء قلنا بالملك من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار.

و لو جعل الحيوان شرطاً للمشتري فهل بحساب المبيع (٢) و يجىء حكم الشراء فيه أو بمنزله عقد آخر؟ الأقوى الأول.

نعم لو كان فى مقابله عوض كأن يشترط المشتري حيواناً فى مقابله شىء آخر كان احتمال دخوله تحت العقد المستقل لا يخلو من وجه، و الأوجه خلافه.

[و مدته ثلاثه أيام]

قال المصنّف: «ثلاثه أيام»

لا- ريب فى دخول الليلتين المتوسّطتين، و إنّما البحث فى أنّه على الحقيقه باعتبار أنّ اليوم مقول على ما بين طلوع الفجر إلى المغرب و عليه و على الليل بطريق الاشتراك اللفظى أو المعنوى، أو أنّ العدد من الأيام موضوع بوضع آخر، أو أنّه مجاز فى المفرد أو فى العدد باعتبار الهيئه، أو الدخول بحسب الحكم لا الاسم و القرينه أو الدليل بعد الطفره، لأنّ اليوم يقابل الليله فهو ما بين طلوع الفجر إلى غروب الحمرة المشرقيه.

و لو ادّعى أنّه أظهر فردى الحقيقه و يكون كالمشترك بين الكلّ و جزئه، لم يكن بعيداً.

و أمّا الليله الاولى فغير بعيد أن يقال بأنّ الأيام المتعدده إذا تعلق بها الخطاب كأيام الاعتكاف و الإقامه و التردّد ثلاثين يوماً و أيام الحيض و أكثره و العدد و نحوها يجوز فيها إدخال الليله الاولى و إخراجها فهى كالمشترك بين الكلّ و جزئه. فإن ادخل الليله صارت جزءاً، و ليست بخارجه حتّى تكون العشره تسعه و الثلاثه اثنتين، لأنّ الطفره لا- معنى لها، و بناءً على التلفيق يلزم ذلك، فيجوز أن ينوى الاعتكاف من المغرب و يدخل الليله و لا بدّ من الإتيان بعشره تامه أو ينوى

١- الوسيله: ٢٤٨، الجامع للشرائع: ٢٦٢.

٢- فى ط: البيع.

الصبح و يخرجها. و كذا فى الإقامة و الحيض و الطهر و هكذا، فتكون الأيام عبارة عما لا يزيد عليها بياض مثلاً، فإذا زاد بياض جاء التليفق، لبعء الطفره، و للإجماع على مقارنة الخيار للعقد، و لعدم لزوم ما زاد على العدد و إلا كانت أيام الإقامة عشره و نصف. و كذا الحيض و الطهر و العدد و هكذا. فهو مجاز قرينته ما ذكرناه، أو مشترك لفظى أو معنى بين الكلّ و جزئه أو الدخول بحسب الحكم لا الاسم.

و أمّا الليله المتأخره فلا- تدخل قطعاً، و قول بعض الأساطين: و الظاهر دخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و إلا اختلف معنى الآحاد فى استعمال واحد (١)، إن أراد به المتأخره لا- وجه له، لأنّ كلامه إنّما يتم على الوجهين الأولين، و هما أضعف الوجوه من أنّ اليوم حقيقه فيما يعمّ الليل أو مجاز فى الأعمّ و إنّ العدد تابع لذلك إمّا على الوجوه الاخر من ثبوت الوضع للهيئه التركيبه فى العدد للكلّ أو القدر المشترك بينه و بين الجزء أو المجازيه فيها أو الدخول حكماً لا اسماً فلا.

و المراد ثلاثه أيام تحقيقاً لا تقريباً، لأنه الأصل فى التحديد. و اليوم المنكسر لا معنى لإسقاطه و لزوم العقد فيه و إلا لزم عدم مقارنة الخيار للعقد، و لا لثبوت الخيار فيه و اعتبار ثلاثه أيام تامه بعده و إلا لزم زياده الخيار على ثلاثه أيام، و لا لاحتسابه أحد الثلاثه من غير فرق بين النقص القليل المتسامح به و غيره و إلا لزم نقص الخيار عن الثلاثه أيام فليس إلا التليفق، من غير فرق بين أن نقول بأنّ الملقّ يوم حقيقه و ليس من الأفراد النادره أو من الأفراد النادره و إطلاق اليوم ينصرف إلى غيره، أو نقول بأنّه مجاز كما هو الأقوى لوجود القرينه التى ذكرنا. و الظاهر أنّه لا يلحظ فى التليفق تفاوت الأيام فى الطول و القصر، بل المدار على مقدار الكسر من اليوم كيف ما كان.

[شروعه من حين العقد]

قال المصنّف: «من حين العقد»

الظاهر اعتبار التمامك فلو أسلم حيواناً بطعام فخيّاره من حين القبض لا- العقد بناءً على ثبوت الخيار للبائع، و كذا فى عقد الفضولى على القول بأنّ الإجازة ناقله

من زمان الإجازة، إذ لا يعقل خيار مع عدم الملك. و في المعاطاه لا عقد فالمدار على الملك على النحو المتقدم.

و الظاهر أنّ إطلاق الأصحاب أنّه من حين العقد جريانه على الغالب.

ثمّ إنه هل المدار على حين العقد أم حين التفريق؟ وجهان، بل قولان.

ذهب إلى الأوّل العلماء و ولده و الشهيدان و السيوري و الكركي (١) و هو الظاهر من المعظم، لتبادر الاتصال بالعقد من النصوص، و تعيين إرادته من أكثرها و هي التي لم يتعرّض فيها لخيار المجلس.

و قيل من حين التفريق و إليه ذهب في الغنيه فإنه أطلق التحديد بالتفريق في ابتداء مدّة الخيار (٢) و نصّ على ذلك الشيخ و الحلّي في خيار الشرط، و يلزمهما القول به في غيره، لعموم ما علّاه به (٣). و ظاهر المصنّف في الدروس التوقّف في المسأله حيث اقتصر على ذكر الاحتمالين من غير ترجيح (٤) و ظاهره في غايه المراد موافقه المشهور (٥) كصريحه هنا استصحاباً للخيار. و يقرّر بوجهين:

أحدهما: أنّ الخيار حادث و الأصل تأخّره.

و الثاني: أنّه يختلف باختلاف مبدئه فإذا كان مبدؤه من حين العقد يكون انقضاء الثلاثه في زمان أقلّ منه في زمان يكون مبدؤه من حين التفريق فيستصحب فيه الخيار بقدر زمان ما بين العقد و التفريق. و لا يمكن أن يحمل كلامهم على أنّ الثلاثه تحديد للآخر و لا تحديد لأوّله بل هو منوط بالتفريق، فلو استمرّ المجلس ثلاثه أيام لم يكن هناك خيار حيوان و لا تعتبر له ثلاثه أيام بعد تلك الثلاثه. و قد ينقص عن الثلاثه على اختلاف حال المجلس لتصريحهم بخلافه و منافات لظاهر الروايات.

و حملاً (٦) له على التأسيس و التأسيس خير من التأكيد و تفادياً من اجتماع

١- القواعد ٢: ٦٦، الإيضاح ١: ٤٨٣، الروضه ٣: ٤٥٠، التنقيح ٢: ٤٥، جامع المقاصد ٤: ٢٩١.

٢- الغنيه: ٢٢٠.

٣- المبسوط ٢: ٨٥، السرائر ٢: ٢٤٧.

٤- الدروس ٣: ٢٧٢.

٥- غايه المراد ٢: ٩٨.

٦- عطف على قوله: استصحاباً.

المثلين و تداخل الأسباب و توارد العلل و لتوقف الخيار على البيع الموقوف على التفريق و اقتضائه اللزوم لولاه و لا يلزم إلّا به.

و الأصل لا يعارض النصّ، و التأسيس مع أنّه خلاف وضع العقد لأنّ وضعه على اللزوم غير ملتزم لأنّها أولويّه و مخالفه الأولى غير قادحه. مع أنّ هذه الأولويّه في الألفاظ، أمّا في الأحكام فلا. و الخيار واحد بالذات مختلفه بالاعتبار فلا يجتمع المثلان، و فائدته البقاء بأحد الاعتبارين مع سقوط الآخر فلا يتداخل السببان، فالأسباب الشرعيّه معرّفات لا مؤثّرات، فلا استحاله في اجتماعها كما اجتمعت في المجلس و العيب و خيار الرؤيه باعتراف القائل، و البيع يتمّ بالإيجاب و القبول على الأصحّ فلا يمتنع الخيار قبل التفريق، و ارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضى اللزوم مطلقاً بل اللزوم اللازم من رفعه فيتعلّق الخيار بالجائز، و لو قيل بالسببيّه في مجموع الثلاثه دون الجميع اندفع الأكثر.

أمّا التأسيس فالآثاره صادق حينئذٍ لأنّ خيار الحيوان قد أثر في المدّه التي هي من حين التفريق إلى حين انقضاء الثلاثه، و المجلس قد أثر في المدّه التي هي من حين العقد إلى حين التفريق، و منه يعلم عدم اجتماع المثلين و تداخل الأسباب و توارد العلل، لكنّه خلاف الظاهر نصّاً و فتوى.

و ما يقال: إنّه يلزم على المشهور سقوط الأثر بالكلّيّه مع استمرار المجلس طول المدّه.

قلنا: هو فرض نادر الوقوع.

[و يسقط بأمور]

[يسقط باشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد العقد]

قال المصنّف: «و يسقط باشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد العقد»

أمّا الأول، فلإجماع، و عموم الكتاب (١) و السنّه (٢).

و أمّا الثاني، فلا خلاف فيه أيضاً، و الأولويّه من التصرف تقضى به، لأنّه أدلّ على الرضا منه، و العله المنصوصه تدلّ عليه.

١- المائده: ١.

٢- الوسائل ١٥: ٣٠، ب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

ثم إنَّ شرط السقوط و الإسقاط في بعض المدَّه مقارناً أو متأخراً أو مقارناً و متأخراً لا مانع منه، و ليس هذا حقّ واحد فلا يقبل التجزئه على الأظهر بل هو حقوق متعدّده موزعه على الزمان، فلا- يقع شرط سقوط البعض باطلاً، و لا يسقط الكلّ بسقوطه، لأصل العدم، و استصحاب البقاء في الإسقاط المتأخّر عن العقد، و لا قائل بالفرق.

فإن قلت: لِمَ لا تقولون بمثل ذلك في التصرّف فيكون مسقطاً في ذلك الوقت فقط سيّما إذا كان ذلك قصد المتصرّف باعتبار أنّ الفعل أضعف من القول. فإذا قلت به في الأقوى لزمكم القول به في الأضعف بالطريق الأولى.

قلت: ظاهر التصرّف الرضا بأصل العقد و الالتزام به مطلقاً و لو علم منه خلاف ذلك، كان الفارق الدليل حتّى أنه لو اشترط عدم السقوط بالتصرّف كان شرطاً فاسداً على الأقوى.

و كذا يسقط بانقضاء المدَّه بلا خلاف كما في الغنيه (١). و خالف فيه بعض العامه (٢).

و لا- يسقط بالرضا بالعيب و لا- بالتبرّي من العيوب و إن شرّع الخيار في الحيوان لخفاء عيبه غالباً لعموم النصوص (٣) و عدم وجوب انعكاس العله بل الواجب اطّرادها لأنّها حكمه لا عله حقيقته و قد نصّ على ذلك في التذكرة (٤).

[و يسقط بتصرّفه]

قال المصنّف: «أو تصرّفه»

للإجماع المنقول في التذكرة و الخلاف (٥) على إسقاطه الخيار و نفى عنه الخلاف في الغنيه و المسالك (٦).

و لصحيحه ابن رثاب: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة

١- الغنيه: ٢١٩.

٢- الشرح الكبير ٤: ٦٩.

٣- الوسائل ١٢: ٣٤٨، ب ٣ من أبواب الخيار.

٤- التذكرة ١: ٥١٩ س ٦.

٥- التذكرة ١: ٥١٩ س ٨. و لم نعثر عليه في الخلاف.

٦- الغنيه: ٢١٩، المسالك ٣: ٢٠١.

أيام فذلك رضى به، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء (١).

و مثلها صحيحته الاخرى المرويه فى قرب الإسناد بأدنى تفاوت (٢).

و مثلها صحيحه الصفار: فى الرجل اشترى من رجل دابّه فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها فى الثلاثه أيام التى فيها الخيار؟ فوّع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله (٣).

و لأنّه مطلقاً دليل الرضا و الالتزام بالبيع إمّا عرفاً أو حكماً من الشارع، إمّا مطلقاً أو ما لم يعلم عدم الرضا. و لا ريب أن ما ذكر فى الصحيحتين من جزئيات التصرف إنّما هو على سبيل المثال، مع أنّ الجواب فى ذيل الصحيحه الثالثه يقضى بالعموم فى الحدث، و الظاهر أنّه هو التصرف فى المعنى كما قضت به الروايه الاولى، مع أنّه لا شىء من جزئيات التصرف الذى ذكرها الأصحاب أضعف من النظر المنصوص عليه فى الصحيحه الاولى.

فما استشكله فى مجمع البرهان (٤) و تبعه فيه صاحب الكفايه فقال: إنّى لا أعلم دليلاً على كون شىء من التصرفات موجباً للزوم سوى ما ورد فى الحديثين المذكورين أو ما فى قوته أو أقوى منه (٥) لا وجه له.

ثمّ إنهم جعلوا عنوان المسأله التصرف و لفظ «التصرف» ذكر فى كثير من الخيارات، و يتعلّق به كثير من أحكام العبادات، و المدار فيه على ما صدق عليه اسمه عرفاً. و ربّما عدّينا الحكم إلى اسم الاستعمال و الانتفاع و إن لم يصدق التصرف، لمكان التعليل بالرضا، و لما ورد أنّ العرض على البيع إسقاط و سيأتى

١- الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب ٤ من أبواب الخيار ح ١.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥١ ب ٤ من أبواب الخيار ح ٣.

٣- الوسائل ١٢: ٣٥١ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ٢.

٤- مجمع الفائده ٨: ٣٩٧ ٣٩٩.

٥- كفايه الأحكام: ٩٢ س ٣٦.

بيان حقيقه الحال.

ثم إنّه لكلّ شىء استعمال و تصرّف و انتفاع فالتصرّف بالنار دفؤها وضوئها، و التصرّف بالظلال بالكون تحته، و لو لم يكن الكون تصرّفاً لما أوجر من الدار سوى الأرض و هو بديهي البطلان و الاستضاءه بالسراج انتفاع بالفتيله و الدهن و السراج، و الانتفاع و الاستعمال للمشموم شمّه، و للمذوق ذوقه، و للملموس لمسّه، و للمرئى رؤيته، و للمسموع سمعه، و إن لم يصدق فى بعض أقسامه اسم التصرّف.

ثمّ التصرّف قد يكون عمداً مع العلم بالحكم أو جهل به، أو علم بالموضوع موضوع التصرّف أو الخيار أو جهل به، مع العلم بالرضا بالسقوط أو علم بعدمه، أو لا مع شىء منهما، مع الجبر من الناقل أو غيره، أو الاختيار مع اللزوم الشرعى كتوقّف حياه نفس محترمه عليه لجوع أو عطش أو نجاه من حرق أو غرق و نحو ذلك، أو المنع الشرعى كوطء الغلام أو الحائض، أو لا مع شىء منهما.

و قد يكون عن نسيان أو غفله أو سكر أو إغماء أو نوم أو دهشه أو جنون أو طفوليه و نحوها.

و قد يكون مع الإذن من أحد المتعاقدين للآخر فيه و عدمه.

و قد يتصرّف بنفسه أو بوكيله أو بوليه أو بفضوله أو مأذونه. و المسأله كثيره الأقسام تستدعى بسطاً فى المقام. فنقول: لا ريب فى سقوط الخيار بالمسقط الفعلى الصريح كنقل الملك و نحوه إلّا على ما سيأتى للمصنّف فى خيار الغبن مع الجهل (١) و هو خلاف ظاهر الأصحاب، علم منه الرضاء بذلك أو علم عدمه لزعمه عدم الممانعه، أو لم يعلم شيئاً منهما، قصد الإسقاط به أو لم يقصد، أو قصد عدمه، سواء كان التصرّف فيما انتقل منه أو انتقل إليه.

و ربّما احتمل ضعيفاً عدم الصحه فيما إذا كان التصرّف بعقد أو إيقاع فيما انتقل منه، لأنّ الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد معاً، كما أنّ التكبيره الثانيه

فى الصلاة بتيّه الشروع يخرج بها من الصلاة و لا يشرع بها فى الصلاة.

و فيه: أنّ المحصّل للملك و الفسخ القصد المقارن للعقد أو الإيقاع السابق عليهما آناً ما، و يحصل بهما، و التقدّم ذاتى.

فاندفع ما قيل: من أنّ أول الصيغه حصل من غير ملك، و البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع، فيدور لأنه من دور المعية.

نعم ذلك متوقّف على وجود الدليل و الظاهر انعقاد الإجماع.

و يسقط بالمسقط الفعلى الظاهر كالمسقط القولى الظاهر سواء كان فيما انتقل منه أو إليه. و يجوز فعل ذلك من غير فرق بين الوطاء و نحوه و غيرهما.

و استشكل فى التذكرة فى حلّ الوطاء بالنسبه إلى القسم الأول و قال: إنّه نشأ من انتقال الملك عنه فيكون الوطاء قد صادف ملك الغير فيقع محرّماً، و من أنّه أبلغ فى التمسك بالمبيع و فسخ البيع من اللفظ (١).

و فيه: أنّ القصد إلى الفعل المقارن أو مقدّمات الفعل أو جزئه الأول هو المقتضى للفسخ فيعود الملك إليه قبل تمام الوطاء فلا يقع الوطاء بتمامه محرّماً.

و السقوط بهذا القسم من الفعل لا باعتبار أنّ للأفعال ظواهر كما أنّ للأقوال ظواهر و كما أنّ ظواهر الأقوال حجّه فظواهر الأفعال كذلك. فكلّ مقام اعتبر الشارع فيه ظاهر القول يعتبر فيه ظاهر الفعل كما يقتضى به استقراء المقامات المتكثّره و ذلك لأنّ هذه القاعده غير بينه و لا مبيّنه و لم يقم عليها دليل من عقل أو نقل إجماع أو غيره، بل باعتبار أنّ المدار فى المقام على الدلاله على الرضا كما هو الظاهر من فحاوى روايات باب الخيار حتّى ورد فى بعضها أنّ العرض على البيع إسقاط (٢). و حينئذ فكون التصرف من حيث هو مع حصول العلم أو الظنّ منه بالرضا بالسقوط لا- مع الشكّ مسقطاً على وفق القاعده. فيجرى فى جميع الخيارات، و لا يختصّ بما ذكره الفقهاء و قام عليه الدليل، و فى جميع الأفعال

١- التذكرة: ٥٣٤ س ٣٣.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥٩ ب ١٢ من أبواب الخيار، ح ١.

الظاهره فى ذلك. و لا يختص بالتصرف.

و يظهر وجه كون تصرف ذى الخيار فيما انتقل منه فسخاً مطلقاً أيضاً، و يكون المدار على فهم الرضا كيفما اتفق.

هذا مع حصول المسقط من دون معارض أقوى منه دال على عدم الإسقاط.

أمّا مع حصول المعارض فإن كان فى الفعل الصريح فلا يجدى نفعاً قطعاً لأن السقوط قهرى غير موقوف على الإسقاط، و إن كان فيما عداه فمقتضى الضابطه التى ذكرنا عدم السقوط حتى مع الشك، لعدم الإسقاط و لا تأثير للدال مع العلم بعدم الإراده لظاهره أو الشك فى ذلك، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب فى التصرف أنه مسقط مع النص على عدم الرضا و عدمه، و هو ظاهر الروايات فى خيار الحيوان بل صريحها، فينبغى الاقتصار فى السقوط مع النص على عدم الرضا فى خصوص خيار الحيوان، و إن قام إجماع فيما عداه قيل به، و كذا فى خيار العيب، لأن ظاهر الروايات فيه ذلك.

و ربّما ظهر من بعض الأصحاب (١) أنّ الحكم بالسقوط فى التصرف مطلقاً إنّما هو لدلالته على الرضا ظاهراً، فمع الشك للمعارض يحكم بظاهره شرعاً، فيكون كالقاعده يتميّك بها دائماً إلّا حيث يعلم عدم الرضا فعلاً و تقديرأ أو الأول فقط، و يختلفان فى صورته الجهل.

و على كلّ واحد من هذه الوجوه فى التصرف يمكن حمل صحيحه ابن رثاب (٢).

و ربّما يقال: إنّ الوجه الثانى أظهر الوجوه فيها و ذلك إمّا باعتبار أنّ الظاهر من قوله: «فذلك رضا منه» يعنى أنّ التصرف محكوم شرعاً بكونه رضا و إن نص على عدمه، فتكون الروايه لبيان الحكم الشرعى، و حينئذ فيحكم بالجريان فى جميع الخيارات لمقتضى العله و لا تقتيد بالمورد، كما هو ظاهر الأصحاب حيث يحكمون بأنّ التصرف مسقط على الإطلاق. و يقتصر على خصوص التصرف من

١- راجع مفتاح الكرامه: ج ٤ ص ٥٥٩ س ٢٨.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

دون تسريه إلى ما عداه من الأقوال و الأفعال.

أو باعتبار أن التعليل بالرضا فيها علّه ناقصه لبيان الحكمه بمعونه فهم الأصحاب. و الحكم تعبدى عامّ للعلم بالرضا و عدمه.

أو باعتبار حمل الروايه على أن العله حصول الدلاله على الرضا بنفس الفعل من دون نظر إلى المدلول.

و على هذا فيحكم بالتسريه فى خصوص الأفعال، لأنّ الأقوال لا شكّ أنّ المدار على مدلولها و لا عبره بالدلاله من حيث هي، و يرشد إلى ظهور هذا الوجه من الروايه أنّ التفريق ورد فيه مثل هذا التعليل و قد صرح الأصحاب عدم العمل بمقتضاه هنالك.

فمدار التسريه فى مطلق التصرف و التسريه فى مطلق كلّ فعل على ما يفهم من الصحيحه، و إلّا اقتصر فيما لا يقضى بالرضا لوجود المعارض كالجاهل بحكم الخيار أو بموضعه، و منه من وجب عليه التصرف شرعاً فى وجه قوى على مورد الدليل كما فى الحيوان و العيب، و خيال تنقيح المناط فيحكم بالتسريه بعيد.

و قد يقال بعدم اعتبار تصرف الناسى مطلقاً، و مثله الغافل و المدهوش و السكران و المغمى عليه و المجنون و المجبور و الطفل و النائم، لموافقته للقاعده و عدم شمول الأدله فى محلّها لها حتّى الصحيحه.

و ممّا ذكرنا ظهر لك أنّ تصرف المشتري بالمبيع قبل العلم بالعيب أو الغبن و بعده قبل العلم بحكم الخيار مقتضى القاعده عدم إسقاطه الخيار و ينظر فيه إلى خصوص الأدله، و أنّ حكمهم بكون التصرف فسحاً مطلقاً يشكل مدركه إلّا أن يستند فى جميع ذلك إلى الصحيحه و قد تقدّم الكلام فيها.

و أمّا التصرف الممنوع منه شرعاً، فدعوى عدم إسقاطه الخيار لعدم دخوله تحت الأدله لأنّها إنّما تنصرف إلى المحلل، ممنوعه.

و أمّا تصرف الاختبار فقد نصّ بعضهم على استثنائه لعدم انصراف الدليل إليه و نفى عنه البعد فى الدروس و جامع المقاصد (١).

و اقتصر في المسالك و الشرح على احتمال الوجهين (١) كالتحرير و قيده بعدم تجاوز الحاجه (٢) و ألحق المحقق الثاني بتصرف الاختبار التصرف لحفظ المبيع كالركوب لسقى الدابه (٣).

و أنت خير بأن التقييد بعدم تجاوز الحاجه لا يصح بناءً على الكشف و عدم التعبد، إذ لا كشف عن التزامه بعد أن علم اختباره. نعم بناءً على التعبد له وجه.

و أما التصرف الذي أذن أحد المتعاقدين لصاحبه فيه فيما انتقل عنه أو انتقل إليه، إن تصرف الآخر سقط الخياران، و إلا فخيار الآذن.

أما خيار المتصرف فظاهر. و أما الآذن فإن كان البائع كان قوله: «تصرف في المبيع» بمنزله أن المال لك و البيع لازم ثابت فافعل ما تشاء، و إن قال له: «تصرف في الثمن» كان بمنزله ما إذا قال له: أنا فسخت فتصرف في مالك. و جبره على ذلك أقوى من الإذن، و مما ذكر يعلم الحال فيما إذا كان الآذن المشتري.

و أما سقوط خيار الآذن إذا لم يتصرف المأذون فهو المشهور كما في الميسيه (٤) و صرح به العلامة في القواعد (٥) و استشكله المحقق الثاني (٦) و جماعه مستندين إلى عدم ظهور دلاله الإذن على سقوط الخيار و عدم استلزام الرضا بالتصرف زوال الخيار، لأن غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده، و هي لا تقتضى الزوال بالفعل.

و فيه: أن مقتضى الإذن رفع الحجر من قبل الآذن و لا مانع غير الخيار فارتفع بالإذن كما هو ظاهر في مجرى العرف، فلا معنى لإنكار ظهور الدلاله، مع أن الإذن لو لم تكن دالّه على سقوط الخيار لأشكل حكمهم بالسقوط فيما إذا تصرف المأذون، فإن الآذن لم يوجد فيه سوى الإذن، فإن لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرف الذي هو فعل غيره.

١- المسالك ٣: ٢٠١، الروضه ٣: ٤٥١.

٢- التحرير ١: ١٦٨ س ١٠.

٣- فوائد الشرائع (مخطوط): ص ١٧٠.

٤- نقله عنه في مفتاح الكرامه ٤: ٥٨٩ س ٧.

٥- القواعد ٢: ٦٨.

٦- المسالك ٣: ٢١٣، جامع المقاصد ٤: ٣٠٥ و ٣١٢ ٣١١.

و ظاهر كلامهم يؤذن بالاعتراف بكونه المسقط كما هو فرض المسأله حيث أسندوا الإسقاط إليه و استندوا إلى دلاله الإذن عليه، فيسقط به مطلقاً و إن لم يتصرّف المأذون، فتأمل.

ثمّ الظاهر أنّ السقوط بالتصرّف لا يعتبر فيه نيه الإسقاط به بل لا يفترق الحال بين قصد ذلك و عدم قصده، لعموم الدليل كما فى الرجوع فى باب الرجعه، بل و مع قصد عدمه كما استظهرناه من الصحيحه.

فبناءً على ذلك لو تصرّف فيما انتقل عنه بما لا يجوز لغير المالك من وطء الجاريه و لمسها و تقييلها و نحو ذلك لم يكن فاعلاً حراماً بنفس الوطء و إن تعمّد الزنا بها أو يفعل حراماً بأوّل جزء من الفعل و يحصل الفسخ بتمامه. و لعلّ الأقوى الأوّل كما تقدّمت الإشارة إليه.

و هذا البحث بالنظر إلى حكمه بالنسبه إلى نفسه و ما سبق إلى ما يحكم به عليه غيره.

ثمّ إنّ التصرّف المسقط ما كان بهذا العقد، فلو استند التصرّف إلى عقد آخر لم يسقط، كأن يكون قد صالح على لبن شاه سابقاً ثمّ اشتراها بعد ذلك، فإنّ تصرّفه بعد ذلك باللبن لا يسقط خياره.

[الثالث خيار الشرط]

اشاره

قال المصنّف:

«الثالث: خيار الشرط»

[لا بدّ من تمهيد مقدّمه]

لا بدّ للفقيه في هذا المقام من تمهيد مقدّمه، هي بيان أنّ خيار الشرط على وفق القاعده أو لا.

و التحقيق أنّه إن قلنا بثبوت صحّحه الخيار للمتعاقدين و لأحدهما مع رضاء الآخر و إنّ فكّ العقد لهما كما أنّ لهما ربطه من دون نظر إلى الشرط و غيره و أنّه لا- يزيد على الإقاله، كان خيار الشرط على وفق القاعده، لأنّ الشرط قد تعلّق بفعل من أفعال المكلفين و هو مباحّ فيكون ملزماً ما كان جائزاً.

و إن قلنا: ليس الأمر كذلك و إنّ الخيار أمر غير الإقاله و لهذا يسقط بالفعل إجماعاً دونها، فإنّه محلّ خلاف و أنّه لا يصح لهما من دون سبب يقتضيه.

فإن قلنا: إنّ الشرط يثبت الغايات كما يثبت الأسباب و يقوم مقام العقود و الإيقاعات إلّا ما أخرجّه الدليل، لشمول قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١) لذلك. و ما يظهر من استدلالاتهم عليهم السلام به على ثبوت الغايات، و ما يظهر من الأصحاب من أنّ شرط تمليك العين أو المنفعه أو الإبراء أو سقوط الخيار و نحو ذلك على وفق القاعده و قلنا: إنّه ليس في شرط مثل هذه الغايه منافاه

١- عوالى اللآلى ١، ٣: ٢١٨، ٢٩٣، ٢١٧، الوسائل ١٥: ٣٠ ب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

لمقتضى العقد الذى قام الإجماع على المنع منه كان خيار الشرط على وفق القاعده أيضاً.

و ما يقال بناءً على ذلك ينبغي أن يجوز اشتراط الجواز فى العقود اللازمه. قلنا: لنا أن نلتزمه إلا أن يقوم إجماع على خلافه.

□
و إن لم يكن كذلك كما هو الأقوى كان خيار الشرط على خلاف القاعده و غير داخل تحت العمومات، لأنه شرط على الله و ليس من فعلهما، مع أنه شرط قد خالف كتاب الله و حلل حراماً لمنافاته لمقتضى العقد، و العمومات مخيصة بغير ما خالف الكتاب و السنه.

و لا مجال لجريان أصل البراءه فى أصل الخيار فى العقد حتى يستدل على جواز اشتراطه بالعمومات، لأن مقتضى العقد اللزوم فهو خلاف مقتضى العقد.

و الجواب بأن اللزوم من الأحكام اللاحقه به لا من مقتضيات ذات العقد، ممنوع.

□
و لو سلم فالفرق فى المنع بين الأمرين محل بحث كما سيأتى إن شاء الله، على أنه بناءً على ذلك ينبغي أن يصح اشتراط أن يكون العقد اللازم جائزاً فى نفسه و لا تقولون به، على أن بين عمومات الشروط و ما دل على لزوم العقد عموم من وجه.

و ترجيح أحد الدليلين يحتاج إلى مرجح. و الترجيح بالأحاديث الخاصه الوارده فى خيار الشرط و الإجماع المنقول نكوص عن القاعده و الاقتصار فيها على المحل الخاص.

و قد يقال بأنه لا تعارض بين دليل اللزوم و عمومات الشروط، فإن اللزوم مقتضى العقد المطلق لا العقد المشروط فيه الخيار، و الشرط جزء من العقد فيجب الوفاء به.

قلت: لا ريب أن الدليل على اللزوم غير منحصر بالآيه الشريفه (١) مع أن ظاهر الآيه الأمر بالوفاء بالعقد المطلق من حيث هو، أعم من أن يكون مشروطاً أو غير

مشروط، و المراد بالوفاء به العمل بمقتضاه من حيث هو هو، من دون ملاحظه شىء من شرط أو غيره فيحصل التنافى.

و استدلال بعض الأصحاب بالآيه الشريفه فى مقام الشروط (١) فى غير محلّه كاستدلالهم بها فى العقود الجائزه، فتأمل.

و بناءً على هذا الوجه ينبغى الاقتصار فى الخيار على مورد الدليل الدالّ على أنّ نفس الاشتراط مثبتاً لجواز الفسخ و لا يحكم بالتسريه.

إلّا أن يقال: لما ثبت فى البيع الذى هو أصل العقود و أحكامها ينقح مناطاً فى الباقي، و هو مشكل.

و على الوجهين الأولين لو شرط الخيار فى عقد وقع سابقاً كان الشرط صحيحاً و لازماً، بخلافه على الثالث.

و استثناء الخمسه المذكوره فى كلام أكثر الأصحاب و هى النكاح و الوقف و العتق و الطلاق و الابرء (٢) بناءً على الوجه الأول ظاهر، لعدم إمكان التقايل فيها و الخيار، فلا يتعلّق الشرط به، لأنّ قاعده الشرط كالنذر و اليمين إنّما تتعلّق بالممكن فتلزمه لا بغير الممكن فتصيّره ممكناً، فيكون استثناءؤها ليس مخالفاً للقاعده بل على وفقها، لعدم شمول قاعده الجواز لها.

و على الثانى فلا بدّ من الدليل على العدم.

و على الثالث يكفى عدم الدليل.

فإن قلت: حين الشرط لم يكن العقد لازماً حتّى أنّ شرط الخيار فيه موقوف على جواز فكّه بعد اللزوم.

قلنا: ذلك إنّما يتمّ أيضاً لو كان العقد يقع على وجهين: الجواز، و اللزوم. أمّا إذا كان لا يقع إلّا على وجه اللزوم فاشترط كونه جائزاً شرط غير ممكن شرعاً أيضاً

١- الرياض ٨: ١٨٧.

٢- راجع مفتاح الكرامه: ج ٤ ص ٥٦٧ ٥٧٠.

مخالف لكتاب الله وقد حلل حراماً، و الأمر مشكل، فتأمل.

ثم إنه على موافقه اشتراط الخيار للضابطه كما في الأول فإنما هو خيار المتعاقدين. أما خيار الأجنبي فإن جعلناه توكيلاً أمكن دخوله تحت الضابطه و حكم بتسريته في جميع العقود، لأنه كما ان للمتعاقدين الفكّ بأنفسهما فلهما التوكيل في ذلك. و إن جعلناه تحكيماً كان مخالفاً للضابطه، لأنه ليس للأجنبي قبل الشرط الفكّ إلا على سبيل التوكيل، فيقتصر فيه على مورد الدليل كما في البيع، لقيام الإجماع فيه كما سيأتي و إن خلت روايات الباب منه. إلا أن ظاهر الأصحاب أنه تحكيم و أنه موافق للقاعده، و لذا صرح بجريانه في الإجاره في باب الإجاره جماعه من الأصحاب.

و الظاهر أن اقتصار من اقتصر منهم فيها على ذكر اشتراط الخيار لهما أو لأحدهما و عدم ذكر الأجنبي اتكالا على البيع لا إشاره إلى عدم جريانه في ذلك، و هو مشكل.

نعم إذا جعلناه على وفق القاعده كما في الوجه الثاني لم يختلف الحال في جوازه توكيلاً كان أو تحكيماً.

[ظاهر الأكثر ثبوت هذا الخيار في كل بيع]

إذا عرفت ذلك فلنعد إلى ما ذكره الأصحاب في هذا المقام فنقول: ظاهر الأكثر ثبوت هذا الخيار في كل بيع لا يستعقب العتق. و استدلوا عليه بالأصل و عموم الكتاب و السنّه، و قد عرفت ما فيه.

و نصّ جماعه منهم على ثبوته في السلم (١) مطلقاً و لو في السلم (٢) و آخرون على ثبوته في الصرف (٣).

و لم يعهد الخلاف في الأول إلا من العلّامه في التذكرة فنفاه في خيار

١- راجع المبسوط ٢: ٧٩، السرائر ٢: ٢٤٤، المختلف ٥: ٧٢.

٢- كذا في المصابيح أيضاً.

٣- راجع المختلف ٥: ٧٢، الدروس ٣: ٢٦٨.

المجلس (١) ورجع عنه في الشرط فأثبتته فيه كما في التحرير (٢).

ولا- في الثاني إلّا من الشيخ في المبسوط والخلاف و أبو المكارم والحلي و ادّعوا عليه الإجماع و علّوه بمنافاه الخيار للقبض المعتر فيه (٣) لأنّه إن وقع بعد القبض نافي قاعده اتّصال الشرط بالمشروط فلا يؤثّر و إن وقع قبله كان قبل تمام السبب المملّك و شرط الخيار إنّما يكون بعد المملّك.

و لو اريد به بعده كان من الشرط المجهول.

و التعليل عليل لإمكان وقوعه بعد القبض فوراً بحيث لا يخلّ بالاتّصال عرفاً و وقوعه قبله، و نمنع كون شرط الخيار لا يكون إلّا بعد تمام السبب المملّك، لصحّه وقوعه مقترناً بالإيجاب قبل القبول من البائع قولاً واحداً، إلّا أن يقال: إنّ الشرط في ذلك بعد لا يتم، لأنّ قبوله في ضمن القبول بخلاف ما نحن فيه.

و مع ذلك فهو منقوض بالسلم، و الإجماع ممنوع، فإنّ ظاهر القدماء ثبوت الخيار و لا- نافي له منهم غير المدعى، و صوره الإجماع المنقول تنبئ عن أخذه من الإجماع على اشتراط القبض المنافي لثبوت الخيار باعتقاد الحاكي فينتفى برفع التنافي.

و قد أقدم على منع هذا الإجماع جماعه من الأصحاب حتى ادّعى الشهيد في المسالك اطباق المتأخرين على منعه (٤).

و قد يمنع بأنّ من أعاظمهم المحقق و لم يصرح بشيء و العلامه اختلف قوله في ذلك فأثبت الخيار في ظاهر المختلف و منع الإجماع (٥) و نفاه في التذكرة تارة

١- التذكرة ١: ٥١٦ س ١٩، عبارتها هكذا: و يثبت خيار الشرط في جميع أنواعه إلّا السلف و الصرف، فراجع.

٢- التذكرة ١: ٥٢٢ س ١٦، التحرير ١: ١٦٧ س ٢٩.

٣- المبسوط ٢: ٧٩، الخلاف ٣: ١٢ المسألة ٩، الغنيه: ٢٢٠، السرائر ٢: ٢٤٤.

٤- المسالك ٣: ٢١٢.

٥- المختلف ٥: ٧٢.

و أثبتته اخرى على إشكال (١). و استشكله فى التحرير و القواعد (٢). و الشهيد قد حكى فى الدروس الإجماع عن الشيخ و منعه عن العلامه مقتصرأ على النقل و ظاهره التوقف (٣) فلا يصح الإطباق المدعى إلا بتكلف. ثم إن جمعا من الأصحاب نصوا على عدم اختصاص هذا الخيار بالبيع و أنه يجرى فى سائر العقود عدا النكاح و الوقف (٤). و نفى بعضهم الخلاف فى جريانه فى خصوص اللازمه منها كالإجاره و المزارعه و المساقاه و الكفاله و الحواله و نحوها. و قال: وعدا الضمان، فإنّ العلامه منعه فى أحد قوليه، و الصلح فنفاه الشيخ فى المبسوط و الخلاف مطلقاً. و الكركى فيما يفيد الإبراء تبعاً للتحرير، و الصيمرى فى الصلح عن المجهول و الدعوى الغير الثابته بالإقرار و الكلّ شاذّ و الأصل الصّحه لعموم المقتضى، انتهى (٥).

و مراده بالمقتضى عمومات الشروط و قد تقدّم الكلام فيها بما لا مزيد عليه، و كان مستند العلامه و الكركى و الصيمرى فيما استثنوه أنّها فى معنى الإيقاعات فلا تقبل شرط الخيار (٦) و عليه منع ظاهر. و قد نقل فى المهذب الإجماع على جريانه فى الصلح بقول مطلق (٧).

و هل يجرى هذا الخيار فى باب المعاطاه و لو بعد لزومها أو لا؟ وجهان:

يحتمل العدم لأنّها من مقوله الفعل و هو من مقوله القول و هى غير مستقلّ بنفسه و لا يمكن ربطه بالفعل، و لو قارن الفعل بقول دالّ على المعاطاه و جعله مرتبطاً به لم ينفع لأنّ المدار فى ذلك على الفعل و اللفظ أجنبيّ لا مدخلية له.

و يحتمل الجريان فيها، لقوّه ارتباط هذا القول بالفعل، مع أنّ الشروط فى

١- التذكرة ١: ٥١٦ س ١٩ و ٥٢٢ س ١٧.

٢- التحرير ١: ١٦٧ س ٢٩، القواعد ٢: ٦٧.

٣- الدروس ٣: ٢٦٨.

٤- راجع المبسوط ٢: ٨١، السرائر ٢: ٢٤٥ و ٢٤٦، الشرائع ٢: ٢٣، القواعد ٢: ٦٨، المسالك ٣: ٢١٢، جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

٥- راجع مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ٢٥٠.

٦- التحرير ١: ١٦٧ س ٣٠، جامع المقاصد ٤: ٣٠٤، غايه المرام ٢: ٤٤.

٧- المهذب البارع ٢: ٥٣٨.

العقود ليست كسائر الشروط، بل لها نوع استقلال، لأنَّ العقد لا يقبل التعليق.

و أما العقود الجائزه فنقل عن الأكثر جريانه فيها، و به صرح الشيخ و القاضي و الحلّي في الوكاله و الجعاله و القراض و الوديعة و العاربه (١).

و الظاهر عدم الفرق بينها و بين غيرها من العقود الجائزه، و يقتضيه إطلاق الغنيه و الشرائع و القواعد و الإرشاد و الدروس (٢).

و منعه العلامه في المختلف و التحرير و الكركي و الصيمري و الشهيد الثاني (٣) و عزا المنع في التذكرة إلى بعض العامه و نفى عنه البأس (٤) لعدم تأثير الشرط في الجائز.

و أورد عليه بأنَّ التأثير غير ملتزم في الشروط فإنَّ منها ما يؤكّد مقتضى العقد فإن اريد المؤثر هنا عاد النزاع لفظياً.

و الحقّ عدم جريانه فيها، لعدم دخولها تحت أدلّه الشروط باعتبار أنّ جوازها أصلي فلا يقبل السقوط فلا تأثير للشرط كخروج ما لا يتنفع فيه من عمومات البيع. فإن أراد المشتري لشرط الخيار الخيار بأصل العقد كان مؤكّداً. و إن أراد المستند إلى الشرط و إن كان مجامعاً لخيار أصل العقد كان شرطاً فاسداً، و يجىء فيه الخلاف في فساد المشروط بفساده أو لا، فتأمل.

و قد علم بما ذكر حكم الشرط فيما اختلف في لزومه و جوازه كالسبق و الرمايه، و ما يقع لازماً و جائزاً كالهبة، أو يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن.

و استشكل العلامه في التحرير في الأخير في جانب اللزوم فيما لو كان الشرط من قبل الراهن (٥) بأنَّ الرهن وثيقه الدين و الخيار ينافى الاستيثاق.

١- المبسوط ٢: ٨٢، المهذب ١: ٣٥٦، السرائر ٢: ٢٤٦.

٢- الغنيه: ٢٢، الشرائع ٢: ٢٣، القواعد ٢: ٦٨، الإرشاد ١: ٣٧٥، الدروس ٣: ٢٦٨.

٣- المختلف ٥: ٧٣، التحرير ١: ١٦٨ س ١، جامع المقاصد ٤: ٣٠٤، غايه المرام ٢: س ٤٥، و فيه: يدخل فيها خيار الشرط، المسالك ٣: ٢١١.

٤- التذكرة ١: ٥٢٢ س ٢٢.

٥- التحرير ١: ١٦٧ س ٣٠.

و ردّ بمنع المنافاه، فإنّ الاستيثاق في المشروط بحسب الشرط.

و أمّا النكاح و الوقف من العقود فلا يدخلهما الخيار، للإجماع في الأوّل كما في الخلاف و المبسوط و السرائر و كنز الفوائد و المسالك (١).

و علّل بمشاكلته العباده، و ابتناؤه على الاحتياط التامّ، و سبق التروى فيه على العقد، و توقّف رفعه على رافع مخصوص فلا يرتفع بغيره، و لعدم مشروعته التقايل فيه.

و أمّا الثاني، فلاشترط القربه فيه و العباده مبنيّه على اللزوم لا التزلزل فإنّه لا معنى لتوقّف الصلاه و الصوم على الشرط مثلاً، و لأنّ العباده يكتب أجرها حين إيقاعها فلا يمحي (٢). و استحقاق العوض بلا معوّض لا وجه له مع أنّ شمول دليل الشرط بناءً على كونه على وفق القاعده لمثل هذه الأفراد محلّ شكّ مع كونه فكّ ملك لا إلى عوض فلا يقبل الشرط كالعق، و لعدم مشروعته التقايل فيه أيضاً.

و قد نصّ على المنع فيه الشيخ و الحلّيون الثلاثة و الشهيدان و الكركي و الصيمري (٣).

و في المسالك: أنّه موضع وفاق (٤) و الخلاف فيه ثابت كما في الدروس (٥).

و أمّا الإيقاعات فقد صرح الأصحاب بالمنع في ثلاثه منها و هي: الطلاق، و العتق، و الإبراء (٦).

و الظاهر عدم إرادته الحصر و تخصيصها بالذكر لغلبه الوقوع كما يرشد إلى ذلك أنّه في السرائر احتجّ على منع جريانه في الطلاق بخروجه عن العقود (٧) و مقتضاه أطراد المنع في سائر الإيقاعات، لعدم التعليل.

١- الخلاف ٣: ١٦ المسأله ١٧، المبسوط ٢: ٨١، السرائر ٢: ٢٤٦، المسالك ٣: ٢١٢، و لم نعثر عليه في كنز الفوائد.

٢- في نسخه: فلا يعلّق.

٣- المبسوط ٢: ٨١، السرائر ٢: ٢٤٥، الشرائع ٢: ٢٣، القواعد ٢: ٦٨، الدروس ٣: ٢٦٨، المسالك ٣: ٢١٢، جامع المقاصد ٤:

٣٠٣، غايه المرام ٢: ٤٥.

٤- المسالك ٣: ٢١٢.

٥- الدروس ٣: ٢٦٨.

٦- راجع المبسوط ٢: ٨٠، ٨١ و الشرائع ٢: ٢٣ و القواعد ٢: ٦٨ و المسالك ٣: ٢١٢.

٧- السرائر ٢: ٢٤٦.

و السّرّ في ذلك ابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرّد الصيغه و الخيار ينافى ذلك، و لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما سيّته عليه جمله من الأخبار و الإيقاع إنّما يقوم بواحد.

و قد حكى في المبسوط الإجماع على المنع في الطلاق و العتق (١).

و في المسالك الإجماع على المنع في العتق و الإبراء (٢).

و في السرائر نفى الخلاف في عدم جريانه في العتق و الطلاق (٣).

[و هو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً]

قال المصنّف: «و هو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً»

و لا- يتقدّر بمدّه الثلاثه أيام عندنا خلافاً للعامّه (٤) بالأصل، و الكتاب (٥) و السنّه (٦) و الإجماع، و الضروره الداعيه إلى الاشتراط، و اختلاف التقدير.

نعم يشترط تعيين المدّه المشترطه بما لا- يحتمل الاختلاف، فلو انيطت بما لا- ينضبط كإدراك الغلات و إيناع الثمرات بطل الشرط بالإجماع، و استدللّ عليه أيضاً بالنهي عن الغرر، و تطرّق الجهاله إلى العوضين بجهاله الشرط، و لأنّ العقود شرّعت لقطع موادّ الاختلاف و الإناطه بالمختلف مثار الاختلاف (٧).

و فيه ما سيأتى من أنّ الأقوى أنّ الشرط كالصلح يغتفر فيه من الجهاله ما يغتفر في الصلح.

نعم في خصوص المقام لقيام الإجماع لا نقول به، مع احتمال الفرق بين المقامين، فتأمل.

و لو أطلق الخيار فهل يبطل الشرط؟ قيل: نعم، لنحو ما ذكر، و للأولويّه فإنّ الإطلاق أوغل في الإبهام لعدم أوله إلى العلم فيكون أولى بالمنع، و لأنّه

١- المبسوط ٢: ٨١.

٢- المسالك ٣: ٢١٢.

٣- السرائر ٢: ٢٤٦.

٤- المحلّى ٨: ٣٧٠، المجموع ٩: ٢٢٥، عمدته القارئ ١١: ٢٣٥.

٥- المائده: ١.

٦- الوسائل ١٢: ٣٥٤ و ٣٥٥ ب ٧ و ٨ من أبواب الخيار.

٧- مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ٢٤٨.

لو صحَّ فإمّا أن يدوم الخيار و هو باطل بالإجماع أو يردّ إلى معيّن و هو تخصيص من غير مخصّص، فتعيّن البطلان، و هو أحد قولى الشيخ فى المبسوط و ظاهر الديلمى و صريح العلّامة و الصيمرى و الشهيد الثانى (١) و عزى القول به إلى المرتضى (٢) و المعلوم منه خلافه (٣). و ربّما لاح من ظاهر الوسيله و السرائر و الشرائع و النافع و الجامع (٤) و ظاهر المتن، لتضمّنها اعتبار التعيين فى المدّه، و لا دلالة فيه، فإنّه غير اشتراط المدّه المعينه، إلّا أن يكون ذلك بطريق الأولويّه و هى محلّ منع فيما نحن فيه.

و قيل: لا بل يصحّ الشرط و ينصرف إلى ثلاثه أيام، ذهب إليه المفيد و المرتضى و الشيخ و أبو الصلاح و ابن زهره (٥) و مال إليه فى الدروس، للإجماع (٦) كما فى الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه (٧) و الخبرين النبويين «الخيار ثلاثاً قل: لا خلابه، و لك الخيار ثلاثاً» (٨) و الخلابه الخديعه.

و أخبار الفرقه المرسله فى الخلاف (٩) و لا تقصر عن مراسيل كتب الحديث، و خلّوها عنها لا يقدح فيها، فإنّها لم توضع على الاستقصاء التامّ و إلّا لتكاذبت فيما انفردت.

و يشهد لذلك الصحيح «الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط (١٠)» فإنّه يعطى بفحواه أنّ الشرط فى غيره ثلاثه مع الشرط، و ليس المراد

١- المبسوط ١: ٨٣، المراسم: ١٧٢، المختلف ٥: ٦٦، لم نجد التصريح بذلك فى غايه المرام، المسالك ٣: ٢٠١.

٢- نقله عنه العلّامة فى المختلف ٥: ٦٦.

٣- لم نعر عليه.

٤- الوسيله: ٢٣٨، السرائر ٢: ٢٤٣، الشرائع ٢: ٢٢، النافع: ١٢١، الجامع: ٢٤٧.

٥- المقنعه: ٥٩٢، لم نجده فى الانتصار، فراجع، الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٥، الكافى فى الفقه: ٣٥٣، الغنيه: ٢١٩.

٦- الدروس ٣: ٢٦٩.

٧- راجع الانتصار: ٤٣٥، الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٥، جواهر الفقه: ٥٤ المسأله ١٩٤، الغنيه: ٢١٩.

٨- سنن البيهقى ٥: ٢٧٣.

٩- الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٥.

١٠- الوسائل ١٢: ٣٤٩ ب ٣ من أبواب الخيار، ح ١.

به اشتراط الثلاثة لا طراد الشرط في غيرها بل مطلق الاشتراط، فيثبت الثلاثة به كما هو المطلوب.

و الغرر مندفع بتحديد الشرع، و الجهالة مغتفره لأولها إلى العلم، و الأولويّه ممنوعه لارتفاع الغرر و اغتفار الجهل. و التخصيص بالثلاثة إمّا لانصراف الإطلاق إليها عرفاً لكونها أول مدّه يتروى في مثله و الشرع كاشف، أو لتعيين الشرع و الشرط سبب لا مناط كالوصايا المبهمه، هذا غايه ما يؤيد به هذا القول.

و قد يقال بمنع الإجماع، لقله المصرّح به من الأصحاب، مع أنّه في الكفايه (١) ادعى أشهريّة القول الأول مطلقاً، و في الرياض ادعى أشهريّة بين المتأخرين (٢) مع أنّ هذا الحكم لو كان ثابتاً لاشتهر اشتهاؤه في الوصايا المبهمه، و ليس الأمر كذلك.

و النبويّتان ضعيفتا السند و الدلاله لا- عامل بظاهرهما من الإطلاق، و الصحيحه شهاده فيها و خصوصيّة اشتراط الثلاثة فيها لخصوصيّة المقام، و إجماع الشيخ و مراسيله قد ادّعاها أيضاً في شرط المؤامره على الإطلاق (٣) مع أنّه لم يقل بذلك أحد سواه من الأصحاب، و هذا ممّا يوهن دعواهما في هذا المقام. و لعلّ الإجماعات كالروايات منزله على العرف السابق أو على قرائن الأحوال.

ثمّ إنّه على تقدير القول بذلك هل هو عامّ حتّى لصوره العلم بقصد عدم ذلك أو مخصوص بما عداها؟ لعلّ الأقوى الثاني اقتصاراً على المتيقّن، و يحتمل الأول لعموم الدليل فيكون من الأسباب القهريّه، و هو بعيد.

و هل هو خاصّ بالبيع اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن أو مطرد في غيره؟ وجهان.

و لو اشترط مدّه مطلقه احتمل البناء على الخلاف لكونه بمنزله إطلاق الخيار، و البطالان مطلقاً للأصل و منع التنزيل، و هو الأشبه.

ثمّ إنّه لا فرق مع تعيين البدايه و النهايه في المدّه بين المتّصله و المنفصله كما

١- الكفايه: ٩١ س ٣٧.

٢- الرياض ٨: ١٨٨.

٣- الخلاف ٣: ٣٧، المسأله ٥١.

نصّ عليه العلّامة و الشهيدان و الصيمرى و الكركى (١) و اقتضاه إطلاق المدّة المتناوله للمتّصله و المنفصله فى كلام المشايخ و القاضى و الديلمى و الحلبيين و الحلبيين الثلاثة (٢). إلّا أن يدعى بأنّ الظاهر منها الأوّل، عملاً بالأصل و عموم الكتاب و السنّه.

و هذا بناءً على أنّ شرط الخيار على وفق الأصل أو أنّ الشرط يثبت الغايه كالسبب، و إلّا فاثبات ذلك بالدليل الخاصّ المثبت لهذا الخيار مشكل، لانصرافه بحكم التبادر إلى غيره، إلّا أن يتمسك بظاهر الإجماع فى التذكرة حيث قال: و لو شرط خيار الغد صحّ عندنا خلافاً للشافعى (٣) أو بتنقيح المناط، و هو مشكل.

و من هنا احتمل العلّامة المنع فى القواعد (٤) و إن حكم بالجواز فى غيرها (٥) و فى موضع آخر منها (٦).

و منعه بعض العامّه (٧) تحاشياً من انقلاب اللازم جائزاً، و الانقلاب إلى الجواز كعكسه جائز، بل واقع كما فى خيار التأخير و الرؤيه و غيرهما.

و متى جاز الانفصال جاز التعاقب كما صرح به العلّامة و الشهيد الثانى و صاحب الكفايه (٨) و غيرهم خصوصاً إذا جعلنا هذا الخيار على خلاف القاعده أمكن منع التلازم استظهاراً لاتّحاد المدّة و إن عمّت المتّصله و المنفصله من الأدلّه الخاصّه و كلام الأكثر و يقتصر على المتيقّن فيما خالف القاعده. و من هنا احتمل الشهيد الأوّل الثانى و قطع بالأوّل (٩) و هو بعيد.

- ١- التذكرة: ١: ٥٢ س ٣٦، الدروس ٣: ٢٦٩، المسالك ٣: ٢٠١، غايه المرام ٢: ٤٧، جامع المقاصد ٤: ٣٢١، ٣٢٢.
- ٢- المقنعه: ٥٩٢، النهايه ٢: ١٣٦، الوسيله: ٢٣٨، المهذب ١: ٣٥٣، المراسم: ١٧٢، الكافى فى الفقه: ٣٥٣، الغنيه: ٢١٨، السرائر ٢: ٢٤٣، الشرائع ٢: ٢٢، التحرير ١: ١٦٦، س ١٤.
- ٣- التذكرة ١: ٥٢٠ س ٣٩.
- ٤- القواعد ٢: ٧١.
- ٥- الإرشاد ١: ٣٧٤، التحرير ١: ١٦٦ س ١٥.
- ٦- القواعد ٢: ٦٦.
- ٧- المجموع ٩: ١٩١.
- ٨- التحرير ١: ١٦٦ س ٢١، المسالك ٣: ٢٠١، الكفايه: ٩١ س ٣٧.
- ٩- الدروس ٣: ٢٦٩.

و بناءً على ذلك لو شرط الخيار شهراً يوماً و يوماً لا، احتمال البطلان للتدافع لأنّ قوله: «لى الخيار شهراً» يقتضى تمام الشهر و قوله: «يوماً و يوماً لا» لا يقتضى ذلك بل نصفه. و يتدافعان، و الصّحّه شهراً و لكن يحصل فى ضمن شهرين بناءً على أنّ الشهر مفعول به، و الصّحّه خمسّه عشر يوماً بناءً على أنّ الشهر مفعول فيه لأنّه و إن كان المتبادر من الشهر كونه تماماً لكن قوله: «يوماً و يوماً لا» يكشف عن أن يكون المراد به نصف شهر لأنّه مفسّر له، و هذا هو الأقرب.

و لو أتى بلفظ «فى» فقال: ولى فى الشهر كذلك، تعيّن ذلك.

و لو قصد «الهلالى» فالأشبهه البطلان، لجهاله الشرط، إذ قد ينقص الشهر فلا يحصل فيه أحدهما.

و احتمال فى التحرير فى الأوّل صحّه اليوم الأوّل خاصّه و بطلان العقد و صحّته بحسب الشرط. و استقرب الأخير (١).

و لو أطلق المدّه، فالأظهر انصرافه إلى الاتّصال كما فى خيار الحيوان وفاقاً للشرائع و الجامع و المختلف و التذكرة و التحرير و القواعد و الإرشاد و التنقيح و غايه المرام و تلخيص الخلاف و تعليق الإرشاد و المسالك (٢) و خلافاً للخلاف و المبسوط و الغنيه و السرائر فمن حين التفرّق (٣).

و توقّف الشهيد فى الدروس عن الحكم فى الموضوعين (٤) و البيان البيان و النقض النقص. و يتأكّد المختار هنا، بلزوم بطلان الشرط لو كان من حين التفرّق للزوم الجهل به و لذا امتنع النصّ عليه، و بجواز اشتراط الاتّصال بالعقد كما اعترف به الشيخ و الحلّى (٥) و ادّعى فى التذكرة صحّته عندنا (٦) فيسقط حججهم المذكوره

١- التحرير ١: ١٦٦ س ٢١.

٢- الشرائع ٢: ٢٤، الجامع: ٢٤٧، المختلف ٥: ٦٧، التذكرة ١: ٥٢ س ٢٧، التحرير ١: ١٦٨ س ٢٦، القواعد ٢: ٦٦، الإرشاد ١:

٣٧٤، التنقيح ٢: ٤٥، غايه المرام ٢: ٤٥، تلخيص الخلاف ٢: ١٧، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٤، المسالك ٣: ٢١٨.

٣- الخلاف ٣: ٣٣ المسأله ٤٤، المبسوط ٢: ٨٥، الغنيه: ٢٢٠، السرائر ٢: ٢٤٧.

٤- الدروس ٣: ٢٦٩ و ٢٧٢.

٥- المبسوط ٢: ٨٥، السرائر ٢: ٢٤٧.

٦- التذكرة ١: ٥٢٠ س ٣٣.

القاضييه بالامتناع من تداخل الأسباب و توارد العلل و اجتماع المثليين، إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط إلى الجواز.

و لو كان المبيع حيواناً فاللازم من دليلهم تأخير شرط المشتري عن الثلاثه، و هو بعيد من قصد المشتري.

و في الصحيحه: «عن الرجل يشتري الدابته أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابته، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه أيام» (١) فإنه دال على أن خيار الشرط أعنى اليوم و اليومين داخل في خيار الحيوان أعنى الثلاثه أيام، و إلا لجعل «اليوم و اليومين» اللذين هما خيار الشرط بعد خيار الحيوان.

و يشكل الحكم بالاتصال مع العلم بالخيار و تساوى المدتين أو قصر الشرط، و الظاهر تأخير الخيار حينئذ عملاً بشاهد الحال.

و لو زاد الشرط احتمال التأخير مطلقاً، و الاتصال مطلقاً، و التفصيل بمقتضى العرف فيتأخر في مثل الأربعاء و الخميس و يتصل في نحو الشهر و السنه، و لا بأس به، أمّا مع الاختلاف بالعلم و الجهل فلا يبعد البطلان.

و لو أطلق الخيار فالقول في الثلاثه التي ينصرف إليها الإطلاق على القول به كالمده المشتريه.

[و يجوز اشتراطه لأحدهما و لكل منهما و لأجنبي]

قال المصنّف: «و يجوز اشتراطه لأحدهما و لكل منهما و لأجنبي عنهما أو عن أحدهما»

لا ريب أن شرط الخيار قد يكون للبائع، أو للمشتري، أو لهما، أو لأجنبي، متحداً، أو متعدداً، منفرداً، أو مع البائع أو المشتري، أو معهما، مع التوافق في المده أو التخالف، أو معهما، في ذلك العقد أو غيره، أو فيهما، مع قيد الاجتماع فيه أو عدمه، أو الاختلاف متصل أو منفصل، أو مختلف مع سبق الاتصال أو الانفصال، أو متصل في البائع و منفصل في المشتري و ما عداه، أو متصل في المشتري

و منفصل فيما عداه، أو لهما كذلك، أو للأجنبي مع أحدهما أو معهما كذلك.

و الأقسام كثيره جداً و تتضاعف الأقسام فيما إذا قلنا بجواز اشتراط الخيار فى بعض المبيع كما هو مذهب البعض (١) و إن كان الأقوى خلافه، لا بسبب ضرر التبعض كما فى الخيار الذى مستنده الضرر أو مطلقاً و أنّ الضرر لا يجبر بمثله لانتفائه فيه بسبب الإقدام، بل لوحده العقد فىكون شرطاً مخالفاً لمقتضاه كما تقدّم فى خيار الحيوان (٢).

نعم قد ادعى الإجماع على جوازه بعض المتأخرين، فإن تمّ فهو الحجّه، و لكنّه محلّ منع.

و فى اشتراط الخيار للمبيع كما إذا كان عبداً و جهان الصّحّه و البطلان مبتّان على أنّ العبد يملك مثل هذا الحقّ أو لا، و الأقوى الصّحّه و إن قلنا بالثانى، و يرجع الخيار إلى مولاه و تتضاعف بهذا الأقسام أيضاً.

