



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

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

الأشياء الثمانية

من الفقه الجعفي

تقرير البحث

بمباحث الأسناد الأكبرية من المصنف الحاج

السيد بن الطباطبائي القمي

تأليف

الشيخ علي المروعي القزويني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دراساتنا من الفقه الجعفري

كاتب:

آيت الله سيد تقى طباطبائي قمى

نشرت فى الطباعة:

خيام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

الفهرس	٥
دراساتنا من الفقه الجعفرى، المجلد ٤	٣٣
اشاره	٣٣
الجزء الرابع	٣٤
[مقدمه المؤلف]	٣٤
[اتمه بحث البيع]	٣٤
[البحث فى الخيارات]	٣٤
اشاره	٣٤
[قبل الشروع فى أقسام الخيار ينبغى تقديم مقدمتين]	٣٤
[المقدمه الأولى تعريف حقيقه الخيار]	٣٤
[المقدمه الثانيه أن الاصل فى البيع اللزوم]	٣٩
اشاره	٣٩
[معانى الأصل]	٣٩
اشاره	٣٩
الاول: ما ذهب اليه المحقق بأنه يمكن أن يكون المراد منه الغلبه،	٣٩
الثانى: من معانى الاصل هى القاعده المستفاده عن العمومات،	٤٠
الثالث من معانى الاصل الاستصحاب	٤١
الرابع من معانى الاصل معناه اللغوى،	٤١
(الكلام فى الادله التى استدلت بها على لزوم البيع)	٤١
منها- قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،	٤١
اشاره	٤٢
و أورد على هذا التقريب بوجه:	٤٣
(الاول) ما ذهب اليه العلامه فى المختلف	٤٣
(الوجه الثاني) أن ابقاء الملكيه على حالها و عدم ابقائها ليس مقدورا للمكلف حتى يتوجه عليه دليل وجوب الوفاء بل انما هو بيد الشارع.	٤٣

- ٤٤ (الوجه الثالث) ما أورده صاحب الكفايه قدس سره
- ٤٥ و منها قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ».
- ٤٦ و منها- قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»
- ٤٨ (و منها) قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»
- ٥٠ و (منها) قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» «١».
- ٥٠ و يمكن أن يستدل به على لزوم بوجوه:
- ٥٠ (الاول) أن مطلق التصرف في مال الغير حرام حتى التصرف بالفسخ،
- ٥٠ (الثاني) أن يكون المراد من الحليه اعم من الوضع و التكليف،
- ٥٠ (الثالث) أن يكون المراد من التصرف التصرف الخارجى،
- ٥١ (و منها) قوله صلى الله عليه و آله «لناس مسلطون على أموالهم»
- ٥١ (و منها) قوله صلى الله عليه و آله «لمؤمنون عند شروطهم»
- ٥٣ (و منها) ما ورد في خيار المجلس الدال على لزوم البيع من حين الافتراق
- ٥٤ (و منها) استحباب الملكيه الثابته للمفسوخ عليه قبل الفسخ،
- ٥٧ [ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]
- ٥٨ [إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]
- ٦٠ [إذا شك في الضمان مع فساد العقد]
- ٦١ [القول في أقسام الخيار]
- ٦١ اشاره
- ٦١ [القسم الأول خيار المجلس]
- ٦١ اشاره
- ٦١ تنقيح الكلام فيه يحتاج الى بسط الكلام في ضمن جهات:
- ٦١ (الجهه الاولى) في معنى المجلس.
- ٦٢ (الجهه الثانيه) في دليله،
- ٦٣ [الجهه الثالثه انه يقع الكلام في أن الخيار يثبت لمن]
- ٦٣ اشاره
- ٦٣ أما ثبوته للمتبايعين

- ٦٤ و أما ثبوته للوكيلين
- ٦٤ اشاره
- ٦٤ اما القسم الاول- أعنى كونه وكيلاً في اجراء صيغه العقد فقط
- ٦٤ اشاره
- ٦٤ الأمر (الاول) ما افاده شيخنا الاعظم قدس سره
- ٦٦ الامر الثاني من الامور التي استدلت على عدم الخيار للوكيل في اجراء الصيغه أن ملاحظه بعض أخبار الباب يعطى اختصاصه بالمالك،
- ٦٨ الامر الثالث من الامور التي استدلت بها لنفي الخيار للوكيل في العقد أن أدله سائر الخيارات لا تشمل للوكيل في اجراء العقد و لا يرضى الفقيه بالشمول،
- ٦٨ الامر الرابع من الامور المستدله لنفي الخيار أن حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك حتى ينظر و يتروى في المبيع،
- ٦٨ (الامر الخامس) ان المستفاد من بعض الروايات المذكوره أنفا عدم الخيار للوكيل المعهود،
- ٦٩ (الامر السادس) ان مفاد أدله الخيار لا تشمل الوكيل في العقد،
- ٦٩ (الامر السابع) ان النسبه بين أدله الخيار و أدله سلطنه المالك على ماله عموم من وجه،
- ٧٠ و أما القسم الثاني فهو أن يكون الوكيل مستقلاً في ايجاد المعامله فقط،
- ٧٠ و أما القسم الثالث فهو أن يكون وكيلاً مفوضاً اليه أمر المال،
- ٧٠ و أما القسم الرابع- و هو أن يفوض أمر المبيع الى الوكيل
- ٧٢ الجبهه الرابعه في ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما في المجلس فهل يثبت لهما مطلقاً أو لا يثبت لهما كذلك أو تفصيل في المقام؟
- ٧٢ اشاره
- ٧٢ الكلام ما اذا كان وكيلهما وكيلاً في اجراء الصيغه فقط، فهل يثبت للموكل الخيار أم لا.
- ٧٢ ما يمكن أن يقال في وجه عدم ثبوت الخيار له أمور:
- ٧٢ الاول- ان المأخوذ في أدله خيار المجلس عنوان البيعين،
- ٧٣ الثاني- ان عنوان البيع و ان صح استناده الى السبب و المباشر الا أنه لا يمكن أن يراد المعنيين منه في اطلاق واحد
- ٧٤ الثالث- ان الالتزام بثبوت الخيار للموكل يستلزم أن يكون الخيار للمتعدد و هو لا يجوز،
- ٧٤ ثم ان الشيخ قدس سره ذكر وجهين لثبوت الخيار للموكل:
- ٧٤ أحدهما أن الخيار للإرفاق فيقتضى ثبوته له.
- ٧٤ ثانيهما ان ثبوت الخيار للوكيل يستلزم ثبوته للموكل.
- ٧٤ (فروع)
- ٧٥ (الفرع الاول) انه هل يشترط حضور الموكل الثابت له الخيار في المجلس أم لا؟ فيه أقوال:

- ٧٥ (الاول) ما يستفاد من كلام الشيخ بأن الحضور في المجلس شرط لثبوت الخيار.
- ٧٥ (الثاني) ما ذهب اليه الميرزا قدس سره،
- ٧٥ (الثالث) ان الخيار ثابت للمالكين،
- ٧٦ الفرع الثاني انه وقع البحث فيما اذا تحقق الخيار في عقد واحد لأشخاص كثيره،
- ٧٦ اشاره
- ٧٧ و تقريب كلامه يحتاج الى مقدمات ثلاث:
- ٧٧ الاولى- ان حق الفسخ يكون للوكيل الخاص،
- ٧٧ الثانيه- ان أدله الخيارات مخصصه لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،
- ٧٧ الثالثه- ان الوكيل بدل تنزيلي للموكل،
- ٧٩ الفرع الثالث بعد الفراغ عن ثبوت الخيار في كل من الطرفين للوكيل و موكله كليهما
- ٨٠ الفرع الرابع ان الموكل اذا ثبت له حق الخيار هل يجوز له أن ينقل هذا الحق الى الوكيل
- ٨١ الفرع الخامس انه يقع البحث في ثبوت هذا الخيار للفضولي،
- ٨٢ [في ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه]
- ٨٢ اشاره
- ٨٢ و في المقام أقوال:
- ٨٢ (الأول) ما أفاده المحقق النائيني قدس سره
- ٨٢ (الثاني) ما أفاده المحقق الكمپاني قدس سره
- ٨٣ الثالث- ما ذهب اليه الشيخ
- ٨٥ [مسأله لو كان العاقد واحدا يثبت له الخيار أم لا]
- ٨٥ اشاره
- ٨٦ ما يمكن أن يقال أو قيل في وجه عدم الخيار أمور:
- ٨٦ الاول- ان الموضوع في دليل خيار المجلس عنوان التثنيه،
- ٨٦ الثاني- ان التقابل بين الافتراق و الاجتماع من باب الملكة و عدمها،
- ٨٨ الثالث- ان كلمه «حتى» في قوله «حتى يفترقا» تكون غايه فيما كان الافتراق ممكنا،
- ٨٨ الرابع- ان ثبوت الخيار للشخص الواحد يتوقف على أن يكون قوله «البيعان بالخيار» كلاما مستقلا،
- ٨٩ [مسأله هل يختص خيار المجلس بالبيع أو يعم جميع العقود]

- ٩١ [أخيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم]
- ٩١ اشاره
- ٩٢ (أما المقام الاول) فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه الوجوب أمور:
- ٩٢ الامر الاول- الروايات الداله على وجوب التقابض،
- ٩٢ (الامر الثانى) ما أفاده العلامه فى التذكره من أنه لو لم يتقابضا يكون ربويا فيكون حراما.
- ٩٣ (الامر الثالث) ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين فيجب الوفاء به.
- ٩٤ (الامر الرابع) ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.
- ٩٤ (و أما المقام الثانى) فهو انه على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر أم لا؟
- ٩٥ [كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين]
- ٩٥ [الكلام فى مسقطات الخيار]
- ٩٥ [المسقط الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد]
- ٩٥ اشاره
- ٩٥ اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد يتصور على أقسام:
- ٩٦ القسم الاول أن يشترط عدم الخيار،
- ٩٦ اشاره
- ٩٦ فقد استدل على عدم الخيار باشتراط عدمه فى ضمن العقد بوجه:
- ٩٦ الاول- الاجماع.
- ٩٦ الثانى- العمومات -
- ٩٦ و قد استشكل على الاستدلال بدليل الشرط فى المقام من وجوه:
- ٩٦ الاول: ان الشرط متعلق بالامر الاختيارى، و من الظاهر أن جعل الخيار و عدمه من فعل الشارع،
- ٩٩ (الثانى) ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما،
- ١٠٠ (الثالث) ان أدله الشروط معارضة بعموم أدله الخيار،
- ١٠٠ (الرابع) ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد.
- ١٠١ (الخامس) ان اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب،
- ١٠١ (السادس) ان اشتراط سقوط الخيار خلاف السنه،
- ١٠٢ (و أما القسم الثانى) و هو ما اشترط فى العقد عدم الاخذ بالخيار،

- ١٠٢ - اشارة
- ١٠٢ - (أما المقام الاول) [فى صحه هذا الشرط] -
- ١٠٢ - (و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم تأثير فسخه لو خالف الشرط أمور: -
- ١٠٢ - الاول- ان دليل الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره على الوفاء بالعقد و عدم سلطنته على تركه، -
- ١٠٢ - الثانى- ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يقتضى وجوب ترتيب آثار الشرط -
- ١٠٤ - الثالث- ان الشرط قد أحدث حقا للمشروط له فى خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانه من بيع العين -
- ١٠٤ - (و أما القسم الثالث) و هو ما يشترط اسقاط الخيار، -
- ١٠٤ - اشارة -
- ١٠٤ - (أما المقام الاول) فلا ريب فى صحته لوجود المقتضى و عدم المانع، -
- ١٠٥ - (و أما المقام الثانى) فأفاد الشيخ: و فى تأثير الفسخ وجهان المتقدمان، -
- ١٠٥ - (و أما المقام الثالث) فهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشترط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ بعد أم لا؟ -
- ١٠٦ - [فى أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد] -
- ١٠٦ - اشارة -
- ١٠٧ - فاعلم ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجوه: -
- ١٠٧ - الاول- أن يكون العقد ظرفا للشرط بلا ارتباط، -
- ١٠٧ - الثانى- أن يرتبط بالعقد و يذكر فى العقد بالصراحه أو بالاشاره، -
- ١٠٧ - الثالث- ان يقاوم عليه قبل العقد و يقع العقد مبنيا عليه، -
- ١٠٨ - [فرع فى قول العلامة فى عدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس و غيره فى متن العقد] -
- ١١٠ - المقسط الثانى من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد، -
- ١١٠ - اشارة -
- ١١٠ - و ما يمكن أن يتمسك به لسقوط الخيار باسقاطه بعد العقد وجوه: -
- ١١٠ - الاول- الاجماع. -
- ١١٠ - الثانى- ما أفاده المصنف فحوى ما سيجى ء من النص «١» الدال على سقوط الخيار بالتصرف، -
- ١١١ - الثالث- أيضا ما تمسك به الشيخ -
- ١١٢ - الرابع قوله «المؤمنون عند شروطهم» «١» -
- ١١٤ - الخامس مما استدل على صحه اسقاط الخيار بعد العقد -

- ١١٤----- [الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه]
- ١١٦----- [لو قال أحدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا]
- ١١٦----- [مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]
- ١١٩----- [لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الآخر]
- ١٢٠----- [لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض]
- ١٢٠----- [الثالث من مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعان]
- ١٢٠----- اشاره
- ١٢٠----- و ينبغى أن نبحت فى المقام من جهات:
- ١٢٠----- (الجهه الاولى) انه هل الافتراق مسقط للخيار على نحو الموضوعيه أو بكشفه النوعى عن الرضا بلزوم العقد،
- ١٢١----- و ما يمكن أن يقال بوجه الكاشفيه أمران:
- ١٢١----- الاول- ان الافتراق كاشف نوعى عن الرضا بالعقد.
- ١٢١----- الثانى- ظهور بعض الروايات الدال على مسقطيه الافتراق،
- ١٢١----- ان فى قوله «بعد الرضا» احتمالات:
- ١٢١----- الاول: اراده الرضا بالعقد
- ١٢٢----- الثانى: اراده الرضا ببقاء المعامله،
- ١٢٢----- الثالث: أن يكون المراد ان الافتراق حيث حصل عن الرضا لا عن الاكراه فالعقد يلزم.
- ١٢٢----- (الجهه الثانيه) فى أنه هل الافتراق يحصل بمسماه و لو أقل من خطوه
- ١٢٤----- (الجهه الثالثه) فى أنه هل يعتبر فى حصول الافتراق الحركه من الطرفين أو يحصل بحركه أحدهما و بقاء الاخر فى مكانه؟
- ١٢٤----- [مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التباير أيضا]
- ١٢٤----- اشاره
- ١٢٤----- و ما يمكن أن يقال فى وجه عدم تأثير الافتراق و بقاء الخيار أمور:
- ١٢٤----- الاول- الاجماع.
- ١٢٥----- الثانى- الشهره الفتوايه.
- ١٢٥----- الثالث- ان الظاهر من الدليل أن الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون عن اختيار فما دام لا يكون اختياريا لا يكون مسقطا.
- ١٢٥----- (الرابع) حديث رفع الاكراه،
- ١٢٨----- (الخامس) ما رواه فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام

- ١٢٩ [مسأله لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقى الآخر فى المجلس]
- ١٣١ [مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال]
- ١٣٣ [الرابع من مسقطات هذا الخيار التصرف]
- ١٣٣ اشاره
- ١٣٤ (الامر الاول) الروايات الواردة فى خيار الحيوان:
- ١٣٤ (الامر الثانى) عموم التعليق الوارد فى الروايه،
- ١٣٧ (الامر الثالث) أن يكون التصرف فى البيع كاشفا نوعيا عن الرضا بلزوم العقد،
- ١٣٨ [القسم الثانى خيار الحيوان]
- ١٣٨ اشاره
- ١٣٨ و التحقيق فيها يقع فى ضمن فروع:
- ١٣٨ (الفرع الاول) انه هل يختص خيار الحيوان بالحيوان المقصود حياته،
- ١٣٩ (الفرع الثانى) انه هل يكون تلف الحيوان فى أيام الثلاثه ممن لا خيار له أم لا؟
- ١٣٩ (الفرع الثالث) فى منتهى خيار الحيوان،
- ١٣٩ (الفرع الرابع) ان هذا الخيار هل يختص بالمبيع المعين أو يعم الكلى أيضا؟
- ١٣٩ اشاره
- ١٤٠ و ما يمكن أن يقال فى وجه اختصاص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أمران:
- ١٤٠ (أحدهما) الانصراف،
- ١٤١ (ثانيهما) ان حكمه جعل الخيار و تشريعه للتروى فى المبيع بأنه معيب أم لا،
- ١٤١ [المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]
- ١٤١ اشاره
- ١٤٢ (أما المقام الأول) و هو ما لو بيع بقر بعشره دنانير فهل يثبت الخيار للبائع كما يثبت للمشتري أو لا يكون الا للمشتري
- ١٤٢ اشاره
- ١٤٢ و ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوته للبائع أمور:
- ١٤٢ الاول - الاجماع.
- ١٤٢ الثانى - استصحاب جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس.
- ١٤٢ الثالث - ما رواه محمد بن مسلم عن ابى عبد الله عليه السلام.

- ١٤٣ ----- و استدلل للقول المشهور بوجه أيضا:-----
- ١٤٣ ----- منها- الاجماع. -----
- ١٤٣ ----- و منها- عموم دليل وجوب الوفاء، -----
- ١٤٣ ----- و منها- النصوص الداله على أن البيع يلزم بالافتراق فنلتزم باللزوم من طرف البائع فيما يكون المبيع حيوانا -----
- ١٤٦ ----- و منها- جمله من النصوص، -----
- ١٤٦ ----- و منها- ما رواه على بن اسباط -----
- ١٤٦ ----- و منها- ما رواه على بن رئاب -----
- ١٤٧ ----- و منها- ما رواه فضيل -----
- ١٥٢ ----- و أما المقام الثاني و هو ما كان الثمن أيضا حيوانا فهل يثبت الخيار للبائع أيضا أم لا؟ -----
- ١٥٢ ----- اشاره -----
- ١٥٢ ----- (اما المقام الاول) [في المقتضى] -----
- ١٥٢ ----- (و أما المقام الثاني) فما يمكن أن يكون مانعا أمور: -----
- ١٥٢ ----- اشاره -----
- ١٥٣ ----- منها- الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري، -----
- ١٥٣ ----- و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام -----
- ١٥٣ ----- و منها- ما رواه الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام -----
- ١٥٣ ----- و منها- ما عن علي بن فضال -----
- ١٥٤ ----- و منها- ما رواه محمد بن مسلم: -----
- ١٥٥ ----- [مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد] -----
- ١٥٥ ----- اشاره -----
- ١٦٢ ----- (مسأله): هل يكون مبدأ الخيار زمان الصيغه أو زمان حصول الملك؟ -----
- ١٦٣ ----- (مسأله): مبدأ خيار الحيوان في بيع الصرف و السلم قبل القبض أو بعده، -----
- ١٦٣ ----- [مسأله لا اشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثه ايام] -----
- ١٦٥ ----- [الكلام في مسقطات خيار الحيوان] -----
- ١٦٥ ----- اشاره -----
- ١٦٥ ----- (الاول) اشتراط سقوطه، -----

- ١٦٥ -..... اشارة
- ١٦٦ -..... (مسألة) لو اشترط أحد سقوط الخيار و اشترط ثبوته ثانيا فهل يكون الشرط الثاني نافذا أم لا؟
- ١٦٦ -..... (الثاني) اسقاطه بعد العقد،
- ١٦٦ -..... (الثالث) التصرف،
- ١٦٩ -..... [القسم الثالث خيار الشرط]
- ١٦٩ -..... اشارة
- ١٦٩ -..... ما قيل أو يمكن أن يقال في وجهها أمور:
- ١٦٩ -..... (الاول) الاجماع،
- ١٧٠ -..... (الثاني) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله،
- ١٧١ -..... (الثالث) ما أفاده سيدنا الاستاذ أيضا
- ١٧٢ -..... (الرابع) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله أيضا
- ١٧٣ -..... (الخامس) النصوص الواردة في المقام،
- ١٧٦ -..... (السادس) من الامور التي استدلت بها لصحة شرط الخيار الاخبار الخاصة:
- ١٧٧ -..... [مسألة لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه]
- ١٧٨ -..... [أفي شرطيه تعيين المدة في هذا الخيار]
- ١٧٨ -..... اشارة
- ١٨٠ -..... [لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهوله كقيد الحاج، و بين عدم ذكر المدة اصلا]
- ١٨١ -..... [مسألة، مبدأ هذا الخيار من حين العقد]
- ١٨٢ -..... [مسألة يصح جعل الخيار للأجنبي]
- ١٨٢ -..... اشارة
- ١٨٢ -..... (الجهة الاولى) أنه كما يجوز جعل الغير وكيلاً من قبل ذى الخيار يجوز أيضا جعل الخيار له اصاله أم لا.
- ١٨٣ -..... (الجهة الثانية) ان الاجنبى على فرض جعل الخيار له لا بد أن يراعى مصلحه الجاعل أم لا.
- ١٨٣ -..... (الجهة الثالثة) ان جعل الخيار للأجنبي هل يحتاج الى قبوله أم لا؟
- ١٨٤ -..... (الجهة الرابعة) ان الخيار على تقدير صحه الجعل للأجنبي هل ينتقل الى وارثه أم لا؟
- ١٨٤ -..... (الجهة الخامسة) انه هل ينعزل بعزل الجاعل أم لا؟
- ١٨٤ -..... [مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد]

- ١٨٤ اشارة
- ١٨٦ [فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحه و عدمه وجهان]
- ١٨٧ [مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه و يقال له بيع الخيار]
- ١٨٧ [الأمر الأول فى أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]
- ١٨٧ اشارة
- ١٨٨ (الاول) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للخيار
- ١٨٨ (الثانى) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للفسخ
- ١٨٨ (الثالث) أن يشترط الفسخ برد الثمن
- ١٨٨ (الرابع) أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد.
- ١٨٨ اشارة
- ١٨٩ فان ما يمكن أن يرد عليه أحد وجوه:
- ١٨٩ الوجه الاول- ان الشرط المذكور داخل فى شرط النتيجة و لا دليل على صحته.
- ١٨٩ الوجه الثانى- أن هذا تعليق فى الشرط و هو باطل.
- ١٨٩ الوجه الثالث- ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد.
- ١٨٩ الوجه الرابع- أن الشرط المذكور مخالف للكتاب و السنه.
- ١٩٠ (الخامس) ان البيع عباره عن التمليك الدائمى، و جعل الخيار بهذا النحو ينافيه.
- ١٩٠ (السادس) أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الاقاله على المشتري،
- ١٩٠ (السابع) أن يكون رد الثمن شرطا للبيع،
- ١٩٠ (الامر الثانى) أن الثمن المشروط رده اما أن يكون شخصيا، و اما يكون كليا.
- ١٩٠ اشارة
- ١٩٠ (أما المقام الاول) [فى فرض عدم قبض الثمن]
- ١٩١ (و أما المقام الثانى) [فى فرض قبضه]
- ١٩١ اشارة
- ١٩١ الفرع الاول أن يكون الثمن شخصيا.
- ١٩٢ (الفرع الثانى) ما اذا كان الثمن كليا فى ذمه البائع،
- ١٩٢ (الفرع الثالث) أن يكون الثمن كليا فى ذمه المشتري،

- ١٩٢ ----- (الامر الثالث) ان الفسخ يحصل بمجرد الرد أو هو مقدمه للفسخ؟
- ١٩٤ ----- (الامر الرابع) ان الخيار لو كان مشروطا بأن يتحقق بعد الرد فهل يجوز اسقاطه قبله أم لا؟
- ١٩٧ ----- (الامر الخامس) وقع الكلام بينهم في أن هذا الخيار يسقط بالتصرف أم لا.
- ١٩٨ ----- (الامر السادس) أنه لو تلف المبيع تكون خسارته على المشتري
- ٢٠٣ ----- (الامر السابع) أنه هل يكفي الرد الى وكيل المشتري أو وليه الخاص كالأب أو العام كالحاكم أو العدول عند عدمه أم لا.
- ٢٠٣ ----- اشارة
- ٢٠٤ ----- اذا عرفت هذه المقدمه فلنتعرض لجهات البحث في ضمن مسائل:
- ٢٠٤ ----- (الاولى) انه هل يجوز رد الثمن الى الوكيل أو لا بد أن يرد الى نفس المشتري؟
- ٢٠٤ ----- (الثانية) انه هل يجوز رده الى الحاكم عند عدم التمكن من الوصول اليه،
- ٢٠٤ ----- (الثالثة) هل يجوز الرد الى وليه الخاص اذا تحققت المعامله بيده كالأب و الجد أم لا.
- ٢٠٥ ----- (الرابعه) انه اذا مات المشتري قبل الرد فهل يجوز الرد الى وارثه أم لا؟
- ٢٠٥ ----- (الخامسه) انه اذا مات البائع قبل الرد فهل يثبت الخيار لوارثه بالرد الى المشتري أم لا؟
- ٢٠٥ ----- (السادسه) انه لو اشترى حاكم للصغير شيئا فهل يجوز للبائع أن يرده الى حاكم آخر أم لا؟
- ٢٠٥ ----- (الامر الثامن) اذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع،
- ٢٠٨ ----- (الامر التاسع) قال المصنف: انه كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثلث.
- ٢٠٨ ----- [مسأله لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه]
- ٢٠٨ ----- اشارة
- ٢٠٨ ----- (المقام الاول) في جريانه في غير البيع من العقود اللازمه و عدم جريانه.
- ٢٠٨ ----- اشارة
- ٢٠٩ ----- و أما من ناحيه المانع فربما يعد مواع في المقام:
- ٢٠٩ ----- المانع الاول - قيام الاجماع على عدم جواز الشرط المذكور في النكاح.
- ٢٠٩ ----- المانع الثاني - انه ثبت في الشريعه أن رافع النكاح انما هو الطلاق فلا يرتفع بالفسخ.
- ٢٠٩ ----- المانع الثالث - ان الخيار يجري في مورد يكون التقايل فيه جائزا كالبيع مثلا.
- ٢٠٩ ----- المانع الرابع - ان النكاح فيه شائبه العباده، و كل ما كان كذلك فلا يقبل الرجوع،
- ٢١٠ ----- المانع الخامس - ان جعل خيار الفسخ في النكاح موجب لايتذال المزوجه و هو ضرر عليها فيشمله دليل نفى الضرر.
- ٢١٠ ----- المانع السادس - ان بناء النكاح يكون على الدوام، فيكون شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد.

- ٢١٠ المانع السابع- ان لزوم النكاح حكى فلا يكون قابلا للفسخ.
- ٢١٠ و ما قيل أو يمكن أن يقال في عدم جواز اشتراط خيار الفسخ فيه أمور:
- ٢١٠ الاول- الاجماع.
- ٢١١ الثانى- ان الوقف من الامور العباديه
- ٢١١ الثالث- ان الوقف عباره عن فك الملك و لا يقابل بالعوض،
- ٢١١ الرابع- ان بناء الوقف يكون على التأبید فجعل الخيار ينافيه.
- ٢١٢ الخامس- النص الوارد فى المقام،
- ٢١٥ و ملخص الكلام أنه يمكن الالتزام بجريان شرط الخيار فى العقود اللازمه بأحد أمور:
- ٢١٥ الاول- الاجماع.
- ٢١٥ الثانى- بأن اطلاق دليل الشرط يقتضى الصحه.
- ٢١٥ الثالث- عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد،
- ٢١٥ الرابع- أن الاقاله جائزه فشرط الخيار أيضا جائز.
- ٢١٦ (المقام الثانى) انه هل يجرى خيار الشرط فى العقود الجائزه أم لا.
- ٢١٦ اشاره
- ٢١٦ الاول- ان جعل الخيار مع كون العقد جائزا يكون لغوا،
- ٢١٦ الثانى- ان اشتراط الخيار فى العقد الجائز يوجب اجتماع المثلين.
- ٢١٦ الثالث- ان اشتراط الخيار فى المقام تحصيل للحاصل،
- ٢١٦ الرابع- ان اشتراط الخيار فى العقود الاذنيه لا يرجع الى محصل،
- ٢١٧ (المقام الثالث) فى جريانه فى الايقاعات و عدمه،
- ٢١٧ اشاره
- ٢١٧ الاول- الاجماع،
- ٢١٧ الثانى- ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع فى ضمن الايقاع
- ٢١٧ الثالث- ان الايقاع أمر يقوم بالطرف الواحد و الشرط يتوقف تحققه على وجود الطرفين فلا يتحقق فى ضمنه.
- ٢١٨ الرابع- ان الايقاع أمر عدمى
- ٢١٨ الخامس- ان المنشأ كعتق العبد مثلا اما معلق على شىء و اما غير معلق،
- ٢١٨ السادس- ان الخيار ملك فسخ العقد و لا حل الا بين الامرين فلا موضوع له فى الايقاع.

- ٢١٩ [القسم الرابع خيار الغبن].
- ٢١٩ اشاره
- ٢١٩ فنقول: ما يمكن أن يقال في وجه ثبوت هذا الخيار أمور:
- ٢١٩ الوجه الاول - الاجماع.
- ٢١٩ الوجه الثاني - ما استدل به العلامة في التذكرة و هو قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»
- ٢٢١ الوجه الثالث - ما أفاده الشيخ قدس سره حول الآية الشريفة،
- ٢٢٣ (الوجه الرابع) ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من الاستدلال بالآية الشريفة بمجموع المستثنى و المستثنى منه،
- ٢٢٤ (الوجه الخامس) قوله صلى الله عليه و آله «لا ضرر و لا ضرار»
- ٢٢٨ (الوجه السادس) جملة من الروايات الواردة في الغبن:
- ٢٢٩ (الوجه السابع) ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله: تلقى الركبان لا يجوز
- ٢٣٠ (الوجه الثامن) و هو أتم الوجوه و أسدها: ان الانسان مدنى بالطبع يحتاج الى المعاش و المعامله،
- ٢٣١ [مسأله يشترط في هذا الخيار أمران]
- ٢٣١ [الأول عدم علم المغبون بالقيمه]
- ٢٣٩ [الأمر الثاني كون التفاوت فاحشا]
- ٢٣٩ اشاره
- ٢٣٩ (الجهه الاولى) ان التفاوت اليسير لا يوجب الخيار
- ٢٤٠ (الجهه الثانيه) في ضابطه تشخيص الفاحش بأنه ما الميزان فيه.
- ٢٤٠ (الجهه الثالثه) انه اذا شك في الغبن أنه الى حد يوجب الخيار أم لا،
- ٢٤٦ [مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد]
- ٢٤٦ اشاره
- ٢٤٦ (الجهه الأولى) أن الخيار ثابت من أول الأمر أو يحدث عند ظهور الغبن،
- ٢٤٧ (الجهه الثانيه) ان الخيار هو السلطنه الفعلية على الفسخ أو أن الخيار يفارقها؟
- ٢٤٨ (الجهه الثالثه) أنه على تقدير تسليم أنهما حقان مستقلان يقع البحث في أن السلطه على الفسخ أيضا
- ٢٤٨ (الجهه الرابعه) أفاد المصنف ان الآثار المجعوله للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنه الفعلية كالسقوط بالتصرف،
- ٢٤٩ [مسقطات خيار الغبن]
- ٢٤٩ [الأول من المسقطات إسقاطه بعد العقد]

- ٢٥٤ [الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد]
- ٢٥٦ [الثالث من المسقطات تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن]
- ٢٥٧ [الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم]
- ٢٧٤ [الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن]
- ٢٧٤ اشاره
- ٢٧٤ فههنا فروع يجب أن لا تخفى عليك
- ٢٧٤ اشاره
- ٢٧٤ (الفرع الاول) ما لو تلف ما عند المغبون باتلاف منه،
- ٢٧٧ الفرع الثاني فيما يتعلق بتلف ما في يد الغابن
- ٢٧٨ [مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه ماليه]
- ٢٨٠ [كون خيار الغبن فوريا أو متراجيا]
- ٢٨٠ اشاره
- ٢٨٠ (أما الموضع الاول) [فيما يستدل به على الفور]
- ٢٨٤ (الموضع الثاني) [فيما يستدل به على التراخي]
- ٢٨٦ [الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟]
- ٢٨٨ [القسم الخامس خيار التأخير]
- ٢٨٨ اشاره
- ٢٨٨ و الذي يمكن أن يكون مستندا لهذا الحكم أمور:
- ٢٨٨ اشاره
- ٢٨٨ الاول: الاجماع.
- ٢٨٨ الثاني: قاعده نفي الضرر،
- ٢٨٩ الثالث: النصوص الوارده في المقام،
- ٢٩٥ [قد ذكر في هذا الخيار شروط]
- ٢٩٥ اشاره
- ٢٩٥ [الشرط الأول عدم قبض المبيع]
- ٢٩٩ [الشرط الثاني عدم قبض مجموع الثمن]

- ٣٠٢ [الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]
- ٣٠٣ [الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه كصاع من صبره]
- ٣٠٣ اشارة
- ٣٠٣ الاول - الاجماع،
- ٣٠٣ الثاني - ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفي الضرر،
- ٣٠٤ الثالث - الاخبار الواردة في المقام.
- ٣٠٤ ثم انه قد ذكر شروطا أخرى لهذا الخيار:
- ٣٠٤ منها عدم الخيار من ناحيه أخرى للبائع و لا للمشتري،
- ٣٠٧ (و منها) تعدد المتعاقدين،
- ٣٠٧ (و منها) أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجاربه،
- ٣٠٨ أفي أن مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان]
- ٣٠٨ [مسأله يسقط هذا الخيار بأمر]
- ٣٠٨ اشارة
- ٣٠٨ (منها) اسقاطه بعد الثلاثه،
- ٣١١ (و منها) اشتراط سقوطه في ضمن العقد،
- ٣١١ (و منها) بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه.
- ٣١٣ (و منها) أخذ الثمن من المشتري.
- ٣١٤ [اهل يسقط الخيار بمطالبه الثمن]
- ٣١٤ [مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي]
- ٣١٦ [مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا]
- ٣١٩ [مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع]
- ٣٢١ [ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير]
- ٣٢٢ [القسم السادس خيار الرؤيه]
- ٣٢٢ اشارة
- ٣٢٣ ما يمكن أن يستدل به لإثبات هذا الخيار أو استدل به أمور:
- ٣٢٣ الاول - الاجماع.

- الثاني- حديث نفي الضرر، ٣٢٣
- الثالث- النصوص: ٣٢٤
- الرابع- الشرط الارتكازي، ٣٢٨
- [مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصي] ٣٢٨
- اشاره ٣٢٨
- ثم ان في هذه المسأله عدده اشكالات: ٣٢٨
- (الاول) أنهم ذكروا و اشترطوا في صحه العقد ذكر ما يتفاوت المبيع بلحاظ ثمنه، ٣٢٨
- (الثاني) ان الاوصاف التي يختلف بها الثمن غير محصوره خصوصا في العبيد و الاماء، ٣٣٠
- (الثالث) انه لو كان ذكر الاوصاف بمنزله الرؤيه فلا بد في صحه البيع من رؤيه المبيع و مشاهدته كاملا ٣٣٠
- (الرابع) ان الصفات الدخليه لو لم تذكر عند البيع يبطل البيع بلحاظ لزوم الغرر، ٣٣٠
- (الخامس) ان الشرط لا يتعلق الا بأمر غير اختياري، ٣٣٢
- (السادس) ان العقود تابعه للقصد، ٣٣٣
- [مسأله الأكثر على أن خيار الرؤيه فوري] ٣٣٥
- [مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا] ٣٣٥
- [مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين] ٣٣٩
- [مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه] ٣٤٥
- [لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف] ٣٤٦
- [لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل] ٣٤٦
- [القسم السابع خيار العيب] ٣٤٨
- اشاره ٣٤٨
- [مسأله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش] ٣٤٩
- اشاره ٣٤٩
- و ما يمكن أن يستدل به على التخيير بين الامرين أمور: ٣٥٠
- (منها) ما عن الفقه الرضوي «٢»: ٣٥٠
- (و منها) أن يقال بأن أخبار الرد مطلقه بالنسبه الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ و الى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش. ٣٥٠
- (و منها) ان الخيار معلول للعيب، ٣٥٠

- ٣٥٠ ----- (و منها) أن المستفاد من الروايات أن الارش يثبت بالتصرف.
- ٣٥١ ----- [ثم إن في كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم في خيار الغبن]
- ٣٥٤ ----- [ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثلث]
- ٣٥٤ ----- [يسقط الرد خاصة بأمور:]
- ٣٥٤ ----- [أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]
- ٣٥٥ ----- [الثاني التصرف في المعيب]
- ٣٥٧ ----- [الثالث تلف العين أو سيورته كالتالف]
- ٣٦١ ----- [الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]
- ٣٦١ ----- اشاره -----
- ٣٦١ ----- (المسألة الاولى) حدث العيب في المبيع قبل القبض، -----
- ٣٦١ ----- اشاره -----
- ٣٦١ ----- الجبهه الاولى- أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد في كونه موجبا للخيار أم لا. -----
- ٣٦١ ----- اشاره -----
- ٣٦١ ----- فما يمكن أن يستدل به على كونه موجبا للخيار أمور: -----
- ٣٦٢ ----- الاول: الاجماع. -----
- ٣٦٢ ----- الثاني: النصوص الواردة في المقام: -----
- ٣٦٢ ----- (منها) صحيحه بريد بن معاويه -----
- ٣٦٢ ----- (و منها) ما رواه عقبه بن خالد -----
- ٣٦٢ ----- (و منها) قوله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» -----
- ٣٦٤ ----- و أما الجبهه الثانيه- من المسألة الاولى و هي أن حدوث العيب قبل القبض هل يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود قبل العقد أم لا؟ -----
- ٣٦٥ ----- (و اما المسألة الثانيه) و هي ما لو كان حدوث الحدث في المبيع يكون بعد العقد في زمان الخيار الذي يكون التلف فيه على البائع، -----
- ٣٦٥ ----- اشاره -----
- ٣٦٥ ----- أما الجبهه الاولى- ففي كون العيب الحادث سببا للخيار كالعيب السابق على العقد و عدمه، -----
- ٣٦٥ ----- و أما الجبهه الثانيه- و هي أن العيب الحادث في زمن الخيار هل يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق أم لا؟ -----
- ٣٦٥ ----- (و أما المسألة الثالثه) و هي ما لو حدث عيب في العين بعد القبض و بعد مضي زمان الخيار، -----
- ٣٦٥ ----- اشاره -----

- يقع البحث في هذه المسألة في مقامات: ٣٦٦
- المقام الاول: فيما يمكن أن يكون دليلا للمانع، ٣٦٦
- اشاره ٣٦٦
- منها مرسله جميل، ٣٦٦
- و منها: ما عن العلامة، ٣٦٦
- (و منها) أنه مع العيب لا يصدق الرد. ٣٦٧
- (و منها) أن حدوث الحدث في العين حيث أن المشتري ضامن له يكون مثل احداثه الحدث الموجب لإسقاط الخيار. ٣٦٧
- (و منها) الاجماع. ٣٦٧
- (المقام الثاني) في أن الميزان و المناط للعيب الحادث المانع عن الرد ما هو؟ ٣٦٧
- (المقام الثالث) لو زال العيب الحادث عند المشتري هل يجوز له الرد أم لا؟ ٣٦٧
- (المقام الرابع) لو رضى البائع برده مجبورا بالارش أو غير مجبور هل يجوز له الرد أم لا؟ ٣٦٨
- أتنبهيه ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه] ٣٦٩
- اشاره ٣٦٩
- (أما الموضع الاول) و هو التبعض في أحد العوضين ٣٦٩
- اشاره ٣٦٩
- و ما قيل أو يمكن أن يقال في وجه عدم جواز الرد أمور: ٣٦٩
- (منها) الاجماع. ٣٦٩
- (و منها) أنه لو كان المردود جزء مشاعا يلزم الشركه و ان كان جزء معيننا يلزم تبعض الصفقه. ٣٦٩
- (و منها) أن المستفاد من النص أن الصيغ يمنع عن الرد، ٣٧٠
- (و منها) ان شرط رد المعيب ان يكون قائما بعينه. ٣٧١
- (و منها) ما عن صاحب الجواهر، و هو أن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه، و لا أقل من الشك ٣٧١
- (و أما الموضع الثاني) و هو ما لو تعدد البائع فلا خلاف في جواز التفريق، ٣٧١
- (و أما الموضع الثالث) و هو ما لو اشترى شيئا من ثالث فانكشف أنه معيب هل يجوز أن يرد أحدهما حقه بخيار العيب أم لا، ٣٧١
- و قبل بيان الحال لا بد من التنبيه على أمر، ٣٧١
- و ما يمكن أن يقال في وجه المنع أمور: ٣٧٢
- (منها) أنه لو تفرد أحدهما بالرد لا يكون البيع قائما بعينه. ٣٧٢

- ٣٧٢ (و منها) ان الانفراد بالرد يوجب الضرر بالنسبه الى البائع.
- ٣٧٢ (و منها) أن دليل الخيار منصرف عن المقام.
- ٣٧٢ (و منها) أنه خيار واحد قائم بمتعدد،
- ٣٧٣ [مسأله يسقط الأرض دون الرد في موضعين]
- ٣٧٣ [الأول- إذا اشترى ربويا بجنسه يظهر عيب في أحدهما فلا أرض حذرا من الربا.]
- ٣٧٣ الثاني- ما أفاده صاحب الكفايه في حاشيته على المكاسب
- ٣٧٥ [مسأله يسقط الرد و الأرض معا بأمر]
- ٣٧٥ [الأول العلم بالعيب قبل العقد]
- ٣٧٨ (الثاني) مما يوجب سقوط الرد و الارش معا تبرى البائع عن العيوب،
- ٣٧٨ و ما يمكن أن يستدل به أمور:
- ٣٧٨ (منها) الاجماع،
- ٣٧٨ (و منها) ان العقد بحسب القاعده الاوليه لازم، فانه يجب الوفاء به،
- ٣٧٨ (و منها) النصان الواردان في المقام:
- ٣٨١ أتم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرض بها]
- ٣٨١ اشاره
- ٣٨١ (منها) زوال العيب قبل العلم به،
- ٣٨٢ (و منها) التصرف بعد العلم بالعيب.
- ٣٨٤ (و منها) حدوث عيب في المعيب بعيب غير موجب لنقصان قيمه.
- ٣٨٤ (و منها) ثبوت احدى مانعي الرد في المعيب الذي لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا،
- ٣٨٨ (و منها) التأخير بمقتضى الخيار،
- ٣٨٩ [مسائل في اختلاف المتبايعين]
- ٣٨٩ اشاره
- ٣٨٩ أما الاول [الاختلاف في موجب الخيار]
- ٣٨٩ اشاره
- ٣٨٩ (الأولى) لو اختلفا في أصل العيب و عدمه و لم يمكن تبين الحال لتلف أو غيره،
- ٣٨٩ (الثانيه) انه لو اختلفا في كون الشئ عيبا و تعذر تبين الحال،

- ٣٩١ (الثالثه) لو اختلفا فى حدوث العيب- بأن قال أحدهما أنه حدث فى ضمان البائع و الآخر ينكره
- ٣٩١ اشاره
- ٣٩٥ [فرع لو باع الوكيل فوجد المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل]
- ٣٩٧ [الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]
- ٣٩٨ [أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]
- ٣٩٨ الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالخيار
- ٣٩٨ الثانيه: انه لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به
- ٤٠٠ الثالثه: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري فالخيار ساقط و ادعى المشتري سبقه فالخيار باق،
- ٤٠٠ الرابعه: لو اختلف فى البراءه
- ٤٠٢ الخامسه: لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده و أنكره المشتري
- ٤٠٢ [و أما الثالث فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]
- ٤٠٢ اشاره
- ٤٠٢ (الاولى) لو اختلفا فى الفسخ فادعاه المشتري و انكره البائع،
- ٤٠٤ (الثانيه) انه لو اختلفا فى تأخر الفسخ فيما يكون الخيار فوريا،
- ٤٠٥ (الثالثه) لو ادعى الجهل بالخيار أو بالفوريه يسمع قوله ان احتمل،
- ٤٠٥ [القول فى ماهيه العيب]
- ٤٠٧ [القول فى الأرش]
- ٤٠٧ اشاره
- ٤٠٧ [فى أن ضمان النقص تابع فى الكيفيه لضمان المنقوص]
- ٤٠٩ [يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل يعين بعض الثمن]
- ٤١١ [مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب]
- ٤١٢ [لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل]
- ٤١٣ [فى أن قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه]
- ٤١٤ [فى أن المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما]
- ٤١٥ [القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحتها و فاسدها]
- ٤١٥ اشاره

- ٤١٥ يقع الكلام في جهات: -
- ٤١٥ الجبهه (الاولى) في معنى الشرط، -
- ٤١٧ الجبهه الثانيه في شروط صحه الشرط، -
- ٤١٧ اشاره -
- ٤١٧ الشرط (الاول) أن يكون داخلا تحت قدره المكلف، -
- ٤١٧ اشاره -
- ٤١٨ و ما يمكن أن يستدل على الفساد أمور: -
- ٤١٨ اشاره -
- ٤١٨ الاول- الاجماع. -
- ٤١٨ الثاني- ان القدره على التسليم شرط في صحه البيع، -
- ٤١٨ (الثالث) انه معامله سفهيه و هي باطله. -
- ٤٢١ تذييب يذكر فيه أمران: -
- ٤٢١ (الاول) لو اشترط في ضمن العقد فعلا على الغير، -
- ٤٢٢ (الثاني) هل ان القدره الواقعيه شرط في صحه الشرط أم تكفى القدره الظاهريه؟ -
- ٤٢٢ [الشرط الثاني أن يكون الشرط سائغا في حد نفسه]
- ٤٢٢ [الشرط الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له]
- ٤٢٦ [الشرط الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]
- ٤٣٥ [الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]
- ٤٣٥ اشاره -
- ٤٣٥ و الذى ينبغى أن يقال: يقع الكلام في مقامات ثلاثه: -
- ٤٣٥ اشاره -
- ٤٣٦ (أما المقام الأول) [النظر إلى أصل المطلب]
- ٤٣٧ (و أما المقام الثاني) و هو النظر الى الوجوه الثلاثه التى استدل به الشيخ -
- ٤٣٧ (و أما المقام الثالث) و هو البحث عن الفروع المذكوره في المتن -
- ٤٣٨ اشاره -
- ٤٣٨ الفرع الاول: اشتراط عدم البيع، فانه مخالف لمقتضى العقد أم لا؟ -

- الفرع الثاني: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان من جواز الشركه فيه ----- ٤٣٨
- الفرع الثالث: اشتهر بين العلماء جواز اشتراط الضمان في العاريه و عدم جوازه في الاجاره، ----- ٤٤٠
- الفرع الرابع: اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها. ----- ٤٤٠
- الفرع الخامس: توارث الزوجين بعقد الانقطاع، ----- ٤٤٠
- الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر في البيع] ----- ٤٤١
- الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال] ----- ٤٤٢
- الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد] ----- ٤٤٢
- اشاره ----- ٤٤٢
- المقام (الاول) أن الشروط الابتدائيه يجب الوفاء بها أم لا؟ ----- ٤٤٢
- (و أما المقام الثاني) و هو أنه لو لم يذكر الشرط في متن العقد لا يجب الوفاء به، ----- ٤٤٣
- المسأله في حكم الشرط الصحيح] ----- ٤٤٤
- اشاره ----- ٤٤٤
- الكلام فيه يقع في مسائل] ----- ٤٤٩
- اشاره ----- ٤٤٩
- المسأله (الاولى) في أن اشتراط الفعل يقتضى وجوب الوفاء تكليفا أم لا ----- ٤٤٩
- المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع] ----- ٤٥٢
- المسأله الثالثه في أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإيجاب فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعدد الإيجاب] ----- ٤٥٤
- المسأله الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتراط إلا الخيار لعدم دليل على الأرش] ----- ٤٥٥
- اشاره ----- ٤٥٥
- (الاول) ما عن السيد اليزدى بأن الارش في العيب مقتضى القاعده، ----- ٤٥٥
- (الثاني) ان الثمن وقع في مقابل العين الممتقيد بخياطه الثوب مثلا. ----- ٤٥٦
- (الثالث) أيضا ما أفاده السيد اليزدى بأن الشارط مخير بين الفسخ و أخذ الارش عقلايا، ----- ٤٥٦
- (الرابع) ان الشارط بشرطه يملك المشروط في عهده المشروط عليه، فالفعل مملوك له في عهده الطرف، ----- ٤٥٧
- المسأله الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلا] ----- ٤٥٧
- اشاره ----- ٤٥٧
- (الفرع الاول) انه لو تلفت العين بتلف حقيقي هل يجوز الفسخ لمن له الشرط أم لا؟ ----- ٤٥٧

- ٤٥٨ ----- (الفرع الثاني) انه لو لم يتلف تلتفا حقيقيا لكن وقعت العين موردا للتصرف من قبل المشروط عليه،
- ٤٦١ ----- (الفرع الثالث) أنه لو تصرف المشروط عليه تصرفا منافيا للشرط- كما لو باع العبد الذي اشترط في العقد الاول عتقه-
- ٤٦١ ----- اشاره
- ٤٦١ ----- أما المقام الاول [في حكم العقد الواقع على العين]
- ٤٦٣ ----- (و أما المقام الثاني) [فيما لو فسخ من له الشرط]
- ٤٦٤ ----- [المسألة السادسة للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط]
- ٤٦٥ ----- [المسألة السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور]
- ٤٦٥ ----- اشاره
- ٤٦٧ ----- ثم ان الشيخ ذكر الاقسام المتصوره في هذه المعامله على أربعة أقسام:
- ٤٦٧ ----- (الاول) أن يكون المبيع متساوى الاجزاء و ينقص،
- ٤٦٧ ----- (الثاني) أن يكون المبيع مختلف الاجزاء و ينقص،
- ٤٦٩ ----- (الثالث) انه لو كان المبيع متساوى الاجزاء و يتبين الزيادة عما شرط على البائع،
- ٤٦٩ ----- (الرابع) أن يتبين الزيادة في مختلف الاجزاء،
- ٤٦٩ ----- [القول في حكم الشرط الفاسد]
- ٤٦٩ ----- [الأمر الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به]
- ٤٦٩ ----- اشاره
- ٤٧٠ ----- و كيف كان هل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم لا؟ ما يمكن أن يقال في وجه كونه مفسدا له أمور:
- ٤٧٠ ----- (الأمر الأول) أن الشرط يقسط عليه الثمن، فإذا كان فاسدا يوجب الغرر في البيع لصيروره العوض مجهولا بذلك.
- ٤٧٠ ----- (الامر الثاني) ان التراضي انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص
- ٤٧٣ ----- (الامر الثالث) النص،
- ٤٧٥ ----- (الامر الثاني) أنه لو أسقط المشروط له الشرط هل يمكن تصحيح العقد أم لا؟
- ٤٧٦ ----- (الامر الثالث) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد و لم يذكر في متن العقد و قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد فما حكمه في هذه الصورة المفروضة؟
- ٤٧٦ ----- (الامر الرابع) انه لو كان فساد الشرط من ناحيه عدم تعلق غرض عقلائي به، فربما يقال: كما عن ظاهر جماعه عدم كونه مفسدا.
- ٤٧٦ ----- [الكلام في أحكام الخيار]
- ٤٧٧ ----- [في أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]
- ٤٧٧ ----- اشاره

- ٤٧٨ [الكلام فى أن ارث الخيار لیس تابعا لإرث المال فعلا]
- ٤٨٠ [مسأله فى كیفیه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غیر قابل للتجزئه و التقسیم وجوه]
- ٤٨٠ [وجوه فى فى كیفیه استحقاق كل من الورثه للخيار]
- ٤٨٠ اشاره
- ٤٨٠ الوجه الاول ما نسب الى صاحب الجواهر قدس سره من استحقاق كل من الوراث خيارا مستقلا كمورثه
- ٤٨٢ الوجه الثانى- أن يرث كل منهم الخيار فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص،
- ٤٨٣ الوجه الثالث- أن يرث المجموع من حيث انه مصداق للطبيعاه لا من حيث انه مجموع،
- ٤٨٣ الوجه الرابع- أن يكون لمجموع الورثه،
- ٤٨٤ فرع: اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم،
- ٤٨٦ مسأله: هل يشترط رعايه مصلحه الديان فى الفسخ أم لا؟
- ٤٨٧ [مسأله لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه أو الى المتعاقدين او سقوطه وجوه]
- ٤٨٧ [مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]
- ٤٨٧ اشاره
- ٤٨٩ [اهل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به]
- ٤٨٩ اشاره
- ٤٩٤ [فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له]
- ٤٩٤ اشاره
- ٤٩٤ تحقيق الحال فى هذا الفرع يقتضى البحث عن صور:
- ٤٩٤ (الصوره الاولى) أن يقصد بالعتق إنشاء الفسخ و الاجازة معا،
- ٤٩٥ (الصوره الثانيه) أن يقصد بالعتق إنشاء الاجازة فقط،
- ٤٩٥ (الصوره الثالثه) أن يقصد بإنشاء الفسخ دون الاجازة،
- ٤٩٥ (الصوره الرابعه) أن يعتق مع الغفله عن الفسخ و الاجازة،
- ٤٩٥ (الصوره الخامسه) لا يقصد شيئا منهما،
- ٤٩٦ (الصوره السادسه) أن يصدر هذا الامر مع الجهل بكيفيته،
- ٤٩٦ [مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]
- ٤٩٦ اشاره

- و يقع الكلام فى المقام من جهات: ----- ٤٩٦
- الجهه (الأولى) فى جواز التصرف تكليفا، ----- ٤٩٦
- (الجهه الثانيه) فى جواز التصرف الوضعى و عدمه، ----- ٤٩٨
- (الجهه الثالثه) فى أنه هل يكون فرق بين الخيار الشرعى و بين الخيار الجعلى المتحقق بالشرط، ----- ٤٩٨
- [أفرعان] ----- ٥٠٢
- الأول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين] ----- ٥٠٢
- الثانى أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار] ----- ٥٠٢
- مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببته] ----- ٥٠٦
- اشاره ----- ٥٠٦
- (الأول) أن مقصود المتبايعين من البيع حصول الملكيه من أول الامر و امضاء أدله البيع على ما قصدها، ----- ٥٠٦
- (الثانى) ما استدل به المصنف من قوله عليه السلام «لبيعان بالخيار»، ----- ٥٠٧
- (الثالث) ما دل «١» على جواز النظر الى الجاريه فى زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك، ----- ٥٠٧
- (الرابع) ما دل من كون نماء المبيع فى بيع الخيار برد مثل الثمن للمشتري، ----- ٥٠٧
- (الخامس) ما يتمسك بالاخبار الوارده فى العينه، و هى أن يشتري الانسان شيئا بنسيئته ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقدا، ----- ٥٠٨
- (السادس) ما استدل به علامه فى التذكره على ثبوت الملكيه بالعقد بصحيحه محمد بن مسلم ----- ٥٠٩
- (السابع) قوله صلى الله عليه و آله «الخراج بالضمان» ----- ٥٠٩
- مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة] ----- ٥١١
- مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكره] ----- ٥٢٠
- مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين] ----- ٥٢٢
- اشاره ----- ٥٢٢
- [لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه] ----- ٥٢٣
- [القول فى النقد و النسيئه] ----- ٥٢٥
- مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد] ----- ٥٢٥
- مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا] ----- ٥٢٨
- مسأله لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا] ----- ٥٣١
- اشاره ----- ٥٣١

- ٥٣٤ ----- [لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طوّل إجماعاً]
- ٥٣٦ ----- [إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]
- ٥٤٠ ----- [مسألة لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به في غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه]
- ٥٤١ ----- [مسألة إذا ابتاع عينا شخصيه بثمان مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده]
- ٥٤٤ ----- [القول في القبض]
- ٥٤٤ ----- اشاره
- ٥٤٤ ----- [في معنى القبض]
- ٥٤٧ ----- [القول في وجوب القبض]
- ٥٤٧ ----- اشاره
- ٥٥٠ ----- [مسألة يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها في الجملة]
- ٥٥٢ ----- [مسألة لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا إثم]
- ٥٥٤ ----- [الكلام في أحكام القبض]
- ٥٥٤ ----- اشاره
- ٥٥٩ ----- [مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]
- ٥٦٠ ----- [مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]
- ٥٦٠ ----- اشاره
- ٥٦١ ----- [الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه]
- ٥٦١ ----- اشاره
- ٥٦٣ ----- و ينبغي التنبيه على أمور:
- ٥٦٣ ----- (الاول) انه هل يلحق الثمن بالمشتمن في هذا الحكم أم لا؟
- ٥٦٤ ----- (الثاني) انه هل يختص هذا الحكم بالبيع أو يجري في غيره؟
- ٥٦٤ ----- (الثالث) انه هل المراد من المبيع المنهى إيقاع البيع عليه
- ٥٦٦ ----- (الرابع) انه ذكر جماعه بأنه لو كان على شخص دين كالحنطه مثلا فدفعت دراهم الى من له الحنطه و قال اشتر بها لنفسك الحنطه لا يصح لقانون المعاوضه.
- ٥٦٨ ----- [مسألة لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته]
- ٥٦٨ ----- اشاره
- ٥٦٨ ----- (الاولى) أن يكون سلما بأن أسلفه في المدينة فطالبه بالشام فيتراضيان بقيمه بلد المطالبه أو بقيمه بلد وجوب التسليم،

٥٧٠ ----- (الثانيه) انه لو كان الطعام عليه بنحو القرض لا شبهه في جواز البيع هنا.

٥٧٠ ----- (الثالثه) أن يكون ما عليه بالغصب و هو اما يكون مثليا و اما يكون قيميا.

٥٧١ ----- تعريف مركز

اشاره

عنوان:

دراساتنا من الفقه الجعفري

نام کتابخانه: کتابخانه آستانه مقدس حضرت فاطمه معصومه (س)

پدیدآورنده:

تالیف تقی طباطبائی قمی, گردآورنده علی مروجی

موضوع:

انصاری, مرتضی بن محمدامین, ۱۲۸۱-۱۲۱۴ق المکاسب - نقد و تفسیر معاملات (فقه)

شماره ردیف: ۱۴۳۵۰

کد عنوان: ۱۴۵۵۷

سرشناسه فارسی: طباطبائی قمی, تقی, - ۱۳۰۱

محل انتشار: قم

ناشر: مطبعه الخيام

تاریخ نشر: ۱۴۰۰ق ۱۳۵۹ =

سایر شناسه افزوده در مستند عنوان: مروجی, علی, , گردآورنده

رده بندی کنگره:

BP۱۹۰-ط۴۲د

چکیده یا سایر اطلاعات ویژه: وقف, واقف سیدعلی احمدی تلخایی ۴۰۰۱۴

نوع مدرک: کتاب

الجزء الرابع

[مقدمه المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمد سيد المرسلين، و آله الطيبين الطاهرين، الهداه المعصومين.

أما بعد:

فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا الموسوم ب «دراساتنا من الفقه الجعفرى» و هو مجموع الابحاث التى ألقاها علينا سماحه سيدنا الاستاذ المحقق الكبير و الفقيه البصير حاوى الفروع و الاصول جامع المعقول و المنقول حجه الإسلام و المسلمين، آيه الله العظمى (الحاج السيد تقى الطباطبائى القمى) دام ظله الوارف، و عنوان هذا الجزء كالجاء السابق كتاب المكاسب لفخر الشيعه و محيى الشريعه شيخنا الانصارى قدس سره الشريف.

و أسأل الله عز شأنه التوفيق و السداد، انه خير موفق و معين..

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥

[تنمه بحث البيع]

[البحث فى الخيارات]

اشاره

البحث فى الخيارات قوله: الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار (١).

قوله: غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى ملك فسخ العقد (٢).

[قبل الشروع فى أقسام الخيار ينبغى تقديم مقدمتين]

[المقدمه الأولى تعريف حقيقه الخيار]

أقول: قبل الشروع فى أقسام الخيار ينبغى تقديم مقدمتين:

(المقدمه الاولى) تعريف حقيقه الخيار و هو كما أفاده المصنف قدس سره اسم مصدر و مصدره يكون الاختيار من باب الافتعال «١».

أقول: ان الخيار فى اللغه ملك مطلق الامر أعم من الفسخ و غيره، و هو لا- يتحقق الا- بعد الدخول فى العمل، فانه يقال: ان للفلانى خيار أن يدخل دار جاره اذا دخل بها، و أما قبل الدخول بها فلا يتحقق الخيار بل له اختيار فى ذلك. و ملخص الكلام ان الخيار بمعناه اللغوى عبارته عن طلب الخير،

(١) أقرب الموارد ماده «خير» يقال أنت بالخيار أى اختر ما شئت، و اختاره اصطفاه و انتقاه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦

قوله: و لعل التعبير بالملك للتنبيه على ان الخيار من الحقوق لا من الاحكام (١).

و هذا المفهوم لا يتحقق الا باعمال القدره فى أحد طرفى الامر الاختيارى.

و فى اصطلاح جماعه من المتأخرين كالفخر و من تأخر عنه استعمل فى ملك فسخ العقد حتى بلغ الى حد الحقيقه، و الخيار بهذا المعنى مغاير للخيار بمعناه اللغوى، لأنه لا يتوقف تحققه على الدخول فى العمل. مثلا يتحقق خيار المجلس و ان لم يعمل بعد، بخلاف الخيار اللغوى فان تحققه يتوقف على الدخول فى العمل كما عرفت آنفا. فظهر مما ذكرنا أن نقل الخيار من معناه اللغوى و تغليبه فى معناه الاصطلاحى من باب نقل اللفظ الى مبائنه.

أقول: توضيح كلامه أن التعبير عن الخيار بالملك حيث قالوا «انه ملك العقد» للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من

الاحكام، فان الحق مرتبه ضعيفه من الملك، بخلاف الحكم فانه لا يرجع الى اعتبار الملكيه للمحكوم له و لا يكون قابلا للنقل و الانتقال و لا- للإسقاط و لذا خرج بقيده الملك ما لم تكن فيه جهه الملكيه و هى الاحكام كالإجازة، و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزه من الخيارات الحكيمه. و الذى يقتضيه التحقيق أن يقع البحث فى مقامين:

الاول: انه هل يكون فرق بين الحكم و الحق أم لا؟

الثانى: انه على تقدير الفرق بينهما هل يصح اخراج الحكمى عن عنوان الخيار المصطلح أم لا؟

أما المقام الاول فربما يقال- و هو الحق عندنا- بعدم الفرق بين الحكم و الحق، فان هذه الامور كلها اعتباريه و ان اختلفت من حيث الآثار، فكما يصح أن يقال «لى حق أن أبيع دارى» كذلك يصح أن يقال «يجوز لى بيع دارى»

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧

...

و لا فرق بين جواز قتل المشرك الذى يسمى حكما شرعيا و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل.

و على هذا لا- يبقى مجال لما أفاده الشيخ بأن ذكر كلمه «الملك» يخرج الاحكام عن عنوان الخيار لعدم المغايره بين الحق و الحكم على الفرض، و أما على القول بالفرق بينهما- كما قيل ان الحق ما يقبل السقوط بخلاف الحكم فانه لا يقبل شيئا من هذه الامور- فأیضا لا وجه لإخراج الخيار الحكمى عن تحت عنوان الخيار الحقى، لأنه يصح أن يقال: ان الواهب مالك لفسخ العقد و ان الوارث مالك لرد العقد على ما زاد على الثلث و ان العمه و الخاله مالكتان لفسخ العقد على بنت الاخ أو الاخت.

لا يقال: لا نسلم اطلاق الملك فى بعض الموارد لعدم

ترتب آثار الملكيه فيه كعدم قبوله النقل و الانتقال و الاسقاط، و أما الموارد المذكوره فهى من قبيل الاحكام.

لأنا نقول: فليكن كذلك، و لا يجب أن يترتب جميع آثار الملكيه عليها فى جميع الموارد، فان الملكيه فى الاعيان كذلك، فانها ربما لا- تقبل النقل و الانتقال، كأم الولد فانها مملوكه و لكنها لا تقبل النقل و الانتقال، و العين الموقوفه فانها مملوكه للموقوف عليهم و الحال أنها لا تقبل النقل و الانتقال، و كذا الحقوق فان بعضها لا يقبل الاسقاط كحق الحضانه و الابوه و الولايه.

نعم ان بعض الحقوق كحق الشفعه و حق الخيار يقبل الاسقاط.

فتحصل أن الخيار عباره عن ملك فسخ العقد، و لا تخرج منه العقود الجائزه و غيرها لصدق الملك عليها، و أما ترتب جميع آثار الملكيه عليه فلم يقم دليل عليه.

و لكن مع ذلك كله فى النفس شىء، و هو أنه يختلج بالبال أن يقال: ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨

قوله: و قد يعرف بأنه ملك اقرار العقد و ازالته (١).

فى معنى الحق اشرب الملكيه التى هى عباره عن أمر وضعى، و لا يبعد أن يكون هذا المعنى فى جميع موارد الحقوق موجوده، فلا يبعد أن نقول بأن الحق عباره عن أمر وضعى و الحكم عباره عن أمر تكليفى.

أقول: قد ذكروا للخيار تعريفا آخر أيضا، و هو ملك اقرار العقد و ازالته. و استشكل الشيخ قدس سره عليه بأنه ان اريد من اقرار العقد ابقاءه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك، لان القدره على ازالته عين القدره على اقراره، اذ القدره لا تتعلق بأحد الطرفين و الا لم تكن قدره بل كانت اضطرارا.

اضف الى ما ذكره الشيخ أن العدول عن

التعريف الاول ان كان من جهة اخراج الخيار الحكمي فهو غير خارج على هذا التعريف أيضا. هذا اذا كان المراد منه ابقاؤه على حاله.

و ان اريد من اقرار العقد الزامه و جعله غير قابل لان يفسخ، فهو تعريف الشئ ء بنفسه، و هو دور لان مرجع هذا التعريف الى اسقاط الخيار فلا يؤخذ هو في تعريف الخيار للزوم تعريف الخيار بالخيار و هو دور واضح. مع أن هذا التعريف ينتقض بالخيار المشترك، فان لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقا، و الظاهر من الالزام جعله لازما مطلقا لجعله في مقابل الفسخ.

و التحقيق أن يقال: ان المراد من اقرار العقد تشيته، و لازم ذلك سقوط الخيار، فلم يؤخذ الخيار في تعريفه حتى يلزم الدور.

و أما الاشكال النقضي الذي ذكره الشيخ فيرد عليه نقضا و حلا:

اما نقضا فبالخيارات المتعدده لشخص واحد، كما اذا اجتمع خيار الحيوان و المجلس و العيب مثلا في مورد واحد، فان اسقاط واحد من الخيارات كخيار العيب مثلا لا يوجب الزام العقد مطلقا لوجود خيار الحيوان و المجلس، مع أن

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩

قوله: ان المستفاد من كلمات جماعه ان الاصل هنا قابل لإراداه معان ... (١).

الظاهر منه الالزام المطلق حيث جعله مقابلا للفسخ، فلا يختص الاشكال النقضي للشيخ قدس سره بالخيار المشترك بل يجري في الخيار المختص أيضا و لا يلتزم به قدس سره.

و أما حلافان تثبيت العقد من ناحيه أحد الشريكين يلزم من هذه الناحيه و ان كان غير لازم من ناحيه الشريك الاخر، و كذا في الخيارات المتعدده، فان اسقاط خيار واحد كخيار العيب مثلا يوجب لزوم العقد من هذه الجهه و لا ينافي أن يكون غير لازم من

ناحية خيار آخر كخيار الحيوان مثلا.

و الحاصل ان الخيار عباره عن تثبيت العقد و ازالته، و لا يرد عليه شىء مما سبق

لا يقال: ان تعريف الخيار بتثبيت العقد ينتقض بباب الشفعه، فان الشفيع أيضا له تثبيت العقد و ازالته و الحال أنهما ليس بخيار.

لأننا نقول: ان الشفيع لا يجوز له ازاله العقد، بل له أن ينقل المبيع عن المشتري الى عهده نفسه. كيف مع أن تحقق الشفعه يتوقف على صحه العقد و مع ازالته لا تتحقق الشفعه كما هو واضح.

[المقدمه الثانيه أن الاصل فى البيع اللزوم]

اشاره

(المقدمه الثانيه) انه ذكر بعض تبعاً للعلامه أن الاصل فى البيع اللزوم، لان الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك و حصل الملكيه و الاصل بقاؤها، هذا أولا و ثانيا ان العقد موضوع لغرض و هو انما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه.

[معانى الأصل]

اشاره

أفاد الشيخ ان الاصل هنا قابل لإراداه معان:

الاول: ما ذهب اليه المحقق بأنه يمكن أن يكون المراد منه الغلبه،

بمعنى أنا نرى عند التفحص أن غالب أفراد البيوع غير قابله للانحلال بالفسخ، و يحصل من ذلك الظن بلزوم كافه البيوع، و اذا شك فى لزوم فرد من البيوع و جوازه بأن هذا هل هو من قبيل غالب أفراد البيوع حتى يكون لازما أو من قبيل الافراد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠

...

النادره حتى يكون جائزا يحكم فيه باللزوم أيضا، لان الظن يلحق الشىء بالاعم الاغلب.

و استشكل عليه الشيخ قدس سره أنه ما المراد من الغلبه، فانه ان أراد منها غلبه الافراد فغالبيها ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، و ان اراد غلبه الازمان- بأن يكون زمان لزوم العقد أغلب من زمان جوازه- فان جواز العقد فى الحيوان مثلا ثلاثه أيام.

و أما لزومه يكون الى يوم القيامة، ففيه: أولا لا تنفع في الافراد المشكوكه و ثانيا ان غلبه الازمان لا تناسب مع تعبير العلامه في القواعد حيث قال «و انما يخرج من الاصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب»، فان خروج فردى ثبوت خيار و ظهور عيب يدل على أن المستثنى هو الافراد، و لو كان الخروج زمانيا لكان المناسب أن يقول العلامه قدس سره «انما يخرج عن الاصل زمانان زمان ثبوت الخيار، و زمان ظهور العيب».

و ثالثا انا لو اغمضنا عن ذلك و قلنا ان المراد ثبوت اللزوم لأفراد البيع في غالب زمانه و سلمنا حصول الظن من هذه الغلبه في فرد شك في لزومه، و لكن نقول: لا دليل على حجية الغلبه، فغايه ما يقال انها توجب الظن، و هو لا يغنى عن الحق شيئا.

الثاني: من معانى الاصل هي القاعده المستفاده عن العمومات،

فان مقتضاها لزوم العقد.

و الجواب عنه: انه ان أريد من العمومات الادله اللفظيه كقوله تعالى

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» [المائدة: ١] «وَأَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» [البقرة: ٢٧٤] و نظائرهما فان مقتضى العمومات و ان كان ذلك الا أن هذا التمسك بالعموم لا بالاصل،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١١

...

و الحال أن كلامنا يكون في مقتضى الاصل الاولي في البيع لا في مقتضى العمومات كما هو واضح.

الثالث من معانى الاصل الاستصحاب

و مرجعه استصحاب عدم ارتفاع اثر العقد بمجرد فسخ أحدهما.

أقول: ان الكلام في صحه هذا الاستصحاب و عدمها سيجيء فانتظر.

الرابع من معانى الاصل معناه اللغوي،

بمعنى أن مقتضى طبع البيع عرفا و شرعا على اللزوم، فان جعل الخيار فيه حق خارجي يحتاج الى دليل، كما أن كل جسم مستدير بحسب طبعه الا أن يمنع عنه قاصر خارجي.

و الجواب عنه ان قياس الامر الاعتباري بالامر الخارجي قياس مع الفارق لان الجسم الخارجي بحسب اقتضاء طبعه يحصل له النمو من جميع أطرافه الاربعه فتحصل له الصوره المستديره، و أما البيع فليس أمرا تكوينيا حتى يقال بأن الاصل فيه يقتضى كذا، بل هو أمر اعتباري تابع لاعتبار الشارع، فان حكم الشارع بحسب المصالح الواقعيه فيه بانتفاء الملكيه بعد الفسخ يكون البيع جائزا، و ان حكم على بقائها بعد الفسخ يكون البيع لازما.

و الحاصل ان القول بلزوم البيع بحسب اقتضاء طبعه لا يرجع الى محصل بل هو تابع في لزومه و جوازه للأدله الشرعيه، فان دليله اما الدليل اللفظي كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اما من الاصل العملي أعنى الاستصحاب، و حيث ان مع وجود الدليل لا تصل النوبه الى الاصل العملي نقدم البحث عن الدليل و نبحت عن دلالاته الى الاصل العملي على لزوم البيع و عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٢

(الكلام في الادله التي استدل بها على لزوم البيع)

منها - قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،

و المراد من العقد اما العهد الوثيق كما صرح به بعض أهل اللغه و اما العهد المطلق كما صرح به بعض آخر منهم أيضا، و به فسر أيضا في صحيحه ابن سنان المرويه عن المعصوم في تفسير على ابن ابراهيم ج ١ ص ١٦٠.

و قال الطريحي في مجمع البحرين: ان العقد أعم من العهد، فان كل عهد عقد و ليس كل عقد بعهد.

و أنت خير بأن الامر في ذلك على العكس، فان كل عقد عهد و ليس كل عهد عقدا،

و كأن هذا سهو من القلم و الوفاء عباره عن الاتمام، الدرهم الوافى أى التام، و ايفاء الكيل اعطاؤه تاما.

فتدل هذه الايه على وجوب الوفاء بجميع العقود، فاذا دل العقد مثلا على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما اقتضاه العقد من ترتيب آثار ملك المشتري على ما انتقل اليه بالعقد، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام حتى بعد إنشاء الفسخ، لشمول اطلاق الايه لما بعد الفسخ أيضا، فيستدل بالحكم التكليفي - أعنى حرمه نقض لمقتضى العقد منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه - على الحكم الوضعي - أعنى فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر - و هو معنى اللزوم.

و أورد على هذا التقريب بوجوه:

(الاول) ما ذهب اليه العلامة فى المختلف

بأن الوفاء بالعقد هو العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣

...

بمقتضاه، فان كان لازما كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم و ان كان جائزا كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجوار، فلا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و يرد عليه أولا: ان الزوم و الجواز ليسا من مقتضيات العقد حتى يرد ما قيل، بل انهما حكمان شرعيان، فان الشارع قد يحكم بعدم انفساخ العقد بعد إنشاء الفسخ فيكون العقد لازما، و قد يحكم بانفساخه بعد ذلك فيكون العقد جائزا.

و ثانيا: انا لا نتصور معنى للوفاء على سبيل الجواز، فان وجوب الوفاء بالعقود هو اللزوم كما بيناه آنفا.

(الوجه الثانى) أن ابقاء الملكيه على حالها و عدم ابقائها ليس مقدورا للمكلف حتى يتوجه عليه دليل وجوب الوفاء بل انما هو بيد الشارع.

و الجواب عنه: ان معنى وجوب الوفاء بالعقود ليس ابقاء الملكيه حتى لا يكون مقدورا للمكلف، بل معناه هو الجرى عملا على طبق العهد بماله من الآثار، و ترتيب آثاره عليه من عدم جواز التصرف بدون اذنه.

ان قلت: لا- تنافى بين وجوب الوفاء بالعقد و التصرف الخارجى حتى يدل عدم جواز التصرف على اللزوم، لأنه يمكن أن يتصرف فيه عدوانا.

قلت: ان البائع لو تصرف فيما انتقل الى المشتري بعنوان أنه ملك له فهذا ينافي لوجوب الوفاء كما لا يخفى، ولكنه لو تصرف عدوانا بعنوان أنه غاصب فهو اعترف بكون التصرف فيه ملكا للغير، ولم يؤثر إنشاء فسخه فيه ولا نعى من اللزوم الا هذا.

(الوجه الثالث) ما أورده صاحب الكفايه قدس سره

بأنه يمكن منع دلاله

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤

...

الايه على اللزوم فيما اذا شك في تأثير الفسخ، اذ مع الشك فيه يكون التمسك بالآيه من باب التمسك بالعموم أو الاطلاق في الشبهه المصداقيه.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله ان الشك في بقاء العقد و عدمه مبن على كون العقد قابلا للبقاء، ولكنه ليس كذلك لكونه أمرا انصراميا فلا يقبل البقاء و الدوام، و عليه فلا نشك في بقاء العقد و عدمه، بل نقطع عدم بقائه لما ذكرناه.

وفيه: ان هذا الجواب من الاستاذ لا يدفع الاشكال و لا يمكن المساعده عليه أصلا، لأنه على ما ذكره لا يمكن الاستدلال بهذه الايه و لو في صوره عدم إنشاء الفسخ، لان المفروض أن العقد أمر انصرامى و ليس له بقاء و دوام فلا يقبل الوفاء.

هذا و لا و ثانيا انا لا نسلم كون العقد أمرا انصراميا بحيث لا يقبل الوفاء، بل ان له بقاء و دواما في

وعاء الاعتبار، فيكون باقيا ما لم يعدم بانشاء الفسخ.

فالحق في الجواب عن صاحب الكفايه قدس سره أن يقال: انا نحرز بقاء العقد بالاستصحاب فيشملة دليل وجوب الوفاء. نعم على مسلك عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكليه الالهيه- و هو المسلك المنصور- لا يحرز بقاء العقد الا أنه يكون جوابا جدليا.

و أما الجواب التحقيقي فهو أن يقال: ان الوفاء كما بيناه عبارته عن الاتمام فالامر بالوفاء يرجع الى النهي عن الفسخ، و من الظاهر أن الفسخ ليس حراما فيكون قوله «أوفوا» ارشادا الى اللزوم، و عليه لا يبقى مجال لهذا الاشكال.

فاغتنم.

و منها قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»

بتقريب أن حليه البيع التي لا يراد منها الاحليه جميع التصرفات المترتب عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الاخر، مستلزمه لعدم تأثير ذلك الفسخ، و هو معنى اللزوم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٥

...

اذ لو لم يكن البيع لازما لكان منحللا- بالفسخ و رجع المبيع الى ملك الفاسخ و صار تصرف المشتري مثلا تصرفا في ملك الفاسخ، و هو غير جائز. و بعباره أخرى: يكون التصرف لمن انتقل اليه جائزا حتى بعد الفسخ.

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظلّه بأن هذه الايه لا تدل الا على مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك، توضيحه: أن قوله «أَحَلَّ» ان كان متعلقه من الافعال الخارجيه كقوله «أحلّ الله شرب الماء» مثلا يدل على الحكم التكليفي، و أما اذا كان متعلقه عقد من العقود يدل على الحكم الوضعي، فعلى كلا- التقديرين- أي سواء كان المستفاد من الايه الحكم التكليفي أو الوضعي- لا تدل على اللزوم. اما على القول بأن المستفاد منها الحكم الوضعي، فغايه ما يستفاد منها في المقام حصول الملكيه بالبيع

فتكون الايه دليل صحه البيع، و أما على القول بظهور الايه فى الحكم التكليفى كما هو ظاهر بقريته قوله «حَرَّمَ الرَّبَّاءُ» يكون المراد من حليه البيع حليه التصرفات المتفرعه على البيع، و هو لا يدل على اللزوم.

و يرد عليه أولا لنا أن نختار الشق الاول و نقول: ان الايه تدل على الحكم الوضعى، و مع ذلك يستفاد منه اللزوم.

توضيحه: ان البائع المتوجه حين كتابه مثلا بما أن الأعمال فى الواقعيات محال اما يجعل الخيار لنفسه أم لا، و الأول خارج عن المبحث، و الثانى اما يملكه على النحو الموقت- بأن يجعله ملكا للمشتري سنه أو سنتين- أو الى حين الفسخ أو يجعله ملكا له حتى بعد إنشاء الفسخ، و الاول أيضا خارج عن المبحث لخروج البيع الخيارى عن محل الكلام، فيبقى القسم الاخير و هو جعله ملكا للمشتري حتى بعد إنشاء الفسخ، فيشملة دليل الحل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦

...

و لنا أن نختار الشق الثانى بأن تدل الايه على الحكم التكليفى، و هى حليه التصرف لكل من المتبايعين فيما انتقل اليه بالبيع حتى بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف من حليه التصرف لزوم البيع و هو المطلوب.

و منها- قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

«١» و هذه الايه تدل على المطلوب سواء قلنا بأن المستفاد منها الحكم التكليفى أو الوضعى، و التقريب هو التقريب فلا نعيد.

ان قلت: لا يمكن التمسك بآيه تجاره عن تراض لعدم انعقاد الاطلاق له كى يتمسك باطلاقه.

قلت: أولا- يمكن النقض بما اذا شك فى صحته من ناحيه أخرى، كما لو شك فى صحته من ناحيه ايقاعه بغير اللغه العربيه، و كذا لو شك فى صحته من ناحيه تقديم القبول على الايجاب هل يلتزم المستشكل بعدم جواز التمسك باطلاق قوله

«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، كيف و الحال أن التمسك بالآيه لدفع هذه الاحتمالات كالنار على المنار.

و ثانيا: انه لا وجه لعدم التمسك باطلاق، و احتمال عدم كون المتكلم فى مقام البيان مندفع باجراء أصاله البيان فيما اذا شك فيه، و لو لم يكن ذلك لانسد باب التمسك بالاطلاقات. و ان شئت قلت: ان أصاله البيان فى مورد الشك هى الاصل العقلانى فى باب الظواهر.

هذا اذا كان المستفاد من الايه الحكم التكليفى، و أما اذا كانت الايه ظاهره فى الحكم الوضعى فيكون المراد من الاكل فى الايه هو التملك، فيكون

(١) سورة النساء الايه (٣٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧

...

معنى الايه ان التجاره عن تراض سبب للتملك، فهى باطلاقها تشمل تصرف المفسوخ عليه فيما بيده بعد فسخ الفاسخ أيضا.

و أورد الشيخ قدس سره على الاستدلال بالآيتين الاخيرتين بأنه لا يتم الاستدلال باطلاقهما الا بركه استصحاب بقاء الموضوع.

و بعبارة أخرى: ان موضوع الآيتين و مصب اطلاقهما هو البيع و التجاره، و بقاء هذين العنوانين بعد إنشاء الفسخ غير معلوم، فلا جرم يحتاج احراز الموضوع الى الاستصحاب كى يصح التمسك باطلاقهما.

و يرد عليه أولا: أن هذا الاشكال على تقدير تسليمه وارد على الآيات الثلاث و لا يختص بالآيتين الاخيرتين، و ثانيا انه لا وجه لأصل الاشكال، فان مقتضى الاطلاق عدم تأثير الفسخ و لا تصل النوبه الى الاستصحاب.

و أما ما أورده السيد اليزدى قدس سره على الاستدلال بالآيتين بأن آيه حليه الاكل بالتجاره متعرضه لحال التصرفات فان مفادها جواز الاكل بالتجاره و لا اطلاق فيها بل هى فى مقام بيان أن الاكل بالتجاره حلال فى مقابل الاكل بالباطل من غير نظر الى بيان مده الحليه، و

كذا «أَحْبَلُ اللَّهَ الْبَيْعَ» لا- دلالة لها الاعلى مجرد حليه البيع بمعنى التمليك و التملك و لا تعرض فيها لحليه التصرفات بعد البيع حتى تشمل باطلاقها ما بعد الفسخ. (فمدفوع) بما ذكرنا بأن الاطلاق يحرز و لو ببركه أصاله البيان الجاربه بين العقلاء، و ثانيا انه لا يمكن التمسك بالاستصحاب فى المقام لعدم جريانه فى الشبهات الحكيمه الالهيه.

و للمحقق النائيني كلام فى المقام، فانه قدس سره وجه كلام الشيخ، و حاصله ان الحكم ليس له اطلاق بالنسبه الى نفسه فكيف يكون ناظرا الى رافعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨

...

و بعباره أخرى: الاطلاق يتصور بالنسبه الى الحالات السابقه على الحكم لا بالنسبه الى الحالات اللاحقه عليه فضلا عن رافعه، فلو شك فى تأثير الفسخ لا يمكن أن يؤخذ بالاطلاق، لأنه فى قوه أن يقال: مقتضى الاطلاق بقاء الحكم حتى مع وجود رافعه، و هذا أمر غير معقول.

و فيه: أولا انه لا وجه لاختصاص الاشكال على فرض صحته بالآيتين، بل يتوجه على الاستدلال بالآيات الثلاث، و ثانيا أن هذا البيان من أصله غير صحيح، فانه ليس المراد من الاطلاق، الاطلاق بالنسبه الى رافع الحكم، بل معناه تحقق الفسخ و عدمه، و من تحقق الاطلاق بعد الفسخ يعلم أن العقد لازم، و من الظاهر أن الفسخ أمر يلحق العقد أعم من أن يكون مشروعا فى عالم التشريع أم لا.

و ان شئت قلت: ان الفسخ و عدمه ليسا من الامور المتأخره بل من التقسيمات الاوليه، فلا مانع من شمول الاطلاق لهما.

(و منها) قوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»

[النساء: ٣٣].

و يمكن أن يستدل به بوجهين: تاره مع ضم المستثنى الى المستثنى منه أى يستدل بمجموع الايه، و أخرى بدون ضم المستثنى.

أما على الاول فتصدى الاستاذ

دام ظله فى مقام تقريب الاستدلال بالآيه بأن الاستثناء ظاهر فى المتصل ما لم يقم دليل على خلافه، و أما المنفصل فهو خلاف الظاهر ما لم يصير اليه الا- بدليل. و المراد من الاكل فى الايه كناية عن التملك فيكون استثناء صورته وقوع التجاره عن تراض دليلا على أنه لا يجوز التملك بسبب الباطل لأنه باطل، و يجوز التملك بسبب التجاره عن تراض فانها من الاسباب المملكه، و من المعلوم ان الفسخ ليس من تجاره عن تراض فيدخل فى ربه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩

...

الاسباب الباطله فلا يجوز التملك بها.

و يرد عليه: ان الاستثناء فى الايه ظاهر فى المنفصل كما هو واضح، الا أن ذلك لا يمنع عن الاستدلال بالآيه، فانها تدل على أن حصول الملك تنحصر بالتجاره عن تراض، و انما التملك يحصل بها فقط لا غيرها من الاسباب الباطله و الدليل على المدعى الظهور العرفى، فانه يفهم من الايه أن الشارع فى تمام حصر سبب التملك، فلا يكون انفصال الاستثناء مخلا بالاستدلال.

و أما على الثانى- و هو الاستدلال بالآيه بلا ضم المستثنى منه- فنقول:

ان المراد من الاكل هو التصرف المعاملى، فتدل الايه على حرمه الاكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا، فلا بد أن يكون تعيين المصداق موكولا- الى نظر العرف. و ما نحن فيه يكون من مصاديق الباطل عند العرف، فان أخذ مال المفسوخ عليه بعد لزوم البيع بمجرد إنشاء الفسخ باطل عرفا فيكون حراما شرعا.

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله انه لا يمكن التمسك بالآيه للزوم البيع، لأننا اذا شككنا أن الفسخ سبب باطل لا يمكن الحكم بكونه باطلا فانه من الشبهه المصداقيه.

و يرد عليه: ان الباطل أمر عرفى و ليس أمرا

واقعيًا يقع متعلق الشك، فلا مجال لهذا الاشكال.

و (منها) قوله عليه السلام «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه» «١».

و يمكن أن يستدل به على اللزوم بوجوه:

(الاول) أن مطلق التصرف في مال الغير حرام حتى التصرف بالفسخ،

(١) الوسائل الجزء (٣) الباب (٣) من ابواب مكان المصلي، المستدرک ج (١) الصفحة ٢٢٢، الاحتجاج الجزء (٢) الصفحة ٢٩٩.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٠

...

فيكون الفسخ مورد النهي الشرعي، فلا يكون مؤثرا.

و فيه: اولاً ان العرف لا يفهم من التصرف الا ما يكون تصرفاً خارجياً.

و ثانياً ان التصرف الاعتباري لو فرض كونه محرماً لا يستلزم الفساد الوضعي.

(الثاني) أن يكون المراد من الحليه اعم من الوضع و التكليف،

فلو كان التصرف في المال تصرفاً خارجياً يكون حراماً تكليفاً و لو كان اعتبارياً يكون حراماً وضعياً فلا يكون الفسخ مؤثراً.

و فيه: انه خلاف المتفاهم العرفي، و ان شئت قلت: انه من استعمال اللفظ في اكثر من معنى واحد، و لا يصار اليه الا بالدليل.

(الثالث) أن يكون المراد من التصرف التصرف الخارجى،

و من حرمه التصرف الخارجى التكليفى حتى بعد الفسخ يفهم اللزوم، اذ لو لم يكن لازماً لم يكن وجه لحرمة التصرف فانه يصير مالاً له بالفسخ.

و فيه: ان بقاء العنوان - و هو كون المال مال الغير حتى بعد الفسخ - اول الكلام، فلا مجال لهذا الاستدلال.

(و منها) قوله صلى الله عليه وآله «الناس مسلطون على أموالهم»

«١» بتقريب ان مقتضى كون الشخص سلطانا على ماله عدم جواز ايجاد المزاحمه له، فان فسخ البيع بلا رضى الطرف مناف لقاعده السلطه و هو غير جائز، و لا نغنى من اللزوم الا هذا.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، فان الخبر المذكور مرسل فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير تسليم استناد عملهم بهذا الخبر غير جابر كما بينا تفصيله فى محله، و ثانيا بأن المستفاد من الروايه انما هى سلطه الناس

(١) بحار الأنوار الجزء (٢) الصفحه (٢٧٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١

...

على أموالهم، فلا يجوز للغير أن يتصرف فى مال الشخص، و أما الفسخ فليس تصرفا فى المال حتى يكون خلاف السلطنه، بل انه تصرف فى العقد و حل له، و عليه فالروايه أجنبيه عن المقام.

ان قلت: ان الفسخ و ان كان حل العقد و ليس هو تصرفا الا أن الفاسخ يتصرف فى ذلك بعد فسخه.

قلت: ان التصرف بعد الفسخ كونه مصداقا للتصرف فى مال الغير أول الكلام يحتمل أن يكون الفسخ مؤثرا فيكون تصرفه فى مال نفسه. و لكن مع هذا كله فى النفس شىء، و هو أنه اذا سلمنا سند الروايه و قلنا بأنه ينجبر بعمل المشهور فلنقال أن يقول: ان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم عدم جواز اخراجه عن يده بالفسخ و غيره.

(و منها) قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون عند شروطهم»

«١» و فى بعض الروايات «المسلمون عند شروطهم» «٢».

بتقريب أن الشرط عباره عن مطلق الالتزام و لو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فان العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده حتى فيما بعد إنشاء الفسخ، فيستكشف منه لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ.

و يرد عليه: ان الشرط بمعنى الربط بين شيئين

«٣» و الالتزام فى ضمن العقد كما فى اللغة و العرف، و من هذا الباب يطلق الشرط الدارج فى لسان أهل

(١) التهذيب، الجزء (٢) الصفحه (٢١٩) و الاستبصار الجزء (٣) الصفحه (٢٣٢) الوافى، الجزء (١٢) ص ٨٠.

(٢) الوافى الجزء (١٠) الصفحه (٤٨) الجزء (١) ص ٨٠، الوسائل الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار الحديث ١-٢-٥.

(٣) انظر الى القاموس و أقرب الموارد ماده «شرط».

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢

...

العرف حيث يراد منه ما عقد بين الشئيين، فلا يشمل للشروط الابتدائيه، فهى خارجه عن معنى الشرط موضوعا.

ان قلت: لا نسلم اختصاص الشرط بالشروط الضمنيه فقط، بل هو يصدق على الشروط الابتدائيه أيضا، كما يظهر ذلك من موارد استعمالته، مثل قوله «الشرط فى الحيوان ثلاثه» و قوله «يا رب شرطى الا- أعود فى مكروهك» و غير ذلك من موارد الاستعمالات.

قلت: ان استعمال الشرط فى الشروط الابتدائيه مسلم و لا ينكره أحد، الا انا نقول: ان الاستعمال لا يدل على الحقيقه بل هو أعم من الحقيقه و المجاز.

فتحصل أن الشرط لا يصدق على الشروط الابتدائيه و لا أقل من الشك فيه المانع من الاستدلال بدليل المؤمنون.

و ثانيا: ان المستفاد من الشرط جعل الشارط امرا على عهده المشروط عليه.

ان قلت: ليس الامر كذلك فى شرط النتيجة.

قلت: الامر كذلك هناك أيضا، غايه الامر المشروط عليه يأتى بما على عاتقه فى شرط النتيجة بنفس العقد فلاحظ.

و أما التمليك فى البيع فيتحقق بنفس المعامله و لا يجعل الشارط شيئا على عاتق المشروط عليه، لكن يرجع هذا الاشكال الى انكار صدق الشرط على العقد.

و ثالثا: سلمنا انه جعل على عاتقه أن لا يفسخ و يترتب عليه ان الفسخ حرام عليه

لكن الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد الوضعي.

و أما ما أفاده المحقق الايروانى بأن الجملة المذكوره ليست ظاهره فى أزيد من رجحان الكون عند الشرط الذى هو كناية عن القيام و الوفاء به، كما يشهد به

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣

...

أخذ عنوان المؤمن فى الموضوع، و هذا يكون نظير قوله «المؤمن اذا وعد وفى» فانها جملة خبريه تخبر عما يقتضيه الايمان و يؤثر فيه، و فيها تنبيه على رجحان تلك الآثار.

فيرد عليه: ان الظاهر المستفاد منها هو إنشاء الحكم الشرعى كما هو المتناسب لمقام الشارع، فان كونه فى مقام الاخبار عن الخارج خلاف الظاهر، و لذا قد حققنا فى محله أن المستفاد من أدله الوفاء بالوعد هو الوجوب، مضافا الى أنه ذكر فى بعض الروايات بصيغه الامر كما فى روايه «١» غياث بن كلوب، لكن الروايه ضعيفه.

(و منها) ما ورد فى خيار المجلس الدال على لزوم البيع من حين الافتراق

كقوله صلى الله عليه و آله «البيعان بالخيار حتى يفترقا ...» «٢».

بتقريب أن البيع يكون لازما بعدم الافتراق و لا خيار لهما حتى بعد إنشاء الفسخ كما هو مقتضى الاطلاق.

ان قلت: ان الروايات المذكوره ناظره الى لزوم البيع بعد الافتراق من ناحيه خيار المجلس، و بعبارة أخرى: ان المستفاد منها هو الحكم الحيثى أى يكون لازما من حيث خيار المجلس فلا يؤثر اعمال خيار المجلس بعد الافتراق، و أما ثبوت الخيار من نواحى أخرى و عدمه فالروايات أجنبه عنه.

قلت: ان المستفاد من الروايات المذكوره هو لزوم البيع بعد الافتراق على اطلاقه، و حملها على الحكم الحيثى خلاف الظاهر كما هو الميزان فى جميع الابواب.

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٦) من أبواب الخيار، الحديث (٥).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

(و منها) استصحاب الملكية الثابتة للمفسوخ عليه قبل الفسخ،

الا أنه لا يمكن الالتزام به في المقام، لان الاستصحاب الجارى فى الشبهات الحكميه الكليه معارض مع الاستصحاب الجارى فى ناحيه الجعل.

ان قلت: لا نسلم ابتلاء الاستصحاب بالمعارض فى المقام، بل انه ابتلى بالاصل الحاكم، و هو الاصل السببى، و ذلك أن الشك فى بقاء الملكية و عدمه مسبب عن الشك فى تأثير الفسخ و عدمه، فمع الاصل الجارى فى ناحيه السبب- و هو أصاله عدم تأثير الفسخ- لا تصل النوبه الى الاصل المسببى أعنى استصحاب بقاء الملكية.

قلت: يرد عليه أولا- أن المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان الاستصحاب فى الكلى مطلقا، فانه لو شك فى بقاء وجوب صلاحه الجمعه فى زمان الغيبه يكون الشك ناشئا من أن الغيبه رافعه للوجوب أم لا، و لا يلتزم بهذا اللازم.

و ثانيا: ان اطلاق السبب و المسبب على الاحكام الشرعيه انما هو من باب الاصطلاح و الا ليس سبب فى الواقع و لا مسبب بل الموجود حكم و موضوع، فالشك فى تأثير الفسخ شك فى سعه جعل الملكية لزيد مثلا و ضيقه بأن الشارع جعل الملكية حتى بعد إنشاء الفسخ او الى إنشائه، فاستصحاب المجعول معارض مع استصحاب عدم الجعل كما عرفت.

ان قلت: ان الشك فى بقاء الملكية مسبب عن الشك فى انقطاع علاقته للملكيه للفاسخ و عدمه، و الاصل الجارى فى السبب مقدم عليه.

قلت: ان كان المراد من بقاء العلاقه، علاقته للملكيه أو بقاء ما يترتب على الملكية فهو مقطوع الانتفاء، و ان كان المراد من بقاء العلاقه علاقته حادثه فهو مشكوك الحدوث و محكوم بالعدم، و ان كان المراد من العلاقه العلاقه الموجوده

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥

...

فى مجلس العقد- أى

علاقه الفسخ- فيرد عليه: أولا- انه لا- يجرى فيما لا خيار كما لو شرط عدمه، و ثانيا ان المرجع عموم وجوب الوفاء لا الاصل العملى، و ثالثا أنه لا مجال لهذا التوهم بعد دلاله دليل خيار المجلس على انقطاع العلقه بالافتراق.

و ربما يرد على الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن الملكيه ذات مراتب فمرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، كالأعراض فان لها مرتبه ضعيفه و مرتبه قويه، و ان المتيقن من زوال الملك من الفاسخ بالعقد هو انتقال مرتبه قويه من الملك، و أما المرتبه الضعيفه منها- أعنى حق الاسترداد بانشاء الفسخ- مشكوك فيه، فيجرى استصحاب الملكيه فى مرتبه ضعيفه.

قلت: أولا انا لا نسلم أن الملكيه ذات مراتب، بل لا يتصور لها الا مرتبه واحده، فانها أمر اعتبارى بسيط لا تقبل الشده و الضعف.

و ثانيا: انا لو سلمنا أن الملكيه الاعتباريه ذات مراتب و تقبل الشده و الضعف الا أن الملكيه الضعيفه فرد مستقل بوجودها فى قبال الملكيه القويه، فانتقال الملكيه القويه بالعقد غير مشكوك، فانها انتقلت من العاقد بعقده، و أما المرتبه الضعيفه- أعنى حق الاسترداد- نحتمل أن يوجد مقارنا لذهاب المرتبه القويه، فهو من قبيل القسم الثالث من الاستصحاب الكلى الذى لا دليل عليه.

و ثالثا: ان استصحاب الملكيه بما هى لا يثبت الخيار، فانه يمكن أن يترتب عليه الخيار، و مجرد الامكان لا أثر له كما هو ظاهر. اللهم الا أن يقال بأنه لو سلم ثبوت الملكيه بهذه المرتبه و سلمنا بأنه لا أثر لها إلا ثبوت الخيار، فلا مجال لهذا الاشكال الاخير، اذ معناه أن الملكيه المستصحبه موضوع للخيار و اثبات الموضوع بالاصل يترتب عليه الحكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦

...

و رابعا:

ان المقام ليس مقام التمسك بالاستصحاب مع وجود الدليل الحاكم و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فان المقام داخل فى النزاع المعروف، و هو أن عموم العام مقدم أو الدليل المخصص، و قد حققنا فى محله أن عموم العام مقدم.

توضيح ذلك: ان المستفاد من دليل الوفاء لزوم العقد مطلقا، و انما خرج عنه ما لم يفترق المتبايعان، فاذا شك بعد الافتراق فى جوازه و لزومه يؤخذ بعموم العام و يحكم بلزومه.

ان قلت: ان جواز التمسك بدليل وجوب الوفاء يتوقف على كون عموم دليل اللزوم عموما زمانيا، و الحال أن المستفاد منه العام المجموعى.

قلت: ان الشبهه المذكوره ترد على تقدير ورود المخصص بعد العام، و أما اذا ورد المخصص فى أول أزمته انعقاد العقد و خرج فرد واحد من تحته- و هو زمن عدم الافتراق عن المجلس- فالعام باق على حاله. هذا أولا و ثانيا انا بينا فى موضعه و حققنا أن عموم العام مقدم على دليل المخصص، سواء كان استغراقيا أو مجموعيا.

و يمكن أن يقرب استصحاب الخيار بوجهين آخرين:

أحدهما: انا نحتمل أن يكون المقارن لخيار المجلس خيار آخر، فنستصحب بقاء الخيار الكلى بعد انقضائه.

وفيه: ان هذا الاستصحاب من الاستصحاب القسم الثالث من الكلى الذى يعتبر عند الشيخ قدس سره، و أما على ما سلكناه فليس الاستصحاب جاريا فيه لاین خيار المجلس مرتفع قطعاً و غيره مشكوك حدوثاً، أضف الى ذلك كله أن استصحاب الخيار معارض مع استصحاب عدم الجعل.

ثانيهما: ان خيار المجلس أمر واحد، و نحتمل أن يكون له سبب متعدد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧

قوله: ثم انه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقيه لازمه او جائزه ان الاصل عدم اللزوم ... (١)

و مع

هذا الاحتمال أى مانع لاستصحاب الخيار الشخصى الموجود فى المجلس.

و يرد عليه: أن مقتضى انتفاء الخيار بانتفاء المجلس زوال الشخص و ارتفاعه فلا مجال لهذا التوهم، مضافا الى أنه معارض كما مر آنفا.

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]

أقول: حاصل كلامه بتوضيح منا أن المستفاد من كلام العلامة فى مسأله المسابقه أن الاصل هو الجواز فيما لو شك فى لزوم العقد و جوازه.

و أورد عليه من تأخر عنه: بأن المستفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اللزوم و ما زادوا عليه شيئا، و لكننا نقول: لو لا دليل وجوب الوفاء أيضا لكان قول العلامة مخدوشا لعدم وجه صحيح لتقرير هذا الاصل. نعم هذا الاصل جار فى خصوص المسابقه و شبهها، لأنها لا تتضمن تمليكا و تسليطا قبل حصول المعلق عليه حتى يستصحب بقاء ذلك الاثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

توضيحه: ان العقود التى لها آثار فعلية يتمسك لا ثبات اللزوم باستصحاب بقاء تلك الآثار الفعلية، و أما العقود التى ليس لها آثار فعلية بل لها آثار تعليقيه كالوصيه و التدبير و السبق و الرمايه فانه لا يترتب على هذه العقود و الايقاعات أثر فعلا، فلا يجرى الاستصحاب لإثبات اللزوم. هذا تمام كلامه.

و يمكن أن يورد عليه بوجهين:

الاول- انه قدس سره التزم بجريان الاستصحاب التعليقى، مع أن المقام من هذا القبيل، بأن يقال لو كان السبق حاصلا لم يكن الفسخ مؤثرا فى العقد و كذا الحال بعد الفسخ قبل تحقق السبق، و لا فرق بين المقامين.

الوجه الثانى- ما أورده الآخوند و الميرزا و السيد اليزدى و سيدنا الاستاذ أن الاستصحاب يجرى فى العقود التعليقيه و لو مع الالتزام بالاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨

...

توضيحه: ان الاحكام المجعوله من الشارع تكون

على نحو القضية الحقيقية، و من المعلوم أن القضايا الحقيقية مقدره الوجود، و يتضح ذلك في قوله تعالى «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا» فمرتبته جعل تامه، فان الحكم الوجود جعل على المستطيع و ان لم يوجد المستطيع خارجا الى يوم الدين.

نعم ان فعلية الحكم متوقفه على وجود الموضوع، و هو مطلب آخر. فلو شككنا أن هذا الحكم المجعول ارتفع عن موضوعه أم لا فالاصل بقاؤه، و كذلك المقام فان الالتزام بمفاد العقد من المتعاقدين قد وقع في الخارج و أمضاه الشارع فاذا شك في بقائه و ارتفاعه بفسخ أحد المتبايعين فالاصل بقاؤه. و بالجمله الفسخ في العقود نظير الفسخ في التكاليف، و قد ذكرنا أنه لا مانع من جريانه في الفسخ. هذا بخلاف الاستصحاب التعليق، فان المانع الموجود فيه أن الحكم التعليق الذي يكون في مرحله الجعل فهو يقينى البقاء و لا- يحتاج الى الاستصحاب، اذ ليس الشك في نسخ الحكم الشرعى. و أما الحكم الفعلى فلم يتحقق في الخارج بعد، و أما في المقام فالشك في الحكم الشرعى بأن نقول ان عقد المسابقه له أثر، و الاصل بقاء هذا الحكم.

و الحق أن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، فان المقام داخل في الاستصحاب التعليق، و لا نجد فرقا بين المقام و بين الشك في الحرمة في العصير الزببى.

و التحقيق أن يقال: ان كان الاصل اللفظى المقتضى لبقاء الحكم موجودا فلا مجال للأصل العملى، و ان لم يكن موجودا فلا مجال للأصل لأنه تعليقى، فما أفاده الشيخ صحيح غايه الامر أنه خلاف مسلكه حيث ذهب الى جريان الاصل التعليقى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩

[إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

قوله: ثم ان ما ذكرنا

من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم انما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم، و يجرى أيضا فيما اذا شك فى عقد خارجى أنه من مصاديق العقد اللازم او الجائز ... (١)

أقول: ان حاصل كلامه قدس سره أن ما ذكر انما يجرى فيما اذا كان منشأ الشك فى اللزوم و الجواز شبهه حكميه، و كذلك يجرى الكلام بعينه فيما اذا كان منشأ الشك الشبهه الموضوعيه. توضيحه: انا اذا قلنا أن المرجع فى الفرد المردد بين عنوانى العام و المخصص هو العموم، فكلما شك فى أن العقد الخارجى من مصاديق العقد اللازم أو الجائز يتمسك بالعموم لإثبات اللزوم الا- ما علم خروجه، و أما اذا لم نقل بذلك و قلنا ان المرجع هو الاصل العملى فهو أيضا ينتج اللزوم، أى يجرى أصاله بقاء الملكيه بعد إنشاء فسخ أحد المتعاقدين الا أن يكون هنا أصل موضوعى يثبت العقد الجائز، كما اذا شككنا فى تملك زيد لعمر و مثلا أنه هبه كى يكون جائزا أو صدقه ليكون لازما، فان أصاله عدم القربه تقتضى كونه هبه جائزه. هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

و يرد على ما أفاده فى صدر كلامه من جريان الاصل فى بقاء الملكيه: بأن جريان الاصل متوقف على جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى، و أما على ما سلطنا فلا مجال له للمعارضه.

ان قلت: ان المفروض ان الشبهه موضوعيه.

قلت: نعم ان الشبهه موضوعيه و لكن المعارضه موجوده، اذ بعد الشك فى الموضوع نشك فى سعه الجعل و ضيقه، فالكلام هو الكلام. نعم لا- بأس بجريان الاصل بتقريب آخر، و هو أن مقتضى عموم وجوب الوفاء لزوم كل عقد الا ما خرج، و مقتضى الاصل عدم تحقق العنوان الخارج، فلو

شك في أن ما وقع في الخارج هبه أو صدقه لقول تحقق العقد معلوم و انما الشك في تحقق عنوان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٠

قوله: اذا شك في الضمان مع فساد العقد ... (١)

الهبه، و مقتضى الاصل عدم تحققه.

لا يقال: انه معارض لأصل عدم تحقق الصدقه.

لأننا نقول: لا أثر لهذا الاصل الاعلى القول بالمشبث، فان نفى الصدقه لا يثبت عنوان الهبه، لكن ما ذكرنا انما يصح فيما لا يتحقق علم اجمالى، كما لو شك في أن الواقع هبه أو بيع، فان صاحب المال لو فسخ يتحقق للطرف الاخر علم اجمالى بأنه اما يجب عليه تسليم الثمن و اما يحرم عليه التصرف في المال، و هذا هو الميزان الكلى.

و مما ذكرنا يظهر ما في كلام المصنف من الاشكال، فان مقتضى ما أفاده أن استصحاب عدم زوال أثر العقد يثبت صفه اللزوم للعقد بأن التمليك الواقع باق بحاله، و أما تعيين أنه بيع ليكون لازماً أو هبه فلا يثبت به بل اذا شك في اشتغال الذمه بالعوض يجرى البراءة.

و يرد عليه أن بعد إنشاء الفسخ يحصل العلم الإجمالى، اما بخروج العين عن ملكه على فرض أنه هبه فلا بد من أدائه أو بثبوت العوض عليه بناء على أنه بيع فلا تجرى أصاله البراءة.

و بعبارة أخرى: اذا فسخ المالك الاصلى يعلم الطرف الاخر بتوجه التكليف اليه، و لا- يمكن التمسك بالبراءة اذا لزم منه المخالفه العمليه.

[إذا شك في الضمان مع فساد العقد]

اقول: ملخص كلامه انه اذا علم فساد العقد و شك في أنه من العقود المضمنه أم لا، فلا بد من ملاحظه المدرك في المقام، فعلى القول بأن المدرك في باب الضمان بالعقود الفاسده قاعده اليد يحكم بالضمان لعموم القاعده المذكوره و

أما على القول بأن المدرك قاعده الاقدام بالضمان أو قلنا بأن خروج الهبه مانع عن التمسك بالعموم اذ يكون من التمسك بالعموم مع الشك فى المصداق فلا نحكم بالضمان. هذا كلامه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١

قوله: القول فى أقسام الخيار ... (١)

قوله: الاول فى خيار المجلس ... (٢)

و يرد عليه: ان خروج الهبه و ان كان بهذا العنوان كى يكون الخارج عن تحت العام معنونا بهذا العنوان، لكن نقول لا مانع من احراز عدم العنوان و عدم تحققه فى الخارج بالاصل الازلى، فيتحقق الموضوع، فان موضوع العام بعد التخصيص عبارته عن وضع اليد على مال لا يكون هبه، و من الظاهر أن وضع اليد وجدانى و عدم تحقق عنوان الهبه يحرز بالاصل.

[القول فى أقسام الخيار]

إشارة

أقول: أفاد الشيخ أن بعض العلماء كالشهيد عد أقسام الخيار أربعة عشر قسما، و بعضهم كالمحقق و العلامة قدس سرهما عدها سبعة أقسام، و نحن نفتى أثر المقتصر على السبعة.

و ملخص الكلام فى هذا المقام ان الخيار اما مجعول تعبدا كخيار الحيوان و المجلس و اما مجعول بجعل ابتدائى من المتعاملين، و اما خيار تخلف الشرط و كلما يذكر أو ذكر من الاقسام يدخل فى أحد هذه العناوين، و ابتدأ الشيخ بذكر خيار المجلس، و نحن أيضا نفتى أثره.

[القسم الأول خيار المجلس]

إشارة

أقول:

تنقيح الكلام فيه يحتاج الى بسط الكلام فى ضمن جهات:

(الجهة الاولى) فى معنى المجلس

و المراد من المجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع، فلا خصوصية لعنوان المجلس، و انما عبر عنه بالمجلس لأنه يتحقق فيه

غالبا، فالميزان فيه كون المتبايعين فى حال الاجتماع الذى كانا حين البيع سواء كانا فى المجلس أم لا كانا جالسين أو قائمين.

(الجهه الثانيه) فى دليله،

أقول لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت هذا الخيار للبائع و المشتري، و تدل عليه عدّه من الروايات و ان كان بعضها مخدوشا من حيث السند.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢

...

منها- ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا «١» و غير ذلك من الروايات.

و لا يعتد بالموثق الحاكى لقول على عليه السلام: اذا صفق الرجل فقد وجب و ان لم يفترقا.. «٢» اذ لا شبهه فى أصل الحكم، فان ثبوت خيار المجلس من واضحات الاحكام الفقيهيه فلا بد من العلاج، فربما يقال بأنها تحمل على التقيه لذهاب جمع من العامه الى القول بعدم خيار المجلس كأبى حنيفه.

ان قلت: انها نقلت عن على عليه السلام، و هو لم يكن فى حال التقيه و انما هى كانت فى عصر الصادقين عليهما السلام.

قلت: ان الروايه و ان كانت علويه الا أن الحاكى لهذه الروايه الصادق عليه السلام فتكون التقيه فى النقل.

ان قلت: مثل هذه التقيه غير معهود، لان التقيه اما تكون بأن يعمل الناس عليها، أو تكون التقيه فى نفس بيان الاحكام، و اما التقيه فى الحكايه فهو أمر حادث.

قلت: أولا أن كونها غير معهود لا يضر حمل الروايه عليها اذا ساعده الدليل و ثانيا يمكن أن يقال: ان عليا عليه السلام كان فى مقام بيان الحكم

بلحاظ زمان التقيه.

و ربما يقال فى مقام رفع الاشكال: ان المراد من صفق على البيع الصفق على المبيع و هو الالتزام بالبيع باسقاط الخيار، لا الصفق المحقق للبيع، كيف و موضوعه المبيع فيكون البيع محققا قبلا.

