



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى
عليه
وآله
وسلم

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

المكتبة العلمية الإسلامية

أَسْئَلَةُ الظَّالِمِ

في شيخ المكابيد

كتاب الخيرات

المترجم من

الشيخ

عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن

الشيخ أبي بكر بن محمد بن عبد الرحمن

ص ١٠٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى]

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دارالصديقه الشهيده سلام الله عليها

رقمى الناشر:

مركز القائمىه باصفهان للتحريات الكمبيوترىه

الفهرس

٥	الفهرس
١١	ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى] المجلد ٦
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٦	الثالث: خيار الشرط
١٦	خيار الشرط
٢٠	جواز اشتراط الخيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه
٢٤	فى لزوم تعيين زمان الخيار المشترط
٢٨	حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط
٣٢	مبدأ الخيار المشروط
٣٥	جعل الخيار للأجنبى
٣٧	اشتراط الخيار للأجنبى
٣٨	هل يجب على الأجنبى أن يراعى مصلحه الشارط؟
٤٠	اشتراط الاستثمار
٤١	بيع الخيار
٤٣	أنحاء اعتبار ردّ الثمن
٤٨	أنحاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحد منها
٥٣	هل يكفى مجرد ردّ الثمن أو بدله فى الفسخ
٥٤	مسقطات بيع الخيار
٥٨	سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن
٦٠	التصرف فى الثمن المعين فى بيع الخيار
٦٥	تلف المبيع بيد المشتري فى بيع الخيار
٦٨	فى تلف الثمن المعين فى بيع الخيار
٧١	ردّ الثمن على المشتري أو وكيله أو وليّه

- ٧٤ فيما لم يصرح باشتراط الردّ على المشتري قام وليه مقامه
- ٧٦ أخذ الحاكم الثمن في بيع الخيار
- ٧٦ الردّ إلى عدول المؤمنين
- ٧٨ اعتبار ردّ تمام الثمن
- ٨١ يجوز للمشتري اشتراط الخيار في الفسخ برّد المبيع
- ٨٢ اشتراط الخيار في غير البيع
- ٨٤ عدم جواز خيار الشرط في الإيقاعات
- ٩٤ عدم جواز شرط الخيار في غير موارد جواز الإقالة
- ٩٧ عدم جواز شرط الخيار في الوقف والصدقه
- ١٠٠ شرط الخيار في الصلح والضمان والرهن
- ١٠١ هل يدخل خيار الشرط في قسمه؟
- ١٠٢ جريان شرط الخيار في المهر
- ١٠٥ مشروعية الإقالة
- ١٠٥ الرابع: خيار الغبن
- ١٠٥ خيار الغبن
- ١١١ الاستدلال على خيار الغبن بقاعده نفي الضرر
- ١١٦ يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال
- ١١٩ يعتبر في ثبوت خيار الغبن بما لا يتسامح فيه
- ١٢٠ المعتبر القيمه حال العقد
- ١٢٢ عدم العبره بعلم الوكيل في مجرّد الصيغه
- ١٢٤ تشخيص المدعى والمنكر في حال الغبن
- ١٢٦ في دعوى المغبون الجهل بالقيمه السوقيه
- ١٢٨ اختلاف المتعاملين في الغبن
- ١٣٠ الشك في كون الاختلاف بين الثمنين فاحشاً
- ١٣٣ ما هو المناط في الضرر الموجب للخيار؟
- ١٣٥ الفرق بين لزوم المعاملات وسائر التكاليف في موارد الضرر

- ١٣٦ ----- غبن البائع والمشتري معاً في معاملة واحده
- ١٤١ ----- ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد
- ١٤٤ ----- ثمره الوجهين
- ١٤٦ ----- الوجهان المذكوران في الغبن جاريان في العيب
- ١٤٧ ----- إسقاط الخيار مع اعتقاد قله الغبن
- ١٥٣ ----- هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟
- ١٥٥ ----- اشتراط سقوط خيار الغبن في متن العقد
- ١٥٩ ----- سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون بعد العلم به
- ١٦٤ ----- لا فرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري
- ١٦٨ ----- هل يلحق الامتزاج بالخروج عن الملك؟
- ١٧٠ ----- تصرف الغابن فيما انتقل إليه
- ١٧٤ ----- النقص الموجب للأرش
- ١٧٧ ----- التغير في العين بالزياده
- ١٨٠ ----- تغير العين بالزياده الخارجيه
- ١٨٦ ----- ضمان النقص الحاصل بالقلع
- ١٨٧ ----- لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟
- ١٨٨ ----- امتزاج المال الذي جرى عليه البيع
- ١٩٣ ----- حكم تلف العوضين مع الغبن
- ١٩٧ ----- جريان الغبن في غير البيع
- ٢٠١ ----- الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بآيه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٢٠٤ ----- التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان
- ٢١٠ ----- استصحاب بقاء خيار الغبن
- ٢١٣ ----- لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ
- ٢١٤ ----- المناقشه في ما ذكره بعض المعاصرين
- ٢١٨ ----- معذوريه الجاهل بالخيار في ترك المبادره
- ٢٢٠ ----- دعوى الجهل بالخيار أو نسيانه

- الخامس: خيار التأخير ٢٢١
- من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ٢٢١
- فهم المشهور من الروايات ٢٢٥
- من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع ٢٢٦
- الشرط الثاني لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن ٢٣١
- الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين ٢٣٥
- الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه ٢٣٦
- ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما ٢٤١
- ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدد المتعاقدين ٢٤٥
- ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية ٢٤٦
- مبدأ خيار التأخير ٢٤٨
- مسقطات خيار التأخير ٢٤٩
- هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟ ٢٥٣
- تلف المبيع في خيار التأخير ٢٥٥
- خيار التأخير في ما يفسده المبيع ٢٥٨
- السادس: خيار الرؤية ٢٦٣
- خيار الرؤية والدليل عليه ٢٦٣
- عدم اختصاص هذا الخيار بالمشتري ٢٦٦
- اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة ٢٦٧
- خيار الرؤية على الفور أو التراخي ٢٧٥
- مسقطات خيار الرؤية ٢٧٩
- عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت أو إبدال العين ٢٨٨
- ثبوت خيار الرؤية في كل عقد ٢٩٢
- لو اختلفا في اختلاف الصفه وعدمه ٢٩٣
- لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول ٢٩٥
- السابع: خيار العيب ٢٩٧

- ٢٩٧ لشاره
- ٣٠٢ التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب
- ٣٠٥ تعلّق الارش على الحدث في المبيع
- ٣٠٦ ثبوت خيار العيب بنفس العيب
- ٣٠٨ القول في مسقطات هذا الخيار
- ٣٠٨ من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه
- ٣٠٩ من مسقطات هذا الخيار التصرف في المبيع
- ٣١٦ من مسقطات هذا الخيار تلف العين أو صيرورته كالتالف
- ٣٢٦ من مسقطات هذا الخيار حدوث عيب عند المشتري
- ٣٣٢ العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار
- ٣٣٨ زوال العيب الحادث
- ٣٤١ هل تبعض الصفقه مانع من الردّ؟
- ٣٤٥ استدلال صاحب الجواهر على عدم جواز التبعض ومناقشته
- ٣٤٨ ثبوت الخيار في البيع الانحلالي
- ٣٥١ يسقط الأرش دون الردّ في موضعين:
- ٣٥٢ ١ إذا اشترى ربويّاً بجنسه
- ٣٥٥ ٢ إذا لم يوجب العيب نقصاً في قيمه
- ٣٥٧ وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب في ما يشترط قبضه في المجلس
- ٣٥٧ من مسقطات الردّ والأرش العلم بالعيب قبل العقد
- ٣٥٩ من مسقطات الردّ والأرش التبرّي من العيوب
- ٣٦٢ الاحتمالات في ما يضاف إليه التبرّي
- ٣٦٥ ما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش زوال العيب قبل العلم به
- ٣٦٧ وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف بعد العلم بالعيب
- ٣٦٩ وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب
- ٣٧٢ وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش ثبوت أحد مانعي الردّ فيما لا يؤخذ الأرش فيه
- ٣٧٧ وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

- ٣٨٠ هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟
- ٣٨٥ مسائل في اختلاف المتبايعين
- ٣٨٥ اشاره
- ٣٨٦ اختلاف المتبايعين في تقدّم العيب وتأخّره
- ٣٨٧ العمل طبق القرينه القطعيه بلا يمين لو كانت
- ٣٨٧ لو أقام كل منهما بيّنه على مدّعاه
- ٣٩٠ بيّنه المنكر
- ٣٩٢ معارضة بيّنه المدّعى مع بيّنه المنكر
- ٣٩٥ كيفيّة حلف البائع على عدم تقدّم العيب
- ٣٩٧ إذا باع الوكيل متاعاً فوجد المشتري فيه عيباً
- ٤٠١ إذا أنكر البائع عيب متاعه
- ٤٠٤ اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار وعلى صور
- ٤٠٨ اختلاف المتبايعين في العيب الثاني
- ٤١١ اختلاف المتبايعين في التبرّي عن العيب
- ٤١٤ لو ادّعى البائع رضا المشتري بالعيب أو ساير المسقطات
- ٤١٥ لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار باقياً
- ٤١٧ لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار منقضياً
- ٤١٩ لو اختلفا في تأخّر الفسخ عن أول الوقت
- ٤٢٢ لو ادّعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريّته
- ٤٢٢ المراد من العيب
- ٤٤٠ الكلام في بعض أفراد العيب: منها الثفل
- ٤٤٨ الفهرس
- ٤٤١ تعريف مركز

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان قراردادی : المكاسب. شرح

عنوان و نام پدیدآور : ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] / جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم : دارالصدیقه الشهیده (س)، ۱۴۳۰ق. = ۱۳۸۸-

مشخصات ظاهری : ۷ج.

شابك : دوره ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۵-۸ : ج. ۱. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۱-۰ : ج. ۲. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۲-۷ : ج. ۳. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۳-۴ :

وضعیت فهرست نویسی : برونسپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ قبلی تحت عنوان " ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب " منتشر شده است .

یادداشت : ج. ۱ و ۲ (چاپ ششم: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

یادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

مندرجات : ج. ۱. كتاب المكاسب المحرمه. - ج. ۲. كتاب المكاسب الحرمه و البيع. - ج. ۳. كتاب البيع

موضوع : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP الف م ۲۱۲۸ ۷۰۲۱۲۸ ۱۳۸۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۸۴۷۵۶۵

ص: ۱

اشاره

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

ص: ٢

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب الخيارات

الجزء السادس

ص: ٤

الشرح:

[١] المراد بخيار الشرط الخيار الثابت باشرطه في البيع، فيكون خياراً شرعياً إمضائياً في مقابل الخيار الشرعى التأسيسى، كخيارى المجلس والحيوان، ولا خلاف فى صحه اشتراط الخيار فى البيع، سواء كان متصلاً بتمام العقد أو منفصلاً عنه.

ويستدل على مشروعيتّه بالأخبار العامه كقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» (١)، والمراد، من موافقه كتاب الله بقرينه المقابله عدم مخالفه كتاب الله.

ولكن قد نُوقِشَ (٢) فى هذا الاستدلال بأنّ شرط الخيار فى البيع مخالف لكتاب الله حيث إنه يناهى عموم قوله سبحانه «أوفوا بالعقود» (٣) بل مخالف للسنة أيضاً نظير قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» (٤) فيكون العمده فى المقام الروايات الخاصه الداله على جواز اشتراط الخيار فى بعض أفراد المسأله.

ص: ٥

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
 - ٢- (٢) انظر المستند ١ : ٣٨٤ .
 - ٣- (٣) سوره المائده: الآيه ١ .
 - ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ٦ ، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ .

الشرح:

وأجاب النائينى رحمه الله (١) عن إشكال منافاه شرط الخيار للكتاب والسنة: بأن وجوب الوفاء بالبيع ونحوه من المعاوضات حقى لا حكمى، وإذا كان الجواز أو اللزوم فى المعامله حقياً فلا ينافى شرط سقوطه بعضاً أو كلاً للكتاب الدال على ذلك الحق أو السنة الداله عليه، والكاشف عن كون لزوم البيع حقياً لا حكماً دخول الإقاله فيه، فإن مثل النكاح أو الضمان لا تقبل الإقاله، والبيع والإجاره تقبلها.

والسرّ فى قبول الأخيرين دون الأولين، أن كون البيع أو الإجاره عقداً باعتبار الدلاله الالتزاميه فيهما، فإنه كما ينشأ المتعاقدان المبادله بين المالين بالمطابقه، كذلك يلتزم كل منهما لصاحبه بتلك المبادله بحيث يكون زمام التزام كل منهما بيد صاحبه، وإذا كان إمضاء الشارع المعامله كما انشأت يصح لكل منهما فسخ تلك المعامله باتفاق صاحبه وموافقته، ولا ينافى ذلك وجوب الوفاء بالعقد فيما إذا كان كونه عقداً والتزاماً للآخر باعتبار المدلول الإلتزامى كما هو الفرض.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّ لزوم البيع والإجاره وإن كان حقياً يسقط باشتراط سقوطه، إلا أنّ مجرد مشروعيه الإقاله لا يكشف عن ذلك؛ فإنّ الإقاله عباره عن فسخ المعامله باتفاق الطرفين، وكما أنّ للشارع جعل الخيار لأحد المتعاقدين تأسيساً كما فى خيار الحيوان، ولكل من المتعاقدين مستقلاً، كما فى خيار المجلس، كذلك تجوز الفسخ لهما معاً، كما هو معنى تجوز الإقاله فى المعامله، وكما أنّ القسم الأول أو الثانى من الخيار لا يدل على كون اللزوم حقياً، وإلا لم يثبت هذا الخيار فى النكاح كذلك القسم الثانى، ومن هنا لا يتيسر لنا الالتزام بمشروعيه الإقاله فى كل معامله ماله.

ص: ٦

الشرح:

نعم، كما ذكرنا اللزوم في البيع سواء كان بنحو المعاطاه أو غيرها حقي، والدليل عليه الروايات الخاصه كالوارده في بيع شرط الخيار حيث لا يحتمل الفرق بينه وبين اشتراط الخيار في المقام.

نعم، يمكن دعوى أنّ فسخ المشروط له مع اشتراط الخيار داخل في الإقالة، حيث إنّ اشتراط الخيار عباره أخرى عن اشتراط مأذونه المشروط له في فسخ البيع عن قبل صاحبه.

وقد أجاب عن الإشكال بعض الأجله (دامت أيامه) بأنه إن كان الشرط في العقد من توابع العقد ومتمماته، فلا يكون شرط الخيار منافياً لا لعنوان العقد ولا لحكمه.

أمّا عدم منافاته لعنوان العقد فواضح، لأن العنوان لا يسلب عن موضوعه ومنطقه، اما عدم منافاته لحكم العقد فلانّ سلب الحكم عن موضوعه أمر غير معقول، ولا يمكن تعلق القصد إليه من الملتفت، والاشترط في المقام لا يتعلق بسلب وجوب الوفاء بالعقد عن العقد، بل وجوب الوفاء بالعقد المشروط فيه الخيار مقتضاه ثبوت الخيار.

وان كان كل من الشرط والعقد مستقلاً في وجوب الوفاء به فلا يتعلق بالعقد المشروط فيه الخيار وجوب الوفاء قبل تعلق وجوب الوفاء بالشرط ليكون الشرط منافياً لحكم العقد، بل يتعلق وجوب الوفاء بكل من العقد والشرط في عرض واحد، فالشرط يمنع عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد الخاص.

ودفع الشرط عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد غير مخالف للكتاب

أعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد، ولا خلاف فى صحه هذا الشرط، ولا فى أنه لا يتقدّر بحدّ عندنا، ونقل الإجماع عليه مستفيضٌ. والأصل فيه قبل ذلك: الأخبار العامه المسوّغه لاشتراط كلّ شرطٍ إلا ما استثني، والأخبار الخاصه الوارده فى بعض أفراد المسأله.

الشرح:

المجيد، بل يمكن دعوى انصراف وجوب الوفاء بالعقد عن صوره اشتراط الخيار.

أقول: يعتبر فى صحه الاشتراط فى المعاملات أن لا يكون الشرط بمعنى المشروط منافياً للكتاب المجيد والسنه أى منافياً للحكم الثابت فىهما على ذلك المشروط أو على العقد الذى وقع الشرط بمعنى الالتزام فى ضمنه، سواء قيل بأن وجوب الوفاء بهذا الالتزام مستفاد من وجوب الوفاء بالعقد، أم أنه حكم مستقل مستفاد مما ورد فى وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض فى المقام أن اشتراط الخيار ينافى اللزوم الثابت فى الكتاب المجيد على جميع العقود التى يدخل فيها البيع المفروض.

وبتعبير آخر: اشتراط الخيار فى المقام نظير أن يشترط فى البيع أن لا يدخل المبيع فى ملك المشتري إلى سته أيام، بأن يبيع المال بثمان كذا على أن لا يدخل المبيع فى ملك المشتري إلى المده، فانه كما يحكم ببطلان الشرط المزبور باعتبار كونه منافياً لقوله سبحانه «أحلّ الله البيع» (١) كذلك الحال فى اشتراط الخيار بالإضافه إلى عموم «أوفوا بالعقود» (٢).

هذا مع الغمض عما ذكرنا من كون لزوم البيع من حين تمامه حقياً لا ينافى ذلك اشتراط الخيار.

ص: ٨

١- (١) سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

جواز اشتراط الخيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره: «إنَّ المسلمين عند شروطهم». وزيد في صحيحه ابن سنان: «إلا كلَّ شرطٍ خالف كتاب الله فلا يجوز». وفي موثقه إسحاق بن عمار: «إلا شرطاً حرّماً حلالاً أو حلالاً حراماً».

نعم، في صحيحه أخرى لابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله». لكن المراد منه بقريته المقابله عدم المخالفة، للإجماع على عدم اعتبار موافقه الشرط لظاهر الكتاب. وتمام الكلام في معنى هذه الأخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد ان شاء الله تعالى. والمقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد، وهي تظهر برسم مسائل:

مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً [١] عنه، لعموم أدلّه الشرط. قال في التذكرة: «لو شرط خيار العقد صحّ عندنا، خلافاً للشافعي».

الشرح:

[١] لا فرق بين شرط الخيار في البيع بين كونه متصلاً بتمام البيع أو منفصلاً عنه، لعموم أدلّه الشروط بعد فرض أنّ شرط الخيار لا ينافي الكتاب والسنة لكون لزوم البيع من الحقوق، أو استفادته مشروعيتها مما ورد في بيع الخيار، بل يأتي أن ردّ الثمن في بيع الخيار شرط لحصول الخيار فيكون الخيار المشروط منفصلاً عن تمام البيع.

مع ما تقدّم من أنّ الفسخ بشرط الخيار داخل في الإقالة التي لا فرق في حصولها بعد العقد بلا فاصله أو معها.

ومما ذكر يظهر ضعف ما يقال من عدم مشروعيه صيروره العقد جائزاً بعد لزومه، ووجه الضعف بعد النقض بخيار التأخير والرؤية ما تقدّم من الدليل على مشروعيه شرط الخيار.

والمشهور على اعتبار تعيين المدّة في الخيار المشترط فمع جهاله تلك المدّة

واستدلّ له في موضع آخر بلزوم صيروره العقد جائزاً بعد اللزوم. ورُدّ بعدم المانع من ذلك، مع أنّه كما في التذكرة منتقضٌ بخيار التأخير وخيار الرّؤية. نعم، يشترط تعيين المدّة، فلو تراضيا على مدّة مجهولة كقدوم الحاجّ بطل بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحاً، لصيروره معامله بذلك غرريّه. ولا عبره بمسامحه العرف في بعض المقامات وإقدام العقلاء عليه أحياناً، فإنّ الاستفادة من تتبع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك، إذ كثيراً ما يتفق التشاّخ في مثل الساعه والساعتين من زمان الخيار فضلاً عن اليوم واليومين.

الشرح:

يبطل البيع.

ويستدل على ذلك بأنّ البيع مع اشتراط الخيار بلا تعيين مدّته غرر فيعمّه النهى عن بيع الغرر، لأن الغرر الجهاله التي يتحرز عنها العقلاء غالباً في معاملاتهم المبنيه على المغابنه والمداقه، ولا عبره بتسامحهم في الجهاله في معامله مبنيه على المداقه في غالب مواردّها بحيث يتحرّزون فيها من تلك الجهاله غالباً بخلاف ما إذا تسامحوا بتلك الجهاله غالباً كما في تفاوت المكاييل، فان ذلك التسامح يعتبر مع عدم منع الشرع عن ذلك التسامح أيضاً.

ويشهد لاعتبار التعيين في الشرط ما ورد في اشتراط تأخير المثمن كما في بيع السلم، وأنّه لا بد من تعيين المدّة فيه بالشهور والأيام ولا يصح التعيين بالدياس والحصاد مع تعارف التعيين بهما عند الجاهلين بالشرع.

وفي موثقه غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس ولا إلى حصاد» (١).

ص: ١٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٨٩ ، الباب ٣ من أبواب السلم، الحديث ٥ .

وبالجملة، فالغرر لا ينتفى بمسامحه الناس في غير زمان الحاجة إلى المداقّه، وإلا لم يكن بيع الجزاف وما تعدّر تسليمه والتمن المحتمل للتفاوت القليل وغير ذلك من الجهالات غرراً، لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المداقّه في أكثر الجهالات. ولعلّ هذا مراد بعض الأساطين من قوله: «إنّ دائره الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف، وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف». الشرح:

والظاهر عدم الفرق بين اشتراط المده المجهوله في السلم وبين اشتراط الخيار في المده المجهوله في كون البيع معهما غرراً.

وقد يعلّل بطلان شرط الخيار في المده المجهوله بأنه مخالف للكتاب والسنة لأنه غرر.

ولا يخفى ما فيه فإنّه قد يكون الشرط في المعامله محكوماً بالفساد لفقد ما يعتبر في الشرط، وفي هذا الفرض يفسد الشرط، ولو قيل بأن الشرط الفاسد مفسد، فتتبع المعامله شرطها في الفساد.

وقد يكون الشرط في المعامله موجباً لدخول المعامله في العناوين التي حكم الشرع بفساد تلك المعاملات، ولا يحتاج في هذا القسم إلى إثبات فساد الشرط، بل يحتاج إلى إثبات أنّ المعامله داخله في تلك العناوين، كما في بيع المكيل مع اشتراط عدم الكيل أو بيع شيء مع اشتراط تأخير الثمن إلى مده مجهوله، فإن في هذا القسم يفسد المعامله، فيلغو الشرط المزبور لأن الشرط هو الالتزام في ضمن معامله، فيصير الشرط التزاماً ابتدائياً، حتى فيما كان الشرط في المعامله الفاسده واجداً للشروط المعتره في نفس الشرط، كما إذا باع الكتاب بثمان مجهول مع اشتراط أن يخيّط المشتري له ثوبه الفلاني.

والأمر في المقام كذلك، فإن اشتراط الخيار في مده مجهوله يوجب الغرر في

نعم الجهالة التي لا- يرجع الأمر معها غالباً إلى التشاّح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعدّ غرراً، كتفاوت المكييل والموازين. ويشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالّة على اعتبار كون السّلم إلى أجل معلوم، وخصوص موثّقه غياث: «لا بأس بالسّلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم، لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد» مع أنّ التأجيل إلى الدياس والحصاد وشبههما فوق حدّ الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع. وربما يستدلّ على ذلك بأنّ اشتراط المدّة المجهولة مخالفٌ للكتاب والسّنّه، لأنّه غررٌ.

الشرح:

نفس البيع فيفسد البيع هذا لو أريد من قوله «لانه غرر» لأن البيع غرر.

ولو أريد أن الشرط غرر بدعوى أن الغرر في كل أمر إنشائي ولو كان شرطاً يفسده، وإذا فسد الشرط يتبعه البيع الذي وقع الشرط المزبور في ضمنه فيكون الاستدلال على بطلان البيع ببطلان شرطه، من قبيل الأكل من القفا، لما تقدّم من كون نفس البيع غررياً بجهاله شرطه.

لا- يقال: كيف يدخل البيع مع شرط الخيار في بيع الغرر مع أن الخيار حكم للبيع التام وجهاله مدّه الخيار لا يوجب غرر البيع، كما في جهاله مدّه المجلس في خيار المجلس.

فأنّه يقال: هذا في الخيار الشرعي التأسيسي، وأما خيار الشرط فهو ليس حكماً للبيع الصحيح لأنه خيار جعلي، ومن قبيل الشرط في المعامله.

وبتعبير آخر: شرط الخيار فيما إذا أوجب الغرر في البيع يكون كسائر الشرائط التي يدخل البيع معها في عنوان بيع الغرر، فيكون البيع فاسداً حتى لو قيل بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

ولكن مع ذلك فيما كانت المدّه معلومه بعنوانها فقط، كما في شرط الخيار ما دامن حياه البائع، ففي كون مثل ذلك موجباً للغرر في البيع تأمل كما يأتي.

ص: ١٢

في لزوم تعيين زمان الخيار المشروط

وفيه: أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيار في مده مجهوله غرر وإن لم يكن بيعاً، فيشملة دليل نفى الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة. لكن لا يخفى سرايه الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد في فسادته إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

مسألة: لافرق في بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله [١] كقدوم الحاج،

الشرح:

[١] ذكر رحمه الله بعد البناء على اعتبار تعيين المده في شرط الخيار إنه لا فرق في بطلان البيع مع عدم تعيين مدته بين ذكر المده المجهوله، كما إذا قال: «بعتك على أن يكون لي الخيار الى قدوم الحاج» أو عدم ذكر المده أصلاً، كما إذا قال «بعتك على أن يكون لي الخيار» أو ذكر المده بنحو الإطلاق، كما إذا قال «بعتك على أن يكون لي الخيار مده».

والوجه في عدم الفرق اندراج البيع في الصور الثلاث في بيع الغرر المحكوم بالبطلان كما مر.

والمحكى (١) عن المقنعه والانتصار والخلاف والجواهر والغنيه أنه مع عدم ذكر المده يكون البيع محكوماً بالصحة والخيار إلى ثلاثه أيام، ولعلهم يرون ذلك أيضاً فيما إذا ذكر مده الخيار مطلقه.

وفي الانتصار والغنيه والجواهر الاجماع على ذلك (٢).

ص: ١٣

١- (١) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦١ ، وراجع المقنعه : ٥٩٢ ، والانتصار : ٤٣٨ ، المسأله ٢٥٠ ، والخلاف ٣ :

٢٠ ، المسأله ٢٥ ، والجواهر : ٥٤ ، المسأله ١٩٤ ، والغنيه : ٢١٩ .

٢- (٢) حكاة أيضاً السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦١ ، وراجع الانتصار : ٤٣٩ ، ذيل المسأله ٢٥٠ ، والغنيه : ٢١٩ ،

والجواهر : ٥٤ ؛ المسأله ١٩٤ .

وبين عدم ذكر المدّة أصلاً، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار»، وبين ذكر المدّة المطلقة، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة»، لاستواء الكلّ في الغرر. خلافاً للمحكّي عن المقنعه والانتصار والخلاف والجواهر والغنيه والحلبى، فجعلوا مدّة الخيار في الصورة الأولى ثلاثه أيام. ويحتمل حمل الثانيه عليها، وعن الانتصار والغنيه والجواهر: الإجماع عليه. وفي محكّي الخلاف: وجود أخبار الفرقه به، ولا شكّ أنّ هذه الحكايه بمنزله إرسال أخبار، فيكفى في انجبارها الشرح:

وفي الخلاف وجود أخبار الفرقه (١)، وهذا الكلام من الخلاف بمنزله نقل أخبار بنحو الإرسال فيكون ضعفها منجبراً بحكايه الإجماع، ولعلّه لذلك مال الشهيد قدس سره إليه في الدروس (٢) بخلاف العلامه في التذكره (٣) حيث لم ينقل التحديد إلا عن الشيخ قدس سره وأول قوله بوجود أخبار الفرقه بأنّه يريد وجود الأخبار في شرط الخيار في بيع الحيوان.

ومع ذلك جزم السيد الطباطبائي (٤) بالقول المزبور، وقوّاه بعض المعاصرين (٥) مؤيداً له بأنه ليس في الأدله ما يدفع القول المزبور حيث أنّه بالتحديد شرعاً ينتفى الغرر عن البيع فيكون نظير بيع الحيوان مع الجهل بخيار الحيوان أو مدته.

وزاد في مفتاح الكرامه (٦) خروج البيع المشروط فيه الخيار من غير تعيين المده

ص: ١٤

١- (١) حكاه أيضاً السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦١، وراجع الخلاف ٣ : ٢٠، ذيل المسأله ٢٥ .

٢- (٢) حكاه السيد الطباطبائي في المصاييح (مخطوط) : ١٣٢، وصاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٢٤، وانظر الدروس ٣ : ٢٦٩ .

٣- (٣) التذكره ١ : ٥٢٠ .

٤- (٤) حكاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٣٤، وانظر المصاييح (مخطوط) : ١٣٢ .

٥- (٥) قوّاه في الجواهر ٢٣ : ٣٣ ٣٤ .

٦- (٦) مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٢ .

الإجماعات المنقولة، ولذا مال إليه في محكّي الدروس. لكن العلامه في التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن الشيخ قدس سره وأوله بإرادته خيار الحيوان. وعن العلامه الطباطبائي في مصابيح: الجزم به، وقواه بعض المعاصرين منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامه: من أنه ليس في الأدله ما يخالفه، إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحه العقد مع الجهل به أو بمدته. وزاد في مفتاح الكرامه: بأن الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع.

وفيه: ما تقدم في مسأله تعذر التسليم: من أن بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعبد شرعي لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصصاً لعموم نفي الغرر وكان التحديد تعبدياً، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمه، أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاص، وهو إهمال مدّه الخيار.

الشرح:

عن دليل النهي عن بيع الغرر بالتخصيص لا بالتخصيص.

وأورد عليه المصنف رحمه الله بأن التخصيص غير صحيح، ولو قيل بصحة البيع المزبور وثبوت الخيار للمشروط ثلاثه أيام يكون ذلك بالتخصيص في خطاب النهي عن بيع الغرر، لأن المتعلق فيه للنهي هو البيع الذي يكون غررياً مع قطع النظر عن حكم الشرع وتعديده، وإذا لم يقصد المتبايعان ثلاثه أيام لا يخرج البيع عن كونه غررياً فيكون الخيار إلى ثلاثه أيام تحديداً شرعياً للخيار المشروط، نظير ما ورد في تعيين بعض الوصايا المبهمه، أو يكون الخيار بثلاثه أيام حكماً شرعياً لموضوع خاص من غير كونه تحديداً للخيار المشروط، بأن يستظهر أن الروايه داله على حكم الشارع في البيع بشرط الخيار من غير تعيين المده بثبوت الخيار للمشروط له إلى ثلاثه أيام، نظير ثبوت خيار المجلس في مطلق البيع وخيار الحيوان في بيعه.

ص: ١٥

والحاصل: أنّ الدعوى فى تخصيص أدلّه نفى الغرر لا فى تخصّصها. والإنصاف: أنّ ما ذكرنا من حكاية الأخبار ونقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعده الغرر، لأنّ الظاهر بقرينه عدم تعرّض الشيخ لذكر شىء من هذه الأخبار فى كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنّه عوّل فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلاله الأخبار الواردة فى شرط الحيوان. ولا ريب أنّ الإجماعات المحكيه إنّما تجبر قصور السند المرسل المتّضح دلالتّه أو القاصر دلالتّه، لا المرسل المجهول الشّرح:

ولكن الكلام فى الدليل على صحه البيع المزبور وثبوت الخيار كذلك، فإنّ وجود أخبار مرسله بل مرسل واحد غير معلوم؛ لأنّه لو كانت فى البين أخبار تعرض للشيخ لكلها أو بعضها فى كتابى الاخبار.

ومن المحتمل جداً أنّ الشيخ قدس سره قد استظهر القول المزبور من الأخبار (١) الواردة فى بيع الحيوان، وأنّ الخيار الثابت فى بيعه ثلاثه أيام شرط أو لم يشرط.

والإجماع المنقول لا- يكون جابراً لمرسل مجهول العين بل يجبر معلوم العين الظاهر دلالة، أو القاصر دلالتّه فلا بدّ من ملاحظه الإجماع المنقول بنفسه وهو أيضاً لا- يمكن الاعتماد عليه؛ لأنّ المجمعين استظهروا القول المزبور من أخبار خيار الحيوان، وما روى فى كتب العامه (٢).

مع أنّ ملاحظه كلام الجواهر والغنيه تقضى بأنهما قد أخذتا دعوى الإجماع فى المقام كغالب إجماعاتهما من كلام السيد فى الانتصار.

أقول: أمّا اعتبار تعيين المده فى شرط الخيار فقد تقدم أنّ العمده فيه دعوى كون

ص: ١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار .

٢- (٢) ذكر المصنّف فى المتن روايتين عن كتب العامه، راجع سنن البيهقى ٥ : ٢٧٣، وكنز العمال ٤ : ٥٩ و ٩١، الحديث ٩٤٩٩ و ٩٦٨٢ .

حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط

العين المحتمل لعدم الدلاله رأساً، فالتعويل حينئذٍ على نفس الجابر ولا حاجة إلى ضم المنجبر، إذ نعلم إجمالاً أنّ المجمعين اعتمدوا على دلالاتٍ اجتهاديّة استنبطوها من الأخبار، ولا ريب أنّ المستند غالباً في إجماعات القاضي وابن زهره إجماع السيّد في الانتصار.

الشرح:

البيع مع عدم تعيينها غريباً، ولكن يمكن المناقشه فيها بأنّ البيع عبارته عن تمليك عين ونحوها بعوض، وإذا لم يكن الشرط بحيث يوجب الجهالة في أحد العوضين، كما يوجبها في بيع السلم والنسيئه من غير تعيين المده، ولا في التمليك فلا يكون الزيادة اثبتناها لدفع الابهام في البيع غرر.

والجهالة في الخيار أمر راجع إلى الجهالة في إزاله البيع وفسخه بعد حدوثه وتمامه ولم يحرز كون الجهالة فيه موجباً لدخول البيع في عنوان الغرر، فيؤخذ بعموم «حلّ البيع» (١) و«المؤمنون عند شروطهم» (٢)، لاسيما إذا كانت الجهالة في الخيار باعتبار تعليقه على فعل أحد المتعاقدين، كما إذا باع المال بكذا على أن يكون لكل من ندم وأعطى للآخر المبلغ الفلاني في المده المرسومه الخيار في فسخها.

وليس المستند في صحه المعامله باشتراط الخيار من غير تعيين مدته ما يقال كما عن الإيرواني رحمه الله (٣): من أنه لو كانت الجهالة في مدّه الخيار أو في أصله موجباً لكون البيع غريباً لبطل جميع البيوع لجهاله مده خيار المجلس أو خيار العيب أو الغبن خصوصاً بناءً على أنّ مبدأ الخيار فيهما ظهور العيب أو الغبن.

فإن هذا النحو من الاستناد غير صحيح؛ لأنّ المتعلق في خطاب «النهى عن بيع

ص: ١٧

١- (١) يعنى قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٩٠ .

نعم، قد روى في كتب العامه: أَنَّ حَنَّانَ بْنَ مَنْقَدٍ كَانَ يُخَدِّعُ فِي الْبَيْعِ لَشَجِّهِ أَصَابَتْهُ فِي رَأْسِهِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «إِذَا بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَ»، وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثًا. وَفِي رَوَايَةٍ: «وَلِكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا» وَالْخِلَابُ: الْخُدَيْعَةُ. وَفِي دَلَالَتِهِ فَضْلًا عَنْ سَنَدِهِ مَا لَا يَخْفَى. وَجِبْرُهُمَا بِالْإِجْمَاعَاتِ كَمَا تَرَى! إِذِ التَّعْوِيلُ عَلَيْهَا مَعَ ذَهَابِ الشَّرْحِ:

الغرر^(١) هو البيع الغررى مع قطع النظر عن حكم الشارع من ذلك البيع، وخيار المجلس حكم شرعى يثبت للبيع التام ولا يضر الجهالة الناشئة من ذلك الحكم.

لا يقال: إنَّ ذلك بالإضافة إلى خيار المجلس، وأمَّا بالإضافة إلى العيب والغبن فالخيار فيهما شرطى كما يأتى.

فإنه يقال: مع ذلك لا دلالة فيما ورد فى ثبوت الخيارين على أن الجهل بثبوت الخيار أو مدته لا يوجب الغرر فى البيع لأن مع العلم بخروج مورد ثبوتها عن الخطاب «النهى عن بيع الغرر»، إمّا بالتخصيص أو بالتخصيص لا- يمكن التمسك بعموم خطاب «النهى عن بيع الغرر».

وإثبات كون خروجهما بالتخصيص حتى ينتج أن الجهل بثبوت الخيار كما فى فرض اشتراطه بنحو التعليق أو بمدته لا يوجب الغرر فى البيع.

والحاصل: أن العمده فى المقام عدم إحراز كون البيع غررىاً باشتراط الخيار فيه بنحو التعليق أو مع عدم تعيين مدته.

ولا يبعد أن يقال: بما أن البيع من المعاملات الدارجه عند العقلاء المبنيه على المداقيه والمعائنه، فلا بد أن لا يكون الشرط فيه بنحو لا يكون منشأ المشاجره والمنازعه بين المتبايعين بعد ذلك، فاشتراط الخيار بنحو يكون مدته غير معين بعنوان

ص: ١٨

١- (١) وذلك قوله عليه السلام: «نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر»، عوالى اللآلى ٢: ٢٤٨، الحديث ١٧.

المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعده الغرر مشكلاً، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوه. ثم إنه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد، ولعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

الشرح:

أيضاً غير صحيح.

ويمكن أن يستظهر ذلك مما ورد في اعتبار تعيين المده في السلم وغيره من الروايات الواردة في أبواب مختلفه.

وذكر النائيني رحمه الله (١): أنه لو اشترط خيار الفسخ إلى الأبد يبطل البيع لا لكون البيع مع الشرط المزبور غررياً بل لأن شرط الخيار إلى الأبد ينافي مقتضى البيع.

وفيه: أن الشرط المنافى لمقتضى البيع كما يأتي أن لا يمكن تحقق مدلول البيع وإنشائه مع الشرط المزبور، كما في قوله «بعتك المال على أن لا يكون في البين ثمن» أو «آجرتك الدار على أن لا يكون عليك أجره»، وأما مع تحقق مدلول البيع فلا ينافي الشرط مدلوله. وإنما ينافي أحكامه، فإن كان حكمه الذي ينافيه الشرط من قبيل الحكم المحض فيبطل الشرط دون أصل البيع.

ووجه بطلان الشرط لكون الشرط بمعنى المشروط مخالفاً للكتاب والسنة، كما في قوله «بعتك المال على أن لا يجوز لك التصرف في المال».

وأما إذا كان ذلك الحكم من قبيل الحقوق كما هو الحال في لزوم البيع أو كان الشرط بمعنى المشروط الفعل المباح دون الحكم فيصح البيع والشرط، هذا أولاً.

وثانياً: أنه لو فرض أن لزوم البيع من الأحكام لا من الحقوق فاشترط الخيار إلى الأبد يكون منافياً للكتاب والسنة فيبطل نفس الشرط دون البيع. ولذا ذكر السيد

ص: ١٩

١- (١) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٣.

وفيه: إن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فساداً في أصل البيع كما فيما نحن فيه، حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غررياً، وإلا فالمتجه فساد البيع ولو لم نقل بسرايه الفساد من الشرط إلى المشروط، وسيجيء تمام الكلام في مسأله الشروط.
الشرح:

اليزدى رحمه الله (١) وغيره (٢) صحه اشتراط الخيار إلى الأبد وهذا لا يوجب أيضاً كون البيع غررياً.

وأما إذا اشترط الخيار من غير ذكر المده له أو مع ذكر مده من غير تعيين فقد تقدم أن البيع المنشأ بنحو يكون معرضاً للمشاجره فيما بعد خارج من خطاب الإمضاء فيحكم ببطلان ذلك البيع.

والحكم بصحته وبثبوت الخيار إلى ثلاثه أيام غير ثابت لأنه لم يحرز أن الشيخ قدس سره أراد بقوله: وبذلك أخبار الفرقه غير الروايات الواردة في خيار الحيوان وشرط الخيار فيه، وهذا هو المراد من مرسل مجهول العين، ولو أحرز أنه اراد غيرها لكان المرسل معلوم العين.

والإجماع المنقول قد تقدم حاله حيث إن الإجماع لو كان محصلاً لم يكن معتبراً لكونه مدركياً، فكيف مع النقل والعلم بوجود الخلاف في المسأله.

وما روى في كتب العامه: من أن حنّان بن منقذ كان يُخدع في البيع لشجّه أصابته في رأسه، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: «إذا بعت فقل: لا خلابه» (٣) وجعل له الخيار ثلاثاً؛ وفي

ص: ٢٠

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٦٦ .

٢- (٢) انظر مصباح الفقاهه ٤ : ٢٣٥ .

٣- (٣) راجع سنن البيهقي ٥ : ٢٧٣ ، وكنز العمال ٤ : ٥٩ و ٩١ ، ٩٤٩٩ و ٩٦٨٢ .

مسأله: مبدأ هذا الخيار عند الاطلاق من حين العقد [١]، لأنه المتبادر من الإطلاق. ولو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدؤه أول جزء من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد. فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أنّ مبدؤه من حين العقد، ولو جعل مبدؤه من حين التفرّق بطل، لأدائه إلى جهاله مدّة الخيار. وعن الشيخ والحلي: أنّ مبدؤه من حين التفرّق وقد تقدّم عن الشيخ وجهه مع عدم تمامه.

الشرح:

روايه: «ولك الخيار ثلاثاً» (١) ضعيف سنداً ودلاله، فإنّ ظاهرها اشتراط خيار الغبن وتحديد بثلاثة أيام، ولم يعهد من أحد تحديد الخيار المزبور بثلاثة، والله سبحانه هو العالم.

[١] مبدأ الخيار المشروط فيما إذا أطلق ولم يعيّن له زمان آخر يكون من حين تمام العقد، وذلك لانصراف الإطلاق إليه.

ولو عيّن للخيار زمان منفصل عن تمام العقد، كما إذا شرط خيار الغد يكون مبدأ الخيار المشروط أول ذلك الزمان، أي طلوع الفجر من الغد. وهذا مبني على أن مبدأ النهار طلوعه. وأما بناءً على ما هو الصحيح من كون مبدأ النهار طلوع الشمس يكون مبدؤه من طلوعها.

ولو ذكر أنّ مبدأ الخيار المشروط بعد خيار الحيوان. فإن قلنا: بأن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد صح الشرط المزبور، ولكن لو قيل: بأن مبدأ خيار الحيوان من حين انتهاء خيار المجلس يحكم بطلان الشرط بل البيع للجهل بمدّه الخيار المشروط ولو من حيث المبدأ.

ص: ٢١

الشرح:

أقول: هذا مبني على اعتبار التعيين في مده الخيار المشروط مطلقاً. وأما بناءً على ما تقدم منّا من عدم اعتبار التعيين، وإنما المعتبر أن لا يكون الشرط بحيث يوجب المشاجره ومعرضاً للمنازعه فيحكم في الفرض بصحة البيع والشرط.

وعن الشيخ قدس سره (١): أنه جعل مده الخيار المشروط انقضاء خيار المجلس حتى في صورته إطلاق الشرط. ووجهه ما تقدم من دعوى عدم إمكان ثبوت الخيارين في زمان واحد ولا معنى لجعل الخيار في عقد جائز لولاه، ولذا يكون مبدأ خيار الحيوان أيضاً عنده انقضاء خيار المجلس.

وقد تقدم ضعف ما ذكر، وأنه لا منع من ثبوت الخيارين في زمان واحد.

نعم في خيار الشرط خصوصيه يمكن بملاحظتها الإلتزام بجعل مبدئه حين انقضاء خيار المجلس وتلك الخصوصيه ملاحظه غرض المشروط له، فإن غرضه من شرط الخيار تمكنه من فسخ العقد ومع ثبوت الخيار الآخر يمكن له الفسخ بذلك الخيار الآخر.

ولكن هذا مع عدم تمامه يختص بما إذا علم المشروط له بالخيار الآخر. فلو قيل: بأن خيار الشرط يثبت في فرض الجهل أيضاً بعد انقضاء خيار المجلس يلزم الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

وعن النائيني قدس سره (٢): إن الحكم على المتعاقدين على خلاف قصدهما في مثل المقام لا محذور فيه ولا يمكن جعله وجهاً لبطلان القول المزبور، فإنّ المحذور

ص: ٢٢

١- (١) حكاة عنه الشهيد في الدروس ٣: ٢٦٩، وراجع الخلاف ٣: ٣٣، المسأله ٤٤ من كتاب البيوع، والمبسوط ٢: ٨٥.

٢- (٢) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٦.

الشرح:

ينحصر بما إذا كان في البين انشائان مستقلان وقصد المتعاقدين أحدهما دون الآخر فيحكم بوجود ما لم يقصد وبعدم المقصود كما إذا باع العين بعوض، كما هو مفاد البيع ويحكم الشارع بعدم تحققه وبتحقق تملك منفعتها بذلك العوض، كما هو مفاد الإجاره.

وأما إذا كان الأمر الإنشائي المقصود قابلاً للتبعض في الإمضاء فلا محذور في إمضاء الشارع بعضه دون بعضه الآخر، كما في بيع ما يملك وما لا يملك بصفقه واحده حيث يصح البيع بالإضافة إلى ما يملك ببعض الثمن ولا يصح بالإضافة إلى الآخر.

وأورد على ذلك بعض الأعاظم (دامت أيامه): بأنه لا يقاس المقام ببيع ما يملك وما لا يملك فإن انحلال البيع المنشأ إلى البيعين يصحح التفكيك بينهما في التحقق وعدمه بخلاف الخيار المشروط فإنه لا ينحل إلى المتعدد.

أقول: الظاهر عدم تمام هذا الكلام فان التفكيك في الإمضاء لا يتوقف على الانحلال بل يجرى في أمر واحد قابل للتبعض في الإمضاء، ألا ترى أن الواهب يقصد ملك المال للمتهد من حين قبوله مع أن الشارع لم يمض الملكية إلا بعد تحقق القبض، وفي بيع السلم يقصد المتعاقدين الملكية من حين تمام الإنشاء، مع أن الشارع لم يمضها إلا بعد حصول قبض الثمن في المجلس.

والحاصل: أنه إذا كان المحكوم بالتحقق أمراً إنشائياً له عنوان مستقل غير العنوان المقصود، فتحققه بلا قصد غير ممكن لكون تحققه بلا قصد خلفاً. وأما في مورد تبعض المقصود فلا محذور كما في المقام.

هذا فيما إذا أُريد عدم ثبوت خيار الشرط في زمان خيار المجلس وثبوته بعده في بقيه الزمان المعين. وأما لو أُريد أن مبدأ الزمان المعين يكون بعد زمان خيار المجلس فيرد عليه أنه حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما فتدبر.

نعم، يمكن أن يقال هنا: إنّ المتبادر من جعل الخيار جعله في زمانٍ لولا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تمّ هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثه، مع أنّ هذا إنّما يتمّ مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلاّ فمع الجهل به لا يقصد إلاّ الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوتيه من حين التفرّق حكمٌ على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

مسأله: يصحّ جعل الخيار لأجنبيّ [١]، قال في التذكرة: «لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صحّ البيع والشرط عندنا معاً»، وحكى عنه الإجماع في الأجنبي، قال «لأنّ العبد بمنزله الأجنبيّ». ولو جعل الخيار لمتعدّدٍ كان كلّ منهم ذا خيار، الشرح:

[١] يجوز جعل الخيار في العقد لأجنبي بأن يكون الجعل المزبور بنحو توليه أمر ذلك العقد إليه، فإنّ صحه هذا الجعل بمقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، وتوليه الأجنبي غير توكيله، فإنّ مع التوكيل يكون فسخ الأجنبي أو إمضائه نيابه عن موكله، فينفذ فسخ الموكل وإمضائه أيضاً، فيما إذا حصل قبل فسخ الوكيل أو إمضائه بخلاف التوليه فإنّه لا عبره مع التوليه بفسخ المتعاقدين أو إمضائهما.

وعلى ذلك فإن كان الخيار المشروط للمتعاقدين، واختلفا في الفسخ والإمضاء يقدم الفسخ، لأنّ إمضاء الآخر معناه إسقاط خياره فقط فينفذ فسخ الآخر، وكذا الحال في الأجنبيين فيما إذا شرط لكل منهما الخيار مستقلاً.

وأما إذا كان المتعدد وكيلاً عن واحد أو شرط الخيار الواحد للمتعدد فينفذ تصرف السابق إمضاءً أو فسخاً.

أقول: هذا إذا كان التوكيل أو شرط الخيار للمتعدد بنحو الواجب الكفائي. وأما إذا كان الوكيل أو المشروط له المجموع بما هو المجموع، فلا ينفذ تصرف بعض منهم

فإن اختلفوا في الفسخ والإجاره، قدّم الفاسخ، لأنّ مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز، بخلاف ما لو وكلّ جماعةً في الخيار، فإنّ النافذ هو التصرف السابق، لفوات محلّ الوكاله بعد ذلك. وعن الوسيله: أنّه إذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ، وإن لم يجتمعا بطل. وإن كان لغيرهما ورضى نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء، انتهى.

الشرح:

فسخاً أو إمضاءً بل يحتاج فسخ العقد إلى الإتفاق منهم وإلا بقي العقد بحاله.

وأما ما ذكر في الوسيله (١) من أنّه لو كان لكل من المتعاقدين خيار الفسخ واتفقا في الإمضاء أو الفسخ نفذ، وإن اختلفا بطل أى بطل البيع، وإذا كان الخيار لغيرهما فإن رضى بالبيع نفذ وإلا كان المبتاع بالخيار، فلا يمكن المساعدة عليه، فإنه إذا كان الخيار لغيرهما ولم يرض بالبيع فإن فسخه كان فسخه نافذاً، وإن لم يفسخ كان البيع بحاله، ولا يكون للمبتاع خيار الفسخ أو الإمضاء على التقديرين كما لا يخفى.

وعن الإيروانى (٢) والنائينى (٣): أن المراد إن رضى الأجنبي بشرط الخيار له نفذ ذلك الشرط، ولا يكون لمن اشترط الخيار لثالث خيار، والا بطل ذلك الاشتراط، لأن الناس مسلطون على أنفسهم ويكون لمن اشترط الخيار للثالث الخيار لتخلف شرطه وهو عدم ثبوت الخيار له.

أقول: يرد عليه أنّ هذا مبنى على اعتبار قبول الأجنبي أو شرط الخيار له بنحو التحكيم مع أنه على تقديرهما يثبت الخيار للشارط لا للمبتاع.

ص: ٢٥

١- (١) حكاة في الجواهر ٢٣ : ٣٤، وراجع الوسيله: ٢٣٨ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ٩٤ .

٣- (٣) منيه الطالب في شرح المكاسب ٣ : ٧٩ .

وفى الدروس: يجوز اشتراطه [١] لأجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه، ومعهما أو مع أحدهما، ولو خولف أمكن اعتبار فعله، وإلا لم يكن لذكره فائدة، انتهى.

أقول: ولو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته والمفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائده، ثم إنه ذكر غير واحد: أنّ الأجنبي يراعى المصلحه للجاعل. ولعله لتبادره من الإطلاق، وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظه مصلحه، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

الشرح:

[١] قال فى الدروس (١): يصح جعل الخيار لثالث منفرداً، أو مع كل من المتعاقدين أو مع أحدهما وفى فرض انفراد الثالث بالخيار نفذ فسخه أو إمضائه، وأما إذا كان مع أحدهما أو كلاهما واختلف الثالث معهما أو مع أحدهما فى الفسخ أو الإمضاء يمكن أن يقال بأن العبره بفعل الثالث وإلا لم يكن لجعل الخيار له فائده.

وذكر المصنف رحمه الله أنه يقدم الفاسخ كما هو مقتضى ثبوت الخيار للمتعدد على نحو الاستقلال، فإذا كان الصادر عن الثالث إمضاءً، وعن أحدهما أو كليهما فسحاً نفذ الفسخ لأن غاية الإمضاء عن الممضى إسقاط خيار نفسه وجعل العقد لازماً من قبله، وإذا كان الصادر عن الثالث فسحاً وعن غيره إمضاءً نفذ الفسخ وإلا لم يكن لخيار الثالث معنى.

أقول: إنما يصح ذلك فيما لم يكن إمضاء المتعاقدين أو أحدهما إسقاطاً لخيار ذلك الثالث، وإلا فالأظهر عدم تأثير فسخ الثالث، لأن ثبوت الخيار لذلك الثالث حق لشارط الخيار له فيصح للشارط المزبور إسقاطه.

ص: ٢٤

هل يجب على الأجنبي أن يراعى مصلحة الشرط؟

ثم إنه ربما يتخيل: أن اشتراط الخيار [١] للأجنبي مخالف للمشروع، نظراً إلى أن الثابت في الشرع صحه الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى

الشرح:

[١] قد تقدم أن لزوم مثل البيع على المتعاقدين حقى لا- حكمى، وعليه فيمكن لهما جعل الخيار والإقالة، وجعل الخيار لثالث بنحو التولية أيضاً لا ينافى للزوم الحقى، ليقال إن شرط الخيار مناف للكتاب والسنة الدالين على لزوم البيع.

أضف إلى ذلك التسالم الظاهر فى المقام المذكور فى التذكرة وغيرها.

نعم لا يبعد أن يكون اشتراط الخيار للأجنبي منصرفاً إلى صورته ملاحظه مصلحة الشرط، والا فلا ينفذ فسخه، أو إمضائه لعدم ثبوت الخيار له كذلك؛ وما وقع عن بعض (١): من تعليل عدم نفوذ فسخه أو إمضائه مع عدم ملاحظه مصلحة الشرط بكونه أميناً غير صحيح، بل الصحيح تعليله بعدم الخيار له كذلك. ثم إن مقتضى قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم» (٢) ثبوت الخيار للثالث بمجرد اشتراط المتبايعين فى العقد.

ودعوى اعتبار قبوله لأن ثبوت الخيار للثالث بلا قبوله ينافى سلطنه الناس على أنفسهم لا يمكن المساعده عليها، فإنه ليس فى البين عموم يدل على سلطنه الناس على أنفسهم بحيث يؤخذ به فى المقام، بل المتبع فى موارد الخطاب الأخرى الواردة فى المعاملات وغيرها.

وعلى الجملة الشرط بمعناه المصدري قائم بالمتعاقدين، فلا يتحقق إلا بتراضيهما عند العقد. وأما ثبوت الخيار للثالث فهو شرط بالمعنى المشروط كما لا يخفى.

ص: ٢٧

١- (١) منهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٢ ، وصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣ : ٣٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

المجلس والشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين. وهو ضعيفٌ لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبيّاً، فحينئذٍ يجوز للمتبايعين اشتراط حقّ للأجنبيّ في العقد، وسيجيء نظيره في إرث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسأله: يجوز لهما اشتراط الاستثمار [١] بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبيّ في أمر العقد فيأتمر بأمره، أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداءً. وعلى الأول: فإن فسخ المشروط عليه من دون استثمارٍ لم ينفذ. ولو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرّد الاستثمار، بل الالتزام بأمره، مع أنّه الشرح:

[١] يجوز لأحد المتبايعين أو كليهما اشتراط الاستثمار مع الأجنبي عن أمر البيع فيأتمر بأمره أو يأتمر بأمر الأجنبي ابتداءً.

والظاهر من اشتراطه هو جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبي بفسخ العقد بعد الاستثمار أو ابتداءً، فيكون ذلك من قبيل اشتراط الخيار لنفسه معلقاً، وقد تقدم أنّ ظاهر المصنف وكثير من الأصحاب بطلان البيع باشتراط الخيار معلقاً للغرر.

وأما إذا كان جعل الخيار لنفسه غير معلق بل المعلق هو الفسخ، بأن يكون فسخه بعد أمر الأجنبي به بعد الاستثمار أو ابتداءً، نظير ما سيجيء في بيع الخيار من أنّ للبائع فيه خيار، ولكن يعتبر أن يكون فسخه برد الثمن أو معه، ثم إن فسخ قبل الاستثمار أو مع أمر المستأمر بالفتح بالإجازة لم ينفذ، سواء كان الاستثمار شرطاً للخيار أو قيده للفسخ، فإن ظاهر اشتراط الاستثمار هو الائتمار بأمره بأحد النحويين.

ولو كان المشروط الاستثمار دون الائتمار بأمره لم يكن له الفسخ أيضاً إلا إذا كان

لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ. وإن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ، بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذٍ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه، أمّا مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفروض أنّ الثالث لا سلطنه له على الفسخ والمتعاقدان لا- يريدانه، وأمّا مع طلب الآخر للفسخ، فلأنّ وجوب الفسخ حينئذٍ على المستأمر بالكسر راجع إلى حقّ لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحقّ على صاحبه عرفاً، فمعناه سلطنه صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرطٍ لكلّ منهما على صاحبه.

والحاصل: أنّ اشتراط الاستثمار من واحدٍ منهما على صاحبه إنّما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر، واشتراطه لكلّ منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحدٍ منهما للفسخ عند الإذن. ومما ذكرنا يتّضح حكم الشقّ الثاني، وهو الائتمار بأمره الابتدائي، فإنّه إن كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به، وإن كان لكلّ منهما ملكاً كذلك. ثمّ في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة وعدمه وجهان، أو جههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريته حاليته أو مقاليته.

الشرح:

الاستثمار أمراً زائداً على اشتراط الخيار.

ولو أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ إذ غاية أمره بالفسخ ثبوت خيار الفسخ له أو تمكنه من الفسخ المشروط، ولو وجب عليه الفسخ فلا- بد من أن يكون في البين شرط آخر لصاحبه عليه، وهو أن يفسخ البيع مع أمر المستأمر بالفتح؛ ولازم ذلك أنّ لصاحبه حق فسخ البيع مع امتناع المستأمر بالكسر عن الفسخ لا مطلقاً، كما هو ظاهر المصنف رحمه الله فلاحظ.

مسأله: من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه [١]، ويقال له: «بيع الخيار»، وهو جائزٌ عندنا كما في التذكرة، وعن غيرها: الإجماع عليه. وهو: أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدّة بأن يردّ الثمن فيها ويرتجع المبيع. والأصل فيه بعد العمومات المتقدّمة في الشرط النصوص المستفيضة. منها: موثقه إسحاق بن عمار، قال: «حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجلٌ وأنا عنده، فقال: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه ويكون لك أحبّ إليّ من أن يكون لغيرك، على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثلثيها إلى سنه أن تردّ عليّ؟ قال: لا بأس بهذا، إن جاء بثلثيها إلى سنه ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلّه كثيره فأخذ الغلّه لمن تكون الغلّه؟ فقال: للمشتري، ألا ترى أنّها لو احترقت الشرح:

[١] من أفراد الخيار ما ينسب البيع إليه، ويقال «بيع الخيار»، وهذا البيع مشروع عندنا كما في التذكرة (١) وغيرها (٢)، ويقتضيه بعد مثل قوله سبحانه: «أحلّ الله البيع» (٣) وقوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (٤) الروايات الخاصة.

منها: موثقه إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجلٌ وأنا عنده فقال: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثلثيها إلى سنه أن تردّ عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثلثيها إلى سنه ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلّه كثيره فأخذ الغلّه، لمن تكون الغلّه؟ فقال: الغلّه للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت

ص: ٣٠

١- (١) التذكرة ١: ٥٢١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٢٩٣، والمسالك ٣: ٢٠٢، ومفتاح الكرامه ٤: ٥٦٥.

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

كانت من ماله؟». ورواه معاوية بن ميسره، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع داراً له من رجلٍ، وكان بينه وبين الذي اشترى منه الدار خلطه، فشرط أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله، وقال عليه السلام: رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري».

وعن سعيد بن يسار في الصحيح، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم في العشرة اثني عشر وثلاثة عشر، ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنه ونحوها، ويكتب لنا رجلٌ منهم على داره الشرح: لكانت من ماله»^(١).

و رواه معاوية بن ميسره، «قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع داراً له من رجلٍ وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط: أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله. وقال أبو عبد الله عليه السلام: رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت، تكون الدار دار المشتري»^(٢).

وصحيحه سعيد بن يسار «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم، فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر والعشرة ثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبين السنه ونحوها، ويكتب الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال

ص: ٣١

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٩ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منّا شراءً بأنه باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينهم أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال فُردّ عليه». وعن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إن بعث رجلاً على شرطٍ، فإن أتاك بمالك، وإلا فالباع لك».

إذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقّق بالكلام فى أمور:

الأوّل: أنّ اعتبار ردّ الثمن فى هذا الخيار [١] يتصور على وجوه: أحدها: أن يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت، فلا خيار قبله، ويكون مدّة الخيار منفصلاً دائماً عن العقد ولو بقليل، ولا خيار قبل الردّ. والمراد بردّ الثمن: فعل ما له الشرح:

الذى فيه الفضل الذى أخذه منّا شراءً قد باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى الشراء؟ فقال: أرى أنه لك إن لم يفعل وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه» (١). إلى غير ذلك (٢).

[١] ذكر قدس سره فى المقام أموراً:

الأوّل: أنّ ردّ الثمن فى هذا الخيار يتصور على أنحاء:

أحدها: أن يكون ردّه قيداً للخيار على وجه التعليق، بأن يكون رده شرطاً لحصول الخيار للبائع أو على وجه التوقيت بأن يكون زمان ردّه زمان حصول الخيار، ونتيجة التعليق والتوقيت واحده، ولذا ذكر رحمه الله أنه لا خيار قبل الرد، والمراد برد الثمن ليس أخذ

ص: ٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٨ ، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) نفس المصدر: الحديث ٢ .

دخل في القبض من طرفه و إن أبى المشتري. الثاني: أن يؤخذ قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدّة المضروبه والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لردّ الثمن أو تأخره عنه. الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، بأن يراد منه تملك الثمن ليملك منه المبيع. وعليه حمل في الرياض ظاهر الأخبار الدالّ على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن. الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشره الفسخ. الشرح:

المشتري السابق الثمن ثانياً حتى لا يكون خيار للبائع مع امتناع المشتري عن أخذه، بل أن يحصل تمام ما يكون من طرف البائع دخلياً في أخذه وإن يمتنع المشتري عنه.

أقول: لو تمّ هذا النحو فلا بد من رفع اليد في المقام عما تقدم من اعتبار تعيين مدّة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، حيث لو كان ردّ الثمن قيداً لنفس الخيار لكان جوازه تخصيصاً في ذلك الاعتبار، فإنّ مع كون رد الثمن قيداً لنفس الخيار لا يكون تعيين في مبدئه.

وقد يقال: إنّ المَجْعول يمكن أن يكون الخيار المتقيد من غير أن يكون تعليق فيه ولا توقيت، بأن يكون القيد للخيار طبعياً رد الثمن، لا الرد الخارجى، ويكون للمشروط له الخيار الخاص نظير الخيار تحت السقف ثلاثه أيام من حين تمام البيع.

ولكن لا يخفى أنّ هذا أيضاً يرجع إلى التوقيت، لأن تقييد الخيار الذى هو امر إنشائى بأمر خارجى زمانى مرجعه إلى اعتبار اجتماعهما فى الزمان، وإلاّ لأمكن أن يقال إنه إذا اشترط له الخيار عند قدوم الحاج يكون للمشروط له الخيار الخاص من حين تمام العقد وهو الخيار مع قدوم الحاج.

وبتعبير آخر: إذا لم يعين زمان للزمانى فلا يكون للخيار المعتبر معه زمان خاص فيكون زمان الخيار من حيث المبدأ مجهولاً.

وهذا هو الظاهر من روايه معاويه بن ميسره. ويحتمل الثالث، كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار وموثقه إسحاق بن عمار. وعنوان المسأله بهذا الوجه هو الظاهر من الغنيه حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً، وإنما ذكره في أمثله الشروط الجائزه في متن العقد، قال: أن يبيع ويشترط على المشتري إن ردّ الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له، انتهى. الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقاله على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيه إذا جاء بالثمن واستقاله. وهو ظاهر الوسيله، حيث قال: إذا باع شيئاً على أن يقيه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقاله إذا جاءه بمثل الثمن في المدّه، انتهى. الشرح:

الثاني: أن يكون قيداً للفسخ؛ بأن يكون الخيار للبائع من حين العقد إلى تمام المده المعينه كالسنة أو الاقل أو الأكثر، ولكن الفسخ يعتبر وقوعه على نحو خاص وهو رد الثمن معه أو قبله.

والفرق بين هذا والنحو السابق هو الفرق بين الواجب المعلق والواجب المشروط، ولكن يبقى في البين أنّ الخيار وإن كان أمراً اعتبارياً إلا أن اعتباره يكون لغرض عقلائي لا محاله، وإذا لم يكن فسخ البائع بدون ردّ الثمن موجباً لانفساخ البيع يكون اعتبار الخيار قبل ردّ الثمن لغواً.

ولا يقاس بالواجب المعلق حيث إن حصول الوجوب وإطلاقه قبل حصول قيد الواجب له أثر عملي، وهو لزوم تحصيل مقدمات الواجب ولو قبل حصول ذلك القيد.

اللهم إلا أن يقال: إنّ اعتبار الخيار لا يكون لغواً حيث يمكن أن يكون الغرض من إطلاقه وعدم تعليقه التمكّن من إسقاطه بعد العقد مجاناً أو مع العوض.

الثالث: أن يكون رد الثمن بنفسه فسخاً فلا يحتاج معه إلى إنشاء الفسخ بنحو آخر بأن يكون قصد البائع برد الثمن تملكه للمشتري ليتملك منه المبيع. وعلى ذلك حمل

وحينئذ فإن أبي أجبره الحاكم أو أقال عنه، وإلا استقل بالفسخ. وهو محتمل روايتي سعيد بن يسار وإسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع إلى البائع فيهما كناية عن ملزومه وهي الإقالة، لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب، ومرجعه إلى أحد الأولين. والأظهر الشرح:

في الرياض (١) ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع إلى بائعه بمجرد ردّه الثمن.

ولكن لا يخفى إنما يكون رد الثمن فسخاً فيما إذا قصد برده إلغاء البيع السابق، وإلا فتتمليك المشتري الثمن ليتملك منه المبيع معاملة جديدة تكون الولاية عليها خارجة عن عنوان الخيار، وفسخ العقد فإن في صورته الفسخ وان كان الثمن المردود غير ما أخذه سابقاً يكون الدفع بعنوان الوفاء بالدين الحاصل بإلغاء البيع؛ وان كان عينه يكون ردّه بعنوان أنه ملك المشتري بإلغاء البيع لا أنه ملكه الحاصل بالتمليك الجديد.

الرابع: أن يكون رد الثمن قيداً لانفساخ البيع بأن يحصل الانفساخ مع رد الثمن.

وقيل: يظهر ذلك من روايه معاويه بن ميسره (٢) حيث ذكر السائل فيها أنّ الشرط في البيع أن مع مجيء البائع بالثمن إلى ثلاث سنين الدار داره؛ وأجاب عليه السلام بنفوذ الشرط وقد عنون الغنيه (٣) المسأله بهذا العنوان.

ولكن يحتمل أن يكون المراد من روايه معاويه بن ميسره كون الرد قيداً للفسخ، كما هو الإحتمال الثالث، كما قيل: بظهور موثقه اسحاق بن عمار (٤) وصحيحه

ص: ٣٥

١- (١) الرياض ٨ : ١٨٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٣- (٣) الغنيه : ٢١٥ .

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٨ : ١٩ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

فى كثير من العبارات مثل الشرائع والقواعد والتذكره هو الثانى. لكن الظاهر صحه الاشتراط بكل من الوجوه الخمسه عدا الرابع، فإن فيه إشكالاً من جهه أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاءً فعلياً أو قولياً يشبه انعقاده بنفسه فى مخالفه المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعيه، وسيجيء فى باب الشروط ما يتضح به صحه ذلك وسقمه.

الشرح:

سعيد بن يسار(١) فيه حيث ذكر فى الأولى: إن جاء بالثمن رد المبيع إلى بايعه؛ وفى الثانيه: إن جاء به رد الشراء، وكل منها كناية عن فسخ البيع.

ولكن يستشكل فى كون رد الثمن قيداً للانفساخ؛ بأنه إن كان رده موجباً لانفساخه وإن لم يقصد الراد برده فسخه، فهذا وإن كان ممكناً كانفساخ البيع بتلف المبيع قبل القبض إلا أن حصول الانفساخ قهراً بلا قصد وإنشاء يحتاج إلى دليل غير عموم قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»(٢)، لأن العموم المزبور لا يثبت مشروعيه المشروط، وروايه معاويه بن ميسره مع ضعف سندها لم يثبت ظهورها فى مشروعيه شرط الانفساخ لاحتماله الوجه الثالث كما ذكرنا.

ومع ذلك يمكن أن يقال: بأنه لا بأس بالالتزام بحصول الانفساخ بنفس الاشتراط فإن الإنفساخ لا يعتبر فيه سبب خاص غايه الأمر يكون المنشأ حال البيع الإنفساخ مقارناً لرد الثمن ويكون الانفساخ فعلياً بحصول الرد.

وعن النائينى رحمه الله (٣): أنه لا يمكن إنشاء الفسخ بالشرط فى البيع معلقاً برد الثمن لأن شرط الانفساخ مناف لمقتضى البيع؛ لأن مقتضى الشرط نفي البيع.

ص: ٣٦

١- (١) المصدر: ١٨، الباب ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

٣- (٣) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٨٠ ٨١.

أنهاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحد منها

الأمر الثاني: الثمن المشروط ردّه [١]: إمّا أن يكون في الذمّه، وإمّا أن يكون معيّناً. وعلى كلّ تقدير: إمّا أن يكون قد قبضه، وإمّا لم يقبضه. فإن لم يقبضه فله

الشرح:

ولا يخفى ما فيه، فإن مقتضى شرط الانفساخ معلقاً بنحو شرط النتيجة نفي البيع بقاءً لا نفيه حدوداً ليكون منافياً لمقتضى البيع، وبقاء البيع مقتضى إطلاقه وعدم لحوق الفسخ به.

وبتعبير آخر: شرط انفساخ البيع مطلقاً، وإن كان باطلاً لخروج البيع معه عن مورد اعتبار العقلاء ومنصرف دليل الإمضاء إلا أنّ شرط الانفساخ معلقاً لا يكون كذلك.

والوجه الخامس: أن يكون ردّ الثمن قيماً للإقاله المشروطه بأن يلتزم المشتري للبائع أن يوافق في الفسخ إذا جاء بالثمن في المده المضروبه، وإذا جاء بالثمن ولم يقبله أجبره الحاكم أو أقال عنه، وإن لم يتمكن من المراجعه إلى الحاكم كذلك يستقل البائع بالفسخ لتخلف شرطه على المشتري، ويحتمل هذا في موثقه اسحاق ابن عمار، وصحيحه سعيد بن يسار بأن يكون ردّ المبيع فيهما كناية عن ملزومه أي الإقاله لا عن فسخ البائع الذي فهمه الأصحاب.

[١] الثمن المشروط رده في الخيار أو في الفسخ على ما تقدم: إمّا أن يكون كلياً على العهده، وإمّا أن يكون معيّناً. وعلى كل من التقديرين: إمّا أن يقبضه البائع أم لا، فإن لم يقبضه يثبت له الخيار، وينفذ فسخه سواء كان الثمن كلياً أم معيّناً حيث إنّ ردّ الثمن قيد للخيار أو الفسخ على تقدير قبض البائع، وفي فرض عدم قبضه لا تقييد. وهذا الوجه وإن ذكره المصنف رحمه الله إلا أنه لا يمكن المساعده عليه، فإنّ لازمه الالتزام بثبوت شرطين: أحدهما ثبوت الخيار للبائع مطلقاً قبل قبض الثمن؛ والثاني الخيار على تقدير ردّ الثمن بعد قبضه.

مع أنه لا دلالة لقوله: بعثت مالي بكذا على أن تردّ المبيع إن جئت بالثمن إلى سنه

الخيار وإن لم يتحقق ردّ الثمن، لأنه شرطٌ على تقدير قبضه. وإن لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع. ويحتمل العدم، بناءً على أنّ اشتراط الردّ بمنزله اشتراط القبض قبله [١].

وإن قبض الثمن المعين: فإمّا أن يشترط ردّ عينه [٢]، أو يشترط ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً، أو ولو مع التمكن منه، على إشكالٍ في الأخير، من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغه ردّ العين مع الإمكان. الشرح: على تعدد الشرط.

ولكن يمكن أن يوجّه ثبوت الخيار في الفرض بوجه آخر وهو أنّ المتفاهم من الكلام المزبور أنّ ردّ الثمن ليس بنفسه متعلق الغرض في تقييد الخيار أو الفسخ؛ بل المتعلق في ثبوت الخيار أو إنشاء الفسخ كون الثمن بيد المشتري وتحت اختياره، ولذا يصح للبائع الفسخ في فرض قبض الثمن لو غصبه المشتري أو سرقه من عنده ثانياً.

[١] يحتمل أن لا يكون للبائع خيار الفسخ فيما إذا لم يقبض الثمن، فإن ظاهر قوله في الإيجاب: «بعت مالى بكذا على أن تردّه إن جئت بالثمن إلى سنه»، هو اشتراط الخيار في البيع المزبور بحصول قبض الثمن.

أقول: قد تقدم منع هذا الظهور وأنّ ذكر ردّ الثمن لغرض أن يكون الثمن تحت اختيار المشتري زمان الفسخ كما لا يخفى.

[٢] إذا كان الثمن مقبوضاً معيناً؛ فإمّا أن يشترط في خيار الفسخ ردّ ذلك المعين؛ وإمّا أن يشترط ما يعمّ ردّ بدله مع عدم إمكان رده بتلف لا من البائع أو مطلقاً، أى مع إتلاف البائع أيضاً أو حتى مع بقاء ذلك المعين؛ وإمّا أن يذكر اشتراط رد الثمن من غير تقييد برد المعين أو تصريح بما يعم ردّ البدل. فإن اشترط رد عينه فلا يكون له خيار مع تلفها بفعل البائع لا مطلقاً، حيث إنّ ظاهر اشتراط ردّ العين كون إتلاف البائع مسقطاً

وفى جواز اشتراط ردّ القيمه فى المثلى والعكس وجهان. و إمّا أن يطلق. فعلى الأوّل، لا خيار إلا برّد العين، فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار، إلا أن يكون إطلاق اشتراط ردّ العين فى الخيار لإفاده سقوطه بإتلاف البائع، فيبقى الخيار فى إتلاف غيره على حاله. وفيه نظر. وعلى الثانى، فله ردّ البدل فى موضع صحّه الاشتراط. وأمّا الثالث، فمقتضى ظاهر الشرط فيه ردّ العين. ويظهر من إطلاق محكّي الدروس وحاشيه الشرائع: أن الإطلاق لا يحمل على العين. ويحتمل حمله على الثمن الكلى، وسيأتى.

الشرح:

لخياره فلا يسقط فيما إذا كان الإتلاف من غيره.

ولكن لا- يخفى ما فيه، فإنّ ظاهر الاشتراط تقييد الخيار بصورة ردّها فلا يكون خيار فى غير الفرض، وكذلك الحال لو كان ردّها قيداً للفسخ أو الانفساخ على ما مر.

وأما إذا كان الشرط ردّ ما يعم البدل فلا إشكال فى الخيار فى فرض عدم التمكن من ردّ العين، فأنه بالفسخ يرجع ذلك المعين إلى المشتري وبما أنه قد تلف فيأخذ بدله.

وأما إذا كان الشرط ردّ البدل ولو مع التمكن على ردّ المعين، ففي الشرط إشكال فان مقتضى الفسخ رجوع نفس العين إلى ملك المشتري، ومع وجوده لا موجب للإنتقال إلى البدل.

أقول: لا- يخفى أنّ اشتراط ما يعم البدل حتى مع التمكن على ردّ العين مرجعه إلى توكيل البائع بمعاوضه ذلك المعين بمثله أو بقيمته كما هو الحال فى اشتراط ردّ ما يعم القيمه فى المثلى، وردّ ما يعم المثل فى القيمى ولا يكون التبديل مع التوكيل مخالفاً للكتاب والسنة.

ويتصور فى بعض الفروض اشتراط المبادله بشرط النتيجة أيضاً حيث لا إشكال

وإن كان الثمن كلياً، فإن كان في ذمّه البائع كما هو مضمون روايه سعيد بن يسار المتقدمه فرُدّه بأداء ما في الذمّه، سواء قلنا: إنّه عين الثمن أو بدله، من حيث إنّ ما في ذمّه البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنّه تَلَفَ، فالمراد برُدّه المشتري، رُدُّ بدله. وإن لم يكن الثمن في ذمّه البائع وقَبَضَهُ، فإن شرط رُدِّ ذلك الفرد المقبوض أو رُدِّ مثله بأحد الوجوه المتقدمه فالحكم على مقتضى الشرط، الشرح:

فيه والمبادله بين المالين لا يحتاج إلى إيجاب خاص ويحصل بكل ما يكون ظاهراً فيها، اللهم إلا أن يقال: إنّ شرط التوكيل أو شرط المبادله بنحو شرط النتيجة لا يفيد في المقام فإنه مادام لم يحصل الفسخ فالثمن المعين ملك البائع فله التصرف فيه بما شاء ولا معنى لتبديل ماله بمال آخر، أو حصول المبادله بينهما ثم بالفسخ ينحل البيع، ولازم ذلك رجوع نفس الثمن إلى ملك المشتري، وحيث إنه غير تالف فلا معنى للرجوع إلى البدل وبعد زوال العقد يزول الشرط بزواله سواء كان شرط التوكيل أو شرط المبادله بنحو شرط النتيجة فلا موجب لدخول البدل في ملك المشتري ودخول المبدل في ملك البائع.

ولكن الصحيح جواز اشتراط رد البدل حتى بقاء عين الثمن، فإن تمليك البدل للمشتري ليملك منه الثمن الأول بنفسه فسخ للبيع السابق، فإن الفسخ كما ذكرنا أمر إنشائي يتقوم بالابراز، وإذا اعتبر البائع انحلال البيع السابق فلا يكون هذا الاعتبار بلا إبراز فسخاً، وإذا اعتبر معه ملكيه البدل للمشتري بإزاء الأصلي يكون إبراز هذا الاعتبار برد البدل إبرازاً لانحلال البيع أيضاً.

ولا يعتبر في صحه المبادله حصول الفسخ في زمان قبل زمان المبادله، بل تقدّم الانفساخ على حصول المبادله بين الثمن الأول والبدل في المرتبه. والمعتبر في صحه المبادله المزبوره كون الثمن الأول ملكاً للمشتري، ولو في زمانها.

وإن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبه فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو ردّ ما يعمّ البديل، إمّا مطلقاً، أو مع فقد العين. ويدلّ عليه صريح بعض الأخبار المتقدّمه، إلّا أنّ المتيقّن منها صورته فقد العين.

الشرح:

وإن شئت توضيح المقام فلاحظ فسخ ذى الخيار ببيع ما انتقل عنه من شخص ثالث فان البيع من شخص ثالث يتوقف على كون المبيع ملكاً له مع أن الفسخ أى فسخ البيع السابق، ودخول المبيع فى ملك ذى الخيار يتحقق بنفس البيع من شخص ثالث، حيث إن البيع المزبور كما يكون إبرازاً لتمليك المبيع من شخص ثالث كذلك يكون إبرازاً لانحلال البيع السابق، فيحصل الانحلال والبيع من شخص ثالث فى زمان واحد ولا دليل على بطلان البيع الا فيما إذا لم يكن المبيع زمان تحقق البيع ملكاً لبائعه.

وإذا صح ما ذكر يكون اشتراط هذه المبادله فى البيع صحيحاً، لأنّ موطن الشرط أى البيع الثانى لا يكون بعد زمان فسخ البيع ليقال: إنه لا ينفذ شرط إذا فرض قبله انفساخ المعامله، بل يرجع اشتراط هذه المعامله إلى تضييق دائره الفسخ أو الخيار.

وعلى ذلك فالمقام من هذا القبيل لأنّ مرجع، الاشتراط إلى اعتبار الفسخ الخاص أى الفسخ بمبادله الثمن الأول الموجود ببده فإن هذه المبادله كالبيع الثانى فى المثال يتوقف على انحلال البيع الأول بلا فرق بين أن يجعل رد الثمن أو بدله مقدمه للفسخ أو قصد الفسخ بالرد.

والمتحصل مما ذكرنا أنه يكون رد البديل مع وجود المبدل فى اشتراط الفسخ أو الخيار أمراً مشروعاً فى نفسه فينفذ بالاشتراط فى البيع كما لا يخفى.

واما إذا اشترط رد الثمن فيكون الإطلاق عند المصنف وغيره مقتضياً لرد ذلك المعين فلا يكون له خيار مع تلفه.

ولكن لا يبعد أن يقال: القرينه العامه فى بيع الخيار مقتضيه لكون المراد ردّ ما يعم

هل يكفي مجرد ردّ الثمن أو بدله في الفسخ

الأمر الثالث: قيل: ظاهر الاصحاح [١] بناءً على ما تقدّم، من أنّ ردّ الثمن في هذا البيع عندهم مقدّمه لفسخ البائع أنّه لا يكفي مجرد الردّ في الفسخ. وصرّح به في الدروس وغيره. ولعلّ منشأ الظهور: أنّ هذا القسم فردّ من خيار الشرط مع اعتبار شيء زائد فيه، وهو ردّ الثمن. وعللوا ذلك أيضاً: بأنّ الردّ من حيث هو، لا يدلّ على الفسخ أصلاً. وهو حسنٌ مع عدم الدلالة. أمّا لو فرض الدلالة عرفاً إمّا بأن يفهم منه كونه تملكاً للثمن من المشتري ليملك منه المبيع على وجه المعاطاة، وإمّا بأن يدلّ الردّ بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالةً.

الشرح:

البدل، حيث إنّ الداعي للبائع إلى البيع في موارد بيع الخيار حاجته إلى الثمن، والتصرف فيه بصرفه على حوائجه مفروض، ولعله لذلك ذكر في الدروس (١) حمل الإطلاق على ردّ ما يعم البدل. وقد تسلّم المصنف رحمه الله ما ذكر فيما إذا كان الثمن كلياً. والظاهر عدم الفرق بين الثمن الكلي والشخصي من هذه الجهة.

[١] قيل (٢): إنّ رد الثمن أو بدله وإن كان معتبراً في الخيار في بيع الخيار، إلا أنّ ظاهر الأصحاب عدم تحقق الفسخ به، بل الردّ مقدمه للفسخ فيعتبر بعده إنشاء الفسخ، ولأنّ الرد من حيث إنه فعل لا يدل على الفسخ.

وفيه: أنّ المعبر في الفسخ إظهار حل البيع والرضا برجوع المالكين إلى مالهما الأصليين، ومع ظهور الرد في ذلك فلا وجه لعدم كونه فسحاً.

ص: ٤٢

١- (١) راجع الدروس ٣ : ٢٦٩ .

٢- (٢) راجع مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٥ ، والمقابس : ٢٤٨ ، والمناهل : ٣٣٣ ، والدروس ٣ : ٢٦٩ ؛ وجامع المقاصد ٤ : ٢٩٢ ؛ والمسالك ٣ : ٢٠٢ .

وما قيل: من أنّ الردّ يدلّ على إرادته الفسخ والإرادته غير المراد، ففيه: أنّ المدعى دلّته على إرادته كون المبيع ملكاً له والتمن ملكاً للمشتري، ولا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من هذا، مع أنّ ظاهر الأخبار كفايه الردّ في وجوب ردّ المبيع بل قد عرفت في روايه معاويه بن ميسره حصول تملك المبيع بردّ الثمن، فيحمل على تحقّق الفسخ الفعليّ به.

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد [١] على الوجه الثاني من الوجهين الأوّلين، بل وعلى الوجه الأوّل، بناءً على أنّ تحقّق السبب وهو العقد كافٍ في صحّته إسقاط الحق. لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنّه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناءً على حدوثهما من زمان التفريق عدم الجواز أيضاً. إلا أن يفرّق هنا: بأنّ المشروط له مالٌ للخيار قبل الردّ

الشرح:

وما يقال من أنّ الرد يدلّ على إرادته الفسخ، والإرادته غير المراد، يعنى إرادته الفسخ غير تحقّق الفسخ لا يرجع إلى محصل، لأنّ الأمر الانشائي المراد يحصل بفعل أو قول يكون ذلك الفعل أو القول ظاهراً في إرادته ذلك الأمر واعتباره.

ثم لا يخفى أنّ في كلام المصنف رحمه الله في المقام أيضاً تسامحاً حيث إن ظهور الفعل في إرادته التملك والتملك لا يكون فسحاً بل يعتبر فيه دلالة الفعل على إلغاء البيع السابق على ما تقدم.

[١] وحاصله: أنه لو جعل رد الثمن قيداً للفسخ بأن كان خيار الفسخ ثابتاً من حين العقد فيجوز إسقاطه بعد العقد كما هو مقتضى فعليته الخيار، وكونه حقاً.

وأما على الوجه الأول أي جعل رد الثمن قيداً لنفس الخيار فيشكل إسقاطه بعد العقد، وقبل الرد حيث إنّ الخيار، ولو كان حقاً، إلا أنّ إسقاط الحق يتوقف على فعليته، وليس المراد أنه لا يمكن إسقاط الحق إلا بعد فعليته كما يتوهم من قولهم من أنّ

الشرح:

الإسقاط قبل الرد إسقاط لما لا يجب، بل المراد أنّ مقتضى كون شيء حقاً جواز إسقاطه بعد فعليته.

وأما إسقاطه قبل ذلك فيحتاج نفوذه إلى دليل كما هو الحال في شرط سقوط الخيار في العقد، حيث إنّ الشرط المزبور إسقاط حق يعمه دليل «المسلمون عند شروطهم»^(١)، وكذا في بعض موارد الخيار في فسخ النكاح حيث دلت الرواية على جواز إسقاطه قبل فعلية ذلك الخيار.

والحاصل: أنّ مقتضى ما صرح به في التذكرة^(٢) من أنه لا يصح إسقاط خيار الشرط والحيوان بعد العقد بناءً على حدوثهما بعد التفرق كما عليه الشيخ قدس سره^(٣) عدم جواز إسقاط الخيار في المقام قبل الرد.

ولكن يمكن أن يمنع عن ذلك بأنه يمكن للعلامة الالتزام بعدم جواز الإسقاط في خيارى الشرط والحيوان قبل التفرق، وجواز إسقاط الخيار في المقام قبل ردّ الثمن، فإنّ الافتراق المعلق عليه انتهاء الخيارين خارج عن اختيار ذى الخيار حيث يمكن للآخر أن يصحبه فلا يحصل الافتراق بخلاف المقام، فإنّ كون البائع مالكاً لردّ الثمن الموجب للخيار كاف في إسقاطه.

أقول: الفرق المزبور عليل، فإنه ربما لا يكون البائع في بيع الخيار متمكناً على رد الثمن إلى زمان لفقد المال، هذا أولاً.

وثانياً: أنه لا يكفي في إسقاط الخيار كون الموضوع له في اختيار الشخص، وإلاّ

ص: ٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٢- (٢) أنظر التذكرة ١ : ٥٢٠ .

٣- (٣) يأتي قول الشيخ في الجزء السابع: في أحكام الخيار، في مسأله: أن المبيع يملك بالعقد .

الشرح:

جاز إسقاط الخيار لمشتري الحيوان قبل شرائه، كما إذا كان الإسقاط بعد إيجاب البائع وقبل قبوله، بحيث لا يكون القبول مبنياً على ذلك الإسقاط فإنه لو كان مبنياً عليه لكان من شرط السقوط في العقد.

والصحيح في الجواب هو القول بجواز الإسقاط بعد العقد في خيارى الشرط والحيوان أيضاً، حتى على مسلك الشيخ قدس سره من حدوثهما بعد التفرق فإن الخيار المعلق على التفرق أو رد الثمن أيضاً حق عند العقلاء، وإن إسقاطه قبل حصولهما نظير إلغاء الوصية التمليكيه يحسب من رفع اليد عن الحق.

ويشير إلى ذلك قوله عليه السلام في بعض أخبار الحيوان(١) بكون مثل التقييل واللمس رضا بالبيع، فإنه مقتضاه سقوط الخيار ولزوم البيع في كل زمان بالالتزام ببقاء البيع، كان ذلك قبل التفرق أو بعده.

ويسقط هذا الخيار بانقضاء الزمان المشروط فيه رد الثمن وعدم رده أو ردّ بدله في ذلك الزمان على التفصيل المتقدم.

ولو تبين المردود من غير جنس الثمن فلا- يتحقق الرد، بخلاف ما إذا تبين كونه معيباً فإنه يكفي في الرد، غايه الأمر يكون للمشتري حق الاستبدال.

ولكن يمكن أن يقال بعدم الفرق بين الصورتين في عدم الكفايه، وذلك فإنه إنما يصح الفرق بين غير الجنس والمعيب، فيما كان المتعلق شخصاً، كما إذا ظهر المقبوض في السلم ثمناً من غير الجنس المذكور في العقد، بأن باع الحنطه سلماً بمئه درهم خارجيه، ثم ظهر الموجود الخارجى عشره دنانير، فإن ذلك لا يكفي في قبض

ص: ٤٥

الشرح:

الثلث، فيحكم ببطلان المعامله بخلاف ما إذا ظهرت تلك الدراهم معيه، فإنه يكفي في القبض، غايه الأمر يكون للبائع خيار الفسخ باعتبار ظهور العيب في الثلث.

وأما في مورد كون المتعلق كلياً كما إذا كان الدراهم في بيع السلم بنحو الكلى على العهده وظهر المدفوع بعنوان أداء الثلث من غير الجنس أو المعيب، فإنه لا فرق بينهما ومع بقاء المجلس للبائع مطالبه المشتري بالفرد من الثلث وبالصحيح، ومع عدم بقائه يحكم ببطلان السلم سواء قلنا بأن كون المراد بالشئ في المعامله صحيحه للانصراف أو للشرط الارتكازي.

وبما أن المفروض في المقام كون المشروط رده كلياً، فلا فرق بين ظهور المردود من غير الجنس أو المعيب في عدم كفايه ذلك في نفوذ الفسخ.

نعم إذا التفت المشتري إلى مال المردود ورضى به كفى في نفوذ فسخ البائع بلا فرق بين الصورتين ايضاً.

ولكن الكلام فيما أخذ المردود من غير التفات إلى حاله بحيث لو كان ملتفتاً لم يأخذه.

وربما يوجه الفرق كما عن النائيني قدس سره (1) بأن الوصف حق للمشتري فيصح له المطالبه به والمعيب المدفوع داخل في الثلث، ولكن بما أن دفع الوصف لا يمكن إلا في ضمن عين يكون له الاستبدال بخلاف ظهور المدفوع من غير الجنس فإنه غير داخل في الثلث المشروط رده.

وفيه: أن المدفوع إنما يدخل في عنوان الثلث فيما إذا رضى المشتري بالمعيب

ص: ٤٤

ولو من حيث تملكه للردّ الموجب له فله إسقاطه، بخلاف ما في التذكرة. ويسقط أيضاً بانقضاء المدّة وعدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقاً، على التفصيل المتقدّم. ولو تبيّن المردود من غير الجنس فلا ردّ. ولو ظهر معيماً كفى في الردّ، وله الاستبدال. ويسقط أيضاً بالتصرّف في الثمن المعين [١] مع اشتراط ردّ العين أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ عين المدفوع. كلّ ذلك لإطلاق ما دلّ على أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضاً بالعقد ولا خيار. وقد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النصّ

الشرح:

مع الالتفات بحاله كما أنّه بالرضا كذلك يحسب غير الجنس أيضاً ردّاً للثمن المشروط رده، ولكن الكلام كما ذكرنا فيما إذا لم يلتفت بالحال فتدبر جيداً.

[١] ويسقط أيضاً هذا الخيار بالتصرف في عين الثمن المشروط رده، أو التصرف في الفرد المأخوذ فيما إذا كان مقتضى الاشتراط في العقد أو كان مقتضى إطلاق اشتراطه رد تلك العين أو ردّ ذلك الفرد.

ويدل على كون التصرف في الثمن المزبور موجباً لسقوط الخيار ما ورد (١) في خيار الحيوان من أنّ تصرف ذي الخيار في الحيوان المشتري رضياً منه بالبيع، فلا خيار حيث إن الروايات وإن وردت في خيار الحيوان، إلا أنّ الأصحاب قد فهموا منها عموم الحكم، ولذا ذكروا سقوط خيار المجلس والشرط بالتصرف كسقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه.

ولكن مع ذلك ذكر المحقق الأردبيلي (٢) وصاحب الكفاية (٣) عدم سقوط الخيار

ص: ٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ، الباب ٤ من أبواب الخيار .

٢- (٢) حكاة عنه السيد المجاهد في المناهل : ٣٤٠ ، وراجع مجمع الفوائد ٨ : ٤٠٢ و ٤١٣ .

٣- (٣) حكاة عنه السيد المجاهد في المناهل : ٣٤٠ ، وراجع كفاية الأحكام : ٩٢ .

كخيارى المجلس والشرط. وظاهر المحكى عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفايه: عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن؛ لأنّ المدار فى هذا الخيار عليه، لأنّه شرّع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائده، وللموثق المتقدّم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن وبيع المدار لأجل ذلك. والمحكى عن العلامة الطباطبائى فى مصابيح الردّ على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصله: أنّ التصرف المسقط ما وقع فى زمان الخيار ولا خيار إلاّ بعد الردّ، ولا ينافى شىء ممّا ذكر لزومه بالتصرف بعد الردّ، لأنّ ذلك منه بعده لا قبله، وإن كان قادراً على إيجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوه، على أنّه لا يتمّ فيما اشترط فيه الردّ فى وقتٍ منفصلٍ عن العقد كيومٍ بعد سنهٍ مثلاً، انتهى محصل كلامه.

الشرح:

فى بيع الخيار بتصرف البائع فى الثمن المأخوذ؛ لأنّ الخيار فى بيع الخيار قد جعل للبائع مع فرض تصرفه فيه، وقد أمضى الشارع البيع المزبور بهذا النحو ويفصح عن ذلك موثقه إسحاق بن عمار(١) المفروضه فيها حاجه المسلم إلى بيع داره ببيع الخيار، ومن الظاهر أن الحاجه إلى بيع داره معناها الحاجه إلى ثمنها بالتصرف فيها.

وقد أجاب بحرالعلوم قدس سره فى مصابيح(٢) عن ذلك بعد الطعن على القول المزبور بأنه مخالف لما عليه الأصحاب بما حاصله: أنّ الالتزام بسقوط الخيار بتصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه لا- يوجب محذوراً فى المقام؛ لأنّ التصرف فى الثمن المأخوذ فى بيع الخيار يكون قبل ردّ الثمن وهو ليس زمان الخيار فلا يكون التصرف فيه فى ذلك الزمان مسقطاً، بل المسقط له التصرف فيه بعد ردّه إلى المشتري حيث إنّ هذا

ص: ٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٩ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) حكاه عنه السيد المجاهد فى المناهل : ٣٤١ ، وانظر المصابيح (مخطوط) : ١٣٩ .

التصرف في الثمن المعين في بيع الخيار

وناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره قدس سره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضى جهاله مبدأ الخيار، وبأن الظاهر من إطلاق العرف وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمه في هذه المسأله الداله على أن غله المبيع للمشتري هو كون مجموع المده زمان الخيار، انتهى.

أقول: في أصل الاستظهار المتقدم والرد المذكور عن المصاييح والمناقشه على الرد نظر.

الشرح:

الزمان زمان فعلية الخيار فيكون تصرف البائع فيه مسقطاً لخياره.

مع أن ما ذكر من لزوم نقض الغرض في فرض سقوط الخيار بالتصرف في الثمن لا يتم فيما إذا كان زمان الخيار منفصلاً عن العقد كما إذا جعل مدته الخيار كالיום الأول بعد السنه، فإن التصرف في الثمن في طول السنه لا يوجب سقوط الخيار.

وذكر صاحب الجواهر رحمه الله (١) أن ما ذكره بحر العلوم قدس سره في مقام الجواب غير صحيح، فان رد الثمن ليس شرطاً لحدوث الخيار والا لزم جهاله مدته الخيار من حيث المبدأ.

وعلى ذلك يكون سقوط الخيار بالتصرف في الثمن نقضاً للغرض من تشريع بيع الخيار، وأيضاً يرى العرف قبل رد الثمن وبعده زمان الخيار.

ويظهر ذلك من كثير من الأصحاب فإنهم قد ضعفوا ما ذهب إليه الشيخ قدس سره من أن النقل والانتقال في البيع يحصل بانقضاء زمان الخيار بالأخبار الوارده في المقام الداله على أن غله الدار للمشتري.

ص: ٤٩

أما الأول: فلائنه لا مخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرّف المنسحب في غير مورد النصّ عليه باتّفاق الأصحاب. وأمّا بناء هذا العقد على التصرّف فهو من جهة أنّ الغالب المتعارف بالبيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفايه ردّ مثل الثمن، ولذا قوّينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعمّ البديل، وحينئذٍ فلا يكون التصرّف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد، إذ لا- منافاه بين فسخ العقد وصحّه هذا التصرّف واستمراره، وهو مورد الموثّق المتقدّم أو منصرف إطلاقه. أو من جهة تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف أيضاً، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرّف في الثمن، وقد مرّ أنّ السقوط بالتصرّف ليس تعبداً شرعياً مطلقاً حتّى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

الشرح:

ووجه الظهور أنّ غله الدار للمشتري باعتبار كون أصل الدار له، والظاهر أنّ هذه الأخبار لا تكون ردّاً لما ذهب إليه الشيخ إلاّ أن يكون كلاً- من زمان قبل ردّ الثمن وبعده زمان الخيار ليكون تملك المشتري الغله فيهما دليلاً على بطلان ما ذهب إليه الشيخ قدس سره .

وذكر المصنف رحمه الله أنّ كلاً- مما ذكره المحقق الأردبيلي، والجواب عنه بما في المصباح؛ والرد على الجواب المزبور ضعيف.

وحاصل ما ذكره في الإيراد على كلام الأردبيلي بأنّ التصرف في الثمن يكون مسقطاً للخيار فيما إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن أو عين ذلك الفرد المأخوذ والغالب في بيع الخيار كون الثمن كلياً، وقد تقدم أنه لا يستفاد من الإطلاق اشتراط ردّ عين الفرد المأخوذ كما هو مورد موثقه اسحاق بن عمار(1) أو منصرفها، ومع عدم اشتراط ردّ العين لا يكون في التصرف في العين دلالة على التزام

ص: ٥٠

١- (١) مرّت آنفاً .

وأما الثاني: فلأنَّ المستفاد من النصِّ والفتوى كما عرفت كون التصرف مسقطاً فعلياً، كالقولي يُسقط الخيار في كلِّ مقام يصحُّ إسقاطه بالقول، الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردِّ. هذا، مع أنَّ حدوث الخيار بعد الردِّ مبنيٌّ على الوجه الأوَّل المتقدِّم من الوجوه الخمسه في مدخله الردِّ في الخيار، ولا دليل على تعينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس، بل الظاهر من عبارته غير واحدٍ هو الوجه الثاني.

الشرح:

البائع بإبقاء البيع، وقد تقدّم أنَّ قوله عليه السلام: «فذلك رضى منه بالبيع فلا خيار» ليس حكماً تعبيرياً محضاً بل حكم بسقوط الخيار بالتصرف الخارجى الذى يكون فيه دلاله نوعيه على الالتزام بإبقاء البيع فيدخل فى المسقط الفعلى ولا يكون التصرف مسقطاً فيما إذا علم أن التصرف لا يكون على هذا الوجه.

أقول: قد ذكرنا أنه لا فرق بين الثمن الشخصى أو الكلى على العهده فى أن مقتضى القرينه العامه أن المشروط فى بيع الخيار ردِّ ما يعم البدل، ومع اشتراط رد ما يعم البدل لا يمكن الالتزام بسقوط الخيار بالتصرف فى عين الثمن أو الفرد المأخوذ، سواء كان ذلك التصرف من التصرفات الناقله أم من التصرفات الانتفاعيه.

وأما إذا كان المشروط تصريحاً رد عين ذلك الثمن أو الفرد المأخوذ، فمع التصرف الناقل فيه لا يبقى للخيار موضوع بخلاف التصرف الانتفاعى فإنه لا موجب لسقوط الخيار معه، فإنه أيضاً لا يوجب سقوط الخيار ولا يستفاد سقوطه مما ورد فى التصرف فى الحيوان المشترى لما تقدم من أنَّ سقوط الخيار بالإسقاط الفعلى كالقولى، وأن لم يكن أمراً تعبيرياً إلاَّ أنَّ تطبيق الإسقاط الفعلى على مثل النظر إلى ما كان يحرم من الأمه المشتره أمر تعبدى لا يمكن التعدى منه إلى المقام.

وأيضاً دعوى أنَّ مورد الموثقه أو منصرفها كون الثمن كلياً على العهده غير ظاهر

أو نقول: إنَّ المتَّع مدلول الجملة الشرطيَّة الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الرَّد فيها قيداً للخيار وقد يؤخذ قيداً للفسخ. نعم، لو جُعِل الخيار والرَّد في جزءٍ معيَّن من المدَّة كيوم بعد السنه كان التصرّف قبله تصرّفًا مع لزوم العقد، وجاء فيه الإشكال في صحّه الإسقاط هنا: من عدم تحقّق الخيار، ومن تحقّق سببه.

الشرح:

كما لا يخفى.

وأورد رحمه الله على ما ذكر في المصاييح من أن التصرف قبل ردّ الثمن لا يكون تصرفاً في زمان فعلية الخيار ليكون مسقطاً؛ بأن التصرف مسقط فعلي وإذا فرض صحه إسقاط الخيار بالقول قبل ردّ الثمن على ما تقدم يكون إسقاطه بالفعل أى التصرف نافذا ولو مع عدم فعلية الخيار.

مع أن كون ردّ الثمن مبدأ للخيار غير صحيح فإن ظاهر كلمات الأصحاب كون ردّ الثمن قيداً للفسخ؛ وأن زمان الخيار يعم قبل الرد وبعده.

ولو لم يكن هذا متعيّناً فلا ينبغي الريب في أنه يمكن جعل الخيار بنحو يكون ردّ الثمن قيداً للفسخ كما يمكن جعله بنحو يكون قيداً للخيار.

نعم إذا جعل الخيار منفصلاً كالיום الأول بعد السنه يجرى فيه الإشكال المتقدم في أنه يجوز إسقاط الخيار فيه قولاً قبل ذلك الزمان أم لا، ولو قيل بعدم جواز الإسقاط قولاً فلا يكون التصرف فيه في الثمن موجباً لسقوط الخيار.

أقول: لو قلنا بجواز إسقاط الخيار قولاً قبل رد الثمن وإن جاز قبله إسقاطه فعلاً. أيضاً إلا أن ذلك لا يوجب كون التصرف الانتفاعي في الثمن المشروط ردّه ولو مع عدم قصد إسقاط الخيار موجباً لسقوط الخيار.

وذلك فإن النص الوارد في الحيوان الدال على أن التصرف الانتفاعي في الحيوان ولو مع عدم إسقاط الخيار مسقطٌ مورده ما إذا كان التصرف المزبور زمان فعلية الخيار،

ص: ٥٢

وأما المناقشه فى تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم جهاله مدّه الخيار، ففيه: أنّها لا تقدر مع تحديد زمان التسلّط على الردّ والفسخ بعده إن شاء. نعم، ذكر فى التذكرة: أنّه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرّق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد. لكن الفرق يظهر بالتأمّل. وأمّا الاستشهاد عليه بحكم العرف، ففيه: أنّ زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلّا ما كان الخيار متحقّقاً فيه شرعاً أو بجعل المتعاقدين، والمفروض أنّ الخيار هنا جعليّ، فالشكّ فى تحقّق الخيار قبل الردّ بجعل المتعاقدين. وأمّا ما ذكره بعض الأصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة، فلعلّهم فهموا من مذهبه توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتّى المنفصل، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه وإطلاق ما استدلّ له به من الأخبار.

الشرح:

فإنّ أمكن التعدى عن هذا المسقط التعدى فيلتزم بسقوط كل خيار بالتصرف الانتفاعى فيما انتقل إليه زمان الخيار؛ ولا يعم ما إذا كان التصرف قبل التصرف قبل ذلك الزمان.

وأما دعوى أنّ إسقاط الخيار المشروط لا يمكن أن يتحقّق بالفعل وليس الفعل كالقول حيث لا يمكن الإسقاط المزبور بالفعل، لأنّ الفعل لا تعليق فيه، ولا يمكن كونه مسقطاً فعلاً لعدم فعلية الخيار، لا يمكن المساعدة عليها لأنّ الإسقاط فعلاً أو قولاً إبراز لإلغاء الجعل الذى كان بنحو القضيّه الشرطيه بلا فرق بينهما.