و قول المصنّف: «و لأجنبيّ عنهما أو عن أحدهما» و يحتمل دخول ذلك (٣) تحت قوله: «و لأجنبيّ عنهما» و يريد بقوله: «أو عن أحدهما» شرط المشتري للخيار للبائع أو بالعكس فإنّ كلّاً منهما أجنبيّ بالنسبه إلى الآخر، و الأوّل أظهر.

و على كلّ حال فجواز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث أو لهما أو لأحدهما مع الثالث قد ادعى الإجماع عليه بعض المتأخرين (٤) و نفى الخلاف فيه فى الكفايه (٥). و فى الرياض نقل الإجماع على ذلك عن الخلاف و الغنيه و التذكره (٦) و الموجود فى التذكره الإجماع على خصوص جعل الخيار للأجنبيّ (٧) و ليس فى الخلاف و الغنيه شىء من ذلك.

١- مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقه ٢٤٩ س ١٢.

٢- راجع ص ٤٤.

٣- العبارة مضطربه، و لعلها فى الأصل: و يحتمل دخول ذلك (اشتراط الخيار للعبد المبيع) تحت قول المصنّف: «و لأجنبيّ عنهما أو عن أحدهما» و يريد بقوله ..

٤- المصابيح (مخطوط): الورقه ٢٤٩ س ١٢.

٥- الكفايه: ٩١ س ٣٥.

٦- الرياض ٨: ١٨٧.

٧- التذكره ١: ٥٢١ س ٧.

و جواز باقى الأقسام مبنى على كون الخيار على وفق القاعده، أو كون الشرط مثبتاً للغايه، أو على شمول الدليل الخاصّ لذلك، و قد عرفت حقيقه الحال.

و أياً ما كان فإن اتّحد ذو الخيار فالأمر إليه و إلّا قدّم الفاسخ و لو أجنبيّاً، خلافاً للطوسى فأبطل اعتبار أحدهما إذا كان الخيار فسحاً أو إمضاءً إلّا أن يتّفقا عليه (١) و كأنّ وجهه فهم قيد الاجتماع من الإطلاق كما فى الوصيين، و هو ضعيف.

و صرف الخيار إلى المشتري إذا كان للأجنبيّ و لم يرض بالبيع، و هو ضعيف كسابقه، لأنّ جعل رأى الأجنبيّ نافذاً فى الرضا دون الفسخ تحكّم.

و كون الأول موافقاً لمقتضى العقد دون الثانى لا يصلح فارقاً، و أيضاً تخصيص المشتري بانصراف الخيار إليه دون البائع ليس له وجه يعتدّ به، و أيضاً صرف هذا الخيار عمّن هو له إلى غيره من غير وجه صحيح لا يعتدّ به.

و فى الدروس باستقلال الأجنبيّ إذا انفرد و احتمله مع الاجتماع (٢) و ينبغى القطع به كالأول، لأنّه قد جعل له الخيار فى الصورتين، فلا فرق بينهما إلّا بناءً على التوكيل، فإنّه يكون عزلاً مع المخالفه و اللحق.

و لعلّه يؤيد ذلك إلّا أنّ الظاهر من الأصحاب أنّه تحكيم لا توكيل، و يجب عليه اعتماد المصلحه فى جميع الصور تحكيمياً كان أو توكيلاً لأنّه أمين. فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ. و يحتمل المضى بموافقتة المصلحه واقعاً و إن لم يعتمدها، و هو غير بعيد.

و لو اختلفا فيه قدّم قوله مع احتمال تحرّى الأصلح. و يشترط تعيين الموضوع فلو اشترطا الخيار لأحدهما من غير تعيين، بطل الشرط كما فى القواعد (٣).

[و يجوز اشتراط المؤامره]

قال المصنّف: «و اشتراط المؤامره»

يجرى فى الاستثمار ما يجرى فى الخيار: من أنّه قد يكون للبائع أو المشتري، أو لهما، أو للأجنبيّ عنهما، أو عن أحدهما، مفرداً أو مع البائع أو المشتري، أو معهما متّصلاً أو منفصلاً، أو متّصلاً و منفصلاً، إلى غير ذلك.

١- الوسيله: ٢٣٨.

٢- الدروس ٣: ٢٤٨.

٣- القواعد ٢: ٦٧.

و معناه جعل سلطنه الأمر إليه و الخيار لغيره لا له، و حكمه أنه يلزم العقد من جهة الشرط و يتوقف على أمر المستأمر فإن أمره بالفسخ جاز الفسخ، و لا يتعين عليه لانتفاء المقتضى، إلا أن يشترط ذلك أيضاً.

و لو أراد الفسخ لم يكن له إلا بأمره، خلافاً للعلامة في التحرير حيث قال: له الفسخ قبل الاستثمار (١) و هو ضعيف، لأن الأصل لزوم العقد، و هو لم يجعل الخيار لنفسه ابتداءً و إنما جعله مرتباً على الأمر.

و جواز هذا الشرط مع تعيين المدّة، بالأصل، و العمومات، و الإجماع المنقول في جامع المقاصد و ظاهر التذكرة (٢) و لا يشترط تعيين المؤامر باسمه بل يشخصه و يدلّ عليه.

و لو قيل بجواز استثمار من كان خلف الجدار و إن لم يعلم ما هو أو واحد من الناس أو من جماعه محصورين و نحو ذلك بناءً على أنّ الشرط كالصلح في الجهالة لكان له وجه. نعم يستثنى المبهم الذي لا وجود له.

و في الحقيقة ترجع هذه المسألة بشقوقها إلى ما دلّ على الوفاء بالشرط، فلو شرط الأخذ بنهيه أو بعكس أمره أو بإذنه أو برضاه أو بسكوته أو بغير ذلك كائناً ما (٣) كان جاز، إلا أن يقال: إنّ فيه مخالفته للقاعده باعتبار رجوعه إلى تعليق شرط الخيار فيقتصر فيه على المتيقّن. و فيه: نظر كما سيجىء في مبحث الشروط، و حال الاتصال و الانفصال و وحده المستأمر و تعدّده و ترامى الأوامر فيشترط أمر فلان و فلان و هكذا ثم يرجع إلى المتعاقدين ثم وجوب امتثال أمره أو عدم وجوبه على نحو ما شرط، و كذلك يجرى في الاستثمار في سقوط الخيار على نحو التفاصيل المتقدّمة، و كذا الاستثمار في التمليكات الخارجيّة، و المسألة كثيره الشقوق تعلم بالمقاييسه.

١- التحرير ١: ١٦٦ س ٢٨.

٢- جامع المقاصد ٤: ٢٩٢، التذكرة ١: ٥٢١ س ٢٦.

٣- في المخطوطتين: من.

ثم إنَّ الموجود في كلام المصنّف وغيره من الأصحاب لفظ «المؤامرة» و«الاستثمار» وهما مأخوذان من الأمر، وهو أعمّ من الإيجاب، فلا يختصّ بالإيجاب كما قد يتخيل فإذا أوجب أو ندب كان أمراً، سواء قلنا بأنَّ الأمر مطلق الطلب أو قلنا: قول «افعل» لأنَّ العارض غير المعروض و اسم اللفظ ليس متفقاً مع المسمّى في المعنى.

والتحقيق كما تقدّم أنّ الحكم يتبع الشرط، فإن شرط الإيجاب أو الندب أو الإذن أتبع وإن جعل له مع أمره الخيار أتبع.

والحاصل أنّ المدار على الشرط في الأمر والمأمور، و كفيّته الأمر وفي الإسقاط، وفي تمليك خارجي، وغير ذلك كما تقدّم.

قال المصنّف: «فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت، فذاك، وإن سكت فالأقرب للزوم، ولا يلزم الاختيار، وكذا من جعل له الخيار»

يمكن أن يقرأ بالبناء للمجهول و يكون قوله: «فسخت» أو «أجزت» كناية عن الأمر بالفسخ والإجازة، و بالبناء للفاعل و يبقى قوله: «فسخت» أو «أجزت» على ظاهره. و المراد بالسكوت إمّا الأعمّ من السكوت عن الاستثمار أو عن الفسخ و الإجازة بعده، أو الثاني فقط، و هو الأظهر.

وأيّما كان فليس فيه مخالفه لما هو المشهور بين الأصحاب من أنّ المستأمر بفتح الميم ليس له الفسخ و لا الالتزام و إنّما إليه الأمر و الرأي خاصّه.

و دعوى ظهور العبارة في الوجه الأوّل بقريته قوله: «و لا- يلزم الاختيار» و قوله: «و كذا من جعل له الخيار» ممنوعه لأنّ الّذى ينبغي أنّ يتّبه عليه عدم لزوم الاختيار على المستأمر بالكسر بعد توجه الأمر إليه كما تّبه عليه الأصحاب. أمّا المستأمر بالفتح فلا وجه للزوم الاختيار عليه حتّى يتّبه عليه.

و الظاهر أنّ المراد بالعبارة الثانية تشبيه المجعول له الخيار بالواسطة بالمجعول له ابتداءً.

و أمّا المستأمر بالفتح فلا حظّ له في الخيار بوجه حتّى يناسب فيه التشبيه و قول المصنّف: «الأقرب» يشعر بأنّه هناك وجه آخر قريب، و لم أتحقّقه.

ثم إنَّ المراد في كلام المصنّف بالمستأمر بالفتح أو بالكسر على الوجهين ما كان في مرتبه واحده و إلا فقد يترامى الاستئمار فيكون في المرتبه الدنيا مستأمرأ فقط، و في العليا مستأمرأ بفتحها فقط، و في الأواسط مستأمرأ و مستأمرأ معاً باختلاف الاعتبار، و كل واحد من الأواسط ليس له الفسخ و الإجازة و لا الأمر بهما، كما هو ظاهر.

ثم بناءً على حمل كلام المصنّف على ما يظهر من عبارته بحسب دعوى الشارح (١) و ان خالف ظاهر الأصحاب يكون الفرق عنده بين المستأمر و المشروط له الخيار إذا كان أجنبيّاً أنّ الأوّل ليس له من الأمر شيء إلا بعد الاستشاره بخلاف الثاني فإنّ له الإمضاء و الفسخ بادئ بدئه.

و يشترط في المستأمر اعتبار المصلحه، لأنّه أمين.

[و يجب اشتراط مدّه المؤامره]

قال المصنّف: «و يجب اشتراط مدّه المؤامره»

كما في التحرير و التذكرة و المختلف و تعليق الإرشاد و الميسيه و المسالك و الشرح (٢)، للزوم الجهاله مع الإطلاق، و للنهي عن الغرر، و تطرّق الجهاله إلى العوضين لجهاله الشرط، و لأنّ العقود شرّعت لقطع موادّ الاختلاف و الإناطه بالمختلف مثار الاختلاف.

و ربّما قضى به الإجماع المنقول على لزوم تعيين مدّه الخيار (٣) و ظاهرهم عدم الفرق في المنع بين الإناطه بمدّه مجهوله و بين الإطلاق، خلافاً للشيخ في الثاني (٤) حيث جعله كاشتراط الخيار مع الإطلاق ينصرف إلى ثلاثه أيام مدّعياً فيه (٥) النصّ و الإجماع و هما ممنوعان.

١- الروضه ٣: ٤٥٥ ٤٥٦.

٢- التحرير ١: ١٦٦ س ٢٧، التذكرة ١: ٥٢١ س ٢٦، المختلف ٥: ٦٧، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٤ س ٢٣، المسالك ٣: ٢٠٢، الروضه ٣: ٤٥٧.

٣- كما صرّح به في مفتاح الكرامه ٤: ٥٦١ س ٥.

٤- الخلاف ٣: ٣٧، المسأله ٥١.

٥- يعنى في الشرط راجع الخلاف ٣: ص ٢٠ المسأله ٢٥.

ثم إنَّ المصنّف لم يتعرّض لجواز اشتراط البائع ردّ المبيع من المشتري حيث يردّ عليه الثمن في مدّه معيّنه، وقد ذكره جماعه من الأصحاب بعد ذكرهم شرط المؤامره. ونقل عليه الإجماع في الخلاف و الغنيه و جواهر القاضى و جامع المقاصد و المسالك و ظاهر التذكرة و شرح الإرشاد للفخر (١).

و يدلّ عليه الأصل و عموم الكتاب (٢) و السنّه (٣) على القول بمشروعيّه شرط أصل الخيار و إلّا فدليله الخاصّ قاضٍ به لأنّه قسم منه، و خصوص الأخبار المعتمده في الباب:

منها: الصحيح، في من اشترط عليه ذلك أرى أنّه لك إن لم يفعل و إن جاء بالمال للوقت فردّ عليه (٤).

و منها: الموثّق، رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى إلى أخيه فقال له أبيعك دارى هذه على أن تشتري لى إن أنا جئتك بثمانها إلى سنه أن تردّ علىّ، قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنه ردّها عليه (٥).

و منها: روايه أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال: إن بعت رجلاً على شرط، فإن أتاك بمالك، و إلّا فالبيع لك (٦).

و ظاهر هذه الروايات كمعاقد الإجماعات السابقه و جوب ردّ الثمن و إن لم يفسخ البائع، و هو خلاف ما صرّح به أكثر الأصحاب.

و لعلّ ظاهر الروايات و الإجماعات منزله على الغالب من تعقيب ردّ الثمن بالفسخ كأن يقول له: خذ دراهمك فقد فسخت و نحو ذلك، أو على شرط الانفساخ بردّ الثمن بناءً على أنّ الشرط يشبث الغايات.

١- الخلاف ٣: ١٩ المسأله ٢٢، الغنيه: ٢١٥، جواهر الفقه: ٥٤ المسأله ١٩٢، جامع المقاصد ٤: ٢٩٣، المسالك ٣: ٢٠٢، و راجع التذكرة ١: ٥١٩.

٢- المائده: ١.

٣- الوسائل ١٢: ٣٥٣ ٣٥٤، ب ٦ من أبواب الخيار، ح ١ و ٢.

٤- الوسائل ١٢: ٣٥٤، ب ٧ من أبواب الخيار، ح ١.

٥- الوسائل ١٢: ٣٥٥، ب ٨ من أبواب الخيار، ح ١.

٦- الوسائل ١٢: ٣٥٤، ب ٧ من أبواب الخيار، ح ٢.

و فى الرىاض أبقاها على ظاهرها بدعوى: أنّ العاده قاضيه بكون مثل هذا الردّ فسخاً للمعامله فتكون دلالتة بقريته (١) و يكفى فى السقوط الفعل الظاهر فى الإسقاط كما تقدّم.

و فيه بعد تسليم دلالتة على ذلك: أنّ الخيار المشترط إنّما هو بعد ردّ الثمن فكيف يحصل الفسخ بنفس الردّ السابق عليه.

ثمّ إنّّه لا- يفترق الحال فى الاحتياج إلى الفسخ بين قول المشهور و قول الشيخ و إن افترقا فى وجه الاحتياج إليه، فإنّّه فى الأوّل لعود الملك و فى الثانى لاستقراره.

ثمّ إنّّه لا فرق فى هذا الشرط بين أن يكون من البائع على المشتري أو من المشتري عليه.

و الظاهر أنّه لا فرق بين ردّ عينه أو مثله أو قيمته، و لا يحمل إطلاقه على العين.

و لو شرط ردّ العين، احتمل البطلان لمنافاته لمقتضى العقد، و الصّحّه للعموم (٢) و هو الأقرب. و لو شرط ردّ بعض المبيع ببعض الثمن ففيه الوجهان السابقان فى اشتراط الخيار فى بعض المبيع. و لو جاء ببعض الثمن. لم يجب القبول.

و لو كانت المدّه ظرفاً للأداء و الاسترجاع كان له الفسخ متى (٣) جاء بالثمن فى أثنائها، و يجب على المشتري قبضه. و لو جعلها غايه لم يجب قبضه إلّا بعد مضيتها.

و لو شرط المشتري ارتجاع الثمن إذا ردّ المبيع صحّ و يكون الفسخ مشروطاً بعينه، و لا يتعدى إلى مثله أو قيمته إلّا مع الشرط بخلاف الثمن، و الفارق العرف.

و لو شرط الارتجاعين و اتّحد الوقت صحّاً قطعاً، و إن تغاير الوقت احتمل صحتهما فالسابق يرتجع، فإن ترك ارتجاع الآخر هكذا فى الدروس (٤).

و لا- يتوقّف الفسخ فى الخيار مطلقاً على خصوص الخصم و لا على الحاكم مع تعذّره و عدمه، لأنّه إيقاع لا عقد خلافاً لابن الجنيد (٥).

١- الرىاض ٨: ١٨٩.

٢- المؤمنون عند شروطهم.

٣- فى بعض المخطوطات: «حتّى لو» بدل: متى.

٤- الدروس ٣: ٢٧٠.

٥- حكاة عنه الشهيد فى الدروس ٣: ٢٧٠.

نعم فى خصوص المقام قد يظهر من الروايات ذلك، و الظاهر أنه باعتبار اشتراطه ردّ الثمن عليه لا باعتبار اشتراط كون الفسخ بحضوره.

فلو اشترط ردّ الثمن على غيره أو عليه و قد دفعه إليه و فسخ بعد ذلك من دون حضوره كفى.

تذييل:

يسقط هذا الخيار بانقضاء الشرط و الإمضاء من المشروط له بالإجماع، و سقوط الحقوق بالإسقاط، و لأنّ المدار فى سقوط الخيار على الرضا بالبيع كما يستفاد من النصوص على أحد الوجهين و الإيجاب صريح فيه للمعتبره المستفيضه:

منها: الصحيح، فى من ابتاع ثوباً بشرط فيعطى به ربحاً: إن رغب فى الربح فليوجب على نفسه الثوب، و لا يجعل على نفسه أن يردّ الثوب على صاحبه إن ردّ عليه (١).

نعم فى المعلق على ارتجاع الثمن و نحوه قبل حصوله، قد يقال: إنّه من الإسقاط قبل الثبوت، و هو ضعيف.

و يسقط خيار المشتري بتصرفه فى المبيع بالإجماع كما فى الخلاف و الغنيه و كنز الفوائد و جامع المقاصد (٢) و العله المنصوصه فى الحيوان على الوجه الظاهر من الروايه و الأولويه فإنّه متى سقط به الخيار الأصلي فالمشترط أولى بأن يسقط به، و لنقل الشيخ و القاضى و ورود الأخبار من طريق الأصحاب بسقوط خيار المشتري بالتصرف محتجين بها فى الشرط (٣) و كفى بهما ناقلين.

و الحكم مقطوع به فى كلامهم، و الإجماع فيه محصل. و قد نصّ عليه الشيخان و الحلبيان و الفاضلان و الشهيدان و القاضى و الديلمى و الحلّى و السيورى

١- الوسائل ١٢: ٣٥٩ ب ١٢ من أبواب الخيار ح ٢.

٢- الخلاف ٣: ٢٤ المسأله ٣١، الغنيه ٢١٩، كنز الفوائد ١: ٤٥٥ و لم يصرّح بالإجماع جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.

٣- الخلاف ٣: ٢٤ المسأله ٣١، جواهر الفقه: ٥٥.

و الصيمرى و الكركى (١) و غيرهم.

و توقّف فيه فى مجمع البرهان و استصعبه لعدم الظفر بالدليل (٢). و بما قرّناه وضح السبيل.

و كما يسقط خيار المشتري بالتصرّف فى المبيع فكذا خيار البائع بالتصرّف فى الثمن، كما صرّح به جماعه، و علم من رأى الباين للإجماع المنقول فى الحاشيه العليّه (٣). و لظاهر الروايه (٤) و تعليل كثير من الأصحاب بعلتها و إناطه كثير من الأحكام بها، و لما يلوح منهم من عدم الفرق بين الثمن و المثل و إن كان الغرض غالباً فى المثل، و للمناط المنقّح على الظاهر.

و ما يظهر من صحيحه سعيد بن يسار (٥) و موثقه ابن عمّار (٦) و روايتى ابن الميسره (٧) و ابن الجارود (٨) - من أنّ تصرّف البائع بالمثل مع شرط الخيار له عند ارتجاع الثمن غير مسقط لخياره لحكمهم عليهم السلام بالخيار مع ترك الاستفصال مع أنّه من أبعد البعيد عدم التصرّف فى جميع تلك المدّه، بل الظاهر أنّه ما باع إلّا ليتصرّف فيه و سيره الناس اليوم على ذلك فمحمول إمّا على الشرط الضمنى بعدم سقوط الخيار بتصرّفه كما هو الشأن اليوم فإنّ دخول الشرط معلوم ضمناً فى محاوراتهم.

و مثل هذا الشرط يلزم كغيره من الشروط، و الضمّيه لا تصرّ كما عرفت. و لكن هذا مبنيّ على عدم كون التصرّف مسقطاً تعبّداً و أنّه يقع السقوط به قهراً و إلّا

١- المقنعه: ٥٩٢، الخلاف ٣: ٢٤ المسأله ٣١، الكافى فى الفقه: ٣٥٣، الغنيه: ٢١٩، الشرائع ٢: ٢٣، التحرير ١: ١٦٨ س ٢، الدروس ٣: ٢٧، المسالك ٣: ٢١٣، جواهر الفقه: ٥٥ ٥٤ المسأله ١٩٦، المراسم: ١٧٣، السرائر ٢: ٢٨٠، التنقيح الرائع ٢: ٥، جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.

٢- مجمع الفائده ٨: ٤١٢.

٣- جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.

٤- الوسائل ١٢: ٣٥٠ ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

٥- الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب ٧ من أبواب الخيار، ح ١.

٦- الوسائل ١٢: ٣٥٥ ب ٨ من أبواب الخيار، ح ١.

٧- الوسائل ١٢: ٣٥٥ ب ٨ من أبواب الخيار، ح ٢.

٨- الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب ٧ من أبواب الخيار، ح ٢.

كان شرطاً مخالفاً للسنة. اللهم إلاً على تقدير القول بإثبات الشروط للغايات إلاً ما دلّ الدليل على عدمه، ولا دليل في المقام.

أو على أنه لما كان الخيار معلقاً على ارتجاع مال المشتري وارتجاع الثمن أو مثله يعدّ ارتجاعاً لماله عرفاً، فيحكم بتحقيق الخيار، فكان الثمن على هذا هو الأعم من الثمن و مثله، ولم يقع التصرف فيه وإنما تصرف بغيره، فتأمل.

أو على الفرق بين التصرف في زمان الخيار و التصرف قبله. و ما اشتملت عليه الروايات من التصرف قبله، لأنّ الخيار لا يثبت إلاً بعد ارتجاع الثمن و التصرف قبله. و ربّما يؤيد ذلك تقييد كثير منهم في مدّة الخيار.

أو يحكم بخصوص ما اشتملت عليه الروايات للنصّ و الإجماع الظاهر على العمل بظاهرها و السيره المستمره على ذلك. و يبقى الباقي من شرط ارتجاع المبيع و نحوه على وفق القاعده.

و قد حمل هذه الروايات بعض المتأخرين على ما إذا علم من ذلك التصرف عدم الرضا بالإمضاء (١) كما هو المعلوم اليوم من سيره الناس في بيع الشرط، لأنّ الأصل في التصرف الدلالة على الرضا، إلاً أن يعلم الخلاف، و قد علم في هذا المقام. و هذا مبنى على أحد الوجوه في التصرف، و قد تقدّم الكلام في ذلك (٢).

و هذا كلّه فيما لو كان الخيار لأحد المتعاقدين و المتصرف ذو الخيار. و لو كان الخيار لأجنبيّ فتصرف من كان الخيار عنه لا يسقط خيار الأجنبيّ، لأنّه ليس له الالتزام و الفسخ، بل الأمر إلى الأجنبيّ، إلاً إذا قلنا بأنّه توكيل، فإنّه يكون تصرفه التزاماً فيما انتقل إليه و فسخاً فيما انتقل منه.

و لو تصرف الأجنبيّ فإن لم يكن و كيلاً على التصرف فلا عبره بتصرفه قطعاً، و إن كان و كيلاً أو فضولاً و لحقته الإجازة ففي كون تصرفه التزاماً نظر: لدلالته على الرضا، و لعدم شمول أدلّه كون التصرف مسقطاً للخيار له.

١- مفتاح الكرامه ٤: ٥٨٧ س ٣١.

٢- عند قول المصنّف في خيار الحيوان: أو تصرفه.

و مثل ذلك تصرّف المالك بإذن الأجنبيّ ذى الخيار أو وكيل للمالك بإذنه، وقد تقدّم البحث فى ذلك (١).

و هذا كلّه فى تصرّف المشتري بالمبيع و البائع بالثمن.

و لو تصرّف فيما انتقل عنهما فهو فسخ منهما، لتصريح الأصحاب بأنّ كلّ تصرّف يمضى به البيع من أحدهما فهو فسخ من الآخر على تقدير حصوله منه، و ذلك كما إذا تصرّف المشتري بالمبيع، فإنّ تصرّفه إمضاء. و لو تصرّف الآخر أعنى البائع فى المبيع كان تصرّفه فسخاً، لأنّ الفسخ كما يحصل بالقول يحصل بالفعل. و التصرّف كما يدلّ على الإمضاء يدلّ على الفسخ، بل دلّته على الفسخ أقوى، فيكون أولى بالاعتبار.

و لأنّ هذا التصرّف لو لم يكن فسخاً لكان ممنوعاً منه شرعاً فى كثير من المقامات، لمصادفه ملك الغير على المشهور من الانتقال بنفس العقد، و الأصل فى تصرّفات المسلم وقوعها على الوجه السائغ الصحيح، فيكون فسخاً. و لو كان الخيار لهما، فتصرّف أحدهما، فإن كان فيما انتقل عنه بطل الخياران، و إلّا اختصّ بالبطان.

[الرابع خيار التأخير]

إشاره

١- فى خيار الحيوان فى أنحاء التصرّف عند قوله: ثمّ التصرّف قد يكون عمداً .. الخ.

قال المصنّف:

«الرابع: خيار التأخير»

[تخصيص هذا الخيار بالبيع]

و هو كخيار التقديم بالنسبه إلى بيع الملقوط أو المخروط أو المجزور مثلاً قبل البلوغ، فجاء لزوم المبادره قبل الاستواء من قبل البائع من جهه أرضه أو مائه و نحوهما.

و تخصيص هذا الخيار بالبيع بلا خلاف للأصل و اختصاص الأدله به و بالبائع، فلا يثبت للمشتري كما نصّ عليه المفيد (١) و المرتضى حاكياً عليه الإجماع (٢) و هو قضيه كلام الباقيين حيث تعرّضوا لخيار البائع فحكموا به و لم يتعرّضوا لخيار المشتري، فالإجماع محصّل فضلاً عن أن يكون منقولاً على الظاهر، و هو مقتضى الأصل، لأنّ الأصل عدم الخيار خرج المعلوم و بقى الباقي. و ربّما استفيد من النصوص من تخصيص الحكم بالمنصوص.

و لا بدّ من تحقيق عميق فى بيان هذا الأصل فنقول: إنّ القيود الزمانيه أو المكانيه أو الوصفيه و هكذا إن استفيدت من إطلاق العقد كالتعجيل و مكان العقد للتسليم و الأجل المضروب للسلم فلا خيار، إمّا باعتبار أنّها أحكام شرعيه مترتبه على ما يقتضيه العقد من النقل و الانتقال و ليست هى بمقتضى العقد.

١- المقنعه: ٥٩١ ٥٩٢.

٢- الانتصار: ٤٣٧ ٤٣٨، المسأله ٢٤٩.

أو باعتبار أنّها شرائط ضمنيّة و المدار على الشرط الصريح و لا عبره بالضمني فلا يجرى فيها خيار الاشتراط.

أو باعتبار أنّ الشرط المثلث للخيار ما يكون مشروطه ليس من لوازم العقد و للشرط تأثير فيه، و ما هنا ليس كذلك، لأنّها أحكام لازمه بدون الشرط فلا تؤثر و إن صرح بها.

أو أنّ العقد و إن اقتضاها لكن لا على وجه الشرطيّه في العقد و أنّه مشروط بذلك إذ ليس كلّ ما يقتضيه العقد يقتضيه على وجه الشرطيّه، و هو الوجه. و الأوجه السابقه كلّها مدخوله.

و ربّما يندفع من هنا ما يرد أنّه ما الفرق بين اقتضاء العقد الصحّح حتّى أوجب خيار فواتها و بين اقتضائه الحلول و هذه الأشياء فلا يوجب فواتها الخيار، و كون الفارق النصّ خلاف الظاهر من كلماتهم.

و يمكن الجواب أيضاً بأنّ اقتضاء العقد الصحّح صيرها بمنزله جزء المبيع، بخلاف هذه الأشياء، فإنّها امور خارجه.

و في المقام بحث، لأنّ الزمان له قسط من الثمن، و كذا المكان مثلاً، فإذا اختلّا ذهب بعض العوض و كان الصفقه تبعضت و حديث «الضرر و الضرار (١)» مقتضٍ لذلك، فيجرى بالنسبه إلى المشتري و سائر العقود، و يكون الاشتراط في الثلاثه في الخيار على خلاف الأصل، إذ ينبغي ثبوته بمجرد التأخير.

و الأقوى عدم ثبوت هذا الخيار في غير المنصوص للقاعده فضلاً عن الدليل، لعدم دخول الزمان و المكان في العوضين فلا يكون من باب التبعض، و الضرر و الضرار يدفعهما أيضاً القدره على المقاصه فلا يتعيّن الخيار، و لا ينافي ذلك أنّ المقاصيه إنّما تشرع مع الامتناع فقط، على أنّ حديث الضرر لا نقول به على

١- الوسائل ١٧: ٣١٩ ب ٥ من أبواب الشفعه، ح ١ و ٣٤١ ب ١٢ من أبواب إحياء الموات، ح ٣.

عمومه و لا- يثبت خيارات لا- تعدد و لا تحصى، بل المدار على الضرر الخاص الذى يكشف عنه الشارع، كما هو المعلوم من طريقه الأصحاب.

فبناءً على ما ذكرنا لا يتجاوز البيع إلى ما عداه من العقود و الإيقاعات و لا البائع إلى غيره، و كلّ مورد شكّ فى دخوله تحت النصوص و الإجماع، ينفى بالأصل.

و استشعر فى الدروس ثبوت هذا الخيار للمشتري من الأصحاب من عدم حكمهم على إجباره على النقد (١) و وجهه احتباس المبيع كما هو المفروض و الرضا بالتأخير كما هو الظاهر.

نعم يحتمل ذلك لو انعكس فأخر البائع تسليم المبيع دفعا للضرر الحاصل، و الأشبه بعدم اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النصّ و الإجماع.

ثم إن ثبوت هذا الخيار للبائع بعد الثلاثه بالشروط الآتية هو المشهور بين الأصحاب شهره محصّله و منقوله بل الإجماع فيه محصّل فضلاً عن أن يكون منقولاً عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و التذكرة و المسالك و المفاتيح و ظاهر المهذب البارع و التنقيح و إيضاح النافع (٢).

و الأصل بمعنى استصحاب بقاء الملك قاضٍ به.

و ما يقال: من أنّ استصحاب الجنس لا- يجوز لأنّه يذهب بذهاب الفصل، مردود بأنّه من الامور الخارجيه و الامور الخارجيه كيباض زيد و سواده و نحوهما من الأعراض فإنّه لا يقدر فى الاستصحاب زواله.

و المعتبره دالّه عليه:

منها: الصحيح فى الفقيه، إن جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام، و إلّا فلا بيع له (٣).

١- الدروس ٣: ٢٧٣.

٢- الانتصار: ٤٣٧، الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٤، جواهر الفقه: ٥٤ المسأله ١٩٣، الغنيه: ٢١٩، التذكرة ١: ٥٢٣ س ١٤، المسالك ٣:

٢٠٨، المفاتيح ٣: ٧٤ ٧٥ مفتاح ٩٢٣، المهذب البارع ٢: ٣٨٠٣٧٩، التنقيح ٢: ٤٨.

٣- الفقيه ٣: ٢٠٢ ح ٣٧٦٦. الوسائل ١٢: ٣٦٥، ب ٩ من أبواب الخيار، ح ١.

و روى مثله فى الكافى فى الصحيح أو الحسن (١). و فى التهذيب مثلهما بسند فيه على بن حديد (٢). و مثلها موثقه إسحاق بن عمّار: من اشترى بيعاً فمضى ثلاثة أيام و لم يجئ فلا بيع له (٣). و خبر عبد الرحمن بن الحجاج فى قضيه المحمل (٤).

و المراد نفى لزوم البيع، لكونه فى معرض البطالان بخيار البائع لا- انتفاء الصحه إذ المفهوم من نفيه للمشتري ثبوته للآخر. و الصحه لا تقبل التبعض، و لفهم اللزوم بقريته المقابله لأن معنى قوله: «إن جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام» أن البيع لازم. و قد قابله بقوله عليه السلام: «و إلا فلا بيع له» فيكون معناه أنه لا يلزم، مع أن الإطلاق إنما ينصرف إليه، لشيوعه فى وصف اللزوم، مع أنه قيد زائد فيتوجه النفي إليه، كذا قيل.

و فيه: أن اللزوم ليس قيداً مصرحاً حتى يتوجه إليه النفي و يبقى أصل المسلك، و أيضاً أن النفي إنما ورد مورد توهم لزوم المعامله لأن السامع يتوهم الحصر على البائع بعد العقد، فالمراد نفيه.

مع أنه قد ورد فى التفرّق: أنه «ليجب البيع» (٥) و معناه الثبوت. و الحق ثبوته، فالمراد ثبوت لزومه.

و ورد فى اشتراط ارتجاع المبيع قول البائع «و إلا فالبيع لك» (٦) مع أن فى لفظ «لك» إشعار على ما قيل.

و فى صحيحه ابن يسار: «أرى أنه لك إن لم يفعل» (٧) و ظاهره أن المراد من ذلك فيها انقضاء الخيار و عدمه.

١- الكافى ٥: ١٧٠ ح ٤.

٢- التهذيب ٧: ٢١ ح ٨٨.

٣- الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٤.

٤- الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٢.

٥- الوسائل ١٢: ٣٤٨ ب ٢ من أبواب الخيار، ح ٣.

٦- الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب ٧ من أبواب الخيار، ح ٢.

٧- الوسائل ١٢: ٣٥٤ ب ٧ من أبواب الخيار، ح ١.

و وقع التعبير بمثل ما نحن فيه في خيار ما يفسد ليومه (١) مع إطباقهم عليه.

و في كثير من الأخبار: المبيع يصير للمشتري بعد انقضاء الخيار، مع أنه يصير بمجرد العقد ملكه، فالمراد إذاً على سبيل اللزوم، مع أن نفي الحقيقة أعنى الصيغه غير ممكن، لأن المعامله اسم للأعم و يتحقق بنفي اللزوم و لا أقل من الشك فيرجع فيه إلى الأصل، مع ظهور كون العله فيه دفع الضرر و الإرفاق بالبائع، و هو إنما يندفع بالخيار. و أما البطلان فربما كان أضرباً على البائع من التزام البيع فلا يحصل به الإرفاق.

و في كثير ممّا ذكر بحث، إذ اللفظ إذا تعدّر حمله على الحقيقة تحمل على أقرب المجازات، و أقربها هنا الصحه. غير أن فهم الفقهاء للخيار من الروايات عليه المدار، فإنهم أعرف بمواقع الألفاظ، و لهذا احتجوا بها على ثبوت الخيار.

و في المهذب نسب تنزيلها على نفي اللزوم إلى الأصحاب (٢) و المنسوب إليه الخلاف في المسأله ابن الجنيد حيث قال: «لا بيع (٣)» من دون قيد له. و الصدوق حيث عبّر بالنص (٤) و الشيخ في المبسوط حيث نسب بطلان البيع إلى روايه أصحابنا (٥). و قرّبه صاحب الكفايه (٦) و نفي عنه البعد الأردبيلي (٧) و جزم به صاحب الحدائق (٨).

و أنت خبير بأن فتوى ابن الجنيد غير محكمه و حملها على الصحه ممكن كالروايات، كما يشهد بها ورودها في مقام الخيار. و الصدوق روى ذلك روايه و الفتوى غير الروايه. و أقصى ما في المبسوط نسبه ذلك إلى روايه الأصحاب

-
- ١- راجع الوسائل ١٢: ٣٥٨، ب ١١ من أبواب الخيار، ح ١.
 - ٢- الموجود في المهذب نسبه بطلان إلى روايه الأصحاب راجع ج ٢ ص ٣٦١، نعم في المهذب البارع بعد نقل الأخبار قال: و حملها الأصحاب على نفي اللزوم لا الصحه. المهذب البارع ٢: ٣٨٠.
 - ٣- راجع المختلف ٥: ٧٠.
 - ٤- المقنع: ٣٦٥.
 - ٥- المبسوط ٢: ٨٧.
 - ٦- الكفايه: ٩٢ س ١٢.
 - ٧- مجمع البرهان ٨: ٤٠٦.
 - ٨- الحدائق ١٩: ٤٧ ٤٨.

و الروايه غير الفتوى مع موافقته المشهور فى الخلاف و احتجاجه بإجماع الفرقه و أخبارهم.

فاحتمال البطلان باطل بالأصل، و الروايات المستفيضه المسنده الموجوده فى الجوامع العظام و المرسله فى الخلاف و الغنيه (١) و فقد المبطل، و الإجماع المتكّرر المنقول على الخيار، و تطابق الفتوى عليه من جماهير الأصحاب، مع شذوذ المخالف بل انتفاء الخلاف كما عرفت.

نعم فى الصحيح: عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض بيعه و إلّا فلا بيع بينهما (٢) و لا يأبى الحمل على اللزوم فإنّ ثبوت الخيار لأحدهما ينفى اللزوم بينهما.

[و مدته ثلاثه أيام]

قال المصنّف: «عن ثلاثه أيام»

لا فرق فى هذه المدّه بين الجاربه و غيرها وفقاً للعلّامه و الشهيد (٣) و ظاهر الأكثر و نسبه بعض إلى ظاهر الأصحاب، لعموم النصوص (٤).

و خلافاً للصدوق حيث قدّر المدّه فيها بشهر فى صريح الفقيه (٥). و فى المقنع على ما نقله العلّامه عنه فى المختلف و لم نجده فيه للروايه فى من اشترى جاربه و قال: أجيئك بالثمن، إن جاء فيما بينه و بين شهر، و إلّا فلا بيع له (٦).

و رواها الشيخ فى التهذيب و لم يعقبها بشىء (٧) و فى الاستبصار. و احتمل حملها على استحباب الصبر و تخصيص العمومات بها كما خصّصت بغيرها (٨).

-
- ١- الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٤، الغنيه: ٢١٩.
 - ٢- الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٣.
 - ٣- المختلف ٥: ٧٠، الدروس ٣: ٢٧٤.
 - ٤- قال فى الرياض: ثمّ إنّه لا فرق فى المبيع بالإضافه إلى مدّه الخيار بين الجاربه و غيرها فى إطلاق أكثر النصوص و الفتاوى، الرياض ٨: ١٩٤. و قريب منه عباره صاحب مفتاح الكرامه، راجع ج ٤ ص ٥٧٨ س ٤.
 - ٥- الفقيه ٣: ٢٠٣ ذيل الحديث ٣٧٤٧.
 - ٦- المختلف ٥: ٧٠.
 - ٧- التهذيب ٧: ٨٠ ح ٣٤٢.
 - ٨- الاستبصار ٣: ٧٨ الحديث ٢٤١ و ذيله.

و ردّها في الدروس بالندره (١). و أجاب في المختلف بمنع صحّحه السند (٢). و السند لا بأس به، إذ ليس فيه من يشتهبه أمره سوى «أبي إسحاق» و هو مشترك بين جماعه و المشهور هو إبراهيم بن هاشم و تساعد الطبقه أيضاً، فهو إمّا صحيح أو حسن كالصحيح، و الدلاله ظاهره و أصل اللزوم مؤيد، و ذلك لأنّه كان ثابتاً في الثلاثه فيستصحب.

و لكنّ شدوذ الروايه و غرابه اختصاص الأمه بهذا الحكم و لزوم الضرر على البائع بطول المدّه، يمنع من الأخذ بظاهرها، فالعمل على المشهور.

و حملها على بيان منتهى الصبر طريق الجمع و ذلك بأن يكون للصبر غايتان و جوب و جواز. أمّا الوجوب فالثلاثه. و أمّا الجواز فهي الثلاثون.

فيصير منتهى الصبر في كلّ بيع ثلاثين فيما يمكن بقاؤه ثلاثين فما فوق، و الفرق بينه و بين حمل الشيخ رحمه الله، أنّ الشيخ قد خصّه بالأمه (٣) و جعلناه في كلّ مبيع و الجاربه مثال، فإن جعلنا التراخي في هذا الخيار على وفق القاعده فلا كلام، و إلّا كان المثبت له الدليل.

و مبدأ المدّه هنا لا من حين العقد. فلو جعلنا الإجازة ناقله في الفضولي كانت البدء لا من حين الإجازة و لا من حين الملك كما ذهب إليه بعضهم (٤) بل من حين التفرّق كما يظهر من كلام الشيخين و السيّدين و القاضي و الديلمي و الحلّي و العلّامه في المختلف و التحرير (٥) لدلاله الأخبار و فتوى الأصحاب على لزوم البيع في تمام المدّه، و لو كانت من حين العقد أو الملك لاشتملت على خيار المجلس، فينتفي اللزوم في المجموع بل الجميع في بعض الصور كما إذا استمرّ المجلس ثلاثه أيام.

١- الدروس ٣: ٢٧٤.

٢- المختلف ٥: ٧٠.

٣- الاستبصار ٣: ٧٨ ذيل الحديث ٢٤١.

٤- لم نعثر على من صرح به، و لعلّ ظاهر الرياض يقتضيه، راجع ج ٨ ص ١٩٢.

٥- المقنعه: ٥٩١ ٥٩٢، الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٤، الانتصار: ٤٣٧، الغنيه: ٢٢٠، جواهر الفقه: ٥٤ المسأله ١٩٣، المراسم: ١٧٢،

السرائر: ٢٧٧، المختلف ٥: ٤٨، التحرير ١: ١٤٧ س ٢.

و أيضاً فالمتبادر من النصوص من قوله عليه السلام: «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثه أيام (١)» مجيئه من وقت المفارقه، إذ لا يعقل المجيء وقت الاجتماع، إلّا إذا اريد به مجرد دفع الثمن، وهو خلاف الظاهر.

و يتفارق الوجهان إذا اشترط في العقد سقوط الخيار، فتكون المدّه من العقد على الأول لانتفاء المانع، و من التفريق على الثاني لعموم المقتضى.

[شرطين لهذا الخيار]

اشاره

قال المصنّف رحمه الله: «في من باع و لا قبض و لا قبض و لا قبض و لا شرط التأخير»

اشتمل كلام المصنّف على ذكر شرطين لهذا الخيار:

[الأول: عدم القبض و الإقباض]

الأول: عدم القبض و الإقباض، و لا كلام في شرطيهما، خلافاً للشيخ رحمه الله حيث جوّز فسخ المبيع في كلّ موضع يتعدّر فيه قبض الثمن سواء قبض المشتري المبيع أو لا مستنداً إلى حديث الضرر (٢).

و في الدروس: أنّه لا يخلو من قوّه (٣) و يرده بعد الأصل صحيحه ابن يقطين: فإن قبض بيعه و إلّا فلا بيع بينهما (٤) يعني بعد الثلاث، مع أنّ في فرض الفقهاء هذه المسأله و اشتراطهم عدم قبض شىء من الثمن و المثلن دلالة عليه، فلو ادّعى الإجماع المحصّل لم يكن بعيداً.

و قد صرّح بهذا التقييد في الخلاف و الانتصار و الغنيه و التذكرة و نقلوا عليه الإجماع (٥) فقد يقال بشمول الإجماعات المنقوله له، قضاء لحقّ التقييد.

و قد يقال: أنّ في أخبار الحجر ما يدلّ على ذلك كما دلّ على أنّ الميّت إذا لم يخلف شيئاً يفى بالغرماء كان صاحب العين المبيعه كغيره يعني لا فسخ له، و حديث الضرر تدفعه المقاصه إن تمكّن من أخذ العين، و إلّا فلا يندفع بالفسخ. و لا يصلح معارضاً لما ذكرنا ما يوجد في بعض الروايات من دورانه مدار عدم

١- الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب ٩ من أبواب الخيار.

٢- المبسوط ٢: ١٤٨. و ليس فيه الاستناد بحديث الضرر.

٣- الدروس ٣: ٢٧٤.

٤- الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٣.

٥- الخلاف ٣: ١٢٠ المسأله ٢٤، الانتصار: ٤٣٧، الغنيه: ٢١٩ ٢٢٠، التذکره ١: ٢٣ س ١٤.

قبض الثمن كصحيحه زراره حيث اشتملت فى السؤال على قوله «ثم تدعه عنده» (١) الظاهر فى الإقباض للمبيع.

و أما إطلاق الأخبار الاخر فيشمل صورتى الإقباض و عدمه إن قلنا: إن القبض فى المتاع هو الأخذ باليد. و إن قلنا: إنه النقل لم يكن للإطلاق ظهور فى ذلك.

و لعل استنادهم إليها مع اشتراطهم عدم إقباض المبيع مبنى على كون القبض عندهم فى نحو المتاع هو النقل لا مجرد القبض باليد، لمكان خبر عقبه (٢) و إجماع الغنيه كما سيأتى.

فبناءً على ذلك لو وجداً أو أحدهما فلا- خيار و إن أبقاه عند صاحبه، و كذا لو قبض فبان مستحقاً كلاً أو بعضاً إذ لا عبره بالفساد.

و قبض المعيب صحيح، فيسقط به خيار البائع.

و إجازة القبض كالقبض من اليد. فلو أجاز القبض لزم خلافاً للشيخ رحمه الله (٣) لعدم الإقباض. و هو ضعيف.

و بناءً على أن الإجازة كاشفه لا يجوز له الفسخ بعد المدّة فيما إذا تقدّم القبض عليها و تأخرت الإجازة عنها. نعم على النقل يجوز ذلك.

و يكفى فى الثمن مطلق القبض بخلاف المبيع فيشترط فيه إذن البائع كما صرح به جماعة و لوّح إليه آخرون لظاهر القبض، و لأن قبض الثمن من فعل البائع كإقباض المبيع فيسقط حقه بهما، و قبض المشتري ليس فعلاً له و لا يسقط حقه بفعله غيره.

و الظاهر أن المدار على صدق اسم القبض و الإقباض عرفاً و عدمه، و هو يختلف بحسب المقامات كما سيبنى ء فى بابه، إلا أنه مع بذل المشتري الثمن و الامتناع من البائع الظاهر سقوط الخيار، لأنّ المتيقن مع عدمه، و لظاهر النصّ، و كلام الأصحاب، و يؤيده الاعتبار.

١- الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ١.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب ١٠ من أبواب الخيار، ح ١.

٣- لم نجده فى المبسوط و الخلاف، حكاه عنه السيد الطباطبائى .. فى المصابيح ٣ (مخطوط): الورقه ٢٤٧.

و أمّا مع تمكين البائع للمشتري فحكم العلامه فى التحرير بالسقوط (١) و لم نره لغيره، و هو مبنى إمّا على أنّ القبض التخليه مطلقاً أو فيما يكون قبضه كذلك و إلّا فالأشبهه البقاء و إن أسقطنا الضمان به، لمنع عموم بدليته التمكين عن القبض، و سند المنع بقاء حقّ الحبس، فللبائع المنع من إقباض المثلث حتى يقبض الثمن، و للمشتري المنع من دفع الثمن حتى يقبضه البائع المثلث. و القبض لما فى الذمه قبض و إن لم ينو. و القبض أعمّ من أن يكون بنفسه أو بوكيله أو بوليه. و الإتلاف من أحدهما لما فى يد صاحبه أقوى من القبض. و القبض للمعين لا- يعتبر فيه التيه من القابض و لا يقدر فيه تيه الخلاف، و للكلى لا تعتبر فيه التيه منه أيضاً على الأقوى.

و هل تقدر فيه الخلاف كأن يقبض على أنه عاربه أو وديعه أو رهن و نحوها؟ وجهان.

و يأتى تمام الكلام فى باب القبض و التأخير منهما أو من أحدهما أعمّ من أن يكون عن عمد أو سهو دون الإيجاب.

[الشرط الثانى: الحلول]

الشرط الثانى: الحلول، فلو شرطاً التأجيل أو أحدهما سقط الخيار إجماعاً و إن قصر الشرط عن المدّه، عملاً بالأصل السالم من معارضه النصّ و الإجماع، و لأنّ الواجب مع الشرط مراعاة الأجل طال أو قصر فلا يتقدّر بالثلاثه، و إثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل.

فالتأخير بعد الأجل لا عبره به، و فى وقت الأجل لا اعتبار به.

و لو شرط التأجيل فى البعض فأخر الباقي فالأقرب السقوط وفاقاً للتذكرة و القواعد و الإيضاح و كنز الفوائد (٢) لتغير الصورة الظاهره فى حلول الجميع، و لأنّ فى الروايه «و لا قبض الثمن» (٣) و هو يرشد إلى كون الثمن حالاً لأنّ المتبادر أنه عدم ملكه، و لسقوطه فى المؤجل بالشرط، فيسقط فى الكلّ، لنّما يلزم التبعض فى الخيار و يلزم منه تبعض الصفقه.

١- التحرير: ١٦٧ س ٤.

٢- التذكرة ١: ٥٢٣ س ٣٢، القواعد ٢: ٦٧، الإيضاح ١: ٤٨٧، كنز الفوائد ١: ٤٥١.

٣- الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٣.

نعم قد يقال بعدم السقوط في تأجيل البعض فيما إذا تعدد البائع أو المشتري أو الثمن و اجل ما يتعلق بأحدهما دون الآخر و إن اتحد العقد، فتأمل.

[و قبض البعض كلا قبض]

قال المصنّف: «و قبض البعض كلا قبض»

الغرض أنه لو انتفى القبض منهما و لو ببقاء البعض فالخيار باقٍ في الكل كما في المهذب و التذكرة و غايه المرام و شرح المقداد (١) و غيرها، للإجماع المحصل فضلاً عن المنقول، و لخبر المحمل (٢) و إن لم يكن من قول الإمام، و لإناطه الأسماء بتمام المسميات. و احتمال التفصيل مع أنه لا قائل به يرده ضرر التبعيض و عدم شمول الدليل. و هل يعدّ بقاء الشرطين كبقاء الشرطين؟ وجهان، و الاحتساب أقوى.

و ذكر جماعه من الأصحاب شرطاً ثالثاً، و هو الخلو عن خيار البائع كما نصّ عليه العلامة في التحرير و الحلّى (٣) في خصوص الشرط، لأنّ الخيار شرع لدفع ضرر التأخير و قد اندفع بغيره، و لدلاله النصوص و فتوى الأصحاب على سبق اللزوم ثلاثاً فينتفى فيها الخيار مطلقاً خيار شرط أو غيره و ليس المراد نفى الخيار المخصوص، لأنّ الثابت بالتأخير أصل الخيار و الحكم لا يتقيد بالسبب.

و قيل: إنّ مبدأ ثلاثه اللزوم من حين العقد فلا يخلّ وجود خيار آخر و التأخير مع الخيار من التأخير و مدّه الثلاثه تتداخل معه. فلو شرط الخيار بعد الثلاثه جاء الخيار من وجهين، انتهى (٤). و الأوّل أظهر.

و لو كان الخيار للمشتري فكالبائع عند العلامة و الحلّى (٥) لتغيّر صورته في الحكم المخالف للأصل، و لأنّ شرط الخيار في قوه اشتراط التأخير و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع.

١- المهذب البارع ٢: ٣٨٣. التذكرة ١: ٥٢٣ س ٢٤، غايه المرام ٢: ٤٠ التنقيح ٢: ٤٨.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٢.

٣- التحرير ١: ١٦٧ س ٣، السرائر ٢: ٢٧٧.

٤- لم نقف على قائله.

٥- المصدران السابقان.

و يلزم العلامة نفى الخيار فى بيع الحيوان، و عموم الأدله حجه عليه و على الحلّى أيضاً، لعدم الفرق بين الأصل و المشترط.

و احتمال فى الدروس (١) اطراده مع الشرط للخيار مطلقاً للبائع كان أو للمشتري، فيفسخ البائع فى خيار المشتري بعد الثلاثه، و فى خياره كذلك إذا انقضى الشرط.

و يلزمه تأخير الثلاثه عن محلها.

و الأجدود طرد الخيار فى الأول و هو ما إذا كان للمشتري دون الثانى و هو ما إذا كان للبائع، و اللزوم المفهوم من الأخبار و كلام الأصحاب مختص بالبائع. و أما المشتري فلا مانع من خياره، لوجود بعض أسبابه.

و لو ثبت للبائع خيار بعد الثلاثه احتمال السقوط لاندفاع الضرر به، و الثبوت لعموم النص، و هو الأقرب.

و لو رضى البائع بالتأخير أقل من المده كيوم أو يومين لم يبق له خيار. و يحتمل بقاؤه تماماً و الثلاثه بدايتها آخر وقت الرضاء. و يحتمل أن له ذلك أيضاً بعد ما بقى من المده. و الأوفق بالقاعده الأول.

و لا يشترط فى ثبوت هذا الخيار كون الثمن معيناً، لظاهر الأدله، و مقتضى كلام الأصحاب.

و هل يشترط أن يكون المبيع معيناً؟ قال أبو العباس و الصيمرى نعم (٢). فلو باع فى الذمه لم يطرد الخيار، لأصالة لزوم العقد مع تغير الصورة، لأنّ ظاهر الروايات التعيين مع كون الغالب التعيين فيه بخلاف الثمن و لا أقل من الشكّ فيقتصر على المتيقن من الأدله و كلام الأصحاب، و لانتفاء العله فى ثبوت هذا المثال و هى دفع الضرر إذ هو مندفع بعدم انحصار المثلن بالتعيين، و هو ظاهر المبسوط و المراسم و الوسيله و التحرير (٣) و فى الانتصار و الخلاف: «مبيع معين بثلثين معين». (٤)

١- الدروس ٣: ٢٧٤.

٢- المهذب البارع ٢: ٣٨٢، غايه المرام ٢: ٣٩.

٣- المبسوط ٢: ٨٧، المراسم: ١٧٢، الوسيله ٢٣٨، التحرير ١: ١٦٧ س ١.

٤- الانتصار: ٤٣٧، الخلاف ٣: ٢٠، المسأله ٢٤.

و ربّما حمل على مجرّد التمييز أو الاحتراز عن النسيئه و السلف و الأكثرون أطلقوا الحكم.

و فى التذكرة الإجماع عليه من غير تفصيل (١).

و القاضى نصّ على الخيار فى غير المعين محتجاً عليه بالإجماع (٢) و هو الأقرب لما ذكر من الإجماعين، و يتناوله أيضاً إطلاق إجماع التنقيح و المسالك و المفاتيح (٣) و ما يظهر من إيضاح النافع و السرائر (٤) و لعموم المعتبره المخرجه عن حكم الأصل كما فى الموثّق: من اشترى بيعاً (٥) و فى الصحيح: البيع (٦) و نحوهما. و تغيّر الصوره و انتفاء العله ممنوعان، فلا- فرق بين المعينين و الكلّيين و المختلفين.

و يشترط فى ثبوت هذا الخيار كون المتعاقدين متغايرين بالذات، و ذلك لأنّ هذا الخيار مبدؤه من حين التفوّق و ليس فيه التقييد بما يمكن فيه التفوّق، و خيار المجلس إنّما يسقط فى العاقد الواحد بالإسقاط و قد لا يسقط فى الثلاثه. و من شرط خيار التأخير خلوّ الثلاثه عن الخيار.

و يسقط هذا الخيار بالاشتراط كما نصّ عليه فى الدروس و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد (٧) عملاً بلزوم الشرط و بالإجماع المنقول.

و قد يقال: إنّ ما كان سبب الخيار فيه مقارن للعقد كالعيب و الغبن و التدليس و الوصف يسقط باشتراط السقوط. و أمّا مثل خيار التأخير الذى يأتى شيئاً فشيئاً فلا، لأنّه إسقاط قبل الثبوت.

قلت: كلّ خيار سببه العقد و استند إليه يسقط باشتراط سقوطه فيه قارن أو تأخّر، و لو لا ذلك لما سقط من خيار الحيوان فى الثلاثه إلّا ما قارن العقد.

١- التذكرة ١: ٥٢٣ س ١٥.

٢- جواهر الفقه: ٥٤ المسأله ١٩٣.

٣- التنقيح ٢: ٤٨، المسالك ٣: ٢٠٨، المفاتيح ٣: ٧٤ ٧٥.

٤- السرائر ٢: ٢٨٥.

٥- الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب ٩ من أبواب الخيار ح ٤.

٦- الوسائل ١٢: ٣٥٧ ب ٩ من أبواب الخيار، ح ٣. و فيه: يبيع البيع.

٧- الدروس ٣: ٢٧٦، كنز الفوائد ١: ٤٥١، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٦.

و دعوى: أنّ هذا الخيار لم يستند إلى العقد بل إلى التأخير فقط أو إليه و إلى العقد، بعيدة.

و على تقديره فقد يقال بأنّ المشتري سقوطه في ذلك الوقت لا الآن، و التعليق كالمنجز.

و فيه: أنه يلزم جواز ذلك في النفقة و القسم و غيرها من جميع ما فيه شغل الذمه مقدراً.

و العمدة في جواز هذا الشرط أدلّه الشروط و الإجماع المنقول.

و يسقط أيضاً بالإسقاط بعد الثلاثه، و لو أسقطه مقيداً لسقوطه بحصّه من الزمان سقط بتمامه و إن قلنا فيه بالتراخي، لأنه بسيط و الزمان تابع، و ليس هذا كخيار الحيوان.

و هل يسقط بإسقاطه في الثلاثه؟ و جهان: العدم لعدم ثبوت الحقّ فإنه كنفقه الزوجه فإنّ ما سيأتى منها لا يسقط بالإسقاط. و الفرق بينه و بين شرط السقوط بالدليل، و السقوط لتقدّم السبب الذي هو العقد، و الفرق بينه و بين نفقه الزوجه أنه حقّ واحد مستمرّ و هي حقوق موزّعه على الزمان، فتأمل.

و يسقط بالبيع على من ينعق عليه، كما تقدّم في خيار المجلس (١). و بالتصرّف بعد الثلاثه بناءً على جريانه في جميع الخيارات.

و أما التصرف قبلها فيجىء فيه الوجهان السابقان. و يتقوى الأول منهما في هذا المقام، فإنّ المتيقن من إسقاط الخيار بالتصرف ما كان بعد ثبوته.

و هل يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل خروج الثلاثه ببيع و نحوه و إن منعاه من ذلك في زمان خيار البائع لمنافاه حقّه؟ إذ الحقّ بعد لم يثبت، فلو تصرف ببيع أو غيره أو باعه على من ينعق عليه فيحتمل أنّ له سلطان الفسخ و الرجوع إلى العين. و يقوى الرجوع إلى القيمه سيّما في الأخير كما تقدّم، و في التصرف الجائر يحتمل ذلك.

و على أى تقدير فالنماء فى الثلاثة و بعدها قبل الفسخ للمشتري كنماء الثمن حيث يكونان عينين.

و لا يسقط بإحضار الثمن بعدها خلافاً للعلامة فى التذكرة و القواعد (١) مستنداً إلى زوال المقتضى لثبوته و هو الضرر، و وفقاً لمحتمل الدروس (٢) للأصل، و زوال العلة لا ينفى البقاء، لجواز أن يستند إلى علة اخرى و لا أقل من الشك فيستصحب.

و ربّما قيل: إنّه ظاهر الأكثر حيث إنهم ذكروا أنّ له الخيار و لم يتعرّضوا للإحضار و عدمه و لكن الإطلاق مسوق لأمر آخر فلا دلالة فيه (٣).

و لا يسقط أيضاً بالمطالبة به بعدها كما فى التذكرة و القواعد و كثر الفوائد و المسالك و الشرح (٤) تمسكاً بالأصل مع فقد المسقط شرعاً، خلافاً لظاهر المشايخ و الديلمى و الحلّى (٥) حيث خيروا البائع بين الفسخ و المطالبة بالثمن و قابلوا بينهما، و له وجه، فإنّ المطالبة بالثمن قرينه الإمضاء. و على القول بالفوريّة يتجه القول بالسقوط لاستلزامه التأخير إلّا أن يدعى عدم إخلال مثل ذلك بها لأنّ المراد بها العرفية، أو يفرض فى مقام لا يعلم بالخيار. و قلنا: إنّ ذلك عذر لا يسقط به الخيار بناءً على الفوريّة.

و الظاهر أنّ ذلك فى كلام الجماعة كفايه عن الالتزام.

و هل هذا الخيار على الفور أو التراخى؟ وجهان.

ذهب إلى الثانى منهما الشهيد فى قواعد و العلامة فى ظاهر التذكرة و العلامة الطباطبائى فى مصابيح (٦) مستدلّين بإطلاق ما دلّ على الخيار فإنّه يتناول الأزمه فلا يتقيد إلّا بدليل، و لأنّه حقّ ثبت للبائع و الأصل بقاؤه.

١- التذكرة ١: ٥٢٣ س ٢٩، القواعد ٢: ٦٧.

٢- الدروس ٣: ٢٧٤.

٣- راجع مفتاح الكرامة ٤: ٥٨١ س ٨.

٤- التذكرة ١: ٥٢٣ س ٣٠، القواعد ٢: ٦٧، المسالك ٣: ٢٠٨، الروضة ٣: ٤٥٨، و لم نعرّ عليه فى كثر الفوائد.

٥- المقنعه: ٥٩٢، الانتصار: ٤٣٧، الخلاف ٣: ٢٠ المسألة ٢٤، المراسم: ١٧٢، السرائر ٢: ٢٧٧.

٦- القواعد و الفوائد ٢: ٢٤٨، التذكرة ١: ٥٢٩ س ٢٦، مصابيح الأحكام (مخطوط): الورقة ٢٤٨.

و لم نجد بالأول هنا قائلاً على التعيين و إن قيل به في غيره من الخيارات، سوى ما يظهر من بعض المتأخرين اقتصاراً على المتيقن فيما خالف أصل اللزوم (١).

و تردّد المحقّق الكركي في فوريّه هذا الخيار مع حكمه بها في خيار الغبن و الرؤيه (٢) و كأنّ منشأه أنّ مقتضى لهذا الخيار و هو دفع الضرر عامّ للفور و غيره، و ليس منشؤه تعارض الأصليين اللزوم و استصحاب الخيار لأنّه مشترك بين المقامين، فلا معنى للتردّد في أحدهما و الجزم في الآخر.