قلت: حمل صفق البيع على صفق المبيع خلاف الظاهر، و الموجود فى

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (١).

(٢) نفس المصدر، الحديث (٧).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣

قوله: مسأله لا اشكال فى ثبوته للمتبايعين اذا كانا أصليين ... (١)

الروايه «اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» و بعبارة أخرى: لا وجه لحمل البيع على المبيع. و الحاصل ان الروايه المذكوره لا بد أن تطرح ان لم تكن قابله للحمل على التقيه أو غيرها بعد كون هذا الخيار من واضحات الفقه و مسلماته.

و ربما يقال: ان النصوص المستفيضة قائمه على ثبوت خيار المجلس، فهى تقدم على الروايه المنقوله عن على عليه السلام لوجود المرجح فيها و هو الاستفاضه.

و يرد عليه: ان المرجحات فى باب التعارض معلومه و منصوصه و ليست الاستفاضه منها.

[الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن]

اشاره

أقول: الجهه الثالثه انه يقع الكلام فى أن الخيار يثبت لمن، للمتبايعين فقط أو يثبت للوكيل، و على فرض ثبوته للوكيل يثبت له مطلقا أو فى الجمله.

لا بد أن يبحث فى كل واحد منها على حده.

أما ثبوته للمتبايعين

فلا اشكال فيه اذا كانا أصليين كما أفاده المصنف،

و أما ثبوته للوكيلين

اشاره

فأفاد قدس سره أنه لا اشكال فى ثبوته أيضا فى الجملة، و لا بد لنا أن نوضح معنى قوله «فى الجملة» فنقول: ان الوكيل فى المقام يتصور على أنحاء:

الاول- أن يكون وكيلا فى مجرد اجراء الصيغه فقط و لا مداخله له فى أمر العقد أصلا، فهو يكون فى هذا الفرض كاللسان من الموكل.

الثانى- أن يكون وكيلا مستقلا فى المعامله ايجادا فقط، كما اذا و كله فى شراء ثوب له أو دار.

الثالث- أن يكون وكيلا مستقلا مطلقا فى أمر المعامله ايجادا و اعداما، و بعباره أخرى يكون وكيلا مفوضا اليه كليه أمر المعامله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤

...

الرابع- أن يكون مفوضا اليه أمر المال ان شاء باع و ان لم يشأ لم يبيع

اما القسم الاول- أعنى كونه وكيلا فى اجراء صيغه العقد فقط

اشاره

فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الخيار أمور:

الأمر (الاول) ما افاده شيخنا الاعظم قدس سره

بتوضيح منا: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه، فان الحكم لا يحقق موضوعه.

و بعباره واضحه: ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين فى نقض ما التزم به و ابرامه بعد الفراغ عن سلطنته على ما نقل اليه ورد ما التزم به، و لا شبهه أن مجرى الصيغه لا يملك ذلك و ليس له الرد حتى يثبت له بأدله الخيار ملك كالا

الالتزامين. ألا- ترى أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعق عليه لقراهه أو يجب صرفه لنفقه أو اعتاقه لنذر، لا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدله الخيار، فكما لا يمكن القول بتحقق الخيار في الفرع المذكور فكذا فيما نحن فيه. و الحاصل ان الخيار انما يكون ثابتا لمن يكون له السلطه على الرد، و حيث أن هذا المعنى مفقود في المقام فلا خيار له.

و يرد عليه: ان الخيار اما حق متعلق بالعقد كما هو الحق، أو حق متعلق بالعين. و على الاول فنقول: ان معنى الخيار ملك حل العقد يلزم من ذلك تراد العينين، و هذا المعنى متحقق حتى في مورد الانعتاق، و هو و ان كان تلفا حكما الا أن الخيار لا يسقط بمجرد تلف أحد الطرفين بل يرجع الى بدله كما هو كذلك في تلف المبيع في زمن الخيار.

هذا اذا كان الخيار متعلقا بالعقد، و أما اذا كان متعلقا بنفس العين فان موضوع الخيار و ان كان منتفيا فيما اذا كان المبيع ممن ينعق على المشتري، لان موضوع

دراساتنا

قوله: مضافا الى ملاحظه بعض هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان (١).

الخيار تراد العينين و لا- يحصل هذا المعنى بانعتاق المبيع. الا- أنه لا يضرنا ذلك لان عدم الخيار يكون من باب عدم وجود موضوعه و لا قصور في ذلك من ناحيه الوكاله.

و أما قوله «ان الحكم لا يحقق موضوعه» فهو متين جدا و نحن لا ننكر ذلك و نقول: ان الموضوع ان ثبت و لو بالاصل فهو و الا لا- يمكن التمسك بالعموم و الاطلاق لكونه شبهه مصداقيه، و لكن قوله «ان مفاد أدله الخيار اثبات حق و سلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه» مدفوع بعدم قيام دليل على ذلك بعد صدق البيع على الوكيل في مجرد اجراء العقد، فالمدار على صدق البيع و عدمه.

و بعبارة أخرى: انا لا ندعى أن الحكم محقق لموضوعه، بل ندعى ان الكلام في صدق الموضوع و عدمه، و هذا هو المهم، فلو صدق العنوان يتحقق الحكم و لا دليل على اشتراط أمر آخر في الموضوع.

مضافا الى أن حق رد ما انتقل اليه بلا- استرداد ما انتقل عنه لا معنى له و معه يكون عبارته عن الخيار، فهذا الاشتراط يرجع الى اشتراط الموضوع بوجود المحمول و القضييه بهذا النحو ضروريه.

الامر الثاني من الامور التي استدل على عدم الخيار للوكيل في اجراء الصيغه أن ملاحظه بعض أخبار الباب يعطى اختصاصه بالمالك،

كما في قوله عليه السلام في صحيح ابن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثه ايام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ...
(١)

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣)

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٦

...

بتقريب أن لفظ «متبايعين» موضوع لخيار المجلس و خيار الحيوان،

و لا ريب أن خيار الحيوان المذكور فى هذه الروايه مختص بالمالك لعدم خيار الحيوان لغير المالك، و لأجل وحده السياق يصير خيار المجلس المذكور فيها مختصا بالمالك أيضا.

و يرد عليه أولا: ان هذا الاستظهار من الروايه يستلزم أن لا يكون للوكيل خيار أصلا لكونه غير مالك و ان كان وكيلا مفوضا، و هو خلاف ما ذهب اليه قدس سره بأنه لا اشكال فى ثبوته للوكيلين فى الجملة.

و ثانيا: ان اختصاص خيار الحيوان بالمالك قد علم من الخارج، و أما العنوان المأخوذ فى صحيح ابن مسلم مطلق.

و ثالثا: ان وحده السياق لا تقتضى رفع اليد، اذ يكونان من المثبتين. و بعبارة واضحة: لو كان مقتضى المطلقات ثبوت الخيار حتى للوكيل فى العقد يؤخذ بها و لا يرفع اليد عنها الا بالدليل. و بعبارة أخرى: لا وجه لحمل المطلق على المقيد، بل يمكن أن نقول بأنه لا وجه للتقييد حتى مع الالتزام بالحمل، اذ المفروض أن لفظ «المتبايعين» قد استعمل فى معناه العام، غاية الامر قد علم من الخارج أن خيار الحيوان مختص بالمالك.

و رابعا: لا احتياج للتمسك بوحده السياق لإثبات نفى الخيار، و بعبارة أخرى: لو كان اختصاص دليل بفرد كافيا لنفى الحكم عن بقية الافراد كان الصحيح أن يتمسك بالروايه التى أخذ فيها عنوان التاجر، و من المعلوم أنه لا يشمل مجرى الصيغه، و هو قوله صلى الله عليه و آله: اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما لم يفترقا «١».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧

قوله قدس سره: مضافا الى ادله

سائر الخيارات فان القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه ... (١)

قوله قدس سره: مع أن ملاحظه حكمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور ... (٢)

فان هذه الروايه وارده فى خصوص خيار المجلس و اخذ الموضوع فيها عنوان التاجر و هو لا يصدق على مجرى الصيغه.

الامر الثالث من الامور التى استدلت بها لنفى الخيار للوكيل فى العقد أن أدله سائر الخيارات لا تشمل للوكيل فى اجراء العقد و لا يرضى الفقيه بالشمول،

فالمقام كذلك.

و يرد عليه أنه لا بد أن نبحت فى المدرك للخيار، بأن نقول المدرك ان كان نصا من المعصوم فلا بد من ملاحظته من حيث الشمول و عدمه، و ان كان المدرك قاعده نفى الضرر فعدم الخيار للوكيل فى العقد واضح لعدم الضرر بالنسبه اليه على تقدير عدم الخيار، و الضرر متوجه الى المالك، و الخيار أيضا ثابت له.

و ان كان المدرك فيه اشتراط الخيار، فدائره الخيار من حيث السعه و الضيق يدور مدار الاشتراط، فان اشتراط الخيار بحيث يشمل الوكيل فى العقد أيضا نلتزم به و ان اشتراط لنفس المالك فقط فلا خيار للوكيل فى العقد كما هو واضح.

الامر الرابع من الامور المستدله لنفى الخيار أن حكمه جعل الخيار الارفاق بالمالك حتى ينظر و يتروى فى المبيع،

و أما الوكيل فى اجراء العقد فلا يتحقق هذا المعنى بالنسبه اليه، فلا وجه لثبوت الخيار له.

و فيه نقضا و حلا: النقض فبالوكيل المفوض و لو كانت حكمه جعل الخيار تروى المالك حتى لا يتضرر فلا بد من الالتزام بعدم الخيار للوكيل المفوض أيضا لعدم وجود الملاك المذكور فيه و الحال انه قدس سره لم يلتزم بذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨

...

و أما الحل فان خصوصيات الاحكام و ملاكاتها ليست بأيدينا حتى نقول ان الملاك الموجود فى جعل الخيار غير متحقق بالنسبه الى الوكيل المذكور، و المتبع عندنا هو الدليل، فلا بد أن ينظر الى دلالاته من حيث السعه و الضيق.

(الامر الخامس) ان الاستفادة من بعض الروايات المذكوره آنفا عدم الخيار للوكيل المعهود،

و هو قوله صلى الله عليه و آله «اذ التاجران صدقا و برا- خصال- بورك لهما فاذا كذبا و خانا لم يبارك لهما و هما بالخيار ما

لم يفترقا».

بتقريب أنه قد أخذ عنوان التاجر في هذه الرواية، و هو لا ينطبق على مجرى الصيغه، فلا يكون له خيار بمقتضى الروايه.

و يرد عليه: ان الدليل لا ينحصر بهذه الروايه حتى يقال بعدم شمولها للوكيل فى العقد، ففى بعض الروايات المذكوره آنفا لم يؤخذ عنوان التاجر بل هو مطلق كما عرفت، و لا يمكن الالتزام بأن هذه الروايه مقيده لإطلاق المطلقات المذكوره لما ذكرنا آنفا. نعم لو علم من الخارج وحده المطلوب لا بد من حمل الاطلاق على التقييد، و هذا مطلب آخر.

(الامر السادس) ان مفاد أدله الخيار لا تشمل الوكيل فى العقد،

لان الخيار كما عرفت سلطنه ثابتة بأدلته للعاقده بعد الفراغ عن سلطنته على التزام الطرف المقابل. و بعبارة أخرى: ان الاستفادة من أدله الخيار اثبات السلطنه لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه بعد الفراغ عن تسلطه على رد ما انتقل اليه بالاقله، و الوكيل فى العقد بعد المعاضه أجنبى صرف و ليس له الاقاله حتى يكون له الخيار.

و الجواب عنه: أنه لا وجه لهذا التقييد، و لا دليل عليه.

(الامر السابع) ان النسبه بين أدله الخيار و أدله سلطنه المالك على ماله عموم من وجه،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩

...

و يقع التعارض بينهما فيما اذا فسخ الوكيل و لم يرض المالك به، فيقدم دليل السلطنه عليه لكونه معاضدا بالحكم العقلانى، و على تقدير تكافئهما يتساقطان و تصل النوبه الى الاصل العملى، و هو استصحاب الملكيه الثابته للمالك.

و فيه: ان هذا استصحاب فى الاحكام الكليه، انا قد حققنا فى الاصول أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه الكليه الالهيه. و ثانيا انه اذا شك فى الخيار و عدمه يتمسك بدليل لزوم العقد فنسبه أدله الخيار الى دليل «أَوْفُوا» نسبه العام الى الخاص، فكلما ثبت الخيار بدليله يؤخذ به و الا يتمسك بعموم أدله اللزوم كلما شك فيه. و بعبارة أخرى: المحكم فى المقام الاخذ باطلاق المخصص، فانه لو كانت النسبه عموما من وجه لا يبعد أن نلتزم بضرب الدليل الدال على الخيار على الجدار من باب كونه خلاف الكتاب.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فى المقام فاعلم أن خيار المجلس لا- يثبت لمجرى العقد لا بالامور المذكوره، بل لانصرافه الى المالك. و وجه الانصراف تناسب الحكم و الموضوع فانه يقتضى ذلك، فان جعل الخيار للتروى و اختيار ما هو أحسن، و من الظاهر أنه ليس للوكيل هذا الشأن. هذا على تقدير

القول بعدم ثبوته للوكيل، و أما لو قلنا بأنه ثابت له فهل يكون له الفسخ حتى مع منع المالك، أفاد الشيخ قدس سره بأنه أضعف، و لا وجه لما أفاده فانه على فرض تحقق هذا الحق له أن يفسخ فلا وجه لسقوطه بمنع المالك فما أفاده الشيخ ليس تاما.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الوكيل مجريا للعقد فقط.

و أما القسم الثاني فهو أن يكون الوكيل مستقلا في ايجاد المعاملة فقط،

و هذا القسم أيضا يلحق بسابقه في عدم الخيار له، لان الخيار كما عرفت منصرف

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠

...

الى من بيده الامر، و الوكيل المذكور كالوكيل في العقد اجنبي بعد تحقق المعاملة و ليس بيده أمر حتى يكون له الخيار.

و أما القسم الثالث فهو أن يكون وكيلاً مفوضاً إليه أمر المال،

أفاد شيخنا الاعظم قدس سره أنه ان كان وكيلاً- في التصرف المالي كأكثر الوكلاء، فان كان مستقلا في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها فالظاهر ثبوت الخيار له.

و استشكل عليه المحقق الايرواني قدس سره أن اعتبار عموم الوكاله لا- يشمل فسخ المعاوضه في ثبوت الخيار للوكيل بين عجيب و مستحيل، فانه ان أريد من الوكاله في الفسخ، الوكاله في الفسخ من قبل الموكل اعمالا لحقه فهو عجيب، و أى مدخله لهذا في ذلك، و ان أريد من الوكاله في الفسخ الوكاله في الفسخ بخيار نفسه فهو مع أنه باطل اذ لا معنى للوكاله فيما هو مستقل فيه و أمره لا يرجع الى الموكل، دور مستحيل لتوقف ثبوت الخيار على التوكيل في الفسخ بالخيار المتوقف ذلك على ثبوت الخيار.

و يمكن دفع الايراد عن المصنف بأن نقول: ان دليل الخيار ناظر الى تخصيص عموم «أَوْفُوا»*، و حيث أن الوكيل المفوض يكون أمر المال بيده يشمل دليل وجوب الوفاء فيثبت الخيار، فلا دور، فان ثبوت الخيار يتوقف على التوكيل التفويضي، لكن الوكاله لا تتوقف على الخيار، فالتوقف من طرف واحد، فمراد المصنف لو وجه بما ذكرنا لا يتوجه عليه ايراد المحقق المذكور.

و أما القسم الرابع - و هو أن يفوض أمر المبيع الى الوكيل

بأن شاء باع و ان شاء لم يبع - ذهب الايرواني الى ثبوت الخيار في المقام، الا أنه لا دليل عليه لعدم كون زمام امر المبيع في يده بقاء. و الفرق بين هذا القسم و القسم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١

قوله: و هل يثبت للموكلين فيه اشكال ... (١)

الثالث ظاهر، اذ قلنا ان الخيار يثبت بحسب الفهم العرفي، و التناسب بين الحكم و الموضوع لمن يكون له الاقاله، و في القسم

الرابع ليس للوكيل الاقاله فلا خيار له. فافهم و اغتتم.

الجهه الرابعه فى ثبوت الخيار للموكلين مع حضورهما فى المجلس فهل يثبت لهما مطلقا أو لا يثبت لهما كذلك أو تفصيل فى المقام؟

اشاره

وجوه:

(الوجه الاول)

الكلام ما اذا كان وكيلهما وكيلاً فى اجراء الصيغه فقط، فهل يثبت للموكل الخيار أم لا.

ما يمكن أن يقال فى وجه عدم ثبوت الخيار له أمور:

الاول – ان المأخوذ فى أدله خيار المجلس عنوان البيعين،

و ان الظاهر من البيعين فى النص المتعاقدان، فلا يعم الموكل لعدم تصديه للعقد. و الذى يدل على ذلك ما ذكروا ان الموكل لو حلف على عدم البيع لم يحثت ببيع وكيله.

و الجواب عنه: ان البيع يصدق على من يبدل المبيع بالثمن، و هذا المعنى كما أنه يتحقق بالمباشره كذلك يتحقق بالتسيب أيضاً، و الفعل الصادر من الموكل كالصادر عن الوكيل، و لا نعنى بذلك أن عمل الوكيل قائم بالموكل فانه غير معقول، و اسناد إنشاء الصادر من الوكيل الى الموكل مجازى. بل نقول: انه بمنزله لسان الموكلين و يصدق فى حقهما حقيقه انهما باعا و اشترى كما لا يصدق ذلك فى حق الوكيلين أيضاً.

و لتوضيح الحال نقول: انه لو زوجت امرأه بالوكاله يصح أن تقول «انى زوجتك نفسى لفلان» كما أنه يصح أن يقول وكيله «انى زوجها لفلان»، و أما قضيه النذر فانه تابع لقصد الحالف من حيث السعه و الضيق، فان قصد من حلفه أنه يبيع بالمباشره فبيع الوكيل يحث و ان حلف على أن لا- يحقق منه ما يصدق عليه مفهوم البيع فى الخارج فان كان الحلف قبل أخذ الوكيل فالوكاله للبيع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢

...

موجب للحث فيما يتصدى الوكيل للبيع، و ان كان أخذ الوكيل قبل حلفه، فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأنه لا يتحقق الحث لان

فعل الوكيل ليس اختياريا له.

و يرد عليه: ان الحلف و ان لم يتعلق بالعزل لكن حيث أن فعل الوكيل فعله فالنقل يلزمه بالعزل كى لا- يتحقق الحنث بفعل وكيله.

الثانى- ان عنوان البيع و ان صح استناده الى السبب و المباشر الا أنه لا يمكن أن يراد المعنيين منه فى اطلاق واحد

بل لا بد أن يراد أحدهما لان استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد على تقدير عدم استحالته خلاف الظاهر.

و يرد عليه: ان

عنوان البيع أطلق على نحو القضية الحقيقيه، فكل من صدق عليه هذا العنوان يصدق عليه الخيار سواء كان وكيلا أو موكلا. و
بعبارة أخرى: اللفظ استعمل فى الجامع فلا موضوع لهذا الاشكال.

الثالث – ان الالتزام بثبوت الخيار للموكل يستلزم أن يكون الخيار للمتعدد و هو لا يجوز،

فكما أن العين الخارجى لا تكون قابله للمتعدد كذلك الخيار فانه حق واحد لا يمكن ثبوته لا زيد من واحد.

و يرد عليه: ان وحده الخيار وحده نوعيه لا شخصيه، فلا مجال لهذا الاشكال، فعلى القول بثبوته للمتعدد نلتزم بتعددده، هذا أولا و
ثانيا ان الكلام فى القسم الاول و هو الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه، و من الظاهر أنه لا خيار له فلا يكون ذو الخيار متعددا.

مضافا الى أنه لو كان هذا الاشكال تاما يلزم عدم ثبوت الخيار للمتعاقدين، اذ يلزم تعدد ذى الخيار، و هو كما ترى، فما يجاب
به هناك نجيب به هنا أيضا فلا تغفل.

هذا تمام الكلام فى ثبوت الخيار للموكل فيما اذا كان الوكيل مجريا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣

...

لصيغه فقط، و من ضوء هذا البيان اتضح لك حكم باقى الاقسام المذكوره.

ملخصه ان الموانع المتصوره لثبوت الخيار للموكل لا ترجع الى محصل فالخيار له فيما يكونان حاضرين فى مجلس العقد ثابت
لتحقق الموضوع كما ذكره.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر وجهين لثبوت الخيار للموكل:

أحدهما أن الخيار للإرفاق فيقتضى ثبوته له.

و فيه ان الخيار لو ثبت فى مورد يكون للإرفاق لا أن الارفاق فى كل مورد تحقق يتحقق الخيار.

ثانيهما ان ثبوت الخيار للوكيل يستلزم ثبوته للموكل.

و فيه ان ثبوت الخيار للوكيل ليس بملاك الوكالة حتى تم هذا البيان بل لصدق الموضوع فلا بد من ملاحظه هذه الجهه.

(فروع)

(الفرع الاول) انه هل يشترط حضور الموكل الثابت له الخيار فى المجلس أم لا؟ فيه أقوال:

(الاول) ما يستفاد من كلام الشيخ بأن الحضور فى المجلس شرط لثبوت الخيار.

و يرد عليه: ان الموضوع لخيار المجلس عنوان البيع، فكلما يصدق هذا الموضوع يترتب عليه حكمه سواء كان ذو الخيار حاضرا فى مجلس العقد أم لا.

و أفاد سيدنا الاستاذ أن مجرد الحضور فى المجلس لا يفيد فى المقام، فلو حضر المالكان فى مجلس العقد لغرض آخر و كانا غافلين من كون المجلس مجلس العقد لا يثبت لهما الخيار، لأنه يشترط فى ثبوت الخيار اجتماعهما فى المجلس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤

...

بعنوان المعامله، و يستفاد هذا المعنى من قوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع» حيث يستفاد منه أن الافتراق بعنوان الرضا، و لا يتم هذا الا بما ذكرنا.

و يمكن الجواب عنه نقضا و حلا: أما النقض بما لو حضر المجلس بقصد المعامله عالما بأنه مجلس عقد و لكنه جاهل بوجود خيار المجلس فى الشريعه المقدسه. و حلا بأن الاجتماع المعاملى لم يقيم دليل على اشتراطه، بل الموضوع فى الخيار كما علمت أنفا صدق عنوان البيع، و هو صادق سواء كان عالما أم لا.

و الذى يدل على ما ذكرنا أن مقتضى ما أفاده أنه لو افترقا مع الغفله يلزم بقاء الخيار حتى بعد الافتراق، و هو كما ترى.

(الثانى) ما ذهب اليه الميرزا قدس سره،

و هو التفصيل بين كون و كاله الوكيل بنحو التفويض و بين غيره، فانه على الاول لا- يشترط، اذ اجتماع الوكيلين اجتماع للمالكين، و أما فى غير هذه الصوره فيشترط اجتماع المالكين اذ الموضوع عباره عن الاجتماع.

وفيه: ان الاجتماع كبقية الافعال لا يمكن أن يستند الى غير من قام به الفعل فلا مجال لهذا التفصيل.

(الثالث) ان الخيار ثابت للمالكين،

و غايته افتراق الوكيلين، و استدل عليه بأن الخيار من آثار الملكيه، و حيث ان العين ملكك لمالكه فالخيار ثابت له غايه الامر بقاؤه ببقاء مجلس العقد.

و يرد عليه: ان الموضوع للخيار عنوان البيع و لا- خصوصيه للملك، مضافا الى أنه على ما ذكر، فلا وجه لثبوت الخيار للوكيل لعدم كونه مالكا.

و أفاد المحقق الايروانى قدس سره بأن الميزان فى بقاء الخيار بقاء الحاله التى تكون حاصله حين العقد، فبقاء الخيار ببقاء تلك الحاله. و الحاصل ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥

قوله: فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه.. (١)
المالكين يحصل لهما الخيار و ينتهى بانتهاء الحاله الموجوده لهما حين العقد.

و يرد عليه: ان الاستفادة من دليل الخيار لزوم الاجتماع كى يصدق الافتراق و مع عدم اجتماعهما لا وجه لتحقيق الخيار.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم ان الحق أن يقال: ان تحقق الخيار للمالكين منوط بتحقيق اجتماعهما حين العقد، أعم من أن يكون فى مجلس العقد أم لا، و أعم من أن يكون بعنوان المعامله أم لا مع العلم أو الغفله، كل ذلك للإطلاق.

الفرع الثانى انه وقع البحث فيما اذا تحقق الخيار فى عقد واحد لأشخاص كثيره،

اشاره

كما لو وكل المتبايعان عشره على أن يكون كل منهم متمكنا من الاستقلال فى المعامله، فلو أقدم جميعا على الاجازه أو الفسخ فلا كلام فيه، و أما لو وقع التعارض بين الفسخ و الاجازه فهل يقدم المتقدم منهما أم لا؟ أفاد الشيخ ان كل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ و سقط خيار الباقيين، و ليس المقام من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز

حتى يقال ان الفاسخ مقدم على المجيز.

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن ما ذهب اليه الشيخ متين،

و تقرب كلامه يحتاج الى مقدمات ثلاث:

الاولى - ان حق الفسخ يكون للوكيل الخاص،

و هو الوكيل المفوض الذي هو مستقل فى أمر المعامله، و ليس له الخيار بعنوان الوكاله بل له استقلال فى ذلك، فان كان خياره بعنوان الوكاله فلا- بد أن يكون ذلك لمطلق الوكيل فلا- يختص بالوكيل المفوض، و يلزم من ذلك الالتزام بثبوت الخيار فى الموكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦

...

و ان لم يكن حاضرا فى المجلس و يلزم ثبوت الخيار للوكيل المفوض، و ان لم يجر العقد بيده بل كان مجرى العقد غيره من الوكلاء، و من الظاهر أنه لا نلتزم بهذه التوالى.

الثانيه - ان أدله الخيارات مخصصه لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار فى الفسخ بدليل الخيار، و هو ليس الا من كان مسلطا على ما انتقل اليه، فهو الوكيل المفوض حتى بعد العقد، و لو لم يفوض أمر المعامله اليه بعد العقد لم يكن أمر المبيع بيده بقاء لا يثبت له الخيار.

الثالثه - ان الوكيل بدل تنزيلي للموكل،

و الفعل الصادر من الوكيل كالفعل الصادر من الموكل.

اذا عرفت هذه المقدمات الثلاث فنقول: ان الموكل ان اجاز قبل فسخ الوكيل لم يبق مجال لفسخ الوكيل لعدم بقاء موضوع للوكاله، و يكون المقام من قبيل ما لو و كل شخصا فى بيع داره ثم باعها لا يبقى موضوع للوكاله، فكذلك فى المقام، كما أنه لو اجاز الوكيل قبل فسخ الموكل لا يبقى مجال لفسخ الموكل لان عمل الوكيل كعمل الموكل، و لو كان الموكل اجاز قبل فسحه لم يكن فسحه مؤثرا، و كذلك فى المقام. نعم لو وقع الفسخ قبل الاجازه يتقدم عليها، و لو وقعا معا فى زمان واحد لا تكونان مؤثرين بل يتساقطان بالتعارض.

أقول: ان قوله دام ظله «ان الخيار ليس بالوكاله بل يكون على نحو الاستقلال» متين جدا، و كذا قوله «ان الخيار يكون فيمن يصح أن يكون مخاطبا بخطاب أوفوا». و أما قوله «ان عمل الوكيل عمل للموكل فانه بدل تنزيلي له» فلا نسلم، لان الوكيل يصدق عليه عنوان البيع بالاستقلال، و كذا في قوله «مع اجازة الموكل لا يبقى موضوع لفسخ الوكيل» كلام، فانه صحيح على

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧

قوله: ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.. (١)

تقدير القول بتعلق الخيار على العين الخارجيه و هو خلاف التحقيق، و أما على القول بتعلق الخيار

بالعقد كما هو الصحيح عندنا فان موضوع الخيار باق فيكون خياره باقيا بالاستقلال.

و من هنا ظهر أن قياس المقام ببيع الدار بعد التوكيل في بيعه قياس مع الفارق، لعدم بقاء موضوع هناك، بخلاف المقام فان الموضوع باق بعد اجازة الموكل فيكون الفسخ مقديا عليه، و كون عمل الوكيل عملا للموكل صحيح في البيع المذكور. و أما في الخيار فليس كذلك، فان الاجازة و الفسخ صدرتا من شخصين مستقلين، و لذا يتعارضان و يتساقطان لو وقعا معا في آن واحد كما لا يخفى.

و أفاد المحقق الايرواني قدس سره بأن عنوان البيعين موضوع لخيار المجلس و هو قائم بطبيعة البائع و المشتري، فاذا سبق واحد من أفراد الطبيعة الى الاعمال فسحا أو امضاء سقط خيار البقية لصدق أن الطبيعة سقطت بفسخ واحد منهما.

و فيه: ان ما ذكره متين لو كان جعل الخيار على نحو قضيه طبيعیه، أي يكون لصرف الوجود، و لكنه ليس كذلك، بل انها قضيه حقيقيه بنحو مطلق الوجود بمعنى أن الخيار الثابت ليس خيارا قائما بطبيعة البائع و المشتري بل انه خيارات متعدده قائمه على أشخاص متعدده، فكل من يوجد في الخارج و يكون معنونا بعنوان البيع يثبت له الخيار. فتلخص مما تقدم أن الفسخ مقدم على الاجازة و الوجه فيه واضح لمن يتأمل فيما ذكرنا.

الفرع الثالث بعد الفراغ عن ثبوت الخيار في كل من الطرفين للوكيل و موكله كليهما

كما هو مختار الشيخ قدس سره يقع الكلام في أن الموجب

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٨

قوله: ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل .. (١).

لسقوط حق الخيار هل تفرق الموكلين عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الكل فيكفي بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد؟

وجوه. و اختار المصنف الوجه الاخير من الوجوه المذكوره.

و ربما يرد عليه بأن تفرق أحد الشخصين يكفى فى سقوط الخيار سواء كان أصيلاً أو وكيلًا، لان القضية تكون على نحو القضية الطبيعى، بمعنى أن الحكم معلق على التفرق، و هو يحصل بتفرق البعض.

و فيه: ان الخيار معلق على عدم التفرق، فان الخبر جعل غايه الخيار عدم التصرف و بقاء المجلس. و بعبارة أخرى: كما يصدق بذلك عنوان الافتراق كذلك يصدق عنوان عدم الافتراق. و ان شئت قلت: ان الظاهر من الدليل أن القضية قضيه حقيقه، و حيث أن المفروض أن الخيار ثابت للوكيلين و الموكلين فكل بايع مشتريان و لكل مشتري بائعان، فلو جمع الكل مجلس يثبت الخيار لكل واحد منهم فما دام يكون عنوان الاجتماع باقيا و لو بقاء أحد المالكين مع أحد الوكيلين يكون الخيار باقيا، فما أفاده قدس سره هو الصحيح.

الفرع الرابع ان الموكل اذا ثبت له حق الخيار هل يجوز له أن ينقل هذا الحق الى الوكيل

بأن يفوض أمره اليه بحيث يصير الوكيل ذا حق خيارى و سلطانا على العقد؟ قال الشيخ الاقوى العدم، بتقريب أن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار على القول به للعاقد ثبوته عند العقد لا لحوقه بعده. نعم يمكن توكيله.

أقول: لا- كلام فى جواز التوكيل، فانه جاز حتى بالنسبه الى الا-جنبى، بل الكلام فى تفويض الخيار اليه بحيث يكون صاحب الاختيار فى أمر الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩

قوله: و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضولين.. (١)

و الحق هو الجواز لا- بدليل الخيار كى يقال بأنه لا- يشمله الدليل بل بنقل المالك حقه اليه، فانه بعد ما ثبت أن الخيار من الحقوق و قابل للإسقاط ثبت جواز نقله فانه يجوز نقله بنحو الشرط الضمنى، و يمكن التمسك أيضا بعموم وجوب الوفاء

فانا و لو قلنا سابقا بأن دليل وجوب الوفاء لا يمكن أن يكون دليلا للإمضاء لكن عدلنا عن هذا المبنى و نقول، بأن دليل وجوب الوفاء لا شبهه في كونه ناظرا الى العقود الواقعة في الخارج، و من الحكم بوجوب الوفاء يستفاد الصحة كما هو ظاهر.

لا- يقال: لو سلمنا جواز نقل الموكل الخيار الى الوكيل فلنا أن نسأل عن أمد سقوطه و مسقطه، فان قلت لا مسقط له في هذه الصورة فهذا خلاف ما يستفاد من دليل الخيار بأنه يسقط بالافتراق من مجلسه، و ان قلت ان المعيار في سقوطه افتراق الوكيلين فهذا أيضا خلاف التحقيق، لان الوكيلين لم يكن لهما الخيار و لا يصدق عنوان البيع عليهما كي يسقط بتفرقهما، و ان قلت افتراق المالكين مسقط للخيار فهو أيضا مخدوش لان المفروض ان المالكين نقلا حقهما الى الوكيلين و لا يكون لهما الخيار حتى يكون افتراقهما دخيلا في سقوط الخيار.

لأننا نقول: ان المعيار في سقوط الخيار افتراق المالكين، و أما قولكم «ان افتراق المالكين ليس مسقطا لعدم بقاء الخيار لهما» فممنوع لعدم لزوم بقاء الخيار في تأثير الافتراق في سقوط الخيار بل حدوثه كاف لذلك.

الفرع الخامس انه يقع البحث في ثبوت هذا الخيار للفضولي،

أفاد المصنف قدس سره بأنه لا يثبت للفضولين لا لعدم صدق المتبايعين، فانه يصدق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٥٠

قوله: نعم في ثبوته للمالكين بعد الاجازه مع حضورهما في مجلس العقد وجه.. (١)

عنوان البيع عليهما، لان البيع عباره عن النقل العرفي و هو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الاخبار حصول الملك بالبيع، و هذا المعنى منتف في الفضولي قبل الاجازه، الا أن هذا أيضا لا يمنع ثبوت الخيار للفضولين، و الا كان مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف و

السلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار، فلا بد من رفع اليد عن هذا الظاهر، بل الوجه في عدم ثبوته للفضولين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين.

و يرد عليه: ان الاستدلال بدليل الفحوى يكون فيما اذا ثبت الحكم فى الاصل، و حيث ان عدم الخيار هناك لعدم صدق العنوان بخلاف المقام كما هو المفروض، الحق فى المقال أن يقال: انه لا يثبت الخيار للفضولى بلا فرق بين القول بالكشف و النقل، و الوجه فيه كما تقدم ان دليل الخيار يشمل ما كان مخاطبا لخطاب «أَوْفُوا»، و هذا مخصص لدليل وجوب الوفاء، و بما ان الفضولى أجنبى فلا يشمله خطاب وجوب الوفاء فلا يكون له الخيار لعدم أمر المبيع بيده.

[فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه]

إشارة

أقول: وقع الكلام بين الاعلام فى ثبوت خيار المجلس للمالكين و عدمه،

و فى المقام أقوال:

(الأول) ما أفاده المحقق النائنى قدس سره

بأنه لا- يبعد ثبوته لهما اذا كانا حاضرين فى مجلس العقد لاحتمال اشتراط الخيار بالحضور فى هذا المجلس، فانه بالاجازه ينتسب العقد اليهما، و المفروض حضورهما فى المجلس، فيصدق عليهما البيعان غير المفترقين.

و يرد عليه: ان الاحتمال المنافى للإطلاق لا يعتد به، فلو صدق الموضوع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥١

...

يؤخذ باطلاق الدليل و لا وجه لهذا الاشتراط.

(الثانى) ما أفاده المحقق الكمباني قدس سره

بأن موضوع الخيار هو البيع و هذا العنوان لا يصدق الاعلى من قام به البيع قياما صدوريا اما بالمباشرة أو بالتسيب و لو بالتوكيل، و أما مجرد الاجازه و اظهار الرضا بالبيع الصادر من الفضولى فلا يحقق القيام بأحد الوجهين:

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظله بأن البيع أمر إنشائى يحتاج الى أمرين: الاول اعتبار معناه فى النفس، الثانى ابرازه بمبرز

خارجى. و هذا المعنى محقق فى المقام، فبالاجازه يبرز ما اعتبر فى النفس و ينتسب البيع الى المجيز، و يصدق البائع عليه.

و يرد عليه أيضا مضافا الى ما أفاده سيدنا الاستاذ أن القائل بعدم ثبوت الخيار لا بد أن يلتزم بعدم صحه الفضولى أيضا، فان المجيز لم يصدر منه البيع حتى يصدق عليه البائع.

و بعباره واضحه: ان الجمع بين صحه الفضولى و عدم الخيار غير سديد، فانه اما يصدق عليه البائع و اما لا يصدق، فعلى الاول يثبت له الخيار أيضا، و على الثانى لا يكون الفضولى صحيحا أيضا، فالتفكيك بين المقامين لا وجه له. نعم قد تقدم منافى بحث الفضولى الاشكال فى صحته، لكن المحقق الاصبهاني قائل بالصحه.

الثالث- ما ذهب اليه الشيخ

بأن الخيار ثابت للمالكين مع حضورهما فى مجلس الاجازه على القول بالنقل.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التفصيل، فان الميزان صدق الموضوع، فلا بد من ملاحظه أنه متى يتحقق فيحكم فيه بثبوت الحكم.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أن الحق فى المقام هو القول الرابع، بأن نقول:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٢

...

المعيار و الميزان مجلس الاجازه مطلقا بلا فرق بين الكشف و النقل، لأنه بالاجازه ينتسب العقد الى المجيز و يصدق عليه البيع، فالميزان بمجلس الاجازه.

و لتوضيح الحال نشير الى جمله من الاقسام

المتصوره فى المقام فنقول:

يمكن أن يتصور فى المقام صور عديده: فتاره يكون الطرفان فضولين، فيجيز المالكان فى مجلس العقد، لا شبهه فى صحه هذه الصوره على القول بصحه الفضولى. و أخرى لا يكون المالكان فى مجلس العقد او كانا و لكن لم يجيزا فيه بل أجازا فى خارج مجلس العقد، فيثبت الخيار لهما بلا- فرق بين القول بالنقل و الكشف. و ثالثه يكون الانشاء أصاله من طرف و اجازة من طرف آخر فى مجلس واحد، فلو أجاز المالک فلهما الخيار ما دام المجلس باقيا، و لو لم يكن المالک فى المجلس أو كان و لم يجز فى المجلس بل أجاز فى خارجه هل يثبت الخيار أم لا؟

أفاد الاستاذ فى دوره السابقه بأنه لا يتحقق الخيار بهذه الاجازة، لان بيع الفضولى يكون من حين الاجازة و بيع الاصيل كان فى مجلس العقد.

الا أنه دام ظله رجع عن هذا فى دوره الاخير و التزم بثبوت الخيار لعدم ترتب أثر على البيع قبل الاجازة، فانه و ان كان أصيلا لكن المفروض أنه فضولى من الطرف الاخر، فالبيع صحيح حين الاجازة.

هذا ما أفاده دام ظله، و الحق انه يشكل الالتزام به، اذ الظاهر من الدليل أن الخيار يتحقق حين صدور البيع و صدور البيع من الاصيل حين العقد لا حين الاجازة. و مما ذكرنا يظهر أن المجيز لو أخر الاجازة عن مجلس العقد فان فى تأثيرها تأملا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٣

قوله: نعم يحتمل فى أصل المسأله. (١)

قوله: و لا فرق فى الفضولين بين الغاصب و غيره (٢).

قوله: فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا (٣).

أقول: حاصل ما أفاده قدس سره أنه يمكن أن تكون الاجازة من المجيز التزاما بالعقد،

فلا خيار بعدها خصوصا اذا كانت بلفظ التزمت.

و يرد عليه: ان الاجازه بأى لفظ كانت و لو بلفظ «التزمت» تدل على الرضا بأصل العقد، و أما اسقاط الخيار فلا يستفاد منها، ضروره انها قائمه مقام إنشاء العقد، و لا تزيد عن ايقاع العقد بالمباشره و لا يتجاوز مؤدى الاجازه عن مؤدى إنشاء العقد. نعم اذا قامت القرينه على اراده الاسقاط منها او كانت الاجازه من الالفاظ الداله على ذلك- كما اذا كانت الاجازه بلفظ «اسقطت خيارى» - فلا خيار بعدها، و لعله أشار الى هذا المعنى بقوله: فتأمل.

أقول: لا- فرق فى الفضولين بين أن يكونا غاصبين أو مشتبهين، فانه لا مدخلية للغصب و عدمه فيما هو المهم فى المقام، فان الوجه فى عدم الخيار فساد البيع، و هذا قدر مشترك بين مورد الغصب و عدمه.

أقول: حاصل ما أفاده انه لو وقع التفاسخ بعد العقد من الفضولين لا يقدر فى صحه الاجازه، اذ المفروض أنهما ليس لهما الخيار فتفاسخهما لا- أثر له، بخلاف ما رجح الموجب عن ايجابه قبل حصول القبول فانه مانع عن تحقق العقد فليس قابلا للإجازه.

و يرد عليه: انه لو وقع التفاسخ يكون معناه انههدام الالتزام و التعهد و مع انهدامه لا يبقى موضوع للإجازه، كما هو كذلك فى رجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٤

[مسألة لو كان العاقد واحدا يثبت له الخيار أم لا]

اشاره

قوله: مسأله لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره (١).

أقول: يعنى اذا اشترى لنفسه عن غيره او اشترى لغيره عن نفسه أو عن غيره، و أما شراؤه لنفسه عن نفسه فغير معقول، و لا يوجد فى الخارج اتحاد من يباع له و من يشتري له سواء كان ذلك

الواحد هو نفس العاقد أم لا.

و الحاصل ان صور المسأله- أعنى اتحاد العاقد- أربعه الا أنه واحد منها و هو القسم الاخير لا تحقق له فى الخارج. و كيف كان لو كان العاقد واحد أو هو يباشر طرفى العقد بنفسه على التفصيل المذكور هل يثبت له الخيار أو لا؟ قولان.

ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم الخيار أمور:

الاول- ان الموضوع فى دليل خيار المجلس عنوان التثنيه،

و هو ظاهر فى صورته تعدد البائع و المشتري، و لو كان العاقد واحدا كما فى المقام لم يصدق عليه عنوان البيعين بل انه بيع واحد، فالخيار يكون لكل من البائع و المشتري بانفراده، فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد.

و الجواب عنه: ان الموضوع فى الدليل هو عنوان المثني الا أنه كلما صدق عنوان البائع و المشتري يصدق عنوان البيعين، و هذان العنوانان- أعنى البائع و المشتري- قد يصدق فى ضمن الواحد و قد يصدق فى ضمن المتعدد، فيكون البيعان أيضا كذلك، فان عنوان البيعين مأخوذ على نحو القضية الحقيقيه، فكلما يصدق له الخيار بلا فرق بين الواحد و المتعدد.

و ان شئت فقل: ان موضوع الحكم كل واحد واحد على سبيل الاستغراق، و التثنيه مجرد الجمع فى التعبير، و يكون المقصود أن الخيار ثابت للبائع و المشتري و لا موضوع للتثنيه كما هو ظاهر. و ملخص الكلام ان الاستفادة من الدليل أن الحكم مترتب على العنوان بنحو القضية الحقيقيه، فكلما صدق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٥

...

عنوان الموضوع ترتب عليه الحكم.

الثانى- ان التقابل بين الافتراق و الاجتماع من باب الملكه و عدمها،

و حيث ان جمله «حتى يفترقا» أخذت غايه فى لسان الدليل لا- بد من فرض الاجتماع و المفروض ان موضوع الاجتماع غير متحقق فلا- يتحقق الخيار، فمقتضى ذلك اختصاص الاخبار الداله على الخيار بصوره تعدد البائع و المشتري كى يصدق الاجتماع.

و يرد عليه: أن الميزان الكلى انه لو استفيد من الدليل كون شىء مانعا نلتزم بعدم ترتب الحكم عند وجود ذلك المانع. مثلا لو قال المولى «اكرم العلماء الا- الفساق» نلتزم بحرمه اكرام الفاسق و لا نلتزم باشتراط الموضوع بالعداله. و بعبارة أخرى: لا دليل

على تقييد الموضوع بعدم ذلك المانع بل

انما نلتزم بعدم ثبوت الحكم عند وجود المانع، و في المقام يكون الافتراق مانعا عن الخيار و نلتزم به، و لا وجه للالتزام بتقييد الموضوع بعنوان ضد ذلك المانع اى عنوان الاجتماع كى يقال: حيث انه ليس فليس.

الثالث - ان كلمه «حتى» فى قوله «حتى يفترقا» تكون غايه فيما كان الافتراق ممكنا،

و أما فيما كان العاقد واحدا فلم يمكن الافتراق كى تكون غايه.

و بعباره أخرى: ان كلمه حتى فيما دخلت على المستحيل ليست غايه للحكم بل تدل على الاستمرار، كقوله تعالى «حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ»، و حيث أن الافتراق غير ممكن فيما كان العاقد واحدا فتدل حتى على استمرار الخيار. و هو واضح البطلان، لان خيار المجلس له أمد خاص. فيتضح من هنا ان قوله «حتى يفترقا» لا ينظر الى مثل المقام بل ناظر فيما يكون الافتراق ممكنا.

و الجواب عنه: ان ما أفيد فى المقام كان متينا لو كانت القضايا المتكفله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٦

قوله: ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاؤه الى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق (١).

ليبان الاحكام على نحو القضايا الخارجيه، الا أنها ليست كذلك، بل تكون على نحو القضايا الحقيقيه، و عندئذ يكون لقوله «حتى يفترقا» فردان قابل للافتراق و غير قابل، و مثل ذلك لا يضر بالقضيه الحقيقيه كما هو واضح عند أهله.

الرابع - ان ثبوت الخيار للشخص الواحد يتوقف على أن يكون قوله «البيعان بالخيار» كلاما مستقلا،

و حيث انه ليس كذلك بل ذيل بقوله «حتى يفترقا» يفهم من الدليل أن الموضوع مقيد بقيد الاجتماع. و بعباره أخرى: لا بد من امكان الافتراق، فكل مورد لا يمكن الافتراق لا يتحقق الخيار كما فى المقام و كما فيما يكون احدهما وكيلا مفوضا و لم يكن المالك حاضرا فى المجلس لا يتحقق الخيار لعدم امكان التفرق.

و يرد عليه: أولا- النقص بما لو كانا متعددين لكن لا- يمكن افتراقهما كما لو ألصق أحدهما بالآخر فهل يمكن الالتزام بعدم الخيار، و ثانيا نجيب بالحل و هو أن مبدأ سقوط الخيار تحقق الافتراق فكل مورد لا يمكن تحقق هذا العنوان نلتزم ببقاء الخيار، فالموضوع للخيار يتحقق على الفرض. و

أما فى مسأله الوكيل المفوض فالافتراق تحصل بالموت كما هو ظاهر.

فانقدح بما ذكرنا ان الحق هو ثبوت الخيار، لكن مع ذلك كله فى النفس شىء و لا ينبغى أن يترك الاحتياط الذى يكون طريقا للنجاه.

أقول: يقع الكلام بعد ثبوت المجلس فى أمده و بقائه: هل هو باق الى الابد، أو باق الى أن يسقط بأحد المسقطات، أو بطول المجلس بالمقدار المتعارف، أو بمقدار أطول المجالس؟ وجوه.

أفاد السيد اليزدى قدس سره يمكن أن يقال: انه يبقى الى مقدار طول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٧

قوله: مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا (١).

مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار أطول المجالس أو اوسطها.

و فيه نقضا و حلا: أما النقض فيما لو كان المتعاقدان شخصين و لكنهما لم يفترقا لشده حب بينهما فلا بد أن يلتزم السيد بسقوطه بانقضاء أطول المجالس او اوسطها و هو كما ترى. و اما الحل فبان دليل الخيار لم يحدد لنا حدا و ما ذكره السيد لا دليل عليه.

و الحق كما أفاده الشيخ أن الخيار باق الى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق، فانه غير ممكن فى المقام على الفرض.

[مسأله هل يختص خيار المجلس بالبيع أو يعم جميع العقود]

أقول: يقع البحث فى مقامين: الاول ان خيار المجلس هل يختص بعقد البيع أو يعم لجميع العقود اللازمه، الثانى انه هل يجرى خيار المجلس فى العقود الجائزه أم لا؟

(اما المقام الاول) فنقول: انه لا- يثبت خيار المجلس فى غير البيع من العقود اللازمه كالصلح و الاجاره و الرهن و القرض لاختصاص أدلته بالبيع كقوله «البيعان بالخيار»، فان موضوعه عنوان البيع و لا يجرى فى غيره لعدم العلم بالملاك. نعم ربما نلتزم بحرمة الغرر و لو فى غير البيع

بدعوى معلوميه الملاك، و أيضا نلتزم بثبوت خيار العيب للشرط الضمنى السارى فى جميع الموارد.

نعم بعض خصوصياته كالأرش مثلا مختص بالبيع لاختصاص دليله به.

(و أما المقام الثانى) و هو ثبوت خيار المجلس فى العقود الجائزه فنقول:

الظاهر أنه لا يثبت هذا الخيار فى شىء من العقود الجائزه، فانه مضافا بما تقدم فى المقام الاول نقول: ان مورد أدله الخيار العقد الذى يشمل له دليل اللزوم، فان دليل الخيار مخصص لدليل وجوب الوفاء، فالعقد الذى لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء لم يكن وجه للخيار. و حيث ان العقود الجائزه غير مشموله لدليل «أَوْفُوا» فلا يثبت فيها الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٨

...

و بعبارة أخرى: الخيار فرع اللزوم، و مع فرض الجواز تحصيل للحاصل.

قال الشيخ فى المبسوط: و أما الوكاله و الوديعه و العاربه و القراض و الجعاله فلا- يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، و أفاد المصنف بأن مراده منهما خيارى الشرط و المجلس، و صرح ابن ادريس فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لأنها جائزه فيجوز الفسخ فى كل وقت، و قال: و هذا محتمل كلام الشيخ.

و يرد عليه: أنه لا خصوصيه لهذين الخيارين، فلا وجه لحمل كلام الطوسى على ما ذكره.

و احتمال المصنف احتمالا آخر، و هو أن يكون مراده دخول الخيارين فى هذه العقود اذا وقعت فى ضمن عقد البيع فتنفسخ بنفسه.

و أورد عليه السيد اليزدى قدس سره بأنه على هذا أيضا يكون الخيار فى البيع لا فى الوكاله التى وقعت فى ضمن البيع مثلا، فما ذكر المصنف أيضا لا يصحح كلام الطوسى، و قال الاولى أن يقال: بناء على اراده هذا المعنى أنه يدخل الخيار فيها اذا وقعت فى ضمن العقد

بعنوان شرط النتيجة، فان مقتضى القاعده لزومها حينئذ لو لا دخول الخيار فيها، فيمكن أن يقال بجريان الخيار بأن يفسخ الوكاله المشروطه فى البيع مع عدم فسخ اصل البيع. لكن هذا صحيح بالنسبه الى خيار الشرط لعموم أدلته، و أما بالنسبه الى خيار المجلس فلا لا اختصاص دليله بالبيع.

أقول: أن ما أفاده المصنف قدس سره فى توجيه كلام الطوسى فيرد عليه:

انه لو وقعت الوكاله فى ضمن عقد البيع و لم يشترط فيه الخيار لا وجه لانفاسخها حتى بعد فسخ البيع، اذ مقتضى نفوذ الشرط بقاؤه و لو بعد انعدام العقد بالفسخ.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٥٨

و بعباره أخرى: الشرط تابع للعقد حدوثا لا بقاء.

و ان شئت قلت: ان دليل لزوم الوكاله ليس منحصرًا بدليل «أوفوا» حتى تنفسخ بانفساخ أصل العقد لقانون تبعيه الفرع للأصل، فان قوله «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٩

قوله: و مقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض (١).

عند شروطهم» يدل على لزومها، سواء كانت مشروطه على نحو شرط الفعل أو النتيجة. و الحاصل ان الوكاله المشروطه فى ضمن العقد اللازم لازمه. نعم لو كانت لازمه بلزوم العقد من باب وجوب الوفاء تنفسخ بانفساخ العقد، و أما ان كان من باب لزوم الشرط فلا. و لعل هذا التحقيق لم يسبقنى اليه سابق من الاعلام، و على الله التكلان.

[خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم]

إشارة

يقع الكلام فى أن خيار المجلس هل يجرى فى جميع أقسام البيع أو يختص بغير بيع الصرف و السلم، و لا بد أن يبحث فى مقامين: الاول فى وجوب التقابض و جوبا تكليفيا

كى يترتب على ثبوت الخيار ارتفاع الوجوب بالفسخ الثانى على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر و على فرض وجود الاثر هل يساعده الدليل أم لا؟.

(أما المقام الاول) فما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه الوجوب أمور:

الامر الاول – الروايات الداله على وجوب التقابض،

كقوله عليه السلام فيما رواه منصور بن حازم: اذا اشتريت ذهباً بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه و ان نرى حائطاً فأنز معهُ «١».

و الجواب عنه: ان المستفاد من هذا القليل من الروايات الواردة فى باب المعاملات كونها ارشادا الى الشرطيه، و حملها على الحكم التكليفى خلاف المتفاهم العرفى منها، كما هو كذلك فيما روى عنه عليه السلام «نهى النَّبِيُّ عن بيع الغرر» «٢» فان البيع الغررى ليس من المحرمات الشرعيه، فان النهى عنه

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٢) من أبواب الصرف، الحديث (٨).

(٢) المستدرک الباب (٣١) من ابواب آداب التجاره، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٠

...

ارشاد الى فسادهُ.

(الامر الثانى) ما أفاده العلامة فى التذکره من أنه لو لم يتقابض يكون ربوياً فيكون حراماً.

و يرد عليه: أولاً ان لزوم الربا يكون فيما اذا سلم أحدهما دون الاخر، و اما مع عدم التقابض من الطرفين فلا وجه لتوهم الربا.

و ثانياً- انه على تقدير كونه ربوياً تكون المعامله باطله، و هذا كما ترى أجنبى عن محل الكلام فان النزاع يكون فى وجوب الاقباض و عدمه و أما لزوم الربا فلا يترتب عليه الا الفساد.

و ثالثاً- ان لزوم الربا يكون فيما اذا اشترط التأجيل، و أما اذا كانت المعامله نقدية و لم يسلم أحدهما العوض خارجاً فانه لا ربا فيه.

و رابعا- ان الربا على تقدير لزومه انما يلزم فى الصّرف، و اما السلم فهو سالم عنه فيكون الدليل أخص من المدعى.

(الامر الثالث) ان الاقباض شرط ارتكازى بين الطرفين فيجب الوفاء به.

وفيه: أولا ان الليل أخص من المدعى، فان القبض من أحدهما يجب اذا أقبضه الاخر، فلا مقتضى لوجوب الاقباض ابتداء.

و ثانيا- ان وجوب الوفاء بالشرط و وجوب القبض و الاقباض متوقف على صحة العقد و صحة العقد متوقفه على وجوب القبض و الاقباض، و هو دور باطل.

اللهم الا- أن يقال: ان دليل وجوب الوفاء لو كان عموم وجوب الوفاء بالعقد لكان هذا الاشكال فى محله، اذ لا يتعلق وجوب الوفاء الا فيما يكون العقد صحيحا فيصح أن يقال: ان صحة الشرط تتوقف على وجوب الوفاء و وجوبه يتوقف على تحقق الشرط فيدور، و اما لو قلنا بأن المدرك عموم قوله عليه السلام «المؤمنون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦١

...

عند شروطهم» فلا يتوجه هذا الاشكال.

ان قلت: كيف يمكن أن يكون العقد باطلا و يكون الشرط صحيحا.

قلت: لنا أن نقول: بأنه اذا صدق و تحقق عنوان الشرط يشمله دليل وجوب العمل به، فان اشتراط كون الشرط فى ضمن العقد لم يثبت

بدليل لفظي تعبدى كى يدعى انصرافه عن مورد العقد الفاسد، بل هذا الاشتراط مستفاد من مفهوم الشرط، و عليه لا منافاه بين كون العقد فاسدا و بين وجوب الوفاء بالشرط.

و تحقيق الحال فى بحث الشرط فانتظر.

(الامر الرابع) ان المستفاد من دليل وجوب الوفاء وجوب الاقباض.

و فيه: أولا انه لا يستفاد منه الحكم التكليفى بل المستفاد منه الحكم الوضعى أى اللزوم.

و ثانيا- ان «أَوْفُوا» يشمل العقد الصحيح، و حيث ان القبض شرط فى صحته فبتخلفه لا يكون العقد صحيحا فلا يشملته دليل وجوب الوفاء.

و ثالثا- ان المفروض فى المقام انه اشترط عدم الاقباض قبل القبض، و من الظاهر أنه مع الاشتراط لا يكون الاقباض واجبا فانه لا مجال لوجوب الاقباض مع اشتراط عدمه فى ضمن العقد، فمع عدم اقباض الطرف لا مجال لوجوب الاقباض ابتداء و بعد اقباضه لا تصل النوبه الى دليل وجوب الوفاء اذ دليل الشرط يكفى للوجوب. و اشكال ان الشرط لا أثر له ما دام لا يكون العقد صحيحا قد مر الجواب عنه آنفا فلا تغفل.

(و أما المقام الثانى) فهو انه على تقدير عدم الوجوب التكليفى هل يترتب على الخيار أثر أم لا؟

و ينبغى أن يبحث فى موردين: الاول مقام الثبوت بأن يبحث فيه بأنه بناء

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٢

قوله قدس سره: و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضولين (١).

على القول بعدم وجوب التقابض هل يترتب على الخيار أثر أم لا، الثانى أن يبحث فى مفاد الادله بأنها هل تكون وافية للمطلوب أم لا.

أما المورد الاول فنقول: انه يمكن الالتزام بترتب الاثر على وجود الخيار و هو أنه مع الخيار لو فسخ ذو الخيار العقد لا يكون قابلا للصحة فلا أثر للقبض بعده.

و أما المورد الثانى فنقول: ان الحق عدم شمول دليل خيار المجلس للمقام اذ المستفاد من دليل الخيار لزوم العقد بالافتراق. و بعبارة أخرى: دليل الخيار ناظر الى صورته توجه خطاب «أَوْفُوا» فان قوله «فاذا افترقا وجب البيع» يدل على أن الافتراق ملزم و مع عدم التقابض يكون الافتراق مبطلا

فلا مجال لثبوت الخيار.

[كون مبدء الخيار للمالكين الحاضرين فى مجلس عقد الفضوليين]

فتحصل مما ذكرنا امور: «الاول» ان خيار المجلس لا يثبت للمتعاملين فى الصرف و السلم. «الثانى» انه يجب الاقباض ابتداء احيانا بمقتضى الشرط «الثالث» ان مبدء الخيار من حين القبض فى الصرف و السلم، أى من حين صحه العقد.

أقول: ان ثبوت الخيار من حين الاجازه سواء قلنا بثبوت خيار المجلس فى الصرف و السلم من حين العقد أو من حين التقابض، و سواء قلنا بالنقل أو بالكشف فى الاجازه.

و قول المصنف بالفرق بين الكشف و النقل بثبوت الخيار لهما من زمان اجازتهما على القول بالنقل و من زمان العقد على القول بالكشف، لا وجه له.

و السر فى ذلك أن عنوان البيع لا يصدق على المالك الا حين الاجازه فباجازته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٣

...

يكون بايعا، و هذا فيما يكون الفضولى من الطرفين ظاهر، و أما لو كان من طرف واحد فهل يكون ثابتا للأصيل من حين العقد أم لا؟ الظاهر هو الثانى اذ الخيار من أحكام العقد الصحيح و قبل اجازه المالك لا يكون العقد صحيحا فلا يكون الخيار ثابتا للأصيل. نعم له أن يرفع اليد من التزامه قبل اجازه الاخر كما أن يرفع اليد عن ايجابه قبل قبول المشتري، و هذا لا يرتبط بالخيار فلا تغفل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٤

[الكلام فى مسقطات الخيار]

[المسقط الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد]

اشاره

الكلام فى مسقطات الخيار قوله: القول فى مسقطات الخيار و هى اربعة: الاول اشتراط سقوطه فى ضمن العقد (١).

أقول:

اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد يتصور على أقسام:

القسم الاول أن يشترط عدم الخيار،

إشاره

و قد عبر عنه فى لسان المشهور اشتراط سقوط الخيار. القسم الثانى أن يشترط عدم الفسخ فىقول بعنى بشرط أن لا أفسخ، و يعبر عنه عدم الاخذ بالخيار القسم الثالث أن يشترط اسقاط الخيار. اذا عرفت ذلك فنقول:

(أما القسم الاول)

فقد استدل على عدم الخيار باشتراط عدمه فى ضمن العقد بوجوه:

الاول - الاجماع.

و فيه انه معلوم المدرك، و لا أقل من محتمله، فانه يحتل لو لم يقطع بأن المدرك عموم دليل الشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٥

...

الثانى - العمومات

كقوله «المسلمون أو المؤمنون عند شروطهم» «١» فىشمل عموم الشرط لشرط عدم الخيار فى ضمن البيع.

و قد استشكل على الاستدلال بدليل الشرط فى المقام من وجوه:

الاول: ان الشرط متعلق بالامر الاختيارى، و من الظاهر أن جعل الخيار و عدمه من فعل الشارع،

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الايراد المذكور قوى لكن النص الخاص الوارد فى باب المكاتبه يقتضى الصحه، و هى صحيحه مالك بن عطيه عن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن اعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبى اذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها فى مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم «٢».

والمستفاد من هذه الروايه سقوط الخيار باشتراط سقوطه. و الحق فى الجواب أن يقال: ان جعل أمر على عاتق أحد يتوقف أن يكون اختياريا، و أما الشرط فلا يلزم أن يكون كذلك، فان الشرط ربط أحد الامرين بالآخر، فالاشكال ساقط من أصله. مضافا الى النص الوارد فى المكاتبه. و أيضا استفاد من بعض النصوص

(١) المرويه فى الجزء (١٥) من الوسائل من ابواب المهور، الحديث (٤) بعنوان المؤمنون، و الباب (٤٠) بعنوان فان المسلمين، و فى الجزء (١٢) الباب (٦) من أبواب الخيار، الحديث ١ - ٢ - ٥ بعنوان فان المسلمين، و فى الجزء (١٦) الباب (١١) من ابواب مكاتبه الحديث (١) بعنوان المسلمون.

(٢) الوسائل، الجزء (١٦) الباب (١١) من أبواب المكاتبه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٦

...

الوارده فى الباب الرابع من المكاتبه بأن المكاتب لو عجز عن أداء مال الكتابه يرد الى الرقيه لصحه الشرط و الحال

ان الرد الى الرقيه فعل الله فلاحظ.

و استشكل على الاستدلال بالروايه بأن الشرط المذكور فى الروايه ابتدائى و الاجماع قائم على عدم وجوب الوفاء على الشروط الابتدائيه، فلا يمكن العمل بمضمون الروايه.

و أجاب عنه السيد اليزدى قدس سره: أن هذه الروايه دليل على شمول أدله الشروط للشروط البدويه و أنها أيضا واجبه الوفاء، و الاجماع على الخلاف ممنوع.

و أفاد المصنف: يمكن أن تحمل الروايه الداله على سقوط الخيار باشتراط سقوطه على صورته المصالحه على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

أقول: و فى كلا الجوابين نظر، أما كلام السيد فغريب، اذ أن الشرط المذكور ليس ابتدائيا، كيف فانه وقع فى ضمن الهبه. و أما كلام الشيخ فانه أغرب منه و انه قدس سره كيف حمل الروايه على صورته المصالحه مع أنها لا أثر لها فى الروايه، فان سقوط الخيار يكون بالاشتراط كما هو أوضح من أن يخفى. و التحقيق أن يقال: ان الشرط فى الروايه وقع فى ضمن العقد، و أعنى به الهبه، فيجب الوفاء بمضمونه و هو سقوط الخيار.

لا يقال: ان الهبه تكون من العقود الجائزه فالشرط فى ضمنها لا تكون لازمه.

لأننا نقول: ان الامر و ان كان كذلك الا أنها تصير لازمه بالتصرف، فان الامرأه تصرفت فى الموهوب بأدائه الى المولى و هو موجب للزومها. مضافا الى أنه قد مر منا أن الشرط يلزم و لو كان فى ضمن العقد الجائز. فليكن فى ذكرك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٧

...

لعله ينفعك فيما بعد.

فتلحظ أن الخيار يسقط باشتراط سقوطه، و لا يرد عليه الاشكال بأن الخيار ليس جعله بيد المتعاملين حتى يسقط باسقاطهما فانا قلنا انه ليس هذا المعنى معتبرا فى الشرط. هذا أولا

و ثانيا ان النص دال على المقصود.

(الثانى) ان الشرط يجب الوفاء به اذا كان العقد المشروط فيه لازما،

لان الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو توقف لزوم العقد على لزوم الشرط لزم الدور.

ان قلت: ان لزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، و أما لزوم العقد فيتوقف على صحه الاشتراط، فالمتوقف عليه غير المتوقف عليه.

قلت: ان دليل صحه الاشتراط و لزوم الشرط دليل واحد فالاشكال باق بحاله. و الحق أن يجاب عن الاشكال: أولا انه لم يدل دليل لفظى على اشتراط كون العقد لازما قبل الشرط لا بالقبليه الزمانيه و لا الرتيبه، فلا مانع من تحقق العقد و لزومه بالشرط. و ان شئت قلت: ان الدور دور معنى. و ثانيا ان الشرط فى المقام عباره عن عدم الخيار، فلو فرض عدمه بالشرط فلا مقتضى للخيار، بل مقتضى القاعده اللزوم، و ثالثا ان اصل المبني فاسد فالبناء مثله.

و ملخص الكلام ان الشرط عباره عن ارتباط أحد الامرين بالآخر، و معنى الشرط الضمنى أن العقد ارتبط به، و لذا نقول بأنه لا معنى للشرط الابتدائى فانه خلف، فعليه نقول: لا- فرق فى لزوم الشرط بين كون ظرفه العقد اللازم أو الجائز، فان دليل لزوم الشرط- أى قوله «المؤمنون عند شروطهم» - يقتضى لزوم الشرط و لو كان العقد جائزا. بل لنا أن نقول: بأن الشرط فى ضمن العقد الفاسد صحيح و لازم و ان كان هذا المدعى يقرع الاسماع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٨

...

أضف الى ذلك كله أنه لو لم يكن الشرط فى ضمن العقد الجائز لازما لم يكن فى ضمن الهبه لازما، و الحال أن الامام عليه السلام طبق «المؤمنون عند شروطهم» على الشرط الواقع

فى ضمنها.

ان قلت: ان الهبه هنا مشروطه، و هى لازمه كما حقق فى محله.

قلت: ان الهبه اللازمه هى الهبه المعوضه، و أما الهبه المشروطه فأى دليل على لزومها.

(الثالث) ان أدله الشروط معارضه بعموم أدله الخيار،

و نتيجة التعارض التساقت، فلا أثر لدليل الشرط.

و الجواب عن هذا الاشكال: ان دليل الشرط مقدم على أدله الاحكام، و لا تلاحظ النسبه و الا يلزم أن لا يكون الشرط مؤثرا الا فى اشتراط واجب أو ترك محرم و هو كما ترى. و بعبارة أخرى: ان العناوين الثانويه تقدم على أدله الاحكام الاوليه، كما أن الامر كذلك فى دليل النذر و العهد و اليمين.

هذا أولا، و ثانيا مع فرض التعارض و التساقت تكون النتيجة اللزوم بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، فالمطلوب حاصل أيضا و هو عدم الخيار.

أضف الى ذلك كله ما ورد فى مسأله اشتراط عدم الخيار للمكاتبه، و ما ورد فى اشتراط رد المملوك الى الرقبه لو عجز من أداء مال الكتابه «١».

(الرابع) ان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد

على ما هو ظاهر قوله «البيعان بالخيار»، فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد.

وفيه: ان الآثار المرتبه على العقد قسمان: قسم منها ما يتوقف عليه قوام العقد و بانتفائه ينتفى العقد كالملكيه فى البيع و الزوجيه فى النكاح، و قسم منها

(١) الوسائل، الجزء (١٦) الباب ١٠ و ١٦ من ابواب المكاتبه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٦٩

...

لا يكون كذلك كالخيار المستفاد من قوله «البيعان بالخيار» فانه لا يتوقف عليه قوام العقد. فما ذكره المستشكل وارد على القسم

الاول، فان اشتراط عدم حصول الملكيه فى البيع جمع بين المتنافيين، و أما القسم الثانى فهو خال عن الاشكال المذكور كما لا يخفى. و بيان آخر: ان الخيار ليس مقوما للبيع بل يكون أثرا مترتبا عليه لو خلى و طبعه بمقتضى الدليل لو لم يوجد ما يمنع عن ترتب هذا الاثر.

(الخامس) ان اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد اسقاط لما لم يجب،

لان الخيار لا يحدث الا بعد البيع فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله.

وفيه: أولا انه لا محذور فى اسقاط ما لم يجب الا اشكال التعليق، و التعليق لا دليل على بطلانه الا الاجماع، و حيث أنه دليل لى يقتصر فيه على القدر المتيقن من مورده و هى العقود أو الأعم منها و من الايقاعات، و اما التعليق فى الشرط فلا دليل على بطلانه. و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الشرط بنحو لا يكون اسقاطا كى يتوجه عليه هذا الاشكال بأن يشترط عدم الخيار و الدليل على صحته صحيح عطيه «١».

(السادس) ان اشتراط سقوط الخيار خلاف السنه،

اذ بمقتضى قوله «البيعان بالخيار» يثبت الخيار و اشتراط عدمه مخالف له.

و قد أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن اشتراط عدم الخيار مرجعه الى نسخ الحكم، و لم يقل أحد بصحة مثل هذا الشرط، فمعنى اشتراط عدم الخيار اسقاطه فى ضمن العقد بالشرط، و من الظاهر أن اسقاط الخيار ليس خلافا للسنه.

و يرد عليه: أولا النقص بموارد الحلف و النذر و العهد، فان الفعل المباح

(١) الوسائل، الجزء (١٦) الباب (١١) من أبواب المكاتبه، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٠

...

بالمعنى الاعم يجب أو يحرم بلحاظ تعلق هذه العناوين و ليس فيه محذور النسخ.

و ثانيا- بالحل، و هو أنه لا تعارض بين أدله العناوين الثانويه و الاوليه، فان الخيار مجعول للعقد لو خلى و طبعه و الشرط يمنع عن انعقاده هكذا. و بعبارة أخرى: ان العقد يتحقق لازما بمقتضى الشرط فلا نسخ. نعم يرد عليه أنه خلاف السنه، و لذا نجيب عن أصل الاشكال بأن صحيحه عطيه المتقدمه أنفا تقتضى صحة هذا الاشتراط.

(و أما القسم الثانى) و هو ما اشترط فى العقد عدم الاخذ بالخيار،

اشاره

فيقع البحث فيه فى مقامين: الاول فى صحه هذا الشرط، الثانى انه على تقدير صحه الشرط لو خالف و فسخ هل يؤثر فى العقد أم لا؟

(أما المقام الاول) [فى صحه هذا الشرط]

فلا اشكال فى صحته، و لا يرد عليه ايراد من الايرادات المتقدمه، فان عدم الفسخ أمر جائز و بالشرط يجب فلا محذور.

(و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه عدم تأثير فسخه لو خالف الشرط أمور:

الاول – ان دليل الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره على الوفاء بالعقد و عدم سلطنته على تركه،

لان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا، فالشارع سلب القدره عن الفاسخ فيكون فسخه كلا فسخ بعد حرمة.

و يرد عليه: أنه لا- تلازم بين الحرمة التكليفيه و الفساد الوضعى، فان النسبه بينهما عموم من وجه، فان البيع قد يكون حراما و لا يكون فاسدا كالبيع فى أثناء الصلاه و قد يكون فاسدا و لا يكون حراما كالبيع الغررى، و قد يجتمعان معا كبيع الخمر.

الثانى – ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يقتضى وجوب ترتيب آثار الشرط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧١

...

و هو عدم الفسخ فى جميع الاحوال حتى بعد الفسخ، و من آثار عدم الفسخ حرمة التصرف، و هو معنى عدم نفوذ الفسخ و الا فلا وجه للحرمة.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فيما اذا شرط هبه داره فى ضمن البيع فهل يجب عليه ترتيب أثر الشرط فى صوره عدم العمل على مقتضى الشرط، و هل يلتزم أحد بأن المشروط عليه قبل الهبه يجب عليه ترتيب أثر الهبه، كلا ثم كلا.

و أما الحل فان الشرط الذى يجب الوفاء به نفس الالتزام لا الملتزم به، و بعبارة أخرى: ان الشرط عباره عن الالتزام بعدم الفسخ، و ملخص الكلام ان الامر بالوفاء بالشرط عباره عن لزوم اتمام الالتزام و عدم رفع اليد عنه، و حيث أن رفع اليد عن الالتزام ليس

حراما تكليفيا يعلم أن الشرط لازم ولا يتغير برفع اليد، لكن لو فسخ العقد و لم يف بشرطه يكون مقتضى القاعده أن يفسخ العقد.

هذا على تقدير القول بكون الامر بالوفاء بالشرط ارشاديا، و أما ان كان مولويا فهو يدل على أن المشروط عليه يجب أن يلتزم بذلك في وعاء الشرع، و لكنه اذا خالف الشرط و فسخ العقد يشمله اطلاق أدله الخيار، فانه يدل على

انحلال العقد بالخيار سواء كان اعماله محرما أم لا. و نظير المقام ما لو حلف شخص على عدم الفسخ أو نهى أبوه عن ذلك و لكنه فسخ عصيانا يؤثر فسخه.

الثالث- ان الشرط قد أحدث حقا للمشروط له في خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضى خياره كمنع حق الرهانه من بيع العين

و لذا يجوز اجباره عليه.

و أجب عنه: ان جواز اجبار المشروط عليه انما يكون لتوجه خطاب دليل وجوب الوفاء بالشرط و له أن يجبره على ذلك، و أما سلب الاختيار عنه بحيث يمنع عن التصرف في البيع فلا يستفاد منه. و بعباره اخرى: نسلم أن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه بحيث يجوز له أن يجبره على العمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٢

...

بالشرط كما لو شرط عليه الخياطه فيجوز اجباره عليها، لكن هل يوجب سلب اختياره أم لا، اول الكلام و لا دليل عليه.

(و أما القسم الثالث) و هو ما يشترط اسقاط الخيار،

اشاره

فقال الشيخ:

و مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد الفسخ. أفاد السيد قدس سره: يعنى ان ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، و الا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

أقول: يمكن أن يكون مراد الشيخ أن الاسقاط يكون بعد العقد لا حين العقد و فى ضمنه، و كيف كان يقع البحث فى مقامات ثلاث: الاول ان الشرط المذكور صحيح أم لا؟ الثانى انه على تقدير صحته هل يؤثر أم لا؟ الثالث على تقدير عدم اسقاطه الخيار هل للمشروط له خيار تخلف الشرط أم لا؟

(أما المقام الاول) فلا ريب فى صحته لوجود المقتضى و عدم المانع،

و ما يتصور من كونه مانعا بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط قد تقدم الجواب عنه آنفا فلا نعيد.

(و أما المقام الثانى) فأفاد الشيخ: و فى تأثير الفسخ وجهاً المتقدمان،

و الاقوى عدم التأثير. و بعبارة أخرى: انه قدس سره قاس المقام بالقسم الثانى، و لكن الحق أن يفصل فى المقام بأن يقال: لو كان الوجه فى فساد الفسخ فى القسم السابق كونه محرماً فلا يتم فى المقام، اذ الشرط فى المقام عبارة عن الاسقاط لا عدم الفسخ، فلا يكون الفسخ حراماً الا بأن يقال ان الامر بالشىء يقتضى النهى عن الضد، و أما لو كان الوجه فى القسم السابق عبارة عن لزوم العمل بالشرط و عدم قدره المشروط عليه على خلافه فلا يبعد انطباقه على المقام أيضاً، و قد عرفت عدم تماميه وجه المنع فى المقام كذلك.

(و أما المقام الثالث) فهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط الخيار بعد العقد و ان لم يفسخ بعد أم لا؟

قيل لا يكون له ذلك، لأنه ما دام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٣

قوله: بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره فى متن العقد (١).

لم يفسخ لم يحصل التخلف و بعده لا يبقى موضوع للعقد.

و فيه: ان الشرط فى المقام عبارة عن اسقاط الخيار، و هو لم يحصل فيصدق التخلف، فيجوز الاخذ بخيار تخلف الشرط، و أما الفسخ و عدمه فلا يتعلق به الشرط حتى يرد عليه الاشكال.

و فصل الشيخ قدس سره بين القول بعدم تأثير الفسخ و القول بتأثيره بقوله:

و الاولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد، و يكون بقاء المشتري على سلطنه الفسخ مخالفاً لمصلحه المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل الى وارثه.

و فيه: انه لا وجه لهذا التفصيل، اذ تأثير الفسخ و عدمه لا مدخلية له فى صدق التخلف و هو موجب للخيار، و هذا

ليس أقل مرتبه من جعل الخيار الابتدائي، فكما أن تخلفه يوجب الخيار كذلك في المقام. و الحاصل ان تخلف الشرط في المقام يوجب الخيار و ان لم يترتب عليه الاثر، على أن الاثر العقلائي موجود في المقام، و هو الاطمئنان باستحكام العقد.

[في أن تأثير الشرط انما هو مع ذكره في متن العقد]

اشاره

أقول: ان الشرط المذكور في متن العقد لا ريب في صحه تأثيره، و أما الشرط المذكور قبل العقد فموقع خلاف بين الاعلام، و اختار الشيخ عدم تأثيره و نقل عن الطوسي القول بتأثيره، الا أنه وجه كلام الطوسي بما يناسب مختاره و قال ما حاصله: و كيف كان فالاقوى أن الشرط غير المذكور في متن العقد غير مؤثر لان المحقق في السابق اما وعد أو التزام ابتدائي لا يجب الوفاء به.

و الذي يوافق التحقيق أن يقع البحث تاره في مقتضى القاعده الاولى، و أخرى في الادله الخاصه الوارده في المقام. أما مقتضى القاعده فنقول: ان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٧٤

...

معنى الشرط ارتباط أحد الامرين بالآخر، فتاره يكون الالتزام العقدي مرتبطا بفعل الطرف كما لو قال «بعتك بشرط أن تخط لي ثوبا».

ان قلت: ان تحقق البيع معلق على تحقق الخياطه، و هو لا يحصل قبل حصول المعلق عليه.

قلت: انه لم يتوقف على تحقق الخياطه الخارجيه بل معلق على الالتزام بها و هو حاصل بالفعل.

ان قلت: انه تعليق و التعليق في البيع يوجب البطلان.

قلت: ان الدليل القائم على بطلان التعليق ليس دليلا لفظيا كي يتمسك باطلاقه، بل الدليل انما هو الاجماع، و القدر المتيقن منه ما لا- يكون المعلق عليه معلوما كقدوم الحاج، و أما ما اذا كان المعلق عليه معلوم التحقق فلا- يشمله دليل المنع و لم ينعقد الاجماع فيه، فاذا تخلف المشروط

عليه عن الخياطه يكون العقد صحيحا لكن يثبت للمشروط له الخيار بمقتضى الارتكاز العقلاني.

و أخرى لا- يكون أصل الالتزام معلقا على أمر لكن بقاء الالتزام معلق كما لو علق التزامه بالبقاء على أمر كالخياطه مثلا. و ثالثه يتحقق كلا الأمرين، أى يعلق أصل الالتزام و يعلق بقاؤه على التزامه على تقدير كذائى.

إذا عرفت ما ذكرنا

فاعلم ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجوه:

الاول- أن يكون العقد ظرفا للشرط بلا ارتباط،

و لا يجب العمل بهذا الشرط بل لا يصدق عليه الشرط.

الثانى- أن يرتبط بالعقد و يذكر فى العقد بالصراحه أو بالإشاره،

و لا شبهه فى صحته و وجوب العمل به.

الثالث- ان يقاول عليه قبل العقد و يقع العقد مبنيًا عليه،

و الظاهر أنه لا مانع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٥

...

من صحته.

ان قلت: انه لم يذكر فى ضمن العقد.

قلت: يرد عليه أولا- النقص بالشروط الضمنيه الارتكازيه فانها لم تذكر و مع ذلك يجب العمل بها. و ثانيا ان العقود تابعه للقصود، و المفروض أن العقد وقع على ما ذكر قبلا فيكون مشروطا.

ان قلت: لا يقاس المقام بالشروط الضمنيه، فان الارتكاز العقلاني فى تلك الموارد يقتضى انفهام المعنى.

قلت: هذا الفرق غير فارق، فان دليل الشرط ربما يكون الارتكاز العام العقلاني، و ربما يكون أمرا شخصيا معهودا بين الطرفين. و

ان شئت قلت:

القرينه فى تلك الموارد عامه و فى المقام القرينه قرينه خاصه. هذا ما يقتضيه القاعده، و أما بلحاظ مفاد الروايه الخاصه فانه وردت روايات «١» فى باب المتعه تدل على عدم ترتب الاثر على الشرط المذكور قبل العقد.

و أجاب عن الروايه سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن مفاد الروايه شرط المتعه فلا يعم شرط النكاح مطلقا فكيف ببقيه العقود.

و يرد عليه: ان فى مطلقها كفايه، لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن النصوص وردت فى باب النكاح و لا وجه للتعدى الى غيره من بقيه الابواب و العقود. و ان آييت الـ عن التسريه فلا بد من الالتزام بفساد العقد فيما يكون مشروطا، اذ المفروض أن الالتزام العقدى يقيده و العقود تابعه للقصد، فانقدح بما ذكرنا أن المتعاملين لو تقاولوا قبل العقد على شرط و أوقعا العقد عليه ينعقد مشروطا. نعم لو غفلا حين العقد يقع مطلقا.

(١) الوسائل، الباب ١٩ من ابواب المتعه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٧٦

[فرع فى قول العلامة فى عدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد]

قوله: (فرع) ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و

غيره في متن العقد، و هو ما اذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال «لله على أن اعتقك اذا بعتك»، قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار (١).

أقول: ان تقرب ما ادعاه العلامة انه يفوت غرض المولى بهذا الشرط فيكون فاسدا، و تحقيق الحال يتوقف على أن تتكلم في مقامين: الاول ما يكون قابلا لان يرجع الى بايعه بالارث أو بغيره من الاسباب، و الثاني ما لا يكون كذلك.

(أما المقام الاول) فلا مانع من الشرط، اذ لا يترتب عليه المحذور. و ما أفاده الميرزا النائيني قدس سره في المقام من عدم قدره على الانتقال الى البائع ففيه أن عدم قدره صحيح لكن المفروض أن القدره على العتق يحصل بأحد اسباب الانتقال.

(و أما المقام الثاني) فاثبات المدعى يتوقف على مقدمتين: الاولى أن يستلزم النهى التكليفي الفساد، الثانيه أن يكون تحصيل المقدمات المفوته واجبه بأن يكون الشرط حراما مقدمه للنذر، و نظيره في باب الوضوء انه قبل الوقت لو علم بعدم وجدان الماء عند الصلاه و جب عليه التحفظ على الماء.

الا أنه لا يمكن المساعدة على شىء من المقدمتين: أما المقدمه الاولى فلعدم الملازمه بين الحرمة التكليفيه و الفساد الوضعي، و أما المقدمه الثانيه فلعدم وجوب حفظ المقدمات المفوته.

و بعبارة أخرى: ان تفويت غرض المولى لم يقيم دليل على حرمة، فانه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٧٧

قوله: مسأله و من المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد (١).

على المولى أن يبين ما يلزم و مع عدم البيان لا- دليل على الوجوب، فعليه لا يكون شرط اسقاط الخيار حراما و ان كان مفوتا للغرض النذري.

أفاد

سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأن الشرط لو كان مخالفا للسنة بعنوانه الاولى فهو باطل، و أما اذا كان مخالفا لها بعنوانه الثانوى فلا يكون باطلا، و فى المقام ان الالتزام و الملتزم به لا يكونان خلاف السنه بعنوانهما الاولى بل بعنوان انه تفويت لغرض المولى يكون حراما و هو غير ضائر، فالادله الآمره بطرح الشروط المخالفه للسنة لا تشمل المقام.

وفيه: ان المستفاد من اطلاق الروايات أن الشرط اذا كان مخالفا للكتاب و السنه فهو باطل سواء كان مخالفا لهما بعنوانه الاولى أو الثانوى، و لا وجه للتقييد بما ذكره الاستاذ.

أقول:

المسقط الثانى من مسقطات خيار المجلس اسقاطه بعد العقد،

اشاره

و هذا هو المسقط الحقيقى كما أفاده المصنف.

و ما يمكن أن يتمسك به لسقوط الخيار باسقاطه بعد العقد وجوه:

الاول – الاجماع.

وفيه: ان المحصل منه غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك، فانه يحتمل أن يكون مدركهم أحد الوجوه المذكوره، و المنقول منه ليس بحجه كما حقق فى محله.

الثانى – ما أفاده المصنف فحوى ما سيجىء من النص «ا» الدال على سقوط الخيار بالتصرف،

معللا بأنه رضاء بالبيع، و الوجه فى الاولويه انه اذا كان التصرف مسقطا لكونه فعلا كاشفا عن الرضا فالتصريح بالاسقاط مسقط بطريق أولى.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (١).

و بعبارة أخرى: ان المستفاد من الروايه أن الامام عليه السلام طبق الكبرى الكليه و هي أن صاحب الخيار له أن يسقط حقه على المورد. و ان شئت قلت:

يتشكل القياس بأن نقول: هذا تصرف كاشف عن الرضا، و كلما يكون مبرزا للإسقاط يسقط الخيار، فهذا الفعل مسقط. و الانصاف ان هذا الوجه وجبه لا بأس به.

الثالث – أيضا ما تمسك به الشيخ

بفحوى قوله «الناس مسلطون على أموالهم» (١) تقريب الفحوى أن المراد بالاعمال المضافه الى الناس ما أضيف اليهم بالاضافه الملكيه، فاذا كانوا مسلطين على أموالهم فهم أولى بأن يكونوا مسلطين على حقوقهم، لان من كان له السلطنه على الاقوى كان له السلطنه على الاضعف بنحو أولى.

و أورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بأن الاستدلال بفحوى «الناس مسلطون» غير تام، لان السلطنه على المال، و الحق هي أن يتصرف فيهما بالتصرفات التي تحت سلطنته، و مقتضى هذه السلطنه في مورد العين أن يتصرف فيها و في مورد الخيار أن يتصرف في مورده أيضا بأن يفسخ و أن لا يفسخ، و أما اعدام هذه السلطنه فلا يستفاد من دليل السلطنه.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن اطلاق تسلط الناس على أموالهم يقتضى كون الناس مسلطون على أموالهم كيف يشاءون حتى على اعدامها و هم مسلطون على اعدام حقوقهم.

و فيه: ان فرض أن قاعده التسلط يقتضى كون الناس مسلطين على أموالهم و لو باعدام موضوعها فبانتفاء الموضوع تنتفى السلطنه قهرا، الا أن ذلك ليس

(١) البحار،

الجزء (١) طبع قديم الصفحة (١٥٤).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٧٩

قوله: و يمكن الاستدلال بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي (١).

اسقاط الخيار. و بعبارة أخرى: لا يستفاد من الرواية كون الناس مسلطين على سلطنتهم و هي هنا اسقاط الخيار. و بعبارة واضحة: يمكن للمسلط على العين اعدام السلطنة باعدام العين كما لو أكل طعامه، و أيضا يمكن لذى الحق أن يعدم السلطنة باعدام موضوعه بأن يفسخ العقد، و الكلام في اعدام نفس السلطنة، فايراد سيدنا الاستاذ على استاذة غير تام.

و أورد المحقق الايرواني: بأن علقه الحق أضعف من علقه المال، و السلطنة في القوى لا تقتضى السلطنة على الضعيف، بل الامر بالعكس.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ: بأن المدعى أن الشخص مسلط على السلطنة الملكية، و من الظاهر أنه لو ثبتت السلطنة على القوى تثبت على الضعيف بطريق أولى.

و يرد على كلام سيدنا الاستاذ: بأنه لا- دليل على كون الشخص مسلطا على سلطانه في مورد الملك كي يتم هذا البيان، بل الثابت من الدليل أن الشخص مسلط على نفس العين.

إذا عرفت ما ذكرناه علم أن الحق في الجواب أن يقال: ان مدرك قاعده التسلط ضعيف السند فلا يعتمد عليه، و عمل المشهور على تقدير ثبوت العمل بها غير جابر كما عرفت.

الرابع قوله «المؤمنون عند شروطهم» (١)

بتقريب انه باطلاقة يشمل اسقاط الخيار بعد العقد فيكون نافذا.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٦) من احكام ابواب العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٨٠

قوله: من ان لكل ذى حق اسقاط حقه (١).

قوله: ثم ان الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفية للفحوى المتقدمه، و فحوى ما دل على كفايه بعض الافعال في اجازة عقد الفضولي. (٢)

الشرط فى اللغة بمعنى الربط بين الشئين، فلا يشمل مفهوم الشرط الشرط الابتدائى، و اذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

و ثانيا- ما معنى الشرط فى المقام، فان كان معناه الالتزام بعدم كون الخيار مجعولا من قبل الله تعالى فهو ليس بأيدينا حتى نلتزم به. و بعبارة أخرى: انه لا شبهه فى ثبوت الخيار و ليس عدمه بقاء بأيدينا، و ان كان معناه الالتزام بسقوطه باسقاطنا فالحكم لا يحقق موضوعه، فان دليل الشرط ليس مشرعا بل لا بد من جواز أمر فى الرتبة السابقه، و المفروض أن شرعيته أول الكلام.

و لا يجوز التمسك بدليل الشروط، فاذا شك فى أن أمر اسقاط الخيار هل يكون بأيدينا أم لا يحكم بعدمه باستصحاب العدم الازلى، فانه لم يكن أمر العقد بأيدى المتعاقدين قبل وجودهما أو قبل تحقق الشريعة، و الاصل بقاء العدم على حاله.

الخامس مما استدل على صحه اسقاط الخيار بعد العقد

هو القاعده المسلمه من أن «لكل ذى حق اسقاط حقه». توضيحه: ان الخيار على قسمين خيار حقى، و خيار حكمى، و الذى لا يجوز لذى الخيار اسقاطه هو الخيار الحكمى كما فى الهبه فلا يجوز اسقاط الخيار فيها، و اما الخيار الحقى فانه قابل للإسقاط.

و حيث أن الخيار فى محل الكلام حقى فهو قابل للإسقاط، و الانصاف أن هذا الوجه فى غايه المتانه.

[الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه باحدى الدلالات العرفيه للفحوى المتقدمه]

أقول: اذا ثبت جواز اسقاط الخيار بعد العقد فنقول: انه يسقط بكل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨١

...

لفظ باحدى الدلالات العرفيه.

و استدل الشيخ على ذلك بفحوى ما دل على كفايه بعض الافعال فى اجازه العقد الفضولى. و يمكن أن يكون نظره قدس سره فيما أفاده الى ما ورد فى باب النكاح، و هو ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى أبى عبد الله عليه السلام فقال: انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فأجدد نكاحى إياها حين اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و أنت مملوك لهم. فقال: نعم و سكتوا عنى و لم يغيروا على. قال: فقال سكتوهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أثبت على نكاحك الاول «١».

و ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا- فى سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظننت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك الترويج أ حلال هو لها

أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟

فقال: اذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟

فقال: نعم «٢».

بتقريب ان السكوت فى الاول و الاقامه معه بعد الافاقه فى الثانى اذا كانا كافيين للإمضاء فالقول يكون كافيا بالاولويه لكونه أقوى دلالة من الفعل.

و يرد عليه: أن الاولويه انما تجدى مع اتحاد المقامين، و هو ممنوع، اذ يمكن أن الشارع دفعا عن وقوع الزنا سهل الامر فى باب النكاح بخلاف المقام فلا تغفل.

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢) من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (١٤) من أبواب اولياء العقد، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٢

قوله: فلو قال أحدهما «اسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا (١).

قوله: مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر (٢).

و الذى يسهل الخطب أن تحقق الاسقاط بما يكون مبرزا عرفا أمر على القاعده فلا يحتاج الى الاستدلال بتلك الروايات. و الله العالم.

[لو قال أحدهما اسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا]

أقول: لا- وجه لسقوط خيار الراضى، فان مجرد الرضا ان كان من باب كونه مصداقا للإسقاط فان الرضا بالاسقاط لا يكون اسقاطا و ليس مصداقا له، و ان كان سقوط خياره من باب صحه الفضولى فيرد عليه: أولا ان جريان الفضولى فى الايقاعات محل الاشكال، و ثانيا انا قد ذكرنا فى بحث الفضولى ما عندنا من الاشكال فى صحه العقد الفضولى بالاجازه، و تفصيل الكلام موكول الى ذلك الباب فلا تغفل.

[مسأله لو قال أحدهما لصاحبه اختر]

أقول: ان المسأله ذات صور، و ذلك ان بعد قوله «اختر» تاره يفسخ الاخر، و أخرى يسقط الخيار، و ثالثه يسكت. فان اختار الفسخ فلا يبقى موضوع للبحث لانفساخ العقد بذلك، و ان اختار الامضاء يسقط خياره و يبقى خيار الطرف الاخر بحاله، و ان سكت يبقى الخيار لعدم المقتضى لسقوطه.

و فى المقام روايه «١» مذكوره عن الطوسى عن النبى صلى الله عليه و آله انه قال: المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر. و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا اعتبار بها. و أفاد المصنف بأن هذا القول كأنه كان فى العرف السابق ظاهرا فى تملك العقد من الطرف المقابل. و لا يخفى ان الظهور الكائن فى العرف السابق لا أثر له فلا بد من ملاحظه الحال، فنقول فى قوله «اختر»

(١) الخلاف الطبع الجديد الصفحه (٥٠٧) المسأله (٧).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٣

...

احتمالات: الاول أن يكون لإسقاط الخيار عن نفسه، الثانى أن يكون لتوكيل المخاطب لأعمال الخيار فسحا و امضاء، الثالث أن يكون لتمليك خيار نفسه للمخاطب و اعطائه اياه، و لا يرد عليه ما قيل بأن الخيار ليس قابلا للتمليك لأننا بينا فى محله انه من الحقوق القابله للتمليك.

الرابع أن يكون لاستكشاف حال المخاطب بأنه يفسخ أو يمضى، فان كان بقوله «اختر» فى مقام إنشاء السقوط فخياره يسقط بذلك و يبقى خيار الطرف المقابل، و ان كان فى مقام توكيل المخاطب، و المخاطب أسقط الخيار فيكون خياره ساقطاً أيضاً.

لا يقال: ان الوكالة من العقود و يشترط فيها الايجاب و القبول كيف تتحقق بلفظ «اختر».

فانه يقال: لو صدق عليه العنوان فى العرف و لو مع القرينه كفى، فانه لا يشترط فى العقود الالفاظ الخاصه، فلو سكت الطرف الاخر يبقى الخيار بحاله. و أما لو أجاز فاما يجيز بعنوان الوكالة و اما يجيز أصاله و اما يجيز بكلا العنوانين، فعلى الاول يسقط خيار الطرف، و فى الثانى يسقط خياره دون الاخر و على الثالث يسقط خيارهما.

ان قلت: كيف يمكن تحقق الوكالة و الاسقاط بعنوانهما بلفظ واحد، و الحال أن الاسقاط تتأخر عن الوكالة، اذ ما دام لم يحصل الوكالة لا مجال للإسقاط و كاله و بعبارة أخرى: ان تحقق السقوط متأخر زمانا عن عنوان الوكالة، فما دام لا يتحقق عنوان الوكالة لا يتحقق عنوان السقوط، فلا بد أن يكون موضوع الوكالة محققا سابقا كى يترتب عليه عنوان السقوط، فلا يكون قوله «أسقطت الخيار» متحملا للمعنيين الطولين، أعنى قبول الوكالة و اسقاط الخيار.

قلت: يرد عليه أولا انا بينا فى موضعه أن الالفاظ المستعمله فى الانشائيات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٤

...

مبرزه عن المعانى الانشائية، فلا مانع من أن يكون قوله «أسقطت الخيار» محققا للوكالة و الاسقاط، فان الجملة المذكوره أولها محقق للوكالة و قبول لها و آخرها مسقط للخيار.

و ثانيا: انه لا دليل على لزوم أن يكون عنوان الوكالة سابقا زمانا على عنوان اسقاط الخيار. و بعبارة

أخرى: ان الترتب الزمانى ليس بين اسقاط الخيار و عنوان الوكاله، نعم ان التخلف الزمانى بين العنوانين المذكورين غير ممكن.

و صفوه القول: ان تأخر الوكاله عن الاسقاط محال، و أما كونهما متقارنين زمانا فلا اشكال فيه بأن يتحقق الوكاله و اسقاط الخيار فى زمان واحد، نظير المقام الطلاق الرجعى فانه يحصل الرجوع باللمس مثلا- و الحال أن جواز اللمس مترتب على الرجوع، فلا مانع من تحقق الزوجيه باللمس اذ ليس الترتب زمانيا بل رتبى.

و ان كان فى مقام تمليك المخاطب- بأن يملك الخيار له بهذا اللفظ- فالكلام فيه كالكلام فى مسأله التوكيل حرفا بحرف و لا وجه للإعاده.

و ان أراد أن يستعلم حال المخاطب بقوله «اختر» فانه يفسخ أو يمضى، و قال المخاطب فى جوابه «أسقطت الخيار» فلا وجه لسقوط خيار المستعلم، و أما السكوت فى جميع الصور المذكوره فلا يدل على اسقاط الخيار. هذا كله فيما يكون المقصود معلوما، و أما لو كان مجملا و لم يعلم المراد فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار، فان الخيار كان موجودا و شك فى سقوطه و الاصل عدم تحقق المسقط فالخيار بحاله.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٥

قوله: ثم انه لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الاخر (١).

قوله: لو اختلف الورثه فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض (٢).

[لا اشكال فى أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط الآخر]

أقول: ان الامر كما ذكره المصنف، فانه لا وجه لسقوط خيار الاخر، و لو أجاز أحدهما و فسخ الاخر مقارنة له انفسخ العقد، و ليس المقام من باب تعارض الاجازه و الفسخ لاختلاف المتعلق لان متعلق كل منهما التزام نفسه، و لا بد فى التعارض من وحده المتعلق، كما لو أجاز الوكيل و فسخ الاصيل أو بالعكس

فانه من باب التعارض بين الفسخ و الاجازه.

ان قلت: انه لو فسخ الموكل و اجازه الوكيل ففسخ الموكل مقدم عليه، لان الوكيل صار منعزلا بفسخ الموكل.

قلت: و يرد عليه أولا- ان العزل من العناوين التى يعتبر فيها القصد و الانشاء، و من الممكن أن يكون الموكل غافلا- عن عزل وكيله حين فسخ العقد أو لم يقصده، فمجرد الفسخ لا- يكون عزل الوكيل عن الوكالة. نعم ان الموكل بفسخه يعدم موضوع الوكالة، الا أن هذا غير العزل كما هو واضح. و ثانيا ان الوكيل بمجرد العزل لا يكون منعزلا بل يشترط فيه ايصال العزل اليه.

[لو اختلف الورثة فى الفسخ و الاجازه تحقق التعارض]

أقول: قد بينا آنفا أن تعارض الفسخ و الاجازه يتحقق فيما اذا اتحد متعلق الاجازه و الفسخ، و مثل المصنف قدس سره للتعارض بخيار الورثة المتعددين و تقارن الفسخ و الاجازه منهم، الا أن صحة التمثيل متوقفه على القول بأن الخيار لطبيعه الوارث، و فى هذه الصورة اذا تقارن الفسخ و الامضاء من شخصين كان كما اذا تقارن ذلك من ذى خيار واحد فيتحقق التعارض، و أما ان قلنا ان الخيار ليس لطبيعتهم بل لمجموعهم فالتمثيل المذكور غير صحيح،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٦

قوله: مسأله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعان (١).

كما أن الخيار لو كان لكل واحد منهم بقدر حصته فلا يدخل تحت الكبرى.

أما على الاول فلان الاثر مترتب على مجموع الإنشاءات فسحا أو إمضاء و أما على الثانى فلانه لا يرتبط أحدهم بما يصدر عن الاخر.

[الثالث من مسقطات هذا الخيار افتراق المتبايعان]

اشاره

أقول:

و ينبغى أن نبحت فى المقام من جهات:

(الجهه الاولى) انه هل الافتراق مسقط للخيار على نحو الموضوعيه أو بكشفه النوعى عن الرضا بلزوم العقد،

و ما يمكن أن يقال بوجه الكاشفيه أمران:

الاول- ان الافتراق كاشف نوعى عن الرضا بالعقد.

و فيه أولا- انه لو كان الافتراق مسقطا للخيار من جهه كونه كاشفا عن الرضا لكان اللانزم أن يسقط جميع الخيارات بمجرد الافتراق و لم يلتزم به أحد.

و ثانيا- انا لا نسلم أن يكون للافتراق كاشفا نوعيا عن الرضا، فانه أعم منه لاحتمال أن يكون غافلا عن الحكم أو الموضوع حين الافتراق أو جاهلا- بهما أو لم يكن مسلما أصلا. نعم لو كان ملتفتا الى الخيار و الى أنه يسقط بالافتراق و هو معتقد به لكان افتراقه كاشفا عن رضاه.

و ثالثا- انا سلمنا أن الافتراق له ظهور نوعى فى الكاشفيه عن الرضا الا أنه لا قيمه له لعدم قيام الدليل على اعتبار الظهور النوعى، بل المعتبر الظهور الشخصى و هو مفقود هنا باعتراف المستدل.

و رابعا- ان الرضا بلزوم العقد لا يلزم سقوطه، و من الممكن أن يكون راضيا به و لم يسقطه، بل لو صرح بالرضا و لم يسقط لا يسقط الخيار، لان الاسقاط أمر قصدى إنشائى فلا يحصل بلا قصد.

الثانى - ظهور بعض الروايات الدال على مسقطيه الافتراق،

و المستفاد منه أن المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا لا مطلق الافتراق، و هو ما رواه الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٧

...

قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١».

فان الروايه تدل على أن الافتراق مسقط للخيار بعد الرضا منهما، فمطلق الافتراق ما لم يكشف عن الرضا لا يكون مسقطا.

أقول:

ان فى قوله «بعد الرضا» احتمالات:

الاول: اراده الرضا بالعقد

بمعنى أنه لو تحقق العقد و لم يفسخ قبل الافتراق يلزم، فانه لو تحقق الرضا بأصل معامله و حصل التفرق يلزم العقد.

الثانى: اراده الرضا بقاء المعامله،

بمعنى ان العقد مرضى بقاء و لم يفسخ فى المجلس.

الثالث: أن يكون المراد ان الافتراق حيث حصل عن الرضا لا عن الاكراه فالعقد يلزم.

و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل الخيار أنه باق الى حين التفرق و ان التفرق بنفسه مسقط للخيار.

(الجهه الثانيه) فى أنه هل الافتراق يحصل بمسماه و لو أقل من خطوه

كما يظهر ذلك من المصنف قدس سره، أو يعتبر فيه الخطوه كما هو قول بعض، أو لا بد فيه من الصدق العرفى؟ أقوال و البحث يقع تاره على مقتضى القاعده، و أخرى على مقتضى النص، فيقع البحث فى موضعين:

أما الموضوع الاول فأفاد الشيخ ما حاصله ان معنى الافتراق مع كونهما مجتمعين حين العقد افتراقهما بالنسبه الى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فاذا حصل مسمى الافتراق ارتفع الخيار و ان كان أقل من خطوه، فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. و يظهر من تصريح بعض التأمل فى كفايه الخطوه لانصراف الاطلاق الى أزيد منها فيستصحب الخيار. و الحق أنه

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٨

...

يكفى صدق الافتراق و لا خصوصيه للخطوه، فان الحكم مترتب على عنوان التفرق، و لا مجال للاستصحاب اذ لا مجرى له مع الاصل اللفظى، مضافا الى أن هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

و أما الموضوع الثانى ففى المقام روايه عن محمد بن مسلم قال: سمعت أبا جعفر يقول: بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت الى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا «١».

فيستفاد منها ان الافتراق يحصل بمشى خطأ و لا تكفى خطوه واحده أو خطوتان.

ان قلت: ان دلالة الروايه على عدم كفايه خطوه أو خطوتين مبتنيه على مفهوم اللقب، و هو منتف كما حقق فى الاصول.

قلت: ان اللقب ليس له المفهوم، الا أن الامام عليه السلام كان فى مقام بيان ما يجب به البيع و تحديده، و

مفهوم التحديد حجه كما بيناه مرارا، فيستفاد من الروايه أن الافتراق يحصل بما يصدق عليه الخطاء.

لعل القائلين بعدم كفايه الاقل من ثلاث خطوات تمسكوا بهذه الروايه، و التحقيق أن يقال: ان الروايه المذكوره حاكيه عن فعل الامام عليه السلام و ليس لها اطلاق ليستدل به على عدم كفايه الاقل من الثلاث خطوات، و من المحتمل أن الخروج من مجلس البيع كان متوقفا على مشى الخطى و لم يكن الافتراق حاصلًا فى خصوص المجلس من أقلها. و على أى حال لا تكون الروايه دليلاً على اعتبار ثلاث خطوات فى حصول الافتراق. و الحاصل انه يمكن أن مجلس المعامله كان بحيث لا يتحقق الافتراق الا بما فعله، فان خصوصيات المجلس مجهوله لدينا.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٨٩

قوله: مسأله المعروف انه لا اعتبار بالافتراق عن اكراه اذا منع من التخايير أيضا (١).

(الجهه الثالثه) فى أنه هل يعتبر فى حصول الافتراق الحركه من الطرفين أو يحصل بحركه أحدهما و بقاء الاخر فى مكانه؟

الحق أن يقال: لا يعتبر الحركه من الطرفين فى صدق الافتراق عرفا، و النص المتقدم آنفا أيضا دال على ذلك، فانه عليه السلام قام و مشى خطى مع بقاء الطرف الاخر فى مكانه كما هو الظاهر من الروايه.

[مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخايير أيضا]

اشاره

أقول: المسأله ذات صور أربع ثبوتًا: الاولى أن لا يكون مكرها على الافتراق دون التخايير، الثانيه أن يكون مكرها على الافتراق و التخايير، الثالثه أن يكون مكرها على الافتراق دون التخايير، الرابعه عكس الثالثه.

و المشهور على ما نسب اليهم سقوط الخيار فى جميع الاقسام الا فى صورته واحده و هى ما لو كان مكرها فى كلا الامرين.

و ما يمكن أن يقال فى وجه عدم تأثير الافتراق و بقاء الخيار أمور:

الاول – الاجماع.

و فيه ان المنقول منه غير حجه و المحصل غير حاصل، و على فرض حصوله محتمل المدرك.

الثانى - الشهره الفتوائيه.

و فيه أنه قد ثبت فى محله عدم حجيتها.

الثالث - ان الظاهر من الدليل أن الافتراق المسقط للخيار هو ما يكون عن اختيار فما دام لا يكون اختياريا لا يكون مسقطا.

و فيه ان الفعل مركب من ماده و الهيئه، أما ماده فوضعت للدلاله على الحدث، و أما الهيئه فلدلاله على الانتساب مطلقا سواء كان اختياريا أم لا بل يصح الاستناد اليه، و ان كان الفعل الصادر عن الفاعل حال النسيان أو الغفله أو الاضطرار. و لذا ترى أن قوله «من أتلف مال الغير» أعم من الاختيار و غيره، اذ لا يعتبر فى اسناد الفعل الى الفاعل الا قيامه به أو صدوره منه، فمجرد اسناد ماده الى الفاعل المختار لا يوجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩٠

...

الظهور فى دخل الاختيار.

نعم فى ماده بعض الافعال خصوصيه يعتبر فيها القصد و الاراده كالتعظيم و غيره، الا أنه لا دخل له بالاسناد. اضيف الى ذلك كله ان الاكراه لا يسلب الاختيار كما هو ظاهر، فلا موضوع لهذا التقريب أصلا.

(الرابع) حديث رفع الاكراه،

و هو قوله صلى الله عليه و آله «رفع عن أمتى تسعه، الخطأ و النسيان و ما اكرهوا عليه» «١»، بتقريب أن حديث الرفع لا اختصاص له بالاحكام التكليفيه بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا، فاذا أكره على الافتراق لا يترتب عليه الاثر المترتب على الافتراق الاختيارى.

و أورد عليه بوجهين:

الاول- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله ان حديث الرفع مجعول امتنانا للامه فان بقاء الخيار و عدم ترتب الاثر على الافتراق و ان كان امتنانا لذى الخيار الا أنه خلاف الامتنان بالنسبه الى من عليه الخيار.

أقول: قد بينا فى بحث الاصول ان ما أفاده الاستاذ لا يساعد عليه، لعدم قيام الدليل على أن حديث الرفع يجرى فيما كان امتنانا

على جميع الامه، و قلنا انه يكفى فى جريانه أن يكون امتنانا بالنسبه الى من يجرى له و ان كان خلاف الامتنان

بالنسبه الى غيره.

و الثانى - ما أورد المحقق النائنى قدس سره بأن مورد بعض المرفوعات منحصر فى متعلق التكليف كالحده، و لا يجوز تعميم حديث الرفع لموضوعات التكليف، و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام عن كره يجب عليه القصر.

(١) توحيد الصدوق باب الاستطاعه ص ٣٦٤، الوسائل، الجزء (١١) الباب (٥٦) من أبواب جهاد النفس.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩١

...

وفيه: أولا- ان هذا خلاف مبناه فى الاصول، و ثانيا لا وجه لهذا التفصيل فانه كما حققنا فى الاصول لاختصاص له بمتعلقات الاحكام بل هو يجرى فى الموضوعات أيضا، فان فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له.

و أما وجوب التمام فى القصر فلا دلالة له على عدم شمول الحديث لموضوعات المكروه عليها، لأنه متفرع على العلم باقامه عشره أيام و الاكراه على الاقامه و هى ليست موضوعا للحكم، بل الموضوع العلم بالاقامه عشره أيام و هو غير مكروه، فما هو موضوع للاكراه ليس موضوعا للحكم، و ما هو موضوع للحكم ليس موضوعا للاكراه.

ان قلت: ان حديث الرفع متكفل لرفع الاحكام التكليفية و أما الوضعيه فلا يشملها.

قلت: قد نقحنا فى محله بأنه لا اختصاص لحديث الرفع بالاحكام التكليفية بل يعم الاحكام الوضعيه أيضا.

ان قلت: ان موضوع خيار المجلس عبارته عن الاجتماع، و الاكراه انما وقع على الافتراق و هو ضد الاجتماع، و هو ليس موضوعا للحكم بل هو غايه و طرف لما هو موضوع الحكم، فلا وجه أن يتمسك بحديث الرفع للمقام.

قلت: ان فى المقام موضوعين: أحدهما اجتماع و حكمه الخيار، و الاخر افتراق و حكمه لزوم العقد، فالافتراق موضوع للزوم البيع اذا حصل عن اختيار و أما اذا اكراه عليه فلا

يترتب عليه حكمه أعنى لزوم العقد، ولا يكون لازماً بل يبقى على جوازه الذي كان قبل الافتراق.

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنه يمكن أن يقال: إن حديث الرفع ناظر إلى

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩٢

...

الافعال التي يعتبر فيها القصد والاختيار، وبعبارته أخرى المستفاد من الحديث أن الفعل بما أنه صادر عن الفاعل لو كان موضوعاً لحكم يرتفع ذلك الحكم عند الأكثر، وأما لو كان الأثر مترتباً على معنى اسم المصدر ولا يعتبر فيه القصد فلا مجال للحديث والتمسك به.

(الخامس) ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام

حيث قال عليه السلام:

فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا «١»، بدعوى أن المستفاد من الرواية أن الافتراق بما أنه دال على الرضا يسقط الخيار فبيما لا يكون كذلك لا يكون مسقطاً.

وفيه: إنه لا شبهة أن الافتراق غير دال على الرضا فيما لا يكون الشخص غير معتقد بالشرع، أو يكون جاهلاً بالحكم، أو يكون غافلاً عنه، مضافاً إلى أن الإسقاط أمر قصدي ولا يحصل بمجرد الرضا. فهذا الدليل أيضاً غير تام.

وحيث ظهر أن مقتضى القاعدة سقوط الخيار حتى مع الـكراه بالنسبة إلى كراه الامرين يظهر أن الحق سقوطه في القسمين الأخيرين بالأولوية. وإن شئت قلت: لو أكره على التفرق وبقى مختاراً يصدق أنه باختياره لم يفسخ قبل التفرق، كما أنه لو أكره على عدم الفسخ وبقى مختاراً بالنسبة إلى الافتراق يصدق أنه باختياره فارق مجلس العقد.