وأورد على ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله: من أنّه لو كان رد الثمن قيّدا لنفس الخيار لكان مبدأ الخيار مجهولاً بأنّ الجهاله فى مبدأ الخيار لا تقدر مع تحديد زمان الخيار بعد حدوثه.

نعم ذكروا أنّ جعل مبدأ الخيار فى شرط الخيار التفرّق عن مجلس العقد غير جائز فيما كان عند الإطلاق الشرط مبدأه تمام العقد، وقيل: إنّ مقتضاه عدم جواز جعل الخيار فى المقام من حين رد الثمن، إلّا أنّ التأمّل يقضى بالفرق بينهما بأنّ التفرّق أمر

ص: ٥٣

تلف المبيع بيد المشتري في بيع الخيار

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري [١] سواء كان قبل الردّ أو بعده، ونماؤه أيضاً له مطلقاً. والظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيستردّ المثل أو

الشرح:

غير اختياري لدى الخيار، فلا يمكن جعله مبدأً بخلاف ردّ الثمن فإنه أمر اختياري، فيجوز جعله مبدأً.

وأيضاً ما ذكره من أن تضعيف الأصحاب ما ذهب إليه الشيخ قدس سره من حصول النقل والانتقال بعد انقضاء زمان الخيار بأخبار الباب، يدلّ على أن ردّ الثمن قيد للفسخ غير صحيح، فإنه يمكن أن يكون ردّ الثمن قيداً للخيار ومع ذلك يصح تضعيف القول المزبور، فإنه من المحتمل أنهم فهموا من كلام الشيخ ذهابه إلى حصول النقل والانتقال على انقضاء زمان الخيار.

ولو كان ذلك الزمان منفصلاً عن العقد فضعفوه بأخبار الباب الداله بعضها على أن غله الدار للمشتري.

أقول: قد تقدم ما في الفرق بين التفرق وردّ الثمن، بأن الأول غير اختياري، والثاني اختياري.

وتقدم أيضاً أن ظاهر كلامهم اشتراط التعيين في مده الخيار من حيث المبدأ والمنتهى.

والمتحصل مما ذكرنا أن التصرف الانتفاعي قبل ردّ الثمن لا يكون مسقطاً للخيار أصلاً كما أن التصرف الناقل لا يوجب سقوطه فيما إذا كان الشرط ردّ الثمن ولو ببدله كما هو مقتضى القرينه العامه في بيع الخيار.

وأما إذا كان المشروط ردّ المأخوذ بعينه فينتفى الخيار بالتصرف الناقل لانتفاء موضوع الخيار معه كما لا يخفى.

[١] لو تلف المبيع بيد المشتري يحسب التلف عليه سواء قبل كان تلفه بعد رد

القيمة بردّ الثمن أو بدله. ويحتمل عدم الخيار، بناءً على أنّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنّ له ردّ الثمن وارتجاع البيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثمّ إنّ لا تنافى بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيحىء في أحكام الخيار لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتمّ إلّا بالتزام إبقائه للبائع.

الشرح:

الثمن عليه أو بعده، ويكون له نماء المبيع أيضاً سواء قبل ردّ الثمن أو بعده حيث إنّ النماء يتبع العين في الملك. والظاهر أنّ تلف المبيع بيده لا يوجب سقوط خيار البائع فإن الخيار كما تقدم حق لذي الخيار يتعلق بالعقد لا بالعوضين، غايه الأمر يمتاز بيع الخيار من سائر الخيارات بأن من عليه سائر الخيارات يجوز له التصرف فيما انتقل إليه حتى التصرف الموجب لتلف العين أو خروجه عن ملكه، لأن المال المزبور ملكه فله التصرف فيه بما شاء، وحق الخيار لتعلقه بالعقد لا ينافيه بخلاف هذا الخيار فإن المشروط في هذا البيع أمر آخر أيضاً وهو اشتراط إبقاء عين المبيع لبائعه في المده المضروبه.

وهذا الاشتراط إرتكازى في هذا البيع ويشهد له ظاهر بعض الروايات المتقدمه من اشتراط إرجاع المبيع بعد ردّ الثمن.

وذكر المصنف رحمه الله : أنه يحتمل أن لا يكون خيار بعد تلف المبيع في يد المشتري بأن يكون خيار البائع مشروطاً ببقاء المبيع، وقال: لا منافاه بين كون الخيار مشروطاً ببقائه وبين وجوب إبقاء عين المبيع.

أقول: لو كان الخيار حقاً متعلقاً بعين المبيع لما جاز للمشتري التصرف فيه في سائر الخيارات أيضاً. ويبطل تصرفه فيه لتعلق حق البائع به كما أنه لا يجوز للبائع

الشرح:

التصرف الناقل في الثمن فيما كان الخيار للمشتري كخيار الحيوان ولا أظن الالتزام بذلك كما تقدم في تعريف الخيار.

وأما إذا كان حقاً متعلقاً بالعقد كما ذكرنا، يكون عدم جواز تصرف المشتري في المبيع في بيع الخيار بالاتلاف أو بالنقل شرطاً آخر بأن يكون المشروط على المشتري التحفظ بعين المبيع.

ولازم ذلك ثبوت الخيار في الفسخ حتى بعد تلف المبيع أيضاً حتى فيما كان التلف بإتلافه كما هو مقتضى خيار تخلف الشرط وعلى ذلك، فكيف لا تكون منافاه بين ثبوت الخيار في صورته بقاء المبيع خاصة ووجوب التحفظ على المشتري بحيث لا يكون في البين إلا شرط الخيار خاصة.

وعن صاحب الجواهر قدس سره (١): أنه جعل تلف المبيع قبل ردّ الثمن مسقطاً لخيار البائع.

وأما إذا كان تلفه بعده فلا يسقط الخيار لأن التلف مضمون على المشتري، لأنه وقع في زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المشتري بالمثل أو قيمه بخلاف التلف قبل رد الثمن، فإن التلف في هذا الفرض ليس مضموناً على المشتري ليكون للبائع الرجوع إلى المشتري بعد الفسخ بالمثل أو قيمه، بل المتجه في التلف في هذا الفرض سقوط خيار البائع إلا أن يشترط الرجوع عليه عيناً أو قيمه مع التلف أيضاً.

أقول: هذا التفصيل منه قدس سره ينافي ما تقدم منه في الجواب عن الطباطبائي، حيث ذكر في ذلك الجواب أن مقتضى العرف وظاهر الأصحاب، وكذا ظاهر الأخبار، كون ما

... .

الشرح:

قبل ردّ الثمن وما بعده زمان الخيار، وأن ردّ الثمن قيد للفسخ خاصه مع أنه لا معنى لضمان المشتري المبيع إلا بضمان معاوضي.

وهذا الضمان المعاوضي حاصل قبل ردّ الثمن وبعده. وأما الضمان الآخر أي ضمان اليد فيحصل بعد فسخ البائع لا بعد ردّ الثمن ولا يفترق في ضمان اليد تلف عين المبيع وعدمه بعد ما ذكرنا من أنّ الخيار حق يتعلق بالعقد لا بعين العوضين هذا كله في تلف المبيع.

وأما تلف الثمن لا بإتلاف البائع فمقتضى ما ذكره من أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له أن يفسخ البيع لو قلنا: بأنّ ردّ الثمن قيد للفسخ لا- لنفس الخيار، ومعنى كون التلف ممن لا- خيار له انحلال البيع بالتلف المزبور كما في قولهم: التلف قبل القبض من مال البائع.

وأما إذا قيل: بأن رد الثمن قيد لنفس الخيار يكون تلف الثمن على البائع كما هو مقتضى الضمان المعاوضي الحاصل على الطرفين بالبيع.

وعلى ذلك، فإن كان الشرط في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن يسقط خيار البائع بانتفاء موضوعه، وإن كان ما يعم بدل ذلك الثمن يبقى الخيار بحاله، وكذا لو قلنا: بأنّ قولهم «التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» يختص بتلف المبيع، ولا يعم تلف الثمن.

وأما إذا كان تلف الثمن بعد رده على المشتري فإن قلنا: بعموم قاعده «التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» للثمن، فينحل البيع بالتلف المزبور فيأخذ البائع عين المبيع، فإن الثمن بعد رده على المشتري وقبل التلف وإن كان ملكاً للبائع مادام لم يحصل الفسخ إلا أنّ بالتلف ينحل البيع بناءً على عموم القاعده كما ذكر.

الشرح:

ولكن ذكر النائيني رحمه الله (١): أنّ القاعده المزبوره لا تعمّ المقام، فإن موردها ما إذا كان تلف المال المضمون بيد ذى الخيار حيث إن مقتضى ما دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له، امتداد الحكم الثابت قبل القبض المستفاد من قولهم «التلف قبل القبض من مال بايعه إلى ما بعد القبض»، والمفروض فى المقام صيروره الثمن بيد المشتري وخروجه عن يد ذى الخيار، فىكون ضمان الثمن على المشتري نظير ضمان المأخوذ بالسوم، حيث إن البائع قد دفع الثمن إلى المشتري ليسترد منه المبيع لا مجاناً.

نعم إذا تلف الثمن قبل الرد بيد البائع يكون من صغريات تلك القاعده حتى لو قيل: بأن رد الثمن قيد لنفس الخيار؛ لأن العبره ليس لنفس زمان الخيار بل بعدم استقرار الملك وكونه فى معرض الزوال كما يشير إلى ذلك قوله عليه السلام: «حتى ينقضى الشرط ويصير المبيع للمشتري» (٢)، فإن هذا الكلام بمنزله القول بأن عدم استقرار الملك يوجب انحلال البيع بتلف المبيع بيد ذى الخيار، ومع التعدى إلى تلف الثمن يكون انحلال البيع فى المقام بتلف الثمن بيد البائع المفروض كونه ذا الخيار.

أقول: لم يظهر من قاعده ضمان تلف المال على من لا خيار له أن الضمان بمعنى انحلال البيع ينحصر بصوره كون التلف فى يد ذى الخيار، فلو قبض المشتري الحيوان ثم استودعه عند بايعه وتلف قبل انقضاء ثلاثه أيام انحل البيع.

ولا أظن أن يلتزم أحد ببقاء البيع بحاله، وأن المشتري على تقدير فسخ البيع يرجع إلى بايعه بالقيمه لكون الحيوان قيمياً.

ص: ٥٨

١- (١) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ٩٥ ٩٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٤ ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

ولو تلف الثمن: فإن كان بعد الرد وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء من أنّ التلف في زمان الخيار مَمَّن لا خيار له كونه من المشتري وإن كان ملكاً للبائع، إلا أن يمنع شمول تلك القاعده للثمن ويدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين واستظهره من روايه معاويه بن ميسره المتقدمه. ولم أعرف وجه الاستظهار، إذ ليس فيها إلا أنّ نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري، وهما إجماعيان حتى في مورد كون التلف مَمَّن لا خيار له، فلا حاجه لهما إلى تلك الروايه، ولا تكون الروايه مخالفه للقاعده، وإنما المخالف لها هي قاعده أنّ الخراج بالضمان [١] إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعده للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحدٍ عموم القاعده للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة أعنى خيار المجلس والشرط والحيوان وسيجيء الكلام في أحكام الخيار. وإن كان التلف قبل الرد الشرح:

ويشهد لعدم اعتبار التلف بيد ذى الخيار إطلاق الروايات الوارده في تلف الحيوان، حيث لم يؤخذ فيها التلف بيد ذى الخيار.

نعم قد فرض ذلك في السؤال في بعضها، ومن الظاهر أنّ الأخذ في السؤال لا يوجب تقييد إطلاق الجواب في غيرها.

نعم الروايات كما أشرنا وارده في خيار الحيوان والتعدى منه إلى سائر المبيع فضلاً عن الثمن غير ممكن فيؤخذ بقاعده الخراج بالضمان المقتضيه لذهاب المال عن ملك مالكه غايه الأمر أنّ التلف على مالكه المفروض كونه ذا الخيار لا يوجب سقوطه خياره، بلا فرق بين كون تلف الثمن في المقام قبل ردّه على المشتري أو كان بعده كما لا يخفى.

[١] قد تقدم عدم شمول قاعده التلف في زمان الخيار ممن لا خيار لتلف الثمن في المقام، وأن عدم الشمول لقصور القاعده وعدم العموم في دليلها لا لدلاله روايه

ردّ الثمن على المشتري أو وكيله أو وليه

فمن البائع، بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الردّ.

وفيه مع ما عرفت من منع المبنى : منع البناء، فإنّ دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواءً كان بخيارٍ متّصلٍ أم بمنفصلٍ، كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيّجىء ثمّ إن قلنا: بأنّ تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، وإن قلنا: بأنّه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيردّ البدل ويرتجع المبيع.

الأمر السادس: لا إشكال في قدره على الفسخ [١] بردّ الثمن على نفس المشتري، أو برده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد. وإن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببدله، فامتنع رده الشرح:

معاوية بن ميسره (١) على اختصاصها بالمبيع كما عن الجواهر (٢)، فإنّ تلك الرواية داله على كون نماء المبيع في بيع الخيار للمشتري وتلفه أيضاً عليه، وشيء من الحكمين لا ينافي كون ضمان تلف الثمن أيضاً عليه.

والمنافي لقاعده ضمان التلف على غير ذى الخيار، قاعده أنّ الخراج بالضمان الجارية في ناحيه الثمن؛ لأنها تقتضى ذهاب الثمن على البائع والقاعده أخص من قاعده الخراج بالضمان، فعلى تقدير عمومها يرفع اليد بها عن قاعده أنّ الخراج بالضمان كما لا يخفى.

[١] لو كان المصرح به في بيع الخيار ردّ الثمن على نفس المشتري أو وكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، سواء كان اشتراط الرد إلى هؤلاء مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد على المشتري يحصل التمكن من الفسخ بالرد المزبور.

ص: ٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٠ ، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) الجواهر ٢٣ : ٨٨ .

إليه عقلاً- لغيبه ونحوها، أو شرعاً لجنونٍ ونحوه، ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم، كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبه مسائله وعدمه، كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله، قولان.

وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنّه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار، وأنه لا- اعتبار بالإشهاد خلافاً لبعض علمائنا قال: إنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه، فما ذكروه: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانةً إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلاّ أنّه بعيدٌ عن مساق الأخبار المذكوره، انتهى.

الشرح:

وأما إذا كان المشروط رد الثمن على المشتري كما هو المتعارف واتفق عدم التمكن من الرد عليه عقلاً لغيبه أو شرعاً لحصول الجنون أو السفه له، فهل يكفي في التمكن من الفسخ رد الثمن على الحاكم الشرعي، ومع فقدته على عدول المؤمنين أم لا يظهر كفايه رده على الحاكم من المحقق القمي رحمه الله في أجوبه مسائله (١) وخالف فيه صاحب المناهل رحمه الله (٢).

ويظهر من صاحب الحدائق (٣) قول ثالث وادّعى الإتفاق عليه، وهو عدم لزوم ردّ الثمن على المشتري في الفسخ مع غيبته، بل يكفي معها جعل البائع الثمن أمانه عنده، حيث إنه نقل أولاً قول المشهور، بأنه لا يعتبر في فسخ ذى الخيار حضور الخصم، وأنه لا يعتبر في الفسخ الإشهاد خلافاً لبعض علمائنا. وذكر ثانياً أنّ ظاهر الرواية اعتبار

ص: ٦١

١- (١) جامع الشتات ٢ : ١٤١ ، المسأله ٩٩ .

٢- (٢) المناهل : ٣٣٤ .

٣- (٣) الحدائق ١٩ : ٣٦٣٥ .

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرض لحكم ردّ الثمن مع غيبه المشتري في هذا الخيار، ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانه عند البائع حتى يحضر المشتري. وذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامه وبعض الخاصه، حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، ولا تنافى بينه وبين اعتبار حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ، وهو ردّ الثمن إلى المشتري، مع أنّ ما ذكره من أخبار المسأله لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ. وإن كان موردها صورته حضوره لأجل تحقيق الردّ، إلا أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الردّ بزمان، بناءً على مغايره الفسخ للردّ وعدم الاكتفاء به عنه. نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم. لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بردّ الثمن، فافهم.

الشرح:

حضور المشتري في الفسخ ليفسخ البائع البيع بعد رد الثمن عليه، فما ذكره من جواز فسخ البائع مع عدم حضور المشتري، وجعل الثمن عنده أمانه إلى أن يجيء المشتري، وإن كان ظاهرهم الإتفاق عليه، ولكنه بعيد عن مساق أخبار الباب.

وذكر المصنف رحمه الله في الرد على صاحب الحدائق، بأنه لم يظفر من الأصحاب بمن تعرض لفرض غيبه المشتري في بيع الخيار، وأنه يكفي في فسخ البائع جعل البائع الثمن أمانه عنده، فإنهم وإن ذكروا عدم اعتبار حضور الخصم في الفسخ خلافاً لبعض العامه (1)، إلا أنّ هذا باعتبار عدم اشتراط الفسخ بحضور المشتري ولا ينافى في ذلك اعتبار حضوره لرد الثمن عليه الذى شرط في نفوذ الفسخ، وكذا أخبار الباب فإنّ

ص: ٦٢

١- (١) نقله عنهم العلامة في التذكرة ١ : ٥٢٢، والشيخ في الخلاف ٣ : ٣٥، ذيل المسأله ٤٧ من كتاب البيوع، وراجع الفتاوى الهنديه ٣ : ٤٣ .

فيما لم يصرح باشتراط الردّ على المشتري قام وليه مقامه

وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ إلى خصوص المشتري هو قيام الوليّ مقامه، لأنّ الظاهر من الردّ إلى المشتري حصوله عنده وتملكه له حتّى لا يبقى الثمن في ذمّه البائع بعد الفسخ، ولذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى، الشرح:

موردها وإن كان حضور المشتري لرد الثمن عليه، إلّا أنه لا دلالة لها على اعتبار حضوره في حصول الفسخ؛ لأنّ الفسخ قد يتأخر عن رد الثمن.

ولو فرض حصول الفسخ برد الثمن لكان اعتبار حضوره لرد الثمن عليه لا لاعتباره في الفسخ.

ثمّ ذكر قدس سره: أنّ الأقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ على خصوص المشتري هو قيام الوليّ مقامه، في أنّ مع الرد عليه يتمكن البائع من الفسخ، وذلك فإن المراد بقريته الارتكاز في مقام الإشتراط رد الثمن على المشتري هو أن لا يبقى الثمن بيد البائع أو عهدته حين الفسخ، بأن يدفع الثمن على من يتعيّن دفع الثمن عليه على تقدير عوده إلى ملك المشتري، ولذا لو مات المشتري يدفع المال إلى وارثه، كما أنه لا خصوصيه للبائع في رد الثمن بأن يكون المراد خصوص البائع، ولذا يدفع وارث البائع الثمن إلى المشتري ويفسخ البيع، وليس ذلك لإرث الخيار، فإنه لو كان الشرط في الخيار أو الفسخ ردّ خصوص البائع لا يكون المورد من موارد إرث الخيار باعتبار عدم تحقق شرطه إلّا للبائع خاصة، وإنما يورث الخيار فيما لم يكن شرط يخصّ تحققه بأحد المتعاقدين، وبتعبير آخر: يورث الخيار لا شرطه أو قيد الفسخ.

ولكن مع ذلك قد يقال: لو كان الشرط الردّ على المشتري فلا يكفي الدفع إلى وليه أو وكيله، لأنّ المفروض أن المذكور في بيع الخيار الرد على المشتري وليس في البين ما يدل على التنزيل بأن يقتضى ما دل على أن الوكيل أو الولي بمنزله الموكل والمولى عليه، بل كون الحاكم الشرعي بمنزله المولى عليه من المضحكات، كما أنه

وكذا لو ردّ وارث البائع، مع أنّ المصرّح به في العقد ردّ البائع، وليس ذلك لأجل إرثه للخيار، لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخلّيه خصوص البائع في الردّ، وكذا الكلام في وليّه.

الشرح:

ليس في البين ما دل على أن قبض الوكيل أو الولي قبض للمشتري، فإن مقتضى ما دل على مشروعيه التوكيل أو الولاية أنّ الفعل الصادر عن الوكيل أو الولي مع كونه فعل الوكيل أو الولي نافذ في حق الموكل والمولى عليه ولكن المفروض في بيع الخيار أنه قد جعل شرط الخيار أو قيد الفسخ فعل المشتري أي رد الثمن عليه.

والحاصل: أن الأظهر في مورد لم يكن فيه قرينه على التعميم في الرد عدم كفايه الرد على الوكيل أو الولي في الفسخ.

أقول: مقتضى ما دل على مشروعيه الوكالة انتساب الفعل من الوكيل إلى الموكل، فيكون بيعه بيعاً للمالك فيدخل في قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) وطلاقه طلاقاً للزوج الموكل، حيث إن الوكالة تنحصر مواردها بموارد انتساب فعل المباشر إلى الأمر به أيضاً وتكون مشروعيتها بمعنى إمضاء الشارع هذا الانتساب كما لا يخفى.

وأما الولاية فإنه يكفي في رد الثمن على الولي كونه متولياً للأمر الراجع إلى المولى عليه، ومن تلك الأمور قبض المال الذي يدخل في ملكه بالوقف أو الهبة أو الاشتراط أو غير ذلك، كما يفصح عن ذلك ما ورد في هبة الأب أو وقفه المال على ولده الصغار وغير ذلك، فتدبر.

ص: ٦٤

١- (١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥ .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ١ .

أخذ الحاكم الثمن في بيع الخيار

ودعوى: أن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب [١] على وجه الحفظ أو المصلحة، والثمن قبل رده باقٍ على ملك البائع، وقبضه عنه الموجب لسلطنه البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحةً للغائب أو شبهه، فلا يكون ولياً في القبض، فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ، مدفوعه: بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوبٌ شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ، إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال: إن ولايته في القبول متوقفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ.

ومما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن [٢] إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسيبه عن الغائب وشبهه. ولو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصح له الفسخ

الشرح:

[١] قد يشكل في قبض الحاكم الثمن بأن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب على وجه الحفظ والمصلحة، وهذا غير متحقق في قبض الثمن حيث إن الثمن ملك للبائع قبل أخذ الحاكم وبالأخذ يتمكن من تملك المبيع بفسخ البيع وقد لا يكون هذا الفسخ مصلحة للغائب أو سائر القصر فلا يكون ولياً في قبض الثمن.

الرد إلى عدول المؤمنين

والجواب: أن رعايه المصلحة تنحصر بالموارد التي يكون تصرف الولي فيها اختيارياً أي بإرادته لا ملزم له لتلك الإرادة، والأمر في قبض الثمن ليس كذلك، فإن شرط الخيار أو الفسخ ليس قبض المشتري بل تمكين البائع المشتري أو وليه أو وكيله المطلق من أخذ الثمن، وهذا يحصل بلا اختيار الولي لأنه لا يعتبر في حصول ذلك قبض المشتري أو وليه ليقال: إن قبول الولي مشروط بالمصلحة للمولى عليه.

[٢] ومما ذكر ظهر أنه لو لم يتمكن البائع من رد الثمن على الحاكم الشرعي أيضاً لفقده وفقد وكيله يجوز له رد الثمن إلى عدول المؤمنين ليحفظوه للمشتري حسباً

مع ردّ الثمن إلى الوليّ الآخر أعنى الجدّ مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الردّ إلى الأب، أو لا؟ وجوه. ويجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فردّ البائع إلى حاكم آخر، وليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمةً للأول حتّى لا يجوز قبوله للثمن، ولا يجرى ولايته بالنسبة إلى هذه المعامله بناءً على عدم جواز مزاحمة الحاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور، لما عرفت: من أنّ أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً، بل البائع إذا وجد من يجوز أن يتملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ. وليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمين عن المشتري مزاحمةً للحاكم الأول، غايه الأمر وجوب دفعه إليه، مع احتمال عدم الوجوب، لأنّ هذا ملكٌ جديدٌ للصغير لم يتصرّف فيه الحاكم الأول، فلا مزاحمه. لكن الأظهر أنّها مزاحمة عرفاً.

الشرح:

على ما هو مقتضى ولايتهم على الغائب أو سائر القصر مع فقد الحاكم ووكيله.

ثمّ إنّه إذا اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يجوز للبائع الفسخ برد الثمن على الوليّ الآخر للطفل أى الجد مطلقاً أو مع عدم تمكنه من الرد على الأب أو لا يجوز وجوه.

ويجرى مثل ذلك ما إذا اشترى الحاكم للمولى عليه بخيار البائع مالاّ فهل يجوز للبائع فى فسخه البيع المزبور دفع الثمن إلى الحاكم الآخر.

فالأظهر التفصيل فى المقام بين الدفع إلى الجد أو إلى الحاكم الآخر فانه يجوز الدفع إلى الجد فى فسخ البيع المزبور أخذاً بما دل على ولايه الأب الشامل لأب الأب على ما تقدم فى بحث الولاية.

وأما الدفع إلى الحاكم الآخر فغير جائز فإنه ليس للحاكم الآخر ولايه على الطفل المزبور فإن الدليل على ولايه الحاكم فى أموال القصر هو دليل الحسبه

الأمر السابع: إذا أطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن [١] لم يكن له ذلك إلاّ- برّد الجميع، فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ. وليس للمشتري التصرف في المدفوع اليه، لبقائه على ملك البائع. والظاهر أنّه ضامنٌ له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمّية، إلاّ أن يصرح بكونها أمانةً عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع. الشرح:

ولا يجرى ذلك الدليل بعد وضع الحاكم الأول يده على أمر مال اليتيم، ولذا لا يجوز للثاني مزاحمه الأول.

والحاصل: عدم جواز قبض الحاكم الثاني بالإضافة إلى المعاملة المزبوره بل مطلقاً فيما إذا كانت معاملة الحاكم الأول بعنوان التصدي لأموال الطفل المزبور حيث لا يثبت معه ولايه للحاكم الثاني بالإضافة إلى ما يتعلق بالمعاملة المزبوره بل مطلقاً كما لا يخفى.

[١] ذكر قدس سره في هذا الأمر ما حاصله: أنه إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ الثمن بقول مطلق فلا يكون للبائع فسخ إلاّ بعد رد تمام الثمن عينا أو بدلاً، فإن رد على المشتري بعض الثمن فلا- ينفذ الفسخ، بل يبقى البيع بحاله وحينئذ لو كان دفع البعض بعنوان الثمّية يبقى المال المزبور على ملك البائع، فلا يجوز للمشتري التصرف في ذلك البعض لكونه ملك البائع.

والظاهر أنه ضامن لأن المفروض دفعه إليه بعنوان الثمّية، فمع عدم تحقق الفسخ يكون يده عليه يد ضمان.

وبتعبير آخر: لا فرق بين البيع الفاسد والفسخ الفاسد في ثبوت ضمان اليد في كل منهما.

وأما إذا دفع البعض إلى المشتري حتى يفسخ المعاملة بإجماع تمام قدر الثمن عنده يكون الموجود بيد المشتري أمانة مالكيه، فلا يكون عليه ضمان اليد كما هو

ولو شرط البائع الفسخ في كل جزءٍ برد ما يخصه من الثمن، جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، وللمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع وخرجت المده. الشرح:

مقتضى نفي الضمان عن الأمين.

أقول: إذا فرض فسخ البائع البيع بدفع بعض الثمن ورضا المشتري بالفسخ المزبور لكان ذلك من إقاله البيع، فيصح للمشتري التصرف في المدفوع لأنه ملكه غايه الأمر يبقى باقي الثمن على عهده البائع.

وأما إذا لم يكن ذلك برضاه فلا يكون أخذ ذلك البعض بعنوان الثمنيه فعلاً، وان يكن ثمناً مستقبلاً فيكون المدفوع إليه فعلاً مع عدم فسخ البائع أمانه مالكيه لا محاله فلا يكون عليه ضمان المأخوذ.

وأما إذا كان المشروط فسخ البيع في المقدار المدفوع من الثمن حتى يتم فسخ تمام البيع بدفع تمام الثمن تدريجاً في المده المضروبه يفسخ البيع بفسخه في المقدار المدفوع.

وعلى ذلك فلو لم يدفع بقيه الثمن ولم يفسخ البيع في تمام البيع حتى انقضت المده المضروبه يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه الذي مرجعه إلى تخلف الشرط.

وهل للمشتري الخيار قبل انقضاء المده في فسخ البيع المزبور بدعوى تبعض الصفقه عليه، الظاهر ذلك.

أقول: لم يعلم الوجه في تحقق خيار تبعض الصفقه قبل انقضاء المده، فإن التبعض قبل انقضائها مما أقدم عليه المشتري، وإنما اشترط عدم التبعض بعد انقضاء المده فلا وجه لثبوت الخيار في حق المشتري قبل انقضائها.

ثم إنه قد يقال: إن اشتراط الفسخ في بعض المبيع مطلقاً أو برد مقدار يخصه من الثمن غير صحيحه، لأن الثابت شرعاً جواز اشتراط الخيار في البيع المنشأ ابتداءً.

وهل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك. ويجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدّة، بل بجزء غير معين، فيبقى الباقي في ذمّه البائع بعد الفسخ.

الشرح:

وأما البيوع الانحلاليه فاشتراط الخيار في بعضها أو كلها على نحو الاستقلال فغير ثابت بل مخالف لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1) المقتضى للزوم البيع.

وبتعبير آخر: لم يثبت كون الزوم بالإضافه إلى البيوع الانحلاليه حقيقاً، بل ظاهر الكتاب لزوم البيع من جهه المنشأ ابتداءً ومن جهه البيوع الانحلاليه، غايه الأمر ثبت كون الزوم في المنشأ ابتداءً حقيقاً. وأما بالإضافه إلى البيوع الانحلاليه، فيؤخذ بظاهره؛ أضف إلى ذلك ما عن بعض الأجلّه (دامت أيامه) أنه لا انحلال للبيوع المنشأ ليشترط الخيار في بعضها.

أقول: قد تقدم سابقاً توضيح الانحلال بالإضافه إلى الأجزاء الخارجيه فيما إذا كان المبيع من بيع الشئيين بصفقه واحده، وبالإضافه إلى الأجزاء المشاعه بالإضافه إلى عين واحده وكون الزوم بالإضافه إلى البيوع الانحلاليه أيضاً حقيقاً يظهر من ملاحظه ما إذا اشترى الحيوان مع غيره بصفقه واحده، ثم تلف الحيوان أيام خياره، فإنه لا ينبغي الشك في ثبوت الخيار بالإضافه إلى شراء غير الحيوان باعتبار تبعض الصفقه. مع أنّ هذا من اشتراط الخيار في البيع الانحلالي؛ فتدبر جيداً.

وقد ظهر مما ذكر جواز اشتراط الخيار في فسخ البيع برد بعض الثمن معيناً أو غير معين، وبعد الفسخ يبقى باقي الثمن في عهده البائع كل ذلك لكون الزوم في البيع حقيقاً يجوز معه اشتراط الخيار مطلقاً أو مقيداً برد تمام مقدار الثمن أو بعضه والله العالم.

ص: ٦٩

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ [١] برّد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برّد الثمن، ولا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين، ولا في جواز التصريح برّد بدله مع تلفه، لأنّ مرجعه إلى اشتراط الخيار برّد المبيع مع وجوده وبدله مع تلفه وعدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ. وفي جواز اشتراط ردّ بدله ولو مع التمكن من العين إشكالاً: من أنّه خلاف مقتضى الفسخ، لأنّ مقتضاه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراطاً للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسحاً في الحقيقة. نعم، لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي وبالقيمه في المثلي أمكن الجواز، لأنّه بمنزلة اشتراط إيفاء ما في الذمّه بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمه والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمل. ويجوز اشتراط الفسخ لكلّ منهما برّد ما انتقل إليه أو بدله، والله العالم.

الشرح:

[١] كما يجوز للبائع اشتراط الخيار في الفسخ برّد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الخيار في فسخ البيع برّد المبيع.

ويفترق المقام عن اشتراط الخيار للبائع برّد الثمن، أن مقتضى إطلاق اشتراط رد المبيع اعتبار رد عين المبيع، فلا يكفي في خيار المشتري رد البدل ولو مع تلف العين، حيث إن القرينه العامه المشار إليها سابقاً منحصره بمورد اشتراط الخيار للبائع ولا تجرى في اشتراط الخيار للمشتري برّد المبيع.

وقد تقدم أيضاً أن مقتضى الفسخ مع بقاء العينين رجوعهما إلى مالكهما حتى لو كان الثمن كلياً، وقد دفع المشتري إلى البائع فرداً بعنوان الوفاء بالثمن فإنه يرجع ذلك الفرد إلى ملك المشتري لأن بقاءه في ملك البائع بلا وجه.

وعلى ذلك فلو اشترط دفع البدل مع بقاء العين في ناحيه الثمن أو المثل، يكون

مسأله: لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع [١]، بالبيع وجريانه في كل معاوضه لازمه كالأجاره والصلح والمزارعه والمساقاه بل قال في التذكره: الأقرب عندى دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضه، خلافاً للجمهور. ومراده ما يكون لازماً، لأنه صرح بعدم دخوله في الوكاله والجعاله والقراض والعاريه والوديعة، لأن الخيار لكل منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه، والأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم»، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعه دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمه ولو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزه، إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى الشرح:

ذلك في الحقيقه من اشتراط الفسخ بالمبادله بين تلك العين وبدله وذكرنا جواز ذلك، وأنه لا فرق بين اشتراط دفع البدل مع بقاء العين وبين رد التالف المثلى بالقيمه أو بالعكس من هذه الجبهه فتدبر جيداً.

[١] ذكر رحمه الله: أنه لا إشكال ولا خلاف في جواز اشتراط الخيار في كل معاوضه لازمه كالبيع والإجاره والصلح والمزارعه والمساقات .

قال العلامة في التذكره (١) الأقرب دخوله في كل عقد معاوضه خلافاً للجمهور، ومُراده العقد اللازم، حيث صرح بعدم دخوله فيالوكاله والجعاله والمضاربه والوديعة والعاريه من العقود الجائزه لأنه لا معنى لاشتراط الخيار مع جواز العقد دائماً.

والأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

أقول: الظاهر زياده لفظه «بل» في قوله: «بل قال في التذكره» لأن ما ذكره أولاً عين ما نقله عن التذكره.

ص: ٧١

١- (١) التذكره ١: ٥٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

للخيار فى العقد الجائز ولو من الطرف الواحد. فعن الشرائع والإرشاد والدروس وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفايه: دخول خيار الشرط فى كل عقد سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعتق. وظهرها ما عدا الجائز، ولذا ذكر نحو هذه العبارة فى التحرير بعدما منع الخيار فى العقود الجائزه. وكيف كان: فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى أن مقتضى عموم أدله الشرط الصّحّه فى الكلّ و إنّما الإخراج لمانع، ولذا قال فى الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط فى الصرف عن الشيخ قدس سره: إنه لم يعلم مع وجهه مع عموم صحيحه ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم»، فالمهمّ هنا بيان ما خرج عن هذا العموم. فنقول: الشرح:

ثمّ إنه لم يظهر وجه إدخال الصلح فى المعاوضه حيث إنّ الصلح هو التراضى والتسالم بشىء من الطرفين، وقد يكون ذلك الشىء معاوضه بين المالىن، وقد يكون أمراً آخر، وعلى كل تقدير فالصلح ليس نفس المعاوضه.

نعم لا بأس بإدخال المزارعه والمساقات فى المعاوضه حيث يمكن القول بأن تسليم الأرض إلى الزراع بإزاء حصه من حاصلها معاوضه بين التسليم المزبور، وبين تلك الحصه بحيث يكون التسليم مملوكاً للزراع والحصه على تقدير الزرع مملوكاً لمالك الأرض كما أنها فى المساقات معاوضه بين ملك عمل العامل وبين الحصه من الثمره.

ثمّ إنه قد اشتهر الاستدلال بعدم جواز اشتراط الخيار فى العقود الجائزه؛ بأن اشتراط الخيار فيها لغو محض ولا يقاس باشتراط الخيار فى مورد المجلس أو خيار الحيوان، حيث يمكن فيه إسقاط خيار المجلس أو الحيوان أو سقوطه وبقاء الخيار المشترط.

ولكن لا يخفى أنّ الاستدلال المزبور يتم فى العقود الجائزه المطلقه كالكاله

عدم جواز خيار الشرط فى الإيقاعات

أمّا الإيقاعات، فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود. قيل: لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما يتّبه عليه جملة من الأخبار والإيقاع إنّما يقوم بواحد.

وفيه: أنّ المستفاد من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين: المشروط له، والمشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب والقبول، ألا- ترى أنّهم جوّزوا أن يشترط فى إعتاق العبد خدمة مدّه تمسيكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غاية الأمر توقّف لزومه كاشتراط مالٍ على العبد على قبول العبد على قول بعض.

الشرح:

والوديعه والعاريه.

وأما العقود الجائزه التى ينتهى الجواز الحكمى فيها فيما بعد كالهبة حيث تلزم بتلف العين أو إتلافها أو تغييرها فلا- يكون الاستدلال المزبور مقتضياً لعدم جواز اشتراط الخيار فيها إلى مدّه أو إلى الأبد. فيكون نتيجة اشتراطه جواز الفسخ والرجوع حتى بعد تلف العين أو تغييرها.

والحاصل: أنّ ظاهر كلمات بعض (1) الأصحاب جواز اشتراط الخيار فى كل عقد لازم سواء كانت معاوضه كالإجاره أو غيرها كالصلح حتى فيما كان لزومه من طرف واحد، فإنّ مع اللزوم من طرف واحد لا- يكون اشتراط الخيار لذلك الطرف لغواً بخلاف الجائز من الطرفين أو من طرف واحد، فإنه يصبح اشتراط الخيار من ذلك الطرف لغواً.

ص: ٧٣

١- (١) منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤ : ٣٠٤، والسيد المجاهد فى المناهل: ٣٣٦، والمحقق التستري فى المقابيس : ٢٤٨، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٩.

لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول. فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط، أو انصرافه، خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس: بعدم مشروعيتّه الفسخ في الإيقاعات حتّى تقبل لاشتراط التسلّط على الفسخ فيها. والرجوع في العده ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعيّ في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده. ومرجع هذا إلى أنّ مشروعيتّه الفسخ لا- بدّ لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعيتّه الإقاله وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما في بعضها، بخلاف الإيقاعات، فإنّه لم يُعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتّى يصحّ اشتراط ذلك فيها.

الشرح:

وذكر المحقق (١) وجمع آخر (٢): جواز اشتراط الخيار في كل عقد غير النكاح والوقف والابراء والطلاق.

والظاهر أنّ مرادهم غير الجائز، ولذا ذكر في التحرير (٣) هذا الكلام بعد منعه عن اشتراط الخيار في العقود الجائزه.

والأصل لهم في الحكم بجواز الاشتراط عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط، وأن عدم المدخول في عقد لازم أنّما يكون لمخرج عن الأصل المزبور، ولذا ذكر الشهيد (٤) في رد قول للشيخ بعدم دخول خيار الشرط في بيع الصرف بأنه لم يعلم

ص: ٧٤

١- (١) حكاه عنه صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٨ ، وراجع الشرائع ٢ : ٢٣ .

٢- (٢) حكاه عنهم صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٨ ، وراجع الإرشاد ١ : ٣٧٥ ، والدروس ٣ : ٢٦٨ ، وحاشيه الإرشاد (مخطوط) : ٢٦٠ ، ومجمع الفائده ٨ : ٤١١ ، وكفايه الأحكام : ٩٢ .

٣- (٣) التحرير ١ : ١٦٨ .

٤- (٤) الدروس ٣ : ٢٦٨ .

وبالجملة، فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناءً على أن اللزوم فى الإيقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزه فلا يصير سبباً باشتراط التسلط عليه فى متن الإيقاع. هذا كله، مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط ونفى الخلاف عن السرائر على عدم دخوله فى العتق والطلاق، وإجماع المسالك على عدم دخوله فى العتق والإبراء. ومما ذكرنا فى الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع ولو كان عقداً، كالصلح المفيد فائده الإبراء، كما فى التحرير وجامع المقاصد.

وفى غايه المرام: أن الصلح إن وقع معاوضه دخله خيار الشرط، وإن وقع عمّا فى الذمه مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله، لأن مشروعيته لقطع المنازعه فقط، واشتراط الخيار لعود الخصومه ينافى مشروعيته، وكل شرط ينافى مشروعيه العقد غير لازم، انتهى.

الشرح:

وجه المنع بعد عموم (١) دليل جواز الاشتراط.

وكيف كان يقع الكلام فى موردين: الأول: عدم جواز خيار الشرط فى الايقاعات. والثانى: جواز اشتراط الخيار فى العقود اللازمه.

أمّا الأول: فقد يستدل على عدم جواز شرط الخيار فى الايقاعات بعد دعوى عدم الخلاف فيه كما يظهر ذلك من الحلّى فى السرائر (٢) فى الاستدلال على عدم جواز شرط الخيار فى الطلاق بخروجه عن العقد بأن الشرط ما كان بين اثنين كما يظهر ذلك من الأخبار الوارده فى أبواب متفرقه، ولا يتحقق ذلك فى الايقاعات لقيامها بفعل

ص: ٧٥

١- (١) أى الحديث: «المسلمون عند شروطهم». وراجع الوسائل ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ .

٢- (٢) السرائر ٢ : ٢٤٦ .

والكبرى المذكوره فى كلامه راجعهُ إلى ما ذكرنا فى وجه المنع عن الإيقاعات، ولا أقلّ من الشكّ فى ذلك الراجع إلى الشكّ فى سببهِ الفسخ لرفع الإيقاع. وأما العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً.

الشرح:

واحد وهو الموجب.

وقد ناقش المصنف رحمه الله فى ذلك: بأنّ المستفاد من الأخبار توقف الشرط على المشروط له والمشروط عليه، وفى صحيحه عبدالله ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله، فلا- يجوز له ولا- يجوز على الذى اشترط عليه»^(١)، ولا- يتوقف على الايجاب والقبول، فإن الشرط يحصل فى الإيقاعات أيضاً كما يفصح عن ذلك ما ذكرنا^(٢) من جواز اشتراط خدمه العبد مده فى عتقه تمسكاً بعموم «المسلمون عند شروطهم»^(٣)، غايه الأمر أنّ نفوذ الشرط يتوقف على قبول المشروط عليه كما قيل^(٤) فى عتق العبد واشتراط مال عليه من توقفه على قبول العبد، وهذا غير اعتبار وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول.

ثمّ قال ذكر فى عدم جريان شرط الخيار فى الإيقاعات وجوهاً:

الأول: عدم إحراز عموم الشرط للإلتزام أو الإلزام فى ضمن الإيقاع حيث يحتمل أن لا يعم معنى الشرط غير ما يكون فى ضمن العقد كما هو ظاهر القاموس^(٥)، حيث ذكر: أنّ الشرط هو الإلزام والالتزام فى بيع ونحوه.

ص: ٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) راجع المسالك ١٠ : ٩٩٢ ، ونهايه المرام ٢ : ٢٥١ ، وكشف اللثام (الطبعه الحجرية) ٢ : ١٨٥ .

٣- (٣) نفس المصدر فى الهامش الأوّل .

٤- (٤) كما قاله العلامة فى التحرير ٢ : ٧٩ .

٥- (٥) القاموس ٢ : ٣٦٨ ، مادّه «الشرط» .

فالأول: النكاح، فإنه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك: الإجماع عليه. ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق وعدم مشروعيته التقايل فيه.

الشرح:

الثاني: على تقدير شمول معنى الشرط، فلا يحرز شمول قوله صلى الله عليه وآله وسلم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) لشرط الخيار في الإيقاعات حيث إن شموله لمورد يتوقف على إحراز مشروعيه المشروط في نفسه في ذلك المورد، لأن خطاب نفوذ الشرط لا يثبت مشروعيه المشروط بل يثبت نفوذ ما هو المشروع في نفسه فيما إذا التزم به في ضمن عقد أو إيقاع كما هو مقتضى قولهم عليهم السلام: «إلا شرطاً حلالاً حراماً أو حرماً حلالاً»^(٢)، ومشروعيه الفسخ في نفسه في الإيقاعات غير محرز.

لا يقال: يدل على مشروعيته فيها ما دل على جواز رجوع الزوج عن الطلاق الرجعي في عده زوجته.

فإنه يقال: الرجوع ليس من فسخ الطلاق بمعنى أن يكون حقاً للزوج، ولذا لا يسقط جوازه بإسقاط الزوج.

وبتعبير آخر: الجواز في الرجوع في الطلاق الرجعي كاللزوم في سائر الإيقاعات من الأحكام لا من الحقوق.

الثالث: الإجماع على عدم جريان شرط الخيار في الإيقاعات، كما يظهر عن جمع من الأصحاب^(٣).

وقد يقال كما عن بعض الأعاظم (دامت أيامه): أن الإيقاع فعل الموقع فقط

ص: ٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٨١، والسرائر ٢: ٢٤٦، والمسالك ٣: ٢١٢.

ومن الثاني: الوقف، فإنَّ المشهور عدم دخوله فيه، وعن المسالك: أنه موضع وفاق. ويظهر من محكيّ السرائر والدروس وجود الخلاف فيه. وربما علل باشتراط القربه فيه وأنه فكّ ملكٍ بغير عوض، والكبرى في الصغريين ممنوعه. ويمكن الاستدلال له بالموثقه المذكوره في مسأله شرط الواقف كونه أحقّ بالوقف عند الحاجه، وهى قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجتُ إليها فأنا أحقّ بها، ثم مات الرجل، فإنها ترجع في الميراث» وقريبٌ منها غيرها. وفي دالتهما على المدعى تأمل. ويظهر من المحكيّ عن المشايخ الثلاثة في تلك المسأله تجويز اشتراط الخيار في الوقف، ولعله المخالف الذى أُشير إليه في محكيّ السرائر والدروس.

الشرح:

فلا يكون التزامه أو إلزامه الآخر بشيء في ضمن الإيقاع بل بعد تحقق ذلك الإيقاع لا محاله، مثلاً إذا قال مبرئ ذمه الغير: «أبرأتك مما عليك واشترطت على نفسى الخيار شهراً» يكون الاشتراط بعد تحقق الإبراء لا في ضمنه بخلاف ما إذا قال: «بعثتك المال على أن يكون لى الخيار شهراً»، فإن شرط الخيار يكون قبل قبول المشتري ويقع معه شرط الخيار في ضمن البيع.

لا يقال: إذا قال «أبرأتك وشرطت عليك كذا من دينك» يكون من الشرط في ضمن الإيقاع مع أن البيع أيضاً فعل البائع فقط والقبول من المشتري يعتبر في نفوذ الإيجاب كالإجازة في بيع الفضولى فيكون الشرط فيه أيضاً بعد البيع.

فإنه يقال: ليس المراد من وقوع الإلزام أو الالتزام في ضمن الالتزام وقوع الالفاظ في ضمن الالفاظ الداله على الالتزام الأول، بل وقوعه قبل تمام الالتزام الأول.

مع أن المثال المزبور خارج عن الشروط العقلانيه، وأيضاً لا يثبت الكليه يعنى تحقق الشرط في الإيقاعات بعد تمامها.

ص: ٧٨

وأما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف: إنه يشترط في الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه، ويكون الوقف باطلاً كالعقود والصدقة، انتهى. لكن قال في باب خيار الشرط: أما الهبة المقبوضة، فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القرية ولا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن اختل أحد القيود لزم. وهل يدخلها خيار الشرط؟ الشرح:

وأما قضيه الشرط في البيع فإن إنشاء البيع، وإن كان يحصل بالإيجاب فقط إلا أن القبول معتبر عند العقلاء، فيكون العقد المؤثر عندهم بالحمل الشائع بعد القبول فيقع الشرط في ضمن هذا البيع.

نعم لو كان الموجب وكيلاً عن الطرفين أو ولياً عليهما يكون شرط شيء خارجاً عن تحقق البيع ولا محذور في الالتزام بعدم كون ذلك شرطاً حقيقه.

ومع الإغماض عن ذلك كله، فلا يجوز شرط الخيار في الإيقاعات، ولو قلنا بجريان الشرط في الإيقاعات أيضاً فإن شرط الخيار فيها يتوقف على البقاء الإعتباري للإيجاب والعقد، وهذا البقاء غير محرز في الإيقاعات بخلاف العقود من المعاملات وغيرها، انتهى.

أقول: كون المراد بالشرط الالتزام الذي يكون البيع ونحوه ظرفاً له على ما يستظهر من عبارته القاموس (1) غير صحيح، وإلا لكان قوله «بعت المال بكذا» و«آجرت الدار سنة بكذا»، وقال «الطرف قبلتهما بيعاً بشرط الإجاره»، مع أنه لا ينبغي الريب في فساده، بل هما معاملتان مستقلتان قد أُنشئت في زمان واحد، ولذا لو قال «الطرف قبلت البيع دون الإجاره» لزم البيع، بخلاف ما إذا قال «بعت المال الفلاني على أن تخط لي

ص: ٧٩

١- (١) مرّ آنفاً.

الأقرب ذلك، انتهى. وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمه حتى الصدقه. وكيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها، لعموم ما دلّ على أنه لا يُرجع فيما كان لله، بناءً على أنّ المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقه، نظير الجواز للعقود الجائزه. ولو شكّ في ذلك كفى في عدم سببه الفسخ التي يتوقّف صحّه اشتراط الخيار عليها. وتوهم إمكان إثبات السببه بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع.

الشرح:

ثوب الفلاني بكذا»، وقال «المشترى اشترت بلا شرط» فإنه لا يحصل التطابق المعبر بين الإيجاب والقبول، وكذا لو «قال بعتك المتاع بكذا على أن يكون لي سكنى دارك إلى سنه» وقال «المشترى قبلت البيع لا الشرط».

والوجه في ذلك أنّ الشرط بالمعنى المصدرى وهو الالتزام معلق عليه في تمام موارده من المعاملات المعاوضيه وغيرها، ولذا قد يصرح الشارط بذلك التعليق ويقول «إنما ابيعك المتاع بكذا لو التزمت بخياطه ثوبى الفلاني» ويقول الآخر «قبلت البيع على الشرط».

وأما الشرط بمعنى المشروط فلا- يكون معلقاً عليه بل لو كان ذلك المشروط من الأمور الإنشائيه كاشتراط الخيار فيحصل بالاشتراط المزبور.

وأما إذا كان من الأفعال المعبر عنه بشرط الفعل فالتزام المشروط عليه بذلك الفعل ينفذ فيجب عليه العمل المزبور سواء كان من الأفعال التكوينية كخياطه الثوب أو من الاعتبارات والانشاءات، كالبيع واشتراط الإجاره فيه، ولو لم يفعل ذلك يكون للطرف الخيار في فسخ أصل المعامله لكون هذا الخيار أيضاً شرطاً طويلاً آخر على ما يأتي توضيحه في بحث الشروط إن شاء الله تعالى.

وعلى ذلك فلا فرق في الاشتراط بين العقود والإيقاعات، حيث إنه كما يمكن تعليق إيجاب الموجب على التزام القابل بأمر، أو بالعكس كذلك يمكن تعليق الموجب

ومنه: الصلح، فإنَّ الظاهر المصرَّح به في كلام جماعه كالعَلَامه في التذكرة: دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذب البارع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقولٍ مطلقٍ. وظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف: عدم دخوله فيه مطلقاً. وقد تقدّم التفصيل عن التحرير وجامع المقاصد وغايه المرام ولا يخلو عن قربٍ، لما تقدّم من الشكِّ في سببهِ الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.

الشرح:

إيجابه في الإيقاع على التزام الآخر بأمر كما إذا قال «أبرأتك عن دَيْنك على أن تخط لي هذا الثوب»، ويقول الآخر «قبلت» غايه الأمر يكون القبول في العقود إنشاءً لالتزام الطرف بالإيجاب من جهة نفس الإيجاب وتعليقه معاً، وفي الإيقاعات من جهة تعليقه فقط.

نعم، ربّما لا يكون الشرط في الإيقاعات شرطاً حقيقه فلا يحتاج إلى القبول، كما في مثل عتق العبد، واشتراط الخدمه لمعتقه أو لغيره مده، لأن العبد ومنافعه ملك لمولاه، فيكون اشتراط الخدمه عليه في الحقيقه بمنزله استثناء بعض منافعه في العتق وإبقائها في ملكه، فلا يجوز للعبد بعد إعتاقه ترك الخدمه فإنه من تفويت ملك الغير، ولذا ذكر بعض أنه لو اعتق العبد واشتراط مالاً عليه يحتاج ذلك إلى قبول العبد دون شرط الخدمه.

لا يقال: على ذلك فلو لم يقبل الطرف الشرط في الإيقاعات فلا يتحقق الإيقاع على ما هو مقتضى التعليق.

فانه يقال: نعم، بل يمكن أن يقال بطلان الإيقاع على تقدير قبول الطرف أيضاً حيث إنّ التعليق في الإيقاعات مبطل لها، ولا يقاس بالشرط في العقود حيث إنّ الإيجاب في العقود معلق على حصول القبول لا محاله فلا يكون فرق بين الاشتراط

ومنه: الضمان، فإنَّ المحكّي عن ضمان التذكّره والقواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، وهو ظاهر المبسوط. والأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقابل فيه.

الشرح:

وعدمه على كل تقدير، فلا يكون ذكر الموجب حق الخيار لنفسه في فسخ الايقاع داخلاً في عنوان الشرط؛ لأن الايقاع بما هو إيقاع فعل الموجب فقط ليس له طرف حتى يلتزم ذلك الطرف بالحق ويتحقق معنى الشرط، كما أنه ليس الخيار من فعل الغير ليحتاج إلى التزام ذلك الغير به ويحصل معنى الشرط حيث تقدم أنّ حقيقه الشرط تعليق الموجب إيجابه على التزام الغير بحق أو ملك، أو عمل لو كان ذلك الغير طرفاً في نفس التعليق.

وهذا لا ينافي ثبوت الخيار الشرعي في إيقاع للموجب أو غيره فإن الخيار المزبور حكم شرعي، ولا يكون داخلاً في عنوان الشرط، كما لا ينافي ثبوت جواز الفسخ الحكمي في إيقاع للموجب أو غيره.

ومن هذا القبيل الرجوع في الطلاق أو انحلال النذر أو اليمين بمنع الوالدين.

فقد ظهر مما ذكرنا أنّ ما تقدم من دعوى عدم اعتبار البقاء في الإيقاعات أو اعتبار كون الشرط بمعنى المشروط مظلوماً والعقد أو الإيقاع ظرفاً كل ذلك لا أساس له ويتضح ما ذكر بالتدبر وملاحظه اعتبار العقلاء في موارد الشرط في المعاملات وغيرها حيث لا يفهم العرف فرق بين قوله تزوج فلان بفلانه أو طلق فلان زوجته في أن الإنشاء في كل منهما غير ملغى.

وهذا معنى بقائهما لا أن الالفاظ الصادره من الموجب والقابل في الأول بقصد تحقق الزوجيه في النكاح باق، وفي الطلاق زائل فان هذا من المضحكات.

وقد تحصل مما تقدم أن الشرط في الايقاعات في الموارد التي يكون المشروط من قبيل فعل الغير مع التزامه به شرط حقيقه، ولكن لشبهه الإجماع على كون التعليق

عدم جواز شرط الخيار في غير موارد جواز الإقالة

ومنه: الرهن، فإنّ المصرّح به في غايه المرام عدم ثبوت الخيار للراهن، لأنّ الرهن وثيقه للدين، والخيار ينافي الاستيثاق، ولعلّه لذا استشكل في التحرير وهو ظاهر المبسوط، ومرجهه إلى أنّ مقتضى طبيعه الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقه، والخيار منافٍ لذلك. وفيه: أنّ غايه الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

الشرح:

في الايقاعات مبطلًا لها يجب الاقتصار في الجواز على الموارد التي ورد فيها النص على الجواز.

وأما مثل شرط الخيار فلا يصح لعدم تحقق معنى الشرط حقيقه لعدم طرف للايقاع أو المشروط ليكون تعليق الموجب إيجابه على التزامه محققاً لمعنى الشرط.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله في وجه عدم شرط الخيار في الايقاعات من أنّ شرط الخيار ينفذ فيما كان المشروط أي الفسخ فيه نافذاً ومشروعاً بنحو الحق، وكذا سائر الشروط إنما تكون نافذه فيما إذا كان نفس المشروط أمر مشروعاً في نفسه، كما يستفاد ذلك من أنّ الإستثناء في قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله»^(١). والفسخ في الايقاعات بعد حصوله غير مشروع أو لم يثبت مشروعيته، فلا- يكون شرط الخيار فيه نافذاً، وقد تقدم أنّ الرجوع في العده ليس من فسخ الطلاق، وهذا بخلاف العقود، فإن شرط الخيار فيها يتعلق بأمر مشروع لأن جواز فسخ العقد يستفاد مما ورد في مشروعيه الإقاله وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما بنحو الحق لا- يمكن المساعدة عليه، فإن جواز الاقاله في عقد، كان كاشفاً عن كون وجوب الوفاء على كل من الطرفين في ذلك العقد حقاً لصاحبه عليه، وإذا فسخ أحدهما العقد برضى

ص: ٨٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

ومنه: الصرف، فإنَّ صريح الميسوط والغنيه والسراير عدم دخول خيار الشرط فيه، مدّعين على ذلك الإجماع. ولعلّه لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في الصرف والسلم: بأنَّ المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن الشرح:

صاحبه نفذ ويكون شرط الخيار راجعاً إلى اشتراط المأذونيه من صاحبه في الفسخ إلا أنّ اشتراط الخيار ينحصر بموارد مشروعيه الإقاله، ولا يعم غيرها.

وثبوت خيار الحيوان والمجلس وغيرهما في البيع لا يكشف عن كون وجوب الوفاء بالبيع في غير زمان خيار المجلس والحيوان وغيرهما حقاً فضلاً عن كشفه عن كون وجوب الوفاء بغير البيع من سائر العقود بنحو الحق لا الحكم.

فالصحيح أنه لا يمكن إثبات مشروعيه الخيار بقوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»^(١) في الموارد التي لم يثبت أن وجوب الوفاء فيها من قبيل الحقوق.

لا يقال: المستثنى من عموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) الشرط المخالف لكتاب الله وإذا شك في كون شرط مخالفاً له فالأصل يعني الاستصحاب مقتضاه عدم المخالفه.

وأيضاً قد تقدم أنّ جواز الإقاله في العقد كاشف عن كون وجوب الوفاء فيه حقياً فلا بأس بالأخذ بما دل على مشروعيه الإقاله مطلقاً ويلتزم بجواز اشتراط الخيار في كل عقد.

نعم يرفع اليد عن ذلك في موارد خاصه مما دل الدليل على كون اللزوم فيه حكماً، أو كان شرط الخيار منافياً لتحقيق أصل ذلك العقد. والأول كما في النكاح والصدقه، والثاني كما في الرهن.

ص: ٨٤

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

يفترقا ولم يبق بينهما علقه، ولو أثبتنا الخيار بقيت العلقه. والملازمه ممنوعه كما فى التذكره ولذا جزم فيها بدخوله فى الصرف وإن استشكله أولاً كما فى القواعد.

الشرح:

فانه يقال: المراد بمخالفه الشرط للكتاب يعم مخالفه عمومه، وإطلاقه وبما أن خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) انحلالى، ومقتضى إطلاق وجوب الوفاء فى كل عقد إرشاداً إلى لزومه وعدم انحلاله عدم تأثير الإقاله والفسخ فيه فىكون شرط الخيار وفسخ أحدهما منافياً لإطلاق وجوب الوفاء، حيث إنه لو كان وجوبه حقياً فى عقد لزم تقييد وجوب الوفاء فيه بما دام لم تحصل الإقاله فيه أى فسخ أحدهما برضا الآخر، فىكون شرط الخيار فى موارد عدم مشروعيه الإقاله شرطاً مخالفاً للكتاب المجيد.

ومن الموارد التى لم تشرع فيها الإقاله النكاح، حيث إن تشريع الطلاق للفرقه بين الزوجين وجعله بيد الزوج مع ما ورد فى بطلان اختيار المرأه نفسها عند تخيير زوجها، وأنه لا يحصل البينونه، كاشف عن عدم مشروعيه الإقاله فى النكاح حيث لو كانت الإقاله مشروعيه فيه لكان اختيار المرأه نفسها مع تخيير زوجها كافيه فيها، كما لا يخفى.

وفى موثقه عيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل خير امرأته فاختارت نفسها، بانت منه؟ قال: لا، إنما هذا شىء كان للرسول صلى الله عليه وآله خاصه، أمر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن لطلقن وهو قول الله عز وجل: «قُلْ لِرِءُؤَاكِكَ»^(٢)، الآية»^(٣).

ص: ٨٥

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

٢- (٢) سورة الأحزاب: الآية ٢٨ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٢: ٩٣، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، الحديث ٤ .

عدم جواز شرط الخيار في الوقف والصدقة

ومن الثالث: أقسام البيع ما عدا الصرف ومطلق الإجاره والمزارعه والمساقاه وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

الشرح:

ومثل هذه الموثقه وان كانت معارضه بما دل على حصول البيئونه باختيار نفسها، إلا أنها محموله على التقيه لكون حصول البيئونه باختيارها من مذهب بعض المخالفين.

أضف إلى ذلك التسالم على عدم جواز شرط الخيار في النكاح كما عن جماعه (١) وعدم عموم أو إطلاق في دليل مشروعيه الإقاله بحيث يعم النكاح.

وأما الصدقه ويدخل فيها الوقف فيما إذا قصد به القربه فالمعروف عدم جواز اشتراطه الخيار فيها وربما يقال بعدم جواز اشتراط الخيار في مطلق الوقف، لأنه فك ملك أو لأنه ينافى التأييد المأخوذ في عنوان الوقف. ويستدل على ذلك بصحيحه إسماعيل بن الفضل قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله» (٢).

أقول: أما الوقف فالأظهر عدم جواز اشتراط الخيار للواقف حتى فيما إذا لم يكن الوقف بقصد القربه لعدم مشروعيه الإقاله في الوقف حيث إنه من الإيقاع، بل لو كان من العقود ما جرى فيه شرط الخيار ولو مع عدم قصد القربه فيه لعدم عموم وإطلاق

ص: ٨٦

١- (١) حكى الإجماع عنها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤ : ٥٦٨ ، وراجع الخلاف ٣ : ١٦ ، المسأله ١٧ من كتاب البيوع، والخلاف ٤ : ٢٩٢ ، المسأله ٥٩ من كتاب النكاح، والمبسوط ٢ : ٨١ ، والسرائر ٢ : ٢٤٦ ، وجامع المقاصد ٤ : ٣٠٣ ، والمسالك ٣ : ٢١٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٧ ١٧٨ ، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣ .

الشرح:

فيما دل على مشروعيه الإقالة بحيث يعمه.

وأما الرواية فلا- ظهور لها في اشتراط الخيار في الوقف فإنه من المحتمل جدا أن يكون المراد بالسؤال الوقف إلى غاية عروض الحاجة للوقف، أو الوقف على نفسه على تقدير الحاجة ثم على السائرين.

ويظهر ذلك من صاحب الوسائل أيضاً حيث أوردها في باب عدم جواز الوقف على نفسه ويؤيده أن مدلول الرواية بطلان الوقف بالشرط المزبور لا بطلان الشرط فقط.

وأما الصدقة فيمكن أن يقال بعدم جواز شرط الخيار فيها أخذاً بما دل على أن التمليك لوجه الله لا يرجع فيه سواء كان الرجوع بلا اشتراط الخيار أو معه.

وفي صحيحه زراره عن أبي عبدالله عليه السلام: «ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه»^(١). وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى به وجه الله»^(٢) إلى غير ذلك.

وحملها على الرجوع المعهود في الهبة، وأن ذلك الرجوع غير مشروع في الصدقة، فلا ينافي في الرجوع باشتراط الخيار لا يمكن المساعدة عليه فإن إطلاق عدم الرجوع يعم ما إذا كان ذلك الرجوع باشتراط الخيار؛ ويؤيده ماورد في النهي عن شراء الصدقة أو استيهاها.

وفي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا تصدق الرجل بصدقه لم يحل له أن يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها إلا في ميراث»^(٣).

ص: ٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٣١ ، الباب ٣ من كتاب الهبات، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٠٦ ، الباب ١١ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٠٧ ، الباب ١٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١ .

الشرح:

نعم لابد من حمل النهى عن الشراء والاستيهاب على الكراهه بقريته أنّ النهى عنهما باعتبار قطع السبيل إلى تملك المال المزبور ثانياً الذى فيه خضاضه.

والعجب من المصنف رحمه الله أنه منع أولاً عن الأخذ بالكبرى المزبوره أى ما كان من التمليك لله فلا يرجع فيه ثم أخذ بها ثانياً، حيث نقل الاستدلال على عدم جواز اشتراط الخيار فى الوقف بكونه فك ملك وباشتراط القربه فيه؛ وأجاب بمنع الكبرى فى الصغريين، واستدل فيما بعد على عدم جواز اشتراط الخيار فى الصدقه بما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله.

والصحيح منع الصغرى والكبرى فى الأول حيث إنّ الوقف مطلقاً ليس بفك ملك كما تقدم فى بحث عدم جواز بيع الوقف إن أُريد بالفك تحرير العين، وإن أُريد به فك ملك نفسه فجميع المعاملات التمليكيه فك.

ثم لا دليل على عدم جواز الرجوع فى مطلق موارد الفك.

ومنع الصغرى فى الثانى لأن الوقف لا يعتبر فيه قصد التقرب ومع القصد يدخل فى عنوان الصدقه كما لا يخفى.

ومن موارد الخلاف جواز اشتراط الخيار فى الصلح، فإنّ بعض الأصحاب (١) ذكروا أنه إذا تعلق بإبراء الدين، أو إسقاط الدعوى قبل ثبوتها فلا يدخل فيه شرط الخيار، وإن تعلق بالمبادله والمعاضه جاز فيه شرط الخيار، ولكن يظهر جواز شرط الخيار فيه بناءً على جواز الإقاله فيه، وكونه من العقود.

وقد تقدم أن عود الدين إلى الذمه بعد سقوطه أو عود حق الدعوى بعد سقوطها

ص: ٨٨

١- (١) التحرير ١ : ١٦٧، وجامع المقاصد ٤ : ٣٠٤، وغايه المرام (مخطوط) ١ : ٢٩٥ .

....

الشرح:

باعتبار كون العود اعتبارياً أمر ممكن، كما فى فرض بيع الشىء بما عليه من الدين.

والترفرقه بينهما بأنه فرق بين تضمن العقد الإيقاع كما فى موردى الصلح، وبين كون الإيقاع من فوائد العقد ونتائجه، كما فى بيع الشىء بما عليه من الدين، لا يمكن المساعده عليه، لأن العود بمعناه الخارجى غير مراد فى الفرضين، والاعتبارى المطلوب فى المقام جار فيهما بعد ما ذكرنا من بقاء الإيقاع كالعقد فى قابليته للإلغاء.

وبهذا يظهر الحال فى الضمان، فإن مجرد كون مفاد العقد إنتقال الدين عن ذمه إلى ذمه أخرى لا يمنع عن دخول الإقاله فيه، ولو كان فى دليل مشروعيه الإقاله إطلاق أو عموم يعم عقد الضمان فلا بأس باشتراط الخيار فيه.

وأما عقد الرهن فقد يقال: بأن اشتراط الخيار فيه للرهن غير صحيح، لأنه مناف لمقتضى الرهن وهو كون المال المفروض أنه للرهن وثيقه لما عليه من الدين، كما أنه لا معنى لاشتراط الخيار فيه للمرتهن لجواز الرهن من قبله.

وأيضاً يقال: أن ما ذكر من أن كل عقد يدخل فيه الإقاله يدخل فيه شرط الخيار منتقض بالرهن، حيث إنه يدخل فيه الإقاله ولا يدخل فيه شرط الخيار، وهذا نقض على الكبرى المزبوره.

أقول: شرط الخيار لا ينافى مقتضى الرهن، لأنه لا يعتبر فيه إلا أن يجعل للدين مورداً للاستيفاء. وأما كون المرتهن على ثقته من الاستيفاء بمعنى الوصف فلا يعتبر، بل هو وصف حقيقى يترتب على الرهن غالباً، ويعتبر عن الرهن بذلك الوصف المترتب عليه؛ ولذا يصح جعل الحيوان المريض مع احتمال تلفه رهناً.

والحاصل: أن جعل المورد لاستيفاء الدين المعبر فيه بالوثيقه أمر إنشائى يتحقق مع شرط الخيار أيضاً، لأن المال مورد له على تقدير بقاء الرهن ثم على تقدير

هل يدخل خيار الشرط فى القسمة؟

واعلم أنه ذكر فى التذكرة تبعاً للمبسط دخول خيار الشرط فى القسمة [١] وإن لم يكن فيها ردّ. ولا- يتصور إلا- بأن يشترط الخيار فى التراضى القولى بالسهم. وأما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناءً على وجوب ذكر الشرط فى متن العقد. ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار فى المعاطاه

الشرح:

الإغماض، فاشترط الخيار فيه مشروطاً بحصول رهن آخر لا ينافى الوثوق.

ثم إنه لا مورد فى الرهن للإقاله أيضاً فإنّ مع ندم المرتهن على الرهن يفسخه لجواز الرهن، وكذا مع ندامه الراهن أيضاً، حيث إنّ المرتهن يفسخ الرهن استقلالاً ولو استجابته للراهن، وما دل على مشروعيه الإقاله موردها ما إذا لم يتمكن كل من طرفى العقد على فسخه إلا اجتماعاً ولو لم يكن هذا ظاهر الإقاله، فلا أقل من احتمالها، ومعه لا يمكن الأخذ فى الرهن بما دل على مشروعيه الإقاله.

نعم التمكن من فسخ العقد فى بعض الحالات والأزمان لا يمنع عن الإقاله فيه على ما تقدم.

[١] القسمة تعيين الحصه فى بعض المال المشترك بحيث يتميّز تلك الحصه عن حصه صاحبه خارجاً ولا يخفى أنّ هذا التعيين يحصل بالفعل تاره، كما إذا عدل السهام أولاً سواء كان فى التعديل ردّ أم لا، ثم عيّن لكل من الشركاء سهمه فى السهام بالقرعه على ما هو المذكور فى كتاب القسمة.

وقد يكون تعيين كل من السهام وتمييزه خارجاً بالقول كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندى.

ولو كان شرط الخيار فى القسم الثانى كان بلا إشكال، ولو مع الالتزام بكون القسمة سواء كانت قسمة افراز أو تعديل أو ردّ ليس من البيع ولا الصلح، لكون المنشأ فيها هو التمييز المزبور.

وإن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف، والسّر في ذلك: أنّ الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي. وذكر فيهما أيضاً دخول الخيار في الصداق [١]. ولعلّه لمشروعته الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوجها الوليّ بدون مهر المثل، وفيه نظرٌ. وذكر في المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار في السبق والرمايه، للعموم.

الشرح:

والوجه في عدم الإشكال دخول الإقالة فيها.

وأما إذا كانت بالفعل كما في الفرض الأول فاشتراط الخيار فيه مشكل بناءً على اعتبار ذكر الشرط في متن العقد والقسمه في الفرض الأول باعتبار كونها بالقرعه وهي سنخ الفعل لا ترتبط بما ذكر قبلاً ليكون نتيجة القرعه خيارياً.

ومما ذكر يظهر الإشكال في جريان شرط الخيار في المعاطاه بناءً على لزومها من أول الأمر أو بعد حدوث أحد الملزمات، ولكن قد تقدم أنّ الصحيح عدم اعتبار ذلك في شرط شيء في المعامله سواء كانت قوليه أو فعليه؛ وإنما المعتبر كون المعامله مبنيه بالالتزام بذلك الشيء وهذا البناء كما يحصل بذكره في المعامله كذلك يحصل بالتباني عليه خارجاً وإنشاء العقد مبنيّاً على ذلك التباني قولاً أو فعلاً.

[١] الصداق في النكاح هو المال أو الحق يجعل للزوجه لكون هذا الجعل من رسوم النكاح عرفاً وشرعاً، سواء كان هذا في عقد النكاح أو بعده بالتراضى عليه، وليس عوضاً عن بضع المرأه، لأن النكاح ليست بمعاوضه فيهما، كما لا يكون شرطاً في النكاح كسائر الشروط في المعاملات بحيث يوجب تخلفه الخيار في النكاح، كما إذا ظهر المهر ملكاً للغير، بل هو نوع تعويض للزوجه في نكاحها تملكه الزوجه بالفرض في عقد النكاح أو بعده أو بالدخول مع عدم فرضه فيه وعدم التراضى به بعده.

أقول: والأظهر بحسب القواعد إناطه دخول خيار الشرط بصحّهِ التقايل في العقد، فمتى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطته أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإنّ إقدامه على ذلك حين العقد كافٍ في ذلك بعدما وجب عليه شرعاً القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إتياءه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ والالتزام وعدم الاعتراض عليه الشرح:

وذكر في التذكرة^(١) والمبسوط^(٢) دخول خيار الشرط في الصداق، وذكر المصنف رحمه الله في وجهه لأنّ الصداق يقبل الفسخ، كما لو زوجها وليها بدون مهر المثل فإنه يكون لها مهر المثل.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه قد ذكر جملة من الأصحاب أنّ الولي لو زوجها بدون مهر المثل كان لها مهر المثل، وهذا باعتبار فضوليه المهر لا قبوله الفسخ بعد صحته، فإن نفوذ فعل الولي في المهر كالنكاح مشروط بعدم كونه على خلاف صلاح المولى عليه. كما يشهد لذلك مثل موثقه عبيد بن زرار، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد»^(٣).

وقد يقال: إنّ الاشتراط بعدم الفساد بالإضافة إلى نفس النكاح، وأما بالإضافة إلى المهر فلا، لأن نفوذ عفو الولي عن المهر، كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه «أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النَّكَاحِ» يقتضى ذلك.

ص: ٩٢

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٢.

٢- (٢) المبسوط ٢: ٨١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٨٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٢.

قائماً مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه، وإن لم يرضَ فعلاً. وأما إذا لم يصحّ التقايل فيه لم يصحّ اشتراط الخيار فيه، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراضٍ منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنه أحدهما عليه لا يحدث له أثراً، لما عرفت: من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلاّ فائده الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً، والله العالم.

الشرح:

إلا أن يقال: عفو الولي أيضاً مشروط بذلك أخذاً بظهور الولي حيث إن ظاهر الولاية ملاحظه صلاح المولى عليه، ولا أقل من عدم الافساد، وللکلام محل آخر.

وربما يستدل على مشروعيه الفسخ في الصداق بما ورد في نكاح المرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً.

وفيه ان ظاهر الصحيحه الوارده في المسأله ثبوت الأرش لا ثبوت الخيار.

وكيف ما كان فإن ثبت إطلاق أو عموم في دليل مشروعيه الإقاله بحيث تعم الصداق فلا بأس باشتراط الخيار فيه، والا فمشروعيه الخيار لا يمكن إثباتها بعموم (المسلمون عند شروطهم) كما تقدم.

وما ورد في مشروعيه الإقاله، بعضه يختص بالبيع ولا يعم غيره، والعمده روايه سماعه بن مهران عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أربعة ينظر الله عزّ وجلّ إليهم يوم القيامة: من أقال نادماً أو أغاث لهفان أو أعتق نسمةً أو زوج عزباً» (١) وظاهر الإقاله نقض البيع ونحوه بموافقه الطرف الآخر، وهذه الروايه، وان كان ظهورها في مشروعيه الإقاله في كل عقد لا بأس به إلا أنّ في سندها ضعف، لأنّ الصدوق رواه عن حمزه بن محمد العلوي، ولم يعرف منه إلاّ كونه من مشايخ الصدوق رحمه الله (٢).

ص: ٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠ : ٤٦ ، الباب ١٢ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه، الحديث ٤ .

٢- (٢) رجال الطوسي : ٤٣٦ ، الرقم ٦٢٤٢ ، ومن لا يحضره الفقيه ٤ : ٤٣٤ و ٤٥٤ (مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه) .

الرابع: خيار الغبن

خيار الغبن

وأصله الخديعه[١]، قال فى الصحاح: هو بالتسكين فى البيع، وبالتحريك فى الرأى. وهو فى اصطلاح الفقهاء: تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. وتسميه المملك غابناً والآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خدع أصلاً كما لو كانا جاهلين لأجل غلبه صدور هذه المعاوضه على وجه الخدع. والمراد بما يزيد أو ينقص: العوض مع ملاحظه ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوى مئه دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا- غبن، لأن المبيع بيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، وهكذا غيره من الشروط. والظاهر أن كون الزيادة ممّا لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه، بخلاف الجهل بقيمته. ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبه فى التذكرة إلى علمائنا،

الشرح:

ولا- يبعد أن يقال بمشروعيه الإقاله فى كل معاوضه ماله أو عقد تتضمن المعاوضه الماله، لثبوت السيره العقلايه فيها من المتدينين وغيرها، ولم يرد من الشارع المنع عنه بل ورد النقل فى الترغيب فيها كما ذكر، وأما غير تلك المعامله من العقود كانت متضمنه للإيقاع أم لا، فلا دليل عليها.

نعم لو أمكن إعادة الحاله الأوليه بالمعامله الجديده فالمعامله الجديده ليست إقاله كما لا يخفى، ولكن تعود الحاله الاولى بتلك المعامله.

[١] الغبن فى اللغه: الخديعه، قال فى الصحاح(١): إذا كانت الخدعه فى معامله يستعمل فيه بتسكين باء «الغبن»، وإذا كانت فى القول والاعتقاد يستعمل بتحريك باء «الغبن»، وفى اصطلاح الفقهاء: يطلق على تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر بالحال، بلا فرق بين كون التمليك ابتداءً، كما إذا باع ماله بأكثر من ثمنه أو تبعياً،

ص: ٩٤

وعن نهج الحقّ نسبته إلى الإماميّة، وعن الغنيه والمختلف الإجماع عليه صريحاً. نعم، المحكّي عن المحقّق قدس سره فى درسه إنكاره. ولا يعدّ ذلك خلافاً فى المسأله، كسكوت جماعه عن التعرّض له. نعم، حكى عن الإسكافى منعه. وهو شاذٌّ. واستدلّ فى التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: «إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» قال: ومعلومٌ أنّ المغبون لو عرف الحال لم يرض. وتوجيهه: أنّ رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عمّا يدفعه مبنئى على عنوانٍ مفقودٍ، وهو عدم نقصه عنه فى المائيه، فكأنّه قال: «اشترى هذا الذى يسوى درهماً بدرهم» فإذا تبين أنّه لا يسوى درهماً تبين أنّه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفه من صفات المبيع، لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التى لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعامله الشرح:

كما إذا اشترى المبيع بأقل من قيمته، ويسمى المملك بالكسر غابناً والآخر مغبوناً، وربما لا يكون فى التمليك المزبور خديعه، كما إذا كانا جاهلين بالحال ولكن حيث يكون غالباً على وجه الخديعه يطلق على التمليك المزبور غبناً مطلقاً.

والظاهر أنّ الجهل بالحال معتبر فى صدق الغبن، فلو كان المشتري عالماً بالحال، ومع ذلك اشترى المال بالزيادة على ثمنه لبعض الدواعى لم يطلق على شرائه أنه غبن.

وأما كون الزيادة على قيمته بما لا يتسامح فيه، فهى شرط خارجى بمعنى أنه معتبر فى ثبوت خيار الغبن مع صدقه بدونه أيضاً، أى إذا كانت الزيادة مما يتسامح فيه.

ثم إنّ ثبوت الخيار مع شرط الجهل بالحال، وكون الزيادة مما لا يتسامح فيه مشهور بين الأصحاب قديماً وحديثاً، وان نقل انكاره عن المحقّق فى درسه (١) وعن

ص: ٩٥

إلزامه. بما لم يلتزم ولم يرض به. فالآية إنما تدلّ على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوى، كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفصولى والمُكره. ويضعّف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئاً، بل قد لا يكون داعياً أيضاً. كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار ماليته، فقد يُقدم على أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته والتفت إلى احتمال ذلك، مع أنّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر فى متن العقد. ولو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» كان أولى، بناءً على أنّ أكل المال على وجه الخدع بيع الشرح:

بعض آخر السكوت عنه، ولكن عدم التعرض لهذا الخيار لا يدل على منعه. نعم حكى عن الاسكافى منعه (١).

وكيف ما كان فقد يستدل بما فى التذكرة (٢)، بأنه مقتضى عدم كون البيع المزبور تجاره عن تراض (٣) فان التراضى من المشتري مثلاً بشراء المبيع مبنى على عدم كون قيمته السوقية أقلّ من الثمن المسمى بكثير. وبتعبير آخر كون المبيع مساوياً قيمته السوقية مع الثمن المزبور وصف معتبر فى المبيع، وحيث إنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف غير المقومه، فيكون فقده موجباً لثبوت الخيار لا بطلان البيع فإنّ ثبوت الخيار باعتبار ان لزوم البيع المزبور إلزام عليه بما لم يلتزم ولم يرض به.

وقد ناقش المصنف رحمه الله فى هذا الوجه بأن كون قيمه المبيع مساويه للثمن المسمى قد يكون داعياً إلى الشراء لا أنه وصف معتبر فى المبيع بل لو كان وصفاً معتبراً

ص: ٩٦

١- (١) حكاه عن الشهيد فى الدروس ٣ : ٢٧٥ .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٢٢ .

٣- (٣) يعنى قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، سورة النساء: الآية ٢٩ .

ما يساوى درهماً بعشره مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على ردّ المعامله وعدم نفوذ ردّه أكل المال بالباطل، أمّا مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يُعدّ أكلاً بالباطل. ومقتضى الآيه وإن كان حرمة الأكل حتّى قبل تبين الخدع، إلاّ أنّه خرج بالإجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون وردّه للمعامله. لكن يعارض الآيه ظاهر قوله تعالى: «إلاّ أن تكون تجارّة عن تراضٍ» بناءً على ما ذكرنا: من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى، فمع التكافؤ يرجع إلى أصاله اللزوم. إلاّ أن يقال: إنّ التراضى مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلاً بالباطل.

الشرح:

فيه فلا اعتبار به لعدم ذكره فى عقد البيع، وقد تقدم اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد وإلاّ فلا يلزم، بل ربما لا يكون داعياً أيضاً، كما إذا كان المشتري بحاجة إلى المبيع فيقدم على شرائه بأيّ نحو.

والأولى الاستدلال عليه بدخول البيع المزبور فى أكل المال بالباطل فيما إذا اطّلع المشتري بالحال ولم يرض به، فإنه بعد الإطلاق والرضا يتم لفحوى ما دل على تمام بيع الفضولى، وبيع المكروه بلحوق الرضا بهما.

وأما قبل الاطلاع بالحال فالبيع المزبور، وإن كان داخلاً فى أكل المال بالباطل إلاّ أنه يحكم بالخروج عن الآيه بالاجماع.

ولكن الاستدلال بالآيه على البطلان فى صورته المغبون بالحال وردّه البيع المزبور معارض لقوله سبحانه: «إلاّ أن تكون تجارّة عن تراضٍ»، بتقريب أنّ البيع المزبور لم يشترط فيه الوصف بل وقع التراضى ببيع المال بالثمن المزبور، ومع التعارض يرجع إلى أصاله اللزوم.

بل يمكن تقريب المعارضه بوجه آخر وهو أنّ بيع المال بأكثر من ثمنه مع عدم الخدعه فى البين داخل فى التجاره عن تراض فينتفى الخيار مع الخدعه أيضاً لعدم

ويمكن أن يقال: إن آية التراضى يشمل غير صورهِ الخَدْع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فبدلاً على نفى الخيار فى هذه الصورة من دون معارضٍ، فيثبت عدم الخيار فى الباقي بعدم القول بالفصل، الشرح:

القول بالفصل، كما أنّ البيع المزبور مع الخدعه داخل فى عنوان الأكل بالباطل فيلحق به صورهِ عدم الخدعه لعدم القول بالفصل، وبعد التعارض من الجانبين يرجع إلى أصاله اللزوم.

أقول: فى كلامه موارد للنظر:

منها: أنّ المهم فى المقام إثبات الخيار للمغبون بالإضافه إلى المعامله الغبنيه كسائر الخيارات التى تكون عباره عن ملك فسرخ العقد وإلزامه بإسقاط الخيار، وهذا غير لحوق الرضا بالبيع فى موردى الفضوليه والإكراه، فإنّ اعتبار لحوقه فىهما شرط شرعى لتمام المعامله.

ولو استفيد حكم البيع فى المقام بعد العلم بالغبن والرضا به من فحوى أدله بيع الفضولى والمكره عليه، لكان اشتراط الرضا فى المقام كاشتراطه فىهما حكماً غير قابل للإسقاط.

ومنها: أنه لا- يمكن أن يلتزم بأن تصرف كل من الغابن والمغبون وتملكهما مال صاحبه بالبيع المزبور قبل العلم بالحال أكل للمال بالباطل، ولكنه بحسب الشرع لا بأس به للإجماع، فإنّ دعوى الإجماع التعبدى فى المقام موهومه، ولا يحتمل إن كان لدى الأصحاب مدرك فى المقام لم يصل إلينا، كما يظهر الوهم بجلاء تام بملا-حظه المحكى عن المحقق، وكلمات العلامه وغيرهما.

ومنها: إنه إذا كان البيع المزبور مع الجهل بالحال داخلاً- فى التجاره عن تراض كما هو مقتضى جعل وصف تساوى الثمن المسمى مع ثمن المثل داعياً إلى البيع، فكيف

فتعارضُ مع آيه النهي، المختصّه بصوره الخدع الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمه عدم القول بالفصل وتكافئهما إلى أصاله اللزوم.

الشرح:

يدخل هذا في الأكل بالباطل(1)، مع أنّ التجاره عن تراض مع الأكل بالباطل عدلان، حتى بناءً على الصحيح من كون الاستثناء في الآيه منقطعاً، فلا معنى لوقوع المعارضه بينهما في البيع غبناً كما لا يخفى.

أقول: الأظهر ثبوت الخيار للمغبون لا لفقد التراضي في المعامله الغبنيه لما تقدم من أنّ المراد بالتراضي، التراضي المعاملي الذي لم يكن بإكراه لا طيب النفس الواقعي، وإلا لبطل في موارد تخلف الوصف حتى فيما كان الوصف غير مقوم للمبيع لفقد طيب النفس بالمعامله مع فقده.

ودعوى تعدد المطلوب في موارد التخلف، يدفعها ما إذا صرح المشتري قبل البيع أو معه بأنه لا غرض له إلا في الواجد للوصف وظهر المبيع مع ذلك فاقداً له، فإنه لا أظن أن يلتزم فقيه ببطلان تلك المعامله لفقد الوصف.

والحاصل: أنّ التجاره فرد عن التراضي المعاملي، ولذا ذكر بعض المفسرين أنّ قوله سبحانه: «عَنْ تَرَاضٍ»(2) خبر بعد خبر، بمعنى أنه يجوز الأكل بالتجاره وعن التراضي، وعلى ذلك فيبيع البائع ماله بأزيد من ثمن مثله مع قبول المشتري ذلك البيع ولو مع جهله بالحال، يوجب حصول التراضي المعاملي، غايه الأمر الشرط الارتكازي في كل معاملة مبنيه على المغابنه موجود وهو أنه له الخيار على تقدير كون الثمن أزيد من ثمن المثل بكثير بما يعد إجحافاً عليه نظير اشتراط الخيار له على تقدير عدم كون المبيع صحيحاً، والشرط الارتكازي المبنى عليه المعامله لا يحتاج إلى ذكره في

ص: ٩٩

١- (١) يعنى قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»، سورة البقره: الآيه ١٨٨ .

٢- (٢) مَرَّتْ آنفًا .

واستدل أيضاً في التذكرة: بأن النبي صلى الله عليه وآله أثبت الخيار في تلقى الركبان وإنما أثبتته للغبن. ويمكن أن يمنع صحه حكاية إثبات الخيار؛ لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل. وأقوى ما استدلل به على ذلك في التذكرة وغيرها [١] قوله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، وكأن وجه الاستدلال: أن لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضررٌ عليه وإضرارٌ به فيكون منفيًا، فحاصل الرواية: أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الشرح:

المعاملة، وإنما يحتاج إلغاء ذلك الشرط إلى التصريح به في المعاملة أو قبلها.

وبذلك يظهر أنه لا مورد في المقام للتشبث بقاعده نفي الضرر لإثبات الخيار فإن تلك القاعده لو كانت جاريه لكانت مقتضاها عدم صحه المعاملة لا نفي لزومها فإن الضرر بمعنى نقص المال يدخل بصحة البيع المزبور لا بلزومه، وإنما يكون نفي لزومه تداركاً للضرر. ومعنى القاعده نفي الضرر لا لزوم التدارك، ووجه عدم جريان القاعده أن نفي الحكم الضرري للامتنان، ولا امتنان في نفي صحه معاملة خياريه حيث يمكن للمتضرر تداركه بفسخها.

[١] وقد يقال: بأن ثبوت الخيار للمغبون مقتضى نفي الضرر، حيث إن المراد عن نفيه نفي حكم يوجب الضرر سواء كان ذلك الحكم من قبيل الإلزام بفعل أو تركه أو من قبيل إمضاء تصرف والحكم عليه بلزومه، كما يفصح عن ذلك المروي من أنه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (١)، فإن الإسلام عبارته عن القوانين الإلهيه والأحكام الشرعيه.

وعلى ذلك فيمكن إثبات خيار الغبن في كل معاملة يكون لزومها ضرراً على أحد الطرفين، سواء كانت المعاملة بيعاً أو إجاره، أو صلحاً لم يكن مبنياً على المسامحه

ص: ١٠٠

الضرر، ولم يسوّغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، ولم يمض لهم من التصرفات ما فيه ضررٌ على الممضى عليه. ومنه يظهر صحّه التمسّك لتزلزل كلّ عقدٍ يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن أم لا، وسواء كان في البيع أم في غيره، كالصلح الغير المبني على المسامحة والإجاره وغيرها من المعاوزات. هذا، ولكن يمكن الخدشه في ذلك: بأن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الردّ والإمضاء بكلّ الثمن، إذ يحتمل أن يتخيّر بين إمضاء العقد بكلّ الثمن وردّه في المقدار الزائد، غايه الأمر ثبوت الشرح:

كالتراضى بالمبادله على كل تقدير.

وأورد المصنف رحمه الله على ذلك بأن مقتضى قاعده نفى الضرر لا يكون ثبوت الخيار للمغبون، بحيث يكون له إمضاء البيع وفسخه رأساً، بل نفيه يكون ببقاء المعامله على لزومها مع استحقاق المغبون استرداد المقدار الزائد نظير ما ذكر بعضهم في المعامله المحاباته التي أجراها في مرض موته، حيث تبقى التملك والمعامله بحالها ويكون للوارث استرداد المقدار الزائد على الثلث، كما إذا اشترى متاعاً يساوى الفين بسته آلاف، والمفروض كون تمام تركته ستة آلاف فان الوارث يسترجع ألفين وينفذ المعامله في مقدار الثلث.

ولكن لا يخفى ما في هذا الاحتمال فإنه لو كانت المقدار الذي يسترده المغبون أو الوارث فسخاً للمعامله في ذلك المقدار، فلانزومه رد مقابله من المبيع إلى الغابن أو البائع كما هو مقتضى فسخ المعامله في بعضها، وإن كان بعنوان التغريم، كما يذكر المصنف رحمه الله فيما بعد، فهذا من قبيل تدارك الضرر، لا من نفى الحكم الموجب للضرر.

وقد ذكر المصنف رحمه الله وغيره: أنّ نفى الضرر معناه نفى الحكم الموجب للضرر، لا إثبات حكم يوجب تدارك الضرر.

الخيار للغابن، لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، وحاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري، في أنّ له استرداد الزيادة من دون ردّ جزءٍ من العوض، كما عليه الأ-كثر في معاوضات المريض المشتمله على المحاباه وإن اعترض عليهم العلامه بما حاصله: أنّ استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر، ينافى مقتضى المعاوضه. ويحتمل أيضاً أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكلّ، ومن تدارك ما فات على المغبون برّد القدر الزائد أو بدله، ومرجهه إلى أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبه مستقله كما الشرح:

وبهذا يظهر الحال في الاحتمال الثاني من أنه يجب على الغابن الالتزام بأحد الأمرين، أحدهما: إعطاء المقدار الزائد بعنوان التغريم والمال الذي أتلفه على المغبون. وثانيهما: فسخ المغبون بأن يثبت الخيار للمغبون مع امتناع الغابن عن دفع الغرامه.

ولكن لا- يثبت الخيار للمغبون في الاحتمال الأول، وما في كلام المصنف رحمه الله من أنّ مرجع الإحتمالين إلى ثبوت الخيار للمغبون في فرض عدم دفع الغرامه لعله سهو القلم، ووجه الظهور ما ذكرنا من ان دفع الغرامه تدارك للضرر الحاصل ومقتضى قاعده نفى الضرر نفى حكم يوجبه لا إثبات حكم يوجب تداركه .

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله من أن الالتزام بأحد الاحتمالين أولى من الالتزام بثبوت الخيار للمغبون، فإنه ربّما يتعلق غرض المشتري بتملك المتاع ذي قيمه فيكون تملك غيره ضرراً من جهة نقض الغرض فلا يخفى ما فيه، فإنّ الضرر هو النقص في المال أو العرض أو النفس ونقض الغرض لا- يكون نقصاً في شيء منها وإلا- فيمكن أن يقال بتعلق غرض البائع أيضاً بتملك الثمن، وجواز فسخ المغبون ضرر عليه.

فى الإيضاح وجامع المقاصد، حىث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت : بأن الهبه المستقله لا تُخرج المعامله عن الغبن الموجب للخيار، وسيجىء ذلك. وما ذكرنا نظير ما اختاره العلامه فى التذكره واحتمله فى القواعد: من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحه فى إخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري، فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين ردّ التفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري.

وحاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صوره امتناع الغابن من البذل. ولعلّ هذا هو الوجه فى استشكال العلامه فى التذكره فى ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعده كما يظهر من الرياض. ثم إنّ المبذول ليس هبهً مستقله حتى يقال: إنها لا تُخرج المعامله المشتمله على الغبن عن كونها مشتمله عليه، ولا جزءً من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء العوض وتمام المعوض منافياً

الشرح:

والمتحصل: أن العمده فى ثبوت خيار الغبن ما ذكرنا: من أنه مقتضى الشرط الارتكازى، وإلا فلا يمكن الاعتماد على التسالم والإجماع لكونه مدركياً، ولا لما روى عن النبي صلى الله عليه و آله من أنه أثبت الخيار فى تلقى الركبان(١)، لأن ضعف سنده واحتمال كونه خياراً آخر يثبت للركب لا يصلح مدركاً فى المقام.

وأما الروايات الوارده فى كون «غبن المؤمن على المؤمن حرام»(٢)، أو «غبن المسترسل سحت»(٣)، فلا دلالة فى شىء منها على ثبوت الخيار، بل مقتضاها إما حرمة

ص: ١٠٣

١- (١) نقله العلامه فى التذكره ١ : ٥٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٢ ، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣١ ، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

لمقتضى المعاوضه، بل هي غرامه لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعامله الغبنيه، فلا يعتبر كونه من عين الثمن، نظير الأرش في المعيب. ومن هنا ظهر الخدشه فيما في الإيضاح والجامع، من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب: بأن بذل التفاوت لا يُخرج المعامله عن كونها غبنيه، لأنها هبه مستقله، حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه، إذ لا ريب في أن من قبل هبه الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه.

وجه الخدشه: ما تقدم، من احتمال كون المبدول غرامه لما أتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفى الضرر.

وأما الاستصحاب، ففيه أن الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به، إذ المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البذل. ثم إن الظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له، لأن إزام الغابن بالفسخ ضرر، لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، ونقض الغرض ضرر وإن لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، إلا أنه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخيره بين الرد والإمضاء بكل الثمن، إلا أن يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمه، لكون المقصود اقتناءها للتجمل، وقد يستكف عن اقتناء ذات قيمه اليسيره للتجمل، فتأمل.

وقد يستدل على الخيار بأخبارٍ وارده في حكم الغبن: فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «غبن المسترسل سحت». وعن ميسر عن

الشرح:

نفس الغبن تكليفاً في المعامله أو غيرها أو بطلان المعامله الغبنيه، وشيء منهما غير المهم في المقام كما لا يخفى.

ص: ١٠٤

يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال

أبى عبدالله عليه السلام، قال: «غبن المؤمن حرام»، وفي روايه أُخرى: «لا تغبن المسترسل، فإنَّ غبنه لا يحلّ».

وعن مجمع البحرين: أنَّ الاسترسال الاستئناس والطمأنينه إلى الإنسان والثقه به فيما يحدثه، وأصله السكون والثبات، ومنه الحديث: «أَيُّما مسلمٍ استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا»، ومنه: «غبن المسترسل سحتٌ»، انتهى. ويظهر منه أنَّ ما ذكره أولاً حديثٌ رابعٌ.

والإنصاف: عدم دلالتها على المدعى، فإنَّ ما عدا الروايه الأولى ظاهره في حرمه الخيانه في المشاوره، فيحتمل كون الغبن بفتح الباء. وأمَّا الروايه الأولى، فهي وإن كانت ظاهره فيما يتعلّق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون الغابن بمنزله آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل والخديعه في أخذ المال. ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقّه بمنزله السحت في الحرمة والضمان. ويحتمل إرادته كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت في تحريم الأكل في صورهِ خاصه، وهي اطلاع المغبون وردّه للمعامله المغبون فيها. ولا- ريب أنَّ الحمل على أحد الأولين أولى، ولا أقلّ من المساواه للثالث، فلا دلالة. فالعمده في المسأله الإجماع المحكّي المعتضد بالشهره المحقّقه، وحديث نفى الضرر بالنسبه إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثمَّ إنَّ تنقيح هذا المطلب يتمّ برسم مسائل:

مسأله: يشترط في هذا الخيار أمران:

الأول: عدم علم المغبون بالقيمه [١]، فلو علم بالقيمه فلا خيار، بل لا غبن

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه لو علم المشتري بزياده الثمن المسمى عن ثمن المثل أو علم البائع

كما عرفت بلا- خلايفٍ ولا إشكالٍ، لأنه أقدم على الضرر. ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمة بالمزّه أو ملتفتاً إليها، ولا- بين كونه مسبقاً بالعلم وعدمه، ولا- بين الجهل المركّب والبسيط مع الظنّ بعدم الزيادة والنقيصه أو الظنّ بهما أو الشكّ. ويشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعامله بانياً على المسامحه على تقدير الزيادة أو النقيصه فهو كالعالم، بل الشاكّ في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمّله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذمّ، ومن حيث عدم معذوريّته لو كان ذلك الشيء ممّا يعذر الغافل فيه، والحاصل: أنّ الشاكّ الملتفت

الشرح:

بنقصان الثمن المسمى عن القيمة السوقية فلا خيار لهما، بل لا غبن في الفرض لما تقدم من دخول الجهل بالحال في مفهومه.

والوجه في عدم الخيار عدم حكومه قاعده نفى الضرر في فرض العلم لأنها لا تعمّ موارد الإقدام على الضرر، فإنّ الضرر فيها مستند إلى اختيار الشخص لا إلى الشارع وحكمه.

والحاصل: أنه انما يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال، سواء كان الجهل مركباً بأن يعتقد المشتري عدم زياده الثمن المسمى عن القيمة السوقية أو يعتقد البائع عدم نقصان القيمة المسماه عن القيمة السوقية، أو كان جهلاً بسيطاً بأن كان ظاناً عدم الزيادة أو النقيصه أو ظاناً بهما أو شاكاً فيهما.

ولكن ناقش أولاً في حكومه قاعده نفى الضرر لنفي لزوم البيع في صورتى الظن بالزيادة أو النقيصه أو الشك فيهما بأنّ المعامله المزبوره مع الظن بأحدهما أو الشك فيهما إقدام على الضرر، ولذا يستحق الذم على ذلك الإقدام.

وأجاب ثانياً: بأنه ليست المعامله المزبوره مع الظن بأحدهما أو الشك فيهما إقداماً على الضرر، لأن المعامله المزبوره تصدر عن الظان والشاك لرجاء عدم الغبن،

إلى الضرر مُقدِّمٌ عليه. ومن أن مقتضى عموم نفي الضرر وإطلاق الإجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم، بل مطلق الشاك ليس مُقدِّماً على الضرر، بل قد يُقدِّم برجاء عدمه، ومساواته للعالم في الآثار، ممنوعه حتى في استحقاق المدح والذم لو كان المشكوك مما يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه، ولذا قد يحصل للشاك بعد اطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يُقدم عليه. نعم، لو صرح في العقد بالالتزام به ولو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن.

الشرح:

ولذا يمسك عن المعاملة المزبوره على تقدير علمه بالغبن.

أقول: قد تقدم أن الخيار يثبت للمغبون باعتبار الشرط الارتكازي الثابت بين المتعاقدين في المعاملات المبنيه على المداقه.

ومن الظاهر عدم المعنى للاشتراط المزبور مع علم المغبون بالحال.

ومع الإغماض عن ذلك والبناء على كون المدرك للخيار في المقام قاعده نفي الضرر النافيه للزوم البيع، فقد يقال: إن إقدام المغبون على الضرر لا- يوجب خروج حكم الشارع بالزوم عن كونه ضررياً، ولذا لا يكون الإقدام على الوضوء أو الغسل أو الصوم وغيرها من الواجبات الشرعيه مع الإقدام عليها في موارد الضرر محكوماً بوجوباتها، ولو كان الإقدام موجباً لعدم استناد الضرر إلى حكم الشرع ووجوبه لكان الواجب مع الإقدام محكوماً بالوجوب.

ولكن لا يخفى ما فيه فإن الإقدام على الفعل فيما إذا كان الحكم المتعلق به وجوباً يرتفع مع كونه ضررياً لأن إيجاب الفعل معلقاً على الإقدام عليه من قبيل طلب الحاصل.

ولا- يقاس بالحكم الوصفى الثابت لموضوعه أضف إلى ذلك أنه لو قيل بحرمة الإضرار على النفس فانتفاء وجوب الغسل أو الوضوء في الفرض المزبور ليس لمجرد

ص: ١٠٧

يعتبر في ثبوت خيار الغبن بما لا يتسامح فيه

ومما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل وإن كان قادراً على السؤال، كما صرح به في التحرير والتذكرة.

ولو أقدم عالماً على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه ومن المعلوم، فلا يبعد الخيار [١]. ولو أقدم على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً أو بما لا يتسامح، ففي الخيار وجهٌ.

الشرح:

نفى الحكم الضررى بل لحرمة الإضرار بالنفس، حيث إن ما دل على حرمة من قبيل الخطاب المتضمن لحرمة الوضوء أو الغسل، وغيرهما من الأفعال بعنوانها الثانوى. ما دل على وجوبها من قبيل الخطاب المتضمن للحكم لها بعناوينها الأولى، ولذا لو قلنا بجواز الإضرار بالنفس فى غير الموارد المخصوصه لكان الوضوء أو الغسل المزبورين محكوماً بالصحة، أخذاً بما دل على استحباب التطهر والوضوء.

والحاصل: إن المحذور المزبور أمر يختص بالواجبات التكليفيه، ولا يقاس بها المعاملات التى يمكن أن يقال: نفى لزومها مع الإقدام عليها لا يناسب الامتتان، نظير ما يقال من عدم حكومه لا ضرر فى موارد الهبه والصدقه المندوبه، وغير ذلك من موارد تملك المال مجاناً، حيث إن نفى صحتها لا يناسب الامتتان كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أن ما يتسامح به معناه عد الإقدام على الثمن المزبور إقداماً عليه أيضاً ويقابله ما لا يتسامح، به وأنه لا يكون الإقدام على الثمن المزبور إقداماً عليه.

وعلى ذلك فظهور الغبن بما يتسامح به لا يوجب الخيار سواء كان مقدار المعلوم من الغبن مع الظاهر ممّا لا يتسامح فيه، وكان كل واحد بانفراده متسامحاً فيه أو كان الغبن المعلوم بمقدار لا يتسامح فيه وظهر أزيد منه بما يتسامح فيه.

نعم لو ظهر الغبن بما لا يتسامح فيه بانفراده بالإضافة إلى الغبن المعلوم فلا يكون إقدام بالإضافة إلى ذلك المقدار الظاهر فيثبت الخيار من غير فرق بين كون

ثم إنَّ المعتبر القيمه حال العقد [١]، فلو زادت بعده ولو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لأنَّ الزيادة إنَّما حصلت في ملكه والمعامله وقعت على الغبن. ويحتمل عدم الخيار حينئذٍ لأنَّ التدارك حصل قبل الردّ، فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك الضرر، كما لو برئ المعيوب قبل الاطلاع على عيبه، بل في التذكرة: أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حقّ الردّ.

الشرح:

المدرک لخيار الغبن قاعده نفى الضرر أو الشرط الارتكازى.