و التحقيق أنّ المسأله مبنيّه على أنّ لزوم العقد معناه أنّ أثر العقد مستمرّ إلى يوم القيامة و أنّ عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى، للقطع بأنّه ليس المراد من الآيه الوفاء بها آنأ ما بل على الدوام. و قد فهم المشهور منها ذلك، و باعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاها، و لا-ريب أنّ المفاد عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دلّ دليل على ثبوت خيار من ضرار أو إجماع أو إخبار عن أخيار عن ثبوت خيار في الماضى أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الاخبار فيكون استثناء من ذلك العامّ و يبقى العامّ على عمومه كاستثناء أيام الإقامه و الثلاثين و وقت المعصيه و نحوها من حكم السفر.

أو أنّ اللزوم ليس كالعوم و إنّما يثبت ملكاً سابقاً و يبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضه بين استصحابين و الثانى وارد على الأوّل فيقدم عليه، و الأوّل أقوى، لأنّ حدوث الحادث مع زوال علّه السابق يقضى بعدم اعتبار السابق أمّا مع بقائها فلا-يلغو اعتبار السابق. و لعلّ سبب تردّد المحقّق الثانى فى المقام دون خيار الغبن و الرؤيه ورود الأخبار به الظاهره فى ذلك كقولهم عليهم السلام: و إلّا فلا بيع له (٣) دونها.

و يمكن إثبات الفوريه بطريق آخر و هو ممّا استدللّ به على ثبوت الخيار فى كثير من مواضعه، و هو حديث الضرار، و يتمشى فى غير الخيار من إجازة

١- راجع المسالك ٣: ١٩٠.

٢- جامع المقاصد ٤: ٢٩٨، ٣٠٢، ٣٨.

٣- انظر الوسائل ١٢: ٣٥٦ ب ٩ من أبواب الخيار.

الفضولى و الشفعه و فسخ النكاح و نحو ذلك، فإنه يترتب على بقائه ضرر عظيم من قبيل التحجير على زوج يمتنع فيه الجمع لأنه متى فعل يبقى مردداً، و بالإجازه تنفسخ العقود، و كذا فوائد الأعيان فيؤخر الخيار حتى يستوفى منافعها و نتاجها ثم يردها، غير أن ذلك إنما يجرى حيث لا يكون مرجع الضرر منه على نفسه.

و ربما كانت مسأله التأخير من هذا القبيل و إن لم يكن فيها تقصير بناءً على الفوريه فى الخيار.

فالمراد بها الفوريه العرفيه فالجهل بالحكم أو بالموضوع أو السهو أو النسيان أو الإجبار أو زعمه صدور الفسخ و نحوها من الأعدار لا يسقط بها الخيار على الأقوى و جهل حكم الفوريه ليس عذراً خلافاً لصاحب الحدائق و قد ذكر ذلك فى خيار الغبن (١).

[و تلفه من البائع مطلقاً]

قال المصنّف قدس سره: «و تلفه من البائع مطلقاً»

بعد الثلاثه و قبلها، عرضه على المشتري أو لا، كلاً كان أو بعضاً.

و أما بالنظر إلى أقسام المتلف من الآفه السماويه أو البائع أو من المشتري أو الأجنبي، فهو جزئى من جزئيات التلف، و سيجىء البحث فيه.

و تفصيل المسأله أنه لا خلاف فى أنّ المبيع إذا تلف بعد الثلاثه كان من مال بائعه. و قد نقل عليه الإجماع فى الخلاف و السرائر و الجامع و المختلف و القواعد و الايضاح و التنقيح و المهذب البارع و الدروس و غايه المرام (٢) و غيرها لأنه مبيع تلف قبل قبضه فيكون من مال بائعه بالقاعده الكليه الثابته بالنص (٣) و الإجماع.

و عارض هذه القاعده فى مجمع البرهان (٤) بالقاعده الاخرى و هى: أنّ تلف المبيع فى الخيار المختصّ بالبائع يكون ممن لا خيار له و هو المشتري

١- الحدائق ١٩: ٤٤.

٢- الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٤، السرائر ٢: ٢٧٨، الجامع: ٢٤٧، المختلف ٥: ٦٨، القواعد ٢: ٦٧، الايضاح ١: ٤٨٥، التنقيح ٢: ٤٩، المهذب البارع ٢: ٣٨٠، الدروس ٣: ٢٧٣، غايه المرام ٢: ٣٩.

٣- عوالى اللآلى ٣: ٢١٢.

٤- مجمع الفائده ٨: ٤٠٧.

و باختصاص الضمان به لو اشترك الخياران، فكيف إذا اختصّ بغيره، و بين القاعدتين عموم من وجه، و الثانيه مؤيده بالأصل.
و ضعفه ظاهر فإنّه مع اختصاصه بالتالف فى زمن الخيار فقط، أمّا لو سقط الخيار بمسقط فلا يتمشى فيه مردود باختصاص ما ذكر من القاعده بالمقبوض كما هو المعلوم من مذهب الأصحاب، و أمّا غيره فمن البائع مطلقاً.

و أمّا لو تلف فى الثلاثه فالمشهور أنّه كذلك لذلك و فى الدروس: أنّه مذهب الأكثر (١) و فى الرياض استقرّ عليه مذهب المتأخرين كآفه (٢) و ذهب إليه الشيخ و القاضى و ابن إدريس و المحقّق و العلّامه و ولده و الآبى و الشهيدان و الكركى و الصيمرى (٣) و غيرهم. و حكى فى الخلاف عليه الوفاق (٤) و هو المعتمد، للإجماع المنقول، و لما دلّ على عموم الضمان على البائع مع عدم الإقباض، مضافاً إلى روايه عقبه بن خالد (٥) فى خصوص الباب المجبوره بالشهره المحصّله و المنقوله.

و قيل: بل هو من ضمان المبتاع و هو قول المفيد و السيّد و الديلمى (٦) و الحلبيين (٧) للإجماع كما فى الانتصار و الغنيه (٨) و لاستقرار ملك المشتري فى الثلاثه و كون التأخير لمصلحته و كون التلف منه. و يضعف بمنع الإجماع، و معارضته بمتله، و عدم انتهاض التعليل لتخصيص الأصل المنصوص المجمع عليه.

و عزى فى التذكره هذا القول إلى الشيخ رحمه الله (٩) و فى المهذب البارع الأوّل إلى الديلمى (١٠) و هو خلاف المعلوم منهما و المنقول عنهما.

١- الدروس ٣: ٢٧٣.

٢- الرياض ٨: ١٩٦.

٣- النهايه ٢: ١٣٧، المهذب ١: ٣٥٨، السرائر ٢: ٢٧٨، الشرائع ٢: ٢٣، المختلف ٥: ٦٨، الإيضاح ١: ٤٨٥، كشف الرموز ١: ٤٦، الدروس ٣: ٢٧٣، المسالك ٣: ٢٠٩، جامع المقاصد ٤: ٢٩٩، غايه المرام ٢: ٣٩.

٤- الخلاف ٣: ٢٠ المسأله ٢٤.

٥- الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب ١٠ من أبواب الخيار، ح ١.

٦- المقنعه: ٥٩٢، الانتصار: ٤٣٧، المراسم: ١٧٢.

٧- الغنيه: ٢١٩ ٢٢٠، الكافى فى الفقه: ٣٥٣.

٨- الانتصار: ٤٣٧، الغنيه: ٢١٩ ٢٢٠.

٩- التذكره ١: ٥٢٣ س ٣٣.

١٠- المهذب البارع ٢: ٣٨١.

و ذهب ابن حمزه إلى أنّ التلف من البائع إلّا أن يعرضه على المبتاع فينتقل إلى ضمانه (١) و نفى عنه البأس في المختلف (٢). و استظهره من كلام الحلبي (٣) مع تخصيصه كلام ابن حمزه بالتالف في الثلاثه. و عبارته الوسيله مطلقه (٤) و الوجه فيها تنزيل التمكين منزله القبض في نقل الضمان، للزوم حصول الضرر لولاه. و مقتضاه ضمان المشتري مع حصوله مطلقاً سواء كان التلف في الثلاثه أو لا.

و النقل للضمان بالتمكين مذهب الشيخ رحمه الله (٥) و جماعه. و ظاهر الخلاف إجماع الأصحاب عليه (٦) فيشكل إطلاق القول بضمان البائع في الثلاثه من الأ-كثر و فيما بعدها من الجميع إن ثبت الإجماع و من خصوص القائل به إن لم يثبت، و لا يندفع إلّا باشتراط عدم التمكين في أصل الخيار كما في التحرير (٧) أو تخصيص محلّ النزاع بما إذا انتفى التمكين كما في السرائر (٨). و عند ذلك تظهر موافقه ابن حمزه للمشهور، و أنّ نسبه الخلاف إليه هنا و جعل ما قاله قولاً ثالثاً (٩) ليس على ما ينبغي.

و لكنّ الحقّ عدم نقل الضمان بالتمكين، و إجماع الشيخ رحمه الله في الخلاف ممنوع، و معارض بإجماع الغنيه (١٠) المعتضد بالشهره المحضيه له و المحكيه عن المهذب و غايه المرام (١١) بعموم ما دلّ على الضمان على البائع مع عدم الإقباض، من غير فرق بين التمكين و عدمه.

و في ترك استفصال الجواب مع التلف في روايه عقبه بن خالد عن الصادق عليه السلام (١٢) دليل على عدم التفاوت بين التمكين و غيره، و حديث الضرر لا يعمل به على عمومته، مع اندفاعه بقبض الحاكم أو جبره عليه.

١- الوسيله: ٢٣٩.

٢- المختلف ٥: ٦٩.

٣- الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٤- الوسيله: ٢٣٩.

٥- راجع الخلاف ٣: ٦٦، المسأله ١٠٩.

٦- راجع الخلاف ٣: ٦٦، المسأله ١٠٩.

٧- التحرير ١: ١٦٧ س ٤.

٨- السرائر ٢: ٢٧٨.

٩- راجع المهذب البارع: ج ٢ ص ٣٨٠، ٣٨١.

١٠- الغنيه: ٢١٩، ٢٢٠.

١١- المهذب ١: ٣٦١، غايه المرام ٢: ٣٩.

١٢- الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب ١٠ من ابواب الخيار، ح ١.

و أما الحلبي فقد نصَّ على التفصيل و جعل التمكين ناقلاً للضمان مطلقاً (١) كالقبض فلا يصحَّ حمله على التفصيل في الثلاثه، و لا جعله قولاً آخر في المسأله، فإنه موافق للمفيد رحمه الله في كلتا المسألتين (٢).

و لو اختصَّ التلف ببعض المبيع أو عدم القبض ببعض التالف في غير المقبوض من البائع كان كالجميع على الخلاف، بخلاف المقبوض فمن المبتاع، لانتقال ضمانه إليه بالقبض.

و بهذا ينقدح إشكال آخر في كلامهم، فإنه إن اريد به الجميع لم يتبين حكم البعض الغير المقبوض، أو ما يعمه و البعض لصدق تلف الكل بتلف الجزء اطرء في المقبوض.

و يمكن الذب باختيار كل منهما تعويلاً على مناط الحكم و الحمل على غير المقبوض كلاً أو بعضاً، فإنَّ البعض مبيع في الكل.

١- الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٢- أي في جعل التمكين ناقلاً للضمان و أنّ التلف في الثلاثه من مال المبتاع.

[الخامس خيار ما يفسد ليومه]**إشاره**

قال المصنّف رحمه الله:

«الخامس: خيار ما يفسد ليومه»

[و هو ثابت بعد دخول الليل]

«و هو ثابت بعد دخول الليل» اختلفت عبائر الأصحاب فى تأديه المراد من هذا الخيار ففى النافع و الشرائع و التذكره و القواعد و الإرشاد (١) مثل ما فى المتن من ذكر الامتداد إلى الليل من دون تعرّض للمبدأ. و فى الفقيه و النهايه و السرائر و الوسيله و الغنيه و الجامع و النزّه و التحرير و التبصره (٢) تقدير المدّه بيوم. و التحديد بالليل مشترك بين الجميع، لكنّه قد جعل فى النهايه و السرائر و كتب العلّامه غايه للخيار، و فى غيرها مبدأ له، كما فى النصّ، و يجب ردّ الأوّل إليه بالحمل على ما يؤول إلى ذلك مسامحه لوضوح المراد و إن بعد التأويل حتّى يوافق النصّ و الإجماع المحصّل فضلاً عن المحكّي عن حواشى الشهيد على لزومه من طرف البائع إلى الليل أو خوف الفساد (٣).

١- المختصر النافع: ١٢١، الشرائع ٢: ٢٣، التذكره: ١: ٥٢٣ س ١٩، القواعد ٢: ٦٧، الإرشاد ١: ٣٧٤ ٣٧٥.

٢- الفقيه ٣: ٢٠٣ ذيل الحديث ٣٧٦٧، النهايه ٢: ١٤٢، السرائر ٢: ٢٨٢، الوسيله: ٢٣٨، الغنيه: ٢١٩، الجامع: ٢٤٧، النزّه: ٨٧، التحرير ١: ١٦٧ س ٧، التبصره: ٩٠.

٣- راجع غايه المراد ٢: ١٠٢ ١٠٣.

و الأصل فى ذلك ما رواه فى الكافى و التهذيب عن محمد بن أحمد عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن أبى حمزه أو غيره عن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام أو أبى الحسن عليه السلام: فى الرجل يشتري الشئ الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن قال: إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و إلا فلا بيع له (١).

□
و روى فى الوسائل عن الصدوق رحمه الله أنه روى بإسناده عن ابن فضال عن ابن رباط عن زرارته عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل (٢) و الظاهر أنها زياده من الصدوق و إلا فالشيخ قد روى ذلك الحديث بالإسناد المذكور من دون الزيادة (٣) المذكوره.

و هذه الروايه و إن كانت مرسله إلا أن عليها عمل الأصحاب كما فى المهذب (٤) و فى كشف الرموز: لا أعرف فيها مخالفاً (٥) فهى منجره بعمل الأصحاب، و بإجماع الغنيه (٦) على أصل الحكم، و بموافقه الاعتبار، و ذلك أن خيار التأخير ثبت بعد الثلاثه فيما لا يفسده البقاء ثلاثاً فالذى يفسد قبل الثلاثه ينبغى أن يثبت فيه الخيار قبل فساد بطريق أولى، و بحديث الضرر و الضرار.

و هاهنا إشكال فى عبارات الأصحاب و فى النص بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بفسخ البيع قبل فساد المبيع و إذا كان ممّا يفسد ليومه كما هو المفروض و جب أن يكون الخيار قبل الليل ليتأتى للبائع فسخه كذلك، و أيضاً فالبيع يقع فى طرفى النهار و فى الأثناء كما هو الغالب و ربما اتفق ليلاً مع امتداد السوق و انقطاعه و التحديد بالنهار كلاً أو بعضاً لا يطرد فى الجميع، و الحمل على مقدار يوم خروج عن ظاهر النص و الفتوى، و لا يتأتى معه الغرض المطلوب فى الأكثر. و الظاهر

١- الوسائل ١٢: ٣٥٨، ب ١١ من أبواب الخيار، ح ١.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥٩، ب ١١ من أبواب الخيار، ح ٢.

٣- الوسائل ١٢: ٣٥٢، ب ٥ من أبواب الخيار، ح ٥.

٤- الظاهر أنه المهذب البارع ٢: ٣٨٣، و انظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٨٣ س ٢٩.

٥- كشف الرموز ١: ٤٦١.

٦- الغنيه: ٢١٩، ٢٢٠.

تنزيل الجميع على أنّ المراد فساد المبيت كما حمل النصّ الشهيد رحمه الله في الدروس على ذلك، و أثبت الخيار فيما هو كذلك عند انقضاء النهار (١) نظراً إلى أنّ الغالب في نحو الخضر و الفواكه و اللحوم و الألبان فسادها بالمبيت.

[و اليوم يطلق على ما يشمل الليله]

و اليوم يطلق على ما يشمل الليله، فإنّه استعمال شائع. و ربّما ايتد باستعماله في ذلك بالنسبه إلى الثلاث في خيار التأخير الذي هو أصل لهذا الخيار. و فيه ما تقدّم.

و يفهم من الروايه حينئذٍ بناءً على ذلك خوف الفساد في الليل كلّهُ أو بعضه أو يخصّ بالأوّل، و ارتضى هذا الحمل المقداد و المحقّق الثاني و مال إليه الشارح (٢). و هذا كلّهُ بالنظر إلى المنصوص.

و أمّا غير المنصوص فحيث عرفت سابقاً أنّ الذي تفضى به القواعد و الاصول أنّ البائع كغريم امتنع عليه المديون من تسليم حقّه برهه من الزمان و عنده شىء من ماله و الحكم فيه إن بلغ به التأخير إلى الضرر كان للغريم المقاصه بإذن المجتهد أو مطلقاً على اختلاف الرأيين. و تخصيص المقاصه بخصوص الامتناع، لا وجه له.

فإذا كان الأمر على ذلك فإن كان المستند النصّ بالنحو الذي تقدّم لزم الجمود و الاقتصار على المورد المعلوم من كون العقد بيعاً و التأخير في الثمن و الخيار للبائع و بدخول جزء من الليل و فساد تمام المبيع في وجه و كون المانع خوف الفساد الذاتى.

و قد يلحق العارضى من جهه خصوص رطوبه المكان و حرّه، فلا يلحق خوف النهب و الغصب و نقص قيمه و الدخول في نظر الظلمه.

و تخرج من ذلك جمله من أقسام التغيير التي لا يصدق عليها الفساد عرفاً أو يشكّ في صدقه.

و أن يكون التأخير من المشتري لا من إذن البائع.

١- الدروس ٣: ٢٧٤.

٢- التنقيح ٢: ٤٩، جامع المقاصد ٤: ٢٩٩، الروضه ٣: ٤٥٩، ٤٦٠.

و أن يكون قبل القبض، فلو قبضه و بقى أمانه عنده لم يجر فيه الحكم، و الضمان على البائع إلّا فى صورته الإذن فى التأخير.

و لا يدخل الفساد فى بعض اليوم قبل الليل و لا بعد الليل كفساد اليومين و الثلاثة.

اللهمّ إلّا أن يتمشى الحكم فى غير المنصوص بتنقيح المناط و قياس الأولويّه أو بدلاله الإيماء، و هو غير بعيد، فيسرى الحكم إلى الفساد فى اليوم أو الأقلّ أو الأكثر، و يكون مدار ثبوت الخيار على خشيه فساد مطلقاً.

فلو كان ممّا يتسرّع إليه الفساد فى بعض يوم، فالخيار فيه قبل الليل.

و لو كان ممّا لا يفسد فى يوم تربص به البائع إلى خوف فساد فيتختر حينئذٍ و إن مضى عليه يومان أو أكثر.

و احتمال العلامة رحمه الله فى هذا انتظار الليله، لورود التحديد به شرعاً (١) و هو ضعيف، لأنّ الأصل اللزوم و لا ضرر عليه فى التأخير، و بأنّ مورد النصّ الفاسد ليومه، و ليس هذا منه، فيستمرّ فيه اللزوم إلى خوف الفساد لدلاله الإيماء، و يكفى فى الفساد بناءً على ذلك تغيير العين بفساد البعض.

و ربّما يقال بدخوله تحت الدليل ابتداءً و نقص الوصف و تقليل الرغبه و إن لم يبلغ حدّ التلف كما يقال: هذا اللحم بائت و هذا العنب بائت كما فى الدروس و كنز الفوائد و تعليق الإرشاد و ظاهر المسالك (٢).

و يعمل لذاته و غيره، إلّا أنّه بناءً على أنّ المستند ذلك لا يسرى إلى جميع أنواع الضرر و إن كانت دائره دلاله الإيماء أوسع من التنقيح و قياس الأولويّه.

و إن جعلنا المستند حديث الضرر شمل جميع أنواعه حتّى نقص قيمه و فوات السوق، للزوم الضرر بنقص السعر.

و الأشبه الأوّل، لأنّ حديث الضرر غير معمول به على عمومه عند الأصحاب

١- التذكرة ١: ٥٢٣ س ٢٢.

٢- الدروس ٣: ٢٧٥، و لم نعثر عليه فى كنز الفوائد، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٦، المسالك ٣: ٢١٠.

إلما فى مقامات قام عليها الدليل بالخصوص، فجعل مناط الحكم فيها الضرر و لا دليل فى المقام و الإيماء إليه بالفساد لا يفيد ذلك.

و أما الضرر الخاص الذى يكشف عنه الشارع لخصوصيته فيه فذلك لا ينافى ما نقوله مع أنّ الضرر يندفع بالمقاصه كما تقدّم، و الأصل لزوم العقد، فيقتصر فيه على المتيقن.

و الظاهر أنّ هذا الشرط وجودى لا علمى، فلو زعم الفساد ثمّ فسخ و تصرّف ببيع أو غيره بان فساد الفسخ و ما يتبعه، و التلف فيما يفسد كغيره، فيجىء فيه الأقوال السابقه، و المختار المختار. و إن لم يصرحوا به، لا تتحد الطريق فيهما.

و ربّما صحّ الإطلاق فى الفاسد من المفصل فى غيره بين ما قبل المدّه و ما بعدها، لإقدام البائع على التأخير فيما هو مظنه التلف.

و هذا الخيار كسابقه فيه الوجهان: الفور، و التراخى، و الأشبه الأوّل.

و ربّما يقال: إنّ الفورى فى هذا الخيار و سابقه أوسع دائره من الفورى فى الغبن و العيب و نحوهما.

و يظهر من جماعه من الأصحاب أنّ هذا الخيار قسم من خيار التأخير و أنّه مساوٍ له فى الشروط و الأحكام، و هو الأظهر اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن.

[السادس: خيار الرؤيه]

إشاره

قال المصنّف رحمه الله:

«السادس: خيار الرّؤية»

[و هذا ثابت لمن لم ير]

«لمن لم ير»

إذا باع أو اشترى هذا العنوان، إن بقى على المعنى الإضافى مع الجمود عليه، لم يدخل خيار الإدراكات الاخر من الشّم و السمع و الذوق و اللمس، و كذا الوصف إذا ظهرت بخلاف ما علمت، و كذا العقود الاخر ما عدا البيع بل ما عدا الشراء.

و إن بُنى فيه على المثاليه، لم يتفاوت فيه البيع و لا الرّؤية و لا غيرها.

و الظاهر الثانى، لما يظهر من الأصحاب، و يفهم من الروايه من أنّ ما ذكر فيها سرى مسرى المثاليه، و يقتضيه حديث الضرر و الضرار (١) و يشهد له الاعتبار من أنّ فوات وصف اللزوم فى باب خيار الرّؤية إنّما هو لقبض (٢) الوصف و قد كان داخلًا فى المبيع مثلًا فيكون كتبعيض الصفقه، أو باعتبار أنّه يشبه الشرط، و هذا لا يختلف الحال فيه بين البيع و غيره.

و هل المراد فى مقام نقض الرّؤية للرّؤية بقولهم: خيار الرّؤية الرّؤية الاولى التى زال مقتضاها أو الثانيه المكذبّه للأولى؟ و كلا الأمرين ممكن و محتمل فى

١- الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار، ح ٥٣، و ١٧: ٣١٩ ب ٥ من أبواب الشفعه، ح ١، و ٣٤١ ب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٥٣.

٢- كذا، و الظاهر: لنقض.

الروايه، إلّا أنّ الظاهر منها الثانى، و من الأصحاب خروج ذلك عن هذا الباب لفرضهم البحث فيما اشترى بالوصف.

و الوجوه متكثره، لأنّ الرؤيه قد تنقضها رؤيه اخرى أو وصف، و الوصف قد تنقضه رؤيه أو وصف، و هكذا الإدراكات الاخر.

ثمّ الوصف إمّا مشترط فيضاف إليه خيار الاشرط، أو فى فقده غبن فخيار الغبن، أو دلّس فيه فخيار التدليس، أو عيب فخيار العيب، أو حيوان فخيار الحيوان، أو مجلس فخيار المجلس، و هكذا، و لا مانع من تعدّد الأسباب للخيار.

بقى الكلام فى تدليس الأجنبى إذا تعمّد الكذب هل يرجع إليه؟ الظاهر لا، و ما فى النكاح بحكم الدليل.

و دليل هذا الخيار الإجماع المحض على الظاهر فضلاً عن المنقول.

و فى الحدائق أنّه محلّ وفاق (١) و فى غيرها و هو إجماعى.

و نفى عنه الخلاف فى الرياض (٢) و فى الكفايه و مجمع البرهان كأنّه لا خلاف فيه (٣).

و تدلّ عليه صحيحه جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنّه لو قلب منها و نظر إلى تسعه و تسعين قطعه ثمّ بقى منها قطعه و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه (٤). و هى محموله على عدم كونها على الوصف الذى رآه سابقاً و اشتراها معه، و إلّا فليس محض عدم رؤيه البعض قاضٍ بالخيار.

و احتمال بعض الأصحاب فى الروايه كون التفتيش من البائع بأن يكون البائع

١- الحدائق ١٩: ٥٨.

٢- الرياض ٨: ١٩٩.

٣- الكفايه: ٩٢ س ٢٥، مجمع الفائده ٨: ٤١٠.

٤- الوسائل ١٢: ٣٦١ ب ١٥ من ابواب الخيار، ح ١.

باعه بوصف المشتري و حينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما، و هو بعيد كل البعد عن سياق الخبر، و مع تسليمه فيكون الجواب عاماً محل إشكال (١).

و استدلل أيضاً بحديث الضرر و الضرار (٢) و بانحلال ذلك إلى شبه الشرط أو الشطر فيكون من باب خيار الشرط (٣).

و أما صحيحه زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال: لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج (٤). فليست ممّا نحن فيه. و إن استدلل بها في المقام (٥). و القول بالبطلان في ذلك باعتبار عدم بقاء محلّ المعامله فيكون البيع باطلاً، لا وجه له.

و سرّ الاشتباه عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و وصف المعين من الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى.

مع أنه أقصى ما هناك أنه من باب تعارض الإشاره و الوصف، و الإشاره أقوى، و ليس هو من باب العيب مطلقاً حتى يثبت فيه الأرش خلافاً لابن إدريس رحمه الله (٦) لأنّ الأرش على خلاف القاعده كما سيجىء في مقامه، فلنقتصر فيه على مورد الدليل إلّا إذا دخل في قسم العيوب.

[زاد في طرف البائع أو نقص في طرف المشتري]

قال المصنّف رحمه الله: «زاد في طرف البائع أو نقص في طرف المشتري»

بالنسبه إلى كل من المثلن و الثمن.

ففى طرف الزيادة المعبره فى المبيع يتخير البائع، و فى طرف نقصانه نقصاً معتبراً يتخير المشتري، و فى طرف النقصان للثلن يتخير البائع، و فى طرف زيادته

١- ذكره المحدّث البحرانى فى الحدائق ١٩: ٥٨ و نسبه أيضاً إلى بعض الأصحاب.

٢- مفتاح الكرامه ٤: ٢٩٢ س ٦.

٣- لم نقف عليه، نعم لعله يستفاد من الحدائق، راجع ج ١٩ ص ٥٦.

٤- الوسائل ١٢: ٣٦٢ ب ١٥ من أبواب الخيار ح ٢.

٥- راجع الحدائق ج ١٩ ص ٥٧.

٦- السرائر ٢: ٢٤٢.

يتخبر المشتري.

و لو زاد و نقص الثمن أو المثلن أو هما باعتبارين تخيرا. و يحتمل ثبوت الخيار لمن عنده الزيادة أيضا، إذ قد يتعلّق الغرض بعدمها، و هو ضعيف، لأنّ الخيار على خلاف الأصل، و المتيقّن ما عدا ذلك، و الضرر منفيّ، و الأغراض النادرة لا يناط بها الحكم.

و لو زال ما رأياه بعد البيع قبل القبض ثمّ رجع إلى حاله قبل الإقباض أيضا قوى ارتفاع الخيار، و لو جبره بقيمه لم ترتفع للأصل، و قد يتعلّق الغرض بالوصف الخاصّ.

و مثله ما لو حدث وصف تترقى به قيمه عوض ذلك الوصف.

و لو زاد الوصف حسناً فإن كان مشروطاً بعدم الحسن و مثله كلّ زياده لم يجب الأخذ، و إلّا وجب و لا خيار كما سبق.

و هذا الخيار على الفور إلّا مع العذر كما عليه جمع من الأصحاب و نسب إلى الأشهر (١) و اسند إلى ظاهر الأصحاب (٢) و دليله ما تقدّم في خيار التأخير (٣).

و هل يسقط هذا الخيار بشرط السقوط أو لا بل يبطل به العقد؟ وجهان: اختار ثانيهما العلّامة رحمه الله و الشهيد الأوّل و المحقّق الثاني جازماً به فيما إذا كان الخيار خيار وصف و محتملاً له فيما إذا كان خيار رؤيه.

و علّوه بلزوم الغرر باعتبار أنّ الوصف قائم مقام الرؤيه فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرثئ و لا موصوف (٤) و يلزم من ذلك الغرر المنهئ عنه المبطل للبيع.

و يقوى الأوّل، للعموم (٥) و أنّ المدار على الحال لا المآل، و هو معلوم الآن كما قالوا في باب تبعض الصفقه، و شرط عدم الاعتداد به بعد ذلك على تقدير

١- كما في الرياض: ج ٨ ص ١٩٩.

٢- كما في الحدائق: ج ١٩ ص ٥٩.

٣- راجع ص ١٠٥.

٤- التذكرة ١: ٤٦٧ س ٣٠، الدروس ٣: ٢٧٦، جامع المقاصد ٤: ٣٠٣٣٠٢.

٥- أى لعموم المؤمنون عند شروطهم.

المخالفة لا ينافي الإقدام عليه حين العقد. و هذا المقدار من العلم كافٍ.

و من ذلك يعلم حال الإسقاط بعد العقد قبل الرؤيه، إلّا أنّه لا مجال هنا لبطلان العقد و إنّما يلغو الإسقاط فقط.

نعم قد يقال: إنّ من الإسقاط قبل الثبوت فلا يفيد السقوط. و مبنى المسأله أنّ هذا الخيار و خيار العيب و الغبن مثلاً هل تثبت بمجرد حصول العيب أو الغبن أو الكون على خلاف الوصف واقعاً، أو أنّها إنّما تثبت بالظهور؟

و على الثاني، فهل للعقد في ذلك تأثير و يكون الإسقاط لتأثيره و إن لم يتحقّق الضرر، أو أنّ الإسقاط إنّما هو لنفس الأثر فلا يتحقّق قبل تحقّقه تصرّفًا كان أو غيره كما تقدّم في نظيره.

و الأقوى الأوّل. و أمّا سقوطه بالإسقاط بعد تحقّق الرؤيه، فلا مانع منه قولاً كان المسقط أو فعلاً، خصوصاً على بناء الفوريّه فيه.

قال في الدروس: لو شرط البائع إبداله إن لم يظهر على الوصف، فالأقرب الفساد (١). انتهى.

و وجهه أنّه شرط منافٍ لمقتضى العقد، لانحلاله إلى شرط عدم استدامه الملك على أحد التقديرين. فلا وجه لما في الحقائق بعد أن ذكر كلام الشهيد رحمه الله قال: و فيه أنّه لا- موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً في الفساد، لعموم الأخبار المتقدمه.

نعم لو ظهر مخالفاً فإنّه يكون فاسداً من جهه المخالفه و لا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار في الخيار. و الأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه. و بالجملة، فإنّي لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصوره المذكوره على الإطلاق وجهاً يحمل عليه (٢) انتهى.

١- الدروس ٣: ٢٧٦.

٢- الحقائق ١٩: ٥٩.

[و لا بدّ فيه من ذكر الجنس و الوصف و الإشارة]

قال المصنّف: «و لا بدّ فيه من ذكر الجنس و الوصف و الإشارة إلى معيّن»

المراد بالجنس إمّا معناه المنطقي و يدخل ذكر النوع تحت ذكر الوصف، أو يراد به الحقيقه النوعيه كما عبّروا به في باب الربا. و يراد بالوصف ذكر الصنف و الأمر في ذلك سهل بعد وضوح المعنى المراد و لهذا أنّ الأصحاب منهم من اقتصر على ذكر الجنس (١) و منهم من اقتصر على الوصف (٢) و منهم من جمع بينهما (٣).

و أيّما كان فلا- بدّ من ذكر الجنس و الوصف بمقدار يدفع الغرر، و يختلف الحال فيه باشتراط تأخير التسليم و عدمه، و به يحصل الفرق بين هذا النوع و السلم، و لا يضّرّ فيه استقصاء الأوصاف دون السلم.

و ما ادّعاه بعضهم من الإجماع على اشتراط جميع شروط السلم في المقام (٤) ممنوع.

و الدليل على أصل الحكم الإجماع عامّاً و خاصّاً محصّلاً و منقولاً نقلًا مستفيضاً، و دخوله تحت نواهي الغرر الشرعي.

و الظاهر أنّ دائره الغرر الشرعي أضيق من العرفي، فإنّ النقود مثلها إذا تساوت وزناً و صرفاً و رغبه لا بدّ فيها من ذكر النوع و الصنف و إن لم يترتب على ذلك الغرر العرفي.

و من هنا منعنا من رائج المعامله و إن لم تختلف في أفراده الرغبات، فذكر الجنس و الوصف لا بدّ منه، فلو لم يذكر الجنس كأن يقول: بعتك ما في كمّي، أو لم يصف أو وصف و صفّاً لا يرفع الجهاله للاقتصار فيه أو لكونه غير معلوم لأحد المتعاقدين أو لكون السلعه لا يوضحها الوصف كاللآلي و نحوها، بطل. و لا يلزم الاستقصاء في الأوصاف و ربّما أخلّ في بعض الأحوال.

١- كالعلّامه في التذكرة، راجع ج ١ ص ٤٦٨ س ٣٩.

٢- كالعلّامه أيضاً في التذكرة، راجع ج ١ ص ٤٦٧ س ٣١.

٣- السرائر ٢: ٢٤١، المبسوط ٢: ٧٦.

٤- راجع التذكرة ١: ٤٦٧ س ٣٠ ٣١.

و لا- بدّ أيضاً من الإشارة إلى المعين و إلّا كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار، و ليس له مع عدم القبول سوى أخذ البديل و على البائع إبداله، و لا يفتقر مع ما ذكر إلى الرؤية باتّفاق أصحابنا خلافاً للعامه (١).

[و لو رأى البعض تخيّر في الجميع مع عدم المطابقه]

قال المصنّف قدس سره: «و لو رأى البعض تخيّر في الجميع مع عدم المطابقه»

لا ريب أنّ رؤيه بعض المبيع كافيّه في صحّحه عقد البيع على الكلّ مجتمعه أجزاءه أو لا، و في الحقيقه جميع المركّبات مثليّاتها و قيميّاتها كلّها أو جلّها لا- تعرف و لا توصف غالباً إلّا بالأطّلاع على أبعاضها، كما أنّ البواطن يكتفى فيها برؤيه الظواهر كباطن المائعات و باطن الصره (٢) و باطن الأرض و الجدار و نحوها.

و لو اعتبرنا اختبار البواطن لزم الفساد فيما يفسده الاختبار من البقول و الخضر و الثمار و الدراهم و الدنانير و الجواهر و الأدوية و العقاقير و نحوها.

نعم لا يكفي رؤيه ظاهر شيء لا تكشف عن باطنه، كظاهر الخضره و رأس سلّه العنب و نحوها.

و لو أراه انموذجاً و قال: بعثك من هذا النوع كذا، بطل، للزوم الجهاله لأنّه ليس من المعين و لا من الموصوف و صفافاً رافعاً للاشتباه فيدخل في قسم المجهول مع منافاته لحكمه شرع العقود، لعدم انقطاع النزاع به، لعدم انضباط الأوصاف بمجرّد الرؤيه، لحصول الغفله كثيراً عن كثير منها.

أمّا لو قال: بعثك الحنطه التي في البيت و هذا الانموذج جزء منها داخل في المبيع، صحّ لرؤيه بعض المبيع المفيد مفاد رؤيه الكلّ، و دعوى: شرطيه اجتماع الأجزاء، ممنوعه.

و إن لم يدخل الانموذج صحّ أيضاً على إشكال، ينشأ من كون المبيع غير

١- راجع المغنى لابن قدامه: ج ٤ ص ٨٢، نسبه إلى أحمد.

٢- في نسخه: الصبره.

مرئى الكلى ولا البعض ولا موصوف ليرجع فيه إلى الوصف، ولا اطمئنان بالمعرفه فى الآخره (١) إذ قد يفقد أو يحجب و هذا كله فى المثلئ.

و أميا القيمى فلا يجرى فيه مثل ذلك، لعدم دلالة بعض على بعض، و منه ما لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول.

و قد صرح بالبطلان فيه جماعه من الأصحاب (٢) و عللوه بأن بعضه بيع عين حاضره و بعضه فى الذمه مجهول (٣).

و على كل حال فى مقام يثبت الخيار ليس له الاقتصار على فسخ ما لم يره، للزوم الضرر بتبعيض الصفقه على الآخر و لنقل الإجماع فيه.

و قد يستدل عليه بخبر جميل (٤) إن جعل اسم الإشاره مشاراً به إلى تمام الضيعه.

١- كذا، و الظاهر: بالأخره.

٢- المبسوط ٢: ٧٧، المهذب ١: ٣٥٢، القواعد ٢: ٦٨، التحرير ١: ١٦٧ س ١٥، التذكره ١: ٥٢٤ س ١٧، الجامع للشرائع: ٢٥٦
٢٥٧، جامع المقاصد ٤: ٣٠٢.

٣- التذكره ١: ٥٢٤ س ١٧، جامع المقاصد ٤: ٣٠٢.

٤- الوسائل ١٢: ٣٦١ ب ١٥ من أبواب الخيار، ح ١.

[السابع: خيار الغبن]**إشاره**

قال المصنّف قدس سره:

«السابع: خيار الغبن»

[الغبن في اللغه و عند المتشرّعه]

الغبن في اللغه: الخدع، و عند المتشرّعه: هو الشراء بغير قيمه مع الجهاله إذا كان التفاوت لا يتسامح به عادة.

و ثبوت هذا الخيار هو المشهور بين الأصحاب، كما في المهذبّ البارع و غايه المرام و الشرح (١) و خصوصاً المتأخّرين، كما في المسالك و الكفايه (٢) بل كاد يكون إجماعاً بين المتأخّرين، كما في إيضاح النافع، و عليه المتأخرون، كما في التنقيح (٣) و الشيخ و أتباعه، كما في الدروس (٤).

و في التذكرة: الغبن سبب ثبوت الخيار عند علمائنا (٥). و في مقام آخر منها: و إنّما يثبت الخيار للمغبون دون الغابن بالإجماع (٦). و كما يحتمل رجوعه للقيّد يحتمل رجوعه له و للمقيّد أو للثاني فقط، و الظاهر منها الأوسط.

و في الغنيه: السبب الخامس للخيار ظهور غبن لم تجر العاده بمثله، بدليل الإجماع (٧).

١- المهذبّ البارع ٢: ٣٧٤، غايه المرام: الروضه ٣: ٤٦٣.

٢- المسالك ٣: ٢٠٣، الكفايه: ٩٢ س ٢.

٣- التنقيح ٢: ٤٧.

٤- الدروس ٣: ٢٧٥.

٥- التذكرة ١: ٥٢٢ س ٤٠.

٦- التذكرة ١: ٥٢٣ س ١٠.

٧- الغنيه: ٢٢٤.

و في الخلاف حكم به، و نسب الخلاف إلى المخالفين (١).

و في كشف الحقّ: ذهب الإماميّة إلى أنّ الغين بما لم تجر العاده بالتغابن بمثله يثبت الخيار للمغبون (٢) و دعوى: أنّ هذا ليس فيه ظهور في الإجماع بل الغرض منه بيان ما اختصّت به الإماميّة، ممنوع، مع أنّ المخالفين بين قولين في ذلك، و قد خلت عن ذكره الهدايه و المقنع و المقنعه و الانتصار و المراسم.

و استظهر الشهيد الأوّل في الدروس عن ابن الجنيد أنّ البيع مبنّى على المغالبه و المكايسه. و قال فيها: و ربّما قال المحقّق في الدرس بعدمه (٣).

و أنت خبير بأن خلوّ الكتب التي ذكرنا عنه لا يورث ريبه في تحقّق الإجماع، لخلوّها غالباً عن كثير من الأحكام، و ابن الجنيد لم يزل موافقاً للعامة فيما، يختاره فخلافه لا يعبأ به، مع أنّ الخلاف منسوب إلى ظاهره.

و أمّا المحقّق فما كتبنا لنلتفت إلى ما ينقل عنه في الدرس مع ما نشاهده منه (٤) فالإجماع محصّل على المسأله، فضلاً عن أن يكون منقولاً، و لا أقلّ من إجماع المتأخّرين، و لا يلتفت إلى استظهار صاحب الكفايه عدم ثبوت الإجماع (٥) و لا إلى قول الشهيدين (٦) و من تأخّر عنهما: إنّ أكثر القدماء أو كثيراً من القدماء لم يذكروه لانحصار غير الذاكر له بمن ذكرنا، و لا إلى استبعاد عدم نقل الشيخ عليه الإجماع في الخلاف مع أنّه عادته نقل الإجماع في الخلافيات.

و لو قلنا إنّ مسأله التلقّي و هذه المسأله من سنخ واحد كما صرّح به بعضهم (٧) كان جميع المتأخّرين مصرّحين به إلّا من شدّ.

و استدللّ على ثبوته، بما رواه ثقة الإسلام في الكافي عن إسحاق بن عمّار عن

١- الخلاف ٣: ٤١، المسأله ٦٠.

٢- نهج الحقّ: ٤٨١.

٣- الدروس ٣: ٢٧٥.

٤- المختصر: ١٢١، الشرائع ٢: ٢٢.

٥- الكفايه: ٩٢ س ٤.

٦- الدروس ٣: ٢٧٥، المسالك ٣: ٢٠٣.

٧- راجع الخلاف ٣: ٤١ المسأله ٦٠، و نهج الحقّ: ٤٨١، و الدروس ٣: ٢٧٥.

□
أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المسترسل سحت (١).

□
و عن ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المؤمن حرام (٢).

و في روايه اخرى: لا يغبن المسترسل، فإن غبته لا يحل (٣). و فسر في الروايه: و هو الذي أرسل إليك أمره و اعتمد عليك.

و في مجمع البحرين: و الاسترسال الاستئناس و الطمأنينه إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه، و أصله السكون و الثبات، و منه الحديث: أيما مسلم استرسل إلى مسلم آخر فغبته فهو كذا.

و منه غبن المسترسل سحت (٤) انتهى. و ظاهره وجود حديث رابع زائد على ما ذكرناه.

□
و استدلل أيضاً بحديث الضرر و الضرار (٥) و بقوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٦) و لو علم المغبون لم يرض، و بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرء إلا بطيب نفسه (٧)، و النهي عن أكل مال الغير بالباطل (٨) و بما دل على حرمة الغش (٩) و النجش (١٠) و بأخبار التلقى الواردة في أن الركبان إذا قدموا السوق تخيروا (١١) و النهي عن الشراء ما يتلقى و أكله (١٢) مع التنقيح للعله و أنها هي الغبن كما في

١- الوسائل ١٢: ٣٦٣، ب ١٧ من أبواب الخيار، ح ١.

٢- الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار، ح ٢.

٣- الوسائل ١٢: ٢٨٥ ب ٢ من أبواب آداب التجاره، ح ٧.

٤- مجمع البحرين ٥: ٣٨٣ ماذه «رسل».

٥- الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار، ح ٣ ٥.

٦- النساء: ٢٩.

٧- راجع الوسائل ٣: ٤٢٤ ب ٣ من أبواب مكان المصلّى، ح ١.

٨- النساء: ٢٩.

٩- الوسائل ١٢: ٢٠٨ ب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به.

١٠- الوسائل ١٢: ٣٣٧ ب ٤٩ من أبواب آداب التجاره.

١١- المستدرک ١٣: ٢٨١ ب ٢٩ من أبواب آداب التجاره، ح ٣ و ٤.

١٢- الوسائل ١٢: ٣٢٦ ب ٢٦ من أبواب آداب التجاره.

المختلف (١) و ما ورد في باب التلقّي من أنّهم يتخيرون إذا غبنوا كما في المسالك و الكفايه (٢).

و قد يقال: إنّ جميع ما استدللّ به مدخول، أمّا الروايات الأولى، فيتوجّه على الاستدلال بها أنّ الغبن في كلامهم الضرر من جهه القيمه، و هو في الشرع الخدع باقياً على معناه اللغوي و لم يثبت النقل. و الأصل عدمه، فهو أخصّ من المدعى، و كذا تخصيصه بالمسترسل و هو الذي يعتمد عليك مع أنّ حكمهم عامّ على أنّ التحريم متعلّق بالخدع، و هو خارج عن المعامله، و على تقدير دخوله فهو قاضٍ بالفساد لا بالخيار. و ما فيه «أنّ غبن المسترسل سحت». ففيه ما مرّ، سوى أنّ السحت ظاهر في حرمة المال.

و قد يقال: إنّ حرمة التصرف لا تمنع من الملك كالمفلس و نحوه.

و فيه: أنّ التحريم من كلّ وجه يلغى ثمره الملك، و المفلس له نفع من بعض الوجوه.

و أمّا خبر «لا- ضرر و لا ضرار» ففيه: أنّه إمّا أن يراد النفي فيهما فيكون كذباً، و إمّا أن يراد النهي فيهما فيتعلّق بخارج المعامله، على أنّه لو تعلّق بالداخل أفاد الفساد لا الخيار، على أنّ الضارّ إنّما هو القاصد لذلك، فيكون مدلساً، و هو أخصّ أو مغاير. و لو اختلفت الإراده فكذلك، على أنّ هذه الروايه غير معمول بها على عمومها في إثبات الخيار عند الأصحاب، و إلّا لأثبتت خيارات لا تتناهى، فهي مرميه بالإجمال، لأنّ الخارج منها أكثر من الداخل.

و أمّا الاستدلال بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٣) و بروايه لا- يحلّ، و قضيه النهي عن أكل مال الغير بالباطل باعتبار أنّ المغبون لم يعلم و لو علم ما قدّم. ففيه: أنّ كلّ من اشترى شيئاً و قد سبقه غلامه لشراء مثله أو ولده أو زعم

١- المختلف ٥: ٤٤.

٢- المسالك ٣: ٢٠٣، الكفايه: ٩٢ س ٣.

٣- النساء: ٢٩.

خلوّ بيته ثم علم العدم، لو علم سابقاً ما شرى، و نحو ذلك.

و أمّا ما يدلّ على حرمه الغش و النجش، فيتوجّه عليه ما توجّه على الروايات الاوله.

و أمّا أخبار التلقّي، فليس فيها نصّ على العله، و إنّما تستنبط منها العله استنباطاً، و العله المستنبطه ليست من مذهبنا، مع احتمال كون العله إنّما هي التدليس.

و أمّا روايه «يتخيرون إذا غبنوا» فالذى فى الخلاف و الغنيه و التذكره (١) أنّ الروايه خاليه عن ذكر «إذا غبنوا».

نعم قالوا: إنّما ذلك أعنى النهى للغبن فهو تنزيل لا تصريح، مع أنّ الروايه مرسله و لا يعلم الراوى، مع أنّ الغبن بناءً على بقائه على معناه يتوافق مع خيار التدليس. و الذى يقتضيه القاعده لزوم العقد.

هذا كله، و أنت خبير بأنّ الظاهر ثبوت الحقيقه الشرعيّه فى الغبن إن لم نقل: إنّ معنى لغوى ثانوى، أو حقيقه عرفيه عامّه.

و على تقدير عدم الثبوت، ففهم الأصحاب كما يجبر السند يؤثّر المظنّه فى الدلاله، لأنّهم أقرب عهداً و أدرى بمواقع الألفاظ، و تنزيلهم الغبن على المعنى المصطلح عندهم يؤثّر حصول المظنّه بالدلاله من جهه فهمهم.

و خلوّ ما تقدّم من الكتب عن قوله: «إذا غبنوا» لا يعارض المثبت لو كان نافياً فكيف مع عدم الذكر؟

و يكون معنى قوله: «حرام» أو «لا يحلّ» بمعنى عدم العمل بمقتضى الخيار، و أنّه سحت لو فسخ و لم يدفع إليه.

فالروايات مجبوره سنداً و دلالةً بالشهره المحصّله و المنقوله، بل بالإجماعات المنقوله بل الإجماع محصّل كما عرفت، و استنادهم إلى حديث الضرر كشف عن أنّه ضرر خاصّ كشف عنه الشارع و أنّه ليس كلّ ضرر معتبر

حتى مثل فوات الرغبه، و نحو ذلك.

و الظاهر أنّ المراد به النفي كظائره لا النهي، و لا يلزم الكذب، لأنّ المعنى أنّه لا ضرر في الشريعة و في التكليف الشرعيه ابتداءً و لا- ضرار فيها بالنسبه إلى ما يتعلّق بتكاليف المخلوقين بعض مع بعض بمعنى أنّ الشارع لم يشرّع جواز أن يضرّ بعض المخلوقين بعضاً، و يحتمل أنّ الأوّل توطئه للثاني، و الضرر بالجهاد و الحجّ و الصوم مثلاً يدفعه أنّه في مقابله ما يترتب عليه من النعيم الأبدى ليس من الضرر بل من النفع كالضرار بالنسبه إلى تكليف العبيد بطاعه الموالى و تكليف الأولياء بحفظ المولى عليهم و نحو ذلك فإنّه مندفع بأنّ المتبادر من الضرار ما لم يكن مقروناً بمصالح و حكم تعود إلى العامل.

على أنّا نقول: إنّ حكم الضرر و الضرار لا- يجرى على الفاعل المختار و كلّها راجعه إلى حكمه و إنّما المراد بالنظر إلى المخلوقين.

فإن قلت: إنّ نفي الضرر يتحقّق بفساد العقد و بالخيار، فبأى شىء تعين الخيار.

قلت: لا ريب أنّ مقتضى الجمع بين دليل صحّه العقد و نفي الضرر يقضى بعدم الفساد فيتعين الخيار، و لا يعارضه دليل لزوم العقد، فإنّ بينه و بين دليل نفي الضرر عموماً من وجه. و يرجح الثاني بالمرجحات الخارجيه، من فتوى مشهور الأوصحاب و نحو ذلك، فتأمل.

و حيث عرفت أنّ المدار على الضرر الخاصّ الذى كشف عنه الشارع و هو متمشّ فى البائع و المشتري و فى العقود الاخر فلا محيص عن القول بثبوتها فى الجميع، لأنّ جميع ما ذكر فى الاستدلال يعمّ، و لأنّ المناط منقّح.

نعم لو قلنا: إنّ المستند الإجماع لا غير، أشكال التعميم.

نعم يستثنى من ذلك ما لم يشرع على كونه مالاً محضاً من الجانبين كالنكاح و الخلع و الهبه المعوّضه و نحو ذلك، فإنّ الهبه المعوّضه و إن كانت مالاً لكنّه لا يلزم من شرعيّتها العوض، فليست متمخّضه للمال من الجانبين.

و قد صرّح بالتعميم فى شرح الإرشاد للفخر و التنقيح (١) و إيضاح النافع، و فى إجاره جامع المقاصد: أنه يجرى فى الإجاره مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات (٢).

نعم فى المهذب البارع منع من جريانه فى الصلح (٣) و ربّما ظهر ذلك من الوسيله و التحرير أيضاً (٤).

و فضّل بعض المتأخرين فقال: إن وقع الصلح على معاوضه ثبت فيه خيار الغبن، و إن وقع على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقّيه ما يدعيه و كان مغبوناً فيما صالح عنه فلا خيار، و كذا إن وقع على ما فى الذمم و كان مجهولاً ثم علم بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأمل (٥)، انتهى.

و قد يفصل بين العقد الذى بنى شخصه على المسامحه و كان الإقدام على المعامله فيه مبتئاً على عدم الالتفات إلى النقص و الزياده من بيع أو صلح أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن و بين غيره، و هو غير بعيد.

و عبّر بثبوت الخيار للمغبون العام للمشتري و البائع فى الغنيه و التذكره و القواعد و الإرشاد و الكفايه (٦).

و صرّح بالتعميم ابن حمزه و العلامه فى التحرير و الصيمرى (٧) و المصنّف فى الدروس مدّعياً فهم ذلك من الشيخ و أتباعه (٨) فالإقتصار على ذكر المشتري فى المبسوط و الخلاف و السرائر (٩) لمكان الغلبه.

و يرشد إلى ذلك استدلالهم بأخبار التلقّى كما فى الغنيه (١٠) و غيرها و قد تقدّم

١- شرح الإرشاد: ٥٠ س ٩، التنقيح ٢: ٤٧.

٢- جامع المقاصد ٧: ٨٦.

٣- المهذب البارع ٢: ٥٣٨.

٤- الوسيله: ٢٨٣، التحرير ١: ٢٢٩ س ١٦.

٥- اختاره السيد العاملى فى كتاب الصلح ص ٤٥٥ س ١٣ و نسبه إلى أبى العباس و الصيمرى.

٦- الغنيه: ٢٢٤، التذكره ١: ٥٢٢ س ٤٠، القواعد ٢: ٦٧، الارشاد ١: ٣٧٣، الكفايه: ٩٢ س ٨.

٧- الوسيله: ٢٣٧، التحرير ١: ١٦٦ س ٣٢، غايه المرام ٢ س ٣٩.

٨- الدروس ٣: ٢٧٥.

٩- المبسوط ٢: ٨٧، الخلاف ٣: ٤١ المسأله ٦٠، السرائر ٢: ٢٤٩.

١٠- الغنيه: ٢٢٤.

لك ذكر إجماع التذكرة و غيره (١) فلا تأمل في العموم.

[و هو ثابت مع الجهالة]

قال المصنّف: «و هو ثابت مع الجهالة إذا كان بما لا يتغابن به غالباً»

قد اشتمل كلام المصنّف على شرطين:

الأول: عدم العلم بالقيمة قبل الدخول في العقد و بعد الدخول قبل التمام و بعد التمام قبل التملك لتوقفه على القبض في صرف أو سلم أو الإجازة على القول بالنقل، لأنه في الجميع يتحقّق الإقدام على الناقص، و به ينتفى الخيار. و ما في عبائر الأصحاب من التقييد بوقت العقد جرياً على الغالب، لوضوح المراد.

نعم العلم السابق مع النسيان حين العقد لا يفيد، فالمدار على أحد الأمرين من حين العقد و حين التملك.

و الظاهر أنّ الجهل مقوّم للغبن لا- شرط خارجي، فالمراد بالشرط في كلامهم شرط أصل تحقّق الماهية و هو شرط لثبوت الحكم، و المراد بالجهل، المركّب، و ربّما جعل الظنّ منه.

أمّا الجهل البسيط فقد يقال بأنّ فيه إقداماً و لا يسمّى غبناً، و هو بعيد.

نعم في صورته الشكّ أو الظنّ بالخلاف قد يقال بذلك. و الظاهر خلافه، لعموم الدليل، و لعدم تحقّق الإقدام، فإنّه لو كان عالمّاً لما أقدم.

و مبنى المسألة على أنّ دليل هذا الخيار من الإجماعات المنقولة و غيرها شامل بإطلاقه لجميع الصور خرجت صورته العلم باعتبار عدم تحقّق اسم الغبن معه و للإجماعات المنقولة على اشتراط عدمه و بقى الباقي. فلا وجه لما يتخيّل من أنّ الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقّن، و هو الجهل المركّب فقط.

و هل سقوط الخيار بالعلم لأنّه علامه الرضا أو تعبد للأدله و لعدم تحقّق اسم الغبن معه؟ الظاهر الثاني و إلّا كان خاصّاً، و الدليل عليه الإجماع المنقول في

التذكرة و المسالك (١) و غيرها.

ثم إن علم المالك و الولي يرفع اسم الغبن، و أميا الوكيل فإن كان على الصيغه وحدها فلا يرفع، و مع التفويض يرفع، و علم المالك يرفع، و لو جهل الوكيل المطلق في وجه قوى اقتصاراً على المتيقن فيما خالف الأصل.

و لو أقدم على نقص لا يبلغ حد الغبن بزعمه فوافق ما فيه الغبن جرى حكم الغبن له. أما لو أقدم على نقص من جهه خاصه فظهر من غيرها مساو له أو أنقص منه، قوى عدم الخيار. أما لو زاد عليه كان منضمماً إليه، فالأقوى الثبوت.

و لو كان عالماً بالقيمه سابقاً ثم زال العلم بعلم شرعى أو غيره قبل العقد فله الخيار، و لو زال بظن أو شك أو وهم قوى فإشكال، و الأقوى السقوط.

و لا تعتبر القيمه بعد العقد و الملك، فلو تجددت الزيادة أو النقيصه بعدهما فلا غبن و لا خيار إجماعاً.

و هل تعتبر قبل الدخول فى العقد، أو بعد الدخول قبل التمام، أو بعد التمام قبل الملك؟ وجوه، أقواها اعتبار ما قبل التملك، و لا ملازمه بين زمانها و زمان العلم.

و قد نقل الإجماع فى المسالك على أنه لا غبن و لا خيار لو تجدد النقيصه أو الزيادة بعد العقد (٢) و إن كان قبل القبض. و لعل المراد زمان الملك جرياً على الغالب. و اعتبار ما قبل الدخول فى العقد، غير بعيد، و قوفاً عند ظاهر كلمات الأصحاب.

و فى اختلاف السوق و المقومين يقدم الراجح، و مع التعادل لا خيار، و يثبت بتقويم عدلين دون العدل الواحد.

و المدار فيها على زمان العقد و مكانه، و يأتى تحقيق ذلك فى باب العيب.

و لا فرق فى الجهل بها بين من يمكنه معرفتها و لو بالتوقيف أو التروى و غيره، فلو استندت إلى عجالته لم يسقط خياره كما فى التحرير (٣).

و يثبت جهالته باعتراف الغابن و بالبينه إن أمكن. و لا تثبت بقوله مع يمينه مع

١- التذكرة ١: ٥٢٣ س ٣، المسالك ٣: ٢٠٣.

٢- المسالك ٣: ٢٠٣.

٣- التحرير ١: ١٦٦ س ٣٣.

عدم إمكانها في حقه. و في ثبوتها بذلك مع الإمكان قولان: من استصحاب لزوم العقد، و من أصل عدم العلم و كونها من الامور الخفيه غالباً فلا يطلع عليها إلا من جهته، و هذه قاعده يعلم من الأصحاب الإجماع عليها إلا فيما استثناه الدليل.

و قد استظهره في المسالك (١) و قواه في الشرح (٢) و نفى عنه البعد في جامع المقاصد (٣) و مال إليه في تعليق الإرشاد (٤) و هو الأقوى.

و يشكل الأول بأنه ربّما تعدّرت إقامه البيّنه و لم يتمكّن الخصم من معرفه الحال فلا يمكنه الحلف على عدمه مع أنه فعل غيره، فلا يمكن فيه اليمين على القطع، فتسقط الدعوى بغير بيّنه و لا يمين.

اللهمّ إلا أن يقال: إنّه يتوجّه عليه حينئذٍ يمين عدم العلم بالجهاله، و هو بعيد.

نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان و المكان بحيث لا يخفى عليه قيمته، لم يلتفت إلى قوله.

الشرط الثاني: الزيادة و النقيصه الفاحشه، للأصل، و الإجماع على الظاهر و لعدم صدق الغبن بدونها كصوره العلم، أو يصدق و لكن لا ينصرف إليه إطلاق الدليل.

و المراد بالفاحشه، التي لا يتغابن بمثلها بحسب العاده، إذ لا تقدير لها شرعاً.

و في التذكرة: لا تقدير للغبن عندنا (٥) و ما ذلك شأنه يرجع فيه إلى العاده، فالدرهم بل الخمسه من المائه ليس غبناً و من العشره غبن و هكذا... و طريق معرفته ظاهر، لأنّه يمكن إقامه البيّنه فيه على قيمه فيناط بها، بخلاف بعض صور الأوّل.

و لا يسقط هذا الخيار ببذل الغابن كما في الدروس و غايه المرام و المهذب البارع و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الشرح و مجمع البرهان (٦)

١- المسالك ٣: ٢٠٤.

٢- الروضه ٣: ٤٦٤.

٣- جامع المقاصد ٤: ٢٩٤.

٤- تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٥.

٥- التذكرة ١: ٥٢٣ س ٨.

٦- الدروس ٣: ٢٧٥، غايه المرام ٢: ٣٨ المهذب البارع ٢: ٣٧٨، جامع المقاصد ٤: ٢٩٥، تعليق الإرشاد (مخطوط): ١٣٥، المسالك ٣: ٢٠٨، الروضه ٣: ٤٦٤، مجمع البرهان ٨: ٤٠٤.

استناداً إلى الاستصحاب، بناءً على أنّ ثبوته غير مراعى بعدم البذل، و بناءً على عدم العموم الزمانى فى دليل لزوم العقد، من غير فرق بين أن يكون الميث لهذا الخيار الإجماع أو حديث الضرر (١) أو غيرهما.

و لا ينافى ثبوته بالإجماع وقوع الخلاف فيه فى محلّ الفرض فإنّه ينسحب إلى محلّ الخلاف بالاستصحاب على أنّه لا خلاف و إنّما هناك استشكال، كما لا ينفى القول ببقاء الخيار و إن كان المستند دليل الضرر لو قلنا به دعوى أنّه بناءً على ذلك يدور الحكم معه حيث ما دار فيندفع بالبذل.

أمّا أولاً فلأنّ ذلك لا يخرج المعاوضه المشتمله على الغبن عن اشتمالها عليه، لأنّه هبه مستقلّه خارجيه فهو من قبيل هبه الغابن الخارجيه لا يسقط بها الخيار و فيه بحث.

و أمّا ثانياً فلأنّ غرض المغبون ربّما كان عيناً عزيزه ذات قيمه فلا يندفع ضرره.

و أمّا ثالثاً فلأنّ انتفاء الضرر لا ينحصر فى بذل التفاوت بل يمكن بالردّ أيضاً، فدعوى تعينه تحكّم.

