



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

مِصْبَحُ الْعِلْمِ

فِي الْعَامِلَاتِ

وَمِنْ مَنَاسِكِ الْإِسْلَامِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لِلْمَوْلَانِ

أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٥	مصباح الفقاهه المجلد ٦
١٥	اشاره
١٥	اشاره
١٧	كتاب الخيارات
١٧	مقدمتان
١٧	الأولى فى معنى الخيار
٢٩	المقدمه الثانيه وقع الكلام فى تأسيس الأصل فى المقام ليرجع اليه
٢٩	اشاره
٢٩	و قد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الأصل
٢٩	اشاره
٣٠	الأول أخذه بمعنى الغلبه
٣١	و أما الأصل بمعنى القاعده
٣٢	و أما الأصل بالمعنى اللغوى
٣٣	و أما الأصل بمعنى الاستصحاب
٣٤	قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامه فى القواعد و التذكره
٣٦	قد استدل المصنف
٣٦	اشاره
٣٦	منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
٣٦	و منها التصرفات بعد الفسخ
٥٣	قوله و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
٥٥	قوله(ره)و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا-
٥٧	قوله و منها قوله الناس مسلطون على أموالهم
٥٨	و منها قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه

- ٦٠ قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم
- ٦٢ و منها الأخبار المستفيضة في أنّ البيعان بالخيار ما لم يفترقا
- ٦٣ في عدم جريان الاستصحاب في المقام
- ٦٧ قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم اتما
- ٦٩ في بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم
- ٧٠ القول في أقسام الخيار
- ٧٠ اشاره
- ٧٠ الأول في خيار المجلس
- ٧٠ اشاره
- ٧١ قوله مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كان اصليين
- ٧١ اشاره
- ٧١ و يقع الكلام أولا في ثبوته للوكيل
- ٧٢ و لكن المشهور عدم
- ٧٢ الأول: أن
- ٧٣ الثاني أن حكمه ثبوت خيار المجلس هو إرفاق المالك
- ٧٤ الثالث أن بعض أدله خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان
- ٧٥ و الرابع ما هو العمده و حاصله أن المستفاد من أدله هذا الخيار
- ٧٩ و أما الوجه الثاني فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين
- ٧٩ و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا
- ٧٩ أما الأصل
- ٨٠ و أما الفرع
- ٩٢ كان الكلام في ثبوت الخيار للموكل
- ٩٤ قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه
- ٩٨ و قد بقي الكلام في أمرين
- ٩٨ الأول أنه إذا اجتمع الموكلان و
- ٩٨ أما الفسخ

- و أما الإمضاء و إسقاط الخيار ٩٩
- قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه ١٠٢
- أما على الأول أى ثبوت الخيار للطبيعه ١٠٣
- و أما على الثانى أعنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود ١٠٤
- قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا ١٠٥
- (فى حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بائعا و مشتريا). ١٠٦
- اشاره ١٠٦
- و لكن الكلام فى ثبوت المانع عن ذلك فى المقام ١٠٧
- الأول أن المذكور فى الروايات هو المتبايعان أو البيعان ١٠٧
- الوجه الثانى أن الحكم أعنى الخيار مغتيا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغتيا بالافتراق ١٠٧
- الوجه الثالث أن الغايه التى عباره عن الافتراق غير متحقق ١١١
- (مسأله فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس). ١١٤
- اشاره ١١٤
- منها من ينعق على أحد المتبايعين ١١٤
- الأول أن البيع و الشراء ١١٤
- الوجه الثانى ما ذكره المصنف فى آخر كلامه ١١٤
- الوجه الثالث أن فى شراء العمودين و ان كان يحصل النقل ١١٥
- الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفه فى ملك ١١٦
- الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقابيس ١١٧
- قوله و منها العبد المسلم المشتري من الكافر ١٢٠
- قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه ١٢٣
- قوله مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى ١٢٤
- اشاره ١٢٤
- و الذى ينبغى أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلوا اما ١٢٧
- أما الاولى ١٢٧
- و أما العقود الجائزه ١٢٧

- ١٢٨ (مبدء هذا الخيار من حين العقد).
- ١٢٨ اشارة
- ١٢٨ فلا بد من
- ١٢٨ أما المقام الأول في وجوب التقابض في الصرف
- ١٢٩ الوجه الثاني ما ذكره العلامة من أو وجوب التقابض في
- ١٣٠ الوجه الثالث الاخبار الوارد في بيع الصرف و السلم
- ١٣١ و أما المقام الثاني أعنى ثبوت الخيار في بيع الصرف و السلم
- ١٣١ أما المقام الأول في مقام الثبوت
- ١٣١ و أما في مقام الإثبات
- ١٣٣ قوله:القول في مسقطات الخيار و هي أربعة على ما ذكرها
- ١٣٣ اشارة
- ١٣٣ من جمله مسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه
- ١٣٣ الأول دعوى الإجماع على ذلك
- ١٣٣ الثاني المستفيضة و هي المؤمنون عند شروطهم
- ١٣٨ قوله(ره)ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:
- ١٣٨ أحدها أن يشترط عدم الخيار
- ١٣٩ الثاني:أن يشترط عدم الفسخ
- ١٤٥ الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار في العقد أن
- ١٤٦ قوله قدس سره بقى الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط
- ١٤٦ أن اعتبار الشرط في المعامله
- ١٤٦ الأول أن لا يكون مذكورا لا في ضمن المعامله و لا قبلها
- ١٤٧ و
- ١٤٧ و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد
- ١٥٢ قوله فرع ذكر العلامة في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط.
- ١٥٢ قوله:مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد
- ١٥٢ و قد استدل عليه المصنف بوجه

- الأول:دعوى الإجماع عليه - - - - - ١٥٣
- الثانى القاعدة المسلمه بين الفقهاء أن لكل ذى حق إسقاط - - - - - ١٥٣
- الثالث قوله(عليه السلام)المؤمنون عند شروطهم - - - - - ١٥٥
- الرابع فهو العمده و حاصله أنا استفدنا من النص الدال على - - - - - ١٥٥
- و يترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك - - - - - ١٥٥
- الاولى أنه لا يعتبر فى إسقاط الخيار لفظ خاص - - - - - ١٥٥
- المسأله الثانيه ما ورد فى بعض الروايات و إن كانت غير جامعہ - - - - - ١٥٦
- قوله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين - - - - - ١٦١
- (فيما لو أكره أحدهما على التفرق) - - - - - ١٦٤
- و قد استدل على هذا بوجه - - - - - ١٦٥
- الأول الإجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور. - - - - - ١٦٥
- الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى - - - - - ١٦٥
- الوجه الثالث:الاستدلال بحديث الرفع - - - - - ١٦٧
- و الوجه الرابع ما أشار إليه شيخنا الأنصارى(ره) - - - - - ١٧٥
- الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صحيحه الفضيل - - - - - ١٧٦
- الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضا فى ذيل الصحيحه - - - - - ١٧٧
- قوله مسأله لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخيار و بقى الآخر - - - - - ١٧٧
- قوله مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد - - - - - ١٨١
- الثانى خيار الحيوان، - - - - - ١٨٧
- أشاره - - - - - ١٨٧
- و يقع - - - - - ١٨٧
- أشاره - - - - - ١٨٧
- الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد - - - - - ١٨٧
- ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو - - - - - ١٨٨
- قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري - - - - - ١٩١
- قوله:مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها فى مده الخيار - - - - - ١٩٥

- قوله:مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد ١٩٦
- اشاره ١٩٦
- و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه: ١٩٦
- الأول الأصل العملى ١٩٦
- الوجه الثانى:الاحبار الداله على أن تلف الحيوان فى الثلاثه ١٩٨
- الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم ١٩٩
- و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان ١٩٩
- الأول بالأصل العملى. ١٩٩
- الوجه الثانى:الاحبار الداله على أن التلف فى ثلاثه أيام ممتن ١٩٩
- الوجه الثالث:أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له ٢٠٠
- قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه كعقد ٢٠٢
- قوله مسأله لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثه ٢٠٤
- (فى مسقطات خيار الحيوان) ٢٠٧
- اشاره ٢٠٧
- أحدهما اشتراط سقوطه فى ٢٠٧
- و الثانى ٢٠٧
- قوله الثالث التصرف ٢٠٧
- (الثالث من الخيارات خيار الشرط) ٢١٤
- اشاره ٢١٤
- و يمكن الاستدلال ٢١٤
- اشاره ٢١٤
- الأولى صحيحه ابن سنان ٢١٤
- و الطائفه الثانيه الأخبار المستفيضه الوارده فى اشتراط الفسخ ٢١٦
- ثم انه لا شبهه فى جواز جعل الخيار مده خاصه معينه ٢٢١
- و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مده العمر نظير الوقف ٢٢٢
- فى جواز اشتراط الشرط فى العقد ٢٢٤

- و هل يجوز اشتراط الخيار فى مده مجهوله فى الظاهر و معينه ٢٢٤
- اشاره ٢٢٤
- و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلك أحد الأمور الثلاثة ٢٢٤
- الأول ٢٢٤
- الثانى: أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مده مجهوله ٢٢٤
- (فى مبدء خيار الشرط) ٢٢٨
- (فى جعل الخيار للأجنبى) ٢٣١
- اشاره ٢٣١
- يقع الكلام فى جهات ٢٣١
- الاولى هل يشرع الخيار لا جنبى بعنوان أنه وكيل ٢٣١
- الجهه الثانیه فى أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول ٢٣٣
- الجهه الثالثه: أنه هل يجوز للمتعاقدین إسقاط هذه الخيار ٢٣٥
- و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين ٢٣٧
- الاولى فى أن خيار ٢٣٧
- الجهه الثانیه: أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع ٢٣٨
- حيث كان الكلام فى جعل الخيار ٢٣٩
- الأول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ٢٣٩
- الوجه الثانى: أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ ٢٤١
- الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ ٢٤٢
- قوله مسأله من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال ٢٤٢
- اشاره ٢٤٢
- فتوضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور ٢٤٣
- الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه ٢٤٣
- الأول أن يكون الخيار معلقا برد الثمن ٢٤٣
- الثانى: أن يكون رد الثمن قيذا للفسخ ٢٤٣
- الوجه الثالث: أن يكون رد الثمن فسحا فعليتا ٢٤٣

- ٢٤٤ الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيّدا لانفساخ العقد.
- ٢٤٤ الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري
- ٢٤٤ قوله (ره) الأمر الثاني الثمن المشروط رده
- ٢٥١ قوله الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلخ
- ٢٥٢ قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط
- ٢٦٠ قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان
- ٢٦٩ قوله الأمر السادس لا إشكال في قدره على الفسخ
- ٢٧٣ قوله: الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم
- ٢٧٨ قوله الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز
- ٢٨١ قوله مسألة لا اشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط
- ٢٨١ اشاره
- ٢٨٢ و قد يقال: بمنع جريانه في الإيقاعات
- ٣٠١ ثم انه وقع الخلاف في جريان الخيار و عدمه في بعض العقود
- ٣٠١ و اما صدقه
- ٣٠٣ و اما الصلح
- ٣٠٣ و اما الضمان
- ٣٠٣ و اما الرهن
- ٣٠٤ ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار في المعاطاه
- ٣٠٥ الرابع خيار الغبن:
- ٣٠٥ اشاره
- ٣٠٥ ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين في تحقق الغبن
- ٣٠٥ الأول: ان يكون المشتري جاهلا بالقيمه السوقيه و اشترى المبيع بأكثر
- ٣٠٦ الشرط الثاني: ان يكون ما أخذه الغابن ما زياده القيمه بما
- ٣٠٦ في أدله التي يذكر في إثبات هذا الخيار و نفيه
- ٣٠٦ اشاره
- ٣٠٦ و قد

- و قد استدل على مشروعيه خيار الغبن و ثبوته بأيه النهى عن الكل - ٣٠٩
- الأول: ما ذكره المصنف ٣٠٩
- الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ ٣١٠
- و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت ٣١١
- و قد استدل أيضا بقوله (صلى الله عليه و آله) لا ضرر و لإضرار فى الإسلام ٣١١
- ثم انه استدل على بطلان المعامله الغبنيه بجمله من الروايات ٣١٨
- قوله مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران ٣١٩
- اشاره ٣١٩
- الأول جهل المغبون بالتفاوت ٣١٩
- ثم انه لو اعتقد المشتري عدم كون قيمه هذا المتاع مساويا مع ٣٢٣
- الاولى ان ٣٢٣
- الصوره الثانيه: ان يعتقد التفاوت بما لا يتسامح ٣٢٣
- الثالثه ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع ٣٢٤
- الرابعه: الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به ٣٢٤
- الأمر الثاني: أن يكون التفاوت فاحشا ٣٣٨
- قوله بقى هنا شيء و هو الفرق بين الضرر الشخصى و النوعى ٣٤١
- قوله مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف ٣٤٩
- اشاره ٣٤٩
- و انما المهم هو التكلم فى جهتين: ٣٤٩
- الاولى فى ان هذا الخيار ٣٤٩
- الجهه الثانيه أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن ٣٥١
- قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمر ٣٥٤
- أحدها إسقاطه بعد العقد ٣٥٤
- قوله الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد ٣٦٢
- الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه ٣٦٦
- قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم ٣٦٩

- و كيف كان انما الكلام فى دليل ذلك ٣٧٠
- إن كان المدرك لخير ٣٧٠
- و ان كان المدرك هو دليل لا ضرر ٣٧٠
- و لكن الكلام فى أنه على القولى ٣٧٠
- الأول أنه يسقط ٣٧٠
- الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج ٣٧١
- قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف ٣٧١
- قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فكّ المالك ٣٧٢
- و أما نقل المغبون العين الى غيره بالإجاره فهل يبقى الخيار ٣٧٣
- ثم انه لو امتزجت العين بشيء آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك ٣٧٤
- ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع الى ٣٧٨
- قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن ٤٠٩
- بل اللازم ان نتكلم هنا فى مسائل ثلاث ٤١٠
- اما المسأله الاولى فى حكم التلف و الإتلاف ٤١٠
- المسأله الثانيه فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف ٤١٣
- المسأله الثالثه ان يكون المتلف هو الأجنبى ٤١٦
- قوله مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كلّ معاوضه ماليه ٤١٧
- قوله مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على ٤٢٠
- تعريف مركز ٤٣٩

اشاره

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

عنوان و نام پدید آور: مصباح الفقاهه / من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ لمولفه محمدعلی التوحیدی التبریزی

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق. = ۱۹۹۶م = ۱۳۷۵.

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ - ۱۳۰۳، محرر

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

اشاره

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

كتاب الخيارات

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين.

و بعد فيقع الكلام فى الخيارات و أحكامها.

مقدمتان

الأولى فى معنى الخيار

قوله الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار.

أقول: الاختيار مصدر و الاسم منه الخيار و معنى الاختيار لغه هو طلب الخير من أى شىء فيصحّ تعلّقه بالأمر التكويني و الاعتباريه نظير الكسب و الاكتساب و ح يكون و صفا لنفس الأفعال الخارجيه و الأمور الاعتباريه حسب اختلاف متعلقه من الأفعال و الأعيان و الاعتباريات و يقال اختار أحدهما لمصاحبه أى طلبه خيرا لنفسه و اختار بيع أمواله أى جعله خيرا لشخصه فالاختيار صفة لنفس ما أخذه خيرا و عنوان له من دون أن يكون من الأوصاف النفسانيه المعبر عنه بالإرادة تاره و بالاختيار أخرى و لا من الأفعال الخارجيه و الاختيار كالانتفاع و الاصطفاء و الانتقاء و منه أيضا استخاره المنزل.

و الظاهر أنه بهذا المعنى اللغوى استعمل فى الخيارات المختصه بالمعاملات من خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما فان من

له الخيار يتخذ ما يختاره من الإمضاء أو الفسخ خيرا لنفسه و طلب كونه خيرا له و اتصف كل منهما بالاختيار و أصبح خيرا على سبيل البدليه و معنى اليبعان بالخيار أى لكل منهما أن يأخذ ما يختاره خيرا لنفسه و ليس المراد من الخيار هنا هو القدره على الفسخ التى من الأوصاف النفسانيه و لا السلطنه و المالكيه على الفسخ و لا غيرهما من المعانى التى ذكروها فى المقام.

نعم تستفاد السلطنه و المالكيه من موارد أخذ الخير لنفسه و اتخاذه لشخصه مثلا إذا قيل له الخيار فتدل اللام على الاختصاص و الملكيه، و كل أن القدره ليست من معنى الخيار فى شىء و انما هى من مقدمات اتخاذ الخير فان من ليست له هذه القدره لا يتمكن من جعل شىء خيرا لنفسه.

و على هذا فلا نحتاج فى استعمال كلمه الخيار فى الخيارات المصطلحه فى أبواب المعاملات إلى عناية زائده غير ملاحظه المعنى اللغوى الأء أن يكون هنا اصطلاح خاص فلا مشاحه فيه و بهذا للحاظ أيضا استعمل فى مقابل الالتجاء و الاضطرار فان المضطر لا يتمكن من الاستخاره لنفسه و اتخاذ الخير لشخصه كالأعرج و الأشل و الأصم فإنهم لا يقدرون أن يتخذوا المشى أو الحركات الصادره من اليد أو الكلام خيرا لأنفسهم، فجعل الاختيار بمعنى القدره فى مقابل الاختيار انما هو بحسب الاصطلاح فقط و الا فهو خارج عن القدره كما عرفت و الا فنفس الاختيار يقع فى مقابل الاضطرار و يعدّ قسيما له.

ثم ان موارد استعمال كلمه الخيار و ما اشتق منها و ان كانت كلها بحسب لحاظ المعنى اللغوى و لكن الذى فى أبواب المعاملات

تمتاز بخصوصيه ليست في غيرها من موارد الاستعمالات بداهه أنه فرق واضح بين الاختيار المتعلق بالأكل و الشرب و النوم و بين تعلقه بالفسخ و الإمضاء فإن المراد بالأول هو جعل الفعل الخارجى أو العين الخارجيه خيرا لنفسه من غير أن يكون فى البين ما يتصل بالمختار بصيغه الفاعل بخلاف ما إذا تعلق بالعقود باعتبار الفسخ و عدمه فان معناه أن هنا شىء ثابت قابل لان يتعلق به الفسخ أو الإبقاء فى حاله و الاستمرار عليه، و نظير ذلك ما قلناه فى أدله الاستصحاب من أن مفهوم النقص انما يتحقق إذا كان هناك أمر مبرم و الا- فلا- يقال للحجر أنه نقض الحجر فبهذه الخصوصيه ينهض الخيار المتعلقه بالعقود عن غيره من موارد استعمالاته، و أيضا خرج بهذه الخصوصيه الخيار الثابت للعمه و الخاله فى العقد على بنت الأخت و بنت الأخ فإنه لم يثبت فيها شىء للعمه و الخاله حتى ترفعه العمه أو الخاله بالفسخ بل هى تدفع ما يتصل إليها بالرضا و كك الحال فى العقود الفضوليه فى البيع و غيره و لكن بقيت العقود الجائزه بحسب الطبع وارده عليه أيضا فإن فيها أيضا شىء ثابت لذى الخيار له الفسخ و له الإبقاء.

الآن فى الخيارات المصطلحه خصوصيه ليست موجوده فى العقود الجائزه بحسب الطبع فهى أن ذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه إنما ملك الفسخ و الإمضاء أى له اتخاذ الفسخ خيرا لنفسه و له إبقاء العقد على حاله أو إمضائه و أيضا فله مالكيه على أصل الاختيار و الخيار بحيث له السلطنه على إعدام اختياره و رفع موضوعه بحيث لا يبقى هنا موضوع للفسخ و الإمضاء و لإعمال الخيار بان يسقط سلطنته على اتخاذ كل من طرفى الاختيار خيرا لنفسه.

و بعبارة اخرى أن لذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه سلطنتان إحداهما السلطنه المتعلقه بإعمال الخيار أى اتخاذ الفسخ أو الإبقاء خيرا لنفسه و ثانيتهما السلطنه على إعدام السلطنه على اعمال الخيار و اتخاذ شىء منهما خيرا لنفسه فإنها من الحقوق فهى قابله للإسقاط.

و هذا بخلاف العقود الجائزه فإن فيها لكل من المتعاملين فسخ العقد أو إبقائه على حاله و لكن ليس لهما السلطنه على إعدام سلطنتهما على الفسخ أو الإبقاء فإن الجواز فيها من الأحكام فهى غير قابله للإسقاط و لو أسقطه المتعاملان ألف مره و قد عرفت أن الجواز و التزلزل فى موارد الخيارات المصطلحه من الحقوق فهى قابله للإسقاط، و بهذه الخصوصيه لا يدخل شىء من غير الخيارات المصطلحه فى حدودها كما لا يخفى و أيضا صح القول بأن الخيارات المصطلحه هو اتخاذ الفسخ أو الإبقاء خيرا لنفسه فى العقود اللازمه بالطبع كالبيع و الإجاره و النكاح و غيرها.

و الحاصل أن المراد من الخيار هو المعنى اللغوى فى جميع موارد الاستعمالات حتى فى باب العقود و هو اتخاذ الخير لنفسه و الانتفاء و الاصطفاء كما صرح بذلك فى اللغه و ليس بمعنى الملك فى المقام بل انما يستفاد الملكيه من موارد الاستعمال بحسب اقتران ماده الخيار بكلمه اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئه المفيده لهذا المعنى كهيئه المختار كما سنشير اليه.

و عليه فيكون الاختيار و الخيار فى مقابل الاضطرار و الالتجاء بحسب الحقيقه فى جميع الموارد فان المضطر لا يقدر على اتخاذ الخير

لنفسه فيما اضطر اليه.

ثم لا يبعد أن يكون المراد من كون المكلف مختاراً في الفعل أو الترك في مقابل التكليف الإلزامية الملجأ إلى الفعل شرعاً هو هذا المعنى أيضاً غاية الأمر أن الاختيار والالغاء هنا شرعي وما ذكرناه فيما سبق تكويني و من هنا يتضح ان إطلاق المختار على الفاعل المختار على هذا المنهج أيضاً و من هنا ظهر أن استعمال المتكلمين الخيار في مقابل الاضطرار ليس اصطلاحاً آخر كما ذهب اليه شيخنا المحقق بل باعتبار المعنى اللغوي كما عرفت.

ثم ان المشتقات قد استعمل في الاتصالات الفعلية كما هو الغالب و قد تستعمل في الشائيه و الاقتضاء و هذا أيضاً كثير في نفسه كما يتضح ذلك لمن سيروا استقرأ موارد استعمالها و منه يقال سمّ قاتل و سيف سيار و أدويه مسهله و أشربه مبرده و أغذيه مسخنه أو قابضه فان اتصاف الذات بالمبدء في أشباه هذه الموارد ليس فعلياً و إنما هو بحسب الشائيه و الاقتضاء.

و من هنا يمكن توجيه كلمات القائلين بأن الخيار بمعنى القدره على الفسخ بدعوى المختار بصيغه الفاعل له فسخ العقد مع ثبوت الخيار له و له إبقائه على حاله و له إسقاط أصل سلطنه أيضاً فتكون القدره و السلطنه على الفسخ و الإبقاء مستفاده من هيئه المختار.

إذا كان اتصاف الذات فيه بالمبدء بحسب الشأن و الاقتضاء فان في موارد ثبوت الخيار فصاحب الخيار مختار في أمر العقد من حيث الفسخ و الإبقاء شأناً بأن يأخذ الفسخ خيراً لنفسه أو الإبقاء فإن له الانتقاء و الاصطفاء في ذلك و الهيئه المستفاده من الهيئه
عبارة

ص:٧

أخرى عن قدره بل الأمر كذلك فى جميع الموارد التى يتمكن الإنسان من إيجاد فعلى بحسب طول الزّمان فإنه يقال أنه مختار فى ذلك اى له القدره على أن يأخذ هذا الفعل خيرا لنفسه أو يتركه و يأخذ تركه خيرا لنفسه فلا- يكون تعريف الخيار بأنه القدره على فسخ العقد و إبقائه منافيا لما ذكرناه.

ثم أنّك قد عرفت أن الخيار فى اللغه هو اتّخاذ الخير و الاصطفاء و الانتقاء و بهذا اللحاظ قد استعمل فى جميع الموارد غايه الأمر أنه تختلف متعلقاته فإنه قد يتعلّق بالأكل و قد يتعلّق بالشرب و قد يتعلّق بالأعيان الخارجيه كاختيار الدار و الرفيق و المركوب و قد يتعلّق بالأمر بالاعتباريه و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و قد يتعلّق برفع سلطنه على الفسخ و يسقط خياره، و عليه فلا خصوصيه لماده الخيار فى شىء من موارد الاستعمال.

و لكن المراد من الخيار المصطلحه هو اختيار فسخ العقد أو إبقائه أو اختيار إقرار العقد فخرج بتعلّقه بالفسخ جميع ما يتعلّق بغير العقود من الافعال و الأعيان الخارجيه و كل خرج به عقد بنت الأخ و بنت الأخت على العمه و الخاله و كك جميع العقود الفضوليه فان فى جميع تلك الموارد لم ينتسب الى المختار شىء حتى يتعلّق به الفسخ و يكون الفسخ فيه متعلقا للخيار اما فى غير العقود المذكوره فواضح فان الخيار فيه ليس الا اختيار أحد الأمرين الذين هما طرفا الخيار من الأكل و تركه و الشرب و تركه و هكذا و أما فى العقود المذكوره فلائنه و ان ثبت هنا شىء و لكنه لم ينتسب إلى العمه و الخاله و الى المالك بل مع الإجازة و الإمضاء ينتسب العقد إليهم و لكن و إذا اختاروا الرّد

يرفعون ما ثبت بإنشاء الغير لا أنهم يفسخونه فإنه ليس هنا عقد حتى يتعلّق به الفسخ بل ثبت لهم بعد الانتساب إليهم و الفرض انه لم ينتسب إليهم بعد بالردّ يرتفع و لا يبقى شيء حتى يفسخ.

و خرج بكون ذى الخيار مختاراً فى إقرار العقد و تثبيته العقود الجائزه بحسب الطبع و توضيح ذلك أن ذا الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه كما له اختيار فسخ العقد و إبقائه على حاله و كك له ازاله مالكيته على اختيار الفسخ و الإبقاء و على الانتقاء و الاصطفاء بان يقر العقد بإسقاط الخيار و بجعله لازماً و غير قابل الفسخ فى الحقيقه له خيار ان أحدهما يتعلّق بالفسخ و الإبقاء و الآخر يتعلّق بالسلطنه على الفسخ و الإبقاء بخلاف العقود الجائزه فإن فيها خيار واحد لكل من له الخيار و ليس له خيار آخر يتعلّق بأصل السلطنه على اختيار الفسخ أو الإبقاء و لو أسقطه ألف مره لم يسقط كما تقدم فإنه من الأحكام فهى غير قابله للإسقاط.

و من هنا ظهر أن ما ذهب اليه بعضهم من أن الخيار المصطلحه ملك إقرار العقد و ازالته هو الصحيح فان المراد من إقرار العقد هو إسقاط الخيار و جعل العقد لازماً و غير قابل للانسفاخ من ناحيه الخيار و هو ما ذكرناه من تعلّق الخيار بإزاله السلطنه على الفسخ و الإبقاء، و المراد من ازالته هو ازاله العقد بالفسخ و إعدامه نعم التعبير بملك فسخ العقد مسامحه فإن الخيار كما عرفت ليس ملك فسخ العقد و انما الملكيه مستفاده من اللام و كلمه الصاحب و الذو أو من الهيئه كما عرفت فإن هيئه كلمه المختار تدل على ذلك لما عرفت أن المشتق انما هو باعتبار الشأنيه و لاقتضاء و أن ذى الخيار بما أن له مقتضى

للفسخ و قادر عليه بان يأخذه خيرا لنفسه و له شأنه الاختيار و الانتقاء فينتزع من ذلك عنوان المالكه كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف على هذا التعريف بوجهين الأول أنه ان أريد من إقرار العقد إبقائه على حالته الأوليه بترك الفسخ فذكره مستدرک لأنّ القدره على الفسخ عين القدره على الترك فإنها لا تتعلق بأحد الطرفين فقط و الا فلا تكون قدره.

و فيه أنه ظهر جوابه ممّا تقدّم فان المراد من ملك إقرار العقد ليس هو تركه على حاله و عدم فسحه مع جواز ان يفسحه كيف ما يشاء بل المراد منه هو إقرار العقد و إثباته و جعله لازما بحيث لا يقبل - الفسخ بالخيار فهو إشاره الى احد الاختيارين الذين تقدمت الإشاره إليهما و قوله و ازالته فالمراد منه ازاله العقد بالفسخ فهو إشاره إلى الاختيار الثانى.

و على الإجمال أن الخيارات المصطلحه منحلّه إلى خيارين و مركب منهما أحدهما ما يكون متعلقا بالفسخ و الآخر ما يتعلق بأصل إعدام الخيار اى اتخاذ إعدامه الذى عباره أخرى عن إقرار العقد خيرا لنفسه (ما شئت فعبر) فكل واحد من خيار الحيوان و المجلس و العيب و الشرط و غيرها مركب من خيارين المذكورين فقد أشير إليهما فى التعريف المذكور فذى الخيار مختار فيهما نعم أخذ الملكيه فى التعريف ليس من جهه اعتباره فى مفهوم الخيار و تعريفه بل هى مستفاده من الهيئه أو من كلمه اخرى كما عرفت.

الثانى أن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ فيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس

الخيار لكونه مستلزما للدور فإنه ح يكون مفاد التعريف أن الخيار هو ملك إلزام العقد بإسقاط الخيار فهذا أخذ بالخيار فى تعريف نفسه فهو دورى.

و فيه قد ظهر جوابه مما مر و توضيح الاندفاع أن الخيار و أن أخذ فى التعريف و لكن المأخوذ فيه ليس نفس المعرف بل هو غيره اعنى الخيار الثانى لما عرفت من كون الخيار المصطلح مركبا من خيارين فقول القائل الخيار ملك إقرار العقد أى الخيار المتعلق بإعدام السلطنة على الفسخ هو إقرار العقد إسقاط فالمراد من الخيار الساقط هو المتعلق بالفسخ فالمعرف غير المعرف فلا يلزم الدور و بقوله و إزالته أشار الى الخيار الثانى.

ثم أورد المصنف نقضا على التعريف المذكور بأنه ينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقا فلا يكون العقد لازما بإسقاط أحد الشركاء خيارهم.

و فيه أنه أيضا ظهر جوابه مما تقدم فان المراد من الإقرار هو إقرار العقد من قبله لا من قبل غيره و لا يقاس ذلك بالفسخ فان فيه خصوصيه لا يعقل بها أن يفسخ احد المتعاملين دون الآخر فإنه بالفسخ ينتقل مال كل شخص الى ملكه و لا معنى لان يفسخ العقد من طرف واحد فقط دون الآخر و لكن الإقرار و الإثبات ليس كذلك فإنه قابل لان يكون العقد لازما من طرف و جائزا من طرف آخر و إذا كان ممكنا ثبوتا فلا نحتاج فى مقام الإثبات إلى شىء آخر غير ما يصدر من الشركاء فى الخيار حيث أن أحدهم يسقط خياره و الآخر لا يسقطه.

و ما نحن فيه نظير رفع الحجر الثقيل بعشره رجال حيث ان ترك الرفع يستند الى ترك واحد منهم و لكن رفعه مستند الى جميعهم ففي المقام أيضا رفع العقد يحصل بفسخ واحد و لكن الإقرار التام يحصل بالمجموع و مع ذلك فكل واحد يجعله من قبله لازما و ان شئت فمثل بترك كل واحد من عشره رجال قتل شخص فإنه يصدق ح ان كل واحد منهم ترك قتله من قبله و قد مثل الأستاذ بهذا المثال دون الأول.

و على الإجمال فالأحسن أن يقال في تعريف مطلق الخيار هو ما يرجح به أحد طرفي الممكن على الآخر سواء كان هناك مرجح آخر أم لم يكن و يكون في مقابل الاضطرار فان الفاعل المضطر مجبور الى اختيار أحد طرفي الممكن الذي اضطرار اليه و لا يبقى معه اختيار في الترك و الانتقاء و الاصطفاء و بهذا المعنى الواحد يستعمل في جميع الموارد و ان كان هنا اختلاف فإنما هو من ناحيه المتعلق و بيان ذلك أن الخيار قد يتعلق بالأنفعال الخارجيه كالأكل و الشرب و غيرهما فيختار الفاعل اما الترك أو الفعل فيرجح باختياره احد الطرفين على الطرف الآخر.

و قد يتعلق بالأعيان الخارجيه فيرجح المختار أحد الشيئين أو الأشياء على الآخر فيأخذه خيرا لنفسه.

و قد يتعلق بدفع العقود عن الانتساب الى نفسه و ردّه عن الاتصال اليه من غير ان ينضم اليه قبل ذلك شيء و هذا كاختيار المالك ردّ عقد الفضولي و اختيار العمه و الخاله عقد بنت الأخ و بنت الأخت.

و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و هو على قسمين فإنه تارة يجتمع مع الخيار الآخر المتعلّق بإقرار العقد و عدمه و أخرى لا يجتمع معه بل لا يمكن ان يقترنه لحكم الشارع بعدم لزوم العقد إلى الأبد.

و الثانى هو الخيار فى العقود الجائزه التى كانت جائزه بحسب الطبع و الأول هو المراد من الخيارات المصطلحه فان فى مواردنا قد ثبت لذى الخيار خيار ان أحدهما ملك فسخ العقد و إبقائه على حاله و الثانى ملك إقرار العقد بإسقاط الخيار و عدم إقراره فيسمى مجمع هذين الخيارين خيارا اصطلاحيا و لهذا لا تسمى العقود الجائزه عقودا خياريه مع تحقق الخيار فيه أيضا و لكنه ليس مركبا من خيارين نعم التعبير بالملك ليس من جهه أخذ الملك فى مفهوم الخيار و لعل النكات فى تعبير ملك فسخ العقد فى تعريف الخيار هو ان معنى الخيار هنا هو ترجح أحد الطرفين من الفسخ أو عدمه و ترجيح احد طرفين ازاله العقد و إبقائه لما عرفت أن الخيار المصطلح مجمع الخيارين.

و من الواضح أن الترجيح انما يكون مع القدره على الترجيح فالخيار عباره عن القدره على الترجيح و القدره ليست إلا عباره عن السلطنه فيصح أن يقال أن الخيار ملك ازاله العقد و لكن هذا المعنى منتف فى غير خيار المصطلح فان فى الهبه مثلا و ان كان الواهب قادرا على الفسخ أو الإبقاء و لكن كون الجواز فيه ضرورى فليس له ازالته عنها و كك إذا كان متعلق الخيار الأمور الخارجيه كالأكل و الشرب فإن أحد طرفى الفعل و ان كان فى اختياره و لكن أصل كونه مختارا فى ذلك ضرورى و لا يقدر ان يسلب اختياره عن نفسه بل هو مستفاد

من شىء آخر و منه الهيئه فان هيئه المختار أيضا تدل على الملكيه فإنه قد أخذ فيها الهيئه و هذه الهيئه و ان كانت ظاهره فى الهيئه الفعلية و منه ما فى قضيه الصديقه الطاهره و هو المختار لها لسرعه الإلحاق.

و لكن قد يكون المراد منهما الهيئه الشأنيه و لكن بواسطة القرائن فيكون المشتق ح مستعمله فى الشأنيه كسيف قاطع و سم قاتل و مسهل نافع و أشربه مبرده أو مسخنه فان القرينه قائمه فى أمثالها على أن الاستعمال بلحاظ التلبس الشأنى دون الفعلية كما لا يخفى.

و من هنا ظهر ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال أن الخيار المتعلق بإقرار العقد و إلزامه أنما هو أيضا اعمال الخيار فإنه أحد طرفى ما تعلق به الخيار و ليس مرجعه إلى إسقاط الحق الذى فوق اعمال الخيار و وجه الاندفاع هو ما تقدم من أن ما تعلق بإقرار العقد خيار آخر غير ما تعلق بالفسخ و الإبقاء.

و تحصيل من جميع ما ذكرناه أن ما ذكره بعض الأصحاب من أن الخيار ملك إقرار العقد و ازالته هو المتعين و أحسن منه ما تقدمت الإشارة إليه من أن الخيار المصطلح اختيار فسخ العقد و إبقائه و اختيار إقرار العقد و عدمه (ما شئت فعبر).

و قد عرفت أنه لا يرد عليه ما أورده المصنف من الإيراد الأول و الثانى و كك نقضه بالخيارات المشتركة كما عرفت.

لا- يتوهم أن المراد من الخيار المشترك هو الخيار الثابت للمجموع كما فى توارث الخيار عن المورث بناء على عدم ثبوته لكل واحد من الورثه و على عدم ثبوته على الطبيعى من حيث هو على ما هو أقوال المسأله.

و الوجه فى ذلك هو ان أحد الشركاء لو اعمل خياره بان يفسخ العقد أو ألزم العقد بأن أسقط خياره لا يضرّ بخيار الشريك الآخر بوجه مع أن المصنف فرض أن الفسخ يوجب انهدام العقد من طرف الشريك الآخر و يؤثر تأثيره بخلاف الإقرار فإنه من احد الشركاء لا- يوجب إقرار العقد من الشريك الآخر فيعلم من ذلك أن المراد من الخيار المشترك فى كلام المصنف هو الخيار الثابت لكل من البائع و المشتري حين الثبوت كخيار المجلس مثلا كما هو الحق فإن الظاهر من قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلك و ان لكل منهما خيار و إذا أراد أحدهما أن يفسخ العقد فنفسخ من الطرف الآخر أيضا لخصوصيه فى الفسخ و هى أنه لا- يعقل انفساخ العقد من طرف واحد و هذا بخلاف الإقرار فإنه يعقل إلزام العقد من طرف واحد كما عرفت هذه هى المقدمه الأولى

المقدمه الثانيه وقع الكلام فى تأسيس الأصل فى المقام ليرجع اليه

اشاره

عند الشك، فى الجواز أو الزوم

وقد وقع الكلام فى أن الأصل فى العقود هو الزوم الا ما خرج بالدليل أو الأصل فيها هو الجواز الا ما خرج بالدليل فإذا علم من الخارج أن العقد الفلانى لازم أو جائز فلا- كلام لنا فيه فان كل واحد منهما يترتب عليه حكمه و انما الكلام فى الموارد المشكوكه بالشبهه الحكيمه كما إذا شككنا فى ان العقد الفلانى (كالتسبيق و الزمايه جائز أو لازم أو بالشبهه الموضوعيه كما إذا وقع عقد فى الخارج و شككنا فى كونه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فان فى جميع ذلك يرجع الى ما أسس من الأصل.

فنقول ذكر غير واحد تبعا للعلامه فى كتبه الأصل فى البيع اللزوم

وقد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الأصل

اشاره

فذكر المصنف وجوها

أربعة فى بيان ذلك.

الأول أخذه بمعنى الغلبه

فإن أغلب أفراد العقد هو اللزوم و الجائز منه قليل فإذا شككنا فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحق الشئ بالأعم الأغلب.

وفيه أنه مخدوش صغره و كبرى و المصنف لم يتعرض لفساد الكبرى لوضوحه أما الوجه فى فساد الكبرى فلان قاعده إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب أدون من الاستقراء الناقص فحيث أن الاستقراء الناقص ليس بحجه فالقاعده المذكوره أولى بان لا تكون حجه بيان ذلك أن الاستقراء الناقص عباره عن تتبع أفراد طبيعه بقدر الطاقه و التمكن بحيث يحصل الظن من ذلك أن بقيه الأفراد أيضا على هذا النسق ثم يتشكل من ذلك القياس فيوصل بالنتيجه و يقال أن ما صادفنا من افراد هذه الطبيعه كالحيوان مثلا يتحرك فكه الأسفل عند المضغ و كل حيوان ككك فالحيوانات المشكوكه أيضا ككك ظنا و هذا القياس بما أنه يفيد الظن فقط لا يكون حجه فان الظن لا يغنى من الحق شيئا.

و القاعده المذكوره أدون من ذلك فان جميع ما صودف به من افراد طبيعه ليس على نسق واحد لان الفرض أنها على قسمين غايه الأمر أن قسم منهما أقل من القسم الآخر فلا يمكن هنا تشكيل القياس بان كل أفراد الطبيعه كل حتى و هما فضلا عن الظن به للعلم بان قسم منها على غير النسق الذى عليه القسم الآخر، كما لا يخفى.

و بالجمله أن كبرى هذه القاعده باطله لعدم الدليل على صدقها و أما الوجه فى بطلان الصغرى ما ذكره المصنف ان أريد غلبه

الافراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط و ان أراد غلبه الأزمان فهي لا تنفع في الافراد المشكوكه و ذلك فإن مده اللزوم و ان كانت طويله و زائده و لكن لا يوجب إلحاق المشكوك إليه الذي لا ندرى أنه تحقق لازما أو جائزا فإن الأغلبه من حيث الأزمان لا يرتبط بالأغلب من حيث الافراد.

و بعباره اخرى أن بناء على تسليم الكبرى أن الظن انما يلحق الشيء بالأعم الأغلب من صنف نفس هذه الطبيعه لا من الأعم الأغلب من طبيعه أخرى مثلا أن الغلبه في سادات الكاظميه هي الطوال فلو شككنا في فرد منهم أنه طويل أو قصير فالظن يلحقه بالأغلب من هذه الطائفة لا بالأغلب من جميع البشر و كك أن الأغلب في المسلم أو في أهل العلم الثقي و إذا شك و في فرد منهم فالظن يلحقه بالأغلب من المسلمين أو من أهل العلم لا بالأغلب من جماهير العالم و لو من غير المسلمين و في المقام إذا شك في عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحقه بالأعم الأغلب من صنفه و هو غلبه الأفراد بحيث يتصف حين الوجود بوصف من اللزوم أو الجواز لا بالأغلب من صنف آخر اعنى غلبه الا زمان و من الواضح أن الغلبه في الافراد هو الجواز فإن أغلب أفراد العقد يوجد جائزا لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط الا ان يشترط اللزوم في ضمن العقد و من هنا ظهر أن ما ذكره غير واحد من الاعلام من عدم الفرق في إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب بين غلبه الافراد و غلبه الزمان لا يرجع الى محصل و انما هو ناشئ من عدم الوصول الى مراد المصنف.

و أما الأصل بمعنى القاعده

فسيأتى التكلم فيه من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

وَأَحْيَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَتِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ كَك سِيَأْتِي التَّكَلُّمَ فِي الْأَصْلِ بِمَعْنَى الْأَسْتِصْحَابِ وَ ان تَكَلَّمْنَا فِيهِمَا فِي الْمَعَاوَاهِ وَ لَكِنْ إِذَا تَمَّ الْأَسْتِصْحَابُ وَ قَلْنَا بِجَرِيَانِهِ فِي الشَّبَهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ وَ الْأَحْكَامِ الْكَلِيَّةِ يَجْرِي فِي مَوَارِدِ الشَّبَهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ وَ الْمَوْضُوعِيَّةِ وَ اَمَّا الْعُمُومَاتُ فَلَا تَجْرِي فِي الشَّبَهَاتِ الْمَوْضُوعِيَّةِ كَمَا إِذَا شَكَّ فِي أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ وَجَدَ لِأَمْرًا أَوْ -جَائِزًا لِكُونِهِ تَمَسُّكًا بِالْعُمُومَاتِ فِي الشَّبَهَاتِ الْمَصْدَاقِيَّةِ كَمَا لَا يَخْفَى.

و أما الأصل بالمعنى اللغوي

بأن يكون وضع البيع و بناءه عرفا و شرعا على اللزوم فهو الظاهر من كلام العلامة (ره) حيث قال و الفرض تمكن كل من المتعاقدين إلخ فإن هذا وجه آخر غير الاستصحاب و انه هو الوجه الرابع ظاهرا بل هذا هو الصّحيح لقيام بناء العقلاء من المتدينين و غيرهم على ذلك، و عليه فالشرط الضمني في كل عقد البيع موجود على بقاء المعاقده على حالها و لا يفسخ العقد بفسخ كل منهما كيف شاء و في أيّ وقت أراد و ليس لأحد من المتبايعين أن يرجع الى الآخر بعد مده و يسترجع العوض منه بفسخ العقد و إلا لما استقرّ نظام المعاملات و لا أظنّ أحد ببقاء أمواله تحت يده و ان مضى على بيعه و شرائه سنين متماديه و قرون متواليه فإن العقد الجائز قابل الانهدام و لو بعد سنين و ح لا يستقر تملك الملاك في مستملكاتهم المبتاعه من الغير و اختلف تجاره التجار و نظام الاكتساب كما هو واضح نعم هذا يتم في البيع فقط و أما في غيره كعقد السبق و الرمايه مثلا فلا يتم فيه ذلك مع الشك في جوازه و لزومه إذ لم نحزر كونه بناء العقلاء في غير البيع و نحوه كالنكاح مثلا على اللزوم حتى يعتبر اللزوم بالشرط الضمني كما لا يخفى.

و لذا ذكر المصنف أن الأصل بهذا المعنى انما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع لان الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته الى الدليل أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه.

ثم ذكر المصنف(ره) و من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمته انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبينا على اللزوم لان الخيار حق خارجي قابل للانفكاك نعم لو كان في أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لا حقا مجعولا قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم.

و فيه أنه بعد ما تم بناء العقلاء على عدم جواز رجوع كل من المتبايعين على الآخر و صار بنائهم على صيروره كل منهما أجنبيا عن ما له بعد تماميه العقد فكما لا ينافي ذلك ثبوت خيار المجلس أو الحيوان في أول البيع لكونه تخصيصا للقاعده الثانيه ببناء العقلاء فكذلك لا ينافيه ثبوت الجواز الحكمي لعقد الهبه فإنه أيضا يكون تخصيصا للقاعده و لا يفرق في ذلك بين كون الجواز من الحقوق أو من الاحكام و انما يظهر الفرق بينهما من حيث إمكان الإسقاط و عدمه فان الجواز في الهبه لا ينفك عنها و لو أسقطه الواهب ألف مره فإنه بعد ذلك أيضا بالخيار و هذا بخلاف الجواز الحقي فإنه يسقط بالإسقاط كما عرفته في أول البيع

و أما الأصل بمعنى الاستصحاب

فهو انما يتم إذا شك في لزوم عقد و جوازه بعد إحراز أنه تحقق لازما و ثبت اللزوم له و لو في ان قبل الشك فإنه حينئذ لا بأس بالتمسك للاستصحاب لإثبات اللزوم و أما إذا كان العقد حين التحقيق جائزا و لم يطرء عليه اللزوم بعده

ثم شككنا في جوازه و لزومه فحينئذ نستصحب الجواز فيثبت عكس المقصود.

على أن الاستصحاب انما يتم في الشبهات الموضوعيه و اما الشبهات الحكميه فقد حققنا في محله أنه لا يجرى فيها الاستصحاب لكونه مبتلا بالمعارضه دائما، و عليه فإذا شككنا في أن عقد السبق و الرمايه جائز أو لازم فلا- يمكن إحراز اللزوم فيه بالاستصحاب كما هو واضح

قوله بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة

أقول: اختلفت الكلمات فى بيان مراد العلامة (ره) حيث قال انه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب مع ان العيب من أسباب الخيار فعن جامع المقاصد أنه من قبيل عطف الخاص على العام و هو كثير فى كلمات الفصحاء و فى الكتاب العزيز (و فيها فاكهه و نخل و رمان مع ان الفاكهه شامله لما ذكر بعدها).

و فيه أنه انما يتم إذا ذكر فى المعطوف عليه أسباب الخيار فان العيب منها دون نفس الخيار و هما متباينان لا أن المعطوف عليه أخص من المعطوف.

و وجهه المصنف بتوجيه آخر و حاصله: أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار، لان الخيار انما يتعلق بتمام العقد بحيث إذا اختار ذو الخيار الفسخ فيعدم العقد من أصله فيصير كأن لم يكن، و أما إذا ظهر نقص فى أحد العوضين فان نفس ظهوره موجب لثبوت الأرش و ثبوت الخيار و لمالك العوض الناقص فى استرداد جزء من الثمن أو المثلن فالعقد بالنسبه إلى الجزء الناقص متزلزل قابل لإبقائه فى ملك المالك الأول و إبقائه فيه فهذا خيار متعلق

بالمجموع من حيث المجموع لا بالجميع.

و فيه أولا- ما ذكره المصنف(ره) من أنه مبنى على كون الأرش جزء حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامه ليتحقق انفساخ العقد بالنسبه إليه عند استرداده و قد صرح العلامة فى كتبه بأنه لا يعتبر فى الأرش كونه جزء من الثمن بل له ابداء له لأن الأرش غرامه و ح فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا فى العقد.

و ثانيا ما ذكره السيد(ره) فى حاشيه من أنه لا- يعقل الفسخ بالنسبه إلى الجزء الا- برد ما يقابله من العوض إذ مقتضى مقابله المجموع بالمجموع كون بعض المبيع فى مقابله هذا الجزء من الثمن فإذا رجع الى المشتري يرجع ما يقابله إلى البائع فلا بد من التزام أن هذا الفسخ و الاسترداد ابطال و ازاله للعقد بتمامه و جعله واقعا على مجموع المبيع و ما بقى من الثمن و على هذا فالتزلزل أنما هو بالنسبه إلى الكل لا خصوص جزء الثمن.

و وجهه شيخنا الأستاذ بوجه ثالث و حاصله أن ما ثبت ببناء العقلاء أو غيره من اللزوم انما ينحل إلى أمرين الأول انه ثبت بناء العقلاء مثلا على لزوم العقد بحيث ليس لكل واحد من المتعاملين أن يرجع الى الآخر بعد العقد بان يفسخ المعامله و يرجع الى ماله.

الثانى أنه ثبت بناء العقلاء على عدم مجواز مطالبه كل من المتعاملين من الآخر زائدا عن حقه الذى جرى عليه العقد و لكن يخرج من الأصل الأول بالخيار و من الأصل الثانى بظهور العيب فإنه يوجب مطالبه الأرش فقول العلامة إنما يخرج من هذا الأصل بالخيار ناظرا الى الأصل الأول و قوله أو بظهور العيب ناظر الى الأصل الثانى و هذا الذى ذكره شيخنا الأستاذ توجيهه و جيهه لا بأس به.

قوله فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أقول

قد استدل المصنف

أشاره

على اللزوم بوجوه

منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فذكر أن الآيه دلت على وجوب الوفاء بكل عقد و ادعى ان المراد بالعقد مطلق العهد كما فسّر به فى صحيحه ابن سنان المرويه فى تفسير على بن إبراهيم أو المراد منه ما يسمّى عقدا لغه و المراد بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه و الجرى العملى على طبقه نظير الوفاء بالنذر فإذا باع احد ماله من شخص فبمقتضى الآيه وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار الملكيه عليه و عدم جواز التصرف فيه و يحرم العمل بجميع ما يكون نقضا للعقد

و منها التصرفات بعد الفسخ

فحرمه التصرف لانه مساو للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ احد المتعاملين فيستدل بالحكم التكليفى أعنى حرمه التصرف فى المبيع على الحكم الوضعى أعنى عدم نفوذ الفسخ و تأثيره فى العقد فيكون العقد باقيا بعد الفسخ أيضا فى كل زمان و لا يندم بأى زمانى و قد تحقق فى الأصول ان الحكم الوضعى منتزع من الحكم التكليفى على مذهبه.

و أشكل عليه بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد و بعد الفسخ نشك فى بقاءه فلا يتم الا بالاستصحاب الى أن قال نعم لو كان الموضوع صدور العقد و لو لم يكن باقيا كان كما ذكر لكنه مقطوع بعدم إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعا.

و فيه أن موضوع وجوب الوفاء إلى الأبد انما هو العقد حدوثا فإنه به مجرد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء إلى الأبد فيكون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء المستمر بقاء فلا يكون مشكوكا فى نفسه لكونه مقطوعا فى ظرفه فيتمسك بالإطلاق بعد الفسخ أيضا فإن مقتضى ما ذكره المصنف

من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا يؤثر الفسخ فى شىء و لا يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبه إلى الاستصحاب من جهه الشك فى بقاء الموضوع و عدمه.

نعم الملكيه تكون مشكوكه بعد الفسخ و لكنها أجنبيه عما ذكرناه و دعوا أن العقد بعد الفسخ يكون مشكوكا فى نفسه فلا يكون العقد محرزاً حتى نتمسك بالإطلاق و اوضح الدفع بما ذكرناه و يدفع ما ذكرناه بملاحظه الوقف و نحوه من كون العقد حدوداً موضوعاً لوجوب الوفاء بقاء و على الإجمال أن العقد حدوداً يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بقاء و هو ليس بمشكوك أصلاً حتى لا يفيد التمسك بالإطلاق و يلتجأ الى الاستصحاب بل هو مقطوع بعد الفسخ و قبله نعم بعد تحقيق الفسخ تكون الملكيه مشكوكه و لكنها لا- ترتبط لما نحن فيه و على هذا فكلما نشك فى ارتفاع ذلك اى وجوب الجرى على طبق العقد السابق فيتمسك بالإطلاق فكلام المصنف سليم عن هذا الاشكال.

نعم يرد على ما ذكره المصنف وجهان:الأول أن حرمه التصرف انما هى من الأحكام الشرعيه المترتبه على الملكيه فلا ربط لها بالعقد الذى هو عبارته عن الالتزام النفسانى فلا دلالة فى الآيه بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد.

و توضيح ذلك أن الالتزام على شىء قد يكون متعلقاً بالأمر الخارجيه كالنذر و العهد بأن يتعهد بالالتزام النذرى أو العهدى على فعل شىء فى الخارج أو على تركه فيه و قد يكون متعلقاً بأمر اعتبارى نفسانى أما الأول فيكون نقضه بالفعل الخارجى لكونه التزاماً خارجياً بأن يترك ما التزم بفعله أو يفعل ما التزم بتركه و على هذا

فيكون التصرف الخارجى نقضا للالتزام و العقد فتدل حرمه التصرف على حرمه الفسخ كما ذكره المصنف.

و أما الثانى فرفعه بنقضه فى عالم الاعتبار و رفع المعاقده النفسانيه فلا ربط له بالتصرف الخارجى حتى لو التزم بشىء و تعاهد عليه فى عالم الاعتبار و أوجد المعاقده الاعتباريه فى ذهنه و مع ذلك التزم و بنا على التصرف الخارجى و عدم ترتب الحكم عليه فلا يكون ذلك مخلا بالتزامه العقد أصلا، مثلا لو باع داره من زيد و بنى أن يأخذها منه بعد الإقباض أو تزوج امرأه و بنى أن لا يعطى لها نفقتها فإن بنائه هذا لا يضر بالالتزام العقدى بوجه و عليه فالآيه الشريفه ناظره إلى الوفاء بالمعاقده الاعتباريه التى نقضها برفع تلك الاعتبار النفسانى لا بالتصرف الخارجى فلا تدل الآيه على حرمه التصرف أصلا حتى لو لم يكن دليل على حرمه التصرف فى مال غيره لم يظهر ذلك من الآيه و لجاز أن يبيع أحد أمواله ثم يتصرف فيها تصرفا خارجيا و هذا واضح جدا.

و ثانيا لو سلمنا كون التصرف نقضا للعقد فلما ذا يحرم التصرف بعد ذلك التصرف الأولى فإن لازمه جواز التصرف الثانى و الوجه فيه هو الموجود فى مقام البيع و النكاح و الإجاره و غيرها من العقود هو الأمر الوجدانى المستمر فإذا انقطع ذلك فى آن فيرتفع العقد بارتفاع الاستمرار و بعده لا يبقى موضوع لوجوب الوفاء أصلا.

نعم لو كان هنا أمور متعدده و التزامات و عقود متكرره حسب تعدد الآنات و الساعات و الأيام كان هنا أيضا وجوب متعدد منحل إلى الأزمنه المتعدده فلا يكون عدم الوفاء بواحد موجبا لرفع الحكم

عن الآخر و لكنه بديهى البطلان فان ما نحن فيه نظير النذر أو العهد أو اليمين على القعود فى مكان من أول الصبح الى المغرب فإذا تخلف أنا واحدا و لم يجلس فيه فيرتفع وجوب النذر و لا- يجب بعده- الجلوس فى ذلك المكان و يترتب عليه حكم مخالفه النذر و العهد و اليمين.

و ليس المقام من قبيل النذر على إيجاد أمور عديده بحيث لا يستلزم الخلف فى واحد الخلف فى الآخر كأن ينذر أن يزور الحسين عليه السلام فى كل ليله الجمعه و لكن تخلف و لم يزر ليله واحده فإنه لا يوجب الحث فى الليالى الآخر أيضا بل النذر فى مثل هذا ينحل الى نذور متعدده و يترتب على كل واحد منها حكمه.

و التحقيق هو ما ذكرناه فى بحث المعاطاه من أن الوفاء عباره عن انتهاء الشىء و إتمامه و منه الدرهم الوافى أى التمام فالمراد من الأمر بالوفاء عباره عن الأمر بالتمام العقد الذى عباره عن المعاقده و المعاهده فتدل الآيه على وجوب إتمام العقد و عدم جواز فسخه و لكن حيث أنه ليس الفسخ من المحرّمات قطعا فان رفع الالتزام النفسانى و الاعتبار النفسى و عدم الوقوف على الالتزام الاولى ليس من المحرّمات قطعا الا بعنوان التشريع و النسبه إلى الشارع فيكون الأمر للإرشاد الى عدم تأثير الفسخ فى رفع الالتزام نظير عدم صحه الصلاه عن الحائض و كون الأمر بتركها إرشادا الى ذلك فتدل الآيه بالمطابقه على اللزوم.

و بعباره أخرى الظهور الأولى للأمر هو الوجوب المولوى كما حقق فى محلّه و لكن نرفع اليد عنه بالقرائن الخارجيه و يحمل على

الإرشاد و في المقام أن الأمر بالوفاء على العقد و أن كان ظاهرا في المولويه في نفسه و لكن بما أن الفسخ المتعلق به ليس من المحرّمات بحيث يحرم لأحد المتعاملين ان يفسخ التزامه و ينقضه و لا ينهيه الى الآخر فيكشف من ذلك عدم كونه ظاهرا في الوجوب المولوي و يحمل على الإرشاد فتكون الآيه ابتداء داله على اللزوم بالمطابقه و ان العقد لا ينقض و يفسخ بالنقض و الفسخ فلا نحتاج في استفاده اللزوم الى الالتجاء بكون الحكم الوضعي منتزعا من الحكم التكليفي كما صنعه المصنف على أنه لا يمكن المساعدة عليه في نفسه كما حققناه في علم الأصول و قلنا أن الاحكام الوضعيه بنفسها مجعوله للشارع.

و قد أشكل على الاستدلال بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على اللزوم بناء على ما ذكرناه من دلالتها على اللزوم بالمطابقه بأن مبنى الاستدلال بهذه الآيه على اللزوم هو أن الأمر في الآيه انما هو إرشاد إلى اللزوم لان رفع العقد و فسخه و هدم كل من المتبايعين التزامه بدون رضا الآخر ليس حراما في الشريعة غايه الأمر أنه لا يؤثر في رفع العقد و لا يوجب نقضه و رفعه إلا مع رضا الآخر ليكون اقاله فيكون الأمر بهذه القرينه إرشادا الى أن العقد لا ينحل و لا يفسخ بالفسخ و لا ينقض بالنقض فتدل الآيه بالمطابقه على اللزوم.

و أشكل عليه بأن الأمر في المقام يدور بين رفع اليد عن ظهور الأمر في المولويه و حملة على الإرشاد كما ذكرتم و بين رفع اليد عن ظهور أَوْفُوا بِالْعُقُودِ في جميع العقود حتى الالتزامات الخارجيه من النذر و العهد و غيرها و الالتزامات النفسيه كالعقود من البيع و نحوه فتخصيصها بالالتزاميه الخارجيه فقط حتى لا يقال أن الفسخ ليس

من المحرمات بل تختص الحكم بالوفاء في الآيه بالنذر و العهد و نحو هما من الالتزامات الخارجيه فلا مرجع لرفع اليد عن ظهور الأمر في المولويه و حمله على الإرشاد دون الثاني فتكون الآيه مجمله فلا يمكن الاستدلال بها على اللزوم. و فيه أن هذا الدوران ممنوع جدا فان معنى رفع اليد عن ظهور الأمر و حمله على الإرشاد ليس هو ذلك بل معناه انا نرفع اليد عن ظهور الأمر في الوجوب التكليفي و نحمله على الإرشاد و هذا لا ينافي المولويه فالأمر على كل حال باق على مولويته سواء حملناه على الإرشاد به أم لا. و لكن بمقتضى القرينه المتقدمه نحمله على - الإرشادى المولوى و الوجه فى ذلك هو أن المعنى الإرشادى غير ما ذكره من حمل الأمر على الإرشاد مقابل المولوى فإنه إرشاد إلى حكم العقل كما فى أطيعوا الله و أطيعوا الرسول فإنه فى موارد حكم العقل لا مجال للمولويه فلا بدّ من حمل الأوامر الوارده فى تلك المقامات على الإرشاديه و كونها إرشادا إلى حكم العقل فقط و هذا بخلاف حمل الأمر على الإرشاد مقابل الوجوب و التكليف فإنه مع كون الأمر إرشاديا فهو باق على مولويته أيضا فإن إمضاء العقد و جعله لازما بحيث لم يفسخ بالفسخ هذا أيضا حكم مولوى و ثابت بجعل الشارع كما أن الأمر بالوضوء عقيب الأحداث الناقضه للوضوء إرشاد إلى بطلان الوضوء بها و الأوامر و النواهي المتعلقة بأجزاء الصلاه إرشاده إلى المانعيه أو الجزئيه و مع ذلك كلها أحكام مولويه فإن أجزاء الصلوه و موانعها كلها مجعوله للشارع فالأمر بها مولوى محض غايه الأمر ليس تكليفيًا و على هذا فإذا حملنا الأمر بالوفاء بالعقود على الإرشاد فلا يكون رفعا لليد عن ظهور الأمر فى المولويه بل رفع اليد عن ظهوره

فى الوجوب.

و على هذا فتدل الآيه على لزوم الوفاء بكل عقد حتى العقود و الالتزامات الخارجيه و ليس دائرا بين رفع اليد عن ظهور الأمر فى المولويه أو عن ظهور المعقود فى الأعم من الالتزامات النفسيه و الالتزامات الخارجيه بل أريد من الأمر المولويه و هو عبارته عن إظهار ما فى النفس من اعتبار الفعل على ذمه المكلف سواء كان على سبيل التكليف أو لا فهذا المعنى يختلف بحسب الموارد ففى مورد يكون إمضاء محضا فقط كما فى البيع و نحوه فإنه إمضاء لما عقده المتعاملان بعنوان المولويه و فى العهد و النذر على نحو التكليف و على هذا فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أى أوفوا بجميع عهودكم و عقودكم و التزاماتكم النفسيه و الخارجيه فىشمل ذلك عهد الله على العباد الذى عهد عليهم فى عالم الدر بقوله جل و على أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ.

و أيضا يشمل عهد العباد على الله تعالى كالنذر و العهد و اليمين و يشمل عهد العباد بعضهم بعضا كما فى موارد العقود.

و على الاجمال فالآيه وافية الدلاله على اللزوم دلالة مطابقه كما عرفت.

قوله و من ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَلَى اللزوم.

أقول حاصل كلامه أن المراد من حليه البيع هو حليه جميع التصرفات التى تترتب على البيع و يجوز لكل من المتبايعين أن يتصرف فيما انتقل اليه جوازا تكليفيا مطلقا فهو يشمل ما بعد الفسخ أيضا

ص: ٢٨

فيدل على عدم تأثير الفسخ في العقد و كونه لغوا و الا لكان التصرف بعد الفسخ تصرفا محرما لكونه في مال الغير فهذا المعنى يستلزم لزوم فتدل الآيه على أن الأصل في العقود هو اللزوم بالالتزام و قد حقق في محلّه أن الدلالات الالتزاميه حجه في باب الألفاظ و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليه أكل المال بالتجاره عن تراض فإنه يدل على أن التجاره سبب لحليه التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ فتدل هذه الآيه أيضا على أصاله اللزوم بالالتزام فان لازم جواز التصرف حتى بعد فسخ أحد المتعاملين هو لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ و الا لكان التصرف بعد الفسخ حراما كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف(ره) على الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم و أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن التمسك بالإطلاق إنما يفيد إذا كان الشك في قيود الموضوع و حالته و أنحائه مثلا إذا قال المولى جئني بالماء فتمسك بإطلاق كلامه بالنسبه إلى حالات الماء و نحكم بجواز إتيان أي ماء بحيث صدق عليه الماء كما يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إلى حالات الموضوع مقيدا أيضا فالمقصود أن الإطلاق و التقييد في الحكم إنما هو بالنسبه إلى حالات الموضوع فقط.

و أما بالنسبه إلى حالات الحكم أو رافعه فلا يمكن أن يكون الحكم مطلقا أو مقيدا كما أن الاحكام الثابته على الأشياء بعناوينها الأوليه لا إطلاق لها بالنسبه إلى العناوين الثانويه.

و السر في ذلك أن المحكوم عليه ليس ناظرا الى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبه إلى حاكمه.

و فى المقام إذا كان الفسخ مؤثرا فإنما هو يؤثر فى رفع نفس الحليه و عليه فلا إطلاق فى الحليه إلى رافعها فان الحكم ليس له إطلاق إلى حالات نفسه فضلا عن أن يكون له إطلاق إلى رافعه و حينئذ فلا- يمكن التمسك بالآيتين لإثبات أصاله اللزوم و عدم تأثير الفسخ فى رفعه نعم لا بأس بجريان الاستصحاب فى صورته الشك ثم وجه شيخنا الأستاذ جهه تخصيص المصنف هذا الاشكال بالآيتين و عدم جريانه فى الآيه السابقه عليهما أى آيه أوفوا.

و حاصله أن موضوع وجوب الوفاء كما ذكرناه هو المعنى المصدري من العقد الذى يعبر عنه فى لغه الفرس بلفظ (گره زدن) دون الاسم المصدري أعنى العقده الحاصله من المعنى المصدري الذى يعبر عنه فى لغه الفارس بلفظ (گره) فإذا تحقق الفسخ فلا- يكون مانعا عن التمسك بالإطلاق فتمسك بإطلاق أوفوا و نحكم بعدم تأثيره فى رفع العقد فإنه لا يكون ما هو موضوع وجوب الوفاء أعنى العقد بمعنى المصدري مشكوكا بالفسخ كما تقدم و انما يكون المشكوك هو العقد أى العقد بمعنى الاسم المصدري فيجوز التمسك بالإطلاق كما لا يخفى.

أقول الظاهر أنه لا- يتم الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم و على تقدير تماميته لا يرد عليه الاشكال المذكور و على تقدير وروده فلا فارق بين الآيتين و بين آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

قلنا فى المقام ثلاث دعاوى الدعوى الاولى أنه لا يتم الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم و الوجه فى ذلك هو أن المراد من الحليه إما الحليه الوضعيه أو الحليه التكليفيه أو الأعم منهما و على كل حال لا دلالة فى الآيه على أصاله اللزوم بوجه.

أما إذا كان المراد من الحليه هي الوضعيه فلان معنى ذلك ليس الا نفوذ البيع فى مقابل استناد الحرمة و عدم النفوذ الى الربا فلا تعرض فيها لارتفاعه أو عدم ارتفاعه بالفسخ أصلا كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا لا يدل على أزيد من حرمة المعامله الربويه فقريته المقابله تكون الحليه وارده على أصل البيع من حيث الحدوث أى أن البيع جائز و نافذ فى الشريعه المقدسه و ليس مثل الربا كما زعمه أهل الجاهليه فلا دلالة فيها إلى حليه التصرفات المرتبه على البيع.

و على الاجمال ليست الآيه متعرضه لبقاء البيع و عدم بقائه بعد التحقق و أن الفسخ يؤثر فيه أم لا و انما هي ناظره إلى أصل ثبوت البيع و نفوذه فى الشريعه المقدسه.

و أما إذا كان المراد من الحليه هي الحليه التكليفيه فلان الآيه أيضا ناظره إلى استناد الجواز و الإباحه إلى البيع و كونه غير محرم فى الشريعه بقريته مقابله بحرمة الربا فان غرضه تعالى استناد الحرمة فقط الى الربا و بيان كونه حراما فى الشريعه كسرب الخمر بل بعاقب كاتبه و شاهده و البائع و المشتري فليست الآيه ناظره إلى جواز التصرف أصلا أى التصرفات المترته على البيع بل ناظره إلى حليه نفس البيع كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا ناظر إلى حرمة نفسى فإنه من المحرمات الشرعيه حتى يقتل منكر حرمة و تباؤ زوجته و تقسم أمواله و ليس البيع و الربوى مثل بيع الغررى أو بيع أو ما ليس عندك أو بيع ما لا يقدر على تسليمه و غير ذلك من البيوع الفاسده فإنها فاسده فقط و ليس بحرام تكليفا الا بالتشريع فلو باع احد بالبيع الفاسد لا يكون فاسقا بخلاف البيع الربوى و مقابل هذا اى البيع

الربوى الحرام تكليفا هو البيع الحلال الذى رخص فيه الشارع تكليفا و أما التصرفات المترتبة عليه فاجنبه عنه فلا دلالة فى آيه حليه البيع على اللزوم.

و من هنا ظهر الحال لو أريد من الحليه الحليه الوضعيه و التكليفه معا كما لا يبعد ان يكون هو المراد من الآيه فان معنى الحَلِّ فى اللغه هو الإِطلاق و يعبر عنه فى الفارسيه بكلمه (گرده زدن و باز نمودن) و هو أعم من الحليه الوضعيه و التكليفه لأنه لم يكن استعمال الحليه تاره فى الوضعيه و أخرى فى التكليفه مرسوما فى اللغه و زمان النبى (صلى الله عليه و آله) و الأئمه عليهم السلام و انما هو اصطلاح جديد فى السنه الفقهاء رضوان الله عليهم فلا يلزم من استعمال كلمه الحل فيهما استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحده.

و على الجملة فالحليه عباره عن الإِطلاق فهو يختلف بحسب المصداق لأنه تاره تكون وضعيه بمعنى نفوذ المعامله و أخرى تكليفيه بمعنى الجواز و عدم المنع عنه شرعا.

و على كل حال فالآيه ناظره و الى ثبوتها للبيع و كونه حلالا فى الشريعه المقدسه وضعا و تكليفا و أما انه لا يرفع بالفسخ أو يرفع به فالآيه أجنبه عن ذلك بالمره فتحصل أن الآيه لا تعرض فيها عن حليه التصرفات المترتبة على البيع فضلا عن استفاده اللزوم من ذلك بالالتزام.

و من هنا ظهر الحال فى قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِلِ الْأَمْرِ فِيهِ أَوْضَحُ فَإِنَّ الْمُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ لَيْسَ هُوَ الْأَكْلُ بِمَعْنَى الْإِزْدِرَادِ لِأَنَّهُ

إنما أضيف إلى الأموال و من الواضح أن المأكولات بالنسبة إلى غيرها كقطره من البحر فيمناسبه الحكم و الموضوع فلا بد و أن يراد منه التملك بأخذ الأكل كناية عنه كما هو المستعمل في ذلك كثيرا حتى في العرف الحاضر و قد استعمل الأكل بمعنى التملك في الكتاب الكريم في غير هذا المورد أيضا كقوله تعالى وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ.

و على هذا فمعنى الآية أن تملك أموال الناس بأى سبب من الأسباب حرام و غير جائز شرعا الا ان يكون التملك بسبب و هو التجاره عن تراض فإنه جائز و حلال في الآية ناظره إلى أصل جواز التملك و أما التصرفات المترتبة على التملك فخارجه عن حدود الآية بالكلية فضلا عن دلالتها على أصالة لزوم.

و الحاصل أنه استدلل المصنف بأية حلّ البيع على لزوم العقد بدعوى أنها تدل بالمطابقه على حليه مطلق التصرفات حتى التصرفات الواقعه بعد الفسخ و من الواضح أنه لو كان الفسخ مؤثرا في حلّ العقد و إعدامه لكانت التصرفات الواقعه بعد الفسخ محرّمه فتدل الآية بالملازمه على لزوم البيع و عدم انفساخه بالفسخ و بهذا يظهر دلالة آيه التجاره عن تراض اعنى قطعه المستثنى فإنها تدل بالمطابقه على حليه الأكل بالتجاره عن تراض مطلقا.

و بعباره اخرى انها ظاهره في أن التجاره عن تراض سبب لحليه التصرف بقول مطلق حتى بعد الفسخ من أحدهما من دون رضى الآخر. ثم أشكل على الآيتين بان الفسخ رافع للحليه فلا يكون الحكم شاملا بإطلاقه لرفع نفسه و أوضحه شيخنا الأستاذ بأن

الحكم انما له إطلاق بالنسبه إلى حالات الموضوع و قيوداته و اما حالات نفس الحكم فضلا عن رافعه فلا إطلاق له بالنسبه إليها فإنه لا يعقل أن يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبه الى حاله نفسه و روافعه ثم فرق بين هاتين الآيتين و بين آيه أوفوا بدعوى أن موضوع الوفاء في آيه أوفوا هو العقد بمعنى المصدري فهو قطعي الوقوع فلا يكون مشكوكا بالفسخ و انما المشكوك بعد تحقق الفسخ هو العقد بمعنى الاسم المصدري فتدل الآيه على حليه التصرفات المترتبه على العقد بمعنى المصدري مطلقا حتى بعد الفسخ كما هو مبني استدلال المصنف فشك في رافعه الفسخ العقده لئلا يجوز التصرفات بعد الفسخ فتمسك بإطلاق الآيه و نحكم بعدم تأثير الفسخ بوجه فليس الفسخ رافعا لنفس الحليه حتى لا يمكن التمسك بإطلاق فتدل الآيه على اللزوم بالالتزام كما هو واضح و هذا بخلاف الآيتين كما عرفت الحال فيهما.

و لكن قلنا أنه لا- يمكن التمسك بالآيتين على إثبات اللزوم في العقود و على تقدير تماميه الاستدلال بهما على اللزوم فلا يرد عليه ما أورده المصنف و لو تم الاشكال فهو مشترك المورد للآيتين و آيه أوفوا بالعقود كما ذكره السيد و لكن بيان آخر و لنا في المقام ثلث دعاوى الاولى في عدم صحه الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم فنقول ان المراد من الحليه إما وضعيه أو تكليفيه أو الأعم منهما و على كل حال لا دلالة في الآيتين على المقصود أما إذا كان المراد منها الحليه الوضعيه فلان معناه نفوذ البيع و صحته في الشريعه الإسلاميه و قد تدل آيه حل البيع على كونها مستنده الى البيع فلا دلالة فيها على أزيد من استناد الحليه الوضعيه إلى البيع و تدل على ذلك مقابله

باستناد الحرمة إلى الربا فإن معنى حرمة الربا بناء على أخذ الحرمة أيضا وضعيه بقرينه المقابله هو عدم نفوذ الربا و أنه فاسد في الشريعة من غير تعرض إلى حرمة التصرفات و على الإجمال فالآية ناظره إلى استناد الحليه إلى البيع و استناد الحرمة إلى الربا فقط فلا دلالة فيها على حليه التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد الفسخ ليستفاد منه اللزوم فان مقابله حليه البيع مع حرمة الربا تقتضى استنادهما إليها فقط فان الغرض من قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرَّبَا هُوَ ذَلِكَ فَيَكُونُ هَذَا قَرِينَهُ لَا يَرَادُ مِنْ حَلِيهِ الْبَيْعُ أَيْضًا هَذَا الْمَعْنَى.

و أما إذا كان المراد من الحليه هي التكليفية فالآية ناظره أيضا الى استناد الحليه التكليفية فقط الى البيع بقرينه مقابلته مع حرمة الربا فإنها ناظره إلى استناد الحرمة التكليفية فقط الى الربا و أما جواز التصرفات المترتبة على العقد حتى بعد التصرف فلا يستفاد من الآية لخروجها عن مفادها بالكليه فيكون الغرض إثبات إباحه البيع في الشريعة المقدسه حتى البيع الفاسد لعدم كونه حراما كما ان حرمة الربا ناظره إلى إثبات حرمة في الشريعة و هكذا الكلام إذا كان المراد من الحليه أعم من الوضعيه و التكليفية كما هو الظاهر بحسب لحاظ المعنى اللغوى كما عرفت.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بابه التجاره عن تراض أيضا فإنها جمله استثنيت عن حرمة أكل المال بالباطل و من الواضح أن المراد من حرمة الأكل بالباطل انما هو حرمة التملك كما هو المستعمل بهذا المعنى في القرآن و في محاوره اليوم فيقال ان فلانا أكل دار فلان مثلا.

فتكون الآيه ناظره الى عدم جواز تملك مال الغير بغير التجاره عن تراض أو عدم نفوذه و أما حرمه التصرفات أو جوازها المترتبه على الأكل بالباطل أو التجاره عن تراض فخارجه عن الآيه.

و بعباره اخرى أن الآيتين ناظرتان الى حكم البيع و التملك من حيث الوضع أو التكليف حدوثا فقط لا- بقاء حتى يتمسك بالإطلاق حتى لو لم يكن عندنا ما دل على حرمه التصرف فى مال الغير لقلنا بحرمه التملك بهذه الآيه و بجواز التصرف بالأصل و كان لأحد أن يبيع ماله ثم لا يسلمه بل يتصرف فيه كيف يشاء فإن الآيه لا تدل على ذلك كما ذكره السيد(ره) أيضا فراجع.

و أما الإشكال الذى ذكره المصنف و قربه و أوضحه شيخنا الأستاذ فلا يرد عليها بوجه و ذلك فلانه و ان لم يكن للحكم إطلاق بالنسبه إلى حالات نفسه و رافعه فإنه حكم مسلم و قاعده مبرمه فان ملاحظه الإطلاق فرع ورود الحكم على الشىء فلا يعقل أن يلحظ الإطلاق أو التقييد إلا بالنسبه إلى موضوع الحكم أو متعلقه كما هو واضح.

و لكن المقام ليس كك فان رافع الحليه ليس من حالات الحكم و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى محله مرارا أن الإطلاق ليس الا ما يمكن للمتكلّم أن يصرح به كما أن التقييد كك مثلا إذا قال المولى أعتق رقبه فمعناه أعتق رقبه سواء كانت مؤمنه أم غير مؤمنه كما أن معنى أعتق رقبه مؤمنه معناه أعتق رقبه ان كانت مؤمنه فما للمولى أن يصرح به من الإطلاق و التقييد يطويه فى كلامه على سبيل الإطلاق أو التقييد ففى المقام له أن يأخذ الحليه مطلقه بالنسبه إلى رافعها و يقول أحل الله البيع سواء فسخ أحد المتبايعين أم لا و له أن يصرح بالتقييد

و يقول أحل الله البيع ان لم يفسخ أحدهما و لكن لم يصرح بالإطلاق و انما سكت عنه و لكن اكتفى منه بعدم التقييد فبمقدمات الحكمه نستفيد الإطلاق و نحكم بحليه البيع و التصرفات المترتبه عليه حتى بعد الفسخ.

و السير في ذلك أن للجاعل أن يأخذ حكمه مطلقا أو مقيدا بالنسبه إلى رفع شخص آخر لذلك الحكم فيقول أمضيت البيع أن لم يرفعه فلان أو أمضيته سواء رفعه فلان أم لا أو يقول أكرم العلماء ان رضى فلان أو يقول أكرمهم سواء رضى فلان أم لا فرفع شخص آخر الحكم ليس من قبيل حالات الحكم حتى لا- يمكن تكفل الحكم بالطلاقه شموله لما بعد تحقق الرفع كما هو واضح.

و على تقدير ورود الاشكال على الآيتين فلا- تختص الاشكال بهما بل يجرى في آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا فإنه بناء على مسلك المصنف انها تدل على حليه التصرفات المترتبه على العقد على وجه الإطلاق حتى بعد التصرف و من الواضح أن الفسخ رافع لها فكيف يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبه إلى رافعه فالمقصود أن ميزان الاستدلال بالآيات الثلثه واحده عند المصنف فما ذكره من الإشكال أيضا مشترك الورد بالنسبه إليها.

و قد عرفت دلالة آيه الوفاء على لزوم بالمطابقه و عرفت أيضا عدم دلالة آيه أحل الله البيع عليه و قلنا أن الآيه ناظره إلى استناد الحليه إلى البيع و انها مستنده إليه في الشريعه سواء كانت وضعيه أو تكليفيه أو كليهما بقريته قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَإِنَّهُ نَاطِرَ إِلَى اسْتِنَادِ الْحَرَمِ إِلَى الرِّبَا وَ أَمَا حَلِيهِ التَّصَرُّفَاتِ فَضِلَا عَنْ كَوْنِهَا مُطْلَقَةً

حتى بعد الفسخ فليست الآيه متعرضه لها بوجه كما لا يخفى.

و كذلك قوله تعالى تجارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنَّهُ نَاطِرٌ إِلَى جَوَازِ التَّمْلِكِ بِالتَّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ لِكُونِهِ اسْتِثْنَاءً عَنْ حَرْمِهِ أَكْلَ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ وَ هُوَ التَّمْلِكُ بِالْبَاطِلِ فَلَيْسَ فِيهِ أَيْضًا التَّعَرُّضُ بِحَلِيهِ التَّصَرُّفِ بِوَجْهِهِ وَ إِنْ كَانَ التَّمْلِكُ يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ جَوَازُ التَّصَرُّفَاتِ وَ لَكِنَّهُ بِدَلِيلٍ آخَرَ وَ لَيْسَ مُسْتَفَادًا مِنَ الْآيَةِ كَمَا لَا يَخْفَى فَافْهَمُ.

نعم قد الاستدلال بالآيتين بوجه آخر و حاصله أن معنى الخيار فى البيع و نحوه هو كون التمليك مقيدا بوجهه خاصه لا من حيث الأمد و المدّه بأن يكون الى زمان خاص بل من حيث خاص و هو أن ذى الخيار مالك لإرجاع العين بحلّ العقد و فسخه فإذا باع شيئا مع الخيار فمعناه أنه مالك لإرجاعه الى ملكه ثانيا و هذا بخلاف ما لم يكن له الخيار فإنه يملك ماله من المشتري على نحو الإطلاق و غير مقيد بوجهه خاصه و هذا القيد الذى نسميه خيارا لا يجعل الملك مقيدا كما عرفت بأن يكون التمليك الى وقت و لا أنه يقوم بالملكه فإنه باق على حاله مع التلف أيضا فلو كان قائما بالملكه لما بقى بعد تلف العين مع أنه غير باق كما قلنا فإن لذى الخيار أيضا أعمال خياره بعد تلف العين و يترتب عليه حكمه بل متعلقه هو العقد فقط ليس الآ.

و لا- ينافى هذا الخيار بالملكه الأبدية أصلا فإن شأنه شأن رافع العقود و الإيقاعات فكما أن إطلاق رافع للنكاح و الإقاله رافع للعقد فكك الخيار فمالكيه ذى الخيار على رفع العقد و إرجاع المبيع على ملكه ليس تناقضا بوجه و ليس معنى بعث مع الخيار أن الملكيه

بأقيه بعد أعمال الخيار فلو كان معنى جعل الخيار و القدره و المالكيه على إرجاع المال إلى الحاله الأوليه هو أن الملكيه بأقيه بعد أعمال الخيار أيضا لكان هذا تناقضا فتحصل ان مرجع جعل الخيار هو إبقاء المالكيه على ذى الخيار فيما انتقل عنه فى جهه خاصه و هى إرجاع العين الى ملكه ثانيا و ثبوت القدره له على رفع العقد و هدمه كما أن الطلاق أو الإقاله يرفع العقد.

و على هذا فقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ هو جعل البيع ثابتا فى محله فأن معنى أحل هو إقرار الشىء فى محله أحله أى أمره فى محله و كونه ممضى فى نظرا الشارع و أن المتبايعين فى حل فى ذلك و مرخصون فى فعله و إيجاده و ليس لهم منع عن ذلك و ليس البيع ممنوعا عنه فى نظره و خارجا عن مقره فى نظر الشارع بل واقع فى محله و مقره فان الشارع أحله و أقره فى مقره.

و لا شبهه أن هذا الكلام من الشارع المقدس إمضاء لما أنشأه المتبايعين و من الواضح أن المنشأ فى البيوع المطلقه أى فيما باع المالک ماله مطلقا و يبقى لنفسه جهه خاصه هو مطلق التمليك الغير المقيد بشىء خاص و هو إبقاء المالكيه لنفسه فى جهه خاصه فإمضاء هذا يكون إمضاء مطلقا فلو كان الإمضاء مقيدا لحصل التناقض ح فقوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ هو إقراره فى مقره و محله و الموضوع فى مقره هو هذا العقد المطلق بحيث ليس للمالك السابق فيه مالكيه على جهه خاصه كما لا يخفى و هكذا تجاره عن تراض فتدل الآيتين على اللزوم بهذا البيان.

قوله و منها قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

أقول

ص: ٣٩

حاصل كلامه أن الآيه دلت على حرمة الأكل و التملك بكل وجه باطل عرفا الا موارد ترخيص الشارع فإنه ليس باطلا عرفا و من الواضح جدا ان أخذ مال الغير و تملكه بالفسخ من دون اذن صاحبه باطل عرفا و فيه منع الكبرى فإنه من أين علم أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي و من أخبر بذلك بل الباطل هو مقابل الحق فما سوى الله باطل في مقابل الحق جلّ و علا و من هنا قيل أن أصدق شعر صدر في الجاهلية هو قول الشاعر (ألا كل شيء ما خلا الله باطل) و البيع حق و مقابله الرّبا باطل و هكذا فالمقصود أن الألفاظ موضوعه للمعاني الواقعية و المفاهيم العامّة فلا وجه لتخصيصه بوجه خاصّه بل ينطبق ذلك الكلّي على المصاديق و كذلك الباطل فإنه موضوع لمقابل الحقّ و هذا يختلف باختلاف الموارد فلا وجه لتخصيصه بالباطل العرفي و عليه فالتمسّك به لكون الفسخ من الباطل من قبيل التمسّك بالعام في الشّبهه المصادقيه و أيضا نمنع الصغرى فإنه من أين علم أن الفسخ باطل عرفي بل نشك في ذلك فلا يمكن التمسّك بالمطلق في الفرد المشكوك و إثبات كونه فردا للمطلق.

نعم يمكن التمسّك بالآيه لإثبات اللزوم بمجموع المستثنى و المستثنى منه فإن الآيه الشّريفه في مقام حصر التملك الشرعي بالتجاره عن تراض و من الواضح جدا أن التملك بالفسخ مع عدم رض الآخر ليس منها فتدل على اللزوم.

استدل المصنف (ره) أيضا بهذه الآيه على اللزوم بدعوى أن المراد من الباطل هو الباطل العرفي و أن الفسخ من ذلك.

أقول أن المراد من الباطل ما هو مقابل الحق فإن الألفاظ

موضوعه للمفاهيم العامه فينطبق ذلك على موارد فلا- وجه لتخصيص الموضوع له بالبطل العرفي و من هنا أطلق الباطل على مقابل الحق في تعدد جنود العقل و الجهل في روايه الكافي، و عليه فالتمسك بالآيه من قبيل التمسك بالعام في شبهه المصداقيه لأننا نشك في أن الفسخ مصداق للبطل أم لا.

و لو سلمنا أن المراد من الباطل الباطل العرفي و لكن يصح الاستدلال بالآيه إذا كان خروج الموارد التي رخص الشارع في التصرف فيها كالشفعه و حق الماره و نحوهما بالتخصيص فإنه ح يمكن أن يقال أن الفسخ ليس من الموارد التي خرجت عن الآيه بالتخصيص فيكون التملك به أكلا للمال بالبطل لكونه باقيا تحت الآيه.

و ان قلنا ان خروجها بالتخصص كما ذكره المصنف فحينئذ لا- ندرى أن الفسخ من افراد الخارج أو من افراد الباقي فيكون التمسك بالآيه من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصداقيه فهو لا يجوز، نعم يجوز التمسك بالاستصحاب و لكنه خروج عن الفرض نعم يجوز التمسك بمجموع المستثنى و المستثنى منه الإثبات اللزوم كما تقدم.

قوله (ره) و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا-

يحل مال امرء إلخ.

أقول: ان كان المراد من الحليه هي الحليه التكليفية فلا- تدل الروايه على اللزوم لأن التقدير أنه لا يحل التصرفات في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و نشك في أن التصرف بعد الفسخ من التصرف في مال امرء مسلم بدون إذنه أم لا لأننا نحتمل أن يكون ذلك تصرفا في مال نفسه فيكون حلالا فلا يمكن التمسك بإطلاق الروايه في إثبات

أن هذا الفرد المشكوك مصداق للتصرف المحرم.

و ان كان المراد من الحليه هي الوضعيه فيكون المعنى أنه لا ينفذ التصرف في مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه فتدل الروايه على اللزوم بدعوى أن نفوذ التصرف في مال الغير منحصر بكونه عن طيب نفسه و من الواضح أن التصرفات الواقعه بعد الفسخ ليس عن طيب نفس من المالك فلا تكون نافذه.

و أما الجامع من الحليه التكليفيه و الحليه الوضعيه و ان ذكرنا إمكان إرادته الجامع في قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بَلْ قُلْنَا أَنَّهُ الظاهر فان الحل بمعنى الترخيص و في لغة الفارس (باز كردن و رها كردن) و من الواضح أنه أعم من الوضع و التكليف و لم يكن التفكيك بينهما مرسوما في السابق بل جرى عليه الاصطلاح بين الفقهاء كما ذكرناه في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و لكن لا يمكن إرادته الجامع في الروايه فإنه لو أريد من الحليه التكليفيه فمعنى الروايه كما عرفت أن التصرفات الواقعه على مال امرء مسلم حرام بدون اذنه فهذا يتوقف على أن يكون التصرف في حال كون المال لامرء مسلم و الا فلا وجه للحرمة لأن كون المال لشخص آخر في زمان سابق لا يدل على حرمة التصرف في زمان المتأخر و لو مع كونه ملكا لشخص آخر أى منتقلا اليه.

و بعبارة أخرى لو أريد من الحليه التكليفيه فظهور الروايه أن التصرف حين كون المال لامرء مسلم حرام بدون اذنه و أما التصرف في ماله كان لامرء مسلم سابقا فلا دلالة في الروايه على حرمة فتح لا دلالة فيها على حرمة التصرف بعد الفسخ لاحتمال كونه تصرفا في مال نفسه

لا فى مال امرء مسلم نعم كان مالا لامرء مسلم قبل الفسخ و التمسك بالاستصحاب خروج عن الفرض فان كلامنا فى التمسك بالدليل الفقاهى و أما إذا أريد من الحلية الوضعيه فمعناه كما عرفت أنه لا ينفذ التصرف فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فاراده هذا المعنى لا يتوقف ارادته على إحراز كون المال لامرء مسلم و لذا يشمل بعد الفسخ أيضا فهذا ان المعينان لا يجتمعان فى الروايه أى لا يمكن إرادتهما من الروايه معا.

و بعباره اخرى أن اراده الحلية التكليفية فى الروايه متوقفه على إحراز كون المال للغير لكى يحرم التصرف فيه و هذا لا يشمل بعد الفسخ لاحتمال خروج المال عن كونه مال امرء مسلم بالفسخ و اراده الحلية الوضعيه لا تتوقف عليه بل هى تعم بعد الفسخ أيضا كما عرفت و من الواضح أن شموله بعدد الفسخ يعدم موضوع حليه التكليفية فكيف يمكن ارادتها كما لا يخفى.

قوله و منها قوله الناس مسلطون على أموالهم

أقول ذكر المصنف أن مقتضى السلطنة التى أمضاها الشارع أن لا-يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و من هنا استدل المحقق فى الشرائع و العلامه فى بعض كتبه على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائده الملك التسلط.

و بالجمله رجوع الفاسخ الى ما انتقل عنه الى غيره بالعقد تملك لمال غيره و مناف لسلطنته فتدل الروايه على اللزوم.

و فيه أولا أنها ضعيفه السند كما تقدم و ثانيا أنها ناظره إلى ثبوت السلطنة للمالك فى جميع تصرفاته فى ماله من الأكل و البيع

و البذل و غيرها و أنه ليس لأحد أن يمنع من هذه التصرفات و هذا لا ينافي ثبوت جواز التصرف لغيره أيضا بالفسخ كما وقع نظيره في الشريعة المقدسه فإن لكل من الأب و الجد سلطنه على التصرف في مال الصغير سلطنه مطلقه و ليس لكل منهما أن يمنع الآخر من التصرفات و كك في المقام فلا دلالة في النبوى على اللزوم بوجه كما هو واضح على أن الروايه ناظره إلى إثبات السلطنه لكل أحد على ماله كما هو مقتضى اضافته المال الى الملاك فتفيد الروايه ثبوت السلطنه لكل أحد على ماله و هذا لا يعارض ما يرفع موضوع تلك السلطنه أى ما يكون رافعا لها كالفسخ و بعبارة اخرى أن دليل السلطنه يثبتها في فرض تحقق الماليه و كون الشيء مالا- للشخص و هذا لا- ينافي بما يكون رافعا لموضوعها فان الحكم لا يثبت موضوعا لنفسه نعم لو كان النظر في الحديث الى مفهوم القلب بان يكون المفهوم من قوله الناس مسلطون على أموالهم يعنى غير المالك ليس مسلطا على أموال غيره لصح به الاستدلال و لكن مفهوم اللقب ليس بحجه كما حقق في محله.

و منها قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه

و فيه أولا- أن كان المراد من الحليه هى التكليفية فلا تشمل الروايه التصرفات بعد الفسخ للشك في أنها محرمة أم لا لاحتمال كون الفسخ مملكا فلا- يجوز التمسك به فى الفرد المشكوك و ان كان المراد بها الحليه الوضعيه كما هو الظاهر من كلام المصنف حيث جعل سبيل الروايه سبيل الآيه و من الواضح أنه أراد من الآيه الحليه الوضعيه حيث أخذ الأكل بمعنى التملك لجاز التمسك بها لإثبات اللزوم فإنها تقيد حصر نفوذ التصرف بما إذا كان بطيب النفس من المالك و من الواضح

أن الفسخ ليس منه و أما الجامع فلا يمكن ارادته كما تقدم و بالجمله لو أريد من الحليه الحليه التكليفيه لا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و ثانيا: أن المراد من عدم حلّ مال امرء مسلم الا- باذنه و بطيب نفسه هو عدم حليه التصرفات المتعلقة به و جميع التقلبات الخارجيه فإن الحل أو الحرمة إذا تعلّقا بالعين الخارجيه فحيث لا معنى لحرمتها و حليتها فلا بدّ و ان يقدر في أمثال ذلك ما يناسب الحليه أو الحرمة و المناسب لها بمناسبة الحكم و الموضوع أما جميع الآثار أو الآثار المناسبه فالمناسب للحرمة المتعلقة على الخمر و على المسكر هو تقدير الشرب فلا يتوهم أحد من قوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام أو غيره من الأدله الداله على حرمة الخمر هو البيع حتى لو لم يكن هنا دليل على حرمة بيع الخمر لما أمكن استفادتها منها، و المناسب لحرمة الأمهات في قوله تعالى تقدير الترويح فإنه لا يحتمل أن نظره أو خدمته أو شيء آخر يتعلّق بها حرام و على هذا فلا بدّ هنا أيضا من تقدير ما يصحّ تعلق عدم الحل به و المناسب للمقام هو تقدير جميع التصرفات الخارجيه و التقلبات في الخارج و ح فمعنى الآيه لا- يحل جميع التصرفات و التقلبات الخارجيه في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و عليه فلا تشمل التصرفات الاعتباريه كاعتبار ملكيه مال الغير لنفسه و هكذا بالفسخ و نحوه فلا تدل الروايه على عدم تأثير الفسخ في حل العقد كما هو واضح.

و توهم أن الروايه شامله على التصرفات بعد الفسخ و تدل على حرمتها أيضا بإطلاقها فتفيد اللزوم بالدلاله الالتزاميه توهم فاسد لما عرفت من عدم شمولها التصرفات بعد الفسخ لاحتمال كون

الفسخ مملكا كما تقدّم فيكون التمسك بها في التصرفات بعد الفسخ من قبيل التصرف بالمطلق في الفرد المشكوك والحاصل إن كان نظر المصنف في الاستدلال بالرواية بأنه لا يحل تملك مال الغير إلا بإذنه بأن يقدر التملك فقط بعد الحل اي لا يحل تملك مال غيره بالبيع ونحوه إلا بإذنه فالرواية وان كانت تدل على اللزوم ولكنه خلاف الظاهر من الرواية فلا يمكن ان يراد من الحل الحليّ الوضعيّه لمكان خلاف الظهور وان كان النظر بتقدير جميع التصرفات كما هو الظاهر والمناسب بان يراد من الحلّ الحليّ التكليفيّه أي يحرم جميع التصرفات في مال غيره إلا بإذنه.

قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم

أقول قد استدل به على اللزوم غير واحد من المحققين بدعوى أن المراد من الشرط مطلق الالتزام فيشمل الشروط الابتدائية أيضا كالبيع ونحوه.

وفيه أن الاستدلال به على اللزوم ممنوع صغرى وكبرى أما الوجه في منع الصغرى فلانا لو سلمنا إطلاق الشرط على الشروط الابتدائية في كلمات البلغاء والفصحاء كما أطلق في قوله عليه السلام ما الشرط في الحيوان قال (عليه السلام) ثلثه أيام مع أنه يمكن إرجاعه إلى الشرط في ضمن الالتزام الآخر بان يقال أن إمضاء البيع مشروط بكون صاحب الحيوان ذى الخيار الى ثلثه أيام ولكن إطلاق الشرط على البيع ونحوه من الالتزامات يعد في العرف من الأغلاط فإنه لا يقال لمن باع داره أنه شرط داره و كك لا يقال لمن باع ماله أنه شرط ماله وهكذا بل لو أطلقه أحد على أمثال ذلك فيضحك منه وإن كان الإطلاق صحيحا في الواقع و عليه فالرواية منصرفه عن البيع ونحوه

من الالتزامات الابتدائية وقد ناقش المصنف أيضا في صدق الصغرى و أما الوجه في منع الكبرى فلانا لو سلمنا أن الشرط يطلق على الالتزامات الابتدائية أيضا و لكن نمنع وجوب الوفاء بكل شرط فإن الرواية لا دلالة فيها على ذلك لان الظاهر من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم هو الدلالة على الحكم التكليفي بدعوى أنه و ان كان في مقام الإنشاء و جعل الحكم و لكن النكته في إتيان الجملة خبريه لبيان ذلك هي بيان أن مقتضى الايمان هو كون المؤمن عند شرطه و عدم تخلفه عنه نظير قوله (عليه السلام) المؤمن عند عدته أى أن مقتضى الايمان هو أن يفى المؤمن بوعده كما أن مقتضى الايمان أن لا يكذب و قد ورد في باب الكذب أن المؤمن قد يزنى و قد يسرق و لكنه لا يكذب و إنما يفتري الكذب الذين لا يؤمنون بالله و على الإجمال فالرواية الشريفه اخبار عن كون المؤمن عند شرطه و انه لا يتخلف منه و عن وعده لان ايمانه مانع عن التخلف و عليه فتكون راجعه إلى الحكم التكليفي أى يجب لكل مؤمن أن يفى بشرطه و يحرم التخلف عنه فتكون غريبه عن الدلالة على اللزوم كما هو واضح.

و توهم أن الحال كك في أو فوا بالعقود أيضا لأنه خطاب إلى المؤمنين بقوله عز من قائل يا أيها الذين آمنوا أو فوا بالعقود فيكون دالا على الحكم التكليفي توهم فاسد فإنه إنشاء من الأول فليس إنشاء بالجملة خبريه لتكون النكته هي الإشارة إلى عله الحكم نعم مقتض الخطاب إلى المؤمن يقتضى خروج غير المؤمن عن الآيه كما هو كك في بقيه الخطابات و لكن مقتض الاشتراك في التكليف يقتضى التعميم فلا وجه للاختصاص هنا و في بقيه الخطابات كما لا يخفى.

و أنه إذا افترقا وجب البيع

أقول استدل بها المصنف على لزوم البيع و قد أشكل عليه المحقق الخراساني و تبعه غير واحد ممّن تأخر عنه بأنّ المستفيضة ناظره إلى لزوم البيع في نفسه و ليست ناظره إلى لزومه من جميع الجهات كالغبن و العيب فلا تفيد اللزوم و من هنا أن أدله سائر الخيارات لا تكون مخصصة لها.

و قد أجاب شيخنا الأستاذ عن ذلك و نعم ما أجاب و حاصله بتوضيح منا أن الروايات المذكوره انما تدل بإطلاقها على اللزوم بلا-شبهه و ان البيعان انما لهما الخيار في المجلس فقط و إذا افترقا وجب البيع بل نفس تعرض الامام عليه السلام لثبوت خيار الحيوان مع تعرضه لثبوت خيار المجلس كالصريح في دلاله المستفيضة على اللزوم فإنه(عليه السلام)بعد ما بين حكم خيار الحيوان قال في جواب السائل عن الشرط في غير الحيوان بأن البيعان بالخيار ما لم يفترقا و أنه إذا افترقا وجب البيع و أنها لا خيار لهما بعد الرضا فهو كالصريح في دلاله المستفيضة بإطلاقها على اللزوم في خصوص البيع.

و على هذا فتكون أدله سائر الخيارات مخصصة لها و من الغرائب ما افاده المحقق الخراساني من عدم كون أدله سائر الخيارات مخصصه لها.

فتحصل من جميع ما تلوناه عليك أن الأصل في جميع العقود معاوضه كانت أم لا و سواء كانت الملكيه حاصله من الأول أم لا أما إذا كانت الملكيه حاصله من حين العقد و كان فيه تمليك و تملك من الأول بأن حصل شيء لأحد المتعاملين من الأول أم غير معاوضيه

مثل الهبه و نحوها هو اللزوم فتدلّ على لزومها آيه حرمه أكل المال بالباطل الا أن تكون تجاره عن تراض فإنه لو ملك أحد ماله لغيره و لو بعنوان الهبه المجانيه بحيث حصل التمليك و التملك فلا يجوز الرجوع إليه فإنه تملك لمال الغير بدون التجاره عن تراض فهو حرام فلو لم يثبت من الخارج ما يدلّ على جواز الرجوع في الهبه المجانيه لقلنا بعدم جواز الرجوع فيها أيضا بمقتضى الآيه و كك يدل على اللزوم هنا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما هو واضح.