وربما يتمسك ببقاء الخيار بالاستصحاب - أي استصحاب الخيار، ولا مورد له، فإنه لا مجال للأصل مع الدليل، والمفروض أن مقتضى إطلاق الدليل سقوطه مضافاً إلى أن هذا الأصل معارض باستصحاب عدم جعل الزائد فلاحظ.

(١) الوسائل، الجزء

(١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩٣

[مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقي الآخر في المجلس]

قوله قدس سره: مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقي الآخر في المجلس فان منع من المصاحبه و التخيير (١).

أقول: لا يخفى أنه لا يبقى مجال لهذا البحث على ما سلكتناه من عدم تأثير الاكراه و ان الخيار يسقط لا محاله بحصول التفرق، فانه لو أكره أحدهما مع اختيار الآخر فيدخل الفرض في المسألة السابقة و أما مع اكراه الآخر أيضا من المصاحبه، فمقتضى الاطلاق سقوط الخيار بحصول الافتراق.

و أما لو قلنا بتأثير الاكراه و شمول حديث الرفع للمقام فلا بد من البحث فنقول للمسألة صورتان: «احدهما» ما لو أكره أحدهما على التفرق و منع من التخيير و بقي الآخر مختارا، «ثانيتها» عكس الاولى.

و الصورة الاولى من الصورتين وقعت محل البحث، و اذا ظهر الحكم في الصورة الاولى يظهر في الصورة الثانية، و الاقوال حسب ما يظهر من كلام المصنف قدس سره أربعة: سقوط الخيار عنهما، و بقاءه بالنسبه الى كليهما بالنسبه الى المكره، و سقوطه بالنسبه الى المختار فيما فارق المجلس، و بقاءه بالنسبه اليه ما دام باقيا في المجلس.

و العمد في المقام النظر الى الادله، فان الدليل لو كان الاستصحاب فمقتضاه بقاء الخيار بالنسبه الى كليهما مطلقا، لكن قلنا بأن الاستصحاب في الحكم الكلي معارض بعدم الجعل، و بعد التعارض تصل النوبه الى عموم وجوب الوفاء.

و ان كان المدرك الاجماع، فلا اجماع، اذ نرى أن الاقوال مختلفه، و على تقدير تحققه و غض النظر عن كونه مدركيا لا اجماع بالنسبه الى المختار.

و ان كان المدرك حديث الرفع فمقتضاه بقاء الخيار بالنسبه الى كليهما، اذ

المدعى على هذا الفرض أن التفرق المسقط ما يكون بالاختيار، و حيث أنه ليس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٩٤

...

اختياريا فالخيار باق على حاله، لكن ذكرنا أن الحديث لا يشمل المقام، اذ القصد و الاختيار لا يكونان دخيلين فى الموضوع. و ان كان المدرك التبادر المدعى فالخيار باق، لان المتبادر من الدليل خلافه.

و ان كان المدرك تبادر الافتراق بما اذا كان ذلك عن رضاء، فالافتراق الاكراهى لا يكون مسقطا للخيار، لكن ذكرنا انه لا منشأ لهذا المدعى و لا يتبادر من اللفظ هذا المعنى.

و ان كان المدرك صحيحه الفضيل المذكوره آنفا حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» «١» بدعوى أنه يستفاد منها لزوم كون الافتراق عن الرضا و مع عدم الرضا من جانب واحد لا يتحقق الغايه فالخيار باق.

فيرد عليه: انا علمنا من الخارج أن الافتراق لو حصل من طرف مع الرضا يسقط الخيار و لا يلزم أن يكون ناشئا عن رضا الطرفين.

و ربما يقال: بأن صحيح فضيل يقيّد بما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام، حيث أنه يدل هذا الخبر على أن الافتراق من طرف واحد يكفى فيقيّد به صحيح فضيل.

و يرد عليه: انه لا- وجه لهذا النحو من الجمع، بل الامر بالعكس، اذ خبر ابن مسلم يدل على الكفايه بالاطلاق، و المفروض أن صحيح فضيل يدل على المقصود و يستفاد منه لزوم الافتراق عن رضى الطرفين، و قاعده الاطلاق و التقيّد تقتضى حمل المطلق على المقيّد دون العكس. فلاحظ.

و لا يخفى أن هذا البحث تقديرى و الا فقد سبق منا أنه ليس المراد من

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

قوله: مسأله لو زال الاكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال (١).

الرضا الرضاء ببقاء العقد و لزوم المعامله، فان كثيرا من المتعاملين خارج عن الشرع أو من الجاهلين بوجود خيار المجلس فى الشرع أو ناسيين له، و الحال أن افتراقهما مسقط للخيار.

بل يمكن أن يكون المقصود أنه اذا وقع المعامله و كان المتعاملان راضيين به فلا خيار، أى بعد رضاهما بأصل العقد من ناحيه، و انقضاء المجلس من ناحيه اخرى، فلا خيار و يكون العقد لازما.

[مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال]

أقول: لا- يخفى أن هذا البحث مبتنى على القول بتماميه أدله بقاء الخيار و أما على ما اخترناه و بيناه من عدم تماميتها فلا مجال لهذا البحث، فنقول:

على تقدير الالتزام بأن الاكراه مؤثر فى بقاء الخيار فيقع الكلام فى أن الخيار فورى، أو يبقى الى انقضاء مجلس زوال الاكراه، أو يبقى الى أن يحصل مسقط آخر من المسقطات. فالوجه المتصوره فى المقام ثلاثه: الاول الفوريه بدعوى ان الضرورات تتقدر بقدرها، الثانى أن الميزان التفرق عن مجلس زوال الاكراه بتقريب ان الاكراه ما دام باقيا لا اعتبار بالافتراق، الثالث بقاء الخيار الى زمان حصول مسقط آخر بدعوى أنه بالاكراه سقط هذا المسقط عن الاعتبار.

و التحقيق أن يقال: بناء على القول بتماميه أدله بقاء الخيار و دلالتها على عدم سقوطه بالافتراق عن اكراه فلا بد من النظر الى مدرك بقاء الخيار و دليله، فان كان الدليل هو الاجماع فلا بد أن يقال: بفوريه الخيار بعد زوال الاكراه و بسقوطه اذا لم يختر، فان القدر المتيقن من بقاء الخيار ما اذا كان مكرها على الافتراق، و أما بعد الزوال فيسقط الخيار الا أن يأخذ

...

هذا البحث يكون من صغريات الكبرى الكلى المعروف، و هو أن بعد تخصيص العام يكون المرجع استصحاب الحكم المخصص أو عموم العام، و على القول الاول لا بد أن يقال بعدم لزوم الفوريه. و الحق هو الثاني، فان استصحاب الحكم الكلى معارض بعدم الجعل، مضافا الى أنه مع وجود الدليل اللفظي لا تصل النوبه الى الاصل العملي.

و لا فرق فيما ذكر- أى فى الاخذ بعموم العام- بين أن يكون التخصيص من الاول أو من الوسط، كما أنه لا فرق بين أن يكون العموم استغراقيا أو مجموعيا، فان المرجع عموم العام، و هو فى المقام قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و أما اذا كان المدرك التبادر بأن نقول يتبادر من الدليل أن الموضوع الافتراق عن الرضا فيكون أمد الخيار و غايته الافتراق الاختيارى الصادر عن اراده و رضاء، و أما الافتراق المحقق عن اكره فليس افتراقا عن رضاء، فلا- يمكن أن يتحقق به غايه الخيار، و اما الافتراق الاخر المتحقق مع الرضا الذى به ينتهى أمد الخيار فلا- يمكن أن يتحقق ثانيا الا بدعوى القول باعاده المعدوم ثانيا و هو مما امتنع فيكون الخيار باقيا الى أن يسقط بمسقط آخر حتى على القول بانصراف الدليل عن مورد لا يكون الافتراق ممكنا كالمتلاصقين اذ الافتراق فى المقام امر ممكن كما هو ظاهر.

و اما اذا كان المدرك صحيحه الفضيل المتقدمه آنفا و هى قوله عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» بتقريب أن يكون المراد منه الرضا بلزوم العقد، فعلى هذا أيضا يبقى الخيار الى أن يسقط بمسقط آخر بنفس التقريب الذى بيناه، و حاصله ان غايه خيار المجلس عباره

عن الافتراق الناشئ عن الرضا بلزوم العقد، و أما الافتراق المتحقق عن اكراه فلا يكون غايه للخيار،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٩٧

قوله: و من مسقطات هذا الخيار التصرف على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط (١).

فالافتراق الحاصل غير مؤثر و ما يكون مؤثرا لا يكون قابلا للتحقق.

و أما اذا كان المدرك حديث الرفع - بأن يكون الافتراق عن اكراه مسلوب الاثر - فالامر أيضا كذلك، فان الاكراه يرفع أثر الافتراق الا-كراهي. و ان شئت قلت: الافتراق تحقق وجدانا لكن الا-كراه رفع أثره، و الاجتماع العقدي زال و لا يعود الا على القول باعاده المعدوم، و هو أمر محال.

ان قلت: ان حديث الرفع يقتضى أن يكون التفرق الكرهى كلا تفرق، و بعد رفع الاكراه نأخذ باطلاق الدليل و نقول بأن الافتراق بحدوثه لا يسقط الخيار لكن يسقطه بقاء.

قلت: المستفاد من الدليل أن الرفع للخيار حصول الافتراق، فما حصل لا يؤثر و المؤثر لا يتحقق. و بعبارة أخرى: ان المستفاد من الدليل ان المسقط الافتراق عن المجلس اختيارا و من المعلوم أنه لم يتحقق و لا يكون قابلا للتحقق.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بالفوريه الاعلى القول بكون المدرك الاجماع، كما أنه لا وجه للقول بكون المناط زوال مجلس الاكراه بدعوى أن حديث الرفع يجعل مجلس العقد باقيا، فالميزان بالتفرق عن هذا المجلس، اذ المستفاد من دليل رفع الاكراه رفع الحكم عند الاكراه و لا يثبت موضوع الخيار. و بعبارة أخرى: حديث الرفع ينفي الموضوع، أى لا يسقط الخيار لان الافتراق لم يحصل، و لا يستفاد منه أن موضوع الخيار و هو مجلس العقد باق بحاله.

[الرابع من مسقطات هذا الخيار التصرف]

اشاره

ما يمكن أن يذكر في وجه كون التصرف مسقطا لخيار

(الامر الاول) الروايات الواردة في خيار الحيوان:

منها ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام: فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضى منه فلا شرط «١».

و منها أيضا ما رواه علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط «٢».

تقريب الاستدلال بهما أن الامام عليه السلام رتب سقوط الخيار على التصرف بقوله «فان أحدث المشتري فلا شرط» أو «فقد انقضى الشرط»، و الروايتان و ان وردتا في باب خيار الحيوان الا أن جوابه عليه السلام أعم منه، و المتفاهم العرفي أن التصرف مطلقا سواء كان في حيوان أو في غيره مسقط للخيار.

و الجواب عنه نقضا و حلا:

أما النقض فيما مر في خيار المجلس في صحيحه الفضيل، حيث قال عليه السلام «فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، تقريب النقض أن سقوط الخيار في الصحيحه مترتب على الافتراق، فلا بد من الالتزام بسقوط مطلق الخيار بالافتراق للإطلاق المدعى، و هو كما ترى.

و أما الحل فان المستفاد من الروايه أنه يسقط خيار الحيوان بالتصرف لا مطلق الخيار فان مورد السؤال خيار الحيوان، و هذا لا من جهه خصوصيه السؤال، اذ المناط اطلاق الجواب، بل المدعى أن العرف لا يفهم الاطلاق من الكلام و لا أقل من الاجمال، و الظاهر أن الروايه الاولى ليس فيها سؤال لكن المستفاد منها ليس مطلق الخيار.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (١).

(٢) نفس المصدر، الحديث (٣).

مضافا الى أنه اذا أغمضنا عما ذكرنا و قلنا ان التصرف مسقط

للخيار بمقتضى الروايه الا أنه لا بد أن نقول بأن تصرف المشتري مسقط لخياره، و لا وجه للتعدى الى البائع، فان المتفاهم من الروايات الوارده فى خيار الحيوان أن تصرف المشتري مسقط لخياره، فلا- وجه للقول بكون التصرف مسقطا للخيار على الاطلاق.

ان قلت: اذا ثبت أن التصرف فى الجملة و لو من المشتري مسقط للخيار فيكون تصرف البائع أيضا مسقطا لعدم القول بالفصل. قلت: ان عدم القول بالفصل ان كان مرجعه الى الاجماع فلا- يترتب عليه الاثر، فان المنقول منه ليس حجه و المحصل منه غير حاصل، و ان لم يرجع الى الاجماع فعدم اعتباره أوضح من أن يخفى.

أضف الى ذلك كله أنه لو التزم بهذا القول يلزم أن يسقط الخيار من الطرفين بتصرف أحدهما للإطلاق، و أنى لنا بذلك و لا يلتزم به أحد.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك فنقول: يقع التعارض بين الدليل الدال على أن التصرف مسقط للخيار و بين قوله «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، فان مقتضى هذه الروايه جواز البيع ما لم يفترقا سواء تصرف فيه أم لا، و مقتضى ذلك الدليل سقوط الخيار، و النسبه بين الدليلين عموم من وجه، فيتعارضان فى مورد الاجتماع بالاطلاق فيسقطان عن الاعتبار، فتكون المسأله داخله تحت النزاع المعروف بأن المرجع بعد تخصيص العام استصحاب حكم المخصص أو عموم العام. و الحق هو الثانى، فالمرجع عموم دليل و جوب الوفاء، فان عموم العام محكم بما اذا كان التخصيص من الاول، مضافا الى أن الاستصحاب لا يجرى فى الحكم الكلى للمعارضه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٠

(الامر الثانى) عموم التعليل الوارد فى الروايه،

و هو قوله عليه السلام: فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضى منه فلا شرط «١».

توضيحه

أنه يشترط في القضييه الشرطيه التناسب بين المقدم و التالي، بأن يكون ارتباط خاص بينهما، بحيث كلما يتحقق المقدم يكون التالي محققا، كالارتباط الحاصل بين الشمس و النهار.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الروايه المذكوره قد تشكلت من مقدم أعنى قوله «إذا احدث ...» و التالي أعنى قوله «فذلك رضى منه»، و لا يرى ارتباطا بين احداث الحدث و الرضا، فان معنى الرضا بالبيع اسقاط الخيار، فلا بد أن يلتزم بأن العله قامت مقام الجزاء فى المقام، أى ان أحدث المشتري حدثا فالخيار ساقط، كما يلتزم ذلك فى قوله تعالى «ان كذبوك فقد كذب رسل من قبلك»، أى ان كذبوك فلا تحزن. و على هذا يكون معنى الروايه ان الشارع جعل احداث الحدث مسقطا للخيار، و هو سبب لسقوطه، و بما أن العله تعمم و تخصص كما فى قوله «الخمير حرام لأنه مسكر» يتعدى الى موارد أخر أيضا و يحكم بسقوط الخيار بالتصرف.

و الجواب عنه: ان القانون الكلى الذى ذكرتم- و هو أن العله تعمم و تخصص- غير قابل للإنكار الا أنه لا ينطبق على المقام، فان تشخيص العله فى قوله «الخمير حرام لأنه مسكر» بيد العرف و يلتزم بتسريه الحكم الى كل مورد تكون هذه العله موجوده، و أما فى المقام فالعله عباره عن اسقاط الشارع، و من الظاهر أنه فى كل مورد يتحقق هذا الحكم من الشرع نلتزم به، لكن الكلام فى ثبوت هذا المعنى و لم يثبت فى غير خيار الحيوان.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠١

قوله: الثانى خيار الحيوان، لا خلاف بين الاماميه فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري (١).

(الامر الثالث) أن يكون التصرف فى البيع كاشفا نوعيا عن الرضا بلزوم العقد،

المسقط التصرف الذى له كاشف نوعى عن الرضا.

و الجواب عنه:

أولاً- ان التصرف بما هو ليس بكاشف نوعى عن الرضا بلزوم البيع، فان بينهما فى مقام الاثبات عموم من وجه فكيف يكشف أحدهما عن الآخر.

و ثانياً- على فرض كونه كاشفا انما يكون له هذا الكشف فيما يكون المتصرف متوجهاً، و أما الغافل أو من لا يكون معتقداً بالدين فلا يتم فى حقه هذا التقريب.

و ثالثاً- ان اسقاط الخيار أمر قصدى إنشائى لا يحصل بمجرد الرضا.

فانقدح مما ذكرنا أنه لا وجه للقول بكون التصرف مسقطاً لخيار المجلس.

هذا تمام الكلام فى خيار المجلس.

[القسم الثانى خيار الحيوان]

اشاره

اقول: لا- خلاف بين الاماميه فى ثبوت خيار الحيوان و لا اشكال فى ثبوته فى الجملة، و تدل عليه جمله من النصوص: منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فى الحيوان كله شرط ثلاثه ايام للمشتري، و هو بالخيار فيها ان شرط او لم يشترط ... «١» و غيره من النصوص الوارده فى المقام، و انما الاختلاف فى خصوصياته،

و التحقيق فيها يقع فى ضمن فروع:

(الفرع الاول) انه هل يختص خيار الحيوان بالحيوان المقصود حياته،

فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الاناء يكون خارجاً أو يعم ذلك.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٢

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله اختصاصه بالحيوان المقصود حياته، و لكن التحقيق أن يقال: ان مقتضى الاطلاقات الواردة في الباب عمومه لكل ذى حياه، سواء كان المقصود حياته أم لا.

(الفرع الثانى) انه هل يكون تلف الحيوان فى أيام الثلاثة ممن لا خيار له أم لا؟

و الظاهر أنه ممن لا خيار له لقاعده ان التلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له. نعم اذا علم المشتري بالحال و اشترط عليه أن الخسران عليه يكون الخسران على البائع، لكن هذا فرض خارج عن محل الكلام.

(الفرع الثالث) فى منتهى خيار الحيوان،

و فيه وجوه ثلاثه: أحدها استمراره الى الثلاثه، ثانيها بقاءه الى الثلاثه مع بقاء الحياه و الى زمان موته ان فرض موته قبل الثلاثه، ثالثها كونه فوريا.

و الحق أن يقال: ان الامر دائر بين ثبوت الخيار و بقائه الى الثلاثه و عدمه، اذ دليل الخيار اما يشمل و اما لا يشمل، فعلى فرض الشمول يثبت الخيار و يبقى الى الثلاثه و لو مع تلف العين فان موضوع الخيار هو العقد لا العين كى يتوجه اشكال بقاء الخيار بلا موضوع، مضافا الى أنه اشكال عام فى جميع موارد الخيار و الجواب ما ذكرنا.

(الفرع الرابع) ان هذا الخيار هل يختص بالمبيع المعين أو يعم الكلى أيضا؟

اشاره

أفاد المصنف قدس سره ان المنساق فى النظر من الاطلاقات هو الاول، و المتراءى من النص و الفتوى هو الثانى.

و يرد عليه: أولا أنه لا يوجد نص خاص فى المقام و الادله منحصره فى الاطلاقات، و ثانيا اذا كان العموم مستفادا من النص فلما ذا اختار الاختصاص.

و الانصاف عمومه للبيع الكلى أيضا، سواء كان الكلى فى الذمه أو فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٣

...

المعين، و ذلك للإطلاق.

و يؤكد المدعى ما رواه فضيل: سئل ما الشرط فى غير الحيوان أولا، فأجاب عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. و سأل السائل بقوله: ما الشرط فى الحيوان ثانيا، فأجاب عليه السلام: ثلاثة ايام للمشتري «١».

و فى خيار المجلس لم يلتزم أحد باختصاصه بالشخصى، و لا وجه لاختصاصه به فى المقام، مع أن سياق الروايه واحد، فكما أن خيار المجلس لا يختص بالمبيع الشخصى فكذلك خيار الحيوان، و التفصيل بينهما خلاف ظاهر الروايه.

و ما يمكن أن يقال فى وجه اختصاص خيار الحيوان بالمبيع الشخصى أمران:

(أحدهما) الانصراف،

بدعوى أن الدليل منصرف عن الكلى لقله وجوده بالنسبه الى الشخصى.

و يرد عليه: أولا ان المدرك المذكور بعينه موجود فى الكلى فى المعين، فانه أيضا أقل وجودا من المبيع الشخصى، و المستدل لا بد أن يلتزم بعدم جريان خيار الحيوان فيه أيضا و هو لا يلتزم به.

و ثانيا- ان الكلام المذكور جار فى خيار المجلس أيضا، فلما ذا لا يقول باختصاص خيار المجلس بالشخصى.

و ثالثا- ان الاطلاق لا يكون منصرفا عن الفرد النادر، نعم لا يكون منصرفا اليه و بينهما بون بعيد فلا يختلط أحدهما بالآخر.

و رابعا- ان قلّه الوجود قد تكون نسبيّه، فان الشىء، ربما يكون بالنسبه الى شىء آخر قليل الوجود و ان كان يوجد فى الخارج كثيرا فى نفسه، و الاطلاق

على فرض انصرافه عن الوجود النادر انما ينصرف عنه اذا لم يكن من هذا القبيل بل كان نادرا في نفسه.

(ثانيهما) ان حكمه جعل الخيار و تشريعه للتروى فى المبيع بأنه معيب أم لا،

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (١ و ٣) من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٤

قوله: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري (١).

و لا محل للتروى فى المبيع الكلى.

وفيه: أولا ان العيب بنفسه موجب للخيار للشرط الضمنى الارتكازى، فلا تكون الحكمه هو العيب.

و ثانيا- أغمضنا عما ذكرنا لكن نقول: ما الدليل على هذا المدعى، فانه من الممكن أن يكون الوجه للخيار التروى و اختيار أحد الطرفين.

و ثالثا- ان ملاك تشريع خيار الحيوان لو كان ما ذكره المستدل فلا بد أن يلتزم بعدم خيار الحيوان فيما اذا كان المشتري عالما بالعيب فى الحيوان، و هو كما ترى.

و رابعا- أنه سلمنا أن حكمه جعل خيار الحيوان حل العقد فى صورته ظهور العيب فى المبيع الا أنها غير موجهه لقصر الحكم على موردها. و بعبارة أخرى:

ان الحكم لا- يكون مقصورا على مورد وجود الحكمه، و الفرق بين الحكمه و العله أن الحكم عام فى الامول و دائر مدارها فى الثانى. فتحصل من جميع ما ذكرنا أن خيار الحيوان لا يختص بالمبيع الشخصى بل يعم الكلى أيضا، سواء كان كليا فى المعين أو فى الذمه.

[المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]

اشاره

أقول: يقع البحث فى مقامين: أحدهما ان خيار الحيوان يختص بالمشتري او يعم البائع أيضا كما ذهب اليه السيد المرتضى، ثانيهما انه اذا كان الثمن حيوانا أيضا هل يثبت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان أم يثبت الخيار فيما يكون الحيوان منتقلا الى المشتري. و يجمع الفرعين ما لو بيع بقرشاه.

(أما المقام الأول) و هو ما لو بيع بقر بعشره دنانير فهل يثبت الخيار للبائع كما يثبت للمشتري أو لا يكون الا للمشتري

اشاره

المشهور فيما بينهم أنه لا يثبت الا للمشتري.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٠٥

...

بل عن الغنيه و الدروس الاجماع على عدم ثبوته للبائع. و فى قبال هذا قول بثبوته للبائع أيضا، ذهب اليه المرتضى و ابن طاوس، بل عن الانتصار دعوى الاجماع عليه،

و ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوته للبائع أمور:

الاول- الاجماع.

و يرد عليه: أولا- انه اجماع منقول و ليس حجه، و ثانيا انه معارض بخلافه كما مر عليك، و ثالثا أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع مع ذهاب المشهور الى خلافه، و رابعا انه على فرض تحققه محتمل المدرك و لا يكون تعديا.

و من الممكن أن يكون الوجه فى ادعاء الاجماع كونه على وفق الاصل، أى الاستصحاب ببعض التقريبات، فانه ربما يكون الوجه فى ادعاء الاجماع فى كلام القدماء كون الحكم موافقا للأصل.

الثانى - استصحاب جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس

و فيه أولا- ان الدليل أخص من المدعى، لا- مكان سقوط خيار المجلس بالاصاله أو بالعرض، ففى مثل هذا المورد لا يجرى الاستصحاب.

و ثانيا- ان هذا الاستصحاب من قبيل جريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، لان الشك فى ارتفاع الكلى و عدمه ناش من احتمال وجود آخر مقارنة للفرد المعلوم ارتفاعه، و الاستصحاب المذكور غير جار كما حقق فى محله.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى الحكم الكلى معارض بأصاله عدم الجعل الزائد كما بيناه مرارا و حققناه فى محله.

الثالث- ما رواه محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام

قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٠٦

...

بالخيار ثلاثه ايام فى الحيوان و فيما سوى من ذلك من بيع حتى يفترقا «١» و هذه الروايه تامه دلالة و سندا، فانه يستفاد منها تعميم الخيار للبائع و المشتري، الا أن فى مقابلها نصوص تدل على اختصاص الخيار بالمشتري، فلا بد من ملاحظه المجموع و اجراء القواعد عليه، فانتظر فانا نتعرض له عن قريب إن شاء الله.

و استدلل للقول المشهور بوجوه أيضا:

منها – الاجماع.

و يرد عليه ما ورد فى سابقه.

و منها – عموم دليل وجوب الوفاء،

فانه يدل على لزوم العقد مطلقا و انما خرج عنه المشتري فيما اذا كان المبيع حيوانا و بقى الباقي تحته.

و لا وجه لما ذكره الشيخ قدس سره من فرض الكلام فيما لا يوجد خيار المجلس و اتمام الكلام فى غيره بعدم القول بالفصل، اذ فيه أولا- ان عموم العام محكم أعم من أن يكون له عموم الزمانى أم لا، و لا يجرى استصحاب الحكم الخاص، و على تقدير القول به انما نلتزم به فيما يكون التخصيص من الوسط لا من الاول كما فى المقام. و ثانيا ان الاجماع لا يكون حجه فكيف بعدم القول بالفصل.

و منها – النصوص الداله على أن البيع يلزم بالافتراق فنلتزم باللزوم من طرف البائع فيما يكون المبيع حيوانا

و نلتزم بالجواز من طرف المشتري، و من تلك النصوص ما رواه الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

قلت له ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري. قلت: و ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا ...

«٢».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١ و ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٥.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٠٧

...

ان قلت: ان فى الروايه المذكوره فصل بين الحيوان و غيره، بأن الخيار فى غير الحيوان ما لم يفترقا و الخيار فى الحيوان ثلاثه ايام، و التقسيم قاطع للشركه فلا يشمل ما يكون المبيع فيه حيوانا.

قلت: بناء على هذا لا بد أن نلتزم بعدم ثبوت خيار المجلس فى الحيوان، و هو كما ترى. هذا أولا و ثانيا ان الدليل لا ينحصر فى هذا الخبر كى يجرى هذا البيان، لاحظ صحيح الحلبي عليه السلام قال فيه: أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار ما لم

يفترقا فاذا افترقا وجب البيع «١» فانه ليس في هذا الخبر و مثله تفصيل كى يكون قاطعا للشركه.

و قد استشكل المحقق الايروانى على الشيخ بوجهين:

الوجه الاول: ان تمسك الشيخ لاختصاص خيار الحيوان بالمشتري بعموم «اذا افترقا وجب البيع» غير سديد، اذ معنى وجوب البيع هو عدم قابليته للانحلال، فاذا ثبت الخيار و لو لأحد المتبايعين لم يكن البيع واجبا بل كان مما يتطرق اليه الفسخ، و حينئذ فاذا ثبت الخيار للمشتري فى المقام ذهب قوله «وجب البيع» من قبيل العام و دليل الخيار لأحد المتبايعين من قبيل المخصص كى يتمسك بعموم وجب بالنسبه الى الاخر، و كأنه اشبه الامر على المصنف و قاس المقام بخطاب «أوفوا».

و الحق أن يقال: ان الامر اشبه على هذا المحقق، فان معنى الخيار ملك فسخ عقد و حله، فان حل العقد قد يكون بيد المشتري و قد يكون بيد البائع، و ثالثه بيد الاجنبى و رابعه لا يكون قابلا للانحلال. و لا مانع من أن يكون حل

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢) من أبواب الخيار، الحديث (٤).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٨

...

العقد بيد المشتري بخيار الحيوان دون البائع تمسكا بعموم دليل الافتراق، و أى فرق بين المقام و بين خطاب «أوفوا»، فكما يجوز أن يتمسك بأوفوا لوجوب الوفاء بالنسبه الى المتبايعين الذى اذا خرج أحدهما يبقى الاخر تحت دليل وجوب الوفاء، فكذلك المقام، فما أفاده قدس سره ادعاء محض، و الامر مشتبه عليه لا على الشيخ قدس سره.

(الوجه الثانى) ان الوجوب المستفاد من قوله «فاذا افترقا وجب البيع» وجوب اضافى لا وجوب بقول مطلق، فان الخيار المنفى فى الذيل هو الخيار المثبت فى الصدر لا مطلق الخيار.

و الجواب عنه:

أولاً ان قوله «وجب البيع» له اطلاق متفاهم عند العرف.

و بعبارة أخرى: لا مانع من الاطلاق و لا دليل على التقييد.

و ثانياً- انه على فرض التسليم يختص هذا الاشكال بما فيه لفظ فاء التفريع و أما ما ليس فيه التفريع فلا مجال لهذا التوهم. لاحظ موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جاريه بثمن مسمى ثم افترقا. قال: وجب البيع «١».

و منها- جملة من النصوص،

و من تلك النصوص ما رواه محمد بن مسلم:

البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام «٢».

بتقريب أن الاختصاص يعلم من التقابل الذى وقع بين خيار المجلس و الحيوان، و لو لا ذلك لم يكن وجه للتقابل.

و منها- ما رواه على بن اسباط

عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٢) من ابواب الخيار، الحديث (٥).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٠٩

...

سمعتة يقول: الخيار فى الحيوان ثلاثة للمشتري. و تقريب الاستدلال بها واضح لكن الرواية ضعيفة بعلى بن محمد «١».

و منها- ما رواه على بن رئاب

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة ايام نظره «٢».

فانه لا شبهه فى دلالة الروايه على الاختصاص، ولا يرتبط بمفهوم اللقب و الوصف.

ان قلت: هذه الروايه وارده فى الجاربه و لا اطلاق فيها.

قلت: أولا- انه يفهم من سؤال الراوى انه كان عالما بأصل الكبرى بأن الخيار مجعول فى مورد الحيوان الذى منه الجاربه، و انما كان جاهلا بالخصوصيات.

و بعباره أخرى: يفهم من السؤال انه انما سأل عن الجاربه من باب انها حيوان.

و ثانيا لو فتح باب هذا الاشكال يشكل اجراء الحكم فى العبد و الامه، فان عنوان الجاربه لا يصدق على العبد و الامه، و هو كما ترى.

و منها - ما رواه فضيل

قَمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ١٠٩

عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري «٣».

فان دلالة الروايه على الاختصاص مما لا- ينكر و لا يرتبط بمفهوم الوصف و اللقب، فانه عليه السلام أجاب بعد السؤال عن يكون له الخيار، بل نقول يفهم الاختصاص من الكلام و لو مع عدم سبق السؤال، فان الاختصاص يفهم

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٨).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٩).

(٣) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٠

...

من حرف الجر.

وقد استشكل المحقق الايروانى بأن اللام فى قوله «ثلاثه أيام للمشترى» للغايه لا للاختصاص بأن جعل الخيار لأجل رعايه

حال المشتري لا- أن المجعول له الخيار هو المشتري. إلا أنه قدس سره قد التفت بفساده و لذا عدل عن ذلك و افاد بأن في النفس من حمل اللام على الغايه شىء سيما مع صراحه صحيحه ابن رثاب في الاختصاص فتكون قرينه للبقية. و الحق كما أفاده و الجملة المذكوره ظاهره في الاختصاص بلا كلام.

ان قلت: ان الجملة المذكوره و ان كانت ظاهره في الاختصاص الا- أن الاختصاص الذى تفيده اللام ليس الا أن المشتري لا شريك له في حق الخيار و انه مستقل في اعماله، لا أنه ليس فرد آخر من الحق قائما بآخر كما هو محل الكلام.

و بعباره أخرى: ان اللام تدل على الاختصاص و لا تدل على الانحصار.

قلت: ان الامر و ان كان كذلك فان الاختصاص لا يدل على الانحصار فان اللام في قوله «الجل للفرس» للاختصاص و هو لا يدل على الانحصار لإمكان أن يكون جل آخر لفرس آخر أيضا، الا- أن في المقام الاختصاص يلائم الانحصار، فان معنى اختصاص الخيار للمشتري عدم الخيار للبائع و الا لا يتحقق معنى للاختصاص.

و بعباره أخرى: الخيار القائم بهما الذى يرجع الى الاقاله لا شبهه في جوازه و انما الكلام في الخيار القائم بالمشتري، فمعنى اختصاصه به عدم جعل الخيار للبائع.

و الحاصل ان دلالة هذه النصوص على اختصاص الخيار بالمشتري لا شبهه و لا كلام فيها من حيث الاقتضاء، و انما الكلام من جهه المعارضه، و المعارض لهذه النصوص صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المتبايعان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١١

...

بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا ... «١».

و هذه الروايه بظاهرها

متعارضه مع النصوص الداله على اختصاص الخيار بالمشتري و لا بد من العلاج بينهما.

و ربما قيل فى مقام العلاج بأن معنى قوله «المتبايعان بالخيار» ان المشتري له الخيار و البائع عليه الخيار، و فساد هذا العلاج أوضح من أن يخفى.

و قد أفاد شيخنا الاعظم فى مقام العلاج أن صحيحه محمد بن مسلم أرجح سنداً من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الاسناد، و قد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما على غيرهما من الثقات، مضافاً الى ورودها فى الكتب الاربعه المرجحه على مثل قرب الاسناد من الكتب التى لم يلتفت اليها أكثر أصحابنا. و أما الصحاح الاخر المتكافئه سنداً لصحيحه ابن مسلم فالانصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فى الظهور مرتبه منطوق الصحيحه. الى أن قال: و لكن الانصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه.

و يرد عليه: أولاً ان اعراض الفقهاء عن العمل بقرب الاسناد لا يضر بحجيه الروايه المذكوره فيما اذا كانت حجه كما أن عملهم لا يجبر ضعفها ان لم تكن حجه.

و ثانياً- ان اعراض المشهور ان كان مسقطاً للخبر عن الحجيه فلا تصل النوبه الى المعارضه حتى يحتاج الى الترجيح، و ان لم يسقط ذلك فلا وجه للترجيح المذكور.

و ثالثاً- ان ترجيح الفقهاء روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٢

...

على غيرهم من الثقات لا- يساعد عليه و ان المرجحات فى باب التعارض معينه و لا يكون ترجيح الفقهاء من المرجحات و لا يكون عملهم حجه علينا فان الحجه عمل المعصوم فقط.

و رابعاً- ان قوله:

ان دلالة الصحيحه على ثبوت الخيار بالمنطوق و دلالة غيرها من الصحاح على نفي الخيار عنه بالمفهوم فيقدم الاول على الثانى، و اما صحيح ابن رثاب فهو بالمنطوق لكن الاشكال فى سنده من حيث ترجيح الفقهاء غيره من الروايات المعارضه له لكونها مذكوره فى الكتب الاربعه. ففيه ان خبر ابن رثاب أيضا يدل بالمفهوم غايه الامر اظهر من الدلاله من غيرها.

و خامسا- انه لا وجه لتقديم المنطوق على المفهوم بعد شمول أدله الحجيه لكليهما.

و سادسا- ان الاظهريه فى صحيحه محمد بن مسلم على فرض تسليمها لو بلغت الى حد القرينه بحيث يرى العرف قرينه لمعارضها فلا تعارض بين القرينه و ذى القرينه حتى يحتاج الى العلاج و البحث عن المرجح، و ان لم تبلغ الى هذا الحد فمجرد الاظهريه لا يوجب تقديمها على الاخر و لم يقم دليل على ذلك.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان مقتضى التحقيق فى المقام أن يقال: ان الروايات فى المقام تامه من جهه السند و الدلاله، فتقع المعارضه بينهما لا محاله، و الجمع العرفى مفقود بينهما، الا أن الروايات الداله على مبنى المشهور- و هى الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري- تتقدم على صحيحه محمد بن مسلم لكونها موافقه للكتاب، و نقل عن بعض أن الروايه الداله على الاختصاص مخالفه للعامه أيضا، و هى أيضا من المرجحات فى باب التعارض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٣

...

و يؤيد ذلك بكون القول بالاختصاص موافقا للمشهور و مقتضى الاصل العملى، اذ بعد تحقق البيع يحصل ملكيه دائميه بمقتضى البيع، و بعد خروج المشتري عن ذلك بمقتضى الدليل يشك فى خروج البائع عنه فيحكم بعدم الخيار له بجريان استصحاب العدم الازلى. و بهذا ظهر

وجه آخر للقول المشهور المنصور.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن ما ذهب اليه المشهور هو الصحيح و ما نسب الى السيد خلاف التحقيق.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول،

و أما المقام الثانى و هو ما كان الثمن أيضا حيوانا فهل يثبت الخيار للبائع أيضا أم لا؟

اشاره

نسب الى جماعه من المتأخرين منهم الشهيد فى المسالك ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان ثمنا و ثمنا، و ينبغى أن يقع الكلام فى مقامين: المقام الاول فى المقتضى، و المقام الثانى فى المانع.

(اما المقام الاول) [فى المقتضى]

فهو ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام «(١)».

بتقريب أن مقتضى اطلاق قوله «صاحب الحيوان بالخيار» يشمل البائع و المشتري، فاذا كان صاحب الحيوان مشتريا فقط كما هو الغالب فيختص الخيار به، و اذا كان الثمن حيوانا يثبت الخيار للبائع لصدق صاحب الحيوان عليه.

هذا تمام الكلام فى ناحيه المقتضى.

(و أما المقام الثانى) فما يمكن أن يكون مانعا أمورا:

اشاره

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب الخيار، الحديث (١).

منها- الروايات الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري،

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: في الحيوان كله شرط ثلاثه أيام للمشتري، و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط «١».

و منها- ما رواه الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشتري «٢».

فان المستفاد من هذه الروايات اختصاص الخيار بالمشتري، فتقع المعارضه بين الروايتين. و لا يصح الجواب عنه بعدم المفهوم لهذه الروايات حتى تقع المعارضه، فان دلالة هذه الروايات على الاختصاص واضحه، فلا يمكن انكارها، بل الحق في الجواب أن يقال: ان مورد السؤال و الجواب ما يكون المبيع حيوانا من دون ان يكون ثمنه أيضا حيوانا، فبناء عليه لا تقع المعارضه بين الطرفين، فالروايات الداله على نفي الخيار بالنسبه الى البائع ناظره الى مورد يكون المبيع فقط حيوانا، فلا تعارض ما يدل على الخيار للبائع بالنسبه الى مورد يكون الثمن حيوانا.

و منها- ما عن علي بن فضال

قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثه أيام... «٣».

و لا فرق في الروايه بين أن تقرأ كلمه «مشتري» بصيغه الفاعل أو المفعول، فان المراد به هو المشتري، اما على الاول فواضح و اما على الثاني فان الاشتراء من الامور الاضافيه يحتاج الى المشتري و المشتري فيستفاد منها الاختصاص.

و فيه: انه لا تنافي بين الاثباتين، فانه أي تعارض بين ثبوت الخيار للمشتري

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٥).

(٣) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب الخيار، الحديث (٢).

فيما يكون المبيع حيوانا و بين ثبوته للبائع فيما يكون الثمن حيوانا، و بين العنوانين عموم من وجه.

و منها - ما رواه محمد بن مسلم:

المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا «١».

أفاد الشيخ في وجه الجمع بين الروايتين المتعارضتين بأن صحيحه محمد ابن مسلم المئبته للخيار للمتبايعين ناظره الى ما اذا كان العوضان حيوانين، و لنا أن نقول بأنه لا- تنافى بين الدليلين كى يحتاج الى الجمع، فانه لا تنافى بين ثبوت الخيار للبائع فقط فى دليل و ثبوت الخيار للبائع و المشتري فى دليل آخر، لكن الاشكال يبقى بالنسبه الى ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله حيث قوبل فيها بين قوله «البيعان بالخيار حتى يفترقا» و «صاحب الحيوان بالخيار» فانه يعلم من هذا التعبير ان الخيار فى الحيوان لخصوص صاحبه و الا- كان حق التعبير أن يقال: و هما بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان، فمقتضى هذه الروايه اختصاص الخيار بصاحب الحيوان و مقتضى تلك

الروايه ثبوته لكليهما، لكن مقتضى حمل المطلق على المقيّد أن نقول: ان ثبوته لكليهما انما يكون فيما يكون العوضان كلاهما حيوانين، فان دلالة تلك الروايه على ثبوته لهما باطلاق.

ان قلت: ان حمل قوله «المتبايعان» على ما اذا كان العوضان حيوانين حمل على الفرد النادر.

قلت: و ليكن كذلك، فانه لا يضر بالتقيّد الذى بيناه اذا قام الدليل عليه.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: ان التعارض واقع بين الروايتين بالتباين فلا بد من مراعاة قانون التعارض، فالقانون يقتضى تقديم الدال على الاختصاص لكونه

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٦

قوله: مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

موافقا لعموم الكتاب، و يمكنك أن تقول: بأن النتيجة حاصله على كل تقدير، فانه يقدم أحد الدليلين على الآخر، فلو قدمنا ما يدل على ثبوت الخيار لكليهما يثبت المطلوب اذ ثبت الخيار للبائع، و لو قدمنا ما يدل على الاختصاص يثبت الخيار أيضا للبائع، لان المفروض أن صاحب الحيوان هو البائع فى مفروض المسأله.

و الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان التعارض وقع بينهما بالعموم من وجه فيتعارضان فيما كان الثمن و المبيع حيوانين، فالمرجع دليل لزوم الوفاء بالعقد.

مضافا الى جميع ما ذكرنا يمكن أن يناقش فى أصل المقتضى، و هو قوله «صاحب الحيوان بالخيار» بأن يقال: ان صاحب الحيوان منصرف الى خصوص المشتري فلا اطلاق فى المقام كى يتمسك به، و الشك فيه أيضا كاف للمطلوب فالحق ما ذهب اليه المشهور من اختصاص الخيار بالمشتري.

[مسأله مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

اشاره

أقول: وقع الخلاف بين الاعلام أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد أو من حين انقضاء خيار المجلس، نسب الثانى الى ابن زهره و الشيخ

الطوسى و الحلّى، و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه القول الثانى أمور:

(الاول) ان الخيار يثبت حين يثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرق فانه متزلزل ما دام خيار المجلس باقيا، فلا معنى لجعل الخيار للعقد المتزلزل، فيكون مبدأ الخيار من حين انقضاء خيار المجلس.

و يرد عليه: أولا ان هذا الكلام لا يرجع الى محصل، فانه لا مانع من جعل الخيار المتعدد للعقد الواحد. و ثانيا لو سلمنا ان خيار المجلس و الحيوان لا- يجتمعان الا- أن ذلك لا يوجب أن يكون خيار الحيوان بعد انقضاء خيار المجلس لما ذا لا يكون الامر بالعكس بأن يكون خيار المجلس بعد انقضاء خيار الحيوان.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٧

...

و ثالثا انه لا- وجه لرفع التنافى بما ذكر بل يمكن بوجه آخر، و هو الالتزام بخيار الحيوان فيما لا يكون خيار المجلس موجودا بالاصاله أو بالعرض أو نلتزم بعدم خيار المجلس فى الحيوان.

و ان شئت قلت: انه ما المراد من قوله «ان الخيار لا يكون الا فى العقد الثابت».

ان كان المراد ان الخيار يكون فى العقد الذى يكون غير قابل للانفساخ فهذا يرجع الى التناقض، و من الواضح أن بين عدم انفساخ العقد مع جعل الخيار تناقض واضح.

و ان كان المراد أن الخيار يكون فى العقد الذى فيه مقتضى للثبوت مع قطع النظر عن الخيار بحيث لو لم يكن الخيار للزم، فهو صحيح و المقام من هذا القبيل، فان العقد لو لا جعل الخيار يكون ثابتا.

و ان كان المراد أن الجمع بين الخيارين غير قابل. فيرد عليه مضافا الى ما ذكر من امكان تعدد الخيار للعقد الواحد أن هذا الاشكال يرجع الى الاشكال الآتى

فانتظر.

(الثانى) الاستصحاب، و له تقريبان: احدهما استصحاب الخيار الموجود حين تحقق المجلس الى ثلاثه أيام من حين التفرق، و ثانيهما استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان ما دام بقاء المجلس.

و يرد على التقريب الاول: أنه ما المراد من المستصحب، فان كان المراد منه خيار المجلس فهو مرتفع قطعاً بارتفاع المجلس، و ان كان المراد منه خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث كما هو مدعى الخصم، و ان كان المراد منه استصحاب الجامع بين خيار المجلس و الحيوان فهو داخل فى القسم الثالث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٨

...

من الاستصحاب الكلى فقد ثبت فى محله أنه غير حجه. مضافا الى ذلك ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب عدم الجعل الزائد.

و يرد على التقريب الثانى بأن استصحاب عدم حدوث خيار الحيوان لا يثبت ان مبدأه بعد التفرق الاعلى القول بالاصل المثبت، اصف الى ذلك انه لا تصل النوبه الى الاصل فى المقام مع وجود الاماره، فان مقتضى الدليل ان الخيار يثبت من حين العقد فلا مجال للأصل.

و قد أفاد الميرزا قدس سره على ما فى التقرير بأن استصحاب عدم خيار الحيوان الى زمان التفرق بنحو ليس التامه محل الاشكال.

و قال سيدنا الاستاذ: انه يمكن أن يجرى الاستصحاب على نحو الاستصحاب النعتى. توضيحه: ان صاحب الخيار قبل قوله «فسخت» لا يكون بيعه و هبته مؤثرين، لان العين خرجت من كيسه على الفرض، و لا يجوز تصرفه فى ملك الغير و تصرفه فيه لا يكون مؤثرا، و بعد قوله «فسخت» يشك فى نفوذ تصرفه، و الاصل عدم النفوذ.

و الظاهر أن ما افاده سيدنا الاستاذ دام ظله لا يتم الا على القول بصحة الاستصحاب التعليقى، بأن يقال: ان تصرف

صاحب الخيار لو كان قبل الفسخ لم يكن نافذا فيشك في نفوذه بعد الفسخ فيجرب استصحاب العدم. وقد بينا في موضعه أنه ليس بحجه.

و التحقيق أن يقال: ان استصحاب العدم الازلى لا مانع من جريانه كما حققناه فى محله، و كذلك الاستصحاب النعتى بالتقريب غير التعليقى، و هو أن بيان الاحكام كان تدريجيا فى زمن النبى صلى الله عليه و آله. و من الواضح أنه لم يجعل الخيار فى أول زمن رسالته، فنشك بعده بأنه هل جعل الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١١٩

...

قبل انقضاء المجلس أم لا، فيجرب الاستصحاب.

الا أنه يرد على هذا التقريب: انه مثبت و معارض بأصالة عدم حدوث الخيار بعد انقضاء المجلس.

و الذى يسهل الخطب أن يقال: ان الامر اذا وصل الى هذه المرحلة فلنا أن نقول: ان مقتضى البيع صيروره الملك مال المشتري الى الابد و الثمن ملك البائع، و لا يخرجان من ملكهما كما هو مقتضى العمومات الا بالسبب الشرعى، فاذا شك فى أن الفسخ سبب للخروج أم لا يحكم بعدمه، فانه لا يجوز أكل مال الغير الا بأسباب مقرر شرعيه، و لم يثبت أن الفسخ مؤثر فلا يجوز.

(الثالث) انه لو لم يكن مبدأ الخيار التفرق و انقضاء خيار المجلس لزم اما اجتماع المثلين أو اجتماع السببين على مسبب واحد، لاین الثابت قبل التفرق اما خياران أو خيار واحد، فان كان الثابت خيارين لزم اجتماع المثلين، و ان كان واحدا بسببين من المجلس و كون المبيع حيوانا لزم اجتماع السببين على مسبب واحد.

و أجاب عنه: الشيخ بأن الخيارين ان اختلفا من حيث الماهيه فلا بأس بالتعدد و ان اتحدا فكذلك، اما لان الاسباب معرفات و اما لأنها علل

و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنه الاخر أو سبقه.

و التحقيق أن يقال: ان الاسباب و المسببات فى الاحكام لا- يكون لهما محصل، بل هى أمور راجعه الى التكوينيات، فان وزان التكوين يغير التشريع، و هو لا يحتاج الى سبب و عله بل هو يحتاج الى اعتبار الشارع فقط، و له أن يجعل خيارين للعقد الواحد.

ان قلت: لا نسلم ان يكون باب الاعتبار واسعا بهذا المقدار، و لذا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٠

...

الالتزام بأن يعتبر الشارع للشئ الواحد الملكيتين.

قلت: الامر و ان كان كذلك الا أنه ممنوع من جهه لغويته و عدم ترتب الاثر على جعل الملكيه ثانيا، بخلاف المقام فان لكل من الخيارين أثرا، و هو أنه اذا أسقط أحد الخيارين فله فسخ العقد بالخيار الاخر.

هذا أولا، و ثانيا انه لو سلمنا و قلنا بالاسباب و المسببات فى عالم التشريع- بأن قلنا تشريع الاحكام أيضا له علل و اسباب- لكن نقول: ان فى الامور الخارجيه أيضا لا محذور من أن يوجد المسبب باجتماع السببين، فان الحراره توجد بالغضب و الاضطكاك مثلا و بانتفاء أحدهما يبقى المسبب بوجود سبب آخر، و الاحكام الشرعيه أيضا كذلك فلا محذور أن يوجد الخيار بسببين فى صوره اجتماعهما اذا وجدا معا أو بأسبقهما اذا وجد أحدهما سابقا.

(الرابع) انه قد دل بعض «١» الاخبار على أن تلف الحيوان فى الثلاثه من البائع، فلو كان خيار المجلس ثابتا للبائع كما هو المفروض و يكون مبدأ الثلاثه من حين العقد يلزم خلاف قاعده أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

و أجاب عنه الشيخ قدس سره بأن أدله التلف من البائع محموله على

الغالب من كون التلف بعد انقضاء المجلس فيحمل المطلق على الفرد الغالب.

و فيه: انه لا وجه لرفع اليد عن الاطلاق، و هو منعقد فى المقام كما هو واضح.

و الحق فى المقام أن يقال: ان الدليل دل على أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له، و هذا الدليل قد خصص فى المقام بما دل على أن التلف من الثلاثة من البائع.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٥) من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢١

...

و يمكن تقريب المدعى: بأن التلف ممن انتقل عنه أمر على خلاف القاعده لكن نلتزم على خلافها للدليل، و قد ثبت فى المقام أن التلف فى الثلاثة من البائع مع أنه خلاف القاعده الاولى، اذ تلف كل شىء بحسب الطبع على مالكة.

فتحصل ان الوجوه المذكوره لإثبات حدوث خيار الحيوان من حين انقضاء خيار المجلس غير تامه.

ثم ان هذا كله على تقدير عدم تدافع بين الخيارين من حيث دليلهما، و أما لو قلنا بأن المستفاد من الدليل عدم اجتماعهما فى موضوع واحد فلا تصل النوبه الى هذا البحث كما هو واضح.

فنقول: انه لإثبات التدافع تقريران: الاول أن المستفاد من بعض نصوص الباب التقابل بين الخيارين، ففى صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا.

بتقريب أنه عليه السلام فصل بين الحيوان و غيره باثبات خيار الحيوان فى الاول و المجلس فى الثانى، و التفصيل قاطع للشركه.

و اعترض على هذا التقريب باعتراضين:

أحدهما- ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظلّه من أن المستفاد من الروايه العقد السلبى لا الايجابى، أى ينتهى أمد أحدهما بانتهاى الثلاثة و الآخر بانقضاء المجلس

فلا- تقابل بين الايجابين، فالاطلاق المقتضى لثبوت خيار المجلس فى الحيوان محكم. و ما أفاده دام ظله و ان كان أمرا قابلا بحسب الثبوت، لكن مقام الاثبات و الفهم العرفى من الكلام لا يساعده، فهذا الاعتراض ساقط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٢

...

ثانيهما- ان الصحيحه ساقطه عن الاعتبار اما للاعراض و اما لمرجوحيتها بالنسبه الى جمله من النصوص، فلا تنهض لإثبات المطلوب.

و يرد عليه: أن الاعراض لا- يسقط الروايه عن الاعتبار، سيما فيما يعلم وجه الاعراض كما فى المقام، اذ الظاهر أن الاعراض بلحاظ المرجوحيه بالنسبه الى غيرها من الروايات، و أما المرجوحيه فان قلنا بأن النسبه بين هذه الروايه و قوله «صاحب الحيوان بالخيار» عموم من وجه كما ذكرنا سابقا فالاعتراض واضح الدفع، اذ بناء عليه يكون التعارض بين الدليلين بالاطلاق و يسقطان فى مورد الاجتماع و هو مورد يكون المبيع حيوانا فقط، فانه يقع التعارض بينهما بالنسبه الى البائع و يبقى الامر بالنسبه الى المشتري بحاله، و تكون النتيجة ان المتبايعين فى غير الحيوان بالخيار ما دام المجلس باقيا و المشتري للحيوان بالخيار الى ثلاثه ايام. و بعبارة أخرى: التقابل باق بحاله.

و ان قلنا بأن النسبه بين الروايتين التباين و قلنا ان مركز النفي و الاثبات هو البائع للحيوان و رجحنا ما يدل على عدم الخيار لموافقته الكتاب فأیضا لا- يتم أمر الاعتراض، اذ الاستفادة من الروايه أمور: الاول كون الخيار فى غير الحيوان ما دام المجلس، الثانى كون الخيار للمشتري الى الثلاثه، الثالث كون الخيار للبائع الى الثلاثه، الرابع التقابل بين الخيارين من حيث المورد. و الذى يكون مركز المعارضه كون الخيار للبائع فلا وجه لرفع اليد عن بقيه مداليل الروايه.

ان قلت:

الدلالة على التقابل فرع الخيار، ومع عدم دلالة على الخيار لا يبقى مجال لإفاده التقابل، وعبارة أخرى: الدلالة الالتزامية تابعه للمطابقه.

قلت: الدلالة على الخيار سقطت عن الاعتبار بالنسبة الى البائع للحيوان،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٢٣

...

و أما دلالة على خيار الحيوان بالنسبة الى المشتري و على خيار المجلس بالنسبة الى غير الحيوان فلم تسقط عن الاعتبار، فلا تغفل.

هذا هو التقريب الاول، الثاني من التقريبات انه يستفاد من كل من دليلي خيارى المجلس و الحيوان أن العقد يلزم بانقضاء المجلس أو الثلاثة فلا يجتمعان.

و فيه: انه لو قلنا بأن المستفاد من دليل الخيارين أن الحكم حيثى - أى يحكم بالزوم بانقضاء أمد الخيار من حيث هذا الخيار- فلا مجال لهذا التقريب، اذ لا تعارض. و أما لو قلنا بأن الحكم مطلق فلهذا التقريب وجه، لكن مقتضى الصنائه أن يخص كل منهما بالآخر، فهذا التقريب غير سديد.

و حيث أن التقريب الاول تام فالحق أن يقال: بان خيار المجلس غير ثابت فى الحيوان، كما أن الامر لو وصل الى مرحله الشك يكون مقتضى وجوب الوفاء و مقتضى استصحاب عدم جعل الخيار عدمه، الا أن يقال: بأنه لو انتهى الامر الى الشك فاطلاق بعض أخبار خيار المجلس محكم، حيث أنه ليس فيه اجمال فلاحظ.

(مسألة): هل يكون مبدأ الخيار زمان الصيغه أو زمان حصول الملك؟

و تظهر ثمره البحث فى البحث الفضولى، فان الخيار فى البيع الفضولى يتحقق من حين العقد على الاول و من حين الاجازه على الثانى. و الذى يظهر من كلام الشيخ انه متوقف على الاجازه.

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام انه على القول بالنقل فى الاجازه بجميع أقسامه لا- مجال للبحث فى المقام. فان البحث يكون مبتنيا على القول بالكشف الحقيقى، افاد سيدنا

الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير أن الخيار من حين الاجازه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٤

قوله: مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام (١).

حتى على القول بالكشف فى الاجازه، اذ الخيار عباره عن حل العقد و هو محقق من حين الاجازه.

و يرد عليه: أنه كيف يمكن تحقق الملكيه و عدم تحقق العقد، فان العقد محقق بلا كلام، غايه الامر ان الانتساب لم يتحقق، بل يمكن أن يقال: بأن الشرط المتأخر لو فرض صحته لكان الانتساب أيضا حاصلًا، بل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمالك و لو مع فرض عدم الانتساب، اذ المفروض تحقق الملكيه بالفرض المحال، لكن عمده الكلام أن أصل المبنى فاسد قطعًا فلا يتحقق الخيار الا بعد الاجازه بناء على صحه الفضولى.

(مسأله): مبدأ خيار الحيوان فى بيع الصرف و السلم قبل القبض أو بعده،

فيه أقوال. لا شبهه فى أن مقتضى الصناعه العلميه هو الثانى، لان أدله الخيار مخصصه لعموم «أَوْفُوا» و هو يتعلق بالعقد الصحيح فى نظر الشارع، و الفرض أن العقد الصحيح لا يتحقق الا بالقبض، و ما دام لم يحصل القبض لم يتحقق عقد حتى يحل بالخيار. اللهم الا أن يقال: ان قوله «أَوْفُوا» يدل على الحكم التكليفي فقط، و هو يتعلق بأعم من الصحيح و الفاسد. لكنه فرض فى فرض، و الحق أنه لا يتحقق الا بعد القبض،

[مسأله لا اشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثه ايام]

أقول: وقع الكلام فى أن الليلتين المتوسطتين داخلتان فى الثلاثه ايام، و المستفاد من اخبار الحيوان مفهومًا بأن الليل داخل فى مفهوم اليوم، أو يكون المراد من اليوم هو الزمان الممتد بين طلوع الشمس و غروبها، فدخول الليلتين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٥

...

فيها من باب الاستمرار المستفاد من الخارج بالتفاهم العرفى، كما يقال ذلك فى اقامه عشره الايام للمسافر.

الحق هو الثانى، فان مفهوم اليوم أمر واضح عند العرف. نعم حيث أن الخيار أمر مستمر تكون الليلتان المتوسطتان داخلتين فى الظرف، لا لما قيل بأن المراد بالايام الثلاثه ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد.

لكن عرفت بأن اليوم لا يشمل الليل بالمفهوم، بل انه يدخل من باب الاستمرار المستفاد من الخارج، و لو عقد فى نصف الليل

مثلا يبقى الخيار الى آخر يوم الثالث بحسب المتفاهم العرفى، بأن يحتسب مبدأ الخيار من حين انعقاد العقد من دون أن تنقص من الايام شىء، لأنه اذا لم يلتزم بذلك فلا بد من الالتزام اما بثبوت الخيار من أول اليوم- بان يفصل بين الخيار و العقد مده طويله- و هو

كما ترى، واما نلتزم بنقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من الليل، وهذا خلاف الفهم العرفى من اللفظ.

و للسيد اليزدى هنا كلام، و هو أنه فرق واضح بين قوله «للمشتري الخيار من حين العقد الى مضى ثلثه أيام» وقوله «له الخيار ثلثه أيام فى الحيوان»، فان فى العبارة الاولى يكون المراد من اليوم نفس البياض فقط، و هذا بخلاف العبارة الثانية، فان الليالى داخله فى مفهومها، و حيث أن الدليل ورد على النهج الثانى فالليل داخل فى الظرف. و لم نفهم ما أفاده قدس سره من الفرق بين العبارتين و لو شككنا فى اراده أى من المعنيين فمقتضى الاستصحاب بقاء الخيار.

وفيه: أولا ان عموم دليل وجوب الوفاء محكم فى المقام، و معه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، فان اجمال المخصص لا يسرى اليه لكونه منفصلا، فيتمسك بعموم العام.

و ثانيا- ان الاستصحاب فى الاحكام الكليه لأزال معارضا مع استصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٦

قوله: يسقط هذا الخيار بامور (١).

عدم الجعل الزائد.

[الكلام فى مسقطات خيار الحيوان]

اشاره

أقول: وقع الكلام فى مسقطات خيار الحيوان، و هى على ما ذكرها أمور:

(الاول) اشتراط سقوطه،

اشاره

و قد تقدم البحث عنه فى مسقطات خيار المجلس فلا يحتاج الى الاعاده، انما الكلام فى بعض ما يتعلق به. قال الشيخ: و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة، و لا بأس به.

أقول: ان الحكم بسقوط البعض اما يكون باعتبار الافراد، بأن يكون للشئ ء أفراد متعدده فيحكم بسقوط بعض منها، و هو مفقود فى المقام، لان الخيار فى الثلاثه حق وحدانى مستمر الى آخرها لا حقوق متعدده بعدد الآنات، و اما يكون باعتبار الاجزاء، و الخيار ليس له أجزاء قابله لان يسقط بعضها ويبقى الاخر.

و العجب من السيد قدس سره حيث قال: ان حق الخيار و ان كان وحدانيا الا أنه بمنزله حقوق عديده باعتبار الايام و الساعات، فان مرجع هذا الكلام الى التناقض.

(مسألة) لو اشترط أحد سقوط الخيار و اشترط ثبوته ثانيا فهل يكون الشرط الثاني نافذا أم لا؟

وجهان.

و قد ذهب سيدنا الاستاذ دام ظلّه الى صحته مستدلا بقوله «المؤمنون عند شروطهم».

و يرد عليه: أولا انه كما يصح الاستدلال بدليل الشرط على صحه الشرط الثاني كذلك يصح الاستدلال به بصحه الشرط الاول، فيقع المعارضه بينهما.

و ثانيا- انه لا بد من السؤال من معنى شرط الثبوت بعد شرط السقوط،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٢٧

...

فان كان المراد منه أن يجعل الشارع له الخيار مع اسقاطه فلا معنى لهذا الشرط لعدم كون جعل الشارع مقدورا له فان الشرط لا بد أن يتعلق بالمقدور.

هذا أولا، و ثانيا ان الشرط المذكور خلاف السنه، اذ المفروض عدم الخيار شرعا مع فرض الاسقاط في ضمن الشرط الاول. و ان كان المراد منه عدم الاسقاط فهو أيضا مخدوش، لان الشرط الاول وقع صحيحا و سقط الخيار بمقتضاه فلا مجال للشرط الثاني.

(الثاني) اسقاطه بعد العقد،

و الكلام فيه مر في خيار المجلس.

(الثالث) التصرف،

ربما يقال ان التصرف ليس له موضوعيه في المقام، فانه مسقط بعنوان أنه طريق الى الرضا و كاشف عنه، و مرجع هذا القول الى انكار كون التصرف مسقطا، و في مقابله قول لمسقطيه التصرف بذاته و لو كان عن غافل بمسأله الخيار أو جاهل به.

ولا- يخفى أنه لا- مجال للتمسك بالإجماع، فانه كيف تمكن تحصيل الاجماع التعبدى في مثل المقام، فالعمده النظر في

النصوص الواردة فى المقام و استفاده الحكم منها حسب الصناعه، فنقول: قد وردت فى المقام نصوص:

منها- ما رواه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضى منه فلا شرط. قيل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «١».

أقول: ان قوله عليه السلام «فذلك رضى منه فلا شرط» يحتمل وجوها:

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٨

...

(الاول) أن يكون الامام عليه السلام مخبرا عن الواقع بهذه الجملة بأن احداث الحدث لو خلى و طبعه رضاء بالبيع غالبا، و عليه فقوله «فذلك رضى منه» ليس حكما تعبديا بل يكون فى مقام بيان أمر طبيعى و يكون قوله «فلا- شرط» معللا- بأن احداث الحدث عله الحكم. و بمعنى انه كاشف نوعا عن الرضا بلزوم العقد.

و يرد عليه: أن كون الامام فى مقام الاخبار عن الواقع خلاف ظاهر شأن الامام، فان الظاهر منه أن يكون فى مقام بيان الحكم و تشريعه، مضافا الى أن الامر ليس كذلك، فان مجرد احداث الحدث فى الحيوان لا يستلزم

الرضا.

(الثانى) أن تكون الجملة فى مقام بيان أن التصرف يكون بنوعه كاشفا عن الرضا بلزوم العقد و ان لم يكن موجبا له فى مورد خاص، و هو نظير ظهورات الالفاظ فانها حجة و ان لم يحصل منها الظن بالواقع.

و يرد عليه: أن ركوب الدابة لا- دلالة له على الرضا النوعى بلزوم العقد و لا يفهم منه اسقاط الخيار، و أما الرضا بأصل المعاملة فهو كان موجودا من أول الامر و ان لم يحدث حدثا فيه الا أنه خارج عن المبحث.

(الثالث) ان تكون فى مقام بيان أن التصرف رضاء تعبدا، فان الشارع حكم بأن التصرف رضاء بالحكومة. و هذا الوجه متين فى نفسه، و المستفاد من الرواية أن احداث الحدث فى الحيوان رضاء بالعقد تعبدا، بل يستفاد من ذيل الرواية أن كل تصرف لا يجوز لغير المالك يسقط الخيار و ان لم يكن موجبا لإحداث حدث فيه كالنظر و اللمس.

ان قلت: لا نسلم أن يجوز التعدى الى كل التصرف، فان فى الرواية قد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٢٩

...

تقابل فى حديث الصفار بين الركوب و احداث الحدث، و معه كيف يجوز التعدى اليه.

قلت: ان التقابل المذكور لا يمنع عن الحكومة التى بينها، اذ التقابل فى كلام السائل لا فى كلام الامام.

ان قلت: كيف يمكن أن يلتزم بأن التصرفات مطلقا رضاء بلزوم العقد بالتعبد، اذ يلزم أن يكون جعل خيار الحيوان لغوا، فانه كيف يجتمع الخيار مع سقوطه بكل تصرف و لو لم يكن موجبا للتغير فى الحيوان.

قلت: لا- نسلم أن يكون خيار الحيوان لغوا، فانه تظهر الثمرة فيما اذا لم يسلم البائع الحيوان الى المشتري ثلاثة أيام، فان له خيارا مع أنه لم يتصرف فى المبيع

لعدم وقوعه تحت يده. مضافا الى أن التصرف في الحيوان بأخذ زمامه و إيصاله الى الاصطبل لا يكون مسقطا. و الحاصل ان الاستفادة من مجموع النصوص أن التصرف في الحيوان بتصرف لا يكون الا للمالك يسقط الخيار.

و ان أبيت عما ذكرنا فنقول: المسقط للخيار التصرف الموجب لحدوث الحدث في الحيوان لا مطلق التصرف. نعم نلتزم بسقوطه باللمس و التقييل و النظر للنص.

و منها- ما عن محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله ان يردھا في الثلاثه الايام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: اذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء «١».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٣٠

قوله: الثالث خيار الشرط، أعنى الثابت سبب اشتراطه في العقد (١).

و الاستفادة من هذا الحديث أن التصرف اذا كان موجبا لإحداث حدث في الحيوان يسقط الخيار و الا فلا.

و منها- ما عن علي بن رئاب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى- الى أن قال: قلت له:

أ رأيت ان قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: اذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته «١».

فان الاستفادة من هذه الروايه أن التصرف مسقط للخيار و ان لم يحدث فيه حدثا.

[القسم الثالث خيار الشرط]

اشاره

أقول: القسم الثالث من الخيار خيار الشرط، وقع الكلام بين الاعلام في صحته، أفاد الشيخ لا خلاف في صحته.

ما قيل أو يمكن أن يقال في وجهها أمور:

(الاول) الاجماع،

و قد ادعى الشيخ قدس سره أن نقل الاجماع مستفيض.

و يرد عليه: أن تحقق الاجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام مستحيل.

(الثانى) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله،

و هو أن البائع حين بيعه اما يملك المبيع للمشتري حتى بعد الفسخ و اما يملكه الى حين الفسخ و اما يملكه مهملا من هذه الجبهة، و القسم الاخير محال لاستحاله الاهمال فى الواقعيات، و القسم الاول- أعنى تمليكه له حتى بعد الفسخ يرجع الى التناقض، اذ من الواضح أن التمليك حتى بعد الفسخ مع انتفاء الملكيه بالفسخ متنافيان، فيتعين القسم الثانى أعنى التمليك الى قوله «فسخت». و بما أن العقود تابعه للقصد و الشارع

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣١

...

يمضى العقد بهذه الكيفيه المخصوصه يصح بهذا النحو.

و عليه لا- يرد علينا ما أورد على القوم بأن شرط الخيار مخالف للكتاب أعنى عموم دليل وجوب الوفاء، و الشرط المخالف للكتاب ساقط عن الاعتبار. لأنك عرفت مما بيناه أن العاقد ملك المبيع على النحو الموقت، أعنى الى قوله «فسخت»، و أمضاه الدليل بهذه الكيفيه المخصوصه فلا يرد عليه ذلك الاشكال.

و يرد عليه: أولا ان صحه البيع المذكور مبنيه على صحه البيع الغررى، و الاستاذ لا يلتزم بذلك لتزلزل العقد، فان المشتري لا يعلم وقت حصول الفسخ و هو غرر عليه.

و ثانيا- انه لو فرضنا أن المشتري باع ما اشتراه من ثالث ثم فسخ البائع الاول فلا بد أن يلتزم الاستاذ ببطان البيع الثانى، اذ بالفسخ ينكشف أن المشتري باع ما لم يكن مالكا له. و لا يمكن الالتزام بهذا اللازم و الاستاذ أيضا غير ملتزم به، كيف و لازم الفسخ دفع العوض، فان

البيع تلف حكما.

و ثالثا- ان البيع الموقت غير معهود عند العرف فلا تشمله الادله، لا أقول انه أمر غير متصور لكن المرتكز في الازدهان الدوام في حقيقه البيع فلا يشمله دليل الصحة.

و رابعا- ان الفسخ أمر يرفع ما هو ثابت. و بعبارة أخرى: يفهم العرف من هذا الشرط أن من له الشرط يرفع الامر الموجود في عالم الاعتبار بأن يكون الفسخ أمد ذلك الامر الاعتباري.

و خامسا- انا لا نسلم أن يكون التمليك غير الموقت مع جعل حق الفسخ من قبيل الجمع بين المتنافيين، بل نقول: ان البائع بقوله «بعت» قد ملك المبيع للمشتري مطلقا أعم من وقوع الفسخ بعده أم لا، غاية الامر انه يجعل

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٣٢

...

لذى الخيار حق فسخ العقد، نظير باب النكاح فان النكاح الدائم يوجد بانشاء نكاح الزوجيه الدائمه و لا تكون محدوده بقوله «طلقت»، فانها محققه سواء تحقق الطلاق أم لا الا أن الطلاق بمنزله القطع و ازاله الزوجيه فانه يقطع أمد الزوجيه. و المقام أيضا من هذا القبيل، فان الفسخ بماله من المعنى يتوقف على تحقق الملكيه الدائمه الثابته، و لا تنافى بين الامرين، فان الشارع بالبيع يعتبر الملكيه الدائمه و بالفسخ يرفع اليد عن هذا الاعتبار، و الاتحاد الزمانى من الوحدات المشروطه فى التناقض فلا تغفل.

(الثالث) ما أفاده سيدنا الاستاذ أيضا

بأن المستفاد من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» ان الشارع قد جعل أمر الالتزام ببقاء العقد أو انحلاله بالفسخ بيد المتعاملين، فانهما ان كانا راضيين ببقاء العقد يكون لازما و ان لم يكونا راضيين فالعقد يكون جائزا.

فانقدح مما ذكرنا أن الشارع جعل لزوم العقد و جوازه بيد المتعاملين، فيجوز

لهما أن يلتزما بلزوم العقد و لهما أن يجعللا العقد جائزا. و ملخص الكلام أن المستفاد من دليل خيار المجلس أن أمر اللزوم و الجواز بيد المتعاقدين، غاية الامر ان الشارع جعل الخيار بمقدار زمان المجلس.

و يرد عليه: أن هذا ادعاء بلا دليل، و لو كان الامر كما ادعاه سيدنا الاستاذ لكان اللازم فساد العقد الصادر من الغافلين من هذه الجهة، و هو كما ترى. و انا قد بينا سابقا أن معنى الرضا فى الروايه مجمل لاحتمال أن يتعلق بالعقد أى العقد المرضى به لو انتهى مجلسه يلزم، و يمكن أن يكون المراد أن العقد بعد الرضا و عدم الفسخ فى المجلس، و يمكن أن يكون المراد أن الافتراق مع الرضا و بلا اكراه يلزم العقد. فتحصل ان هذا الوجه من الاستاذ أيضا لا يمكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٣

...

المساعده عليه.

(الرابع) ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله أيضا

بأنه لا شبهه فى صحه الاشتراط فى ضمن العقد كاشتراط خياطه الثوب فى ضمن البيع، و من الظاهر أن مفهوم الشرط لا يتحقق الا مع الارتباط، فمرجع اشتراط الخياطه الى تعليق الوفاء بالعقد على الخياطه، و بهذا الشرط يثبت الخيار عند التخلف فاذا كان هذا جائزا فاشتراطه ابتداء يجوز لعدم الفرق.

و يرد عليه: أولا ان صحه هذا الشرط بهذا النحو أيضا محل الاشكال و أين دليله.

ان قلت: يلزم لغويه الشرط كليه.

قلت: لا يلزم ذلك، اذ الشرط يمكن تحقيقه بنحو آخر، و هو تعليق أصل العقد على شىء كالخياطه، و لا يلزم التعليق الباطل، اذ التعليق يوجب الفساد فيما لا يكون المعلق عليه محرزا عند المتعاملين، و أما مع الاحراز فلا يبطل.

و حيث أن من عليه الشرط يلتزم عند الايجاب و القبول يكون المعلق

عليه محرزا فلا يلزم لغويه الشرط و لا ينحصر بتعليق لزوم العقد عليه.

و ثانيا- انه لا وجه لقياس المقام بذلك الباب، فان مفهوم الاشتراط و الارتباط يتحقق فى ذلك الباب، بخلاف المقام حيث أن شرط الخيار ابتدائى و لو جاز القياس يلزم القول بصحة جميع الشروط الابتدائيه، بأن نقول: لا فرق بين الابتدائى و الضمنى و أنى لنا بذلك.

(الخامس) النصوص الوارده فى المقام،

و هى كثيره الا- أنها لا تبلغ حد الاستفاضه كما ادعى الشيخ قدس سره، و لكن الخبر الصحيح موجود فى المقام و هو كاف للمطلوب.

منها- ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٤

...

يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله... «١».

و قد استشكل على الاستدلال بهذه الصحيحه من وجوه:

(الاول) ما أورده صاحب المستند بأن الشرط الذى يجب الوفاء به ما لم يكن مخالفا للكتاب و السنه، و أما خيار الشرط فهو مخالف للكتاب و السنه، أما الكتاب فعموم دليل وجوب الوفاء، و أما السنه فقوله عليه السلام «فاذا افترقا وجب البيع»، و لذا اضطر أن يتمسك لإثبات المطلوب بالإجماع، و قد ظهر مما ذكرنا حال الاجماع و أنه غير قابل للاستناد.

و قد أفاد السيد اليزدى قدس سره بأن ما فى المستند من الاشكال لا وجه له فان شرط الخيار ليس مخالفا للكتاب و السنه، لان وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب و السنه من مقتضيات اطلاق العقد لا من مقتضيات طبيعته، و كذا لا وجه لاستدلاله على المدعى بالإجماعات المنقوله، كما أنه لا مجال للتمسك بالاخبار الخاصه

و جعلها مخصصه لذلك العموم اذ عدم جواز كون الشرط خلاف الكتاب ليس عاما قابلا للتخصيص.

و يرد عليه: ان قوله: «ان لزوم البيع من مقتضيات اطلاق العقد لا من مقتضيات طبيعته» لا يرجع الى معنى محصل، فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد أنه كلما تحقق فهو لازم و كونه خياريا بدليل خاص لا يدل على أنه يخالفه و غير لازم بحسب طبعه و ذاته. و يدل على ما ذكرنا أن عقد النكاح عقد لازم و مع ذلك ربما يكون خياريا فهل يمكن أن يدعى أحد بأن النكاح حيث أنه يجرى فيه الخيار بواسطه بعض العيوب لا يكون لازما بحسب طبعه.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٦) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٣٥

...

هذا أولا، و ثانيا ان قوله «ان سياق أدله عدم صحه الشرط المخالف آب عن التخصيص» ممنوع، لان الادله المذكوره ليست من الادله العقلية حتى لا تكون قابله للتخصيص، غايه الامر قيام الدليل يكشف أن الحكم الواقعي موافق للشرط.

و أجاب عن الاشكال على ما فى التقرير سيدنا الاستاذ دام ظله، و حاصل ما أفاده: أنه قد علم من الشرع أن اللزوم لرعايه حال المتعاقدين و أمر العقد من هذه الجهه بيديهما، اذ يجوز لهما الاقاله. و ان شئت قلت: ان اللزوم حقى.

و يرد عليه: ان ما أفاده أمر ممكن ثبوتا لكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات و مجرد جواز الاقاله لا يثبت المدعى و المرجع دليل وجوب الوفاء.

و قد تصدى هو بنفسه لهذا الاشكال فى دوره أخرى و أفاد بأنه لا- فرق بين البابين، فكما أن الشارع يحكم باللزوم فى باب النكاح كذلك يحكم به فى باب البيع، فالاشكال باق

و أجاب عن الاشكال المحقق الايروانى بوجه آخر، و هو أن اشتراط الخيار اشتراط أن يسترجع ما دفعه حيثما أراد و يأخذه و يملكه متى ما أحب، و عموم الادله يشمل الشرط المذكور و يلزم المشروط عليه بدفع ما التزم بدفعه عند رجوع صاحبه.

و يرد عليه: انه ما المراد من الاسترجاع، فان كان المراد أن الشارع يكون له هذا الحق يعود المحذور، و ان كان المراد أن له أن يسترجع ما دفعه بلا موجب شرعى فهذا كما ترى، فان تملك مال الغير بلا رضى مالكة فاسد و سحت، و ان كان المراد منه أن يسترجع متى شاء باذن المشتري و رضاه فلا يحتاج الى الشرط المذكور فان الاقاله جائزه بل راجحه، و ان كان المراد انه اشتراط اذا أراد أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٦

...

يستقيل إقاله المشروط عليه فانه لا بأس به الا أنه أجنبي عن المقام، اذ لا يمكن للشارع استرجاع العين بلا موافقه صاحبه، غايه الامر يجب على الطرف أن يرضى بالفسخ و يجوز للحاكم أن يجبره حيث انه ولى الممتنع لكن المقصود غير حاصل.

(الثانى) ما اورده المحقق الايروانى بأن ظاهر الاخبار الحكم التكليفي و وجوب أن يكون المؤمن عند شرطه، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة فشرط الخيار خارج عن مقدار مدلول دليل الشرط.

و يرد عليه: أنه لا وجه لهذا التقييد، فان المستفاد من دليل الشرط لزومه و عدم انفكاكه، فان المؤمن عند شرطه، فان كان متعلقه الفعل يجب و ان كان أمرا وضعيا يصح.

(الثالث) أن شرط الخيار مخالف لما يقتضيه العقد فلا يشمله دليل المؤمنون لان شمول دليل الشرط عليه مع كونه خلاف مقتضى العقد يرجع الى التناقض.

الجواب عنه: ان مقتضى العقد هو حصول الملكيه، و أما اللزوم أو الجواز فهما من آثاره و احكامه، و لذا يقسم العقد باللزوم و الجواز.

(الرابع) ان شرط الخيار شرط الفعل الراجع الى الله سبحانه، فمعنى شرط الخيار فى ضمن بيع الدار مثلا يرجع الى أنه باع داره بشرط أن يجعل الله سبحانه له الخيار، و فعله سبحانه خارج عن تحت قدره المتعاقدين فلا معنى لهذا الشرط.

و الجواب عنه: انا نجد صحه هذا الشرط و لو ممن لا يعتقد به سبحانه، فلو صح وقوعه و صدوره عن غير المعتقد يعلم أنه لا مجال لهذا الكلام. و صفوه القول أنه لا مانع من جعل هذا الحق بين المتعاقدين فإنه نحو اعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٧

...

(الخامس) ان مفهوم الشرط لا يصدق على شرط الخيار، اذ الشرط لا بد أن يحقق فى ضمن أمر، و فى المقام ليس كذلك، اذ الربط المحقق للشرط لا يكون فى اشتراط الخيار.

و الجواب عنه: انه لا- شبهه فى تحقق الشرط فى المقام، فان البائع يعلق تمليك المبيع للمشتري على التزامه بالخيار المجعول، و هو واضح للمتأمل.

و لا يقال: ان هذا تعليق فى العقد، و هو مبطل له.

لأننا نقول: ان التعليق على أمر غير معلوم يبطل العقد، و أما فى المقام فان العقد معلق على الالتزام الموجود حين العقد.

فتلخص ان الاشكالات الواردة على الروايه غير وارده.

(السادس) من الامور التى استدلت بها لصحه شرط الخيار الاخبار الخاصه:

منها- ما رواه سعيد بن يسار قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر، و العشره ثلاثه عشر و تؤخر (نوجب) ذلك فيما بيننا و بين السنه و نحوها، و يكتب لنا

الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى اخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فنعه ان هو جاء
بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء، فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى فى الشراء؟

فقال: أرى أنه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «١».

و منها- ما رواه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك فى يد
المشترى قبل أن يمضى الشرط فهو

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٨

قوله: مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه (١).

قوله: نعم يشترط تعيين المده، فلو تراضيا على مده مجهوله كقدوم الحاج بطل بلا- خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا
لصيروره المعامله بذلك غريبه (٢).

من مال البائع «١».

فانه يستفاد من هذه الروايات الخاصه جواز جعل الخيار، مضافا الى أن هذا أمر تسالم الفقهاء عليه بحيث لا يعتريه الريب، و قيام
السيره المستمره الى عصر المعصوم عليه السلام كاشف عن الجواز، و ليس هذا تمسكا بالإجماع فلا تغفل.

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

أقول: وقع الكلام فيما بينهم فى أن جعل الخيار لا بد أن يكون متصلا بالعقد بل يصح جعله منفصلا عنه أيضا. ربما يقال كما
عن الشافعى بعدم صحه جعل الخيار المنفصل، اذ يلزم صيروره العقد جائزا بعد ما كان لازما. ورد بالنقض بخيار الرؤيه و
التأخير، و بالحل بأنه صحيح بدليل صحه الشرط.

و فيه: ان القياس بخيارى الرؤيه و التأخير لا يصح، اذ فيهما قام الدليل بخلاف المقام.

و اما الاستدلال بدليل الشرط ففيه انه محل الاشكال، فان قام اجماع تعبدى بعدم الفرق بين المتصل و المنفصل فهو و الا يشكل الامر لعدم الدليل لكنه يظهر منهم البناء على الجواز، انما الاشكال فيما تكون المده المقرره للخيار مجهوله للغرر.

[فى شرطيه تعيين المده فى هذا الخيار]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى مقامين: الاول ان ذكر المده المجهوله كقدوم

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب الخيار، الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٣٩

...

الحاج مثلا هل يوجب الغرر أم لا. الثانى ان الغرر الناشئ من ناحيه الجهل بمدته الخيار مبطل للبيع أم لا؟

(اما المقام الاول) فأفاد سيدنا الاستاذ على ما فى التقرير بأنه لا وجه للإشكال اذ المبيع و الثمن معلومان و المجهول مدته الخيار، و اذا كان هذا موجبا للبطلان يلزم البطلان و لو مع معلوميه المقدار، اذ لا يدري من عليه الخيار أن من له الخيار يفسخ أم لا، و على فرض فسخه متى يفسخ. بل لنا أن نقول: انه يجوز جعل الخيار ما دام العمر، و ما أفاده شيخنا الاستاذ بأن العقد له اقتضاء ان الملكيه، و اللزوم، و جعل الخيار مدته العمر ينافى مقتضى العقد، فاسد لان اللزوم و الجواز من أحكام العقد لا من مقتضياته. هذا ما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

و يرد عليه: ان المده لو لم تكن معلومه يمكن أن تنقضى بعد يومين، و يمكن أن تطول الى سنه، و لا ريب أن الاقدام على مثل هذه المعامله جزاف. نعم ربما يرتفع الغرر بأن من عليه الخيار يدري بأنه رابح على جميع التقادير. و ملخص الكلام انه لا يمكن الالتزام بعدم الفرق بين المده المجهوله و المعلومه.

لا يقال: ان الجهل بالمقدار المذكور لو كان موجبا

للغرر لكان فى خيار المجلس أيضا غرر أحيانا، فانه يمكن أن يبقى مجلس العقد الى سنه أو سنتين.

لأننا نقول: ان خيار المجلس حكم تعبدى شرعى يترتب على العقد الجامع للشرائط. و بعبارة أخرى: العقد فى نفسه يلزم أن يكون غرريا، و خيار المجلس لا يوجب غرريه العقد فانه من آثاره المترتبة عليه.

(و أما المقام الثانى) فهو البحث فى أن الغرر مبطل أم لا. فنقول: الجهل بالمدته تاره لا يكون دخيلا فى تفاوت القيمة، و أخرى يكون دخيلا. و لا كلام على الاول، اذ المفروض أنه لا غرر. و أما على الثانى فما يمكن أن يقال فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٠

قوله: لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المدته المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدته اصلا كأن يقول «بعتك على أن يكون لى الخيار»، و بين ذكر المدته المطلقه كأن يقول «بعتك لان يكون لى الخيار مدته» لاستواء الكل فى الغرر، خلافا للمحكى عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبي فجعلوا مدته الخيار فى الصوره الثانيه ثلاثه أيام (١).

وجه البطلان أمور:

منها: الاجماع. و يرد عليه أنه على فرض حصوله محتمل المدرك فلا أثر له.

و منها: ما أرسله العلامة عن النبى صلى الله عليه و آله بأنه نهى عن الغرر «١».

و يرد عليه: ان المرسله لا تكون حجه، و العمل بها على فرض تحققه لا يجبر ضعفها.

و منها: ان الشرط فاسد و هو مفسد فيه.

و فيه: أولا ان فساد الشرط اول الكلام، و ثانيا أن الشرط الفاسد لا يفسد.

و منها: ان الغرر فى الشرط يسرى الى العقد، و البيع الغررى باطل لما أرسله الشيخ قدس سره عن النبى

صلى الله عليه و آله انه نهى عن بيع الغرر «٢».

و يرد عليه: ان المرسله لا- اعتبار بها، لكن الالتزام بصحة بيع الغرر فى غايه الاشكال، فانه لا يبعد أن يكون البطلان مما تسالم عليه.

[لا فرق فى بطلان العقد بين ذكر المده المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المده اصلا]

أقول: أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان العقد باطل فى جميع الاقسام المذكوره لعدم التطابق بين الايجاب و القبول، فان القابل يمكن أن يجعل المده

(١) التذكرة، الجزء (١) الصفحه (٤٦٦).

(٢) الخلاف الصفحه (٥٢٨) المسأله (٥٢٨).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤١

...

ثلاثة أيام مثلا و الموجب جعلها عشره أيام، فلا يحصل التطابق بينهما و الحال أن التطابق لازم بين الايجاب و القبول.

وفيه: ان ما أفاده دام ظله لا يمكن المساعده عليه على اطلاقه، لأنه يمكن أن يجعل الموجب مده الخيار ثلاثة أيام و يقبله القابل عشره أيام فان عدم التطابق فى هذه الصوره لا يضر بصحة البيع، اذ المفروض أن القابل قبل ما أوجه الموجب مع الزيادة. نعم لو فرض أن قبوله يكون بنحو التقييد يشكل. نعم ما أفاده صحيح فى عكس المسأله، و هو فيما اذا جعل الموجب مده الخيار عشره أيام و يقبله المشتري ثلاثة أيام.

و قد نسب الى عده من الفحول أن مده الخيار تكون ثلاثة أيام فى صوره عدم ذكر المده أو ذكر المده المطلقه.

و ما يمكن أن يستدل به أمران:

أحدهما- الاجماع. و فيه أنه كيف يمكن تحصيل الاجماع التعبدى.

و ثانيهما- الروايات، فهى يمكن أن يكون مستفادا من كلام الشيخ «١» بقوله:

من ابتاع شيئا بشرط الخيار و لم يعين وقتا و لا- أجلا- بل أطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام، دليلنا اجماع الفرقه و أخبارهم. فانه يستفاد من كلامه قدس سره وجود الروايات فى المقام الا

أنه لم يذكر شيئاً في كتابي التهذيب والاستبصار، ولعل كان مقصوده من الاخبار هي الاخبار الواردة في خيار الحيوان، بتقريب أن الخيار في الحيوان ثلاثه أيام و ان لم يشترط فيكون في غيره كذلك اذا اشترط الخيار و لكن لم يعين مدته بطريق أولى.

و لا يخفى عدم تماميه هذا التقريب، فان خيار الحيوان في الثلاثه قام عليه

(١) الخلاف الجزء (١) الصفحه ٥١٢ المسأله ٢٥.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٢

قوله: مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد (١).

الدليل و أما في المقام فلا دليل.

و قد روى في كتب العامه أن حنان بن منفذ كان يخدع في البيع لشجبه أصابته في رأسه، فقال له النبي صلى الله عليه و آله: اذا بعث فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثا «١».

و هذه الروايه من حيث السند لا اعتبار بها، و أما من حيث الدلاله فأفاد سيدنا الاستاذ دام ظله ان الاستدلال بمثل هذه الروايه لا ثبات مدته الخيار ثلاثه أيام كالأستدلال على وجوب الجهر في صلاه الجمعة بقوله «الماء اذا بلغ قدر كر لا ينجسه شيء»، و أما جعل الخيار ثلاثا لحنان يمكن أن يكون من باب أنه صلى الله عليه و آله ولى الأمر بجعل الخيار له لمصلحه قد علمها، و لا وجه للتسريه، و معنى قوله «لا خلابه» يحتمل ان يكون خديعه. و الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند، و معها لا تصل النوبه الى البحث عن داليتها.

و الحاصل ان جعل المده بجميع أقسامها المذكوره باطل عند القوم لسريان الغرر الى البيع.

[مسأله، مبدأ هذا الخيار من حين العقد]

أقول: ملخص كلامه أن مبدأ خيار الشرط من حين العقد و لو لم يصرح به، لانصراف الاطلاق اليه بحسب

الظهور العرفي، الا- أن يقال: ان المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لو لا الخيار لزم العقد، و لكن مقتضى هذا القول كون مبدئه في الحيوان بعد انقضاء الثلاثه. و ملخص الكلام: ان مقتضى الاطلاق ثبوته من حين العقد.

نعم لو قلنا باستحاله تعدد الخيار لا بد من جعله في زمان لا يكون خيار من ناحيه أخرى. و لذا من يرى الاستحاله يلتزم بكون مبدئه من حين التفرق أو

(١) التذكرة الصفحه ٥١٩ المسأله ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٣

قوله: مسأله يصح جعل الخيار للأجنبي (١).

بعد الثلاثه.

و يرد عليه: ان هذا خلاف تبعيه العقود للقصد، فيلزم الالتزام به من حين العقد أو يلتزم بعدم تحققه، لكن الالتزام بثبوته على خلاف ما قصد لا دليل عليه.

ثم انه لو جعل المبدأ من حين التفرق فهل يكون صحيحا أم لا؟ قد تقدم أن الظاهر بناء القوم على جعل الخيار مع الانفصال، فمن هذه الجبهه لا اشكال فيه انما الاشكال من ناحيه الغرر، فلو جعل الخيار من حين التفرق الى آخر الشهر لا اشكال، اذ معلوم أن العقد خيارى الى آخر الشهر اما للمجلس و اما للشرط، و أما لو جعل من حين التفرق الى ثلاثه أيام فربما يشكل، فانه لو احتمل بقاء المجلس مده طويله لا يدري من عليه الخيار أن العقد متزلزل من أى مقدار من الزمان، فيلزم رعايه أن لا يدخل الغرر فى العقد.

[مسأله يصح جعل الخيار للأجنبي]

اشاره

أقول: وقع الكلام فى صحه جعل الخيار للأجنبي و عدمها، و لا بد من البحث فيه من جهات:

(الجبهه الاولى) أنه كما يجوز جعل الغير وكيلا من قبل ذى الخيار يجوز أيضا جعل الخيار له اصاله أم لا.

و الكلام تاره فى امكانه و أخرى فى اثباته: أما بحسب الامكان فهو أمر ممكن و عدم كونه مالكا للعين لا ينافى كون زمام الامر بيده كما فى ارث الزوجه مع أنها لا تترت من العقار، و لا فرق فيما ذكر بين القول بأن الخيار متعلق بالعقد و بين تعلقه بالعين. و

أما بحسب مقام الاثبات فالتحقيق أن المستفاد من ادله الشروط نفوذ كل شرط الا ما خالف الكتاب و السنه، و شرط الخيار للأجنبي مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء فلا يكون نافذا.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٤

...

و لا يجوز التمسك بعموم وجوب الوفاء بالشرط، لأنه ليس بمشعر، فلا بد أن يكون مشروع الشرط ثابتة في الرتبة السابقة حتى يشملها الدليل، لوضوح أن الحكم لا- يحقق موضوعه، أضف الى ذلك كله أن مقتضى الاستصحاب أيضا عدم ثبوت حق للأجنبي، فالحق عدم صحه جعل الخيار للأجنبي، فعلى مسلكنا لا تصل النوبه الى البحث عن الجبهه الثانيه الا انا نتعرضها على مسلك القوم.

(الجبهه الثانيه) ان الاجنبى على فرض جعل الخيار له لا بد أن يراعى مصلحه الجاعل أم لا.

و التحقيق أن يقال: ان جعل الخيار له اما يكون على نحو الوكاله و اما على الاصله، فعلى الاول لا بد من مراعاة مصلحه الموكل الا أن يفهم الاطلاق من التوكيل، و على الثانى فاما مجعول له من الطرفين و اما من طرف واحد، فلو كان مجعولا من الطرفين فلا اشكال فى أن أمر العقد بيده و له أن يفسخ و لو كان بمصلحه أحدهما دون الآخر و ان كان من طرف واحد فاللازم مراعاة صلاحه اذ من يجعل له الخيار يطلب صلاحه فالجعل قاصر من أول الامر فلا استقلال له.

(الجبهه الثالثه) ان جعل الخيار للأجنبى هل يحتاج الى قبوله أم لا؟

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظلّه أن قوله «الناس مسلطون على أموالهم» «١» يدل على سلطنه الناس على أنفسهم بالفحوى، فيحتاج جعل الخيار له اذنه.

و يرد عليه: أولا ان الروايه ضعيفه السند، و عمل المشهور على تقدير استنادهم اليه لا يجبر ضعفها. و ثانيا ان الامر ليس كذلك، فانه لو أباح أحد للغير التصرف فى ماله يجوز للمباح له و لا يتوقف على رضاه، كما انه نلتزم

(١) بحار الأنوار، الجزء (٢) الصفحه ٢٧٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٥

قوله: مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد (١).

بجواز الوصيه التملكيه مع عدم توقفه على رضاه، و العمده هو الدليل على مشروعيه جعل الخيار للأجنبي و مقدار دلالتة، و حيث أنه لا دليل فى المقام فلا يحرز و لو مع رضاه و قبوله.

(الجهه الرابعه) ان الخيار على تقدير صحه الجعل للأجنبي هل ينتقل الى وارثه أم لا؟

و التحقيق فى المقام أن يقال: ان جعل الخيار للأجنبي ان كان بنحو التوكيل فلا ينتقل الخيار الى وارثه لعدم المقتضى، و ان جعل بالاصاله فلا مانع من انتقاله لان ما تركه فلو ارثه.

(الجهه الخامسه) انه هل ينعزل بعزل الجاعل أم لا؟

الحق أنه ان كان على نحو الوكاله فلا شبهه فى انعزال الوكيل بالنعزل، الا أن يقع فى ضمن عقد لازم بل عقد جائز على مسلكنا، و ان كان بنحو الاصله فلا يبعد بقاءه و عدم زواله بالنعزل، اذ لا وجه لانعزاله بعد ثبوته له لكن جميع ذلك فرض اذ قلنا بأنه لا دليل عليه.

[مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الاجنبى فى أمر العقد]

اشاره

أقول: ان الاستيمار يتصور على وجهين:

أحدهما- أن يجعل الخيار لنفسه و يشترط الاخر عليه أن لا يختار أحد الطرفين من الفسخ و الامضاء الا بتعيين المستأمر بصيغته المفعول، ففى هذه الصوره لا شبهه فى ثبوت الخيار لمن له الخيار، فاذا فسخ قبل امر المستأمر أو أجاز يكون الفسخ صحيحا و كذا اجازته. نعم كان عاصيا تكليفا و يكون للاخر خيار تخلف الشرط فى صوره الاجازه.

و ثانيهما- أن يكون خياره على تقدير أمر المستأمر، بأن يكون نفس الخيار معلقا على أمر المستأمر و لو فسخ قبل أمر المستأمر أو بعد أمره بالامضاء لم يؤثر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٦

قوله: ثم فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحه و عدمه و جهان (١).

و لو أمر المستأمر بالامضاء ليس له الفسخ. نعم لو أمره بالفسخ الظاهر أنه له الاجازه اذ لكل ذى حق اسقاط حقه الا أن يشترط عليه بامثال أمر المستأمر، ففى هذه الصوره لو لم يمثل و أمضى العقد يثبت للطرف خيار تخلف الشرط.

و للسيد اليزدى كلام فى حاشيته، و هو أن تعليق الخيار على أمر المستأمر كتعليق الخيار على قدوم الحاج فى كون الشرط غريبا،

و هو يسرى الى البيع فيكون باطلا.

و ما أفاده قدس سره متين جدا لو فرض كون العقد غرريا بهذا الشرط، فان الاشكال وارد من هذه الجهة لا من

جبهه التعليق كما توهمه بعض، فان التعليق فى المقام غير مبطل، اذ ليس هذا تعليقا فى العقد بل تعليق فى الشرط. لكن لنا أن نقول: بأن جعل الخيار بهذا النحو ليس أسوأ حالا من جعل الخيار للمشروط له بنحو الاستقلال فلا غرر.

[فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان]

أقول: هل يجب على المستأمر بالفتح أن يراعى مصلحة المستأمر بالكسر فى أمره أم لا؟ و الحق هو الثانى، فان مقتضى الاطلاق ذلك، فانه اذا أمر بالخيار يثبت للمستأمر بالكسر و ان كان على خلاف مصلحته الا أن يقوم قرينه حاله أو مقالیه على اعتباره. و ربما يقال باعتبار مراعاة المصلحة و الا لا أثر لأمره الا أنه أمر ذوقى لا يمكن التمسك به.

قد استدلل على صحه هذا الشرط بعموم دليل الشرط كقوله «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و فيه: ان دليل عموم الشرط كما مر لا يشمل الشرط المخالف للكتاب و السنه، فان شرط الخيار مخالف لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد. نعم يمكن اثبات

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٦ من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٧

...

الصحة بالاخبار الخاصه الوارده فى المقام، و بعضها و ان كانت ضعيفه سندا الا أن فى الصحيح منها غنى و كفايه، و قد مر التعرض للأخبار الداله على شرط الخيار فى صدر المسأله، و المراد بابن سنان عبد الله بن سنان عند الاطلاق و يؤيد ذلك ما فسره صاحب الوسائل.

و مما يدل على جواز جعل الخيار برد الثمن صحيحه سعيد بن يسار قال:

قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انا نخالط أناسا من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم للعشره اثنى عشر، و العشره ثلاثه عشر و تؤخر «نوجب» ذلك فيما بيننا و بين

السنة ونحوها و يكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فعنده ان هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه أن نرد عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى الشراء؟ فقال: أرى انه لك ان لم يفعل، و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه «(١)».

و الاشكال فى الروايه بأنه يمكن أن يكون المراد اشتراط الاقاله. مدفوع، فانه خلاف الظاهر كما أن احتمال كون البيع صوريا أيضا خلاف الظاهر.

و يدل عليه أيضا ما رواه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشتري لى ان أنا جئتك بثمانها الى سنة ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال: الغله للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٤٨

قوله: ان اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه (١).

و هذه الروايه واضحه الدلاله على المطلوب، الا أنه نوقش فى سندها بارسالها حتى صاحب الحدائق قد عبر عنها بالمرسله، و لكن الحق خلافه، فان ظاهر قوله «حدثنى» من سمع شهاده باسماع الراوى عن أبى عبد الله عليه السلام، و الظاهر من اشهاده كونها عن حس، فانقدح أنه لا اشكال فى جوازه.

[مسأله من أفراد خيار الشرط ما يضاف اليه و يقال له بيع الخيار]

[الأمر الأول فى أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار يتصور على وجوه]

إشاره

أقول: ان المصنف قدس سره

بعد اثبات صحة اشتراط الخيار رد الثمن تعرض لأمر و نحن نتعرض لها تبعاً له:

(الاول) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للخيار

فيكون الخيار متوقفا على رد الثمن و يكون مده الخيار منفصله عن العقد، لان وجود الخيار مشروط برد الثمن فلا يحصل قبله. ثم ان اخذ رد الثمن قيذا للخيار اما بنحو التعليق أو التوقيت، و يمكن أن يكون الفرق بين التعليق و التوقيت بأن يعلق الخيار على رد الثمن بلا توقيت بوقت معين و يعلق على رده في وقت معين، فالاول تعليق و الثاني توقيت.

و قد أورد فيه بايرادين:

أحدهما- انه تعليق، و هو يوجب البطلان (و يدفع) بأن التعليق في الشرط لا يوجب البطلان، فان القدر المتيقن من الاجماع على بطلان التعليق هو العقد و هذا تعليق في الشرط.

ثانيهما- ان جهاله مدته توجب كون البيع غريباً. و الحق أن يفصل بين التوقيت و التعليق بكون الثاني غريباً دون الاول، اذ المفروض أن المده معلومه في التوقيت بخلاف التعليق.

(الثاني) أن يؤخذ رد الثمن قيذا للفسخ

بأن يكون له الخيار من أول العقد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٤٩

...

لكن لا- يفسخ الا في زمان رد الثمن، فلو فسخ بلا رد الثمن الظاهر صحه فسخه، لكن للطرف أن لا يسلم العين الا بعد تسلم الثمن، فان الارتكاز العقلاني يقتضى هذا المعنى.

(الثالث) أن يشترط الفسخ برد الثمن

بأن يفسخ بنفس الرد. و أفاد سيدنا الاستاذ بأنه عين الوجه الثاني و لا وجه لجعله وجها مستقلاً.

(الرابع) أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد.

إشارة

و لا بد من تنقيح هذا المعنى، فانه لو كان معناه أن العقد يفسخ بنفسه فهو فاسد لأنه خلاف المقرر الشرعي، و ان كان مرجع هذا الشرط الى الفسخ من حين العقد معلقا على الرد فلا وجه لفساده،

فان ما يمكن أن يرد عليه أحد وجوه:

الوجه الاول – ان الشرط المذكور داخل في شرط النتيجة و لا دليل على صحته.

و الجواب عنه نقضا و حلا: أما النقض فباشتراط الوكاله في ضمن البيع، و أما الحل فان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط لا مانع من شموله لشرط النتيجة.

الوجه الثاني – أن هذا تعليق في الشرط و هو باطل.

و الجواب عنه أنه لا دليل على بطلان مطلق التعليق، فان الدليل الدال عليه هو الاجماع فيؤخذ بالقدر المتيقن منه و هو العقد. و أما التعليق في الشرط فلا دليل على بطلانه.

الوجه الثالث – ان الشرط المذكور مناف لمقتضى العقد،

لان العقد لا بد أن يكون محققا حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد الثمن، و اذا كان البيع منفسخا بالشرط الحاصل في ضمنه فلا يعقل.

و يرد عليه: ان الايراد المذكور انما يرد لو قلنا بانفساخ العقد في مرتبه تحققه في آن واحد، و أما لو قلنا بتأخر الانفساخ عن العقد فلا يلزم ما ذكر.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٥٠

...

الوجه الرابع – أن الشرط المذكور مخالف للكتاب و السنه،

لان الفسخ يحتاج الى سبب شرعي، و الانفساخ بنفسه حين رد الثمن خلاف ما قرره الشارع.

و بعبارة واضحة: ان انتقال المبيع من المشتري الى البائع بلا إنشاء قولي و فعلي غير ثابت في الشريعة.

و يرد عليه: انا قد بينا آنفا أن اشتراط الانفساخ في ضمن العقد على نحو شرط النتيجة إنشاء لفسخ العقد فراجع.

(الخامس) ان البيع عباره عن التمليك الدائمي، و جعل الخيار بهذا النحو ينافيه.

و الجواب عنه: أنا لا نسلم التنافي المدعى، بل المفروض أنه يتحقق الملكيه الدائمه ثم يفسخ العقد من حينه بنحو التعليق.

فتحصل: ان الشرط المذكور ان كان على نحو انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل، و ان كان على نحو شرط النتيجة في ضمن العقد فلا مانع من نفوذه بعد شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط.

(السادس) أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الاقاله على المشتري،

بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله اذا جاء بالثمن. أفاد الشيخ اذا جاء بالثمن تجب عليه الاقاله و لو أبى أجبره الحاكم أو أقال عنه لأنه ولي كل ممتنع.

(السابع) أن يكون رد الثمن شرطاً للبيع،

يعنى اذا رد البائع فعلى المشتري أن يبيع العين من البائع و يجب عليه البيع لو رد الثمن للشرط و اذا امتنع يرجع الى الحاكم. هذا تمام الكلام فى الامر الاول.

(الامر الثانى) أن الثمن المشروط رده اما أن يكون شخصياً، و اما يكون كليا.

اشاره

و يقع الكلام فى مقامين: أحدهما فى فرض عدم قبض الثمن، ثانيهما فى فرض قبضه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥١

...

(أما المقام الاول) [فى فرض عدم قبض الثمن]

فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يثبت الخيار و ان لم يتحقق الرد، اذ الرد شرط فى صورته القبض.

و الاحسن فى مقام التقريب أن يقال: ان الرد ان كان له موضوعيه فى جعل الخيار فلا يتحقق قبل الرد لعدم تحقق موضوعه، و أما ان كان الرد طريقاً لحصول الثمن عند المشتري يثبت الخيار. و حيث أن الظاهر المرتكز هو الثانى يثبت كما أفاده المصنف

(و أما المقام الثانى) [فى فرض قبضه]

اشاره

فيقع الكلام فى ثلاثه فروع:

الفرع الاول أن يكون الثمن شخصيا،

ففى هذه الصوره اما يشترط فى الخيار رد عين الثمن المدفوع، فلا اشكال فى عدم ثبوت الخيار بلا فرق بين بقائها و تلفها، كما أنه لا فرق فى صوره التلف بين أن يكون بفعله أو بفعل الاجنبى بالاختيار أو بغير الاختيار أو يكون بآفه سماويه. و أما لو اشترط أعم من رد العين فى صوره بقائها و بدلها فى فرض عدمها- كما هو الظاهر المتعارف من رد الثمن- فيثبت الخيار، و لو شرط رد البديل مع قيام العين هل يكون نافذا أم لا؟

ربما يقال بأن قضيه الفسخ هو رجوع كل من العينين الى صاحبه الاصلى، فاشترط رجوع البديل مع قيام الاصل شرط على خلاف المقرر الشرعى.

و يمكن أن يصحح الشرط المذكور بوجهين: أحدهما أن يتحقق معاوضه ببيعه بين الثمن و ببدله بنفس الشرط المذكور. و يمكن أن يورد عليه بايرادين:

الايراد الاول- ان هذا تعليق فى البيع فيكون باطلا. و يمكن أن يجاب عنه بأن التعليق وقع فى ضمن الشرط و لا اطلاق لدليل بطلان التعليق. لكن الظاهر أن الاشكال وارد، فان المفروض أن البيع المعلق فاسد و هذا من مصاديقه.

الايراد الثانى- ان البيع مما له أسباب خاصه، فلا يحصل الا بتلك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٢

...

الاسباب. و يمكن الجواب عنه بأن البيع لا يتوقف على سبب خاص بل يحصل بأى سبب كان، و لذا يحصل بالمعاطاه، فالميزان أن يصدق عنوان البيع و لو بمعونه قرينه.

ثانيهما- أن يوكل المشتري البائع أن يبدل بين الثمن و ببدله، و البائع بعد الفسخ يتصدى أصاله من نفسه و وكاله عن المشتري. اللهم الا أن يناقش بأنه يكون التعليق فى عقد الوكاله، فلو فرض

بطلان التعليق فى مطلق العقود يعود المحذور.

و لمدعى الصحه أن يستدل باطلاق النص الوارد فى المقام، و هو ما رواه سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام حيث قال: أرى أنه لك أن لم يفعل و ان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه «١».

بتقريب أن قوله عليه السلام «ان جاء بالمال» يعم رد البديل و لو مع بقاء الاصل. لكن الانصاف انه لا اطلاق فى الروايه من هذه الجهه، فان الفسخ يقتضى دخول الثمن فى ملك المشتري و ليست الروايه فى مقام بيان حكم آخر.

و الله العالم.

(الفرع الثانى) ما اذا كان الثمن كلياً فى ذمه البائع،

فلا شبهه فى دفع البديل فى ثبوت الخيار، لان ما فى ذمه البائع يسقط عنها بوقوع العقد. و ان شئت فقل بأن فى ذمته تلف.

(الفرع الثالث) أن يكون الثمن كلياً فى ذمه المشتري،

فشخصه فى ضمن فرد و المشخص فيه اما تالف و اما باق، أما على الاول فيجرى فيه ما مر من الموضوعيه و الطريقيه، و أما على الثانى فالظاهر أنه بالفسخ ينتقل الى المشتري فلا بد من رده اليه.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٣

...

(الامر الثالث) ان الفسخ يحصل بمجرد الرد أو هو مقدمه للفسخ؟

قال المصنف: قيل ظاهر الاصحاب أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ.

أقول: الحق أن يقال: ان الفسخ يتحقق بكل شىء يدل عليه من القول و الفعل و الرد من الافعال التى يمكن أن يتحقق به الفسخ، فان هذا واضح على فرض اشتراط الخيار قبل الرد، و أما اذا علق الخيار على الرد فهل يفسخ العقد بنفس الرد أم لا، الظاهر هو الثانى، لان الخيار فى رتبه لاحقه على الرد فكيف يحصل به الفسخ.

قال سيدنا الاستاذ دام ظله: ان تأخر الخيار عن الرد رتبي و هو غير ضائر.

نعم لو كان الخيار متأخرا عن الرد زمانا لا يمكن أن يتحقق بنفس الرد، فلا مانع من كون الفسخ المتأخر عن الرد رتبه حاصلًا بالرد.

و الظاهر ان ما أفاده تام، اذ لا نرى مانعا من أن يكون زمان الخيار و الفسخ واحدا، فعليه يحصل الخيار بالرد و في ذلك الان يفسخ العقد.

و ربما قيل: ان الرد يدل على اراده الفسخ، و الاراده غير مراد.

و أجاب عنه الشيخ: بأن الرد يدل على اراده كون المبيع ملكا للبائع و الثمن ملكا للمشتري. و بعبارة أخرى: يدل الرد على اراده الفسخ و لا يعتبر في الفسخ أزيد من هذا.

و أما الاخبار الواردة في المقام فالانصاف انه بشكل اثبات الجواز بها، اذ الروايات ليست في مقام حصول الفسخ و

لو مع فقد الشرائط، و لذا لا يصح الفسخ لورد الثمن بمال مسروق.

و أما روايه معاويه بن ميسره حيث قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٤

...

منه الدار حاصر فشرط أنك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه ... «١».

فانها على قرض دلالتها لا أثر لها لضعف سندها بمعاويه بن ميسره، لكن الانصاف أنه لا يبعد أن العرف يفهم من قوله «فان جاء بالمال فى الوقت فرد عليه» أن الفسخ يحصل بالرد.

(الامر الرابع) ان الخيار لو كان مشروطاً بأن يتحقق بعد الرد فهل يجوز اسقاطه قبله أم لا؟

و الاشكال المتصور فى المقام عبارته عن اسقاط ما لم يجب، قال المصنف:

ان مقتضى ما صرح به فى التذكرة من أنه لا يجوز اسقاط خيارى الشرط و الحيوان، بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم جواز الاسقاط فيما نحن فيه أيضا، لأنه اسقاط ما لم يجب، الا أن يفرق بين المقامين بأن المشروط له فى المقام مالك للسبب من حيث تملكه للرد الموجب له، فله اسقاطه بخلاف ما فى التذكرة.

و يرد عليه: أن الفرق المذكور بين المقامين بكون المشروط له قادرا على الخيار من حيث تملكه للرد فى المقام لا يكون مانعا و لا- جامعا: أما الاول فلا مكان التفرق عن المجلس أيضا، فانه ربما يكون أحد المتعاقدين قادرا على التفرق عن المجلس، فما الفرق بين المقامين.