و فيهما نظر، فإنّ الغرض دفع الضرر الخاصّ الذى قضى بالخيار و هو نقص القيمة لا كلّ ضرر، فتعلّق غرضه بخصوص العين لا مدخلية له، فلا وجه للثانى. و الضرر قد اندفع بالبذل و قد وقع، فلا حاجه إلى فسخ العقد الذى لم يقع بعد، مع منافاته للأصل، فلا وجه للثالث.

و استشكال فى عدم سقوط الخيار فى القواعد و التذكرة و حواشى الشهيد و المفاتيح (٢) لما ذكر، و لأصل اللزوم فيقتصر فيما خالفه على المتيقّن المجمع عليه، و المتحقّق به الضرر و حيث يبذل التفاوت فلا ضرر و لا إجماع.

١- الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار، ح ٥٣، و ١٧: ٤١٩ ب ٥ من أبواب الشفعه، ح ١، و ٣٤١ ب ١٢ من أبواب إحياء الموات، ح ٥٣.

٢- القواعد ٢: ٦٧، التذكرة ١: ٥٢٣ س ١١، المفاتيح ٣: ٧٤.

و فيه مع ما تقدّم: أنّ الدليل غير منحصر بالإجماع المحض و حديث الضرر كما عرفت (١) و إطلاق الإجماعات المنقوله و الروايات شامل لمثل هذه الصوره مع جبرها بالشهره المحضله فضلاً عن المنقوله بالنسبه إلى ما نحن فيه.

و مثل المسأله ما لو بذل الزبون بدل المغبون فيه كما في الدروس و غايه المرام (٢).

و مثلها ما لو ترقّت قيمه المبيع قبل العلم بالغبن أو بعده قبل الفسخ بما يرفع الغبن الحاصل وقت العقد.

و الظاهر أنّه ليس في فرض هذه المسأله منافاه لفوريّه الخيار على القول به بل تتأتى على الوجهين، إذ المراد الفوريّه العرفيه فلا منافاه.

و في المسالك و الكفايه: أنّ العلامه استشكل في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت مع دعواه الإجماع على عدم ثبوت الأرش به (٣).

و أنت خبير بأنّه لا منافاه، إذ المنفّى بالإجماع أخذه و دفعه على سبيل الاستحقاق، فإنّه حينئذ لا يجب على الغابن دفعه و لا يحلّ للمغبون أخذه، لأنّه لا يستحقّه.

و محل الإشكال ما إذا دفعه لا على ذلك الوجه، بل في مقابله ترك الفسخ، فهل يجب على المغبون القبول و لا يجوز له الفسخ و الخيار أم لا. بل ذلك منوط بالتراضى فيكون معامله اخرى؟ و لا ريب أنّهما لو اتفقا على إسقاطه بالعوض، صحّ كغيره من الخيارات.

[و لا يسقط بالتصرّف]

قال المصنّف قدس سره: «و لا يسقط بالتصرّف إلّا أن يكون المغبون المشتري و قد أخرجه عن ملكه»

الظاهر سقوط هذا الخيار، باشتراط السقوط كما هو المتداول بين الناس،

١- راجع ص ١٢٥ ١٢٧.

٢- الدروس ٣: ٢٧٥، و أمّا غايه المرام فلم يذكره صريحاً، فلعلّه استفاده من عموم قوله: فلا يسقط إلّا باختيار الغبن، راجع ج ٢: ص ٣٨.

٣- المسالك ٣: ٢٠٧، الكفايه: ٩٢ س ٩.

و بالمسقط القولى الظاهر منه و الصريح.

أما سقوطه بالشرط، فللمعوم (١). و أما سقوطه بالإسقاط، فلأنه حق من الحقوق فيسقط بالإسقاط كغيره من الحقوق. و لا يفترق الحال فيه بين ما بعد ظهور الغبن و قبله.

و دعوى: أن المتيقن من دليل ثبوت هذا الخيار إنما هو بعد الظهور و الأصل اللزوم فالإسقاط قبله إسقاط قبل الثبوت، ممنوعه، لإطلاق الإجماع المنقول عليه، و ظاهر الروايه «يتخيرون إذا غبنوا (٢)».

نعم فى أخبار التلقى «إذا قدموا السوق تخيروا (٣)» و لا منافاه فيه، و عدم تعرض مشهور الأصحاب لسقوطه بالاشتراط اتكالا على الظهور و إحالته على ما تقدم لهم فى غيره من الخيار، و لهذا قالوا: و لا يسقط بالتصرف مقتصرين عليه.

نعم صرح الصيمرى بأنه لا يسقط بذلك، بل يبطل العقد و الشرط (٤) و فى الدروس: لو شرطا رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد، للغرر، ثم احتمل صحه اشتراط رفع خيار الغبن (٥).

و المحقق الثانى احتمل صحه اشتراط سقوطه و عدمها، ثم استظهر الأول (٦) و مثله فى المفاتيح (٧).

و أنت خير بأنه لا مدرك لعدم الصحه إلا حكاية الغرر و قد علمت فسادها فى خيار الرؤية (٨) و الاستناد إلى عدم السقوط بالتصرف فلا يسقط بالشرط إذ

١- المؤمنون عند شروطهم.

٢- ذكرها صاحب المسالك ٣: ٢٠٣، و الكفايه: ٩٢ س ٣.

٣- المستدرک ١٣: ٢٨١ ب ٢٩ من أبواب آداب التجاره ح ٣ ٤.

٤- غايه المرام ٢: ٣٤.

٥- الدروس ٣: ٢٧٦.

٦- جامع المقاصد ٤: ٣٠٢ ٣٠٣.

٧- فى المفاتيح نص على سقوطه بالشرط راجع ج ٣ ص ٧٤.

٨- راجع ص ١١٩.

لا دلالة فيه، لمنع التلازم مع أنّ التصرّف أضعف من الاشتراط.

هذا كلّ في سقوطه بالمسقط القولي.

و أمّا سقوطه بالمسقط الفعلي فأطلق أكثر الأصحاب عدم سقوطه بالتصرّف إلّا في المخرج عن الملك أو المانع من الرّد كالمصنّف هنا، إلّا أنّه قيده بالمشترى ونقل الشهره على ذلك في الشرح و المفاتيح (١) و ظاهر إطلاقهم عدم الفرق في عدم السقوط بالتصرّف بين العلم بالخيار و عدمه.

نعم في مطاوي بعض كلماتهم كالمصنّف ها هنا قد يظهر الاختصاص بصوره الجهل.

و قد صرح به في المسالك (٢) و الظاهر أنّ مرادهم ذلك خصوصاً بناءً على ما هو الأصحّ من فوريّه هذا الخيار اقتصاراً على المتيقّن من الخروج عن عموم دليل السقوط بالتصرّف.

نعم بناءً على احتمال الاقتصار في السقوط بالتصرّف على الموضع الخاصّ الذي قام فيه الدليل الخاصّ كخيار الحيوان و أنّه لا عموم في دليله، كان ذلك على وفق القاعده، و يكون التخصيص بالمشترى بالنظر إلى السقوط بالتصرّف الناقل كما هو ظاهر البعض في محلّه. و لكنّه على احتمال ضعيف كما تقدّم.

و أمّا في صورته الجهل، فإن كان السقوط بالتصرّف لدلالته على الرضا كان عدم السقوط به على وفق القاعده.

و بناءً على الوجوه الاخر في التصرّف و القول بعموم دليله، فلا بدّ لإخراج هذا المقام من دليل يدلّ عليه بالخصوص. و الظاهر قيام الإجماع عليه، و خروج معلوم النسب لا- يقدر فيه. فما في المبسوط و التنقيح: من أنّه لا- فرق بين الخيارات في سقوطها بالتصرّف (٣) بناءً على شموله لذلك لا ينافي دعوى الإجماع، و حيث إنّ

١- الروضه ٣: ٤٦٥، المفاتيح ٣: ٧٤.

٢- المسالك ٣: ٢٠٧.

٣- المبسوط ٢: ٨٣، التنقيح ٢: ٥٠.

البناء على عموم دليل السقوط بالتصرف يقتصر على المتيقن من عدم السقوط به و هو صورته الجهل، للإجماع. و شموله لصوره العلم محل شك فيبقى على وفق القاعده.

ثم إن ظاهر المصنّف عدم الفرق في عدم سقوط الخيار بالتصرف بين أن يكون المتصرف الغابن أو المغبون، و المغبون بين أن يكون هو البائع أو المشتري إلّا في قسم خاص من تصرف المشتري و هو المخرج عن الملك و الظاهر منه ما كان بالعقد اللازم، و هو بالنظر إلى تصرف الغابن بائعاً كان أو مشترياً لأى نوع من التصرف كان لا كلام فيه، و هو المشهور بين الأصحاب. و قد صرح به فى الدروس و غايه المراد و المهذب البارع و التنقيح و غايه المرام و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و الشرح و المسالك (١) و غيرها، لعدم الدليل على سقوطه فيستصحب، و ضرر المغبون لا يسقط اعتباره بتصرف من لا ضرر عليه كما هو الشأن فى سائر الخيارات، غير أنّ تصرفه المخرج عن الملك بعقد لازم أو مطلقاً. و مثله المانع من الرد باستيلاء و نحوه للأصحاب فيه وجوه ثلاثه:

أحدها: عدم جواز مثل هذا التصرف لمنافاته حق الغير (٢) و لا ينفذ إلّا مع الإذن إلّا فى العتق لابتنائه على التغليب فى وجه، و هو مبنى فى المقام على ثبوت الحقّ و إن لم يظهر الغبن للمغبون، أو على القول بالتراخي، أو الفورى مع عدم المنافاه، أو إجراء للحقّ التقديرى مجرى الحقّ التحقيقى.

الثانى: تتبع العقود و فسخها كالشفيع و فى المانع من الردّ يردّه لسبق الحقّ، و يشكل فيه و فى مثل العتق و الوقف، للزومه عود الحرّ رقاً و الوقف طلقاً.

الثالث: الانتقال إلى المثل أو القيمه جمعاً بين الحقين، و الإخراج من الملك و نحوه من التلف الشرعى و هو كالتلف العقلى. و هو أقوى الوجوه، لما فى الأوّل من لزوم الضرر، و فى الثانى من مخالفه الأصل. و مثله الإتلاف و إن منع منه كما فى الوجه الأوّل.

١- الدروس ٣: ٢٧٥، غايه المراد ٢: ٩٩، المهذب البارع ٢: ٣٧٦، التنقيح ٢: ٤٨، غايه المرام ٢: ٣٦ ٣٨. جامع المقاصد ٤: ٢٩٦، تعليق الإرشاد (مخطوط): الورقه ١٣٥. الروضه ٣: ٤٦٥، المسالك ٣: ٢٠٧.

٢- كذا فى الأصل، و فى نسخه: العين.

و يظهر من الأردبيلى (١) جريان الوجهين الأخيرين فى تصرّف المغبون ذى الخيار مدّعياً عدم الفرق بين المقامين. و هو خلاف ظاهر الأصحاب، و كأنّ الفارق أنّ مباشرة ذى الخيار بنفسه للعقد المخرج عن ملكه تقضى برفع سلطانه بعد ذلك على فسخه، فكأنّه هو المسقط لحقّ نفسه بخلاف الأوّل، فتأمل.

و أمّا المغبون، فإن كان هو البائع فظاهر كلامه عدم السقوط بتصرّفه بالثمن مطلقاً من غير إشكال، بخلاف تصرّف المشتري فإنّه استثنى منه التصرف المخرج عن الملك أوّلاً، و نظر فيه أخيراً.

و يشكل الفرق بينهما، بل هما سواء بالنسبه إلى ذلك فى الإسقاط و عدمه، إلّا أن يريد بقوله: «إلّا أن يكون المغبون المشتري» فى مقابله الغابن الذى هو البائع، و هو خلاف الظاهر.

و ظاهر الشارح فى الشرح نسبه الفرق إلى المشهور (٢) و نسبه بعض المتأخرين إلى أكثر الأصحاب (٣) و الشهره ممنوعه.

و الظاهر أنّ التقييد فى كلام البعض جرياً على الغالب. ألا ترى أنّ جماعه من الأصحاب قيدوا أصل ثبوت هذا الخيار بالمشتري، و منهم: المحقّق فى الشرائع (٤) و رتب هذا الحكم عليه، و من المعلوم كما سبق عدم إرادته هذا القيد بالنسبه إلى الأصل.

و ظاهر القواعد و التحرير و التذكرة و المهذب البارع و غايه المرام عدم الفرق (٥).

و فى المسالك قوى احتمال عدم الفرق قال: و إطلاق جماعه من الأصحاب الحكم ببطلان رجوع المغبون بتصرّفه المانع، و تعليلهم يشمل (٦) انتهى.

و فى جامع المقاصد بالنسبه إلى تصرّف البائع المغبون فى الثمن تصرّفًا مخرجاً عن الملك قال: لا أعلم فى ذلك تصريحاً. لكن فى عبارته التذكرة ما

١- مجمع الفائده ٨: ٤٠٤.

٢- الروضه ٣: ٤٦٥.

٣- راجع مفتاح الكرامه ٤: ٥٢٧.

٤- الشرائع ٢: ٢٢.

٥- القواعد ٢: ٦٧، التحرير ١: ١٦٦ س ٤٠، التذكرة ١: ٥٢٢ س ٤٠، المهذب البارع ٢: ٣٧٤، غايه المرام ٢: ٣٦ ٣٨.

٦- المسالك ٣: ٢٠٧.

يقتضى عمومه سقوط الخيار هنا بالتصرّف إذا كان مخرجاً عن الملك فإنّه قال: و لا يسقط هذا الخيار بتصرّف المغبون لأصالة الاستصحاب إلّا أن يخرج عن الملك ببيع أو عتق و شبهه، لعدم التمكن من استدراكه. هذا لفظه و هو شامل لما قلنا مع احتمال أن يريد به تصرّف المشتري خاصّه إذا كان هو المغبون لكن ما استدللّ به بعينه قائم فيما ذكرناه (١) انتهى.

و قد عرفت أنّ ذلك غير مقصور على التذكرة.

[التصرّف الناقل بطريق اللزوم]

قال المصنّف قدس سره: «و فيه نظر للضرر مع الجهل بالغبن فيمكن الفسخ و إلزامه بالقيمة أو المثل و كذا لو تلفت العين أو استولد الأمه»

لا ريب أنّه في التصرّف الناقل بطريق اللزوم من المغبون مع الجهل بالغبن أو بالخيار احتمالات:

الأول: تتبع العقود و فسخها و قد احتمله الأردبيلي (٢) و قد تقدّم تمريره.

الثاني: لزوم العقد بسببه و سقوط الخيار، و هو فتوى المشهور مطلقاً كما استظهرناه أو في خصوص المشتري.

الثالث: الفسخ و الرجوع إلى المثل و القيمة دفعاً للضرر المنفّى بالخبر.

و أقوى الوجوه الثاني باعتبار ما تقدّم، من عموم دليل السقوط بالتصرّف غايه ما يخرج عنه بالمتيقّن هو التصرّف الغير الناقل و ما بحكمه، و حديث الضرر (٣) غير معمول به على إطلاقه، مع أنّه هو الذي يسبّب الضرر على نفسه فلا حكم لضرره، و لا فرق في ذلك بين أن يعود إليه ما تصرّف فيه بفسخ أو إقاله أو موت الولد أو غيرها، مع عدم المنافاه للفورّيّه و عدمه خلافاً للشارح في الشرح (٤) إذ بعد السقوط لا يعود، للاستصحاب. و احتمال: أنّ سقوطه كان مراعى بعدم العود، ضعيف.

١- جامع المقاصد ٤: ٢٩٦.

٢- مجمع الفائدة ٨: ٤٠٤.

٣- الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار ح ٣ ٥، و ١٧: ٣١٩ ب ٥ من أبواب الشفعة، ح ١، ٣٤١ ب ١٢ من أبواب إحياء الموات، ح ٣ ٥.

٤- الروضة ٣: ٤٦٦.

و حيث إنّ هذه المسأله من المسائل الجليله و حكمها غير مستوفى فى كلامهم فلا بدّ فيها من بسط المقال، فنقول:

إنّ المغبون إمّا البائع أو المشتري، و العارض إمّا تلف أو تصرف، و التلف إمّا من البائع أو المشتري أو منهما، أو من أجنبيّ، أو من السماء، أو من المركّب بأقسامه.

و التصرف إمّا من الغابن أو من المغبون أو منهما، فى تملك عين أو منفعه لازم أو جائز أو مبعوض، أو وقف عامّ أو خاصّ أو تحرير، باختيار أو تنكيل أو سرايه أو إعداد للتحرير بكتابه أو ولاده أو تدبير، أو تصرف غير مغيّر كالركوب، أو مغيّر بالزيادة العيّيّه كالغرس للأرض، أو الحكميّة كقصاره الثوب، أو المشوبه كصبغه أو بالنقصان عيناً أو عيباً أو وصفاً بالامتزاج المقتضى للشركه كخلطه بالأجود أو بالمثل أو بالأردإ، أو بما لا يقتضى الشركه، أو بغير الزيادة و النقصان كنصب الفصّ فى الخاتم، أو بهما معاً على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابوناً.

ثمّ إمّا أن يزول المانع من الردّ قبل الحكم ببطلان الخيار أو بعده، أو لا يزول.

و هذه جمله أقسام المسأله، و قد جعل الشارح منها ما إذا كان المغبون البائع و المشتري معاً (١) و هو غير متعلّق فيسقط بصوره، لأنّ الغبن فى طرف البائع إنّما يكون إذا باع بأقلّ من قيمه السوقيه و فى طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثل من الأثمان أو العروض أو أحدهما من أحدهما و الآخر من الآخر، فلا يتعلّق كونهما مغبونين معاً، و إلّا لزم كون الثمن أقلّ من قيمه و أكثر منها، و هو محال.

و قد تفرّض فى صوره تعدّد المبيع و الثمن و اتّحاد العقد، و لكن العقد باعتبار تعدّد الثمن بحكم البيعين و الكلام فى البيع الواحد، فتأمّل.

و جمله القول فى هذه الصور: أمّا بالنظر إلى التلف فإن كان المتلف الغابن لما فى يده فسخ المغبون و رجع عليه بالمثل أو قيمه، و إن كان لما فى يد المغبون فسخ المغبون و ارجع ماله و لا شىء عليه إن كان المدفوع مثلياً لوقوع التهاتر

قهرتاً، وإن كان قيمياً أو مثلياً وقد تعذر كان مطالباً بالقيمة وقت الفسخ على أحد الوجهين، وحينئذٍ فإن ساوت وقت التلف فلا إشكال، وإن زادت أخذ الزائد، وإن نقصت دفع الزائد. نعم لو قلنا بالفسخ من الأصل لا من حينه لم يكن عليه شيء مطلقاً.

وإن كان المتلف المغبون لما في يد الغابن وقد فسخ دفع مال الغابن إليه، وبالنسبة إلى الرجوع عليه على نحو ما سبق، هذا مع الجهل بالخيار.

وَأَمَّا مع العلم فإنه فسخ كما تقدم، مع احتمال أنه فسخ مطلقاً.

وقد يقال: إن إتلاف المنقول عنه كإتلاف المنقول إليه مسقط لخياره، وهو ضعيف. وإن كان لما في يده فالظاهر جريانه مجرى التصرف اللازم وفاقاً للمحقق الثاني، لأن الإتلاف أقوى من التصرف المخرج عن الملك (١) إن لم نقل بالتلازم بينهما فيجوز الاحتمالان السابقان من الثلاثة المتقدمه، والمختار المختار.

وَأَمَّا التلف من السماء ومثله تلف الأجنبي، فقد تردّد فيه المحقق الثاني، من عدم استدراكه، ومن عدم التقصير من المشتري فلا يسقط حقه (٢).

وَالأقوى عدم السقوط استصحاباً لبقاء الخيار. وما يتخيل: أنه من تغاير الموضوع، لا وجه له، لأن الموضوع، العقد وهو لم يتغير، وليس الموضوع المبيع. ودعوى: تشخص العقد بالمعقود عليه، ممنوعه.

وَأَمَّا بالنظر إلى التصرف، فإن كان المغبون هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً، فإن فسخ وجد العين باقية على ملكه لم يتغير تغيراً يوجب زياده القيمة أخذها، وإن وجدها متغيره بصفه محضه كالطحن والقصاره فكذلك، ولا شيء عليه، خلافاً للشارح فله اجره عمله جازماً به في الشرح (٣) وقواه في المسالك (٤) للأصل، ولاستناد تضييع عمله إليه ولا مدخلته فيه للبائع، ولو زادت قيمة العين بها شاركه في الزيادة بنسبه القيمة.

١- جامع المقاصد ٤: ٢٩٧.

٢- جامع المقاصد ٤: ٢٩٧.

٣- الروضه ٣: ٤٦٨.

٤- المسالك ٣: ٢٠٥.

وإن كان صفة من وجه و عيناً من اخرى كالصبيغ صار شريكاً بنسبته، كما مرّ و أولى هنا. و لو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس أخذ المبيع و تخير بين قلع الغرس بالأرث و إبقائه بالاجر، لأنه وضع بحق، و لو رضى ببقائه لها و اختار المشتري قلعها، فالظاهر أنه لا أرث عليه و عليه تسويه الحفر حينئذ.

و لو كان زرعاً و جب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالاجر كما في الشرح (١) و يشكل بما سبق: من الأصل، و استناد ضرره إليه، و لا مدخلية للبائع فيه، و أنّ فسخه بحكم الشارع فلا يستعقب شيئاً. و حديث الضرر (٢) غير مسلم الحجية إلّا حيث يحصل له الجابر، و الشأن في حصوله في هذا المقام و إن كان هو مذهب الأشهر في باب الشفعة فيتعين القلع بغير أرث خصوصاً مع علم الغابن بالغبن و إن لم يعلم المغبون به، لإقدامه على ذلك، فتأمل.

و إن وجدها ناقصه أخذها مع أرث النقصان، لأن مقتضى الخيار ترادّ العوضين على ما كان عليه مع وجودهما و المثل و القيمة مع التلف للكُلّ أو البعض، خلافاً للشارح في الشرح في أخذها مجاناً كذلك إن شاء (٣).

و ترقى في المسالك إلى صورته ما إذا كان النقص بفعل المشتري قال: و إن كان بفعله فالظاهر أنه كذلك، لأنه تصرف في ملكه تصرفاً مآذوناً فيه، فلا يتعقبه ضمان (٤) انتهى.

و هو بعيد، و لعله يريد بذلك نقص الصفة لا- العين، و مع ذلك بالنسبة إلى الصفة التي تنقص القيمة و خصوصاً فيما جعل الشارع لها أرثاً كما في العيب لا يتعدّد.

و لو وجدها ممتزجه بغيرها، فإن كان بمساوٍ أو أردأ صار شريكاً، و يتعين عليه دفع الأرش بالنسبة إلى الثاني، بل بالنسبة إلى الأول أيضاً لعيب الشركه على إشكال، و له إلزامه بالمثل أو القيمة في وجه سيّما في الثاني.

١- الروضة ٣: ٤٦٩.

٢- الوسائل ١٢: ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار، ح ٣ ٥، و ١٧: ٣١٩ ب ٥ من أبواب الشفعة، ح ١، و ٣٤١ ب ١٢ من أبواب إحياء الموات، ح ٣ ٥.

٣- الروضة ٣: ٤٦٩.

٤- المسالك ٣: ٢٠٥.

و إن كان بأجود، ففي سقوط خياره من العين و الانتقال إلى المثل أو القيمة أو كونه شريكاً بنسبه القيمة أو الرجوع إلى الصلح و نحوه، أو جهه، و الثالث لا يخلو عن قوّه، لبقاء ماله، و أصاله بقاء خياره، كذا في المسالك (١).

و أما احتمال سقوط خياره بالمزّه كما ربّما يظهر من الشرح (٢) فضعيف جداً.

و لو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميّز، فكالمعدومه.

و لو وجدها منتقله بعقد لازم، فإن كان عقد تمليك قام فيه الاحتمالات السابقه بتمامها، و إن كان وقفاً أو عتقاً قام فيه منها احتمالان و سقط الثالث، كما تقدّم.

إلّا أنّ كلامهم في باب الشفعه فيما لو أخذ الشفيع بها و وجد المشتري قد وقف الأرض مسجداً، قد ينافي ذلك.

و لعلّ مستندهم هناك سبق حقّ الشفعه على الوقف، و هو جارٍ فيما نحن فيه إلّا حيث لا يعلم المغبون بالخيار و قلنا بتوقّف ثبوته على العلم.

و قد عرفت ما هو المختار في الجميع من الانتقال إلى المثل أو القيمة. و كذا لو كان التحرير بتنكيل أو سرايه أو إعداد للتحرير و إن كانت باقيه على ملكه مع عدم إمكان الردّ كالولاده.

ثمّ إن استمرّ المانع استمرّ السقوط، و لو زال المانع قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد أخذ العين، مع احتمال العدم خصوصاً مع المنافاه للفور، لبطلان حقّه بالخروج، فلا يعود.

و يحتمل الفرق بين انتقالها بالبيع و نحوه و مانع الاستيلاد، فيبطل في الأوّل دون الثاني، لزوال الملك في الأوّل المبطل للرجوع في العين بخلاف الثاني، فإنّ الملك باق و إنّما منع من الردّ مانع و قد زال.

و في المسالك: و هذا الوجه لا يخلو عن قوّه (٣).

١- المسالك ٣: ٢٠٦.

٢- الروضه ٣: ٤٧٠.

٣- المسالك ٣: ٢٠٦.

و لو كان العود بعد الحكم بالعوض سواء قبضه أو لا، ففي رجوعه إلى العين وجهان: من بطلان حقه من العين، و كون العوض للحيلولة. و يحتمل الفرق بين أخذ العوض و عدمه.

و لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار احتتمل إلزامه بالفسخ، فإن امتنع فسخ الحاكم، فإن تعدّد قيل يفسخ المغبون.

و في المهذب البارع: إنّ له الفسخ مطلقاً (١) و هو بعيد (٢). و يحتمل عدمه فينتقل إلى البدل كاللازم.

و إن وجد المانع من الردّ نقل المنافع على وجه اللزوم كالإجاره و التحبيس جاز له الفسخ و انتظار انقضاء المدّة و تصير ملكاً من حينه.

و تظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل في تلك المنفعة المنقوله من حمل أو ثمره أو استخدام و عتق و نحوها.

و يجب عليه الصبر مجّاناً حتّى ينقضى مدّة الإجاره، باعتبار أنّ المنفعة المتجدّده و إن كانت معدومه سابقاً إلّا أنّ الشارع جعلها بحكم الموجوده، و لهذا صحّ العقد عليها، و قد استوفاه بالإجاره، فتكون كالمنفعة المستوفاه قبل الفسخ.

و يحتمل الفرق بين المدّة الطويله جداً فتقوم مقام التلف للعين و غيرها و لا يجوز له تأخير الفسخ حتّى تنقضى المدّة على القول بأنّه للفور مع احتمال له لأنّه تأخير لعذر.

و يجب عليه ردّ العوض عاجلاً من حين الفسخ لانتقال العين إليه من حينه و دخوله على تحمّل الصبر، و يحتمل العدم لعدم انتفاعه التام بالفسخ فله الانتفاع بالعوض. و مثله يجرى في الشفيع إذا أخذ بها و وجد العين مشغوله بنظائر ذلك.

و لو وجد المنفعة منقوله بالنقل الجائر كالسكنى المطلقه، فله الفسخ.

هذا كلّه إذا لم يكن تصرفاً في الثمن تصرفاً يمنع من ردّه و إلّا جاءت الاحتمالات المتقدّمه في التصرف اللازم من المغبون. و قد علمت ما هو المختار منها.

١- المهذب البارع ٢: ٣٧٧.

٢- بعض النسخ: غير بعيد.

و إن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقاً، و يجرى فيه جميع الكلام السابق في صورة العكس.

و أمّا تصرفه فيما غبن فيه، فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم و لا مانع من الردّ، فله ردّها سواء زادها أو نقصها أو مزجها أو آجرها و في الناقل و المانع ما تقدّم، و مستند ذلك ظاهر الأصحاب، فإن تمّ إجماع فيها و الظاهر تماميته و إلّا فمقتضى قاعده التصرف السقوط.

ثمّ إنّ الشارح قد فرّق بين تصرف الغابن و المغبون بالنسبة إلى صورة النقص، فحكم في الأوّل مع وجدانها ناقصه بالأخذ مجازاً، و في الثاني بدفع الأرش، من قبله كان النقص أو من قبل الله تعالى و كذلك حكم بالنظر إلى الغرس. ففي الأوّل خير المغبون بين القلع بالأرش و الإبقاء بالاجر. و في الثاني حكم بالإبقاء من غير أرش إن لم يرض البائع بالاجر، و كذلك حكم في المقام الأوّل في صورة خلطه بالأردإ بالشركة من دون أرش، بخلاف الثاني فقال فيه و في خلطه بالأردإ الأرش، و بالأجود فإن بذل بنسبته فقد أنصفه، و إلّا فإشكال (١).

و كأنّ الفارق بينهما عنده أنّه في المقام الثاني هو الفاسخ للعقد و الفاعل للفعل فيكون تضرّره قد جاء بسببه و قد أقدم عليه، بخلاف الأوّل. و الظاهر عدم الفرق في الجميع بين المقامين كما تقدّم.

ثمّ إنّ هذا الخيار لا يثبت به أرش إجماعاً محصّياً و منقولاً عن التذكرة (٢) مضافاً إلى أنّ ثبوت الأرش على خلاف القاعده كما سيأتي، فيفتقر إلى الدليل، و لا دليل عليه في المقام.

و هل هذا الخيار على الفور أو التراخي؟ قولان، و الأصحّ الأوّل كما تقدّم في خيار التأخير.

و لو اشترى عينين بثمانين مع وحده العقد إيجاباً و قبولاً فظهر الغبن في

١- الروضه ٣: ٤٦٩ و ٤٧٣.

٢- التذكرة ١: ٥٢٣ س ١١.

أحدهما كان له الفسخ فيه في وجه دون الآخر، لتعدّد العقد في الحقيقه و إن اتّحد بحسب الصوره، و ليس للبائع الخيار بسبب التبعض، و يجوز للمشتري الفسخ فيهما معاً في وجه آخر.

أمّا لو اتّحد الثمن لم يكن له إلّا الفسخ في الجميع سواء اتّحدت العين أم تعدّدت مع اتّحاد البائع و المشتري، أمّا مع تعدّدهما أو تعدّد أحدهما مع تعدّد العين و وحدتها، فكلام يأتي في خيار العيب.

[الثامن: خيار العيب]**إشاره**

قال المصنّف قدس سره:

«الثامن: خيار العيب»

لا- ريب في أنّ الأصل في جميع الكائنات من جمادات أو نباتات أو حيوانات إنّما يكون على نحو ما غلبت (١) عليه حقيقتها من التمام في الذات و عدم النقص في الصفات، أجناساً أو أنواعاً أو أشخاصاً، من غير فرق بين المبيع و غيره.

[وصف الصّحّه ليس داخلاً في المبيع]

ثمّ إنّ وصف الصّحّه ليس داخلاً في المبيع و إلّا لزم مع ظهور الخلافات البطلان في المعين، و مع الإطلاق يجب طلب السالم إن وجد، و إلّا بطل العقد إن حصل اليأس منه، و هو خلاف الاتفاق نصّاً و فتوى. و لا أنّ المبيع ينصرف إلى الصحيح انصرافاً كانصراف المطلق إلى الفرد الشائع بنفسه أو بواسطة العقد، و إلّا لزم المحذور السابق في بيع الكليات.

نعم في المعين بناءً على ذلك قد يغلب جانب الإشاره على الوصف، خصوصاً أنّ الوصف غير مصرّح به، بل المراد بالمبيع الأعمّ من الصحيح و المعيب، و هما بالنسبه إلى صدق اللفظ متساويان، و لكن الإقدام ليس إلّا على الصحيح، للأصل المتقدّم باعتبار غلبه الصحيح، و هذه الغلبه إنّما تقضى بندره الوجود لا بندره الإطلاق، فالعاقد قد قصد مدلول اللفظ و لكنّه توهم الصحيح توهماً، و لا عبره بالتوهم مع القصد إلى مدلول اللفظ في الجملة، فتأمل.

[تعريف العيب]

قال المصنّف قدس سره: «و هو كلّ ما زاد على الخلقه الأصليّه، أو نقص منها عيناً كان كالإصبع، أو صفه كالحمّى و لو يوماً»

العيب فى اللغه الوصمه و العار، و الوصم العقده فى العود، و وجه المناسبه بين هذا المعنى و المعنى الذى ذكره المصنّف ظاهره. و يظهر من جماعه من أهل اللغه: أنّ هذا المعنى العرفى للعيب من المعانى اللغويّه أيضاً كما فى القاموس و الصحاح و المصباح، حيث تركوا تفسيره إحالته على العرف. و قالوا: عاب المتاع عيباً من باب سار فهو عائب، و عابه صاحبه فهو معيب و معيوب.

و عند المتشرّعه هو ما زاد أو نقص عن أصل الخلقه، كما فى الشرائع و النافع و التحرير و الدروس (١) و المتن. أو عن المجرى الطبيعى، كما فى القواعد و التذكره و الإرشاد و التبصره (٢).

و زاد فى القواعد و التذكره و التحرير و جامع الشرائع التقييد بنقص المائيه (٣) و فسّروا أصل الخلقه و المجرى الطبيعى بأكثر النوع الذى يعتبر فيه ذلك ذاتاً و صفه.

و علّل العدول عن التعبير بالخلقه الأصليّه إلى التعبير بالمجرى الطبيعى و هو ما جرت به العوائد الغالبه لاندرج الامور التى ليست مخلوقه أصلاً ككون الضيعة ثقيله الخراج و منزل الجنود و نحو ذلك.

و علّل التقييد بنقص المائيه فى كلام البعض لئلا يلزم دخول ما ليس من العيب فيه، كزياده الشعر الخارج عن العاده فى بعض أعضاء الإنسان بحيث يزيد فى حسنه كما فى الأهداب و الحواجب، أو نقصانه كذلك فى شعر العانه و نحو ذلك.

و اورد على التقييد بذلك خروج ما اجمع على كونه من العيوب مع إيجابه زياده المال كالخصى، و كذا عدم شعر الركب الذى هو مورد الروايه، و المراد به

١- الشرائع ٢: ٣٦، النافع: ١٢٥، التحرير ١: ١٨٢ س ٢١، الدروس ٣: ٢٨١.

٢- القواعد ٢: ٧٢، التذكره ١: ٥٢٤ س ٢٢، الإرشاد ١: ٣٧٦، التبصره: ٩١.

٣- القواعد ٢: ٧٢، التذكره ١: ٥٢٤ س ٢٣، الجامع للشرائع: ٢٦٥.

منبت شعر العانه كما فى مجمع البحرين (١).

و اجيب بأن المراد ما كان موجبا لنقص المال عند التجار كما قيده به فى التحرير و جامع الشرائع (٢) و لا- ريب فى نقص قيمه المجبوب و الخصى عند التجار و أصحاب الأشغال، لعجزهما عن أكثر أفعال الفحول من نسل و غيره. و إنما يرغب إليه بعض أفراد الناس كالحكام و السلاطين لرؤيه نسائهم و دخولهما عليهن، و هذا نفع ألغى الشارع منفعتة، و جعل ذلك النقص و ما ترتب عليه حراماً، مع أن المعتبر النقص المالى أعم من أن يكون سبباً فى نقص القيمة أم لا.

و ما يقال عرفاً: إن فى هذا المال نقصاناً بحسب ذاته و لا تنفيه زياده قيمه من جهه اخرى، فإن القيمة ليست جزء من المبيع و لذا يتخير المغبون بين الإمضاء مجاناً و الردّ و الغاصب لا يضمن القيمة السوقية إلى غير ذلك بخلاف المال، فإن نقصه نقص جزء من المبيع.

و التحقيق الحواله فى العيب إلى العرف، و أن تعاريف الأصحاب له من قبيل التعاريف اللفظية للكشف عن المعرف، و من هنا اختلفت عموماً و خصوصاً و تقييداً و عدمه.

و أما ما ورد فى بعض الروايات فى تفسيره، فليس لبيان المعنى الشرعى لا بطريق الحقيقه و لا المجاز كما فى قضيه ابن أبى ليلى مع محمّد بن مسلم حيث روى له: «كلّ ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب.» (٣) بل لبيان الكشف عن المعنى العرفى أيضاً، لأنّ الموضوعات العرفية الخفية قد يكشف عنها الشرع كما يكشف عن الموضوعات الشرعية.

و لو لا- ذلك لأشكل التمسك بهذه الضابطه، لعدم اطرادها فى أقسام العيوب. و دعوى: استفادته من دلالة الإيماء أو بتنقيح المناط بغير النحو الذى نقوله، ممنوعه.

١- مجمع البحرين ٢: ٧٥.

٢- التحرير ١: ١٨٢ س ١٩، الجامع للشرائع: ٢٦٥.

٣- الوسائل ١٢: ٤١٠، ب ١ من أبواب أحكام العيوب، ح ١.

و عدم انعكاسها أيضاً، مع أنه قد يظهر منها أنّ المراد خصوص الزيادة و النقص الطارئين على أصل الخلقه و لا قائل به، فتأمل.
 و الحاصل أنّ الزيادة و النقص قد تكون عيباً في الجنس كزيادة عضو في الحيوان أو قد تكون في خصوص النوع كزيادة العوره
 و عدمها كالممسوح و عدم الشعر على الركب في نوع الإنسان، و قد تكون في خصوص الصنف كزيادة اللحية في الرجل و
 نقصان شعر الرأس في المرأة.

فالعيب يختلف أشدّ الاختلاف باعتبار الأجناس و الأنواع و الأصناف، فالعمى و العرج و العور و المرض مشترك بين أنواع
 الحيوان و الحول و الخوص و الثيوبه إلماً للسودان في وجه و نحوها من خصائص الإنسان و قلّه الأكل و الركض من خصائص
 الحيوان.

و قد يكون العيب كالعضو الصغير في بدن الكبير و الكبير جداً في بدن الصغير، و قد يكون له دخل بالخلقه، و قد لا يكون إلماً
 بتكلف ككون العبد سارقاً أو زانياً أو آبقاً أو ممكناً من نفسه، و نحو ذلك.

ثمّ اعتبار زيادة العين عيباً على الإطلاق، لا وجه له، إذ زيادة القرن أو كثره شوائخه أو زياده أليته أو غيرها ليست من المعايير. و
 نقصان القرن و نحوه كذلك، و زياده الصفه مستمرّه كالوشم و نحوه، و غير مستمرّه كالخضاب و نحوه كذلك، و زياده الصفه
 في الصفه قد تكون عيباً، كما إذا أخرجته عن صفه الحمرة إلى قرب السواد مثلاً أو بالعكس في مقام الضرر، و قد تكون محسنه،
 و كذا نقص الصفه فيها، و كذا زياده العين فيها كالبصم و النقش و نحوهما. ففي الحقيقه لا يمكن الرجوع إلماً إلى العرف، لعدم
 إمكان الضبط، و الاقتصار على مورد الإجماعات المنقوله على بعض الأفراد مخالف للإجماع. و حينئذٍ كلّما قضى به العرف عيباً
 حكمنا به، و ما شككنا فيه نرجع فيه إلى القاعده من عدم ثبوت الخيار و الأرش كما سيأتى، و الظاهر ملازمه الصدق العرفي
 للعيب لنقصان قيمه، و لهذا أثبت الأصحاب الأرش في كلّ معيب.

[للمشتري الخيار مع الجهل بين الردّ والأرش]

قال المصنّف قدس سره: «فللمشتري الخيار مع الجهل بين الردّ والأرش»

ليس مستند ثبوت هذا الخيار دخوله تحت خيار الاشتراط باعتبار أنّ الصحّحه اخذت شرطاً ضمّتيّاً و ذلك لأنّ الشرط الضمّني المعتبر هو المراد من اللفظ على وجه الشرطيّه المدلول عليه بالقرينه الحائيه أو المقاليّه، و ليس هذا كذلك، و لا أقلّ من الشكّ، و الأصل عدم الاشتراط، مع أنّ الشرط الضمّني محلّ خلاف و هذا الخيار محلّ وفاق، على أنّه بناءً على ذلك يكون له الردّ فقط لا التخيير بينه و بين الأرش، و كون اشتراط الصحّحه مع التصريح لا يفيد إلّا مجرّد التأكيد لا يقضى بذلك. و ربّما قيل: إنّ فائده اشتراط الصحّحه جواز الفسخ و إن تصرّف لو ظهر عيب يفيد فائده زائده على الإطلاق.

و لا مستنده دخوله تحت باب التبعض فيكون الأرش على وفق القاعده باعتبار أنّ الأصل في نقص كلّ صفه استحقاق الأرش، و ليس المراد بذلك وصف الصحّحه فقد تقدّم فسادها بل صفه المبيع لأنّها كجزء من المبيع مثلاً و قد ظهر عدمه فيقسط الثمن تقسيط تبعض الصفقه، و ذلك فإنّ المقابل إنّما هو العين و هذه إضافه خارجه عن العوضين. نعم في العيب المنقّص للعين قد يتأتّى فيه ذلك، و لكنّ الظاهر عدم اجتماع الخيارين العيب و التبعض، لأنّ الأوّل مبنيّ على حصول تمام المبيع و نقص بعض الأجزاء لا يقدح فيه ممّا ليس بإزائه شيئاً (١) من الثمن، و الثاني على عدمه.

و احتمال التفكيك و أنّ ثبوت أصل الخيار للشرط أو الوصف و ثبوت الأرش للدليل، لا وجه له أيضاً.

و لا مستنده حديث الضرر و الضرار، فإنّ حديث الضرر بمجرّده لا يفيد شيئاً بل هو من المجملات، مع أنّه هو سبب الضرر على نفسه بإقدامه و كان عليه الفحص و التفتيش، على أنّ الضرر يندفع بالردّ فقط.

بل هو خيار مستقلّ و مستنده الدليل الخاصّ من الإجماع المحصّل على

الظاهر و المنقول عن الخلاف و الغنيه و الرياض، و ظاهر التذكرة و الكفايه و مجمع البرهان (١) و أخبار الفرقة المرسله فى الخلاف (٢) و عدم العثور عليها لا ينافى ذلك.

و ما فى الفقه الرضوى من قوله: إن خرج فى السلعه عيب و علم المشتري فالخيار إليه إن شاء ردّ و إن شاء أخذه و ردّ عليه بالقيمه أرش العيب (٣).

و قال بعض المتأخرين: إنّ أو زياده مكان الواو (٤).

و العمده فى الدليل الإجماع و يجعل دليل الضرر مؤيداً، فإنّ روايه الفقه عندنا لم يثبت كونها من الروايات حتّى تجبر بالجواب، كما تقرّر فى محلّه.

و قد استدللّ فى التذكرة على المسأله، بما رواه الجمهور من أنّ رجلاً اشترى غلاماً فى زمان رسول الله صلى الله عليه و آله و كان عنده ما شاء الله ثمّ ردّه من عيب و جده به، و بقول أحدهما عليهما السلام فى مرسل جميل: فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال: إن كان قائماً ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب (٥).

و فى افادتهما المطلوب نظر، أمّا النبويّ فخالٍ عن الأرش بالكليه، مع أنّ الظاهر منه جواز الردّ بعد التصرف فى الجملة، إذ يبعد أن يكون عند العرب ما شاء الهلّ و لا يستخدمونه بشىء أصلاً مع أنّا قد نقصره. و أمّا روايه جميل فقد دلّت على جواز الردّ ما دام باقياً و إن تصرف فيه إلّا أن يكون ثوباً و قد تصرف فيه أحد التصرفات المذكوره فإنّه يرجع بالأرش، و ذلك لا يتم على ما قرّره فى مسائل الباب.

و الحاصل أنّ روايات الباب جميعها خاليه عن ذكر الأرش بالنحو الذى ذكره الأصحاب، و إنّما ذكر فيها الردّ فقط أو الأرش بعد التصرف المانع من الردّ فقط أو

١- لم نجد فى الخلاف التصريح بالإجماع فى أصل المسأله، نعم نقله فى بعض فروعاته، راجع ج ٣ ص ١٠٩ المسأله ١٧٨،

الغنيه: ٢٢١، الرياض ٨: ٢٥٨، التذكرة ١: ٥٢٤، الكفايه: ٩٣ س ٢٨، مجمع الفائده ٨: ٤٢٤.

٢- راجع ج ٣ ص ١٠٩ المسأله ١٧٨.

٣- فقه الرضا: ٢٥٣.

٤- الحدائق ١٩: ٦٤.

٥- التذكرة ١: ٥٢٤ س ٢٠.

هما، وليس فى شىء منهما ما يدل على ثبوت الأرش قبل التصرف لا مستقلاً و لا مع الردّ. فليس المستند إلّا الإجماع محصّله و منقوله، كما عرفت.

فإن قلت: يلزم على ذلك الجمود على مورد الإجماع من خصوص البيع و خصوص المشتري و لا تقولون به.

قلنا: أمّا بالنسبه إلى الثمن فالظاهر انعقاد الإجماع عليه كالمثمن مع تساويهما فى أغلب الأحكام، مع أنّ المناط منفتح لاتحاد الطريق، و أمّا بالنسبه إلى العقود الاخر فلا يبعد دعوى الإجماع فى ذلك أيضاً و تنقيح المناط و لكنّه لا يخلو من إشكال.

ثمّ إنّ اعتبار الأرش فيما لو كان العيب منقّصاً للقيمه لا إشكال فيه. أمّا لو كان قيمه المعيب مساويه لقيمه السالم أو أزيد كما فى المجهوب و الخصي فمحلّ كلام.

قال فى جامع المقاصد: و فى أخذ الأرش بهما إشكال منشؤه عدم الاطلاع على قدر نقص القيمه (١).

و استشكله أيضاً فى التذكرة و حواشى المصنّف باعتبار عدم تحقّق النقص فى المائيه (٢).

و احتمال فى الدروس و المسالك سقوط الأرش و بقاء الردّ قال: و يشكل مع حصول مانع من الردّ كحدوث عيب أو تصرف، فإنّ الصبر على العيب ضرر و الردّ إضرار (٣).

و قال فى مجمع البرهان: ينبغى التأمل فى الدليل الموجب للردّ و الأرش فإن كان بحيث يشمل العيب الذى تزيد به القيمه لزم ذلك، و إلّا فما ذكر من سقوط الأرش جيّد، ثمّ تنظر فى دليل جواز الردّ كذلك، فإن شمله و إلّا فلا، فحينئذٍ بالحقيقه ليس بعيب (٤) انتهى.

١- جامع المقاصد ٤: ٣٢٤.

٢- التذكرة ١: ٥٢٨ س ٢٣، و لم نعر عليه فى الحاشيه المنسوبه إلى المصنّف.

٣- الدروس ٣: ٢٨٨، المسالك ٢: ٢٨٤.

٤- مجمع الفائده ٨: ٤٢٨.

و التحقيق أنّ الخصاص و الجبّ يوجبان نقصاً غالباً كما تقدّم، و طريق معرفه أرشه قطع النظر عن زياده قيمه فيفرض عبداً مسلوب المنفعه المترتبه على تلك النقيصه من القابليه للنسل و القدره على ما تقدر عليه الفحول من الأعمال الاخر فيقوم كذلك و يقوم صحيحاً و يؤخذ بالنسبه.

فإن قلت: يلزم الظلم على البائع، لتضرّره.

قلنا: إن كان عالماً فهو أقدم على الضرر بنفسه فلا اعتبار لضرره، و إن كان جاهلاً فقد يقال بثبوت الخيار له فلا ضرر عليه، مع أنّ زياده قيمه في المقام قد ترتبت على منفعه ألغاهها الشارع و حرّمها و حرّم الفعل الّذى نشأت منه فلا حكم لها، على أنّ ضرر البائع معارض بضرر المشتري حيث لا يمكنه الردّ لحدوث عيب و تصرّف، و يشهد لما ذكرنا حكم الأصحاب في باب الغصب بأنّه لو خصى الغاصب العبد كان عليه كمال قيمته و ردّه.

[في معنى الأرش]

قال المصنّف: «و هو مثل نسبه التفاوت بين القيمتين من الثمن»

اعلم أنّ الأرش يطلق على معان:

منها: نقص قيمه لجنايه الإنسان على عبد غيره في غير المقدّر الشرعي.

و منها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجنايه كقطع يد العبد.

و منها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعي. و الأرش و هو ما تلف بجنايه الغاصب. و المراد به في هذا المقام اصطلاحاً منهم جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبه نقص قيمه المعيب إلى قيمه الصحيح، بأن يقوم المعيب صحيحاً و معيباً و يؤخذ من الثمن مثل تلك النسبه لا تفاوت ما بين المعيب و الصحيح، لأنّ الأرش على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقّن، و لأنّ المدار في النقصان على ما أقدم عليه من قيمه لا على ما لم يقدم عليه، و لأنّه قد يحيط بالثمن أو يزيد عليه فيلزم أخذه العوض و المعوّض و قد نهى عنه النبيّ صلى الله عليه و آله بقوله: لا تجمع بين العوض و المعوّض لواحد (١).

١- نقله في مفتاح الكرامه ج ٤ ص ٦٣١ س ٢٨، و لم نظفر بمأخذه بعد التتبع في أحاديث الخاصّه و العامّه.

وقال ابن إدريس: هذا ممّا يغلط به بعض الفقهاء فيوجبون الأرش بين القيمتين (١) و كأنّه عنى المفيد فى المقنعه حيث قال: يقوم الشىء صحيحاً و يقوم معيباً و يرجع على البائع بقدر ما بين الثمنين (٢).

و نحوه ما فى النهايه و ما حكى عن والد الصدوق ٢ و هم قد تبعوا فى ذلك ظواهر النصّ، كصحيحه محمّد بن مسلم و غيرها (٣) و النصّ و كلامهم منزل على الغالب من شراء الشىء بقيمته، كتخصيصهم الأرش بالمشتري، مع أنّه قد يكون للبائع كأن يفسخ بخياره بعد تعيبه فى يد المشتري عيباً مضموناً، فإنّ البائع حينئذٍ لا يأخذ من الثمن بل يأخذ تفاوت ما بين القيمتين و إلّا فكيف يخفى مثل ذلك على هؤلاء المشايخ العظام.

و قد يحمل كلامهم على نحو من الحذف و التقدير اتكّالاً على وضوح المراد.

ثمّ إنّ تقويمه فى الحالين ليس المدار فيه على قيمه حال العقد، و لا على أقلّ الأمرين من حال العقد و حال التملك، بل المدار على حال التملك، و يختلف الحال فى مثل السلم و الصرف ممّا شرط الملك فيه القبض و الإجازة فى الفضولى بناءً على النقل و ذلك فإنّ وقت استحقاق الأرش وقت الدخول فى الملك، و كلّ من قال بأنّ المدار على وقت العقد أراد ذلك جرياً على الغالب كالمصنّف فى الحواشى و الشارح فى المسالك و المحقّق الثانى و المقدّس الأردبيلى (٤) و غيرهم.

و قيل: إنّ المدار على حين القبض، و المراد به غير ما هو شرط فى الملك، و هو خيره الشيخ على ما نقله عنه فى التحرير (٥)، لأنّه يوم دخول المبيع فى ضمانه و حين استقرار الملك إذ المبيع (٦) فى معرض الانفساخ لو حصل التلف.

و فيه: أنّه لا دخل لذلك فى اعتبار قيمه حينئذٍ.

١- السرائر ٢: ٢٩٦.

٢- المقنعه: ٥٩٧.

٣- الوسائل ١٢: ٤١٣ ب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٤- المسالك ٣: ٣٠٠، جامع المقاصد ٤: ٣٣٥، مجمع الفائدة ٨: ٤٢٦.

٥- التحرير ١: ١٨٣ س ٧.

٦- كذا: و الظاهر البيع.

و احتمال فى القواعد و يلوح من الإيضاح الميل إليه اعتبار أقل الثمنين منهما (١) لأنّ القيمه إن كانت يوم الملك أقلّ فالزيادة حدثت فى ملك المشتري، و لأنّ يوم الملك يوم الاستحقاق، و إن كان يوم القبض أقلّ فالنقص من ضمان البائع، لأنّه وقت الاستقرار. و ضعفه ظاهر.

و اعتبار حال التقويم أو التسليم أو المطالبه أو الأعلى على اختلاف وجوهه، لا وجه له.

ثمّ إنّ الأرش حيث يثبت إن كان الثمن فى ذمّه المشتري بعد برئ عن قدر الأرش عن طلبه، و إن كان قد سلّمه و هو باق فى يد البائع، فالأقرب أنّه لا يتعيّن حقّ المشتري فيه، لأنّه غرامه.

و الظاهر أنّ الأرش غير داخل فى المبيع و الثمن، إذ لا يعدّ عرفاً كذلك، فمن نذر بيع شىء مثلاً لم يفّ بإعطاء الأرش و لو دخل لزمت الجهاله، لا سيّما أرش، الأرش و هكذا.

و من هنا لا يجرى عليه حكم الصرف من اشتراط القبض فى المجلس.

نعم يثبت فيه الربا باعتبار أنّ الربا تعمّ على الظاهر كلّما استند إلى البيع و لو على طريق التسيب.

[لو تعددت القيم]

قال المصنّف قدس سره: «و لو تعددت القيم اخذت قيمه واحده متساويه النسبه إلى الجميع فمن القيمتين نصفهما و من الخمس خمسها»

التعدّد إمّا أن يكون بالتوارد على شخص واحد أو على أشخاصٍ متماثله و هو أحدها أو خارج عنها و اكتفى بها عنه، أو كان سبب الاختلاف الاختلاف فى الحقيقه كالاختلاف فى أنّ هذا السيف خراسانى أو هندىّ و الفرس نجيب أو برزون و هكذا.

ثمّ الاختلاف إمّا أن يكون مستنداً إلى ما مرّ، أو إلى زمان أو مكان، أو خصوص بائع أو مشتري، من جالب و غيره، و تاجر و غيره، و هكذا أو واسطه، و الظاهر ملاحظه الجميع.

ثم إنَّ باب التقويم مرّه يكون بالإخبار عن القيمه السوقيّه الموجوده فى الخارج و هو من باب الشهاده، فلا بدّ فيه من العداله و التعدّد و لا يكتفى فيه بخبر العدل الواحد. و مرّه يكون الإخبار بطريق الحدس و الاجتهاد، و هو المراد فى المقام.

و هل هذا من باب الشهاده كالأوّل؟ فيعتبر فيه التعديل و التعدّد و نحوها، و يلزم مثله إذن فى الوزان و صاحب الميزان و صاحب العيار إلى غير ذلك، فيؤخذ بالعدل. ثمّ مع التعارض بالأعدل ثمّ الأكثر، و فى تقديم الأعدل أو الأكثر كلام، و فى جريان ما زاد على ذلك من المرجّحات فى الأحكام الشرعيّه التعبدية كالأعرفيه و الأضبطينه و نحوها فى ذلك بحث.

أو أنّه ليس من باب الشهاده لاستنادها إلى العلم دونه بل هو من قبيل الرجوع إلى الطبيب فى المرض و نحو ذلك، و أنّه مع انسداد باب العلم فى الموضوعات كالأحكام يفتح باب الظنّ، فيكتفى فيه بالواحد المأمون مع كونه من أهل الخبره.

و الأجود الأوّل اقتصاراً فيما خالف الأصل من ثبوت الأرش و مقداره على المتيقّن، مع انطباق تعريف الشهاده عليه، فيشترط فى المقوم ما يشترط فى الشاهد من العداله و المعرفه و التعدّد و المذكوره و ارتفاع التهمه كما نصّ عليه المصنّف فى الدروس و المحقّق الثانى (١).

و مع اختلاف المقومين تلتمس المرجّحات السابقه. و مع التعادل من كلّ وجه يقوم فيه وجوه:

أحدها: الأخذ بالأدنى، لأنّه المتفق عليه و ما عداه يبطل بعضه بعضاً فيتساقط، مع أنّ الأصل براءه ذمّه من استحقّ عليه من الزائد، و ربما كان عليه بناء الأصحاب فى النذر و العهد و الغرامه فى الغصب و اختلاف المقومين فى الجرح، و غير ذلك من المقامات.

وفيه: أنّ الأقلّ اخذ فيه بشرط لا و البواقى بشرط شىء فلم يحصل الاتّفاق،

بل جميع القيم الباقيه تنفى الأقل، فلا يصلح لمعارضتها فضلاً عن أن يتقدم عليها.

ثانيها: الأخذ بالأكثر، نظراً إلى أصاله بقاء شغل الذمه بالأرش حتى يحصل اليقين، و في إعطاء الأكثر حصول ذلك.

و فيه: أنه من التكليف المجمل لا التكليف بالمجمل، و الأصل براه الذمه مما زاد على الأقل لأنه المتيقن، مع أن هذا من جانب من استحق عليه، و أما من استحقه فالأصل عدم استحقاقه الزائد و المتيقن في حقه هو الأقل.

ثالثها: الأخذ بالأوسط حيث يكون أوسط، لأنه ليس بعيداً عن أحدهما فكأنه عمل بكلّ منهما في الجملة، بخلاف كلّ من الطرفين، حيث إنه بعيد عن صاحبه.

و فيه: أنها جهه استحسانيه لا تصلح لإثبات الحكم الشرعى، مع أن كلّاً من الطرفين ينفي ذلك.

و رابعها: التخيير لأخذ الأرش أو دافعه، كما في الدليلين المتعارضين.

و فيه على أن التخيير حكم شرعى مفتقر إلى الدليل، و قد دلّ عليه الدليل هناك دون ما نحن فيه لزوم معارضه حقّ الغير بالنسبه إلى ما نحن فيه في الأول، بخلاف الدليلين.

خامسها: القرعه، فإنها لكلّ أمر مشكل.

و فيه: أنها إنما تجرى في المعلوم واقعاً المشتبه ظاهراً، و هاهنا الاشتباه في المقامين، لاحتمال أن تكون القيمه الواقعيه غير الجميع، و أيضاً قد لا تستقرّ للشىء قيمه في نفس الأمر، فتكون قيم المقومين هي القيمه الواقعيه، مع أن موردها عدم الطريق، و سيأتى الطريق الرافع للإشكال.

و سادسها: الصلح مع الإيجابار و هو منوط بنظر الحاكم.

و فيه: أن ذلك له مقامات خاصه و ليس هذا المقام منها مع أن مورده أيضاً تعذر طريق التخلّص إلّا به، و سيأتى طريق التخلّص.

سابعها: سقوط الأرش و التخيير بين الردّ و الرضا بالمعيب. و هو أضعف

الاحتمالات، لمنافاته لاستصحاب بقائه بل الإجماع على خلافه، و تعدد القيم يؤكد بقاءه لا تنفيه.

ثامنها: التوزيع على النسبه و هو الذى ذكره المصنّف و غيره.

و فيه: أنه خرق لإجماع المقومين، و طرح للتقويمات بأسرها و أخذ بغير الحجّه.

و الجواب إمّا بادعاء أنّ القيمه المنتزعه من مجموع القيم هي قيمه الشىء بحسب العرف و العاده فيقال عرفاً: إنّ هذا الشىء له قيمه و أنّ هذه قيمته أو حكم تعديدي للإجماع فإنّ ظاهر الأصحاب الاتفاق على ذلك، أو باعتبار الروايه الدالّه على ذلك التى ذكرها الأصحاب فى كتاب الحجّ فى باب الهدى و أفتوا بها، أو باعتبار أنّه لمّا لم يكن لأحد القيم ترجيح كما علمت من فساد رجحان الأقلّ و الأكثر و الأوسط و طرح الجميع لا وجه له فليس إلّا الأخذ بالنسبه و الأخذ بالنسبه أخذ بالجميع، كاليد لشخصين على مال فإنّه يحكم بينهما بالمناصفه و هكذا.

و الظاهر أنّ هذه القيمه المنتزعه ليست خاصّه بباب العيب بل عامّه لكلّ مقام تختلف فيه القيم.

نعم لو قلنا: إنّ المستند للإجماع فقط أمكن التخصيص.

ثمّ إنّ هذه الوجوه بتمامها عدا الأخير تجرى بالنسبه إلى المسأله السابقه فيما إذا تعارضت البيّنات بالنظر إلى القيمه السوقيه الموجوده فى الخارج و أمّا الوجه الأخير فتمشيطه بالنسبه إلى ذلك و الحكم به فى غايه الإشكال، و الأصحاب لا يظهر منهم ذلك أيضاً لأنّ كلامهم فى المسأله الثانيه، و لعلّ الأقوى بالنسبه إلى ذلك، الأخذ بالأقلّ، و قوفاً عند الأصل.

ثمّ إنّ لا فرق فى هذه القيمه المنتزعه بين اختلاف المقومين فى القيمه الصحيحه و المعيبه معاً أو فى إحداهما، و لكن لا بدّ فى الثانى إمّا من تضعيف المتّحده، أو تنصيف المتعدّده إن كانت اثنتين و نسبه النصف إلى المتّحده، و تثليثها إن كانت ثلاث و نسبه الثلث، و هكذا.

و لا فرق فى الأول بين أن تجمع القيم الصحيحه على حده و المعيبه كذلك و تنسب إحداهما إلى الاخرى و تأخذ بتلك النسبه أو تجمع القيم الصحيحه جملة و تأخذ نصفها و ثلثها و هكذا و تجمع المعيبه كذلك و تأخذ منها كذلك ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الاخرى و تأخذ من الثمن بتلك النسبه، فإنّ مآلهما واحد، لأنّ النسبه بين المجموعين هى النسبه بين أجزاءهما مع اتحاد الأجزاء بالاسم كالنصف مثلاً، إذ النسبه بين العشرين و الخمسه عشر كالنسبه بين العشره و السبعه و النصف، و النسبه بين الستّه و الثمانيه مثلاً كالنسبه بين نصفيهما.

و عبارته المصنّف كما تحتمل هذا الأخير تحتمل ما نسب إليه، و اختاره صاحب إيضاح النافع: من نسبه معيب كلّ قيمه إلى صحيحها و تجمع قدر النسبه و تؤخذ من المجتمع بنسبه القيم، كنصفه لو كانتا اثنتين، و ثلثه لو كانتا ثلاثه و هكذا، و فى الأكثر يتّحد الطريقتان، و قد يختلفان فى يسير كما نبّه عليه الشارح (١).

و الطريق الأول هو المناسب للنصّ الدالّ على الأرش دون الثانى، مع أنّه فى مقام يتحقّق به الزيادة مخالف لأصل براهه الذمّه المأخوذ منه الأرش، و أيضاً الأول أوفق بالقيمه المنتزعه باعتبار ظهور استواء النسبه فيه دون الثانى، مع أنّه يرد على الثانى: أنّ الجزء المأخوذ من عدد آخر ليس هو ذلك الجزء المأخوذ من هذا العدد، بل شىء آخر.