ودعوى أنه لو كان المدرک له الشرط الارتكازى فلا يثبت الخيار، لأن العلم بالغبن بمقدار لا يتسامح فيه يلزم إلغاء الشرط التساوى بين الثمن المسمى والقيمه السوقيه المرتکز في المعاملات، لا يمكن المساعده عليها، فإنَّ إلغاء مرتبه من شرط عدم الغبن لا يلزم إلغاء اشتراط سائر مراتبه.

ومما ذكرنا يظهر أنَّ خيار الغبن يثبت في الفرض الأخير فقط من الفروض الثلاثه في عبارته الماتن.

[١] إذا كان الثمن زائداً على القيمه السوقيه للعين بما لا يتسامح فيه، ولكن حصل التعادل بين القيمتين قبل اطلاع المغبون على غبنه، ففي ثبوت الخيار له إشكال؛ لأن نفى اللزوم بقاعده نفى الضرر إنَّما هو لتدارك ضرر المغبون.

والمفروض حصول التدارك قبل العلم بالغبن بل لا- يبعد عدم الخيار فيما إذا تساوت القيمه السوقيه مع الثمن المسمى قبل الفسخ، ولو كان حدوث التساوى بعد اطلاع المغبون، كما ذكر ذلك العلامة رحمه الله (١) في خيار العيب حيث ذكر سقوط الرد ببراء المعيوب قبل الفسخ.

ص: ١٠٩

وأشکل منه ما لو توقّف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله، لأنّ الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقصٍ في قيمته.

الشرح:

ولا یبعد أن يكون الأمر كذلك، ولو قلنا: بأنّ المدرك لخيار الغبن هو الشرط الارتكازی، لأنّ الموضوع للخيار بحسب الارتكاز وان كان هو اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بما لا يتسامح فيه حال العقد.

ولكن هذا كما يأتي أنّما هو موجب لحدوث الخيار؛ وبقاء ذلك التفاوت معتبر في بقاء الخيار، ولذا يأتي منا بعد ذلك أنه لو فسخ العقد قبل العلم بالغبن، ثم ظهر الغبن نفذ الفسخ السابق فيما لو حصل التساوي بين القيمتين حال العلم بالغبن السابق.

وأولى بعدم الخيار ما إذا كان القبض شرطاً في صحته المعامله كالصرف والسلم، وحصل التساوي بين القيمتين قبل حصول القبض، فإنه لا- يحصل بالعقد المزبور ضرر ونقص للمشتري أو البائع لينفي صحته البيع أو لزومه بقاعده نفي الضرر. ولو قلنا بوجود التقابض، فإن المنفي على تقدير الالتزام به وجوب التقابض لا صحته البيع ولزومه ليثبت الخيار للمغبون، فإن الخيار حكم للبيع بعد تمامه وحصوله لا إلغاء العقد قبل تمامه.

وأما إذا كانت القيمة السوقية حين العقد مساوية للثمن المسمى ثم حصلت الزيادة أو النقصه فإنه لا- يوجب الخيار، لأن الموضوع للخيار للشرط الارتكازی هو اختلاف القيمتين حال العقد وبقاء الخيار بعد تمام العقد ببقاء ذلك الاختلاف.

نعم لو كان المدرك للخيار قاعده نفي الضرر فيمكن أن يقال: بأنّ مقتضاه ثبوت الخيار فيما إذا علم بعد القبض بحدوث الزيادة أو النقصه، قبله فيما كان القبض شرطاً لصحة البيع لأن البيع المزبور صحته أو لزومه ضرر على المغبون.

لا يقال: مقتضى قاعده نفي الضرر انتفاء لزوم العقد حتى فيما لو حصلت الزيادة

عدم العبرة بعلم الوكيل في مجرّد الصيغه

نعم، لو قلنا بوجود التقابض بمجرّد العقد كما صرّح به العلّامه في الصرف يثبت الخيار، لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد في مقابله الناقص. لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض. ولو ثبت الزيادة أو النقيصه بعد العقد، فإنّه لا عبره بهما إجماعاً كما في التذكرة.

ثمّ إنّّه لا- عبره بعلم الوكيل [١] في مجرد العقد في مجرّد العقد، بل العبرة بعلم الموكل وجهله. نعم، لو كان وكيلاً في المعامله والمساومه، فمع علمه وفرض

الشرح:

أو النقيصه بعد العقد أو بعد القبض.

فإنه يقال: لا يكون مقتضاه ذلك، فإن قاعده نفى الضرر لا يعم ما إذا كان نفيه إضراراً للغير، ونفى اللزوم بالزيادة أو النقيصه الحاصله بعد العقد أو بعد القبض إضرار بالطرف الآخر، كما لا يخفى.

[١] إذا كان وكيلاً في مجرد إجراء صيغه الشراء، فلا ينبغي الريب في أنه لا اعتبار بعلم الوكيل وجهله في ثبوت الخيار للموكل؛ لأن الخيار الغبن إما للاشتراط الارتكازي على قرار ما تقدم، وإما الدليل نفى الضرر، ومقتضى كل منهما ثبوت الخيار للموكل مع جهله سواء كان الوكيل عالماً أو جاهلاً، لأن توكيله في إجراء الصيغه توكيل أيضاً في اشتراط الخيار لنفسه على تقدير التفاوت الفاحش بين الثمن المسمى والقيمه السوقيه، كما أنّ لزوم البيع المفروض مع فرض جهل الموكل بالحال ضرر عليه.

وأما إذا كان وكيلاً في المساومه والشراء، فإن كان الوكيل المزبور عالماً بالتفاوت، ومع ذلك أقدم على الشراء الغبن للموكل وفرض صحه البيع المزبور لقيام القرينه على التوكيل في الشراء المزبور أيضاً، كما إذا كان الموكل بحاجة إلى شراء الدابه للسفر بعد أيام، وقال للوكيل المزبور «حصّل لى الدابه بأى طريق تمكّنت»، واشترى الوكيل الدابه مع العلم بتفاوت القيمتين، فلا خيار للموكل عند المصنف وغيره، ومع جهل

صحة المعامله حينئذٍ لا- خيار للموكل، ومع جهله يثبت الخيار للموكل، إلا أن يكون عالماً بالقيمه، وبأن موكله يعقد على أزيد منها ويقرره له. وإذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصه، إلا أن يكون وكيلاً مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولي حينئذٍ، وقد مرّ ذلك مشروحاً في خيار المجلس.

الشرح:

الوكيل بالحال يثبت الخيار للموكل فيما كان هو أيضاً جاهلاً بالحال.

أقول: لا يبعد عدم ثبوت الخيار للموكل مع علم وكيله المفروض بالحال؛ لأن الشرط الارتكازي مع علم الوكيل المزبور بالحال غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه، وإقدام الوكيل على الضرر يعد إقداماً للموكل عليه مع ثبوت الوكالة، كما هو الفرض.

وأما مع جهل الوكيل المزبور بالحال، فلا يبعد ثبوت الخيار للموكل حتى مع علمه بغبن الوكيل في شرائه، لأن الوكيل لجهله بالحال لم يسقط الخيار المشتراط بالشرط الارتكازي.

نعم لو كان المدرك لخيار الغبن قاعده نفى الضرر الظاهره في نفى الحكم الضرري عن المتضرر، فلا يرفع لزوم البيع بالإضافة إلى الموكل العالم بالحال لأن توكيله وإبقاء ذلك التوكيل مع إحراز أن شراء وكيله غبني يكون إقداماً على البيع الضرر بمعنى أنه لا ينسب الضرر في الفرض إلى الشارع.

لا- يقال: علم الموكل بالحال مع جهل وكيله المفروض لا يكون إقداماً على الضرر، ولعل تقرير الوكالة وعدم منع وكيله عن إجراء العقد المزبور اعتقاده بأنه سوف إذا حصل على المبيع بقيمته السوقية أقدم على فسخ شراء وكيله.

فإنه يقال: لا يختص هذا الإشكال بالمقام بل ما ذكر يرد على من اشترط الجهل بالحال في المغبون بدعوى أنه مع علمه يكون مقدماً على الضرر فيقال عليه: بأن العالم بالحال أقدم على البيع لا على لزمه، وإقدامه على البيع يكون باعتقاده أنه إذا لم يظفر

ثم إنَّ الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن [١] وبالبيّنه إن تحققت، ويقول مدّعيه مع اليمين، لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصالة اللزوم، مع أنه قد يتعسر إقامه البيّنه على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه، لجهله بالحال فتأمل.

الشرح:

بالمبيع بالقيمه السوقيه بمعامله أخرى التزم بالغبن وإلا يفسخ.

والحاصل: الاشكال أنه لو كان الضرر لا في الشراء بل في لزومه، فالمشترى العالم لم يقدم عليه.

ولكن الجواب عن ذلك كله ظاهر: وهو أنّ خيار الغبن على تقدير كون المدرك له قاعده نفى الضرر من الخيارات الشرعيه التأسيسيّه، وبما أنّ البيع مع قطع النظر عن هذا الخيار الشرعى لازم في بناء العقلاء، فمع علم المغبون بالحال وإقدامه على المعامله لا يستند الضرر فيها إلى حكم الشارع بلزوم البيع بل يستند إلى اختيار المكلف وإقدامه على المعامله المزبوره. ومفاد لا ضرر نفى الحكم الشرعى فيما كان الضرر مستنداً إلى الشارع، ولا يرتبط هذا المفاد بكون نفى الضرر امتنائياً، بل الاستناد المزبور معتبر في القاعده حتى لو قلنا بجريانها في موارد خلاف الامتنان، كما لا يخفى.

[١] لا شبهه في ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا اعترف الغابن بجهله بالقيمه السوقيه لنفوذ الإقرار على نفسه.

والكلام في تشخيص المدعى من المنكر ليجرى عليهما الحكم الثابت في حق المدعى وخصمه، فنقول كما ذكرنا في بحث القضاء: الميزان في كون أحد الخصمين مدعياً كونه بصدد إثبات حق لنفسه أو لمن يتعلق به على الغير، أو يذكر أنّ له مالاً بيد الغير أو على الغير أو يذكر سقوط حق للغير عنه أو نقل مال عنه إليه، بحيث يكون مقتضى الحجه المعتبره في حق الشاك عدم ثبوت ذلك الحق أو المال أو عدم

الشرح:

الإسقاط والنقل إليه فمن يكون من الخصمين بصدد الإثبات المزبور مع عدم مطابقه قوله للحجه المزبوره يعد مدعياً، ومن كان بصدد نفى الحق المزبور لخصمه أو عدم إسقاطه الحق أو النقل عنه مع مطابقه قوله للحجه المزبوره يعد منكرأ.

وعلى ذلك فإن قلنا: بأنّ المستند لخيار الغبن قاعده نفى الضرر، يكون مدعى الجهل مدعياً، لأنه يدعى خيار الفسخ لنفسه لكون لزوم البيع عليه ضررياً، والغابن منكرأ لذلك الحق، لأن الأصل عدم ثبوت الخيار للمغبون بمعنى أنّ استناد الضرر في الفرض إلى حكم الشارع غير محرز، ومقتضى الأصل أى استصحاب بقاء الملك بعد فسخ المغبون لزوم البيع.

وما ذكر المصنف رحمه الله من مطابقه قول المغبون لأصالة عدم علمه بالحال، فيكون منكرأ والغابن مدعياً لا يمكن مساعدته عليه، لأن أصالة عدم علم المغبون أو أصالة عدم إقدامه على الضرر لا يثبت استناد ضرره إلى حكم الشارع بلزوم البيع.

وعلى ذلك فأنما يثبت الخيار للمغبون باعتراف الغابن بجهله بالحال أو بالبينه لو أمكنت البينه على جهله.

وأما ثبوته بدعوى المغبون مع يمينه فمبني على رد اليمين إلى المدعى فيما إذا لم يمكن للخصم الحلف على نفى دعواه أو بأن الدعوى إذا كانت مما لا يعلم إلا من قبل مدعيه، تثبت مع يمين مدعيه.

وإذا قلنا: بأن المدرك لخيار الغبن الاشتراط الارتكازي الثابت في المعاملات يكون الأمر على العكس بأن يكون الغابن مدعياً بإسقاط المغبون خياره بعلمه بالغبن والمغبون ينكر هذا الإسقاط.

وبتعبير آخر: يكون الاختلاف فيما نحن فيه نظير دعوى البائع إسقاط مشتري

هذآ كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبره [١]، بحيث لا يخفى عليه القيمه إلا لعارضٍ من غفله أو غيرها، وإلا فلا يقبل قوله كما فى الجامع والمسالك. وقد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، الشرح:

المعيوب خيار عيبه أو مشتري الحيوان إسقاط خياره عند العقد وينكره المشتري، فإن مقتضى الأصل عدم الإسقاط فى المقامين، ولا يفرق فى ذلك كله بين كون المغبون من أهل الخبره أو من غيرها فيما إذا احتمل جهله بالقيمه السوقيه حال البيع، لأن مجرد كون شخص من أهل السوق مثلاً لا يوجب العلم، بل ولا الاطمئنان بعلمه بالقيمه السوقيه حتى يعتبر وينقطع الأصل.

ولو فرض فى مورد ظهور بحيث يوجب للقاضى الاطمئنان بعلم المغبون بالحال حال العقد، يكون دعوى الجهل منه محتاجاً إلى الإثبات؛ لانقطاع أصله عدم سقوط الخيار الاطمئنان بالخلاف، فيجرى فيه ما ذكر من أنه لو كان الدعوى مما يتعسر إقامة البينه عليها هل تسمع فيها قول مدعيها بيمينه؟ ويأتى الكلام فى تلك الكبرى وكون العلم والجهل من تلك الأمور مطلقاً.

ينبغى فى المقام الإشاره إلى أمر، وهو أن كل مورد يكون الخصم فيه شاكاً فى دعوى المدعى، فإن كان للمدعى حجه تكون تلك الحجه معتبره فى حق خصمه الشاك كالبينه فلزم الأخذ بتلك الحجه، ولا يحتاج الواقعه إلى المحاكمه إلى القاضى. وأما إذا كان الخصم جازماً بخلاف دعوى المدعى فيحتاج المخاصمه إلى فصلها بالقضاء فيما لم يقدم على المصالحه بينهما.

وبهذا يظهر أن بعض صور دعوى الجهل تحتاج إلى القضاء وبعضها لا يكون من موارد القضاء فتدبر جيداً.

[١] يعنى إذا كان المغبون المدعى بجهله بالقيمه السوقيه حال العقد من أهل

فغايه الأمر أن يصير مدّعياً من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لَمَّا تعسّر إقامه البيّنه عليه، ولا يُعرف إلاّ من قبله يُقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. إلاّ أن يقال: إنّ معنى تقديم الظاهر جعل مدّعيه مقبول القول بيمينه، لا جعل مخالفه مدّعياً يجرى عليه جميع أحكام المدّعى حتّى فى قبول قوله إذا تعسّر عليه إقامه البيّنه، ألا ترى أنّهم لم يحكموا بقبول قول مدّعى فساد العقد إذا تعسّر عليه إقامه البيّنه على سبب الفساد؟ مع أنّ عموم تلك القاعده، ثم اندراج المسأله فيها محلّ تأمّلٍ.

الشرح:

الخبره، فلا- يعتبر أصاله عدم علمه بالقيمه السوقيه ليكون المغبون المزبور منكراً، بل يعتبر الظهور المزبور فلا يكون منكراً ليُقبل قوله مع يمينه.

ولكن قد يقال: اعتبار الظهور المزبور لا يوجب عدم قبول قوله مع يمينه، لأنّ غايه اعتبار الظهور المزبور جعل من يوافق قوله معه منكراً والمخالف له مدّعياً، والمدّعى إذا تعسّر عليه إقامه البيّنه لكون المدّعى به مما لا يظهر لغيره، يقبل قوله مع يمينه، فالمغبون المفروض كونه من أهل الخبره يقبل دعواه الجهل بالقيمه السوقيه من هذه الجهه.

وفيه: أنّ اعتبار الظهور ليس بمعنى جعله ميزاناً لتشخيص المدعى عن المنكر، بل مقتضاه قبول قول من يوافق ظهور مع يمينه فى المخاصمه، لا جعله منكراً وخصمه مدّعياً، ليلحق بالخصم المزبور ما يذكر من أنّ المدعى إذا تعسّر عليه إقامه البيّنه على دعواه يقبل دعواه مع يمينه.

ألا ترى أن من موارد اعتبار الظهور ما إذا اختلفا فى صحه العقد الواقع وفساده، وحيث إنّ ظاهر حال المسلم إقدامه على العقد الصحيح يقبل قوله بصحته مع يمينه لا أن يجعل خصمه مدّعياً ليلحق به ما ذكر من أنه إذا تعسّر على المدّعى إقامه البيّنه

ص: ١١٦

اختلاف المتعاملين فى الغبن

ولو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده [١] مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن، لأصالة عدم التغير وأصالة اللزوم. ومنه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير واختلفا فى تأريخ العقد. ولو علم تأريخ التغير فالأصل وإن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمه، إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن.

الشرح:

يقبل قوله مع يمينه.

أقول: قد تقدم أن الميزان فى تشخيص المدعى والمنكر: مطابقه قول أحدهما للحجه المعتبره فى حق الشاك فى الواقعه أى القاضى، ومخالفه قول الآخر معها، وأصالة الصحه الجاربه فى العقد المزبور حجه معتبره وحاكمه على أصالة الفساد، فمن وافق قوله أصالة الصحه منكر والآخر مدع. وأما إذا لم يكن فى البين ظهور معتبر يكون الميزان الأصل الجارى فى الواقعه.

نعم قد يثبت فى بعض الموارد تقديم قول من يوافق مثل الظهور المزبور مع يمينه كدعوى أحد الزوجين الدخول بعد الطلاق، وتحقق الخلوه قبله، فهذا لا يدل على كونه منكراً، بل هذا الحكم تخصيص فيما دل على كون البينه على المدعى واليمين على من أنكر.

فتحصّل: أن الكبرى الموهومه وهى قبول قول المدعى فيما إذا تعسر عليه إقامه البينه مطلقاً، وكون الجهل والعلم منه كلاهما محلّ تأمل، بل منع.

[١] الاختلاف تاره فى ثبوت الخيار لمن يدعى الغبن وأخرى فى بقاء الخيار له لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ.

فإن كان الاختلاف فى ثبوت الخيار فلا ينبغى الريب فى أن الأصل عدم ثبوته كما هو مقتضى استصحاب بقاء الملك على حاله بعد فسخ أحدهما بغير توافق الآخر، بل

الشرح:

يجرى استصحاب عدم كون البيع المزبور غبنياً، ولو بنحو الاستصحاب العدم الأزلى.

وأما إذا كان الشك في بقاء الخيار لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فاستصحاب كون البيع على ما هو عليه مقتضاه بقاء الخيار.

وأما أصاله عدم تغير القيمة السوقية فلا تفيد في المقام؛ لأنه إذا أحرز القيمة السوقية فعلاً، واحتمل تغيرها بحيث كان البيع زمان وقوعه غبنياً، فهي لا تنفي عدم اختلاف الثمن المسمى عند البيع مع القيمة السوقية المعبر عنه بالغبن لينتفى الخيار.

وكذا الحال فيما إذا علم تغير القيمة السوقية عما كانت عليه في السابق، وشك في تقدم البيع على زمان التغير لئلا يكون في البين خيار أو تأخره عنه ليثبت الخيار فإن أصاله تأخر البيع وعدم وقوعه إلى زمان التغير لا يثبت وقوع البيع على ثمن يختلف مع القيمة السوقية ولو مع العلم بزمان التغير.

وذكر النائيني رحمه الله (١) في المقام ثلاثة فروض:

الأول: ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع الثمن المسمى كما إذا بيع العين بثمانيه واتفقا على كون القيمة السوقية الفعلية تساوى ثمانيه وادعى البائع: أنّ القيمة السوقية حال العقد كانت عشره فله خيار الغبن، وقال المشتري: أنها كانت حال العقد أيضاً ثمانيه فلا خيار له، فأصاله عدم التغير لا تجرى في الفرض لأنه يرجع إلى الاستصحاب القهقرائي لأن التغير ليس أمراً مسبوقاً بالعدم .

مع أنه مثبت لأن خيار الغبن لا يترتب على التغير بل على منشأ انتزاعه وهو وقوع العقد على ما يختلف مع القيمة السوقية.

ص: ١١٨

الشك في كون الاختلاف بين الثمنين فاحشاً

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً [١]. فالواحد بل الاثنان في العشرين لا يوجب الغبن. وحده عندنا كما في التذكرة: ما لا يتغابن الناس بمثله. وحكى فيها عن مالك: أنّ التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار وإن كان بأكثر من الثلث أوجبه. الشرح:

أقول: مع تساوى القيمة السوقية فعلاً مع الثمن المسمى لا خيار للبائع حتى لو أحرز كون القيمة حال العقد عشره؛ لما تقدم من أنّ بقاء خيار الغبن دائر مدار بقاء تفاوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى.

الثاني: ما إذا اتفقا على القيمة السوقية قبل العقد بأن كانت قيمة العين قبل البيع عشره، وأن البيع وقع على الثمانية فالغابن يدعى أنها كانت عند البيع ثمانية فلا خيار، وأصالة عدم التغير في الفرض يوجب الخيار مع الإغماض عن كونه من الأصل المثبت، لأن استصحاب القيمة السوقية على العشره لا يثبت اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية.

الثالثه: ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع القيمة السوقية حال العقد، غايه الأمر يدعى البائع: أنّ القيمة السوقية الفعلية هي العشره، والثمن المسمى ثمانية فله الخيار، والمشتري: بأنّ الثمن السوقية هي ثمانية فلا خيار، فإنه لا مورد لأصالة عدم التغير في الفرض أصلاً لأنّ الشك في الغبن غير ناشئ عن تغير القيمة السوقية أصلاً.

[١] قد تقدم أنّ الموجب لخيار الغبن كون التفاوت بين الثمن والقيمة السوقية فاحشاً بحيث لا يتسامح فيه غالب الناس ولا يقدمون على المعامله بذلك التفاوت إلاّ مع الاضطرار على تلك المعامله.

وفي هذه الصوره يكون اشتراط الخيار مع الاختلاف الفاحش ارتكازياً، بل لو قلنا بأنّ المدرك لخيار الغبن هي قاعده نفى الضرر فالأمر كذلك لأنه لا امتنان في موارد

وردّه: بأنّه تخمينٌ لم يشهد له أصل في الشرع، انتهى. والظاهر أنّه لا- إشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً. نعم، الإشكال في الخمس، ولا يبعد دعوى عدم مسامحه الناس فيه، كما سيجيء التصريح به من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين. ثمّ الظاهر أنّ المرجح عند الشكّ في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار، لأنّه ضررٌ لم يُعلم تسامح الناس فيه. ويحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأنّ الخارج هو الضرر الذي يُناقش فيه، لا مطلق الضرر.

الشرح:

الاختلاف غير الفاحش في رفع اللزوم، حيث لا- يكون وضعه فيها ثقلاً- عليهم كما أنّ الرفع في سائر الموارد مما يكون امتثانياً كذلك فمن أكره بشرب الخمر متوعداً بضرر يتحمّله عامه الناس لا يكون فيه رفع الحرمة.

ويظهر من المصنف رحمه الله أنّ الاختلاف بنصف العشر بل العشر لا يكون فاحشاً وناقش في كون الاختلاف بالخمس فاحشاً ولكن لم يبعد كونه فاحشاً.

ولا- يخفى اختلاف المعاملات وعدم انضباط الغبن المتعارف بشيء من النسب، ولو اشترى داراً بألف وظهر الغبن فيه بمئة يعد فاحشاً، بل الأمر في تفاوت الخمسين أيضاً كذلك، ولكن لو اشترى متاعاً بخمسين وظهر الغبن فيه بخمس فقد لا يعدونه غبناً فاحشاً، بل الميزان كون التفاوت مما يتحمّله الناس في مثل تلك المعاملة بحيث يعدون الإقدام على تلك المعاملة إغماًضاً عن ذلك المقدار من التفاوت.

ولا- يقال: الضرر اليسير مما يتسامح فيه الناس ضرر أيضاً، وظاهر قاعده نفيه عدم لزوم البيع مطلقاً حتى فيما إذا فرض كون التفاوت غير فاحش، غايه الأمر أنّ نفى اللزوم في البيع للامتنان على المتضرر ونفيه عن المتضرر بالضرر غير الفاحش أيضاً مشمول للامتنان، نظير وجوب القصر على المسافر بسفر لا- تعب فيه، فإنّ نفى وجوب التمام عن ذلك المسافر أيضاً مشمول للامتنان.

ص: ١٢٠

الشرح:

وعلى ذلك فالتفاوت غير الفاحش غير شرط في ثبوت خيار الغبن، ولم يقع عنوان الغبن وارداً في شيء من الأدلة ليقال بانصرافه عن التفاوت غير الفاحش بدعوى عدم عد ذلك التفاوت غبناً.

فإنه يقال: نفى الضرر منصرف عن نفى الحكم في مورد يمسك فيه المشتري بزمام العقد ولو مع علمه بذلك التفاوت، وأن الضرر فيه غير ناشئ عن حكم الشارع حيث لا يقدم المتضرر به على الفسخ، ولو بعد اطلاعه بالغبن المزبور بل يقدم على البيع المزبور، ولو مع اطلاعه بالحال.

وثانياً: قد ظهر مما ورد في مثل وجوب القصر على المسافر أنّ الإمتنان فيه من قبيل الحكمة بخلاف المقام حيث مع ورود نفى الضرر في الامتنان نظير رفع الإكراه أو الاضطرار ظاهره دوران النفي والرفع على الامتنان.

والكلام فيما إذا لم يحرز كون التفاوت مما يتسامح الناس فيه أم من غيره فذكر المصنف رحمه الله أنه يرجع مع عدم الإحراز إلى قاعده نفى الضرر في الحكم بالخيار، لأنّ الخارج عن قاعده نفى الضرر تخصيصاً أو تخصصاً موارد إحراز التسامح، واحتمل الرجوع إلى استصحاب اللزوم لاختصاص قاعده لا- ضرر بـموارد الاختلاف الفاحش لا- موارد إحرازه، فيكون التمسك به كالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) من التمسك بالعام في شبهته المصداقيه.

أقول: المورد من موارد الشك في شرط الخيار والأصل عدمه فتدبر جيداً.

ص: ١٢١

ما هو المناط في الضرر الموجب للخيار؟

بقي هنا شيءٌ وهو: أنّ ظاهر الأصحاب وغيرهم أنّ المناط في الضرر الموجب [١] للخيار كون المعاملة ضرريّةً مع قطع النظر عن ملاحظه حال أشخاص المتبايعين، ولذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامّة. وظاهر حديث نفى الضرر ملاحظه الضرر بالنسبه إلى شخص الواقعة، ولذا استدّلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضرّ بالمكلف، ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضرّ به ذلك، مع أنّ أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضرريّةً في حقّ الكلّ.

الشرح:

[١] إذا كان التفاوت بين الثمن والقيمة السوقية فاحشاً فقد يتيسّر تحمله لبعض الأشخاص وذلك التفاوت لا يتحمّله بعض آخر في مثل ذلك البيع، فهل يكون المعيار في عدم لزوم البيع بالتفاوت الفاحش المعبر عنه بالضرر المالي مع الإغماض عن حال المغبون من جهة يسر تحمله الضرر وعدمه، أو يلاحظ مع التفاوت الفاحش حال المتضرر أيضاً، بحيث لا يرفع لزوم المعاملة بقاعده نفى الضرر مع يسر المغبون.

فإن قيل بالأول وعدم ملاحظه شيء إلا الضرر المالي فما الفرق بين المقام وبين موارد التكليف.

مثلاً- ذكروا في شراء الماء للوضوء أنه يجب لو وجد المال وإن بلغ الثمن ما بلغ بخلاف من لا يجد المال ولا يتيسر له الشراء المزبور فإنه يجوز له التيمم وترك الشراء لنفى الضرر، حيث إن مقتضى ما ذكر ملاحظه حال المكلف بالإضافة الى وجوب الوضوء الموقوف على شراء الماء وعدم كون تمام الملاك في نفى وجوبه بالضرر المالي والاغماض عن حال المكلف.

وإن قيل بالثاني أي ملاحظه حال الشخص، فاللازم في المقام أيضاً ملاحظه حال المغبون من حيث يسر تحمله الضرر وعدمه.

والحاصل: أنّ العبرة إن كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره. والأظهر اعتبار الضرر المالى، لأنّه ضررٌ فى نفسه من غير مدخلية لحال الشخص. وتحمله فى بعض المقامات كالتيمم إنّما خرج بالنص، ولذا أوجب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور: بأنّ الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. ويمكن أيضاً أن يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص، بل لعدم كونه ضرراً بملاحظه ما يزاؤه من الأجر، كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه عليه السلام ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إنّ ما يشتري به مالٌ كثير».

الشرح:

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك: بأنّ المعيار فى نفي الضرر نفس الضرر المالى؛ لأن يسر تحمل المكلف الضرر وعدمه لا يخرج الحكم عن كونه ضرراً بلا فرق بين المقام والتكاليف، غاية الأمر قاعده نفي الضرر كسائر العمومات قابله للتخصيص وقد خصّصت فى مسأله شراء الماء للوضوء، حيث دل النص على وجوبه على واجد المال.

وفى صحيحه صفوان قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاه وهو لا يقدر على الماء، فوجد بقدر ما يتوضأ به بمئه درهم أو بألف درهم وهو واجد لها، أيشترى ويتوضأ أو يتيمم؟ قال: لا بل يشتري، قد أصابني مثل ذلك فاشترت وتوضأت وما يسوئني بذلك مال كثير»^(١).

وعلى ذلك فيرفع اليد عن قاعده لا ضرر بالاضافه إلى من يمكنه الشراء، ويبقى غير الواجد للمال المزبور بحيث كان صرف المال على الشراء مجحفاً به مندرجاً فى

ص: ١٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ٣: ٣٨٩، الباب ٢٦ من أبواب التيمم، الحديث ١.

الفرق بين لزوم المعاملات وسائر التكاليف في موارد الضرر

نعم، لو كان الضرر مجحفاً بالمكلف انتفى بأدله نفي الحرج، لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالى فى التكاليف لا يتحقق إلا إذا كان تحمّله حرجاً.

الشرح:

قاعده نفي الضرر.

بل يمكن أن يقال: إن خروج مثل هذه التكاليف عن قاعده نفي الضرر بالتخصص لأن ما يصيب المكلف بإزاء الضرر المالى من الأجر الأخرى يخرج عن عنوان الضرر كما يشير إلى ذلك ذيل الروايه، فيجب الشراء على كل من لا يكون الشراء مجحفاً به، وبالإضافه إلى المكلف الذى يكون الشراء مجحفاً به ينفي وجوب الشراء بقاعده نفي الحرج.

أقول: لا يخفى ما فيه فإن ترتب الأجر الأخرى على امتثال تكليف لو كان موجباً لخروجه عن كونه ضررياً وجب الوضوء فيما لو كان تحصيل الماء موجباً لذهاب المال الكثير أو مع خوف ذهابه، كما إذا خاف من سرقة ماله لو ترك متاعه وذهب فى طلب الماء ونحو ذلك، بل لا يمكن استفاده نفي اللزوم فى البيع الغبى، فإن وجوب الوفاء بالبيع عند المصنف رحمه الله وغيره تكليف، ويترتب على امتثاله الأجر الأخرى، فلا يكون اللزوم المزبور ضررياً حيث يمكن للمكلف الوفاء به بقصد القربه حتى لا يحصل الضرر فيكون الوفاء به من غير قصد التقرب إقداماً من المغبون على الضرر إلى غير ذلك.

وعن النائى قدس سره (١) أن وجوب شراء الماء بالمال الكثير فيما إذا لم يكن الشراء غنياً بأن تكون قيمه الماء فى ذلك المكان مساوياً للثمن المدفوع بحيث يكون الضرر فى نفس التكليف بالوضوء الموجب لصرف الماء المزبور، وإلا فيمكن نفي لزوم الشراء بقاعده نفي الضرر فيجوز له التيمم إلا أن يؤخذ بذيل الروايه.

ص: ١٢٤

١- (١) أنظر منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ١٢٧ ١٢٨.

إشكال:

ذكر في الروضة والمسالك تبعاً لجامع المقاصد [١] في أقسام الغبن: أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما، انتهى. فيقع الإشكال في تصوّر غبن كلٍّ من المتبايعين معاً. والمحكّي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة الشّرح:

أقول: حمل الروايه على كون القيمه السوقيه في ذلك المكان مساوياً للثمن المدفوع حمل بعيد، فاللازم على ظاهر الروايه الإقدام على المعامله المزبوره لواجد المال، وإن كانت غبتيه، والله سبحانه هو العالم.

[١] ذكر في الروضة (١) والمسالك (٢) وجامع المقاصد (٣): أنه قد يكون المغبون في المعامله هو البائع والأخرى المشتري وثالثه هما معاً، وقد وقع الإشكال في تصوير الغبن لكل من المتبايعين في بيع واحد.

وعن بعض المحشّين للروضه (٤): عدم إمكان ذلك، فإنّ غبن البائع يكون ببيع الشىء بالناقص عن قيمته السوقيه وغبن المشتري ببيعه بأزيد من قيمته السوقيه، ولا يمكن أن يكون الثمن في بيع واحد زائداً على قيمته السوقيه وناقصاً عنها.

وقد تصدّى جمع لتصوير الغبن لكل منهما في معامله وذكروا في ذلك وجوهاً.

الأول: ما عن المحقق القمي رحمه الله: من أنه لو باع متاعه بثمن و اشترط في البيع دفع بدل معين عن ذلك الثمن، كما إذا باع متاعه بأربعة توأمين على أن يدفع المشتري عن تلك التوأمين بثمانيه دنانير، ثم ظهر أنّ المتاع يسوى خمسه توأمين، وأن أربعة توأمين

ص: ١٢٥

١- (١) الروضه ٣ : ٤٦٧ .

٢- (٢) المسالك ٣ : ٢٠٥ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ : ٢٩٥ .

٤- (٤) جامع الشتات ٢ : ٥٩ ، المسأله ٤٨ .

ما حاصله استحاله ذلك، حيث قال: قد عرفت أنّ الغبن في طرف البائع إنّما هو إذا باع بأقلّ من القيمة السوقية، وفي طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، ولا- يتفاوت الحال بكون الثمن والمثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين، وحينئذٍ فلا يعقل كونهما معاً مغبونين، وإلاّ- لزم كون الثمن أقلّ من القيمة السوقية وأكثر، وهو محالٌ، فتأمل، انتهى. وقد تعرّض غير واحدٍ ممّن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض:

منها: ما ذكره المحقّق القمّي صاحب القوانين في جواب من سأله عن هذه العبارة من الروضه قال: إنّها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنّها تسوى أربعة توأمين، ثمّ تبين أنّ المتاع يسوى خمسه توأمين وأنّ الدنانير تسوى خمسه توأمين إلاّ- خُمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقلّ من القيمة السوقية بخُمس تومان، والمشتري مغبوناً من جهه زياده الدنانير على أربعة توأمين، فالبائع مغبونٌ في أصل البيع، والمشتري مغبونٌ فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن وإن لم يكن مغبوناً في أصل البيع، انتهى.

الشرح:

يساوى ثمانية دنانير إلا- خمس دينار؛ ففي الفرض يكون البائع مغبوناً لبيعه ماله بأقل من قيمته السوقية والمشتري مغبون في اشتراط دفع ثمانية دنانير بدل أربعة توأمين فيكون لكل منهما خيار الغبن.

وناقش المصنف رحمه الله في الجواب بأن الغبن يحسب في المعامله بملاحظه الشرط المأخوذ فيها مثلاً: إذا باع ما يسوى بخمسه دنانير بدینارين مع اشتراط خياطه المشتري ثوباً تكون أجرتها ثلاثه دنانير لا يتحقق الغبن.

وعلى ذلك ففي الفرض المزبور يكون المغبون هو البائع فقط لأنه قد دفع متاعه

أقول: الظاهر أنّ مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد والشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسه دراهم بدرهمين على أن يخيّط له ثوباً مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم، ومن هنا يقال: إنّ للشرط قسطاً من العوض. وإن أبيت إلاّ عن أنّ الشرط معاملهً مستقلّةً فلا مدخل له في زياده الثمن، خرج ذلك عن فرض غبن كلّ من المتبايعين في معاملهٍ واحده. لكن الحقّ ما ذكرنا: من وحده معامله وكون الغبن من طرفٍ واحدٍ.

ومنها: ما ذكره بعض المعاصرين، من فرض المسأله فيما إذا باع شيئين في عقدٍ واحدٍ بثمانين، فغبن البائع في أحدهما والمشتري في الآخر.

الشرح:

ووصل إليه بإزائه ما ينقص عن قيمته السوقيه بخمس دينار.

ومع الغمض وحساب الشرط معامله أخرى لا يكون في البين معامله واحده، بل معاملتان يكون المغبون في إحدهما هو البائع، وفي الأخرى هو المشتري.

الثاني: ما ذكره بعض (١): من بيع متاعين بصفقه واحده بثمانين، كما إذا قال: «بعت هذا المتاع وذلك المتاع الأول بخمسه، والثاني بأربعه»، وقال المشتري: «اشتريتهما»، وظهر أن المتاع الأول يسوى بأربعه، والثاني بخمسه فيكون كل من البائع والمشتري مغبوناً؛ بالإضافة إلى أحد المتاعين.

وهذا الجواب قريب من الأول في الضعف، لأنّ معامله المزبوره إن كانت واحده فلا غبن فيها لأحدهما أصلاً، وإن كانت معاملتين بحيث يكون للمغبون في كل منهما خيار تخرج عن فرض وحده معامله.

الثالث: أن يكون المراد بالغبن معناه الأعم (٢)، بحيث يشمل ظهور المبيع على

ص: ١٢٧

١- (١) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣ : ٤٤ .

٢- (٢) كذا عن العلامة في القواعد ٢ : ٢٢ ، والشهيد في اللمعه دمشقيه : ١١٣ .

وهذا الجواب قريبٌ من سابقه في الضعف، لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصّة حتّى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصّة، فهما معاملتان مستقلّتان كان الغبن في كلّ واحدٍ منهما لأحدهما خاصّة، فلا وجه لجعل هذا قسمًا ثالثًا لقسمي غبن البائع خاصّة والمشتري خاصّة. وإن لم يجر التفكيك بينهما لم يكن غبنٌ أصلاً مع تساوي الزيادة في أحدهما للنقيصه في الآخر، ومع عدم المساواة فالغبن من طرفٍ واحدٍ.

ومنها: أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعمّ الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقاً على خلاف ما شاهده، أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، وقد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعمّ العلّامه في القواعد والشهيد في اللمعه، وعلى هذا المعنى الأعمّ تحقّق الغبن في كلّ منهما.

الشرح:

خلاف الرّؤية السابقه، كما إذا اشترى الفرس الذي رآه سابقاً سميناً بخمسه دنانير ثم ظهر هزاله، وأن قيمته عند البيع مع هزاله سته، فيكون لكل من البائع والمشتري خيار الفسخ. أما المشتري لتخلف شرط الرّؤية السابقه، وأما البائع لكونه مغبوناً.

فذكر المصنف رحمه الله: أنّ هذا الوجه حسن، ولكن لا يساعده ظاهر كلام الروضه، لأن ظاهره فرض الغبن المفروض في خيار الغبن.

الرابع: ما ذكره بعض: من فرض اختلاف قيمه المبيع بحسب مكان البائع، ومكان المشتري، كما إذا حاصر العسكر بلده، وكانت قيمه الطعام خارج البلده ضعف قيمته داخل البلده واشترى أحد من داخل سور البلد الطعام من خارج السور بقيمه متوسطه بين القيمتين فيكون البائع مغبوناً، لكون قيمه المبيع عنده أزيد من الثمن المسمى والمشتري مغبوناً لكون قيمه المبيع عنده ناقصه عن الثمن المسمى.

وفيه: أنّ الملاك في الغبن القيمه السوقيه للمبيع في مكانه، وإذا نقصت قيمته

وهذا حسنٌ، لكن ظاهر عبارته الشهيد والمحقق الثانيين إرادته ما عنون به هذا الخيار وهو الغبن بالمعنى الأخصّ على ما فسّروه به.

ومنها: ما ذكره بعضٌ: من أنّه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمه الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمنٍ متوسطٍ بين القيمتين، فالمشترى مغبونٌ لزيادته الثمن على قيمه الطعام في مكانه، والبائع مغبونٌ لنقصانه عن القيمة في مكانه.

الشرح:

بانتقاله إلى مكان المشتري فلا يكون ذلك غبناً للمشتري، فإنّ نقله إليه إتلاف لبعض ماله.

الخامس: ما ذكره في مفتاح الكرامة (1): من دعوى كل من البائع والمشتري الغبن في معامله واحده ولم يمكن استعلام الحال، ومع تحالفهما يثبت خيار الغبن لكل منهما.

وأورد المصنف رحمه الله على ذلك: بأنّ لازم التحالف لزوم المعامله عن كلا الطرفين مع أنّ الكلام في ثبوت الغبن واقعاً لكل منهما.

أقول: يمكن أن يكون تحالفهما برد كل منهما اليمين إلى صاحبه فيثبت الخيار لكل منهما. نعم كون الكلام في الغبن الواقعي صحيح.

وقد يقال: بفرض الغبن بمعنى الضرر لكل من البائع والمشتري في بيع واحد كما إذا كانت قيمة الحيوان مع ولده عشره في بيعهما معاً أربعة للأم وستة للولد، وباع المالك الأم باعتقاد أنّ الولد يعيش بدون الأم بسته، ثم ظهر أنّ الولد لا يعيش بدونها،

ص: ١٢٩

ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد

ويمكن ردّه بأنّ المبيع بعد العقد باقٍ على قيمته حين العقد، ولا غبن فيه للمشتري ما دام في محلّ العقد، وإنّما نزلت قيمته بقبض المشتري ونقله إياه إلى مكان الرخص. وبالجمله، الطعام عند العقد لا يكون إلاّ في محلّ واحدٍ له قيمهٌ واحدهٌ.

ومنها: ما ذكره في مفتاح الكرامه: من فرضه فيما إذا ادّعى كلُّ من المتبايعين الغبن، كما إذا بيع ثوبٌ بفرسٍ بظنّ المساواه، ثمّ ادّعى كلُّ منهما نقص ما في يده عمّا في يد الآخر، ولم يوجد المقومٌ ليرجع إليه، فتحالفا، فيثبت الغبن لكلِّ منهما في ما وصل إليه. قال: ويتصوّر غبنهما في أحد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمئه درهم، ثمّ ادّعى البائع كونه يسوى بمئتين والمشتري كونه لا يسوى إلاّ-بخمسين، ولا مقومٌ يرجع إليه فتحالفا، ويثبت الفسخ لكلِّ منهما، انتهى. وفيه: أنّ الظاهر أنّ لازم التحالف عدم الغبن لأحدهما، مع أنّ الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري. والأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، والله العالم.

مسأله: ظهور الغبن شرط شرعيٌّ [١] لحدوث الخيار، أو كاشفٌ عقليٌّ عن ثبوته حين العقد وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم ومعاهد إجماعهم واستدلالاتهم. فظاهر عباره المبسوط والغنيه والشرائع وغيرها هو الأوّل، وفي الغنيه: الإجماع على أنّ ظهور الغبن سببٌ للخيار. وظاهر كلمات آخرين الشرح:

وأنه لا يصلح إلاّ للذبح وقيمه بدون الأم دينار فيكون مشتري الأم مغبوناً لشرائه الأم منفرداً بسته والبائع متضرراً لأنّ البيع المزبور قد أتلف عليه ثلاثه دنانير، ولكن لا يخفى أنّ هذا أيضاً لا يكون من الغبن المراد في المقام.

[١] يقع الكلام في ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد، فإنّ كلمات

الثانى. وفى التذكرة: أنّ الغبن سببٌ لثبوت الخيار عند علمائنا. وقولهم: «لا يسقط هذا الخيار بالتصرّف» فإنّ المراد بالتصرّف قبل العلم بالغبن، وعدم السقوط ظاهرٌ فى ثبوته.

ومما يؤيد الأول: أنّهم اختلفوا فى صحّة التصرفات الناقله فى زمان الخيار ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعه من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها وانتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. ويؤيده أيضاً: الاستدلال فى التذكرة والغنيه على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه و آله فى حديث تلقى الركبان: «إنّهم بالخيار إذا دخلوا السوق» فإنّ ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن. هذا، ولكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً فى المعنى الآخر.

الشرح:

الأصحاب يختلف ويظهر من بعضهم الأول كالشيخ قدس سره فى مبسوطه (١)، وابن زهره فى الغنيه (٢)، والمحقق فى الشرائع (٣)، بل ظاهر الغنيه التسالم على اشتراط الخيار بظهور الغبن. ويظهر من بعض آخر (٤) الثانى؛ بل ظاهر التذكرة الاتفاق عليه (٥)، وتصريح بعضهم: بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف (٦) المراد به التصرف قبل العلم بالغبن ظاهر فى ثبوته قبل ظهور الغبن حيث إنّ عدم سقوط الخيار به فرع ثبوته.

ص: ١٣١

١- (١) راجع المبسوط ٢ : ٨٧ .

٢- (٢) الغنيه : ٢٢٤ .

٣- (٣) الشرائع ٢ : ٢٢ .

٤- (٤) مثل ظاهر المختصر ١ : ١٢١ ، والرياض ٨ : ١٩٠ .

٥- (٥) التذكرة ١ : ٥٢٢ .

٦- (٦) كما فى الشرائع ٢ : ٢٢ ، والإرشاد ١ : ٣٧٤ ، والقواعد ٢ : ٦٧ ، وغايه المراد ٢ : ٩٩ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٥٧٢ .

وتوضيح ذلك: أنه إن أُريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ والإمضاء قولاً أو فعلاً، فلا يحدث إلا بعد ظهور الغبن. وإن أُريد به ثبوت حق للمغبون لو علم به لقيام بمقتضاه، فهو ثابت قبل العلم، وإنما يتوقف على العلم إعمال هذا الحق، فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما.

الشرح:

ولكن يظهر الوجه الأول من كلامهم حيث ذكروا فى المقام صحه تصرفات الغابن فيما انتقل إليه قبل علم المغبون بالحال ونفوذها، غايه الأمر أن المغبون بعد علمه بالحال وفسخه البيع يرجع ببدل ذلك المال مع اختلافهم فى صحه تصرفات مع عليه الخيار فيما انتقل إليه زمان خيار صاحبه.

ويؤيد الأول أيضاً الاستدلال فى التذكرة (١) على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه وآله فى حديث تلقى الركبان: «أنهم بالخيار إذا دخلوا السوق» (٢) فإن ظاهره حدوث الخيار بظهور الغبن الحاصل بدخول السوق.

ويمكن إرجاع كلماتهم إلى أحد الوجهين المزبورين بحيث يرتفع الاختلاف، بأن يقال: خيار الغبن يطلق تاره على السلطنة الفعلية الثابتة للمغبون بحيث يجوز له فعلاً فسخ البيع، وهذه السلطنة لا تحصل إلا بظهور الغبن.

ويطلق أخرى على الحق الواقعى بحيث لو حصل العلم به كان صاحبه متمكناً على استعمال ذلك الحق، فيكون الجاهل بموضوع خيار الغبن كالجاهل بحكم خيار الغبن أو بحكم خيارى المجلس والحيوان وغيرهما.

ص: ١٣٢

١- (١) التذكرة ١: ٥٢٢.

٢- (٢) راجع سنن البيهقى ٥: ٣٤٨، باب النهى عن تلقى السلع.

ثم إن الآثار المجعوله للخيار: بين ما يترتب على السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف، فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن، فلا يسقط قبله كما سيجيء، ومنه التلف، فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً ولو قلنا بعموم قاعده «كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض وتردد فيه آخر. وبين ما يترتب على المعنى الثاني كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره،

الشرح:

ثم إن الآثار المترتبة على الخيار تختلف:

فإن منها ما يترتب على السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد فعلية السلطنة ليكون التصرف دالاً على رضا ذي الخيار ببقاء العقد والإغماض عن خياره، وكالتلف فإن تلف المنتقل إلى المغبون من مال المغبون قبل ظهور الغبن. وإنما يكون من الغابن بناءً على عموم القاعده لخيار الغبن أيضاً بعد ظهور الغبن للمغبون.

ومن الآثار ما يترتب على ثبوت الحق واقعاً كإسقاطه بعد العقد فان إسقاطه يصح ولو كان قبل ظهور الغبن.

ومن الآثار ما يحتمل فيه الأمران: أن يكون أثراً للحق الواقعي، وأن يكون أثراً للحق الفعلي كالتصرفات الناقله من الغابن فيما انتقل إليه فإنّ تعليل عدم جوازها بكونها موقوفه لحق المغبون مقتضاه ترتبه على الحق الواقعي.

ولكن يظهر من بعض من ذكر عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه ان عدم الجواز مترتب على الحق الفعلي، حيث ذكر هذا البعض أن تصرفات الغابن فيما انتقل إليه قبل ظهور الغبن للمغبون لا بأس بها.

وكيف كان فاللازم في تمييز الآثار ملاحظه الدليل الدال عليها.

وتظهر الثمره بين الوجهين من كون ظهور الغبن شرطاً شرعياً أو كاشفاً في نفوذ فسخ المغبون فيما إذا فسخ المغبون البيع قبل ظهور غبنه اقتراحاً أي من غير ملاحظه

وبين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقله، فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوّتة لحقّ ذى الخيار من الغبن، ظاهرٌ فى ترتّب المنع على وجود نفس الحقّ وإن لم يعلم به. وحُكْمُ بعضٍ من منع من التصرّف فى زمان الخيار بمضىّ التصرّفات الواقعه من الغابن قبل علم المغبون، يظهر منه أنّ المنع لأجل التسلّط الفعلى. والمتّبع دليل كلّ واحدٍ من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتّب الأثر على نفس الحقّ الواقعى ولو كان مجهولاً لصاحبه، وقد يظهر منه ترتّبه على السلطنه الفعلىّه.

الشرح:

أمر، أو بملاحظه سبب خيار غير موجود بأن يعتقد بقاء خيار المجلس أو غيره.

أقول: الأظهر فى المقام الالتزام بثبوت الخيار للمغبون من حين العقد، فإنّ المدرك له إما قاعده نفى الضرر أو الشرط الإرتكازى الثابت فى المعاملات المبيّته على المدأقه ومقتضى نفى الحكم الضرر على الأول، وتخلّف الشرط على الثانى، نفى اللزوم وثبوت الخيار من الأول، وليس الخيار إلّا السلطنه الفعلىّه التى يكون فسخ العقد بها نافذا سواء كانت السلطه محرزّه أم لا، فإنه إذا صادف الفسخ تلك السلطنه ينفذ وإلّا لم يكن فى البين خيار.

وعلى ذلك فالأحكام المترتبه على الخيار كضمان تلف المال على من لا خيار له بناءً على جريانه فى المقام يثبت من حين تمام العقد.

ودعوى الإجماع على عدم ضمان الغابن التلف قبل ظهور الغبن؛ إمّا تخصيص فى قاعده الضمان أو منع عن جريانها فى خيار الغبن أصلاً، هذا إذا أمكن دعوى الإجماع التعبدى فى أمثال المقام.

وأما تصرف الغابن فيما انتقل إليه فهو أمر جائز سواء كان ذلك قبل ظهور الغبن أم بعده، فإنّ الخيار ليس إلّا حق يتعلّق بفسخ العقد لا بما انتقل من ذى الخيار إلى صاحبه، غايه الأمر أنّ من له الخيار لو وجد بعد الفسخ ما صار ملكاً له بالفسخ أخذه وإلّا يأخذ بدله.

ص: ١٣٤

الوجهان المذكوران في الغبن جاريان في العيب

وتظهر ثمره الوجهين أيضاً فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظن وجود سبب معدوم في الواقع فصادف الغبن.

ثم إن ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جارٍ في العيب [١] جارٍ في العيب. وقد يستظهر من عبارته القواعد في باب التدليس الوجه الأول، قال: وكذا يعني لا ردّ لو تعيبت الأمه المدلسه عنده قبل علمه بالتدليس انتهى، فإنه ذكر في جامع المقاصد: أنه لا فرق بين تعييبها قبل العلم وبعده، لأن العيب مضمون على المشتري، ثم قال: إلا أن يقال: إن العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري لثبوت الخيار. وظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب، لكون العيب في زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له. لكن الاستظهار المذكور مبني على شمول قاعده التلف ممن لا خيار له لخيار العيب، وسيجيء عدم العموم إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وأما تصرف المغبون فيما انتقل إليه، فإن كان قبل ظهور الغبن فهو كتصرف الغابن بخلاف ما إذا كان بعد ظهور الغبن، فإن التصرف في ما انتقل إليه بعد ظهور غبنه يكون مسقطاً لخياره باعتبار دلاله ذلك التصرف على التزامه بالعقد على قرار ما استفيد مما ورد في سقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه.

ولا يختص ذلك بالتصرف الناقل بل كلما يكون ظاهراً في التزامه ببقاء العقد والإغماض عن خياره، بل لو كان في البين ظهور للتصرف حتى قبل علمه بغبنه يكون الإسقاط الفعلي كالإسقاط القولي في نفوذه سواء كان بعد العقد أو حين العقد كما ذكرنا سابقاً في شرط سقوط الخيار في العقد.

[١] الكلام في كون خيار العيب مشروطاً بظهور العيب أو أن ظهوره كاشف عن ثبوت الخيار من حين العقد كما تقدم في خيار الغبن.

إسقاط الخيار مع اعتقاد قله الغبن

وأما خيار الرؤية: فسيأتي أنّ ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إسقاطه بعد العقد [١] وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، ولا إشكال في صحّته إسقاطه بلا عوضٍ مع العلم بمرتبته الغبن، ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن

الشرح:

وربما يستظهر من كلام العلامة في القواعد (١) حدوثه بظهور العيب كحدوثه بظهور الغبن حيث قال في القواعد: إنه لو حدث في الأمة المدلّسه عيب قبل ظهور التدليس فلا ردّ، بمعنى أنّ مشتريها يأخذ أرش ذلك التدليس.

وذكر في جامع المقاصد (٢): أنّ هذا الكلام من العلامة مبني على ضمان من لا خيار له تلف العين أو الوصف حتى في خيار العيب، ولذا يجوز الرد بالعيب الحادث بعد ظهور التدليس، ولا يجوز قبل العلم به بالعيب الحادث.

ولكن الظاهر عدم جواز الرد بالعيب الحادث سواء كان حدوثه قبل ظهور التدليس أم بعده، لأن قاعده الضمان في زمان الخيار ممن لا خيار له لا تجرى في خيار العيب، بل ضمانه على المشتري على كل تقدير.

[١] لإسقاط خيار الغبن صور:

الأولى: إسقاطه بعد ظهور الغبن بلا عوض. الثانية: إسقاطه بظهور الغبن بالعوض. الثالثة: إسقاطه قبل العلم بالغبن بلا عوض أو بالعوض.

أما الأولى: فلا إشكال في صحه الإسقاط ونفوده فيما إذا علم مرتبه الغبن وأسقط خياره، أو جهل مرتبته وأسقط خياره من أى مرتبه من الغبن، لأن مقتضى كون الخيار

ص: ١٣٦

١- (١) القواعد ٢: ٧٧.

٢- (٢) انظر جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

المسبب عن أى مرتبه كان، فاحشاً كان أو أفحش. ولو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرةً فظهر منه، ففي السقوط إشكال: من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً. ومن أن الخيار أمرٌ واحدٌ مسببٌ عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به ولا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط، والقذف وما دونه من الشتم حقان مختلفان.

الشرح:

حقاً للمغبون جواز اسقاطه. ولكن هذا فيما كان المدرك لخيار الغبن الشرط الارتكازى أو ثبوت الخيار فى المعامله الغبتيه بسيره العقلاء.

وأما بناءً على أن المدرك له قاعده نفى الضرر فإثبات كون جواز البيع مع الغبن حقياً لا حكماً مشكل جداً.

لا- يقال: بأن المنفى فى مثل البيع اللزوم الحقى لا الحكمى، حيث إن اللزوم الحكمى غير ثابت فى البيع، كما هو مقتضى ما دل على مشروعيه الإقاله فيه.

فإنه يقال: نعم الحكم المنفى كما ذكر، ولكن الجواز الثابت مع عدم اللزوم الحقى، حقياً أيضاً أو انه حكمى، فلا يثبت بنفى الضرر إلا- أن يتمسك بذيل الاجماع، فإن احتمال ثبوت الجواز الحكمى غير موجود فى كلام أحد من الأصحاب فضلاً عن الفتوى به، ولكن يبقى كون هذا الإجماع تعدياً، كما لا يخفى.

وكيف ما كان فإذا اعتقد مرتبه من الغبن وأسقط خياره أو اعتقد أن الغبن لا يزيد عن كذا، ثم ظهر كون غبنه أكثر من ذلك ففي سقوط الخيار إشكال.

ووجهه عدم طيب نفسه بسقوط خياره فى الفرض لأن الرضا كان بغبن كان المتحقق غير ذلك الغبن، فيكون نظير ما اعتقد أن حق عرضه شتم فأسقطه، ثم ظهر أنه قذف، فإنه لا يسقط بذلك حق القذف؛ وأن خيار الغبن الموجود أمر واحد من غير فرق بين حصوله بأى مرتبه من الغبن. وإذا أسقط ذلك الأمر الواحد ولو باعتقاد حصوله

ص: ١٣٧

وأما الإسقاط بعوضٍ بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب. ولو أطلق وكان للإطلاق منصرفٌ، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعامله، هو كون التفاوت أربعة أو خمسة في العشرين، الشرح:

بمرتبه تكون في الواقع غيرها فلا خيار بعده.

ولا يقاس بالشتم والقذف فإن حق الشتم غير حق القذف؛ وإذا اسقط الأول باعتقاد أنه الموجود، وبأن الثاني لا يسقط الثاني لعدم إسقاطه.

وكذلك ليس من قبيل الدين الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فإنه إذا أسقطه دينه على الغير باعتقاد أنه لا يزيد على الألف، ثم بان الدين ألفان يسقط الألف ويبقى الالف الآخر.

وذكر السيد اليزدى قدس سره (١): أنه لا فرق بين المقام مما يكون الموجود على كل تقدير فرداً من نوع وبين حقى الشتم والقذف، أو الدين.

والعمده ملاحظه أن الاعتقاد المزبور من قبيل الداعي إلى إسقاط الحق، فيسقط حتى في مسأله اعتقاد حق العرض شتماً، ثم بان أنه قذف، أو أن الاعتقاد المزبور يوجب تقييد الحق الذى يسقطه، وهذه مسأله في جميع موارد الاعتقاد بالخلاف.

وأورد على ذلك النائنى قدس سره (٢): بأن الموجود من الخيار فى الفرض أمر واحد خارجى بسيط، ولا يختلف ذلك الأمر الواحد البسيط باختلاف مراتب الغبن.

وهذا الأمر الواحد لا يقبل التقييد حيث إن القابل له هو الطبيعى لا الشخصى؛ ومسأله دوران الامر بين كونه داعياً أو تقييداً تجرى فى مثل العبادات مما تكون الفاعل فيها بصدد إيجاد الطبيعى كالقضاء والأداء، بأن يصلح باعتقاد أنه فى الوقت فبان أنه

ص: ١٣٨

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٥٤٢.

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ١٣٠ ١٣١.

فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم. فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، وأن المبيع يسوى درهمين، ففي بطلان الصلح، لأنه لم يقع على الحق الموجود. أو صحته مع لزومه لما ذكرنا: من أن الخيار حق واحد له سبب واحد وهو التفاوت الذي له أفراد متعددة، فإذا أسقطه سقط. أو صحته مترزلاً، لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن الشرح:

خارجه، أو توضاً قبل الوقت باعتقاد دخوله ووجوب الوضوء، ثم بان الوقت لم يدخل.

وأما في موارد كون الموجود شخصاً واحداً بسيطاً كما في المقام، فالإسقاط إسقاط لذلك الامر الواحد، ولا يعقل فيه التقييد.

وإذا فرض عدم التعليق في الإسقاط فلا محاله يسقط ذلك الخيار، وإلا بطل الإسقاط لأنه من الإيقاع والتعليق فيه موجب لبطلانه.

وبتعبير آخر: لو قال: «إن كان غبني في المعاملة كذا مقداراً أو لا يزيد على كذا فأسقطت خيارى»، بطل الإسقاط للتعليق في الإيقاع، وإذا كان الإسقاط منجزاً سقط خيار الغبن لأن خيار الغبن لا يقبل التخصيص بمراتب الغبن نظير التخصص بالمجلس والحيوان.

أقول: أما قضيه عدم طيب النفس بسقوط الخيار على تقدير كون الغبن أكثر مما أعتقده المغبون، فقد تقدم أن المعترف في المعاملات التراضى المعاملى وعدم حصول العقد أو الإيقاع بالاكراه، وأما طيب النفس بمعنى ابتهاجها بالمعاملة ونحوها، فلا يعتبر.

وأما حديث أن الخيار أمر واحد بسيط لا يقبل التقييد، وإنما يقبل إسقاطه التعليق، ومع عدم التعليق في إسقاطه كما هو الفرض يسقط ذلك الأمر الواحد، واعتقاد أن الغبن في المعاملة بالمرتب الفلانيه مع أنه كان في الواقع غيرها يكون من قبيل التخلف في الداعي، كما أفاده النائينى رحمه الله (1) أيضاً، لا يمكن المساعدة عليه فإنه، قد تقدم أن

ص: ١٣٩

عوضه المتعارف درهمٌ تبين كونه ممّا يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنّه كلّما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد ممّا يبذل في مقابله لو كان أقلّ فيحصل الغبن في المصالحه، ولا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كونه لأجل الجهل بعينه. وجوهٌ وهذا هو الأقوى فتأمل.

الشرح:

المشترى إذا علم بالغبن، ولكن اعتقد أنه بالعشر ومع ذلك اشترى المال، ثم ظهر أنّ الغبن أكثر يكون له خيار الغبن، وإذا فرض أنّ مع العلم بالغبن لا يكون في البين اشتراط عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين، فكيف يثبت للعالم بالغبن خيار، فإن الشراء مع العلم إلغاء لذلك الشرط الارتكازي لا محاله.

والجواب: فيه وفي إسقاط الخيار بعد العقد باعتقاد أنّ الغبن مقدار كذا واحداً وهو أنّ الموجب لخيار الغبن، وإن كان تحقق الاختلاف الفاحش بين القيمة السوقية والتمن المسمى، لكن هذا الاختلاف على تقدير حصوله في ضمن أي مرتبه يوجب الخيار لا لخصويته لحد تلك المرتبه، بل بما هي اختلاف فاحش.

وعلى ذلك فأى مرتبه اعتقدها المشتري حين العقد، ومع ذلك أقدم معه بالشراء يكون ذلك بمنزله إلغاء تلك المرتبه وما دونها في الشرط الارتكازي، بمعنى أنه لو كان الغبن في ضمن تلك المرتبه وما دونها فلا حق له في فسخ البيع.

وأما سائر المراتب فهي باقيه على الشرط الارتكازي فتكون النتيجة ثبوت خيار الغبن في بعض فرض الغبن وعدم ثبوته في بعضها الآخر.

والأمر في الإسقاط بعد العقد أيضاً كذلك، فإن تعليق إسقاط الخيار على حصول الخيار واقعاً لا بأس به، كما يأتي وكما أن تعليق الإسقاط على تحقق الدين واقعاً لا بأس به، فإن هذا التعليق حاصل سواء أتى به المسقط في إنشائه، أو لم يأت به، فإنه لا معنى لإسقاط دين معدوم أو خيار معدوم، وإذا أحرز الشخص حصول الخيار، ولكن لم يدر

الشرح:

حصوله بتحقيق الاختلاف الفاحش في ضمن أى مرتبه من الغبن فيمكن له أن يسقط خياره مطلقاً، كما يمكن له إسقاطه في بعض احتمالاته بأن يقول أسقطت خيار الغبن لو ثبت الخيار بالاختلاف بالعشر بين القيمتين وما دون.

والكلام في المقام في أن اعتقاد مرتبه من الغبن وإسقاطه خيار الغبن بذلك الاعتقاد، بمنزله تقييد الخيار الذي يسقطه بحصوله بالتفاوت الفاحش في ضمن تلك المرتبه، أو ما دونها ولو كان ذلك التقييد بمعنى تعليق الخيار الذي يسقطه أو أن الاعتقاد المزبور لا يوجب تقييد الخيار ولا تعليق حصوله.

وهذا غير تعليق الإسقاط الموجب لبطلانه، كما إذا قال «لو جاء ولدى من سفره، فقد أسقطت ما لى عليك من الدين»، فإنّ البطلان فيما كان المسقط بالفتح على إطلاقه، والتعليق في إسقاطه كما في الفرض لا فيما كان التعليق في الإسقاط حاصلًا بتقييد المسقط بالفتح أو تعليقه كما في المقام.

والظاهر أن مجرد الاعتقاد بوصف في المسقط بالفتح، لا يوجب تقييداً فيه أو في إسقاطه، كما أن مجرد الإعتقاد بوصف في المبيع كالاتفاق بكون الفرس من نسل كذا، لا يوجب التعليق في المبيع في مقام شرائه؛ بل التقييد والتعليق يحتاج إلى مؤنه زائده في العقد والإنشاء.

فمع إسقاطه بدون تلك المؤنه يسقط مطلقاً، ومع الصلح عليه بشيء يسقط ذلك الخيار، غايه الأمر يكون نفس الصلح في بعض الموارد غنياً، فيثبت له خيار الغبن، فيما إذا لم يكن الصلح المزبور مبنياً على المحاباه.

ولكن مع ذلك يظهر من صحيحه أبي ولاد أن الاعتقاد المزبور في موارد إسقاط الحق والمصالحه عليه يوجب التقييد والتعليق حيث سئل الإمام عليه السلام: «انى كنت أعطيته

هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟

وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن [١] فالظاهر أيضاً جوازه، ولا يقدح عدم تحقق شرطه بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار، إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقترض للخيار، وهو الغبن الواقعي وإن لم يعلم به. الشرح:

دراهم ورضى بها وحللتني. فقال: إنما رضى بها وحللتك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفيتتك به فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك» (١).

[١] لا يخفى أنه بناءً على ثبوت الخيار بتمام العقد على تقدير الغبن لا إشكال في جواز إسقاطه بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن، فإنه من إسقاط ما يجب.

وقد تقدم أن تعليق الخيار على ثبوته واقعاً في مقام إسقاطه وسرايه ذلك إلى تعليق السقوط لا بأس به لتعلق السقوط عليه واقعاً وإن أتى به منجزاً فإنه لا معنى لإسقاط الخيار على كل تقدير.

وأما بناءً على تحقق الخيار بظهور الغبن، ففي إسقاط الخيار بعد العقد وقبل ظهور الغبن إشكال فإنه من إسقاط ما لم يجب، أي إسقاط ما هو غير موجود بالفعل قطعاً.

وأجاب المصنف رحمه الله: أنه يكفي في جواز الإسقاط أي إسقاط المسبب تحقق سببه، وإن كان تحقق المسبب موقوفاً على حصول الشرط مستقبلاً، كما إذا أعار ثوبه من زيد واسقط بعد العاربه أو تعدى المستعير ضمان ذلك المستعير، فإن تعديه بالإضافة إلى ضمانه من قبيل السبب، لأن الضمان يحصل بتلف المال، وقد أسقط ذلك المسبب عند تحقق سببه، وكبراه البائع ان العيوب الموجودة في المبيع حال البيع، فإن البيع سبب للخيار وشرطه ظهور العيب، فالبراءة المزبوره إسقاط لما يتحقق سببه، وأما شرطه فأمر استقبالي.

ص: ١٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ، ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

وهذا كافٍ في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعي المفترط عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها. ولا يقدح في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقق، إذ لا مانع من ذلك إلا- التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، وهو غير قاذح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه. وأما ما نحن فيه وشبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية، وإعتاق مشكوك الرقبة منجزاً، والإبراء عما احتمل الاشتغال به فقد تقدم في شرائط الصيغه: أنه لا مانع منه، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع وضمناً ذرّك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير.

الشرح:

والحاصل: كما أن الإسقاط في نظير هذه الموارد ليس من إسقاط المعدوم، بل إسقاط للشيء معلقاً على تحقق ذلك الشيء مستقبلاً، وكذلك إسقاط الخيار بعد العقد، وقبل ظهور الغبن.

أقول: لو كان ثبوت الخيار بظهور الغبن باعتبار الشرط الإرتكازي الثابت في المعاملة، فلا ينبغي التأمل في جواز إسقاطه بعد العقد، لأن الشرط وهو عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين حق للمشروطه، فله إلغاء ذلك الشرط، ولو قبل ظهور الغبن، وهذا من إسقاط الحق الموجود.

وأما إذا قيل بأن خيار الغبن شرعي وموضوعه ظهور الغبن، واستفاده ذلك من قاعده نفى الضرر، أو روايه تلقى الركبان فإسقاطه بعد العقد، وقبل ظهور الغبن لا يخلو من صعوبه، لأن تعليق الإسقاط باعتبار تعليق المسقط على تقدير حصوله زمان الإسقاط وان كان لا بأس به كما تقدم.

ولكن الإسقاط فعلاً مع كون المسقط على تقديره أمراً استقبالياً، وإن كان ممكناً

ص: ١٤٣

اشتراط سقوط خيار الغبن في متن العقد

نعم، قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لا- بدّ من وقوع شىءٍ بإزائه وهو غير معلوم، فالأولى ضمّ شىءٍ إلى المصالح عنه المجهول التحقق، أو ضمّ سائر الخيارات إليه بأن يقول: «صالحتك عن كل خيارٍ لى بكذا»، ولو تبين عدم الغبن لم يقسّط العوض عليه، لأنّ المعدوم إنّما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود.

الثانى من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد [١]، والإشكال فيه من الجهات المذكوره هنا، أو المتقدّمه فى إسقاط الخيارات المتقدّمه قد علم التفصلى عنها. نعم، هنا وجه آخر للمنع مختصّ بهذا الخيار وخيار الرؤيه، وهو لزوم الشرح:

إلا أنّ نفوذه يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ولذا لا يصح الإسقاط، بأن قال: «أسقطت مالى عليك لو اقترضت منى مستقبلاً».

ومسأله إسقاط المعير ضمان المستعير قبل الإفراط والتفريط، أو بعده داخله فى الإذن فى إتلاف المال مجاناً، فيرتفع الضمان وبراءه البائع من العيوب أو الغبن أو نحو ذلك انما يفتح لكون الإسقاط المزبور إلغاء اشتراط السلامه أو الغبن، أو لكون الإسقاط المزبور نافذاً لدخوله فى عنوان الشرط، كما لا يخفى.

وأما المصالحه بالغبن المحتمل فلا إشكال فيه لأنه لا يعتبر فى المصالحه بشىء كون الحق ثابتاً، بل يكفى فيه الحق المحتمل وتفصيل ذلك موكول إلى محله.

[١] يقع الكلام فى المقام فى غير الجهه التى تجرى فى شرط سقوط عامه الخيارات، وهى أنّ شرط سقوطها فى متن العقد داخل فى إسقاطها بنحو شرط النتيجة، ولا- ينافى الكتاب الدال على لزوم الوفاء بالعقود حيث إن لزوم البيع حتى لا حكمى، بقرينه مشروعيه الإقاله؛ وفى غير الجهه التى تقدم الكلام فيه فى المسقط الأول وأن اشتراط ثبوت الخيار بظهور الغبن لا ينافى إسقاطه بعد العقد أو حينه بالاشتراط لأنه

الغرر من اشتراط إسقاطه. قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: ولو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤيه، فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهى. ثمّ احتمال الفرق بين الخيارين: بأنّ الغرر فى الغبن سهل الإزالة. وجرّم الصيمرى فى غايه المرام ببطلان العقد والشرط، وتردّد فيه المحقّق الثانى، إلاّ أنّه استظهر الصحّه. ولعلّ توجيه كلام الشهيد هو: أنّ الغرر باعتبار الجهل بمقدار ماله المبيع كالجهل بصفاته، لأنّ وجه الشرح:

يكفى فى الإسقاط ثبوت السبب للخيار.

والجهه التى يقع الكلام فيها فى المقام ما يقال من عدم جواز شرط سقوط خيار الغبن وخيار الرؤيه، لأنّ اشتراط السقوط فيهما يوجب الغرر فى البيع، كما ذكر ذلك الشهيد قدس سره فى الدروس (١)، وذكر أنّ رفع الإشكال فى شرط سقوط خيار الغبن أسهل من دفعه فى شرط سقوط خيار الرؤيه.

وعن الصيمرى فى غايه المرام (٢) الجزم ببطلان البيع والشرط باشتراط سقوط خيار الغبن.

وعن جامع المقاصد (٣) التردد فى ذلك وإن ذكر أنّ الظاهر جوازه.

والوجه فى دعوى الغرر هو أنّ الغرر يحصل فى البيع بالجهل بالماليه، ولذا لا يعتبر فى البيع العلم بالصفات التى لا دخل لها فى ماليه المبيع، بل يعتبر العلم بالصفات التى يوجب اختلافها الاختلاف فى الماليه، وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بالمنع عن كون البيع بشرط سقوط الخيار غريباً، لأنّ المعتبر فى البيع العلم بالمبيع من حيث النوع والصنف وكمّه والتمكّن من تسليمه وكذا فى الثمن والعلم بالقيمه السوقيه.

ص: ١٤٥

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧٦ .

٢- (٢) غايه المرام (مخطوط) ١ : ٢٨٨ .

٣- (٣) جامع المقاصد ٤ : ٣٠٣٣٠٢ .

كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه إلى الجهل بمقدار مألوفه، ولذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في قيمه. لكن الأقوى الصّحّه، لأنّ مجرّد الجهل بمقدار المألوف لو كان غرراً. لم يصحّ البيع مع الشكّ في قيمه، وأيضاً فإنّ ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتّى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، وإلّا لم يصحّ البيع، إذ لا يجدى في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار، لأنّه حكم شرعيّ لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلّا لصحّ كلّ بيعٍ غرريّ على وجه التزلزل وثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده والمتعذّر تسليمه.

الشرح:

وعدم الاختلاف الفاحش بينها وبين الثمن المسمى لا- يعتبر في البيع، وإلّا- لكان الجهل المزبور موجباً لبطلان البيع ولا ينفعه ثبوت خيار الغبن، فإنّ الخيار لا يصحح البيع مع كونه غررياً، لأنه حكم شرعيّ يترتب على البيع الصحيح.

ولو كان الخيار موجباً لارتفاع الغرر لصحّ بيع كل مجهول من حيث الوجود أو من حيث التمكن من تسليمه بشرط الخيار.

هذا بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الغبن. وأما بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الرؤية فالأمر فيه أيضاً كذلك، فإنّ الخيار لا يرفع الغرر فيه، بل الموجب لارتفاع الغرر فيها اشتراط الأوصاف وشرط سقوط الخيار لا ينافي اشتراطها حيث إنه لا منافاه بين اشتراطها والتزام المشتري بعدم فسخ البيع على تقدير تخلف تلك الأوصاف.

أقول: قد تقدم أنّ اشتراط الأوصاف لا معنى لها إلا شرط ثبوت الخيار مع تخلفها، والتزام المشتري بعدم فسخه إن كان بمعنى شرط الفعل فهو راجع إلى الالتزام بترك الفسخ مع ثبوت الخيار له، ولذا لو فسخ نفذ الفسخ، وإن فعل حراماً، وإن كان بمعنى عدم الخيار فهو مناف لا اشتراط الأوصاف.

نعم أخبار البائع بأوصاف المبيع موجب لارتفاع الغرر عن البيع. واشتراط

وأما خيار الرؤية، فاشتراط سقوطه راجع إلى إسقاط اعتبار ما اشترطه من الأوصاف في العين الغير المرئية، فكأنهما تبايعا سواءً وجد فيها تلك الأوصاف أم لا، فصحة البيع موقوفه على اشتراط تلك الأوصاف، وإسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان. مع احتمال الصحة هناك أيضاً، لأن مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشترطه من الأوصاف، ولا- تنافى بين أن يُقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل. وسيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية.

الشرح:

سقوط الخيار بتخلف بعض الأوصاف لا ينافى الأخبار المزبوره.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أن الخيار حكم شرعى يلحق بالبيع الصحيح، فهذا بالإضافة إلى مثل خيار المجلس والحيوان من الخيارات الشرعية التأسيسية صحيح، ولكن لا- يصح بالإضافة إلى الخيار المشترط، فإن هذا الخيار ربما يوجب خروج البيع عن كونه غريباً، وبذلك يدخل في خطاب الإمضاء.

وما ذكره قدس سره من أن شرط الخيار لو كان موجباً لارتفاع الغرر لصح بيع ما يتعذر تسليمه بشرط الخيار غير صحيح، فإن شرط الخيار، وإن يوجب في بعض الموارد خروج البيع عن الغرر، لأن الغرر الجهل الخاص، وهو الذى فيه خطر، ولا خطر مع اشتراط الخيار إلا- أن الأخبار الوارده في اعتبار الضميمة في بيع العبد الآبق ونحوه دلت على عدم الاعتبار بشرط الخيار في تصحيح بيع ما يتعذر تسليمه.

والحاصل: أن شرط سقوط خيار الغبن لا بأس به ولا يوجب الغرر في العوضين، والعلم بعدم الاختلاف بين قيمه السوقية والضمن المسمى غير معتبر في صحة البيع، والجهل بها حال البيع كالجهل بها بعد البيع في عدم كونه قادحاً في صحة البيع ولزومه،

ص: ١٤٧

وكيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غررٌ.

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه [١] بعد علمه بالغبن، ويدل عليه ما دلّ على سقوط خيارى المجلس والشرط به مع عدم ورود نصّ فيهما واختصاص النصّ بخيار الحيوان وهو: إطلاق بعض معاهد الإجماع، بأنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازةً وفيما انتقل عنه فسخٌ، والعلّة المستفاده من النصّ فى خيار الحيوان المستدلّ بها فى كلمات العلماء على السقوط، وهى الرضا بلزوم العقد. مع أنّ الدليل هنا إمّا نفى الضرر وإمّا الإجماع، الشرح:

وإن شرط سقوط خيار الرؤيه مع إحراز الأوصاف، ولو بأخبار البائع لا يوجب أيضاً الغرر فى البيع. والله سبحانه هو العالم.

[١] تصرف المغبون فيما انتقل إليه بعد علمه بغبنه مسقط لخياره، ويستفاد ذلك مما دل على سقوط خيارى المجلس والشرط بتصرف ذى الخيار فيهما.

ووجه الاستفاده أنّ النصّ الدال على سقوط الخيار بالتصرف وان كان وارداً فى خيارى الحيوان والشرط، ولكن وقع الإجماع على أنّ تصرف مطلق ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة للبيع وتصرفه فيما انتقل عنه فسخ.

ويظهر أيضاً من التعليل الوارد فى سقوط خيار الحيوان بالتصرف، أنّ رضى ذى الخيار ببقاء البيع مسقط لخياره.

وعلى ذلك فيؤخذ فى الحكم بسقوط خيار المغبون بتصرفه فيما انتقل إليه بعد العلم بالغبن بذيل الإجماع وعموم التعليل.

ويضاف إلى ذلك أنّ المدرك لخيار الغبن، إما قاعده نفى الضرر أو الإجماع والقاعده كما لا مجرى لها فى صورته الإقدام بالضرر كذلك لا تجرى فى مورد الرضا

والأول منتفٍ، فإنّه كما لا يجرى مع الإقدام عليه كذلك لا يجرى مع الرضا به بعده. وأما الإجماع فهو غير ثابتٍ مع الرضا. إلا أن يقال: إنَّ الشكَّ في الرفع لا- الدفع، فيستصحب، فتأمّل. أو ندعى أنّ ظاهر قولهم فيما نحن فيه: «إنَّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف» شموله للتصرّف بعد العلم بالغبن واختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك. لكنَّ الإنصاف عدم شمول التصرّف في كلماتهم لما بعد العلم بالغبن، وغرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أنّ التصرّف مسقطٌ لكلِّ خيارٍ ولو وقع قبل العلم بالخيار كما في العيب والتدليس سوى هذا الخيار. ويؤيد الشرح:

بالضرر، والإجماع أيضاً على الخيار مع التصرف فيما انتقل إليه بعد العلم بغبنه مفقود.

ولكن هذا الوجه المضاف لا يثمر في المقام فإن غايه الأمر أنّ قاعده نفي الضرر لا تثبت بقاء خيار الغبن مع التصرف كما أنه ليس في البين إجماع على بقاء الخيار مع التصرف بعد العلم بالغبن، لكن يتمسك في بقاء الخيار بالاستصحاب.

فالعمده التشبّث بذيل الإجماع على أنّ تصرف ذي الخيار مسقط لخياره، وبالتعليل الوارد في خيار الحيوان من أنّ تصرف المشتري الحيوان فيه رضئ بالبيع.

ولكن هذا التشبّث أيضاً لا يخلو عن المناقشه لأنهم ذكروا عدم سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون، ويمكن أن يؤخذ بإطلاق عدم السقوط في كلامهم حيث يعم التصرف بعد العلم بالغبن أيضاً، ولكن لا يبعد اختصاصه بالتصرف قبل العلم بالغبن، كما صرح بذلك الاختصاص الشهيد الثاني في المسالك(1) وتبعه جماعه(2)، ومع هذا الاختصاص يؤخذ بمقتضى التعليل الوارد في خيار الحيوان، ويحكم بسقوط خيار

ص: ١٤٩

١- (١) المسالك ٣: ٢٠٧.

٢- (٢) المستند ١٤: ٣٩٥، وانظر مجمع الفائده ٨: ٤٠٤، والرياض ١: ٥٢٥.

ذلك ما اشتهر بينهم: من أنّ التصرف قبل العلم بالعيب والتدليس ملزمٌ، لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الردّ، وإنّما يثبت الأرش في خصوص العيب لعدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب.

وكيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم. نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك وتبعه جماعة، مع أنّه إذا اقتضى الدليل للسقوط فلا ينبغي الاستشكال من جهة ترك التصريح. بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس والعيب بالتصرف قبل العلم، والاعتذار بالنصّ إنّما يتمّ في العيب دون التدليس، فإنّه مشتركٌ مع خيار الغبن في عدم النصّ، ومقتضى القاعده في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحداً.

الشرح:

الغبن بالتصرف بعد العلم بالغبن، بل مقتضاه كون التصرف قبل العلم بالغبن أيضاً كذلك، فإنه لا فرق بين خيار الغبن وخيار التدليس حيث ذكروا في خيار التدليس بسقوطه بتصرف ذي الخيار، ولو قبل علمه بالتدليس وكذا الأمر في خيار العيب (١).

والاعتذار عن السقوط في خيار العيب والتدليس بالنص غير صحيح، لأنّ النصّ وارد في خيار العيب (٢) لا التدليس، فينبغي في خيار التدليس ملاحظه دليله.

وعلى كل تقدير فإن كان تصرف المغبون بعد العلم بغبنه دالاً على رضاه ببقاء البيع والإغماض عن خياره فهو، وإلا فمقتضى استصحاب بقاء الخيار عدم سقوطه بسائر التصرف.

ص: ١٥٠

١- (١) الغنيه : ٢٢٢ ، والمختلف ٥ : ١٨٣ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٦٢٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار .

والتحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعده عدم السقوط، لبقاء الضرر، وعدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد وتحمل الضرر. نعم، قد ورد النص في العيب على السقوط، وادعى عليه الإجماع، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش وإن كان نفس إمساك المعيب قد يكون ضرراً، فإن تم دليل في التدليس أيضاً قلنا به، وإلا وجب الرجوع إلى دليل خياره.

ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن، مبنئ على ما تقدم في الخيارات السابقه: من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، وإلا كان اللازم في غير ما دل فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف، الرجوع إلى أصله بقاء الخيار.

الشرح:

أقول: المراد بالتصرف الموجب لسقوط الخيار بعد العلم بالغبن يعم التصرف المتلف والناقل والتصرف الانتفاعي، وكل هذه التصرفات فيما إذا كان بقصد إقرار البيع والإغماض عن الخيار فلا إشكال في كونه مسقطاً فإنه لا يعتبر في الإسقاط أن يكون بالقول.

وأما إذا لم يكن بذلك بل كان لأجل كون المال ملكه فعلاً فله ذلك التصرف مع التردد في الفسخ أو مع الجزم به، كما إذا علم المغبون غبنه وبنى على الفسخ، ومع ذلك باع العين لأنه رأى أن إبقائها للاسترداد إلى بايعها يوجب فسادها أو سقوطها عن المالك ونحو ذلك، فلا يكون التصرف الناقل مسقطاً فضلاً عن غير الناقل.

وما تقدم في خيار الحيوان من كون التصرف الانتفاعي من الحيوان مسقطاً كان من قبيل التعبد بصغرى الإسقاط في بعض الموارد، ولا يعم ذلك غير مورده فضلاً عن سائر الخيارات.

كما أن دعوى أن بقاء العين يعتبر في الخيار المشروط بالشرط الارتكازي

الرابع من المسقطات: تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرّفًا مخرجًا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق. فإنّ المصرّح به في كلام المحقّق ومن تأخّر عنه هو سقوط خياره حينئذٍ، وقيل: إنّ المشهور، وهو كذلك بين المتأخّرين. نعم، ذكر الشيخ في خيار المشتري مباحة عند كذب البائع: أنّه لو هلك السلعة أو تصرّف فيها، سقط الردّ.

والظاهر اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن: «ولا يسقط الخيار بتلف العين» فراجع. واستدلّ على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك. وهو بظاهره مشكّل، لأنّ الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردّ العين. ويمكن أن يوجّه بأنّ حديث «نفى الضرر» لم يدلّ على الخيار، بل المتيقّن منه جواز ردّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، وتضرّر المغبون من جهة زياده الثمن معارضٌ بتضرّر الغابن بقبول البدل، فإنّ دفع الضرر من الطرفين إنّما يكون بتسلّط المغبون على ردّ العين، فيكون حاله من حيث إنّ له القبول والردّ حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أنّ له أن يشتري وأن يترك، وليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع أنّ إخراج المغبون العين عن ملكه التزامٌ بالضرر، ولو جهلاً منه به.

الشرح:

يدفعها ملاحظه ما تقدم من المثال.

وممّا ذكرنا يظهر أن التصرف الناقل، وغير الناقل فيما إذا كان قبل العلم بالغبن بقصد إقرار البيع على تقدير الغبن واقعاً أيضاً مسقط وبغير ذلك الداعي لا يسقط الخيار بل المغبون بعد فسخه البيع يرجع بماله إلى الغابن على تقدير عدم بقاء العين.

ودعوى تضرر الغابن بذلك يدفعها أن العين لو كانت مثلياً فقد أخذ البائع بدل ماله، وإن كانت قيمية كان بيعها إقداماً على أخذ قيمتها.

ص: ١٥٢

لا فرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري

هذا، ولكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيدة في اللمعة بما توضيحه: أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، والتصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالمياً به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد بردّ نفس العين مع بقائها على ملكه وبدلها مع عدمه، وفوات خصوصية العين على الغابن ليس ضرراً، لأن العين إن كانت مثليّة فلا ضرر بتبديلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادته قيمتها، فلا ضرر أصلاً، فضلاً عن أن يعارض به ضرر زياده الثمن على القيمة، خصوصاً مع الإفراط في زياده.

والإنصاف أن هذا حسنٌ جداً، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم إجماعاً.

أقول: والظاهر عدمه، لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقق فيما تتبعته.

ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف [١] بين البائع

الشرح:

مع ما تقدم من أن قاعده نفي الضرر لا ينفي الحكم، أو الحق فيما إذا كان في كل من ثبوته ونفيه ضرر، كما لا يخفى.

فقد تحصل من جميع ما ذكر ضابط التصرف المسقط والتصرف غير المسقط بلا فرق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري، حيث لا وجه للقول باختصاص ما ذكر بما إذا كان المغبون مشترياً، فلاحظ وتدبر.

[١] لو بنى على أن تصرف المغبون مع جهله بالغبن فيما انتقل إليه يوجب سقوط خياره والمراد بالتصرف ما كان من قبيل النقل اللازم أو فك الملك كالوقف والعتق أو

والمشترى. قال فى التحرير بعد أن صرّح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان أو مشترياً : «ولا يسقط الخيار بالتصرّف مع إمكان الردّ»، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم، وبين فكّ الملك كالعق والوقف، وبين المانع عن الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاد، بل ويعمّ التلف. وعن جماعه: تخصيص العبارة بالمشترى. فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا يُعرف له وجه، إلاّ أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعنى نفي الضرر، فيقتصر على مورد الإجماع. ثم إنّ ظاهر التقييد بصوره امتناع الردّ، وظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرّح به جماعه:

الشرح:

من قبيل إيجاد المانع عن رد العين كالاستيلاد أو كان من تلف العين فلا يفرق بين كون المغبون هو المشترى أو البائع.

وعن جماعه اختصاص سقوط الخيار بالتصرف المزبور بما كان المغبون هو المشترى، ولم يعلم وجه لذلك إلاّ أن يقال: سقوط خيار المغبون بالتصرف حال جهله بغبنه مخالف لمقتضى الخيار الثابت بقاعده نفي الضرر، فيقتصر فى مخالفه دليل الخيار بمورد اليقين وهو المشترى.

وأما إذا كان المغبون هو البائع فيكون له الخيار بعد ظهور غبنه، وبعد فسخه البيع يردّ الثمن إلى المشترى ويأخذ منه بدل المبيع مثلياً كان أم قيمياً.

أقول: قد تقدم أنه لا موجب لسقوط الخيار بتصرف المغبون مع جهله بالغبن إلاّ إذا كان ذلك التصرف بقصد الإغماض عن الخيار على تقدير غبنه.

ولا فرق فى هذا الإسقاط الفعلى بين كون المغبون بائعاً أو مشترياً، ويؤخذ فى غير هذا الفرض بمقتضى الخيار، وهو تعلق الحق بفسخ البيع وبعد فسخه يرجع الغابن إلى بدل ماله.

لا يقال: لو فرض العين بتصرف المغبون تالفاً ويكون فسخ البيع موجباً لانحلاله

من أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير والوصية من التصرفات الغير الموجه للخروج عن الملك فعلاً، وهو حسن، لعموم نفي الضرر، ومجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن. ولو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد وفسخ العقد اللازم لعيب أو غبن ففي جواز الرد وجهان: من أنه متمكن حينئذ، ومن استقرار البيع. وربما يُبينان على أن الزائل العائد كالذي لم يُزل أو كالذي لم يُعد. وكذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد، وعدم الخيار هنا أولى، لأن العود هنا بسبب جديد، وفي الفسخ برفع السبب السابق.

الشرح:

من حين الفسخ لا من الأول فيرجع ما بيد الغابن إلى ملك المغبون ولكن التالف بيد المغبون لا يمكن رجوعه إلى ملك الغابن لأنه من قبيل تملك المعدوم، وكذا إذا انتقل المال بتصرف المغبون إلى الغير بالملك اللازم أو فك الملك فإن لازم انحلال البيع بفسخ المغبون انحلال التصرف المزبور أيضاً، وكيف يرجع الغابن في جميع ذلك إلى بدل ماله.

فإنه يقال: للتالف في اعتبار العقلاء جهات خصوصيه عينيه وجهه نوعيه وجهه ماليه، ويكفي في فسخ المعامله الجاريه على الشخص إمكان رد ذلك الشخص ولو ببعض جهاته فيكون رده في جهتي نوعيته وماليته فيما كان مثلياً وبجبهه ماليته فيما إذا كان قيمياً كما أوضحنا ذلك في التكلم في معنى حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) وتعلق الخمس والزكاه بالعين بنحو الإشاعه في الماليه.

وكذا الحال فيما إذا كان تصرف المغبون موجباً لعدم إمكان رد الخصوصيه كالاستيلاء أو انتقال ذلك المال إلى الآخر أو فك الملك.

ص: ١٥٥

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

وفى لحوق الإجاره بالبيع قولان: من امتناع الردّ، وهو مختار الصيمرى وأبى العباس، ومن أنّ مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك، وهو المحكى عن ظاهر الأكثر.

الشرح:

والحاصل: أنّه كلما كانت العين على ملك المغبون ولم يكن مانع عن ردّها إلى الغابن فيستحق الغابن بالفسخ تلك العين، وإلا يأخذ البدل ولا فرق فى ذلك بين عدم خروجها عن ملك المغبون أصلاً أو رجوعها إليه بعد خروجها، حيث إن الرد بالسبب السابق بعد الفسخ والمفروض كونه حلاً للبيع من حينه لا من الأصل.

ثم بناءً على كون تصرف المغبون مع جهله بالحال مسقطاً لخياره، فلا يسقط خياره بالتصرف الذى يخرج به المال عن ملكه، ولكن لا بنحو اللزوم، لأن الدليل على مسقطيه التصرف هو عدم إمكان رد العين، ويمكن للمغبون بعد علمه بغبنه رد العين ولو بفسخ ذلك الناقل.

وبهذا يظهر الحال فى التصرف الذى لا يخرج به العين عن ملك المغبون فعلاً، كما فى تدبير العبد أو الوصيه بما انتقل إليه حيث يكون فسخ البيع بعد ظهور الغبن إبطاً للتدبير والوصيه، بل يمكن أن يقال: بعدم سقوط خيار الغبن فيما إذا ارتفع المانع عن الرد بموت ولد أم الولد أو حصول الفسخ فى الناقل اللازم بعيب أو فسخ بالإقاله.

فإنّه مع ارتفاع المانع أو حصول الفسخ المزبور يمكن للمغبون مع ظهور غبنه رد ما انتقل إليه واسترداد ماله.

وربما يبنى بقاء خيار الغبن وسقوطه بحصول الفسخ فى النقل على أنّ الزائل العائد أى ملك المغبون ما انتقل إليه الذى زال وعاد كالذى لم يعد، وكذا الكلام فيما إذا رجع الملك إلى المغبون بناقل جديد.

ويمكن القول بسقوط خيار الغبن فى الفرض لأن هذا التملك بسبب جديد

هل يلحق الامتزاز بالخروج عن الملك؟

ولو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجاره توجه الرد، وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

وفى لحوق الامتزاز مطلقاً أو فى الجملة [١] بالخروج عن الملك وجوه، أقواها اللقوق، لحصول الشركه، فيمتنع رد العين الذى هو مورد الاستثناء، وكذا لو

الشرح:

لا زوال للسبب الأول ليقال مقتضى زواله كأنه لم يحصل.

وهل إجاره المغبون العين المشتراه كالنقل اللازم فى كونها مسقطه لخياريه أو أنه له الخيار فيفسخ البيع بعد ظهور غبنه فيرجع إلى ملك الغابن، كما يرجع الغابن إلى عوض المنفعه الفائتة بالإجاره، ولو ظهر الغبن بعد انقضاء مدته الإجاره فلا تكون الإجاره السابقه مسقطه لخيار الغبن لإمكان الرد.

[١] ولو فرض امتزاز ما انتقل إلى المغبون بغيره من ماله، فإن كان الامتزاز المزبور موجباً لاستهلاكه أو خروجه مع غيره إلى شىء ثالث، كما فى إلقاء الملح فى الطعام أو امتزاز الخل بالعسل، فهذا القسم من الامتزاز يوجب سقوط خياره، بل يسقط خياره بالامتزاز، ولو كان بمثله لأن حصول الشركه بالفسخ مانعه عن رد العين وجواز ردها هو الثابت فى مورد الغبن على ما تقدم.

أقول: هذا بناءً على اعتبار الرد المزبور فى جواز فسخ المغبون، وأما بناءً على ما ذكرنا من تعلق الخيار بالعقد ولا يعتبر فيه بقاء العوضين فان كان فسخ المغبون العقد بعد الامتزاز وظهور الغبن فهل يرجع الغابن إلى بدل ماله أو أنه يحصل الشركه بالفسخ المزبور، ولا يستحق الغابن إلا مطالبه المغبون بالقسمه فقيل أنه يحسب الإمتزاز تلفاً سواء كان موجباً لاستهلاك المال أو خروجه إلى ثالث، أو كان الامتزاز بمثله لأن ما جرى العقد عليه لا يمكن رده فيرجع إلى بدله.

أقول: الظاهر أن الامتزاز الموجب لاستهلاك كذلك، وأما فى غيره فيحصل

تغيرت العين بالنقيصه، ولو تغيرت بالزيادة العينيه أو الحكميه أو من الجهتين فالأقوى الردّ في الوسطى بناءً على حصول الشركه في غيرها المانع عن ردّ العين، فتأمل. هذا كلّ في تصرّف المغبون.

الشرح:

الشركه بحسب المالیه، كما في خروجه بالإمتزاج إلى ثالث، أو مزجه بالأردأ أو الأـجود، وفي الامتزاج بمثله يحصل الشركه بحسب الكمیه، وذلك أنّ الامتزاج لو كان موجباً لتلف المال مطلقاً لجاز للمغبون التصرف في المال الممزوج بعد الفسخ، ولو قبل أداء البدل، لأن المال الموجود خارجاً ليس ملكاً للغاين والمغبون معاً على الفرض.

وما ذكر في مورد تلف العين حقيقه من عدم جواز تصرف الضامن في بقايا العين الخارجيه قبل أداء البدل لا يجرى في المقام فلاحظ.

وأيضاً يلزم أن يكون المال الممزوج بلا مالك فيما إذا حصل الامتزاج بفعل شخص ثالث، فإنه باعتبار كون المزج تلفاً للمالين فيضمن المال لكل منهما ولا يحصل ملك الضامن إلاّ بدفع البدل كما لا يخفى.

وأما إذا كان تصرف المغبون موجباً لنقص ما انتقل إليه أو حصل هذا النقص بنفسه بكون حصوله موجباً لسقوط خيار المغبون عند المصنف ولا يكون عندنا موجباً للسقوط، غايه الأمر على المغبون بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل في تلك العين.

ومن العجب أنّ ظاهر المصنف رحمه الله الجزم بسقوط خيار المغبون بالنقص هنا، واحتمل عدم سقوط خيار المغبون بإجاره العين مع أنّ إجارته نقص في منفعه العين كما لا يخفى.

وأما إذا كان التغير في العين بالزيادة فمع كونها حكماً فلا يسقط الخيار عند المصنف رحمه الله بخلاف ما إذا كانت عينه فقط أو مع الحكميه، فإنّه مع حصول الشركه بالفسخ لا يمكن رد العين المعتر في بقاء الخيار.

وأما تصرف الغابن، فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، [١] وحينئذٍ فإن فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ففي تسلطه على إبطال ذلك من حينها أو من أصلها كالمرتهن والشفيع أو رجوعه إلى البدل، وجوه:

من وقوع العقد في متعلق حق الغير، فإن حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبئية، وإنما يظهر له بظهور السبب فله الخيار في استرداد العين إذا ظهر السبب، وحيث وقع العقد في ملك الغابن، فلا وجه لبطلانه من رأس.

ومن أن وقوع العقد في متعلق حق الغير يوجب تزلزله من رأس كما في بيع الرهن ومقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لا من المشتري الثاني.

الشرح:

[١] إذا فسخ المغبون البيع بعد ظهور الغبن ووجد عين ماله أنه قد تصرف فيه الغابن بتصرف ناقل لازم أو فك ملك، فهل يستحق المغبون مطالبه الغابن بالبدل أو أنه يكون مسلطاً على إبطال ذلك التصرف من أصله، كما في تسلط المرتهن على إبطال بيع الراهن عين المرهونه، وتسلط الشفيع على إبطال بيع من عليه الشفعة الحصه من آخر أو أن المغبون يكون مسلطاً على إبطال تصرف الغابن من حين فسخه البيع، فيصح ذلك التصرف من الغابن إلى زمان حصول فسخ البيع ذكر رحمه الله لكل من الاحتمالات الثلاثة وجهاً.

وقال في وجه تسلط المغبون على إبطال ذلك التصرف من أصله: إن العين بيد الغابن كان متعلقاً بحق المغبون فيكون تصرف الغابن متزلزلاً من الأول، كما في بيع الراهن العين المرهونه، ولأن المغبون بفسخ البيع الواقع بينه وبين الغابن يتلقى العين من الغابن، ولازم ذلك انحلال تصرف الغابن من أصله وإلا يكون تلقى المغبون العين

ومن أنه لا- وجه للترزل، إمّا لأنّ التصرّف فى زمان خيار غير المتصرّف صحيح لازم كما سيجىء فى أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البديل، وإمّا لعدم تحقّق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً على وجه يمنع من تصرّف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعه هنا وفى خيار العيب قبل ظهوره، فإنّ غير واحدٍ ممن منع من تصرّف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكاله فيه حكم بلزوم العقود الواقعه قبل ظهور الغبن والعيب. وهذا هو الأقوى، وستأتى تتمّة لذلك فى أحكام الخيار. وكذا الحكم لو حصل مانع من ردّه كالاستيلاء، ويحتمل هنا تقديم حقّ الخيار، لسبق سببه على الاستيلاء. ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر، لأنّ معنى جوازه تسلّط أحد المتعاقدين على فسخه، الشرح:

ممن انتقل إليه عن الغابن.

وفى وجه تسلط المغبون على إبطال التصرف المزبور من حين فسخه البيع الأول: أن التصرف المزبور قد وقع من الغابن فى ملكه وحق المغبون بفسخ البيع يحصل حين ظهور الغبن فلا وجه لبطلان ذلك التصرف إلّا من حين حصول فسخ الأول.

وفى وجه رجوع المغبون بالبديل من غير أن يكون فسخه موجباً لانفساخ تصرف الغابن من أصله، أو من حين الفسخ، أن الخيار باعتبار عدم تحقّقه إلّا بعد ظهور الغبن لا يمنع عن نفوذ ذلك التصرف.

ولذا ذكر غير واحد من الأصحاب(١) من المانعين عن تصرف من عليه الخيار فى المال الذى انتقل إليه بلا رضا ذى الخيار، إن تصرف الغابن قبل ظهور الغبن للمغبون وتصرف من عليه الخيار قبل ظهور العيب للمشتري لازم باعتبار وقوع ذلك التصرف

ص: ١٦٠

١- (١) انظر المذهب البارع ٢: ٢٧٧، وجامع المقاصد ٤: ٢٩٥، والمسالك ٣: ٢٠٦ وغيرها.

أمّا تسلّط الأجنبيّ وهو المغبون، فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً. وفي المسالك: لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار، ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسوّخه الحاكم، فإن امتنع فسوّخه المغبون. ويمكن النظر فيه: بأنّ فسخ المغبون إمّا بدخول العين في ملكه، وإمّا بدخول بدلها. فعلى الأوّل، لا حاجة إلى الفسخ حتّى يتكلّم في الفاسخ. وعلى الثاني، فلا وجه للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره. اللهمّ إلاّ أن يقال: إنّه لا منافاه، لأنّ البديل المستحقّ بالفسخ إنّما هو للحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك إنّما يتمّ مع كون العين على ملك المغبون، وأمّا مع عدمه وتملّك المغبون للبديل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

الشرح:

في زمان لا يكون فيه للمغبون أو مشتري المعيوب خيار.

واختار رحمه الله هذا الوجه وإن لزوم تصرفات الغابن ورجوع المغبون إلى بدل ماله بعد ظهور الغبن وفسخه هو المتعين.

أقول: قد تقدم عدم تعلق الخيارات، ومنها خيار الغبن الا بالعقد لا بالعوضين.

وعليه فلا بأس لمن عليه الخيار التصرف فيما انتقل إليه بتصرف ناقل أو غيره، وبفسخ من له الخيار يكون السبب السابق على البيع موجباً لرجوع ماله ذلك المال إلى الفاسخ في ضمن القيمة أو المثل.

وبهذا يظهر الحال في استيلاء الغابن الأمامة المشتراه من البائع المغبون، فإن البائع بعد ظهور الغبن وفسخه البيع يرجع إلى قيمتها كما هو مقتضى عدم جواز تملكها لغير مولاها، كما أنه لو وجد المغبون بعد فسخ البيع العين قد انتقلت إلى الآخر بنقل جائز لا يجوز له فسخ ذلك النقل، لأنه أجنبي بالإضافة إلى ذلك النقل وإنما يكون جوازه بالإضافة إلى الغابن.

ص: ١٦١

ثمّ على القول بعدم وجوب الفسخ في الجائر، لو اتّفق عود الملك إليه لفسخ في العقد الجائر أو اللّازم فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب ردّ العين، وإن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب ردّه، لعدم الدليل بعد تملك البدل. ولو كان العود بعقدٍ جديد فالأقوى عدم وجوب الردّ مطلقاً، لأنّه ملكٌ جديد تلقّاه من مالكه، والفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

الشرح:

وأيضاً لا- يجب على الغابن فسخ ذلك النقل وإن طالبه المغبون، لأنّ العين لا تدخل بفسخ المغبون في ملكه. وإنما يكون له ماليتهما على ما تقدم. وإنما العين للمغبون فيما إذا كانت حين الفسخ أو بعده في ملك الغابن بانحلال النقل الجائر، أو اللّازم، لا ما إذا انتقلت إلى الغابن بتملك جديد، فإن مع الملك الجديد لا يكون السبب السابق على بيع المغبون موجباً لرجوع تلك العين إلى ملك المغبون، بل يرجع إليه بماليتها، كما ذكرنا.