و أما العقود التي لم تحصل الملكيه فيها من الأوّل كعقد السبق و الرمايه و المضاربه و المساقاه فإنه لم يحصل النقل و الانتقال فيها من الأوّل و لا- يحصل لأحد المتعاملين فيها من الأوّل مال فلا تدلّ آيه التجاره فيها على اللزوم من الأوّل لعدم حصول المعاوضه و النقل و الانتقال و التمليك و التملك من الأوّل حتى يكون إرجاعه تملكاً لمال الغير بدون الرضا و لا يكون تجاره عن تراض و انما يحصل النقل و الانتقال بعد تحقق الشرائط كما هو واضح نعم يدلّ على اللزوم هنا أيضا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لتحقيق العقد كما هو واضح.

في عدم جريان الاستصحاب في المقام

قوله و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا أقول قد عرفت أن الاستصحاب لا تجرى في المقام لكونه من الشبهات الحكميه و قد منعنا جريانه فيها في علم الأصول.

قوله و ربما يقال ان مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك عن العين أقول حاصل كلامه أن الظاهر من كلمات بعضهم أنا نشك في أنّ المالك هل انقطع علاقه من ملكه أم لا فنستصحب بقاء علاقه فيكون هذا الاستصحاب حاكما على استصحاب اللزوم و ردّ بأنّه ان

أريد من تلك العلاقة علاقة الملكيه أو ما يتفرّع على الملكيه فهي انقطعت جزماً و ان أريد منها سلطنه إعاده العين فما دام لم ينتقل المال من ملكه الى غيره فتلك السلطنه مقطوعه العدم فإنّه لا معنى لسلطنه الإنسان على اعاده ماله الى ملكه و انما تحصل تلك السلطنه بعد خروجه عن ملكه و من الواضح جدا أنها مشكوكه بعد ذلك فالأصل عدمه.

قوله و ان أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك أقول غرضه ان أريد بها العلاقة التي كانت تحدث في مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار كما يقول الأصل في الهبه بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمه بالتصرف.

ثمّ أجاب عنه أولاً- بأن الدليل أخص من المدعى فإنّه انما يتم في موارد ثبوت خيار المجلس و كلامنا أعم من ذلك و ثانيا يرجع الى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ في ظرف الشك لا الى الاستصحاب.

و ثالثاً أن الاخبار قد تواتر بانقطاع السلطنه و الخيار بعد الافتراق فلا مجال مع ذلك للرجوع الى الاستصحاب ثمّ أمر بالتأمل.

أقول قد عرفت بالكلام في دلاله الأخبار المستفيضة البيعان بالخيار ما لم يفترقا على اللزوم بناء على تماميه إطلاقها كما هو كك كما اختاره المصنف و عليه فلا- وجه للتمسك بها لبيان ارتفاع خيار المجلس فإنّه مع تماميه دلالتها على اللزوم كما لا مجال للتمسك باستصحاب الخيار و كك لا وجه للتمسك باستصحاب اللزوم فإنّه مع وجود الأصل اللفظي لا تصل التوبه الى الأصل العملي الا أن يكون غرضه من

التمسّيك بالاخبار مع الإغماض عن دلالتها على اللزوم من جميع الجهات كما عليه صاحب الكفايه فإنه حينئذ يتم نفى خيار المجلس بها و ثبوت اللزوم فى البيع من جهه خيار المجلس و يبقى العقد مشكوكا من الجهات الأخر فح نتمسك فى إثبات اللزوم للعقد من سائر الجهات باستصحاب اللزوم كما لا يخفى.

و من هنا ظهرت المناقشه فى تمسّيكه بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّهُ مع وجود العموم لا مجال للاستصحاب لا استصحاب اللزوم و لا استصحاب الخيار، و لعله الى ما ذكرناه أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله ثم أنه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه أقول ذكر المصنف أن العلامه ذكر فى المختلف أن المسابقه لازمه أو جائزه بأن الأصل عدم اللزوم و لم يرد من تأخر عنه الا بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل نعم هو حسن فى خصوص المسابقه و شبهه ممّا لا يتضمن تمليكا أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين و محصل مراده أن استصحاب الملكيه إنّما تجرى فيما إذا كانت الملكيه فعليه أى ثابتة حين العقد أى تثبت الملكيه فيما ينشأ العقد و حينئذ كلما شككنا فى جواز العقد و لزومه نستصحب الملكيه و نحكم باللزوم بواسطه الاستصحاب الحكمى فلا مجال ح لدعوى أن الأصل عدم اللزوم بل لا بدّ و أن يقال أن الأصل هو اللزوم لمكان استصحاب الملكيه.

نعم لا بأس بهذا الأصل فى مثل عقد المسابقه حيث لم تثبت فيها الملكيه الفعلية و أنّما الملكيه فيها تقديرية أى تحصل الملكيه لأحد

المتسابقين على تقدير سبقه فى المسابقه فحينئذ يقال أن الأصل عدم اللزوم هنا و ذلك لعدم حصول الملكيه الفعلية حتى نستصحبه فى مورد الشك فى أن العقد جائز أو لازم و نحكم باللزوم بل نتمسك بأصالة عدم اللزوم و نحكم بكون العقد جائزا هذا كله مع قطع النظر عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الا فمقتضاه هو اللزوم.

أقول كأن المصنف لم يبين المسأله على ما حرره فى الأصول من جريان الاستصحاب التعليق مع أن المقام ليس منه بل من قبيل الاستصحاب التنجيزى و ذلك لان ما نحن فيه يشبه القضية الحقيقيه فإن الحكم فيها ثبت على الموضوعات المقدره فعلا و لكن ينتج الحكم فيها بفعليه الموضوع أى كلما وجد الموضوع ثبت عليه الحكم بحيث أن الحكم فيها فعلى و لكن الموضوع تقديرى و كك فى المقام أن الالتزام فعلى و الملتزم به تقديرى فان المتعاملين التزما فعلا على أن كل من سبق فله كذا و ليس الحكم هنا تعليقا كما فى العصور العنبي فإن الحكم بالنجاسه أو الحرمة فيه تعليقى أن إذا على ينجس لا مطلقا فلو كان ينعكس المطلوب لكان أحسن بأن يقول بجريان الاستصحاب هنا و لم يقل بجريانه فى التعليقات فان الحكم هنا كما عرفت فعلى و الملتزم به تقديرى.

نعم لا- نقول بجريان الاستصحاب هنا من جهه عدم جريانه فى الشبهات الحكميه لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب الحكميه لكونه دائما معارضا بأصالة عدم الجعل أو باستصحاب المجعول و لكن مع قطع النظر عن هذا الإشكال فلا محذور فيه كما لا يخفى.

فتحصل أن استصحاب الملكيه جاريه فى عقد المسابقه أيضا

كالبيع فيكون الأصل فيه أيضا هو اللزوم كما أن الأمر كك في البيع فلا وجه للمصنف لاستثنائه خصوصا على مسلكه نعم على مسلكنا من منع الاستصحاب في الشبهات الحكميه فهو لا يجرى فافهم.

قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم إنما

هو في الشك في حكم الشارع باللزوم

أقول حاصل كلامه أن ما تقدّم من التمسك بالعمومات إنما هو في الشبهات الحكميه و أما الشبهات الموضوعيه بأن يقع العقد في الخارج و لا ندري أنه من القسم اللازم أو من القسم الجائز فإنه قلنا بجواز التمسك بالعمومات في الشبهات المصدقيه أيضا لا- بأس بالتمسك بالعمومات في الفرد المردد و الا فلا بد من الرجوع الى الأصل العملي و هو استصحاب الأثر أى الملكيه و يسمى باستصحاب الحكمي.

أقول تاره يكون في موارد الشبهات الموضوعيه أصل موضوعي يقتض الجواز فلا كلام لنا فيه كما إذا وقعت هبه في الخارج فلا ندري أنها من القسم اللازم أو من القسم الجائز بان نشك في كونها على وجه قربي ليدخل تحت قولهم عليهم السلام ما كان لله لا- يرجع أو ليس على وجه قربي ليكون في حق الرجوع فإن الأصل هنا عدم كونه على وجه قربي فيثبت الجواز و كذا إذا شكنا في كونها لذى رحم أو لغيره فنقول ان الأصل عدم كونها لذى رحم فتكون الهبه جائزه و هكذا إذا شكنا في اللزوم و الجواز مع كونه مسبوقا بالخيار فإنه نستصحب الخيار فنحكم بالجواز و في جميع ذلك مقتضى الأصل الموضوعي هو الجواز.

و اخرى يكون في تلك الموارد أصل موضوعي يقتض اللزوم كما

إذا علم بأن العقد الصادر بيع و شك في جعل الخيار فيه فالأصل أنه لم يجعل الخيار فيه فيكون لازماً و هكذا لو شك بعد سقوط خيار المجلس بتفرق هل هنا خيار آخر أم لا فنستصحب عدمه فيحكم باللزوم.

و أنّما الكلام فيما إذا لم يكن فيه أصل موضوعي يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز فهل هنا ما يقتضى اللزوم أو يقتضى الجواز أم لا.

فالتزم المصنف (ره) باللزوم تمسكاً باستصحاب الملكية و لكن جريانه هنا موقوف على جريان الاستصحاب فى الأحكام الإلهية و قد قلنا بعدم جريانه فيها حتى فى الشبهات الموضوعية لابتلائه بأصله عدم الجعل دائماً و لم يحتمل فى حقه البداء حتى يتوهم أنه جعل فى زمان و بداله الخطأ العياذ بالله و نسخه فى زمان آخر بل لو كان مجعولاً فهو مجعول مطلق و الا فلا و على هذا فلا يجرى استصحاب الملكية فى المقام لأننا نشك فى أن الملكية هل جعلت بعد الفسخ أم لا فالتزم بعدم كونها مجعولة بعد الفسخ كما هو واضح لا ستره فيه و كلّما نتأمل فى عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام يزداد لنا وضوحاً.

و على مسلكنا هذا فينحصر الجواب عن هذا الاشكال بما حَقَّقناه فى محلّه من أصله العدم الأزلى و توضيح ذلك انا إذا شكنا فى العقد الذى وقع فى الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول ان الأصل عدم كونه هبه مثلاً ليكون للواهب حق الرجوع و لا يعارض هذا الأصل بأصله عدم كونه من البيع أو الصلح أيضاً و ذلك لأن الأثر أى اللزوم أنّما ترتب على عدم كون العقد هبه لا على إحراز

العناوين الوجوديه من الصلح و البيع فأصاله عدم كونه هبه ينقح موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيكون شاملا عليه أيضا.

و بعبارة اخرى أن مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو لزوم جميع العقود و الخارج عنه ليس الا عناوين وجوديه و إذا نفينا العنوان الوجودى القائم بالعقد الجائز عن الفرد المردد بين كونه من الجائز أو من اللازم بأصل العدم الأزلى و قلنا انه ليس بهبه مثلا يثبت موضوع وجوب الوفاء بالعقد فنحكم له باللزوم كما لا يخفى.

و على الاجمال فعنوان العقدية تحقق بالوجدان و عدم كونه هبه يتحقق بالأصل فيحصل موضوع وجوب الوفاء بالعقود فى الخارج فيحكم بكون الفرد المشكوك من العقد بين الجواز و اللزوم لازما هذا من جملة ثمرات القول بالعدم الأزلى.

و إذا لم نقل بهذا الأصل فلا- أصل يتمسك به لإثبات اللزوم أو الجواز فى الفرد المشكوك و عليه فتكون العين بعد رجوع المالك الأول مرددا بين كونها للمالك الأول على تقدير الهبه و بين كونها للمشتري على تقدير البيع و لا بدّ فى بيان حكم تلك العين فى مرحله الترافع أو فى غير مقام الترافع كما إذا مات المالك للعين بعد نقله الى شخص آخر و شك فى أن ما أوجده بيع أو هبه و فسخت الورثة فإن كان بيعا فيطالب الورثة العين ممّن انتقل اليه الثمن و الا فنطالب نفس العين و هكذا لو نسيا المتبايعان عنوان العقد من الرجوع الى الصلح أو القرعه و الا فلا أصل هنا حتى يبين حالها.

فى بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم

قوله بل يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه أقول جميع ما ذكرناه انما يفيد فى إثبات صفة اللزوم و أما تعيين

العقد بأنه جائز أو لازم حتى يترتب عليه جميع آثار العقد اللازم فلا و عليه فلا بدّ و ان يرجع في أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إليه الا انه فيما لم تلزم مخالفه عمليّه من اجزاء الأصليين مع إجراء أصاله اللزوم و ان كان كلام المصنف مطلقا من هذه الجبهه حيث حكم بالبراءه تاره و بالضمان اخرى و لم يتعرّض لصوره لزوم المخالفه القطعيّه.

و لكن لا- بدّ في فرض لزوم المخالفه القطعيّه من اجراء قواعد العلم الإجمالي مثلا إذا شككنا في كون العقد هبه أو بيعا و لم يتصرف من انتقل اليه العين فيها و ترجع مالك العين و فسخ العقد فإنه ان كان العقد هبه تنفسخ بالفسخ و ترجع العين الى مالکها الأوّل و ان كان بيعا لا يؤثر الفسخ و حيث لا يمكن الرجوع في ضمان المشتري لو كان المحقق بيعا و ضمان الموهوب له على تقدير كون المحقق هبه أن يرجع الى البراءه كما هو ظاهر كلام المصنف بل يحصل العلم الإجمالي بأنه اّمّا أن المالك الأوّل مستحق للعين على تقدير كون العقد هبه أو مستحق للثمن على تقدير كونه عقد فلا بدّ حيثنذ من اجراء قواعد العلم الإجمالي و الا فيلزم من إجراء الأصل مخالفه قطعيّه

القول في أقسام الخيار

اشاره

(في خيار المجلس) قوله قدّس سرّه

الأوّل في خيار المجلس

اشاره

أقول ذكر المصنّف أن الخيارات كثيره و قد أنها ها بعضهم إلى السبعه و بعضهم إلى أزيد من ذلك بل المذكور في اللمعه أربعه عشره مع عدم ذكر بعضها و لكن المناسب جعلها سبعه لأن البقيه تدرج في خيار الشرط و يقع الكلام فعلا في خيار المجلس و إضافته إلى المجلس من جهه الغلبه

ص: ٥٦

كما ذكره المصنف لعدم اختصاص ثبوته بالمجلس بل يثبت في حال قيام المتعاملين أيضا بل لا يختص بالمكان الذي يوقع فيه البيع كما ذكره المصنف بل يثبت هذا الخيار في حال مشيهم أيضا كما إذا تعاملوا في مكان ثم مشيا و لكن لم يفترقا حال المشي فإنه ح أيضا يثبت الخيار.

و بعبارة اخرى أن غايه هذا الخيار و هو الافتراق فما لم يتحقق في الخارج فلا وجه لسقوطه و لو سمي هذا الخيار بخيار الاجتماع كان حسنا موافقا للاخبار، و لا شبهه و لا خلاف في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين بين الإماميه و النصوص به مستفيضه ففي بعضها البيعان بالخيار ما لم يفترقا و في بعضها التاجر بالخيار و أما الموثق الحاكي لقول امام عليه السلام إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب فذكر المصنف أنه اما مطروح و ان كان موثقا لكونه منافيا للضروره و الاخبار المستفيضه أو يحمل على التقيه أو يؤل و لكن الظاهر أنه لا يحتاج على التأويل و لا على الطرح أو الحمل على التقيه بل هو وارد على طبق القاعده و ذلك لان التصفيق هو ضرب احدي اليبدين على الآخر و هو كناية عن اللزوم و بهذا فسر في اللغة و على هذا فقوله (عليه السلام) إذا صفق الرجل على البيع كناية عن إلزام البيع بإسقاط الخيار و من الواضح أن لزوم البيع بإسقاط خيار المجلس موافق القاعده فلا نحتاج الى طرح الموثقه أو تأويلها.

قوله مسأله لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كان اصليين

اشاره

أقول لا شبهه في ثبوته للمتبايعين و للموكلين في الجملة و أنما الكلام في ثبوته لهم على وجه الإطلاق

و يقع الكلام أولا في ثبوته للوكيل

و تفصيل الكلام فيه أن الوكيل على ثلثة أقسام الأول ان يكون وكيلا فى إجراء الصيغه فقط من غير أن يكون له حق التصرف فى جهه من جهات العوضين كما هو المرسوم فى إجراء عقد النكاح و إجراء صيغه البيوع الخطيره كثيرا حيث يوكلون أحدا فى إجراء الصيغه بحيث ليس له شأن من ذلك المعامله إلا ان يكون كلسان الوكيل فقط و لا يكون وكيلا فى أزيد من مجرد كونه آله لإجراء العقد فقط كما هو واضح.

الثانى أن يكون وكيلا- مفوضا فى أمر البيع الى أن يتم و تتحقق المعامله فى الخارج و لا يكون وكيلا بعد ذلك بل ينتهى أمد و كالتة بعد تماميّه البيع و وجوده فى صفحه الوجود كأكثر الدلائل.

الثالث أن يكون وكيلا مفوضا حتى بعد تماميّه البيع بان كان له التصرف فى العوضين و كان مسلّطا على قلبه و انقلابه بأنحاء التصرفات و التقلبات من البيع ثانيا أو الإيجار أو غيرهما من التصرفات الخارجيه و الاعتباريه و هذا كعامل المضاربه فإنّه وكييل مفوض على وجه الإطلاق بعد البيع و قبله و بعبارة اخرى أن يكون وكيلا فى التجاره بأى نحو كان.

أما القسم الأول فظاهر الحدائق ثبوته للوكيلين فى إجراء الصيغه بل يظهر منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقده بمجرد إجرائه العقد فلا يبطل بمنع المالك

و لكن المشهور عدم

ثبوت الخيار له فما اختاره المصنف

و استدل عليه بوجوه

الأول: أن

أدله الخيار منصرفه عن الوكيل فى إجراء الصيغه

لأن المتبادر من النص غيره.

و فيه نمنع الانصراف إذا لا نجد منشأ لذلك فان منشئه ان كان هو الماده فلا شبهه أنها صادقه عليه أيضا لما عرفت فى أول البيع

أن البيع هو مبادله مال بمال فلا شبهه في صدق هذا المفهوم عليه إذ لم يقيد هذا بكون المال للبائع بحيث يكون التبدل بين ماله و مال شخص آخر ضروره عدم اعتباره في مفهوم البيع بوجه أصل و لذا لم يستشكل أحد في صحه بيع الولى مال المولى عليه مع أن المال ليس للبائع و كك في صحه بيع الوقف و بيع ثمرته و كك في صحه بيع الوكيل المفوض مع أن المال في تلك الموارد ليس للبائع و من الضروري أنه لا- يشك أحد في صدق البائع على الأشخاص المتصددين للبيوع المذكوره و على الاجمال لا وجه لدعوى انصراف ماده البيع الى غير الوكيل في إجراء الصيغه.

و ان كان منشأ الانصراف دعوى انصراف هيئه البيع الذى هو الفعل عن الوكيل في إجراء الصيغه ففيه أن الهيئه لا تدل على أزيد من انتساب ماده إلى ذاتها و أما دلالتها على خصوصيه أخرى فلا كما لا يخفى.

الثانى أن حكمه ثبوت خيار المجلس هو إرفاق المالك

لكى يتروى و يلاحظ صلاحه حتى يختار ما هو الأصلح لحاله أو الفسخ أم الإمضاء و من البديهي أن هذه الحكمه غير جاريه في الوكيل المذكور و الحكمه و ان لم تكن مطرده و لكن نعلم بأن جعل هذا الخيار شرعا ليس لمن له اختيار البيع بلا موجب.

و فيه انها لا تزيد عن العله المستنبطه و قد حقق في محله أنها ليست بحجه و إنما هي من القيام الذى يحرم العمل به نعم لو كانت عليه منصوصه لزم العمل بها قطعاً فلا تكون مانعه عن شمول الإطلاقات للوكيل في إجراء الصيغه أيضاً، على أنها غير داريه في جميع الموارد

كما إذا كان إبقاء البيع أصلح لهم بأن باع ما يحازى بدينار بخمسين دينارا مع علم المشتري بالغبن فإنه لا شبهه أن إبقاء البيع على حاله و عدم فسخه أصلح لحال البائع من الفسخ و مع ذلك فله خيار المجلس و على الجملة فلا- وجه لرفع اليد عن المطلقات و عن شمولها للوكيل المذكور بمثل هذه الحكمة العليه نعم لهذه الحكمة وجه فيما كان دليل الخيار هو قاعده نفى الضرر و نحوها كما إذا فرضنا أن دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فإنها تقتضى ثبوته للمالك فقط لا لمجرى الصيغه.

الثالث أن بعض أدله خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان

و كونه مجعولا للبائع

و من الواضح أن خيار الحيوان مجعول للمالك فاتحاد السياق يقتضى أن يكون خيار المجلس أيضا كذلك.

و ليس هذا من باب حمل المطلقات الوارده فى جعل خيار المجلس بلا تقارن بجعل خيار الحيوان على المقيد حتى يقال أنه لا يجرى فى الأحكام الانحلاليه كقوله أكرم العلماء و أكرم زيد العالم لعدم التنافى بل من جهه عدم الإطلاق للأخيار المطلقه لأن الموضوع فيها من كان له خيار الحيوان أعنى المالك و بعبارة أخرى نستكشف من تقارن خيار المجلس بخيار الحيوان أن موضوع خيار المجلس من كان له خيار الحيوان فأى ربط لذلك بحمل المطلق على المقيد.

و فيه أن هذا من العجائب فإنه لا- ربط لخيار الحيوان بخيار المجلس أصلا فإن الموضوع فى خيار الحيوان هو عنوان المالك لقوله (عليه السلام) و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام و موضوع خيار المجلس هو عنوان البيع و أى ربط لأحدهما بالآخر و مجرد ذكرهما فى روايه واحده لا يقتضى

اتحاد الموضوع فهل يتوهم أحد أنه لو ذكر في روايه أن خيار الحيوان ثابت لابن البائع أو أخيه و قد ذكر فيها أيضا البيعان بالخيار فهل يتوهم أن موضوع خيار المجلس أيضا هو ابن البائع باتحاد السياق.

و من هنا ظهر الجواب من قوله مضافا الى أدله سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه فتحصل أنه لا يمكن رفع اليد عن الإطلاقات بمثل هذه الوجوه.

و الرابع ما هو العمده و حاصله أن المستفاد من أدله هذا الخيار

أنه حق و سلطنه

انما ثبت لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الآخر بأن يرجعه الى ملكه و يتملكه جديدا بالفسخ بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه بأن يتصرف فيه كيف يشاء و من الواضح أن الوكيل في إجراء العقد ليس له التسلط على التصرفات فيما انتقل إلى البائع أو المشتري فليس له التسلط على ما انتقل من أحدهما إلى الآخر بأن يرجعه بالفسخ.

و من هنا لا يثبت بأدله خيار المجلس هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج فإنه لا يمكن التمسك بإطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا لإثبات التسلط على إرجاع العين من الشخص الآخر بالفسخ أ لا ترى أنه أو شك المشتري في كون المبيع مَمَّن ينعق عليه لقرابه فلا يجوز أن يتمسك بأدله خيار المجلس لإثبات السِّلْطَنه و كك لو نذر أن يعتقه أو يصرف المبيع في محلّ خاصّ فليس له أن يتمسك لرفع الوجوب و جواز الرجوع بأدله الخيار.

و فيه أن هذا الوجه بظاهره لا يترقّب صدوره من المصنّف لكونه منافيا لمبناه فإنه التزم بكون مورد الخيار هو العقد دون العين

بمعنى أن معنى الخيار هو فسخ العقد لا استرداد العين ابتداء نعم لازم فسخ العقد هو استرجاع العين كما هو واضح.

و أما ما ذكره من الأمثلة فأجبنى عن المقام أما ما ذكره من النذر فان مقتضى الإطلاقات هو ثبوت الخيار حتى فيما كان المبيع منذورا لأن يصرف في مورد خاص غايه الأمر ان اعمال الخيار و إرجاع العين الموجب لانهدام العمل بالنذر فعل محرم فيكون مخالفه لحكم تكليفي و أما عدم ثبوت الخيار هنا و عدم جواز التمسك بالمطلقات فيه فخال عن الوجه.

و أما ما ذكره من مسأله كون المبيع مَمَّن يعتق عليه فأیضا لا محذور في ثبوت الخيار هنا غايه الأمر لا يرد العبد إلى البائع لعدم جواز صيروره الحر عبدا بل يرد بدله اليه و على الجملة فمثل هذه الأمثلة لا تكون مانعه عن التمسك بإطلاق أدله خيار المجلس كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنه استدل المصنف على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه بوجوه قد عرفتها مع جوابها و عمدتها وجهان الأول ما أشار إليه بقوله مضافا الى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه أقول حاصل كلامه أن بعض اخبار خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان كقوله (عليه السلام) في الصحيحه في جواب السائل ما الشرط في الحيوان قال: ثلثه أيام و قال: ما الشرط في غير الحيوان قال (عليه السلام): البيعان بالخيار ما لم يفترقا و هذه الروايه و ان كانت مطلقه و غير مقيده بكون من له الخيار في بيع الحيوان هو

صاحب الحيوان فقط كما أن ثبوت خيار المجلس للبيع أيضا مطلق من غير أن يكون مقيدا بثبوته للمالك أو الموكل أو لهما و لكن ورد في روايه أخرى أيضا معتبره أن صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام حيث ثبت الحكم لخصوص صاحب الحيوان فقط و بحسب القواعد و ان لم يكن بينهما تناف و تعاند ليلزم منه حمل المطلق على المقيد لكون كل منهما مثبتين و لكن نعلم من الخارج علما جزميا أن موضوع الحكم فى كلتا الروايتين هو شىء واحد و أن قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام فى مقام التحديد بمقتضى هذه المقدمه الخارجيه نحمل المطلق على المقيد و نلتزم بثبوت لخصوص المالك و ان كانت الروايه المطلقه مع قطع النظر عن الروايه المقيده تقتض ثبوت خيار الحيوان لمطلق البائع و ان كان غير المالك و على هذا فأتحد السياق يقتضى أن لا يثبت خيار المجلس أيضا لغير المالك.

و فيه أن اختصاص خيار الحيوان لصاحب الحيوان لا يقتض اختصاص خيار المجلس به و الوجه فيه أن البيعان أو المتبايعان و ان استعمالا فى خيارى المجلس و الحيوان فى معنى واحد و لم يختلف المستعمل فيه فيهما و لم يرد منهما المالك بل عنوان المتبايعان بحيث لو كنا و هاتان العبارتان لقلنا بثبوت كلا الخيارين لعنوان البيع و المتبايع و لكن اختلفت الإراده الجديه بالنسبه إلى خيار المجلس و خيار الحيوان حيث أريد من البيعان و المتبايعان المذكورين فى أدله خيار المجلس عنوان البيع و المتبايع الشامل للوكيل و الموكل معا و أريد منهما فى خيار الحيوان المالك و صاحب الحيوان من غير تخلف فى الإراده الاستعماليه، و الدليل على هذا التقييد هو القرينه

الخارجيه حيث علم من الخارج أن قوله (عليه السلام) صاحب الحيوان بالخيار وارد مورد التحديد و أن الموضوع في قوله أنّ البيعان بالخيار في الحيوان الى ثلثه أيام و الشرط فيه هذا هو الموضوع في قوله صاحب الحيوان بالخيار فقها يقيد الحكم بتقيد الموضوع و من الواضح أنه لا بعد في اختلاف الإراده الجديه بالنسبه إلى حكمين الثابتين بعبارته واحده و باستعمال واحده أى بأن يكون الاستعمال في أحدهما على نسق الاستعمال في الآخر و نظير ذلك ما إذا قال الخمر حرام و نجس و يحرم بيعها و إمساكها و جميع التقلب فيها ثم ثبت التقييد في أحدهما و قال يجوز بيعها من الكافر فهل فيه محذور عقلا أو شرعا أو عرفا و كذلك في جميع المقامات و السير في ذلك ما قلنا من جواز اختلاف الإراده الجديه في الحكمين الثابتين على موضوع واحد بحيث يكون في أحدهما مطلقا و فى الآخر مقيدا و يكون الموضوع أيضا مطلقا و مقيدا و يتعدّد الموضوع بذلك الاختلاف و ان كانت الإراده الاستعماليه متحده فى كليهما و ذلك لأن التقييد أنما يثبت من الخارج و على الاجمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه لا- يدل على ثبوت خيار المجلس للمالك فإن قرينه الاختصاص موجوده فى الأول دون الثانى و من هنا ظهر أن خيار الحيوان مختص بالصاحب الحيوان و لم يثبت للمتابعين مع أن خيار المجلس ثابت لهما و ان قلنا بعدم ثبوته للوكيلين فى إجراء الصيغه مع اتحاد السياق يقتضى اختصاص خيار المجلس أيضا بواحد منهما.

على أنه لو كان مقتضى السياق اختصاص خيار المجلس بمن له خيار الحيوان لزم له الالتزام بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل

المفوض أيضا مع أنه لم يستشكل احد حتى هو قدس سره كما سيأتي.

و أما الوجه الثاني فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين

بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الى نفسه

وقد أثبتت أدله الخيار المجلس لمن له هذا الشأن و من الواضح أن الوكيل في إجراء الصيغه ليس له ذلك و لا يجوز له التصرف في شيء من العوضين من قبل الموكل.

و من هنا لو شك البائع أن المبيع هل هو ممن ينعق عليه أو يجب صرفه في نفقه من يجب إنفاقه أو يجب عتقه لنذر و نحوه لا يجوز أن يتمسك بأدله الخيار فيحكم بعدم الوجوب لأن الحكم لا يثبت الموضوع لنفسه و قد عرفت أنها تثبت الخيار في فرض تمكن ذى الخيار من التصرف في المال الذى انتقل إلى ذى الخيار و هذا المعنى موضوع للخيار و مشكوك فيه فلا يمكن إثبات الموضوع بذلك.

و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا.

أما الأصل

مضافا الى أن ما ذكره خلاف ظواهر الأدله أنه مخالف لمسلكه فإنه ذكر في مواضع متعدده من كتابه أن الخيار انما يتعلق بالعقد دون العين الخارجى و لذا لا يدور الخيار وجودا و عدما مدار بقاء العين و عدمه بل يجوز اعماله لذى الخيار حتى مع تلف العين و قد تقدم منه قدس سره في بعض تنبيهات المعاطاه أن الجواز الثابت فيها غير الجواز الثابت في غيرها بالخيار فان متعلق الجواز في المعاطاه هو العين فلكل من المتبايعين رد العين و لذا سقط مع التصرف كما قيل و لكن جواز الفسخ في العقد الخيارى متعلق بالعقد و لذا يبقى مع التلف أيضا. و أيضا ذكر في تعريف الخيار أنه

ملك فسخ العقد و قد كرر ذكر ذلك في خلال كلماته كثيرا فلا وجه لجعل متعلق الخيار هو العوضين.

و أما الفرع

الذى رتبته على الأصل المذكور فقد ظهر جوابه فما ذكرناه فان متعلق الخيار هو العقد فهو لا يرتبط بحكم آخر ثابت للعين المبيعه و لا مساس لأحدهما بالآخر أصلا فله اى لدى الخيار أن يفسخ العقد فى الموارد المذكوره و بعده يتبع فى كل مورد حكمه على ما تقتضيه القواعد الشرعيه فإن كان فيه ما يرفع التكليف المشكوك فيها و الا فلا بد من الامتثال.

مثلا لو اشترى عبدا و شك فى قرابته و أنه هل مّمن ينعق على البائع أم لا فيجوز أن يتمسك بأصالة عدم النسبه بينه و بين العبد و يردّه الى مالكه الأول بعد فسخ العقد و ان علم بكونه مّمن ينعق عليه فحينئذ ينعق بمجرد البيع و بما عرفت أن الفسخ لا يتوقف على بقاء العين و لما عرفت ان الخيار متعلق بالعين فيجوز له الفسخ و يعطى بدل العبد على مالكه و أما إذا كان المبيع مّمن يجب عتقه لنذر فإذا لم يعتقه فعل حراما فهو لا يزاحم و لا يعارض بأدله الخيار لعدم تعلقه بالعين حتى يصح التمانع بينهما و هكذا إذا كان المبيع مّما يجب صرفه فى نفقه من يجب إنفاقه عليه فان فى شىء من المذكورات لا يلزم ما ذكره المصنف فجواز التصرف فى المبيع ليس موضوعات لأدله الخيار أصلا و لا له مساس بأصل الخيار بوجه نعم لو كان الخيار منعلقا بالعين لكان لهذا البحث مجال واسع.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ هنا وجهها آخر و جعله محتمل كلام المصنف و حاصله أن موضوع خيار المجلس هو الذى يكون مالكا لالتزام

نفسه بحيث له أن يقيه و له أن يرفعه بالإقاله إذا رضى الطرف الآخر بذلك و بعد الفراغ عن سلطنه كل من المتبايعين على ذلك يثبت له الخيار و جواز الفسخ فجواز الفسخ لهما متوقف على إمكان الإقاله لهما و حيث ان الوكيل فى إجراء الصيغه ليس له ذلك فإنه لا يقدر على حل العقد بالإقاله فلا يثبت جواز الفسخ بخيار المجلس أيضا.

و فيه أولا- النقص بالنكاح حيث أن الخيار لأجل العيوب المعلومه ثابت فيه و لكن لا تجوز الإقاله للزوجين فلا وجه لجعل ثبوت الخيار متوقفا على جواز الإقاله.

و ثانيا بالحل بان يقال ان كان نظره الى توقف الفسخ بالإقاله حقيقه و أنه لا يؤثر الفسخ فى مورد لا اقاله فيه ففيه أن العقد شىء واحد و أنما حصل بالالتزامين من الطرفين نظير الحبلين المشدود أحدهما بالأخر فإنه صار حبلا واحدا و هذا الشىء الواحد و ان كان فى حصوله متوقفا على التزامين من شخصين و لكن فى مقام الانحلال ينحل بانحلال من الطرفين كما فى الإقاله و من طرف واحد كما فى الفسخ و قد عرفت سابقا ان إمضاء أحدهما العقد لا يستلزم الإمضاء و الالتزام من الطرف الآخر و لكن الفسخ من طرف يستلزم الفسخ من الطرفين لانه لا يبقى مجالا- للوفاء و الوجه فيه أن الفسخ هو الحل و يعبر فى لغه الفارس بكلمه (وا كردن و باز نمودن) و هذا المعنى شىء واحد و معنى بسيط لا يعقل أن يحصل من طرف و لم يحصل من طرف آخر بل إذا تحقق الحل تحقق من الطرفين.

و بالجملة العقد هو الالتزام من الطرفين نظير البيعه و ضم احدى اليدين بالأخرى و هذا لا يتحقق حصولا الا من الطرفين و

لكن انحلاله لا- يتوقف عليهما بل يحصل بحل واحد و قد يكون ذلك هو الإقالة أى المراضاه بالحل من الطرفين و قد يكون بالفسخ و لا- يعقل تحقق من طرف و توقفه على أن يتحقق من الآخر و ليس الفسخ فى طول الإقالة و لا- متوقفا عليها و لا أن بينهما تلازم بل قد يتحقق أحدهما بدون الآخر و قد يجتمعان فى النكاح يتحقق الفسخ دون الإقالة و بعد سقوط جميع الخيارات فى العقود اللازمة يتحقق الإقالة دون الفسخ و فى البيوع الخياريه يمكن الفسخ بكل من الإقالة و الفسخ.

فلا معنى لهذا الوجه أيضا و ان كان نظره الانصراف و ان أدله الخيار منصرفه الى هذا القسم فلا تثبت الخيار لغير ذلك فله وجه و لكن عرفت جوابه من أنه لا منشأ للانصراف أيضا.

و ذكر بعض مشايخنا المحققين من أن الوكيل فى إجراء الصيغه فقط نادر فى باب المعاملات جدا لأنه لا يكون إلا فى غير العربى مع لحاظ صدور البيع عن صيغه لا عن التعاطى لترتيب آثار البيع بالصيغه و على هذا ينصرف دليل الخيار الى غير الوكيل فى إجراء الصيغه لكون ذلك للغير غالبا من حيث الموجود و فيه أولا- أن غلبه الوجود لا- توجب الانصراف و قد اعترف هو بذلك مرارا عديده فى كلماته السابقه و ثانيا أن الوكيل فى إجراء الصيغه و ان كان قليلا بالنسبه إلى غيره و لكنه كثير فى نفسه كما هو المتعارف فى النكاح فان المتعارف فيه كون العاقد غير الزوجين و فى البيع أن التوكيل فى إجراء الصيغه خصوصا فى البيوع الخطيره كثير جدا.

فتحصل أن عمده الوجه لعدم ثبوت الخيار للوكيل في إجراء الصيغه هو ما ذكره المصنف قدس سره من كونه موقوفا على جواز تصرف كل من المتبايعين فيما انتقل اليه و ما ذكره شيخنا الأستاذ من توقف الفسخ على الإقاله و قد عرفت أن ما افاده المصنف لا دليل عليه في نفسه و أنه مخالف لمذهبه و ما افاده الأستاذ مضافا الى عدم الدليل عليه و بطلانه في نفسه و الجواب الحلّي عنه أنّه منقوض بباب النكاح فإنه ثبت الخيار فيه و لم يتوقف على الإقاله لعدم جريانها في النكاح.

ثم أنّ لشيخنا الأستاذ وجه آخر في المقام و حاصله أن أدله الخيار انما أثبتت سلطنه على الفسخ لمن هو مأمور بالوفاء بالعقد و من الواضح أن الوكيل في إجراء الصيغه لم يشمل له دليل الوفاء بالعقد و بعبارة أخرى أن أدله الخيار انما هي مخصّصه لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و حيث أن الآيه لم تشمل الوكيل في إجراء الصيغه و لم يكن هو مأمورا بالوفاء بالعقد فيكون دليل التخصص أيضا غير شامل له.

و فيه أن هذا الوجه لا بأس به بناء على ما ذكره المصنف قدس سره في معنى الوفاء حيث جعل الأمر ظاهرا في الوجوب التكليفي بالذي يدلّ على اللزوم بالدلاله الالتزاميه فإن لقائل أن يقول أن وجوب الوفاء انما هو حكم ثابت على ذمه الملاك أو من يقوم مقامهم و أما الوكيل في مجرّد إجراء الصيغه فليس مأمورا بذلك فإنه من الأوّل لم يجر له التصرف في المبيع و لا في الثمن و كك في حال العقد و بعده فلا معنى لان يقال يحرم عليك التصرف في العوضين ليكون هذا الحكم شاملا لما بعد الفسخ أيضا حتى يتمسك به لإثبات اللزوم.

و أما بناء على ما ذكرناه من دلالة الآيه على لزوم بالمطابقه و كونها إرشادا إلى لزوم العقود من غير أن تدلّ على حكم التكليفى فلا مانع من شمولها على الوكيل فى إجراء الصيغه أيضا فإنه ليس له فسخ العقد بعد إيجاده كما لا يخفى لما عرفت أن الآيه ناظره الى أن كل من أوجد عقدا يجب عليه الوفاء به و من جمله الموجودين للعقد هو الوكيل فى إجراء الصيغه كما هو واضح فهذا الوجه أيضا لا يتم و التحقيق أن يقال أنّ الوكيل فى مجرّد إجراء الصيغه و ان صدق عليه البائع و لكن ما دلّ على ثبوت خيار المجلس أنّما هو ناظر الى ثبوته للبيع الذى كان أو البيع بيده و هو المالك أو من يقوم مقامه و ذلك لأنّ أحلّ الله البيع أنّما هو ناظرا إلى إمضاء البيع فيكون دالا على حليه البيع الصحيح و هو بيع المالك الموكل و من الواضح ان البيع من غير المالك أو من يقوم مقامه غير صحيح من حيث انتسابه الى المالك لا من حيث صدوره من العاقد و الوكيل فى إجراء الصيغه ليس مالكا و لا قائما مقامه فيكون خارجا عن تحت الآيه لأنه لم تمض البيع من حيث جهه الصدور أيضا و هذا لا ينافى صدق البائع على الوكيل فى إجراء الصيغه، و عليه فأدله خيار المجلس أنّما تثبت الخيار للبيع فى البيع الصحيح فلا تكون شامله للوكيل فى إجراء الصيغه.

و ثانيا أن الوجوه المذكوره حتى الوجه الذى ذكرناه و ان لم تتم فى نفسها و لا تكون داله على عدم ثبوت الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه و لكنها توجب عدم تماميه مقدمات التمسك بإطلاق قولهم عليهم السلام البيعان بالخيار.

و توضيح ذلك أن دليل خيار المجلس من قوله (عليه السلام) المتبايعان

بالخيار و قوله البيعان بالخيار أنما يدلّ على ثبوت الخيار لمطلق البيع بالإطلاق دون العموم فان ما يدل على السريان هنا هو المحلى باللام و من الواضح أن دلالة على السريان ليس بالوضع بل بمقدمات الحكمه فالوجه المذكوره توجب الشك في التمسك بالوضع بل و تماميه مقدماته و على الاجمال لا نظمن بشمول أدله خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه فلا أقل من الشك على أنه لو كان مجرد إجراء الصيغه موجه لثبوت الخيار للمجرى لها فكان ثابتا للفضولي أيضا بل أولى مع أنه لم يقل به احد فتحصل أنه لا يكون للوكيل في إجراء الصيغه خيار المجلس.

و أما الوكيل المفوض فلا- شبهه في ثبوت الخيار له لكونه يبع حقيقه و ان أمر البيع بيده نظيره الأولياء للأطفال و المجانين و غيرهما كما لا يخفى و هذا كعامل القراض و نحوه.

و أما الوكيل المفوض في الشراء فقط أو في البيع فقط من غير أن يكون و كيلا مفوضا في مطلق التصرف و لا أن تكون وكالته منحصره في إجراء العقد فقط بل واسطه بين الشقين فذكر المصنف(ره) أن خيار المجلس لا يثبت لهذا القسم من الوكيل أيضا لأننا ذكرنا أن الميزان في ثبوت الخيار هو كون ذى الخيار متمكنا من التصرف فيما انتقل اليه قبل ثبوت حق الفسخ له و من الواضح أن الوكيل في أمر البيع فقط أو أمر الشراء فقط ليس متمكنا من التصرف فيما انتقل إلى البائع المالك أو المشتري المالك لتماويه أمد و كالتة بعد البيع و الشراء فيكون خارجا عن موضوع خيار المجلس و تبعه شيخنا الأستاذ على الوجه الذى تقدم

بيانه فى القسم الأول من الوكالة و لكن عرفت عدم تماميتها بوجه.

و أما بقيه الوجوه لا- تجرى هنا حتى ما ذكرناه من الوجهين لكونه أى هذا القسم من الوكيل بئعا حقيقه فلا- وجه لدعوى الانصراف أو غيره من الوجوه.

و الظاهر هو ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل لأن أمد وكالته و أن كان يتم بتماميه البيع أو الشراء و لكن ثبوت الخيار للمتبايعين لا يدور مدار عنوان الوكالة بقاء بل المناط فى تحقق الخيار هو صدق البيع و من الواضح أن الوكيل المفوض فى البيع أو الشراء بيع و ان خلص أمد وكالته بعد البيع أو الشراء فنتمسك بإطلاق البيعان بالخيار فنحكم بثبوت الخيار له و ان منعه المالك عن الفسخ فكونه وكيلا مفوضا عند البيع أو الشراء و صدق عنوان البيع عليه فى تلك الحاله واسطه لثبوت الخيار له حتى بعد تماميه وكالته.

و أما الفضولين فلا شبهه فى ثبوت خيار المجلس لهما لما عرفت أنه انما ثبت لمن كان البيع مستندا اليه و كان أمر البيع بيده و أنه من لوازم البيع الصحيح و قلنا أن بيع غير المالك ليس بصحيح فان الممضى بقوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** هو جهه انتساب البيع الى المالك لا من حيث صدوره من العاقد و من البديهي أن الفضولى أجنبى عن هذه المزاي و ان صدق عليه عنوان البيع بل هو مجرد إله فى إنشاء البيع كالوكيل فى إجراء الصيغه و أنه كلسان الموكل و الأصيل فلا وجه لثبوت الخيار للفضولين أيضا.

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و عدم ثبوته له و قلنا أنه لا- يثبت للوكيل فى إجراء العقد فقط لأحد الأمرين المتقدمين.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهه في ثبوت الخيار له فإنه لا شبهه في صدق البيع عليه و أن أمر البيع بيده و لا يجرى فيه شيء من الوجوه المانعه عن ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه غير ما ذكره المصنف (ره) من أن مقتضى اقتران خيار المجلس في بعض الروايات بخيار الحيوان يقتضى عدم ثبوت خيار المجلس لغير المالك كما هو الشأن في خيار الحيوان فاتحاد السياق يقتضى أن يثبت خيار المجلس لمن ثبت له خيار الحيوان دون غيره و ان كان وكيلا مفوضا و لا يكون له خيار المجلس بما أنه بائع و أما ثبوته له بما انه وكيل مفوض من قبل المالك و أن جميع أموره في يده حتى أمر المعاملات من الفسخ و الإمضاء فإن ذلك من جهه كونه وكيلا مفوضا لا من جهه كونه بائعا.

و على الجملة فلازم كلام المصنف من تخصيص موضوع خيار المجلس بمن له خيار الحيوان هو عدم ثبوته للوكيل المفوض أيضا بما من المتبايعين و من البيع لا بما هو وكيل من قبل البائع و يفسخ البيع أو يمضه بأمر الموكل و توكيله كما هو واضح.

بعبارة أخرى هذا نقض على المصنف حيث التزم بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل في إجراء الصيغه من جهه اختصاصه بمن له خيار الحيوان و مع ذلك التزم بثبوته للوكيل المفوض مع أنه لم يثبت له خيار الحيوان.

و لكن قد عرفت أن مجرد ذكر خيار الحيوان فيما ذكر فيه خيار المجلس لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات و على الاجمال فلا شبهه في ثبوت هذا الخيار للوكيل المفوض بل هو كالولي فإن معنى الوكاله كما ذكروا تفويض الأمر إلى الوكيل و جعله مسلطا على ما و كل لأجله

نظير السلطنة المجهولة للأولياء غايته أن سلطنه الأولياء من قبل الله تعالى و سلطنه الوكلاء من قبل الموكلين و ليس الأمر كذلك في الوكيل في إجراء الصيغه.

و أما الوكيل في أمر البيع أو الشراء فقط بحيث يكون وكيلا مفوضا في جهة خاصه فقط و ينتهي أمد و كالتة بعد البيع فهو واسطه بين الوكيلين المتقدمين و هو من جهة يشبهه الوكيل في إجراء الصيغه و من جهة يشبهه الوكيل المفوض أما من حيث انه شبيه بالوكيل المفوض من جهة كونه مستقلا في أمر البيع أو الشراء و من حيث أنه شبيه بالوكيل في إجراء الصيغه هو تماميه أمد الخيار بتماميه العقد كما أن الوكيل في إجراء العقد كك و أما الوجوه التي ذكروها في عدم جريان الخيار للوكيل في إجراء الصيغه فبعضها لا يجرى في المقام كدعوى انصراف البيع أو المتبايع عن هذا القسم من الوكيل فإنه بيع حقيقه و أما ما ذكروا من أن جعل الخيار الى خيار المجلس إرفاق للمالك فلا يجرى في حق الوكيل فهو جار في المقام و لكن قد عرفت عدم تماميته و هذا لا يجرى في المفوض بالمعنى الأول فإنه لا بدّ و ان يلاحظ مصلحه المالك و كك يجرى في المقام ما ذكره المصنف من أن هذا الخيار انما جعل لمن يكون قادرا على الرد و الوكيل المجرى للصيغه و كك الوكيل في البيع و الشراء ليس قادرا على رد العين و كك ما ذكره شيخنا الأستاذ من خيار المجلس مجعول لمن يكون قادرا على الإقاله فإن من الواضح أن هذا الوكيل أيضا كالقسم الأول من الوكيل لا يقدر على الإقاله إذا رضى بها الطرف الآخر.

و لكن قد عرفت أن هذا الوجه أيضا لم يتم في القسم الأول

فكيف فى المقام وقد عرفت أن الوجه فى عدم ثبوت هذا الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه فقط هو أحد الأمرين المذكورين و هما أيضا لا يجريان فى المقام و اذن فلا مانع من ثبوت خيار المجلس هنا لا طلاق قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا لأنه لا شبهه فى صدق البيع عليه حدوثا فيكون ذلك موضوعا لثبوت الخيار له حدوثا و بقاء و ان منعه المالك عن اعمال الخيار كما ذكره صاحب الحدائق إذ لم يقيد إطلاق الروايه بكون البيع هو المالك أو باقيا على و كالتة لو كان هو غير المالك.

و على الجملة فكونه وكيلا عند البيع أو الشراء فى أمرهما يوجب صدق البيع عليهما و إذا صدق عليهما البيع فى أن حدوث البيع يثبت الخيار مطلقا سواء زالت الوكالة بعد ذلك التى كانت واسطه لثبوت الخيار له أم بقيت على حالها. و على هذا فليس للمصنف نفي الخيار عن مثل هذا الوكيل أيضا.

و أما ثبوته للموكل فذكر المصنف و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال و الظاهر أن القول بثبوت خيار المجلس للموكل و عدمه لا يتوقف على القول بثبوته للوكيل أصلا فلا نعرف وجهها صحيحا لتعليق المصنف وقوع النزاع فى ثبوت خيار المجلس للموكل أو عدمه بثبوته للوكيل و عدمه بل كل منهما أمر مستقل و بحث خاص لا يرتبط بالآخر و قد يتوهم أن لأدله الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعان أو للبيع منصرفه إلى المالك العاقد فإذا انتفى أحد الجزئين ينتفى موضوع الخيار، و أيضا قيل ان الموكل لو حلف على أن لا يبيع داره مثلا فباعها و كيلها لم يحنث فلو كان يصدق عليه عنوان البائع لحصل الحنث.

و فيه أما دعوى الانصراف فلا وجه له لما ذكرنا أن البائع يصدق على الوكيل في إجراء العقد فكيف لا يصدق بالموكل فلو كان الموكل حاضرا في مجلس العقد و وكل أحدا في إجراء العقد لبيع داره كما هو المتعارف في النكاح و في المعاملات الخطيره حقيقه يصدق أن الموكل باع داره فلا عنايه فيه أصلا و من هنا ظهر ما عن بعض مشايخنا المحققين من استناد الانصراف الى غلبه الوجود.

و أما مسأله عدم الحنث إذا حلف الموكل أن لا يبيع داره فباع و كيله فان كان قصد الموكل حيث الحلف أن لا يبيع مباشره فلا شبهه في عدم حصول الحنث ببيع الوكيل قطعا و ان كان غرضه من ذلك أن لا يبيع على وجه الإطلاق أعم من بيع نفسه و بيع و كيله بان لا يستند اليه البيع أصلا فلا شبهه حينئذ في حصول الحنث بكل واحد من بيع و كيله و بيع نفسه لاستناد البيع الى الموكل حقيقه و ان كان المباشر له هو الوكيل نعم لو حلف مطلقا على أن لا يبيع داره مثلا و كان غافلا عن توكيل شخص آخر في بيع داره أو ناسيا فلا يحث ببيع الوكيل في تلك الحاله و ان كان صدور البيع في حضوره أيضا لأن ظهور الحلف على عدم البيع في العمل الاختيارى ففي هنا غير اختيارى لعدم التفاته بكون الوكيل في البيع و كيلا عنه لغفلته عن ذلك فعدم الحنث من هذه الجهه و الا فصدق عليه البائع حقيقه و ان كان غافلا عن وقوع البيع.

ثم انه لا بدّ و أن يتكلم في ثبوت هذا الخيار و عدمه لأصناف الموكل في مقابل أصناف الوكلاء على الترتيب الذى ذكرناه في ثبوت و عدمه لكل واحد من الوكلاء فنقول ان كان الموكل و كل أحدا في

إجراء الصيغه فهل يثبت له الخيار أم لا فنقول تاره يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد و أخرى لا يكون حاضرين فى مجلس العقد و على الثانى قد يكونان حاضرين فى مجلس واحد حين تحقق العقد بين الموكلين فى مجلس آخر و قد يكونان متفرقين.

أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار للموكلين لاستناد البيع إليهما حقيقه و ان الوكيلان المجريان للعقد ليسا إلا كآله المحضه و كونهما كاللسانين للموكلين و دعوى انصراف أدله الخيار عن المالك غير العاقد و لذا لا يحث لو حلف على عدم البيع ببيع الوكيل قد تقدم جوابهما.

و أما إذا كان الموكلان مجتمعين فى محل آخر غير مجلس العقد بان جمعتهما هيئه اجتماعيه فى محل واحد و كان بين الوكيلين و بينهما و أصل الصوت بحيث علما بوقوع العقد فيصدق عليهما عنوان البيع و لا يعتبر حضورهما فى مجلس العقد كما يظهر من شيخنا الأستاذ و أما الثالث بان لا تجمعهما هيئه اجتماعيه أصلا بل كانا متفرقين حال العقد فلا شبهه حينئذ فى عدم ثبوت الخيار لا للوكيل و لا للموكل أما عدم ثبوته للوكيل فقد تقدم لكونه وكيلا فى إجراء الصيغه فقط و ليس أمر البيع بيده و قد قلنا ان الخيار انما يثبت لمن كان أمر البيع فى يده و الوكيل فى إجراء الصيغه ليس كك.

و أما عدم ثبوته للموكل فلان الخيار انما يثبت للبيعان فى حاله اجتماعهما الى أن يتفرقا و من الواضح انهما متفرقان من الأول فلا يكون ثابتا لهما.

كان الكلام فى ثبوت الخيار للموكل

وقد عرفت أن الوكيل على ثلثة أقسام الأول أن يكون وكيلا فى إجراء الصيغه فقط و حينئذ يكون أمر البيع بتمام المعنى فى يد الموكل و حينئذ قد يكون الموكلين أو أحدهما حاضرا فى مجلس العقد و أخرى لا يكونان حاضرين فى مجلس العقد و على الثانى فتاره تجمعان هيئه اجتماعيه فى مجلس آخر غير مجلس العقد و أخرى لا يجتمعان فى محل واحد بل كانا متفرقين فى الخارج.

أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار للموكلين الحاضرين فى مجلس العقد لاستناد البيع إليهما حقيقه و توهم انصراف البيع عنهما الى المالك العقاد فاسد كما عرفت، كما أن توهم استناد الانصراف إلى ندره الوجود فاسد هنا أيضا و ان قلنا بصحته فى الوكيل فى إجراء الصيغه لأن هذا القسم من الموكل كثير جدا و لا فرق فى ذلك بين كونها ملتفتين بصدور العقد و عدم التفاتهما اليه.

و أما الثانى فهو أن يكون الوكيلان مجتمعين فى مجلس آخر غير مجلس العقد و وصل إليهما أن الوكيلين من قبلكما على إجراء العقد قد أوجدا العقد فإنه ح يثبت لهما الخيار بلا شبهه فإنهما حقيقه متبايعان و يصدق عليهما عنوان البيع أو المتبايع و التاجر الوارده فى الاخبار التى جعلت بهذه العناوين موضوعه لخيار المجلس و دعوى أن ثبوت الخيار لهما مشروط بحضورهما فى مجلس العقد كما عن ظاهر شيخنا الأستاذ لا وجه له فإن الإطلاقات محكمه عليه.

و أما الثالث فهو أن يكونا خارجين عن مجلس العقد و كانا متفرقين فى الخارج فالظاهر أنه لا خيار لهما ح و ذلك فان خيار

المجلس أنما هو مغتيا بغايه و هى الافتراق و من الواضح أن تلك الغايه حاصله هنا من الأوّل فكيف يثبت لهما الخيار ح و هذا لا ينافى صدق البائع عليهما و استناد البيع إليهما فإن مجرد صدق البائع لا- يصحح ثبوت الخيار عليه بل لا بدّ مع ذلك من اجتماعهما فى مجلس واحد.

و بعباره أخرى الافتراق رافع لخيار المجلس حين التحقيق فلا يعقل ثبوت الحكم مع وجود الرافع من الأوّل و الا يلزم التنافى و لا يثبت للوكيل أيضا كما عرفت لكونه وكيلا فى إجراء العقد على هذا الخيار بان فوضا أمره الى الوكيلين ليثبت لهما الخيار عن قبل الموكلين أم لا الظاهر لا فإنه لم يثبت لهما فكيف يؤكلان الغير على ذلك و ان فاقد الشيء لا يكون معطيا له.

و أما الوكيل المفوض من جميع الجهات فهل يثبت معه الخيار للموكل أم لا فهو أيضا على ثلثه أقسام: الأوّل أن يكون الموكلان حاضرين فى مجلس العقد فهذا لا شبهه أيضا فى ثبوت الخيار لهما كما ثبت للوكيلين حينئذ فإنه يصدق عليهما البيع حقيقه كما تقدم فى القسم الأوّل و توهم الانصراف هنا قد تقدم جوابه كما تقدم الجواب أيضا عن انه لو حلف على عدم البيع فبايع الوكيل لم يحنث.

و أما القسم الثانى فهو أن يكون الموكلان فى خارج مجلس العقد و لكن تجمعهما الهيئه الاجتماعيه فى محل واحد و معامل الوكيلان المفوضان فى محل و أخبر الموكلين بصدور العقد فإنه ح حقيقه يصدق عليهما عنوان البيع و المتبايع و التاجر التى هو موضوع

خيار المجلس و لا- وجه لاعتبار حضورهما في مجلس العقد كما عرفت في القسم الأول أما القسم الثالث فهو أن يكون الموكلان خارجين عن مجلس العقد و لم يجتمعا في محل واحد و لم تجمعهما هيئه اجتماعيه في مكان واحد و حينئذ لا يثبت لهما الخيار كما تقدم لتحقق البيع حال التفرق و هذا نظير ما كتب كتابا الى أحد و أنشأ فيه بيع داره مثلا و وصل الكتاب إلى المشتري بعد مده و قلنا بعدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول فقبل المشتري البيع فإنه لا يثبت الخيار في أمثال ذلك فان البيع قد تحقق في حال التفرق فلا يكون لهما الخيار.

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه

بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.

أقول: بناء على ثبوت الخيار للموكل أيضا فإذا كانا الموكلين موجودين في مجلس المعقد مع الموكلين المفوضين فهل المناط في سقوط خيارهما تفرقهما عن مجلس العقد بان يكون ثبوت خيار المجلس دائرا مدار اجتماعهما في مجلس العقد و تفرقهما عنه و إذا تفرقا عنه يسقط الخيار عنهما و عن وكيلهما و الوجه في جعل الميزان في الثبوت الخيار و عدمه هو تفرق الموكلين و عدمه من جهه أنهما اصيلين في المعامله و حقيقه هما بائعان فيكون المناط هو الأصلان.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الوكيلين لأنهما أو جدا المعامله و هما المناطان في ثبوت خيار المجلس و عدمه لأنهما أو جدا البيع و لو عنه و كاله.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الكل فيكفي في بقاء الخيار

بقاء احد الاصيلين مع أحد الوكيلين في مجلس العقد في بقاء خيار المجلس و هذا الوجه الأخير قد قواه المصنف.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن كفايه بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين في المجلس حيث قال آنفاً فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد متنافيان لأنه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر في الابتداء أيضاً لأن استفادته الاجتماع في المجلس أنّما هو من قوله عليه السلام ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرق الموكل ببقاء وكيله في المجلس صدق اجتماعه أيضاً ابتداء و ان لم يكن نفس الموكل حاضراً في المجلس رأساً.

و فيه أن هذا من غرائب الكلام شيخنا الأستاذ فإن اعتبار المصنف حضور الموكلين في مجلس العقد في ثبوت الخيار لهما من جهة عدم تحقق موضوع الخيار بدونه فإنّه أنّما ثبت على الهيئة الاجتماعية و مع انتفائها ينتفى الخيار و ليس غرضه نفى الخيار عن الأصيل مع الوكيل بل من هذا جهة أعم.

و أما الالتزام بثبوت الخيار لكل واحد من الوكيل و الموكل مع بقائهما في مجلس العقد و ان ذهب أحد الوكيلين مع الموكل الآخر بل يكفي وجود الأصيل مع الوكيل الآخر في ثبوت الخيار حدوثاً أيضاً فلا ينافي هذا بالكلام السابق أصلاً فإن ما هو موضوع الخيار متحقق هنا أيضاً أعنى الهيئة الاجتماعية غايه الأمر هو الاجتماع بين الوكيل و الموكل الآخر.

و بعبارة أخرى أن المصنف اعتبر الاجتماع في ثبوت خيار

المجلس ابتداء و استدامه غايه الأمر أن الاجتماع أعم من اجتماع الوكيلين و الموكلين واحد الوكيلين مع أحد الموكلين حدوثا و بقاء.

و ما ذكره المصنف من جعل المناط في سقوط الخيار هو تفرق الكل بحيث يكفي في ثبوت الخيار و بقاءه بقاء الأصل مع وكيل آخر فهو الأقوى و ذلك لأن ظاهر قوله عليه السلام المتبايعان أو البيعان أو التاجر بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوت الخيار الطبيعي البيع و المتبايع و جنسهما من غير اعتبار التقييد في ذلك بان يكون المراد اجتماع الوكيلين معا أو الموكلين كك و عليه فيكفي في ثبوت الخيار وجود الأصل مع الوكيل الآخر حدوثا و بقاء لصدق الطبيعه عليهما بلا شبهه.

كان الكلام في ثبوت خيار المجلس للوكيل و قلنا بعدم ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه و بثبوته للوكيل المفوض في البيع فقط خلافا للمصنف و لشيخنا الأستاذ لاعتبارهما في ثبوت الخيار قدره ذى الخيار مشروط بالتصرف فيما انتقل اليه على سلك المصنف و بقدرته على حل العقد بالإقاله على مسلك شيخنا الأستاذ و الوكيل المفوض في أمر البيع ليس له ذلك و قد تقدم جوابهما و قلنا ان المناط في ثبوت الخيار صدق البيع و هو حاصل و ان تم أمد الوكاله كما تقدم خلافا لصوره السابقه و أما الوكيل المفوض فثبوت الخيار له أوضح من أن يخفى و ان كان فيه شيء بناء على ما ذكره المصنف من تقييد ثبوت خيار المجلس بمن يثبت له خيار الحيوان.

ثم انتقلنا من ذلك الى ثبوت الخيار للموكل و قلنا لا شبهه في ثبوته للموكل الحاضر في مجلس العقد مع كون الوكيل وكيلا في

إجراء العقد و كذا لا- شبهه في ثبوته للموكلين إذا اجتمعا في مجلس غير مجلس العقد فإنه لم يعتبر في ثبوته حضورهما في مجلس العقد كما اعتبره شيخنا الأستاذ نعم إذا كانا متفرقين في الخارج فلا- يثبت لهما الخيار لأن البيع استند إليهما في حال التفرق و لا يثبت للوكيل أيضا لأن المفروض أنه وكيل في إجراء الصيغه فقط.

و أما ثبوت الخيار للموكلين مع كون الوكيل مفوضا سواء كان وكيلا- مفوضا في البيع و الشراء أو وكيلا- مفوضا على وجه الإطلاق، و نفرض الكلام في الوكيل المفوض على وجه الإطلاق و يظهر حكم الوكيل المفوض في خصوص البيع و الشراء من ذلك أيضا.

فنقول لا شبهه في ثبوته للموكلين حينئذ مع حضورهما في مجلس العقد فإنه لا شبهه في صدق التاجر أو المتبايعين أو البيعين على كل منهما و من الواضح أن خيار المجلس ثابت لهما بالأدله الخاصه.

و توهم انصرافها عن ذلك الى المالك المجرى للعقد فاسد كما تقدم و كك تقدم جواب الإشكال بأنه لو حلف أن لا يبيع داره فباع وكيله لم يحث فيعلم من ذلك أنه لا يثبت له الخيار لعدم صدق البائع عليه.

و كذلك لا- شبهه في ثبوته لهما إذا اجتمعا في مجلس آخر غير مجلس العقد بأن جمعتهما الهيئه الاجتماعيه فإنهما أيضا من المتبايعين فيثبت لهما الخيار فلو أخبرهما أحد أن الوكيلين من قبلكما قد أجريا العقد على السلعه الفلانيه و علما بثبوت الخيار لهما فلهما الإمضاء و الفسخ.

و لا وجه أيضا لاعتبار الحضور في مجلس العقد كما يظهر من

شيخنا الأستاذ و أما لو كانا متفرقين فلا يثبت لهما الخيار كما تقدم تفصيله فى القسم الأول و لا يفرق فى ذلك كله بين كون الوكيلان من قبلهما مّفوّضين فى البيع و الشراء فقط أو على وجه الإطلاق أو مختلفين.

و قد بقى الكلام فى أمرين

الأول أنه إذا اجتمع الموكلان و

الوكيلان فى مجلس العقد

فإنه لا شبهه فى ثبوت الخيار لهما كما عرفت و انما الكلام فى انه إذا عمل كل منهما الخيار من الفسخ أو الإمضاء فهل يوجب ذلك لزوم البيع أو انفساخه من قبل الجميع سواء فى ذلك الموكلان و الوكيلان أم لا.

أما الفسخ

فإنه إذا تحقق من أى من الوكيلان أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فإنه يوجب هدم البيع و انفساخه بلا شبهه و الوجه فيه هو ما ذكرناه فى تعريف الخيار من أنه ملك فسخ العقد أو إقراره و قلنا هناك انه فرق بين الفسخ و الإقرار فإن الإمضاء و الالتزام إذا تحقق من طرف واحد سواء كان من طرف المشتري أو من طرف البائع لا يستلزم الإمضاء من طرف الآخر فإنه معنى قائم بالطرفين فيمكن الإقرار و الإثبات من احد الطرفين بان يلزم أن يفسخ العقد و لا يرفع اليد من التزامه و لكن يكون جائزا من الطرف الآخر بأن يكون مختارا فى الفسخ أو الإمضاء.

و هذا بخلاف الفسخ فإنه لا يعقل أن يتحقق فسخ العقد من طرف و بقاءه من طرف آخر بل بمجرد تحققه من أحد الطرفين يفسخ العقد من أصله و هذا الخصوصية فى الفسخ فإنه ليس إلا عبارته عن حلّ العقد و هدمه فلا معنى لان ينحلّ العقد من أحد الطرفين و يبقى من الطرف الآخر كما هو واضح.

و عليه فإذا فسخ أحدهم من الوكيلين أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشتري فينحل البيع من الطرفين و يفسخ من أصله فلا يبقى موقوفا من الطرف الآخر على الفسخ أيضا كما كان لزوم العقد من الطرفين موقوفا على إمضاء كلا الطرفين كما هو واضح.

و أما الإمضاء و إسقاط الخيار

فهل يوجب الإلزام من احد الطرفين الإلزام من الطرف الآخر أيضا كما ذكره المصنف و التزم به أم لا بل يبقى الطرف الآخر باقيا على خياره.

و تنقيح ذلك يحتاج الى تحقيق معنى قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا من أن المراد من البيع هو الطبعه أو أريد منها القضية الحقيقيه.

و قد يقال ان المراد من قوله المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو جنس المتبايع و البيع أى الطبعه الكليه بحيث اثبت الامام عليه السلام الخيار لهذه الطبعه إنما سرت و قد تكون قائمه بفرد واحد و قد تكون قائمه بأفراد عديده و لكن الثابت هو الخيار الواحد فقط القائم بالطبعه و لا يتعدد بتعدد الافراد فكل من سبق من افراد هذه الطبعه إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد كما كان الأمر كك في الانفساخ أيضا غايه الأمر إتيان البيع أو المتبايع بكلمه التشبيه فى قوله (عليه السلام) المتبايعان بالخيار أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا قرينه على أن الثابت للمتبايعين هو خياران أحدهما لطرف البائع و الثانى لطرف المشتري و إطلاق البيعين على البائع و المشتري أو من جهه التغليب كإطلاق الشمسين على القمر و الشمس من باب المشابهه و المشابهه أو من جهه صحه إطلاق البائع

على المشتري حقيقه فإنه بمعنى ترك شىء و أخذ شىء آخر بدله كما فى القاموس و الراغب و أما أن الثابت لكل طرف أيضا متعدّد حسب تعدّد اشخاص هذا الطرف و ذلك الطرف فلا بل ثبت الخيار لصرف الوجود.

و على الاجمال فظهور الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين هو أن هنا خياران قد ثبتا على طبيعين أحدهما قد ثبت على طبيعى البائع و الثانى قد ثبت على طبيعى المشتري و الإتيان بكلمه التثنيه أما من جهه المشاكلة أو من جهه الحقيقه كما تقدّم و هاتان الطبيعتان سواء تعددت افرادهما أو اتحدت لكل منهما خيار واحد فأى من افراد هذه الطبيعه سبق على اعمال الخيار بأن أمضى العقد فسقط الخيار عن الباقيين لأن المفروض أنه كان هنا خيار واحد قائم بهذه الطبيعه فبمجرد اعمال فرد من هذه الطبيعه ذلك الخيار سقط عن الباقيين فإن الطبيعى يحصل بصرف الوجود فقط و كك الكلام فى الطرف الآخر من الطبيعى.

و على هذا فللكلام المصنف مجال واسع حيث قال و ح فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط أخيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه فان ذلك المسأله فيما إذا ثبت للجانيين و هذا فرض من جانب واحد و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

فإنه على هذا قد اتضح الفرق بين هذه المسأله و مسأله تقديم الفاسخ على المجيز فان مورد المسأله الثانيه هو أن يكون

الفسخ أو الإمضاء من أحد طرفي العقد لا- من طرف واحد فقط فإنه لا شبهه ح انه إذا فسخ أحد الطرفين انفسخ العقد من الطرفين و أما إذا أمضى أحدهما دون الآخر لا يكون العقد لازما من الطرفين و هذا هو الفارق بين المسألتين كما لا يخفى.

و لكن الظاهر ليس كك فالظاهر من الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين على سبيل القضييه الحقيقيه كما هو كك فى جعل سائر الأحكام التكليفيه و الوضعيه فإنها جعلت على الموضوعات المقدره المفروضه وجودها و هكذا فى المقام و على هذا فظهور الروايات ان خيار المجلس انما ثبت على كل من صدق عليه المتبايع و البئع و التاجر فكل من صدق عليه شىء من هذا العناوين فله خيار المجلس و عليه فان سبق الوكيل المفوض من جميع الجهات إلى اعمال الخيار بأن أمضى العقد فيكون إمضاء من قبل الموكل أيضا و ان كان لكل منهما خيار مستقل و لكن حيث كان الوكيل و كيلا مفوضا فله أن يفسخ معامله من قبل المالك حتى فيما له خيار المجلس كما إذا حضر مجلس العقد بعد تحقق معامله بين موكله و شخص آخر فان له الفسخ من قبل الموكل فإذا كان الوكيل المفوض الوارد بعد العقد له ذلك فالمفوض الحاضر فى مجلس و الموجد للعقد أو بان يفسخ من قبل الموكل أيضا فيكون إمضاءه استقلالا من قبل نفسه و وكاله من قبل الموكل فيسقط خيارهما معا حتى لو كان غافلا عن ثبوت الخيار للموكل فإن الوكاله ليست من الأمور التى اعتبر فيها قصد الوجه و لذا لو وكل احد شخصا فى معامله و عامل الوكيل تلك معامله بقصد الفضوليه لعدم علمه بالوكاله فإنه ليس للموكل أن يرد تلك معامله و معامله معها

معامله الفضوليه كما لا يخفى.

نعم لو قصد الموكل فى إمضائه العقد و إسقاطه الخيار الحصه الخاصه من الخيار المختص لنفسه أو لموكله فلا يسقط من كليهما و أما فى غير هذه الصوره فيسقط خيار الجميع بإمضاء الوكيل العقد و بهذا يمتاز الوكيل المفوض من جميع الجهات عن الوكيل المفوض فى خصوص البيع و الشراء فقط فإنه ليس له إسقاط الخيار الا من قبله لانه ليس له التصرف فى الأمور الراجعه إلى الموكل فى غير البيع أو الشراء اللذان قد حصلوا و خلصت و كالته.

نعم لو كان الخيار ثابتا لطبيعته البيع و المتبايع لكان هذا القسم من الوكيل المفوض كالمفوض المطلق و نفس الموكل فيما ثبت له الخيار لكونه فردا من طبيعه المتبايع و البيع أيضا.

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه

إلخ

أقول: هذا هو الأمر الثانى و حاصله ان الغايه فى خيار المجلس الثابت للموكلين و الوكيلين معا فى مجلس العقد أى شىء هل هى تفرق الموكلين لكونهما أصلا فى المعامله أو هى تفرق الوكيلين لأنهما السبب فى ثبوت الخيار للموكلين لأنهما أوجدا المعامله أو بتفرق الكل فيكفى بقاء وكيل مع أصيل آخر فى مجلس العقد وجوه كما ذكره المصنف أو المناط فى حصول الغايه هو تفرق واحد منهم أى منهم كان كما احتمله السيد (ره) فى حاشيته وجوه.

و تحقيق الكلام أنه تاره نقول بثبوت الخيار للطبيعه اى طبيعه المتبايعين و البيعين و أخرى نقول أنه حكم انحلالى الى كل ما يصدق عليه عنوان المتبايع و البيع على سبيل القضييه الحقيقيه.

ص: ٨٨

فلا- يرتفع الخيار بتفرّق بعضهم ما لم يتفرّق مجموعهم بان كان فى المجلس من يصدق عليه عنوان المتبايع و طبيعه البيع و يصدق ذلك ببقاء أحد الوكيلين مع الأصيل الآخر بان يبقى فى المجلس أحد الوكيلين من طرف و أحد الاصيلين من طرف آخر و ببقاء الاصيلين و ببقاء الوكيلين و على هذا فكلام المصنف متين و لكن قد عرفت أن اراده الطبيعه من البيع و المتبايع و جعلها موضوع الحكم فى المقام خلاف ظواهر الأدله فإن الظاهر منها أن الخيار ثابت لبيع على نحو القضييه الحقيقيه و المتبايع الذى يكون مفروض الوجود على أنه لو كان المراد من الأدله هو ذلك فلازمه القول بثبوت الخيار للموكل و ان لم يكونا مجتمعين فى مجلس واحد بل متفرقين فى الخارج فإن طبيعى البيع و المتبايع لم يحصل التفرّق فيه و مقتضى الإطلاق أن طبيعى البيع بالخيار ما لم يحصل التفرّق بينهما و من الواضح أن الموكلين أيضا يصدق عليهم طبيعى البيع فيكون لهما الخيار ما لم يحصل التفرّق من الوكيلين الحاضرين فى مجلس العقد و هذا مما لم يلتزم به المصنف و لا أنه ينبغى أن يلزم به احد فيعلم من ذلك أى من عدم التزام المصنف بهذا النقص أنه لم يقل بثبوت الخيار للطبيعه و دعوى أن صدر الروايه و هو ثبوت الخيار للطبيعى البيع معارضه مع ذيله و هو ما لم يفترقا فإنه يصدق على المتفرقين انهم بيع تفرّقوا فلازم الصدر ثبوت الخيار لمن صدق عليه البيع حتى المتفرّقون و لازم الذيل عدم ثبوته للمتفرقين فيعارض الصدر الذيل دعوى جزافيه فإن انتفاء الطبيعه بانتفاء جميع افراده و لكن ثبوتها بثبوت فرد واحد منها.

و على الجملة أن ما التزم به المصنف من كون المناط في التفرق هو تفرق الكل صحيح بناء على ثبوت الخيار للطبيعه و لكنه يلزم بما لم يلتزم به أحد.

و أما على الثاني أعنى ثبوت الخيار على الموضوع المفروض الوجود

الذى عبارته عن القضية الحقيقيه

فإن كان الموكلان مجتمعين في مجلس غير مجلس العقد بان جمعتهما الهيئه الاجتماعيه في مجلس واحد فلا شبهه في أن المناط في التفرق الذى هو غايه للخيار هو تفرق الموكلين عن مجلسهما كما أن المناط في سقوط الخيار عن الوكيلين تفرقهما عن مجلس العقد فلا ربط لتفريق الموكلين بالوكيلين و بالعكس.

و ان كان المجموع من الموكلين و الوكيلين حاضرون في مجلس العقد فالمناط في بقاء الخيار و سقوطه هو تفرق أى منهم و بقاء الآخرين فكل من خرج عن مجلس العقد سقط خياره و كل من بقى في المجلس فهو مختار بشرط أن يكون الباقيين بعضهم من طرف البائع و بعضهم من طرف المشتري.

و بعبارته أخرى أن الخيار ثابت لكل ما يصدق عليه المتبايع أو التاجر أو البيع على نحو الانحلال و الغايه في سقوط ذلك هو التفرق فإذا بقى الوكيلين و خرج الموكلين فالخيار باق بالنسبه إلى الوكيلين و ساقط عن الموكلين و ان كان العكس فالأمر بالعكس و ان اختلف الأمر بأن بقى أحد الوكيلين من طرف مع الأصيل الأخر من طرف آخر و خرج أحد الوكيلين مع أحد الاصيلين فيبقى الخيار في الباقيين و يسقط عن الخارجين.

و الحاصل أنه بناء على الانحلال فكل من صدق عليه البيع من أحد الطرفين مع ما يصدق عليه البيع من الطرف الآخر اجتماعاً في مجلس العقد أى بقيا و ان تفرق غيرهما فهما بالخيار و يسقط الخيار عن المتفرقين لأن الغايه قد حصلت بالنسبه إلى المتفرقين و لكنها بعد لم تحصل بالنسبه إلى الباقيين كما هو واضح. و من هنا ظهر بطلان سائر الوجوه المذكوره فى المقام.

قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين و ان جعلنا

الإجازة كاشفه

أقول: قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه عدم ثبوت الخيار للفضولين و ان صدق عليهما عنوان البائع و المشتري فإنك قد عرفت ان المناط فى ثبوت خيار المجلس للبائع هو كون أمر البيع فى يده و من الواضح أن الفضولين ليسا كك و من هنا ذكر المصنف أنه إذا لم يثبت الخيار للوكيلين الغير المستقلين فى التصرف فعدم ثبوته للفضولين أولى كما لا يخفى و أما دعوى أنه لا يصدق عليهما المتبايع فقد اتضح جوابه مما تقدم و مما ذكره المصنف (ره) من ان البيع هو النقل العرفى و هو موجود هنا فيصدق عليهما المتبايع و أما ثبوته للمالكين فذكر المصنف أن له وجه بعد الإجازة مع حضورهما فى مجلس العقد و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف جديد على ما تقدم توضيحه فى مسأله عقد الفضولى.

و قد أمر شيخنا الأستاذ على عدم ثبوته للمالكين فى المعامله الفضوليه إذا لم يحضرا فى مجلس العقد و حضورهما فى مجلس الإجازة لا يكفى فى ثبوت الخيار لهما لان الانتقال و ان حصل حال الإجازة

ص: ٩١

الا أنه لو احتتمل خصوصيه الاجتماع حال العقد فلا مانع لهذا الاحتمال و إطلاق البيعان بالخيار ليس بصدد البيان من هذه الجهه.

أقول قد عرفت أن قوله عليه السلام البيعان بالخيار حكم انحلالى ثابت لكل من صدق عليه المتبايع مع حضورهما فى مجلس واحد عند العقد حتى صدق البيع و المتبايع عليهما و من الواضح فإذا أجاز المالكن البيع فيستند البيع إليهما و يصدق عليهما عنوان البيع ح فيثبت لهما الخيار لتحقق موضوعه و لا- يفرق فى ذلك بين الكشف و النقل فى ذلك فإنه على كل حال فزمان الإجازة زمان استناد البيع الى المالكن و زمان الاستناد هو زمان صدق البيع عليهما و هو موضوع الخيار فيثبت لهما الخيار حين الإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف استشكل فى إطلاق البيعان بالخيار مع صدق البيع على المالكن هنا لا يقصر عن صدقه على سائر البياعين فلا نعرف الفرق بين المقام و بين سائر الموارد الا من حيث ماده البيع و لا من حيث هيئته.

(فى حكم ثبوت الخيار لشخص واحد من حيث كونه بائعا و مشتريا).

اشاره

قوله مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره أقول قد عرفت حكم ثبوت الخيار للبائع و المشتري فى صورته التعدد سواء كانا وكيلين أو موكلين أو مختلفين، و كك لا- شبهه فى ثبوت الخيار فيما إذا كان المنشئ واحدا و كان الموكلين من البائع و المشتري متعددا و حاضرا فى مجلس العقد فإنه يثبت الخيار لكل منهم ما لم يتفرقا و إنما الإشكال فيما إذا كان شخص واحد و كيلا من قبل كل من البائع و المشتري فإنه لا تعدد فى هذه الصوره من الطرفين و مفروض المسأله على ثلثه أقسام لأن الوكيل المذكور قد يبيع من الموكل لنفسه و قد يبيع

ص: ٩٢

من نفسه لموكله و قد يبيع من احد الموكلين للآخر. و هل يثبت له الخيار ح من كل من الطرفين أولا يثبت الخيار له أصلا و قد وقع الخلاف فى ذلك و الظاهر أن المعروف هو عدم ثبوت الخيار له من الطرفين و ذهب بعضهم الى ثبوته و منهم السيد(ره)فى حاشيته و استدلوا على ثبوته بالإطلاقات الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا أو حتى يفترقا. و من الواضح أن الشخص الواحد يصدق على البائع و المشتري باعتبارين.

و لكن الكلام فى ثبوت المانع عن ذلك فى المقام

و ذكروا وجوها للمانعيه

الأول أن المذكور فى الروايات هو المتبايعان أو البيعان

و من الواضح ان الشخص الواحد لا يصدق عليه الاثنييه فانّ الثنيه فى حكم تكرار المفرد و مجرد صدق العناوين المتعدده على شىء واحد لا يصح إطلاق الثنيه عليه الا باعتبار هذا العنوان الانتزاعى مثلا فيقال ان له عنوانين أو عناوين.

و يمكن الجواب عنه بأن المراد من الروايات المشتمله على ذكر الثنيه هو ثبوت الخيار للبائع بعنوانه و للمشتري بعنوانه فكأنه(عليه السلام) قال البائع بالخيار و المشتري بالخيار ما لم يفترق أحدهما عن الآخر و هذا لا ينافى ثبوته لشخص واحد يكون مجمعا للعنوانين فالنكته فى الإتيان بلفظ الثنيه هى كون الغالب فى البيوع تعدد المتعاملين و كون البائع غير المشتري بداهه عدم موضوعيه الثنيه و الاثنييه فى ثبوت الخيار و عليه فلا مانع من التمسك بالإطلاقات الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين فى المقام أيضا.

الوجه الثانى أن الحكم أعنى الخيار مغيا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغيا بالافتراق

كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و قلنا فى بعض المباحث الأصوليه أن جميع الشروط فى القضايا الشرطيه ترجع الى الموضوع و على كل حال فهذه الغايه مستحيله فى شخص واحد فإنه لا يعقل الافتراق هنا و من الواضح أنه لا معنى لكون الحكم مغيا بغايه مستحيله كما إذا قال أحد أن هذا الحكم ثابت حتى يلزم الدور أو التسلسل أو اجتماع النقيضين أو الضدين، و هذا الوجه هو الظاهر من المصنف.

و فيه أولا ما اجابه السيد نقضا من أن الغايه المذكوره قد تكون مستحيله فى شخصين كما إذا كانا متلاصقين فإنه لا شبهه فى ثبوت الخيار لهما مع أن الافتراق فيه مستحيل أيضا. و هذا النقض لا بأس به و كك يصحّ النقض بما إذا كانا متعددين غير متلاصقين و لكن كان الافتراق مستحيلا عاده كما إذا كانا فى السجن المخلد فإنه لم يتوهم أحد عدم ثبوت الخيار فى أمثال ذلك و عليه فيثبت له الخيار و لا يسقط الا بمسقط غير الافتراق.

و ثانيا بالحل بان يقال ان الحكم و ان كان مستحيل ان يكون مغيا بغايه مستحيله كان يجعل على موضوع معلقا باجتماع النقيضين و لكن المقام ليس كك فإنه لا بأس بأن يكون مغيا بغايه هى المجمع بين الممكن و المستحيل كما إذا كان قال المولى لا تجوز الصلاه فى الثبوت النجس حتى يغسل أو الى أن يغسل و كقوله مثلا لا تجوز أكل المتنجس الى أن يغسل أو حتى يغسل فان الغسل قد يكون مستحيل فى بعض أفراد المتنجس لكونه موجبا لانتفاء العين المغسوله و من الواضح أن الاستحاله فى خصوص فرد لا يوجب بطلان الحكم المجعول إلى

غايه جامعه بين الفرد الممكن و المستحيل و كك في المقام فان الخيار و ان كان مغيبى بغايه و هى الافتراق و لكن هذه الغايه ليست مستحيله دائما بل هى مستحيله فى بعض الافراد كما عرفت فى الفروض المتقدمه فمثل هذا لا يمنع عن جعل الحكم مغيبى بغايه فكما لا يمنع استحاله الغسل فى مثل السّكر و القند و الصنع عن كون الغسل غايه لجواز أكل المتنجس أو لبسه و كك الافتراق المستحيل فى فرد خاص لا يمنع عن جعل ثبوت الخيار للمتبايعين مغيبى بغايه و هى الافتراق و هل يتوهم أحد أنه يجوز أكل السكر المتنجس و الحليب المتنجس من جهه ان استحاله الغسل فيها أوجبت سقوط الحكم بوجوب الغسل نعم فيما كانت الغايه مستحيله من جميع الجهات فلا معنى لكون الحكم مغيبى بتلك الغايه.

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس لشخص واحد الذى كان وكيلا من قبل البائع و المشتري و هو قد يبيع مال نفسه من احد الموكلين أو مشتري من أحدهما لنفسه أو يبيع من أحد الموكلين للآخر و بناء على ثبوت الخيار له لا يسقط الا بمسقط آخر و قد تقدّم أن المانعين عن ثبوت خيار المجلس له من الطرفين تمسكوا بوجوه الأول:

عدم شمول الإطلاقات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين لما نحن فيه فإنّها تدل على ثبوته للمتبايعين و البيعين بحيث يكونان متعددا و الشخص الواحد لا يكون متعددا.

و بعبارة أخرى أن الإطلاقات تدل على ثبوت خيار المجلس للثنيه بحيث يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا و الشخص الواحد و ان كان يصدق عليه عنوان البائع و عنوان المشتري و لكنه لا يصدق

عليه عنوان التثنيه فإنها في حكم تكرار المفرد و المفرد لا يصدق عليه التكرار نعم يصدق عليه العناوين المتعدده.

و فيه أن الإتيان بالتثنيه من جهة الغلبه فإن الغالب أن المتصدى للبيع و الشراء هو شخصان و هذا لا ينافى ثبوت الخيار للشخص الواحد أيضا إذا تصدى للبيع و الشراء بوحده كما يثبت له بقيه أحكام البائع و المشتري و الإتيان بالتثنيه في حكم أن البائع له خيار ما لم يفترق عن المشتري و المشتري له الخيار ما لم يفترق عن البائع و القرينه على هذا هو ثبوت الخيار لكل من البائع و المشتري مستقلا من غير أن يتوقف اعماله على اعمال الطرف الآخر فالإتيان بكلمه التثنيه ليس له موضوعيه أصلا كما هو واضح.

الثاني ما ذكره بعضهم من أن ما يكون غايه للحكم الشرعي لا يمكن أن يكون مستحيلا بل لا بدّ و أن يكون أمرا ممكنا و من الواضح أنّ التفرّق الذي غايه لثبوت الخيار للمتبايعين مستحيل في شخص واحد فلا يكون غايه لثبوت خيار المجلس له فيرتفع الخيار في حقه نعم قد يكون الغايه المستحيله غايه لحكم مستحيل كقوله تعالى حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ، و كقولك لا تقدر على الحركة و سكون معا حتى يجتمع النقيضان و هذا هو الظاهر من كلام المصنف.

و فيه حلا- و نقضا اما النقض فيما ذكره السيّد قدس سرّه من فرض المتبايعين متلاصقين فإنه مع كونهما شخصين يستحيل انفكاك أحدهما عن الآخر فلازم الاشكال المذكور أن لا يثبت الخيار لهما أيضا مع انه بديهى البطلان بل لازم ذلك عدم ثبوت الخيار لشخصين مع استحاله الافتراق بينهما عادة كما إذا كانا في السجن الذي لا يخرجان منه عادة.

و ثانياً بالحل و هو أن الحكم الشرعى و ان لم يكن مغيبى بغايه مستحيله و لكن لا شبهه فى جواز كونه مغيبى بغايه ممكنه و لكن بعض أفرادها ممتنع كما مثلناه كما إذا فرضنا أن الشارع حكم بحرمه أكل المتنجس أو لبسه حتى يغسل فان تلك الغايه ممكنه فى نفسها و لكن قد تكون مستحيله لاستحاله الغسل فى بعض المواد لزوالها بالغسل و هذا لا يوجب ارتفاع حرمه الأكل أو اللبس عن تلك المورد مثلاً.

و هكذا إذا كان ثبوت الحكم للحيوان مغيبى بغايه و هى الطيران فان استحاله فى الإنسان لعدم وجود الجناح له لا يوجب رفع الحكم، و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الافتراق الجامع بين المستحيل و الممكن ممكن و لكن قد استحال ذلك فى بعض أفراد البائع و المشتري و هو ما إذا كانا المتصدى للبيع و الشراء شخص واحد الا انه لا يوجب رفع الحكم الشرعى أعنى الخيار و المجلس الثابت للمتبايعين و البيعين.

الوجه الثالث أن الغايه التى عباره عن الافتراق غير متحقق

فى الشخص الواحد

لا من جهه ما تقدم من عدم جواز كون الحكم الشرعى مغيبى بغايه مستحيله بل من جهه إباء ماده الافتراق عن ذلك و توضيح ذلك أن الروايات الوارده فى إثبات خيار المجلس على طائفتين الأولى ما كان مقيداً بقيد عدمى كقوله (عليه السلام) البيعان بالخيار بما لم يفترقا و الثانيه ما كان مغيبى بغايه و هو قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار حتى يفترقا كما أشرنا إلى هاتين الطائفتين فى مطاوى ما ذكرناه و لا فرق بين هاتين الطائفتين فإن قوله (عليه السلام) حتى يفترقا أيضاً راجع

الى القيد العدمى من حيث المفهوم فان مفهوم حتى يفترقا ان عدم الافتراق شرط فى ثبوت الخيار فتكون كلتا الطائفتين ناظرتين الى اشتراط الموضوع بعدم الافتراق و قهرا يكون الحكم أيضا مقيدا بذلك ثم انّ التقابل بين الافتراق و عدم الافتراق و ان كان هو الإيجاب و السلب كما هو الشأن فى كل عدم مضاف إلى شىء و بدله و ليسا هما كتقابل الافتراق و الاجتماع فإنهما أنّما يكونان فى موضوع قابل فيكون التقابل بينهما هو العدم و الملكة فالتقابل المستفاد من الاخبار الواقع بين الافتراق و عدمه فيكون من تقابل السلب و الإيجاب، و لكن المتفاهم من القضييه السالبه بحسب العرف هو أن الانتفاء أنّما هو بحسب المحمول و ان كانت صادقه فى نظر العقل بانتفاء الموضوع أيضا فإنه إذا قيل انّ فلانا ليس بوسيع الدار أو ليست زوجته جميله أو ليس له ابن يفهم أهل العرف أن له دار غير وسيعه و أن له زوجة غير جميله و أن له زوجة و ليس له ابن لا انه ليس له هذا الأمور أصلا و ان كان ذلك أيضا صادقا و عليه فيكون التقابل بين الافتراق و مقابله من العدم و الملكة.

و على هذا فكلمه عدم الافتراق أنّما تحقّق و تصدق فى مورد يكون قابلا للافتراق و لكن لم يتحقق الافتراق لكى يكون السلب بانتفاء المحمول كما هو مقتضى الفهم العرفى حيثئذ فيكون السلب مساوقا لثبوت الخيار للمتبايعين مع عدم التفرق فى موضوع قابل للتفرق و لو عممنا السلب الى السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صورته السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صورته السلب بانتفاء الموضوع أيضا بحيث يكون التقابل ح بين الافتراق و عدمه هو التقابل فى السلب و الإيجاب و لكن قلنا

هو خلاف المتفاهم العرفي من القضييه السالبه.

و اذن فمحط الروايات و موضعها هو ما كان الافتراق فيه ممكنا مع حفظ الموضوع بحيث يكون الموضوع قابلا له حتى يكون الخيار مع عدم الافتراق ثابتا للمتبايعين فتكون النتيجة ح أن الخيار غير ثابت في صورته اتحاد البائع و المشتري إذ ليس المورد قابلا لتفرق فيكون المورد من باب السلب بانتفاء الموضوع و قد عرفت أنه بعيد عن المتعارف فلا يكون مشمولاً للاخبار نعم لو عممنا مورد الاخبار للسلب بانتفاء الموضوع أيضا لكانت شامله لما نحن فيه أيضا.

و الحاصل أن مورد الاخبار ما يكون التقابل بين الافتراق و عدمه تقابل العدم و الملكه بحيث يكون المتبايعين قابلين لذلك و ما نحن فيه من قبيل السلب و الإيجاب و إذا عممنا الاخبار الى السلب بانتفاء الموضوع أيضا فيكون المقام مشمولاً لهما و لكنه خلاف متفاهم العرف و من هنا ظهر الجواب عن نقض السيد ره فان الشخصين المتلاصقين و ان كانا غير متفرقين و مستحيل افتراقهما و لكن عدم افتراقهما من قبيل العدم و الملكه لكونها بحسب نوعهما قابلين للافتراق و ان كانا لا يقبلان ذلك بحسب التصادف فيكون الخيار ثابتا لهما لكون الأخبار شامله لهما كما عرفت.

نعم لو كان الغرض من ثبوت الخيار للمتبايعين هو التروى حتى يلاحظ كل منهما صلاح نفسه بحيث يكون ذلك هو الحكمه في جعل خيار المجلس لكان لثبوتها لشخص واحد إذا كان و كيلا من الجانبين وجه وجهه و لكن لا دليل على هذا الحكمه و قد تقدم الكلام فيه و لا يمكن رفع اليد بها عن عموم الأدله و إطلاقاتها الداله

على صحة العقود و الإيقاعات فإن مثل ذلك من الوجوه الاستحسانيه التي لا يمكن الاعتماد عليهما.

(مسأله فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس).

اشاره

قوله مسأله قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار أقول

منها من ينعق على أحد المتبايعين

فان المشهور ذهبوا الى سقوط خيار المجلس فى ذلك بل الظاهر من كلام بعضهم انه موضع وفاق و قد استدل عليه بوجوه

الأول أن البيع و الشراء

المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشراء الحقيقيين

بل هما فى الحقيقة عتق فيكون البيع من البائع إيجادا للعتق بصيغه البيع مع الضمان من المشتري و عليه فلا يترتب عليه أحكام البيع أصلا و هذا الوجه هو محتمل كلام المصنف حيث عبر عنه بالملك التقدير و الملك الفرضى فإن الظاهر من ذلك أن ما يوجب حصول الملكيه أعنى البيع منتف.

و فيه أنه لا- وجه للالتزام به و أنه خلاف البدهاه فإنه لما ذا يترتب العتق على قصد المتبايعين الملكيه خصوصا إذا كانا جاهلين بالحكم أو بالموضوع فبأى دليل يحكم بترتب العتق على البيع فإنه و ان كان ممكنا و لكنه لا دليل عليه فإنه لو ترتب العتق على البيع يلزم أن يقع ما لم يقصد و لم يقع ما قصد نعم لو قام الدليل عليه لما كان به بأس كما هو كك فى المعاطاه كما تقدم فإنك قد عرفت ان مقتضى الجمع بين الأدله هو الحكم بالإباحه الشرعيه على ما ذهب اليه بعضهم.

الوجه الثانى ما ذكره المصنف فى آخر كلامه

و حاصله أن

ص: ١٠٠

سقوط الخيار بالتصرف الشامل للإتلاف معللا في أخباره بأنه رضا منه يقتضى بالفحوى والأولويه على عدم ثبوته في المقام لان بيع من ينعق على المشتري إتلاف له من البائع و المشتري له فإذا كان الإتلاف رافعا للخيار بعد ثبوته فبالأخرى أن يكون دافعا له.

و يرد عليه أولا ما اعترف به المصنف قبل كلامه هذا من اختصاص ذلك بصورة العلم منهما و لا يجرى ذلك في فرض الجهل منهما على الحكم و الكبرى أو الجهل بالصغرى و الموضوع.

و ثانيا أن لازم ذلك هو سقوط الخيار من المشتري فإنه أتلّف المبيع و أما البائع فلا وجه لسقوط خياره و اقدمه على البيع في صورته العلم ليس اقداما على التلف عنه بل إقدام على التلف عن المشتري.

و ثالثا أنّ ما سيأتى الكلام فيه من كون التلف بل أدنى التصرف مسقط للخيار انما هو بعد تماميه البيع و النقل و الانتقال لا التلف الذى يلزم من قبل القبول فإنه لا دليل على كونه مسقطا للخيار بل هو مقوم للبيع الذى موضوع الخيار فإنه لا يتقوم بدون القبول.

و بعباره اخرى أنّ التلف بل التصرف و لو كان قليلا و ان كان يوجب سقوط الخيار و لكنه واقع بعد تحقق البيع و حصوله النقل و الانتقال و اما التصرف الحاصل بإيجاد أحد ركنى البيع كما يتحقق هنا بالقبول فلا يوجب سقوط الخيار و عليه فإذا فسخ كل من البائع أو المشتري العقد فيردّ بدل العين التى فى حكم التالف كما هو واضح.

الوجه الثالث أن فى شراء العمودين و ان كان يحصل النقل

و لا انتقال حقيقه الا أنه آنى فلا يقبل الآ العتق

فلا يقبل المورد تعلق

ص: ١٠١

الفسخ و الردّ به فان الحر لا يصير عبدا و على هذا فأدله الخيار تكون منصرفه عن المقام.

و بعبارة أخرى أن منصرف أدله الخيار صورته بقاء العوضين فإذا تلف أحدهما أو كلاهما تلفا حقيقيا أو تلفا حكما و شرعا كالانتقال الى الغير بالبيع و نحوه أو كالتق كفا في المقام خرج المورد عن منصرف الأدله.

و الحاصل أن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين أما بتعلق الحق بهما ابتداء أو كان الحق قائما بالعقد و لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكونا عوضان قائمين.

و فيه أن متعلق الفسخ هو العقد كما تقدم بيانه سابقا دون العين كما هو كك في المعاطاة حيث أنّ معنى تزلزل العقد هو جواز تراد العينين و على هذا فيجوز اعمال الخيار حتى بعد تلف أحد العوضين أو كليهما بحيث لا يكون مستندا الى تصرف أحدهما و عليه فان كانت العين باقية فتسترجع العين و الأ فبديلها و دعوى انصراف الأدله الداله على ثبوت الخيار إلى صورته بقاء العين دعوى جزافية فإنه لا منشأ له بوجه و ان كانت نتيجة فسخ العقد أيضا هو استرجاع العين.

الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين نالفة في ملك

البائع في فرض التلف

بأن يفرض أن المبيع لم يكن منتقلا إلى المشتري أصلا لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن و كان التصرف وقع في ملك البائع و فرض العقد كأن لم يكن مثلا إذا اشترى أحد من البائع

ص: ١٠٢

خبزاً فأكله ثم فسخ العقد فمعناه أن الأكل قد وقع في ملك البائع و عليه فلا يجرى ذلك في شراء الشخص عموديه فإنه بمجرد الاشتراء ينعقد عليه بعد حصول الملكيه له آناً ما و إذا انعتق فلا يمكن أن يفرض بالفسخ كون العتق واقعا في ملك البائع فإن العبد ليس من عمودى البائع حتى ينعقد عليه بل هو من عمودى المشتري فلا يعقل جريان الفسخ هنا أصلاً فلا يجرى خيار المجلس في شراء الشخص عموديه كما هو واضح.

و بالجمله حيث لا يمكن فرض كون العتق في ملك البائع لعدم كون العبد أباً له مثلاً فلا يمكن فرض الفسخ هنا لعدم تحقق معناه الذى كان عبارته عن فرض كون التلف في ملك البائع و إذا لم يجر معنى الفسخ هنا فلا يجرى فيه الخيار أيضاً.

و فيه أولاً أن لا داعى لهذا الفرض فإنه التزام به بلا ملزم و شعر بلا ضروره فلما ذا نفرض كون الفسخ هو فرض تلف المبيع في ملك البائع كما لا يخفى.

و ثانياً لازم ذلك عدم الخيار في صورته التلف الحكمى بأن يبيع المشتري ما اشتراه من البائع الى الثالث فإنه لا يمكن هنا أيضاً فرض كون البيع في ملك البائع فإنه مضافاً الى أنه لا يبيع إلا في ملك لانه وقع في ملك المشتري أن لازم ذلك رجوع الثمن إلى البائع و ليس كك قطعاً فإنه مال للمشتري فلا مساس له بالبائع كما هو واضح و أما في صورته التلف الحقيقى فلا يجرى النقص لا مكان فرض كون التلف في ملك البائع فلا يقاس بالتلف الحكمى مثل البيع و نحوه.

الوجه الخامس ما ذكره صاحب المقاييس

و حاصله أن ثبوت

ص: ١٠٣

الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك أنا ما أو أن الخيار مبنى على البيع و الانعتاق مبنى على ثبوت الملك أو العكس فعلى القول بحصول الخيار و الانعتاق بمجرد البيع أو القول بحصول الملك أو القول بكون الخيار مبنيًا على الملك و الانعتاق على البيع فيقوى القول بعدم الخيار و الوجه فيه أن أخبار العتق النص في مفاده و القول بالرجوع إلى قيمه بعد اعمال الخيار فاسد فإن قيمه بدل للعين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل و لان حق العتق سابق لتعلقه قبل تعلق الخيار فيكون مقدما.