ففى مثال القيمتين إذا قالت إحدى البيتين: إنّ قيمته اثنا عشر صحيحاً و عشره معيباً، و قالت الاخرى: ثمانيه صحيحاً و خمسه معيباً و كان ثمنه اثنى عشر موافقاً للقيمه الاولى، يكون التفاوت بين المعيب و الصحيح السدس، و هو اثنان فى الاولى و فى الثانيه ثلاثه أثمان الثمانيه، و هو (٢) ثلاثه، و ثلاثه أثمان الثمانيه ليست ثلاثه أثمان الثمن، و هو اثنا عشر، بل يكون ربعه، و هو منشأ الاختلاف.

١- راجع الروضه ٣: ٤٨٠، ٤٩٥.

٢- العباره من هنا إلى آخر الفقره مبهمه، و الأولى فى العباره ما أفاده الشارح قدس سره فى الروضه، و إليك نصّه: و على الثانى يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الاولى و هو السدس و على قول الثانى ثلاثه أثمان و مجموع ذلك من الاثنى عشر ستّه و نصف يؤخذ نصفها ثلاثه و ربع، فظهر التفاوت. راجع الروضه ٣: ٤٨٦.

و فيه: أنّ تشخّص الجزء المأخوذ لا يؤخذ من الثمن في المقامين، و الكلّي لا يختلف الحال فيه في المقامين.

[يسقط الردّ بالتصرّف أو حدوث عيب بعد القبض]

إشاره

قال المصنّف قدس سره: «و يسقط الردّ بالتصرّف أو حدوث عيب بعد القبض و يبقى الأرش»

[الصور المتصوره في المقام أربعه]

إشاره

لا ريب أنّ الصور المتصوره في المقام أربعه:

ثبوت الردّ و الأرش، و سقوط الردّ دون الأرش و بالعكس و سقوطهما.

[أما الصورة الاولى: ثبوت الردّ و الأرش]

أما الصورة الاولى: فظاهره و قد تقدّم الكلام فيها.

[الصورة الثانيه: يسقط الردّ دون الأرش بامور]

إشاره

و أما الصورة الثانيه: فهي محلّ البحث، فنقول:

يسقط الردّ دون الأرش بامور:

[الأوّل التصرّف]

الأوّل التصرّف، فيسقط الردّ به، سواء وقع قبل العلم بالعيب أو بعده، و سواء جعلنا القاعده السقوط بالتصرّف أو لا، و سواء قلنا: إنّ السقوط به لكونه أماره الرضا فيختصّ بالعالم أو لا، للدليل الخاصّ في المقام القاضى بالعموم من الإجماع المنقول عن الغنيه و المختلف و التذكره و شرح الإرشاد لفخر الإسلام (١) و للصحاح المستفيضه (٢) و ما ورد في بعض الروايات من إطلاق الردّ بالعيب مقيّد بذلك.

و ما فى الكفايه من أنّ الأخبار مختصّه بالجاريه (٣) فى غير محلّه، فإنّ مرسل جميل و خبر زرارّه (٤) صريحان فى الإطلاق، و الأخبار المزبوره كما أسقطت الردّ بالتصرّف مطلقاً أثبتت الأرش كذلك، و نقل عليه الإجماع فى الغنيه و شرح الإرشاد (٥) و أيضاً (٦) الشهره محصّله فضلاً عن أن تكون منقوله عن العلامه فى المختلف و المحقّق الثانى (٧) و غيرهما.

١- الغنيه: ٢٢٢، المختلف ٥: ١٨٣، التذكره ١: ٥٢٥ س ٤٢، حاشيه الإرشاد (مخطوط): الورقه ٥١.

٢- الوسائل ١٢: ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

٣- الكفايه: ٩٣ س ٣٢.

٤- الوسائل ١٢: ٣٦٢-٣٦٣، ب ١٦ من أبواب الخيار، ح ٢ و ٣.

٥- الغنيه: ٢٢٢، حاشيه الإرشاد (مخطوط): الورقه ٥١.

٦- الكلمه فى الأصل اختصارىّه و لعلّها: الإيضاح.

٧- المختلف ٥: ١٨٣، جامع المقاصد ٤: ٣٣٢.

و فى المبسوط: إنّ التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار (١) و فى المقنعه و النهايه: إنّ الهبه و التدبير لا يمنعان من الردّ، لأنّ له الرجوع فيهما بخلاف العتق (٢) و المراد بذلك على الظاهر صورته عدم العلم.

و لعلّ مستند الشيخين أنّ السقوط بالتصرف إنّما هو لكونه أماره الرضا، و لا دلالة فيه مع الجهل، مضافاً إلى الأصل، و خبر زواره فى الباب حيث جعل فيه العلم قبل الحدث شرطاً لمضى البيع عليه.

و تردّد الإجماعات المنقوله، و إطلاق الروايات، و الظاهر من خبر زواره أنّ المراد: أنّه لو أحدث فيه شيئاً ثمّ علم به لم يكن له الخيار، لا أنّ الحدث إذا كان بعد العلم ينفى الخيار، فيستدلّ بمفهومه على أنّ الحدث قبله لا ينفيه.

و عن ابن حمزه فى الوسيله: إنّ التصرف مانع من الأرش أيضاً إذا كان بعد العلم بالعيب (٣) تمسكاً بدلالته على الرضا بالعيب. و الأصل و إطلاق الإجماعات و الروايات (٤) حجّه عليه.

ثمّ إنّ إطلاق النصوص و الفتاوى و معقد الإجماعات يشمل سائر التصرفات من ناقل و غيره، مغيّر للعين أو غير مغيّر، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أو لا، مع العمد و عدمه، مع الجهل بالحكم و عدمه، مع الاختيار أو الإيجاب، إلى غير ذلك من الصور التى مرّ ذكرها فى باب التصرف من خيار الحيوان، و لا يتمشى هذا الحكم إلى الانتفاع إذا لم يصدق عليه اسم التصرف على إشكال.

و لا يستثنى من سقوط الردّ بالتصرف فى المقام إلّا أمران:

أحدهما: المصراه حيث تكون التصريه عيباً كما إذا كان نقص اللبن متجاوز الحدّ بحيث يكون مخالفاً للعاده العامه، و إلّا فهو مستثنى من سقوط خيار الوصف بالتصرف فى بعض الصور، و سيجىء البحث فيها.

١- لم نظفر به صريحاً فلعلّه استفاده من مطاوى كلماته، راجع المبسوط ٢: ١٣٨ ١٣٩.

٢- المقنعه: ٥٩٧ ٥٩٨، النهايه ٢: ١٥٩.

٣- الوسيله: ٢٥٧.

٤- راجع الوسائل ١٢: ٣٦٢، ب ١٦ من أبواب الخيار.

و الثاني: ما إذا اشترى أمه و وطئها ثم ظهر أنها كانت حاملاً، فإنه له الردّ. و من المعلوم أنّ الوطاء تصرّف، و الحمل عيب، لأنّه زياده معرضه للتلف و مانعه من بعض الانتفاعات في الجملة.

نعم بناءً على ما يظهر من الشيخ في النهاية (١) و صرح به ابن الجنيّد و العلامه في المختلف (٢) حيث اعتبروا كون الحمل من البائع، تكون المسأله على وفق القاعده، فإنّها حينئذٍ تكون أمّ ولد و يكون البيع باطلاً من أصله، و لكنّه مخالف لإطلاق فتوى الأكثر و إطلاق الإجماعات المنقوله و النصوص الصريحه في ذلك (٣).

[الثاني: حدوث العيب]

الثاني: حدوث العيب، و هو لا يخلو إمّا أن يكون بين العقد و القبض أو بعد القبض.

و الأوّل لا- يسقط به الردّ بالعيب السابق على العقد قولاً واحداً إلّا أن يكون مضموناً على المشتري، بل هو سبب ثانٍ للردّ كما يقضى به إطلاق الإجماعات المنقوله على أنّ للمشتري الردّ بالعيب الحادث قبل القبض.

نعم خلاف في استحقاق الأرش به و عدمه. و لعلّ الأقوى العدم، لما عرفت سابقاً من أنّ الأرش على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقّن، و هو العيب السابق للعقد.

و دعوى: تنقيح المناط بينهما للاشتراك في المضمونيّه، لا وجه له، لفقد المنقح، و العله ليست منصوصه فلا اعتبار بها، و دليل الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض لا يسرى إلى الصفات، لعدم دخولها فيه، و الضرر العامّ مندفع بالخيار، و الخاصّ لا اعتبار به. فلا يتوجّه ما قيل: من أنّ إلزامه بأحد هذين إمّا الفسخ أو الالتزام بجميع الثمن فيه ضرر، إذ الحاجه قد مسّت إلى المعاوضه و إلّا لم توجد. هذا، مع أنّ الشيخ في الخلاف قد نفى فيه الخلاف (٤).

و أمّا الثاني، و هو الواقع بعد القبض، فظاهر الأصحاب الإجماع على سقوط

١- النهاية ٢: ١٥٧.

٢- المختلف ٥: ١٧٨ ١٧٩.

٣- راجع الوسائل ١٢: ٤١٥، ب ٥ من أبواب أحكام العيوب.

٤- الخلاف ٣: ١٠٩ المسأله ١٧٨.

الردّ به للعيب السابق و بقاء الأرش، عدا ما يظهر من المقنعه حيث قال: فإن لم يعلم بالعيب حتّى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدّم دون الحادث إن اختار ذلك، و إن اختار الردّ كان له ذلك ما لم يحدث فيه حدثاً، انتهى (١).

و قد نقل الإجماع على ذلك فى الغنيه و السرائر و شرح الإرشاد للفخر (٢).

و فى المبسوط نقل الإجماع على سقوط الردّ به و نفي الخلاف عن أنّه له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيماً (٣).

و فى الخلاف الإجماع و الأخبار على أنّه ليس له ردّه إلّا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصاً فيكون له ردّه، و أنّه يكون له الأرش إن امتنع البائع من قبوله معيماً (٤) انتهى.

و ظاهره أنّه لو قبل البائع الردّ لم يكن للمشتري الأرش بالعيب الأوّل، كما نقله عنه فى التحرير و الدروس (٥).

و لا ريب أنّ الأرش قد ثبت فيستصحب بقاؤه و رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور أقصى ما فيه أنّه يسوغ له الردّ، و بدونه لا يجبر البائع على الردّ و أخذ الأرش للعيب الحادث، و لا يتخير المشتري بينه و بين المطالبة بالأرش السابق، و إلّا فلا يمنع من وجود الأرش.

ثمّ إنّ العيب الواقع بعد القبض قد يكون من البائع أو المشتري أو أجنبيّ أو السماء أو المركّب من الاثنين أو الثلاث و على كلّ حال فالضمان إمّا على البائع أو المشتري.

و الضابط: أنّ العيب إن حدث فى يد المضمون عليه فلا ردّ له على البرىء، بل يتعيّن الأرش، و إن كان الضمان على غيره تخير بين الردّ و الأرش، و فى أرش

١- المقنعه: ٥٩٧.

٢- الغنيه: ٢٢٢، السرائر ٢: ٢٩٨، حاشيه الإرشاد (مخطوط): الورقه ٥١.

٣- المبسوط ٢: ١٣٢.

٤- الخلاف ٣: ١١٤ مسأله ١٩٢.

٥- التحرير ١: ١٨٤ س ٦، الدروس ٣: ٢٨٤.

العيب الثانى الوجهان، لأنه بمنزله الحادث قبل العقد أو قبل القبض، لأن القبض المذى لا يستعقب ضمناً كلا قبض، و فيما إذا تعيب البعض يبطل ردّ الجميع، لإيجابه التبعض على البائع، و هو عيب لا يجب عليه ارتكابه.

و إذا كان العارض تبعض صفقه فكذلك، كأن يشتري شيئين فيتلف أحدهما ثم يظهر فيهما أو فى أحدهما عيب سابق على العقد، فإنه يتعين عليه الأرش، لأن ضرر البائع بالتبعض لا مقابل له و ضرره مجبور بالأرش.

و ما يقال: أن مقتضى ما تقدّم فى خيار الغبن من أن الأقوى أنه يفسخ صاحب الخيار العقد و يدفع المثل أو قيمه مع التلف للكلى و البعض، و مع العيب كذلك أيضاً إماماً مع دفع الأرش أو لا معه على الوجهين، فلم لا تقولون به فى هذا المقام.

قلنا: الفرق بين هذا المقام و غيره أن الشارع جعل طريقاً آخر لرفع الضرر عن المشتري فى هذا المقام، و هو أخذ الأرش دون غيره من المقامات، فإن نقص القيمة فى الغبن لا أرش له، فلو لم يشرع له الردّ لقبله مجاناً و هو عين الضرر، و ضرر البائع هناك ينجبر بالمثل أو قيمه.

مع أن الدليل دالّ فى المقام بخصوصه على منع العيب من الردّ، و التلف أقوى من العيب، فيدلّ عليه بالطريق الأولى.

و من هنا نقول بالنظر إلى الخيار بفوات الوصف إذا لم يكن عيباً بجواز الردّ و إن تجدد العيب عند المشتري.

نعم بالنظر إلى ما إذا كان الطارئ فوات وصف لا يتحقق معه اسم العيب و كان السابق عيباً يقوم الإشكال، باعتبار اندفاع ضرر العيب بالأرش و لزوم الضرر على البائع بالردّ، و باعتبار أن منع الردّ بالعيب الحادث على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على المتيقن من العيب و ما كان أقوى منه و هو التلف، و ضرر البائع ينجبر بالمثل أو قيمه مع احتمال الاقتصار فى ذلك على خصوص العيب بالدليل، و لعلّ هذا هو الأقوى.

و مثل تبعض الصفقه تعدد المشتري فإنه ليس لهما الاختلاف فيطلب أحدهما

الأرش و الآخر الردّ بل يتّفقان، كما هو المشهور بين الأصحاب شهره محصّله و منقوله عن المختلف و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح (١) للأصل، و أنّ المثبت لهذا الخيار من الإجماع و النصّ مختصّ بحكم التبادر و وقوع الخلاف بغير محلّ الفرض، لمكان الضرر بتبعيض الصفقه.

و قال بالتفريق الشيخ أبو عليّ و الشيخ في شركة المبسوط و الخلاف و القاضى و الحلّى و صاحب البشرى على ما حكى عنهم (٢) مستنديّن إلى عموم الدليل و جريانه مجرى عقدين، فيكون الحال كما لو تعدّد العقد، و يثبت الخيار حينئذ في الباقي للبائع مع جهله بالتعدّد لتبعيض الصفقه عليه.

و قيل بالتفصيل فيما إذا كان البائع عالماً بالتعدّد فالثانى أو جاهلاً فالأول (٣) باعتبار أنّ ضرر التبعيض جاء من قبله حيث باع من اثنين إن كان عالماً، و مع الجهل فالجهل عذر.

و أنت خبير بأنّ هذا الكلام كلّ بناءً منهم على أنّ جواز فسخ بعض العقد و إبقاء بعضه بمعنى تجزّى أثره على وفق القاعده.

و إنّما منشأ الخلاف قضيه الضرر بالتبعيض و نحن نقول: إن استفيد من كلامهم في هذه المقامات و في باب الإقاله و في باب شرط الخيار في البعض الإجماع على ذلك فبها، و إلّا منعناه باعتبار أنّ العقد بسيط لا يقبل التجزئه، و الأسباب الشرعيه كالأسباب العقليه إلّا فيما قام عليه الدليل، و حينئذ فلا يفترق الحال في المنع بين تعدّد البائع أو المشتري أو الثمن و وحدتها.

نعم بالنظر إلى تعدّد الإيجاب و إن اتحد القبول لا يبعد كونه من المتعدّد، و كذلك صورته العكس على إشكال.

و أمّا بناءً على ما يقولون: من أنّ العقد بمنزله عقود و أنّ سبب المنع في المقام

١- المختلف ٥: ١٨٦، المسالك ٣: ٢٨٦، المفاتيح ٣: ٧١.

٢- راجع المختلف ٥: ١٨٦ ١٨٧، و حكاه عن صاحب البشرى الفاضل الآبى في كشف الرموز ١: ٤٧٧.

٣- التحرير ١: ٢٧٤ س ١١، جامع المقاصد ٤: ٣٣٤.

لزوم الضرر بالتبعيض فينبغي بالنظر إلى تعدد البائع عدم التأمل فيه، فإنه لا تشقيص على المردود عليه ما خرج عن ملكه، كما أنه لو كان المشتري ابتداءً واحداً وورث المتعدد عنه خيار العيب لا إشكال في وجوب التوافق، كما في القواعد (١).

و أما بالنظر إلى تعدد الثمن فلا يبعد جواز التفريق لتعدد الصفقه سواء تعددت العين أو اتحدت.

ثم شرط عدم السقوط بحدوث المسقط فإن كان كالإسقاط و التبري فالظاهر بطلانه، و في تبعيه العقد كلام يأتي في محله. و أما مثل التصرف و حدوث العيب فوجهان: جوازه، لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و عدمه، لدخوله فيما خالف السنه.

[الثالث: سقوطه بإسقاطه]

الثالث (٢) سقوطه بإسقاطه مع اختياره الأرش أو لا معه، لأن جواز الرد حق من الحقوق فيسقط بالإسقاط، إذ لا ملازمه بينهما.

و يسقط أيضاً باشتراط سقوطه مجرداً عن الأرش و بالصلح عليه، للعموم كذلك. نعم لو أسقط الخيار المطلق أو اشترط سقوطه سقطاً معاً، لعدم بقاء اللازم بدون الملزوم، و يجيء الكلام السابق في خيار الغبن هنا فيما لو أسقطه قبل العلم بالعيب من أنه إسقاط قبل الثبوت، لأن خيار العيب لا يثبت إلا بعد العلم به، أو أنه يثبت مطلقاً بنفس العقد و ربما ظهر من بعض الروايات الأولى، إلا أن ظاهر الأصحاب الثاني و السقوط كالإبراء لا يشترط فيه العلم بتحقق الشيء الذي يراد سقوطه، و يكفي ثبوته في متن الواقع، فإذا صادفه الإسقاط سقط.

الرابع: إذا اشترى من ينعق عليه، فإنه يسقط الرد فيه و يبقى الأرش، لانعاقه بنفس الملك. و يمكن رده إلى التصرف.

و هل مع الجهل بذلك يعد مثله عيباً فيستحق عليه الأرش بالعيب الثاني أيضاً أو لا؟ وجهان، حكم بالأول في الدروس (٣).

١- القواعد ٢: ٧٤.

٢- من الامور المسقطه دون الأرش.

٣- الدروس ٣: ٢٨٦.

و استشكله المحقق الثاني فيما إذا كان قد دلّسه عليه (١).

و جزم بالثاني العلّامة في القواعد (٢) و هو الأقوى لعدم عدّ مثل ذلك عيباً.

[الصورة الثالثة: سقوط الأرش دون الردّ]

الصورة الثالثة (٣) سقوط الأرش دون الردّ، و قد فرضها جماعه من الأصحاب في مثل الخصي و المجهوب، و قد تقدّم لك أنّ الحقّ ثبوت الأرش فيهما، فليست ممّا نحن فيه.

نعم قد تفرض فيما لو كان المبيع حلياً من أحد النقيدين بمساويه جنساً و قدرأ فوجد المشتري به عيباً قديماً، فإنّه يتعيّن فيه الردّ، للزوم الربا بالأرش.

و لهم كلام فيما لو تجددّ عنده فيه عيب آخر، فإنّه ليس له الأرش، لاستلزامه زياده المبيع على الثمن، فيلزم الربا. و الردّ مجاناً و مع الأرش منافٍ لما دلّ على منع الردّ بالعيب الحادث، مع حصول الإضرار بالبائع في الصورة الاولى، و لا يجب الصبر على العيب مجاناً، للنصّ و الإجماع على أنّ العيب القديم في المبيع مضمون للمشتري على البائع، فكيف يسقط هنا، فليس إلّا الفسخ و إلزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيباً بالقديم سليماً عن الجديد، و لا يمكن الجمع بين حقّ كلّ من البائع و المشتري إلّا بذلك.

و أفتى بذلك في القواعد (٤) و قوّاه الشهيد في حواشيها و المحقق الثاني (٥) و لكن قال في الدروس: أنّ فيه تقدير الموجود معدوماً، و هو خلاف الأصل (٦).

و احتمال في القواعد ردّ العين مع الأرش مع رضا البائع إذا فسخ المشتري و لا ربا (٧) فإنّ الربا الممنوع منه في المعاوضات لا في الضمانات و ما هذا إلّا كالمأخوذ بالسوم إذا تجددّ العيب بيد المستام و كانت العين ربويّه، و هذا الاحتمال لا ينافي الأوّل، لأنّ الأوّل مبنّى على الاستحقاق، و هذا على التراضي، و لا كلام فيه بأيّ نحو وقع.

١- جامع المقاصد ٤: ٣٤٦.

٢- القواعد ٢: ٧٦.

٣- تقدّم ذكر الصورة الاولى و الثانيه في ص ١٦٢.

٤- القواعد ٢: ٧٩.

٥- جامع المقاصد ٤: ٣٦٤.

٦- الدروس ٣: ٢٨٨.

٧- القواعد ٢: ٧٩.

و هناك احتمال ثالث نقله في الجامع عن بعض أصحابنا (١) و هو أنه يرجع المشتري بأرش العيب القديم كما في غير هذه الصورة، و المماثلة في باب الربا إنما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت، و الأرش حقّ يثبت بعد ذلك، فلا يقدح في العقد السابق.

و فيه ما تقدّم في باب الربا من أنه يعمّ كلّ ما استند إلى العقد و لو بالتسيب. و إن الأخذ بالأرش إنّما كان لفوات مقابله من المبيع، فهو راجع إلى العقد السابق.

و من جملة مسقطات الأرش دون الردّ اشتراط سقوطه أو إسقاطه بعد ذلك أو الصلح عليه، كما تقدّم بالنسبة إلى الردّ، فتذكّر.

[الصورة الرابعه سقوطهما معاً و هي أمور]

إشاره

قال المصنّف قدس سره: «و يسقطان بالعلم به قبل العقد»

هذه الصورة الرابعه و هي سقوطهما معاً أى الردّ و الأرش و يسقطان بامور:

[الأوّل: العلم بالعيب]

الأوّل: العلم بالعيب، و سقوطهما به هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يعلم فيه خلافاً.

و في الرياض نفى الخلاف عنه (٢)، و يدلّ عليه بعد الأصل خير زواره (٣) الذي سمعته آنفاً فإنه دالّ بمفهومه، و المثبت لهذا الخيار من النصّ و الإجماع مختصّ بغير محلّ الفرض.

و الظاهر أنّ السقوط به لا لأنّه علامه الرضا كما قيل و إلّا كان خاصّاً، بل للأدله.

و في إلحاق الظنّ أو الشكّ أو الوهم القويّ أو بشرط الاستصحاب أو علم الوكيل مطلقاً أو المطلق لا-المقتيد بنفس الصيغه إشكال. و الظاهر عدم الإلحاق للإقدام على أصل السلامه من العيب، فلا عبره بالظنّ فضلاً عن الشكّ فضلاً عن الوهم، كما أنّه لو علم بالعيب ثمّ ظنّ زواله فضلاً عن أن يشكّ فيه فضلاً عن أن يتوهمه يحكم بسقوط خياره، للاستصحاب.

١- الجامع للشرائع: ٢٦٨. لكن نسبه إلى العامه في جامع المقاصد ٤: ٣٦٥.

٢- الرياض ٨: ٢٦٠.

٣- الوسائل ١٢: ٣٦٢، ب ١٦ من أبواب الخيار، ح ٢.

نعم بالنسبة إلى علم الوكيل المطلق الظاهر السقوط فإنّ علمه علم الموكل، و علم المالك مع الحضور و جهل الوكيل المطلق قد يقال فيه بالسقوط أيضاً.

ثمّ مع العلم بالعيب قد يشتبه فيظهر غيره مماثل أو غيره أو هو و لكن بزياده فيه، و سقوط الخيار في غير المماثل لا وجه له و أمّا فيه إذا كان مساوياً من كلّ وجه لا يؤثر في زياده قيمه و نقصانها و لا تتفاوت به الرغبه، و مثله المتحد مع الزيادة فالأقوى ذلك أيضاً و إن كان فيه ما فيه. و لو زعم زواله قبل العقد بعلم فله الخيار دون الظنّ أو الشكّ أو الوهم القويّ كما عرفت.

و الظاهر أنّ العلم قبل العقد مع نسيانه حينه لا- عبره به، و المتبادر من كلام الأصحاب في قولهم: «و يسقط بالعلم قبل العقد» القبليّه مع المقارنه.

و الكلام في العلم بالنسبه إلى حصوله في أثناء العقد أو بعد تمام العقد قبل شرط الصحّح في شرط صرف و نحوه، كالكلام في الغبن.

و قد تبنى المسأله بالنظر إلى كثير من هذه الفروع على أنّ السقوط بالعلم لكونه أماره الرضا أو تعدياً و على الثاني فهل في خيار العيب عموم أو إطلاق يشمل مثل هذه الصور و لا نخرج عنه إلّا بالمتيقن، أو أنّه على خلاف القاعده و عمدته مستنده الإجماع فيقتصر فيه على المتيقن، و خير الوجوه أوسطها.

[الثاني الرضا بالعيب]

قال المصنّف قدس سره: «و بالرضا به بعده»

هذا المسقط هو الثاني من المسقطات لكلّ من الأمرين، و هو الرضا بالعيب بعد العقد.

و المراد به إسقاط الخيار بعده لأنّه يتأذى بكلّ لفظ كما عرفت سابقاً. و من جمله ذلك قوله: «رضيت بالعيب» غير مقيد بالأرش.

نعم قوله: «أسقطت الخيار» أدلّ عليه، و لهذا جعله الشارح أولى منه (١) و ليس هو شيئاً غير الإسقاط، كما يظهر من الرياض (٢) إلّا أن يريد ذلك.

١- الروضه ٣: ٤٩٨.

٢- الرياض ٨: ٢٦٠.

نعم ظاهر المصنّف أنّ الرضا وحده كافٍ في السقوط و إن لم يقترن بلفظ يدلّ عليه و هذا بناءً على الفورية في هذا الخيار يمكن أن يكون له وجه، و لكنّه في الحقيقة حينئذٍ ليس المسقط الرضا، و إنّما هو التأخير للفسخ أو الإمضاء مع العلم.

و أمّا على القول بالتراخي فلا وجه له بالمزّه، لما تقدّم سابقاً من أنّ الرضا وحده لا تأثير له و إن دلت عليه بعض الروايات (١).

و لعلّ المصنّف يريد بالرضا ما يدلّ عليه، لكنّه لما لم يكن له لفظ يدلّ عليه بخصوصه و كان حصول العلم به من غير لفظ يدلّ عليه نادر الوقوع، أطلق السقوط به اتّكالاً على ظهور ذلك. و عليه ينزل نفى الخلاف الذي في الغنية و الرياض عن سقوط خيار العيب بالرضا به (٢).

و على كلّ حال فهذا الخيار حقّ من الحقوق يسقط بالإسقاط كسائر الحقوق، و عليه ظاهر الإجماعين السابقين، و لا تأمل في ذلك بالنسبة إلى العيب المتقدّم. و أمّا في العيوب المتأخّره ممّا تحدث قبل القبض أو في زمان خيار المشتري فأشكال، لأنّه إسقاط قبل الثبوت. و لعلّ الأقوى عدم السقوط.

و لا ينافي هذا، القول به في التبرّي من العيوب كما سيأتي، فإنّ ذلك من السقوط بالشرط لا بالإسقاط، أو باعتبار حصول الإقدام فيه على ذلك كما في الوجه الآخر فيه، و فرق بين المقامين.

[الثالث اشتراط السقوط]

قال المصنّف قدس سره: «و بالبراه من العيوب و لو إجمالاً»

هذا هو المسقط الثالث لكلّ من الأمرين، و المراد به اشتراط السقوط على الأقوى، من غير فرق بين أن يتقدّم العقد مع عدم تناسيه حينه بحيث يراد من اللفظ أو يقع في أثنائه أو يتأخّر عنه مع المقارنه على حدّ غيره من الشروط صريحها و مضمرها. و من غير فرق بين أن يقع على جهه التفصيل و النصّ على أشخاص العيوب، أو يقع على جهه العموم، أو على جهه الإطلاق، نعم إذا اشترط التبرّي من عيب واحد مجهول لم يصحّ و في تبعيّة العقد له في البطلان كلام يجي ء في محلّه.

١- الوسائل ١٢: ٣٥١، ب ٤ من أبواب الخيار، ح ١.

٢- الغنية: ٢٢٢، الرياض ٨: ٢٤٠.

و متى وقع التبري من العيوب على جهة العموم أو الإطلاق فضلاً عن التفصيل، فإنه يتبرأ من كل عيب، ظاهراً كان العيب أو باطناً، معلوم للمتعاقدين أو أحدهما أو غير معلوم، حيواناً كان المبيع أو غيره من العيوب الظاهرة و الخفية إجماعاً منقولاً عن الخلاف و الغنية و التذكرة و ظاهر المسالك (١).

و الدليل عليه بعد الإجماع، عموم أدلّة الشروط، و إطلاق حسن زواره أو صحححه لمكان فضاله: «أيما رجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه منه و لم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العيب و ذلك العوار، أنه يمضى عليه البيع (٢)».

و مكاتبه جعفر بن عيسى إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلا نقده الثمن فربما زهد فإذا زهد ادعى عيوباً، و أنه لم يعلم بها، فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أ يصدق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدق فيجب عليه؟ فكتب عليه السلام: عليه الثمن (٣).

و الروايتان مجبورتان بالجواب المتعدده من شهره العمل، و موافقه الكتاب و السنّه و ظاهر الروايه الثانيه انه عالم بالنداء و بالبراءه و أنه رضيه مع ذلك، إلا أنه لما تجدد له زهد و عدم الرغبه ادعى عدم علمه بالعيوب و عدم سماعه النداء، فهذه الدعوى إنما نشأت مدالسه من حيث زهده لا من حيث العيوب، فلا يتوجه على الاستدلال بها ضعفها بالمكاتبه و عدم موافقتها للقاعده.

ثم إن الظاهر دخول العيوب المتجدده بعد العقد و قبل القبض أو في زمان خيار المشتري في البراءه على جهة العموم، كما يقضى به إطلاق النصّ

١- الخلاف ٣: ١٢٧ المسأله ٢١٣، الغنيه: ٢٢١، التذكرة ١: ٥٢٥ س ١٦، المسالك ٣: ٢٨٢.

٢- الوسائل ١٢: ٣٦٢، ب ١٦ من أبواب الخيارات، ح ٢.

٣- الوسائل ١٢: ٤٢٠، ب ٨ من أبواب أحكام العيوب، ح ١.

و الإجماعات المنقوله و الفتاوى. و دعوى: أنّ المفهوم منه التبرّي من الموجوده حاله العقد كما استقر به في التذكره (١) ممنوعه للعموم.

نعم بالنسبه إلى صورته الإطلاق قد يدعى ذلك، مع أنّ الأقوى خلافه، و لا يقدر في ذلك كون البراءه ممّا لم يجب بعد فهو إسقاط قبل الثبوت، لأنّ التبرّي إنّما هو من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد و إن كان السبب حينئذٍ، مع أنّ المستند أدلّه الشروط و هي عامّه، مع أنّ ظاهر التذكره و المسالك الإجماع عليه حيث قالوا: لو شرط التبرّي من العيوب الكائنه و التي تحدث جاز عندنا (٢).

و حكى في السرائر عن بعض أصحابنا أنّه لا يكفي التبرّي من العيوب إجمالاً في سقوط الردّ (٣). و حكى ذلك في المختلف عن أبي عليّ و عليه ظاهر القاضى (٤) و يظهر من الدروس شهره القول بذلك حيث قال: و في التبرّي مجملًا قولان، أشهرهما ذلك (٥) و حجّتهم على ذلك الجهاله.

و أنت خبير بأنّ التبرّي من العيوب إن جعلناه عباره عن شرط السقوط فلا- يخلو إن قلنا: إنّ الشرط مطلق بالنظر إلى الجهاله كالصلح يكفي فيه الأول إلى العلم فلا كلام و إن لم نقل بذلك و اشترطنا فيه المعلوميه كما في الثمن و المثلن كان المخرج له في خصوص المقام عن ذلك الإجماعات المنقوله و إطلاق النصوص كما عرفت مع أنّه لو تمّ ذلك لزم منه فساد العقد، و لا أظنهم يلتزمون.

و إن قلنا: إنّ التبرّي من العيوب شىء و اشتراط السقوط شىء آخر، و إنّ التبرّي قائم مقام علم المشتري بالعيب، لإقدامه على ذلك في المقامين و إذا رضى بالعيب فلا خيار له، و لأنّه إنّما ثبت الخيار لاقتضاء العقد السلامه، فإذا صرح بالبراءه فقد ارتفع الإطلاق، من غير فرق بين أن يأخذ شرطاً أو لا، و بناءً على

١- التذكره ١: ٥٢٥ س ٣٩.

٢- التذكره ١: ٥٢٥ س ٣٤، المسالك ٣: ٢٨٢. و عبارته من التذكره.

٣- السرائر ٢: ٢٩٦.

٤- المختلف ٥: ١٧٠، المهذب ١: ٣٩٢.

٥- الدروس ٣: ٢٨٢.

ذلك لا إشكال، لأنها جهاله في أمر خارجي، مع اعتبار جميع ما يجب اعتباره في صحه البيع، بل و يرتفع الإشكال السابق أيضاً من شبهه الإسقاط قبل الثبوت، لأنه ليس من الإسقاط في شيء، وإنما هو رافع للخيار بسبب الإقدام كما عرفت، و لكن الظاهر من كلامهم إنما هو الأول، فتأمل.

ثم إن هذا الخيار هل هو على الفور أو التراخي؟ فيه الوجهان السابقان، و قد تقدّم أنّ الفوريّه أقوى، إلّا أن يقوم في المقام إجماع، و قد قال في المسالك و الحقائق: إنه المعروف في المذهب لا نعلم فيه خلافاً (١).

و في المفاتيح: أنه المعروف بين الأصحاب (٢) و في الكفايه: و الظاهر أنه لا خلاف فيه (٣).

و في مجمع البرهان: و كأنه لا خلاف فيه (٤). و في الرياض: أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة عليه (٥).

فإن تمّ بذلك إجماع فيها، و إلّا فلا، و الظاهر عدم تماميته.

و قد اختار الفوريّه في الوسيله، و في الغنيه نفى عنها الخلاف في الثانيه (٦).

نعم قد يقال بأنّ مستند هذا الخيار لما كان من النصّ و هو من باب العامّ أو المطلق و مجبور بفهم مشهور الأصحاب فيقتيد به العموم الأزمانى المستفاد من دليل لزوم العقد على إطلاقه و لعلّه هو الأقوى.

[و الإباق عيب]

قال المصنّف قدس سره: «و الإباق»

قيل: هو ككتاب من أبق كضرب و سمع و منع (٧) و إثبات المأخذ الثالث مشكل إلّا على جعله من تداخل اللغات.

و فسير في اللغة بالذهاب بلا خوف و لا كدّ عمل هما منشأه، و اعتبروا فيه أن يكون بعد الاستخفاء، و أمّا جهره فلا، و الظاهر ذلك.

١- المسالك ٣: ٣٠٢، الحقائق ١٩: ١١٧.

٢- المفاتيح ٣: ٦٩.

٣- الكفايه: ٩٤ س ١٣.

٤- مجمع الفائدة ٨: ٤٣٦.

٥- الوسيله: ٢٦٥، الغنيه: ٢٢٢.

٦- الرياض ٨: ٢٦٠.

٧- القاموس المحيط ٣: ٢٠٨.

وفيه: أنه إن كان تفسيراً بالأعم فلا حاجة إلى القيود، وإن كان حقيقياً فينبغي أن يقال: الذهاب عصياناً و طغياناً، لا من خوف أو كد عمل أو جوع أو ظمأ أو عرى أو فراش أو غطاء أو مسكن أو احتياج إلى دواء مع المرض أو سوء خلق من المولى أو أتباعه أو منعه عن واجب أو نذب أو أمره بمحرّم أو مكروه مع زعمه أنّ ارتكاب المرجوح لا يتوقّف على الإذن إلى غير ذلك.

و أما الاحتياج إلى التأهل مع الشّبَق ونحو ذلك فلا يرفع اسم الإباق إلّا إذا أدى إلى المشقّة التي لا تتحمّل.

ولعلّ غرضهم من ذلك التعبير بالأعم والإحالة على العرف، ولا ينافي ذلك ذكر بعض القيود.

ولا فرق في ذلك بين الآبق والآبقه كلّاً أو بعضاً، ثمناً كان أو مثمناً أو هما معاً، بالبيع كان ذلك، أو بغيره من النواقل، و التقييد بالبائع في كلام الشارح (١) مثال للمنقول عنه في مقابله الآبق عند المنقول إليه إلّا في مقام الضمان عليه.

و الردّ بالإباق عند المنقول عنه مجمع عليه فيما بينهم و النصّ دالّ عليه، ولأنّ العبد معه في حكم التالف، و لأنّ سرقة لنفسه فهو أبلغ من السرقة لغيره، كعدم الردّ به عند المنقول إليه في غير الضمان، فإنّه مجمع عليه أيضاً، و الأصل يقتضيه.

و الصحيح: «ليس في إباق العبد عهده». و الموثّق (٢) محمولان عليه جمعاً بينه و بين صحيح أبي همام: «إلّا أن يقيم بينه أنّه كان أبقاً عنده (٣)» و لا ينافي ذلك قوله عليه السلام في الموثّق: «إلّا أن يشترط المبتاع (٤)» فإنّه لو شرط المشتري الخيار بالإباق عنده مع ضبط المدّة، صحّ ذلك.

و هل يكفي في الإباق المرّة الواحدة، أو يشترط التعدّد بحيث يصدق الاعتياد

١- الروضة ٣: ٤٩٩.

٢- راجع الوسائل ١٢: ٤٢٢، ب ١٠ من أبواب أحكام العيوب.

٣- الوسائل ١٢: ٤١١، ب ٢ من أبواب أحكام العيوب، ح ٢.

٤- راجع الوسائل ١٢: ٤٢٢، ب ١٠ من أبواب أحكام العيوب، ح ١ و ٢.

و يكتفى فيه بالمرتين كما في المسالك (١)، أو التفصيل بالقرب و البعد و الطول و القصر و حال المولى في زياده اللطف و الشفقه و نقصهما؟ وجوه:

و ظاهر الأكثر و منهم المصنّف هاهنا الأوّل، للصحيح السابق إلّا أن يفهم من لفظ «كان» الاعتياد، و هو بعيد جدّاً.

و حكى الشارح في الشرح و المسالك الثاني عن بعض الأصحاب، و قوّاه فيهما (٢)، و لعلّ دليله الأصل و الشكّ في تسميه الإباق عيباً عادةً بالمرّه الواحده.

و الحقّ أنّ المستند في الردّ إن كان إطلاق الخبر و إن لم يسمّ الإباق عيباً بناءً على التفكيك بين العيبه و الإباقيه فليس إلّا الوجه الأوّل، و حيث أنّه لا تفكيك بين العيب و الإباق كما هو الظاهر، فأقوى الوجوه الأخير.

و في تحقّق الإباق من المجنون و غير المميّز إشكال و في ارتفاعه بالتوبه مطلقاً أو بشرط رجوعه من نفسه أو عدم ارتفاع عيبه و إن ارتفع الإثم و وجوه، و الأقوى الأوّل.

و مثل الإباق في كثير من هذه الأحكام الزنا و السرقة. و في التذكرة: الزنا و السرقة عيان في العبد و الأمه عندنا (٣). و في القواعد اعتبر فيهما الاعتياد (٤). و في الجامع و التحرير و الدروس لم يعتبره (٥). و قال المحقّق الثاني: ظنّي أنّ الاعتياد غير شرط، لأنّ الإقدام على القبيح مرّه يوجب الجراه عليه، و يصير للشيطان عليه سبيل، و يترتب وجوب الحدّ العدى لا يؤمن معه الهلاك عليهما (٦).

و على هذا يكون شرب الخمر و النيذ عيباً، كما في التحرير و الدروس (٧) و قد مال في التذكرة إلى عدمه (٨) و قد يلحق بذلك جميع ما كان من هذا القبيل، و في الإجمال غنى عن التفصيل.

١- المسالك ٣: ٢٩٦.

٢- الروضه ٣: ٤٩٩، المسالك ٣: ٢٩٦.

٣- التذكرة: ١: ٥٣٨ س ٣٦.

٤- القواعد ٢: ٧٢.

٥- جامع الشرائع: ٢٦٧، التحرير ١: ١٨٢ س ٢٣، ٢٤، الدروس ٣: ٢٨١.

٦- جامع المقاصد ٤: ٣٢٦.

٧- التحرير ١: ١٨٢ س ٢٥، الدروس ٣: ٢٨١.

٨- راجع التذكرة ١: ٥٣٨ س ٣٨.

[و عدم الحيض عيب]

قال المصنّف قدس سره: «و عدم الحيض عيب»

و المراد ممّن شأنها ذلك بحسب السنّ و المكان و المزاج و الأرحام.

و اعتبر جماعه في ثبوت عيب عدم الحيض مضى سته أشهر و هي في سنّ من تحيض، و منهم العلامه في القواعد (١).

و أيما كان فكون عدم الحيض عيباً في الجمله هو المشهور بين الأصحاب، و نسب إلى الأكثر في المسالك (٢)، و إلى الأشهر في الكفايه (٣)، و إلى كافّه المتأخّرين في الرياض (٤).

و خالف في ذلك ابن إدريس حيث قال: أورد ذلك شيخنا في نهايته من طريق خبر الواحد إيراداً لا اعتقاداً (٥) و هو يعطى عدم المصير إليه.

و لعلّ خلافه بالنظر إلى اعتبار السنّه أشهر الهدى قضت به الروايه لا مطلقاً و ما استظهره منه الشارح في المسالك (٦) من نفي الحكم رأساً، ليس في كلامه ما يدلّ عليه.

و مستند القول الأوّل، أنّ عدم الحيض على النحو السابق من جمله العيوب عرفاً، لتفويته و صفراً مطلوباً يترتب عليه قبول الحمل و صحّه المزاج. و صحيح ابن فرقد: «عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتّى مضى سته أشهر و ليس بها حمل؟ قال إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك عن كبر فهذا عيب تردّ منه (٧)» باعتبار اطلاق الجواب و أصاله عدم تقييده بالسؤال.

و مستند القول الثاني: الصحيح المتقدّم باعتبار أنّ معناه: إن كان أمثالها سنّاً مع الاتّفاق في البلاد و المزاج في الجمله يوجد منها الحيض دونها يكون ذلك عيباً فيها، مع حبس الحيض سته أشهر لا- من كبر لأنّ الإشاره ب «ذلك» و ب «هذا» إلى حبس حيضها سته أشهر، فكان الجواب مقيداً بذلك.

١- القواعد ٢: ٧٢.

٢- المسالك ٣: ٢٩٧.

٣- الكفايه: ٩٤ س ١٦.

٤- الرياض: ٨: ٢٧٢.

٥- السرائر ٢: ٣٠٤.

٦- المسالك ٣: ٢٩٧.

٧- الوسائل ١٢: ٤١٣، ب ٣ من أبواب أحكام العيوب، ح ١.

وقيل: إنّ هذا هو الذى فهمه العلماء المتقدمون (١) ولا ريب أنّه هو الظاهر من الروايه.

نعم قد يقال: إنّ الروايه و إن دلت على هذه الصوره لكنّها لا تنفى ما عداها، فيكون المدار فيما عدا ذلك على ما يعدّ عيباً فى العرف.

و ما يقال: «إنّ الشارع قد كشف عن العرف فى ذلك لأنّ المرأه قد ينقطع عنها الحيض العشره أياماً و العشرون يوماً و لا يعدّ عيباً فى العرف، فلا- تحديد لانقطاعه الذى يصدق معه اسم العيب فى العرف، نعم فى السنّه أشهر يتحقّق الصدق يقيناً و قد كشف عنه الشرع» لا وجه له، لتحققه قبل ذلك قطعاً.

ثمّ إنّ جواز الردّ بعد سنّه أشهر إنّما هو مع عدم التصرّف، و أمّا معه فلا، و إطلاق الخبر مقيد بدليل التصرّف، و لا وجه لاحتمال كون هذا العيب مستثنى من دليل سقوط الردّ بالتصرّف باعتبار استبعاد عدم وقوع تصرّف مسقط للخيار فى هذه المدّه و لو مثل «اسقنى الماء» كما احتمله الأردبيلي قدس سره (٢) فإنّ هذا ليس بأعظم من العيوب التى تردّ بها الجاربه و إن تجددت ما بين العقد و السنه و قد شرط الأصحاب فى ذلك عدم التصرّف و رواياتها مطلقه أيضاً.

[الثفل فى الزيت غير المعتاد عيب]

قال المصنّف قدس سره: «و كذا الثفل فى الزيت غير المعتاد»

المشهور فى كلام الأصحاب أنّه إذا اشترى شيئاً فوجد فيه ثفلاً و هو ما استقرّ تحت الشىء من كدره و كان ممّا جرت العاده بمثله، لم يكن له ردّ و لا أرش. و الزيت فى كلام المصنّف مثال، و تخصيصه بالذكر باعتبار ذكره فى الروايه.

و فى حسنه ميسر: إن كان المشتري يعلم أنّ الدردي يكون فى الزيت فليس عليه أن يردّه (٣) و «على» بمعنى «إلى». و بهذا المضمون عبّر فى النهايه و السرائر و التحرير و الجامع (٤)، و يمكن إرجاع الروايه و كلامهم إلى ما ذكره المشهور، بمعنى

١- مفتاح الكرامه ٤: ٦١٥ س ٢١.

٢- مجمع الفائده ٨: ٤٤٦.

٣- الوسائل ١٢: ٤١٩، ب ٧ من أبواب أحكام العيوب، ح ١.

٤- النهايه ٢: ١٦١، السرائر ٢: ٣٠٥، التحرير ١، ١٨٢ س ٣٣، الجامع للشرائع: ٢٦٨.

أنّه إن كان يعلم أنّ هذا بحسب العاده ممّا يمكن في الزيت و نحوه لم يكن له الردّ، و إلّا فله، إلّا أنّه يبقى فرد آخر، و هو ما إذا لم يعلم ذلك و ظنّ أنّه خالص من الثفل.

و الأقرب أنّ الحكم فيه ما ذكره الأصحاب، تنزيلاً للعاده منزله العلم بذلك كما في كثير من المواضع فلا يضّرّ و إن كان عيباً، أو إنّ العاده قضت بأنّ مثل ذلك ليس بعيب.

و قد تحمل الروايه و كلام الجماعه على إرادته العاده من العلم على ضرب من المجاز، فتحصل الموافقه في الفردين، إلّا أنّه خلاف الظاهر.

ثمّ إنّ ظاهر الأصحاب أنّ الثفل لو كان كثيراً و علم به قبل البيع، صحّ البيع و لا خيار.

و ربّما أشكل باعتبار الجهل الموجب للغرر بقدر المقصود بالذات، و المشاهده في مثل ذلك غير كافيه. و يمكن دفعه بأنّ معرفه مقدار الجملة كافيه كما في معرفه مقدار السمن جمله من دون العلم بالتفصيل و نحوه التراب في الحنطه و الشعير إلى غير ذلك.

ثمّ الظاهر أنّ معتاد القدر دون الجنس كعكسه عيب، نعم لا- يبعد عدم الفرق في معتادها بين السابق و الموضوع جديداً على إشكال و يجرى ذلك في مقامات كثيره.

[التاسع: خيار التدليس]**إشاره**

قال المصنّف قدس سره:

«التاسع: خيار التدليس»

[التدليس: كتمان عيب السلعه عن المشتري]

التدليس: كتمان عيب السلعه عن المشتري كما فى الصحاح و المصباح و القاموس و مجمع البحرين فيكون خاصاً بخصوص العيب لخصوص المشتري فى خصوص السلعه.

و قد فسرت بالمتاع، و المتاع بما يتمتع به من الحوائج، فالظاهر اختصاصها بالعروض.

و ظاهر الفقهاء أنّ التدليس إخفاء العيب، بل يعمّ إخفاء الصفات و إخفاء قصر الأجل و إخفاء رأس المال و إخفاء الزمان أو المكان أو النسب أو الجهه، و جميع ما يقتضى نقصاً فى العين أو قيمه أو الرغبه أو رأس المال، إلى غير ذلك، بل يعمّ كلّ ما اخفى على المنقول إليه ممّا يتعلّق به غرضه و إن كان مطلوباً خلافه عند عامّه الناس، و لا يخصّ العروض بل يعمّها و غيرها، و لا يخصّ البيع فضلاً عن المشتري كما قالوا فى تدليس الماشطه.

و لعلّ كلام أهل اللغه من باب التعريف بالأخصّ، و الإحاله فى ذلك على العرف كما فى كثير من المقامات، و بناءً على ما قالوه لا يختصّ الكتمان للعبب بالعيب الخفىّ المذى يجب به الإعلام و يحرم فيه الكتمان كشوب الماء باللبن بل المدار فيه على مطلق الكتمان، و حينئذٍ لا يفارق خيار العيب التدليس إلّا حيث لا

يعلم به الناقل، و هو قليل الوجود، و إن عمّنا الكتمان لمثل ذلك لم يفترقا مطلقاً.

و المراد بالتدليس فى هذا المقام ما كان الغشّ و هو إدخال الأدنى فى الأعلى و المطلوب فى غيره و بالعكس من المجانس و غيره قسماً منه، لا ما كان قسماً له.

و ربّما يظهر من كلامهم أنّ المراد به فى المقام خصوص إخفاء الصفات، و حينئذٍ فلا يفارق خيار الوصف إلّا أن يراد بخيار الوصف هو الواقع فى الشىء الّذى يشتري بالوصف أو برؤيه سابقه على العقد ثم يخرج على خلاف ما وصف أو رُئى، و أمّا المرئى وقت العقد و إن خرج على خلاف الصفه، فليس منه.

و على كلّ حال فالتدليس إمّا قولى خبرى، أو شرطى، أو فعلى يقتضى زياده فى الوصف، أو إثبات وصف جديد، أو إغراء بخلاف الواقع بما يقتضى زياده فى القيمة، أو فى الرغبه و نحو ذلك، أمّا لو قضى بظهور الوصف بعد خفائه كالصقاله و القصاره و كس الغبار و رفع السواد و شبهه عن الجواهر المنطبعة و نحو ذلك فليس من التدليس، و منه البيع بنضده فى الظلمه و تغليظ القماش و الجواهر ما لم يكن شائعاً، و ما كان بالواسطة كغيره كما إذا أخبر بقصد أن يخبر أو قال له: أخبر، أو عمل عملاً بنفسه أو بغيره، كأن قال له: اعمل.

و تدليس الوكيل تدليس الأصيل.

و فى ضمان المدلس الأجنبى وجه تقدّمت الإشارة إليه.

ثمّ إنّ ثبوت الخيار بالتدليس نسبه فى المسالك إلى الأكثر (١) و فى الكفايه إلى الأشهر (٢)، و قد صرح به المصنّف و العلّامه فى القواعد و التذكره و المحقّق فى الشرائع (٣) و حكى عن القاضى و ابن إدريس (٤)، و ذهب إليه الفاضل الميسى و الشارح هنا و فى المسالك و صاحب الكفايه و مجمع البرهان (٥).

١- المسالك ٣: ٢٩٨.

٢- الكفايه: ٩٤ س ٢١.

٣- القواعد ٢: ٧٦، التذكره ١: ٥٤٠ س ٣٩، الشرائع ٢: ٣٧ و ٣٨.

٤- المهذب ١: ٣٩٥، السرائر ٢: ٣٥٨.

٥- الروضه ٣: ٥٠٠، المسالك ٣: ٢٩٨، الكفايه: ٩٤ س ٢١، مجمع الفائده ٨: ٤٤٧.

و نسب القول بالعدم إلى الشيخ في الخلاف و العلامة في التحرير و الإرشاد (١) و إلى المصنّف في الدروس، حيث شرط ثبوت الخيار في التحمير و التبييض و الجعد مع ظهور خلافها باشتراطها (٢).

و نسب المصنّف فيها إلى الشيخ التردّد في الثلاثه، و لعلّه عنى بذلك كلامه في المبسوط، حيث أنّه بعد أن أثبت فيه الخيار في الثلاثه قال: و إن قلنا ليس له الخيار لأنّه لا دليل في الشرع على كونه عيباً يوجب الردّ كان قوياً انتهى (٣)، و إلّا ففي الخلاف صرّح بنفي الخيار فيها.

و تردّد المحقّق الثاني في ثبوته فيها (٤) و المذى يظهر عدم كونه خياراً مستقلاً مؤثراً لأثر مستقلّ، و من هنا لم يعدّه أكثر الأصحاب خياراً مستقلاً.

نعم حيث يرجع إلى خيار الوصف و هو ما لو وصف له المنقول أو رآه على صفه عند البيع أو قبله فظهر خلافها نقول به، و كذلك حيث يكون من باب الشرط أو العيب أو الغبن و نحو ذلك.

فإن قلت: إنّ خيار الوصف إنّما هو فيما اشترى بالوصف أو برؤيه سابقه لا في ما رثى عند العقد فلا يكون مثل ذلك من خيار الوصف.

قلت: ليس محلّ البحث في التسميه و إنّما الكلام في الحكم، و لا-ريب أنّ ما دلّ على خيار الرؤيه يدلّ عليه بطريق تنقيح المناط، و تقدّم الرؤيه و مقارنتها لا يصلح فارقاً، مع أنّ الأولى مقارنته حكماً بمقتضى الاستصحاب و باعتبار ثبوته في التصريه بالإجماع محصّله و منقوله و ليست عيباً، و لا فارق بينها و بين غيرها بالنسبه إلى ذلك، و حينئذٍ فمن أثبت خيار التبدليس إن أراد به ذلك قاصراً لخيار الوصف على غير المشاهد عند العقد فلا نزاع لنا معه في الحقيقه و البحث يكون في مجرّد التسميه، و إن أراد بذلك جعله خياراً مستقلاً فيكون الخيار بالنظر إلى

١- الخلاف ٣: ١١١ المسأله ١٨٣، التحرير ١: ١٨٦ س ٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧.

٢- الدروس ٣: ٢٨٠.

٣- المبسوط ٢: ١٢٩.

٤- جامع المقاصد ٤: ٣٤٧.

الكذب فى باب المرابحه بالنسبه إلى رأس المال أو الأجل و نحو ذلك على وفق القاعده لا- لورود الدليل به فى خصوص المرابحه، و يكون بالنظر إلى إخفاء الوصف الخيار ذى جهتين، إذا أسقط أحدهما أو لم يطالب من جهتها ببقى الآخر، فالظاهر خلافه، لأننا إن قَصَّرنَاهُ على التدليس المحرّم. فأقصى ما فيه أنّ النهى إن كان عن أمر خارج قضى بالإثم و لا شىء عليه، و إن كان من أمر داخل قضى بالفساد. و الظاهر منه الأوّل. و إن عمّمناه للمحرّم و غيره فكذلك أيضاً، لأنّ الأصل لزوم العقد، و لا دليل على ثبوت الخيار بذلك.

و ما يقال: من أنّ دليله حديث الضرر باعتبار الضرر الناشئ من فقد ما ظنّه حاصلًا و أنّ الأغراض تختلف فى ذلك، فربّما رغب المشتري فيما أقدم عليه أوّلًا و لم يسلم له، لا وجه له، لما تقدّم سابقاً من أنّ حديث الضرر بمجرّده لا يثبت خياراً، و أنّه من المجملات، مع أنّه مع مقارنته لخيار آخر كما فى صورته فوات الوصف يندفع الضرر بالخيار الثانى، و هكذا غيره من عيب أو غبن و نحوهما.

ثمّ إنّه بناءً على القول به ينبغى الاقتصار فيه على المتيقّن، فلا يعمّ تدليس غير المالك، و لا تدليس المالك من غير قصد، و لا مع القصد لغير البيع من الأغراض الأخرى، و لا لما كان اغترار المشتري لتقصيره، و لا لما كان الإخفاء لصفه الكمال و لم يتعلّق للمشتري غرض بصفه النقص و إنّما أرادها لغواً و عبثاً، و يقتصر فيه على خصوص البيع إلّا إذا جعلنا المستند للضرر لا التعيّد، فإنّه يعمّ الجميع.

و الظاهر أنّ محلّ البحث عند الأصحاب إنّما هو فى التدليس بإخفاء الصفه فقط كما تفضى به أمثلتهم و مطاوى كلماتهم، و أنّ النزاع فى أنّ فوات مثل هذا الوصف من حيث هو لا باعتبار التدليس مثبت للخيار أم لا. فحمل كلام القائلين بالعدم على المنع من ذلك من حيثيه التدليس دون حيثيه فوات الوصف بعيد، بل لا يتأتى فى كلام بعضهم.

و حيث كان هذا الخيار قسماً من خيار الوصف فجميع ما يعتبر فى خيار الوصف يعتبر فيه، غير أنّه ربّما استتبع تغريماً من جهه ما يحدث من المصارف

المبتيه على التدليس بخلاف غيره. و يجتمع مع الخيارات الاخر و يفترق عنها، و يتمشى من البيع إلى غيره من العقود.

نعم لو أخفى صفه الكمال و كان غرض المشتري صفه النقص لغواً، فالظاهر عدم ثبوت الخيار حينئذٍ كما سيأتى مثله فيما هو أقوى منه و هو الشرط. و أما صورته ما لو كان غرور المشتري لتقصيره كما لو لطح البائع ثوب العبد مداداً فتخيل المشتري كونه كاتباً و اغترّ بما ليس فيه تغرير كثير، ففيه الوجهان، ذكرهما المحقق الثاني متردداً في ذلك (١) و الظاهر أنه من فوات الوصف المثبت للخيار.

[لو شرط صفه كمال أو توهمها]

اشاره

قال المصنّف قدس سره: «فلو شرط صفه كمال كالبيكاره أو توهمها كتحمير الوجه و وصل الشعر فظهر الخلاف تخيير و لا أَرش»

[لو شرط البيكاره]

لا-ريب أنّ كلّ وصف مشرط يتعلّق به غرض مقصود للعقلاء و إن كان ضدّه أجود في المائيه فإنّ الخيار يثبت مع فواته، للإجماع المحض فضلاً عن المنقول في المسالك (٢) و لعموم أدلّه الشروط. و ظاهر كلام المصنّف: أنّه لو اشترط صفه نقص لغرض تعلّق له بها مقصود للعقلاء أنّه لا خيار له، و الظاهر خلافه، و لعلّه يريد ما كان كمالاً و لو للغرض في مقابله الشرط الغير المقصود للعقلاء، و ما لا يزيد به المال فيكون لغواً و لا يثبت خياراً، كما صرح بذلك في القواعد و التحرير و التذكرة (٣) و هل يفسد العقد لفساد هذا الشرط أو لا؟ وجهان، و الأقوى الصحّح في مثل ذلك و إن قلنا بفساد العقد تبعاً للشرط الفاسد، و سيأتى البحث في ذلك في محله.

و أمّا عدم ثبوت الأرش فلاختصاصه بالعيب، و الواقع ليس بعيب.

و الفرق بين العيب و غيره في استحقاق الأرش بالأوّل دون الثاني التعيّد، و حكمته: أنّ العيب كالنقص في المبيع فقابل الشارع الكمال ببعض الثمن، بخلاف غيره من الأوصاف، فإنّها علّه الإقدام و الرغبه فقط، و يشكل ذلك في البيكاره من حيث إنّها بمقتضى الطبيعه و فواتها نقص يحدث في الأمه و يؤثّر في نقصان القيمه

١- لم نعثر عليه في كتبه.

٢- المسالك ٣: ٢٩٨.

٣- القواعد ٢: ٧٣، التحرير ١: ١٨٦ س ٤، التذكرة ١: ٥٤٠ السطر الاخير.

تأثيراً بيناً، فينبغى التخيير بين الردّ و الأرش مع فواتها و ثبوت الثيبوه حال البيع بالبيئه و إقرار البائع أو قرب زمان الاختبار لزمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيبوه. و من حيث إنّ الأرش جزء من الثمن و هو لا يوزع على الشروط.

و نقل عن بعض الأصحاب (١) القول بعدم التخيير بفوات شرط البكاره حتّى بين الردّ و عدمه.

و الأقوى الأوّل، لا- باعتبار أنّ الثيبوه عيب مطلقاً كما يظهر من ابن إدريس و نسب إلى ظاهر ابن البراج و مال إليه صاحب التنقيح و الشارح هنا و فى المسالك و احتمله المصنّف فى الدروس (٢) نظراً إلى دخوله تحت الضابطه السابقه للعيب، فإنّ ذلك مخالف لظاهر الإجماع المنقول فى كشف الرموز، حيث قال: لا خلاف بين الأصحاب فى أنّ الثيبوه ليست عيباً (٣) و فى إيضاح النافع نسب ذلك إلى الأصحاب، و فى المسالك إلى إطلاق الأصحاب (٤)، و نسبه فى الخلاف إلى روايه الأصحاب (٥).

مضافاً إلى أنّ أكثر الإماماء لا يوجدن إلّا ثيبات، فكانت الثيبوه بمنزله الخلقه الأصليه و إن كانت عارضيه، و لا أقلّ من الشكّ فى صدق اسم العيب على ذلك عرفاً، فيرجع إلى أصل لزوم العقد.

و الضابطه السابقه قد أرجعناها إلى الأخذ بالعرف كما عرفت، و على تقدير الأخذ بها تعبداً فسندها قاصر و لا يؤخذ بها إلّا فى محلّ الجابر و لا جابر فى المقام، و قد استدللّ بعضهم على ذلك بروايه سماعه، قال: «سألته عن رجل باع جاريه على أنّها بكر فلم يجدها كذلك قال: لا يردّ عليه و لا يجب عليه شىء أنّه قد تكون تذهب فى حال مرض أو أمر يصيبها.» (٦) قال: و هى مجبوره بعمل الأصحاب (٧).

١- حكاه العلّامه ره عن الشيخ فى النهايه و عن القاضى فى الكامل، راجع المختلف ٥: ١٧٣.