وبتعبير آخر: السبب السابق على بيع المغبون مع انحلال تصرف الغابن في العين يوجب رجوع تلك العين إلى ملك المغبون بفسخه، وإذا كان رجوع العين إلى ملك الغابن بملك جديد لا بمقتضى البيع الغبني الذي فسخه المغبون فلا يكون السبب السابق على بيع المغبون مقتضياً لرجوعها إلى ملك المغبون.

ودعوى أنّ البدل الذي ملكه المغبون بالفسخ من قبيل بدل الحيلولة عن العين، ومع تمكن الغابن على إرجاع تلك العين إلى المغبون يتعين عليه ذلك لا يمكن المساعدة عليها أولاً: لعدم الأساس لبديل الحيلولة. وثانياً: أن المقام ليس من ذلك البدل لأنّ بدل الحيلولة ينحصر بما إذا كان المبدل باقياً على ملك المضمون له. وفي المقام لا يمكن أن تكون العين باقية على ملك المغبون فإنه قد تصرف الغابن في تلك العين بتصرف مخرج له عن ملكه مع عدم انحلال ذلك التصرف.

ص: ١٦٢

ولو تصرف الغابن تصرفاً مغيراً للعين، فإمّا أن يكون بالنقصه أو بالزياده أو بالامتزاج. فإن كان بالنقصه: فإمّا أن يكون نقصاً يوجب الأرش [١]، وإمّا أن يكون ممّا لا يوجبه.

فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأنّ الفأئ مضمونٌ بجزءٍ من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض، فيتدارك الفأئ منه ببدله، ومثل ذلك ما لو تلف بعض العين.

الشرح:

وظاهر المصنف رحمه الله أنه لو كان انحلال تصرف الغابن وعود العين إلى ملكه بعد فسخ المغبون فلا يستحق أيضاً المغبون المطالبه بالعين لأنّ المغبون بفسخه البيع قد تملك البدل على الغابن.

وفيه ما تقدم من أن الفسخ لا- يوجب إلا- انحلال الناقل، والسبب السابق على ذلك الناقل يقتضى عود المالكين إلى مالتهما الأصليين مع بقاء العينين وعدم وجود ناقل آخر غير منحلّ، ولا منع أن يقتضى السبب السابق على بيع المغبون عود قيمه إلى ملك المغبون قبل انحلال تصرف الغابن ثمّ عود تلك العين بعد انحلاله فيما إذا لم يأخذ المغبون قيمه العين قبل ذلك.

وأما مع أخذه قيمه لا يقتضى السبب السابق شيئاً لسقوط ما للمغبون بأخذه قيمه، كما لا يخفى.

[١] يحتمل أن يكون مراده قدس سره من النقص الموجب للأرش فقد وصف الصحة، أو وصف الكمال.

الأول: كما في قطع الثوب.

والثاني: كما في سقوط الحيوان عن السمن الذي كان عليه حال العقد، فإنّ المغبون بعد فسخه يرجع بالعين مع أرش التفاوت.

وإن كان ممّا لا يوجب شيئاً، ردّه بلا شيءٍ. ومنه ما لو وجد العين مستأجرةً، فإنّ على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدّه الإجاره، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المدّه بعد الفسخ، لأنّ المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد والفسخ، فهي ملكٌ للمفسوخ عليه، فالمنفعه الدائمه الشرح:

والمراد بالنقص غير الموجب للأرش ما كان النقص خارجياً، ولكن لا يختلف قيمه بذلك النقص، كما إذا أخذ من بعض شعر الفرس المشتري ونحو ذلك، فإن المغبون بعد فسخ البيع يرجع بالعين من غير أن يرد عليه شيء، لأن النقص المزبور لم يوجب اختلافاً في قيمه.

وتعليل الأرش في النقص الموجب للاختلاف في قيمه بما ذكر من أنّ مع الفسخ قد رجع تمام العوض إلى الغابن، فيرجع تمام المعوض إلى المغبون فيكون تلف الوصف بيد الغابن كتلف الجزء بيده، فيتدارك الجزء التالف أو الوصف التالف بالبدل لا يخلو عن المناقشه كما يأتي.

ولكن الظاهر أنّ مراده بالنقص الموجب للأرش تلف وصف الصحه، فإن هذا الوصف هو المعروف بموجب الأرش في البيع، والمراد من غير الموجب له تلف وصف الكمال.

وعلى ذلك فيرد عليه: أنّ ضمان وصف الصحه ليس باعتبار وقوع العوض بإزاء العين ووصف صحتها ليلزم من رجوع تمام العوض إلى ملك الغابن رجوع تمام المعوض إلى ملك المغبون، بل وصف الصحه كأوصاف الكمال لا يقابلها شيء من العوض، وإنما تكون موجه لزياده العوض المبذول بإزاء نفس الموصوف.

ولذا لا يكون ظهور العيب في المبيع كاشفاً عن بطلان البيع في بعض الثمن، وإلا لم يكن فرق بين وصف المبيع وجزئه.

تابعه للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمانٍ مَلَكَ منفعه العين بأسرها. ويحتمل انفساخ الإجاره في بقيه المدّه، لأنّ ملك منفعه الملك المترزل مترزل، وهو الذي جزم به المحقّق القمّي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع. وفيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعه.

الشرح:

والحاصل: أنّه لا- فرق بين وصف الصحه ووصف الكمال في أنّ الموجب للضمان فيهما أمر واحد وهو جريان يد الغابن على المال بذلك الوصف، حيث إن الضمان مادام البيع معاوضيّ ولا يدخل فيه الوصف، وبعد انحلال البيع الضمان لليد وهو يعم وصف الصحه ووصف الكمال معاً.

لا يقال: إذا كان حصول النقص في العين بعد فسخ المغبون فلا ينبغي الريب في ضمان الغابن ذلك الوصف باعتبار كون المال الذي بيده ملكاً للغير، فيضمن تلف وصفه سواء كان بفعله أو فعل الغير أو بحصوله بأمر سماوى، وأما إذا كان حصوله قبل فسخ المغبون فلا- موجب لضمان الغابن، لأن انحلال البيع يكون من حين الفسخ ولا- وصف للعين في ذلك الحين ليجرى عليه يد الغابن.

فإنه يقال: قد تقدم أن البيع الواقع على شيء مع الوصف له بقاء يتعلق الفسخ بذلك البيع فيرجع المبيع في ذلك الوقت إلى ملك الفاسخ بالسبب السابق على البيع.

وإن كان مبدأ الرجوع حين الانحلال فيرجع الباقي بعينه والتالف ببدله وماليته، كما ذكرنا سابقاً.

ولو كان انحلال البيع من حين الفسخ موجباً لعدم ضمان الوصف الفاتت قبل ذلك لزم عدم المعنى للفسخ فيما إذا تلف العين بيد الغابن قبل فسخ المغبون.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما لو وجد المغبون العين بعد فسخه مستأجره، فإن المصنف رحمه الله وإن ذكر رجوع المغبون بتلك العين مع بقاء الإجاره بحالها، ولا يستحق

نعم، ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين: أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجره للمشتري المؤجر ووجب عليه للبائع أجره المثل للمدّه الباقيه بعد الفسخ، وقّرره على ذلك شراح الكتاب، وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

الشرح:

على الغابن أو المستأجر شيئاً لأن المنفعه التي ملّكها الغابن للمستأجر كانت من الزوائد المنفصله التي استوفاه الغابن، ويأتى كون تلك الزوائد للغابن من غير أن يوجب عليه ضماناً.

واحتمال بطلان الإجاره بالإضافة إلى المده الباقيه، كما يظهر من المحقق القمى قدس سره بدعوى أن ملكيه المنفعه للغابن كانت متزلزله غير صحيح، لأنه يكفى فى صحه الإجاره كون المؤجر مالكاً فى زمان الإجاره المنفعه التي يملكها للمستأجر، وهو حاصل فى المقام إلا- أن الإجاره المزبوره يوجب النقص فى العين بحيث تختلف قيمه العين مع ملاحظه الإجاره المزبوره عن قيمتها بدونها، ولذا يكون على الغابن الأرش دون أجره المثل للمدّه الباقيه.

والمنافع التي لا- يوجب الأرش على الغابن هي التي حدثت فى ملكه، وأما إذا كانت حال البيع وأوجب استيفائها نقصاً فى قيمه العين فهي داخله فى الضمان، ويجب على الغابن أرش نقص القيمة.

وما ذكره العلامة رحمه الله (1) فى مسأله التفاسخ للاختلاف من أنه يكون على المشتري المؤجر أجره المثل للمدّه الباقيه غير صحيح، فإن المغبون مع الفسخ أو التفاسخ يرجع إلى صاحبه بالأرض لا بأجره المثل.

ص: ١٦٦

وإن كان التغيير بالزيادة: فإن كانت حُكْمِيَّةً محضه [١] كقصاره الثوب وتعليم الصنعه، فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزياده، بأن تقوّم العين معها ولا معها وتؤخذ النسبه. ولو لم يكن للزياده مدخل فى زياده قيمه فالظاهر عدم شىء الشرح: وتفرقه المصنف رحمه الله بين فسخ المغبون والتفاسخ، لا يرجع إلى محصل، فتدبر جيداً.

[١] إن كانت الزياده محضه، والمراد بها عدم تحقق شىء يكون بإزاء الزياده فى مقابل ما يكون بإزائها فى الخارج عين، كغرس الشجر فى أرض اشتراها من بائع مغبون، فإن كانت تلك الزياده الحكميه موجب لزياده قيمه العين يكون فسخ المغبون موجباً لاشتراك الغابن مع المغبون بنسبه تلك الزياده، بأن تقوم العين مع تلك الزياده وتقوم بدونها فيحصل الاشتراك بتلك النسبه، كما إذا قيل: «إن العين معها يساوى مئه درهم، وبدونها ثمانين» فيشترك الغابن مع المغبون بالخمس.

وأما إذا لم يوجب تلك الزياده تفاوتاً فى القيمه فترجع العين إلى ملك المغبون بالفسخ، ولا يكون عليه ضمان عمل الغابن، فإن عمله حصل فى العين حال كونها ملكاً، وعمل الشخص فى ماله غير مضمون على أحد.

وعن النائينى قدس سره (١): أنّ الاشتراك فيما إذا كانت الزياده بفعل الغابن بأن يكون عمله تامه لتلك الزياده. وأما إذا كانت بفعل الله ولو كان بعض معداته من الغابن كتعليف الدابه وإشربها بالاضافه إلى حصول سمنها أو لم يكن بفعل أحد كاشتداد حموضه الخل بيد الغابن فلا وجه لحصول الشركه، فإنّ الحاصل خارجاً أمر يتبع العين فى الملك خروجاً ودخولاً، فإن من ملك العين ملك سمنها بخلاف ما إذا كانت حاصله

ص: ١٦٧

لمحدثها، لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمونٍ على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

الشرح:

بفعل الغابن كصبغ الثوب، فإن الصبغ من حيث كونه من فعل الغابن ملك له.

أقول: الظاهر عدم الفرق في جميع فروض الزيادة الحكمية في أن العين بعد فسخ المغبون تكون ملكاً له من غير اشتراك في العين أو قيمه، حيث إنه لا يمكن التفكيك بين العين ووصفه في الملك بأن تكون العين ملكاً لأحد ووصفها ملكاً لآخر، ولو لم يكن فعل الغابن إلاً موجباً لحصول الوصف في العين فالوصف يتبع العين في الملك دخولاً وخروجاً.

وأما نفس العمل فالمفروض حصوله في العين حال كونها ملكاً للغابن والشخص عمله في ماله غير مضمون على الآخر، كما تقدم، وإنما يضمن فيما إذا وقع في مال الغير مع الأمر به أو المعامله عليه كما لا يخفى.

ثم إن ظاهر المصنف رحمه الله كون الشركة مع الزيادة الحكمية وشبهها شركة عينيه، ولكن هذه الشركة باطله جزمًا، فإن لازمها أن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في العين حتى بعد فرض زوال تلك الزيادة، كما إذا زال سمن الدابه أو زال لون المبيع.

ولذا وجه السيد اليزدي رحمه الله (1) الشركة بالشركة في المالية: بأن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في القيمة مادامت تلك الزيادة باقية، فتزول الشركة بعد زوال ذلك الوصف.

أقول: لازم ذلك، الالتزام بالشركة في المالية فيما إذا زادت القيمة السوقية للمبيع بيد الغابن، كما إذا كان قيمته السوقية وقت البيع مأتين وصارت في ملك الغابن قبل فسخ المغبون ثلاثمائة، فيلزم أن يشترك الغابن مع المغبون في المالية بالثلث مادامت

ص: ١٦٨

ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس [١]: ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرش، كما اختاره في المختلف في الشفعه. أو عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور، فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشتري. أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا وقيل به في الشفعه والعاريه، وجوه: من أن صفه كونه منصوباً المستلزمه لزياده قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغوله بماله، وكان ماله في تلك الأرض أزيد قيمه، مضافاً إلى ما في المختلف في مسأله الشفعه: من أن الفئات لمّا حدث في محلّ مُعْرَضٍ للزوال لم يجب تداركه. ومن أن الغرس المنصوب الذي

الشرح:

القيمه السوقيه كذلك، وكما أن القول بهذه الشركه غير صحيح، لأن القيمه تابعه لملك العين كذلك في الزيادة الحكيمه على ما تقدم.

وبالجملة لا- يمكن بحسب اعتبار العقلاء التفكيك بين الموصوف ووصفه في الملكيه بأن يكون الموصوف ملكاً لشخص ووصفه ملكاً لآخر. وإنما يمكن التفكيك فيما إذا كانت للزيادة عينيه يمكن فصلها على العين كاللبن المكوّن في ضرع الحيوان بين العقد وفسخه.

وعلى ذلك فلو سمن الحيوان بيد المشتري الغابن ولو بتعليفه يكون فسخ البيع موجباً لرجوعه إلى ملك المغبون من غير موجب لشركه الغابن فيه.

وممّا ذكرنا، يظهر أنّ لو كان لفعل الغابن أثر يوجب زياده قيمه العين فلا يوجب ذلك الاثر حصول الشركه بالفسخ، ولو كان فعل الغابن عله تامه بالاضافه إلى ذلك الأثر كما تقدم.

[١] إذا كانت الزيادة عينيه محضه يمكن فصلها عن المبيع كالغرس والزرع فيقع الكلام في أنه هل يجوز للمغبون قلع الغرس بلا أرش للغابن كما ذكره العلامه في

هو مالٌ للمشتري مالٌ مغايِرٌ للمقلوع عرفاً، وليس كالمتاع الموضوع في بيتٍ بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله صلى الله عليه وآله: «ليس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ» فيكون كما لو باع الأرض المغروسة. ومن أن الغرس إنما وقع في ملكٍ متزلزلٍ، ولا- دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء، وقياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجره حيث لا يفسخ إجارتها ولا تغرم لها أجره المثل فاسدٌ، للفرق بتملك المنفعة في تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المستحقّ هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض.

الشرح:

المختلف في الشفعة (١) فيما إذ وجد الشفيع الصفقه مغروسة بيد المشتري، أو أنه لا يجوز له القلع أصلاً بل عليه الصبر إلى فناء الغرس فيكون له مطالبه الأجره على بقاء الغرس في أرضه، كما ذكروا ذلك فيما إذا أفلس مشتري الأرض بعد غرسها فإنّ لبائعها الرجوع إلى الأرض، ولا يجوز له قلع الغرس بل يضرب أجره بقاءه مع سائر الغرماء، أو أنه يجوز له القلع مع أرش الغرس كما عن المسالك في المقام (٢)، وفي غرس المستعير الأرض المستعاره، فيكون الاحتمالات في المسأله ثلاثه:

وذكر في وجه الأول: أنه بفسخ المغبون ترجع الأرض إلى ملكه فيكون الغرس المملوك للغابن نظير مال الغير في المكان المملوك للغير في أن لمالك المكان مطالبه مالك المال بإفراغه حتى فيما كان الافراغ موجباً لتنزل قيمه ذلك المال.

وفي وجه الثاني: أنه لا- يقاس غرس الأرض المرجوعه إلى ملك المغبون بالمال الموجود في مكان مملوك للغير، وذلك فإن المال المزبور بعد نقله إلى مكان آخر هو ذلك المال ولو مع تنزل قيمته السوقيه بالنقل، بخلاف الغرس فان المغروس بما هو

ص: ١٧٠

١- (١) راجع المختلف ٥: ٣٥٦.

٢- (٢) لم نعثر عليه في المسالك، نعم صرح به في الروضه ٣: ٤٦٩.

فالتحقيق: أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر ولا عليه له، فلكل منهما تخلص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طمّ الحفر، وإن أراد مالك الأرض تخلصها فعليه أرش الغرس، أعني تفاوت الشرح:

شجر ملك للغابن ووصف كونه منصوباً مقوم له، وبعد قلعه لا يكون شجراً.

وإذا كان الغرس بما هو منصوب وشجر ملكاً للغابن يكون قلعه إتلافاً لذلك المال، فلا يجوز كما يقتضيه مفهوم قوله صلى الله عليه وآله: «ليس لعرق الظالم حق»^(١)، حيث إن المفهوم لعرق غير الظالم حق فيكون لمالك الغرس حق البقاء، ولو مع الأجره لمالك الأرض.

وفى وجه الثالث: إن كون الشجر ملكاً للغابن لا- يوجب استحقاقه إبقاء الغرس على أرض الغير ولا يوجب أيضاً قياس الغرس ببقاء إجاره الغابن الأرض التي اشتراها، الذي تقدم فيه أنه مع رجوع الأرض إلى ملك المغبون تبقى إجارتها بحالها.

والوجه في عدم القياس أن منفعة الأرض بعد كونها ملكاً لمؤجرها تدخل بالإجاره في ملك مستأجر الأرض بخلاف استحقاق الغرس في زمان فإنه لا يوجب استحقاق بقاءه.

واختار المصنف رحمه الله الوجه الأخير، وأضاف أنه كما لا يكون لصاحب الغرس حق في الأرض، كذلك لا يكون لمالك الأرض حق في الغرس فلكل منهما ماله، غايه الأمر أنه إذا أراد صاحب الأرض تخلصها فعليه أرش الغرس أى تفاوت قيمه الشجر منصوباً على الأرض وبين قيمته مقلوعاً كما أنه إذا أراد صاحب الغرس القلع وأوجب

ص: ١٧١

١- (١) عوالى اللآلى ٢ : ٢٥٧، الحديث ٦، رواه فى الوسائل ١٩ و ٢٥ : ١٥٧ و ٣٨٨ ، الباب ٣٣ من كتاب الإجاره و ٣ من كتاب الغصب، الحديث ٣ و ١ عن الصادق عليه السلام .

ما بين كونه منصوباً دائماً وكونه مقلوعاً. وكونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً على عدم تسلطه على قلعه، لأن المال هو الغرس المنسوب، ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

الشرح:

ذلك الحفر في الأرض فعليه طم الحفر.

لا يقال: كون قيمة الغرس بما هو شجر ومنسوب مملوكاً للغابن مقتضاه استحقاقه بقاء الغرس على الأرض.

فإنه يقال: قيمة الغرس شجراً، وقيمته مقلوعاً تختلفان فإنه بالقلع قد يلحق بالحشيش أو الحطب، بخلاف كونه منصوباً وبما هو شجر فإن له قيمة، وان لم يكن مالكة مستحقاً لإبقائه في تلك الأرض، ولذا ربما تقدم مالك الأرض لاشترائه، ولا يباع منه بقيمه الحشيش أو الحطب.

وحاصل ما ذكر: تفاوت قيمة الغرس منصوباً مع استحقاق القلع لمالك الأرض وقيمته مقلوعاً، هو الأرض لا ما يظهر من المصنف رحمه الله، من تقويم الغرس مع ملاحظه نصبه دائماً مع قيمته مقلوعاً، فإن لحاظ كونه منصوباً دائماً هو عبارته أخرى عن فرض استحقاق مالك الغرس إبقائه ولو مع الأجره لمالك الأرض.

أقول: غرس الأرض المشتراه لا تكون كإجارتها إلى مده حيث تقدم أن مع فسخ البائع المغبون لا تبطل الإجاره المزبوره، وأن الإجاره استيفاء لمنفعه الأرض الموجوده حال البيع بعد دخول تلك المنفعه في ملك المشتري تبعاً لملك العين، غايه الأمر يكون للبائع بعد فسخ البيع المطالبه بأرش النقص الحاصل في المبيع في يد المشتري، بخلاف غرس المشتري الأرض بعد اشترائها، لأن الغرس استعمال الأرض بغرسها مادام الغرس، لا مادام يصلح المغروس للعمر بحسب نوعه أو صنفه وجواز

ويبقى الفرق بين ما نحن فيه وبين مسأله التفليس، حيث ذهب الأ-كث إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الأرش. ويمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الشرح:

استعمال الأرض بالغرس أو نحوه من أثر ملك الأرض.

وبعد رجوعها إلى ملك بايعها بالفسخ ينتهي الجواز المزبور، فلا بد من لبقاء الجواز من موجب آخر، وهو غير حاصل على الفرض بل أصول المغروس يدخل في عنوان عرق ظالم بقاءً.

وبهذا يظهر أنه لا- يكون على البائع المغبون أرش كون الغرس منصوباً لأن الأرش يثبت ما إذا كان مالك الغرس مالكاً للنصب المتلف، والمفروض عدم استحقاقه ذلك الوصف بانتهاء البيع بالفسخ ورجوع الأرض إلى مالكاها.

ومما ذكرنا: أنه لا يقاس المقام بما إذا كان للشخص أرض مغروسة وباع الأرض دون غرسها حيث لا يجوز لمشتري الأرض قلع الغرس، بل لا يجوز له مطالبه الأجره على الغرس، حيث إن المستثنى عن المبيع الغرس بما هو غرس مثبت في تلك الأرض إلى آخر عمره.

ومن هذا القبيل إرث الزوجه من قيمه البناء والغرس دون نفس العرصه، وأعيانهما حيث يلاحظ في تقويم البناء والغرس بقائهما على تلك الارض إلى آخر عمرهما بلا أجره.

كما ظهر عدم الفرق فيما ذكر من عدم الأرش لمالك الغرس بقلعه بين الفسخ بخيار الغبن أو بخيار التفليس أو بالتفاسخ. وإن وصف النصب المتلف لا يستحقه بالفسخ مالك الغرس ليكون على القالع ضمانه.

نعم لو فرض في مقام ضمان القلع كان على الضامن قيمه الغرس، كما يشهد

الغرس، بخلاف مسأله التفليس، لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبهه بيع الأرض المغروسه وليس للمشتري قلعه ولو مع الأرض بلا خلافٍ. بل عرفت أن العلامه قدس سره فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرض الغرس.

الشرح:

لذلك موثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل اكرتى دارا وفيها بستان فزرع فى البستان وغرس نخلا وأشجارا وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار فى ذلك، فقال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمه عدل، فيعطيه الغارس إن كان استأمره فى ذلك، وإن لم يكن استأمره فى ذلك فعليه الكراء، وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء»^(١)، فإن ظاهر الاستثمار تضمين الغرس وبدونه لا يحتاج إلى أمر صاحب الدار كما لا يخفى.

لا يقال: كيف يجوز لبائع الأرض قلع الغرس بعد فسخ البيع، مع أن جواز القلع حكم ضررى على مالك الغرس وبقاء الغرس مع الأجره للبائع بعد الفسخ لا يكون ضررا عليه ليكون المورد من موارد تعارض الضررين، فيكون المورد من قبيل أكل مال الغير فى المخصصه، حيث يجوز ذلك الأكل لحفظ نفسه عن التلف مع ضمان الطعام.

فإنه يقال: بقاء الغرس فى الأرض المزبوره فى نفسه نقص للأرض المملوكه للغير، حيث ينقص به قيمتها وتدارك ذلك النقص بالأجره لا يدخل فى مورد نفي الضرر.

وجواز أكل مال الغير فى المخصصه مع ضمانه للتراحم بين وجوب التحفظ على النفس من الهلاك وعدم جواز التصرف فى مال الغير، ومقتضى تقديم الأهم، ويكون إتلاف مال الغير موجبا لضمانه.

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥٦ ١٥٧ ، الباب ٣٣ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

ثم إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون [١] مباشرة القلع، أم له مطالبه المالك بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. ويحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك، ولذا قيل فيه بعدم وجوب إجابته المالك الجار إلى القلع وإن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله. هذا كله حكم القلع.

الشرح:

[١] الاحتمالات ثلاثه: الأول: جواز قلع الغرس لمالك الارض. الثاني: مطالبه الغابن بقلعه، ومع امتناعه عن الإجابة يجبره الحاكم على القلع. الثالث: مطالبه الغابن بالقلع ومع امتناعه عن القلع يقلعه المغبون.

وهذه الاحتمالات للوجوه التي ذكروها فيما إذا دخلت أغصان شجر الجار إلى داره.

ويمكن الفرق بين المسألتين: بأنه لا- يجب لمالك الأغصان الإجابة للجار في رد الأغصان، أو قلعها حيث إن دخولها داره لم يكن من فعله بخلاف الغرس في المقام.

أقول: الأظهر هو الوجه الأخير لأن مطالبه مالك الغرس بالقلع مقتضى عدم حل التصرف في مال الغير وقلع الغرس تصرف فيه.

نعم مع امتناعه عن الإجابة يسقط احترام ماله نظير امتناع مالك المال عن نقله عن المكان المملوك للغير ولا يختلف الحال في ذلك بين كونه من فعل مالك المال أو بفعل غيره.

وقد يقال: بأنه يجوز لمالك الأرض قلع الغرس ابتداءً، لأن ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير، وإن كان مقتضاه عدم جواز القلع، إلا أن ما دل سلطنه مالك الأرض على الأرض جواز إفراغها عن الغرس، وبعد تعارضهما يرجع إلى أصاله الحل.

وكذا يجوز هذا القلع لمالك الغرس ولو مع عدم رضا صاحب الأرض به لأن هذا الجواز مقتضى أصاله الحل أيضاً بعد سقوط دليل السلطنه وعدم جواز حل التصرف

لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟

وأما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا [١] من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجره على البقاء، لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس، لا بسبب لاحق له. هذا كله حكم الشجر. وأما الزرع: ففي المسالك: أنه يتعين إبقاؤه بالأجره، لأن له أمداً ينتظر. ولعله لإمكان الجمع بين الحقين على وجه لا- ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسأله الشجر، فإن في تعيين إبقائه بالأجره ضرراً على مالك الأرض، لطول مدّه البقاء، فتأمل. ولو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه لاستلزام نقص أرضه، فإن كلاً منهما مسلط على ماله ولا يجوز تصرفه في مال غيره إلا بإذنه، أم لا، لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله؟ وجهان: أقواهما الثانى.

الشرح:

فى الأرض المملوكة للغير، ولكن إثبات الإطلاق لسلطنه المالك على التصرف فى ماله حتى ما لو استلزم التصرف فى مال الغير لا يخلو عن إشكال.

ثم إنه إذا قلع مالك الغرس غرسه وحصل بذلك نقص فى الأرض، فعليه أرش طمّ الحفر لأن النقص حصل فى الأرض المملوكة للغير بفعله.

ولا- يقاس بما ذكرنا من أنه لو حصل بقلع مالك الأرض، الغرس خروج الشجر إلى الحطب أو الحشيش فلا يستحق مالك الغرس الأرش على مالك الأرض لأن وصف النصب المقوم للشجرية لم يكن مملوكاً لمالك الغرس ليكون على القالع ضمانه، كما لا يخفى.

[١] لا- يخفى أن الغرس قد حصل حال كون الأرض ملكاً للغارس ولو كان الغرس المزبور استيفاءً لمنفعه الأرض طول مدّه الغرس نظير إجارتها بعد شرائها عن بايع مغبون لكان على الغارس بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل للأرض نظير أرش النقص الحاصل بالإجاره.

ص: ١٧٤

امتراج المال الذي جرى عليه البيع

ولو كان التغيير بالامتراج: فإمّا أن يكون بغير جنسه [١] وإمّا أن يكون بجنسه.

الشرح:

وأما إذا كان الغرس كما ذكرنا استعمالاً للأرض مادام الغرس، فإن أراد الغابن قلع الغرس وامتنع المغبون عن الإجازة فلا يكون على الغابن أجره، لأن الغرس بقاءً مستند إلى إمساك مالك الأرض وحبس الغرس على مالكه فلا يستحق أجره. وإنما يستحق الأجره على البقاء فيما إذا امتنع مالك الغرس عن قلعه أو طلب بقاءه لا مجاناً.

ويجرى ذلك في الفسخ بخيار التفليس أيضاً، وتعليل الاستحقاق بسبق حق المغبون على الغرس غير صحيح، بل لا فرق في استحقاقها بين سبق الحق ولحوقه، لأن استيفاء منفعة الأرض المملوكة للغير موجب لضمان تلك المنفعة، إلا إذا كان للمستوفى حق الإستيفاء مجاناً، وهذا الحق لا يحصل للغارس بمجرد حدوث الغرس حال كونه مالكاً للأرض، ثم عادت إلى مالكتها الأصلية بخيار الغبن أو بخيار التفليس.

بقي في المقام ما أشار إليه المصنف رحمه الله: من أنه لو أراد مالك الغرس قلعه، فهل لمالك الأرض منعه لكون القلع موجباً لنقص أرضه، أو أنه يجوز لمالك الغرس قلعه، وليس حق المنع لمالك الأرض.

الأظهر هو الثاني، لأن منع مالك الأرض يكون حبساً للغرس على مالكه، فلا يجوز ولا يكون لقاعده نفي الضرر حكومه، لكون رفع عدم الجواز أيضاً ضرراً على مالك الغرس أو حرجاً عليه.

[١] ذكر قدس سره للامتراج أى امتراج المبيع بغيره من مال الغابن صوراً:

الصورة الأولى: امتراج المبيع بغير جنسه بحيث يكون المبيع مستهلكاً في الممتزج بالفتح، كما إذا امتزج ماء الورد بالزيت والتزم في ذلك برجوع المغبون بعد الفسخ إلى بدل ماله، باعتبار أنّ الامتراج بنحو الاستهلاك لا يوجب الشركة بل يعد المستهلك بالفتح تالفاً.

الشرح:

أقول: هذا بناءً على ما ذكرنا من عدم اعتبار العقلاء وصف الشيء ملكاً لواحد والموصوف ملكاً لآخر واضح.

وأما بناءً على إمكان ذلك وكونه موجباً للإشتراك في المالىة فلتوهم حصول الشركه وجه، لأن الوصف الحاصل للزيت بخلط ماء الورد ملك لبائع ماء الورد المغبون.

والمناقشه: بأن الوصف للزيت لم يحصل بماء الورد فقط، بل للإمتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل شخص ثالث، كما ترى.

الصورة الثانية: ما إذا حصل الامتزاج بغير جنسه، ولكن بنحو لا يوجب الاستهلاك بل يصير المخلوط معنوياً بعنوان ثالث غير عنواني الجنسين، كما في امتزاج الخل بالعسل.

وذكر قدس سره في هذه الصورة احتمالين أحدهما حصول الشركه في العين بالفسخ بحسب مالىة الجنسين، فلو كان الخل المبيع يساوى دينارين والعسل أربعة دنائير يكون الاسكنجيين الحاصل ثلاثه أسهم ساهمين لصاحب العسل وسهم لصاحب الخل، واحتمل أن يكون الإمتزاج في الفرض أيضاً بحكم التلف لأن المبيع وهو الخل الجارى عليه البيع غير موجود، فينتفى الخيار بانتفاء الخل.

ولكن لا يخفى أن هذا من سهو القلم لأن تلف العين بيد الغابن لا يوجب سقوط الخيار، بل يوجب الرجوع إلى البدل.

وعن المحقق الايروانى قدس سره (١): أن الامتزاج في هذه الصورة لو كان موجباً لتلف

ص: ١٧٨

الشرح:

المال فالمال الآخر أعنى العسل أيضاً تالف فيكون الموجود الخارجى أى الاسكنجيين بلا مالك، ولا يمكن إلا الالتزام بالشركه فى العين بحسب المالىه.

أقول: تلف الصوره النوعيه للمال لا- يوجب خروج مادته عن الملك وعلى ذلك فالغابن قبل الفسخ كان مالكا لكل من الخل والعسل وبعد خروجهما بالامتراج إلى شىء ثالث يكون ذلك الثالث أيضاً ملكاً له باعتبار ملك مادتهما، وفسخ المغبون يوجب خروج ما جرى عليه البيع بالسبب السابق إلى ملكه.

وبما ان تلك الصوره تالفه وضمانها فى المثلى بالمثل، وفى القيمى بالقيمه يكون للمغبون مطالبه الغابن بالمثل أو القيمه، ولكن مادام لم يؤدّ البدل يكون الموجود الخارجى مشتركاً بينهما؛ لحصوله بالمادتين أحدهما بعد الفسخ من بقايا ملك المغبون، ولذا لا يكون للمغبون الامتناع عن أخذ البدل. اللهم إلا أن يقال: إنّ الثابت فى المقام ثبوت حق المطالبه له، ولا يعين حقه فى المثل أو القيمه بحيث لا يكون له حق المطالبه بالعين الخارجيه، والإغماض عن المثل أو القيمه.

الصوره الثالثه: الامتراج بجنسه المساوى له فى الصفات، وقد ذكر المصنف رحمه الله فى هذه الصوره الاشتراك فى العين بحسب الكميّه.

ولا يجىء فى الفرض أن للمغبون حق المطالبه بما جرى عليه العقد يعنى البدل لأن المال المشترك قابل للقسمه الموجه لرجوع مال بعضه عين ما جرى عليه البيع فيكون أقرب إلى ما جرى عليه العقد من البدل. وبتعبير آخر: لا يعتبر عند العقلاء استحقاق البدل فى هذا الفرض.

الصوره الرابعه: ما إذا حصل الامتراج بجنسه، ولكن مع كون المال الأصلي للغابن أردأ، فقد ذكر المصنف رحمه الله حصول الاشتراك فى الفرض، ولكن احتمال الشركه

الشرح:

بحسب الكمية مع ضمان النقص الحاصل لمال المغبون بالامتزاج فيعطى الغابن للمغبون أرش ذلك النقص.

ولو كان مال المغبون مناً من الحنطه الجيده يساوى ثلاثه دنانير، وكان للغابن مناً من الردىء يساوى دينارين، وبعد الامتزاج كان المن من الممتزج يساوى دينارين ونصف يعطى للمغبون نصف دينار كما احتمل الشركه بحسب المالىه بأن تكون العين الخارجيه مشتركه بين الغبن والمغبون بالأخماس ثلاثه أخماس منها للمغبون وخمسان للغابن.

واحتمل الشركه فى الثمن بأن تكون مجموع ما فى الخارج ملكاً لمجموعهما وبعد بيعها يأخذ المغبون ثلاثه أخماس الثمن والغابن خمسين نظير الشركه المتقدمه فى العين الخارجيه، بالإضافة إلى وصفه الحاصل بفعل الغابن.

أقول: بما أن أخذ الأرش والاشتراك فى العين بحسب المالىه يوجب محذور الربا، فالمتعين الاشتراك فى المالىه، بل لا يبعد ذلك فى الصورة الخامسه أيضاً، وهى إذا ما حصل الإمتزاج بالأجود، فإن الاشتراك فى العين بحسب المالىه فيه محذور الربا بخلاف الاشتراك فى الثمن.

نعم مع إمكان الاشتراك فى العين بحسب الكمية لا تصل النوبه إلى الاشتراك فى القيمة خصوصاً فيما إذا كان الامتزاج بحيث لا يكون معه مائز بين المالىن حقيقه كما فى امتزاج المايعين، ووصف الجوده التى كانت للمال الأصيلى للغابن وإن فرض تلفه فى هذه الصورة إلا أنه لا ضمان بالإضافة إليه لحصول الامتزاج بفعله، فلا يجوز له مطالبه المغبون بالأرش، كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أنّ شبهه الربا كما تجرى فى الاشتراك فى العين بحسب المالىه

فإن كان بغير الجنس، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت ، فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته، وإن كان لا- على وجه يُعدّ تالفاً كالخلّ الممتزج مع الأنجيين ففي كونه شريكاً أو كونه كالمعدوم، وجهان.

الشرح:

كذلك تجرى في صورته استحقاق الأرش، ولا تختص بالأول، كما هو ظاهر عبارته المصنف رحمه الله .

لا- يقال: إذا كان الامتزاج بالأردأ أو الأجود، فلا موجب للالتزام بالشركة في الثمن بعد عدم إمكان الشركة في العين بحسب الماليه والشركة فيها بحسب الكمية للزوم الربا ولو بأخذ الأرش، وبما ان للمغبون المطالبه بما جرى عليه البيع ولا يمكن ردّه فيرجع إلى بدله فيكون الامتزاج بالأردأ أو الأجود موجباً لتلف ما جرى عليه البيع.

فإنه يقال: لم يحرز أن الامتزاج كذلك موجب لخروج كل من الممتزجين عن ملك مالكة الأصلي ولازم ذلك الشركة في الثمن.

لا- يقال: عدم خروجها عن الملك لا- يلزم عدم استحقاق المغبون المطالبه بما جرى عليه البيع، كما تقدم ذلك في خروج المالكين بالامتزاج إلى شيء ثالث.

فإنه يقال: نعم، ولكن مع خروجهما إلى ثالث كان العنوان المقوم للبيع تالفاً بخلاف الامتزاج بالأجود والأردأ، فإن التالف وصفه أي تميزه، وجودته.

اللهم إلا- أن يقال: إنما لا- يرجع إلى بدل العين في تلف الوصف فيما إذا أمكن الرجوع إلى بدل الوصف التالف، ولا يمكن ذلك فيما نحن فيه فيرجع إلى بدل نفس العين.

وعلى ذلك فلا يبعد أن يكون للمغبون المطالبه ببديل ماله أي المثل خصوصاً فيما إذا كان هذا الامتزاج في المايعات وتنحصر الشركة في العين في الامتزاج

وإن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوى، يثبت الشركه، وإن كان بالأردأ فكذلك، وفي استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه، وجوه. ولو كان بالأجود احتتمل الشركه فى الثمن، بأن يُباع ويُعطى من الثمن بنسبه قيمته، ويحتتمل الشركه بنسبه قيمه، فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الردىء، كان المجموع بينهما أثلاثاً، وردّه الشيخ فى مسأله رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا. قيل: وهو حسنٌ مع عموم الربا لكل معاوضه.

بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن [١]: وتفصيله: أنّ التلف إمّا أن الشرح:

بالمساوى من جنسه حيث يتعين فى الشركه فى العين بحسب الكميّه.

[١] التالف مع خيار الغبن إما المال المنتقل إلى المغبون أو المال المنتقل إلى الغابن، وفى كل منهما يكون التلف بآفه سماويه أو بفعل أحدهما أو بفعل الأجنبى.

فلو تلف ما بيد المغبون وكان ذلك بآفه سماويه، فقد يقال بسقوط خيار المغبون به لعين ما ذكر فى سقوطه بتصرف المغبون المخرج لذلك المال عن ملكه وهو عدم إمكان رد العين.

ولكن قد تقدم عدم صحه الاستدلال فى مورد التعليل أى فى التصرف المخرج فضلاً عن غير ذلك المورد مثل تلف المال بآفه سماويه، وإنما يكون التصرف مسقطاً فيما إذا كان بقصد الإعراض عن الخيار، ولو مع الجهل بالغبن.

وعليه فإن كان التلف المزبور مع الفسخ فيرجع الغابن إلى بدل ماله كما يرجع المغبون إلى عين ماله، ولو كان التالف قيمياً، ففى اعتبار قيمه يوم المطالبه أو يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم البيع ما تقدم فى ضمان القيمى، ومقتضاه ضمان يوم الفسخ، فإنه يوم ضمان اليد، وكذا الحال فيما إذا كان تلف ما عند المغبون بإتلافه.

وأما إذا كان بإتلاف الأجنبى فيجوز للغابن الرجوع إلى كل من المغبون والأجنبى

يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون. والتلف، إمّا بآفه أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبي.

الشرح:

لضمان كل منهما، وظاهر المصنف رحمه الله الرجوع إلى الأجنبي، ولكنه غير صحيح، بل مقتضى جريان يد المغبون على المال ومقتضى إتلاف الأجنبي التخيير للغابن في الرجوع.

نعم إذا أخذ المغبون بدل التالف من الأجنبي، ثم فسخ البيع بخيار الغبن يتعين على الغابن الرجوع إلى المغبون لخروج الأجنبي عن ضمان المال قبل ذلك.

ولو كان إتلاف ما بيد المغبون بإتلاف الغابن فأبرئه المغبون، ثم ظهر الغبن وفسخ البيع، فيرجع المغبون بما بيد الغابن ويأخذ الغابن قيمه ماله من المغبون؛ لأن إبراءه الغابن بمنزله قبضه بدل ذلك المال.

وأما إذا كان التالف ما بيد الغابن فإن كان تلفه بآفه سماويه أو بإتلاف الغابن وفسخ المغبون يأخذ بدل التالف، وإذا كان التالف قيمياً فهل الاعتبار بقيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر هو الأول.

ولكن ذكروا في مسأله أخرى: أنّ العبره بقيمه يوم الفسخ وهى ما إذا اشترى عيناً بعين وقبض البائع الثمن ولم يقبض المبيع، ثم باع البايح العين التى أخذها ثمناً من شخص ثالث ثم تلف المبيع الذى كان عنده فإنه بتلفه يفسخ البيع الأول ولا يبطل البيع الثانى، لأنّ تلف المبيع قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من الأول.

وعلى ذلك يأخذ المشتري بدل العين التى دفعها ثمناً، والبديل قيمتها يوم تلف المبيع أى تلف العين التى كانت عند بايعها، وقد تلفت قبل إقباضها، فإن ضمان قيمه الثمن يوم تلف المبيع صريح فى ضمان يوم الانفساخ، حيث إنه لو كانت العبره بقيمه يوم التلف، لكان اللازم ضمان العين التى دفعها المشتري ثمناً بقيمتها يوم بيعها من الشخص الثالث، فإن يوم بيعها زمان تلفها، كما لا يخفى.

وحكمها: أنه لو تلف ما في يد المغبون، فإن كان بآفه فمقتضى ما تقدّم من التذكرة في الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار. لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن غيره، ولذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ، غرم قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ وأخذ ما عند الغابن أو بدله، وكذا لو كان بإتلافه.

ولو كان بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المثلّف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل ثمّ ظهر الغبن ففسخ ردّ على الغابن قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ. ولو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ قيمه من الغابن، وإن فسخ أخذ الثمن. ولو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامه ثمّ ظهر الغبن ففسخ وجب عليه ردّ القيمة؛ لأنّ ما أبرأه بمنزله المقبوض.

ولو تلف ما في يد الغابن بآفه أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل. وفي اعتبار قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر الأوّل. ولكن صرح في الدروس والمسالك ومحكي حاشيه الشرائع للمحقّق الثاني وصاحب الحدائق وبعض آخر: أنه لو اشترى عيناً بعين، فقبض أحدهما دون الأخرى، فباع المقبوض ثمّ تلف غير المقبوض: أنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني، فيغرم البائع الثاني قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض. وهذا ظاهر بل صريح في أنّ العبرة بقيمه يوم الانفساخ دون تلف العين. والفرق بين المسألتين مشكّل، وتمام الكلام في باب الإقالة إن شاء الله تعالى.

الشرح:

والحاصل: أنه لا يعلم الفرق بين المسأله وبين المقام.

ص: ١٨٤

ولو تلف بإتلاف الأجنبيّ رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن [١] لأنه الذى يُردّ إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله، ولأنّه مَلِكُ القيمه على المُتلف. ويحتمل الرجوع إلى المُتلف، لأنّ المال فى ضمانه وما لم يدفع العوض فنفس المال فى عهده، ولذا صرّح فى الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف، بما الشرح:

[١] لو تلف ما بيد الغابن بإتلاف الأجنبيّ وفسخ المغبون، يأخذ البديل من الغابن لأنه يرد عليه ما بيده ولأن الغابن يملك قيمه التالف على عهده المتلف، فيكون ما على عهده القيمة، لا نفس المعوّض الذى يستحقه المغبون بالفسخ بنفسه أو ببدله.

ويمكن أن يقال: إنه يجوز للمغبون الرجوع إلى الأجنبيّ، لأن نفس المتلف على عهده، لا- أن قيمته دين بذمته للغابن، ولذا يجوز المصالحة على ما فى عهده بالأقل أو الأكثر، ولو كان نفس القيمة على عهده لكانت المصالحة بالأقل والأكثر ربا، بناءً على جريانه فى المصالحة أيضاً، كما لا يبعد.

وبهذا يظهر وجه تخيير المغبون فى الرجوع إلى كل من الغابن والمتلف بالكسر، أمّا الغابن فلأنه يرد المغبون ما بيده عليه فاللازم استرداد المعوض منه، وأمّا المتلف بالكسر فلأن المال على عهده.

أقول: الرجوع إلى الأجنبيّ لا- يتوقف على الالتزام بكون نفس التالف على عهده، بل يكفى فيه كون القيمة على عهده فإنّ تلك القيمة بفسخ المغبون تصير ديناً للمغبون على عهده، والعجب من المصنف رحمه الله أنه فرّق فى إتلاف الأجنبيّ، بين ما بيد الغابن وما بيد المغبون.

ولو تلف ما بيد الغابن بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ البيع يرد بدل التالف على الغابن، وإن إبراه الغابن ثم ظهر الغبن وفسخ المغبون فيجب أن يرد الغابن البديل على المغبون، لأن إبراه بمنزله أخذ البديل من المغبون فتدبر.

لو صالح به على قيمته لزم الربا، وصرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بأقل لزم الربا، بناءً على جريانه في الصلح. ويحتمل التخيير أمّا الغابن فلائنه ملك البدل، وأمّا المتلف فلائّن المال المتلف في عهده قبل أداء قيمه. وإن كان يتلافى المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله، ولو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ، ردّ الثمن وأخذ قيمه المتلف، لأنّ المبرأ منه كالمقبوض. هذا قليلٌ من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، وينبغي إحاله الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام [١]. والله العالم بالأحكام ورسوله وخلفاؤه الكرام صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم القيام.

مسألة: الظاهر ثبوت هذا الخيار في كلّ معاوضهٍ مائتة [٢] بناءً على الاستناد الشرح:

[١] أي ينبغي إحاله الزائد مما ذكرنا في المقام على ما ذكره في غير هذا المقام أي في كتاب الغصب من أحكام ضمانى اليد والإتلاف.

[٢] يظهر من جماعه جريان خيار الغبن في غير البيع من سائر المعاوضات، وقد حكى التصريح بالعموم عن فخر الدين في شرح الإرشاد (١) وصاحبى التنقيح (٢) والإيضاح (٣)، وعن المهذب البارع: استثناء الصلح (٤).

ولعل الوجه في الاستثناء، أن مشروعيه الصلح لقطع المنازعه وثبوت خيار الغبن فيه موجب لعودها.

وفيه: أنه لم يعلم أن مشروعيته منحصر بل ربما يجرى الصلح على المعاوضه

ص: ١٨٤

١- (١) حكاه عنه وعمّن بعده السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٥٧٠ ٥٧١ .

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢ : ٤٧ .

٣- (٣) إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا .

٤- (٤) المهذب البارع ٢ : ٥٣٨ .

فى ثبوته فى البيع إلى نفي الضرر. نعم، لو استند إلى الإجماعات المنقولة أمكن الرجوع فى غير البيع إلى أصله اللزوم. وممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره فى شرح الإرشاد وصاحب التنقيح وصاحب إيضاح النافع، وعن إجاره جامع المقاصد: جريانه فيها مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم، حكى عن المهذب البارع عدم جريانه فى الصلح. ولعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعه، فلا يشرع فيه الفسخ. وفيه ما لا يخفى.

الشرح:

باعتبار عدم التمكّن من رعايه شرط البيع من تقدير المبيع ونحوه، كما لا يخفى.

وفى غايه المراد: التفصيل بين الصلح المتضمن للمعاوضه بين المالىن فيجرى فيه خيار الغبن، وبين الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق قبل ثبوت الدعوى ثم ظهر الغبن.

أقول: قد ذكرنا أنّ المستفاد من صحيحه أبى ولاد(١) الوارده فى تخلف المستأجر عن الإجاره: أن الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق مع اعتقاد الخلاف لا يكون خيارياً، بل محكوم بالبطلان.

وفى المسأله تفصيل آخر: وهو جريان خيار الغبن فى كل معامله لا تكون بشخصها مبنيه على المسامحه وعدم المبالاه، بل على المداقه وعدم جريانها فى معامله تكون بشخصها مبنيه على المسامحه حتى لو كانت تلك المعامله بيعاً فإنه لا يصدق فى الفرض الغبن. وفيه: ان لم يؤخذ عنوان الغبن فى الخطابات الشرعيه ليكون الخيار مدار صدقه، بل ذكر ذلك فى الفتاوى فى البيع.

ص: ١٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١١٩ ١٢٠ ، الباب ١٧ من كتاب الإجاره، الحديث ١ .

وفى غايه المرام: التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه فيجربى فيه، وبين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقه ما يدعيه وكان مغبوناً فيما صالح به، والواقع على ما فى الذمم وكان مجهولاً ثم ظهر بعد عقد الصلح وظهر غبن أحدهما على تأمل. ولعله للإقدام فى هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان، فقد أقدم على الضرر. وحكى عن بعض التفصيل بين كلِّ عقدٍ وقع شخصه على وجه المسامحه وكان الإقدام على المعامله فيه مبيّياً على عدم الالتفات إلى النقص والزياده بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن، وبين غيره. وفيه مع أنّ منع صدق الغبن محلّ نظر: أنّ الحكم بالخيار لم يعلّق فى دليلٍ على مفهوم لفظ «الغبن» حتّى يتبع مصاديقه، فإنّ الفتاوى مختصّة بغبن البيع، وحديث نفي الضرر عامٌّ لم يخرج منه إلّا ما استثنى فى الفتاوى من صورته الإقدام على الضرر عالمّاً به. نعم، لو استدلّ بآيه التجاره عن تراضٍ أو النهى عن أكل المال بالباطل، أمكن اختصاصهما بما إذا أقدم على المعامله محتملاً للضرر مسامحاً فى دفع ذلك الاحتمال.

الشرح:

والمستند لهذا الخيار قاعده نفي الضرر عند جماعه وتلك القاعده تعمّ الموارد إلّا إذا كان فى البين إقدام وهو التصديق للمعامله مع العلم بالتفاوت بين العوض المسمى والقيمه السوقيه.

وأما الشرط الارتكازى فى البيع وسائر المعاوضات المالىه فهو أيضاً يعمّ الموارد.

هذا مع ما فى الدعوى، لأن الغبن يصدق فى الموارد التى يقدم الشخص على المعامله لغرض مع احتمال التفاوت الكثير بين العوض والقيمه السوقيه، ولو قيل بأن المدرك لخيار الغبن السيره العقلانيه فالأمر كما ذكر من جريانه فى البيع وسائر المعاوضات إلّا فى المعامله مع العلم بالحال.

ص: ١٨٨

والحاصل: أنّ المسأله لا تخلو عن إشكالٍ: من جهه أصله اللزوم، واختصاص معقد الإجماع والشهره بالبيع، وعدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار فى غير البيع [١] كما تعرّضوا لجريان خيار الشرط، وتعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع لكونه محلّ خلافٍ لبعض العائمه فى بعض أفراد ما عدا البيع، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع. ومن دلالة حديث نفى الضرر على عدم لزوم المعامله المغبون فيها ولو فى صورته امتناع الغابن عن بذل التفاوت، بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب. وقد استدللّ به الأصحاب على

الشرح:

[١] يشكل جريان خيار الغبن فى سائر المعاوضات بعدم تعرض الأصحاب لجريانه فيها، ولو كان هذا الخيار من الخيارات العامه كخيار الشرط لذكروا جريانه فيها كما ذكروا جريان خيار الشرط.

ولا- يمكن أن يقال: إنّ عدم ذكرهم جريانه فى سائر المعاوضات، لا يدلّ على اختصاصه بالبيع، وإلاّ لذكروا الاختصاص، كما ذكروا الاختصاص فى خيار المجلس.

والوجه فى عدم الإمكان أنّ تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع للتعرض بخلاف بعض العامه (١) من جريان خيار المجلس فى بعض أفراد غير البيع، لا أنهم يلتزمون بذكر الاختصاص عند عدم جريان الخيار فى غير البيع.

أقول: كيف ما كان، لو شكك فى جريان خيار الغبن فى معاملته كالجعله بناءً على كونها من العقود فالأصل عدم الخيار على ما يأتى، فيكون الشرط الإرتكازى، أو بناء العقلاء محتاجاً إلى الإثبات؛ وأما قاعده نفى الضرر فقد تقدم عدم جريانه لإثبات الخيار، بل مقتضاها فى مورد جريانه الحكم ببطلان المعامله على ما تقدم.

ص: ١٨٩

١- (١) راجع الشرح الكبير (المطبوع ضمن المغنى لابن قدامه) ٤: ٦١، وراجع الخلاف ٣: ١٤، والمسأله ١٤ من كتاب البيوع.

الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

إثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوه. نعم يبقى الإشكال في شموله للصوره المتقدمه، وهى ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعاً كان أو غيره على عدم المغابنه والمكايسه من حيث المائيه كما إذا احتاج المشتري إلى قليل من شىء مبتذلٍ لحاجه عظيمه ديتيه أو دنيويه فإنه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإن في شمول الأدله لمثل هذا خفاءً، بل منعاً، والله العالم.

مسأله: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى على قولين:

واستند للقول الأول وهو المشهور ظاهراً إلى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن، وقدره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود [١] يستتبع عموم الأزمه، وإلا لم ينتفع بعمومه، انتهى.

الشرح:

[١] يعنى قرر في جامع المقاصد (١) كون خيار الغبن على الفور بالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) حيث إن عمومه الافرادى يستلزم العموم الأزمانى فيؤخذ بالعموم الأزمانى.

وعن بعض (٣) الالتزام بالتراخى لكونه مقتضى استصحاب بقاء الخيار فى غير الزمان الأول.

وذكر فى الرياض (٤): بأن المستند لخيار الغبن فى البيع إن كان هو الإجماع

ص: ١٩٠

١- (١) جامع المقاصد ٤: ٣٨.

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١.

٣- (٣) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٣: ١٦١ ١٦٢.

٤- (٤) راجع الرياض ١: ٥٢٥.

وللقول الثاني إلى الإستصحاب، وذكر في الرياض ما حاصله: أنَّ المسند في هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول اتَّجه التمسك بالإستصحاب، وإن كان نفي الضرر وجب الاقتصار على الزمان الأوَّل، إذ به يندفع الضرر.

الشرح:

فيحكم بالتراخي أخذاً بالاستصحاب، وإن كان قاعده نفي الضرر فيحكم بالفور، وأنَّه لا خيار بعد مضي زمان يتمكن فيه المغبون من فسخه حيث إن الضرر ينتفي بانتفاء اللزوم في ذلك الزمان.

وقد ناقش المصنف رحمه الله في التمسك بالعموم المزبور لإثبات الفور، وكذا في التمسك فيه بقاعده نفي الضرر(1) وبالتمسك بالاستصحاب لإثبات التراخي، وذكر في وجه المنع عن التمسك بالعموم ما ذكره في الأصول: من أنه لا مجال في التمسك بالعموم في موارد كون الزمان ظرفاً للحكم المجعول للفرد من العام بأن يكون مفاد خطاب العام ثبوت حكم واحد مستمر في عمود الزمان لكل فرد فيكون الاستمرار في حكم فرد فرع ثبوت حكم العام له، وإذا خرج عن حكم العام فلا يكون حكم ذلك الفرد مستفاداً عن خطاب العام، بل لا بد من خطاب آخر دال على ثبوت حكم العام له بعد ذلك الزمان.

وبتعبير آخر: بعد خروج فرد عن العام في هذا القسم، فلا يفرَّق في مدلول العام بين خروجه إلى الأبد أو خروجه في زمان، بمعنى أنه لا يكون خروجه إلى الأبد زيادة تخصيص ليقصر عند الشك بالقدر المتيقن، بل اللازم في هذا القسم عند الشك في حكم الفرد الخارج الأخذ باستصحاب حكمه المخالف لحكم العام.

وأما إذا كان خطاب العام متكفلاً لثبوت حكم مستقل لكل فرد في كل زمان بحيث يكون مدلوله بالإضافة إلى الأزمنة مفرداً، ففي مثل ذلك لا مجال لاستصحاب

ص: ١٩١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

أقول: ويمكن الخدشه في جميع الوجوه المذكوره. أما في وجوب الإقتصار على المتيقن، فلائنه غير متجه مع الاستصحاب. وأما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الأزمئه فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبه إلى زمانه الراجع بدليل الحكمه إلى استمراره في جميع الأزمئه، فلا يخفى أنّ هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه،

الشرح:

حكم الخاص، بل يجب الرجوع إلى عموم العام بالإضافة إلى غير ذلك الزمان، ولو فرض عدم خطاب العام في الفرض لما جاز أيضاً التمسك باستصحاب الخاص، بل لابد من الرجوع إلى أصل آخر.

ثم إنه لا فرق فيما ذكر من القسمين من كون الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم، أو مفرداً لموضوعه بين استفاده ذلك من الإطلاق أو من أداه العموم.

وعلى ذلك فلا يصح الجواب عن جامع المقاصد في تمسكه بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لإثبات الفوريه بأن الآيه مطلقه لا عامه.

نعم يصح هذا الجواب لو ثبت ان مقتضى الإطلاق هو كون الزمان ظرفاً للحكم لا كونه مفرداً بالإضافة إلى مصاديق العام بحسب الزمان.

وكيف كان: فقد ظهر فساد ما قيل: من أنّ الاستصحاب أى إستصحاب حكم الخاص مخصّص لخطاب العام (1)، كما في أخذ الزمان ظرفاً لحكمه، وفي مورد دلالة خطاب العام، كما في أخذ الزمان مفرداً لا مجال لاستصحاب حكم الخاص هذا بحسب الكبرى....

وأما الصغرى فظاهر آيه وجوب الوفاء بالعقود كونها من القسم الأول، وأن

ص: ١٩٢

١- (١) نقله عن المحقق النائيني رحمه الله السيد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٤ : ٤٦٦ .

التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان

فلا- يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائماً أو في زمانٍ ما، إذ ليس في خروجه دائماً زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعلٍ بعنوان العموم وخرج منه فردٌ خاصٌ من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختصٌ ببعض الأزمنة أو عامٌ لجميعها،

الشرح:

الزمان ظرف لوجوب الوفاء بكل عقد، وإذا خرج بيع المغبون في زمان فلا يفرق بين خروجه إلى الأبد أو كونه مؤقتاً في عدم دلالة الآيه على حكم ما بعد ذلك الزمان، وعدم لزوم تخصيص زائد لو كان خروجه إلى الأبد.

ولو أمكن استصحاب بقاء الخيار فهو، وإن لم يمكن جريانه كما يأتي فيحكم بلزوم العقد لا بالأخذ بالعموم، بل لاستصحاب بقاء الملكين على حالهما قبل الفسخ المعبر عنه بأصالة اللزوم.

أقول: ما ذكره قدس سره من جريان الاستصحاب في ناحيه حكم الخاص فيما إذا كان الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم في ناحيه أفراد العام إنما يصح مع كون الزمان في ناحيه الخاص أيضاً ظرفاً لحكمه.

وأما إذا كان قيداً لمتعلق حكم الخاص فلا يمكن استصحاب ذلك الحكم في غير ذلك الزمان.

وأيضاً ما ذكره من أنه لو كان الزمان في ناحيه أفراد العام مفرداً بأن ثبت لكل فرد من أفرادها في كل زمان حكم مستقل فيرجع في غير ذلك الزمان للعموم، ولا- يصح الرجوع إلى الاستصحاب حتى ما لو لم يكن في البين عموم أيضاً، إنما يصح لو كان الزمان في ناحيه الخاص أيضاً مفرداً، وإلا لأمكن استصحاب حكم الخاص لو لم يكن في البين العام المزبور.

ولا يخفى أيضاً أن ثبوت حكم مستقل لكل من وجودات المتعلق، أو في كل فرد

فإنَّ اللانزم هنا استصحاب حكم الخاصِّ أعني الحليِّه لا- الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم، وليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، والسرّ فيه ما عرفت: من تبعيّه العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتّى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحدٌ، دام زمان خروجه أو انقطع.

الشرح:

من أفراد العام يستفاد من الإطلاق تاره وأخرى من الدال اللفظي كقوله: «أكرم كل عامل»، وقوله: «أكرم كل عالم في كل زمان»، حيث إن استقلال الحكم تابع لثبوت الملا-ك في كل من وجودات المتعلق لا- لمجموع تلك الوجودات، ولا لصرف وجود المتعلق، كما أنه لو كان الملاك في مجموع تلك الوجودات يكون العام بالإضافة إليها مجموعياً.

وقد ذكرنا في بحث الأصول: أنه لا- يختلف الحال في جواز التمسك بالعام بالإضافة إلى باقى الافراد بين كونه مجموعياً أو استغرافياً، وبلا فرق بين استفاده كل منهما بالإطلاق أو بالدال الوضعي، كما عليه جماعه من المحققين كالسيد اليزدي قدس سره (١).

وفي المقام تفصيل آخر بين دلالة دليل خاص بين خروج الفرد من الأول أو فى الأثناء، فإن العموم فى مثل قوله سبحانه «أوفوا بالعقود» (٢) مقتضاه ثبوت الحكم المزبور لكل فرد من أفراد العقد؛ لظهور أداه العموم فى الإستيعاب الوجودى للطبيعه، والإطلاق فى كل عقد مقتضاه أن تحقق العقد خارجاً تمام الموضوع لوجوب الوفاء المستمر ولا دخاله فيه لأى قيد.

وعلى ذلك فإن ورد فى الدليل أن العقد الفلانى لا يجب الوفاء به فى الزمان الأول

ص: ١٩٤

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٥٧٠ ٥٧١ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

نعم، لو فرض إفاده الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان أكثرًا لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرًا له في زمان آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما لاقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى الشرح:

يعلم من ذلك أن العقد المزبور ليس بتمام الموضوع، بل مقيد بما يكون بعد ذلك الزمان بضميمة أصاله العموم في ذلك الفرد.

وبتعبير آخر: ثبوت الحكم الواحد المستمر من حين وجود الفرد إنما هو بالإطلاق ومقدمات الحكمه، ومع ورود التقييد بما لا يعمه الحكم من الأول، يعلم أن ذلك الحكم يثبت له بعد ذلك الزمان أخذًا بأصاله العموم بخلاف ما ورد التقييد في الأثناء، فإن مدلول العام منضمًا إلى أصاله الإطلاق في كل فرد ثبوت حكم واحد مستمر بحسب الأزمنه وبعد ورود التقييد في الأثناء لا يمكن أن يثبت فيه حكم واحد مستمر سواء حكم بالخروج إلى الأبد أو حكم بحكم العام بعد ذلك الزمان المتوسط.

أقول: حكم العام لكل فرد واحد مستمر في الأزمنه من الأول المستفاد من الإطلاق وعدم ورود القيد في الفرد، وإذا ورد القيد في الأول يستفاد من العموم بضميمة الإطلاق في ذلك الفرد استمرار الحكم من غير الزمان الأول، وإذا ورد القيد في الوسط يستفاد الحكم الواحد المستمر المنقطع في الوسط.

وبتعبير آخر: الوحده في الحكم إثباتاً متحقق بعد التقييد أيضاً والتعدد ثبوتاً، وإن كان حاصلًا إلا أنه بالإنقطاع وعدم ملاك لزوم العقد في البين لا لثبوت ملاك ملزم مستقل في كل من طرفي زمان عدم اللزوم.

لا- يقال: إذا لم يكن لخطاب الخاص دلالة على ثبوت حكم العام فيما بعد الزمان الأول كما هو الفرض فلا يمكن التمسك بخطاب العام بعد ذلك الزمان لدوران أمر

لعبده: «أكرم العلماء في كل يوم» بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم وشك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم الشرح:

خطاب الخاص بين كونه مقيداً لإطلاق الفرد، كما ذكر، أو مخصصاً لذلك الفرد ومخرجاً له من العام رأساً. وبتعبير آخر: يكون العلم الإجمالي بتخصيص العام في ذلك الفرد أو تقييد إطلاقه مانعاً عن الأخذ بأصالة عمومه.

فإنه يقال: هذا العلم لا أثر له بالإضافة إلى الزمان الأول، ويكون التمسك بأصالة العموم بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلا معارض. وإن شئت قلت: أصالة الإطلاق لا مجال لها في المقام للعلم بعدم ثبوت حكم العام للفرد المزبور في الزمان الأول، إما تقييداً أو تخصيصاً، وبالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان يؤخذ بأصالة العموم والإطلاق، وكذلك في مورد التخصيص في الوسط.

والحاصل: أن أصالة العموم في ناحيه العام مع أصالة الإطلاق الجارى في كل فرد يجعل كل فرد من أفراد العقد من قبيل العام المجموعى، فيكون استثناء بعض أجزاء هذا العام المجموعى من الأول أو الوسط موجباً لرفع اليد عن العموم في ذلك الجزء، ويؤخذ به في الباقي، ولعله إلى ذلك يرجع ما ذكره السيد اليزدى قدس سره في المقام.

ثم إن هذا كله بناءً على أن الوفاء بالعقد وجوبه تكليفى، وأما بناءً على ما ذكرنا سابقاً من أنه في البيع ونحوه من المعاملات إرشاد إلى لزومها يكون اللزوم في كل زمان لاستمراره وحداً، ويمكن حصول التقييد فيه في بعض أفراد العقد بحسب أول الأزمته أو الوسط فيحصل في الثانى الانقطاع، ويمكن بعد ذلك الزمان مع فرض عدم حصول الفسخ فيه التمسك بالعموم المزبور، والإطلاق في الحكم بلزومه بعد ذلك الزمان.

لا يقال: كيف يلتزم بالحكم لكل عقد بلزومه في عمود الزمان، وإن ذلك يستفاد

وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم، لم يجز التمسك بالاستصحاب، بل يجب الرجوع إلى أصل آخر، كما أنّ في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجّيه الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين!

الشرح:

من الإطلاق أى مقدمات الحكمه، وإنه لو أغمض النظر عنها فلا يكون لقوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(١) دلالة على ذلك.

ومن الظاهر أنه لو كان الأمر كذلك لكان المدلول الوضعى للخطاب وجوب الوفاء بكل عقد، ولو فى زمان ما فىكون لغواً محضاً؛ لأن الوفاء بكل عقد فى زمان حاصل لا محاله. ومقتضى الإحتراز عن اللغويه أن يكون لزوم الوفاء بالعقد دائماً، كما هو ظاهر جامع المقاصد.

بل عن المحقق الايروانى قدس سره : أن نفس متعلق التكليف أى الوفاء ظاهر فى هذا الإستمرار؛ لأن الوفاء بشىء عبارته عن الإلتزام به عملاً فى عمود الزمان، فىكون استمراره مدلولاً وضعياً للمتعلق، لا مستفاداً من قرينه لزوم اللغويه.

فإنه يقال: إن أريد أنه مع قطع النظر عن إطلاق المتعلق، والحكم يستفاد ذلك الاستمرار بالإضافه إلى كل عقد، فلا ريب فى بطلانه، ويشهد لذلك صحه تقييد الحكم بزمان والوفاء بحال أو بمره، مع إبقاء عموم الحكم بالإضافه إلى أفراد العقد بحال.

وإن أريد أنّ مع الخطاب المزبور لا بد من أن يكون الشارع بصدد البيان بالإضافه إلى متعلق الحكم ونفس الحكم بأن يكون إحراز كون المتكلم فى مقام البيان بلزوم اللغويه لا بالأصل، كما فى غالب الخطابات فهذا صحيح ولا يمنع عن الإطلاق والأخذ

ص: ١٩٧

ثم لا- يخفى أنّ مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمه
وكونه في الصورة الثانية عموماً لغوياً، بل المناط كون الزمان في الأولى ظرفاً للحكم وإن فرض عمومه لغوياً، فيكون الحكم فيه
حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشكّ فيه إلى الشكّ في استمرار حكم واحد وانقطاعه فيستصحب. والزمان
في الثانية مكثراً لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشكّ في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام
مغاير للفرد الأول، ومعلوم أنّ المرجع فيه إلى أصله العموم، فافهم واغتنم. وبذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد: بأن آيه
«أَوْفُوا...» وغيرها مطلقه لا- عامة، فلا تنافي الاستصحاب إلا أن يدعى أنّ العموم الإطلاقي لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على
الوجه الأول.

وقد ظهر أيضاً ممّا ذكرنا من تغاير موردى الرجوع إلى الاستصحاب والرجوع إلى العموم: فساد ما قيل في الأصول: من أنّ
الاستصحاب قد يخصّص العموم، ومثّل له بالصورة الأولى، زعماً منه أنّ الاستصحاب قد خصّص العموم. وقد عرفت أنّ مقام
جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم ولو على الشرح:

بمقدمات الإطلاق.

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنه لو لم يتم الدليل على كون خيار الغبن أو العيب مما لم يحدد زمانه شرعاً بنحو التراخي
فيمكن التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) لإثبات كونه على نحو الفوريه بمعناها العرفي أخذاً بالإطلاق في كل عقد بالإضافة
إلى غير مورد اليقين بالتقييد.

ص: ١٩٨

فرض عدم الاستصحاب، ومقام جريان العموم لا يجوز فيه الرجوع إلى الاستصحاب ولو على فرض عدم العموم، فليس شيء منهما ممنوعاً بالآخر في شيء من المقامين.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأوّل، لأنّ العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد وبين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلّه التخصيص وكثرته حتّى يتمسّك بالعموم فيما عدا المتيقّن، فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسّك بالعموم أيضاً. نعم، يتمسّك فيه حينئذٍ بأصالة اللزوم الثابته بغير العمومات.

وأما استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب [١]، فهو حسنٌ على ما اشتهر من

الشرح:

[١] وأورد المصنف رحمه الله على استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء الزمان الأول الذي يتمكن فيه المغبون من الفسخ، بأن الخيار في المقام لا يستفاد من دليل لفظي ليعين به الموضوع ويستصحب الحكم على ذلك الموضوع فيما لم يكن في البين دلالة على ثبوته أو انتفائه بالإضافة إلى الزمان الثاني.

نعم إنه إذا لم يكن الحكم مستفاداً من دليل لفظي، ولكن كان الشك في بقائه من جهة الشك في بقاء الموضوع واستعداد الحكم للبقاء، مثلاً إذا علم حرمة العصير العنبي بعد الغليان وقبل ذهاب ثلثيه وشك في بقاء حرمة بصيروته دسّاً قبل ذهاب ثلثيه فلا باس باستصحاب حرمة.

والحاصل: أن الدليل في المقام للخيار قاعده نفى الضرر منضمّاً إلى الإجماع والمتيقن من ثبوت الخيار المتضرر الذي لا يتمكن على دفع الضرر إلا بفسخ البيع في ذلك الزمان فيحتمل انتفاء الحكم بانقضاء الزمان الأول، ولا يحرز استعداد الحكم للبقاء.

المسامحه فى تشخيص الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الأدله اللفظيه المشخصه للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. وأمياً على التحقيق من عدم إحراز الموضوع فى مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب، فإن المتيقن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فإذا فرضنا ثبوت الحكم من الشرع على هذا الوجه فلا معنى لانسحابه فى الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك ولم يفعل، لأن هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم.

الشرح:

وذكر النائنى رحمه الله (١) فى توجيه كلام الشيخ فى المقام أن ما يقال: من أن الاعتبار ببقاء الموضوع فى جريان الاستصحاب نظر العرف، معناه أنه يعتبر أن يكون المحكوم عليه بثبوت الحكم فى الزمان الثانى هو المحكوم عليه فى الزمان الأول، وأن المتبدل حاله من حالات ذلك المحكوم عليه، وهذا فيما إذا أحرز الموضوع للحكم فى الزمان الاول.

وأمياً إذا لم يحرز بأن احتمال أن يكون الوصف الحاصل فى الزمان الأول عنواناً مقوماً مع احتمال كون الموضوع له هو ذات الموصوف فلا مورد للإستصحاب، اذ ينحصر جريانه بما إذا كان الوصف الحاصل فى الزمان الأول من قبيل الواسطه فى ثبوت الحكم وبقائه، وأن يكون حدوته دخيلاً فى حدوث الحكم وبقائه دخيلاً فى بقائه بخلاف ما إذا كان الوصف عنواناً تقييداً للحكم كالفقر فى استحقاق الزكاه أو احتمال ذلك كما فى المقام فإنه لا مورد للإستصحاب فى مثل ذلك.

ص: ٢٠٠

نعم، لو أحرز الموضوع من دليلٍ لفظيٍّ على المستصحب أو كان الشكُّ في رافع الحكم حتى لا يحتمل أن يكون الشكُّ لأجل تغيير الموضوع اتجه التمسُّك بالاستصحاب. وأمّا ما ذكره في الرياض، ففيه: أنه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا وحققناه في الأصول فلا- يجرى الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع. وإن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى قاعده الضرر، كما اعترف به

الشرح:

ثمّ ذكر أنه يمكن تقريب عدم جريان استصحاب بقاء الخيار في المقام بوجه أدق، وهو أنه لم يثبت في المقام خيار الغبن ليقال أن الموضوع له هو المغبون في معقد الإجماع، بل الثابت عدم ثبوت لزوم للمعاملة بحكومه قاعده نفي الضرر، والحكومه تنحصر بما إذا كان تضرر المغبون ناشئاً من لزوم المعاملة.

وهذا إنّما يكون بالإضافة إلى الزمان الأول. وأما في الزمان الثاني فلا يكون الضرر ناشئاً من لزومها فلا يكون في البين ما يكون ركناً في جريان الاستصحاب.

وبتعبير آخر: لا يكون لزوم المعاملة في الزمان الثاني موجباً لتضرر المكلف ليحكم بانتفائه بالإضافة إلى المتضرر.

أقول: لا يخفى أن لزوم المعاملة في الزمان الثاني، وإن لم يكن انتفاءه مقتضى قاعده نفي الضرر، وإلا لم يكن في البين موضوع للأصل العملي، إلا- أنه لو كانت المعاملة المزبوره باقيه على جوازها لكان الجواز بقاءً للجواز الثابت في الزمان الأول، غاية الأمر ثبت بدليل الإستصحاب لا بقاعده نفي الضرر.

وبتعبير آخر: نفي اللزوم بقاعده نفي الضرر واسطه في الثبوت بالإضافة إلى إثبات الجواز المحتمل بقاؤه مع عدم ما يدل على لزوم المعاملة في الزمان الثاني لسقوط العموم كما هو الفرض.

ص: ٢٠١

لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكّن على الفسخ

ولده في المناهل مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علّة محدّثه يكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع. إلا أن يدعى أنّه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرّر العاجز عن تدارك ضرره وهو غير محقّق في الزمان اللاحق، كما أشرنا. ثمّ إنّ بني المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصّل له، فقال ما لفظه: إنّ المسألة مبتنية على أنّ لزوم العقد معناه: أنّ أثر العقد مستمرّ إلى يوم القيامه وأنّ عموم الوفاء بالعقود عمومٌ زمنيّ للقطع، بأن ليس المراد بالآيه الوفاء بالعقود آنأ ما، بل على الدوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، وباعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاها ولا ريب أنّ مفاده عرفاً وبحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دلّ دليلٌ على ثبوت خيارٍ: من ضررٍ، أو إجماعٍ، أو نصٍّ في ثبوته في الماضي أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار [١]، فيكون استثناءً من ذلك العام ويبقى

الشرح:

[١] يعني لم يدل دليل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكّن على الفسخ خاصة كما يدل على ثبوته للمغبون، ولو بعد انقضاء ذلك الزمان بل دل على ثبوته للمغبون من غير دلالة على إحدى الخصوصيتين. والمراد بقوله مطلقاً هو هذا الإهمال وبقوله لا الإطلاق الدلالة على خصوصيته الدوام.

وإذا فرض الإهمال في دليل الخيار فيؤخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقود دواماً بعد انقضاء زمان التمكّن كما يؤخذ بدليل وجوب القصر على المسافر مادام مسافراً في غير أيام الإقامه وفي غير أيام التردد في الإقامه أي ثلاثين يوماً، وفي غير وقت المعصيه بسفره.

وأما إذا لم يلتزم بدلاله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) على الدوام والاستمرار بل على حكم

ص: ٢٠٢

العام على عمومه، كاستثناء أيام الإقامه والثلاثين ووقت المعصيه ونحوها من حكم السفر. أو أنّ لزوم ليس كالعموم وإنما يُثبت ملكاً سابقاً ويبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضه بين استصحابين، والثانى واردٌ على الأول، فيقدم عليه، والأول أقوى، لأنّ حدوث الحادث مع زوال علته السابقه يقضى بعدم اعتبار السابق، أمّا مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

ولا يخفى أنّ ما ذكره من المبنى للرجوع إلى العموم [١] وهو استمرار

الشرح:

العقد من حصول الملك وحدوثه بحصول العقد ويلتزم ببقاء ذلك الملك وال لزوم بالاستصحاب، فتقع المعارضه فى المقام بين هذا الاستصحاب واستصحاب بقاء الخيار، ويكون استصحاب بقاء الخيار حاكماً على استصحاب بقاء الملك؛ لأن بقاءه بعد فسخ المغبون بعد انقضاء زمان الفور، مرتب شرعاً على عدم الخيار وانتفائه مترتب على بقاء الخيار.

ولكن الأول أقوى أى القول بدلاله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على استمرار العقد إلى الأبد هو الأقوى فلا تصل النوبه إلى الاستصحاب.

ووجه القوه أن الخيار الحادث للمغبون فى الزمان الأول، لا- يوجب زوال العقد السابق وحكمه بل يؤخذ بمقتضاه بعد ذلك الزمان لأن ذلك مقتضى عدم فسخ العقد، وإنما يرفع اليد عن العقد ومقتضاه إذا لم يبق العقد بأن فسخ فى الزمان الأول، فإن مع الفسخ لا يبقى للعموم مورد.

[١] يعنى المبنى الذى ذكر هذا القائل (١) للرجوع إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) فى المقام، وهى دلالتة على لزوم كل عقد مستمراً إلى الأبد، هو الذى ذكرنا من أن مع

ص: ٢٠٣

١- (١) وهو الشيخ على آل كاشف الغطاء فى تعليقه على اللمعه (مخطوط)، مبحث خيار التأخير .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

اللزوم مبنئى لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب. وأمّا ما ذكره أخيراً لمبنى الرجوع إلى الاستصحاب [١]، وحاصله: أنّ اللزوم إنّما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قُدم عليه. ففيه: أنّ الكلّ متفقون على الاستناد فى أصله اللزوم إلى عموم آيه الوفاء وإن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلا وجه للإغماض عن الآيه وملاحظه الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار.

الشرح:

هذه الدلالة لا- يمكن الرجوع إلى العموم بعد ورود التخصيص عليه فى زمان، بل لا بد بعد ذلك الزمان من الرجوع إلى استصحاب حكم الخاص.

[١] يعنى ذكر هذا القائل فى وجه الرجوع إلى استصحاب بقاء الخيار دلالة آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) على لزوم الوفاء بالعقد آنأ ما، وعلى الملك الحاصل به، فىكون استصحاب بقاء هذا الملك بعد فسخ المغبون فى الزمان الثانى معارضاً باستصحاب بقاء الخيار.

ولكن استصحاب بقاء الخيار يقدم على استصحاب الملك السابق لأن بقاءه وزواله بالفسخ فى الزمان الثانى أثر شرعى لبقاء الخيار وعدمه مع أنه لم يذكر فى كلماتهم استصحاب الملك ودلاله الآيه على حصول اللزوم آنأ ما، بل الكل متفقون على دلالة الآيه على لزوم كل عقد مستمراً.

وكان عليه أن يتعرض لاستصحاب بقاء الخيار فى مقابل هذا العموم، وأنه يمكن التمسك فى العموم المزبور بعد ورود التخصيص عليه أم لا.

ثمّ إن المصنف التزم فى المقام بكون خيار الغبن فورياً لا بالتمسك بعموم «أَوْفُوا

ص: ٢٠٤

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة: أن الأقوى كون الخيار هنا على الفور، لأنه لما لم يجر التمسك في الزمان الثاني بالعموم لما عرفت سابقاً: من أن مرجع العموم الزماني في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع ولا باستصحاب الخيار لما عرفت: من أن الموضوع غير محرز، لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له، بل قد يُستظهر ذلك من حديث نفى الضرر تعيّن الرجوع إلى أصله فساد فسخ المغبون الشرح:

بِالْعُقُودِ» بالإضافة إلى الزمان بل ذكر أن العموم المزبور لكونه استمرارياً، لا يمكن الأخذ به، كما لا يمكن باستصحاب بقاء الخيار؛ لأنه لم يحرز الموضوع له ويحتمل كون الموضوع له ما يرتفع بانقضاء الزمان الأول، فيكون الوجه في فوريته أصله فساد فسخ العقد بمعنى بقاء الملك السابق بعد حصول الفسخ في الزمان الثاني، والشك في بقاء الملك المزبور وعدم بقاءه ليس من قبيل الشك في المقتضى، بل الفسخ على تقدير صحته رافع للملك السابق الحاصل بالبيع.

أضف إلى ذلك ما يقال: من أن تراخي الخيار في المقام وما يشبه المقام من إجازة بيع الفضولي ونكاحه وغيرهما ضرر على من عليه الخيار، أو عليه الإجازة فينفى بقاعده نفى الضرر.

أقول: الضرر هو النقص في المال ومجرد التأخير في الفسخ لا يوجب ضرراً على الغابن، وكذا الحال في التأخير في إجازة العقد الفضولي، وحيث إن شرط خيار الغبن ارتكازي، كما ذكرنا فيثبت الخيار مع الغبن من غير أن يؤخذ فيه الفسخ في أول أزمته الإمكان، بل غايته عدم التأخير فيه وعدم التصرف فيما انتقل إلى المغبون بحيث يعد

وعدم ترتب الأثر عليه وبقاء آثار العقد، فيثبت اللزوم من هذه الجهة. وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأنّ الشكّ هنا في الرفع، فالموضوع محرزٌ كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذى، فافهم واغتنم، والحمد لله. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال هنا وفيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي ونكاحه وغيرهما: من أنّ تجويز التأخير فيها ضررٌ على من عليه الخيار، وفيه تأملٌ. ثمّ إنّ مقتضى ما استند إليه للفوريّ عدا هذا المؤيّد الأخير هي الفوريّة العرفيّة، لأنّ الاقتصار على الحقيقيّ حرّج على ذى الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به، والزائد عليها لا- دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على ردّه بين أهل هذا القول. لكن الذى يظهر من التذكرة في خيار العيب على القول بفوريّته ما هو أوسع من الفور العرفي، قال: خيار العيب ليس على الفور على ما تقدّم، خلافاً للشافعي، فإنّه اشترط الفوريّ والمبادره بالعادة، فلا يؤمر بالعدو ولا الركض ليردّ، وإن كان مشغولاً بصلاهٍ أو أكلٍ أو قضاء حاجهٍ فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو أطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعاً، وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً. ولو أطلع على العيب ليلاً فله التأخير إلى أن يُصبح وإن لم يكن عذر، انتهى. وقد صرّح في الشفعه على القول بفوريّتها بما يقرب من ذلك وجعلها من الأعذار. وصرّح في الشفعه بأنّه لا يجب المبادره على خلاف العاده، ورجع في ذلك كلّ إلى العرف، فكلّ ما لا يُعدّ تقصيراً لا يبطل به الشفعه، وكلّ ما يُعدّ تقصيراً وتوانياً في الطلب فإنّه مسقطٌ لها، انتهى. والمسأله لا تخلو عن إشكالٍ، لأنّ جعل حضور وقت الصلاه أو دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقّق بمجرد قوله: «فسخت» لا دليل عليه. نعم، لو توقّف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد، توجه ما ذكر في الجملة، مع الشرح:

ذلك التأخير أو التصرف إغماضاً عن الخيار وفسخ ذلك العقد.

معدوريه الجاهل بالخيار فى ترك المبادره

أن قيام الدليل عليه مشكلاً، إلا أن يُجعل الدليل على الفوريه لزوم الإضرار لمن عليه الخيار، فدفع ذلك بلزوم المبادره العرفيه بحيث لا يُعدّ متوانياً فيه، فإنّ هذا هو الذى يضرّ بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه وكون تصرفاته فيه فى معرض النقض. لكنّك عرفت التأمل فى هذا الدليل. فالإنصاف: أنّه إن تمّ الإجماع الذى تقدّم عن العلامه على عدم البأس بالأمر المذكوره وعدم قرح أمثالها فى الفوريه، فهو، وإلاّ وجب الاقتصار على أوّل مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم.

ثمّ إنّه لا- خلاف فى معدوريه الجاهل بالخيار فى ترك المبادره [١] لعموم نفي الضرر، إذ لا- فرق بين الجاهل بالغبن والجاهل بحكمه، وليس ترك الفحص عن

الشرح:

[١] ذكر قدس سره بما حاصله: أنه بناءً على كون خيار الغبن على الفور لا يكون ترك الفسخ فى أول زمان العلم بالغبن لجهله بثبوت الخيار له وكان غافلاً عنه موجباً لسقوط خياره، بل يكون له حق الفسخ عند علمه بأن للمغبون خيار الفسخ لأن نفي لزوم البيع فى زمان العلم بالغبن مع غفلته عن ثبوت الخيار للمغبون لا- أثر له ولا- يوجب أن لا يكون اللزوم فى الزمان الثانى ضرورياً عليه.

لا- يقال: ترك الفحص عن حكم المعامله والغبن فيها ولو قبلها هو المنشأ لتضرر المغبون فى الزمان الثانى، فلا يستند إلى حكم الشارع بلزوم المعامله فيه.

فإنه يقال: لو كان ترك الفحص عن الحكم موجباً لعدم استناد الضرر إلى الشارع لزم عدم ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا ترك الفحص عن القيمه السوقيه قبل المعامله وأقدم عليها مع الجهل بها، بل يمكن أن يقال: كما لا يجب الفحص عن القيمه السوقيه قبل المعامله كذلك لا يجب تعلم ما يثبت له من الحق فى المعامله قبلها.

وما دل على عقاب الغافل على المخالفه فيما إذا أوجب ترك تعلم الأحكام الشرعيه تلك الغفله لا يعم الفرض.

الحكم الشرعي منافياً لمعذوريته، كترك الفحص عن الغبن وعدمه. ولو جهل الفوريه فظاهر بعض الوفاق على المعذوريه. ويشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا، لتمكّنه من الفسخ وتدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدّم من أصالة بقاء آثار العقد وعدم صحّه فسخ المغبون بعد الزمان الأول. وقد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذوريه في خيار التأخير، والمناطق واحد. ولو ادّعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول، إلا أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض، ففيه نظر. وقال في التذكرة في باب الشفّعه: إنّه لو قال: «لم أعلم ثبوت حقّ الشفّعه» أو قال:

الشرح:

لا يقال: على ما ذكر يثبت الخيار للمغبون الملتفت الى الخيار مع أن أخذ الالتفات بالخيار في موضوع الخيار غير ممكن.

فإنه يقال: المأخوذ في موضوع الخيار المستفاد من نفي اللزوم بقاعده نفي الضرر (1) هو المتمكن على استعمال الخيار، وهذا الأخذ ليس من قبيل التقييد بل لازم الضيق الذاتي للمجعول نظير الضيق في التكليف، حيث إنه لا يعم الغافل.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في نسيان الخيار للمغبون، فإن الناسى داخل في الغافل عن الخيار للمغبون، وهذا بخلاف ما إذا كان غافلاً عن فوريه الخيار فإن اللزوم في الزمان الثاني معه لا يكون منشأ لتضرر المغبون لتمكّنه من الفسخ في الزمان الأول.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا كان جهله بخيار الغبن بمعنى الشك في ثبوت الخيار للمغبون لا بمعنى الغفله وأنه لا يثبت للجاهل في الزمان الثاني خيار؛ لأن لزوم المعامله في ذلك الزمان لا يكون منشأ ضرره حيث كان من الممكن فسخه البيع بعد العلم بالغبن ثم السؤال عن الحكم ونفوذه.

ص: ٢٠٨

١- (١) كما جاء في الحديث: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث

دعوى الجهل بالخيار أو نسيانه

«أخرت لأنتى لم أعلم أنّ الشفّعه على الفور» فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى برّيه لا يعرفون الأحكام، قُبِلَ قوله وله الأخذ بالشفّعه، وإلا فلا، انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقّه الجهل، فلا حاجه إليه، لأنّ أكثر العوامّ وكثيراً من الخواصّ لا يعلمون مثل هذه الأحكام، وإن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقّه عدم العلم. ففيه: أنّه لا داعى إلى اعتبار الظهور، مع أنّ الأصل العدم. والأقوى: أنّ الناسى فى حكم الجاهل. وفى سماع دعواه النسيان نظراً: من أنّه مدّع، ومن تعسّر إقامه البينه عليه وأنّه لا يُعرف إلاّ من قبله. وأمّا الشاكّ فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريّته. ويحتمل عدم معذوريّته، لتمكّنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثمّ السؤال عن صحّته شرعاً، فهو متمكّن من الفسخ العرفى، إذ الجهل بالصحّه لا يمنع عن الإنشاء، فهو مقصّر بترك الفسخ لا لعذر، فافهم، والله العالم.

الشرح:

ثمّ إنه لو ادعى المغبون التارك للفسخ فى الزمان الأول الجهل بالخيار ليكون له الفسخ فى الزمان الثانى فهل هذه الدعوى مسموعه بمعنى أنّه يقبل قوله بيمينه ذكر المصنّف رحمه الله أن الأقوى سماعها لأن أصله عدم العلم به جاريه فى حقه، وعلى الغابن المدعى علمه بالخيار الاثبات.

نعم إذا كان المغبون ممن لا يجهل الخيار إلاّ لعارض، ففى سماع قوله إشكال لأن دعواه الجهل مخالف للظاهر فيكون مدعياً، إلاّ إذا قيل بعدم الاعتبار بمثل هذا الظهور فيؤخذ بأصله عدم علمه.

وأما إذا ادعى نسيان الخيار فيكون مدعياً لأن الأصل بقاء الذكر وعدم النسيان، إلاّ أن الدعوى إذا كان مما لا يعلم بها إلاّ من قبل مدعيها يقبل قوله فيها مع يمينه.

أقول: قد تقدم أن الموضوع للخيار كون لزوم المعامله ضرورياً عليه واستصحاب

من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري

قال في التذكرة: من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري [١] ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعه لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحقّ بالعين، وإن مضت الثلاثة ولم يأتِ بالثمن، تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع. والأصل في ذلك قبل الإجماع المحكي عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهره من غيرها، وبما ذكره في التذكرة: من أنّ الصبر أبداً مظنه الضرر المنفي بالخبر، بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن، حيث إنّ المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه الأخبار الشرح: عدم علمه أو بقاء ذكره لا يثبت كون لزومها كذلك أو ليس كذلك، وعلى كلا التقديرين أي دعوى الجهل أو النسيان فهو يدعى الخيار لنفسه فعليه إثبات ذلك، كما لا يخفى.

والكبرى المشار إليها وهي سماع الدعوى وثبوتها بيمين مدعيها في كل ما لا يعلم إلا من قبله، تعرضنا لها في بحث القضاء وناقشنا في ثبوتها بنحو الكبرى الكليه.

[١] المشهور بين الأصحاب: أنه إذا باع شيئاً حالاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن منه لزم البيع إلى ثلاثة أيام، وبعد انقضائها يكون للبائع الخيار في فسخ البيع.

ويستدل على ذلك مع الإغماض عن الإجماع، حيث إنه على تقديره مدركي بقاعده نفي الضرر (١) على ما في التذكرة (٢)، حيث إن لزوم البيع منشأ تضرر البائع بل

ص: ٢١٠

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٣ .

المستفيضة، منها: رواه علي بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض ببعه، وإلا فلا بيع بينهما». ورواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام ولم يجئ، فلا بيع له». ورواه ابن الحجاج قال: «اشترت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله! لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتينا فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب أن يقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له».

الشرح:

ضرره في المقام أشد من تضرر المغبون بلزوم البيع، ووجه الأشدّيه أن المبيع في المقام في ضمان البائع لعدم تسليمه إلى المشتري، ولا يجوز له تصرفه فيه فإنه ملك المشتري على الفرض.

أقول: الضرر كما ذكرنا مرات هو النقص، والنقص في المقام غير حاصل لأنّ كون المبيع في ضمان البائع لا يوجب ضرراً عليه ما دام لم يتلف ومع تلفه وإن كان هذا التلف على البائع، إلا أن الحكم أي ضمان البائع المبيع بتلفه قبل قبضه مجعول في مورد الضرر فلا ينفي بقاعده نفيه، كما هو الحال في تلفه ولو مع قبض الثمن.

وعدم جواز تصرف البائع في المبيع بعد دخوله في ملك المشتري ليس فيه ضرر على بايعه بعد دخول الثمن في ملكه.

والحاصل: أن النقص في المقام لا يحصل بلزوم البيع وإلا ثبت الخيار للبائع بمجرد التأخير، لا بعد ثلاثه أيام.

ص: ٢١١

وصحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثلثه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له».

وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثلث معلوم وقال للبائع أجيئك بالثلث ومضى، فإن جاء في مده الثلاثة كان البيع له، وإن لم يرتجع بطل البيع، انتهى.

وربما يحكى عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات، وتوقف فيه المحقق الأردبيلي، وقواه صاحب الكفاية، وجزم به في الحدائق طاعناً على العلامة في المختلف، حيث إنه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور، ثم اختار المشهور

الشرح:

وبهذا يظهر الحال في الاستدلال على نفي لزوم المعاملة بقاعده نفي الحرج، حيث يقال: إن حفظ البائع المبيع للمشتري والتحفظ بنمائه له والصبر إلى وصول الثمن كما هو مقتضى لزوم البيع حرجي على البائع فينفي بقاعده نفيه لأنه لا تختص القاعده بنفي الأحكام التكليفية، وإذا انتفى اللزوم الحقي يثبت جوازه.

ووجه الظهور: أنه لو جرى في المقام قاعده نفي الحرج لما كان المدار على مضي ثلاثة أيام ولما يمكن إثبات الخيار، حيث إنه يمكن نفي اللزوم الحقي المنكشف بمشروعيه الإقاله بثبوت الجواز الحكمي هذا.

مع أنه يثبت عندئذ الخيار لكل من المتبايعين بامتناع صاحبه عن تسليم ما عنده من المال الذي صار ملكاً للآخر، غايه الأمر أن الشارع في الروايات الآتية قد حدد التأخير في أداء الثمن بثلاثة أيام مع كون المثلث عند بايعه ويبقى غيره بحاله.

ويؤيد ذلك ما ورد من أنه لو وجد غريم المفلس عين ماله في أمواله أخذه، ومع هذا الخيار لا يكون في البين حرج أو ضرر.

ص: ٢١٢

مستدلاً بأن الأصل بقاء صحه العقد، وحمل الأخبار على نفي اللزوم. أقول: ظهور الأخبار في الفساد في محلّه، إلا أن فهم العلماء وحمله الأخبار نفي اللزوم ممّا يقرب هذا المعنى، مضافاً إلى ما يقال: من أن قوله عليه السلام في أكثر تلك الأخبار: «لا بيع» له ظاهرٌ في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط، ولا يكون إلا نفي اللزوم من

الشرح:

وأما الروايات فمنها صحيحه على بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما»^(١). وموثقه إسحاق بن عمار «عن العبد الصالح عليه السلام، قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام ولم يجئ فلا بيع له»^(٢). ورواه عبدالرحمن بن الحجاج، قال: «اشترت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثم احتسبت أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته. فضحكت ثم قلت: لا- والله لا- أدعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش، قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصّة تنا. فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي؟ قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام وإلا فلا بيع له»^(٣)، وصحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثه أيام وإلا فلا بيع له»^(٤).

وقد يقال: بظهور هذه الروايات في انحلال البيع بمضى ثلاثه أيام، لا أن يثبت

ص: ٢١٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٢ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

٢- (٢) نفس المصدر: الحديث ٤ .

٣- (٣) نفس المصدر: ٢١ ٢٢ ، الحديث ٢ .

٤- (٤) نفس المصدر: ٢١ ، الحديث ١ .

طرف البائع، إلا- أنّ في روايه ابن يقطين: «فلا بيع بينهما». وكيف كان، فلا أقلّ من الشكّ فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبه على البيع. وتوهم: كون الصحه سابقاً في ضمن اللزوم، فترتفع بارتفاعه، مندفع: بأنّ اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحه، وإنّما هو حكمٌ مقارنٌ له في خصوص البيع الخالي من الخيار.

الشرح:

للبيع خيار الفسخ، كما عليه المشهور.

وذكر المصنف رحمه الله: أن فهم المشهور الخيار منها يوجب كون المراد منها الخيار خصوصاً بملاحظه قوله عليه السلام في أكثر الروايات «لا بيع له»، فإن نفى البيع بالإضافة إلى المشتري مع أنه لا يتبعض في الصحه قرينه على أن المراد بنفيه نفى لزومه.

نعم في صحيحه على بن يقطين «لا بيع بينهما» وغايه ذلك الشك في المراد فيستصحب بقاء البيع والآثار المترتبه عليه بعد مضي ثلاثه أيام.

وتوهم عدم جريان الاستصحاب في الصحه لأنها كانت في الثلاثه في ضمن اللزوم، والمحمّل ثبوته بعدها الصحه في ضمن الجواز، يدفعه أن الصحه واللزوم حكمان للبيع، لا أن اللزوم والجواز نوعان من الصحه، كما هو ظاهر.

ولكن لا يخفى أن مجرد فهم المشهور أمراً من روايه أو روايات لا يكون حجه بالإضافة إلينا، وقد سبق أن المشهور قد فهموا من الروايات الواردة في نزع ماء البئر نجاسته، وقد منعه المتأخرون وأنها لا تدل على نجاسته مائه.

ولو كانت الروايات الواردة في المقام ظاهره في انحلال البيع بمضي ثلاثه أيام، أو الشرط في صحه البيع القبض أو الإقباض إلى ثلاثه أيام فلا بدّ من الأخذ به ولا معنى لطرحه والأخذ بالأصول العمليه، بدعوى أن فهم المشهور لو لم يوجب ظهورها في الخيار فلا أقلّ من كونه موجباً لإجمالها.

ولكن الصحيح عدم استفاده الانحلال من الاخبار المزبوره بقرينه أن اللزوم البيع

من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع

ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور:

أحدها: عدم قبض المبيع [١] ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدلّ عليه من الروايات المتقدّمة قوله عليه السلام في صحيحه على بن يقطين المتقدّمة: «فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما» بناءً على أنّ البيع هنا بمعنى المبيع.

الشرح:

على كل من البائع والمشتري حقى والشارع في هذه الروايات بصدد أن الحق للمشتري ينتهى بانقضاء ثلاثة أيام، فالمبيع الذى لم يأخذه المشتري ولم يرد ثمنه لا يكون له بعد ثلاثة أيام إلزام البائع به، بل يكون اختيار ذلك البيع بيد بايعه فقط لا بينهما، بأن يلزم كل واحد منهما الآخر بالوفاء بذلك البيع أو يلزم المشتري بايعه به.

[١] وحاصله: أن من شرط ثبوت الخيار للبائع عدم إقباضه المبيع من المشتري إلى ثلاثة أيام بحيث لو تحقق الإقباض بعد العقد أو إلى ثلاثة أيام فلا يثبت له الخيار، ولو مع عدم قبض الثمن.

واستشهد لذلك بما فى صحيحه على بن يقطين من قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما» (١)، فإن ظاهره أنه لو تحقق إقباض المبيع فى ضمن ثلاثة لزم البيع، فإن قوله «قبض» بالتشديد و«بيعه» بالتخفيف بمعنى مبيعه.

وما عن صاحب الرياض (٢) من عدم اعتبار عدم الإقباض بل المعتبر فى ثبوت الخيار للبائع عدم إتيان المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام سواء قبض المبيع أم لا- وتبعه جماعه لا- يمكن المساعدة عليه، فإن ثبوت الخيار للبائع مع إقباض المبيع مخالف للوارد فى الصحيحه.

ص: ٢١٥

١- (١) مرّ آنفاً .

٢- (٢) أنظر الرياض ١: ٥٢٥ .

لكن فى الرىاض إنكار دلالة الأخبار على هذا الشرط، وتبعه بعض المعاصرين. ولا أعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذ منها الرواية، أو احتمال قراءه «قبض» بالتخفيف، و«بيعه» بالتشديد، يعنى: قبض بئعه الشرح:

ولعل هذه الجملة لم تكن فى النسخة الموجودة عند صاحب الرىاض، أو أنه قرأ «قبض» بالتخفيف و«بيعه» بالتشديد، فىكون المراد: فإن قبض البائع الثمن فى ضمن ثلاثة فهو، وإلا يثبت له الخيار.

ولكن القراءه المزبوره غير صحيحه، لأن استعمال البيع بمعنى البائع مفرداً غير معروف، والأصل عدم التشديد فى بيعه، نظير ما ذكره الشهيد قدس سره: من أصله عدم المد فى «البكاء» الوارد فى قواطع الصلاه (١).

أقول: لا يبعد أن يكون عدم إقباض المبيع فى الثلاثة فى الصحيحه، كناية عن عدم وصول الثمن، فإنه لا يعطى البائع المبيع فى الثلاثة من غير أخذ الثمن إذا كان عدم إقباضه بعدم تمام العقد لعدم أخذ الثمن، نظير ما فى موثقه اسحاق بن عمار من قوله عليه السلام: «فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلا بيع له» (٢)، حيث إن عدم مجيئه كناية عن عدم مجيئه بالثمن.

وأما ما ذكر قدس سره من أصله عدم التشديد فى لفظه «بيعه» مضافاً إلى معارضته بعدم التشديد فى لفظه «قبض» لا تثبت ظهور اللفظ فى كونه بمعنى المبيع.

والصحيح فى المقام أن يقال: المفروض فى الروايات عدم إقباض المبيع بعد البيع إلى ثلاثة أيام بمعنى كونه عند البائع.

نعم الوارد فى روايه عبد الرحمن بن الحجاج مطلق، وهو قوله: «من اشترى شيئاً

ص: ٢١٦

١- (١) الروضه البهيه ١: ٥٦٥.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

الثلْمَنَ. ولا- يخفى ضعف هذا الاحتمال، لأن استعمال «البيْع» بالتشديد مفرداً نادراً، بل لم يوجد، مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد، نظير ما ذكره في الروضه: من أصاله عدم المدّ في لفظ «البكاء» الوارد في قواطع الصلاه.

الشرح:

فجاء بالثلْمَن ما بينه وبين ثلاثه أيام وإلا فلا بيع له^(١)، ولكنها لضعفها سنداً بأبي بكر، بل للحسن بن الحسين اللؤلؤى لا يمكن الاعتماد عليه.

ولكن مع ذلك إذا حصل إقباض المبيع بعد العقد ولو بفصل زمان، وامتنع المشتري عن أداء الثمن، يكون للبائع خيار الفسخ؛ لأن أداء الثمن وعدم الامتناع عنه شرط ارتكازي في بيع البائع، وكذلك إقباض المبيع وعدم امتناعه عنه شرط كذلك في شراء المشتري، ولا- يكون إقباض المبيع بدون قبض الثمن إلغاءً لهذا الاشتراط، بل رفع اليد عن حقه بإمساك المبيع ليقبض الثمن، كما لا يخفى.

ويؤيد ذلك بل يدل عليه ما ورد من أن البائع إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه فراجع.

ذكر قدس سره في المقام فروعاً:

الأول: أنه لو كان عدم القبض المشتري المبيع لامتناع البائع عن أخذ الثمن ودفع المبيع إليه فلا يكون للبائع خيار بمضى ثلاثه أيام، فإن ظاهر الروايات أن الخيار المزبور إرفاق للبائع لئلا يقع في محذور انتظار الثمن، وضرر المحافظه على المبيع للغير، وإذا كان ذلك بامتناعه، فلا يكون مورد الإرفاق يعنى أن الإرفاق لا يناسبه.

وقد يقال: إنه لا- حاجه في نفي الخيار في الفرض إلى استظهار الإرفاق لأن الموضوع للخيار في موثقه اسحاق بن عمار عدم مجيء المشتري بالثلْمَن إلى ثلاثه،

ص: ٢١٧

١- (١) مرّ آنفاً.