و أما الثانى فلانه يمكن أن يفرض عدم قدره على الرد فى المقام أيضا، كما اذا اشترط فى ضمن العقد أن يرد الثمن بعد شهر مثلا، فانه لا يقدر على الرد فى الحال. مضافا الى أنه لو

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٥

...

جاز اسقاط الخيار قبل البيع الخيارى، لأنه يقدر على العقد.

ان قلت: لا- يجوز قياس أحد المقامين بالآخر، فانه لا مقتضى للإسقاط قبل البيع، بخلاف الاسقاط بعد العقد، فان المقتضى للخيار- و هو العقد- موجود.

قلت: ان الفرق المذكور غير فارق بعد كون الملاك القدره على السبب، فانها موجوده فى كلا المقامين.

و ربما يجاب عن الاشكال بأنه ليس دليل على بطلان اسقاط ما لم يجب الا الاجماع، و القدر المتيقن منه غير المقام، حيث أن المقتضى فى المقام موجود بخلاف غيره.

و يرد عليه: أنه و ان كان الامر كذلك لكن الالتزام بصحة الاسقاط يحتاج الى الدليل، و ربما يستدل على صحة اسقاط الخيار قبل الرد بوجه ثالث، و هو أنه بالشرط يتحقق حق للشارط على المشروط عليه بالفعل، فله أن يسقط حقه الموجود، فلا يكون اسقاطا لما لم يجب.

و يرد عليه: ان الشرط قد يتعلق بفعل، كما لو اشترط خياطه ثوب فان المشروط له يملك الخياطه أعم من أن تكون الخياطه راجعه الى الحال أو تكون مقيده بزمان متأخر، غايه الامر يملكها بالفعل بنحو الواجب التعليقى، و قد يتعلق بالنتيجه فان كانت النتيجة ملكيه فعليه ككونه مالكا لدار كذائى له التصرف بالفعل، و أما اذا كان بحيث لا تحصل الملكيه الا بعد مضى زمان فلا ملكيه فعليه كى يتصرف فيها.

و ربما يجاب عن الاشكال بما ورد فى خيارى المجلس و الحيوان من سقوط الامول بالتفرق و الثانى بالتصرف، بتقريب أن مقتضى اطلاق النص سقوط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٦

...

الخيار و لو لم يكن

فعليا، فالمقام كذلك.

و يرد عليه: أولا- ان الالتزام بالسقوط فى ذلك المقام بالتعبد، و ثانيا ان الخيار فى بابى المجلس و الحيوان فعلى، فلا جامع بين المقامين.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم أنه لو ثبت اجماع تعبدى دال على الجواز يؤخذ به و الا يشكل الالتزام بالجواز.

و لا تصل النوبه الى ما قيل باستصحاب الخيار بعد الشك فى السقوط، لان الاستصحاب اب المذكور ساقط عن الاعتبار بالمعارضه، لان الخيار لم يكن محققا قبل الرد حتى يستصحب بقاءه. ثم ان المصنف أفاد بأنه لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معينا كفى فى الرد و له الاستبدال.

و أفاد المحقق النائنى قدس سره بأن ماله المال انما هو بصورته النوعيه العرفيه، فلو باع عبدا وحشيا فتبين أنه حمار وحشى بطل البيع سواء عين النوع بنحو التوصيف أو الشرط، كما أنه فى مقام القبض أيضا لو أقبض بدل العبد حمارا بطل القبض، لان المقبوض غير ما تعلق به البيع، فان البيع يتعلق بالصوره النوعيه لا بالماده الهيولانيه.

و أما لو باع عبدا شخصا موصوفا أو مشروطا بغير صفه الصحه كالكتابه فلو رد العبد و تبين فيه فقد الوصف أو الشرط فله الخيار بين الرضا بالفاقد أو الارش، و أما لو كان المبيع كليا فحيث أنه يتنوع بالوصف على نوعين فلو رد غير الموصوف فله التبديل، لان ما يستحقه فى عهده المشروط عليه هو القسم المتصف بالوصف فله اسقاط ما يستحقه، و لما لم يمكن اعطاء الوصف فى ضمن العين فيستبدل بعين أخرى.

فان الحق فى المقام أن يقال: ان الرد تاره شرط للفسخ بلا نظر الى كون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٧

...

المردود ملكا للمشتري، و أخرى

يكون المقصود رد ملك المشتري. أما على الاول فيثبت الخيار، اذ شرطه حاصل على الفرض لكن المشتري بعد الفسخ يملك الصحيح. و أما على الثاني فلا أثر لرد المعيب. نعم لو اشترط عليه بأن يقبل الاعم يجوز، كما انه يتصور هذا الشرط بغير الجنس. و ملخص الكلام ان رد المعيب في حد نفسه يكون كعدمه.

(الامر الخامس) وقع الكلام بينهم في أن هذا الخيار يسقط بالتصرف أم لا،

فينبغي أن يقع البحث في مقامين: الاول في المقتضى بأن التصرف مقتضى للإسقاط أم لا، الثاني في المانع.

أما الاول فنقول: ان التصرف بما هو لا يقتضى سقوط الخيار، نعم لو قامت القرينه على كون التصرف رضاء بالبيع يلتزم به، و التمسك بالاخبار «١» الواردة في خيار الحيوان بدعوى أن المستفاد منها كون التصرف مسقطا لخيار الحيوان، و حيث أنه ذكر فيها العله يتعدى منه الى المقام بعموم العله. مدفوع بعدم استفاده حكم كلي منها، فان الشارع حكم في ذلك الباب بسقوط الخيار بالتصرف تعبدا و لا وجه للتعدى الى غير مورده. و الحاصل ان التصرف المجرد عن القرينه لا يقتضى سقوط الخيار، و لا يمكن استفادته من الاخبار الواردة في خيار الحيوان، و الاجماع على تحققه محتمل المدرك.

فما يمكن أن يقال في وجه المنع أمور:

(الاول) ان الخيار معلق على رد الثمن فكيف يسقط بالتصرف قبل رد الثمن.

و فيه: أولا- ان هذا الاشكال انما يتوجه فيما لا يكون الخيار ثابتا بالنص، و ثانيا انه لو قلنا بجواز اسقاط ما لم يجب فلا مانع من اسقاطه بالتصرف قبل

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٥٨

...

تحقيقه برد الثمن. نعم لو قلنا بعدم جوازه فالاشكال وارد، لكن لا فرق من هذه الجبهه بين اللفظ و الفعل و

الاشكال مشترك.

(الثانى) ان التصرف لا يكون مسقطا فى المقام، لان بناء المعامله على التصرف فى العوض فلا يكون كاشفا عن الرضا بالبيع.

و هذا الوجه متين فى حد ذاته الا- أنه لا- يعد من الموانع، بل معناه أنه ليس فيه اقتضاء الاسقاط، و لذا لو قامت قرينه على أنه أسقط الخيار بالتصرف لا يبقى مجال لهذا التقريب. اصف الى ذلك أنا لا نسلم كون بناء العقد فى هذه المعامله على التصرف مطلقا، بل يمكن أن يتعلق الغرض بنفس وجود العوض بلا تصرف فيه.

(الثالث) ان المستفاد من موثقه عمار حيث قال عليه السلام «ان جاء بثمانها رد اليه» «١»، ان الخيار ثابت برد الثمن و لو مع التصرف فى الثمن، و بهذه الموثقه تخصص عموم ما دل على سقوط الخيار بالتصرف.

و يرد عليه: انا قد بينا أن التصرف لا اقتضاء له لسقوط الخيار، و معه لا تصل النوبه الى التمسك بالمانع، فالعمده فى الاشكال عدم المقتضى.

(الامر السادس) أنه لو تلف المبيع تكون خسارته على المشتري

كما أن منافعه له، و هو مقتضى القاعده و النص، بل لا خلاف فيه بين الاصحاب، و انما الكلام فى أن خيار الشرط منوط بوجود المبيع و بقائه أم لا- و فى المسأله أقوال ثلاثه: أحدها سقوط الخيار بتلف المبيع سواء كان التلف بعد الرد أم قبله، ثانيها بقاؤه مطلقا و هو مختار المصنف، و ثالثها التفصيل بين قبل الرد و بعده بأن التلف قبل الرد مسقط له و أما بعده فلا كما ذهب اليه صاحب الجواهر قدس سره.

و ما يمكن أن يقال فى وجه سقوط الخيار بالتلف أمران:

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٥٩

...

الاول- ان الخيار متعلق بالعين، و اذا

تلف المبيع فلا يبقى موضوع للخيار فينتفى بانتفاء موضوعه.

و الجواب عنه: انا لا نسلم كون الخيار متعلقا بالعين، بل انه متعلق بالعقد، و الذى يشهد لذلك أن الغرض من بيع الخيار تصرف البائع فى الثمن و له أن يتلفه بالتلف الاعتبارى أو الحقيقى، فلو كان الخيار متعلقا بالعين لكان منافيا له.

الثانى- أن غرض البائع من الخيار فى البيع المذكور صيانته ماله من التلف فلو تلف فلا مجال للخيار.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون غرض البائع صيانته ماله بعينه مطلقا، بل ربما يتعلق غرضه بحفظ ماله أعم منه و من بدله.

و ثانيا: ان الاغراض لا مدخلية لها فى جعل الاحكام، فلا بد من ملاحظه الدليل، فان دل على عدم سقوطه بالتلف نلتزم به بلا ملاحظه غرض البائع.

نعم لو قيد خياره ببقاء العين لكان لهذا الكلام مجال و هذا أمر آخر.

و أما القول الثالث- و هو التفصيل بين قبل الرد و بعده- فقد اختاره صاحب الجواهر، و لعله توهم أن قاعده كل بيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له تشمل ما انتقل عن ذى الخيار، و من ناحيه أخرى لعله توهم أن مقتضى تلك القاعده حق الفسخ و الرجوع الى البدل، فأفاد بأنه لو كان التلف قبل الرد فليس للبائع الفسخ اذ قبل الرد لا خيار له، و أما لو كان التلف بعد الرد يكون له الخيار فيجوز له الفسخ و الرجوع الى البدل.

و على هذا الفرض يكون فى كلامه جهات من الاشكال: الاولى انه يمكن أن يكون الخيار ثابتا قبل الرد كما مر. الثانيه ان مقتضى تلك القاعده تحقق الانفساخ لا ثبوت الخيار و حق الفسخ. الثالثه أن ضمان المبيع فى

...

أمر على القاعده الاولى فانه مالك العين، و تلف كل شىء على مالكة بحسب الطبع الاولى. و كيف كان لا وجه للتفصيل الذى أفاده، فالحق هو القول الثانى الذى اختاره المصنف، أعنى ثبوت الخيار مطلقاً.

ثم انه لا- تنافى بين توقف الخيار على بقاء العين و بين وجوب ابقاء العين و ربما يقال: ان الحكم بكون الخيار متوقفاً على وجود المبيع و بقاءه و الحكم بوجوب ابقاء العين بحالها يتنافيان، لان الواجب المشروط لا يجب حفظ شرطه، فلا يجب الابقاء.

و يرد عليه: ان وجوب الابقاء ينشأ من الشرط، فان البائع يمكن أن يشترط على المشتري شرطين: أحدهما الخيار عند رد الثمن بشرط بقاء العين، و ثانيهما شرط ابقاء العين عليه. فلو تخلف يثبت للبائع خيار تخلف الشرط و ليس له خيار الشرط.

هذا تمام الكلام فيما لو تلف المبيع، و أما لو تلف الثمن فتارة يكون تلفه بعد الرد و أخرى يكون قبله، فيقع الكلام فى مقامين:

الاول: فيما لو تلف الثمن بعد الرد، فهل هو من المشتري أم لا؟ ذهب المصنف قدس سره الى الاول مستدلاً بالقاعده المسلمه بأن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له.

و أورد عليه صاحب الجواهر قدس سره بمنع شمول القاعده للثمن، بل هى تخصص بالمبيع فقط. و استظهر ذلك من روايه معاويه بن ميسره قال:

سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر، فشرط انك ان اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل

قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين. قال: هو

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦١

...

ماله. و قال ابو عبد الله عليه السلام: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري «١».

و استشكل الشيخ على الاستدلال بالروايه بأنه لا وجه للاستظهار المذكور، اذ ليس فيها الا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري، و هما اجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له، فلا حازه لهما الى تلك الروايه، و لا تكون الروايه مخالفه للقاعده، و انما المخالف لها هي قاعده أن الخراج بالضممان اذا انضمت الى الاجماع على كون النماء للمالك. نعم الاشكال في عموم تلك القاعده للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار، لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعده للثمن و اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يستدعي البحث عن أمور:

(الاول) في وجه استظهار صاحب الجواهر ما ادعاه من الروايه. و يمكن أن يكون وجه استظهاره أنه يستفاد من الروايه ان نماء الثمن للبائع، و بمقتضى قاعده أن الخراج بالضممان يحكم بان التلف على البائع. لكن قد مر أن الروايه ضعيفه بابن ميسره، لعدول الشيخ من الروايه الى الاجماع، اذ لو أغمض عن انضمام قاعده الخراج بالضممان لا- أثر للإجماع و لا للروايه، و مع ضم تلك القاعده الى كل من الاجماع و الروايه يفيد و تكون النتيجة خلاف قاعده أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له. و الحق أنه لا يحتاج في اثبات كون النماء للبائع الى الروايه و لا الى الاجماع، فان كون النماء للبائع مع كونه مالكا للثمن أمر

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦٢

...

(الثانى) ان قاعده الخراج بالضمان هل له مدرك أم لا؟ و الحق هو الثانى، فان المدرك لها ما رواه الطوسى فى كتاب البيع و هو: قوله صلى الله عليه و آله «الخراج بالضمان». و هذه الروايه لا اعتبار بها سندا كما هو ظاهر، و أما من حيث الدلاله فيمكن أن يكون المراد منها أن الضمان العقدى المعاملى يقتضى أن يكون المنافع للضامن و لا يرتبط بالضمان التعبدى، و فى المقام الضمان تعبدى بحكم الشارع.

(الثالث) ان قوله «التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» هل يعارضه قوله «الخراج بالضمان» أم لا؟ الحق أن دليل التلف حاكم على دليل الضمان، فانه يبطل العقد بالتلف قهرا و لا يبقى موضوع للضمان كما لا يخفى. و ان أبيت عن ذلك فنقول: ان دليل التلف خاص لاخصاصه بما اذا كان الخيار للطرف الواحد، و أما دليل الضمان بالخراج فهو عام، فيقدم عليه بقانون تقدم الخاص على العام.

(الرابع) ان قوله «التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له» هل يختص بخصوص المبيع أو يشمل الثمن أيضا، و أيضا انه يختص بالخيارات الثلاث و هو المجلس و الحيوان و الشرط أو يعم جميع الخيارات. و التفصيل فى ذلك و التحقيق فيه موكول الى محله فى أحكام الخيار.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول، و أما المقام الثانى- و هو ما كان التلف قبل الرد- فربما يقال: بأن التلف على البائع، لأنه لا خيار له قبل الرد.

و أورد عليه الشيخ: أولا بأن الخيار ثابت من الاول، و ثانيا بأنه لا فرق بين الخيار المتصل

و المنفصل فلا وجه لما أفيد.

و يرد على الشيخ: أولاً أنه يمكن أن يكون الخيار منفصلاً عن العقد بحسب

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٣

...

الجعل. و ثانياً ان هذا الحكم يمكن أن يكون من أحكام الخيار الفعلي لا-الأعم منه و الانشائي، فمع فرض انفصال الخيار لا يتحقق.

ثم ان الشيخ قال: ثم ان قلنا بأن تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، و ان قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيرد البدل و يرتجع المبيع.

و الحق التفصيل بأن نقول: ان شرط الخيار لو كان رد شخص الثمن فلا مجال لبقاء الخيار، و ان كان أعم منه و من بدله فالحق ما أفاده الشيخ.

(الامر السابع) أنه هل يكفي الرد الى وكيل المشتري أو وليه الخاص كالأب أو العام كالحاكم أو العدول عند عدمه أم لا.

إشارة

الحق أن يقال: انه لا بد أن يلاحظ سعة الشرط و ضيقه، فلو كان الخيار مشروطاً برد الثمن الى خصوص المشتري لا يثبت الخيار بالرد الى غيره، اذ معامله لا تتحقق، كما أنه لو علق الخيار بالرد الى أعم منه و من وكيله أو وليه يثبت بالرد الى وكيله، و الوجه فيه ظاهر. و انما الكلام فيما لو علق الخيار على الرد اليه من باب المورديه لا من باب القيديه فهل يجوز الرد الى غيره أم لا؟ ربما يقال بأنه فرق بين التصريح بالعموم و بين عدم التصريح، فمع التصريح بالعموم يجوز الرد الى وكيله و مع عدم التصريح لا يجوز، و لو كان ذكر المشتري من باب المورديه اذ الشرط للخيار الرد الى المشتري، و دليل الوكاله أو الولاية لا يقتضى أن يكون الرد الى الوكيل رداً الى المشتري، و عليه لو مات البائع يجوز لوارثه أن يرد الثمن الى المشتري، و أما لو مات المشتري فلا- يجوز للبائع أن يرد

الى وارثه.

و يمكن الذب عن هذا الاشكال بأن ذكر المشتري ان كان من باب أنه مورد لا من باب أنه مالك، لا فرق بينه وبين وكيله. و بعبارة أخرى: فرق بين كون

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٤

...

قّمى، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعة الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفري؛ ج ٤، ص: ١٦٤

الحيثه المالكيه تقيديه و بين كونها تعليليه، و بتعبير آخر نقول: تاره بلحاظ دليل الوكاله نلتزم بالجواز فللاشكال مجال، و أخرى ندعى بأن دائره الجعل من الاول تسع الوكيل، اذ ذكر المشتري بخصوصه بما انه ذو صلاحيه لان يتصرف فى المال، و حيث أن وكيله له هذه الصلاحيه فيجوز الرد اليه، فالمتبع سعه الجعل و ضيقه.

اذا عرفت هذه المقدمة فلنتعرض لجهات البحث فى ضمن مسائل:

(الاولى) انه هل يجوز رد الثمن الى الوكيل أو لا بد أن يرد الى نفس المشتري؟

و الكلام فيه قد مر آنفا بأن الرد الى المشتري ان كان من باب خصوصيه له فلا- يجوز رده الى وكيله، و أما ان كان من باب المورد و انه ذو صلاحيه فى التصرف فى المال يجوز.

(الثانيه) انه هل يجوز رده الى الحاكم عند عدم التمكن من الوصول اليه،

و الكلام فيه هو الكلام، فانه لو كان للجعل سعه و كان الولي هو الحاكم لعدم التمكن من الوصول اليه يجوز الرد اليه. و منه يظهر الحال فى الدفع الى العادل أو الفاسق مع فقدان المرتبه السابقه.

(الثالثه) هل يجوز الرد الى وليه الخاص اذا تحققت المعامله بيده كالأب و الجد أم لا.

و الحق أن يقال كما قلنا آنفا: اذا اشترط الرد الى خصوص المشتري بما أن له خصوصيه فى ذلك فلا يجوز الرد الى وكيله، و أما اذا اشترط أعم من ذلك او أطلق فلا ريب فى جوازه.

(الرابعة) انه اذا مات المشتري قبل الرد فهل يجوز الرد الى وارثه أم لا؟

و الحكم يظهر مما مر، فانه تابع للجعل.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٥

...

(الخامسة) انه اذا مات البائع قبل الرد فهل يثبت الخيار لوارثه بالرد الى المشتري أم لا؟

و الظاهر أنه لا اشكال في ثبوته فان ما تركه الميت فلو ارثه.

(السادسة) انه لو اشترى حاكم للصغير شيئاً فهل يجوز للبائع أن يرده الى حاكم آخر أم لا؟

و الكلام فيه قد ظهر مما بيناه آنفا بأنه لا بد أن يلاحظ كيفية جعل الشرط سعه و ضيقاً، فانه ان كان مختصاً بخصوص الحاكم المعين في مقام الجعل فلا يجوز أن يرده الى الحاكم آخر و لا يجوز له أخذه، و ان كان الرد اليه من باب أنه مورد فيجوز الرد الى الحاكم الثاني. هذا فيما لا- يكون مزاحمه مع الاول، و أما مع المزاحمه فلو قلنا بجوازها فيجوز أيضاً، و أما لو قلنا بعدم جوازها فلا يجوز، اذ في هذا الفرض لا تكون الولاية للمزاحم.

(الامر الثامن) اذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك الا برد الجميع،

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، و ليس للمشتري التصرف في المدفوع اليه لبقائه على ملك البائع. و الظاهر أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه اليه على وجه الثمنيه. نعم لو جعله امانه عنده الى أن يجتمع قدر الثمن فيترتب عليه حكم الامانه من عدم الضمان في صورته التلف. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظلّه لا- معنى لدفع البعض بعنوان أنه ثمن، اذ المفروض أنه ليس له الفسخ برد البعض فيكون امانه عند المشتري، فلو تلف عنه لا يكون ضامناً.

و يرد عليه: انه لا- نسلم عدم كون دفع البعض على وجه الثمنيه، اذ يمكن أن يدفع بهذا العنوان، غايه الامر لا يترتب عليه الاثر فليس له الفسخ، فيكون نظير المقبوض بالعقد الفاسد من كون اليد ضماناً.

ثم انه هل يجوز جعل الخيار في كل جزء بشرط رده أم لا. قال الشيخ:

و لو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٦

...

قابل المدفوع، و للمشترى خيار التبعيض اذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده.

و

يقع الكلام فى موضعين: الاول ان اشتراط الخيار برد بعض الثمن صحيح أم لا؟ أما الموضوع الاول فرىما يقال بعدم الجواز، لان الشرط رد الثمن و رد الجزء ليس مصداقا للشرط، أما الاول فرىما يقال انه لا يثبت الخيار برد بعض الثمن، لأنه يتوقف على رد الثمن، اذ المعامله الواحده غير قابله للتبعيض.

و ىرد عليه نقضا و حالا: أما النقض فبما يباع ما يملك و ما لا يملك، فانه صحيح بالنسبه الى ما يملك و باطل بالنسبه الى ما لا يملك. و أما الحل فبأن الانشاء واحد لكن المنشأ متعدد.

لكن الانصاف أن الالتزام بالصحه فى غايه الاشكال، لأننا ذكرنا أن اشتراط الخيار على خلاف القاعده و خلاف الكتاب و السنه، و انما التزمنا به لأجل النص الخاص الوارد فى المقام، و حيث أنه لا يشمل المقام فلا يمكن الالتزام به.

و على هذا فلا تصل النوبه الى البحث عن المقام الثانى، و هو ثبوت خيار تبعض الصفقه للمشتري.

لكن لو تنزلنا عما قلناه فى المقام الاول فهل يكون للمشتري خيار تبعض الصفقه كما عليه الشيخ؟ فنقول: ان خيار تبعض الصفقه ليس له عنوان مستقل فى الفقه بل هو داخل فى خيار تخلف الشرط، فلو جعل للبائع الخيار برد كل جزء بلا اشتراط شىء عليه لا- يتحقق خيار للمشتري لعدم المقتضى، و لو جعل له الخيار فى كل جزء لكن بشرط رد تمامه تدريجا ففى صوره التبعض و مضى المده يكشف فساد فسسخه، لان جعل الخيار كان بنحو مقيد و المفروض أن القيد لم يتحقق، و لو جعل له الخيار فى كل جزء لكن اشترط عليه بأنه لا يبعض فلو بعض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦٧

قوله: مسأله

لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه (١).

و مضت المده يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط و ان شئت سمه خيار التبعض.

ثم انه هل يجوز جعل الخيار برد جزء غير معين من الثمن أم لا؟ ربما يقال بعدم الجواز للغرر، و أفاد سيدنا الاستاذ على ما في التقرير بأنه لا يلزم الغرر اذ المجموع أقل ما يصدق عليه عنوان الرد بنحو اللابشرط عن الزيادة فلا غرر.

و ما أفاده تام ان كان المراد من الجزء ما ذكره، و أما ان كان المراد مقداراً معيناً عند البائع مجهولاً عند المشتري فلا يتم ما أفاده. و عليه نقول: لو التزمنا بفساد البيع الغرري و صدق هذا العنوان فلا بد من الالتزام بالفساد، لكن حيث أن الغرر بمعنى الخطر يمكن أن يتصور في بعض الموارد عدم صدق الخطر و ان المقدم يعلم بأنه رابح على كل تقدير، و تميز الموارد موكول بنظر المتعاقدين.

(الامر التاسع) قال المصنف: انه كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن.

و الحق أن يقال: ان المدرك في المقام ان كان دليل وجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الالتزام بصحة الشرط المذكور لكونه خلاف الكتاب و السنه، و انما التزمنا بصحة اشتراط الخيار عند رد الثمن للروايات الخاصه. و ان كان المدرك الروايات الخاصه فأيضاً يشكل الالتزام بالجواز، فان موردها شرط رد الثمن فلا يتعدى الى غير موردها. لكن لا يبعد أن يكون الجواز بين الاصحاب مما لا شبهه فيه، و على تقدير الجواز يجري فيه جميع ما ذكرناه في رد الثمن فلاحظ.

[مسأله لا إشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه]

اشاره

أقول: يقع الكلام في أن هذا الخيار يجري في غير البيع من العقود

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٦٨

...

اللازمه، و هل يجري في العقود الجائزه، و هل يجري في الايقاعات؟ فلا بد من البحث في مقامات ثلاث:

(المقام الاول) في جريانه في غير البيع من العقود اللازمه و عدم جريانه.

اشاره

و الحق أن يقال انه لو كان المدرك تلك النصوص الخاصه فلا يمكن التعدى الى غير البيع، اذ لا عموم و لا اطلاق فيها، فعليه لا بد من النظر الى كل واحد من العقود اللازمه كى نرى أنه يمكن الالتزام بجريان الخيار فيه بحسب ما بأيدينا أم لا، فنقول: ان من العقود اللازمه هي الاجاره فهل يجرى فيه خيار الشرط أم لا. الحق أن يقال: انه لا شبهه في جريانه لقيام السيره الكاشفه عن رأى المعصوم فلا- مجال للبحث عن شمول الروايات لها و عدمه، اذ أن المفروض أن جريان هذا الشرط فيها أمر مسلم عند المتشرعه بما هم كذلك و منها النكاح، أما من ناحيه المقتضى فالحق عدم ما يقتضى الجواز، فان النصوص الخاصه لا تشملته و دليل الشرط أيضا لا يشملته، لان هذا الشرط على خلاف الكتاب فانه يجب الوفاء بالعقد.

و لو وصلت الى مرحله الشك لا يجوز التمسك بالدليل، اذ مقتضى الاستصحاب أن هذا الحق لم يجعل فى الشريعه، فشرطه على خلاف الجعل الشرعى. مضافا الى أن عدم الجواز لعله مما لا شبهه فيه و لا كلام فيه بين الاصحاب،

و أما من ناحيه المانع فربما يعد موانع فى المقام:

المانع الاول - قيام الاجماع على عدم جواز الشرط المذكور فى النكاح.

و فيه ما فيه، فانه كيف يحصل فى مثل المقام اجماع تعبدى.

المانع الثانى - انه ثبت فى الشريعه أن رافع النكاح انما هو الطلاق فلا يرتفع بالفسخ.

و فيه أن اثبات الشىء لا ينفى ما عداه، و الذى يشهد لما ذكرنا أن الخيار ثابت فى النكاح فى جمله من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٦٩

...

المانع الثالث - ان الخيار يجرى فى مورد يكون التقايل فيه جائزا كالبيع مثلا،

و بما أن التقايل لا طريق له فى النكاح فكذلك الخيار. و فيه ان هذا مجرد ادعاء، و لذا يجرى الخيار فى النكاح ببعض العيوب، فلا ملازمه بين الامرين.

المانع الرابع - ان النكاح فيه شائبه العباده، و كل ما كان كذلك فلا يقبل الرجوع،

لقوله «ما كان لله لا رجعه فيه» (١).

وفيه: أولاً- بالنقض في موارد يجوز الرجوع فيها، كما اذا تحقق أحد من موجبات فسخ النكاح. و ثانيا ان النكاح لا يشترط فيه قصد القربة قطعا.

المانع الخامس – ان جعل خيار الفسخ في النكاح موجب لابتنال المزوجه و هو ضرر عليها فيشمله دليل نفى الضرر.

و يرد عليه: أولاً- ان الدليل أخص من المدعى، اذ ربما لا يكون كذلك بل يكون الامر بالعكس. و ثانيا ان الزوجه بنفسها قد أقدمت على ذلك على الفرض و مع الاقدام كيف يمكن التمسك بدليل نفى الضرر.

أضف الى ذلك أن دليل نفى الضرر لا يستفاد منه الا الحكم التكليفي و هي الحرمة، و هي لا تنافي الصحة كما حقق في محله.

المانع السادس – ان بناء النكاح يكون على الدوام، فيكون شرط الخيار منافيا لمقتضى العقد.

و يرد عليه: انه لا ينافي الدوام بل يؤيده، و انما المنافي للدوام التوقيت لا جعل الخيار.

المانع السابع – ان لزوم النكاح حكى فلا يكون قابلا للفسخ.

وفيه: انه أول الدعوى. و ملخص الكلام أن القصور في ناحيه المقتضى

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٧٠

...

و تسلم الامر عند الكل و منها الوقف.

و ما قيل أو يمكن أن يقال في عدم جواز اشتراط خيار الفسخ فيه أمور:

الاول – الاجماع.

و فيه ما تكرر منا من الاشكال في الاجماع.

الثانى – ان الوقف من الامور العباديه

و لذا يشترط فى تحققه قصد القربه فيكون داخلا فى عموم قوله «ما كان لله فلا رجعه فيه» (١).

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن هذه الروايه لا تعم جميع ما كان لله، فانها ناظره الى ما كان قصد القربه مقوما له كالصدقه، و أما ما لم يكن كذلك بل كان قصد القربه شرطا له كما فى المقام فلا تشمله الروايه و الا يلزم عدم جواز الفسخ فى البيع الذى تحقق له تعالى.

و يرد عليه: ان ما أفاده خلاف الاطلاق المستفاد من الروايه، فان مقتضى اطلاق الروايه أن كلما يكون له تعالى لا رجوع فيه. لكن الاشكال فى اشتراط القربه فى الوقف، و لذا قيل يصح الوقف من الكافر و كيف يتمشى منه قصد التقرب و لا شبهه فى صحه وقف المخالف و الحال أن الولايه شرط صحه العباده.

الثالث – ان الوقف عباره عن فك الملك و لا يقابل بالعرض،

و الخيار انما يتحقق فى المعاوضات.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم كون الوقف فك الملك مطلقا، بل ربما يكون تمليكا غايه الامر يكون ملكا محبوسا لا يجوز لمالكه التصرف فيه.

و ثانيا: انا لا نسلم ان العقد لو لم تكن فيه المعاوضه لا يتحقق فيه الخيار.

و ان شئت فقل الاشكال إما ناش من عدم العوض فلينتقض بالهبه المعوضه، و اما ناش من عدم كونه ملكا فنقول ربما يكون ملكا مضافا بأن التحرير لا يمكن

(١) الوسائل، الباب ٣ من الوقوف، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧١

...

الرجوع فيه أول الكلام.

الرابع – ان بناء الوقف يكون على التأييد فجعل الخيار ينافيه.

وفيه: أولاً- ان بناء الوقف لا- يكون على التأييد مطلقا، فان الوقف الموقت جائز على ما سلكناه. و ثانيا انه لا منافاه بين التأييد و جعل الخيار، كما أن الامر كذلك فى البيع فان البناء فيه على التأييد و يجوز جعل الخيار فيه.

ان قلت: ان الوقف يقتضى سكون الموقوف و عدم حركته، و اشتراط الخيار ينافيه.

وفيه: ان الاقتضاء المذكور فى الوقف انما يكون فيما لا يجعل فيه الخيار و الا فلا اقتضاء فيه.

الخامس - النص الوارد فى المقام،

فان فى المقام روايتين:

الاولى- ما رواه اسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير. قال: ان احتجت الى شىء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله الله يكون له فى حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه. قال: يرجع ميراثا على أهله «١».

و تقريب الاستدلال: ان الشرط فاسد فيفسد العقد، و لذا حكم عليه السلام بانتقاله ارثا، اذ الانتقال لم يتحقق بالوقف.

و ربما يستدل بها على الصحه، حيث أن الامام حكم بكون العين ميراثا فيصح جعل الخيار.

و استشكل سيدنا الاستاذ دام ظله بأن الاستدلال على الصحه يحتاج الى تقدير، بأن يقول السائل فاحتاج ففسخ، و هو خلاف الظاهر.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٣ من أبواب الوقوف، الحديث (٣).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٢

...

و يرد عليه: ان هذا المعنى يستفاد من ظاهر الروايه و لا يحتاج الى التقدير لكن الحق أن يقال: ان الروايتين المذكورتين خارجتان عن موضوع البحث فانهما تدلان على صحه الوقف الموقت.

و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن كلما يجرى التقايل فيه يجرى الخيار فيه و

كلما لا يجرى التقايل فيه لا يجرى الخيار فيه، و حيث ان الوقف لا يجرى فيه الاقاله لا يجرى فيه الخيار.

و فيه: انه لا يرتبط أحد البابين بالآخر كما تقدم، فلو ثبت اجماع تعبدى على الجواز نلتزم به، و الا فعلى القاعده لا يجوز جعل الخيار فيه بالشرط، فان مقتضى عدم جعل هذا الحق فى الشريعه يقتضى أن يكون شرط الخيار خلاف المقرر الشرعى فلا يصح، كما أن مقتضى عدم الانتقال بالفسخ فساد الشرط.

و منها- الصدقه. و استدل على عدم الجواز بالنص الدال على أن ما كان لله لا يرجع. و أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن هذا حكم طبعى كالبيع حيث ان طبعه اللزوم و لا ينافيه جعل الخيار، فالاولى فى التقريب أن يقال: انه يفهم من هذا العام حكما غير قابل للتخصيص، كقوله «ما خالف الكتاب فاضربه على الجدار».

و يرد عليه: ان الاطلاق المستفاد من الروايه يقتضى الفساد.

و أفاد السيد فى الحاشيه بأن مفاد الروايه الرجوع بلا- جعل الخيار و أما معه فلا تدل عليه الروايه. و فيه: أنه خلاف الاطلاق المستفاد منها.

و أفاد أيضا: ان الرجوع بالخيار لا يكون رجوعا، لان اخراج المال بالخيار ليس اخراجا على كل حال و هو ليس اخراجا حقيقه. و ما أفاده أيضا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٣

...

فاسد، فان الاخراج بالخيار مصداق للإخراج. و الحق أنه لا- قصور فى الروايه دلالة، مضافا الى أن الشك فى الصحه يكفى للبطلان كما أفاده قدس سره.

و منها- الصلح. فانه هل يجوز فيه جعل الخيار مطلقا أو لا يجوز كذلك أو يفصل بين ما كان فائدته البراء فلا يجوز و بين غيره فيجوز؟ فنقول: لو قلنا

بان الصلح ليس عقدا برأسه فلا- مجال لهذا البحث فيه، و ان قلنا انه عقد برأسه فنقول لا مجال للتمسك بالإجماع لما فيه من الاشكال، لكن حيث أن عموم وجوب الوفاء يقتضى اللزوم فالشرط يكون على خلاف الكتاب، كما أن مقتضى عدم هذا الحق مجعولا من قبل الشارع يقتضى فساد الشرط.

و منها- الضمان. أفاد المحقق النائيني قدس سره بأن لزومه حكمي، و المراد باللزوم الحكمي أنه لا يجرى فيه التقايل. و أفاد بأن أثره انتقال الضمان الى ذمه الضامن فلا يضمن المضمون عنه الا بضمان آخر. و هذا الذي أفاده قدس سره لا يكون برهانا على المدعى، و قد ذكرنا أن جريان الخيار لا يستلزم جواز التقايل، فان كلا منهما يتوقف على دليله، و العمده أن شرط الخيار يحتاج الى الدليل، و حيث لا يكون فلا يمكن الالتزام به، و دليل نفوذ الشرط لا يحقق موضوعه.

و منها- الرهن. فان المصرح به في كلام غايه المرام على ما في كلام الشيخ قدس سره أن جعل الخيار فيه ينافى كونه وثيقه.

و فيه: انه ان ساعد الدليل فلا اشكال من هذه الناحيه، اذ المفروض أنه برضى الطرفين، فالعمده عدم الدليل، بل مقتضى الاصل عدم المشروعيه.

و منها- الصرف نقل عن بعض الشافعيه أن مصلحه اشتراط القبض في المجلس لقطع العلقه و جعل الخيار ينافى هذا الغرض.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٧٤

...

و فيه: أولا- ما الدليل على كون المصلحه ما ذكر، و ثانيا أنه يمكن أن يقطع العلقه من ناحيه و يجعل العلقه من ناحيه أخرى بالتراضى بين المتعاقدين، و العمده مساعده الدليل. و يمكن أن ما ادعاه الشافعي يكون سببا لما عن السرائر و الغنيه من دعوى الاجماع

على عدم دخول الخيار فيه، و حال مثل هذه الاجماعات ظاهر.

و منها- القسمة. و فصل الشيخ بين القولى منها و الفعلى فالترم بالجواز فى الاول و بالمنع فى الثانى، بدعوى أنه لا يمكن أن يرتبط القول بالفعل، و حيث أن الشرط متحقق بالقول فلا يجرى فى الفعلى منها و لذا لا يجرى فى المعاطاه أيضا.

و يرد عليه: أولا- أنه لا مانع من ارتباط القول بالفعل كما هو ظاهر، و ثانيا انه يمكن أن يتحقق الاشتراط بدال فعلى و لو مع ضم القرائن أو المقاوله السابقه على العقد، فالعمده أن القصور فى المقتضى و عدم الدليل فى مقام الاثبات.

و ملخص الكلام أنه يمكن الالتزام بجريان شرط الخيار فى العقود اللازمه بأحد أمور:

الاول - الاجماع.

و اشكاله ظاهر.

الثانى - بأن اطلاق دليل الشرط يقتضى صحه.

و فيه: ان الحكم لا يحقق موضوعه و دليل الاشتراط ليس مشرعا فلا بد من اثبات الجواز فى الرتبه السابقه.

الثالث - عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد،

بدعوى أنه يقتضى صحه العقد بتمام شئونه و الشرط من شئونه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٥

...

و فيه: انه يشترط فى الشرط أن لا يكون مخالفا، و الاصل يقتضى عدم جعل هذا الحق للشارط.

الرابع - أن الاقاله جائزه فشرط الخيار أيضا جائز.

و فيه: انه لا- ملازمه بين الامرين، فان الاقاله رفع اليد من العقد من الجانبين، و الفسخ رفع اليد و لو مع عدم رضى الاخر. و الحاصل انه لا تلازم بين الامرين، فانقذح أنه لو لم يقيم دليل على الجواز ففى كل مورد شك فى الجواز الاصل عدم الجواز و فساد الشرط.

(المقام الثاني) انه هل يجرى خيار الشرط فى العقود الجائزه أم لا.

اشاره

و استدل على عدم الخيار بأمر:

الاول- ان جعل الخيار مع كون العقد جائزا يكون لغوا،

اذ العقد الجائز لا ينفك عن الجواز فلا يترتب عليه أثر فيكون لغوا.

و يرد عليه: انه لا- نسلم كونه لغوا بل يترتب عليه الاثر و هو انتقاله الى الورثه بموت من يكون له الخيار. و أيضا يظهر أثر الجعل فى صورته لزوم العقد الجائز كتصرف المتهب فى العين الموهوبه

الثانى- ان اشتراط الخيار فى العقد الجائز يوجب اجتماع المثليين.

وفيه: انه قد مر الجواب عنه فى بحث خيار المجلس، مضافا الى ما قيل ان الخيار الحكمى متعلق بالعين و الحقى متعلق بالعقد.

الثالث- ان اشتراط الخيار فى المقام تحصيل للحاصل،

فان جواز الفسخ حاصل و لا يحتاج الى تحصيله باشتراط الخيار.

وفيه: ان الحاصل بالشرط فرد آخر من الخيار غير ما كان حاصلًا، فليس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٦

...

تحصيلا للحاصل.

الرابع- ان اشتراط الخيار فى العقود الاذنيه لا يرجع الى محصل،

لان وجود العقد متقوم بالاذن فاذا رفع الاذن عن اذنه يرتفع الجواز.

و يرد عليه: أولا ان الدليل اخص من المدعى لعدم كون العقود الجائزه اذنيه بتمامها، و ثانيا ان العقود الاذنيه اذا تحققت بصوره

العقد يترتب عليها أحكام العقود و منها اشتراط الخيار فيها.

و لكن الذى يسهل الخطب أن الكلام فى المقتضى، فانه لا دليل على صحه هذا الشرط، و اذا شك فيه فالاصل عدمه. و لا يمكن التمسك بالعمومات لكونه شبهه مصداقيه، و أصله عدم جعل الشارع هذا الحق للمتعاقدين يقتضى أن يكون الشرط على خلاف السنه.

(المقام الثالث) فى جريانه فى الايقاعات و عدمه،

اشاره

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم الجواز أمور:

الاول - الاجماع،

فانه نقل عن المبسوط دعوى الاجماع على عدم جريانه فى الطلاق و العتق، و عن المسالك دعواه على عدم جريانه فى الابراء. و فيه: انه على فرض تحققه محتمل المدرك.

الثانى - ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الواقع فى ضمن الايقاع

كما انه منصرف عن الشرط الابتدائى، و عن القاموس ان الشرط التزام فى ضمن البيع و غيره بناء على كون المراد بالغير بقيه العقود.

و فيه: انه لا وجه للانصراف، و لا يلزم فى صدق عنوان الشرط تحقق الالتزامين بل يصدق و لو فى ضمن التزام واحد، و الشرط الابتدائى خارج بالتخصص

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٧

...

أو بالتخصيص.

الثالث - ان الايقاع أمر يقوم بالطرف الواحد و الشرط يتوقف تحققه على وجود الطرفين فلا يتحقق فى ضمنه.

و فيه: انه لا- تنافى بين كون الايقاع قائما بشخص واحد، و الشرط الواقع فى ضمنه قائما بطرفين كما اعتق عبده و يشترط عليه شرطا.

الرابع - ان الايقاع أمر عدمى

فان العتق ازاله للملكيه و الفسخ أيضا ازاله للأمر الثابت، فمعنى الخيار فيه اعتبار العدم فى العدم.

و فيه: أنه يلزم أن يلاحظ وجه الاشكال، فان الاشكال اذا كان من باب استحاله اعاده المعدوم فهذا الاشكال فلسفى و تحقيقه موكول الى بحثه، و ربما يقال بجواز الاعاده. و كيف كان هذا الاشكال مشترك بين المقام و بقيه الموارد التى يجرى فيها الخيار، مضافا الى أنه ليس اعاده للمعدوم بل ايجاد لفرد مماثل للمعدوم و انما النظر المسامحى يراه اعاده، و ان كان الاشكال من ناحيه أن الفسخ ازاله للأمر الثابت فلا معنى لان يتعلق بالأمر العدمى، فجوابه أنه لو كان مرجع الفسخ فى مثل هذه الموارد الى ايجاد أمر وجودى فلا اشكال، فان الرجوع فى العتق يرجع الى ايجاد الرقيه.

الخامس - ان المنشأ كعتق العبد مثلا اما معلق على شيء و اما غير معلق،

فعلى الاول يرد عليه أن التعليق مبطل له، و على الثانى يكون الشرط ابتدائيا فلا يجب الوفاء به.

و يرد عليه: ان المنشأ معلق على التزام الطرف الاخر، الا أنه غير ضائر لان التعليق على أمر موجود بالفعل و محرز وجوده لا يكون مبطلا كما مر منافى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٨

قوله: الرابع خيار الغبن (١).

بعض المباحث. و بعبارة أخرى: بطلان التعليق بلحاظ الاجماع و يقتصر فيه على القدر المتيقن منه، و يشهد لما ذكرنا من عدم فساد الايقاع بالتعليق النص الوارد فيه «١».

السادس - ان الخيار ملك فسخ العقد و لا حل الا بين الامرين فلا موضوع له فى الايقاع.

و فيه: ان الخيار عبارته عن ملك فسخ ما أحقه ذو الخيار فله أن يرفع اليد عما فعله و اعتبره، و يشهد له صحة الاستعمالات المتداوله كقوله «عرفت الله بفسخ العزائم».

فانقذ مما تقدم أن العمده فى الاشكال عدم المقتضى للصحة، اذ دليل الشرط لا يكون مشرعا، مضافا الى ان أصاله عدم جعل الشارع هذا الحق للموقع يقتضى أن يكون الشرط خلاف السنه فيبطل.

اشاره

أقول: انه نقل عن الصحاح ان الغبن بالتسكين نقص فى البيع و بالتحريك نقص فى الرأى، و هو فى الاصطلاح معاوضه المال بما يزيد على قيمته السوقيه و لا تكون الخديعه معتبره فى صدق الغبن، كما أنه لا يشترط فيه كون المغبون جاهلا، و لذا يقال «فلاين أقدم على معامله غنيه» و ان كان معتبرا فى صدق معناه اللغوى. و على كل حال ان الغبن ليس بمجمل عند العرف، بل يعلمه الكل و لا حاجه الى اطاله المقال.

و الذى يهمننا فى المقام النظر الى أدله خيار الغبن و البحث عن مقتضاه، و قبل الخوض فى ذكر الادله لا بد أن نقول كما قال الشيخ: ان المراد بالزيادة عن قيمه السوقيه أو النقص عنها ما يكون مع ملاحظه ما انضم اليه من الشرط، فلو باع كتابا يساوى عشره دنانير بأقل منه مع اشتراط الخيار لنفسه فلا يكون مغبونا، لان للشرط قسطا من الثمن.

(١) الوسائل، الجزء ١٦ الباب ١١ من أبواب العتق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٧٩

...

فقول: ما يمكن أن يقال فى وجه ثبوت هذا الخيار أمور:

الوجه الاول - الاجماع.

و فيه ما عرفت.

الوجه الثانى - ما استدل به العلامة فى التذكرة و هو قوله تعالى «إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»

«١» بتقريب أن المغبون لو عرف الحال لم يرض.

و وجه الشيخ كلامه بأن رضاء المغبون يكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فى المالىه، فكأنه قال اشترت هذا الذى يساوى درهما بدرهم، فاذا تبين انه لا يسوى درهما تبين انه لم يكن راضيا به عوضا، لكن لما كان المفقود صفه من صفات المبيع لا يكون تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التى لا يوجب تبين فقدها الا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعامله الزامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالايه انما تدل على عدم لزوم العقد، فاذا حصل

التراضى بالعوض الغير المساوى كان كالرضا السابق بفحوى حكم الفضولى و المكره.

و أورد عليه الشيخ بوجه:

الاول- ان الوصف المذكور ليس عنوانا للعوض حتى يوجب تخلفه الخيار بل ليس الا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا.

الثانى: ان الوصف المذكور قد لا يكون داعيا أيضا، كما اذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار ماليته، فقد يقدم على أخذ الشئ و ان كان ثمنه أضعاف قيمته.

الثالث- ان أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا اذا لم يصرح به فى متن العقد.

أقول: ان الاشكال الاول و الثانى من الشيخ على الاستدلال متين جدا،

(١) سورة النساء: ٢٩.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٠

...

و أما الاشكال الثالث منه فلا- يمكن المساعدة عليه، لأنه لا يجب أن يكون الشرط المذكورا فى متن العقد بل المقدر أيضا كالمذكور. و بهذا التقريب ثبت جملة من الخيارات، الا- أنه مع ذلك لا يمكن المساعدة عليه، لأنه اما على نحو التقييد و اما على نحو

التعليق، أما ان كان بنحو التقييد فالتقييد فى الجزئى الخارجى غير معقول، و على فرض كونه قابلا للتقييد فلا معنى للخيار بل يبطل البيع من رأسه، و ان كان على نحو التعليق فهو أيضا باطل لا يمكن الالتزام به، اذ التعليق يوجب بطلان العقد. مضافا الى أن انتفاء المعلق عليه يوجب البطلان لا ثبوت الخيار.

و أيضا لا- يمكن المساعدة على ما ذكره فى مقام التوجيه بأن المقام أولى من باب الفضولى، حيث قال: فاذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى، فانك ترى أن المقام ليس أولى من الفضولى. و لا يمكن قياس المقام به لان العقد تام من جميع الجهات هناك الا الانتساب و هو يحصل بالاجازة فيكون العقد صحيحا، بخلاف المقام فان الكلام فى تحقق شرائطه و اذا تحققت الشرائط لا يحتاج الى الاجازة لحصول الانتساب بدونها، مضافا الى أن لنا كلاما فى الفضولى حققناه فى محله فراجع.

الوجه الثالث- ما أفاده الشيخ قدس سره حول الآيه الشريفه،

و هو الاستدلال بصدر الايه، بتقريب: ان أكل المال على وجه الخديعه ببيع ما يسوى درهما بعشره دراهم مع تسلط المخدوع بعد تبين انخداعه على رد المعامله و عدم نفوذ رده أكل للمال بالباطل، أما مع رضاه بعد تبين فلا يعد أكل بالباطل و مقتضى الايه و ان كان حرمه الاكل حتى قبل تبين الخديعه الا أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله.

و يرد عليه: أولا ان الخديعه ليست معتبره فى صدق الغبن حتى يقال ان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨١

...

اكل المال على وجه الخديعه أكل المال بالباطل.

و ثانيا- أنه ان كان اكل المال بالسبب الصحيح و هو البيع فلا يكون باطلا و ان كان

بالسبب الباطل فلا وجه لصحته بعد ذلك، اذ الشئ لا ينقلب عما هو عليه، فتكون النتيجة البطلان لا الخيار.

و ثالثا- ان الاجماع على تسليم تحققه محتمل المدرك فلا يعتنى به.

و رابعا- ان الباء فى كلمه «الباطل» سببيه لا للمقابله، فالاكل فى المقام بسبب صحيح و هو البيع و لا وجه للبطلان.

لا يقال: انا لا نسلم كون البيع الموجود سببا صحيحا للأكل، فانه وقع على وجه الخديعه و هو سبب باطل فالاكل به يعد باطلا. لأننا نقول: لم يقم دليل على بطلان البيع الخدعى.

ثم أفاد المصنف أن صدر الايه الدال على البطلان معارض لذيلها، و هو قوله تعالى «الا أن تكون تجاره عن تراض» بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى، و بعد التكافؤ يرجع الى أصاله اللزوم.

و فيه: ان الاستثناء فى الايه اما منقطع و اما متصل، فعلى الاول يكون عدم التعارض واضحا، لتعدد الموضوع. و على الثانى أيضا يمكن أن يقال بعدم التعارض، لان المتفاهم منه ان اكل المال من دون سبب شرعى و ان كان باطلا الا أنه يجوز ذلك مع رضا صاحبه فيكون الذيل قرينه على صدرها.

و استدرك بقوله: الا أن يقال ان التراضى مع الجهل بالحال يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل اكلا بالباطل. هذا على نسخه و فى بعض النسخ «لا يخرج» مكان «يخرج»، و اختلف بين الاعلام فى زياده حرف النفى و عدمه، فذهب الايروانى قدس سره الى الاول و عليه يرتفع التعارض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٢

...

و أما على الثانى فلم يكن استدراكا للمعارضه بل مقرر لها، و الظاهر هو الاول.

ثم قال قدس سره بأنه يمكن أن يقال: ان آيه التراضى

تشمل غير صوره الخدع، كما اذا أقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضه، فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آيه النهى المختصه بصوره الخدع الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمه عدم القول بالفصل و تكافؤهما الى أصاله اللزوم.

و يرد عليه: ان عدم القول بالفصل لا يمكن التمسك به لإثبات المدعى، اذ لا يكون اجماعا. و على فرض رجوعه الى الاجماع لا أثر له لاحتمال كونه مدركيا، مضافا الى أنه اجماع منقول لم تثبت حجتيه، أضف الى ذلك أنه لا وجه لعدم الخيار مع احتمال التفاوت، فانه لو تم دليل الخيار يقتضى ثبوته حتى في صورته الاحتمال.

(الوجه الرابع) ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من الاستدلال بالآيه الشريفه بمجموع المستثنى و المستثنى منه،

بتقريب: ان معنى الايه الشريفه في قوه أن يقال: لا تمتلكوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه فانه باطل الاعلى وجه التكسب عن رضا، فالتملك بدون رضا المغبون تملك بالباطل و مع رضاه تملك صحيح.

ثم ان رضاه بالتجاره بمعناها الاسمى المصدرى هو المعتبر فى العقد و رضاه بها حاصل مع عدم علمه بالغبن، و أما مع علمه به فاذا رضى به دخل فى عقد المستثنى و الا دخل فى المستثنى منه، و لا نعى بالخيار فى المقام الا ذلك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٣

...

نعم لو كان المراد معناها المصدرى فمع عدم حصول الرضا تبطل رأسا و لا يمكن تصحيحه بالاجازه اللاحقه.

و يرد عليه: أولا- أن نتیجه ما أفاده قدس سره هو بطلان البيع لا- ثبوت الخيار، لان المفروض عدم الرضا فيدخل فى التملك الباطل.

و ثانيا- انا لا نسلم لزوم الرضا فى صحه التجاره بقاء أيضا، بل ان الرضا فى الحدوث

كاف لصحة التجاره، و هي كانت موجوده فى المقام على الرضا.

و ثالثا- ان الفرق المذكور بين المصدر و اسم المصدر بأن الثانى له اعتبار استمرار و بقاء و قابل لان يلحقه الرضا بعد العقد بخلاف الاول، لا يساعده الدليل بل التفكيك بينهما غير معقول فى بعض الموارد كما فى المقام و فى الضرب. نعم ان ما ذكره صحيح فى بعض الموارد كالطهاره مثلا، الا أن الحكم بذلك فى جميع الموارد كما ترى.

و رابعا- انه لا دليل على كون الشرط معنى اسم المصدر، بل الظاهر ان الشرط هو المعنى المصدرى.

(الوجه الخامس) قوله صلى الله عليه و آله «لا ضرر و لا ضرار»

«١» بتقريب ان لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه. و بعبارة أخرى: ان الحكم بلزوم العقد ضرر على المغبون، و هو منفى فى الشريعة المقدسه.

و افاد الشيخ قدس سره: بأن هذا الدليل أقوى ما استدل به العلامة فى التذكرة و غيرها. و لا يخفى أن الاستدلال بالقاعده مبنى على مسلك المشهور، و أما على ما سلكناه تبعا لشيخ الشريعة قدس سره من أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار لا نفي الحكم الضررى فلا مجال للتمسك بها كما هو ظاهر. نعم

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٧ من أبواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٤

...

على مسلك المشهور للتمسك بها مجال، لكن مع ذلك يرد عليه أمور:

منها- ان دليل نفي الضرر ينفي الحكم على مبنى المشهور و لا- يثبت به تغريم الغابن. و بعبارة أخرى: انه من الادله النافية لا المثبتة، و أما على مسلك المنصور فالمستفاد منه الحكم التكليفي فقط، فقد ذكرنا فى محله أن المستفاد من القاعده حرمه الاضرار بالغير، و التفصيل موكول الى محله.

و منها- أن جريان دليل نفي

الضرر للمغبون معارض لجريانه للغابن، فانه ربما يكون حل العقد ضررا على الغابن، كما اذا كان غرضه التحفظ على أصل الثمن للخصوصيات المطلوبه فيه.

و يرد عليه نقضا و حلا: أما النقض فبما اذا اشترى الطعام للأكل و لم يكن له ذلك، فهل يمكن الالتزام بثبوت الخيار للمشتري، و أما الحل فبأن تخلف الدواعى و الاغراض لا يعد ضررا عند العقلاء، و بعبارة واضحة: ان نقض الغرض لا يترتب عليه أثر.

و منها- ما أورده المصنف قدس سره بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا- يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الامضاء بكل الثمن، اذ يحتمل أن يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد، غاية الامر ثبوت خيار التبعض للغابن، فيكون حال المغبون حال المريض اذا اشترى بأزيد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشتري فى أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض.

و يحتمل أيضا أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على الزام الغابن بأحد الامرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٥

...

أو بدله، و مرجعه أنه يكون للمغبون حق الفسخ اذا لم يرد الغابن المقدار الزائد، فالفرق بين الاحتمالين أنه على الاحتمال الاول يكون الاختيار بيد المغبون فله أن يرضى كما أن له أخذ الزائد من الغابن، و على الاحتمال الثانى ليس له ذلك بل الاختيار بيد الغابن. و بعبارة أخرى: على الاحتمال الاول يجوز للمغبون الزام الغابن بدفع الزائد بخلاف الثانى، كما أنه على الاحتمال الاول ليس للمغبون أن يفسخ بمجرد عدم دفع الغابن

الزيادة بل له أن يلزمه بذلك و بعد عدم امکان الالزام يجوز له الفسخ، و فى الاحتمال الثانى يجوز الفسخ بمجرد عدم الدفع و عدم الفسخ، فالمبدول يكون غرامه لضرر المشتري الا أن يكون هبه مستقلة.

و ما ذكرنا نظير ما ذكره العلامة فى بيع المرابحه، فانه لو ظهر كذب البائع ليس للمشتري الخيار، بل البائع مخير بين الفسخ ورد الزائد، فالمتيقن من حق الفسخ للمغبون صورته امتناع الغابن من رد التفاوت.

ثم انه أفاد بأن المبدول ليس هبه مستقلة حتى يقال بأنها لا توجب ارتفاع الخيار. و أيضا لا يكون جزء من العوض كما يقال كى يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى الجزء، بل غرامه نظير الارش فى خيار العيب، و لذا لا مجال لان يقال بأن الاستصحاب يقتضى بقاء الخيار و قبول الهبه لا يوجب سقوط الحق، فانه يرد فيه أنه ليس هبه بل غرامه أثبتها دليل نفي الضرر، و لان الشك فى الحدوث لا فى البقاء فلا مجال للاستصحاب.

ثم أفاد بأن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين أولى من اثبات الخيار له، لان الزام الغابن ضرر عليه، و ضرره و ان لم يكن بحد المعارضه لكن يوجب ترجيح بعض الاحتمالات، و غرض الغابن التحفظ على ما انتقل اليه. الا أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٦

...

يقال انه فى طرف المغبون كذلك.

و فيما أفاده جهات من الاشكال:

الاولى- لا وجه لاسترداد مقدار من الثمن بلا فسخ البيع فانه ينافى حقيقه المعاوضه.

الثانيه- ان أخذ الزيادة هبه مستقلة، لان ذمه الغابن ليست مشغوله، و مع عدم الاشتغال يكون المأخوذ منه هبه، اذ الهبه عباره عن التملك المجانى، فانه لا وجه لاشتغال ذمه الغابن، خصوصا اذا كان جاهلا. و

فى مسأله ظهور كذب البائع فى مقدار رأس المال الذى فرض فى القواعد اذا انطبقت على ما هو مقرر فهو و الا فالكلام فيها هو الكلام.

الثالثه- أنه لا وجه لترجيح أحد الاحتمالين الاخرين على الاحتمال الاول، اذ كما أن استرداد الثمن من الغابن و إلزامه ضرر عليه كذلك إلزامه بدفع الغرامه ضرر، فأى وجه للترجيح.

الرابعه- ان دليل لا ضرر لا يقتضى جواز أخذ الغرامه، فان المستفاد من القاعده نفي الحكم لا اثبات شى ء.

ان قلت: ان عدم أخذ الغرامه ضرر على المغبون. قلت: ان الامر و ان كان كذلك لكن دليل لا ضرر ينفي الحكم الضررى لا اثبات حكم يكون عدمه ضروريا.

الخامسه- ان نقض الغرض ليس ضررا و على فرضه لا- يوجب الخيار، و الا- يلزم الخيار فى كثير من المعاملات، كما لو اشترى الطعام للأكل و لم يتيسر أو اشترى الدواء للعلاج فلا يحتاج عليه أو علم عدم نفعه و هكذا.

السادسه- انه لا مجال للترديد بين الاحتمال الاول و الاحتمالين الاخيرين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٧

...

لأنه لو كانت المعامله فاسده بالنسبه الى المقدار الزائد كما هو الاحتمال الثانى أو كان الغابن ضامنا كما هو الاحتمال الثالث فلا تصل النوبه الى الاحتمال الاول لأنه لا ضرر. و ان شئت فقل: ان الاحتمال الاول فى طول الاخيرين لا فى عرضهما.

و منها- ان المستفاد من اللاضرر نفي الضرر الناشى من حكم الشارع و أما الضرر الناشى من عند نفسه فلا يمكن رفعه بالدليل المذكور، فان الضرر المتوجه الى المغبون يكون من قبل نفسه.

و يرد عليه: أن الشخص قد يكون عالما بالضرر و يقدم عليه فلا يكون مشموولا لقاعده نفي الضرر كالصلح المحاباتى، و أما الجاهل بالضرر فلا

يصدق الاقدام به، فالضرر ينشأ من حكم الشارع بلزوم البيع.

و منها- ان اللزوم عباره عن عدم حل العقد، و هو أمر عدمى ليس قابلا للرفع حتى يرفع بدليل نفى الضرر، فان المرفوع به لا بد أن يكون أمرا وجوديا.

و يرد عليه: ان اللزوم عباره عن بقاء العلقه الى ما بعد الفسخ، و هو أمر وجودى قابل للرفع، فان عدم الحل يكون من لوازمه.

و منها- لو أغمضنا عن جميع ما ذكر و قلنا: ان دليل نفى الضرر يصلح لإثبات الخيار، و لكن نقول ان غايه ما يثبت به أن للمغبون أن يحل العقد الا أنه ليس محل النزاع فان المدعى ثبوت الخيار المصطلح الذى هو حق شرعى قابل للانتقال و هو لا يثبت به.

و منها- أنه على فرض صحه التمسك بقاعده نفى الضرر نقول: ان المستفاد منها يكون فساد العقد لا اثبات الخيار، لان أصل العقد منشأ للضرر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٨

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على صحه العقد. قلت: ان المنقول منه غير حجه و المحصل منه محتمل المدرك.

لا يقال: ان رفع صحه العقد يكون خلاف الامتان. فانه يقال: انه لا نسلم ذلك، فانه لا شبهه فى أن دفع الضرر عن الغير لطف بالنسبه اليه فيكون امتانيا.

(الوجه السادس) جمله من الروايات الوارده فى الغبن:

منها- عن أبى عبد الله عليه السلام قال: غبن المؤمن حرام «١».

و منها- قوله عليه السلام: غبن المسترسل ربا «٢».

و منها- غبن المسترسل سحت «٣».

و لا بد أن نبحت فى هذه الروايات من جهتين: الجهه الاولى فى السند، و الجهه الثانيه فى الدلاله.

(اما الجهه الاولى) فان الروايه الثانيه و الثالثه ضعيفتان سندا، أما الثانيه فبأبى جميله، و أما الثالثه فلان كتاب المستدرک لا يوجد فى مجموعته

خير قابل للاعتماد، مضافا الى أن فى السند النوفلى و هو محل الاشكال. نعم لا بأس بالروايه الاولى.

(و أما الجهه الثانيه) فان الروايه الاولى و الثانيه كما ترى أجنبيتان عن المدعى، فان كون الغبن رباء أو حراما لا يدل على ثبوت الخيار للمغبون، و أما الروايه الثالثه فأفاد المصنف قدس سره يحتمل أن يراد كون الغابن بمنزله آكل السحت

(١) الوسائل، الباب (١٧) من ابواب الخيار، الحديث (٢).

(٢) المستدرک الجزء (٢) ص ٤٧٤.

(٣) الوسائل، الباب (١٧) من ابواب الخيار، الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٨٩

...

فى استحقاق العقاب على أصل العمل، و يحتمل أن يراد كون المقدار الذى يأخذه زائدا على ما يستحقه بمنزله السحت فى الحرمة و الضمان، و يحتمل اراده كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت فى تحريم الاكل فى صورته خاصه، و هى اطلاع المغبون و رده للمعامله المغبون فيها.

و مع الاحتمالين الاولين لا وجه لحمله على الثالث.

و السحت على ما يظهر من اللغه عباره عن الحرام، و الظاهر من الروايه أن المقصود ان الغبن بالمعنى المصدرى سحت، فيكون المقصود أن الغبن حرام تكليفى فلا يرتبط بالمقام.

(الوجه السابع) ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله: تلقى الركبان لا يجوز

فان تلقى و اشترى كان البائع بالخيار اذا ورد السوق «١». الى أن قال: دليلنا اجماع الفرقه و أخبارهم، و روى أبو هريره ان النبى صلى الله عليه و آله نهى عن تلقى الجلب، فان تلقى متلق فاشتره فصاحب السلعه بالخيار اذا ورد السوق.

و فيه: أولا انه لا اعتبار بالروايه سندا كما هو ظاهر، و انجبارها بالعمل مخدوش صغرى و كبرى.

و ثانيا- ان دلالتها على المدعى مورد الاشكال، اذ غايه ما يستفاد من الروايه أن صاحب السلعه بالخيار اذا ورد السوق بلا تعرض

بالغبين و عدمه. و من الممكن أن هذا الخيار بنفسه مجعول فى الشريعة فى مقابل بقيه الاقسام، و لذا قيل بأنه التزم بعض الفقهاء بثبوت الخيار فى المقام و لو لم يكن غبن، أضف الى ذلك أن ثبوت الخيار فى مورد بلحاظ الغبن لا يقتضى الملكيه.

(الوجه الثامن) و هو أتم الوجوه و اسدها: ان الانسان مدنى بالطبع يحتاج الى المعاش و المعامله،

(١) الخلاف ص ٥٨١، المسأله ٢٨٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩٠

...

و لو لم يكن تساوى القيمه محفوظا فى المعامله يختل أمر العيشه و النظام، و كل واحد من المتعاملين بحسب النوع يبنى على تساوى العوضين فى المعامله، و لذا قد يصرح به و قد يكتفى بالارتكاز، و المقام من قبيل الثانى.

و بعباره أخرى: ان الظاهر من مقام المعامله و التجاره أن اقدامه على اعطاء العوض من باب البناء على أنه يسوى هذا المقدار و أن العوضين متساويان فى المالىه، فيكون بمنزله اشتراط المساواه، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان البناء على التساوى يكون من قبيل الدواعى و تخلفها لا يوجب الخيار، و الا يلزم ثبوت الخيار فى تخلف كل داع و هو كما ترى.

قلت: ان الدواعى اما شخصيه و اما نوعيه، و تخلف الداعى النوعى يرجع الى الاشتراط، فتخلفه يوجب الخيار.

ان قلت: ان العقد مطلق و لم يشترط بشى ء.

قلت: انه مقدر ارتكازا، و المقدر كالمذكور. و بهذا التقريب يثبت جمله من الخيارات كخيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه و الرؤيه و العيب. و لتوضيح المقام نقول: انه لا-شبهه فى أن الناس بنوعهم فى معاملا-تهم فى مقام حفظ التساوى اما يرجع الى التعليق و اما يرجع الى التقييد، و ظاهر أن التعليق يبطل العقد، و الجزئى الخارجى غير قابل للتقييد، فينحصر الامر باشتراط الخيار عند التخلف.

ثم انه هل يكون

مجال لجريان قاعده نفى الضرر أم لا؟ الظاهر هو الثانى أما على مسلكنا فظاهر و أما على المشهور فلانصراف الدليل عن مورد الاقدام و المفروض أن الشخص مع الالتفات و لو ارتكازا أقدم على المعامله فلا وجه للفساد. مضافا الى السيره القطعيه المتصله بزمان المعصوم الكاشفه عن صحه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩١

قوله: مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالقيمه (١).

قوله: ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمه بالمره أو ملتفتا اليها و لا بين كونه مسبقا بالعلم و عدمه و لا بين الجهل المركب و البسيط (٢).

المعاملات الغبنيه، انما الكلام فى ثبوت الخيار و وجهه. نعم لو فرض كون الشخص غافلا- بالمره بحيث لم يصدق عنوان الاشتراط حتى بالارتكاز يكون مقتضى قاعده نفى الضرر على مسلك المشهور فساد المعامله، فلاحظ.

[مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمه]

أقول: أما على مسلكنا فالامر واضح، لأنه لو أقدم عليه مع العلم به فلا- معنى لشرط الخيار، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلو أقدم عليه مع العلم فلا يشمل الدليل. نعم لو كان غافلا يمكن أن يحكم بالخيار للدليل المذكور. و ملخص الكلام: انه مع العلم لو صدق عنوان الاقدام فلا- خيار، و أما لو صدق عنوان الغفله عن الضرر فمقتضى قاعده نفى الضرر على المشهور الخيار.

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان المدرك للخيار اما دليل نفى الضرر و اما الاشتراط فى ضمن العقد، و على الاول لا بد أن يلتزم بثبوت الخيار فى جميع الموارد الا فى مورد صدق الاقدام، و أما لو شك فى صدق الاقدام و عدمه و كان المخصص دائرا بين الاقل و الاكثر ففى المقدار المعلوم

يحكم بعدم الخيار و فى الباقي يحكم بالخيار.

و ربما يقال: بأنه مع الالتفات لا وجه للخيار، اذ مع الالتفات اما يعلق و اما يطلق، أما على الاول يبطل و أما على الثانى يصح بلا خيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ١٩٢

قوله: و لو أقدم عالما على غبن يتسامح فيه فبان أزيد بما يتسامح (١).

وفيه: انه يمكن أن الشخص يقدم على التقيصه لكن مع الخيار، اذا المفروض أن القاعده تقتضى الخيار. هذا على المسلك المشهور، و أما على المسلك المنصور فالخيار ثابت فى جميع الصور، اذ المفروض أن المدرك هو الشرط الضمنى و الشرط ثابت مع الجهل أعم من أن يكون غافلا أو ملتفتا.

أقول: قد يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع و فى هذه الصورة ربما يكون اقدامه بشرط لا عن الزائد، و أخرى يكون لا بشرط:

اما الصورة الاولى فلا شبهه فى ثبوت الخيار لعدم الاقدام، و أما فى الصورة الثانية فربما يقال بعدم الخيار، لان هذا الذى ظهر لا يقتضى الخيار بما أنه يتسامح فيه و الذى كان يعتقده قد أقدم عليه، فانضمام ما لا أثر فيه الى مثله لا يكون منشأ أثر.

و يرد عليه: أنه ان كان المدرك للخيار الشرط الضمنى فهو موجود، اذ لم يقدم على المجموع، و ان كان حديث نفي الضرر فأیضا يكون مقتضاه الخيار، اذ الضرر متوجه و لم يقدم عليه على الفرض.

ان قلت: ان ما ظهر بعد الاقدام لا يكون ضروريا حتى يشمله دليل نفي الضرر.

و بعبارة أخرى: ان المجموع و ان كان فيه الضرر على المغبون الا أنه قد أقدم بمقدار يتسامح فيه، و لم يجر الدليل فى حقه لو لم يظهر

الغبن المتسامح فيه.

قلت: ان كل واحد منهما و ان كان مما يتسامح فيه منفردا الا أن المجموع يشمله دليل نفى الضرر.

و ثالثه- يقدم على ما يتسامح به ثم يظهر أزيد بما يتسامح بالمجموع، فلا يثبت الخيار على كلا المسلكين لعدم المقتضى.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٩٣

قوله: ثم ان المعتبر القيمة حال العقد، فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع، لان الزيادة انما حصلت في ملكه و المعامله وقف على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ لان التدارك حصل قبل الرد (١).

و رابعه- يقدم على ما يتسامح فيظهر أزيد بما يتسامح. و الحكم في هذه الصورة حكم الصورة الاولى.

و خامسه- هذه الصورة بعينها مع ظهور الزيادة بما لا يتسامح فيها. و الحكم في هذه الصورة حكم الصورة الاولى، و الوجه فيه ظاهر.

الحق أن يقال في المقام: ان المدرك لو كان الاشتراط في ضمن العقد لا وجه لاحتمال عدم الخيار بل الخيار موجود للاشتراط الضمني، و أما لو كان المدرك دليل نفى الضرر فلا وجه لثبوت الخيار. و مجرد وقوع المعامله مع الغبن مع حصول الزيادة لا يوجب الخيار، اذ المفروض أنه على هذا المسلك يتوجه الضرر من ناحيه لزوم العقد، و المفروض أن اللزوم غير ضررى، فيجب الوفاء بمقتضى القاعده الاولى.

الا أنه يشكل ذلك في باب الصرف و السلم لو حصلت الزيادة بعد القبض فعلى القول بأن المدرك للخيار الاشتراط فلو قلنا باشتراط تساوى العوضين عند العقد فلا بد أن نلتزم بالخيار، و لو قلنا باشتراطه حين دخوله في الملك فلا وجه للخيار لحصول التساوى على الفرض، لكن الظاهر هو الاول. و أما ان كان المدرك قاعده نفى

الضرر فالحق عدم الخيار، لعدم ترتب ضرر على لزوم العقد.

ثم انه أفاد المصنف بأنه لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد في الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود اقباض الزائد في مقابله الناقص، لكن ظاهر

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٩٤

...

المشهور عدم وجوب التقابض.

و يرد عليه اشكالان:

الاول- ان القول بكون وجوب التقابض وجوبا تكليفيا خلاف التحقيق كما اعترف المصنف بذلك.

الثاني- ان الخيار من الاحكام المترتبة على العقد الصحيح فكيف يمكن تحققه قبل القبض الذي يكون شرطا للصحة. نعم لو كان الاقباض واجبا يكون مقتضى قاعده نفي الضرر عدم وجوبه لكونه ضروريا.

هذا تمام الكلام فيما لو وقعت معامله الغبنه من المالك، و أما لو وقعت من الوكيل فهل يترتب على علمه و جهله أثر أم لا؟ و مقتضى التحقيق أن يفصل في المقام بين الوكيل في مجرد اجراء العقد و الوكيل المفوض، بأن يقال:

انه لو كان وكيلا- في مجرد العقد لا- عبره بعلمه و جهله بل عبره بعلم الموكل و جهله، و أما لو كان وكيلا- مفوضا اليه أمر معامله فانه لو علم بالغبن فلا خيار له، سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفي الضرر، و سواء كان الموكل عالما بالغبن أو جاهلا- به. اذ المفروض أنه مع العلم لا يشترط الخيار و أيضا يصح الاقدام على الضرر، و أما لو كان الوكيل جاهلا بالغبن و الموكل عالما به فالظاهر ثبوت الخيار لو كان المدرك الاشتراط.

لا- يقال: انه لا- يتصور معنى معقول للخيار في معامله الغبنه من الوكيل اذ المفروض أن الوكيل مفوض و هو مع جهله يشترط الخيار، و أما لو كان المدرك قاعده نفي الضرر فالظاهر عدم الخيار، اذ يصدق أن الموكل مع علمه

بالحال أقدم على الضرر فلا تجرى القاعده، فما أفاده المصنف من عدم الخيار مبنى على هذا المبنى.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ١٩٥

...

و الحاصل انها اما لازم أو باطل بلا تصوير صورته يكون فيها الخيار. توضيح ذلك: ان التوكيل اما أن يشمل المعامله الغنيه أو يختص بغيرها. لا اشكال في عدم الخيار في الصوره الاولى، لان الموكل قد أقدم على الغبن بتعميم توكيله، و أما الصوره الثانيه فالمعامله فيها باطله، بمعنى أنها تقع فضوليا بعد أن لم تشملهما الوكاله.

و الجواب عنه نقضا بنفس الموكل في معاملات الغنيه، فان أوقع معامله غنيه فاما يطلق و اما يعلق على عدم الغبن، ففي الصوره الاولى قد أقدم على الغبن، و في الصوره الثانيه يكون معلقا و التعليق باطل. مضافا الى أن المعلق عليه لا يتحقق مع عدم المعلق عليه.

و حلا بأنه يكون دليلا على ما هو الميزان في المعاملات، بمعنى أنه يوكله في المعامله بشئونها، فكأنه قائم مقام نفسه.

ثم ان الخيار في المعاملات الغنيه الصادره من الوكيل فهو للموكل أو للوكيل أو لكليهما.

و التحقيق أن يقال: ان الوكيل في مجرد اجراء الصيغه لا خيار له، و أما الوكيل المفوض فالظاهر ثبوت الخيار لكليهما، بلا فرق بين كون المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفى الضرر، خلافا للسيد حيث فصل بين المدركين بالالتزام بأنه لو كان المدرك دليل نفى الضرر يختص الخيار بالمالك، لان عنوان المتضرر لا يصدق على الوكيل، و ان كان المدرك الاشتراط فالظاهر ثبوته لهما، فانه لو ثبت الخيار و لو من باب نفى الضرر يكون مقتضى القاعده ثبوته للوكيل أيضا لأنه وجود تنزيلي للمالك.

ثم أفاد المصنف قدس سره: ثم ان الجهل يثبت باعتراف الغابن و بالبينه

دراساتنا

...

ان تحققت و بقول مدعيه مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصالة اللزوم مع أنه قد يتعسر اقامه البيئه على الجهل و لا يمكن للغاين الحلف على علمه لجهله بالحال. فتأمل.

أقول: ان الجهل ليس موضوعا للخيار و الحكم ليس متعلقا به، و اثبات الموضوع بأصالة عدم الجهل أصل مثبت.

و التحقيق أن يفصل في المسألة بين كون مدرك الخيار دليل الاشتراط و دليل نفي الضرر: فعلى الاول يكون المغبون مدعيا و الغاين منكرا، اذ المغبون يكون قوله خلافا للاصل و لو ترك ترك. و أما على الثاني يكون الغاين مدعيا لأنه يدعى كون المغبون عالما بالغبن و اقدمه عليه و ان ترك ترك.

فانقدح ان ما أفاده المصنف و جملة من الاعلام ليس على ما ينبغي، و أما أمره بالتأمل فلعله اشاره الى أن تعسر اقامه البيئه و عدم امكان الحلف لا يقتضيان تقديم قول المدعى، و على فرضه انما يتم في صورته عدم ادعاء الغاين العلم لا مطلقا، بل ربما يقال بأنه يكفي أن يحلف على عدم علمه بالحال لا أن يحلف على علمه بعلم المغبون، اذ الحلف على البطل فيما يرجع الى نفسه.

ثم أفاد المصنف ان قولنا «كون مدعى الجهل موافقا للأصل» انما يصح اذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة و الا فلا يقبل قوله كما في جامع المقاصد و المسالك.

و قد يشكل بأن هذا انما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الاصل، فغايه الامر أن يصير مدعيا من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لما تعسر اقامه البيئه عليه و لا يعرف الامن قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل.

دراساتنا من

قوله: و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده (١).

الا أن يقال: ان مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعيا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول قوله اذا تعسر عليه اقامه البينه، ألا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد اذا تعسر عليه اقامه البينه على سبب الفساد.

هذا مع أن عموم تلك القاعده- أى قبول قول المدعى- ثم اندراج المسأله فيها محل تأمل، و الوجه فى التأمل فى عموم تلك القاعده أن مقتضى الادله أن اليمين حق المنكر فلا وجه لقبول قول المدعى بيمينه، و اما الوجه فى التأمل فى الادراج، فان تعسر اقامه البينه على الجهل فى مثل محل الكلام أول الدعوى فانه ربما يكون الاطلاع على الجهل أمرا ممكنا.

و يرد عليه: أولا ان مجرد كون قول أحد مخالفا للظاهر يجعله مدعيا غير وجيه.

و ثانيا- ان ما أفاده العلمان فى الجامع و المسالك لعله ناظر الى أن سماع الدعوى مشروط بكونه أمرا ممكنا عادة، و أما مجرد الامكان العقلى فلا أثر له.

و حيث أن دعوى الجهل من أهل الخبره بعيد فلا نسمع، فعدم السماع من هذه الجهه لا من جهه أن قوله مخالف للظاهر.

و ثالثا- انه لا وجه للتفصيل بأن يقال: انما يكون مدعيا بأن يقبل قول خصمه مع اليمين لا أن يسمع قوله مع اليمين، فان الكبرى لو تمت يترتب عليه الاحكام كلها و الا فلا، الا أن يقال بأن الضرورات تقدر بقدرها و التفصيل موكول الى محله.

أقول: لو وقع الخلاف بين الغابن و المغبون فى القيمه فله صور:

(الاولى) وقوع الاختلاف فى القيمه حال العقد مع اتفاقهما

...

مثلا أن البائع يدعى أن المبيع حال العقد يسوى عشره و تنزلت قيمته و المشتري يدعى أن قيمته حال العقد ثمانية فلا غبن، و كلاهما متفقان على أن القيمة الفعلية ثمانية دراهم.

(الثانية) وقوع الاختلاف فى القيمة حال العقد مع اتفاقهما على قيمته سابقا.

(الثالثة) وقوع الاختلاف فى القيمة مع اتفاقهما على اتحاد قيمته حال العقد و قيمته الفعلية.

أفاد المصنف قدس سره ان القول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير و أصالة اللزوم، و كأنه يرى تطابق الاصلين على الاطلاق، و لكنك ترى أن ما أفاده غير صحيح على اطلاقه، نعم هو متين فى بعض الصور المذكوره- و هو كما فى الصورة الاولى- فان أصالة عدم التغير يوافق أصالة اللزوم، و أما الصورة الثانية- و هى صورته اتفاقهما على قيمته سابقا- فأصالة عدم التغير يثبت الخيار للمغبون بخلاف أصالة اللزوم. و الحاصل ان التمسك بأصالة عدم التغير للزوم العقد على اطلاقه غير صحيح.

و استشكل المحقق النائيني على جريان الاصل بأن أصالة عدم التغير من الاستصحاب القهقرائى الذى لا اعتبار به كما حقق فى محله.

و يمكن أن يجاب عنه: بأنه يجرى استصحاب القيمة الواقعيه المعلومه عند الله فيحكم بأنه ثمانية دراهم الا انه مثبت، فانه ببركه استصحاب عدم التغير من حين العقد الى الان يثبت التساوى، فانه لو لم يتغير من حين العقد الى الان فلا خيار لمدعى التغير. لكن هذا الاصل بهذا التقريب مثبت، و هذا اشكال آخر غير ما أفاده الميرزا.

و التحقيق أن يقال: ان التغير و عدمه ليسا موضوعين للحكم حتى يبحث

ينبغي البحث فيه أن مدرك الحكم للخيار اما دليل الاشتراط أو دليل نفي الضرر، فعلى الاول ان أصاله عدم التغير لا يثبت الخيار الاعلى القول بالاصل المثبت. و عباره أخرى: ان الاشتراط لا يثبت بالاصل فلا يتحقق الخيار.

و على الثانى ففى كل مورد يتحقق الضرر يتحقق الخيار، و فى الموارد المشكوكه يحكم بعدمه بأصاله العدم، فعموم دليل لزوم محكم.

و ربما يترأى من كلام السيد التمسك بالاستصحاب فيما اذا شك فى الخيار و عدمه و يحكم ببقاء الملكيه بتقريب أن الشك فى ثبوت الخيار يرجع الى الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ.

و يرد عليه: انه لا تصل النوبه الى الاصل العملى ما دام الاصل اللفظى موجودا و قلنا ان المرجع عموم دليل لزوم العقد، مضافا الى أن الشك فى بقاء الملكيه بعد الفسخ مسبب من جعل حق الخيار، و الاصل عدم جعل هذا الحق.

[الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا]

اشاره

قد تقدم من المصنف أنه يشترط فى هذا الخيار أمران: الاول عدم علم المغبون بالغين و قد اشبعنا الكلام فيه. الثانى كون التفاوت فاحشا. و ينبغي أن يقع البحث فى جهات:

(الجهه الاولى) ان التفاوت اليسير لا يوجب الخيار

بل لا بد أن يكون فاحشا أى لا يتسامح فيه- سواء كان المدرك دليل الاشتراط أو دليل نفي الضرر، أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فان العقلاء لا- يعتنون بالتفاوت اليسير، فلا يتحقق منهم الشرط الارتكازى. و أما لو كان الدليل نفي الضرر فانه لا يصدق الضرر على التفاوت اليسير و لا يصدق على المغبون أنه متضرر. و لكنه للمناقشه فيه مجال، لان الضرر عباره عن النقص فى المال، و هو موجود فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٠

...

ان قلت: ان الاجماع قائم على أن الضرر اليسير لا يوجب الخيار.

قلت: انه على فرض تحققه محتمل المدرك، فلا يمكن أن يعتمد عليه.

ان قلت: ان دليل نفي الضرر منصرف عن الضرر اليسير.

قلت: لا وجه للانصراف.

ان قلت: ان العقلاء يقدمون بهذا المقدار من الضرر.

قلت: ان الاقدام من البعض لا يقتضى الحكم الكلى.

و لكن الذى يقتضيه التحقيق أن يقال: ان المدرك للخيار ان كان دليل نفي الضرر فلا بد من الالتزام بثبوت الخيار و ان كان الضرر شيئاً يسيراً. نعم اذا كان بحيث لا يصدق عليه الضرر فلا يترتب عليه الحكم لانتفاء الموضوع.

و ان كان المدرك دليل الاشتراط فلا وجه للخيار، لان الضرر اليسير بحسب النوع و المتعارف عند العقلاء لا يعتنون به و لا يشترطون ذلك بالارتكاز.

(الجهة الثانية) فى ضابطه تشخيص الفاحش بأنه ما الميزان فيه.

و قد تصدى بعض لذكر الضابط له الا أنه لا يرجع الى محصل، بل التشخيص فيه موكول الى العرف لعدم ضابط معين فيه، فلا يبعد أن ما نقل عن العلامة قدس سره من تفسيره «بما لا يتغابن فيه الناس» أى لا يعدونه غبنا هو الصحيح.

(الجهة الثالثة) انه اذا شك فى الغبن أنه الى حد يوجب الخيار أم لا،

و بعبارته أخرى انه افاد المصنف أن المرجع عند الشك هو أصالة ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع الى أصالة اللزوم لان الخارج هو الضرر الذى يكون فاحشاً لا مطلق الضرر.

و الحق أن يقال: ان المدرك فى الباب لو كان دليل الاشتراط فمرجع الشك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠١

...

فى الفاحش و عدمه الى الشك فى الاشتراط الارتكازى و عدمه، بأن الاشتراط الارتكازى موجود فى المقام أم لا، فلا بد أن يتمسك بدليل اللزوم. و لعل مقصود المصنف من أصالة اللزوم هذا المعنى، أى دليل وجوب الوفاء لا الاستصحاب.

و أما لو كان المدرك دليل نفي الضرر فالشك فى تحقق الضرر الفاحش و عدمه يدفع بأصالة عدم تحقق الضرر، و ليس هذا تمسكاً بالعام فى الشبهة المصدقيه، اذ بالأصل يحرز عدم كون العقد ضرورياً.

و ربما يجاب: بأن الخارج الضرر المعلوم، و مع الشك لا مانع من التمسك بالعام. لكن هذا الجواب مخدوش بأن الموضوع الضرر الواقعى و ليس مقيداً بالعلم، فالحق فى الجواب ما ذكرنا. و يمكن اثبات اللزوم بوجه آخر أيضاً، و هو أصالة عدم تأثير

الفسخ كما مر.

ثم ان الشيخ قدس سره افاد بأنه بقى هنا شىء، و هو أن ظاهر الاصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريه مع قطع النظر عن ملاحظه حال اشخاص المتبايعين، و لذا

حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامه.

و ظاهر حديث نفي الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظه الضرر بالنسبه الى شخص الواقعه، و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير اذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك، مع أن اصل شراء الماء بأضعاف قيمته معامله ضرريه فى حق الكل.

و الحاصل: ان العبره اذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و ان كان بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٢

...

بحال المغبون و غيره. و الاظهر اعتبار الضرر المالى لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخله لحال الشخص.

و تحمله فى بعض المقامات انما خرج بالنص «١»، و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضه النص، و يمكن أيضا ان يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظه ما يازاته من الاجر، كما يشير اليه قوله عليه السلام بعد شرائه ماء وضوئه بأضعاف قيمته «ان ما يشتري به مال كثير».

نعم لو كان الضرر محجفا بالمكلف انتفى بأدله نفي الحرج لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالى فى التكليف لا يكون الا اذا كان عمله حرجا.

و ربما يورد على الشيخ بأنه ما لفرق بين دليل نفي الضرر و دليل نفي الحرج حيث يكون التمسك بالاول غير صحيح بخلاف الثانى.

و يمكن أن يجاب بأن الشيخ ليس فى مقام الفرق بين الدليلين، فانه منكر للضرر فى المقام.

و ان شئت

قلت: ان بين الدليلين عموما من وجه، فربما يتحقق الضرر بدون الحرج و قد يتحقق الحرج بدون الضرر و قد يجتمعان معا.

و ربما يقال مؤيدا للشيخ أن ما بذله المشتري في مقابل ما اشتراه من الماء فانه قيمته ذلك، فلا يكون المشتري متضررا في ذلك بل انه أدى ثمنا في مقابل الماء.

و الجواب عنه: ان الشيخ قد صرح بأنه يجوز شراء ماء الوضوء و لو بأضعاف قيمته، فان الماء الذى يسوى فلما اذا اشترى دينارا يكون ضررا على

(١) الوسائل، الجزء (٢) الباب (٢٦) من ابواب التيمم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٣

قوله: اشكال ذكر في الروضه و المسالك تبعا لجامع المقاصد في أقسام المغبون اما أن يكون هو البائع او المشتري أو هما معا- انتهى. فيقع الاشكال في تصور غبن كل من المتابعين معا (١).

المشتري بالوجدان. و الحق أن يقال: ان الميزان في جريان القاعده هو الضرر المالى فى جميع الموارد و منها المقام، اذ الحكم ترتب على الموضوع، فالعبره بالضرر المالى، و أما شراء الماء فى باب الوضوء فانه خرج عن القاعده بالنص كما أفاده الشيخ.

و أما ما أفاده قدس سره بأنه يمكن أن يلتزم بأن شراء الماء بأضعاف قيمته لا يكون ضررا بملاحظه ما بإذائه من الاجر، لا يمكن المساعده عليه، لانه الثواب مترتب على عنوان الاطاعه، و هى تتوقف على وجود الامر المتوقف على عدم كون متعلقه ضرريا، فاذا توقف عدم الضرر على الثواب يلزم الدور.

هذا أولا و ثانيا ان العوض الاخرى لا يوجب رفع موضوع الضرر و لا يتدارك الضرر الدنيوى، و الا لا يتحقق معنى لقوله تعالى من «جَاهِدُوا فِيْنَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا»، و يلزم أن لا يتحقق لها مورد فى

باب العبادات، و هو كما ترى. مضافا الى أن الاجر الاخرى لو كان رافعا للضرر يكون رافعا للحرج أيضا.

أقول: وقع الاشكال فيما بينهم فى تصور غبن كلا-المتعاملين، و مناط الاشكال أن غبن البائع يتحقق فيما لو باع متاعه بأقل مما يسوى و غبن المشتري يتحقق فيما لو اشترى السلعة بأكثر، و غبن كلاهما يرجع الى بيع شىء بأقل و أكثر. و هذا غير معقول، و لذا قيل فى تصور ما ذكر وجوه:

(منها) ما نقل عن المحقق القمى بأنها تفرض فيما اذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس، بأن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا أنها تسوى اربعة توأمين ثم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٤

...

تبين أن المتاع يسوى خمسة توأمين و ان الدنانير تسوى خمسة توأمين الا خمسا، فصار البائع مغبونا من جهة كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان و المشتري مغبونا من جهة زياده الدنانير على اربعة توأمين، فالبائع مغبون فى أصل البيع و المشتري مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن و ان لم يكن مغبونا فيه.

و يرد عليه كما أورده المصنف: ان مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئا يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوبا مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم. و عليه يكون المغبون فى المثال البائع فقط.

(و منها) ما ذكره البعض - و المظنون كونه صاحب الجواهر- بأنه يتصور هذا المعنى اذا باع شيئين فى عقد واحد بثمانين يكون كل من المتعاملين مغبونا فى واحد منهما.

و يرد عليه: انه اما يكون ارتباط بين المعاملتين و اما يكون كل منهما

غير مرتبط بالآخر، أما على الثاني فيترتب على كل حكمه، و على الاول اما لا يكون عين و اما يتوجه دون الآخر.

(و منها) ما عن مفتاح الكرامه بأنها تفرض فيها اذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما اذا بيع ثوب بفرس بظن المساواه ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يده الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفا، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه.

و يرد عليه: أولا- ان الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعامله أصلا، و ثانيا انه على فرض التسليم يكون حكما ظاهريا و الحال أن الكلام فى الغبن الواقعى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٥

...

(و منها) أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الاعم الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقا على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى فى كلام العلامة و غيره. و قد استحسّن المصنف هذا الوجه، و لا وجه لاستحسانه، اذا الكلام فى الغبن بالمعنى الخاص كما نبه المصنف فى ذيل كلامه.

(و منها) ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين.

كما اذا حضر العسكر البلد و فرض قيمه الطعام خارج البلد ضعف قيمته فى البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما بثمن متوسط بين القيمتين، فالمشترى مغبون لزياده الثمن على قيمه الطعام فى البلد و البائع مغبون لنقصانه عن قيمه فى مكانه، أى خارج البلد.

و يرد عليه: ان الميزان فى الغبن و عدمه محل العقد، فان المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و انما نزلت قيمته بنقل المشتري الى مكان آخر.

(و منها) ما

ذكره السيد قدس سره بأن الغبن أعم من أن يكون من جهة التفاوت في المالىه عرفا في حد نفسه- بأن يكون قيمته في حد نفسه أزيد من الثمن- و أن يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعامله و ان كانت بثمان المثل، كما لو فرض أن له أمه تسوى عشره توأمين و لها ولد يسوى خمسين فيباع الامه بدون الولد بعشرين و فرض أن الولد يموت بالتفريق بينه و بين أمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع و ان كان يبعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنه باع ما يسوى ستين بعشرين. و المشتري مغبون من جهة أنه اشترى ما يسوى عشره بعشرين، فكل منها مغبون من وجه.

و يرد عليه: ان الامور الشخصيه ليست مناطا للأحكام، و الميزان في الغبن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٦

قوله: مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد (١).

و عدمه القيمه السوقيه في حد نفسها، و الا يلزم بأنه لو باع أحد ورقه فيها خط أبيه يسوى عنده الف دينار بدينارين كون البائع مغبونا و الحال أنه لا يسوى الورقه الا دينارا واحدا. و هوى كما ترى، و هو كما لو باع أحد مصرعى الباب ثلاثه دراهم مع أنه يسوى درهمين منفردا و سته دراهم منضمًا، فان البائع و المشتري كلاهما مغبونان، اما البائع فلان ما باعه منضمًا يسوى أزيد مما باعه، و أما المشتري فلان ما اشتراه لا- يسوى منفردا ثلاثه دراهم. و ظهر مما ذكرنا أن ما توهم في المقام من كون كليهما مغبونين غير صحيح.

[مسأله ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد]

اشاره

أقول: ان في المسأله جهات من البحث:

(الجهه الأولى) أن الخيار ثابت من أول الأمر أو يحدث عند ظهور الغبن،

فان المدرك للخيار لو كان دليل الاشتراط فالامر واضح، فان الاشتراط الضمنى يقتضى الخيار فهو ثابت من أول الامر، اذ المفروض عدم التساوى، و لو كان المدرك دليل نفي الضرر فانه أيضا ثابت بنفس العقد، و الظهور لا دخل له في ذلك.

ان قلت: ان الضرر في المقام ناش من جهل المكلف بالغبن، و لا يرفعه الدليل لعدم كونه ناشئا من الحكم الشرعى.

قلت: يمكن أن يورد عليه نقضا و حلا:

أما النقض فبما اذا كان المكلف عالما بالموضوع بأن يعلم أن الغبن محقق هنا و لكن يكون جاهلا بالحكم و هو حكم الشارع بالخيار، فهل يلتزم الخصم بعدم الخيار كلا.

و أما الحل فلا شبهه فى أن الحكم بلزوم العقد فى المقام حكم ضررى، و هو

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٧

...

منفى فى الشريعة نعم لو كان مدرک الخيار الاجماع لكان لهذا التفصيل مجال، فان القدر المتيقن منه صورته ظهور الغبن و كذا لو كان المدرک ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله فى حديث تلقى الركبان انهم بالخيار اذا دخلوا السوق، حيث يفهم من الروايه أن دخول السوق دخيل فى حدوث الخيار، و ان كان المجال واسعا لان يقال: ان الدخول فى السوق لا موضوعيه له فى ثبوت الخيار، بل انه من باب أن اعمال الخيار- و هو السلطنه الفعلية بالامضاء أو الفسخ- لا يمكن الا بعد دخول السوق و العلم بالغبن، و لا ينافى ذلك ثبوت الخيار عنه و حصول الغبن حين العقد. و الذى يهون الخطب أن المدرک على المسلك الحق هو الاشتراط فلاحظ.

(الجهه الثانيه) ان الخيار هو السلطنه الفعلية على الفسخ أو أن الخيار يفارقه؟

ربما يقال: بان الخيار ليس عين السلطنه، و الشاهد لهذا المدعى أنه يمكن أن يكون له الخيار و لا

يكون له اعماله، كما اذا اشترط عدم اعماله فيكون حق الخيار غير السلطنة على الامضاء و الفسخ.

و لكن الحق أن هذا الحق ليس الا السلطنة الفعلية على الفسخ، غايه الامر ربما لا يجوز له اعمال السلطنة بلحاظ الشرط، فانه لا دليل على التعدد و لا مقتضى له.

(الجهه الثالثه) أنه على تقدير تسليم أنهما حقان مستقلان يقع البحث في أن السلطنة على الفسخ أيضا

كالخيار المصطلح يتحقق من حين العقد أو بعد ظهور الغبن الحق هو الاول، أعم من أن يكون الخيار عين السلطنة أو غيرها، أما على الاول فواضح و أما على الثانى فلان مقتضى الاشتراط ثبوت حق الاعمال من حين العقد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٠٨

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (١).

(الجهه الرابعه) أفاد المصنف ان الآثار المجعوله للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية كالتصرف بالتصرف،

فانه لا يكون الا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجى ء. و منه التلف، فان الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعده كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن، و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، و بين ما يتردد بين الامرين كالتصرفات الناقله.

أقول: انه لا- مجال لهذا البحث على ما ذكرنا من ترتب الآثار من أول الامر، و أما على المسلك الاخر فالآثار كلها مترتبه على الوجود الواقعى.

و عدم القول بكون التصرف مسقطا لا ينافى ما ذكرناه، اذ كون التصرف مسقطا ان كان من باب أن الرضا دال على الاسقاط فعدمه قبل الظهور من باب عدم دلالتة على الاسقاط، و ان كان من باب التعبد الشرعى فلا بد من الالتزام به سواء ظهر الغبن أم لا.

و أما التصرفات الناقله التى يتردد بين الامرين عنده فعلى القول بالمنع عنها تكون ممنوعه فى المقام أيضا، الا أن يقال: بأن الخيار لا يتحقق الا بعد ظهور الغبن، و أما من يلتزم بثبوت الخيار من أول الامر و مع ذلك يلتزم بنفوذ التصرف فكلامه لا يكون حجه فلا حجه للتعدد.

و أما حكمهم بأن التلف قبل ظهور الغبن من المغبون يمكن أن يكون من باب عدم ثبوت الخيار قبل الظهور، و

يمكن أن يكون من باب عدم شمول قاعده أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له للمقام.

[مسقطات خيار الغبن]

[الأول من المسقطات إسقاطه بعد العقد]

اقول: ان خيار الغبن يسقط بمسقطات المسقط الاول اسقاطه بعد العقد،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٠٩

...

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال في صحه اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبته الغبن و لا مع الجهل بها اذا أسقط الغبن المسبب عن أى مرتبه كان فاحشا أو أفحش.

و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشره فظهر مائه هل يسقط الغبن أم لا؟ فتردد الشيخ في المقام و قال: في السقوط و جهان من عدم طيب نفسه لسقوط هذا المقدار من الحق كما لو سقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا، و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط.

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله بأن المدرك لو كان حديث نفى الضرر فلا بد أن يلتزم بوجود حق واحد بأن الشارع حكم بجواز البيع عند الضرر، و عليه فاذا أسقط خياره يسقط ذلك بلا فرق بين الفاحش و الافحش.

و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فيكون الحق منحلا في كل مرتبه من الغبن، فاذا اسقط الخيار في رتبه لا يوجب سقوط الخيار في رتبه اخرى بل هو موجود في تلك المرتبه لتحقيق الاشتراط الارتكازى فيها، ففي هذه الصوره يكون المقام نظير اسقاط حق العرض في عدم سقوط حقه فيما اذا أسقط بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا.

و لا- يكون الاسقاط بنحو التعليق، كى يقال بأن التعليق يوجب البطلان و الاطلاق يقتضى السقوط مطلقا، اذ يمكن أن يسقط الخيار

من الناحية الخاصة، فلا يكون تعليقا كما لا يكون مطلقا.

أقول: ان المدرك للخيار لو كان دليل نفى الضرر فلا طريق لنا الى أن نقول: ان ما ثبت بهذا الدليل خيار حقي قابل للإسقاط، لاحتمال أنه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢١٠

...

خيارا حكما لا- يكون قابلا- له. و بعبارة أخرى: لو كان الدليل قاعده نفى الضرر فما الدليل على كون أمر الخيار بيد من له الخيار، و أما لو كان المدرك دليل الاشتراط فلا يمكن الالتزام بكون الخيار متعددا و الا يلزم اجتماع خمسين خيارا في مورد واحد، و هو كما ترى. و الحاصل انا لا نسلم أن يكون حق الخيار انحلاليا، بل انه حق واحد عند عدم تساوى العوضين، بلا فرق بين كون المدرك قاعده نفى الضرر و بين كونه دليل الاشتراط، و المسقط للخيار تاره يسقطه بنحو الاطلاق فيسقط مطلقا و أخرى يعلق الاسقاط على كون الغبن في مرتبه خاصه.

و لا يرد اشكال التعليق، لان شمول دليل المنع- و هو الاجماع- ممنوع.

و ان أبيت عن ذلك فنقول: له أن يسقط ذلك على نحو التوصيف، بأن يقول «اسقطت خيارى الذى يكون ناشئا من الغبن الفاحش» مثلا، أو المرتبه الكذائيه، فعلى تقدير عدم المطابقه لا وجه للسقوط لعدم الاسقاط فرضا.

و الحق أنه لا فرق بين حق الخيار و حق العرض و ان كان له مراتب متعدده لكن الوجود فى الخارج واحد، فيجرى فيه ما جرى فى حق الخيار، بلا تفاوت بأنه يمكن اسقاطه بنحو التعليق، كما أنه يمكن اسقاطه بالعنوان المشير التوصيفى.

نعم لو تعدد فى الخارج يمكن اسقاط بعض أفراده و ابقاء بعضه الاخر.

ثم قال الشيخ: و أما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحه عنه به فلا

اشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف - كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم - فان المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعامله هو كون التفاوت أربعة أو خمسه في العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر و ان المبيع يسوى درهمين ففي بطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢١١

...

الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذي له أفراد متعدده فاذا اسقطه سقط أو صحته مترلزلا لان الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبيين كونه مما يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد مما يبذل في مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن في المصالحه، اذ لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليتة مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه، وجوه.

أقول: ان أقوى الوجوه هو ما اختاره المصنف من صحه الصلح مترلزلا.

لا يقال: ان المصالحه مبنية على المسامحه و المغابنه، فلا معنى للغبن فيه بالنسبه الى من لا يعلم.

لأنه يقال: ان المصالحه على قسمين: قسم منها يبتنى على المسامحه و الامر فيه كما تقول، و قسم منها لا يبتنى على ذلك بل هي قنطره لأخذ الحق كما اذا لا يمكن أخذه الا بهذا العنوان فهي لا تبتنى على المسامحه.

و أما الاشكال بأنه عالم بالغبن و معه كيف يتحقق الخيار. فمدفوع، اذ يمكن العلم بأصل الغبن مع الجهل بمرتبه.

و أما الاسقاط قبل ظهور الغبن

و قبل العلم به، فأفاد المصنف فالظاهر أيضا جوازه. و يمكن أن يورد عليه بوجه:

(الاول) انه لا يكون جازما بوقوع الاسقاط منه لاحتمال عدم موضوع له.

و بعباره أخرى: انه لا يكون عالما بمتعلق الاسقاط فلا يكون جازما بالنيه.

و يرد عليه: أولا بأن العلم بالمتعلق لا يكون شرطا في الاسقاط الجزمي

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢١٢

...

بل له أن يسقط جزما، الا أنه في صورته عدم الغبن في الواقع يكون الاسقاط لغوا.

و ثانيا- يمكن اسقاطه بنحو التعليق، فانه لا- يشترط الجزم في النيه و هو لا- يكون باطلا عقلا. و الدليل الشرعي لا يشمل مثل المقام، مضافا الى أنه تعليق على ما يتوقف صحه الانشاء عليه و مثل هذا التعليق غير باطل، كما لو علق البيع على كون المبيع ملكا له. هذا على تقدير كون الخيار ثابتا بمجرد العقد، و أما على القول بحدوثه بعد ظهور الغبن فيشكل بأنه اسقاط لما لم يجب.

و أجاب عنه الشيخ بأنه يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار، و هو الغبن الواقعي و ان لم يعلم به، و هذا كاف في جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه و قاس المقام بعده موارد، كإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، و كبراءه البائع من العيوب الراجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، و كطلاق مشكوك الزوجيه و اعتاق مشكوك الرقيه منجزا أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به، و البراءة عن العيوب المحتمله في المبيع، و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير.

و فيه: انه ليس في الامور الشرعيه أسباب و مسببات، بل ليس الا الحكم و الموضوع، مضافا الى أنه لو تم الاشكال لا يمكن ذبه بهذا البيان. و

أما قياس المقام بالمذكورات فمحل اشكال، فان التزويج معلق على الزوجيه، فعلى تقدير كونها زوجه يتحقق الطلاق، كما أن العتق يتحقق على تقدير الرقيه. نعم لو طلق المرأه بشرط تحقق الزوجيه فى المستقبل يكون نظير المقام. و أما التبرى من عيوب المبيع فمرجعه الى اسقاط الشرط و رفع اليد عن شرط الخيار، و لا يرتبط بما نحن فيه.

و أما الابراء الودعى فهو أول الكلام، فانه لو قلنا بأن الضمان يتحقق بنفس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٣

...

التفريط، فلا- يقاس بالمقام، و لو قلنا بأن الضمان من أحكام التلف مع التفريط فاسقاطه قبل التلف مشكل. و أيضا البراءه من درك المبيع، فان الالتزام بالصحه و تطبيق القواعد عليها مشكل. فلاحظ.

و أما ما أفاده قدس سره من كفايه تحقق السبب فلا يرجع الى محصل، اذ فيه: أولا أنه ليس فى الاحكام الشرعيه الا الموضوع و الحكم، و أما المقتضى و السبب و الشرط فكلها مما لا يرجع الى محصل. و ثانيا لو كان محذور فى تعلق الانشاء بما لا وجود له فلا يرتفع بهذا الجواب، فالاحسن فى الجواب أن يقال:

ان اسقاط ما لا يجب لا محذور فيه، فان ما فيه المحذور أن يسقط ما لا يكون ثابتا، و أما سقوطه بعد ثبوته فلا مانع فيه.

مضافا الى أنه يمكن أن يقال: بأن الاسقاط متعلق بالشرط الموجود حاليا بأن يسقط الشارع حقه من ناحيه شرطه فيسقط حقه الشرطى، و هو أمر فعلى لا استقبالى.

هذا و أما لو تنزلنا عن هذا الجواب و قلنا بعدم ثبوت الخيار الا بعد ظهور الغبن و العلم، فالظاهر أنه لا مفر عن الاشكال الرابع، فان اثبات جواز اسقاط حق يتحقق فى المستقبل من الان

مشكل الا أن تصل النوبه الى الاستصحاب فيسقط بالمعارضه و يرجع الى عموم وجوب الوفاء. فلاحظ.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر أنه يشكل الامر فى الصلح، حيث أنه فى فرض عدم الخيار لا يكون عوض. و دفع الاشكال بأنه يضم اليه شىء، و ما أفاده غريب فان ضم شىء الى المجهول على خلاف القاعده و فى مسأله الآبق مع الضميمه مورد النص، فالاولى أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط فهو أمر فعلى.

نعم على تقدير كون المدرك قاعده لا ضرر يشكل الامر، لكن مجرد الاحتمال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٤

قوله: الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد (١).

كاف بأن يصلح عن الحق الاحتمالى فان العوض مقابل المحتمل بما انه محتمل.

ثم ان السيد أفاد بأن المضر عدم وجوده فى الواقع لا الجهل بوجوده، فما دام يكون الجهل موجودا يحكم بالصحه. و هذا غير سديد، لأنه بالاصل يحرز عدمه، فالحق أن يقال: ان يجعل فى مقابل المحتمل أو يجعل شىء آخر و يشترط فى ضمنه اسقاط الخيار على تقدير وجوده.

[الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد]

أقول: يقع الكلام فيه من الجهات المشتركة بين المقام و ما تقدم من الخيارات الكلام هو الكلام و لا-وجه للإعاده، و انما الاشكال الخاص الذى صار محلا للكلام بين الاعلام لزوم الغرر من اشتراط السقوط فى هذا الخيار و خيار الرؤيه.

أما الكلام فى خيار الرؤيه فالاولى ترك التعرض له فى المقام و بيان الحق بنحو وافى فى تلك المسأله، و انما المناسب للتعرض فى المقام ما يرجع الى اشتراط سقوط خيار الغبن.

قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: و لو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤيه فالظاهر بطلان العقد للغرر. ثم

احتمل الصحة فى خيار الغبن سهوله رفع الغرر. و جزم السيمرى فى غايه المرام بىطلان العقد و الشرط، و تردد المحقق الثانى الا أنه استظهر الصحة.

أقول: أما ما أفاده الشهيد قدس سره بأن الغرر فى الغبن سهل الازاله، لعله ناظر الى أنه يرتفع بدفع الغرامه.

و يرد فيه: ان الغرر بوجوده يفسد العقد، و ارتفاعه بعد العقد فضلا عن قبوله للارتفاع لا يكون مصلحا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٥

...

و أما وجه ما أفاده من الاشكال فيمكن تقريبه بأن يقال: ان كون الجهل بالصفات موجبا للغرر اما لأجل كونه جهلا بالصفات بما هو جهل بها و اما لأجل كونه موجبا للجهل بالماليه، و الاول باطل و الا يلزم أن يكون الجهل بالصفات غير الدخيله موجبا له و الحال أن الامر ليس كذلك، فتعين الثانى، و لازمه بطلان البيع فى المقام.

و أورد فيه: بأن لازم هذا الكلام كون البيع فاسدا لا خياريا، اذ الخيار لا يكون مصححا و الا يلزم تصحيح كل بيع غررى بالخيار كبيع مجهول الوجود أو المتعذر تسليمه. فالحق أن يقال: ان الغرر المنهى فى البيع بلحاظ المتعلق و المتعلق عباره عن المبيع و الثمن، فجهاله أحدهما يكون بيع غررى، فلو جهل المبيع فى ذاته- كما لو تردد بين الحمار و الفرش- يكون باطلا، كما أنه لو جهل وصفه الدخيل فى المالىه يكون غررا و باطلا و أما لو جهل وصفه غير الدخيل لا يكون باطلا. و أيضا لو علم الوصف و الجهل تعلق بالقيمه لا يكون باطلا، لان اتصاف البيع بالغرر بلحاظه يكون بواسطتين و بعيد عنه بهما، و مع امكان الحمل بواسطه واحده لا وجه لإسراء الحكم اليه.

هذا غايه ما يمكن أن

يقال فى المقام، و لكن الظاهر فساده، فانه وجه ذوقى و لا تنطبق عليه الصناعه، بل الحق أن الميزان فى البطلان صدق الغرر بأى وجه كان، و من الظاهر صدقه مع الجهل بالقيمه و لو مع العلم بالصفات، و الميزان اطلاق الدليل.

و أما ما أفيد من أن الخيار لا يرفع الغرر الاعلى نحو الدور، ففيه ان الغرر يرتفع بنفس الشرط، فارتفاع الغرر متوقف على شرط الخيار و الصحه الشرعيه تتوقف على عدم الغرر، فلا دور كما ذكرنا سابقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٦

قوله: الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن (١).

و أما النقض بمورد بيع مجهول العين أو المتعذر تسليمه، فان كان الاشكال منحصرًا بالغرر يمكن دفعه بما ذكر و لا نبالى من الالتزام فى كل مورد يكون كذلك. فالمتحصل ان اشتراط سقوط الخيار مع احتمال الغبن يكون مضرًا لأوله الى الغرر، لكن الكلام فى مدرك بطلان الغرر، و قد مر منا ما فيه من الاشكال، و على فرض تماميه الاجماع على البطلان فاللازم الاقتصار على القدر المتيقن.

[الثالث من المسقطات تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن]

أقول: لا كلام فى سقوط الخيار بالتصرف الكاشف عن الرضا و الدال على الاسقاط، كما أنه لا اشكال فى عدم سقوطه لو لم يكن التصرف دالا و كان قبل العلم بالغبن، انما الكلام فى التصرف غير الدال على الاسقاط الواقع بعد الاطلاع على الغبن.