ثم قرب ثبوت الخيار على الوجه الأخر جمعًا بين الحقين و دفعا للمنافاه من البين و عملا- بكلا النصين و الإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين و تنزيلا للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب في أحدهما و العتق بمنزله تلف العين فكما أنه مع ظهور العيب في أحدهما يؤخذ الأرش و في هنا يؤخذ البديل إذ لا- يمكن عود الحر عبدا ثم وجه ثبوت الخيار بأنه يثبت بمجرد العقد و أن العقد عله له كما أن الملك عله للعتق فلمكان عدم الانفكاك بين العله و- المعلول فيتعين القول بثبوت الخيار بمجرد البيع كما هو واضح.

و فيه أنه لا- يترتب ثمر على هذا التشقيق بوجه و لا- طائل تحته أصلا فإنه ان كان المراد من تقدم الخيار على العتق هو التقدم الطبعي فلا فائده فيه.

و ان كان المراد به هو التقدم الزماني فهو خارج عن المقام أما الأول فتوضيح ذلك ان كان البيع متقدما رتبه على الملك و كان

الخيار أيضا مترتبا على البيع فيكون مقدما على الانعتاق رتبه لان الفرض أن الانعتاق انما ترتب على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبه و ترتب الخيار على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبه و ترتب الخيار على الملك و الانعتاق على البيع كان الخيار أيضا متقدما على الانعتاق و ان كان العكس فالانعتاق مقدّم على الخيار رتبه.

و بعبارة أخرى قد يكون الخيار مقدما على الانعتاق رتبه و قد يكون الانعتاق مقدما على الخيار رتبه و على كل حال سواء كان الخيار مقدما على الانعتاق أو الانعتاق مقدما على الخيار فلا- يترتب عليه ثمر أصلا لأننا ذكرنا مرارا في كثير من الأبحاث أن المدار في اجتماع الحكّمين و عدمه و تقدم أحدهما على الآخر و بالعكس هو ملاحظه الاتحاد في الزمان فبمجرد الاختلاف بحسب الرتبه لا يفيدنا بوجه و من الواضح سواء قلنا بتقدم الخيار على الانعتاق رتبه أو بالعكس و على كل حال فموضوع كليهما اعنى البيع و الانعتاق انما تحققا في زمان واحد فيترتب عليهما بالخيار و الانعتاق أيضا في زمان واحد و ان كان ترتب أحد الحكّمين مقدما على الآخر من حيث الرتبه لتقدم موضوع أحدهما على الآخر كك.

و أما على الثاني بأن يكون موضوع أحد الحكّمين مقدما على الآخر من حيث الزمان فيكون أحد الحكّمين أيضا مقدما على الآخر من حيث الزمان كما إذا فرضنا في مورد قد حصل البيع و لم يحصل الملك بعد كما في بيع السلم فان البيع قد حصل عند إجراء الصيغه و لكن الملكيه مشروطه بالقبض و عليه فان قلنا بكون الانعتاق مترتبا على البيع و الخيار مترتبا على الملك فبمجرد تحقق البيع يترتب الانعتاق

على البيع كما إذا كان الثمن عبدا فإنه ينعقد على البائع الذى هو ابنه و عليه فلا يبقى موضوع للخيار أصلا فإنه كان مترتبا على الملكيه و هى لم تحصل بعد و لكن هذا مجرد فرض فإنه لا- دليل على الانعقاد بمجرد البيع كما هو واضح و ان كان الخيار مترتبا على البيع و كان العتق مترتبا على الملك كما هو كك فح لو فسخ ذى الخيار العقد فإنه لا يبقى موضوع للانعقاد و هذا الفرض صحيح و لكن كلام صاحب المقابس فى البيع المتعارف لا فى البيع السلم و قد ذكرناه من أن الفرض خارج عن مورد كلامه على ان مفروض الكلام هو اجتماع الخيار و الانعقاد فى محل واحد و ملاحظه دليلهما و تقدم أحدهما على الآخر لا نصيه و فى المقام لم يجتمعا فى آن واحد بل كان الخيار مقدما على العتق موضوعا و كان ثبوته أيضا مقدما عليه فأعماله لا يبقى مجالاً- للعتق فضلا عن الاجتماع و على كل حال لم نتحصل من كلامه و تشقيقه ما يفيدنا بوجه أصلا و على الجملة لم نعرف وجهها صحيحا و فائده لما تشققه و قسمه الى شقوق و أقسام و الحق أنه لا وجه لسقوط الخيار هنا لما ذكرناه من تعلق الفسخ بالعقد دون العين كما اعترف به صاحب المقابيس أخيرا فيكون ذلك مثل الأرش.

قوله و منها العبد المسلم المشتري من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر المسلم اختيارا أقول من جملة الموارد التى ذكر عدم ثبوت الخيار فيها هو بيع العبد المسلم من الكافر جبرا فإنه لا خيار للبائع و ح و الأ يلزم أن يكون مثل الأول، و قد يقال فى وجه ذلك أن هذا ليس ببيع أصلا بل هو صورته بيع نظير الوجه الأول الذى تقدم فى بيع العبد مّمن ينعقد عليه فكأن هذا شىء لاستخلاص

العبد المسلم من الكافر و إعطاء ثمنه إياه من أى شىء كان من بيت المال و نحوه.

و الحاصل أن خيار المجلس أنّما ثبت فى البيع للمتبايعين فبيع العبد المسلم من الكافر ليس بيعا لكى يثبت فيه الخيار بل هو استنقاذ له من الكافر و إعطاء بدله إياه بأى نحو كان فلا يثبت ح خيار المجلس كما هو واضح كما أن فى المسأله الأولى كان بيع العبد مّمن ينعقد عليه صورته بيع لكونه فى المواقع إنشاء لصيغه العتق كما لا يخفى.

هذا و ان كان ممكنا و لكنّه خلاف ظواهر الأدله فإن قوله (عليه السلام) فى عبد المسلم عند مولاه الكافر قال بيع مّمن ينعقد عليه أن الظاهر منه أنه يباع عليه حقيقه لا أنه يستنقذ منه و يعطى عليه قيمته كما توهم.

و قد يقال بأنّ ثبوت الخيار للبائع الكافر إثبات سبيل له على المؤمن و هو منفى بنصّ الآيه الشريفه هنا فلا يثبت خيار المجلس فى مثل هذا البيع.

و لكنك قد عرفت فى شرائط العوضين من الآيه لا دلالة فيها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم فان مجرد التملك ليس سبيلا- و أنّما السبيل هو بقاء العبد تحت سلطنه الكافر و أما إذا ملكه ثم اجبر بالبيع فلا سبيل فيه و على تقدير دلالتها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم أنّما هو فى الملك الابتدائى بأن يشتري عبدا مسلما من شخص و أمّا الملك الاستمرارى فلا يكون مشمولاً للآيه بأن يبيع ما عنده من العبد ثم يرجعه الى ملكه بالفسخ و هذا و ان كان نحوا

من التملك و لكنه ليس مشمولاً للآيه و ذلك فقد عرفت مرارا أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و يرفع الالتزام الحاصل من المتبايعين و يترتب عليه استرداد العين ان كانت باقيه و ردّ البدل ان كانت العين تالفه و عليه فرد العين الى ملكه ليس تملكاً جديداً كالتملك الابتدائي بل هي مملوكة للمولى بعين الملكيه السابقه غايه الأمر قد كانت منقطعه بالبيع و ممنوعاً عنه به و قد ارتفع المانع بالفسخ و رجع الى حاله الاولى و صار أيضاً مملوكاً لمولاه بالملكيه الأوليه كما هو واضح و من هنا قال الشافعي أن الزائل العائد كأنه لم يزل و ما ذكره موافق للاعتبار و ان لم يكن عليه دليل و على هذا فلا مانع من ثبوت الخيار هنا فإذا أعمل الكافر خياره و فسخ العقد و أرجع العبد الى ملكه ثم يجبر على البيع أيضاً و على الجملة لا نعرف وجهاً لسقوط الخيار هنا فلا يكون هذا المورد من المستثنيات كما لا يخفى لإطلاق أدله الخيارات.

و قد يقال أن رجوع العين بالفسخ الى ملك الكافر ثانياً أيضاً مثل التملك الابتدائي فيكون سبيلاً للكافر على المؤمن فلا يجوز فلا يرجع العبد المسلم الذي بيع على الكافر اليه ثانياً بالفسخ أيضاً. و قد ظهر جوابه ممّا تقدم فان الفسخ ليس من المملكات ليكون إرجاع العين به تملكاً جديداً بل هو يرفع المانع عن استمرار الملك الأول.

و على تقدير صحه هذا الوجه مع القول بثبوت الخيار للكافر أيضاً كما هو مقتضى الوجه الأول لإطلاق أدله خيار المجلس فلا بدّ من الالتزام بثبوت الخيار و عدم رجوع العبد الى ملك الكافر ثانياً بل يرجع اليه بدله و الحاصل أن ضم الوجه الثاني بالوجه الأول ينتج ان الكافر البائع له الخيار و لكن لا يرتب على فسخه إرجاع العين

أعنى العبد بل إرجاع بدله. و الحق أن هذا أيضا ليس من المستثنيات كالمورد السابق بل أدله خيار المجلس في كلا الموردین محكمه.

و على الجملة فإننا نقول بعدم ثبوت الخيار أصلا فهو مناف لأدله الخيار أو نقول بثبوتة و لكن لا يترتب على أعماله إلا رد البدل فقط حفظا لكلا الوجهين و جمعا بينهما فان الفسخ لم يتعلّق برّد العين حتى لا يمكن الجمع بين الوجهين بل تعلق بالعقد و هو فى الحقيقه يرفع الالتزام العقدى كما لا يخفى.

قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه

فانّ الظاهر عدم الخيار فيه أقول قد ذكروا من جمله موارد سقوط خيار المجلس شراء العبد نفسه من سيّده فإنّه بناء على جوازه كما هو الظاهر لا يثبت له الخيار لعدم شمول أدله الخيار له.

و الوجه فى ذلك الفارق بين هذا و بين بيع العبد على من ينعقد عليه هو أن المانع هناك انما هو الشرع فإن الإنسان لا يملك عموديه شرعا و لذا يملك آن ما لتصحيح موضوع العتق ثم ينعقد عليه بحيث لو لم يكن هنا مانع شرعى لملكه دائما و لكن لمانع شرعى ينعقد على المشتري الاّ أنه ينعقد البيع و لا يمنع ذلك عن انعقاده و بقانون حكم المعاوضات إذا عمل البائع الخيار فيرجع الى البدل كما أنه لو كان فيه عيب فيرجع المشتري الى الأرش و هذا بخلاف ما نحن فيه فان المانع هنا عقلى بداهه أن المولى أنّما هو مالك للعبد بالإضافة الاعتبارية كملكه لبقية أمواله ملكية اعتبارية و إذا ارتفع هذا الاعتبار فيكون العبد مالكا لنفسه و كذا لجميع أفعاله و أعماله ملكية ذاتية

بحيث لا يكون لأحد التسلط عليه و هذا عين الحريه و ليس شيئا آخر ورائه و مع هذا لا معنى لاعتبار ملكيته على نفسه لكونه لغوا محضا كما أن اعتبار الملكيه لكل أحد على نفسه أو على أعماله و ذممه لغو لوجود إضافه الملكيه فى جميع ذلك ملكيه ذاتيه و السلطنه الحقيقيه من غير أن تقارنها سلطنه اعتباريه أصلا و هذه السلطنه هى التى أشار إليها عزّ من قائل لا أملك إلا نَفْسِي وَ أَخِي و عليه فلا- معنى فى هذه الصوره شراء العبد نفسه بل هو صوره بيع و أنما حقيقته العتق فيكون ذلك نظير العبد المكاتب فإنه ليس إلا عتقا و إطلاق البيع أنما هو بالمشابهه و المشاكلة كما لا يخفى.

بل نظير ذلك موجود فى هذا الزمان أيضا فإنه إذا كان شخص محكوما بالأعدام فى المحكمه الاختصاصيه و أعطى مالا و نجى عن القتل فإنه يقال انه اشترى نفسه ممن كان حاكما على قتله و كك المقام و عليه فلا معنى لحصول البيع من الأوّل أبدا حتى أنا ما فإنه لا يقاس بالمانع الشرعى فإنه قلنا هناك بحصول الملكيه أنا ما بمقتضى الجميع بين الأدله الشرعيّه و هذا بخلاف المقام فان المانع عقلى فهو مانع من الأوّل.

و الا فلو كانت الملكيه حاصله أنا ما لم يكن وجه للسقوط بل كان باقيا إلى الأبد لعدم الدليل عليه و على هذا فليس المقام من المستثنيات حتى موضوعا لعدم كونه يباع أصلا كما لا يخفى.

أقول الظاهر أنه لا- مانع من الالتزام بصحة البيع هنا فإن الشأن هنا هو الشأن فى أعمال الإنسان و الكلى فى الذمه فإنه يصح أن يشتري و يبيع ما فى ذمته للغير و من الغير غايه الأمر تبدل

الملكيه الاعتباريه بالملكيه الحقيقيه لكونه لغوا و اما عدم جواز بيع نفسه فمن جهه ما دلّ على حرمه بيع الحر فيصح بيع المولى عبده من نفسه بالملكيه الاعتباريه و بعد الشراء يكون العبد مالكا بالملكيه الذاتيه كما انه مالك لعمله و فعله و ذمته كك.

قوله و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا في شده الحر ففي الخيار إشكال أقول قد وجه المصنف بان هذا لعله من جهه احتمال اعتبار قابليه العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار الا انه لا يوجب رفع اليد عن إطلاق أدله الخيار فإنه لم يؤخذ فيها كون المبيع قابلا للبقاء و عليه فلا بأس بالحكم لثبوت الخيار بعد التلف أيضا غايه الأمر أنه إذا تحقق الفسخ فينتقل المبيع الى البدل كما هو قانون المعاوضه و لذا ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد ان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به إذا ثبت قبله على أنه لو كان عدم كون العين قابله للبقاء لزم منه ما لم يلتزم به أحد من المتفقه فضلا عن الفقيه و هو إذا كانت العاده جاريه بعدم بقاء المبيع أزيد من ساعه أو نصف ساعه كالمأكولات و المشروبات بل في غير ذلك أيضا إذا علم المتبايعان بعدم بقاء المبيع الا زمانا قليلا- فإن المشتري بمجرد الشراء يبيعه من غيره كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد بل و لا يمكن الالتزام به فلا مناص من القول بثبوت الخيار لإطلاق الأدله و لكن تنتقل العين بعد الفسخ الى البدل.

و قد أشار شيخنا الأستاذ على ثبوت الخيار هنا و حاصله أن خيار المجلس انما يثبت فيما لم يكن بناء المتعاقدين على الاعتراض عن العوضين و مع علمهما بخروج المال عن الماليه بمجرد البيع اما حقيقه

أو شرعا فقد أقدم على ذهاب مالهما و من الواضح أن في بيع العبد ممن ينعقد عليه أو في شراء العبد نفسه أو في بيع الجمد في شدة الحر قد علما المتبايعان بأن المبيع تتلف غايه الأمر أن التلف في الأولين شرعى و في الأخير مستند الى الحر فالتلف عادى و على كل حال فلا يثبت الخيار فى أمثال ذلك.

و فيه أولا أن أدله الخيار غير مقيده بما ذكر بل هى تدل على ثبوت الخيار على وجه الإطلاق.

و ثانيا أن متعلق الخيار و الفسخ هو العقد فهذا لا يتوقف على البناء على اعراض المتبايعين عن العوضين و عدم اعراضهما عنهما.

و ثالثا فلازم كلامه عدم ثبوت الخيار فيما جرت العاده بتلف المبيع أو علما بذلك بعد ساعه أو ساعتين كما إذا كان المبيع طعاما كالخبز و نحوه فان من يشتري الخبز فيأكله بعد زمان قليل فالبائع يعلم ذلك و كك أمثاله و لم يتوهم أحد سقوط الخيار هنا كما لا يخفى.

و على كل فلا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره العلامة(ره) من عدم ثبوت الخيار فى بيع الجمد و نحوه.

قوله مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى

اشاره

البيع عند علمائنا

أقول لا- شبهه أن مورد خيار المجلس انما هو البيع لاختصاص الأدله به فلا يجرى فى غيره و لكن ذكر الشيخ(ره) فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال و أما الوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى و مراده من الخيارين

ص: ١١٢

هو خيار المجلس و الشرط و حكي نحوه عن القاضى و لكن لا نعرف وجهها لثبوت الخيار هنا و من هنا ذكر العلامة فى التذكرة أن الخيار فى أمثال هذه العقود أبدى، و احتمال فى الدروس من أن يراد من الخيار هنا عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل فى هذا العقود كما ذكره المصنف لا الموجب إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك عن التصرف فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار.

و الذى ينبغى أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلو اما

لازمه أو جائزه

أما الأولى

ان كان لثبوت الخيار فيها معنى وجيه فإنها عقود لازمه فليس لأحد المتعاملين فسخها فإذا ثبت الخيار لهما يتمكن كل منهما من الفسخ و لكنه الدليل فى مقام الإثبات قاصر فإن دليل ثبوت خيار المجلس هو المطلقات الداله على أن البيعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا و من الواضح أن هذه الأدله مختصه بالبيع فلا تشمل غيره.

و أما العقود الجائزه

فهى جائزه بطبعها كما ذكره العلامة فلا- وجه لثبوت الجواز فيها ثانيا فجعل الخيار فيها لغو محض فإنه مضافا الى أنها فى مقام الإثبات لا دليل عليه لما عرفت من اختصاص الأدله بالبيع ففى مقام الثبوت أيضا غير معقول فإنه بعد كون الشىء جائزا بطبعه و ذاته لا- معنى لثبوت الخيار له ثانيا فإنه لغو محض و دعوى أن الثابت بالعرض هو الحق و الثابت بالذات دعوى جزافيه فإنه سواء كان هنا أمر عرضى يكون من قبيل الحق أم لا فان الواهب له

ص: ١١٣

أن يفسخ العقد و له الإبقاء ففي هذه الجهة لا ثمره و اما من جهة إسقاط الخيار و حق الفسخ فهو لا يسقط و لو أسقطه ألف مره و معه أى فائده فى ثبوت الخيار و بالجملة انا لا نعقل بمعنى لثبوت الخيار فى العقود الجائزه لأنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات.

و أما ما ذكره فى المبسوط فاما نحمله على ما ذكره المصنف(ره) من اشتراطها فى ضمن معامله فإنها ح تكون لازمه و لكن إذا فسخ أصل معامله بخيار المجلس مثلا كالبيع أو بخيار الشرط كمطلق العقود اللازمه التى اشترط فيها لزوم عقد جائز فتكون تلك العقود الجائزه التى الشرط لزومها فيها أيضا جائزه أى ترجع الى الحال الاوليّه.

و أما نقول لا نفهم معن كلامه و اما يحمل على سهو القلم.

(مبدء هذا الخيار من حين العقد).

اشاره

قوله مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول وقع الكلام فى أن خيار المجلس مختص ببعض افراد البيع أو يجرى فى جميعها فعلى القول بوجوب التقابض فى الصرف فلجريان الخيار فائده واضحه و على القول بالعدم فالظاهر أنه لا ثمره للخيار و من هنا

فلا بد من

التكلم فى المقامين

الأول فى وجوب التقابض فى الصرف و الثانى فى ثبوت الخيار و عدمه.

أما المقام الأول فى وجوب التقابض فى الصرف

فقد استدل عليه بوجوه الأول بقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بدعوى أن الوفاء بالعقد واجب فعدم الإقباض مخالف للوفاء بالعقد فيجب الإقباض لذلك و هذا هو العمده فى المقام.

و فيه أولا قد ذكرنا سابقا أن معنى الوفاء هو الإنهاء و الإتمام

فالأمر بذلك إرشاد الى أن هذا الالتزام الحاصل بين المتبايعين لا ينحد ولا ينعدم فيدل على اللزوم بالمطابقه كما تقدم فلا دلالة فيه على الوجوب التكليفي حتى يدل على وجوب المتقابض تكليفا.

و بعبارة اخرى أن وجوب التقابض على القول به وجوب تكليفي فالايه الشريفه إرشاد إلى لزوم العقد فلا تدل على ذلك.

و ثانيا:على القول بكون وجوب الوفاء تكليفا ولكنه انما يفيد إذا ترتب عليه أثر فأى أثر يترتب على بيع الصرف و السلم قبل التقابض فإن أثر البيع هو الملكيه و هى بعد لم تحصل و على هذا فيبيع الصرف و السلم خارجا عن حدود وجوب الوفاء تكليفا و عليه فلا يدل على وجوب التقابض كما لا يخفى.

و ثالثا:على القول بترتب الأثر أيضا فالعقد هنا لم يتم فإنه انما يتم إذا كان موجبا لحصول الملكيه و من الواضح أنه موقوف على التقابض و هو بعد لم يحصل فلا يكون العقد حاصلًا.

و بعبارة اخرى العقد هو الالتزام الحاصل من الطرفين بان التزم كل منهما بأن يكون ماله للآخر فى مقابل مال الآخر و هذا المعنى بعد لم يحصل فكيف يكون هذا واجب الوفاء كما لا يخفى.

و اما وجوب التقابض فى بقيه فليس من جهه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل من جهه حرمة التصرف فى مال غيره بدون اذنه فان كل من العوضين صار مالا للآخر فلا بد من دفعه الى صاحبه و أما فى بيع الصرف و السلم فليس كك.

الوجه الثانى ما ذكره العلامة من أو وجوب التقابض فى

الصرف و السلم من جهه شباهه ذلك بالربا

فإنه مع التأخير يكون

الأجل أيضا قسطا من الثمن فيكون زائدا على الثمن تقريبا فيشبه الربا.

و فيه أن هذا الوجه عجيب من العلامه بل هو شبيه بالوجه التي تذكر في كتب العامه فإنه يرد عليه أولا: أن الدليل أخص من المدعى حيث ان ذلك لو تم انما يتم فيما إذا كان العوضين كلاهما من جنس واحد و أما لو كان أحدهما ذهباً و الآخر فضه فلا يلزم ذلك.

و ثانيا أيضا ذلك أى كون الدليل أخص من المدعى أن هذا انما يتم فى الطرف الذى لم يقبض بعد لا من الطرفين حتى من طرف من أقبضه كما لا يخفى.

و ثالثا: أن الشبيه بالربا ليس بحرام ما لم يكن بنفسه ربا و الا يلزم أن يكون كل ما يكون شبيها بالحرام حراما فالخمر حرام و لكن للشبيه بالخمر ليس بحرام و الزنا حرام و الشبيه بالزنا ليس بحرام و هكذا فان دليل الحرمة لا يدل الا على حرمة الشئ بنفسه لا على حرمة مشابهاه.

الوجه الثالث الاخبار الوارد فى بيع الصرف و السلم

الظاهره فى وجوب التقابض فى المجلس كقوله عليه السلام (1) و ان نزى حائطا فانز معه و كذلك غيره من الاخبار كقوله (عليه السلام) يدا بيد، فيعلم من ذلك أن التقابض فى المجلس واجب و الا لم يقل عليه السلام فان نزى حائطا فانز معه فكأن وجوب تعقيب أحدهما الآخر من جهة التقابض

ص: ١١٤

لا من جهه وجوب النزو فى نفسه.

و فبه أن الأمر بالنز و إرشاد إلى اعتبار الاجتماع فى المجلس و أنه يبطل العقد بدونه قبل القبض و الا لكان النزو على الحائظ واجبا مع أنه لم يتوهم أحد ذلك فيعلم أن ذلك إرشاد إلى انحلال العقد بالترقق قبل التقابض و أن من يريد بقاء العقد و عدم بطلانه فلا بد و أن يصاحب رفيقه حتى لو نرى هو على الحائظ فينزو صاحبه عليه أيضا فيدل الحديث على مبطله التفرق قبل القبض.

و أما المقام الثانى أعنى ثبوت الخيار فى بيع الصرف و السلم

فيقع الكلام هنا أيضا فى مقامين الأول فى مقام الثبوت و الثانى فى مقام الإثبات

أما المقام الأول فى مقام الثبوت

فقد ذكر المصنف أنه بناء على القول بوجوب التقابض فى المجلس تكليفا فأثر الخيار واضح فإنه بعد أعمال الخيار لا يبقى مجال لوجوب التقابض فإنه لا يبقى مجال لذلك.

و أما على القول بعدم وجوب التقابض فى المجلس فأثر الخيار و ان كان خفيا لأن سلطنه كل من المتعاقدين باقيه على حالها و أنه لا حق لأحدهما فى مال الآخر و لكن مع ذلك يمكن تصوير الفائده و الأثر للخيار بان يكون أثره خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابليه لحوق القبض الملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار فى العقد أو أسقطه بنفسه لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن ذلك.

و على الجملة فأثره الخيار بناء على وجوب التقابض هو فسخ العقد و عدم بقاء الموضوع لوجوب التقابض و على القول بعدم وجوب التقابض هو إخراج العقد عن قابليه لحوق التقابض المملك كما هو واضح و على القول بوجوب التقابض فهو واضح

و أما فى مقام الإثبات

فقد

ص: ١١٧

يتوهم شمول الأدله الوارده فى باب خيار المجلس و خيار الحيوان الداله على ثبوت خيار المجلس للبيع و المتبايع لما نحن فيه و من الواضح أنه يصدق البيع و المتبايع على المتبايعين فى الصرف و السلم فلا وجه لاجراجهما عنها.

و فيه أن الموضوع فى تلك الأدله هو المتبايعان أو البيعان و من الواضح انهما لا يصدقان على المتعاضين و المتبايعين فى باب الصرف و السلم قبل التقابض لعدم حصول البيع و الشراء و عدم حصول التمليك و التملك فكيف يصدق عليهما عنوان البيعان أو عنوان المتبايعين كما لا يخفى.

على أن خيار المجلس انما يثبت فى مورد يكون التفرق موجبا للزوم العقد كما هو مذكور فى الروايات الداله على ثبوت خيار مجلس و من المقطوع به أن التفرق هنا يبطل البيع لكونه قبل القبض كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يثبت خيار المجلس و كك خيار الحيوان قبل الإجازة للمالكين الحاضرين فى مجلس العقد على الأول و مطلقا على الثانى فإنه ما لم يستند العقد إليهما فلا يصدق عليهما عنوان البائع و لا عنوان المشتري و من الواضح أن استناد العقد انما يكون بالإجازة لا قبلها و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنه على كل حال فاستناد البيع و الشراء إليهما من حين الإجازة فصدق البيع و المتبايع عليهما من زمان الإجازة و ان حصلت الملكيه من حين العقد على الكشف فلا يمكن المساعده على ما ذكره المصنف من الفرق بين الكشف و النقل.

إشارة

في التذكرة

أقول

من جملة مسقطات الخيار المجلس اشترط سقوطه

في ضمن العقد

ذكر المصنف قدس سره أنه لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشترط سقوطه في ضمن العقد و عن الغنية الإجماع عليه، و قد استدل عليه بوجوه

الأول دعوى الإجماع على ذلك

و فيه قد مر مرارا أن دعوى الإجماع في مثل هذه المسائل التي نعلم فلا أقل نحتمل أن مدركها جهه كشفه عن قول المعصوم دعوى جزافية فإن الإجماع ليس بنفسه حجه و انما حجه لكشفه عن قول المعصوم فلا يكشف عنه الام مع القطع به.

الثاني المستفيضه و هي المؤمنون عند شروطهم

و قد يقال: انها معارضه بعموم أدله الخيار و يرجح على أدله الخيار بمرجع و لكنه بديهى البطلان فإنه على تقدير تماميه دلالة المستفيضه فيه تكون حاكمه على أدله الخيار لكونها مأخوذه في موضوعها كحكمه أدله الحرج و الضرر على سائر الأحكام الإلهيه كما ذكره المصنف (ره) فجهه المعارضه و أجب عنه بان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسدا فان مقتضاه على ما هو ظاهر قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار هو ثبوت الخيار و هذا الاشترط مخالف له و فيه أن هذا شرط ليس مخالفا لمقتضى العقد فان مقتضاه هو حصول الملكيه و ليس هذا مخالفا له بل هو مخالف لثبوت الخيار و من الواضح أن ثبوته من أحكام العقد لا من مقتضياته بل الوجه ليست هي هذه كما لا يخفى.

و لكن الظاهر أن الروايه لا تدل على المقصود لا من جهه ما ذكره المصنف و ذلك هو ما ذكرنا سابقا من أن الظاهر من هذه الجملة

المباركة هو الحكم التكليفي فإن قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم كقوله (عليه السلام) المؤمن عند عدته يعنى أن مقتضى الايمان هو أن يجب للمؤمن أن يفي بما التزمه و بما وعده و هذا الاستعمال من الاستعمالات المتعارفه أيضا فيقال المرء عند كلامه و عند رأيه و هكذا.

و عليه فلا- دلالة في ذلك على المقصود هنا فان اشتراط سقوط الخيار عند المعاملة غير قابل لتعلق الحكم التكليفي به فان اشتراط سقوط الخيار بمعنى أن لا يكون له الخيار في هذا العقد غير مقدور له بل هو من فعل الله تعالى فان الله تعالى جعله ذا خيار و اشتراط عدمه أيضا راجع اليه و ليس من أفعال المتعاملين حتى يقدر على إسقاطه.

و مع الإغماض عن ذلك فهي مخالفه للسنه المعتمره الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين فإنه ورد في ذيل بعض هذه الروايات الا شرطا مخالفا للكتاب و السنه و بيان ذلك أن الشارع قد حكم بثبوت هذا الخيار للمتبايعين و اشتراط عدمه مخالف للسنه و هذا غير اشتراط إسقاط الخيار فإنه من قبيل شرط الفعل و ليس من قبيل شرط النتيجة و فرق بين اشتراط إسقاط الخيار و بين ان لا يكون له خيار أصلا فإن الثاني مخالف للسنه دون الأول.

نعم الظاهر من بعض الروايات أن الامام عليه السلام طبق هذه الجملة المباركة على بعض الشروط التي من قبيل ما ذكر أي أن الاشتراط فيه راجع الى شرط السقوط و عدم الخيار و لو كان ما ذكرناه من الاشكال واردا عليه اي على جملة المؤمنون عند شروطهم لما طبقها الامام على ما ذكره.

و ذلك كما فى صحيحه مالك بن عطيه (١) قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كان له أب مملوك و كان تحت أبيه جاريه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما يملكك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعدد ذلك على أبى إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها فى مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم.

فان الظاهر من هذه الروايه هو اشتراط عدم الخيار مع انه كان ثابتا للأمه بعد ما صارت حره فيعلم من ذلك أن هذا الشرط ليس مخالفا للسنة و إلا لما طبقها عليه الامام عليه السلام.

و فيه أولا- أن مورد الروايه أجنبى عما نحن فيه فان موردها هو من قبيل اشتراط سقوط الخيار ممّا يقتضى الخيار فى عقد ليس مقتضيا له فان عقد المكاتبه ليست مقتضيه للخيار بحيث انه بمجرد ذلك يحكم بكون الأمه ذا خيار و انما المقتضى له هو الحره الحاصله بعد أداء مال الكتابه و من الواضح أنه لم يلتزم بذلك أحد فلا بد من الاقتصار بمورد الروايه و من هنا لا وجه لتوهم الأولويه أيضا بدعوى ان اشتراط سقوط الخيار فى عقد هو مقتضى لذلك بطريق أولى فإنه لم يثبت فى الأول الخيار فى جميع الموارد بل فى مورد الروايه فقط فكيف يمكن إثباته فى المقتضى للخيار بطريق الأولويه كما هو واضح.

و ثانيا قد ذكرنا فى أول الخيارات أن اشتهاار استعمال كلمه

ص: ١٢١

الخيار فى الخيار المصطلح انما هو من جهه ما جرى عليه اصطلاح الفقهاء و الا فليس ذلك من معناه اللغوى و لا من مقتضيات الدليل و قلنا أن معنى الخيار لغه هو اختيار الخير لنفسه و أما القدره على الفسخ انما هو استفاد من اللام الظاهر فى الملكيه و الاختصاص فيقال له الخيار اى له القدره على الفسخ و الإبقاء بل قلنا أن كلمه الخيار و ما اشتق منها يستعمل فى هذا المعنى حتى فى هذا اليوم.

و عليه فقوله عليه السلام لا- يكون له الخيار المسلمون عند شروطهم هو بمعنى اللغوى أى ليس له اختيار الفسخ فى الخارج بمعنى أنها ملزمه فى شرطها و لا توجد الفسخ الخارجى و لا يكون هذا ح مخالفا للسنة فإنها تدل على ثبوت القدره للمتبايعين على فسخ العقد و إمضائه و هذه القدره باقيه للمتبايعين و للمتعاملين و فى المكاتبه أنه إذا صارت حره فله القدره على فسخ عقد الزوجيه الواقعه بينهما و بين العبد و هذه القدره باقيه على حالها و لكن الامام(عليه السلام) طبق جملة المسلمون عند شروطهم على اشتراط عدم الخيار للأمه على الشرط الذى وقع بينهما و بين ابن زوجها من جهه أن تكون الأمه ملزمه بإبقاء العقد و لا تفسخ فى الخارج و لا- نختار فيه لنفسها الفسخ بل بقى عقد النكاح على حاله لا أنه بمعنى أن لا يكون لها خيار و قدره على الفسخ ليكون على خلاف السنه فان هذا موافق للظواهر و الاستعمالات فليس فيه ما يوجب خلاف ظهور كلمات المتحاورين كما لا يخفى.

و الشرط انما يكون مخالفا للكتاب و السنه إذا كان مفاده على خلاف الحكم الشرعى الثابت بالكتاب و السنه و نظير ذلك ما سيأتى

فى الشروط من أن الرجل ىتزوج على امرأه و تشتط الإمره علىه أن لا- يأخذ سرىه أو امرأه أخرى فىإن هذا الشرط مخالف للكتاب و السنه فإنه ثبت بهما جواز أخذ السرىه و المرأه على الزوجه و شرط خلافه مخالف للكتاب و السنه فلا يكون متبعاً.

اذن فلم ىبقى فى الروايه ما ىوجب الاشكال عليها الا توهم أن هذا الإسقاط إسقاط لما لم ىجب فان مقتضى الخيار لىس هو عقد المكاتبه لىكون حاصلًا عند الاشتراط بل هو الحرىه و من الواضح انها لم تحصل حتى تكون الأمه الحره ذا خيار فى فسخ عقد النكاح و عدمه فىكون الاسقاط عند الاشتراط فى ضمن الإعانه إسقاطًا لما لم ىجب و قد ذكر ذلك بعض الشافعىه.

و فىه أن هذا صحىح فإنه ىلزم أن ىكون الإسقاط فى ضمن الإعانه أن لا ىكون لها خيار فى فسخ عقد الزوجىه و لكنه لا دلىل على عدم جواز إسقاط ما لم ىجب فإنه بلا- دلىل فأى مانع أن ىسقط الإنسان ما لم ىجب علىه بعد كما هو واضح فىكفى فى صحه ذلك تحقق ما ىترتب فىه حصول ذلك الأمر الساقط فعلاً.

غايه الأمر فللمدعى أن ىدعى الإجماع على بطلان إسقاط ما لم ىجب بدعوى كونه تعليقا و فىه مضافا الى أنه دلىل لىبى ىقتصر فىه على المورد المتىقن و هو صوره التعليق فى العقود أن الإجماع هنا على خلافه كما تقدم فلا وجه للمناقشه من هذه الجهه.

و بالجمله فلا دلىل على بطلان إسقاط ما لم ىجب بوجه.

و الذى ىنبغى أن ىقال أن الخيار الثابت للمتباعىن فى المجلس ما لم ىفترقا من قبىل الحقوق التى تقبل السقوط و قد قلنا

فى أول الببع أنه و ان كان لا- فارق بين الحق و الحكم فان جميع ذلك حكم الهى مجعول لله تعالى و لكن بعض أقسام الحكم اختياره تحت يد المكلف فله إسقاطه أو إبقائه و نسمى ذلك القسم و من الحكم حقا و لا يسقط حكما كالجواز فى الهبه.

و من الواضح أن خيار المجلس مما يقبل الإسقاط و أوضح شىء يدل على أنه يسقط بالإسقاط ما فى ذيل الأخبار الداله على خيار المجلس و الحيوان فان فى ذلك قال عليه السلام فذلك رضا بالببع فان الظاهر من ذلك أن أمره بيده و ليس ذلك مثل الهبه فإن الجواز فى ذلك حكى لا يسقط بالإسقاط بل و لو أسقطه ألف مره فأبضا يبقى الجواز على حاله و إذا خالف و لم يسقط قد فعل فلا محرما و مع ذلك لو فسخ كان فسخه مؤثرا لعموم أدله الخيار.

و على هذا فشرط السقوط فى العقد بان يشترط احد المتبايعين على الآخر عند الببع سقوط خياره فمرجهه الى أن المشروط عليه يسقط خيار الذى يثبت له بعد الببع عند العقد و قد عرفت أنه من قبيل الحق يقبل بالإسقاط فليس لهذا البيان إشكال إلا ما ذكره بعض الشافعيه من أنه إسقاط لما لم يجب و هو و ان كان صحيحا و لكنه لا دليل عليه بوجه غير دعوى أنه من التعليق و الإجماع قائم على بطلانه و هو أيضا فاسد لقيام الإجماع هنا على السقوط كما عرفت فإنه ادعى بعضهم الإجماع فى المقام.

و قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه أن اشتراط سقوط الخيار موافق للقواعد و لا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

قوله (ره) ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها أن يشترط عدم الخيار

ص: ١٢٤

أقول شرط سقوط الخيار في ضمن العقد يتصور على وجه الأول شرط عدم الخيار و هذا الشرط هو المراد من اشتراط الخيار و قد تقدم في ذلك و أن توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد تاره و لمقتضى الكتاب أخرى توهم فاسد كما عرفت.

و قد عرفت أن الخيار من قبيل الحقوق فيسقط بالإسقاط بعد التحقق و كك قبله فليس فيه عيب الا سقوطه قبل الثبوت الذي هو من قبيل إسقاط ما لم يجب و لو خالف المشروط عليه فلم يسقط فيكون للمشروط له الخيار و لو فسخ المشروط عليه كان فسخه مؤثرا لعموم البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ

فيقول بعث بشرط أن لا- أفسخ في المجلس و هل يجب الوفاء بهذا الشرط أم لا و قد يقال بالثاني فإنه من قبيل اشتراط في العقد الجائز فلا يزيد الشرط على أصل العقد فان معنى أن لا يفسخ أن له خيار في العقد و لكن لا يفسخ فاشتراط عدم الفسخ انما هو في عقد خيارى فلا- يجب الوفاء به كما إذا شرط في الهبة أو في الوكالة أو غيرهما من العقود الجائزه شرطا فان هذا الشرط لا يكون واجب الوفاء.

و فيه أن جواز العقد في ذاته لا ينافى وجوب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنه فان مقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو لزوم العمل بمقتضاه ما دام العقد باقيا و بعد زوال موضوعه يرتفع وجوب الوفاء بالعقد أيضا لارتفاع موضوعه فالجواز انما هو ثابت لموضوع وجوب الوفاء بالشرط فيكون وجوب الوفاء بالشرط قضيه ما داميه و قضيه حقيقيه يعنى أن كلما وجد موضوع وجوب الوفاء بالشرط وجب الوفاء به.

و بعبارة اخرى أن عقد الهبة و عقد الوكالة و نحوهما من العقود و ان كان بذاتها جائزه بحيث لكل من الموجب و القابل أن يفسخ العقد في أى وقت شاء الا ان اشتراط الشرط في ضمن هذه العقود الجائزه في لا يكون جائزا تبعا لها فان معنى الاشتراط فيها أن المشروط.

له يشترط على المشروط عليه في ضمنها الشرط المعين فهذا الشرط الواقع في ضمن العقود الجائزه انما يكون مصداقا لقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فيكون واجب الوفاء و لكن مقيدا ببقاء ذلك العقد الجائز فإذا فسخ العقد الجائز يرتفع موضوع وجوب الوفاء فكون الإنسان مخيرا في رفع موضوع الوجوب لا- يدل على استحاله ثبوت الوجوب على ذلك الموضوع. و عليه فيمكن أن يشترط احد الطرفين في العقد الجائز على الطرف الآخر شرطا و يكون الشرط واجب الوفاء بدليل الشرط دون العقد.

فاشترط عدم الفسخ بخيار المجلس من هذا القبيل فيكون الشرط واجب الوفاء بدليل وجوب الوفاء بالشرط نعم فرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الجائزه التي يشترط فيها شيء و هو أنك قد عرفت أن في سائر العقود الجائزه يجوز لأحد الطرفين فسخ العقد الجائز و إعدام وجوب الوفاء بالشرط و لكنه لا- يجرى في المقام فان الشرط اعنى عدم الفسخ انما تعلق بنفس العقد فوجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الا بعدم الفسخ و حفظ العقد فلو فسخ العقد يلزم من ذلك عدم الوفاء بالشرط و بعبارة اخرى أن مفاد الشرط هو لزوم حفظ موضوعه و أيضا فيحرم الفسخ أبدا.

لا يقال انه لا معنى للاشترط أصلا في ضمن العقود الجائزه فإن

معنى الشرط هو كون الالتزام الشرطى منوطا بالالتزام بإبقاء العقدى و من الواضح أنه ليس هنا التزام بالبقاء لفرض كون العقد جائزا فيكون شرطا ابتدائيه فإنه يقال أن الجواز و عدمه من الأحكام الشرعيه فهو لا ينافى بالتزام المشروط عليه بإبقاء العقد مع بقاء الشرط كما هو واضح.

قوله فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ أقول لا شبهه أن وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفي فمخالفته توجب العصيان فهل يوجب الفسخ التأثير وضعا أيضا أم لا قد احتمل المصنف عدم تأثير الفسخ ح تاره و تأثيره أخرى و قرب الثانى لعموم دليل الخيار و قرب الأول لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه. ثم اختياره و قال انه أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ فى جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

و قد اختار شيخنا الأستاذ أيضا عدم الفسخ و ان الحكم التكليفي و الوضعى لا يجتمعان هنا و لكن قربه بوجه آخر و قد ذكر ذلك الوجه فى كثير من الموارد و أجبنا عنه فى غير واحد من المباحث و حاصل هذا الوجه أن النهى تاره يتعلق بالسبب و أخرى بالمسبب أما الأول فلا يوجب حرمة المعامله المسببه عن ذلك السبب فإن حرمة السبب لا تستلزم حرمة المسبب كما لا يخفى.

و على الثانى فيستلزم الفساد لان الشرط يوجب سلب قدره

المالك على البيع من زيد و في المقام حيث أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه عدم فسخ فيكون الوفاء به واجبا تكليفا و إذا خالف ذلك و فسخ و قد فعل فعلا محرما و لكن لا يترتب عليه الحكم الوضعي فإن التكليف كما هو مشروط بالقدره العقليه فكذلك مشروط بالقدره الشرعيه فنهى الشارع عن شيء يوجب عجز المكلف عن اقدمه ففي هنا أن نهى الشارع عن الفسخ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط يوجب عجز المكلف عن الفسخ شرعا بمعنى أنه لا يكون مؤثرا في الفسخ على تقدير وقوعه.

و فيه قد ذكرنا مرارا أن الحرمة التكليفية عن الشيء لا- يستلزم الحرمة الوضعيه و كون ذلك الشيء فاسدا وضعا فإنه يحرم التصرف في مال الغير بدون اذنه مع أنه لو غصب أحد ماء الغير و طهر به ثوبه فإنه يكون مؤثرا في الطهاره و في هنا و ان كان النهى متعلقا بالسبب و لكن الأمر كذلك لو كان متعلقا بالمسبب أيضا فلو كانت الطهاره الخبثيه بالماء المغصوب مبعوضا للشارع مع عدم كون الفعل عباديا و كان يغصب أحد ماء من الغير و طهر به ثوبه فإنه لا يتوهم احد عدم حصول الطهاره هنا إذا لم يكن الفعل مما يعتبر فيه قصد التقرب.

و معنى أن النهى التكليفى يسلب القدره عن المكلف شرعا يعنى أنه قبل تعلق النهى بالفعل كان مرخصا في الفعل و الترك و بعده ليس له هذه السلطنه و لا يكون مرخصا في ذلك بل لا بد من الترك و أما أن هذه الحرمة مستلزمه للحرمة التكليفية أم لا فهو أول الكلام و تظهر الثمره فيما إذا صدر منه الفعل في حال المغفله

و النسيان فإنه لا يكون حراما أيضا.

نعم انما يدل النهى على الفساد إذا كان إرشادا إليه كما فى النهى عن بيع الخمر و عن بيع ما ليس عنده و نحوهما نعم انما يدل النهى التكليفى على الفساد أيضا مع قيام القرينه عليه كما فى بيع الخمر فإن النهى انما عن جميع شؤنه و أنه يعلم من لسان الشرع أن جميع جهاتها مبغوضه للشارع حتى التمليك و التملك فلا تحصل فيها ذلك.

و أما الجواب عما ذكره المصنف أنا لو سلمنا أن معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب آثار العقد عليه من حرمه التصرف فى المثلن و الثمن و لو بعد الفسخ بحيث تدل الآيه بالملازمه إلى لزوم العقد و لكنه لا يجرى فى وجوب الوفاء بالشرط كما فى المقام فان معنى الوفاء بالشرط هنا هو عدم الفسخ و من الواضح انه لا إطلاق له لما بعد الفسخ أيضا بيان ذلك أن المشروط عليه إذا خالف الشرط و فسخ العقد فاما أن يكون فسخه مؤثرا أولا فعلى الثانى فلا وجه للتمسك بإطلاق وجوب الوفاء بالشرط بما بعد الفسخ أيضا و على الأول فلا يبقى متعلق وجوب الوفاء حتى يجب الوفاء به فإنه بعد الفسخ ينحل العقد و لا يبقى شىء حتى يجب الوفاء بالشرط و لا يفسخ العقد و على الجملة فإذا خالف المشروط عليه بالشرط و فسخ فينعدم موضوع الشرط و لا يبقى شىء حتى لا يفسخ و يبقى على حاله.

و على هذا فأدله الخيار محكمه فكل من المتبايعين فسخ العقد و ان كان فسخ من شرط عليه أن لا يفسخ محرما.

ثم ان المعروف بين الفقهاء أن هذا الشرط صحيح و ان وقع

الكلام بينهم أن الفسخ يؤثر وضعا أو لا يؤثر و لكن لنا مناقشه فى صحه هذا الشرط قد ذكرناه فى باب المزارعه فى حاشيه العروه و حاصله أنا ذكرنا مرارا أن معنى الشرط فى العقد لا يخلوا عن معانى ثلثه بالسير و التقسيم الأول أن يكون التزاما أخرى فى ضمن العقد مستقلا و غير مربوط بالالتزام العقدى بأن يلتزم كل من المتبايعين بمبادله مال بمال و يلتزم أحدهما أيضا مقارنا لهذا الالتزام بان يخطط ثوبا لصاحبه فليس بينهما ربط الا صرف المقارنه الزمانيه و لا شبهه أن هذا النحو من الشرط لا يجب الوفاء به بالاتفاق لكونه من الشروط الابتدائيه فليس المراد من الشرط التى حكموا بوجوب الوفاء بها هو ذلك.

الثانى أن يكون الشرط مربوطا بالعقد و هو على قسمين الأول أن يكون الالتزام العقدى مربوطا بالالتزام الشرطى بحيث أن الالتزام العقدى منتف مع انتفاء الالتزام العقدى مثلا معنى اشتراط الخياطه فى ضمن بيع الدار هو أن الالتزام بيع الدار انما هو فى فرض الالتزام بالخياطه و العمل به و إنهائه و الا فلا بيع هنا أصلا.

و فيه أنه قام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود فيكون هذا باطلا حتى إذا كان المشروط عليه يفى بالشرط كما لا يخفى.

الثالث أن يكون الالتزام العقدى غير مربوط بالالتزام الشرطى ليكون تعليقا و لكن كان الالتزام ببقاء العقد و إبقائه منوطا بالالتزام المشروط عليه بانتهاء الشرط و إبقائه فيكون الالتزام بإبقاء العقد و عدم قدرته على الفسخ و الحل منوطا بكون المشروط عليه و افيا بالشرط و الا فللمشروط له خيار الفسخ كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك فنقول ان معنى الشرط فى العقود بحيث

يجب الوفاء به بالسير و التقسيم ليس الآ- هو الثالث و عليه فلا يعقل و لا تتصوّر اشتراط عدم الفسخ فى العقود بحيث لا يكون للمشروط عليه حق الفسخ و ذلك فإنك لما عرفت أن معنى الاشتراط هو ثبوت الخيار للمشروط له مع تخلف المشروط عليه الشرط و من الواضح أنه بعد ما فسخ المشروط عليه لفرض تأثير فسخه لعموم أدله الخيار لا يبقى موضوع ليكون للمشروط له الخيار بان كان مختاراً فى فسخ العقد و إبقائه و مع عدم الفسخ فالعقد أيضاً باق على حاله سواء كان هنا شرط أم لا فلا نعقل معنى محصلاً لهذا الشرط فيكون لغوا و يدخل فى الشروط الفاسده و يأتي الكلام فيه من أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا.

نعم لو اشترط فى ضمن عقد عدم فسخ عقد آخر فيكون صحيحاً كسائر الشروط الصحيحه كاشتراط الخياطه أو البنايه أو النجاره أو نحوها كما لا يخفى.

الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار فى العقد أن

يشترط إسقاط الخيار

بأن يكون هذا الفعل صادراً من المشروط عليه و لا شبهه فى صحه هذا الشرط لعدم ترتب المحذور عليه إلا إسقاط ما لم يجب و قد عرفت ان الإجماع على تقدير تحققه بعدم جواز ذلك لكونه تعليقا فلا يجرى فى المقام لقيام الإجماع على الصحه كما ادعاه بعضهم فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط و عليه فلو أخل المشروط عليه الشرط كله و لم يسقط الخيار و لم يف بالشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

ثم إذا فسخ المشروط عليه العقد فهل يكون فسخه مؤثراً أم لا الظاهر هو الأول لعموم الأدله الداله على ثبوت خيار المجلس

للمتبايعين كما تقدّم وقد اختار المصنف أنه لا يؤثر الفسخ كما ذكره في الوجه الثاني وقد عرفت جوابه.

ثمّ أنّه إذا تخلّف المشروط عليه و لم يفسخ العقد قد عرفت أنه يثبت الخيار للمشروط له و لا يفرق في ذلك بين كون الفسخ مؤثرا أم لا فان نفس بقاء العقد مترلزلا مخالف لغرض المشروط له فيكون له الخيار لا جل التخلّف بالشرط و ان لم يكن فسخ المشروط عليه مؤثرا على تقدير الفسخ إذا يكون البيع لازما و عدم كونه مترلزلا-مما هو محط غرض للعقلاء فلا أقلّ لنفس المشروط له.

و لا- ينافى ذلك لزوم العقد شرعا فإنه من الأحكام الشرعيه و التزلزل انما هو مع قطع النظر عنه و في نظر المتبايعين الحكومه العرفيه مع قطع النظر عن الشرع و الشريعة كما إذا كان المتبايعين غير ملتزمين بالشرع و الشريعة.

قوله قدس سره بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط

أنما هو مع ذكره فى متن العقد

أقول ما ذكره المصنف و ان كان له مناسبه لما نحن فيه و لكنه من مسائل مبحث الشرط التى سنتكلم فيها و تفصيل الكلام هنا على نحو الإجمال

أن اعتبار الشرط فى المعامله

على أنحاء

الأول أن لا يكون مذكورا لا فى ضمن المعامله و لا قبلها

و لا بعدها

و لم ينشأ المعامله بانها عليها أيضا و هذا على قسمين لان الوصف ان كان ممّا يعتبر بحسب الارتكاز العقلانى سواء ذكر أم لا كاعتبار التسليم و التسلمّ و أوصاف الصحه كظهور المبيع على ما وقعت المعامله عليه فلا شبهه فى صحه ذلك الشرط و وجوب الوفاء به فان مثل ذلك الشروط كالمذكور و الارتكاز العقلانى و الارتكاز من المتبايعين قائم

مقام الذكر فيكون واجب الوفاء لعموم المؤمنون عند شروطهم بل في تخلف أوصاف الصحة تفسده معامله.

و ان كان من قبيل الأوصاف الكماله كوصف الخياطه و البنايه و النجاره و نحوها فلا يكون واجب الوفاء إذ ليس هنا شرط حتى يجب الوفاء به كما سنذكر معنى الشرط و لم يبرز هنا شيء يجب الوفاء به.

و

قد يكون الشرط مذكورا في ضمن العقد

اما تفصيلا كقوله بعتك العبد الكاتب أو على أن يكون كاتباً و اما إجمالاً كما إذا ذكرت الشروط كلها قبل العقد و عند إجراء صيغه العقد يقول بعتك الشيء الفلاني على ما ذكر من الشروط فيشير بهذه الكلمه المبهمه إلى الشروط المذكوره قبل العقد فإنه أيضا مذكور في ضمن العقد فيكون مشمولاً لعموم وجوب الوفاء بالشرط فان الغرض ارتباط الشرط بالعقد و هو حاصل بمثل هذه الكلمات المبهمه.

و على الجملة الإشارة في ضمن العقد إلى الشرائط المذكوره قبل العقد و معامله بانها عليها مع إظهار تلك الشروط بمثل ما ذكر كقوله بعتك العبد على ما ذكر لا يقصر عن الشرط المذكور في ضمن العقد صريحا في وجوب الوفاء بها فإنه ح يبرز البائع بقوله بع كذا تبديل ما له على هذا الشرط فيكون ما بنى عليه من الشرط مبرزا مع حقيقه معامله كما لا يخفى فكما يكون الالتزام العقدي المظهر بكلمه بع واجب الوفاء و كذلك الالتزام الشرطي المبرز بهذه الإشارة.

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد

و لكن لا يشار إليها في ضمن العقد لا تصريحاً و لا إجمالاً فهو على قسمين الأول أن يكون ذلك مغفولاً عنه عند البيع و غير ملتفت إليه من مقام معامله أو

ص: ١٣٣

نسيه أو كان ملتفت اليه و لكن لم يظهروا عند البيع و لم ينشأه مبنيًا على الشرط المذكور قبل العقد فان هذا كله لا حق بالقسم الأول و لا- يجب الوفاء به و الثانى أن يكون ملتفتا اليه عند المعامله و كان بنائها على ذلك حتى فى مرحله إنشاء و إظهار المعامله و لكن لم يظهروا الشرط عند الإنشاء و بعبارة أخرى الشرط موجود فى مقام الثبوت و لكن ليس له دال فى مقام الإثبات و الظاهر أنه شرط حقيقه و يجب الوفاء به و لكن المشهور ذهبوا الى بطلان الشرط المذكور قبل العقد و ان كان العقد بانيا عليه و لكن الظاهر من بعضهم هو كون مثل هذا الشرط أيضا واجب الوفاء كالشيخ و غيره قال الشيخ فى محكى الخلاف أنه لو شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعى إلخ و قد منع المصنف عن كون مثل هذا الشرط واجب الوفاء كما ذكره فى المتن بل منع نسبه ذلك الى الشيخ أيضا و لذا حاول أن يوجه كلامه بأنه أراد من قوله قبل العقد أى قبل تمام العقد و استشهاد عليه بملاحظه عنوان المسأله فى الخلاف و التذكرة و باستدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع و قال أن ذاك كله يكاد يورث القطع بأن مراد الشيخ ليس هو ظاهر كلامه بل مراده ما ذكرناه و لكن الظاهر أن ما يستفاد من ظاهر كلامه هو مراد الشيخ و لذا أشكل عليه العلامة بأنه لا يكون الشرط المذكور قبل العقد واجب الوفاء إلا إذا كان إيقاع العقد بانيا عليه فإنه يكون العقد مشروطا به و كيف كان فلا يهمننا كشف مراد الشيخ أنه أى شىء أراد و أنّما المهم أنّما هو بيان أن هذا الشرط واجب الوفاء أم لا و الظاهر أنه لا قصور

فى صدق مفهوم الشرط عليه و كونه واجب الوفاء أيضا بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط.

و الوجه فى أن الثانى يجب الوفاء به دون الا هو ان معنى الشرط هو الربط بين الشئين كما فى القاموس حيث ذكر ان الشرط هو الالتزام و الالتزام فى البيع و نحوه فائما يكون الالتزام بالشرط مربوطا بالالتزام العقدى إذا كان الالتزام العقدى و إبرازه باقيا على الشرط و مربوطا اليه بحيث يكون بين الالتزامين ربط و عقده ليتحقق معنى الشرط الذى ذكره أهل اللغة و هذا المعنى هو المتفاهم عرفا و كذلك هو المستفاد من قوله (عليه السلام) كل شرط سانع و لازم الا شرط خالف الكتاب و السنه و على الجملة المستفاد من كلمه الشرط الذى يجب الوفاء به و الا شرطا خالف الكتاب و السنه هو المربوط بالعقد لا ما يكون خارجا عنه فائمه مجرد و عد فيجرى عليه حكمه من وجوب الوفاء و عدمه.

و من الواضح أن المذكور قبل العقد إذا كان مغفولا عنه حين إنشاء البيع أو منسيا أو متروكا عمدا بحيث أنشأ البيع غير مبنى على الشرط فلا يجب الوفاء به لا- من جهة القصور فى أدله وجوب الوفاء بالشرط و لا من جهة التمسك بالإجماع على عدم وجوب الوفاء به حتى يقال ان المسأله مختلف فيها فليس فى المقام إجماع بل من جهة منع صدق الشرط عليه إذ هو بالنسبه إلى العقد المنشأ خاليا عن ذكره و خاليا عن البناء عليه أن إنشاء المعامله بانيا على هذا الشرط كسائر الأمور الأجنبيه عن العقد فلا يكون واجب الوفاء و انما هو كسائر المواعيد التى أجنبيه عن هذا العقد فيكون عدم وجوب الوفاء

به من جهة عدم الموضوع و عدم صدق الشرط عليه كما هو واضح فلا- يكون هذا كالمحذوف النحوى ليكون فى حكم المذكور.

و أما إذا كان الشرط مذكورا قبل العقد و كان العقد المنشأ مبتئا عليه من غير أن يكون مغفولا عنه عند البيع فيصدق عليه الشرط حقيقه فى مقام الثبوت غايه الأمر أن الدلاله عليه فى مقام الإثبات منفيه بحيث لو سمع أحد الكلام الذى أنشأ به البيع خاليا عن ذلك الشرط حسب أنه مطلق و المعامله المنشئه بهذا الإنشاء خاليه عن الشرط و الوجه فى ذلك هو ما عرفت من أن المستفاد من معنى الشرط بحسب المتبادر من كلمته فى الاخبار و من العرف و من تصريح أهل اللغه هو ما يكون مربوطا بشىء و ليس إظهاره بمظهر فى مقام الإنشاء من مقومات ذلك فإذا كان إبراز المعامله باينا عليه فيكون مربوطا بها فيكون الالتزامين أى العقدى و الشرطى مرتبطين أى أحدهما بالآخر و لا يقاس ذلك بحقيقه المعاملات التى لا يترتب عليه الأثر إلا بعد الإظهار و الإبراز لا- بمجرد الاعتبار و ذلك لأننا ذكرنا فى أول البيع أن حقيقته عباره عن اعتبار الكليه لكل من العوضين من كل من المالين للآخر و إظهاره بمبرز فى الخارج و كك سائر المعاملات فإنها ليست مجرد اعتبار نفسانى و الا للزم أن يكون بمجرد الاعتبار النفسانى أن يملك الآخر و ليس كك حتى مع العلم بالاعتبار كما إذا علم كل من المتبايعين بعلم الإشراق أن الأخير اعتبر ملكيه ماله له و كذا العكس فإنه لا- يكون هذا بيعا ما دام لم يقترن بالإظهار فحقيقه البيع و كذلك ان حقيقه سائر المعاملات متقومه بالاعتبار النفسانى و بالإظهار الخارجى كما لا يخفى.

و هذا بخلاف حقيقه الشرط فإنه ليس متقوماً بالاعتبار و بالإظهار الخارجى معا بل معناه كما ذكرناه هو الرّبط بين الشئيين و هو حاصل بمجرد البناء و القصد و إظهار المعامله و ابرازها و إنشائها بانبا عليه فإنه بمجرد ذلك يحصل الرّبط كما لا يخفى فلا يحتاج الى اللفظ بوجه و قد ذكر ذلك المحقق الايروانى أيضا فيجب الوفاء به للعموم على أن التزامهما مقيد فى نفس الأمر فلا يعقل التفكيك بينهما لكى يكون أحدهما واجب الوفاء دون الآخر.

و أما ما ذكره المصنف من ان الشرط المذكور قبل العقد إذا لم يذكر فى العقد و لو بالإشارة كان لغوا و ان وقع العقد بانبا عليه و أما ما ذكره فقد ظهر جوابه ممّا حققناه فكأن المصنف حسب أن قوام الرّبط و الشرط كقوام المعاملات بالإظهار و الإبراز و قد عرفت أنه ليس كك و الحاصل أن الشرط المذكور قبل العقد الذى يقع العقد فى الخارج باينا عليه كالمحذوف المقدر فإنه فى حكم المذكور.

و من هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ أيضا من أن القصور و الدواعى غير معتبره فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبني على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لان الشرط إلتزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به يتوقف على الإلتزام به فى العقد و مجرد البناء ليس التزاما به و لا يقاس ذلك على أوصاف المبيع المعتره فيه بالارتكاز و وجه الظهور أن الغرض من الشرط هو ارتباط الإلتزام العقدى بالإلتزام الشرطى فى نظر المتعاملين بحيث يكون أحدهما مربوط بالآخر و لا يلزم أن يكون على نحو معرفه غيرهما أيضا فإن تحقق

حقيقه الشرط لا يتوقف على الإظهار كما يتوقف البيع عليه فلو كان تحققه محتاجا الى فهم الغير أيضا لزم ان لا تحقق المعاملات الواقعه فى الخفاء التى لا يطلع عليها غير المتعاملين.

قوله فرع ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط.

نفى الخيار

أقول كان كلامنا فى سقوط الخيار بالشرط وقد ذكر العلامة فى التذكرة أنه قد لا يجوز اشتراط إسقاط الخيار لا من جهة إسقاط ما لم يجب فإنه لو كان صحيحا لكان جاريا فى جميع موارد اشتراط إسقاط الخيار بل من جهة أخرى كما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله على ان أعتقك إذا بعتهك وقال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر و يجب الوفاء به ولا يتم ذلك برفع الخيار لرفع موضوع النذر وقد ذكر المصنف أن ما ذكره العلامة مبنى على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناظر على التصرفات المنافية له ثم قال وقد مر أن الأقوى فى الشرط أيضا كونه كك.

أقول لا يتم ما ذكره العلامة و ارتضاه المصنف و أضاف إليه الشرط صغرى و كبرى و أما الوجه فى عدم تماميه الصغرى فلان عتق العبد لا ينحصر بفسخ العقد بخيار المجلس ثم عتقه بل يمكن بوجه آخر كالشراء ثانيا أو تملكه بغير الشراء كالاتهاب أو التوارث فإنه مع الاطمئنان برجوعه الى ملكه ثانيا لا مانع من عدم الفسخ فعته لا ينحصر بصوره الفسخ فقط بل يمكن بغيره أيضا كما هو واضح.

و أما الوجه فى عدم تماميه الكبرى أن وجوب الوفاء بالنذر و كذا وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى كما تقدم قريبا وقد عرفت أنه لا ملازمه بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى بأن تكون المخالفه

بالحكم التكليفي موجب لبطلان المعامله المنهيه عنها أيضا فلأدله للنهي عن شيء تكليفا على فساده وضعا إلا بالقرائن كما في الخمر نعم لو كان النهي إرشاديا فيدل على الفساد كما في نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر ونحوه وعلى هذا فمخالفة الناذر ونذره أو مخالفته الشارط شرطه حرام تكليفا فإذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه أو شرط ذلك على نفسه في ضمن معاملة ثم باعه يبيعا لازما وخالف نذره فلم يعتق فلا تدل مخالفته هذه على بطلان البيع وقد تقدم في المكاسب المحرمه كثيرا أن الحرمة التكليفية لا يلازم الحرمة الوضعيه بل هي تدل على مبعوضيه الفعل فقط لا على عدم نفوذه.

وتظهر الثمره فيما إذا باعه في حال الغفله والنسيان عن نذره فإنه لا يكون حراما أيضا تكليفا لكونه مرفوعا عند الغفله والنسيان كما هو واضح وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الحكم الشرعي يجعل الإنسان مسلوب القدره فقد تقدم جوابه وتقرير كلامه.

قوله:مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد

بل هذا هو المسقط الحقيقي أقول لا- شبهه في جواز إسقاط خيار المجلس بعد العقد بل هو المسقط الحقيقي كما ذكره المصنف وإنما الكلام في دليل ذلك.

و قد استدل عليه المصنف بوجوه

الأول:دعوى الإجماع عليه

ولكنه تقدم غير مرّه أن الإجماع في مثل هذه المسأله ليس تعبديا بل هو مبني على الوجوه المذكوره في المسأله.

الثاني القاعده المسلمه بين الفقهاء أن لكل ذي حق إسقاط

حقه

ولعل الوجه في ذلك قوله(عليه السلام)الناس مسلطون على أموالهم

ص: ١٣٩

فإن مقتضى ذلك هو تسلط ذى الحق بحقه فيفعل فيه ما يشاء بالفحوى و بالطريق الأولويه فإن الإنسان إذا كان مسلطا لما له الذى من قبيل الأعيان فهو مسلط على حقه أيضا.

و فيه اما لمن له الخيار حق لإسقاطه أو لا أى أن هذا الخيار الثابت له اما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فان كان منه قبيل الحقوق فلا- يحتاج الى التمسك بفحوى دليل السلطنة أو بمنطوقه فان معنى الحق هو كون ذى الحق مسلطا على حقه بحيث يفعل فيه ما يشاء.

و ان لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط سواء كان هنا دليل السلطنة أم لا.

و بعبارة واضحة قد ذكرنا فى أول البيع أنه لا فرق بين الحق و الحكم من حيث كونهما مجعولين للشارع بل كلاهما من الأحكام الشرعية التى جعلها الشارع و لكن بعض هذه الاحكام قد فوضه الى المكلف و جعل اختياره بيده فله أن يتصرف فيه كيف يشاء و نسمى ذلك حقا فى الاصطلاح و ان كان حكما فى الحقيقة أيضا و هذا لا يكون إلا إذا ثبت بالدليل فبدونه لا يمكن أن يقال ان هذا الحكم اختياره بيد المكلف. و لذا كلمات شككنا فى مورد أنه يسقط بإسقاط من له ذلك أو لا فالأصل بقائه و عدم سقوطه بالإسقاط تمسكا بدليله.

و على هذا فلا- يمكن إثبات الحقيقة بدليل السلطنة فإنه ناظر الى الكبرى و أن كل من له السلطنة على شىء فله التصرف فى متعلق سلطنته كيف يشاء و بالفحوى يثبت جواز التصرف فى الحق و متعلقه و لكن لا- يثبت بذلك أن الحكم الفلانى حق و الحكم الفلانى

ليس بحق.

الثالث قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم

بدعوى أنه إذا شمل الشروط الابتدائية لكان شاملا لذلك أيضا فإن إسقاط الخيار بعد العقد التزم بأن لا يكون له خيار فيكون من الشروط الابتدائية.

وفيه أولا أنه لا تشمل الشروط الابتدائية للاتفاق بعدم كونها واجب الوفاء بل ليست من الشروط وقد تقدم من القاموس أن الشرط هو الإلزام والالتزام في بيع ونحوه.

و ثانيا على تقدير كونه شاملا للشروط الابتدائية فلا شبهه لعدم شموله لإسقاط الخيار بعد العقد الذي هو محل كلامنا و ذلك فان معنى إسقاط الخيار هو الالتزام بأن لا يكون له خيار و لا شبهه ان ثبوت الخيار له و عدم ثبوته له من الأحكام الشرعية فلا يكون تحت اختيار المكلف كما لا يخفى، فلا يعقل شمول المؤمنون عند شروطهم لذلك.

الرابع فهو العمده و حاصله أنا استفدنا من النص الدال على

سقوط الخيار بالتصرف

معللا بأنه رضا بالبيع فيدل ذلك على أن الرضى بالبيع و بسقوط الخيار يوجب السقوط بأي كاشف كان ذلك الدال فكلما دل على رضا ذى الخيار بسقوط الخيار فيكون ذلك موجبا للسقوط كما لا يخفى فان المناط هو الرضا لا أن للفظ خاص موضوعيه بحيث يكون سببا للسقوط تعبدا كما لا يخفى.

و يترتب على ذلك المسألتان اللتان ذكرهما المصنف بعد ذلك

الاولى أنه لا يعتبر فى إسقاط الخيار لفظ خاص

كما يعتبر ذلك فى العقود و الإيقاعات على المشهور من العربيه و الماضويه و غيرهما بل يسقط الخيار بكل ما يكون كاشفا عن الرضا عن ذى الخيار على ذلك

ص: ١٤١

لما عرفت أن المناط هو الرضا بالبيع و كونه لازما و هو يحصل و لو بالإشارة بالحواس و نحوه و على هذا فيجری فی الإسقاط ما يكون شبيها بالبيع الفضولي كما إذا قال أحد غير ذى الخيار أسقط خيار الفلانى ثم يقول صاحب الخيار أمضيت فإنه يكون ذلك إسقاطا فإن الإمضاء مصداق لسقوط الخيار و مصداق للرضا به كما لا يخفى فلا يعتبر هنا لفظ خاص لتحقق المناط المذكور بأى كاشف.

المسألة الثانية ما ورد فى بعض الروايات و إن كانت غير جامعہ

لشرائط الحجية

أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل يكون هذا إسقاطا للخيار أم لا و قد وقع ذلك محل الكلام بين الاعلام.

لا شبهه أن كلمه اختر ليس من مسقطات الخيار تعبدا فيقع الكلام فى دلالة على ذلك و قد يقال أن كلمه اختر معناه إسقاط خياره عن نفسه و إرجاع أمر العقد الى الطرف الآخر و اما إذا لم يكن له خيار فمعناه تملك خياره اليه و الحاصل أن قول القائل لصاحبه اختر هذا العقد معناه إرجاع أمر العقد و تفويضه اليه بحيث لا يكون للقائل اختيار فى العقد أصلا و عليه فان كان للطرف الآخر خيار أيضا فيسقط خيار القائل و الا فيكون تملكيا لخيار نفسه الى الطرف الآخر.

و قد يقال: ان معنى كلمه اختر تفويض الخيار الى الطرف الأخر بحيث يكون هو المفوض إليه فى ذلك امام يعمل أو لا يعمل دون الاسقاط و قد يقال ان معنى كلمه اختر هو استكشاف حال الطرف بالنسبة إلى العقد أنه أى شىء يختار فى العقد الفسخ أو الإمضاء.

و على الثالث لا يكون التكلم به موجبا لسقوط الخيار لكونه مسوقا للتجربة و الامتحان بل قيل على الثانى أيضا لا يدل على سقوط الخيار

ص: ١٤٢

فان تفويض الأمر الى صاحبه فى أمر خيار المجلس لا يدل على سقوط خيار نفسه غايه الأمر أنه يكون مثل الموكل الذى فوض أمر شىء إلى الوكيل المفوض فإنه مع كونه وكيلا مفوضا للموكل أيضا أن يتصرف فى ذلك الشىء الذى و كل غيره فيه.

وقال شيخنا الأنصارى و هو الحق أن كلمه اختر لا يدلّ الآ على كشف حال الطرف و امتحانه و أما أزيد من ذلك فلا شىء من الدلالات المطابقه و غيرهما الا- أن تكون هناك قرينه حاله أو مقالیه تدل على كون مراد المتكلم هو إسقاط الخيار و هو كذلك فإن ماده كلمه اختر هي لا تدلّ على أزيد من الاختيار و هيئتها هي صيغه الأمر فلا دلالة فى شىء من ماده و الهيئه على ذلك أى سقوط الخيار بل لا يستفاد منها الا امتحان الطرف و كشف حاله أنه يمضى العقد و يسقط خياره أم لا بدّ يريد الفسخ.

قوله ثم أنه لا- إشكال فى ان إسقاط أحدهما خياره لا- يوجب سقوط خيار الأخر أقول قد تقدم فى أوائل الخيار أن إمضاء أحدهما العقد لا يوجب سقوط خيار الأخر و كون العقد لازما من قبله بل هو باق على خياره نعم أن فسخ أحدهما يوجب فسخ الآخر كما ذكره المصنف ثم تصدى المصنف لبيان صورته معارضه الفسخ و الإمضاء و قال: لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالأصيل و الوكيل فأجاز أحدهما و فسخ الأخر دفعه واحده أو تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعه واحده كما لو باع عبدا بجاريه ثم أعتقهما جميعا حيث ان إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاريه إجازة أو اختلف الورثه فى الفسخ

و الإجازة تحقق التعارض و ظاهر العلامة فى جميع هذا الصور تقديم الفسخ و لم يظهر وجه تام و سيجىء الإشاره الى ذلك فى موضعه إنشاء الله تعالى.

و التحقيق فى بيان الكبرى فى المقام أنه قد يقال بثبوت الخيار للطبيعى بحيث كُلمن سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء لا- يبقى مجال للآخر أصلا كما أن الشخص الواحد ليس له الأ خيار واحد من الفسخ أو الإمضاء فالطبيعى أيضا فى حكمه فكأنه فرد واحد و قد احتمل هذا الوجه فى ثبوت الخيار للورثه بموت المورث و قالوا بان هنا ح خيار واحد فأى من الورثه سبق إلى إعماله فيسقط عن الباقيين.

و قد يقال بكونه ثابتا لكل واحد و لكن يكون الخيار الثابت للثانى فى طول الخيار الثابت للأول أى من فروعه و شؤونه سواء كان خياره فى طول خيار الأول متعددا أو واحدا و هذا كخيار الوكيل الواحد أو المتعدد من الموكل فى اعمال الخيار.

و قد يقال بثبوتة لكل واحد واحد من الأشخاص على نحو الاستقلال من غير أن يرتبط بالآخر أصلا.

أما على الأول فلا شبهه فى سقوط الخيار عن البقيه بسبق أحد أفراد الطبيعه إلى إعماله إما بالفسخ أو بالإمضاء كما عرفت فإنه حينئذ ليس هنا الأ خيار واحد فلا يعقل بقاءه بعد سقوطه بالإعمال إسقاطا أو أعمالا فلا يبقى لخيار الثانى موضوع أصلا لارتفاعه بفسخ السابق أو إمضاءه.

و على هذا فلو تقارن فسخ أحد أفراد الطّبيعه مع إمضاء الفرد

الآخر فلا- مناص عن التسايط حينئذ و لا يكون شىء من الفسخ أو الإمضاء مؤثرا فى العقد فىكون الخيار باقيا على حاله فان سقوطه و عدمه معا مستحيل للتناقض لما عرفت أن ثبوت الخيار للطبيعه كتبوته لفرد واحد فكما لا يعقل تأثير صدور الفسخ و الإمضاء من شخص واحد بأن يكتب بإحدى يده الفسخ و بالآخر الإمضاء و يبرز هما معا أو يفسخ بلسانه و يمضى بكتابه أو بإشارته فان شىء من ذلك لا يعقل لانه مستلزم لتناقض و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح فيلغو كلاهما و كك فى هذه الصوره فإنه حينئذ ليس هنا الأ خيار واحد فهذا الخيار الواحد لا يعقل أن يؤثر فى العقد الفسخ و الإمضاء معا. و على هذا الفرض لا وجه لكلام العلامه أصلا لانه لم يظهر له وجه تام كما ذكره المصنف لما عرفت أنه غير معقول و انه مستحيل كما لا يخفى.

و أما على الثانى بأن يكون خيار أحدهما فى طول خيار الآخر فقد عرفت أنه على قسمين الأول أن يكون الثانى الذى خياره فى طول خيار الأول واحدا كما إذا و كل أحد شخصا آخر فى أمر الخيار فان خيار الوكيل فى طول خيار الموكل أى من فروع و شؤونه.

الثانى أن يكون الوكيل فى اعمال خيار الموكل متعددا كأن و كلّ نفرين فى اعمال خيار المجلس الثابت فان هذا الخيار الثابت للوكيل فى طول خيار الموكل.

و على كلّ حال فكلّ من سبق من الوكيل أو من الموكل إلى اعمال الخيار فيرتفع الخيار و لا يبقى للآخر مجال أصلا فإن سبق الموكل فلا يبق مجال لخيار الوكيل و ان سبق الوكيل فلا يبقى مجال لخيار الموكل و كك الحال فى سبق أحد الموكلين على الوكيل الآخر و الموكل

و الوجه فى ذلك أن هنا خيار واحد ثابت للموكل و للوكيل فى طوله فبعد اعمال كل منهم ذلك لا يبقى مجال لخيار الأخر أصلا.

و ان تقارنا بان فسخ الوكيل و أمضى الموكل أو فسخ أحد الوكيلين و أمضى الآخر فإنه حينئذ لا مناص من التساقت أيضا و من عدم تأثير شىء من الفسخ و الإمضاء لما عرفت من انه ليس هنا الأ خيار واحد فلا يعقل أن يعمل هذا الخيار الواحد بالفسخ تاره و بالإمضاء أخرى معا فقها يحكم بالتساقت كما عرفت فى ثبوته على الطبعى فهذان- الاحتمالان أى احتمال ثبوته للطبعه و احتمال ثبوته للمتعدد طولا متحدان من حيث النتيجة فلا مجال لكلام العلامة فى هاتين الصورتين و أما على الثالث: فللكل منهما خيار مستقل فله اعماله من غير أن يرتبط بالآخر كما تقدم نظيره فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و الموكل معا على نحو الاستقلال مع اجتماعهم فى مجلس واحد أو مع كون الوكيلين فى مجلس و الموكلين فى مجلس آخر مجتمعين كما تقدم و حينئذ فكل يترتب حكم خيار نفسه على حده من دون ربط بالآخر.

و على هذا فلو فسخ أحدهما سواء كان قبل إمضاء الآخر أو مقارنا بإمضائه أو بعده فيبطل العقد و ينحل فلا يبقى شىء أصلا فإن الفسخ يقدم على الإمضاء حتى بعد إمضاء الآخر و قد تقدم وجهه سابقا من أن فى الفسخ خصوصيه يوجب انحلال المعامله لأنه عباره عن الحل و الحل انما يكون من الطرفين بخلاف الإمضاء فإنه إقرار العقد فهو تحصل من قبله أيضا وحده.

و على هذا الفرض فمع التقارن يقدم الفاسخ و مع التأخر عن الإمضاء يقدم على الإمضاء فمع التقارن يقدم أيضا بطريق الأولويه

و لو كان مراد العلامه من تقديم الفاسخ على المجيز هذا فله وجه وجيه و على الجملة فكلما كان الفسخ مقدما على الإضاء فى فرض تأخره عنه فيقدم فى فرض التقارن بالأولويه أيضا و كلما وقع التعارض بينهما فى صورته المقارنه فلا يكون الفسخ مقدما فى صورته التأخر أيضا بالأولويه لعدم بقاء الموضوع له ح.

قوله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

أقول: يقع الكلام فى جهتين الأولى فى أن المدار فى الافتراق الموجب لسقوط الخيار أى شىء هل هو طبيعى الافتراق و لو بمقدار إصبع أو بمقدار شعره أو المناط هو الافتراق بمقدار خطوه أو المناط هو الافتراق العرفى وجوه ثلثه التى ذكرها المصنف.

الجهه الثانيه فى أن ما يوجب لسقوط الخيار من الافتراق و أن موضوع الحكم هو الافتراق بما هو افتراق أو ان الموضوع هو الافتراق الكاشف عن الرضا و أما ما كان عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار.

أما الكلام فى الجهه الأولى فذكر المصنف أن الافتراق بما هو افتراق موجب لسقوط الخيار قليلا كان أم كثيرا فان الظاهر من الأدله هو حصول الخيار بمجرد الافتراق و انفصال الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فإذا حصل مسمى الافتراق و صدق الطبيعى سقط الخيار. و الذى يصرح أن مراد المصنف هو ذلك ما ذكره فى ذيل كلامه من قوله فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما.

الوجه الثانى اعتبار الخطوه فى الافتراق المسقط للخيار فقد

ذكره جماعه اغترارا بالتمثيل بالخطوه الواقعه فى كلمات جماعه و لكنه لا دليل عليه بوجه و انما ذكره جماعه من باب المثال و على تقدير أنهم ذكروا ذلك من باب التحديد فلا دليل عليه لانه لم يرد من الشرع ما يوجب التحديد كما ورد ذلك فى تعيين الكر و النصاب فى الزكاه و نحوهما.

الثالث أن يقال بأن المناط فى ذلك هو الافتراق العرفى و أما الوجهان الأولان فلا- دليل عليهما و بيان ذلك أن المراد من الافتراق ليس هو مجرد الانفصال بأى نحو كان و لو كان طبيعى الانفصال بين المتبايعين لحصوله من الأول بالبديهه فإنه قلما يتفق أن يكون إمضاء أحد المتبايعين متلاصقا بالآخر باليد أو بشىء آخر من أعضاء بدنهما و عليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منهما عن الآخر فلا بدّ و أن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانا- جالسين أو قاعدين أو مضطجعين أى عن مجلس العقد للمعامله و لو كان فى حاله المشى فلو كانا فى قبه و اجتمعا فى تلك القبه للمعامله الخاصه فالاجتماع فيها اجتماع للمعامله فيكون هذا المجلس مجلس المعامله فلا يحصل التفرق حينئذ إلا بالتفرق من هذا القبه و انقضاء مجلس البيع عرفا فإنه ما دام هذا الاجتماع فى هذه القبه باق لا يصدق التفرق عن مجلس المعامله كما لا يخفى.

فلو قام أحدهما لشرب الماء فى الزاويه أخرى من القبه أو للتوضى لا يحصل الافتراق عرفا و ان حصل التفرق بالدقه العقليه و هكذا ان التفرق فى كل مجلس اجتماعا للمعامله بحسب حال ذلك المجلس عرفا و على هذا لا يضر التفرق بمقدار عشره خطأ فضلا عن الخطوه الواحده

كما ذكره جماعة بل فضلا عن التفرق بالمسمى كما ذكره المصنف بل المناط هو الصدق العرفي و انههدام الهيئه الاجتماعيه لأجل المعامله عرفا هذا بحسب ما يستفاد من الروايات.

و لكن ورد فى روايه صحيحه أنه عليه السلام قال فلما أوجب البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر من هذه الروايه الشريفه أن المشى خطأ يوجب سقوط الخيار و ان المشى لا جل إسقاط الخيار لا لغرض آخر و عليه فالمناط فى سقوط الخيار هو ذلك و أقله بثلثه خطوات فإنه لو لم يكن المشى خطأ موجبا لسقوط الخيار لكان ذكره فى الحديث لغوا فإنه ليس من باب الصدقه فإن الحالات الموجوده حال البيع و بعده كثيره فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعيته لم يذكره الامام عليه السلام و لذكر غيره فيعلم من ذلك ان المناط فى سقوط الخيار و بالتفرق هو ذلك و ان الامام(عليه السلام)طبق الكبرى الكليه على المورد الخاص لا أن القضييه شخصيه فى مورد خاص كما لا يخفى فتحصل أن ما يظهر من هذه الروايه الشريفه هو الميزان فى سقوط الخيار بالتفرق.

ثم أنه هل يحصل التفرق بحصوله بالاختيار من أحد الطرفين و بالاضطرار عن الآخر أو بالاضطرار من الطرفين أو لا بدّ و أن يكون اختياريًا من كلا الطرفين و بعباره أخرى هل يعتبر فى التفرق أن يكون اختياريًا من كلا الطرفين أو يكفى من احد الطرفين أو لا يعتبر الاختيار فى شيء من الطرفين أصلا.

الظاهر أنه لا يعتبر الاختيار فى حصول مفهوم التفرق أصلا فإنه أمر تكوينى يحصل بمجرد انفصال أحد المجسمين عن الآخر و بعباره

أخرى أن التفرق و الانفصال من الأمور النسبية و هو يتحقق من الطرفين بمجرد تباعد أحد الجسمين عن الآخر و إذا انفصل أحدهما عن الآخر بأي نحو كان يحصل التفرق من الطرفين حقيقة و أما سقوط الخيار بمطلق التفرق و عدم سقوطه فهو مطلق آخر و غير مربوط بالمقام.

و أما ما ذكره المصنف من قوله فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن فلا معنى له فان الافتراق حقيقة يحصل من الطرفين بمجرد تفرق أحدهما عن الآخر كما لا يخفى فلا نعقل معنى لكون ذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن كما هو واضح لا- يخفى و يدل على تحقق الافتراق بمجرد تفرق أحدهما قوله (عليه السلام) قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا حيث اثبت افتراقهما بمجرد انفصاله عليه السلام عن الآخر من غير أن يكون الآخر متحركا بل كان جالسا.

(فيما لو أكره أحدهما على التفرق)

قوله مسأله المعروف أنه لا- اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخير، أقول: لا شبهه أن موضوع عدم الفسخ هنا مركب من أمرين أحدهما التفرق و الثاني عدم الفسخ و عليه قد يكون كل منهما اختياريا بأن يكون متمكنا من الفسخ و لا يكون مكرها عليه و يكون مختارا في التفرق و عدمه و هذا هو القدر المتيقن من مورد سقوط خيار المجلس بالتفرق أى إذا كان متمكنا من الفسخ و كان مختارا في التفرق و مع ذلك تفرق باختياره و لم يفسخ كك باختياره يسقط خياره.

و قد يكون مختارا في الفسخ و عدمه متمكنا عنه و مع ذلك كان

مكرها على التفرق و قد يكون عكس ذلك بأن يكون مكرها على عدم الفسخ و لكن كان مختارا فى التفرق فالمعروف المشهور فى هذين الفرضين أيضا سقوط الخيار و الوجه فيه ما سيأتى من أنه مع كون أحد جزئى الموضوع. المركب إكراهيا و الجزء الآخر غير اكراهى لا. يوجب رفع الحكم المتعلق به أو المترتب عليه لكونه اختياريا كما لا يخفى فافهم قد يكون مكرها على كليهما بأن يكون مكرها على التفرق و غير متمكن من الفسخ اى مكرها على عدم الفسخ فالمشهور هنا هو عدم سقوط الخيار

و قد استدل على هذا بوجوه

كما يظهر من كلام المصنف

الأول الإجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور.

و فيه أن كلا- من الإجماع المنقول و الشهره ليس بحجه فلا- يكون ضم غير الحجه بمثله مفيدا للحجه أما عدم حجيه الشهره الفتوائيه فواضح و أما عدم حجيه الإجماع المنقول فمن جهه أن المظنون أن مدركه هو الوجوه المذكوره فى المقام فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم(عليه السلام).

الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى

فالحكم المترتب على فعل يكون مترتبا على فعل اختيارى لا على فعل غير اختيارى فالمناط فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو التفرق الصادر عن المتفرق باختياره لا- الصادر بالإكراه فإنه حينئذ لا يسقط الخيار بل يتمسك بأصالة بقاء الخيار و يحكم بعدم سقوطه.

و قد أشكل عليه المصنف بأنه يمكن منع التبادر فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورته فعل قائمه بجسم المضطر لا فى مقابل

المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه فان التبادر ممنوع.

ثم ذكر ثانيا أنه لو تم هذا انما يتم في صورته الإكراه و الاضطرار على التفرق مع التمكن من الفسخ مع أن المشهور ذهب في هذه الصوره إلى سقوط الخيار.

أقول أما جوابه الثاني أى النقض بصوره الإكراه على التفرق مع تمكنه من الفسخ فهو متين و أما جوابه الأول فلا- يمكن المساعدة عليه فإنه لا- فرق بين الاضطرار و الإكراه بل الظاهر أن المتبادر من الفعل هو الأعم من الاختيارى و غير الاختيارى الشامل لصوره الاضطرار أيضا فإن الاختيار لم يؤخذ في الأفعال لا بموادها و لا لهيئاتها أما موادها فواضح فلان مثل التفرق و القعود و القيام و الجلوس و النوم و نحوها من مواد الأفعال أعم من الاختياريه و غيرها فتخصيصها بحصه خاصه و هى كونها اختياريه مجازفه.

و أما الهيئات فهى مختلفه بحسب المشتقات فإنها قد تدل على صدور الفعل و قد تدل على حلوله و وقوعه على المواد و هكذا فليس فيها اختيار أصلا نعم قد يكون الاختيار مأخوذا في مفهوم المواد لعنوان التعظيم و الإهانه و الصوم و الصلاه و نحوها من الأمور التى من العناوين القصديه فان الاختياريه مأخوذه فيها بحسب المفهوم كما هو واضح.

و على الجملة لا- وجه للقول بأن المتبادر من الأفعال هو كونها اختياريه سواء كان الاختيار فى مقابل الإكراه أو فى مقابل الاضطرار فإن الأفعال غير ما يكون الاختيار مأخوذا فى مفهومه أعم من الاختياريه

و غيرها و من هنا ترى أنهما تنقسم إلى الاختيارى و غير الاختيارى فيقال قيام اختيارى و قيام غير اختيارى و موت اختيارى و موت غير اختيارى و قعود و اضطجاع اختياريين و غير اختياريين و هكذا.

الوجه الثالث: الاستدلال بحديث الرفع

فان ما اكره عليه أو - اضطر عليه الإنسان مرفوع فى الشريعة المقدسه بمقتضى حديث الرفع.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه لا يمكن أن يجعل التفرق كلا تفرق بمقتضى حديث الرفع لان المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخايير فلو كان حديث رفع الإكراه رافعا لحكم التفرق مع عدم التمكن من التخايير لكان حديث رفع الاضطرار رافعا لحكم التفرق أيضا مع التمكن من التخايير.

و لكن يرد عليه أنه لا مجال لهذا النقض لما عرفت أن موضوع عدم الخيار هو التفرق و عدم الفسخ و هو انما يكون حكما إكراهيا إذا كان كلا الجزئين من موضوعه المركب إكراهيا و أما إذا كان أحد الجزئين اختياريا و الآخر إكراهيا فيكون الحكم أيضا حكما غير اكرهى و حينئذ لا يترتب عليه حكم الإكراه مثلا إذا كان شخص مكرها على التكلم بكلمه بع و تكلم المكره بكلمه بعث منشأ بها بيع داره مثلا، فإنه لا يتوهم أحد أن هذا الإنشاء غير مؤثر باعتبار كون بعض أجزاء ما أنشأ به البيع صادرا عن اكراه. و هكذا فى جميع الموضوعات المركبه ففى المقام كك فإن الإكراه. بأحد الجزئين لا يجعل الحكم إكراهيا مع كون الجزء الآخر من الموضوع باقيا على اختياريته بحيث يكون الحكم غير الكراهيى به فإذا كان البائع مثلا مكرها على التفرق و لكن كان مختارا فى الفسخ و عدمه فله أن يفسخ ذلك فلا يكون مجبورا و مكرها على عدم الفسخ فلا

وجه لهذا النقض.

وقد أجاب شيخنا الأستاذ عن حديث الرفع أولا- أن النسيان مرفوع فيه أيضا مع ان القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة فيستكشف من السقوط في مورد النسيان ان ذات الافتراق بما انه فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات.

و ثانيا أن حديث الرفع و ان لم يختص بالحكم التكليفي و لكن لا- يمكن التعدى منه الى غير الحكم التكليفي الا الى متعلقاته أى يكون المرفوع به وراء الحكم التكليفي متعلقا التكليف لا موضوعاته لان مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحسد و الوسوسة و الطيره فتعميم الرفع لموضوعات التكليف كالسفر و الحضر و التفرق مع عدم الجامع بين المتعلق و موضوع التكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنه لو شرب المكلف نسيانا أو كرها أو أفطر ككك فشربه كالعدم لا انه لو تحقق السفر أو الإقامة أو التفرق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام مثلا عن كره يجب عليه القصر.

أما نقضه بالنسيان فهو متين و لكن لا وجه لجوابه الثانى بل لم يلتزم به فى الأصول و انه التزم فبه بعدم الفرق فى شمول حديث الرفع بين الموضوع و المتعلق لأن المرفوع بحديث الرفع هو الحكم المتعلق بفعل المكلف و هو قد يكون متعلقا للتكليف و المراد به ما يكون مطلوبا أو منهيًا عنه و قد يكون موضوعا له و يكون الحكم مترتب عليه و المراد به ما كان شرطا للتكليف لا مطلوبا بنفسه فالأول مثل الشرب الذى هو متعلق النهى فى شرب الخمر و نحو ذلك و الثانى كالتفرق

ص: ١٥٤

الذى موضوع لسقوط الخيار فإنه على كل تقدير يرتفع بحديث الرفع كما هو واضح وقد عرفت أنه لم يلتزم بذلك فى الأصول.

و الحاصل أن المرفوع انما هو فعل المكلف الذى يقع عليه الإكراه و هذه قضيه حقيقه فأىما تحققت يتحقق الحكم بمعنى أنه انما وجد الفعل و تعلق به الإكراه يكون هذا الفعل كعدمه بارتفاع الحكم بل لا يمكن الالتزام به أصلا فإن لازم ذلك أن يلتزم بثبوت الكفاره للإفطار فى شهر رمضان إذا كان عن إكراه بأن يقال أن المرفوع انما هو الحريه لأن إفطاره كالعدم و أما الكفارات فهى تترتب عليه فان حديث الرفع لا يجعل الإفطار المتحقق الذى هو موضوع الكفاره كعدم الإفطار مع انه لم يلتزم به و كك لازم الفرق بين المتعلقات و الموضوعات فى مفاد حديث الرفع أن يلتزم بثبوت الكفارات للمحرمات فى باب الحج التى حكم الشارع بثبوت الكفارات على ارتكابها عن العمد إذا صدرت عن إكراه و نسيان و غفله أيضا بأن يقال أنه لو أكره أحد على الصيد فى حال الإحرام أو نسى فاصطاد فتثبت له الكفاره لأن حديث الرفع لا يرفع موضوع الحكم فالصيد الذى موضوع لثبوت الكفاره غير مرفوع بل المرفوع انما هو الحكم التكليفى و متعلقاته أى جعل الصيد كعدمه بالنسبه إلى الحكم التكليفى و لم يلتزم المشهور بذلك.

و أما ما ذكره من الاستشهاد على عدم شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام بعدم كون الإقامة و السفر عن إكراه كغير الإقامة و كغير السفر حيث ان وظيفه المكلف فى الأول هو الإتمام و فى الثانى هو القصر مع أن لازم القول شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام هو الالتزام بكون الإقامة و السفر هنا كعدمهما.

فهو محض اشتباه حيث ان المستفاد من الاخبار أن موضوع القصر و الإتمام انما هو علم المكلف بالإقامة و عدم علمه بذلك لا الإقامة الخارجيه و عدمها و أن العلم هنا تمام الموضوع لا جزئه و لذا لو علم بأنه يقيم فى مكان عشره أيام فصلى تماما ثم تبين انه لا يبقى إلا أربعه أيام صحت صلوته فلا معنى للنقض بأنه لو كان حديث الرفع شاملا لموضوعات الاحكام و رافعا لها أيضا للزوم القول بوجود القصر مع الإكراه على الإقامة أو السفر و لذلك لا يرتفع النجاسه بالملاقاه عن نسيان أو عن إكراه لأن موضوع الحكم فيها هو الإصابه كما يظهر من الروايات و من هنا ذكرنا فى محله أن شرائط التكاليف قد تكون أمورا غير اختياريه كالوقت نعم التقيد بها أمر اختياري أى تحت اختيار المكلف.

و الحاصل أنه لا يمكن التمسك هنا بحديث الرفع لوجهين:

الأول أن الظاهر من حديث الرفع هو الإكراه يوجب رفع الحكم الثابت على ما اكراه عليه من موضوع الحكم الذى ترتب عليه الحكم و من متعلقه الذى ترتب تعلق به الحكم و أما ترتب الحكم على الإكراه بعدم شىء فلا يستفاد من حديث الرفع و توضيح ذلك انه إذا كان احد مضطرا إلى شىء أو مكرها عليه أو ناسيا فكان الحكم المتعلق به أو المترتب عليه حراما فى الواقع مثلا فان حديث الرفع يرفع هذا الحكم كما هو الظاهر.

و أما لو كان الشىء متروكا عن اكراه أو نسيان فلا يوجب حديث الرفع ترتب الحكم على العمد أى ليس الإكراه على عدم شىء موردا لحديث الرفع و موجبا لثبوت الحكم الذى كان ثابتا مع عدم الإكراه مثلا إذا كان أحد يختار صلاه الجماعه لأن يستريح من المشكوك الطارئه

عليه أو يستريح من قراءه الفاتحه فإذا أكرهه أحد على ترك الجماعه فلا يوجب الإكراه ترتب أحكام الجماعه عليه من عدم الاعتناء بشكته لانه حين ما كان يصلى الجماعه لا يعتنى بشكته لحفظ الامام و كك لو كان أحد متجهزا الى الجهاد و متلبسا بلباس الحرير لانه يجوز لبسه فى الحرب و لكن منعه شخص عن ذلك إكراه فإن الإكراه حينئذ لا يجوز لبس الحرير و الحاصل أن دليل الإكراه يرفع الحكم المترتب على الموضوع الذى أكره عليه أو المتعلق الذى تعلق به الحكم و لا يكون ناظرا أبدا إلى إثبات الحكم مع الإكراه على ترك موضوع ترتب عليه الحكم أو متعلق تعلق به الحكم أى لا يكون حديث الرفع متكفلا لإثبات الحكم الذى ترتب على الموضوع أو تعلق بالمتعلق حين الإكراه بترك المتعلق و الموضوع.

نعم لو كان حديث الرفع شاملا- للمباحات لكان الإكراه على البقاء موجبا لرفع جواز الفسخ و لكنه فرض غير واقع فان حديث الرفع يرفع الإلزام لا- الجواز و على هذا فلا- يمكن الحكم ببقاء الخيار مع الإكراه على التفرق بدعوى أنه قد اكره على التفرق فيكون الإكراه موجبا لإثبات حكم عدم التفرق و الاجتماع.

و اما توهم أن حديث الرفع يرفع لزوم العقد مع الإكراه على التفرق فهو توهم فاسد فان التفرق ليس موضوعا لوجوب العقد و لزومه و لا- أنه مما تعلق به لزوم العقد بل هو غايه للجواز و الخيار الثابت فى المجلس تخصيصا لعموم وجوب الوفاء بالعقد بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فمع التفرق ينتهى أمد الجواز.

و بعبارة أخرى أن العقد كان لازما من الأول بدليل وجوب الوفاء

بالعقد و قد خرجنا عن ذلك في زمن خيار المجلس أى بالجواز الثابت في المجلس و قد كان هذا الجواز مغيا بالافتراق و إذا افترقا حصلت الغايه لا- أنه وجب البيع فان وجوب البيع كان من الأول كما لا يخفى فالجواز انما هو ثابت مع انحفاظ أمرين أحدهما عدم الفسخ و الثاني عدم حصول الافتراق فافهم و اغتتم.فليس اللزوم مترتبا بالافتراق أو متعلقا به ليرتفع مع الإكراه على التفرق و يبقى الجواز على حاله.

الثاني أنه على تقدير شمول حديث الرفع لما ذكر و كونه موجبا لإثبات الحكم و لكنه وارد في مقام الامتتان و من الواضح أنه شموله للمقام على خلاف الامتتان فإنه يوجب أن ينتزع مال الغير منه بالفسخ و هو على خلاف الامتتان.

و الحاصل أنه ذكرت وجوه سته على عدم سقوط الخيار بالتفرق عن اكراه مع عدم التمكن من الفسخ و قد عرفت أن شيئا منها لا يرجع الى محصل و قد عرفت أن من جمله ما استدل به على عدم سقوط الخيار و قد عرفت ما أجاب عنه المصنف و شيخنا الأستاذ و عرفت أيضا أن شيئا من المذكورات لا تصلح للجواب عن ذلك.

و قد عرفت أنا أجبنا عنه بجوابين الأول أن حديث الرفع لا يثبت الحكم على نقيض ما اكراه عليه الشخص كالأمثله المتقدمه فلو اكراه على التفرق فلا يوجب حديث الرفع إثبات الحكم اعنى عدم سقوط الخيار على عدم التفرق الذى هو نقيض التفرق.

الثاني أن حديث الرفع انما ورد في مقام الامتتان و من الواضح أن الحكم بعدم سقوط الخيار لحديث الرفع على خلاف الامتتان لانه يوجب انتزاع مال الغير من ملكه فإنه بعد الحكم بعدم سقوط

الخيار فإذا أعمل الشخص خياره فيكون ذلك سببا لرد ما كان تملك المشتري مال البائع بالبيع و الشراء الى ملك البائع بالفسخ و رد الثمن الى ملك المشتري كك و هو على خلاف الامتتان.

ثم أجبنا عن أن حديث الرفع يرفع اللزوم المترتب على التفرق بأن التفرق غاية لسقوط الخيار و ليس موضوعا للزوم العقد و انما الموضوع له هو العقد و الموجب للزومه هو دليل الوفاء بالعقد و أما التفرق فليس سببا للزومه و انما هو غاية جواز الفسخ اعنى الخيار فى المجلس و لكن الظاهر أن هذا الجواب لا يفيد بيان ذلك قد تقدم فى جواب شيخنا الأستاذ أن فى الموضوعات المركبه لا- يكون حديث الرفع رافعا للحكم المترتب عليها إلا- بالإكراه على كلا جزئى الموضوع كما إذا كان التكلم فى حال القيام حراما فإنه إذا أكره أحد على التكلم فى حال القيام فيرتفع الحكم بالحرمة عند الإكراه بحديث الرفع و هكذا و اما إذا كان أحد الأجزاء مقدورا و الآخر غير مقدور فلا موجب لرفع الحكم بحديث الرفع لعدم كون المترتب على الموضوع هما يترتب على موضوع اكراه أو متعلقا بما لمتعلق الإكراهى كما لا يخفى فافهم.