الشرح:

ومع امتناع البائع عن أخذه مع تمكين المشتري لا يحصل الموضوع المزبور.

لا يقال: الوارد في صحيحه على بن يقطين ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام في فرض بقاء المبيع بيد البائع وعدم أخذه الثمن، ولم يفصل في الجواب بثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام بين كون عدم الإقباض والقبض لامتناع البائع عن أخذ الثمن وعدمه.

فإنه يقال: لا يكون للبائع داع إلى عدم القبض الثمن غالباً، ولهذا ظاهر السؤال عدم اقباضه المبيع مع عدم دفع المشتري الثمن.

الثاني: ما إذا حصل قبض المبيع بلا استحقاق بحيث يكون للبائع حق استرداده، كما إذا أخذه المشتري من عند البائع بلا إذنه ورضاه فهل مع القبض المزبور وتأخير الثمن إلى ثلاثة أيام يثبت الخيار للبائع بأن يكون القبض المزبور كلاً قبض، أو أنه لا خيار معه؛ لخروج الفرض بالقبض المزبور عن مدلول الروايات، أو أنه إذا استرد البائع المبيع يثبت الخيار وإلا فلا، أو يبتنى ثبوت الخيار له بعد ثلاثة أيام على كون القبض المزبور رافعاً لضمان تلف المبيع قبل القبض عن بايعه أم لا، فإن لم يرفع الضمان يكون الضرر الموجب لثبوت الخيار له بعد ثلاثة بحاله، فيثبت له الخيار، بخلاف ما إذا قيل بانتفاء ضمانه مع القبض المزبور، فإنه لا يثبت له الخيار، فإن الضرر الموجب لثبوته ضرر ضمان التلف وضرر انتظار الثمن، وينتفى الضرران مع أخذه المبيع من المشتري تقاصاً.

واختار قدس سره هذا التفصيل، ولكن لا يمكن المساعدة عليه، فانه اذا كان ظاهر الروايات كما ذكرنا عدم قبض المشتري المبيع، بأن يكون المبيع عند بايعه، فلا تعم الفرض مع عدم استرداده قبل ثلاثة سواء قلنا بارتفاع الضمان أو عدمه.

وما ذكر في ملاك ثبوت الخيار لم يذكر في الروايات بنحو العلية أو الموضوعية.

الشرح:

وقاعده نفى الضرر(1) لا تصلح للاعتماد عليها فى المقام على ما تقدم، بل الأظهر بحسب الروايات ملاحظه الاسترداد بعد القبض المزبور وقبل ثلثه أيام كما لا يخفى.

الثالث: ما إذا مكن البائع المشتري من أخذ المبيع ولو مع عدم قبض الثمن فلم يأخذ ففى هذا الفرض أيضاً بنى ثبوت الخيار للبائع بعد ثلثه أيام على انتفاء ضمان المبيع بتلفه قبل قبضه وعدم انتفائه، فلا يثبت على الأول ويثبت على الثانى.

ولكن قد تقدم أن الموضوع للخيار عدم قبض المشتري المبيع وعدم قبض المشتري سواء مع تمكين البائع وعدمه، بل ظاهر صحيحه زراره صورته تمكين البائع من أخذ المبيع.

الرابع: إن قبض بعض المبيع كقبض كله، أو كلا قبض، أو يثبت الخيار بالإضافة إلى غير المقبوض.

أقول: قد ذكرنا مراراً أن الخيار يثبت فى البيع المنشأ ابتداءً بحسب الإمضاء الشرعى لا فى البيوع الانحلاليه، حيث إن ظاهر أدله الخيارات ثبوت خيار واحد لصاحبه ومع ثبوته فى كل من المعاملات الانحلاليه يتعدد، كما لا يخفى.

والمفروض فى الروايات بقاء المبيع بتمامه عند بايعه، إلا أنه يمكن الأخذ بموثقه إسحاق بن عمار(2)، فإن الخيار المذكور فيها للبائع يعم فرض أخذ بعض المثلث، بل فرض أخذ بعض الثمن أيضاً، فلاحظ.

ص: ٢١٩

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

الشرط الثاني لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن

ثم إنه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع بأن بذله الثمن فامتنع من أخذه وإقباض المبيع فالظاهر عدم الخيار، لأن ظاهر النص والفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرره، فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبضه. ولو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففي كونه كـ«لا-قبض» مطلقاً، أو مع استرداده، أو كونه قبضاً، وجوه، رابعها: ابتناء المسألة على ما سيجيء في أحكام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

ولعله الأقوى، إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكه وتضرره بعدم وصول ثمنه إليه، وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصه. وأما مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرى دليل الضرر بالتقريب المتقدم وإن ادعى انصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة.

ولو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه. وربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات: «ثم يدعه عنده» عدم كفايه التمكين. وفيه نظر، والأقوى عدم الخيار، لعدم الضمان. وفي كون قبض بعض المبيع كـ«لا قبض» لظاهر الأخبار، أو كالقبض، لدعوى انصرافها إلى صورته عدم قبض شيء منه، أو تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض لا غير، وجوه.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن [١]، واشترطه مجمع عليه نصاً

الشرح:

[١] من شرط ثبوت خيار التأخير للبائع عدم قبضه تمام الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا يكفي في انتفاء الخيار بعدها قبض بعضه في الثلاثة، حيث إن ظاهر الأخبار في

وفتوى. وقبض البعض كـ «لا-قبض»، لظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبى بكر بن عيَّاش فى روايه بن الحجاج المتقدمه، وربما يستدلُّ بها تبعاً للتذكرة. وفيه نظرٌ. والقبض بدون الإذن كعدمه، لظهور الأخبار فى اشتراط وقوعه بالإذن فى بقاء البيع على اللزوم، مع أنّ ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باقٍ. نعم، لو كان القبض بدون الإذن حقاً كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه فالظاهر عدم الخيار، لعدم دخوله فى منصرف الأخبار، الشرح:

مجىء المشتري بالثمن فى ثلاثه المجرىء بتمام الثمن.

ويؤيد ذلك بفهم أبيبكر بن عيَّاش، حيث حكم فى صورته قبض البائع بعض الثمن بثبوت الخيار له استظهاراً من قوله عليه السلام : «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له»^(١)، بل ربما يستدل بهذه الروايه على عدم كفايه قبض بعض الثمن تبعاً للتذكرة^(٢).

ولكن لا يخفى ما فى الاستدلال لضعف الروايه أولاً، وعدم الاعتبار بفهم أبى بكر ثانياً.

وعن المحقق الايروانى^(٣): أنه لم يتحقق عندى ما فهم أبو بكر عن الروايه وما حكم به من القضاء لعبدالرحمن بن الحجاج أو لصاحبه.

وفيه: أنه لو كان حكمه بلزوم البيع فى فرض قبض البائع بعض الثمن لما كان نقل قول الإمام بثبوت الخيار بعد ثلاثه للبائع مناسباً لذلك الحكم، وهذا الحكم يكشف عن فهمه منها قبض تمام الثمن.

ص: ٢٢١

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) التذكرة ١: ٥٢٣ .

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ١٨٧ .

وعدم تضرر البائع بالتأخير. وربما يقال بكفايه القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق أعنى قبض المبيع نظراً إلى أنهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه، وفي طرف الثمن عدم قبضه. وفيه نظر، لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع،

الشرح:

ولو قبض البائع تمام الثمن بلا إذن المشتري فظاهر المصنف رحمه الله: أن هذا «القبض كـ» لا قبض، في أنه لو أجاز المشتري القبض إلى ثلاثه فهو، وإلا- يثبت الخيار للبائع بعد تمام الثلاثه لظهور الأخبار في مجيء المشتري بالثمن الموجب لكون قبض البائع بإذنه.

أضف إلى ذلك أن الموجب لثبوت الخيار للبائع تضرره بضممان المبيع قبل القبض وعدم جواز تصرفه في الثمن، وهذا الضرر باق بحاله مع القبض الفضولي.

نعم، لو كان هذا القبض بحق كما إذا عرض البائع المبيع للمشتري ليأخذه فلم يأخذه وأخذ البائع الثمن بلا- إذنه، ففي هذه الصورة لا يثبت خيار التأخير للبائع، لأن ضرر عدم جواز التصرف في الثمن منتف في الفرض.

أقول: لو كان ظاهر الأخبار حصول قبض الثمن بإذن المشتري فكيف لا يدخل هذا الفرض في مدلول الأخبار الظاهره في ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثه.

ولو قيل: بأن اعتبار مجيء المشتري بالثمن طريقي، والغرض وصول الثمن إلى البائع، ولذا لو كان الثمن عند البائع قبل البيع، فلا مورد لخيار التأخير.

قلنا: إن هذا صحيح، ولكن لازمه عدم ثبوت الخيار للبائع بقبضه الثمن بلا إذن المشتري سواء كان ذلك بحق أم لا، كما التزم بذلك بعض حتى مع الالتزام بأنه لا- يكفي في انتفاء الخيار قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع، بدعوى ان المعبر في ناحيه المبيع إقباض البائع.

ص: ٢٢٢

فَيُعَبَّرُ فِي طَرَفِ الثَّمَنِ وَالْمَثْمَنِ بِمَا هُوَ فَعْلٌ لَهُ، وَهُوَ الْقَبْضُ فِي الْأَوَّلِ وَالْإِقْبَاضُ فِي الثَّانِي، فَتَأْمَلُ. وَلَوْ أَجَازَ الْمُشْتَرِي قَبْضَ الثَّمَنِ بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ الْإِذْنِ كَانَتْ فِي حُكْمِ الْإِذْنِ. وَهَلْ هِيَ كَاشِفَةٌ أَوْ مَثْبِتَةٌ؟ أَقْوَاهُمَا الثَّانِي. وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مَا لَوْ قَبْضَ قَبْلَ الثَّلَاثَةِ فَأَجَازَ الْمُشْتَرِي بَعْدَهَا.

الشرح:

وهذا لا- يحصل بقبض المشتري المبيع بلا إذن البائع بخلاف الثمن فإن المعتبر في ناحيته قبض البائع الثمن، وهو يحصل ولو بلا إذن المشتري.

ولكن الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك لأن الغرض من فرض عدم الإقباض والقبض في ثبوت خيار التأخير بقاء المالكين عند صاحبهما الأصليين.

وأما دعوى بقاء ضرر الضمان أو ضرر الصبر على عدم التصرف في الثمن فقد ذكرنا أنهما لم يؤخذا في موضوع خيار التأخير، فيحتمل اعتبارهما في ثبوت الخيار بنحو الحكمة لا العلية.

لا- يقال: قبض البائع الثمن كاشف عن رضاه بالبيع المزبور فيكون ذلك مسقطاً لخياره حتى ما لو قيل باعتبار القبض بالإذن في انتفاء الخيار.

فإنه يقال: القبض المزبور بلا التفات إلى الخيار لا يكون إسقاطاً للخيار فإنه لا يحصل بلا قصد.

ثم إنه لو قيل باعتبار الإذن من المشتري في قبض الثمن فلا- ينبغي التأميل في كفايه إجازته القبض الصادر بلا إذن، حيث إنه بالإجازة يكون الإمساك بالثمن بإذنه فيحصل ما يحكم معه بلزوم البيع.

ولكن هل الإجازة المزبورة كاشفة عن حصول القبض المعتبر من الأول أو من حيث الإجازة، فقد ذكر المصنف رحمه الله: أن الأظهر هو الثاني لما ذكرنا من أن الإجازة يكون الإمساك بالثمن بالإذن.

ص: ٢٢٣

الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين [١]، لأنَّ المتبادر من النصِّ غير ذلك، فيقتصر في مخالفه الأصل على منصرف النصِّ مع أنَّه في الجملة إجماعيٌّ.

الشرح:

وعليه فلو قبض البائع الثمن بلا إذن منه في ضمن ثلاثة أيام، وأجاز المشتري القبض بعد انقضائها يثبت للبائع خيار التأخير. أقول: إذا كان القبض متضمناً للإنشاء ولو بنحو الإيقاع، فالظاهر أن الإجازة فيه تعتبر بنحو الكشف الحكمي، كما في قبض الثمن الكلي، ودعوى الإجماع على عدم جريان الفضوليه في الإيقاع، قد ذكرنا في بحث الفضولي عدم تماميه ذلك على الإطلاق. وأما إذا لم يتضمن الأمر الإنشائي كما في قبض الثمن المعين فلا يكون لإجازة الفعل الخارجي معنى، إلا كون الإمساك بالمال بإذنه، ولا يخرج القبض السابق عن الفضوليه، حيث لم يكن الإمساك في تلك القطعه من الزمان بإذنه. وعلى ذلك يترتب الفرق في الإجازة بعد الثلاثه بين كون المقبوض من الثمن شخصاً أو كلياً. والله سبحانه هو العالم.

[١] ولعله بلا-خلاف، وظاهر الروايات عدم تحقُّق القبض والإقباض مع عدم اشتراط التأخير في ناحيه الثمن قطعاً، ولكن الكلام في كون منصرفها ولا أقل من المتيقن عدم اشتراط ذلك في ناحيه المثلث أيضاً أم لا. والوجه في ذلك أنَّ تعليق لزوم البيع على مجيء المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام من حين العقد، ظاهره فرض عدم اشتراط التأخير في ناحيه الثمن، ولكن لا دلالة للروايات على اعتبار عدم اشتراط التأخير في ناحيه المبيع كما لا يخفى.

ص: ٢٢٤

الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه، كصاع من صبره^[١]. نصّ عليه الشيخ في عبارته المتقدّمة في نقل مضمون روايات أصحابنا. وظاهره كونه مفتيّ به عندهم، وصرّح به في التحرير والمهذّب البارع وغايه المرام، وهو ظاهر جامع المقاصد، حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمّه. وقال في الغنيه: وروى أصحابنا أنّ المشتري إذا لم يقبض المبيع وقال: «أجيئك بالثمن» ومضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً، ثم هو بالخيار بين فسخ البيع ومطالبته بالثمن. هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقاءه، فإن لم يكن كذلك كالخضروات فعليه الصبر يوماً

الشرح:

[١] ذكر قدس سره ما حاصله: أنّ ظاهر الأصحاب وكذا ظاهر الروايات أو المتيقن منها اختصاص خيار التأخير بما إذا كان المبيع عيناً خارجيه أو شبيهاً بالعين الخارجيه كالكلّي في المعين، فلا يكون للبائع خيار التأخير فيما إذا كان المبيع بنحو الكلّي على الذمه.

وبتعبير آخر: لا ظهور في شيء من الروايات في عموم الخيار بحيث يثبت فيما إذا كان المبيع بنحو الكلّي على الذمه.

أمّا كلمات الأصحاب فقد ذكر الشيخ (١) قدس سره: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمان معلوم وقال للبائع: أجيئك بالثمن، فإن جاء في مده الثلاثة كان البيع له.

وقد صرّح بالاختصاص في التحرير (٢) والمهذّب البارع (٣) وغايه المرام (٤)، وهو ظاهر جامع المقاصد حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمه (٥). فإنه

ص: ٢٢٥

١- (١) المبسوط ٢: ٨٧.

٢- (٢) التحرير ١: ١٦٧.

٣- (٣) المهذّب البارع ٢: ٣٨٢.

٤- (٤) غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٩٢.

٥- (٥) جامع المقاصد ٤: ٢٩٨.

واحداً ثم هو بالخيار. ثم ذكر أنّ تلف المبيع قبل الثلاثه من مال المشتري وبعده من مال البائع. ثم قال: ويدلّ على ذلك كلّه إجماع الطائفة، انتهى. وفي معقد إجماع الانتصار والخلاف وما وجدته في نسخه جواهر القاضى: «لو باع شيئاً معيناً بثمان معين» لكن في بعض نسخ الجواهر: «لو باع شيئاً غير معين»، وقد أخذ عنه في مفتاح الكرامه وغيره ونسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعين، وأظنّ الشرح:

لو كان هذا التعميم ثابتاً فى ناحيه المبيع أيضاً لأضاف المبيع إلى الثمن فى عدم الفرق.

ولكن فى عبارات الانتصار(١) والخلاف(٢) وجواهر القاضى(٣): «إذا باع شيئاً معيناً بثمان معين ومقتضاه اعتبار كون الثمن أيضاً عيناً، وحيث إنّ هذا الاعتبار فى ناحيه الثمن غير محتمل فيراد بالمعين فى ناحيه الثمن كونه معلوماً، ولذا وصف فى التحرير(٤) تبعاً للمبسوط(٥) فى عبارته المتقدمه المبيع ب «المعين» والثمن ب «المعلوم».

بل يمكن أن يقال: إنّه مع اختلاف الموصوف بالمعين يختلف الظهور، فإن كان الموصوف به هو الشيء يكون ظاهره العين الخارجيه، وإن كان الموصوف هو الثمن يكون ظاهره تعيين مقداره.

والحاصل: أن المعبر فى كلمات الأصحاب فى ناحيه المبيع عدم كونه بنحو الكلّى على العهد.

ص: ٢٢٤

١- (١) أنظر الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٢٠، المسأله ٢٤.

٣- (٣) راجع جواهر الفقه ضمن الجوامع الفقيهيه: ٤٢٠.

٤- (٤) التحرير ١: ١٦٧.

٥- (٥) المبسوط ٢: ٨٧.

الغلط في تلك النسخه. والظاهر أن المراد ب«الثلث المعين» هو المعلوم في مقابل المجهول؛ لأنَّ تشخيص الثمن غير معتبر إجماعاً، ولذا وصف في التحرير تبعاً للمبسوط المبيع ب«المعين» والثلث ب«المعلوم»، ومن البعيد اختلاف عنوان ما نسبته في الخلاف إلى إجماع الفرقه وأخبارهم، مع ما نسبته في المبسوط إلى روايات أصحابنا.

الشرح:

نعم في بعض نسخ الجواهر للقاضي (١): «إذا باع شيئاً غير معين بثمن معين» وأخذ هذه النسخه في مفتاح الكرامه (٢)، ونسب جريان الخيار في غير المعين مع دعوى الإجماع على ذلك إلى الجواهر، ولكن النسخه المزبوره غلط فإنه لا يحتمل اختصاص الخيار بغير المعين ودعوى الإجماع عليه.

ولكن مع ذلك كله ينسب التعميم إلى الأكثر (٣) وقد نسب الشهيد في الدروس (٤) الاختصاص بالمعين إلى الشيخ قدس سره وكأنه قد فهم من كلام غيره التعميم.

أقول: ذكر العين في بعض الكلمات أو الشيء المعين في بعضها الآخر لا يدل على الاختصاص؛ لأن الكلى على العهده داخل في العين، كما ذكرنا ذلك في تعريفهم البيع: بأنه تملك عين بعوض.

والمبيع في موارد الكلى على العهده الشيء بوجوده الخارجى؛ ولكنه لعدم وجوده فعلاً أو بغيره تعهد بأدائه وتحصيله بخلاف بيع الشخص، أو الكلى في المعين، حيث إنه لوجوده فعلاً لا تعهد بالإضافة إلى تحصيله، بل بالإضافة إلى أدائه فقط.

وبالجملة العين مقابل المنفعه وتوصيف الشيء بالمعين كما يكون باعتبار تعيينه

ص: ٢٢٧

١- (١) جواهر الفقه : ٥٤ ، المسأله ١٩٣ .

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٤ : ٥٧٩ .

٣- (٣) لم نعثر على النسبه، ولكن نسب صاحب مفتاح الكرامه ٤ : ٧٩ ، والجواهر ٢٣ : ٥٥ الإطلاق إلى الأكثر .

٤- (٤) الدروس ٣ : ٢٧٣ .

مع أنا نقول: إنَّ ظاهر «المعين» في معاهد الإجماعات التشخيص العيني، لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول ولو كان كلياً، خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن، للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه، مع أنه فرق بين «الثمن المعين» و «الشيء المعين»، فإنَّ الثاني ظاهرٌ في الشخصي بخلاف الأوّل.

وأما معقد إجماع التذكرة المتقدّم في عنوان المسألة فهو مختصُّ بالشخصي، لأنّه ذكر في معقد الإجماع «أنَّ المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثه فهو أحقّ بالعين»، ولا يخفى أنّ «العين» ظاهرٌ في الشخصي. هذه حال معاهد الإجماعات. وأما حديث نفى الضرر، فهو مختصُّ بالشخصي، لأنّه المضمون على البائع قبل القبض، فيتصرّر بضمانه وعدم جواز التصرّف فيه وعدم وصول بدله إليه، الشرح:

الخارجي يكون باعتبار تعيين كّمه ومقداره. فيمكن أن يكون توصيف الشيء بالمعين في كلماتهم باعتبار تعيين مقداره كما هو الحال في ناحيه الثمن.

والحاصل: أنه لا يستفاد الاتفاق من كلمات الأصحاب على اختصاص خيار التأخير بالمبيع الشخصي، وعلى تقديره لا قيمه له، لأنّ الإتفاق في المقام لوجود الروايات المتقدمه مدركي، فالمتبع ظهورها في اعتبار العين الخارجي ونحوها لأنّ ظاهر صحيحه زراره(١)، وإن كان فرض المتاع الخارجي بقريته قوله: «ثمّ يدعه عنده» إلاّ أنه لا دلالة لها على نفى الخيار في غيره.

وأما صحيحه على بن يقطين(٢) فلا ظهور لها في العين الخارجي أي الشخص، ودعوى أن البيع لا يطلق على المبيع إلاّ في موارد الشخص الواقع عرضه للبيع لا تخلو عن الجراف.

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢١ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) نفس المصدر : ٢٢ ، الحديث ٣ .

بخلاف الكلّي. وأمّا النصوص، فروايتا ابن يقطين وابن عمّار مشتملتان على لفظ «البيع» المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرّضه للبيع، ولا- مناسبه في إطلاقه على الكلّي، كما لا- يخفى. وروايه زراره ظاهرة أيضاً في الشخصى من جهة لفظ «المتاع»، وقوله: «يدعه عنده»، فلم يبق إلا قوله عليه السلام في روايه أبى بكر بن عيّاش: «من اشترى شيئاً فإنّ إطلاقه وإن شمل المعين والكلّي، إلا- أنّ الظاهر من لفظ «الشيء» الموجود الخارجى، كما في قول القائل: «اشترت شيئاً». والكلّي المبيع ليس موجوداً خارجيّاً، إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعى الموجود فى الخارج، لأنّ المبيع قد يكون معدوماً عند العقد، والموجود منه قد لا يملكه البائع المملّك له، بل هو أمرٌ اعتباريّ يعامل فى العرف والشرع معه معاملهً الأملاك، وهذه المعامله و إن اقتضت صحّحه إطلاق لفظ «الشيء»، عليه أو على ما يعمّه، إلاّ أنّه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشرح:

وبهذا يظهر الحال فى موثقه إسحاق بن عمار(1) فيكون الأخذ بظهورهما أى بالاطلاق فى الثانيه وعدم الاستفصال فى الجواب فى الأولى مقتضاه الالتزام بالعموم فى الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثه أيام. وأمّا روايه عبد الرحمن بن حجاج(2) فقد تقدم ضعفها سنداً، ومع الإغماض عنه فظاهرها أيضاً العموم.

ودعوى انصراف «من اشترى شيئاً» إلى العين الخارجيه كانصراف المطلق إلى بعض أفراده يكذبها الرجوع إلى موارد الاستعمال فى المحاوره.

فالمتحصل: أنه لا يبعد القول بالتعميم فى الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثه. والله سبحانه هو العالم.

ص: ٢٢٩

١- (١) نفس المصدر : الحديث ٤ .

٢- (٢) نفس المصدر : ٢٢ ٢١ ، الحديث ٢ .

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما

الشخصى احتيج إلى قرينه على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور والمطلق المنصرف إلى بعض أفراد انصرافاً لا يحوج إرادته المطلق إلى القرينه. فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادته خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينه، فافهم. فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ليس فى أدله المسأله من النصوص والإجماعات المنقوله ودليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى. وربما يُنسب التعميم إلى ظاهر الأكثر، لعدم تقييدهم البيع بالشخصى.

وفيه: أنّ التأمل فى عباراتهم، مع الإنصاف يُعطى الاختصاص بالمعّين، أو الشكّ فى التعميم، مع أنّه معارضٌ بعدم تصريح أحدٍ بكون المسأله محلّ الخلاف من حيث التعميم والتخصيص. نعم، إلّا الشهيد فى الدروس، حيث قال: «إن الشيخ قدس سره قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعّين»، فإنّه ظاهرٌ فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الأصحاب، لكنك عرفت أنّ الشيخ قدس سره قد أخذ هذا التقييد فى مضمون روايات أصحابنا. وكيف كان، فالتأمل فى أدله المسأله وفتاوى الأصحاب يُشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعّين.

ثمّ إنّ هنا أموراً قيل باعتبارها فى هذا الخيار:

منها: عدم الخيار لأحدهما أو لهما [١] قال فى التحرير: «ولا خيار للبائع لو كان

الشرح:

[١] قيل كما عن التحرير (١): يعتبر فى ثبوت خيار التأخير للبائع عدم خيار آخر فى البيع للمتبايعين أو لأحدهما، وإلا فلا يثبت للبائع خيار التأخير بعد ثلاثة أيام. وظاهر ابن إدريس (٢): يعتبر فى ثبوت خيار التأخير عدم شرط الخيار لهما أو لأحدهما. ولعل مراده أيضاً مطلق الخيار بحيث يعم خيار الحيوان أيضاً، وذكره شرط

ص: ٢٣٠

١- (١) التحرير ١: ١٦٧.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٧٧.

فى المبيع خيار لأحدهما» وفى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسأله بقوله: «ولم يشترطاً خياراً لهما أو لأحدهما» وظاهره الاختصاص بخيار الشرط. ويحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسأله فى كلامه بغير الحيوان وهو المتاع.

الشرح:

الخيار لأجل أن موضوع كلامه المتاع لا ما يعم الحيوان.

ويستدل على هذا الاشتراط بانصراف أخبار الباب عن كون البيع خيارياً، وذلك لما ذكر العلامة (١) وغيره فى أحكام الخيار: من أنه لا يجب القبض والإقباض مده الخيار وأنه لو أقبض أحدهما ما انتقل عنه لا يجب على الآخر إقباض ما عنده من مال صاحبه، بل يجوز له استرداد ما أقبض خلافاً لبعض العامة (٢): حيث بنوا على عدم جواز الاسترداد بل يجب على الآخر الإقباض، ولو امتنع عن الإقباض يجوز للآخر أخذ ما عنده بلا إذن، كما فى صوره تسليم ما عنده مع لزوم البيع.

وعلى ذلك فمع ثبوت خيار آخر فى البين يكون للمشتري حق التأخير فى تسليم الثمن، وظاهر الأخبار ثبوت خيار التأخير للبائع فيما إذا كان تأخير المشتري فى أداء الثمن بلا-حق، كما أن ظاهرها كون عدم إقباض البائع المبيع لعدم تسلّمه الثمن من المشتري، فلا يعم ما إذا كان عدم تسليمه لثبوت خيار آخر له فى البيع.

ولكن لا يخفى ضعف الاستدلال، لأنه كما سيأتى: أن الخيار حق متعلق بالعقد وجواز تسلط أحد المتبايعين أو كلاهما على فسخه لا- ينافى وجوب القبض والإقباض عليهما وجوباً حقيقياً، حيث إن الإمساك بهما بالامتناع عن التسليم والتسلم تصرف فى مال الآخر بلا رضاه.

ص: ٢٣١

١- (١) التذكرة ١: ٥٣٧.

٢- (٢) نقله العلامة عن بعض الشافعية فى التذكرة ١: ٥٣٧.

وكيف كان، فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط سواء أُريد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، وسواء أُريد مطلق الخيار ولو اختصّ بما قبل انقضاء الثلاثه أم أُريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثه، سواءً أحدث فيها أم بعدها. وأوجه ما يقال في توجيه هذا القول مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض : أنّ شرط الخيار في قوّه اشتراط التأخير، وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع. وتوضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار:

الشرح:

نعم لدى الخيار الإمساك بما انتقل عنه فيما إذا كان الإمساك المزبور بعنوان فسخ العقد، بل لو كان الخيار حقاً يتعلق بما انتقل عنه، فالثابت حق الاسترداد لا حق الإمساك.

والحاصل: أنّ وجوب القبض والإقباض مقتضى حرمة مال الغير وعدم جواز التصرف فيه بلا إذن مالكة، لا مقتضى لزوم البيع وعدم كونه خيارياً.

لا يقال: ظاهر الأخبار لزوم البيع إلى ثلاثه أيام وحدوث جواز البيع للبائع بعدها.

فإنه يقال: نعم، ولكن اللزوم من جهة التأخير في القبض والإقباض فلا ينافى عدم لزومه في ثلاثه أيام أو بعضها من جهة أخرى.

وبتعبير آخر: الكلام في كون الموضوع لخيار التأخير عاماً أو خاصاً، بمعنى أنّ الموضوع هل هو عدم القبض والإقباض إلى ثلاثه أيام مطلقاً، أو مع لزوم البيع فيها بأن ينتفى فيها سائر الخيارات.

والظاهر إطلاق الموضوع، فإن حمل الروايات على الثاني من حملها على الفرد النادر، حيث إنّ خيار المجلس ثابت في جميع البيوع إلا ما اشترط فيه سقوطه، وكذا خيار الحيوان إلى ثلاثه أيام ثابت في شراء الحيوان كما أن ظاهرها ثبوت خيار التأخير

ص: ٢٣٢

من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يُجبر الآخر على تسليم ما في يده وله استرداد المدفوع قضيه للخيار. وقال بعض الشافعية: ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. وحينئذٍ فوجه هذا الاشتراط: أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، وذو الخيار له حق التأخير، وظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الإقباض. والحاصل: أنّ الخيار بمنزله تأجيل أحد العوضين.

الشرح:

للبيع بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد.

وعلى الجملة: فلو اعتبر في خيار التأخير لزوم البيع في الثلاثة يلزم حمل الأخبار على الصورة النادرة أو ارتكاب خلاف الظاهر فيها بحمل ثلاثة أيام من حين لزوم البيع لا من حين العقد وشيء منها لا يمكن الالتزام به.

وربما يقال: بأنه يعتبر في خيار التأخير عدم ثبوت خيار آخر للبائع في الثلاثة فإن هذا الخيار شرع لدفع تضرر البائع على ما تقدم ومع ثبوت خيار آخر يمكن له دفع ضرره بذلك الخيار. وظاهر الأخبار لزوم البيع بالإضافة إلى البائع في ثلاثة أيام وحملها على لزومه عليه من جهة تأخير الثمن من قبيل تقييد الحكم بالسبب.

ولكن لا يخفى ما فيه أيضاً، لأن خيار التأخير لو كان مشروعاً لدفع ضرر الصبر يكون المراد ضرر الصبر بعد ثلاثة أيام وعدم إمكان تقييد الحكم بالسبب أجنبي عن المقام، فإن الكلام في أن الموضوع لخيار التأخير عدم القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، أو هذا مع عدم ثبوت خيار آخر للبائع في تلك الثلاثة، وهذا لا يرتبط بسبب الحكم أي بالداعي إلى الجعل.

ص: ٢٣٣

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدد المتعاقدين

وفيه بعد تسليم الحكم في الخيار وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق: أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفريق وكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان، مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف، وإن ذهب الصدوق إلى كون الخيار في الجارية بعد شهر. إلا أن يراد بما في التحرير: عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما، فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثه. وقد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره وقد اندفع بغيره، ولدلاله النص والفتوى على لزوم البيع في الثلاثه، فيختص بغير صورته ثبوت الخيار له، قال: ودعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة، مدفوعه بأن التأخير سبب الخيار ولا يتقيّد الحكم بالسبب وبين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه، مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان. ووجه ضعف هذا التفصيل: أن ضرر الصبر بعد الثلاثه لا يندفع بالخيار في الثلاثه. وأما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثه من جهة التضرر بالتأخير، ولذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس.

ومنها: تعدد المتعاقدين [١]؛ لأن النص مختص بصوره التعدد، ولأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس، وخيار المجلس باقٍ مع اتحاد العاقد إلا مع اسقاطه.

الشرح:

[١] قيل: بأنه يعتبر في ثبوت خيار التأخير للبائع تعدد العاقد؛ لظهور الأخبار المتقدمه في ذلك، ولأن خيار التأخير يثبت للبائع بعد انقضاء خيار المجلس، ومع وحده العاقد لا ينتهي خيار المجلس إلا بالإسقاط.

أقول: ظاهر الأخبار فرض تعدد البائع والمشتري لا العاقد، ومع تعددهما يثبت خيار التأخير للبائع ولو مع وحده العاقد كما لو وكلا واحداً في إجراء العقد والوكيل

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية

وفيه: أن المناط عدم الإقباض، والقبض، ولا إشكال في تصوّره من المالكين مع اتّحاد العاقد من قبلهما. وأمّا خيار المجلس، فقد عرفت أنّه غير ثابتٍ للوكيل في مجرّد العقد، وعلى تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد وليّاً بيده العوضان لم يتحقّق الشرطان الأوّلان أعنى عدم الإقباض والقبض وليس ذلك من جهة اشتراط التعدّد.

ومنها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية [١]، فإنّ المحكّي عن الصدوق في المقنع، أنّه إذا اشترى جاريه فقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما

الشرح:

المزبور لا يثبت له خيار المجلس.

وما ذكر من ظهور الأخبار في ثبوت خيار التأخير مع فقد خيار المجلس أو بعد انتهائه غير ظاهر حيث إن ظاهرها، كما يأتي كون المبدأ لثلاثة أيام هو تمام العقد لا حين حصول الافتراق.

وعلى ما ذكر فلا يثبت خيار التأخير فيما إذا كان البائع والمشتري واحداً، كما في ولي الطفلين، وعدم ثبوته له لأجل فقد ما يعتبر في خيار التأخير من عدم الإقباض والقبض لا لوحده، كما لا يخفى.

[١] المحكّي عن الصدوق قدس سره (١): أنه إذا اشترى جاريه، وقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن إلى شهر وإلا فلا بيع له، وظاهر المختلف (٢) أنّ الصدوق قائل بذلك في مطلق الحيوان.

وفي صحيحه على بن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جاريه

ص: ٢٣٥

١- (١) راجع المختلف ٥ : ٧٠، والمقنع : ٣٦٥.

٢- (٢) أنظر المختلف ٥ : ٧٠.

بينه وبين شهرٍ، وإلا فلا بيع له. وظاهر المختلف نسبه الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان. والمستند فيه روايه ابن يقطين، عن رجلٍ اشترى جاريه، فقال: «أجيئك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له».

الشرح:

وقال: أجيئك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له^(١). والسند كما أشرنا صحيح، فإنَّ الشيخ رواه بسنده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزه عن علي بن يقطين. وأبو اسحاق هو إبراهيم بن هاشم القمي (رضوان الله عليه) بقرينه روايه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي. ومن الظاهر أن أبو اسحاق الراوي عن الحسن بن أبي الحسن هو إبراهيم بن هاشم فراجع.

وعلى كل تقدير فقد أورد المصنف رحمه الله على الاستدلال بها على استثناء الجارية أو مطلق الحيوان بأنه لا قرينه فيها على فرض عدم إقباض الجارية ليكون ذلك موجباً لظهورها في خيار التأخير في الأمه أو مطلق الحيوان.

لا يقال: قد كان بهذا المضمون من التعبير في روايات خيار التأخير، كما في روايه عبد الرحمن المتقدمه من قول أبي بكر بن عياش «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له».

فإنه يقال: نعم، ولكن قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه الخ» في صحيحه على بن يقطين المتقدمه سابقاً قرينه على كون المراد في جميع روايات ثلاثه أيام فرض عدم إقباض المبيع، وليس بالإضافة إلى الجارية أو مطلق الحيوان الوارد في الصحيحه قرينه على مثل هذا الفرض كما ذكرنا فلا بد من حملها على صورته اشتراط تأخير الثمن إلى شهر

ص: ٢٣٦

١- (١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦، والتهذيب ٧: ٨٠ / ٣٤٢، والاستبصار ٣: ٧٨ / ٢٦١.

ولا دلالة فيها على صورته عدم إقباض الجارية ولا قرينه على حملها عليها. فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهرٍ في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهرٍ. وكيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم، فلا بدّ من حملها على بعض الوجوه.

ثم إنَّ مبدأ الثلاثة من حين التفرّق أو من حين العقد وجهان: [١] من ظهور قوله: «فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام» في كون مدّة الغيبة ثلاثة، ومن كون

الشرح:

فيكون الخيار لتخلف الشرط أو على استحباب الانتظار إلى شهر.

أقول: الالتزام بثبوت خيار التأخير في الأمد بعد شهر لا محذور فيه، وقد احتمله الشيخ قدس سره (١) بعد نقل الرواية، غاية الأمر لو تم إطلاق الصحيحه بالإضافة إلى صورته إقباض الجارية فيلتزم بعد اعتبار عدم الإقباض في الجارية المبيعه في ثبوت خيار التأخير لباعها.

[١] ظاهر التعبير في بعض الروايات أن ثلاثة أيام تحديد لمدته غيبوبه المشتري، فيكون مبدؤها حين التفرق كقوله عليه السلام: «فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له». وبعضها ظاهر في أنه تحديد لمدته عدم قبض الثمن، فيكون مبدؤها تمام العقد كقوله عليه السلام، في موثقه إسحاق بن عمار: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلا بيع له»، ولا يبعد أن يكون الأول أيضاً كناية عن ذلك.

نعم مع عدم تمام الظهور أو معارضته يكون مقتضى الأصل العملي تأخير الخيار إلى ما بعد الثلاثة بعد التفرق.

ص: ٢٣٧

ذلك كنايةً عن عدم التقابض ثلاثه أيام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في روايه ابن يقطين: «الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما» وهذا هو الأقوى.

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمر: [١]

الشرح:

[١] يسقط هذا الخيار بأمر:

الأول: إسقاطه بعد الثلاثه، ولا ريب كما لا خلاف في جواز هذا الإسقاط بمعنى نفوذه، فإنه مقتضى كون الخيار حقاً وإسقاطه في الثلاثه ثم ان الاسقاط في الثلاثه وان لا يخلو عن المناقشه لكون الموجب له انقضاء الثلاثه من غير حصول القبض والإقباض. وبتعبير آخر: تضرر البائع بعد الثلاثه موجب له وذلك الضرر غير فعلى فيكون إسقاطه في الثلاثه من قبيل إسقاط ما لم يجب، إلا أن المناقشه غير صحيحه؛ لما تقدم من أن السقوط في المقام اعتبارى، وكما يمكن اعتبار الملكيه المستقبليه نظير الوصيه التملكيه كذلك يمكن اعتبار السقوط الاستقبالي.

وما عن التذكرة (١) من عدم جواز اسقاط خيار الشرط قبل التفرق بناءً على حصول بعد التفرق لا يمكن المساعده عليه.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لو لم يجز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق لكان عدم جواز إسقاط خيار التأخير في الثلاثه بطريق أولى، فلعله أراد أن الموجب لخيار الشرط اشتراطه في العقد، وهو حاصل بخلاف المقام، فإن الموجب لخيار التأخير الضرر الحاصل للبائع بعد الثلاثه، وهذا غير حاصل في الثلاثه.

ولكن لا يخفى أن الفرق غير فارق؛ لأن الموضوع لخيار الشرط بناءً على ثبوته بعد التفرق هو العقد المشروط بالتفرق، كما أن الموضوع في المقام العقد مع تضرر

ص: ٢٣٨

أحدها: إسقاطه بعد الثلاثة بلا إشكالٍ ولا خلاف، وفي سقوطه بالإسقاط في الثلاثة وجهان: من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة. ولذا صرح في التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفريق إذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع أنه أولى بالجواز، ومن أن العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في إسقاطه، مضافاً إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في متن العقد.

الشرح:

البائع فيه بعد الثلاثة.

ودعوى أن تضرر البائع أمر غير اختياري، والتفرق أمر اختياري فلا يصح الإسقاط في الثاني دون الأول كما ترى، فإنه لو لم يصح الإسقاط لكونه إسقاطاً لما لا يجب لم يجز فيهما وإلا جاز فيهما كما ذكرنا.

الثاني: شرط سقوطه في العقد، وقد ذكرنا فيما سبق أن اشتراط سقوطه في العقد يرجع إلى إسقاطه، وبما أن سقوط الخيار بمعنى عدم ثبوته اعتباري فلا بأس بأن ينشأ ذلك الأمر الاستقبالي الحاصل بكل سبب ومنه اشتراطه في العقد.

الثالث: بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة، فإنه لو فسخ البائع بعد الثلاثة قبل بذل المشتري ومجيئه بالثمن فلا إشكال في نفوذه فإنه مقتضى تحديد الخيار بمضى الثلاثة ويشهد له روايه عبدالرحمن بن الحجاج (١).

وأما إذا لم يفسخ حتى بذل المشتري بالثمن فيمكن أن يقال كما عن المصنف رحمه الله بسقوط الخيار لأن الخيار لتدارك ضرر التأخير أي الضرر الاستقبالي، حيث إن الضرر السابق على أخذ الثمن لا يتدارك بأخذه، ومع بذل المشتري لا ضرر كذلك، ويمكن دعوى انصراف أخبار الباب أيضاً عن صورته البذل.

ص: ٢٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢١ ، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، حكى عن الدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد، ولعله لعموم أدلّه الشروط.

ويشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثه بناءً على أنّ السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإنّ الشرط إنّما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعيّه سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، فإن كان إجماع على السقوط بالشرط كما حكاه بعض قلنا به، بل بصحّه الإسقاط بعد العقد، لفحواه، وإلاّ فللنظر فيه مجال.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه، فإنّ المصرّح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذٍ. وقيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً، وهو حسنٌ لو استند في الخيار إلى الأخبار، وأمّا إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شكّ في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، ولو فرض تضرّره سابقاً بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك، وإنّما يتدارك به الضرر المستقبل.

الشرح:

أقول: دعوى الانصراف في الروايات لا وجه لها، وقاعده نفي الضرر(1) لا تثبت الخيار في المقام وغيره، فالأظهر عدم سقوط الخيار بالبذل المزبور.

الرابع: أخذ البائع الثمن من المشتري بعد ثلاثه أيام، ولا شبهه في أنّ أخذه بقصد الالتزام بالبيع والجرى عليه إسقاط فعلى، فهل بأخذه يحكم بسقوط الخيار؟ وأنه بقصد الالتزام بالمعامله أو بشرط العلم بقصده بأن لا- يحتمل كون أخذه بقصد العاربه والوديعه ونحوهما، أو يكفي الظن النوعي نظير ما تقدم في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه زمان الخيار مع الاتفاق بأنه لا عبره بالظن الشخصي وقد تقدم اعتبار الظهور الفعلي وأنه كالظهور القولي، ولا يبعد أن يكون سبق المعامله قرينه عرفيه على

ص: ٢٤٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ودعوى: أنّ حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوعاً بأنّ الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمانٍ. ولا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورته التضرّر فعلاً بلزوم العقد، بأن يقال: بأنّ عدم حضور المشتري علّة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً وعدمًا. وكيف كان، فمختار التذكرة لا يخلو عن قوّه.

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل، وإلا لم يحتج إلى الأخذ به والسقوط به، لأنّه التزامٌ فعليٌّ بالبيع ورضاً بلزومه. وهل يشترط إفاده العلم بكونه لأجل الالتزام، أو يكفي الظنّ، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاريه أو غيرها لم ينفع، أم لا- يعتبر الظنّ أيضاً؟ وجوه: من عدم تحقّق موضوع الالتزام إلاّ بالعلم، ومن كون الفعل مع إفاده الظنّ أماره عرفيّة على الالتزام كالقول، وممّا تقدّم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاً نوعياً بالعقد وهذا من أوضح أفرادها، وقد بيّنا عدم اعتبار الظنّ الشخصي في دلالته التصرّف على الرضا. وخير الوجوه أوسطها، لكنّ الأقوى الأخير. وهل يسقط الخيار بمطالبه الثمن؟ المصرّح به في التذكرة وغيرها العدم، للأصل، وعدم الدليل.

الشرح:

كون الأخذ بذلك العنوان فلا يحتاج السقوط إلى قرينه أخرى.

وذكر المصنّف رحمه الله أنّ البحث في كون الأخذ مسقطاً مبنّى على عدم كفايه البذل في الإسقاط، وإلا يسقط الخيار بالبذل قبل الأخذ.

ولكن لا يخفى أن الأخذ يتحقق في غير مورد البذل أيضاً، وعلى تقدير كون البذل مسقطاً يجرى الكلام في كون الأخذ أيضاً مسقطاً أم لا كما إذا أخذ البائع الثمن من عند المشتري.

وأما مطالبه البائع المشتري ببذل الثمن فلا يوجب سقوط خياره مع عدم بذل

ص: ٢٤١

هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟

ويحتمل السقوط، لدلالته على الرضا بالبيع.

وفيه: أنّ سبب الخيار هو التضرر في المستقبل، لما عرفت: من أنّ الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر، ومطالبه الثمن لا تدلّ على التزام الضرر المستقبل حتّى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبه الثمن إنّما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا التزام بذلك الضرر ليسقط الخيار. وليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن ونحوه ممّا كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتّى يكون الرضا به بعد العقد والعلم بالضرر التزاماً بالضرر الذي هو سبب الخيار.

وبالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس إلّا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن، أو التزامه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، وما تقدّم من سقوط الخيارات المتقدّمة بما يدلّ على الرضا فإنّما هو حيث يكون نفس العقد سبباً للخيار ولو من جهة التضرر بلزومه، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع أنّ سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبه الثمن أيضاً محلّ نظر، لعدم كونه تصرّفًا، والله العالم.

مسأله: فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، [١] وقد تقدّم ما الشرح:

الثمن. ودعوى دلالتها على رضا البائع بالبيع لا يمكن المساعدة عليها، فإن الرضا على تقدير تحقق البذل وأخذ الثمن لا مطلقاً.

وبتعبير آخر: الضرر الاستقبالي الذي يتدارك بالخيار بعد المطالبه بحاله، ولا دلالة فيها على إغماض البائع عنه كما لا يخفى.

[١] كون الخيار على الفور أو التراخي مبنى على أن المرجع عند الشك في لزوم البيع وجوازه في زمان هو عموم «أوفّوا بالعقود» (١) أو استصحاب بقاء الخيار أو

ص: ٢٤٢

يصلح أن يستند إليه لكل من القولين في مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، وقد عرفت أن الأقوى الفور. ويمكن أن يقال في خصوص ما نحن فيه: إن ظاهر قوله عليه السلام: «لا- بيع له»، نفى البيع رأساً، والأنسب بنفى الحقيقة بعد عدم إرادته نفى الصحة هو نفى لزومه رأساً، بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

ثم على تقدير إهمال النص وعدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا، لأنّ اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمانٍ، فعوده يحتاج إلى دليل. وليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدّم في استصحاب الخيار لأنّ الموضوع مستفاد من النصّ فراجع. وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوّه، إمّا لظهور النصّ وإمّا للاستصحاب.

الشرح:

لا- يرجع إلى شيء منهما، أما العموم لكونه استمرارياً لا- افرادياً، وأما الاستصحاب فلعدم إحراز موضوع الخيار فيرجع إلى استصحاب بقاء المالكين على حالهما بعد الفسخ المشكوك صحته.

ولكن يمكن في المقام للمصنف رحمه الله القول بتراخي الخيار، كما هو مقتضى إطلاق نفى البيع بعد ثلاثه، ولكن يرد عليه أن الأخذ بالإطلاق ينافي ما تقدم منه أنّ الخيار لتدارك الضرر الاستقبالي الحاصل بتأخير القبض والاقباض، ومن الظاهر أنّ الضرر في الزمان الثاني حاصل بتركه الفسخ في الزمان الأول ولعله يشير إلى ذلك بقوله فتأمل.

وأما الاستصحاب فلأن الشك في بقاء الخيار في الزمان الثاني من قبيل الشك في المقتضى.

وعلى كل تقدير، فالصحيح الالتزام بالتراخي فإنه مقتضى نفى البيع مطلقاً، فإنه لو كان الخيار على الفور فاللازم تقييد نفيه، ولو بأن يقول «لا بيع يوم الرابع».

ويؤيد ذلك ما ذكرنا سابقاً من أن المذكور في أخبار الباب تحديد للشرط

مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه [١] كان من البائع إجماعاً مستفيضاً، بل متواتراً كما في الرياض. ويدلّ عليه النبويّ المشهور وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». وإطلاقه كعقود الإجماعات يعمّ ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال. وقد يُعارض النبويّ بقاعده «الملازمه بين النماء والدرك» المستفاده من النصّ والاستقراء والقاعده المجمع عليها: «بأنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له».

الشرح:

الارتكازي لكل من المتعاقدين ملكه فسخ البيع على تقدير عدم وفاء صاحبه بالعقد.

[١] لو تلف المبيع بعد ثلاثه أيام، وبعد الخيار للبائع يكون ذلك التلف على البائع لكونه قبل القبض كما يشهد له النبوي المنقول عن العامه في بعض كتب الفقه لأصحابنا من قوله صلى الله عليه و آله (١): التلف قبل القبض من مال بايعه. وبعد انجبار ضعفه بعمل المشهور يتعين الأخذ بإطلاقه حيث يعم التلف قبل زمان الخيار وزمانه وبعد الخيار كما إذا اسقط الخيار أو يبدل المشتري الثمن.

لا يقال: يعارض النبوي الملازمه المستفاده من الروايات بين كون نماء شيء لشخص ودرك تلفه عليه، كالوارده في بيع الخيار حيث استشهد فيها الإمام عليه السلام لكون نماء المبيع للمشتري بكون تلفه عليه، وكذلك يعارضه قاعده كون التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له.

فإنه يقال: ما دل على أنّ تلف المبيع قبل قبض المشتري من مال بايعه أخص بالإضافه إلى قاعده الملازمه، حيث يلتزم بها إلا في مورد كون المبيع بيد بايعه، بل

ص: ٢٤٤

لكن النبويّ أخصّ من القاعده الأولى، فلا معارضه، والقاعده الثانيه لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار ولا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان مع كون التلف بعد القبض.

الشرح:

يمكن أن يقال قاعده الملازمه أنّما تنفي الضمان بالبدل عن الغير لا الضمان الانحلالي كما هو المفروض في التلف قبل القبض.

وما دل على أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا- خيار له لا- عموم فيها، بحيث يعم جميع الخيارات، بل غايته خيارى الحيوان والشرط أو المجلس أيضاً فيما كان خياره لأحدهما فقط، بل لا إطلاق له بحيث يعم قبل القبض بل يختص بما بعد القبض، كما هو المفروض في تلف الحيوان بيد المشتري والمفروض في خيار التأخير وقوع التلف قبل القبض.

أقول: يمكن أن يكون المستند في ضمان تلف قبل القبض السيره العقلانيه الممضاه في الشرع، كما يشهد لذلك معتبره عقبه بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجهه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله تعالى فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجته من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه»^(١).

ولكن كون مقتضاها عدم كفايه تسليم المبيع في خروج البائع عن الضمان فيما إذا امتنع المشتري من قبض المتاع مع تسليم البائع، ولو مع عدم قبض الثمن، بأن كان ترك المتاع عند البائع بغير رضاه لا يخلو عن التأمل.

ص: ٢٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار .

ولو تلف في الثلاثة، فالمشهور كونه من مال البائع أيضاً، وعن الخلاف: الإجماع عليه. خلافاً لجماعه من القدماء منهم المفيد والسيدان مدعين عليه الإجماع، وهو مع قاعده «ضمان المالك لماله»، يصح حجة لهذا القول. لكن الإجماع معارض بل موهون، والقاعده مخصّصة بالنبوي المذكور المنجبر من حيث الصدور، مضافاً إلى روايه عقبه بن خالد: «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته، فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد الشرح:

وقد ظهر مما تقدم أنه لا فرق في ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض بين كونه في الثلاثة أم بعدها، ومع تحقق القبض يكون تلفه على المشتري من غير فرق أيضاً بين الثلاثة أم بعدها، إلا أنه يظهر من المحكي عن الشيخ (1) في المختلف التفصيل، وهو: أنه إذا كان التلف في الثلاثة، فإن كان قبل القبض فهو من مال البائع، وإن كان بعده فهو من مال المشتري، وأما إذا كان التلف بعد الثلاثة فضمن تلفه على البائع لأن الخيار له.

وأورد على ذلك في المختلف (2): بأنه مع القبض لا يكون للبائع خيار بعد الثلاثة.

وذكر المصنف رحمه الله: أن تعليقه الضمان على البائع بكون الخيار له قرينه على أن التلف بعد الثلاثة مفروض مع عدم قبض المتاع.

أقول: التعليل لا يناسب الحكم لأن ضمان البائع المتاع قبل الثلاثة أو بعدها، كما ذكرنا لكون التلف قبل القبض وخيار البائع بعد الثلاثة لو لم يكن مقتضياً لكون الضمان على المشتري فلا أقل من عدم كونه مقتضياً للضمان على البائع.

ص: ٢٤٦

١- (١) النهاية: ٣٨٥ ٥٨٦ .

٢- (٢) المختلف ٥ : ٦٩ ٧٠ .

إليه حقّه». ولو مكّنه من القبض فلم يتسلّم، فضمن البائع مبنئاً على ارتفاع الضمان بذلك، وهو الأقوى. قال الشيخ في النهاية: إذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع، فإنّ العقد موقوفٌ ثلاثه أيام، فإن جاء المبتاع في مدّه ثلاثه أيام كان المبيع له، وإن مضت ثلاثه أيام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع في هذه الثلاثه أيام ولم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع، وإن كان قبضه إياه ثم هلك في مدّه الثلاثه أيام كان من مال المبتاع، وإن هلك بعد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كلّ حال، انتهى المحكّي في المختلف. وقال بعد الحكاياه: وفيه نظرٌ، إذ مع القبض يلزم البيع، انتهى.

أقول: كأنّه جعل الفقرة الثالثه مقابلهً للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله، خصوصاً مع قوله: «على كلّ حال» لكنّ التعميم مع أنّه خلاف الإجماع

الشرح:

نعم عن الأيرواني (1) قدس سره توجيه العبارة: بأنّ الحكم المزبور مبنئ على مسلكه من عدم حصول النقل والانتقال زمان الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل بالعقد أو المنفصل عنه.

وعلى ذلك فإن حصل قبض المتاع في الثلاثه فلا يكون البيع خيارياً، فيكون ضمان المبيع لكونه بعد القبض على مالكة الفعلي، أي المشتري بخلاف ما إذا لم يحصل القبض فيما يكون البيع خيارياً، ويكون تلف المبيع عن مالكة، وهو البائع.

وفيه: أنّ هذا التوجيه أيضاً غير صحيح لأن المذكور في عبارته الشيخ فرض التلف في الثلاثه تاره وبعدها أخرى لا فرض القبض في الثلاثه تاره، وقبض المبيع بعدها أخرى فالتوجيه على تقديره يجري في الثاني لا الأول.

ص: ٢٤٧

منافٍ لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله: «لأنَّ الخيار له بعد الثلاثة أيام» فإنَّ من المعلوم أنَّ الخيار إنَّما يكون له مع عدم القبض، فيدلُّ ذلك على أنَّ الحكم المعلَّل مفروضٌ فيما قبل القبض.

مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه [١] فإنَّ جاء بالثمن ما بينه وبين الليل، وإلا فلا بيع له، كما في مرسله محمَّد بن أبي حمزه. والمراد من نفى البيع نفى لزومه. ويدلُّ عليه قاعده «نفى الضرر»، فإنَّ البائع ضامنٌ للمبيع ممنوعٌ عن التصرّف فيه محرومٌ عن الثمن. ومن هنا يمكن تعديده الحكم إلى كلِّ موردٍ يتحقَّق فيه هذا الضرر، وإن خرج عن مورد النصِّ، كما إذا كان المبيع ممَّا يفسد في نصف يومٍ أو في يومين، فيثبت فيه الخيار في زمانٍ يكون التأخير عنه ضرراً على البائع. الشرح:

[١] المشهور على أنه لو اشترى ما يفسد من يومه، فإنَّ جاء بالثمن ما بينه وبين الليل فهو، وإلا فلا بيع له. ويستدلُّ على ذلك بمرسله محمد بن أبي حمزه عمَّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام «في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إنَّ جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن، وإلا فلا بيع له» (١). ومرسله حسن بن رباط على ما في الفقيه، ولكن أسندها في الوسائل إلى زراره عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «العهد في ما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل» (٢).

والظاهر بقريته التمثيل أن المراد بالفساد زوال طراوته بالمبيته، ولو في بعض أيام السنه لشده الحراره في تلك الأيام، فيكون الإمهال فيها إلى الليل بمعنى أن للبائع بعده خيار، وهذا فيما إذا كان في الليل أيضاً سوق ليتيسر له بيعه بعد الفسخ.

ص: ٢٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٤ ، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٥ ، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢ ، والفقيه ٣ : ١٢٧ / ٥٥٥ .

لكن ظاهر النصّ يوهم خلاف ما ذكرنا، لأنّ الموضوع فيه «ما يفسد من يومه» والحكم فيه بثبوت الخيار من أوّل اللّيل، فيكون الخيار في أوّل أزمته الفساد، ومن المعلوم أنّ الخيار حينئذٍ لا يجدى للبائع شيئاً، لكن المراد من «اليوم» اليوم وليله، فالمعنى: أنّه لا يبقى على صفه الصّلاح أزيد من يوم بليلته، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول اللّيل، فإذا فسخ البائع أوّل اللّيل أمكن له الانتفاع به وببيلته، ولأجل ذلك عبّر في الدروس عن هذا الخيار بـ «خيار ما يفسده المبيت» وأنّه ثابت عند دخول اللّيل، وفي معقد إجماع الغنيه: أنّ على البائع الصبر يوماً ثمّ هو بالخيار. وفي محكّي الوسيله: أنّ خيار الفواكه للبائع، فإذا مرّ على المبيع يومٌ ولم يقبض المبتاع، كان البائع بالخيار. ونحوها عبارته جامع الشرائع. نعم، عبارات جماعه من

الشرح:

وفي الأمكنه التي ينتهي السوق فيها بدخول اللّيل أو بزوال الشمس لا يبعد الخيار للبائع في آخر أزمته السوق لسيره الجاربه بين العقلاء على ذلك، وهذه السيره هي العمده حيث يحتمل جداً أن يكون ثبوتها وجهاً لعمل المشهور بالروايتين مع ضعفهما بالإرسال.

وعليه يكون الملاك في ثبوت الخيار للبائع فوت السوق في البيع الذي يفسده المبيت، بمعنى يثبت للبائع في آخر أزمته انتهاء السوق خيار الفسخ.

بل لا يبعد أن يكون مجرد انتهاء السوق موجباً للخيار له، وإن لم يكن المبيت موجباً لفساده.

والمراد بانتهاء السوق عدم التمكن من بيعه بالثمن الذي يباع به في ذلك الزمان، فإن العبره في بناء العقلاء مجيء المشتري بالثمن قبل انتهاء السوق فيما كان عدم مجيئه وبقاء المبيع عند بايعه عرضه لتنزّل قيمته بانتهاء السوق أو طرؤ الفساد عليه، بل ومع وعسر بيعه بعد ذلك، وإن لم يفسد ولم يتنزّل قيمته السوقيه.

ص: ٢٤٩

الأصحاب لا- يخلو عن اختلالٍ في التعبير، لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس. وأحسن تلك العبارات عبارته الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى روايته زراره، قال: «العهد فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يومٌ إلى الليل» فإن المراد بالعهد عهده البائع.

وقال في النهاية: و إذا باع الإنسان ما لا يصحّ عليه البقاء من الخُضَر وغيرها، ولم يقبض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً، فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم، وإلا فلا بيع له، انتهى. ونحوها عبارته السرائر.

والظاهر أنّ المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض والإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم.

وأما المتأخرون، فظاهر أكثرهم يوهّم كون الليل غايَةً للخيار، وإن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً ومن عبّر بأنّ الخيار إلى الليل، ولم يُعلم وجهٌ صحيحٌ

الشرح:

وليس المدرك لهذا الخيار قاعده «نفي الضرر»^(١) ليقال أنها لا تثبت الخيار أو أن فوات السوق من قبيل فوت النفع لا الضرر.

ثم إن المراد من كون عهده البائع يوماً ليس هو اليوم الكامل، بل ينتهي عهده بدخول الليل سواء كان البيع في أول اليوم أو أثناءه بقرينه أن المبيت بالمبيع هو الموجب لثبوت الخيار بخلاف ثلاثة أيام في غير ما يفسده المبيع، فإن ظاهر ثلاثة أيام الثلاثة التامة المتصلة، وليس فيه قرينه على رفع اليد عن هذا الظهور.

نعم يكفي في الثلاثة التلفيق كما في سائر الموضوعات المقدره بالأيام كأقل

ص: ٢٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعه عبارته الشيخ في النهايه، لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، وأن له تأخير القبض والإقباض. وهذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطلاحوا عليه لفظ «الخيار» فلا يحسن المتابعه هنا في التعبير، والأولى تعبير الدروس كما عرفت.

ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير؛ لأنه فردٌ من أفرادها، كما هو صريح عنوان الغنيه وغيرها، فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم، لا ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي أو ما في حكمه كالصاع من الصبره، وقد عرفت هناك أن التأمل في الأدله والفتاوى يشرف على القطع بالاختصاص أيضاً.

وحكم الهلاك في اليوم هنا، وفيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين. ولازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به في الغنيه حيث جعله قبل الليل من المشتري.

ثم إن المراد بالفساد في النص والفتوى ليس الفساد الحقيقي، لأن موردهما هو الخضر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالمبيت ولا تهلك، بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث في هذه الأمور بسبب المبيت، ولو لم يحدث في البيع إلا فوات السوق، ففي إلحاقه بتغير العين وجهان: من كونه ضرراً، ومن إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرراً.

الشرح:

الحيض وعشره الإقامه وغيرهما، وحيث إن ظاهر اليوم بياض النهار فيكون الليالي المتوسطه داخله بلحاظ الإستمرار على ما تعرضنا لذلك في بعض المباحث السابقه.

ص: ٢٥١

خيار الرؤية والدليل عليه

والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه [١] المتبايعان. ويدلّ عليه قبل الإجماع المحقّق والمستفيض : حديث نفي الضرر. واستُدلّ عليه أيضاً بأخبارٍ منها: صحيحه جميل بن درّاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى ضيعهً وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلمّا أن نقد المال

الشرح:

[١] ظاهر عنوان المسألة كما ذكر المصنف رحمه الله أن خيار الرؤية من أفراد خيار تخلف الشرط، حيث إن اشتراط وصف في المبيع، بمعنى جعل الخيار على تقدير تخلف ذلك الوصف.

وعلى ذلك فيكون ثبوت الخيار في الفرض مقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» (١)، لا قاعده «نفي الضرر» (٢)، بل كما ذكرنا سابقاً أن نفي الضرر مقتضاه نفي صحه البيع ومع اشتراط الخيار فيه لا يناسب الإمتنان رفعها.

وأما الاستدلال بصحيحه جميل بن درّاج (٣) فلا يناسب خيار تخلف الشرط، فإن ظاهرها عدم اشتراط وصف في شراء تلك الضيعه وإلا لكان للمشتري الفسخ أخذاً بشرطه من غير أن يطلب من بائعها الإقاله.

لا يقال: لو لم يكن في البين اشتراط الوصف لكان البيع بعدم مشاهدته تمام المبيع غررياً.

فإنه يقال: الظاهر أن المشتري اعتقد بحال الضيعه بالورود والخروج منها، ولذا يرى لزوم البيع فطلب من صاحبها الإقاله.

ص: ٢٥٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

صار إلى الضيعه فقلّبتها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يُقله، فقال أبو عبدالله عليه السلام: إنّه لو قلّب منها، ونظر إلى تسع وتسعين قطعته ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية». ولا بدّ من حملها على صورته يصحّ بيع الضيعه، إمّا بوصف القطعه الغير المرئيه، أو بدلاله ما رآه منها على ما لم يره. وقد يستدلّ أيضاً بصحيحه زيد الشحام قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القضايين من قبل أن يخرج السهم، فقال عليه السلام: لا يشتر شيئاً حتّى يعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً الشرح:

والحاصل: أن ظاهر الصحيحه أن خيار الرؤية حكم شرعى يترتب على شراء شيء بدون مشاهدته أصلاً، أو تماماً فيما كان ذلك الشيء يباع بالمشاهده بأن اكتفى فى شرائه بالتوصيف أو إحراز حاله بمشاهده بعضه.

لا- يقال: يحتمل أن يكون المراد بالخيار فى الروايه الاختيار فى الشراء وعدمه، بمعنى أن البيع السابق محكوم بالبطلان لعدم مشاهده تمام المبيع، وليس بمعنى حق فسخ البيع وإقراره كما هو المعروف فى خيار الحيوان والمجلس وغيرهما. ويأتى أن الخيار بمعنى بقاء اختيار الشراء وعدمه هو المراد من صحيحه زيد الشحام(١).

فإنه يقال: لا يحتمل ذلك فى صحيحه جميل(٢)، فإنه إذا نظر المشتري إلى تسع وتسعين جزء من الصنيعه واعتقد حالها فلا موجب لبطلان البيع، حيث يكفى هذا المقدار فى خروج شراء تمامها عن الغرر.

ولو فرض أنه لم يعتد بحال القطعه التى لم يشاهدها لكان البيع بالإضافه إلى تلك القطعه باطلاً؛ لانحلال البيع بالإضافه إلى قطائعها، كما لا يخفى فىكون المشتري مخيراً بين إمضاء البيع بالإضافه إلى القطع التى رآها وبين فسخه، لا مخيراً بين شرائها

ص: ٢٥٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

فهو بالخيار إذا خرج». قال في الحدايق: وتوضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب وهو مجهول قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثم تدخل داراً، ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم؟ قال: لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة... الخبر».

الشرح:

تمامها وترك شرائها، كما هو مقتضى الرواية لظهور إسم الإشارة من قوله عليه السلام: «لكان له في ذلك»^(١)، في الإشارة إلى شراء الصنيعة الذي وقع السؤال عن طلب الاستقالة فيه وعدم إجابته البائع بالموافقة، ومفاد الجواب أنه لا حاجة إلى الإقالة فإن للمشتري لعدم رؤيته تمام المبيع الخيار في الشراء.

ويظهر من صاحب الوسائل قدس سره أنه استظهر خيار الرؤية من صحيحه زيد الشحام أيضاً، حيث أوردها في الباب الذي عنوانه بخيار الرؤية «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»^(٢).

ولكن لا يخفى أنه لو كان المراد شراء السهم المشاع قبل إفرازه وتعيينه فلا مانع عنه ويكفي في جوازه مشاهدته الكلي ومعلومته السهم، وفي الفرض وإن ثبت للمشتري خيار الحيوان، إلا أنه من حين الشراء لا من حين خروج السهم وتعيينه خارجاً فظاهر الرواية لا يناسب الفرض.

وإن أُريد شراء السهم الخارج قبل خروجه وتعيينه خارجاً، فهذا الشراء باعتبار عدم تعيين السهم حال البيع من شراء الفرد المجهول فيكون محكوماً بالبطلان، وظاهر

ص: ٢٥٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٨ ٢٩ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٩ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

أقول: لم يُعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأنَّ المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، وإن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فردٍ غير معيّن، وهو باطلٌ، وعلى الصّحّح فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. ويمكن حمله على شراء عددٍ معيّن نظير الصاع من الصبره [١] [ويكون له خيار

الشرح:

الرواية ذلك حيث نهى عليه السلام عن شراء السهم قبل خروجه أولاً، ثم ذكر أنه لو اشترى يكون له الخيار حين خرج فيكون المراد من الخيار الاختيار في الشراء وتركه.

وأما صحيحه عبدالرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب (١)، فلا ترتبط بخيار الرؤية ولا بالمراد من صحيحه زيد بل مدلولها عدم كفايه تعيين السهم خارجاً بالنحو المزبور، بل لا بد فيه من تعديل السهام أولاً ثم إخراجها ولو بالقرعه.

[١] أقول: تصوير البيع بنحو الكلى في المعين يجرى في الجملة التي تكون متساوية الأجزاء. وأما في مثل الحيوان مما يختلف أفراده عادة بحسب قيمه فتصوير بيع الكلى في المعين لا يكون بتعيين العدد بل بتعيين نسبه قيمه المبيع إلى المجموع، كما إذا باع من قطع غنم عددها مئة مقداراً من الغنم يكون قيمه ذلك المقدار بالإضافة إلى مجموع قيمه القطيع عشراً، ومثل هذا البيع محكوم بالصحة ويثبت فيه خيار الحيوان للمشتري، ولكن من حين البيع لا من حين تعيين المقدار المبيع خارجاً، بل لو عين البائع فرداً لا يدخل ذلك الفرد في عنوان المبيع كان للمشتري استرداد ذلك الخارج وطلب تعيين الفرد المنطبق عليه عنوان المبيع، كما هو الحال كذلك في بيع الكلى على العهده، ودفع البائع فرداً لا ينطبق عليه عنوان المبيع على العهده.

نعم لو شاهد سابقاً الجملة وبعد شراء الكلى في المعين رأى تمام الجملة أنها تغيرت عن الرؤية السابقه يكون له خيار الرؤية.

ص: ٢٥٥

اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة

الحيوان إذا خرج السهم. ثم إن صحَّحه جميل مختصُّه بالمشتري [١] والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف.

وحكى عن بعض: أنه يحتمل في صحَّحه جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، وحينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال. ولا يخفى بعده، وأبعد منه دعوى عموم الجواب حينئذ، والله العالم.

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه.

والمعروف أنه يشترط في صحَّته ذكر أوصاف المبيع [٢] التي يرتفع بها

الشرح:

وبذلك يظهر أنه لا يختص خيار الرؤية بالعين الشخصيه بل يجرى في الكلى في المعين في بعض الموارد.

[١] لرجوع الضمائر في السؤال والجواب إلى الرجل المفروض في الروايه (١) أنه اشترى الصنيعه، وإرجاعها إلى بائعها خلاف الظاهر، لعدم ذكر البائع في السؤال قبل الضمائر.

والحاصل: احتمال أن البائع هو الذى باع الصنيعه من غير مشاهدته كلها بعيد، وأبعد من ذلك دعوى احتمال أن الخيار في الصحَّحه يعم كلاً من البائع والمشتري، ووجه الأبعديه أن الوارد فيها الخيار لمن فرض السائل عدم رؤيته تمام الصنيعه لا لكل من لم ير تمام الصنيعه سواء كان بائعاً أو مشترياً.

[٢] يعتبر عند المشهور في بيع العين الغائبه ذكر أوصاف تلك العين بحيث يرتفع الغرر عن البيع.

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

الجهالة الموجبه للغرر، إذ لولاها لكان غرراً. وعبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيله وجامع المقاصد وغيرهما. وآخر بما يعتبر في صحه السلم. وآخرون كالشيخين والحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه. والظاهر أن مرجع الجميع واحد، ولذا ادعى الإجماع على كل واحد منها. ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤيه وصف المبيع وصفاً يكفى في السلم عندنا. وعنه في موضع آخر من التذكرة: أن شرط صحه بيع الغائبه وصفها بما يرفع الجهاله عند علمائنا أجمع، ويجب ذكر اللفظ الدال على الجنس. ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز، وذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الأثمان الشرح:

وعبر في بعض الكلمات بذكر الأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع الشيء مسلماً (١)، وفي بعضها الآخر بذكر الأوصاف التي يختلف قيمه الشيء بها (٢) كما يذكر في بعضها ذكر الصفه (٣)، والمراد من جميع ذلك واحد.

ولذا ادعى الإجماع على كل منها قال في التذكرة: يعتبر في بيع الشيء الغائب وصفه بما يكفى في بيع السلم عندنا (٤) (٥) جامع المقاصد ٤ : ٣٠١ (٥). وفي موضع آخر منها: أنه يعتبر في بيع الشيء الغائب ذكر الأوصاف بما يرفع الجهاله عند علمائنا أجمع (٥)، وذلك بذكر الجنس وسائر الاوصاف التي يختلف بها قيمه الشيء ويطرأ الجهاله بعدم تعيين تلك الأوصاف. وفي جامع المقاصد (٦): يعتبر ذكر الاوصاف التي يختلف بها قيمه الشيء

ص: ٢٥٧

١- (١) كما في التذكرة ١ : ٤٦٧ و ٥٢٤، والنهايه ٢ : ٤٩٩ ٥٠٠، ومفتاح الكرامه ٤ : ٢٩٠ ٢٩١ .

٢- (٢) كما في الوسيله: ٢٤٠، وجامع المقاصد ٤ : ٣٠١، والمسالك ٣ : ٢١٩، ومجمع الفائده ٨ : ٤١٠، والحدائق ١٩ : ٥٨ .

٣- (٣) كما في المقنعه: ٥٩٤ و ٦٠٩، والمبسوط ٢ : ٧٦، والسرائر ٢ : ٤١ .

٤- (٤) و

٥- راجع التذكرة ١ : ٤٦٧ و ٥٢٣ .

باختلافها ويتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى. وفي جامع المقاصد: ضابط ذلك أن كل وصفٍ تتفاوت الرغبات بشوته وانتفائه وتتفاوت به قيمه تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى. وربما يترأى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه وكفايه ذكر أوصاف السلم من جهة أنه الشرح:

و فرع على ذلك ذكر الأوصاف بما يكفى فى بيع الشىء سلماً.

ثم إن المصنف قدس سره قد أورد فى المقام إشكالات خمسة وأجاب عنها.

الأول: أن الجمع بين قولهم: يعتبر فى بيع الشىء غائباً ذكر تمام الأوصاف التى يختلف بها قيمه الشىء مع قولهم: يكفى فى بيع الشىء الغائب ذكر الأوصاف التى يكفى فى بيع الشىء سلماً، لا يخلو عن تناقض وذلك فإنهم ذكروا: أنه لا يعتبر فى بيع الشىء سلماً ذكر تمام الأوصاف بحيث يوجب اعتبار جميعها ندره وجود المبيع أو لتعذر استقصاء الأوصاف، وذكر تمام الأوصاف فى بيع الشىء الغائب لا يوجب محذوراً لفرض وجوده فعلاً فى الخارج فيمكن استقصاء أوصافه.

وأجاب عن هذا الإشكال بأنه يحتمل أن يكون مرادهم ذكر الأوصاف التى يعتبر فى بيع الشىء سلماً، لولا المحذور المزبور ويكون ذلك المحذور موجباً للمسامحة فى بيع الشىء سلماً بحيث يعتبر فيه ذكر عمده الأوصاف، بل يمكن أن يقال: أن تمام الأوصاف التى يختلف بها قيمه الشىء فى بيعه غائباً ليخرج بيعه عن الغرر معتبر فى بيع الشىء سلماً أيضاً، لأن الغرر فى البيع مبطل له من غير فرق بين السلم وغيره فلا وجه للإلغاء اعتبار ذكرها فى السلم حتى فيما تعذر استقصائها ومعنى اعتبار الاستقصاء حتى فى حاله تعذره بطلان البيع لعدم التمكن على شرط البيع، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يضبط أوصافه.

الإشكال الثانى: الظاهر عدم اعتبار ذكر تمام الأوصاف التى تختلف بها قيمه

قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف، لإفضائه إلى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق. وهذا المانع مفقودٌ فيما نحن فيه. قال في التذكرة في باب السِّلْم: لا يشترط وصف كلِّ عضوٍ من الحيوان بأوصافه المقصوده وإن تفاوت به الغرض والقيمه، لإفضائه إلى عزه الوجود، انتهى.

الشرح:

الشيء في بيعه غائباً لأن تلك الأوصاف كثيره لا تستقصى عادة خصوصاً في العبد والأمه حيث إن أوصاف الكمال المختلف بها قيمتها لا- تنحصر بعدد، وإذا لم يستقص تلك الأوصاف يكون بيع الغائب غريباً خصوصاً بملاحظه أن الغرر عرفاً أخص من الغرر شرعاً بمعنى أنه ربما لا- يكون في بيع الشيء غرر عرفاً مع تحقق الغرر فيه شرعاً، كما إذا باع الشيء سلماً وعين وقت الإقباض بزمان الحصاد.

الإشكال الثالث: أنه لا يعتبر في بيع الشيء الحاضر الذي يباع بالمشاهده، كالحیوان والأمه ونحوهما الاطلاع على تمام أوصافها التي تختلف بها قيمتها وإلا لما جاز بيعها بالمشاهده إلا ممن يكون من أهل خبره ذلك الشيء المشاهد، وإذا لم يعتبر في بيع العين الحاضره العلم بتمام تلك الأوصاف فكيف يعتبر في بيع الشيء غائباً بل في بيعه سلماً.

وأجاب عن جميع الإشكالات الثلاثة: بأنه يعتبر في بيع الشيء عدم الغرر فيه عرفاً، وإذا شوهدت العين أو وصفت بعمده أوصافها لا يكون في بيعها غرر عرفاً، وكذا الحال في بيع الشيء سلماً.

وكلما دل الشرع على اعتبار أمر زائد على عدم الغرر العرفي فيؤخذ به في ذلك المورد، كما إذا دل على اعتبار تعيين زمان الإقباض بالأيام والشهر لا بالحصاد ونحوه، ويتمسك في غيره بإطلاق حل البيع وعدم الغرر فيه عرفاً ويكون نتيجة ذلك اعتبار ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبه؛ بل في بيع الشيء سلماً بتوصيفه بما يكون وسطاً

ص: ٢٥٩

وقال فى السلم فى الأحجار المتخذة للبناء: إنه يذكر نوعها ولونها ويصف عظمها، فيقول: ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق، لتعدّر التحقيق.

ويمكن أن يقال: إن المراد ما يعتبر فى السلم فى حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة فى بعض أفراد السلم، وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك: أن الاستقصاء فى الأوصاف شرط فى السلم غير مقيّد بحال التمكن، فتعدّره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه، وتتمام الكلام فى محلّه.

ثم إن الأوصاف التى يختلف الثمن من أجلها غير محصوره، خصوصاً فى العبيد والإماء، فإن مراتبهم الكماله التى تختلف بها أثمانهم غير محصوره جدّاً، والاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالته على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم، لانتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع أننا علمنا أن الغرر العرفى أخصّ من الشرعى.

الشرح:

بين الاجمال والتفصيل.

الإشكال الرابع: إنه إن أخذت الأوصاف فى ناحيه المبيع بأن قيد بها فيحكم بفساد البيع للجهل بوجود المبيع المزبور خارجاً، وإن لم تؤخذ فى المبيع فالبطلان باعتبار الجهل بأوصافها.

ولكن هذا الإشكال أيضاً مندفع بما تقدم من أنه لا معنى لأخذ الأوصاف غير المقومه فى ناحيه المبيع إلا الاشرط أى جعل الخيار على تقدير فقدها، وما هو قابل للتقييد هو الكلى دون العين الخارجيه، فلا يوجب أخذها فى المبيع الجهل بوجود المبيع.

ص: ٢٦٠

وكيف كان، فالمسألة لا- تخلو عن إشكالٍ. وأشكل من ذلك أنّ الظاهر أنّ الوصف يقوم مقام الرؤية المتحقّقه في بيع العين الحاضره، وعلى هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتمره في العين الغائبه ممّا يختلف الثمن باختلافه. قال في التذكره: يشترط رؤيه ما هو مقصودٌ بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضره لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهاله، انتهى.

وحاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهده على ما يعتبر في صحّه السلم وبيع الغائب. ومن المعلوم من السيره عدم اعتبار الاطلاع بالرؤيه على جميع الصفات المعتمره في السَلْم وبيع العين الغائبه، فإنّه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهده على سنّ الجاربه، بل ولا على نوعها ولا- غيرها من الأمور التي لا- يعرفها إلا- أهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبه كمالها الإنساني المطلوبه في الجوارى المبذول بإزائها الأموال، ويعد كلّ البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهده، بل يلزم من ذلك عدم صحّه شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعه إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبه إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى، لا بدّ من مراجعته لبصيرٍ عارفٍ بها.

ولا أجد في المسألة أوثق من أن يقال: إنّ المعتمره هو الغرر العرفي في العين الحاضره والغائبه الموصوفه، فإن دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبره أخذ به. وليس فيما ادّعه العلامة في التذكره من الإجماع حجّة، مع استناده في ذلك إلى كونه غرراً عرفاً، حيث قال في أوّل مسأله اشتراط العلم بالعوضين: إنّه أجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما الذي مَلِكُك بإزاء ما بذل فينتفى الغرر، فلا يصحّ بيع العين الغائبه ما لم يتقدّم رؤيه أو يوصف وصفاً يرفع الجهاله، انتهى. ولا ريب أنّ المراد بمعرفه ما مَلِكُك معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي

ثم إنّه يمكن الاستشكال في صحّحه هذا العقد بأنّ ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً، لأنّ الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود، لأنّ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج والغرر فيه أعظم. ويمكن أن يقال: إنّ أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد، فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا وكذا، ولا- غرر فيه حينئذٍ عرفاً. وقد صرّح في النهاية والمسالك في مسأله ما لو رأى المبيع ثمّ تغير عمّا رآه: أنّ الرّؤية بمنزلة الاشتراط. ولازمه كون الوصف القائم مقام الرّؤية اشتراطاً. ويمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره بأنّ صفات المبيع بالصفات المذكورة، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل والوزن، ولذا ذكروا أنّه يجوز مع جهل المتبايعين بصفه العين الغائبه المبايعة بوصفٍ ثالثٍ لهما. وكيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبه مع اعتبار الصفات الرافعه للجهاله، ولا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعيّن الحكم بجوازه، مضافاً إلى الإجماع عليه ممّن عدا بعض العامه.

ثمّ إنّ الخيار بين الرّد والإمساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب. وصريح السرائر: تخيره بين الرّد والإمساك بالأرش وأنّه لا يجبر على أحدهما. ويضعّف بأنّه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخلٌ في الصحّحه توجّه أخذ الأرش، لكن بخيار العيب، لا- خيار رّؤية المبيع على خلاف ما وصفه، إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضاً. وسيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعه إلى وصف الصحّحه.

وأضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعه والنهائه والمراسم: من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف. لكن الموجود في المقنعه والنهائه أنّه: «إن لم

يكن على الوصف كان البيع مردوداً» ولا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد، لا- الباطل فعلاً. وقد عبّر في النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: ولا- بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً. وعلى تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه، لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحاً، عدا ما في مجمع البرهان، وحاصله: وقوع العقد على شيءٍ مغايرٍ للموجود، فالمعقود عليه غير موجودٍ والموجود غير معقودٍ عليه.

ويضعف: بأن محلّ الكلام في تخلف الأوصاف التي لا- توجب مغايره الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذه فيه، لا- أنه مغايرٌ للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخلٌ في حقيقته المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف في البطلان ولو أخذ في عبارته العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعثك ما في البيت على أنه عبدٌ حبشياً فإن حماراً وحشياً. إلا أن يقال: إن الموجود وإن لم يُعدّ مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلك الأوصاف، فإذا فقد ما بُنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصلٍ، فينبغي بطلان البيع، ولذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً في المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، وإلا- لم يوجب فساد العقد بفساد العقد، بل غايه الأمر ثبوت الخيار. ومن هنا يظهر: أن دفع ما ذكر في وجه البطلان الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقاً للقاعده، واحتمله العلامة رحمه الله في النهاية فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه، بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات والوصف المعين في الشخصيات وبين الوصف الذاتى والعرضى، وأن أقصى ما هنا كونه من باب تعارض الإشاره والوصف والإشاره أقوى مجازفةً لا محصل لها. وأما كون الإشاره أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن

اعتباراً بالوصف، فينبغي لزوم العقد وإثبات الخيار من جهة كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلي حتى يتقوم به، وكونه عرضياً لا ذاتياً إعادة للكلام السابق. ويمكن أن يقال: إنَّ الاستفادة من النصوص والإجماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفه الصفة المقصوده الغير المقومه للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح، ومنه المصراه. وكالحكم في النص والفتوى بتبعض الصفقه إذا باع ما يملك وما لم يملك وغير ذلك، فتأمل.

نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخلى فى الحقيقه عرفاً الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع، والخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإنَّ الظاهر دخول المذكوره والأنوثة فى المماليك فى حقيقه المبيع لا فى مثل الغنم، وكذا الرومى والزنجى حقيقتان عرفاً، وربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس، وكذا لو باعه خلّ الزبيب فبان من التمر. ويمكن إحاله اتحاد الجنس ومغايرته على العرف وإن خالف ضابطه التغاير المذكوره فى باب الربا، فتأمل.

مسألة: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فورى [١] بل نسب إلى ظاهر الشرح:

[١] ذكر قدس سره: أن خيار الرؤية عند الأكثر على الفور ومنسوب إلى ظاهر الأصحاب (١) بل فى التذكرة: عدم الخلاف فى فوريته عند المسلمين إلا ابن حنبل حيث جعل امتداده بامتداد مجلس الرؤية (٢) واحتمله فى نهايه الاحكام (٣). ولا يعرف

ص: ٢٦٤

١- (١) نسبه فى الحدائق ١٩ : ٥٩ إلى ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٤٦٧ .

٣- (٣) نهايه الاحكام ٢ : ٥٠٨ .

الأصحاب، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتدداً بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤية، واحتمله فى نهايه الأحكام. ولم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار فى مخالفه لزوم العقد على الشرح: وجه للالتزام بفوريته إلا الاقتصار فى رفع اصاله لزوم العقد بالقدر المتيقن.

وعلى ذلك فيرد على القائلين بالتراخي فى خيارى العيب والغبن بأن التفكيك بينهما وبين خيار الرؤية بالأخذ باصالة اللزوم فى خيار الرؤية بالإضافة إلى غير القدر المتيقن دونهما بلا وجه، مع أن ملاحظه صحيحه جميل^(١) المتقدمه مقتضاه الالتزام بالتراخي فى خيار الرؤية حيث لم يقيد فيها عليه السلام خيار الرؤية بمداه.

ثم ذكر أن دعوى الإطلاق فى الصحيحه لا تصح بناءً على ما تقدم من أن الخيار فى المقام بملاك نفى الضرر وكون لزوم البيع ضرورياً والضرر ينتفى بثبوت الخيار فى الزمان الأول ولا يكون الضرر فى الزمان الثانى من لزوم البيع بل من ترك الفسخ فى الزمان الأول، ولذا لا يتمسك فى إثبات التراخي باستصحاب الخيار لارتفاع الموضوع ولا أقل من عدم إحراز بقائه.

أقول: قد تقدم أن خيار الرؤية لا يدور مدار تحقق الضرر على المشتري بل إذا اشترى عيناً غائباً فوجدها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما احرز ما فيها من الوصف يثبت له الخيار سواء كان فى ذلك الشراء ضرر على المشتري أو وجدها على خلاف صلاحه ورغبته فقط.

وذلك فان الخيار لا يثبت بقاعده «نفى الضرر»^(٢) أصلاً، وأن المدرك للخيار فى المقام صحيحه جميل المتقدمه، ولم يذكر فيها عنوان الضرر موضوعاً ولا ملاكاً.

ص: ٢٤٥

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨ ، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ .
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٤ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث ، الحديث ١٠ .

المتيقن، ويبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين، مع أنّ صحيحه جميل المتقدمه في صدر المسأله مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدّه الخيار فيها على عدم الفوريّه وإن كان خلاف التحقيق، كما تبّهنا عليه في بعض الخيارات المستنده إلى النصّ.

الشرح:

ولا يبعد أن يقال: بأن مقتضى الإطلاق فيها تراخي الخيار.

ودعوى أنها بصدد أصل ثبوت الخيار فقط من غير تعرض لسائر الجهات لا يمكن المساعدة عليها، لأنّ الأصل في كل خطاب يتضمن الحكم وموضوعه كون المتكلم بصدد بيان ذلك الحكم وموضوعه بتمام قيودها التي منها الزمان.

وبتعبير آخر: تقييد مثل خيار الحيوان في الخطابات بزمان خاص وعدم تقييد مثل خيار الرؤيه به مقتضاها الالتزام بدخل الزمان في الأول دون الثاني.

أضف إلى ذلك ما ذكره السيد اليزدي (1) قدس سره: من أن الحكم في الصحيحه بثبوت خيار الرؤيه للمشتري المفروض فيها لا يمكن إلا بالتراخي في ذلك الخيار، لأن الإمام عليه السلام قد حكم فيها بالخيار للمشتري فعلاً أي بعد ما رأى القطعه التي لم يرها إلى مابعد البيع وبعد استقالته البائع وعدم موافقته على الإقاله وبعد سؤال جميل الإمام عليه السلام عن حكم الشراء المزبور.

نعم دلالتها على التراخي كذلك بالإضافة إلى المشتري المفروض في الروايه حيث كان في الزمان الأول بعد البيع جاهلاً بثبوت خيار الرؤيه له.

ويمكن اختلاف الخيار في الفوريه وعدمها بالإضافة إلى العالم والجاهل بالخيار وعدم كون الجهل بالحكم عذراً بالإضافة إلى مخالفه التكليف والحكم لا بالإضافة إلى

ص: ٢٦٦

وقد بينا سابقاً ضعف التمسك بالاستصحاب فى إثبات التراخى وإن استندوا إليه فى بعض الخيارات السابقه.

الشرح:

اختلاف جعل الحق، ومنه الخيار كما لا يخفى، فما ذكره رحمه الله (١) فى ذيل كلامه من عدم كون الجهل بالفوريه عذراً فتكون مقتضى الصحيحه التراخى فى الخيار مطلقاً ضعيف، لأنه بعد إمكان اختلاف الجاهل بالخيار والعالم به فى الفوريه وعدمها يشكل استفاده الحكم بالتراخى فى حق من كان عالماً بثبوت خيار الرؤيه له، ولكن أآخر الفسخ ولو مع جهله بفوريته.

ولكن يمكن دفع هذا الإشكال بإطلاق الحكم على المشتري المزبور بأن له خيار الرؤيه حيث لم يقيده عليه السلام بأول زمان علمه بالخيار، بل لا يمكن هذا التقييد كما لا يخفى.

وقد يجاب عما ذكره السيد اليزدى رحمه الله: أن الظاهر من أمثال الصحيحه أنها سؤال عن الحكم لا أنه وقع أمر شخصى أريد السؤال عن حكمه فأصحاب الأئمه عليهم السلام كانت طريقتهم فرض مسائل لأخذ الجواب والثبت فى كتبهم، ولعل كثيراً منها لم تكن واقعه فى الخارج، كما يظهر بالمراجعه إلى الأصول المنقول فيها رواياتهم فلا وجه لما ذكر.

أقول: لم يظهر وجه الجواب فان إرادته السؤال عن الحكم الكلى لازمه أن يعم الجواب الكلى الواقع المفروضه فى السؤال أيضاً لا أن لا يعم الجواب شخص الواقع المفروضه فى السؤال، كما لا يخفى.

ومحور كلام السيد اليزدى قدس سره: أنه لو كان خيار الرؤيه بنحو الفور لم يمكن ثبوت الخيار فعلاً للمشتري المفروض فى السؤال.

ص: ٢٦٧

مسأله: يسقط هذا الخيار بترك المبادره [١] عرفاً على الوجه المتقدم في خيار الغبن، وبإسقاطه بعد الرؤية، وبالتصرف بعدها، ولو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه، ثالثها: ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية، بناءً على أن التصرف إسقاطاً فعلي. وفي جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أن الرؤية سبب أو كاشف. قال في التذكرة: لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم،

الشرح:

[١] الأول: ترك المبادره ذى الخيار إلى فسخ البيع على قرار ما تقدم من تركها في فسخه بخيار الغبن.

أقول: انتهاء الخيار بترك المبادره مبنى على كون خيار الرؤية على الفور، وقد تقدم ضعف ذلك وأنه على التراخي.

الثاني: إسقاطه قولاً - بعد الرؤية ووجدان العين على خلاف ما رآها سابقاً فان جواز إسقاطه مقتضى كون الخيار حقاً على ما استفيد من الأخبار الواردة في خيار الحيوان وغيره، ولا يحتمل كون بعض الخيار حقاً دون البعض الآخر.

الثالث: التصرف في العين التي رآها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما أحرز لها من الوصف، ولكن هذا التصرف فيما إذا كان مع بقاء الرضا بالمعامله والإغماض عن فسخها حتى فيما بعد يكون إسقاطاً فعلياً، ولا فرق في نفوذ الإسقاط بين القول والفعل.

وأما إذا كان بغير هذا الداعي فلا دليل على سقوط الخيار به بعدما ذكرنا من أن الخيار حق يتعلق بالمعامله ولا يمنع عن تصرف المتعاملين فيما انتقل إليهما.

نعم قد حكم الشارع في بعض التصرفات بأنها إسقاط فعلي للخيار كلمس الجاربه والنظر منها إلى ما يحرم على غير المالك والزوج.

والكلام في المقام في مطلق التصرف لا في تلك التصرفات التي لا يبعد القول

لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى. وحكى ذلك عن غيرها أيضاً. وظاهره: أنّ الخيار يحدث بالرؤية، لا أنّه يظهر بها، ولو جعلت الرؤية شرطاً لا سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب وهو العقد. ولا يخلو عن قوه.

الشرح:

بأنها مسقطه لخيار الحيوان، ولا يعم سائر الخيارات لاحتمال خصوصيه في خيار الحيوان. ولذا لا يوجب النظر إلى الأمه المشتره سقوط خيار العيب على ما يأتي.

ثمّ إنه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق في التصرف المسقط بين كونه قبل الرؤية أو بعدها بناءً على ما ذكر من جواز إسقاط الخيار بعد البيع وقبل الرؤية حتى لو قيل بحصول الخيار بالرؤية بأن يكون الرؤية مقوماً لموضوع الخيار لا كاشفاً.

الرابع: إسقاطه قولاً أو فعلاً بعد المعامله وقبل الرؤية.

وقيل: جواز إسقاطه قبل الرؤية مبنى على كون الرؤية كاشفه؛ وأما إذا كانت سبباً فيكون إسقاطه قبلها من إسقاط ما لم يجب.

وذكر المصنف رحمه الله أنه لو قيل بأن السبب للخيار هو العقد والرؤية شرط لتحقيقه كفى ذلك في إسقاطه حيث يجوز في إسقاط شيء تحقق سببه.

أقول: قد ذكر الرؤية في صحيحه جميل بإضافه الخيار إليها، والإضافه تكفى فيها مناسبة ما ولو باعتبار أن الرؤية غالباً موجب العلم بفقد الأوصاف التي أحرزها المشتري في العين الغائبه أو اعتقد بوجودها فيها، بل الرؤية في أمثال المقام كناية عن العلم المتمحض في الطريقيه، كما في قوله: «إذا رأيت زيدا محتاجاً فأعطه المال».

وبتعبير آخر: مناسبة الحكم والموضوع أن الخيار مترتب على فقد الوصف الذي أحرزه المشتري واعتقده في المبيع الغائب، ولذا لو رأى العين على ما أحرزها لم يكن له خيار مع أنه لم يذكر ذلك في الصحيحه، هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا حدوث الخيار بالرؤية إلا إن إسقاط الحق لا يقابل بإسقاط الأمر

ولو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فسادهِ وإفساده للعقد، كما عن العلامه وجماعه، أو عدمهما، كما عن النهايه وبعض، أو الفساد دون الإفساد وجوه، بل أقوال: من كونه موجباً لكون العقد غرراً، كما في جامع المقاصد: من أن الوصف قام مقام الرؤيه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئياً ولا موصوف. ومن أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه، فإن الخيار حكم شرعي لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزلاً، والعلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفه، فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبه على أى صفه كانت، ولو كان الالتزام المذكور مؤدياً إلى الغرر لكان اشتراط البراءه من العيوب أيضاً مؤدياً إليه، لأنه بمنزله بيع الشيء صحيحاً أو معيباً بأي عيب كان، الشرح:

الحقيقي والعيني، بل هو كالحق أمر اعتباري إنشائي، وقد ذكرنا كراراً اعتبار الأمر الاستقبالي وجوداً وسقوطاً أمر ممكن، غايه الأمر يحتاج نفوذه إلى دليل الإمضاء، ودليل الإمضاء في المقام جواز إسقاطه حال العقد بشرط سقوطه فيه، فانه إذا كان الخيار من الحقوق وجاز إسقاطه قبل تمام العقد باشتراط سقوطه عنه كما يأتي جاز إسقاط ذلك الحق بعده أيضاً حيث لا يحتمل جواز إسقاط الحق في العقد لا بعده.

الخامس: اشتراط سقوطه في العقد فان في هذا الاشتراط أقوال ثلاثه:

الأول: فساد الشرط وفساد البيع به. الثاني: صحه العقد والشرط فلا يكون مع شرط سقوط خيار الرؤيه خيارها في شراء العين الخارجيه. الثالث: فساد الشرط، ولكن يصح العقد ويثبت في شرائها خيار الرؤيه كما هو مقتضى فساد الشرط.

وذكر قدس سره في وجه الأول أن الشرط المزبور يوجب كون البيع غررياً لأن معنى شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بوجود الصفات التي وصفها بها، وأنه يبيع العين الغائبه بأى صفه.

ولا شك أنه غررٌ، وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتماداً على أصالة الصحة، لا من جهة عدم اشتراط ملاحظه الصحة والعيب في المبيع، لأنّ تخالف أفراد الصحيح والمعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح، واقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبره في بيع العين الغائبه على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة، لا لجواز إهمالها عند البيع. فحينئذٍ، فإذا شرط البراءه من العيوب، كان ذلك راجعاً إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف وعدمها، فيلزم الغرر، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ وأتباعه: من جواز اشتراط البراءه من العيوب فيما لا- قيمه لمكسوره كالبيض والجوز الفاسدين كذلك، حيث إن مرجعه على ما ذكروه هنا في اشتراط الشرح:

وبتعبير آخر: اعتبار الأوصاف في العين كان قائماً مقام مشاهده العين؛ وإذا ألغى اعتبار الأوصاف كان بيع تلك العين بلا توصيف ورؤيه وهذا يدخل في بيع الغرر.

ووجه القول الثاني: أن خيار الرؤيه نظير خيار الحيوان حكم شرعى يترتب على تمام البيع، ومعنى شرط سقوط الخيار الرؤيه الالتزام بعدم فسخ البيع، لا- أن العين الغائبه تباع بأى صفة كانت بحيث يوجب الغرر في البيع، وإلا لما صح اشتراط البراءه من العيوب ويكون البيع بها غريباً، لأن اختلاف ماله الشيء باختلاف صحه الشيء وعيبه أفحش من تفاوتها باختلاف سائر الأوصاف.

لا يقال: الرفع للغرر عن البيع في وصف الصحة والعيب ليس هو التوصيف بل الاعتماد على أصالة الصحة بخلاف رفعه في بيع العين الغائبه فانه يكون بالتوصيف، فمع الإغماض عن التوصيف يكون بيعها غريباً بخلاف مسأله البراءه عن العيوب.

فانه يقال: لا فرق في ملاحه الوصف لرفع الغرر عن البيع بين وصف الصحة وسائر الأوصاف، غايه الأمر ملاحظه وصف الصحة غير محتاج إلى ذكرها في متن

سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بماليه المبيع، ولذا اعترض عليهم الشهيد وأتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط. لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب ولو كان للمعيب قيمه، لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً أو معيباً بأي عيب، والغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفاً بأي وصف كان. ثم إنه قد يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع ولو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق، بناءً على ما عرفت: من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها، فاشتراط الإسقاط لغو، وفساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمه. لكن الإنصاف: ضعف وجه هذا القول.

الشرح:

العقد بل يكتفى في بيع الشيء صحيحاً الاعتماد على اصاله سلامته، فيكون معنى البراءة عن العيوب بيع الشيء صحيحاً كان أو فاسداً، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن الشيخ وأتباعه^(١): من جواز اشتراط البراءة عن العيب فيما لا قيمة لمكسوره مع العيب كالبيض والجوز الفاسدين؛ ولذا ذكر الشهيد وأتباعه فساد البيع باشتراط البراءة في مثل الجوز والبيض، ولكن مقتضى ذلك عدم جواز اشتراط البراءة حيث في غيرهما أيضاً.

ووجه القول الثالث: أن شرط سقوط خيار الرؤية لا يوجب الغرر في البيع، فان غايته أن لا يكون له الفسخ على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف إلا أن الخيار في زمان اشتراط سقوطه غير محقق فيكون الاشتراط المزبور من إسقاط ما لم يجب

ص: ٢٧٢

١- (١) الدروس ٣: ١٩٨، وراجع المبسوط ٢: ١٣٨، والوسيله: ٢٤٧ و ٢٥٥، وإصباح الشيعة: ٢٢٤، والمهذب ١: ٣٩٢.

وأقوى الأقوال أولها، لأنّ دفع الغرر عن هذه المعامله وإن لم يكن لثبوت الخيار، لأنّ الخيار حكمٌ شرعيّ لا دخل له في الغرر العرفيّ المتحقّق في البيع، إلّا أنّه لأجل سبب الخيار، وهو اشتراط تلك الأوصاف المنحلّ إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنّها إمّا شروطٌ للبيع و إمّا قيودٌ للمبيع كما تقدّم سابقاً واشتراط سقوط الخيار راجعٌ إلى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات وعدمها، والتنافى بين الأمرين واضح.

الشرح:

فلا يصح، ونتيجة ذلك صحة البيع وثبوت خيار الرؤيه على تقدير تخلف الرؤيه عن التوصيف.

ثمّ إنه رحمه الله اختار القول الأول بدعوى أن شرط سقوط الخيار موجب للغرر في البيع، لأن الأوصاف التي تذكر للعين الغائبه؛ اما قيد للبيع، واما قيود للمبيع؛ ومع شرط سقوط الخيار يكون مقتضى العقد وقوع البيع على كل تقدير وعلى أى وصف للعين المزبوره.

والتنافى بين هذا وبين توصيف بائع العين ظاهر بخلاف البراءة عن العيوب، فان التنافى لا مجال له فيها فان رفع الغرر عن البيع فى مورد خيار العيب يكون باعتماد المشتري على اصاله الصحه لا- على تعهد البائع وتوصيفه فلا يكون فى اشتراط البراءة تناف لتحقق الاعتماد على اصاله الصحه ولو مع براءة البائع.

وعلى ذلك فلو كان الاعتماد فى شراء العين الغائبه على أمر آخر غير توصيف البائع كما إذا رأى المشتري العين سابقاً واشتراها بالاعتماد على استصحاب بقائها على حالها أو على توصيف غير البائع يكون اشتراط سقوط خيار الرؤيه نظير مسأله البراءة عن العيوب غير مناف لارتفاع الغرر عن البيع.

ولو فرض أنه لا فرق بين الاعتماد على اصاله الصحه وتوصيف البائع فى أن

وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصَّحَّة، لا على تعهّد البائع لانتفائها حتّى ينافى ذلك اشتراط براءة البائع عن عهده انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإنّ البائع يتعهّد لوجودها في المبيع والمشتري يعتمد على هذا التعهّد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاه لذلك.

الشرح:

اشتراط سقوط الخيار في مسأله البراءة عن العيوب ومسأله العين الغائبه يوجب الغرر في البيع فلتتزم بجواز البراءة عن العيوب للنص الوارد فيها ويكون هذا النص مخصصاً للنهي عن بيع الغرر، فان هذا النهي عنه لا يزيد على سائر العمومات التي يرفع اليد عن عمومها بورود المخصص.

أقول: عمدته ما ذكره قدس سره في المقام يرجع إلى أمور ثلاثة:

أحدها: أن الوصف الذي يتعهده البائع للمشتري قيد للبيع أو قيد للمبيع بحيث لا- يكون البيع أو المبيع مع عدم ذلك التعهد مطلقاً.

وثانيها: أن كل وصف اعتبر في المبيع بتعهد البائع وتوصيفه لا يمكن فيه شرط سقوط خيار الرؤيه لتنافي التوصيف والتعهد مع شرط سقوط الخيار فيكون البيع مع شرط سقوط الخيار غريباً بخلاف ما إذا كان رفع الغرر بغير توصيف البائع وتعهد، كما في خيار العيب فان شرط سقوط الخيار فيه لا يوجب التنافي والدخول في الغرر.

وثالثها: أنه لا يقاس مسأله براءة البائع عن عيوب المبيع بمسأله شرط سقوط خيار الرؤيه مع توصيف البائع لينافي شرط سقوط الخيار التوصيف، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك فيمكن الالتزام بأن النهي عن بيع الغرر قد ورد التخصيص عليه في مورد براءة البائع من العيب لورود النص على جوازه وسقوط الخيار معه والنهي

ص: ٢٧٤

نعم، لو شاهده المشتري واشتره معتدداً على أصله بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفه، كان نظير اشتراط البراءه من العيوب. كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الإخبار بالكيل. والضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أماره أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبه مساواه باطن الصبره لظاهرها أو نحو ذلك. ومما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد وغيره في المنع والجواز بين اشتراط البراءه من الصفات المأخوذه في بيع العين الغائبه وبين اشتراط البراءه من العيوب في العين المشكوك في صحته وفساده.