٢- السرائر ٢: ٣٠٤، فى المسالك ٣: ٢٩٥. و هو ظاهر ابن البراج، التنقيح ٢: ٨٢، الروضه ٣: ٥٠٠، المسالك ٣: ٢٩٦، الدروس ٣: ٢٧٦.

٣- كشف الرموز ١: ٤٨٠.

٤- المسالك ٣: ٢٩٥.

٥- الخلاف ٣: ١١٢ المسأله ١٨٤.

٦- الوسائل ١٢: ٤١٨، ب ٦ من ابواب احكام للعيوب ح ٢.

٧- نسبه فى مفتاح الكرامه إلى إيضاح النافع، راجع ج ٤ ص ٦١٨ س ٢٦.

و أنت خبير بأن هذه الروايه ظاهرها الشرطيه كروايه يونس الآتيه فليست ممّا نحن فيه إلّا أن يستند إلى الأولويّه، مع أنّ ظاهرها أنّ عدم الردّ و عدم أخذ الأرش باعتبار عدم العلم بثبوتها حال العقد، و هو الذي يقتضيه الجمع بينها و بين روايه يونس، فهي بالدلاله على الخلاف أولى.

و لا باعتبار أنّها عيب في خصوص السودان من الإماء أو في خصوص المجلوبه منهنّ، فإنّ الظاهر عدم الفرق بينها و بين غيرها.

و لا- باعتبار أنّها عيب في خصوص الصغيره التي ليست محلّما للوطء، فإنّ أصل الخلقه و الغالب متطابقان فيها على البكاره كما قوّاه في الشرح و المسالك (١) و نفى عنه البأس في التذكره (٢) فإنّ الظاهر عدم الفرق أيضاً و أنّ البناء في الإماء مطلقاً ليس على ذلك. و قد اشتهر أنّ عاده الذين يجلبون الأطفال من الجوارى يفتضون بكارتهنّ بأصابعهم إذا لم يكن قابلات للوطء.

بل باعتبار ما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس: في رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء و لم يجدها عذراء قال: «يردّ عليه فضل قيمه إذا علم أنّه صادق» (٣) و ظاهرها الشرطيّه و الظاهر من قوله: «لم يجدها عذراء» يعنى بعد تصرّفه بها و قد نقول بإسقاط التصرّف للخيار تعديداً حتّى مع الجهل، مع أنّ الاقتصار على ثبوت الأرش لا ينفى الردّ للشرطيّه بمقتضى الجمع بين الدليلين.

فما في المبسوط: إن شرط أن تكون بكرًا فخرجت ثيبًا، روى أصحابنا أنه ليس له الخيار و له الأرش (٤) مشيراً إلى الروايه و قد حكى أنّ ذلك خيره المهذب و الاستبصار (٥) بعيد. و قد حمل في الثاني قوله في روايه سماعه: «فلا يجب عليه شيء»: أنّه لا يحب عليه شيء معيّن، لأنّ المرجع في ذلك إلى اعتبار

١- الروضه ٣: ٥٠٠، المسالك ٣: ٢٩٥.

٢- التذكره ١: ٥٣٩ س ٣٨.

٣- الوسائل ١٢: ٤١٨، ب ٦ من أبواب أحكام العيوب ح ١.

٤- المبسوط ٢: ١٢٩.

٥- المهذب ١: ٣٩٥، الاستبصار ٣: ٨٢ ذيل ح ٢٨٧.

العاده و هو مختلف.

و المراد بالعلم بكونه صادقاً فى روايه يونس العلم بصدقه فى الثيوبه قبل البيع، جمعاً بينها و بين خبر سماعه بحمل الثانى على صورته الجهل.

و فى التذكرة حمل خبر سماعه و كلام الأصحاب على أنه اشتراها على ظاهر الحال من شهادته الحال بالبكاره و غلبه ظنه من غير شرط (١)، و هو بعيد.

و ليس فى روايه يونس بعد القطع من يتوقف فى أمره غير ابن مرار و لكنّها مجبوره بالشهره المنقوله كما فى الدروس و المسالك (٢) بل المحصّله، فإنّ ثبوت الأرش خيره السرائر و كشف الرموز و جامع الشرائع و التذكرة و التحرير و المختلف و التنقيح و جامع المقاصد و الشرح و المسالك (٣) و غيرها.

و قد ظهر أنه لو لم يثبت التقدّم فلا خيار بالنسبه إلى زمان ضمان البائع كما صرح به المحقق (٤) و جماعه، للأصل و أنها تذهب بالنزوه و نحوها، و تدلّ عليه روايه سماعه (٥)، و إطلاق من أطلق من الأصحاب منزّل على ذلك.

[الثيوبه تطلق على معينين]

اشاره

ثم إنّ الثيوبه تطلق على معينين:

أحدهما: الموطوءه و هو الذى يظهر من صدر عبارته النهايه و المجمع (٦) و تقابلها البكره و هى التى لم تمسّ و هى المراده فى مسأله سكوتها عند طلبها و فى مسأله الأولياء.

و الثانى: ذهاب العذره و لو بحرقوص أو نزوه أو فضّ بإصبع و نحوه، و تقابلها البكر من البكاره و هى العذره، و المراد بها التحام الفرج كما فى آخر عبارتى

١- التذكرة ١: ٥٣٩ السطر الاخير.

٢- الدروس ٣: ٢٧٦، المسالك ٣: ٢٩٦.

٣- السرائر ٢: ٣٠٤، كشف الرموز ١: ٤٨٠، الجامع للشرائع: ٢٦٧، التذكرة ١: ٥٣٩ س ٤١، التحرير ١: ١٨٦ س ١١، المختلف ٥: ١٧٤، التنقيح ٢: ٨٢، جامع المقاصد ٤: ٣٢٩، الروضه ٣: ٥٠٠، المسالك ٣: ٢٩٦.

٤- جامع المقاصد ٤: ٣٢٩.

٥- الوسائل ١٢: ٤١٨، ب ٦ من أبواب أحكام العيوب، ح ٢.

٦- راجع النهايه ٢: ١٦٠ و مجمع الفائده ٨: ٤٣٢.

النهاية و المجمع (١) و هي المراده فى باب ردّ العشر و نصف العشر فى الإمام و الغالب إرادته فى مهر المثل، و الظاهر من معناها عندهم الأوّل، و مبنى الأخير على الغالب، و بناءً على الوجه الأوّل لا يضّرّ زوال التحام فرجها بغير الوطاء و إن علم تقدّمه على العقد، فضلاً عن أن يشكّ فيه، و بناءً على الثانى يضّرّ الأوّل دون الثانى، إلّا مع جهل تاريخ العقد و العلم بتاريخ زوال البكاره فى وجه.

و الأقوى العدم، تمسكاً بأصالة لزوم العقد، كما فى صوره جهل تاريخهما و جهل تاريخ زوال البكاره و العلم بتاريخ العقد.

و الظاهر أنّ محلّ بحث الأصحاب الأخير، كما يفصح عنه قول المحقّق فى الشرائع: لأنّ ذلك قد يذهب بالخطوه (٢) و قول الشيخ فى النهاية: لأنّ ذلك قد يذهب من العلّه و النزوه (٣) و مثله ما حكى عن الكامل (٤) و مثلهما غيرهما و هو الظاهر من روايه سماعه كما عرفت. فلا- وجه لاحتمال كون محلّ البحث الأوّل، و لا لما يتخيل من احتمال جعل النزاع لفظياً بالنسبه إلى تلك الخلافات المتقدمه بحمل النفي على معنى و الإثبات على آخر.

ثمّ إنّّه بالنسبه إلى عكس المسأله فيما لو شرط كونها ثيباً فخرجت بكرةً لا كلام فى عدم ثبوت الأرش و له الردّ، عملاً بالشرط، و لأنّ العاجز قد يطلب ذلك، و قد نصّ عليه فى القواعد و التذكره و جامع الشرائع و جامع المقاصد و المسالك (٥) و غيرها، و فى المبسوط و التحرير: أنّه لا خيار له (٦) و هو ضعيف.

[التصريه فى اللغه]

التصريه فى اللغه: الجمع، قال فى الغريبين: صريت الماء و صرّيته إذا جمعته و حبسته، و قال فى النهايه: المصراه: الناقه أو البقره أو الشاه يصرى اللبن فى

١- المصدر السابق.

٢- الشرائع ٢: ٣٧.

٣- النهايه ٢: ١٦٠.

٤- لا يوجد عندنا.

٥- القواعد ٢: ٧٣، التذكره ١: ٥٤٠ س ٣، الجامع للشرائع: ٢٦٧، جامع المقاصد ٤: ٣٣٠، المسالك ٣: ٢٩٦.

٦- المبسوط ٢: ١٣٠، التحرير ١: ١٨٦ س ٤.

ضرعها أى يجمع و يحبس.

التصريه و قال فى المصباح: صريت الناقه فهى صريه من باب تعب إذا اجتمع لبنها فى ضرعها. و فى الصحاح: صريت الشاه تصريه إذا لم تحلبها أياماً حتى يجتمع اللبن فى ضرعها و الشاه مصرّاه. و فى القاموس: ناقه صريا محفّله و الصُرى كزبى المصرّاه الشاه المحفّله. و فى المجمع: التصريه فيما بينهم تحفيل الشاه و البقره و الناقه و جمع لبنها فى ضرعها بأن تربط أخلافها و يترك حلبها اليوم و اليومين و الثلاث ليتوفّر لبنها فيرى المشتري كثيراً فيزيد فى ثمنها و هو لا يعلم، انتهى.

و التحفيل من الحفل و هو الجمع، و منه قيل للمجمع محفل، و حفّلت الشاه بالثقل تركت حلبها حتى اجتمع اللبن فى ضرعها فهى محفّله، و كأنّ الأصل حفّلت لبن الشاه، لأنّه هو المجموع فهو محفّل و قد اشتهرت منه التصريه و التحفيل فى جمع اللبن فى الضرع من الحيوان مطلقاً، و احتمال الوضع الجديد لخصوص ذلك غير بعيد، و هو المراد فى هذا المقام.

[التصريه للشاه و البقره و الناقه]

إشاره

قال المصنّف قدس سره: «و كذا التصريه للشاه و البقره و الناقه»

[التصريه تدليس حرام]

و التصريه تدليس حرام إجماعاً، كما فى المسالك و الرياض (١) و يوجب الخيار فى الشاه بين الردّ و الإمساك إجماعاً. كما فى الخلاف و المختلف و المهذّب البارع و تعليق الإرشاد و الشرح و الرياض (٢) و ظاهر التذكره و غايه المرام و مجمع البرهان (٣).

و عليه أخبار الفرقه، كما فى الخلاف (٤) و لم نجد فى رواياتنا تعرّضاً لحكم التصريه سوى ما رواه الحرّ فى هدايته من قوله عليه السلام: لا تصرّوا الإبل و البقر و الغنم من اشترى مصرّاه فهو بآخر النظرين إن شاء ردّها و ردّها معها صاعاً تمرّاً (٥).

١- المسالك ٣: ٢٩٢، الرياض ٨: ٢٦٥.

٢- الخلاف ٣: ١٠٢ المسأله ١٦٧، المختلف ٥: ١٧٥، المهذّب البارع ٢: ٤١٥، حاشيه الإرشاد للكركى (مخطوط): ١٣٩، الروضه ٣: ٥٠١، الرياض ٨: ٢٦٥.

٣- التذكره ١: ٥٢٦ س ٢٩، غايه المرام ٢: ٧١، مجمع الفائده ٨: ٤٣٩.

٤- الخلاف ٣: ١٠٢ المسأله ١٦٧.

٥- هدايه الامّه ٦: ١٤١، ح ٤٧.

و روى أيضاً من اشترى محفله فليرد معها صاعاً (١).

و فى كتاب معانى الأخبار للصدوق عن محمد بن هارون الزنجاني عن عليّ ابن عبد العزيز عن أبي عبيده رفعه إلى النبيّ صلى الله عليه وآله: لا تصرّوا الإبل و الغنم [فإنّها خداع (٢)] من اشترى مصرّاه فإنّه بأخر النظرين إن شاء ردّها و ردّها معها صاعاً من تمر (٣).

و فى الغوالى عن النبيّ صلى الله عليه وآله: من اشترى مصرّاه فهو بالخيار ثلاثه أيام، إن شاء أمسكها و إن شاء ردّها و صاعاً من تمر (٤).

و قال صلى الله عليه وآله: من اشترى محفله فهو بالخيار ثلاثه أيام، فإن ردّها ردّها معها لبنها حتماً (٥).

و الظاهر أنّها مأخوذه من طريق العامه، و لذلك اعترف بعدم الوقوف على نصّ من ذلك من طرق الخاصه فى السرائر و التحرير و غايه المراد و المسالك و مجمع البرهان (٦) و غيرها. و من هنا يضعف الاستناد إلى ما أرسله الشيخ فى الخلاف من أخبار الفرقه (٧) و أنّ ما يحكيه كما يرويه، و العمده فى ثبوته فى الشاه الإجماع و يؤيده حديث الضرر (٨)، و ما روى فى الهدايه و معانى الأخبار و الغوالى.

و قد يستدلّ على ذلك بما رواه أصحابنا بثلاث طرق: صحيح و ضعيف و مرسل، و لا يضرّ ذلك بعد الانجبار، و هو ما رواه الحلبي عن رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردّها، قال: إن كان فى تلك الأيام شرب لبنها ردّها معها ثلاثه أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شىء (٩) و ليس فيها قضيه تصرّيه البائع و تدليسه.

١- المصدر السابق ص ١٤٢، ح ٤٨.

٢- ليس فى المصدر.

٣- معانى الأخبار: ٢٨٢.

٤- غوالى اللآلى ١: ٢١٩ ج ٨٧.

٥- نفس المصدر: ح ٨٨ و فيها بدل قوله: حتماً «أو مثل لبنها قمحاً».

٦- السرائر ٢: ٣٠٠، التحرير ١: ١٨٤ س ٣٢، غايه المراد ٢: ١١٢، المسالك ٣: ٢٩٣، مجمع البرهان ٨: ٤٣٨.

٧- الخلاف ٣: ١٠٢ المسأله ١٦٧.

٨- الوسائل ١٧: ٣١٩، ب ٥ من أبواب الشفعه، ح ١، ٣٤١، ب ١٢ من أبواب إحياء الموات، ح ٣.

٩- الوسائل ١٢: ٣٦٠، ب ١٣ من أبواب الخيار، ح ١.

و يمكن أن يقال: إنَّ ردّها بعد التصرّف و ردّ شيء معها مطلق أو عامّ فيخصّ بالإجماع بالتدليس، و فيه ما فيه.

و الاعتراض بالاشتمال على ردّ ما لم يقل به المشهور، مردود بأنّ العمل ببعض الروايه مع المجبوريه و ردّ البعض أوفق بالضوابط.

و أمّا الروايات العامّيه الموجوده فى كتب العامّه فلا يجوز الاستناد إليها و إن حصل لها الجابر، لأننا امرنا بتلف كتبهم لأنّها كتب ضلال، فلا يجوز الأخذ بها و إن كانت مجبوره، و مجرد عدم عثورنا على مستند من طريق الخاصّه لا يقضى بكونها هى المستند. نعم لو ذكرت فى كتب أصحابنا للأخذ بها، جاز الأخذ بها مع الانجبار كما تشهد به الطريقه المستمرّه لعلمائنا الأبرار.

و الروايات المذكوره فى هذا الباب التى رواها الصدوق و الحرّ و ابن جمهور عامّيه، و اختصاصهم بروايتها يشكّ فى كونها سبباً فى الدخول تحت رواياتنا حتّى ينفع انجبارها بالشهره، فلا تصلح إلّا للتأييد و هى بين مرسله و ضعيفه جدّاً، لاشتمالها على عدّه من الضعفاء، و حكمها عدا الأخيره مخالف للفتوى، لأنّ فيها ردّ التمر أو ما يعّمه و غيره، و لا وجه له كما سيأتى، إلّا أن يقال: يعمل ببعض للانجبار و يترك بعضاً، فليس المستند فى الحقيقه فى الشاه إلّا الإجماع و روايه الحلبي بالنحو السابق.

و أمّا البقره و الناقه فالمشهور ثبوت التصريه فيها أيضاً كما فى الحدائق (١) و هو مذهب الأكثر كما فى الرياض (٢) و هو خيره المبسوط و الخلاف و السرائر و الجامع و التحرير و التذكره و الدروس و حواشى المصنّف و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسيه و الرياض (٣)، و هو المحكى عن أبى علىّ و القاضى (٤)،

١- الحدائق ١٩: ٩٥.

٢- الرياض ٨: ٢٦٨.

٣- المبسوط ٢: ١٢٥، الخلاف ٣: ١٠٥ المسأله ١٧٠، السرائر ٢: ٣٠٠، الجامع للشرائع: ٢٦٧، التحرير ١: ١٨٥ س ٨، التذكره ١: ٥٢٦ س ٣٩، الدروس ٣: ٢٧٦، جامع المقاصد ٤: ٣٤٩، الرياض ٨: ٢٦٨.

٤- راجع المختلف ٥: ١٧٧، المهذب ١: ٣٩١.

و قوّاه كاشف الرموز (١)، و مال إليه صاحب مجمع البرهان (٢)، و نقل عليه الإجماع الشيخ في الخلاف (٣)، و قد تلوح دعوى الإجماع من السرائر و التذكرة (٤) و غيرهما فالمستند فيهما أيضاً الإجماع المنقول المعتضد بفتوى الأكثر، المؤيد بحديث نفى الضرر و بما تقدّم نقله عن هدايه الحرّ و معانى الأخبار و الغوالى.

و تردّد في ذلك في الشرائع (٥)، و استشكل في الإرشاد و الكفايه (٦) و توقّف في المختلف (٧).

و لم يرحّح في غايه المراد و غايه المرام و التنقيح و المهذّب البارع «٢١»، و قرّب في الإيضاح عدم الثبوت فيهما «٣١» و في المسالك و الشرح إن تمّ الإجماع و إلّا فإشكال «٤١».

و أمّا ثبوتها في غير النعم الثلاث كحبس لبن الأتان و الأمه و الفرس و نحوها حيث يكون المقصود منها اللبن، و حبس غير اللبن كحبس ماء القناه و الرحي و إرساله عند البيع و إبقاء المخروط أو المجزوز أو الملقوط أو المستنبط كالعسل و نحوها فيراها الرائي فيظنّ أنّ ذلك طبعى لا من الجمع فتشتدّ رغبته في أخذه فالحكم في جميع ذلك ثبوت الخيار فيها على النحو الذى ثبت في النعم الثلاث من ثبوته مع التصرّف، و كونه بعد الثلاثه أو كون الثلاثه محلاً لثبوته و ردّ اللبن في الثلاث إلى غير ذلك ممّا سيأتى من الامور المخالفه للقواعد فالحقّ عدم ثبوته، لأنّ المستند إن كان الإجماع فهو مقصور على النعم الثلاث، و تنقيح المناط ممنوع لفقد المنقّح من نصّ أو إجماع، و إن كان من الروايات فليس في الباب روايه تدلّ على الحكم إلّا روايه الصدوق و الغوالى و الهدايه و ما رواه الحلبي بالطريق

١- كشف الرموز ١: ٤٧٩.

٢- مجمع الفائدة ٨: ٤٤٣.

٣- الخلاف ٣: ١٠٥ المسأله ١٧٠.

٤- السرائر ٢: ٣٠٠، التذكرة ١: ٥٢٦ س ٣٩.

٥- الشرائع ٢: ٣٧.

٦- إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧، الكفايه: ٩٤ س ٩.

٧- المختلف ٥: ١٧٧.

السابق، و قد علمت ما فيها و هي مخصوصه بالنعم الثلاث، فلا تسرى إلى غيرها إلا بالتنقيح، و قد علمت ما فيه.

فما نقل عن أبي على أنه طرد الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي (١) لعل غرضه ثبوت الخيار على النحو الأول و هو خيار الوصف.

و في الدروس و المفاتيح: إن قوله ليس بالبعيد للتدليس (٢)، و كذلك ما في الدروس و التذكرة: من إلحاق حبس ماء القناه و الرحي و إرساله عند البيع و الإجاره حتى يتخيل المشتري كثرته بالتصريح في ثبوت الخيار (٣).

و لا ينافي ما ذكرناه من الإجماعات المنقوله على نفى التصريح في غير النعم الثلاث، فإن المراد نفيها على النحو الذي ثبت فيها.

قال في السرائر بعد أن ذكر التصريح في الناقة و البقره و الشاه: و لا تصريحه عندنا في غير ذلك (٤) و قال في التذكرة: و لا تثبت التصريح في غير الثلاثة المذكوره في الخبر الإبل و البقر و الغنم عند علمائنا (٥)، و نحوه ما في مجمع البرهان (٦). و في كشف الرموز نقل الإجماع على نفى التصريح في الأتان و الأمه (٧).

و هذا الخيار مخالف للقاعده من وجوه:

منها: الرد مع التصرف.

و منها: تبعض الصفقه و هي عيب بالنسبه إلى المردود عليه.

و منها: رد المتجدد مع أنه من مال المشتري إن قلنا به.

و منها: التخصيص بالثلاثة في وجهه، و قد يغفل عن حلها في الثلاثة، فيكون خيار التدليس أخف من خيارات الأسباب الاخر.

و منها: دخول المجهول بل المعدوم في وجه في البيع، فينبغي الاقتصار على خصوص التدليس.

١- راجع المختلف ٥: ١٧٧.

٢- الدروس ٣: ٢٧٧، المفاتيح ٣: ٧٠.

٣- الدروس ٣: ٢٧٨، التذكرة ١: ٥٢٧ س ٣٣.

٤- السرائر ٢: ٣٠٠.

٥- التذكرة ١: ٥٢٦ س ٤٢.

٦- مجمع الفائدة ٨: ٤٤٣.

٧- كشف الرموز ١: ٤٨٠.

و من هنا يعلم أنّ هذا الحكم لا يسرى إلى غير تدليس المالك، و لا إلى تدليسه بالخبر دون العمل، و لا إلى وقوع التحفيل لا لعقد البيع بل لبعض الأغراض الأخرى، و لا إلى وقوع التحفيل لإهماله و نسيانه، و يحصل بنسيان حلبها و بقائها في المرعى يومين أو أزيد اقتصاراً فيما خالف القاعده على المتيقن.

و من هنا استقرب في القواعد و الإيضاح و جامع المقاصد سقوط الخيار في الصورة الأخيره (١)، و لا ينافى ذلك ما استقربه فيها في التذكرة و حواشى المصنّف من ثبوت الخيار (٢)، فإنّ المراد به خيار فوات الوصف لا ما تقدّم.

و تشترك الفتوى و الإجماع و الروايات بخصوص المشتري، و الظاهر أنّه مثال، فالبايع بالنظر إلى الثمن كالمشتري في حقّ المثلث.

و العقود الأخرى كعقد البيع لتتقيح المناط في الجميع على إشكال في التسريه إلى العقود الأخرى، لاحتمال كون السبب كثره دوران البيع فناسب التخفيف دونها.

و المسأله على خلاف القاعده فيقتصر فيها على المتيقن.

[بعد اختبارها ثلاثة أيام]

قال المصنّف قدس سره: «بعد اختبارها ثلاثة أيام»

لا ريب أنّ التصريه تارةً تثبت بالاختبار، و اخرى بالبينه و الإقرار، فإن كان المثلث لها الأول اعتبر في ثبوت الخيار بها مضى ثلاثة أيام، كما يظهر من المصنّف، و هو ظاهر كلّ من اعتبر الاختبار ثلاثة أيام، كما في الشرائع و القواعد و التذكرة و الإرشاد و التنقيح و الكفايه (٣) و غيرها باعتبار احتمال استناد اللين إلى تغير المرعى و الأمكنه و نحوها، فقدّره الشارع بهذه المدّه، لأنّها ممّا يستكشف بها غالباً، و ما نقص عنها لا يحصل به الاستكشاف، و ما زاد عليها يحصل به الضرر على البائع، و فيها يحصل الجمع بين الحقيين، و هي المدّه المضروبه في غيره من

١- القواعد ٢: ٧٧، إيضاح الفوائد ١: ٤٩٧، جامع المقاصد ٤: ٣٤٩.

٢- التذكرة ١: ٥٢٧ س ٣١، حكاة عن الحواشى للشهيد في مفتاح الكرامه ٤: ٦٤٩ س ١٣.

٣- الشرائع ٢: ٣٧، القواعد ٢: ٧٧، التذكرة ١: ٥٢٦ س ٢٩، الإرشاد ١: ٣٧٧، التنقيح ٢: ٧٩، الكفايه: ٩٤ س ٩.

الخيارات، و حينئذٍ فلا- أثر للنقصان فى اليوم الثانى ما لم يستمر إلى اليوم الثالث، و لا يعتبر نقصان اليوم الثالث وحده و لا مع ضمّه إلى ما بعده، بل لا بدّ من التكرار فى المدّة ليوثق بكون النقصان ليس لأمر عارضى.

و قد يلوح من بعض كلام هؤلاء ثبوت الخيار بالنقصان فى اليوم الثالث وحده لتعليقهم عدم الثبوت قبل الثلاثة بكونها المدّة المضروبه فى الشرع فلا يثبت قبلها، إلّا أنّ تعليقهم .. اعتبار الثلاثة باحتمال استناد تغيير اللبن إلى العلف و الأمكنه ينافيه، و حينئذٍ فالفرق بين مدّة التصريه و خيار الحيوان أنّ الخيار فى ثلاثة الحيوان فيها و فى مدّة التصريه بعدها، و الحمل على التخيير فى آخر جزء من الثلاثة يوجب المجاز فيها.

و قد صرح جمع منهم بثبوتها حينئذٍ على الفور حتّى ممّن قال فى غيره بالتراخي اقتصاراً على المتيقّن.

و قد يحمل كلام المصنّف و الجماعه على أنّ التحديد بالثلاثة لمصلحة المشترى، إذ قد يكون اللبن كثيراً جداً بسبب التصريه، فلا- ينكشف باليومين بل لا بدّ من الثلاثة، و ليس الغرض أنّ الثلاثة كلّها لا بدّ أن تكون ظرفاً للاختبار فى سائر المقامات، كما يظهر ذلك من الشهيد فى غايه المراد و المحقّق الثانى فى تعليقه على الإرشاد و الأردبيلى فى مجمع البرهان (١).

و فى جامع المقاصد: أنّ المفهوم من النصوص و من إطلاق كلامهم، أنّ نقصان اللبن فى جزء من الثلاثة موجب للخيار (٢).

و فى الدروس: فلو تساوت الحلبات فى الثلاثة أو زادت اللاحقه فلا خيار.

و لو زادت بعد النقص فى الثلاثة لم يزل الخيار (٣).

و حمل الزيادة بعد النقصان على كونها بعد الثلاثة، خلاف الظاهر.

و بناءً على هذا الوجه إن تساوت الحلبات تساويًا عرفيًا فلا تصريه، و كذا إذا

١- غايه المراد ٢: ١١٢، تعليق الإرشاد (مخطوط): ١٣٩، مجمع الفائدة ٨: ٤٤١.

٢- جامع المقاصد ٤: ٣٥١.

٣- الدروس ٣: ٢٧٧.

كانت الحلبه الاولى ناقصه و ما عداها زائداً عليها، و أمّا إذا كانت الاوليان متساويتين و الأخيره ناقصه أو تساوت الاولى و الأخيره و نقصت الوسطى لم تثبت التصريه.

و يشكل ذلك كما فى مجمع البرهان باختلاف اللبن باختلاف الزمان و المكان و المأكول و المشروب (١) فكيف تثبت التصريه بمجرد نقصانه فى ضمن الثلاثه مع احتمال استناده إلى ما ذكر.

و اجيب بأنّه قد يحكم بها أهل الخبره من الرعاه و أصحاب البقر و الشاه مع فرض التساوى فى الامور التى لها مدخلية فى الغالب، و لا يلتفت إلى تلك الاحتمالات. و عليه منع ظاهر.

ثم إنه على تقدير ثبوت التصريه بذلك، فهل الخيار حينئذٍ فى ضمن الثلاثه على الفور، أو يمتدّ إلى آخر الثلاثه إلا أنه مقيد بترك التصرف بعد العلم و لو بالحلب و لو تصرف سقط خياره، أو يثبت له بعد الثلاثه فوراً مع الشرط المذكور و فى ضمن الثلاثه له الردّ بخيار الحيوان فقط بناءً على عدم سقوطه بمثل هذا التصرف؟ وجوه يستعلم حكمها ممّا سيأتى.

و فى الدروس: لو علم بها أى التصريه بعد العقد قبل الحلب تخير، قاله الفاضل مع توقّفه فى ثبوت الخيار قبل الثلاثه لو حلب (٢) انتهى. و ظاهره إنكاره على العلامه الفرق بين المقامين.

هذا كلّه إذا ثبت التصريه بالاختبار.

و أمّا إذا ثبت بالبينه و الإقرار، فهل يثبت الخيار له بمجرد ذلك أو لا بدّ مع ذلك من الاختبار؟ قولان. و ظاهر أهل القول الثانى الاكتفاء بالنقصان فى الجمله فى ضمن الثلاثه فى ظهور التصريه المثبتة للخيار و تحقّقها، و لم نجد مصرّحاً باعتبار الثلاثه فيما نحن فيه، كما تقدّم فى صورته ما إذا لم تسبق البيّنه و الإقرار.

و بناءً على اعتبار الاختبار بكلّ واحد من الاحتمالين فلا أثر للبيّنه و الإقرار،

١- مجمع الفائدة ٨: ٤٤١.

٢- الدروس ٣: ٢٧٩.

لأنّ المثبت إنّما هو الاختبار. و مبنى القول باشتراط الاختبار فى ثبوت الخيار و القول بعدمه، على أنّ زوال التصريه بعد ثبوتها رافع لحكم الخيار أو لا كالجوهين فى ارتفاع العيب قبل العلم به.

حجّه القائلين بالأوّل أنّ التصريه من حيث هى غير موجه للخيار، بل هى موجه لإظهار ما ليس فى المبيع من الصفات التى يوجب فواتها، فإذا وجد ما أظهر لم يكن له خيار، و مع الشكّ فى الوجود لا بدّ من الاختبار، لاحتمال ارتفاع التصريه بسبب تغير المرعى أو غيره أو هبة من الله، فلا يثبت الخيار، لزوال الموجه.

وفيه: أنّ الأصل عدم الزوال، فله أن يفسخ فى الحال، غير أنّ فسخه يبقى مراعى إلى أن ينكشف الأمر و لعلّ أهل هذا القول يريدون أنّ استقرار الفسخ مشروط بالاختبار، و نسب هذا القول فى المسالك إلى الأشهر (١).

و به صرح فى المبسوط و الشرائع و الجامع و التحرير و الإرشاد و القواعد و التذكرة و إيضاح النافع (٢) و قوّه كاشف الرموز و صاحب الرياض (٣).

و حجّه القائلين بالثانى استصحاب بقاء الخيار.

وفيه: أنّ الخيار بعد لم يثبت حتّى يستصحب و ثبوته ظاهراً لا- يفيد، و هو على خلاف القاعده، فيقتصر فيه على المتيقن، و المتيقن ما عدا هذه الصوره.

و نسب هذا القول إلى الشيخ فى الخلاف (٤)، و عليه ظاهر المصنّف فى نكت الإرشاد (٥)، و ظاهر المحقق الثانى و الشارح فى المسالك (٦) التردّد.

ثمّ إنّ على كلّ من القولين من اعتبار الاختبار و عدمه، هل يثبت هذا الخيار على الفور، أو يمتدّ بامتداد الثلاثه مع ترك التصرف بعد العلم و لو بالحلب، أو يثبت

١- المسالك ٣: ٢٩٣.

٢- المبسوط ٢: ١٢٥، الشرائع ٢: ٣٧، الجامع للشرائع: ٢٦٧، التحرير ١: ١٨٤ س ٣١، إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧، القواعد ٢: ٧٧.

٣- كشف الرموز ١: ٤٩٠، الرياض ٨: ٢٦٦.

٤- الخلاف ٣: ١٠٦ المسأله ١٧٣.

٥- غايه المراد ٢: ١١٢.

٦- جامع المقاصد ٤: ٣٥١، المسالك ٣: ٢٩٣.

بعد الثلاثه فوراً، أو الثابت فيها خيار الحيوان فقط بناءً على عدم سقوطه بمثل هذا التصرف؟ وجوه، بل أقوال:

ذهب إلى الأول الشهيد في غايه المراد، حيث قال: و لو علم كونها مصرّاه قبل الحلب و بعد العقد ثبت له الخيار على الفور (١). و ظاهر التنقيح و إيضاح النافع موافقته (٢) اقتصاراً فيما خالف القاعده من لزوم العقد على المتيقن.

و ذهب إلى الثانى الشارح فى الشرح (٣) و المصنّف فى حواشيه على القواعد، و هو الظاهر من عباره الدروس حيث قال: هذا الخيار على الفور إذا علم به، و الظاهر امتداده بامتداد الثلاثه إذا كانت ثابتة، و إلّا فمن حين العلم (٤) انتهى. و مراده بالفوريّه إنّما هو بالنسبه إلى علمه به بعد الثلاثه، فلا ينافيه قوله بامتداده بامتداد الثلاثه.

و تردّد العلامه فى التذكره بينه و بين الأول، قال: و لو أسقط خيار الحيوان، فإنّ خيار التصريه لا يسقط، و هل يمتدّ إلى الثلاثه أو يكون على الفور؟ إشكال (٥).

و دليلهم على ذلك النصوص العامّيه عن النبى صلى الله عليه و آله: «من اشترى شاه مصرّاه فهو بالخيار ثلاثه أيام إن شاء أمسكها و إن شاء ردّها (٦)». و قد عرفت أنّها لا تصلح للحجّيه، مع احتمال أنّ المراد بها خيار الحيوان، و لا إجماع فى المقام حتّى يستنهض به.

و الثمره بين ثلاثه الحيوان و ثلاثه التصريه على الوجه الأوّل ظاهره، فإنّهُ يسقط خيار التصريه بالإخلال بالفوريّه و يبقى خيار الحيوان. و على الثانى تظهر فيما لو أسقط أحدهما و أبقى الآخر.

و ذهب إلى الثالث المحقّق الثانى فى جامع المقاصد [قال] و الذى ينبغى

١- غايه المراد ٢: ١١٢.

٢- التنقيح ٢: ٨٠.

٣- الروضه ٣: ٥٠٣.

٤- الدروس ٣: ٢٧٩.

٥- التذكره ١: ٥٢٦ س ٣٤.

٦- سنن البيهقى ٥: ٣٢٠، باب مدّه الخيار فى المصرّاه.

علمه هنا هو امتداد الخيار بامتداد الثلاثة لأنه خيار الحيوان، كما صرّح به الشيخ، و تصرّف الاختبار مستثنى دون غيره، فمتى علم بالتصريح فشرط بقاء الخيار عدم التصرّف فإذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور (١).

و هو الظاهر من العلّامة فى التحرير، حيث إنّه بعد أن وافق الشيخ فى أنّ مدّه الخيار فى المصّرّاه ثلاثه أيام كغيرها من الحيوانات، قال بلا فصل: و يثبت على الفور و لا يثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال (٢)، فليس المراد بالفور إلّا بالنسبه إلى ما بعد الثلاثة.

و قد يستدلّ لذلك بأنّ المفهوم من كلام الأصحاب أنّ خيار التصريح محلّه بعد الثلاث مطلقاً، و أنّ الثلاث كما تعتبر لثبوت التصريح تعتبر لزوالها، و هو ممنوع كما عرفت من نقل كلام جملة منهم، و ستعرف أنّه فى صورته الثبوت بالبينه و الإقرار اكتفوا فى الاختبار بالنقصان فى الجملة و لم يعتبر أحد منهم الثلاث كما عرفت.

و أمّا كلام الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ما فى الجامع و التحرير: من أنّ هذا الخيار ثلاثه أيام مثلها فى سائر الحيوانات (٣)، فظاهرها تقييد خيار التصريح بالثلاثة مطلقاً سواء ظهرت بالاختبار أو غيره، و ليس بمراد قطعاً كما يقضى به ضمّ كلامهم بعضه إلى بعض.

بل المراد بيان أنّ الثلاثة لمكان خيار الحيوان فى مقابل ما روته العامه، و ذهب إليه بعض الأصحاب كما عرفت من أنّ الثلاثة للتصريح.

و قد استظهر ما ذكرناه فى غايه المرام من التحرير (٤)، و نقل التصريح به عن الشيخ فى الدروس (٥).

و على كلّ حال فليس فى ذلك دلالة على ثبوت الخيار بعد الثلاث و عدم ثبوته.

١- جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

٢- التحرير ١: ١٨٥ س ٦.

٣- المبسوط ٢: ١٢٥، الخلاف ٣: ١٠٣ المسأله ١٦٨، الجامع للشرائع: ٢٦٧، التحرير ١: ١٨٥ س ٦.

٤- غايه المرام: ٢: ٧٣.

٥- الدروس ٣: ٢٧٩.

و ربّما تخيّل إرجاع القول بالفوريّه إلى القولين الآخرين، بأن يراد بالفوريّه ثبوته له في ذلك الوقت و إن استمرّ إلى الثلاث، و يكون ذلك لمكان خيار التصريه فيرجع إلى القول الثاني، أو لمكان خيار الحيوان فيرجع إلى الثالث، مع احتمال أن يراد بالفوريّه معناها و لكن فيما بعد الثلاث فيرجع إليه أيضاً، و الكلّ من البعد بمكان.

و التحقيق أنّ هذا الخيار فرد من أفراد خيار الوصف كما عرفت.

فإذا قلنا باستثناء تصرّف الاختبار و إن كثر من السقوط بالتصرّف كان على الفور كغيره من خيار الوصف، اقتصاراً على المتيقّن من الخروج عن دليل لزوم العقد، و يبقى خيار الحيوان مستمراً إلى الثلاث.

و أمّا إذا لم نقل بتوقّف هذا الخيار على الاختبار، و لم يكن قد تصرّف، فلا إشكال.

و إن لم نقل باستثنائه كما هو الأقوى، كان مقتضى القاعده سقوط خيار التصريه بالنسبه إلى هذه الصوره بالكليه، و كذلك يسقط خيار الحيوان أيضاً، و لا نقول بثبوت خيار التصريه فيها فيما بعد الثلاث، لعدم الدليل عليه.

نعم في صوره ما إذا لم يمكن الاختبار إلّا بمضىّ الثلاثه أيّام، نقول به للدليل.

اللهمّ إلّا أن ينقح مناطاً بين الصورتين، فيثبت في الثلاث على الفور و إن تصرّف، و يسقط خيار الحيوان، و هو الأقرب.

و ابتداء ثلاثه التصريه من حين العقد لا من حين التفرّق كما نصّ عليه بعض الأصحاب.

[و يردّ معها اللبن حتّى المتجدّد]

قال المصنّف قدس سره: «و يردّ معها اللبن حتّى المتجدّد أو مثله لو تلف»

لا كلام في وجوب ردّ اللبن الموجود بعينه حال العقد إذا لم يتغيّر. و قد حكى عليه الإجماع في شرح الإرشاد للفخر (١).

و لا ينافى ذلك ما في المهذب البارع من جعل ردّ اللبن مع وجوده محلّ خلاف و أنّ الأقوال فيه ثلاثه: ردّه فقط، و ردّه و صاعاً من حنطه أو تمر معه و نسبه إلى ابن

الجنيد، و ردّه و صاعاً من برّ لا- تمر و نسبه إلى ابن البرّاج (١) فإنّ الأقوال الثلاثة كلّها مشتمله على ردّ اللبن المذى قضى به الإجماع و إن قضى بعضها برّد غيره معه.

و المنقول فى المختلف عن ابن الجنيد: إنّه إذا ردّ ما حله لم يكن عليه شىء.

و عن القاضى: إنّه جزم بأنّه لا يجبر على أخذه بل له أخذ الصاع من التمر أو البرّ (٢)، و هو يخالف ما فى المهذب (٣).

نعم فى كشف الرموز: لا خلاف فى أنّه مع وجود اللبن لا يلزم إلّا ردّه معها (٤) و هو ينافى ما فى المهذب.

و باعتبار ما ذكرنا حمل جماعه كلام الشيخ فى المبسوط حيث قال: إذا كان اللبن باقياً لم يجبر البائع عليه، و إن قلنا: إنّه يجبر كان قوياً (٥)، و كلام القاضى فى الكامل على ما حكاه عنه فى المختلف: من أنّه: لا يجبر (٦) - جازماً به على ما إذا كان قد تغير، إذ شأن اللبن ذلك غالباً و حينئذٍ قد لا يجبر أو يجبر مع الأرش، كما حمل كلام الشيخين فى المقنعه و النهايه حيث قالوا: إلّا أنّه إذا ردّها ردّها معها قيمه ما احتلبه من لبنها بعد إسقاط قدر ما أنفق عليها إلى أن عرف على صورته التعذر (٧).

و الدليل على وجوب ردّ اللبن حال العقد بعد الإجماع المنقول سابقاً كما عرفت: أنّه جزء من المبيع فإذا فسخ البيع ردّه كما ردّ المصراه.

و الروايات العاميه (٨) و إن كانت صريحه بخلاف ذلك إلّا أنّها ساقطه عن الحجّيه كما عرفت.

و أمّا مع تعذره فمذهب مشهور الأصحاب: أنّه يردّ مثله، فإن تعذر قيمته وقت الدفع و مكانه، كغيره من الأعيان المضمونه. و المخالف فى ذلك الشيخ فى

١- المهذب البارع ٢: ٤١٥ و فيها .. (ب) يردّ معها لبنها أو عوضه من حنطه أو تمر .. (ج) يردّ معها عوض اللبن صاعاً من برّ أو تمر.

٢- المختلف ٥: ١٧٦.

٣- المهذب ١: ٣٩١.

٤- كشف الرموز ١: ٤٧٩.

٥- المبسوط ٢: ١٢٥.

٦- بل حكاه عن المهذب، راجع المختلف ٥: ١٧٦.

٧- المقنعه: ٥٩٨، النهايه ٢: ١٥٩.

٨- انظر سنن البيهقى ٥: ٣١٨.

الخلاف و المبسوط (١)، و أبو عليّ على ما حكاه في المختلف (٢)، و القاضي في المهذب فيما حكى عنه (٣)، و ابن زهره و يحيى بن سعيد فقالوا: إنّه يرّد عوض اللبن صاعاً من برّ أو صاعاً من تمر (٤)، و زاد في المبسوط: أنّه مع تعذّر الصاع تجب قيمته و إن أتى على قيمه الشاه و لا- اعتبار بفضل الأوقات، و استدللّ عليه في الخلاف بإجماع الفرقه و أخبارهم، و في الغنيه الإجماع عليه. و نقل عن الشيخ قول آخر: بأنّه مع ردها يرّد معها ثلاثة أمداد، و استدللّ له صاحب الكفايه بحسنه الحلبي السابقه قال: و الروايه مختصّه بصوره شرب اللبن، و لا يبعد العمل بمضمونها، لحسنها مع اعتضادها بغيرها (٥) انتهى.

و ظاهر الروايه (٦) ثلاثة أمداد من لبن، و قيل: من الطعام (٧)، و لا وجه له.

و قد حمل جماعه من المتأخرين كلام الجماعه على ما إذا كان قد تعذّر و كان ذلك هو القيمه السوقيه (٨) باعتبار مخالفته للقاعده، لأنّ المقدّر من غير المثل في المثلي لا- وجه له خصوصاً إذا كان ممّا يزيد و ينقص، و لو جعل كالقيمي و جب قيمه المثل و المثل لا معنى له مع كونه ممّا يزيد و ينقص، مع مخالفته للمشهور، بل كاد أن يكون إجماعاً، مع أنّ القاضي في الكامل (٩) وافق المشهور، و الشيخ في النهايه (١٠) لا يأبى كلامه الحمل على المشهور. فالإجماع المدّعى ممنوع، و الأخبار المرسله في الخلاف (١١) لا- يصلح الاستناد إليها، لما عرفت من اعتراف كثير من الأصحاب بعدم وجود نصّ خاصّ في الباب بعد كمال الفحص و التتبع، مع خلوّ كتب الأخبار عنها.

١- الخلاف ٣: ١٠٤ المسأله ١٦٩، المبسوط ٢: ١٢٥.

٢- المختلف ٥: ١٧٦.

٣- المهذب ١: ٣٩١.

٤- الغنيه: ٢٢٣، الجامع للشرائع: ٢٦٧.

٥- الكفايه: ٩٤ س ٦.

٦- الوسائل ١٢: ٣٦٠، ب ١٣ من أبواب الخيار، ح ١.

٧- حكاه في مفتاح الكرامه عن الشيخ، راجع ج ٤ ص ٦٤٧ س ١٨.

٨- لم نقف عليه إلّا في المختلف ٥: ١٧٦.

٩- حكاه عن الكامل في المختلف ٥: ١٧٥.

١٠- النهايه ٢: ١٥٩.

١١- الخلاف ٣: ١٠٤ المسأله ١٦٩.

و خبراً أبى هريره (١) و إن دلاً على ذلك إلا أنّهما لمكانٍ ضعفتها و اضطرابهما و سقوطهما عن الحجّيه حتّى مع الجابر و عدم الجابر لهما فى المحلّ مع مخالفتها للقاعده و لخبر عبد الله بن عمر (٢) محمولان على ما حمل عليه كلام الجماعة.

و عساک تقول: إنّ فتوى هؤلاء الجماعة و الإجماعين تجبر الأخبار المرسله فى الخلاف و الخبرين العامّين.

و قد نسب فى المختلف نقل الإجماع إلى علمائنا فقال: و ما نقله علماؤنا من الصاع (٣) .. إلخ، فلا حاجه إلى التنزيل، و فيه ما عرفت.

و أمّا روايه الأمداد فيها مع ما سبق: أنّها غير مخصوصه بالمصرّاه و الأخذ بإطلاقتها مخالف للإجماع. هذا كلّه بالنظر إلى الموجود حال البيع.

و أمّا بالنسبه إلى المتجدّد فى الثلاثه، فصريح المصنّف هنا و إيضاح النافع، و ظاهر المقنعه و النهايه و السرائر و التحرير و المفاتيح: أنّه يردّ أيضاً (٤) و نسبه الفخر إلى إطلاق الأصحاب. و فى مجمع البرهان: أنّه ظاهر عبارات المتون (٥).

و المبسوط و التذکره و شرح الإرشاد للفخر و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق النافع و الميسّيه و المسالك: لا يردّ (٦) و هو الأقوى. و فى جامع المقاصد: أنّ عليه الفتوى (٧). و استشكل فيه العلامه فى القواعد و ولده فى الإيضاح و المصنّف فى الدروس (٨).

و جعل جماعه مستند الوجه الأوّل إطلاق النصّ (٩) و فيه: أنّه لا نصّ فى

١- سنن البيهقى ٥: ٣١٨.

٢- سنن البيهقى ٥: ٣١٩.

٣- المختلف ٥: ١٧٦.

٤- المقنعه: ٥٩٨، النهايه ٢: ١٥٩، السرائر ٢: ٢٨٢، التحرير ١: ١٨٤ س ٣٠، مفاتيح الشرائع ٣: ٧٠.

٥- راجع مجمع الفائده ٨: ٤٣٨ ٤٣٩.

٦- المبسوط ٢: ١٢٥، راجع التذکره ١: ٥٢٧ س ٨، التنقيح ٢: ٨٠، جامع المقاصد ٤: ٣٤٨، المسالك ٣: ٢٩٢.

٧- جامع المقاصد ٤: ٣٤٨.

٨- القواعد ٢: ٧٦، إيضاح الفوائد ١: ٤٩٦، الدروس ٣: ٢٧٧.

٩- راجع إيضاح الفوائد ١: ٤٩٦ و الرياض ٨: ٢٦٧.

المسألة من طرفنا، و الأخبار الثلاثة فى الباب، الوارده من طرق العامه على فرض الاستناد إليها ليس فيها تعرض لردّ اللبن.

و لعلّ الوجه فيه أصاله عدم وجود لبن آخر، و إطلاق كلمات الأصحاب برّد اللبن.

و فيه: أنه لا ريب فى حصول العلم بالتجدّد بمقتضى العاده سيّما بالنسبه إلى اليوم الثالث فينقطع به الأصل، مع أنّ محلّ البحث، المتجدّد. نعم حيث يحصل الشكّ يتميّك بالأصل، و مع العلم بالامتزاج يصطلحان، و أيضاً الحكم به قبل الانفصال مطلقاً للبائع، نعم حيث يمتزجان فى الخارج يتوجه الصلح. و أمّا إطلاق كلام الأصحاب فالمتيقّن منه الموجود حال البيع، مع أنّ الناصين على العدم جمّ غفير، فلا إجماع يعوّل عليه فى المقام.

و أمّا مستند القول الثانى فهو: أنّ الخراج بالضمان، و المتجدّد نماء ملك المشتري فلا يردّ.

و بنى المسألة فى الدروس و التنقيح على أنّ الفسخ يرفع العقد من أصله أو من حينه (١). و لا ريب أنّ فسخ العقد عندهم فى سائر المقامات إنّما يقع من حينه، مع أنّ استصحاب الآثار المترتبه على العقد يقضى بذلك. نعم لو قلنا بعدم انتقال المبيع فى زمن الخيار صحّ ذلك.

ثمّ إنّه على القول برّد المتجدّد فحيث يتعدّر يجىء الخلاف السابق كما يقضى به إطلاق كلامهم هناك، و لا تكرر له الصوع و الأمداد، و إذا تغير اللبن فأقوى الوجوه ردّه مع قيمه التفاوت كما فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و الشرح و المسالك و مجمع البرهان (٢). و غيرها، لأنّه مضمون على المشتري، فإنّه جزء المبيع، هذا إذا لم تتفاوت قيم الأمثال.

و لو تفاوتت قيم الأمثال فإشكال. و ربّما احتتمل ردّه مجاناً كما احتتمل

١- الدروس ٣: ٢٧٧، التنقيح ٢: ٨٠.

٢- التذكرة ١: ٥٢٧ س ٦، الدروس ٣: ٢٧٧، جامع المقاصد ٤: ٣٤٨: الروضه ٣: ٥٠٢، المسالك ٣: ٢٩٣، مجمع الفائدة ٨: ٤٣٩.

الانتقال إلى بدله.

و قال فى الدروس: لو اتّخذّه جنباً فظاهر أنّه كالتالف (١). و فيه: أنّه عين المال. ثمّ قال: و لو قلنا برّدّه فله ما زاد بالعمل. ثمّ اعلم أنّ هذا الخيار يسقط بالتصرّف بغير الحلب كسائر الخيارات، نعم التصرّف بخصوص الحلب استثناء الدليل، فما صرّح به صاحب الحدائق من عدم سقوط خيار التدليس مطلقاً بالتصرّف مطلقاً (٢) لا وجه له.

و التصرّف بالحلب تسقط به جميع الخيارات ما عدا هذا الخيار.

فلو رضى بالتصريحه ثمّ ظهر على آخر فإن كان قد حلبها فلا ردّ. و لو تصرّف باللبن بعقد صلح أو استحقاق بغير هذا البيع بأى ناقل كان، كان له الردّ بخيار الحيوان أو العيب أو غيرهما، و كذا جميع الخيارات التى تسقط بالتصرّف إذا استند التصرّف فيها إلى عقد آخر فلا يسقط الخيار.

و يسقط بعلم المنقول إليه، و الإسقاط، و اشتراط السقوط، و بالبراءة من جميع المناقص.

و لو ماتت الشاه المصراه فلا شىء له كما فى القواعد و التذكرة و جامع المقاصد (٣) لأنها من ضمانه، و ظاهرهم أنّه ليس له الفسخ حينئذٍ. و قد يقال: إنّها لو ماتت بغير تفريط من المشتري فله الفسخ و دفع المثل أو قيمه كما تقدّم فى خيار الغبن.

و هذا الخيار نوع من خيار الوصف و خيار الوصف أعمّ منه، و قد يكون فرداً من المعيب كما إذا كان نقص اللبن متجاوز الحدّ بحيث يكون مخالفاً للعاده العامه و يتخيّر حينئذٍ بين الردّ و الأرش.

١- الدروس ٣: ٢٧٧.

٢- الحدائق ١٩: ٩٧.

٣- القواعد ٢: ٧٧، التذكرة ١: ٥٢٨ س ٢، جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

[العاشر: خيار الاشتراط]

إشاره

قال المصنّف قدس سره:

«العاشر: خيار الاشتراط»

[الكلام يقع فى مقامات]

إشاره

الكلام فى هذه المسأله يقع فى مقامات:

[المقام الأوّل فى معنى الشرط]

المقام الأوّل فى معنى الشرط إنّ لفظ «الشرط» فى هذا المقام يحتمل أحد معنيين: إمّا ما ينتفى المشروط بانتفائه و كان هو ممّا يتوقّف عليه وجود المشروط و إن لم يلزم من وجوده وجود المشروط.

أو ما يلزم و يلتزم به، و كلاهما من المعانى و الحقائق العرفيه. و لكنّهم لمّا كانوا يستدلّون فى هذا المقام فى موارد المسأله بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (١). فلا بدّ من حملة على المعنى الأوّل، كما يظهر من كلام الأكثر و هو أشهر المعنيين و أكثرهما استعمالاً، لئلا يلزم استعمال المشترك فى معنيه الحقيقى و المجازى.

و رجّح بعض المتأخّرين (٢) حملة على المعنى الثانى. و يشكل عليه أنّه بناءً على ذلك يقتضى وجوب الالتزام بكلّ ما التزم به المؤمن و لو بغير طريق الوعد، و لا قائل به من الأصحاب.

نعم بالنسبه إلى الالتزام بالوعد ذهب إليه الأردبيلى (٣)، و هو خلاف ما عليه الأصحاب.

١- الوسائل ١٥: ٣٠ ب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.

٢- راجع الكفايه ص ٩٧ س ٢٢.

٣- مجمع الفائده ٨: ١٤٧.

اللهم إنا أن يخصيص بما عدا ذلك، أو يدعى أن المراد بالإلزام والالتزام به في ضمن العقد سواء علق لزوم العقد واستمراره عليه أم لا. باعتبار ظهور لفظ «الشرط» في الإلزام التابع المربوط بغيره، والتبعيه والارتباط حاصله في المقام وإن لم يكن العقد مرتبطاً به، وبهذا يخرج الشرط المبتدأ، ولذلك عدّ من الشروط شرط الإحلال عند الصدّ في الإحرام، و شرط الاعتكاف، و شرط الخدمة في العتق، و الشروط في النكاح.

و فيه: أنه تقييد للنص من غير دليل، و الظهور المدعى ممنوع، و سيأتى لهذا مزيد بيان.

ثم الظاهر أن المراد بالشرط في هذا المقام ما كان من الشرائط المستقبله، دون الماضيه و المقارنه كما ينبى عنه اشتراط الإباحه و المقدوريه و نحوهما، و يكون القسمان الآخران داخلين في خيار الرؤيه أو الوصف أو العيب أو التديس في بعض الأحيان. و ربّما جعلوا محقق الوقوع المستقبل كطلوع الشمس قسيماً للشرط و سموه الصفه.

[المقام الثانى فى التعليق على الشرط]

المقام الثانى فى التعليق على الشرط فنقول: لا ريب أن الإنشاء لا يقبل التعليق بمعنى تعليق نفس الإنشاء، إذ ليس له مدلول وراء لفظه و إنما يحصل بلفظه كالإخبار، فلو علق كان كالإخبار بأنه سينشئ بعد ذلك فلا إنشاء بالفعل. كما أنه لا كلام فى قبوله التعليق بمعنى تعليق المنشأ سواء كان على معلوم الوقوع أو مظنونه أو مشكوكه، لأنّ المنشأ كما ينشأ مطلقاً مرّه و مقيداً اخرى كذلك ينشأ معلقاً مرّه و منجزاً اخرى، و التريدي و التشكيك فى وقوع المعلق عليه لا يقدح، فإنه لا يعود إلى الإنشاء، لأنّ الإنشاء قد حصل الجزم به على أحد التقديرين، و كون كل واحد من التقديرين غير مجزوم به فى الواقع لا ينافى ذلك، و لهذا صحّ قوله: إن كان مالى الغالب سالماً فهذه زكاته و إلا فنافله، فى باب العبادات التى شرطها الجزم بالتيه.

و من ذلك دخول المأموم فى الصلاه مع الشكّ فى إدراك الإمام راعياً

و الاستصحاب لا يفيد جزماً، و نحو ذلك.

نعم بالنسبه إلى العقود لا- يجوز فيها التعليق و لو باعتبار المنشأ، لأنها مبنيه على وقوع آثارها من حينها، إما للإجماع على ذلك، أو باعتبار أن مفاد صيغها ذلك، لا باعتبار منافاه الإنشاء التعليق و لو باعتبار المنشأ، فإن ذلك فاسد كما عرفت.

و أما ما أجازته الأصحاب من صحه إجاره الدار بعد سنه فليس فيه منافاه لما ذكرنا من مقارنه وقوع آثار الصيغ لها، لأن ملك بعد سنه حاصل للمستأجر الآن و ترتب عليه ثمرات الملك.

و ما ادّعه العلامة من الإجماع على صحه التوكيل لو قال: أنت وكيلى فى بيع عبدى إذا قدم الحاج (١) لا ينافى ما ذكرنا أيضاً، فإنّ قدوم الحاج قيد للبيع لا للتوكيل، و لهذا نقل الإجماع، هو بنفسه على عدم جواز التعليق فى الوكاله على شرط و لا وصف.

و لا فرق فى عدم جواز التعليق فيها بين الصريح كالمعلق على شرط و شبهه، أو المعلق بحسب القصد كييع الفضولى معلقاً له على الإجازة بحسب قصده، أو بيع مال مورثه معلقاً له على الموت كذلك، أو بيع ما شرطه الملك فيه القبض من صرف أو سلم معلقاً للملك على القبض و لو بالقصد.

نعم إذا جزم بالإيقاع كفى و إن كان متردداً بالوقوع أو خالى الدهن، و لا يزيد بمقارنه الصيغ لآثارها أزيد من ذلك، و لذلك أن المغصوب يصح بيعه عندهم اكتفاءً بقصد النقل العرفى و يكتفون فيه بالجزم بالنسبه إلى ذلك، فتأمل.

نعم التعليق بالنسبه إلى شرط الشرط الأقوى جوازه، كما يدلّ عليه التعليق على ردّ الثمن فى شرط الخيار و اشتراط المؤامره.

و دعوى: الاقتصار فى ذلك على خصوص المقامين أو على خصوص شرط الخيار و إن كان بغيرهما، لا وجه له، و الغرر مندفع فى ذلك عرفاً، و يغتفر فى الثوانى ما لا- يغتفر فى الأوائل، و ليس فيه منافاه للجزم بمشروط الشرط الأول، و مع عدم حصول المعلق عليه ينتفى المعلق و لا يثبت له خيار بانتفائه.

و دعوى: سرايه التعليق إلى المشروط الأول، ممنوعه، و التعليق على المقارن المحقق الوقوع ليس من التعليق.

و ما يقال: إنَّ الشرط عندكم ملكيه الشرط كما سيأتى و هى من المقارن المتحقق الوقوع. فينبغى بناءً على ذلك عدم البأس بالإتيان ب «إن» الشرطيه و التعليق عليها بالنسبه إلى ذلك و أنتم لا تقولون به.

قلنا: لا ريب أن الملكيه شىء متأخر عن التعليق بالذات و مرتب عليه، فإذا لم يصح التعليق لم يقع ما هو المرتب عليه، فهذا من باب التعليق حقيقه، بخلاف الأول. نعم هو من باب دور المعينه كما سيأتى، فتأمل.

و الظاهر أن العقود لا يجوز فيها ما ظاهره التريديد الصريح إجماعاً بل الشرط فى شرطها أن لا يفيد التردد، و لهذا جاز «بعتك بشرط كذا» و لا يصح «بعتك أن تفعل كذا» و إن كان لفظ الشرط و أداته بمعنى واحد، لأنَّ الشرط فى القسم الأول من توابع العقد و لواحقه و بمنزله جزئه و أحد متعلقاته حتى قيل: إنَّ الشروط فى البيع من صفات المبيع، و فى القسم الثانى متصوّر بالأصالة فلا يدخل كالشرط المنفصل متقدماً أو متأخراً.

هذا إذا لم تجعل الشرط بمعنى الإلزام و الالتزام.

أمّا إذا جعلناه بهذا المعنى فلا كلام، و الفرق ظاهر حينئذٍ بين لفظ الشرط، و أداء الشرط، فافهم.

و الظاهر أن الإيقاعات كالعقود فى عدم قبولها التعليق إلا ما كان الشرط فيه بمنزله المقوم و كان بناؤه عليه غالباً، كما فى القسم و النذر و العهد و الظهار و نحوها، فإنها قد شرّعت لمثل ذلك و فى الغالب يوجد فيها التعليق.

و ربّما ادعى بعض المتأخرين عدم جواز التعليق فيها كالعقود، و إنما هى و العقود سواء، و إنما يترأى التعليق فيها فهو تعليق للمتعلق، فالنذر لا تعليق فيه و إنما التعليق للمنذور و هكذا. قال: و أمّا التدبير فظاهر الأصحاب أنه وصيه لا تعليق بالموت كما صرح به الشهيد فى القواعد (١) انتهى.

و فيه: أنه ليس محلّ البحث تعليق نفس الإنشاء، و إنّما الكلام فى تعليق المنشأ، و قد عرفت أنّ الثانى لا يجوز فى العقود و إن جاز فى بعض الإيقاعات، و أمّا الأوّل فلا يجوز فى الإنشاء مطلقاً، و لا كلام فيه.

نعم هذا التوجيه فى مقابله من يتخيل تعليق نفس الإنشاء فى هذه المقامات و أنّ الشارع قد تعيّد بهذه الصورة و إن كانت من قبيل الإخبار، له وجه وجهه، فتأمل.

[المقام الثالث الشروط فى العبادات الصرفه]

إنّ الشروط فى العبادات الصرفه غير شائعه، فشرط السفر و الحضر فى الصوم (١) و شرط الاعتكاف (٢) و الإحرام (٣) على خلاف القاعده.

و الظاهر أنّ المراد فيها معنى الإلزام و الالتزام على سبيل الاستقلال لا على سبيل الربط و الانضمام، و يحتمل أن يكون صورياً محضاً.

و أمّا الإيقاعات فلا تدخل فيها الشروط، لأنّ الشرط بحكم العقد يستدعى إيجاباً و قبولاً، و لمنافاته لها إلّا فى العتق للدليل، و المراد بالشرط فيه ما سبق كما فى العبادات على الأقوى، و إلّا فيما كان الشرط فيه بمنزله المقوم كما تقدّم.