و لذا قلنا فى محله انه لا مانع من كون التكليف مشروطا بشروط غير مقدوره إذا كان متعلق التكليف أو المشروط بهذا الشرط الغير المقدور أمرا مقدورا و كان ذلك الأمر المقدور مقيدا بهذا الشرط الغير المقدور بحيث يكون التقييد مقدورا أى إتيان العمل مقيدا بهذا الشرط و هذه الكبرى و ان كانت مسلمه و لذا عرفت كون التكليف مشروطا بشرط غير مقدور و لكنه و لا يصح فى المقام و ليس ما نحن فيه من صغريات هذه الكبرى و ذلك من جهة أو أحد جزئى الحكم باللزوم هو العقد

وقد تحقق على الفرض و الجزء الآخر التفرق و هو انما تحقق بالإكراه فلا يكون الموضوع الذى ترتب عليه الحكم اختياريا فعليا بل الكراهيا فيرتفع الحكم باللزوم بحديث الرفع نظير ما إذا كان موضوع الحرمة التكلم فى حال القيام كما تقدم و قد تحقق القيام باختياره و بعد تحققه بالاختيار فأكره القائم على التكلم فإنه ترتفع الحرمة حينئذ و ما ذكرناه من الكبرى فمورده قبل تحقق أحد جزئى الموضوع المركب فإنه ح الإكراه بأحد الأجزاء لا يوجب كون الموضوع إكراهيا ليوجب رفع الحكم بل المكلف بعد على اختياره بالنسبة إلى إيجاد الجزء الآخر فلا يكون الموضوع إكراهيا حتى يوجب رفع الحكم كما لا يخفى.

ففى المقام أن موضوع اللزوم هو العقد و التفرق على الفرض كما عرفت فان دليل الوفاء بالعقد و ان كان تمام الموضوع للزوم حين تحقق العقد و لكن بعد التخصيص بأدله الخيار صار مقيدا بالافتراق عن مجلس العقد لان الخاص يوجب تعنون العام به فيكون الموضوع هما معا أى العقد و التفرق و قد تحقق العقد على الفرض و هو لا ينقلب عما هو عليه فهو أمر لا مناص عنه و مما لا بد منه و لكن التفرق أمر اختيارى فيدور سقوط الخيار و عدمه على الفسخ و عدمه و على التفرق و عدمه و لكن إذا أكره أحد المتبايعين أو كلاهما على التفرق فيكون موضوع اللزوم متحققا فى الخارج بالإكراه فيكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فيرتفع الحكم المترتب على الموضوع بحديث الرفع كما لا يخفى فافهم فلا يتوهم أن الجزء الآخر و هو العقد قد تحقق بالاختيار فإنه بعد تحققه لا ينقلب عما هو عليه نعم قبل العقد فموضوع اللزوم هو العقد و التفرق فإذا أكره على أحدهما أو وجد الآخر بالاختيار لا يكون مترتبا

على موضوع اكراهى كما لا يخفى.

و التحقيق فى الجواب أن يقال أن الافعال قد يكون ظاهرا فى الاختياريه و قد يكون أعم من الاختياريه و غيرها أما الأول فلا شبهه فى كون الحكم المترتب عليها أو المتعلق بها مرتفعا عند الإكراه و أما الثانى فلا يرتفع بذلك لكونه أعم و بعبارة أخرى قد يراد من الفعل هو الفعل النحوى من الماضى و المضارع و الأمر و نحوها فان ذلك إذا نسب الى الفاعل يكون أعم من الاختياريه و غيرها كقولنا مات زيد أو قعد و تفرق و نحو ذلك و قد يكون المراد من الفعل ما يصدر من الفاعل - بالإرادة و الاختيار فهذا ظاهر فى الاختياريه.

و عليه فان كان الفعل الاختيارى الصادر من المكلف بالإرادة و الاختيار متعلقا للتكليف كقوله لا تشرب الخمر أو من موضوعاته كقوله من أفطر فى شهر رمضان فله كذا كفاره فلا شبهه أن الحكم المتعلق به أو المترتب عليه يرتفع عند الإكراه بلا شبهه و أما الفعل الجامع بين الاختيارى و غيره فلا يرتفع عند الإكراه كالتفرق فيما نحن فيه حيث ان قوله (عليه السلام) ما لم يتفرقا فعل أعم من الاختيارى و غيره فيكون مع هذا العموم موضوعا للحكم فلا يكون الحكم المترتب عليه مرفوعا عند الإكراه و عليه فكما يسقط الخيار و بالتفرق بالإرادة و الاختيار فكذلك يسقط الخيار بمطلق التفرق و ان كان بالإكراه و الاضطرار هذا كله فالنقض المذكور أى النقض بالنسيان كانفى فى الجوابيه عن عدم شمول حديث الرفع لما نحن فيه و الفرق و بين الإكراه و النسيان كما صنعه شيخنا الأستاذ لا يرجع الى محصل لعدم النص فى المقام فافهم.

و الوجه الرابع ما أشار إليه شيخنا الأنصارى (ره)

أن الظاهر من

ص: ١٤١

المطلقات الواردة في جعل الخيار ما لم يفترقا هو ما كان التفرق عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا فإذا كان عن غير اختيار لا يكشف عن الرضا فلا يوجب سقوط الخيار.

و فيه أولا أنه لا موجب لذلك و لا منشأ لهذا التبادر و بأى وجه نستكشف عن كاشفيه التفرق الذى يوجب سقوط الخيار عن الرضا كما لا يخفى.

و ثانيا أنه يلزم الالتزام بذلك فى صورته النسيان أيضا فإنه ليس التفرق نسيانا أو غفله كاشفا عن الرضا بالعقد مع ان المشهور التزموا بسقوط الخيار بالتفرق مع النسيان و الغفله كما لا يخفى فافهم.

الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صحيقه الفضيل

(١)

فإذا افترقا فلا- خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فى السقوط الخيار الافتراق و الرضا منهما و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس الا- المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذا لا يعتبر الرضا فى زمان آخر إجماعا و الحاصل أن النص انما يدل باعتبار التفرق مع الرضا فى سقوط خيار المجلس و من الواضح أنه منتف فى صورته التفرق مع الإكراه فلا يكون الخيار ساقطا مع عدم التمكن من الفسخ.

و فيه أن الروايه و ان كانت صحيقه و لكن لازم من ذكره المصنف ان يكون الحال كك فى صورته النسيان أيضا و ليس كك على ما ذكره المشهور و أما معنى الروايه و الله العالم أن المراد من قوله(عليه السلام)فلا خيار بعد الرضا منهما هو الرضا الجديد بالعقد ليكون الحديث دالا على اعتبار كون التفرق كاشفا عن الرضا بالعقد بكون التفرق و عدم الفسخ عن الرضا

ص:١٦٢

بل المراد من هذا الرضا هو الرضا الاولي المتعلق بالعقد حين البيع غايه الأمر أنا خرجنا من ذلك في زمن الخيار و مع التفرق يكون الرضا الاولي باقيا على حاله أيضا لا- أن هنا رضا جديدا متصلا بالتفرق و بعبارة اخرى أن المراد من الرضا في الروايه الرضا الذى ثبت عليه لزوم العقد لا- الرضا بالعقد و بعدم الفسخ عند التفرق لكونه هو الذى وقعت المعامله عليه كما هو المفروض فان البيع لم يقع عن اكراه.

الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضا في ذيل الصحيحه

فكأنه ره طبق الصحيحه عليه و قال أو يقال أنّ قوله بعد الرضا إشاره إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ.

و فيه أيضا انه ظهر جوابه ممّا ذكرناه بدعوى أنه من اين علم كون التفرق مسقطا للخيار لكونه كاشفا نوعا عن الرضا بالعقد.

و فيه انه ظهر جوابه ممّا تقدم من أنه على تقدير تماميته يجرى فى صوره النسيان أيضا فإنه ليس التفرق هنا كاشفا عن الرضا نوعا مع أن المشهور التزموا بسقوط الخيار عنده كما عرفته. و من هن ظهر انه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الفارق بين الإكراه و النسيان هو النص حيث قال ان النص دل على سقوط الخيار مع الافتراق نسيانا و وجه الاندفاع أنه لم نجد نصا يدل على ذلك و أما صحيحه الفضيل فهي أجنيه عن المقام فتحصل ان الخيار يسقط بجميع أقسام التفرق كما لا يخفى.

قوله مسأله لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخايير و بقى الآخر

فى المجلس

أقول بناء على أن التفرق يوجب سقوط الخيار مطلقا سواء

ص: ١٦٣

كان بالإكراه أو بغيره و سواء كان عن التفاوت أو بغيره فلا مجال للبحث على هذه المسألة فإنه بجميع اقسامه يوجب سقوط الخيار و أما بناء على أن التفرق الحاصل عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار فنقول: قد يكون تفرق كل من المتبايعين عن الاختيار و قد يكون احدهما عن اختيار و الآخر بغير اختيار و على الأول فقد يكون كل منهما أيضا متمكنا عن الفسخ أيضا و قد لا يكون كلاهما أو أحدهما ككك و على الثاني فقد يكون أحدهما مكرها على التفرق و ترك التبايع أيضا و بقاء الآخر في المجلس مختارا في المصاحبه أو التبايع و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرها مع المنع من التبايع و ذهاب الآخر اختيارا فذكر المصنف أن محل الاختيار في التفرق فهل لا بدّ من كون كل من المتبايعين مختارا في التفرق بحيث أن الغايه لسقوط الخيار هو التفرق منهما اختيارا أو يكون في سقوط خيار المجلس كون أحدهما مختارا في التفرق فقط و ان لم يكن الآخر ككك و على الأول فهل التفرق الموجب لسقوط الخيار بعنوان الاستغراق بمعنى أن تفرق كل منها يوجب سقوط خيار نفسه أو بعنوان المجموع بمعنى أن تفرقهما مجموعا عن اختيار يوجب سقوط خيارهما و على الثاني فهل يكون مجرد كون أحدهما متفرقا بالاختيار موجبا لسقوط الخيار عن الآخر الذي كان باقيا في المجلس أو يفصل بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقتة فالسقوط عنهما و قد اختار القول بهذا التفصيل العلامة (ره) في التحرير اذن فالأقوال في المسألة أربعة.

و التحقيق أنه لا بدّ من ملاحظه مدرك الحكم باعتبار الاختيار في

التفرق و ترك التباير فى المسأله السابقه فإن كان مدركه هو الإجماع فبناء على حجته و انجاره بالشهره الفتاويه كما فى المتن فلا- يشمل المقام فان المتيقن منه ما إذا كان كل من التفرق و ترك التباير إكراهيا من الطرفين فلا يشمل ما إذا كان أحدهما مختارا فى ذلك فإنه دليل لبي فلا بد من أخذ المتيقن منه.

و أما إذا كان مدرك اعتبار الاختيار فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو غير الإجماع فالظاهر أنه لا يسقط الخيار الا بحصول التفرق بالرضا و الاختيار من الطرفين و انه لا يمكن الاكتفاء بتفرق واحد منهما عن اختياره مع كون التفرق من الأخرى عن غير اختياره و الوجه فى ذلك أن التفرق من الأمور الإضافيه و من المقولات النسبيه كعنوان الأبوه و و البنوه و الاخوه و العمومه و السببيه و المسببيه و العليه و المعلوليه و غيرها من المقولات الإضافيه و من الواضح أن شيئا من المقولات الإضافيه لا توجد فى الخارج و لا تحقق الأ بالطرفين فلا يعقل الأبوه بدون الابن و لا البنوه بدون الأب و هكذا سائر المقولات الإضافيه.

و مفهوم التفرق أيضا كك فإنه لا يتحقق الا بالطرفين فإنه عباره عن انفصال شىء عن شىء و افتراق جسم عن جسم فلا يعقل أن يصدق هذا العنوان على شىء واحد فقها يعتبر افتراقه عن شىء آخر و يلاحظ باعتباره و عليه فلا يسقط الخيار المجلس الذى كان مغيا بالافتراق الأ بافتراقهما ثم نقول أن هذا المفهوم و ان لم يعتبر فى تحققه الاختيار كما تقدم لا من حيث ماده و لا من حيث الهيئه لصدقه على الجمادات أيضا فضلا عن اعتبار الاختيار فيه فإنه يصح أن يقال أن الجدار افتراق بعضه عن بعض و كك يصح نسبه الى كل جماد و غيره باعتبار انفصال

بعض أجزائه عن بعض فإنه بمعنى الانفصال فكما لا يعتبر فيه ذلك فلا يعتبر في الافتراق أيضا ذلك.

و لكن مع لحاظ تلك الداله على اعتبار الاختيار في التفرق فيكون التفرق الحاصل من الإكراه و بعدم الرضا من أحدهما كعدم التفرق فلا- يكون موجبا لسقوط الخيار فتكون النتيجة هو سقوط الخيار بمجموع التفرق منهما باختيار كليهما مع عدم المنع من التخاير.

أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو تبادر اختياريه التفرق بدعوى أن المتبادر من الفعل المسند الى الفاعل المختار هو اختياريته فلا بد ما يكون صادرا عن غير اختيار لا يكون تفرقا أصلا كما هو المفروض و عليه فلا يكون خروج أحدهما و لو باختياره عن المجلس تفرقا.

و أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو صحيحه الفضيل من كون التفرق الحاصل برضاها موجبا لسقوط الخيار فلانه مع كون أحدهما مكرها على التفرق لا يكون التفرق منهما كاشفا عن رضاها فلا يكون موجبا لسقوط الخيار و من هنا ظهر أنه بناء على كون التفرق كاشفا عن الرضا النوعى كما ذكره المصنف فى ذيل الصحيحه فلا يكون التفرق الحاصل باختيار من أحدهما دون الآخر موجبا لسقوط الخيار لعدم كشفه عن الرضا نوعا.

و أما لو كان دليل اعتبار الاختيار فى التفرق هو حديث الرفع كما هو العمده فلان التفرق الحاصل بالإكراه من أحدهما كعدم التفرق و حينئذ فيكون ما يتحرك و يخرج باختياره فى حكم العدم بحديث الرفع فقد عرفت أن التفرق من المقولات الإضافيه فلا يتحقق من شخص واحد أو فى شىء واحد بل لا بدّ و أن يتحقق بين شيئين فحيث كان

تفرق المكره فى حكم العدم بحديث الرفع فلا يصدق عنوان التفرق على خروج الآخر أيضا و ان كان خروجه بالاختيار كما هو واضح.

و بالجمله فلا نعرف وجهها صحيحا بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق المسقط للخيار لسقوط الخيار إذا كان أحدهما مختارا فى التفرق و الآخر مكرها فى ذلك.

و لكن هنا شىء و هو أنه ورد فى الصحيحه على ما تقدم أنه قال (عليه السلام) فلما استوجبت البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر منه أن التفرق من طرف واحد يوجب سقوط الخيار و وجوب البيع فإنه (عليه السلام) لم يتعرض بكون تفرقه كان مع التفاوت الآخر و اختياره فيكون إطلاق كلامه شاملا لكون الطرف الآخر مكرها فى البقاء أو غافلا عن تفرقه (عليه السلام) فيكون دالا على كفايه التفرق من طرف واحد عن رضا و اختيار و لكن ذلك لا يزيد عن حكاية فعل المعصوم (عليه السلام) فلا إطلاق فيه فلعنه مشى مع التفات الآخر و عدم متابعه الآخر مع التفاتة و اختياره فلا يكون دليلا لكفايه التفرق الاختيارى من طرف واحد مع كون الطرف الآخر مكرها فى ذلك.

قوله مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد

الخيار بامتداد مجلس

أقول: إذا ارتفع الإكراه بعد التفرق عن كره فهل يكون خياره فورياً كما زعمه بعض أو يكون ممتداً الى أن يطرئه المزيل الآخر غير التفرق لحصول التفرق أو المناط فى التفرق هو التفرق بعد زوال الإكراه عن الهيئه التى كان المتعاملان عليها فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد.

أما الوجه الأخير فذكر المصنف أن الهيئه الاجتماعيه الحاصله

حين العقد قد ارتفعت حسيًا غايه الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس زوال العقد و الحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غايه هذا الخيار فلا بدّ اما من القول بالفور كما عن التذكرة و لعله لان المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و اما من القول بالتراخي الى ان يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدله.

و بالجمله فالقول بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال لا وجه له لعدم كونه خارجا عن ظهور الأدله فيدور الأمر بين القول بفوريه الخيار و بين القول باستمراره ما لم يطرئه مزيل غير التفرق لان المورد من موارد دوران الأمر بين التمسك بالعام و هو هنا ما دلّ على اللزوم و بين استصحاب حكم المخصص لانه لم يدل دليل على ثبوته بالخصوص بعد زوال الإكراه.

أقول قد تعرض المصنف فيما يأتي لحكم الخيار فيما لم يدل عليه دليل بالخصوص و دار الأمر فيه بين التمسك بالعام فيكون الخيار فورياً و بين استصحاب حكم المخصص و يكون الخيار مستمرا و تعرّضه في خيار الغبن.

و لكن المورد ليس من هذا القبيل و الوجه فيه هو أن التفرق قد حصل بين المتبايعين و لو كان بالإكراه و بعدم الرضا و لا ينقلب الشيء عمياً هو عليه فان التفرق هو افتراق جسم عن جسم و انفصال كل منهما عن الآخر فهو حاصل لا محاله بل قد عرفت فيما سبق أنه لا يعتبر الاختيار لا في ماده التفرق و لا في هيئه الا أنه مع ذلك فهذا التفرق كعدمه

من حيث عدم ترتب الأثر عليه في نظر الشارع و ذلك لانه قد دلت الأدله السابقه على عدم كون التفرق بنفسه غايه لسقوط الخيار بل هو مع القيد الآخر الوجودى كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقه و العدمى كما هو مقتضى بعض الوجوه الآخر فإنه على تقدير انصراف الفعل الى الفعل الصادر عن الفاعل المختار كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقه أو على فرض اعتبار الرضا فى التفرق لصحيحه فضيل أو لكشف التفرق عن الرضا نوعا فيكون التفرق المقيد بالرضا موجبا لسقوط الخيار فحيث كان التفرق عن كره عادما للرضا و حاصلا بدونه فيكون لغوا و لا- يترتب عليه تمر أصلا فيكون أدله الخيار محكمه لعدم حصول الغايه و بعد ذلك لا تحصل تلك الغايه أيضا فإن التفرق قد حصل بالإكراه قطعا و قد عرفت أن الشىء لا ينقلب عما هو عليه و بعده لا- يعقل حصول التفرق عن الرضا فإنه ذكر المصنف أن المراد من الرضا المقارن بالتفرق و بعد حصول التفرق بلا رضا كيف يمكن حصول التفرق ثانيا مع الرضا كما لا يخفى.

و على تقدير أن يكون دليل عدم تأثير التفرق عن اكراه و ثبوت الخيار معه هو دليل رفع الإكراه فتكون الغايه لارتفاع الخيار هو التفرق عن غير كره فيكون القيد عدميا فلا يرتفع الخيار بالتفرق الخالى عن عدم الإكراه فبعده لا يمكن حصول التفرق عن غير كره لحصول التفرق مستقلا فلا- ينقلب الشىء عما هو عليه و على هذا فيكون الخيار باقيا و ممتدا ما لم يطرئه المسقط الآخر بمقتضى أدله الخيار لكونها مغياها بغايه اما الوجودى أو العدمى فإذا حصل التفرق بغير تلك الغايه فيكون الخيار باقيا على حاله الى الأبد فلا يمكن أن يكون التفرق بعد

ذلك مسقطا له و اعتبار التفرق عن مجلس زوال الإكراه كما توهمه بعضهم خارج عن مفاد أدله الخيار كما ذكره المصنف فان الاعتبار فى تلك الأدله على التفرق عن مجلس العقد عن كل مجلس و على كل حاله فالحق أنه بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق فالخيار باق مع التفرق الإكراهى حتى بعد ارتفاع الإكراه الى أن يطرئه المسقط الآخر غير التفرق كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل أنه إذا قلنا بعدم سقوط الخيار بالتفرق الإكراهى فإذا زال الإكراه فهل الخيار فورى أو مستمر كما هو مورد النزاع فى كل مورد ثبت الخيار بغير دليل اجتهادى من الامارات فإنه يدور الأمر بين التمسك بعموم أدله اللزوم فيكون الخيار فوريا و بين التمسك باستصحاب حكم المخصّص فيكون الخيار مستمرا ذكر المصنف(ره) أنه ذكر بعضهم أنّ المناط على التفرق بعد زوال الإكراه فالمناط هو مجلس زوال الإكراه و ذكر أنه لا وجه لذلك لانه ليس لنا ما يدل على جعل مجلس زوال الإكراه مجلس العقد بحيث يكون التفرق عن ذلك المجلس مسقطا للخيار و أنّما الأدله دلّت على أن الخيار باق و لم يرتفع بالتفرق و أما التفرق فهو حسى لا- شك فيه و أدله الخيار ساكت عن غايه هذا الخيار أى الأدله الداله على ثبوت الخيار مع التفرق عن إكراه ساكته عن بيان أمد الخيار بل هى ناظره إلى أصل ثبوت الخيار و عدم سقوطه بالإكراه كما لا يخفى و أما بيان الأمد فخارج عنها فافهم فيكون هذا الخيار من مصاديق ما سيأتى فى خيار الغبن من ثبوته بغير نص فيدور الأمر فيه بين القول بفوريه الخيار و بين استصحاب حكم المخصّص و القول بثبوته مستمرا.

أقول: أما ما افاده من عدم دلالة الدليل على جعل التفريق كعدم التفريق فهو متين جدا فان التفريق حاصل تكويننا فلا يمكن أن بعد ذلك غايه للخيار فإن الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه و الحاصل أنه لا يمكن القول بأن المناط هو التفريق عن مجلس زوال الإكراه فى سقوط خيار المجلس فإنه كما ذكر المصنف لم يدل دليل على تنزيل مجلس الزوال منزله مجلس العقد و لا على بقاء التفريق و أن الحاصل منه كعدم بحيث يلاحظ ذلك جديدا بعد زوال الإكراه فإنه كما عرفت قد حصل التفريق حسا فلا يمكن أن يكون ذلك غايه للخيار بعد و لكن ما ذكره من جعل الأمر دائرا مدار فوريه الخيار للتمسك بعموم أدله اللزوم فإنه يقتصر فيما لم يدل دليل خاص على ثبوت الخيار على المتيقن و هو الفور و اما من الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص و الحكم بثبوت الخيار على الدوام و وجه الضعف هو أنا نحكم بثبوت الخيار هنا تمسكا بعموم أدله الخيار و لا يسقط ذلك الا بمسقط آخر غير التفريق فان التفريق الحاصل بالإكراه لا يكون غايه لسقوطه فإنه لم يكن بما هو تفريق غايه لسقوط الخيار بل الغايه انما هو التفريق المقيد بعدم الكره بناء على أن دليل الدال على اعتبار الاختيار هو دليل رفع الإكراه و المقيد بقيد وجودى و هو الرضا بناء على أن دليل اعتبار الإكراه هو صحيحه الفضيل أو انصراف الفعل الى الفعل الصادر من الفاعل المختار فالحاصل على كل تقدير هو التفريق و هو بنفسه ليس غايه و ما هو غايه أعنى التفريق المقيد فلم تحصيل فيكون المورد مشمولاً لأدله الخيار فتكون أدله الخيار دالا على ثبوته من غير أن يكون مغيا بغايه إذا الغايه كما عرفت هو التفريق المقيد بأحد القيدين المذكورين و من الواضح أنه حصل بغير ذلك

القيد فلا يمكن أن يحصل بعد ذلك فتكون داله على بقاء الخيار إلى الأبد ما لم يطرء عليه مسقط آخر غير التفريق.

و على الجملة فالخيار ثابت هنا بإطلاق أدله الخيار فلا يقاس ذلك بما يأتي في خيار الغبن من أنه مع عدم ثبوت الخيار بالنص مع ثبوته قطعاً فلا بدّ اما من القول بالفوريه تمسكا بعموم أدله اللزوم أو القول باستصحاب حكم المخصص تمسكا بالاستصحاب.

قوله و من مسقطات هذا الخيار التصرف أقول لم يرد في نصّ و لا في روايه ان التصرف يوجب سقوط خيار المجلس أو خيار الشرط الا- أن يدعى بقيام الإجماع عليه و هو كما ترى نعم ذلك في خيار الحيوان و قد تمسك المصنف و جعل التصرف مسقطاً للخيار و التعليل المذكور في بعض أدله خيار الحيوان حيث قال فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان ثم عقب قوله هذا بالتأمل و هو في محله بيان ذلك أنه لا يمكن التعدي عن مورد الروايه و هو خيار الحيوان الى غيره فان سقوط الخيار فيه انما هو بالتعبد و التعليل وارد في مورد التعبد فلا يمكن تسريته الى غيره لأنه لا شبهه أن التصرف مسقط لخيار الحيوان سواء كان مقارناً بالرضا أم لا حتى لو صدر مع الغفله عن حكمه فيكون أيضاً مسقطاً كما إذا اشترى الجاريه فقبلها بتخيل انها مملوكه له مع عدم كونه راضياً بالبيع أي رضا جديداً غير الرضا بأصل العقد بل يريد التروى و مع ذلك ليكون مسقطاً كما في روايه أخرى أريت ان لا مس أو قبل فذلك رضى فيه بالبيع و على هذا فكيف يمكن التعدي الى غير مورده مع ما نرى بالعيان و نشاهد-

بالوجدان أن التصرف لا يكشف عن الرضا بالبيع.

نعم لا نضائق باستفاده الكبرى الكليه من هذه الروايه و هى أنه يسقط الخيار بإسقاط ذى الخيار لكونه راضيا بالبيع كما أشرنا الى ذلك فى التكلم على أن إسقاط الخيار يوجب سقوطه أم لا.

و أما الزائد عن ذلك فلا اذن فالحق أن تصرف المتبايعين أحدهما أو كلاهما فيما انتقل إليهما لا يوجب سقوط الخيار كما لا يخفى إلا أن يدعى فى المقام إجماع على مسقطيه التصرف فهو كما ترى.

(فى خيار الحيوان) قوله

الثانى خيار الحيوان،

اشاره

أقول: لا خلاف بين الفرقين فى ثبوته فى الجملة فى بيع الحيوان و انما الكلام فى خصوصيه ذلك

و يقع

اشاره

الكلام فى ذلك فى جهات عديده.

الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد

منه الا لحمه

فظاهر النص و الفتوى هو العموم فيشمل كل حيوان حتى الزبور و الجراد و السمك و نحوها.

و لكن ذكر المصنف أنه لا- يبعد اختصاصه بما كان المقصود منه حياته فى الجملة فبمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء خارج عن مورد هذا الأدله لأنها لا تباع من حيث انها حيوان بل من حيث انه لحم ثم أشكل على نفسه بالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب.

و ان كان مراده من ذلك الكلام أن ما يقصد لحمه بشخصه فلا خيار فيه فلا بدّ و أن يلتزم بما لم يلتزم به أحد بأن يقول بسقوط الخيار

فيما كان الشراء للحمه أو لأجل الهدى و نحوه ثم بدئ فلم يذبح فإنه لم يقل أحد و لم يتوهم متفقه بسقوط الخيار هنا و ان كان غرضه أن ما كان بنوعه مقصودا منه اللحم فلا خيار فيه.

و فيه أولا أنه من اين استفيد هذا الحكم مع كون الأدله مطلقا و ثانيا أنه أمر لا ينضبط إذ يمكن أن يكون غرضه المشتري فيما كان الغرض النوعى منه اللحم أن يكون هو الإبقاء كالسمك مثلا نعم فى مثل الجراد لا يكون غرض للإبقاء و ثالثا قد لا يمكن ان يكون الغرض فى بعض الحيوانات الحياه من النوع الذى قصد منه الحياه كما إذا أصابه جرح من السهم أو من الكلب كالغزال مثلا بحيث لا يعيش مع أن الغرض تعلق بحياته و بالجمله أن هذا الحكم لا يمكن تصديقه نعم قد يتعلق الغرض بكون المراد من الحيوان هو اللحم فقط حتى لو ذبحه البائع ثم أعطاه لا- يضمن بشىء أصلا و قد ذكرناه فى البحث عن بيع هياكل العباده المتبدعه أنه قد يكون الغرض الأصيل من المبيع هو ماده فقط كبيع الصليب للحطب و عليه فلا تلاحظ الهيئه أصلا و لو كان فيها عيب و كك فى المقام فإذا كان المقصود بالذات هو اللحم فلا يلاحظ الهيئه أصلا.

ثم انه فيما ثبت الخيار فظاهر الإطلاقات أن الخيار يمتد الى ثلثه أيام فلا يكون فوريا.

ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو

يعم الكلى أيضا

ثم قرب اختصاصه بالشخصى و لكن لا- ندرى من اين جاء هذا الاحتمال و دعوى أن الحكمه من جعل الخيار و هو التروى مختصه بالمبيع الشخصى لعدم جريانه فى الكلى مجازفه لعدم لزوم الاطراد

فى الحكمة أو لا و لأن المراد من التروى فى أصل البيع لا فى المبيع و هو جار فيما إذا كان المبيع كليا و هذا ثانيا فلا مجال لهذا الاحتمال أصلا قوله ثم أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاهد الإجماع أقول قد يكون الكلى فى المعين و قد يكون فى الذمه و على الثانى قد يكون حالا و قد يكون مؤجلا كالسلم و قد تقدم أقسامه فى بيع صاع من صبره أما الأول فلا شبهه فى ثبوت خيار الحيوان فيه و الشيخ أيضا لم يستشكل فيه بل كلامه ناظر الى القسمين الأخيرين فإن القسم الأول نظير البيع الشخصى كما إذا كان عنده حيوانان متماثلان فيبيع أحدهما أو انسانان متماثلان فيبيع أحدهما فإنه يكون الخيار ح ثابتا للمشتري أوله و للبائع معا.

و أما القسم الثالث من الكلى فذكر شيخنا الأستاذ أنه يختص بالبيع الشخصى بدعوى أن المشتري لا يملك مطالبه الكلى فى باب السلم قبل موسم قبضه فلا- يمكن جعل مبدء الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أن مبدء الثلاثه من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوتة فى الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما.

ثم ذكروا أن أدله الخيار منصرفه عن بيع الكلى و أن حكمه ثبوتة هى النظره و التروى فى مده ثلثه أيام حتى يبين أن الحيوان الذى اشتراه هل فيه نقص أم لا و أنه صلاح له أم لا و من الواضح أن هذه الحكمة غير جاريه فى الكلى فى الذمه إذ لم يسلم المبيع فيه بعد حتى يتروى المشتري فيه و يرى أنه صلاح له أولا.

أقول:الظاهر ثبوت الخيار فى بيع الحيوان فى البيع الشخصى و الكلى أيضا بأقسامها الثلثة أما ما ذكره من الانصراف فلا وجه له بوجه بعد ما كانت الأدله مطلقه و لا نعرف منشأ للانصراف خصوصا بعد ملاحظه أن خيار الحيوان قد ذكر فى بعض الأحاديث مع خيار المجلس و من الواضح أنه لو يستشكل أحد فى ثبوت خيار المجلس فى البيع الكلى و ليس بينهما فرق و لا فى أحدهما خصوصيته الا- أن أمد خيار الحيوان الى ثلثه أيام و أمد خيار المجلس الى حين الافتراق فلا- وجه لتخصيص خيار الحيوان بخصوصيته دون خيار المجلس.

و أما ما ذكره من أن حكمه خيار الحيوان هو التروى و ملاحظه ان الحيوان صلاح للمشتري أم لا- و فيه أولا أن الحكمه غير ساريه الى جميع الافراد بل قد توجد فى بعض الافراد و قد لا توجد كما هو شأن الحكمه فى كل مورد.

و ثانيا أن ثبوت خيار الحيوان و ان كان هو التروى الا- أنه لا بدّ من التروى فى البيع و ملاحظه أنه صلاح للمشتري أو لا دون التروى فى المبيع و من الواضح أنه بناء على هذا فللمشتري أن يتروى فى البيع لكى يرى أنه صلاح له أم لا و أما ما ذكره شيخنا الأستاذ فيرد عليه أن بيع السلم ليس ببيع قبل القبض بل هو قبله نظير الإيجاب الخالى عن القبول فكما أن الإيجاب الخالى عن القبول ليس ببيع فكك بيع السلم فإنه قبل القبض ليس ببيع و إنما يتم و يكون بيعا بعد القبض كما أن الإيجاب يكون بيعا مع القبول و عليه فلا بأس من القول بثبوت الخيار فى بيع السلم و يكون مبدئه حين تحقق القبض كما لا يخفى فيكون مشمولا لأدله خيار الحيوان و على الجملة لا نرى مانعا عن شمول أدله

خيار الحيوان لكل بيع حيوان سواء كان البيع شخصيًا أم كليًا و سواء كان الكلى فى المعين أم فى الذمه مؤجلا أم حالا فدعوى انصرافها عن القسمين الأخيرين من الكلى دعوى جزافيه كما لا يخفى.

قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري

أقول فى المسأله ثلثه أقوال الأول اختصاص الخيار بالمشتري و هو المشهور بين الأصحاب حديثا و قديما الثانى ثبوته للبائع و المشتري معا و هو المنسوب الى السيد المرتضى و هو أول من ذهب الى هذا القول و لعل مراده فيما كان المبيع حيوانا دون ما كان الثمن حيوان.

الثالث ثبوته لصاحب الحيوان سواء كان هو البائع أم المشتري و أما مدارك الأقوال فمدرك القول الأول هو جمله من الروايات (١)الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و فى بعضها تصريح بذلك و فى بعضها نظره ثلثه أيام أى مهله ثلثه أيام و لا شبهه أن جمله منها صحيحه و بعضها موثقه.

و مدرك القول الثانى صحيحه (٢)محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا: فإنها قريب من الصراحه فى كون الخيار ثابتا لكل من البائع و المشتري.

و مدرك القول الثالث صحيحه محمد بن مسلم أيضا المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثه أيام و فى بعضها قيد صاحب الحيوان بالمشتري كما فى موثقه بن فضال (٣).

ص: ١٧٧

١-١) وسائل ج ١٢ ص ٣٥٠ باب ٤ حد ١ و حد ٩ من باب ٣ و ٥.

٢-٢) وسائل ج ١٢ باب ٣ و ٣٤ حد ٣.

٣-٣) وسائل ج ١٢ ص ٣٤٩ حد ٢.

أما الطائفة الأولى من الروايات فلا شبهة في دلالتها على اختصاص الحكم بالمشتري بل قد عرفت أن بعضها صريح في ذلك فتدل بمفهومها على نفي الخيار عن غير المشتري لا- من جهة القول بمفهوم الوصف بل هي مسوقة لبيان التحديد و أن خيار الحيوان لا يثبت في غير المشتري و هذا هو صريح الأسئلة في بعضها و صريح الجواب في بعضها الآخر و أصرح من الكل روايه (١) قرب الاسناد حيث فصل فيها ثبوت الخيار للمشتري أو البائع أو لهما و هذا واضح.

و نظير ذلك التحديد ما ورد في بعض روايات عدم تنجس الماء الكر حيث سئل (عليه السلام) أى مقدار لا ينجس و لا ينفعل من الماء قال (عليه السلام) كر من الماء فان الجواب حيث كان في مقام التحديد فيدل على المفهوم و كذلك ما ورد في قصر الصلاه حيث سئل في كم يقصر المسافر قال في أربعة فراسخ ذهابا و إيابا أو ثمانية فراسخ ذهابا على ما هو مضمون الروايه.

و على هذا فتقع المعارضه بين هذه الطائفة و صحيحه محمد بن مسلم و عليه فان كان مجرد تعدد الروايه موجبا للترجيح فنأخذ الروايات الداله على اختصاص الخيار بالمشتري و لكن قد ذكرنا في مبحث التعادل و الترجيح أن الشهره على تقدير كونها مرجحه ليس معناها أن يكون احد المتعارضين أكثر من حيث العدد من الآخر بل كون الروايه ظاهرا في نفسها لكونها منقوله في الأصول و لم يكن نادرا و لذا جعلها في الروايه من الأمر البين رشده و من الواضح أن كل من الطائفة الداله على

ص: ١٧٨

اختصاص الخيار بالمشتري و صحِيحه محمد بن مسلم من الأمور البينه رَشدها كما لا يخفى.

و عليه فلا بدّ من أخذ مرجح آخر و من الواضح أن ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري موافق لعموم الكتاب و السنه دون الصحيحه فإن العمومات كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ قوله (صلى الله عليه و آله) المؤمنون عند شروطهم و قوله (عليه السلام) البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع و غير ذلك من العمومات الداله على لزوم فلو لا المعارضه بين الروايات لأخذنا بصحيحه محمد بن مسلم و نخصص بها العمومات و لقلنا بعدم لزوم البيع و بالنسبه إلى المتبايعين فى بيع الحيوان لثبوت الخيار للمتبايعين كما أنها خصصت بثبوت خيار المجلس لهما كما لا يخفى.

و لكن لأجل المعارضه لا يمكن الأخذ بها فلا بدّ من الأخذ بما هو موافق للكتاب كما لا يخفى و اذن فلا بدّ من رفع اليد عن صحيحه محمد بن مسلم مع جلالته و عظمته لقانون المعارضه و يؤيد ذلك اعتضاد ما دل على اختصاص الحكم بالمشتري بالشهره بل قيل ان روايه محمد بن مسلم قد اعرض عنها الأصحاب و لم يعمل بها إلا السيد المرتضى.

و قد يقال بتأويل روايه محمد بن مسلم بأن المراد منها هو ثبوت الخيار للمشتري و حيث أن البائع طرف له و يقع الخيار بينهما و لذا قيل المتبايعان بالخيار.

و لكنه تأويل بارد و على خلاف الظاهر بل خلاف الصراحه منها فلا يمكن حمل الصحيحه عليه فإنه حمل بلا وجه.

و قد يقال بأن المراد من الصحيحه هو صورته كون العوضين حيوانا

بأن يكون كل من الثمن و المثلن حيوانا فإنه حينئذ يكون كل منهما ذى خيار.

و لكن يرد عليه أولا أنه خلاف ظاهرها بل خلاف صراحتها.

و ثانيا إن حملنا الصحيحه على هذا الاحتمال لزم أن يهمل الامام(عليه السلام)حكم ما هو الغالب فإن الصحيحه على هذا يتعرض حكم بيع غير الحيوان بقوله و فى غير الحيوان حتى يفترقا و أيضا تعرض حكم البيع الذى اشتمل على كون كل من العوض و المعوض حيوانا و لكن أهمل ما هو الغالب اعنى ما يكون المبيع حيوان فهو بعيد غايته و قد يتوهم أن التعليل فى بعض الروايات من الطائفة الأولى يدل على اختصاص الحكم بالمشتري فيما كان المبيع حيوانا لان قوله (عليه السلام)نظره ثلثه أيام هو منطبق على المشتري فله أن ينظر ثلثه أيام و فيه أن النظره بمعنى المهله فليس هنا تعليل أصلا فهو اشتباه محض و أما الطائفة الثالثه الداله على أن صاحب الحيوان بالخيار سواء كان هو البائع أو المشتري فقد يقال باختصاص هذه الطائفة بالمشتري بدعوى أنه ذكر فى بعضها صاحب الحيوان المشتري بالخيار فيكون مطلق مقيدا بذلك و فيه أنه لا معنى لحمل المطلق على المقيد فى الأحكام الانحلاليه الغير المتنافيه فلا تنافى بين كون الخيار لمطلق صاحب الحيوان و بين كونه للمشتري أيضا.

و عليه فيدور الأمر بين رفع اليد عن إطلاق هذه الطائفة من الروايات و حملها على صاحب الحيوان المشتري اعنى من انتقل اليه المبيع و بين رفع يد عن ظهور الطائفة الاولى من الروايه فى التقييد و اختصاص الحكم بالمشتري و نفيه عن البائع بل يحمل على الفرد

الغالب لأن الأغلِب أن الحيوان يكون مبيعا في بيع الحيوان فحيث أن الطائفة الأولى ظهورها في التقييد أقوى من ظهور الطائفة الثالثة في الإطلاق فترفع اليد عن ظهور الطائفة الثالثة و مع الإغماض عن ذلك فإنه لا بد من رفع اليد عن الطائفة الثالثة و العمل بالطائفة الأولى لأن الطائفة الأولى موافقه للكتاب و السنه بخلاف الطائفة الثالثة فإنه قد ثبت بالعمومات من السنه و الكتاب لزوم و العقد و القدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشتري و أما ما دل على ثبوته للبائع فمع قطع النظر عن ابتلائه بالمعارضه كان مخصصا للعمومات و حيث ابتليت بالمعارضه فإنه لا بد من رفع اليد عن ذلك لكونها مخالفه للعمومات الكتاب و السنه.

قوله:مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مده الخيار

أقول:قد ذكر في الغنيه أن مده خيار الأمه مده استبرائها و حكم غير واحد من القدماء بضمان البائع لها مده الاستبراء و توهم بعضهم ملازمه ذلك مع ثبوت الخيار للمشتري و لكن لا- نعرف وجهها صحيحا لكلا الحكمين أى الحكم بثبوت الخيار مده الاستبراء و الحكم بضمان البائع أما الأول فلانه لا ملازمه بين القول بثبوت الخيار للمشتري و بين كون ضمان الأمه على البائع في مده الاستبراء إذا لم تثبت الملازمه بين ضمان شخص و بين ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمه بالعكس فإنه ثبت أن من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له و أما في كل مورد ثبت الضمان نحكم بثبوت الخيار لطرفه فهو بلا وجه أصلا فإن كثيرا ما يثبت الضمان و لا- يكون خيار لطرفه كما إذا كان المنشأ للتلف شيئا آخر.و على الجملة فلا يمكن كشف الخيار للمشتري من ثبوت الضمان على البائع.

و أما الحكم بثبوت ضمان الأمه فى مده الاستبراء على البائع فأیضا لا دلیل علیه فإنه لم یثبت لنا ضمان البائع على الأمه فى مده الاستبراء و کیف كان فالحكم فى الأمه هو الحكم فى بقیه الحيوانات من غیر فرق بینهما فأدله خيار الحيوان محمه فى جمیعها.

قوله:مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد

اشاره

أقول:الظاهر من الروایات الداله على ثبوت خيار الحيوان ظاهره فى أن ثبوت خيار الحيوان كثبوت خيار المجلس فان قوله(عليه السلام)الشرط فى الحيوان ثلثه أيام و فى غیره حتى يتفرقا أن خيار الحيوان أنما یثبت من حين خيار المجلس و ان خيار المجلس انما یثبت من حين العقد كما هو واضح.

و علیه فلو انقض ثلثه أيام انقض به خيار الحيوان سواء حصل التفرق أم لا.

و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه:

الأول الأصل العملى

بأن يقال ان الأصل بقاء الخيار الى ثلثه أيام مثلا إذا فرضنا أنه حصل التفرق بعد مضى ساعه من حين العقد و مضى ثلثه أيام من حين التفرق و ثلثه أيام و ساعه من حين العقد فنشكك ح فى أنه هل الخيار ثابت فى هذه الساعه الأخيره أم لا فنستصحب بقائه.

و بتقريب آخر فنشكك فى ثبوت خيار الحيوان من حين العقد و عدم ثبوته فالأصل عدم ثبوته من حين العقد الى زمان التفرق.

و كلا-الأصلين لا-وجه له اما الأول فیرد علیه أولا أن الاستصحاب لا یجرى فى الأحكام الكليه كما حققناه فى محله.و ثانيا ان هذا المورد من قبيل الشك فى المقتضى بمعنى أنا نشكك فى ثبوت الحكم فى عمود الزمان من جهة حصول الغايه و امتداد المقتضى و عدمهما و قد ذهب

ص:١٨٢

المصنف الى جريانه فى ذلك و منع شيخنا الأستاذ عنه و خص جريان الاستصحاب بموارد الشك فى الرفع مثلا إذا شككنا فى تحقق الطلاق و عدمه فى العقد الدائم فنجرى الاستصحاب و نقول: ان الأصل عدم تحقق الطلاق و بقاء الزوجيه كما كانت و أما إذا شككنا فى ارتفاع العقد المنقطع فلا يمكن اجراء الاستصحاب فيه بل نشك فى أن المقتضى موجود أم لا فنشك فى امتداد المقتضى حسب عمود الزمان فحيث لا يقين لنا بأن المقتضى لبقاء العقد المنقطع أى مقدار من الزمان فنحكم بعدم جريانه كما ذهب إليه الأستاذ و على الجملة أن الشك فى المقتضى بهذا المعنى أى بمعنى أن المقتضى أ هو أمر ممتد أم لا لا يجرى فيه الاستصحاب و ان ذهب المصنف الى جريانه فمقامنا من هذا القبيل لأننا نشك أن أمد خيار الحيوان و المقتضى لثبوتيه هل هو ثلثه أيام من حين العقد أو من حين التفرق فإذا شككنا فى ساعه أن الخيار باق أم لا من جهه الشك فى مبدء الخيار فلا يجرى فيه الاستصحاب من جهه الشك فى المقتضى لعدم جريانه فيه.

و أما الأصل الثانى فجوابه واضح فان عدم حدوث خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس لا يثبت الخيار بعد انقضاء ثلثه أيام من حين العقد فى الساعه المشكوكه كما فى المثال المذكور الا- على القول بالأصل المثبت فان ثبوت الخيار فى ذلك الساعه بأصالة عدم حدوثه الى انقضاء المجلس من اللوازم العقليه كما هو واضح.

و مع الإغماض عن جميع ذلك فالأصل لا مجال له لأن الأدله الداله على ثبوت خيار الحيوان ظاهره فى ثبوتيه للمشتري من حين العقد و أنه على نسق خيار المجلس الثابت للمتبايعين من حين

الوجه الثاني: الاخبار الداله على أن تلف الحيوان فى الثلاثه

ممن انتقل عنه

أى ممن ليس له الخيار و بضميمه ما دل على أن التلف فى الخيار المشترك ممن انتقل اليه يستكشف أن مبدء خيار الحيوان بعد التفرق لانه لو كان مبدئه أول زمان العقد الذى يشترك فيه البائع و المشتري فى الخيار لما كان التلف على البائع.

أقول تنقيح المقام أن مقتضى القاعده الأوليه هو أن تلف كل مال من مالكة و لا يكون محسوبا من كيس شخص آخر بل من كيسه إلا إذا ثبت بالدليل الخارجى و عليه فكلما حوسب التلف على المالك فهو موافق للقاعده.

و عليه فإذا دل الدليل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون ذلك تخصيصا للقاعده المذكوره كما أن التلف قبل القبض كك أى تخصيص للقاعده المذكوره فكك أن كون التلف فى زمن خيار المشترك أى عند اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس من مال البائع تخصيص بهذه القاعده فى المورد المذكور فان كون التلف على مالك فى زمن خيار المشترك لم يرد عليه دليل خاص بل هو مما تقتضيه القاعده الأوليه.

و بعبارة أخرى فلا تنافى بين كون خيار الحيوان مبدئه من حين العقد و مع ذلك يكون التلف محسوبا من البائع فإن أدله خيار الحيوان كما يكون تخصيصا للقاعده الأوليه القائمه على أن تلف كل مال على صاحبه فكك يكون تخصيصا لها فى زمن خيار المشترك فيحكم بكون التلف من البائع فإن زمان خيار المشتري من مصاديق القاعده

المذكوره لا أنه ورد نص خاص على كون التلف على المالك كما لا يخفى و قد ذكر المصنف أن أدله التلف من البائع يمكن أن يكون محموله على الغالب حيث يكون التلف غالبا بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضا و لكنه نادر.

و فيه مضافا الى أن التلف غالبا بعد التفرق و ان كان قد يكون قبله أيضا و لكنه نادر.

و فيه مضافا الى أن التلف قبل التفرق ليس بقليل في نفسه و ان كان قليلا بالنسبه إلى التلف بعد التفرق و أن غلبه الافراد لا يكون موجبه لصرف المطلق الى الفرد الغالب و قد ذكرناه مرارا كثيره.

الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم

أن يجتمع سببان على مسبب واحد

فهو كما لا يمكن في الأسباب التكوينية فكذلك لا يمكن في الأسباب الشرعيه.

و فيه أن هذا الوجه لا يحتاج الى الجواب فان اجتماع خيارين في عقد واحد كثير كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب و اجتماع خيار العيب مع خيار الشرط و هكذا فلا يكون هذا إشكالا في المسأله.

و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان

العقد بوجه:

الأول بالأصل العملي.

و يرد عليه أن مقتضى الأدله الداله على ثبوت خيار الحيوان للمشتري هو ثبوته له من حين العقد و مع ذلك فلا مجال للأصل كما لا يخفى.

الوجه الثاني: الاخبار الداله على أن التلف في ثلاثه أيام ممتن

لا خيار له

مع ضميمه أن التلف في زمان خيار المشترك من مال المالك فإنه لو كان خيار الحيوان ثابتا من حين العقد لكان التلف على البائع دون المشتري.

ص: ١٨٥

و فيه أنه لم يرد في آيه و لا- روايه أن التلف في زمان خيار المشتري من مال البائع ليؤخذ بإطلاقه و يحصل التنافي بل هو حكم على طبق القاعده الأوليه لأن القاعده الأوليه أن تلف مال كل أحد على مالكة فكما ثبت التخصيص لهذه القاعده الأوليه في موارد خيار الحيوان و كون التلف على البائع و كذلك ثبت التخصيص لذلك في مورد خيار المشترك أى مع اجتماع خيار الحيوان مع خيار المجلس الذى هو مشترك بين البائع و المشتري و حمل ما دل على كون التلف بعد التفرق لكونه هو الغالب كما صنعه المصنف لا يمكن الالتزام به فإنه مضافا الى أن غلبه الافراد لا يوجب الانصراف أن إخراج الساعه الاولى أعنى ساعه عدم التفرق و ملاحظته نادره بالنسبه إلى البقيه من ثلثه أيام لا وجه له فان كل ساعه من ثلثه أيام نادره بالنسبه إلى مجموع ثلثه أيام و عليه فلما ذا لا- نخرج الساعه الأ-خيره من ثلثه أيام و نقول بعدم كون التلف فيها من البائع بل من المالك فان الغالب أن التلف يكون في غيرها فتكون الإطلاقات منصرفه إلى غيرها و هكذا فترجيح احدى الساعات على غيرها بلا مرجح.

الوجه الثالث: أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له

أسباب عديده

و الا لزم تأثير علتين فى معلول واحد و هو محال فلا بد و أن يكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرق و انقضاء خيار المجلس و قد عبر بعضهم عن ذلك باجتماع المثليين.

أقول لا- شبهه فى أن الخيار حكم شرعى كسائر الأحكام الشرعيه و الأمور الخارجيه أجنبيه عن ذلك بالكلية لا انها من قبيل الأسباب و لا أنها من قبيل المعرفات بل هى أجنبيات فى ذلك بل الحكم الشرعى

ص: ١٨٦

من حيث أنه فعل للشارع و هو حكيم فلا بدّ و أن يكون تابعا للمصلحه و المفسده و أنها ناشئه عن ذلك فليس للأمر الخارجيه تماس بالأحكام الشرعيه أصلا.

و على الجملة فلو كان غرضهم من كون الأمر الخارجى سببا اصطلاحيا أو معرضا فهو باطل من أصله.

و ان كان غرضهم من كون الأمور الخارجيه سببا للحكم الشرعى هو أن يكون موضوعا له تمام الموضوع كالتجاسه و الطهاره بأن يكون نسبه الحكم الى الموضوع كنسبه العله الى المعلول بان لا- ينفك الحكم عن ذلك الأمر الخارجى كما لا ينفك المعلول عن علته و ان كان مرادهم ذلك فلا شبهه أن الأمور الخارجيه حينئذ حقيقه أسباب للأحكام الشرعيه لا أنها معرفات.

و عليه فان كان موضوع كل واحد من خيار الحيوان و خيار المجلس امرا مستقلا فيثبت له الحكم اى الخيار مستقلا من غير أن يرتبط أحدهما بالآخر كما هو كذلك فى باب الكفارات حيث ان كل سبب خاص من موجبات الكفاره موضوع لوجوب الكفاره فلا يرتبط أحدهما بالآخر و ان لم يكن كذلك بأن لا يكون المورد قابلا لتعدد الحكم فيحكم بالتداخل ان لم يمكن التأكد كما فى باب التجاسه و فى المقام نحكم بالتداخل لما عرفت سابقا أن الخيار ملك فسخ العقد فهو حكم وضعى اعتبارى و من الواضح أنه لا معنى لتعدد ملك فسخ العقد و كذلك فى بقيه المملوكات فإن الشىء الواحد لا يملك مرتين كما هو واضح فلا يعقل أن يملك الإنسان بفسخ العقد مرتين كما لا معنى لذلك فى غير هذا المورد لأن الأمور الاعتباريه لا تعدد فيها بل يمكن أن يقال أنّ هذا الاشكال مدفوع

من أصله حيث انه ليس هنا خياران حتى يقال بكونهما مسبيين عن سبيين و لا يمكن اجتماعهما في محل واحد، بل هنا خيار واحد و تقسيمه الى خيار المجلس تاره و الى خيار الحيوان أخرى اصطلاح من الفقهاء و الا فالظاهر من الاخبار هو أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين ما لم يفترقا و للمشتري إلى ثلثه أيام و بيان ذلك أنه ثبت في طائفة من الروايات أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع.

و دلت صحيحه محمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار في الحيوان ثلثه أيام و في غير الحيوان ما لم يفترقا و لكن رفعنا اليد عن ذلك لمعارضتها بالروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و دلت صحيحه أخرى لمحمد بن مسلم على أن المتبايعين بالخيار و ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام مع حمل صاحب الحيوان على المشتري و يكون الاستفادة أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا سواء كان في الحيوان أم في غيره و أن صاحب الحيوان الذي هو المشتري بالخيار الى ثلثه أيام فملاحظه هذه الروايه مع الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ما لم يفترقا و مع ما دل على ثبوت خيار الحيوان للمشتري إلى ثلثه أيام تنتج أن هنا خيار واحد ثابت للمتبايعين الى حين التفرق و للمشتري إلى ثلثه أيام فعلم أن هنا خيار واحد و ليس هنا خياران حتى يقال انه لا يمكن أن يجتمع سببان على مسبب واحد لاستحاله صدور الواحد عن الكثير.

قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه كعقد

الفضولى على القول بكون الإجازة ناقله أو زمان الملك

أقول إذا كان زمان العقد غير زمان الملك كما في العقد الفضولى بناء على النقل

و كعقد الصرف و السلم قبل القبض فهل خيار الحيوان ثابت فى مثل ذلك من حين العقد أو من حين حصول الملك و اختار المصنف الثانى تبعا لما استظهره بعض معاصريه و هو صاحب الجواهر.

أقول الظاهر أن الخيار انما يثبت فى زمان حصول الملك سواء فى العقد الفضولى أم فى عقد الصرف و السلم و فى الفضولى أيضا سواء قلنا بالنقل أو بالكشف و الوجه فى ذلك أما العقد الفضولى فقد تقدم الكلام أن البيع انما ينسب الى المالك و يكون بيعا له و مستندا اليه بعد الإجازة و قبلها ليس بيعا للعاقد و هو واضح و لا يبيعا للمالك إذا المفروض أن البيع لا يستند اليه الا بعد الإجازة.

و قد عرفت أن الأمر كذلك على القول بالكشف أيضا حيث انه يحكم من زمان الإجازة أن البيع بيع للمالك من الأول أى يحكم بحصول الملكيه للمالك فى زمان الإجازة من الأول و هذا أمر موافق للعرف أيضا فإن العرف يبعد أن يحكم بحصول الملكيه من الأول عند الإجازة و ترتيب آثار الملك على العقد من الأول و قد تقدم ذلك.

و قد عرفت فى هذا البحث أى بحث الخيار أن الظاهر من الأدله أن خيار المجلس و خيار الحيوان انما يثبتان للبيع و ما يصدق عليه البائع و قد عرفت فى صحيحه محمد بن مسلم قال(عليه السلام)المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام.

و حيث ان زمان الإجازة زمان صدق البيع على البائع و المشتري فيحكم فى زمان الإجازة بترتب آثار العقد عليه من الأول حتى على الكشف لا بمعنى أن كل أثر يترتب عليه و يحكم بكون النماءات الحاصله له بل من الآن يحكم بحصول الملكيه من زمان العقد و ترتب الأثر عليه.

و هذا الذى يساعده العرف اذن فتشمل عليه أدله خيار الحيوان من زمان الإجازة كما هو واضح سواء قلنا بالكشف أو النقل.

و أما بيع الصرف و السلم فقد ظهر الحال فيهما من بيع الفضولى حيث ان الخيار انما يترتب على العقد الصحيح و بيع الصرف و السلم قبل القبض ليسا بعقدين صحيحين فإنهما مع فقدهما القبض كالإيجاب الخالى عن القبول فكما ان الإيجاب ليس موضوعا للخيار و كذلك الإيجاب و القبول فيهما بدون القبض فان القبض بمنزلة الإيجاب و بعبارة اخرى أن أدله الخيار انما هى تخصيص لأدله الزوم الوفاء بالعقد و الزوم انما هو ثابت للعقد الصحيح دون الفاسد فعقد الصرف و السلم بدون القبض ليسا بصحيحين فكيف تشملهما أدله الزوم حتى تخصّصها بأدله الخيار.

فمبدء ثبوت خيار الحيوان فى الصرف و السلم انما هو زمان القبض.

ثم انك قد عرفت أن خيار الحيوان يثبت فى المبيع الشخصى و فى المبيع الكلى أيضا و عليه فلا وجه لتخصيص المثل فى بيع السلم بما إذا كان الثمن حيوانا بعنوان السلم كما صنعه صاحب الجواهر حيث قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض تخصيص و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار المعين بالحيوان.

قوله مسألة لا إشكال فى دخول الليلين المتوسطين فى الثلثة

أيام

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج أقول وقع الكلام بين الأصحاب فى ان المراد من ثلثه أيام هل هو النهار

ص: ١٩٠

فقط و الليل خارج عنه أو المراد من اليوم هو مجموع أربع و عشرين ساعه و هذا البحث جار فى المقام و فى أيام الحيض و فى إقامه عشره أيام و ربّما يقال أن اليوم اسم لمجموع اليوم و الليل و ان مجموع اربع و عشرين ساعه يسمى يوما و لكنه بديهي البطلان لعدم إطلاق اليوم على ذلك المجموع و انما اليوم اسم لما هو بين طلوع الشمس و بين غروبها فالقوس النهارى يوم و القوس الليلي يسمى ليلا و دائره نصف النهار منصفه للقوس النهارى الى نصفين و نصف الليل منصف لليل الى نصفين و ليس أحدهما داخلا- فى الآخر الا- بالدليل الخارجى كما فى الصوم حيث ان الشارع اعتبر كونه من أول الفجر الى زوال الحمزه عن قمه الرأس و أما فى غير ما اعتبر الشارع دخول أحد القوسين فى الآخر فلا يطلق أحدهما على الآخر.

و عليه فلا- تكون الليالى داخله فى الأيام فيما كانت الأيام موضوعه للحكم بحسب المفهوم الا من جهة عنايه أخرى من اعتبار الاستمرار فى الحكم مثلا.

و عليه فلو عامل أحد مع غيره و باعه حيوانا فى أول طلوع الشمس فيمتد خياره الى غروب الشمس من يوم الثالث و لا تكون الليله الأخيره داخله و لا- يثبت له الخيار فيها بخلاف ما لو قلنا بدخول الليل فى مفهوم اليوم فإنه يمتد الخيار الى صبيحته يوم الثالث و يكون له- الخيار فى الليل أيضا و أما الليلتان المتوسطتان فهما داخلتان بلا شبهه لا من جهة أن الليل داخل فى مفهوم اليوم بل من جهة ان الخيار حكم ثابت لذى الخيار الى ثلثه أيام مستمرا فلو لم تكن الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الموضوع لانقطع الخيار فهو خلاف الظاهر

من الأدله و هكذا الحال فى إقامه عشره أيام و أيام حيض المرأه و نحوهما و اما الليله الأخيره فهى خارجه عن حريم الخيار فإنها غير داخله لا من حيث صدق اليوم عليها و لا من حيث الاستمرار.

و أما ليله الأولى فيما إذا وقعت المعامله فى أول الليله أو نصفها فهى أيضا داخله بلا شبهه لما عرفت من أن الأدله ظاهره فى اتصال مبدء الخيار بالعقد فإذا تحقق العقد تحقق الخيار فيستمر الى ثلثه أيام فدخول الليله الأولى من جهه اتصال مبدء خيار الحيوان بالعقد و استمراره الى ثلثه أيام.

و قد يتوهم أن الليله الأخيره أيضا داخله لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد و لكن قد ظهر جوابه فيما ذكرناه حيث ان دخول الليلتين المتوسطتين أيضا ليس من جهه الأصاله بل من جهه استمرار الخيار الى ثلثه أيام و اتصال الخيار بالعقد فلا مجال لهذا الاشكال.

و اما مسأله التلفيق فيما إذا كان وقع العقد فى نصف اليوم أو ورد المسافر فى بلد فى نصف اليوم أو خاص المرأه فى وسط النهار فهل يجوز أن يحسب نصف هذا اليوم و النصف من اليوم الثالث و جعلهما يوما واحدا أم لا الظاهر هو التلفيق كما هو الموافق للعرف و يؤيد ذلك أنه قل ما يتفق أن المرأه تحيض فى أول طلوع الشمس و المسافر لا يرد البلد الذى يقيم فيه فى أول طلوع الشمس و هكذا فلو لم يعتبر التلفيق فى اليوم و لم يكن موضوعا للحكم لتعرض له الامام عليه السلام و هذا المعنى موافق للعرف فلو قال أحد بقيت فى محل كذا يوما مع أنه بقى فى نصفين من يومين صح ذلك و لو بقى نصف يوم لا يصدق عليه أنه بقى يوما

و كل ذلك لا شبهه فيه و ما افاده المصنف هنا متين جدا.

(فى مسقطات خيار الحيوان)

اشاره

قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمر

أحدهما اشتراط سقوطه فى

العقد

أقول قد تقدم فى خيار المجلس اشتراط عدم الخيار أو اشتراط إسقاطه فى ضمن العقد و لا نحتاج إلى الإعادة و لكن ذكر المصنف هنا شيئاً يجرى فى خيار المجلس أيضاً فلا بأس بالتعرض له و حاصله أنه لا شبهه فى جواز إسقاط الخيار من مجموع المبيع بان يقول أسقط خيارى من مجموع هذا الحيوان و هل يجوز إسقاط الخيار من نصفه أم لا فالظاهر هو عدم الجواز لان نصف الحيوان ليس بحيوان فلا يثبت خيار الحيوان الا فيما إذا كان المبيع حيواناً.

و أما إسقاط بعضه من حيث الزمان بأن أسقط خياره يوماً أو يومين أو أقل أو أكثر فالظاهر هو الجواز لأنه ملك فسخ العقد فدى الخيار مالك لذلك فله أن يسقط حقه بأجمعه أو ببعضه و لا يلزم المحذور المذكور هنا لأن إطلاق الأدله تشمله حتى فى الان القليل من الزمان و بعبارة أخرى فأدله الخيار تشمل المبيع إذا كان حيواناً فى كل آن و زمان.

و الثانى

إسقاطه بعد العقد.

قوله الثالث التصرف

و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة، أقول:

قد اضطربت كلمات الفقهاء فى مسقطيه التصرف غايه الاضطراب و لعل مثل هذه المسأله قليله فى الفقه و منشأ الاختلاف اختلاف الروايات و القواعد.

ص: ١٩٣

والتحقيق أنك قد عرفت في مبحث المعاطاه أن مقتضى القاعده كفايه كل ما يكون مصداقا للإنشاء في مقام إنشاء العقد و نحوه فان المناط في ذلك صلاحيه ما يتحقق به الإنشاء لإظهار ما في النفس و إبرازه سواء كان من قبيل الفعل أو من قبيل القول و اللفظ و من أفراد ما يظهر به ما في الضمير و ينشأ به المعامله و الا فلا خصوصيه له الا إذا قام الدليل على عدم كفايه غير اللفظ في مقام الإنشاء كما في الطلاق.

و عليه فكما أنه يكتفى في إنشاء العقد بكل ما يصلح أن ينشأ به العقد و كذلك يكتفى بكل ما يبرز ما في الضمير في إسقاط الخيار هذا ممّا لا- شبهه فيه و أنه أمر تقتضيه القواعد و لكن الكلام في الصغرى و انه أى شىء يكون صالحا لان يتحقق به إسقاط الخيار من الافعال فهل هو مطلق الفعل و التصرف أو التصرف الخاص فليس هنا قاعده تتكفل لبيان ذلك المقدار المتيقن كون التصرف مصداقا للإسقاط و الا- فلا دليل على كونه مسقطا للخيار حتى التصرفات الجليله فضلا عن التصرفات الحقيقه فإنه ربما لا يكون المتصرف عالما بالموضوع أو الحكم أو يكون غافلا عن ثبوت الخيار له و يتصرف فيه و حينئذ كيف يمكن الحكم بأن التصرف مصداق للإسقاط فلو وطأ الجاريه التى اشتراها لا يكون ذلك مسقطا للخيار و أن أصر عليه شيخنا الأستاذ و قال بكون مثل الوطى مصداقا للإسقاط حتى مع الجهل بالحكم أو الموضوع هذا ما تقتضيه القاعده.

و أما الاخبار فقد ذكر فيها أن احداث الحدث في الحيوان يوجب سقوط الخيار فكل تصرف أو جب حدوث الحدث فيوجب سقوط الخيار بلا شبهه للتعبد الشرعى و أما ما لا يوجب الأحداث فقد ذكرت أمور

فى الروايه التى سئل فيها عن تفسير الحديث:إنها إحداء حدث مع انه ليس بحدث فى العرف و ذلك كالنظر إلى الجارىه و اللمس و التقبيل و نحوها مع أنها ليس بحدث فىكون مثل ذلك داخلا فى الحدث بدليل الحاكم و بالتعبد الشرعى فنحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات أيضا هذا ما يتحصل من الاخبار.

و تحصل أن لنا ضابطتان لسقوط الخيار بالتصرف أحدهما ما تقتضيه القاعده من كون التصرف مصداقا لسقوط الخيار و الثانى التصرف الذى يوجب أحداث الحدث فى الحيوان المبيع أو ما جعله الشارع مصداقا للحدث تعبدا و حكمه فإن هذا أيضا يوجب سقوط الخيار و أما فى هذه الموارد فلا دليل على كون التصرف مسقطا للخيار و لو كان التصرف من التصرفات الجليله كما تقدم فضلا عن التصرفات الخفيفه كيف فإنك عرفت أن أى تصرف كان لا يوجب لسقوط الخيار ما لم يكن مصداقا للتصرف فأى معنى لسقوط الخيار بالتصرفات الصادره حال الغفله أو النسيان أو الجهل بالحكم أو الموضوع فىكون الخيار باقيا على حاله و لو كان التصرف مثل وطى الأمه كما عرفت بل الظاهر من صحيحه الصفار أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للخيار حيث سأل فيها عن أمرين أحدهما الحدث و الثانى ركوب الدابه و سئل بكلمه أو أنهما يسقطان الخيار أم لا فوقع الامام(عليه السلام)إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء الله فلو كان مثل الركوب أيضا مسقطا للخيار لإجابه أيضا بأنه يسقط الخيار بل يمكن أن يقال أن بعض التصرفات فى الحيوان المشتري مما لا بد منه فلو كان كل تصرف موجبا لسقوط الخيار لكان جعل الخيار و تشريعه لغوا محضا كقود الحيوان إلى

القبه و ركوبه من مكان المعامله إلى منزله للتجربه و الامتحان و الأمر بمشى الأمه أو العبد للتجربه و الامتحان و أمرهما بسقى الماء و نحوه بل النظر الى شعر الأمه ليرى أنها شابه أو كبيره قد بيض شعره الى غير ذلك من التصرفات التى مما لا بدّ منه عاده فى مسده ثلثه أيام و على الجملة مقتضى أدله اللزوم من الايات و الروايات هو لزوم العقد و قد خصصت بأدله خيار الحيوان كما خصصت بغيرها فلا بدّ من رفع اليد عن إطلاق أدله الخيار و عمومه بما يدلّ على التخصيص و التقييد و ليس لنا تخصيص الا ما ذكرناه من الضابطين ففى أى مورد تحقق واحده من هذه الضابطه نحكم بسقوط الخيار و الا فلا فافهم.

و الحاصل أن كلمات الفقهاء فى أن التصرف مسقط أم لا مضطربه غايه الاضطراب فذكر بعضهم أن التصرف لكونه كاشفا عن الرضا الشخصى مسقط للخيار و ذكر بعضهم كشيخنا الأنصارى و غيره أن التصرف كاشف عن الرضا النوعى فيكون مسقطا للخيار و لذلك و ذكر بعضهم أن مطلق التصرف حتى مثل ناولنى الماء و نحوه مسقطا للخيار و منشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار و تفصيل الكلام فيه أن الروايات فى المقام متعدده منها صحيحه (1) ابن رثاب فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له: و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء.

فان الظاهر من هذه الروايه ان الحدث مسقط للخيار فإذا أحدث المشتري حدثا فذلك رضا بالبيع فيكون الخيار ساقطا ثم سأل ابن رثاب عن الحدث و أنه أى شىء فقال (عليه السلام) أن لا مس أو قبل أو

ص: ١٩٤

نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انتضى الشرط و لزم البيع فهذا الكلام الصادر من الامام(عليه السلام)من جعل اللبس أو التقييل أو النظر الى ما يحرم النظر اليه ليس احداث حدث قطعاً و اذن فيدور الأمر بين أن يكون ذلك حاكماً بتوسعه دائره الحدث و جعل كل واحد من الأمور المذكوره من أقسام الحدث أو يجعلها مثلاً لمطلق التصرف بحيث يكون مطلق التصرف مسقطاً للخيار فإذا لم تكن الروايه ظاهره فيما ذكرناه من جعل الأمور المذكوره مصداقاً للحدث تعبداً فليس لها ظهور في جعلها أمثله لمسقطيه التصرف ليكون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار و كيف كان فلا دلالة فيها على كون التصرف على إطلاقها موجبا للسقوط.

و منها صحيحه (1) الصّيفار قال: كتبت الى أبي محمد(عليه السلام)في الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ إله أن يردها في الثلاثه الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها في فراسخ فوقه عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إنشاء الله.

فهذه الروايه صريحه في أن احداث الحدث يوجب سقوط الخيار و أما دلالتها على أن التصرف موجب لسقوط الخيار أم لا فإما ممنوعه لعدم تعرض الامام(عليه السلام)لذلك أو هي تدل على أن التصرف لا يسقط الخيار ما لم يكن بعنوان أنه مصداق للمسقط أو مصداق للحدث فإن السائل إنما سأل عن أمرين أحدهما إحداث الحدث

ص: ١٩٧

فى المبيع و الثانى الركوب فقد أجاب الإمام (عليه السلام) عن الحدث و أنه مسقط للخيار و سكت عن الركوب الذى هو من أظهر أفراد التصرف فهذا السكوت لو لم يدل على عدم كون التصرف مسقطا للخيار فلا دلالة فيها على كون التصرف مسقطا.

و على الجملة فإما لا دلالة فى الرواية على كون التصرف مسقطا أو فيها دلالة على عدم كونه مسقطا.

و منها صحيحه (١) قرب الاسناد قال: قلت له أرايت ان قبلها المشتري أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقض الشرط و لزم البيع فقد جعل الامام (عليه السلام) فى هذه الرواية نفس الأمور المذكوره موجبا لسقوط الخيار من غير تعرض للتصرف و الحدث أصلا.

و المتحصل أن ما يكون مسقطا للخيار من التصرف أمور ثلثه من غير أن يكون لعنوان التصرف موضوعيه أصلا الأول: ما يكون مصداقا للإسقاط و مبرزا لما فى ضمير المتكلم من كونه موجبا لسقوط الخيار و هو ما تقتضيه القاعده الأوليه و لا شبهه فيه.

الثانى ان يكون التصرف احداث حدث فى الحيوان فإنه أيضا يكون موجبا لسقوط الخيار فقد ثبت ذلك بصحيحه على بن رئاب و صحيحه الصفار و إطلاق الحدث شامل لكل حدث و لو كان بمثل جز الشعر و نحوه.

الثالث أن يكون المشتري لا- مس أو قبل أو نظر منها ما يحرم النظر إليه فإنه أيضا موجب لسقوط الخيار و أما غير هذه الأمور
الثله

ص: ١٩٨

فلا يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار بوجه فإنه لا دليل عليه من الروايات كما عرفت.

ثم انه بقى الكلام فى أن المراد من قوله (عليه السلام) فذلك رضا منه بالبيع فى صحيحه ابن رئاب أى شىء فذكر المصنف احتمالات أربعة الأول أن يكون المراد من ذلك الرضا الشخصى فىكون المعنى ان التصرف-الموجب لإحداث الحدث فى المبيع يكون كاشفا عن الرضا الشخصى وهذا واضح الدفع فان كثيرا ما لا يلتفت المشتري الى ثبوته الخيار له فيحدث حدثا فى المبيع فكيف يكون ذلك كاشفا عن الرضا الشخصى بالبيع و بسقوط الخيار مثلا لو اشترى أحد دجاجة و قص جناحها لثلا يطير الى مكان آخر من غير ان يلتفت الى ثبوت الخيار له فى ذلك كما هو كذلك فى نوع الناس حتى من أهل العلم حيث انهم لا يلتفتون بثبوت الخيار لهم فى مثل الدجاجة و نحوها و فى مثل ذلك فلا وجه لدعوى كون التصرف كاشفا عن الرضا الشخصى كما هو واضح.

الثانى أن يكون كاشفا نوعيا عن الرضا بالبيع و سقوط الخيار كما ذكره المصنف و هذا أيضا لا يمكن المساعدة عليه فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا يلتفتون بخيار الحيوان فكيف يكون تصرفهم كاشفا عن الرضا النوعى بحيث يكون المناط فى كون التصرف مسقطا للخيار هو الرضا النوعى فإنه لا وجه لدعوى أن فى أغلب الناس يكون التصرف كاشفا عن الرضا النوعى فإن أغلب الناس و لا يلتفتون الى ذلك كيف فان خيار الحيوان لا يختص بطائفة خاصه من الشيعة ليكون الغالب فيهم الالتفات الى الخيار عند التصرف بل يثبت لكل شخص حتى اليهود و النصارى و المخالفين و غيرهم و من الواضح أنه مع ذلك فالغلبه فى غير

الملتفتين بالخيار عند التصرف فكيف يكون التصرف كاشفا عن الرضا النوعي من جهة التفات أغلب الناس بالخيار عند التصرف.

و كيف كان فلا وجه لجعل التصرف كاشفا نوعيا عن الرضا بالبيع.

الثالث أن يكون ذلك بنفسه جوابا للشرط و حكما ثابتا للموضوع فيكون ذلك إشاره إلى نفس ذلك التصرف الذى هو الحدث.

الرابع أن يكون توطئه للجواب و هو قوله و لا شرط له لكنه توطئه لحكمه الحكم و تمهيد لها لا عله حقيقه فيكون إشاره الى أن الحكمه فى سقوط الخيار بالتصرف دلالتة غالبا على الرضا نظير كون الرضا حكمه فى سقوط خيار المجلس بالتصرف و مرجع هذين الاحتمالين إلى شىء واحد و ان كان البيان فيهما مختلفا.

و قد ذكر المصنف أن لازم أخذ هذين الاحتمالين هو الالتزام بكون مطلق التصرف مسقطا للخيار و لكن الأمر ليس كذلك فان قوله (عليه السلام) فذلك رضا منه بالبيع هو أن نفس هذا التصرف الذى يوجب احداث الحدث رضا بالبيع لا كل تصرف كما هو واضح فان الموضوع هو الحدث حيث قال: ان أحداث حدثا فذلك رضا منه بالبيع.

(الثالث من الخيارات خيار الشرط)

إشاره

قوله الثالث خيار الشرط اعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد أقول لا شبهه فى جواز جعل الشرط فى العقود و لا خلاف فيه بين الأصحاب سواء كان متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

و يمكن الاستدلال

إشاره

على جواز ذلك بطائفتين من الروايه

الأولى صحيحه ابن سنان

(١)

عن ابى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: و ان كان بينهما شرط

أياماً معدوده فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البائع و في روايه السكوني ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوبا بالشرط الى نصف النهار فإنها تدل على جواز جعل الخيار في هذين الموردين الخاصين.

و الطائفة الثانية الأخبار المستفيضه الوارده في اشتراط الفسخ

برد الثمن

كما سيأتي نقلها فإنها أيضا تدل على جواز جعل الخيار في موردها فان جاز التعدي عن موردها فيها لدعوى الضروره أنه لا خصوصيه لموردها و الا فلا بدّ من التماس دليل آخر و ح نأتى إلى العمومات.

و قد استدل على مشروعيه هذا الخيار و جواز جعله و اشتراطه بالأدله المستفيضه بل المتواتره بين الفريقين المؤمنون عند شروطهم الا- شرطا خالف كتاب الله و سنه نبيه فإنها تدل بإطلاقها على لزوم الوفاء بكل شرط غايه الأمر خرج عنها الشروط الابتدائيه و بقى الباقي و من جملته اشتراط الخيار في العقود.

و قد أشكل عليه في المستند بأن الأدله العامه لا تكفي لإثبات صحه اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السنه لأن السنه تدل على أنه بالافتراق يجب البيع فاشترط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها و على الجملة فلا يمكن الاستدلال بهذا الأدله على جواز جعل الخيار.

و قد أجيب عنه بجوابين الأول ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الجواز و كذلك اللزوم على قسمين الأول الجواز و اللزوم الحكمي و الثاني اللزوم و الجواز الحقي. أما الأول فلا يتبدل بفسخ المتبايعين

ص: ٢٠١

أصلاً أما الجواز فكالهبة حيث ان جوازها حكمى فلا يتغير أصلاً و لو قال الواهب أسقط حق الرجوع ألف مرّه.

و أما اللزوم فكعقد النكاح حيث لا يتغير عما هو عليه بإقاله و نحوه فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حكمى لا حقى.

و أما الثانى فالجواز الحقى مثل الوكاله و نحوها و اللزوم الحقى كجميع العقود التى تجرى فيها الإقاله حيث انه يستكشف من ذلك أن اللزوم فيها حقى و الا- لم يرتفع بالإقاله فما يكون مخالفاً للكتاب و السنه هو الخيار فى العقود التى أن اللزوم فيها حكمى كالنكاح لا فى مطلق العقود حتى فيما يكون اللزوم فيها حقياً.

و فيه أنه قد عرفت فى أول البيع أنه لا- فرق بين الحق و الحكم أصلاً فإن كلاهما بحكم الشارع و جعله غايه الأمر قد سموا الفقهاء الحكم الذى اختياره بيد المتبايعين حقاً و هذا لا- يوجب اختلافهما فى الحقيقة و عليه فكما ان الجواز حقيقه واحده مجعوله بجعل الشارع و كذلك اللزوم فهو حقيقه واحده و الاختلاف بحسب الحكم الطارئ عليه لا أن هنا حقيقتان إحداهما حقى و الأخر حكمى كما لا- يخفى و عليه فيبقى اشكال صاحب المستند على حاله فان جعل الخيار فى العقد مخالف لحكم الشارع بلزومه.

و بعبارة اخرى أن اللزوم فى جميع العقود انما هو حكم الشارع و ثابت بدليل واحد غايه الأمر أنه مطلق فى بعض الموارد كما فى النكاح و مشروط بعدم الإقاله فى بعض الموارد الأخر كما فى البيع و نحوه على ان النكاح أيضاً قد يطرئه حق الفسخ لبعض الأمور كما هو واضح.

و الجواب الثانى ما يظهر من السيد ره من أن جعل الخيار

مخالف لإطلاق العقد لا- لمقتضاه فإن إطلاق العقد يقتضى الملكيه على وجه الإطلاق فاشتراط الخيار مخالف لإطلاقه لا لمقتضى أصل العقد. وهذا الجواب من العجائب فان كلامنا فى الشروط المخالف للكتاب و السنه لا فى الشروط المخالفه لمقتضى العقد أو لإطلاقه.

و توضيح الكلام أن الشرط قد يكون مخالفا لمقتضى العقد بأن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك أو يقول الواهب و هبتك هذه على أن تبقى العين الموهوبه فى ملكى و هكذا فان هذه الشروط كلها مخالفه لمقتضى العقد و لكن لا دليل على بطلانه الا- لزوم المناقضه و التناقض فان معنى البيع هو تمليك العين المبيعه و كونها ملكا للمشتري و معنى اشتراط عدم كونه ملكا للمشتري هو أن لا يكون المبيع ملكا للمشتري و هما متناقضان و كذلك فى الهبه.

و أما إذا كان الشرط مخالفا لإطلاق العقد فلا محذور فيه أصلا لعدم الزوم التناقض و محذور آخر فيه كما ذكره السيد فإنه أن محذور فى أن يقول البائع بعتك هذا الثوب و شرط عليك أن تخيط لى ثوبا آخر فإن إطلاق العقد لا يقتضى كون المبيع ملكا للمشتري على وجه الإطلاق و الشرط مخالف له.

و أما الشروط المخالفه للكتاب و السنه فهى أمر آخر غير مربوط بالشروط المخالفه للعقد أو لإطلاقه فإنه لا يفرق فى الشروط المخالفه للكتاب و السنه بين أن تكون مخالفه لأصل الكتاب و السنه أو لاطلاقهما مثلا لو باع حيوانا و اشترط أحدهما على الآخر فى ضمن العقد أن يشرب الخمر فى حال المرض تنزّها لا دواء فإنه هل يتوهم أحد جواز ذلك

لكونه مخالفا لإطلاق الكتاب لا أصله.

و الحق فى الجواب أن يقال: أن هذه الروايات انما وردت لجعل خيار الشرط فى مورد لزوم العقد فتكون مخصصه للأدله الداله على اللزوم لا منافيه لها لتكون مطروحه أو مأوله و توضيح ذلك أن معنى اشتراط شىء فى العقد هو توقف لزوم العقد على وفاء المشروط عليه بالشرط و الا- فلا- يلزم عليه أن يتوقف على اللزوم و معنى عدم وجوب التوقف على اللزوم هو ثبوت الخيار له بحيث ان شاء يفسخ و ان يشاء يمضى و ان شاء يبقى العقد على حاله غايه الأمر أن اشتراط شىء على البائع أو المشتري فى العقد جعل خيار بالدلاله الالتزاميه و جعل الخيار لأحدهما أو كلاهما فى العقد جعل خيار بالدلاله المطابقه و قد تقدم ذلك فيما سبق و قلنا و بان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار و الحاصل أن الأدله على أن المؤمنين عند شروطهم وارده فى مورد جعل الخيار بناء على أن كل شرط يرجع الى جعل الخيار بالبيان المتقدم فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه و بعبارة أخرى أن هذا الروايات الداله على لزوم الوفاء بالشروط وارد فى مورد جعل الخيار بناء على أن مرجع جعل الشروط الى ثبوت الخيار بالالتزام فان بقاء الالتزام على العقد منوط على بقاء الالتزام على الشرط و مع التخلف يثبت الخيار و عليه فلا يكون جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنه الا أن الشرط مخالفا لهما و الحال أن فى العالم شروط صحيحه غير منافيه للكتاب و السنه فهذه الروايات وارده فى هذه الموارد الى مرجعها الى جعل الخيار.

و يمكن الجواب عن صاحب المستند بناء على المشهور أيضا من

ص: ٢٠٤

عدم رجوع الشرط الى جعل الخيار. بدعوى عدم مخالفه الشرط الخيار للكتاب و السنه. أما عدم مخالفته للكتاب من جهة أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ناظر إلى إفاده اللزوم للعقد المنشأ على النحو الذى أنشأه المنشئ و هذا المنشأ اما هو مطلق فى الواقع أو مقيد لما ذكرناه مرارا أن الإهمال فى الواقعات من الأمور مستحيله و عليه فهذا العقد الذى اشترط فيه الخيار لا يعقل أن يكون منشأ على وجه الإطلاق فلا بدّ و أن يكون منشأ على وجه التقييد فيكون الملكيه المنشئه بقيد خاص موردا للأمر بالوفاء بالعقد فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب بل دليل اللزوم من الأول لا يشمل الا هذه الملكيه الخاصه المقيده بحد خاص.

و بعبارة أخرى أن دائره الملكيه من الأول محدوده و مقيده بعدم الفسخ فان الحاصل من البيع قد يكون ملكيه مطلقه و يكون المنشأ هو ذلك و قد يكون المنشأ ملكيه مقيده بحصه خاصه و بحد خاص أى المقيده بعدم الفسخ و حينئذ أن منافاه لهذا الشرط للكتاب بل الكتاب لا يشمل من الأول الملكيه المطلقه بل يشمل الملكيه المقيده و هو واضح.

لا- يقال أن الملكيه المنشئه مطلقه حتى بعد الفسخ فإنه لا معنى للبيع الى وقت خاص كسنه أو سنتين لكونه باطلا إجماعا فإنه يقال لا شبهه فى أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و أن البائع أنشأ ملكيه مطلقه للمشتري و أبدية و لكن كلامنا ليس فى الإطلاق و التقييد من حيث الزمان بل من حيث الحالات و لا شبهه أن المنشأ بالنسبه إلى الفسخ و عدمه الذان من الحالات الطارئه لعقد اما مطلق أو مقيد و ذكرنا أنه مقيد فالملكيه المنشئه محدوده بالنسبه إلى الفسخ

و عدمه الى الزمان فتشملها أدله اللزوم مع هذه الحيثية المقيدة فيكون لازما الى أن لا يفسخ و الا فلا لزوم لعدم شمول أدلته له. و دعوى أن المنشأ مطلق بالنسبة إلى الفسخ و عدمه أن أنه أنشأ الملكيه سواء فسخ أم لا مع اشتراط الخيار فى العقد دعوى متناقضه كما هو واضح فان هذه الدعوى تشبه دعوى أن يقصد أحد الإقامه فى بلد و كان عالما بمسافرتة أو شاكا فيه فان هذا ليس الا التناقض الواضح.

و لا يقاس كون المنشأ ملكيه محدوده بالفسخ بالبيع إلى سنه فان الثانى باطل بالضروره بخلاف الأول فإنه كان متعارفا فى جميع الأزمنه فيكون مشمو لا لوجوب الوفاء بالعقد.

و كيف كان بناء على المشهور أيضا لا يكون شرط الخيار مخالفا للكتاب بوجه لقصور دليل اللزوم عن ذلك فلا يكون الأمر بالوفاء بالعقود شاملا الا ما أنشأ بأى كيفيه أنشأ. فاللازم بدليل وجوب الوفاء بالعقد هو الملكيه المحدوده بعدم الفسخ.

و أما السنه فقد ظهر جواب توهم مخالفه الشرط للسنه من ذلك أيضا فإن قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع ليس المراد من الوجوب على كل حال بحيث يكون المنشأ ملكيه المحدوده لازمه على وجه الإطلاق بعد انقضاء المجلس بل الملكيه المحدوده بعدم الفسخ فلا تكون هذه الاخبار شامله من الأول الى ما بعد الفسخ حتى يتوهم كون الاشتراط مخالفا لمقتضى الكتاب.

ثم انه لا شبهه فى جواز جعل الخيار مده خاصه معينه

إما متصلا بالعقد أو منفصلا عنه لإطلاق الأدله نعم ذكر بعض الشافعيه أنه لا يجوز جعل الخيار بعد لزوم العقد فإنه لا ينقلب الى الجواز بعد

اللزوم و لكنه بديهي البطلان فان كثيرا ما يطرد الجواز على العقد بعد اللزوم كما في موارد خيار تأخير الثمن و موارد خيار الرؤيه و موارد تخلف الشرط فان جميع ذلك و أشباهه يطرد الجواز على العقد بعد اللزوم فلا يمكن الالتزام بكلام هذا القائل أيضا.

و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مده العمر نظير الوقف

بحسب العمر أم لا

فلم يستشكل أحد في جوازه الا شيخنا الأستاذ حيث منع عن جواز مثل هذا الشرط لوجهين الأول أنه يوجب كون العقد غررًا و ذلك لانه لا يعلم المتبايعان أن عمر المشروط له أى مقدار فيوجب البيع غررًا فيبطل لذلك.

و فيه أنه الغرر هو الخطر و لا- نرى في ذلك خطرا أصلا غايه الأمر أنه يكون مثل العقود الجائزه فهل يتوهم أحد أن الهبه أو الوكاله أو نحوهما من العقود الجائزه غرريه. و سيأتى الكلام فى نفس الغرر مع الجهل بالشرط.

الوجه الثانى ما ذكره (ره) من أن جعل الخيار إلى الأبد مخالف لمقتضى العقد فان للعقد دلالة مطابقه أعنى حصول الملكيه للمشتري فالبيع يقيد بالمطابقه حصول الملكيه للمشتري على وجه الإطلاق و دلالة التزاميه أعنى كون المتبايعين ملتزمين بمفاد العقد و أنه لا- يختص التزامهما بزمان خاص بل هو ثابت إلى الأبد فاشترط الخيار إلى الأبد و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد بحسب الدلاله المطابقه أعنى حصول الملكيه المطلقه و لكنه مناف لمقتضى العقد بحسب الدلاله الالتزاميه أعنى لزوم العقد إلى الأبد و أما جعل الخيار فى زمان خاص فلا بأس به لعدم كونه مخالفا لمقتضى العقد من الجهتين غايه الأمر

أنه شرط الخيار في زمان خاص.

و فيه قد عرفت أنه لا- دليل على بطلان الشروط المخالفه لمقتضى العقد الا من جهه المناقضه و من الواضح أن اشتراط عدم حصول الملكيه للمشتري مثلا- مناقض لمقتضى العقد بأن يبيع بشرط أن لا- يملك المشتري أو يهب بشرط أن يبقى العين الموهوبه في ملك الواهب و أما جعل الخيار في البيع إلى الأبد فلا- يستلزم التناقض لمقتضى العقد كما هو واضح فإنه أى مناقضه لبيع متاع أو دار بشرط أن يكون للبائع أو للمشتري خيار مده العمر فيكون نظير العقد الجائر نعم لو كان هنا دليل التعبدى يدل على أن الشروط لا بدّ و أن لا يكون مخالفه لمقتضى العقد لأخذنا بإطلاقه و بالنسبه إلى الدلاله المطابقه و الائتزاميه.

و الحاصل قد علم أن المنشأ في موارد جعل الخيار بالشرط ملكيه محدوده فأدله اللزوم من الأول قاصره عن الشمول لذلك فضلا عن أن يلزم من جعل الخيار مخالفه الكتاب أو السنه.

و مع الإغماض عن ذلك فنقول: ان الظاهر من السنه الداله على لزوم العقد هو الحصره الخاصه من العقد الذى لم يجعل فيه الخيار و أما ما جعل فيه الخيار فلا يكون مشمو لا لها.

و توضيح ذلك أن الأدله على ثبوت خيار المجلس و ان دلت على لزوم البيع بمجرد الافتراق و كونه واجبا على وجه الإطلاق و لكن لا بدّ من تقييدها بما ذكرناه من أنه ورد فى بعضها أن اللزوم و الوجوب انما هو بعد الرضا بالعقد كقوله (عليه السلام) فلا خيار لهما بعد الرضا و قد ذكر أن المراد من هذه العبارة الشريفه أنه لا خيار لمجلس لهما بعد ما أقدم على المعامله و رضيا بها و عليه فهى صريحه فى عدم شمول السنه

لعقد جعل فيه الخيار فان المتبايعين لم يقدموا و لم يرضيا على المعامله الأعلى النحو الذى أنشأها و من الواضح أنهما أنشأ ذلك بحيث يكون لهما أو لأحدهما حق الفسخ بعد شهر مثلا أو الى شهر من زمان العقد فلا يشمل قوله (عليه السلام) فإذا افترقا وجب البيع بعد الرضا إذا لم يحصل الرضا بدون الشرط المعلوم.

ثم انه قد عرفت أنه لا شبهه

فى جواز اشتراط الشرط فى العقد

من دون أن يلزم فيه محذور أصلا

وقد عرفت أنه يجوز أن يشترط فيه الخيار مده معينه بل ما دام العمر وقد عرفت مناقشه شيخنا الأستاذ فى ذلك وعرفت الجواب عنه.

و هل يجوز اشتراط الخيار فى مده مجهوله فى الظاهر و معينه

اشاره

فى الواقع

(كأن يجعل البائع المشتري لنفسه الخيار الى قدوم الحاج أو نزول المطر و نحوهما) أو لا يجوز و الظاهر هو الجواز لعموم الأدله المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم.

و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلك أحد الأمور الثلثه

الأول

ما أرسله العلامة

من أنه نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن الغرر فان هذا الشرط غررى فيكون منها عنه و يكون المشروط به أيضا منها عنه.

و فيه مضافا الى عدم ثبوته إذ الثالث المنقول هو نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر أنه لا دلالة فيها على فساد المعامله المشروط بهذا الشرط الفاسد إلا بناء على سرايته الى المشروط و هو فاسد و سيأتى الكلام منه.

الثانى: أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مده مجهوله

مخالف للسنة فيكون فاسدا

و ذلك فإنه ورد النهى عن بيع الغرر

فى الشرىعه المقدسه فاشترط الشرط الغرى مخالف له فىكون فاسدا و هذا هو الذى ذكره المصنف و ذكر أنه أكل من القفاء فان له أن يستدل من الأول بفساد هذا الشرط بدليل النهى عن البىع الغرى.

و كىف كان هذا الوجه أيضا لا يتم فإنه ان كان المراد من الشرط المخالف للكتاب هو نفس الالتزام بحيث يكون نفس الالتزام بما يكون مخالفا للكتاب و السنه أيضا مخالفا لهما فىرد علیه أنه مبنى على سرايه فساد الشرط الفاسد الى المشروط و بعباره أخرى فالصغرى مسلم و لكن الإشكال فى الكبرى من أن الشرط الفاسد يوجب بطلان العقد أم لا.

و ان كان المراد به نفس الملتزم به لىكون هو بنفسه مخالفا للكتاب و السنه فلا شبهه أن الملتزم به لىس مخالفا للكتاب و السنه فان جعل الخيار و لىس فىه مخالفه لهما و الا لكان كل خيار فى كل عقد مخالفا للكتاب و السنه و على الجملة فإن كان المراد من الشرط نفس الملتزم به فلىس فىه مخالفه للكتاب و السنه و ان كان المراد به نفس الالتزام و هو و إنكار مخالفا للكتاب و السنه لكونه حراما على الفرض و لكن لا يرى كونه موجبا لبطلان العقد لانه متوقف على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد أم لا.

الثالث: النبوى المعروف من أنه نهى النبى (صلى الله علیه و آله) عن بىع الغرر بدعوى أن اشترط الخيار فى البىع مده مجهوله غرى فىسرى إلى البىع فىكون البىع أيضا غرىا. و على هذا فلا يتوقف الاستدلال على جعل الشرط مخالفا للكتاب و السنه يحتج إلى إرجاع الشرط الى نفس الملتزم به و لا إلى النهى عن المطلق الغرر لنحتاج الى البحث عن ثبوتة و عدمه.

و لكن يرد عليه أنه ان كان المراد من الغرر هو الجهالة فلا- جهالة فى المبيع و ان كان الشرط مجهولا فإنه أى جهالة فى المبيع المعلوم من جميع الجهات الذى وقع عليه البيع إذ لا تسرى الجهالة من ناحيه الشرط الى المبيع أصلا.

و بعبارة أخرى بناء على تماميه ما دل على النهى عن الغرر من حيث السند و كون الغرر بمعنى الجهالة فما يكون موجبا للبطلان هو جهالة ما يرجع الى الثمن و المثلن لا جهالة الخارجيه و من الواضح أن العوضين هنا معلوم فلا تسرى الجهالة إليهما من ناحيه الشرط المجهول كما هو واضح على أن الروايه ضعيفه السند و الغرر ليس بمعنى الجهاله.

و ان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو الظاهر على ما قربناه سابقا فلا خطر هنا أيضا فإن الخطر انما يكون فيما لم يعلم أن ما بذله البائع أو المشتري أن مقدار وقع فى مقابله من المال بحيث تكون المالىه التى تحصله فى مقابل ما يعطيه مجهوله فان هذا خطر.

و أما إذا كان ما يساوى ماله معلوما فان فسخ يملك ما بذله نفسه و الا يملك ما بيده الذى أخذه من طرفه فأى خطر فى ذلك و لو لم يعلم أن العقد يفسخ أولا- و أنه فى أى وقت يفسخ فان هذا لا يضر بمالىه المبيع أن الثمن فلا يجعلها خطريه و الا فهذا يجرى فى جميع موارد الخيارات إذ لا يعلم أن ذى الخيار يفسخ أو لا فهذا بنفسه لا يوجب الغرر.

نعم فالمالىه فى الثمن أو المثلن تكون خطريه باعتبار ترق القيمة السوقيه أو تنزلها الى زمان الخيار و الفسخ إذ لا يعلم أنه متى يجىء

الحاج أو ينزل المطر حتى يثبت الخيار لذى الخيار فيمكن أن تكون قيمه المبيع نازله بحيث لا يسوى شيئا فيكون البيع حينئذ خطريا من ناحيه هذا الشرط على أن دليل نفي الغرر ضعيف و غير منجبر بشيء و قد عرفته في البحث عن القدره على التسليم و لكن هذا يجرى في جميع موارد الخيارات فلا يختص بالمقام فإنه يمكن أن يطرأ هذه الحاله للمبيع في بقيه الخيارات أيضا ففيما ليس فيه خطر لا وجه لفساد الشرط و فيما فيه خطر فهو مشترك بين المقام و بين بقيه موارد الخيارات.

هذا كله إذا كانت المده مجهوله في الظاهر و معلومه في الواقع كأن قال بعتك هذا الشيء على أن يكون لي الخيار مده خاصه و لم يبين المده أو قال لي الخيار و أطلق فهذا باطل ثبوتا أيضا لاستحاله إمضاء أمر المجهول الا أن يقال أنه يحمل على ثلثه أيام. كما افتى به جمع من الأكابر و ذكر الشيخ الطوسي أن عليه أخبار الفرقه و قد عامل بعضهم معامله الروايه و لكن الظاهر أنه لا يكون دليلا في المقام إذ لم نجد روايه تدل على هذا الرأي و لم ينقله احد حتى الشيخ في كتابيه فلو كان هنا خبر يدل على ذلك لنقله هو أو غيره و الظاهر أنه استنبط ذلك من الروايات و ذكر أن عليه أخبار الفرقه و قد ذكر نظير ذلك في قصر الصلاه عند الخروج الى الصيد و وجدنا الموارد التي استنبط ذلك منها و عليه فان كان هنا إجماع أو تسالم على حمل مثل هذا الشرط على ثلثه أيام نأخذ به و الأفيحكم بالبطلان كما هو الظاهر.

(في مبدء خيار الشرط)

قوله مبدء هذا الخيار من حين العقد أقول ان كان وقت خيار

الشرط معلوما بالنص كأن يجعل لنفسه الخيار في اليوم الفلاني فهو و الا بأن أطلق و قال بعثك على أن يكون لى الخيار الى
خسمة أيام فإن ظاهر الإطلاق هو كون الخيار من حين العقد و الآ كان الإطلاق الغوا و لو جعل لأحدهما الخيار فى اليوم المعين
فالإطلاق يقتضى أن يكون مبدء الخيار من أول ذلك اليوم و قال المصنف انه لو شرط خيار الغد كان مبدءه من طلوع الفجر و
لكنه مبنى على أن يكون أول النهار من طلوع الفجر و لكنه فاسد بل النهار المقابل لليل أوله من طلوع الشمس و آخره غروبها و
بعبارة أخرى قد ذكرنا فى مباحث الصلاة أن قوس النهار من طلوع الشمس فما دام أنها تحت الأرض لا يتحقق النهار و مقابل
ذلك الليل.

و قد ذهب الشيخ و الحللى الى أن مبدءه من حين التفرق و وجه الشيخ فيما سبق بأنه لا معنى لتعدد السبب لخيار واحد و قد تقدم
جوابه بأنه لا مانع من استناد الخيار الواحد إلى أسباب عديده و يترتب عليه الثمر فيما إذا سقط واحد فإنه يفسخ بالآخر و قد
تقدم أيضا النقض بأنه قد يجتمع خيارات عديده فى محل واحد و كيف كان فلا محذور فيه على أنه يرد عليه بأن لازم كلامه
هذا أن يكون خيار الشرط بعد خيار الحيوان أيضا.

ثم ان المصنف قد ادعى التبادر هنا أن المتعاقدين انما يجعلان الخيار فى زمان ليس لهما الخيار و الا لم يجعلاه لنفسهما و قد
أشار الى ذلك فى السرائر.

و فيه أولا أن التبادر فى نفسه ممنوع و ثانيا ما ذكر المصنف انه لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلثة و لم
يلتزموا

بذلك على أنه انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و مع الجهل به لا يقصد من يجعله لنفسه الخيار الا جعل من حين العقد لعدم التفاته بخيار المجلس بل هذا هو الأغلب إذ لا يلتفت نوع الناس بخيار المجلس ثم أورد المصنف على دعوى أنه بعد انقضاء المجلس الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن تبعيه العقود للقصود و وجوب عدم تخلفها عنها انما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر مضاد له كما إذا قصد المتبايعين البيع و ترتب عليه الهبة أو الإجازة أو قصد المتعه و ترتب عليه الدوام بناء على كونهما حقيقتين و أما بيع ما يملك و ما لا يملك فحيث ان القصد فيه فى الحقيقه ينحل الى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و ان قصدا كون مبدء الخيار من حين العقد الا أنهما قصدا من حينه إلى سنه مثلا فلو حكم الشارع بأنهما ما دام فى المجلس ليس لهما خيار الشرط فهو ليس من تخلف العقد عن القصد.

أقول: ان كان مراد المصنف أنه يلزم التخلف إذا كان قصد المتبايعين ثبوت الخيار لهما من حين العقد إلى خمسة أيام فأمضى الشارع بعد التفرق إلى خمسة أيام و مقدار زمان قبل التفرق كخمسة أيام و نصف أو ساعه بحيث يضيف الناقص من الأول إلى الآخر فلا شبهه فى كون ذلك من تخلف العقد عن القصد فلا يرد عليه ما أورده شيخنا الأستاذ.