الشرح:

المزبور لا يزيد على سائر العمومات والمطلقات.

ولكن لا يخفى أن ذكر البائع الوصف للمبيع وإن يوجب تقييده ولكنه مختص بالكليات لأنها قابله للتقييد؛ ولذا لو باع كلياً موصوفاً ودفع إلى المشتري، ما يكون فاقداً له يكون للمشتري الاستبدال فقط لا خيار الفسخ لأن ما دفعه إلى المشتري ليس فرداً للمبيع ليكون المدفوع وفاءً للبيع، ولكن العين الشخصيه لا يقبل التقييد؛ ولذا يكون الوصف فيه توضيحاً.

وأما نفس الوصف في شيء من القسمين لا يكون قيداً للبيع ولا كان محكوماً بالبطلان للتعليق ولا أقل ينتفى البيع مع عدم ذلك الوصف لا أن يثبت الخيار، فان الخيار حق في فرض ثبوت البيع.

والحاصل: أن الوصف في بيع العين الخارجيه سواء كان بذكر البائع أو بغيره ان أخذ بنحو الشرط فلا يكون قيداً للمبيع كما أنه لا يكون قيداً لنفس البيع.

ص: ٢٧٥

وظهر أيضاً أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكوره فى العقد فى المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها، لأنّ دفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات، بل لعلمه بها، وكذا لو اطمأن بوجودها ولم يتيقن. والضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات وتعهدها من البائع وعدمه. وظهر أيضاً ضعف ما يقال: من أنّ الأقوى فى محلّ الكلام الصحه، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول، ولو أنّ الغرر ثابت فى البيع نفسه لم يُجد فى الصحه ثبوت الخيار، وإلا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، وهو معلوم العدم. وإقدامه بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه، انتهى. توضيح الضعف: أنّ المجدى فى الصحه ما هو سبب الخيار، وهو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار. وأما كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصه فى البيع الغررى. والمسأله موضع إشكال.

الشرح:

نعم قد يقع التعهد به فى المعامله ولا معنى للتعهد به فى بيع العين الشخصيه كما هو الفرض إلا ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير عدمه، وظاهر توصيف البائع العين بوصف ثبوت هذا التعهد عليه.

والمراد بالظهور إطلاق توصيفه وعدم تعقيبه بقوله: ولكن لا خيار لك مع عدم الوصف، فيكون توصيف البائع مع هذا التعقيب كتوصيف ولى البنت فى نكاحها بأنها كذا، فلا منافاه بين التوصيف وعدم الخيار وشرط سقوط الخيار لأنه يكفى فى شرط سقوطه احتمال عدم الوصف ولو احتمالاً ضعيفاً بحيث لا ينافى التوصيف المتضمن للأخبار بالوصف أو يكون شرط سقوط الخيار بداعى أن الوصف وإن يكون موجوداً باعتقاده جزماً إلا أنه يحتمل أن المشتري أن يدعى فقده فيكون التحفظ على مؤنه الاختلاف والمحاكمه داعياً له إلى شرط سقوط الخيار.

ص: ٢٧٤

عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت أو إبدال العين

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت [١] ولا- بإبدال العين، لأنَّ العقد إنَّما وقع على الشخصى، فتملِّك غيره يحتاج إلى معاوضهٍ جديده. ولو شرط فى متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، ففي الدروس: أنَّ الأقرب الفساد. ولعلَّه لأنَّ البذل المستحقَّ عليه بمقتضى الشرط:

الشرح:

وممَّا ذكرنا يظهر الحال: أن الموجب لثبوت الخيار هو التعهد المعاملى بالوصف ويحصل هذا التعهد ولو كان رفع الغرر فى المعامله باعتماد المشتري على اصاله السلامه أو توصيف الغير أو غير ذلك، وفيما إذا وقعت المعامله مبنيه على التعهد به ولم يعقب بسقوط الخيار على تقدير التخلف يثبت الخيار ولا خيار مع تعقيبها به سواء كان الخيار المشترط بسقوطه خيار الشرط أو الرؤية أو غير ذلك.

نعم قد ذكرنا فيما سبق عدم دوران خيار الرؤية للتعهد بل هو خيار آخر غير خيار الشرط؛ ولذا يثبت مع عدم توصيف البائع أيضاً كما إذا اشترى العين الغائبه برؤيه سابقه أو توصيف الأجنبى فلا مورد فى مثله لتوهم الغرر مع شرط سقوط الخيار.

وعلى الجملة شرط سقوط خيار الشرط ينافى التعهد بالوصف لا أنه ينافى التوصيف ورفع الغرر يكون بالتوصيف لا بتعهد البائع بالوصف، فلا منافاه بين شرط سقوط خيار الشرط أو غيره وبين توصيف البائع المبيع بوصف أو أوصاف.

[١] لا- يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت بين العين الفاقده للوصف والواجده له بأن ليس له إجبار المشتري على أخذ ذلك التفاوت وإبقاء البيع كما أنه ليس للمشتري إجزام البائع بالبذل المزبور، وكذا الحال فى إبدال المبيع الفاقده للوصف بالعين الواجده له؛ وأما التراضى بالبذل أو الإبدال فهذا أمر آخر ويكون من الإسقاط الخيار بالفعل وقد مرَّ أنه كإسقاطه القولى.

ولو اشترط فى العقد الإبدال على تقدير تخلف الوصف ففي صحه العقد

إن كان بإزاء الثمن فمرجه إلى معاوضه جديده على تقدير ظهور المخالفه، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفه، ويعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد وانعقاد عقد آخر، كلُّ منهما معلقٌ على ظهور المخالفه، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك. و إن كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجه أيضاً إلى انعقاد معاوضه تعليقته غرريه، لأن المفروض جهاله المبدل. وعلى أى تقدير، فالظاهر عدم مشروعيتيه الشرط المذكور، فيفسد ويفسد العقد.

الشرح:

والشرط أو فسادهما أو صحه العقد دون الشرط أقوال: فانه قد ذكر فى الدروس: أن الأقرب الفساد(١). وقد حمه المصنف رحمه الله على فساد العقد والشرط معاً.

وذكر فى وجهه: أنه لو رجع شرط الإبدال على تقدير تخلف الوصف إلى انفساخ ذلك العقد وانعقاد عقد آخر بين الثمن المزبور والعين الأخرى الواجده للوصف نحو شرط النتيجة، فمن الظاهر أن الشرط لا يحقق الانفساخ ولا انعقاد عقد آخر.

ولو رجع أنه على تقدير تخلف الوصف يعقد عقد آخر بين العين التى جرى عليه البيع وبين البديل فيكون الشرط أى المشروط انعقاد معاملة أخرى تعليقته غرريه لأن المفروض أنه لا يعلم فعلاً أن العين التى يجرى عليها البيع فاقده للوصف أو واجده له، وهذا الشرط يوجب الغرر فى أصل البيع فيبطل البيع والشرط.

ثم تعرّض لما ذكره صاحب الحدائق رحمه الله فى الرد على الدروس وقال: أنه يظهر مما ذكرنا ضعف الرد. قال فى الحدائق(٢) فى مقام الرد على الدروس ما حاصله: إنه لو أراد الشهيد أن البيع المشروط فيه الإبدال باطل على الإطلاق أى فيما ظهرت العين على الوصف وما ظهرت على خلافه ففيه أنه لا موجب لبطلانه مع ظهور العين على

ص: ٢٧٨

١- (١) الدروس ٣ : ٢٧٦ .

٢- (٢) الحدائق ١٩ : ٥٩ .

وبذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق: من الاعتراض على الشهيد قدس سره ، حيث قال بعد نقل عباره الدروس وحكمه بالفساد ما لفظه: إنّ ظاهر كلامه أنّ الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

الشرح:

الوصف بل مقتضى الأخبار المتقدمه أى الأخبار الوارده فى خيار الرؤيه صحه ذلك البيع.

نعم لو ظهرت العين على خلاف الوصف يكون البيع فاسداً لتخلف الوصف ولا يصححه شرط الإبدال لإطلاق الأخبار المشار إليها من أن للمشتري الخيار مع خلاف الوصف، ولعل مراد الشهيد فى الدروس من الفساد فساد الشرط دون البيع، ووجه فساد الشرط عدم ترتب أثر على الشرط المزبور ظهرت العين على الوصف أو على خلافه.

أقول: الظاهر أن صاحب الحدائق رحمه الله قد فهم مما ورد فى خيار الرؤيه بطلان البيع على تقدير تخلف الوصف بأن يكون معنى الخيار فيه اختيار البيع وعدمه؛ ولذا ذكر أنه مع ظهور العين على الوصف لا موجب لبطلان البيع وأنه مع المخالفه يبطل ولا يصححه الشرط المزبور.

وفيه: أولاً: أن صححه جميل المتقدمه ثبوت الخيار بمعناه المعروف؛ وثانياً: أنه لا تعرّض لها لصوره ظهور العين على الوصف فكيف تمسك بإطلاقها.

وأما أصل المسأله أى شرط الإبدال فى البيع فإن كان بنحو شرط الفعل فلا ينبغى الإشكال فى صحه البيع والشرط، بل يكون الإبدال من شرط سقوط خيار الرؤيه فلا يكون للمشتري على تقدير تخلف الوصف إلا المطالبه بالإبدال.

نعم لو امتنع البائع عن الإبدال ولم يمكن إجباره فللمشتري خيار الفسخ لتعذر الشرط.

وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً للفساد، لعموم الأخبار المتقدمه. نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفه، ولا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار في الخيار. والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه. وبالجملة، فإنني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكوره على الإطلاق وجهاً يحمل عليه، انتهى.

الشرح:

وأما إذا كان بنحو شرط النتيجة فان كان المشروط انفساخ البيع وانعقاد معاوضه أخرى بين الثمن والعين الواجده للوصف فالشرط المزبور باطل، لأن شرط الانفساخ في العقد فسخ فعلي للمعامله قبل حصولها، ولا دليل على نفوذه كما أن شرط الإبدال مع الانفساخ شرط ابتدائي لأن بالانفساخ يفسخ المعامله بشرطها ولا يقاس بشرط سقوط الخيار في العقد فان ما دل على شرط سقوط خيار العيب بالبراءه من العيوب في العقد دليل على مشروعيه إسقاط الخيار في العقد فيعمه قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم»^(١) بخلاف شرط الانفساخ.

وأما شرط الإبدال بين العين الفاقد له للوصف والواجده له بلا- انفساخ البيع الأول بنحو شرط النتيجة فهو أيضاً باطل فانه من تملك الشئ بعوض أى المبدل قبل تملكه.

وبتعبير آخر: يدخل التملك المزبور في بيع الشئ قبل تملكه فيعمه قوله صلى الله عليه وآله «لا بيع الا في ملك»^(٢) بل في قوله عليه السلام «نهى عن بيعين في بيع»^(٣).

ص: ٢٨٠

-
- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .
 - ٢- (٢) راجع عوالي اللآلى ٢ : ٢٤٧ ، الحديث ١٦ . وفيه: «لا بيع إلا فيما تملك» .
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٧ ٣٨ ، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ و ٥ .

ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد

مسأله: الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد [١] واقع على عين شخصيه موصوفه كالصلح والإجاره، لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفه، فإنما أن يحكم بطلان العقد، لما تقدّم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبه. وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار. والأول مخالفٌ لطريقه الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطه في المعقود عليه. والثاني فاسدٌ من جهه أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقض، ومعلومٌ أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقده للصفات المشترطه فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدّم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءً وعملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرفٌ لم يدل عليه العقد، فيبطل.

الشرح:

وأما ما ذكر قدس سره في وجه البطلان من أن شرط الإبدال معامله غرريه تقديرية فلا يمكن المساعدة عليه، لأن المبدل في التمليك بالشرط العين الفاقده للوصف؛ وأما التعليق في التمليك فلا دليل على بطلانه بل الثابت بالإجماع هو التعليق في العقود لا في شروط العقود أيضاً كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أن خيار الرؤيه على تقدير رجوعه إلى خيار تخلف الوصف المشروط فلا اختصاص لذلك الخيار بالعين المبيعه بل يجرى في كل معامله تقبل اشتراط الخيار فيه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن خيار الرؤيه خيار تأسيسى يترتب على عدم رؤيه العين الخارجيه زمان بيعها سواء كان شراؤها بالرؤيه السابقه أو بتوصيف ثالث؛ واستفدنا ذلك من صحيحه جميل المتقدمه فلا يمكن التعدى منها إلى غير البيع من سائر المعاملات.

وعلى ذلك فلو كانت معامله الأخرى المتعلقة بالبيعين الخارجيه الغائبه

والحاصل: أنّ الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأوّل منافٍ لطريقه الأصحاب في غير باب، فتعيّن الثاني.

مسأله: لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته، وقال المشتري: قد اختلفت، ففي التذكرة: قُدّم قول المشتري [١] لأصالة براءة ذمّته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينة. وردّه في المختلف في نظير المسأله بأنّ إقراره بالشراء إقراراً بالاشتغال بالثمن. ويمكن أن يكون مراده براءة الذمّه عدم وجوب تسليمه إلى البائع، بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلن في مدّه الخيار وإن تسلّم الآخر.

الشرح:

بتوصيف مالها فيثبت خيار الشرط، وإلا فلا خيار.

ومما ذكر يظهر الحال في الاستدلال الذي ذكره المصنف رحمه الله على التعدى إلى سائر المعاملات.

[١] لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف الوصف، وقال المشتري: قد اختلف، ذكر في التذكرة (١): يقُدّم قول المشتري لأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن؛ ومعنى تقديم قوله: إنه يثبت له خيار الفسخ بحلفه على عدم تعلق البيع على هذا الموجود بدون ذلك الوصف.

ولكن ذكر في المختلف (٢) تقديم قول البائع لأصالة عدم الخيار ولا مجال لأصالة براءة ذمه المشتري من الثمن بعد إقراره بوقوع البيع على هذا الموجود ودخول الثمن في ملك البائع سواء تخلف الوصف أم لا.

ص: ٢٨٢

١- (١) التذكرة ١ : ٤٦٧ .

٢- (٢) المختلف ٥ : ٢٩٧ .

وكيف كان، فيمكن أن يخدمش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمّته بالثمن سواءً اختلف صفه المبيع أم لم يختلف، غايه الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أنّ البائع التزم على نفسه اتّصاف البيع بأوصافٍ مفقوده، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابلٍ للإزالة بفسخ العقد. هذا، ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط، إلّا أنّه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشكّ في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفاتٌ مفقوده، أو تعلقه بعينٍ لوحظ فيها الصفات الموجوده أو ما يعتمها، واللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه. ومنه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابه العبد، وقد تقدّم توضيح ذلك وبيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسأله ما إذا اختلفا في تغيّر ما شاهدها قبل البيع.

الشرح:

وما قيل (١): من أن المراد من أصله براءة ذمه المشتري عدم وجوب تسليمه إلى البائع حتى ما لو أقبض المبيع بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار ولا يجب تسليم أحدهما ولو مع تسلّم المال من الآخر.

ففيه: أنه لا يجوز الإمساك بمال الغير بلا رضاه، والخيار حق متعلق بالعقد فان فسخ ذو الخيار يكون له استرداد ما انتقل عنه إلى صاحبه وإلا فلا يجوز الاسترداد أو الإمساك به مع تسلّم المال الآخر عن صاحبه.

والأظهر أنه لو رجع خيار الرؤيه إلى خيار تخلف الوصف المشروط كما هو ظاهر المصنف رحمه الله فقد تقدم أن الخيار أثر تعهد البائع بالوصف المفقود والأصل عدم تعهده به.

ص: ٢٨٣

لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول

مسأله: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي [١] كالأول بطل، كما عن المبسوط والقاضى وابن سعيد والعلامة فى كتبه وجامع المقاصد. واستدلّ عليه فى التذكرة وجامع المقاصد: بأنّ بعضه عينٌ حاضرةٌ وبعضه فى الذمّه مجهولٌ. وعن المختلف: صحّته. ولا يحضرني الآن حتّى أتأمل فى دليله، والذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً. فالذى يقوى فى النظر: أنّه إذا باع البعض المنسوج المنضمّ إلى غزلٍ معيّن على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، وكذا إذا ضمّ

الشرح:

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن لزوم العقد أثر إطلاق متعلق البيع، فقد تقدم أن العين الخارجيه غير قابله للتقييد واللزوم من أحكام البيع فى صورته عدم تعهد البائع بالوصف المفقود وجريان البيع على العين محرز بالوجدان وعدم تعهد البائع بالوصف محرز بالأصل.

وأما إذا كان خيار الرؤية خياراً برأسه وأنه يثبت فى شراء العين الخارجيه التى لم يرها مشتريها عند شرائها، فلم يحرز أنّ قيد الموضوع عدم وجدان العين على ما أحرزها من الوصف أو وجدانها على خلاف ما اعتقدها فيه من الوصف، فلا يمكن إجراء الأصل فى ناحيه موضوع الخيار فيجرى فى ناحيه عدم ثبوت حق الخيار للمشتري المزبور فيكون القول قول البائع كما لا يخفى.

[١] لو نسج بعض الثوب وكان بعضه الآخر غير منسوج وباع المنسوج وغيره على أن ينسج الباقي على طبق المنسوج فقد قيل كما عن الشيخ رحمه الله فى المبسوط (١) والقاضى (٢) وابن سعيد (٣) بطلان البيع المزبور من أصله، لان المبيع بعضه موجود

ص: ٢٨٤

١- (١) المبسوط ٢: ٧٧.

٢- (٢) المهذب ١: ٣٥٢.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٢٥٦ ٢٥٧.

معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك، إذ لا مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطه والصنع. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومه منسوجه مع هذا المنسوج بهذا المنوال. ولو لم ينسجه في الصورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط. ولو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيره لم يلزم القبول، وبقي على مال البائع، وكان للمشتري الخيار في المنسوج، لتبعص الصفقه عليه، والله العالم.

الشرح:

وبعضه غير معلوم.

وذكر السيد اليزدي قدس سره (١): أن مرادهما بيع العين الخارجيه التي بعضها موجود وبعضها غير موجود. ومن الظاهر أنه لا يصح بيع العين الخارجيه قبل تحققها كبيع حنطه المزرعه ونحوها قبل وجودها.

أقول: بيع العين الخارجيه قبل وجودها لا بنحو الكلي على العهده، وإن كان غير صحيح فان العين قبل وجودها لا يعتبر ملكاً ولا يصح بيعه مضافاً إلى ورود النص بذلك في بعض أفراد المسأله، كبيع حنطه المزرعه والثمره قبل وجودهما، إلا أن ذلك لعدم الوجود حال البيع لا- للجهاله؛ بل لو علم حصول العين في المستقبل أيضاً لا يجوز بيعها، ولكن يظهر من النصوص المزبوره أن تحقق بعض المبيع كاف في جواز بيع كله فراجع.

ثم إن على تقدير بطلان البيع لعدم وجود بعض المبيع فعلاً- وكونه استقبالياً لا- يوجب بطلان البيع مطلقاً؛ بل يختص ذلك بالإضافة إلى موارد عدم انحلال البيع

ص: ٢٨٥

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبيئاً على سلامه العين [١] من العيب، وإنما ترك

الشرح:

بالإضافه إلى الموجود وغير الموجود والثوب فى غالبه من موارد الانحلال؛ كما لا يخفى.

وذكر المصنف رحمه الله : أن للبيع المزبور صور ثلاث وفى كلها يكون البيع محكوماً بالصحة، ولكن الصوره المتقدمه مغفول عنها فى كلامه.

والصور الثلاث ما إذا باع بعض المنسوج منضمماً إلى الغزل الخارجى غير المنسوج على أن ينسجه طبق المنسوج وما إذا باع المنسوج مع غزل كلى موصوف على أن ينسجه وضم الكلى إلى العين الخارجيه ويبيعهما بصفقه لا باس به.

وبعض الكلمات المنقوله عن المختلف (١) يشير إلى جعل نسج الغزل شرطاً فى البيع حيث ذكر ان اشتراط النسج كاشتراط الخياطه والصبغ.

وما إذا باع المنسوج مع أذرع معلومه من الثوب ينسجه مع النسوج فعلاً ويكون أيضاً من ضم الكلى إلى العين الخارجيه فى البيع.

وقال: إن البيع فى جمع الصور الثلاث محكوم بالصحة غايه الأمر أنه لو لم ينسج الباقي فى صورتين الاوليتين يصح البيع فى تمام البيع ويثبت للمشتري خيار تخلف الشرط بخلاف الصوره الأخيره فانه يصح البيع بالإضافه إلى المنسوج مع ثبوت خيار تبعض الصفقه فيه للمشتري.

[١] المراد من ابتناء العقد على سلامه العين اشتراط سلامتها فى العقد الجارى على تلك العين نظير ابتناؤه على وصف كمال يذكر فى متن العقد وليس المراد تعليق

ص: ٢٨٦

اشترطه صريحاً اعتماداً على أصالة السلامه، وإلا لم يصح العقد من جهه الجهل بصفه العين الغائبه، وهى صحتها التى هى من أهم ما يتعلّق به الأغراض. ولذا اتفقوا فى بيع العين الغائبه على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، ولم يذكروا اشتراط صفه الصّحه، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبداً لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مُقعد، لا يعتمد فى صحته إلا على أصالة السلامه، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات فى العقد، وكما يعتمد على إخبار البائع الشرح:

العقد على حصول ذلك الوصف وإلا بطل البيع مطلقاً لاشتراط التّنجز فى العقود، ولا أقل من بطلانه على تقدير عدم الوصف لا كون العقد خيارياً كما لا يخفى. وما قيل من أن اعتبار وصف الصّحه لانصراف متعلق البيع إلى فرض سلامته لا يخفى ما فيه لأن الانصراف يتحقق فى الكليات، ولا يعم العين الخارجيه ومع الإغماض عن ذلك فلازم ذلك عدم وجود للمبيع على تقدير فقد وصف الصّحه.

والالتزام بتعدد المطلوب كما عن السيد اليزدى (١) قدس سره كما ترى، فانه لو كان المراد من تعدد المطلوب تعدد الالتزام والملتزم به، بأن يكون أحد الالتزامين متعلقاً بملكه المشتري العين بازاء الثمن، والآخر بتحقيق وصف الصّحه بمعنى استحقاق المشتري المطالبه به بحيث لو لم يكن فى العين ذلك الوصف يكون له رفع اليد عن الالتزام الأول بفسخ المعامله، فهذه عباره أخرى عن الشرط الضمنى.

ولو أريد من تعدد المطلوب معنى آخر فلا نتصوره فى البيع ونحوه فانه لا يمكن الالتزام بتعلق البيع بنفس العين مطلقاً وبيع آخر بالعين مقيده بالوصف.

ص: ٢٨٧

بالوزن. قال في التذكرة: الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السلامة من العيوب والصحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابله تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصاله السلامة، انتهى. وقال في موضع آخر: إطلاق العقد واشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مرّ: من أنّ القضاء العرفي يقتضى أنّ المشتري إنّما بذل ماله بناءً على أصاله السلامة، فكأنّها مشرطه في نفس العقد، انتهى.

الشرح:

والحاصل: في المقام أمران:

أحدهما: الحكم بصحة بيع العين مع عدم الجزم بسلامتها مع أن إحراز سلامتها مما يوجب انتفاء معظم الغرر عن بيعها وصحته باعتبار هذا الإحراز بالاعتماد على أصاله الصحة.

وثانيهما: ثبوت خيار العيب مع عدم تبرؤ البائع عن عيب المبيع، وهذا باعتبار اشتراط سلامه المبيع لا للاعتماد إلى أصاله الصحة. ويشهد لذلك سقوط خيار العيب مع تبرؤ البائع من عيب المبيع مع اعتماد المشتري على أصاله الصحة، كما اعترف المصنف رحمه الله بذلك فيما سبق.

وعلى ذلك فلا بد من تعليل عدم ذكر وصف الصحة في متن العقد بكون اشتراطها ارتكازياً لا بالاعتماد على أصاله الصحة، كما عبّاره المصنف رحمه الله . نعم يكون تعليل انتفاء الغرر بالاعتماد عليها كما ذكرنا.

وقد ظهر مما ذكرنا: أنه لو أغمض النظر عن الروايات الواردة في عيب المبيع لكان الثابت للمشتري خيار الشرط، ولذا جرى عليه سيره العقلاء ولو من غير أهل الملة ويعملون مع فقد وصف الصحة معاملة فقد وصف الكمال المشروط ولا يكون في اليبين استحقاق المشتري مطالبه البائع بالأرش.

ص: ٢٨٨

ومما ذكرنا يظهر: أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه:

أولاً: منع الانصراف، ولذا لا يجرى في الأيمان والنذور.

وثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئي حقيقي خارجي.

وثالثاً: بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما. ودفع جميع هذا: بأن وصف الصحه قد أخذ شرطاً في العين الخارجيه نظير معرفه الكتابه أو غيرها من الصفات المشروطه في العين الخارجيه، وإنما استغنى عن ذكر وصف الصحه لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرثيه سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها وصفاتها على الأصل. ولقد أجاد في الكفايه حيث قال: إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامه. ولو باع كلياً حالاً أو سَلماً كان الانصراف إلى الصحيح من جهه ظاهر الإقدام أيضاً.

الشرح:

ولكن قد ورد النص في العيب بأن للمشتري المطالبه بأرش العيب وسقوط جواز الرد بالحدث في المبيع وهذا حكم شرعي في مورد اشتراط وصف الصحه.

ومقتضى النص عدم الفرق في ذلك بين الاكتفاء في شراء المعيب الواقعي بالشرط الارتكازي أو بذكر وصف الصحه في متن العقد صريحاً.

وما قيل من اختصاصه بما إذا لم يشترط وصف الصحه في متن العقد وإلا يجرى عليه حكم خيار الشرط لا يمكن المساعده عليه.

ويؤيد ما ذكرنا مضمرة يونس بن عبدالرحمن «في رجل اشترى جاريه على أنها

ص: ٢٨٩

ويحتمل كونه من جهة الإطلاق المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء، وإن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام.

ثم إنَّ المصرَّح به في كلمات جماعة: أنَّ اشتراط الصَّحَّه في متن العقد يفيد التأكيد، لأنه تصرَّح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه، وإنَّما ترك لاعتماد المشتري على أصاله السلامه، فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيارٌ آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبره كذا وكذا صاعاً، فإنَّه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط واعتمد على إخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشيء على الصفه السابقه المرثيه فإنَّه في حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على أصاله بقائها.

وبالجملة، فالخيار خيار العيب اشترط الصَّحَّه أم لم يشترط. ويؤيِّده ما ورد من روايه يونس «في رجل اشترى جاريه على أنَّها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يردُّ عليه فضل قيمه» فإنَّ اقتصاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الردِّ يدلُّ على أنَّ الخيار خيار العيب، ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الردُّ الشرح:

عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردُّ عليه فضل قيمه إذا علم انه صادق»^(١) حيث إن الاقتصار بأخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الفسخ مقتضاه ثبوت خيار العيب، ولو كان في البين خيار الشرط لم يسقط جواز الفسخ بالتصرف في الجاريه بالوطى، أو ما دونه غايه الأمر كان على المشتري بعد الفسخ مهر المثل.

ولكن العمده ما ذكرنا فإن الروايه مع الإغماض عن إضمامها ضعيفه ب«إسماعيل بن مرار» مع احتمال اختصاص الحكم بشرط البكاره ومعارضتها بمثلها فراجع.

ص: ٢٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٨ ، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

التخير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب

بالتصرّف في الجاربه بالوطء أو مقدّماته. ومنه يظهر ضعف ما حكاه في المسالك: من ثبوت خيار الاشرط هنا، فلا يسقط الردّ بالتصرف. ودعوى: عدم دلالة الروايه على التصرف أو عدم دلالتة على اشرط البكاره في متن العقد، ممنوعه.

مسأله: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الردّ وأخذ الأرش [١] بلا خلاف، ويدلّ على الردّ الأخبار المستفيضه الآتيه. وأما الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدلّ على التخير بينه وبين الردّ، بل ما دلّ على الأرش يختصّ بصوره التصرف المانع من الردّ، فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصوره لتدارك ضرر المشتري، لا لتعيين أحد طرفي التخير بتعدّر الآخر. نعم، في الفقه الرضوي:

الشرح:

[١] المشهور على تخير المشتري مع ظهور عيب المبيع بين فسخ المبيع وإمضائه والمطالبه بأرش العيب هذا مع بقاء المبيع بحاله وعدم التصرف فيه وإلاّ تعين الإمضاء مع استحقاقه المطالبه بالأرش، ولكن الروايات الوارده في المقام لم يذكر فيها التخير، بل ذكر فيها جواز الرد والفسخ كصحيحه ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه» (١).

وما ورد في الأرش يختص بصوره التصرف في المبيع واحداث الحدث فيه.

نعم ورد في الفقه الرضوي: «فإن خرج السلعه معيماً وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء رده وإن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب» (٢)، وظاهره كما في الحدائق (٣) تخير المشتري بين فسخ البيع وامضاء البيع بدون أخذ الارش أو مع أخذه.

ص: ٢٩١

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ١٠٩ ، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب ، الحديث ١ .

٢- (٢) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام : ٢٥٣ .

٣- (٣) الحدائق ١٩ : ٦٠ و ٦٤ .

«فإن خرج السلعه معيماً وعلم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب»، وظاهره كما في الحدائق التخيير بين الردّ وأخذه بتمام الثمن وأخذ الأرش. ويحتمل زياده الهمزه في لفظه «أو» ويكون «واو» العطف، فيدلّ على التخيير بين الردّ والأرش. وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعبٌ جداً. وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة، بناءً على أنّ الصّحّه وإن كانت وصفاً، فهي بمنزله الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصّفقه.

الشرح:

واحتمل بعضهم (١) زياده الهمزه في لفظه «أو» ويكون مفاد «واو» العطف ومقتضاه تخيير المشتري بين فسخ البيع وأخذ الأرش كما عليه المشهور.

ولكن الأظهر أن جواز المطالبة بالأرش يختص بمورد الحدث في المعيب وقبله لا- يكون للمشتري إلا- الفسخ وبعده يكون المطالبة بالأرش فقط كما عليه جماعه من الأصحاب.

ففي معتبره زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أيما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له، فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (٢)، ومرسله جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع يجد فيه عيباً فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن؛ وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» (٣).

ص: ٢٩٢

١- (١) راجع مصباح الفقاهه ٥: ١٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

٣- (٣) المصدر : الحديث ٣ .

وفيه: منع المنزله عرفاً ولا- شرعاً، ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرّد استحقاق المطالبه، بل لا يستحقّ المطالبه بعين ما قابله على ما صرّح به العلّامه وغيره. ثمّ منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصى على وجه الشرطيّه، كما فى بيع الأرض على أنّها جربانٌ معيّنه، وما نحن فيه من هذا القبيل.

الشرح:

وعلى ذلك فلو لم تكن فى هذه دلالة على عدم الاستحقاق لأخذ الأرش مع عدم الحدث فى المبيع فلا أقلّ أنه لا دلالة فى البين على جواز المطالبه به قبل التصرف واحداث الحدث.

وقد تقدّم أن ثبوت الأرش لا يدخل فى مقتضى اشتراط وصف الصحه ويحتاج إلى ثبوته إلى الدليل والفقّه الرضوى لم يثبت كونها روايه ليدعى انجبار ضعفها بعمل المشهور مع احتمال أن المشهور التزموا بالتخيير بين الفسخ والمطالبه بالأرش لبعض ما أشار المصنّف رحمه الله إليه.

وعمدته ما قيل من أن وصف الصحه كالجزم للمبيع، ومع فقدها يبطل البيع بالإضافة إلى ما وقع من الثمن بازاء ذلك الوصف فيكون للمشتري استرداد ذلك أو فسخ البيع تماماً لتبعض الصفقه عليه.

ولكن الوجه ضعيف جداً وذلك فان وصف الصحه كوصف الكمال، وان يوجب زياده ثمن العين إلا أن الثمن فى البيع يقع بازاء نفس العين؛ ولذا يكون تمام الثمن للبائع على تقدير عدم فسخ البيع وعدم المطالبه بالأرش؛ بل على تقدير المطالبه أيضاً لأن الأرش الذى يستحقه المشتري بمطالبتة من قبيل التغريم فى باب اللقطه، وليس جزء من الثمن ولا- من قبيل الدين على العهده بأن يثبت المال على عهده البائع من دون المطالبه.

ص: ٢٩٣

وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الردّ والأرش. نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط: أنّ أخذ الارش مشروط باليأس عن الردّ، لكنّه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهايه وبعض مواضع المبسوط ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الارش [١] فافهم.

الشرح:

ويترتب على ذلك أنه لا يتعين على البائع رد الارش من نفس الثمن ولو مع مطالبه المشتري.

وأما ما ذكره المصنف رحمه الله من أن الجزء الفائت يقسط عليه فيما إذا لم يؤخذ في البيع شرطاً ومع ثبوته شرطاً فلا يثبت في البيع إلاّ خيار الفسخ، كما إذا باع الأرض على أنها جريان معينه فظهرت أقل منها فلا يمكن المساعدة عليه فانه إذا كان الجزء مما ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا كانت الأرض مما يباع كل جرب منها بكذا وباعها بثمن على أنها جريان معينه فظهرت أقل منها ينحل البيع بالإضافة إلى الناقص سواء أخذ جزءاً أو شرطاً بأن جعل من قبيل شرط وصف المبيع.

وأما إذا لم ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا باع دار سكناه بكذا على أنه كذا جريب فبان أقل منها فلا يثبت إلا خيار الفسخ فليس المعيار في تبعض البيع الاشتراط وعدمه بل كون المبيع مما ينحل البيع بالإضافة إلى أجزائه وعدمه.

[١] قد تقدّم عدم روايه في البين تكون ظاهره في استحقاق المطالبه بالأرش مع عدم الحدث في المبيع ولعل مراده بالإطلاق عدم تعلق الارش على اليأس من الرد؛ بل على الحدث في المبيع، ولكن في التفرقة تأمل ولعله أشار إليه بالأمر بالفهم.

وأما ما في صحيحه عمر بن يزيد من قوله عليه السلام يلزمه ذلك (١)، فلا ظهور لها

ص: ٢٩٤

ثم إن في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار أو كاشفاً عنه ما تقدّم في خيار الغبن. وقد عرفت أنّ الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعاً، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط. وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤيه قبلها، معللاً بأن الخيار إنّما يثبت بالرؤيه. لكنّ المتفق عليه هنا نصّاً وفتوى جواز التبري وإسقاط خيار العيب.

ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب: أنّ استحقاق المطالبه [٢] بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوت بظهور العيب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحه. هذا مضافاً إلى أنّ الظاهر من بعض اخبار المسأله أنّ السبب هو نفس

الشرح:

لرجوع الإشاره إلى الأرش مع أن القسمه المفروضه حدث في المبيع كما لا يخفى.

[٢] لا يخفى أن خيار الفسخ في الروايات وكذا استحقاق الأرش مترتب على العلم بالعيب ووجدانه، وبما أن العلم أو نحوه كما أشرنا مراراً ظاهر ذكره في الخطاب طريقاً لا- أنه مقوم لموضوع الحكم فيثبت الخيار بمجرد العيب؛ واما استحقاق الأرش فقد تقدم ثبوت ب بعد فرض العيب بحدوث الحدث في المبيع.

وأما ما ذكر المصنف رحمه الله: من أنه لا- معنى لاستحقاق الأرش بظهور العيب بل يتعين ثبوت ب بمجرد العيب فلا- يمكن المساعده عليه، لأنه لو قيل بأن الأرش جزء من الثمن ومقابل لوصف الصحه أو كونه من قبيل ضمان الوصف ببدله في ضمان اليد فيكون الأمر كما ذكره.

ولكن قد ذكر قدس سره قبل ذلك أن الأرش ليس جزءاً من الثمن، وذكرنا أن ثبوت ب من قبيل التبريم في باب اللقطه لا من قبيل ثبوت الدين بأن يثبت المال على عهده البائع بدون مطالبه المشتري فانه لا يستفاد من الأخبار الوارده في الأرش غير التبريم. والله

العيب، لكنّها لا تدلّ على العليّه التامّه فلعلّ الظهور شرطٌ. وكيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغين: من وجوب الرجوع في كلّ حكم من احكام هذا الخيار إلى دليله وأنّه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، والمرجع فيما لا- يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد، فافهم. ثمّ إنّ لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرّح به العلّامه وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضى الصرف معيياً. والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه وإن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأنّ الغالب كون الثمن نقداً غالباً والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

الشرح:

سبحانه هو العالم.

ثمّ انه قد ذكرنا أن خيار العيب ثبت في مورد اشتراط الصحه، وهذا الاشتراط ارتكازى مع إطلاق العقد، وأنه لو لم يكن في البين الأخبار الخاصه كان الثابت في هذا الاشتراط ما يثبت في مورد اشتراط وصف الكمال، ولكن تلك الأخبار قد دلت على أمرين سقوط خيار الفسخ بالحدث في المبيع وجواز المطالبه بالأرّش مطلقاً أو بعد الحدث ولاختصاصها بالمبيع لا يمكن الالتزام بجريان الأمرين في سائر العقود فيكون الثابت في موارد ما مجرد جواز الفسخ فانه مقتضى ثبوت الشرط الارتكازى الجارى في غير البيع أيضاً.

وقد تحصل من جميع ما تقدم: أن خيار العيب متضمن لحقين طوليين: أحدهما جواز فسخ العقد قبل حدوث الحدث في المبيع ومع حدوثه جواز مطالبه الأرّش؛ هذا بناءً على ما اخترنا.

وأما بناء على المشهور من ثبوت جواز الفسخ وجواز المطالبه بالأرّش في عرض واحد فيمكن الالتزام بان الثابت حقا قبل الحدث هو الجامع بين الأمرين بنحو

ص: ٢٩٦

القول فى مسقطات هذا الخيار

القول فى مسقطات هذا الخيار

بطرفيه أو أحدهما.

مسأله: يسقط الردّ خاصهً بأمرٍ.

أحدها: التصريح بالتزام العقد وإسقاط الردّ [١] واختيار الأرش، ولو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش، ولو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

الشرح:

الكلى فى المعين، كما ذكرنا فى بيع أحد المتماثلين كإحدى الصبرتين المعلومين وزنهما، وكما أنه ليس من بيع الفرد المردد كذلك لا- يكون المقام من الحق المردد، كما يمكن الالتزام بثبوت كلا الحقين لكنهما متضادان فى الاستيفاء فان مع الفسخ لا مورد للأرش وبالارش فرض الفسخ خلف.

من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه

[١] يسقط جواز فسخ البيع دون الأرش بأمرٍ:

الأول: الالتزام ببقاء العقد والإغماض عن فسخه سواء كان الالتزام قبل العلم بالعيب أو بعده، وكذا الالتزام بالعقد مع العلم بالعيب باختياره الأرش ولو اسقط خياره قبل العلم بالعيب أو بعده فالأظهر سقوط الأرش أيضاً فإنّ إسقاط خيار العيب بعد العقد كإسقاطه حال العقد وحق المطالبة بالأرش داخل فى خيار العيب وباعتباره جعل نوعاً من الخيار.

الثانى: التصرف فى المبيع المعيوب سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده فانه يسقط به جواز الرد دون الأرش.

واستدلّ على ذلك بأن التصرف المزبور يدل على رضاه ببقاء البيع والإغماض عن فسخه وإلا لما كان يتصرف فيه قبل اختباره وإحراز صحته.

وفيه: أن التصرف فيه باعتبار كونه ملكاً بالفعل سواء كان معيباً أو صحيحاً والتصرف فيه بعد العقد لا يقصر عن الاقدام بشرائه قبل اختباره، وكما كان شراؤه

الثاني: التصرف في المعيب عند علمائنا كما في التذكرة، وفي السرائر: الإجماع على أن التصرف يُسقط الردّ بغير خلافٍ منهم، ونحوه المسالك، وسيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي والشيخين وابن زهره وظاهر المحقق، بل المحقق الثاني. واستدل عليه في التذكرة أيضاً تبعاً للغنية: بأنّ تصرفه فيه رضاً منه به على الإطلاق، ولو لا ذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتّى يعلم حال صحته وعدمها، ويقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «أئما رجل اشترى شيئاً وبه عيبٌ أو

الشرح:

للاعتقاد على أصاله السلامه، وكذا التصرف فيه.

والحاصل: أنه لو كان التصرف في المبيع قبل العلم بالعيب أو بعده للإغماض عن فسخ البيع حتى مع العيب فلا ينبغي الريب في سقوط جواز الفسخ، لأن جوازه حقي ولا يختص بإنشاء السقوط بالقول بل يكون به بالفعل. واما مطلق التصرف في المبيع من غير قصد الإغماض عن الفسخ، فلا دليل على كونه مسقطاً تعبداً.

نعم، إذا كان التصرف حدثاً في المبيع ومغيراً له بحيث لم يصدق أنه ليس على ماشرى فيسقط جواز الفسخ لدلاله الصحيحه، والمرسله المتقدمين، بل ربما يستدل على عدم سقوط جواز الفسخ بمطلق التصرف بما ورد في جواز رد الجاربه بعدم الحيض إلى سته أشهر من حين شرائها مع كونها في سن من تحيض وبما ورد من جواز ردها بعيوب السنه؛ ومن الظاهر أن الجاربه في سته اشهر أو إلى سنه لا تخلو عن التصرف فيها، ولو بمثل استخدامهما في بعض الأمور كغلق الباب وغسل الثياب ونحو ذلك.

ولكن لا يخفى أنه لو تم الدليل على سقوط جواز الرد بمطلق التصرف فيلتزم في الجاربه بعدم سقوط ردها بمطلق التصرف ولا يوجب رفع اليد عن مسقطيه مطلق التصرف في غيرها من المبيع.

عوارٌ ولم يتبرأ إليه ولم يبينه فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب، فإنه يمضى عليه البيع، ويردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به». ويدلّ عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجح بنقصان العيب».

الشرح:

وقد يستدلّ على كون التصرف فى المعيب مسقطاً لجواز الفسخ ولو قبل العلم بالعيب بما ورد فى خيار الحيوان «من أن المشتري لو أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه الأيام فذلك رضاً منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

فانه إذا كان النظر إلى الجارية بما ذكروا لمسها حدثاً مسقطاً للخيار كان التصرف المفروض فى المقام أيضاً حدثاً مسقطاً لخيار العيب أى جواز فسخ البيع.

أقول: قد تقدّم مراراً أن الرضا بالبيع عبارته عن الإغماض عن فسخ والالتزام ببقائه، وان كان من قصد المتصرف ذلك سواء كان ذلك مع العلم بالعيب أو قبله، فهذا مسقط فعلى فى مقابل المسقط القولى، ومع عدم القصد المزبور فلا إسقاط للخيار.

نعم ربما يجعل الشارع للخيار أمداً كإحداث الحدث فى بيع الحيوان والافتراق فى خيار المجلس فيعتبر عنه بأن الافتراق أو الحدث فى الحيوان رضا بالبيع فيعم ما إذا كان الحدث جهلاً بالخيار أو الغفلة عنه، كما أنه ربما يجعل للحدث مصداقاً فيكون ذلك تعبداً والنظر إلى الجارية ولمسها من هذا القبيل.

ص: ٢٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٣ ، الباب ٤ من أبواب الخيار ، الحديث ١ .

هذا، ولكنَّ الحكم بسقوط الردِّ بمطلق التصرّف، حتّى مثل قول المشتري للعبد المشتري، «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» على ما صرّح به العلّامه في التذكرة في غايه الإشكال، لإطلاق قوله عليه السلام: «إن كان الثوب قائماً بعينه رده» المعتضد بإطلاق الأخبار في الردِّ خصوصاً ما ورد في ردِّ الجارية بعدما لم تحض سته أشهر عند المشتري ونحو ذلك ممّا يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرّف فيه بمثل «أغلق الباب» ونحوه وعدم ما يصلح للتقييد ممّا استدلّ به للسقوط، فإنّ مطلق التصرّف لا يدلّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب. وأمّا المرسله فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد، بل وطء الجارية لو لا النصّ المسقط للخيار به. وأمّا الصحيحه فلا يُعلم المراد من «إحداث شيء في المبيع» الشرح:

وعلى ذلك فلا يمكن التعدي إلى غير ما ورد التعبد بكونه مصداقاً في خيار الحيوان فضلاً عن سائر الخيارات.

ويؤيِّده ما ورد في خيار العيب من رد الجارية على بايعها مع عدم وطئها، فانه لم يشرفه إلى عدم وقوع مثل التقبيل والنظر واللمس مع أن الجارية لا تخلو عنها.

وعلى كل تقدير فلا يمكن استفادة الحدث في الجارية في خيار العيب مما ورد في خيار الحيوان فضلاً عن استفاده كون كل تصرف في المبيع حدثاً.

وممّا ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف رحمه الله من التفصيل وهو أنه إذا كان التصرف في المبيع المعيوب قبل العلم بالعيب فان كان ذلك موجباً لتغير العين، ومن قبيل الحدث فيها فلا يكون معه جواز الرد عملاً بالصحيحه، والمرسله ويبقى معه جواز المطالبه بالارش، وان كان بعد العلم ولم يكن مغيراً ومن الحدث في المبيع فان كان دالاً على الرضا نوعاً فذلك أيضاً مسقط، ومع عدم دلالة على الرضا فلا موجب لسقوط الخيار ووجه الظهور ان مع ظهور الفعل في الإغماض عن فسخ البيع يثبت

لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه ولا عرفاً لمثل استخدام العبد وشبهه ممّا مرّ من الأمثلة، فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسله: من أنّ العبره بتغيّر العين وعدم قيامها بعينها. اللهمّ إلا أن يستظهر بمعونه ما تقدّم في خيار الحيوان: من النصّ الدالّ على أنّ المراد بإحداث الحدث في المبيع هو: أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختصّ بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا وفي الحيوان بكلّ تصرّف، فيكون ذلك النصّ دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسنٌ، لكن إقامة البينه على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعده العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكله. ثمّ إنّ إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرّف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد وإن كان النصّ في خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقرينه التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمه في المراد من التعليل. لكن كلمات كثيرٍ منهم في هذا المقام أيضاً تدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرّف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنيه: أنّ علّه السقوط دلالة التصرّف نوعاً على الرضا.

ونحوه في الدلاله على كون السقوط بالتصرّف من حيث دلالاته على الرضا كلمات جماعه ممّن تقدّم عليه ومن تأخر عنه. قال في المقنعه: فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتّى أحدث فيه حدثاً لم يكن له الردّ، وكان له أرش العيب خاصه، وكذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، ولا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفه بالعيب رضاً به منه، انتهى. فإنّ تعليله عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهرٌ خصوصاً بملاحظه ما يأتي من كلام غيره في أنّ سقوط الردّ الشرح:

حكم ظاهري لا اعتبار ظهور الأفعال كالأقوال. وأما سقوط الخيار واقعاً فهو فرع قصد الإغماض عن الخيار كما لا يخفى.

بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع، ومثلها عبارته النهائيه من غير تفاوتٍ. وقال في المبسوط: إذا كان المبيع بهيمه فأصاب بها عيباً كان له ردّها، فإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتائجها، كلّ هذا لأنّه ملكه وله فائدته وعليه مؤونته، والردّ لا يسقط، لأنّه إنّما يسقط الردّ بالرضا بالمعيب أو ترك الردّ بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، وليس هنا شيءٌ من ذلك، انتهى. وقال في الغنيه: ولا يسقط بالتصرّف بعد العلم بالعيب حق المطالبه بالأرّش، لأنّ التصرّف دلّله الرضا بالبيع لا- بالعيب، انتهى. وفي السرائر، قال في حكم من ظهر على عيبٍ فيما اشتراه: ولا يجبر على أحد الأمرين يعنى الردّ والأرّش قال: هذا إذا لم يتصرّف فيه تصرّفًا يؤذّن بالرضا في العاده، أو ينقص قيمته بتصرّفه، انتهى. وفي الوسيله: ويسقط الردّ بأحد ثلاثه أشياء: بالرضا، وبترك الردّ بعد العلم به والمعرفه إذا عرف أنّ له الخيار، وبحدوث عيبٍ آخرٍ عنده، انتهى. وهى بعينه كعبارته المبسوط المتقدمه ظاهره في أنّ التصرّف ليس بنفسه مسقطاً إلّا- إذا دلّ على الرضا. وقال في التذكره: لو ركبها ليسقيها ثمّ يردها لم يكن ذلك رضاً منه بإمساكها، ولو حلبها في طريق الردّ فالأقوى أنّه تصرّف يؤذّن بالرضا بها. وقال بعض الشافعيّه: لا يكون رضاً بإمساكه، لأنّ اللبن ماله قد استوفاه في حال الردّ، انتهى. وفي جامع المقاصد والمسالك فى ردّ ابن حمزه القائل بأنّ التصرّف بعد العلم يسقط الأرّش أيضاً: أنّ التصرّف لا يدلّ على إسقاط الأرّش، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد. وفي التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرّف فيه بما يدلّ على الرضا قبل علمه بالعيب وبعده سقط الردّ، انتهى.

وقد ظهر من جميع ذلك: أنّ التصرّف من حيث هو ليس مسقطاً، وإنّما هو الترامّ ورضاً بالعقد فعلاً، فكلّ تصرّف يدلّ على ذلك عادةً فهو مسقطٌ، وما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به، كما لو وقع نسياناً أو للاختبار، ومقتضى ذلك: أنّه

لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً إذا كان ممياً يتوقف العلم بالعيب عليه وحصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف خصوصاً بين العلامه ومن تأخر عنه : عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

والذى ينبغى أن يقال وإن كان ظاهر المشهور خلافه : إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا كدلاله اللفظ على معناه، لا مطلق التصرف، والدليل على إسقاطه مضافاً إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ : ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع، ولذا تعدينا إلى خيار المجلس والشرط وحكما بسقوطهما بالتصرف، فكذلك خيار العيب.

وأمياً التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان معييراً للعين بزياده أو نقيصه أو تغيير هيئه أو ناقلاً لها بنقل لازم أو جائز وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضاً، لمرسله جميل المتقدمه. ويلحق بذلك تعدر الرد بموت أو عتق أو إجاره أو شبه ذلك. وظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال فى أول المسأله: ويسقط الرد بإحداثه فيه حدثاً كالتعق وقطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. وفى مسأله رد المملوك من أحداث السنه: فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش، انتهى. وهو الظاهر من المحكى عن الإسكافى، حيث قال: فإن وجد بالسلعه عيباً وقد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطء للأمه والقطع للثوب أو تعدر الرد بموت أو نحوه، كان له فضل ما بين الصحه والعيب، انتهى. وهذا هو الذى ينبغى أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم، وأمياً ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابه وركوبها وشبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث تطمئن به النفس، أقصى ما

يوجد لذلك صحيحه زواره المتقدمه بضميمه ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر واللمس، وقيام النص والإجماع على سقوط ردّ الجاربه بوطئها قبل العلم، مع عدم دلالتة على الالتزام بالبيع وعدم تغييره للعين، وإطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبائر، كالتذكرة والسراير والغنيه وغيرها.

وفي نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الردّ خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غايه البعد، كالنص بردّ الجاربه بعد سنته أشهر، وردّ الجاربه إذا لم يطأها وردّ المملوك من أحداث السنه نظرًا، بل منع، خصوصاً معاقد الإجماع، فإنّ نقله الإجماع كالعلاّمه والحلي وابن زهره قد صرحوا في كلماتهم المتقدمه بأنّ العبره بالرضا بالعقد، فكأنّ دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهره في الغنيه حيث إنّه اختار ما قوّيناه من التفصيل بين صورتى العلم والجهل والمغيّر وغيره.

قال قدس سره : وخامسها يعنى مسقطات الردّ التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلا بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنّه يمنع من الردّ لشيء من العيوب، ولا يسقط حقّ المطالبه بالأرش، لأنّ التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، وكذا حكمه لو كان قبل العلم بالعيب وكان مغيّرًا للعين بزياده فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع. وإن لم يكن كذلك فله الردّ بالعيب إذا علم ما لم يكن أمه فيطأها فإنّه يمنع من ردّها لشيء من العيوب إلا الحبل، انتهى كلامه. وقد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدلّه. وحكى من المبسوط أيضاً: أنّ التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار. لكن صرح بأنّ الصبغ وقطع الثوب يمنع من الردّ. فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغيّر. وظاهر المقنعه والمبسوط: أنّه إذا وجد العيب بعد عتق العبد والأمه لم يكن له ردّهما، وإذا وجده بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الردّ وأرش العيب، وفرّق بينهما وبين العتق بجواز الرجوع فيهما

من مسقطات هذا الخيار تلف العين أو صيرورته كالتالف

دون العتق. ويردّه مع أنّ مثلهما تصرّف يؤذن بالرضا مرسله جميل، فإنّ العين مع الهبه والتدبير غير قائمه، وجواز الرجوع وعدمه لا دخل له في ذلك، ولذا اعترض عليهما الحلّي بالنقض بما لو باعه بخيارٍ مع أنّه لم يقل أحدًا من الأئمّه بجواز الردّ حينئذٍ بعد ما ذكر: أنّ الذي يقتضيه أصول المذهب أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع فإنّه لا يجوز له ردّه، ولا خلاف في أنّ الهبه والتدبير تصرّف. وبالجملة، فتعميم الأكثر لأفراد التصرّف مع التعميم لما بعد العلم وما قبله مشكّل. والعجب من المحقّق الثاني أنّه تنظر في سقوط الخيار بالهبه الجائزه، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف [١] فإنّه يسقط الخيار هنا، بخلاف

الشرح:

[١] الثالث: من مسقطات جواز الرد تلف المبيع أو كونه كالتالف.

وكونه كالتالف إمّا بتمام الملكيه كاعتناق المبيع على المشتري. وإمّا بانتقال المبيع الى ملك غير المشتري بعقد لازم أو جائز أو صيروره العين تحت سلطان الغير، كما إذا استأجرها المشتري أو جعلها رهناً.

وذكر كل ذلك مسقطاً لا تخلو عن المسامحه، لأنّ المستفاد من الصحيحه (١) والمرسله (٢) أنّ جواز الفسخ مادام لم يحدث في المبيع شيئاً وكونه قائماً بعينه وبحصول كل من الأمور المزبوره ينتهي أمد جواز الفسخ ولكن التعبير غير مهم.

والمهم في المقام ما إذا تلف المبيع حقيقه، فانه قد يقال: بأنّ الفرض خارج عن المرسله منطوقاً ومفهوماً لأنّ منطوقها فرض بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه المبيع ومفهومها عدم بقائه بحاله بنحو السالبيه بانتفاء المحمول، كما هو المتفاهم العرفي من

ص: ٣٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٣ .

الخيارات المتقدّمة الغير الساقطة بتلف العين. والمستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطه الردّ في المرسله السابقه بقيام العين، فإنّ الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه، فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا ردّ.

الشرح:

قضيه السالبه.

وبتعبير آخر: قد فرض في كل من المنطوق والمفهوم أصل وجود المبيع وجعل جواز الفسخ وعدم جواز مدار عدم تغييره وتغييره.

لا يقال: إذا سقط جواز الفسخ في فرض تغير المبيع عما كان عليه يسقط مع تلف العين بطريق أولى.

فإنه يقال: لا طريق لنا إلى إحراز الأولويه فانه يحتمل أن يكون الوجه في سقوط جواز الفسخ بالتغيير لأجل أن في قبول المتغير صعوبه على البائع بأن يأخذ الثوب المقطوع ونحوه بخلاف الفسخ مع تلف العين فانه يأخذ مثلها أو قيمتها وأخذ بدل العين سهل.

نعم ربما لا يكون في قبول المتغير صعوبه على البائع كما إذا تغير بالزياده، ولكن الملاك المزبور بنحو الحكمه فلا ينافى عموم الحكم بسقوط الخيار بالتغيير بالزياده.

وقد أجاب عن ذلك بعض المحققين: بأنه لم يثبت في المقام جواز فسخ العقد على حد جواز الفسخ في سائر الخيارات، بل الوارد في الروايات جواز رد المبيع نظير ما ورد في الهبه من جواز رجوع الواهب إلى العين المرهونه ومع تلف العين لا- يمكن تحقق ردها، وعلى تقدير التنزل والالتزام بان الثابت في المقام أيضاً جواز الفسخ فيقال الثابت جواز الفسخ برد العين لا مطلقاً ومع عدم إمكان الفسخ برد العين يبقى جواز المطالبه بالأرش كما هو ظاهر الصحيحه والموثقه.

ص: ٣٠٦

الشرح:

أقول: ما ذكره قدس سره من أن الثابت في المقام جواز الرد لا جواز الفسخ على حد سائر الخيارات لا يمكن المساعدة عليه، فإن رد العين مع بقائها على ملك المشتري لا معنى له كما ذكرنا ذلك في الرجوع إلى العين الموهوبه وردّها بتمليك جديد غير مراد ولا بد من أن يكون المراد رد العين مع الغاء البيع.

وبتعبير آخر: رد العين كناية عن فسخ البيع في فرض بقاء المبيع بحاله فيكون مفهوم المرسله عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحاله على نحو السالبه بانتفاء المحمول فيعود الإشكال.

وقد يجاب عن الإشكال بأن التلف الحقيقي الدقي مسبق بالحدث في المبيع لا محاله فان التلف لا يحصل بلا موجب يحدث ومع التلف العرفي يصدق على أن الموجود فعلاً غير باق على ما كان عليه عند البيع.

أقول: تطويل الكلام مع كون المسأله يكفي في الحكم فيها بسقوط الخيار مجرد الالتفات إلى مداركها ليس من دأبنا في الفقه، ولكنه قد حصل في المقام.

والوجه في الكفايه ان الصحيحه والمرسله تخصيص في عموم وجوب الوفاء بالعقود(1)، والمقدار الثابت من التخصيص صورته بقاء المبيع المعيوب بحالها، فإنه يجوز في هذه الصوره فسخ العقد؛ وما في غير هذه الصوره فيحكم بلزوم العقد فانه مقتضى العموم المزبور فليس المدرك للزوم البيع مفهوم الشرطيه في المرسله ليناقد فيه بما تقدم.

وأما ثبوت الأرش مع تلف العين المعيوبه فانه مقطوع ولازم للزوم البيع كما لا يخفى.

ص: ٣٠٧

١- (١) للآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١.

ومما ذكرنا ظهر أنّ عدّ انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه كما في الدروس لا يخلو عن شيءٍ. نعم ذكر أنّه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرّف، وهو أيضاً لا- يخلو عن شيءٍ، والأولى ما ذكرناه. ثمّ إنّ لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز رده، للأصل [١] خلافاً للشيخ، بل المفيد.

فرع: لا- خلاف نصّاً وفتوى في أنّ وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب، سواء قلنا بأنّ مطلق التصرّف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرّف الموجب لعدم كون الشيء قائماً بعينه، غاية الأمر كون الوطء على هذا القول مستثنى عن التصرّف الغير المغير للعين كما عرفت من عبارته الغنية مع أنّ العلامة قدس سره علّل المنع في موضع من التذكرة بأنّ الوطء جنائي، ولهذا يوجب غرامه جزء من قيمته كسائر جنایات المملوك.

وقد تقدّم في كلام الإسكافي أيضاً: أنّ الوطء ممّا لا يمكن معه ردّ المبيع إلى ما كان عليه قبله، ويشير إليه ما سيجيء في غير واحدٍ من الروايات من قوله: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً» فإنّ فيه إشارة إلى أنّه لو ردها لا بدّ أن يردّها معها شيئاً تداركاً للجنایه، إذ لو كان الوطء مجرد استيفاء منفعة لم يتوقّف ردها على ردّ عوض المنفعة، فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يترأى في نظر العرف من كون هذه الغرامه كأنّها أجره للوطء.

الشرح:

[١] لو عاد ملك المبيع إلى المشتري فان كان ذلك بسبب جديد أو زوال الناقل السابق لم يكن للمشتري جواز فسخ بيع المعيوب على ما هو ظاهر المصنف رحمه الله ولعل مراده بالأصل أصاله اللزوم فإنّ البيع المزبور قبل عود الملك كان لازماً لصدق أن الشيء قد أحدث فيه شيئاً أو أنه لم يكن بحاله، وهذا موضوع لانتهاه جواز الفسخ والحكم على البيع بالمضى فيه.

وحاصل معناه: أنه إذا حكمت بالردّ مع أرش جنايتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجره وهي ممنوعه شرعاً، لأنّ إجاره الفروج غير جائزه. وهذا إنّما وقع من أمير المؤمنين عليه السلام مبيّناً على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع، فلا يقال: إنّ المتعه مشروع، وقد ورد «أنّ المنقطعات مستأجرات» فلا وجه للاستعاذه باللّه من جعل الأجره للفروج. هذا ما يخطر عاجلاً بالبال في معنى هذه الفقره، واللّه العالم. وكيف كان، ففي النصوص المستفيضه الوارده في المسأله كفايه: ففي صحيحه ابن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل اشترى جاريه فوقع عليها؟ قال: إن وجد فيها عيباً فليس له أن يردها، ولكن يرده عليه بقيمه ما نقصها العيب. قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم».

وصحيحه ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنّه سئل عن الرجل يبتاع الجاريه فيقع عليها، فيجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: لا يردها على صاحبها، ولكن يقوّم ما بين العيب والصّحه، ويردّ على المبتاع، معاذ اللّه أن يجعل لها أجراً».

وروايه ميسّر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان عليّ لا يرده الجاريه بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمه العيب، وكان يقول: معاذ اللّه! أن أجعل لها أجراً... الخبر». وفي روايه طلحه بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جاريه فوطأها، ثم رأى فيها عيباً، قال: تُقوّم وهي صحيحه، وتُقوّم وبها الداء، ثم يرده البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين».

وما عن حماد في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام، يقول: «قال علي بن الحسين عليهما السلام: كان القضاء الأوّل في الرجل إذا اشترى الأمه فوطأها، ثم ظهر على عيب: أنّ البيع لازم، وله أرش العيب».

إلى غير ذلك ممّا سيّجىء.

ثمّ إنّ المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل، فإنّه

عيبٌ إجماعاً، كما في المسالك. إلا- أن الوطاء لا يمنع من الرد به، بل يردّها ويردّ معها العُشر أو نصفه على المشهور بينهم. واستندوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة:

منها: صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ اشترى جاريةً حُبلى ولم يعلم بحَبْلِها، فوطأها؟ قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، ويردّ عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها»، وقد قال عليّ عليه السلام: «لا تُردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها». ورواه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها وله أرش العيب، وتردّ الحُبلى ويردّ معها نصف عشر قيمتها». وزاد فى الكافى، قال: وفى روايه أخرى: «إن كانت بكرًا فعشر قيمتها، وإن كانت ثيبًا فنصف عشر قيمتها». ومرسله ابن أبى عمير عن سعيد بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع جاريةً حُبلى وهو لا يعلم فنكحها الذى اشترى؟ قال: يردّها ويردّ نصف عشر قيمتها». ورواه عبد الرّحمن بن أبى عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترى الجارية، فيقع عليها فيجدها حُبلى؟ قال: تردّ ويردّ معها شيئاً». وصحيحه ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «فى الرجل يشترى الجارية الحُبلى فينكحها؟ قال: يردّها ويكسوها». ورواه عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يشترى الجارية وهى حُبلى فيطأها؟ قال: يردّها ويردّ عشر قيمتها».

هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات، وقد عمل بها المشهور، بل ادعى على ظاهرها الإجماع فى الغنيه كما عن الانتصار، وعدم الخلاف فى السرائر.

خلافاً للمحكى عن الإسكافى فحكم بالردّ مع كون الحمل من المولى، لبطلان بيع أمّ الولد، حيث قال: فإن وجد فى السلعه عيباً كان عند البائع وقد أحدث المشتري فى السلعه ما لا يمكن ردّها إلى ما كانت عليه قبله كالوطاء للأمه أو

القطع للشوب أو تلف السلعه بموتٍ أو غيره كان للمشتري فضل ما بين الصّحّه والعيب دون ردّها، فإن كان العيب ظهور حملٍ من البائع وقد وطأها المشتري من غير علمٍ بذلك، كان عليه ردّها ونصف عشر قيمتها، انتهى. واختاره في المختلف: وهو ظاهر الشيخ في النهايه حيث قال: فإن وجد بها عيباً بعد أن وطأها لم يكن له ردّها وكان له أرش العيب خاصّه، اللهم إلا أن يكون العيب من حبلٍ فيلزمه ردّها على كلّ حالٍ وطأها أو لم يطأها ويردّ معها إذا وطأها نصف عشر قيمتها، انتهى. ويمكن استفاده هذا من إطلاق الميسوط القول بمنع الوطء من الردّ، فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل وعدم تعرّضه لحكمه مع اشتها المسأله في الروايات وألسنه القدماء. وقال في الوسيله: إذا وطأ الأمه ثم علم بها عيباً لم يكن له ردّها، إلا إذا كان العيب حملاً وكان حرّاً، فإنّه وجب عليه ردّها ويردّ معها نصف عشر قيمتها، وإن كان الحمل مملوكاً لم يجب ذلك، انتهى. وظاهر الرياض اختيار هذا القول.

أقول: ظاهر الأخبار المتقدّمه في بادئ النظر وإن كان ما ذكره المشهور، إلا أنّ العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه:

أحدها: من حيث مخالفه ظهورها في وجوب ردّ الجاربه أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى، حتّى تكون الجمله الخبريه واردهً في مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدّمه المانعه من ردّ الجاربه بعد الوطء، إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجمله الخبريه في مقام دفع توهم الحظر، إذ لا منشأ لتوهم حظر ردّ الحامل حتّى أمّ الولد، فلا بدّ إمّا من التقييد، أو من مخالفه ظاهر الجمله الخبريه.

الثاني: مخالفه لزوم العقر على المشتري لقاعده: «عدم العقر في وطء الملك»، أو قاعده: «كون الردّ بالعيب فسخاً من حينه»، لا من أصله.

الثالث: مخالفته لما دلّ على كون التصرف عموماً والوطء بالخصوص مانعاً

الرابع: أنّ الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدمه: «رجلٌ باع جاريهً حُبلى وهو لا يعلم» وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد، وإلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة. ويشير إليه ما في بعض الروايات المتقدمه من قوله: «يكسوها»، فإنّ في ذلك إشارة إلى تشبّثها بالحزبه للاستيلاد، فنسب الكسوه إليها تشبيهاً بالحرائر، ولم يصرّح ب«العقر»، الذي هو جزء من قيمه.

الخامس: ظهور هذه الأخبار في كون الردّ بعد تصرّف المشتري في الجاريه بغير الوطء من نحو «اسقنى ماء» أو «اغلق الباب» وغيرهما ممّا قلّ أن تنفك عنه الجاريه، وتقيدها بصوره عدم هذه التصرفات تقييداً بالفرض النادر، وإنّما دعا إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار ممّا دلّ على ردّ الجاريه بعد مدّه طويله الدليل الدالّ على لزوم بالتصرّف. لكن لا داعى هنا لهذا التقييد، إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك، وغايه الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطء عن الردّ بالعموم من وجه، فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحاً لتقييد هذه الأخبار. ولو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم وبين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى، وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقط، لكونه رضاً بالبيع، ويمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين. نعم، لو خُذش في عموم ما دلّ على المنع عن الردّ بمطلق التصرف وجب الرجوع إلى أصله جواز الردّ الثابت قبل الوطء لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلاّ الإجماع المركّب وعدم الفصل بين الردّ والعقر، فافهم. ثمّ إنّ المحكّي عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر، بل عن الانتصار والغنيه: الإجماع عليه. إلاّ أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع كالتصوص إلى الغالب: من كون الحامل ثيباً، فلا يشمل

فرض حمل البكر بالسَّحَق أو بوطء الدُّبُر، ولذا ادَّعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب وثبوت العشر في البكر. بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافقٌ للسرائر أيضاً، حيث ذكر في الحامل: أنه يردُّ معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة. ومراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقاً مدَّعياً عليه الإجماع: من أنه إذا وطأ المشتري في مدَّه خيار البائع ففسخ يردُّ معها العشر إن كانت بكرةً ونصف العشر إن كانت ثيباً. وأمَّا الانتصار فلا يحضرنى حتى أراجع، وقد عرفت إمكان تنزيل الجمع على الغالب. وحينئذٍ فتكون مرسله الكافي المتقدِّمه بعد انجبارها بما عرفت من السرائر والغنية دليلاً على التفصيل في المسألة، كما اختاره جماعة من المتأخرين، مضافاً إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدِّمه المحموله على البكر، إلا أنه بعيدٌ، ولذا نسبه الشيخ قدس سره إلى سهو الراوى في إسقاط لفظ «النصف» وفي الدروس: أن الصدوق ذكرها بلفظ «النصف».

وأما ما تقدّم ممّا دلّ على أنه يردُّ معها شيئاً، فهو بإطلاقه خلاف الإجماع، فلا بدّ من جعله وارداً في مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره. وأمّا ما دلّ على أنه يكسوها، فقد حمل على كسوه تساوى العشر أو نصفه، ولا بأس به في مقام الجمع. ثم إن مقتضى الإطلاق جواز الردّ ولو مع الوطء في الدُّبُر، ويمكن دعوى انصرافه إلى غيره، فيقتصر في مخالفه العمومات على منصرف اللفظ. وفي لحوق التقييل واللمس بالوطء وجهان: من الخروج عن مورد النصّ، ومن الأولويّه. ولو انضمّ إلى الحمل عيبٌ آخر، فقد استشكل في سقوط الردّ بالوطء: من صدق كونها معيبةً بالحمل، وكونها معيبةً بغيره. وفيه: أنّ كونها معيبةً بغير الحمل لا يقتضى إلاّ عدم تأثير ذلك العيب في الردّ مع التصرّف، لا نفى تأثير عيب الحمل. ثم إن صريح بعض النصوص والفتاوى وظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل

بالعيب، فلو وطأ عالماً به سقط الردّ. لكن إطلاق كثيرٍ من الروايات يشمل العالم.

الرابع: من المسقطات: حدوث عيبٍ عند المشتري [١] وتفصيل ذلك: أنّه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإمّا أن يحدث قبل القبض، وإمّا أن يحدث بعده في زمان خيارٍ يضمن فيه البائع المبيع أعنى خيار المجلس والحيوان والشرط وإمّا أن يحدث بعد مضيّ الخيار. والمراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير.

الشرح:

[١] وحاصله: أن العيب الجديد يحصل في المبيع المعيوب قبل قبضه تاره ويحصل بعد قبضه في زمان يكون ضمان المبيع فيه على بايعه أخرى كما إذا حصل في زمان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط ويحصل في زمان لا يكون فيه ضمان حدوث العيب على البائع ثلثه كما إذا حصل بعد قبضه وفي غير زمان تلك الخيارات.

والكلام في أن حدوث الحادث يوجب سقوط جواز الرد بالعيب الموجود قبل الشراء راجع إلى القسم الثالث.

وأما إذا حصل العيب الجديد قبل قبض المبيع كما في فرض الأول فهو لا يمنع الفسخ بالعيب السابق بل العيب الجديد كالعيب القديم يوجب جواز الفسخ به وبمطالبه الأرش، ولذا لو اسقط البائع جميع الخيارات بشرط سقوطها في العقد وحصل العيب الجديد قبل القبض يكون للمشتري جواز الفسخ أو المطالبة بالأرش للعيب الجديد حيث إنّ ضمان البائع قبل القبض أو في زمان الخيارات الثلاث ضمان معاملي لا ضمان التلف في اليد كما هو ظاهر قوله عليه السلام في معتبره عقبه بن خالد «فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه» (١) وقوله عليه السلام «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط ويصير البيع له» (٢).

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار، ذيل الحديث ٢، والفقيه ٣ : ١٢٦ / ٥٥١ .

من مسقطات هذا الخيار حدوث عيب عند المشتري

وأما الأول: فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الرد، بل في أنه هو كالموجود قبل العقد حتى في ثبوت الأرش فيه، على الخلاف الآتي في أحكام القبض.

وأما الحادث في زمن الخيار: فكذلك لا خلاف في أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرش على الخلاف الآتي فيما قبل القبض بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض.

ويدل على ذلك ما يأتي: من أن الحدث في زمان الخيار مضمون على البائع ومن ماله، ومعناه: ضمانه على الوجه الذي يضمه قبل القبض بل قبل العقد، إلا أن المحكي عن المحقق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيب: أن تأثير العيب الحادث في زمن الخيار وكذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري.

الشرح:

وعلى ذلك فيكون العيب الجديد نظير ما إذا كان في المبيع قبل البيع، كما ان مقتضى الظهور المزبور ان التلف قبل القبض أو زمان الخيار المشتري أو الحيوان أو حصول نقص في وصف الكمال أيضاً يكون كالتلف أو حصول النقص قبل البيع في انحلال البيع أو ثبوت خيار الوصف المشتري كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أن العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة لضمانه على البائع لا يمنع الرد بالعيب السابق.

ولكن يظهر من المحقق قدس سره (1) في درسه: عدم الفرق بين العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة والحاصل بعدها في أنه يمنع الرد بالعيب السابق، وإنما يجوز الفسخ في زمان الخيارات من العيب السابق أو الحادث بتلك الخيارات، وإذا انتهى تلك

ص: ٣١٥

١- (١) نقله صاحب اللمعة: ١١٩، وراجع الشرائع ٢: ٥٧.

قال في الدروس: لو حدث في المبيع عيبٌ غير مضمونٍ على المشتري لم يمنع من الردّ إن كان قبل القبض أو في مدّه خيار المشتري المشترط أو بالأصل،

الشرح:

الخيارات فلا يجوز الفسخ، خلافاً لشيخه ابن نما(1) حيث ذكر جواز الفسخ حتى بعد انقضاء تلك الخيارات حيث إن العيب الحادث لكونه على البائع لا يمنع الرد.

وربما يقال: إن ابن نما متفق مع المحقق في عدم كون العيب الحادث موجباً لجواز الفسخ واختلافهم في أن حدوثه يمنع الرد بالعيب القديم، أو لا يمنع فالمحقق على الأول وشيخه على الثاني.

ويضعف قول كلاهما: بأن العيب الجديد موجب لخيار آخر غير الخيار الثابت بالعيب الأول، ولكن نسبه وحده الخيار وعدم تعدده بالعيب الحادث إلى ابن نما مشكل لأن كلامه لا يأبى عن التعدد.

أقول: في صورتين جهتان من البحث:

الأولى: كون العيب الحادث قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان ونحوه كالموجود حال العقد موجب لخيار العيب.

وبتعبير آخر: الضمان المعاملى الحاصل على البائع بالإضافة إلى المبيع وأوصافه يستمر إلى القبض وإلى انقضاء زمان خيار الحيوان ونحوه.

والثانية: انه لو كان المبيع معيباً حال العقد ثم حدث عيب آخر قبل القبض أو قبل مضي زمان خيار الحيوان ونحوه فهل يتعدد خيار العيب من حيث جواز الفسخ والمطالبه بالأرش أم يتداخل من حيث جواز الفسخ.

أمّا الوجه الأول: فقد تقدم أنه قد يقال: انه يستفاد من قوله عليه السلام في صحيحه

ص: ٣١٦

فله الردّ ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الردّ خلافٌ بين ابن نما وتلميذه المحقّق، فجوّزه ابن نما لأنّه من ضمان البائع، ومنعه المحقّق قدس سره، لأنّ الردّ لمكان الخيار، وقد زال. ولو كان حدوث العيب في مبيعٍ صحيحٍ في مدّة الخيار فالباب الشرح:

عبدالله بن سنان «على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثه ايام ويصير المبيع للمشتري»^(١)، ان ضمان التلف قبل القبض سواء كان تلف العين أو الوصف ليس ضمان يد، بل استمرار للضمان المعاملي الحاصل على البائع حال حدوث البيع وانشائه، فان كون الشيء تالفاً حال حدوث البيع يوجب عدم انعقاده وكذلك تلفها قبل القبض أو قبض انقضاء زمان الخيار يوجب انحلاله وكما تلف وصف الصحه أو وصف كمال مشروط حال حدوث البيع يوجب خيار العيب أو الوصف المشروط للمشتري كذلك تلفهما قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار.

أقول: لم يظهر وجه استفاده الضمان المعاملي من الصحيحه فان صيروره المبيع للمشتري قد تحقق بنفس البيع فيكون المراد صيرورته له بملك مستقر، ويكفي في عدم استقرار الملك نفس ثبوت خيار الحيوان ونحوه لان مع تمكن المشتري على فسخ المعامله بذلك الخيار لا يكون ملكه استقرارياً حتى لو لم يكن ضمان البائع في ذلك الزمان ضمان معاملي بل ضمان يد كما لا يخفى.

نعم لا باس بدلاله معتبره عقبه بن خالد^(٢) على كون ضمان تلف المبيع قبل القبض ضمان معاملي وكذلك بعض الروايات في التلف زمان خيار الحيوان حيث ذكر سلام الله عليه فيها لو تلف المبيع قبل القبض يكون «من مال صاحب المتاع الذي هو

ص: ٣١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٤ ١٥ ، الباب ٥ من أبواب الخيار ، الحديث ٢ .

٢- (٢) مرّ سابقاً .

واحد، انتهى. لكن الذى حكاه فى اللمعه عن المحقق هو الفرع الثانى، وهو حدوث العيب فى مبيع صحيح. ولعلّ الفرع الأوّل مترتبٌ عليه، لأنّ العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع حتّى يكون سبباً للخيار غايه الأمر كونه غير مانع الشرح:

فى بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته»(١) ومفاده تلف المبيع ملكاً للبائع وهذه عبارته أخرى عن انحلال البيع.

ولكن لا- دلالة لها على كون تلف وصف الصحة أو الكمال أيضاً ضمان معاملى، فانه لا يمكن أن يكون تلف الوصف ملكاً للبائع بأن يبقى البيع بالاضافه إلى نفس الموصوف بحاله وينحل بالاضافه إلى الوصف وقد تقدم عدم انحلال البيع وعدم تقسيط الثمن على الوصف والموصوف.

وقد يقال: انه يستفاد الضمان المعاملى بالاضافه إلى وصف الصحة أيضاً من مرسله جميل(٢)، حيث إن السؤال فيها «فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً» يعم ما إذا علم حدوث ذلك العيب فيه قبل القبض وبعد البيع وما فى الجواب «إن كان الشيء قائماً بعينه فردّه» المراد من القيام بحاله مع قطع النظر عن ذلك العيب.

وفيه: أولاً- لا- يمكن الاعتماد عليها لارسالها. وثانياً: انه على فرض الاطلاق فى السؤال والجواب، فلا يعم الجواب فقد وصف كمال مشروط مع ان المدعى فيه أيضاً ضمان الوصف بضمان معاملى، كما انه لا يستفاد منها حكم العيب الحادث بعد القبض فى زمان خيار الحيوان ونحوه، فلا بد فى تعميم الضمان المعاملى بالاضافه إلى وصف الصحة أو الكمال قبل القبض أو زمان الخيار من التشبث بالتسالم، بل للاطمينان بعد

ص: ٣١٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٣ ٢٤ ، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ .

٢- (٢) مرّ سابقاً .

عن الردّ كخيار الثلاثة كان مانعاً عن الردّ بالعيب السابق، إذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيبٍ مضمونٍ على المشتري، فيكون الردّ في زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق. فمنشأً هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث، ولذا ذكر في اللمعه: أنّ هذا من المحقق منافٍ لما ذكره في الشرائع: من أنّ العيب الحادث

الشرح:

انفكاك ضمان تلف العين عن تلف الوصف بان يكون الاول ضماناً معاملياً وتلف الوصف ضمان اليد كما لا يخفى.

أمّا الجبهه الثانيه: وهى على تقدير ضمان البائع العيب الجديد قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بضمان معاملى فهل الجديد مع القديم من قبيل العيين الموجدين حال البيع فى كونهما موجباً لوحده الخيار فى جهه جواز الفسخ أو من قبيل شراء الحيوان ومجلس البيع فى ترتب الخيار على كل منهما.

وقد يقال: بتعدد الخيار فى جهه جواز الفسخ وجهه جواز المطالبه بالأرش، لان الدليل على الخيار بالعيب السابق ما دل على أن شراء ما به عيب أو عوار من غير علم المشتري وتبرأ البائع موضوع للخيار وما دل على ضمان البائع المبيع قبل القبض أو زمان خيار الحيوان مقتضاه كون العيب الجديد موضوعاً لخيار آخر، غايه الأمر الخياران متماتلان فى جهه جواز الفسخ وجواز المطالبه بالأرش.

والحاصل: ان تعدد الموضوع يوجب تعدد الحكم ولو فرض أن كلاً من الموضوعين قد أخذ بنحو صرف الوجود بالاضافه إلى حكمه.

وعلى ذلك فلا يقاس العيب الجديد بالعيبين الموجودين حال العقد حيث لا يتعدد الخيار فى جهه جواز الفسخ.

نعم يتعدد جواز المطالبه بالأرش فيه أيضاً فان جواز المطالبه به نظير جواز المطالبه بالدين.

ص: ٣١٩

فى الحيوان مضموناً على البائع، مع حكمه بعدم الأرش. ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه، ويضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه: أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعدد، كما لا يخفى.

الشرح:

ولكن لا يخفى عدم تعدد جواز الفسخ فى تعاقب العيين أيضاً حيث إن مفاد ما ورد فى ضمان البائع قبل القبض أو زمان الخيار استمرار الضمان المعاملى الحاصل على البائع عند البيع، وتعميم لموضوع ذلك الحكم إلى الانقضاء زمان خيار الحيوان أو الشرط، وإذا فرض أن العيب بصرف وجوده فى ذلك الزمان موضوع للخيار فلا يتعدد الخيار.

ويترتب على ذلك أنه لو اسقط العيب السابق أى جواز الفسخ به قبل حدوث العيب الجديد يثبت له جواز الفسخ بالعيب الجديد، بخلاف ما سقط جواز الفسخ بعد حدوثه فإنه لا يبقى له حق فى جواز الفسخ.

ثم إن الكلام فى كون العيب الجديد موجباً لخيار آخر أم لا- فيما إذا لم يكن ذلك العيب بفعل المشتري وإلا فيكون ذلك الحدث موجباً لمضى البيع وجواز المطالبة بأرش العيب السابق كما هو مقتضى معتبره زواره وغيرها.

وكذا إذا كان العيب الجديد بفعل البائع أو الأجنبى، فإنه يكون ضمان البائع أو الأجنبى العيب الجديد بضمان يد ولا يبعد أن يكون فعلهما أيضاً مسقطاً لجواز الفسخ بالعيب القديم لعدم قيام العين بحالها، وبما كان عليه حال البيع كما هو مفاد مرسله جميل (1) وتمام الكلام فى ذلك فى بحث القبض إن شاء الله تعالى.

ص: ٣٢٠

١- (١) مَرَّت سابقاً .

العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار

وأما الثالث: أعنى العيب الحادث في يد المشتري [١] بعد القبض والخيار فالمشهور أنه مانع عن الردّ بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام وفي ظاهر الغنيه الإجماع عليه.

الشرح:

[١] وذكر قدس سره بما حاصله: أنه لو حدث في المبيع المعيب عيب جديد في يد المشتري بعد القبض وانقضاء الخيارات فيسقط بحدوثه جواز الفسخ بالعيب السابق.

والمراد بالعيب الجديد مجرد النقص الموجب لصدق التغير وعدم بقاء العين بحالها التي كانت عليها حال البيع ولو لم يكن النقص الحادث من العيب أى ما يوجب الأرش كما إذا باع داراً من اثنين فظهر عيب فى الدار وأراد أحد المشتريين فسخ البيع من حصته، فان الفسخ فى حصته يكون موجباً لشركه البائع والمشتري الآخر فى الدار.

ومثله ما إذا باع شيئين بصفقه واحده وظهر فى أحدهما عيب وأراد مشتريهما فسخ البيع فى حصته فانه لو فسخ البيع يصدق عدم بقاء المبيع بحاله وكون ذلك مع الشىء الآخر كان ملكاً للبائع وكذا فيما إذا باع عبداً كاتباً وظهر فيه عيب، ولكن كان العبد بيد المشتري قد نسي الكتابه ومثله نسيان الدابه الطحن عندما اريد فسخ شرائها بالعيب السابق.

ويمكن الاستدلال على جميع ذلك بمرسله جميل فان الوارد فيها «إن كان الشىء قائماً بعينه» (١)، كما يظهر ذلك فى مسأله تقديم قول البائع فى اختلافه مع المشتري فى قدر الثمن، إلا أن التمثيل لتغير فى المرسله بقطع الثوب وخطاؤه وصبغه قرينه على أن المراد ببقاء الشىء بعينه عدم التغير بمطلق النقص حيث إن خياطه الثوب أو صبغه لا يوجب النقص الموجب للأرش غالباً.

بل ربما يقال: إن المراد ببقائه بعينه عدم التغير لا بالنقص ولا بالزياده كسمن

ص: ٣٢١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

والمراد بالعيب هنا مجرد النقص، لا خصوص ما يوجب الأرش، فيعم عيب الشركه وتبعض الصفقه إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحداً صفقه وظهر العيب في بعضه فأراد رد المبيع خاصه، ونحوه نسيان العبد الكتابه كما صرح به في القواعد وغيره، ونسيان الدابته للطحن كما صرح به في جامع المقاصد. ويمكن الاستدلال على الحكم في المسأله بمرسله جميل المتقدمه، فإن «قيام العين» وإن لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم في مسأله تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين، إلا أن الظاهر منه بقرينه التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب وخطاطته وصبغه ما يقابل تغير الأوصاف والنقص الحاصل ولو لم يوجب أرشاً، كصيغ الثوب وخطاطته. نعم، قد يتوهم شموله لما يقابل الزياده، كالتسمن وتعلم الصنعه. لكنه يندفع: بأن الظاهر من

الشرح:

الدابه وتعلم الصنعه، ولكن لا يمكن المساعده عليه فان ظاهر قيام العين عدم نقصها بمعنى أن لا يحدث فيه ما يوجب نقص ماليتها، لا أن لا يحدث فيه ما يوجب زيادتها حيث إن الحكم بسقوط جواز الفسخ مع عدم قيام المبيع بحاله بحسب الفهم العرفي رعايه لحال البائع فلا يعم حدوث الزياده كما لا يخفى.

وذكر في التذكره (1) مع الإغماض عن المرسله وجهاً آخر لسقوط جواز الفسخ بالعيب الجديد الحادث في يد المشتري: وهو أن النقص أي العيب الحادث في يد المشتري يوجب تلف شيء من المبيع فيكون مضموناً على المشتري ويسقط به جواز فسخه لأن مع رد المبيع يلزم تحمل البائع المبيع مع العيب الجديد وهذا ليس بأولى من تحمل المشتري ذلك الشيء مع العيب القديم.

ص: ٣٢٢

قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا- ينقص ماله، لا- بمعنى أن لا- يزيد ولا- ينقص، كما لا يخفى على المتأمل. واستدلّ العلامة في التذكرة على أصل الحكم قبل المرسله: بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزء من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط ردّه، للنقص الحاصل في يده، فإنّه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث. والمرسله لا تشمل جميع أفراد النقص، مثل نسيان الدابّة للطحن وشبهه. والوجه المذكور بعدها قاصر عن إفاده المدعى، لأنّ المرجح بعد عدم الأولويّه من أحد الطرفين إلى أصاله ثبوت الخيار وعدم ما يدلّ على سقوطه، غايه الأمر أنّه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرش للبائع إذا ردّه، كما لو تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين. أمّا مثل نسيان الشرح:

ثمّ إن المصنف قدس سره قد أورد على كل من الاستدلال على الحكم بالمرسله وبالوجه المذكور في كلام العلامة:

أمّا المرسله: فإنها لا يعم مثل نسيان العبد الكتابه ونسيان الدابه الطحن ونحوهما من موارد عدم تغير عين المبيع.

وأمّا ما في التذكرة: فانه مع عدم ثبوت الأولويه يرجع إلى استصحاب بقاء الخيار للمشتري فيكون كما إذا فسخ البيع بالإقاله أو بالغبن مع تعيب المبيع في يد المشتري، فان البائع يرجع إلى المشتري بأرش العيب الحادث في يده، لأن الأوصاف وان لا تدخل في ضمان المشتري لأن المبيع في زمان الخيار ملكه والمالك لا يضمن ماله، إلا أن وصف الصحه بمنزله جزء المبيع في كون تلفه عند فسخ المعامله يوجب رجوع البائع إلى بدله لأن المبيع وكذا أجزائه مضمون على المشتري بضمان معاملي.

والحاصل: أن النقص الحادث في يد المشتري إذا لم يكن من العيب فلا موجب لسقوط جواز الفسخ ولا لثبوت الأرش.

الصنعه وشبهه فلا يوجب أرشاً بل يرده، لأنّ النقص حدث في ملكه و إنّما يضمن وصف الصحّه لكونه كالجزيء التالف، فيرجع بعد الفسخ ببذله. نعم، لو علّل الردّ بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضرراً، أمكن أن يقال: إنّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعده نفى الضرر. لكنّ العمده في دليل الردّ هو النصّ والإجماع، فاستصحاب الخيار عند الشكّ في المسقط لا بأس به.

الشرح:

ولا يقاس المقام بباب ضمان اليد(١) كما إذا غصب العبد الكاتب ونسى الكتابه بيده.

نعم لو كان الدليل على جواز الفسخ بالعيب القديم نفى الضرر(٢) لأمكن أن يقال: بعدم جواز الفسخ بعد حصول النقص، لأنّ تحمل البائع المبيع بالعيب القديم ضرر عليه وقاعده نفى الضرر الحاكمه بثبوت جواز الفسخ للمشتري لا يعم الفرض لأنه لا حكومه لقاعده نفى الضرر في مورد تعارض الضررين.

والحاصل: أن العمده في جواز الفسخ في شراء المعيب النص والإجماع ومع الشكّ في سقوط هذا الجواز يحكم ببقائه بالاستصحاب، ولكن لا- بأس بالأخذ بالمرسله والحكم بسقوط جواز الفسخ بمطلق النقص الحاصل في المعيب بعد القبض وانقضاء الخيارات الثلاثه.

وتوضيح الأخذ بها: هو أن الوارد فيها مثلاً لعدم بقاء المبيع بعينه خياطه الثوب وصبغه والنقص الحاصل للثوب بالخياطه والصنغ اعتباري حيث يتعلق حق المشتري بخياطه الثوب أو صبغه.

ومن الظاهر أن تعلق حقه به بحيث يبقى ذلك الحق له على فرض الفسخ نقص

ص: ٣٢٤

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠ .

إلا- أن الإنصاف أن الاستفادة من التمثيل في الرواية بالصيغ والخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك: أن المراد ب«قيام العين»، هو ما يقابل الأعم، من تلفها وتغيرها، على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك. لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا- الزيادة، لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعاً، والمراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش، فإن النقص الحاصل بالصيغ والخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالشوب من جهة الصيغ والخياطة، وهذا ليس عيباً اصطلاحياً.

الشرح:

اعتباري وليس من العيب الموجب للأرش.

وعلى ذلك فيكون جواز فسخ شراء المعيب مشروطاً بعدم تغير العين الأعم من تلفها أو حصول النقص فيها ولو كان النقص اعتبارياً.

لا يقال: ما ذكر مثلاً لعدم بقاء المبيع بعينه من قبيل التغير الحسى، ولو لم يكن من العيب الموجب للأرش، واما مثل نسيان العبد الكتابه أو الدابه للطحن فلا يدخل في التغير الموجب لسقوط جواز الفسخ.

فانه يقال: لما يحتمل الفرق بين حدوث العيب الجديد وبين غيره من النقص بأن لا يكون النقص من غير عيب مسقطاً لجواز الفسخ، فإذا كان ظاهر المرسله عدم الفرق بينهما فلا يحتمل الفرق بين النقص المحسوس والنقص الاعتباري.

وكيف كان فلا وجه لما عن المفيد في المقنعه (1) من عدم كون العيب الجديد مسقطاً لجواز الفسخ.

أقول: لو بنى على العمل بالمرسله فلا حازه إلى اتعاب النفس في إدخال مثل نسيان العبد الكتابه أو الدابه الطحن في مدلولها لأنه يصدق مع النسيان عدم قيام المبيع

ص: ٣٢٥

١- (١) المقنعه: ٥٩٧، ونقله صاحب حاشيه كتاب المكاسب ٣: ١٢٨.

ودعوى: اختصاصه بالتغيّر الخارجى الذى هو مورد الأمثله فلا يعمّ مثل نسيان الدابّه للطحن.

يدفعه: أنّ المقصود مجرد النقص، مع أنّه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث وإن لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت فى المغيّر وغيره، للقطع بعدم الفرق، فإنّ المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز ردّ العين إلّا مع أرشه، وكونه مجرد نقص لا يوجب أرشاً كنسيان الكتابه والطحن. أمّا الفرق فى أفراد النقص الغير الموجب للأرش بين مغيّر العين حساً وغيره فلا مجال لاحتماله. ثم إنّ ظاهر المفيد فى المقنعه المخالفه فى أصل المسأله، وأنّ حدوث العيب لا يمنع عن الردّ. لكنّه شاذٌّ على الظاهر.

الشرح:

بحاله؛ بل ظاهرها اعتبار قيامه بحالها حتى بعد الفسخ إلى أن يصل إلى يد بايعه ولو حصل النقص بعد الفسخ وقبل رده إلى صاحبه فلا يكون ذلك الفسخ نافذاً.

وبهذا يمكن أن يقال مع حصول الشركه بالفسخ بل التبعض فى الصفقه بالفسخ لا يكون ذلك الفسخ نافذاً.

هذا مع الإغماض عما يأتى من أن الثابت فى بيع الشىء من اثنين أو بيع الشئتين بصفقه واحده ثبوت خيار واحد. وانه لا يثبت الخيار فى كل من البيوع الانحلاليه.

بل الأمر كذلك لو أغمض عن المرسله واستند فى سقوط الخيار بالحدث بمعتبره زراه، فان الوارد فيها مسقطاً لجواز الفسخ، وان كان إحداث المشتري شيئاً إلّا- أن استناد الحدث إلى المشتري لا دخل فى الحكم لأن المتفاهم العرفى هو اعتبار وصول المبيع إلى بايعه ثانياً على ما كان فى نفوذ الفسخ ونسبه الحدث إلى المشتري لفرض الغالب.

وما ذكره المصنف رحمه الله فى توضيح إدخال النقص الاعتبارى فى مدلول المرسله

ثم إن مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث وزواله [١] فلا يثبت بعد زواله، لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال في التذكرة: عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الردّ بالعيب السابق، سواء زال أم لا.

الشرح:

من أن تعلق حق المشتري بخياطه الثوب أو صبغه نقص فيه لا يمكن المساعدة عليه، فانه لو اسقط المشتري حقه قبل الفسخ لا يجوز أيضاً الفسخ بل لا حق للمشتري مع نفوذ الفسخ بل ملكه الخيوط أو الصبغ إذا كان له عين كما أوضحنا ذلك في حكم الفسخ بخيار الغبن.

[١] لو زال العيب الحادث أو التغير الحادث بأن عادت العين على ما كانت عليه حال البيع فهو يجوز للمشتري فسخ البيع أو أنه يمضى عليه البيع؛ وانما يكون له المطالبة بالأرش كما كان ذلك قبل زوال العيب أو التغير؛ ذكر المصنف رحمه الله عدم جواز فسخ البيع بعود العين على ما كانت عليه لانه جواز الفسخ قد سقط بحدوث العيب والنقص ولا دليل على عوده ومقتضى الاستصحاب عدم عوده، كما ذكر ذلك في التذكرة.

ولكن فصل في التحرير (١) وقال: إن كان العيب بفعل المشتري فلا يجوز الفسخ بزواله، وكان له المطالبة بالأرش خاصة، بخلاف ما إذا لم يكن بفعله فانه يجوز الفسخ بزواله.

ووجهه المصنف رحمه الله: بأن سقوط جواز الرد بحدوث العيب الجديد لئلا يتضرر البائع برد العين عليه معيماً، ولان ضمان العيب الجديد على المشتري ومع عود العين إلى ما كانت عليه لا ضرر على البائع ولا يكون للمشتري ضمان.

ص: ٣٢٧

لكن فى التحرير: لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن بسببه كان له الرد ولا أورش عليه، انتهى. ولعل وجهه: أن الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع وضمان المشتري لما يحدث، وقد انتفى الأمران. ولو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبور جاز الرد، كما فى الدروس وغيره، لأن عدم الجواز لحق البائع، وإلا فمقتضى قاعده خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمه العيب، وإنما منع من الرد هنا للنص والإجماع، أو للضرر.

الشرح:

أقول: لو كان الوجه فى عدم جواز الفسخ بالعيب الجديد ما ذكر لما كان فرق بين كون العيب الجديد بفعل المشتري أو غيره، فيجوز الفسخ مع زوال الحادث على التقديرين.

ولعل الوجه فيما ذكره فى التحرير: أن مقتضى معتبره زواره (١) سقوط جواز الفسخ بإحداث المشتري فى المبيع حدثاً سواء زال ذلك الحادث أم لا. وأما إذا لم يكن بفعله فمع زوال الحادث يصدق رد الشيء مع قيامه بعينه.

ولكن يرد على هذا الوجه من أن المتفاهم من معتبره زواره بمناسبه الحكم والموضوع عدم وصول العين إلى يد البائع على ما كانت عليه فيتحد مدلولها مع المرسله الا فيما كان التغير بفعل البائع فانه يمكن القول بشمول المرسله لهذا الفرض أيضاً، وأنه لا يجوز الفسخ فى هذا الفرض أيضاً، اللهم إلا أن يقال: إن لازم جواز الفسخ بعد زوال العيب الحادث تعدد جواز الفسخ للمشتري وهو خلاف ظاهر المعتبره بل المرسله.

وما ذكر السيد اليزدى قدس سره بعد استلزامه تعدد الخيار لأننا نمنع عن كون العيب

ص: ٣٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

ومما ذكرنا يعلم: أنّ المراد بالأرش الذى يغرمه المشتري عند الردّ قيمه العيب، لا الأرش الذى يغرمه البائع للمشتري عند عدم الردّ، لأنّ العيب القديم مضمونٌ بضمان المعاوضه والحادث مضمونٌ بضمان اليد.

ثمّ إنّ صريح المبسوط: أنّه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش. وهذا أحد المواضع التى أشرنا فى أوّل المسأله إلى تصريح الشيخ فيها بأنّ الأرش مشروطٌ باليأس من الردّ، وينافيه إطلاق الأخبار فى أخذ الأرش.

الشرح:

الحادث الذى يزول قبل الفسخ مسقطاً وانما لا يكون له الرد خارجاً مادام العيب. وإذا زال العيب جاز الرد ونفذ الفسخ لا يمكن المساعده عليه، فان تجوز الرد كناية عن ثبوت الخيار ونفوذ الفسخ والأمر بأخذ الأرش كناية عن سقوطه. ومن الظاهر انه قبل زوال العيب كان له أخذ الأرش بمقتضى المعتبره والمرسله فيكون المرجع بعد زواله عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) ولا أقل من استصحاب عدم نفوذ الفسخ.

هذا كله فى جواز الفسخ بالخيار بحيث يكون للمشتري إلزام البائع بالفسخ المزبور. واما الفسخ برضا البائع فهو لا بأس به بل هو داخل فى الإقاله سواء رضى البائع بالفسخ مع أرش العيب الجديد أو بلا أرشه أيضاً وأخذ البائع الأرش على العيب الجديد ليس من الإقاله بالنقيصه ليقال بعدم جوازه بل الأرش لضمان المشتري للعيب الجديد بضمان اليد مع تمام البيع حدوثاً، كما فى البيع الفاسد أو بقاء، كما فى صورته فسخه بالخيار أو بالإقاله.

وأيضاً ليس أرش العيب الجديد من قبيل أرش العيب القديم الذى يستحقه المشتري على البائع على تقدير إبقاء البيع، فان ضمان البائع الأرش ضمان معاملى

ص: ٣٢٩

تنبيه:

ظاهر التذكرة والدروس: أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه على البائع [١].

الشرح:

فيؤخذ من البائع بنسبه تفاوت القيمتين أى المعيب والصحيح إلى الثمن المسمى، بخلاف ضمان المشتري العيب الجديد فانه يأخذ البائع من المشتري نفس مقدار تفاوت قيمتين.

وفى معتبره عقبه بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام «انه سأل عن رجل ابتاع ثوباً فلما قطعه وجد فيه خروفاً ولم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء فى ذلك؟ قال: اقبل ثوبك وإلا فهأىى صاحبك بالرضا وخفض له قليلاً ولا يضرك إن شاء الله تعالى، فان أبى فاقبل ثوبك فهو اسلم لك إن شاء الله تعالى» (١) فإن الخفض من الثمن على تقدير الاقاله أرش القطع كما لا يخفى.

[١] ذكر فى التذكرة (٢) والدروس (٣): أن تبعض الصفقه على البائع يوجب سقوط جواز فسخ البيع بالعيب القديم فيتعين للمشتري المطالبه بالأرش.

وذكر المصنف رحمه الله فى توضيح المقام أن التعدد الموجب للتبعض: إما فى أحد العوضين، كما إذا باع واحد شيئاً أو شيئين بصفقه من مشتر واحد وظهر بعض المبيع معيباً؛ ونظير ذلك ما إذا باع شيئاً بثمن خارجى فظهر بعض الثمن معيباً.

وإما التعدد فى البائع كما إذا باع اثنان شيئاً كالدار المشتركه بينهما بالمناصفه من واحد فظهر العيب فيها وأراد المشتري فسخ الشراء بالاضافه إلى حصه احد

ص: ٣٣٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣١ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار ، الحديث ٤ .

٢- (٢) راجع التذكرة ١ : ٥٣٦ .

٣- (٣) الدروس ٣ : ٢٨٤ .

وتوضيح الكلام في فروع هذه المسألة: أنّ التعدّد المتصوّر فيه التبعّض إمّا في العوض ثمناً كان أو مثمناً وإمّا في البائع، وإمّا في المشتري.

فالأوّل: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمنٍ واحدٍ من مشتري واحدٍ فظهر بعضه معيباً، وكذا لو باع شيئاً بثمنٍ، فظهر بعض الثمن معيباً.

والثاني: كما إذا باع اثنان من واحدٍ شيئاً واحداً فظهر معيباً، وأراد المشتري أن يردّ على أحدهما نصيبه دون الآخر.

الشرح:

المتبايعين. وإمّا ان يكون التعدد في ناحيه المشتري، كما إذا اشترى اثنان داراً من بايعها فظهر العيب فيها وأراد أحد المشتريين فسخ الشراء بالاضافه إلى حصته ونظير ذلك ما إذا باع الدار مالکها من واحد ومات المشتري وأراد بعض ورثته فسخ الشراء بالاضافه إلى حصته الموروثة.

وإمّا فرض التعدد في ناحيه الثمن بأن باع نصف الدار بألف درهم ونصفها الآخر بمئة دينار فظهر العيب في الدينانير، وأراد البائع فسخ البيع بالاضافه إلى الدينانير فقد ذكر قدس سره: أنه لا إشكال في نفوذ هذا الفسخ لكون الموجود خارجاً عقدين ولم يتعرض قدس سره لثبوت خيار التبعّض الصفقه على المشتري، حيث انه قد أقدم على شراء نصف الدار بالدرهم على أن يتم له شراء نصفها الآخر بالدينانير، بل ظاهره عدم ثبوت خيار التبعّض.

ولكن هذا الخيار على تقديره لا يمنع عن فسخ البائع البيع بالاضافه إلى الثمن المعيب لأن التبعّض الحاصل بالاضافه إلى المبيع أو الثمن لا يمنع الفسخ كما يأتي.

أمّا الصوره الأولى كما باع شيئاً أو شيئين بصفقه واحده أى بثمن واحد فظهر بعض المبيع مبيعاً وأراد المشتري فسخ الشراء بالاضافه إلى المعيب فقد ذكر قدس سره عدم جواز هذا الفسخ لأن الفسخ إذا كان في الجزء المشاع يتبعّض المبيع المعيب على

والثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً فظهر معيباً، فاختر أحدهما الردّ دون الآخر، وألحق بذلك الوارثان لمشتري واحدٍ للمعيب.

وأما التعدّد في الثمن: بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمانٍ وبعضه الآخر بثمانٍ آخر، فلا إشكال في كون هذا عقدين، ولا إشكال في جواز التفريق بينهما.