ربما يقال: بأنه مسقط اما بلحاظ الاجماع و اما بلحاظ عموميه العله المستفاده مما ورد فى خيار الحيوان، و كلا التقريبين فاسد كما مر تفصيله فى خيار المجلس.

و ربما يقال: بقصور المقتضى للخيار، لان مدرك للخيار اما الاجماع و اما قاعده لا ضرر: أما الاول فقاصر من حيث الشمول،

و أما الثانى فكما لا يشمل مورد الاقدام على المعامله المتضمنه للغرر كذلك لا يشمل المعامله الضرريه التى التزم المغبون بها، فلا دليل على الخيار بقاء.

وفيه: ان المدرك هو الاشتراط فى ضمن العقد، مضافا الى انه لو كان المدرك قاعده نفى الضرر فلا- وجه لما أفيد، فان المفروض أن الضرر تحقق و الخيار وجد على طبق القاعده، فما دام لم يسقط بالاسقاط لا وجه لسقوطه بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٧

قوله: الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق (١).

هو باق كما فى نظائره. و ان شئت قلت: الخيار حصل بتحقق الغبن، و لا وجه لسقوطه ما دام لم يسقطه من له الخيار.

[الرابع من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم]

أقول: المسقط الرابع تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق، فان المصرح به فى كلام المحقق و من تأخر عنه السقوط على حسب نقل المصنف، و أيضا قال: قيل انه المشهور، و هو كذلك عند المتأخرين - انتهى.

و ما يمكن أن يقال فى وجهه أمور:

منها- الاجماع على ما يظهر من بعض الكلمات، فانه نقل عن الشهيد قدس سره أنه قال: ان الحكم بعدم السقوط حسن ان لم يكن الحكم اجماعيا.

وفيه: ان تحققه أول الكلام، قال المصنف: و الظاهر عدمه، و على فرض تحققه لا اعتبار بهذه الاجماع كما منا مرارا عديده.

و منها- ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر و الاقدام بالتصرف التزام بالضرر.

وفيه: ان الاقدام قبل العلم بالغبن ليس اقداما بالضرر، و اخراج العين عن الملك بالبيع و شبهه ليس دليلا على الاسقاط حتى مع العلم بالغبن، مضافا الى

أن دليل الخيار عندنا ليس قاعده الضرر بل الدليل الاشرط الضمنى.

و منها- ان ضرر المغبون معارض بضرر الغابن بقبوله البدل.

وفيه: أولا انه يمكن رد العين بنفسها فيما يكون ممكنا، فالدليل أخص من المدعى. و ثانيا لا ضرر على الغابن، فانه على تقدير المثليه فواضح و على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٨

...

تقدير القيمه فأیضا كذلك، لأنه باختياره عرضه للنقل فمقصوده أخذ قيمته، و بعبارة أخرى: لا ضرر عليه، و على فرض تحققه ببعض الفروض يكون الحكم مختصا بذلك المورد. أضف الى ذلك أنه بعد التعارض يثبت الخيار باشرطه فى ضمن العقد.

و أما ما فى كلام السيد من التمسك باستصحاب الخيار، فمردود بأن المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار.

و منها- أنه لا- يمكن تحقق التراد مع نقله عن الملك. و فيه: أنه يمكن تحققه فى بعض الاحيان، و ثانيا ان الموضوع للخيار هو العقد لا العين، فالحق أنه لا وجه و لا مقتضى لسقوط الخيار.

ثم ان الشيخ قدس سره ذكر فى المقام فروعاً، و لا يخفى أنه على ما ذكر يكون مقتضى القاعده بقاء الخيار فى جميعها و ربما يختلف الحكم على المسلك الاخر. و كيف كان نتعرض للفروع تبعا للشيخ:

(الاول) انه لا فرق بين البائع و المشتري، فان قلنا بعدم السقوط كما قلنا فلا فرق بين أن يكون المغبون هو البائع أو المشتري، كما أن الظاهر أنه لا فرق بينهما على مقاله المشهور.

(الثانى) انه لا- فرق على المسلكين بين النقل اللازم و بين فك الملك كالتق و الوقف و بين أن تكون النتيجة كذلك كالاستيلاد، بل و يلحق به تلف العين، فانه لا فرق بين هذه الفروض من حيث الحكم. نعم ربما يقال: بأن

مدرك المشهور لو كان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن منه.

(الثالث) انه هل يكون فرق بين النقل الجائز و اللازم أم لا؟ يظهر من المصنف الفرق و انه لا- يسقط الرد بالأول لا- مكان التدارك. و لا يخفى أنه لا يفرق على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢١٩

...

ما سلكناه، و أما على تقدير كون المدرك هو الاجماع يمكن الفرق، و أما على تقدير كون المدرك قاعده نفى الضرر فيمكن الاشكال فى الفرق بأنه لو فسخ فاما يجب فسخ العقد الجائز فنقول بوجوبه فيما نقل بالناقل اللازم باشرائه اذا كان ممكنا و ان لم يكن واجبا فما الفارق.

و ان قيل: بأن الفسخ بنفسه يفسخ العقد الواقع. نقول: بمثله فيما كان الواقع لازما أيضا بلا فرق.

(الرابع) هل تلحق الاجاره بالبيع فى هذا الحكم أم لا، أما على المسلك المنصور فالامر واضح و لا مقتضى للسقوط فى البيع فكيف بالاجاره، و أما على القول بالسقوط فلا بد من ملاحظه المدرك، فان كان المدرك الاجماع فلا بد من الاقتصار على القدر المعلوم، و ان كان مقتضى المدرك فى الوصول عدم وصول العين إلى مالکها فالمدرك فى الاجاره موجود.

(الخامس) على فرض سقوط الخيار بالاجاره لو لم يعلم بالغبن الا بعد انقضاء الاجاره هل الخيار ساقط أيضا أم لا؟ أفاد الشيخ بأنه توجه الرد، و أيضا قال بأنه متوجه الرد لو لم يتوجه الى الغبن الا بعد انفساخ البيع.

و يرد عليه: ان المانع عن الرد ان كان الانتقال عن ملك المشتري و المغبون فلا- فرق بين انحائه، و ان كان المانع أن العين لا تصل الى الغابن فلا بد من الحكم بالصحة حتى لو علم بالغبن قبل التصرف أو

بعده لكن قبل انقضاء مده الاجاره أو قبل انفساخ البيع.

(السادس) انه لو امتزجت العين بغيرها بحيث تحصل الشركه فهل يسقط الخيار أم لا؟ لو قلنا بأن الحادث المانع عن رد العين يوجب السقوط لا بد من الالتزام بسقوطه كما هو ظاهر، و لذا نقول بالسقوط لو تغيرت بالنقصان،

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفري؛ ج ٤، ص: ٢٢٠

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٢٠

...

و أما لو تغيرت بالزيادة فاما تكون الزيادة عينيه أو تكون حكميه أو تكون من جهتين. اختار الشيخ السقوط في الاول و الاخير، و اختار عدم السقوط في الوسط، لعدم امكان الرد في الاول و الاخير لحصول الشركه على القول بها و امكان الرد في الوسط، و قال بعد ذلك: فتأمل.

و يمكن أن يكون نظره في الامر بالتأمل الى أن الزيادة الحكميه اذا كانت بلحاظ زياده وصف في العين كالصبغ تكون الشركه حاصله و تكون مانعه من الرد كما سيجيء عنه قدس سره في التصرف الصادر من الغابن.

هذا كله في تصرف المغبون، و أما لو تصرف الغابن بالتصرف الناقل اللازم فأفاد المصنف بأنه لا وجه لسقوط خيار المغبون.

و يمكن أن يقال: انه لو كان المدرك للخيار الاشتراط الضمني فالامر ظاهر و لا وجه للسقوط، كما أن مدرك السقوط لو كان هو الاقدام أو الاجماع يكون السقوط بلا وجه، و أما لو كان المدرك للسقوط تصرف الغابن كما مر يقع التزاحم بين الضررين، فانه لو لم يكن له الخيار يتضرر بواسطه الغبن، و لو كان له الخيار يتضرر بأن ماله لا يرجع اليه، فالفاعده ساقطه و يرجع الى

و فيه: أولاً يمكن أن يكون تصرف الغابن قبل الظهور فلا خيار حتى يستصحب، و ثانياً المرجع دليل اللزوم لا استصحاب الخيار، و أما فى أصل التزاحم فان كان الضرر المتوجه من اللزوم اذا كان أشد و اكثر بحيث تكون زيادته موضوعه لشمول القاعده فالحق تقدير الخيار، لان المفروض أن الحكم باللزوم ضررى فلو فسخ المغبون و وجد العين خارجه عن ملك الغابن بالبيع أو مثله من النواقل فتاره يقع البحث فى أن تصرف الغابن باطل من أول الامر بلحاظ كون المتعلق متعلق حق الغير و أخرى يكون صحيحاً.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢١

...

و تحقيق هذا البحث راجع الى أحكام الخيار، و فى المقام نبحت بناء على كون تصرفه صحيحاً فتاره نقول: بأن المغبون بعد اعمال الغير له أن يفسخ العقد و أخرى نقول بأن فسخه يبطل تصرف الغابن من حينه أو من أصله، أما على القول بعدم الابطال فلا- وجه للقول بأن له ابطاله، اذ لا يفسخ ان كان تلك العين ان كانت موجوده و بدلها ان لم تكن فالامر ظاهر، و ان كان الفسخ متوقفاً على رد العين و الا- يكون الخيار بلا موضوع فلا خيار فلا فسخ و ان كان موجوداً مطلقاً، و لازمه انتقال العين الى ملك الفاسخ مطلقاً، فاللازم انفساخ العقد الصادر من الغابن بنفسه- أى بفسخ المغبون- يبطل العقد الصادر من الغابن بلا اعمال شىء من قبل المغبون.

و ملخص الكلام انه لو فسخ المغبون فوجد العين قد انتقلت بالنقل باللازم كالتق و الوقف و البيع اللازم، فتاره يقال بأن له ابطال العقد من أصله، و أخرى يقال بأن له ابطاله من حينه، و ثالثه يقال بأن له

الرجوع الى البدل، و رابعه يقال بأن فسخه يوجب بطلان ما صدر من الغابن من أصله أو من حينه.

فنقول: لا- وجه للإبطال لا من الاصل و لا من الحين، اذ ما صدر من الغابن ان كان تاما و لا يتوقف على شىء و أمر صدر من أهله و وقع فى محله فلا مقتضى لجواز ابطاله لا من أصله و لا من حين الفسخ، و ان كان مشروطا و متوقفا على أمر فلازمه عدم تحققه. و بعد فرض تحققه و الالتزام ببقاء الخيار للمغبون فاما يكون لازم الفسخ رجوع العين الى الفاسخ على فرض بقائها و رجوع بدلها على فرض عدم بقائها فلازم الفسخ رجوع البدل اليه و ان كان لازم الخيار رجوع العين الى الفاسخ أين ما كانت فلازمه انفساخ العقد قبل الفسخ آنا ما كى يتلقى الفاسخ العين من المفسوخ عليه، فعلى كل حال لا تصل النوبه الى ابطال الفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٢

...

العقد الصادر من الغابن.

ان قلت: انه لا يستحق شيئا حتى يفسخ معامله الثانيه.

قلت: أولا هذه الدعوى بلا دليل و غير منطبقه على مستند، و ثانيا يلزم الجمع بين العوض و المعوض فى فتره الفسخ، و ثالثا لو جاز عدم استحقاقه شيئا فى فتره الفسخ لجاز عدم استحقاقه الى الابد. و أما وجه بطلان ما صدر من الغابن من أصله هو أنه تصرف فى متعلق حق المغبون، كما لو تصرف الراهن فى متعلق حق الرهانه فان ما صدر منه يتوقف على اجازته من له الحق و بدون اجازته لا يصح.

و فيه: ان حق الخيار متعلق بالعقد لا بالعين، فلا مانع من تصرف الغابن.

و بعبارة أخرى: الخيار من أحكام العقد لا

من أحكام العين، و أما وجه بطلانه من حينه أن حق الخيار يتحقق بعد ظهور الغبن فالدليل أخص من المدعى.

و ثالثا- ان أصل المبني فاسد كما مر.

و أما الوجه للقول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل العقد الصادر من الغابن أما على القول بأنه لا يتحقق الخيار الا بعد ظهور الغبن فالتصرفات الواقعة تامه و لا وجه للنقاش فيها، و أما على القول المنصور فأیضا الامر كذلك، فانه لا وجه لتزلزله كما سيجيء في أحكام الخيار، فان التصرف من غير ذی الخيار في زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه يمكن أن نلتزم ببطلان الاستيلاء بالفسخ و لو لم نقل ببطلانه بالبيع لسبق حق الخيار على الاستيلاء.

و فيه: انه لا فرق من هذه الجهه، فان حق الخيار اذا كان متعلقا بالعين يكون

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٢٣

...

مانعا من الصحه في الجميع، و ان كان متعلقا بالعقد لا يكون مانعا مطلقا فلا وجه للتفصيل. مضافا الى أنه لو كان وجه للتفصيل بين قبل الظهور و بعده لكان ذلك التفصيل متوجها في المقام أيضا.

ثم الظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقل جائزا و بين كونه لازما، فان التصرف لو كان صحيحا من الغابن فلا وجه لبطلانه و لو كان جائزا و ان لم يكن صحيحا فلا فارق و جواز الفسخ من نفس الغابن أو من طرفه أو من كليهما لاستلزام جوازه من الاجنبي، و المفروض أن المغبون أجنبي بالنسبه الى تملك المعامله فلا تغفل.

ثم ينقل عن الشهيد في المسالك بأنه ان كان الناقل مما يجوز ابطاله يجبر على ابطاله و ان لم يبطل ابطله الحاكم و ان لم يمكن ابطله بنفسه. ثم أورد

فيه: بأنه لا- وجه لما أفاده، لان بالفسخ اما يدخل نفس العين في ملك الفاسخ و اما يدخل بدله، فعلى الاول لا يبقى موضوع للفسخ و على الثانى فلا وجه للعدول الى غيره.

ثم وجه كلام الشهيد بأنه يمكن أن يكون دخول العوض من باب الحيلولة.

ثم أورد عليه: بأن الحيلولة انما تكون فيما يكون نفس التالف باقيا في ملك المغبون، و أما مع عدم بقائه في ملكه فلا موضوع لبدل الحيلولة- انتهى.

و يمكن أن يقال: بأن أثر الفسخ اعتبار نفس العين في ذمه المفسوخ عليه حتى في مورد التلف الحقيقي، اذ لو لاه لم يكن الفسخ فسخا. و الحاصل انه يعتبر التالف و الناقل بنفسه في ذمه الطرف و يجب عليه دفعه ما دام ممكنا و لم يكن ضررا و حرجا على مسلك القوم، و لم يكن حرجا على مسلكنا حيث أنكرنا دلالة حديث لا ضرر على نفي الحكم الضررى في الشريعة. و على هذا البيان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٤

...

تم ما أفاده الشهيد.

ثم أفاد الشيخ بأنه على تقدير عدم وجوب فسخ العقد الجائز من قبل الغابن لو فسخ بطبعه و عاد العين اليه، فاما يكون بعد أخذ المغبون البديل و اما يكون قبله، أما على الاول فلا وجه لدفعها الى المغبون، لان المفروض أنه أخذ البديل و على الثانى يجب دفعها.

ثم قال: هذا فيما اذا كان بالفسخ، و أما كان العود بملك جديد فالاقوى عدم وجوب ردها مطلقا، لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه و الفاسخ يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل، فكأن الغابن بالفسخ أعاد الملكيه السابقه.

و أيضا المغبون بفسخ العقد الغبنى يعيد الملكيه السابقه، لكن تم هذا الوجه ان كان

العود بسبب الفسخ لا بسبب مستقل، فعليه لا بد من هذا التفصيل.

و الحق أن يقال على مسلك المصنف: انه لا بد من التفصيل بين فسخ الغابن قبل فسخ المغبون أو بعده، فان كان قبله فالحق كما أفاده على طبق البيان، و ان كان بعده فلا- وجه لانتقال العين الى المغبون، اذ المفروض أن المغبون ملكك البديل لا- بعنوان الحيلولة، و أما على ما سلكتاه فلا بد من الفرق بين أخذ البديل و عدمه، فانه اذا أخذ البديل فلا مجال لمطالبه العين و ان كان لم يأخذ البديل له أن يأخذ نفس العين، بلا فرق بين أن يكون الانتقال بالفسخ أو بسبب جديد و الوجه فيه ظاهر.

ثم أفاد الشيخ بأن تصرف الغابن ان كان مغيرا للعين فاما يكون بالنقيصه و اما يكون بالزيادة و اما يكون بالامتزاج، فان كان بالنقيصه فاما يوجب تغيرا فى العين تغيرا يوجب الارش و اما لا يوجب الارش، فان كان يوجب الارش أخذه مع الارش كما هو مقتضى الفسخ لان الفات مضمون بجزء من الثمن فاذا رد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٥

...

تمام العوض و جب رد تمام المعوض فيتدارك الفات بالارش، و مثله ما لو تلف جزء من الثمن.

و الظاهر أن مراده من النقص الموجب للأرش هو العيب فى مقابل نقصان ما لا يعد عيبا و ان كان مؤثرا فى نقص القيمة.

و يمكن أن يورد عليه: بأن النقص ان كان راجعا الى الوصف أعم من أن يعد عدمه عيبا أو لم يعد لا يقابل بجزء من العوض، فائبات وجوب رفع الارش من قبل الغابن يحتاج الى دليل، و حيث أن الوصف لا يقابل بشىء فلا يتم ما أفاده فى المتن.

و التمسك

بأن التلف في زمن الخيار ممن لا- خيار له، مخدوش بأنه لا يطلق عليه التلف، و ثانيا ان شمول تلك القاعده لخيار الغبن أول الكلام.

و الذى يمكن أن يقال: ان لازم الفسخ عود العين على ما هى عليه بجميع الخصوصيات الى الفاسخ، و لا فرق فيه بين أن يكون النقص مما يوجب الارش أو لا يوجبه و كان التغيير بفعل الغابن أو بفعل غيره أو بأفه سماويه، و تحقيق هذه الجبهه موكول الى باب أحكام الخيار.

ثم أفاد بأنه ان كان لا يوجبه شيئا رده بلا شىء، و منه ما لو وجد العين مستأجره، فان على الفاسخ الصبر الى انقضاء المده. و لا يجب على المفسوخ عليه شىء، لان المنفعه من الزوائد المتخلله المنفصله، و هى ملك للمفسوخ عليه، لأنها تابعه للملك المطلق، فاذا تحقق ملك العين فى زمان ملك المنفعه بأسرها و يحتمل انفساخ الاجاره فى بقيه المده لان منفعه الملك المتزلزل متزلزل و به جزم القمى.

و فيه نظر، فانه لا وجه لتزلزه. نعم ذكر الصدر بأنه اذا وقع التفاسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٦

...

لاختلاف المتبايعين فوجد البائع العين مستأجره يكون للبائع على المشتري أجره المثل بقيه المده، و سيجى ء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين.

أقول: قد ظهر مما ذكرنا آنفا أنه لا وجه للقول بأنه لا شىء للفاسخ على المفسوخ عليه بالنسبه الى بقيه المده، اذ قلنا ان لازم الفسخ عود الملك الى الفاسخ على ما هو عليه. لكن لا وجه لما ذكره القمى، فان الاجاره وقعت صحيحه، و هى عقد صحيح لازم بالضروره، و لا وجه لانفساخها، فالصحيح هو ضمان أجره المثل بالنسبه الى بقيه المده أو ما نقص عن العين

بلحاظ نقص تلك المده. ولا يعد أن يكون الامر ان متطابقين دائما، و أما الفرق الذى أفاده المصنف بين الفسخ و التفاسخ فالظاهر أنه ليس كذلك، بل لا فرق بين الامرين، و الجامع بينهما أن العقد ان انفسخ بالفسخ أو التفاسخ يلزم رجوع العين الى المالك الاول بتمام شئونه و أما لو رجح بغير انفساخ- كما انتقل اليه بالارث أو بالاشتراء- فكان مسلوب المنفعه يكون له كذلك، و الوجه فيه ظاهر.

و أما ان كان التغير بالزيادة فأفاد المصنف بأنها تكون تارة حكميه محضه كقصاره الثوب فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزياده، بأن يقوم العين و يؤخذ ما به التفاوت. و لا يخفى أن مراده من الشركه ان كانت الشركه فى العين كما هو ظاهر العبارة فلا- يمكن المساعده عليه كما هو ظاهر، فان المفروض الزياده الحكميه لا تقابل بالثمن، و أما الشركه فى المالىه فقد وقع بينهم الخلاف فى ذلك، و الوجه فى تحقق الشركه أحد أمرين: أحدهما انه بفعل المفسوخ عليه و لعمله احترام، ثانيهما أنه يدخل فى ملكه بتبع ملك العين، فلو فسخ العقد لا وجه لخروجه عن ملكه، و كلا الوجهين مخدوش.

أما الاول فلان عمله كان فى ملكه فلا مقتضى لان يكون مضمونا، و أما الثانى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٧

...

فلان العين بواسطه الوصف علت قيمته و المملوك هى العين، و الوصف غير مملوك كما هو ظاهر.

مضافا الى أن الوجه الاول لا كليه له، اذ ربما يكون بفعل الغير كما أنه ربما يكون بفعل الله، فالدليل أخص من المدعى. فالحق أنه لا مقتضى للشركه وفاقا للأستاذ حيث أفتى فى منهاجه فى بحث خيار الغبن بعدم شىء للغابن.

فلاحظ.

هذا فيما كانت

الزيادة موجبه لازدياد القيمه، و أما ما لا تكون دخيله فى زيادتها فالامر أوضح.

و أخرى تكون عينيه محضه كالغرس، فربما يقال: بأن المغبون مسلط على القلع بلا شىء عليه من الارش كما نسب الى العلامه فى المختلف. و ربما يقال:

بأنه مع الارش كما اختاره الشهيد فى المسالك، و ربما يقال: بأنه ليس له مطلقا كما نسب الى المشهور فى بعض المقامات.

و الحق من هذه الوجوه هو الوجه الاول، فان الغرس واقعا عن حق فى أول الامر لا يدل على كون بقائه حقا، فان ابقاءه بلا رضى الاخر ظلم و لا عرق له.

و مما ذكرنا علم أن ما اختاره الشهيد- و هو الوجه الثالث- ليس على طبق القاعده، و لا مجال لان يقاس ببيع الارض مشغوله بالزرع مع علم المشتري به أو بيع دار المستأجره، فانه مع علم المشتري يكون البقاء شرطا بخلاف المقام. مضافا الى أنه فى الاجاره لا- مقتضى لان يعارض المشتري المستأجر اذ المستأجر قد ملك المنفعه بالاجاره قبل تملك المشتري، غايه الامر أن يثبت الخيار للمشتري ان كان جاهلا بالحال، و هذا واضح لا ريب فيه.

ان قلت: قلعه للغرس يكون ضررا على صاحب الغرس.

قلت: الصبر ضرر على صاحب الارض، مضافا الى أن الحكم الشرعى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٨

...

عباره عن جواز القلع لا- وجوبه، و المشهور غير قائلين برفع الحكم الترخيصى بقاعده لا ضرر، أضف الى ذلك أنا ذكرنا فى بحث القاعده أن مفادها حرمة الاضرار لا رفع الاحكام الضرريه. و من الظاهر أن التصرف فى المملوك لا يكون حراما و لو كان ضررا بالنسبه الى الغير و الا يلزم عدم جواز اخراج المستأجر عن الدار فى كثير من الموارد و

هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى قوله «ليس لعرق ظالم حق» (١) انه لو لم يكن الغارس ظالما لما يكون له الحق، و فى المقام كان الغرس عن حق على الفرض.

وفيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا فلاحظ، و ثانيا يتوقف الاستدلال على ثبوت المفهوم للروايه و هو أول الكلام، و ثالثا مقتضى ما ذكرنا أنه لو لم يبادر الى القلع فهو ظالم فيدخل فى المنطوق، و كونه حدوثا عن حق لا يدل على كونه حقا بقاء. و رابعا غايه ما فى الباب دلالتة على كون صاحب الحق له العرق، و هذا واضح ظاهر لكن الكلام فى الصغرى، و كونه حقا بحسب البقاء أول الكلام.

و من هذا البيان ظهر ما فى تقريب المدعى بأن صاحب الغرس كان له الحق و قد استوفى الحق، و من الظاهر أن الغرس بما هو غرس ملكه لا بما هو خشب و حطب. و بعبارة أخرى: ان المغروس بهذا العنوان ملك له فقد سبق استيفاؤه فلا يجوز منعه.

وفيه: الجواب يظهر بالتأمل، و هو اذا استوفى فلا شىء كى يقع النزاع فيه، و ان لم يستوف فلا مقتضى للاستيفاء بعد.

و من هذا البيان يظهر فساد القول الثالث الذى اختاره السيد فى الحاشيه

(١) الوسائل، الجزء (١٧) كتاب الغصب الباب (٣) حديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٢٩

قوله: و لو كان التغير بالامتزاج (١).

فان الجمع بين الحقين يتوقف على اثبات الحق، و هو أول الكلام بل مقطوع العدم.

و قد ظهر مما ذكرنا أنه لو قلع صاحب الغرس لا- يجب طم الارض، فان المغبون تملك الارض خاليه، الا أن يقال: بأن الغابن ملزم برد العين على ما هى عليها فلا بد من طمها.

و هذا هو الحق.

ثم ان المشتري هل يجوز له تصدى القطع ابتداء أو بعد امتناع صاحبه أو يلزم الرجوع الى الحاكم؟ الحق انه يلزم مراجعه صاحبه فانه ماله و لا يجوز التصرف فى مال الغير بلا اذنه و مع امتناعه يتصدى الحاكم فانه ولى الممتنع.

و القول بأنه لا- احترام له كما فى كلام السيد أو ليس لعرق ظالم حق كما فى كلام الايروانى فلا مقتضى للرجوع الى الحاكم. ليس على ما ينبغى، فان حرمه التصرف فى مال الغير بحالها بالنسبه الى غير الحاكم.

و بعبارة أخرى: ان مقتضى حرمه التصرف فى مال الغير و تسلط مالك الارض على تخليه أرضه من غرس الغير يقتضى أن يتصدى للقلع مع امتناع مالكة الحاكم الشرعى الذى ولى كل ممتنع، و أما لو اختار صاحب الارض الابقاء يكون أجره الارض له و لا فرق فيما ذكرنا بين الغرس و الزرع لعين المدرك، و لا يتفاوت الحال من جهة طول المده فى الغرس و قصره فى الزرع.

و أيضا علم مما ذكرنا أنه لو أراد صاحب الغرس قلع غرسه لا يجوز للمالك منعه، فان كل أحد مسلط على ماله و ليس لغيره منعه من التصرف. هذا كله فى الزيادة.

أقول: و أما الامتزاج فتاره يكون بغير جنسه و أخرى يكون بالجنس،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٠

...

أما لو كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك- كما فى امتزاج ماء الورد بالنفط بحيث يعد ماء الورد تالفا من جهة الاختلاط- فهو فى حكم التالف و يرجع الى قيمته، و ان لم يعد من التالف كالخل الممزوج بالانكيين فأفاد المصنف بأنه يمكن أن يقال بأنه كالتالف فيطالب قيمه فيسقط خياره كما فى التالف.

و يمكن

أن يقال بالشركة، كما لو كانا لمالكين.

و أفاد السيد في الحاشية بأنه يمكن أن يقال: بأنه للمغبون الخيار بين أخذ العوض و بين اختيار الشركة، و ذلك لان عين ماله موجود في الضمن و له المطالبه، فتكون النتيجة الشركة في الثمن لا في العين لعدم الدليل و له المطالبه بالعوض لمكان الحيلولة.

و أما ما أفاده السيد ففيه مواضع للنظر، اذ لو كان الفسخ موجبا لرجوع العين الى الفاسخ فلا مقتضى للقول بأخذ العوض الا دليل الحيلولة، و قد مر ضعفه.

و ثانيا- انه لو كان العين راجعه اليه بالفسخ فلا معنى للالتزام بالحيلولة، اذ المفروض تحققه و وجوده.

و ثالثا- كيف يلتزم بعدم تحقق الشركة مع رجوع العين الى الفاسخ.

و رابعا- انه لا مقتضى للشركة في الثمن مع أن العين موجوده.

و أما ما أفاده الشيخ فالحق أن يقال بعدم تحقق الشركة و سقوط الخيار بالنسبه الى نفس العين كما هو ظاهر عبارته و الانتقال الى قيمه فانه تلف بالامتزاج كما لو صار بيض الدجاج فرخا فانه لا وجه لرجوع الفرخ الى المغبون بل الحق بقاء الفرخ في ملك الغابن و انتقال قيمه الى الفاسخ.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٣١

...

و مما ذكرنا ظهر أنه لا مجال لان يقال: اذا لم تكن العين راجعه الى الفاسخ يكون العين بلا مالك لتساوي نسبه الفاسخ و من عليه الخيار بالنسبه الى العين. و وجه فساد هذا الاشكال أن كلا المالكين كانا لشخص واحد و بالامتزاج صار حقيقه ثالثه، فلا فرق بين الفاسخ و من عليه الخيار، فان المال مال من عليه الخيار و أما الفاسخ فماله تلف بالامتزاج.

و أما لو كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوي أفاد الشيخ بأنه يشب

الشركة.

ان قلت: لا شبهه فى أن الامتراج بمال الغبن قبل الفسخ لم يكن موجبا للشركة، اذ لا معنى للشركة فى مال الانسان، فبعد الفسخ اما يرجع عين مال المغبون فلا شركة و ان لم يعد نظرا الى أنه تلف بالامتراج فلا موضوع للشركة.

قلت: نختار الشق الاول و نقول بالفسخ يرجع عين المال الى الفاسخ، فعليه المقتضى للشركة واضح و هو الامتراج. و الحاصل ان الامتراج فى المقام لا- يوجب تغيير الحقيقه، بل العين موجوده حقيقه غايه الامر الخصوصيه- و هى الامتياز- مفقوده، و هذه الجبهه توجب الشركة بعد الفسخ، فما أفاده الشيخ هو الصحيح.

و ربما يقال: بأن الامتراج لو كان مع مال الاجنبى لا يمكن رجوع العين الى الفاسخ لاستحاله رجوع العين الاستقلالى و أما الاشاعى فلم يكن بسبب البيع فكيف يرجع بالفسخ. و بعبارة ملخصه: ان ما خرج من يده بالبيع لا يمكن رجوعه اليه، و ما يمكن الرجوع لم يخرج عن ملكه بالبيع حتى يرجع بالفسخ.

و يرد عليه نقضا و حالا: أما النقض فيما لو تغير لون العين- بأن كان احمر فصار أبيض بعد البيع- فان الخصم لا بد أن يلتزم بعدم رجوع العين

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٢

...

بالفسخ اذا كانت للفاسخ، اذ لا- يعقل رجوعه لتغيره بصيرورته أبيض، و أما الابيض فلم يكن منقولاً بالبيع، فان هذا الاشكال أو هن من بيت العنكبوت.

و أما الحل فان عين المال فى المقام موجود و المتغير انما هو بعض خصوصياته، و هو لا يوجب عدم رجوع العين بالفسخ. و الحق تماميه ما أفاده الشيخ، و هو أن بالفسخ قد دخل العين فى ملك الفاسخ و هو يوجب الشركة.

و استشكل عليه المحقق الايروانى: بأن الحكم بالشركة

هنا ينفى ما تقدم فى تصرف المغبون من الحاق الامتراج بالخروج عن الملك، فان بين الكلامين تهافت.

و الجواب عنه: انه لا- يقاس المقام بما تقدم من الشيخ، اذ فرق بين ما مر و بين ما نحن فيه، فانه يصدق التلف هناك بخلاف المقام فان عين المال موجود فى المقام مع زوال بعض الخصوصيات.

و التحقيق أن يقال: ان مال المغبون بالفسخ قد دخل فى ملكه، و هذا الدخول يوجب الشركه، غايه الامر لو كانت الشركه موجه للعيب فى العين ليتحقق الارش على الغابن.

هذا تمام الكلام فيما اذا كان الامتراج بالمساوى و أما لو كان الامتراج بالأردإ فقد حكم الشيخ بحصول الشركه أيضا، و أفاد بأن فى استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممترج أو من ثمنه وجوه، و لم يختر وجهها.

و لا يبعد أن يقال: بأن الامتراج يوجب الشركه، و أما النقص الحاصل فيوجب أخذ الارش. و أما لو كان الامتراج بالاجود فربما يقال انه يملكه بالنسبه و لا شىء عليه فانه رزق رزقه الله.

و يرد عليه: أولا بالنقض سابقه، اذ المفروض أن الغابن ليس غاصبا و مع

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٣

قوله: بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن (١).

ذلك لم يقل أحد بأنه لا شىء عليه بل رزق رزقه الله. و لا فرق بين المقامين، اذ الرداءه و الجوده أمران اضافيان.

و ثانيا بالحل، فان المفسوخ عليه لا بد أن يرد مال الفاسخ بمقتضى قانون الفسخ، و لا أرش على المغبون للغابن، لان الجوده ليست بفعله، بل حتى لو كانت بفعله لا نلتزم بالارش على الفاسخ، و لذا نلتزم بأنه ليس له شىء فى العبد المسلم و فى قصاره الثوب.

و بما

ذكرنا ظهر أنه لا- تصل النوبه الى توجه اشكال الربا، و على فرض الالتزام بالقول الاخر أيضا لا نلتزم باشكال الربا، فان اشكاله مختص بالمعاوضات الاختياريه لا التعاوض القهري الذي يحصل فى أثر الامتزاج، فان دليل الحرمة قاصر من الشمول فلاحظ.

[الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى حكم التلف، فانه اما يكون من المغبون أو من الغابن، و على كل تقدير اما باتلاف من يده و اما باتلاف سماوى و اما بالفعل الاجنبى.

فهنا فروع يجب أن لا تخفى عليك

اشاره

قبل التعرض بالفروع، أن الوجه فى تعرض المصنف لهذه المسأله فى المقام أنه قد ادعى الشهره بل الاجماع على أن تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن مسقط للخيار فقد يتوهم بأنه لو كان التصرف مسقطا لكان السقوط بالتلف أولى، فذكر حكم التلف لدفع هذا التوهم، و هو أن القول بالسقوط هناك لا يلزمنا القول هنا الا أن يكون الجامع بين الموردين موردا للاجماع فهو أول الكلام. مضافا الى ذلك أن الاجماع ليس بحجه.

اذا عرفت ذلك فلنشرع فى بيان الفروع:

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٤

(الفرع الاول) ما لو تلف ما عند المغبون باتلاف منه،

فانه لا وجه لسقوط الخيار كما مر و سيجى ء فى أحكام الخيار، فلو فسخ يغرّم قيمه التالف و يأخذ ما عند الغابن ان كان موجودا و بدله ان لم يكن. و قد تردد المصنف بين غرامه قيمته يوم التلف و يوم الفسخ، و الظاهر أنه لا وجه لغرامه يوم التلف، فانه تلف فى ملكه، فالمدار على يوم الفسخ، بل المدار على يوم الاداء، لما قلنا من ثبوت نفس العين فى الذمه لو لا النص الخاص فى المقام.

و الحاصل انه لو قلنا بأن مدلول صحيحه «١» ابى و لاد الحناط كون المدار على يوم الغصب، فلا بد من القول بأن الميزان بيوم الفسخ فى المقام، و أما لو لم نقل به فالميزان بيوم الاداء. نعم لو قلنا بأن تفاوت قيمه مضمون على الضامن يلزم القول بوجوب أعلى القيم، و هكذا الامر لو كان التلف بآفه سماويه.

و أما لو كان باتتلاف اجنبى أفاد الشيخ الاعظم: ان المغبون يرجع بعد الفسخ الى الغابن، لأنه الذى يرد اليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله و الغابن يرجع الى المتلف.

و يرد عليه: أنه لا وجه للرجوع

الى المتلف، لأنه ألتف مال المغبون فضا من له، بلا فرق بين أن نقول بالانتقال الى القيمه من حين التلف و بين أن نقول بثبوت نفس العين فى عهده الضامن الى حين أخذ البدل. اما على الاول فظاهر، و أما على الثانى فلان العين الثابته فى ذمه المتلف ملك للمغبون و انتقاله الى الغابن بلا موجب.

أفاد السيد اليزدى أن على القول ببقاء نفس العين فى ذمه المتلف الى حين أخذ البدل يمكن دعوى أن الغابن يجد ما صار ملكا له بالفسخ فى ذمه المتلف

(١) التهذيب الجزء (٢) ص ١٧٦.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٥

قوله: و ان رجع عليه البدل ثم ظهر الغبن ففسخ (١).

قوله: و لو كان باتلاف الغابن (٢).

فيرجع عليه.

و يرد عليه: انه يلزم مما ذكر أن المتلف لو لم يؤد بدل ما ألتفه لم يكن حق للغابن الرجوع الى المغبون. الا- أن يقال: بأنه من موارد توارد الايدى، لكنه فرق بين المقامين، فان المفروض فيما نحن فيه أن الا-جنبى وضع يده على ملك المغبون فلا وجه للرجوع الى غيره، بخلاف توارد الايدى فان شمول قاعده اليد على الجميع سواء.

أقول: اى أن المغبون ان رجع الى الا-جنبى و أخذ البدل ثم ظهر الغبن ففسخ المغبون رد على الغابن القيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و قد ظهر مما ذكرنا انه لو قلنا بأن المناط يوم الغصب بمقتضى الصحيحه فالمناط يوم الفسخ، و ان قلنا بعدم دلالة الصحيحه و سلكتنا على طبق القاعده فالمدار بيوم الاداء ان لم نقل بأعلى القيم كما أنه ليس ببعيد.

أقول: اى لو كان التلف باتلاف الغابن فان لم يفسخ المغبون أخذ القيمه من الغابن و ان فسخ أخذ الثمن منه.

و أورد

عليه السيد ان مقتضى القاعده أن الغابن يغرم للمغبون قيمه يوم التلف و يغرم المغبون له قيمه يوم الفسخ، و تظهر الثمره فى تفاوت القيمتين.

و يمكن الجواب عنه: بأننا لو قلنا ان الميزان بيوم الاداء لا- بيوم الغصب فالظاهر أنه يتهاثر و لا شىء لأحدهما على الاخر فلا يترتب ثمره عليه، و لكن لو قلنا بأعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء فالثمره المدعاه فى كلام السيد متين.

و لو كان التلف باتلاف الغابن و أبرأه المغبون ثم فسخ لا بد من أن يرد اليه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٦

قوله: تلف ما فى يد الغابن بآفه او باتلافه ففسخ المغبون اخذ البدل (١).

قوله: و لو تلف باتلاف الاجنبى رجع المغبون بعد الفسخ الى الغبن (٢).

القيمه، لان الابراء بمنزله أخذ البدل منه.

هذا تمام الكلام فى الفرع الاول مع ما يتعلق به من اللواحق.

الفرع الثانى فيما يتعلق بتلف ما فى يد الغابن

فانه أيضا يتصور على أقسام:

(منها) أن يكون باتلاف الغابن، و يلحق به ما لو كان بآفه سماويه. أفاد الشيخ الاعظم: لو فسخ المغبون فى هذه الصوره بعد التلف يأخذ البدل، و فى اعتبار قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الاكثر الاول.

و قد أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه لا وجه لجعل يوم التلف مدارا للحكم و كذا كونه ظاهر الاكثر محل تأمل.

و التحقيق أن يقال: انك قد عرفت فى الفرع الاول أنه لا وجه لكون يوم التلف مناسبا للحكم، بل الميزان بيوم الفسخ على تقدير تماميه دلالة الصحيحه و يوم الاداء على تقدير آخر، و نحن اخترنا أن الميزان يكون بأعلى القيم، فلا نعيد.

هذا تمام الكلام فيما لو كان التلف باتلاف الغابن.

و أما لو كان باتلاف أجنبى فأفاد الشيخ بأن

المسأله ذات وجوه ثلاثه:

الاول: أن يرجع المغبون بعد الفسخ الى الغابن، لأنه ملك القيمه على المتلف، و لأنه الذى يرد عليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله.

الثانى: أن يرجع الى المتلف، لان المال فى ضمانه، و ما لم يدفع العوض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٧

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه (١).

فنفس المال فى عهده.

الثالث: أن يكون مخيرا فى الرجوع بأى منهما، أما الغابن فلانه ملك البدل، و أما المتلف فلان المال المتلف فى عهده.

و الحق فى المقام أن يقال كما عرفت فى الفرع الاول: ان الغابن ضامن للمغبون و المتلف ضامن للغابن، بلا فرق بين أن نقول ان الثابت فى ذمه المتلف نفس العين أو القيمه، و ان كان السيد فصل بين المقامين و قد مر تفصيله و الجواب عنه. و أيضا لا يقاس المقام بباب توارد الايدى كما مر توضيحه آنفا.

[مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه]

أقول وقع الكلام بين الاعلام فى أن خيار الغبن يختص بعقد البيع أو يدخل فى كل عقد معاوضى أو لا بد من التفصيل فى المقام. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر ثبوت خيار الغبن فى كل معاوضه ماليه.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المدرك لهذا الخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم منه، و هو البيع فلا- يجرى فى غيره من المعاوضات، و أما لو كان المدرك الروايه الوارده فى مسأله تلقى الركبان و هى قوله «غبن المسترسل سحت»، أو الاشتراط الضمنى و هو اشتراط التساوى، أم قاعده نفى الضرر فالمقتضى للعموم موجود لعدم الفرق بين البيع و غيره كما هو ظاهر، فان نفى الضرر لا يختص بالبيع كما أن الاشتراط الضمنى

بمقتضى الارتكاز الطبعى فى جميع المعاملات على السواء. و حيث أن المدرك عندنا هو الشرط الارتكازى الفطرى فهو لا يختص عند العرف العقلاى بمعاوضه دون معاوضه، بل نلتزم بالخيار فى كل مورد يكون الشرط الارتكازى موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٨

قوله: نعم يبقى الاشكال فى شموله للصوره المتقدمه و هى ما اذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعا كان أو غيره على عدم المغابنه و المكايسه من حيث المالىه، كما اذا احتاج المشتري الى قليل من شىء مبتذل لحاجه عظيمه دينيه او دنيويه فانه لا- يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بازائه، فان فى شمول الادله لمثل هذا خفاء بل منعا الا أن يتم بعدم القول بالفصل (١).

هذا فى غير الصلح، و أما الصلح فهو على أقسام، فانه تاره يتوسل بالصلح لدفع بعض المحاذير و يراد منه فى الحقيقه أن يترتب عليه أثر البيع، فلا- شبهه فى جريان الغبن فيه بلا- اشكال، و أخرى يقع الصلح على ما فى الذمم فى صوره الشك و الترييد و الغرض التخلص عن الاشتغال و يكون مبنيًا على المسامحه فلا يجرى فيه، لأنه مقدم و لم يشترط شيئًا فلا مجرى لقاعده نفى الضرر و القاعده الاشتراط كما هو ظاهر، و ثالثه يدعى احد على آخر شيئًا و الاخر ينكره و يصلحان على اسقاط الدعوى.

ففى الفرض لا بد أن يقع التقابل بين الثمن و ترك الدعوى، و لو وقع فى مقابل متعلق الدعوى يكون باطلا، لان المفروض أنه ليس شيئًا فى نظر المنكر و لو انكشف بعد ذلك صدق دعوى المدعى يكون الاشتغال بماله لعدم موجب لسقوطه. و فى مثل هذا الصلح أفاد السيد الاستاذ دام ظله

بعدم جريان خيار الغبن لعدم موضوعه.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، اذ ربما يكون مورد الدعوى مقدارا طائلا، و رفع اليد عن الدعوى بالمقدار الذى قبلاه يكون غنيا.

اقول: لا شبهه فى أن المقدار الذى كان بناء المعامله على عدم المغابنه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٣٩

قوله: اختلف اصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور او على التراخى؟ (١).

لا تشمله الادله، سواء كان المدرك قاعده نفى الضرر أو الاشتراط الضمنى أو الاجماع، و أما المقدار الزائد منه فيدخل فى عمومها.

و أما عدم القول بالفصل فيه اشكال من وجوه قد بينها فى محله.

[كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا]

اشاره

اقول: قد وقع الكلام بينهم فى كون خيار الغبن فوريا أو متراخيا، و يظهر من كلام الشيخ أن القول الاول هو المشهور.

و الذى ينبغى فى المقام أن يقع البحث فى ثلاثه مواضع: الموضع الاول فيما يستدل به على الفور، الموضع الثانى فيما يستدل به على التراخى، الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟

(أما الموضع الاول) [فيما يستدل به على الفور]

فقد استدل للفوريه بأن الخيار على خلاف القاعده، فيقتصر على المقدار المعلوم خروجه عن تحت القاعده.

و يرد عليه: أولا- انه لو تحقق حكم حدوثا و لم يكن مانع عن بقاءه بلحاظ دليل آخر يكون مقتضى الاستصحاب بقاءه الى أن يحصل العلم بارتفاعه، فمجرد ما ذكر فى الدليل لا يكون وجها للفور.

و ثانيا لا وجه للالتزام بالاختصار على مقدار خاص بل لا بد من ملاحظه مدرك الخيار، فانه لو كان المدرك هو الاجماع لكان لهذا التقريب وجه، و أما لو كان المدرك حديث نفى الضرر أو قاعده الاشتراط لا يتم هذا التقريب.

و بعبارة أخرى: لو كان لدليل الخيار اطلاق أو عموم يقتضى الخيار بقاء لا يبقى مجال لهذا لاشكال.

و استدل للفوريه أيضا بعموم وجوب الوفاء بالعقد، فان المرجع عند الشك

...

عموم العام لا استصحاب حكم المخصص، و لذا قال في جامع المقاصد: ان عموم العام للأفراد يستتبع عموم الازمنه و الا لم ينفع بعمومه.

و الظاهر أن مقصوده ان عموم العام ان كان ناظرا الى الزمان فيشمل كل فرد من الزمان و ان لم يكن شاملا للزمان فلا أثر له، اذ المفروض أنه لم يشمل الفرد الزماني.

و بعبارة أخرى: ان وجوب الوفاء بالعقد ان لم يكن ناظرا الى الاستمرار الزماني فما فائده العموم

الافرادى، و ان كان ناظرا الى العموم الازمانى فالمرجع هو العام.

و أورد عليه الشيخ: بأن لحاظ الزمان بالنسبه الى الافراد اما بنحو الظرفيه و اما بنحو القيديه. و بعبارة أخرى: الاستمرار الزمانى تاره يلاحظ على نحو الظرفيه لأداء الدين مثلا- بالنسبه الى جميع الازمنه، فان وجوب أداء الدين حكم واحد مستمر، فلو ارتفع الوجوب بالنسبه الى قطعه من الزمان لا مجال للأخذ بالعام، بل المقام مقام الاخذ باستصحاب حكم المخصص، بل لو لم يكن الاستصحاب جاريا لمحدود تصل النوبه الى أصل آخر. و السرّ فيه ان الحكم الواحد اذا ارتفع فلا مجال لعوده.

و أما لو كان الزمان قيّدا للحكم بحيث يكون كل زمان ملحوظا مع استقلاله- كما فى صوم شهر رمضان- فلو خرج فرد من العموم مقتضى القاعده الاخذ بالعموم بالنسبه الى بقية الافراد بحيث لو لم يكن الاخذ بالعام ممكنا لا مجال للأخذ بالاستصحاب، لأنه من قبيل اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

و هذا الذى ذكرنا لا فرق فيه بين أن يكون العام وضعيا أو اطلاقيا، فان المناط ما ذكرنا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤١

...

و بهذا يظهر فساد ما فى جامع المقاصد من أنه حيث أن عموم وجوب الوفاء اطلاقى يجوز استصحاب الحكم المخصص. و أيضا يظهر بما ذكرنا أن ما أفيد فى الاصول من أنه قد يخصص العام بالاستصحاب ليس على ما ينبغى، و المقام من القسم الاول، و عليه مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار لأنه باستمرار الخيار لا يتحقق تخصيص زائد كى ينفى بالعموم. فقد ظهر بما ذكر أن العموم لا يمنع بالاستصحاب كما أن الاستصحاب لا يمنع به، فان مورد كل منهما مغاير لمورد الاخر فلا اجتماع بينهما.

فقد تحصل أن

المقام مورد جريان استصحاب الخيار، بحيث لو لم يجر الاستصحاب لا مجال للأخذ بعموم وجوب الوفاء، بل لا بد من اثبات اللزوم بوجه آخر، ففي المقام حيث ان الحكم بلزوم العقد من القسم الاول فالمقام مورد استصحاب حكم المخصص لا الاخذ بعموم العام. هذا ملخص كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه: ان القاعده تقتضى الاخذ بعموم العام على كل حال، فانه مع وجود الاماره لا تصل النوبه الى الاخذ بالاصل، فانه فرش بالنسبه اليها.

و السرّ فيه أن العام حجه في أفراده- أعم من أن تكون افراده ملحوظه بنحو الاستعراق أو تكون ملحوظه بنحو المجموع- مثلا لو قال المولى «أكرم هؤلاء العشره» بنحو العام المجموعى بحيث يكون الحكم واحدا ثم أخرج فردا أو فردين من العشره أ ليس مقتضى القاعده الاخذ بالدليل و اكرام البقيه، فعليه لا بد من الاخذ بعموم وجوب الوفاء.

و الظاهر أن المقام من هذا القبيل كما أفاده الشيخ، أما على مسلكنا فى معنى الوفاء فالامر ظاهر، اذ المستفاد من الدليل هو لزوم العقد و هذا حكم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٢

...

واحد مستمر، و أما على مسلك الشيخ- و هو وجوب الوفاء- فربما يقال بأن لكل زمان وجوب من الامر ليس كذلك، فان كون الزمان قيذا بحيث يكون لكل زمان حكم غير حكم زمان آخر يحتاج الى المثونه و الى لحاظ خاص، و هو خلاف الظاهر. و على ما ذكرنا لا فرق بين المسلكين، فانه على كل تقدير يكون مقتضى القاعده الاخذ بالعام.

ثم انه هل يكون فرق بين أن يكون التخصيص من الاول و بين أن يكون من الوسط كى يقال بأنه لو كان من الاول لا بد من الاخذ بالعموم، فانه ليس

تخصيص في الفرد، و أما لو كان من الوسط فيجب الاخذ بالاستصحاب اذ ليس فيه تخصيص زائد. فعلى فرض صحة هذا الكلام يفصل فيه و لا يبعد أن يفرق بأن يقال: لو كان من الاول فلا مانع من الاخذ بالعام اذ يلزم تخصيص الفرد فيجب الاخذ به في المقدار المشكوك فيه، فتحصل أن الحق في المقام ان القاعده تقتضى الاخذ بالعام على جميع التقادير.

ان قلت: لا- مجال للأخذ بعموم العام لا بالاستصحاب و لا بدليل العموم، أما الاول فلان المفروض انقطاعه بالتخصيص، و أما بالعموم فلان المدرك لعمومه اما نفس الدليل أو قوله صلى الله عليه و آله «حلال محمد حلال الى يوم القيامة» أما الاول فلا يعقل أن يكون ناظرا الى هذه الجهة، لان نفس الحكم غير ناظر الى بقاءه و عدم نسخه.

و بعبارة أخرى: ان استمرار الجعل فرع وجود الجعل، و ان شئت قلت:

ان الجعل موضوع لاستمراره و كيف يمكن أن يكون الموضوع بياننا لحكمه و أما قوله «حلال محمد حلال» ناظر الى أن ما يكون حلالا لا ينسخ و يكون باقيا، و اما ان الفسخ بعد العقد هل هو حلال أم لا لا يستفاد منه، و فى المقام لا ندرى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٣

...

بأن العقد بعد زمان يكون لازما أو جائزا، فلا مجال الا لاستصحاب حكم المخصص.

قلت: ما أفيد فى بيان الاشكال من أن الجعل غير ناظر الى استمراره تام لكن اذا تمت مقدمات الاطلاق فيستفاد منها استمرار المجعول. و بعبارة أخرى:

نأخذ بالاطلاق و نحكم ببقاء المجعول الى الاخر.

(الموضع الثانى) [فيما يستدل به على التراخى]

أفاد الشيخ قدس سره بأنه أيضا لا مجال للأخذ بالاستصحاب لان موضوع الخيار من يكون متضررا و لا يكون متمكنا من

الفسخ، فلو قدر على الفسخ يندم موضوع الخيار و يشترط فى جريان الاستصحاب بقاء الموضوع.

وفيه: أولاً ان تقييد الموضوع بهذا القيد بلا وجه، فان المستفاد من القاعده أن المتضرر يكون له الخيار، و من الظاهر أن المغبون متضرر فى الان الثانى كما أنه متضرر فى الان الاول.

و ثانياً- ان كان المراد من التمكن التمكن مع قطع النظر عن الحكم الشرعى فهو غير متمكن حتى فى الان الثانى، و ان كان بلحاظ الحكم الشرعى فهو متمكن حتى فى الان الاول، فلا بد من عدم الخيار من الاول.

لا يقال: ان دليل لا ضرر ينفى الحكم الذى ينشأ منه الضرر، و الضرر فى المقام ناشئ من فعل المغبون.

فانه يقال: هذا التقريب دورى، اذ الاقدام لا يصدق الا مع فوريه الخيار و الحال ان الفوريه تتوقف على الاقدام بحسب هذا البيان.

الاشكال الثانى فى الاستصحاب من جهه أن الشك فى بقاء الخيار من حيث المقتضى، اذ شك فى بقاءه من حيث نفسه بلا تحقق رافع فى عمود الزمان.

وفيه: انه و ان كان الامر كذلك لكن قد حقق فى الاصول أن الاستصحاب حجه بلا فرق بين الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٤

...

ثم ان الشيخ نقل كلاما عن بعض معاصريه و لا يبعد أن يكون المراد منه صاحب المقاييس، و حكم بأنه لا محصل له، و ملخص ما أفاده: انه لو كان اللزوم أمراً مستمراً فمقتضى القاعده الرجوع الى العموم بعد مضى زمان الخيار المعلوم وجوده، و أما لو لم يكن لدليل اللزوم عموم فمقتضى استصحاب الملكيه عدم تأثير الفسخ كما ان مقتضى بقاء الخيار تأثيره، و الثانى مقدم على استصحاب بقاء الملكيه. لكن القول بعموميه اللزوم أقوى.

فأورد عليه:

بأن المقام ليس مقام الرجوع الى العام كما مر، و أيضا الكل متفقون على أن دليل اللزوم هو العام لا استصحاب الملك.

و أنت خبير بأن ما أفاده التستري متين، اذ كما ذكرنا لا فرق في الاخذ بالعموم بين كون العموم استغراقيا و بين كونه مجموعيا، كما أنه لو لم يمكن الاخذ بعموم العام فلا مناص من الاخذ باستصحاب الملكيه. فما أفاده قدس سره متين جدا.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا اشكال في الاستصحاب من هذه الجهه. نعم يبقى الاشكال العام المساوى في جميع الاستصحابات الحكميه.

و لكن الذى يهون الخطب من اصله أنه لا- تصل النوبه الى جريان الاستصحاب كى يجرى فيه القيل و القال، فانه لو كان المدرك للخيار الاجماع أو حديث لا ضرر لكان لهذا الاشكال مجال، و أما لو كان المدرك الاشرط فى ضمن العقد فلا وجه لفوريه الخيار، بل مقتضى القاعده بقاء الخيار بعد مضي زمان الاول و حيث انا اخترنا هذا المسلك يكون مقتضاه استمرار الخيار كما هو واضح.

ربما يقال: انه لو قيل باستمرار الخيار يتضرر الغابن كما قيل نظيره فى اجازة العقد الفضولى، لكن قياس المقام بذلك الباب قياس مع الفارق، اذ لو قلنا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٥

...

بأن الاصل لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه ربما يتضرر ضررا عظيما، و أما فى المقام يجوز للغابن أن يتصرف فيما انتقل اليه غايه الامر لو فسخ المغبون يرد القيمه.

فانقدح مما ذكر أن الحق أن الخيار مستمر، لكن لو أغمض عما ذكرنا و قلنا بعدم جواز الاخذ بالعموم لما ذكره الشيخ، و أيضا التزمنا بعدم جريان استصحاب الخيار، و من ناحيه ثالثه قلنا بأن دليل الخيار لا يقتضى استمراره.

[الموضع الثالث فيما لو لم تتم الادله من الطرفين فما هو مقتضى القاعده؟]

فموقع البحث

هو الموضوع الثالث من المواضع الثلاثة، ومقتضى الاصل عند الشك فى بقاء الخيار عدمه، فان الاستصحاب يقتضى عدم تأثير فسخ المغبون بعد زمان الوهله الاولى. و لا مجال للمعارضه فى المقام، فانه لا يستصحب الملكيه بل بقاء الملكيه على القاعده، اذ البيع قد أثبت الملكيه الدائمه لكل من الطرفين، و انما شك فى أن الفسخ أثر فى الخروج أم لا، و الاصل عدمه.

و ان شئت قلت: ان الشك فى بقاء الملكيه مسبب عن الشك فى تأثير الفسخ، و الاصل السببى مقدم على المسببى.

ثم انه على القول بفوريه الخيار فهل الميزان بالفوريه الحقيقه أو العرفيه؟

لا- يخفى أن هذا اللفظ بماله من المفهوم لم يقع تحت دليل كى يستظهر منه شىء بل اما نلتزم بالتراخى كما تقدم حتى على القول بكون المدرك للخيار دليل لا ضرر، و اما لا بد من القول بالفوريه الحقيقه بلا فرق بين صوره العلم و الجهل و الالتفات و الغفله و النسيان، فان دليل نفي الضرر ينفي الضرر الناشئ من قبل الشارع لا الضرر المتوجه من جهه الجهل أو الغفله، كما أنه لا مجال للأخذ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٦

قوله: الخامس خيار التأخير قال فى التذكره من باع شيئاً و لم يسلمه الى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه ايام (١).

بدليل لا حرج، فان الفسخ لا يكون واجبا كى يقال بأن امثال هذا التكليف فوراً أمر حرجى.

و ملخص الكلام أن المدرك للفوريه أعم من أن يكون عموم و جوب الوفاء أو قاعده نفي الضرر بالنسبه الى الغابن أو استصحاب الملكيه و عدم تحقق الخيار يكون مقتضى القاعده الالتزام بالفوريه الحقيقه.

و السرفيه

كما ذكرنا أن المنفى بالقاعده ما يكون من قبل الشارع، و أما الضرر المتوجه الى المكلف من ناحيه جهله أو نسيانه أو غفلته أو عدم فحصه أو غير ذلك فلا يكون منفيًا بالقاعده كما هو ظاهر، الا أن يقوم اجماع تعبدى على التراخي و عدم الفوريه الحقيقه. و الذى يهون الخطب أن أصل المبني فاسد.

ثم انه قدس سره تعرض لفروع راجعه الى دعوى المغبون التارك للفسخ فورا الجهل أو النسيان، و قد مر فى المسأله الثانيه من مسائل خيار الغبن الفروع الراجعه الى دعوى الجهل بالغبن، و الظاهر وحده الملاك و المناط فى كل المقامين. و يظهر حكم الفروع المذكوره فى المقام مما ذكر فى تلك المسأله، فلا وجه للإعاده.

[القسم الخامس خيار التأخير]

اشاره

اقول: القسم الخامس من الخيارات خيار التأخير، و المشهور بين العلماء أنه لو باع شيئاً و لم يسلمه الى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط التأخير فالبيع لازم الى ثلاثه أيام، فان لم يجىء المشتري بالثمن فى الثلاثه يكون للبائع الخيار،

و الذى يمكن أن يكون مستندا لهذا الحكم أمور:

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٧

...

الاول: الاجماع.

و فيه ما عرفت منا مرارا فلا نعيد.

الثانى: قاعده نفي الضرر،

إذ البائع لا يجوز له التصرف فى المبيع لكونه ملكا للغير و يكون تلفه عليه لأنه من التلف قبل القبض، و المفروض أنه لم يقبض الثمن.

و يرد عليه: أولا ان الاستدلال بالقاعده لا ينطبق على القيود التى أخذت فى هذا الحكم كما هو ظاهر.

و ثانيا- يجوز للبائع أخذ المبيع و تملكه بعنوان التقاص، لكن الحكم بجواز التقاص في غير صورته صدق الغصب و العدوان مشكل.

الثالث: النصوص الواردة في المقام،

و هي العمده:

(و منها) ما رواه زراره عن ابي جعفر عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمانه. قال: ان جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له «١». و هذه الروايه تامه سندا و دلاله.

(و منها) ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال: اشتريت محملا فأعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتسبت أماما ثم جئت الى بايع المحمل لأخذه فقال قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو أقاضيك. فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا فقال ابو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره. قال: قلت بقول صاحبي. قال:

سمعتة يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و الا فلا بيع له «٢».

و لا بأس فيها من حيث الدلاله.

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٩ من ابواب الخيار الحديث (١).

(٢) نفس المصدر الحديث (٢).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٤٨

...

(و منها) ما رواه علي بن يقطين انه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن. قال: فان الاجل

بينهما ثلاثة أيام فان قبض ببعه و لا فلا بيع بينهما «١». و هي أيضا تامه سندا و دلالة.

(و منها) ما رواه اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام: من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام و لم يجىء فلا بيع له «٢».

(و منها) روايه هذيل بن صدقه الطحان «٣»، و هي مخدوشه سندا و دلالة.

و قد أفاد المصنف بأن ظاهر هذه الاخبار بطلان البيع كما فهمه في المبسوط، و حكي القول عن ظاهر الاسكافي المعبر بلفظ الروايات، و توقف فيه الأردبيلي، و قواه في الكفايه، و جزم به في الحدائق، و طعن على العلامة حيث أنه اعترف بظهور الاخبار في الفساد و مع ذلك اختار ما ذهب اليه المشهور، و استدل بأن الاصل صحة العقد و حمل الاخبار على نفى اللزوم.

ثم انه قدس سره أفاد بأن ظهور الاخبار في الفساد و لكن حيث أن المشهور فهموا منها نفى اللزوم، و هذا المعنى يقرب أن يكون المراد منها نفى اللزوم لا-الصحة، مضافا الى أنه يمكن أن يقال بأن الوارد في اكثر الروايات من نفى البيع بالنسبه الى المشتري فقط قرينه على أن المراد بالمنفى اللزوم لا-الصحة، الا- أن في روايه علي بن يقطين ورد بلفظ «لا بيع بينهما». و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع الى استصحاب بقاء الملكيه.

ان قلت: الملكيه كانت موجوده في ضمن المكيه اللازمه، و بعد ارتفاعها نشك في تحققها في ضمن غيرها، و لا- مجال للاستصحاب فيها، لأنه من الاستصحاب الكلي من القسم الثالث الذي لا نقول بجريانه حتى على مسلك الشيخ القائل

(١) نفس المصدر الحديث (٣).

(٢) نفس المصدر الحديث (٤).

(٣) نفس المصدر الحديث (٥).

...

بجريان القسم الثالث فى بعض الفروض.

قلت: ان اللزوم ليس فصلا للملكيه كى يتوجه هذا الاشكال، بل حكم للملكيه فلا مانع من الاستصحاب.

و فيما أفاده مواقع للنظر:

أما أولا- فلانه قدس سره مع اعترافه بظهور الاخبار فى الفساد كيف يتبع فهم المشهور، فانه وقع هذا الخلاف بينهم بأن الشهره تكون كاسره للظهور أم لا، و الحق أنه لا اعتبار بالشهره فى قبال الظهور.

نعم لو لم يكن معنى اللفظ معلوما لدينا و فهم المشهور منه شيئا لا- يبعد بل يقرب جواز متابعتهم لأنهم أهل اللسان و ليس مقامهم أنزل من قول اللغوى، و أما لو كان معنى اللفظ ظاهرا لدينا فلا مجال لرفع اليد عن الظهور المحرر بفهم المشهور خلافه.

و ثانيا- ان ما أفاده قدس سره من أنه لا أقل من الشك فيرجع الى الاستصحاب فانه لو وصل الامر الى هذه المرحله لا تصل النوبه الى الاخذ بالاستصحاب، فان أدله الصحه للبيع تقتضى الصحه، اذ من الظاهر أن اجمال دليل المخصص المنفصل عن العام أو المطلق لا يسرى اليهما. و مجرد ذهاب المشهور الى خلاف الظاهر لا يقتضى رفع اليد عن الحججه، فان غايه ما يترتب على فهم المشهور حصول الظن بخلاف ظاهر الروايات، و هو لا يغنى من الحق شيئا، فلا مانع من الاخذ باطلاق حليه البيع و التجاره. و لعمري ان هذا أمر ظاهر واضح و لم يكن من المطالب أن يخفى على مثله مع أنه استاذ الكل فى الكل، غير أن صدور الاشتباه من غيرهم عليهم السلام ليس بعزيز.

و ثالثا- ان الاستصحاب فى المقام غير جار على مسلكه، حيث أنه من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٠

...

الشك فى المقضى فلاحظ.

و رابعا- ان هذا

الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل، فتكون النتيجة هي الفساد.

و أما ما أفاده قدس سره من جريان الاستصحاب و عدم كونه من القسم الثالث متين، و ما اورده عليه السيد فى الحاشيه غير وارد، فانه أفاد فى الحاشيه بأن اللزوم و الجواز فصلان للملكيه، اذ لا يعقل تحقق الملكيه بلا لزوم و جواز، و قاس المقام بباب جعل الجواز حيث أنه لا يمكن أن يتحقق الا مع احد الفصول من المنع من الترك أو الرجحان أو التساوى و كذلك المقام.

و ما أفاده فاسد جدا، اذ يرد عليه: أولا النقض بالجسم فانه لا يقبل أن يوجد الا مع اللون و الحال انه ليس فصلا للجسم و يكون مبيانا معه بل يكون عرضا قائما به.

و ثانيا ان اللزوم و الجواز من أحكام الملكيه، كما أن جواز بيع الملك و عدمه من أحكام الملك، فهل يمكن أن يقال بأن الجواز و عدمه من فصول الملكيه، و لذا بالنسبه الى الغافل يتصور جعل الملكيه بلا جعل اللزوم او الجواز. نعم بالنسبه الى الشارع المذى يكون محيطا على جميع العوالم لا يتصور منه الغفله، فلا يعقل جعل الملكيه بلا جعل اللزوم أو الجواز. و الحاصل ان هذا الاشكال غير وارد على الشيخ.

أفاد السيد الاستاذ دام ظله بأنه لو قلنا بأن الروايات التى وردت فيها كلمه «فلا بيع له» للمشتري ظاهره فى نفى اللزوم، بقريته انه لو كان المراد نفى الصحه لكان المناسب أن يقال فلا بيع لهما أو فلا بيع بلا ذكر شىء تقدمت على روايه على بن يقطين المداله على الفساد، اذ بعد وقوع التعارض بينهما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥١

...

و تساقطهما بالمعارضه يكون الترجيح مع تلك الروايات، لان

الشهره موافقه لها.

و أما لو قلنا باجمال تلك الروايات فنقول: بأن روايه ابن يقطين ساقطه لاعراض المشهور عنها، فالقدر المتيقن هو الجواز بعد ثلاثه أيام. و بعباره أخرى: القدر المعلوم بعد الثلاثه ان البيع لازم فنشك في بقاء الملكيه و نحكم بها بالاستصحاب.

و فيما أفاده جهات من الاشكال على ما استفدنا من بياناته القيمه، فانه أولا- يرد عليه أن الشهره الفتوائيه لا- تكون حجه بل المرجح الشهره الروائيه، و تحقيق الكلام موكول الى باب التعادل و الترجيح، فما أفاده في الشق الاول غير تام.

و أما الشهره الروائيه فليست في تلك الروايات، فان ما رواه جميل عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام و ان رويت بطرق عديده لكن تصل كلها الى زراره. و بعباره أخرى: الروايه واحده و أما غيرها فكلها ساقطه سندا.

أما روايه ابن طحان فبنفسه، و أما روايه ابن حجاج فبأبي بكر، و أما روايه ابن عمار فالراوى عنه أبان و فيه نقاش اذ لم يوثق، مضافا الى أن الشهره بهذا المقدار لا يتحقق كما هو واضح.

و ثانيا: ان اعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب سقوطها، فما أفاده في الشق الثاني أيضا فاسد.

و ثالثا: أنه لو وصل الامر الى ما ذكره فلا نحتاج الى الاستصحاب كما ذكرنا في رد الشيخ بل نأخذ باطلاق دليل الصحه.

و رابعا: انه لو وصلت النوبه الى الاستصحاب يعارضه أصله عدم الجعل فتكون النتيجة هو الفساد، اذ خروج الملك عن ملك مالكة بهذا المقدار معلوم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٢

...

و الزائد على هذا المقدار خلاف الاستصحاب. و من الظاهر أن هذا الاستصحاب ليس فيه اشكال و ايراد.

و استدلال الاستاذ دام ظلّه لإثبات المدعى بتقريب آخر، و هو:

أن ما يستفاد منه البطلان روايه ابن يقطين، و المراد منها أن البائع بعد مضى ثلاثه أيام لو قبض المثلن - أى لم يفسخ المعامله - فهو و ان لم يقبض بأن فسخ البيع فلا بيع بينهما، و هذا عباره أخرى عن الخيار بعد الثلاثه الذى التزم به المشهور.

و المنشأ فى هذا الاستناد فاء التفریع، فانه عليه السلام قال «فان الاجل بينهما ثلاثه أيام فان قبض» فالمراد من كلمه «القبض» اقباض البائع المبيع بعد الثلاثه.

و منه يظهر أن اقباض المثلن قبل الثلاثه و عدمه لا يرتبط بالخيار و عدمه، و لو تم هذا البيان و قلنا باجمال الروايه تصل النوبه الى استصحاب الملكيه بذلك البيان الذى مر عليك آنفا.

و فيه: اولاً أن هذا البيان يتوقف على كون قبض مشددا و هو أول الكلام و المفروض عدمه فى الروايه، و احتمال الاشتباه خلاف الاصل العقلائی، بل مقتضى الاصل عدم صدوره مشددا من الامام عليه السلام، فان التفریع يصح.

مع كونه فى الثلاثه، فان الاجل ثلاثه أيام فلو تحقق القبض - أى قبض المثلن - فى هذه الثلاثه فهو و الا يكون البيع باطلا.

و ثانياً: ما افاده من الاخذ بالاستصحاب، ففيه ما مر منا آنفا فلاحظ.

و استشكل السيد فى الحاشيه على جريان الاستصحاب بوجه آخر، و هو أن ظاهر الاخبار البطلان من الاول، فكأنه ان القبض فى الثلاثه شرط الصحه و مع عدمه يكون البيع باطلا بأن لم يقع صحيحاً بأثر صحيح ثم طرأ عليه الفساد، و عليه لو أجمل اللفظ و وصلت النوبه الى الاستصحاب لا يكون الاستصحاب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٣

قوله: ثم انه يشترط فى هذا الخيار امور: احدها عدم قبض المبيع و لا خلاف فى اشتراطه ظاهراً

(١).

جاريا لأنه لا متيقن في السابق كي يستصحب.

و فيه: انه يكفى في الصحه بعد الاجمال صحه اطلاق البيع، فلا اشكال في الاستصحاب من هذه الجبهه بل الاشكال من جهه ما أورده فلاحظ.

اذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أن الظاهر من روايه ابن يقطين البطلان، و احتمال كون لفظ «قبض» مع التشديد خلاف الظاهر. و عليه يكون المراد من لفظ «بيعه» هو الثمن، أى قبض البائع الثمن فى ضمن الثلاثه و ان لم يقبض فالبيع باطل لا من اصله بل من حينه، خلافا للسيد حيث ذهب الى البطلان من الاول. فيكون مفاد الروايه موافقا لبقية الروايات. و لا مجال لوقوع التعارض بين الروايات، اذ دلالة ما دل على نفي البيع من طرف المشتري فى نفي اللزوم ليس بحد يوجب رفع اليد عن روايه ابن يقطين الظاهره فى الفساد، و على فرض التعارض فالقاعدته تقتضى الحكم باللزوم لعدم الترجيح لأحد الطرفين.

نعم لو قلنا بجواز التنجيز الاصولى فى المتعارضين للمجتهد أن يختار جانب الجواز المستفاد من أحد الطرفين كما أن له اختيار جانب الاخر فلاحظ. نعم لا يبعد أن يحصل الاجماع على عدم اللزوم، اللهم الا أن نقول بأنه مدركى.

[قد ذكر فى هذا الخيار شروط]

اشاره

اقول: قد ذكر لهذا الخيار شروط:

[الشرط الأول عدم قبض المبيع]

(الاول) انه ذكر المصنف قدس سره لا خلاف فى اشتراطه ظاهرا مستدلا بروايه على بن يقطين على تقدير تشديد لفظ «قبض» و كون المراد بالبيع المبيع.

و أورد عليه السيد الاستاذ دام ظله: بأنه علم مما ذكرنا عدم موضوع لهذا الكلام، فانه حمل اللفظ على الاقباض بعد مضى الثلاثه بالتقريب المتقدم، و قد مر ما فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٤

...

و نقل المصنف عن الرياض انكار دلالة الروايه على هذا الشرط، ثم أورد عليه بانه لا وجه للانكار الا احتمال سقوط هذه الجبهه

من الروايه من النسخه التي أخذها منها، أو احتمال كون البيع بالتشديد، بأن يكون المراد منه هو البائع، أى قبض بايعه الثمن. و هذا الاحتمال ضعيف، فان استعمال البيع مفردا غير معهود، مع أن الاصل عدم التشديد- انتهى.

و لا يخفى ما فى كلام المصنف، اذ ما أفاده فى الرياض لا يتوقف على هذا التقريب، فانه يرد عليه: أولا ان أصله عدم التشديد فى البيع يعارض بأصل عدم التشديد فى قبض. و ثانيا انه علم مما ذكرنا أن ما أفاده يمكن استفادته من الكلام، بأن يقرأ «قبض» بلا تشديد و يكون المراد من بيعه هو الثمن.

و ملخص الكلام فى المقام على ما ذكرنا: ان الروايات متطابقه على أن الشرط فى الخيار عدم قبض الثمن، و أما بالنسبه الى المبيع فلا- تعرض له فى الروايات فلاحظ، فمقتضى الاطلاق أنه لو لم يقبض الثمن يثبت الخيار، أعم من أنه قبض المثلث أو لم يقبض.

ثم انه لو كان عدم القبض لعدوان البائع- بأن دفع المشتري و البائع لم يقبضه- أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يثبت الخيار، لان هذا الخيار

للإرفاق بالنسبه الى البائع لان لا يتضرر.

و ما أفاده قدس سره فى وجه هذا الحكم و ان كان متينا لكن الاولى أن يستدل بقوله «ان جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام و الا فلا بيع له»، فان المستفاد من هذه العبارة أن الميزان لثبوت الخيار عدم مجىء المشتري بالثمن فى الثلاثة.

ثم ان المشتري لو قبض المبيع بلا- اذن من البائع بلا- اقباض للثمن، ففيه وجوه: منها انه كالا- قبض مطلقا، و منها انه لو استرده يكون كالا قبض و الا فلا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٥

...

و منها أنه قبض مطلقا، و منها أنه لو قلنا بأنه يرتفع الضمان بهذا القبض يكون قبضا مؤثرا و الا فلا.

و اختار الشيخ الوجه الاخير، بتقريب أن البائع انما جعل له الخيار لدفع ضرره و المفروض أنه لا يتضرر بالتلف لأنه لا ضمان عليه لو تلف و لا يجب عليه حفظ المبيع، و أما جريانه من التصرف فى الثمن فيتدارك بأخذ المبيع مقاصه.

و لا يخفى أنه على ما ذكرنا لا تصل النوبه الى هذا البحث، اذ ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار و عدمه قبض الثمن و عدمه، و مع الاغماض عما ذكرنا يرد على الشيخ بأن دليل الخيار لم يكن حديث الضرر كى يجىء هذا البيان بل كان المدرك النص الخاص. هذا أولا، و ثانيا أن التقاص يتوقف على التمكن من الاسترداد، و ثالثا ان التقاص يتوقف على أن لا يكون حبس الثمن من طرف المشتري عدوانا.

و الحق على هذا المسلك أن يكون هذا القبض كالا قبض، اذ المستفاد من روايه ابن يقطين أن الميزان باقباض البائع لا بالقبض مطلقا.

و لو مكن المشتري و لم يقبضه أفاد

الشيخ قدس سره بأن المسأله مبنيه على ارتفاع الضمان و عدمه.

و الحق أن الميزان بما يستفاد من النص، و لا يبعد أن يقال بأنه لو صدق الاقباض على مجرد التمكين يسقط و الا فلا.

و استظهر صاحب الجواهر من بعض النصوص كخبر زراره أن مجرد التمكين من القبض لا- أثر له، اذ فيه قال «سائل ثم يدعه عنده»، و مع ذلك أجاب عليه السلام بثبوت الخيار. و أيده السيد فى الحاشيه و قال: ان الحق مع صاحب الجواهر، فانه يصدق الوديعه مع التمكين من الاخذ، بل يصدق حتى فى صورته

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٦

قوله: الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن (١)

أخذ المبيع أولاً و تركه عنده ثانياً.

لكن الحق مع الشيخ قدس سره، اذ غايه ما فى الباب هو الاطلاق كما فى كلام السيد، و من الظاهر أن الاطلاق يقيد بما فى روايه على بن يقطين و جعل الميزان بالاقباض و عدمه، فالعمده صدق الاقباض على التمكين و عدمه.

نعم لو شك فى الصدق فلا بأس بالاخذ باطلاق روايه زراره بهذا المقدار.

ثم ان قبض بعض المبيع كالا- قبض أو كالتبضع، بدعوى أنه يصدق عليه قبض المبيع أو يلتزم بالتبضع بالنسبه الى ثبوت الخيار ووجه.

لا اشكال فى أن القبض على الاطلاق لا يصدق على قبض البعض، فهذا الوجه باطل. فأفاد الاستاذ دام ظلّه فى المقام بأن المسأله من فروع النزاع المعروف بين الفقهاء بأن ضم ما لا يصح بيعه الى ما يصح يوجب بطلان الجميع أو صحه ما يصح، و الحق هو الثانى. و السرفيه أن المبيع ينحل بسبب أجزاء المبيع الى ييوع عديده، فمقتضى القاعده جريانه بالنسبه الى البعض.

و لكن الظاهر أن ما أفاده و

ان كان تاما بحسب الكبرى الكليه لكن الظاهر من خبر ابن يقطين الذى هو العمده فى هذا الحكم قبض المجموع، فلا أثر فى قبض البعض.

[الشرط الثانى عدم قبض مجموع الثمن]

أقول: الشرط الثانى من شرائط خيار التأخير عدم قبض مجموع الثمن.

أفاد الشيخ قدس سره ان قبض البعض كلا قبض.

و أفاد الاستاذ بأن اللازم قبض تمام الثمن لكن البيع ينحل بحسب أجزائه فبالنسبه الى ذلك المقدار يصدق انه قبض تمام الثمن، فيكون للبائع حق الخيار بالنسبه الى البقيه و يجوز له الفسخ، غايه الامر انه فسخ يكون للمشتري خيار التبعض.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٧

قوله: و القبض بدون الاذن كعدمه (١).

و الحق أنه لا يمكن مساعدته، فان المستفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى لزوم قبض تمام الثمن كما عليه الشيخ قدس سره. نعم الاستدلال للمدعى بروايه ابن حجاج بتقريب أن أبا بكر هكذا فهم من كلام الامام عليه السلام ليس تاما، اذ فيه: أولا ان الروايه ضعيفه السند كما تقدم. و ثانيا لم يعلم من كلام أبى بكر القاضى أنه حكم لمن و على من، فانه ليس فى الروايه دلالة من هذه الناحيه. و ثالثا ان فهم أبى بكر لا فائده فيه.

و الحق ما ذهب اليه الشيخ حيث قال: فيه نظر، خلافا للعلامه حيث استدلل بالروايه. و العجب من الميرزا حيث قال على ما فى كلام مقررره: لم أفهم وجه النظر، فان وجهه ظاهر كما قال سيدنا الاستاذ دام ظله. و كيف كان ففى روايه زراره لإثبات المدعى غنى و كفايه فلاحظ.

أقول: لو قبض الثمن بلا اذن المشتري هل له أثر أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا أثر له.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير بأن

المستفاد من الاخبار الواردة فى المقام أن الميزان للخيار عدم المجبى ء بالثمن بنحو السالبه بانتفاء المحمول بأن يكون الثمن عنده و لم يجبى ء به.

و بعبارة أخرى: الاخبار متعرضه للصوره التى يمكن الاتيان به و لم يأت به و أما لو لم يكن ممكنا فالروايه لا تشملها، فعليه لا تكون هذه الصوره موردا لدلاله الخبر، فلا بد من أن يعمل على طبق القاعده.

و ما أفاده منقوض بصوره الغفله و النسيان، فهل يمكن أن يقال بأنه لو لم يجبى ء بالثمن لا يثبت الخيار، بتقريب أنه لم يكن متمكنا لغفلته، لكن مع ذلك لا يبعد أن يقال: بأن الروايه لا تشمل هذه الصوره، أى صوره قبض البائع الثمن بدون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٨

قوله: و هل هى كاشفه او مثبتة أفواهما الثانى (١).

اجازه المشتري، فان الروايه منصرفه عن هذه الصوره.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أن ضرر الضمان باق فى صوره عدم قبض الثمن باذنه. فلا وجه له، فان البائع مالك للثمن و يجوز له التصرف، فلو امتنع المشتري من الاقباض للبائع أن يفسخ البيع عند الحاكم و يقبض الثمن.

لكن هذا الاشكال غير وارد على الشيخ، اذ هو قدس سره استدركه بعد سطر بقوله: لو كان القبض عن حق فلا خيار، لان الخبر منصرف عن الصوره. و لكن الذى يتوجه الى الشيخ أن يقال: ان المدار فى سقوط الخيار لو كان مجبى ء المشتري بالثمن فلا فرق بين القبض عن حق و بلا-حق و لا-بد من الالتزام بثبوت الخيار، و ان قلنا بانصراف الدليل عن صوره القبض فلا فرق بين الرضا و عدمه أيضا و ان الخيار غير ثابت.

أفاد المحقق الايروانى أن المستفاد من

الاجبار أن القبض مانع عن الخيار على نحو الاطلاق، فلا خيار مع القبض بلا فرق بين صورتين.

و ما أفاده و ان كان موافقا لما ذكرناه، لكن تقريب المدعى مختلف فانا ندعى أن الروايه منصرفه عن صوره القبض، و أما الفرق بين المبيع و الثمن بأن يقال فى طرف المبيع لا بد من الاذن و أما فى طرف المشتري يكفى مطلق القبض، فلا وجه له كما يظهر من كلام الشيخ.

أقول: لو قلنا باشتراط الاذن فلو قبض الثمن فأجاز المشتري هل يكون كاشفه أو ناقله؟ افاد الشيخ بأن الحق انه ناقل، و تظهر الثمره فيما قبض قبل الثلاثه و أجاز بعدها فلا بد من السؤال من مراده، فما أفاده من أن الحق انه ناقل ان كان ناظرا الى ما أفاده فى باب الفضولى من أن الاجازة ناقله فيرد عليه انه قد مر أن مقتضى القاعده فى ذلك الباب هو الكشف، و ان كان نظره بأن مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٥٩

قوله: الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم احد العوضين (١).

القاعده النقل فى المقام و ان كان الكشف هناك فالحق كما أفاده، اذ الامر التكويني لا يستند الى الشخص بالاجازة بخلاف الامور الاعتباريه كالملكيه و نحوها.

ثم ان للسيد كلاما فى المقام، و هو أن قبض البائع للثمن اسقاط للخيار غايه الامر لو كان بلا اذن لا يؤثر و أما بعد لحوق الاجازة فيؤثر و ان كانت الاجازة ناقله. و كلامه مخدوش من جهات اذ يرد عليه:

أولا- ان الخيار يثبت بعد الثلاثه و القبض كان فى الثلاثه.

و ثانيا- ان قبض الثمن لا يرتبط باسقاط الخيار.

و ثالثا- ان القبض لو كان اسقاطا للخيار فلا يفرق بين الصحيح و الفاسد.

رابعاً- أنه لا معنى لكون الاجازة كاشفه كما ذكرنا.

[الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]

أقول: أفاد السيد الاستاذ دام ظلّه في المقام على ما في التقرير بأن جعل حق التأخير يتصور على ثلاثة أقسام: الاول أن تكون المده أزيد من ثلاثه أيام الثاني أن يجعل ثلاثه أيام، الثالث أن يجعل أقل منها.

أما لو كان ازيد من الثلاثه فلا تشمله أخبار المقام، و الوجه فيه أن الاخبار الواردة في هذا الباب تتضمن حكيمين: سلبى و هو عدم الخيار الى الثلاثه و ايجابى و هو الخيار بعد الثلاثه.

و لا يخفى ان الخيار فى فرض التأخير على طبق القاعده بمقتضى الشرط الضمنى، فالحكم السلبى المستفاد من أخبار الباب على خلاف القاعده، و شرط التأخير معناه عدم الخيار الى هذه المده، فلا تنافى بين الاخبار و بين الشرط.

و أما ثبوت الخيار بعد الثلاثه فهو حكم على طبق القاعده للشرط الضمنى، لكن لا مجال لهذا التقريب مع شرط التأخير، فالتأخير على القاعده و لا موقع للعمل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٠

قوله: الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره (١).

بأخبار الباب كما هو ظاهر و لو كان حق التأخير بمقدار الثلاثه يثبت الخيار بمقتضى القاعده الاولى و بمقتضى أخبار الباب و يكون البيع قبلها لازماً، غايه الامر هذا اللزوم يكون له سببان و هما اشتراط التأخير و الروايات الخاصه. و أما لو كان أقل من الثلاثه فلا و لو جعل حق التأخير يكون البيع لازماً يومين و بعد انقضائهما يثبت الخيار بمقتضى أخبار الباب. فتحصل أن النتيجة تظهر فيما يكون حق التأخير أزيد من الثلاثه، فانه بعد انقضاء الثلاثه لا يثبت الخيار بل بعد انقضاء المده المقرره بينهما. و الحاصل انه

لا يشترط هذا الخيار بعدم اشتراط التأخير.

هذا كلامه.

و الحق أن ما أفاده غير تام، فان النص كما أفاده الشيخ قدس سره منصرف عن صورته شرط التأخير. و توضيح هذا المطلب: ان الظاهر من النص في هذا الباب أن ابتداء المده و الاجل من حين العقد. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان الظاهر منه أن هذا فيما يكون الوظيفة التسليم لكن جعل على خلاف القاعده حق التأخير، و من الظاهر أنه مع جعل اشتراط التأخير لا يكون الوظيفة التسليم بل بمقتضى القاعده الثانويه لمن يكون عنده المال أن يؤخر تسليمه، فلا بد من الالتزام بأحد الامرين اما جعل المده من حين العقد و اما من حين انقضاء الاجل، و كلاهما خلاف الظاهر. و يؤيد المدعى أنه ادعى الاجماع عليه في الجبهه كما في عبارته الشيخ فلاحظ.

[الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا او شبهه كصاع من صبره]

اشاره

أقول: و الذي يمكن أن تقول به لهذا الشرط أمور:

الاول - الاجماع،

و قد تصدى الشيخ قدس سره أن الحكم مجمع عليه عندهم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦١

...

و فيه: ان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل غير حاصل، مضافا الى أنه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا.

الثانى - ان المدرك لهذا الخيار قاعده نفى الضرر،

و لا ضرر فيما يكون المبيع كليا، لأنه لا ضمان عليه.

و فيه: أولا انه يتصور الضرر فيما يكون كليا، فانه يمكن أن يتصور أن الشخص قادر على تسليم وزنه من الحنطه و لا يقدر على أزيد من هذا المقدار، فبالتأخير يقع فى الضرر، بأن لا يمكنه أن يعامل مع غير هذا المشتري.

و ثانيا: ان الدليل ليس قاعده نفى الضرر بل الدليل الاخبار.

الثالث – الاخبار الوارده فى المقام.

و لا يخفى أن روايه زراره داله على الشخصيه لكن لا مفهوم لها فلا بد من ملاحظه غيرها، و أما روايه على بن يقطين فالحق أنه عام، و أنه لا فرق بين كون المبيع كليا و شخصا.

ثم انه قد ذكر شروطا أخرى لهذا الخيار:

منها عدم الخيار من ناحيه أخرى للبائع و لا للمشتري،

و قد نسب هذا القول الى العلامة فى التحرير. و ما يمكن أن يكون وجها لهذا القول أمور:

الاول: انه قد مر آنفا بأن التأخير الذى يكون موضوعا لهذا الخيار هو التأخير لا عن حق، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و عدم لزوم الاقباض، فلو فرضنا ثبوت الخيار يكون التأخير عن حق فلا يكون موضوعا للخيار.

وفيه: ان المبني فاسد من أصله، و هو جواز عدم الاقباض مع الخيار، فان أثر الخيار جواز حل العقد لكن ما دام العقد باقيا يجب العمل بمقتضاه، و المفروض أن كل واحد من العوضين قد انتقل الى الطرف الاخر فيجب على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٢

...

كل منهما الاقباض للاخر.

و ما عن الميرزا بأنه لا يجب الوفاء فى فرض الخيار فلا يجب الاقباض غير تام، اذ الوفاء عباره عن عدم حق الفسخ و لا تنافى بين الجواز و لزوم الاقباض.

ان قلت: وجوب الاقباض هو انما بلحاظ الشرط الضمنى، و حيث أن العقد جائز فلا يجب الوفاء بالشرط، لان المفروض ان دليل «أَوْفُوا» غير شامل له.

قلت: دليل نفوذ الشرط قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» فالشرط نافذ.

ان قلت: كيف يكون العمل بالشرط لازما مع أن المفروض أن العقد جائز.

قلت: لا تنافى بين الامرين، بل لعله قد مر منا بأن العقد لو انحل باعمال الخيار يكون وجوب العمل بالشرط بحاله بل يمكن أن يقال بنفوذ الشرط

حتى فيما يكون فى ضمن العقد الفاسد لتحقق أركانها و اطلاق دليل صحته و نفوذه فلاحظ.

و تفصيل الحال موكول الى باب الشروط فانتظر.

و يؤيد المطلوب أنه لو لا ذلك يلزم أن يكون مبدأ الثلاثة، من حين انقضاء المجلس لوجود خيار المجلس، و بعد انقضاء الثلاثة فيما يكون المبيع حيوانا لوجود خيار الحيوان. و هو كما ترى، و الوجه فى هذا الالتزام أنه لو لاه يقع التنافى بين أدله هذا الخيار و أدله تلك الخيارات، و الجمع بين الأدله بهذا النحو ليس جمعا عرفيا بل تبرعى، و رفع للتنافى بأى وجه كان. و من الظاهر أن الجمع التبرعى لا اعتبار به و الا لا يبقى المعارضه بين الأدله كما هو ظاهر.

الثانى: انصراف دليل هذا الخيار عن مورد وجود خيار آخر.

و فيه: أنه لا وجه لهذا الانصراف، فانه مجرد ادعاء.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٣

...

الثالث: ان الخيار الثابت بالتأخير للبائع بلحاظ تضرره من جهه التأخير و مع وجود الخيار لا يكون فى التأخير ضرر عليه، اذ يمكنه الفسخ.

و فيه: أنه لو كان المدرك حديث لا ضرر لكان لهذا البيان مجال، و حيث أن الدليل النص الخاص فى المقام فلا مجال لهذا التقريب كما هو ظاهر.

الرابع: ان مقتضى دليل الخيار ان العقد لازم قبل الثلاثة و خيار بعد مضيها و الاستفادة من هذا الدليل أنه يثبت الخيار بعد الثلاثة- أى جنس الخيار- فبقانون المقابله يفهم أن اللزوم قبل الثلاثة مطلقا فلا يكون خيار قبل الثلاثة على الاطلاق.

و فيه: ان النفى و الاثبات فى هذا الخيار راجعان الى الناحية الخاصة و هى التأخير و عدمه، فلا ينافى ثبوت الخيار من ناحيه أخرى.

و بعبارة أخرى: الذى يفهم من الروايه

أنه لا خيار من ناحيه التأخير الى ثلاثه أيام، وهذا ظاهر واضح، فالحق أن هذا الشرط فاسد و لا دليل عليه.

(و منها) تعدد المتعاقدين،

بتقريب أن هذا الخيار لا يثبت ما دام خيار المجلس موجودا. هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى أنه اذا كان العاقد واحدا لا يتصور سقوط خيار المجلس.

وفيه: أولا انه قد مر آنفا عدم منافاه هذا الخيار مع خيار المجلس. و ثانيا انه لا يثبت الخيار الناشئ من قبل المجلس للوكيل فى مجرد الصيغه. و ثالثا يمكن اشتراط سقوطه أو اسقاطه بعد العقد.

ان قلت: المستفاد من روايه زراره ان المشتري غير البائع.

قلت: هذا مما لا شبهه فيه، فانه لا يعقل اتحاد المشتري و البائع، لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٤

قوله: ثم ان مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان (١).

تعدد المتعاملين لا يستلزم اتحاد العاقدين، و هذا ظاهر واضح.

(و منها) أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجاربه،

و المدرك ما رواه ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام فى جاربه اشتراها و قال المشتري و جئتك بالثمن. قال عليه السلام: ان جاء فيما بينه و بين شهر و الا فلا بيع له.

و نسب الى الصدوق الحكم فى مطلق الحيوان، و الحق انه لا- وجه للقول به فى مطلق الحيوان، فان الوارد فى النص خصوص الجاربه و الحمل على المثال لا وجه له و ليس فى الروايه دليل على عدم الاقباض من طرف البائع. و أيضا المستفاد من الروايه بطلان البيع بعد شهر. و كيف كان حكم خاص فى خصوص هذا النوع من المبيع، و لا وجه لتسريه الحكم الى مطلق الحيوان.

ثم ان سيدنا الاستاذ دام ظلّه أفاد فى المقام بأن المستفاد من هذه الروايه أن الخيار ثابت و لو مع عدم اقباض المبيع، فبها يقيد ما رواه ابن يقطين و نقول:

بأن فى بيع الجاربه خصوصيه و هى عدم

اشترط عدم اقباض المبيع، و لو علم من الخارج اتحاد الحكم بين الموارد تقييد هذه الروايه بروايه ابن يقطين، لكن الروايه من حيث أنه لم يعمل بها الا الصدوق ساقطه عن درجه الاعتبار.

و يرد عليه: أولا- ان اعراض المشهور لا يسقط الخبر عن الحجيه. و ثانيا انه لا تنافى بين الخبرين كى يقيد أحدهما بالآخر لأنه ليس فى روايه ابن يقطين مفهوم بل حكم فى مورد خاص.

[فى أن مبدء الثلاثه من حين التفرق أو من حين العقد وجهان]

أقول: ان مبدء الثلاثه من حين العقد أو من حين التفرق. أفاد الشيخ قدس سره بأنه من حيث كون الظاهر من الروايه ان مدته الغيبه ثلاثه أيام يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٥

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بامور (١).

المعيار بالتفرق، و من حيث ان الضمير يرجع الى المشتري يكون كناية عن عدم التقابض، و هذا هو الاقوى.

و الحق أن يقال: انه لا- اجمال فى الروايه، فان الظاهر أن الضمير يرجع الى الاثراء، فيكون دالا على أن الميزان العقد، و على فرض الاجمال يؤخذ بروايه ابن يقطين، فانها ظاهره فى أن المبدأ نفس العقد.

ثم انه لو كان فى الروايات اجمال فهل مقتضى الاصل الثانوى ما ذا؟ الحق أن مقتضاه أيضا أن يحسب من حين العقد، فان الازيد من هذا المقدار- أى أزيد من الثلاثه أيام من حين العقد- ليس دليل يدل على اللزوم، فيؤخذ بمقتضى الشرط الضمنى المقتضى للخيار، و هذا ظاهر فلا تغفل.

[مسأله يسقط هذا الخيار بأمور]

إشاره

أقول: أفاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط هذا الخيار بأمور:

(منها) اسقاطه بعد الثلاثه،

و هذا أمر على طبق القاعده الاولى، فان هذا الخيار من الحقوق، و من الظاهر ان الحق قابل للإسقاط.

انما الاشكال فى سقوطه بالاسقاط فى الثلاثه من حيث أن الخيار يحصل بعد الثلاثه. و وجه الاشكال أنه اسقاط لما لم يجب. و يدفع بأنه لا اشكال فى اسقاط ما لم يجب الا التعليق، و بطلان التعليق من جهة الاجماع و القدر المتيقن منه ما يكون فى البيع.

نعم الاسقاط على نحو التنجيز لا يمكن حيث لا معنى للإسقاط بلا تعلقه بالساقط و المفروض عدمه.

و بعبارة أخرى: الاسقاط أمر تعلقى، و تحققه بلا تحقق ما يتعلق به لا يمكن، لكن الكلام و الاشكال فى اصل المقتضى، فانه لا دليل على جواز الاسقاط على نحو الاطلاق، بحيث كلما يكون ممكنا ثبوتا نلتزم بصحته، و انما المسلم أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٦

...

الحق الفعلى قابل للسقوط بالاسقاط.

و أفاد الشيخ قدس سره فى وجه الجواز وجوها:

الاول- ان العقد سبب للخيار، و المفروض أنه تحقق فى الخارج، فيجوز اسقاط الخيار بعد تحقق العقد.

و فيه: انه ليس فى الاحكام الشرعيه الا تحقق الموضوع و الحكم و لا سبيل للسببيه و أمثالها، مضافا الى أن السببيه التامه بعد لم تحقق، فان المفروض أن الخيار لا يتحقق الا بعد مضى الثلاثه، و الاشكال فى عدم الدليل على صحه الاسقاط ما لم يتحقق فى الخارج.

الثانى - جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، فيجوز فى المقام بالفحوى.

و فيه: كما فى كلامه قدس سره بأن المدرك للجواز لو كان هو الاجماع لكان لتقريب الاولويه مجال، و لكن لو كان دليل الشرط ففى الاصل اشكال فكيف بالفرع.

و قد

أفاد الميرزا قدس سره وجها آخر للجواز، و هو أن الخيار و ان كان موضوعه بعد الثلاثه لكن مبدأ تحققه من حين العقد، فانه من حينه يجب على المشتري بمقتضى الشرط أن يدفع الثمن و تحقق الخيار من جهة تأخير الثمن، فمعنى اسقاط الخيار اجتيازه عن حق المطالبه، و هذا الحق فعلى فلا موضوع للإشكال.

و ما أفاده قدس سره متين من حيث أن حق المطالبه امر وضعى و حق قابل للإسقاط لكن يرد فيما أفاده: أولا ان اسقاط الخيار ليس معناه الاجتياز عن حق المطالبه، فان كل واحد منهما امر فى مقابل الآخر. و ثانيا ان الاجتياز عن حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٦٧

...

المطالبه لا يوجب سقوط الخيار، فان الخيار مترتب على التأخير اعم من أن يكون التأخير عن حق أم لا، فلاشكال باق على حاله.

اذا عرفت ما تقدم نقول: يمكن أن نتمسك بوجه آخر، و هو أن هذا الخيار ليس كالخيار التعبدى المجعول من قبل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان، بل خيار ثابت بمقتضى الشرط، و من الظاهر أن الشارط بشرطه يملك ما شرطه على المشروط عليه، و هذه الملكيه فعلية و قابله للتصرف فيه فلا مانع من رفع اليد عنه و اسقاطه. مثلا لو اشترط البائع على المشتري خياطه ثوبه بعد شهر و بعد البيع لو أسقط الشرط هل يشكل بأنه لا يجوز حيث أن ظرف الخياطه غير متحقق، و المقام كذلك.

و مما ذكر يظهر أمر، و هو أنه لو شرط البائع على المشتري أن يحج عن أبيه فى موسم الحج و قبل مجىء الموسم مات الشارط و بعد مجىء الموسم لم يحج المشتري يكون خيار تخلف الشرط للميت أو للوارث، فان

قيل للميت قلنا الميت ليس قابلاً لأن يملك شيئاً بعد الموت، و إن قيل للوارث قلنا ان الارث يتعلق بما تركه الميت و المفروض أنه لم يترك شيئاً و مع ذلك كيف يمكن الالتزام بعدم الخيار.

و حل هذه الشبهة بما ذكرناه، فان الشارط بشرطه يملك شيئاً على المشروط عليه، و هذا الحق المملوك له ينتقل بالارث الى وارثه. نعم لو لم يرجع الاسقاط الى ما ذكرناه و بلا اسقاط الحق الفعلى و مع ذلك يسقط خياره فى ظرفه يبقى الاشكال بحاله و لا دافع له.

(و منها) اشتراط سقوطه فى ضمن العقد،

أفاد الشيخ فى المقام بأن المدرك لصحة هذا الشرط لعله عموم الشرط. ثم أورد بأن شمول عموم الشرط يتوقف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٤٨

...

على جواز الشرط فى حد نفسه و الا يشكل، اذ الشرط لا يوجب مشروعيه ما لا يجوز بلا شرط.

و لا يخفى أنه قد مر تفصيل هذا البحث فى بحث مسقطات خيار المجلس و لا نعيد. و محصل ما ظهر مما قلنا هناك: أن الدليل على صحة هذا الشرط النص الخاص الوارد فى باب المكاتبه، و هو ما رواه ابن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل - الى أن قال - بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبى اذا أنت ملكت نفسك. قال عليه السلام: لا - يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم «١». فانه يفهم من هذه الروايه بحسب الفهم العرفى أن شرط سقوط الخيار المتأخر عن زمان العقد صحيح و جائز. فبملاحظه هذه الروايه لا بأس أن نلتزم بجواز هذا الشرط و الا يشكل الامر كما حققناه فيما تقدم من بحث خيار المجلس فراجع.

(و منها) بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.

قال الشيخ قدس سره فان المصرح به فى التذكرة سقوط الخيار حينئذ، و قيل بعدم سقوط الخيار بذلك استصحاباً، و هو حسن لو استند الى الاخبار - انتهى موضع الحاجة من كلام المصنف.

و ملخص ما أفاده قدس سره فى المقام هو الفرق بين أن يكون الدليل النص و بين أن يكون حديث نفى الضرر، فانه على الاول لا مانع من استصحاب الخيار.

و فيه: يرد أولاً انه لو استندنا الى الاخبار فلا نحتاج الى الاستصحاب، اذ يكفى اطلاق النص، فان مقتضى مفهوم قوله عليه السلام «و الا فلا بيع له» ان عدم المعجى ء بالثمن فى

الثلاثة يوجب الخيار، أعم من لا يجبيء بالثمن أو جاء به بعد الثلاثة.

ثانيا- ان الاستصحاب في الحكم الكلي غير جار على المبني للمعارضه.

و أفاد قدس سره بأنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر فلا وجه للخيار، لان

(١) الوسائل، الباب (١٧) من ابواب المكاتبه الحديث (١).

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٦٩

...

المفروض أن الضرر غير موجود الان و القاعده لا تتدارك الضرر السابق فالحكم للزوم.

و أفاد الاستاذ في المقام على ما في التقرير: بأنه لو كان ما أفاده تاما لا يكون وجه للخيار كما أفاده، لكن لا وجه للزوم أيضا، لان للزوم حكم واحد مستفاد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإذا ارتفع في زمان فلا وجه لعوده لأنه حكم واحد، فإذا سقط لا دليل على ثبوته. اللهم الا- أن يدفع المشتري الثمن في الا-ن المتصل بآخر زمان الثلاثة، فانه في هذا الفرض لا مانع من جريان استصحاب اللزوم، لكنه مجرد فرض و لا واقع له. هذا كلامه.

و يرد فيه: أولا- ان عموم «أَوْفُوا» محكم، و لا- وجه لرفع اليد عنه الا- في مقدار دلالة الدليل كما ذكرنا كرارا، فالمرجع عموم «أَوْفُوا» و لا منافاه بين بقاء اللزوم و بين أن يكون حكما واحدا و لا يكون له عموم زمانى.

و ثانيا: انه لا مجال لاستصحاب اللزوم حتى مع فرض الاتصال بزمان انقضاء الثلاثة لمعارضته بعدم الجعل.

و ثالثا: أن ما ذكره لو فرض تاما لكن تكون النتيجة هو اللزوم، لأنه مع الشك في صحه الفسخ حكم ببقاء الملكيه، و هذا معنى اللزوم.

هذا ما يرجع الى كلام سيدنا الاستاذ دام ظله، و أما ما أفاده الشيخ قدس سره في هذا المقام فحاصله: انه لو كان الدليل حديث نفى الضرر

فلا مجال لبقاء الخيار لان المفروض أن الضرر مرتفع حين البذل و الضرر السابق لا يتدارك بالقاعده، و لا يكفي تحقق الضرر سابقا، اذ الاستفادة من القاعده ان المنفى الضرر الفعلى، و المفروض أنه لا ضرر فعلا.

و يظهر من كلامه أنه لا يرى جريان الاستصحاب، و لذا أورد عليه السيد فى الحاشيه بأنه يجرى الاصل مع شرح طويل. و لكن الذى يسهل الخطب أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٠

...

المدرک ليس حديث نفي الضرر، مضافا الى أن الاستصحاب معارض بعدم الجعل، و حيث ان المدرک هو النص و قلنا انه مطلق و لا وجه لما أفاده من انصرافه الى صورته التضرر الفعلى، فان كون الملاك هو دفع الضرر عن البائع لا يوجب الانصراف فالمحكم اطلاق النص، و عليه ما أفاده العلامة لا يخلو عن ضعف.

(و منها) أخذ الثمن من المشتري.

قال الشيخ قدس سره بناء على عدم سقوطه بالبذل.

و لا يخفى أنه ليس الاخذ دائما مترتبا على البذل كى يتجه ما أفاده، بل يمكن تحقق الاخذ بلا أن يتحقق البذل، كما لو أخذه بلا اذن من المشتري فلا موقع لهذا الكلام. و كيف كان ما قيل فى وجه سقوط الخيار بالبذل أنه التزم فعلى بالبيع فيسقط به.

و فيه: أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فان مجرد الاخذ لا يستلزم سقوط الخيار، فان للبائع أن يأخذ الثمن لأنه حقه، و لكن مع ذلك يمكن أن يستفيد من حقه الخيارى و يفسخ فلا وجه لهذا المدعى. و الحاصل انه لا وجه للسقوط بالاخذ الا ان يقصد به الاسقاط، و حيث ان الاصل عدم قصد الاسقاط فلا يحكم به الا مع العلم أو الاطمئنان العقلانى أو اقامه حجه شرعيه فلا يعبأ بالظن فكيف

بمجرد الاحتمال.

و لا يقاس المقام بباب سقوط خيار الحيوان، فانه بلحاظ النص الخاص الوارد فيه، مضافا الى أن في مورد الحيوان التصرف وقع في مال نفسه، و في المقام لا- يكون التصرف في مال نفسه مطلقا، كما لو فرض أن الثمن كلي فانه يحتمل أن يكون بعنوان العاربه أو الهبه، و احتمال العاربه أو الهبه مخصوص بما يكون الثمن كليا اما في الثمن الشخصي فلا معنى لهذا الاحتمال، اذ المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٧١

قوله: و هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن (١).

قوله: مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي (٢).

أن الثمن ملك للبائع فلا يتصور العاربه أو الهبه.

ثم ان ما أفاده الشيخ بأن خير الوجوه أوسطها و لكن الاقوى الاخير، لا يخلو عن تناقض فلاحظ.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا وجه لسقوط الخيار بالاخذ، فانه لا دلالة على اسقاط الخيار حتى في خيار الحيوان فكيف بالمقام فان الاخذ لا يدل على الاسقاط بأى نحو من الدلالات.

[هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن]

أقول: الحق هو عدم السقوط، فان مطالبه الثمن لا يدل على اسقاط الخيار لا في المقام و لا في سائر الخيارات، لا لان المطالبه ليست تصرفا، فان المسقط لا يلزم أن يكون تصرفا، و التصرف انما يكون مسقطا اذا قصد به الاسقاط بل لأنه لا مقتضى فيه للاسقاط.

و لا يخفى أن المدرك لهذا الخيار ليس حديث الضرر كى يكون مجال لما أفاده الشيخ من الفرق بين كون الضرر الموجب للخيار هو الاستقبالي، بخلاف الضرر فى البيع الغبني، فانه لا موضوع لهذا البحث، فان الدليل هو النص الخاص المضى للشرط الضمنى الواقع بين المتبايعين.

[مسأله في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي]

أقول: هذا الخيار فورى أم تراخي، أفاد الشيخ قدس سره بأنه قد مر ما يكون مستند الكل من القولين و قد مر أن المستند للفوريه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب أن الخارج منه مقدار و فى غيره يكون العموم مرجعا، و المستند للخيار استصحاب الخيار.

و الحق من هذين القولين قد ظهر مما مر، فان الحق أن عموم العام متبع

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٧٢

و لا مانع من الاخذ به الا فى مقدار خرج بالدليل. و الاشكال فيه: بأنه ليس فيه عموم زمانى غير جار كما عرفت آنفا فلا مجال للاستصحاب. مضافا الى أن الاستصحاب فى أمثال المقام لا يجرى على مذهب الشيخ لأنه شك فى المقتضى كما هو ظاهر.

اضف الى ما ذكرنا أنه معارض بأصالة عدم الجعل. و لكن هذا كله مع فرض الشك، و أما بالنظر الى النص الوارد فى المقام فلا مجال لهذا البحث، فان مقتضى اطلاقه بقاء الخيار.

و هذا هو الوجه لما أفاده الشيخ قدس سره بأن الجواز أقرب الى البطلان المستفاد من قوله عليه السلام «لا بيع له»

كى ىرد عليه كما عن الميرزا بأن الاقريبه لا يوجب الحمل عليه. مضافا الى أنه قد مر بأن قوله عليه السلام «لا بيع» لا يدل على البطلان، حيث نسب الى خصوص المشتري.

و ملخص الكلام فى المقام يمكن أن يستدل للتراخى بأحد وجوه:

الاول- أن نقول ان قول عليه السلام «لا بيع له» ظاهر فى الخيار و باطلاقه يثبت التراخى.

الثانى- أن نقول بأنه ظاهر فى نفي الصحه، لكن ببركه الاجماع نحكم بالصحه مع الجواز، و باطلاق نفي الصحه نحكم بالجواز المتراخى.

الثالث- ان نقول بأنه مجمل، و يحتمل أن يكون ناظرا الى نفي الصحه كما يمكن أن يكون ناظرا الى نفي اللزوم، و ببركه الاجماع نحكم بالصحه و ببركه الاستصحاب نحكم ببقاء الجواز، لكن ىرد فيه: أنه معارض بعدم الجعل و لنا أن نقول: بأن الظاهر من النص هو الفساد على الاطلاق، لكن قبل الفسخ

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٣

قوله: مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا (١).

لا يفسد قطعا و أما بعد الفسخ فحيث لا دليل يحكم بالفساد. و هذا معنى كونه جائزا أو خياريا فلاحظ.

[مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع اجماعا]

أقول: لو تلف المبيع بعد الثلاثه يكون من مال البائع أم لا؟ قال الشيخ قدس سره: كان من مال البائع اجماعا مستفيضا بل متواترا كما فى الرياض، و يدل عليه النبوى المشهور و هو قوله صلى الله عليه و آله: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه «١».

و لا- يخفى أن النبوى ضعيف سندا، و عمل المشهور به لا- يجبره، و الاجماعات يحتمل أن تكون مستنده الى النبوى. و لكن الظاهر أن الحكم فى الجملة مسلم فيما بينهم. و لا يخفى ان هذا حكم المبيع

الذى لم يقبض من المشتري.

و ربما يقال: بأنه يقع التعارض بين هذه الروايه و قاعدتين أخريين: احدهما قاعده الخراج بالضمان «٢»، ثانيتهما قاعده التلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له «٣».

و يجاب عن القاعده الاولى:

أولا- بأنه لا دليل عليها.

و ثانيا- ان قاعده الخراج بالضمان أعم من قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فان مورد الثانيه اوسع فتخصص بالاولى كما هو الميزان.

و ثالثا- المستفاد من الروايه النبويه بحسب النظر فيها ان الخراج فى مقابل الضمان المعاملى، فكل ضمان معاملى يستلزم الخراج، و فى المقام الضمان جعلى

(١) المستدرک، الجزء (٢) الصفحه ٤٧٣.

(٢) مبسوط الجزء (٢) الطبع الجديد الصفحه ١٢٦.

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٤

...

و مولوى لا معاملى.

و رابعا- ان المورد خارج تخصصا، فانه بحكم الشارع التالف يرجع الى ملك من فى يده المال. و عليه فلا تختل قاعده الخراج بالضمان.