و ان كان مراده أن المتبايعين قصدا لنفسها الخيار من حين العقد إلى خمسة أيام و لكن الشارع ضيق دائره خيارهما و نقص من خمسة أيام بمقدار بقائهما فى مجلس فح لا يلزم التخلف فان المورد

ح من قبيل بيع ما يملك مع ما لا يملك و إمضاء البيع فى ما يملك و عدمه فيما لا يملك. و عليه فإشكال شيخنا الأستاذ متين و نظير ذلك كثير فى الشريعة كبيع الصرف و السلم فان الشارع امضاهما بعد القبض و كبيع الفضولى و نحو ذلك.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو جعل مبدء الخيار من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهاله مدته الخيار و قد تقدم أن شرط إذا كان غرريا يفسد و يستلزم كون البيع فاسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و الا فيكون الفاسد هو الشرط فقط و لا يسرى الغرر الى المبيع و قد تقدم و لكن يمكن عدم الغرر و الجهاله هنا فى هذا المثال كما إذا جعل الخيار من حين التفرق فان الشرط هنا لا يكون مجهولا لان آخره معلوم فهذه المدته مدته الخيار سواء كان بالمجلس أو بغيره فما دام فى المجلس فيه و بعده بخيار الشرط غايه الأمر سبب الخيار مجهول.

(فى جعل الخيار للأجنبى)

اشاره

قوله مسأله يصحّ جعل الخيار لأجنبى أقول

يقع الكلام فى جهات

الاولى هل يشرع الخيار لاجنبى بعنوان أنه وكيل

لان جعل الخيار له فى قوّه جعل الخيار لنفسه و لا شبهه أيضا فى احتياجه الى القبول و كيف كان فهذا خارج عن محل الكلام.

و انما الكلام فى جعله للأجنبى بغير عنوان الوكاله فقد يقال:

بعدم جوازه فان جعل الخيار فى العقد انما يشرع فى حق من كان طرفا للالتزام و يكون له الخيار فى حل التزامه و إبقائه على حاله و من الواضح أن الأجنبى خارج عن ذلك.

و يضاف الى ذلك أنه لا دليل على مشروعيه هذه الشرط فيكون مخالفا للمشروع فان الثابت في الشرع صحه الفسخ بالتفاسخ أو بد خول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برّد الثمن لنفس المتعاقدين.

أقول: لا وجه للتمسك في ذلك بالروايات المستفيضه المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم و ذلك لما عرفت سابقا أن هذه الروايات ناظره إلى الحكم التكليفى و أنه لا بدّ و أن يكون المؤمن عند شرطه كقوله (عليه السلام) المؤمن عند عهده بل فى بعضها و ليف بشرطه فتكون خارجه عن الأحكام الوضعيه و عن نفوذ الشرط وضععا على أن هذه الروايات ناظره إلى الشروط التى سائغه شرعا فيجوز جعلها فى العقود فى الشريعه المقدسه فلا تكون داله على تشريع الشروط و جعلها.

و بعبارة أخرى أنها مسوقه لتجويز جعل الشروط التى سائغه فى الشريعه فلا تكون مشرعه فى نفسها و موجه لجعل شرط لا نعلم مشروعيته قبل ذلك و عدمها و لذا قلنا أن هذه الروايات وارده فى مقام جعل الخيار لرجوع الشروط بالأخره إلى جعل الخيار بالالتزام و من الواضح أن مشروعيه الخيار ثابت فى الشريعه المقدسه و أما فى غير ذلك فالشروط مخالفه للكتاب و السنه فلا يجب الوفاء بها.

و الظاهر أنه لا دافع لهذا الإشكال إلا ما ذكرناه سابقا من أن المنشأ هو الملكيه المحدوده بعدم الفسخ فان التزام المتعاقدين انما هو على هذا النحو الخاص و ليس على وجه الإطلاق فإنك قد عرفت أن الملكيه المنشأ قد يكون مطلقه و قد تكون مقيده لاستحاله الإهمال فى الواقعيات فالملكيه المنشئه هنا مقيده بعدم فسخ الأجنبى فيكون

ما هو يكون مشمولاً للعقد الملكي المقيد كما هو وبالجملة فكون الملكي محدوده يجعل الخيار للأجنبي كتحديد الملكي يجعل الخيار لنفسه.

فتكون أدله اللزوم من الأول داله على لزوم هذه الحصة فقط فيكون غير هذه الحصة خارجه بالتخصص و قلنا أن تمليك المبيع و بيعه بالملكيه المحدوده من حيث الكيف لتقيده بعدم الفسخ لا بحسب الزمان متعارف في الخارج فيكون مشمولاً لأدله اللزوم بنفس أدله اللزوم تدل على نفوذ هذا النحو من الشروط فلا تكون هذا الشروط مخالفه للكتاب و السنه. و لا دافع لهذا الإشكال إلا هذا و الا فلا مقتضى لمشروعيه هذا النحو من الشرط.

الجهه الثانيه في أنه هل يحتاج هذا الشرط الى القبول

بحيث ما لم يقبل الأجنبي هذا الشرط لا يثبت له الخيار و للمتبايعين الشرط كما أن توكيل الغير يحتاج الى قبول أو لا يشترط فيه ذلك و ربما يقال أن مقتضى كون كل شخص مسلطاً على نفسه هو أن يكون تملكه شيئاً باختياره و سلطنته فان هذا المضمون و ان لم يكن وارداً في الاخبار و انما الوارد الناس مسلطون على أموالهم و لكن هذا أمر وجداني بل ثابت بالأولويه فإن كون الإنسان مسلطاً على ماله يقتضى كونه مسلطاً على نفسه بالأولويه القطعيه—و قد قال موسى (عليه السلام) إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَ أَحْيَى وَ حَكَاهُ سَبْحَانَهُ وَ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ الْكَرِيمِ وَ عَلَى هَذَا فَمَقْتَضَى الْقَاعِدَهُ عَدَمُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لِلْأَجْنَبِيِّ إِلا بقبوله.

أقول: لا شبهه في أن تملك أي شيء انما هو بالأسباب الاختياريه التي جعلت في الشريعه المقدسه من الأسباب المملكه غايه الأمر ثبت على خلاف هذه القاعده تملك الورثه أموال المورث

بالأسباب القهريه و كذلك فى بعض الموارد من غير مسأله الإرث كالمصالحات القهريه و نحو ذلك فليس لأحد جبر غيره تملك شىء إلا باختياره و لذا أفتوا بعدم وجوب قبول البذل فى الحج ليكون مستطعا و يجب عليه الحج.

و لكن الظاهر أن الخيار خارج عن حدود الملك و ان فسرناه بملك فسخ العقد و تحقيق ذلك أنه قد تقدم فى أول البيع فى بيان الفرق بين الحق و الحكم أن الجواز الثابت فى العقود الجائزه أو اللازمه بواسطه جعل الشارع أو جعل المتعاقدين حكم شرعى من ناحيه الشارع غايه الأمر أن ما ثبت فى العقود اللازمه يفترق عما ثبت فى العقود الجائزه بوجهين الأول أن الثابت فى العقود اللازمه اما بالجعل أو بواسطه جعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان يقبل السقوط بالإسقاط بخلاف العقود الجائزه فإن الجواز فيها أمر ثابت بجعل الشارع و لا يقبل السقوط حتى بإسقاط المتعاقدين و لو قالوا أسقطنا ألف مره.

و قد تقدم فى ما سبق فى أدله خيار المجلس و الحيوان قوله (عليه السلام) فذلك رضا بالبيع فعلم أنه سقط بالإسقاط و بعبارة اخرى أن فى ذيل تلك الأدله ما دل على سقوط الخيار بالرضا.

الثانى أن الخيار الثابت فى العقود اللازمه ينتقل الى الوارث بموت المورث و نحوه و الخيار الثابت فى العقود الجائزه بحسب المطيع بحكم الشارع لا- يقبل ذلك بوجه و لكن هذان الوجهان يرجعان الى الفرق من حيث الحكم الشرعى و لا- يوجب بينوتهما بحسب الحقيقه و الا فالجواز شىء واحد بحسب الحقيقه و لا ميز بينهما و لا بينونه بينهما

بحسب الحقيقة فالنتيجة أن الخيار و الجواز فى العقود الجائزه و العقود اللازمه شىء واحد و حكم شرعى جعله الشارع للمتعاقدين و كذلك ما جعله المتعاقدان فإنه أيضا من قبيل الحكم فقد اعطى الشارع اختيار جعله بيد المتعاقدين و على هذا المنهج فباب الخيارات بالكليته أجنبيه عن حدود الاملاك المصلحه و عليه فلا مانع من جعل الخيار للأجنبي من غير أن يكون ثبوته له محتاجا الى القبول فان هذا الحكم شرعى يثبت للأجنبي و كونه من قبيل الحقوق و الاملاك الحقيقه سالبه بانتفاء الموضوع كما هو واضح فيكون الالتزام بالعقد مقيدا بعدم فسخ الأجنبي فإذا فسخ بطل العقد و الا فيبقى على حاله و لا يكون لقبوله و عدمه أصلا مدخل فى ذلك فمعنى جعل الخيار له هو كون العقد مقيدا بعدم فسخه كما هو واضح.

غايته بجعل المتعاقدين و من هنا يظهر أنه لا يسقط بإسقاط الأجنبي فإن الدليل على سقوط الخيار بإسقاط ذى الخيار انما هو فى المتعاقدين فان الظاهر من أدله ثبوت أنواع الخيار لهما هو ذلك و أما الأجنبي بعد قيام الدليل على جوازه فلا يكون قابلا للسقوط بإسقاطه. فلا يكون ساقطا كما لا يخفى.

الوجه الثالث: أنه هل يجوز للمتعاقدين إسقاط هذه الخيار

عن الأجنبي أم لا

فقد اختار السيد (ره) فى حاشيه الوجه الأول قال (أن شرطه كون الأجنبي ذا خيار فخيار الأجنبي حق للمشروط له فكما يجوز إسقاط خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذلك فى الأجنبي و ليس الشرط حدوث الخيار للأجنبي بل دوامه فيكون كخيار نفسه فى جواز إسقاطه و لا يضر سقوط حق الأجنبي أيضا من غير اختياره كما أنه يجوز

للأجنبي إسقاطه فيسقط المشروط له أيضا قهرا عليه).

أقول أن ثبوت الخيار للأجنبي و ان كان حق للمتعاقدين و لكن ذلك في ناحيه الحدوث دون البقاء فثبوت الخيار للأجنبي حدوثا أما هو بجعل المتعاقدين و حق لهما في أن يجعللا الخيار في العقد لنفسهما أو لغيرهما و أما من حيث البقاء فلا دليل على قبوله السقوط بإسقاط المتعاقدين بل قلنا انه لا- يسقط بإسقاط نفس الأجنبي أيضا فكون ثبوت الخيار للأجنبي حدوثا حقا للمشروط له لا يلزم كونه بيده أيضا بقاء بل لا بدّ بعد ثبوته للأجنبي ملاحظه ما دل على سقوط الخيار بالإسقاط و من الواضح أنه ليس لنا ما يدل على سقوطه بإسقاط المتعاقدين بل بإسقاط نفس الأجنبي فيكون نظير الجواز الثابت في الهبه و غيرها من العقود الجائزه فلا- يعقل انفكاكه عن العقد ما دام العقد باقيا و لا شبهه أن سقوط الخيار بالإسقاط يحتاج الى دليل و قد دل الدليل على سقوطه بالإسقاط في الخيارات المجعوله لنفس المتعاقدين فان في ذيل أدله خيارى في المجلس و الحيوان ما يدلّ على سقوطه بالرضا و أما ما جعلاه للأجنبي فلا دليل على سقوطه بالإسقاط.

و بعبارة أخرى تاره يشترط المشروط له في العقد أن يخيط المشروط عليه له الثواب و لا شبهه أن مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ان لا يخيط له الثوب و له حينئذ أن يسقط خياره على تقدير تخلف الشرط فان ذلك حق للمشروط له.

و أخرى يجعل الخيار و للأجنبي فلا شبهه حينئذ أن المشروط له له حق الجعل حدوثا و أما بعده فليس له فسخ ذلك لكونه حقا

ثابتا للأجنبي فلا دليل لسقوطه بإسقاط غيره.

وقد انتهى الكلام الى جعل الخيار للأجنبي وقد قلنا أن مرجعه الى تحديد الملكيه المنشأ و كون المنشأ من الأوّل مقيدا فتكون أدله اللزوم من الأوّل قاصره الشمول لما بعد الفسخ فضلا عن أن يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه.

و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين

الاولى فى أن خيار

الأجنبي هل هو مشروط بملاحظه الغبطه و المصلحه أم لا

فنقول قد يكون جعل الخيار للأجنبي مشروطا بمراعاة مصلحه من جعل الخيار له و حينئذ فلا شبهه فى كون خياره مقيدا بذلك فلا يكون فسخه نافذا بغير ملاحظه المصلحه و قد يجعل له الخيار على وجه الإطلاق سواء كان فى الفسخ مصلحه أم لا و حينئذ فيكون له الخيار على وجه الإطلاق هذا لا شبهه فيه مع التصريح بذلك فى مقام الإثبات و أما لو جعل الخيار للأجنبي مع عدم التصريح بكونه ذى خيار على وجه الإطلاق بل إطلاق فهل يثبت له الخيار أيضا على وجه الإطلاق أم ينصرف إلى صورته كون الفسخ مصلحه للمشروط له.

أقول ان كان جعل الخيار للأجنبي من كلاً المتبايعين فلا وجه لملاحظه المصلحه لهما ح فان الغالب أن البيع يكون مصلحه لأحدهما و غير مصلحه للآخر فان الغالب أما أن يكون فيه ربح المشتري أو ربح البائع و قلما يتفق أن يكون البيع مصلحه للبائع و المشتري معا و عليه فلا وجه لملاحظه المصلحه فهما و لو كان جعل الخيار و للأجنبي من أحدهما فقط دون الآخر و مع ذلك أطلق فى جعله فهل ينصرف ح إلى صورته وجود المصلحه فى الفسخ أم لا فنقول أن ثبوت الخيار للأجنبي

على وجه الإطلاق و ان كان ممكنا ثبوتا و لكنه ينصرف إلى صورته كون فسخ الأجنبي مصلحه للمشروط له فان الظاهر أن جعل الخيار له ليس على وجه يكون فى نفس الجعل غرض بل هو من جهه أن المشروط له ليس له بصيره على حال البيع و انه جاهل بخصوصيات البيع و المبيع و أن هذه المعامله مصلحه له أم لا لكونه غيريا مثلا فجعل الخيار له من جهه أن يلاحظ مصلحه هذا الشخص و الا فيكون نقضا للغرض كما لا يخفى.

و عليه فدعوى الانصراف إلى صورته وجود المصلحه ليست بدعوى جزافيه الا- أن يصرح على كون الخيار للأجنبي على وجه الإطلاق.

الجهه الثانيه: أنه لو جعل الخيار لشخصين أو لنفسه مع

الأجنبي أو لعدده أشخاص فهل يكون الخيار لكل منهما أو على المجموع

أو غير ذلك

و قد عرفت فى خيار المجلس نظير ذلك فنقول إجمالا أنّ الخيار تاره يكون ثابتا للطبيعه على نحو الكلى الطبيعى بحيث كل من سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء يتحقق الطبيعى فى ضمنه فلا يبقى خيار لفرد آخر من هذه الطبيعه أصلا و هذا لا شبهه فيه و قد يكون ثابتا لكل فرد بعنوان الفرديه لا- بما أنهم من مصاديق الطبيعه و على هذا فيكون كل واحد منهم ذى خيار و عليه فان سبق أحدهما إلى الفسخ فلا يبقى موضوع لخيار الثانى فإنه يوجب انهدام العقد و انحلاله من أصله فلا يبقى شىء حتى يكون الثانى يعمل خياره.

و ان كان أمضى العقد فيكون العقد ممضى من قبله فقط فلا يكون ذلك مضاء من قبل الآخرين و قد عرفت النكته بين الفسخ و الإمضاء فى خيار المجلس و قلنا أن الفسخ هو انحلال العقد فلا يعقل الا من الطرفين

و هذا بخلاف الإمضاء فإن الإمضاء من أحد الطرفين لا يستلزم الإمضاء من الطرف الآخر.

و قد يكون الخيار ثابتا للمجموع من حيث المجموع فقد قربنا فى خيار الورثه و عليه فإمضاء كل من الطرفين أو فسخه لا يؤثر الا من قبله فقط فيكون خيار الآخرين باقيا على حاله فلهم الفسخ أو الإمضاء فإن اتفق جميع هؤلاء على الفسخ انفسخ العقد و الا يبقى العقد على حاله و كيف كان فالخيار تابع لجعل الجاعل كما هو واضح.

قوله مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبى فى أمر العقد أقول

حيث كان الكلام فى جعل الخيار

للأجنبى فلمناسبه ذلك ذكر مسأله الاستيمار فى أمر العقد

و ان لم يكن من جعل الخيار فى شىء.

فنقول انه يمكن تصوير ذلك بوجوه و لكن المناسب للمقام اعنى مسأله جعل الخيار للأجنبى. وجهان الذان ذكرهما السيد (ره).

الأول أن يكون مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير

أمر الأجنبى بالفسخ و الا فلا

و عليه فهل يجوز له أن يفسخ قبل الأمر و الاستيمار أم لا الظاهر بل المقطوع به هو العدم لأنه أنما جعل لنفسه الخيار على تقدير خاص فليس له أن يفسخ بغير هذا التقدير إذ لا خيار له بدونه و أما لو أمر الأجنبى الذى جعل لنفسه الاستيمار منه قبل الاستيمار فهل يجوز له الفسخ بذلك أم لا و الظاهر هو جواز الفسخ بهذا الأمر و ذلك لان الاستيمار ليس له موضوعيه فى ثبوت الخيار للمشروط له و أنما هو طريق الى تحصيل الأمر من الغير فإنه لا داعى لهذا الغير أن يأمر بالفسخ أو الإمضاء بدون

الاستيثار و لذا يستأمر منه و الا فالغرض هو تحصيل الأمر فقط و عليه فيجوز الفسخ ان أمر به الأجنبي بدون الاستيثار فإنه يثبت له الخيار بذلك الأمر.

ثم انه إذا استأمر من الشخص المعلوم فلم يأمر بالفسخ بل بارك له في معاملته فليس للمستأمر حق الفسخ أصلاً إذا كان له الخيار على تقدير أمره بالفسخ و ان أمر بالفسخ فيجوز له ان يفسخ و يجوز له أن لا يفسخ لأن الحق له نعم لو كان عنده أمر بالفسخ حق للطرف الآخر أيضاً بأن كان الطرف اشترط عليه أن يفسخ بأمر المستأمر بالفسخ و جب عليه الفسخ كما لا يخفى.

و أما وجوب الفسخ فلا يثبت له حكم تكليفي وجوبي لما عرفت أن الخيار حق لذى الخيار فيثبت به له حق في فسخ العقد أو إمضائه و أما الحكم التكليفي فلا يثبت هنا بوجه.

ثم انه بناء على ما تقدم من ذهاب المشهور الى بطلان الشرط بكونه مجهولاً كجعل الخيار لأحدهما على تقدير نزول المطر أو قدوم المسافر فلا شبهة في بطلان البيع لمجهوليه الخيار الناشئ من جعل الاستيثار من شخص لنفسه بناء على هذا الوجه الذي هو الظاهر و المناسب لمسأله جعل الخيار للأجنبي فإن الشرط ح يكون مجهولاً إذ لا فرق بين هذا و بين جعل الخيار على تقدير قدوم الحاج و من الواضح أن جعل الخيار على تقدير أمر الفلان بالفسخ إذا استأمره أمر مجهول فلا مناص لهم من القول بالبطلان لجهاله المعاملة على مذاق المشهور و أما بناء على ما ذكرناه من عدم كون البيع غررياً بذلك مع كون ما يأخذ كل منهما أو يراجعه من الآخر بعد الفسخ معلوماً أعنى العوضين. و قد

عرفت ذلك و هذا هو الوجه الأول و هذا هو المرتكز فى الأذهان و ينصرف إليه الإطلاق.

الوجه الثانى: أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ

ما لم يأمر الأجنبى بذلك

بحيث يكون فى ذلك حق لكليهما معا بخلاف السابق فإنه كان الشرط لأحدهما فقط و هذا الوجه لا محصل له أصلا فإنه ان كان المراد به اشتراط عدم الفسخ ما لم يأمر به المستأجر بالفتح فلو فسخ قبل الأمر يفسخ العقد و لكن يثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط كما هو الظاهر من الاشتراط و ح فلا يبقى مجال لثبوت الخيار للطرف الآخر مع التخلف إذ لا يبقى موضوع للخيار أصلا بعد انهدام العقد و توضيح ذلك أنه على المختار من رجوع الشرط الى جعل الخيار على تقدير التخلف فلا يبقى موضوع لذلك فإنه يكون فسخه مؤثرا فى العقد فلا يبقى هنا عقد حتى يفسخه الطرف الآخر بخيار تخلف الشرط من جهة عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط أعنى به عدم الفسخ قبل الأمر و بالجمله فاشترط عدم الفسخ ح لا أثر له أصلا.

و على مسلك المشهور من كون الاشتراط موجبا لمجرد إثبات حكم تكليفى أعنى وجوب الوفاء بالشرط فلو خالف من له خيار الفسخ بالأمر بعد الاستيثار ففسخ قبل الأمر قد فعل فعلا محرما و أما عدم نفوذ فسخه فلا مانع منه فان ثبوت الحكم التكليفى لا يمنع عن تأثير الحكم الوضعى فيمكن أن يكون الفسخ حراما و مع ذلك يكون نافذا و أما على مسلك شيخنا الأستاذ من كون الشرط موجبا لعجز المكلف تكليفا عجزا شرعيا لكون المنع الشرعى كالمنع العقلى فلا يكون الفسخ مؤثرا و لكن قد عرفت عدم تماميته و يأتى التراضى بذلك فى باب الشروط إنشاء الله.

و ان كان المراد من اشتراط عدم الفعل اعنى عدم الفسخ ان لا يكون له حق الفسخ قبل الأمر فيكون ذلك عين الوجه الأول فلا يكون وجها آخر غيره فيكون معنا جعل الخيار على تقدير أمر الأجنبي به.

الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ

بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك

بحيث يشترط الفعل الوجودى دون العدمى و هذا صحيح غير الوجه الأول و لكنه خلاف المرتكز و خلاف الانصراف و عليه فإذا أمر المستأمر بالفتح ففسخ المستأجر بالكسر فيها و الأ فيثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط فيفسخ هو بنفسه كما هو واضح.

قوله مسأله من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال

اشاره

له بيع الخيار

و هو جائز عندنا أقول قد عرفت. أصل خيار الشرط و وجه ثبوته للمشروط له و يقع الكلام فى بعض أقسام الخيار و من أفرادها ما هو المعروف الذى يسمى ببيع الخيار فى العرف اى بيع فيه الخيار و معناه أن يبيع متاعا على أن يكون له الخيار بعد رد الثمن و قد تعارف ذلك فى الخارج لعلاقه الناس بأموالهم و احتياجهم الى البيع و يريد أن يجمع بين الحقين و هذا لا خلاف فى جوازه بين الأصحاب و لكن العامه بنوا على خلافه و جرى عليه القانون الحكومى فى الخارج و لذا لا يمتصون مثل هذه المعامله بل بنوا على معاملة الرهون.

و كيف كان فلا شبهه فى مشروعيه هذه المعامله و يكفى فى مشروعيتها مضافا الى التسالم بين الفقهاء الأدله المستفيضه المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم و أن القاعده تقتضى صحه ذلك لكون انشائهم على هذا النحو الخاص و يدل على صحه ذلك مضافا

ص: ٢٢٤

الى ما ذكر من الروايات الكثيره بين صحيحه و موثقه و غيرهما فإنها صريحه فى صحه هذا النحو من البيع و أنما الكلام فى تصوير ذلك

فتوضيح المسأله يتحقق بالكلام فى أمور

الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه

فقد ذكر المصنف هنا وجوها خمس.

الأول أن يكون الخيار معلقا برد الثمن

بحيث متى ردّ الثمن ان يكون له الخيار فى رد المبيع.

الثانى: أن يكون رد الثمن قيذا للفسخ

بأن يشترط على الطرف أن يكون الرد قيذا للفسخ بمعنى أن له الخيار فى كل جزء فى المده من زمان العقد الى زمان ردّ الثمن و لكن ليس له أن يفسخ الآ بعد ردّ الثمن.

و الظاهر أن هذا الوجه ليس وجها آخر فى مقابل الوجه الأول فإنه إذا كان الفسخ مقيدا بردّ الثمن فمعناه أنه لا يقدر على الفسخ قبل ردّ الثمن و معنى عدم قدرته على الفسخ قبله أنه لا خيار له قبل ردّ الثمن فيكون الفرق بين الوجهين بحسب الصورة فقط و الا ففى الثانى أيضا نفس الخيار مقيد برد الثمن و قبله لا خيار له أصلا.

الوجه الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخا فعليا

بأن يراد منه تمليك الثمن لىتملك منه المبيع. أقول الظاهر أن هذا الوجه أيضا عند التحقيق ليس وجها آخر فى مقابل الوجه الأول فإن معنى كون ردّ الثمن فسخا فعليا أنه لا خيار له قبل رد الثمن غايه الأمر أن فسخه مقيد بكونه بردّ الثمن و عدم تحققه بالقول فتكون دائره الفسخ مضيقه و هذا لا يوجب جعله قسما آخر فى مقابل الأول و الا فيمكن أن يكون هنا تقسيمات كثيره باعتبار القيام و القعود و لبس البياض و لبس السواد و غير ذلك من الاعتبارات و لا شبهه ان المراد بكون ردّ الثمن فسخا ليس

رده على وجه الإطلاع و لو كان الرّد بعنوان الوديعه أو العاريه أو غير ذلك من العناوين بل بعنوان أن يكون فسخا و يتحقق به الفسخ و اذن فيكون معناه أن له الخيار بعد ردّ الثمن بشرط أن يكون الفسخ برّد الثمن دون غيره و ليس هذا الا كون أصل ثبوت الخيار مقيدا بقيد خاص.

الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيدا لانفساخ العقد.

و الظاهر أن هذا أيضا ليس فى مقابل الوجه الأول وجها آخر فى المقام و ذلك لا مرجع هذا الى ان العقد يفسخ بحصول سبب الفسخ و إيجاد ما يتحقق به الفسخ و هو عين الوجه الأول فإنه عليه أيضا يفسخ العقد بإيجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولى أو الفعلى كما هو واضح.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشتري

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقبله إذا جاء الثمن و استقاله و هذا الوجه مغاير للوجه الأول فإن المشتري يشترط على البائع أن يقبله إذا جاء بالثمن فليس هذا اشتراط خيار على تقدير بل معناه أنه يشترط الإقالة و ح فإذا جاء بالثمن فاستقاله البائع فأقاله فيها و الا كان للمشتري خيار تخلف الشرط كما هو واضح فيفسخ هو بنفسه. و على الجملة فمرجع الوجوه الخمسه إلى الوجه الأول الا هذا الوجه الأخير.

قوله (ره) الأمر الثانى الثمن المشروط رده

أقول قد عرفت أنه لا شبهه فى جواز جعل الخيار برّد الثمن ثم ان الثمن الذى كان الخيار مشروطا برده قد يكون كليًا فى ذمه البائع قبل البيع و قد يكون عند المشتري أما الأول فكما إذا كان البيع مقروضا لزيد عشره دنانير فباع

منه كتابا بعشره أيضا فإنه لا شبهه ح في سقوطه عن البائع فلا يعقل هنا اشتراط الخيار برّد الثمن و هذا خارج عما نحن فيه نعم لو تفاسخا و ردّ المشتري المبيع إلى البائع يكون ذمه البائع أيضا مشغوله بما كان مشغوله به أولا كما هو واضح.

و أما إذا كان الثمن عند المشتري كليًا أو شخصيًا أو في ذمه شخص آخر على نحو الكلي في الذمه أو في المعين فنقول ح أن الكلام تاره يقع قبل القبض و أخرى بعده أما إذا كان قبل القبض فقد يكون كليًا و قد يكون شخصيا أما الأول فالظاهر ثبوت الخيار للبائع فإنه و ان كان الخيار مشروطا برد الثمن إلى المشتري و كان المتفاهم العرفي من الرد كونه بعد القبض فان معنى الرد هو رد المأخوذ و لكن الردّ بنفسه ليس له موضوعيه بل الغرض وصول الثمن إلى المشتري و كونه عنده و من الواضح أن هذا النتيجة حاصله قبل القبض و الإقباض فما لم يقبض المشتري الثمن من البائع فله الخيار الى الوقت الذي جعل فيه الخيار مشروطا برد الثمن و لا شبهه أن هذا مما عليه الارتكاز العرفي و هل له الخيار بعد انقضاء المده و قبل الإقباض بأن اشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار له إذا رد الثمن الى ثلثه أشهر و تم ثلثه أشهر فلم يقبض المشتري الثمن حتى انقضت المده فقد احتمل المصنف هنا وجهان الأول لزوم البيع لانقضاء المده التي اشترط فيها الخيار برّد الثمن.

و الثاني عدم اللزوم بناء على أن اشتراط الرد بمنزله اشتراط القبض قبله فان الردّ بدون القبض لا معنى له فحيث لم يحصل الشرط فلم يكن البيع لازما بل يكون مترلزا كما هو واضح.

و فيه أن الرد بحسب المتعارف و المتفاهم و إن كان منوطا بالقبض و لكن ارتفاع الخيار المشروط بالرد ليس متوقفا على تحقق القبض فليس له موضوعيه فما لم يخرج أمد الزمان الذى فيه الخيار مشروطا بالرد الثمن فللمشروط له الخيار قبل القبض و بعد انقضاء المده يتم أمد زمان الخيار المعجول لعدم الاشتراط وراء هذا الزمان فليس هنا شرط آخر أيضا يدور مداره الخيار و لا يفرق فى ذلك حصول القبض و عدمه نعم قبل انتهاء زمان الخيار فعدم القبض يفيد فائده الرد كما عرفت و الحاصل أن ردّ الثمن و ان كان موجبا لثبوت الخيار و ان عدم القبض يفيد فائدته و لكن فى زمان خاص و المفروض أنه تم هذا الزمان كما لا يخفى فافهم.

نعم يثبت للبائع الخيار لكن لا- بهذا الشرط بل لتخلف الشرط الضمنى حيث أن من المرتكزات الضرورية أن كل من يعامل فيشترط فى ضمن العقد وصول بدل ماله إليه فى أى وقت يطالبه الا- مع اشتراط التأخر فإذا تخلف الشرط و تأخر الثمن ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمنى.

و أما إذا كان الثمن شخصيا.

فتاره يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار بردّ عين الثمن.

و أخرى برد بدله مع التلف و الا فيرد عينه.

و ثالثه يشترط لنفسه ثبوت الخيار بردّ بدل الثمن سواء كانت عين الثمن موجوده أو تالفه.

و رابعا يشترط لنفسه الخيار بشرط رد الثمن و يطلق و لم يصرح برد بدله و عدمه أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار له برد نفس الثمن

و مع التلف يسقط الشرط و يكون البيع لازما لاستحاله رد عين الثمن بعد التلف و أما الثانى فهو واضح أيضا فإن ثبوت الخيار تابع للشرط فإذا سقط الشرط ثبت الخيار برد عينه مع البقاء و رد بدله مع التلف ثبت له الخيار بحسب هذا الاشتراط إذا كان الرد فى زمن الشرط.

و أما الثالث فهو اشتراط الخيار برد مثل الثمن و لو مع بقاء العين فقد أشكل المصنف فى ذلك فان قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى صاحبه فردّ بدله مخالف لذلك.

أقول تاره يشترط البائع على المشتري ثبوت الخيار لنفسه برد مثل الثمن لا من جهه أن يكون الثمن باقيا فى ملك البائع و يعطى بدله للمشتري بل غرضه أن يكون بدل الثمن نظير الوثيقه عند المشتري ليضمن من رد أصل الثمن و يرّد بدله الى نفس البائع و هذا لا شبهه فيه بوجه فلا يكون البدل ملكا للبائع إلا إذا حصلت مرضاه جديده و مبادله جديده.

و ان كان غرضه كون المثل عوضا عن الثمن فح يرد عليه ما ذكره المصنف من أن قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوضين الى صاحبه و لكن الظاهر أنه لا- مانع من ذلك فان معنى ثبوت الخيار برد مثل الثمن ليس هو ما ذكره المصنف ليرد عليه الاشكال المذكور بل معناه أن البائع عند اشتراط هذا الشرط يفعل أمرين أحدهما أنه يجعل لنفسه الخيار بحيث يقدر على الفسخ و الثانى يشترط على المشتري المبادله بين الثمن و بدله على تقدير الفسخ و لو كان الشرط الثانى بحسب الارتكاز و عليه فإذا فسخ المعامله برد بدل العين يفعل أمرين أحدهما فسخ المعامله و الثانى تبديل بدل الثمن

بأصله بمراضاه جديده و لا شبهه فى صحه مبادله مال بمال و ان لم يكن أحدهما ثمنا و الآخر مئنا فان نفس عنوان المبادله عن تراض من المعاملات المشروعه فى الشريعه المقدسه.

و بعباره أخرى أن تبديل الثمن بغيره و لو كان ذلك الغير مثله من جميع الجهات و ان كان يحتاج الى مرضاه جديده و لكن البائع قد اشترط ذلك فى ضمن العقد و قد اشترط فسخ المعامله بالرد و اشترط أيضا تبديل بدل الثمن بالمئمن فافهم. و أما إذا كان البائع اشترط ثبوت الخيار له برد الثمن مطلقا فقد استظهر المصنف من ظاهر اللفظ كون الخيار مشروطا برد نفس الثمن دون مثله فان المرتكز من الثمن هو نفسه لا بدله و هذا الذى أفاده و ان كان متينا فى غير هذا المورد و لكنه لا يمكن المساعده عليه فى خصوص المقام فان من الواضح بحسب مرتكزات العرفيه و متفاهم أن من يبيع داره بهذا الشرط معناه أن له احتياج الى الثمن ليصرفه فى محواجه و لكن حيث كان له رغبه إلى ماله فلا يريد أن يخرج من تحت تصرفه فيبيعه بهذا الشرط ليكون جمعا بين الحقين فإذا لاحظ العرف هذا المعنى يقطع أن اشترط ثبوت الخيار برد الثمن هو رد بدله مع التلف و ان أطلق البائع فى مقام الاشتراط و هذا واضح جدا.

و بعباره أخرى قد ذكر المصنف أنه إذ اشترط البائع على المشتري الخيار على تقدير رد الثمن فيحمل على رد الثمن فقط دون بدله فان الظاهر من الثمن بحسب الارتكاز هو ذلك فلا يطلق على بدله فاشترط رد الثمن يكون منصرفا الى ما هو الظاهر و الغالب

أعنى نفس الثمن دون بدله.

و ذكرنا أن هذا الذى ذكره المصنف انما هو متين فى غير هذا المورد فان الظاهر من إطلاق الثمن هو نفسه و أما فى المقام فلا لخصوصيه تقتضى أن يراد من اشتراط ردّ الثمن ردّ الأعم منه و من بدله و هذه الخصوصية أعنى قيام القرينه الخارجيه على ذلك فان كون المشتري فى مقام صرف الثمن و احتياجه الى ذلك مع اشتراط الخيار على تقدير رد الثمن يقتضى إرادته الأعم من رد نفس الثمن و ردّ بدله و هذه القرينه تقتضى رفع اليد عما ذكره المصنف فى خصوص المقام. و لكن لا بدّ من تخصيص ذلك بما إذا كان الثمن الذى احتاج الى صرفه من النقود أو ما يشبه النقود كالحنطه و نحوها بحيث إذا صرف فى المحاوج لا يبقى له موضوع أصلا و أما إذا كان مما لا يكون كذلك بحيث يبقى مع رفع الاحتياج كأن أخذ كتاب الجواهر للمطالع بعنوان جعله ثمنا لمتاع فاشترط ثبوت الخيار على تقدير ردّ الثمن فإنه لا يمكن رفع اليد عما ذكره المصنف و حمل كلامه على الأعم من رد الثمن و رد بدله.

هذا كله إذا كان الثمن شخصيا و أما إذا كان كليا فان كان كليا فى ذمه البائع فقد عرفت خروجه عن مورد الكلام فإنه بمجرد تحقق البيع يسقط و لا يبقى شىء فلا يعقل رد الثمن حينئذ غايه الأمر إذا تفاسخا تكون ذمه البائع أيضا مشغوله بالثمن ثانيا.

و ان كان كليا فى ذمه المشتري أو شخص آخر بحيث يكون ما يعطيه المشتري للبائع مصداقا من ذلك الكلى لا عين الثمن فان المفروض أن الثمن هو الكلى و حينئذ ان اشتراط المشتري أن يكون

المردود عند الرد هو نفس ما يعطيه المشتري للبائع و الا فلا خيار له فهذا الاشكال فيه فان رد البائع نفس ما أخذه ثبت له الخيار نظير ما تقدم في الثمن الشخصي و ان اشتراط البائع ثبوت الخيار له برد الثمن أعم من رد عينه أو بدله و هذا أيضا لا شبهه فيه فيكون الشرط متبعا كما تقدم في الثمن الشخصي و أما إذا اشترط البائع على المشتري ذلك و أطلق فهذا هو محل الكلام بين الاعلام فذكر المصنف أن المتبادر بحكم الغلبه في هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار و هو رد ما يعلم البدل اما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمه الا أن المتيقن منها صورته فقد العين.

أقول لا- شبهه في أنه إذا كان الثمن كليا فلا- يكون المدفوع بعينه ثمن بل مما ينطبق عليه الثمن الكلي و على هذا فلو اشتراط البائع ثبوت الخيار له مع رد الثمن مطلقا فلا- يعقل رد نفس الثمن على كليته لانه غير قابل لذلك مع أنه لم يؤخذ حتى يرد و عليه فيكون مقتضى الإطلاق هو رد ما يكون مصداقا للكلي و مما ينطبق عليه الثمن و من الواضح أن صدق هذا المعنى بالنسبه إلى المأخوذ و الى بدله سيان فان كليهما ليس بثمن حقيقه و ان كليهما مما ينطبق عليه الثمن الكلي فدعوى انصرافه إلى المأخوذ و بدله يحتاج إلى عناية زائده و هي منتفيه كما هو واضح إلا إذا اشترط رد خصوص المأخوذ الشخصي و هو خارج عن الفرض.

و عليه فالإطلاق هنا متعاكس مع الإطلاق في صورته كون الثمن شخصا فإن الإطلاق هنا كما عرفت منصرفه إلى رد خصوص نفس الثمن و لكنه في المقام يعم المأخوذ و بدله على حسب القاعده من غير

احتياج الى دعوى الغلبه أصلا كما كان كذلك فى السابق.

قوله الأمر الثالث قبل ظاهر الأصحاب إلخ

أقول: قد ذكر أن ظاهر الأصحاب على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمه لفسخ البائع أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ وعللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و ذكر المصنف ان هذا حسن مع عدم الدلاله أما مع فرض الدلاله عرفا بكون رد الثمن تمليكا للمشتري و أخذ للمبيع على وجه المعاطاه فلا- وجه لعدم الكفايه مع تصريحهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة.

أقول قد يقال أن الوجه فى قولهم هذا هو اشتراط كون الفسخ بلفظ كما اشترطوا ذلك فى العقود و إيقاعات و من الواضح أنهم لم يشترطوا فى الفسخ ذلك بل اكتفوا بمطلق ما يكفى فيه إظهار الفسخ و لو كان برد الثمن بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن رد الثمن مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقاله فيجب بعده إنشاء الفسخ أو اعمال الخيار أو الإقاله بغير هذا الرد الذى به يتحقق ملك الخيار أو الفسخ أو الإقاله.

و فيه أن رد الثمن ان كان بعنوان التمليك أو تمليكه للمشتري ليأخذ المبيع لا تمليكا مجانيا فلا شبهه فى تحقيق الفسخ بذلك و كونه مبرزا للفسخ فلا يكون الرد مقدمه للخيار أو الفسخ بل يكون الفسخ بنفس الرد بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصنف و غيره.

و ان كان بعنوان أن يبقى فى ملكه و لكن يكون عند المشتري وديعه أو عاريه على نحو الوثيقه العرفيه ليطمئن بأنه يرد الثمن بعد ما فسخ العقد فلا شبهه حينئذ أن كون ما عند المشتري بدلا عما بذله

للبيع يحتاج إلى مرضاه و معامله جديده كما عرفت و هو خلاف الظاهر و خلاف المرتكز العرفي و بدون ذلك فلكل منهما مطالبه حقه من الآخر و بعبارة أخرى أن ما رده البائع إلى المشتري اما بعنوان التمليك أو بعنوان العاريه يبقى في ملك البائع أو مجهول المالك فلا سبيل الى غير الشق الأول و قد عرفت أنه عين الفسخ كما هو واضح.

قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط

أقول ذكروا أن من جمله مسقطات هذا الخيار هو الإسقاط و لا شبهه في سقوطه بالإسقاط و لكن مقتضى ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه لا يجوز إسقاط خيارى الحيوان و الشرط بعد العقد بناء على أن مبدء خيارى الحيوان و الشرط بعد انقضاء المجلس لا بعد العقد فان ذلك إسقاط لما لم يجب فإنه عليه لا يجوز إسقاط هذا الخيار أيضا بناء على أنه أنما يثبت بعد رد الثمن أو برده كما هو واضح.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه بناء على عدم جواز إسقاط ما لم يجب بأنه فرق بين المقام و بين ما فى التذكرة من أن المشروط له هنا متمكن من الفسخ و لو بإيجاد سببه حيث ان له أن يعطى الثمن و يفسخ و لكن الأمر ليس كذلك فى خيارى الحيوان و الشرط بناء على كون مبدئهما بعد انقضاء المجلس.

و لكن يرد عليه وجهان: الأول: أن الدليل أخص من المدعى فإنه قد لا يكون المشروط له متمكنا من الرد فلا يكون ما ذكره المصنف جاريا هنا و ثانيا: أن المتمكن من إيجاد الخيار برد ثمنه لا يثبت الحق الفعلى له ليسقطه حتى يخرج عن إسقاط ما لم يجب بل هو باق بعد على تقدير بته.

و التحقيق أنه لا- دليل لفظى على عدم جواز إسقاط ما لم يجب غير أنه ذكره جمع من الفقهاء بل فى بعض الموارد لا يساعده العرف أيضا كما إذا إسقاط خياره المجلس قبل البيع مثلا.

و عليه ففى كل مورد قامت السيره على عدم الجواز تأخذ به و فى غيره لا بأس من الالتزام بجواز إسقاط ما لم يجب كما هو واضح إذ لا يلزم منه محذور عقلى و لا شرعى أصلا.

ثم انه يسقط هذا الخيار بانقضاء المده مع عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط فإنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار حينئذ لأنه بعد خروج المده لا- مورد للخيار بل هو رضا بالبيع كما فى خيارى المجلس و الحيوان ثم انه إذ ردّ البائع الثمن فتبين بعد انقضاء المده أن المردود من غير جنس الثمن الذى أخذه فلا شبهه فى عدم تأثير الفسخ حينئذ حتى لو كان ردّ غير الجنس غفله فإن ما رده غير ما اشترط الخيار برده و ما اشترط الخيار برده لم يرد إلى المشتري فلا يكون فسخه برد غير الجنس مؤثر فى الفسخ و ليس له حق الفسخ بعد ذلك و لو رد عين الثمن أيضا لا لانقضاء المده كما هو المفروض.

ثم انه إذا ظهر الثمن المردود معينا فهل يكون الفسخ مؤثرا حينئذ أم لا و الظاهر أن تأثير الفسخ حينئذ و عدم تأثيره منبى على ما ذكر فى بيع الكلى من انصراف الثمن أو المثلن الى العوضين الصحيحين اى فيما إذا كان كل من الثمن أو المثلن كليًا فإنه لو أعطى كل منهما الآخر عينا شخصيه معيبه بعنوان الثمن و المثلن فهل يحسب هذا ثمننا أو مثلنا بحيث ليس للبائع مطالبه ذلك لو رضى به المشتري أو لا يكون ذلك من الثمن و المثلن فى شىء بل لكل منهما مطالبه ماله من

الأخر غاية الأمر لو رضيا يكون المعيب بدلا عن الثمن أو المثلث فإنما هو بمعامله جديده.

و الظاهر أنه لا- شبهه فى انصراف العوضين فى البيع الكلى إلى الصحيح و مع ذلك لو رضى كل منهما بالمعيب يكفى عن العوض الصحيح من غير احتياج إلى المبادله الجديده و توضيح ذلك أنه إذا باع أحد داره بالثلث الكلى فإنه يكون ذلك منصرفا بحسب الشرط الضمنى إلى الثمن الصحيح فإذا طبقه المشتري فى مقام الإعطاء و الإقباض بثلث معيب فللبائع استبداله بثلث آخر صحيح و له إسقاط وصف الصحه أيضا و الرضا بالمعيب و ليس للبائع مطالبه هذا المعيب بدعوى أنه ليس بثلث كما كان له ذلك إذا ظهر من غير جنسه و الوجه فيه ان المعيب حقيقه مصداق لكلى الثمن غاية الأمر قد فقد وصفا من الأوصاف المعتره فيه.

و بعبارة أخرى أن هنا معاملتان أحدهما بيع المتاع المعين أو الكلى بثلث كلى و هذا قد تم بالإيجاب و القبول و لا شبهه فى انصراف الثمن فى هذه المعامله إلى الثمن الصحيح بحسب الشرط الضمنى الارتكازى.

ثم ان الثمن بعد ما كان كليا فيحتاج تطبيقه على أى فرد من أفراد ذلك الى معاملة و مرضاه جديده حيث ان ما انطبق عليه الكلى ليس بثلث واقعا بل الثمن هو الكلى فتطبيقه على أى فرد يحتاج إلى المرضاه فإذا طبقه بفرد فظهر معينا للبايع فقط هنا استبدال لأنه إنما رضى بتطبيقه على هذا الفرد بشرط كونه صحيحا فإذا تخلف فله هدم هذه المعامله الثانيه و مطالبه الثمن الصحيح و تطبيق الكلى

على غيره ثانياً و هكذا و له أيضا إسقاط هذا الشرط و القيد الذى اعتبره فى الثمن من الصحة و ليس للبائع دعوى مطالبته كما كان له ذلك عند ظهوره بغير جنسه و للمشتري مطالبه ثمنه و كان جعل غير الجنس عوضا عنه محتاجا إلى معاملة جديدة بخلافه إذا ظهر معينا كما لا يخفى.

و لكن هذا الكلام لا- يجرى فى المقام أعنى ما إذا كان الخيار مشروطا برد الثمن أو الفسخ كان مشروطا برده و ان قلنا أن مرجعهما عند التحقيق إلى شىء واحد و ان كان الثمن منصرفا إلى الفرد الصحيح و توضيح ذلك أنه بعد البناء على انصراف الثمن إلى الثمن الكلى لا- يجرى هنا ما ذكرناه فى البيع الكلى فإنك قد عرفت أن الثمن قابل الانطباق على الصحيح و المعيب فى بيع الكلى غاية الأمر قد اعتبر بحسب الارتكاز و الشرط الضمنى فى الثمن الكلى قيد و هو وصف الصحة فإذا تخلف للبايع استبداله و الرضا به بأن يرفع اليد عن القيد المعتبر فى الثمن.

و لكنه لا- يجرى فى المقام فان هنا قد ترتب شرط الخيار على رد الثمن و اشترط البائع على المشتري أنى متى رددت الثمن أو بدله مثلا- فى الخيار أو يفسخ العقد فإذا انصرف الثمن أو بدله إلى الصحيح فمعناه أنه متى رددت الثمن الصحيح أو بدله الصحيح فلى الخيار فكأنه قد صرح بذلك فإنه حينئذ يكون رد غير الصحيح خارجا عن حدود الشرط فكأنه قد رد غير الجنس من الثمن فهل يتوهم أحد أنه مع التصريح برد الثمن الصحيح لو رد الثمن المعيب يفسخ فكك إذا لم يصرح بذلك فينصرف الثمن الكلى إلى الثمن الصحيح كما لا يخفى.

و بالجمله أن انصراف الثمن إلى الصحيح و ان كان صحيحا فى

بيع الكلى و فى المقام و لكن المقام من حيث ظهور الثمن المردود إلى المشتري معينا كظهوره من غير جنسه فيكون باطلا فلا يقاس بالكلى كما عرفت.

نعم إذا رضى المشتري بهذا المعيب بمعامله جديده عن عوض ثمنه الصحيح و رد المبيع إلى البائع فيكون ذلك اقاله للبيع و فسخا له بغير عنوان رد الثمن و هذا واضح جدا.

قوله و يسقط أيضا بالتصرف فى الثمن المعين مع اشتراط ردّ العين أقول المعروف بين الأصحاب سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن هنا و فى المثلن فى خيار الحيوان و فى العوضين فى خيار المجلس سواء كان الثمن شخصيا أو كليا و لكن اشترط رد عين هذا المأخوذ و ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك فى غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط و المحكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفايه أى سبزواري أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لان المدار فى هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائده و للموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و أشكل عليه السيد بحر العلوم صاحب المصاييح بأن ذهاب المشهور إلى مسقطيه التصرف أنما هو فى التصرفات الى فى زمن الخيار دون غيره و من الواضح أن التصرف قبل الرد ليس تصرفا فى زمان الخيار لان الخيار انما هو بعد الرد كما هو واضح فلا تكون التصرفات قبل الرد تصرفا مسقطا و بعبارة اخرى أن صاحب المصاييح تسلّم كلام

الأردبيلى من حيث النتيجة أعنى عدم سقوط الخيار بالتصرف قبل الرد و لكن الأردبيلى التزم بعدم تخصيصها و السيد التزم بعدم ثبوته تخصيصاً.

و قد أشكل صاحب الجواهر على السيد بوجه:

الأول: ان لازم كون الخيار بعد الرد يقتضى أن يكون مبدء الخيار مجهوله إذ لا يعلم تحقق الرد فى أى زمان.

الثانى: أن المتفاهم من العرف كون الخيار من الأول فإنهم يفهمون فى مثل ذلك ثبوت الخيار من زمان العقد.

الثالث: أن الظاهر بمن تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ الطوسى بتوقف الملك على انقضاء الخيار بأن الظاهر من بعض الاخبار المتقدمه أن غله المبيع للمشتري كون مجموع المده زمان الخيار.

و قد ناقش المصنف فى جميع ذلك أما ما ذهب إليه الأردبيلى من عدم كون التصرف قبل الرد مسقطاً بأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المستحب فى غير مورد النص عليه باتفاق - الأصحاب.

و أما ما ذكره من كون بناء هذا العقد على التصرف فلأن الغالب المتعارف هو البيع بالثمن الكلى بحيث يكون ما دفع المشتري الى البائع ممياً انطبق عليه الكلى لا - ثمناً واقعياً و قامت القرينه الحالیه أيضاً أن رد مثل الثمن يكفى فى تحقق الشرط أعنى رد الثمن و لذا قويتنا حمل الإطلاق فى هذه الصورة على ما يعم البدل

و عليه فلا يكون التصرف في عين الثمن المدفوع موجبا لسقوط الخيار و دليلا على الرضا بالعقد نعم لو كان الثمن شخصيا أو كان كليا و و لكن اشترط المشتري على البائع رد عين المأخوذ لكان لهذا الكلام مجالا واسعا: و كيف كان فلا منافاه بين فسخ العقد و صحه هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف لانه ليس مسقطا تعديا بل لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد.

و أما ما ذكره صاحب المصابيح من كون التصرفات قبل الرد خارجا عن عنوان التصرف المسقط تخصصا يرد عليه أنه لا شبهه أن الإسقاط القولى قبل الرد مسقط لهذا الخيار و كذلك لا شبهه أن التصرف يسقط الخيار كالقول و عليه فنكشف من ذلك أن الخيار ثابت قبل الرد و لا شبهه أن الظاهر من كون القول مسقطا هو المسقوط الفعلى فيكون التصرف مثله.

و بالجمله أن الظاهر كون التصرف مسقطا فعليا في كل زمان يكون القول مسقطا بحيث أن القول مسقط فعلى قيل الرد فيكون التصرف أيضا كذلك و ان ذكر المصنف أنه يصح إسقاط الخيار الثالث بعد الرد إذا كان ذى الخيار متمكنا من إثباته برد الثمن و عدمه و لكنه خلاف الظاهر فان الظاهر من الإسقاط هو الإسقاط الفعلى.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر من المناقشه في كون الخيار مجهولا لو كان مبدئه بعد الرد و فيه أنها لا تقدم مع تجديد زمان

التسلط على الرد و الفسخ بعد إنشائه و فرق واضح بين المقام الذى اختياره من حيث الرد و عدمه ليكون له الخيار و بين ما ذكره فى التذكرة من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدئه عند الإطلاق من حين العقد و وجه الفرق أن التصرف هناك ليس فى اختيار أحدهما فإنه إذا أراد التفرق يتبعه الآخر بخلافه فى المقام فلا تكون هنا جهاله تضر بالعقد.

و قد تقدم منا أنه ليس هنا جهاله أصلا غايه الأمر لا يعلم سبب الخيار و قلنا أيضا أن جهاله الشرط لا تضرّ بالعقد بعد عدم وجود الخطر هنا إذ يرجع مع الفسخ أيضا مال كان من المتعاملين الى صاحبه.

و أما ما ذكره من فهم العرف و حكمهم بكون الخيار من الأول و قبل الرد ففيه أن زمان الخيار اما بجعل الشارع أو بجعل المتعاقدين فى المقام هو الثانى و من الواضح أن المتعاقدين شاكان فى ثبوته قبل الرد فكيف يفهم العرف من ذلك ثبوته من الأول.

و أما ما ذكره بعض الأصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل به من الاخبار.

و ما أفاده المصنف متين جدا و لكن لنا كلام فى أصل مسقطيه التصرف كما تقدم فى خيار المجلس و أى إطلاق دل على ذلك حتى يقول المصنف و إطلاقات أدله مسقطيه التصرف يقتضى سقوطه بالتصرف مطلقا غير أن التصرف انما يكون مسقطا إذا كان مصداقا للإسقاط أو

موجبا للحدث و قد ثبت في غير هذين الموردين سقوطه بالتقبيل و اللمس بدليل الحاكم و في غير ذلك فلا دليل عليه فيتمسك بعموم أدله الشروط كما لا يخفى.

و بعبارة اخرى أن هنا تصرفات ثلث الأول ما يكون نفسه مصداقا للإسقاط و هذا لا شبهه فيه الثاني: أن يكون موجبا لإحداث الحدث حقيقه أو نازلا بمنزلته بدليل الحاكم كالتقبيل و نحوه الثالث ما لا يكون كذلك أما القسم الأول فلا إشكال في كونه مسقطا للخيار في جميع الموارد و أما الثاني فهو و ان كان يوجب سقوطه و لكنّه أمر تعديدي يقتصر به في خيار الحيوان فقط و أما في المقام فلو اشترى جاريه و شرط أن يردها متى شاء (فان بيع الخيار ليس مخصوصا بالبائع فقط) فتصرف فيها بما شاء من غير أن يكون التصرف مصداقا للتصرف بل مع العلم بأنه يردها حتى قبلها و لمسها فإنه لا دليل على كون التصرف مسقطا هنا و أما القسم الثالث فلا دليل على كونه مسقطا للخيار لا في المقام و لا في غير هذا المقام اعنى بيع الحيوان و كيف كان فلا دليل على مسقطيه التصرف بوجه كما هو واضح.

قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري سواء كان

قبل الرد أو بعده

أقول مقتضى القاعده الأوليه أن تلف مال كل احد عليه و لا يحسب على غيره و هذا ممّا عليه السيره القطعيّه و قد ذكر ذلك في بعض الروايات المذكوره في أحكام الخيار و سيأتى من أنه سئل (عليه السلام) من أنه إذا تلف المبيع ممن يكون قال (عليه السلام) ان نفعه على من قال من المالك فقال (عليه السلام) فهو على مالكة و كيف كان فهذه القاعده لا شبهه فيها.

ص: ٢٤٤

وقد ورد عليها مخصّصان:الأوّل أن التلف قبل القبض من مال البائع مع انه من ملك المشتري و يحتمل أن يكون هذا مورد السيره أيضا.

و الثاني أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و هذا لم تقم عليه السيره بل هو صرف التعبد فإنه مع قطع النظر عن التعبد لم يكن معنى لأن يحسب تلف مال زيد مع كونه عنده من زيد و لا يساعده فهم العرفى أصلا فضلا عن قيام السيره عليه و لكن التعبد يقتضى ذلك.

ثمّ انه لا- معنى لتكون التلف محسوبا على البائع قبل القبض أو على من لا- خيار له الا أن يفرض كما له فكما أن ماله إذا تلف عنده يذهب هدرا و كذلك تلف المبيع قبل القبض أو فى زمن الخيار و لا يعقل ذلك الا بانفساخ العقد بأن يحكم قبل التلف بدخوله فى ملكه أناما و يتلف و يرجع الثمن إلى المشتري أيضا كما هو قانون الانفساخ لا أن معنى كون التلف على البائع أو من لا خيار له ان يضمن مثل العين فيجب عليه رد مثله فإنه لو لم نحكم بالانفساخ لكان ضامنا بالمثل مع انه لم يقل به احد كما هو واضح.

و الوجه فى ذلك أنه فرق فى الروايه أن التلف فى زمن الخيار من مال من الأختيار له فإنه لا يعقل أن يكون التالف من ماله الا بالالتزام بانفساخ العقد و الا نحكم بالضمان بالمثل كما عرفت.

إذا عرفت ذلك فنقول فى المقام أنه إذا باع شخص داره بشرط أن يكون له الخيار متى رد الثمن فتلف الثمن أو المبيع فهل يحسب ممن لا خيار له أم لا فيقع الكلام فى مقامين الأول فيما إذا تلف المبيع

فهل هو من المشتري إذ لا- خيار له أو من البائع فنقول انه لا- شبهه في كون التلف من المشتري و لكن لا- من جهة القاعده المذكوره من أن كل تلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له التي تثبت على خلاف القاعده و كونها مخصَّصه للقاعده الأوليه من أن تلف مال كل أحد على مالكه و ذلك لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر مخالف لهذه القاعده الأوليه كما قلنا بأن التَّلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له كما إذا تلف الحيوان عند المشتري في ضمن ثلثه أيام فإن مقتضى التعبد حكم بكونه على البائع مع أن الحيوان ملك للمشتري و كانت القاعده الأوليه تقتضى كون التلف من المشتري و كذلك التلف قبل القبض.

و أما في المقام و ان كانت التلف في زمن الخيار و لكن قد تلف مال المشتري عند نفسه فكونه على نفسه موافق للقاعده الأوليه لا- مخالف لها و عليه فلا وجه للانفساخ هنا كما قلنا بالانفساخ في الموردين الأولين و على الجملة فكون تلف مال كل شخص على نفسه ليس أمرا مخالفا للقاعده بل موافق لها كما عرفت فتلف المبيع عند المشتري تلف من ماله فيكون من ماله على ما تقتضيه القاعده.

و عليه فلا يمكن الحكم بانفساخ العقد من هذه الجبهه ليكون ضمان المبيع على المشتري.

و هل في هذه الصوره يبقى خيار البائع على حاله بحيث له أن يفسخ العقد و يسترد مثل المبيع أم لا و قد يقال انه لا خيار له من جهة أن غرضه قد تعلق باسترداد العين و إذا تلف ينتفى هذا الغرض فلا وجه لثبوت الخيار له حينئذ.

و فيه أن هذا الكلام و ان كان صحيحا حيث تعلق غرض البائع

بحفظ العين و لكن لا يلزم من ذلك سقوط خياره أيضا إذ قد عرفت في أوّل الخيارات أن الخيار ليس متعلقه رد العين بل أنّما متعلقه العقد نعم أنّما جعل له الخيار مشروطا ببقاء العين بحيث أن العين متعلق أمد الخيار و قد اشترط البائع عدم إتلافه و وجوب بقاءه و مع هذا الشرط فقد اشترط لنفسه الخيار بعد رد الثمن و قد تعلق الغرض بحفظ العين على هذا النحو و بلحاظ أن الخيار مقيد ببقائها و الحاصل قد اشترط بقاء العين لشرط الخيار و هذا لا ينافي بماليه العين بل كما تعلق غرضه بحفظ العين و كذلك تعلق غرضه بحفظ الماليه أيضا و انما باعه بأقل من ثمن المثل لأجل جعل الخيار إذ لا يرغب المشتري اشتراؤه بثمن المثل مع جعل الخيار للبائع و لو كان البائع قد أغمض نظره عن ماليه العين لكان باعه في السوق بثمن المثل و انما إقدامه على البيع بأقل من ثمن المثل من جهة أن تبقى العين له مع هذه الماليه و الا ليست الخصوصيات العينيه الغير الدخليه في الماليه مورده للربح غالبا و عليه فيبقى خيار البائع على حاله.

و من جميع ذلك ظهر حكم الجبهه الثانيه أيضا من أنه ليس للمشتري أن يتلف العين بل لا بدّ له من إبقائه فإن البائع اشترط له ذلك و لو بالشرط الضمني و عليه فإذا تخلف و أتلف فهل فعل فعلا- محرما فقط لمخالفه الحكم التكليفي كما هو المختار عندنا أو خالف الحكم الوضعي كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و سيأتي الكلام في ذلك في أحكام الخيار بإنشاء الله تعالى.

و أما إذا كان التالف هو الثمن فهل يكون ذلك على البائع أو

على المشتري وقد يفرض الكلام بعد رد الثمن إلى المشتري و أخرى قبل رده.

و لا بدّ و ان يعلم قبل ذلك أن الثمن أو المثلن إذا كان كليًا فتلف هو خارج عن موضوع بحثنا فان كلامنا فيما يكون التالف هو المبيع أو الثمن و نتكلّم فى أنه من البائع أو المشتري أى ممن لا خيار له أم لا و من الواضح أن هذا أنّما يجرى فيما كان التالف هو المبيع أن الثمن لا غير و الا يلزم أن يكون تلف مال آخر لأحد المتبايعين الذى له خيار من صاحبه الذى لا خيار له و بديهي أن المدفوع إلى المشتري إذا كان المبيع كليًا أو المدفوع إلى البائع إذا كان الثمن كليًا ليس مبيعا و ثمنًا فان المبيع و الثمن ما جرى عليه العقد و أن تلف ما جرى عليه العقد ممّن لا خيار له و هذان الفردان لم يجر عليهما العقد بل العقد انما جرى على الكلى و المدفوع مصداق له فمع تلفه يبقى الثمن أو المثلن على حالهما أيضا إذا فالكلى خارج عن المقام.

(و اما إذا كان شخصيًا و كان التلف بعد الرد) انتهى الكلام الى أن التلف فى زمن هذا الخيار من البائع أو المشتري و قد عرفت أن كون تلف المبيع من مال المشتري حكم على طبق القاعده و لا يحتاج الى التمسك بأن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و أمّا ثبوت الخيار للبائع حينئذ فقد عرفت كما تقدم.

و أما لو كان التالف هو الثمن فتاره نفرضه كليًا و أخرى شخصيا أما إذا كان كليًا فلا شبهه فى خروجه عن مورد الكلام فان ما يدفع الى البائع من العين عوضا عن الثمن ليس هو نفس الثمن بل هو ما ينطبق عليه الثمن الكلى و لا فرق بين هذا و بين ما يردده البائع بدلا عن ذلك

فان كلا منهما مما ينطبق عليه الكلّي كما لا يخفى.

و أما إذا كان الثمن شخصيًا فتارة يكون التلف قبل رده الى المشتري و أخرى بعد رده و أما إذا كان التلف بعد رده فان كان الرد بعنوان الفسخ فلا- شبهه في انفساخ العقد و عليه فلا يبقى مجال للبحث عن أنه من مال البائع أو من مال المشتري إذ لا موضوع حينئذ للخيار أصلا فهذا خارج أيضا عن موضوع البحث و اما إذا كان الرد لا بعنوان الفسخ بل بعنوان الوديعة أو نحوها ليفسخ بعد ذلك و تلف الثمن عند المشتري فيقع الكلام حينئذ في أن تلفه من البائع أو المشتري فمقتضى القاعده الأوليه تقتضى كونه من البائع لكونه مالكا له و تلف مال كل مالك عليه و مقتضى العلم بقاعده أن التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له أن يكون من المشتري فإنّه لا خيار له في هذا الزمان بل الخيار للبائع و تنقيح المقام أن يقال أنه لم يرد نص بالخصوص بلفظ أن التلف أو كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له و لا أنّه ورد نص بهذا المضمون بل ورد هنا روايتان تدلان على كون تلف المبيع من مال من لا خيار له في الموردين الخاصين.

الاولى ما في الصحيحه المتقدمه في خيار الحيوان من أنه إذا تلف الحيوان في ضمن ثلثه أيام فهو من مال البائع الذي لا خيار له و الثانيه في خيار الشرط و هي صحيحه ابن سنان من أن التلف في زمن خيار الشرط من مال من لا خيار له و الحقوا بذلك خيار المجلس أيضا لاستفاده العموم من اخبار الخيار فان ذيل بعضها حتّى ينقضى الشرط و قد استفاد ذلك العموم المصنّف من تلك الاخبار و يأتي في أحكام الخيار.

ص: ٢٤٩

و أما إذا كان التالف هو الثمن فلا دليل يدل على كون التلف مّمن لا خيار له بحيث يفسخ العقد بذلك كما عرفت سابقا من أن كون تلف مال احد من الآخر بقانون أن التلف في زمن الخيار مّمن لا- خيار له يوجب انفساخ العقد إذ لا يعقل أن يكون تلف مال أحد من شخص آخر بدون انفساخ العقد فيكون حكم الشارع بكون التلف مّمن لا خيار له حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

و على الجملة لا دليل على كون تلف الثمن في زمن الخيار من مال من لا خيار له ليكون ذلك تخصيصا للقاعده الأوليه و حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

ثم انه استظهر صاحب الجواهر من روايه (1) معاويه ابن ميسره أن التلف من المالك و لا- يكون ذلك لمن لا خيار له فيكون تلف الثمن من البائع المالك بالثمن عند التلف فتدل الروايه على أن تلف الثمن حينئذ من البائع و إن كان له خيار. و قد منع المصنف عن ذلك الاستظهار و حكم بعدم ظهور روايه معاويه ابن ميسره في ما ذكر صاحب الجواهر و هو كذلك لأننا بعد التأمل لم نفهم وجه الاستظهار و ذلك لان روايه معاويه بن ميسره كما تقدم اشتمل على حكيمين أحدهما أن رجلا باع دارا من رجل، و كان بينه و بين الرجل العدي اشترى منه الدار حاصر فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله، قال (عليه السلام): له شرطه، قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله و قال أبو عبد الله عليه السلام أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار

ص: ٢٥٠

و لا- شبهه انه لا اشعار فيها على كون التلف من المالك فى زمان الخيار أما لزوم الوفاء بالشرط الذى كان فى العقد فهو على طبق القواعد المتصيده من لزوم الوفاء بالشرط و أما كون منفعة الثمن للبائع فهو أيضا موافق للقاعده فإن منفعه مال كل أحد له و من الواضح أن الثمن ملك للبائع كما هو واضح و كذلك كون تلف الدار من المشتري أيضا موافق للقاعده فإنك قد عرفت أن تلف مال كل أحد على نفسه إلا إذا ثبت نصّ خاص على خلافه كما فى تلف المبيع فى زمن الخيار فإنك قد عرفت كونه ممّن لا خيار له بدليل خاص و يكون العقد منفسخا كما لا يخفى.

و على الجملة فلا إشعار فى شىء من الأحكام المزبوره بكون التلف فى زمن الخيار من المالك كما استظهره صاحب الجواهر، و لذا ذكر المصنّف أنه ليس فى الروايه الا- أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممّن لا- خيار له فلا- حاجه لهما الى تلك الروايه أى الروايه اشتملت على هذين الحكمين كما ذكرناه فشىء منهما لا مساس بما ذكره صاحب الجواهر. فان ما اشتمل عليه الروايه حكم موافق للقاعده الأوليه كما ذكره المصنّف فلا يحتاج إلى الروايه. فلا- تكون الروايه مخالفه للقاعده نعم يمكن ان يكون نظر صاحب الجواهر على ما ذكره المصنّف إلى قاعده الخراج بالصّمان بدعوى أن منافع الثمن ملك للبائع فيكون ضمانه عليه أقول ان هذه القاعده ليس له أساس صحيح بل هى المذكوره فى النبوى الضعيف المنقول من طرق العامه و قد عملوا بها حتى أن أبا حنيفه

عمتها الى موارد الغصب و قال ان منفعه للغاصب لكون الضمان عليه و قد وقع النكير عليه في صحيحه أبي ولاد في كراء البغل الى قصر بنى هبيرة و مخالفته ذلك و ركوبه الى بغداد فلا يمكن العمل بهذه القاعده.

نعم لو كان معنى القاعده هو أن منفعه مال كل مالك كما هو مقتضى القاعده و كذلك تلفه أيضا عليه إذ لا معنى لكون تلف مال شخص على شخص آخر و قد عرفت أن هذا حكم موافق للقاعده فلا يحتاج الى هذه القاعده و في المقام نحكم بكون تلف الثمن من البائع لكونه مالكا له و منفعته له فيكون غرامته أيضا عليه.

و على هذا لو كانت تلك القاعده أى قاعده كل التلف في زمن الخيار مَمَّن لا خيار له ثابتا في جميع موارد تلف المبيع و الثمن لكان تخصيصا لقاعده الخراج بالضمان على المعنى الذى ذكرناه لورودها في مورد قاعده الخراج بالضمان و لكن قد عرفت أنه لا دليل على كليه تلك القاعده في جميع موارد تلف المبيع فضلا عن الثمن بل هي مختصه بموردين بحسب النص اعنى مورد خيار الحيوان و مورد خيار الشَّروط و تفصيل الكلام في أحكام الخيار فتحصل أنه لا يكون تلف الثمن من المشتري بل من البائع و لو قلنا بكون تلف المبيع في زمن الخيار من المشتري إذ لا دليل على التَّعدى و الحكم بكون تلف مال الغير على شخص آخر كما لا يخفى.

و ان كان التلف قبل الرَّد فيجرب فيه جميع ما ذكرناه في صورته كون التلف بعد الرَّد و لكن في المورد خصوصيه و هو أن التلف قبل الرَّد لا يحسب الا من البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرَّد و

أشكل عليه المصنّف أولاً- بمنع المبنى فإنه لا- نسلم كون الخيار بعد الرّد بل يكون قبل الرّد كما تقدّم في جواب صاحب المصاييح ثمّ أشكل بمنع البناء بدعوى أن دليل ضمان من لا- خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أن منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسألة فان في ذيل بعضها حتى ينقضى و هو يجرى في خيار المنفصل فلا وجه لبناء المسألة على كون الخيار بعد الرّد و سيأتى الكلام في جميع ذلك.

ثمّ ان المصنّف أشار الى ثمره البحث و حاصله انه بناء على كون تلف الثمن من المشتري انفسخ العقد و ان قلنا بكونه من البائع و ان كان الشرط أعم من رد عين المأخوذ أو بدله فيرد البائع مثل الثمن و يرتجع العين المبيعه و الا فلا خيار فلزم البيع كما هو واضح.

قوله الأمر السادس لا إشكال في القدره على الفسخ

أقول لا- إشكال في انه إذا باع عمرو متاعاً من زيد و اشترط عليه أن يكون له الخيار متى ردّ الثمن الى شخص المشتري فلا بدّ من ردّه الى شخصه و الآ- فلا يثبت له الخيار برده الى غيره و إذا اشترط ردّه الى أعمّ منه و من وكيله أو الحاكم أو شخص آخر فيتبع شرطه و على كل حال فهذا الخيار خيار جعلى فيتبع الشرط فإذا حصل فيكون له الخيار و الا فلا خيار له كما لا يخفى.

و انما الكلام في صورته إطلاق الشرط بأن جعل لنفسه الخيار مع رد الثمن فهل تختص ردّه الى شخص المشتري أو يكفي ردّه الى وكيله أيضاً أو الى الحاكم كما إذا كان المشتري غائباً أو مريضاً أو مجنوناً و ذكر المصنّف في حصول الشرط برده الى الحاكم كما اختاره المحقق

القسمى فى بعض أجوبه مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان.

و ظهر من صاحب الحدائق على ما ذكره المصنف الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنه وقع الخلاف فى أنه هل يعتبر فى فسخ العقد حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد عليه أم لا- فذهب العامه و بعض الشيعه إلى اعتبار حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ و المشهور من علمائنا إلى عدمه و بعد ما ذكر صاحب الحدائق ذلك قال: ان ظاهر الروايه اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن اليه فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانه الى أن يجيء المشتري و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الأخبار المذكوره.

و هذا الكلام عجيب من صاحب الحدائق كما يظهر الاستصحاب منه من المصنف أيضا و ذلك لان هنا مسألتان إحداهما مسأله حضور المفسوخ عليه عند الفسخ أو الإشهاد عليه بل بعض من اعتبر هنا حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ حكم بعدم نفوذ الفسخ بغير ذلك نظير الطلاق العدى لا ينفذ بدون حضور العدلين و مع عدم الاعتبار يفسخ فى عالم نفسه و فى مرحله الإثبات يحتاج الى الترافع و على كل حال ليس هنا من مسأله رد الثمن عين و لا اثر حتى لو كان الفسخ بنفس الرد فان اعتبار حضور المشتري و رده اليه ليس من جهة اعتبار حضور بالمشتري فى الفسخ بل من جهة اعتبار رده اليه.

و الثانيه مسأله رد الثمن إلى المشتري و أنه مع شرط الخيار برد الثمن هل يكفى الرد الى الوكيل أو الحاكم أو لا بد من الرد الى

نفس المشتري و من الواضح أن احدى المسألتين غير الأخرى فلا- ترتبط إحداهما بالأخرى فما ذكره صاحب الحدائق من الخلاف فى حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ أنما هو فى المسأله الاولى دون الثانيه فإن المسأله الثانيه كما ذكره المصنّف غير مفروض فى كلمات القوم و لم نجد من يتعرّض لها الا- ما أشار إليها المحقّق القمى فى أجوبه المسائل و كيف يمكن دعوى الاتفاق على اعتبار حضور المشتري و كيف قد خلط صاحب الحدائق إحدى المسألتين على الأخرى و أما أصل مسألتنا هذه غير مذكور فى كلمات الأصحاب فنقول انه ليس هذا الخيار من الأمور المجعوله شرعا حتى نتمسك بظهوره و نحكم بثبوت الخيار له بل هذا خيار جعلى أنما جعل بجعل المتعاقدين فبأى نحو جعلاه فيتبع رأيهم فى ذلك و إذا شكّ فى مورد فلا بدّ فى كشف المراد الى الارتكازات العرفيه و الذى نفهم من الرجوع الى الارتكازات العرفيه أن العرف لا يرى فرقا بين رد الثمن الى نفس المشتري و بين رده الى وكيله فإنّه بعد العلم بأن غرض البائع هو انحفاظ المبيع له و عدم جواز أن يتلفه المشتري و أنه لا- موضوعيه لردّ الثمن الى نفس المشتري إلا- وصول ماله اليه و عليه فان المشتري حيّا و كان الوصول اليه ممكنا فيرد الثمن اليه و يفسخ معامله و الا فيردّه الى وكيله أو الحاكم أو من يرده اليه بحيث يصل الثمن إلى المشتري و يفسخ ذلك بملا-حظه أنّه لو كان المشتري محبوسا أو مريضا أو غائبا و كان له وكيل فالظاهر انه لا يشكّ أحد فى جواز ردّه الى الوكيل و نحوه فان معنى رد الثمن إلى المشتري ليس هو ردّه الى نفسه بل معناه وصول الثمن إليه بأن يكون من جملة أمواله اللهم إلا أن يشترط الرد الى شخصه فهو أمر آخر.

و كذلك الكلام فى طرف البائع فإنه لو لم يتمكن أن يرد الثمن إلى المشتري لمرض أو موت فيرد وكيله أو ورثته إلى المشتري أو الى وكيله أو ورثته مع عدمه أو موته و ليس رد الثمن من ورثه البائع إلى المشتري أو الى وكيله من باب ارث الخيار بل من جهة عدم الفرق فى نظر العرف فى الرد بين كونه من نفس البائع أو من ورثته فان الغرض كون المال عند المشتري أو عند من يقوم مقامه كما لا يخفى.

و على الجملة فالارتكاز العرفى يقتضى أن المناط فى جعل الخيار برّد الثمن أنّما هو رجوع كل من العوض و المعوّض الى حالتها الأولى و هو يحصل و لو برده الى من يقوم مقام المشتري كما يحصل برد من يقوم مقام البائع و هو واضح كما ذكره المصنّف.

ثمّ أنّه لو اشترى الأب أو الجد شيئاً للطفل و اشترط البائع عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن فهل يكفى الردّ هنا الى الجد مع كون المشتري هو الأب أو الى الأب مع كون المشتري هو الجد أم لا و الظاهر هو الأول لأن لكل من الأب و الجد ولاية مطلقه على الطفل الثابتة بالأدلة اللفظية فيكفى الردّ الى أى منهما يشاء و هو واضح.

ثمّ إذا اقتضت المصلحه حتى اشترى الحاكم بولايته على الطفل مالا- له بيع الخيار فهل يجوز رده الى حاكم آخر أم لا فذكر المصنّف أنّه يجوز للحاكم الثانى أخذه إذ ليس فى أخذ الحاكم الثانى ذلك مزاحمه للحاكم الأول فبناء على عدم جواز مزاحمه الحاكم لا- بدّ له أن يردّه الى الحاكم الأول مع احتمال عدم الوجوب فإنه مال آخر للصّيغ غير يتملكه بالفسخ الذى هو معامله جديده و ليس له ربط بالمعامله الأولى التى وضع الحاكم عليها اليد حتى تحصل المزاحمه.

و لكن قد ذكرنا فى باب الولاية أنه لا دليل على ولاية الحاكم للصغير الا من باب الحسبه و معنى الحسبه إتيان الأمر من باب كونه أمراً قريباً بحيث أنّ الشارع يرضى بذلك و لا يرض بحيفه فيؤتى ذلك حسبه الى قربه الى الله و من باب كونه مطلوباً للشارع و يكون حفظه محبوباً.

و عليه فولايه الحاكم من باب القدر المتيقن فإنه لا نحتمل أن علمه مانعا عن التصرف فى مال الصّغير مع الاحتياج و كذلك لا تحتمل أن عدالته مانعه و إذا كان مال الصّغير و نفسه محتاجاً الى الحفظ و الى النقل و الانتقال و الى التصرف فيه و كان الأمر دائراً بين أن يباشره الحاكم أو غيره فالمتيقن هو الحاكم كما هو واضح و عليه فلا يجوز أن يتصرف فيه الحاكم الثانى بعين هذا الملاك فإنه نشك فى أنه بعد وضع الحاكم الأول يده عليه أن لا يجوز للثانى أن يتصرف فيه فحيث أن المورد ممّا لا بدّ من أخذ القدر المتيقن لعدم وجود الدليل اللفظى على ولاية الحاكم كما عرفت إذا فلا يجوز للثانى أن يتصرّف فيما وضع الحاكم الأول يده عليه نعم لو شككنا فى جواز تصرف الحاكم الأول بعد التصرف فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو المنع عن تصرفه و لكنه بديهى البطلان فإنه غير محتمل قطعاً. و كيف كان فليس المورد من موارد مزاحمه الحاكم حتى يقال لا تجوز مزاحمته.

قوله: الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم

يكن له ذلك الا بردّ الجميع

فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ أقول الظاهر من اشتراط الخيار برد الثمن إلى المشتري أنه ردّ جميع الثمن و عليه فلو ردّ بعض الثمن فهو كمن لم يرد شيئاً أصلاً فلا يثبت له الخيار

فان هذا خيار جعلى تابع لما جعله المشروط له و على هذا ليس للمشتري التصرف فى ذلك فإنه باق على ملك مالكة و هو البائع و تصرف المشتري تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام بل يكون ذلك وديعه عنده.

و توهم أن هذا يكون إقاله فإن المشتري إذا أخذ بعض الثمن المردود اليه كشف ذلك عن رضاه بالفسخ فيكون إقاله و فيه أنه مضافا الى منع كشفه عن رضا بالانفساخ فإنّ الأخذ أعم من ذلك و من كونه إقاله ثم ان الإقاله غريبه عن ذلك فان كلامنا فى تحقق الفسخ بالردّ أو ثبوت الخيار للبائع بذلك على النحو الذى تقدّم سواء رضى المشتري بالفسخ أم لم يرض و أى ربط له برضاهما بالإقاله و الفسخ كما هو أوضح.

قوله و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه اليه على وجه الثمنيه أقول حاصل كلامه إذا دفع البائع بعض الثمن إلى المشتري على وجه الثمنيه كان ضامنا له إذا تلف الا أن يصرح البائع بكونه أمانه عنده فإنه حينئذ لو تلف لا يكون ضامنا.

أقول لا- وجه لهذا الكلام فإنه إذا كان الخيار مشروطا برد تمام الثمن فلا معنى لرد بعضه بعنوان الثمنيه بحيث يكون ثمنا بالفعل فان كونه ثمنا بالفعل ملازم لانفساخ العقد كونه داخلا فى ملك المشتري و المفروض أن العقد لا يفسخ الا برد الجميع و لا يثبت له الخيار برد البعض و عليه فلا معنى لكون ردّ البعض بعنوان الثمنيه بل يكون ذلك أمانه مالكيه عند المشتري ليكون ثمنا عند الفسخ بعد ردّ تمام الثمن فيكون ثمنا بالقوه كما لا يخفى.

نعم إذا اشترط في مقام الرد أن يكون المشتري ضامنا عند التلف و قبل المشتري فيكون شرط لازم الوفاء.

و قد يتوهم الضمان بدعوى أنه نظير المقبوض بالسوم الذي ذهب المشهور الى الضمان في تلفه في يد من أخذه أى المشتري.

و فيه أنه فرق واضح بين المقامين فان المقبوض بالسوم على تقدير الضمان في تلفه أنما أخذه المشتري لصالح نفسه و ملاحظه أنه مصلحة له أم لا فيكون ضامنا إذا تلف المقبوض بالسوم في يده.

و هذا بخلاف المقام فإن البائع إنما قبض بعض الثمن لصالح نفسه لا لصالح المشتري بل كثيرا أن المشتري لا يرض بالفسخ أصلا فإن الغالب بل الدائم في مثل هذا البيع أى البيع بالخيار أن المبيع يكون ثمنه أقل من البيع بدون الخيار فان غرض البائع كان هو رد عينه فلذا باعه كذلك لرفع احتياجه فلو كانت قيمته مساويه لقيمه المبيع الذى يشتري بالقيمه السوقيه بلا خيار لم يقدم المشتري بذلك و كيف كان لا نعرف وجهها للقول بضمان المشتري إذا تلف بعض الثمن عنده كما لا يخفى فافهم.

قوله و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبويض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع أقول قد عرفت أن هذا الخيار خيار جعلى من المتعاقدين فيتبع الشرط على النحو الذى شرطاه فلو شرط البائع على المشتري ثبوت الخيار له برد بعض الثمن يثبت له ذلك إذا رد ما يصدق عليه بعض الثمن المقصود فى العرف لا بمقدار يكون خارجا عن الصدق العرفى أو عن كونه مقصودا لهما و لا يقاس ذلك بخيارى

المجلس و الحيوان فإنه لا- يجوز الفسخ فيهما في بعض المبيع دون- بعض فإنهما إنما ثبتا بجعل الشارع بالنسبة إلى مجموع الثمن و المثلن فإذا فسخ من له الخيار البيع لا بدّ له أن يفسخ في المجموع دون البعض و أما في المقام فالخيار بجعل المتعاقدين فيتبع جعلهما على النحو الذي جعلاه كما لا يخفى فافهم.

و قد ذكر المصنف ره و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزء برّد ما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك.

أقول الظاهر انه لا وجه لهذا الكلام و انه لا نتعلل مورد في هذا المقام يثبت فيه للمشتري خيار تبعض الصفقة و بيان ذلك أنه قد عرفت أن هذا الخيار انما بجعل المتعاقدين فبأى كيفية جعلاه كان متبعا و عليه فشرط الخيار و فسخ العقد برّد بعض الثمن لا يخلو عن وجوه: الأول: أن يشترط على المشتري فسخ مجموع العقد برّد جزء معيّن من الثمن أو جزء غير معيّن و لكن فسحا متدرجا بأنّه يفسخ المجموع برّد الثمن تدريجا بأنّه كلّما أدى من الثمن جزء يفسخ في مقابله الى أن يفسخ المجموع ففي الحقيقه يكون ذلك توسعه للبائع في رد الثمن كما لا يخفى إذ ردّ مجموعاه دفعه واحده كلفه عظيمه عليه.

و عليه فلو فسخ في بعض و بقى بعض الآخر حتى خرجت المده كشف ذلك عن بطلان الفسخ من الأول فإن كلّ جزء جزء من الفسخ كان مشروطا بفسخ الجزء الآخر حتى يتم فسخ مجموع العقد فإذا فسخ و لكن بقى جزء واحد كان الفسخ باطلا من الأول لعدم حصول شرطه

و هذا نظير مشروطيه عتق المكاتب برّد مجموع مال الكتابه و نظير اشتراط صحه الصلاه بالتشهد و السلام و نظير اشتراط الصوم بالجزء الأخير من الوقت فيكون العمل صحيحا بشرط حصول هذا الشرط و الا يبطل كما هو واضح.

الثانى انه أن يشترط البائع على المشتري فسخ كل جزء برد جزء من الثمن من غير أن يكون الفسخ أو ثبوت الخيار بالرد(اى سواء قلنا بحصول الفسخ بالرد أو كان الرد من مقدمات الفسخ)مشروطا بالفسخ فى الجزء الأخير و هذا على قسمين فإنه تاره يشترط ان يكون ردّ كلّ جزء من الثمن فسحا للعقد أو مقدمه للفسخ على التقريب المتقدم من غير أن يكون منوطا برّد جزء آخر و فسخ العقد فى ذلك الجزء الآخر و أخرى يكون هذه الصوره و لكن يشترط المشتري أيضا على البائع أنه إذا فسخ فلا بدّ له أن يفسخ فى الكل و الا فلم يفسخ أصلا اما الأول فمقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو العمل بطبق الشرط على النحو المقرّر عند العقد لما عرفت: أن هذا خيار جعلى فيتبع فيه جعل المتعاقدين على النحو الذى جعلاه و لا- يقاس ذلك بخيارى المجلس و الحيوان كما عرفت.

و عليه فلو فسخ البعض و لم يفسخ البقيه حتى خرجت المدّه فليس على البائع شىء أصلا فإن المؤمنون عند شروطهم فلازم الوفاء به هو ذلك و لا- يثبت هنا شىء للمشتري و يكون ذلك نظير المعاملتين التين ثبت فيهما الخيار فهل يتوهم أحد أنه إذا فسخ البائع هذه المعامله و ذلك يستلزم الفسخ فى معاملته الأخرى أيضا و كذلك المقام كما لا يخفى.

و أما الثانى فإن كان مقتضى الوفاء بالشرط هو نفوذ فسخ البائع العقد فى كل جزء جزء من المبيع برّد كل جزء جزء من الثمن سواء فسخ فى البقيه أيضا أم لا كما عرفت فى سابقه و لكنه حيث اشترط المشتري أيضا عليه أنه إذا فسخ فى جزء فلا بدّ له أن يفسخ فى البقيه أيضا فإذا لم يفسخ البائع فى البقيه ألزمه المشتري بذلك على حسب اشتراطه و الا فيثبت له خيار تخلف الشرط و كذلك لو لم يفسخ حتى خرجت المده كما هو واضح.

و فى جميع هذه الاقسام لا نرى موردا لتبعض الصفقه أصلا كما هو واضح و أعجب من ذلك أن المصنف ره ذكر بعد ما حكم بثبوت خيار تخلف الشرط بأنه لا يبعد ثبوت خيار تخلف الشرط قبل خروج المده و وجه العجب مضافا الى ما ذكرناه من عدم الوجه و التعقل الخيار تبعض الصفقه أصلا أنه كيف يثبت ذلك للمشتري قبل خروج المده فإنه فى ضمن هذه المده لعمل البائع برّد الثمن و يفسخ البيع فثبوت خيار تبعض الصفقه ينافى ذلك.

و بعبارة اخرى أنه لم يتم أمد خيار البائع و مع ذلك كيف يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه و قد كان جعلهما هذا الشرط للمشتري على هذا النحو بأن يرّد الثمن و يفسخ البيع الى وقت معنى و الفرض أنه لم يخرج الوقت و المده بعد كما لا يخفى و لعل هذه العبارة من غلط النسخه و لم نر من الحواشى من يتعرّض لذلك.

قوله الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برّد الثمن كذلك يجوز

للمشتري اشتراط الفسخ برّد الثمن

أقول قد عرفت: أنه لا شبهه فى جواز البيع و اشتراط الخيار فيه برّد الثمن و أنه مقتضى القاعده

و كذلك يجوز للمشتري أن يشترط لنفسه الخيار متى ردّ المبيع فان الروايات و ان وردت في اشتراط الخيار بردّ الثمن و لكن قد عرفت أن مشروعيه هذا الشرط لا تحتاج الى الروايات لكونه موافقا للقواعد فإن القاعده الأوليه تقتضى مشروعيه هذا الشرط في الثمن و المثلن اما على النحو الذى ذكرناه من كون إنشاء الملكيه من الأوّل مضيقه أو بمقتضى المؤمنون عند شروطهم كما هو واضح و كيف كان لا شبهه في جواز اشتراط الخيار للمشتري بردّ المبيع.

نعم فرق بين المقام و بين اشتراط الخيار بردّ الثمن و هو انك عرفت قيام القرينه العرفيه و الارتكاز العرفى على أن اشتراط رد الثمن أعم من رد شخصه أو بدله فان ما أوجب البائع ان يبيع داره مثلا من زيد على هذا النحو هو احتياجه الى ثمنه و اشتراط الخيار برد نفس الثمن لا يفيد و لا يرفع حوائجه كما هو واضح.

و لكن تلك القرينه العامه فى المقام على العكس حيث أنه قد تعلق غرض البائع بحفظ المبيع كما عرفت و الا لباع متاعه بأكثر من ذلك فان اشتراط الخيار يوجب نقص القيمه كما عرفت و عليه فاشتراط المشتري الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أنّما هو ظاهر بحسب الارتكاز العرفى فى ردّ عين المبيع كما هو واضح.

و عليه فلو تلف المبيع سقط خيار المشتري و أما البائع فسقوط خياره و عدمه تابع لشرطه كما لا يخفى نعم لو اشتراط المشتري على البائع ثبوت الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أو بدله فلا يسقط خياره بتلف المبيع بل له الخيار بردّ بدله كما هو واضح.

ثم انه هل يجوز اشتراط الخيار بالرد أعم من أن يكون برد المبيع أو بدله حتى مع عدم تلف العين أو لا وقد استشكل المصنف في ذلك هنا كاستشكاله في اشتراط الخيار برّد الثمن أعم من ردّ العين أو البدل حتى مع بقاء الثمن والوجه فيه ما ذكره هناك من أنه مخالف القانون الفسخ فيكون غير مشروع وذلك لان مقتضى قانون الفسخ أن يرّد كلّ مال الى صاحبه بالفسخ و يكون الثمن راجعا إلى المشتري و يرجع المبيع إلى البائع فإن معنى الفسخ هو كون البيع كعدمه و اشتراط رد بدله مع الانفساخ مخالف لذلك كما هو واضح.

و قد ذكرنا سابقا أن ما ذكره المصنف و ان كان متينا و لكن يمكن أن يكون ذلك بشرط آخر و لو كان ضمينا بأن يشترط في نفس هذا البيع بأن يشترط الفسخ برد المبيع و يشترط أيضا أن يبادل المبيع بعين آخر بحيث أنّ المشتري بفعل فعلين بحسب الاشتراط أحدهما فسخ العقد و الثاني تبديل المبيع بعين آخر و لو كان هذا التّبديل بالوكالة من قبل البائع كما عرفت ذلك في السابقيه.

و على الجملة فاشتراط الخيار برّد المبيع أو بدله حتى مع البقاء ينحل الى شرطين أحدهما ثبوت الخيار للمشتري أو فسخ العقد بالردّ و الثاني تبديل كونه و كيلا في تبديل المبيع بعين آخر فرد البدل من جهة المبادله المستقله الجديده الحاصله بعد الفسخ فلا يكون الشرط مخالفا لقانون الفسخ و دعوى أنه لو كان التبديل بعنوان المبادله الخاصه لكون المشتري و كيلا في ذلك لكان باطلا بعزل الموكل الوكيل قلنا هذا مبني على جواز عزل الوكيل الذي اشترطت وكالته في ضمن العقد اللازم و عدمه فإنه بناء على الجواز فلا مانع منه هذا فيما إذا كان

الشرط شرط الفعل و أما إذا كان الشرط شرط النتيجة بأن يشترط المبادله بعد الفسخ فالأمر أوضح فإنه بمجرد انفساخ العقد يتبدل المبيع ببديل آخر كما هو واضح.

و الأمر أوضح إذا اشترط ردّ التّاليف بالمثل فى القيمى و بالقيمه فى المثلّى فإنّه حيثذ تكون المبادله فى الذّمه بين القيمى و المثلّى و تكون الذّمه مشغوله بالقيمه بعد ما كانت مشغوله بالمثل و حيث ان الأمر هنا أوضح و لذا لم يستشكل المصنف هنا بعد منع الجواز فى العين الخارجيه بدعوى أن اشترط التبديل هنا بمنزله اشترط إبقاء ما فى الذّمه بغير جنسه الا- اشترط ضمان التالف المثلّى بالقيمه و بالعكس و هذا بخلافه فى السابق فان اشترط البديل هناك اشترط للفسخ على وجه غير مشروع لكونه مخالفا لقانون الفسخ فيكون مخالفا للكتاب و السنّه ثمّ أمر بالتأمل.

و لكن على ما ذكرناه لا فارق بين المسئلتين الا ان التبديل فى الاولى فى العين الخارجيه و فى الثانيه فى الذّمه و هو واضح.

ثمّ انه يجوز اشترط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه أو بدله و يجرى فى كل من الطرفين كل واحده على حده الذى ذكرناه مفصلا

قوله مسأله لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط

اشاره

بالبيع و جريانه فى كلّ معاوضه لازمه

أقول هل يجرى خيار الشرط فى غير المبيع من العقود أم لا الظاهر أنه لا خلاف فى عدم اختصاصه بالبيع و جريانه فى غيره أيضا لا من جهة الروايات الخاصه الوارده فى هذه المسأله فإنها مختصه بموارد خاصه كما عرفت بل لان خيار الشرط موافق لمقتضى القاعده فيجرى فى غيره أيضا و لذا تعدوا من موارد

الروايات فان موردها صورته ردّ تمام الثمن و تعدوا و التزموا بجوازه أى بجواز اشتراط الخيار برّد بعض الثمن كما عرفت و هذه القاعده أما لعموم المؤمنون عند شروطهم أو لما ذكرناه فى كون الشرط مرجعه إلى إنشاء الملكيه المحدوده أو غير ذلك و هذا فى الجمله مما لا شبهه و لا خلاف فيه و انما الكلام فى جريان هذا الخيار فى جميع افراد المعاملات حتى الإيقاعات أم لا.

و قد يقال: بمنع جريانه فى الإيقاعات

بدعوى أن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الاخبار و الإيقاع إنّما تقوم بواحد.

وفيه ما ذكره المصنف من أن المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الإيجاب و القبول ألا ترى أنهم جوزوا ان يشترط فى إعتاق العبد اشتراط خدمه مده متمسكا بعموم المؤمنون عند شروطهم و هذا لا شبهه فيه و عليه فلا مانع من اشتراط شىء فى الطلاق و العتاق متمسكا بعموم القاعده الدّاله على جواز الشرط كما هو واضح.

وقد يظهر من المصنّف وجه آخر فى المنع عن جريانه فى الإيقاعات و قد أصر عليه شيخنا الأستاذ فى عده موارد و حاصله أن الخيار إنّما يجرى فى مورد يكون العقد قابلا للإقاله و الانفساخ بها فإنه يستكشف من ذلك أن اللزوم لزوم حقى فكل ما يكون اللزوم فيه حقيا يدخل فيه الشرط أيضا و أما ما لا تدخل فيه الإقاله فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكما فلا يمكن رفع اللزوم بجعل الخيار فى العقد و حيث ان الإيقاعات ما لا تدخل فيه الإقاله فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكما

فلا يدخل فيه خيار الشرط و هذا هو الكبرى الكلى فى كل عقد يدخل فيه خيار الشرط و ما لا يدخل فيه خيار الشرط.

أقول: قد عرفت فى أول البيع أنه لا- فارق بين الحكم و الحق من حيث الحقيقة بل كلاهما من حقيقة واحدة و من مجعولات الشارع غايه الأمر أن الشارع قد اعطى الاختيار بيد المتعاملين فيقبل الحل و الفسخ و كذلك فى الجواز و سمي ذلك بحسب الاصطلاح حقا و فى الآخر لم يجعل فيه لأحد سلطنه أصلا و لا يقبل الفسخ أصلا كما أن الجواز الحكمي كذلك فإنه لا يقبل النقل و الاسقاط و سمي ذلك بحسب الاصطلاح حكما كما هو واضح.

و عليه فلا بدّ فى تمييز لزوم الذى لا يقبل الفسخ عما يقبل الفسخ و كذلك فى الجواز من الرجوع الى الأدله كما هو واضح و من هنا نرى أن النكاح لا تدخل فيه الإقالة و لكن يدخل فيه الخيار من بعض الجهات كما فى موارد العيوب الخاصه و لا يدخل فيه الخيار من غير هذه الجهه و على الجملة فدخول الإقالة فى العقد و عدم دخوله ليس ميزانا فى المقام و عليه فكما دلّ الدليل بعد الرجوع اليه من عدم دخول الشرط و الخيار بعقد أو إيقاع و كونه لازما من جميع الجهات أخذ به و الا فعمومات وجوب الوفاء بالشرط متبع و عليه فيجرى الخيار فى كل عقد و إيقاع حتى الطلاق ما لم يدل دليل على خلافه.

و قد يستدل فى ذلك بدليل لزوم الوفاء بالشرط و قد منع- بعضهم جريانه فى الإيقاعات بدعوى أن مفهوم الشرط ما كان بين اثنين و الإيقاعات لا تقوم الا بواحد و فيه أن المستفاد من الشروط ما كان بين شخصين لا كونها متوقفه على الإيجاب و القبول كما هو واضح.

ثم منع المصنف عن جريان شرط الخيار في الإيقاعات بدعوى منع صدق الشرط في الإيقاعات و انصرافه الى العقود خصوصا على ما في القاموس من تفسير الشرط بما كان في العقود ثم ذكر وجها آخر لمنع جريانه في الإيقاعات و أسر عليه شيخنا الأستاذ في موارد عديده و حاصله ما أشرنا اليه من أن الخيار إنما يجرى في عقد كان اللزوم فيه حقا بحيث يتمكن المتعاقدان عن فسخ العقد بالإقاله و أما فيما كان اللزوم فيه حكما فلا يجرى فيه ذلك و من الواضح أن الإيقاعات لا تدخل فيها الإقاله فنكشف من ذلك عدم جريانه في الإيقاعات كما هو واضح.

و قد عرفت الجواب عنه و قلنا أن اللزوم حكم الهى قد جعل في العقود و فى أن مورد دلّ دليل على جواز دخول الخيار فيه نأخذ به و الا فلا فدخول الإقاله فى بعض العقود و عدم دخولها فى بعض ليس ميزانا لجريان الخيار فيها و عدم جريانه فيها فلا يوجب ذلك كون حقيقه اللزوم متعددا حقا تاره و حكما أخرى بل الحقيقه فى جميعها على نسق واحد و من هنا ترى جريان الخيار فى عقد النكاح من بعض الجهات دون بعض مع عدم جريان الإقاله فيه و على الجملة جواز جعل الخيار فى العقود و عدم جواز جعله فيه تابع للدليل ففى كلّ مورد دلّ الدليل على جواز نأخذ به و الا فنحكم باللزوم للعمومات الداله على اللزوم.

و التحقيق أن يقال انه بناء على كون دليل الشرط الخيار فى العقود هو دليل الوفاء بالشرط اعنى المؤمنون عند شروطهم الذى ورد فى الروايات المستفيضه لا يمكن التمسك بها لوجه آخر بل دليل الشرط هو شىء آخر قد أشرنا إليه فيما سبق و حاصله أن المنشئ الذى يشترط

الخيار فى العقود أنما ينشئ من الأول ملكيه محدوده بعدم الفسخ فيكون ما التزمه كلّ منهما فى مقام الإنشاء مشمولاً لأدله الوفاء بالعقد و لا- تكون تلك الأدله شامله لها من الأول حتى يتنازع فى خروجها عنها و عليه فيجوز لكل من المتعاقدين فى العقود و لخصوص المنشئ فى الإيقاعات أن ينشئ من الأول حصه خاصه و ملكيه محدوده و زوجيه محدوده و طلاقاً محدوداً من الأول فلا يكون المشمول لأدله اللزوم الا خصوص هذه الحصه الخاصه فقط فإن أدله اللزوم تدلّ على لزوم ما التزمه العاقد لا غيره و الا لتخلف العقد عن القصد.

و أما ان كان المدرك لجعل الخيار فى العقود و الإيقاعات هو دليل الوفاء بالشرط و هو لا يشمل الإيقاعات أصلاً لوجهين الأول أنّك قد عرفت فيما سبق أن معنى المؤمنون عند شروطهم هو الحكم التكليفي أن أن المؤمن لا بدّ و ان يقف عند شرطه و لا يتجاوز عنه بالتخلف نظير المؤمن عند عهده و وعده و فى بعض الروايات و ليفى بشرطه و نظير ذلك و ليس للمؤمن أن يتخلف من شرطه و عهده بعد ما عهد و اشترط على نفسه فعلاً- فان من لوازم الايمان هو ذلك كما ان من لوازم الايمان هو إتيان الواجبات و ترك المحرّمات و كذلك من لوازم الايمان أن يفى المؤمن بشرطه.