و أمّا العقود فاللازم منها بالأصل لا كلام فى جريانه فيها، و فائدته الوجوب أو التسلّط على الخيار كما سيأتى.

و أمّا اللازمه بالعارض كالهبة المعوّضه و للرحم و للثواب فيجرى فيها حكم الزوم الأصلي، و الفائدة فيه هى الفائدة فى الأوّل إلّا فى مثل الأخير، و مثله الوقف فإنّ الفائدة فيه فىهما الوجوب لا- غير، فلو أحلّ به فلا- خيار. و الظاهر أنّه إنّما يعصى بتركه لا باستعمال الموهوب و الموقوف.

و تشكل الفائدة حينئذٍ على القول بأنّ ثمره الشرط الخيار لا غير.

١- راجع الوسائل ١٠: ١٩٥، ب ١٠ من أبواب من يصحّ منه الصوم، ح ١.

٢- راجع الوسائل ١٠: ٥٥٢، ب ٩ من أبواب الاعتكاف.

٣- راجع الوسائل ١٢: ٣٥٤، ب ٢٣ من أبواب الإحرام.

و أما العقود الجائزه من الجانبين و إن كانت فعلئيه كالمعاطاه ففائده الشرط فيها الوجوب مع قيد الاستمرار على المشروط، فيكون من قبيل الوجوب الشرطى، و ربّما جعل فائده منع التصرف بدونه، و ربّما قيل: إنّ فائده رفع الرجحان (١) و هو غير بعيد. و أما الجائزه من جانب و اللازمه من آخر، فيعلم حالها ممّا سبق.

[المقام الرابع الشرط المنفصل]

المقام الرابع إنّ المراد بالشرط فى هذا المقام هو المتّصل بالعقد المتأخر عنه المقيد له مظهرأ أو مضمراً يشبهه، فالشرط المنفصل مطلقاً و المتّصل مع تقدّمه على العقد أو المستقلّ أو المضمّر غير المدلول عليه بالقرينه الحالئيه أو المقالئيه لا يدخل تحت هذا العنوان.

أمّا عدم اعتبار المنفصل مطلقاً، فلعدم دخوله تحت الشروط، و لا خلاف فى عدم اعتباره على الظاهر، و ما يظهر من الشيخ فى النهايه (٢) من الاكتفاء بما ذكر بعد العقد فلا يبعد أن يكون مراده ما ذكر بعد الإيجاب، كما ذكره صاحب المدارك فى شرح النافع و قال: فلا يتحقّق الخلاف فى المسأله (٣).

و على ذلك تنزّل الأخبار (٤) الدالّه على ذلك.

و أمّا عدم اعتبار ما تقدّم، فلظاهر الإجماع، و منع صدق الشرط عليه، و للأخبار الكثيره المصّرّحه بأنّ الشرط إنّما هو بعد النكاح المؤوّله بما بعد الإيجاب كما عرفت، بل ظاهر روايه ابن بكير هو ذلك، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا شرطت على المرأه شروطاً فرضيت به و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأوّل بعد النكاح، فإنّ أجازته فقد جاز، و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح (٥).

١- لم نظفر بقائله.

٢- النهايه ٢: ٣٨٣.

٣- نهايه المرام ١: ٢٤٧.

٤- راجع الوسائل ١٤: ٤٦٨ و ٤٨٦، ب ١٩ من أبواب المتعه، ح ٢ و ب ٣٢ منها، ح ٢.

٥- الوسائل ١٤: ٤٦٨، ب ١٩ من أبواب المتعه، ح ١.

و نقل المحقق في الشرائع قولاً عن بعض الأصحاب بلزوم إعادته الشرط بعد العقد و إن ذكره في العقد (١) و لعلّه ناظر إلى هذه الرواية، و هو بعيد.

نعم ظاهر الرواية أنّ الشرط المتقدم إن كان مبيّناً عليه عند العقد اعتبر و رجع إلى المقارن، و إلّا فلا اعتبار به، و أمّا الشرط المستقلّ الغير المقيّد للعقد كما في شرائط النكاح، فالظاهر عدم دخوله تحت عنوان الشرط في هذا المقام و عدم شمول أدلّه الشروط له، كما يظهر من المشهور و سيأتي لذلك مزيد بيان.

و أمّا الشرط المضمّر الّذى لم تدلّ عليه القرينه و لم يقصد من اللفظ، فلا خلاف في عدم اعتباره و لا يدخل تحت دليل الشروط، بل هو من قبيل الدواعى الّتى لا تؤثر شيئاً بالنسبه إلى العقد.

و ربّما يظهر من كثير من عباراتهم في كثير من المواضع عدم اعتبار ما اضمّر في العقد إضماراً و بنى عليه العقد لقرينه حالته أو مقالته، و أنّ الشرط بمنزله الصيغه لا بدّ من التصريح بها، و لا يبعد اعتباره، لدخول ذلك تحت إطلاق الشروط فتشمله الأدلّه، و لأنّ أمر الشرط لا يزيد على العوضين و هما كافٍ في ذلك منهما و إلّا لما اكتفى ب «قبلت» وحدها.

[المقام الخامس الشروط ليست كأحد العوضين]

المقام الخامس إنّ الشروط ليست كأحد العوضين في جميع الأشياء و إن اشتهر ذلك على ألسنة الفقهاء، فإنّ المراد بذلك شبهها بالعوض في بعض الوجوه كتبوت الخيار عند عدمها كما في تبعض الصفقه و أمثال ذلك، و لذلك تصحّ في المنافع و الحقوق و لا يقسّط عليها الثمن و إن تفاوت الثمن و المثلن بسببها نقصاً و زيادهً من البائع و المشتري كالأجل، و يجتري فيها من العلم بما يجتري به في الصلح و المعاطاه و العقود الجائزه، كما ينبى عن ذلك شرط ضمان الغرامه، و اشتراط الحمل، و إسقاط الخيارات، و شرط النفقه للخادم، و مئونه الدابّه، و أنّ كلّ ما يعترضه

للمعاملة بينهما، و شرط الزكاه على المشتري من خارج الزرع، و شرط اجره الوزان و الميزان و النقاد و الكيال و الكيله و نحوها. و دعوى: خروج ذلك كله بالدليل، لا وجه له، و منشأ ذلك عموم أدله الشروط بل و عموم أدله العقود بالنسبه إليها و إن تقيدت بالنسبه إلى أنفسها، كما فى البيع بنواهى الغرر.

فما يظهر من تضاعيف كلمات كثير منهم من أنّ الشرط بمنزله الثمن، فيكون حكمه حكمه على اختلاف أحكامه باختلاف العقود، فيعتبر فى شرط البيع ما يعتبر فى ثمنه، و فى شرط الصلح ما يعتبر فى ثمنه و هكذا لا دليل عليه، كخيال أنّه كالثمن فى البيع مطلقاً و لا يختلف باختلاف العقود، فيكون فى باب الصلح أسوأ من ثمنه، فإنّه بعيد جداً و لا تساعده ظاهر المنزله. و من هنا يعلم أنّه بالنظر إلى القدره على التسليم و غيرها يغتفر فيها ما لا يغتفر فى أحد العوضين، فتأمل.

[يصح اشتراط سائغ فى العقد]

إشاره

قال المصنّف قدس سره: «و يصحّ اشتراط سائغ فى العقد إذا لم يؤدّ إلى جهاله فى أحد العوضين أو يمنع منه الكتاب و السنّه كما لو شرط تأخير المبيع أو الثمن ما شاء أو عدم و طء الأمه أو و طء البائع إياها» هذا الضابط للشرط نصّ عليه جماعه من الأصحاب، كالمحقّق و العلّامه (١) و غيرهما، و نسبه فى المهذب البارع إلى علمائنا (٢) و قال فى الكفايه: لا أعلم فيه خلافاً (٣).

و ربّما قيل: إنّ القيد الثانى فيه مغن عن الأول، لأنّ معامله الغرر منهي عنها فى السنّه (٤).

و فسّر جماعه من المحقّقين المخالفه للكتاب و السنّه بكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، بأن يقتضى عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو يقتضيه و رتبّه عليه.

١- الشرائع ٢: ٣٣، القواعد ٢: ٩٠.

٢- المهذب البارع ٢: ٤٠٨.

٣- الكفايه: ٩٧ س ١٤.

٤- المسالك ٣: ٢٦٨.

قال فى المسالك: و يشكل باسئراط عدم الانتفاع زماناً معيناً فإن مقتضى العقد إطلاق التصرف فى كل وقت، و باسئراط إسقاط خيار المجلس و الحيوان و ما شاكل ذلك ممّا أجمع على صحّحه اسئراطه (١) انتهى.

و قال المصنّف فى القواعد: كلّ عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه مع كونه ركناً من أركانه فهو باطل كالبيع، و اسئراط نفى تسليم المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع أو الانتفاع بأحدهما للمنتقل إليه و إن لم يكن من أركانه و لكنّه من مكملاته كاسئراط نفى خيار المجلس و الحيوان فعندنا يصحّ، لأنّ لزوم العقد هو المقصود الأصلي و الخيار عارض. و منعه بعضهم، لأنّ الغرض من إدخال الخيار هنا التروى و استدراك الفائتات فهو من مقاصد العقد، فاسئراط الإخلال به إخلال بمقاصد العقد. قلنا: هو المقصود بالعقد الثانى لا الأوّل (٢) انتهى.

و ربّما ذكروا من جملة ما خالف الكتاب و السنّه المعاصى و القبائح، مثل أن يشترط الزنا و شرب الخمر و نحو ذلك.

ثمّ إنّ أمثلتهم التى للمشروع و غير المشروع و المنافى لمقتضى العقد و غير المنافى غير متوافقه، و كلماتهم فى تلك الأمثله متخالفه.

[تفصيل المقام أنّ الشروط أقسام]

إشاره

و تفصيل المقام أنّ الشروط أقسام:

[أحدها: المؤكّدات]

أحدها: المؤكّدات و هى ما يذكر فيها مقتضيات العقد لدخولها فى المعنى كالخروج عن ملك الناقل و الدخول فى ملك المنقول إليه أو فى اللوازم لمقتضى العقد كملكه النماء و الشركه فى الشركه و المزارعه و نحوها و التسلّط على التصرف و القبض و الإقباض و المنفعه و القسم (٣) و نحوها، أو فى بعض الزمان كخيار المجلس و الحيوان، أو فى الاتّفاقيات كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و الوصف و التأخير و التدليس و نحوها.

١- المسالك ٣: ٢٦٩.

٢- القواعد و الفوائد ٢: ٢٤٢، القاعده ٢٤٢.

٣- كذا و الظاهر: القسمه.

و هذه الشروط وجودها كعدمها كما فى القواعد (١) و لا تفيد شيئاً كما فى التذكرة (٢) و لا- تفيد نفعاً و لا ضرراً كما فى المبسوط (٣) و أكثر من تأخر.

و فى الغنيه: لا خلاف فى صحه أن يشترط فى العقد ما يقتضيه (٤).

[ثانيها: ما يذكر فيه مقتضيات الصحه]

ثانيها: ما يذكر فيه مقتضيات الصحه كالقدره و المنفعه و العلم و الإباحه و الطهاره على تفصيل سبق و نحوها، و هو كسابقه.

[ثالثها: المؤنسات]

ثالثها: المؤنسات و هى ما قضى بها الشرط من المباحات ممّا فيه مصلحه المتعاقدين أو أحدهما من جهه العقد كالرهن و الضمان و الخيار و الأجل و الشهاده أو من جهه متعلقه كصباغته و خياطته و تطهيره و صقله و نقله و ضبطه و حفظه و بيعه على غير البائع و عتقه و إجارته و إعارته و مكاتبته و تدبيره و وقفه و التصدق به و نحوها، أو من خارج كاشتراط مال أو منفعه أو عمل من الخارج أو عقد كبيع أو إجاره أو صلح أو قرض أو اقتراض أو نحوها.

و قد نقل الإجماع فى القواعد (٥) على الأولين، و لكن فى الثانى بالنسبه إلى الصفه المقصوده من الخياطه و الكتابه كما فى التنقيح (٦) و قال: عندنا و عند الشافعى فى التذكرة (٧).

و فى الغنيه: لا خلاف فى صحه الشرط الذى للمتعاقدين مصلحه فيه. و فيها: الإجماع على صحه اشتراط ما يمكن تسليمه نحو أن يشتري ثوباً على أن يخيطة البائع أو يصبغه أو أن يبيع شيئاً آخر أو يبتاع منه أو أن يشترط على مشتري العبد عتقه (٨).

و فى السرائر: لا خلاف فى أنه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئاً من أفعاله إذا كانت مقدوره له (٩).

و فى المبسوط و غايه المراد و المهذب البارع و إيضاح النافع و المسالك

١- القواعد ٢: ٨٩.

٢- التذكرة ١: ٤٨٩ س ٣٦.

٣- لم نجد التصريح به، انظر المبسوط ٢: ١٤٩.

٤- الغنيه: ٢١٥.

٥- القواعد ٢: ٨٩.

٦- التنقيح ٢: ٧٠.

٧- التذكرة ١: ٤٨٩ س ٣٨.

٨- الغنية: ٢١٥ لكن صرح فيها بالخلاف في المسألة الثانية.

٩- السرائر ٢: ٣٢٦.

الإجماع على صحّحه اشتراط عتق العبد (١).

و فى غاية المرام: نفى الخلاف فيه (٢).

و فى التذكرة بالنسبه إليه و إلى جميع أفراد القسم الأخير قال: عندنا فى عدّه مواضع (٣) و ظاهرها و ظاهر المهدّب البارع الإجماع على صحّحه الكتابه (٤).

و فى غاية المرام: لا خلاف فى صحّحه اشتراط التدبير (٥).

و ظاهر التذكرة الإجماع عليه أيضاً و على الوقف و الصدقه (٦).

و فى الخلاف: يجوز أن يبيع داراً على أن يقرضه المشتري ألف درهم أو يقرضه البائع ألف درهم و نقل الإجماع (٧).

و فى الانتصار: ممّا انفردت به الإماميه جواز أن يبتاع الإنسان من غيره متاعاً أو غيره نقداً و نسيئته على أن يسلف البائع شيئاً أو يقرضه مالاً إلى أجل أو يقترض منه (٨) ثم ادعى الإجماع.

و فى المختلف: المشهور بين علمائنا الماضين و من عاصرناهم إلّا من شدّ أنّه يجوز بيع الشىء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً، لأنهم نصّوا على جواز أن يبيع الإنسان شيئاً و يشترط الاقتراض و الاستقراض و الإجاره و السلف و غير ذلك (٩) انتهى.

و أنت خبير بأنّ عمومات الشروط قاضيه بجميع ذلك مع ما عرفت من اتّفاق الأصحاب و لا مانع منه، فالقول به متعين.

نعم بالنسبه إلى شرط الخيار كلام تقدّم سابقاً، و الإجماع منقول عليه فى التذكرة (١٠) و الإحقاق (١١) و غيرهما.

١- المبسوط ٢: ١٤٩، غاية المراد ٢: ١٩، المهدّب البارع ٢: ٤٠١، المسالك ٣: ٢٧٠.

٢- غاية المرام ٢: ٦١.

٣- راجع التذكرة ١: ٤٨٩، ٤٩٢، ٤٩٣.

٤- انظر التذكرة ١: ٤٩٣ س ١٨، المهدّب البارع ٢: ٤٠٥.

٥- غاية المرام ٢: ٦٣.

٦- التذكرة ١: ٤٩٣ س ٢١ و ٢٢.

٧- الخلاف ٣: ١٧٣، المسأله ٢٨٣.

٨- الانتصار: ٤٤٤.

٩- المختلف ٥: ٣٠٠.

١٠- التذكرة: ٥١٩ س ٢٠.

١١- كذا، و لم نقف في الكتب الفقهيّة على كتابٍ مسمّى به.

[رابعها: اشتراط ما لا نفع فيه]

رابعها: اشتراط ما لا- نفع فيه ممّا لا يتقوّم شرعاً و لا يتعلّق به غرض عرفاً و إن كان نادراً و من هنا كان دائره الشرط أوسع من دائره البيع، و أنّه يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل كاشتراط الحشرات من الحيوان كالخنافس و الديدان حيث لا يتعلّق بها غرض أو ما لا- نفع فيه من غير الحيوان كذلك و ذلك (١) و على هذا ينزل كلام الشيخ في المبسوط و القطيفي في إيضاح النافع و غيرهم، حيث قال: إنّ الشرط الذي لا يقتضيه العقد و لم تتعلّق به مصلحه المتعاقدين و لم يبين على التغليب يكون باطلاً (٢) انتهى.

و في التذكرة بعد أن ذكر مثل عبارته الشيخ قال: إنّ ذلك جائز عندنا إن لم يخالف المشروع و لم يناف العقد (٣) انتهى.

و لعلّه يريد ما لا يتعلّق به مصلحه المتعاقدين للعقد لا مطلقاً كما يشعر به كلامه، أو يريد به المتقوّم شرعاً فيرتفع التنافي، لأنّ غير المتقوّم الذي لا يتعلّق به غرض و لو نادراً يمكن إدراجه فيما خالف المشروع.

و ما في التذكرة: أنّه لو باعه شيئاً بشرط لا يقتضيه العقد و لا ينافيه و لا يتعلّق به غرض يورث النزاع و التنافس: كأن يشترط أن لا يأكل إلّا الهريسه و لا يلبس إلّا الخبز فهذا الشرط لا يقتضى فساد العقد عندنا، و هل يلغو أو يفيد التخيير؟ الأقوى الثاني، قال: و كذا لو باع بشرط أن يصلّى النوافل أو يصوم غير شهر رمضان أو يصلّى الفرائض في أوّل أوقاتها (٤) انتهى، لا- ينافي ذلك، لتقييده نفي الغرض بالذي يتعلّق به التنافس و التنافس لا مطلقاً كما ترشد إليه أمثله أخيراً، فتأمل.

و الدليل على فساد هذا الشرط عدم دخوله تحت قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٥) و تحت قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (٦) و لا أقلّ من الشكّ فيرجع فيه إلى الأصل من عدم لزوم الشرط.

١- كذا، و الظاهر زياده: و ذلك.

٢- المبسوط ٢: ١٤٩.

٣- التذكرة ١: ٤٨٩ س ٣٩.

٤- التذكرة ١: ٤٩٣ س ٢٣.

٥- الوسائل ١٥: ٣٠، ب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

٦- المائدة: ١.

مضافاً إلى أنه شرط حرم حلالاً، إذ ليس الغرض منه إلا مجرد تحريم الحلال، و ما كان كذلك كان باطلاً حتى في مثل النذر و ما بحكمه، إلا مع شروطه الخاصه.

و قد يقال: إن اشتراط التروك كلها من هذا القبيل، لأنها لا تملك و لا يصلح عليها، و الشرط لا بد أن يكون مملكاً لأنه كجزء من العقد، و حيث لا ملك فليس فائدته إلا مجرد تحريم الحلال.

و فيه نظر، فإن الأغراض بالتروك كثيره، إلا أن يدعى قيام الإجماع على كون الشروط مملكات، أو يدعى فهم ذلك من دليلها.

قال بعض المحققين: إن المتبادر من أدله الشروط و قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم» و نحوه، هو ما كان له تعلق بالعقد و يكون مما يؤول نفعه للمتعاقدين، فإذا لم يتعلق غرض لأحدهما أو كليهما بالشرط من حيث المنافع الدنيويّه التي هي موضوع تلك العقود غالباً فينحصر الغرض في إيجاب المباح أو تحريمه مثلاً فيخرج من مدلول أدله الشروط، فيثبت بطلانه من هذه الجبهه، فيكون الاستثناء في قوله عليه السلام: «إلا ما حرم حلالاً أو حلل حراماً» مخصوصاً بالأفراد التي لها مدخليه في غرض المتعاقدين (١) انتهى.

و كأنه يريد أن الشرط ليس كالنذر و أخويه يلزم مطلقاً فيما ينعقد به، بل إنما يلزم بما يعود غرضه إلى المتعاقدين من المائيات و ما بحكمها، لأن الفرع لا يزيد على الأصل و أصله الذي هو العقد عقد معاوضه متعلقه بالمائيات، فليس المدار عنده على كل شئ فيه غرض يعود للمتعاقدين و لو كان نادراً، بل مختص بما يتعلق بالمال و ما بحكمه، و هذا غير ما كنا نقول.

و قد ينزل عليه كلام الشيخ في المبسوط (٢) و من تبعه، و ذلك لأن دعوى عدم شمول أدله الشرط لذلك محل منع.

و بما ذكرنا يندفع ما يقال: إن أكثر الشروط السائغه المتفق على جوازها مما

١- رساله الشروط، المطبوعه مع غنائم الأيام ص ٧٣٢.

٢- راجع المبسوط ٢: ١٤٩.

حرّمت حلالاً فعلياً أو تركاً، فإنّ بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مثلاً مباح، و لو شرط في ضمن عقد بيع آخر يصيرُ واجباً، و الغالب في الشرط إيجاب ما ليس بواجب كالنذر و العهد و نحوهما من الأسباب الشرعيّة المغيّرهُ للحكم، مع أنّه قد صرّحت روايه إسحاق بن عمّار (١) و غيرها باستثناء الشرط المحرّم للحلال من حكم الشروط، فيشكل التوفيق بين الروايات و كلام الأصحاب.

و وجه الاندفاع ظاهر كما عرفت من أنّ المراد من تحريم الحلال ما كان الغرض منه مجرّد ذلك، و هذا لا ينافيه كلام الأصحاب.

و دعوى: أنّ ذلك خلاف الظاهر من العبارة، ممنوع، و لا حاجة إلى تعسّف حمل الروايات على صورته اشتراط أن يكون الحلال شرعاً حراماً شرعاً ممّا ليس مقدوراً للمكلّف فإنّ ذلك بعيد جدّاً، و لا إلى تخصيص الحلال بخصوص الواجبات كتحليل الحرام، فإنّه خاص بالمحرّمات بقريته المقابله و يكون المراد اشتراط ترك الواجبات، فإنّه خلاف الظاهر أيضاً مع أنّه داخل في الثاني.

و قال بعض المحقّقين: الظاهر من تحريم الحلال و تحليل الحرام هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحلّ أو الحرمة بفعل من الأفعال على سبيل العموم من دون نظر إلى خصوص فرد، فتحريم الخمر معناه منع المكلّف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي و هكذا حليّة البيع، فالتزويج و التسرى مثلاً أمر كلّي حلال و التزام تركه مستلزم لتحريمه، بل و كذلك جميع الأحكام الشرعيّة من الطلبية و الوضعيّة و غيرها، و إنّما يتعلّق الحكم بالجزئيات باعتبار تحقّق الكلّي فيها.

فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو أن يحدث قاعده كليّه و يبدع حكماً جديداً فقد اجيز في الشرع الشروط إلّا شرطاً أوجب إبداع حكم جديد كلّي مثل تحريم التزويج و التسرى و إن كان بالنسبه إلى نفسه فقط. و فيما لو شرطت عليه أن لا يتزوّج عليها فلانه أو لا يتسرى بفلانه خاصّه إشكال. فلزوم البيع الخاصّ الذي يشترطه في عقد بيع ليس ممّا يوجب إحداث حكم

للبيع ولا- تبديل حلال الشارع و حرامه، بخلاف ما كان التزامه و الاستمرار عليه من المحرّمات و هو فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبّات، كأن يشترط تقليم الأظفار بالسنّ أبداً أو أن لا يلبس الخنز أو لا يترك النوافل، فإنّ جعل المكروه أو المستحبّ واجباً و جعل المباح حراماً حراماً إلّا برخصه من الشارع حاصله من أحد الأسباب كالنذر و العهد و اليمين فيما تنعقد فيه، و ممّا يشير إلى ما ذكرنا ما ذكره في باب الصلح، فإنّهم بعد ما رووا عن النبي صلى الله عليه و آله: «أنّ الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» فسوّروا تحليل الحرام بالصلح على استحقاق حرّ أو استباحه بضع لا سبب لإباحته غيره أو ليشرباً أو أحدهما الخمر و نحو ذلك، و تحريم الحلال بأن لا يظأ أحدهما حليلته أو لا ينتفع بماله و نحو ذلك.

و بالجمله اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزه و نحو ذلك على سبيل القاعده، بل يحصل من ملاحظه جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطانه، و هذا الحكم أيضاً من جعل الشارع فقولنا: العمل على مقتضى الشروط الجائزه واجب، حكم كلى شرعى، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتّى تكون من باب تحليل الحرام أو تحريم الحلال، بل إنّما هو صادر من الشارع مستقلاً (١) انتهى ملخصاً.

و حاصله: الفرق بين ما يحدث حكماً كلياً و ما يحدث حكماً جزئياً و أنّ الأوّل مطلقاً باطل دون الثانى، و هذا الفرق لا وجه له و لا دليل عليه، و دعوى: ظهور الكلى من تحريم الحلال و تحليل الحرام، ممنوع إلّا أن يرجع إلى ما تقدّم، فتأمل.

[خامسها: ما يذكر فيه المنافيات للعقد]

خامسها: ما يذكر فيه المنافيات للعقد و هو ما ينافى القسم الأوّل من المقتضيات إمّا بشرط عدمه أو ما يقتضى عدمه كعدم التصرّف عامّه أو خاصّه على المالك أو التصرّف بالوطف و نحوه للبائع أو غيره ممّن لا يملك. و القسم الثانى و هو اللزوم على الدوام. أمّا اشتراط نفى البواقى أو ما يقتضى نفىها فليس بمنافٍ.

و من هنا ظهر أنّ ما كان منافياً لصوره العقد كاشتراط أن يكون البيع إجاره و الدوام متعه و المضاربه شركه و السلم نقداً و بالعكس و نحو ذلك لا- يجوز، و كذلك ما كان منافياً لمعنى العقد كاشتراط تملك العين بالإجاره و بعض رأس المال بالمضاربه و المنافع بالوديعة و نحوها، و كذلك ما كان منافياً للوازم العقد كاشتراط بقاء سلطان البائع على العين بعد بيعه و المؤجر على المنفعة بعد إجارته و الراهن على الرهن بعد رهانته و نحوها، و كذلك ما كان منافياً لمقتضيات العقد كاشتراط عدم الانتفاع بالكلية أو في بعض مقامات الخصوصيه كأن لا يبيع و لا يعتق و لا يؤجر و نحوها، و من ذلك ما لو شرط عدم الخساره على المشتري كما صرح به الأكثر.

و لكن في الصحيح قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام [عن الرجل] أبتاع منه متاعاً على أن ليس عليّ منه وضيعه هل يستقيم هذا، و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغي (١) و ظاهره الكراهه إلّا أنّه باعتبار مخالفته للقاعده و فتوى الأكثر مصروف إلى التحريم.

و ربّما ادّعى بعض المتأخرين (٢) عدم ظهور لفظ «لا ينبغي» في الكراهه، لاستعمالها كثيراً في التحريم.

و من هذا الباب ما كان منافياً لحصول الغرض بالعقد من حينه كاشتراط البيع حال الابتاع و الإجاره حال الاستئجار و نحوهما على إشكال. و يكون عدم جواز شرط البيع في البيع في بعض الصور على وفق القاعده لا للدليل.

و هل اشتراط نفى التصرف الخاصّ المقيد كاشتراط أن لا يبيعه من زيد مثلاً أو لا يهبه من عمرو منافٍ لمقتضى العقد، كاشتراط نفى التصرف الخاصّ المطلق كاشتراط أن لا يبيع أو يهب؟ وجهان، و الأقوى العدم. و ليس منه مثل اشتراط المرأه على زوجها أن لا يخرجها من بلدها أو اشتراط أن لا يتزوج عليها ثانيه

١- الوسائل ١٢: ٤٠٩، ب ٣٥ من أبواب أحكام العقود، ح ١.

٢- هو المحدث البحراني في الحقائق، راجع ج ٢ ص ١٤٤ و ج ٤ ص ١٥٣ و ٣٦٠.

و نحو ذلك، فإنّ أمثال هذه الأشياء من الأحكام الخارجة عن العقد اللاحقه به، لا من لوازمه المتولّده منه الحاصله بسببه، و ذلك هو معنى الاقتضاء، لا مطلق الارتباط و التعليق.

فعلى ما ذكرنا اشتراط التصرّف العامّ و الخاصّ لا منافاه فيه، و اشتراط نفى التصرّف عامّاً أو خاصّاً ليس بجائز. و استلزام تعيين التصرّف نفى غيره غير ضارّ، لأنّ المملوك له و عليه هو التصرّف، و المنافع المتعدّده كالأعيان المتعدّده إذا استلزم أخذ بعضها تلف الباقي، و ليس فيه حرج.

أمّا عدم التصرّف فلا يدخل فى الملك، و ليس من التخصيص كالتصرّف الخاصّ، فيفرّق بين شرط البيع و العتق و الوطاء و السكنى فى موضع و بين نفى شىء منها.

ألا ترى أنّ اشتراط جميع التصرفات لا عيب فيه، و اشتراط كليه عدم مناف.

و بالجملة المقصود فى اشتراط البيع و العتق و نحوهما هو إخراج الملك أو المنفعه من يد المشتري بقصده (١) و اختياره فهو مؤكّد للملك و السلطان، و ممنوعيته عن التصرّف الذى هو مقصود البائع بالذات هو عدم التصرّف فى حال عدم الملك لا مع ثبوته، و فى الأمثله الاخر هو ممنوعيته فى حال الملك، مع أنّه لو سلّمنا عدم منافاه ذلك لمقتضى العقد. نقول: إنّ اشتراط آحاد التصرّف أو عمومها اشتراط لفعل من أفعال المكلف يمكن نقله بالإجاره و الصلح و الجعالة و غيرها، بخلاف اشتراط نفى التصرّف خاصّه و عامّه، فإنّه من الأعدام و لا تتعلّق به صفه الملك الوجوديه، و الشرط عندهم بحكم الجزء من العقد و داخل فى قسم النواقل و المملكات، فلا يتعلّق بالمعدومات و المتعلّق فى الأوّل هو الموجود و العدم تابع و فى الثانى بالعكس، فتأمل.

نعم قد يظهر من التذكرة فى باب الإجاره الإجماع على صحّه اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيّناً (٢) و هو ممنوع.

١- فى نسخه: بعده.

٢- التذكرة ٢: ٢٩٧ س ٢٩.

و من هنا تبين فساد ما اورد على الأصحاب من المطالبه بالفرق بين ما عدّوه منافياً لمقتضى العقد كاشتراط أن لا يبيع أو لا يعتق أو لا يهب و بين ما أجازوه من اشتراط العتق و جواز عدم انتفاع المشتري فى البيع فى زمان معين، مثل أن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار و نحو ذلك، و اشتراط المرأه على زوجها أن لا يخرجها من بلدها كما ورد به النص (١). و لا حاجه إلى الجواب عن الأولين بالإجماع المنقول كما يظهر من العلامه و غيره، و فى العتق مضافاً إلى الإجماع كونه مبنيّاً على التغليب و السرايه (٢) فإنّ عنايه الشارع بوقوعه توجب تحقّقه بأدنى سبب كما يظهر من تتبع مسائل كثيره، و عن الثالث بالاستناد إلى النصّ.

و أمّا استشكال العلامه فى التذكره فى شرط عدم البيع و العتق (٣) فلعلّه ناظر إلى ما ورد فى بعض الروايات من جواز اشتراط عدم البيع و الهبه فى الإماء، كما ورد عن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام فى رجل اشترى جاريه و شرط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث قال: يفى ذلك لهم إلّا الميراث (٤).

و روى الكلينى فى الحسن ما يقرب منه (٥) و ظاهر النافع التأمّل فى اشتراط عدم بيع الأمه أو هبتها لذلك حيث قال: المروى الجواز (٦).

و فى إيضاح النافع بعد نقل كلامه: إنّ الجواز غير بعيد، لأنّ بقاء الأمه عند المالك الصالح مطلوب فاشتراط بقاء ملكه عليها جائز، و ذلك لا ينافى كما فى أمّ الولد و منذور التصدّق به، انتهى.

و لكن فى كشف الرموز: ما رأيت أحداً عمل بها (٧)، و هو كذلك بالنسبه إلى من تقدّم عليه أو عاصره بل و من تأخّر عنه عدا الشاذّ النادر، فهى متروكه.

و فى جامع المقاصد: و الحاسم لمادّه الإشكال أنّ الشروط على أقسام:

- ١- انظر الوسائل ١٥: ٤٩ ب ٤٠ من أبواب المهور.
- ٢- التذكره ١: ٤٩٣ س ٢.
- ٣- التذكره ١: ٤٨٩ س ٤١.
- ٤- الوسائل ١٥: ٤٩، ب ٤٠ من أبواب المهور، ح ٣.
- ٥- راجع الكافى ٥: ٤٠٢ باب الشرط فى النكاح و ما يجوز منه و ما لا يجوز، ح ٢.
- ٦- المختصر النافع: ١٢٥.
- ٧- كشف الرموز ١: ٤٧٥.

منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحه و فساد فلا عدول عنه.

و منها: ما وضح فيه المنافاه للمقتضى كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع، أو وضح مقابله، و لا كلام فى اتباع ما وضح.

و منها: ما ليس واحداً من النوعين و هو بحسب نظر الفقيه (١) انتهى.

قلت: بل الحاسم لماده الإشكال بالنسبه إلى الشرط المنافى لمقتضى العقد هو أن يقال: إن كل شرط يخرج العقد بسببه عن حقيقته عرفاً أو شرعاً أو عن صحته شرعاً، فذلك منافٍ لمقتضى العقد الذى اجمع على بطلان الشرط معه، و ما شك فيه فالأصل عدم مدخلية عدم ذلك الشرط فى صحه العقد حتى يكون وجوده منافياً لمقتضاه. نعم لو كان الشرط بحيث يشك معه فى تحقق حقيقه البيع فى العرف فالظاهر البطلان، لأن الأصل عدم تحققه فى الخارج، و الحكم تابع لما يصدق عليه البيع عرفاً.

و بيان ذلك أن بين أدله الشروط و أدله البيع عموماً من وجه، فمتى لم يكن بين مقتضاهما تنافٍ فلا إشكال، و متى ثبت التنافى اتجه بطلان الشرط، لأن مرادنا من «المقتضى» بصيغه اسم المفعول هو ما يتسبب عن العقد شرعاً من حيث هو بلا مدخلية شىء آخر، فلا بد أن لا يتخلف عن مقتضاه، فإذا اوجب الشرط الذى هو جزء البيع و أحد أركانه رفع مقتضى البيع، فيرتفع نفس البيع فإن البيع الذى هو معيار الشارع فى ترتب الآثار و الأحكام هو ما كان سبباً لذلك المقتضى، فلا يبقى عله للزوم الشرط جزماً، لأنه تابع غير مستقل.

و من ذلك ظهر أن سقوط خيار المجلس و الحيوان و نحوهما لا ينافى مقتضى العقد، إذ ليس الغرض بالمنافى ما نافي إطلاق العقد بل العقد المطلق.

فاندفع بذلك ما فى جامع المقاصد فى شرط عدم الهبه قال: فإن قلت: منافاته من جهه منعه من الهبه. قلت: منعه من الهبه إن اريد بالنسبه إلى العقد المعزى عن الشرط، فهو وارد فى كل شرط لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالى منه، و إن اريد بالنسبه إلى العقد المتضمن له، فهو غير واضح (٢) انتهى.

١- جامع المقاصد ٤: ٤١٥.

٢- جامع المقاصد ٤: ٤١٥.

نعم قد يقع الشك في بعض الأشياء في أنها هل هي منافية لمقتضى العقد أو إطلاقه، وذلك بحث في الموضوع، مع أن الأصل يقضى بعدم كونها من القسم الأول بعد احراز اسم العقد المشترط فيه عرفاً.

□
و من جمله ما شك في منافاته لمقتضى العقد اشتراط الميراث في عقد المتعه لقوله عليه السلام في روايه عبد الله بن عمر من حدودها يعنى المتعه: أن لا ترثها ولا ترثك (١) باعتبار أن المراد من ذلك هل هو عدم اقتضاء العقد الإرث أو اقتضاؤه عدمه.

و منه اشتراط الضمان في عقد الإجاره حيث لا تعدى ولا تفريط، باعتبار أن الإجاره هل هي مقتضيه لعدم التضمن حتى يفسد الشرط بمنافاته لمقتضى العقد، أو لا تقتضى الضمان ولا عدمه، و عدم الضمان فيها جاء من عموم ما دل على أن الأمين لا يضمن إلا بالتفريط؟ وجهان، بل قولان، و المسأله في محلها.

ثم اعلم أن هذا كله في باب المعاوضات، و أما باب النكاح الذى قام الدليل على صحه العقد فيه و إن فسد الشرط، فهل يشمل ما كان فساده لمخالفته لمقتضى العقد أم مقصور على غيره؟

قلت: الذى يظهر من كلام الأكثر هناك العموم و إن صرح بعض (٢) بخلافه.

نعم يستثنى من ذلك الشرط الذى يعود على معنى العقد بالنقص بحيث يخرج عن حقيقته و عن مسماه فقط، و أما غيره فلا و إن نافي سببته شرعاً كاشتراط عدم بعض الآثار المترتبة على العقد من حيث هو لا على إطلاقه فإن ذلك لا ينافى مقتضى العقد (٣).

[سادسها: ما يقضى بتجهيل العوضين أو أحدهما]

سادسها: ما يقضى بتجهيل العوضين أو أحدهما، كأن يشترط تأخير تسليم المبيع أو الثمن مدّه غير معينه، أما لو شرطاً أجلاً يعلمان عدمهما قبله، كما شرطاً تأخير الثمن ألف سنه أو الانتفاع بالمبيع كذلك فالأقرب الصحه، لعموم أدله

١- الوسائل ١٤: ٤٨٧، ب ٣٢ من ابواب المتعه، الحديث ٨.

٢- السرائر ٢: ٥٨٩.

٣- فى نسخه: لا يفسده مطلقاً.

الشروط، و إطلاق الأصحاب جواز الأجل المضبوط، و القطع بالموت قبله لا يقدر، و إلّا لما صحّ تأجيل المطعون بسهم أو رمح يقطع بموته عادة السنه و السنين.

و أقصى ما يتخيل للمنع عدم الانتفاع بالمبيع أو الثمن و فيه: أنه يتحقّق بانتفاع الوارث و لو بعد حين. و دعوى: عدم شمول أدلّه العقود لمثل ذلك، ممنوع.

و فى الإيضاح و حواشى المصنّف (١) قرّب عدم الصحّه.

و فى جامع المقاصد جعل التوقّف فى مثل ذلك طريق السلامه (٢).

و مثل ما يقتضى تجهيل العوضين فى المنع ما يقتضى تجهيل العقد كاشتراط الرهن و الضمان و الخيار من غير تعيين و نحوها، أو ما يذكر فيه شرط مجهول مطلقاً، أو موكول علمه إلى اختيار المشتري فإنّ ذلك كلّه يقتضى تجهيل العقد، و لذلك اشترطوا تعيين الرهن المشروط إمّا بالوصف أو المشاهده، كما فى القواعد و التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد (٣)، دفعاً للضرر و حسماً لمادّه التنازع، لمكان التفاوت الكثير فى رهون باعتبار تعلق الرغبات و سهوله بيعها و حاجه رافعها إلى فكّها و عدم ذلك.

و احتمال فى الدروس صحّه الإطلاق للأصل فيحمل على حافظ الحقّ، و حينئذٍ يتخير الراهن فى التعيين.

و اشترطوا التعيين إمّا بالاسم و النسب أو بالمشاهده أو بالوصف، كما فى القواعد (٤) و غيرها.

و اشترطوا ضبط مدّه الخيار كما سبق، و منعوا من الشرط المجهول مطلقاً، للزوم الجهاله و للغرر، فيكون مخالفاً للسنة.

١- إيضاح الفوائد ١: ٥١٣، و لم نثر عليه فى الحاشيه التجاريّه.

٢- جامع المقاصد ٤: ٤١٧.

٣- القواعد ٢: ٩١، التحرير ١: ١٨٠ السطر الأخير، التذكرة ١: ٤٩١ س ٢٤، إيضاح الفوائد ١: ٥١٣، الدروس ٣: ٢١٦، جامع المقاصد ٤: ٤١٨.

٤- القواعد ٢: ٩١.

أمّا لو كان المشترط معيّنًا فى الواقع كنفى الخيارات أو ضمان الحوادث و العوارض و الغرامه لكلّ ما يغرّم و اشتراط الخدمه و الحمل و اللبن و شىء معيّن فى البيت مثلًا أو ما يحصل من كسبك و نحو ذلك فلا بأس، و ما هو إلّا بمنزله الصلح و العقود الجائزه كما تقدّم.

[سابعها: ما كان من مقتضيات الشرع و أحكامه و ليس للمخلوق دخل فيه]

سابعها: ما كان من مقتضيات الشرع و أحكامه و ليس للمخلوق دخل فيه، كاشتراط حقّ الاخوّه و البنوّه و مطلق الرحم و الجوار و الصحبه و الشفعه و تحريم الحلال و تحليل الحرام الأصليين و تبديل الحكم و اشتراط اللزوم فى موضع الجواز و الجواز فى موضع اللزوم إلّا مع إذنه، و اشتراط الخيار و إسقاطه من حقّ المتعاملين، و ليس من هذا الباب فى وجهه، فاشتراط الخيار كالوكاله على التقايل و إسقاطه رفع للحقّ كالصلح عليه، و يحتمل جعله من هذا الباب و المخرج له النصّ و الإجماع، و هو الأقوى، و قد تقدّم الكلام فى ذلك.

و من هذا الباب اشتراط كون الطلاق و الجماع بيد المرأه.

و فى الصحيح: قضى علىّ عليه السلام فى رجل تزوّج امرأه و أصدقها و شرطت أنّ بيدها الجماع و الطلاق قال: خالفت السنّه و وليت الحقّ من ليس بأهله قال: فقضى علىّ عليه السلام أنّ على الرجل النفقه و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنّه (١).

و فى الصحيح الآخر قال: قضى علىّ عليه السلام فى رجل تزوّج المرأه إلى أجل مسمّى، فإن جاء بصدّقها إلى أجل مسمّى فهى امرأته، و إن لم يجرى بالصدّق فليس له عليها سبيل، شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فقضى أنّ بيد الرجل بضع امرأته و أحبط شرطهم (٢).

و هل اشتراط الغايات من هذا القبيل أو لا؟ وجهان، و المسأله فى غايه الإشكال.

و تفصيل الحال: أنّ الشرط قد يتعلّق بالأسباب من العقود و الإيقاعات و الأحكام، و قد يتعلّق بالغايات. أمّا ما يتعلّق بالأسباب كشرط أن يبيع أو أن يهب

١- الوسائل ١٥: ب ٢٩ من أبواب المهور، ح ١.

٢- التهذيب ٧: ٣٧٠، ح ٦١.

أو أن يسقط أو أن يلتقط أو أن يحوز و نحوها، فمقتضى القاعده فيه عدم ترتب الغايات إلّا بعد فعل الأسباب، فيجبر على فعلها و إلّا تولّاها الحاكم إلّا أن يرجع إلى اشتراط الغايه. و مرّه (١) يتعلّق بالغايات كالحريّه و المملوكيه و الوقفيّه و الشركه أو الزرع أو المضاربه أو غيرها، فإن رجع في المعنى إلى الأوّل فكالأوّل، و إلّا فإن قام دليل على اعتباره من دون حاجه إلى العقد، كشرط تمليك شىء منه عين أو منفعه أو إبراء أو خيار أو سقوطه و نحو ذلك فلا إشكال، و إن قام دليل على عدم اعتباره كالنكاح و الطلاق و الخلع و المباراه و العهد و القسم و الظهار و نحوها ممّا علمنا بالإجماع و ظواهر الأدلّه اعتبار ألفاظ خاصّه فيها فكذلك، و ما شكّ فيه كاشتراط الحريّه و الوقفيّه و السكنى و العمري و نحوها يبنى فيها على الدخول في قولهم عليهم السلام: المسلمون عند شروطهم (٢) و عدمه.

فقليل بالدخول، لما يظهر من استدلالهم به على ثبوت الغايات. و في روايات ارتجاع المبيع عند ردّ الثمن (٣) ما يقضى بظاهره بذلك، فيكون الأصل في ذلك الصحّح و ترتب الأثر، و قيام الشرط مقام المؤثّرات من العقود و غيرها من غير فرق بين لازمها و جائزها.

لا يقال: إنّ هذا الشرط ممّا حلّ حراماً.

لأنّ نقول: المراد به الحرام الأصلي الذي لا يهدمه الشرط، لا كلّ ما كان حراماً بدون الشرط، و إلّا لم يسلم شرط من الشروط.

و المراد بالحرام الأصلي ما جاء فيه دليل بالخصوص، لا ما دخل تحت قاعده تقضى بالتحريم من استصحاب و غيره، فإنّ دليل الشرط يحكم عليها، و ثبوت الغايات بالعقود و الايقاعات مثلاً لا ينفي ثبوتها بما عداها.

بل أقصى ما هناك أنّه يبقى ثبوتها بما عدا ذلك داخلاً تحت القواعد العامّه من

١- كذا، و الصواب: و أمّا ما يتعلّق.

٢- الوسائل ١٢: ٣٥٣، ب ٦ من أبواب الخيار، ح ١ و ٢ و ٦.

٣- الوسائل ١٢، ٣٥٤، ب ٧ من أبواب الخيار.

استصحاب بقاء الملك، و كون الأحكام الشرعيه تكليفيه أو وضعيه توقيفيه، فإذا جاء دليل الشرط سوغها. نعم ما دلّ على قصره على أسباب مخصوصه الدليل الخاصّ نقول به.

و الظاهر عدم دخول مثل ذلك تحت أدلّه الشروط، فإنّ أقصى ما يدلّ عليه اللزوم قضاءً لظاهر الجمله الخبريه، و لفظ «عند» و أن يقفوا عند شروطهم كما سيأتي إن شاء الله.

و أمّا الملتزم به فليس فيها تعرّض له بوجه من الوجوه، و إنّما هو شيء يعلم من خارج و محال على الشرع، و الاستثناء فيها استثناء من الحكم الذي هو الوجوب، مع أنّ المعلوم من الأصحاب في سائر أبواب العقود و الإيقاعات توقّفها على ألفاظ خاصه و كيفيات خاصه لا يجيزونها غيرها، مع أنّ هذا لو كان مسلماً لذكر يوماً في باب من الأبواب.

نعم بالنسبه إلى مثل التملك العدى ليس له لفظ خاصّ و يتأدى بلفظ البيع و الهبه و صيغه التملك و غيرها بل يتأدى بالفعل كالمعاطاه بل و بالإباحه أيضاً، و لهذا تجرى عليها أحكام الملك نجيزه بالشرط و ترتب عليه الأثر لأنّه لفظ يؤدى ذلك المعنى كسائر الألفاظ، و مثله إسقاط الحقّ فإنّه يتأدى بكلّ لفظ و منها الشرط.

و مثلهما العقود الجائزه، و هذا هو السبب في نصّ الأصحاب على هذه الغايات دون غيرها، و ليس المنشأ في ذلك ما يقوله الخصم، و لا المنشأ التبعّد، فتأمل.

و يستثنى من هذا القسم من الشروط ما قام الدليل على خلافه، كشرط الرقيه في من أحد أبويه حرّ، و إرث المتعه، و شرط الصوم حضرّاً و سفراً لو قلنا به، و شرط الإحلال في الإحرام و الاعتكاف، و شرط عدم وطء المتعه، و اشتراط الإرث في ضمان الجريه، و نحوها.

[ثامنها: ما كان ممّا حرّمه الشارع من أعيان كخمر و لحم ميته أو كلب]

ثامنها: ما كان ممّا حرّمه الشارع من أعيان كخمر و لحم ميته أو كلب أو خنزير أو صنم أو آلات لهو أو ظروف فضّه أو ذهب أو نحوها، أو أعمال كلعّب بقمار و غناء و عمل بالملاهي أو زنا و لواط و نحوها ممّا يشترط فيه ما يخالف كتاب الله و كلام أنبيائه و أوصيائهم صلوات الله عليهم.

و الظاهر دخول جميع ما سبق تحت ما خالف الكتاب و السنّه، و حصر بعضهم (١) المخالف للكتاب و السنّه فى المخالف لمقتضى العقد فقط غلط لا وجه له، و لا فرق فى المنع من اشتراط ما خالف الكتاب و السنّه بين أن يخالف عامّهما أو خاصّهما، فالفرق بين ما كان الشرط رافعاً لما كان مشروعيته بالنصّ عليه فى باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط أن لا يتزوَّج فإنّ الزيادة على الواحده منصوص بها فى الشرع بالخصوص، لقوله تعالى: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ» (٢) و ما كان مشروعيته بالعموم كعدم إخراج المرأه من بلدها و عدّ الأوّل من الشروط المخالفه للكتاب و السنّه دون الثانى، لا وجه له.

نعم ما ذكر من المثال فى المقام الأوّل ليس من باب الشروط المخالفه للكتاب و السنّه بهذا الطريق، بل لورود الدليل الخاصّ بمنعه من الإجماعات (٣) و الروايات (٤)، أو حيث يرجع إلى بعض ما تقدّم من أقسام الشروط.

و أمّا الثانى فليس من الشروط المخالفه للكتاب و السنّه كما تقدّم، مع ورود النصوص الصحيحه (٥) الصريحه بجوازه.

[تاسعها: ما علم من الشرع جواز اشتراطه بالخصوص]

تاسعها: ما علم من الشرع جواز اشتراطه بالخصوص كاشتراط الزوجه أن لا يخرجها من بلدها و نحو ذلك أو المنع من اشتراطه كذلك كعدم الترويج عليها و التسرى و نحو ذلك، و هذا لا بحث فيه للفقيه ثبوتاً و نفيّاً، بل هو تابع ورود النصّ به من الجواز و عدمه.

و بقى قسم آخر من الشروط سيجى ء فى كلام المصنّف إن شاء الله.

إذا تقرّر هذا فنقول: إنّ الأصل و الآيات و الأخبار تقضى بجواز كلّ شرط إلّا ما علم عدم جوازه بالعقل أو النقل عموماً أو خصوصاً، و لا يراد بما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً ما يعمّ العارضى الذى يهدمه الشرط، بل ما كان حراماً فى نفسه حرمة

١- منهم العلّامه فى القواعد ٢: ٩٠.

٢- النساء: ٣.

٣- راجع المسالك ٨: ٢٤٥ و كشف اللثام ٧: ٤٢٠.

٤- راجع الوسائل ١٥: ٤٦، ب ٣٨ من أبواب المهور.

٥- راجع الوسائل ١٥: ٤٨، ب ٤٠ من أبواب المهور، ح ١ و ذيل ح ٣.

لازمه و ما كان حلالاً كذلك، و لو لا ذلك لكانت جميع الشروط ممّا أحلت حراماً أو حرّمت حلالاً، فلا يبقى للاشتراط محلّ.

فإن قلت: ظاهر صحيحه عبد الله بن سنان يقضى بأنّ الموافقه لكتاب الله شرط في صحّته الشروط، لا أنّ المخالفه مانعه، حيث قال الإمام عليه السلام فيها: «و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله (١)» و حينئذٍ فالشكّ في الشرط شكّ في المشروط و تكون القاعده في الشروط عدم الصحّته حتّى تعلم الموافقه.

بل قد يقال: إنّ ما تنقيّد من الروايات بما خالف كتاب الله قاضٍ بذلك أيضاً، فإنّه مع الشكّ في المخالفه يكون من الشكّ في مصداق المخصّص ص لا- في مفهومه، و الألفاظ موضوعه للواقع، فالمشكوك فيه مشكوك في دخوله تحت المخصّص ص أو المخصّص ص، فلا- يتمسّك فيه بالعامّ، لأنّه قد تخصّص بما خالف الكتاب واقعاً، بل يرجع فيه إلى الأصل، و الأصل الفساد، فإنّ الصحّته و ترتّب الأثر من الأحكام الشرعيّه التوقيفيّه، و أمّا الفساد فيكفي فيه عدم الدليل، فانحصر الصحّته فيما وافق الكتاب و السنّه في نفس الأمر، و إذا شكّ في كونه موافقاً للكتاب فيحصل الشكّ في الصحّته، و مع الشكّ فلا حكم و يتعيّن الفساد.

قلت: لا- ريب أنّ ما في الروايه مسوق لبيان استثناء الشرط المخالف، كما كشفت عنه الروايات الاخر المتكثّره، و قضى به فهم الأصحاب، مضافاً إلى أنّ الموافقه للكتاب موجوده في المشكوك فيه باعتبار الأصل، و هو حجّه شرعيّه، و لا ريب أنّه مع الشكّ في مصداق المخصّص كمفهومه يتمسّك فيه بالعامّ، كما هي طريقه الأصحاب اقتصاراً فيما خرج عنه على المتيقّن.

و من المعلوم أنّ المرجع في حقيقه المعاملات إلى العرف، و العقد و الشرط كلاهما من المعاملات، فما يسمّى في العرف بيعاً فيحكم به عليه شرعاً إلّا أن يثبت له شرط في الخارج، و كذلك الشرط. فنقول: إنّ كلّ شرط يجب الوفاء به إلّا ما خالف الشرع، فما علم أنّه مخالف للشرع فمستثنى، و ما علم منه موافق فداخل،

و ما شكك فيه فالأصل عدم المنع منه، و موافقه الأصل هو مقتضى الكتاب و السنه.

[القسم العاشر من أقسام الشروط اشتراط غير المقدور]

قال المصنّف قدس سره: «و كذا يبطل باشتراط غير المقدور كاشتراط حمل الدابّه فيما بعد أو أنّ الزرع يبلغ السنبل، و لو اشتراط تبقيته إلى أوان السنبل جاز»

هذا هو القسم العاشر من أقسام الشروط، و هو ما كان من الشروط الممتنع عقلاً أو عادةً إن اريد أن يكون ذلك بفعل، و إن اريد أن يكون ذلك بفعل الله تعالى فهو غير مقدور له، و ليس له فيه مجال السعى. و لا كذلك اشتراط الضمين و الكفيل و نحوهما، فإنّه قادر على تحصيل أسبابها، فلا وجه لما أورد على الأصحاب من تجويزهم اشتراط الضمين و الكفيل مع منعهم من اشتراط غير المقدور و كلاهما غير مقدور.

و في حواشى المصنّف على القواعد فسيّر جعل الزرع سنبلًا بأن يجعل الله جلّ شأنه الزرع سنبلًا قال: لأنّنا إنّما نفرض ما يجوز أن يتوهّمه عاقل لامتناع ذلك من غير الاله جلّت عظمته (١) انتهى.

فإن قلت: أى فرق بين اشتراط حمل الدابّه فيما بعد، و اشتراط كونها حامله، حتّى منعم من الأول و أدخلتموه فى غير المقدور، و أجزتم الثانى و أخرجتموه منه، مع أنّ الشرط فى كلّ منهما كون لا تكوين و فعل.

قلت: يمكن الفرق بأنّ اشتراط الماضى أولى من المقدور، بخلاف اللاحق، فافهم.

و أمّا لو شرط تبقيه الزرع إلى أوان السنبل فلا- بحث فى صحّته، غير أنّ ظاهر المصنّف هنا و فى الدروس كظاهر السرائر و التذكرة: أنّه لا- يشترط تعيين المدّه، بل يكفى أن يحال على المتعارف من البلوغ، لأنّه مضبوط (٢) كما هو خير الشرح و المسالك و الكفايه (٣). و قال فى المسالك: إنّ إطلاقهم يقضى بذلك.

و التحقيق أنّه إن اشترط تبقيه المبيع أو الثمن و كان ذلك بحيث يرجع إلى

١- الحاشيه النجاريّه (مخطوط): الورقه ٦٨.

٢- الدروس ٣: ٢١٥، السرائر ٢: ٣٢٧، التذكرة ١: ٤٩٠ س ٣٣.

٣- الروضه ٣: ٥٠٥، المسالك ٣: ٢٧٠، الكفايه ٩٧ س ١٨.

تأخر التسليم، فلا بد من ضبط المدّة لئلا يجهل الشرط العدى تسرى جهالته إلى أحد العوضين، لأنّ مدّة البلوغ غير مضبوطة بالزمان، لاحتمال التقدّم و التأخّر.

و إن لم يكن شرط التبقية للمبيع أو الثمن بذلك النحو، كأن يبيعه داراً مثلاً و يشترط عليه تبقية الزرع فيها، أو فى مكان آخر من أملاكه إلى وقت البلوغ، فلا بأس على ما تقدّم من الاكتفاء فى الشرط الذى لا يجهل العقد و لا أحد العوضين بالأوّل إلى العلم كالصلح.

نعم صرح جماعة من الأصحاب فى باب إجاره الأرض حيث يستأجرها مدّة لزرع لا يكمل فيها: من أنه لو شرط التبقية إلى وقت البلوغ يجهل العقد، و هو محلّ بحث.

هذا كلّ إذا اشترط، و أمّا إذا أطلق فإنّه يلزم البائع إبقاءه إلى أوان دروكه و بلوغه من غير إشكال، لأنّه إذا لم يشترط كان التراضى على الزرع، و الإبقاء حكم شرعى لزم بلا معاوضه عليه، أو أنّه شرط ضمنى لقضاء العاده باشرطه ضمناً و إن لم يصرّح به لفظاً، و حكم الشرائط المفهومه ضمناً و إن لم يصرّح به لفظاً مغاير لحكم المصرّح بها، فلا يلزم من ترتّب الغرر على القسم الثانى ما لم يكن مؤكّداً لما فى الضمن ترتبه على الأوّل.

[لو شرط غير السائغ بطل و أبطل]

قال المصنّف قدس سره: «و لو شرط غير السائغ بطل و أبطل»

اختلف الأصحاب فى البيع الذى يتضمّن شرطاً فاسداً على أنحاء:

أولها: صحّح البيع و بطلان الشرط، و هو خيره الشيخ فى المبسوط و ابن سعيد فى الجامع و الآبى فى كشف الرموز (١) و هو المحكّى عن أبى علىّ و القاضى (٢)، و ربّما حكى عن الحلّى و لم أجده فى السرائر، و وافقهم أبو المكارم فى الشرط المخالف لمقتضى العقد أو السنّه (٣)، و ابن المتوّج (٤) فى الشرط الفاسد الذى لا

١- المبسوط ٢: ١٤٩، الجامع للشرائع: ٢٧٢، كشف الرموز ١: ٤٧٤.

٢- حكاها عنهما فى المختلف ٥: ٢٩٨.

٣- الغنيه: ٢١٦.

٤- هو الشيخ أحمد بن عبد الله بن سعيد المتوّج البحرانى، تلميذ فخر المحققين، كتابه «كفايه الطالبين» لا يوجد عندنا، راجع الذريعة ١٨: ٩٣.

يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب بعينه و نحو ذلك.

و لا يبعد أن يكون هذا القول هو الأعراف عند القدماء.

ثانيها: بطلانها معاً، كما فى القواعد و التذكرة و المختلف و الإرشاد و شرحه لولده و الدروس و المتن و المهذب البارع و المقتصر و حواشى المصنّف على القواعد و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و تعليق النافع و الميسّيه و المسالك و مجمع البرهان و الكفايه (١) و وافقهم أبو المكارم فى الشرط الغير المقذور كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرّاً فقال: إنّه فاسد مفسد بلا خلاف (٢)، لكنّه فى التذكرة جعل هذا محلّ خلاف للشيخ أيضاً (٣)، و هذا القول هو المشهور شهره محصّله بين المتأخّرين، بل كاد أن يكون إجماعياً عندهم، و منقوله على لسان بعض الفحول (٤).

ثالثها: ما فى الشرائع و النافع و التحرير و الإيضاح و التنقيح و غايه المرام و إيضاح النافع (٥) من عدم الترجيح.

احتجّ أهل القول الأوّل بالأصل، و أنّه لا دليل على بطلان العقد، و بالإجماع المنقول فى الغنيه على صحّحه العقد فى الشرط المخالف للعقد أو السنّه (٦).

و بمرسله جميل بن درّاج فى من اشترى جاريه و شرط لأهلها الميراث، فقد حكم عليه السلام بصحّحه العقد و بطلان الشرط (٧).

و بخبر بريره من طريق العاقه: أنّ مولاتها شرطت على عائشه حين شرائها

١- القواعد ٢: ٩٠، التذكرة ١: ٤٩٠ س ٣٣، المختلف ٥: ٢٩٨، الإرشاد ١: ٣٥٩، الدروس ٣: ٢١٤، راجع المهذب البارع ٢: ٤٠٦، المقتصر: ١٧٤، جامع المقاصد ٤: ٤١٥، حاشيه الإرشاد (مخطوط): ١١٦، مسالك الأفهام ٣: ٢٧٣، مجمع البرهان ٨: ١٤٨، الكفايه: ٩٧ س ٢١.

٢- الغنيه: ٢١٥.

٣- التذكرة ١: ٤٩٠ س ٣٣.

٤- لم نقف عليه.

٥- الشرائع ٢: ٣٤، المختصر: ١٢٤، التحرير ١: ١٨٠، س ٦ (هكذا أيضاً نسبه إليه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه، و الذى قرّبه فيه بطلان العقد أيضاً) إيضاح الفوائد ١: ٥١٨، التنقيح ٢: ٧٣، غايه المرام ٢: ٦٤ و ٦٥.

٦- الغنيه: ٢١٦.

٧- الوسائل ١٥: ٤٩، ب ٤٠ من أبواب المهور، ح ٣.

أن يكون ولاؤها لها إذا أعتقها فأجاز النبي صلى الله عليه وآله البيع وقال: «الولاء لمن أعتق (١)» فأفسد الشرط.

□
و من طريق الخاصه ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام أنه ذكر أن بريره كانت عند زوج لها وهى مملوكه، فاشترتها عائشه فأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إن شاءت تقرّ عند زوجها و إن شاءت فارقتة و كان مواليها العبدان باعواها شرطوا على عائشه: أن لهم ولاءها فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وآله: «الولاء لمن أعتق» (٢). و مثله صحيحه عيص بن القاسم (٣). و احتجوا أيضاً بما ذكر فى النكاح من الإجماع المنقول كما فى المسالك على صحه عقده و فساد الشرط (٤)، و الأخبار المتعدده الصحيحه الصريحه الداله على ذلك، كصحيحته محمد بن قيس المتضمنه إحداهما اشتراط المرأه فى عقد النكاح: أن بيدها الجماع و الطلاق (٥) و الاخرى اشتراط أن يجىء الزوج بالصدّاق إلى أجل مسمى و إلّا فليس له عليها سبيل (٦) و قد حكم عليه السلام فيهما بصحّته العقد و أبطل الشرط. و صحيحته الثالثه فى شرط عدم التزويج و التسرى، و أنه إن تزوّج عليها أو هجرها أو تسرى فهى طالق (٧) و قد حكم عليه السلام فيها بصحّته العقد و أبطل الشرط. و خبر الوشاء (٨) و غيرهما.