و يجاب عن الثانيه- و هى قاعده كل مبيع فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له المستفاده من بعض الروايات «١»، فيجاب عنها بوجه:

الاول: انه قيل باختصاصها بخيار الحيوان و المجلس و الشرط كما فى كلام المصنف و انتظر لتحقيق الحال فيها فيما يجىء من أحكام الخيار إن شاء الله تعالى.

الثانى: ان القاعده بحسب ما يستفاد من النص اختصاصها بما بعد القبض و لا اتحاد بين القاعدتين بحسب المورد.

الثالث: ان تلك القاعده ناظره الى أن من له الخيار اذا تلف ما انتقل اليه فهو على من عليه الخيار، و فى المقام أثبت الضمان على من يكون له الخيار فكم فرق بين الامرين. و لو تلف فى الثلاثه فالمشهور كما فى كلام المصنف ان ضمانه على البائع

أيضا و ادعى عليه الاجماع فى كلام جماعه من الاعلام، كما أن على خلافه ادعى الاجماع و ذهب اليه المفيد و غيره.

و ما يمكن أن يكون مدركا للمشهور أمور: منها الاجماع، و منها النبوى المتقدم، و منها ما رواه عقبه بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع- الخ «٢» فان هذه الروايه داله على كون التلف فى الثلاثه حيث ان المشتري قال آتيك بالثمن غدا فسرق المتاع. فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار.

(٢) الوسائل الباب (١٠) من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٥

قوله: مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و الا فلا بيع (١).

و لكن هذه الوجوه الثلاثه كلها مخدوشه، فان الاجماع المنقول غير حجه و المحصل منه غير حاصل، مضافا الى أنه مدركى، و النبوى ضعيف و لا ينجبر بالعمل و الروايه لا اعتبار بها من جهه محمد بن عبد الله بن هلال فان الامر بالتسالم فهو و الا يشكل الحكم على طبق المشهور. و لو ممكنه و لم يقبض فلو قلنا بصدق القبض بالتمكين يترتب عليه حكم القبض فلا يكون تلفه عليه بعده. و أما لو قلنا بأن القبض لا- يتحقق بالتخليه و التمكين يترتب عليه حكم التلف قبل القبض و لا وجه لما أفاده الشيخ من انصراف الدليل الى غير هذه الصوره.

[مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع]

أقول: لو اشترى ما يفسد من يومه كالبقولات و الخضروات فأفاد الشيخ قدس سره بأنه ان جاء بالثمن ما بينه و ما بين الليل فهو و الا فلا بيع له.

و لا يخفى أن المتاع

لو فرض فسادة فى اليوم فلا أثر للخيار فى الليل أعم من أن يكون المدرك النص أو قاعده لا ضرر، و لذا ما أفاده فى الدروس من كون هذا الخيار خيار ما يفسده المبيت متين، فلا بد أن يكون المراد بالعموم مجموع اليوم و الليل، كما أطلق هذا المعنى فى بعض الموارد، و يكون المراد بالفساد الاشراف عليه لا تحققه. و كيف كان يمكن أن يكون المدرك لهذا الخيار أحد أمور:

الاول- النص الخاص، و هى مرسله محمد بن ابى حمزه أو غيره عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري ما يفسد من يومه و يتركه حتى يأتى بالثمن.

قال: ان جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و الا فلا بيع له. و هذه الروايه من حيث الدلاله لا يبعد أن تكون داله على الفساد كما مر آنفا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٦

...

و أما مرسل صدوق فى الفقيه بقوله «العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل»، فيحتمل أن يكون من كلام الصدوق لا من كلام الامام. و عن الجواهر انه الظاهر مضافا الى انه مرسل و لا اعتبار به.

و أما نقل صاحب الوسائل بأن الروايه مستنده فاشتباه منه، كما يظهر اشتباهه من نقله الروايه مرسله فى الباب التاسع من أبواب الخيار و الخامس منها.

فلاحظ.

و أما من حيث الدلاله فيمكن أن يكون المراد من قوله عليه السلام «العهده فيما يفسد من يومه» ان تلف المبيع من البائع يكون الى الليل، و تكون الروايه مخصصه لقاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه. و يمكن أن يكون المراد من العهده عهده البيع، أى يكون البيع لازما

يوما واحدا و بعده يكون جائزا، أعم من أن جاء المشتري بالثمن أم لا، غاية الامر مقيد بروايه ابن حمزه.

الثانى- الشرط الضمنى على حسب الارتكاز العقلانى، و هذا لا اشكال فيه و لكن مقتضاه ثبوت الخيار بالتأخير مطلقا، و ليس محدودا بهذا الحد كما هو ظاهر.

الثالث- قاعده نفي الضرر، فان مقتضاها ثبوت الخيار فيما يكون الزوم ضروريا. و هذا التقرير تام على مسلك القوم فى مفاد القاعده، و أما على ما سلكناه فلا تقتضى الخيار كما هو واضح. مضافا الى انه مع ثبوت الخيار بمقتضى الشرط الارتكازى لا يكون مجال للقاعده، فان البيع لا يكون لازما برفع الزامه بالقاعده.

ثم انه هل يتعدى الى بقيه الموارد كما لو كان المبيع مما يفسد فى نصف اليوم، لو قلنا بضعف المدرك كما قلنا فلا مجال لهذا البحث، كما أنه على فرض التنزل لا وجه للتعديه فانها تحتاج الى الدليل. نعم يكون الشرط الارتكازى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٧

قوله: ثم الظاهر ان شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير (١).

جاريا على القاعده.

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٢٧٧

[ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير]

أقول: ان الشيخ أفاد بأن الظاهر شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير.

لا يخفى على ما ذكرنا لا يبقى مجال لهذا البحث، و أما مع الاغماض فالظاهر أنه لا وجه للالتزام بوحده الفرعين، فانه لا يبعد أن يكون الخيار فى ذلك المقام ناشئا من تأخير الثمن. و فى المقام ناشئا من عدم قبض الثمن.

نعم بعض الشرائط ملحوظ فى المقام، لكن على حسب القاعده لا من باب لحاظ تلك الشرائط، فان المبيع لو قبض

لا يبقى مجال للخيار، فالميزان بقبض الثمن لا بعدم مجيئ الثمن.

ان قلت: الظاهر من روايه على بن حمزه ان الموضوع عدم مجيئ المشتري بالثمن و مجيئه.

قلت: المفهوم من الروايه أن مجيئ المشتري بالثمن يكون مقدمه لقبض الثمن. فلاحظ الروايه و تأمل فيها تصدق مقالتنا.

و الحاصل ان الميزان بقبض الثمن فهذا شرط لازم، كما أنه لا بد من كون المبيع شخصيا اذ لا يتصور الفساد فى الكلى فى الذمه.

ثم ان المراد بالفساد الوارد فى النص ليس الفساد الحقيقى كما أفاد الشيخ، فان الفواكه و الخضروات ليست تفسد حقيقه بمرور يوم واحد، بل تنقص قيمتها بزوال طراوتها كما هو المشاهد فى الاسواق. فلا يرد عليه الاشكال بأن معنى الفساد هو الحقيقى، و أما تغيير الصوره النوعيه فهو تلف لا فساد.

و هل يلحق بالفساد فوات السوق أم لا؟ لو كان المدرك النص الخاص فالحق أنه لا يشمل، و لو كان حديث نفي الضرر فلو قلنا بأن فوات السوق يكون داخلا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٨

قوله: السادس خيار الرؤيه، و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط فيه المتبايعان (١).

فى التلف يشمل الحديث لأنه ضرر على البائع، و أما لو لم يكن كذلك فان لم يجيئ المشتري بالثمن يكون لزوم البيع ضررا على البائع، كما هو ظاهر حديث أنه محروم من التصرف فى الثمن و فى المبيع، لكن ذكرنا أن المدرك هو الشرط الارتكازى يجرى فى هذا الفرض أيضا كما هو ظاهر.

[القسم السادس خيار الرؤيه]

اشاره

أقول: لا يخفى لو عنون البحث بهذا العنوان لا يبقى مجال، للبحث عن دليل هذا الخيار، لأنه يدخل فى خيار تخلف الشرط، و الحال أن المدعى خيار الرؤيه خيار برأسه فى قبال

بقية الخيارات كما عده الشهيد. و كيف كان

ما يمكن أن يستدل به لإثبات هذا الخيار أو استدلال به أمور:

الاول - الاجماع.

و فيه ما يرد في غيره من الموارد، فان الاجماع في مثال المقام لو لم يكن مقطوع المدرك فلا أقل من احتمال كونه مدركيا فلا اعتبار به.

الثاني - حديث نفي الضرر،

بتقريب أن لزوم العقد ضررى و الضرر منفي في الشريعة. و فيه:

أولا: انه على مسلكتنا لا مجال للاستدلال للمدعى كما هو ظاهر.

و ثانيا: ان الضرر انما نشأ من أصل العقد لا من لزومه. و بعبارة أخرى:

ان العقد اما وقع على الاطلاق بلا اشتراط الخيار لو ظهر مخالفا لما يكون منظورا، و اما مع شرط الخيار. أما على الثاني فلا مجال للتمسك بحديث نفي الضرر، لان المفروض ثبوت الخيار بالتخلف، و أما على الاول فلا يشمل الحديث، لان المفروض أن المكلف بنفسه أقدم على الضرر، مضافا الى أنه لو كان ضرريا يكون المتضرر مغبونا، فلا حاجة الى اثبات خيار الرؤية.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٧٩

...

و ثالثا: لا يكون تخلف الوصف دائما موجبا للضرر بل ربما لا يكون ضرر.

نعم تخلف الغرض الشخصى و هذا غير الضرر. نعم يتصور الضرر فى الامور الشخصية و لكن يجرى فيه ما قلنا فى الضرر النوعى المتوجه الى الشخص.

و للأستاذ كلام فى المقام على ما فى التقرير، و هو أن الضرر المتصور فى المقام ناشئ من أصل المعاملة لا من لزومها.

ان قلت: نحكم بفساد المعاملة لكونها ضرريا.

قلت: حديث لا- ضرر انما يرفع الاحكام الضرريه التأسيسيه كوجوب الوضوء الضررى، و أما الاحكام الامضائية الضرريه فلا يشملها الحديث، و حيث ان صحه البيع حكم عقلائى لا يكون مشمولاً للقاعده.

وفيه: ان هذا الدعوى بلا دليل، ولا وجه لهذا التقييد، بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق العمده فى الاشكال ما ذكرناه.

الثالث - النصوص:

منها ما رواه جميل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة - الى أن قال - فقال أبو عبد الله عليه السلام: انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و

تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها كان له فى ذلك خيار الرؤيه «١»، بتقريب أن القطعه غير المرثيه ظهرت على خلاف ما كان يتصور فبعد الرؤيه يكون له الخيار.

أفاد الاستاذ فى المقام على ما فى التقرير ان فى هذه الروايه ثلاثه احتمالات:

الاحتمال الاول- أن يكون المراد من النظر النظر قبل البيع الى تسع و تسعين قطعه من الضيعه و عدم النظر الى قطعه، فيكون البيع غرريا فيكون باطلا.

و بطلان تلك القطعه يوجب بطلان البيع بالنسبه الى تمام الضيعه من باب أن ضم

(١) الوسائل الباب (١٥) من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٠

...

المجهول الى المعلوم يوجب بطلان المركب منهما، و يكون المراد من الخيار الاختيار فى تجديد البيع الصحيح و رفع اليد عن المعامله. و على هذا الاحتمال لا يكون الخبر مرتبطا بما نحن فيه.

الاحتمال الثانى- ان يكون المراد بالنظر النظر بعد البيع و هو لا يكون موجبا للخيار، مضافا الى ان الخيار المبحوث عنه فى المقام خيار الرؤيه و خيار عدم الرؤيه.

الاحتمال الثالث- ان يكون المراد من عدم الرؤيه عدمها بعد الاشترء و المراد بالرؤيه الوجدان، أى بعد الاشترء لم يجد ما اشترء و قد يستعمل الرؤيه فى لوجدان كقوله تعالى «لا ترى أمتا و لا عوجا»، فيكون المراد بالخيار خيار تبعض الصفقه و يكون على القاعده، و لكن لا يرتبط بالمقام، فالروايه لا دلالة فيها على المقصود، و هذا ما أفاده الاستاذ دام ظله.

فالحق ان ما أفاده غير تام، فان الظاهر من الروايه ان البيع فرض صحيحا و الامام أمضى هذا الفرض و انما يسأل الراوى عن حقه فى استقباليته، فأجاب الامام بأنه له فيها خيار الرؤيه. و ليس

هذا بحسب الفهم العرفى الا- تخلف تلك الاوصاف المتصور فى القطعات فكأنما المشتري فتش و جزم بأن الضيعة بتمامها من سنخ واحد و لكن انكشف له الخلاف بعد البيع كما هو المترئى فى المعاملات المقدار له، فالحق أن الروايه لا قصور فيها من حيث الدلاله على خيار الرؤيه المبحوث عنه. فلاحظ و تأمل.

و منها ما رواه زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام، و فيها قال لا تشتري شيئا حتى تعلم اين تخرج سهم، فان اشترى فهو بالخيار اذا خرج. و تقريب الاستدلال بالروايه أنه لو خرج السهم المشاع على خلاف ما وصفه البائع يكون المشتري

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨١

...

بالخيار بعد الرؤيه.

و أفاد الشيخ قدس سره بأنه لم يعلم وجه الاستدلال بهذا الخبر، لأنه لو اشترى بنحو المشاع فلا موقع لخيار الرؤيه، و ان اشترى بنحو الفرد المعين الذى يعين بعد ذلك فهو باطل، و على فرض صحته لا يجرى فيه خيار الرؤيه. و لكن ان المراد اشتراء عدد معين بنحو الكلى فى المعين و يكون المراد من الخيار خيار الحيوان.

و يرد فيما أفاده من أن عدم جريان خيار الرؤيه فى المشاع ليس على ما ينبغى فانه أى فرق بين المبيع الشخصى و المشاع.

و أما ما أفاده قدس سره من البطلان فيما يكون البيع متعلقا بالفرد المعين فلا يبعد أن يكون نظره الى سهمه قبل التعيين لا يكون ملكا له فلا يجوز بيعه.

و أما لو كان نظره فى وجه الفساد الى عدم تعيينه فيمكن أن يرد فيما أفاده بأنه معين عند الله فلا محذور فيه.

و أما على فرض الصحه فلا وجه لخيار الرؤيه كما فى كلامه فغير تام، فانه لا مانع من

جريان الخيار فيه.

و أما ما أفاده من امكان كون المراد بالخيار خيار الحيوان و من البيع بيع الكلى فى المعين فالظاهر أن نظره الى عدم جريان خيار الحيوان الكلى، فلا بد من التقسيم.

وفيه: أنه على فرض شمول الدليل للكلى فلا- وجه لثبوت الخيار بعد التقسيم بل يثبت من أول الامر، و لو فرض عدم شموله للكلى فلا- وجه لثبوته بعد التقسيم لأنه حين البيع لم يتحقق موضوع الخيار على الفرض و بعد التقسيم لم يتحقق بيع. و بعبارة أخرى: ان خيار الحيوان يثبت من حين البيع، و المفروض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٢

...

عدم شموله للمقام من حينه، فلا وجه لثبوته بعد ذلك. مضافا الى أنه لو سلم عدم شموله للكلى للانصراف يشكل شموله لما يعرضه التشخص، اذ يمكن أن يقال بانصرافه الى ما يكون متشخصا بالذات لا بالعرض.

هذا ما يرجع الى كلام الشيخ، و أما حق القول فى الروايه أن يقال: لا يبعد أن يكون المراد بطلان الاثراء قبل التقسيم، و المراد بالخيار الخيار فى الاثراء الجديد بعد التقسيم لا- الخيار المصطلح. و لعل الوجه فى البطلان ان المراد بالسهم ما يخرج بعد التقسيم، و من الظاهر أنه قبل التقسيم لا يكون من له السهم مالكا لتلك الحصه المعينه.

و يحتمل أن يكون المراد من الخيار خيارا استقلاليا فى قبال بقيه الخيارات بأن يكون البيع صحيحا لكن بعد اخراج السهم و يكون المشتري بعد خروج السهم بالخيار. و لكن هذا الاحتمال بعيد، و كيف كان لا ترتبط هذه الروايه بما نحن فيه.

و منها: ما عن منهل القصاب «١» و هذه الروايه كما ترى لا ترتبط بهذا البحث مضافا الى ضعف سندها، فالعمده صحيح جميل.

الرابع - الشرط الارتكازي،

و الظاهر أنه أمر عقلائي و يشمله دليل صحة الشروط. و ما يمكن أن يرد فيه و يبحث عنه قد تقدم في الابحاث السابقه فلا نعيد.

ثم هل يختص هذا الخيار بالمشتري أو يعم البائع؟ لا شبهه في أنه لو كان المدرك الشرط الارتكازي يعم البائع، كما أن الامر كذلك لو كان المدرك الاجماع أو حديث نفى الضرر. و أما لو كان المدرك النص فلا شبهه في عدم شمول صحيحه جميل للبائع، و حمل كلامه عليه السلام على العموم- بدعوى أن ذكر المشتري

(١) الوسائل الباب (١٢) من ابواب عقد البيع الحديث ٨.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٨٣

قوله: مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه (١).

من باب المثال في كلام السائل - عهدتها على مدعيها.

[مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه]

اشاره

أقول: الظاهر عدم الفرق بين أن يكون المبيع شخصيا خارجيا أو كليا في المعين أو كليا مشاعا، و ان المدرك لو كان هو الاجماع أو الارتكاز العقلائي أو قاعده نفى الضرر فعموم الحكم واضح، و أما لو كان المدرك النص فأیضا يفهم العرف عدم الفرق، فكما أيضا لا يفرق بين الضيعه و غيرها فكذلك لا يفرق بين المذكورات. و لا يبعد أن يكون نظر الشيخ أيضا الى ما ذكرنا. نعم لا يجرى في الكلى في الذمه، اذ لا يتصور فيه خيار الرؤيه كما هو ظاهر.

ثم ان في هذه المسأله عده اشكالات:

(الاول) أنهم ذكروا و اشترطوا في صحة العقد ذكر ما يتفاوت المبيع بلحاظ ثمنه،

فان الاوصاف الدخيله في اختلاف الثمن لا بد من ذكرها. و أيضا اشترطوا ذكر ما يعتبر ذكره في باب السلم، و الحال أنه فرق بين هذين الضابطين، فان الضابط في باب السلم أوسع دائره من الضابط في المقام، اذ التضييق في باب السلم يوجب عزه الوجود أو تعذره، و أيضا يتعذر في باب السلم استقصاء الصفات بخلاف ما نحن فيه، فكيف يمكن جعل كل من الامرين ضابطا للصحة في المقام. و ادعاء الاجماع عليه مع أنه من الجمع بين المتنافيين.

و الجواب عن هذا الاشكال: ان مرجع الامر الى شىء واحد. و توضيح المدعى: ان الغرر انما ينشأ من الجهل بالصفات الدخيله فى الرغبات بحسب النوع و توجب زياده قيمه و نقصانها. و بعبارة اخرى: الصفات الدخيله فى الرغبات الموجه لاختلاف قيمه الاشياء على ثلاثه أقسام:

القسم الاول- ما يكون قوام الشىء به كالبقره و الحماريه و غيرها من المقومات

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٤

...

الحقيقه، و مثله ما يكون مقوما عرفيا كالرجوليه و الانوثيه. و يلحق بما ذكر كل صفة دخيله فى عمده قيمه و يكون معتدا به عند العقلاء ككتابه

العبد وقوته و شباب الجاربه و جمالها الى غيرها من الصفات الملحوظه عند العقلاء التي تختلف الرغبات باختلافها.

القسم الثاني- ما يكون دخيلا في اختلاف الرغبات لكن لا بمقدار يعتد به بل بمقدار يصير غير قابل لبروز الخلاف.

القسم الثالث- ما يكون دخيلا في الجهات الشخصيه، ككون هذا الخط خط الوالد، و المعتمد ذكره في العقد او للاطلاع عليه من الخارج.

أما القسم الاول فانه مع الجهل به يتحقق الغرر، و أما القسم الثاني و الثالث فلا يلزم العلم بهما و لا ذكرهما، اذ لا يوجب الجهل بهما الغرر المنهى، فلا- موجب لاشتراط ذكره أو العلم به. و من الظاهر أنه يعتبر في السلم ذكر ما يكون من القسم الاول كما يعتبر في البيع العين الحاضره، و لو فرض تعذر وجوده نلتزم بفساد البيع و لا نبالي، فلا خلاف بين الضابطين.

(الثاني) ان الاوصاف التي يختلف بها الثمن غير محصوره خصوصا في العبيد و الاماء،

و الاحاله على المعظم احاله على المجهول. و أجاب المصنف بأن الميزان في الصحه رفع الغرر العرفي الذي أخص من الغرر الشرعي.

و لا يخفى أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه كي يكون تفاوت بين المعنى العرفي و الشرعي، لكن ما أفاده هو الميزان، فانه يلزم رفع الغرر و الخطر اما بالتوصيف و اما بالمشاهده، و لولاها لكان البيع فاسدا لفساد الغرر فلا اشكال.

(الثالث) انه لو كان ذكر الاوصاف بمنزله الرؤيه فلا بد في صحه البيع من رؤيه المبيع و مشاهدته كاملا

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٨٥

...

مع انهم يكتفون في المشاهده بأقل من هذا المقدار، و الحال أن المدرك واحد و هو لزوم الغرر.

و الجواب: ان الميزان في المشاهده و التوصيف ارتفاع الغرر، و هو يرتفع بمشاهده ما يكون دخيلا في اختلاف الثمن. و بعبارة أخرى: يكفي الاطلاع على مقدار لا يقدم العقلاء في الاقل منه. نعم المسامحات العرفيه لا اعتبار بها كما أن المداقه غير معتبره.

(الرابع) ان الصفات الدخليه لو لم تذكر عند البيع يبطل البيع بلحاظ لزوم الغرر،

و ان ذكر يوجب ذكرها تقييد المبيع و وجوده غير معلوم و هذا الغرر أعظم.

و الجواب: كما عن الشيخ بأنه يرتفع الغرر بذكر الصفات و لا يكون ذكر الصفات موجبا للتقييد بل التقييد غير معقول بالنسبه

الى الجزئى الخارجى.

و ما فى كلام السيد فى الحاشيه من أنه مع حصول العلم يرتفع الغرر مع عدم حصوله لا أثر لذكر الصفات لعدم رفع الغرر، ليس على ما ينبغى، فان الغرر يرتفع بذكر الاوصاف، اذ مرجع ذكر الاوصاف هو الاشتراط، و مع الاشتراط لا غرر، اذ يعلم المشتري بأنه لو لم يكن بالوصف له الخيار.

ان قلت: فما أثر الاشتراط، اذ غرض المشتري أن يحصل العبد الكاتب، و مع الاشتراط ربما لا يصل الى غرضه، فلاشكال باق على حاله.

قلت: أو لا نقض بما يكون البائع عادلاً أو ثقه أو اخبر بكون العين متصفه بصفه كذائيه، فانه لا شبهه فى صحه البيع و مع ذلك لا يطمئن المشتري بوصوله الى غرضه من الاشتهاء، و مجرد حجه قول البائع لا يؤثر فى غرض المشتري.

و ثانياً- عدم وصول المشتري الى غرضه و عدم احرازه هذا المعنى لا يؤثر فى بطلان المعامله و صحتها، بل الميزان فى صحه العقد عدم المجازفه و عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى،

...

الاقدام الخطرى، و هذا المعنى يحصل بالاشتراط.

ان قلت: صحه الاشتراط تتوقف على صحه العقد، و الحال أن صحه العقد تتوقف على صحه الشرط فيلزم الدور.

قلت: هذا الاشكال وارد بالنسبه الى الخيارات الجعليه الشرعيه كخيار المجلس و الحيوان، و أما بالنسبه الى الخيار العرفى فلا، بيان ذلك: ان الخيار الشرعى انما يتحقق فيما يكون العقد صحيحا، فيلزم الدور بالتقريب المتقدم، و أما الخيار العرفى الناشى من الاشتراط يوجب رفع الغرر مع قطع النظر من الشرح، و بهذا الاشتراط يدفع الغرر، و مع امتناعه لا محذور فى شمول دليل الصحه اياه كما هو ظاهر.

ان قلت: ان خيار الرؤيه أيضا جعل تعبدى، فيجرب الاشكال.

قلت: ان الراجع للغرر هو اشتراط الارتكازى و هو موجود فى مورد البحث.

و فى كلام السيد ثلاثه اشكالات فى المقام:

منها- انه لو كان الاشتراط موجبا لصحه العقد فالتقييد أيضا كذلك، فانه اما يوجب بطلان البيع أو يوجب الخيار فلا ضرر.

و منها- أنه يلزم بيع المجهول مع الاشتراط و لا يمكن الالتزام به.

و منها- أنه يلزم الجواز حتى مع عدم الاشتراط لمكان خيار المجلس مطلقا و خيار الحيوان فى خصوصه.

و يرد عليه: ان التقييد غير قابل فى الجزئى الخارجى، و أما الصحه مع خيار المجلس ففيها أنه قد مر آنفا أن الخيار التعبدى لا يوجب الصحه، و أما بيع المجهول فكل مورد يكون الفساد من ناحيه الغرر نلتزم بالصحه بجعل الخيار، و المعيار رفع الخطر، فلو كان الخطر مرتفعا بالخيار نلتزم بالصحه، و أما لو كان الجهل مضرا فهو أمر خارج عن البحث و تابع لدليل الاعتبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٧

...

(الخامس) ان الشرط لا يتعلق الا بأمر غير اختيارى،

و ظاهر أن كتابه العبد ليست تحت اختياره فكيف يشترط فى

ضمن العقد.

و الجواب: ان الشرط لا يتعلق بالكتابة، بل الشرط عباره عن جعل الخيار عند انكشاف عدم الكتابة، فما أفيد فى الاشكال و ان كان تاما لكن لا ينطبق على ما نحن بصدده.

(السادس) ان العقود تابعه للقصود،

و المفروض أن القصد متعلق بالموصوف بالوصف الكذائى، فلا بد من الالتزام بالفساد عند فقدانه لا الصحة مع الخيار، كما أن الامر كذلك فيما كان الشرط فاسدا، حيث قالوا بأنه مفسد للعقد.

و لا يقاس بمسأله تبعض البيع من حيث الملكيه و عدمها، حيث حكموا بالصحة بالنسبه الى البعض و الفساد بالنسبه الى بعض آخر، اذ الثمن يقسط على أجزاء المبيع و لا يقسط على الشرط، فاللازم القول بالفساد أولا، و على فرض الصحة لا وجه للخيار، و لذا ذهب الأردبيلى الى أن البطلان مقتضى القاعده. و احتمال العلامه البطلان و أجاب عنه بعض. و يحتمل أن يكون صاحب الجواهر بأن الاشتباه ناش من عدم الفرق بين الوصف الكلى و الشخصى و بين الوصف الذاتى و العرضى، و ان المورد من موارد تعارض الوصف و الاشاره مقدمه.

و هذا الجواب كما أفاد الشيخ جزاف، فان بحث تعارض الوصف و الاشاره انما يكون فيما يدور الامر بين أمرين فى مقام الاثبات، كما لو قال المولى «اكرم هذا العالم» و يشير الى زيد الجاهل، فلا ندرى نأخذ بكلامه حيث يدل على وجوب اكرام العالم، أو نأخذ بمقتضى الاشاره حيث تدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٨

...

وجوب اكرام الجاهل المشار اليه فى الخارج، و فى المقام لا شبهه فى تعلق العقد بهذا العين الخارجيه.

هذا أولا، و ثانيا على فرض صحه ما أفاده فما الوجه فى ثبوت الخيار، اذ معنى تقديم الاشاره أن الوصف لا اعتبار به

عند الإشارة.

و الحق فى الجواب أن يقال: أولا ان الحق صحه العقد فى مورد الشرط الفاسد، و سنيين حقيقه الحال فى بحث الشرط و نقول بأن فساد الشرط لا يسرى الى العقد، فلا مجال للقول بالفساد فى المقيس عليه فكيف بالمقيس.

و ثانيا- انه لا وجه لهذا القياس، اذ فى المقام لا يكون فاسدا كما هو ظاهر.

و ملخص الكلام ان اشتراط الكتابه فى العين الخارجيه ليس تقييدا اذ لا يعقل تقييد الجزء الخارج، و لا يكون تعليقا اذ التعليق على الصفه العرضيه يبطل البيع، بل معنى الاشتراط كما ذكرنا آنفا عبارته عن جعل الخيار عند عدم الوصف، و لا شبهه فى أن العقد مع الخيار يخرج عن كونه غرريا فيصح و يثبت الخيار، فلا- وجه للبطلان، كما أنه لا وجه للصحه بلا خيار بل القاعده تقتضى الصحه مع الخيار.

ثم ان المشهور فيما بين القوم التخيير بين الرد و الا- مساك مجانا، و نسب الى ابن ادريس أن له الخيار بين الرد و الامساك بالارش.

و ربما يقال فى وجهه: بأن الضرر يرتفع بكل من الامرين فله الخيار بين الامرين.

وفيه: أولا ان حديث لا ضرر ليس مدركا للخيار كما مر مفصلا. و ثانيا على فرض كونه مدركا انما يقتضى عدم لزوم العقد لا جواز استرداد الارش، حيث أن القاعده لا تقتضى ثبوت أمر بل مقتضاها النفى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٨٩

قوله: مسأله الاكثر على ان خيار الرؤيه فوري (١).

قوله: مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفا (٢).

و الحق ما عليه المشهور، فان الوصف لو كان وصفا عرضيا يكون الخيار بين الرد و الارش بمقتضى دليل خيار العيب لا خيار الرؤيه، و أما لو لم يكن كذلك

فلا دليل لثبوت الارش، بل الثابت بمقتضى خيار الشرط و النص الخاص جواز الرد أو الامساك مجاناً. ثم ان تشخيص الوصف الذاتى الذى يدور عليه صحه العقد و بطلانه و العرضى الذى يكون مداراً للخيار هو العرف.

[مسأله الأكثر على أن خيار الرؤيه فوري]

أقول: ذهب الاكثر الى أن خيار الرؤيه فوري، بل عن ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين الامن احمد.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان دليل الخيار لو كان هو الاجماع لا يدل الاعلى المقدار المتيقن و فى الزائد منه يرجع الى عموم وجوب الوفاء، و لا مجال للاستصحاب مع وجود الاماره، مضافاً الى أنه شك فى المقتضى، و لا يجرى عند من يشترط فى جريانه احراز المقتضى و معارضته بأصالة عدم الجعل. و أما لو كان المدرك دليل لا ضرر فمع بقاء الضرر يبقى الخيار بقاء موضوعه، و مع انتفائه فى الان الثانى لا مقتضى لبقائه. و أما لو كان المدرك النص - كما هو الحق - فمقتضى اطلاقه بقاء الخيار الى الاخر، كما أن مقتضى الشرط الارتكازى كذلك.

و لا- مجال أن يقال: ان المستفاد من النص محدوديه الخيار بزمان الرؤيه فكما ان الخيار فى خيار المجلس محدود بالرؤيه، فكذلك فى المقام محدود بزمان الرؤيه، فان هذا التعريف فاسد و مناف لإطلاق الدليل فلاحظ. فالحق كما أفاده الاستاذ فى منهاجه بأن الاقرب هو التراخى.

[مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً]

أفاد الشيخ بأنه يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً. و لا يخفى أن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٠

...

ما أفاده مبنى على كون هذا الخيار فورياً، و عليه يكون اطلاق المسقط عليه بالمسامحه، اذ بقاء ينتهى أمده لا انه يسقط، مضافاً الى أنه قد مر أننا ان الحق انه ليس فورياً و يسقط بالاسقاط بعد الرؤيه.

و هذا لا شبهه فيه، و هل يسقط بالتصرف بعدها أم لا، قد مر أن التصرف بما هو تصرف ليس مسقطاً على القاعده، و لا بد من قيام دليل خاص عليه. نعم لو قصد به الاسقاط يسقط،

فانه يسقط بكل ما يكون مسقطا خارجا و لو بمعونه القرينه. و لو تصرف فيها قبل الرؤيه فأفاد الشيخ بأن فيه وجوها ثلاثه:

الاول- انه مسقط مطلقا. و الوجه فيه أن التصرف مسقط تعبدى، و استفيد هذا المعنى من أدله سقوط خيار الحيوان بالتصرف.

و فيه: انه قد مر أن الدليل يختص بمورده، و لا وجه للتعدى مضافا الى أن الخيار لو حدث بعد الرؤيه، فلا موضوع له قبلها.

الثانى- ان التصرف لا يكون كاشفا، فلا يكون مسقطا مطلقا.

و فيه: ان الاشكال لو كان بهذا المقدار يمكن دفعه بأن النص ربما يكون كاشفا.

الثالث- ما فى المتن من الابتناء على جواز الاسقاط قبل الرؤيه. و هذا هو الحق، و هل يجوز اسقاطه قبل الرؤيه أم لا؟ لو قلنا بأن مدرك الخيار الشرط الارتكازى فلا مانع من الاسقاط قبل الرؤيه، لان الخيار موجود بالشرط قبلها، بل يجوز حتى على القول بثبوتها بعدها، لما مر منا أنه بالشرط يثبت حق للشارط، و له أن يسقط عقد الشرطى.

و أما لو قلنا بأن المدرك النص فلا يبعد أن يقال: بأن المستفاد منه ثبوت الخيار قبلها. بتقريب أن تناسب الحكم و الموضوع يقتضى ثبوتها، و ذلك لان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩١

...

المنشأ للخيار عدم الرؤيه و هو سبب للخيار و الرؤيه المتأخره طريق اليه، و لذا نلتزم بثبوتها الواقعى و لو مع عدم الرؤيه.

و أما لو نوقش فى هذا التقريب و قيل بأنه خلاف ظاهر الدليل و لا أقل من الاجمال، فيشكل الاسقاط لا من باب أنه اسقاط ما لم يجب، فإنه قد مر بأنه لا ضمير فيه، بل لعدم دليل صالح يقتضى جواز اسقاطه قبل أو ان تحققه. و كل ذلك قد

مر فى المباحثه المتقدمه.

ثم أنه هل يجوز اسقاط هذا الخيار فى ضمن العقد؟ الاقوال فى المسأله ثلاثه:

الاول- ان هذا الشرط فاسد و مفسد للعقد، هذا القول منسوب الى علامه و جماعه.

الثانى- ان كليهما صحيح، و هذا القول منسوب الى النهايه و بعض.

الثالث- ان الشرط فاسد و العقد صحيح.

و استدل على القول الاول: بأن اشتراط السقوط فى ضمن العقد يوجب غرريه العقد فيبطل العقد و الشرط، و لا بد فى المقام من التفصيل بأن نقول: ان الغرر قد يرتفع بغير اشتراط الخيار، كما لو علم بوصف المبيع أو قام عليه بينه شرعيه، فلا يكون اسقاط الخيار موجبا للغرر، و أما لو كان طريق رفع الغرر بالاشتراط فالحق كما أفيد.

ان قلت: ان الخيار حكم شرعى و لا يرفع به الغرر و الا لكان بيع كل مجهول جائزا بالخيار.

قلت: لا- منافاه بين كونه صحيحا شرعيا و بين كونه رافعا للغرر، اذ الحكم بالخيار فيما يشترط الخيار ليس حكما تأسيسيا بل حكما امضائيا مع قطع النظر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٢

...

عن الحكم الشرعى.

و أما ما أفيد فى الاشكال: من انه يلزم جواز بيع كل مجهول مع جعل الخيار فقد مر الجواب عنه و قلنا لا نبالى بما ذكر، فان كل مجهول يوجب الغرر، و كان وجه فساد من ناحيه الغرر نلتزم بأنه يرتفع بجعل الخيار.

فانقدح أنه لا يجوز اشتراط سقوط الخيار من جهه استلزامه الغرر، و أما من ناحيه اسقاط ما لم يجب فلا يتوجه الاشكال، لان مرجع سقوط الخيار الى عدم الاشتراط. نعم بالنسبه الى الخيار الشرعى التعبدى المستفاد من النص فاشكال اسقاط ما لم يجب يجرى فيه، و قد مر أنه ليس فيه اشكال من ناحيه

التعليق لكن الاشكال فيه من ناحيه عدم الدليل على اسقاطه قبل أو انه بحاله، فانه لا دليل على جواز اسقاط كل حق فى كل زمان حتى قبل ظرف ذلك الحق.

فانقدح بما ذكرنا: ان الحق بطلان العقد و الشرط. و أما القول بصحة العقد و الشرط بدعوى أن الخيار لا يؤثر فى صحة العقد فلا- وجه لبطلانه باشتراط سقوطه فالعقد صحيح، و حيث أنه يجوز اشتراط سقوط الخيار- لان لكل ذى حق اسقاط حقه- فالشرط صحيح أيضا.

فيرد فيه: ان صحة العقد ربما تتوقف على جعل الخيار كما بينا، و على فرض صحة العقد لا وجه لصحة الشرط لعدم المقتضى كما ذكره.

و أيضا ظهر أن ما أفيد من صحة العقد و فساد الشرط غير تام بالنسبه الى صحة العقد، و أما بالنسبه الى فساد الشرط فالحق كما أفيد، اذ الكلام فى المقتضى فانه لم يثبت أن ذا الحق يمكنه شرعا اسقاط الحق قبل أو ان الحق.

ان قلت: كيف يكون اشتراط سقوط الخيار موجبا للبطلان و الحال أن التبرى من العيوب لا يوجب فساد العقد، و الحال أن الغرر الحاصل بالعيب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٣

قوله: مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بابدال العين. (١)

أعظم من الغرر الناشئ من صفه الكمال.

قلت: أولا- التبرى من العيوب انما يجوز فيما تكون الاماره المعتبره على الصحه بحيث ينسد باب احتمال الغرر و الخطر. و ثانيا على فرض تسلمه نقول:

مقتضى القاعده هو الفساد فى كلا الموردين، غايه الامر بواسطه دلالة الدليل نرفع اليد فى مورد التبرى و نلتزم بالصحه، اذ ليس الحكم بالفساد حكما عقليا غير قابل لان يخصص، و الحكم بالفساد فى غير ذلك المورد و ليس هذا بعزيز.

[مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

أقول: لا- يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و بتبديل المبيع بغيره، فانه لا وجه لسقوطه، أعم من أن يكون المدرك له الشرط الارتكازى أو النص الخاص و الوجه فيه ظاهر.

ثم ان الشيخ أفاد بأنه لو شرط الابدال فى صورته ظهور المبيع على خلاف الوصف، ففى الدروس الاقرب الفساد.

لا يخفى ان اشتراط الابدال اما يكون بنحو شرط الفعل و اما يكون بنحو شرط النتيجة، أما على الاول فالظاهر أنه لا مانع منه، فان الابدال أمر جائز و يلزم بالشرط و لو امتنع منه يجبر من قبل الحاكم، بل يجوز له أن يتصدى له لأنه ولى الممتنع، و على فرض عدم امكان الاجبار و التصدى مباشره يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط فلا موجب للفساد لا من ناحيه الغرر كما هو ظاهر و لا من ناحيه الشرط. و الحاصل ان شرط الابدال مرجعه الى اشتراط عقد جديد واقع بين البائع و المشتري، و واضح أنه لا اشكال فيه. و هذا يتصور بنحوين: أحدهما تبديل المبيع بعين أخرى، ثانيهما تبديل الثمن بثمان آخر أقل. و كلاهما جائزان بلا اشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٤

...

و أما على الثانى فيشكل بأن شرط النتيجة ان كان معناه حصول المبادله عند ظهور الخلاف بلا سبب و بنفسه فلا دليل على صحته بل الدليل قائم على فساده لان الشرط يلزم أن يتعلق بأمر جائز شرعا، و التبديل بغير السبب غير شرعى، و ان كان معناه جعل التبديل فعلا بنحو التعليق فأیضا غير جائز، اذ التعليق فى المعاوضه أمر فاسد شرعا.

لا يقال: لا اشكال فى التعليق اذا وقع فى حيز الشرط.

فانه يقال: الشرط غير شرعى، و لا بد أن يكون المتعلق للشرط أمرا جائزا

فى حد نفسه فيلزم بالشرط، و المفروض أن المعاوضه التعليقيه أمر غير جائز.

هذا كله فيما يكون المقصود تبديل العين بعين أخرى، و ان كان المقصود تبديل الثمن مرجعه الى انفساخ المعامله و إنشاء عقد جديد و يكون الاشكال فى هذا الفرض أوضح و أقوى كما هو ظاهر.

و بما ذكرنا ظهر أن ما أفاده الاستاذ دام ظله فى المقام كما فى التقرير ليس على ما ينبغى، فانه أفاد فى المقام ان الاشكال المتصور فى المقام ثلاثه:

الاول- اشكال التعليق. و حيث ان المدرك هو الاجماع فلا يشمل المقام.

الثانى- ان العقد و التبديل كيف يمكن أن يتحقق بالشرط. و فيه ان التعويض ليس من الامور التى يكون له سبب خاص كالطلاق.

الثالث- لزوم الغرر. و فيه أنه لا غرر من ناحيه هذا الشرط و قد ظهر بما قدمناه ان الاشكال من ناحيه أخرى، و هو أن الشرط لا يكون شرعا. و أيضا ظهر بما ذكرنا فساد ما أفاده السيد من أن هذا التعويض ليس مبيعا كى يشترط.

و أما المقام الثانى و هو شرط الابدال فهو أيضا اما أن يكون بنحو شرط

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٥

...

الفعل و اما أن يكون بنحو شرط النتيجة، فالصور أربع:

(الصوره الاولى) أن يشترط المشتري على البائع بأنه لو ظهر المبيع على خلاف الوصف يبدل العين بغيرها. و الظاهر أنه لا اشكال فيه من أى ناحيه، فان المعاوضه أمر جائز وضعاً و تكليفاً و يلزم بالشرط.

(الصوره الثانیه) أن يشترط المشتري على البائع ابدال الثمن بغيره، و معناه أنه اذا استقاله المشتري يقيه و يعاوض معه معاوضه جديده. و هذا أيضا لا اشكال فيه من ناحيه كما هو ظاهر.

(الصوره الثالثه) أن يشترط المشتري على البائع

اببدال العين بغيرها بنحو شرط النتيجة، و ما يتصور فيه من الاشكال امور: الاول انه تعليق اذ مرجعه الى تعليق العقد على ظهور الخلاف مثلا كالوجوب المشروط فى التكليفات و كالوضيعة التمليكية فى الوضعيات. و يذب هذا الاشكال بأن اشكال التعليق فى العقود ليس الا من ناحيه الاجماع، و فيما يكون بنحو الاشتراط فى ضمن العقد لا يكون مشمولاً للإجماع ان لم يكن خلافه مجمعا عليه. نعم قد علم من الشرع أنه لا يجوز فى بعض العقود تعليق مفاد العقد على أمر استقبالي، كالزوجه مثلا فانه لا يجوز تزويج المرأه من الشهر الآتى و أما مثل البيع فلا.

الثانى - انه كيف يمكن ايجاب العقد بالشرط. و يذب أيضا هذا الاشكال بأن بعض العقود و الايقاعات مرهونه فى مقام الانشاء بمبرز خاص كالطلاق مثلا- فانه لا يتحقق بكل مبرز و لا بكل لفظ، و أما جميع العقود فليس الامر فيها كذلك. نعم لو قلنا بأن البيع يحتاج الى مبرز خاص و لفظ مخصوص يشكل الامر.

ان قلت: هذا ليس يباع بل معاوضه مستقله كما فى حاشيه السيد، و التعويض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٦

...

بغير العناوين الخاصه لا يحتاج الى لفظ خاص.

قلت: لا نتصور هذا المعنى و لا دليل على صحه هذا المدعى، فان مقتضى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا» الى قوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ان تملك مال الغير لا يجوز الا بالتجاره، و قد ذكرنا فى بعض الابحاث المتقدمه ان التجاره اما تكون عباره عن البيع و اما تكون مجمله، و على كلا التقديرين شمولها لغير البيع اما ممنوع و أما مشكوك فيه. و مما ذكرنا ظهر الاشكال فى مقاله السيد، و هذا الذى ذكرنا

موضوع أساسى تترتب عليه آثار.

الثالث- انه يوجب الغرر. و فيه انه لا- وجه للغرر، فانه لو لم يكن رافعا للغرر لا يكون غررا، اما بالنسبه الى المشتري فانه يعلم بأن المبيع اما كاتب و اما غير كاتب، أما على الاول فيدخل الكاتب فى ملكه، و أما على الثانى فيعلم بأنه يدخل فى مقابل غير الكاتب فى ملكه عبد كاتب، و أما بالنسبه الى البائع فانه مع جهله بالموضوع يكون المعامله غرريه بالنسبه اليه من الاول، و ان لم يكن جاهلا- فهذا الشرط لا- يوجب غررا بالنسبه اليه، بل يمكن أن يتصور عدم الغرر بالنسبه اليه حتى مع الجهل، بأن يعلم أن المقدار المأخوذ من الثمن يرى العبد الكاتب فيعلم بأنه لا خطر عليه على كل تقدير.

(الصوره الرابعه) أن يشترط المشتري على البائع بنحو الشرط النتيجة بتبديل الثمن بغيره، و مرجع هذا الاشتراط الى اشتراط الانفساخ عند ظهور الخلاف و معامله أخرى.

و الاشكالات المتصوره فى الصوره المتقدمه جاريه فى المقام مع اجوبتها.

و لسيدنا الاستاذ اشكال فى المقام من ناحيه أخرى، و هى: ان لازم الفسخ فى ضمن العقد احد الامرين و كلاهما باطلان: احدهما التناقض، ثانيهما تحديد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٢٩٧

...

الملكيه فى البيع. بيان ذلك: ان الفسخ فى ضمن العقد رفع للملكيه، فلو قصد البيع بماله من المعنى العرفى - أى الملكيه الدائمه- يكون الفسخ مناقضا له و لو قصد التمليك الى حين الفسخ يكون خلاف معنى البيع. نعم لا مانع من الفسخ فى ضمن عقد آخر. هذا ملخص اشكاله، و فى كلامه مواضع للنظر:

الاول- انه لا فرق من هذه الجبهه بين أن يكون شرط الفسخ فى ضمن هذا العقد و بين أن يكون فى

ضمن غيره من العقود، فلو باع بنفسه داره من زيد و في ذلك الوقت شرط و كيله انفساخ هذا البيع في ضمن عقد أوقعه مع وكيل المشتري يجرى الاشكال بعينه بلا فرق.

الثاني- ان ما أفاده ينافى ما أفاده في حقيقه جعل الخيار، حيث قال: معنى جعل الخيار للبيع. الى قوله: فسخت فانه يستلزم التحديد في التمليك.

الثالث- و هي العمده انه تاره يوقع البيع و في ذلك الزمان يفسخ بحيث يقارن زمان الملكيه و الانفساخ، و أخرى يكون زمان الانفساخ متأخرا عن زمان البيع. أما على الاول فلا يمكن، اذ معناه الجمع بين المتناقضين، و اما لو كان زمان الانفساخ متأخرا عن الملكيه الحاصله من البيع فلا يتوجه محذور، اذ الفسخ معناه رفع الملكيه الثابته، و لا منافاه بين الامرين عند التأمل.

ثم ان في المقام كلاما لصاحب الحدائق في الرد على الشهيد، حيث أن الشهيد أفاد بأنه لو شرط الابدال يكون الشرط فاسدا فيكون مفسدا. فأورد عليه في الحدائق: بأنه لا وجه لحكمه بالفساد مطلقا، بل فيما ظهر المبيع موصوفا يصح لدلاله الاخبار على الصحة، و أما في صورته الخلاف يفسد لفساد الشرط اذ مقتضى الاخبار ثبوت الخيار و اشتراط سقوطه يكون فاسدا لمخالفته مع السنه و مع فساده يكون مفسدا للعقد. و شرط الابدال لا يكون جابرا لظهور مخالفته

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٩٨

...

المبيع الوصف، اذ المفروض أنه شرط سقوط الخيار. و هذا الشرط مخالف للنص الدال على الخيار، فيكون فاسدا فيكون مفسدا.

و لا يخفى أن ما أفاده الشهيد من البطلان معللا بكونه غررا و تكليفا و ليس للإبدال سبب الا الشرط الضمني و الحال أن الابدال له سبب خاص، فقد مر الجواب عنه.

و

أما صاحب الحدائق فان كان ناظرا الى أن العقد صحيح، مع ظهور الوصف لان المعلق عليه موجود، ففيه أنه يلزم التعليق في البيع، و هو باطل، مضافا الى أنه في صورته الخلاف يلزم البطلان لانتفاء المعلق عليه، و الحال أن ظاهر كلامه تعليل الفساد بفساد الشرط. و ان كان من جهة فساد الشرط و ناظرا بأن شرط الفاسد مفسد، فيرد عليه أن الشرط الفاسد اذا كان مفسدا لا يفرق فيه بين حصول ما عليه الشرط و بين غيره، مضافا الى ان اشتراط الاسقاط ليس مخالفا للسنة.

و أما في كلام الاستاذ من أن حق الخيار حق قابل للإسقاط. ففيه ان الاشكال من ناحيه أن اسقاطه قبل أو ان وقته بحاله، كما أن ما أفاده من أن شرط سقوط الخيار منصوص، فقد مر أن النص «١» مخصوص بمورده و لا وجه للتعدى.

و الحاصل: ما أفاده الشهيد لوجه بطلان الشرط فقد مر الجواب عنه، و قلنا:

ان شيئا من المذكورات لا يكون موجبا للفساد.

و أما ما أفاده صاحب الحدائق فان كان نظره في الحكم بالصحة في صورته وجود الوصف تحقق المعلق عليه، فيرد عليه أن التعليق يوجب البطلان مضافا الى أن لزمه بطلان العقد في صورته الفقدان. و ان كان نظره الى كون الشرط الفاسد مفسدا، فمضافا الى أنه ليس تاما في حد نفسه، يرد عليه أن الشرط الفاسد على القول بالافساد يكون مفسدا مطلقا، و لا يختلف باختلاف التقدير و لا

(١) الوسائل الباب (١١) من ابواب المكاتبه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٢٩٩

قوله: مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤيه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه (١).

يفرق بين الصوره. مثلا لو اشترط في ضمن العقد شرب الخمر على تقدير

مجىء زيد، يكون هذا الشرط مفسدا للعقد أعم من مجىء زيد و عدمه.

و أيضا يرد عليه: ان كون الشرط فاسدا مبني على كون المدرك النص، و أما عند من يكون المدرك للخيار الشرط الارتكازى فلا يتم البيان. فلاحظ.

أضف الى ذلك كله أن شرط الابدال شرط لفسخ العقد، فأى تناف بينه و بين الخيار، بل مؤكدا للخيار فان الفسخ بعد العقد من آثار الخيار لا من آثار عدمه.

و أما ما أفاده الاستاذ من أن اسقاط الخيار أمر جائز فلا يكون خلافا للسنه.

ففيه أن الكلام فى المقتضى، اذ قبل أو انه لا دليل لصحة الاسقاط. اللهم الا أن لا يكون نظر صاحب الحدائق الى هذا الوجه.

و أما ما أفاده من أنه منصوص، ففيه ان النص مخصوص بمورده.

ثم ان اشتراط تبديل الثمن يمكن أن يكون المراد منه تبديله بأقل منه، و قد ظهر الوجه فى صحته و ما يتوجه عليه و ما يجاب به مما ذكرنا فلا وجه للإعاده.

[مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه]

أقول: هل خيار الرؤية يختص بالبيع أو يجرى فى غيره من العقود أيضا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر ثبوته فى كل عقد، لأنه مع ظهور الخلاف اما يحكم بالبطلان كما عليه الشهيد و اما يحكم بالصحة بلا خيار، لكن الاول خلاف طريقه الفقهاء و الثانى لا مقتضى له، لان عدم الوفاء عند عدم الوصف لا يكون على خلاف وجوب الوفاء، فلا مقتضى لوجوب الوفاء.

و فيه: انه ليس دليل وجوب الوفاء منحصرآ بآيه «أَوْفُوا»، بل مقتضى الاستصحاب بقاء الملكيه عند الشك فى صحة الفسخ. مضافا الى أن الظاهر من

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٠

قوله: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف (١).

قوله: لو نسج

بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كأول بطل (٢).

كلامه أن العقد معلق على الوصف.

و فيه: انه يلزم البطلان للتعليق، مضافا الى أن لازمه عند ظهور الخلاف البطلان لا الصحة مع الخيار.

و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو النص الخاص فلا وجه لثبوته في غير البيع لعدم المقتضى، و حيث أن النص مدرك كما مر فلا مجال لتسريته من هذه الجهة، لكن الذى يهون الخطب أن الشرط الارتكازى موجود فى كليه الموارد فالخيار موجود.

[لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه و قال المشتري قد اختلف]

اقول: الظاهر أن القول قول البائع، اذ المشتري يعترف بأن العقد وقع على العين الشخصيه الخارجيه و يدعى الخيار، و الاصل عدمه.

و لا- فرق بين أن يكون الاختلاف بينهما بين أن يدعى المشتري أنى اشترت العبد على أن يكون كاتباً و بين أن يدعى انى اشترت العبد الكاتب، بأن يقال فى الاول القول قول البائع و فى الثانى القول قول المشتري، بتقريب أن البيع فى الثانى مركزه المقيد فالاختلاف بينهما فى المبيع، و الاصل عدم وقوعه على غير المقيد. و لا يعارضه أصاله عدم وقوعه على المقيد، لأنه لا يثبت وقوعه على المطلق الا على نحو الاثبات، فان هذا البيان و الفرق فاسد، اذ لا- شبهه فى وقوع البيع على العين الشخصيه باعتراف المشتري، و الكلام فى أمر زائد و الاصل عدمه.

[لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كأول بطل]

أقول: نسب الى المبسوط و العلامه و جمله من الاعلام، و استدل على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠١

قوله: السابع خيار العيب (١).

المنع بأن بعض المبيع حاضر و بعضه فى الذمه مجهول.

و لتوضيح الحال ينبغى ذكر الاقسام المتصوره و بيان الحال فيها، فنقول:

تاره يبيع ما يكون بعضه منسوخا بعنوان المنسوخ و البيع يقع على المنسوج الخارجى- أى ما ينسج بعد ذلك- فربما يقال بأنه باطل من جهه أنه معدوم، لكن يمكن أن يقال بأن البيع أمر اعتبارى و الملكيه قابله لان تتعلق بأمر يوجد بعد ذلك، لكن حيث أن المنسوجه صورته نوعيه عرفيه و البيع يقع على الصوره النوعيه العرفيه فلا يصح البيع لأنه داخل فى بيع ما ليس عنده.

و أخرى يبيع المنسوج و غير المنسوج و يشترط نسج الباقي على عنوان الاول، فالبيع صحيح. و فى صورته عدم النسج يثبت

الوصف و الشرط.

و ثالثه يبيع مع المنسوج الشخصى مقدارا كليا على أن ينسجه على هذا المنوال، فلو لم ينسجه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

و رابعه يبيع مقدارا شخصيا منسوجا مع مقدار كلى منسوج على هذا المنوال. ففي هذه الصورة لو لم ينسجه فقد أفاد الشيخ بأن للمشتري خيار تبعض الصفقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل للمشتري أن يطالبه بتسليم ما اشتراه منه، و مع التعذر يثبت له خيار التخلف.

[القسم السابع خيار العيب]

اشاره

أقول: أفاد الشيخ بأن اطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامه العين، و انما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على أصاله السلامه. لا يخفى أن الغرض النوعى من المعامله التحفظ على المالىه، و من الظاهر أن وصف الصحه من أهم ما يختلف به مالىه الشىء، فعليه لو بيع عين مع الشك فى صحته و عيبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٢

...

يكون البيع باطلا لكونه غرريا.

و ربما يتمسك فى رفع هذا الاشكال بأصاله السلامه كما فى كلام الشيخ، و لا بد من أن يتأمل فى هذا الوجه، فانه ان كان المراد منها الاستصحاب ففيه أن الاستصحاب و ان كان من الامارات لكن لا يكون مثبتا، و حيث ان الاثر يترتب على احراز عدم الخطر و الاستصحاب لا يوجب رفع الشك النفسانى، فالغرر بحاله.

و أما فى كلام الاستاذ بأنه يمكن أن العين وجدت من أول الامر معيبا فلا مجال لاستصحاب الصحه. فيرد فيه ان استصحاب عدم كونه معيوباً بالعدم الازلى لا مانع منه، الا أن يقال لا بد من احراز الصحه و لا يثبت الصحه بعدم العيب. فلاحظ.

و ربما يتمسك بالغلبه، و فيه أنه على فرض التسليم لا يورث الا الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا.

ربما يتمسك ببناء العقلاء، و لكن الظاهر أنه ليس بناء منهم بحيث مع قطع النظر عن العلم الخارجى أو الاطمينان أو الشرط الارتكازى يكون لهم بناء على هذا الامر، و لا أقل من الشك فلا يثبت، فعليه نقول: المراد بالاصل المذكور الظاهر أنه عباره عن الارتكاز و الاشتراط. و قد مر أن هذا الشرط رافع للغرر.

و الحاصل ان البائع لو لم يتبرأ من العيب و لم يقيد المبيع بالعيب فالاطلاق يقتضى أن يكون صحيحا، فليس المراد من الاطلاق عدم التقييد بالصحيح كى يقال عدم التقييد بالصحة لا يقتضى الصحة.

و أيضا لا يتوجه الايراد بأنه لو كان هذا الانصراف صحيحا و تماما فلما ذا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٣

قوله: مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و اخذ الارش (١).

لا- يلتزمون به فى الايمان و النذور، فانهم يكتفون بالفرد المعيب. و أيضا لا يتوجه الايراد بأن الجزء الحقيقى غير قابل للتقييد، كما أن الايراد بأن مقتضاه البطلان مع فقدان صفه الصحة، فان هذه الاشكالات كلها مرتفعه.

ثم ان اشتراط الصحة فى متن العقد يوجب تأكيد خيار العيب أو يكون موجبا لثبوت خيار آخر غير خيار العيب. أفاد الشيخ تبعا لتصريح جماعه فى كلامهم أنه تأكيد لا تأسيس، و جعل ما رواه «١» يونس مؤيدا لما أفاده و اختاره حيث استظهر من الروايه أن الخيار هو خيار العيب و ان اشترط بكاره الامه.

[مسأله ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]

اشاره

أقول: لا شبهه فى أن ظهور العيب فى السلعه يوجب جواز الرد و أخذ الارش فى الجمله بمقتضى الاجماع و الاخبار الوارده فى الابواب المتفرقه.

انما الاشكال فى أن جواز أخذ الارش فى عرض جواز الرد بحيث يكون ذو الخيار مخيرا بين

أحد الامرين أو يختص أخذ الارش بمن لا يكون له الرد فلا يكون أخذ الارش في عرض جواز الرد.

و ما يمكن أن يستدل به على التخيير بين الامرين أمور:

(منها) ما عن الفقه الرضوي «٢»:

فان خرج في السلعه عيب و علم المشتري فالخيار له ان شاء رد و ان شاء اخذه اورد عليه بالقيمه ارش العيب. باحتمال زياده الهمزه و يكون العطف بالواو، فتدل الروايه على التخيير بين الامرين.

و فيه: أولا ان الروايه ضعيفه سندا، بل لم يعلم كون هذا الكتاب كتاب روايه. و ثانيا انه لا دليل على زياده الهمزه.

(١) المستدرک الباب ١٢ من ابواب الخيار الا فيما يكون المردود من عين الثمن.

(٢) الوسائل ج ١٢ الباب ٦ من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٠٤

(و منها) أن يقال بأن أخبار الرد مطلقه بالنسبه الى تمام الثمن المنطبق على الفسخ و الى رد جزء منه المنطبق على أخذ الارش.

و يرد فيه: أولا- ان هذا خلاف ظاهر أخبار الرد، فان ظاهرها رد تمام الثمن.

و ثانيا- ان هذا البيان يتم لو كان الرد في الارش من عين الثمن، و الحال أنه ليس الرد من العين لازما و لا يصدق الرد.

و ثالثا- مال من الروايات على التفكيك بين الرد و الارش، بأنه لو كان الشئ قائما بعينه يرى و ان كان غير قائم بعينه يأخذ الارش، فان القسمه قاطع للشركه، و من تلك الروايات ما روى عن احدهما الى أن قال: ان كان الشئ قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خط أو صبغ يرجع بنقصان العيب. و لكن الروايه مرسله فغير قابله للاستناد.

(و منها) ان الخيار معلول للعيب،

فلو كان المبيع معييا يثبت للمشتري الخيار بين الامرين، و لكن حيث أن حق الرد ضعيف يسقط بالتصرف فيبقى الخيار بالنسبه الى الارش. و هذا التقريب و ان كان ممكنا ثبوتا و لكن لا دليل عليه اثباتا.

(و منها) أن الاستفادة من الروايات أن الارش يثبت بالتصرف،

أعم من أن يكون التصرف قبل العلم بالعيب و بعده، و العرف يستبعد أن يكون الوطى مثلا موجبا لثبوت حق آخر.

و بعبارة أخرى: مناسبة الحكم و الموضوع يقتضى أن يكون حق الرد عرض أخذ الارش، غاية الامر بالتصرف يسقط الاول و بقى الثانى، و الا يلزم أن يكون الزام الارش متوقفا على اختيار ذى الخيار، بأن يطالب من عليه الخيار

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٥

قوله: ثم ان فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن (١).

بالارش و بعد اعتذاره بعدم وقوع التصرف يلزم بالارش و فيه ان هذا مجرد استحسان.

[ثم إن فى كون ظهور العيب مثبتا للخيار أو كاشفا عنه ما تقدم فى خيار الغبن]

أقول: لا- يبعد أن يقال بأن المتفاهم عند العرف أن الميزان بنفس العيب و العلم و الظهور طريق، فانه وقع فى جملة النصوص، و ظاهرها يقتضى دوران الخيار مداره، لكن العلم ليس كبقية القيود بحيث يفهم منه الموضوعيه بل الظاهر بحسب الفهم العرفى الطريقيه. هذا فيما يكون المدرك لهذا الخيار النص، و أما على تقدير كون المدرك الشرط الارتكازى فالامر أوضح. هذا أولا و ثانيا يمكن أن يستدل للمدعى ببعض نصوص الباب، منها ما رواه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال على عليه السلام: لا يرد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها «١».

و أيضا ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان على بن الحسين عليه السلام لا يرد الجارية التى ليست بحبلى اذا وطئها و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها «٢».

و ما رواه محمد بن مىسر عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام لا يرد

الجاريه بعيب اذا وطئت و لكن يرجع بقيمه العيب ... «٣».

فان المستفاد من هذه الروايات أن الميزان بنفس العيب.

و أما ما فى كلام الاستاذ دام ظله من أنه يفهم من هذه الطائفة الاطلاق- أى عدم الفرق بين قبل الظهور و بعده- و أنه فى قوه أن يقال: ان المعيب يرد قبل الوطاء و يؤخذ الارش له بعد الوطاء، و لا وجه للتقييد بما قيد بالعلم و الظهور لان حمل المطلق على المقيد فى المثبتين على خلاف القاعده. مخدوش بأن

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من ابواب احكام العيوب الحديث ١.

(٢) نفس المصدر، الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق، الحديث ٨.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٦

...

المستفاد من الروايه أنه عليه السلام كان يأخذ الارش فى صورته الوطاء، و من الظاهر أن أخذ الارش كان فيما لو ظهر العيب فلا موضوع للإطلاق.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من التأييد للمدعى بأن حق مطالبه الارش لا معنى له بظهور العيب بل يثبت بنفس العيب. مدفوع أيضا بأنه لا مانع من ثبوت الارش بعد ظهور العيب كالرد، فان الارش ليس إلا غرامه و تداركا و ليس واقعا فى مقابل مقدار من العين.

و هل يمكن الاستدلال للمدعى بالإجماع و النص على جواز التبرى فى ضمن العقد كما فى كلام الشيخ قدس سره أم لا؟ الظاهر هو الثانى، أما الاجماع فلا أثر له كما مر مرارا، و أما النص فالمستفاد منه جواز التبرى فى ضمن العقد و تتعبد به بمقدار دلالتة و الكلام فى المقام فى ثبوت الخيار بوجود العيب الواقعى و المستفاد من النص ليس الا التبرى قبل تماميه العقد، و الكلام فى المقام فيما بعد العقد. و ملخص الكلام

انه حكم خاص تعبدى فى مورد خاص، و لا فرق فيه بين الثبوت قبل الظهور و بعده و على كلا التقديرين اسقاط لما لم يجب.

و مما يدل على المقصود النصوص الواردة فى جواز رد المملوك من أحداث السنه «١».

ثم ان المصنف أفاد بأنه لو لم يستفد من النص أحد الامرين لا بد من الرجوع الى القواعد، لكن لم يذكر ما هو مقتضى القاعده. و الظاهر أن مقتضى القاعده عدم الثبوت الا بعد الظهور و ذلك لاقتضاء وجوب الوفاء و القدر الخارج بعد الظهور. و أيضا مقتضى الاستصحاب عدم تأثير الرد قبل الظهور.

و الحاصل أن ما يمكن أن يكون وجهاً لثبوت الخيار قبل العلم أمور:

(١) الوسائل، الجزء (١٢) باب ٢ من أبواب أحكام العيوب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٧

قوله: ثم انه لا فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المثلث (١).

الاول- ان ظهور العيب بمنزله رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط فيه.

و فيه أنه مبنى على كون مدرك الخيار الاشتراط لا النص.

الثانى- الاجماع نصا و فتوى على جواز اسقاط الخيار و التبرى فى ضمن العقد. و فيه أنه لا دليل على المدعى و انما هو حكم مخصوص بمورده.

الثالث- أن الارش لا معنى له أن يتوقف على الظهور. و فيه أنه لا مانع منه.

الرابع- ان النصوص بحسب الفهم العرفى تدل على أن الموضوع هو العيب لا- ظهوره، فان العلم و الظهور طريق و كاشف لا موضوع. و هذا الوجه لا بأس به.

الخامس- أنه يستفاد من النصوص الواردة فى باب أحداث السنه أن المناط هو العيب لا ظهوره، و مجرد امكان أن يكون له شرط و هو الظهور لا يقتضى الالتزام به ما لم يدل عليه دليل.

السادس-

بعض النصوص الواردة في رد الجارية بالعيب قبل الوطاء و سقوطه بالرد.

[ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثل]

أقول: ان البحث المذكور يختص بما اذا كان المدرك في الباب هو النص، و أما اذا كان المدرك دليل نفي الضرر أو الاشتراط الارتكازي أو الاجماع فلا مجال للبحث المذكور، لعدم الفرق بين الثمن و المثل في هذا الفرض، و ان كان العموم فيما يكون الاجماع مشكلا.

ثم ان المصنف قال في وجه ما ذهب اليه من عدم الفرق بين الثمن و المثل انه لا خلاف فيه، و ان كان مورد الاخبار ظهور العيب في المبيع، لان الغالب كون الثمن نقدا غالبا و المثل متاعا فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٠٨

قوله: يسقط الرد خاصة بأمر: أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الارش (١).

و فيما أفاده مجال للمناقشه، لان الغلبه في الاثمان كونها نقدا و ان كان مسلما في زماننا هذا الا أنه لا يكون كذلك في عصر النبي «ص» و الاثمه «ع»، بل كان الثمن فيه متاعا أيضا في كثير من الحالات.

و كيف كان فلا بد أن يلاحظ مقتضى الاطلاق فهل يشمل الثمن و المثل كلاهما أم يختص بالمثل؟

أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله أن العنوان المأخوذ في الدليل كلمه «شراء»، و هو يطلق على كلا الطرفين.

و فيما أفاده نظر، لان ما أفاده من عدم الفرق يتصور في كلمه «اشترأ» حيث انه يستعمل في الايجاب و القبول، و أما «الشراء» فلا يستعمل الا في جانب المشتري. أضف الى ذلك أن المستفاد من ظاهر الادله اختصاص العيب بخصوص المبيع. و كيف كان فان قام الاجماع التعبدى على تعميمه للثلث أيضا فهو و الا فالامر مشكل.

[يسقط الرد خاصة بأمر:]

[أحدها التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختيار الأرش]

أقول: لا بد أن لا يخفى عليك أن هذا البحث يتوقف على القول بالعرضيه بين

الرد و الارش، و أما اذا قلنا بأن الارش يكون فى طول الرد فلا تصل النوبه الى البحث المذكور. و على أى حال فالحق كما أفاده المصنف أن الرد يسقط بالتصريح بالتزام العقد و اسقاط الرد بأن يقول «التزمت بالعقد و اسقطت الرد» لأنه حق من الحقوق و هو قابل للإسقاط كما حقق فى محله.

و فى هنا كلام للمحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان حق الخيار فى المقام حق واحد متعلق بأحد الامرين من الفسخ و أخذ الارش لا حقان و الإجازة

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٠٩

قوله: الثانى التصرف فى المعيب (١).

الجمع بين الفسخ و أخذ الارش، و الحق الواحد لا يقبل التجزیه و التبعض، فان سقط سقط رأسا و لم يبق منه شىء، و الابقى بكماله و تمامه، فكان فعلا متعلقا بما كان متعلقا به أولا، و مع الشك يستصحب بقاؤه.

و فيه: لا- نفهم مراده، فانه ما المراد بوحده الحق، اذ لا شبهه فى تعدد متعلق الحق، غاية الامر يمكن أن يكون اسقاطه مشروطا بشرط، و هو اسقاط العدل الاخر أيضا. و مجرد هذا الاحتمال لا يضر بعد ما علمنا بأنه يجوز لذى الحق اسقاط حقه، الا أن يقال: ليس لنا مطلق يؤخذ به فى كل مورد شك فى جهه من الجهات.

و أما الاستصحاب المذكور فهو معارض بمثله، و هل يكون فرق بين الالتزام بالعقد و بين اسقاط الخيار كما يظهر من كلام المصنف، فلا يبعد أن يكون قول القائل «أسقطت خيارى» ظاهرا فى اسقاط كلا الامرين فى مقام الاثبات، و أما فى مقام الثبوت فلا وجه للتفكيك.

[الثانى التصرف فى المعيب]

أقول: و البحث فى المقام راجع الى أن التصرف يسقط الخيار أم لا؟

فنقول:

لا شبهه فى سقوط الخيار بالفعل الدال على الرضا، فانه من الامور الانشائية التى تقبل تحققها بكل من القول و الفعل. و عمدته الكلام فى كون التصرف بما هو مسقط للخيار أم لا، و الذى يمكن وجها لكون التصرف مسقطا أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه قد علمت منا مرارا أن المحصل منه غير حاصل، و على تقدير حصوله محتمل المدرك، و المنقول منه ليس بحجه.

(الثانى) ما عن العلامة فى التذكرة ان تصرفه فيه رضاء منه بالمعيب، و لو لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٠

...

ذلك كان ينبغى له الصبر و الثبات حتى يعلم حال صحته و عدمها.

و فيه: ان هذا الاستدلال دورى فان كشف التصرف عن الرضا يتوقف على كون التصرف الخارجى ضدا للخيار و عدم اجتماعه معه و لو فى نظر الشارع، و لو توقف المضاده و كونه مسقطا للخيار على الكشف المذكور لزم الدور.

(الثالث) الروايات الواردة فى المقام، كصحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء أنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ... «١».

بتقريب: ان المشتري بعد التصرف لا يجوز له أن يرد المعيب، هذا كبرى القضية، و أما احراز الصغرى فيستفاد من صحيحه على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الايام فذلك رضا منه فلا شرط.

قيل له:

و ما الحدث؟ قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «٢».

و يرد عليه: ان المستفاد من الروايه الاولى أن المسقط للخيار الحدث المغير للعين كتقصير الثوب و غيره، و أما التصرف المطلق من دون أن يغير العين فلا يصدق عليه الحدث.

و أما الروايه الثانيه ففيها: أولا- أنها مختصه بخيار الحيوان كما يستفاد ذلك من قوله «ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء».

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣١١

قوله: الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف (١).

و ثانيا- انه يمكن أن يكون صدق احداث الحدث على التقبيل في المقام من جهه أنه كانت للاستمتاع، و عليه فلا يمكن التعدي الى غيره كتعليق الباب و غيره.

و ثالثا- ان المستفاد من بعض الروايات «١» ان من اشترى جاريه لا تحيض في سته أشهر من غير حمل و لا كبر و لا صغر فهو ترد منه، و ان كان متصرفا فيها.

نعم و في المقام روايه «٢» تدل على أن التصرف اذا كان مغيرا للعين مسقط للخيار و الا فلا، الا أنها مرسله فلا يعتمد عليها.

و رابعا- لنا دليل في المقام على خلافه، فان قوله عليه السلام «كان على لا يرد الجاريه اذا وطئت» «٣»، يدل بمفهومه أنه كان يرد في غير صوره الوطء حتى مع اللمس و النظر، و كذا يستفاد ذلك من الروايات الواردة في جواز رد المملوك باحداث السنه.

[الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

أقول: المسقط الثالث التلف أو صيرورته كالتالف، أفاد الشيخ قدس سره بأن المستفاد

من المرسله «٤» بضميمه الاجماع أنه يشترط في بقاء هذا الخيار بقاء العين في الملك و ان هذا الخيار له خصوصيه تختلف عن بقيه الخيارات، فان الخيار في غير المقام لا- يسقط بتلف العين و لكن في المقام يسقط اذا لم تبق العين بحالها و خرجت عن ملك مالكها. و ملخص ما رامه قدس سره أن المستفاد من المرسله و الاجماع اشترط بقاء العين بحالها، فلو تلفت بالتلف الحقيقي أو الحكمي يسقط الرد.

أقول: اما الاجماع فقد مر ما فيه، و أما المرسله فأولا انها ضعيفه السند، و

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب (٣) من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث (٣).

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث (٨).

(٤) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣١٢

...

ثانيا ان المستفاد منها اشترط كون العين قائمه بعينها، و من الظاهر أن المستفاد من هذه الكلمه حدوث التغير الحسى فى المبيع، و أيضا من الظاهر أن انتقالها الى ملك الغير لا يكون تغيرا فيها.

و أفاد الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير بأن المستفاد من المرسله أن الامر دائر بين رد العين و بين أخذ الارش، و فيما يكون المبيع منتقلا الى الغير لا يمكن رده، فيسقط الرد و يبقى الارش، و لذا لو أمكن ارجاعه بفسخ أو بمعامله جديده أو انتقاله بسبب غير اختيارى كالإرث لا مانع من الرد.

ان قلت: ان الملكيه حصلت للمشتري باشرائه و قد انعدمت بالبيع من الشخص الثالث، فكيف يمكن الفسخ مع أن الملكيه غير قابله للرد.

قلت: أولا ان النقل و الانتقال يتعلقان بالعين

لا بالملكه، و تعرضنا لهذه الجهه فى بحث المعاطاه مفصلا.

و ثانيا: نسال من أن المشتري قبل البيع من الثالث لو التفت الى العيب هل يكون له الرد أم لا؟ و لا سبيل الى الثانى، و على الاول هل ترجع الملكيه الى البائع أم لا؟ على الثانى يعود الاشكال، و على الاول نقول: فعليه لا مانع من انتقال الملكيه من الثالث الى الثانى و منه الى الاول. هذا ملخص ما أفاده و فيه: أولا ان المرسله لا اعتبار بها، و ثانيا ان غايه ما يستفاد منها أن الخيار بالنسبه الى الرد دائر مدار امكان رد العين، و فى غير هذه الصوره لا تعرض للروايه بجواز الرد و عدمه، فلنا أن نلتزم بالخيار بواسطه «١» ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فان الميزان المستفاد من هذه الروايه فى جواز الرد و عدمه احداث الحدث فى المبيع و عدمه، فالحق أن يقال: ان الخيار يسقط

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب احكام الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٣

...

بالتلف الحقيقى، و أما فى غيره بأن ينتقل المبيع الى الغير بالبيع و أمثاله أو حجر المالك عن التصرف فيه فلا وجه لسقوط حق الرد، الا ان يقال: بأن العرف بمناسبه الحكم و الموضوع يفهم أن اشتراط قيام العين بحالها مقدمه لرد العين الى صاحبها، فلو لم يمكن الرد يسقط حق الرد.

ثم انه لو قلنا بأنه يسقط الرد بالانتقال الى الغير و لكن عادت بعد الانتقال، فهل يجوز رده أم لا.

اختار الشيخ عدم الجواز، و استدل عليه بالاصل. و الظاهر أن مراده بالاصل أصاله عدم حدوث الحق بعد سقوطه.

و أفاد الاستاذ بأن المستفاد من النص

أن شرط الفسخ و رد العين بقاءها بحالها حين الفسخ لا أزيد من هذا المقدار، فلو فرض أنه رجع المبيع الى المشتري الاول لا مانع من الرد لأنه حين الرد يكون على حاله و قائما بعينه، بل نقول:

بأنه لو حدث فيه حدث- بأن كسر رأس العبد ثم عاد الى ما كان أولا- يجوز رده.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه، لأنه ليس المستفاد من روايه زواره إلا حق الرد بشرط عدم حدوث حدث، فلو أحدث حدثا فيه ينقلب الموضوع و لا وجه لرجوعه أى رجوع حق الرد كما أفاد الشيخ، و لا تصل النوبه الى الاصل العملى و هى أصاله عدم رجوع الحق بل لدلاله نفس الروايه مضافا الى دلاله قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و هذا الذى نقول ليس من جهه عدم العموم الزمانى كما فى كلام الاستاذ، فانا لا نفرق بين العام الاستغراقى و المجموعى فان العام محكم فى كلا المقامين بل من جهه أن المستفاد من النص أن حق الخيار دائر مدار عدم احداث حدث

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٤

قوله: الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري (١).

و معه لا دليل على الخيار كما هو ظاهر.

و هذا فيما يكون الحدث تكوينيا ظاهرا، و أما فيما يكون الحدث اعتباريا- كما لو انتقل الى الغير ثم رجع الى ملكه- فالامر أيضا كذلك. و بعبارة أخرى: اما نلتزم بعدم سقوط حق الرد بالانتقال و أما نقول به، أما على الاول فلم يسقط كى يرجع و أما على الثانى فلا وجه لرجوعه لعدم الدليل. و الالتزام انه بنحو القضيه الحقيقيه كما فى كلام الاستاذ فلا يساعده الدليل، و ان كان أمرا ممكنا ثبوتا. و الحق سقوطه بالانتقال

فلا يرجع الاعلى الاحتمال الذى احتملنا من عدم سقوطه بانتقاله الى الغير حتى بانتقال غير قابل للرجوع.

بقى فى المقام شىء، و هو: ان المستفاد من النص أن المانع لحق الرد احداث الحدث فى العين، فلو فرض حدوث حدث فيها بأفه سماويه و أمثالها فما حكمه؟

الحق أن يقال بعدم السقوط، فان الحكم تعبدى و لا بد من الالتزام به بقدر دلالة الدليل، و لا يدل الدليل أزيد من الحدث الذى يكون باحداث المشتري، و أما فى غيره فلا وجه لتسريه الحكم كما هو ظاهر.

[الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]

اشاره

أقول: و فى المسأله صور ثلاث، و تفصيل ذلك: انه اذا أحدث العيب بعد العقد على المعيب: فاما أن يحدث العيب فى العين قبل القبض، و اما ان يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع، و اما أن يحدث بعد مضى الخيار فتكون المسائل ثلاثه:

(المسأله الاولى) حدث العيب فى المبيع قبل القبض،

اشاره

و يقع الكلام فى المسأله من جهتين:

الجهه الاولى – أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض كالعيب الموجود قبل العقد فى كونه موجبا للخيار أم لا.

اشاره

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٥

و هذه المسأله يبحث عنها فى المقام استدراكا.

الجهه الثانيه – أن العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض هل يسقط الخيار الحادث بالعيب القديم أم لا. و هذه المسأله هى التى عقدت المسأله لأجلها

فما يمكن أن يستدل به على كونه موجبا للخيار أمور:

الاول: الاجماع.

و فيه ما تقدم منا مرارا.

الثانى: النصوص الواردة فى المقام:

(منها) صحيحه بريد بن معاويه

عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع قد بعثك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكل المشتري من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن. فقال: العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع «١».

(و منها) ما رواه عقبه بن خالد

عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فاذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه «٢».

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٩ من ابواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب (١٠) من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٦

(و منها) قوله «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»

«١». تقريب الاستدلال بهذه الاخبار: أن المراد من كون التلف على البائع كون المبيع فى عهده و كأن المعامله لا تتم الا بالقبض أو مضى زمان الخيار، و معنى كون الضمان عليه ان التلف أو النقص فى ملكه، و المراد بالضمان ضمان معاملة لا ضمان يد، اذ المفروض أن يده ليست يد ضمان. و حاصل المعنى ان تلف المبيع كلا أو بعضا و كذا عيبه قبل القبض كالتلف و العيب قبل العقد، فكأنه وقع فى ملكه و لازمه الانفساخ كلا أو بعضا فى الاولين و ثبوت الخيار فى الاخير.

ان قلت: ان الاخبار لو كانت شامله لنقص الاوصاف لزم الحكم بالانفساخ في صوره العيب كما في صوره التلف، و الحال أن المطلوب اثبات الخيار.

قلت: المراد بالضمان ليس ضمان اليد، بل معناه ان عهدته على البائع، و معنى كون التلف في عهده البائع أنه يفرض حدوث التلف أو النقص في ملك البائع و يترتب على تلفها الانفساخ و على عيبها الخيار، و ليس هذا استعمال اللفظ في المعنى المشترك، فان معنى الضمان أمر واحد و هو

كون التلف فى عهدہ البائع، و يؤخذ بلانزم هذا فى كلاً-الموردين، فلا- يلزم اختلاف معنى الضمان بالنسبه اليهما حتى يلزم استعمال اللفظ فى المعنيين.

و يؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام «و يصير المبيع للمشتري»، فيستفاد من هذا التعبير أن المال قبل القبض لم يصير مالا للمشتري. و ملخص الكلام أن المبيع ما لم يقبض يعتبر بقاؤه فى ملك بايعه، و يترتب عليه أنه لو تلف يكون البيع منفسخا بالنسبه و لو عاب ترتب عليه الخيار، و أيضا لازمه ثبوت الارش، و ان اختلف أقوال العلماء فيه، فذهب الى ثبوته جماعه منهم العلامة و الشهيدان،

(١) المستدرک، الجزء ٢ الباب ١٩ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٧

...

كما أنه ذهب الى عدمه جماعه أخرى و منهم الشيخ و الحلى و كاشف الرموز.

و يرد عليه: أولا انه قد جمع فى مقام الاستدلال بين نصوص الباب و نصوص المسأله الآتيه و هى التلف فى زمان الخيار، و الحال أنه لا- وجه للخلط بين البابين و النصوص الوارده فى المقام و ان كان بعضها ضعيفا سندا لكن فى المعتمد منها كفايه، لكن الموضوع فيها التلف و العيب لا يكون مصداقا للتلف، و حمل التلف على أظهر أفراده يحتاج الى قرينه.

و ثانيا- ان حصل التلف فى ملك البائع لا يلزم أن يكون من أول الامر، بل لنا أن نقول بأنه يدخل فى ملكه قبل التلف آنا ما، و التفصيل موكول الى محله.

فتحصل أن الدليل فى مقام الاثبات قاصر الا أن يقوم اجماع تعبدى كاشف و أنى لنا باثباته.

و أما الجبهه الثانيه- من المسأله الاولى و هى أن حدوث العيب قبل القبض هل يوجب سقوط الخيار الثابت بالعيب الموجود قبل العقد أم لا؟

قال الشيخ قدس سره بأنه لا خلاف بينهم فى عدم كونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

و المستند ان كان الاجماع

فيرد فيه ما مر آنفا، و لكن الحق أنه غير مانع عن الرد على القاعده، اذ ما يتصور أن يكون وجها لكونه مانعا أمران: أحدهما عدم قيام العين بحالها، و ثانيهما أنه حدث فيه حدث. أما الاول فغير تام لان المدرك هي المرسله أى مرسله جميل، و من الظاهر عدم اعتبارها، و اما حدوث الحدث فقد مر منا أن الحدث الموجب للمنع عن الرد هو الحدث الذى أحدثه المشتري بمقتضى روايه زراره فلاحظ. و عليه لا وجه لكونه مانعا عن الرد بالعيب السابق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣١٨

(و اما المسأله الثانيه) و هي ما لو كان حدوث الحدث فى المبيع يكون بعد العقد فى زمان الخيار الذى يكون التلف فيه على البائع،

اشاره

ففيها أيضا جهتان:

أما الجبهه الاولى – فى كون العيب الحادث سببا للخيار كالعيب السابق على العقد و عدمه،

فنقول: المدرك لهذا الحكم ان كان الاجماع ففیه ما فيه، و ان كان النصوص الداله على التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له منها ما رواه «١» ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام، ففیه أن المستفاد من تلك النصوص أن العين لو تلفت فى زمن الخيار أو حدث فيه حدث يكون ضمانه على من لا خيار له، و هذا المقدار لا يقتضى أن يكون حدوث العيب موجبا لثبوت الخيار. و بعبارة أخرى: لا يستفاد من تلك النصوص أن الشارع جعل حدوث العيب فى زمن الخيار كالعيب الحادث فى العين قبل العقد و نزل ما حدث فى زمن الخيار منزله العيب السابق فى جميع الآثار و الاحكام.

و أما الجبهه الثانيه – و هي أن العيب الحادث فى زمن الخيار هل يكون مانعا عن الرد بالعيب السابق أم لا؟

فقد ظهر الحق مما ذكرناه آنفا. و حاصله عدم وجه فى كونه مسقطا لا من باب الاجماع فانه مخدوش، بل من باب أنه لا مقتضى للمانع، فان حدوث الحدث فى زمن الخيار فى عهده من ليس له الخيار، و هذا المقدار لا يوجب المانع. و من ناحيه اخرى لا يصدق على مطلق الحدث الحادث فى العين أن المشتري أحدثه و الموضوع للحكم هذا العنوان فلاحظ.

(و أما المسأله الثالثه) و هي ما لو حدث عيب فى العين بعد القبض و بعد مضي زمان الخيار،

اشاره

فيقع الكلام فيها بأن حدوث العيب هل يكون مانعا عن الرد

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٥ من ابواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣١٩

...

بالعيب السابق أم لا،

يقع البحث في هذه المسألة في مقامات:

المقام الاول: فيما يمكن أن يكون دليلاً للمانع،

اشاره

و هو أمور:

منها مرسله جميل،

فان مقتضاها انه لو لم تبق العين بحالها لا يجوز ردها. وفيه أن المرسله لا اعتبار بها.

و منها: ما عن العلامة،

و حاصله ان الضرر المتوجه الى المشتري من قبل العيب السابق متدارك بخيار المشتري، و الضرر المتوجه الى البائع من قبل البيع الحادث يتدارك بجواز امسك البائع عن القبول. و بعباره أخرى: يقع التعارض بين الضررين.

و فيه: ان القاعده على ما سلكتها لا تدل الاعلى الحرمة التكليفيه، أما على مسلك القوم فلا يتوجه الضرر دائماً، فان التغيير لو كان موجبا للعيب يجب على المشتري عند الرد دفع الارش للبائع فلا- ضرر على البائع. مضافا الى أن دليل الخيار النص الخاص لا قاعده الضرر.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من أنه بعد التعارض يرجع الى استصحاب الخيار. فيرد فيه: أولا ان الاستصحاب في الحكم الكلى معارض بعدم جعل الزائد. و ثانيا انه لا تصل النوبه الى الاستصحاب، بل المحكم عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

(و منها) أنه مع العيب لا يصدق الرد.

و فيه انه لا شبهه في صدق الرد، و انكاره مكابره.

(و منها) أن حدوث الحدث في العين حيث أن المشتري ضامن له يكون مثل احداثه الحدث الموجب لإسقاط الخيار.

و فيه انه لا دليل على هذا المدعى.

(و منها) الاجماع.

و فيه ما فيه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢٠

...

فتحصل من جميع ما تقدم عدم ما يقتضى كونه موجبا لسقوط الخيار المسبب عن العيب السابق.

(المقام الثانى) فى أن الميزان و المناط للعيب للحدث المانع عن الرد ما هو؟

هل الميزان بمطلق التغيير أو التغيير الحسى أو بأن يحدث فيه عيب أو غير ذلك. لا يخفى أن المدرك روايه زراره، و العنوان المذكور فيها الذى يكون مدارا للمانع احداث الحدث، أى يحدث المشتري فيه حدثا، فكلما صدق هذا العنوان يترتب الحكم، و مع عدم صدق هذا العنوان لا وجه للسقوط، و مع الاجمال أيضا يحكم ببقاء الخيار، لان المفروض أن هذا الخيار مع قطع النظر عن النص أمر عقلائي ارتكازى.

و لا يخفى أنه لو أحدث فى المبيع حدثا موجبا لزياده قيمته كالسمن فى الشاه فالظاهر أنه لا يوجب سقوط الخيار، فانه يصدق عليه احداث الحدث، لكن الدليل عن مثله منصرف بحسب الفهم العرفى. نعم لو كانت الزيادة لا توجب الشركه و بعد الرد يكون المشتري ذا حق فى المبيع، لا يكون وجه للانصراف فىكون مانعا.

(المقام الثالث) لو زال العيب الحادث عند المشتري هل يجوز له الرد أم لا؟

الظاهر هو الثانى، لعدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء الحادث و زواله.

و الميزان فى المسقطيه احداث الحدث الذى ذكر فى صحيحه زراره و عوده بزوال التغيير بعد سقوطه به يحتاج الى دليل. و أما

المذكور في المرسله بأنها ترد اذا كانت قائمه بعينها فلا يعتمد عليها لإرسالها.

(المقام الرابع) لو رضى البائع برده مجبوراً بالارش أو غير مجبور هل يجوز له الرد أم لا؟

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢١

قوله: تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه (١).

أفاد الشيخ قدس سره بأن سقوط الرد لرعايه حق البائع و مع رضاه لا وجه لعدم الجواز، فان المقتضى للخيار موجود.

و فيه: ان الامر و ان كان كذلك لكن مقتضى النص سقوطه بحدوث العيب، و كما ذكرنا آنفاً أنه لا وجه لثبوتيه بعد سقوطه، فلا يجوز الرد بالخيار بل يجوز بالاقاله.

ان قلت: دليل المانعيه قاصر عن شمول هذه الصوره.

قلت: لا وجه لقصوره، فان مقتضى الاطلاق ان احداث الحدث يوجب سقوط الخيار، و ثبوتيه بلا سقوطه يحتاج الى دليل مفقود في المقام. نعم الاقاله لا مانع عنها، و الفرق العملي غير ظاهر.

و لا يخفى أن ضمان البائع للمشتري ضمان معاوضي و ضمان المشتري ضمان اليد، و الفرق بينهما أن في غرامه البائع يلاحظ النسبه بين القيمه الواقعيه و بين الثمن المسمى، و في غرامه المشتري يلاحظ القيمه الواقعيه، و لذا ربما لا بد أن يدفع مقدارا أزيد من الثمن.

ثم ان البائع لو رضى برد المعيب مجبوراً بالارش أو بلا ارش فهل يجوز أن يطالبه المشتري بالارش و لا يرضى بالرد؟ أفاد الشيخ في المبسوط أنه لا يجوز، فان اخذ الارش يتوقف على امكان الرد.

و فيه: انه بلا وجه، فان مقتضى ثبوت الارش مع احداث الحدث أن

يكون للمشتري أخذ الارش، أعم من أن يكون البائع راضيا بالرد أم لا.

[تنبيه ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة]

إشارة

أقول: الكلام يقع فى مواضع ثلاثة: الاول أن يكون التبعض فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٢

...

أحد العوضين، الثانى أن يكون فى البائع، الثالث أن يكون فى المشتري.

(أما الموضع الاول) و هو التبعض فى أحد العوضين

إشارة

فكما لو اشترى شيئا أو شيئين بثمن واحد من بايع واحد فظهر بعضه معيبا، الظاهر أنه لو كان المبيع واحدا حقيقه أو عرفا- كما لو اشترى عبدا أو دارا فانكشف أن بعض المبيع معيوب- لا- يجوز الرد بخصوصه، أعم من أن يكون مدرك الخيار النص أو الارتكاز العقلاى، لان مورد الخيار المبيع المعيوب لا- جزئه، كما أنه لو كان المبيع متعددا و لكل منهما قيمه معلومه و جمع بينهما فى الانشاء فانه يكون البيع فى المفروض متعددا فيجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب بلا شبهه.

و انما الكلام فيما اشترى شيئين بيع واحد و ثمن واحد فظهر العيب فى أحدهما فهل يجوز اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيوب أم لا.

و ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه عدم جواز الرد أمور:

(منها) الاجماع.

و حاله معلوم.

(و منها) أنه لو كان المردود جزء مشاعا يلزم الشركه و ان كان جزء معينا يلزم تبعض الصفقة.

و فيه يرد: أولا انا لا نتصور رد المعيب فى الجزء المشاع، و ثانيا لا محذور فى تبعض الصفقه على البائع غير توهم الضرر، و من الظاهر أنه لا كليه له، اذ ربما لا يكون عليه ضرر.

و أفاد الايروانى بأن توجه الضرر لا يمنع عن الخيار، لأنه حكم وارد فى مورد الضرر، و دليل نفي الضرر لا يمنعه.

و فيه: انه انما يتم هذا البيان فيما يكون الخيار موردا للضرر، فانه فى مثله لا مجال لرفع الحكم بدليل لا ضرر، كما يكون الامر كذلك فيما وجب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٣

...

الجهار، و أما لو لم يكن كذلك فلا مانع من رفع اليد عن الاطلاق بدليل نفي الضرر. و الذى يهون الخطب أن دليل لا ضرر ليس ناظرا الى رفع الحكم، و مع الاغماض يترتب عليه أنه لو كان ضررا على البائع يجبر بالخيار. و بعباره أخرى: لو كان التبعض ضررا على البائع يمكن أن يعمل بالخيار.

ان قلت: ان غرض المشتري تعلق بابقاء الجزء الاخر، و اعمال الخيار من قبل البائع يكون ضررا على المشتري.

قلت: أولا ينقض بما لو اشترى حيوانا مع شىء آخر فهل يجوز له اعمال خيار الحيوان. و ثانيا نقض الغرض الشخصى للمشتري لا يكون مناطا للضرر، فان الضرر من باب و نقض الغرض الشخصى من باب آخر. و ثالثا هذا الضرر ناشئ من فعل المشتري و لا يرتبط بالحكم الشرعى. و رابعا بعد تعارض الضررين يسقط قاعده لا ضرر و يبقى دليل الخيار بحاله، فيجوز له اعمال الخيار بالنسبه الى خصوص المعيب.

(و منها) أن المستفاد من النص أن الصبغ يمنع عن الرد،

و ليس وجهه الا حصول الشركه.

و فيه: ان الميزان بصدق احداث الحدث، و لذا لو كان الصبغ موجبا لنقصان قيمه

يكون مانعا عن الرد أيضا، فلا يكون المنع من جهة حدوث الشركه. مضافا الى أن الرد فى المقام لا يوجب الشركه بل يوجب التبعض.

(و منها) ان شرط رد المعيب ان يكون قائما بعينه.

وفيه: أولا أن مرسله جميل ضعيفه، و ثانيا انه لا شبهه فى المبيع بأنه باق و قائم بعينه كما هو ظاهر.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٤

(و منها) ما عن صاحب الجواهر، و هو أن الخيار حق واحد متعلق بمجموع المبيع لا كل جزء منه، و لا أقل من الشك

لعدم اطلاق موثوق به، و الاصل اللزوم.

و يرد فيه: أولا ان لازم ذلك عدم الجواز حتى مع رضى البائع، لان القصور من ناحيه المقتضى لا من جهة المانع. و ثانيا لا شبهه فى وحده حق الخيار و لم يقل احد أنه يجوز للمشتري ان يرد جزء المعيب. و أيضا لا- يتوهم أحد بأنه يجوز له رد خصوص الصحيح، انما الكلام فى أن مركز الخيار مجموع ما وقع عليه العقد بحيث لا- يجوز له رد خصوص المعيب أو مركز الخيار خصوص المعيب، و انما يجوز رد المجموع لعدم ترتب تبعض الصفقه او للإجماع أو لصدق المسبب على المجموع.

و الحق أنه يصدق المعيب على خصوص المعيب و اطلاق الدليل يشملها، فانه يصدق أنه اشترى شيئا معينا و لا يكون هذا الكلام كذبا فيترتب عليه الخيار.

و مما يؤيد المدعى بل يدل عليه أنه يجوز رد المعيب مع رضى البائع بالاتفاق، و انما لم يجرى رد خصوص المعيب بلا رضى البائع لأجل ترتب التبعض، فيعلم أنه لو لم يكن خصوص المعيب موردا للخيار لم يكن رده جائزا الا بالتفاسخ، و بالتفاسخ يجوز الرد حتى فى مورد خصوص الجزء الصحيح كما هو ظاهر.

(و أما الموضوع الثانى) و هو ما لو تعدد البائع فلا خلاف فى جواز التفريق،

و لو اشترى اثنان من اثنين يدخل فى المسأله الثالثه، و هو الموضوع الثالث من البحث.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٥

(و أما الموضوع الثالث) و هو ما لو اشترى شيئا من ثالث فانكشف أنه معيب هل يجوز أن يرد أحدهما حقه بخيار العيب أم لا،

و قبل بيان الحال لا بد من التنبيه على أمر،

و هو أنه لو تعدد العقد- كما لو باع البائع نصف العين من زيد و فى ذلك الحال باع وكيله النصف الاخر من بكر- لا شبهه فى ثبوت الخيار لكل من الشريكين، كما أنه لو باع نصف داره من زيد بثمان معين و نصفها الاخر من بكر كذلك، و فى مقام الانشاء انشأ كلا البيعين بانشاء واحد يكون لكلا المشتريين الخيار، اذ لا يرتبط أحدهما بالآخر، انما الاشكال فيما يكون العقد واحدا واردا على شىء واحد بثمان واحد.

و ما يمكن أن يقال فى وجه المنع أمور:

(منها) أنه لو تفرّد أحدهما بالرد لا يكون البيع قائماً بعينه.

وفيه: أولاً- ان مدرك هذا الحكم ضعيف للإرسال. و ثانياً ان المستفاد من الروايه أن المبيع بعد انتقاله الى المشتري يلزم أن يكون قائماً بعينه الى زمان الرد، و هو كذلك و يصدق عليه هذا العنوان فانه قائم بعينه.

و الحاصل ان الميزان فى ثبوت الخيار بقاء العين على نحو تلقاه من البائع و المفروض أنه كذلك و ليس الميزان بأن يرجع الى ملك البائع على نحو خرج من ملكه.

(و منها) ان الانفراد بالرد يوجب الضرر بالنسبه الى البائع.

وفيه: أولاً يلزم عدم الخيار حتى فى صورته تعدد العقد، فانه لا فرق فى توجه الضرر فى الصورتين. و ثانياً يمكن أن يتصور عدم توجه الضرر. و ثالثاً يتعارض ضرره مع ضرر المشتري، فانه يتضرر بالصبر على المبيع. و رابعاً

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٦

قوله: مسأله يسقط الارش دون الرد فى موضعين (١).

ان البائع أقدم على الضرر، فانه بمقتضى الارتكاز العقلائى التزم بأنه فى صورته العيب يقبل رد المبيع، و عليه لا فرق بين علم البائع بالتنقيص و عدمه.

(و منها) أن دليل الخيار منصرف عن المقام.

وفيه: أولاً- انه لا- وجه للانصراف، لان غايته قله وجوده، و هى لا توجب الانصراف. و ثانياً انه بناء عليه لا بد من الالتزام بعدم الخيار حتى لمجموع الشريكين.

(و منها) أنه خيار واحد قائم بمتعدد،

فليس لكل منهما الاستقلال باعماله.

و فيه: ان الميزان بصدق عنوان أخذ في دليل الخيار، فان المأخوذ فيه قوله عليه السلام «من اشترى شيئاً و به عيب أو عوار»، فاذا صدق هذا العنوان يترتب عليه حكم الخيار بلا كلام.

و ملخص الكلام ان اثبات أن الخيار أمر واحد قائم بمتعدد فلا يجوز الانفراد بالاعمال يحتاج الى الدليل، بل الميزان بصدق موضوع الخيار، و هذا العنوان يصدق على كل منهما، بلا فرق بين أن يكون القبول واحداً أو متعدداً، بل الحكم في المقام أظهر من خيار الحيوان فيما لو اشتراه شريكاً، فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان بخلاف المقام.

[مسأله يسقط الأرش دون الرد في موضعين]

[الأول – إذا اشترى ربويًا بجنسه نظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا.]

أقول: أفاد المصنف بأن الارش يسقط في موضعين:

الاول- اذا اشترى ربويًا بجنسه نظهر عيب في أحدهما فلا- أرش حذرا من الربا. و يقرب ذلك بوجهين: الاول ما قربه الشيخ قدس سره بأن المستفاد من أدله تحريم الربا أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقدة استحقاق عوض، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٢٧

...

أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوي الجنس الآخر، فتشمله أدله حرمة الاخذ بالتفاضل.

و يرد عليه: ان ما ذكره مبتنى على ان تكون الغرامه في إزاء صفة الصحة و الحال أنه ليس كذلك.

و الذى يدل على أن الارش ليس في مقابل وصف الصحة أن المشتري لو كان جاهلاً بالعيب أو كان جاهلاً بحكم الارش و لم يطالب البائع بالارش لم يجب على البائع شىء على ذمته، فان ما أخذ في مقابل الصحة غرامه شرعيه حكم بها الشارع.

[الثاني – ما أفاده صاحب الكفايه في حاشيته على المكاسب]

أن المستفاد من أدله تحريم الربا أنه كما لا يجوز الزيادة في الربويين من ابتداء البيع كذلك لا يجوز في حال استقراره و لزومه، فيكون حال الزيادة كحال زياده الشرط في طرف أحد الربويين، و لازمه عدم جواز أخذ الارش بعد العلم بالعيب.

و فيه: أولاً ان ظاهر الادله حرمة الربا حدوثاً فلا تشمله بقاء. و ثانياً ان الوفاء على العقد يترتب على البيع، فلا بد أن يكون صحيحاً

فى رتبته السابقه حتى يترتب عليه وجوب الوفاء. و ثالثا ان وجوب الوفاء و الالتزام لا ربط له بأخذ الارش و عدمه، و لذا لو لم يقدر على رد المعيوب فلا بد أن يلتزم بالعقد سواء أخذ الارش أم لا.

و الحاصل ان الارش حكم شرعى لا

يوجب الربا، فمن ذهب الى كون الارش و الرد فى الرتبه الواحده يلتزم ببقاء الارش اذا لم يمكن الرد.

الثانى - العيب الذى لا يكون موجبا لنقص قيمه، و قد مثلوا له بالخصاء فى العبد، فانه عيب و لا يوجب نقصا فى قيمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٨

قوله: مسأله يسقط الرد و الارش معا بامور (١).

و أورد عليه المصنف: بأن الميزان فى قيمه الاغراض العرفيه و ان كانت فاسده عند الشرع، و من الظاهر أن جملة من الناس يرغبون فى العبد الخصى لأغراضهم الفاسده. و الحاصل ان العيب لو لم يكن نقصا للقيمه لا يوجب الارش.

لكن يرد عليه: انه لو قلنا بأن العيب الموضوع للخيار هو العيب الموجب لنقص قيمه فلا يكون غير المنقص موجبا للرد أيضا فلا موضوع لهذا البحث.

[مسأله يسقط الرد و الأرش معا بأمور]

[الأول العلم بالعيب قبل العقد]

أقول: الاول العلم بالعيب قبل العقد، و ادعى الشيخ أنه بلا خلاف و لا أشكال. و بعبارة أخرى: يشترط فى تحقق الخيار جهل المشتري بالعيب، و الدليل عليه أن الخيار المستفاد من الدليل رتب على صورته الجهل، فلاحظ روايه زراره و فيها قال عليه السلام «من اشترى شيئا و لم يتبرء اليه و لم يتبين له» الخ، فموضوع الخيار غير العالم بالعيب.

و قد يستدل للمدعى بمفهوم روايه زراره، و المستدل صاحب الجواهر، و أفاد المصنف بقوله: و فيه نظر. ربما يورد على المصنف بأن الوصف و ان لم يكن له مفهوم و لكن فى المقام خصوصيه تقتضى الدلاله بالمفهوم.

و توضيح الحال: ان الوصف و ان لم يكن دالا مفهوما لما ثبت فى الاصول من عدم المفهوم للوصف، و لكن هذا فيما لا يكون المتكلم فى مقام بيان الكبرى الكليه و الا يكون الوصف دالا مفهوما

و فى المقام انه عليه السلام فى مقام بيان ضابطه كليه، فطبعاً يدل الكلام على المفهوم و الا يلزم لغويه الضابطه.

و ربما يورد عليه بأنه لا وجه لعدم دلالة الشرطيه على المفهوم، فان المقام ليس داخلاً فيما لا تكون الشرطيه داله على المفهوم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٢٩

...

و توضيح الحال: ان الشرط المذكور فى القضييه الشرطيه على أقسام: فان الشرط تاره لا يكون دخيلاً فى ترتب الجزاء بحسب الخارج و الواقع كما قوله «ان جاء ك زيد اكرمه» فان مجىء زيد لا يكون دخيلاً فى تحقق الاكرام خارجاً اذ يمكن الاكرام و لو مع عدم مجيئه. و أخرى يكون دخيلاً فى ترتب الجزاء خارجاً، بحيث لو لم يتحقق لا- يمكن ترتب الجزاء، كما فى قوله «اذا ركب الامير فخذ ركابه». و ثالثه مركب من أمرين كقوله «اذا ركب الامير و كان يوم السبت فخذ ركابه» فان أخذ الركاب بالنسبه الى الركوب من قبيل الثانى و بالنسبه الى يوم السبت من قبيل الاول.

و الشرط فى المقام من قبيل القسم الثالث، فان الخيار بالنسبه الى الاثراء من قبيل الثانى و بالنسبه الى العلم من قبيل الاول، فلا وجه للنظر فى الشرطيه بأنها مسوقه لبيان الموضوع و لا مفهوم له.

و لكن المحتمل بل الظاهر أن نظر المصنف فى الاستدلال ليس من هذه الجهه، كيف و هو بعد سطر يستدل بالمفهوم، بل يمكن أن يكون الوجه أمراً آخر و هو أن البيان من طرف البائع له موضوعيه و مع عدمه يتحقق الخيار حتى مع العلم بالعيب، و لا أقل من احتمال الموضوعيه.

لكن الحق عدم ورود الاشكال على صاحب الجواهر، لأنه قد ذكرنا مراراً أن أخذ هذه المفاهيم فى الدليل

يفهم منه العرف الطريقيه و يستفيد أن المناط هو العلم خصوصا في المقام، اذ «عبر» بصيغه المجهول، فانه لو كان التعبير بصيغه
المعلوم لكان لاحتمال الموضوعيه وجه، و أما مع كون التعبير بصيغه المجهول فليس لهذا الاحتمال مجال، فالحق مع صاحب
الجواهر.

قمي، سيد تقى طباطبائي، دراساتنا من الفقه الجعفري، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه
الجعفري؛ ج ٤، ص: ٣٣٠

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٣٠

...

فلو شرط مع العلم خيار العيب الذي له أحكام خاصه فاختر صاحب الجواهر قدس سره الصحه و الشيخ فساد الشرط و العقد، و
لا بد من التكلم أولا في فساد الشرط و عدمه، و ثانيا في افساده للعقد و عدمه.

فنقول هذا النحو من الاشتراط يتصور بنحوين: الاول أن يشترط تحقق هذا الحكم الخاص بلا جعل من المتعاقدين، الثاني أن
يشترط بجعل منهما.

فان كان على النحو الاول يكون باطلا. لان الشرط ليس مشرعا و لا يمكن جعل الحكم الشرعي بالشرط، و هذا ظاهر. و من
البعيد كله أن اراد صاحب الجواهر من كلامه هذا الفرض. و ان كان على النحو الثاني فالظاهر جوازه، فانه لا مانع منه و ليس فيه
مخالفه للشرع، فان المستفاد من الدليل أن ترتب الخيار بهذا النحو في هذه الصوره و ينفي الخيار الخاص في صوره العلم، لكن
لا يدل على أنه لو التزما باختيارهما و جعللا أمرا خاصا على عهدتهما يكون باطلا فلا مقتضى للفساد بل المقتضى للصحه تام.

هذا تمام الكلام في فساد الشرط و عدمه، و ظهر أن الحق صحته، و أما افساده على تقدير فساده فهو مبني على ذلك البحث. و
الحق أنه لا يوجب فساد العقد

كما سيجى ء.

(الثانى) مما يوجب سقوط الرد و الارش معا تبرى البائع عن العيوب،

و ما يمكن أن يستدل به أمور:

(منها) الاجماع،

فانه ادعى عليه اجمالا، و لكن الاجماع فيه ما فيه.

(و منها) ان العقد بحسب القاعده الاولى لازم، فانه يجب الوفاء به،

و انما تخرج عن القاعده للارتكاز العقلانى، و من الظاهر أنه مع التبرى لا يبقى مجال

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣١

...

للمسك بالارتكاز كما هو ظاهر. و لكن العمده ملاحظه النص، فان الميزان مقدار ما يستفاد منه.

(و منها) النصان الواردان فى المقام:

أحدهما ما رواه «١» زراره عن أبى جعفر عليه السلام، فانه اشترط فيها تحقق الخيار بعدم تبرى البائع فلاحظ. ثانيهما مكاتبه جعفر بن عيسى «٢»، فان دلالتها على المدعى لا ينكر، لكن سندها مخدوش بجعفر بن عيسى، اذ أن الرجل لم يوثق، و المدح الذى يرويه الكشى فى حقه لا- يدل على وثاقته، بل يستفاد من تلك الروايه أنه وقع مورد اعتراض أبى الحسن عليه السلام. فلاحظ جامع الرواه ج ١ ص ١٥٥.

ثم انه لا- فرق بين التبرى الإجمالى و التفصيلى، فان اطلاق روايه زراره يقتضى عدم الفرق. هذا كله فى التبرى عن العيوب الموجوده حال العقد، و ربما يقال بأن التبرى من العيب قد يجتمع مع الغرر فى البيع، و هو فيما لا يكون للمشتري طريق الى احراز صحه العقد فيكون البيع باطلا بالغرر.

ان قلت: مقتضى اطلاق روايه زراره صحته.

قلت: شمول الروايه لمورد الغرر يكون بالاطلاق لا بالنصوصيه كى يخصص به دليل بطلان الغرر. و يجاب عن هذا التوهم بأنه لو

قلنا بأن أصله السلامه أصل معتبر تدل على سلامه المبيع فلا غرر، كما أنه لو قلنا بأن المستفاد من روايه زراره بحسب الفهم العرفى أن هذا الدليل ناظر الى دليل نفي الغرر فلا اشكال أيضا لتقدم الحاكم على المحكوم، و أما لو لم نقل بالحكومه نقول:

يقع التعارض بين دليل نفي الغرر و بين هذه الروايه بالعموم من وجه، و بعد التعارض و التساقت تصل النوبه الى

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ١٦ من ابواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٨ من ابواب احكام العيوب، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٢

...

و أما العيوب المتجدده فأفاد المصنف أنه يصح البراءه من تلك العيوب بمقتضى دلالة «المؤمنون عند شروطهم».

و ربما يشكل بأنه من اسقاط ما لم يجب. لكن فيه ما مر من أنه ليس عليه دليل، و القدر المعلوم من الاجماع غير هذا المورد، لكن الاشكال كما ذكرنا سابقا من ناحيه عدم الدليل على جواز اسقاط الحق الذى يتحقق بعد ذلك، و لكن الحق ان التبرى يرجع الى عدم اشتراط الخيار، و هذا ليس اسقاطا للحق.

ان قلت: يلزم منه الغرر.

قلت: ان العيب الحادث فى المبيع بعد العقد لا يوجب الغرر.

ان قلت: العيب الحادث فى زمان الخيار يوجب الخيار فيعود محذور اسقاط ما لم يجب.

قلت: على فرض تماميه هذا المطلب و ثبوت الخيار بمثله يدخل تحت دليل صحه التبرى.

ثم ان المصنف أفاد بأن البراءه فى المقام يحتمل فيها معان، و ذكر ثلاثه معان: عهده العيوب، ضمان العيب، حكم العيب. و الحق أن البراءه المستفاده من الدليل معناها عدم تعهد البائع بشىء من قبول الفسخ و أداء الارش، و هذا هو الصحيح، و اما البراءه عن عهده العيب فيمكن أن يرد فيه بأن العيب أمر تكوينى و ليس متعلق عهده البائع، كما أن البراءه من الحكم لا معنى له، فان الحكم أمره بيد الشارع. نعم ضمان العيب معناه تعهد ادائه و البراءه منه عدم التعهد.

ثم ان التبرى هل يكون مؤثرا فى سقوط بقيه الآثار ككون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بحيث لو مات الحيوان بالعيب

قوله: ثم ان هنا امورا يظهر من بعض الاصحاب سقوط الرد و الارش بها (١).