الوجه الثانى أن مقتضى الظاهر من قولهم (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم هو أن من التزم بشرط و اعتبر على نفسه فى عقد فلا- بدّ من الوفاء عليه و من الواضح أن هذا لا يتمّ فى الإيقاعات فإن المطلق مثلاً هو الذى يشترط على الزوجه شرطاً من غير إطلاق منها فلا يكون شرطاً عليها ليشملها المؤمنون عند شروطهم إذ ليس عندها شرط أصلاً حتى

يفيها ومع الغض عن الإشكال الأول فأیضا لا يشمل الحدیث الإیقاعات.

و علیه فیختص بمورد كان متعلق الشرط هو الفعل لیكون العمل به ممكنا و علیه فشرط الخيار خارج عن مفاده لعدم كونه فعلا و هذا هو الظاهر من قضیه المؤمنون عند شروطهم و ان قلنا أن مرجع الشرط- بالأخره إلى جعل الخيار و لكن بالالتزام لا بالمطابقه، و أمّا إذا كان المدرك لجعل الخيار فی العقود ما ذكرناه فهل يمكن جعله فی جميع العقود و الإیقاعات بأن يكون المنشئ قد إنشاء الطلاق المضيق و مقيدا بعدم الفسخ مثلا أم لا و الظاهر هو الثاني فإن المتفاهم من جعل الشرط أن يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط و يكون له خيار فی إعدام الأمر الثابت بالإنشاء و فی الإیقاعات مثل الطلاق و المعتاق و الإبراء لیس الأمر كذلك فإنها أمور عدمیه و توضیح ذلك أنه لو أغمضنا عن عدم شمول دلیل الوفاء بالشرط لجعل الخيار و قلنا بشمول الروایه لشرط الخيار أيضا و لكن الظاهر من الشرط ما يكون المشروط فيه إثباتا لشيء و إيجادا له فی مقام الاعتبار بحيث لو تخلف المشروط علیه لثبت للمشروط له الخيار و الإیقاعات المسلمه مثل الطلاق و العتق و الإبراء خارجه عن ذلك بحسب الارتكاز العرفی فإنها عباره عن رفع شيء و إزالته فإن الطلاق رفع الزوجیه و العتاق رفع العبودیه و الإبراء إعدام اشتغال الذمه و هكذا فلیس هنا إثبات شيء و إيجاده للطرف الآخر بحيث إذا تخلف بالشرط فیفسخ المشروط له ذلك و یعدم ما أثبتته للمشروط علیه و یحله فان الطلاق یعدم الزوجیه و لذا ورد فی بعض الروایات یلقى حبلها علیها. أى یقطع العلاقه بینهما و من الواضح لو ثبت فی الخيار فلازم ذلك أن یرجع إليها من التخلف و لو بعد سنین

و اختياره زوجا آخر فبناء على عدم اختصاص دليل الوفاء بالشرط بالافعال فالارتكاز العرفي مانع عن جريانه فى الإيقاعات أيضا حتى على ما ذكرنا أيضا من المبني فان المتفاهم من الأمور المذكوره إعدام الموضوع على وجه الإطلاق فالتوقيت ينافى ذلك كما هو واضح.

و أما ما ورد من جواز عتق العبد و الأمه مع الشرط عليها فليس ذلك فى الحقيقه اشتراطها الخيار أو الشرط فى الإيقاع بل العبد و جميع شؤونه من الأول ملك لمالكه و المالك انما رفع اليد عن مقدار عن ملكه و أبقي مقدارا آخر لا أنه يعتق العبد على وجه الإطلاق ثم يشترط عليه شرطا كما هو واضح.

و الحاصل أنه بناء على ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط هو إنشاء المنشأ مقيدا و مضيقا بحدّ خاص ليكون المشمول لأدله اللزوم هو هذه الحصه الخاصه أيضا لا- يمكن جعل الخيار فى الطلاق و العتق و الإبراء لأنها أمور عدميه فالطلاق إعدام الزوجيه و العتاق إعدام الرقيه و الإبراء إعدام اشتغال الذمه و الظاهر من مفهوم هذا الأمور بحسب الارتكاز اعتبار الشرط و الخيار فيها منافيا لمفهومها فان معنى الطلاق هو الإطلاق و الإرسال المعبر عنه فى الفارسيه (رها كردن) و من الواضح أن شرط الخيار بحيث أن يكون له الفسخ و لو كانت المرأه المتزوجه ليضرها مناف لهذا المفهوم كما هو واضح و كذا مفهوم العتق و مفهوم الإبراء.

و أمّا الوقف و الإيصاء فبناء على كونهما من الإيقاعات كما هو الظاهر فليسا من الأمور العدميه فيكونا مثل العقود فلا بدّ أيضا من التكلم فيها بأنه هل يجرى فيهما و فى جميع أقسام العقود أم لا.

فنعول أمّا النكاح فقد ادعوا الإجماع على عدم جريان الخيار و شرطه

فيه و ذكر السيد ره أن عدم جريانه فيه و كونه مفسدا للنكاح على تقدير الاشتراط من جهة الإجماع و الا فمقتضى القاعده هو جواز الاشتراط فيه و عدم كون الشرط مفسدا له.

و لكن الظاهر أنه لا يجرى فيه الشرط و على تقديره يكون مفسدا و ليس ذلك مثل بقيه الشروط التي لا تكون مفسده للعقد. و الوجه في ذلك هو ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط في العقود هو تضييق دائره المنشأ و جعله على قسم خاص و كونه مقيدا بعدم الفسخ و عليه فإذا اشترط الخيار في عقد النكاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متى أراد و عليه فلا يعلم انه يفسخ النكاح أو لا يفسخ و على تقدير انه يفسخ فلا يعلم أنه متى يفسخ و عليه فيكون وقت الفسخ مجهولا و حيث أنه لم يرد النكاح في الشريعة الا على قسمين دائمي و موقت و هذا العقد خارج عن كلاهما فإنه ليس بدائمي لكون الزواج مقيدا بعد الفسخ كما عرفت إذا لا معنى لاعتبار الزواج بعد الفسخ أيضا ليكون دائميًا لكونه تناقضا واضحا و لغوا محضا و أما الموقت فلأنه مشروط بكون الوقت معلوما و مسما كما ورد في الروايات الكثيرة بل في قراءة بن عباس إلى أجل مسمى حيث أضاف لفظ المسمى و حيث ليس الأجل هنا معلوما فيكون باطلا فلا يقاس ذلك بقيه الشروط الفاسده الغير المبطله للعقد و اذن فاشترط الخيار في النكاح فاسد و مفسد للعقد.

نعم لو كان التوقيت بما وقت به الشارع كالطلاق و العيوب الخمسه فلا مانع منه فإنه أمر تعديدي حتى لو صرحا الزوج و الزوجه من الأوّل بذلك لكان صحيحا أيضا بأن قال زوجت الى أن أطلق أو الى أن يظهر شيء من العيوب.

و أما الوقف سواء كان من العقود أو الإيقاعات فقد ذكرنا في بيع

الوقف أنه على قسمين الأوّل أن يكون تحريرا و فكا للملك كالمساجد و نحوها فهو مثل العتق فيكون من الأمور العدميه فبالوقف بعدم الملكيه و يفكها و يجعلها محرره و يجرى فيه جميع ما ذكرناه فى الطلاق و العتق و الإبراء فلا يمكن فيه جعل الخيار لكونه منافيا لمفهوم التّحرير بحسب الارتكاز العرفى.

فإنه لا- معنى للتّحرير مع كونه مختارا فى إرجاعه إلى ملكه، نعم لو كان كذلك لم يكن وقفا بل يكون من قبيل السكنى و العمرى و الرقبى.

و القسم الثّانى و هو ما كان من قبيل التّملك كالأوقاف الخاصّه و كالوقف على المسجد بناء على كونه ملكا للمسجد لا أنّه يكون مثل المسجد محرّرا فالظاهر أنّه مبنى على أن التّأييد مأخوذ فى حقيقه الوقف أم لا فإنّه بناء على أخذه فيه لا يجوز هذا الاشتراط لأنّه يكون الاشتراط بالنسبه إلى الوقف متناقضا لان اعتبار الوقف مقتضى التّأييد و الاشتراط يقتضى التّوقيت بناء على ما ذكرناه من رجوع الشّروط الى تضييق دائره المنشأ و هما لا يجتمعان و اعتبار التّأييد حتّى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح و أمّا بناء على عدم أخذ التّأييد فى الوقف و القول بجوازه سنه نظير السّكنى و الرقبى فلا بدّ من تنقيح هذه الكبرى و أن التّأييد مأخوذ فى الوقف أم لا.

و أما ما فى الموثّقه من قوله (عليه السلام) من أوقف أرضا ثمّ قال ان احتجت إليها فأنا أحقّ بها ثمّ مات الرّجل فإنّها ترجع فى الميراث فلا دلالة فيها على المدّعى حيث ان محلّ كلامنا فى شرط الخيار و الرّوايه راجعه إلى شرط النّتيجه و رجوع الوقف الى ملك الواقف مع الاحتياج فأحدهما أجنبى عن الآخر.

و ربّما علل على عدم جريان الخيار فى الوقف باشتراط القربه فى الوقف و هو ممنوع صغىرى و كبرى أمّا الكبرى فلعدم الدليل على اعتبار القربه فى الوقف و أمّا الصغرى فكذلك فإنّه لا- دليل على أن القربه مانعه عن الاشتراط مع وجود الدليل على الاشتراط أمّا دليل الوفاء بالشرط أو ما ذكرناه فى الوقف كما هو واضح فالظاهر أن شرط الخيار و عدمه متوقّف على ما ذكرناه من اعتبار من التأييد فى الوقف و عدمه.

و الحاصل أنّه قسم المصنّف العقود على ثلثه أقسام الأوّل ما لا يدخل فيه الخيار اتّفاقا كالنكاح و نحوه الثانى ما يدخل فيه الخيار كالبيع و نحوه من أقسام المعاملات الثالث ما يكون مختلف فيه كالوقف و نحوه.

أقول التّحقيق أن يقال: أن فى كلّ مورد نعلم بجواز شرط الخيار فى عقد نحكم بصحّه أخذه فيه و فى كلّ مورد نعلم بعدم جواز أخذ الخيار فى عقد نحكم بعدم صحه أخذه فيه و فى مورد الشك نرجع الى الأصل و من الواضح أن مقتضاه هو جواز أخذه فيه و عدم ترتّب الأثر على غير ما أخذه المتبايعان فى العقد.

بيان ذلك أنّك قد عرفت أنّما أن معنى جعل الخيار فى العقد هو تحديد المنشأ بحدّ خاص بحيث ينشئ البائع مثلا بيع داره مقيّدا بعدم فسخه و قلنا أن التّملك الموقّت و ان كان لا معنى له فان معنى بيع الدار هو تملكها مؤبدا من حيث الزّمان و غير مقيّد بزمان و لكن ينافى ذلك تحديده من حيث الزّمانيات فيبيع داره مقيدا بعدم فسخه أى ينشئ ملكيه داره لزيد مقيدا بالقيّد المذكور لا على وجه الإطلاق و عليه فيكون أدله اللزوم و الصّححه شامله لذلك فإذا شككنا فى جواز ذلك فبمقتضى القاعده نحكم بجوازه و بعدم كون غير ذلك منشئا و عدم كون التملك على وجه

الإطلاق فإن القدر المتيقن هو التمليك الخاص فالزائد عنه مشكوك فالأصل عدمه.

و بعبارة اخرى أن الحكم بكون مال شخص لشخص آخر يحتاج الى سبب و الفرض أن المالك لم ينشئ إلا ملكيه محدوده فإن أمضى الشارع ذلك فهو و الأ-اى و ان امضى ملكيه مطلقه يلزم أن يمضى الشارع ما لم ينشئ فيكون المنشأ غير ممضى و الممضى غير منشئ و عليه فكلما شككنا فى نفوذ شرط و خيار فالأصل يقتضى نفوذه فان مقتضى عدم النفوذ هو الحكم بما نشك فى إنشائه فالأصل عدمه كما لا يخفى.

هذا ما يقتضيه الأصل الذى لا بد من الرجوع اليه عند الشك ثم ان الشرط قد يرجع الى الخيار و قد لا يرجع و يتضح ذلك بما سنذكره و إذا عرفت ذلك فنقول لا بد من تحقيق معنى الشرط و ما يجوز جعله فى العقود و ما لا يجوز ليتضح ما هو الضابط فى المقام اعنى ما يدخل فيه الخيار و ما لا يدخل فيه الخيار حتى نرجع فى غيره الى الأصل.

اما الشرط الذى اشترط فى العقود قد يكون راجعا الى اشتراط أمر غير اختياري و اخرى يرجع الى اشتراط أمر غير اختياري و على كل حال قد يرجع الاشتراط الى جعل الخيار و قد لا يرجع.

اما إذا كان الاشتراط اشتراط أمر غير اختياريه كما إذا اشترى عبدا فشرط كونه كاتباً أو اشترى متاعاً آخر فشرط كونه على وصف خاص فإنه لا شبهه فى ان كون العبد كاتباً أو كون المبيع على وصف خاص من - الأوصاف التى ليس فى اختيار البائع غير اختياري للبائع و عليه فلا معنى للاشتراط الا توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى فإنه لا يتصور لهذا الاشتراط معنى الا ان يكون العقد معلقاً عليه ان أبيع على هذا

الشرط و الا فلا أبيع مثلا معنى بيع العبد بشرط كونه كاتباً انه أبيع ذلك على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع فيكون باطلاً للتعليق.

و اما ان يكون المراد من الالتزام الشرطى التزام آخر فى ضمن الالتزام البيعى من غير ان يرتب أحدهما بالآخر و اما ان يراد ما ذكرناه من توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى من غير ان يكون البيع متوقفاً على ظهور المبيع بوصف خاص بل الالتزام على البيع و الوقوف عليه موقوف على الشرط كما هو واضح.

و على هذا فلو تخلف الوصف فيكون المشروط له مخيراً فى بقائه على التزامه و عدم بقائه فيكون له الخيار.

و اما إذا كان الشرط فى العقود من الأمور الاختيارية فهو على قسمين: الأول: ان لا يكون العقد مما يجرى فيه الخيار كمثل النكاح مثلاً- فان معنى الشرط حينئذ هو مجرد توقف الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى من خير ان يكون مرجعه الى جعل الخيار أصلاً بل فائدته ليس إلا إلزام المشروط عليه تكليفاً على الوفاء و الوقوف على التزامه فان المشروط له انما أنشأ العقد على هذا الالتزام بحيث لو كان المشروط عليه لقبول الإيجاب المنشأ على هذا النحو لقبول مقيداً لكان باطلاً لعدم المطابقيه بينهما و قد ذكرنا فى أوائل البيع انه لو أنشأ الموجب عقداً مشروطاً بشرط فقبل القابل بلا شرط لبطل فان ما أنشأه البائع لم يقبله المشتري و ما قبله القابل لم ينشأه الموجب و على كل حال فهذا الاشتراط ليس له فائده إلا إلزام المشروط عليه و لا بأس بذلك أيضاً و يترتب عليه الأثر من حكم النشوز و نحوه فى النكاح و لا- يضر تعليق العقد بذلك فان بطلان التعليق فى العقود ليس الا- من جهة الإجماع و من الواضح ان المتيقن

منه صورته كون المعلق عليه مشكوكا لا- فيما يكون منجزا و لذا قالوا يعتبر التنجز في العقود و هذا المعنى متعارف في العرف أيضا فإنه يقول بعضهم لبعض بعثك هذا المتاع لك بشرط ان تلتزم بذلك الشرط أو يقول احد الزوجين للآخر زوجتك نفسي بشرط ان تلتزم بالشرط الفلاني من تعيين المكان و نحو ذلك و من هذا القبيل اشتراط الشرط الفاسد في العقد من شرب الخمر و نحوه فان الشرط اعنى الالتزام حاصل بالنسبه إلى المشروط عليه و لكن لم يمضه الشارع فمورد الشروط الفاسده هو ذلك فيصح العقد لان شرطه و هو التزام الطرف حاصل و ان لم يمضه الشارع.

الثاني ان يكون الشرط مرجعا لكلا الأمرين بأن يكون الشرط امرا اختياريا و يكون معناه التزام الموجب بالبيع و نحوه مثلا مقيدا بالتزام الطرف الآخر بالشرط فيكون منحلا إلى أمرين أحدهما إلزام الطرف اى المشروط عليه أو لا بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و سيأتى تفصيل ذلك في باب الشروط.

و بعبارته اخرى ان الشروط على ثلثة أقسام: الأول: ان يكون مرجعه الى جعل الخيار للمشروط له كاشتراط الأوصاف في المبيع مثلا الخارجة عن قدره كما إذا باع عبدا فشرط المشتري على البائع كونه كاتباً فان كونه كاتباً ليس في قدره البائع فإذا ظهر غير كاتب فليس - للمشتري إلزامه بكونه كاتباً و هكذا في جميع الأوصاف الغير الاختيارية غايه الأمر فيثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالمبيع الفاقد للوصف و له ان يفسخ العقد و يرجع الثمن.

الثاني: ان يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما إذا اشترى

أحد شيئا و شرط فى ضمنه امرا مقدورا للبائع كخياطه ثوبه و بنائه داره أو نجارته بابه و نحو ذلك من الأمر المقدوره للبائع و فى مثل ذلك فالشروط مجمع للأمرين إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط و مع عدم الوفاء ثبت له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالعقد بدون الشرط و له ان يفسخ العقد.

الثالث: ان يشرط احد المتعاقدين على الآخر شرطا فى العقد الذى لا يجرى فيه الخيار الا فيما عينه الشارع بدليل خاص كعقد النكاح فإنه لا يجرى فيه الخيار إلا بالأسباب التى عينها الشارع بدليل خاص فمقتضى الشرط هنا ليس الا تعليق الالتزام العقدى على الالتزام الشرطى فلا شبهه فى جواز التعليق حينئذ فإن المعلق عليه و هو التزام المشروط عليه حاصل و التعليق انما يضر إذا كان متعلقه مشكوكا و ليس كذلك فما هو باطل هو الثانى دون الأول فإن مورد المتيقن من الإجماع هو الثانى و اما الأول فالتعليق على نفس وجود المبيع مثلا.

و عليه فلو تخلف المشروط عليه عن شرطه فلا يثبت للمشروط له الخيار فإن فائده هذا الشرط ليس إلا إلزام المشروط عليه على الوفاء و مع عدمه لا يثبت الخيار نعم يمكن ترتب بعض الآثار عليه فى مثل عقد النكاح من عدم تحقق النشوز و نحوه مثلا كما اشترط الزوجه مكانا خاصا لزوج فلم يف فذهاب الزوجه الى ذلك المكان لا يوجب النشوز و لا يضر ذلك بصحة العقد فان المعلق عليه حاصل جزما اعنى التزام المشروط عليه و كذلك إذا كان الشرط فاسدا فان تعليق العقد بالوفاء بالشرط الفاسد من هذا القبيل أى الشرط حاصل و هو الالتزام بالوفاء بالحرام غايه الأمر لم يمضه الشارع و من هنا نقول ان الشرط الفاسد لا يفسد

العقد كما سيأتى فى باب الشروط.

نعم مع عدم الالتزام فى جميع الصور المتقدمه من الأول لم يبطل العقد من الأول لأن ما أنشأه البائع لم يقبله المشتري و ما قبله المشتري لم ينشئه البائع كما لا يخفى.

ثم انك عرفت من جميع ما تقدم فى معنى الخيار ان معناه ليس الا تحديد الملكيه المنشئه بزمانين و معنى التحديد ان البائع مثلا يعتبر ملكيه داره لزيد إلى الأبد من حيث الزمان و يلزم بذلك على وجه الإطلاق و لم يقيد أصل التزامه بشيء فإن الإطلاق و التقييد فى أصل الالتزام غير معقول و لكن يقيد ذلك بحسب الطوارى و الكيفيات من حيث الزمانيات و نتيجه ذلك ان المشتري له التصرف فى المبيع بأى كيفيه يريد حتى بالأعدام و نحوه فان له ذلك على وجه الإطلاق و لكنه ملكيته و سلطنته اعنى الواجديه هى محدوده بحد خاص و هو عدم الفسخ فإذا فسخ ترتفع هذه السلطنه و ما يجوز له من التصرفات و تنقطع سلطنته عن العين و نظير ذلك كثير فى العرف فإنه يكون شخص سلطانا إلى سنه كما هو كذلك فى الرئاسه الجمهوريه و لكن تصرفاته فى الاملاك مطلقه فله ان يتصرف فى زمان سلطنته تصرفا مطلقه و تصرف خمسين سنه بأن يوجر أرضا إلى خمسين سنه و هكذا و كذلك المتصرفين المنصوبين فى البلاد من قبل الملك فان سلطنتهم و ان كانت مقيده بأمد خاص و لكن تصرفاتهم مطلقه و لذا تنفذ أمورهم بعد انعزالهم أيضا كالطرق و الشوارع و كذلك رئيس الوزراء و نحوهم و كك الأمر فى كل معامله خياريه فان معناه تحديد المنشأ فيكون نفس السلطنه خاصه و لكن نفوذ التصرف بجميع أنحاء مطلقا.

و الحاصل ان أصل الالتزام و ان كان غير قابل للإطلاق و التقييد

فإنه كالإنشاء إما يوجد أولاً و إنما الإطلاق و التقييد باعتبار المتعلق و لكن تقييد استمراره باعتبار متعلقه شيء ممكن بأن يقيد الوقوف عليه و استمراره بشرط و عليه فلا مانع من تحديد الالتزام البيعى بحسب- الاستمرار بالالتزام الشرطى فتكون النتيجة من المجموع كون الملكيه مقيده بحد خاص كما هو واضح.

ثم انه كما يوجب الفسخ انقطاع سلطنه المشتري عن العين بالكلية و كذلك التلف فإنه إذا تلف مال احد تنقطع سلطنته عن العين و عن ماليتها بالكلية إلا إذا كان التلف مستندا الى شخص يكون إتلافه موجبا للضمان فإنه ح تكون سلطنته باقيه فى المالىه فإن ذمه المتلف تكون مشغوله بذلك و اما إذا لم يكن مستند الى شخص فتكون سلطنه المالك منقطعه عن العين و عن ماليتها بالمره كما كان تنقطع بالفسخ فإذا تلف المبيع عند المشتري فى غير زمان الخيار فتكون سلطنته منقطعه عنه.

و لكن مع ذلك هنا فرق بين التلف و بين الفسخ و ان كانا مشتركين فى أصل انقطاع سلطنه المالك عن العين فإنه فى صورته التلف فالمعاقده باقيه على حالها بحيث ان المتبايعين و كذلك العرف و العقلاء يعتبرون ملكيه العين التالفه للمشتري فى هذا الزمان أيضا قبل التلف فيعتبرون ان المشتري كان مالكا قبل التلف بخلافه فى الفسخ فإنه بالفسخ تنفسخ المعامله من الأول و لذا لو ادعى البائع ملكيه المبيع و ضمان المشتري عليه بالمثل بحيث ان يرد ثمنه و يأخذ مثل ماله فيقول المشتري كان التلف فى ملكى و انا كنت مالكا بالعين قبل التلف بالمعاقده التى تبقى و المقام شبيه بالحجه حيث ان الفاعل إذا اتى بعمل مستندا الى حجه شرعيه ففى أى وقت سئل عن وجه إتيانه فيقول كانت الحجه عندى فلو قيل: أعد

فيقول الحجج تقتضى عدم الإعادة و كذلك بعد الوقت ففي كل وقت يدعى بقاء الحجج و استناد عمله اليه و كذلك في المقام فإن المشتري في كل وقت يدعى كون التلف في ملكه و عدم الضمان لبدل المبيع لبقاء المعاقده معه فيقول أنا لست ضامنا بمثله أو قيمته فاني عاملت عليه و يدعى في كل وقت بقاء المعاقده و استناد عدم الضمان على مثله أو قيمته إلى المعاقده و من هنا تجوز الإقاله بعد التلف فح يرجع البائع إلى مثل العين أو قيمته و يرد الثمن إلى المشتري ان كانت عينه باقيه و الا فمثله أو قيمته.

فحال الفسخ و رفع الملكيه و قطعها عن العين حال الإقاله بعد تلف العين فمع الفسخ أيضا ان كانت العين باقيه فترد إلى البائع و الا فيرد المثل ان كان له الخيار حتى بعد تلف العين و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس الفسخ و انقطاع السلطنه به بالتلف و انقطاع السلطنه به من جميع الجهات بل القياس في انقطاع السلطنه بهما فقط ليس الا فافهم.

إذا عرفت ذلك كله فاعلم أن الميزان الكلي و الضابطه الكليه في جعل الخيار في العقود و الإيقاعات هو أن لا يلزم من جعله ما ينافي مفهوم العقد بأن ينافي التحديد مفهوم نفس العقد أو الإيقاع كما إذا طلق مع جعل الخيار لنفسه أو إبراء ذمه المديون موقتا أو أعتقه كذلك فان المتبادر من مفهومها هو الأبدية و التوقيت ينافيها فمعنى الإبراء إفراغ الذمه إلى الأبد و التوقيت إمهال لا إبراء و معنى الطلاق الإرسال و الإطلاق و التوقيت ينافيه و كذلك العتق.

أو كان هنا إطلاق أو عموم يقتضى صحه العقد الذي يجعل فيه

الخيار ففي البيع و نحوه من المعاملات مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و سائر الأدله هو صحه المعامله التى جعل فيه الخيار فيكون شمولها عليها بهذا المقدار و أما بعد الفسخ فلا فتكون المعامله المنشئه بقيد أى المنشئ المحدود بحد مشمولاً لأدله لزوم المعامله فالزائد عن ذلك يكون خارجاً عن حدود الأدله الداله على اللزوم من الأوّل.

و أما فى مثل النكاح فليس هنا إطلاق أو عموم تقتضى صحه عقد النكاح المقيد بوقت و المحدود بحدّ بعد ما كان ممكناً ثبوتاً مع العلم من الخارج بان عقد النكاح لا بد اما و ان يكون دائماً أو مؤقتاً و لكن إلى أجل معلوم اى مسمى كما فى بعض الروايات و فى قراءه ابن عباس.

و عليه فجعل الخيار فى عقد النكاح لا يدل دليل على صحه هذا القسم من النكاح اى المحدود بحد خاص لو لم يكن من الخارج يدل على كونه منحصرًا بقسمين لكانت العمومات الداله على لزوم مطلق العقد محكمه و لكن قد عرفت جوابه.

ثم انك عرفت عدم جواز جعل الخيار فى النكاح بل الخيار فيه منحصرًا بالأسباب الخاصه و قد عرفت عدم جريانه فى الإيقاعات المذكوره من الطلاق و العقد و الإبراء و عرفت أيضاً ان جريانه فى الوقف مبنى على اعتبار التأييد فى الوقف و عدمه فإنه بناء على الأول لا يجرى فيه الخيار لكونه منافياً لمفهوم الوقف كما عرفت فى الطلاق و العتق و الإبراء و هذا هو المشهور بين الفقهاء و هذا هو الظاهر من الروايه التى ذكرها المصنف هنا من انه وقف الواقف شيئاً و اشترط عوده الى ملكه مع الاحتياج فحكم الامام (عليه السلام) بعوده ميراثاً و بطلان الوقف بل هو الظاهر من غير واحد من الروايات المذكوره فى باب الوقف بل فى بعضها ذكر

الامام(عليه السلام)انه وقف الى ان يرث الله الأرض و من عليها.

و اما الصدقه فالظاهر عدم جريان الخيار فيه فإنها لله فما كان لله لا يرجع بل هو ككك فى اعتبار العرف أيضا فإنه لا يجوز العرف جواز رجوع المصدق إلى الصدقه بعد مده فهى نظير الوقف بناء على اعتبار التأيد فيه بل قسم من الوقف و على الجملة فالصدقه حيث كانت امرا قريبا فلا ترد و اما الوصيه سواء كانت إيقاعا أو عقدا فان كان قبل الموت فهو جائز بطبعه فلا يدخل فيه الخيار بل كلما أراد الفسخ يفسخ و ان كان بعد الموت فهو لازم فيجوز فيه جعل الخيار إذ لا نرى فيه ما ينافى مفهوم الإيصاء و انه موافق لما دل بإطلاقه على صحه الوصيه و لكن فى جعل الخيار فيها استبعادا محضا و ذلك فان مقتضى جعل الخيار فيه انه بالفسخ من المورث أو من له الخيار ان المال يرجع الى ملك الميت فإنه الذى إنشاء العقد و جعل فيه الخيار و كان المال فى ملكه ثم بتوسط الميت ينتقل إلى الورثه فان فى هذا استبعادا محضا بأنه كيف يملك الميت بعد موته و لكنه مجرد استبعاد فلا محذور فيه.

و اما الهبه المعوضه التى لا تكون لذى رحم أو على وجه قريبي أو من الزوج للزوجه فلا شبهه فى جعل الخيار فيه فإنه من العقود التى لا محذور فيها لجعل الخيار بوجه كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل انك قد عرفت ان معنى جعل الخيار فى العقد هو جعل المنشأ مقيدا بقيد خاص و بحد خاص فيكون مفاد العقد هى الملكيه المحدوده بعدم الفسخ ثم انك قد عرفت أيضا ان معنى جعل الشرط فى العقد هو كون البيع اى الملتزم به معلقا بذلك الالتزام الشرطى بحيث انه لو لا ذلك الالتزام الشرطى المعلق عليه لما باع البائع ما له

أصلاً و قلنا ان التعليق فى أمثال ذلك لا- يضر فإنه إنما يضر ان كان لأمر مشكوك الحصول لا لأمر منجز كما لا يخفى و لا يفرق فى ذلك أى صحه العقد المعلق على الالتزام الشرطى بين كون الشرط فاسدا كسرب الخمر و نحوه و بين كونه سائغا فإن ما علق عليه العقد و هو الالتزام قد حصل تكويننا و ان لم يمضه الشارع كما لا يخفى فافهم.

ثم انك قد عرفت ان العقد إذا توقف على شىء بحيث قد حصل مقيدا بذلك الشرط و الالتزام كان المنشأ محدودا بحد خاص و بقيد خاص بحيث ان المنشأ قد أنشأ هكذا فيكون المشمول لعموم أوفوا بالعقود و سائر أدله اللزوم هذه الحصة الخاصة من المنشأ المحدود و لا شبهه انه مع تخلف هذا الشرط فللمشروط له خيار تخلف الشرط فيكون هنا التزام آخر من المشتري على انه إذا خالف الشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط فيما إذا كان مرجع الشرط الى الخيار كما ذكرناه سابقا و يكون ذلك فى العقود التى يجرى فيه الخيار فافهم فيكون دليل الوفاء شاملا للعقد المقيد و المحدود بالتزامين و العقد بجميع هذه الشؤون يكون مشمولا له.

و الحاصل إذا كان البيع مثلا معلقا على شرط كالخياطه و نحوها و التزم المشتري بالوفاء بها فيكون البيع مقيدا بهذا الشرط بحيث يكون المنشأ محدودا بذلك فيكون مشمولا لما دل على اللزوم على هذا النحو الخاص ثم ان معنى جعل الشرط فى العقد هو كون المشروط له مخيرا فى حل ذلك العقد على تقدير مخالفه المشروط عليه بالشرط و عليه فالعقد معلق على التزامين أحدهما التزام المشتري بالشرط و الثانى التزامه بأن للمشتري حل العقد على تقدير مخالفته و حينئذ فيكون المنشأ

مقيدا و محدودا بكلام الالتزامين و معلقا عليهما و يكون العقد المقيد و المحدود بهما مشمولاً لا وفوا بالعقود و سائر أدله اللزوم و عليه فلا- مجال لتوهم ان حل العقد على تقدير تخلف الشرط مناف لأوفوا بالعقود بل هو مأخوذ فيه فان أوفوا يشمل العقود بجميع شؤونها كما هو واضح و مع تخلف الشرط ينتفى المشروط اعنى اللزوم فثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا معنى ما ذكر من أنه ينتفى المشروط مع تخلف الشرط كما هو واضح فان من التزم بالبيع التزمه على تقدير و لا شبهه في عدم جواز قبوله بدون ذلك التقدير بدهاه تفاوت قيمه المبيع مع الخيار و بدونه فإذا كانت قيمه المبيع خمسين بلا شرط و باعه عشرين مع الشرط فلو لم يكن للشرط دخل في نقصان الثمن لم يقدم بهذه المعامله إلا السفیه كما هو واضح هذا فاغتنم.

ثم انه وقع الخلاف في جريان الخيار و عدمه في بعض العقود

و قد عرفت عدم جريانه في النكاح و ما عن السيد في العروه انه لا- يجرى في النكاح للإجماع في غير محله بل لا يجرى لما ذكرناه و قد عرفت أيضا عدم جريانه في الوقف أيضا بناء على اعتبار التأييد فيه كما هو الظاهر من الروايه التي ذكرها المصنف في المقام و من بقيه الروايات الداله على كون الموقوف وقفا الى ان يرث الله الأرض و من عليها و عليه فيكون جعل الخيار في الوقف منافيا لمفهومه.

و اما الصدقه

فلا- يجرى الخيار فيه أيضا لأنه كالوقف في اعتبار التأييد فيها و انها وقعت لله و ما كان لله لا يرجع كما ذكر المصنف بل في بعض الروايات ان آخذ الصدقه هو الله تعالى فإذا كان الطرف هو الله فكيف ترجع الصدقه و ربما يتوهم كما توهم بعض المحشين من ان ما

ذكره المصنف هنا من كون الصدقه لله تعالى و ما كان لله لا يرجع مناف لما ذكره فى الوقف من الإشكال فى الكبرى فى عدم اعتبار القربه ان عدم الدليل على ذلك و لكن قد ظهر جوابه مما ذكرناه و بيانه ان الروايات الكثيره قد دلت على اعتبار القربه فى الصدقه و كونها على وجه قربى و معنى اعتبار القربه هنا ان طرف الصدقه هو الله و الآخذ هو كما فى بعض الروايات فكأن المصدق يعطى الصدقه لله تعالى و ما أخذه الله تبارك و تعالى لا يرجع.

و هذا غير كون الفعل قريبا اى مأتيا به على وجه قربى لا- جل ابتغاء الثواب و هذا لا ينافى جواز حل ذلك العقد و إرجاع ما اعطى على وجه قربى و لو قلنا بكون المعامله مستحبه بذاتها و ان أنكرنا ذلك فى المكاسب المحرمه و قلنا ان الاستحباب من جهه الفعل فلا يكون ذلك موجبا للزوم البيع كما هو واضح هنا لو باع احد داره من عالم أو سيد قربه الى الله تعالى و قصد فى معاملته التقرب بها الى الله تعالى فهل يتوهم احد ان ذلك مانع عن جريان خيار المجلس فى ذلك فالكبرى الذى تسلمها المصنف هنا غير الكبرى الذى منعها فى الوقف فان الآخذ هنا هو الله فلا معنى لإرجاع ما أخذه بل هذا كك فى العرف أيضا فإن من اعطى شيئا للسلطان ليس له ان يدق بابه بعد مده و يطلب ذلك بل يعد العقلاء من المجانين لو فعل ذلك و على تقدير تسليم اعتبار القربه فى الوقف فهو من القبيل الثانى دون الأول و عليه فلا مانع من جعل الخيار فى الوقف مع قطع النظر عن كون التأييد فيه مانعا عن جريان الخيار فيه على انا قد استشكلنا فى اعتبار القربه فى الوقف تبعا للمصنف و قلنا انه لا دليل عليه كما عرفت.

و اما الصلح

فان كان لقطع الخصومه فلا- بأس لجعل الخيار فيه فان مرجع جعل الخيار فيه هو تقييد المنشأ و تحديده بعدم الفسخ و من الواضح انه لا بأس لقطع الخصومه إلى زمان خاص و لو صرح احد المتخاصمين أو كليهما بذلك فهل فيه محذور.

و ان كان الصلح لإسقاط الدعوى فيكون ذلك مثل الإبراء فلان لكل شخص ان يدعى على أخيه المسلم و غيره من حقه و يحضره عند الحاكم للمحاكمه و له حق الإحضار عنده و ليس للمدعى عليه الإبراء عن ذلك بوجه فإذا أسقط حقه هذا بالمصالحه فيكون ذلك مثل الإبراء و عليه فيكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الصلح كما هو واضح فان معنى الاسقاط هو عدم بقاء حق للمدعى على المدعى عليه فيما ادعاه و انه سقط إلا إذا ادعى حقا آخر غير الساقط و الشيء بعد سقوطه لا يرجع إلى حالته الأوليه و الحاصل معنى السقوط و الإبراء هو فراغ ذمه من عليه الحق من الحق إلى الأبد فاشتراط التوقيت في ذلك منافي لذلك فلا يكون إسقاط و إبراء كما لا يخفى.

و اما الضمان

و هو عند الخاصه عباره عن انتقال الدين من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون ذمه المديون بريئا و يكون ذلك أيضا مثل الإبراء كما هو واضح.

و اما الرهن

فقد يقال بكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الرهنه فإن الرهن وثيقه و كون المرتهن على اطمينان من دينه فجعل الخيار فيه ينافي الاطمئنان.

و فيه ان الرهن و ان كان وثيقه الا انه وثيقه للدين و معنى كونه وثيقه للدين هو وصله به اي ان الرهن متصل به و لذا يقال وثيقه للدين

اي مشدود به فيحل عند أداء الدين و أخذ الوثيقه بمعنى الاطمئنان لسهول بل الاطمئنان من لوازم الوثيقه و الا فمعنى الوثاقه فى اللغه هو الشد و منه قوله تعالى فَشُدُّوا الْوُثَاقَ فَإِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً اى شدوا وصالكم و عهدكم و من هنا يقال للشخص الذى أمين أنه موثق اى انه لا- تجر فى اخبار و لا ترد بل خبره متصل باعتقاده و ليس كاذبا فيه و لذا يطلق الاعتقاد على وثاقه القلب بشىء و يقال اعتقد عليه و ليس له تردد ليقدم رجلا و يؤخر أخرى كما هو واضح و عليه فلا مانع فى جعل الخيار فى الرهن فيه أيضا إذ لا تنافى فيه بمقتضى الرهن أصلا فإنه مع جعل الخيار فيه أيضا فالرهن متصل بالدين و بعد الفسخ يبقى الدين كحال لا رهن فيه فلا مانع فى ذلك مع اقدام المرتهن عليه بنفسه.

و كيف كان فالضابط الكلى فى جعل الخيار فى عقد أو إيقاع هو عدم منافاه الخيار بمفهوم العقد و عدم كونه مخالفا لعموم دليل ذلك العقد أو إطلاقه كما عرفت فى النكاح بل و كونه موافقا للعموم أو الإطلاق الدال على صحه هذا العقد كما عرفت.

ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار فى المعاطاه

بدعوى ان المعاطاه إنما هى بالتراضى الفعلى و من الواضح ان الشرط الذكري لا يرتبط بالتراضى الفعلى و هو واضح.

و لكن يرد عليه ان التراضى أمر قلبى و انما يحصل فى أفق النفس و يحصل ارتباط كل من الشرط و المشروط فى ذلك الصقع و انما المبرز مختلف و مع اختلاف يبرز شيئا واحدا فعدم ارتباط اجزاء المرز بعضها ببعض لا يستلزم عدم ارتباط بعض اجزاء المبرز بعضه ببعض و على الجملة فالبيع مثلا عباره عن إظهار ما فى النفس من الاعتبار بأى مبرز كان فكما

لا يفرق في كون أصل مبرزا المعبر النفساني بين اى مبرز و كذلك لا يفرق بين ما كان مبرز أصل الاعتبار النفساني فعلا و بين ما كان مبرز ما يعتبر في أصل المعبر النفساني من الشروط قولاً كما هو واضح.

فما ذكره المصنف من عدم ربط الشرط القولى بالمراضه الفعلية لا يمكن المساعدة عليه فإنك قد عرفت ان المناط فى ارتباط الشرط بالمشروط هو فى عالم الاعتبار و اما فى عالم الإبراز فلا يلزم ربط جميع اجزاء المبرز بعضه ببعض و هذا واضح جدا كما لا يخفى فافهم.

(فى خيار الغبن) قوله

الرابع خيار الغبن:

اشاره

أقول: من جمله الخيارات الثابته فى المعاملات خيار الغبن و هو بمعنى الخديعه، و لكن تحقق خيار الغبن فى البيع و نحوه لا يتوقف على صدق الخديعه بل يجرى ذلك فى بعض الموارد مع عدم تحقق الخديعه كما إذا كان البائع و المشتري كلاهما جاهلين بالغبن اى التفاوت.

ثم انه انما يلاحظ الغبن بالنسبه الى جميع القيود و الشرائط التى اعتبرت فى العقد فإنه لا شبهه ان قيمه المبيع تختلف باعتبار الطوارى و العوارض و القيود و الشروط و قد يكون ثمن شىء خمسين دينار و يكون مع الشرط ثلثين ديناراً فهذا التفاوت لا يكون غبناً و خديعه بدهاه تفاوت قيمه بالخيار و عدمه نعم يلاحظ النقصان و الزيادة بالنسبه إلى مجموع المبيع و الشروط و القيود و هو واضح.

ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان الله عليهم شرطين فى تحقق الغبن

الأول: ان يكون المشتري جاهلاً بالقيمه السوقيه و اشترى المبيع بأكثر

ما يسوى فى السوق

و اما علم البائع فإنها هو شرط فى تحقق الخديعه

ص: ٢٨٩

والا- فالغبن يتحقق بجهل المتبايعين أيضا ثم انه قد يكون الغبن فى الثمن فيشترط فيه جهل البائع بقيمه الثمن إذا كان من غير النقد و هذا نادر و الغالب هو الأول.

الشرط الثانى: ان يكون ما أخذه الغابن ما زياده قيمه بما

يتسامح

كأن كانت قيمه العين خمسين دينارا فباعها من المشتري بمائه دينار فإنه لا شبهه فى تحقق الغبن هنا فإن الزيادة ح ليس بما يتسامح و اما إذا كان الإقدام بالزيادة بعلم من المتبايعين معا أو كانت الزيادة بما يتسامح بأن باع ما يسوى بخمسين دينارا بأحد و خمسين دينار فإنه لا- خيار للمشتري إذ لا يتحقق الغبن بزيادة الدينار فيما يسوى بخمسين فى السوق و لعل هذا المقدار من التفاوت كان من جهة التفاوت فى الأسواق فإن قل متاع يكون قيمته فى جميع الأسواق و فى جميع الدكاكين واحده بل المتاع واحد تختلف قيمه بحسب الدكاكين و الأسواق مع كون المتاع واحد فى جميع الخصوصيات من حيث الجوده و نحوها كما لا يخفى، و نتعرض لوجه هذين الشرطين قريبا.

فى أدله التى يذكر فى إثبات هذا الخيار و نفيه

اشاره

ثم انه لا- شبهه فى ثبوت هذا الخيار فى الجمله بل ادعى بعضهم الإجماع عليه، و لكن أنكر المحقق هذا الخيار لعدم كونه منصوبا

وقد

استدل العلامة فى التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**

بدعوى ان المعامله الغبنه ليست تجاره عن تراض إذا علم المغبون بالحال لم يرض بها أصلا و حيث ان ما كان مفقودا اعنى التساوى فى المالیه انما هو وصف من أوصاف المبيع الذى هو قيد له و ليس من الأركان ففقده انه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح.

ص: ٢٩٠

وقد ناقش المصنف في ذلك صغرى و كبرى أما الصغرى فلان كون العوضين متساويين في المالىه ليس الا من قبيل الدّاعى و لا شبهه ان تخلف الدّاعى لا يوجب الخيار.

ثمّ ناقش في الكبرى بأنّه لو سلّمنا أن أخذ ذلك في المبيع على وجه التقييد و لكن تخلفه لا- يوجب الخيار فإنّه ليس من الأوصاف المذكوره في ضمن العقد فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه أصلا.

أما الأول فيرد عليه أن تخلف الدّاعى و ان كان لا يوجب الخيار أصلا كما إذا اشترى متاعا بداعى الضيّافه فلم يفعل الضيّافه فإن تخلفه لا يوجب الخيار أصلا لكون الدواعى كلها غريبه عن العقد فتخلفها لا يستتبع شيئا، و لكن المقام ليس كك إذ الدواعى هي تصور الغايات ليعتد إلى إيجاد العمل في الخارج و لا- يعقل ان يكون ذلك قيّدا في العمل الموجود في الخيار و هذا بخلاف المقام فان البناء على تساوى العوضين في المالىه مأخوذ في العقد أخذ وصفا ضمّنيا في العقد فيكون على وجه التقييد فإن تعين بين آدم موقوف على تبادل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين في المالىه فينط التبادل بالتساوى و حيث كان هذا البناء نوعيا بحسب العرف و العاده جرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط تساويهما في المالىه فلا يكون ذلك الا كالشرط المذكور صريحا و كيف يكون من قبيل الدواعى.

و اما ما ذكره من المناقشه في الكبرى من ان الشرط إذا لم يذكر في متن العقد فلا يكون تخلفه موجبا للخيار ففيه ان عدم الذكر انما يوجب عدم الخيار مع التخلف إذا لم يكن في حكم الذكر و اما إذا كان مأخوذا فيه ضمّنا و بالدلاله الالتزاميه فلا شبهه في انه بمنزله أخذه في العقد

و بعبارة اخرى ان الشروط ابتدائية و ان لم تكن واجبه الوفاء و لا يكون تخلفها موجبا للخيار و لكن إذا قامت قرينه على اعتبار وصف فى المبيع و ان لم يكن مذكورا فى متن العقد فيكون ذلك مثل المذكور و من الواضح ان بناء العرف و العقلاء و ارتكازاتهم على اعتبار تساوى المالىة فى تبادل العوضين و هذا بمنزلة الصغرى و حيث ان ذلك من المقومات للعقد و من أركانه كما إذا باع عبد فطهر حرا أو باع ذهبا فظهر مذهبا فيكون تخلفه موجبا للخيار و هذا بمنزلة الكبرى فقد ثبت ان تخلف الشروط الضمنية موجب للخيار و من ذلك تساوى العوضين فى المالىة.

و قد ثبت فى بعض الموارد ان تخلف الشرط الضمنى الذى اعتبر فى العقد بحسب الارتكاز و بالقرائن الحالىة يوجب بالخيار منها اعتبار نقد البلد فلو باع و اعطى المشتري غير نقد البلد ثبت للبائع خيار تخلف الشرط الضمنى. و منها اعتبار التسليم فلو لم يسلم المشتري إلا فى وقت يشاء نفسه فلم يشك احد ثبوت الخيار للبائع و ليس للمشتري ان يقول ان العقد لازم لدليل الوفاء به و نعطى الثمن فى أى وقت نريد و نظائر ذلك كثيرة فى الفقه و قد اعترف المصنف به أيضا و على هذا فما ذكره العلامة فى غايه الجوده و المتانه مع قطع النظر عن الآيه أيضا.

و الحاصل ان مقتضى بناء العقلاء و ارتكازاتهم هو تساوى المالىة فى العوضين بحسب العاده و لو كان التفاوت فى ذلك لا بد و ان يكون مما يتسامح و يكون اعتبار التساوى فى المالىة مشروطا فى ضمن العقد و منوطا به و هذا مما لا شبهه فيه بحسب الصغرى و اما الكبرى فهو ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الضمنى و الذى يكون دليلا على ثبوت خيار

الغبن هذا ليس الا كما لا يخفى.

و قد استدل على مشروعيه خيار الغبن و ثبوته بأيه النهى عن الكل

المال بالباطل بوجهين

الأول: ما ذكره المصنف

و حاصله ان المعامله التى وقع فيها غبن قد لا- يلحق بها العلم بالتبين و لم يظهر الغبن فيها بعد و قد تبين الغبن فيها و هو على قسمين لانه قد يكون التبين قبل الرضا بالعقد و قد يكون التبين فيها بعد الرضا بالعقد: اما إذا كان راضيا بالمعامله بعد تبين الغبن فلا شبهه فى صحه المعامله ح فإنه لا يكون فيها ما يمنع عن صحته و لا يكون أكلا للمال بالباطل لأنه تجاره عن تراض و اما إذا كان التبين قبل الرضا بالعقد فتكون المعامله أكلا للمال بالباطل إذا المشتري لم يرض بذلك فيكون أكلا للمال بالباطل و اما إذا كان قبل تبين الخدع فى المعامله فذكره ان مقتضى الآيه و إن كان حرمه الأكل حتى قبل التبين الا انه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله.

أقول يرد عليه أولا- ان مقتضى التمسك بالآيه فى المقام هو بطلان العقد و انفساخه بمجرد ظهور الغبن فيه من غير ان يثبت للمغبون خيار الفسخ فإنه بمجرد ظهور الغبن فيها قبل الرضا بذلك يشمل عليه قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل فيحكم بطلانه لأن أكل المال بالباطل حرام وضعا و تكليفا و لا يحتاج بطلانه الى الفسخ مع ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا ان المغبون بعد ظهور الغبن فى المعامله مخير بين الفسخ و الإمضاء.

و ثانيا: انه لا- وجه لإخراج ما قبل تبين الخدع عن الآيه بالإجماع بحيث انه لو لا الإجماع كانت الآيه شامله له و لكن الإجماع أوجب-

ص: ٢٩٣

التخصيص و ذلك إذ بعد شمول الآيه بالمعامله و حكمها بكونها أكلا للمال بالباطل و حراما وضعا و تكليفا لا معنى للتخصيص فهل يتوهم احد ان أكل المال بالباطل حرام الا فى المورد الفلانى فإنه مع كونه أكلا للمال بالباطل جائز و هذا لم يلتزم به فقيه.

و ثالثا: انه لا يفرق فى شمول الآيه و حكمها بالبطلان بين ظهور الغبن و عدمه مع عدم الرضا بالمعامله الغبنه اى على كل تقدير فإن الآيه إنما فصلت بين الأسباب الصحيحه و الأسباب الباطله و نهى عن المعامله بالأسباب الباطله و فصل بينهما كما مر مرارا و تكون الآيه ناظره إلى أسباب المعاملات، و عليه فلا يفرق فيه بين تبين الغبن قبل الرضا أو بعده ففى جميع الصور الثلثه يحكم بصحة المعامله لكون سببها تجاره عن تراض كما هو واضح. و من هنا ظهر انه لا معارضه بين حرمة الأكل بالباطل و بين تجاره عن تراض.

الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ

بأن الرضا الحاصل من المتعاملين بالمعامله حين إيجادها انما هو الرضا بمعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء فيكون رضى موجودا حدوثا و بقاء فما لم تبين الغبن تكون المعامله تجاره عن تراض و مشموله للمستثنى اعنى قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً، من غير ان نحتاج فى تصحيح ذلك الى الإجماع ليكون ذلك تخصيصا و بعد ظهور الغبن مع عدم رضى المغبون بالعقد يكون مشمولا للمستثنى منه فيحكم بالبطلان و هذا معنى ثبوت الخيار للمغبون.

و فيه انه يرد عليه ما أوردناه أولا على المصنف من ان لازم ذلك بطلان العقد نفسه من غير ان يحتاج الى الفسخ أصلا كما لا يخفى مع ان الفقهاء لم يلتزموا بذلك.

و ثانياً: ان المراد من التجاره هو المعنى المصدر الذى وجود حدوثا دون المعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء و الا فلازم ذلك ان يكون له الفسخ فيما إذا ترقى قيمه السوقيه فإن البائع ليس براض يكون العين للمشتري بعد ما ترقى قيمه كما إذا باعها بدينار ثم صارت بدينارين.

و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت

خيار الغبن للبائع

فيما اشترى فى تلقى الركبان و ليس ذلك الا من جهه الغبن و لا يفرق فى ذلك بين الموارد أصلا فورود الروايه هنا لا يدل على الاختصاص بعد القطع بان الخيار للغبن و ان المكارى صار و مغبونين لعلم المتلقين بالسعر و عدم علم المكارين به.

و لكن يرد عليه انه لم يثبت هذا الحديث و لم يذكر فى الكتب المودعه للروايه و انما هو مذکور من طرف العامه فلا يعلم كونه روايه أصلا و عليه فلا يجبر ضعفه بالشهره لو قلنا بانجبار ضعف الخبر بالشهره كما لا يخفى.

و قد استدل أيضا بقوله (صلى الله عليه و آله) لا ضرر و لإضرار فى الإسلام

بل ذكر المصنف ان أقوى ما يستدل به على ثبوت هذا الخيار حديث لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام بدعوى ان لزوم هذه المعامله و عدم تسلط المغبون على الفسخ ضرر عليه و إضرار به فيكون منفيًا لان الشارع لم يحكم بحكم ضررى أصلا و لم يسوغ إضرار بعض المسلمين ببعض.

و لكن أشكل عليه بوجهين الأول: عن صاحب الكفايه بأن غايه ما استدل عليه الروايه هو رفع اللزوم و اما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت فى العقد فلا فلما لا يكون الجواز هنا جواز حكما نظير الجواز

فى الهبه و اما ثبوت الحق له بحيث يكون له حق الإسقاط أو انتقاله إلى الورثه بعد الموت و نحو ذلك فلا يستفاد من الروايه و الحاصل ان دليل نفى الضرر ناظر الى رفع اللزوم الذى نشأ منه الضرر منه و اما إثبات حق يترتب عليه حكمه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر كما هو واضح و يكون الثابت خصوص الجواز الحكمى فقط نظير الجواز فى الهبه فلا يكون للمغبون حق الاسقاط و حق المصالحه عليه و لا ينتقل الى الوارث.

و فيه انك قد عرفت مرارا انه لا فرق بين الجواز الحكمى و الجواز الحقى بل هما من جنس واحد و حقيقه واحده و قد جعلها الشارع لأحد المتعاقدين أو كليهما فى موارد خاصه غايه الأمر قد اعطى السلطنه فى بعض الأحيان لأحدهما بحيث ترتب عليه جميع آثار الحق الأدمى من الانتقال و النقل بأى نحو كان و لم يترتب عليه ذلك فى بعض الموارد كما فى الهبه، حيث انه ليس للواهب غير حق الرجوع الى المتهب.

و عليه فان دليل نفى الضرر انما رفع اللزوم الذى يلزم الضرر من قبله فيكون المرفوع من اللزوم مقدارا يرتفع به الضرر و ح فيكون الخيار فوريا عرفيا بحيث لو لم يعمل خياره من الفسخ و الإمضاء لمسقط خياره فيعلم من ذلك انه من الحقوق فيسقط بإسقاط ذى الخيار أيضا و دعوى ثبوت الجواز الذى يكون ثابتا إلى الأبد نظير الجواز فى الهبه يحتاج إلى العناية الزائده فلا دلالة فى دليل نفى الضرر عليه.

و إذا ثبت كون الجواز الثابت هنا مما يكون اختياره بيد المغبون فله ان يصالح عليه بالمال، و اما انتقاله إلى الورثه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر بل لا بد من مقدمه خارجيه لأن عدم انتقال مقدار من مال الموارث إلى الورثه ليس ضررا عليهم بل يقل نفعهم بذلك فلا يشمل دليل نفى

الضرر فنقول انه ورد في بعض روايات الوصيه انه لا يجوز للمورث الإيضاء على المال بأزيد من الثلث لأنه إضرار للورثه فيعلم من ذلك ان الورثه وجود تنزير للمورث و قائم مقامه فيكون الغبن على المورث غبنا على الورثه فيكون الخيار الثابت له بدليل نفي الضرر ثابتا للورثه أيضا كما هو واضح.

و أيضا يرد على صاحب الكفايه ثانيا: انه إلا شبهه في جواز المعامله إسقاط جميع الخيارات بأنه اقدام على المعامله على متاع على اى نحو كان في الواقع بحيث لو كان المبيع يسوى في الواقع بدينار و أقدم المشتري على شرائه بخمسين دينار على ان نحو كان في الواقع بحيث غرضه نفس هذا الشىء لا شبهه في صحه هذه المعامله و عدم ثبوت الخيار له بوجه و أوضح من ذلك لو أقدم على ذلك مع العلم بأنه لا يسوى في الواقع الا بدينار فإذا صح إسقاط الخيار في الحدوث صح إسقاطه بقاء بالأولويه كما هو واضح لا يخفى.

و قد أجب عن ذلك شيخنا الأستاذ بجواب آخر و هو انه لو كان اعتبار التساوى بين الأموال من الشروط الضمنيه فلا استدلال بلا ضرر في محله لان مفاده ان الحكم الذى ينشأ منه الضرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لانه و ان جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضرر الا انه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفه التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار.

و اما لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائيه أو الدواعى التى لا إشاره فى العقد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقه و لا التزاما فلا وجه

للاستدلال بلا ضرر لإثبات الخيار فان الضرر لم ينشأ من حكم الشارع باللزوم بل انما نشأ من إقدام المشتري أو البائع بذلك و لو كان اقدمه عن جهل فإنه حيث تخيل التساوى بين المالكين فأقدم عليه فلا يكون ما اقدمه عليه مشمولاً لدليل نفي الضرر فلو كان مجرد الجهل يكون اقدمه ضرورياً لحكم بعدم الضمان بدليل نفي الضرر فيما لو أقدم احد على إتلاف مال غيره جهلاً مع انه لا شبهة في الضمان ح لأنه أقدم على إتلاف مال غيره فيكون ضامناً والحاصل ان مجرد الجهل لا يكون مانعاً عن كون الاقدام على الضرر عن ثبوت الضمان و سبباً لشمول دليل نفي الضرر عليه فهو واضح.

و الجواب عن ذلك اما عن نقضه بباب الضمانات فهو أجنبي عن المقام فان دليل نفي الضرر لا يشمل ذلك فإنه على خلاف الامتنان فان شموله له يوجب الضرر على المالك و قد ذكرنا في محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الموارد التي على خلاف الامتنان كما ان بقيه أدله الرفع لا تشمل الموارد التي على خلاف الامتنان و هو واضح.

و على الجملة نفي الضرر عن المتلف لمال الغير غفله بحديث لا ضرر يوجب الضرر على المالك فيكون على خلاف الامتنان و قد حقق في محله انه لا يشمل موارد خلاف الامتنان.

و اما المقام و لو قلنا بعدم الشرط الضمني بكون القيمتين متساويتين و مع ذلك لا يوجب الاقدام على هذه المعاملة التي معاملته غيبه إقدامه على الضرر حتى لا يثبت له خيار الغبن و ذلك لان المشتري مثلاً إنما أقدم عليها باعتقاد ان قيمه العين متساوية مع الثمن و ان لم يكن التساوى في قيمه مأخوذاً في ضمن العقد و عليه فلو لم يكن العقد لازماً لم يتضرر

المغبون فيفسخ العقد و لكن حيث حكم الشارع بلزوم العقد فيأتى الضرر من قبل حكم الشارع باللزوم و يكون مرتفعا بدليل نفي الضرر كما هو واضح.

و على الجملة فحيث ان المغبون إنما أقدم على المعامله باعتقاد التساوى مع عدم تساوى القيمتين فى الواقع فالزامه على ذلك ضررى عليه فيكون مرفوعا بحديث لا ضرر.

ثم انه ناقش المصنف فى الحديث بأنه يمكن رفع الضرر من غير ثبوت الخيار بوجهين الأول: ان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ يحتمل ان يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد غايه الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه و يكون ذلك مثل ما اختاره العلامة فى التذكرة و احتمله فى القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحه فى اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و يرد عليه انه لا وجه لكون المغبون مخيرا بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد فإن الالتزام بالتقسيط انما يصح إذا أمكن الالتزام بالانحلال و يقال بكون البيع الواحد منحلا الى بيوع عديده كبيع ما لا يملك مع ما يملك كالشاه مع الخنزير و كبيع مال نفسه مع مال غيره فان فى أمثال ذلك يلتزم بصحة البيع فيما يملك أو فى المملوك و بطلانه فى ما لا يملك و غير المملوك غايه الأمر يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى المالىه و الا فلا يلزم محذور أصلا و الوجه فيه هو ان البيع و ان كان واحدا و لكنه بحسب الحقيقه بيوع

متعدده حسب تعدد المبيع و هذا واضح.

و اما فى المقام لا يمكن ذلك لعدم الانحلال هنا حتى يلتزم برد بعضه و إمضاء بعضه الآخر لان المبيع هنا واحد و البيع واحد و قد وقع البيع على المثلن بثمان خاص و هو دينارين مثلا و قد كان ثمنه فى الواقع دينارا واحدا فلو التزمنا بما ذكره المصنف و قلنا بجواز رد التفاوت للزم القول بامضاء الشارع غير ما أنشأه المتعاقدان فإن البائع أنشأ بيع ماله بدينارين فإمضاء الشارع ذلك بدينار واحد كما هو معنى رد التفاوت و إمضاء لما لم ينشأه البائع فلا يكون ما إمضاء منشأ و ما يكون منشأ ليس بممضى و كم فرق بين المقامين.

و اما ما ذكره من تنظير المقام ببيع المرابحه من انه مع كذب البائع من اخباره برأس المال بأن أخبر أنه دينار اخبار بربح نصف دينار فظهر انه كان نصف دينار فربح دينارا أيضا لا يرتبط بالمقام و ذلك فان فى المقام قد إنشاء البيع على مبيع جعل ثمنه دينارين فالالتزام بكونه دينارا التزام يكون ما إنشاء الشارع غير منشأ كما عرفت و ليس كذلك فى بيع المرابحه فإن المعامله قد جرى على المتاع بثمان اشتراه البائع واقعا مع ربح معلوم فظهر كذب البائع فى اخباره برأس المال و جواز رجوع المشتري الى التفاوت لا- يوجب الالتزام بكون الممضى غير المنشأ بل هو فى الحقيقه رجوع إلى الزائد من الثمن الذى أخذه البائع من المشتري.

و بعباره اخرى ان البيع فى بيع المرابحه انما وقع على الثمن الذى اشترى به البائع من شخص آخر مع ربح معلوم و هما ثمن من الواقع و تطبيقه على الزائد عن ذلك من جهه كذب البائع فى اخباره فيكون نظير خطائه فى الاخبار فيكون ذلك من باب الخطاء فى التطبيق فلا يجوز

ص: ٣٠٠

رجوعه بالتفاوت هنا بالبيع أصلا نعم يكون المقام نظير بيع المرابحه لو قال البائع للمشتري أنما أبيعك هذا المتاع بالقيمه السوقيه و هي دينارين مع كونها دينارا واحدا.

ثم أنه ذكر المصنف احتمالا آخر لعدم ثبوت الخيار بدليل نفي الضرر بدعوى أنه يمكن أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه الى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع لا هبه مستقلة كما في الإيضاح و جامع المقاصد.

و يرد عليه أنه لا ملزم لذلك فإنه بعد صحه البيع كما هو المشهور بل المجمع عليه حيث لم يستشكل أحد في هذا البيع فبأى ملزم يغرم البائع فهل هنا موجب للضمان و الغرامه من اليد و الإلتلاف غايه الأمر أن للمشتري مطالبه التفاوت من قيمه المتعارفه و أما قبل المطالبه فلا شيء للبائع أن الغابن أصلا، افرض أن المغبون لم يلتفت بالغبن حتى مات فهل يتوهم أحد أن يكون البائع مشغول الذمه للمشتري المغبون أو يكون البيع باطلا و كيف كان فلا نعرف وجهها للغرامه أصلا. و من هنا التزم الفخر و المحقق الثاني و شيخنا الأستاذ بكون المأخوذ هبه مستقلة لعدم ارتباطه بالمعامله أصلا و على الجملة لا نعرف وجهها لمنع التمسك بدليل نفي الضرر بشيء من هذين الوجهين الذين ذكرهما المصنف.

و الذى ينبغى أن يقال أنه لو جاز التمسك بحديث نفي الضرر فلازمه بطلان العقد لا ثبوت خيار الغبن و ذلك لان الضرر انما يلزم من جهة الحكم بصحه العقد و اللزوم انما هو لزوم الضرر لا أن الضرر يلزم من

ناحية اللزوم و من الواضح أن دليل نفي الضرر انما هو ناظر الى رفع الحكم الضررى فقط و لا يكون ناظرا إلى إثبات الخيار بدعوى أن الضرر يرتفع برفع اللزوم و ثبوت الخيار، فان حديث لا ضرر لا يتكفل بإثبات الحكم و انما هو يرفع الحكم الضررى و هو صحة العقد كما عرفت فيكون العقد باطلا.

و لكن ذلك مخالف للإجماع و الضروره فإنه لو كانت المعامله الغبنه باطله لبان و ظهر كظهور حرمه الربا فان وجود الغبن فى المعاملات بين المسلمين من الكثره بمكان مع أنه لم يسمع من فقيه أن يلتزم بذلك فيكون خروج المعامله الغبنه عن مورد الإجماع بالتخصيص.

على أن حديث نفي الضرر انما ورد فى مقام الامتتان و من الواضح أن شموله فى المقام بحيث يحكم ببطلان المعامله الغبنه خلاف الامتتان لأنه ورد فى مقام الامتتان لجميع الأمه و من الواضح أنه على خلاف الامتتان على البائع فإن الحكم بكون هذه المعامله باطله يوجب ضرره و لو من جهه فوت المنفعه من كيسه فتكون هذه المعامله خارجه عن حديث لا ضرر تخصصا و هو واضح.

ثم انه استدل على بطلان المعامله الغبنه بجمله من الروايات

الناهيه عن حرمه الغبن

و فى بعضها الغبن من السحت و قد ذكرها المصنف فى المتن.

و فيه أن الظاهر من غير روايه عمار المتضمنه لكون غبن المسترسل سحتا هو التحريم التكليفى فلا دلالة فيها على الحرمة الوضعيه و يمكن أن يراد منها حرمه الغبن بفتح الباء فيكون من الخيانه فى رأى و المشاوره فإنه من المحرمات فتكون مثل الروايات الداله على حرمه خيانه المؤمن.

ص: ٣٠٢

و أما روايه عمار فذكر المصنف أنها و ان كانت ظاهره فيما يتعلق بالأموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزله أكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و هي الخديعه في أخذ المال و يحتمل أن يراد المقدار الذي بأخذه زائد على ما يستحقه بمنزله السحت في الحرمه و الضمان و يحتمل اراده كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت في تحريم الأكل في صورته خاصه و هي إطلاق المغبون و رده للمعامله المغبون فيها ثم ذكر أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من المساواه للثالث و لكن ما ذكره المصنف من الحملين الأولين بعيد.

أقول: لا شبهه أن السحت يطلق على المال الحرم و على نفس الحرام أيضا في اللغه و من الأول ما ورد في الروايات الكثيره التي تقدمت في المكاسب المحرمه كقولهم (عليه السلام) ثمن الخمر سحت و ثمن العذره سحت و أجور الفواجر سحت و السحت أقسام كثيره منها الرشوه و هكذا.

و من الواضح أن كون الغبن من السحت إنما يلائم المعنى الثانى أعنى نفس الحرام فإنه هو الفعل أعنى أخذ الزيادة في المعامله و يمكن أن يراد منه الغبن بفتح الباء فيكون المراد منه الخيانه أى الخيانه سحت و قد ورد النهى عن خيانه المؤمن في روايات كثيره و كيف كان فتكون هذه الروايات كالروايات الأخرى فلا تكون لها خصوصيه.

قوله مسأله يشترط في هذا الخيار أمران

إشاره

أقول: قد أشرنا فيما سبق إلى أنه يشترط في خيار الغبن أمران

الأول جهل المغبون بالتفاوت

و الثانى عدم كون التفاوت مما يتسامح أما الأول فلا شبهه في أنه لا يثبت الخيار مع علم المغبون بتفاوت قيمه و كذا ما يقوم مقام العلم من الاطمئنان

ص: ٣٠٣

فإنه مع ذلك قد أقدم على الضرر و لا يثبت الخيار له مع اقدمه عليه من دون فرق في ذلك بين ما إذا كان مدرک هذا الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمني فإنهما ينتفیان مع الاقدام على المعامله مع العلم بالتفاوت.

و كذلك لا شبهه في عدم ثبوت الخيار له إذا لم يعلم بالتفاوت و لم يكن مطمئنا بعدمه بل كان شاكا فيه و محتملا لذلك و لكن يقدم على المعامله على أى تقدير بمعنى أنه يشتري المتاع سواء كانت قيمته متساويه للقيمه السوقيه أم لا بحيث لا يتسامح فإنه ح لا يثبت الخيار له إذ هو قد أقدم على الضرر على تقدير تفاوت القيمه و ليس المراد من اقدامه على الضرر اقدامه على المعامله بأن يقال: حيث ان المشتري قد أقدم على البيع فقد أقدم على الضرر المتحقق فيه أيضا و ذلك لان الإقدام بالبيع لا يستلزم الاقدام على الضرر لانه يمكن أن يقدم على البيع الخيارى فإذا شاهد الضرر و الغبن فيه يفسخ المعامله بل المراد اقدامه على نفي الضرر اى يقدم على المعامله على تقدير الضرر فيه كما إذا صرح بأنى أقدم على هذه المعامله بأى قيمه كان المبيع فى السوق و لو كان التفاوت بمقدار لا- يتسامح فإنه لا- يكون هنا أيضا خيار للمغبون من الأول مع ظهور الغبن أنه كان له الخيار فيسقط و لا يفرق فى ذلك أيضا بين كون المدرک هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى.

و قد ذكرنا سابقا أن ثبوت الخيار فى موارد تخلف الشرط انما هو من جهه انتفاء الملتزم به حيث قلنا ان الوقوف على الالتزام من قبل المشروط له متوقف على وقوف المشروط عليه على التزامه بحيث لا يتخلف الملتزم به عن واقعه و إذا تخلف ثبت له الخيار و أما إذا لم يكن هنا

التزام و ملتزم بحيث يتوقف عليه التزام المشتري فلا- موضوع لتخلف الشرط أصلا فضلا عن ثبوت الخيار مع التخلف كما لا يخفى.

و في المقام بعد ما فرضنا أن المشتري إنما أقدم على المعاملة على أي نحو اتفق و بأي قيمة كان المبيع في السوق فقد أقدم عليها مطلقا بلا توقف وقوفه عليها على تحقق الملتزم به من البائع فلا يكون هنا خيار من ناحيه التخلف إذ ليس هنا شرط ضمنى حتى يقع التخلف فيه و هو واضح هذا كله لا شبهه فيه و انما الكلام في ثبوت الخيار و عدمه مع الشك في عدم تساوى قيمة المبيع مع الثمن مع الظن الغير المعتمد بالتساوى مع عدم اقدامه على المعاملة على أي تقدير بالمعنى الذى ذكرناه فهل يثبت الخيار حينئذ للمشتري أم لا الظاهر انه لا شبهه في ثبوت الخيار في جميع صور الشك من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى وفاقا للمصنف و لشيخنا الأستاذ.

و الوجه في ذلك ان المشتري لم يقدم على الضرر حتى مع الظن بالتساوى بل معتمدا على الشرط الضمنى و هو تساوى العوضين في قيمه و لذا ربما يبنى على الفسخ مع ظهور عدم التساوى فالإقدام على المعاملة مع ظن التساوى و الشك أو الاحتمال في عدم التساوى يثبت له خيار الغبن مع الغبن سواء كان المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى.

بل الأمر كذلك مع الظن بالتفاوت إذا لم يكن الظن معتبرا فان ذلك كله لا يوجب انه قد أقدم على الضرر فإنه مع ذلك يحتمل عدم الضرر و يقدم عليه و عليه فالشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى العوضين في المالىه موجود فيثبت الخيار مع التخلف و كذلك يجرى دليل لا ضرر

بناء على كونه دليل ذلك الخيار. ولا شبهه ان بناء العقلاء و ارتكازهم على هذا حتى من غير المتشرعه و لذا يثبت هذا الخيار فيما إذا عامل يهودى مع نصرانى فغبن أحدهما الآخر فإنه يثبت خيار الغبن فى ذلك فان بناء العقلاء كان موجودا على تساوى العوضين و ان لم يذكر صريحا فمع التخلف يثبت الخيار ما لم يقد دليل معتبر على خلاف بناء العقلاء و من الواضح ان الظن بالتفاوت أو احتماله أو الشك فيه لا يقاوم بناء العقلاء و لا يكون قرينه لرفع الشرط الضمنى و لا يصح اقدم هذا الشخص على الضرر بمجرد ظنه و شكه و وهمه و هو واضح لا شبهه فيه.

نعم قد يكون الاقدام على الفعل مع الشك و الاحتمال مصححا للوم و الذم بل الضامن و يحكم عليه بالمؤاخذة فى المحاكمات العرفيه فيما إذا كان الفعل مما اهتم الشارع بعدم وقوعه بحيث يكون المورد مورد الاحتياط لكثرة اهتمام الشارع بالحفظ كما إذا رئى احد شبعا من بعيد و شك فى كونه إنسانا أو غير إنسان أو احتمال كونه إنسانا فأرسل إليه بنده فقتله فبان أنه إنسان محقون الدم فإنه يذم فى المحاكم العرفيه بلا شبهه بل يعزر لو لم يحد و يقتل قصاصا و يؤخذ منه الدية و كذا لو وقع احد بالماء مزاحا بزعم انه ليس بعميق مع احتمال كونه عميقا يغرق الواقع فيه إذا لم يحسن السباحه و علم الموقع ان من أوقعه عليه لا يحسن السباحه فإنه لا شبهه فى كونه مؤاخذا ح فى المحاكم العرفيه و ان لم يؤخذ فى المحكمه الشرعيه نعم يترتب عليه حكم القتل الخطئى و الوجه فى ترتب الضرر على الاقدام مع الشك و الاحتمال فى أمثال ذلك كون الموارد مما اهتم الشارع بحفظه و كونه مما يجب فيه الاحتياط و لذا يترتب عليها الحكم مع الإقدام فى حال الشك أيضا و هذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت.

و الحاصل انه فرق بين المقام و بين الموارد المذكوره فان فى الموارد المذكوره قد تنجز الواقع فلا يجوز الاقدام عليها الا مع وجود المعذر و الحجه الشرعيه من الامارات و الأصول و الا- فمجرد احتمال ترتب قتل النفس المحترمه على الفعل ينتجز التكليف و يحكم بعدم الجواز و هذا بخلاف المقام فان الواقع لم ينتجز فالشرط الضمنى موجود ما لم يتم دليل على رفع اليد فمقامنا عكس الموارد المذكوره حيث ان الاقدام على الضرر لا يتحقق الا مع قيام دليل شرعى عليه فإذا أقدم على معامله و لو مع ظن عدم التساوى لا يوجب ذلك رفع اليد عن الشرط الضمنى لعدم كون الظن حجه شرعيه.

ثم انه لو اعتقد المشتري عدم قيمه هذا المتاع مساويا مع -

القيمه السوقيه و مع ذلك قد أقدم عليه و ظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده

فهل يتحقق خيار الغبن فى ذلك أم لا فصور المسأله أربعه

الاولى ان

يكون ما اعتقده من زياده بما يتسامح و مع ذلك أقدم عليه

و لم يعرض عنه لزعم عدم اتحاد قيمه الأمتعه فى الأسواق فإنه فلما يوجد شىء تتحد قيمته فى الأسواق بل الدكاكين فى الأسواق مختلفه فإن بعض الناس يأخذ الربح الكثير و بعضهم يقنع بالقليل لقله مخارجه أو قله طمعه أو كثره منفعه و بعضهم لا يقنع بالقليل لعكس الأمور المذكوره فإذا عامل مع هذا الاعتقاد لعلمه هذا باختلاف قيم الأشياء فظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده بما لا يتسامح بان اشترى شيئاً بدينار مع اعتقاده بكون قيمته أقل من الدينار بدرهم و مع ذلك ظهر التفاوت بأربع مائه فلس و من الواضح ان الدرهم فى الدينار مما يتسامح و لكن الثلث مائه و خمسين مما لا يتسامح.

الصوره الثانيه: ان يعتقد التفاوت بما لا يتسامح

فظهر التفاوت

ص: ٣٠٧

أزيد منه بما لا يتسامح أيضا كما إذا اعتقد ان قيمه المبيع عشره دنانير فى السوق و أقدم على شرائه بأربعة عشر دينار فظهر ان قيمته لا يسوى إلا سته دنانير فإنه لا شبهه فى ثبوت خيار الغبن فى هذين الصورتين بلا شبهه لان ما أقدم عليه من الضرر غير الضرر الذى لم يقدمه و من الواضح ان ما لم يقدمه ضرر غير متسامح فيوجب خيار الغبن و لا يفرق فى ذلك أيضا بين القول بان مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمنى أو دليل نفي الضرر كما هو واضح.

الثالثه ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع

منه

و من المعلوم و قد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ انه يثبت الخيار فى هذه الصورة أيضا فإن ما اقدمه المغبون و ان كان مما يتسامح كالدراهم فى الدينار و الوجه فيه ان ما اقدمه و ان كان مما يتسامح و به و لكن المجموع ليس مما يتسامح به و لم يقدم عليه المشتري فيكون التفاوت بذلك موجبا للخيار و بعبارة اخرى ان ما اقدمه من الضرر الذى يتسامح به لم يلاحظ بشرط لا بحيث يلاحظ ما يظهر من التفاوت الذى لم يقدم عليه مما يتسامح أيضا بشرط لا و هكذا حتى يجرى عليه حكم ما يتسامح بل المراد مما أقدم عليه مما يتسامح يلاحظ لا بشرط فإذا انضم الى تفاوت آخر الذى لم يقدم عليه مع كونه مما يتسامح يكون المجموع مما لا يتسامح و هو ضرر لم يقدم عليه المغبون فيثبت له الخيار من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى كما هو واضح و لو لا ذلك للزوم عدم ثبوت الخيار على هذا النحو.

الرابعة:الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به

منفردا

فذكر المصنف ثبوت الخيار هنا أيضا و لكن شيخنا الأستاذ قوى

ص: ٣٠٨

عدم ثبوت فى هذه الصورة و ذكر انه لا يقاس على الصورة الأولى لأن فى الصورة الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لم يكن موجبا للخيار و فى المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدمه لا يكون موجبا للخيار.

و لكن الظاهر ثبوت الخيار فى هذه الصورة أيضا و ذلك لان ما اقدمه مما لا يتسامح لا يوجب على اقدمه على كل مرتبه من الضرر و من الواضح ان المرتبه التى ظهرت بعد الاقدام مما لا يتسامح و ان كان التفاوت بين ما اقدمه و ما لم يقدمه مما يتسامح.

و بعبارة أخرى بحيث يظهر وجه ثبوت الخيار هنا ان ظهور التفاوت بين ما اقدمه المتعامل و بين القيمة السوقية لا يوجب الخيار بلا شبهه و هو واضح فالمراد من التفاوت مما يتسامح هو هذا اى ما يكون تفاوت قيمه المبيع مما أقدم عليها المشتري من القيمة السوقية و اما فى غير المتسامح فالشرط الضمنى موجود بثبوت الخيار للمغبون و حيث انه أقدم على مرتبه من الضرر و هو لا يوجب الخيار و لكن لا يلزم منه الاقدام على مرتبه اخرى منه أيضا و ان كان التفاوت بين الضررين مما يتسامح فان التفاوت بما يتسامح انما يكون معفوا فى أصل ظهور التفاوت بين أصل قيمه المبيع و بين ما اقدمه المشتري لا بين ما اقدمه من الضرر و ما لم يقدمه فالشرط الضمنى باق على حاله فيثبت للمغبون الخيار.

ثم ان المراد من متساوى القيمة حال العقد أو بعده ذكر المصنف ان المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفذ لأن الزيادة إنما حصلت فى ملكه و المعامله وقعت على الغبن.

ثم احتمال عدم الخيار بدعوى ان التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت المراد المشروع لتدارك الضرر كما لو برء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد ثم ذكر وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لائن الملك قد انتقل اليه ح من دون نقص فى قيمته نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة فى الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد فى مقابله الناقص.

أقول ان ما احتمله المصنف ثانيا من عدم ثبوت الخيار فهو متين بناء على كون مدرك خيار الغبن هو دليل نفي الضرر فى الإسلام فإنه قد ارتفع بزيادة قيمه أو بنقصانها و بعده لا خيار لأحدهما كما هو واضح لارتفاع الضرر الذى يدور الحكم بثبوت الخيار مداره.

و بعباره اخرى ان الحكم انما هو تابع لثبوت موضوعه فكلما ثبت الموضوع ثبت الحكم و الا فلا فاستمرار الحكم تابع لاستمرار الموضوع و حيث ان مدرك ثبوت خيار الغبن هو دليل نفي الضرر يقتضى دوران الحكم مدار الضرر وجودا و عدما فما دام هو موجود فيكون الخيار ثابتا و الا فيرتفع بارتفاعه سواء كان الارتفاع قبل العلم به أو بعده ما لم يرد العقد و لم يعمل خياره و هو واضح فيما ذكره المصنف فى بيع الصرف و السلم مما اعتبر القبض فى حصول الملكيه إذ لم يحصل الملك حتى يتحقق الضرر و يوجب ذلك شمول دليل الضرر عليه كما هو واضح الا على ما ذكره العلامة من وجوب الإقباض و هو كما ترى.

و اما إذا كان المدرك لخيار الغبن هو الشرط الضمنى كما هو الموافق للتحقيق فلا بد حينئذ و ان يلاحظ ان الشرط الذى اشترط فى

ضمن العقد أعنى تساوى القيمتين أى مقدار من التساوى من حيث الزمان فهل المراد منه التفاوت الموجب للخيار هو التفاوت المستمر أى يكون العوضين متفاوتين فى عمود الزمان و طوله بحيث لو حصل التساوى فى آن من الآنات لسقط الخيار أو المراد منه هو التفاوت حال القبض بحيث لا اعتبار بالتفاوت قبله أو بعده أو المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو التفاوت حال العقد كما هو الظاهر.

ان كان المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو الشق الأول فلا شبهه فى سقوط الخيار فى أن زمان حصل التساوى بين العوضين من حيث قيمه لحصول الشرط الذى هو تساوى القيمتين فى أى وقت من الأوقات فى عمود الزمان و طوله و هو واضح و بعبارة اخرى ان المتعاقدين أنما اشترطا التساوى بين العوضين فى المالىه فى أى وقت من الأوقات بحيث لو حصل ذلك و تحقق حال البيع أو بعده من أى وقت كان حصل الشرط و كفى ذلك فى صحه المعامله و أما لو لم يحصل ذلك بل كان التفاوت بين العوضين مستمرا إلى الأبد فهو يوجب الخيار كما هو واضح و لكن هذا مخالف للإجماع و الضروره و الارتكاز العقلانى و قد ادعى المصنف قيام الإجماع على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد و هذا الإجماع و ان كان يبعد كونه تعبدىاً و لكنّه موافق للارتكاز و خلاف بناء العقلاء فان هذا الشرط الذى ذكرناه أنما هو بحسب بناء العقلاء فلا يثبت البناء فى مثل ذلك كما هو واضح.

و أما التفاوت حال التقابض بأن كان ما يوجب الخيار هو التفاوت حال القبض دون غيره فلا خيار لو كان التفاوت بعد ذلك أو قبله و هذا مناف لما ذكره المصنف فى الفرع الآتى من أنه لو ثبتت الزيادة أو النقصان

بعد العقد فإنه لا عبره بما إجماعا كما فى التذكرة فإن الظاهر أن الفرعين من واد واحد كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا كان التفاوت الذى يوجب الخيار و هو التفاوت حال العقد بحيث يكون الشرط الضمنى هو التساوى حال العقد فيكون التفاوت عنده موجبا لتخلف الشرط و ثبوت الخيار بالتخلف فلازم ذلك ان لا يفيد حصول التساوى بعد العقد و لو كان ذلك عند القبض فلا- يكون ذلك موجبا لسقوط خيار المغبون الثابت بتخلف شرط حين العقد و عليه فلا مجال لما ذكره المصنف من عدم ثبوت الخيار اى سقوط الخيار بالتدارك الحاصل بعد العقد سواء كان ذلك قبل العلم بالتفاوت أو بعده و هو واضح و ان كان المناط فى ثبوت الخيار هو التفاوت و التساوى حال القبض بحيث لو كان العوضان متفاوتين حال العقد و لكن حصل التساوى حال العقد أو كانا عند العقد متساويين و لكن حصل التفاوت حال القبض ثبت الخيار فى الثانى و ارتفع الخيار فى الأول كان لما ذكره المصنف فى الفرع الأول و هو ما كان العوضان عند العقد متفاوتين و حصل التساوى و بعد ذلك وجه و لكنه مخالف لما ذكره بعد ذلك فى الفرع الثانى و هو حصول الزيادة و النقصان بعد العقد بان كان التساوى حين العقد حاصلًا و حصلت الزيادة أو النقصان بعد ذلك حيث قال لا- عبره بهما إجماعا و كيف فلا يمكن التفريق بين الفرعين بل هما من واد واحد و عليه فلا وجه لما أسر به شيخنا الأستاذ من الفرق بين المقامين فراجع كلامه.

و الظاهر ان المناط فى الشرط الضمنى هو حال العقد و يتضح ذلك بضم احد الفرعين بالآخر و الإجماع الذى ذكره المصنف فى الفرع الثانى و ان لم يكن إجماعا تعبديا لبعده كما هو واضح و لكنه موافق للارتكاز

كما ذكرناه آنفاً فإن بناء العقلاء و ارتكازهم إنما قام على كون العوضين متساويين حال العقد و يتضح ذلك بملاحظه حال التجار حيث يربحون فى المعاملات أو يخسرون فيها بعد العقد و يغبن احد المتبايعين و يربح الآخر من غير ان يدعى أحدهما الغبن و يدعى ثبوت الخيار لنفسه و ليس ذلك الا من جهة عدم ثبوت الخيار له و عدم بناء العقلاء و ارتكازهم على ذلك بعد العقد بل هو كذلك عند العقد.

و الحاصل انه ان كان المراد مما هو شرط فى ضمن العقد من اشتراط تساوى القيمتين هو التساوى المستمر أو التساوى حال العقد و هو مخالف للإجماع فإنه قائم على عدم الاعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد فان الظاهر ان الفرعين من واد واحد فإنه لو كان التساوى المستمر شرطاً أو التساوى حال القبض شرطاً فحصلت الزيادة و النقصان بعد العقد يكون هذا داخلاً تحت الإجماع بأنه لا اعتناء بالزيادة و النقصان بعد العقد اى ما يحصل بعده فيكون داخلاً تحت هذا الإجماع مع ان المصنف تسلم عدم الاعتناء بالثانى مدعياً الإجماع عليه و التزم بجوازه حتى تدارك الضرر فى الأول و قد عرفت عدم الفرق بينهما و لا يفرق فى ذلك بين كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى العقدى و الظاهر ان المراد من التساوى و هو التساوى حال العقد و ما يوجب الخيار من التفاوت حاله و يدل على ذلك ما هو المرتكز بين العقلاء و يتضح ذلك من ضم الفرع الثانى إلى الأول و ملاحظه عدم الفرق بينهما و ان ما ادعى عليه الإجماع فى الفرق الثانى هو الارتكاز إذ من البعيد ان يكون المراد من ذلك الإجماع التبعدى و هو واضح.

و اما الوكيل فان كان و كيلاً فى مجرّد إجراء الصيغه فهو خارج عن

المقام فإنه ليس الا آله محضه و ليس له شأن ممّا يرجع الى البيع حتى يتكلّم في ثبوت الخيار له و عدمه و أنّما البائع هو الموكل بلسان الوكيل الذي يجرى الصيغه كما هو واضح و قد تقدم تفصيل ذلك في خيار المجلس و ان كان وكيلا في أمر البيع أيضا بأن يكون وكيلا- مفوضا في البيع بحيث له ان يبيع المتاع من اى شخص شاء و كيف يشاء و لكن ينتهى أمد وكالته إلى تماميه البيع و بعد ذلك ليس له وكاله و الظاهر انه لا يثبت له الخيار في هذا الصوره أيضا لو ظهر غبن في المعامله فإن الوكيل و ان كان بائعا حقيقه و لكن الخيار انما ثبت بدليل الشرط الضمنى لمن كان مغبونا في المعامله و من الواضح ان المغبون أنّما هو الموكل و ليس للوكيل بشىء من أمر البيع بعد تماميه البيع فضلا عن ان يكون مغبونا أو غير مغبون و اما ثبوت خيار المجلس لمثل هذا الوكيل في خيار المجلس فإنما هو من جهه النص الدّال على ان البيع بالخيار ما لم يفترق و من الواضح ان هذا القسم من الوكيل يصدق عليه البائع فلا يقاس بالمقام كما هو واضح.

نعم لو كان وكيلا- مفوضا حتى بعد البيع أيضا بحيث يكون أمر البيع راجعا اليه حتى بعد البيع و يكون أمر المال راجعا اليه كالعامل في القراض مثلا- فلا- شبهه في ثبوت خيار الغبن له ح بالشرط الضمن كما هو واضح و اما الوكيل في خصوص أمر الخيار بان يكون وكيلا في اعمال الخيار الثابت للمغبون فهو أمر آخر غير ما نحن فيه و كلا منا في ثبوت الخيار له ابتداء بالشرط الضمنى كما هو واضح.

ثم انه لو اطلع الموكل على معاملة الوكيل و يرى انه يعامل بأقل من قيمه المثل فهل يكون اطلاعه تقريراً للبيع و لا يثبت الخيار له
ح أم لا

فربما يظهر من المصنف و غيره عدمه و لكن الظاهر انه ليس كذلك و ذلك لأنه ان الوكيل وكيلا عن الموكل بالبيع على التساوى فقط دون غيره فلا شبهه انه كان البيع ح فضوليا لان الوكيل انما هو وكيل فى مجرد البيع مع تساوى العوضين دون غيره فإن أجاز الموكل صح البيع و الا فلا و ان كان وكيلا على نحو الإطلاق فلا شبهه فى ثبوت الخيار للموكل حيث ان اطلاعه على المعامله لا يوجب سقوط الخيار فإن اطلاعه عليه كاطلاعه على ان الوكيل يعامل معاملة و شرط فيه الخيار للموكل غايه الأمر ان الاشتراط فى المقام ضمنى فهل اطلاع الموكل على إيجاب الوكيل معاملة خياريه له يوجب سقوط خياره و هذا واضح جدا.

قوله ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن أقول ان اعترف الغابن بالغبن أو ان المغبون اقام بينه عليه فلا شبهه فى ثبوت خيار الغبن ح و اما إذا لم يعترف الغابن بذلك أو لم يتمكن المغبون من اقامه البينه فهل لنا طريق إلى إثبات الخيار أم لا فشقوق المسأله ثلثه.

الأول ان يكون الاختلاف فى أصل زياده الثمن و نقصانها سواء المنشأ فى ذلك هو زياده الثمن و نقصانه أو الاختلاف فى التغير أو فى المكان أو فى زمان العقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على المتاع فى مكان فلانى الذى كانت قيمه فيه أقل من قيمه السوقيه و يقول الغابن بل وقع العقد عليه فى مكان فلانى فالقيمه فيه مساويه مع قيمه السوقيه فلا غبن فيه.

الثانى ان يكون الاختلاف فيه من جهه العلم و الجهل بان يدعى الغابن علم المغبون بالقيمه و ينكره المغبون مع الاتفاق بالتفاوت و هنا صورته ثالثه قد تعرض لها المصنف فى الأمر الثانى و سنتعرض لها هناك

اما الاختلاف فى العلم و الجهل فقد ذكر المصنف وجهين فى ثبوت الخيار للمغبون.

الوجه الأول أنه مع الجهل بأن المشتري عالم بذلك أو غير عالم فالأصل عدم العلم فحيث ان الغبن ثابت بالوجدان فيكون عدم العلم أيضا ثابتا بالأصل فيتم موضوع الخيار للمغبون فيحكم بثبوت الخيار له و هو واضح.

الوجه الثانى ما ذكره فى أثناء كلامه من ان كون المشتري عالما بقيمه المبيع أو غير عالم بها لا يعلم إلا من قبله فعليه و يعسر له إقامة بينه على ذلك اى على جهله مع انه لا- يمكن للغابن أيضا الحلف على علم المغبون بالحال لجهل الغابن بالحال ثم أمر بالتأمل.

و يمكن المناقشه فى كلا- الوجهين اما الثانى فباب المناقشه فيه واسع و ذلك إذ لا وجه لمنع انه لا يمكن إقامة بينه للمغبون على جهله فإنه كسائر الأوصاف النفسانية التى يمكن له إقامة بينه عليها و لو باعتبار آثارها و كذلك لا وجه لمنعه من حلف الغابن على علم المغبون بداهه أنه كثيرا ما يطلع عليه بالمجالسه و الممارسه كما هو واضح على انه لا وجه لهذه الكبرى اى ان كل ما يعسر إقامة بينه عليه فيقبل من المدعى إذ لا دليل عليه بوجه أصلا كما سيأتى.

و اما الوجه الأول فأصله عدم العلم لا- فائده لها إذ العلم أو الجهل ليسا موضوعين للخيار و عدمه فلو بدّل أصله عدم العلم بأصله عدم الاقدام على الضرر لكان حسنا فان الضرر إنما هو موضوع الخيار فالإقدام مزيل له فأصله عدم الاقدام على الضرر يثبت موضوع الخيار إذا الجزء الآخر و هو الغبن محرز بالوجدان و اما العلم و الجهل فلا

يترتب عليهما الأثر بوجه الآ من جهة ان العلم من مقدمات عدم الاقدام على الضرر و الجهل من مقدمات الاقدام على الضرر و لا يكون أصاله عدم الاقدام على الضرر مثبتا و توضيح ذلك ان الشرط الضمنى موجود فى كل معاملة بتساوى القيمتين سواء كانا ملتفتين بذلك أم لا و قد جرت المعامله على الأشياء بهذا الشرط و إذا شككنا فى ان المغبون هل أقدم على المعامله مع العلم بعدم التساوى بحيث يكون اقدامه على الضرر مزيلا لهذا الشرط فالأصل عدمه اى عدم اقدامه على ذلك فيكون الشرط باقيا على حاله مع كون الضرر وجدانيا فلا- يترتب ثبوت الشرط على الأصل بل الشرط ثابت ببناء العقلاء(على انا نشك فى اعتبار الملكيه بعد الفسخ للغابن فالأصل عدمه الآ ان يعارض بمثله و تحقيق الكلام فى الاستصحاب).

و على الجملة هذا الذى أفاده المصنف قدس سرّه متين لو بدل أصاله عدم العلم بأصاله عدم الإقدام فإن عدم العلم ليس موضوعا للخيار بل الموضوع هو الضرر مع عدم اقدامه عليه اى مقيدا بذلك فلا شبهه ان الضرر محرز بالوجدان و القيد محرز بالأصل فيثبت الحكم و هو الخيار للمغبون بالأصل الموضوعى الحاكم على أصاله اللزوم.

هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبره و الآ فالظاهر عدم الاعتناء بقوله فإنه لا معنى لكونه أهل الخبره و مع ذلك يدعى الجهل بالقيمه فإنه يرجع الى التناقض أو يكون دعواه غير عقلائى أصلا فإن مقتضى الظاهر من كونه من أهل الخبره هو صدور المعامله منه عن علم فان دعوى كونه جاهلا بالقيمه نظير ان يدعى أحد ليس له مال و لا صنعه بل يتعيش التسؤل ان لى على ذمه فلان خمسين ألف دينار فإنه لا يسمع منه أصلا

و لا- يترتب عليه أثر التداعى و المحاكمه الا ان يدعى الغفله على ذلك و كان دعواه الغفله عقلائيا فإنه حينئذ يسمع دعواه و لكن يكون قوله مخالفا للظاهر و يكون مدعىا لذلك فان الظاهر ان المعامله قد صدرت منه فى غير حال الغفله و انه أقدم على الغبن عن علم لكونه من أهل الخيره كما هو واضح و على هذا فلا بد له من اقامه البيئه على ذلك أو يحلف الآخر بأنه لا يعلم بكونه عافلا بالقيمه حال العقد أو انه كان غير غافل عن ذلك ان كان يعلم انه لم يكن غافلا عن القيمه حال العقد.

و قد يتوهم انه إذا ادعى الغفله يسمع دعواه فان ما لا يعلم الآ من قبله فيسمع دعواه فيه.

و قد أجاب عنه المصنف بما فيه من الخلط بين الكبيرين إحداهما دعوى قبول قول المدعى فيما يتعسر عليه إقامه البيئه و الثانيه دعوى قبول قول المدعى فيما لا- يعلم الا من قبله و نقض عليه بان هذا يستلزم قبول دعوى مدعى الفساد مع تعسر إقامه البيئه عليه.

اما الكبرى الاولى فلا- دليل عليه أصلا و الا فيلتزم ان يقبل قول كل من يدعى شيئا و لكن على نحو يتعسر عليه إقامه البيئه و حينئذ فيلزم تأسيس فقه جديد على ان اليمين للمنكر دون المدعى و اما الكبرى الثانيه فلم يثبت إلا فى موارد خاصه اعنى دعوى المرأه كونها حاملا أو حائضا أو طاهره و انها خرجت عن العده و اما فى غيره هذه الموارد فلا دليل عليه بوجه على انا لو سلّمنا صدق الكبيرين فلا نسلم كون المقام منهما أو من أحدهما فإنه لا يتعسر إقامه المدعى البيئه على غفلته حيث انه يقيم البيئه على انه كان مشغولا بأمور آخر أو كان مصابا من جهات قد وقع من اختلال الأفكار و لم يدر انه اى شىء فعل و كذلك لا نسلم كون المقام مما لا يعلم الآ

من قبله.

و بالجمله فاصل الغفله و ان كان امرا نفسيا لا يعلم الا من قبل الشخص و لكنها معلومه للغير أيضا بحسب الآثار كسائر الملكات و الافعال و الصفات النفسانيه كالعداله و العلم و نحوهما.

و هذا لا شبهه فيه و اين هذا مما يتعسر عليه إقامه البينه أو لا يعلم الا من قبله.

و اما إذا كان الاختلاف فى زياده القيمه و نقصانها و كان منشئه أى أمر من الأمور المذكوره من الزمان أو المكان أو التغير فنقول قد يكون الاختلاف فى زياده الثمن و نقصانه من حيث الاختلاف فى أصل قيمه الشئ مع اتفاقهما على ما وقع عليه العقد كما إذا اتفقا على ان العقد وقع على خمسين و لكن يدعى المشتري ان قيمته ثلثين فحصل فيه المغبن و يدعى البائع ان قيمته خمسين فلا غبن فيه مع اتفاقهما على ان العقد قد وقع على خمسين.

و هذا يكثر وقوعه فى الأشياء التى يقل وجودها فى السوق بحيث تخفى قيمته على المتبايعين كالجواهر و نحوها و الا فيعرضون المتاع للسوق و يكشفون عن قيمتها.

الصوره الثانيه: ان يكون الاختلاف فيما وقع على المعقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على خمسه و عشرين و العين تساوى عشره فله حق الفسخ فيفسخ العقد فى خمسه و عشرين و اما العشره فلم يقع عليه العقد و يدعى البائع ان العقد قد وقع على عشره فلا غبن حتى يثبت للمشتري خيار الغبن.

الصوره الثالثه ان يكون النزاع فى التغير و عدمه بان يدعى أحدهما

ص: ٣١٩

من الغابن أو المغبون التغير و يدعى الآخر عدمه و هذه الصورة الثالثة تنحل الى ثلثة أقسام:الأول ان يتفقا على ان قيمه العين كانت عشره قبل وقوع العقد عليه و قد اشتراه المشتري بثلاثين أو كان قيمه قبل العقد ثلثين و قد باعه من شخص بعشرين فالغابن فى الشق الأول يدعى التغير و كون قيمه حال وقوع العقد على العين بثلثين ديناراً و فى الثانى يدعى التغير و هو المشتري و يقول ان قيمه تغيرت و كانت عند وقوع العقد على العين بعشرين و لو كانت قبله ثلثين.

الثانى ان يقع الاختلاف فى حال وقوع العقد على المبيع مع اتفاقهما على القيمة الفعلية بان يدعى البائع ان المبيع حال العقد يسوى عشره و انما تنزلت قيمته فعلاً و صارت ثمانيه فلا غبن لكون التغير فى ملك المشتري و الحاصل ان البائع يدعى التغير و المشتري يدعى عدم التغير و كون المبيع فى حال وقوع العقد عليه يسوى بثمانيه فالمعامله غبنه فله الخيار.

الثالث:ان تكون قيمه العين قبل وقوع العقد عليها عشرين و بعده أيضاً كذلك و لكن يدعى البائع انها لم تتغير و انما وقع العقد على العين حال كون قيمتها عشرين كما انها تساوى عشرين بالفعل فيكون مغبونا و يدعى المشتري ان قيمتها و ان كانت قبل وقوع العقد عليها تساوى عشرين و كذلك بعده و لكن تغيرت عند وقوع العقد عليها و كانت تساوى بعشره فليس هنا غبن و قد ادعى المصنف فى جميع هذه الصور كما هو مقتضى إطلاق كلامه لزوم العقد لوجهين الأول أصاله عدم التغير و انه موافق للزوم و مرادف له.

و فيه أولاً انه لا يثبت الخيار الا على القول بالأصل المثبت فان

عدم التغيير ليس موضوعا للخيار كما هو واضح على أنه لا يعتم أصل عدم التغيير جميع صور الاختلاف فان فى الصوره الاولى اعنى ما كان الاختلاف فى أصل القيمه و فى الصوره الثانيه اعنى ما كان الاختلاف فيما وقع عليه العقد ليس الاختلاف و النزاع فى التغيير و عدمه حتى نجرى فيه أصاله عدم التغيير بل فيما وقع عليه العقد كما هو واضح.

و ثانيا أن أصاله عدم التغيير ليس موافقا للزوم العقد دائما بل قد يكون مفاده ثبوت الخيار مع قطع النظر عن المثبته كما عرفت فى الشق الأول و الثانى و هو واضح.