الشرح:

البائع، وكذا إذا أراد فسخ الشراء بالاضافه إلى أحد الشئيين الذي ظهر فيه العيب، فان التفريق الحاصل بالفسخ حدث في المعيب ونقص آخر فيه، ولذا لو حدث هذا التفريق في المبيع الصحيح كما إذا باع شئيين بصفقه واحده فظهر أحدهما مستحقاً للآخر يثبت للمشتري الخيار بالاضافه إلى شراء الآخر.

لا- يقال: يمكن منع النقص الحاصل بالالتمزام بثبوت خيار التبعض للبائع فيكون الفرض، كما إذا اشترى حيواناً مع غيره بصفقه واحده وفسخ الشراء بالاضافه إلى الحيوان في ثلاثه أيام فانه يثبت للبائع خيار التبعض بالاضافه إلى بيع غير الحيوان.

فانه يقال: ثبوت الخيار بالتبعض للبائع غير ممكن في المقام؛ لانه ربما يكون ضرورياً للمشتري حيث إنه يريد الامسك بالشيء الصحيح.

ويدلّ على عدم جواز الفسخ بالاضافه إلى الشيء المعيب ويتعين المطالبه بالأرش ماورد في المنع عن رد الثوب المعيب بالخياطة والصبغ فان المنع عن الفسخ ليس التغير الخارجى بالخياطة والصبغ لحصول هذا التغير في سمن الدابه ونحوها، بل المنع في الحقيقه حصول الشركه في الثوب بالخياطة والصبغ في فرض ردّه، وهذه الشركه نقص يمنع عن الفسخ بالعيب القديم.

أقول: قد تقدم عدم الشركه في صنع الثوب وخياطه بالفسخ حتى الشركه في المالىه لعدم اعتبار الوصف ملكاً لواحد والموصوف آخر؛ بل المسقط لجواز الفسخ نفس التغير الخارجى المحسوب حدثاً في المعيب فلا يضر السمن المتعارف الذى

أما الأول: فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الإجماع عليه، لأن المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه، وإن كان معيّنًا فهو ناقص من

الشرح:

لا يعد حدثاً.

والتبعض على البائع فيما إذا كان بيع الشيئين بصفقه واحد فظهر العيب في أحدهما لا يكون حدثاً ونقصاً في الشيء المعيب، ولو كان نقصاً فيه لما كان فيما إذا بيع الحيوان مع غيره بصفقه خيار التبعض للبائع بالاضافه إلى غير الحيوان لأن النقص في الحيوان مضمون على البائع في زمان خياره بل ثبوت خيار التبعض تخلف الشرط على البائع.

وعلى ذلك فيلزم التفصيل في المقام وهو أنه إذا بيع شيء وظهر العيب فيه، وأراد المشتري الفسخ في نصفه أو ثلثه ونحوهما فلا يجوز لأن الثابت للمشتري في شراء المعيب خيار واحد متعلق بشراء مجموع المعيب فلا يثبت الخيار في البيوت الانحلاليه.

وأما إذا كان الفسخ بالاضافه إلى شراء المعيب كما إذا باع الشيئين بصفقه واحده، فظهر العيب في أحدهما فهذا الفسخ لا بأس به، ويكون نظير شراء الحيوان مع غيره غايه الأمر يثبت للبائع خيار التبعض بالاضافه إلى بيع الشيء الآخر كما لا يخفى.

ولو كان التبعض على البائع من حدوث النقص في المعيب فيما لو باعه مع غيره بصفقه لما جاز فسخ شراء الحيوان في الثلاثه فيما لو شراه مع غيره بصفقه، لأن إحداث المشتري الحدث في الحيوان أيضاً موجب لسقوط خيار الحيوان فالتبعض الحاصل بفسخ شراء الحيوان في الفرض يمنع عن نفوذ ذلك الفسخ.

والحاصل: لم يعلم الفرق بين مسأله شراء الحيوان مع غيره بصفقه وشراء

ص: ٣٣٣

حيث حدوث التفريق فيه، وكلُّ منهما نقصٌ يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الردّ من نسيان الدائبة الطحن. وهذا الضرر وإن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فردّه المشتري بخيار الثلاثة إلاّ أنّه يوجب الضرر على المشتري، إذ قد يتعلّق غرضه بإمساك الجزء الصحيح. ويدلّ عليه النصّ المانع عن الردّ بخياطة الثوب والصيغ، فإنّ المانع فيهما ليس إلاّ حصول الشركه في الثوب بنسبه الصيغ والخياطة لا مجرد تغيير الهيئه، ولذا لو تغيّر بما يوجب الزيادة كالسّمّن لم يمنع عن الردّ قطعاً. وقد يستدلّ بعد ردّ الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع دفعه بظهور الأدلّه في تعلق حقّ الخيار بمجموع المبيع [١] لا كلّ جزءٍ منه، لا أقلّ من الشكّ، لعدم إطلاقٍ موثوقٍ به، والأصل اللزوم.

الشرح:

المعيب مع غيره بصفقه وأنه لا وجه للالتزام بنفوذ فسخ شراء الحيوان وعدم نفوذ فسخ شراء المعيب.

[١] ذكر في الجواهر (١) في وجه عدم جواز الفسخ بالاضافه إلى المعيب: أن الخيار يثبت في البيع بالاضافه إلى تمام المبيع لا بالاضافه إلى أجزائه.

وأجاب المصنف عنه بأن ذلك أمر متسالم عليه؛ ولذا لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الجزء الصحيح خاصه، إلاّ أن الكلام في أن مع انطباق موضوع الخيار على جزء الصفقة يكون مورد الخيار شراء ذلك الجزء، كما في مسأله شراء الحيوان مع غيره بصفقه، إلاّ أن يدعى أن مع تحقق العيب في جزء الصفقة يصدق عليه أنها معيبه كصدق المعيب على الثوب المبيع فيما إذا كان العيب في بطن أطرافه.

ص: ٣٣٤

وفيه مضافاً إلى أن اللازم من ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفرداً وإن رضى البائع، لأنّ المنع حينئذٍ لعدم مقتضى للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه وهو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع : أنه لا يشكّ أحدٌ في أنّ دليل هذا الخيار كغيره من أدلّه جميع الخيارات صريحٌ في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا كلّ جزءٍ، ولذا لم يجوز أحدٌ تبعض ذى خيارٍ بين أجزاء ما له فيه الخيار، ولم يحتمل هنا أحدٌ ردّ الصحيح دون المعيب، وإنّما وقع الإشكال في أنّ محلّ الخيار هو هذا الشيء المعيوب غايه الأمر أنّه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لئلا يتبعص الصفقه عليه، وإمّا لقيام الإجماع على جواز ردّه، وإمّا لصدق المعيوب على المجموع كما تقدّم أو أنّ محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه؟

الشرح:

وقال أيضاً: إن لازم ما ذكر في الجواهر عدم جواز الفسخ في المعيب خاصه ولو مع رضا البائع لأن مقتضى ما ذكر عدم الموجب لفسخ شراء المعيب خاصه لا لوجود المانع يعنى لزوم الضرر على البائع بحصول النقص بالتبعص ليرتفع مع رضاه.

وذكر في آخر كلامه: أنّ الأمر في المقام يدور بين الالتزام بثبوت جواز الفسخ بالاضافه إلى المعيب ومع تحقق الفسخ يثبت للبائع خيار تبعض الصفقه، ومع ينتفى سلطنه المشتري على الإمساك بالجزء الصحيح، وبين الالتزام بعدم سلطنه المشتري على الفسخ بالاضافه إلى المعيب من الأول.

ولو لم يكن الثانى أولى فلا أقل من مساواته مع الأول فيرجع إلى أصاله اللزوم، فيكون الفرق بين المقام ومسأله شراء الحيوان مع غيره بصفقه بالإجماع، كما أن للشفيع أن يأخذ بحق شفيعته في بعض الصفقه بالإجماع أيضاً.

أقول: قد تقدم سابقاً أن الفسخ مع رضا البائع داخل في الاقاله، فكيف لا يجوز مع

وبعبارة أخرى: الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب الخيار أم لا؟ بل غايه الأمر ظهور النصوص الواردة في الرد في رد المبيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، نظير أخبار خيار الحيوان، وهذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم العيب إلى غيره، بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لا- جزئه الاعتباري كأحد الشيئين الذي هو محل الكلام. ومنه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل: «إذا كان الشيء قائماً بعينه» لأن المراد ب«الشيء» هو العيب، ولا شك في قيامه هنا بعينه.

وبالجمله، فالعمده في المسأله مضافاً إلى ظهور الإجماع ما تقدم: من أن مرجع جواز الرد منفرداً إلى إثبات سلطنه للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ومنع سلطنته على الرد أولاً أولى، ولا أقل من التساوى، فيرجع إلى أصالة اللزوم. والفرق بينه وبين خيار الحيوان الإجماع، الشرح:

رضا البائع والاقاله مشروعه حتى بالاضافه إلى البيوع الانحلاليه، كما هو مقتضى قوله عليه السلام «أيما عبد أقال مسلماً في بيع اقاله الله عثرته يوم القيامة»^(١).

وذكرنا في المقام أن مورد خيار العيب فيما لو باع المعيب مع غيره بصفقه هو شراء المعيب وأن التبعض على البائع لا يمنع عن نفوذ فسخ، غايه الأمر يثبت لكل منهما خيار التبعض بالاضافه إلى الجزء الآخر والله سبحانه هو العالم.

ص: ٣٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٨٦ ، الباب ٣ من أبواب آداب التجاره ، الحديث ٢ .

ثبوت الخيار في البيع الانحلالي

كما أنّ للشفيع أن يأخذ بالشفعه في بعض الصفقه. وبالجملة، فالأصل كافٍ في المسأله. ثم إن مقتضى ما ذكره: من إلحاق تبعض الصفقه بالعيب الحادث: أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقه جاز الرد، كما في التذكرة معللاً بأن الحق لا يعدّوهما. وهذا ممّا يدلّ على أنّ محلّ الخيار هو الجزء المعيب، إلاّ أنّه منع من رده نقضه بالانفراد عن باقي المبيع، إذ لو كان محلّه المجموع لم يجز ردّ المعيب وحده إلاّ بالتفاسخ المجوّز لردّ الصحيح منفرداً أيضاً.

وأما الثاني: وهو تعدّد المشتري [١] بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيبٌ، فإنّ الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعه. واستدلّ عليه في التذكرة وغيرها بأنّ التشقيص عيبٌ مانعٌ من الردّ. خلافاً للمحكّي عن الشيخ في باب الشركه والإسكافي والقاضي والحلي وصاحب البشري، فجوزوا الافتراق.

الشرح:

[١] قد ظهر مما تقدم من أن انطباق موضوع الخيار على البيع الانحلالي يوجب ثبوت الخيار فيه ولو مع كونه انحلالياً.

وعليه فإذا اشترى اثنان عيناً وظهر فيها عيب فانه وإن ذكر المصنف قدس سره أن الثابت للمشتريين خيار واحد فيرجعان بالأرش إن لم يجتمعا على الفسخ إلا- أنه لا- يمكن المساعدة عليه، فانه يصدق على كل من المشتريين أنه اشترى ما به عيب ولو كان ذلك الشيء النصف المشاع من العين، فيكون لكل منهما خيار مستقل حتى لو قيل بأنه لو اشترى اثنان حيواناً لا يكون لكل منهما خيار الحيوان، بل يثبت لهما خيار واحد.

وذلك فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان، والخيار ثابت لمشتري الحيوان.

بخلاف المقام فان نصف العين المعيوبه شراء حصه فيها عيب.

لا يقال: الفسخ المزبور يوجب التبعض على البائع.

وفى التذكرة: ليس عندى فيه بُعدٌ، إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقّصاً، فالشركة حصلت بإيجابه. وقوّاه فى الإيضاح لما تقدّم من التذكرة. وظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصوره علم البائع بتعدّد المشتري. واستجوده فى التحرير وقوّاه جامع المقاصد وصاحب المسالك. وقال فى المبسوط: إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثم أصاباً به عيباً كان لهما أن يرّدها وكان لهما أن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الرّد والآخر الإمساك كان لهما ذلك. ثم قال: ولو اشترى أحد الشريكين للشركة ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يرّداً وأن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الرّد والآخر الإمساك نُظِرَ: فإن أطلق العقد ولم يخبر البائع أنه قد اشترى للشركة لم يكن له الرّد، لأنّ الظاهر أنه اشتراه لنفسه، فإذا ادّعى أنه اشتراه له ولشريكه، فقد ادّعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله وكان القول قول البائع مع يمينه إلى أن قال: وإن أخبر البائع بذلك، قيل: فيه وجهان: أحدهما وهو الصحيح أنّ له الرّد، لأنّ الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنين وكان لأحدهما أن ينفرد بالرّد دون الآخر، وقيل: فيه وجه آخر، وهو أنه ليس له الرّد، لأنّ القبول فى العقد كان واحداً، انتهى. وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول فى العقد الشرح:

فانه يقال: التبعض فى العين قد حصل بالبيع من اثنين، ولكن بما ان البيع منهما بعقد واحد يكون بيع كل حصه مشروطاً بتمام بيع الحصه الأخرى، فيثبت للبائع مع فسخ أحدهما دون الآخر خيار تبعض الصفقة بلا فرق بين علم البائع وجهله بتعدد المشتري.

نعم إذا ادعى المشتري بأنه اشترى العين لاثنين وأنكره البائع يقدم قول البائع لموافق قوله لظهور قبول المشتري فى كونه لنفسه ويؤخذ المشتري بتمام الثمن وهذه مسأله أُخرى.

واحدًا عن اثنين، أمّا إذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق. ثمّ الظاهر منه مع اتّحاد القبول التفصيل بين علم البائع وجهله. لكن التأمّل في تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول في الواقع لاثنين أو لواحد، فإنّه قدس سره علّل عدم جواز الردّ في صورته عدم إخبار المشتري بالاشتراك: بأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، لا بعدم علم البائع بالتعدّد. وكذا حكمه قدس سره بتقدّم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيّنه من المشتري على أنّ الشراء بالاشتراك دليلٌ على أنّه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدّد في الواقع بالبيّنه وإن لم يعلم به البائع، إلّا أن يحمل «اليمين»، على يمين البائع على نفى العلم، ويراد من «البيّنه» البيّنه على إعلام المشتري للبائع بالتعدّد. وكيف كان، فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدّد العقد بتعدّد المشتري ووحدته.

والأقوى في المسألة: عدم جواز الافتراق مطلقاً، لأنّ الثابت من الدليل هنا خيارٌ واحدٌ متقومٌ باثنين، فليس لكلّ منهما الاستقلال، ولا- دليل على تعدّد الخيار هنا إلّا إطلاق الفتاوى والنصوص من أنّ: «من اشترى معيماً فهو بالخيار» الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب. لكن الظاهر بعد التأمّل انصرافه إلى غير المقام، ولو سلّمنا الظهور لكن لا ريب في أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقصٌ حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه ولو بفعل الممسك لحصّيته، وهو مانعٌ من الردّ. ومن ذلك يعلم قوّه المنع وإن قلنا بتعدّد العقد. وما ذكره تبعاً للتذكرة: من أنّ التشقيص حصل بإيجاب البائع، فيه: أنّه أخرجه غير مبعضٍ وإنّما تبعض بالإخراج، والمقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج، وخلاف ذلك ضررٌ عليه، وعلم البائع بذلك ليس فيه إقدامٌ على الضرر إلّا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض، وهو محلّ الكلام.

والحاصل: أنّ الفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى غير وجيه.

يسقط الأرش دون الردّ في موضعين:

وأما الثالث: وهو تعدّد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، إذ لا ضرر على البائع بالتفريق. ولو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد اشترى كلٌّ من كلِّ ربعاً، فإن أراد أحدهما ردّ ربعٍ إلى أحد البائعين دخل في المسأله الثانيه ولذا لا يجوز، لأنّ المعيار تبعض الصفقه على بائع الواحد.

مسأله: يسقط الأرش دون الردّ في موضعين [١]:

الشرح:

[١] ذكر قدس سره أنه يثبت في شراء المعيوب جواز الفسخ دون الأرش في موضعين:

أحدهما: ما إذا اشترى ربوياً بجنسه وظهر العيب في أحد العوضين فإنه يجوز لمن انتقل إليه المعيب فسخ البيع، ولكن لا يجوز له المطالبه بالأرش لأن أخذ الأرش يوجب كون المعامله ربوياً، وأن لا يشتري جنس واحد مثلاً بمثل.

وفي المسأله قولان آخران: جواز أرش مطلقاً لأن الأرش لا يدخل في أحد العوضين ليكون أخذه زياده في أحدهما على الآخر، وجواز أخذه من غير جنس العوضين.

وذكر في التذكرة لجواز أخذ الأرش وجهاً ثالثاً في المسأله المعروفه، وهى ما إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب بعد حدوث عيب جديد فيه في يد المشتري، فان في المسأله وجوهاً ثلاثه:

الأول: فسخ البيع ولو بعد حدوث العيب الجديد، غايه الأمر أن للبائع إلزام المشتري برد قيمه العوض المفروض فيه عيب قديم وعدم حدوث عيب جديد.

والثاني: الفسخ برضا البائع مع رد المشتري على البائع أرش العيب الجديد.

والثالث: عدم جواز الفسخ بل يجوز للمشتري مطالبه البائع بأرش العيب القديم، ولا يكون أخذه رباءً، لأن المعترف في بيع الشئ بجنسه المماثله بين العوضين عند إنشاء المعامله لا فى بقائها.

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيبٌ في أحدهما، فلا أرش حذراً من الربا.

ويحتمل جواز أخذ الأرش، ونفى عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاها وجهاً ثالثاً لبعض الشافعيّين، موجّهاً له بأنّ المماثلة في مال الربا إنّما يشترط في ابتداء العقد وقد حصلت، والأرش حقٌّ ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى. ثم ذكر أنّ الأقرب أنّه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين، لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لا تمتنع أخذ غير الجنس، لأنّه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيءٍ آخر، انتهى. وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدّم على العلامة، الشرح:

وعليه فيجوز للمشتري المطالبة بالأرش من غير فرق بين كون الأرش من جنس العوضين أو من غيره فانه لو لم يجز أخذ الأرش من جنس العوضين باعتبار كونه رباً لم يجز أخذه من غير الجنس أيضاً لأن الربا في المعاوضة معاوضه شيء بجنسه مع الزيادة في أحد العوضين.

ووجه المصنف رحمه الله اعتبار المماثلة في حدوث المعاوضة لا في بقائها ان وصف الصحة في العوضين لا يقابل بشيء من العوض الآخر؛ ولذا لا يكون الأرش جزءاً من الثمن، ولا يدخل في ملك من انتقل إليه المعيب بمجرد العقد، غايه الأمر يكون إطلاق العقد مقتضاه التزام البائع بوصف الصحة نظير التزامه بوصف الكمال وقد جوز الشارع لمن انتقل إليه المعيب اختيار تغريم الملتزم بوصف الصحة بالقيمة بنسبه المعاوضة سواء كانت القيمة من الثمن أو من غيره.

ولكن ناقش في التوجيه بأن الأرش عرفاً وشرعاً عوض وصف الصحة و ما دل على حرمه المعاوضة إلا مثلاً بمثل مقتضاه إلغاء وصف الصحة في العوضين من جنس واحد والمنع عن أخذ العوض عليه ولو بعنوان التغريم.

وحاصل وجهه: أنّ صفه الصّحّه لم تُقابل بشيءٍ من الثمن حتّى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصّحّه أنقص منه قدرًا، بل لم تُقابل بشيءٍ أصلاً ولو من غير الثمن وإلاّ- لثبت في ذمّه البائع وإن لم يختر المشتري الأرش، بل الصّحّه وصفٌ التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيءٍ من المال كسائر الصفات المشترطه في المبيع، إلاّ أنّ الشارع جوّز للمشتري مع تبيّن فقده أخذ ما يخصّه بنسبه المعاوضه من الثمن أو غيره. وهذه غرامه شرعيّه حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع. هذا، ولكن يمكن أن يدعى: أنّ الاستفادة من أدلّه تحريم الربا وحرمة

الشرح:

ووجه السيد اليزدي قدس سره (1) عدم لزوم الربا بأخذ الأرش بأن المنهى عنه في الربا نفس معاوضه شيء بشيء من جنسه مع الزيادة في أحدهما بحيث تكون الزيادة في أحد العوضين بالجعل المعاملي سواء كانت تلك الزيادة مالا من جنس العوضين أو من غيره أو كان فعلاً.

وأما إذا كانت المعاوضه بين المتماثلين وكانت الزيادة بحكم الشرعي مترتب على تلك المعامله فهذا خارج عن الربا في المعاوضه، والأرش فيما نحن فيه من قبيل الثاني.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن الارش عوض عن وصف الصّحه شرعاً وعرفاً فان كان المراد العوض الجعلي فلا نسلمه فان وصف الصّحه لا يقابل بشيء من العوض في المعامله والا يزيد بها على نفس الشيء الآخر؛ وان كان المراد العوض الشرعي فهو لا يدخل في المعاوضه.

أقول: لو شرط إعطاء الزيادة على تقدير عدم وصف الصّحه في العوض من جنس المعوض تكون الزيادة جعليه فيحكم ببطلان الشرط لكونه مخالفاً للكتاب العزيز الدال على حرمة الربا.

ص: ٣٤٢

المعاوضه إلا مثلاً بمثل بعد ملاحظه أنّ الصحيح والمعيب جنسٌ واحدٌ أنّ وصف الصّحّه في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقدّه استحقاق عوض، ومن المعلوم: أنّ الأرش عوض وصف الصّحّه عرفاً وشرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوى الجنس الآخر. وبالجمله، فبناء معاوضه المتجانسين على عدم وقوع مالٍ في مقابل الصّحّه المفقوده في أحدهما. والمسأله في غايه الإشكال، ولا بدّ من مراجعه أدلّه الربا وفهم حقيقه الأرش، وسيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله.

الشرح:

ولا- يحتمل الفرق بينه وبين أخذ الأرش بأن يجوز الثاني، ولا يجوز الأول اللهم إلا أن يقال بطلان الشرط المزبور بمعنى عدم ترتب أثر عليه، فانه يثبت الأرش مع فقد وصف الصّحه سواء شرط أو لم يشترط نظير شرط الخيار في شراء الحيوان فانه يثبت إلى ثلاثه أيام شرط أو لم يشترط.

وحرمة المعاوضه الربويه بمعنى فساد أصل المعامله لا حرمتها تكليفاً تنحصر بما إذا كانت الزياده مالاً منضمماً إلى أحد العوضين حيث إن المعاوضه بين المتماثلين غير منشأه والمنشأه غير ممضاه فتفسد ويستفاد من لعن معطى الربا وآكله وآخذه حرمتها تكليفاً.

وأما إذا كانت الزياده عملاً بأن يشترط ذلك العمل في المعامله فلا يوجب بطلان الشرط فساد المعامله؛ ولذا لا يكون الربا في باب القرض مفسداً للقرض.

نعم حرمة المعامله تكليفاً يجرى في هذا القسم أيضاً؛ ولكن شرط إعطاء الأرش في معاملة شيء بجنسه لا يدخل في شيء من القسمين، لأنه شرط للوفاء بالحكم الشرعى.

ثمّ على تقدير شمول الربا للأرش في المقام فلا ينبغى الشك في الأخذ بإطلاق

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة [١] فإنه لا يتصور هنا أرش حتى يحكم بثوته، وقد مثلوا لذلك بالخصاء في العيب.

الشرح:

خطاب تحريمه ورفع اليد عن إطلاق دليل الأرش، لأن خبر ثبوت الأرش بإطلاقه مخالف للكتاب العزيز، فلا يكون معتبراً في إطلاقه، بل لو قيل بأن الخبر المخالف للكتاب لا يعم ما إذا كانت المخالفه بالإطلاق من الكتاب، فإن الإطلاق لا يدخل في مدلول اللفظ بل هو حكم عقلي منوط بتماميه مقدماته ومع تعارض الخبر والكتاب في إطلاقهما لا حكم للعقل فتصل النوبه إلى الأصل العملي ومقتضاه عدم ثبوت الأرش حيث إن الأرش ثبوته حكم تعبدى فيحتاج إلى قيام الدليل عليه.

وأما إذا شك في شمول الربا للأرش فيؤخذ بإطلاق ما دل على ثبوت الأرش بلا معارض كمعتبره زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «أما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار إلى ان قال يمضى عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (١).

ودعوى عدم الإطلاق في المعتبره لأنها وردت في مقام بيان مضي المعامله على المعيب بالتصرف فيه كما ترى، فان الأصل في كل حكم يتكفله الخطاب كونه في مقام بيان قيوده وموضوعه والمذكور في المعتبره حكمان أحدهما مضي البيع مع التصرف وثنائهما تعين الأرش معه فلاحظ.

[١] ثاني الموضوعين ما إذا لم يكن النقص الموجود في المبيع موجباً لنقص قيمته السوقية كالخصاء في العيب حيث إن الخساء وان يكون نقصاً في الحلقة الأصلية، إلا أنه أمر مرغوب إليه في العيب، فلا يوجب تنزل قيمه العيب، بل ربما يوجب

ص: ٣٤٤

وقد يناقش في ذلك: بأن الخصاء موجبٌ في نفسه لنقص قيمه لفوات بعض المنافع عنه كالفحوله، وإنما يرغب في الخصي قليلٌ من الناس لبعض الأغراض الفاسده، أعنى: عدم تستر النساء منه فيكون واسطه في الخدمات بين المرء وزوجته، وهذا المقدار لا يوجب زياده في أصل المائيه، فهو كعنبٍ معيوب يُرغب فيه لوجوده خمره.

الشرح:

زيادتها فيكون في الفرض جواز الفسخ دون الأرش لانتفاء الموضوع الثاني.

وقد يقال: عدم تنزل قيمه العبد بالخصاء عند قليل من الناس لبعض الاغراض الفاسده من عدم تستر النساء منه، ويكون العبد واسطه في الخدمات بين المرء وزوجته لا يوجب عدم نقص قيمته السوقيه عند عامه الناس نظير العنب المعيوب حيث يرغب فيه بعض الناس لغرض التخمير ولوجوده خمره ربما يعطى له الثمن المساوى لصحيح العنب فيكون العبره في ثبوت الأرش القيمه السوقيه عند عامه الناس ممن لا يكون له غرض فاسد.

وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بأن النقص عن الخلقه الأصلية إذا كان مما يرغب فيه الغالب بحيث لا يكون من رغبه النادر التي لا دخل لها في القيمه السوقيه للشيء عرفاً لا يوجب الأرش لعدم نقص القيمه السوقيه بالنقص المزبور وصحة الرغبه وفسادها لا دخل لها في القيمه السوقيه، فان مع الندره لا اعتبار بها ومع الغلبه يكون ملاك القيمه السوقيه، وعلى ذلك فلا يكون مثل الخصاء موجباً لجواز أخذ الأرش بل يوجب جواز الفسخ.

أقول: الأظهر عدم جواز الفسخ أيضاً لأن النقص المزبور لا يعد عيباً، بل هو نظير الختان أجنبي عن العيب والاستشهاد بكونه عيباً بمرسله السيارى لا يمكن المساعدة عليه لضعفها سنداً بالإرسال وعدم الاعتبار بفهم أبي ليلي ثانياً فتدبر.

ص: ٣٤٥

وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب في ما يشترط قبضه في المجلس

لكنّ الإنصاف: أنّ الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لا نادراً بحيث لا يقدر في قيمته المتعارفه ولا هذا الغرض، صحّ أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لماليته الخاصّ، فكأنّ هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً، وصحّ الغرض وفساده شرعاً لا دخل لها في المالىة العرفية، كما لا يخفى.

وبالجمله، فالعبره في مقدار المالىة برغبه الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه، سواء كان من جهه أغراض أنفسهم أم من جهه بيعه على من له غرض فيه مع كثره ذلك المشتري وعدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

مسأله: يسقط الردّ والأرش معاً بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد [١] بلا خلافٍ ولا إشكال، لأنّ الخيار إنّما ثبت

الشرح:

وقد يذكر موضع ثالث لسقوط الأرش دون جواز الفسخ وهو ما إذا ظهر العيب فيما يشترط قبضه في المجلس كما إذا باع دنانير بدراهم، وبعد حصول التقابض وانقضاء المجلس ظهر العيب في أحد العوضين، فأنه لا يجوز لمن انتقل إليه المعيب مطالبه صاحبه بالأرش حيث إنه لو أخذ الأرش بعد المجلس لما حصل التقابض في المجلس.

ولعلّ إغماض المصنف رحمه الله عن التعرض لذلك لأجل أن سقوط الأرش في الفرض مبنى على كونه جزء العوضين ليعتبر قبضه في المجلس أيضاً. واما بناءً على أن الأرش تغريم كما هو الصحيح فلا وجه لاعتبار قبضه في المجلس أصلاً.

من مسقطات الردّ والأرش العلم بالعيب قبل العقد

[١] ذكر قدس سره أن مع العلم بالعيب قبل العقد لا يثبت جواز الفسخ ولا جواز المطالبه بالأرش بلا خلاف ولا إشكال لأن الموضوع للخيار في الروايات العلم بالعيب ووجدانه بعد العقد فلا يكون العلم بالعيب قبل العقد داخلاً في موضوع الخيار.

وعن الجواهر (١) نفى الخيار مع العلم بالعيب قبل العقد بمفهوم معتبره زواره عن

ص: ٣٤٦

مع الجهل. وقد يستدلّ بمفهوم صحیحه زرارہ المتقدّمه. وفيه نظر. وحيث لا يكون العيب المعلوم سبباً لخيار، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص الذي له أحكاماً خاصّة فسد الشرط وأفسد، لكونه مخالفاً للشرع. ولو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط ولحقه أحكامه، لا أحكام خيار العيب.

الشرح:

أبي جعفر عليه السلام قال: «أيا رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له» (١) الحديث.

وتنظر المصنف رحمه الله في الاستدلال بالمفهوم. ويقال في وجه نظره: إن المذكور في الرواية من القيد داخل في الوصف ولا مفهوم له.

أقول: لو كان وجه نظره ذلك لما كان فرق بين المقام ومسأله تبرؤ البائع عن العيب والمصنف استند بعد أسطر في نفي الخيار مع تبرئه بمفهوم قوله عليه السلام «ولم يتبرأ إليه» مع أنه لا فرق بين القيد ولا يظن خفاء ذلك على المصنف.

والظاهر أن نظره قدس سره باعتبار أنه لم يذكر في المعبره ولم يعلم بل ذكر فيها «لم يبين له»، والبيان لازمه العرفي تبرؤ البائع من العيب فلا- يعم ما إذا علم المشتري العيب من الخارج، ومن غير بيانه فلا يكون للقيد المزبور دلالة على ثبوت الخيار للعالم بالعيب مطلقاً.

ولكن قد ذكر في المعبره زرارہ فأحدث بعدما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار بذلك الداء، ومقتضاه فرض الجهل بالعيب حال العقد.

أضف إلى ذلك ظهور بيان العيب للمشتري في عدم علمه به. ولذا جعل قسيماً للتبرؤ ولم يقيد بكون البيان من البائع.

ص: ٣٤٧

الثانى: تبرّى البائع عن العيوب إجماعاً فى الجملة [١] على الظاهر المصرّح به فى محكّي الخلاف والغنيه، ونسبه فى التذكرة إلى علمائنا أجمع.

والأصل فى الحكم قبل الإجماع، مضافاً إلى ما فى التذكرة: من أنّ الخيار إنّما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامه، فإذا صرّح البائع بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق صحيحه زواره المتقدمه ومكاتبه جعفر بن عيسى الآتية.

الشرح:

ثمّ إنه لو شرط العالم بالعيب خيار العيب يبطل الشرط باعتبار كون المشروط خلاف السنه، حيث إن مقتضى التقييد فى السنه عدم ثبوت ذلك الخيار للعالم بالعيب، مع ان عدم الدليل على مشروعيه الخيار المزبور للعالم كاف فى الحكم ببطلان شرطه، لأن الشرط لا يكون مشروعاً كما يأتى، ولكن لا يكون فساد الشرط موجباً لفساد أصل المعامله كما هو ظاهر المصنف رحمه الله

نعم لو كان مراده شرط مطلق الخيار فهو داخل فى شرط الخيار ولا بأس به.

[١] الثانى من مسقطات خيار العيب تبرى البائع من عيوب المبيع وكذا تبرى المشتري من عيب الثمن، ويشهد لسقوط الخيار بالتبرى مع الإغماض عن الإجماع عليه فى الجملة، لأن الإجماع فى المقام مدركى معتبره زواره المتقدمه حيث إن انتفاء الخيار مع التبرى مقتضى التقييد فيها بلم يتبرأ إليه ولم يبين له، وكذا حسنه جعفر بن عيسى «قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه إلى أن قال فكتب: عليه الثمن».

فانه حيث يكون التبرى فى البيع فيمن زاد أمراً عاديا حكم عليه السلام بتحقيق التبرى وبسقوط الخيار به.

ومقتضى إطلاق الروايتين كإطلاق الإجماع المنقول عدم الفرق بين التبرى بنحو الاجمال أو تعيين العيب والتبرى عنه كما أن مقتضى الإطلاق المزبور عدم الفرق بين

ومقتضى إطلاقهما كمعقد الإجماع المحكى عدم الفرق بين التبرى تفصيلاً وإجمالاً، ولا بين العيوب الظاهره والباطنه، لاشتراك الكلّ في عدم المقتضى للخيار مع البراءه. خلافاً للمحكى في السرائر عن بعض أصحابنا: من عدم كفايه التبرى إجمالاً. وعن المختلف نسبه إلى الإسكافي، بل إلى صريح آخر كلام القاضى المحكى في المختلف، مع أنّ المحكى عن كامل القاضى موافقه المشهور، وفي الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين. ثمّ إنّ ظاهر الأدله هو التبرى من العيوب الموجوده حال العقد.

الشرح:

العيوب الظاهره أو العيوب الباطنه، كالمرض في العبد والأمه الذى يظهر أثناء السنه.

وممّا ذكرنا ظهر ضعف ما حكاه ابن إدريس (١) عن بعض أصحابنا من عدم كفايه التبرى بنحو الاجمال ونسب في المختلف عدم كفايته إلى الإسكافي (٢) كما ينسب إلى صريح كلام القاضى الذى حكاه عنه في المختلف (٣)، ولكن كلام القاضى (٤) في جامعه موافق لما عليه المشهور من كفايه التبرى مطلقاً.

وكيف ما كان فالأمر سهل بعد وضوح الحكم.

ثمّ إنّ ظاهر الروايتين التبرى عن العيب الموجود في الشىء حال العقد فهل يصح أيضاً التبرى عن العيب المتجدد في المبيع زمان ضمان البائع كالعيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان ونحوه أم فيه اشكال، حيث إن الروايتين المتقدمتين ظهورهما جواز التبرى عن العيوب الموجوده حال العقد، ويبقى في العيوب

ص: ٣٤٩

١- (١) السرائر ٢: ٢٩٦ ٢٩٧.

٢- (٢) المختلف ٥: ١٧٠.

٣- (٣) نسبه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٥، وراجع المختلف ٥: ١٧٠ ١٧١.

٤- (٤) حكاه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٥.

وأما التبرّي من العيوب المتجدّده الموجبه للخيار، فيدلّ على صحّته وسقوط الخيار به عموم «المؤمنون عند شروطهم». قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم المؤمنون : لا يقال: إنّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البراءة ممّا لم يجب، لأننا نقول: التبرّي إنّما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب، انتهى.

أقول: المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلاّ بسبب حدوث العيب، والعقد ليس سبباً لهذا الخيار، فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع، وقد اعترف قدس سره في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفى خيار الرؤية في العقد، لكنّه مخالفٌ لسائر كلماته وكلمات غيره كالشاهد والمحقّق الثاني.

الشرح:

المتجدده قبل القبض عموم قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»^(١).

لا يقال: شرط سقوط الخيار في العقد من الإسقاط الاعتباري فيمكن ان يتعلق بما يحدث مستقبلاً كالخيار المترتب على العقد وحدث عيب في المبيع قبل قبضه أو زمان خيار الحيوان.

ولكن نفوذ هذا الإسقاط يحتاج إلى دليل عليه، وعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) لا يكون دليلاً على النفوذ لأنه لا بد في التمسك به والحكم بنفوذ الشرط كون المشروط في نفسه مشروعاً بقريته ما في ذيل قوله صلى الله عليه وآله «المسلمون عند شروطهم»: «إلاّ شرطاً حرم حلالاً أو حلّ حراماً»^(٣) ومشروعيه إسقاط الخيار قبل حدوثه بأن كان بعد العقد وقبل حدوث العيب غير محرز بل شرطه يدخل في تحليل

ص: ٣٥٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٦ ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ : ٢٧٦ ، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٧ ، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥ .

الاحتمالات في ما يضاف إليه التبري

وبالجمله، فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤيه، بل الغرر في الأوّل أعظم، إلاّ أنّه لما قام النصّ والإجماع على صحّه التبري من العيوب الموجوده فلا مناص عن التزام صحّته. مع إمكان الفرق بين العيوب والصفات المشترطه في العين الغائبه باندفاع الغرر في الأوّل بالاعتماد على أصاله السلامه فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها، بخلاف الثاني فإنّ الغرر لا يندفع فيه إلاّ بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر.

وأما البراءة عن العيوب المتجدّده فلا يلزم من اشتراطها غررٌ في البيع حتّى يحتاج إلى دفع الغرر بأصاله عدمها، لأنّها غير موجوده بالفعل في المبيع حتّى يوجب جهالته.

ثمّ إنّ البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور [١]: الأوّل: عهده

الشرح:

الحرام لأن الحرام يعم الوضعي واستصحاب عدم سقوط الخيار بالإسقاط بعد العقد، وقبل حدوث العيب يدخل شرطه في تحليل الحرام.

فانه يقال: إن ضمان البائع العيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بأن كان ذلك العيب أيضاً موجباً لخيار العيب فهو باعتبار توسعه الشارع ضمان الصحه إلى تحقق القبض وانقضاء زمان الخيار، وإذا لم يكن للبائع ضمان بالاضافه إلى وصف الصحه المفقوده حال البيع مع تبريه فلا يكون ضمان له بالاضافه إلى العيب الحادث مع تبريه أيضاً. فتدبر.

[١] التبري في البيع يتصور إضافته إلى أمور:

الأوّل: عهده العيب بأن لا يتعهد البائع بسلامه المبيع فلا يترتب على ظهور العيب فيه اثر من المطالبه بالارش أو جواز الفسخ.

والثاني: ضمان العيب وهذا أنسب لمعنى البراءة، حيث إن البراءة ظاهرها عدم

العيوب، ومعناه: عدم تعهد سلامته من العيوب، فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته، فلا يترتب على ظهور العيب رد ولا أرش، فكأنه باعه على كل تقدير.

الثاني: ضمان العيب، وهذا أنسب بمعنى البراءة، ومقتضاه عدم ضمانه بمال، فتصير الصحه كسائر الأوصاف المشترطه في عقد البيع لا توجب إلا تخيراً بين الرد والإمضاء مجاناً، ومرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع، لا خيارها.

الشرح:

ضمان المال بالعيب المزبور فيكون وصف الصحه مع هذا التبري كسائر أوصاف الكمال في المبيع في أن تخلفه لا يوجب إلا جواز الفسخ.

الثالث: حكم العيب أي لا- يترتب الخيار على العيب المزبور، والفرق بين الوجهين يعني الأول والثالث وبين الوجه الثاني هو سقوط الأرش خاصه على الوجه الثاني، بخلاف الوجهين الأول والثالث، فانه يسقط معهما جواز الفسخ وجواز المطالبه بالأرش.

وأما الفرق بين الوجه الأول والثالث على ما ذكر السيد اليزدي رحمه الله (1) انه لا يترتب على الوجه الاول أثر على العيب حتى لو تلف المبيع بذلك العيب فلا- يكون في البيع ضمان البايع أي انحلال البيع، بخلاف الوجه الثالث فانه يمكن أن يقال بأن تلف المبيع بالعيب المزبور يكون على البائع كتلفه قبل القبض على ما يأتي.

أقول: لم يظهر أن اسناد التبري إلى ضمان العيب ظاهره عدم الالتزام بالأرش خاصه، فانه قد تقدم أن ضمان البائع وصف الصحه ضمان معاملي ومعناه ثبوت خيار الفسخ خاصه كما في ضمان وصف الكمال، غايه الأمر أن الشارع قد حكم بجواز أخذ الأرش وعدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحالها.

ص: ٣٥٢

الثالث: حكم العيب، ومعناه: البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب.

والأظهر في العرف هو المعنى الأوّل، والأنسب بمعنى البراءة هو الثانى. وقد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث، وهو بعيدٌ عن اللفظ، إلا أن يرجع إلى المعنى الأوّل. والأمر سهلٌ. ثم إنَّ تبرّى البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيبٍ خاصٍّ إنّما يسقط تأثيره من حيث الخيار. أمّا سائر أحكامه فلا فلو تلف بهذا العيب فى أيّام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النصّ. لكن فى الدروس: أنّه لو تبرّأ من عيبٍ فتلف به فى زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع، وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده وتلف فى زمان خيار المشتري. ويحتمل الضمان، لبقاء علاقه الخيار المقتضى لضمان العين معه. وأقوى إشكالاً ما لو تلف به وبعبءٍ آخرٍ تجدد فى الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه.

الشرح:

وأما الفرق بين إضافته التبرى إلى العيب أو حكم العيب فلا فرق بينهما أصلاً، فان التبرى عن العيب وعدم تعهده بسلامه المبيع لا معنى له إلا عدم الالتزام بحكم العيب الذى يكون من قبيل الحق لصاحبه وقبل صاحبه المعامله مع التبرى المزبور إسقاط لذلك الحق على تقديره.

وما ذكر المصنف رحمه الله من أن ضمان البائع تلف المبيع بالعيب المتبرى عنه لا ينافى التبرى عن العيب غير صحيح، فانه ان كان التبرى مع عدم خيار آخر للمشتري كما قرره السيد اليزدى قدس سره فلا موجب لضمان البائع أصلاً لأنه لا موجب لضمان شخص تلف مال الآخر بضمان اليد أو بضمان معاملى، بمعنى انحلال المعامله.

ودعوى أن ما دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا- خيار له مقتضاه ثبوت الضمان فى المقام على البائع، لأن الموضوع للضمان هو التلف فى زمان مطلق الخيار

ص: ٣٥٣

ما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش زوال العيب قبل العلم به

ثم إنّ هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ والأرش بها [١]: منها: زوال العيب قبل العلم به، كما صرح به في غير موضع من التذكرة، ومال إليه في جامع المقاصد، واختاره في المسالك.

الشرح:

سواء كان فعلياً أو شائناً، وشرط سقوط خيار العيب في البيع يوجب ارتفاع الخيار فعلاً لا شائناً، لا يمكن المساعدة عليه لأن شأنه الخيار بعد إسقاطه لا معنى له، وان الخيار كسائر العناوين فيما إذا كان مأخوذاً في الموضوع لحكم ظاهره فعليته.

أضف إلى ذلك أن ضمان البائع تلف المبيع زمان خيار المشتري يختص بخيارى الحيوان والشرط ولا يعم خيار العيب .

نعم إذا كان التلف بالعيب في زمان خيار آخر كالحيوان الذى يتلف زمان خياره بالعيب المتبرى عنه فينحل البيع بالتلف بلا فرق بين إضافته التبرى إلى العيب أو حكمه، فان هذا الانحلال من أحكام خيار الحيوان لا من أحكام العيب؛ ولذا لو لم يكن خيار العيب مشروعاً لكان تلفه بالعيب القديم أو الجديد زمان خيار الحيوان موجباً للانحلال وترتب الانحلال على التلف في ذلك الزمان من قبيل الحكم الشرعى لا من الحقوق ليسقط باشتراط عدمه كما لا يخفى.

[١] يظهر عن بعض الأصحاب سقوط جواز الفسخ وأخذ الأرش معاً بأمر: منها: ما إذا زال العيب الموجود في المبيع أو الثمن حال العقد سواء زال بعد العلم به وقبل الفسخ أو اخذ الأرش أو زال قبل العلم به وكذلك الأمر في العيب الحادث قبل القبض والزائل فيما بعد.

ويظهر ذلك من التذكرة خصوصاً في الفرع الذى ذكره وهو ما إذا وجد المشتري في عين العبد نكته بياض وحدث فيها نكته بياض آخر ثم زال احدهما وقال البائع: الزائل النكته القديمه فلا رد ولا أرش. وقال المشتري: الزائل الحادثه فلى الرد. قال

بل وكذا لو زال بعد العلم به قبل الردّ، وهو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثمّ أقبضه وقد زال عيبه فلا ردّ، لعدم وجبه. وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثمّ زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حقّ الردّ، انتهى. وهو صريح في سقوط الردّ وظاهر في سقوط الأرش كما لا يخفى على المتأمل، خصوصاً مع تفرّعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الردّ والأرش معاً على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكته بياض في عينه ووجد نكته قديمه ثمّ زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله هي القديمه فلا ردّ ولا أرش، وقال المشتري: بل الحادثه ولي الردّ، قال الشافعي: يتحالفان... إلى آخر ما حكاه عن الشافعي.

الشرح:

الشافعي: يتحالفان.

وذكر المصنف رحمه الله: أن سقوط جواز الفسخ بالزوال وجيه لأن ظاهر ما دل على جواز الفسخ بالعيب رده مع عيبه، فلا يعم ما إذا زال عيبه.

وبتعبير آخر: الموضوع لجواز الرد المعيب فلا موضوع له بعد زوال العيب ولا يجرى الاستصحاب بعد زوال العيب.

وأما أخذ الأرش فلا بأس بالقول بجوازه ان لم يكن التفصيل خلاف الإجماع، لأن الموضوع للأرش هو عيب المبيع حال العقد فيبقى ذلك الجواز خصوصاً فيما إذا كان الزوال بعد العلم بالعيب، وعلى كل تقدير زوال العيب قد حدث في ملك المشتري فلا يمنع عن أخذ الأرش.

نعم الفرع داخل في القاعده التي اخترعها الشافعي وهي أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد.

أقول: لا وجه للتفصيل بين جواز أخذ الأرش وجواز الفسخ فان الأرش يثبت

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف بعد العلم بالعيب

وكيف كان، ففي سقوط الردّ بزوال العيب وجهه، لأنّ ظاهر أدلّه الردّ خصوصاً بما لحظه أنّ الصبر على العيب ضررٌ هو ردّ المعيوب وهو المتلبّس بالعيب، لا- ما كان معيوباً في زمانٍ، فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار. وأما الأرش، فلمّا ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصّحّه عند العقد فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب، والصّحّه إنّما حدثت في ملك المشتري، فبراءة ذمّه البائع عن عهده العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليلٍ، فالقول بثبوت الأرش وسقوط الردّ قوياً لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع. ولم أجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده.

ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب [١] فإنّه مسقطٌ للأمرين عند ابن حمزه في الوسيله، ولعلّه لكونه علامه للرضا بالمبيع بوصف العيب والنصّ المثبت للأرش بعد التصرف ظاهرٌ فيما قبل العلم. ورُدّ بأنّه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب.

الشرح:

بالمطالبة لا بمجرد العقد على ما به عيب ولا بالعلم بالعيب، كما صرح رحمه الله قبل ذلك بكونه تغيرياً.

والحاصل: ظهور مادل على جواز الفسخ والأرش هو فسخ العقد على ما يكون فيه العيب فعلاً لوجوده حال العقد، أو قبل القبض، كما هو أخذ أرشه لهذا الاعتبار كما لا يخفى.

[١] حكى عن ابن حمزه في الوسيله (١): انه ذكر من مسقطات جواز الرد وأخذ الأرش تصرف المشتري في المبيع المعيب بعد العلم بالعيب.

ولعلّ وجهه: أن التصرف مع العلم بالعيب علامه الرضا بالمبيع المعيب فلا يكون له بعد ذلك جواز الفسخ، كما لا يكون له أخذ الأرش، فان جواز أخذه قد ثبت في مورد

ص: ٣٥٦

والأولى أن يقال: إن الرضا بالعيب لا- يوجب إسقاط الأرش، وإنما المسقط له إبراء البائع عن عهده العيب، وحيث لم يدلّ التصرف عليه فالأصل بقاء حقّ الأرش الثابت قبل التصرف، مع أنّ اختصاص النصّ بصوره التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

الشرح:

التصرف فى المبيع قبل العلم بعيبه.

وأجيب عن الاستدلال المزبور بأن مقتضاه سقوط جواز الفسخ لا جواز أخذ الأرش لأن التصرف علامه الرضا بالمبيع لا بعيبه، بأن يسقط جواز أخذ الأرش أيضاً؛ وإنما يسقط جواز أخذ الأرش بتبرى البائع، وتصرف المشتري لا يدل عليه ودعوى اختصاص روايات الأرش بما إذا كان التصرف قبل العلم بالعيب ممنوعه فلاحظها.

أقول: إن كان التصرف غير مغير للعين كما إذا ركب الفرس فلا وجه لسقوط جواز الفسخ به فيما إذا لم يقصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع مع علمه بالعيب، فيجوز له الفسخ ولا- يكون له أخذ الأرش لأن الأرش مترتب على عدم إمكان الفسخ كما تقدم.

نعم على المشهور من كون الأرش وجواز الفسخ طرفى التخيير فيجوز كل منهما ومع قصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع ولو مع عيب المبيع يسقط جواز الفسخ، لأن التصرف المزبور إسقاط فعلى، ويبقى جواز أخذ الأرش بخلاف ما كان الأرش فى طول جواز الفسخ، فانه لا يكون له أخذ الأرش لما ذكرنا من أن الأرش يثبت مع عدم إمكان الفسخ بالحدث فى المبيع لا مع عدم إمكانه باسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً.

وأما إذا كان التصرف مغيراً للعين فيسقط جواز الفسخ به ويتعين عليه جواز أخذ الأرش فيما إذا كان هذا التصرف قبل العلم بالعيب كما تقدم سابقاً.

وأما إذا كان بعد العلم بالعيب فظاهر ابن حمزه عدم جواز أخذ الأرش لخروج

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب

ومنها: التصرف في المبيع المعيب الذي لم ينقص قيمته [١] بالعيب، كالبغل الخصي بل العبد الخصي على ما عرفت، فإنّ الأرش منتف لعدم تفاوت قيمه، والرد لأجل التصرف. وقد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصيره على المعيب.

الشرح:

الفرض عن روايات الأرش، ولكن معتبره زرارته (١) المتقدمه، وان كان كما ذكره، ولكن مرسله جميل (٢) يمكن دعوى إطلاقها كما أن الاطلاق موجود في بعض ماورد في وطى الأمه المشتراه كصحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال على عليه السلام: لا- تُردّ التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها» (٣) ونحوها غيرها.

لا يقال: قد ورد التقييد بوقوع الوطئ قبل العلم بالعيب في بعض الروايات فيرفع اليد بها عن الاطلاق كمعتبره عبد الرحمن: «أيما رجل اشترى جاريه فوقع عليها فوجد بها عيباً لم يردّها، ويرد البائع عليه قيمه العيب» (٤).

فانه يقال: بما ان القيد غالبى والمشتري لا يقدم على إمساك الأمه المعيبه ويقع وطئها قبل العلم بعيبها غالباً؛ ولذا ذكره عليه السلام فى كلامه فلا يوجب رفع اليد عن الإطلاق المتقدم اللهم إلا أن يقال: إن فى التعدى عن الأمه ووطئها الذى لا يكون غالباً عن التصرف المغير لعدم البكاره فى الاماء غالباً إلى سائر المبيع إشكالاً بل منعاً.

[١] قد يقال بسقوط جواز الفسخ وأخذ الأرش فيما إذا تصرف فى معيب

ص: ٣٥٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٢ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٤ ، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦ .

وفيه: أنّ العيب في مثله لا يعدّ ضرراً مالياً بالفرض، فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرّف مع عدم أرش فيه. وحلّه: أنّ الضرر إمّا أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد ماله من الموجود، وإمّا أن يكون من حيث القصد إلى خصوصيه مفقوده في العين مع قطع النظر عن قيمته. والأوّل مفروض الانتفاء، والثاني قد رضى به وأقدم عليه المشتري بتصرّفه فيه، بناءً على أنّ التصرّف دليل الرضا بالعين الخارجيه، كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه. إلا أن يقال: إنّ المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرّف هو مورد ثبوت الأرش، وإلا فمقتضى القاعده عدم سقوط الردّ بالتصرّف كما في غير العيب والتدليس من أسباب الخيار، خصوصاً بعد تنزيل الصحه فيما نحن فيه منزله الأوصاف المشترطه التي لا يوجب فواتها أرشاً، فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرّف كما صرّح به. نعم، لو اقتصر في التصرّف المسقط على ما يدلّ على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدّم سقوط الردّ بالتصرّف مطلقاً.

الشرح:

لا ينقص قيمه الشيء بذلك العيب فان التصرف لكونه علامه الرضا يوجب سقوط جواز الرد وعدم ثبوت الارش لعدم الموضوع له.

ويجاب عن ذلك: بأن الأرش وإن لا يثبت في الفرض إلا أنه لا يسقط جواز الرد بالتصرف لكون سقوط جوازه بالتصرف في الفرض ضرورياً.

وناقش المصنّف رحمه الله في الجواب بأنه إن أريد بالضرر الضرر المالي فلا موضوع له وإن أريد الضرر بمعنى فقد صفه مقصوده للمشتري، فهذا الضرر قد أقدم عليه المشتري بتصرفه في المعيب المفروض قبل الفحص عن عيبه فيكون الفرض كما إذا اشترى متاعاً مع شرط وصف فيه، وظهر عدم الوصف ورضى بالفاقد.

ثم ذكر أنه يمكن أن يقال: إنه لا دليل على سقوط خيار الفسخ بالتصرف إلا في

ومنها: حدوث العيب في المعيب المذكور، والاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله، فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجباً له، لأنّ الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطه في البيع التي لا يوجب فواتها أرشاً، والنصّ الدال على اشتراط الردّ بقيام العين وهي المرسله المتقدّمه مختصّ بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش، والإجماع فيما نحن فيه غير متحقّق، مع ما عرفت من مخالفه المفيد في أصل المسأله. هذا كلّه، مضافاً إلى أصاله جواز الردّ الثابت قبل حدوث العيب، وبها يدفع. معارضه الضرر المذكور بتضرّر البائع بالفسخ ونقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب. وكيف كان، فلو ثبت الإجماع أو استفيض نقله على سقوط الردّ بحدوث العيب والتغيير على وجه يشمل المقام، وإلّا فسقوط الردّ هنا محلّ نظر بل منع.

الشرح:

مورد ثبوت الأرش وخيار التذليس. واما في مورد عدم ثبوت الأرش كما في الفرض فالأمر فيه كما في تخلف وصف الكمال المشترط في عدم سقوط جواز الفسخ بالتصرف.

أقول: لا- مورد لخيار العيب في الفرض أصلاً فان النقص عن الخلقه الأصليه فيما إذا لم يوجب تفاوتاً في قيمه لا يعد عيباً، بل الوصف المزبور إن كان مشروطاً في العقد فيكون من قبيل وصف مشروط في العقد يوجب تخلفه خيار الشرط وإلّا فلا خيار.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما حدث في المعيب المفروض عيب آخر في يد المشتري وأنه لا مورد فيه لجواز الفسخ وأن العيب الجديد قد حصل في ملك المشتري.

وأيضاً قد ذكرنا فيما تقدم أن الضرر هو النقص المالي، ولا- يكون عدم الوصول إلى الغرض من الضرر وأن قاعده «نفى الضرر»^(١) لا يثبت الخيار في المعامله

ص: ٣٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش ثبوت أحد مانعي الردّ فيما لا يؤخذ الأرش فيه

ومنها: ثبوت أحد مانعي الردّ في المعيب [١] الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أمّا المانع الأول، فالظاهر أنّ حكمه كما تقدّم في المعيب الذي لا ينقص ماليته، فإنّ المشتري لما أقدم على معاوضه أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبه مال زائد على ما يأخذه بدلاً عن ماله وإن كان المأخوذ معيباً، فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلا جواز الردّ بلا أرش، فإذا تصرّف فيه خصوصاً بعد العلم تصرّفاً دالاً على الرضا بفاقد الوصف المشتراط لزم عليه، كما في خيار التدليس بعد التصرّف. وأمّا المانع الثاني، فظاهر جماعه كونه مانعاً فيما نحن فيه من الردّ أيضاً، وهو مبني على عموم منع العيب الحادث من الشرح:

فلا حاجة إلى إعادته.

[١] ذكر مما يسقط به جواز الردّ وجواز الأرش التصرف الكاشف عن الرضا ببقاء البيع في المعاملة التي تعتبر فيها المماثلة بين العوضين لكونهما من الربويين كما إذا اشترى حنطه بحنطه وبعد العلم بالعيب في الحنطه التي وصلت بيده تصرف فيها بالطحن فإنه لا يكون معه جواز الفسخ، ولا جواز أخذ الأرش لأن إقدامه على المعاملة بين العوضين الربويين رفع اليد عن المطالبة بالمال ازاء الوصف فيكون اشتراط السلامة في العوضين المزبورين كاشتراط وصف الكمال في كون تخلفه موجبا لجواز الفسخ فقط وإذا سقط هذا الجواز بالتصرف فلا يكون له لا جواز الفسخ ولا جواز أخذ الأرش.

نعم لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب فلا يكون فيه اظهار الرضا ببقاء البيع مع عيب المال؛ وعليه فان لم يكن التصرف المزبور داخلاً في المانع الثاني فيجوز له الفسخ وإلا يكون له حكم المانع الثاني.

أقول: قد تقدم أنه مع إسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً لا يجوز له أخذ الأرش

الردّ حتّى فى صورته عدم جواز أخذ الأرش. وقد عرفت النظر فيه. وذكر فى التذكرة وجهاً آخر لامتناع الرد، وهو: أنّه لو ردّ، فإنّما أن يكون مع أرش العيب الحادث، وإمّا أن يرّد بدونّه، فإن رده بدونّه كان ضرراً على البائع، وإن ردّ مع الأرش لزم الربا، قال: لأنّ المردود حينئذٍ يزيد على وزن عوضه. والظاهر أنّ مراده من ذلك: أنّ رد المعيب لمّا كان بفسخ المعاوضه، ومقتضى المعاوضه بين الصحيح والمعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصّحه بشيء، إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه، فيكون وصف الصّحه فى كلّ من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونه بالمال، فإذا حصل الفسخ وجب تراّد العوضين من غير زياده ولا نقيصه، ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزياده أو الشرح:

سواء كان العوضين من الربويين أم لا. فان ما دلّ على جواز أخذ الأرش يختص بما إذا كان التصرف المغير للعين أو حدوث الحدث فى العين قبل العلم بعيبها، ولا يعمّ صورته إسقاط جواز الفسخ بالإنشاء قولاً أو فعلاً بعد العلم بالعيب.

ومع الإغماض عن ذلك فلا بأس بأخذ أرش العيب، فإنّ الأرش لا يجعل المعامله ربويه، لأن الأرش تغريم تثبت الزياده بحكم الشارع لا بجعل المتعاملين لتكون رباً.

وربما يقال بسقوط جواز الفسخ والأرش لما إذا حصل المانع الثانى وهو حدوث العيب الجديد فى العوضين من الربويين، فإنّه بعد حدوث العيب الجديد فى المعيب لا يجوز الفسخ لعدم قيام العين بعينها، وعدم جواز أخذ الارض على العيب القديم للزوم الربا على ما تقدم.

ولا يخفى أنّه بناءً على ما ذكرنا فلا بأس بأخذ الأرش لأنه حكم شرعى لا زياده جعليه.

النقيصه فى أحد العوضين، فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير، فإن رد إلى البائع قيمه العيب الحادث عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلث ووصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا. فمراد العلامة قدس سره بلزوم الربا: إما لزوم الربا فى أصل المعاوضه، إذ لو لا ملا حظه جزء من الثمن فى مقابله صفه الصحه لم يكن وجه لغرامه بدل الصفه وقيمتها عند استرداد الثمن، وإما لزوم الربا فى الفسخ حيث قبل فيه الثمن بمقداره من المثلث وزياده. والأول أولى. الشرح:

ونقل المصنف رحمه الله وجهاً آخر لسقوط جواز الفسخ فى الفرض وهو أنه لو قيل بالفسخ بالعيب القديم لكان رده على البائع مع العيب الجديد بلا أرش هذا العيب ضرراً عليه، ورده مع أرشه يوجب الربا.

وحيث إن لزوم الربا مع فسخ البيع يشبه سهو القلم لأن الربا يكون على تقدير المعامله لا على تقدير عدمها كما هو مقتضى فسخها ذكر قدس سره فى توجيه لزوم الربا وجهين:

الأول: ان المعامله التى يكون العوضان فيها من الربويين يلغى وصف الصحه من كل منهما، فيقع أحد العوضين فى مقابل نفس العوض الآخر حتى لو كان أحدهما صحيحاً والآخر معيباً فإنه لو وقع بعض المعيب بازاء وصف الصحه فى العوض الآخر بأن يكون بعضه الآخر بازاء نفس العوض الصحيح لكانت المعامله محكومته بالفساد، ولتقصان العوض المعيب عن الصحيح كماً.

وعلى ذلك يكون أخذ البائع الأرش على العيب الجديد كاشفاً عن كون بعض العوض بازاء الصحه التى زالت بالعيب الجديد فيكون العوض موزعاً على نفس الشيء، ووصفه؛ ولذا لا يجوز الإقاله بزياده أو نقيصه فى الربويين، ولو مع تعيب

ومما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا: بأن قيمة العيب الحادث غرامه لما فات في يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب، فلا ينضم إلى المثلن حتى يصير أزيد من المثلن. إذ فيه: وضوح الفرق، فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف في ملك مالكه فيضمنه القابض، والعيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع وتلف وصف الصحة منه في يد المشتري، فإذا فرض أن صفة الصحة لا تقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة، فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابه، لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. والحاصل: أن البائع لا يستحق من المشتري إلا ما وقع مقابلاً بالمثلن، وهو نفس المثلن، من دون اعتبار صحته جزء، فكأنه باع عبداً كاتباً فقبضه المشتري ثم فسخ أو تفسخا بعد نسيان العبد الكتابه. ثم إن صريح جماعه من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه، فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين، اقتصر في المبسوط على حكايتهما.

الشرح:

أحدهما بعد معامله في يد المقبل.

نعم يصح الرد مع الأرش في غير ربويين كما إذا اشترى شيئاً بثلن وظهر فيه عيب وتعيب الشيء عند المشتري، فان المشتري مع فسخه البيع ولو برضى البائع يرد عليه ارش العيب الجديد.

والتوجيه الثاني: أن الفسخ مع الأرش من تمليك أحد العوضين من جنس واحد بزياده حيث يملك البائع ثمناً بالفسخ ما صار إلى المشتري أولاً ولأن الفسخ معامله جديده بين العوضين الربويين فتكون أخذ الأرش على العيب الجديد زياده في أحد العوضين.

أقول: التوجيه الثاني ساقط من أصله فان الفسخ ليست معاوضه جديده؛ بل هو

ص: ٣٦٤

أحدهما: جواز ردّ المشتري للمعيّب مع غرامه قيمه العيب الحادث، لما تقدّم إليه الإشارة: من أنّ أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم، في كونها غرامه تالف مضمون على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا.

الثاني: أن يفسخ البيع لتعدّر إمضائه، وإلزام المشتري ببدله من غير الجنس معيّباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد، ويجعل بمثابه التالف، لامتناع ردّه بلا- أرش ومع الأرش. واختار في الدروس تبعاً للتحريم الوجه الأوّل مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله: لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل. وتبعه المحقّق الثاني معللاً بأن الربا ممنوعه في المعاوضات لا في الضمانات، وأنّه كأرش عيب العين المقبوضه بالسوم إذا حدث في يد المستام وإن كانت ربويّه، فكما لا يعدّ هنا رباً فكذا لا يعدّ في صورته النزاع.

الشرح:

إزاله للعقد الناقل فيرجع كل من العوضين إلى مالكة الأصلي بالسبب السابق على ذلك العقد، وكذا الأوّل فان وصف الصحة لا تقابل بالمال في المعامله أصلاً سواء كان العوضان ربويين أم لا فيكون تخلف الوصف المشترط صحه كانت أم غيرها موجباً لجواز الفسخ فقط والأرش حكم شرعي، ولكن هذا حكم ضمان الوصف في المعامله.

واما ضمان الوصف في المقام فهو ضمان اليد بمعنى الأرش سواء كان الوصف كاملاً أو صحه، فان العيب الجديد بعد فسخ المعامله يدخل في «ضمان اليد»^(١) ولا- يكشف عن توزيع العوض أصلاً ولو كان كاشفاً فانما يكشف عن الضمان المعاملتي بالإضافه إليه لا بالاضافه إلى العيب القديم.

ص: ٣٦٥

١- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ و ٣٨٩، الحديث ١٠٦ و ٢٢.

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

أقول: قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه وبين أرش عيب المقبوض بالسوم، فإنه يحدث في ملك مالكه بيد قابضه، والعيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري ولا يقدر في ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري، والمفروض عدم المقابله بينه وبين جزء من المبيع.

ومنها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار [١] فإن ظاهر الغنيه إسقاطه للردّ والأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسه: التبري، والرضا بالعيب، وترك الردّ مع العلم،

الشرح:

[١] قد يذكر من مسقطات جواز الفسخ والمطالبه بالأرش تأخير الأخذ بمقتضى خيار الفسخ بأن لا يفسخ ولا يطالب بالأرش عند العلم بالعيب.

قال في الغنيه (١): مسقطات خيار العيب التبري، والرضا بالعيب وتأخير الرد مع العلم بالعيب، لأنه على الفور بلا خلاف ثم ذكر من المسقطات التصرف في المعيب وحدوث عيب آخر فيه في يده، وقال: إنه ليس مع التصرف وحدوث العيب الفسخ بل يثبت معهما الأرش انتهى.

وذكره أخذ الأرش في التصرف وحدوث العيب دون تأخير الرد ظاهره إلحاق تأخير الرد بالتبري والرضا بالعيب في كونه مسقطاً لجواز الفسخ والأرش.

وكيف كان: فالوجه في إسقاط تأخير الرد الخيار ظهوره مع العلم بالعيب في الرضا بالمعاملة المفروضة، وذكر المصنف رحمه الله: أنه على تقدير دلالة على الرضا يكون المدلول عدم إرادته الفسخ لا عدم إرادته المطالبه بالأرش أيضاً.

أقول: لم يظهر الفرق بين جواز الفسخ والمطالبه بالأرش، ولو كان في التأخير دلالة على عدم الإرادته فهي بالإضافة إليهما، ومع عدم الدلالة كما هو الصحيح

ص: ٣٦٦

لأنه على الفور بلا-خلاف. ولم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش. ثم ذكر حدوث العيب وقال: ليس له ها هنا إلا الأرش. ثم ذكر التصرف وحكم فيه بالأرش. فإن في إلحاق الثالث بالأولين في ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره في الأخيرين وقوله: «ليس هاهنا»، ظهوراً في عدم ثبوت الأرش بالتأخير، مع أن هذا هو القول الآخر في المسألة على ما يظهر، حيث نسب إلى الشافعي القول بسقوط الردّ والأرش بالتأخير، ولعله لأن التأخير دليل الرضا. ويردّه بعد تسليم الدلالة: أن الرضا الشرح:

فلا يسقط شيء منهما.

وقد تمسك المصنف رحمه الله في سقوط خيار العيب أي جواز الفسخ باصالة اللزوم أي عموم وجوب الوفاء بالعقود(1) أو استصحاب بقاء الملكين بحالهما حيث يقتصر في الخروج عنها بالمقدار المتيقن.

وقال ما حاصله: ان دعوى عدم عرفان الخلاف في جواز التأخير، كما عن المسالك(2) والحدائق(3) لا- اساس لها لأننا عرفنا الخلاف، والحكم بكون الخيار على الفور عن ابن زهره(4) وغيره.

ويكشف عن وجود الخلاف تعبير العلامة(5) في حكمه في المقام بالتراخي بأن التراخي أقرب ومثلها دعوى عدم الخلاف في كونه على التراخي، كما عن الكفايه(6).

ص: ٣٤٧

- ١- (١) للآية: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائدة: الآية ١ .
- ٢- (٢) المسالك ٣ : ٣٠٢ .
- ٣- (٣) الحدائق ١٩ : ١١٧ .
- ٤- (٤) الغنيه : ٢٢١ ٢٢٢ .
- ٥- (٥) التذكرة ١ : ٥٢٩ .
- ٦- (٦) كفايه الأحكام : ٩٤ .

بمجرّده لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرّف. نعم، سقوط الرد وحده له وجه، كما هو صريح المبسوط والوسيله على ما تقدّم من عبارتهما في التصرّف المسقط، ويحتمله أيضاً عبارته الغنيه المتقدّمه، بناءً على ما تقدّم في سائر الخيارات: من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصاله اللزوم على المتيقّن السالمه عمّا يدلّ على التراخي، عدا ما في الكفايه: من إطلاق الأخبار وخصوص بعضها.

الشرح:

نعم ذكر في الرياض(١) اتفاق المتأخرين كإفاه على التراخي، ولكن الشهره بين المتأخرين لا- يمكن الاعتماد عليها، ولو قلنا باعتبارها من باب مطلق الظن، لأن الشهره في المقام قد حصلت من الأخذ بمقتضى استصحاب بقاء الخيار حتى أن العلامه في حكمه بالتراخي تمسك به، واستصحاب الخيار لا- يعتبر في المقام لكون الشك في المقتضى، وما في الكفايه من أن جواز التأخير مقتضى إطلاق أخبار الباب وخصوص بعضها لا يمكن المساعده عليه، فان الاطلاق وارد في مقام بيان أصل الخيار لا خصوصياته وخصوص بعضها لا نعرفه.

أقول: الاطلاق في المقام تام ومعه لا تصل النوبه إلى أصاله اللزوم ولو كان المراد بها التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢) فانه قد ذكر في مرسله جميل «ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه»(٣)، فان مقتضاها أن الموضوع لجواز الفسخ بعد ظهور العيب قيام الشيء بعينه، ولو كان دخل لأمر آخر في جواز الفسخ من عدم التأخير فيه ونحوه لذكر في القضييه الشرطيه، ونحوه ما في صحيحه ميسر من قوله عليه السلام: «وإن لم يكن يعلم

ص: ٣٤٨

١- (١) الرياض ٨ : ٢٤٠ .

٢- (٢) سورة المائده: الآيه ١ .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣ .

هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟

وفيه: أنّ الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار، وأما الخبر الخاص فلم أقف عليه، وحينئذٍ فالقول بالفور - وفقاً لمن تقدّم للأصل لا يخلو عن قوّه، مع ما تقدّم من نفى الخلاف في الغنيه في كونه على الفور. ولا- يعارضه ما في المسالك والحدائق: من أنّه لا نعرف فيه خلافاً، لأننا عرفناه ولذا جعله في التذكرة أقرب. وكذا ما في الكفايه: من عدم الخلاف، لوجود الخلاف، بل نفى الخلاف. [وإنعم ما في الرياض: من أنّه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافه. والتحقيق رجوع المسأله إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام وعدمه، ولذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلا به، وإلا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلا الشهره بين المتأخرين المستنده إلى الاستصحاب، ولا اعتبار بمثلهما وإن قلنا بحجّيه الشهره أو حكايه نفى الخلاف من باب مطلق الظنّ، لعدم الظنّ كما لا يخفى، والله العالم.

مسأله: قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب ولم يبيّنه فعل محظوراً [١]

الشرح:

أن ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه» (١) فالأظهر أنّ الخيار في المقام أيضاً على التراخي.

[١] في المسأله أقوال خمس: الأول: وجوب بيان العيب تعييناً. الثاني: وجوبه تخبيراً بينه وبين التبري. الثالث: عدم وجوب شيء منهما. الرابع: بيان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار والرؤية. الخامس: بيان العيب الخفي أو التبري.

ويستدل القائل بوجوب الإعلام مطلقاً أو في بعض الموارد بكون ترك الاعلام غشاً، ولا- يجوز غشّ المؤمن في المعامله بل وغيرها.

وذكر المصنف رحمه الله أنّ الاظهر في المقام بيان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بالاختبار المتعارف لكون الكتمان بمعنى عدم الإظهار غشاً.

ص: ٣٦٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١٠٩ ، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

وكان المشتري بالخيار، انتهى. ومثله ما عن الخلاف. وفي موضع آخر من المبسوط: وجب عليه أن يبينه ولا يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب، والأول أحوط. ونحوه عن فقه الراوندى. ومثلهما في التحرير، وزاد الاستدلال عليه بقوله: «لئلا يكون غاشاً». وظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلى والخفى. وصريح التذكرة والسراير كظاهر الشرائع: الاستحباب مطلقاً، وظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى والجلى، فيجب فى الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعه، أو مع عدم التبرى كما فى الدروس.

فالمحصّل من ظواهر كلماتهم خمس أقوال. والظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغشّ وعدمه. والذى يظهر من ملاحظه العرف واللغه فى معنى الغشّ: أنّ كتمان العيب الخفىّ وهو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غشّ، فإنّ الغشّ كما يظهر من اللغه خلاف النصح.

الشرح:

واما فى العيب الظاهر فلا يكون مجرد عدم إظهار غشاً بل الغشّ إظهار خلافه بحيث يعتمد عليه المشتري قولاً أو فعلاً، كما إذا فتح الكتاب بين يدي الأعمى مظهراً أنه يقرأه الموجب للاعتماد المشتري عليه فان عدم الإظهار فى الأول، وإظهار الخلاف فى الثانى غشاً.

ثم ذكر أنه لم يعلم عدم صدق الغش مع التبرى لأنّ التغير لم يحصل بمجرد عدم إظهار العيب بل لاعتماد المشتري على اصاله السلامه أيضاً، فيكون عدم إعلامه بالعيب موجباً لاعتماد المشتري على اصاله السلامه فالأحوط الإعلام وعدم الاكتفاء بالتبرى.

أقول: الأظهر أنّ مجرد عدم الإعلام بالعيب لا يعد غشاً فى المعامله سواء كان العيب خفياً لا يظهر بمجرد الاختبار أو كان جلياً يظهر عند البيع بالرؤيه والاختبار

ص: ٣٧٠

وأما العيب الظاهر، فالظاهر أنّ ترك إظهاره ليس غشاً. نعم، لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهرًا أنّه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك وأهمل اختباره كان غشاً. قال في التذكرة في ردّ استدلال الشافعي على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغش: إنّ الغش ممنوع، بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري وتبينه، والتقصير في ذلك من المشتري، انتهى. ويمكن أن يحمل بقرينه ذكر التقصير على العيب الظاهر. كما أنه يمكن حمل عبارته التحرير المتقدّمة المشتمله على لفظ «الكتمان»، وعلى الاستدلال بالغش على العيب الخفيّ، بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً. ومن أقوى الشواهد على ذلك أنّه حكى عن موضع من السرائر: أنّ كتمان العيوب مع العلم بها حرام ومحظور بغير خلاف، مع ما تقدّم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ.

الشرح:

المتعارف، فإنّ الغش أمر وجودي يقابل النصح، وهو فعل ما يوجب تلبيس الواقع وتغطيه باطن أمر المبيع ليقدم المشتري على شرائه ولو كان العيب ظاهراً وقصّر المشتري بعدم التدقيق في النظر إلى المبيع فعدم ذكر البائع العيب لا يعدّ غشاً، وكذا في العيب الخفي حيث يكون الغطاء للعيب وعدم ظهوره للمشتري بمقتضى نفس العيب.

نعم لو سأل المشتري في هذا الفرض عن حال المبيع فأجاب بما يكون ظاهراً في نفي العيب يكون الجواب المزبور غشاً ولو لم يكن الجواب داخلاً في عنوان الكذب، كما إذا قصد به التوريه.

لا يقال: لا يكون في هذا الفرض أيضاً غش فان المشتري مع ظهور العيب عنده يكون له جواز الفسخ.

فانه يقال: الخيار لا يدفع الغش لإمكان ظهور العيب بعد التصرف المسقط

ص: ٣٧١

ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور، أم لا؟ فيه إشكال، منشأه: أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور، أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً والتبرى لا يرفع اعتماد المشتري على أصاله الصحة، فالتغير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل. والأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدم عن المبسوط. ثم إن المذكور في جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما: أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء، لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه، والآخر مجهول. إلا أن يقال: إن جهاله الجزء غير مانع إن كانت الجملة معلومه، كما لو ضم ماله ومال غيره وباعهما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن البيع لا يبطل في ملكه وإن كان مجهولاً قدره وقت العقد، انتهى.

الشرح:

لجواز الفسخ، بل مجرد التعب أو صرف المال في رده على بايعه كاف في صدقه.

وقد يقال: إن ما ذكر لا يختص بالعيب الخفى ولو فعل البائع في العيب الظاهر ما يوجب اطمينان المشتري بصحة المبيع والإقدام على شرائه بلا تفتيشه كفى في صدق الغش، ولكن ذلك لا يخلو عن تأمل.

هذا كله فيما إذا لم يكن العيب أو اظهار وصف الجوده في المبيع بفعل البائع بقصد تليس الأمر على المشتري، وإلا يكون نفس الفعل المزبور محرماً فيما إذا لم يكن الفعل المزبور ظاهراً.

وفى صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد سعرهما بشيء وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً، ثم يبيعهما بسعر واحد فقال: لا يصلح أن يغش المسلمين حتى يبينه»^(١)، فان هذه تحمل

ص: ٣٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ١١٢ ، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢ .

أقول: الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن ولا يخرج عن حقيقته كالملاح الزائد في الخبز، فلا وجه للإشكال المذكور. نعم، لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقته ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد.

الشرح:

على صورته التغطية بقرينه صحيحه محمد بن مسلم «أنه سُئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغط الجيد الرديء»^(١).

ولو نوقش في الدلالة كفى في إثبات حرمة الفعل المزبور في العيب الخفي معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى النبي صلى الله عليه وآله أن يشاب اللبن بالماء للبيع»^(٢).

ثم إن حرمة الغش في المعاملة فيما إذا لم يكن يخلط الشيء بغيره لا توجب فساد المعاملة لتعلق النهي بالعنوان الخارج عن نفس المعاملة وعلى تقدير انطباق العنوان على نفس المعاملة فلا يوجب النهي عنها فسادها.

وأما إذا كان الغش بالاختلاط فإن كان الخلط بحيث يستهلك الشيء في المبيع كشوب اللبن بالماء ليصح البيع سواء كان ذلك الشيء مالاً أو غيره، ولكن يثبت الخيار للعيب مع عدم التبري. وأما إذا لم يستهلك فإن خرج إلى موجود ثالث يحكم بطلان البيع لعدم تحقق للمبيع خارجاً. وأما إذا لم يخرج إلى ثالث ولم يستهلك في البيع يصح بالاضافه إلى ما ينطبق عليه عنوان المبيع، ويبطل بالاضافه إلى الآخر ولا يضر مع الانحلال الجهل بمقدار المبيع مع العلم بمقدار الجملة، فإن الجهل بالمقدار في المبيع

ص: ٣٧٣

١- (١) المصدر: الحديث ١ .

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٨٠ ، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤ .

مسائل في اختلاف المتبايعين

وهو تاره في موجب الخيار [١] وأخرى في مسقطه، وثالثه في الفسخ.

الشرح:

الانحلالى لا يضر كما إذا باع شيئين موزونين بصفقه بوزن الجملة وظهر أحدهما ملك الغير.

[١] اختلاف المتعاملين في موجب الخيار تاره وفي مسقطه أخرى وفي الفسخ ثالثه.

أمّا الأوّل ففيه فروض: فأنّه إن كان الاختلاف في عيب المبيع وسلامته بأن ادعى المشتري أنّه معيب وقال البايع: لا يكون فيه عيب وفرض تعدّد اختياره لتلفه عند المشتري أو غيره فيقدّم قول البايع لأنّ المشتري يدعى استحقاق المطالبه بالأرش والبايع ينكره فيحلف مع عدم البيئه للمشتري على عدم العيب أو عدم حقّ الأرش له عليه.

ذكر السيد اليزدى قدس سره (١): أنّه لو كانت الحاله السابقه في المبيع هو العيب يستصحب العيب فيكون القول قول المشتري فمع عدم البيئه للبايع على الزوال يحلف المشتري على عدم زواله.

أقول: الأظهر أنّه يحكم في الفرض أيضا بكون المشتري مدعيا، لأنّ الموضوع لأخذ الأرش ليس بيع الشىء مع عيب ذلك الشىء في ذلك الزمان بل بيع الشىء حال وجود العيب فيه كما هو ظاهر قول أبى جعفر عليه السلام في معتبره زواره «أيما رجل اشترى شيئا وبه عيب وعوار» (٢) حيث إنّ قوله «وبه عيب وعوار» الحاليه لا الاجتماع بواقعه نظير ما ذكروا من أنّه لو ركع وشكّ في أنّه أدرك الإمام في ركوعه أم لا- بأن احتمل رفع الإمام رأسه عن الركوع قبل وصوله إلى حد الركوع فأنّه يحكم ببطلان صلاته أو

ص: ٣٧٤

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ١٨١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

... .

الشرح:

جماعته فان استصحاب ركوع الإمام في زمان وصل فيه حد الركوع لا يثبت ركوعه حال كون الإمام راكعاً.

ولو أحرز تحقق نقص في المبيع واختلفا في كونه عيباً موجباً لنقص القيمة أم لا ولم يحرز حال ذلك الأمر لعدم إمكان الرجوع إلى أهل الخبره لفقده، فانه في الفرض أيضا يكون مقتضى الأصل عدم ثبوت حق الأرش للمشتري فيحلف البايع على نفيه وهذا بالاضافه إلى الأرش.

واما بالاضافه إلى جواز الفسخ فمع الاتفاق على كون الأمر الموجود نقصا بحسب أصل الشيء كما هو الفرض يكون للمشتري جواز الرد، ولا يخفى أن هذا مبني على كون النقص غير الموجب لنقص القيمة عيباً يوجب جواز الفسخ، وإلا فمقتضى تقديم قول البايع عدم ثبوت جواز الفسخ أيضا.

ولو أحرز العيب في المبيع فعلاً واختلفا في حدوثه فقال المشتري: إنه كان عند البيع أو قبل وصوله إلى يده فله خيار العيب وقال البايع: لم يكن حال البيع أو قبل وصوله إلى يده فلا- خيار للمشتري، فانه يقدم أيضا قول البايع من غير فرق بين العلم بزمان حدوث العيب وعدمه، وذلك فانه لو علم زمان حدوث العيب لا يكون استصحاب عدم البيع إلى ذلك الزمان مفيدا في جريان البيع عليه مع العيب.

وذكر ابن الجنيدي(1) في فرض اختلافهما في تقدم العيب وتأخره: أنه يقدم قول المشتري فيحلف على عدم حدوثه عنده، لأن الأصل عدم وصول المبيع إلى المشتري سالما وعدم استحقاق البايع الثمن كله.

ص: ٣٧٥

الشرح:

وفيه: أن استحقاق البايع الثمن بكّله محرز لأن الأرش ليس جزءا منه، و وصول المبيع إلى المشتري محرز، وعدم وصوله سالما لا يثبت جريان البيع على المعيب أو حدوثه في ضمان البايع نظير ما تقدم في مسأله الاختلاف في تغيير المبيع.

والحاصل: أنه يحكم في الفرض بتقديم قول البايع وهذا فيما لم تشهد القرينه على عدم حدوث العيب في يد المشتري، وإلا فيحكم بمقتضى القرينه، وهذا ليس من تقديم قول المشتري ليحلف على عدم حدوثه عنده، بل من حكم الحاكم في الواقعه بعلمه الحاصل من القرينه، فانه مع علمه لا مجال لبنيه المدعى ولا لحلف المنكر كما لا يخفى.

قال في التذكره(١): لو أقام أحدهما البيئه على مدّعه بأن تشهد بيئه المشتري بوجود العيب حال البيع وبيئه البايع بحدوثه عند المشتري فيعمل بيئه المشتري لأنّ بيئه البايع لا-اعتبار بها مع بيئه المشتري لأنّ المشتري هو المدعى ولا يطلب من المنكر إلاّ الحلف ولا تسمع منه البيئه واما سماع بيئه البايع مع عدم البيئه للمشتري فهو مبنى على قيام بيئه المنكر مقام حلفه.

لو أقام كل منهما بيئه على مدّعه

أقول: المنسوب إلى المشهور عدم الاعتبار ببيئه النفي وأنه لا تسمع بيئه المنكر ولا يسقط بها الحلف عليه ويستدل على ذلك بقوله صلوات الله عليه: «البيئه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أو على من أنكر»(٢) حيث إن التفصيل يقطع الشركه.

ويدلّ على ذلك أيضا روايه منصور التي رواها الشيخ باسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن ابراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص عنه عن أبي عبدالله عليه السلام في

ص: ٣٧٦

١- (١) التذكره ١ : ٥٤١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٣٣ و ٢٩٣ ، الباب ٣ و ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١ و ٣ .

الشرح:

حديث تعارض البيهقي في شاه في يد الرجل قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: حقه للمدعى ولا أقبل من الذي في يده بينه لأن الله عز وجل إنما أمر أن تطلب البيه من المدعى فإن كانت له بينه وإلا فيمين الذي هو في يده هكذا أمر الله عز وجل» (١).

ولكن الرواية ضعيفه سندا لان محمد بن حفص مجهول واحتمال كونه ابن العمري الذي كان وكيل الناحيه وكان الأمر يدور عليه كما هو ظاهر جامع الرواه (٢) وكان من أصحاب العسكري عليه السلام بعيد غايته، لأن روايه إبراهيم بن هشام الذي لقي الرضا عليه السلام وأدرك الجواد عليه السلام عنه وروايته عن منصور الذي من أصحاب الصادق عليه السلام لا يمكن عاده مع أن في كون منصور هو منصور بن حازم أو منصور بن يونس تأملاً وان لا يبعد ذلك باعتبار كونه صاحب الكتاب والمشهور من أصحاب أبي عبد الله عليه السلام .

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها لأن استناد المشهور إلى هذه الرواية دون قوله صلوات الله عليه: «البيه على من ادعى واليمين على من أنكر» (٣) غير محرز كما أنه لم يحرز أصل الشهره في الحكم المزبور.

وعن العلامة (٤) والشهيد (٥) بل لا- يبعد الشهره بين متأخرى المتأخرين سماع بيته المنكر وأنه لا حلف على المنكر معها، وما تقدم من قوله صلوات الله عليه لا دلالة له على عدم السماع بل ظاهر التفصيل أنه لا يطالب المنكر بالبيته بل يطالب بالحلف

ص: ٣٧٧

١- (١) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٥ ، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١٤، والتهذيب ٦ : ٢٤٠ / ٥٩٤، والاستبصار ٣ : ٤٣ / ١٤٣ .

٢- (٢) جامع الرواه ٢ : ١٠٢ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٩٢ ، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٣ .

٤- (٤) و (٥) نقل السيد اليزدي كلامهما في حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ١٨٣ .

الشرح:

بخلاف المدعى فانه يطالب فى إثبات دعواه بالبينه لا أن البينه فيما إذا أقامها المنكر لا تعتبر، بل مقتضى إطلاق دليل اعتبار البينه سماعها ولو من المنكر كما يدل عليه أيضا روايه ضميره بن أبى ضميره عن أبيه عن جده قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن أحكام المسلمين على ثلاثه، شهاده عادله أو يمين قاطعه أو سنه ماضيه من أئمه الهدى» (١) ولكن الروايه ضعيفه سندا، ومثلها مرسله عثمان عن أبى عبدالله عليه السلام فى كتاب على عليه السلام: «أن نبيا من الأنبياء شكأ إلى ربّه القضاء فقال: كيف أفضى بما لم تر عينى ولم تسمع أذنى؟ فقال: اقض عليهم بالبينات وأضفهم إلى اسمى يحلفون به» (٢).

أقول: لا- يمكن الاستناد فى الحكم بسمع بينه المنكر إلى شىء من ذلك، فانه قوله صلى الله عليه وآله «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» مع الانضمام بقوله صلى الله عليه وآله «البينه على من ادعى واليمين على من أنكر» ان المدرك للقضاء ينحصر بينه المدعى ويمين المدعى عليه وأن المنكر لا يطالب بالبينه بل يطالب باليمين ولو مع البينه له.

وبتعبير آخر: كما أن مقتضى ملاحظتهما عدم كفايه يمين المدعى على دعواه فى الحكم كذلك لا يكون بينه المنكر كافيا فى الحكم.

ودعوى أن ذلك مقتضى إطلاق دليل اعتبار البينه وأن البينه من المنكر لا يقاس بيمين المدعى، فان اليمين فى نفسه لا تعتبر بخلاف البينه لا يمكن مساعدته عليها فان مقتضى اعتبار البينه انه يحرز بها الواقع فيجوز ترتيب آثار الواقع معها سواء كان الواقع نفيا أو إثباتا كما إذا شهدت البينه للمرأة على عدم كونها ذات بعل أو فى العده فيجوز

ص: ٣٧٨

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٣١ ، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٦ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٢٩ ، الباب ١ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢ .

الشرح:

للرجل تزويجها ولو مع كونها متهمه لا تعتبر قولها. واما جواز القضاء وسقوط دعوى الآخر عليها بانها زوجته بحيث يترتب على القضاء نفوذه فيمكن أن يؤخذ في موضوع جواز القضاء الا حراز الخاص أو امرا آخر لا- يكون إحرزا أصلاً كيمين المنكر، فإطلاق اعتبار البينه بحيث تعم البينه على النفي لا ينافي عدم جواز القضاء بها في المقام الترافع كما هو مقتضى قوله صلوات الله عليه «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان» وان «البينه على المدعى واليمين على من انكر».

وبذلك يرفع اليد عن مقتضى الإطلاق في روايه ضممه وأنه كما لا تكون يمين المدعى على دعواه من اليمين القاطعه في مقام الدعوى، كذلك لا تكون بينه المنكر شهاده عادله في مقام المخاصمه بأن يقطع المخاصمه بها وكذا الحال في مرسله ابن عثمان كما لا يخفى.

وربما يستدل على جواز القضاء بينه المنكر وعدم الحلف عليه معها بروايات منها معتبره حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبدالله عليه السلام: أفیحل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبدالله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكاً لك؟ ثم تقول بعد الملك: هو لى وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك، ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يبق للمسلمين سوق» (١).

ولكن يخفى أن المراد بالشهاده فيها نسبه ملك الشىء إلى ذى اليد، ولذا ذكر

ص: ٣٧٩

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٩٢ ، الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢ .

الشرح:

سلام الله عليه في مقام النقض بنسبه الملك إلى نفسه بعد الشراء من ذى اليد، وليس المراد الشهادة في مقام الترافع.

وعلى تقدير الاطلاق ودلالته على جواز الشهادة في مقام الترافع فليس مقتضى ذلك الاكتفاء به عن الحلف على المنكر، كما سنبين وجهه في تعارض بينه المنكر مع المدعى.

ومنها صحيحه حماد بن عثمان قال: «بينما موسى بن عيسى في داره التي في المسعى يشرف على المسعى، إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السلام مقبلاً من المروه على بغله، فأمر بن هياج رجلاً من همدان منقطعاً إليه أن يتعلق بلجامه ويدعى البغله، فأتاه فتعلق باللجام وادعى البغله، فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلمانه: خذوا سرجها وادفعوها إليه، فقال: والسرج أيضاً لي فقال: كذبت عندنا البيئه بأنه سرج محمد بن علي، وأما البغله فإننا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم ما قلت» (١).

حيث لو لم تكن بينه المنكر معتبره لما كان لقوله عليه السلام «وعندنا البيئه بأنه سرج محمد بن علي» وفيه أن المراد بالبيئه ما يوضح الأمر كما هو معناه اللغوي بقرينه قوله عليه السلام «وأما البغله فإننا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم وما قلت».

والحاصل: أن مراده عليه السلام ب«إننا» لا نحتمل صدقك بالاضافه إلى السرج لا أنه ليس عندنا بالبيئه المعتبره في مقام القضاء بالاضافه إلى شراء البغله كما لا يخفى.

ومنها ما ورد في قضيه أمر فدك بسند صحيح رواه في الوسائل في باب الشهادة بالملكه باليد من احتجاجه عليه السلام في الجواب عن قول الأول: هذا فيء للمسلمين فان اقامت شهودا ان رسول الله جعله لها وإلا فلا حق لها فيه بقوله عليه السلام: «يا أبا بكر تحكم فينا

الشرح:

بخلاف حكم الله في المسلمين قال: لا، قال: فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ثم ادعيت انا فيه من تسأل البيئه قال: اياك أسأل البيئه، قال: فما بال فاطمه سألتها البيئه على ما في يديها وقد ملكته في حياه الرسول صلى الله عليه وآله وبعده ولم تسأل المسلمين بينه على ما ادعوها شهودا كما سألتني على ما ادعيت عليهم، فسكت أبو بكر فقال عمر: يا على دعنا من كلامك فانا لا نقوى على حجتك فان أتيت بشهود عدول وإلا فهو فيء للمسلمين لا حق لك ولا لفاطمه فيه»(١).

ووجه الاستدلال أنه لو لم يعتبر بينه المنكر لكان أنسب بالاحتجاج على أبي بكر ذكر أن بينه فاطمه عليها السلام لا تفيد شيئا فمطالبتها بها لغو لا أنها بلا موجب.

أقول: الاستدلال عجيب فانهم لم يكونوا يعرفون أو يقبلون بأن المطلوب بالبيئه من يدعى على ذي اليد فقط وان ذي اليد لا يطالب بالبيئه فكيف الظن بعرفانهم أو قبولهم بأن بينه ذي اليد لا تقطع المخاصمه.

هذا مع أن عدم كفايه بينه المنكر عن الحلف لا يلازم لغويتها كما سنبين إن شاء الله تعالى.

والحاصل: أن احتجاجة عليه السلام كان مبنيًا على أمر يعد من الأوليات في باب القضاء.

ومنها: موثقه إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام: «أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابه في أيديهما إلى ان قال قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيئه، قال: أفضى بها للحالف الذي هو في يده»(٢) ووجه الاستدلال انه لو لم

ص: ٣٨١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٩٣ ، الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٣، وتفسير القمى ٢ : ١٥٦ ، وعلل الشرائع : ١٩٠ / ١ ، والاحتجاج : ٩٢ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٢٥٠ ، الباب ١٢ من أبواب كيفيه الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢ .

الشرح:

تكن بيّنه المنكر مسموعه لتعين الحكم بملكيه غير ذى اليد لأن بيّنه بيّنه ولا عبره معها لا بالبيّنه المنكر ولا بالحلف.

ونحوها موثقه غياث بن ابراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان فى دابه وكلاهما أقاما البيّنه أنه انتجها، ففضى بها للذى فى يده، وقال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (١).

أقول: الظاهر (والله العالم) أنه لا- دلالة فى الرويتين على ما ذكر من جواز القضاء بيّنه المنكر وعدم الحاجة معها إلى حلفه وذلك لما أشرنا إليه سابقا من أن عدم اعتبار بيّنه المنكر بالاضافه إلى القضاء فقط لا أنه لا يحرز بها الواقع، فان مقتضى دليل اعتبار البيّنه عدم الفرق بين كونها قائمه على ثبوت الواقع أو نفيه.

وعلى ذلك فمع معارضة بيّنه المدعى مع بيّنه المنكر يتساقطان عن الاعتبار على ما هو المقرر من الأصل فى تعارض الأمارات ولا- يصح القضاء فى الفرض بيّنه المدعى، لأن ظاهر قوله صلى الله عليه وآله «انما أفضى بينكم بالبيّنات» (٢) المعتبره منه وكذلك قوله عليه السلام «البيّنه على من ادعى» (٣).

وعلى ذلك ففيما إذا كان المال فى يد أحد وادعاه الآخر وأقام على دعواه بيّنه وكان لذى اليد بيّنه على أنها له، كان مدلولهما متناقضين لا- يمكن الحكم بثبوت الدعوى بالبيّنه المزبوره وتصل النوبه إلى حلف المنكر، وموثقه إسحاق بن عمار توافق هذه القاعده حيث ذكر سلام الله عليه فيها «أفضى بها للحالف الذى هى فى يده» (٤).

ص: ٣٨٢

١- (١) المصدر: الحديث ٣.

٢- (٢) و (٣) و (٤) المارّ ذكرها.

أما الأول، ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع وعدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، فالقول قول المنكر بيمينه.

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً وتعذر تبين الحال لفقد أهل الخبره كان الحكم كسابقه. نعم، لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الردّ دون الأرش، لأصالة البراءة.

الشرح:

وكذلك موثقه غياث حيث ذكر فيها «قضى بها للذى فى يده»^(١) بعد تقييد اطلاقها بما فى الموثقه من كون القضاء بالحلف.

وظاهر الروايتين حكاية واقعه واحده والاختلاف بينهما فى النقل بالاطلاق والتقييد أى ذكر القيد فى أحدهما وعدم ذكره فى الآخر.

والحاصل ما ذكرنا من سقوط بينه المدعى مع البينه على خلافها سواء كانت تلك البينه لمنكر أو لآخر ولا يتم معها ملاك الحكم بالبينه وتصل النوبه إلى حلف المنكر هو الأصل فكل مورد ثبت فيه بالنص خلاف ذلك نأخذ فيه بالنص الوارد فيه ونرفع اليد عن القاعده المشار إليها وفى غيره يؤخذ بها.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يتم ما ذكره العلامة^(٢) فى اختلاف البايع والمشتري فى تقدّم العيب وتأخره من أنه لو قام أحدهما بينه يؤخذ بها، فإنه لا يكفى هذا البينه فيما إذا أقامها البايع، ولا يسقط دعوى المشتري الا بالحلف على عدم تقدم العيب، وكذا ما ذكره من لو أقام كل منهما بينه تؤخذ بينه المشتري، فانه قد تقدم ان بينه المدعى فى الفرض لا يصلح ملاكا للقضاء بل يتعين فى الفرض القضاء بحلف البايع على عدم

ص: ٣٨٣

١- (١) مر ذكرها .

٢- (٢) التذكرة ١ : ٥٤١ .

كيفية حلف البائع على عدم تقدم العيب

الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك بأن حدث بعد القبض وانقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدمه، للأصل حتى لو علم تاريخ الحدوث وجهل تاريخ العقد، لأن أصله عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب. وعن المختلف: أنه حكى عن ابن الجنييد: أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا، انتهى. هذا إذا لم تشهد القرينه القطعيه مما لا يمكن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه، وإلا عمل عليها من غير يمين. قال في التذكرة: ولو أقام أحدهما بينه عمل بها. ثم قال: ولو أقام بينه عمل بينه المشتري، لأن القول قول البائع لأنه منكر، فالبينه على المشتري. وهذا منه مبنى على سقوط اليمين عن المنكر بإقامه البينه، وفيه كلام في محله وإن كان لا يخلو عن قوه.

وإذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب [١] أو نفى استحقاق الرد أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع وأطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالإعسار

الشرح:

تقدم العيب والله سبحانه هو العالم.

[١] قد ذكرنا في بحث القضاء أنه يعتبر في حلف المنكر حلفه على نفى ما يدعيه خصمه وهذا يصدق بالحلف على نفى مصب الدعوى أو نفى ما يترتب على ذلك المصعب ولذا يكفي في الحلف على نفى دعوى الاقتراض الحلف على أنه لا تشتغل له ذمته.

نعم يعتبر في الحلف العلم بالنفى على ما نطقت به الروايات من أنه لا يقع اليمين إلا على العلم وعليه فإن اختبر البائع المبيع قبل بيعه يمكنه الحلف على نفى العيب حال البيع ويكون العلم الحاصل بالاختبار كالعلم بالعدالة والإعسار الحاصل بالمصاحبه الموجبه للاطلاع بهما.

ص: ٣٨٤

والعدالة وغيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. ولو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصله عدمه إذا شك في ذلك وجه، احتمله في جامع المقاصد وحكى عن جماعه، كما يحلف على طهاره المبيع استناداً إلى الأصل. ويمكن الفرق بين الطهاره وبين ما نحن فيه: بأن المراد بالطهاره في استعمال المتشرع ما يعم غير معلوم النجاسه لا الطاهر الواقعي، كما أن المراد بالملكيه والزوجيه ما استند إلى سبب شرعي ظاهري، كما تدل عليه روايه حفص الوارده في جواز الحلف على ملكيه ما أخذ من يد المسلمين. وفي التذكره بعدما حكى عن بعض الشافعيه جواز الاعتماد على أصله السلامه في هذه الصوره قال: وعندى فيه نظر، أقربه الاكتفاء بالحلف على نفي العلم. واستحسنه في المسالك، قال: لاعتضاده بأصله عدم التقدّم، فيحتاج المشتري إلى إثباته. وقد سبقه إلى ذلك في الميسيه، وتبعه في الرياض.

الشرح:

وهل يجوز الحلف على النفي مع عدم الاختبار اعتماداً على استصحاب عدم البيع المزبور حال العيب أو استصحاب عدم ثبوت جواز الفسخ وحق الأرش لخصمه ولو بنحو السالبه بانتفاء الموضوع كما يجوز الحلف على طهاره المبيع أو بقاء الزوجيه والملكيه اعتماداً على الأصل وقاعده الطهاره؟ ذكرنا في بحث القضاء لا بأس بالحلف على النفي ولو بالاعتماد على الأصل فيما كان مفاد دليل اعتباره التعبد بالعلم بالواقع.

وما عن المصنف رحمه الله من دعوى الفرق بين الحلف على الطهاره والزوجيه والملكيه حيث يجوز الحلف فيها بالاعتماد إلى الحكم الظاهري دون المقام تحكم، إلا إذا قيل بعدم اعتبار الاستصحاب في العدم الأزلي وان ذلك الاستصحاب لا يثبت السالبه بانتفاء المحمول الموضوع للحكم عن الفرض ما.

وكذا ما يظهر منه رحمه الله من عدم الفرق بين الشهاده بشيء والحلف عليه ضعيف

إذا باع الوكيل متاعاً فوجد المشتري فيه عيباً

أقول: إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفى العلم في إسقاط أصل الدعوى بحيث لا تسمع البيّنه بعد ذلك، ففيه إشكال. نعم، لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البيّنه، فله وجه وإن استقرب في مفتاح الكرامه أن لا يكتفى بذلك منه، فيردّ الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف. وهذا أوفق بالقواعد. ثمّ الظاهر من عبارته التذكرة اختصاص يمين نفى العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع، بل عن الرياض: لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً. لكن الظاهر أنّ المفروض في التذكرة صورته الحاجة إلى يمين نفى العلم، إذ مع الاختبار يتمكّن من الحلف على البتّ، فلا حاجة إلى عنوان مسأله اليمين على نفى العلم، لا أنّ اليمين على نفى العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار، فافهم.

فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشتري [١] عيباً يوجب الردّ ردّه على الموكل، لأنّه المالك والوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهده عليه.

الشرح:

غايته، فإنّ المعبر في الشهاده الأخبار بالواقعه عن حسّ بها بخلاف الحلف فإنّ المعبر فيه مطلق العلم.

وأيضاً ذكرنا في بحث القضاء أنه لا يحلف على نفى العلم إلاّ في مورد دعوى العلم عليه ومع الحلف على نفى العلم بالواقعه تسقط دعوى العلم بها لا دعوى نفس الواقعه، وإذا أجاب الخصم بأنّي لا أدري ولم يدعى المدعى علمه يوقف الحكم، لا أنه ترد اليمين على المدعى كما هو ظاهر المصنف رحمه الله حيث جعل الردّ أوفق بالقاعده.

[١] ذكر في المقام فرعاً وهو ما إذا باع الوكيل متاعاً ووجد المشتري في ذلك المتاع عيباً وادّعى أنّ العيب كان حال البيع، فانه لو اعترف المشتري بالوكاله يكون طرف المخاصمه هو الموكل، لأنّ وكاله الوكيل قد انتهت بتحقيق البيع المنتسب إلى مالك المتاع بالوكاله، والضمان بأوصاف المبيع بالضمان المعامل على المالك.

ولو اختلف الموكل والمشتري في قَدَم العيب وحدوثه، فيحلف الموكل على عدم التقدّم كما مرّ، ولا يقبل إقرار الوكيل بقدمه، لأنّه أجنبيّ. وإذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة ولم يتمكّن الوكيل من إقامة البينة فادّعى على الوكيل بقدم العيب، فإن اعترف الوكيل بالتقدّم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل، لأنّ إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا تقبل إلاّ بالبينة، فله إحلاف الموكل على عدم السابق، لأنّه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامه عنه، فله عليه مع إنكاره اليمين. ولو رد اليمين على الوكيل فحلف على السابق ألزم الموكل. ولو أنكر الوكيل التقدّم حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف ولم يتمكّن من الردّ على الموكل، لأنّه لو أقرّ ردّ عليه. وهل للمشتري تحليف الموكل لأنّه مقرّ بالتوكيل؟ الشرح:

ولذا لو اعترف الوكيل بعيب المتاع حال البيع فلا ينفع في ثبوت الخيار أو الأرش للمشتري لأن اعتراف الوكيل إقرار على الغير لا على نفسه.