فى زمان خيار الحيوان للمشتري فهل يكون على البائع أو يسقط. و التحقيق أن يقال: اما يقصد المتبرى بالتبرى سقوط تلك الحقوق و اما لا يقصد، أما على تقدير عدم القصد فلا مقتضى للسقوط، و أما على تقدير القصد فأفاد الاستاذ بأن سقوطه فى هذا الفرض مبنى على كون تلك الامور من الحقوق القابله للرد أو من الاحكام غير القابل للرد.

و فيه: ان الكلام فى تبرى البائع، و البائع من عليه الحق لا من له الحق، فكيف يسقط. مضافا الى أنه يدخل فى بحث اسقاط ما لم يجب، بل الظاهر كما أفاده الشيخ أن مقتضى دليل ضمان تلك الامور بقاء الضمان بحاله، و لا وجه لسقوطها.

[ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها]

اشاره

أقول: ثم ان الشيخ أفاد بأنه يظهر من بعض سقوط الرد و الارش بأمر:

(منها) زوال العيب قبل العلم به،

كما صرح به فى غير موضع من التذكرة.

و قال الشيخ قدس سره بأن الظاهر هو التفصيل بين الارش و الرد بالسقوط فى الثانى دون الاول، و ذلك لان العيب مع زواله و عدم بقاءه لا يكون المشتري متصرفا فيه فلا وجه للرد. و أما الارش فهو غرريه حاصله من العيب الموجود فى المبيع و براءة ذمه المالك عنه بلا وجه لو لم يكن اجماع. و التحقيق ان يقال بعدم الفرق بين الارش و الرد، فان المدرك كما مر النص الخاص أو قاعده نفي الضرر، و مقتضى النص عدم الفرق بين الصورتين، و أما قاعده ان الزائد العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد ليس تحته شىء و لا ينطبق على برهان، فالعمده ظواهر الادله، و مقتضاها عدم سقوط شىء من الامرين. لاحظ روايه «١» زواره،

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ٢.

فان الاستفادة منها أن المبيع اذا كان به عيب للمشتري أن يرد، أعم من أن يزول، أو لا- يزول، و يؤكد أن مقتضى الارتكاز العقلاني هو الخيار مع العيب و البقاء ليس شرطا لجعل الخيار.

و لو فرض الشك فهل يجرى استصحاب الخيار؟ الظاهر لا، لا لعدم بقاء الموضوع، فان الموضوع الاستفادة من الروايه باق، بل لان المرجع عند الشك عموم وجوب الوفاء، مضافا الى أن الاستصحاب فى المقام يعارضه استصحاب عدم الجعل فى المقدار الزائد. نعم مقتضى عدم الانتقال الى الغير موافق لعدم الخيار.

(و منها) التصرف بعد العلم بالعيب.

و ما يمكن أن يكون وجهها لهذا المدعى أمران:

أحدهما- ان التصرف رضاء به و فيه: ان التصرف أعم من الرضا، فانه ربما يتصرف الشخص و لا يقصد الاسقاط.

ثانيهما- ان النص

الدال على جواز أخذ الارش مختص بالتصرف الذى يكون قبل العلم.

و فيه: انه ليس الامر كذلك، بل مطلق من هذه الجبهه كروايه «١» ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، فان مقتضى هذه الروايه سقوط الرد بالوطى و ثبوت الارش ان كان فى الامه عيب، أعم من أن يكون الوطى قبل العلم بالعيب أو بعده.

و ملخص الكلام فى المقام: انه لا وجه للسقوط على طبق الموازين الاوليه،

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٤ من احكام العيوب الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٥

...

فانه ما دام لم يسقط ذو الحق حقه لا يسقط حقه، و أما الاستناد الى ما ورد فى سقوط خيار الحيوان بالنص فقد مر أنه حكم تعبدى وارد فى مورد خاص.

و أما النصوص الوارده فى المقام فالمستفاد منها أن احداث الحدث يوجب سقوط الرد، و أما الارش فلا دليل على سقوطه بالتصرف بعد العلم، بل النصوص اما ساكته من هذه الجبهه و اما تدل باطلاقها على بقاء حق الارش كما ذكرنا.

و ربما يقال: انه لا وجه لضم مسقط الى مسقط آخر وعده مسقطا مستقلا.

و لكن يمكن رفع الاشكال بأن ظاهر ما يدل على سقوط الخيار بالتصرف اختصاصه بمورد لو لم يرد يأخذ الارش، و من ناحيه أخرى ان مقتضى دليل لا ضرر تحقق الخيار للمشتري، لأنه لو لم يأخذ الارش و لم يكن له حق الرد يتوجه اليه الضرر.

و أفاد الاستاذ بأنه ما المراد من الضرر، فانه لو كان المراد منه الضرر المالى فالمفروض أنه ليس ضررا ماليا، و ان كان المراد أنه خلاف الغرض الشخصى فهو و ان كان كذلك لكن الدليل الدال على سقوط الخيار بالتصرف يكون مخصصا لقاعده نفى

الضرر.

و التحقيق أن يقال: ان التصرف ان لم يكن احداثا لحدث فى المبيع و لم يقصد به الاسقاط فلا وجه للسقوط، و ان قصد به الاسقاط فلا مجال لهذا الاستدلال و ان كان مصداقا لإحداث الحدث فان قلنا بأن قاعده نفي الضرر ليس من شأنها اثبات الخيار فالامر ظاهر، و ان لم نقل بذلك فليس ما أفاده الاستاذ على ما ينبغي، لان احداث الحدث لو منع من الرد و يكون الامسك ضرريا لا- مانع من التمسك بالقاعده، اذ لو فرض أنه قد يتوجه الضرر و قد لا يتوجه تكون القاعده رافعه للضرر فيما يكون ضرريا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٦

...

الا- أنه يقال: هذا خلف، فانه لو فرض أن تخلف الغرض الشخصى ضرر يكون الحكم بعدم الرد واردا فى مورد الضرر، و لا مجال لرفعه بالقاعده، اذ القاعده وارده فى مورد الضرر. و الذى يسهل الخطب أن تخلف الغرض الشخصى ليس ضررا فلا تشمله القاعده.

(و منها) حدوث عيب فى المعيب بعيب غير موجب لنقصان قيمه.

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يشكل الحكم بسقوط الرد، لان المشتري يتضرر بامسك المعيب، و النص الدال على سقوط الرد بحدوث العيب يدل على سقوطه فيما يكون الرد موجبا للأرش، و فى المقام لا أرش، و لو فرض التعارض بين ضرر المشتري مع ضرر البائع بالصبر على المعيب بالمعيب الجديد يكون المرجع أصاله جواز الرد، فالقاعده تقتضى جواز الرد، الا- أن يمنع عنه الاجماع، و هو غير متحقق فى المقام، بل المفيد مخالف فى أصل المسأله.

و فيما أفاده قدس سره مواقع للنظر:

الاول- ان ما أفاده من أن المستفاد من النص أن سقوط الرد فيما يكون الارش ثابتا، فانه يرد عليه أولا أنه يستفاد من النص الوارد فى المقام كروايه زواره

أمران: أحدهما سقوط الرد بحدوث حدث في المبيع، و ثانيهما ثبوت ما به التفاوت بعنوان الغرامه على البائع. و أما الارتباط بين الامرين بحيث يكون سقوط الرد مشروطا بثبوت الارش فلا يستفاد فلاحظ، فلو فرض عدم نقص بواسطه العيب الموجود فلا موضوع للأرش كما هو ظاهر.

و ثانيا- انه لا- دليل على الرد الا النص الدال على الخيار على النحو الخاص و فيما لا يكون العيب موجبا للنقص، فلا دليل على الخيار.

و بعبارة اخرى: المستفاد من النص الوارد فى المقام أمور ثلاثة: ثبوت الرد بالعيب السابق، و سقوط الرد بحدوث الحدث، و ثبوت الارش. و هذه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٧

...

الامور مرتبط بعضها ببعضها الاخر، فلو قطع النظر عن النص الدال على الخيار بهذا النحو فليس لنا نص دال على ثبوت الخيار، و القاعده الاولى تقتضى اللزوم الا أن يتمسك بالشرط الارتكازى، و هو غير خيار العيب الثابت بالتعبد.

و أما حمل النص على الغالب، اذ الغالب فى العيب أن يكون موجبا للنقص فلا ينفى الخيار من الفرد النادر كما فى كلام الاستاذ. فغير سديد، اذ لو سلمنا كون النص ناظرا الى الغالب لا يكون للخيار فى الفرد النادر دليل.

الثانى - انه لا موقع للتمسك بحديث نفى الضرر، فانه على فرض دلالة على مذهب المشهور انما يشمل موردا يكون فيه ضرر، و المفروض أنه ليس فيه ضرر مالى، و أما الضرر الغير المالى - أى عدم ترتب نظر المشتري - فهو أمر مشترك بين جميع موارد السقوط، و حيث ان الدليل الدال على سقوط الرد ورد فى مورد الضرر لا مجال للتمسك بحديث نفى الضرر.

الثالث - أنه بعد تعارض الضررين لا تصل النوبة الى أصاله جواز الرد، فانه ان كان

لدليل الرد اطلاق يشمل المقام فهو و الا- المرجع عموم وجوب الوفاء بالعقد، فانه لا- تصل النوبه الى الاصل ما دام الاماره موجوده.

و الحق فى المقام أن يقال: انه لو كان الحدث الحادث فى المعيب بفعل المشتري يكون الرد ساقطا و لا أرش، لان المفروض عدم نقصان فى قيمه، و ان لم يكن بفعله يكون الرد جائزا غايه الامر يكون المشتري ضامنا للنقص الحاصل فيه حيث أنه فى ضمانه.

(و منها) ثبوت احدى مانعى الرد فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا،

و المقصود من المانعين التصرف و حدوث العيب فى العين،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٨

...

و الكلام يقع تاره فيما يقتضى الحق و أخرى فيما أفاده الشيخ قدس سره و ثالثه استظهار مراد العلامه من كلامه.

أما الحق فى المقام كما ذكرنا سابقا ان أخذ الارش لا يرتبط بالربا فانه غرامه شرعيه و ليس داخلا تحت العنوان المحرم، و عليه لو سقط الرد تصل النوبه الى اخذ الارش بلا اشكال.

و أما الشيخ قدس سره فقد أفاد بأن المشتري لما أقدم على المعامله الربويه فقد أقدم على اسقاط أخذ الارش، فاذا تصرف خصوصا بعد العلم بالعيب تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف لزم العقد.

و يرد عليه: ان الحكم الشرعى كذلك أول الكلام، و ثانيا لا يصدق الاقدام الا مع العلم بالحكم الشرعى، و ثالثا التصرف أعم من الرضا كما مر، و رابعا قد مر أن الرد يسقط فيما يثبت الارش فما أفاده غير تام.

ثم انه لو تنزلنا و قلنا بأن الارش لا يجوز أخذه للزوم الربا و قلنا بأن الرد يسقط و لو مع عدم الارش، فهل يمكن منع الرد بحديث نفى الضرر أم لا؟

ربما يقال: بأنه يمكن، اذ المفروض أنه توجه الى المشتري ضرر مالى غير قابل

للتدارك، فيجوز أن يدفع سقوط الرد بحديث لا ضرر. و لكن يرد عليه:

ان الضرر حصل بالمعامله و الخيار يتدارك بالضرر و حديث لا ضرر ينفي الضرر لا أنه يوجب التدارك.

و هذا فى المانع الاول و هو التصرف، و أما المانع الثانى - أى حدوث الحدث - فقد أفاد الشيخ بأنه لو قلنا بأن الرد يسقط حتى فيما لا يجوز أخذ الارش فيوجب سقوط الرد و الا فلا. و قد ظهر مما ذكرنا أن مقتضى القاعده المستفاده من روايه زواره أن الحدث لو كان بفعله يسقط الرد و لو لم نقل بجواز

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٣٩

...

أخذ الارش، و قد عرفت أنه يجوز أخذ الارش لعدم الربا و ان لم يكن بفعل المشتري فلا مقتضى للسقوط.

و أما العلامه فقد ذكر فى التذكره وجها آخر لعدم جواز الرد، و هو انه اما يرد بلا زياده للنقص الحاصل و اما أن يرد مع شىء بدل عن الفائت، أما على الاول فيلزم ضرر البائع و أما على الثانى فيلزم الربا، لان المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه.

و أفاد الشيخ فى ذيل كلام العلامه و توجيه مقالته: بأن رد المعيب حيث أنه بفسخ المعاوضه - و مقتضى المعاوضه فى المقام ان لا يحصل شىء فى مقابل وصف الصحه - و جب رد العوض بلا زياده، و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزياده و النقيصه. و مراد العلامه بلزوم الربا اما فى العقد و اما فى الفسخ، و الاولى الاول.

هذا ملخص كلام الشيخ.

و يرد فيه: ان ظاهر كلام العلامه هو الثانى حيث قال: ان المردود يزيد وزنه مضافا الى أنه لا معنى لجعل العقد ربويا، فانه وقع غرريا، و الشىء لا ينقلب عما هو عليه،

فمراد العلامه لزوم الربا فى الفسخ. و هو أيضا غير صحيح، فان الفسخ لا- يكون معاوضه بل حل للعقد، و على فرض كونه معاوضه فانما يكون فيما تقايلا، اذ هو برضى الطرفين فيشبهه المعاوضه. و على فرض التنزل لا يكون الارش عوضا حتى يلزم الربا بل هو غرامه شرعيه لا يرتبط بالعوض.

و أما ما أفاده الشيخ من الفرق بين وصف الصحه فى الربويين و غيرهما فليس كذلك، فان وصف الصحه لا يقابل بالمال مطلقا، بل وصف الصحه دخيل فى زياده قيمه العين.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٤٠

...

و محصل الكلام فى المقام: انه لا مانع من أخذ الارش، فانه ليس إلا غرامه شرعيه، و لا يرتبط بمسأله الربا، و ان ضمان المشتري للعيب الحادث ليس ضمانا معاوضيا بل ضمان يد، و لا ينافى كون العين ملكا للمشتري، كما أن تلف العين فى ملكه و مع ذلك لو فسخ يكون ضمان العين ضمان اليد لا ضمان المعاوضه و أما نسيان الكتابه أيضا بحسب القاعده يوجب الضمان لكون اليد يد ضمان الا أن يقوم اجماع تعبدى على خلافه.

و مما ذكر ظهر ما فى كلام المصنف من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالسوم بأن التلف فى الثانى يكون من مالكة و فى المقام يكون التلف فى ملك المشتري فلا يقاس أحد المقامين بالآخر. فان ما أفاده غير تام، اذ مقتضى الضمان بعد الفسخ أن يعتبر ملكا لمالكه ثم تلفه فيكون مثل المقبوض بالسوم.

(و منها) التأخير بمقتضى الخيار،

و ما ذكر فى وجه السقوط به أمران: أحدهما أن عدم اعمال الخيار اسقاط له، ثانيهما أنه لا دليل على التراخي، و مقتضى وجوب الوفاء بالعقد الاقتصار على القدر المتيقن.

و الذى يقتضيه التحقيق أن

يقال: ان مجرد عدم اعمال الخيار لا يقتضى سقوطه، و أما الاقتصار على القدر المتيقن و الاخذ بالعام فيما زاد و فيما شك ان كان صحيحا فانه لا تصل النوبه الى استصحاب حكم الخاص مع وجود العام، لكن نقول: مقتضى دليل الخيار بقاؤه متراخيا، و مقتضاه عدم السقوط الا أن يتحقق أحد المسقطات. نعم لو لم يستفد الاطلاق من دليل الخيار لا بد من الحكم باللزوم لوجوب الوفاء بالعقد، و أما الاجماع التعبدى فلا يتحقق، و على فرض التنزل و الالتزام بسقوط الرد بالتأخير فلا وجه لسقوط الارش.

و لا يخفى أن مسأله الغش من حيث حكمه التكليفى و الوضعى قد مرت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤١

قوله: مسائل فى اختلاف المتبايعين (١).

فى المكاسب المحرمه، فلا وجه لإعادتها، و لذا نرسل عنان الكلام الى التكلم فى مسائل الدعاوى و اختلاف المتبايعين.

[مسائل فى اختلاف المتبايعين]

اشاره

أقول: الكلام فيه يقع تاره فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالثه فى الفسخ،

أما الاول [الاختلاف فى موجب الخيار]

اشاره

ففيه مسائل:

(الأولى) لو اختلفا فى أصل العيب و عدمه و لم يمكن تبين الحال لتلف أو غيره،

فالقول قول منكره مع يمينه. و الوجه فيه ظاهر و لا يحتاج الى البحث فانه بحسب الطبع الاولى المدعى للخيار هو المشتري و عليه اقامه البينه، و المفروض عدم امكانها.

(الثانيه) انه لو اختلفا فى كون الشئ عيبا و تعذر تبين الحال،

أفاد الشيخ بأن حكمه كسابقه. نعم لو علم بأنه نقص يكون للمشتري الرد، و أما الارش فلا لأصالة البراءه.

لا يخفى أنه لو قلنا بأن مطلق ما يوجب النقص في العين يكون عيباً فلا موضوع لهذا البحث كما هو ظاهر، و أما لو قلنا بأن العيب أخص من النقص فهذا البحث مجال، و لذا يتوجه اشكال الى الشيخ، و هو: أنه لا وجه للفرقه بين جواز الرد و عدم جواز أخذ الارش، فان الموجود في العين اما عيب و اما ليس عيباً، أما على الاول فيترتب عليه الامران، و أما على الثاني فلا عليه شىء منهما.

و أما الحكم بالخيار بمقتضى تخلف الشرط كما في كلام الاستاذ على ما في التقرير، فيرد عليه أن الكلام في الخيار الثابت بحكم الشرع لا المجعول بجعل المتعاقدين. و التحقيق أن يقال: بأنه مع الاختلاف بينهما في كون الموجود

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٢

...

عيباً و عدمه القول قول منكر الخيار، لأصالة عدم كونه عيباً، فان العين قبل وجودها لم تكن معيوبه و الاصل عدم تكونها معيوبه أيضاً، و مع احراز الموضوع بهذا الاصل يكون عموم وجوب الوفاء محكماً. نعم لو أنكرنا جريان الاصل فى الاعدام الازليه أو لم يجر الاصل لجهه أخرى لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء، لكن مقتضى الاستصحاب أيضاً عدم الخيار، فان استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ معناه عدم الخيار، كما أن مقتضى أصالة عدم الانتقال بعد الفسخ معناه عدم تحقق الخيار كما هو ظاهر.

و ربما يقال:

بأن ما أفيد انما يتم فيما لو كانت الحالة السابقه الصحه أو يكون المبيع مجهول الحال، و أما لو كانت الحالة السابقه العيب و كان المبيع معيبا فمقتضى استصحاب بقاء العيب وقوع العقد على المعيب و يكون القول قول المشتري و يثبت له الخيار.

و الذى ينبغى أن يقال فى هذا المقام: ان الموضوع للحكم اذا كان أمرا بسيطا كعنوان تخلف الشرط مثلا لا يمكن احرازه الا بالاصل المثبت، و أيضا لو كان الموضوع مركبا من المعروض و العرض و كان الاتصاف دخيلا- فى الموضوع لا- أثر للاستصحاب، فانه مثبت. و أما لو كان الموضوع مركبا بحيث يستفاد من الدليل أنه اذا تحقق هذا المركب بحيث لا- يكون الدخيل فى الموضوع الا وجود هذه الاجزاء فطبعاً يترتب على استصحاب بقاء العيب تماميه الموضوع، و المستفاد من قوله عليه السلام «ايما امرء اشترى شيئا و به عيب و عوار» أن الموضوع للخيار تحقق شراء شىء و وجود عيب فى ذلك الشىء، فبركه الاستصحاب يحرز بقاء العيب فى الشىء فيصدق موضوع الخيار، فانه من موارد احراز الموضوع بعضه بالوجدان و بعضه الاخر بالاصل.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٣

...

(الثالثه) لو اختلفا فى حدوث العيب - بأن قال أحدهما أنه حدث فى ضمان البائع و الآخر ينكره

اشاره

و هذا يتصور بنحوين: لأنه تاره يدعى المشتري أن العيب حدث قبل العقد و أخرى يعترف بحدوثه بعد العقد لكن يدعى حدوثه قبل القبض، و على كلا- التقديرين القول قول منكر الخيار لكونه موافقا للأصل، فالاصل عدم تحقق عيب و عوار قبل القبض و الخيار.

ان قلت: لا يثبت صحه البيع بالاصل المذكور الا بالاصل المثبت.

قلت: انا لا نثبت الصحه بالاصل حتى يكون مثبتا، بل نفى العيب و هو كاف لإثباته.

ان قلت: يمكن أن يقدم قول المشتري بأصالة عدم تحقق

العقد الى حين حدوث العيب.

قلت: مضافا الى أنه مثبت أنه معارض بأصالة عدم تحقق العيب الى حين العقد، حكى عن ابن جنيد: ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان انكره لكونه موافقا للأصل. و قرب المصنف الاصل المذكور بوجه ثلاثة: الاول أصالة عدم تسليم البائع العين الى المشتري على الوجه المقصود، الثانى أصالة عدم استحقاق البائع تمام الثمن، الثالث أصالة عدم لزوم العقد.

الا- أن الوجود الثلاثة مخدوشه كلها، أما الاول ففيه: أولا انه لا يثبت الخيار للمشتري الا بالقول على الاصل المثبت، و ثانيا منشأ الشك فيه عبارته عن حدوث العيب فى المبيع و عدمه، و أصالة عدمه محكم على أصالة تسليم البائع العين على الوجه المقصود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٤

...

و أما الثانى: فانه لا شك فى استحقاق البائع تمام الثمن، و أما ما يؤخذ منه عند كون المبيع معيوباً غرامه شرعيه، مضافا الى أن الاصل المذكور لا- يجرى فى المقام، لوجود الاصل السببى المقدم عليه، و هو أصالة عدم حصول العيب الى حين العقد و القبض.

و أما الثالث: فان مقتضى وجوب الوفاء لزوم العقد، مضافا الى أن من آثار عدم لزمه جواز الانتقال بفسخ الاخر، و هو منفى بأصالة عدم الانتقال. فتحصل أن قول المنكر- و هو البائع- مقدم باليمين.

ثم ان العلامة قدس سره قال فى التذكرة: بأنه لو أقام أحدهما البيه عمل بها، و لو أقاما بينه عمل بينه المشتري، لان القول قول البائع لأنه منكر، فالبيه على المشتري.

و ما أفاده قدس سره مبنى على سقوط اليمين عن المنكر، و هذا محل الكلام بين الاعلام، فان قلنا بأن وظيفه المنكر اليمين بمقتضى قوله «البيه على المدعى و

اليمين على من أنكر» فانه يستفاد منه اختصاص البيئه بالمدعى و اختصاص اليمين بالمنكر فلا أثر لإقامه البيئه كما هو ظاهر، و أما لو قلنا بأن ما يختص بالمدعى مطالبته بخصوص البيئه و أما بالنسبه الى المنكر فيقبل منه كل من الامرين فله اقامه البيئه كما أن له اليمين، و عليه لو قاما بينه فربما يقال بتقديم بينه المنكر لاعتضادها بالاصل، و ربما يقال بتقديم بينه المدعى لاختصاصها به.

و فى كلا الوجهين نظر: أما الاول فلان الاصل اما غير محرز و اما محرز، اما على الاول فلا وجه للتعاقد، فانه وظيفه للشاك و لا يكون كاشفا عن الواقع فأين التعاضد، و أما على الثانى فأیضا لا- ترجيح لعدم الدليل، و أما الثانى ففيه أن مجرد اختصاص المدعى بالمطالبه بالبيئه لا يدل على رجحان بينته، بل مقتضى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٥

...

التعارض الواقع بينهما التساقت و الرجوع الى أصل آخر لفظى أو عملى، و لكن فى المقام روايات تدل على تقديم بينه الخارج.

ثم ان الشيخ قدس سره أفاد بأنه لو حلف البائع لا بد أن يحلف على عدم تقدم العيب أو على نفى استحقاق الرد و الارش فيما اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره، كما يحلف على الاعسار و العداله بعد الاختبار، و أما لو لم يختبر المبيع فهل يجوز له الحلف استنادا الى أصله عدم التقدم؟ وجه احتمله فى جامع المقاصد.

و أورد عليه الاستاذ دام ظله على ما فى التقرير: بأنه لا وجه له أصلا، اذ الانكار لا بد أن يتعلق بما يدعيه المدعى، فلو ادعى زيد أن تلك الدار الكذائيه ملك له و المنكر يحلف أن ذلك البستان ليس له فلا شبهه

فى عدم ترتب أثر على هذا الحلف. و من الظاهر أن الحلف المستند الى الاصل حلف على الحكم الظاهرى المستفاد من الاصل و المدعى يدعى الحكم الواقعى، ففى المقام ان المدعى يدعى أن لى الخيار واقعا و المنكر يحلف بأنه ليس لك الخيار ظاهرا.

اذا عرفت هذا نقول: تاره يدعى المدعى كون الطرف عالما بالحال، فانه لا شبهه فى كفايه الحلف على نفى العلم. و الوجه ظاهر و أما لو ادعى الواقع ففيه وجوه: منها جواز الحلف على البت على نفى المدعى، و منها ايقاف الدعوى، و منها الحلف على نفى العلم، و منها رد الحلف الى المدعى.

اذا عرفت ذلك نقول: الظاهر أنه لا مانع من الحلف مستندا الى الاصل فيما يكون الاصل محرزاً كالأستصحاب، و قاعده الفراغ و التجاوز ان لم تكن، أماره و ذلك لما قررنا فى الاصول من قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي، و يؤيده ما ورد «١»

(١) الوسائل، الجزء ١٨ الباب ١٧ من أبواب الشهادات.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٦

قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل (١).

عنهم عليهم السلام من جواز الشهاده مستندا الى الاصل، فانه لو كانت الشهاده جائزه مستنده الى الاصل فيجوز الحلف، و الانكار بطريق أولى.

لكن الانصاف أن فى الاولويه نظرا لكن يكفى لجواز الاستصحاب و قيامه مقام القطع.

ثم أنه هل يفرق بين المقام و بين الحلف على الطهارة مستندا الى أصله الطهارة، ربما يقال كما أفاده الشيخ بأنه يجوز فى مورد الطهارة بتقريب: ان المفهوم من الطهارة فى استعمال المتشرعه ما يعم غير معلوم النجس.

هذا، و لكن الحق عدم الفرق، فانه اذا كان البحث عن مقام الاثبات فيتناسب أن يقال بأن

المتفاهم من هذا اللفظ كذا، و أما البحث فى المقام ليس كذلك، بل البحث يكون فى أنه يجوز الحلف على عدم ما يدعيه المدعى مستندا الى الاصل أم لا، و لا بد فيه من التفصيل بين الاصل المحرز و غيره.

و أما ما أفاده قدس سره من الاستناد الى روايه حفص «١» فهو يدل على جواز الحلف بالملكيه مستندا الى اليد، و من الظاهر أن اليد أماره لا اصل.

فظهر مما ذكرنا أنه يجوز الحلف مع الاصل التنزيلي و عدمه مع عدمه، و عليه لا وجه للاكتفاء بالحلف على نفي العلم، كما أنه لا وجه لايقاف المدعى، فلا بد من اعمال موازين القضاء بأن يحلف أو ينكل، و على فرض النكول يرد الحلف الى المشتري.

[فرع لو باع الوكيل فوجد المشتري عيبا يوجب الرد رده على الموكل]

أقول: و الوجه فيه واضح، فانه المالك و الوكيل نائب عنه انتهت وكالته

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب أحكام العيوب، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٧

...

بالباع. و لا يخفى أن نظره قدس سره الى الوكاله الموقتة لا حتى بعد العقود فى الشئون المتعلقة بالمال، و لو اختلف الموكل و المشتري فى قدم العيب و حدوده يحلف الموكل على عدم التقدم، و لا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لان المفروض أنه أجنبي عنه.

ان قلت: لا بد من قبول قوله لقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به.

قلت: فان كون العين معيبا أو غير معيب لا- يرتبط بمورد وكالته، فانه وكيل فى البيع و مالك للبيع، فلا بد من العمل على طبق الموازين الاوليه. و اذا كان المشتري جاهلا- بالوكاله و لم يتمكن الوكيل من اقامه البينه، فادعى المشتري على الوكيل بقدم العيب، فان اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الرد الى الموكل،

لان اقراره ادعاء على الموكل و لا- يقبل الا بالبينه، و له احلاف الموكل على عدم السبق، فلو رد اليمين و حلف الوكيل أُلزم الموكل. و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الظلامه التي تلزمه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل، اذ الموكل لو اعترف يرد اليه.

و هل للمشتري تحليف الموكل؟ الظاهر لا لان المشتري يدعى الوكيل و ادعاؤه عليه يستلزم انكاره بالنسبه الى الموكل و تحليفه اقرار منه، لكن يمكن أن يقال: فرق بين صوره ادعاء القطع بأن البائع مالك فلا يجوز و بين صوره عدم القطع و الاخذ باليد فيجوز احلاف كل منهما، لكن احلاف كل منهما يسقط الحق، و لا يجوز له احلاف الاخر لان الدعوى واحده.

ثم لو لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردوده و رد العين على الوكيل، فهل للوكيل ردها على الموكل؟ وجهان، بناهما فى القواعد على حسب نقل الشيخ قدس سره على أن اليمين المردوده كالبينه فينفذ فى حق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٤٨

قوله: الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع (١).

الموكل، أو كإقرار الوكيل فلا ينفذ.

و يمكن أن يقال كما عن جامع المقاصد: بأن كونه كالبينه لا يستلزم نفوذه فى مورد الموكل، لان المفروض أن الوكيل معترف بعدم سبق العيب، الا- أن يكون مستنده فى النفى الاصل، فلا- يتوجه الاشكال من ناحيه الاقرار، لان الاقرار مبنى على الاصل العملى الذى لا موضوع له مع الاماره.

و عن مفتاح الكرامه أن الاعتراض مبنى على كون اليمين المردوده كبينه الراد، و ما يختلج بالبال أنه لو كان انكاره مبني على العلم فلا يجوز له الرد على الموكل،

لأنه معترف بعدم السبق، و أما لو كان مبنيًا على الاصل فبعد قيام البيئه لا مجال للإشكال، لأنه مع البيئه لا موضوع للأصل.

[الرابعه لو رد سلعه بالعيب فانكر البائع أنها سلعته قدم قول البائع]

أقول: و الوجه فيه أنه مقتضى أصاله عدم ثبوت حق للمشتري عليه، و بقاء الملكيه بعد الفسخ. هذا فيما يكون الاختلاف في أصل الخيار، و أما لو لم يكن في أصل الخيار، لكن البائع ينكر أن العين المردوده ملكه و يقول بأنه بدل العين المبتاعه بغيرها، فاحتمل العلامه في التذكره و القواعد أن القول قول المشتري، و نسبه في التحرير الى القيل لاتفاهما في أصل الخيار و احتمال أن القول قول البائع.

و أفاد الاستاذ على ما في التقرير بأن المقام يفترق عن المسأله السابقه، اذ في المقام أصل الخيار معلوم، و مع وجود الخيار للمشتري فسخ العقد، و بعد الفسخ تنتقل العين الى البائع و الثمن الى المشتري، غايه الامر ان البائع يدعى خيانه المشتري و عليه الاثبات. نعم لو لم يدفع المشتري العين للبائع أن يملك

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٤٩

...

الثمن تقاصا، لكن المفروض أن المشتري يدفع العين، فعلى البائع اقامه البيئه فالقول قول المشتري، و ما أفاده العلامه تام.

و فيه: أن ثبوت الخيار ليس ملازما لكون المدفوع عين المبيع، و الاصل يقتضى عدم كون المدفوع مبيعا فكيف يكون القول قول المشتري، و أصاله عدم خيانه المشتري لا تقتضى كون المدفوع هو المبيع الا بتقريب الاثبات.

و أفاد السيد في الحاشيه بأنه يمكن الفرق بين الفرعين بأنه مع ثبوت الخيار فكأن البائع جعل المشتري أمينا و ليس على الامين الا اليمين، و لا يجوز اتهامه بخيانه في التبديل، بخلاف الفرع الاول حيث أن الخيار ليس مورد الاتفاق، و في آخر كلامه

أمر بالتأمل بقوله: فتأمل.

و فيه: انه ليس هذا التقريب تاما، فان العين ملك للمشتري لا أنها أمانه عنده و لا وجه لقبول قوله، و الظاهر أن السيد لم يرتضى به، بل مقصوده مجرد ابداء الاحتمال.

و أما توجيه كلام العلامة بأن ظاهر حال المسلم عدم الخيانه، ففيه:

أولا- أنه يمكن أن يفرض المشتري غير مسلم، فالدليل أخص من المدعى.

و ثانيا- ان هذا الاصل لو كان مؤثرا يلزم الحكم بعداله جميع المسلمين ما دام لم يحرز فسقهم، و هو كما ترى. و منه ظهر أنه لو كان المراد أن الخيانه خلاف الاصل، فأیضا لا- أثر له، لان الاصل و ان كان مقتضيا لعدم الخيانه لكن لا يثبت به كون العين المدفوعه هي العين المبيعه. و أما أصاله بقاء الخيار لا تقتضى ابقاء هذا الحق للمشتري و لا ملازمه بين بقاء الخيار و كون هذا العين هي العين المعهوده. نعم لو علمنا من الخارج بأنه لو كان الخيار باقيا يكون العين هي العين المعهوده و قلنا بأن الاصل يثبت لوازمه لكان لهذا المقال مجال، و لكن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٠

قوله: و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل (١).

كيف يمكن الالتزام به.

[أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط]

الاولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالخيار

فالقول قول منكر العلم فيثبت الخيار، و هذا ظاهر لا يعتريه ريب.

الثانيه: انه لو اختلفا فى زوال العيب قبل العلم به

بأن قال أحدهما ببقائه و ثبوت الخيار و قال الاخر بزواله قبل العلم بناء على أن زواله قبل العلم فى حكم عدم العيب- يقدم قول مدعى الخيار، اذ العيب مطلقا يقتضى الخيار، غايه الامر لو زال قبل العلم لا يثبت.

و أما لو اتفقا على العيب لكن عرض عيب آخر للعين عند المشتري ثم زال أحدهما فقال البائع الزائل هو العيب القديم فلا خيار لا ردا و لا أرشا، لان العين ليست قائمه بعينها، و قال المشتري الزائل هو العيب الحادث فلى الرد و الارش.

ربما يقال: بأن القول قول المشتري، لأن مقتضى الاصل بقاء العيب القديم، ولا يعارضه بقاء العيب الحادث، لأن بقاء العيب الحادث لا يثبت زوال القديم الا بنحو الاثبات.

و لكن يرد فيه بناء على مسلك القوم بأن شرط جواز الرد بقاء العين بعينها، وهذا الشرط غير معلوم، و استصحاب بقاء العيب الحادث لا يثبت هذا العنوان الاعلى نحو الاثبات، فلا حق للمشتري الا أخذ الارش، و عن الشافعي التحالف بتقريب أن مقتضى أصاله بقاء القديم ثبوت الرد و الارش و مقتضى أصاله بقاء الجديد الارش و سقوط الرد، فيسقط ادعاء منهما و يثبت مقتضى الاصل، و هو الارش لأنه القدر المتيقن و لا يلزم مخالفه عمليه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٥١

...

و هذا التقريب غير تام، لأن المشتري ينفي الرد و الارش، اذ يدعى زوال العيب القديم، و البائع يدعى زوال العيب الحادث فيدعى عدم مانع من الرد، فليس في البين قدر معلوم. نعم يمكن تقريب المدعى بأن يقال مقتضى تعارض القولين تساقطهما، فتصل النوبه الى الاصل، و الاصل

بقاء الارش بعد التساقط.

و الحق أن يقال: ان أصاله بقاء العيب السابق يقتضى الرد و الارش و أصاله بقاء العيب الجديد لا يعارضه، لأنه على ما سلكناه لا يشترط فى اعمال الخيار بقاء العين بحالها. نعم لو قلنا بأن زوال العيب القديم يقتضى سقوط الخيار فاستصحاب بقاء العيب الجديد يستلزم ارتفاع العيب القديم بالاستلزام العقلى، لكن لا أثر لهذا الاصل لأنه مثبت.

الثالث: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه فادعى البائع حدوثه عند المشتري فالخيار ساقط و ادعى المشتري سبقه فالخيار باق،

فعن الدروس انه كالعيب المنفرد بأن القول قول البائع.

و فيه: انه فرق بين المقامين، اذ فى ذلك النزاع يكون القول قول البائع لأنه ينكر الخيار و الاصل عدمه، و فى المقام الخيار قطعى و الكلام فى مسقطه.

و من الظاهر ان أصاله تأخر الحادث لا يثبت حدوثه عند المشتري الذى يكون موضوعا للحكم، بل القدر المستفاد من الاصل عدم تقدمه.

ثم لو ادعى البائع زياده العيب عند المشتري و أنكره المشتري، القول قول المشتري. و لا يخفى أن الكلام فيما يكون الاختلاف فى الزياده، و أما لو كان الاختلاف فى أصل الزياده فلا شبهه فى أن القول قول المشتري.

و لا يخفى أن ما ذكرناه من الاشكال من أن احراز قيام العين بحالها فى غايه الاشكال، فان هذا العنوان لا يحرز الا أن يقال: بأن أصاله بقاء العين على

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٢

...

ما كانت تقتضى جواز الرد بدون أن يتوجه اشكال الاثبات.

الرابعه: لو اختلف فى البراءه

بأن ادعى البائع انا برئت من كل عيب فيه و انكره المشتري، قدم قول المشتري لأصاله عدم البراءه. نعم فى المقام روايه تدل على تقديم قول البائع، و هى مكاتبه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى ابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فاذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فاذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق الا نقد الثمن فربما زهد فيه، فاذا زهد فيه ادعى عيوبها و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشتري لم أسمع البراءه منها أ يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق؟

فكتب عليه السلام: ان عليه الثمن ... «١».

و استشكل الأردبيلي بأنها لا يلتفت اليها

لضعفها مع الكتابه و مخالفه القاعده و قال المصنف فى مقام رده: و فيه نظر، لعل كان وجه النظر ان الكتابه لا تضر و أما الضعف فقد انجبر بعمل الاصحاب. و فيه: قد عرفت ان ضعفه لا ينجبر به.

ذهب الكفايه الى أن الروايه مؤيده لقاعده البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر، و قد تنظر الشيخ فيه. يمكن أن يكون وجه النظر أن الروايه على خلاف القاعده المشار اليها، لان المدعى فى المقام هو البائع لا المشتري و ما أفاده متين فى المقام.

و فى الحدائق كلام فى المقام، و هو: أن الروايه تكون على خلاف القاعده الداله على تقديم قول المشتري، لان انكار المشتري انما وقع مداله لعدم رغبته فى المبيع و الا فهو عالم بتبرى البائع، و أما عليه السلام انما ألزمه بالثمن من هذه الجهه.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب احكام العيوب، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٣

قوله: و أما الثالث ففيه مسائل (١).

و فيه: أن ما ذكره خلاف ظاهر الروايه، فان ظاهرها استعلام من يقدم قوله و ربما استشكل أيضا على دلالة الروايه أن البراءه من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى، لأنه وقع قبل الايجاب، فان البراءه يعتبر وقوعها فى متن العقد.

و فيه: أنها و ان لم تذكر فى متن العقد صريحا الا أن المعامله وقعت مبنيه عليها و هو كاف فى المقام. و الحاصل ان الروايه من حيث الدلاله لا بأس بها الا أنها ضعيفه بجعفر بن عيسى فانه لم يوثق.

الخامسه: لو ادعى البائع رضى المشتري به بعد العلم أو اسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده و أنكره المشتري

فالقول قول المشتري مع حلفه، لأصالة عدم هذه الامور.

[و أما الثالث فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ]

اشاره

أقول: يقع الكلام فى اختلاف المتبايعين فى الفسخ فى ضمن مسائل:

(الاولى) لو اختلفا فى الفسخ فادعاه المشتري و انكره البائع،

تاره يكون الدعوى فى زمن الخيار و اخرى بعد انقضاء زمان الخيار. أفاد المصنف ان كان الخيار باقيا للمشتري انشأ الفسخ، و هذا الكلام بظاهره غير صحيح، لان الكلام فى ادعائه الفسخ لا فى جواز إنشائه و عدمه.

و نقل عن الشهيد أن اخباره بالفسخ إنشاء للفسخ. و فيه: انهما امران متغايران لا يرتبط أحدهما بالآخر، نعم يمكن أن يستدل على المطلوب- و هو تقديم قول المشتري- بقاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان المشتري مالك للفسخ فاقراره به نافذ.

هذا كله اذا وقع الخلاف فى صورته بقاء الخيار، و أما اذا كان ذلك بعد انقضاء الخيار فهل يكون اخبار المشتري عن الفسخ نافذا أم لا؟ أفاد المصنف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٤

...

أن مدعى الفسخ يحتاج فى اثبات ذلك الى اليينه. ربما يقال أنه يتمسك للمقام بقاعده الاقرار فلا يحتاج الى اليينه.

و فيه: أنه لا- يمكن التمسك بالقاعده المذكوره فى المقام، لأنها مختصه بما اذا كان امر الشىء بيد المقر فكان اقراره نافذا بالنسبه اليه، و أما اذا لم يكن أمره بيده فاقراره غير نافذ، و المقام من قبيل الثانى، لان المفروض أن الخلاف وقع بعد انقضاء الخيار فليس أمر الفسخ بيد المشتري بعد انقضاء زمان الخيار حتى يكون اقراره نافذا.

و استدل المصنف قدس سره لنفوذ قول المشتري ببعض الاخبار «١» الوارده فيمن أخير بعث مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على ايتام الرجل و انه رق لهم، و هو ما رواه محمد بن عبد الله الكاهلى قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام كان لعمى غلام فأبى فأتى الانبار فخرج اليه عمى ثم

رجع. فقلت: ما صنعت يا عم في غلامك؟ قال: بعته. فمكث ما شاء الله، ثم ان عمى مات فجاء الغلام فقال: «انا غلام عمك و قد ترك عمى أولادا صغارا و أنا وصيهم. فقلت: ان عمى ذكر أنه باعك. فقال: ان عمك كان لك مضار و أكره أن يقول لك فتشمت به، و أنا و الله غلام بنيه. فقال عليه السلام: صدق عمك و كذب الغلام فأخرجه و لا تقبله.

و استشكل السيد على الاستدلال بالروايه بأنه قضيه فى واقعه، فلعله كان مطلعاً على كذب الغلام.

و فيه: أنه خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالدليل، الا أنه مع ذلك لا يمكن الاستدلال بالروايه، لأنه يمكن أن يكون ذلك من باب قاعده الاقرار حيث أن العم فى حال حياته أقر بنفى الرقيه.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٥

...

ثم انه اذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الارش أم لا؟

و الظاهر ثبوته، و لكنه يشكل حيث انه مقر بعدم استحقاق الارش. و يمكن أن يقال كما نقل عن الدروس بأنه يحتمل أن يأخذ أقل الامرين من الارش و ما زاد على القيمة بأنه يؤخذ مقدار قيمه العين تقاصاً، و يرد عليه أقل المقدارين لأنه راجع اليه على كل تقدير.

(الثانيه) انه لو اختلفا فى تأخر الفسخ فيما يكون الخيار فورياً،

ففى تقديم مدعى التأخير لبقاء العقد أو تقديم مدعى الفوريه لأصالة صحه الفسخ؟ وجهان.

و الحق أنه يقدم قول مدعى صحه الفسخ، لا- من جهه أصالة الصحه، فان جريان أصالة الصحه موقوف على ثبوت الحق و المفروض أن صدور الفسخ لم يعلم زمانه، و يمكن أن يكون واقعا بعد مضي زمان الخيار، بل من باب استصحاب بقاء

حق الخيار الى زمان الفسخ. و لا يعارضه استصحاب عدم الفسخ، لأنه لا يترتب عليه الاثر الا بعد اثبات وقوعه بعد مضى زمان الخيار، و هذا مرجعه الى الاصل المثبت.

لكن يمكن أن يقال: بأنه يكفي استصحاب عدم الفسخ الى حين مضى زمان الخيار، فانه يكفي، اذ مقصود المنكر اثبات بقاء الخيار، فالمقام مقام التداعي.

و لو كانا متفقين فى زمان الفسخ و اختلفا فى زمان العقد، فرما يقال: بأن الاصل تأخر العقد، لكن لا يترتب عليه وقوع الفسخ فى أول زمان الخيار الاعلى نحو الاثبات.

(الثالثه) لو ادعى الجهل بالخيار أو بالفوريه يسمع قوله ان احتمل،

و ربما

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٦

قوله: القول فى ماهيه العيب (١).

يفصل بين الجهل بالخيار و فوريته بعدم السماع فى الاول و السماع فى الثانى.

[القول فى ماهيه العيب]

لا- يخفى أن العيب الذى يكون مدار الحكم أمر عرفى كبقية الموضوعات العرفيه، و الظاهر أن المعيار بحسب الطبع الاولى ما يكون موجبا لنقصان المالىه أعم من أن يكون أمرا أصاليا أو تبعيا، و أعم من أن يكون بالزياده أو بالنقصه و أعم من يكون عينيه أو وصفيه.

ثم انه أفاد السيد فى الحاشيه بأن العيب فى حد نفسه غير العيب فى مقام المالىه، فلو فرض ان عيبا لا يوجب نقصانا فى المالىه لترتب الغرض المطلوب منه لا يوجب الخيار لانصراف الادله الى العيب الموجب لنقصان القيمه. و لكن ليس الامر كذلك، فان الميزان بصدق العيب. نعم لا يثبت فى مفروضه الارش لعدم موضوعه.

ان قلت عليه: كيف عرفتم العيب بالنقص الموجب لنقصان القيمه.

قلت: هذا بحسب الطبع الاولى و بحسب الغالب، و من الظاهر أن مثل هذه التعريفات لفظيه لا حقيقيه و ارجاع الى الفهم العرفى. و لا يخفى أيضا أنه ربما يكون شىء عيبا بالنسبه الى بلده دون أخرى أو فى زمان دون آخر فلكل حكمه. و الحاصل انه كبقية الموضوعات تختلف بحسب الازمان و الامكنه.

و حيث ان القضيه حقيقيه يلزم ملاحظه صدق الموضوع، فكلما صدق يترتب عليه الحكم و الا فلا. نعم اذا ثبت بالدليل المعبر

فى مورد نفا و اثباتا نأخذ بذلك المورد، و فى المقام روايه «١» استفاد منها أن العيب عباره عن الزيادة أو النقيصه من الخلقه الاصليه، و هى ما رواه السيارى، و محل الشاهد فى الروايه ما عن النبى صلى الله عليه و آله

أنه قال: «كل ما كان في أصل الخلقه فزاد أو

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١ من ابواب أحكام العيوب.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٥٧

قوله: القول في الارش (١).

قوله: ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفيه لضمان المنقوص (٢).

نقص فهو عيب»، و هذه روايه ضعيفه بالسيارى و ارسالها.

[القول في الأرش]

إشارة

أقول: لا- يبعد أن يكون الارش في اللغه عباره عن المال الذى يجبر به نقص حاصل في المال أو البدن، و المراد بالنقص نقص وصف الصحه، كما أن أجره المثل اسم لعوض المنفعه الفائته، و القيمه اسم لبدل العين الفائته.

و بعباره أخرى: هذه الثلاثه داخله تحت جامع واحد، و هو المعبر عنه بالعوض فان كان العوض عوضا للعين تسمى «قيمه»، و ان كان منفعه تسمى «اجره»، و ان كان وصف صحه تسمى «ارشاً».

فعليه يكون المعنى الشرعى مطابقا للمعنى اللغوى، اذ يطلق في الشرع على عوض وصف الصحه الفائت، أعم من أن يكون ذلك النقص في البدن أو في المال و لم يكن له مقدار في الشرع.

[في أن ضمان النقص تابع في الكيفيه لضمان المنقوص]

أقول: يقع البحث في أن هذا الضمان ضمان يد أو ضمان معاوضه أو ضمان ثالث، و لا وجه لكونه من ضمان اليد، اذ المفروض أن العين في يد مالكةا و بالانتقال الاعتبارى الى ملك الطرف يثبت الضمان فلا- يكون مرتبطا بضمان اليد. و الظاهر كونه معاوضه لا أقول بأنه يقع مقدار من العوض في مقابل وصف الصحه، فانه خلاف التحقيق، بل أقول انه ضمان معاوضه لبأ، بمعنى يجعل مقدار من العوض بحسب اللب الواقع في قبال وصف الصحه بلا اشكال، و لذا في مقام الدعوى أو بمناسبه أخرى يقول: بأن دفعت هذا المقدار الكثير زائدا لأجل ذلك الوصف.

و هذا مما لا شبهه فيه، و الدليل عليه انه لو حكم بالضمان يتبادر الى الذهن

قوله: نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن (١).

ذلك المقدار من الثمن لا قيمه الواقعيه، فانه خلاف الارتكاز، و لعل هذا بمرتبته من الظهور لا يحتاج

الى البحث و القيل و القال.

و لكن الحق أن يقال: انه ليس ضمان يد كما ذكرنا و ليس ضمنا معاوضيا لان المفروض أنه لم يجعل في مقابل وصف الصحه عوض، و ليس ضمنا ثالثا اذ لا موجب له بحسب القاعده، فان غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشتري الخيار في فسخ المعامله، و لذا لا يكون أخذ الارش على القاعده بل أمر تعبدى.

فتلخص مما ذكرنا: أن الارش ليس على القاعده، و أيضا ظهر بأنه ليس من ضمان اليد و لا من ضمان المعاوضه، بل ضمان تعبدى ثابت بالروايات.

ثم ان الميزان هي القيمه الواقعيه أو الميزان بالتفاوت النسبي، يقع الكلام:

أولا فيما تقتضيه القاعده، و ثانيا فيما تقتضيه النصوص الوارده في المقام، و أما القاعده الاولى فتقتضى ملاحظه النسبه، فانه أمر ارتكازى، و لا منافاه بين ما ذكرنا من عدم الارش على طبق القاعده و بين كونه على فرض الثبوت هو الامر النسبي.

و أما النصوص فمختلفه، فان بعضها يدل بحسب الظهور على الاسترداد من الثمن، و بعضها يدل على ثبوت قيمه الوصف. و الانصاف أن مقتضى الفهم العرفى حمل بعضها على البعض الآخر. و ان شئت قلت: ان ما يدل على ملاحظه النسبه أظهر من غيره، فيحمل الظاهر على الاظهر.

[يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن]

أقول: ثم انه هل يكون الواجب على البائع رد ما به التفاوت من عين الثمن أوله الخيار؟ يقع الكلام تاره فيما يقتضيه الاصل و أخرى فيما تقتضيه النصوص.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٥٩

...

(أما المقام الاول) فان قلنا بأن ذمه البائع مشغوله يكون الامر دائرا بين المتباينين، كما لو تردد الامر بين ضمان المثل و القيمه، و لكن القدر المتيقن وجوب دفع هذا الغرر، فيكون الامر دائرا

بين الاقل والاكثر. و بعبارة أخرى:

المقدار المعلوم ان المشتري أخذ ما به التفاوت و الاكثر من هذا المقدار غير معلوم و منفى بالاصل.

هذا مقتضى الاصل الاولي، و أما مقتضى النصوص فان المستفاد من بعضها الاطلاق، و لكن مقتضى البعض الاخر الرد من عين الثمن، لاحظ روايه زراره فانه عليه السلام قال فيها «و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به ...» (١).

و الشيخ قدس سره سلم الظهور، لكن حمل النصوص على خلاف الظاهر بأنه حيث أن الغالب يكون الثمن من النقدين و حيث أن الخصوصية ملغاه عند العقلاء في النقدين فيكون الرد من الثمن باعتبار نوعه. و لا شبهه في انه خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه.

و الحق أن الواجب بمقتضى جملة من النصوص أن يكون الرد من عين الثمن الا مع التراضى.

ثم انه لو قلنا بأن الرد يلزم أن يكون من الثمن، فلا مجال للبحث في أن الغرامة تلزم أن يكون من النقدين أو من غيرهما، و أما لو لم نقل بذلك و قلنا بأنه لا يلزم أن يكون من عين الثمن فالحق أن الارش يلزم أن يكون من النقدين، فانه المنصرف عند العرف بلا قرينه.

ثم انه ظهر مما ذكرنا أنه لا يعقل أن يستوعب الارش تمام الثمن، لان

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٠

قوله: مسأله يعرف الارش بمعرفه قيمتى الصحيح و المعيب (١).

المفروض أن الارش ما به التفاوت بالنسبه. نعم يمكن تصوره على بعض التقادير و هو أنه لو حدث فى المبيع عيب فى زمان الخيار أو قبل القبض و

كان الارش مستوعبا لتمام قيمه و قلنا بأنه لا يفسخ العقد به و يكون العين باقيه فى ملك المشتري و يكون البائع ضامنا للأرش فعليه لا بد من رد تمام الثمن.

[مسأله يعرف الأرش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب]

أقول: يعرف الارش بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب ليعرف ما به التفاوت فاذا كانت قيمه معلومه فالامر ظاهر، و ان لم تكن معلومه فلا بد من الرجوع الى العارف بها.

و الذى يرجع اليه تاره يخبر عن قيمه الخارجيه و هذا داخل فى باب الاخبار و الشهاده بناء على أنه لا- فرق بين الاخبار و الشهاده و ان الشهاده قسم خاص من الخبر و هو عباره عن اخبار متعدد بأمر عند الحاكم. و أخرى يخبر عن الخصوصيات فى المبيع، و عباره أخرى يخبر عن قيمه باعتبار اطلاعه على خصوصيات العين و قيمه كل خصوصيه معلومه لكن تلك الخصوصيه مجهوله.

و ثالثه يخبر مستندا بحدسه و اجتهاده. و الاولان داخلان فى الاخبار الحسى، و الاخير داخل فى الحدس.

و لا شبهه أنه لا يعتبر فى الاخير الا الامانه و الخبرويه، فما أفاد الشيخ قدس سره غير تام، بل لنا أن نقول: انه لا يعتبر فى الاخبار عن الامر الحسى التعدد و العداله، فان سيره قائمه على العمل بقول الثقة الواحد. نعم يعتبر العداله و التعدد فى الشاهد عند الحاكم، و هذا ثابت بالدليل.

ثم انه لو لم يمكن معرفه قيمه فهل يكتفى بالظن أو يؤخذ بالاقل؟ الظاهر هو الثانى، لان ثبوت الاكثر غير معلوم، و مقتضى الاصل عدمه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦١

قوله: لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل (١).

و ما أفاده قدس سره فى وجه الاخذ بالاكثر بأن مقتضى الاصل بقاؤه و عدم سقوطه بأداء

الاقل، يرد فيه: انه مع جريان الاصل فى السبب لا تصل النوبه الى المسبب، و مقتضى الاصل عدم تعلق التكليف الا بالاقل.

[لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بينه الاقل للأصل]

أقول: و فى المسأله أقوال: أفاد المصنف بأن الحق ما عليه المعظم من وجوب الجمع، لان لكل منهما حجه شرعيه فلا بد من العمل به بقدر الامكان و قولاهما و ان كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل لكن الجمع بينهما بالاخذ بكل منهما فى بعض المدلول أولى من الطرح رأسا. و هذا معنى قولهم «الجمع مهما أمكن أولى من الطرح»، و لذا قال الشهيد فى تمهيد القواعد: بأن الدار المدعى عليهما بين شخصين تنصف بينهما بل التبعض فى حقوق الناس أولى من التبعض فى حق الله لرجوع الكل الى امثال امر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف باحقاق حقوق الناس فان فى التبعض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو فى الجمله.

هذا، و قد يستشكل ما ذكرنا أولا بأنه لا تعارض، فان النافى لا علم له بخلاف المثبت و ثانيا بينه النافى مؤيده بأصالة عدم الزائد فلا تعارض لوجود المرجح و ثالثا بأنه فيه مخالفه قطعيه. ثم أجاب بأن النافى ينفى بالبت، و يندفع الثانى بأن الاصل الظاهرى لا يكون مرجحا بل يكون مرجعا عند التساقط، و يندفع الثالث بأن فى حق الناس ليس الحق لواحد كما فى حقوق الله بل بين شخصين فهذا أولى من الاهمال المطلق.

و يرد عليه أنه ما الدليل على رعايه الجمع بين الامرين، فان مقتضى التعارض التساقط. نعم فى مورد كون أمر مال مرددا بين شخصين أو اكثر يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٢

قوله: ثم ان قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه (١).

مقتضى قاعده العدل التنصيف،

و يمكن أن يقال: بأن هذا حكم عقلائي، و أيضا يستفاد من النص «١» لكن الروايه ضعيفه بالنوفلى، مضافا الى أن موضوع هذه القاعده و النص تردد أمر مال بين شخصين أو ازيد، و لا يبعد ان يستفاد هذا الحكم من النص «٢» الاخر، و من مصاديقه ما أفاده الشهيد فى تمهيد القواعد، فانه بمقتضى اليد تكون الدار بين شخصين.

و أما ترجيح بينه الاقل لتعاضده بالاصل، فقد مر الاشكال فيه بما أفاده الشيخ كما أن الامر كذلك فى ترجيح دليل الاكثر، بتقريب أن بينه الاقل تنفى العلم بالاكثر.

[فى أن قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه]

أقول: و أما القرعه فقد أفاد الشيخ قدس سره بأن قاعده الجمع مقدم عليها و حاكمه بالنسبه اليها، بتقريب أن القرعه لتشخيص الواقع المردد، و فى المقام لا ينحصر الواقع بين الامرين بل يحتمل أمر ثالث. و الحاصل ان القرعه لتشخيص ما يكون فى الواقع أمر و يشخص بها، و فى المقام ليس الامر كذلك.

و أيضا لا تصل النوبه الى القرعه ما دام الجمع ممكنا، اذ العمل بها قاعده ظاهريه فى فرض الجهل بالواقع، فما دام العمل بالدليل ممكنا يكون مقدما يكون مقدما على الحكم الظاهرى.

و لكن يرد عليه أنه يمكن فرض انحصار الامر بين القولين، بأن نعلم أن الامر دائر بينهما، و ثانيا ان الجمع كما مر آنفا لا دليل عليه، و احتمال الموضوعيه

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٢ من ابواب الصلح الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٨ الباب ١٢ من ابواب كيفيه الحكم و احكام الدعوى، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٣

قوله: ثم ان المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما (١)

منتف، و ثالثا لنا أن نتمسك بمطلقات أدله القرعه، فان فيها ما يدل

على حجيتها عند الشك و الاختلاف بين المتخصصين كما فى روايه «١» جميل و منصور، و أيضا يمكن الاخذ بما يدل على ترجيح احدى البينتين بالقرعه كروايه الحلبي «٢» و سماعه.

[فى أن المعروف فى الجمع بين البيئات الجمع بينهما]

أقول: ثم ان الشيخ قدس سره بين طريق الجمع بين البيئات و بين طريقين أحدهما منسوب الى المشهور و ثانيهما منسوب الى الشهيد. توضيح الحال برسم أمور:

(منها) ما اذا تعارض المقومان- و هو فيما يكون ما به التفاوت على قول أحدهما ثلثا و على القول الاخر ربعا- و أما لو كان ما به التفاوت واحدا على كلا التقديرين و ان كان بين التقويمين اختلاف فلا مجال للبحث، لعدم المعارضه كى يحتاج الى الجمع بينهما، فاذا أحد قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخر سته و إحدى قيمتى المعيب أربعة و الاخر اثنان لا يكون تعارض، بل التفاوت بالثلثين على كلا التقديرين.

(و منها) ان طريق المشهور أخذ قيمتى الصحيح و المعيب و تنصيف كل منهما و ملاحظه قيمه المعيب الى الصحيح و الاخذ من الثمن بهذا المقدار، و أسهل من ذلك ملاحظه قيمتى الصحيح و المعيب و ملاحظه النسبه و الاخذ بها، فانه لا يفرق كما هو ظاهر.

و طريق آخر منسوب الى الشهيد، و هو أنه تلحظ نسبه ما بين صحيح القيمه و معيبه و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت، ثم تلحظ النسبه

(١) الوسائل الجزء ١٨ الباب (٣) من ابواب القضاء الحديث ٤ و ١٧.

(٢) الوسائل الجزء ١٨ الباب ١٢ من ابواب القضاء الحديث ١١ و ١٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٤

قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها (١).

بين صحيح القيمه الثانيه

و معيها و يؤخذ من أصل الثمن بنفس نسبه التفاوت و هكذا، ثم يجمع ما أخذ من الثمن و يقسم على عدد القيم يخرج المطلوب، فاذا فرض أن الثمن (١٢) درهما فلو قوم في التقويم الاول الصحيح ب (١٥) و المعيب (١٠) تكون النسبه هو الثلث (٤)، و في التقويم الثانى قوم الصحيح ب (٢٠) و المعيب ب (١٥) تكون النسبه هو الربع (٣)، و في التقويم الثالث قوم الصحيح ب (٢٥) و المعيب ب (٢٠) تكون النسبه هو الخمس (٥/٢٢) درهما و خمسا درهم يكون المجموع (٥/٩٢) تسعه خمسا درهم، ثم يقسم على الثلاثه تكون النتيجة ٣ و ثلثا خمس.

ثم التنصيف اما لأجل الجمع بين الحقين و اما لأجل الجمع بين البينتين، أما على الاول فلا- وجه لملأ-حظه قيمه الصحيح و المعيب، اذ الحق دائر أمره بين الكسور فلا بد من تنصيف الكسور، و اما يكون لأجل الجمع بين الدليلين.

و عليه ان قام الدليل من الاول على نفس ما به التفاوت فالامر أيضا كذلك و ان قام على القيمه فالمدلول الالتزامى أيضا تلك النسبه، فان المناط ابتداء و ان كان بالمدلول المطابقى لكن التقويم مقدمه لتعيين ما به التفاوت فلا بد من رعايته.

[القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

اشاره

أقول:

يقع الكلام فى جهات:

الجهه (الاولى) فى معنى الشرط،

ففى القاموس انه الزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره، قال المصنف قدس سره: ان ظاهر هذا الكلام كون استعماله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٥

...

فى الالزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح، لكن لا-اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا، و اشتراط المعنوى أولى من المجاز.

أقول: ان الروايات التى تمسك الشيخ بها بعضها مخدوش من جهه السند الا أن فى صحيحه «١» أيوب بن نوح أطلق الشرط على النذر، و هو التزام ابتدائى و لكن غايه ما يستفاد منها تطبيق الامام الشرط على المورد، و هو لا يدل على الحقيقه، فلا يستفاد منه أنه أريد منه كل التزام ابتدائى.

قال المصنف قدس سره فى المقام ما حاصله: ان الشرط يطلق فى العرف على معنيين: أحدهما المعنى الحدى و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شرط و ذلك مشروط، ثانيهما ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه أنه يلزم من وجوده الوجود أم لا، و هو بهذا المعنى اسم جامد و لذا الشارط و المشروط ليسا بمتضايين بخلاف المعنى الاول. و أما استعماله فى الجملة الواقعه عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص فى ألسنه النجاه. و كذا استعماله فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود فهو اصطلاح خاص فى ألسنه أهل المعقول.

و التحقيق أن يقال: ان الشرط له معنى واحد، و هو ارتباط احد الامرين بالآخر بحيث اذا انتفى المرتبط اليه انتفى المرتبط.

غايه الامر قد يحصل الارتباط بجعل الشرع و أخرى بجعل العرف و ثالثه بجعل شخص خارجى و رابعه بحكم العقل، و اطلاقه بجزء العله فى بعض الموارد يكون بالتسامح، و هذا لا يوجب تغاير معناه بل له

معنى واحد كما عرفت.

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (٢) من ابواب.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٦

قوله: الكلام فى شروط صحه الشرط و هى أمور (١).

ان قلت: انه لا- معنى لجعل الارتباط بحكم العقل، فان العقل مدرك الارتباط لا حاكم عليه، فان الارتباط بين العله و المعلول واقعى.

قلت: المراد من حكم العقل دركه، بمعنى أن الارتباط بينهما لا يدركه الا العقل.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الشرط بالتحريك بمعنى العلامه و الدون و الشريف فيقال اشراط الغنم أى رذلها و شرطا الناس أى أشرافهم فهو من الاضداد.

و فصل السيد اليزدى قدس سره بينما لو كان الشرط من قبيل الافعال و ما لو كان من قبيل الاوصاف، ففي الاول يكون بنحو الالتزام و فى الثانى بنحو التقييد.

و فيه: انه لا- معنى لهذا التفصيل و جعل التقييد فى مقابل الالتزام لا يرجع الى محصل الا أن يرجع الى التعليق، فهو باطل. هذا تمام الكلام فى الجبهه الاولى.

الجبهه الثانيه فى شروط صحه الشرط،

اشاره

و هى أمور:

الشرط (الاول) أن يكون داخلا تحت قدره المكلف،

اشاره

فلا يصح اشتراط ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه. و الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو يكون فعلا لثالث أو

وصفا حاليا أو استقباليا و اما يكون بنحو شرط النتيجة.

لا- شبهه في أنه لو كان الشرط فعل أحدهما يلزم أن يكون مقدورا و لو بالتسبب كما في الأفعال التوليدية و الا يلزم لغويه الشرط، و هل يلزم الظن بالامكان؟

الظاهر لا بل مجرد احتمال الامكان يكفي.

و ما يمكن أن يستدل على الفساد أمور:

إشارة

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٦٧

...

الأول - الإجماع.

و فيه منعه لوجود المخالف فيه، و ثانيا انه محتمل المدرك لإمكان كون بعض الوجوه المتصوره دليل المجمعين.

الثاني - ان القدره على التسليم شرط في صحة البيع،

فالمبيع يكون مقيدا بالشرط، فاذا لم يكن الشرط مقدورا للعاقده لم يكن قادرا على تسليم المبيع اذ انه أخذ متصفا به.

و فيه: أولا- انا لا- نتصور معنى معقولا- لتقييد الجزئي الخارجي، غاية الامر يرجع الى الاشتراط و هو يوجب الخيار لا الى تقييد البيع.

و ثانيا: انه لا مدرك لاشتراط القدره على التسليم الا لزوم الغرر، و فيه ما عرفت منا أنا ناقشنا في كون الغرر مبطلا للبيع، و ثانيا انه يمكن فرض عدم لزومه في بعض الموارد، كما اذا كان المبيع أعواد من الشخاطه مثلا فانه لا يلزم من عدم تسليمه خطر عند العقلاء أو يحصل الوثوق بتسليمه بدون الاشتراط.

و ثالثا- ان اشتراط القدره على التسليم لا يرفع الغرر في صورته لزومه، لأنه مجرد التزام و هو غير كاف لرفع الغرر.

(الثالث) انه معامله سفهيه و هي باطله.

وفيه: أولاً- منع كونه سفيها لا مكان ترتب غرض عليه، و ثانيا منع كون المعامله السفهيه باطله. و التحقيق أن يقال كما قلنا آنفا: ان الشرط اما أن يكون فعلا لأحد المتعاقدين أو فعلا ثالث و اما أن يكون وصفا حاليا او استقباليا و اما أن يكون من شروط النتيجة، و أما اذا كان فعلا لأحد المتعاقدين فلا اشكال في لزوم كونه مقدورا لا للوجوه المذكوره، فانها مخدوشه كما عرفت، بل لعدم صدق الالتزام فيما اذا كان الشرط غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٦٨

...

و لا مجال لان يقال: ان المقصود الاصلى فى المقام جعل الخيار، و لا مانع أن نربطه بأمر غير مقدور.

لأنه يقال: ان الغرض من الاشتراط الزام الطرف الاخر بالعمل به، و اذا لم يكن مقدورا كان لغوا اذ لا يمكن الوفاء به، و الخيار فى المقام عبارته عن

الزام المشروط عليه العمل بما التزم، فلا بد من تصحيح الالتزام في الرتبة السابقة كي يكون المشروط عليه ملزماً بالعمل به، وقد عرفت استحالته.

هذا كله اذا كان الشرط فعلاً لأحد المتعاقدين، و أما اذا كان فعلاً لثالث فاما يكون مرتبطاً بالمشروط عليه و اما أجنبى عنه، و على الثانى ذهب السيد الى بطلان الشرط لكونه سفهياً.

و فيه: أولاً انه لا نسلم كونه سفهياً، و ثانياً لو سلمنا كونه سفهياً الا أنه لا يوجب بطلانه، و ثالثاً انه على فرض تسليم كون الشرط باطلاً يثبت الخيار به على القول بعدم كون شرط الفاسد مفسداً للعقد على ما سيجىء.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: انه لو كان المقصود بهذا الشرط جعل الخيار عند التخلف فلا مانع من الصحة و لكن مرجع هذا الشرط جعل الخيار على تقدير كذائى، و ان كان المراد الزام الغير بالفعل الكذائى فالظاهر هو البطلان لعدم ما يقتضى الصحة. و على الاول- و هو ما كان الشرط مرتبطاً بالمشروط عليه- فاما يكون الفعل المشروط تحت اختياره أم لا، و على الاول لا اشكال فى صحته فانه فى الحقيقة يكون الشرط على المشروط عليه، اذ لا فرق بين فعله المباشرى و التسبيبى. و أما على الثانى فالظاهر بطلان الشرط و ان حصل الوثوق بحصوله، لأنك عرفت أنه لا يتحقق الالتزام فيما اذا كان الفعل غير مقدور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٦٩

...

و ما أفاده السيد اليزدى بأن الشرط فى هذه الصورة بمعنى التقييد لا الالتزام على الوجه الذى قررناه سابقاً. يرد عليه أن تقييد الجزئى الخارجى لا يرجع الى محصل، الا أن يقال ان مرجع ذلك الى الوصف و سيجىء الكلام فيه.

هذا

تمام الكلام فيما اذا كان الشرط فعلا لثالث، و أما اذا كان الشرط وصفا للمبيع فنقول: ان الوصف الاستقبالي فى المقام كالحالى، فانه يصح الالتزام به اذا حصل الوثوق بحصوله، و أما اذا لم يحصل ذلك فعلى القول بكون الغرر مبطلا- كما عليه المشهور- يكون البيع باطلا. و أما على المختار لا دليل على بطلانه الا أن يدعى قيام الاجماع بذلك. هذا تمام الكلام فى شرط الفعل.

و أما اذا كان الشرط متعلقا بالنتيجة كقوله «بعتك هذا الدار بشرط أن يكون عباءك ملكى» فتارة يكون مرجع الشرط الى أن الملكيه توجد بنفس هذا الشرط، و أخرى بسببها الواقعيه، و ثالثه تكون موجوده بلا سبب.

أما على الاول فيشترط فى صحته كون المشروط مما يكفى فى تحققه كل سبب حتى الشرط، و أما اذا لم يكن كذلك بل كان السبب مشروطا بقيد كالطلاق مثلا فيكون الشرط فاسدا، و يدخل فى البحث المعروف و هو أن الشرط الفاسد يكون مفسدا أم لا. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد المشروط بسببه الواقعي فمرجع ذلك الى شرط الفعل، و الكلام فيه الكلام فيه. و أما اذا كان المقصود منه أن يوجد بنفسه بلا سبب، فهو باطل لكونه خلاف الكتاب و السنه.

تذنب يذكر فيه أمران:

(الاول) لو اشترط فى ضمن العقد فعلا على الغير،

كأن يقول «بعتك و اشترطت على زيد أن يخيظ لى ثوبا» و هو قبل ذلك الشرط هل يكون نافذا أم لا؟ الظاهر نفوذه لكونه شرطا ضمنيا و ان لم يكن العقد للمشروط عليه، لكن لو فرض عدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٠

قوله: الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه (١).

العمل به هل يترتب عليه الخيار أم لا؟ قال السيد عدم الخيار للمشروط له مع اعترافه بصحة

الشرط. و فيه ان عدم الخيار مع صحه الشرط جمع بين المتنافيين لان الشرط ارتباط أحد الامرين بالآخر، فان المربوط اما أصل العقد أو الالتزام، به، فعلى الاول يكون تعليقا باطلا فيتعين الثانى، فلا معنى لإنكاره مع صحه الشرط.

(الثانى) هل ان القدره الواقعيه شرط فى صحه الشرط أم تكفى القدره الظاهريه؟

و الظاهر هو الاول، فعلى تقدير وجودها يكون الشرط صحيحا و على تقدير عدمها باطلا، و لا وجه لقول السيد حيث ذهب بكفايه القدره الظاهريه فى بعض الصور.

[الشرط الثانى أن يكون الشرط سائغا فى حد نفسه]

أفاد الشيخ أنه لا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

و أورد عليه النائنى قدس سره: بأن ذكر هذا الشرط مستدرك لإرجاعه الى اشتراط القدره، فان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا.

و فيه: أن أحد الشرطين لا يعنى من الآخر، فان المناط فى ذلك الشرط عباره عن عدم امكان تعلق الالتزام بفعله، و مع القدره العقليه لا مانع من الالتزام كما أنه لا مانع من تعلق التكليف، لكن مع ذلك لا وجه لهذا الشرط بعد ذكر الشرط الآتى، و هو أن لا يكون خلاف الكتاب و السنه.

ان قلت: ان منشأ هذا الاشتراط أنه يقع التعارض بين دليل الشرط و بين ذلك الحرام، فيتساقطان بالتعارض فلا يبقى دليل على وجوب العمل بالشرط.

قلت: أولا لا تعارض بين الادله الاوليه و الثانويه بل الثانيه مقدمه عليها

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧١

قوله: الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له (١).

عند العرف. و ثانيا انه على تقدير التعارض يقدم دليل وجوب الوفاء عليه للغويته لو لاه، فانه لو لم يقدم دليل وجوب الوفاء يكون لغوا، اذ فى مورده اما يكون ذلك الامر حراما أو جائزا أو مكروها أو مستحبا، و يبقى تحته الواجب فقط فيكون دليل الشرط لغوا، اذ لو لاه يكون ذلك واجبا بدليله.

[الشرط الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا أو بالنظر الى خصوص المشروط له]

و فيه: لا دليل على اعتباره بعد انعقاد الاطلاق لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

ان قلت: يقع مقدار من الثمن فى مقابل الشرط، و مع عدم كونه عقلائيا يكون اكلا للمال بالباطل.

قلت: ان ما ذكر يتوقف على تجزئه الثمن بين العين و الشرط، و الحال أن الشرط لا يكون موزعا عليه الثمن،

و على تقدير توزيعه عليه أيضا لا يتم ما ذكره لان الباء فى كلمه «بالباطل» سببيه، و لذا لا يشترط فى المبيع أن يكون له مالیه.

ان قلت: يلزم من ذلك كون البيع سفهيا.

قلت: فليكن كذلك و لا دليل على بطلانه.

ان قلت: ان دليل الشرط منصرف عن الشرط الذى لا يترتب عليه غرض معتد به.

قلت: انه مجرد ادعاء و دون اثباته خرط قتاد.

ان قلت: انه اذا لم يعتبر فيه أن يكون فيه غرض معتد به عند العقلاء فلا يتحقق ضرر فيما اذا خالف المشروط عليه فى العمل بالشرط فلا يتحقق الخيار.

قلت: ان المدرک فى المقام ليس دليل نفى الضرر حتى يرد ما قيل، بل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٢

...

انه دليل لفظى كقوله «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود»، و هو يدل على وجوب الوفاء بالشرط سواء كان فيه غرض معتد به عند العقلاء أم لا؟

ثم قال المصنف قدس سره: لو شك فى تعلق غرض صحيح به حمل عليه.

و قد وجه ذلك المحقق الايروانى بقوله: حملا لفعل المسلم على الصحة.

و لكنه لا يمكن المساعدة عليه، لان دليل الحمل لو كان ما ذكره لكان ذلك مختصا بالمسلم لكونه مأخوذا فى موضوع الدليل، و الحال ان البحث عام، هذا أولا و ثانيا ان حمل فعل الغير على الصحة له معنيان ترتيب أثر الصحة عليه و عشره حسنه، فلا يمكن الحمل على أحدهما الا بالقرينه أيضا، و لا يمكن التمسك بدليل وجوب الوفاء لأنه تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و لا وجه لما أفاده الايروانى بأنه لا مانع من التمسك بالعام، لعدم كون المخصص دليلا لفظيا مانعا عن العموم. لأنه قد حقق فى محله أن التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه

غير صحيح، سواء كان المخصص دليلاً لفظياً أو لبيئياً، فإن المخصص العقلي أيضاً يوجب تعنون العام، ومع ذلك كله الحق أنه لا مانع من حمل فعل الغير على الصحيح، بمعنى أنه لو شك في اجتماع الشرائط في عقد يحمل عليه.

و منها: في حكاية بريره لما اشترتها عائشه و شرط مواليتها عليها ولاها «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز و جل فهو باطل، قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق» بتقريب أن المراد من الشرط الولاء لمن أعتق و ليس له أثر في كتاب الله نفيًا و اثباتًا، فيكون المراد من الكتاب هو الكتاب التشريعي.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٧٣

...

و فيه: أولاً- الاشكال في سندها فانها وردت من طريق العامه، و ثانيا انه يمكن أن الرسول الاعظم «ص» يعرف من القرآن، فانه الخبير بمواقع استفاده الاحكام منه.

ان قلت: كيف يصح التويخ على ما لا طريق للعامه اليه و غير ظاهر لهم، فلا بد من أن يكون المراد منه الكتاب التشريعي. و فيه: ان الوظيفه رجوع الجاهل الى العالم و السؤال عنه، فالتويخ على العمل بلا- سؤال، و الا- فمن الظاهر أن استفاده احكام الهيه مختصه بهم، و لو كان معرفه القرآن أمرا ممكنا فما الفرق بين العالم و الجاهل. اضف الى جميع ذلك أنه ورد في بعض «١» الروايات لفظ «السنة» و من الظاهر أن التقابل بين الكتاب و السنه دليل آخر على كون المراد من الكتاب القرآن، فانه عليه السلام قال في الجواب: خالفت السنه. و الحاصل ان الظاهر أن المراد بالكتاب هو القرآن، و لا دليل لرفع

اليد عن هذا الظهور.

[الشرط الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه]

ثم انه هل المعتبر في الشرط موافقه الكتاب أو عدم المخالفه، الظاهر هو الثانى، و ذلك لأنه لو كانت الموافقه مع الكتاب شرطا يلزم فساد أكثر الشروط حتى اشتراط تعليم القرآن، اذ ليس فى الكتاب آيه تدل على هذا المعنى. مضافا الى امضاء جمله من الشروط فى الروايات «٢» و الحال أنه ليس فى القرآن عليها دليل.

ولا يخفى أن مفاد الروايات مختلف، فمنها ما يكون المستفاد منه اشتراط الموافقه، و منها ما يستفاد منه أن الميزان بعدم المخالفه، و مع التعارض يتساقط

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢٩) من أبواب المهور، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (٤) و الباب ٢٠ حديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٤

...

الكل عن الاعتبار، فيكون عموم صحه الاشتراط محكما. و بعبارة أخرى نقول:

كل خبر ورد فيه كلاء-العنوانين كما هو المستفاد من بعض «١» الروايات لا يستفاد منه اشتراط صحه الشرط بالموافقه، اذ لكل عنوان منهما مفهوم و مفهوم كل يعاند الاخر فيسقطان عن الاعتبار.

و ما أفاده الايروانى من أنهما مثبتين. ليس تاما، فانه فى مقام التحديد و الحد له المفهوم، فلا بد من ملاحظه ما ذكر فيه أحد العنوانين فيه وحده، كصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام فقال: ان رسول الله «ص» قال: من شرط سوى كتاب الله عز و جل لم يجز ذلك عليه و لاله «٢». و الالتزام بأن سوى كتاب الله ظاهر فى المخالفه- كما فى كلام الايروانى- غير سديد.

و هذه الروايه ذكرت فى الوسائل بهذا النحو تاره و أخرى بقوله «من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز و جل لم

يجز ذلك عليه و لا له» (٣). و على هذا تكون الروايه فى مورد خاص، و لو دار الامر بين الزيادة و النقيصه يقدم احتمال الزيادة كما هو الميزان، و أما اذا كانت الروايه متعدده فيقع التعارض بين ما ليس فيه قيد لامرأته مع قوله «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً خالف كتاب الله عز و جل» فلا يجوز (٤)، و حيث أن النسبه بالعموم و الخصوص المطلقتين لا بد من تخصيص هذه الروايه بتلك الروايه، فيكون الحاصل اشتراط موافقه الكتاب، و لكن لا يمكن الالتزام بهذا المعنى.

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١.

(٣) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق الحديث ١.

(٤) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٥

...

نعم لا بأس بان يقال: بأن الموافقه تكفى و لو بأن يكون الشرط موافقا لعام أو مطلق للكتاب، فان اشتراط شرب الماء مثلا يكون موافقا للكتاب، حيث أن قوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» يشملها، لكن على هذا المعنى يرد على المصنف أنه لا-وجه لإرجاع الموافق الى عدم المخالف. و أيضا يشكل الامر فى اشتراط الجلوس مثلا فى مكان فلانى، فان الجلوس ليس قابلا للبيع و التجاره بناء على أن التجاره عباره أخرى عن البيع.

و أما قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فقد ذكرنا بأنه دليل اللزوم لا الصحه، الا أن يقال بعدم الفرق بين الموارد، فان أكل الخبز اذا كان جائز الاشتراط لدلاله الكتاب على جوازه فيجوز اشتراط الشرب و الجلوس بالضرورة. فلاحظ.

ثم ان المراد بالمخالف المخالف للملتزم به أو

الالتزام أو الجامع بين الأمرين، اختار المصنف الجامع بين الأمرين ثم أورد على نفسه: بأن التزام ترك المباح لا ينافي إباحته، فاشتراط ترك التزويج لا ينافي الكتاب. و أجاب عن الاشكال:

أولاً- بأن التزام ترك التسرى و ان لم يكن مخالفا للكتاب الا أن الالتزام بفعل المحرم يخالف الكتاب فيكفى للعموم، مضافا الى أن حديث العياشى صريح فيما ذكرنا، فانه عليه السلام حكم ببطلان الشرط و استشهد بقوله تعالى «وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ».

و يرد على ما أفاده: أولاً- انه يتوقف على اراده الجامع و هو بلا- شاهد، و ثانيا ان الالتزام بالمحرم ليس محرما آخر، و ثالثا ان الروايه ضعيفه بالارسال.

و الحق أن يقال: ان مقتضى الظاهر أن الشرط عباره عن الالتزام، و كونه مخالفا أو موافقا للكتاب باعتبار متعلقه. نعم ربما يكون نفس الالتزام حراما مضافا الى أن تعلق الوجوب يصح باعتبار الالتزام، فان المؤمن عند التزامه أى لا

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٦

...

ينفك عنه لا- عن فعله، كما أنه لو كان مورد الالتزام أمرا وضعيا كملكه الدار الفلانيه يكون مقتضى الانفاذ ذلك الامر الاعتبارى أى المؤمن، أو المسلم لا- ينفك عن اعتباره، مضافا الى أن المحرم عباره عن الالتزام لا نفس الفعل، فان الحرمة من جهه تحقق التحريم تعرض الفعل. و بعباره أخرى: التحريم فى الرتبة السابقه على الفعل.

بقى فى المقام شىء، و هو أنه يتراءى التعارض بين الطائفتين من الروايات، فان احداها «١» تدل على فساد شرط عدم التزويج و الثانية «٢» تدل على الجواز، فلا بد من علاج التعارض فنقول: ان الحق تقديم ما دل على الجواز، و ذلك لعدم صحه سند ما دل على المنع.

هذا أولاً، و ثانيا على فرض

صححه السند نقول: كليهما موافق للكتاب، فان ما دل على الجواز موافق لجواز النكاح و ما دل على عدم الجواز موافق لوجوب الوفاء بالعقد، و فى هذا التعارض يؤخذ بما دل على الجواز، لعموم قوله «المؤمنون ...» الخ. مضافا أنه يمكن أن يقال: ان الدال على الجواز موافق للكتاب دون الاخر، لان ما دل على الجواز دال عليه بالعنوان الاولى، و وجوب الوفاء بالعقد عنوان ثانوى، و لا معارضه بين العنوان الاولى و الثانوى.

و أما الروايات «٣» الداله على الفساد فالمستفاد منها أن تعليق الطلاق على التزويج و التسرى باطل، فهذا على القاعده فان للطلاق سببا خاصا لا يتحقق الا بذلك السبب، و خلافه شرط خلاف المقرر الشرعى فيبطل.

(١) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (١).

(٢) الوسائل، الجزء (١٥) الباب (٢٠) من أبواب المهور، الحديث (٢).

(٣) الوسائل، الجزء (١٥) الباب ٣٨ من أبواب المهور.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٧

...

ثم الشيخ قدس سره بعد ما بنى على شمول الشرط للالتزام و الملتزم به، وجه على نفسه اشكالا و تصدى لدفعه، اما الاشكال فهو أنه لا شبهه فى جواز شرط الفعل المباح و تركه على المشروط عليه- كما لو شرط على غيره ترك شرب الماء أو فعل الجلوس و نحوهما- فان الالتزام بترك الشرط مخالف للكتاب فلا يجوز، و الحال أنه لا شبهه فى جوازه.

و اما الدفع فان العناوين التى تعلق بها الاحكام على قسمين: اذ تاره يكون من العناوين الاوليہ التى تتغير بتعلق العنوان الثانوى، و أخرى يكون العنوان بحيث لا يكون قابلا للتغيير. أما العناوين المباحه المكروهه و المستحبه من قبيل الاول و العناوين المحرمه و الواجبه من قبيل الثانى،

فیرتفع الاشكال، فالميزان الكلى لجواز الشرط أن يكون مورده من العناوين الاوليه، و لعدم الجواز أن لا يكون كذلك، فان المحرم و الواجب لا يتغيران عماهما عليه الا من ناحيه الضرر و الحرج.

ثم وجه اشكالا آخر، و هو أنه نرى أن بعض الشروط من قبيل الاول كعدم التزويج و مع ذلك حكم بعدم صحته. و دفع الاشكال بأنه اما نقول يفهم من الروايات أنه من قبيل القسم الثانى الذى لا يتغير، لكن يبعده الاستشهاد بالكتاب بحيث يفهم أنه ميزان كلى، و اما نقول بأن الوجه فى عدم الصحه أنه علق الطلاق على التسرى و الحال أن الطلاق له سبب خاص.

و أفاد بأن هذا الحمل بعيد، و لكن يشهد له بعض الاخبار حيث دل على جوار اشتراط عدم التزويج و التسرى و الامام عليه السلام حكم بوجوب الوفاء، فيعلم أن الممنوع جعل التسرى أو التزويج سببا للطلاق.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٨

...

و يرد عليه أنه: أى فرق بين الحكم الجوازى الجامع بين الاحكام الثلاثه و الحكم الالزامى، بأن يقال: ان الاول يتغير بالعنوان الثانوى و الثانى لا يتغير.

و لكن على ما سلكناه لا يتوجه الاشكال علينا، اذ الشرط اما يكون عباره عن خلاف جعله بأن يقال بعتك بشرط عدم وجوب الصلاه، و اما يكون الشرط عباره عن الالتزام بأمر من فعل كشرب الخمر أو اعتبار كالاتزام بملكه دار فلان، و اما يكون الشرط تحقق أمر بلا سبب أو بسبب مخالف للمقرر الشرعى. أما على الاول فلا يصح، لا لأنه شرط خلاف الكتاب بل لانقضاء المعلق مع انتفاء المعلق عليه، فحيث أن البيع معلق على عدم وجوب الصلاه فلا يتحقق، لان الصلاه واجبه. و أما على

الثانى فان كان متعلق الالتزام فعل حرام فلا يصح، لأنه يصدق أنه شرط خلاف الكتاب، و ان كان المتعلق جهة اعتبار فان كان له سبب خاص كالطلاق فلا يصح لأنه خلاف المقرر الشرعى، و ان لم يكن له سبب خاص يتحقق.

و أما على الثانى فأيضاً لا يصح لعدم وجود المعلق عليه. نعم فى مثل هذه الموارد لو علق الخيار على الشرط يتحقق الخيار طبعاً.

أفاد المصنف: ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه فى الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب و ان التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار، ذكر أن المتعين فى هذه الموارد ملاحظه التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع الى المرجحات.

و ذكر أن المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع. قال: و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الاصول، و فيه من الضعف ما لا يخفى.

أقول: لعل يكون الوجه لضعف كلامه انه بناء على ما ذهب اليه يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٧٩

...

المستثنى منقطعاً، فانه ليس قابلاً للوفاء لو كان الشرط بهذا المعنى. و يمكن أن يكون وجه الضعف أن الادله الثانويه لا يعارضها الادله الاولى بل تقدم عليها بالحكمه.

و استشكل عليه الشيخ بعد قوله «و فيه من الضعف ما لا يخفى» أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته فى جميع موارد عدم الترجيح لان الشرط ان كان فعلاً يجوز تركه كان اللازم الرجوع الى أصاله عدم وجوب الوفاء عند التعارض، و ان كان فعل محرم أو ترك واجب

وجب الرجوع الى أصالة الوجوب الثابت قبل الاشتراط.

وقال: التحقيق من أن الاحكام المذكوره فى الكتاب و السنه ما يقبل التغير بالشرط لتغير عنوانه كأكثر ما ترخص فعله و تركه، و منها ما لا يقبله كالتحريم، و أدله الشروط حاكمه على القسم الاول دون الثانى، فان اشتراطه مخالف للكتاب.

و فيه: انه لا وجه لما ذهب اليه الشيخ من التفصيل بين الاحكام الترخيصيه و الالزاميه. و الحق فى المقام ما تقدم آنفا بأن العرف لا يرى تنافيا بين الادله الاوليه و الثانويه، بل الثانى مقدم على الاول كما هو واضح.

ثم قال: و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعيه الى قسمين يظهر لك معنى قوله عليه السلام فى روايه اسحاق بن عمار المتقدمه «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او أحل حراما» «١»، فان المراد بالحلال و الحرام ما كان حراما لا يقبل التغير حتى مع الاشتراط كشرب الخمر و عمل الخشب صنما و غيرهما، أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه الا تغير عنوان الحلال

(١) الوسائل، الجزء (١٢) الباب ٦ من ابواب الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٠

...

و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمة، فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام.

ثم قال: و للمحقق القمى هنا تقريب آخر، و هو أن الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصيه فرد، فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى، و كذا حليه المبيع، فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و الترام

ترکه مستلزم لتحریمه، فالمراد من تحلیل الحرام أو تحریم الحلال المنهی عنه هو أن يحدث المشترط قاعده کلیه و یدع حکما جدیدا، وقد أجزى فی الشرع البناء علی الشروط الا شرطا أوجب ابداع حکم کلی جدید مثل تحریم التزوج و التسری. الی أن قال: و فیما لو اشترطت علیه أن لا تتزوج بفلانہ خاصه اشکال، و قد أفاد بعد نقل کلامه:

و للنظر فی مواضع من کلامه مجال واسع.

و لا یبعد أن یكون وجه النظر فی کلامه أمور:

الاول: الفرق بین الامر الکلی و الجزئی، فان الحکم و ان کان متعلقا بالطبیعه لکن لا- شبهه فی انحلاله بحسب تعدد الافراد الخارجیه، فان الخمر حرام علی نحو الکلی لکن فی کل مورد تحقق الخمر یكون شره حراما، فما الوجه فی التفصیل؟.

الثانی: انه ما الفرق بین تحریم الحلال و تحلیل الحرام، و أى فرق بین الامرین فان تحریم الحلال فی الجملة اذا لم یصدق علیه أنه تحریم للحلال فیكون الشرط صحیحا فما الوجه فی فساد اشتراط الحرام کشرب الخمر فی الجملة.

الثالث: انه استشکل فی اشتراط عدم التسری بفلانہ خاصه، و الحال أنه

دراساتنا من الفقه الجعفری، ج ۴، ص: ۳۸۱

...

لا وجه لهذا الاشکال علی مسلک، فانه ما الفرق بین الفقرتین. فما أفاده قدس سره مع أنه غیر تام فی نفسه لا یدفع الاشکال، كما أن ما أفاده المصنف من التفرقه بین أدله الواجب و الحرام و بین أدله بقیه الاحکام الثلاثه لیس علیه دلیل فان اطلاق الدلیل ان کان تاما فتام فی تمام الاحکام و ان لم یکن اطلاق فکذلك فالتفرقه بلا وجه.

و الحق أن یقال: ان اشتراط ترک الجائر أو فعله لا یكون تحریمًا للحلال فان ترک الحلال أو

فعله مع العزم لا- يكون تحريما بل عزم على أحد طرفي المباح فان من عزم على عدم شرب الشاي لا- يصدق عليه أنه حرم الحلال. نعم لو اشترط في ضمن العقد حرمة الحلال يصدق أنه حرم الحلال فلا يصح.

ان قلت: كما في كلام الشيخ ان الشرط لا بد أن يكون قابلا للوفاء، و تحريم شىء يكون أمره بيده الشارع و ليس بيد العبد و لا يكون تحت قدرته، فلا معنى لاشتراطه فانه لا يتعلق به وجوب الوفاء.

قلت: تاره يشترط أن يكون حراما شرعيا فالاشكال متوجه، و أخرى يجعل الحرمة من عند نفسه و لو مع الغفلة عن كونه حراما في الشريعة أو مع الجهل، كما لو وقع هذا الاشتراط في كلام من لا يكون متدينا بدين و يكون ملحدا فانه يصدق أنه حرم ما حلله الله.

و ان أبيت عن صدق هذا المعنى في التكليف فلا- شبهه في صدقه في الوضعيات كما لو جعل و اعتبر في النكاح عدم أمر الطلاق بيد الزوج على خلاف كون الطلاق بيد من أخذ بالساق. مضافا الى أنه لنا نقول: ان مثل هذا الشرط يبطل بعنوانين:

أحدهما من جهة كونه محللا للحرام، ثانيهما من جهة عدم امكان تعلق القدره به.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٨٢

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد (١).

اذا عرفت هذا نقول: لو اشترط فعل الحرام أو ترك واجب يكون باطلا لأنه خلاف الكتاب و السنه، و لو اشترط حرمة أمر جائز أو اشترط جواز أمر حرام كما لو اشترط حرمة شرب الماء أو عدم كون الطلاق بيد الزوج يكون باطلا لأنه تحريم للحلال، و لو اشترط فعل واجب أو ترك محرم أو فعل مباح

أو تركه يصح الشرط بلا كلام.

أضف الى ذلك كله أن الروايه المتضمنه لهذه الجملة ضعيفه سندا.

بقي شىء، وهو أنه ذكر السيد فى الحاشيه بأنه لو اشترط فعل مباح أو اشترط تركه أو ترك المستحب أو المكروه، لا يصح لأنه يصدق عليه أنه تحريم للحلال، مضافا الى أنه يؤيده أو يدل عليه ما ورد من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير معللا بأنه من تحريم الحلال.

و ما أفاده قدس سره غير تام، فان العزم على ترك الحلال مده العمر لا يصدق عليه تحريم الحلال فيشملة دليل صحة الشرط، و أما الروايه فلا دلالة فيها على مدعاه، فان المستفاد منها أن الحلال لا يصير حراما، و هذا أمر لا شبهه فيه.

[الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

اشاره

أقول: و استدل المصنف على ذلك بوجوه ثلاثه:

الاول- الاجماع.

الثانى - وقوع التنافى فى العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط، فلا بد اما أن يحكم بتساقط كليهما و اما أن يقدم جانب العقد، و على كل تقدير لا يصح الشرط.

الثالث- ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٣

...

و الذى ينبغى أن يقال: يقع الكلام فى مقامات ثلاثه:

اشاره

المقام الاول النظر الى اصل المطلب، المقام الثانى النظر الى كلام الشيخ، المقام الثالث النظر الى الفروع المذكوره فى المقام.

(أما المقام الأول) [النظر إلى أصل المطلب]

فنعول: الشرط اما يكون بنحو اشتراط الفعل و اما يكون الاشتراط بنحو شرط النتيجة، أما لو كان بنحو الفعل فلا بد ملاحظه أن هذا الفعل فعلا أو تركا خلاف للشرع أم لا، فان لم يكن مخالفا يصح بلا كلام، فان الفعل الخارجى أو تركه ليس من مقتضيات العقد حتى يتنافيان بل هو من أحكامه، فلو شرط فى ضمن عقد البيع وقف العين فوريا يصح و يجب الوفاء به، اذ ليس بقاء العين فى ملك المشتري من مقتضيات عقد البيع. و أيضا وقف العين المملوكة ليس مخالفا للشرع، بل أمر راجح. نعم لو اشترط وقف العين لجهه مخالفه للشرع لا يصح لكونه خلاف الشرع.

و أما ان كان بنحو اشتراط النتيجة فتاره يشترط عدم ترتب المقتضى على العقد شرعا، و أخرى يكون مرجع الاشتراط الى قصد نفسه- بأن يقصد الشارط عدم الترتب- أما على الاول فكما لو شرط فى البيع عدم حصول الملكيه الشرعيه فلا شبهه فى بطلان الشرط، لان المقرر الشرعى تحقق الملكيه بالبيع، فان كان هذا الاشتراط لأصل البيع يكون العقد باطلا، لأنه مضافا الى التعليق لا يعقل تحققه، لان المفروض أنه علق البيع على عدم تحقق الملكيه، فاما يتحقق مع حصول الملكيه الشرعيه و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه. أما على الاول فيلزم التنافى بين تبعيه العقود للقصد، فانه كيف يمكن أن يتحقق العقد مع عدم القصد. و اما يتحقق بلا ملكيه شرعيه فهو أيضا أمر غير معقول، فان التحقق لا يجتمع مع عدم الملكيه الشرعيه فيؤول الامر الى البطلان. و ان كان هذا

...

فالظاهر أنه لا مانع من الصحة مع تحقق الخيار، لان الملكيه الشرعيه تحصل عند اجتماع أركان البيع.

ان قلت: ان هذا الشرط خلاف الكتاب، و مع عدم الصحة كيف يتحقق الخيار.

قلت: فرق بين الشرط الفاسد و الشرط الذى لا واقع له، فان مقسم الشرط الفاسد و الصحيح فعل المكلف و هذا الذى نحن بصدده ليس من فعل المكلف.

نعم هذا الشرط لا واقع له، كما لو شرط نزول المطر من السماء.

هذا أولاً، و ثانياً فرضنا كونه شرطاً فاسداً لكن لا وجه للبطلان، فان الشرط الفاسد لا يفسد كما سيجىء.

و أما لو اشترط فعل نفسه - بأن باع بشرط عدم حصول التملك و الملكيه أو نكح بشرط عدم حصول الزوجيه - فلا شبهه فى الفساد، فان مرجع هذا الامر الى قصد الامرين المتنافيين، و من الواضح عدم امكان تحققه.

هذا فيما يكون المشروط عدم تحقق مفاد العقد، و أما ان كان المشروط اعتبار خلاف الحكم الشرعى - كما لو اشترط حرمة النظر الى الزوجه - فالشرط فاسد، لان مرجعه الى تحريم الحلال، و مثله فاسد لكن العقد صحيح على المبنى.

(و أما المقام الثانى) و هو النظر الى الوجوه الثلاثه التى استدل به الشيخ

على أنه يشترط فى صحه الشرط أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد، فنقول: أما الوجه الاول منه فهو الاجماع. ففيه ما علمت و لا وجه للإعاده. و أما الوجه الثانى منه فهو وقوع التنافى فى العقد المقيد - الى آخر كلامه، فهو لا بأس به. و أما الوجه الثالث منه فهو أن الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنه، فنقول: ان هذا الوجه قد تقدم منه قدس سره فى الوجه الرابع و لا وجه

...

للإعاده.

(و أما المقام الثالث) و هو البحث عن الفروع المذكوره فى المتن

فبقول:

الفرع الاول: اشتراط عدم البيع، فانه مخالف لمقتضى العقد أم لا؟

و المسأله محل خلاف، فان المشهور ذهبوا الى أنه مخالف لمقتضى العقد فلا يجوز شرطه، و ذهب بعض الى صحته، و هو الحق لعدم كون البيع و عدمه من مقتضى العقد، فان مقتضاه التسلط.

الفرع الثانى: ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركه فيه

اذ قال «الربح لنا و لا خسران عليك»، و المستفاد من صحيحه رفاعه صحه الشرط المذكور حيث قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر فى جاريه له و قال ان ربحنا فيها فللك نصف الربح و ان كانت وضعنا فليس عليك شىء. فقال: لا أرى بهذا بأسا اذا طابت نفس صاحب الجاريه «١».

و منع ابن ادريس صحه ذلك الشرط لأنه مناف لقضيه الشركه.

أقول: قد عرفت أن مقتضى النص صحه الشرط المذكور، هذا مقتضى النص و اما مقتضى القاعده فنقول: ان للمسأله صوراً:

الاولى- ان يشترط اختصاص الربح بأحدهما و الخسران بالآخر، فان هذا الشرط لا بأس به سواء كان شرط فعل أو شرط نتيجة، و التعليق غير باطل فى المقام، لان دليله لى و القدر المتيقن منه العقود فلا يشمل الشرط.

الثانيه- ان يشترط عدم ورود الخسران على أحدهما و كون النفع بينهما فهذا شرط باطل لكونه خلاف مقتضى الشركه، فان مقتضاها ورود الربح و النقصان عليهما بنسبه شركتهما كما تقتضى كون الزيادة لهما.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٤ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ١.

الثالثه- أن يكون هذا الشرط فى عقد الشركه، كأن يمزجا مالهما من الحنطه مثلاً، و الكلام فيه كما تقدم و لا وجه للإعاده.

الرابعه- أن يكون الشرط فى عقد آخر، كأن باع ماله من زيد و اشترط بأن يكون مال المشترك بهذا النحو، و الكلام فيه أيضا

كما تقدم.

ثم هل يتعدى

الحكم الى غير الجارية المنصوصه فى الصحيحه من المبيعات أم لا؟ وجوه، حكى عن الشهيد التعدى الى مطلق المبيع، و ظاهر المختلف فى الشرائع الصحه فى خصوص الحيوان، و عن التنقيح الاجماع على عدم اطراد الحكم فى غير مورد النص.

أقول: ان الجمود على اللفظ يقتضى عدم التعدى، و لكن ذوق الفقاهه يقتضى خلافه.

الفرع الثالث: اشتهر بين العلماء جواز اشتراط الضمان فى العاربه و عدم جوازه فى الاجاره،

بتقريب ان الاجاره لا تقتضى الضمان فيكون اشتراطها منافيا لمقتضى العقد.

وفيه: انه فرق بين عدم الاقتضاء و بين اقتضاء العقد، فان فى الاجاره لا اقتضاء للضمان، اذ ليس اليد يد ضمان، فلا يكون شرط الضمان منافيا لمقتضى العقد. لكن يشكل من ناحيه أخرى، و هو أن اشتراط الضمان يكون خلاف الكتاب و السنه. نعم لو شرط على المستأجر تملك ما يعادل خساره بنحو شرط الفعل أو النتيجة لا- يكون فيه بأس كما هو ظاهر. و عليه لا فرق بين أن يشترط الضمان بهذا المعنى بالنسبه الى المستأجر أو بالنسبه الى شخص ثالث أجنبى.

الفرع الرابع: اشتراط عدم اخراج الزوجه من بلدها.

و لا يخفى أن الاخراج ليس مقتضى عقد الزواج، بل مقتضاه كون الامر بيد الزوج، بل كون الامر

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٧

قوله: الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع (١).

بيده ليس من مقتضاه، فانه من الاحكام. و عليه فلا مانع من أن يشترط لها أن لا يخرجها، كأن يشترط أن لا يأكل الثوم، مضافا الى ورود النص فى المقام.

نعم لو اشترط كون الامر بيدها و باختيارها يكون باطلا، لأنه خلاف الكتاب.

و العجب من السيد اليزدى حيث أفاد: بأنه يصح ما لم يسند الى الشارع، فانه يرد أولا النقض بأنه لو اشترط حرمة الماء بدون الاستناد الى الشارع هل يكون صحيحا. و ثانيا أن كون الامر بيد الزوجه خلاف الكتاب فلا يصح.

الفرع الخامس: توارث الزوجين بعقد الانقطاع،

يتكلم فى هذا الفرع:

تاره فى أن التوارث يثبت مطلقا، أو لا يثبت كذلك، أو يفصل فى صورته الاشتراط و عدمه، و أخرى فى أن هذا الشرط خلاف

مقتضى العقد أم لا- أما الكلام فى الناحية الاولى فهو موكول الى محله من الارث، و أما من الناحية الثانية فالظاهر أنه ليس التوارث و عدمه من المقتضيات، بل اما شرط مخالف أو غير مخالف.

و ملخص الكلام: انه ليس تشخيص ما يكون من مقتضيات العقد من غيره، مشكوكا و انما الشك فى المخالف للكتاب و عدمه، و مقتضى الاصل عدم مخالفه كما مر.

[الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهاله يوجب الغرر فى البيع]

أقول: و هو كما اذا قال «بتك دارى بشرط أن تعمل ما فى هذه الورقه» و هو لا يعلم ما كتب فيها. ما يمكن أن يقال فى وجه ذلك أمور:

الاول- الاجماع. و فيه ما لا يحتاج الى التوضيح.

الثانى- المرسله المذكوره فى التذكرة: نهى النبى «ص» عن الغرر.

و فيها بارسالها و عمل المشهور بها ممنوع صغرى و كبرى.

الثالث- قوله: نهى النبى عن البيع الغرر. بتقريب أن الشرط المجهول

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٨

قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال كما لو شرط فى البيع أن يبيعه على البائع (١).

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعة الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٣٨٨

يوجب الغرر فى البيع، لان الشرط فى الحقيقة كالجزم من العوضين.

و فيه: أولا ان الشرط ليس كالجزم، و لذا لا يسقط الثمن عليه. و ثانيا ان جهاله الشرط هل يوجب الغرر فى البيع أم لا؟ هذا أول الكلام و قد أنكره بعض من الاصحاب لكن لا شبهه فى أنه لو كان

الشرط غرريا يصدق ان البيع غررى. الا أن الروايه ضعيفه فلا دليل على بطلان الغرر صناعيا، الا ان يتمسك بالتسالم المدعا فى المقام، و هو دليل لى يدل على بطلان الغرر فيما اذا كان نفس البيع غرريا، و أما الغرر الحاصل من الشرط هل يوجب الغرر أم لا فثبوت التسالم فيه غير معلوم.

و أما الروايات الوارده فى المقام لا- تدل على ذلك، فانها تدل على أن أوصاف المبيع لا بد أن يكون معلوما و لا تنظر الى الشرائط، فعلى تقدير نظارتها اليها يكتفى على موردها. فتحصل من جميع ما ذكرنا أنه لا دليل على اعتبار هذا الشرط.

[الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال]

ما ذكر فى وجهه أمران:

الاول- أنه مستلزم للدور، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه فيدور.

و فيه: ان المتوقف عليه غير المتوقف عليه، فان المتوقف على الشرط لزوم بيع الاول لا ملكيته حتى يلزم الدور.

الثانى- انه لا يتحقق للبائع قصد جدى عند البيع بالشرط المذكور، و الحال أنه يعتبر فيه.

و فيه: ان الشرط المذكور لا ينافى القصد الجدى بل مؤكدا له، و لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٨٩

قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور (١).

البيع سفهائيا كما توهم لا مكان ترتب غرض عقلاى عليه.

[الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]

اشاره

الذى ينبغى فى المقام أن يقع الكلام فى مقامين:

المقام (الاول) أن الشروط الابتدائيه يجب الوفاء بها أم لا؟

فنقول: ان الشروط الابتدائيه لا يطلق عليها الشرط، كما علمت تحقيق ذلك فى أول بحث الشرط و قلنا: انه ارتباط أحد الامرين بالآخر فلا يتحقق الا فى ضمن بيع وغيره، كما نقلناه عن القاموس. نعم أنه لا يستلزم أن لا يكون فى ضمن عقد فقط، فلو صدق

هذا العنوان يجب الوفاء به. فعليه لو علق اعطاء درهم بفقراء عند مجيء ابنه يصدق عليه الشرط و يترتب عليه حكمه لشمول دليل وجوب الوفاء له.

ان قلت: انه اذا لم يكن فى ضمن عقد يكون شرطا ابتدائيا.

قلت: انه اذا صدق عليه الشرط يشمله عموم دليل وجوب الوفاء، فان الحكم يترتب بمجرد تحقق عنوان الموضوع.

ان قلت: هذا عبارته عن الرعد ولا يجب العمل به بالإجماع.

قلت: أولا انه يجب الوفاء به من باب نفوذ الشرط لا من باب وجوب الوعد و ثانيا انه لا نسلم قيام الاجماع على عدم وجوبه بل ذهب بعض الاعلام الى ذلك و كان السيد الوالد قدس سره ملتزما بالعمل به، و تدل على وجوبه جملة من الروايات:

(منها) صحيحه شعيب العرقوفى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله «ص»: من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فليف اذا وعد ... «١».

(١) الوسائل، الجزء (٨) الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشرة. الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٠

...

(و منها) صحيحه هشام بن سالم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له «١».

(و أما المقام الثانى) و هو أنه لو لم يذكر الشرط فى متن العقد لا يجب الوفاء به،

و البحث فيه يقع فى مقامين: الاول ذكر الوجوه المذكوره للمدعى الثانى بيان مقتضى التحقيق.

أما المقام الاول- فما استدلل به أمور:

الاول- الاجماع. و فيه ما هو أوضح من أن يخفى.

الثانى- ان الشرط من

أركان العقد، فلا بد من ذكره في متن العقد. وفيه أنه بمنزلة الركن، و ما يكون بمنزلة شيء ليس عينه. هذا أولاً و ثانياً لو سلمنا كونه من الركن و لكن لا نسلم وجوب ذكره اذا كان معلوماً بالقرينه، و الميزان بصدق العناوين الموضوعه للأحكام.

الثالث- ان الشرط عبارته عن ارتباط أحد الأمرين بالآخر، فلا بد في إنشاء العقد المرتبط بالشرط ذكره، و مجرد الاخطار القلبي لا يكفي في الانشاء.

وفيه: ان الانشاء عبارته عن ابراز ما في النفس بأى نحو كان، فلو صدق على العقد الكذائى أنه عقد مشروط يترتب عليه حكمه.

الرابع- الروايات الخاصه الوارده في المقام:

(منها) صحيحه ابن بكير قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز (٢).

(و منها) ما عن أبى عبد الله عليه السلام: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، و ما كان قبل النكاح فلا يجوز... (٣).

(١) الوسائل، الجزء (٨) الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء (١٤) الباب ١٩ من ابواب المتعه الحديث ٢.

(٣) الوسائل، الجزء (١٤) الباب ١٩ من ابواب المتعه الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩١

...

(و منها) ما رواه أبان بن تغلب قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: فانى استحيى أن أذكر شرط الايام. قال: هو أضر عليك. قلت: و كيف؟ قال: لأنك ان لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتهك النفقه فى العده و كانت وارثا و لم تقدر على أن تطلقها الاطلاق السنه «١».

و غير ذلك من الروايات، فان بعضها و ان كانت ضعيفه السند الا أن فى صحيحها غنى و كفايه.

و

عمده الاشكال فى دلالتها، فان المستفاد منها أن الشرط المذكور قبل العقد لا يعتد به. لكن هذا المقدار لا يدل على مقصود الخصم، فان المدعى فى المقام أن الشرط لا بد أن يذكر فى العقد. نعم ما ورد فى روايه أبان يدل على أن عدم ذكر الاجل فى المتعه يوجب انقلاب المتعه دائماً، وهذا حكم تعبدى وارد فى مورد خاص و لا يتعدى الى غيره، فانه خلاف مقتضى القاعده اذ العقود تابعه للمقصود. و الحق أنه لا يلزم ذكر الشرط فى العقد، بل يكفى صدق العنوان.

و بعباره أخرى: لا بد من ابراز ما فى النفس بمبرز بحيث يصدق أن العاقد أنشأ العقد المشروط، فلو صدق هذا العنوان- و لو بمعونه القرينه المقاميه- يكفى فى ترتب الحكم، و لذا يكون بناء الاصحاب على كفايه الارتكاز فى بعض الشروط.

ثم ان الشيخ أفاد: بأنه يتوهم فى المقام شرط آخر، و هو التنجيز فى الشرط فلو قال «بعتك هذا بدرهم على أن تخطى لى ثوبا اذا جاء رأس الشهر» يبطل العقد لأنه يسرى الى العقد و التعليق فى العقد باطل، بل يكون مرجع العقد الى البيع بثمانين على تقديرين.

(١) الوسائل، الجزء (١٤) الباب (٢٠) من ابواب المتعه الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٢

قوله: مسأله فى حكم الشرط الصحيح (١).