الوجه الثانى ممّا استدل المصنف على اللزوم هو أصاله اللزوم و فيه ان كان المراد من ذلك اللزوم و المستفاد من أدله اللزوم من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحل الله البيع و تجاره عن تراض و غير ذلك من أدله اللزوم فلا شبهه فى عدم صحه ذلك فإنه قد خصصت تلك العمومات و شكك فى أن الفرد المشكوك من الخارج أن من الباقي تحت العام و من الواضح أن إثبات اللزوم فيه من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه فلا يجوز و ان كان المراد منه الأصل الحكيمى أعنى استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ بحيث تكون النتيجة هى اللزوم و هو و ان كان له وجه بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيميه و لكن يمكن المناقشه فيه أيضا من جهه أن الشك فى ان الملكيه المجعوله انما هى محدوده بما بعد الفسخ أو مطلق لا يرفعه الفسخ فلا يكون الاستصحاب جاريا للشك فى أصل الجعل فيكون معارضا بأصاله عدم الجعل و على الجملة فلا وجه لجريان الاستصحاب أى أصاله اللزوم هنا.

و التحقيق أن يقال: أن المراد من الشرط الضمنى فى المعامله

الذى عليه يدور خيار الغبن وجودا و عدما ان كان هو تساوى القيمة أى تساوى الثمن و المثلث فحينئذ يكون الشرط عنوانا وجودا فلا شبهه فى أنه كلما شككنا فى هذا العنوان الوجودى فالأصل عدمه فتكون النتيجة هو الخيار لعدم حصول الشرط فى جميع تلك الصور المتقدمه كما هو واضح.

و ان كان المراد من الشرط هو عدم الخديعه و أن لا يخدع كل منهما الآخر و أن لا تكون القيمة زائده عن القيمة السوقيه و أن لا يشتري المشتري بأقل من القيمة السوقيه بحيث يكون الشرط عنوانا عدميا فح لا شبهه فى كون الأصل الجارى هنا موافقا للزوم العقد فإن أصاله عدم الزيادة عن القيمة السوقيه و أصاله عدم النقيصه هى أصل العدم الأزلئ يوافق لزوم العقد فيكون الأصل الجارى ح موافق للزوم العقد كما هو واضح و يؤيد إطلاق القوم خيار الغبن على ذلك فإنه يلازم كون الشرط هو عدم الخديعه و بعبارة أخرى كلما شككنا فى الزيادة أو النقيصه فأصاله عدم الأزلئ تحكم بعدمه فلا يترتب عليه محذور أصلا فيكون مفاد هذا الأصل موافقا للزوم العقد كما هو واضح و هذا من جمله الثمرات بين كون دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى و هذه نعمه الثمره.

الأمر الثانى: أن يكون التفاوت فاحشا

و هذا الشرط مما لا ريب فيه فإنه لا شبهه فى تفاوت قيمه الأشياء بحسب الأسواق بل بحسب الدكاكين حتى الشئ الواحد و لو كان مطلق التفاوت موجبا للغبن لم تبق معاملته إلا و يكون فيه الغبن و لذا قيدوا التفاوت بكونه ممّا لا يتسامح.

و أنما الكلام فى تعيين حدّ ما يتسامح فيه و ما لا يتسامح فعن بعض العامه أن التفاوت بالثلث ممّا يتسامح فيه و أشكال عليه المصنف

بان التفاوت بهذا المقدار ممّا لا يتسامح فيه قطعاً بل التفاوت بالربع بل بالخمس أيضاً ممّا لا يتسامح فيه و سكت عن التفاوت بما فوق الخمس أقول الظاهر أن ذلك يختلف باختلاف المعاملات فإنه قد يكون التفاوت بالخمس مما يتسامح فيه بل يكون التفاوت بأقل منه أيضاً ممّا يتسامح فيه كما إذا كانت المعاملة فى المحقرات كأن اشترى خضره من الخضراوات بخمس أفلس مع أنه يساوى بأربعة أفلس أو ثلثه و نصف فإنه لا- يعنى على ذلك فى العرف و لا يقال انه معاملة غبنه و قد يكون التفاوت بالخمس بل العشر بل المائة غبنا كما إذا باع ما يساوى أربعة آلاف بخمسة آلاف أو باع ما يساوى مائة مليون بمائة و واحد مليون فإنه لا شبهه فى كون المعاملة حينئذ غبنه.

نعم الواحد فى ألف لا- يكون غبنا قطعاً و على الجملة قد يكون التفاوت غبنا بلا شبهه و قد لا يكون غبنا بلا شبهه لكونه مما يتسامح فيه و قد يشك فى كونه غبنا و عدم كونه غبنا و لا بدّ و أن يلاحظ فى أن مقتضى القاعدة حينئذ أى شىء يقتضى.

و قد يقال كما عن شيخنا الأستاذ إذا كان الشك فى المصداق فلا يمكن التمسك بقاعده نفي الضرر لان التخصيص و ان كان ليلى اعنى بناء العقلاء على عدم الاعتناء بضرر يتسامح فيه و وقع الاقدام عليه الا- أن الخارج إذا كان عنواناً كلياً كخروج يد المحسن عن قاعده على اليد يكون للبي كالفظى فى عدم جواز التمسك بعموم العلم فى الشبهه المصداقيه.

و لكن يرد عليه أن هذا الكلام أنّما يجرى فيما إذا كان هنا خارج معلوم و لكن يشك فى أن المشكوك من الخارج أو من الافراد الباقية تحت

العام و أما المقام فأجنى عن ذلك فان الضرر له مراتب فيصدق عليها على نحو التشكيل فمرتبه منها خارج قطعا و هي ما أقدم عليها المتبايعان و الباقي مشكوك فيتمسك بإطلاق الدليل كما هو واضح فالمقام لا ربط له بالشبهه المصدقيه أصلا و ذكر المصنف أو لا أن المرجع في ذلك أولا هو أصله ثبوت الخيار لانه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه فان الخارج من دليل لا ضرر هو الضرر الذى يتسامح و أما ما يشك في كونه مما يتسامح أو لا فيبقى تحت الإطلاق. ثم عدم عن ذلك و وجه اللزوم و ذكر أنه يحتمل الرجوع الى أصله اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يناقشون فيه و لا يكون موردا للتسامح بل يعد ضررا عند العقلاء و أما في غير فيشك في خروجه عن تحت الأدله الداله على لزوم العقد و عدمه فيرجع الى العمومات لعدم ثبوت مخصص هنا ليرفع اليد عن العمومات كما لا يخفى.

أقول ان كان دليل خيار الغبن هو دليل نفي الضرر فلا بدّ من اختيار الوجه الأول فلا مسوغ له لرفع اليد عن الأول و الميل الى الثانى و ذلك فان المخصص للعمومات الداله على لزوم العقد حينئذ هو دليل نفي الضرر و هو دليل لفظى يتمسك بإطلاقه فى كل مورد يصدق فيه الضرر إلا إذا ثبت التخصيص و من الواضح أن التخصيص انما هو اقدم المغبون بالضرر فيرفع اليد عنه بالمقدار الذى ثبت فيه الاقدام و فى البقيه يرجع الى دليل نفي الضرر حتى لو لم يكن دليل على خروج الضرر الذى يتسامح فيه أو أقدم عليه المغبون لشملة إطلاق دليل نفي الضرر و لكن خرج ذلك ببناء العقلاء ففى غيره نرجع إلى الإطلاق.

و توهم أن التمسك فى المورد المشكوك بدليل نفي الضرر تمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه قد تقدم جوابه كما هو واضح و لكن قد عرفت أن دليل نفي الضرر لا يكون دليلا لخيار الغبن كما لا يخفى.

و أما إذا كان الدليل لخيار الغبن هو الشرط الضمنى و بناء العقلاء على أن المعامله مشروط بتساوى القيمتين فلو زاد الثمن على قيمه المثلن أو زادت قيمه المثلن على الثمن ثبت الخيار للآخر كما هو واضح.

و عليه فما ذكره من أصله اللزوم هو المتع و الوجه فى ذلك أن المعامله انما وقعت على المبيع مطلقا من غير تقييد بقيد بحسب اللفظ فمقتضى الإطلاق فى مقام الثبوت هو عدم تقيدها بقيد و بحسب تبعيه مقام الثبوت و نفس الأمر لمقام الإثبات فكشف الإطلاق فى مقام الثبوت أيضا فنحكم بكون العقد مطلقا فيكون مشمولاً لأدله اللزوم و ليس فى المقام شىء يصلح للقرينيه إلا ما نذكره و ليس أزيد من ذلك شىء يصلح للقرينيه نعم قد ثبت التقييد بحسب الارتكاز و بناء العقلاء لنا فى صورته عدم تساوى القيمتين على نحو لا يتسامح فإنه قامت السيره القطعيه على اعتبار التساوى بين القيمتين و مع التخلف على نحو لا يتسامح الذى مورد الشرط قطعاً يثبت الخيار للمغبون و أما فى غير هذه الصوره ليس هنا دليل لفظى نتمسك به و نحكم بثبوت الخيار بل لا بد من أخذ إطلاق الكلام فى المعامله و التمسك بأدله اللزوم كما هو واضح و هذا هو الصحيح فى المقام كما لا يخفى.

قوله بقى هنا شىء و هو الفرق بين الضرر الشخصى و النوعى

و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أقول قد ذكر المصنف بما حاصل كلامه أن دليل رفع الضرر فى الإسلام انما هو دليل واحد يشمل على أفراده على نسق واحد سواء كان المورد من المعاملات أو من العبادات و على هذا فما الفارق بين المعاملات حيث ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى باب المعاملات ان الضرر نوعى

فيلاحظ فيه نوع الناس مع قطع النظر عن ملاحظه حال الناس و لكن فى باب العبادات ذكروا أنه شخصى فيلاحظ فيه حال الأشخاص. و بعبارة أخرى ذكروا أن المناط فى باب المعاملات هو ملاحظه الضرر بالنسبه إلى المال بحيث يصدق عليه أنه ضرر مالى و لذا إذا تحقق فى مورد ثبت عليه حكمه سواء تضرر به صاحب المال أو لم يتضرر بأضعاف مقابله من المضرات و لكن المناط فى باب العبادات حال الأشخاص و لذا ذكروا أنه كان شراء ماء الوضوء لا يضر على حال شخص لا يرتفع و ان كان هنا ضرر مالى و بلغ ما بلغ و أما إذا كان مضرا لشخص فإنه يرتفع بدليل نفي الضرر و ما الفارق بين المقامين و كذلك الحال فى دليل نفي الحرج.

أقول و الذى ينبغى أن يقال أن نفي الضرر و نفي الحرج كسائر الأحكام تابع لموضوعهما ففى كل مورد تحقق ضرر أو حرج ثبت نفي الحرج و الضرر كما هو الحال فى سائر بالأحكام الثابته على الموضوعات على عنوان القضييه الحقيقيه كما أن بقيه الأحكام تدور مدار ثبوت الموضوع و عدمه نفيًا و إثباتًا و يلاحظ بحسب حال كل شخص شخص و هكذا الضرر و الحرج و نفيهما فأدله نفي الضرر و نفي الحرج ناظره إلى نفي الحرج و الضرر عن الموضوعات المحققه مثلاً قد ورد فى الشريعه أنه إذا زالت الشمس وجب الظهران و من الواضح أن هذا حكم كلى ثابت بعنوان القضييه الحقيقيه و يلاحظ بالنسبه الى كل شخص لكونه موضوعاً لهذا الحكم فزوال كل شخص يلاحظ بالنسبه فأى شخص أدرك الزوال صار موضوعاً لوجوب الصلاه مع دركه بقيه الشرائط فيلاحظ زواله بالنسبه اليه و لا- يقال زال أى نقطه من النقاط بالنسبه إليه بحيث إذا تحقق فى نقطه وجب الظهران على

شخص و ان لم يكن فى هذه النقطة بل فى نقطه كانت ليلا حين الزوال فى تلك النقطة كما هو واضح. و على هذا فدلّيل نفى الحرج و الضرر حكمان وارد ان على موضوع مقدار الوجود أى بعنوان قضيه الحقيقه ففى أى مورد تحقق الضرر فى أى نحو كان سواء كان مالياً أو عرضياً أو نفسياً أو غير ذلك لشملة حكمه سواء كان المورد عباده أم معامله فان الضرر المالى أيضاً ضرر فلا وجه أصلاً لملاحظه الضرر و الحرج نوعياً بل لا أساس له و أنّما هما كبقية القضايا الحقيقه كما هو واضح و عليه فلا يفرق بين المعاملات و العبادات أصلاً نعم قد يكون نفس الضرر و الحرج موضوعاً للحكم أو حكمه للتشريع كما ان اختلاط المياه حكمه لتشريع العده و هو مطلب آخر غير مربوط بنفس لا ضرر و لا حرج الذين كبقية الأحكام الشرعيه كما هو واضح و هذا كما فى قوله (صلى الله عليه و آله) لو لا أشق على أمتى لا مرتهم بالسواك و لو لم يكن حرج على الأمة لحكم بنجاسه الحديد، و أما ملاحظه الضرر بحسب الأحوال فى باب الوضوء فهو بنص خاص فى باب الوضوء و أنه لا بدّ و أن يشتري الماء للوضوء و ان بلغ ما بلغ إلا أن يكون مضراً بحاله بحيث له عيال يموتون جوعاً لو اعطى ماله و أخذ ماء للوضوء و يكون الضرر مجحفاً عليه أى لا يبقى له مال يمون به عياله فباب الوضوء انما خصص لهذا النص الخاص و من هنا يلتزم الفقهاء رضوان الله عليهم بذلك فى غير باب الوضوء من العبادات كما إذا صلى فى مكان فلانى لسرق السارق ماله فافهم و هكذا.

ثمّ انه ذكر المصنف فى آخر كلامه أنه يمكن الالتزام بعدم الضرر أصلاً فى باب العبادات لان ما يصل اليه من الأجر أعظم مما يفوت عنه من المال و قد وقع فى مقابل ماله أجر كما أنه لا يقال أن فلانا تضرر إذا

باع ماله و أخذ الدينار فان فى مقابل ماله وصل اليه الدينار فلما ذا يكون ضرر عليه.

و فيه أولا- النقض بسائر أبواب العبادات فإنهم لم يلتزموا بذلك فى غير باب الوضوء كما أشرنا اليه و ثانيا أن وصول الأجر إليه غير معلوم فإنه مع نفي الحكم بأدله نفي الضرر و حكمه أدلته على الأحكام الأوليه لا يبقى هنا أمر بالوضوء حتى يوجر و يصل اليه الثواب فان الثواب إنما يترتب على امتثال الأمر لا على مجرد الحركات الخارجيه.

و الحاصل أنه ذكر المصنف أن الضرر المالى فى باب الوضوء لا يتحقق فإنه يحصل فى مقابله أجر له فلا يكون ضررا عليه و قد ذكر وجه ذلك فى قاعده لا ضرر حيث قال أن المنفى بدليل نفي الضرر إنما هو الضرر الغير المتدارك و الضرر هنا متدارك بالثواب أو أن هنا ليس ضرر أصلا حتى يكون متداركا فان ذلك نظير إعطاء الفلوس و أخذ المتاع كما لا يخفى.

فافهم و عليه فلا يكون الضرر المالى فى باب الوضوء ضررا.

أقول: أما تفصيل نفي الضرر بالضرر الغير المتدارك مما لا وجه له أصلا لعدم الدليل عليه و أما أن القول بأنه ليس هنا ضرر لوصول الأجر عليه فهو يشبهه العرفان بداهه أن هذا ضرر بلا شبهه على أنه لو كان وصول الأجر فى مقابل المال فى باب الوضوء موجبا لتدارك الضرر أو أن لا- يكون هنا ضررا أصلا فلازم ذلك أن نقول بذلك فى جميع أبواب العبادات مثلا لو توقف تحصيل الماء على بذل مال كثير لا بد من بذله لعدم الضرر فيه مع أنه لم يقل به فقيه على أنك قد عرفت أن وصول الأجر إليه غير معلوم كما لا يخفى.

قوله فيقع الإشكال فى تصوير غبن كل من المتبايعين معا أقول

قد وقع الكلام في تصوير الغبن من الطرفين البائع و المشتري في المعامله و ذكروا في تصوير ذلك وجوها: الأول ما ذكره صاحب القوانين عند السؤال عن عباده اللمعه في تصوير الغبن من الطرفين و حاصله أنه لو باع متاعه بأربعة توأمين على أن يعطيه ثمانيه دنانير يزعم أن ثمانيه دنانير يسوى أربعة توأمين و الحال أن المتاع يسوى بخمسه توأمين و أن ثمانيه دنانير تسوى بخمسه توأمين فإنه حينئذ يكون البائع مغبوناً لأنه باع ما يسوى بخمسه توأمين بأربعة توأمين و المشتري مغبون لأن أعطى ثمانيه دنانير بزعم أنه يسوى بأربعة دنانير مع أنه يسوى في الواقع بخمسه و قد اشكال عليه المصنف بأنه انما يلاحظ الغبن في المعامله بالنسبه إلى مجموع ما يرجع إليها من الشرائط و العوض و المعوض و من الواضح أنها ليست بمعامله غبنيه من حيث المجموع فلا يكون هذا وجهاً لتصوير الغبن من الطرفين لأن هذه المعامله مع ملاحظه الشرائط مجموعاً من حيث المجموع ليست بمعامله غبنيه و بعبارة أخرى ان كان الشرط و المشروط ملحوظاً معاً و لو حظ معامله و أخذه مستقله فلا شبهه أنها ليست بغبنيه و ان كان الشرط أجنبياً عن المشروط و لم يكن له تماس بالمعامله بل لو حظته مستقلاً فيكون هنا معاملتان فيكون المغبون في أحد هما المشتري و في الآخر البائع كما لا يخفى و من هنا ظهر الجواب عما نقله المصنف عن بعض معاصيره من فرض المسأله فيما إذا باع شيئاً في عقد واحد بثمانين مثلاً بأن باع كتاب المكاسب و كتاب الرسائل صفقه واحده و لو حظ كتاب الرسائل نصف دينار مع أنه يسوى بدينار و كتاب المكاسب بدينارين و نصف مع أنه يسوى بدينارين ففي هذه المعامله يكون كل من البائع و المشتري مغبوناً كما هو واضح.

و وجه الظهور أنه ان لو حظ مجموع الكتابين مبيعا واحدا فيلاحظ المجموع من حيث المجموع و من الواضح أن المجموع من حيث المجموع ليس بمعامله غيبه و ان لو حظ كل من الكتابين مبيعا واحدا مستقلا فيكون البائع مغبونا في أحد هما و المشتري مغبونا في الآخر فلم تكن هنا معامله يتصور فيها الغبن من الطرفين كما هو واضح.

و منها ما ذكره بعض من فرض المتعاملين وقت العقد في مكانين مع كون قيمه المثلث مختلفا بحسب المكانين كما إذا فرضنا أن المبيع هو الحنطه و كان ثمن كل من منها في خارج البلد ديناراً لنزول العسكر فيه مثلا- و لكن في داخل البلد نصف دينار فاشترى البلدى من أهل الخارج بكل من بثلته أرباع دينار فإنه يكون البائع مغبونا في هذه المعامله فإن الفرض أن كل من الحنطه كان ديناراً فقد باعها بثلته أرباع دينار و المشتري أيضا مغبون فان المفروض أن قيمه الحنطه في البلد كانت كل من بنصف دينار و قد صار مغبونا بربع دينار.

و فيه أن المراد من الغبن في المعامله هو ملاحظه مكان تحققها فان كان بيع الحنطه في خارج البلد مع كون التسليم فيه و من الواضح ان البائع مغبون فإن قيمه كل من الحنطه في ذلك المكان دينار فقد باعه بثلته أرباع دينار و ان كان البيع في البلد أو بشرط أن يسلم المبيع في البلد فيكون المشتري مغبونا كما لا يخفى فلا يلاحظ المكانين في معامله واحده كما هو واضح لا يخفى فافهم.

و قد نقل المصنف عن مفتاح الكرامه تصوير كون الغبن من الطرفين بحسب الحكم الظاهري دون الواقعي كما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن كما إذا باع ثوبا بفرس بطن المساواه ثم ادعى كل منهما نقص

ما فى يده عما فى يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتخالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه، مع أن فى الواقع المغبون أحدهما لا كلاهما.

أقول هذا انما يبتنى على ان كل من يدعى شيئا و يتعسر عليه إقامه البينه فإنه يقبل قوله مع يمينه كما تقدم و عليه فكل من البائع و المشتري إنما يتعسر عليه إقامه البينه فيقبل قوله مع يمينه فيثبت ما يدعيه من الغبن و لكن قد عرفت انه لا دليل عليه خصوصا إذا كانت الدعوى مما يطلع عليه كل احد و انما لم يطلع عليه من جهة العوارض كعدم وجود من يطلع عليهما فى مقام البيع ليكون بينه للواقعه و قلنا فى السابق ان الحلف انما هو للمنكر و ليس منه وظيفه المدعى الحلف.

و اما بناء على فساد هذا المبني كما هو كذلك فيكون من يدعى الغبن مدعىا و الآخر منكرًا فللمدعى البينه و للمنكر اليمين و مع كون كل منهما مدعىا للغبن و منكرًا لكون الآخر مغبونا فيتخالفان فيحكم بعدم غبن كل منهما لا بغبن كليهما فلا يكون لأى منهما خيارا أصلا كما عرفت على ان مقتضى التحالف ان يحلف كل منهما على انه لم يغبن الآخر فيكون مقتضى ذلك ان لا يكون ان منهما مغبونا لا ان يكون كلاهما مغبونا و هو واضح.

فتحصل انه لا يمكن تصوير الغبن من الطرفين فى معامله واحده كما ذكره بعض المحشين للروضه و قال (فلا يعقل كونهما معا مغبونين و الا- لزم كون الثمن أقل من قيمه السوقيه و أكثر و هو محال فتم) نعم يمكن تصوير ذلك إذا كان الغبن بمعنى مطلق الخديعه كما إذا باع فرشا بأربعه دنانير على انه من شغل كاشان فبان انه من شغل همدان و مع

ذلك انه يسوى بثمانيه دنانير و حينئذ فقد خدع كل منهما فى هذه المعامله و هو واضح.

و الذى ينبغى ان يقال انه كان مدرك خيار الغبن هو دليل نفى الضرر يمكن فرض الغبن من الطرفين بخلافه إذا كان مدركه الشرط الضمنى الذى ذكرناه اما الأول كما إذا باع حطبا من زيد كل حقه بمائه فلس مع كون الحطب كل حقه بدرهم و اشتراط المشتري عليه ان ذلك من خشبه أبنيته و واضح ان هذه المعامله ضرريه لكل من البائع و المشتري اما كونها ضرريه للبائع فلان تسليم المبيع يتوقف على تخريب الدار و هو ضرر على البائع، و اما كونه ضررا على المشتري فلان قيمه الحطب انما هى كل حقه بدرهم و قد باع منه البائع كل حقه بمائه فلس فيكون الدرهم زائدا عن قيمه السوقيه و لا يجرى هنا ما ذكره المصنف من الجواب عن المحقق القمى فإن هذا الشرط ليس له دخل فى زياده الثمن أصلا فإنه لا يفرق فى الحطب بين كونه من أخشاب البناء و بين كونه من أخشاب الحديد بل ربما يوجب كونه من أخشاب البناء نقصا فى الحطب لكونه باليه كثيرا بخلاف ما إذا كان من أخشاب الحديد فهذا الشرط ليس مثل اشتراط كون أربعة توأمين ثمانيه دنانير (الا ان يقال ان هذا الشرط أيضا ليس له دخل فى المزيه و انما المزيه من جهه الخطاء فى التطبيق، من المقرر) و على هذا فيكون العقد جائزا من الطرفين كما هو واضح.

و اما إذا كان دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا يعقل الغبن من الطرفين بحيث يثبت الخيار للمتبايعين و يكون العقد جائزا من الطرفين. فان الشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى القيمتين أو عدم زياده قيمه و عدم نقصه لا يعقل الا من طرف واحد فيكون الغبن من

طرف واحد كما هو واضح فافهم.

قوله مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف

أشاره

عقلى عن ثبوته حين العقد

أقول: قد عرفت انه لا شبهه فى ثبوت خيار الغبن فى المعاملات و انما الكلام فى ان ثبوت هذا الخيار من حين تبين الغبن أو من حين العقد وجهان و قد اختلف كلمات كلمات الفقهاء فى ذلك اختلافا شديدا و صار ذلك منشا للوجهين و قد جمع المصنف بين شتات آرائهم بالفرق بين ثبوت الخيار فعلا- بحيث يكون لذى الخيار سلطنه فعليه على الفسخ و بين ظهور الخيار له واقعا فالأول لا- يثبت الا بعد ظهور الغبن بخلاف الثانى ثم تكلم فى آثار ذلك الخيار و لكن الظاهر انه لا وجه لذلك التفصيل فان معنى الخيار هو السلطنه الفعلية اعنى السلطنه على فسخ العقد كما تقدم فى أول الخيارات و إذا ثبت ثبت له ذلك و الا فلا يعنى معنى ثبوت الخيار هو ثبوت السلطنه الذى الخيار على فسخ العقد كما هو واضح فليس لهذا التفصيل مجال أصلا.

و انما المهم هو التكلم فى جهتين:

الأولى فى ان هذا الخيار

ثابت من الأول أو من حين تبين الغبن

و الذى ينبغى ان يقال: انه لا بد من ملاحظه دليل هذا الخيار فلو قلنا بكون دليله هو دليل نفي الضرر كما ذهب اليه المشهور من المتأخرين و اختاره المصنف أو قلنا بان دليله هو الشرط الضمنى فعلى كان حال فلا شبهه فى كونه ثابتا من الأول فإن دليل نفي الضرر ينفي الضرر الواقعى و كك ان شرط الضمنى هو اشتراط التساوى الواقعى بين العوضين ان كون هذا لازم الشرط الضمنى كما تقدم فان الشرط الضمنى هو عدم الزيادة أو عدم النقصه اى بشرط كل من المتبايعين على الآخر بان لا يكون ما له زائدا عن مال

ص: ٣٣٣

طرفه بما لا يتسامحه و هذا واضح و نعبر عن ذلك بلازمه اعنى تساوى القيمتين. و على الجملة فبناء على كون دليل خيار الغبن اى من هذين الوجهين يثبت الخيار للمغبون من الأول كما هو واضح.

نعم لو كان دليل خيار الغبن هو الإجماع أو ما تقدمت الإشارة إليه من النبوى حيث نهى عن تلقى الركابان و قال إذا جائوا بالسوق فلهم الخيار بناء على انصراف ذلك النبوى إلى صورته ظهور الغبن لا إثبات الخيار على وجه الإطلاق بمجرد المجيء إلى السوق سواء ظهر غبن فى المعامله أم لا- كما ذهب اليه ابن إدريس الذى هو خلاف منصرف النبوى فإنه بناء على ما هو الظاهر من النبوى من كونهم ذى خيار بعد مجيئهم إلى السوق إذا تبين لهم الغبن لا- مطلقا فإنه لا معنى لثبوت الخيار لهم بعد المجيء إلى السوق تعبدًا و الا- لكان ثابتًا من الأول و كيف كان فبناء على ظاهر النبوى فيكون دليلًا على ثبوت الخيار من حين تبين الغبن لا من حين العقد و كذلك لو كان المدرك هو الإجماع فإن المتيقن منه هو ثبوت الخيار مع ظهور الغبن و لكن يرد على الإجماع انه ليس بحجه و على النبوى انه ضعيف السند إذ لم نجده فى كتب الأصحاب المعده للحديث و انما ذكره فى كتب الاستدلال و أخذوهم من العامه، و لم ينجبر ضعفه بشيء إذ لم يثبت كون عملهم على طبقه و انما استندوا بغيره من الوجوه المذكوره فى المسأله بل ثبت عدم استنادهم اليه الا قليل كما يظهر من ملاحظه كلماتهم. على انه يمكن المناقشه فى دلالتها أيضا بدعوى ان المراد من ثبوت الخيار بعد المجى بالسوق هو تبين الغبن كما عرفت و ان هذا التبين طريق الى الواقع لا انه موضوع بنفسه لثبوت الخيار فحيث ان الغبن من الأول و ان كان تبينه من الان

فيثبت له الخيار من الأول و بعبارة اخرى انا لا- نحتمل ان العلم جزء الموضوع لثبوت خيار الغبن بل تمام الموضوع له انما هو الغبن لا- الغبن المعلوم فإذا ثبت الخيار للمغبون من الأول و نظير كون التبين هنا طريقا الى الواقع كتبين الفجر في شهر رمضان في قوله تعالى كُلُوا وَ اشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْمَأْيُوضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ فان التبين هنا ليس له موضوعه لحرمة الأكل بحيث لو لم يتبين الفجر الغيم و نحوه الى ان مضى ساعه من طلوع الشمس فأیضا يجوز الأكل فهذا غير محتمل قطعاً اذن فيكون التبين طريقاً الى الفجر كما هو واضح و كك في المقام.

فتحصل ان ثبوت خيار الغبن من حين العقد هذا ما يرجع الى الجهة الاولى و عليه فلا وجه لتفصيل المصنف بين ثبوت الخيار له واقعا و كونه ذى حق فى الواقع و بين ثبوت السلطنة الفعلية له فعلا على فسخ العقد.

الجهة الثانية أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن

و انه هل يترتب على هذا الخيار من الآثار ما يترتب على بقيه الخيارات من الآثار بعنوان الخيار من خصوصيه لإحدى الخيارات أو لا يترتب عليه آثار بقيه الخيارات أقول و من جملة آثار الخيار انتقاله إلى الورثة بعد موت المورث و عليه فان قلنا بثبوت خيار الغبن من حين العقد كما هو كذلك و مات المورث قبل ان يتبين الغبن فإنه يثبت الخيار لوارثه فان الخيار من الحقوق الذى يورث فلا- فارق فى ذلك بين خيار الغبن و سائر الخيارات و من جملة الآثار انه يجوز إسقاطه قبل ظهور الغبن كما إذا قال ان كان لى خيار فى هذا العقد فأسقطه أو يقول بنحو العموم ان كل خيار لى فقد أسقطه فإنه ح يسقط خياره هذا و ان لم يعلم به كما

هو واضح و الجبهه الأخرى من الثمرات انه وقع الخلاف بين العلماء فى انه يجوز التصرف فى الثمن أو المثلن فى زمان الخيار أولا فذهب بعضهم الى عدم الجواز مطلقا و بعضهم الى الجواز مطلقا و قد فصل بعضهم بين بيع الخيار فالتزم بعدم الجواز و بين غيره و التزم بالجواز و لكن ادعوا عدم الخلاف و ثبوت الاتفاق على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان خيار الغبن فان التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف و من المحتمل أن ذى الخيار يفسخ العقد و يرجع بالعين و ان التفاتهم على هذا انما هو بعد ظهور الغبن لا قبله و قد ذكروا انه يكشف من هذا الاتفاق ان خيار الغبن انما يثبت للمغبون من حين ظهور الغبن.

و لكن الظاهر ان جميع الخيارات فى ذلك على حد سواء ان جاز التصرف فى زمان الخيار جاز فى كلها و الا فلا يجوز فى شىء منها و انه لا يكون هذا الاتفاق مائزا بين المقامين و ذلك لعدم ثبوت هذا الاتفاق فإنه لا نطمئن باتفاقهم على عدم جواز التصرف قبل ظهور المغبين من جهة انهم يرون عدم جواز التصرف فى زمان الخيار و جوازه فى غير زمان الخيار و حيث انهم اتفقوا على جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيكشف من ذلك انه ليس لهم خيار قبل ظهور الغبن كما هو واضح و ليس لنا علم بذلك من جهة انه يحتمل قريبا ان جمله من القائلين بجواز التصرف فى العوضين قبل ظهور الغبن انهم التزموا بذلك لذهابهم الى جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار كما هو كذلك و عليه فلا يكون اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن كاشفا عن اتفاقهم على عدم ثبوت الخيار قبل ظهور الغبن. نعم لو كان لنا علم بان اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهة كونه غير زمان الخيار لكان ذلك كاشفا

عن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن و لكن انى لهم بإثباته.

على انه لا دليل على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار و توهم ان التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف لا- يكون مانعا عن ذلك لما عرفت سابقا ان متعلق الخيار هو العقد و هو باق حتى بعد تلف العين فإنه إذا عمل صاحب الخيار خياره يرجع الى بدل العين لا- الى نفسه نعم مع بقاء العين يرجع الى نفسها مع الفسخ و اما انه لا يجوز التصرف فى العين فى زمان الخيار فهو باطل فإنه بعد كونه مالا لمالكه فبأى وجه عن تصرفاته مع كون الناس مسلطا على أموالهم.

و من جملة الثمرات انه هل التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أو انه من مالكة و قد تقدم سابقا فى خيار المجلس و الحيوان ان مقتضى القاعده الأوليه هو كون تلف مال كل شخص على صاحبه و ان لا يحسب على شخص آخر و لكن قد ورد النص على ان تلف الحيوان فى زمان الخيار ممن لا- خيار له فان تعدينا الى غير خيار الحيوان و قلنا بكون تلف المبيع مطلقا فى زمان الخيار ممن لا خيار له و كذلك تعدينا الى تلف الثمن أيضا لقلنا فى جميع الخيارات و فى تلف الثمن و المثلن فى زمان الخيار فى جميع المعاملات حتى خيار المجعول الذى من مصاديقها خيار الغبن الثابت بخيار تخلف الشرط و ان اقتصرنا بمورد النص فقط فلا يحسب تلف المبيع أو الثمن على من لا خيار له فى زمن الخيار سواء كان خيار الغبن أو غيره و هو واضح جدا.

و لكن قد تقدم ان هذا الحكم قد ثبت فى مورد خاص بالنص فلا يجوز التعدى الى غير مورده فتكون القاعده الأوليه المذكوره محكمه فافهم

ص: ٣٣٧

و على كل حال فلو عمم ذلك اى كون التلف المبيع فى زمن الخيار ممن لا خيار له الى غير مورده لكن فى مورد خيار الغبن أيضا ممن لا خيار له قبل ظهور الغبن و بعده بناء على ما ذكرناه من ثبوته من الأول و ان لم يعلم به المغبون و من جمله الآثار انه إذا قلنا بثبوت الخيار من الأول و قلنا بكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا فيكون هنا أيضا مسقطا كما هو واضح.

و قد تقدم فيما سبق انه لم يثبت كون التصرف مسقطا تعبديا إلا فى مورد خاص اعنى بيع الحيوان فإنه ثبت فيه ان التصرف الخاص موجب لسقوط الخيار كقوله (عليه السلام) أ رأيت ان لامس أو قبل إلخ و كذلك ثبت كون التصرف مسقطا فى خيار المجلس و كذلك التصرف المغير و اما كون مطلق التصرف مسقطا للخيار فلم يثبت بدليل و انما كونه مسقطا من جهة الظهور العرفى و كونه ظاهرا فى إسقاط الخيار عرفا فكلما كان له ظهور فى الإسقاط الفعلى يحكم بمسقطيته و الا فلا.

و الحاصل ان الافعال كالأقوال فى إبراز ما فى الضمير و إظهاره فكما ان الاسقاط القولى موجب لسقوط الخيار و يكون كاشفا عن إبراز ما فى الضمير و كذلك الإسقاط الفعلى فإنه أيضا يكون من مصاديق الاسقاط و إذا لم يكن التصرف بحيث يكون من الاسقاط فلا- يكون له قابلية لإسقاط الخيار و ظهوره فى ذلك فيكون مثله (وجوده) كعدمه و المفروض انه لم يرد التعبد بكونه مسقطا على اى وجه اتفق كما هو واضح فافهم.

قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمر

أحدها إسقاطه بعد العقد

أقول يقع الكلام هنا فى أربع مسائل:

الأولى: ان يسقط خياره قبل العلم بالغبن مجانا.

ص: ٣٣٨

الثانية:الإسقاط به قبل العلم بظهور الغبن مع العوض.

الثالثة:الإسقاط به مع العلم به مع العوض.

و الرابعة:الإسقاط به مع العلم به مع عدم العوض.

اما المسأله الاولى فلا شبهه فى سقوط الخيار قبل العلم بالغبن بان يقول أسقط خيارى الغبن فى هذه المعامله و لا شبهه فى ذلك بناء على ثبوت الخيار من الأول غاية الأمر بأنه لا علم بالخيار فمجرد عدم العلم به لا يمنع عن تأثير الاسقاط فإنه لو قال احد كلما لى من الخيار فقد أسقطه فإنه لا شبهه فى شموله لكل خياره و ان كان لم يعلم به و هو واضح جدا.

و اما لو قلنا يكون حدوث الخيار بعد تبين الغبن فأسقط المغبون خياره بعد الغبن و قبل ظهوره و العلم فهل يجوز ذلك أم لا فذكر المصنف انه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتض للخيار و هو الغبن الواقعى و ان لم يعلم به و هذا كان فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه و لا يكون من قبيل إسقاط ما لم يجب.

و لكن يرد عليه ان المقتضى ان كان تام التأثير بحيث يؤثر فى المعلول بالفعل فيكون الخيار ثابتا بالفعل و لا يكون معلقا على حدوثه بعد العلم بالغبن و هو خلف الفرض.

و ان لم يكن المقتضى تام التأثير فلا يكون الاسقاط بمثل هذا المقتضى من تحت الاسقاط لما لم يجب فيبقى المحذور فى حاله.

و لكن الظاهر انه لم يدل دليل على عدم جواز الاسقاط بما لم يجب الا ما يتوهم من كونه تعليقا و من الواضح ان المتيقن من ذلك هو العقود بالنسبه إلى التعليق بأمر مجهول فلا يجرى فى غيره و على الجملة لا نعرف أساسا صحيحا لعدم جواز إسقاط ما لم يجب فلا نرى فى ان

يسقط الإنسان بما يتعلق له من الحق بدمه غيره قبل تعلقه بها و لم يرد في آيه و لا في روايه ما يمنع عن ذلك كما هو واضح لا يخفى بل هو من جهة الإجماع و لعله ليس إجماعا تعبديا بل من جهة عدم اعتبار العقلاء بمثل ذلك و يمكن ان يكون مدرک الإجماع ما ورد من النهى عن بيع ما لم يملك بعد و عن بيع ما ليس عندك و العقلاء لا يعتبرون الملكيه في أمثال ذلك أيضا و عليه فإذا اعتبر العقلاء أثرا عليه في مورد فلا مانع من إسقاط ما بم يجب.

ثم انه مع العلم بالغبن تاره يكون ما أسقطه من الغبن موافقا للواقع و هذا لا شبهه فيه و قد يكون أقل مما اعتقده و هذا أيضا لا شبهه فيه و قد يكون مخالفا بان يكون الغبن أزيد مما اعتقده فحينئذ يقع الكلام في صحه الإسقاط و عدمه و انه إسقاط للغبن من أصله أو بمقدار ما اعتقده و توضيح ذلك انه إذا أسقط خياره قبل العلم بالغبن باعتقاد انه إذا كان هنا غبن يكون خمسا في الخمسين و لكن لما تبين الحال فظهر انه مغبون في الخمسين بثلاثين فهل يسقط خياره مطلقا أو يسقط بالنسبه إلى مرتبه خاصه أعنى ما اعتقده في مقدار الغبن و قد عنون المصنف ذلك في صورته كون الغبن معلوما و لكن المسألتان من واد واحد فيجرى هذا البحث في كلتا المسألتين كما هو واضح.

و على كل حال فلا يمكن ان يكون المقام من باب التقييد بان يكون ما أسقطه من الخيار مقيدا بكون الغبن خمسه في الخمسين و يكون خياره باقيا في المرتبه اخرى التي لم يسقطها و بعبارته اخرى إسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبه الغبن لو كان موجبا لتقييد الاسقاط بتلك نظير تقييد المبيع بالصوره النوعيه لكان لعدم سقوط الخيار عند تبين زياده الغبن

عما احتمله أو اعتقده وجه الآ أنه لا يمكن التقييد فى المقام لان الخيار أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ولا يقبل التأكد و فى المقام لا يقبل التخصص بسبب دون سبب كما فى اجتماع خيارى الحيوان و المجلس فى عقد واحد فان مأه دينار مثلا مرتبه واحده من الغبن فلا يعقل إسقاط مقدار منه و بقاء مقدار آخر و اذن فىكون من قبيل الداعى يعنى أن اعتقاده بكون الغبن خمسسه فى الخمسين داعى إلى إسقاط خيار الغبن على ما هو عليه فى الواقع بأى نحو كان كما هو واضح و بأى مرتبه وصل فىكون إسقاطه خيار الغبن باعتقاد كونه بمقدار خاص إسقاطا لخيار غبنه من أصله و أساسه و لا يقاس ذلك باب الدين فإنه إذا اعتقد عمرو كون زيد مديونا له عشره دنانير و أسقطه فبان أنه مأه دينار أو اعتقد كذلك و قال أسقط جميع ما فى ذمه زيد من الدين لى فإنه لا بأس هنا من الالتزام بان الساقط عن ذمته انما هو بمقدار و عشره دنانير و لكن لا يمكن الالتزام بذلك هنا و الوجه فيه أن خيار الغبن كما عرفت أمر واحد بسيط ليس ذا مراتب ان سقط، سقط من أصله و ان لم يسقط فلا يسقط من أصله و قد قلنا أن اعتقاد كونه بمقدار خاص ثم إسقاطه من باب الداعى فىكون الإسقاط إسقاطا له من أصله و هذا بخلاف باب الدين فإنه منحل الى ديون متعدده نظير بيع أمور عديده فى صفقه واحده فإنه كما ينحل البيع هنا الى بيوع متعدده فكك الدين فمأه دينار من الدين منحل الى ديون عديده بحساب الدينار بل بحساب الدراهم بل أقل من الدرهم الى أن ينتهى الى ما لا يقبل المالىه و لا- ينصف بها و عليه فإسقاط مرتبه من الدين لا يضر ببقاء مرتبه أخرى فى ذمه المديون كما هو واضح و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بسقوط الخيار من أصله أو من الالتزام ببطلان الاسقاط

لبطلان التقييد كما عرفت و حيث عرفت أن الظاهر في مثل المقام هو الداعى فيكون إسقاطه بداعى كون الغبن بمقدار خمسه فى الخمسين فبان أنه بمقدار عشرين فى الخمسين إسقاطا لأصل خيار الغبن فلا يضر به تخلف الداعى.

نعم يمكن أن يقال بكون سقوط الخيار مشروطا بظهور الغبن بالمقدار الذى اعتقده بأن يكون إسقاط المغبون خياره معلقا يكون الغبن خمسه فى خمسين و الأ فلا يسقط خياره و هذا لا محذور فيه الا إشكال التعليق فان هذا الاسقاط ليس منجزا فيكون باطلا و لكن يرد عليه أن بطلان التعليق فى العقود و الإيقاعات لم يثبت بدليل لفظى بل بالإجماع و هو دليل لبي فلا بد من أخذ المتيقن من ذلك و هو ما لا يتوقف أصل تحقق العقد عليه و لعل الإجماع أيضا ليس بتعبدى بل من جهه أن العقلاء لا يعتبرون فى مثل موارد التعليق الملكيه كما لا يعتبرون فى بيع ما لم يملك فالمقام نظير طلاق مشكوك الزوجيه و عتق مشكوك الرقيه فإن مشكوكيه المعلق عليه لا يضر بصحة الطلاق و بصحة العتق فان الطلاق و العتق مّا يتوقف أصل تحققه على الزوجيه و الرقيه فلا يضر التعليق فى مثل ذلك بصحة العتق و الطلاق فقد ظهر من جميع ما تقدم حكم صورته الإسقاط مع العلم بالغبن.

و على الجملة أن المسقط الأول هو الاسقاط و قد ذكرنا أن فى المقام اربع ما سئل الاولى الاسقاط قبل العلم بالغبن و الثانيه الإسقاط بعد العلم بالغبن و الثالثه و الرابعه الفرضين مع كون الإسقاط فى مقابل العوض.

أما المسألتان الأولتان فقد ظهر حكمهما مّا ذكرناه و حاصله أن

المحذور من الاسقاط هنا ليس إلا أمران أحدهما فى صورته كون الخيار مشروطا شرعا بظهور الغبن و ذكروا أن ذلك من قبيل إسقاط ما لم يجب و الثانى فى صورته العلم بالغبن مع الاعتقاد بأنه خمس فى الخمسين فبان أنه أكثر و قد قلنا أن سقوط الخيار هنا إذا كان الغبن بالخمس فقط انما يصح إذا كان الاسقاط على نحو التعليق و عليه فيتوجه المحذور بأنه من قبيل التعليق فهو باطل و جوابه ما تقدم من أن التعليق إذا كان بما يتوقف عليه وجود العقد أو الإيقاع لا يضر لكونه خارجا عن الإجماع كما هو واضح.

ثم انه يقع الكلام فى حكم المسأله الثالثه و الرابعه أعنى إسقاط الخيار فى صورتين بالعوض كالمصالحه مثل أما المسأله الأولى بأن يسقط خيار الغبن قبل ظهوره بالعوض و يصلح سقوطه بعوض فالظاهر أنه لا يجوز ذلك فإن أخذ العوض على ذلك باطل و أكل للمال بالباطل إذ لا بدّ و أن يكون ما يأخذه المسقط لخياره من العوض واقعا فى مقابل شىء كما هو شأن المصالحه و المبادله و قد عرفت أنه لا- تجوز المصالحه على سقوط الخيار قبل الظهور الغبن و العلم بوجوده بل يحتمل أنه موجود أو ليس بموجود و معه لا- تحصل المبادله بين سقوط الحق الموهوم و بين ما يأخذه فى مقابله من العوض فلا يكون شىء فى مقابل العوض فتخرج عن المبادله بين الشئيين و قلنا لا مدفع لهذا الإشكال الا أن يكون ما يعطيه الغابن من العوض بعنوان المحاباه.

و لكن يمكن تصحيح المصالحه هنا أيضا بتقريب آخر بأن يقال أن المصالحه واقعه على إسقاط الخيار بعد العقد على تقدير ثبوته و العوض الذى يأخذه من يحتمل أن يكون مغبونا انما يأخذه فى مقابل الفعل

الذى هو إسقاط الخيار على تقدير ثبوته و من الواضح أن هذا الفعل و ان كان متعلقا بالخيار على تقدير ثبوته لا أنه إسقاط على كل تقدير و لكن فائدته للطرف الآخر على كل تقدير فإنه يحصل منه الاطمئنان له فلا يحصل تزلزل فى العقد بعد ذلك بحيث ينجر الى المحاكم العرفيه و من الواضح أن حصول الاطمئنان له غرض عقلائى يوجب ماله للإسقاط الذى هو فعل المغبون و هذه و ان كانت مصالحه و لكن نتيجة الإجاره فتكون كإجاره شخص لإيجاد فعل فى الخارج فكما أن المستأجر يملك فعل الأ-جير بالإجاره و كذلك أن من يحتمل أن يكون غابنا إذا أعطى درهما لمن يحتمل أن يكون مغبونا فى مقابل إسقاطه الخيار المحتمل فيكون مالكا لفعله أعنى الاسقاط كما هو واضح.

و من الواضح أنه ليس هنا شىء حتى يقع العوض فى مقابله فإنه لا يعلم أنه مغبون فى الواقع حتى يكون له حق الخيار و يكون سقوطه فى مقابل هذا العوض بل ليس هنا الا احتمال الخيار الناشى من احتمال الغبن فمجرد احتمال الحق لا يصح أن يكون عوضا فى المصالحه عليه و سببا لا- كل أموال الناس فى مقابل سقوط و عليه فلا يصح المصالحه على سقوط خيار الغبن قبل ظهور الغبن كما هو واضح إلا- إذا كان ذلك فى ضمن عقد آخر كأن تكون المصالحه بين شيئين أو أوقعا معامله مستقلة و اشترطا فى ضمنه سقوط خيار الغبن على تقدير وجوده فلو أراد المغبون إسقاط خياره على تقدير وجوده بإزاء العوض تعين عليه ذلك و ان ذكر المصنف الاولى هو ذلك نعم لو كانت المصالحه محاباته بأن يهب من يتوهم كونه غابنا مالا للآخر و الآخر يسقط خياره المحتمل فان هذا أمر آخر و الا فلا مدفع للإشكال المذكور.

و أما لو علم المغبون بوجود الغبن فأراد أن يصالح ذلك بشيء فإن صالح ما اعتقده من الغبن بشيء فظهر مطابقا للواقع فلا كلام لنا فيه و ان ظهر الواقع أزيد من ذلك فذكر المصنف هنا ثلث احتمالات بطلان الصلح من أصله و صحته مع كونه لازما و صحته متزلزلا- و الحق هو الأخير و يظهر بطلان الوجهين الأولين من بيان وجه الصّحّح في الثالث فنقول أنه كما أن الشرط الضمني موجود في المعاملات بكون العوضين متساويين أى لا يكون كل منهما زائدا و ناقضا و قد قلنا أن ذلك مقتضى بناء العقلاء و الا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا المعنى بعينه جار في المصالحة أيضا فإن كل من المتصالحين يشترط على الآخر أن يكون ما أعطاه للآخر من المال أو ما أسقطه من الحق زائدا عن المقدار الذى تسالما عليه و كذلك أن يكون بدلا عما يعطيه ناقصا عن المقدار الذى تسالما عليه فهذا الشرط الضمني موجود في المصالحة فإذا تخلف في مورد يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط نظير تخلف الشروط المجمعوله في المعاملات و المصالحة في المقام كذلك فان المغبون بعد ما علم بالغبن بمقدار معين يصالح حق خيار غبته بمبلغ معين و هذه المصالحة و ان كانت مطلقة و لكن يشترط فيها بالضمن العقدي أن لا يكون الغبن أزيد من المقدار الذى جرى عليه التسالم و الا فيثبت له خيار تخلف الشرط و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر بطلان توهم لزوم المصالحة و صحتها بدعوى أن الحق أن خيار الغبن حق واحد بسيط فلا يعقل جريان المصالحة على بعضه و سقوطه بالمصالحة و بقاء بعضه الآخر فاننا لا ندعى سقوط الحق بمقداره و بقاءه بمقداره الآخر ليلتزم فيه هذا المحذور و كك بطل قول من

توهم أن المصالحة باطله بدعوى أن تحقق المصالحة لم يقع على الحق الموجود و ما هو موجود من الحق لم تجر عليه المصالحة فلا وجه لسقوطه فيحكم ببطلان المصالحة و وجه البطلان أو المصالحة قد جرت على الحق الموجود و لكن مترزلا فقد ظهر أن هذين القولين بين إفراط و تفريط.

ثم ان ما ذكرناه جار في خيار الرؤية و خيار العيب أيضا على النحو الذى تقدم فان الخيار فيهما ثابت بالشرط الضمنى و خيار العيب و ان كان منصوصا و لكنه ليس على خلاف القاعده بل النص ورد على طبق القاعده نعم ثبوت الأرش فى خيار العيب بالنص على خلاف القاعده.

قوله الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد

أقول قد تقدم ذلك فى خيارى الحيوان و المجلس و قد ذكر المصنف ذلك هناك و ما أشكل عليه بوجوه عمدتها أنه إسقاط لما لم يجب فان الخيار لم يثبت حين العقد فاشتراط إسقاطه فيه إسقاط لما لم يجب و قد أجاب عنه المصنف و أجبنا عنه أيضا بما عندنا و لا نعيده و لكن مما يجب التنبيه عليه هنا أن هذا الاشكال انما يتوجه لاحتاج الى الجواب إذا كان مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان فإنه عليها لم يثبت حق حين العقد حتى يشترط سقوطه فى ضمن العقد و لكن بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا مجال لهذا الإشكال أصلا فإن مرجع سقوط الخيار هو عدم الاشتراط من الأول إذ خيار الغبن كان ثابتا بالشرط الذى يجعلانه المتعاملان بالشرط الضمنى فإذا لم يجعل ذلك لم يثبت خيار الغبن بتخلف الشرط فيكون نظير التصريح بعدم هذا الشرط كما هو واضح فلا يرد اشكال ح أصلا.

نعم يبقى هنا ما ذكره الشهيد ره من اشكال الغرر بأن هذه المعامله غرريه و سيأتى تفصيل ذلك.

و أما الكلام فى المسأله الثانيه أعنى إسقاط الخيار فى ضمن العقد فقد تقدم تفصيل ذلك فى خيارى المجلس و الحيوان و عمدته الإشكال فى ذلك هو لزوم إسقاط ما لم يجب كما عرفت من جهه أن فى ظرف الاسقاط ليس حق و فى ظرف الحق ليس إسقاط و قد تقدم الجواب عن ذلك و قلنا أنه لم يرد فى دليل أنه لا يجوز إسقاط ما لم يجب و انما هو من جهه اللغويه و عدم اعتبار العقلاء أثرا عليه و لو كان هنا إجماع فمنشئه هو ذلك و إذا فرض فى مورد ترتب الأثر عليه و تعلق غرض عقلائى بإسقاط الحق الموجود فى ظرفه من الآن فلا محذور فيه فإنه يخرج عن اللغويه كما هو واضح و هذا لا شبهه فيه و لكن الذى يسهل الخطب أنه يجرى هذا الإشكال فى المقام الأبناء على كون دليل الخيار دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان و أما بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط فى ضمن العقد فمعنى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد هو عدم اشتراط الشرط الضمنى من الأول فلا يلزم هنا إشكال إسقاط ما لم يجب أصلا فلا يتوجه أن الاسقاط بالفعل ليس له متعلق لعدم وجود الحق و حين وجود الحق ليس إسقاط و لكن يتولد من ذلك اشكال آخر و هو أن المعامله حيثئذ تكون غرريه فإنهما أقدمتا على شىء لا يعلم أن مقدار ماليتة فى أى مرتبه و بأى مقدار و قد ذكر ذلك الشهيد فى المقام و فى خيار الرؤيه و بيان ذلك أما لزوم الغرر فى إسقاط خيار الرؤيه من جهه أن بيع العين الغائبه و لا يصح الا بذكر الأوصاف التى بها تختلف ماليه المال و مرجع إسقاط الخيار الى اشتراء المال بأى

وصف كان و هذا غررى لأن الأوصاف لها دخل فى المالىة فمقدار المالىة من هذا المبيع غير معلوم و أما فى خيار الغبن فكذلك فان اعتبار ذكر أوصاف المبيع ليس إلا لأجل العلم بمقدار مالىة فإذا كان الجهل بالمبيع أو بالصفة راجعا أى الجهل بالمالىة فإسقاط خيار الغبن أيضا يرجع الى الجهل بمقدار مالىة المال فيلزم الغرر، و على الجملة فإسقاط الخيار أى عدم جعل الخيار فى العقد مع احتمال الغبن يوجب غرريه المعامله إذ لا يعلم أن ما تملكه و أخذه أى مقدار من المال و أى مقدار له مالىة و هو واضح.

و قد أشكال عليه المصنف بما حاصله أن الخيار من الأحكام الشرعيه فلا يكون ثبوته فى البيع موجبا لارتفاع الغرر و الا لصح كل بيع غررى على وجه التزلزل فثبوت الخيار و عدمه بالنسبه إلى ثبوت موضوع الغرر فى المعامله و عدمه بيان.

و يرد عليه أن هذا المطلب متين فيما كان الخيار ثابتا بجعل الشارع فإنه من الأحكام الشرعيه التى لا ترتبط بالغرر نفيا و إثباتا فلا يكون ثبوته رافعا للغرر و لا أن سقوطه يوجب الغرر و لكن لا شبهه فى أن الخيار الثابت بجعل المتعاقدين يوجب رفع الغرر فإن المعامله مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غرريه أى يكون هذا الاشتراط رافعا للغرر و موجبا لسقوطه فان الغرر هو المخطر فمع هذا الشرط فأى خطر فى المعامله فإنه مختار مع ظهور الغبن فيها أن يرض أو يفسخها و هو واضح فتحصل أن جعل الخيار فى المعامله يوجب رفع الغرر فيها.

و لكن الذى ينبغى أن يقال أن المعامله بدون جعل هذا الخيار

أيضا ليست بغرريه و ذلك لان الغرر بمعنى الخطر فهو انما يكون إذا لم يعلم أن تصاحبه بالمبادله أى شىء أو أنه متصف بأى وصف و لذا اشتراطوا فى البيع كون المبيع معلوم الوجود و معلوم الوصف و إذا انتفى أحدهما أو كلاهما كان البيع غرريًا فلو باع أحد داره بما فى الكيس فلا يعلم أنه أى مقدار فى الكيس و أنه أى شىء فىكون البيع غرريًا و أما إذا علم كل من البائع و المشتري ما يأخذه من الآخر و تملكه أى شىء بل يراه و هو فى نصب عينيه و لكن لا يعلم أن قيمته السوقية أى مقدار و الجهل بالماليه من جهه الجهل بالقيمه السوقية فإنه لا يكون ذلك غرريا فنفرق أنه ليس فى العالم سوق و لا عقلاء الا البائع و المشتري فهل يتوهم أحد أن معاملتهما غرريه و هذا بخلاف الجهل بأصل الشىء أو بوصفه فإنهما يوجبان الخطر حتى لو لم يكن فى العالم سوق و لا عقلاء غير المتبايعين فان الرغبات تختلف بينا باختلاف الأشياء و أوصافها و هو واضح.

و لو سلمنا أن اعتبار العلم بالقيمه السوقية أيضا من شرائط البيع و اصنفنا ذلك الى شرائط البيع و قلنا لا بدّ من العلم بأصل وجود المبيع و بأوصافه و بماليته مع أنه لم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء أنه ليس هنا غرر أيضا فإنه يرتفع بالاطمينان الحاصل اما من اخبار الثقه أو بأصالة الصحه بناء على اعتبارها أو الرؤيه السابقه أو غير ذلك و ان لم يكن اطمينانه بمرتبته القطع فإذا اطمأن البائع بعدم كون المبيع أقل من القيمه السوقية أو اطمأن المشتري بعدم كونه أزيد من القيمه السوقية فلا يكون البيع خطريًا حينئذ و ان لم يكن فى الواقع كذلك لما عرفت فى البحث عن بيع الغررى أن الخطر انما هو قائم بحاله ترد النص و عدم اطمينانها و إذا اطمأن و ان يكن قاطعا بعدم كون قيمه المبيع أقل من القيمه

السوقية فباع على هذا الاطمئنان فلا يكون غرريا و بهذا قلنا أن إسقاط خيار العيب و الاقدام بمعامله مع الاطمئنان يكون المبيع صحيحا و ان كان معيبا واقعا لا يكون غرريا بل يصح المعامله كسراء الجاربه مع الاطمئنان يكونها صحيحه مع أنها مسلوله و من هنا ظهر حكم السراء بانبا على الرؤيه السابقه على البيع يوما أو يومين بحيث يطمئن عاده أن المبيع لا يتغير فى هذا المده فإنه يكون البيع حينئذ صحيحا مع إسقاط الخيار و ان لم يكن المبيع كذلك فى الواقع إذ لا تردد للمشتري فى ذلك ليكون خطرا فتحصل أن الاقدام على المعامله مع الاطمئنان بالصحه أما اعتمادا على قول الثقه أو على الرؤيه السابقه أو على أصاله الصحه بناء على اعتبارها مع إسقاط خيارى الغبن و الرؤيه و حينئذ لا يوجب كون المعامله غرريه.

الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه

بعد علمه بالغبن

أقول ذكر المصنف أن المشهور بين الفقهاء هو الفرق بين التصرف الواقع بعد العلم بالغبن و بين التصرف الواقع قبل العلم بالغبن فإنهم التزموا بكونه مسقطا لخيار الغبن و العيب و التدليس فى الأول دون الثانى.

فإن كان المراد بذلك هو الطريقيه فهو متين بأن كان التصرف - كاشفا عن الرضاء بالعقد و طريقا إليه إذ لا فرق فى المسقط بين المسقط القولى و بين المسقط الفعلى إذ الميزان انما هو كونه مبرزا لما فى النفس من الرضاء بالعقد و كاشفا عن سقوط الخيار و من الواضح أن التصرف حين العلم بالغبن له طريقيه الى سقوط الخيار إلا إذا قامت قرينه على عدم كونه طريقا الى السقوط فى هذه الحاله و ان كان المراد من هذا الفرق الموضوعيه بأن كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعيه فى سقوط

ص: ٣٥٠

الخيار فهو باطل إذ كثيرا يوجد التصرف مع العلم بالغبن و لا يكون مسقطا للخيار كما إذا علم بالغبن و بنى على الفسخ و لكن لم يفسخ ليتصرف في المبيع و لا يكون التصرف في ملك الغير كأن اشترى لحاقا و التفت الليل الى الغبن و بنى على الفسخ بناء على عدم فوريه هذا الخيار و لكن لم يفسخ الليله من جهه بروده الهوى ليتصرف في اللحاف مع كونه في ملكه و أصبح و فسخ فإن القرينه قائمه على عدم كون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار فلو كان له موضوعيه لكان مثل هذه التصرف أيضا مسقطا للخيار و هكذا لو كان التصرف واقعا في مقدمه الإسقاط كما إذا اشترى حيوانا فالتفت الى كون المعامله غبنه و ركبه ليرده إلى البائع و يفسخ العقد عنده فان مثل هذا التصرف لا يكون مسقطا للخيار بل قد يكون موجبا لسقوط الخيار مع الجهل بالغبن كما إذا تصرف المغبون تصرفا كاشفا عن الرضا بالعقد حتى لو ظهر فيه غبن كما هو المفروض فلو كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعيه في سقوط الخيار لما كان ذلك موجبا لسقوط الخيار نعم مع العلم بالغبن يكون التصرف كاشفا عن سقوط الخيار غالبا إلا إذا قامت قرينه على الخلاف و عكس ذلك وقوع التصرف مع الجهل بالغبن.

و على الجملة ما ذكره المشهور من الفرق في مسقطيه التصرف بين ما بعد العلم بالغبن و بين ما قبل العلم بالغبن لا يرجع الى محصل إذا كان غرضهم الموضوعيه بل له وجه إذا كان غرضهم الطريقيه و قد ذكرنا سابقا أنه لا يفرق في إبراز الاسقاط بين المبرز الفعلي و المبرز القولي كما هو واضح ثم انه لا- وجه لقياس خيار الغبن بخيار العيب و التبدليس فان سقوط الخيار بالتصرف في خيار العيب بالنص فاما يفسخ أو يأخذ الأرش

و اما فى خيار التبدليس فلا دليل فيرجع الى دليل الخيار هذا كله فيما إذا كان المدرك لهذا الخيار هو دليل لا ضرر و صدق على هذا التصرف الاقدام على الضرر فإنه مع هذا الصدق يسقط الخيار فى صور العلم بالغبن و عدمه و أما إذا لم يصدق على التصرف الاقدام على الضرر فلا يسقط الخيار على كل تقدير أى مع العلم بالغبن و عدمه و هكذا إذا كان الدليل هو الشرط الضمنى فإنه ان كان التصرف مصداقا للإسقاط يسقط به الخيار و الآفلا، فلا يفرق فى ذلك أيضا بين صورتى العلم بالغبن و عدمه غاية الأمر أنه بناء على الأول فالخيار مجعول شرعا و بناء على الثانى فهو مجعول بجعل المتعاقدين.

و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فهل هو غير ثابت مع الرضاء أو يقال أن الشك فى الرفع لا الدفع فيستصحب كما ذكره المصنف فيه بحث ثم أمر بالتأمل و قد يقال ان الاستصحاب لا يجرى هنا من جهة أن المدرك للخيار هنا هو الإجماع و قد حقق فى محله أنه إذا كان المدرك هو الدليل اللبى فلا- مطرح للاستصحاب فيكون دفعا لا- رفعا و لكن يرد عليه أنه لا- فرق عند التحقيق و عند المصنف فى جريان الاستصحاب بين كون دليل الحكم هو الإجماع أو غيره كما حقق فى محله و قد يقال ان وجه الإشكال فى الاستصحاب هو كون الشك فى المقتضى أى لا- يعلم وجود المقتضى للخيار مع التصرف للشك فى أن المستصحب له اقتضاء البقاء أم لا.

و فيه أن مورد الشك فى المقتضى ما إذا كان الشك فى نفس الزمان بأن لا يعلم مقدار بقاء المستصحب من حيث الزمان لا بقاءه من حيث الزمانى و بالنسبة الى كل طار و عارض و الا لرجع كل ما يشك فى

الرافع الى الشك في المقتضى.

و قد يقال بان الوجه في عدم جريان الاستصحاب هو عدم بقاء الموضوع كما ذكره شيخنا الأستاذ فإن الموضوع في المقام ليس ذات المغبون بل هو مع الرضا كما ان عنوان السفر و الحضر لهما دخل في القصر و الإتمام و عنوان العداله له دخل في جواز تقليد المجتهد بحيث يعد الفاسق موضوعا آخر غير العادل و هكذا هنا فالوصف العنوانى يوجب تعنون الموضوع بعنوان خاص و إن كان الموضوع حقيقه شيئا واحدا و لكن طرو الأوصاف المتغايره يوجب التعدد.

و لكن هذا أيضا ليس بصحيح و ان كان صحيحا في المسافر و الحاضر و العادل و الفاسق في مسأله التقليد إذ ليس لعنوان الرضاء دخل في ثبوت الخيار بل هو ثابت لذات المغبون غايه الأمر أن التصرف الصادر عن الرضا مصداق للإسقاط نظير الإسقاط القولى.

بل الوجه في عدم جريان الاستصحاب ما ذكرناه في علم الأصول من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميه فلو لا هذه الجبهه لم يكن مانع في جريان الاستصحاب هنا و كان الشك في الرفع لا الدفع و لحكمننا معه بجريان الاستصحاب فافهم و إذا لم يتم الاستصحاب فترجع الى دليل لزوم العقد.

قوله الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم

بالغبن

تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق، أقول نسب المصنف ره الى المحقق و من تأخر عنه سقوط خيار الغبن بالتصرف المخرج عن الملك بل هو المشهور بين المتأخرين بل يظهر ذلك من كلام الشيخ في خيار المشتري مرابحه عند كذب البائع أنه لو هلك السلعه

ص: ٣٥٣

أو تصرف فيها سقط الرد و استظهره المصنف اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن على حد ما استظهره من جامع المقاصد في شرح قول الماتن و لا يسقط الخيار بتلف العين.

و كيف كان انما الكلام في دليل ذلك

فتقول

إن كان المدرك لخيار

الغبن هو الإجماع

فيمكن أن يقال ان الإجماع دليل لبي فالمتيقن منه أنّما هو فرض بقاء العين و أما في فرض تلف العين فلا إجماع في البين على أن هذا الفرع ليس معنونا في كلمات القدماء فكيف يمكن دعوى الإجماع التبعدي على ذلك و ان كان يمكن استظهاره من بعض كلماتهم كما استظهره المصنف من الشيخ ره.

و ان كان المدرك هو دليل لا ضرر

و هو ثابت في هذه الصورة أيضا لأن لزوم هذا العقد ضرر على المغبون فيرتفع بدليل نفى الضرر و من الواضح أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ العقد و يرد مثل العين الى الغابن و هكذا الحال فيما إذا كان دليل الخيار هو الشرط الضمني فإنه موجود في صورتى بقاء العين و تلفها

و لكن الكلام في أنه على القولى

بكون مدرك الخيار هو دليل لا ضرر أشكل عليه بوجهين

الأول أنه يسقط

الخيار مع التصرف في العين تصرفا مخرجا عن الملك

فإنه اقدم على الضرر فمعه يسقط الخيار.

و فيه ما ذكره شيخنا الأنصارى ناقلا عن شيخنا الشهيد ره بأن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداما على الضرر فان الخارج عن عموم نفى الضرر ليس إلا صورته الاقدام عليه عالما به فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه

و على الجملة فمثل هذا التصرف الواقع فى حال الجهل ليس اقداما على الضرر إلا إذا قامت قرينه على ذلك فإنه يوجب سقوط الخيار على النحو الذى تقدم فى المسقط الثالث و عدم بقاء العين لا يضر ببقاء الخيار لان متعلقه العقد كما عرفت مفصلا دون العين.

الوجه الثانى أن عدم سقوط الخيار بمثل هذا التصرف المخرج

عن الملك ضرر على الغابن أيضا

فيكون مشمولاً لدليل نفي الضرر وح- فيتعارض دليل لا ضرر بالنسبة إليهما و يتساقط و هو واضح فالوجه الأول ناظر الى منع المقتضى و الوجه الثانى ناظر إلى إبداء المانع و فيه أيضا ما ذكره شيخنا الشهيد من أنه لا ضرر فى ذلك على الغابن لا العين المبيعه ان كانت مثليه فلا- ضرر عليه لأنه يأخذ المثل و ان كانت قيمه يأخذ القيمة و على كل حال لا ضرر على الغابن غايه الأمر تفوت الأوصاف الشخصيه الغير الدخيله فى زياده القيمة و ليس فيه ضرر على الغابن و ان كان مثل تلك الأوصاف أيضا موردا لغرض الغابن بشخصه كما إذا كان كتابا مختوطا بخط أبيه فإنه خصوصيه شخصيه و له دخل فى الغرض الشخص و لكنها لا توجب التفاوت فى القيمة السوقيه كما هو واضح.

و تحصل أنه لو تصرف المغبون فى العين جهلا تصرفا مخرجا عن الملك لا يوجب هذا التصرف سقوط الخيار بناء على كون مدرك الخيار هو دليل نفي الضرر أو الشرط الضمنى إلا إذا قامت قرينه على كونه اقداما على الضرر أو مصداقا لسقوط الخيار فإنه ح يسقط الخيار بذلك.

قوله ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف

بين البائع و المشتري

أقول الظاهر هو عدم الفرق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري بناء على كون المدرك هو دليل نفي الضرر أو الشرط

الضمنى فإنه على كلاً- التقديرين لعموم الدليل بهما نعم بناء على كون مدرك الخيار هو الإجماع لا يشمل ذلك البائع لأن المذكور فى كلماتهم هو المشتري فيكون هذا حكماً تعديداً مختصاً بالمشتري كما هو واضح و لكن قد عرفت عدم وجود الإجماع التعدي فى المقام.

قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك المالك

كالتق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء كالاتيلا

أقول بناء على عدم ثبوت الخيار بالتصرف المخرج عن الملك لا فرق فيه بينما يكون التصرف موجبا لاعدام العين كأن اشترى الخبز المساوى بستة فلوس بخمسين فلسا فأكله أو كانت العين باقيه و لكن زالت الملكيه عنها كما إذا اشترى عبدا فأعتقه ثم علم بالغبن أو كانت العين باقيه مع وصف الملكيه و لكن كانت ملكا للغير كما إذا باعها المغبون من غيره بالبيع اللازم أو كانت العين باقيه فى ملك المغبون أيضا و لكن تصرف فيها تصرفا أوجب ذلك التصرف المنع عن الرجوع كما إذا اشترى أمه فاستولدها فان التعين لم تتلف و لم تزل عنها الملكيه أيضا و لكن وجد فيها وصف أوجب المنع عن ردها الى الغابن فإنه على القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن المالك جهلا لا يفرق بين هذه الصور بل يبقى الخيار على حاله كما أنه على القول بعدم بقاءه أيضا لا يفرق بين هذه الصور.

و هل يلحق بما ذكر نقل العين الى غيره بالعقد الجائر أو التدبير و الوصيه أم لا ذكر المصنف ما صرح به جماعه أن الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصيه من التصرفات الغير الموجه للخروج عن الملك فعلا.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن فى مورد النقل يمتنع الفسخ ما دام العين

المغبون فيها خارجه عن ملك المغبون و لو كان النقل جائزا لأن الفسخ يقتضى رد العين من ملك الفاسخ الى ملك المفسوخ عليه ورد بدلها من ملك المفسوخ عليه الى ملك الفاسخ و العين إذا لم تكن ملكا للفاسخ يمتنع الرد و لكنه تسلم إمكان الرد فى التدبير و الوصيه لأن نفس الفسخ ابطال لهما.

أقول يمكن أن يقال ان النزاع بأنه يمكن أن يقال يمكن الفسخ فى مورد النقل بالعقود الجائزه كما ذهب اليه شيخنا الأنصارى أو يستحيل كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ خارج عن المقام أصلا و لا موضوع لهذا البحث و ذلك لان من يفسخ العقد يقصد مع ذلك رد العين إلى البائع فما يفسخ به العقد من الفعل أو القول يكون ذلك إنشاء لفسخ العقد الذى غبن فيه المغبون و أيضا إنشاء للعقد الجائز الناقل للعين الى غيره فيكون فعله هذا أو قوله الذى يقع به الفسخ مبرزا لفسخ عقدين العقد اللازم الذى وقع فيه الغبن و العقد الجائز الناقل للعين الى غيره و بعبارة أخرى أن المغبون إذا فسخ العقد يقصد بذلك رد العين الى الغابن و معنى رد العين الى الغابن ليس الا فسخا للعقد الجائز فيكون فسخ المغبون العقد الذى وقع فيه الغبن بالالتزام فسخا للعقد الجائز أيضا و عليه فلا موضوع لما ذكره المصنف من إمكان الرد و لا لما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان الفسخ هذا كله لا اشكال فيه.

و أما إذا نقل المغبون العين الى غيره بالإجاره فهل يبقى الخيار

مع ذلك أم لا

أما بناء على بقاء الخيار مع ما ذكرناه من النواقل اللازم و الجائزه فواضح لا شبهه فيه و أما على القول بعدم بقاء الخيار مع الأمور المذكوره فهل يبقى الخيار هنا أم لا فالظاهر هو بقاء الخيار و ذلك لأن

العين باقيه فى ملك المغبون و ليس عن ردها الى الغابن مانع أصلا و ليس المقام مثل الأمور السابقه الناقله للعين الى ملك الغير نقلا لازما أو نقلا جائزا و لا أن هنا مانعا عن الرد كالأستيلاد غايه الأمر أن العين مسلوبه المنفعه إلى مده معلومه فيفسخ المغبون العقد و يملك الغابن العين و لكن مسلوبه المنفعه إلى مده معلومه على انك عرفت أنه مع عدم إمكان ردّ العين أيضا يمكن لان متعلقه هو العقد دون العين الخارجيه كما لا يخفى.

و على الجملة أن التصرف المخرج عن الملك حقيقه أو حكما لا- يمنع عن بقاء الخيار و هكذا التصرف فى المنفعه كما فى الإجاره بل عدم سقوط الخيار هنا أولى.

ثم انه لو امتزجت العين بشيء آخر ثم علم الغبن فهل يوجب ذلك

سقوط الخيار أم لا

و على تقدير ان لا- يكون موجبا لسقوط فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا و هنا مسألتان الاولى فى أن الخيار هل يبقى مع الامتراج أم لا- و الثانيه أنه مع القول بالبقاء هل يكون ذلك مانعا عن الرد أم لا أما المسأله الاولى فقد ظهر حكمها من السابق حيث عرفت أن التصرف الموجب للتلف موضوعا أو حكما لا يكون سببا لسقوط الخيار و كذلك فى المقام سواء كان الامتراج بالأعلى أو بالأدنى أو بالمساوى و سواء اختلط بمال المشتري المغبون أو بمال غيره و ذلك لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين حتى يلزم من تلفه أو انتقاله الى شخص آخر انتفاء موضوع الفسخ و أما أن الامتراج مثل التصرف المخرج عن الملك فمن جهه أن الامتراج يوجب خروج العين عن الملك لإتمامها بل ببعضها و بهذا الخروج تحصل الشركه الإشاعه فينتقل بعض من كل

ص: ٣٥٨

من الممتزجين بعضا مشاعا الى ملك مالك الآخر فتصبح العين بينهما مشتركة على وجه الإشاعه.

و أما المسأله الثانيه فهى أنه هل يمكن الرّد هنا أم لا فنقول أما إذا لم يرض الغابن لما امتزجه سواء كان الامتزاج بالأعلى أم لا فلا- شبهه فى انتقال حقه الى المثل أو القيمه فإن ما أخذه المغبون من الغابن لم يكن ممتزجا بغيره و لم يكن مشتركا بينه و بين غيره فالشركه عيب فى ماله فله أن لا يقبله و يطلب من المغبون مثله أو قيمته فإنه حين ما سلمه الى المغبون لم يكن معيوباً بهذا العيب كما هو واضح.

و على الجملة فللغابن أم لا يرض بالمتزج و طلب منه غيره و ان رضى بذلك فليس للمغبون أن يمنع من أدائه لأن الشركه و ان كانت عيباً فى المال و موجه لانتقال بعض مال الغابن الى المغبون لحصول الإشاعه بذلك الا أنه مع ذلك متعلق حقه و ماله غايه الأمر ماله المعيوب بعيب حصل بفعل المغبون و له مطالبه نفس ذلك و ليس للمغبون أن يمنع من رده لان الغابن له أن يسقط ما كان فى ماله من القيمه عن العيب الذى هو الشركه و ليس ذلك اعتبار وصف زائد فيه حتى يكون ذلك عنايه زائده و لا يكون للغابن حق المطالبه. و الأمر كذلك فى جميع المقامات التى يشترط المشتري كون المبيع واجد الوصف الكمال و لكن فى مقام التسليم و التسلم يغمض النظر عن حقه و لا يطلب الواجد للوصف كما لا يخفى مثلاً لو فرضنا أن زيدا اشترى عبداً كاتباً من عمرو و هو عند المطالبه يطالب عبداً فاقداً للكتابه و يغمض عن جهه الكتابه لأنه إغماض عن حقه و ليس للبائع إجباره و بالعبد الكاتب مثلاً إلا إذا كان الواجد للوصف مبايناً مع الفاقد كفرش كاشان مع فرش همدان

ص: ٣٥٩

فإنه لو وقعت المعاملة على فرش كاشان و رضى البائع بفرش همدان و لكن لا يرضى المشتري بفرش همدان اما لعدم وجوده عنده أو من جهة أخرى فإنه ليس له أن يجبر البائع بذلك و ان كان إغماضا عن الحق بل ينفي البيع الأول فى تسليم فرش همدان بل يحتاج إلى معاملة أخرى لأنها بوجوده الأول و ردائه الثانى من المتباينين و هذا بخلاف ما كان الوصف وصف الكمال فقط كما إذا كان المبيع الحنطة الفلانية التى جيده و رضى البائع بالحنطة الفلانية التى رديه و رضى المشتري بالردى فإنه ليس للبائع إجباره بالجيد لأن المبيع شىء واحد غايه الأمر قد اعتبر فيه وصف الكمال فيسقط المشتري هذا الشرط فلا محذور فيه كما لا يخفى فافهم و تأمل و من هنا ظهر حكم لو تعيب المبيع بفعل المغبون و لم يخرج عن ملكه فإنه لو لم يرض به الغابن لا بد له من إعطاء المثل أو القيمة و أما لو رضى به فليس للمغبون إجباره بالمثل أو القيمة بدعوى أنه صار معيبا و ذلك لان العيب ليس مانعا عن مطالبه الغابن ماله كالامتزاج غايه الأمر أن حصول العيب يجوز له مطالبه المثل أو القيمة مع عدم الرضاء بالمعيب و أما مع الرضاء به فليس لأحد أن يمنعه من ذلك لكونه ماله كما هو واضح.

و أما لو زادت العين فقد تكون الزيادة عينيه و قد يكون حكميه و أما إذا كانت الزيادة عينيه كما إذا اشترى حيوانا صغيرا فصار شابا كبيرا أو اشترى حيوانا هزالا- فصار سمينا أو اشترى شجرا صغيرا فصار كبيرا فهل تكون مثل هذه الزيادة مانعه عن ثبوت الخيار للمغبون و عن الرد على تقدير ثبوت الخيار أم لا الظاهر أنه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار و لو كان مغبونا حين العقد لما عرفت أن الفسخ قد تعلق على

العقد دون العين فيمكن فسخ العقد مع ذلك و أما ردّ العين فالظاهر أنه ليس للغاين رد العين على هذه الحالة بل لا بدّ اما من الرضاء بالمثل أو القيمه أو الرضا بالعين على هزالتها و صغرها مثلا و تكون الزيادة للمغبون لحصولها في ملكه فتحصل الشركه و يكونان شريكين للعين بحسب حصتهما كما هو واضح فافهم و تأمل.

و قد عرفت أن الامتراج ليس مانعا عن رجوع الغاين الى ملكه و لكن نقول انه يكون مانعا عن ذلك و تفصيل الكلام أن الشركه قد تكون بمعنى كون كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركه بجميع أجزائها بحيث يكون حق كل منهما معلوما عند الله و لعلّ هذا هو المعروف بين الأصحاب الثاني: أن يكون كل من الشريكين مالكا لمجموع العين المشتركه ملكيه ناقصه و الفرق بين الأول و الثاني أن ملكيه المالك في الوجه الأول مستقله لما عرفت أنه مالك لمجموع النصف مستقلا و لكن المملوك ناقص فإنه هو النصف و أما في الوجه الثاني فالمملوك مستقل و هو مجموع العين المشتركه و لكن مالكيه المالك ناقصه فإن كل منهما نصف المالك و المجموع مجموع المالك منهما مالك واحد مستقلا كما هو واضح.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الامتراج أيضا مانع عن الردّ كبقية النواقل اللازمه و ذلك لأنه يوجب الشركه بحسب السيره العقلانيه ليكون كل جزء مشتركا بين الشريكين الى ان ينتهي الأمر الى الاجزاء الصغار التي لا تفيد القسمه بالآله التي لا يعتبر لها العقلاء الماليه فيكون الامتراج من أسباب الشركه و فاقدنا عن الرد فأما على الاحتمال الأول من وجهين الشركه فمن جهة أنه ينتقل بالامتراج نصف مال كل من الشريكين إلى الآخر و بالعكس فيكون كل جزء مشتركا بين الشريكين واقعا و ما قيل أنهما يكونان مشتركين

فى الظاهر فلا-وجه له إذ لیس الواقع مجهولاً- لنا حتى نقول بالملکيه الظاهريه و عليه فيكون الامتراج مثل سائر النواقل اللازمه مانعه عن الرد فينتقل الضمان الى البدل من المثل أو قيمه.

و على الوجه الثانى من وجهين الشركه فربما يتوهم أن المملوك هنا شىء واحد و لكن المالكه ناقصه فلا مانع من الرد و لكنه واضح الفساد أيضا بداهه أن مالكيه كل من الشريكين ناقصه بالنسبه إلى المملوك و أن كل واحد منهما نصف المالك على مجموع العين فمالكيه كل من الشريكين المستقله انتقلت الى الشريك الآخر فبالعرض يكون المملوك أيضا منتقلا الى الآخر بمعنى أن العين تكون مملوكه للشريك الآخر مجموعا بنصف المالكه و لم تكن العين قبل الشركه كذلك و منتقله إلى الآخر فالنقل متحقق على كل تقدير كما هو واضح و عليه فلا يمكن رد العين أيضا لكون المقام كسائر النواقل اللازمه.

ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع إلى

ملكه فهل للغابن مطالبه ذلك

و ليس للمغبون منعه عن رده أو ليس له مطالبته و ان ذلك أيضا مانع عن الرد أو يفصل بين ما كان الإرجاع بسبب جديد كالشرى و التوارث و الهبه فلا يرجع اليه الغبن أو بسبب هو من شؤون السبب الأول كالفسخ و الإقاله و نحوهما فله حق الرجوع الى المغبون وجوه و قد ذكر شيخنا الأستاذ تفصيلا فى المقام و تفصيل المقام فى جهتين الاولى فى ثبوت الخيار و الثانى فى رد العين أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار ح لعين ما تقدم فإنك قد عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين فالعين سواء كانت باقيه أو تالفه فالخيار على حاله و مع الفسخ يرجع الى العين مع البقاء و الا فإلى المثل أو

ص: ٣٦٢

القيمة فى المقام على فرض أن نقول أن رجوع العين الى ملك المغبون بعد انتقالها الى غيره مانعه عن الرد فلا مانع أيضا من ثبوت الخيار كما لا يخفى فافهم. و أما الوجه الثانى فسيأتى الكلام فيه فى تصرف الغابن هذا كله فى تصرف المغبون.

و أما لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت اليه بالنواقل اللازمه كالبيع و الهبه لذى رحم و الهبه المعوضه و نحوها من النواقل اللازمه فهل يوجب ذلك سقوط الخيار و عدم جواز رد العين أم لا أما سقوط الخيار فلا وجه له أصلا فإننا لم نقل بسقوطه بتصرف المغبون الذى هو ذى الخيار مع أن للسقوط فيه وجه فكيف بسقوطه بتصرف الغابن الذى عليه الخيار فالخيار باق على حاله كما هو واضح لا يخفى و أما بالنسبه إلى رد العين أى فهل للمغبون رد العين التى نقلها الغابن الى غيره بالنواقل اللازمه أم لا ففيه وجه الأول تسلط المغبون على ابطال ما أوجده الغابن من أصله الثانى تسلطه على إبطاله من حين الفسخ الثالث لا هذا و لا ذلك بل إذا فسخ المغبون و كانت العين منتقله إلى شخص آخر بناقل لازم كالوقف و العتق و نحوهما فيرجع الى البدل من المثل أو القيمة.

أما مدرك القول الأول أعنى البطلان من رأسه فمن جهة أن العقد الذى أوقعه الغابن فإنما أوقعه فى متعلق حق الغير كما فى بيع الرهن فيكون ذلك موجبا لتزلزل العقد من الأول و عليه فمقتضى قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشتري الثانى و ح فيكون الفسخ إبطالا لعقد الغابن ليتمكن رد العين من الغابن بمقتضى العمل بقانون الفسخ كما هو واضح فان معاملته لا يزيد على معامله

الفضوليّه و على بيع الراهن العين المرهونه فيكون الفسخ راد لذلك.

و أما مدرك القول الثاني أن العقد انما وقع على العين التي هي متعلق حق الغير لثبوت حق المغبون بأصل المعامله الغبنيه و انما يظهر له بظهور السبب فللمغبون استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد في ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من أصله بل يبطل من حين الفسخ و بعبارة أخرى أن الجميع بين دليل سلطنه الناس و دليل الخيار يقتضى نفوذ تصرفات الغابن ما لم تبلغ حد المزاحمه لحق المغبون فإذا بلغ هذا الحد اقتضى دليل الخيار سلطنه على فسخ المعامله و أخذ العين عمن كانت بيده.

و أما مدرك القول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل عقد الغابن حتى يكون فسخ العقد الأول فسخاً له اما من أصله أو من حين الفسخ بل نقول بلزوم عقد الغابن و رجوع المغبون بعد فسخ عقده الى البدل من المثل أو قيمه و ذلك اما من جهة أن التصرف في زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم كما هو الحق و سيأتى في أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل و اما من جهة عدم تحقق الخيار قبل ظهور العيب كما تقدمت الإشارة اليه و سيأتى التعرض له في أحكام الخيار.

أما الوجه الأول فيمكن المناقشه فيه أن هذا انما يصح إذا قلنا ان متعلق الفسخ هو العين فإنه ح يكون الفسخ المغبون إبطالا لعقد الغابن من الأول لكون العين متعلقه بحقه فيكون الفسخ ردا لها من الأول فيحكم ببطلان عقده من رأسه كما هو واضح و لكن الأمر ليس كذلك بل متعلق الفسخ انما هو العقد كما عرفت و عليه فلا مجال لبطلان عقد الغابن بناء على الأول يكون عقد الغابن كعقد الفضولى لكون العين متعلقه لحق الغير كالعين المرهونه إذا باعها الراهن فإن الفضولى

ليس منحصرًا ببيع مال الغير بل يعم بيع متعلق حق الغير أيضا و عليه فيكون فسخ المغبون ردا لبيع الغابن من الأول و لكن قد عرفت أن الأمر ليس كذلك على أن كون المقام بمنزلة الفضولي يقتضى أن لا يكون عقد الغابن صحيحا مع عدم الإمضاء ان لا يكون بطلانه متوقفا على الرد فقط فانا لو فرضنا أن المالك لم يلتفت الى العقد الفضولي حتى مات فهل يتوهم أحد أن ذلك العقد يكون صحيحا، نعم لو التفت الى العقد الفضولي و مع ذلك سكت فيمكن أن يكون سكوته اجازته فافهم.

و أما الوجه الثانى فيرد عليه أن متعلق حق الخيار ان كان هو العين فتكون تصرفات الغابن مراعاة اجازته المغبون العقد الفضولى فإن اجاز صحت تصرفاته و الا فتكون باطله من الأول و على الثانى فتكون تصرفات الغابن نافذه سواء فسخ المغبون العقد أم لا فلا وجه لإبطال عقد الغابن من حين الفسخ أصلا لأنه اما أن يكون باطلا من الأول أو أنه صحيح لا يبطل أصلا كما هو واضح و إذا بطل الوجهان ثبت الوجه الثالث و قد عرفت و سيأتى فى أحكام الخيار أن تصرفات من عليه الخيار نافذه من دون توقف على اجازته المغبون و عليه فإذا فسخ المغبون العقد و كانت العين منتقلة إلى الغير بتصرف الغابن فيرجع المغبون الى المثل أو قيمه نعم لا يجوز لمن عليه الخيار فى العين فى البيع الخيارى كما عرفت فإنك قد عرفت أن بناء المتعاقدين فى مثل ذلك على بقاء العين كما هو واضح.

و أما الاستيلاد فهو لا يمنع عن ثبوت الخيار و لا يوجب سقوطه لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ المغبون العقد و يرجع اما الى العين أو البدل و أما بالنسبه إلى رد العين بان يقال هل يكون الاستيلاد

مانعا عن رد الأمه نفسها أو لا فقد احتمل المصنف جواز الرد و عدم كون الاستيلاء مانعا عن الرد من جهة أن سبب حق الخيار سابق على الاستيلاء فلذى الخيار رد العين بعد الفسخ و لكن الظاهر عدمه فان حق الاستيلاء يرفع موضوع حق الخيار و ان كان متقدما فلا يوجب تقديمه جواز الرد إذ ليسا هما الى حق الخيار و حق الاستيلاء من المتزوجين حتى يتقدم حق الخيار لتقدم سببه بل حق الاستيلاء يرفع موضوعه حتى مع تقدم حق الخيار فإنه ورد فى الشريعة المقدسه أن أم الولد لشرافتها لا تخرج عن ملك مولاهما إلا فى قيمه رقبتهما و من الواضح أن النفى يعم جميع أنحاء الخروج عن الملك و لو بفسخ العقد كما هو واضح لا يخفى و عليه فالاستيلاء مانع عن الرد.

و أما العقد الجائز فهل هو مانع عن ثبوت خيار المغبون أو رد العين أم لا كما إذا تصرف الغابن فى العين المتقله إليه بعقد جائز بأن وهبها لشخص بهبه جائزه فهل يوجب ذلك سقوط خيار المغبون أو يمنع ذلك عن جواز رد المغبون العين بالفسخ أم لا أما سقوط الخيار فقد اتضح مما تقدم أنه باطل فان التصرف بالعقد الناقل اللازم لا يوجب السقوط فالعقد الجائز كيف يكون موجبا لذلك و السر فيه ما تقدم أن تصرف نفس ذى الخيار لا يوجب السقوط لكون الفسخ متعلقا بالعقد و كيف تصرف الغابن.

و أما رد العين فحكم عقد الجائز هنا بالنسبه إلى رد العين غير حكم عقد الجائز فى تصرف المغبون و ذلك لأنك قد عرفت أن فسخ المغبون مع قصد رد العين الى الغابن و الالتفات بان الفسخ يستلزم رد العين اليه يكون فسحا لكلام العقدين أى أصل العقد و عقد المغبون

اعنى العقد الجائز الذى هو محل الكلام هنا و بعباره أخرى الفسخ الواحد يكون مبرزا لفسخ كلا العقدين و لكن لا يجرى ذلك فى المقام حيث ان العقد الجائز هنا انما صدر بفعل الغابن و فى ملكه و فسخ المغبون أصل العقد و لو مع قصد رد العين لا يكون فسخا لعقد الغابن لو صرح المغبون بأنى فسخت عقد الغابن أيضا لا يفيد الا أن يفسخ الغابن بنفسه فإنه يفسخ بفسخه فهذا الوجه لا يفيد.

و قد ذكر صاحب المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فان امتنع فسخه الحاكم و ان امتنع فسخه المغبون و تنظر فيه المصنف بأن فسخ المغبون أصل العقد اما بدخول العين فى ملكه و اما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول مما استحقه بالفسخ الى غيره ثم قال اللهم الا أن يقال انه لا منافاه لأن البديل المستحق بالفسخ انما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين و جب على الغابن تحصيلها ثم قال لكن ذلك انما يتم مع كون العين باق على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبديل فلا دليل على وجوب تحصيل البديل. على انا لم نقل ببديل الحيلولة لعدم الدليل عليه كما عرفت فى محله سابقا و التحقيق أنه لا دليل على تسلط المغبون على إرجاع العين إذا فسخ العقد إذا كانت العين منتقلة إلى غيره من الغابن سواء كان الانتقال بعقد لازم أو جائز فإن المغبون ليس له أزيد من التسلط على فسخ العقد و رد العين إذا كانت غير منتقلة إلى شخص آخر و الا- فلا- دليل على إجبار الغابن على فسخه عقده الجائز و مع امتناعه يفسخ الحاكم و مع عدمه يفسخ المغبون كما هو واضح فإنه ليس للمغبون شىء من ذلك لعدم الدليل

عليه و حق فسخه انما تعلق بالعقد دون العين حتى يقال ان العين مورد لحق المغبون.

و الحاصل أنك قد عرفت أنه يقع الكلام فى مقامين الأول فى فسخ المغبون العقد قبل رجوع العين الى ملك الغابن و الثانى فى فسخه بعد رجوعه اليه أما الأول فقد عرفت أنه لا وجه لانفساخ عقد الغابن أو فسخه لأنه انما وقع فى ملكه بل يرجع المغبون الى البدل نعم بناء على بدل الحيلولة يمكن أن يكون أخذ البدل من جهة الحيلولة بين المالك و انتفاعه عن العين و لكنه مضافا الى بطلان القول بالبدل الحيلولة أنه فرق بين المقام و بين موارد بدل الحيلولة كما عرفت.

و أما إذا كان الفسخ بعد رجوع العين الى ملك الغابن بأن كانت العين منتقلة إلى الغير ثم رجعت الى ملك الغابن فهل للمغبون أن يأخذ العين من الغابن أو ليس له ذلك فالظاهر من المصنف و صريح شيخنا الأستاذ هو التفصيل بين ما إذا رجعت العين الى الغابن بسبب جديد و بين ما رجعت اليه بزوال السبب الذى به انتقلت العين الى الغير كفسخ العقد و إقالته فإنه على الأول التزام بعدم جواز رجوع المغبون الى العين بل لا بد و أن يرجع الى البدل من المثل أو قيمه و على الثانى فله الرجوع الى العين و ذكر شيخنا الأستاذ أن كلام الشافعى من العائد الزائل كأنه لم يزل أو كأنه لم يعدله وجه هنا و ليس نقله لمجرد حسنه كما أورده بعض على المصنف فإنه على الأول فالزائل العائد كأنه لم يعد فإنه إذا كان العود بسبب جديد فيفرض الزائل العائد كأنه لم يعد الى الغابن و أما على الثانى فكأن الزائل العائد لم يزل أى كأن العين لم ينتقل من ملك الغابن الى شخص آخر و لم يزل

من ملكه بل هي باقيه على ملكه على السبب الذى انتقل اليه بهذا السبب.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين الصورتين فإنه على كلا التقديرين يرجع المغبون الى العين لكونها متعلقه لحق المغبون فإذا وجدت فى ملك المغبون فله الرجوع إليها و ليست الملكيه قابله للرد حتى يقال أن الملكيه الزائله كالذى لم تزل أو كالذى لم تعد أو يقال بأن قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن على النحو الذى تلقاه من المغبون بل هي إذا زالت، زالت بالكلية و لم تعد بعد و انما الكلام فى كون العين متعلقه لحق المغبون فإذا وجدت فى ملك الغابن يرجع إليها كيف ما كان و قد ذكر ذلك السيد ره هذا كله فيما إذا كان التصرف موجبا للخروج من الملك و أما إذا لم يكن التصرف موجبا للخروج عن الملك فقد قسمه المصنف إلى أقسام الأول أن لا- يكون موجبا للتغير بوجه لا من حيث الزيادة و لا من حيث النقصه و هذا خارج عما نحن فيه فإنه لا شبهه فى عدم منعه عن الرد و اما أنه يوجب النقصه أو يوجب الزيادة و قد يكون موجبا للامتزاج و أما على تقدير كونه موجبا للنقصه فذلك قد يكون بنقصان جزء من المبيع و أخرى بنقصان وصف الصحه و ثالثه بنقصان وصف الكمال بحيث لها دخل فى زياده المالىه و رابعه بنقصان وصف ليس دخيلا- فى زياده القيمه أصل أما الأخير فهو أيضا خارج عن المقام فإنه لا يوجب شيئا أصلا كما أن المبيع كان واجدا لوصف غير دخيل فى زياده المالىه و قد فقد بالفعل كأن يكون عبدا كان يجب المحل البارد و فعلا لا يحبه و أما الوجه الأول أعنى النقصان بنقصان جزء المبيع فلا شبهه أيضا فى أنه يرجع المغبون إلى البقيه و يأخذ البديل للجزء الفائت لكونه تالفا و أما المتوسطان

أعنى ما كان الفئات هو وصف الصحة أو وصف الكمال فقد فصل المصنف فيهما بين فوات وصف الصحة و التزم بلحوقه بالجزء الفئات و بين فوات وصف الكمال و التزم بارجوع المغبون الى العين بدون شىء فيه أصلا.

ثم ترقى المصنف و الحق بوصف الكمال ما لو وجدت العين مستأجره فان على الفاسخ الصبر الى أن ينقضى مده الإجاره و لا يجب على الغابن بدل عوض المنفعه المستوفاه بالنسبه الى بقيه المده بعد الفسخ لأن المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ بالمنفعه الدائمه تابعه للمالك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعه العين بأسرها ثم ذكر أنه يحتمل انفساخ الإجاره فى بقيه المده لأن ملك منفعه الملك المترزل مترزل و هو الذى جزم به المحقق القمى إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع ثم اشكال على ذلك بمنع تزلزل ملك المنفعه نعم ذكر علامه فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستأجره كانت الأجره للمشتري المؤجر و وجب عليه للبائع أجره المثل للمده الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب.

أقول أما ما ذكره من الفرق بين وصف الصحة و التزم بالأررش و بين وصف الكمال و التزم بالارجوع الى العين بدون شىء لا يرجع الى محصل و ذلك لان الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحة أو أوصاف الكمال ان كانت تقابل بالمال فلا بد من الرجوع الى الأررش فى كليهما و الا- فلا- و اذن فلا- وجه للفرق بين وصف الصحة و بين وصف الكمال و حيث ذكرنا مرارا و ستعرف فى أحكام الشروط أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالمال فاذن فلا وجه للارجوع إلى الأررش بل إذا رجع المغبون الى العين

و

واجده لها و يرجع الى التفاوت بينهما لا أن الأوصاف لها قيمه فيرجع إليها.على أنه لو كانت الأوصاف تقابل بالمال فمقتضى القاعده أن تنقص من الثمن سواء طالب المغبون أم لا-لا- أن يرجع الى الغابن و يؤخذ منه الأرش و أما ثبوت الأرش فى خيار العيب مع المطالبه فمن جهة النص.

و بعبارة أخرى أن التفرقة بين وصف الكمال و وصف الصحة أنما يكون بأحد الوجهين الأول كون وصف الصحة بمنزله الجزء الفائق بأن يقع مقدار من الثمن بإزائه بحيث لازمه ان ينقص من الثمن مع فوته عند الغابن دون وصف الكمال و لهذا ممّا لم يلتزم به المصنف بل و لا يمكن الالتزام به لأن الأوصاف و ان كانت موجه لزياده ماله المال الا أنها لا تقع فى مقابلها شىء من العوض فى عقد المعاوضه و ثبوت الأرش فى خيار العيب فى مقابل وصف الصحة أنما هو بالتعبد لا من جهة وقوع الثمن بإزائه و الا كان اللازم رد بعض من خصوص الثمن.

و الوجه الثانى أن يكون زوال وصف الصحة تحت اليد موجبا للضمان دون وصف الكمال فيقال بان الضمان المعاوضى و ان تبدل بضمان اليد بعد القبض الا أن تبدله انما هو فى خصوص العين و وصف الصحة دون وصف الكمال و هذا أيضا ممّا لا يمكن الالتزام به لأنه لا فرق بين الأوصاف فى أنها بأجمعها مضمونه على المفسوخ عليه كما تكون مضمونه على الغاصب لان وجه الضمان فى البابين انما هو قاعده ضمان اليد و أنه لا بد من رد العين على الوجه الذى وضع الغاصب عليه اليد ففى كل مورد كانت اليد يد ضمان فلا و أن ترد العين على النحو الذى أخذت و حيث كانت فاقده لجهه دخيله فى ماله العين فلا بد و أن تقوم العين واجده لها و

فأفقدف لها و يؤخذ التفافوت و على الجملة لو تمت هذه القاعده لا يكون ضمان لوصف الصحه أيضا بل العين لان كلا منهما ملك الغابن و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا شبهه و كيف كان فمقتضى قاعده ضمان اليد هو الرجوع الى الغابن على العين على النحو الذى وضع الغابن يده عليها فان كانت موجوده صحيحه أخذت العين و الا فالبدل بالمقدار الذى فافت عنها كلا أو جزء كما لا يخفى فافهم.

لا- يقال أو يوم الفسخ هو يوم الضمان و من الواضح أن المعين فى هذا اليوم فافقه للوصف فلا- يكون وصف الصحه تحت الضمان فإنه يقال أن الضمان المعاملى الذى هو المعنى فى كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده موجود من الأول فلا بد و أن يخرج من عهده كما إذا تلفت العين قبل الفسخ بلا عيب و نقصان فان المغبون يرجع بعد الفسخ على العين الصحيح عينا أو بدلا فافهم.

و أما ما أورد على المحقق القمى من عدم كون الملكيه مترلزله من الأول فى عقد الإجاره صحيحه و لكن ليس لازمه أن لا يكون للمغبون الا- العين الخاليه عن المنفعه و الا- فربما يكون الغبن فى إرجاع العين بلا منفعه إلى نهايه مده الإجاره أكثر من الغبن فى أصل العقد و لا أنه لنا دليل على الرجوع الى أجره بقيه المده كما ذكره فى القواعد بل مقتضى قانون الفسخ و قاعده ضمان اليد ان يرجع الى العين على النحو الذى اسلمها الى الغابن بجميع خصوصيات تلك العين و حيث كانت الخصوصيات فافته فتقوم العين صحيحه و واجده لجميع المنافع بالفعل و فافده للمنفعه إلى مده فيؤخذ التفافوت و لكن هنا نكته تنبه بها شيخنا الأستاذ و ليس ان نقصان العين عن القيمه المتعارفه انما كان فافقه

لمنفعه مده خاصه و إذا فيكون التفاوت بمقدار اجره مثل بقيه المده و لذا عبر في القواعد بأجره المثل فافهم.