و بلزوم الدور، لأن لزوم الشرط و صحته فرع على صحه البيع فلو كانت موقوفه على صحته لزم الدور.

١- سنن البيهقى ١٠: ٣٣٦ ٣٣٩.

٢- الكافى ٥: ٤٦٨، ح ١، و الفقيه ٣: ١٣٤، ح ٣٤٩٧، التهذيب ٧: ٣٤١، ح ٢٧.

٣- الوسائل ١٦: ٤٠، ب ٣٧ من كتاب العتق، ح ١.

٤- المسالك ٨: ٢٤٥.

٥- الوسائل ١٥: ٤١، ب ٢٩ من أبواب المهور، ح ١.

٦- الوسائل ١٥: ٢١، ب ١٠ من أبواب المهور، ح ٢.

٧- الوسائل ١٥: ٤٦، ب ٣٨ من أبواب المهور، ح ١.

٨- الوسائل ١٥: ١٩، ب ٩ من أبواب المهور، ح ١.

و اجيب عن الأصل أى أصل الصحه بأنه مقطوع بما يأتى من الأدله و معارض بأصل عدم الانتقال.

و عن الإجماع بأنه ممنوع فى مقابله فتوى المشهور بخلافه، مع أنه ربما ظهر عن عبارته ناقله أنه الإجماع على أصل القاعده، مع أنه بنفسه نفى الخلاف فى إفساد الشرط الغير المقذور للعقد، و لا قائل بالفرق بين المقامين.

و عن ظاهر القرآن أعنى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) بأنه غير شامل لما نحن فيه من وجهين:

الأول: تقييده بالقصد المنفى فيه، لأنَّ البائع إنَّما رضى على هذا الشرط، فإذا لم يسلم كانت تجاره عن غير تراضٍ، مع أنَّ التراضى شرط إجماعاً فلم يستكمل لعموم الشروط، و لهذا اشتهر فيما بينهم فى سائر أبواب العقود: إنَّ العقود تتبع القصد.

و المراد بذلك: أنَّ العقد إذا أمكن حصوله على شئون مختلفه من الإطلاق و التقييدات المختلفه الحاصله بالشروط و غيرها فالعقد تابع للقصد أعنى أنَّ الماهية المطلقة يحكم بحصولها فى ضمن ما قصد من أفرادها و أقسامها، لا أنَّ كلَّ ما يترتب على العقود من الآثار و الثمرات الخارجه و الأحكام اللاحقه لا بدَّ أن يعلمها و يعتقدها و يقصدها فى العقد، و مع اعتقاد خلافها و عدم القصد إليها لا يصحَّ العقد، و إلَّا فيلزم بطلان أكثر العقود. و المعتبر من ذلك القصد هو ما أطلع عليه المتعاقدان معاً، و لا يكفى فى ذلك قصد أحدهما من دون اطلاع الآخر، فما يحتمل وجوهاً كثيره و لم يذكر فى طىَّ العقد وجه منها و لم يعين فالقدر المشترك المنعقد بينهما هو مطلق العقد، و ما عداه يبنى فيه على الإطلاق، و العقد المشروط من القسم الأول فى المقامين.

الثانى: تطرَّق الجهاله المانعه من الصحه، لأنَّ الشرط له قسط من الثمن، فإنه قد يزيد باعتباره و ينقص، فإذا بطل بطل ما بازائه من الثمن و هو غير معلوم.

و عن الروايات أمَّا عن الاولى فباشتمالها على صحه اشتراط عدم الهبه

١- البقره: ٢٧٥.

٢- المائده: ١.

و البيع، و القول به متروك بين الأصحاب كما عرفت، فهي شاذة، و لا يمكن فيها التفكيك فيعمل فيها ببعض دون بعض.

و أمّا عن الثانيه فقد أجاب في المختلف بضعف السند أوّلاً، و أنّها رويت على وجه آخر و هو من طرق العامه أيضاً مشتمل على أنّ بريره أخبرت عائشه بأنّها قد كوتبت، و طلبت الإعانه منها، فيسقط الاستدلال بها بالكليه (١)، إذ لا بيع حينئذٍ، و فيها أيضاً أنّ النبي صلى الله عليه و آله قال لها: اشترطى الولاء و لا يأمرها بفساد، فالمراد اشترطى عليهم.

و أمّا عن الثالثه و الرابعه فأوّلًا بالتزامه بخصوصه للدليل، كما نقول بذلك بالنظر إلى شرائط النكاح، و قد استثناه المقداد في التنقيح من الشرائط الفاسده التي يسرى فسادها إلى العقد و قال فيه بصحّه العقد و فساد الشرط (٢).

و ثانياً بما يظهر من بعضهم من أنّه يجوز أن يكون شرطاً للتعق لا للبيع، و فساد شرط الشرط لا يسرى إلى فساد الشرط فضلاً عن البيع، فتأمل.

و أمّا عن الإجماع الوارد في باب النكاح و الأخبار المذكوره فيه، فبمنع الإجماع على إطلاقه أوّلاً بحيث يثبت قاعده في ذلك في باب النكاح فضلاً عن غيره، لوقوع الخلاف فيه أيضاً فيما خالف مقتضى العقد، و ذكروا مواضع اخر اختلفوا فيها أيضاً، و الأخبار ليس فيها ما يقضى بالعموم بحيث يجعل ذلك قاعده فيه. و أقصى ما في الباب: أنّه قد وردت الأخبار فيه في خصوص بعض الشروط فيقتصر في ذلك على مواردّها، سلّمنا ذلك و لكن باب النكاح مطلقاً خرج بالدليل، فيكون من قبيل الأسباب و مستثنى من تبعيّة العقود للقعود.

و قد يجاب عن ذلك: بأنّ الشرط ذو وجهين، مرّه يراد به الربط فيلزم من فساد فساد العقد، و مرّه يراد به الاستقلال فيكون منفصلاً عن العقد و بمنزله عقد آخر، لعدم ارتباط المشروط به، فالعقد يقع مطلقاً و إن تبعه الشرط و ترتّب عليه

١- المختلف ٥: ٢٩٩.

٢- التنقيح ٢: ٧٤.

فلا يسرى الفساد منه إليه، و شروط النكاح من هذا القبيل، باعتبار أنّ النكاح ليس بمعاوضه محضه، فيلزم دخول الشرط فى أحد العوضين، بل هو أمر خارج، فيكون بمعنى الإلزام و الالتزام، و لو اريد منه معنى الربط فأقصاه منع المهر، فيقضى بفساد المهر و هو لا يفسد العقد.

و هذه الصوره و إن أهملها الأصحاب إلّا أنّها أحد صور الاشتراط، و يدلّ على لزوم الوفاء بها إطلاق قولهم عليهم السلام: «المؤمنون عند شروطهم (١)» و يكون المراد به معنى الإلزام و الالتزام، و ظهور لفظ الشرط فى التبعية و الارتباط لا ينافى ذلك، فإنّ التبعية من جانبه موجوده و إن كانت من جانب العقد منتفیه، و يكون من هذا القبيل شرط الإحلال عند الصّدّ فى الإحرام، و شرط الاعتكاف، و شرط الخدمه فى العتق، و لذا لا تتوقّف فيها صحّه المشروط على صحّه الشرط، و يكون المدار حينئذٍ على قصد المتعاقدين، فإنّ قصدا الأوّل كان منه، و إن قصدا الثانى كان منه و إن أطلقا حملا على الأوّل، و يمكن بهذا أن يجعل النزاع لفظياً بين أهل القول الأوّل و القول الثانى بحمل أهل القول الأوّل على الثانى و أهل القول الثانى على الأوّل.

قلت: لا ريب أنّ معنى الشرطيه و ظاهر اللفظ ينافى ذلك، فإنّ المتبادر من الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم، لا مطلق الإلزام و الالتزام، و لا خصوص التابع منه للعقد، و لا أقلّ من الشكّ، و الأصل عدم الاشتراط، و عدم ترتّب أحكام الشرط و آثاره. على أنّه لو اريد مطلق الإلزام و الالتزام للزم أنّه لو اشترط عليه شيئاً ابتداءً أنّه يجب عليه الوفاء به، و لا قائل به. و إن اريد خصوص التابع للعقد كان تحكّماً، على أنّ ظاهر الأصحاب فى شروط النكاح و ما كان بحكمها عدم الفرق فى صحّه العقد و فساد الشرط بين أن يقصد المتعاقدان الشرط بالمعنى الأوّل أو الثانى أو مطلقاً، بل ظاهرهم أنّ محلّ البحث حيث يقصد المعنى الأوّل، فليس المستند إلّا التعبد بالدليل الخاصّ فيها، كما أنّ أظهر أفراد النزاع فيما نحن فيه صورته الإطلاق أيضاً.

و دعوى: أنه مع الإطلاق فى خصوص باب النكاح الظاهر من الشرط ذلك، ممنوع.

و من هنا ظهر أنه لو قصد المتعاقدان الشرط بالمعنى الثانى لم يكن من الشروط الشرعيه، و لا يلحقه حكم الشرط بوجه من الوجوه.

و أما عن لزوم الدور فقد أجاب عنه الفخر فى الإيضاح: بأن كون هذه شروطاً مجازاً لأنها تابعه للعقد، و العقد سبب فيها، فلا يعقل كونها شرطاً له و إلّا دار، بل هى من صفات المبيع تختلف الأغراض باختلافها (١).

و قال فى شرح الإرشاد ناقلاً له عن والده: أنّ هذا الدور دور معيه كالصلاه و أجزاءها، فإنّ مجموع الصلاه متوقف على أجزائها من حيث الصحه، و أجزاءها من حيث الصحه متوقفه على مجموعها، انتهى.

و الثانى هو الوجه فى الجواب دون الأول، إذ لا ريب فى كونها شروطاً على الحقيقه، و إن لم تكن لأصل العقد، و سيأتى بيان ذلك.

ثمّ إنّ أهل هذا القول بعد أن قالوا بصحّه العقد و بطلان الشرط، لم يعلم منهم أنّهم يقولون بثبوتها بسبب فواته مطلقاً أو لا مطلقاً أو يفصلون بين العالم بالفساد و الجاهل به، فيثبتونه للثانى دون الأول، و جوه، و لعلّ الظاهر منهم الأول.

و احتجّ أهل القول الثانى: بأنّ المقصود هو المجموع، و إذا بطل الكلّ بفوات بعضه و هو الشرط فات محلّ القصد، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد، و لأنّ للشرط قسطاً من الثمن فإذا بطل يُجهل العقد.

و فيه: أنّ ذلك متمشٍ فى كلّ ما تبعضت به الصفقه و قد قالوا: إنّ لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً و اشترى عبدين جميعاً، و تبين أنّ أحدهما غير كاتب أو هما أو أنّ أحدهما ليس ملكاً له، فإنّ البيع لا يبطل بذلك و إن ثبت له الفسخ، مع أنّ التراضى لم يتحقّق إلّا على الوجه الذى ليس بواقع، مع ما هناك من الجهاله، و كم من جهاله اغتفروها ممّا لا يكاد يحصى، و مقتضى ذلك أنّ هاهنا مع البطلان إنّما يتسلّط على خيار تبعض الصفقه و لا يقضى بالبطلان رأساً إلّا إذا علم كلّ من المتعاقدين أو أحدهما بفساد الشرط من أوّل الأمر، فإنّه لا خيار حينئذٍ للعالم كما فى سائر باب

خيار التبعض، و باعتبار ما ذكرنا من أدله الطرفين توقّف في ذلك من توقّف.

و التحقيق: أنّ الشرط معناه ما ينتفى المشروط عند انتفائه، و ليس هو شرطاً لأصل الانشاء و إلّا لكان كلّ شرط مبطلاً للعقد، لعدم قابليته للتعليق، بل معنى الشرطية في المقام ملكية المشروط له على نحو ملكية المشتري، فالملكية شرط في الملكية، و يحصلان دفعه، و التقدّم ذاتي لا زمني، و حيث إنّ الشرط قضى ببناء الملكية للمشروط شرعاً على ملكية الشرط فصحت شرط في صحه العقد، فإذا بطل الشرط لحرمة أو امتناعه أو مخالفته مقتضى العقد بطل مشروطه كذلك و لم تحصل الملكية، و إذا صحّ كما إذا كان قابلاً للملك كان كصحّه مشروطه، و عدم تسليمه كعدم تسليمه بعض الشروط لا يقتضى فساداً، و إنّما يثبت مع عدم الوفاء به خيار التبعض للصفقه، أو يثبت الخيار تعديداً للدليل، فإنّ ثبوت الخيار بفوات الشرط مجمع عليه فيما بينهم، و لا حاجة إلى ادعاء أنّه شرط للزوم في ثبوت الخيار.

و الحاصل أنّ الشروط كالشروط التي شرطت ملكية بعضها ببعض و إن كان الظاهر من الشطور خلاف ذلك.

و من هنا كان خيار التبعض على وفق القاعده إلّا حيث يعلم فيها وقوع التراضي بالمجموع لا بالجميع، فإنّه بفوات البعض يتعين الفساد و يكون من قبيل ما نحن فيه.

و من هنا اندفع ما يقال: إنّ الشرط إمّا أن يكون شرط الصحه أو اللزوم، و الأوّل باطل، لعدم قابليته العقد للتعليق فتعين الثاني، و عليه فإنّما يلزم بطلان الشرط فوات اللزوم المثبت للخيار لا بطلان العقد.

فإن قلت: إن اريد أنّ الملكية شرط في الملكية شرعاً، فالشأن في ثبوت ذلك و هو محلّ النزاع، فلا يكون الدعوى دليلاً.

و إن اريد أنها شرط بحسب قصد المتعاقدين، فهو ممنوع، فإنهما إنما يشترطان فعلاً من أفعالهما، و لا يخطر بهما ملكيه ذلك الفعل للمشترط على المشترط عليه فضلاً عن أن يقصدهما من اللفظ، مع أن اللفظ ليس فيه دلالة على ذلك.

نعم حيث يجوز اشتراط الغايه أو فيما قام عليها الدليل قد يتأتى ذلك، و لكنّه أقلّ قليل، و اللزوم و إن لم يكن مصرحاً به بالعباره إلا أنه من مقتضيات العقد المذكور فيها و أحكامه، فرجوع الشرط إليه أقرب و أولى من تأويله بالملكيه.

قلت: لا- ريب أن الظاهر من كل من يشترط شيئاً إرادته ملكيه الشرط لا- فعليته، و أن فعليته موكوله إلى اختياره، إن شاء ألزم المشروط عليه بها و إن شاء عفا، مع أن الظاهر من الشرط أنه شرط لأصل العقد و للانشاء نفسه و لكن خرجنا عن ذلك باعتبار عدم صحه التعليق فى العقود، فمع تعذر ذلك يحمل على أنه للمنشأ الذى هو الملكيه و الانتقال، لأنه بعد تلك المرتبه فى الظهور فيكون كما إذا تعدرت الحقيقه، فإنه يحمل على أقرب مجازاتها.

و أما عوده إلى اللزوم، فهو بعيد جداً و لا يقتضيه ظاهر اللفظ بوجه، فتأمل.

ثم اعلم أنه لا يفترق الحال فيما ذكرنا بالنسبه إلى الشروط الفاسده جميعها.

و الظاهر أنه لا فرق فى فساد العقد باشتراط المحرّم شرعاً كالخمر و نحوه بين العلم بالحكم و الجهل به.

نعم بالنسبه إلى الجهل بالموضوع كأن يشترط شيئاً معيناً بزعم أنه خلّ فتبين أنه خمر و جهان: الصحه، و البطلان، و ربّما ظهر من الأصحاب الأول، و لا فرق بين ما كان من صفات المبيع كأن يشترط كون العبد مغنياً و غيره.

و احتمال فى إيضاح النافع إلغاء الشرط فى كل موضع لا يكون فيه غرض عرفاً و لا يقوم شرعاً. و قال: إن التراضى فى الحقيقه إنما هو على المعوض، فأفسد فيه الشرط و صحّ العقد، و هو غير بعيد، كما يقضى به كلامهم فى باب السلف فيما لو شرط أحدهما مكيالاً أو صنجه بعينه دون ما سواه و ربما يحمل على ذلك إطلاق كلام المشهور.

فإنّ الظاهر منه الشرط المتقوم الذي يتعلّق به غرض، و لا ينافى ذلك ما تقدّم من التذكرة حيث قوّى ثبوت الخيار في مثل شرط أن لا يأكل الهريسه، أو لا يلبس الخنز (١) لأنّه قيد الغرض المذكور (٢) بالنسبه إليهما أو إلى ما يشابههما بالذی لا يوجب التنازع و التنافس فلا يتأتّى (٣) الحكم بإلغاء الشرط الذي لا يتعلّق به غرض مطلقاً.

و قد تقدّم لك الفرق من ابن زهره بين شرط غير المقدور و شرط المقدور ممّا خالف مقتضى العقد أو السنّه، فإنّه أبطلهما في الأول و صحّح العقد في الثاني (٤) و لا وجه له، بل قد يقال بصحّه العقد و فساد الشرط حيث يعلم المشترط عدم قدره المشروط عليه على الشرط، فيلغو الشرط و يرجع إلى التفصيل السابق، فتأمّل.

و الظاهر أنّ هذا البحث لا يخصّ البيع، بل يجرى في سائر العقود اللازمه بالأصل أو بالعارض، بل و في الجائزه أيضاً. فإنّ فساد الشرط فيها يقضى بفساد الإذن و الإباحه على القول بفسادها تبعاً لفساد الشرط دون القول الآخر.

و لا فرق في الشروط المنافيه بين اعتبارها في ذلك العقد أو في عقد آخر. و الشروط المتعدّده في العقد الواحد يجرى فيها الحكم فيفسد العقد بفساد بعضها و ثبت الخيار بانتفائه.

و في المتداخله كشرط الشرط و شرط شرط الشرط و هكذا يثبت الحكمان في الشرط السابق دون ما عداه على أقوى الوجهين، و فساد اللواحق قاضٍ ببطلان الخيار في وجه.

و لو تعدّدت العقود فسدت بفساد شرط واحد متّحداً أو منضمّاً إلى غيره.

و لو وقع الشرط بعد المقيّد فالظاهر رجوعه إلى الأصل دون القيد إلّا مع القرينه، و معها يثبت الخيار في التوابع دون الأصل.

[شرط العتق]

[لو شرط عتق المملوك جاز]

قال المصنّف قدس سره: «و لو شرط عتق المملوك جاز»

شرط العتق إمّا مطلق و يرجع إلى المنقول إليه كما في الدروس (٥) أو الأعمّ

١- تقدّم في ص ٢١٨.

٢- في نسخه: المنقّى.

٣- في نسخه: فلا ينافى.

٤- الغنيه: ٢١٥ ٢١٦.

٥- الدروس ٣: ٢١٦.

و هو أقرب إلى اللفظ. و إمّا مقتيد بكونه عن الناقل أو المنقول إليه أو أجنبي أو على التشريك و أقسامه أربعة، أو التخيير و أقسامه أربعة، فبلغت اثني عشر قسمًا و هي بين أن تكون في الغايه بناءً على إثباتها بالشرط أو العقد أو الإيقاع فهي أربعة و عشرون.

ثم ما كان للغايه أو الإيقاع مرّه يقيده بكونه عن كفّاره، و مرّه يطلق إلى غير ذلك من الأقسام.

أمّا اشتراطه عن المشتري في عقد أو إيقاع، فقد تقدّم نقل الإجماعات الدالّه بإطلاقها عليه، و أنّه ليس بمنافٍ لمقتضى العقد، لأنّه شرط لفعل من أفعال المشتري و إن ترتّب عليه رفع السلطان و الانتفاع، بخلاف اشتراط عدم التصرف و نحوه فتشمله أدلّه الشروط.

و لو سلّم فيه المنافاه، قلنا: مخصّص للأدلّه الخاصّه.

نعم فيه ما يجرى في كلّ مشروط بالقربه من أنّه استحقّ بالشرط فليس حقّاً لله، فلا تتحقّق فيه نيّه القربه بشرط التصدّق و النذر و الوقف و نحوها.

و الجواب عن ذلك كالجواب عن عباده الاجراء في تحقّق القربه فيها، لأنّ السبب قاضٍ بالإيجاب، فإذا جىء به من هذه الجهه جاءت القربه و تأكّدت.

و أمّا بالنسبه إلى اشتراط الغايه، فحصول غايه الحرّيّه كيفما كانت كغايه الوقفيّه و المملوكيه (١) منافيّه لما يتعلّق بالأعيان من جميع المملّكات، لرجوعه إلى التأجيل في الملك، نعم لا بأس في التأجيل بالمنافع، فتحديد ملك المنقول إليه العين بوقت مخصوص ثمّ ينتفى بأيّ نحو كان لا وجه له، من غير فرق بين أن نقول بإثبات الشروط للغايات أو لا.

و أمّا ما كان بالعقد و الإيقاع (٢) غير المشتري فإن كان عن غير الناقل و هو الأجنبي فلا بأس به، و يرجع اشتراط العتق إلى شرطين: صريح و هو نفس العتق، و من جهه التوقّف و هو التملّك قبل العتق زماناً بمجرّد قصده أو مجرّد الدخول في

١- في نسخه: الملكيه.

٢- كذا، و الظاهر بعقد و إيقاع.

لفظه أو ذاتاً بعد إتمامه، فإن اريد بلا تمليك بل بأصل العقد كان تأجيلاً، و إن اريد أنه بملك جديد فلا بأس به.

و أما إذا أخذ العتق عن الناقل أو شرط نقل الملك إليه من المشتري، فقليل بمنعه و هو خير المصنّف في الدروس و الشارح في الشرح و المسالك و الفاضل المقداد (١)، و قد يظهر من عبارته قواعد العلامة (٢)، و مال إليه الأردبيلي استناداً إلى لزوم الدور (٣)، و فيه أنه معي و التقدّم ذاتي على أنّ ذلك جارٍ في جميع الشروط المملّكه، أو استناداً إلى أنّ أخذ الرجوع إليه تأجيل لنقله، أو أنّ النقل للعين يقتضى رفع السلطان الدائم و هذا ينافيه. و الكل محلّ منع.

و ربّما يقال: إنّ حديث «لا عتق إلّا في ملك» أقصى ما يقضى بملكه العتق، فلا دلالة فيه على اشتراط ملكه العتق عنه و المعتقد و هو المشتري مالك، فتأمل.

و الظاهر صحّحه هذا الشرط عملاً بعموم ما دلّ مستفيضاً على وجوب الوفاء بالشروط التي لم يمنع منها كتاب و لا سنّه، مضافاً إلى إطلاق الإجماعات المستفيضة بصحّحه شرط العتق الشامله لما نحن فيه، مع ما يظهر من التذكرة من الإجماع عليه بالخصوص، حيث قال: أما لو شرط العتق عن البائع فإنه يجوز عندنا خلافاً للشافعي (٤) انتهى. فلا تأمل في جوازه إلّا أن يقوم إجماع أو غيره على المنع منه كما في البيع بشرط البيع، و ليس فليس.

□
و في كونه حقاً لله تعالى أو للبائع أو المشتري أو الأجنبيّ المشروط له أو العبد أو المركّب احتمالات، فإنه من حيث إنّ فيه معنى القربة و العباده يترجّح الأول، و من حيث الاشتراط من البائع و تعلق غرضه به و إنّ الشروط من جمله العوضين يدلّ على الثاني، و من حيث إنّ به فراغ الذمّه يكون للثالث. و أما حيث يشترط عنه فثبوت الحقّ له حينئذٍ ظاهر قضاءً لحقّ الاشتراط، و مثله الأجنبيّ المشترط

١- الدروس ٣: ٢١٦، الروضه ٣: ٥٠٦، المسالك ٣: ٢٧٠، التنقيح ٢: ٧٣.

٢- القواعد ٢: ٩١.

٣- مجمع الفائدة ٨: ١٤٩.

٤- التذكرة ١: ٤٩٢ س ١٦.

له، و باعتبار استلزامه زوال الحجر عن العبد و تحريره يكون حقاً له. و الظاهر أنه لا منافاه بين هذه الحقوق، فيجوز اجتماعها فيه، و يتفرع على ذلك المطالبه بالعتق، فمن كان الحق له فله المطالبه، و على الأول فالمطالبه للحاكم.

و أما عتقه عن الكفاره، فإن كان عن المشتري و شرط البائع عتقه عنها صح بلا إشكال، و ظاهر غايه المرام الإجماع عليه (١)، و إن كانت عن البائع جاء فيه القولان و أولى بالمنع هنا عند القائل بالمنع، و فائده الشرط على الأول التخصيص لهذا العبد بالإعتاق، و إن لم يشترط، فإن قلنا: إن الحق فيه لله لم يجز عنها، كالمندور عتقه، و إن قلنا: إنه للبائع فكذلك إن لم يسقط حقه فإن اسقطه جاز لسقوط وجوب العتق حينئذ. و احتمال في المهذب (٢) العدم على هذا التقدير للمحابه فكأنه عوض.

و إن قلنا: إنه للعبد فكالقول بأنه للبائع، كما في المسالك (٣)، و الظاهر أجزاءه مطلقاً لوقوع العتق في الجملة و وقوع مراد العبد، و على ما اخترناه لا يصح مطلقاً، لأصالة عدم التداخل و استصحاب بقاء شغل الذمه بالكفاره إلا بالمتيقن.

و الظاهر أن شرط العتق إنما يتناول السبب المباح، فلو نكل به فاعتق لم يأت بالشرط و يكون بمنزله التالف.

و ظاهر الشرط أيضاً يقتضى إيقاعه اختياراً مجاناً. فلو شرط عليه عوضاً من خدمه أو غيرها لم يأت به، و حيث يفوت الشرط بذلك يتخير البائع بين فسخ البيع و الإمضاء كباقي الشروط، لكن لو فسخ رجع إلى قيمه كالتالف، و إنما صح العتق لابتناؤه على التغليب، مع احتمال فساده لوقوعه على خلاف ما وجب، و يحتمل ضعيفاً سقوط الشرط هنا و نفوذ العتق.

و هل يشترط وقوعه من المشتري مباشره أم يكفي وقوعه مطلقاً إلا أن يشترط ذلك؟ وجهان.

١- راجع غايه المرام ٢: ٦٢.

٢- كذا، و في بعض النسخ: «التهذيب» و الصواب «المهذب البارع» راجع ج ٢ ص ٤٠٣.

٣- المسالك ٣: ٢٧١.

و تظهر الفائدة فيما لو باعه بشرط العتق، فعلى الأول يحتمل بطلان البيع لأن شرط العتق مستحق عليه فلا يجوز نقله إلى غيره، و صحته مع تخير البائع.

ثم ان أعتق المشتري الثاني قبل فسخه نفذ و قدر كالتالف و إلا أخذه، و على الثاني يصح كما لو أعتقه بوكيل، و الذى يدل عليه الإطلاق و الحكم فى باقى الشروط أنه لا يقتضى مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين، و هذا الشرط لا يزيد على غيره.

[عدم وفاء المشتري بشرط العتق]

قال المصنف قدس سره: «فإن أعتقه و إلا تخير البائع»

لا كلام فى أنه مع عدم وفاء المشتري بشرط العتق يتخير البائع بين فسخ البيع و إمضائه إذا كان العبد موجوداً كسائر الشروط. فإن مات العبد قبل عتقه بتفريط المشتري أو بدونه أو تعيب بما يوجب العتق بغير فعل المولى أما إذا كان بفعل المولى فقد تقدم البحث فيه ففيه احتمالات ثلاثة ذكرها العلامة فى التحرير (١):

أحدها: استقرار الثمن عليه و لا شىء عليه و ليس للبائع الفسخ، و هو ضعيف جداً، و إلا لم تثبت للشرط فائده.

الثانى: أن يكون للبائع الرجوع بما يقتضيه الشرط من نقصان إن اختار الإمضاء، و إن فسخ استرجع قيمه كما يظهر من المسالك (٢)، حيث رتب هذا الاحتمال على اختيار الإمضاء، و كأنه مبنى على أن بقاء الخيار مع الموت مجمع عليه.

و قد حكى ذلك الشيخ فى المبسوط قولاً (٣) اختاره العلامة فى القواعد (٤)، و ضعفه فى الدروس بأن الشروط لا يوزع عليها الثمن (٥)، و رد بأن الثمن لا يوزع على الشرط بحيث يجعل بعضه مقابلاً له، و إنما الشرط محسوب مع الثمن و قد حصل باعتباره نقصان فى قيمه، و طريق تداركه ما ذكر، و طريق معرفه ما يقتضيه

١- التحرير ١: ١٨٠ س ١٨.

٢- المسالك ٣: ٢٧٥.

٣- المبسوط ٢: ١٥١.

٤- القواعد ٢: ٩١.

٥- الدروس ٣: ٢١٦.

الشرط أن يقوم العبد بدون الشرط و يقوم معه و ينظر التفاوت بين القيمتين و ينسب إلى القيمة التي هي مع شرط العتق و يؤخذ من المشتري مضافاً إلى الثمن بمقدار تلك النسبة من الثمن. فلو كانت قيمته بدون الشرط مائه و معه ثمانين فالتفاوت بعشرين نسبتها إلى الثمانين الربع، فيؤخذ من المشتري مقدار ربع الثمن مضافاً إليه، و ذلك هو الذي يتسامح به البائع في مقابله شرط العتق (١).

الثالث: تخير البائع بين إجازته البيع بجميع الثمن و بين فسخه، فيرجع بالقيمة و هو مختار الشرائع و الدروس (٢)، و قواه في المبسوط (٣).

و في اعتبار وقت القيمة أوجه:

أولها: و هو أجودها يوم التلف، لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، إذ قبلها كان متعلقاً بالعين، و لأن ضمان العين لا يقتضى ضمان القيمة مع وجودها، فلا ينتقل إلى القيمة إلا وقت القيمة.

و ثانيها: يوم القبض، لأنه أول دخوله في ضمان المشتري.

و ثالثها: أعلى القيم من حين القبض إلى التلف، لأنه في جميع ذلك مضمون عليه.

و قد ظهر من وجه الأول جواب الأخيرين، و ضعف احتمال قيمه وقت المطالبة، أو وقت التسليم، أو أعلى القيم ما بينهما، إلى غير ذلك.

و الظاهر أن المدار على قيمة يوم التلف في مكان التلف، لا مكان القبض، و لا أعلى القيم من المكانين.

و في تعيين كيفية اعتبار القيمة إشكال: من احتمال قيمه عبد مشروط العتق لأنه كذلك دخل في ضمان المشتري لأنه المقبوض و المبيع، و من احتمال قيمه عبد سليم من الاشتراط، لأن الشرط حقّ للبائع و هو محسوب من جملة الثمن و لم يأت به المشتري و مجموع العبد مضمون، فعند الفسخ يصير العبد مجرداً عن البيع و الشرط.

١- المسالك ٣: ٢٧٥.

٢- الشرائع ٢: ٣٤، الدروس ٣: ٢١٦.

٣- المبسوط ٢: ١٥١.

و بعبارة اخرى أنه شرط لم يستعقب حكمه فلم يكن به اعتبار. و الوجه هو الأوّل.

[كل شرط لم يسلم لمشترطه]

قال المصنّف قدس سره: «و كذا كلّ شرط لم يسلم لمشترطه فإنّه يفيد تخييره»

ثبوت الخيار بفوات الشرط أى شرط كان من الشروط الجائزه ممّا لا كلام فيه.

و ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، و هو متمشّ فى سائر العقود من غير فرق بين أن يكون مستنده الإجماع المعلوم، أو باعتبار أنّه شرط للزوم، أو باعتبار رجوعه إلى خيار تعذّر التسليم فى البعض.

و قد ذكروا ذلك فى كثير من العقود، و منها باب النكاح قالوا: إنّ لو شرط كونها بنت مهيّره فظهرت بنت أمه كان له الفسخ، و كذلك لو شرطها بكرًا فظهرت ثيبًا.

و استدلّوا على ذلك بأنّ ذلك مقتضى الشرط (١) و ظاهر دليلهم يقتضى ثبوت الخيار فيه فى جميع صور الشرط الجائز، و لا ينافى ذلك اتّفاقهم على عدم خيار الشرط فى عقد النكاح، فإنّ المراد به شرط الخيار لا الخيار الحاصل من جهه عدم سلامه الشرط.

قال بعض المتأخّرين: و يشكل إطلاقهم القول بأنّ عدم سلامه الشرط يستلزم الخيار للمشروط له بما إذا أراد المتعاقدان بالشرط مجرد الإلزام و الالتزام و إثبات الحقّ، لا جعل العقد اللازم متزلزلًا (٢).

و فيه: أنّ ذلك خارج عن أدلّه الشروط، و لا يحصل به الإلزام و الالتزام بل يقع لاغياً كما سبق إلى الأصل إلّا مع القرينه، و معها يثبت الخيار فى التوابع دون الأصل.

و هل هذا الخيار على الفور أو التراخى؟ وجهان، تقدّم مثلهما و وجههما و رجحان الأوّل منهما (٣).

١- راجع الروضه ٥: ٣٩٨ ٣٩٩ و كشف اللثام ٧: ٣٨٨ ٣٨٩ و الرياض ١٠: ٤٠٠ ٤٠٤.

٢- غنائم الأيام: ٧٣٧ س ١٨.

٣- تقدّم فى ص ١٠٧ ١٠٩.

[اختلف الأصحاب في وجوب الوفاء بالشرط الجائز]

إشاره

قال المصنّف قدس سره: «ولا يجب على المشتري عليه فعله و إنما فائدته جعل البيع عرضه للزوال و الفسخ عند عدم سلامه الشرط و لزومه عند الإتيان به»

اختلف الأصحاب في وجوب الوفاء بالشرط الجائز على أقوال:

[أحدها: الوجوب على المشروط عليه و ليس للمشروط له الفسخ]

أحدها: الوجوب على المشروط عليه و ليس للمشروط له الفسخ إلا مع تعذر تحصيل الشرط بحيث لم يتمكن من إجباره عليه و لو برفع أمره إلى الحاكم إذا كان مذهبه ذلك، و هو المشهور بين الأصحاب.

و دليله أما على الوجوب فما دلّ من كتاب أو سنّه أو إجماع على وجوب الوفاء بالعقد.

و يمكن أن يستدلّ عليه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ (١) فيفيد بعمومه ذلك، و تفسيره بخصوص الوعد بيان لخفيّ الفرد، و دعوى: أن إرادته العموم منه تقضى بكون الخارج أكثر من الداخل، محلّ منع.

و بما دلّ على الوفاء بالشرط عموماً و خصوصاً مثل قوله: «المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله (٢)» و الإيراد بأنّها من الخبر فلا تفيد الإيجاب، مردود بأنّ الإيجاب مستفاد من مطلق الإرادته و الطلب كما تقرّر في محلّه فضلاً عن أن يؤدّى بالجملة الخبريّة الظاهره في ذلك. و احتمال المدح و الوصف كما في قوله تعالى: «كأنوا قليلاً من الليل ما يهجعون و بالأسحار هم يسبحون» (٣) و قوله صلى الله عليه و آله: «المؤمن عزّ كريم (٤)»، يدفعه ظاهر الاستثناء، فإنّ المؤمن لا ينبغي أن يشترط ما يخالف كتاب الله حتّى يكون من صفته عدم الوفاء به، و مقتضى

١- الصّف: ٢.

٢- كذا أورده الشهيد قدس سره راجع المسالك ٣: ٢٧٤ و الروضه ٣: ٥٠٦، لكن لا يوجد «إلا من عصى الله» فيما بأيدينا من المصادر الحديثيّة.

٣- الذاريات: ١٧.

٤- البحار ٦٤: ٢٩٨ باب علامات المؤمن، ح ٢٣.

الاحتمال المذكور أنه يشترط المخالف للكتاب لكنّه لا يفى به، و هو كما ترى، مع أنّ الوارد في كثير من الروايات: «المسلمون عند شروطهم (١)» فيكون الاحتمال المذكور فيه أضعف.

مضافاً إلى أنّ قوله عليه السلام: «إلا من عصى الله» على تقدير إرادته المدح مستثنى متّصل من المؤمنين، و مقتضاه لزوم العصيان بمخالفة الشرط، و هو معنى الوجوب.

و كذلك لو اريد به الحكم و جعل المستثنى منقطعاً، و لو اريد به إلّا من عصى الله في الشرط، بأن شرط ما خالف كتاب الله فهو أيضاً لا يناسب المدح. و يرد عليه ما سبق.

ثمّ إنّه في ذكر «عند» المفيدة للحدّ دلالة على الإيجاب كما لا يخفى على ذوى الألباب، مع أنّ فهم العلماء عصرّاً بعد عصر في جميع أبواب الفقه أعظم شاهد على ذلك. و لم نقف على أحد قدح في ذلك.

بل يظهر من حملهم بعض الأخبار المذكور فيها هذا اللفظ كما في موثقه ابن منصور بن يونس (٢) على الاستحباب، أنّ الأصل فيه الوجوب، مع أنّه يظهر من بعض الأخبار أيضاً أنّ المراد منه الوجوب، كروايه إسحاق بن عمّار (٣) وغيرها.

و لم نقف على خلاف لأحد من الأصحاب في وجوب الوفاء بالشرط في باب النكاح، و قد ادّعى الإجماع عليه غير واحد من الأصحاب (٤)، و المسألة من باب واحد، و كون النكاح لا يصحّ فيه شرط الخيار دون البيع لا يصلح فارقاً، إذ الكلام في خيار الشرط لا شرط الخيار، مع أنّه لا منافاه بين وجوب الوفاء بالشرط و ثبوت الخيار بعد تعذّره.

و أمّا الدليل على اشتراط التعذّر بحيث لا يمكنه الإجبار و لو بالواسطه في

١- الوسائل ١٢: ٣٥٣، ب ٦ من ابواب الخيار، الحديث ١ و ٢، و ج ١٥: ٥٠، ب ٤٠ من ابواب المهور، ح ٢ و ٤.

٢- الوسائل ١٥: ٣٠، ب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.

٣- الوسائل ١٥: ٥٠، ب ٤٠ من ابواب المهور، ح ٤.

٤- لم نعثر عليه إلّا في الرياض ١٠: ٢٩٢.

جواز الفسخ، فباختبار أنّ هذا الخيار قسم من خيار تعذّر التسليم و المراد ما يعمّه و تعذّر التسلم و لا يصدق التعذّر مع إمكان الجبر.

و قد عرفت بطلان القول بجعل الشرط شرطاً للزوم و لا- مقتضى للقول فيه بالتعييد محضاً، مع أنّ الخيار على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقّن فتعيّن ما ذكرناه.

[ثانيها: أنه لا يجب على المشروط عليه الوفاء به]

ثانيها: أنه لا- يجب على المشروط عليه الوفاء به، و إنّما فائده الشرط جعل العقد عرضه للزوال عند فقد الشرط و لزومه عند الإتيان به، تمسكاً بأصالة عدم وجوب الوفاء.

و ربّما يظهر من أهل هذه المقالة القول باستحباب الوفاء بالشرط.

و أنت خبير بما فيه، لأنّ الأصل لا يقاوم الدليل.

[ثالثها: التفصيل المنسوب إلى المصنّف]

ثالثها: التفصيل المنسوب إلى المصنّف، و هو أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا- يجوز الإخلال به كشرط الوكالة في عقد الرهن و نحوه، و إن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل يقلّب العقد اللازم جائزاً أو جعل السرّ فيه أنّ اشتراط ما كان العقد كافياً في تحقّقه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما في الجواز و اللزوم، و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علّق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن، و بذلك يندفع التعجّب من أنّ اشتراط الجائز في اللازم يجعل اللازم جائزاً.

و أنت خبير بأنّ القسم الأوّل خارج عن البحث إن اريد به حصول الوكالة في الجملة، لأنّها تتحقّق بمجرد القبول، و لا كلام لنا في الشرط بعد وقوعه.

و إن اريد بها المستمرّة التي تقع عنها ما وكلّ فيه كما هو الظاهر، فإن قلنا: إنّه بعزله لنفسه ينزل شرعاً كان مشمولاً لأدله و وجوب الوفاء بالشرط و يجب أن لا يعزل نفسه، و متى ما أعزل نفسه، فعل حراماً و تسلّط الموكل على فسخ العقد.

و إن قلنا: إنّه لا ينزل بعزله لنفسه كان المدار حينئذٍ على وقوع ما وكلّ فيه، و وجوب الوفاء بالشرط مصروف إليه، إذ المفهوم منه أنّ الشرط وقوع ما وكلّ فيه،

لأنه هو المقدور للوكيل، فمتى ما امتنع الوكيل من القيام بما وكل فيه فعل حراماً و كان للموكل الخيار في الفسخ و إن لم تبطل و كاله الوكيل.

و هل للموكل عزله بناءً على ذلك لأن حق الاشتراط له فله إسقاط حقه، أو ليس له ذلك لخروج الوكاله عن الجواز بالكليه و صيرورتها لانزمه من الجانبين مثل العقد الحدى شرطت فيه و ربّما يقال: إنها لا تسقط بالتقاييل فتزيد على الأصل و هو بعيد؟ وجهان أقواهما الأول.

هذا كله في القسم الأول.

و أما القسم الثاني فهو مشمول لما سبق من دليل لزوم العقد و الوفاء بالشرط من غير إشكال.

قال بعض المحققين: نعم لما ذكره من التفصيل وجه لو اشترط التعليق حين العقد بأن يكون مقصود المتعاقدين كون العقد مترزلاً موقوفاً على إتيان المشترط عليه بالشرط باختياره و لا كلام فيه، و هو يرجع إلى شرط الخيار، و ليس من الخيار الناشئ من الشرط في ضمن العقد في شيء، و كذا الكلام في القول الثاني (١) انتهى.

و فيه: أنه ليس مجرد قصد اشتراط شيء يقضى باشتراطه ما لم يدل عليه بلفظ يفيد أو بقرينه حائيه أو مقالته على وفق القانون العربى تدل عليه مع الحذف، أما ما ليس له دلالة عليه بوجه أو فيه دلالة على خلافه فلا يفيد شيئاً، فتأمل.

[رابعها: أن للمشروط له الفسخ بمجرد امتناع المشروط عليه]

رابعها: أن للمشروط له الفسخ بمجرد امتناع المشروط عليه من الوفاء بالشرط، و لا يتوقف على عدم التمكّن من إجباره على ذلك، و هو الحدى تنظر فيه المصنّف في الدروس حيث قال: يجوز اشتراط سائغ في عقد البيع فيلزم الشرط من طرف المشترط عليه، فإن أخلّ به فللمشترط الفسخ. و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر (٢) انتهى.

و قد يظهر ذلك من الكفايه (٣) و اختاره بعض المتأخرين حيث قال: إنه يجب

١- غنائم الأيام: ٧٣٧ س ٢٨.

٢- الدروس ٣: ٢١٤.

٣- الكفايه: ٩٧ س ٢٢.

على المشروط عليه الوفاء بالشرط، و للمشروط له إلزامه به و إجباره عليه و لو بالرفع إلى الحاكم، لأنه حقّه و يجوز له استيفاء حقّه، و أمّا وجوبه عليه إذا امتنع المشروط عليه فلا دليل عليه، فإن كان المشروط له راضياً بانفساخ المعامله و الرجوع إلى عوضه و المفروض أنّه لا مانع له من قبل المشروط عليه لأنّ التقصير من جانبه فلا دليل على وجوب إجباره عليه.

فإن قلت: الدليل هو أصاله لزوم البيع مثلماً أو عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فيجب على المشروط له أيضاً إبقاء البيع على حاله و الوفاء على مقتضاه، خرجنا عن مقتضاه فيما لم يتمكن من تحصيل الشرط و لو بالإجبار و بقى الباقي.

قلت: أى دليل دلّ على رجوع المشروط له إلى الخيار و الفسخ بعد امتناع الإجبار و عدم الإمكان و لا نصّ على ذلك و لا دليل، مع أنّ مقتضى العقد اللزوم.

فإن قلت: دليله انتفاء الشرط حينئذٍ، و مقتضى انتفائه انتفاء المشروط.

قلت: لا- تعليق هنا بالفرض، فإنّه عقد و شرط لا عقد بشرط، بل غايه ما يوجه به هذه المقاله أنّ الأصل عدم انتقال كلّ من العوضين عن صاحبه إلى الآخر إلى أن يثبت الانتقال فلم يثبت الانتقال إلّا في صورته تحقّق الشرط، فلمّا لم يتحقّق الشرط فيما نحن فيه فرجع المشروط له إلى ماله.

و مقتضى هذا الأصل الاكتفاء به في الخيار و الرجوع بامتناع المشروط عليه و عدم إتيانه بالشرط، لأنه هو مقتضى ذلك الأصل و لم يثبت اشتراط أزيد من ذلك (١) انتهى.

و فيه: ما قد عرفت: من أنّ هذا الخيار خيار تعدّر التسليم، و أنّ المراد به ما يعمّه و تعدّر التسلمّ و هو لا يتحقّق مع التمكن من الإجبار إلّا إذا أدى إلى مشقّه كليه يلزم منها الضرر و الإضرار.

و القول بأنّ الأصل عدم انتقال كلّ من العوضين عن صاحبه إلّا مع تحقّق الشرط، لا- وجه له، فإنّ الانتقال قد حصل و الاستصحاب قاضٍ ببقائه و لزوم العقد

إلّا مع المتيقّن، مع أنّه بناءً على ذلك يقتضى مع عدم تحقّق الشرط انفساخ العقد لا جواز فسخه، و هو لا يقول به. و جعل الشرط شرطاً للّزوم بمعنى أنّ التراضى لم يقع فى العقد على سبيل اللزوم و الاستمرار إلّا مع تحقّق الشرط، فمع انتفائه لهما الرجوع إلى مالهما ابتداءً، و لا- يتوقّف على التمكن من الإيجابار و عدمه لا وجه له كما عرفت، مع أنّه يلزم منه عدم فساد المشروط بفساد الشرط، و هو لا يقول به.

[الحادى عشر: خيار الشركه]

قال المصنّف قدس سره:

«الحادى عشر: خيار الشركه»

هذا الخيار هل يدور مدار مصداق الشركه و عدمها، أو مدار تحقّق الضرر و عدمه، فلو كان فيها نفع لم يثبت بها خيار؟ ظاهر الأصحاب الأوّل، و مقتضى انحصار دليله بخبر الضرر (١) المنجبر بفتوى الأصحاب الثانى. و لا يبعد الأوّل، لأنّها من حيث هى ضرر فيشملها الخبر و إن ترتّب عليها نفع من وجه آخر.

و الظاهر أنّ ثبوت هذا الخيار ممّا لا خلاف فيه بينهم، و هو متمشّ فى سائر العقود أثماناً و مثمانات.

و هل هو على الفور أو التراخى؟ فيه الوجهان السابقان.

و لا فرق فى الشركه بين الواحد و المتعدّد، و بين المشاع و غيره ممّا لا يمكن قسمته و لا ينتفع فيه إلّا بالجملة.

قال المصنّف قدس سره: «سواء قارنت العقد كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقّاً»

المراد بظهور كونه مستحقّاً أعمّ من أن يظهر كونه ملكاً للغير، أو ملكاً له و سلطانه للغير كالمرهون و نحوه و هذا إذا لم يجز الغير أو أجاز مع طول الفصل بين العقد و الإجازة لحصول الضرر بالتأخير، مع احتمال الفرق فى ذلك بين

١- الوسائل ١٧: ٣١٩ ب ٥ من أبواب الشفعة، ح ١.

الكشف و النقل، و أنه على الأول لا خيار له دون الثاني، إذ ليس مجرد التوقف عيباً مع حصول الملك من حين العقد، و هو غير بعيد. أما إذا حصلت الإجازة من دون فصل فلا يبعد عدم ثبوت الخيار.

و قد يطلق على هذا خيار التبعيض.

قال المصنف قدس سره: «أو تأخرت بعده إلى قبل القبض كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز و قد يسمى هذا عيباً مجازاً»

إذا امتزج المبيع بغيره قبل القبض تخير المشتري بين الفسخ و الشركه، كما فى الشرائع و القواعد و التحرير و الإرشاد و الدروس و غايه المرام و جامع المقاصد و الميسيه و المسالك (١) و غيرها. و ظاهر إطلاقهم يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلط بمثله أو بأجود أو أدون باختيار البائع أو بغير اختياره.

و فى المسالك: و ينبغى فيما لو مزج بالأجود بغير اختياره ثبوت الخيار له أيضاً، لتضرره بذلك مع اختيار المشتري الشركه انتهى.

و قد سبقه إلى ذلك الفخر فى شرح الإرشاد. و الظاهر ثبوت الخيار و إن أهمل المشتري القبض.

نعم لو امتنع من القبض و لم يكن المزج باختيار البائع أو كان فى وجه فلا خيار له.

و هل يسقط الخيار ببذل البائع له ما امتزج به؟ وجهان بل قولان، و ظاهر المشهور عدم السقوط، و مذهب الشيخ السقوط (٢).

و مدرك الوجهين ثبوته لثبوت سببه فيستصحب، و الهبه منه لا يجب قبولها، و ارتفاع الضرر بالهبه و الأول أقوى.

و قد نصّ جمع من الأصحاب (٣) على أنه متى رضى المشتري بالشركه فمئونه القسمة على البائع، لأنّ هذا عيب مضمون عليه. و التخلّص منه واجب عليه، و لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه.

١- الشرائع ٢: ٣٠، القواعد ٢: ٨٩، التحرير ١: ١٧٦ س ١٠، إرشاد الأذهان ١: ٣٨١، الدروس ٣: ٢١٢، غايه المرام ٢: ٥٧، جامع المقاصد ٤: ٤١٠، المسالك ٣: ٢٤٤.

٢- المبسوط ٢: ١١٥.

٣- راجع الدروس ٣: ٢١٢ و جامع المقاصد ٤: ٤١٠ و المسالك ٣: ٢٤٤.

ثم إن الشركه و إن اشتهر على ألسنتهم أنها عيب فالمراد به أنها مساويه للعيب فى الحكم لا- أنها داخله دخولاً حقيقياً تحت الاسم، لعدم دخولها تحت الضابط المتقدم ذكره للعيب.

نعم بناءً على ما هو المختار من أن العيب موكول إلى العرف، قد يقال بدخولها تحت مسماه، و لكن الظاهر خلافه أيضاً.

[الثاني عشر: خيار تعذر التسليم]

قال المصنّف قدس سره:

«الثاني عشر: خيار تعذر التسليم» «فلو اشترى شيئاً ظناً إمكان تسليمه ثم عجز تخير المشتري»

المراد في هذا المقام بتعذر التسليم القاضى بثبوت الخيار هو تعذر التسلم، إذ ليس الحكم تعديداً محضاً على الظاهر، وإنما منشؤه حديث الضرر المنجبر بفتوى الأصحاب بالنسبه إلى ما نحن فيه. فقد ذكروا ذلك في مقامات عديده. ولا ريب أنّ الضرر يندفع بالقدره على التسلم وإن لم يحصل القدره على التسليم، مع أنّ الخيار على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقن.

و التمكن منه ببعض المقدمات كتوسط الشفعاء حيث يحصل به المنه أو بذل المال و لو يسيراً و نحو ذلك ليس من التمكن، مع احتمال أن يقال: إنّ المدار على القدره على التسليم، لأنه هو الواجب على البائع، و التسلم لا يجب على المشتري، فإذا لم يؤدّ البائع ما وجب عليه تخير المشتري و قوفاً عند ظاهر كلامهم. و الأول أقوى.

و الظاهر عدم الفرق بين عجزه بأن لا يتمكن أصلاً، أو يتمكن بمضى زمان كثير يفوت من المنافع ما يعتدّ بها عرفاً.

ثمّ إنّ ثبوت هذا الخيار فيما إذا انكشف أنّ العجز عن التسليم كان ثابتاً عند العقد أو قبله مبنياً على أنّ القدره على التسليم شرط علمي مطلقاً أو علمي في مقام الرجاء دون التعذر في وجه آخر.

أمّا إذا قلنا بأنّها شرط وجودى و علمى معاً مطلقاً كما كان يختاره الوالد طاب ثراه و أنّه لو باع على أنّه قادر أو عاجز فظهر الخلاف بطل البيع للزوم الغرر و العبث تعين مع ظهور العجز عند العقد الفساد.

و كذلك إذا قلنا: أنّه وجودى فقط مطلقاً، كما هو القاعده فى الشرائط.

نعم حيث لا يتحقّق منه القصد إلى معنى البيع يفسد لذلك، لا لفوات شرط قدره.

و الظاهر من الأصحاب الأوّل، كما يرشد إليه حكمهم فيما إذا انقطع المسلم إليه عند الحلول بالخيار من غير فرق بين التعدّر و الرجاء.

و الاعتذار عن ذلك بأنّ الأجل زمان تسليم لا زمان تملك و كان موجوداً قبل الأجل فيتعلّق الملك به و التأخير للتسليم فيبقى مطالباً به، لا وجه له.

فإن قلت: إن كان مستند هذا الخيار الضرر كما ذكرت فينبغى أن يثبت فى جميع الأقسام من تعدّر التسليم بذاته أو بغصب غاصب أو مماطله فيه أو امتناع من أحد المتعاقدين منه و نحو ذلك و لا يفرّق فيه بين الثمن و المثلث و لا بين عقد البيع و غيره من العقود، و هو على إطلاقه منافٍ لتوقّف الخيار على مضيّ ثلاثه أيام لمن يقبض و لم يقبض.

قلت: نلتزم ذلك فى الجميع عدا صوره المماطله و الامتناع، لأنّ الأصل عدم ثبوت الخيار، و الضرر مدفوع فيهما بالمقاصّه. نعم بالنسبه إلى الشروط نقول به كما سبق، إذ ليس فى مقابلهما شىء من الثمن حتّى يقاصّ، و لأنّ المماطله و الامتناع يتمكّن الشرع من دفعهما و التسليم بخلاف التعدّر، مع أنّه قد تقدّم لك مراراً أنّ خبر الضرر لا نعمل به مطلقاً إلّا حيث ينجر بفتوى الأصحاب و هم قد قصره كما يظهر منهم فى مقامات متعدّده على صورته التعدّر. و منها باب خيار التأخير كما عرفت فيكون المدار على الضرر الخاصّ العدى كشف عنه الشرع. و احتمال الفرق فى الامتناع بين ما لا يرجى معه التسليم فيثبت الخيار و ما يرجى فلا يثبت، لا وجه له.

و الظاهر أنّه لا فرق فى ثبوت الخيار بتعدّر التسليم أن يكون قبل العقد أو بعده قبل القبض إلّا حيث يكون عدم القبض بتفريط المشتري و امتناعه، و لذلك نصّ الأصحاب (١).

من غير خلاف يعرف: أنه لو غصب المبيع قبل القبض و أمكن استعادته بسرعه لم يتخير المشتري، و إنما تخير. و ظاهر الشارح (١) قصر كلام المصنّف على هذه الصوره، و لعلّه بناءً منه على أنّ شرط القدره شرط وجودى، أو باعتبار ظاهر قوله: «ثم عجز». و الظاهر أنّ المراد ثم تبين له العجز، و قد يحمل كلام الشارح على ما قلناه.

ثم إنّه اختار الصبر ثم أراد الفسخ فهل له الفسخ بعد ذلك أم لا؟ وجهان، أقواهما عدم، و اختار فى التذكرة أنّ له ذلك، لأنّه يتضرر كلّ ساعه كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثم أراد الفسخ (٢).

و فيه: أنّ الخيار على خلاف القاعده فيقتصر فيه على المتيقن.

و الظاهر ثبوته على الفور لا- التراخى، كما سبق فى غيره من الخيارات، و قد علم وجهه ممّا تقدّم. و تعدّر تسليم بعض المبيع موجب للخيار كتعدّر تسليم كلّه، و هل له الرجوع بشىء؟ يحتمله، لأنّ فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض فيكون مضموناً على البائع.

و يضعّف بأنّ الأرش ليس فى مقابله مطلق النقص، لأصالة البراءه، و عملاً بمقتضى العقد، بل فى مقابله العيب، و هو هنا منتف.

و قد استظهر أكثر الأصحاب فيما لو غصب المبيع قبل القبض عدم التزام البائع بالاجره عن مدّه الغصب (٣).

نعم لو منعه البائع من التسليم ثم سلّم فعليه اجره مدّه المنع إلّا حيث يكون الحبس بحقّ، و قد تأمّل فيه المحقّق الثانى (٤) لأنّ جواز الحبس غير سقوط حقّ المنفعه و لا يلزم من ثبوت الأوّل الثانى.

١- الروضه البهيه ٣: ٥٠٩.

٢- التذكرة ١: ٥٦٢ س ٣٠.

٣- راجع الشرائع ٢: ٣١، الدروس ٣: ٢١٢، جامع المقاصد ٤: ٤١١، المسالك ٣: ٢٤٦.

٤- جامع المقاصد ٤: ٤١٢.

[الثالث عشر: خيار تبويض الصفقه]

قال المصنّف:

«الثالث عشر: خيار تبويض الصفقه».

«كما لو اشترى سلعتين فتستحقّ إحداهما»

الكلام فى هذا الخيار كالكلام فى خيار الشركه من أنّ المدار فىه هل هو على مصداق التبويض كيفما كان أو على مدار تحقّق الضرر و عدمه، فلو كان فى التبويض نفع لم يثبت به خيار؟

ظاهر الأصحاب الأوّل، و مقتضى انحصار دليله بخبر الضرر المنجبر فى هذا المقام بفتوى الأصحاب الثانى. و لا يبعد الأوّل كما تقدّم فى الشركه، لأنّ التبويض من حيث هو ضرر فىشملة الخبر و إن ترتّب عليه نفع من وجه آخر.

ثمّ إنّ ثبوت هذا الخيار موقوف على جواز التبويض للمعقود عليه فى الجملة، فلو لم يصحّ التبويض مطلقاً لم يتحقّق هذا الخيار.

و الظاهر أنّ التبويض للمعقود عليه على وفق القاعده، لأنّ الأسباب الشرعيه كالأسباب العقليه إذا وجدت قابلاً و غير قابل أثرت فى القابل دون غيره، و لتحقّق الوفاء بمقتضى العقد فى المقدار الممكن.

و الظاهر عدم اشتراط صحّه [ضمّ] أجزاء المعقود عليه بعضها ببعض، كما يقضى به ظاهر العقد و أصل العدم.

نعم حيث يعلم إرادته الهيئه الاجتماعيه من خارج أو يصرّح بالاشتراط أو

يفوت أحد الجزئين نقول بالفساد في الجميع.

وقد يفرق في ذلك أيضاً بين صورته العلم بفوات الجزء و عدم نفوذ العقد فيه، و صورته الجهل و أنّ الشرط في الثاني إنّما يسلّط على الخيار فقط، فيكون الخيار فيه من جهتين: جهة التبعض، و جهة الاشتراط، و أمّا في الأوّل فيفسد به العقد في الجميع إلّا أن يرجع إلى الصفه كالشرط الفاسد المعلوم فساده. و ربّما ادّعى أنّه المفهوم من الأصحاب. و يحتمل القول في ذلك بالصّحّه في الصورتين، لانحلال هذا الشرط إلى الصفه مطلقاً، و فواتها لا يقضى بالفساد، و إنّما يسلّط مع الجهل على الخيار. و ربّما ظهر هذا من بعض كلماتهم. و يشكل الفرق على هذا بينه و بين الشرط الفاسد على القول بفساد العقد به.

و الأقوى الأوّل، لفوات القصد و تبعيّة العقود للقصد.

و دعوى: أنّ الظاهر في السلعه الواحده إرادته الهيئه الاجتماعيه مطلقاً إلّا أن يعلم العدم و لهذا قصر المصنّف ثبوت الخيار على السلعتين ممنوعه.

و قصر المصنّف الخيار على السلعتين على سبيل المثال و التمثيل بالفرد الظاهر، أو باعتبار دخول الخيار في السلعه الواحده تحت خيار الشركه.

و فيه: أنّ أسباب الخيار لا تتنافى فيثبت الخيار من جهتين، و تبعيّة العقود للقصد لا ينافى ما ذكرنا، فإنّ القصد الضمّنّي كافٍ و الأوّل إلى الجهاله غير ضائر مع حصول العلم بالأصاله.

و حيث كان التبعض على وفق القاعده. فلا يفترق الحال فيه و في الخيار المترتب عليه بين أن يكون في الثمن أو في المثل، في البيع أو غيره من العقود، في السلعه الواحده أو المتعدده.

و الظاهر أنّه لو قلنا به للتعبّد بالإجماع المنقول المؤيد بالشهره المحصّله و المنقوله فكذلك بالنسبه إلى أفراد البيع لعموم دليله، و بتنتيحه المناط بينه و بين الثمن على الأظهر، و بين البيع و غيره من العقود في وجه يتم المطلوب.

نعم لو قصرناه على المقامات الخاصه المدلول عليها بالروايات أو بالإجماع عليها بالخصوص لا نتسرى فيه.

ثم إن هذا الخيار إنما يثبت للمشتري مع الجهل دون العلم، ولا يثبت للبائع مطلقاً، لأنه جاء من قبله، ولا يبعد ثبوته له مع جهله أو دعواه الإذن لإثبات عذره كما احتمله بعضهم (١) والأقوى خلافه وهو بالنسبة إلى الفور والتراخي كما سبق.

[الرابع عشر: خيار التفليس]

قال المصنّف قدس سره:

«الرابع عشر: خيار التفليس»

ثبوت هذا الخيار في محلّه مجمع عليه بين الأصحاب، و النصوص دالّه عليه و له شروط متعدّده و أحكام متكثّره تجي ء في محلّها إن شاء الله تعالى.

و هل هو على الفور أو التراخي؟ فيه الوجهان السابقان.

و قد عرفت الراجح منهما، و مثله غريم الميّت مع وفاء التركة بالدين. و قيل مطلقاً (١). و سيجي ء في محلّه إن شاء الله تعالى.

١- القواعد ٢: ١٤٧، جامع المقاصد ٥: ٢٦١.

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
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