وعليه فان اعترف الموكل بتقدم العيب وخيار المشتري فهو وإلاّ يحلف على نفى التقدم.

ولا- وجه لما يقال: من ان اعترف الوكيل ينفذ على الموكل لا بما هو اعتراف على الغير، بل لقاعده سماع قول ذى اليد أو من ملك شيئاً ملك الإقرار به، وذلك فان قول ذى اليد لا يعتبر بعد انقضاء اليد إلاّ مع الوثوق بل في حال اليد أيضاً في غير الطهاره والنجاسه ونحوهما، وقاعده من ملك شيئاً لا تعم حال زوال الملك، مع أن السماع يختص بسماع التصرف لا بسماع خصوصيه العين كما لا يخفى.

وأما إذا لم يعترف المشتري بالوكالة ولم يكن للبائع البينه يكون طرف المخاصمه معه هو الوكيل، فان اعترف بسبق العيب فقد تقدم أنه لا ينفذ في حق المالك، غايه الأمر يكون اعترافه هذا دعوى بالاضافه إلى موكله بتحملة الظلامه عنه.

الظاهر لا، لأنّ دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته، وعلى الموكل يستلزم الاعتراف به. واحتمل في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره. ثمّ إذا لم يحلف الوكيل ونكل فحلف المشتري اليمين المردوده وردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل أم لا؟ وجهان، بناهما في القواعد على كون اليمين المردوده كالبيّنه فينفذ في حقّ الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ. ونظر فيه في جامع المقاصد: بأنّ كونها كالبيّنه لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأنّ الوكيل الشّرح:

ولو حلف المالك على عدم تقدم العيب أو قال: لا أدري، يكون المتحمل للظلامه هو الوكيل. وإذا أنكر الوكيل تقدم العيب فيمكن له الحلف على نفي العيب أو على نفي خيار المشتري.

ولا يقال: إنّ هذا الحلف حلفٌ على مال المالك فيكون من الحلف عن الغير فلا تسمع.

فإنه يقال: فإن حلفه على نفي خيار المشتري من الحلف على دفع الظلامه المتوجه إليه، مع اننا قد ذكرنا في بحث القضاء جواز الحلف عن المنكر ولو كان ذلك من الحلف على أمر لغير فيما إذا كان ذلك بالولاية أو الوكالة.

ولو لم يحلف الوكيل في الفرض ورده على المشتري فحلف على تقدم العيب يثبت الخيار له، وهل هذا الحلف الذي من اليمين المردوده بمنزله اعتراف المنكر فتقع الظلامه على الوكيل أو أنه كبيّنه المدعى وهو المشتري في المقام فينفذ في حق مالك المتاع ويتعين عليه تحمّل الظلامه، فمبنى على الخلاف في أن اليمين المردوده على المدعى بمنزله إقرار المنكر أو أنه كبيّنه المدعى وقد ذكرنا في بحث القضاء أنّها ليست من البيّنه ولا من الاعتراف بل هو ملاك آخر.

وبتعبير آخر: كما ان اعتراف المدعى عليه في نفسه ملاك الحكم ولا يدخل في

معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البيّنه القائمه على السبق الكاذبه باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل، بحيث لا ينافى ثبوته ولا دعوى ثبوته، كأن يقول: «لا حقّ لك عليّ في هذه الدعوى» أو «ليس في المبيع عيب يثبت لك به الردّ عليّ» فإنّه لا تمنع حينئذٍ تخريج المسأله على القولين المذكورين، انتهى. وفي مفتاح الكرامه: أنّ اعتراضه مبنى على كون اليمين المردوده كبيّنه الرادّ، والمعروف بينهم أنّه كبيّنه المدعى.

الشرح:

قوله صلى الله عليه وآله: «البيّنه على من ادعى واليمين على من أنكر»^(١)، وقوله صلى الله عليه وآله: «انما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان»^(٢)، كذلك الحكم باليمين المردوده فان الحكم بها يستفاد مما دل على رد اليمين على المدعى برد المنكر أو بنكوله.

وقد يقال: إنه لو قيل بأن اليمين المردوده كالبيّنه فلا يجوز أيضا للوكيل مطالبه الظلامه عن المالك لاعترافه كذب البيّنه التي أقامها المدعى بعنوان اليمين المردوده، اللهم إلا أن يكون اعتراف الوكيل بعدم سبق العيب مستندا إلى الأصل فلا مورد للأصل المزبور مع البيّنه على خلافه، ولو كانت اليمين المردوده كبيّنه المدعى تكون نافذه في حق المالك أيضا، وانما لا تنفذ فيما إذا كان إنكار الوكيل السبق جزميا.

ويجاب عن الإشكال: بأن ذلك مبنى على كون اليمين المردوده كبيّنه الراد في أنها تسقط الحلف عنه فقط، واما إذا قيل بأنها كبيّنه المدعى فتنفذ في حق المالك.

أقول: قد ذكرنا أن اليمين المردوده ليست كالبيّنه لا من الراد ولا من المدعى، فلا تنفذ تلك اليمين إلا في حق الوكيل.

نعم إذا أقام المشتري في الفرض البيّنه على العيب في المبيع حال العقد تثبت

ص: ٣٨٩

١- (١) و (٢) مرّ سابقاً .

أقول: كونه كبيته المدعى لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل. وتمام الكلام في محله.

الرابعة: لو ردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع [١] أنّها سلعته، قُدم قول البائع كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد لأصالة عدم حقّ له عليه، وأصالة عدم كونها سلعته. وهذا بخلاف ما لو ردّها بخيار فأنكر كونها له، فاحتمل هنا في التذكرة والقواعد تقديم قول المشتري، ونسبه في التحرير إلى القيل، لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الاولى.

الشرح:

بتلك البيته على المالك تحمّل الظلامه فيما إذا كان الوكيل غير منكر تلك البيته، بأن كان جوابه للمشتري ب«لا أدري» أو بانكار سبق العيب اعتمادا للأصل، فان مع تلك البيته لا مورد للأصل، فيمكن إثبات دعواه على المالك بتحمّل الظلامه بتلك البيته.

لا يقال: هذا كله أى دعوى المشتري على الوكيل بسبق العيب فيما إذا اعتقد بأنه البائع بالأصالة، وأما إذا لم يكن المشتري جازما بأنه البائع بالأصالة فكيف يدعى الأرش أو الفسخ على البائع.

فإنه يقال: يكفى فى دعوى المشتري على الوكيل الأخذ بظهور الفعل فى الاصله كما هو الحال فى كل مورد كانت الدعوى أو الإنكار للاعتماد على الحجّه.

[١] لو ردّ متاعا معيبا على البائع بدعوى أنّه سلعته التى شراها منه وأنّها كانت معيبه عند الشراء وأنكر البائع عيب متاعه وأن المرود عليه ليس بسلعته، فيحلف البائع على نفي الخيار للمشتري مع عدم البيته له وذلك لمطابقه قول البائع مع أصالة عدم الخيار للمشتري وعدم جريان بيعه على المتاع المزبور سواء قصد المشتري فسخ الشراء بالرد المزبور أو بغيره، وهذا فيما لم يعترف البائع بثبوت الخيار للمشتري كما ذكرنا.

أقول: النزاع فى كون السلعه سلعه البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار ومع الاتفاق عليه، كما لا يخفى. لكن ظاهر المسأله الاولى كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعه هذه المعيوبه أو غيرها، والحكم بتقديم قول البائع مع يمينه. وأما إذا اتفقا على الخيار واختلفا فى السلعه، فلذى الخيار حينئذٍ الفسخ من دون توقّف على كون هذه السلعه هى المبيعه أو غيرها، فإذا فسخ وأراد ردّ السلعه فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصاله عدم كون السلعه هى التى وقع العقد عليها. نعم، استدللّ عليه فى الإيضاح بعدما قوّاه : بأنّ الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع واستحقاق الفسخ، والاختلاف فى موضعين: أحدهما: خيانه المشتري فيدعيها البائع بتغير السلعه والمشتري ينكرها، والأصل عدمها. ثانيهما: سقوط حقّ الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدّعيه والمشتري ينكره والأصل بقاؤه. وتبعه فى الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف، ولو صدّقه على كون المبيع معيوباً وأنكر تعيين المشتري حلف المشتري، انتهى.

الشرح:

واما إذا اتفقا على الخيار للمشتري فقد يقال: بأنّ المشتري يحلف على كون المردود هى السلعه التى شراها منه كما عن العلامه فى التذكره (١) والقواعد (٢).

وذكر فى الإيضاح (٣) فى وجه ذلك بأنّ اختلافهما فى أمرين: أحدهما: خيانه المشتري فى دعواه كون المردود هى السلعه المبيعه والأصل عدم الخيانه. وثانيهما: سقوط خيار المشتري والأصل بقاؤه.

ص: ٣٩١

١- (١) التذكره ١ : ٥٤١ .

٢- (٢) القواعد ٢ : ٧٩ .

٣- (٣) الإيضاح ١ : ٤٩٩ .

أقول: أمّا دعوى الخيانه، فلو احتاجت إلى الإثبات ولو كان معها أصاله عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم [قول] المشتري في المسأله الأولى وإن كانت هناك أصول متعدده على ما ذكرها في الإيضاح وهى: أصاله عدم الخيار، وعدم حدوث العيب، وصحّه القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأنّ أصاله عدم الخيانه مستندها ظهور حال المسلم، وهو وارد على جميع الأصول العدميه، نظير أصاله الصحه. وأمّا ما ذكره: من أصاله صحّه القبض، فلم نتحقّق معناها وإن فسّرناها من قبله بما ذكرنا، لكن أصاله الصحّه لا تنفع لإثبات لزوم القبض. وأمّا دعوى سقوط حقّ الخيار فهى إنّما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه فى الدروس وإلاّ فأكثر الخيارات ممّا اجمع على بقائه مع التلف، مع أنّ أصاله عدم سقوط الخيار لا تثبت إلاّ بثبوتها، لا وجوب قبول هذه السلعه إلاّ من جهه التلازم الواقعى بينهما. ولعلّ نظر الدروس إلى ذلك.

الشرح:

وأورد المصنف رحمه الله على الاستدلال بأن مقتضى استصحاب الخيار نفوذ فسخ المشتري، لا تعيين المردود هى السلعه التى جرى عليها البيع، وإثبات كونه هى السلعه المبيعه بأصاله عدم الخيانه غير صحيح، لأن مع جريان أصاله عدم جريان المبيع على المردود يثبت الخيانه بهذا المعنى، وإلاّ تكون أصاله عدم الخيانه مثبته لكون المبيع هو المردود حتى مع عدم اعتراف البايع بالخيار للمشتري كما فى الفرض الأول، مع أنّهما قد ذكروا فيه حلف البايع على نفى الخيار ونفى كون المردود سلعته.

لا- يقال: لا- يقاس الفرض السابق بالفرض الثانى، لأن أصاله عدم الخيار للمشتري وعدم حدوث العيب فى المبيع حال البيع وصحته إقباض البايع فى الفرض الأول كانت مقتضاها تقديم قول البايع، بخلاف الفرض الثانى مما لا مجال فيه لشيء مما ذكر لاعتراف البايع بخيار المشتري.

فانه يقال: أصاله عدم الخيانه من قبيل ظهور الحال كأصاله الصحه التى لا مجال

اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار وعلى صور

وأما الثاني وهو الاختلاف في المسقط ففيه أيضاً مسائل:

الأولى: لو اختلفا في علم المشتري [١] بالعيب وعدمه قَدَم منكر العلم، فيثبت الخيار.

الشرح:

معها للاستصحاب، واما صحه الإقباض فلا معنى لها لأن المقبوض كان ملك المشتري سواء كان البيع لازماً أو خيارياً، ولزوم القبض عبارته أخرى عن عدم الخيار للمشتري في فسخ البيع.

أقول: وتقريب عدم الفرق بين الفرضين أنّ أصله عدم الخيانة يطلق على معنيين:

أحدهما: عدم نسبه الحرام إلى المشتري المدعى، وأصله عدم الخيانة بهذا المعنى يشترك فيها الفرضان ولكن لا تثبت كون المردود هي السلعة المبيعه لإمكان كون دعوى المشتري للخطأ والغفله.

وثانيهما: قبول الراد بأن يبنى على أن ملك البايع هي العين المردوده وهذا لا يجري في شيء من الفرضين، بل يختص بموارد قول الأمين خاصه اخذاً بما دل على عدم جواز اتهام الأمين والأخذ بقول المؤمن وقوله سبحانه: «مَّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (١) ولا يعمّ المقام فإنّ السلعة المبيعه كانت بيد المشتري بيد ملك وبعد الفسخ على تقديره يد ضمان فأين يد الأمانه ودعوى كونها شبيهه بيد الأمانه لم يعلم لها وجه.

وعلى ذلك فان كان الخيار المتفق عليه خيار العيب فلا ينفذ فسخ المشتري إلا بعد إثبات كون المردود هو المبيع وإلا يحق له المطالبه بالأرش فقط، وان كان غيره مما لا يسقط بتلف العين فيجوز له الفسخ وإعطاء البدل عن المبيع كما لا يخفى.

[١] لاختلاف المتبايعين في مسقط الخيار صور:

ص: ٣٩٣

الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده على القول بأن زواله بعد العلم لا- يسقط الأرش بل ولا الرد ففى تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقاءه وعدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار، لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده وهو غير ثابت فالأصل لزوم العقد وعدم الخيار، وجهان، أقواهما الأول. والعبارة المتقدمه من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثانى، فراجع. ولو اختلفا بعد حدوث

الشرح:

الأولى: ما إذا اختلفا فى علم المشتري بالعيب عند الشراء، فإن المأخوذ فى موضوع الخيار عدم تبين العيب للمشتري عند الشراء وقد ذكر سلام الله عليه فى معتبره زواره: «أىما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يتبين له»^(١) الحديث وإذا قال البايع: ان المشتري كان عالماً بالعيب عند الشراء فلا- خيار له وقال المشتري: كنت جاهلاً فلى الخيار فيطابق قول المشتري مع استصحاب عدم تبين عواره وعيبه له ويثبت له الخيار.

الثانية: ما إذا اختلفا فى زوال العيب إلى زمان علم المشتري به، فقال المشتري: انه قد علم العيب السابق قبل زواله فلى الخيار، وقال البايع: انه كان زائلاً عنده فليس لك خيار، فان المفروض علم المشتري بالعيب السابق ومقتضى الاستصحاب وجود ذلك العيب زمان علمه بالعيب السابق فيتم موضوع الخيار فيكون قول المشتري مطابقاً للاستصحاب فيحلف على وجود العيب السابق زمان علمه.

لا يقال: يعارض هذا الاستصحاب عدم العلم إلى زمان زوال العيب، فان زواله محرز بالوجدان ومقتضى الأصل عدم هذا العلم إلى ذلك الزمان فيتم موضوع سقوط الخيار وهو عدم العلم به مع زواله.

ص: ٣٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٣٠ ، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ .

عيب جديد وزوال أحد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار، فمقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار. ولا يعارضه أصاله بقاء الجديد، لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول: أن أصاله عدم أحد الشرح:

فانه يقال: لو سلم المعارضه تصل النوبه إلى استصحاب بقاء الخيار بناءً على أن زوال العيب مع عدم العلم به مسقط له كما هو الفرض.

نعم لو قيل بأن الموضوع للخيار حصول العلم بالعيب حال عيب الشئ نظير ما تقدم في درك الجماعه بأن يركع الشخص حال ركوع الإمام فالأصل عدم حصول العلم حال عيب الشئ فيكون قول البايع مطابقاً للأصل فيحلف على النفي.

أقول: قد ذكرنا أن مع زوال العيب لا يكون في البين جواز الرد ولا جواز أخذ الأرش لأن ظاهر المرسله جواز الفسخ مع رد المعيب فلا ينفذ مع عدم كون المردود معيباً.

وهذا أيضاً ظاهر كلام التذكرة قال لو كان المبيع معيباً عند البايع وقد زال عيبه فلا رد لعدم وجبه وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده سقط الرد انتهى (١).

ومقتضى ما ذكر رحمه الله أن العلم بالعيب السابق حال زواله لا يكون موجبا للخيار بل الموجب له العلم بالعيب حال وجوده ويبقى هذا الخيار ما دام العيب باقياً مع زواله يسقط ولذا ذكر المصنف رحمه الله أن هذه العبارة تشير إلى أن الموضوع للخيار العلم بالعيب السابق حال العيب.

والفرق بين ذلك وما ذكرنا هو أن الموضوع للخيار على ما ذكرنا جريان البيع

ص: ٣٩٥

١- (١) التذكرة ١ : ٥٤١ .

الضدّين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتّب عليه حكمه. لكن المحكّي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكته بياض بعينه، ووجد نكته قديمه، ثمّ زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله

الشرح:

على شيء حال وجود العيب فيه واستفدنا ذلك من معتبره زواره(1) وان هذا الخيار يبقى ما دام العيب.

والحاصل: أنّه لا- يعتبر في موضوع الخيار العلم بالعيب أصلاً لا- مطلقاً ولا حال وجود العيب، بل المعتبر جريان البيع على ما به عيب والموضوع للخيار في الفرض محرز ومقتضى الاستصحاب بقاء ذلك العيب الذي كان عند البيع فيجوز للمشتري أخذ الأرش لذلك العيب، واما جواز الفسخ فلا لأن حدوث نكته أخرى يوجب سقوط جواز الفسخ بقيت أم زالت.

ومع زوال القديم سواء حدث عيب آخر أم لا- لا- مورد لجواز الفسخ ولا لأخذ الأرش لأن مع زوال السابق قبل الفسخ يسقط الخيار فسحا وأرشا كما تقدم.

وذكر المصنف رحمه الله أن زوال العيب الحادث في يد المشتري يصحح الفسخ بالعيب القديم فمع اختلافهما بأن الزائل هو القديم أو الحادث يكون البائع في الفرض مدعياً لمخالفه قوله لاستصحاب العيب القديم ويوافق قول المشتري فيكون منكراً فيحلف على عدم السقوط.

لا يقال: قول البائع أيضاً يوافق الأصل يعني استصحاب العيب الجديد فيكون كل منهما مدعياً ومنكراً فيتحالفان ويستفيد البائع بحلّفه سقوط الفسخ ويستفيد المشتري بحلّفه أخذ الأرش.

ص: ٣٩٦

١- (١) مرّت آنفاً.

اختلاف المتبايعين في العيب الثاني

القديمه فلا ردّ ولا أورش، وقال المشتري: بل الحادثه ولى الردّ، قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الردّ واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش، انتهى.

الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه [١] فادّعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، ففي الدروس: أنّه كالعيب المنفرد، يعنى أنّه يحلف

الشرح:

فانه يقال: أصاله بقاء العيب الجديد غير جاريه في نفسها، فانها لا يثبت زوال العيب القديم لينتفى جواز الفسخ ويجوز أيضا أخذ الأرش بناءً على أن الثابت للمشتري تخيره بين الفسخ وجواز أخذ الأرش.

أقول: استصحاب العيب السابق لا- يترتب عليه بقاء جواز الفسخ مطلقا بل في خصوص ما ثبت فيه بقاء المبيع بحاله الذى كان عليه عند البيع، ومن الظاهر ان الاستصحاب المزبور لا يثبت بقاء المبيع بحاله.

وبتعبير آخر: يثبت بأصاله بقاء العيب الجديد وبقاء المبيع على تغييره عدم جواز الفسخ فيكون قول البائع مطابقا للأصل وقول المشتري مخالفا له فيحلف البائع على نفيه، واما الأرش فلا يستحقه المشتري اخذا باعترافه بناءً على أنه فى طول جواز الفسخ.

واما بناءً على تخيير المشتري بين جواز الفسخ واخذه يحرز باستصحاب العيب القديم جوازه، فيكون البائع بالاضافه إلى سقوط الأرش مدعيا والمشتري منكرا، فيتم ما تقدم عن الشافعي من أنهما يتحالفان فينتفع البائع بحلفه اسقاط الفسخ والمشتري بجواز اخذ الأرش.

[١] إذا اشترى متاعا به عيب ووجد فيه عيب آخر فاختلفا فى ذلك العيب الآخر فقال البائع: إنه حدث عندك فلا يجوز لك إلا أخذ الأرش على العيب الأول وقال المشتري: إن العيب الثانى كان عند الشراء أيضا فلى جواز الفسخ بهما؛ ذكر فى

البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب واختلفا في السبق والتأخر. ولعله لأصالة عدم التقدم. ويمكن أن يقال: إنَّ عدم التقدّم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار، وأمّا هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، وقد مرّ غير مرّه: أنّ أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، وإنّما الشرح:

الدروس(1): أن الفرض مثل ما إذا لم يكن في المتاع إلا عيب واحد وقال البائع بحدوثه عند المشتري فلا خيار وقال المشتري: إنه كان عند البيع فلي الخيار، ويقدم قول البائع لموافقته استصحاب عدم العيب حال البيع فيحلف على عدم العيب الثاني عند البيع أو عدم الخيار للمشتري.

وذكر المصنف رحمه الله ان الفرض لا- يقاس بالعيب المنفرد، لأن استصحاب عدم العيب حال البيع في العيب المنفرد ينفي موضوع الخيار ولذا يقدم فيه قول البائع، بخلاف هذا الفرض حيث يدعى البائع فيه سقوط الخيار الثابت للمشتري بحدوث العيب الثاني عنده، واستصحاب عدم العيب الثاني حال البيع لا يثبت حدوثه عند المشتري ليقدم قول البائع.

أقول: لو فرض ثبوت الخيار للمشتري بالعيب المتفق عليه يجرى في الفرض استصحاب عدم حدوث العيب الثاني عند المشتري فيحلف على ذلك فيحكم ببقاء خياره، ولكن لا يثبت له خيار آخر بالعيب الثاني لأن الأصل عدم وجود العيب ذلك الثاني عند البيع.

لا يقال: يعلم إجمالاً بعدم مطابقه كل من استصحاب عدمه حال البيع واستصحاب عدم حدوثه عند المشتري للواقع بل أحدهما غير مطابق له لا محاله.

ص: ٣٩٨

يثبت عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر. ثم قال فى الدروس: ولو ادعى البائع زياده العيب عند المشتري وأنكر احتمال حلف المشتري لأنّ الخيار متيقن والزياده موهومه، ويحتمل حلف البائع إجراء للزياده مجرى العيب الجديد.

الشرح:

فانه يقال: هذا العلم الإجمالى لا يوجب سقوط الأصلين لأنهما لا يوجب المخالفه القطعيه، بل يوجب التفكيك بين المتلازمين واقعا ولا محذور فيه فيما إذا اقتضاه الأصلان.

والحاصل يحلف كل من البائع والمشتري، فالبايع على عدم وجوده حال البيع فلا يكون الخيار الثانى، ويحلف المشتري على عدم حدوثه عنده فيحكم ببقاء الخيار الاول.

واما مع عدم ثبوت الخيار بالعيب الأول كما إذا تبرأ البائع منه أو كان معلوما للمشتري يكون الفرض كما ذكره فى الدروس (1) من تقديم قول البائع، فان أصاله عدم وجوده حال البيع ينفى الخيار كما هو ظاهر.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا حصلت الزيادة فى العيب الذى كان عند البيع واختلفا فى زمان حصولهما فقال البائع: إنها حصلت بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ وقال المشتري: إنها كانت قبل قبض المبيع فله الخيار، فانه ان كان أصل العيب الذى كان عند البيع موجبا للخيار يتحالفان ويثبت للمشتري جواز الفسخ بأصل العيب وينفى البائع بحلفه جواز الفسخ وأخذ الأرش بتلك الزيادة.

واما إذا لم يكن أصل العيب موجبا للخيار كما إذا تبرأ البائع منه أو كان معلوما للمشتري فيحلف البائع على عدم حصولها عنده فلا يثبت للمشتري جواز الفسخ ولا جواز الأرش فتدبر.

ص: ٣٩٩

١- (١) مرّ آنفاً .

أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد وأنّ حلف البائع فيه محلّ نظر. ثمّ لا بدّ من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنّه كان متقدماً أو متأخراً. وأمّا إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة: لو اختلفا في البراءة [١] قدّم منكرها، فيثبت الخيار، لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد. وربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك! المتاع يباع في من يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه: برئ من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أصدق فلا يجب عليه، أم لا يصدق؟ فكتب عليه السلام: أنّ عليه الثمن... الخبر».

الشرح:

[١] لو اختلفا في التبرّي عن عيب المبيع بأن ادعاه البائع وانكره يقدم قول المشتري، لأن جريان البيع على ما به عيب وعواز محرز والأصل عدم تبرّي البائع فيتم موضوع الخيار.

ولكن ربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى عن أبي الحسن عليه السلام (١) خلاف ذلك وأنه عند الاختلاف في التبرّي يقدم قول البائع.

وذكر الأردبيلي قدس سره (٢): أن الرواية لكونها مكاتبة يحتمل فيها الدس ورعايه التقيه وكونها على خلاف قاعده «البينه على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (٣).

ص: ٤٠٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٨ : ١١١ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب .

٢- (٢) مجمع الفوائد ٨ : ٤٣٧ .

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٣ ، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١ .

وعن المحقق الأردبيلي: أنه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابه ومخالفه القاعده، انتهى. وما أبعد ما بينه وبين ما في الكفايه: من جعل الروايه مؤيده لقاعده «البينه على المدعى واليمين على من أنكر»، وفي كلّ منهما نظر. وفي الحدائق: أن المفهوم من مساق الخبر المذكور: أن إنكار المشتري إنّما وقع مدالسه، لعدم رغبته في المبيع، وإلاّ فهو عالم بتبرّي البائع، والإمام عليه السلام إنّما ألزمه بالثمن من هذه الجبهه.

الشرح:

فلا يمكن الاعتماد عليها ولكن جعلها في الكفايه مؤيده للقاعده.

وذكر في الحدائق(١): أن تقديم قول البايع في الروايه لكون إنكار المشتري كان تدليسا ولعدم رغبته في المبيع جعل إنكاره وسيله للتخلص من البيع، ولذا ألزمه عليه السلام (٢) بالثمن، من غير أن يذكر أن على البايع الحلف على إسماع التبرّي.

وناقش المصنف قدس سره في التوجيه بأنه لا يحتمل ان يسأل الإمام عليه السلام عن حكم صوره العلم بكذب المشتري، فان الحكم في صوره العلم بالحال كان ظاهرا وانما سئل عن صوره احتمال صدق المشتري كما يفصح عن ذلك قوله أصدق أم لا؟

والصحيح في الروايه أن يقال: إن في موردها خصوصيه لا تنافي ما تقدم من تقديم قول منكر التبري عند الاختلاف، وتلك الخصوصيه ان البيع فيمن يزيد لا ينفك غالبا عن تبري البايع بنحو يسمعه كل من حضر الشراء.

وهذا الظهور الغالبى في المفروض في الروايه أوجب تقديم قول البايع، وهذا من أحد الموارد التي يقدم فيها الظهور على الأصل العملى أى استصحاب عدم سماع التبرّي.

ص: ٤٠١

١- (١) الحدائق ١٩ : ٩١ .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

وفيه: أنّ مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّي المنكر له فيما بينه وبين الله، بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدّم قوله في ظاهر الشرع من البائع والمشتري، مع أنّ حكم العالم بالتبرّي المنكر له مكابره معلوم لكل أحد، خصوصاً للسائل، كما يشهد به قوله: «أَيَصْدَقُ أَمْ لَا يَصْدَقُ؟» الدالّ على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه.

والأولى توجيه الرواية: بأنّ الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العاده بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري مخالفه للظاهر، نظير دعوى الغبن والغفلة عن قيمه ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع. بقى في الرواية إشكال آخر، من حيث إنّ البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد. ويمكن التفتيش عنه: إمّا بالتزام كفايه تقدّم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه، كما تقدّم في باب الشروط. وإمّا بدعوى أنّ نداء الدلال بمنزلة الإيجاب، لأنّه لا ينادى إلاّ بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته، فينادى الدلال ويقول: بعثك هذا الموجود بكل عيب، ويكرّر ذلك مراراً من دون أن يتمّ الإيجاب حتّى يتمكن من إبطاله عند زياده من زاد.

الشرح:

لا- يقال: تبرّي البائع قبل البيع ولو بنحو يسمعه من حضر لا يكون كافياً في الاشتراط، فانه يعتبر في نفوذ الشرط ذكره في متن العقد.

فانه يقال: يكفي في نفوذ الشرط ذكره قبل المعامله وانشائها مبنيًا على المذكور قبله هذا اولاً.

وثانياً: ان نداء المنادى فيمن يزيد يكون إيجاباً للبيع ولو بنحو يقبل الرجوع فيه ويكون تبريه في النداء من ذكر الشرط في الإيجاب كما لا يخفى.

ص: ٤٠٢

لو ادعى البائع رضا المشتري بالعيب أو سائر المسقطات

والحاصل: جعل نداءه إيجاباً للبيع. ولو أبيت إلا عن أنّ المتعارف في الدلال كون نداءه قبل إيجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك، مع أنّ الرواية لا- تصريح فيها بكون البراءة في النداء قبل الإيجاب، كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة، لأنّه الموجب لسقوط الخيار لا انتفاء البراءة واقعاً.

الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار [١] أو

الشرح:

[١] من موارد اختلاف المتبايعين في حدوث المسقط للخيار ما إذا ادعى البائع رضا المشتري بالمبيع فلا يجوز له فسخه بعد ذلك، ويجوز له أخذ الأرش خاصة بناءً على تخيره بين الفسخ ومطالبه الأرش، وأنكر المشتري رضاه فانه يحلف على عدم رضاه.

وكذلك فيما إذا ادعى البائع إسقاط خياره بعد العلم بالعيب فلا يجوز له فسخ البيع ولا مطالبه الأرش أو ادعى تصرف المشتري بعد العلم بالعيب بل أو قبله بما يوجب سقوط جواز الفسخ، فانه مع الاختلاف يحلف المشتري على عدم إسقاط خياره أو عدم تصرفه.

ونظير ذلك ما تقدم من أن المبيع وجد فيه عيب جديد وقال المشتري: إنه كان عند البيع فيجوز له الفسخ وأخذ الأرش عليه أيضاً وقال البائع: إنه حدث بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ بالعيب القديم، فانه قد تقدم أن البائع يحلف على عدم وجوده عند البيع والمشتري على عدم حدوثه بيده فيحكم ببقاء جواز الفسخ وعدم جواز أخذه الأرش على العيب الثاني.

ولكن العجب من المصنف رحمه الله حيث جعل في المقام الأصل الموافق لقول المشتري أصاله بقاء الخيار والأصل عدم جريان البيع على السالم من العيب الجديد فانه لو جرى على السالم لكان ضمانه على المشتري.

لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار باقياً

تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور، ولو وُجد في المعيب عيبٌ اختلفا في حدوثه وقدمه ففي تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدّم سابقاً في دعوى تقدّم العيب وتأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب والشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمنه المشتري.

وأما الثالث، ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في الفسخ [١] فإن كان الخيار باقياً فله إنشاؤه. وفي الدروس: أنه يمكن جعل إقراره إنشاءً. ولعله لما اشتهر: من أن «من ملك شيئاً

الشرح:

ووجه العجب أنّ ضمان المشتري العيب الجديد بمعنى حدوثه بيده مع جريان البيع على السالم متلازمان ومن الظاهر أن نفي أحد المتلازمين بالأصل يعني أصالة عدم جريان البيع على السالم لا ينفي المتلازم الآخر.

[١] لو اختلفا في الفسخ في زمان يكون للمشتري فيه خيار لولا فسخه فلا ينبغي الريب في سماع قول المدعى بالفسخ، وظاهر كلام المصنف سماع قوله بأن له انشاء الفسخ حين الدعوى.

وعن الدروس (١): جعل دعواه فسخاً بمعنى أنّ الحاكم يحكم بتحقيق الفسخ بمجرد إقراره بالفسخ لقاعده «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» كما لو ادعى الزوج طلاق زوجته فان للزوج سلطته الطلاق وإذا ادعاه يقبل قوله بغير بينه ولا يحتاج في الحكم بثبوتة إلى حلف الزوج وإن أنكرته زوجته.

ويشهد للقاعده المزبوره ما رواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه

ص: ٤٠٤

الشرح:

عن محمد بن زياد عن محمد بن عبدالله الكاهلي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كان لعمي غلام فأبى فأتى الأنبار فخرج إليه عمي ثم رجع فقلت له: ما صنعت يا عم في غلامك؟ قال: بعته، فمكث ما شاء الله، ثم إن عمي مات فجاء الغلام، فقال: أنا غلام عمك وقد ترك عمي أولاداً صغاراً وأنا وصيهم، فقلت: إن عمي ذكر أنه باعك، فقال: إن عمك كان لك مضاراً وكره أن يقول لك فتشمت به، وأنا والله غلام بنيه، فقال: صدق عمك وكذب الغلام فأخرجه ولا تقبله» (١).

والظاهر أن محمد بن عبدالله الكاهلي سهو، بل السائل هو عبدالله الكاهلي بقريته رواه الحسن بن سماعه عن محمد بن زياد عن عبدالله بن يحيى الكاهلي في غير هذا المورد وعدم وجود محمد بن عبدالله الكاهلي في الرجال على ما أعلم، فالرواية من حيث السند موثقة ومدلولها قبول أخبار المالك عن بيع ماله وعدم بقائه في ملكه، والإقرار بالعتق كما في عبارته المصنف رحمه الله سهو من قلمه الشريف.

وذكر السيد اليزدي قدس سره (٢): أن الرواية لا دلالة لها على اعتبار القاعده، ولذا لم يستدل بها المصنف رحمه الله في رسالته المرسومه في القاعده على اعتبارها مع اهتمامه فيها بإقامه الدليل عليها.

والوجه في عدم دلالتها هو ورودها في واقعه خاصه ولعل الإمام عليه السلام كان يعلم بكذب الغلام وان تصديق البائع كان من سماع الإقرار على النفس، وذكر أنه لا ينافي سماع الإقرار على النفس دون سماع الإقرار للنفس سقوط نفقه الغلام في الفرض، فان السماع الاقرار على النفس لا ينافي سقوط ما يترتب على المقر به من انتفاع الغير

ص: ٤٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٨١ ، الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١ ، والتهذيب ٧ : ٢٣٧ / ١٠٣٦ .

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣ : ١٩٦ .

لو اختلفا فى الفسخ وكان الخيار منقضياً

مَلِكُ الإقرار به» كما لو ادعى الزوج الطلاق. ويدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على أيتام الرجل وأنه رق لهم. وسيجىء الكلام فى هذه القاعده. وإن كان بعد انقضاء زمان الخيار [١] كما لو تلف العين افتقر مدّعيه الى البيّنه ومع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ

الشرح:

كسقوط النفقه فيما إذا أقر الزوج بطلاق زوجته وانما لا يسمع الإقرار فيما إذا كان المقرّ فى نفسه للنفس لا عليه.

أقول: دعوى أنّ الروايه وارده فى واقعه خاصه ولعل الإمام عليه السلام كان يعلم كذب الغلام لا يناسبها ظاهر السؤال والجواب.

ودعوى أن الإقرار على النفس تسمع ولو مع ترتب النفع للمقر فيما إذا كان المقر به على النفس ولا تسمع فى خصوص ما كان المقر به للنفس غير ظاهره، لأنّ الدليل على نفوذ الإقرار السيره العقلانيه ولا يترتب على اقرار على النفس ما كان للنفس الا إذا كان داخلاً فى قاعده من ملك كدعوى الطلاق.

[١] إذا كان اختلاف المتبايعين فى الفسخ فى زمان لا يكون فيه للمشتري خيار الفسخ كما إذا تلف المبيع بعد الفسخ وقلنا: بان هذا التلف لا يوجب بطلان الفسخ السابق فان أقام المشتري البيّنه على فسخه السابق يرجع إلى البايع بالتفاوت بين الثمن المسمى وبدل المبيع التالف، ولو لم يتمكن على اقامه البيّنه على فسخه فيحلف البايع على نفي علمه بالفسخ فيما لو ادعى المشتري علمه به وإلا يوقف الدعوى.

وهذا بناءً على ما ذكروا من عدم جواز الحلف على فعل الغير نفيًا وإثباتًا.

واما بناءً على ما ذكرنا فى بحث القضاء من أنه يصح القضاء بالحلف سواء حلف على فعل نفسه أو فعل الغير حيث لا يعتبر فى الحلف إلا العلم فيحلف البايع على عدم فسخه.

إن ادعى عليه علمه بفسخه، ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش لئلا يخرج من الحقيين أم لا لإقراره بالفسخ؟ وزاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش وما زاد على قيمه من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن ورد القيمة فيقع التقاص في قدر القيمة ويبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين، انتهى.

الشرح:

وأيضاً ذكرنا فيما تقدم أنه يعتبر في نفوذ الفسخ بقاء المبيع بحاله إلى رده على بايعه وإلا فلا موضوع إلا للأرش.

وعليه فيتعين في الفرض المطالبة بالأرش ولا مجال للمخاصمه في الفسخ.

وعلى ما ذكره من حلف البايع على عدم علمه بالفسخ فهل للمشتري المطالبة بالأرش، قيل: لا، لأن المشتري يعترف بعدم استحقاقه الأرش بدعواه فسخ البيع وانه انما يستحق من الثمن الزايد على البدل لا غير.

وذكر في الدروس (1): أنه يحتمل استحقاق المشتري الأقل من الأرش والتفاوت بين الثمن وبدل المبيع والوجه في ذلك أن المشتري يستحق المال المزبور باتفاقهما، غاية الأمر يذكر المشتري أنه بعنوان التفاوت بين الثمن والبدل، والبايع بدعوى أنه بعنوان الأرش، فان كان التفاوت أزيد فالبايع ينكر استحقاق المشتري تلك الزيادة فيحلف على نفي استحقاق المشتري، وان كان الأرش أزيد فلا يجوز للمشتري أخذه أخذاً باعترافه، وعلى ما ذكر فلا مورد للمخاصمه مع عدم الاختلاف بين الأرش والتفاوت بين الثمن وبدل التالف كما أنه لا موضوع لحلف البايع فيما إذا كان الأرش أكثر، كل ذلك فيما إذا لم يتضمن دعوى المشتري المطالبة بعين الثمن وإلا يحتاج نفي استحقاق المشتري إلى حلف البايع فتدبر.

ص: ٤٠٧

لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت

الثانية: لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت بناءً على فوريه [١] الخيار ففى تقديم مدعى التأخر لأصالة بقاء العقد وعدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحه الفسخ وجهان. ولو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان الشرح:

[١] لو كان اختلاف المتبايعين على القول بفوريه الخيار فى تأخر الفسخ أو وقوعه زمان الخيار، بأن قال المشتري: كان الفسخ زمان الخيار. وقال البايع: إنه كان بعد انقضائه، ذكر المصنف رحمه الله أن استصحاب بقاء العقد وعدم حصول الفسخ إلى انقضاء الخيار يوافق قول البايع حيث يذكر عدم الفسخ زمان الخيار، وانه وقع على التأخير كما أنّ أصالة الصحه فى الفسخ يوافق قول المشتري المدعى وقوع الفسخ زمان الخيار.

وإذا اتفقا على زمان الفسخ واختلفا فى أول زمان العقد، فعينه البايع بزمان يكون الفسخ معه على التأخير، وعينه المشتري بما يكون على الفور.

يحتمل استصحاب عدم وقوع العقد فى الزمان المشكوك فيكون موافقا لقول المشتري ولكن الاحتمال ضعيف لأن استصحاب عدم حصول العقد فى ذلك الزمان لا يثبت وقوع الفسخ فى اول زمان إمكان الفسخ.

ونظير المسأله ما إذا اختلف الزوجان فى تقدم رجوع الزوج ووقوعه فى العده فقال الزوج: إنه كان فى العده، والزوجه: إنه كان بعد انقضاء العده.

أقول: الاستصحاب فى ناحيه بقاء العقد لا مجال له مع استصحاب عدم حصول الفسخ المزبور إلى حين انقضاء الخيار فإن هذا الاستصحاب لو تم لترتب عليه بقاء العقد إذ مع الأصل السببى لا تصل النوبه إلى الأصل الحكمى، كما أنه لا مجال لاستصحاب عدم الفسخ المزبور حين الانقضاء لو جرت أصالة الصحه فى ناحيه الفسخ، لأنه مع أصالة الصحه لا مجال للاستصحاب كان على وفق أصالة الصحه أو على خلافها على ما هو المقرر فى محله من حكومتها على الاستصحاب.

وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف بأن أصله تأخر العقد الراجعه حقيقه إلى أصله عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان. وهذه المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدّه المطلقه وادعت هي تأخره عنها.

الشرح:

وذكر السيد اليزدي رحمه الله (١) انه يقدم في فرض الاختلاف في تقدم الفسخ وتأخره قول المشتري المدعى لصحة الفسخ لا لأصله الصحة في الفسخ، فان حمل فعل الغير على الصحة يكون في غير موارد المنازعه، ومع المنازعه يجرى الحمل في العقود لا في الايقاعات كما في المقام، بل لانه مع استصحاب بقاء الخيار إلى حصول الفسخ يترتب عليه نفوذه.

لا يقال: هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم وقوع الفسخ المزبور إلى زمان انقضاء الخيار.

فانه يقال: إن الاستصحاب المزبور لازمه العقلي وقوع الفسخ بعد الانقضاء المحكوم على الفسخ معه بالبطلان.

أقول: ما ذكره قدس سره في أصله الصحة عجيب، فان اعتبارها لا يختص بغير موارد المنازعه، كما أنه لا فرق في اعتبارها بين العقود والايقاعات بل ساير ما يتصف بالصحة من العباده وغيرها.

نعم في أصله الصحة كلام وهو عدم جريانها في موارد الشك في قابليه المورد للتصرف أو في ولايه المتصرف للتصرف، وعليه في المقام يشك في قابليه العقد للفسخ حال فسخ المشتري فلا مجرى لها.

ص: ٤٠٩

الشرح:

وأما استصحاب بقاء الخيار فقد يقال: إنه لا مجال له لأنّ انحلال البيع مترتب على الفسخ حال الخيار واستصحاب بقاء الخيار لا يفيد في كون الفسخ حال الخيار، نظير ما تقدم من أن الموضوع لدرك الجماعة الركوع حال ركوع الإمام.

ولكن لا يخفى ما فيه: فإن انحلال العقد بالفسخ في زمان اثر شرعى لوجود الخيار في ذلك الزمان، وإذا ثبت بالاستصحاب تحقق الخيار زمان الفسخ يترتب على الفسخ المزبور انحلال العقد ووقوع الفسخ حال الخيار ليس موضوعاً لانحلال العقد في شيء من الخطابات.

وممّا ذكرنا ظهر أنه يلزم في الحكم ببقاء العقد من نفي الخيار زمان الفسخ، ومن الظاهر عدم أصل ينفي الخيار زمان الفسخ، وأصالة عدم الفسخ المفروض إلى زمان انقضاء الخيار يلزمه عدم الخيار زمان الفسخ، والأصل لا يثبت لازمه العقلي كما هو ظاهر.

فالمتحصل: أن مع عدم البيّنه للبايع يحلف المشتري على كون فسخه زمان الخيار له.

ومما ذكرنا يظهر الحال في مسأله اختلاف الزوجين في تقدم الرجوع على انقضاء العده أو تأخره فان مقتضى الاستصحاب كونها في العده زمان الرجوع، فيترتب عليه انحلال الطلاق، فإنّ انحلاله بالرجوع من احكام كونها في العده في ذلك الزمان.

واستصحاب عدم ذلك الرجوع إلى انقضاء العده لا ينفي العده زمان الرجوع إلاّ بنحو الأصل المثبت.

لا يقال: يقدم في الفرض قول المرأة لمثل قوله عليه السلام في صحيحه زراره: «العده والحيض للنساء إذا ادعت صدقت»^(١).

ص: ٤١٠

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ : ٢٢٢ ، الباب ٢٤ من أبواب العدد، الحديث ١ .

لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته [١] بناءً على فوريته سُمع قوله إن احتمل في حقه الجهل للاصل. وقد يفتصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الأحكام والجهل بالفوريته فيعذر مطلقاً لأنه مما يخفى على العامة.

القول في ماهية العيب وذكر بعض أفراده

إعلم ان حكم الردّ والأرش معلق في الروايات [٢] على مفهوم العيب والعوار. أمّا العوار، ففي الصحاح: أنه العيب. وأمّا العيب، فالظاهر من اللغة والعرف: أنه النقص عن مرتبه الصحه المتوسّطه بينه وبين الكمال. فالصحة: «ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشيء لو خُلّي وطبعه»، والعيب والكمال

الشرح:

فانه يقال: ظاهرها اعتبار إخبارها عن حالها الفعلي ولا يعم إخبارها عن حالها السابق زمان الفعل الصادر عن الغير بل عن نفسها أيضاً كما لا يخفى.

المراد من العيب

[١] لو فرض إمكان تصوير الخيار على الفور وبنحو التراخي في حق الجاهل بالفوريته ولو بجعل الخيار المتعدد، بأن يجعل الشارع الخيار لكل من اشترى ما به العيب زمان علمه بالعيب وجعل خيار آخر لمن اشترى المعيب ولم يعلم بالخيار له زمان علمه بالعيب، فانه يجري مع اختلافهما في جهل المشتري استصحاب عدم علمه بالخيار له زمان علمه بالعيب فيثبت الموضوع للخيار الثاني، فيكون قول مدعى الجهل موافقاً للأصل.

نعم إذا كان المشتري ممن يبعد الجهل في حقه يكون تقديم مدعى علمه بالخيار مبنيًا على تقديم الظاهر على الأصل.

[٢] قد تكلم رحمه الله في المقام في العيب الموضوع لجواز فسخ العقد وأخذ الارش عليه ثم تعرض لبعض ما يقال انه عيب، وقال بما حاصله: ان العيب هو نقص الشيء

ص: ٤١١

يلحقان له لأمر خارج عنه. ثم مقتضى حقيقه الشيء قد يُعلم من الخارج، كمقتضى حقيقه الحيوان الأناسى وغيره فإنه يعلم أن العمى عيب، ومعرفه الكتابه فى العبد والطبخ فى الأمه كمال فيهما. وقد يستكشف ذلك بملاحظه أغلب الأفراد، فإن وجود صفه فى أغلب أفراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفرادها، وكون التخلف فى النادر لعارض. وهذا وإن لم يكن مطرداً فى الواقع، الشرح:

عن مرتبه الصحه الملحوظه فى الشيء المتوسطه بين النقص والزيادة المعبر عن الزيادة بالكمال، وان كون شيء صحيحاً عبارته عن كونه على مقتضى الحقيقه المشتركه بينه وبين ساير أفراد تلك الطبيعه.

وإذا علم مقتضى الحقيقه من الخارج بحيث يكون تخلف فرد من أفرادها ذلك المقتضى لأمر عارض سواء كان التخلف بالنقص كالعمى فى الحيوان أو بالزيادة كمعرفه الكتابه فى العبد والخياطه فى الأمه يكون المعيار فى إحراز النقص هو العلم بمقتضاها.

وقد لا يعلم مقتضى حقيقه الشيء إلا من وجدان غالب أفرادها على مرتبه ويجعل الغلبه وسيله إلى إحراز مقتضى حقيقه ذلك الشيء، وكون غالب أفراد شيء على نحو وان لا يلازم عقلاً كون ذلك النحو مقتضى الحقيقه لإمكان كونه لعارض أو عوارض تقارن غالب الأفراد. ولكن يظن بكون ذلك النحو مقتضى الحقيقه، فيكون الغلبه طريقاً ظنياً بهذا اللحاظ وإلا فلا. يمكن الاستدلال من الجزئى على جزئى الآخر.

والحاصل: تعتبر هذه الغلبه عرفاً وعاده فى استكشاف مقتضى الشيء ويبنى ان مقتضى غالب الأفراد مقتضى حقيقته، فيقاس إليها النقص والزيادة.

وقد يعلم أن ما عليه غالب أفراد الشيء ليس من مقتضى حقيقه الشيء، بل لأمر خارج عن حقيقته كما فى خراج الضيعة، فان الخراج ليس من مقتضى تملك الضيعة، ولكنه يوضع عليها فيكون المقدار المتعارف من الخراج من مقتضى طبيعه الضيعة المملوكه.

إذ كثيراً ما يكون أغلب الأفراد متّصفه بصفه لأمر عارضٍ أو لأُمور مختلفه، إلّا أنّ بناء العرف والعهده على استكشاف حال الحقيقه عن حال أغلب الأفراد، ومن هنا استمرّت العاده على حصول الظن بثبوت صفه لفرد من ملاحظه أغلب الأفراد، فإنّ وجود الشىء فى أغلب الأفراد لا يمكن الاستدلال به على وجوده فى فرد غيرها، لاستحاله الاستدلال ولو ظنّاً بالجزئى على الجزئى، إلّا أنّه يستدلّ من حال الأغلب على حال القدر المشترك، ثم يستدلّ من ذلك على حال الفرد المشكوك.

الشرح:

وفى هذا الفرض يكون الملاك فى النقص والكمال الطبيعه الثانويه فزياده الخراج الموضوع للأرض عن خراج أمثالها عيب ولذا ذكروا أنّ الثبويه فى الاماء ليست عيباً، بل قد يكون كون الشىء على مقتضى حقيقته عيباً كالغلفه فى العبد، فان عدم الختان الواجب عيب.

نعم ربما قيل: إن مجرد عدم الختان غير عيب بل العيب فى الأـغلف لاحتمال الضرر فى ختان الكبير، ولذا لا يعد الغلفه فى الصغير عيباً وعلى كل تقدير فلا عبره بالخلقه الأصلية أو الحقيقه فيما إذا حصلت حقيقه ثانويه.

ولكن عدم العبره بها لكون الشىء معيباً غير انه لا يثبت له حكم العيب لانصراف ما دل على جواز الفسخ والارش إلى صورته التزام المتبايعين بعدم العيب ولو بشرط ضمنى ومع كون النقص غالباً لا يكون فى البين شرط ضمنى ولحوقه بصوره تبرى البايع عن العيب أو أنّ النقص الحاصل فى غالب الأفراد غير داخل فى العيب أصلاً. وتظهر الثمره فيما إذا اشترط المشتري السلامه من النقص الغالب، فانه بناءً على الأول يثبت له عند التخلف خيار العيب، بخلاف الثانى فانه لا يثبت له إلا خيار تخلف الشرط.

وذكر العلامة (1): لو اشترط البكاره فى الأمه وظهر الخلاف يثبت له الأرش دون

ص: ٤١٣

إذا عرفت هذا تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم ب «الخروج عن المجرى الطبيعى» وهو ما يقتضيه الخلقه الأصليه. وأن المراد بالخلقه الأصليه: ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، وأن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب، وما خرج عنه بالمزيه فهو كمال، فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها، فزياده الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال، وكذا كونها مورد العساكر. ثم لو تعارض مقتضى الحقيقه الأصليه وحال أغلب الأفراد التى يستدل بها على حال الحقيقه الشرح:

الرد، وظاهر ذلك أن الثيوبه عيب يثبت حكم شراء المعيب مع اشتراط خلافها.

ثم إن المصنف رحمه الله قد قوى الوجه الثانى وذكر: أن مع معارضه الحقيقه الصنفيه مع النوعيه تعتبر الصنفيه، وذلك لكون المعيار فى الصحه مع اختلاف الصنف فى غالب أفراده مع النوع بحسب أفراده هو غالب الصنف بنظر عامه الناس.

أقول: محصل ما أفاده قدس سره فى المقام أمور:

الأول: أن الملاك فى صحه الشىء وتماमितه عدم نقصه عن مقتضى الحقيقه المشتركه بينه وبين ساير الأفراد، والمراد من الحقيقه المشتركه ما تعلق البيع بالشىء بذلك العنوان.

الثانى: أن مقتضى الحقيقه المشتركه اما بعلم من الخارج ومع عدم علمه من الخارج يستكشف بملاحظه غالب أفراد تلك الحقيقه، فما عليه الغالب فهو مقتضى الحقيقه المشتركه.

الثالث: إذا علم مقتضى الحقيقه المشتركه خارجا وكان غالب الأفراد على خلافه فما تعلق عليه البيع لو كان مساويا لغالب الأفراد لا يثبت فيه خيار العيب وعدم ثبوته إما لعدم العيب بأن يكون ملاك الصحه أحد الأمرين أو أنه عيب ولكن لا حكم له حيث

عرفاً رَجَحَ الثاني وحُكِمَ للشئىء بحقيقته ثانويه اعتباريه يعتبر الصحه والعيب والكمال بالنسبه إليها. ومن هنا لا يعدّ ثبوت الخراج على الضيعه عيباً مع أنّ حقيقتها لا تقتضى ذلك، وإنّما هو شئىء عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقه الثانويه، فالعيب لا يحصل إلّا- بزياده الخراج على مقتضى الأ-علب. ولعلّ هذا هو الوجه فى قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم فى أنّ الثيوبه ليست عيباً فى الإمام. وقد ينعكس الأمر فيكون العيب فى مقتضى الحقيقه الأصلية، والصحه من مقتضى الحقيقه الثانويه، كالغلفه فإنّها عيب فى الكبير، لكونها مخالفه لما عليه الأ-علب. إلّا أن يقال: إن الغلفه بنفسها ليست عيباً إنّما العيب كون الأ-علب مورداً للخطر بختانه، ولذا اختصّ هذا العيب بالكبير دون الصغير.

الشرح:

إن غلبه نقص على أفراد الحقيقه توجب أن لا يلتزم بالسلامه عنه.

ولو شرط السلامه فى الفرض فظهر التخلف ثبت خيار تخلف الشرط على الأول وخيار العيب على الثانى.

الرابع: أن المعيار فى عيب الشئىء مع اختلاف مقتضى الحقيقه المشتركه الصنفيه مع مقتضى الحقيقه النوعيه هو مقتضى الحقيقه الصنفيه فمع النقص عنه يكون الشئىء معيباً ومع عدمه فلا عيب.

أقول: الظاهر عدم إمكان الجمع بين كون غالب الأفراد طريقاً إلى مقتضى الحقيقه المشتركه وبين الالتزام بأن ملاك صحه الشئىء فيما إذا كان غالب الأفراد على خلاف مقتضى الحقيقه المشتركه هو موافقته لغالب الأفراد، فان الشئىء فيما إذا كان مساوياً لغالب الأفراد وحكم بأنه غير معيب ولو مع نقصه عن مقتضى الحقيقه المشتركه المعلوم خارجاً يكون لغالب الأفراد موضوعيه والطريقيه معناه عدم الموضوعيه لغالب الأفراد.

ص: ٤١٥

ويمكن أن يقال: إن العبره بالحقيقه الأصليه والنقص عنها عيب وإن كان على طبق الأ-غلب، إلا- أن حكم العيب لا- يثبت مع إطلاق العقد حينئذٍ، لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامه، فيكون كما لو التزمه صريحاً فى العقد، فإذا فرض الأ-غلب على خلاف مقتضى الحقيقه الأصليه لم يقتض الإطلاق ذلك بل اقتضى عكسه، أعنى التزام البراءه من ذلك النقص. فإطلاق العقد على الجاريه الشرح:

والصحيح أن الموافق لغالب الأفراد لا يكون معييا لا أنه معيب لا يجرى عليه حكم العيب.

ولو شرط البكاره فى الأمه البالغه فظهرت ثيبا لا يجرى عليه خيار العيب ولو قيل بأنه يرد عليه الأرش بعد ظهور عدم بكارتها بوطيها فهو للنص لا لكون الثابت خيار العيب.

ودعوى أن غلبه النقص على الأفراد يوجب تبرى البايع عن ذلك النقص فيما إذا أطلق العقد لا- يمكن المساعده عليها، فان لازمها ثبوت خيار العيب للمشتري فيما لم يعلم حين الشراء بغلبه النقص لأذن الموجب لانتفاء خيار العيب إسماع البايع التبرى لانفس تبريه كما تقدم.

والحاصل: أن العيب فى الشىء أمر عرفى ولا- يتحقق بخصوص النقص، بل يحصل بالزياده أيضا كما إذا كان يد العبد ذات أصابع سته، فالعيب فى الشىء الخارجى كونه على خلاف أمثاله بحيث يكون ذلك الخلاف ضد المزيه فان احرز ذلك الشىء يثبت فيه خيار العيب، وإلا يرجع إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) ويحكم بعدم ثبوت جواز الفسخ ولا جواز المطالبه بالأرش.

ص: ٤١٦

١- (١) سورة المائده: الآيه ١ .

بحكم الغلبه منزل على التزام البراءه من عيب الثيوبه، وكذا الغلفه فى الكبير، فهى أيضاً عيب فى الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان، إلا- أنّ الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لَمَّا كان هى الغلفه لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البراءه من هذا العيب. فقولهم: «إن الثيوبه ليست عيباً فى الإمام»، وقول العلامه قدس سره فى القواعد: «إنّ الغلفه ليست عيباً فى الكبير المجلوب» لا- يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الردّ والأرش، لا نفي حقيقته. ويدلّ عليه نفي الخلاف فى التحرير عن كون الثيوبه ليست عيباً، مع أنّه فى التحرير والتذكره اختار الأرش مع اشتراط البكاره، مع أنّه لا أَرش فى تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

وتظهر الثمره فيما لو شرط المشتري البكاره والختان، فإنّه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الردّ والأرش، لثبوت العيب، غايه الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق، لتنزله منزله تبرّى البائع من هذا العيب، فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب. وأمّا على الوجه الأول، فإنّ الاشتراط لا يفيد إلا خيار تخلف الشرط دون الأرش. لكن الوجه السابق أقوى، وعليه فالعيب إنّما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً فى أفراد الطبيعه بحسب نوعها أو صنفها، والغلبه الصنفيّه مقدّمه على النوعيّة عند التعارض، فالثيوبه فى الصغيره الغير المجلوبه عيب، لأنّها ليست غالبه فى صنفها وإن غلبت فى نوعها.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشىء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالاً، فإنّ الإنسان الخصى ناقص فى نفسه وإن فرض زيادته من حيث كونه مالاً وكذا البغل الخصى حيوان ناقص وإن كان زائداً من حيث المائيه على غيره، ولذا ذكر جماعه ثبوت الردّ دون الأرش فى مثل ذلك.

ويحتمل قوياً أن يقال: إنَّ المناط في العيب هو النقص المالي [١] فالنقص الخلقى الغير الموجب للنقص كالتقصاء ونحوه ليس عيباً، إلاَّ أنَّ الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلاً على إقدام المشتري على الشيء مع عدم هذا النقص اعتماداً على الأصل والغلبه، فكانت السلامه عنه بمنزله شرط اشترط في العقد، لا يوجب تخلفه إلاَّ خيار تخلف الشرط.

الشرح:

[١] ذكر قدس سره بما حاصله: أنه لا يبعد أن يكون نقص الشيء عن مقتضى العنوان الذي جرى البيع عليه بذلك العنوان عيباً مع كونه موجبا للنقص في مالهته.

وأما مع عدم إيجابه النقص المالي أو إيجابه زياده قيمته فلا يصدق العيب عليه.

نعم حيث إنَّ الغالب في أمثال الشيء عدم ذلك النقص فإطلاق العقد مقتضاه اشتراط عدم ذلك النقص فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

وتظهر الثمره بين كون الثابت في الفرض خيار العيب أو خيار الشرط فيما إذا أراد المشتري الفسخ بعد تصرفه في المبيع بما لا يجوز معه الفسخ بخيار العيب، فانه يجوز ذلك الفسخ بناءً على كون الخيار خيار تخلف الشرط وفيما إذا حصل النقص المزبور قبل القبض أو في زمان الخيار، فانه يكون مضمونا على البايع بناءً على كونه خيار العيب ولا يكون مضمونا عليه بناءً على كونه خيار تخلف الشرط.

ولكن تأمل قدس سره في عدم سقوط خيار الشرط أيضا بالتصرف المزبور اولاً كما تنظر في عدم ضمان الوصف في شرطه في مورد حصوله قبل القبض أو زمان الخيار.

أقول: لا موجب لسقوط خيار الشرط بالتصرف فيما إذا انكشف فقد الوصف المشروط بعده، بل مطلقاً مع عدم قصده إسقاط الخيار واعراضه عن فسخ البيع، كما انه لا يتخلف ضمان البايع بالاضافه إلى الوصف المشروط فقده قبل العقد أو قبل القبض أو حدوثه زمان خيار الحيوان.

ص: ٤١٨

وتظهر الثمره فى طرؤ موانع الردّ بالعب بناءً على عدم منعها عن الردّ بخيار تخلف الشرط، فتأمل. وفى صوره حصول هذا النقص قبل القبض أو فى مدّه الخيار، فإنّه مضمون على الأوّل بناءً على إطلاق كلماتهم: أنّ العيب مضمون على البائع، بخلاف الثانى فإنّه لا دليل على أنّ فقد الصفه المشترطه قبل القبض أو فى مدّه الخيار مضمون على البائع، بمعنى كونه سبباً للخيار. وللنظر فى كلا شقّى الثمره مجال.

وربّما يستدلّ لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسله السيارى الحاكيه لفضيّه ابن أبى ليلى، حيث قدّم إليه رجل خصماً له، فقال: «إنّ هذا باعنى هذه الجاريّه فلم أجد على ركبها حين كشفها شعراً، وزعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال له ابن أبى ليلى: إنّ الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتّى يذهبوه، فما الذى كرهت؟ فقال له: أيّها القاضى إن كان عيباً فاقض لى به، قال: حتّى أخرج إليك فإنّى أجد أذى الشرح:

ولكن مع ذلك ففى كون النقص الخلقى مع عدم إيجابه النقص المالى موجبا للخيار تأمل، لأن مجرد تخلف وصف غالبى موجب للخيار ولو مع عدم اشتراطه فى العقد غير ثابت، واصاله السلامه يحرز بها حال المبيع لا أنه يجعل غير المشروط مشروطاً. وكيف ما كان فقد يستدل على كون مجرد لنقص الخلقى ولو مع عدم إيجابه النقص المالى عيباً يثبت معه للمشتري خيار العيب بمرسله السيارى(١).

وأجاب عنها المصنف رحمه الله بوجه:

الأول: أنّ السائل لم يقصد ردّ الشراء بمجرد عدم الشعر على عانه الأمه بل لاحتماله أن يكون ذلك لمرض فى العضو أو المزاج ولذا ذكر فى سؤاله وزعمت أنه لم يكن لها قط.

ص: ٤١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨ : ٩٧ ٩٨ ، الباب ١ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ .

فى بطنى؁ ثم دخل بيته وخرج من باب آخر؁ فأتى محمد بن مسلم الثقفى؁ فقال له: أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأه لا يكون على ركبها شعر؁ أىكون هذا عيباً؟ فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصّاً فلا أعرفه؁ ولكن حدّثنى أبو جعفر عن أبيه؁ عن آباءه؁ عن النبى صلى الله عليه وآله؁ قال: كلّ ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبى لىلى: حسبك هذا! فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب». فإنّ ظاهر إطلاق الروايه المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصيه الروايه فى تلك القضيه المشعر بظهورها فيها؁ وفهم ابن أبى لىلى من حيث قوله وعمله كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعى عيباً وإن كان مرغوباً فلا- ينقص لأجل ذلك من عوضه؁ كما يظهر من قول ابن أبى لىلى: «إن الناس ليحتالون... الخ»؁ وتقرير المشترى له فى ردّه. لكنّ الإنصاف: عدم دلالة الروايه على ذلك.

الشرح:

وبتعبير آخر: إزالة الشعر بعلاج لا يكشف عن كون عدم الشعر بحسب الخلقه مرغوباً إليه مع احتمال له للمرض.

وقول ابن أبى لىلى: «إن الناس ليحتالون» كان للفرار عن انقضاء لا لأن السائل لم يكن يحتمل كون عدم الشعر للمرض.

الثانى: أن قوله عليه السلام «فهو عيب» لا- يدل إلّا- على ثبوت ما هو الظاهر من اثر العيب وهو أصل جواز الفسخ؁ وأما ساير ما يجرى فى خيار العيب واثره فلا دلالة لها على ترتبه.

أقول: مقتضى الحكم بتحقق موضوع ترتّب حكمه عليه من غير فرق بين حكم واثر.

والثالث: أن الروايه لا- دلالة لها على أزيد مما يعرفه العرف من العيب؁ وتنصرف الزيادة والنقيصه فيها إلى ما يوجب النقص المالى؁ لا أن مطلق الزيادة والنقيصه ككثره شعر الجاربه أو تعلمها الخياطه ونحو ذلك عيبٌ يوجب الخيار.

ص: ٤٢٠

أما أولاً: فلأنّ ظاهر الحكايه أنّ ردّ المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقه كذلك، الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج، كما يدل عليه عدم اكتفائه في عذر الردّ بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً» حتى ضم إليه دعواه «أنه لم يكن لها قطّ». وقول ابن أبي ليلى: «إنّ الناس ليحتالون في ذلك حتّى يذهبوه» لا يدلّ على مخالفه المشتري في كشف ذلك عن المرض، وإنّما هي مغالطه عليه تفصيلاً عن خصومته، لعجزه عن حكمها، وإلاّ فالاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدلّ على أنّ عدمه في أصل الخلقه شيء مرغوب فيه، كما أنّ احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدلّ على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمراً مرغوباً فيه. وبالجملة، فالثابت من الروايه هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لأجل مرض عيباً. وقد عدّ من العيوب الموجبه للأرش ما هو أدون من ذلك.

وأما ثانياً: فلأنّ قوله عليه السلام: «فهو عيب» إنّما يراد به بيان موضوع العيب توطئه لثبوت أحكام العيب له، والغالب الشائع المتبادر في الأذهان هو ردّ المعيوب، ولذا اشتهر: كل معيوب مردود. وأما باقي أحكام العيب وخياره مثل عدم جواز ردّه بطرؤ موانع الردّ بخيار العيب، وكونه مضموناً على البائع قبل القبض وفي مدّه الخيار فلا يظهر من الروايه ترتبها على العيب، فتأمل.

وثالثاً: فلأنّ الروايه لا تدلّ على الزائد عمّا يدلّ عليه العرف، لأنّ المراد بالزيادة والنقيصه على أصل الخلقه ليس مطلق ذلك قطعاً، فإنّ زياده شعر رأس الجاربه أو حدّه بصر العبد أو تعلّمهما للصنعه والطبخ، وكذا نقص العبد بالختان وحلق الرأس ليس عيباً قطعاً، فتعيّن أن يكون المراد بها الزيادة والنقيصه الشرح:

الرابع: لو سلم ظهور الروايه في تحديد العيب في الشيء الموجب للخيار في بيعه، إلاّ أن الروايه لضعفها لا يصلح لإثبات الحد للمعنى العرفي للعيب.

الموجبتين لنقص في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه، ولازم ذلك نقصه من حيث المالمه، لأن المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار والمنافع.

ورابعاً: لو سلمنا مخالفة الروايه للعرف في معنى العيب، فلا- ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لولا النصّ المعبر، لا مثل هذه الروايه الضعيفه بالإرسال والمرسل، فافهم.

وقد ظهر مما ذكرنا: أنّ الأولى في تعريف العيب ما في التحرير والقواعد: من أنه نقص في العين، أو زياده فيها تقتضى النقيصه المالمه في عادات التجار. ولعلّه المراد بما في الروايه كما عرفت ومراد كلّ من عبّر بمثلها، ولذا قال في التحرير بعد ذلك: «وبالجملة كلّ ما زاد أو نقص عن أصل الخلقه». والقيّد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض، كما قد يقال ذلك في العبد الخصي. ولا ينافيه ما ذكره في التحرير: من أنّ عدم الشعر على العانه عيب في العبد والأمه، لأنّه مبنيّ على ما ذكرنا في الجواب الأوّل عن الروايه: من أنّ ذلك كاشف أو موهم لمرض في العضو أو المزاج، لا- على أنّه لا يعتبر في العيب النقيصه المالمه. وفي التذكرة بعد أخذ نقص المالمه في تعريف العيب، وذكر كثير من العيوب: والضابط أنّه يثبت الردّ بكلّ ما في المعقود عليه من منقّص القيمه أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى كلامه. وما أحسنه! حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب، بل لما يوجب الردّ فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرّح به في التذكرة معللاً بأنّ الغرض قد يتعلّق بالفحوليه وإن زادت قيمته باعتبار آخر، وقد دخل المشتري على ظنّ السلامه، انتهى. ويخرج منه مثل الثيوبه والغلفه في المجلوب.

ولعلّ من عمّم العيب لما لا يوجب نقص المالمه كما في المسالك، وعن

جماعه أراد به مجرد موجب الرد، لا العيب الذى يترتب عليه كثير من الأحكام وإن لم يكن فيه أرش، كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب وغير ذلك. وعليه بيتنى قول جامع المقاصد، كما عن تعليق الإرشاد، حيث ذكرنا: أن اللازم تقييد قول العلامة: «يوجب نقص المالىه» بقوله: «غالباً» ليندرج مثل الخصاء والجب، لأن المستفاد من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام فى موجبات الرد، لا خصوص العيب. ويدل على ذلك أنه قيد «كون عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً» ب «علم المشتري بجلبه»، إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيب، فلولا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري وجهله فى ذلك.

الكلام فى بعض أفراد العيب

مسأله: لا إشكال ولا خلاف فى كون المرض عيباً، وإطلاق كثير وتصريح بعضهم يشمل حمى يوم، بأن يجده فى يوم البيع قد عرض له الحمى وإن لم يكن نوبه له فى الاسبوع. قال فى التذكرة: الجذام والبرص والعمى والعور والعرج والقز والفنق والرتق والقرع والصرم والخرس عيوب إجماعاً. وكذا أنواع المرض، سواء استمر كما فى الممرض، أو كان عارضاً ولو حمى يوم. والإصبع الزائده والحول والحوص والسبل واستحقاق القتل فى الرده أو القصاص والقطع بالسرقه أو الجنايه والاستسعاء فى الدين عيوب إجماعاً. ثم إن عد حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول فى يومه ولا يعود مبنى على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقيه، لأن ذلك ليس منقوصاً للقيمه.

مسأله الحبل: عيب فى الإماء كما صرح به جماعه، وفى المسالك: الإجماع عليه، فى مسأله رد الجاريه الحامل بعد الوطء. ويدل عليه الأخبار الوارده فى تلك المسأله. وعلة فى التذكرة باشتماله على تغير النفس لعدم يقين السلامه بالوضع. هذا مع عدم كون الحمل للبايع، وإلا فالأمر أوضح. ويؤيده عجز الحامل عن كثير

من الخدمات وعدم قابليتها للاستيلاء إلا بعد الوضع. أما في غير الإماء من الحيوانات، ففي التذكرة: أنه ليس بعيب ولا يوجب الرد بل ذلك زياده في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعية: يردّ به، وليس بشيء، انتهى. ورجح المحقق الثاني كونه عيباً وإن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، لأنه وإن كان زياده من وجه، إلا أنه نقيضه من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً ولأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك. والأقوى على قول الشيخ ما اختاره في التذكرة، لعدم النقص في المائيه بعد كونه زياده من وجه آخر، وأداء الوضع إلى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعاب به. نعم، عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش، كوجدان العين مستأجره. وكيف كان، فمقتضى كون الحمل عيباً في الإماء أنه لو حملت الجارية المعيبه عند المشتري لم يجز ردّها، لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولاده أم لا، لأنّ العيب الحادث مانع وإن زال، على ما تقدّم من التذكرة. وفي التذكرة: لو كان المبيع جاريه فحبلت وولدت في يد المشتري، فإن نقصت بالولاده سقط الردّ بالعيب القديم وكان له الأرش، وإن لم تنقص فالأولى جواز ردّها وحدها من دون الولد إلى أن قال: وكذا حكم الدابّه لو حملت وولدت عند المشتري، فإن نقصت بالولاده فلا ردّ، وإن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتري، انتهى. وفي مقام آخر: لو اشترى جاريه أو بهيمه حائلاً فحبلت عند المشتري فإن نقصت بالحمل فلا ردّ، وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الردّ، انتهى. وفي الدروس: لو حملت إحداهما يعنى الجارية والبهيمه عند المشتري لا بتصرّفه فالحمل له، فإن فسخ ردّ الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولاده. وظاهر القاضى: أنّ الحمل عند المشتري يمنع الردّ، لأنه إمّا بفعله أو إهمال المراعاة حتّى ضربها الفحل، وكلاهما تصرّف، انتهى. لكن صرّح في المبسوط باستواء البهيمه والجاريه في أنّه إذا حملت

إحداهما عند المشتري وولدت ولم تنقص بالولادة فوجد فيها عيباً ردّ الأمّ دون الولد. وظاهر ذلك كلّه خصوصاً نسبة منع الرد إلى خصوص القاضى وخصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرّف، لا- حدوث العيب تسالمهم على أنّ الحمل الحادث عند المشتري فى الأمه ليس فى نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحاصل بالولاده. وهذا مخالف للأخبار المتقدمه فى ردّ الجارىه الحامل الموطوءه من عيب الحَيْل، وللإجماع المتقدم عن المسالك، وتصريح هؤلاء بكون الحمل عيباً يردّ منه لاشتماله على التغيرير بالنفس. والجمع بين كلماتهم مشكل، خصوصاً بملاحظه العبارة الأخيره المحكيه عن التذكرة: من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً وإن لم ينقص، وعند المشتري بشرط النقص فافهم من غير فرق بين الجارىه والبهيمه، مع أنّ ظاهر العبارة الاولى كالتحرير والقواعد الفرق، فراجع. قال فى القواعد: لو حملت غير الأمه عند المشتري من غير تصرّف فالأقرب أنّ للمشتري الردّ بالعيب السابق، لأنّ الحمل زياده، انتهى. وهذا بناء منه على أنّ الحمل ليس عيباً فى غير الأمه. وفى الإيضاح: أنّ هذا على قول الشيخ فى كون الحمل تابعاً للحامل فى الانتقال ظاهر، وأمّا عندنا فالأقوى ذلك، لأنّه كالثمره المتجدده على الشجره، وكما لو أطارت الريح ثوباً للمشتري فى الدار المبتاعه والخيار له فلا يؤثّر، ويحتمل عدمه، لحصول خطرٍ ما، ولنقص منافعها، فإنّها لا تقدر على الحمل العظيم، انتهى. ومما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح: من أنّ ما قرّبه فى القواعد مبنى على قول الشيخ: من دخول الحمل فى بيع الحامل. نعم، ذكر فى جامع المقاصد: أنّ ما ذكره المصنّف قدس سره إن تمّ فإنما يخرج على قول الشيخ: من كون المبيع فى زمن الخيار ملكاً للبائع بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار. ولعلّه فهم من العبارة ردّ الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله: «لأن الحمل زياده» يعنى: أنّ الحامل رُدّت إلى البائع مع زياده، لا مع النقيصه. لكن الظاهر من التعليل كونه

تعليلاً لعدم كون الحمل عيباً في غير الأمه.

وكيف كان، فالأقوى في مسأله حدوث حمل الأمه عدم جواز الردّ ما دام الحمل، وابتناء حكمها بعد الوضع وعدم النقص على ما تقدّم: من أنّ زوال العيب الحادث يؤثّر في جواز الردّ أم لا؟ وأمّا حمل غير الأمه فقد عرفت أنّه ليس عيباً موجباً للأرش، لعدم الخطر فيه غالباً، وعجزها عن تحمّل بعض المشاقّ لا يوجب إلّا فوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الردّ دون الأرش. لكنّ لَمّا كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الردّ ما يعمّ نقص الصفات الغير الموجب للأرش، وكان متحقّقاً هنا مضافاً إلى نقص آخر وهو كون المبيع متضمّناً لمال الغير، لأنّ المفروض كون الحمل للمشتري اتّجه الحكم بعدم جواز الردّ حينئذٍ.

مسأله: الأ-كثر على أنّ الثيوبه ليست عيباً في الإماء، بل في التحرير: لا-نعلم فيه خلافًا، ونسبه في المسالك كما عن غيره إلى إطلاق الأصحاب، لغلبتها فيهنّ، فكانت بمنزله الخلقه الأصليّه. واستدل عليه أيضاً بروايه سماعه المنجبره بعمل الأصحاب على ما ادّعاه المستدلّ: «عن رجل باع جاريه على أنّها بكرّ، فلم يجدها كذلك؟ قال: لا تردّ عليه، ولا يجب عليه شيء، إنّ قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها». وفي كلا الوجهين نظر: ففي الأوّل: ما عرفت سابقاً: من أنّ وجود الصفه في أغلب أفراد الطبيعه إنّما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقه الأصليّه إذا لم يكن مقتضى الخلقه معلوماً كما نحن فيه، وإلّا فمقتضى الغالب لا يقدّم على ما علم أنّه مقتضى الخلقه الأصليّه وعلم كون النقص عنها موجباً لنقص المائيه كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع ما عرفت من إطلاق مرسله السيارى، غايه ما يفيد الغلبه المذكوره هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامه المعقود عليه عن تلك الصفه الغالبه، ولا يثبت الخيار بوجودها وإن كانت نقصاً في الخلقه الأصليّه. وأمّا روايه سماعه فلا دلالة لها على المقصود،

لتعليقه عليه السلام عدم الردّ مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض، وقدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، وإمّا لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي، فعدمها نقص في أصل طبيعه فيكون عيباً. وكيف كان، فالأقوى أنّ الثبوت عيب عرفاً وشرعاً، إلاّ أنّها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. وتظهر الثمره فيما لو اشترط في متن العقد سلامه المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكارة، فإنّه يثبت بفقدها التخيير بين الردّ والأرش، لوجود العيب وعدم المانع من تأثيره. ومثله ما لو كان المبيع صغيره أو كبيره لم يكن الغالب على صنفها الثبوت، فإنّه يثبت حكم العيب. والحاصل: أنّ غلبه الثبوت مانعه عن حكم العيب لا موضوعه، فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب، ولعل هذا مراد المشهور أيضاً. ويدل على ذلك ما عرفت من العلامه رحمه الله في التحرير: من نفى الخلاف في عدم كون الثبوت عيباً، مع أنّه في كتبه، بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة، فلو لا أنّ الثبوت عيب لم يكن أرش في مجرد تخلف الشرط. نعم، يمكن أن يقال: إنّ مستندهم في ثبوت الأرش ورود النصّ بذلك فيما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس: «في رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمه إذا علم أنّه صادق». ثمّ إنّ نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الردّ بمقتضى روايه سماعه المتقدمه، وأوله بما وجهنا به تلك الروايه. وذكر الشيخ في النهايه مضمون الروايه مع تعليلها الدال على تأويلها. ولو شرط الثبوت فبانت بكرة كان له الردّ، لأنّه قد يقصد الثبوت لغرض صحيح.

مسأله: ذكر في التذكرة والقواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير، لأنه يخاف عليه من ذلك. وهو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه. ويلحق بذلك المملوك الغير المجدر، فإنه يخاف عليه، لكثرة موت المماليك بالجدري. ومثل هذين وإن لم يكن نقصاً في الخلقه الأصليه، إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف. ولو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك، فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم. وهو غير مستقيم، لأن العلم والجهل بكونه مجلوباً لا يؤثر في كونه عيباً. نعم، لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب، كما ذكرنا نظيره في الثيب.

وتظهر الثمره هنا أيضاً فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف، فيثبت الرد والأرش. فأخراج العلامه قدس سره الثيبوبه وعدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب، لكونه قدس سره في مقام عدّ العيوب الموجه فعلاً للخيار.

مسأله: عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السنّ والمكان وغيرهما من الخصوصيات التي لها مدخل في ذلك عيب تردّ منه الجاربه، لأنه خروج عن المجرى الطبيعي، ولقول الصادق عليه السلام وقد سُئل عن رجل اشترى جاربه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر وليس بها حمل، قال: «إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه» وليس التقييد بمضى سته أشهر إلا في مورد السؤال، فلا داعي إلى تقييد كونه عيباً بذلك، كما في ظاهر بعض الكلمات. ثم إن حمل الروايه على صوره عدم التصرف في الجاربه حتى بمثل قول المولى لها: «اسقني ماء» و«اغلقى الباب» في غايه البعد. وظاهر الحلّي في السرائر عدم العمل بمضمون الروايه رأساً.

مسأله: الإباق عيب بلا إشكال ولا خلاف، لأنه من أفحش العيوب. وتدلّ عليه صحيحه أبي همام الآتية في عيوب السنه. لكن في روايه محمد بن قيس: أنه «ليس في الإباق عهده»، ويمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنه يكفى حدوثها بعد العقد، كما يشهد قوله عليه السلام في روايه يونس: «إنّ العهده في الجنون والبرص سنه»، بل لا بدّ من ثبوت كونه كذلك عند البائع، وإلاّ فحدوثه عند المشتري ليس في عهده البائع، ولا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع. وهل يكفى المرّه عنده أو يشترط الاعتياد؟ قولان: من الشك في كونه عيباً. والأقوى ذلك، وفاقاً لظاهر الشرائع وصریح التذکره، لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف. ولا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

مسأله: الثفل الخارج عن العاده في الزيت والبذر ونحوهما عيب [١] يثبت به الردّ والأرش، لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشیء. وفي روايه ميسر بن عبد العزيز، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري زقّ زيت يجد فيه دُردياً؟ الشرح:

[١] ذكر قدس سره: أن الثفل بضم الثاء وسكون الفاء الخارج عن العاده في الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والأرش.

ويشهد لكون ما ذكر عيباً حسنه ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه دردياً قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يردّه، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه» (١).

وظاهرها أن الدردي مع عدم تعارفه موجب لجواز الفسخ.

وفي معتبره السكوني عن جعفر عن ابيه أن علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره فوجد فيها رُبّاً فخاصمه إلى علي عليه السلام فقال له

قال: إن كان يعلم أنّ الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده، وإن لم يكن يعلم فله أن يرده». نعم، فى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «أنّ علياً عليه السلام قضى فى رجل اشترى من رجل عكّه فيها سمن احتكرها حكره، فوجد فيها رُبّاً، فخاصمه إلى على عليه السلام، فقال له على عليه السلام: لك بكييل الرب سمناً، فقال له الرجل: إنما بعته منه حكره، فقال له على عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك ربّاً» قال فى الوافى: يقال: «اشترى المتاع حكره» أى جملة. وهذه الروايه بظاهرها مناف لحكم العيب من الردّ أو الأرش، وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل، ورُبّما استشكل فى أصل الحكم بصحّه البيع لو كان كثيراً وعلم، للجهل بمقدار المبيع. وكفايه معرفه وزن السمن بطرفه خارجه بالإجماع كما تقدّم أو مفروضه فى صورته انضمام الظرف المفقود هنا، لأنّ الدردى غير متمول. والأولى أن يقال: إنّ وجود الدردى إن أفاد نقصاً فى الزيت من حيث الوصف وإن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم الشرح:

على عليه السلام: «لك بكييل الربّ سمناً فقال له الرجل: إنما بعته منك حكره فقال له على عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رُبّاً» (١).

ولكن لا يخفى انه لو كان الربّ فى العكه من العيب فى زيتها لكان للمشتري فسخ البيع أو أخذ الأرش لا المطالبه بكييل الربّ سمناً.

وذكر السيد اليزدى (٢): أنه من قبيل المطالبه بالأرش، وفيه: أن الأرش نسبه تفاوت قيمتى الشىء معيياً وصحيحاً إلى الثمن المسمى.

والحاصل: أن الحكم الوارد فى الروايه يتم فيما كان المبيع بنحو الكلى على العهده ودفع العكره وفاءً ويكون فى الفرض على البايع استرداد الربّ ودفع السمن بكييله.

ص: ٤٣٠

١- (١) نفس المصدر: ١١، الحديث ٣.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٣: ٢١٣.

نظير الغش في الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيباً وإن أفرط في الكثرة، ولا إشكال في صحه البيع حينئذٍ، لأن المبيع زيت وإن كان معيوباً، وعليه يحمل ما في التحرير: من أن الدردي في الزيت والبذر عيب موجب للرد أو الأرش. وإن لم يفد إلا نقصاً في الكم، فإن بيع ما في العكّه بعد وزنها مع العكّه ومشاهده شيء منه تكون أماره على باقيه وقال: «بعتك ما في هذه العكّه من الزيت كل رطل بكذا» فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيّبه، فالظاهر صحه البيع وعدم ثبوت الخيار الشرح:

ثم إنه قد يناقش في صحه البيع بالإضافة إلى غير الثقل بجهاله مقدار المبيع حال البيع.

ولكن ذكر المصنف رحمه الله لظهور الخلط في السمن ونحوه صوراً:

الأولى: أن يطلق على المجموع عنوان المبيع نظير الغش في الذهب الموجب لنقص في الكم بعد التخليص وإن كان الخلط كثيراً في نفسه يثبت للمشتري خيار العيب.

الثانية: أن لا يكون الخليط موجبا للعيب بل لنقص الكم في المبيع ولكن كان البيع جارياً على السمن في الظرف كل رطل بكذا.

وفي هذا الفرض يحكم بصحه البيع ولزومه، لأن المبيع هو السمن الموجود في الظرف لا الخليط والمفروض العلم بوزن السمن مع ظرفه. اللهم إلا- أن يقال: إن إطلاق البيع في هذه الصورة بمنزله اشتراط كون كل ما في الظرف سمناً، فيلحق هذه الصورة بالثالثه: وهى ما إذا اشترط كون ما في العكّه مقدارا خاصا من السمن ولو مع ظرفه، وفي هذه الصورة يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط أو خيار تبعض الصفقه على الوجهين في بيع الصبره على أنها كذا مقدار فبانت انقص منه.

الرابعه: ما إذا شاهد المشتري خلط الزيت بما لا- يتمول واشترى الزيت المعلوم وزنه مع الخلط والظرف ففي مثل ذلك لا يبعد بطلان البيع بالإضافة إلى الزيت أيضا

أصلاً، لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكّة، ولا يقدر الجهل بوزنه، للعلم به مع الظرف، والمفروض معرفه نوعه بملاحظه شيء منها بفتح رأس العكّة، فلا عيب ولا تبعض صفقه، إلا أن يقال: إن إطلاق شراء ما في العكّة من الزيت في قوه اشتراط كون ما عدا العكّة سمناً، فيلحق بما سيجيء في الصوره الثالثه من اشتراط كونه بمقدار خاص. وإن باعه بعد معرفه وزن المجموع بقوله: «بعتك ما في هذه العكّة» فتبين بعضه دُردياً صحّ البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقه. قال في التحرير: لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الردّ وأخذ ما وجده من السمن بنسبه الثمن. ولو باع ما في العكّة من الزيت على أنه كذا وكذا رطلاً، فتبين نقصه عنه لوجود الدردى، صحّ البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء، على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبره على أنها كذا وكذا فظهر ناقصاً. ولو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتمّول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحّحه البيع وإن عرف وزن المجموع مع العكّة، لأنّ كفايه معرفه وزن الظرف والمظروف إنّما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف والمظروف لكن علم بوجود صخره في الزيت مجهوله الوزن.

مسأله: قد عرفت أنّ مطلق المرض عيب، خصوصاً الجنون والبرص والجذام والقَرَن. ولكن تختصّ هذه الأربعة من بين العيوب بأنّها لو حدثت إلى سنه من يوم الشرح:

للجهل بوزن السمن ولا يصححه العلم بوزن المجموع من الزيت والدردى والظرف، لأنّ المصحح لبيع المظروف العلم بوزنه ولو مع ظرفه ولا يصحح البيع العلم بوزن المظروف المبيع مع ظرفه وشيء آخر غير مبيع كما إذا علم بوزن المظروف مع ظرفه وصخره.

العقد يثبت لأجلها التخيير بين الردّ والأرش. هذا هو المشهور، ويدلّ عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام .
ففى روايه على بن أسباط عنه فى حديث خيار الثلاثه: «إنّ أحداث السنه تردّ بعد السنه، قلت: وما أحداث السنه؟ قال: الجنون
والجذام والبَرَص والقَرَن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنه من يوم اشتراه». وفى
روايه ابن فضال المحكيه عن الخصال: «فى أربعة أشياء خيار سنه: الجنون والجذام والقَرَن والبَرَص». وفى روايه أخرى له عنه
عليه السلام قال: «ترد الجاربه من أربع خصال: من الجنون والجذام والبَرَص والقَرَن والحَيْدَبه» هكذا فى التهذيب. وفى الكافى:
«القَرَن: الحَيْدَبه، إلاّ أنّها تكون فى الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر»، انتهى. ومراده: أنّ الحَيْدَب ليس خامساً لها، لأنّ القَرَن
يرجع إلى حَيْدَب فى الفَرْج. لكن المعروف أنّه عَظُم فى الفَرْج كالسِن يمنع الوطء. وفى الصحيح عن محمد بن على قيل: وهو
مجهول، واحتمل بعض كونه الحلبي عنه عليه السلام قال: «يردّ المملوك من أحداث السنه، من الجنون والبَرَص والقَرَن، قال:
قلت: وكيف يردّ من أحداث؟ فقال: هذا أول السنه يعنى المحرّم فإذا اشترى مملوكاً فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى
الحجّه رددت على صاحبه»، وهذه الروايه لم يذكر فيها الجذام مع ورودها فى مقام التحديد والضبط لهذه الأمور، فيمكن أن
يدّعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمه. ومن هنا استشكل المحقّق الأردبيلي فى الجذام. وليس التعارض من باب المطلق
والمقيّد كما ذكره فى الحقائق ردّاً على الأردبيلي رحمه الله. إلاّ أن يريد أنّ التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيّد فى وجوب
العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه، وهو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام، فإنّه أقرب الاحتمالات
المتطرّقه فيما نحن فيه. ويمكن أن يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الروايه انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام،
فلا معنى للردّ، وحينئذٍ فيشكل

الحكم بالردّ في باقى الأخبار. ووجهه فى المسالك: بأنّ عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل، ويكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادّته فى نفس الأمر وإن لم يظهر، فىكون سبب الخيار مقدّمًا على سبب العتق، فإن فسخ العتق على البائع، وإن أمضى العتق على المشتري. وفيه أولًا: أنّ ظاهر هذه الأخبار: أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض، لأنّه المعنى بقوله: «فحدث فى هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجّه»، ولولا ذلك لكفى وجود موادّها فى السنه، وإن تأخّر ظهورها عنها ولو بقليل بحيث يكشف عن وجود الماده قبل انقضاء السنه. وهذا ممّا لا أظنّ أحدًا يلتزمه، مع أنّه لو كان الموجب للخيار هى موادّ هذه الأمراض كان ظهورها زياده فى العيب حادثه فى يد المشتري، فلتكن مانعه من الردّ، لعدم قيام المال بعينه حينئذٍ، فىكون فى التزام خروج هذه العيوب عن عموم كون النقص الحادث مانعًا عن الردّ تخصيص آخر للعمومات. وثانيًا: أنّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرؤ سببه، بل ينبغى أن يكون الانعتاق القهرى بسببه مانعًا شرعيًا بمنزله المانع العقلى عن الردّ كالموت، ولذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا أظنّ أحدًا يلتزم عدم الانعتاق إلّا بعد لزوم البيع، خصوصًا مع بناء العتق على التغليب. هذا، ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيره المعتضده بالشهره المحقّقه والإجماع المدعى فى السرائر والغنيه مشكل، فىمكن العمل بها فى موردها، أو الحكم من أجلها بأنّ تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانعتاق على إمضاء العقد ولو فى غير المقام. ثمّ لو فسخ المشتري فانتعاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجدوم، لا أنّ جذام المملوك يوجب انتعاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه. ثمّ إنّ زياده «القرن» ليس فى كلام الأكثر، فيظهر منهم العدم، فنسبه المسالك الحكم فى الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره فى الدروس ساكتًا عن الخلاف فيه. وعن التحرير:

نسبته إلى أبي علي، وفي مفتاح الكرامه: أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين وأبي علي، ومن هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحه الأخبار وفقد الانجبار. ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقييد فيها شمول الحكم لصوره التصرف. لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها، ونسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف وتعيينه بعده، والأخبار خاليه عنه، وكلا الحكمين مشكل، إلا أن الظاهر من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما. لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطء، والشيخ وابن زهره لم يذكر التصرف ولا الأرش. نعم، ظاهر الحلّي الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة، وأن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونه، إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنه بعد القبض وانقضاء الخيار. ولو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنه من ظهورها، وثبت أن أخذ الأرش للعب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعده، ثبت الأرش هنا بملاحظه التعيب بمادّه هذه الأمراض الكامنه في المبيع، لا- بهذه الأمراض الظاهره فيه. قال في المقنعه: ويردّ العبد والأمه من الجنون والجذام والبرص ما بين ابتاعهما وبين سنه واحده، ولا يردان بعد سنه، وذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدّم ظهورها بسنه ولا يتقدّم بأزيد، فإن وطأ المبتاع الأمه في هذه السنه لم يجر له ردّها وكان له قيمه ما بينها صحيحة وسقيمه، انتهى. وظاهره: أن نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنه، ولذا أورد عليه في السرائر: أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصحّ البيع. ويمكن أن يريد به ما ذكرنا: من إرادته موادّ هذه الأمراض.

خاتمه: في عيوب متفرّقه

قال في التذكرة: بأن الكفر ليس عيباً في العبد ولا في الجاربه. ثم استحسن قول بعض الشافعيه بكونه عيباً في الجاربه إذا منع الاستمتاع كالتمجّس والتوثّن دون التهوّد والتنصّر. والأقوى كونه موجباً للردّ في غير المجلوب وإن كان أصلاً في

المماليك، إلا- أن الغالب في غير المجلوب الإسلام، فهو نقص، لتنفّر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظه نجاستهم المانعه عن كثير من الاستخدامات. نعم، الظاهر عدم الأرش فيه، لعدم صدق العيب عليه عرفاً وعدم كونه نقصاً أو زياده في أصل الخلقه. ولو ظهرت الأمه محرّمه على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الردّ به، لأنه لا يعدّ نقصاً بالنوع، ولا عبره بخصوص المشتري. ولو ظهر ممّن ينعق عليه فكذلك، كما في التذكره معللاً: بأنّه ليس نقصاً عند كلّ النّاس وعدم نقص مالّيته عند غيره. وفي التذكره: لو ظهر أنّ البائع باعه وكالّه أو ولايه أو وصايه أو أمانه، ففي ثبوت الردّ لخطر فساد النيايه احتمال.

أقول: الأقوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم، لو كان عليه أماره قوّيه عليه لم يبعد كونه موجّباً للردّ، لقله رغبه الناس في تملك مثله، وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمه أصل الشىء لو خلى وطبعه أثراً بيّناً. وذكر في التذكره: أنّ الصيام والإحرام والاعتداد ليست عيوباً.

أقول: أمّا عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه. وأمّا عدم إيجابها الردّ ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع بها في مدّه طويله، فإنّه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً. وقال أيضاً: إذا كان المملوك نماماً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً ففي كون هذه عيوباً إشكال، أقربه العدم. وقال: لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغنياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً، فلا ردّ. ويردّ الدابّه بالزهاده. وكون الأمه عقيماً لا يوجب الرد، لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى. ومراده العارض الاتّفاقي لا المرض العارضى. قال في التذكره في آخر ذكر موجبات الردّ: والضابط أنّ الردّ يثبت بكلّ ما في المعقود عليه من منقص القيمه أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى.

الثالث: خيار الشرط

خيار الشرط ٥٠٠٠

جواز اشتراط الخيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه ٩٠٠٠

فى لزوم تعيين زمان الخيار المشترط ١٣٠٠٠

حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط ١٧٠٠٠

مبدأ الخيار المشروط ٢١٠٠٠

جعل الخيار للأجنبى ٢٤٠٠٠

اشتراط الخيار للأجنبى ٢٦٠٠٠

هل يجب على الأجنبى أن يراعى مصلحه الشارط؟ ٢٧٠٠٠

اشتراط الاستثمار ٢٩٠٠٠

بيع الخيار ٣٠٠٠٠

أنحاء اعتبار ردّ الثمن ٣٢٠٠٠

أنحاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحدٍ منها ٣٧٠٠٠

هل يكفى مجرد ردّ الثمن أو بدله فى الفسخ ٤٢٠٠٠

مسقطات بيع الخيار ٤٣٠٠٠

سقوط الخيار بالتصرّف فى الثمن ٤٧٠٠٠

ص: ٤٣٧

التصرّف فى الثمن المعين فى بيع الخيار ٤٩

تلف المبيع بيد المشتري فى بيع الخيار ٥٤

فى تلف الثمن المعين فى بيع الخيار ٥٧

ردّ الثمن على المشتري أو وكيله أو وليه ٦٠

فيما لم يصرّح باشتراط الردّ على المشتري قام وليه مقامه ٦٣

أخذ الحاكم الثمن فى بيع الخيار ٦٥

الردّ إلى عدول المؤمنين ٦٥

اعتبار ردّ تمام الثمن ٦٧

يجوز للمشتري اشتراط الخيار فى الفسخ برّد المبيع ٧٠

اشتراط الخيار فى غير البيع ٧١

عدم جواز خيار الشرط فى الإيقاعات ٧٣

عدم جواز شرط الخيار فى غير موارد جواز الإقالة ٨٣

عدم جواز شرط الخيار فى الوقف والصدقه ٨٦

شرط الخيار فى الصلح والضمان والرهن ٨٩

هل يدخل خيار الشرط فى القسمة؟ ٩٠

جريان شرط الخيار فى المهر ٩١

مشروعيّته الإقالة ٩٤

الرابع: خيار الغبن

خيار الغبن ٩٤

الاستدلال على خيار الغبن بقاعده نفي الضرر ١٠٠

يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال ١٠٥٠٠٠

ص: ٤٣٨

يعتبر فى ثبوت خيار الغبن بما لا يتسامح فيه ... ١٠٨

المعتبر القيمه حال العقد ... ١٠٩

عدم العبره بعلم الوكيل فى مجرّد الصيغه ... ١١١

تشخيص المدعى والمنكر فى حال الغبن ... ١١٣

فى دعوى المغبون الجهل بالقيمه السوقيه ... ١١٥

اختلاف المتعاملين فى الغبن ... ١١٧

الشك فى كون الاختلاف بين الثمنين فاحشاً ... ١١٩

ما هو المناط فى الضرر الموجب للخيار؟ ... ١٢٢

الفرق بين لزوم المعاملات وسائر التكاليف فى موارد الضرر ... ١٢٤

غبن البائع والمشتري معاً فى معامله واحده ... ١٢٥

ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد ... ١٣٠

ثمره الوجهين ... ١٣٣

الوجهان المذكوران فى الغبن جاربان فى العيب ... ١٣٥

إسقاط الخيار مع اعتقاد قله الغبن ... ١٣٦

هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟ ... ١٤٢

اشتراط سقوط خيار الغبن فى متن العقد ... ١٤٤

سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون بعد العلم به ... ١٤٨

لا فرق فى المغبون المتصرف بين البائع والمشتري ... ١٥٣

هل يلحق الامتزاز بالخروج عن الملك؟ ... ١٥٧

تصرف الغابن فيما انتقل إليه ... ١٥٩

النقص الموجب للأرش ١٦٣٠٠٠

التغير في العين بالزيادة ١٦٧٠٠٠

ص: ٤٣٩

تغيّر العين بالزياده الخارجيه ١٦٩ ...

ضمان النقص الحاصل بالقلع ١٧٥ ...

لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟ ١٧٦ ...

امتزاج المال الذي جرى عليه البيع ١٧٧ ...

حكم تلف العوضين مع الغبن ١٨٢ ...

جريان الغبن في غير البيع ١٨٦ ...

الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ١٩٠ ...

التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان ١٩٣ ...

استصحاب بقاء خيار الغبن ١٩٩ ...

لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ ٢٠٢ ...

المناقشه في ما ذكره بعض المعاصرين ٢٠٣ ...

معدوريه الجاهل بالخيار في ترك المبادره ٢٠٧ ...

دعوى الجهل بالخيار أو نسيانه ٢٠٩ ...

الخامس: خيار التأخير

من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري ٢١٠ ...

فهم المشهور من الروايات ٢١٤ ...

من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع ٢١٥ ...

الشرط الثاني لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن ٢٢٠ ...

الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين ٢٢٤ ...

الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه ٢٢٥ ...

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما... ٢٣٠

ص: ٤٤٠

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدّد المتعاقدين ... ٢٣٤

ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجاربه ... ٢٣٥

مبدأ خيار التأخير ... ٢٣٧

مسقطات خيار التأخير ... ٢٣٨

هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟ ... ٢٤٢

تلف المبيع في خيار التأخير ... ٢٤٤

خيار التأخير في ما يفسده المبيت ... ٢٤٨

السادس: خيار الرؤيه

خيار الرؤيه والدليل عليه ... ٢٥٢

عدم اختصاص هذا الخيار بالمشتري ... ٢٥٥

اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبه ... ٢٥٦

خيار الرؤيه على الفور أو التراخي ... ٢٦٤

مسقطات خيار الرؤيه ... ٢٦٨

عدم سقوط خيار الرؤيه ببذل التفاوت أو إبدال العين ... ٢٧٧

ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد ... ٢٨١

لو اختلفا في اختلاف الصفه وعدمه ... ٢٨٢

لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول ... ٢٨٤

السابع: خيار العيب

خيار العيب ... ٢٨٧

ص: ٤٤١

التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب ... ٢٩١

تعلق الارش على الحدث فى المبيع ... ٢٩٤

ثبوت خيار العيب بنفس العيب ... ٢٩٥

القول فى مسقطات هذا الخيار ... ٢٩٧

من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه ... ٢٩٧

من مسقطات هذا الخيار التصرف فى المبيع ... ٢٩٧

من مسقطات هذا الخيار تلف العين أو صيرورته كالتالف ... ٣٠٥

من مسقطات هذا الخيار حدوث عيب عند المشتري ... ٣١٥

العيب الحادث فى يد المشتري بعد القبض والخيار ... ٣٢١

زوال العيب الحادث ... ٣٢٧

هل تبعض الصفقه مانع من الردّ؟ ... ٣٣٠

استدلال صاحب الجواهر على عدم جواز التبعض ومناقشته ... ٣٣٤

ثبوت الخيار فى البيع الانحلالي ... ٣٣٧

يسقط الأرش دون الردّ فى موضعين: ... ٣٤٠

١ إذا اشترى ربوياً بجنسه ... ٣٤١

٢ إذا لم يوجب العيب نقصاً فى قيمه ... ٣٤٤

وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب فى ما يشترط قبضه فى المجلس ... ٣٤٦

من مسقطات الردّ والأرش العلم بالعيب قبل العقد ... ٣٤٦

من مسقطات الردّ والأرش التبرى من العيوب ... ٣٤٨

الاحتمالات فى ما يضاف إليه التبرى ... ٣٥١

ما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش زوال العيب قبل العلم به ٣٥٤

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف بعد العلم بالعيب ٣٥٦

ص: ٤٤٢

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب ... ٣٥٨

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش ثبوت أحد مانعي الردّ فيما لا يؤخذ الأرش فيه ... ٣٦١

وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار ... ٣٦٦

هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟ ... ٣٦٩

مسائل في اختلاف المتبايعين ... ٣٧٤

اختلاف المتبايعين في تعيب المبيع ... ٣٧٤

اختلاف المتبايعين في تقدّم العيب وتأخره ... ٣٧٥

العمل طبق القرينه القطعيه بلا يمين لو كانت ... ٣٧٦

لو أقام كل منهما بينه على مدّعه ... ٣٧٦

عدم جواز سماع القضاة بينه المنكر ... ٣٧٦

بينه المنكر ... ٣٧٩

معارضه بينه المدعى مع بينه المنكر ... ٣٨١

كيفية حلف البائع على عدم تقدّم العيب ... ٣٨٤

إذا باع الوكيل متاعاً فوجد المشتري فيه عيباً ... ٣٨٦

إذا أنكر البائع عيب متاعه ... ٣٩٠

اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار وعلى صور ... ٣٩٣

اختلاف المتبايعين في العيب الثانى ... ٣٩٧

اختلاف المتبايعين في التبرى عن العيب ... ٤٠٠

لو ادعى البائع رضا المشتري بالعيب أو سائر المسقطات ... ٤٠٣

لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار باقياً ... ٤٠٤

لو اختلفا فى الفسخ وكان الخيار منقضياً ... ٤٠٦

لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت ... ٤٠٨

لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته ... ٤١١

المراد من العيب ... ٤١١

الكلام فى بعض أفراد العيب: منها الثفل ... ٤٢٩

ص: ٤٤٤

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 قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