و الحاصل ان التصرف قد لا- يكون موجبا للتغير لا عينا و لا حكما و هذا لا شبهه في انه يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه بلا ضمان على شىء آخر و قد يكون موجبا للتغير اما بالنقيصه أو بالزيادة أو بالامتزاج أما النقيصه فقد عرفت انها قد تكون بنقصان الجزء و قد يكون بنقصان وصف الصحه و قد يكون بنقصان وصف الكمال و قد يكون بنقصان وصف لا دخل له في زياده المالىه أصلا اما الأخير فلا شبهه في خروجه عن محل الكلام بداهه عدم دخله في المالىه أصلا فلا يكون نقصانه موجبا للضمان أصلا و اما بقيه الأقسام فلا شبهه في كون النقصان فيها موجبا للضمان فتقوم العين واجده للخصوصيه الفائته و فاقده لها فتؤخذ التفاوت و الوجه في ذلك ان قاعده ضمان اليد تقتضى ضمان العين على النحو الذى أخذها من المالك و وجب عليه ردها الى صاحبها بجميع الخصوصيات الدخيله في المالىه و ما ذكره المصنف من الفرق بين وصف الصحه و صفه الكمال لا يمكن المساعده عليه فإنهما مشتركان من حيث عدم مقابلتها بالمال بنفسهما و من حيث دخلهما في زياده المالىه كما لا يخفى.

و كذا إذا كانت العين مستأجره فإن مقتضى اليد هو إرجاع العين على النحو الذى أخذها الغابن من المغبون و من الواضح ان العين لم تكون مسلوبه المنفعه حين ما أخذها الغابن من المغبون فلا بد من ردها واجده للمنفعه و حيث انها مستأجره و مسلوبه المنفعه إلى مده معينه فتقوم واجده للمنفعه و فاقده لها و يؤخذ التفاوت و لا وجه لما ذكره المصنف من عدم الشىء على الغابن كما هو واضح.

ثم ان هنا قسما آخر من النقيصه الذى لم يتعرض له المصنف و لعله كان من جهه الوضوح و هو ان النقصان قد يكون حكما بمعنى يكون نقصان فى القيمه السوقيه و هذا لا يدخل تحت الضمان بوجه فان مقتضى ضمان اليد هو إرجاع العين على النحو الذى أخذت من المالك و من الواضح ان العين إذا ردت كك يسقط الضمان عن ذى اليد و اما تفاوت القيمه فلا يدخل تحت الضمان كما هو واضح فافهم.

و اما إذا كان التصرف موجبا للزيادة فقد تكون الزيادة حكميه بأن يكون التفاوت فى زياده القيمه السوقيه و هذا لا يوجب الضمان أيضا كما كان لا يوجب فى طرف النقيصه فليس للغابن ان يرجع الى المغبون بزياده القيمه فإن مقتضى قاعده اليد هو ضمان العين بجميع خصوصياتها الدخيله فى ماليتها و المفروض انها رجعت كك و اما زياده القيمه السوقيه كنقصانها فلا تدخل تحت الضمان فلا مقتضى للضمان هنا أصلا لا زياده و لا نقيصه كما لا يخفى و إذا فسخ المغبون و رجع الى العين فليس للغابن ان يدعى ان العين قد زادت قيمتها و ان ترد الزيادة لعدم كون المغبون ضامنا لهذه الزيادة و انه أخذ العين على النحو الذى كان دفعها الى الغابن مع الخصوصيات الدخيله فى المالىه فزياده القيمه أو نقصانها بحسب السوق ليست من تلك الخصوصيات فافهم.

و ان كانت الزيادة فى الأوصاف التى لا تكون دخيله فى المالىه أصلا كما تقدم نظيره فى طرف النقيصه أيضا كقصاره الثوب(أو غسله) و صفاء الذهب بان نظفه فصار نظيفا و هكذا فمثل هذه الزيادة أيضا لا شىء عليها كما لا شىء على مثلها فى طرف النقيصه.

و اما إذا كانت الزيادة فى الأوصاف التى لها دخل فى زياده المالىه

كتعليم العبد صفه العلم و الكتابه و الخياطه أو صنعه من الصنائع و كصروره العين سميها و غيرها من الأوصاف التي أحدثنا المشتري في العين و أوجبت زياده المالىه فإذا فسخ المغبون العقد و قدر صارت العين متغيره بمثل هذه الزيادة فى ملك الغابن مثل فهل للغابن ان يرجع الى هذه الزيادة أم لا فقد ذكر المصنف انه يصير شريكا للعين مع المغبون.

أقول ان أراد من الشركه فى العين فلا- وجه له و ذلك لاین الأوصاف و ان كانت واسطه لثبوت المالىه أو زيادتها فى العين و لكنها بأجمعها لا تقابل بالمال كما عرفت و عليه فلا وجه لحصول الشركه فى العين بزياده تلك الأوصاف لعدم المقتضى لذلك و ان أراد ان حصول الشركه فى المالىه فهو متين بمعنى ان تلك الأوصاف قد أوجبت زياده المالىه فى العين فتلك الأوصاف بنفسها و ان لم يقابل بالمال و لا تدخل تحت الضمان و لكنها تقابل المال بتبع العين فهى واسطه لثبوت المالىه أو زيادتها فى العين و العين واسطه لعروض المالىه على تلك الأوصاف و عليه فيكون الغابن بعد فسخ المغبون شريكا فى مالىه العين مع زياده الوصف الموجب لزياده قيمه العين و من هنا تكون هذه الأوصاف داخله تحت الضمان فى طرف النقيصه أيضا كما هو واضح و الشاهد على حصول الشركه فى المالىه هى السيره العقلانيه فان سيرتهم قائمه على ان زياده الأوصاف توجب زياده المالىه بحيث يكون المحدث شريكا مع أصل المالك كما إذا اشترى صفرا من شخص فجعله قدرا أو اشترى صوفا و جعله عباء أو فراشا و هكذا ثم ظهر ان المعامله مشتمله على الغبن فإن السيره قائمه على ان الغابن شريك فى مالىه العين فى مقابل تلك الأوصاف التى

أوجدتها فى العين و ليس للمغبون أخذ العين بلا رد شىء إلى الغابن مع ان الصفر الخالص أو الصوف الخالص يساوى عشر ما يساوى القدر و العباء.

و الفرق بين الشركه فى العين و الشركه فى المالىه انه لو أخذ المغبون العين و زالت صفه الزياده الموجه الزياده المالىه بلا تفريط من المغبون و قبل رد حصه الغابن كما إذا زالت صفه السمن أو صفه الكتابه أو صفه العلم و نحوها فإنه يزول حق الغابن لقوامه بالصفه الزائده و المفروض انها زالت و هذا بخلاف ما إذا قلنا الشركه فى العين فإنها قائمه بنفس العين فما دامت العين موجوده فالشركه موجوده سواء زالت الأوصاف أم لا.

ثم ان الظاهر انه لا- فارق بين حدوث هذه الأوصاف بفعل الغابن أو بفعل الله تعالى فإنه على كل تقدير فالشركه فى المالىه حاصله فان ما يقابل الأوصاف الزائده من المالىه ليست اجره لعمل الغابن حتى يتوهم ان الزياده إذا كانت بفعل الله تعالى فلا عمل للمشترى حتى يقابل بالأجره بل المقابل بالمال انما هى نتيجة العمل الصادر من الغابن و عليه فسواء كانت الزياده بفعل الله تعالى أو بفعل الغابن فهما مشتركتان فى النتيجة فتكونان موجبتين للشركه فى المالىه فلا وجه لما فرق به شيخنا الأستاذ بين ما كانت الزياده بفعل الغابن فالشركه وجه و بين ما كانت الزياده بفعل الله تعالى فلا وجه للشركه، و لو كان للعمل دخل فلا بد من القول بثبوت الأجره فيما إذا عمل عملا كثيرا و لم ينتج كما إذا علم العبد الكتاب و لم يتعلم لبلادته فافهم.

و قد عرفت ان الكلام قد يقع فى صورته الإلتلاف و قد تقدم الكلام فيه

وقد يقع فى صورته النقيصه على أقسامها وقد يقع فى صورته الزيادة وقد عرفت ان الزيادة إذا كانت فى القيمة السوقية فلا حق للغابن ان يطالبها من المغبون لعدم المقتضى فإن له رد العين على النحو الذى أخذها والمفروض انه لم يحدث فى العين حدثا حتى يوجب زيادة المالیه بل هى من جهة زيادة القيمة السوقية. وكك الكلام فى النقيصه واما الزيادة الأوصاف الكمالیه أو الصحه فقد عرفت انها تدخل تحت الضمان و توجب الشركه فى المالیه كما لا يخفى و اما الزيادة فى الأوصاف الغير الدخيله فى المالیه فلا توجب شيئا بوجه.

ثم ان الزيادة قد تكون عينا ممتازا عن المبيع أو الثمن الذى غبن فيه وهذه الزيادة قد تكون أجنيه عن العين بالكلية و غير مربوطه بها وهذا كما إذا اشترى الغابن دكانا فى الجاده و وضع فيه المتاع و التفت بالمغبون بالغبن ففسخ العقد فإنه يأخذ دكانه و ليس للغابن ان يقول ان ثمن متاع فى هذا المكان اعلى من المكان الآخر و النقل اليه يكون ضررا عليه فلو انتقله لحديث نفى الضرر فان ذلك الزيادة من جهة خصوصيه المكان لا من جهة ان الغابن عمل هنا عملا فذلك العمل قد أوجب الزيادة وهذا خارج عن المقام.

وقد تكون الزيادة مع كونها ممتازة عن العين التى وقعت عليها المعاضه مربوطه بالعين كما إذا اشترى الغابن أرضا فغرس فيها الأشجار أو بنى فيها البناء أو اشترى قميصا و خاط فيه النقوش التى هى موجوده بعينها.

و تفصيل الكلام هنا انه قد يكون الأرض ملكا مطلقا لشخص و لكن اشغلها شخص آخر غصبا بان غصبها و بنى فيها البناء أو غرس فيها

الأشجار و كذلك لو انتقلت الأرض إليه بعقد فاسد و غرس فيها الأشجار و مثل ذلك ما لو أجرها من شخص و انتهى أمد الإجاره و قد اشغلها المستأجر بالبناء نحو ذلك من الموارد فإنه لا شبهه في أمثال ذلك ان لمالك الأرض ان يطالب من مالك البناء تفرغ أرضه فإنه لا عرق الظالم و إذا منع فرغه بنفسه كما حقق في محله و ليس عليه شيء أصلا فإنه مالك على الأرض و ليس للغاصب ان يمنعه من التصرف في ملكه حتى لو كانت قيمه البناء عشرة آلاف دينار و قيمه الأرض عشرة ديناراً فأيضاً لمالك الأرض مطالبه أرضه و لو مع رضاء مالك البناء بالبقاء على الشركه كما هو واضح لان مالك الأرض له السلطنه على ملكه بمقتضى دليل السلطنه و ليس لأحد ان يمنعه من ذلك و ليس المقام مشمولاً لدليل نفي الضرر لكونه في مقام الامتتان و المقام ليس كك على ان مالك البناء قد أقدم على الضرر باختياره.

و قد يكون ملك المالك على الأرض ملكيه محدوده من الأول كما إذا كان لأحد حديقه فوهب أرضها لأحد أولاده و أشجارها لأولاده الآخر فإنه ليس لمالك الأرض ان يجبر مالك الأشجار على إجبار تفرغ الأرض فإنه مالك على الأرض من الأول ملكيه محدوده لا- ملكيه مطلقه و عليه إذا باع مالك الأشجار أشجاره من شخص فيبيعها بهذه الخصوصيه بأن تبقى الأشجار فيها لا- انها تعلق و من هذا القبيل إرث الزوجه من البناء دون العقار فإنه إذا باعته من شخص ليس للورثه ان يجبروا المشتري بقلع البناء و ليس لهم ان يجبروها بقلع البناء فإنها تستحق البناء لا الأحجار و الأخشاب كما لا يخفى.

و هنا قسم ثالث لا يعلم حاله فيشك كونه من القسم الأول أو من

القسم الثانى و هو ما نحن فيه اعنى تملك الأرض بفسخ العقد بخيار الغبن فهل يملك المغبون الأرض ملكيه مطلقه حتى يكون له مطالبه الغابن بتفريغ أرضه بلا- أرض أصلا أو لا- يملكه إلا- ملكيه محدوده فليس له ذلك و مثل ذلك تملك الأرض بحق الشفعه فى المقام أقوال ثلثه قول بأنه مثل القسم الأول فلمالك الأرض الذى هو المغبون ان يطالب الغابن بتفريغ أرضه من دون ان يكون عليه شىء كما اختاره فى المختلف فى الشفعه أو عدم تسلطه عليه كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع الأرض كما اختاره فى المسالك هنا.

و منشا الخلاف ان الغابن الذى يستوفى منفعه الأرض إلى مده هل يكون بذلك مالكا المنفعه الأرض إلى انتهاء المده التى استوفى منفعتها الى تلك المده بحيث لو عادت الأرض إلى ملك المغبون تبقى المنفعه فى ملك الغابن أيضا بغير ان يكون عليه شىء من الأجره كما هو كذلك فى الإجاره بأن أجر العين إلى مده معينه حيث الإجاره لم تفسخ لوقوعها فى ملك الغابن و كذلك الأمر هنا فان التصرف قد وقع فى ملك نفس الغابن فلا يتوجه عليه غرامه أصلا.

و بعباره أخرى شأن الغرس و الزرع و البناء على الأرض شأن إجارتها من شخص آخر إلى مده فكما انها تكون مسلوبه المنفعه فى الإجاره و مع ذلك ليس للمغبون فسخ عقد الإجاره و كذلك فى المقام فان الاستيفاء يكون سببا لتملك المنفعه فتكون الأرض مسلوبه المنفعه و ليس للمغبون ان يطالب بتفريغ الأرض غايه الأمر له حق مطالبه الأجره على الأرض.

و بعباره اخرى ان الغارس قد استوفى منفعه الأرض ما دام غرسه

باقيا كما فى الإجاره فىجب علىه بعد الفسخ أو الانفساخ تدارك ما استوفاه بأجره المثل أو قيمه النقص و التفاوت و لا يعد ان يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء.

أو يقال ان مالك الأرض قد دفع العين الى الغابن فارغه عن البناء و الأشجار و واجده للمنفعه فله مطالبه أرضها بعد فسخ العين أو انفساخه على النحو الذى دفعها اليه و لم تكن ذلك مسلوبه المنفعه أو تطلبها من الغابن كذلك بمقتضى قانون الفسخ و دليل ضمان اليد كما هو واضح و الحق هو الثانى فإن مقتضى ضمان اليد هو رد العين على النحو الذى دفعها الى الغابن و من الواضح ان الأرض التى دفعها اليه لم تكن مسلوبه المنفعه فلا بد له من ردها كذلك و اما قياس المقام بالإجاره فبلا وجه لكونه مع الفارق فان فى عقد الإجاره قد يعتبر ملكيه المنافع إلى مده للمستأجر و هذا لا بأس به فان الاعتبار خفيف المؤنه و لا بأس من تعلقه على الأمر المعدوم و اما تصرف الغابن بنفسه فى الأرض على نحو يستلزم كون الأرض مسلوبه المنفعه إلى مده و يستوفى منفعتها لنفسه فهذا لا يعتبره العقلاء الملكيه له بوجه و إذا فإذا فسخ المغبون العقد فله مطالبه أرضه فارغه عن البناء و الغرس و له قلع ذلك كله و تفرغ أرضه فإن مقتضى اليد هو ذلك.

و هل يثبت للغابن تفاوت قيمه الأشجار المغروسه أو البناء فإنها بعد القلع تكون أحجارا و اخشابا فىكون متضررا و هو منفى فى الشريعه المقدسه أو ليس له ذلك و قد يقال بثبوت تفاوت قيمه بين البناء و الأحجار و بين الشجر و الخشب على صاحب الأرض فلا بد له ان يعطى ذلك للغابن لوجهين الأول قاعده نفى الضرر فان قلع بناء الغابن أو

أشجاره عن الأرض ضرر عليه فيكون منفيًا بحديث نفي الضرر فيجب على صاحب الأرض أن يعطى الأرض لصاحب البناء أو الأشجار.

و فيه أولاً- ما ذكره المحقق الايروانى من أنه ليس هنا ضرر على الغابن بل هو من قبيل عدم النفع فإنه قد بنى فى هذه الأرض البناء و غرس فيها الأشجار أو علم العبد الصنائه مثلاً لينتفع بها و لم يتمكن من الانتفاع لا أنه تضرر إذ ليس له ملكيه مطلقه على الأرض مع البناء و الأشجار الموجوده فيها بل كانت ملكيته محدوده بحدّ خاص و بوقت معين و إجبار مالك الأرض الغابن بقلع شجره أو بنائه ليس ضرراً عليه بل منع عن الانتفاع به كما هو واضح.

و ثانياً أن دليل لا ضرر لا يشمل موردا يلزم من شموله له ضرر على شخص آخر فإنه بالنسبه الى كل منهما على حدّ سواء فيكون شموله لأحدهما معارضاً بشموله للآخر فان إجبار صاحب البناء على قلع بنائه بدون الأجره ضرر عليه و إعطاء صاحب الأرض قيمه البناء باستثناء أحجاره ضرر على صاحب الأرض فإنه بأى وجه يلزم بذلك مع أنه لا يطلب إلا أرضه فمقتضى قاعده اليد هو وجوب رد أرضه عليه على النحو الذى أعطاها للغابن و لا وجه لتضرره من جهه فعل الغابن كما هو واضح.

و بعبارة أخرى أن حديث لا ضرر وارد فى مقام الامتنان فلا يشمل موردا يكون شموله ضرراً على الغير لأنه خلاف الامتنان(و هنا وجه ثالث نذكره فى الوجه الثانى)الوجه الثانى أن قاعده احترام مال المسلم تقتضى أن لا يذهب ماله هدراً فان إجباره على قلع شجره أو أشجاره عن أرض المغبون بلا إعطاء تفاوته خلاف احترام مال المسلم فلا بدّله من إعطاء تفاوت القيمة بين البناء و الأحجار و بين الأخشاب و الأشجار و قد:ذكر

و فيه أولاً أن حفظ احترام مال المسلم يقتضى حرمه إتلافه و الا يكون المتلف ضامناً و أما ثبوت ضمانه على شخص آخر فلا تقتضيه تلك القاعده ففي المقام أن صاحب الأرض لا يطلب من الغابن إلا أرضه على الذى أعطاها إياها فلا بد للغابن ان يردها الى المغبون و حيث كانت تلك الأرض فارغه و غير مسلوبه المنفعه فلا بد للغابن ان يردها كذلك و من الواضح ان ذلك لا يمكن الا ان يفرغ الغابن الأرض و يقلع بنائه و أشجاره و اى ربط لذلك على ثبوت الضمان للمغبون.

و بعبارة اخرى ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا يذهب هدراً بإتلاف أحد لا انه يقتضى ان يكون ضمانه فى مورد التلف على شخص لا يتلفه أصلاً فالمغبون لا يطلب إلا أرضه و ليس له شغل بإتلاف مال الغابن و انما الغابن يتصدى بإتلاف ماله لعدم حق له فى إبقائه فى أرض الغير و بعبارة اخرى ان إبقاء الغابن ماله فى أرض المغبون بعد الفسخ حرام و ليس لبقائه فى أرض الغير احترام أصلاً فإنه بعد الفسخ يكون إبقائه ذلك فى أرض الغير غصباً و ليس لعرق الظالم حق.

و يرد على كلا الوجهين النقض بما إذا غرس احد أشجاراً فى أرض الغير جهلاً بأنها للغير فلم يستشكل أحد فى انه تقلع الأشجار و ليس على الغارس شىء مع انه ليس غاصباً حتى يقال انه يؤخذ بأشق الأحوال مع ان لازم القول بثبوت التفاوت على المغبون لقاعده الضرر أو لقاعده احترام مال المسلم لكان لازم ذلك ان يثبت التفاوت على صاحب الأرض فى هذه المسأله أيضاً و قد عرفت انه لم يقل احد بضمان التفاوت هنا كما هو واضح فتحصل انه لا يثبت تفاوت القيمه على المغبون كما هو واضح.

وقد عرفت انه كان الكلام فى تصرف الغابن مع ثبوت الخيار للمغبون و كان الكلام فى صورته الزيادة بما لا يكون متصلا بالعين و انتهى الى ما إذا غرس الغابن أشجارا فى أرض المغبون فهل له حق لإبقائها فيها أو لا و قد عرفت ان هنا أقوال ثلثة الأول عدم ثبوت حق للمغبون على قلع الأشجار لكون تصرف الغابن واقعا فى ملكه فيكون نظير استيفاء المنفعة بالإجاره الثانى تسلطه على إجباره على القلع من غير ثبوت حق للغابن أصلا و قد اختاره العلامة فى شفعه المختلف الثالث للمغبون ان يبقى أشجاره فى أرضه مع الأجره و هذا القول قد اختاره المسالك و تبعه جمع من المتأخرين و قد ذكرنا مدرك جواز القلع بلا أجره الذى هو قول العلامة و اخترناه لان المغبون له حق مطالبه أرضه من الغابن على النحو الذى سلمها اليه لدليل اليد و ان كان لازم ذلك صيروره أشجار الغابن حطبا و قد عرفت أيضا مدرك ثبوت الأجره من قاعده لا ضرر و قاعده احترام مال المسلم و قد عرفت جوابهما أيضا.

وقد ذكر شيخنا الأستاذ أو الغابن و ان كان لم يملك الأرض ملكيه مطلقه و لكنه مالك للأشجار فإذا أجره المغبون على القلع تكون الصوره الشجرية متبدله بصوره الحطبيه فتزول المالىه الشجرية و من الواضح ان هذا ضرر عليه و لكن قد عرفت جوابه مما ذكرناه سابقا فان المغبون لا شغل له بإزاله المالىه عن الأشجار و ازاله الصوره الشجرية و انما له مطالبه أرضه فارغه كانت أو لا بمقتضى دليل اليد و لا يستند انتفاء المالىه من الشجره إلى المغبون بوجه و انما لازم مطالبته الأرض هو ذلك و هو بمجرد لا يستلزم الضمان و هل يتوهم أحد انه إذا نسى أحد أو غفل ان الأرض الفلانيه ملك شخص آخر فغرس فيها أشجار ان تفاوت القيمه

بين الشجرية الخشبية بعد القلع على صاحب الأرض و ليس كذلك و على الجملة فنقطه الكلام هو ان مقتضى دليل اليد هو وجوب رد ارض المغبون على النحو الذى أخذها الغابن منه و ما يترتب على الرد من اللوازم فهو مطلب آخر لا يكون مستندا الى المغبون كما هو واضح و لا يقاس المقام باستيفاء المنفعة بالإجاره لكون ذلك بالملك كما عرفت.

ثم انه فرق صاحب المسالك بين الغرس و الزرع فالترم فى الأول بعدم لزوم الصبر على المالك لعدم وجود مده ينتظر فيها و فى الثانى بلزوم الصبر مع الأجره لوجود مده ينتظر فيها و لكن لا نعرف وجهها صحيحا لهذه التفرقه الأطول المده و بعدها فإن المده كما كانت محدوده فى الزرع كذلك كانت محدوده فى الغرس أيضا فانى معنى للقول بان فى الزرع مده فيتفرغها دون الغرس فأطول ما يعيش من الشجر هو النخله فإنها على ما يقولون تعيش مائه سنه و مع ذلك فهذه المده محدوده فتتحل بعدها نعم فرق بينهما من حيث طول المده و قصرها و لكنه لا يكون فرقا فى المقام فان المغبون له مطالبه أرضه من الغابن مطلقا و لا يجوز له الامتناع عن ذلك و لو كانت مدته قليله و دعوى عدم ثبوت حق إجبار قلع الزرع مع قصر المده دعوى بلا وجه لكونه تخصيصا فى دليل اليد و من البديهى انه لا دليل عليه كما هو واضح فإنه فأى مخصص لها بالنسبه الى ما إذا كانت مده التصرف فى العين قليله و قد وجه شيخنا الأستاذ كلام المسالك بأنه إذا كانت الأرض مشغوله بالزراعه فليس فيها ضرر على المالك إذ الأرض قابله للزرع و معدة له و إذا اعطى الغابن أجره الأرض فلا يكون هنا ضرر على المالك حتى يتعارض الضرران هذا بخلاف كون الأرض مشغوله بالغرس فإنه ضرر على المالك.

و فيه انه ليس لهذا الكلام إلا الصورة فإنه يمكن ان يقال ان الأرض المغروسة معه للشجر فإذا غرس الغابن فيها شجرا و اعطى أجرتها لمالكها لا يكون في ذلك ضرر على المالك حتى يتعارضان و هو واضح فلا دليل على هذه التفرقة أيضا و على الجملة ان مقتضى دليل اليد هو تسلط صاحب الأرض على مطالبه أرضه من الغابن و ان استلزم ذلك ضررا على الغابن فان ذلك لا يستند اليه فافهم.

ثم انه هل يفرق بين المقام و بين مسألة التفليس أم لا و قد ذهب المشهور إلى انه ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش في التفليس و ذكر المصنف انه يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون انما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لان سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف أقول لا شبهه على تقدير ثبوت خيار التفليس فليس بين المقام و بينه فرق أصلا بل في كلا الموردین للمالك بعد الفسخ ان يطالب ماله بمقتضى دليل ضمان اليد و ليس لأحد ان يمنع من ذلك كما هو واضح فلا وجه لما ذكره المصنف من ملاحظه الأسبقية و اللاحقيه فإنه على القول بالثبوت يتزاحمان و لو كان أحدهما سابقا و الآخر لاحقا إذ الأسبقية يوجب عدم التزاحم في المده الخاليه عن المزاحم و لكن في مده وجود المزاحم يتزاحمان بقاء كما لا يخفى و لكن الذى يسهل الخطب ما ذكرناه في عدم ثبوت حق للمشتري في مسألة التفليس أيضا حتى يتكلم في التزاحم بل من له الخيار يفسخ و يأخذ أرضه من المشتري و ان استلزم ذلك ضررا على المشتري كما لا- يخفى الا- ان الكلام في أصل ثبوت الخيار في مسألة التفليس مع انتقال العين

الى غيره بالهبة أو بالبيع فإنه مع ذلك لا يصدق بقاء العين كما هو واضح وقد حقق ذلك في كتاب التفليس نعم مع ثبوت الخيار فلصاحب الخيار إرجاع العين كما في المقام.

ثم انه على القول بثبوت حق المطالبة لمالك الأرض أرضه من الغابن الغارس فهل له قلع أشجاره مباشرة أو يطالب قلعه من الغابن فإذا امتنع باشره بنفسه وجوه الظاهر انه ليس له مباشرة قلعها فان الثابت على ما ذكره المصنف لكل من المتبايعين مطالبه حقه عن الآخر فلمالك الأرض مطالبه أرضه من الغابن فلمالك الشجر مطالبه أشجاره من المغبون فإذا امتنع أحدهما عن ذلك رجع الى الحاكم وهو يجبره على ذلك و الا- باشر كل منهما على تفريق حقه بنفسه و لو باشر مالك الأرض مثلاً قلع أشجار الغابن بدون مطالبته من الغابن فضمن نقصان القيمة لكونه إتلافاً لمال الغير بدون اذنه فيكون ضامناً و من هنا ظهر حكم الأغصان الداخلة على الجار فان الجار له إجبار مالك الأغصان على القلع و تفريع أرضه من ذلك و هكذا الحيوان الداخل على ملك الغير فالمالك يجبر صاحب الحيوان على الأخذ و الا- فيخرجه بنفسه فلو أخرجه بنفسه و تلف يكون ضامناً و ما ذكره المصنف بين الأغصان الداخلة على الجار فلا يجوز للجار إجبار المالك لكونه بلا اختيار و بين غرس الأشجار في أرض الغير فله إجبار المالك على الغرس لكونه مع الاختيار لا وجه له فان دخول الأغصان على الجار و ان كان بلا اختيار حدوثاً و لكنها باقية في ملك الغير باختيار المالك بقاء فله مطالبه تفريع داره عن ملك الغير كما لا يخفى فافهم.

و اما لو كان التغيير بالامتزاج ذكر المصنف ره صوراً في المقام لانه

اما ان يكون بغير جنسه و اما ان يكون بجنسه فان كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك عرفا لا- يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد بالزيت فإنه يعد تالفا غايه الأمر يوجب مزيه المالىه فى الخليط الآخر فى بعض الأحيان و هذا يكون من صور زياده مالىه العين بفعل الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك و ان كان الامتزاج على وجه لا يعد تالفا كالخل الممتزج بالانجيبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدومه و جهان و ان كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى ثبتت الشركة و كذلك بالأردى و لو كان بالأجود احتمل الشركة فى الثمن و ان كان الأجود يساوى قيمت الردى كان المجموع بينهما أثلاثا إلخ.

و الظاهر ان ما ذكره المصنف من الأول إلى آخره من التقسيمات مناقض لما ذكره سابق من حكم الامتزاج فى تصرفات المغبون و الظاهر انه لا فرق بينهما موضوعا و حكما و قد ذكر سابقا ان الامتزاج فى حكم التالف لحصول الشركة المانع عن الرد و عليه فلا- وجه لما ذكره هنا من حصول الشركة بين البائع و المشتري و قد ذكرنا سابقا فى تقريب كلام المصنف ان قانون الفسخ يقتضى رد كل من العوضين الى الآخر على النحو الذى أخذ و من الواضح ان الامتزاج يوجب الشركة التى عباره عن انتقال مقدار من مال كل من الشريكين الى الآخر لتحصل الشركة فى تمام الأجزاء التى لا تقبل القسمه عرفا و عليه فإذا فسخ المغبون و أراد رد عينه فلا- يرجع اليه جميع ما أعطاه الآخر من العوض بل مقدارا منه و مقدارا من مال الغير لان المفروض هو حصول الشركة كما لا يخفى و على هذا فلا بد من الرجوع الى البدل بعد الفسخ.

و بعباره أخرى تاره نتكلم فى بقاء الخيار و عدمه مع حصول الامتزاج

و هذا لا شبهه فيه لأنها قلنا بثبوته مع التلف و كيف بالامتزاج و الشركه و اخرى نتكلم فى إمكان رد العين مع الامتزاج و هو لا يمكن فان قانون الفسخ يقتضى رد العين على النحو المأخوذ و المفروض انها امتزجت بغيرها و حصلت الشركه بينهما فلو رجعت رجوع نصف من العوض و نصف عن المال الآخر كما هو واضح فلا بد ح من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمه هذا الذى ذكرناه سابقا و يجرى مثله فى المقام أيضا فإنه لا فرق بين الامتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل المغبون و هذا واضح جدا.

ثم ان التكلم فى أقسام الامتزاج و حصول الشركه فى بعضها دون بعض و ان كان خارجا عن المقام و لكن لا بأس بالتعرض لذلك لمناسبه تعرض المصنف له و الا- فليس مربوطا بخيار الغبن لما عرفت ان المزج يلحق بالخروج عن الملك و معه يمتنع الرد كما لا يخفى فنقول ان ما يمتزج من المال بمال آخر اما ان يكون بحيث يعد معدوما عرفا إذا امتزج الآخر و يكون مستهلكا فيه عرفا من غير ان يكون ذلك موجبا للشركه قطعا و هذا كما إذا اشترى الغابن زيتا من المغبون و مزج فيه مقدار من العطر فإنه يعد ذلك العطر تالفا فى نظر العرف فلا- يوجب المزج الشركه هنا نعم قد يوجب ذلك زياده المالىه و ح يكون ذلك من صغريات الزيادة بتصرف الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و هذا نظير ان يقع الجره من الحائط و حسب مائه الحلو بحوض احد فيما ماء المر فإنهما و ان كانا من جنسين و قد امتزج أحدهما بالآخر و لكن ماء الجره لقلته بعد تالفا فى ماء الحوض كما هو واضح فهذا القسم من الامتزاج لا يوجب الشركه قطعا ثم ان كان ذلك بغير اختيار فيذهب العطر و ماء الجره هدر العدم ما يوجب الضمان على صاحب الزيت و الحوض من اليد و الإلتلاف فلا يرجع عليه

لعدم استناده اليه و لا ان هنا ما يوجب الاشتراك كما عرفت و ان كان باختيار شخص و ان كانت يده يد ضمان فلا بد عليه من أداء بدل العطر و الماء و ان كانت يده يد امانه فلا شىء عليه هذا حكم ما لو كان احد (الممتزجين) تالفا فى الآخر مع التفصيل فى الضمان.

و ان كان الامتراج بحيث يستهلك كل من الخلطين فى الآخر و لا تبقى لكل منهما الصوره النوعيه بل تحصيل هنا صوره نوعيه اخرى و ان كان الماده منهما باقيه و هذا كمزج الترياق مع الزعفران مع بعض الأجزاء الآخر فإن ذلك يوجب تشكيل صوره نوعيه التى تسمى بمعجون البزرج الذى كان مرسوما سابقا و كان يأكله الشيوخ و لا تبقى الصوره النوعيه لكل من الاجزاء فى نظر العرف و لا- يبعد ان يكون السكنجيين من هذا القبيل حيث ان كل من الخل و العسل قد زالت صورتها النوعيه فى نظر العرف و ان كانت باقيه بالدقه العقليه و انما تحققت هنا حقيقه أخرى.

و عليه فيكون كل من مالِك الخل و مالِك العسل شريكا فى العين بحسب المالىه لا بحسب مقدار المزوجين يعنى يقوم العسل و يقوم الخل و ينسب أحدهما إلى الآخر فيكون كل منهما مالكا للماهيه المركبه الحاصله من الخليطين بحسب المالىه لا بحسب مقدار العوضين و الا فلزام ذلك ان يكون السكنجيين الحاصل من العسل و الخل الذان كل منهما كيلو واحد ان يكونا شريكين فى السكنجيين على نسق واحد مع ان قيمه العسل عشر مقابل قيمه الخل بل أزيد و يختلف ذلك زياده و نقيصه باختلاف الموارد اى باختلاف مالىه الممزوجين و كيف كان فتحصل الشركه هنا فى العين باعتبار نسبه مالىه الممزوجين لا قدرهما و ليست الشركه هنا فى المالىه فقط و لا فى المقدار فقط.

الثالث ان يكون الممتزجان من جنس واحد و لم يكن الامتزاج موجبا لإتلاف أحدهما أو كليهما كما فى القسمين المتقدمين بل تكون عين كل منهما موجوده حتى فى نظر العرف و ان كانا مع ذلك متساويين من حيث الجوده و الرداءه فلا شبهه فى حصول الشركه فى العين كما هو واضح.

و إذا كان المزج بالجنس و لكن بالأردى لا- بالمساوى فذكر المصنف انه تحصل الشركه أيضا و هل يستحق المغبون أرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو امتزج بالأجود احتل الشركه فى الثمن أو فى المالىه ثم ان هذه الوجوه تجرى فيما إذا مزج المغبون ففى صورته مزج الردى بالمتوسط وجوه ثلثه و بالأجود وجهان كما ذكره المصنف و ذكر شيخنا الأستاذ ان الشركه فى المزج بالأردى أو الأجود انما تكون فى العين بحسب المقدار لا بحسب المالىه و ذلك لان الفائت ليس إلا الخصوصيه الشخصيه دون أصل المال و وصفه و ماليتة فيأخذ كل منهما بمقدار ماله و لا وجه للشركه فى المالىه لأنه إذا أمكن الشركه فى المقدار لا تصل النوبه إلى الشركه فى القيمه نعم لو كان المزج بفعل الغاصب أو الغابن بالاردء فعليه أرش النقص.

أقول: لا شبهه فى ان المزج يوجب الاشتراك سواء كان بفعل الغابن أو بفعل المغبون اختياريا كان أم قهريا فإنه على كل تقدير يوجب الشركه و ذلك لبناء العقلاء على ذلك و على هذا فلو حصلت الشركه القهريه بين مالى شخصين بان مزج حيوان حنطه احد بحنطه غيره مع كون أحدهما أجود بحيث يساوى منا منها بدرهمين و الآخر أردى منه و الظاهر انه لا يتوهم احد ان الشركه الحاصله هنا بالمزج ليست باعتبار

الماليه بل باعتبار المقدار بأن يقسم بينهما على حسب مقدار المالكين مثلا إذا كان لصاحب الردى منان و لصاحب الجيد منا يأخذ صاحب الردى منان و صاحب الجيد منا و يكون التفاوت بينهما بين المجيد و الردى تالفا يعنى تذهب صفه الجوده هدرا إذ ليس المزج مستندا الى أحد حتى يكون أرش النقص عليه و الظاهر أنه هذا لا يلتزم به أحد و لا يشك ذو مسكه أن الشركه هنا فى المالىه فإن بناء العقلاء كما أنه على حصول الشركه بالمزج و كك بنائهم على كونها فى العين بحسب المالىه فى مثل المزج بالردى أو بالجيد و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركه فى القيمه و أما الرجوع الى الأرش فليس له دليل أيضا بعد ما يمكن الرجوع الى نفس المال و كذلك لا دليل أيضا على بيع العين الممتزجه و الاشتراك فى الثمن بل لا بد من الشركه فى العين باعتبار ملاحظه المالىه كما هو واضح.

و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركه فى القيمه نعم بقى هنا شىء و هو ما ذكره شيخ الطائفه من أنه إذا كانت الشركه فى المالىه يلزم الربا فإنه إذا مزج من من الحنطه الجيده بمن من الحنطه الرديه و قلنا بالشركه بحسب المالىه فإنه يكون لصاحب الحنطه الجيده أكثر من صاحب الحنطه الرديه كما إذا كانت قيمه الردى درهما و قيمه الجيد درهمن فان العين الممزوجه تقسم بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الجيد ثلثين و صاحب الردى ثلثا و يلزم الربا.

و لكن يرد عليه ان الربا لا يجرى إلا فى المعاملات المشتمله على المعاوضات و حصول الشركه القهريه بسبب المزج ليس كك فلا يجرى فيها الربا.

ثم انه ربما يقال ان المزج إذا كان بفعل الغاصب بأن مزج الحنطه الرديه المغصوبه بحنطته الجيده فتكون الشركه هنا فى المقدار لامن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و لكن يرد عليه أنه لا- دليل على أنه يؤخذ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و ما ذكرناه من الشركه فى المقدار جار هنا أيضا فيكون ذلك نظير مزج الخل بالانجين سواء كان المزج بفعل الغاصب أو بفعل غيره اختياريا أم غير اختيارى ثم هذا كله إذا لم يكن المزج موجبا لنقصان قيمه بأن تكون قيمه كل من الردى و الجيد محفوظا كما إذا اشترى الغابن منا من الحنطه الجيده من المغبون التى قيمتها درهمان و مزجه بمن من حنطته الرديه التى قيمه درهم واحد و كانت المجموع المركب قيمته ثلاث دراهم فإنه ح لم ينقص من قيمتها شىء و قد ينقص من قيمه الجيد بواسطه المزج كما إذا اشترى كيلوا من الأرز الرشتى بمائه فليس و مزج ذلك بارز كان قيمته عشرين فلسا و مزجهما الغابن فإنه ح تكون قيمه الأجدود نازلا فإن زياده القيمه من جهه جودته و صفائه و لعل قيمه الممتزجه لا تسوى أكثر من درهم واحد و على هذا فان كان المزج بفعل الغابن أو الغاصب أو شخص آخر كان أرش النقص عليه لكونه سببا فى هذا النقص و ان كان المزج قهريا أو بفعل صاحب الجيد سواء كان هو الغابن أو المغبون فلا شىء على صاحب الردى لانه يطالب ماله بجميع الخصوصيات فحيث لا يمكن رده كك فيأخذه بحسب المالىه يعنى يأخذ من العين بنسبه مالىه ماله لا بحسب مقداره كما عرفت من غير ان يعطى تفاوت القيمه لعدم استناده اليه و هذا واضح جدا.

ثم بقى هنا شىء و هو انه لو امتزج غير الجنس بغير جنسه من غير ان يكون أحدهما مستهلكا فى الآخر بحيث يكون تالفا كما تقدم من مزج

العطر بالزيت و لا- ان يكون كلاهما مستهلكا بحيث يكون المزج موجبا لتشكيل هيئه خاصه و ماهيه مركبه و تكون صورتها النوعيه العرفيه غير الصوره النوعيه فى إجراء المركب بحيث تكون الشركه فى المالىه كما تقدم فى مثل مزج الخل بالانجيين و لا ان يكون من قبيل مزج الجنس بالجنس بحيث تكون الشركه فى العين فى فرض تساوى القيمتين و فى المالىه فى فرض عدم تساويهما بل يكون مزج غير جنس بغير جنسه بحيث يكون كل منهما ممتازا عن الآخر كمزج الحمصه مع الأرز و كمزج دقيق الأرز مع دقيق الشعير و هكذا فان هذا القسم لا يجرى فيه شىء من الأقسام المذكوره فلا بد فيه من الحكم بالشركه فى العين بحسب المالىه أيضا كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت ان التكلم فى أقسام الشركه بالمزج لا يرتب بخيار الغبن أصلا فإن المزج الذى يوجب الشركه كسائر النواقل اللازمه و انما التكلم هنا بمناسبه تكلم المصنف فيه فتحصل ان المزج يوجب الشركه فى العين اما باعتبار المالىه أو باعتبار المقدار فلا يلزم منه الربا أيضا و لا يرجع الى الأرش أو البيع و الاشتراك فى الثمن.

قوله بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن

أقول التكلم فى التلف من جهه دفع توهم ان تصرف المغبون يكون مسقطا للخيار فالتلف أولى بأن يكون مسقطا للخيار و الا كان الاولى التعرض لذلك فى أحكام الخيار و انما ذكره هنا لدفع هذا التوهم ثم ان المصنف قسم التلف إلى أقسام فإنه اما ان يكون فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون و على كل تقدير ان التلف اما بآفه سماوى أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبى و الظاهر انه لا فائده لهذا للتقسيم كما ذكره المصنف فإنه لا يفرق الحكم بين ان يكون التلف فيما وصل الى الغابن أو فيما وصل الى المغبون

و بين ما ان يكون التلف بنفسه أو بتسبب غيره من أحدهما أو من الأجنبي

بل اللازم ان نتكلم هنا فى مسائل ثلث

الأول فى حكم التلف و الإتلاف فإنهما واحد الثانية فى حكم إتلاف كل من الغابن و المغبون ماله الآخر الذى انتقل من أحدهما إلى الآخر الثالث فى حكم إتلاف الأجنبي

اما المسأله الاولى فى حكم التلف و الإتلاف

فقد يكون التلف بعد الفسخ و قد يكون قبل الفسخ اما الأول فلا شبهه فى كونه موجبا للضمان فإنه بعد الفسخ يكون المال مال غير فيكون حكمه حكم الغصب فيكون ضمانه على الفاسخ فان يده بعد الفسخ يد ضمان فلا بد من الخروج عن عهده لأنه على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو كان ذلك بالسيره سواء كان التلف غير مستند الى شخص اى شخص كان أو مستند اليه و اما إذا كان التلف قبل الفسخ فتاره يكون الكلام بالنسبه إلى الخيار و اخرى بالنسبه إلى الضمان اما الأول فقد عرفت فيما سبق ان الفسخ متعلقه العقد لا العين و عليه فيبقى الخيار على حاله سواء كان التلف بفعل المغبون أو الغابن أو الأجنبي أو بنفسه فإذا فسخ ذو الخيار العقد فيرجع كل منهما الى البدل مع تلف العينين لان الرجوع الى العين مستحيل نعم بناء على كون متعلق الفسخ هو العين كما ان متعلق جواز الرجوع فى المعاطاه هو العين لكان لسقوط الخيار بالتلف وجه و لكن ليس الأمر كك.

و اما الكلام فى الضمان فلا شبهه انه إذا فسخ ذو الخيار العقد فيكون ضامنا للعرض فلا بد من الخروج عن عهده بمقتضى دليل اليد أو السيره العقلانيه و لكن حيث يستحيل الرجوع الى العين فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو قيمه و هذا لا شبهه فيه و انما الكلام فى انه مع الرجوع الى قيمه هل إلى أعلى القيم من زمان الضمان الى زمان

الأداء أو قيمه يوم الفسخ أو قيمه يوم التلف أو قيمه يوم الأداء وجوه و قد تقدم تفصيل المسألة في المقبوض بالعقد الفاسد و قد تعرضنا هنا لحكم الغصب و ما فى حكمه من المقبوض بالعقد الفاسد و نحوه و إجمال الكلام هنا انه قد يقال بضمان أعلى القيم فان مقتضى اليد ان لا- يخرج من عهده الضمان إلا- بأداء ما وضع يده عليه و من المعلوم ان العين مع قيمته الأعلى تحت يد الغاصب فتكون مضمونه على الغاصب و من فى حكمه ممن يأخذ بالعقد الفاسد أو بالفسخ و لكن الظاهر انه لا- دليل على الضمان بأعلى القيم بوجه كما تقدم فى مسأله الغصب و قد أشرنا الى ذلك آنفا و الوجه فيه ان ما يدخل تحت اليد بواسطه الغصب و نحوه انما هو العين مع الأوصاف الدخيله فى زياده المالىه فإن دليل على اليد أو السيره العقلائييه يقتضى أداء العين مع جميع تلك الخصوصيات و حيث استحال ذلك فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمه و اما ترقى القيمه السوقيه أو تنزلها فلا يدخل تحت الضمان أصلا فإن القيمه السوقيه قائمه بالاعتبار فتزيد تاره و تنقص اخرى فلا تدخل تحت قاعده ضمان اليد كما هو واضح فإنها لم تؤخذ حتى تكون معنى بالأداء.

و اما ضمان العين بقيمه يوم التلف فقد يقال به من جهه ان وقت الانتقال إلى القيمه هو ذلك اليوم فيضمن الغاصب و من فى حكمه بذلك القيمه و قد أجبنا عن هذا الوجه فيما سبق بأنه و ان كان يوم التلف هو يوم الانتقال إلى القيمه و لكن أى القيمه هل هى قيمه يوم التلف كما زعمه المستدل أو قيمه يوم الغصب أو قيمه يوم الأداء أو أعلى القيم فمجرد كون يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمه لا- يدل على ان تلك القيمه هى قيمه يوم التلف كما هو واضح و على القول بتماميته فى مسأله الغصب لا يجرى

هنا فإنه فيما يكون المال مغصوبا و مضمونا بعينه لكي ينتقل الى البدل يوم التلف و فى المقام ليس كذلك فان التلف انما وقع فى ملك الغابن أو المغبون على الفرض فان المفروض ان التلف انما هو قبل الفسخ فلا ضمان هنا حتى يوجب ذلك انتقال العين إلى قيمه يوم التلف كما هو واضح نعم يمكن ان يقال باعتبار ضمان قيمه يوم التلف من حين الفسخ أو يوم الأداء و لكنه لا دليل عليه.

بقى الكلام فى ان المناط فى وقت الضمان هل هو يوم الفسخ أو يوم الأداء فذهب شيخنا الأستاذ فى خصوص هذه المسألة ان المناط هو قيمه يوم الأداء كما هو مقتضى القاعده و تقريب ذلك ان الغاصب إذا غصب عينا فتبقى تلك العين حتى مع تلفها فى ذمه الغاصب و من فى حكمه الى وقت الأداء و ح حيث لا- يعقل رد العين التالفه مع التلف فقهرنا تنتقل إلى قيمه أو المثل فيكون المناط حينئذ قيمه يوم الأداء و هذا الذى تقتضيه القواعد و قد اعتمدنا عليه فى تلك المسألة اى مسأله الغصب و لكن قلنا فى تلك المسألة ان صحيحه أبى ولاد وارده على خلافها فإنها اعتبرت فى الضمان و فى وجوب أداء قيمه يوم الغصب و عليه فرفعنا اليد عن القاعده فى مسأله الغصب و ما فى حكمه و حكمنا بوجوب قيمه يوم الغصب و هل يجوز التعدى من مورد الصحيحه الذى هو الغصب الى غيره أم لا- فالظاهر انه لا مانع من التعدى و تقريب ذلك ان النسبه بين قيمه يوم الغصب و يوم الأداء هى العموم من وجه فإنه قد تكون قيمه يوم الغصب أكثر و قد تكون قيمه يوم الأداء أكثر و قد يتساويا فإذا كانت قيمه يوم الغصب أقل من قيمه يوم الأداء فيحتمل ان يكون الشارع قد لاحظ حال الغاصب و راعاه و لم يلاحظ حال غيرهم من الضمانات

و اعتبر عليهم قيمه يوم الأداء و هو مقطوع العدم فإن القاعدة عكس ذلك و قد ذكر الفقهاء ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و يحتمل ان يكون ذكر يوم الغصب فى الصحيحه من جهه كونه هو المناط فى الضمان بالقيمه فحيث كان الأول مقطوع العدم فيتعين الثانى كما هو واضح فيحكم بكون المناط فى الضمان هو يوم الغصب حتى مع القول بان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فإن المراد من أخذه بأشق الأحوال هو عدم المسامحه فى المطالبه سواء كان واجدا أم فاقدا كما يجب المسامحه فى مطالبه الدين مع العسر بل الغاصب حكمه حكم الواجد يحل عرضه و عقوبته.

و العجب من شيخنا الأستاذ مع انه بنى فى المقبوض فى العقد الفاسد على ان المناط فى الضمان انما هو يوم الغصب لصحيحه أبى و لاد و مع ذلك بنى فى المقام بان المناط هو قيمه يوم الأداء عملا بالقاعده.

المسأله الثانيه فيما كان تلف كل من العوضين بفعل الطرف

بأن أتلف الغابن ما انتقل منه الى المغبون و بالعكس ثم فسخ المغبون العقد و الغرض هنا بيان ان الغابن بأى شىء يضمن بإتلافه و ان المغبون بأى شىء يضمن بفسخه و هكذا إذ أتلف المغبون ما انتقل منه الى الغابن و يتكلم فى ان المغبون أى شىء يضمن بإتلافه مال الغابن و ان الغابن بأى شىء يضمن بفسخ المغبون العقد و تحقيق الكلام إذا أتلف الغابن مثلا مال المغبون الذى انتقل منه إليه فإن أدى الغرامه فلا كلام لنا فيه و ان بقيت الغرامه حتى فسخ المغبون العقد فإنه يرجع الى الغابن بماله و حيث ليست العين موجوده فياخذ قيمتها ان قلنا ان المناط فى الضمان بقيمه العين انما هو يوم التلف فلا كلام لنا فيه و كذا إذا قلنا بكون المناط قيمه يوم الأداء إذ لا يختلف الحال حينئذ بين ضمان المتلف و الضمان

الحاصل بالفسخ فان المناط فى الضمان انما هو قيمه يوم التلف و ان كان الفسخ متأخرا فإنه ح يسقط الضمانين بالتهاتر فان المغبون يطلب ماله من الغابن الذى أتلفه بقيمه يوم التلف و الغابن يطلب عين هذا المال من المغبون الفاسخ أيضا بقيمه يوم التلف فيقع بينهما التهاتر و هكذا لو كان المناط هو قيمه يوم الأداء كما هو واضح و انما الكلام فيما إذا قلنا بان المناط فى ضمان القيمه انما هو قيمه يوم الغصب فإنه حينئذ يختلف ضمان الغابن بقيمه العين و ضمان المغبون بها و كثيرا ما يكون أحدهما أكثر من الآخر كما إذا أتلف الغابن العين التى انتقلت منه الى المغبون و كانت قيمته فى ذلك اليوم الذى هو يوم الغصب و الضمان عشره ثم مضت مدته ففسخ المغبون العقد و كانت قيمه العين فى يوم الفسخ عشرين و كان هذا اليوم الذى ضمن المغبون القيمه لكونه بمنزله يوم الغصب و عليه فتكون ما ضمنه المغبون فى صورته كون الغابن متلفا لما انتقل منه الى المغبون أقل مما ضمنه المغبون بالفسخ و ضمان اليد و عليه فلا يمكن ان يقع التهاتر بينهما بالنسبه إلى تمام ما اشتغلت ذمه المتلف و ذمه الفاسخ بل بالنسبه إلى مدار خاص و اما المقدار الزائد فلا بد للمغبون ان يخرج من عهده و يطلب من الغابن ثمنه.

و بعباره اخرى ان المغبون فى الفرض المذكور يطلب من الغابن شيئين أحدهما عين ماله التى أتلفها الغابن و الثانى الثمن الذى أعطاه للغابن فإنه يطلب منه ذلك بعد الفسخ اما الثمن فلا شبهه فى انه يطلبه من الغابن على كل تقدير و اما العين التى أتلفها الغابن فان كان اشتغال ذمتها بقيمه يوم واحد اما يوم التلف أو يوم الأداء بحيث تكون ذمه الفاسخ أيضا مشغوله بقيمه يوم التلف من حين الفسخ أو كان اشتغال

ذمتها بقيمه يوم الأءاء فلا- شبهه فى سقوط حق كل منهما عن ذمه الآخر بالتهاتر سواء طلب كل منهما حقه عن الآخر أو أحدهما و هذا لا شبهه فيه و ان قلنا بضمان قيمه يوم الغصب فح تختلف الحال فى ضمان كل منهما للآخر فإنه ربما يكون ذلك فى أحدهما أزيد من الآخر كما عرفت فح لا يحصل التهاتر إلا فى الجزء فقط.

و لكن يمكن ان يقال بحصول التهاتر هنا و ان قلنا فى المقبوض بالعقد الفاسد و مثله بكون المناط فى الضمان بالقيمة هو قيمه يوم الغصب لصحيحه أبى و لاد لأنها لا تشمل ما نحن فيه و بيان ذلك ان مقتضى القاعده كما عرفت انما هو ضمان نفس العين ابتداء و انما ينتقل الى مثل أو القيمة مع عدم إمكان رد العين و عرفت أيضا ان العين تبقى فى الذمه إلى وقت الأءاء ففى ذلك الوقت تنتقل إلى القيمة كما هو واضح لعدم إمكان أءائها حتى لو عادت العين الى ملك الضامن بقدره إلهيه كان الواجب على الضامن ان يؤءىها إلى المضمون له كما هو واضح و عليه فإذا كان ذمه كل من الغابن و المغبون مشغوله بعين واحده أحدهما بالإتلاف و الآخر بالفسخ فان مقتضى الفهم العرفى هو وقوع التهاتر فى ذلك و عدم ثبوت حق مطالبه كل منهما على الآخر كما إذا أخذ أحد خبزا من الخباز بعشرين فلسا مع كون الخبز خمس أفلس ثم غصب الخباز ذلك الخبز فأكله ثم التفت المغبون الى الغبن ففسخ العقد فإنه يرجع اليه و يأخذ منه عشرين فلسا و ليس للغابن فى نظر العرف ان يطالب منه خبزه و يقول وجب عليك ان تعطى خبزى و وجب على ان اعطى خبزك فإن أهل العرف يقولون ان ما عطيته هو الذى أخذته و أكلته.

و بعبارة اخرى ان الضمان بالقيمة انما هو مع عدم التمكن من العين و قد عرفت ان العين انما هو باقيه فى ذمه الضامن الى وقت الأداء و عليه فاذا أتلّف الغابن العين التى انتقل الى المغبون فتكون ضامنا لنفس ذلك العين و حيث طلبها المغبون فلا يمكن أداء نفسها فلا بد من أداء مثلها أو قيمتها و إذا فسخ المغبون العقد فتكون ذمته أيضا مشغولة بنفس تلك العين فإذا لم يخرج عن عهده الغرامة قبل الفسخ ليكون المغبون ح متمكنا من أداء العين فإن ذمه كل منهما مشغولة بالعين كما عرفت فيقع التهاتر فيحصل الأداء كما هو واضح و ح تنقلب القيمة أو المثل الى نفس العين كما إذا عادت العين بمعجزه و من الواضح ان مورد الصحيحه انما هو صوره عدم التمكن من أداء العين و كون الضمان فى طرف واحد فلا تشمل المقام و توهم أنها مطلقه بالنسبه إلى عود العين أيضا لاستحاله الإهمال فى الواقع فاسد بل الحكم مقيد فى الواقع و فى مقام الثبوت بعدم العود و فى مقام الإثبات لم يقيد المولى و انما أهمل لعدم كونه فى مقام البيان من هذه الجبهه و قد فرضنا الكلام فى إتلاف الغابن مال المغبون و يجرى جميع ذلك فى عكس ذلك كما يظهر بالتأمل فلا يحتاج الى التكرار ثم لا يخفى انه فى حكم الأداء لو ابرء احد ذمه المتلف فهو بمنزله القبض.

المسأله الثالثه ان يكون المتلف هو الأجنبى

فلو أخذ منه صاحب المال قبل الفسخ قيمه يتعين رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه و كذا العكس و اما لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعين على كل منهما الرجوع الى طرفه بل يتخير بين الرجوع الى الطرف و الرجوع الى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب و لكن لا يجرى

ذلك بناء على اعتبار قيمه يوم الفسخ بل يتعين ح الرجوع الى الطرف سواء سواء كان هو الغابن أو المغبون لأن المال و ان كان في ذمه المتلف أيضا الآ- أنه قد أتلف هو ما ليس للفاسخ قبل الفسخ بل لطرفه فيكون الأ-جنبى ضامنا للمالك.الفعلى دون المالك الأصلي و المالك الأصلي يطلب مصداق ماله يوم الفسخ فلا يشتغل بقيمه يوم الفسخ الآ الطرف لا المتلف لكونه مكلفا بأداء قيمه يوم التلف أو يوم الأداء و ما ذكرناه أوضح بناء على كون الطرف ضامنا لنفس العين بمقتضى دليل اليد و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم الى يوم القيامة

قوله مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماله

بناء على الاستناد فى ثبوته فى البيع الى نفي الضرر أقول لم يقع التعرض لثبوت هذا الخيار فى غير البيع فى كلمات الأصحاب كما وقع التعرض بجريان خيار الشرط فى غيره و لكن عدم تعرضهم لذلك لا يكشف عن اعتقادهم بعدم جريانه فى غير البيع أو جريانه فيه و أما تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع من جهة ذهاب بعض العامه إلى جريانه فى ما عدا البيع أيضا.ثم انه لا دليل بالخصوص على جريانه فى غير البيع أو عدم جريانه فيه و انما المهم هو التعرض لمدرک هذا الخيار حتى يعلم أنه على نحو يجرى فى غير البيع أيضا أو لا فنقول ان كان مدرک خيار الغبن هو الإجماع فلا شبهه فى عدم جريانه فى غير البيع لأنه دليل لى و لا بد من أخذ المتيقن منه و هو البيع و ان كان مدرکه هو نفي الضرر فيشمل ذلك غير البيع أيضا إلا إذا كان هنا اقدام على الضرر فإنه مع الاقدام لا يكون هنا خيار و لا يبعد صدق الاقدام على الضرر مع العلم و الجهل كما تقدمت الإشارة الى ذلك سابقا و لا يختص ذلك

بصوره العلم بالغبن كما ذكره المصنف و بنى عليه و كيف لا يهمننا التكلم فى ذلك بعد ما عرفت من عدم تماميه دلالة حديث لا ضرر على المقصود و انما المدرك هو الشرط الضمنى كما تقدم تفصيله و عليه فلا بد من التكلم على هذا المبنى فنقول قد يكون البناء فى المعاملة على الدقه و عدم المغابنه و قد يكون على السمحه و المسامحه و قد لا يكون العقد مبني على شىء اما الأول فلا شبهه فى تحقق الشرط الضمنى فيه فان بناء العقلاء على تساوى القيمتين فيه فتكون قرينه نوعيه على تساوى القيمتين و مع انتفاء القرينه النوعيه فتلاحظ القرينه الشخصيه على ذلك و من ذلك الإجاره و الصلح فى مقام البيع و الإجاره و لا يفرق فيه أيضا بين أفراده إلا إذا قامت قرينه خارجيه على عدم تحقق ذلك الشرط كالبيع بين الوالد و الولد فإنه إذا وقع الغبن فى ذلك فالارتكاز قائم على عدم الشرط فيه نوعا.

و اما الثانى فلا يجرى فيه الشرط الضمنى كالصلح فى مقام المرافعه حيث ان بنائه على قطع النزاع و التشاح فجريان الخيار فيه ينافى ذلك و كذلك الصلح فى غير موارد البيع و الإجاره بأن كان على إبراء جميع ما فى الذمه كائنا ما كان إلا إذا ظهر الحال و علم ان ما فى ذمه المديون من الديون أضعاف ما اعتقده المتصلح فإنه حينئذ لا قرينه نوعيه و لا شخصيه على عدم الشرط هنا بل القرينه الشخصيه قائمه على تحقق الشرط الضمنى كما هو واضح.

و اما الثالث فلا بد فيه من ملاحظه حال الأشخاص فى شخص المعامله كالجعله فعلم ان جريان الغبن فى أى معاملة يحتاج الى جريان الشرط الضمنى فيه على تساوى القيمتين و جريان الشرط الضمنى على تساوى القيمتين يحتاج إلى القرينه النوعيه أو الشخصيه و الحاصل ان

مقتضى أصالة اللزوم انما هو الحكم بلزوم كل معاملة و عليه فمقتضى الأصل الاولى هو اللزوم فى جميع المعاملات و ح فلا بد من رفع اليد عنها من ملاحظه القرائن الخارجيه القائمه على عدم اللزوم فيها فان قامت قرينه عامه كبناء العقلاء أو خاصه على عدم التسامح و التساهل فى المعامله أزيد مما لا بد منه فلا شبهه فى تحقق الشرط الضمنى فيها على التساوى و عدم التغاين لان هذه القرينه قرينه على الاشتراط فيلزم الخيار من تخلفه و يجرى ذلك فى كل عقد و معاملة حتى الصلح الذى كان البناء فيه على التسامح و التساهل إلا إذا ظهر التفاوت أزيد مما اعتقد المتصالح فإنه بالنسبه إلى الزائد يجرى الاشتراط المذكور و يلزم من تخلفه الخيار و قد تقدم ذلك فى السابق الى جريان الخيار فى التفاوت الزائد عن المقدار الذى وقع فيه التسامح و فى كل مورد قامت قرينه عامه أو خاصه على ان بناء المتعاقدين على المسامحه و المساهله بحيث تكون هذه القرينه داله على عدم الاشتراط فلا يجرى فيه الخيار سواء كان ذلك صلحا أو بيعا فإنه ربما تقوم القرينه على عدم الاشتراط و ان لم يلتفت المتعاملان الى الغبن كما إذا باع الوالد مالا من ولده بخمسين دينارا مع الغفله عن كونه يساوى بالماء فإنه و ان تحقق غبن لا يتسامح هنا و لكن الارتكاز العرفى بل القرينه الخاصه أعنى رأفه الوالد على ابنه قائمه على عدم الاشتراط إلا إذا لم تكن بينهما رأفه تقتضى ذلك فإن القرينه العامه أو الخاصه قائمه على اشتراط تساوى القيمتين هنا أيضا و من هنا ظهر ان المناط فى الاشتراط و عدم الاشتراط انما هو البناء الشخصى على الاشتراط و ان كانت القرينه على الاشتراط ربما تكون نوعيه اعنى بناء العقلاء على الاشتراط و لكن مع ذلك قد تكون القرينه الحاصله أيضا

موجوده على ذلك اعنى بناء الشخصى من المتعاملين على التساوى أو على عدمه و قد نقل المصنف عن بعض و قواه شيخنا الأستاذ بل قد تنحصر القرينه بالثانى مع انتفاء الاولى و قد تكون القرينه الخاصه أعنى البناء الشخصى مقدما على القرينه العامه كما ان بناء العقلاء على التساوى فى البيع و مع ذلك قد يكون بناء المتعاقدين على التسامح كما تقدم و من هنا ظهر انه لا نحتاج الى تحقيق مفهوم الغبن و كون الحكم دائرا مدار صدق الغبن و عدمه كما ذكره بعضهم لا- من جهه عدم وروده فى الاخبار كما ذكره المصنف بل من جهه ان مبنى المسأله لا يحتاج الى ذلك كما هو واضح.

قوله مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على

التراخى على قولين

أقول ذهب المشهور الى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و ذهب بعض آخر الى ثبوته ما لم يطرئه رافع للاستصحاب و ذكر فى الرياض ان المستند فى الخيار إن كان الإجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و ان كان نفى الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر هذا فنقول ان ثبوت الخيار بعد الآن الأول يحتاج الى انتفاء أحد أمرين الأول عدم وجود المقتضى للزوم فى الآن الثانى و الثانى عدم المانع عنه فإذا ثبت أحدهما لا يثبت الخيار مستمرا بل لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن فلا بد فى المقام من تنقيح هذا المطلب أى المقتضى و المانع و لذا ذكر جامع المقاصد ان العموم الثابت للعقد مستمر بحسب الزمان و المانع عنه مفقود فلا بد من الاقتصار بالقدر المتيقن و قد أشكل المصنف عليه و على بقيه الوجوه المذكوره فى المقام بما ذكر أشار إليه فى المقام و ذكر تفصيله فى كتاب الرسائل و حاصل: ان

الحكم الثابت على العام تارة يكون ثابتا على افراده بحسب التعدد و التكثير بان يكون لما تحت العام حكم فى كل آن بحيث يتكثر الحكم فى طول الزمان و يكون للعام افراد طويله كما تكون له أفراد عرضيه كما إذا قال أكرم العلماء فيكون غرضه تعدد الحكم بحسب قطع الزمان فيكون الزمان مكثرا للحكم و يكون هنا إكرام متعدد حسب تعدد الآنات و الساعات و قد يكون الحكم الثابت لافراد العام حكما واحدا مستمرا إلى الأبد بحيث لا يكون الزمان مفردا و مكثرا و قييدا للحكم و موضوعا له بل يكون ظرفا كما إذا فرضنا فى المثال المتقدم ان وجوب الإكرام شىء واحد ثابت لافراد العلماء من غير ان يكون التعدد بحسب الآنات بل لكل واحد من افراد العام حكم واحد مستمر من غير ان يتعد حسب تعدد الآنات فعلى الأول فإذا ورد مخصص على العام بان خرج إكرام زيد العالم عن تحت العموم فى يوم الجمعه فلا بد من الاقتصار فى التخصيص بخصوص ذلك فقط فلا يمكن التعدى إلى اليوم الثانى أيضا بالاستصحاب لانه من قبيل اسراء الحكم عن موضوع الى موضوع آخر فهو لا يجوز لان الحكم فى حكم آن مستقل و هذا بخلاف الثانى فإنه إذا ورد التخصيص على العام و اخرج الفرد عن تحت حكمه كان ذلك موجبا لخروجه عن تحته مستمرا و الى الأبد و فى هنا إذا شك فى ثبوت حكم العام بعد المخصص نستصحب حكم المخصص فلا- مورد هنا للاقتصار بالقدر المتيقن لكونه خروجا واحدا عن تحت العام فلا يفرق فيه بين خروج عن حكم العام دائما أو فى زمان ما إذ ليس فى خروجه دائما زياده تخصيص فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و اما كشف ان الحكم الثابت على العام استمرارى أو لا فلا بد و ان

يثبت من الخارج أو بدليل اللغويه كما ان قوله (عليه السلام) حلال محمد (صلى الله عليه و آله) حلال الى يوم القيامة و حرامه حرام الى يوم القيامة يدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة فلو ثبت من الخارج انقطاع الحليه أو الحرمة و عدم استمرارهما الا الى وقت خاص لا يكون ذلك مشمولاً للروايه فيكون خارجاً عنها فإنها تدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامة مع عدم الانقطاع و بعده لا حلال و لا حرام حتى يستمر الى يوم القيامة و ليس فيها تعرض لإيجاد الحلال حتى يكون مستمراً و الا يلزم إيجاد الحكم موضوع نفسه و عليه فإذا ورد عام و وردت روايه مثلاً على استمرار حكم العام أو قامت قرينه على ذلك من لغويه عدم الاستمرار نحكم بذلك فإذا ارتفع الحكم فى زمان يخرج عن تحت العام و نستصحب مع الشك حكم الخاص و لا يكون ذلك الدليل مقتضياً لاستمراره مثلاً ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد و لا شبهه انه لا معنى لحصول الملكيه فى آن دون الآن الثانى بحيث يكون فى كل آن حكم مستقل فمن جهة لزوم لغويه حكم الوفاء بالعقد استفدنا استمرار الحكم فى جميع الأزمنه و إذا رفع الحكم فى زمان اعنى الوفاء لارتفاع الملكيه كما فى المعاطاه بناء على عدم إفادتها الملكيه و كعقد ازدواج بعد رفعه بالطلاق فان ما يقتضى لغويه الزوجيه فى آن دون غيره لا تشمل بعد الرفع و لم يبق هنا شىء حتى يجب الوفاء به و لا يكون الدليل الدال على الاستمرار جارياً فى المقام فان الدليل انما كان هو لزوم الغويه الملكيه فى آن واحد دون غيرها و المفروض انه ليس هنا ملكيه حتى يلزم اللغويه من اعتبارها فى زمان دون زمان آخر كما هو واضح و ان اللغويه لا توجد الملكيه و الا يلزم تعرض الحكم لموضوعه.

و الحاصل ان روح كلام المصنف انه إذا ورد الحكم على الاستمرار و الزمان فيكون حينئذ للعام افراد طويله نظير الأفراد العرضيه فيكون الزمان قيذا للحكم و مكثرا له فإذا ورد التخصيص في زمان لا يكون مخصصا إلا في ذلك الزمان الخاص كما هو واضح و اما إذا ورد الاستمرار على الحكم بحيث يكون الحكم موضوعا للاستمرار فيكون الحكم ثابتا للفرد مستمرا فإذا خرج عن تحت العام خرج أبديا كما هو واضح و ان ورود الاستمرار على الحكم انما هو اما بدليل اللغويه أو بدليل خاص كما إذا فرضنا ورود الروايه عليه مثلا.

و اما الوجه في ملاحظه الاستمرار هو ما ذكره المصنف من لزوم اللغويه من عدم ملاحظه الاستمرار أو قيام الدليل الخارجى على ذلك و الا- فالظاهر من تعلق الحكم بالفعل هو الآن الأول لا الاستمرار و من هنا ظهر ما ذكره من تغاير مورد التمسك بالعام و مورد التمسك بالاستصحاب فان مورد التمسك بالعام انما هو صورته كون الزمان مكثرا فلا يجوز ح التمسك بالاستصحاب حتى مع وجود المانع عن التمسك بالعام بل لا بد من التمسك بأصل آخر و مورد التمسك بالاستصحاب هو فرض كون الزمان ظرفا فإنه ح لا يجوز التمسك بالعام حتى مع المنع عن التمسك بالاستصحاب.

أقول هذا الذى أفاده المصنف انما يتم في الجملة لأنه لا يجرى بالنسبه إلى الأحكام التكليفيه بل يجرى في الأحكام الوضعيه اما الأول:

فلاينه لا- معنى لتوهم الاستمرار في الأحكام التكليفيه أصلا فإن الحكم الوارد على الافعال سواء كان بعنوان الاستقلال و العام الاستغراقى أو بعنوان العام المجموعى يلاحظ بالنسبه الى كل فرد و على كلا التقديرين لا يلاحظ

الاستمرار فيه مثلا لو قال المولى أكرم هؤلاء العشرة ثم اخرج منها واحدا لا يرتفع الحكم عن الباقي بل لا بد له فى إكرام العشرة أو قال الكذب حرام فان الظاهر منه ان كل فرد من الكذب فيكون لكل فرد حكم أى حرمة خاصه و يسرى الحكم الى جميع الافراد بعنوان الاستغراق أو بعنوان العام المجموعى و على الأول تكون الحكم بالنسبه الى كل فرد مستقلا واضح فإذا ورد التخصيص بإخراج فرد من العام يبقى الباقي تحته كالحكم بحرمة الكذب مع إخراج فرد منها و كذا فى ناحيه الوجوب و على الثانى ان الظاهر أيضا من تعلق الحكم بالفعل هو ثبوته له على نحو الاستقلال كما إذا قال أكرم هؤلاء العشرة فإذا أخرج منها واحدا تبقى التسعه تحت العام و يجب إكرامهم و ليس هنا استمرار أيضا فإن اعتبار وجوب الإكرام فى ساعه دون غيرها لا يستلزم اللغويه.

و اما فى الحكم الوضعى فيجرى ما ذكره المصنف مثلا إذا ورد من استولى على شىء فهو له أو من حاز ملك و استفدنا من دليل خارجى أو من لزوم الغويه أن تكون الملكيه حاصله فى آن دون آن آخر فتحكم ح حصول الملكيه المستمره فإذا ورد فى دليل خاص أو اللقطه العمران لا يملكها الواحد فيكون ذلك خارجا عن عموم من حاز ملك على تقدير كونه روايه و عن عموم من استولى على شىء فهو له و لا يكون الدليل الخارجى أو لزوم اللغويه المقتضيه للملكيه المستمره شامله للاستيلاء على اللقطه و حيازتها لعدم حصول الملكيه هنا حتى تكون مستمره فما ذكره المصنف صحيح فى مثل ذلك.

وقد انتهى كلامنا الى التمسك بالعموم بعد ورود التخصيص عليه و ان المصنف قد ذكر ان مورد التمسك بالعام يغير مورد التمسك- بالاستصحاب ففي مورد نتمسك بالعام لا- يجوز التمسك بالاستصحاب حتى مع عدم التمسك بالعام و فى مورد التمسك بالاستصحاب لا يجوز التمسك بالعام حتى مع ثبوت المنع عن التمسك بالاستصحاب و فيما ورد الزمان على الحكم و ثبت الاستمرار عليه فلا يجوز التمسك بالعام بعد ثبوت التخصيص لان الحكم لا يتعرض على موضوعه اعنى الاستمرار و انما هو من دليل خارجي فحيث ورد التخصيص فى الافراد الطولية على هذا الدليل الخارجى المثبت للاستمرار لا يجوز بعده التمسك بالعام فى المشكوك فالمورد هنا مورد الاستصحاب و إذا كان الحكم فى العام ثابتا على الزمان فيكون ثابتا لكل فرد طولى أيضا كما هو واضح ثم طبق ذلك على المقام فقال ان مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو ثبوت الحكم لكل عقد من الافراد الطولية فإذا خصص هذا العام و خرج منه عقد واحد فى زمان فلا يجوز التمسك بالعموم بالنسبة إليه فى زمان آخر لعدم إمكان تعرض الحكم لاستمراره الثابت بدليل خارجي أعنى لزوم اللغويه من اعتبار الملكيه مثلا فى زمان دون زمان آخر فلا بد من التمسك بالاستصحاب.

أقول لا بأس بما ذكره على نحوه الاجمال لا فى جميع الأحكام التكليفية و الوضعيه بل فى الثانيه فى الجملة و توضيح ذلك ان الاحكام التكليفية لا معنى فيها لورود الاستمرار اى الزمان على الحكم بحيث تلاحظ على نحوين و ذلك لأنها تحريميه كان أو وجوبيه استغراقيه كانت أو مجموعيه إنما تتعلق بالافعال اى بأفعال المكلفين و لا شبهه ان الفعل يتقدر و يتقطع بالزمان و إذا كان ذلك الفعل متعلق للعام أو المطلق

توجد له أفراد طوليه كماله افراد عرضيه سواء كان الحكم تحريما أو وجوبيا غايه الأمر، الأمر في الأول أوضح و على هذا فقد ذكرنا في علم الأصول ان الإهمال في الواقع و مقام الثبوت محال فلا يعقل ان يكون الحكم في الواقع لا مطلقا و لا مقيدا بل كان مهملا لانه لا يعقل ان يجعل المولى حكما و لكن لا يلتفت الى أنه بأى نحو مطلق أم مقيد و ان كان ذلك ممكنا في مقام الإثبات و على هذا فإذا ورد حكم من المولى و كان في مقام البيان و لم يقيده بشيء نستكشف من ذلك سرعان الحكم الى جميع افراد العام أو المطلق الأفراد العرضيه أو الافراد الطويله و عليه فإذا ورد تخصيص أو تقييد فاخرج فرد من افراد العام أو المطلق نتمسك في الباقي بالإطلاق أو العموم فنثبت الحكم للفرد المشكوك فلا مورد هنا للاستصحاب أصلا مثلا إذا ورد عام أو مطلق على ان الكذب حرام أو كل كذب حرام فلا شبهه ان متعلق الحرمة هنا هو الفعل الخاص الصادر من المكلف و انه يتقدر بالزمان بحيث ان الكذب الصادر منه في هذا الزمان غير الكذب الصادر منه في زمان قبله كما انه غير الكذب الصادر منه في زمان بعده فيكون كل كذب بحسب طول الزمان و عرضه فردا مغايرا للأفراد الأخر فحيث إن الإهمال في الواقع محال فلا بد و ان يكون الحكم فيه اما مطلقا أو مقيدا فحيث لم يقيد الخطاب في مقام الإثبات مع كونه في مقام البيان فحسب تبعيه مقام الثبوت لمقام الإثبات من حيث الإطلاق و التقييد فنكشف الإطلاق في مقام الثبوت أيضا كما هو واضح و على هذا فإذا خرج فرد من افراد الكذب عن تحت الإطلاق أو العموم فإنه لا شبهه في جواز التمسك بالعموم أو الإطلاق في الافراد الأخر فلا مجال بوجه لتوهم جريان الاستصحاب فيه و كذلك إذا ورد النهي عن شرب الخمر

فان مقتضى الإطلاق حرمة أى شرب كان من أفراد العرضيه و الطويله فإذا خرج فرد من تحته نتمسك فى الباقي بالإطلاق كما هو واضح إلا لوحظ الحكم بعنوان العام المجموعى أى يكون الحكم الواحد ثابتا للأفراد بين المبدء و المنتهى من غير ان يكون لكل فرد حكم واحد و كذلك الكلام فى الأحكام الوجوبيه سواء كانت استغراقيه أم مجموعيه ثم ورد مخصص فإنه يرجع فى الافراد الباقيه العام و المطلق أما فى الاستغراقى فواضح و أما فى المجموعى فأیضا كك كما إذا قال أكرم هؤلاء العشره ثم أخرج واحدا فإنه لا محاله يمنع عن التمسك بالعام فى التسعه الباقيه.

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث أصرّ فى المقام و فى الأصول على ورود الاستمرار على الحكم فى الأحكام التحريميه بدعوى أنه لا معنى لكون الشىء حراما فى آن واحد لأنه حاصل بالضروره إذ ما من محرم الا و يكون متروكا أنا ما فيكون الحكم التحريمى لغوا فنكشف من ذلك أن الحكم التحريمى مستمر دائما فيكون الاستمرار واردا على الحكم و عليه فإذا ورد عام مشتمل على حكم تحريمى ثم ورد عليه تخصيص فلا وجه للتمسك بالعام بل يتمسك باستصحاب حكم الخاص كما هو واضح.

و لكنه واضح الدفع فان مقتضى إطلاق الخطاب هو كون كل فرد من أفراد الطويله بحسب قطع الزمان محرما و أن المولى قد لاحظ فى مقام الثبوت إطلاق الحكم و شموله بجميع الافراد مع ما عرفت أن الفعل الذى هو متعلق الحكم يتقدّر بالزمان فلا يكون الحكم ثابتا على جميع الافراد بحسب الإطلاق ففى المقام و ان كان الاستمرار موجودا و لكنه ليس بمعنى أن الحكم الواحد مستمر كالمملكه مثلا بل معناه هنا انه يستمر الحكم باستمرار موضوعه يعنى ان حرمة شرب الخمر مستمره حسب تعدد الشرب

و استمراره و يكفى فى ذلك كون الحكم ثابتا على الطبيعه الصرفه غير مقيدا ب قيد بل ترفع عنها جميع القيود كما هو معنى الإطلاق لا ان هنا استمرار ثابت من الخارج ببرهان اللغويه.

و على الجملة استمرار الحكم فى التكاليف المحرمه من جهة إطلاق الحكم و تعدد متعلقه اعنى فعل المكلف المتقدر بالزمان لا من جهة دليل خارجى كما لا- يخفى و أعجب من ذلك ما استشهد على مراده بان الفقهاء لم يجوزوا شرب الخمر فى حال المرض لاستصحاب الحرمة فلو كان الاستمرار ثابتا من ناحيه الحكم دون الخارج لم يكن لهم وجه للتمسك بالاستصحاب بل لا بد لهم من التمسك بالعام فحيث ان الاستمرار فى الأحكام التحريميه ثبت من الخارج لا- من ناحيه الحكم و لم يكن تعرض الحكم لاستمرار موضوعه مستمرا فلذا تمسكوا بالاستصحاب فى إثبات الحرمة فى حال المرض و وجه العجب ان ذلك خارج عما نحن فيه فان كلامنا فيما ورد عام ثم مخصص فى زمان و شك فى ان الفرد الخارج خارج دائم أو فى الزمان الأول و اما إذا لم يرد تخصيص أصلا فلا مجال لذلك ففى المثال المذكور لم يجد تخصيص لحرمة شرب الخمر بالنسبه الى حال المرض حتى نتمسك بالنسبه إلى المريض فى غير حال مرضه بالاستصحاب أو بالعام بل انما هو شك فى ثبوت الحكم فى جميع الحالات أو فى بعضها فتمسك بالإطلاق لما عرفت من إطلاق الحكم ثبوتا و إثباتا على انه لا نعرف ذهاب الفقهاء إلى الحرمة للاستصحاب مع ان الكتب الاستدلاليه قليل و مع ذلك فليس كلهم ذاهبين إلى الحرمة للاستصحاب نعم لا- بأس بالواحد و الاثنان فتحصل ان الاحكام التكليفيه بأجمعها تحريميه أو وجوبيه استغراقيه أو مجموعيه و اما الأحكام الوضعيه فحيث ان

متعلقها ليس فعل المكلف حتى يتقدر بالزمان بل هو أمر آخر كالملكيه و الزوجيه و نحوهما له قابليه الاستمرار فيمكن تصديق كلام المصنف هنا في الجملة.

و توضيح ذلك ان اعتبار الاستمرار قد يكون بدليل خارجي بحيث يكون واردا على الحكم من جهة اقتضاء الدليل الخارجي ذلك و قد يعتبر في الحكم من جهة دلالة نفس الدليل المتكفل لبيان الحكم على ذلك اما الأول كما إذا لم يكن نفس الدليل متضمنا لذلك بإطلاقه أو بعمومه بل لو اعتبر الاستمرار فيه انما يعتبر من جهة برهان اللغويه أو الدليل الآخر من الروايه و نحوها كما إذا ورد ان من استولى على شيء فهو له أو من حاز ملك فإنه لا-معنى لحصول الملكيه بالحيازه أو بالاستيلاء أنا لكون ذلك لغوا بل حصول الملكيه في زمان مقيد به كالشهر أو شهرين أو سنه فهو ترجيح بلا مرجح فلا بد من القول بحصول الملكيه الدائميه ففي مثل المقام فالعموم أو الإطلاق انما يتضمن بيان أصل الحكم اى حصول الملكيه بالاستيلاء و الحيازه و اما الاستمرار فهو يعلم من الدليل الخارجي فإذا ورد تخصيص على ذلك و دل دليل على عدم حصول الملكيه بالحيازه و الاستيلاء كاللقطه و مجهول المالك و شككنا في ان ذلك خارج عن تحت العام أو المطلق في زمان خاص أو دائما فلا يمكن التمسك بالإطلاق أو العام إذ المفروض عدم الإطلاق أو العموم و اما الدليل الخارجي الدال على الاستمرار فهو لا يمكن ان يتعرض موضوعه بل هو ثابت متى ثبت موضوعه و في المثال المذكور متى ثبتت ملكيه فهي تستمر و اما مع عدم ثبوت الملكيه فأى شيء تستمر و لا شبهه ان دليل الاستمرار يستحيل ان يتعرض لإيجاد موضوعه فإنه في فرض وجود موضوعه يدل على

الاستمرار ولا- يمكن ان يتعرض الحكم لموضوعه.فما ذكره المصنف صحيح في مثل ذلك و اما إذا كان الدليل الدال على الحكم بنفسه دالا- على العموم أو الإطلاق أما بقاء أو بقاء أو بمقدمات الحكمه فح لا شبهه في جواز التمسك بالإطلاق سواء كان الحكم ثابتا لمتعلقه على نحو العموم الاستغراقى أو العموم المجموعى و توضيح ذلك ان الاستمرار تاره يفرض فى الجعل من انه مستمر أو لا و اخرى فى المجموع اما الأول بأن الجعل يدل على الاستمرار ما لم يطرد النسخ أم لا فهو خارج عن المقام و اما الثانى فلا شبهه فى جواز التمسك بإطلاق المجعول أو بعمومه و إثبات الحكم للأفراد العرضيه و الطويله للعام لا-ن الإهمال مستحيل فى مقام الثبوت و المولى فى مقام البيان و فى مقام الإثبات و لم يقيد كلامه بقيد فنكشف منه الإطلاق مثلا ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد فإذا فرضنا ان الملكيه المنشئه لم تقيد بشىء فى مقام الإنشاء و هكذا الزوجيه فنكشف من ذلك كونهما دائمييه فإن إطلاق المنشئه يدل على ثبوتهما و تحققهما فى الافراد العرضيه و الطويله و لا- يفرق فى ذلك كون الحكم على نحو العام المجموعى كما إذا إنشاء الملكيه الواحد بين المبدء و المنتهى و هذا هو المعروف أو على نحو الاستغراق كما إذا كانت هنا فى كل آن ملكيه مستقله منضمه بعضها مع بعض بحيث تستمر افراد الملكيه بحسب الانضمام لا ان هنا ملكيه مستمره بين المبدء و المنتهى و عليه فإذا أورد تقييد أو تخصيص بالنسبه إلى فرد فى زمان و شككنا فى كونه دائما أو لا فالمورد مورد التمسك بعموم العام دون استصحاب حكم المخصص و هكذا الكلام إذا لم يكن هنا إطلاق بمقدمات الحكمه أو عموم و لكن يكون فى الدليل دال آخر على الاستمرار كما إذا

قال المولى مثلاً- أمضيت الزوجيه المستمره أو المملكه المستمره فان الاستمرار يستفاد من القيد و من دال آخر فإنه أيضا إذا شكنا فى مورد فى ارتفاع الحكم عن فرد بعد التخصيص إلى الأبد أو مؤقتا فتمسك بعموم العام أو بإطلاق المطلق لان الحكم والاستمرار كلاهما يستفاد من دليل واحد و ان كان الدال متعددا و تعدد الدال غير استفاده الاستمرار بدليل آخر المانع من التمسك بالعموم و الا- فلا طلاق دائما يستفاد من مقدمات الحكمه فلو كان مجرد تعدد الدال و لو فى دليل واحد مانعا عن التمسك بالإطلاق أو العموم لكان لازم ذلك عدم جواز التمسك بالإطلاق فى مورد أصلا فى الفرد المشكوك بعد التخصيص كما هو واضح.

و على الجملة حيث ان متعلق الأحكام الوضعيه ليس هو الفعل ليتقدر بالزمان بل هو أمر موجود مستقل أجنبى عن الفعل فيلاحظ فيه الاستمرار و عدمه و عليه فان كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى بحيث يكون الاستمرار واردا على الحكم فلا يجوز التمسك بالعام فالمورد مورد الاستصحاب كما ذكره المصنف و ان كان مستفادا من إطلاق الدليل أو عموميه بحيث يكون المنشأ مطلقا بالنسبه الى الافراد كما عرفت فلا بأس بالتمسك إلى الإطلاق أو العموم الدال على إطلاق المنشأ و عموميه بالنسبه الى كل فرد عرضيا كان أو طويا و ان كان ذلك الإطلاق مستفادا من مقدمات الحكمه.

و حاصل الكلام من الأول ان الحكم قد يكون متعلقا بفعل المكلف و قد لا يتعلق بفعل المكلف بل يلاحظ منحازا عنه و مستقلا فى نفسه، اما الأول فكالاحكام التكليفيه فإنها متعلقه بأفعال المكلفين فيكون متقدرا بالزمان فيلاحظ العموم أو الإطلاق فى نفس الحكم باعتبار متعلقه و لا يفرق

فى ذلك بين ان يكون العموم استغراقيا كان يكون الحكم ثابتا لكل فرد فرد من الفعل المتقدر بالزمان بحيث يكون لكل منها حكم مستقل أو يكون العموم مجموعيا بحيث يلاحظ مجموع الافراد مجموعا و يجعل لها حكم واحد بحيث يكون كل فرد جزء للموضوع كقول المولى أكرم هؤلاء العشره فإن الحكم هنا ثابت للمجموع من حيث المجموع فإذا شككنا فى ان الخارج عن تحت هذا الحكم هو دائمي أو مقيد بيوم الجمعه فتمسك بعموم العام و أيضا لا يفرق بين كون الحكم إيجابيا أو تحريما و عليه فإذا ورد على الحكم تقييد أو تخصيص بالنسبه إلى جزء فى العام المجموعى و بالنسبه إلى فرد فى العام الاستغراقى و شككنا فى خروج فرد آخر أو خروج.

الجزء دائما أو فى ساعه فيتمسك بعموم العام أو بإطلاقه فرد المشكوك فليس المورد من مورد التمسك بالاستصحاب و الوجه فى ذلك ان الحكم فى جميع هذه الصور وارد على الزمان سواء كان الزمان قيذا للحكم أو ظرفا فعلى كل لا يجرى الاستصحاب اما إذا كان قيذا فلان الاستصحاب فيه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر و اما إذا كان ظرفا فلان الأصول اللفظيه لا يجرى مع الأصل اللفظى الحاكم عليها.

و اما إذا لم يكن الحكم متعلقا بالفعل كالأحكام الوضعيه و ان كان ذلك حاصلًا من فعل المكلف فيلاحظ العموم أو الإطلاق بالنسبه إلى نفس الحكم المجعول فيتمسك بالإطلاق أو العموم لورود الحكم فى ذلك أيضا على الزمان لان الظاهر ان الحكم المجعول انما جعل مطلقا فالملكيه المجعوله أو الزوجيه المجعوله إنما جعلنا مطلقتين سواء كان ملحوظا بعنوان الاستغراق كما إذا لوحظت هنا أحكام متعدده بحسب قطع الزمان بحيث يلاحظ هنا ملكيه متعدده منضمه بعضها الى بعض أو

بعنوان المجموعى كما إذا لوحظت هنا ملكيه واحده مستمره بين المبدء و المنتهى فعلى كل حال جاز التمسك بالإطلاق أو العموم الملحوظان- بالنسبه إلى نفس الحكم الوضعى و عليه فإذا خرج عن العام فرد واحد أو انقطعت الملكيه فى زمان خاص و شككنا فى خروج فرد آخر طولى عنه بحيث ان يكون الملكيه فى الآن الثانى أيضا خارجه عن العموم أو الإطلاق أو شككنا فى انقطاع الملكيه فى المجموعى إلى الأبد أو فى جزء واحد من الزمان فتمسك بإطلاق الحكم المجعول أو بعمومه و الوجه فى ذلك أيضا هو ما ذكرناه من ورود الحكم على الزمان دون العكس لما عرفت ان المجعول مطلق أو عام اما ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم تعرض الحكم لاستمراره و هو يجرى فى الجعل فقط لا فى المجعول لعدم تعرض الجعل لاستمراره و انه ينسخ أو لا- و ان كان الجعل و المجعول من قبيل الإيجاد و الوجود و لكن بينهما فرق من جهه و هى ان الجاعل يمكن ان يجعل الحكم عاما أو مطلقا و مع ذلك لا يكون جعله مطلقا فلا أقل انه بالنسبه إلى النسخ فان الجعل لا يتعرض ببقائه و لو من حيث نسخه.

هذا كله فيما إذا كان الاستمرار مفهما من نفس الحكم بحيث يكون الحكم واردا على الاستمرار كما عرفت و اما إذا كان الاستمرار واردا على الحكم و يكون مفهوما من دليل خارجى كما إذا كان دليل الحكم بالنسبه إلى الاستمرار مهملا و غير مقيد بالاستمرار و عدمه و لكن استفدنا من الخارج كونه مستمرا فإنه حينئذ يجوز التمسك بالاستصحاب بعد التخصيص فى بعض الصور مثلا إذا ورد ان من استولى على شىء فهو له أو من حاز ملك ورد تخصيص على ذلك من الأول بأن قال الا الصبى مثل بان اعتبر فى التملك بالاستيلاء أو الحيازه البلوغ و ان غير البالغ لا يملك بالحيازه و

حينئذ إذا شككنا في انه يملك بعد بلوغه ما حازه في الصباوه أو لا فلا بد من التمسك باستصحاب حكم المخصص فان نفس الدليل الدال على الحكم ليس له عموم أو إطلاق كما هو المفروض و اما الدليل الآخر الدال على الاستمرار انما يدل على استمرار الحكم الثابت و لكن لا يمكن ان يتكفل الدليل الخارجى الدال على اعتبار الاستمرار بإثبات الحكم لان الحكم مأخوذ فى موضوع ما يدل على الاستمرار فالحكم اعنى الاستمرار لا يعقل ان يتكفل بموضوعه كما هو واضح. و على الجملة فإذا كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى و كان التخصيص واردا من الأول ثم شككنا فى كون الخارج دائما أو موقتا لا يمكن التمسك بالعام أو المطلق و لا- يفرق فى ذلك أيضا بين كون الحكم استغراقيا أو مجموعا و اما إذا كان التخصيص واردا من الوسط بان تحقق الحكم من الأول ثم ورد تخصيص فإنه أيضا يكون المورد مورد التمسك بالعام فان العام قد شمل جميع الأفراد الطولية و العرضيه قبل التخصيص و بعده فإذا خرج فرد واحد نتمسك فى الباقي بالعام ثم ان ما ذكرناه من الأول إلى هنا فيما إذا كان ثبوت الحكم فى كل زمان و بقاءه مدلولاً للدليل سواء كان مدلولاً بما دل على الحكم أو مدلولاً لدليل خارجى و اما إذا كان ثبوته فى كل زمان مفهوما من الدليل التزاما لا مطابقه بأن دل الدليل على الاستمرار مطابقه و لازم الاستمرار هو ثبوت الحكم فى كل زمان فإنه ح إذا انقطع الاستمرار بورود التخصيص عليه ينقطع الدلاله الالتزاميه أيضا فلا يمكن ح التمسك بالعام فان مدلول العام كان هو الاستمرار فقد انقطع بالتخصيص فلا يجوز بعد ذلك التمسك بالعام و الظاهر انه قد استوفينا جميع صور التمسك بالعام و عدمه و اما تطبيق ذلك على المقام أعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فنقول ان كان

المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ما ذكره المصنف من وجوب ترتيب الأثر على العقد فيكون مفاد العموم هو الحكم التكليفي أعني وجوب ترتيب الأثر على العقد و عليه فيتمسك بعموم أوفوا حتى بعد الفسخ أيضا فإن الحكم التكليفي أعني وجوب ترتيب الأثر على العقد حكم تكليفي استغراقى بحسب الأفراد العرضيه أى بالنسبه الى كل عقد و بالنسبه الى الأفراد الطويله الملحوظه بحسب الآنات و الأزمنه فإذا خرج فرد واحد فيتمسك فى الباقي بعموم العام و هو واضح و اما بناء على ما ذكرناه فى معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ من كونه إرشادا إلى الحكم الوضعى أعني لزوم العقد و انه لا يفسخ بالفسخ فالأمر أوضح فإن الآيه تدل على ان كل عقد فى كل زمان لازم لا يفسخ بالفسخ فإذا خرج فرد من الافراد الطويله يتمسك بالعموم كما يتمسك به فى الافراد الطويله. و مع التنزل عن ذلك فيكفينا التمسك بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ فَإِنَّهُ يَنْهَى عَنْ الأكل باعتبار الافراد المتعدد اعني هذا الأكل و ذلك الأكل الذى عبارة عن التمسك فإذا خرج فرد و شككنا فى خروج فرد آخر أيضا فنتمسك بالعموم و هكذا قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان ذلك يدل على تعدد الحكم حسب تعدد الزمان و انه فى كل زمان و ان إخراج فرد واحد لا يمنع ذلك عن التمسك بالعموم.

و إذا شككنا فى ان المغبون هل له الخيار إلى الأبد أو لا- فلا- بد من الاقتصار بالقدر المتيقن لأنه بالنسبه إلى غيره نتمسك بالعموم فان ما يرفع لزوم العقد بالنسبه إلى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسخ قطعى و فى غيره مشكوك فنتمسك بالعموم و على هذا فيصح توجيه كلام جامع المقاصد من الاقتصار فى الخيار للمغبون بالمتيقن و المرجوع فى

الزائد إلى أصله الزوم و ليس فى كلامه غبار أصلا.

و قد تحصل موارد استمرار حكم العام عن غير الاستمرار كما هو واضح ثم انه هل يتمسك بعموم العام فى مورد الشك بثبوت الخيار أو يستصحب حكم الخاص فذهب المحقق الثانى إلى التمسك بعموم العام و خالفه شيخنا الأستاذ و المصنف فذهبا الى استصحاب حكم المخصص فيقع الكلام فى انه هل يمكن الحكم بجريان الاستصحاب هنا مطلقا أولا سواء أمكن التمسك بعموم العام أو لا أو يفصل بين إذا كان مدركه الإجماع أو غيره كما ذهب اليه صاحب الرياض فنقول اما بناء على عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه فواضح فلا- مورد للاستصحاب لابتلاءه دائما بالمعارضه و اما بناء على جريانه فيها فهل هنا خصوصيه تمنع عن جريان الاستصحاب هنا أم لا الظاهر ان فى المقام خصوصيه تقتضى عدم جريان الاستصحاب فيه و تفصيل ذلك ان مدرك خيار الغبن اما الشرط الضمنى أو قاعده نفى الضرر أو الإجماع اما إذا كان مدركه الشرط الضمنى فلا شبهه فى عدم جريان الاستصحاب عند الشك فى ثبوته فى الآن الثانى و عدمه و ذلك لان هذا الخيار انما جعل فى فرض التخلف على حسب الارتكاز و هذا الارتكاز انما هو موجود فى الآن الأول دون الآن الثانى المشكوك فإثبات الحكم فى الآن الثانى من باب القياس و من قبيل اسرار الحكم من موضوع الى موضوع آخر إذ لم يحرز موضوع الخيار فى الآن الثانى و بعباره اخرى ان شرط الخيار على تقدير تخلف الشرط الضمنى ليس أمرا دائما و انما هو فى وقت ثبت التخلف فيه و اما الفرد الآخر الذى لم يثبت التخلف فيه فاستصحاب الحكم فيه من باب القياس كما لا يخفى و هكذا الكلام إذا كان مدرك الخيار هو قاعده نفى الضرر فان الخيار

ص: ٤٢٠

انما يثبت بها من مقدار يرتفع به الضرر لا انه أمر دائمى فإثبات الحكم اعنى الخيار فى ان آخر قياس و بعبارة اخرى ان الضرر انما توجه من دوام اللزوم فإذا ارتفع اللزوم فى آن ارتفع الضرر أيضا فإثبات الحكم لغير المتضرر قياس فان اللزوم فى الآن الثانى مثلا ليس بضررى أصلا و الحاصل انه على تقدير كون دليل الخيار الشرط الضمنى أو قاعده نفى الضرر فالخيار ليس بدائى كما هو واضح و من هنا ظهر الحال إذا كان مدرك الحكم هو الإجماع و ذلك من جهة ان الإجماع دليل لبي فلا بد من الأخذ بالمتيقن و هو المتضرر نعم لو كان الإجماع على ثبوت الخيار للمغبون كان الاستصحاب جاريا فى الآن الثانى أيضا و لكن لا نحتمل ثبوت الإجماع التعبدى على ذلك بل مدركه اما قاعده نفى الضرر أو الشرط الضمنى فعلى كل تقدير فلا يمكن إثبات الحكم فى الآن المشكوك بالاستصحاب و بعبارة اخرى ان الأمر دائر بين ان يكون معقد الإجماع هو المتضرر أو المغبون فحيث انه أمر لبي فلا بد من أخذ المتيقن و هو المتضرر على انه لا نحتمل وجود الإجماع التعبدى على ثبوت الخيار للمغبون فاذن لا يمكن إثبات الخيار للمشكوك أيضا.

و الحاصل انه مع القول بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فلا- يجرى الاستصحاب فى المقام لعدم بقاء موضوعه بل تغيره كما عرفت فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا يمكن التمسك باستصحاب حكم الخاص و هو الخيار فلا بد من الرجوع الى عموم العام و مع عدم جريانه فيرجع الى أصله الفساد كما هو واضح فتحصل ان الخيار فورى خلافا لشيخنا الأستاذ و للمصنف من حيث المدرك لا المدعى كما لا يخفى.

ثم ان المراد بالفوريه هل هى الفوريه الحقيقيه و الآن الدقى العقلى

أى الزمان الذى يمكن فيه الفسخ و لو كان مقدار يمكن فيه الأخذ بالخيار أو المراد من ذلك ما لا ينافى بعض الأفعال عادة مثل الصلاة و الأكل و الشرب و النوم و نحو ذلك أو هى أمر عرفى لا أمر دقى و لا أمر عادى الظاهر هو كذلك فان هذا الشرط كما ذكرنا ثابت بالارتكاز و هو قائم و موجود ما لم يتحقق التوانى عرفا و هذا لا ينافى بالاشتغال ببعض الافعال من الصلاة و النوم إذا كان وقته و لعل ذلك يختلف باختلاف الأشخاص بل الأمكنه و- نحوها كما هو واضح و بعبارة اخرى ان الحكم فى أصل الخيار فى أمده كل ذلك بالارتكاز فبالمقدار الذى يساعده الارتكاز يحكم بثبوت الخيار و الا فلا كما لا يخفى فافهم.

ثم ان هذا الخيار انما يثبت لمن التفت بالغبن فلو التفت بعد سنه أو سنتين فيحكم بثبوت الخيار له بعد ذلك على المقدار المتعارف من الفوريه بحيث لا- يكون ذى الخيار متوافيا و لا يقول من عليه الخيار فى أى مكان كنت فى طول هذا الزمان هذا تمام الكلام فى خيار الغبن.

يوم الأحد أول شهر ربيع الأول سنة ١٣٧٦ تم الجزء السادس من هذا الكتاب و يتلوه الجزء السابع ان شاء الله تعالى و الحمد لله أولا و آخرأ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