و أجاب عن الاشكال: بأنه انما يتوجه على فرض كون الشرط الخياطه المطلقه، و الحال أنه ليس الامر كذلك، بل المشروط الخياطه الخاصه، و كون مرجع الامر الى امر واحد لا- يضر، و لذا قالوا بأنه لو قال «أنت و كيلي فى بيع دارى اذا جاء رأس الشهر» يبطل للتعليق، و أما لو قال «أنت و كيلي فى بيع دارى

فى رأس الشهر» فلا يبطل، و الحال ان مرجع الامرين الى أمر واحد.

و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: ان التعليق فى الشرط لا يسرى الى البيع لان الشرط ليس جزءا من الثمن، و لذا لا موضوع للتعليق و لا للبيع بثمانين، بل التعليق راجع الى الشرط و التعليق فيه لا يوجب البطلان لعدم الدليل.

و أما ما أفاده قدس سره من أن مرجع الامرين الى شىء واحد فى مسأله الوكاله فليس كما أفاده قدس سره، فانه على تقدير يكون الوكاله معلقه على الشرط و لا يتحقق الا بعد تحقق الشرط، و فى تقدير آخر يتحقق لكن متعلقه خاص.

و بعبارة أخرى: فى صورته يكون كالوجوب المشروط، و فى تقدير يصير كالمعلق لكنه قدس سره أرجح الواجب المشروط الى المعلق.

[مسأله فى حكم الشرط الصحيح]

اشاره

أقول: ان الشرط اما يكون وصفا فى المبيع كأن يبيع العبد بشرط كونه كاتباً، و اما يكون فعلاً كما لو باع داراً و اشترط الخياطه على المشتري، و اما يكون شرطاً للنتيجه كما لو باع شيئاً و اشترط ملكيه الشىء الفلانى للمشتري بحيث تحصل الملكيه بنص هذا الشرط.

أما الصوره الاولى فيترتب على الشرط الخيار عند فقدان الوصف. و السر فيه أن البيع غير معلق على وصف الكتابه و الا يلزم التعليق فى العقد، و لا يكون

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٣

...

المبيع مقيداً بهذا الوصف، اذ يلزم التقييد فى الجزئى الخارجى و هو غير معقول، فيكون معنى الشرط ارتباط الالتزام بالعقد بوجود الوصف. و بعبارة أخرى: يكون مرجع هذا الشرط جعل الخيار عند عدمه، و الظاهر عدم الاشكال فى هذا الاشتراط، فان جعل الخيار أمر جائز و يلزم بالشرط.

و أما الصوره الثانيه- فأيضاً يصح الشرط اذا كان

الفعل جائزا كالخياطه مثلا.

و أما الصورة الثالثه- وهى شرط النتيجة الذى يكون معناه إنشاء ذلك المقصود بنفس الشرط، فلا بد فيها من التفصيل، فتاره يكون المقصود أمرا مرهونا بسبب خاص كالطلاق مثلا، و أخرى علم من الشرع أنه يتحقق بكل مبرز و الشرط نحو من المبرز، و ثالثه نشك في الصحه و عدمها.

أما القسم الاول: فلا اشكال فى صحته أيضا، فان المفهوم من قول «المؤمنون عند شروطهم» أن المؤمن لا ينفك عن شرطه و التزامه، فان كان متعلق الالتزام فعلا من الافعال يجب الاتيان به، اذ فى اعتبار الشارع لا ينفك عن التزامه، و مع وجود التزام يأتى بما التزم به، و ان كان أمرا اعتباريا لا يجرى فيه الفسخ.

و أما القسم الثانى: فلا شبهه فى بطلانه، لأنه يشترط فى صحه الشرط عدم كونه مخالفا للشرع.

و أما القسم الثالث: فقد وقع الخلاف فيه بين الاعلام، فأفاد الشيخ قدس سره بأنه لو اشترط مثل هذا الشرط يكون مقتضى الاصل عدم التحقق، فلو اشترط ملكيه شىء لثالث فى ضمن العقد يكون مقتضى الاصل عدم تحققها، و لا يمكن التمسك بعموم قوله «المؤمنون عند شروطهم» اذ ليس متعلق الشرط فعل من أفعال المكلف كى يتعلق به وجوب الوفاء.

لكن فى قبال هذا الاشكال يمكن أن يقال: بأنه لا مانع من تعلق وجوب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٤

...

الوفاء بلحاظ الآثار المترتبه، و قد وقع فى كلام الامام عليه السلام فى جمله من الموارد، منها مسأله اشتراط عدم الخيار للزوجه بدفع مال الكتابه، بل يمكن الاخذ بعموم قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد صيروره الشرط جزء للعقد.

ان قلت: قد علم من الشرع أن الملكيه و أمثالها مما لها أسباب خاصه فى

قلت: هذه الدعوى غير مسموعه مع تحققها فى الشرع بالشرط، كما لو اشترط ملكيه حمل الدابه و مال العبد و غيرهما.

ان قلت: يمكن أن يكون هذا الحكم مختصا بالتابع.

قلت: ان هذا الوجه ليس قابلا- لادن يكون فارقا، مع أنه يظهر من المحقق جواز اشتراط ملكيه التابع للثالث. و كيف كان الظاهر جواز اشتراط الغايات التى لم يعلم اناطتها بسبب خاص، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، فيصح نذر كون المال الفلانى لزيد أو كونه صدقه.

اذا عرفت ذلك فنقول: يقع الكلام أولا فيما أفاده المصنف، و ثانيا فيما هو مقتضى القاعده، فنقول: ان ما أفاده من كفايه وجوب الوفاء المستفاد من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». يرد عليه انه لا فرق بين الدليلين، فان لم يكن مانع من الشمول يشمله كلاهما و الا فلا يشمله شىء منهما، و الفرق بلا وجه، و مناط الاشكال واحد.

و يرد عليه أيضا: بأن ما أفاده مع أنه ليس قابلا للفارقيه بأنه من الممكن أن يكون له خصوصيه، و مقتضى التعبد الاقتصار على مورد الاجماع، مضافا الى أنه بأى وجه نتعدى من الملك الى غيره من الموارد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٥

...

و أما قياس المقام بمسأله النذر، فيرد عليه انه بنفسه أول الكلام، بل الاشكال فى النذر أصعب، اذ لا يبعد أن يكون معنى النذر جعل عمل على الذمه له تعالى و يترتب عليه العمل. و بعباره أخرى: ما لم يتحقق النذر لا يتوجه خطاب وجوب الوفاء به. فلو نذر التصديق يجب عليه أن يتصدق، فكيف يمكن تحقق المتعلق بمجرد النذر.

و أما أصل المطلب فنقول: ان عمده الاشكال أن دليل الشرط ليس مشرعا فلا بد أن يكون متعلقه أمرا مشروعا فى

الرتبه السابقه كى يترتب عليه حكم الشرط و حيث أن مقتضى الاصل فى المعاملات الفساد فلا دليل على الصحه، لا من دليل الشرط كما ذكر و لا- من الخارج كما هو المفروض. و لكن يمكن أن يجاب عن هذا الاشكال بأنه ما المانع من جعل دليل الشرط مشرعا.

و يمكن أن يقال بمثل هذا البيان فى مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بأن نقول: مقتضى الوجوب المتعلق بالوفاء تعلق الوجوب بكل عقد، و لازمه الصحه غايه الامر بحكم العقل يخرج العقد الفاسد، فكل مورد علم أنه فاسد شرعا لا يجب الوفاء به، و فى كل مورد احتمال الصحه يجب الوفاء، و بهذا البيان عدلنا عما كنا عليه قبلا.

الاشكال الثانى المتوجه على المقام: انه قد خصص الشرط بما لا يكون مخالفا، و مع احتمال الفساد يكون تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه.

و يمكن أن يجاب عنه: أولا بأن المقصود عدم المخالفه مع ما بأيدينا من الاحكام، فلو لم يكن مخالفا لها يصح. و ثانيا انه ببركه أصاله العدم الازلى يحرز عدم كونه مخالفا حتى مع الاحكام الواقعيه، فالنتيجه ان كل شرط لم يعلم كونه مخالفا للشرع يصح بالآيه و الروايه: أما الاولى فهى آيه وجوب الوفاء، و أما الثانيه فهى روايه وجوب العمل بالشرط.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٣٩٦

قوله: و الكلام فيه يقع فى مسائل (١).

[الكلام فيه يقع فى مسائل]

اشاره

أقول: ان المصنف قدس سره نفى الاشكال عن شرط النتيجه و أجرى الكلام فى شرط الفعل، و قال يقع الكلام فيه فى مسائل:

المسأله (الاولى) فى أن اشتراط الفعل يقتضى وجوب الوفاء تكليفا أم لا

ظاهر المشهور الوجوب، ثم ذكر ما دل على الوجوب التكليفى من الايه و الروايه و قال: خالف المشهور الشهيد فى ظاهر كلامه- الى آخر ما ذكر.

والذى يهمننا فى المقام بيان ما يستفاد من الادله، فنقول: الظاهر أنه لا فرق بين شرط النتيجه و بين شرط الفعل لوحده الملاك و الدليل، و الذى يوضح الامر بيان معنى «الوفاء»، و الذى يظهر من اللغه و موارد استعمال هذا اللفظ ان «الوفاء» بمعنى التمام، يقال هذا لا- يفى أى ينقص، و ما يكون قابلا للإتمام فى العقود و الايقاعات و العهود و الوعود هو الالتزام و الاعتبار القائمان بالنفس فلو تعلق الامر بالوفاء يكون معناه الوجوب و تمام الالتزام و الاعتبار.

و بعبارة أخرى: يكون البقاء على الالتزام واجبا و رفع اليد عنه و الفسخ حراما، و حيث أن الفسخ بما هو لا حرمه فيه قطعا يكشف أن الامر بالوفاء ارشاد باللزوم أى فسخك لا يؤثر. و من الظاهر أنه لا يعقل أن يكون الالتزام باقيا و مع ذلك لا يترتب عليه ما التزم به، فان الانسان لو التزم بالذهاب الى مكان فلانى يلزم، اما تحقق الذهاب و اما الانصراف و اما تحقق مانع خارجي من العمل على طبق الالتزام، فلو قال الشارع «أنت باق على التزامك فى اعتبارى» لا بد من ترتب الاثر الخارجى بلا اشكال، فلا فرق بين أن يتعلق الشرط بملكه دار أو يتعلق بفعل كذائى، فان الالتزام بالملكه باق حتى بعد الفسخ كما أن الالتزام بالفعل الكذائى باق كذلك. نعم ربما

يمكن أن يعلق بقاء الالتزام على الفعل، فلا يكون التزام بالفعل بل مجرد ارتباط بقاء الالتزام، بأن يعلق البائع

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٣٩٧

...

التزامه بالبقاء و عدم فسخه على الخياطه، ففي الحقيقه الخياطه لم تشتط على المشتري فلا يجب.

و أفاد السيد في الحاشيه: بأنه يمكن أن يعلق البيع بالعين بشرط الفعل بنحو لا يرجع الى التعليق الى العقد كي يفسد من جهه التعليق بل الفعل قيد للمبيع بأن يبيع العبد بشرط العتق، فان العتق ليس واجبا لعدم اشتراطه، لكن لو لم يعتق يكون البيع جائزا.

و الظاهر أن ما ذكره أمر غير معقول، لان العتق ان كان شرطا لأصل العقد يكون من مصاديق التعليق في العقود و يكون باطلا، و ان لم يكن فلا يعقل تقييد الجزئي. مضافا الى ان لازمه البطلان مع عدم تحقق العتق.

و محصل الكلام في المقام أنه لو علق الوفاء على الفعل لا يكون المعلق عليه واجبا لعدم المقتضى، و ان تعلق الشرط بنفس الفعل يجب، لكن لا بد من بيان ما يكون مناطا لصدق الشرط، فان مجرد الالتزام بفعل مقارنة للعقد لا يوجب صدق عنوان الشرط عليه. نعم هو وعد ابتدائي، و الظاهر أن منشأ تعونه بهذا العنوان تعليق العقد على الالتزام.

ان قلت: هذا تعليق. قلت: نعم لكن ليس مبطلا، اذ المعلق عليه أمر موجود معلوم، و لك ان تقول: الاجماع غير شامل لهذه الصوره.

اذا عرفت ما ذكر فاعلم أنه يمكن الاستدلال للوجوب بوجوب الوفاء، أعم من أن يكون ارشادا الى اللزوم أو يكون ايجابا لترتيب الآثار الخارجيه، أما على الاول فبالتقريب المتقدم، و أما على الثاني فالتقريب فيه ظاهر، فانه يجب ترتيب الآثار و من آثاره العمل بالشرط.

دراساتنا من

قوله: المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع (١).

و يمكن الاستدلال أيضا بالاخبار الوارده فى باب الشروط كقوله «المؤمنون عند شروطهم»، فان الانصاف أن العرف يفهم من هذه الروايات أن المقام مقام الانشاء و ايجاب العمل بالشرط.

و ان أبيت عن ذلك و قلت: بأن الظاهر من هذه الجملة تعريف المؤمن و انه لا يخلف كقوله «قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ» فلا يدل على الوجوب و لا أقل من الاجمال.

قلت: الذى يبعد هذا التقريب ذيل الروايات، و هو قوله «الا شرطا حلال حراما أو حرم حلالا»، فان المؤمن الكامل الذى لا يخلف الشرط و يفى به كيف يمكن أن يشترط شرطا مخالفا للشرع، فيفهم أنه فى مقام الانشاء. و لو سلمنا هذا المعنى لكن يكفى للمدعى الروايات الخاصه الوارده فى بعض الابواب، كقوله عليه السلام «قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله قال المؤمنون عند شروطهم» (١) حيث أنه أمر بالوفاء و استشهد بقول رسول الله، فيعلم أن النبى فى مقام بيان الوظيفه و ايجاب الاتيان بما شرط على نفسه.

[المسأله الثانيه انه لو قلنا بوجوب الوفاء به من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع]

أقول: ان هذه المسأله محل خلاف بينهم، و العمده النظر فى أصل المسأله و بيان ما هو الحق فيها، و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه:

الاول- الاجماع. و فيه ما عرفت منا فلا وجه للإعاده.

الثانى- ان الفعل بالشرط يكون ملكا للمشروط له، كما أنه كذلك فى الاجاره، و يجوز اجبار المديون على أداء دينه.

و فيه: ان الامر ليس كذلك، فان المشروط عليه لا يملك منفعتة للمشروط

(١) الوسائل، الجزء ١٥ الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

له، بخلاف الاجاره فى اجاره الشخص نفسه للعمل الكذائى، فان العمل بالاجاره يكون ملكا للمستأجر كما أن منفعه العين تصير ملكا بها بخلاف الشرط.

الثالث- ان الشرط يوجب حقا ماليا للمشروط له، و لكل ذى حق اسقاط حقه و احقاقه. و هذا هو الصحيح، فانه أمر عقلائى أمضاه الشارع، و الشاهد عليه أنه قابل للإسقاط و ليس وجوبا تكليفيا محضا، كما لو نذر أن يعطى درهما للفقير، فان الفقير بالنذر لا يصير ذا حق على الناذر، و لذا لو اسقط لا ينحل النذر. نعم لو أعطاه يمكن أن يملكه. و الحاصل انه فرق بين الوجوب التكليفى الصرف و جواز اجباره من باب الامر بالمعروف، فان هذا الجواز جواز بالمعنى الاعم، اذ الامر بالمعروف مع الشرائط واجب و لا يسقط بالاسقاط فانه حق الهى، و بين الوجوب التكليفى الناشئ عن الحق الذى يكون قابلا للإسقاط.

ان قلت: لا وجه للإجبار، اذ يمكن تداركه بالفسخ.

قلت: أولا يمكن فرض المسأله فيما لا يكون للمشروط له خيار الفسخ عند عدم تحقق الشرط، كما صرح فى العقد بعدم الخيار فلا موضوع لهذا التقريب.

و ثانيا- انه يمكن أن لا يتدارك هذا الحق بالفسخ، اذ يمكن أن يكون الشرط مما يكون فيه غرض لهم، و رفع اليد عنه يكون حرجا على ذى الحق.

و ثالثا- التدارك لا يقتضى إلا عدم تعين الاجبار لا عدم جوازه. و بعبارة أخرى:

غايه ما فى الباب أن نقول بأن للمشروط له اختيار أحد الامرين.

و رابعا- انه لا معنى لهذا التقريب، فان الخيار يترتب على عدم تحقق الشرط و فى طوله، و فى الرتبة السابقه نسأل بأنه هل يكون هذا الحق موجودا أم لا. و بعبارة أخرى: نفرض أن الحق يتدارك

بالفسخ، لكن بأى وجه نلزم

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٠

قوله: الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ الا مع تعدد الاجبار (١).

ذا الحق أن يرفع اليد عن حقه.

ان قلت: ان متعلق الشرط الفعل الاختيارى، فبالالزام لا يحصل الشرط كما هو ظاهر.

قلت: أولا النقض بباب الاجاره، فان الاجير لو لم يأت بما عليه من الفعل فهل يجبر أم لا؟ الكلام هو الكلام.

و ثانيا- بالحل، و هو أن ما وقع عليه الشرط مطلق الفعل بلا قيد كما فى باب الاجاره، ففى ضمن كل فرد تحقق حصل الشرط.

بقى شىء، و هو: أنه هل يجوز لغير المشروط له الاجبار فيما لو يصل نفعه اليه كما لو شرط عتق عبد أو اعطاء شىء للفقير فهل للعبد أو الفقير الاجبار أم لا؟ الظاهر هو الثانى، كما أنه ليس لهما الاسقاط، بل الامر بالنسبه الى الاجبار و الاسقاط بيد المشروط له. نعم للفقير و العبد و الحاكم الشرعى، و لكل مكلف الاجبار بمقدار يصدق عليه الامر بالمعروف الواجب فى الشريعة.

[المسأله الثالثه فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار فيكون مخيرا بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعدد الإجبار]

أقول: ذهب المصنف الى الثانى، و الحق أن يقال: ان المدرك للخيار لو كان هو الاجماع أو دليل نفي الضرر فكان لما ذهب اليه وجه، الا أن المدرك له هو عنوان تخلف الشرط، فاذا تخلف ذلك يتحقق له الخيار، بلا فرق بين تمكن الاجبار أو تحققه.

و لا وجه لما ذهب اليه الايروانى قدس سره: بأن موضوع الخيار صورته تعذر العمل بالشرط بجميع أفرادها، لأنه لو قلنا بأن الخيار مجعول من قبل المتعاقدين فى ظرف امتناع الطرف عن الاتيان بالفعل فلا اشكال فى تحققه مع امكان اجباره، أضف الى ذلك

أن طبيعه الناس يأبى عن الاجبار.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠١

قوله: الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط الا الخيار لعدم دليل على الارش (١).

ثم أنه أفاد المصنف قدس سره الا أن يقال: ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد.

و أما اذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه فله ذلك، فيكون ذلك بمنزله تقابل من الطرفين منهما.

وفيه: أن كونه كالتقاييل لا يكون مصححا للمدعى، فان المفروض أنه لم يأت المشروط عليه بما عليه من الوظيفة، فلو لم يكن للمشروط له حق الفسخ كيف يمكنه الاقدام بالفسخ.

أضف الى ذلك كله أن فى المقام روايه «١» تدل على جواز الاخذ بالخيار، سواء أمكن اجباره أم تعذر.

أفاد السيد اليزدى قدس سره أن الروايه- و ان كانت ضعيفه من حيث السند- ولكنها منجبره بعمل المشهور. و أما أفاده من الانجبار ممنوع صغرا و كبرا.

فتحصل أن الروايه تامه دلالة الا أنها ضعيفه السند.

ثم انه لو تعذر اجباره فهل للحاكم التصدى بالعمل اذا كان قابلا للنيابه أم لا؟ أقول: أما على مسلك من قال بالولاية المطلقه للفقيه فالامر واضح، و أما على المسلك المنصور فله أن يتصدى بمقدار المتيقن، كما اذا لم يتصدى يلزم اختلال النظام أو عسر و حرج أو غيرها.

[المسأله الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار لعدم دليل على الأرش]

اشاره

أقول: ما يمكن أن يقال أو قيل فى وجه الارش وجوه:

(الاول) ما عن السيد اليزدى بأن الارش فى العيب مقتضى القاعده،

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٢

...

لأن الشرط و ان لم يكن مقابلا- بالمال في عالم الانشاء الا أنه ليس مجانا بل يقابله في عالم اللب و موجب لزياده قيمه، فان مقتضى هذه المقابله جواز الفسخ و جواز الارش، بمعنى استرداد المقدار الذي زيد لأجله في العوض.

و فيه: ما المراد من المقابله في المقام في عالم اللب، ان كان المراد منه الغرض فان تخلف الاغراض لا يوجب الارش، و ان كان المراد أن مقداراً من الثمن وقع في مقابل الشرط لبا فهو غير معقول لاستحاله وقوع شىء في مقابل شيئ. و ملخص الكلام ان الامر دائر بين أن يجعل مقداراً من الثمن في مقابل الشرط و بين جعله بتمامه في مقابل العين و كون الشرط مجانياً، و الجمع بين الامرين جمع بين المتنافيين.

(الثاني) ان الثمن وقع في مقابل العين المتقيد بخياطه الثوب مثلاً،

فان مقداراً منه وقع في قبال العين و مقداراً منه في قبال التقيد الذي هو أمر عقلي لا خارجي و مقتضى هذا البيان وقوع جزء من الثمن في مقابل التقيد، و بعدمه يبطل العقد بهذا المقدار.

و فيه: أولاً- ان التقيد جزئي لا- يقابل الثمن، و ثانياً ان العين جزئي خارجي و هو لا يقيد الا انه رجع الى الشرط و على فرض رجوعه اليه تعليق، و ثالثاً ان التقيد المذكور ان كان مفقوداً من الاصل يكون البيع بمقداره باطلاً، اذ المفروض أن العقد وقع على المقيد، فما وقع عليه العقد غير موجود و الموجود لم يقع عليه العقد، و ان كان طارئاً فهو يوجب الخيار لا الارش.

(الثالث) أيضاً ما أفاده السيد اليزدي بأن الشرط مخير بين الفسخ و أخذ الارش عقلياً،

بمعنى أن بناء العقلاء جار على ذلك، و هو ممضى عند الشرع أيضاً.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٣

قوله: الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلاء فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ (١).

و فيه: ان منشأ السيره ان كان أمراً ارتكازياً فهو يجدي للمدعي، الا أن اثباته على مدعيها، و أما السيره الخارجيه فتحققها غير معلوم، و على فرض تحققها مردوعه بقوله «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ».*

(الرابع) ان الشارط بشرطه يملك المشروط فى عهده المشروط عليه، فالفعل مملوك له فى عهده الطرف،

فاذا تعذر يكون بمنزله التلف، فهو ضامن بملاك قاعده اليد.

و يرد عليه: ان اشتراط الفعل لا يقتضى ملكيته للشارط بل مجرد حق مالى.

نعم لو ملك المشروط عليه الفعل للشارط بالشرط كما فى الاجاره فلا نضائق من الالتزام بالضمان بالتعذر.

[المسأله الخامسه لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف او بنقل أو رهن او استيلاء]

اشاره

أقول: مقتضى التحقيق فى المقام أن يقع البحث فى ضمن فروع:

(الفرع الاول) انه لو تلفت العين بتلف حقيقى هل يجوز الفسخ لمن له الشرط أم لا؟

التحقيق أن يقال: ان متعلق الخيار لو كان هو العين الخارجى يسقط الفسخ لانتفاء موضوعه، و اما اذا قلنا بأن المتعلق فى ذلك هو العقد- كما هو الحق- فلا بد من ملاحظه مدرك الخيار، فان المدرك له ان كان هو الاجماع فليس له الفسخ أيضا لعدم المقتضى له، و أما اذا كان الخيار بمقتضى القاعده- أى الشرط بالبيان المتقدم- فله الفسخ لوجود مقتضى الخيار و عدم المانع عنه.

قال السيد قدس سره: الاولى أن يقال: لو قلنا بجواز الارش أو العوض لا يجرى الخيار، لان الفسخ مع التلف ضرر على الطرف الاخر، فانه أقدم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٤

...

على ضمان البيع بالثمن المذكور فى المعامله، فالزامه بالبدل الذى قد يكون أضعاف ذلك الثمن ضرر عليه، و المفروض امكان جبر الضرر المشروط له بالارش أو العوض.

وفيه: أولا انا أنكرنا الارش و القيمه و قلنا ان مقتضى القاعده هو الفسخ، و ثانيا ان الدليل أخص من المدعى لعدم لزوم الضرر فى بعض الصور، و ثالثا ربما يقع الضرر على المشروط له عند عدم الفسخ، فانه ربما يتضرر من الصبر و لو مع أخذ الارش، مضافا الى أن نفس منعه عن اعمال حقه ضررا عليه. هذا كله على مسلك المشهور، و أما على المسلك المنصور من عدم دلاله قاعده الضرر الا على الحرمة التكليفيه فلا تنعقد المجال لما ذهب اليه أصلا.

(الفرع الثاني) انه لو لم يتلف تلفا حقيقيا لكن وقعت العين موردا للتصرف من قبل المشروط عليه،

فتاره لا يكون التصرف منافيا للشرط و أخرى يكون منافيا- كما لو باعه عبدا و اشترط عليه عتقه و المشروط عليه باع العبد- أما في الصورة الاولى و هي صورة عدم التنافي فربما يتوهم بأن التصرف الواقع عن المشروط عليه على العين على خلاف القاعده، لان

العقد خيارى.

و هذا التوهم فاسد فانه لا يمنع الخيار عن تصرف المالك فى ملكه، و هذا النحو من الاستدلال مصادره بالمطلوب، فالتصرف وقع فى محله و صدر عن أهله.

ثم ان التصرف الواقع على العين من قبل المشروط له اما يكون تصرفا مخرجا عن ملكه كالبيع أو كالمخرج كالاستيلاء المانع من النقل، و اما لا- يكون مخرجا عن الملك كالرهن، أما على الثانى فما المانع من القول ببقاء الخيار و باعماله ترجع العين الى مالكها الاول، غايه الامر مع كونها متعلق الرهن فان الانتقال لا ينافى الرهانه. و أما على الاول فاما يكون الانتقال نقلا لازما و اما يكون جائزا،

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٥

...

اما على الاول فبعد الفسخ ينتقل العين بالقيمه و التصرف باق بحاله بلا اشكال، فان الخيار من أحكام العقد و التصرف الاعتبارى الموجب للنقل كالتلف الحقيقى، و لا موجب لانفساخ العقد الثانى بانفساخ العقد الاول. و على القول بأن الفسخ يوجب انفساخ العقد الثانى فهل يكون انفساخه من حين الفسخ أو من أصله؟

الحق هو الاول، لان الفسخ من أحكام حل العقد من الحين لا من الاصل.

و أما على الثانى- أى على فرض أن يكون التصرف جائزا- هل يجبر المشروط عليه على الفسخ ورد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشروط عليه على الفسخ و رد العين أم لا؟ الظاهر هو الثانى، فان الفسخ الصادر من المشروط له اما يوجب انفساخ العقد الثانى و اما لا- يوجب، أما على الاول فلا تصل النوبه الى الاجبار و أما على الثانى كما هو الحق فلا مقتضى للإجبار، لأنه بالفسخ و انتقال مال المشروط عليه هل ينتقل الى الفاسخ شىء لا

طريق الى الثانى فانه ينافى قانون المعاوضه، و على الاول فلا مقتضى للإجبار، لان المفروض أنه انتقل اليه عوض ماله، الا أن يقال: بأنه بدل الحيلوله، لكن قد ذكرنا فى محله أنه لا مدرك لبدل الحيلوله. و ملخص الكلام: ان مقتضى القاعده جواز الفسخ مطلقا و الانتقال الى قيمه.

ثم لو فرض أن المشروط له لم يقبض القيمه و انتقل اليه العين بتقاييل أو فسخ أو هبه أو ارث أو غيرها فهل يجب رد نفس العين أم لا؟ الظاهر هو الاول اذ مقتضى الضمان ان نفس العين يرد و الانتقال الى القيمه من باب للابديه و البدليه، فالصواب فى المقام هذا القول.

و فى المقام أقوال آخر يظهر فسادها مما ذكرنا:

(منها) الصحه لكن للفاسخ فسخ العقد الثانى لكون العين متعلق حقه.

و فيه: انه لا يتعلق حق بالعين للمشروط له، و وجود الحق أول الدعوى.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٦

...

(و منها) الفرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما، ففى الاول يجوز الزام المشروط عليه بالفسخ لان ترد نفس العين الى الفاسخ.

و فيه: ان رد العين انما مع وجوده و عدم المانع، و المفروض فى المقام المانع موجود و لا مقتضى للفسخ من قبل المشروط عليه.

(و منها) الانفساخ من الحين لوجود الفسخ من قبل المشروط له.

و فيه: لا مقتضى للانفساخ بعد انعقاد العقد صحيحا.

(و منها) الفرق بين العتق و غيره، بأن يقال فى العتق لا- ترد العين و لا- يفسخ العقد لبناء العتق على التغليب و فى غيره يقال بالانفساخ من الاصل أو من الحين.

و فيه: انه لا مقتضى للانفساخ فى غير العتق أيضا، و فى العتق و ان كان الامر كذلك و لا يرجع

العبد رقا، لكن الاولى أن يقال بأن الحر لا- يدخل في الملك، لا أن بناء العتق على التغليب فان له معنى آخر بل لا مقتضى للرجوع.

(و منها) الفرق بين التصرف الذى وقع قبل التعذر و بين التصرف الذى وقع بعد التعذر، فما كان قبل التعذر تام و لا يفسخ و أما فى التصرف الذى بعده يجرى أحد الوجوه.

و فيه: انه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق، و مقتضى القاعده عدم الانفساخ مطلقا.

(الفرع الثالث) أنه لو تصرف المشروط عليه تصرفا منافيا للشرط – كما لو باع العبد الذى اشترط فى العقد الاول عتقه –

اشاره

فيقع الكلام فى مقامين:

الاول فى حكم العقد الواقع على العين، الثانى فيما لو فسخ من له الشرط.

أما المقام الاول [فى حكم العقد الواقع على العين]

فنقول: ربما يقال بأن التصرف فى العين بالتصرف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٧

...

المنافى حرام و نهى عنه، و النهى عن المعامله يقتضى الفساد.

و فيه: ان التصرف بما هو تصرف ليس حراما و لا دليل عليه، و على فرض تسلمه لا تكون الحرمة التكليفيه تقتضى فساد المعامله ان لم تقتض صحتها.

و بعبارة أخرى: لم يرد نهى عن التصرف فى العين الا بتقريب أن مقتضى وجوب الوفاء بالعقد العمل بالشرط، و الامر بالشىء يقتضى النهى عن ضده فالتصرف بالمنافى حرام فيكون فاسدا.

و فيه: أولا ان مفاد «أَوْفُوا» ليس الا الارشاد الى اللزوم، و ثانيا ان الامر بالشىء لا يقتضى النهى عن الضد، و ثالثا النهى لا يقتضى الفساد الا أن يتعلق بعنوان المعامله، فانه يكون ارشادا الى الفساد بالظهور العرفى، و أما لو تعلق بعنوان آخر- كما لو حلف أن لا يبيع مثلا فباع- لا شبهه فى الصحه.

و ربما يقال أيضا كما فى كلام السيد قدس سره: ان العين متعلق للحق فلا يجوز التصرف فيه الا مع الاذن ممن له الحق.

وفيه: أولا اثبات حق متعلق بالعين أول الكلام. نعم للمشروط له حق على المشروط عليه. و ثانيا سلمنا وجود حق لكن أى دليل قام على كون مطلق الحق مانعا عن التصرف، و هذا يحتاج الى الدليل، و قياس المقام بحق الرهانه مع الفارق، اذ هناك الدليل قائم، فالحق أن التصرف الواقع صحيح.

ثم انه لو قلنا بفساده فهل يصح مع الاجازه كما يصح مع الاول أم لا؟

الحق هو الثانى، اذ المفروض أن الحق مانع عن الصحة، و الاذن السابق

لا يرفع المانع و الاجازة اللاحقه لا تؤثر فى الصحه، فان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و الا يلزم صحه العقد الغررى بعد ارتفاع الغرر. و أيضا كل مانع لو

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٠٨

...

ارتفع بقاء يلزم الصحه، و هو كما ترى.

ان قلت: مقتضى دليل الصحه أن يكون العقد الصادر من المالك صحيحا، لكن لمانع- و هو عدم اذن من له الحق- لم تتحقق الصحه. و بهذا المقدار نرفع اليد عن الدليل، و لكن بعد الاجازة لا مانع من الاخذ به.

قلت: أولا لا يلزم النقص بغيره من الشرائط كما ذكرنا، و ثانيا نقول المفروض ان العقد وقع فاسدا لفقد شرط من شرائطه، فلا سبيل الى الصحه بعد البطلان.

و بعبارة أخرى: اما يكون هذا الحق معتبرا عدمه فى البيع و اما غير معتبر، أما على الاول فلازمه البطلان على الاطلاق، و أما على الثانى فلا مناص من القول بالصحه.

و لا يقاس المقام بباب الفضولى، فان المدعى فى ذلك الباب أن العقد يستند الى المجيز بالاجازة و يصير العقد عقدا للمالك. و أما فى المقام فانتساب العقد الى المالك محرز، فلا- جامع بين المقامين. و لا يخفى أنه لو التزمنا بالصحه مع الاجازة يلزم الالتزام بالصحه فيما أسقطه المشروط عليه حقه لوحده الملاك.

(و أما المقام الثانى) [فيما لو فسخ من له الشرط]

و هو ما لو فسخ من له الشرط العقد، فالوجه المتصوره فى المقام هى الوجوه المذكوره فى الفرع السابق بلا فرق، و قد عرفت أن الحق بقاء العقد الثانى بحاله و انتقال بدل العين الى الفاسخ، و الكلام فى بقيه الوجوه هو الكلام فيها المتقدم فى المسأله السابقه، فلا وجه للإعاده.

و أما التصرف من ذى الخيار فى العين فلو لم يكن مبرزا

للالتزام بالعقد لا وجه لسقوط الخيار و يكون العقد باقيا بحاله، و لا دليل على كون التصرف بما هو موجب لسقوط الخيار.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٠٩

قوله: السادسة للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط (١).

[المسألة السادسة للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الإسقاط]

أقول: الذى ينبغى أن يقال فى المقام، ان الشرط اما شرط للنتيجه و اما شرط للوصف و اما شرط للفعل، أما شرط النتيجة فلا معنى لإسقاطه، لأنه بنفس الشرط يتحقق المطلوب، و أما شرط الوصف فلا يتصور فيه الاسقاط، لأنه مع عدم الوصف ليس الا الخيار فلا موضوع للإسقاط، فالعمده شرط الفعل، و هو تاره يصير مملوكا للمشروط له بالشرط كشرط النتيجة و أخرى ليس كذلك، أما على الاول فيتصور فيه الابراء كبقية الديون، و أما الثانى فربما يقال: بأنه لا دليل على جواز اسقاط كل حق، و الاستدلال بفحوى تسلط الناس على أموالهم غير تام لضعف سنده.

و هل يكون فرق بين الفعل المالى كالخياطة و غيره كالعق- كما فى كلام المحقق الاصفهاني بأن نقول: لو كان من الاول يجوز ابرأؤه و ان كان من الثانى يجوز اسقاطه- الحق أنه لا فرق. و هذا التفصيل لا يرجع الى محصل صحيح، اذ الفعل ان كان دينا فى ذمه الطرف لكن ابرأه مطلقا و ان لم يكن دينا فلا- موضوع للإبراء، و أما الاسقاط فكما تقدم يكون فيه مجال للمناقشه، الا ان يقال: بأن الارتكاز يقتضى ثبوت الحق الى زمان الإسقاط، مضافا الى أن مقتضى الارتكاز العقلاني الشرعى قبول هذا النحو من الحقوق للإسقاط.

ثم انه على تقدير القول بجواز الاسقاط لا- فرق بين مصاديقه، و لا مجال لاستثناء بعض مصاديقه كالعق، حيث أنه يتوهم بأنه متعلق المشروط له

و متعلق بحقه تعالى و متعلق لحق العبد. و هذا التوهم فاسد، فانه لا حق للعبد، اذ العبد ينتفع بالعتق، و هذا لا يوجب حقا له لعدم المقتضى، و الا يلزم أنه لو نذر أحد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٠

قوله: السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور (١).

أن يعطى دينارا من زيد يكون لزيد حق المطالبة، و هو كما ترى.

هذا أولاً و ثانياً لو سلم أنه ذو حق و لكن ليس حقه في عرض حق البائع بل في طوله، و لازمه انتفاؤه بانتفائه. و بعبارة أخرى: في صوره بقاء البائع يكون هذا الحق للعبد، و أما مع عدمه فلا، و أما بالنسبة اليه تعالى فأيضاً لا مقتضى لوجود الحق، بلا فرق بين أن يطلب منه بطلب و جوبى أو غيره. نعم في الطلب الوجوبى للأمر بالمعروف مجال واسع، و لكن هذا قدر مشترك بين جميع الواجبات، و الزائد على هذا المقدار لا دليل عليه.

[المسألة السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يسقط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور]

اشاره

أقول: اعلم أن العقد الواقع للمبيع تاره يكون صوره نوعيه عرفيه كالحماريه و البقرية، و أخرى يكون وصفا خارجيا غير داخل في حقيقه الشىء كالكتابه للعبد، و ثالثه يكون من قبيل كميهِ الاشياء و مقدارها كقوله «بعتك هذه الصبره بشرط أن تكون عشره أصوع».

أما القسم الاول فلا سبيل مع انتفائها الى الصحه، فان الصوره النوعيه العرفيه مقومه للمعامله و بدونها لا تصح.

و أما القسم الثاني فلا يكون وجوده دخيلا في الصحه الا بنحو التعليق المبطل للعقد و تخلفه يوجب الخيار فقط.

و أما الثالث فتاره يبحث فيه ثبوتاً و أخرى اثباتاً، أما الكلام فيه من ناحيه الثبوت فالحق أنه يتصور فيه

أن يكون جزءاً من المبيع و يتصور أن يكون شرطاً بحيث لا- يقسط عليه الثمن، فإنه يمكن إيقاع المعاملة على ما يكون موجوداً خارجاً على نحو الإطلاق و يشترط فيه أن يكون كذا مقداراً و يمكن إيقاع المعاملة على

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١١

...

كل جزء منه بكذا. و الظاهر الصحة في كلتا صورتين، و الاشكال من حيث الغرر مدفوع بعد تسليم تماميه دليل بطلان الغرر من المعامله، بأنه ان قلنا أن اشتراط الخيار يرفع الغرر فلا موضوع للغرر، و ان لم نقل فيمكن الاستناد باخبار البائع.

هذا فيما يقع العقد بنحو الإطلاق و يشترط المقدار، و أما لو وقع العقد على جزء منه فالامر أوضح، غاية الامر لو تخلف يتحقق خيار تبعض الصفقه، و لا فرق فيما ذكرنا بين متساوي الاجزاء كالمثلثات و متفاوتها كالقيميات.

هذا بحسب مقام الثبوت، و أما بلحاظ مقام الاثبات و الدلاله فلا يبعد أن يكون مقتضى الظهور العرفي هو التبعض، و لو فرضنا الشك من جهه مقام الاثبات و الدلاله فمع العلم يكون مقتضى الاصل عدم الانتقال من الثمن الا بما يساوي من الثمن، و أما الخيار فموجود على كلا التقديرين، غاية الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر، و في المقام روايه «١» لا بأس بدلالتها الا أنها مخدوشه سنداً بعمر بن حنظله.

على أن الشرط بهذا النحو مرجعه الجزئيه، لكن الروايه وارده في القيمي و دلالتها على الحكم في المثلي بالاولويه كما ترى.

ثم ان في الروايه اشكالا من جهه ذيلها، و هي أن المستفاد من الدليل أنه لو كان للبائع أرض غير ما باعه فالباع لازم و يجب الوفاء، و هذا الحكم على

خلاف القاعده الاولى، لان المفروض أن مقتضى التفسير عدم صحة العقد الا الموجود، فلا مقتضى لوجوب الوفاء من أرض أخرى.

و عن العلامه فى التذكره نفي البعد، بتقريب أن القطعه المجاوره للمبيع أقرب الى المثل من الارش.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٢

...

وفيه: يرد أولا- ان الارض ليست من المثليات، و ثانيا أنه كما ذكرنا لا يكون العقد صحيحا الا بالمقدار الموجود، فلا موضوع لهذا التقريب. و يحتمل بعيدا أن يكون مراده عليه السلام انه ان كانت الارض المعيبه مطالبه للمقدار المبيع فالباع لازم، و الا يكون له الخيار. لكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر.

ثم ان الشيخ ذكر الاقسام المتصوره فى هذه المعامله على أربعة أقسام:

(الاول) أن يكون المبيع متساوى الاجزاء و ينقص،

فلو قلنا بأن الظاهر من اللفظ فى مقام الاثبات التفسير للمشتري أن يمضى البيع فى المقدار الموجود و يرجع ببقية الثمن، و أما لو كان مجملا فمقتضى الاصل عدم انتقال الثمن الى البائع، و أما الخيار فهو موجود على كل تقدير، غايه الامر يكون خيار تخلف الوصف على تقدير و خيار تبعض الصفقه على تقدير آخر.

و ظاهر جمله من الاصحاب ثبوت خيار تخلف الشرط أو الوصف لترجيح الاشاره فيما لو تعارضت الاشاره و الوصف. و أفاد الشيخ قدس سره بأن كون المقام من قبيل الاشتراط مسلم لكن لا نسلم عدم التفسير فى كل شرط، فتأمل.

و يرد عليه: لا- يتصور للشرط الا- تعليق الا-لتزام بالعقد على وجوده، فالثمن بتمامه مقابل العين، و عليه لا مناص الا بأن نقول ان جمله و لو كانت بصوره الاشتراط لكن ينحل الى التفسير، و لعله قدس سره اشار الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

(الثانى) أن يكون المبيع مختلف الاجزاء و ينقص،

و هذا أيضا كسابقه ثبوتها و اثباتها، بأن الظاهر هو التفسير خلافا للمحكي عن المبسوط، مستدلا بأن الفئات لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يعلم قسط الفئات من الثمن.

قوله: القول في حكم الشرط الفاسد، و الكلام فيه يقع في أمور:

الاول ان الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به، بل هو داخل في الوعيد، فان كان العمل به مشروعاً استحب الوفاء به (١).

و فيه: أولاً- أنه لو سلم عدم امكان التفسير فلا بد من الالتزام ببطان البيع فلا وجه لثبوت الخيار. و ثانياً يمكن تصوير تساوى القيمه في مختلف الاجزاء.

و ثالثاً انه لا يكون القسط مجهولاً، اذ يفرض المبيع بذلك المقدار و ينقص عن الثمن بالنسبه،

مثلا لو بيع الارض بشرط أن تكون عشره جريان فانكشف كونها خمسه يرد نصف الثمن، و هذا أمر واضح.

(الثالث) انه لو كان المبيع متساوى الاجزاء و يتبين الزيادة عما شرط على البائع،

فان كان المراد العقد على المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالكل للمشتري و يمكن تصويره بنحو لا يكون العقد غرريا، و في هذا الفرض لا خيار. و ان كان المراد ظاهر الشرط- و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة أعنى بشرط لا عن الزائد- يصح العقد و يثبت خيار الوصف للبائع و خيار الشركه للمشتري.

و هذا لا ينافي ما قلناه من أنه لا يبعد أن يكون المورد موردا للتقسيط، اذ لا يبعد أن يكون شرط عدم الزيادة بمنزله الاستثناء و ان قلنا بأن البيع وقع على ما فى الخارج كالصوره الاولى، غايه الامر اشترط للبائع عدم الزيادة يثبت للبائع الخيار فله فسخ العقد و امضاؤه فى تمام الصبره.

(الرابع) أن يتبين الزيادة فى مختلف الاجزاء،

و حكمها يعلم مما ذكرنا و لا وجه للإعاده.

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

[الأمر الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به]

اشاره

أقول: الامر الاول أنه ذهب المشهور الى استحباب العمل بالوعيد، الا أنا قد حققنا الكلام فيه و بينا وجوبه وفقا لكمال الدين الميثمى البحرانى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٤

...

و السيد نعمه الله الجزائرى.

و قد استفدنا ذلك من عدّه روايات «١» و ارده فى الباب، كقوله صلى الله عليه و آله «من كان يؤمن بالله فليف اذا وعد» و كقوله عليه السلام «عده المؤمن أخاه نذر لا كفاره له» و غير ذلك من الروايات و قد عد التخلّف عن الوعد من مطاعن معاويه عليه اللعنه، و قد حققنا ذلك فى رساله مفرده.

و لا مجال للاستدلال على وجوب الوفاء بالوعد بلزوم الكذب فى صورته التخلف، لان رفع اليد عن الالتزام ليس بكذب، على أن الوعد ليس من مقوله الاخبار حتى يتصف بالصدق و الكذب بل هو من مقوله الانشاء.

و كيف كان هل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم لا؟ ما يمكن أن يقال فى وجه كونه مفسدا له أمور:

(الأمر الأول) أن الشرط يقسط عليه الثمن، فإذا كان فاسدا يوجب الغرر فى البيع لصيروره العوض مجهولا بذلك.

و فيه: أولا- انه لا- يقسط الثمن عليه، و ثانيا لا يكون العوض مجهولا لكون التفاوت بين ما اذا كان العوض المنضم الى الشرط و المجرد عنه مضبوطا فى العرف، و ثالثا على تقدير تسليم الجهاله فى المبيع نمنع كون مثل هذا الجهل قادحا، لان القادح هو الجهل بالعوض عند إنشاء العقد لا الجهل الطارئ على العوض.

(الامر الثانى) ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص

فاذا تعذرت الخصوصيه بفساد الشرط لم يبق التراضى، لان الجنس يرتفع بارتفاع الفصل. و المعاوضه بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضه جديده

(١) اصول الكافى الجزء ٢ باب خلف الوعد و عيون اخبار الرضا ص ٣٤.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٥

...

يحتاج الى إنشاء جديد، و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض.

و أجب عنه المصنف قدس سره نقضا: بأن انتفاء الشرط لا يوجب أن يحوج العقد الى إنشاء جديد، و مجرد ارتباط الشرط بالعقد لا يقتضى ذلك، و لذا ان الشرط الغير المقصود للعقلاء فى السلم و غيره لا يقتضى فساد العقد، و كذا لا يفسد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه كما يستفاد ذلك من النص «١» الوارد فى باب النكاح.

أقول: يمكن أن يقال انه لا يمكن استفاده عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد من النص المذكور، لأنه حكم خاص فى مورد خاص أهتم الشارع به، أضف الى ذلك أن الاشتراط لا يقتضى أنه لو لم يسلم الشرط يحتاج الى عقد جديد.

و أيضا نقض الشيخ قدس سره أن ظاهر العلماء أن الشرط الغير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا، و لم يظهر منهم بطلان العقد.

و أورد عليه: بأن الاصل فى الارتباط هو انتفاء الشئ ى بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم

الانتفاء في بعض الموارد لا يوجب التعدي.

و أجاب عنه: بأن الامثله المذكوره لا خصوصيه لها، و المقصود من بيان الامثله عدم استحاله التفكيك بين الشرط و العقد.

و الحق أن يقال: ان الشرط قد يكون صفه للمبيع و أخرى فعلا من الافعال و على الاول يكون مرجع الاشتراط الى تعليق الخيار على فقدان الوصف، ففساد الشرط يوجب خيار تخلف الوصف، و لا- مقتضى للتسقيط لان الثمن بتمامه وقع في مقابل الموصوف، و على الثاني قد يجعل الشارط الزاما للمشروط

(١) الوسائل الجزء ١٥ الباب ٢٩ من ابواب المهور الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٦

...

عليه بالشرط و قد يجعل خيارا لنفسه به، و على كلا التقديرين يثبت له الخيار عند فساد الشرط.

و لا مجال للإشكال بأن المعلق ينتفى عند انتفاء المعلق عليه، لان العقد لم يعلق على الفعل الخارجي بل هو معلق على التزامه، و هو موجود، و مثل هذا التعليق غير قادح. نعم اذا كان الصفه من القيود التي تعد من الصور النوعيه- ككون المبيع حيوانا ناطقا- فان العرف يحكم بانتفاء المطلوب عند انتفاء قيده كما أفاد الشيخ في جواب الحلبي عن الاشكال. و الحاصل ان العقد المرتبط بالشرط الفاسد يصدق عليه العقد، فيشملة أدله و جوب الوفاء.

أفاد الايرواني قدس سره أن لا وجه للتمسك بالعموم لصحة العقد المجرد عن الشرط، الا أن يكون كل من العقد و العقد مع الشرط مصداقا مستقلا للعقد.

و فيه: أولا ان العقد بلا شرط يصدق عليه العقد، و ثانيا سلمنا أنه شرط في صدقه و لكن يمكن أن يكون الشرط الفاسد أيضا محققا لموضوع العقد.

و ان شئت قلت: يصدق على العقد المشروط بالشرط الفاسد عنوان العقد و عنوان البيع و

عنوان التجاره، فتشمله الادله.

ثم ان الشرط الفاسد هل يوجب الخيار اذا كان الشارط عالما بفساد الشرط أم لا؟ ظاهر الشيخ هو الثانى، الا أن المختار هو الاول، لوجود المقتضى و عدم المانع، فانه لا شبهه فى جعل الخيار عند عدم تحصل الشرط، و المفروض أن شرط الخيار ليس باطلا.

(الامر الثالث) النص،

و هو ما رواه عبد الملك بن عتبه قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما أو ابتاع منه متاعا على أن ليس على منه وضعه هل يستقيم هذا و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغى «١».

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣٥ من ابواب احكام العقود، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٧

...

و تقريب الاستدلال بالروايه: انه يستفاد منها أن البيع حرام وضعاً.

قال المحقق الايروانى: ان الروايه تضمنت سؤالين؟ أحدهما السؤال عن صحه البيع بشرط أن تلحق خساره المشتري اذا باع و خسره، الثانى السؤال عن صحه الشرط و تسلط المشتري على أخذه الخساره منه. و الاستدلال بها على المدعى يبتنى على ارجاع قوله عليه السلام «لا- ينبغى» الى السؤال الاول، و يكون المراد منه هو الحرمة بمعنى الفساد دون الكراهه، و أما اذا رجع الى السؤال الثانى فلا يمكن الاستدلال بها على المدعى.

التحقيق أن يقال: ان الروايه ينبغى أن يبحث عنها من جهتين السند و الدلاله:

اما السند فهو مخدوش بعبد الملك بن عتبه، فانه مشترك بين الصيرفى الموثق و بين الهاشمى الضعيف. و أما الدلاله فان الظاهر المستفاد من قوله عليه السلام «لا ينبغى» الكراهه لا الحرمة فلا يرتبط بالمقام، و أيضا ظاهره أنه يسأل عن مجموع الامرين.

(و منها) ما رواه «١» حسين بن منذر عن أبى عبد الله

عليه السلام، و هذه الروايه ساقطه سنندا بحسين بن منذر، و أما من حيث الدلاله فيظهر الحال مما نذكره في روايه ابن جعفر عن أخيه.

(و منها) ما رواه «٢» علي بن جعفر عن أخيه، و هذه الروايه نقلت بطريقتين:

أحدهما معتبر و هي المنقوله عن كتاب علي بن جعفر قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل ذلك؟ قال: اذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس. بتقريب أن مقتضى مفهوم الروايه البأس في المعامله، و لا وجه

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤١٨

...

للفساد الا من ناحيه فساد الشرط.

و الجواب: ان البحث في المقام في أن الشرط اذا كان فاسدا هل يوجب فساد العقد أم لا؟ و الشرط المذكور في الروايه ليس شرطا فاسدا. نعم بمقتضى الروايه نلتزم أن من شرائط البيع أن لا يشترط فيه مثل هذا الشرط، و هذا أمر تعبدى لا بد من الالتزام به و خارج عن محل الكلام. و وجه البطلان التعبد و النص الخاص الوارد في المقام لا الدور و لا عدم قصد البيع.

فتحصل أن المقتضى للصحه تام و المانع غير موجود، مضافا الى أنه يمكن الاستدلال للصحه ببعض النصوص:

(منها) ما رواه «١» الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، فان المستفاد من الروايه كما ترى ان اشتراط ولاء العتق للبائع باطل و مع ذلك لا يوجب فساد البيع، و لا شبهه في أن الظاهر من الروايه أن الاشتراط كان في ضمن العقد.

(و منها) ما رواه «٢» الحلبي أيضا عن أبي عبد الله

عليه السلام، فانه سئل في هذه الروايه عن بيع الاماء بشرط عدم البيع و الهبه و الارث، فأجاب عليه السلام بأن شرط عدم الارث باطل لكونه مخالفا للكتاب، فان الظاهر من الروايه صحه العقد و فساد الشرط و هذا هو المطلوب فى المقام.

ثم ان الشيخ قدس سره أفاد: بأنه قد يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع صحه البيع، فلو كان الحكم بصحه البيع موقوفا على صحه الشرط لزم الدور. ثم قال: و فيه ما لا يخفى.

و يمكن أن يكون نظره الى أن صحه العقد يتوقف على صحه الشرط، لكن

(١) الوسائل، الجزء ١٥ الباب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤١٩

...

صحه الشرط يتوقف على عدم كونه مخالفا للشرع، فالتوقف ليس من الطرفين بل من طرف واحد.

ثم انه على تقدير الفساد فهل يثبت الخيار أم لا؟ الحق هو الثانى كما مر، لان الخيار على ما اخترناه على القاعده، فلا فرق بين الشروط صحه و فسادا لو حده الملاك. نعم لا خيار مع تحقق الشرط و ان كان حراما، كما يشترط عليه بأن يكذب و كذب. هذا على تقدير القول بأن الخيار من باب التخلف، و أما ان كان المدرك للخيار الاجماع فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن، كما أنه لو كان المدرك حديث نفى الضرر يمكن أن تحصل النتيجة بنحو آخر.

(الامر الثانى) أنه لو أسقط المشروط له الشرط هل يمكن تصحيح العقد أم لا؟

يظهر من العلامه فى التذكرة التردد فى المسأله. و الذى يمكن أن يكون وجها للصحه أن يقاس المقام بباب الفضولى و المكروه، حيث حكموا بالصحه بالاجازه فى الاول و بتأثير رفع الاكراه و حصول الرضا فى

الثانى.

لكن القياس مع الفارق، لاین المدعى فى باب الفضولى أن الرضا من المالك متعلق بالعقد الجامع للشرائط، و أيضا فى مورد الاكراه يكون الواقع متعلقا للرضا، و أما فى المقام ما وقع عليه العقد لم يرض كما هو المفروض و ما يكون متعلقا للرضا لم يعقد عليه، فالحق ما أفاده المصنف و هو البطلان.

(الامر الثالث) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد و لم يذكر فى متن العقد و قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد فما حكمه فى هذه الصورة المفروضة؟

أفاد الشيخ قدس سره بأنه لو قلنا بأن الشرط المذكور قبل العقد لا حكم له فيصح العقد و الا فلا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٠

قوله: الكلام فى أحكام الخيار، الخيار موروث بأنواعه (١).

و يرد عليه: ان الوجه فى الفساد موجود فى الفرض، فان المفروض أن القصد تعلق بما هو مقيد، فهذا التفصيل ليس على ما ينبغى. و الحق أنه لو قلنا بافساد الشرط الفاسد أن يقال بالفساد فى المقام أيضا.

و أما ما عن الشهيد من التفصيل بين صورته العلم بأن الشرط المتقدم لا أثر له يصح و الا يبطل، فليس على ما ينبغى بل أسوأ حالا من تفصيل المصنف، فان العلم يترتب الاثر عليه و العلم بعدم الاثر و الشك فيه لا يكون ميزانا، بل الميزان تعلق القصد بالمقيد و عدمه كما ذكره.

(الامر الرابع) انه لو كان فساد الشرط من ناحيه عدم تعلق غرض عقلائى به، فربما يقال: كما عن ظاهر جماعه عدم كونه مفسدا.

و قال الشيخ قدس سره:

لعل الوجه فى كلامهم أنه لا يجب الوفاء به و لا يترتب عليه الخيار لا يكون مقيدا للعقد.

و يرد عليه: أولا انا لا نسلم أنه لا يترتب عليه الاثر من عدم وجوب الوفاء و عدم ترتب الخيار، و ثانيا على فرض أنه كذلك كما هو المفروض فلو قلنا بالافساد يلزم القول به فى مفروض الكلام أيضا اذ مناط الفساد التقييد و المفروض كذلك.

و الله العالم.

[الكلام فى أحكام الخيار]

اشاره

أقول: ان الحكم بكونه موروثا يتوقف على ثبوت أمور ثلاثه: الاول اثبات كون الخيار حقا لا حكما شرعيا، الثانى كونه حقا قابلا للانتقال، الثالث شمول أدله الارث عليها. فبعد تماميه المقدمات الثلاث يتم المطلوب.

أما كونه من الحقوق فيمكن أن يستدل عليها بالروايات «١» الواردة فى باب

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢١

...

خيار الحيوان، و هى جمله «فذلك رضى منه» فيستفاد منها بالتفاهم العرفى كون الخيار حقا.

و لكن لقائل أن يقول: انه حكم خاص فى مورد خاص لا- وجه للتعدى الى غيره من الخيارات. و بعبارة أخرى: لا يستفاد منه الكبرى الكلى الجارى فى جميع الخيارات، الا أن يتمسك بالتسالم فى المقام، و به يثبت كونه من الحقوق.

هذا تمام الكلام فى المقدمه الاولى، و أما المقدمه الثانيه فهى أنه على تقدير كونه من الحقوق قابل للانتقال أم لا؟ ربما يقال بعدم انتقاله الى الغير، لان الربط الموجود بينه و بين ذى الخيار ربط خاص قائم به فينعدم بعدم ذى الخيار، فلا يبقى شىء حتى ينتقل الى غيره، و لا يقاس المقام بالملك لأنه يبقى فى الخارج بعد انعدام مالكة، بخلاف حق الخيار فانه ينعدم بانعدامه.

و فيه ان

الخيار كما قيل في تعريفه ملك فسخ العقد، فان فسخ العقد باق و ينتقل بالارث الى الوارث، لكن مجرد الامكان لا يكفى بل يلزم اثبات قابليته الانتقال و مع الشك فيه لا يمكن التمسك بأدله الارث لكون الشبهه مصداقيه، و الحكم ببقائه بالاستصحاب لا يصح، الا أن يقال بجريان الاستصحاب فى القسم الثالث من الاستصحاب الكلى، و قد حقق فى محله عدم حججه، الا ان انتقال حق الخيار الى الغير من الامور التى قام الاجماع عليه، بل هو من الامور المسلمه فى الشرع.

و أما المقدمه الثالثه فالامر فيها واضح بعد تماميه المقدمتين، فان الادله الوارده فى الكتاب و السنه فى ارث ما ترك الميت تشمل المقام أيضا، فان مقتضى اطلاقها انتقال ما بقى من الميت الى وارثه، أعم من أن يكون عينا أو منفعه أو حقا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٢

قوله: بقى الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا (١).

[الكلام فى أن ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا]

أقول: انه يظهر من كلام الشيخ أن فى المسأله صورا ثلاث:

الاولى- ان ارث الخيار ليس تابعا لإرث المال، فحرمان الورثه عن ارث المال باستغراق دينه تركته مثلا لا يمنع من انتقال حق الخيار الى الوارث.

الثانيه- عكس الاولى، كما اذا كان الوارث قاتل مورثه أو كان كافرا فلا اشكال فى عدم الارث فى هذه الصوره، لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق، و الصورتان المذكورتان لا خلاف فيهما.

الثالثه- انه محل خلاف بين الاعلام بأن الخيار تابع لإرث المال أم لا؟

و هو كما اذا كان حرمانه من المال لتعبد شرعى كالزوجه غير ذات الولد بالنسبه الى العقار و غير الاكبر من الاولاد بالنسبه الى الحيوه، ففى حرمانه من الخيار المتعلق

بذلك المال و عدمه خلاف حرمانه مطلقا و عدمه مطلقا، و ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث منتقلا الى الميت أو عنه فيرث في الاول، و رابعها عدم الجواز فيما انتقل الى الميت و الاشكال فيما انتقل عنه. و الحق هو القول الثاني، لان الخيار ملك فسخ العقد و لا يرتبط بالعين.

و استشكل السيد اليزدى قدس سره على الشيخ: بأنه جعل محل الخلاف الصوره الثالثه بخلاف الاولى، و الحال أن الملاك في كلتا المسألتين واحد.

و ربما يقال بالفرق بين المسألتين: بأن الوارث يمكن له أن يملك ما ترك الميت فيما اذا استوعب الدين تركته بوجه من الوجوه، كما اذا أدى الديون من ماله الاخر بخلاف الحبوه مثلا فانه ليس قابلا للرفع. و لكن هذا الفرق غير فارق كما ترى.

و لكن يمكن الجواب عن السيد بما ذهب اليه المحقق الاصبهاني في

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٣

قوله: مسأله في كيفية استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه (١).

حاشيته، بأن التركه فيما اذا استوعبها الدين اما ينتقل الى الورثه غايه الامر أنه ممنوع عن التصرف، فالفرق بين المسألتين واضح، لان العقار و الحبوه لا تنتقلان الى الوارث و أما ما لا ينتقل اليهم فنقول ان المقتضى للإرث موجود في الوارث انما منع عنه لمانع و هو الضرر، لان اعمال الخيار من حيث اقتضائه لذهاب مقدار من التركه الى المفسوخ عليه اضرار بالديان.

و بعباره أخرى: أن الخيار بما هو ليس مما يوفى به الدين كى لا يورث و انما المنافى اعماله فيمنع من اعماله. بل يمكن أن يقال بجواز اعماله، فانه باعمال الخيار ينتقل المال من المفسوخ عليه الى

ملك الورثه ولا- ينتقل اليه بدله لأنه كالتالف بل يشتغل ذمه الميت بالبدل. نعم لا بد من الالتزام بتعلق حق الطرف بالمال المنتقل الى الورثه، وهذا بخلاف مسأله حرمان الزوجه بالنسبه الى العقار أو الولد غير الاكبر بالنسبه الى الجبوه فانه لا مقتضى للإرث فيهما.

[مسأله فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزئه و التقسيم وجوه]

[وجوه فى فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار]

اشاره

أقول:

الوجه الاول ما نسب الى صاحب الجواهر قدس سره من استحقاق كل من الوراث خيارا مستقلا كمورثه

بحيث يكون له الفسخ فى الكل و ان أجاز الباقي، و لا- يقاس بآرث المال، اذ لا يتعقل فيه هذا المعنى، فان المال الواحد لا يتصور فيه المالك المتعدد و الحق يتصور فيه التعدد، ولذا يكون حد القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين متعددا، و استند ذلك الى قوله صلى الله عليه و آله «ما تركه الميت من حق فلو ارثه».

وفيه: ان الروايه المذكوره ضعيفه السند، الا- أن الاطلاقات الوارده فى باب الارث تكفى لإثبات اصل الارث، فما ذهب اليه الجواهر كان متينا فى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٤

...

مقام الثبوت، الا أنه لا دليل عليه فى مقام الاثبات، فان المتروك من الميت ليس الا حق واحد فكيف يمكن التعدد.

و استشكل المصنف عليها دلالة بوجه ثلاثه:

الاول: ان مفاد الادله بالنسبه الى المال المتروك و حق المتروك شىء واحد و لا يستفاد منها بالنسبه الى المال الاشتراك و بالنسبه الى الحق التعدد، الا مع استعمال اللفظ فى المعنيين.

وفيه: ان المذكور فى النبوى الحق و لم يذكر فيه مال حتى يرد ما أورده المصنف، فانها تدل على أن حق الميت لو ارثه، الا أن النبوى ضعيف السند كما علمت و المدرك للإرث العمومات، فان المستفاد منها أن التركة للوارث، و أما الاستقلال أو الاشتراك فيستفاد من دليل خارجي.

الثانى: ان مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة أحدهم أو فسخه و لا يؤثر اللاحق، فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره صاحب الجواهر.

و فيه نقضا: بما لو كان للشخص الواحد خيار متعدد فباسقاط أحد الخيارات لا يسقط الباقي، و حالا لا يقاس المقام بالوكاله

المتعدده، فان الخيار لا- يكون امرا واحدا هنا حتى لا- يبقى موضوع له باعمال أحد الوراث، كما هو كذلك فى الوكلاء المتعددين. و بعبارة أخرى: ان الخيار فى الوكالة المتعدده أمر واحد يجوز اعماله للمتعدد و فى المقام الخيار متعدد.

الثالث: ان المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما أفرد لفظ «الوارث» المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٢٥

...

الأربعة المتقدمه. و أما ما ورد فيه لفظ «الورثه» بصيغه الجمع فلا- يخفى أن المراد به أيضا اما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى، و الاظهر هو الثانى.

وفيه ما أفاده السيد اليزدى: ان الجنس ليس الا- الطبيعه، فيتعين الوجه الرابع. و اما ما ورد فيه لفظ «الورثه» فاما يكون المراد من الورثه جنس الجمع فيكون مقتضاه الوجه الثالث و هو كون المجموع للمجموع، و اما يكون المراد منه جنس الفرد فيتصور فيه الوجوه الأربعة، و اما يراد منه الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى.

الوجه الثانى – أن يرث كل منهم الخيار فى نصيبه فله الفسخ فيه دون باقى الحصص،

لان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزيه و كان مقتضى أدله الارث- كما سيجى ء- اشتراك الورثه فيما ترك مورثهم فيتعين تبعضه بحسب متعلقه.

و استشكل الشيخ قدس سره: بأن هذا الوجه و ان لم يكن منافيا لظاهر أدله الارث الا أن تجزئه الخيار بحسب متعلقه مما لم تدل عليه أدله الارث، أما النبوى فهو غير متعرض للتقسيم و أما ما تعرض فيه للقسمه فلا- يستفاد منها ثبوت الخيار لكل منهم فى حصته.

أقول: ان الحق لو تقبل التجزيه باعتبار متعلقه فيشكل الامر فيما اذا لم يرث الورثه من العين، كما اذا لو كان الوارث زوجه

و ما ترك عقارا، فلا بد من الالتزام بعدم ارث حق الخيار و الحال انه لم يلتزم به أحد.

الوجه الثالث – أن يرث المجموع من حيث انه مصداق للطبيعه لا من حيث انه مجموع،

و يترتب عليه أنه لو أجاز واحد منهم لا يبقى مجال لفسخ الآخر، لان الخيار الواحد اذا قام بماهيه الوارث واحدا كان أو متعددا كان امضاء الواحد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٦

...

كفسخه ماضيا، فلا عبره بما يقع متأخرا، لان الاول قد استوفاه. و لو تقارنا زمانا فلا يؤثر شىء منهما.

و لا يخفى أن هذا المعنى لا يتصور الا- بأن يكون الخيار قائما بالكلى لا- بالموجود الخارجى، فانه لو كان قائما بالموجود الخارجى فاما قائم بمجموعه و اما قائم بكل واحد منه و اما قائم ببعض دون البعض، و لا يستقيم ما أفيد مع شىء منها فلا بد من أن يكون قائما بالكلى نظير الخمس و الزكاه.

و أفاد الميرزا النائيني قدس سره: بأنه يتصور أن يكون الخيار قائما بصرف الوجود، فكل من بادر الى اعماله يؤثر. و لكن كما ذكرنا لا نتعلل هذا المعنى، فانه فى الحكم التكليفى أمر معقول، و أما فى الامر الوضعى فلا، فان الاهمال غير معقول، و عليه لا بد من بيان من قام به الخيار، و لكن لا مانع من القيام بالكلى، لكن لا دليل عليه فى مقام الاثبات.

الوجه الرابع – أن يكون لمجموع الورثه،

بتقريب أن مقتضى أدله الارث بالنسبه الى الحقوق غير القابله للتجزيه و الاموال القابله لها أمر واحد.

و بعبارة أخرى: ان أدله الارث طائفه منها داله على كون أولى الاحكام وارثا لما تركه الميت من الاموال، و يستفاد من الادله الخارجيه و التسالم أن الحقوق أيضا جزء لما ترك، و القدر المتيقن من الاحتمالات هذا الوجه، و هو استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار، و الاصل أيضا يقتضى عدم ثبوت حق أزيد من هذا، و هذا الوجه من أحسن الوجوه.

ثم قال المصنف قدس

سره: ثم ان ما ذكرنا جار في كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكوره. نعم لو

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٧

...

علم ذلك من الخارج أتبع كما في حد القذف، فان النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، و كذا حق القصاص.

و لكن الشهيد احتمل في الدروس من أن أحد الورثة اذا عفى عن الشفعه كان للاخر الاخذ بكل المبيع. و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل، و يمكن أن يفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشركاء كان اضراما على غير العافي، و هذا غير موجود فيما نحن فيه.

و فيه: ان حق الشفعه لم يثبت لأجل الضرر حتى يرد ما قبل، و أما ضرر الشركه فقد كان حاصلًا قبلًا و انما تبدل شريك بشريك آخر، أضف الى ذلك أنه كما تكون الشركه ضررا على الوارث كذلك نقل المال عن الغير بلا اختيار له ضرر عليه.

فرع: اذا اجتمع الورثه كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم،

قال المصنف: ان كان عين الثمن موجودا في ملك الميت دفعوه الى المشتري و ان لم يكن موجودا اخرج من مال الميت. و لو لم يكن للميت مال هل يجب على الورثه دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص؟ وجهان، وجه العدم أنه ليس لهم الا حق الفسخ كالأجنبي المجمعول له الخيار فباعمال الخيار تنتقل العين الى ملك الميت و تشتغل ذمه الميت بالبدل ان لم يكن عوض موجودا، و وجه الوجوب أنهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع، فاذا كان المبيع مردودا على الورثه اشغلت ذممهم بثمانه من حيث أنهم كنفس الميت، كما أن معنى ارثهم لحق الشفعه استحقاقهم

تملك الحصه بثمان مالهم لا من مال الميت.

و أورد عليه سيدنا الاستاذ دام ظلّه: ان قياس المقام بباب الشفعه قياس مع

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٨

...

الفارق، لان حق الشفعه عباره عن أن للشفيع أن يملك الحصه المنتقله، و كان هذا منتقلا الى الورثه بدليل الارث، و هذا بخلاف الخيار فانه عباره عن ملك فسخ العقد، فما انتقل الى الورثه عباره عن ملك فسخ العقد، فمقتضى الفسخ رجوع كل من العوضين الى محلها الاصلى، فيلزم أن تنتقل العين الى ملك الميت و عوض العين اما يكون موجودا و اما يكون تالفا، اما على الثانى فتشتغل ذمه الميت ببقيه ديونه و اما ان كان موجودا فينتقل الى من عليه الخيار.

ان قلت: كيف ينتقل الى الطرف و الحال انه انتقل الى الوارث.

قلت: نعم انتقل الى الوارث لكن بالملك المترزل، فاذا فسخ خرج عن ملكهم.

ان قلت: لو كانت العين ملك الميت لتعلق به حق الغرماء، و الحال أنه خلاف السيره المستمره فى مورد خيار البيع، فانهم يردون الثمن الى الورثه بدون استثناء ديون الميت.

و فيه: ان السيره المذكوره على تقدير تسليم تحققها لعلها ناشئه عن قله مبالاتهم، و أما تحقق سيره المتشرعه فغير معلوم، و ثانيا فانه يمكن أن يكون من خواص الخيار برد الثمن فلا- وجه للتعدى الى باقى الموارد لعدم اطلاق فى السيره، و ثالثا يمكن أن يؤدوا ديون الميت من مال آخر.

و يمكن أن يرد عليه: بأنه لا- وجه لانتقال العوض الى الطرف، فان العوض اذا كان تالفا يضرب الطرف مع الغرماء فى المال الموجود، و ان كان موجودا فاما يكون متعلقا لحق الغرماء اذا كان مديونا و اما يكون ملكا للوارث ان لم يكن

مديونا، و على كلا التقديرين لا وجه لرجوعه الى الطرف. نعم لا يبعد أن يكون للطرف أن يبقى العين عنده حتى يأخذ العوض.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٢٩

...

مسألة: هل يشترط رعايه مصلحه الديان فى الفسخ أم لا؟

قال المصنف: فيه وجهان، من أن الحق منتقل الى الورثة بمقتضى أدله الارث و الخيار أيضا موجود لهم كما هو مقتضى أدلته، فلهم الفسخ سواء كان فى ذلك مصلحه الديان أم لا.

و من أن عدم رعايه مصلحه الديان اضرار عليهم، فهو منفى فى الشرع.

افاد السيد اليزدى: ان الحق هو عدم الاشرط، و عليه يمكن أن يقال:

لا يجوز لهم الفسخ اذا كان مضرا بالديان، خصوصا اذا لم يكن فيه غرض الا الاضرار بالديان.

أقول: بناء على ما قلنا لا نتصور الضرر، اذ يكون المال ممنوعا من التصرف فيه. انه على تقدير القول بنفوذ التصرف و اشرط أن لا يكون ضرر عليهم يكون مقتضى القاعدة عدم نفوذ التصرف. و بعباره أخرى: ليس مجرد حكم تكليفى بل أمر وضعى، و على تقدير عدم المنع وضا فهل عليهم الفسخ أم لا؟

ذهب السيد الى الثانى، و الحق هو الاول، فيكون الفسخ حراما اذا كان فيه اضرار بالديان.

ربما يقال: لا وجه للوجوب التكليفى، لان غايه ما يقال فى المقام وجوب أداء الدين على الورثة مما تركه الميت، و بالفسخ يرفع الموضوع.

فانه يقال: ان الورثة يجب عليهم أداء دين الميت بمجرد انتقال ما تركه فالفسخ بعده يكون حراما، على أنه لو كان نفى الموضوع جائزا لكان ذلك فى مورد هبتهم، فلم يلتزم أحد بجواز هبه الورثة مما تركه الميت قبل أداء دينه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٣٠

قوله: مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه كما فى التحرير او الى

المتعاقدين او سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد- وجوه (١).

قوله: مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار (٢).

[مسأله لو كان الخيار لأجنبي و مات ففي انتقاله الى وارثه أو الى المتعاقدين او سقوطه وجوه]

أقول: الظاهر هو الوجه الثالث، فان المشروط له و ان كان من المتعاقدين لكن لا مقتضى للانتقال فيه، و أما انتقال الخيار الى وارثه فيتوقف على الامرين:

الاول كون الخيار حقا، و الثانى كونه من الامور التى يقبل الانتقال. اما الاول فقد ثبت و تحقق أن الخيار حق قابل للإسقاط، و أما الثانى فمحل تأمل، لان عمده الدليل فيه هو الاجماع، و القدر المتيقن أن الاجنبى له الخيار بالجعل و لكن هل ينتقل الى غيره أم لا و هو أول الكلام.

[مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار]

اشاره

أقول: هل يسقط الخيار بالفعل كما يسقط بالقول؟ الظاهر أنه يسقط، فان الخيار أمر حقى قابل للإسقاط، و لا فرق بين أن يكون سبب اسقاطه القول أو الفعل. و هذا لا اشكال فيه انما الكلام فى أنه كما يسقط ببعض الافعال فيما تعلق بالمنتقل اليه كالوطى بالنسبه الى الجاربه المشتره كذلك يحصل فيما تحقق بالنسبه الى المنتقل عنه أم لا الحق أنه لا وجه له.

ان قلت: الاجماع قائم بأنه كلما تحصل به الاجازه فيما تعلق بمورد الانتقال اليه يحصل به الفسخ فيما تعلق بمورد الانتقال عنه، هذا من ناحيه و من ناحيه أخرى ان المستفاد من بعض النصوص كون بعض الافعال مسقطا للخيار و لو لم يقصد به الاسقاط.

وفيه: أولا ان الاجماع المدعى فى المقام ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣١

...

رأى المعصوم عليه السلام، و ثانيا ان القدر المتيقن من الاجماع عدم الفرق بين الاجازه و الفسخ فيما يكون للفعل ظهور عرفى.

و أما النصوص فهى مختصه بما انتقل اليه، فان التصرف فيه كانت اجازته و لا وجه للتعدى بما انتقل عنه، مضافا الى أن النصوص وارده فى خيار الحيوان

و المدعى عام منه، و أما كون التقبيل رجوعا فى الطلاق و ان لم يقصد به الرجوع حكم خاص فى مورد خاص لوجود خصوصيه فى الطلاق، كما أفاده سيدنا الاستاذ دام ظله.

ثم إنه أفاد المصنف قدس سره: أن من له الخيار لو تصرف فيما انتقل عنه فهذا دليل على الفسخ سواء كان تصرفا خارجيا او اعتباريا حملا- لفعل المسلم على الجائر، فان أصاله حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعبره شرعا من الامارات الشرعيه، فيدل على الفسخ لا من الاصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت اراده التصرف للفسخ.

ثم ان التصرفات الاعتباريه كالبيع و الاجاره و النكاح و ان حلت لغير المالك لعدم عدها تصرفات فى ملك الغير، الا أنها تدل على اراده الانفساخ بها بضميمه أصاله عدم الفضوليه. و المراد بهذا الاصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصاله عدم الفسخ، مع أنه لو أريد به أصاله عدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصاله عدم الفسخ.

و ما أفاده لا يمكن المساعده عليه: أما بالنسبه الى حمل فعل المسلم على الصحه فأولا يرد عليه النقص بكثير من الموارد، فانه لو شك فيما تكلم أحد بكلام مردد بين الشتم و السلام لا بد من رد جوابه بمقتضى الاصل المذكور و الحال أنه كما ترى، و كذا لو نرى أن مسلما يتصرف فى عين لا بد أن يلتزم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٢

قوله: هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلا به (١).

بجواز شهاده كون الثوب له و هو كما ترى.

و ثانيا- ان البحث فى المقام لا ينحصر على المسلم بل بحث عام شامل للكافر أيضا، و الدليل المذكور يختص بالمسلم فقط.

ثالثاً- انه ما المراد من أصاله حمل المسلم على الصحه، فان كان المراد منه الاصل الجارى فى باب المعاملات بالمعنى الاعم فلا شبهه فى جريانه و ترتيب الاثر عليه، و لكن لا يرتبط بالمقام، فانه لو أحرز جواز التصرف لأحد فعند تصرفه لو شك فى أنه كان جامعاً للشرائط أم لا- يحكم بالجامعيه، بلا فرق بين أن يكون المتصدى مسلماً أو كافراً، و ان كان المراد من الاصل معنى قوله «قولوا له قولاً حسناً» فهذا على مقتضى القاعده لو لم يدل عليه الآيات و الروايات الا أنه أجنبي عن المقام، فان مفاده عدم حمل فعل الغير على الفساد، أضف الى جميع ذلك كله أن الامارات لا يكون جميع لوازمها حجه كما حققنا ذلك فى الاصول.

و أما قوله بالنسبه الى التصرف الاعتبارى فهو متين فى بعض الموارد، فان قول البائع «بعت نصف الدار» فيما اذا كان داره مشتركاً، ظاهر فى بيع نصف الدار المتعلق بنفسه و لا يعنى بقوله «انى بعت دار شريكى»، و أما اذا كان فعله امراً اعتبارياً متعلقاً بمال الغير فلا- ظهور فى كون تصرفه فى مال نفسه، و غايه ما يقال فى المقام أصاله عدم الفضوليه، و لكنها لا تثبت الفسخ الا على القول بالاصل المثبت.

[هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل به قبله متصلاً به]

اشاره

أقول: وقع الكلام بينهم فى أن التصرف سبب للفسخ أو كاشف، فيه وجهان. ربما يقال لا يترتب على هذا البحث ثمره عمليه مهمه، الا أنه ليس كذلك، فعلى القول بالكاشفيه لم يكن تقبيل الجاريه حراماً لحصول الفسخ قبله

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٣

...

و لا تشمله قوله «لا تبع ما ليس عندك» فى تصرفاته الاعتباريه.

ربما يقال بكون التصرف كاشفاً عن الفسخ، و لكنه خلاف ظاهر النصوص

الوارده فى باب خيار الحيوان، فان قوله «فذلك رضى منه» اشارة الى الفعل الخارجى بأنه مسقط.

هذا اولاً و ثانياً أنه يلزم أن لا يقع الفسخ بالقول أبداً، لأنه بمجرد التفوه به يكشف عن كونه منفسخاً قبله، اذ ما من قول الا و قبله قصد الفسخ.

و ثالثاً- أفاد سيدنا الاستاذ دام ظله: ان الفسخ لا يحصل الا بابراز ما فى النفس، و لذا لو أخبر الثقة بفسخ بيعه قبل شهر و لكن لم يبرزه نقول بعدم تأثير هذا الفسخ.

و رابعاً- انه قول بلا- دليل، اصف الى ذلك أنه مخالف للأصل أيضاً، فان مقتضى الاصل يقتضى عدم تأثيره قبل الابراز. و الحاصل ان الفسخ من الامور الانشائية، و الامر الانشائى عبارته عن ابراز ما فى النفس بمبرز، فان المبرز قد يكون فعلاً و قد يكون قولاً.

و أما الاشكال المتوجه على هذا القول تكليفاً و وضعاً، فتكلم فيه فى موضعين:

الاول فى الجبهه التكليفيه، الثانى فى الجبهه الوضعيه:

(اما المقام الاول) فربما يقال بعدم جواز التصرف فى العين فى زمان الخيار، و مجرد حق الفسخ لا يقتضى ذلك، و عليه لا طريق لتصحيح الوطى الذى يحصل به الفسخ، فان الوطى لا بد أن يكون فى الملك. الا أن يقال: ان الفسخ يحصل بأول جزء منه، فان لزوم تقديم الفسخ على الوطى رتبى، فلا اشكال فى حصول الفسخ و الوطى فى زمان واحد. نعم لو كان لزوم تقديم الفسخ على الوطى زماناً لكان الامر مشكلاً فى المقام.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٤

...

(و أما الموضوع الثانى) فالحق عدم صحه البيع و العتق و غيره من العقود من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها.

ربما يقال: بصحه التصرفات المذكوره، لأنه

يحصل الفسخ بأول حرف من الجملة، فيدخل العين في ملك الفاسخ، و بتمام الجملة يحصل البيع.

و فيه: ان هذا لا يكون فسخا، و لذا لو تكلم بأول حرف من جملة «فسخت» و لم يأت بالباقي لم يحصل الفسخ.

هذا أولا، و ثانيا ان البيع عباره عن إنشاء المعنى الكذائى، و هذا المعنى يلزم ان يقع على المملوك.

ان قلت: انه يعلق البيع على الملكيه، و ليس فيه اشكال، لأنه مما يتوقف عليه صحة العقد.

قلت: أولا يلزم جواز البيع معلقا على الاثراء، بأن يبيع شيئا و لم يكن مالكا له عند البيع معلقا على اشرائه بعده كى يسلم على المشتري و لم يلتزم أحد بصحته، و حلا بأنه لا يجوز بيع ما ليس عنده حين البيع و ان حصل عنده بعده لان يبعه على نحو التنجيز بيع لمال الغير و على نحو التعليق فبطلانه أوضح من أن يخفى.

و قال الميرزا النائينى قدس سره: بأن الانشاء و ان لم يقع فى الملك الا أن المنشأ يقع فى الملك. و بعباره أخرى: يحصل الفسخ بالانشاء و البيع بالمنشأ.

و فيه: ان هذا يتوقف على كون الانشاء غير المنشأ، و الحال انهما أمر واحد و انما الفرق بينهما بالاعتبار.

و الانصاف أن إنشاء البيع لا بد أن يقع فى الملك، و لا يحصل الفسخ و البيع بلفظ واحد.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٥

...

و قد يقرر هذا بما نقل التذكرة عن بعض العامه من أن الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، كما أن التكبيره الثانيه فى الصلاه بنيه الشروع يخرج بها عن الصلاه و لا يشرع بها فى الصلاه. و بأن البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع،

و هذا من الدور الباطل.

و أجاب العلامة قدس سره عن الاشكال الاول فى التذكرة بمنع عدم صحه حصول الفسخ، و العقد بشىء واحد بالنسبه الى الشئين. و بعبارة واضحة: ان الممنوع انما هو كون الشىء الواحد فسخا و تمليكا بالنسبه الى أمر واحد، فالفعل الواحد لا يعقل أن يكون تمليكا و فسخا لذلك التمليك، و أما كونه فسخا لملكيه و محدثا لملكيه اخرى فلا مانع منه.

و يمكن أن يقرب الاشكال الاول بوجه آخر، و هو أن الفسخ استرجاع للملك و العقد اخراج عن الملك، و لا يعقل الاخراج الا بعد الادخال، فلا يمكن أن يخرج عن الملك و يدخل فيه بأمر واحد فى آن واحد.

الا- أن يجاب عنه بأن الفسخ يحصل بأول حرف من «فسخت» و البيع يحصل بتمامه، الا أن يكون السبب أمرا بسيطا كإشاره الاخرس، فان الامر مشكل فيه.

و أفاد المصنف فى المقام بأنه لو قلنا بأن الانشاء يلزم أن يكون فى الملك يشكل بأن صحه العقد تتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فاذا فرض العقد أو جزء من اجزائه فسخا كان سببا لتملك العاقد مقدا عليه، لان المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد قابل للتجزئه سببا لتملك كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء، و الا لزم تقدم وجود المسبب على السبب، و الجزء الذى لا يتجزى غير موجود فلا يكون سببا. مع أن غايه الامر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك، و قد عرفت أن الشرط بمقتضى الادله سبب التملك

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٦

...

على جميع اجزاء العقد قضاء لحق الظرفيه.

و الحق أن ما أفاده المصنف تحقيق دقيق، لكن

يمكن دفع الاشكال: بأن الامر فى هذا المقام موكول الى العرف و بنظره لا يكون تأخر و تقدم بل مقارنه و هى تكفى.

و أما الجواب عن الاشكال الثانى- و هو الدور- فأجاب الشهيد قدس سره بمنع الدور التوقفى و ان الدور معى، الا أنك عرفت أن الدور توقفى. و الحق فى دفع الاشكال ما تقدم منا آنفا من أن الفسخ يحصل بالجزء الاول و البيع يحصل بتمامه.

و الحق فى الجواب: هل يمكن أن يدخل المقام فى مسأله «من باع شيئاً ثم ملك»؟ قال المصنف: انه بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا فى مسأله الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازة.

لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم فى العقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق الغير القابل للفضولى.

أقول: ان أصل المدعى لا بأس به، الا أن قاعده من باع شيئاً ثم ملك لا دليل عليها كما حققنا فى محله.

ثم قال المصنف: يمكن أن يقال ان المستفاد من الادله عدم وقوع البيع فى ملك الغير بغير اذنه، فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا- وقوع بعض اجزائه، اذ لا- دلالة فى أدله اعتبار الملكيه فى المبيع الا- على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا، و الحصر فى قوله «لا بيع الا فى ملك» اضافى بالنسبه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٧

قوله: فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له فقال «اعتقهما» فرما يقال بانعتاق الجاريه دون العبد، لان الفسخ مقدم على الاجازة (١).

الى البيع فى ملك الغير أو فى غير الملك كالمباحات الاصلية، فلا- يعم المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير. و الانصاف

ان ما ذهب اليه لا يمكن مساعدته، لان حمل الحصر على الاضافى خلاف الظاهر فلا يصار اليه الا بالدليل.

و أيضا قال المصنف: ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا نفس العقد، فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمامه، فيقع النقل فى الملك.

و فيه: انه لا دليل على كون المراد بالبيع هو النقل العرفى، بل انه كما حقق فى محله امر اعتبارى مبرز بالابراز تاره يكون موضوعا للاعتبار الشرعى و أخرى للعرفى و ثالثه لا يكون موضوعا لكليهما كبيع السفينه.

ثم انه قال: نعم التصرفات الفعلية المحققه للفسخ كالوطى و نحوه لا وجه لجواز الجزء الاول منها، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون حالالا- بتمامه. و توهم أن الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً فاسداً، فان معنى جواز الفسخ الجواز الوضعى أعنى الصحة لا التكليفى، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ.

و أفاد السيد اليزدى قدس سره: أنه لو سلمنا افادته للجواز التكليفى أيضا فنقول أنه يدل على الجواز من حيث أنه فسخ لا من جميع الحيثيات، فالوطى مرخص فيه من حيث أنه فسخ لكنه حرام من جهة عدم الملكيه.

و يرد عليه: انه كلام خيالى لا واقع له، فانه لا دليل على الجواز كى يقال بأنه حثى.

[فرع لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار له]

اشاره

أقول: و يرد عليه كما أفاده المصنف بأنه لا مجال لهذا البيان فى المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٨

...

فان تقدم الفسخ على الاجازه فيما يكون من الطرفين اذ لا تنافى بين الامرين.

و يظهر الامر فيما لا يكون خيار الامن طرف واحد، فانه لو فسخ يفسخ العقد بلا كلام.

و الحق أن يقال:

تحقيق الحال فى هذا الفرع يقتضى البحث عن صور:

(الصورة الاولى) أن يقصد بالعتق إنشاء الفسخ و الاجازه معا،

قال السيد:

فهذه الصورة لا تتصور، إذ لا يمكن قصد الفسخ و الاجازة بالنسبه الى عقد واحد فى زمان واحد.

وفيه: ان الامر الاعتبارى خفيف المئونه، فلا اشكال فى اعتبار الفسخ و الاجازة فى زمان واحد. الا أن الامر مشكل فى ناحيه المنتهى، إذ تحقق كلا الامرين شرعا محال و تعين أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح. هذا بالنسبه الى الاجازة و الفسخ، و أما بالنسبه الى العتق فمقتضى القاعده صحه العتق بالنسبه الى العبد لتمايمه أركانه، و البطلان بالنسبه الى الجاربه لعدم كونها ملكا للمشتري، فلا يصح الا بنحو الفضولى غير الجارى فى العتق.

(الصورة الثانيه) أن يقصد بالعتق إنشاء الاجازة فقط،

فمقتضى القاعده تحقق الاجازة لوجود المقتضى و عدم المانع، و يصح عتق العبد لوقوعه فى الملك و يبطل بالنسبه الى الجاربه، إذ عتق الجاربه موقوف على قصد الفسخ و المفروض عدمه.

(الصورة الثالثه) أن يقصد إنشاء الفسخ دون الاجازة،

وفى هذه الصورة يفسخ العقد بمقتضى الفسخ و يصح العتق بالنسبه الى العبد لوقوعه فى الملك و يصح بالنسبه الى الجاربه أيضا لدخولها فى الملك بالفسخ.

ان قلت: هذا يصح فيما اذا تقدم الفسخ على العتق و المفروض مقارنتهما فيؤثر كل منهما أثره.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٣٩

قوله: مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ (١).

(الصورة الرابعه) أن يعتق مع الغفله عن الفسخ و الاجازة،

فعتق العبد صحيح و أما عتق الجاربه فالظاهر بطلانه، لان العتق التنجيزى لا يمكن لعدم كونه مالكا له حينه و العتق الفضولى باطل.

(الصورة الخامسه) لا يقصد شيئا منهما،

و حكمها ظاهر.

(الصورة السادسة) أن يصدر هذا الامر مع الجهل بكيفيته،

فالظاهر عدم الحمل على شىء منهما لكونه ترجيحا بلا مرجح فلا يتحقق الاجازه و لا الفسخ.

فظهر أن قول الشيخ فى تضعيف ما ربما يقال ينعق العبد دون الجاربه، لا- يساعد عليه بل هو قوى كما عرفت، و القول بأنه يتوقف على الاجازه دعوى بلا دليل، بل لو فسخ بعد ذلك يفسخ العقد، و حيث أن البدل تالف حكما يدفع بدله.

ثم انه لو فرض الخيار لباع العبد دون مشتريه فلا شبهه فى عدم تأثير الاجازه و الفسخ، لان المفروض أنه ليس لمشتري العبد الخيار، و أما العتق فبالنسبه الى العبد يتوقف على نفوذه ممن ليس له الخيار، و أما بالنسبه الى الجاربه فلا يصح لعدم الملك، و الفضولي غير جاربه فى الايقاع بالإجماع.

و أما لو كان الخيار لهما فتاره يجوز تصرفهما فى العين فى زمن الخيار و أخرى لا يجوز، و على الاول الكلام فيه هو الكلام فى الصورة الاولى، و على الثانى فلو قصد بالعتق الفسخ يصح عتق الجاربه.

[مسأله من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ]

اشاره

أقول: ان الكلمات مختلفه فى المقام، قول بجواز التصرف مطلقا، و قول بعدمه مطلقا، و قول بوقوعه جائزا الا انه مترزل ما دام الخيار موجودا.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٠

...

و لا يخفى أن هذا القول يبتنى على مسلك الطوسى، و اما على القول بعدم تحقق الملكيه الا بعد انقضاء الخيار، فلا مورد لهذا القول، اذ المفروض أن العين لا تكون مملوكه للمتصرف، و مع فرض عدم الملكيه لا يجوز التصرف لا تكليفا و لا وضعيا. و هذا على طبق القاعده، فالكلام على مبنى تحقق الملكيه بالعقد،

و يقع الكلام فى المقام من جهات:

الجهه (الأولى) فى جواز التصرف تكليفا،

و ربما يقال بأنه لا يجوز التصرف فى العين بتصرف يكون مبطلا و معدما للموضوع، و ذلك لان الخيار متعلق بالعين فكما أن التصرف فى ملك الغير حرام لكونه غصبا كذلك التصرف فى متعلق حق الغير حرام.

و يرد عليه: أولاً انه على هذا البيان لا فرق بين عير ذى الخيار و من له الخيار فان الملاك واحد، و الحال أن عنوان الكلام يدل على اختصاص الاشكال بغير ذى الخيار. و ثانيا ان الخيار قائم بالعقد لا بالعين، و الدليل عليه أنه يجوز التفاسخ حتى بعد تلف العين.

و للميرزا قدس سره تقريب فى المقام، و هو: أن الخيار متعلق بالعقد بما أنه طريق الى شخص العين لا الى ماليتها، و بنى ما أفاده قدس سره على مسأله ضمان اليد، فانه لو قلنا بأن المدار على يوم التلف فالطريق طريق الى المالىه، و ان قلنا بأن المدار على يوم الاداء فالطريق طريق الى شخص العين، و حيث أن المدار على يوم الاداء فلا يجوز التصرف فى العين بل يجب ابقاؤها.

و يرد عليه: انه ما المراد من الطريقيه، فانه ان كان

المراد بها أن العقد واسطه في العروض فيكون المعروض في الحقيقة العقد و لا مدخله للعين فهو كما ترى، و ان كان المراد انه واسطه في الثبوت- أى يكون الحق المتعلق بالعقد واسطه في تعلق حق

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤١

...

بالعين و في الحقيقة يتعدد الحق- فهو أمر ممكن في حد نفسه لكن لا دليل عليه.

(الجهة الثانية) في جواز التصرف الوضعي و عدمه،

و مما ذكرنا في الجهة الاولى ظهر الحال في هذه الجهة أيضا، اذ بعد فرض كون العين مملوكة لمن عليه الخيار و عدم تعلق حق بها لا وجه لعدم الجواز، بل الجواز على القاعده.

مضافا الى أنه لو سلم تعلق حق طولى متعلق بالعين كما عليه الميرزا فلا وجه لعدم جواز التصرف البيعي، لان مجرد البيع لا يعدم العين. فعلى الفرض الذى ذهب اليه الميرزا لا بد من الالتزام بصحة البيع، غاية الامر لو فسخ ذو الخيار يفسخ العقد الاول. نعم بناء على القول المذكور لا يجوز التصرف المعدم للعين، اما تكويننا كالأكل و اما اعتبارا كالتعق، حيث ان الحر لا يرجع رقا.

(الجهة الثالثة) في أنه هل يكون فرق بين الخيار الشرعي و بين الخيار الجعلى المتحقق بالشرط،

يقع الكلام في مورد الخيار الجعلى في موضعين:

الاول- في الحكم التكليفي، أفاد الاستاذ دام ظله بأن الغرض من الشرط في الغالب ابقاء العين فلا يجوز التصرف تكليفا.

و فيه: ان الغالب لا يفيد في غير الغالب، مضافا الى أن الغرض لا أثر له بل لا بد من القصد و الانشاء على طبقه، فما أفاده غير تام.

الثاني- في الحكم الوضعي، و الظاهر نفوذ التصرف لعدم وجه للفساد كما هو ظاهر. نعم لو قلنا بأن التصرف حرام تكليفا و قلنا بأن الحرمة التكليفية تقتضى الفساد وضعا يلزم الفساد لكن في كلا الامرين نقاش.

ثم انه هل يكون فرق بين كون العقد الثانى جائزا و بين كونه لازما؟ الظاهر أنه لا فرق، و لا مجال لانحلال العقد الثانى بانحلال العقد الاول، فان العقد الثانى لا يرتبط بالعقد الاول بل صدر من أهله و وقع في محله، و أيضا ظهر أنه

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٢

...

لا مجال للقول بأنه يلزم من عليه الخيار بالفسخ.

و بيان أوضح ان من

له الخيار بعد الفسخ اما يملك العين بانتقالها من يد المشتري الثانى و هذا لا- وجه له كما مر، و اما يملكها مع كونها ملكا لمالكها الاول و هذا غير معقول، و اما يملك العوض من المثل أو قيمه و عليه لا وجه لإجباره على الفسخ. و لا يقاس المقام بباب بدل الحيوله، فان المغصوب منه فى ذلك الباب يملك نفس العين بخلاف المقام.

ثم انه لو قلنا بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين انفساخه أو من الاصل؟

اختار صاحب المقاييس أنه من الاصل، محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى، بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الاول و رجوع العين الى المالك الاول ليخرج منه الى ملك الفاسخ، الا أن يلتزم بأن ملك العاقد الثانى الى وقت الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاول و رده بعدم معرفيه التملك الموقت فى الشرع.

و لكن يمكن أن يقال: ان مقتضى الجمع بين الادله القول بانفساخ العقد من حين الفسخ، حيث أن مقتضى بعض الادله اشتراط كون البائع مالكا للمبيع، و مقتضى الاخرى جواز استرجاع البائع العين المبيعه فى زمن الخيار، و مقتضى الثالثه كون المشتري مالكا لها ما دام لم يفسخ، فمقتضى الجمع بينهما ما ذكرنا من الالتزام بانفساخ العقد من حين الفسخ، فيكون منفسخا على نحو النقل لا الكشف.

ثم انه على القول بممنوعيه التصرف فى زمن الخيار فالمقدار المعلوم من المانعيه هو زمان تحقق الخيار فعلا كخيار المجلس و الحيوان، و أما لو لم يتحقق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٣

قوله: فرعان الاول لو منعا عن التصرف

المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين كوطى الامه فى زمان الخيار بناء على أن الاستيلاء مانع من رد العين بالخيار قولان (١).

بعد اما لعدم تحقق سببه كخيار التأخير الناشئ عن تضرر البائع أو لعدم تحقق شرطه كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن فففيه اشكال، و منشأ الاشكال من أنه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف، و من أن المانع من التصرف موجود و هو تزلزل العقد فلا يجوز.

و فصل المحقق النائنى بين خيار الاشتراط و بين الخيارات التعبدية، بالالتزام بعدم جواز التصرف فى الاول دون الثانى، بتقريب أن الشرط يوجب حقا لمن له الشرط فالحق موجود بالفعل و لذا يكون قابلا للإسقاط و لا يكون من اسقاط ما لم يجب، و هذا التقريب لا يجرى فى القسم الاخر.

و يرد عليه: أن المانع الحق المتعلق بالمال و بالشرط لا- يتعلق حق بالمال و لا- بالعقد بل طرفاه المتعاقدان، فلا موضوع لهذا الكلام.

قّمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٤٤٣

و فصل الشيخ بوجه آخر، و هو الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان و المتوقف على شىء آخر كالتأخير و الرؤيه على خلاف الوصف، لان ثبوت الحق فى الاول معلوم و ان لم يحضر زمانه بخلاف الثانى.

و فيه: نقضا ان ثبوت الحق فى غير المتوقف على الزمان قد يكون معلوما، و حلا- ان الحكم تابع لموضوعه، فلا- وجه للالتزام بتحقيقه قبل تحقق موضوعه، و موضوع عدم جواز التصرف هو الخيار، و المفروض أنه لم يتحقق فلا

وجه للممنوعه عن التصرف.

[فرعان]

[الأول لو منعا عن التصرف المتلف فى زمان الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين]

أقول: وجه الجواز أمران: الاول ان الممنوع منه التصرف المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٤

قوله: الثانى انه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار (١).

و اما جعل العين معرضا للتلف حراما فليس و لذا يجوز تعريض العين للبيع، و الثانى استصحاب عدم تحقق الاستيلاء.

و أورد الميرزا النائينى قدس سره على كلا الوجهين:

أما فى الوجه الاول- فبأن قياس المقام بالتعريض مع الفارق، اذ البيع أمر اختياري، فيمكن أن الشخص يعرض العين للبيع لكن لا يبيع، و أما الاستيلاء فليس اختياريا بعد الوطى.

و أما فى الوجه الثانى- فبأن اتصال الماء بالرحم ليس موضوعا للحكم، بل الموضوع للحكم هو الوطى الموجب للحمل، و لا يجرى فيه الاستصحاب اذ النعتى منه ليس فيه حاله سابقه و المحمولى منه ليس حجه.

وفيه: أولا- ان أصله الاباحه و أصله الحليه كافتتان لإثبات المطلوب، و ثانيا لا مانع من جريان استصحاب العدم الازلى فى المقام، و ثالثا انه لا شبهه فى أن الوطى بنفسه ليس موضوعا للحمل بل لا بد من اتصال النطفه بالرحم، و لا مانع من جريان اصل عدم الاتصال.

[الثانى أنه هل يجوز إجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار]

أقول: ان هذا البحث مبنى على عدم جواز التصرف فى العين، يظهر من كلام الشيخ فى وجه عدم الجواز أن الاجاره تنافى حق ذى الخيار على العين. و لكنك ترى أنه لا منافاه بينهما، فان البائع باعمال الخيار يسترد العين الى ملكه، و ليس من لوازم الملكيه التصرف فى جميع منافعها فانها تبقى تحت يد المستأجر خارجا الى أن تنقضى مده الاجاره.

ثم ان على تقدير صحه الاجاره هل تنفسخ الاجاره بفسخ ذى الخيار أم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٥

...

لا؟ ما يمكن أن يقال في

وجه الانفساخ أمور:

(منها) ان ملكيه المبيع للمشتري يكون الى حين الفسخ، فانه ليس نقض أمر ثابت، بل هو من باب ضيق فم الركيه، فالرجوع الى من له الخيار على القاعده.

و فيه: انه خلاف ظاهر الملكيه المطلقه، فان مقتضاها كونه مالكا لمنفعتها الى الابد، و الفسخ يرفعها و بالنسبه الى المنافع لا مجال للرجوع.

(و منها) ان الفسخ يقتضى عود الشئ الى ما كان بحاله الاول، فرجوعه الى ما كان يتوقف الى انفساخ الاجاره حتى يتحقق معنى للفسخ.

و فيه: ان مقتضى الفسخ و ان كان كما ذكرت الا أن مقتضى الجمع بين الادله يقتضى عدم انفساخ الاجاره، لأنها صدرت من أهله و وقعت في محله، فيعود الملك اليه مسلوبه المنفعه في مده الاجاره.

(و منها) أنه يجب على المشروط عليه ابقاء العين مع جميع خصوصياته في زمن الخيار، و هو ممنوع من التصرف و لو بالاجاره.

و يرد عليه: لو سلم أن دائره الشرط تشمل حتى الاجاره، لكن نقول بأن الشرط لا يقتضى المنع الوضعي، و الحرمة التكليفيه لا يلازم الجهه الوضعيه، بل النسبه بينهما عموم من وجه، و من الجائر أن يكون اجارته حراما تكليفا و صحيحا وضعيا.

ثم انه لو قلنا بعدم الجواز، فلو اجرى المشتري العين من ذى الخيار أو باذنه ثم فسخ قال الشيخ يعود الملك الى الفاسخ مسلوب المنفعه.

ان قلت: ان ملك المنفعه تابع لملك العين، بمعنى أنه اذا ثبت الملكيه في زمان و كان زوالها بالانتقال الى آخر ملك المنفعه الدائم، لان المفروض أن

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٦

...

المنتقل اليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقيه مسلوب المنفعه، و أما اذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد اليه

متلقى عن المالك الاول و مستندا اليه بل كان قبل تملك المال الاول فيتبعه المنفعه، كما لو فرضنا روال الملك بانتهاء سببه لا برفعه، كما فى ملك البطن الاول من الموقوف عليه، فان المنفعه تتبع مقدار تملكه.

قلت: أولا منقوض بما اذا وقع التفسخ بعد الاجاره مع عدم التزام أحد بطلان الاجاره، و ثانيا أنه يكفى فى ملك المنفعه الدائمه تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الرفع آنا ما، و ليس المقام كالوقف، فان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من البطن السابق، فاجاره البطن السابق تبطل بموته.

أقول: تحقيق الحال يقتضى أن يقع الكلام فى جهتين: الاولى ان الاجاره تبطل بالتفسخ بقاء، الثانيه ان العين ترجع الى الفاسخ مسلوبه المنفعه.

أما الجبهه الاولى - فالحق كما ذكره المصنف عدم بطلان الاجاره، و قد أشبعنا الكلام فيه.

و أما الجبهه الثانيه - فالظاهر من الفسخ رجوع العين الى الفاسخ على ما هو عليه، و المفروض أن العين لم تكن مسلوبه المنفعه، و حيث أنه لا- وجه لفساد الاجاره بقاء فيلزم الغرامه أداء بأجره المثل و ليس مجال لبدل الحيلوله كما أفاده سيدنا الاستاذ، لأنه يختص بما كان المبدل ملكا لملكه و المنفعه ليست ملكا للفسخ اذ المفروض أنه انتقلت الى الغير.

ثم انه لو أذن ذو الخيار فى التصرف هل يسقط خياره بهذا التصرف؟ قال الشيخ نعم، اما لدلاله الاذن على الالتزام بالعقد عرفا و اما لان التصرف الواقع باذن صاحبه تفويت لمحل هذا الحق و هى العين، و لا يتعلق الحق بالبدل لان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٧

قوله: مسأله المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره على رفع سببته (١).

أخذ البدل بالتفسخ فرع تلف

العين في حال حلول الحق فيه لا مع سقوطه عنه.

و يرد عليه: بأن ما أفاده مبنى على كون الإذن في التصرف دليلاً على الالتزام بالعقد، وكذا ما ذكره من الاستدلال مبنى على كون متعلق الخيار هو العين، و أما إذا كان متعلقه العقد كما هو الحق فلا مجال لما ذكره.

و لو اذن في التصرف و لم يتصرف فهل يكون مسقطاً للخيار أم لا، أفاد المصنف أن اذن ذي الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه للأجنبي فسخ عند العرف، و أما اذنه للمشتري في التصرف هل هو اجازة و اسقاط لخياره أم لا، تردد المصنف فيه، فمال في أول كلامه بعدم مسقطيته و مال في آخر كلامه الى كونه مسقطاً حيث قال: نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فانه ليس بأدون من رضا المشتري بتقبييل الجاربه، و يؤيده روايه السكوني «١» في كون العرض على البيع التزاماً.

أقول: ينبغي أن يقع البحث في مقامين: مقتضى القاعده و مقتضى النص، أما على القاعده فلا وجه لكون الاذن مسقطاً الا أن يدعى الظهور العرفي في ذلك و أما النص فهو ضعيف لا يعتمد عليه.

[مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدره على رفع سببته]

اشاره

أقول: و استدل على ذلك بوجوه:

(الاول) أن مقصود المتبايعين من البيع حصول الملكيه من أول الامر و امضاء أدله البيع على ما قصدها،

فان العقود تابعه للقصود.

و استشكل عليه الشيخ بأن هذا من أضعف الوجوه، لان المتبايعين و ان

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٢ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٤٨

...

كان غرضهما حصول الملك من حين العقد الا أن تخلف الاغراض ليس بعزيز في باب المعاملات.

و يرد فيه: ان المتعاقدين اما قصدا حصول الملكيه من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، و لا ثالث لاستحاله الاهمال في الواقعيات، و حيث أن الثاني مردود باعتراف المدعى فيبقى الاول- و هو قصدهما من حين العقد- فيشمله دليل وجوب الوفاء

على طبق ما قصدها. و أما مسأله الصرف و السلم فانه تعبد خاص، و الشارع علق الملكيه على أمر متأخر عن العقد، فان زمام الامر بيد الشارع.

لكن لا يخفى أنه كما قال الاستاذ دام ظله لا يكون هذا الاستدلال فى قبال الاستدلال بالعمومات مستقلا، بل مجموع الامرين يفيد المدعى.

(الثانى) ما استدل به المصنف من قوله عليه السلام «البيعان بالخيار»

بتقريب أن الخيار استرجاع العين، و هو فرع الخروج عن ملكه، فتكون الملكيه حاصله من الاول.

و أورد عليه المحقق الايروانى: أن ما ذهب اليه المصنف قدس سره يبنى على تعلق الخيار بالعين، و لكنه ليس كذلك بل هو متعلق بالعقد، و عليه لا يستلزم الخيار تحقق الملكيه.

أقول: ان ما أورده متين جدا.

(الثالث) ما دل «١» على جواز النظر الى الجاريه فى زمان الخيار الى ما لا يحل له قبل ذلك،

فانه يدل على تحقق الملكيه قبل انقضاء الخيار.

و فيه: انه يمكن أن يكون حكم الامه فى المقام نظير باب الزوجه المطلقه،

(١) الوسائل، الجزء ١٤ الباب ٤ من ابواب النكاح، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٤٩

...

كما أنه يحصل الرجوع بأدنى التصرف بناء على انقطاع الزوجيه بالطلاق كذلك المقام. و ثانيا ان غايه ما يستفاد من الروايه سقوط الخيار بالنظر، و أما كونه جائزا فلا يستفاد منها فلا يدل على الملكيه. و ثالثا ان النزاع فى حصول الملك بالعقد و عدمه لا يشمل ما اذا اختص الخيار بالمشتري، فان الطوسى قطع فيه بحصول الملكيه من حين العقد، و المقام من هذا القبيل فان الخيار مختص بالمشتري.

(الرابع) ما دل من كون نماء المبيع فى بيع الخيار برد مثل الثمن للمشتري،

كصحيحه اسحاق بن عمار قال: حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه فقال:

أبيحك داري هذه و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي ان أنا جئتك بثمانها الى سنه أن ترد على.
فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله.

فقال: الغله للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله «١».

بتقريب: ان النماء تابع للأصل فيكون النماء للمشتري يدل على كون المبيع للمشتري، فان مقتضى اطلاقه ثبوت الحكم حتى مع وجود الخيار من أول الامر.

(الخامس) ما يتمسك بالاحبار الوارده في العينه، و هي أن يشتري الانسان شيئاً بنسيئته ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً،

حيث أن بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من ابواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٠

...

صاحبه الذي يبيعه منه. قال: نعم لا بأس به. فقلت له: اشترى متاعى؟ فقال:

ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك «١».

بتقريب: ان جواز بيعه يدل على كونه مالكا له، و كذا يمكن أن يستدل عليه بذيل الروايه حيث قال «ليس هو متاعك»، فانه يدل على خروج العين بالبيع.

وفيه: ان غايه ما يستفاد من اطلاق الروايه كون البيع مقتضيا للملكيه، و لا ينافي ذلك بالدليل الدال على حصولها بعد انقضاء الخيار.

و أجاب عنه الشيخ بأن جواب الامام عليه السلام مبني على جواز بيعه على البائع، لان تواطئهما على البيع الثاني اسقاط للخيار من الطرفين.

وفيه: ان

التواطؤ لا يسقط الخيار لعدم الدليل عليه، و الاشكال بأنه لو دل دليل على عدم ثبوت الملك مع الخيار لا يعارضه هذا النص و ما يكون بمضمونه في محله.

و أيضا: أجاب بأنه لو سلم ما ذكر من الدلالة على ملك المشهور لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف.

و فيه: ان الظاهر المستفاد أن العقد الثاني بما هو موجب لسقوط الخيار، بلا فرق بين القول بالكشف او النقل.

(السادس) ما استدل به العلامة في التذكرة على ثبوت الملكة بالعقد بصحيحه محمد بن مسلم

عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا. قال: فقال المال للبائع انما باع نفسه، الا أن يكون شرطه عليه ان ما كان له مال أو متاع فهو له «٢». بتقريب انه استفاد ان مال المملوك للمشتري.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من ابواب احكام العقود، الحديث ٣.

(٢) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٧ من ابواب بيع الحيوان، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥١

...

و يرد عليه: ان النص المذكور لا- ينافي ما دل على حصول الملك بعد انقضاء الخيار. و بعبارة أخرى: هذه النصوص لا تعرض فيها لحصول الملكة من حين العقد أو من حين انقضاء الخيار، فان المستفاد من هذه النصوص ان مال العبد تابع له فيما يشترط أو فيما يعلم به البائع و مطلقا اذا لم يقيد خلافه.

(السابع) قوله صلى الله عليه و آله «الخارج بالضمآن»

بتقريب ان المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع في ضمان المشتري فخراجه له، و هي علامه ملكه.

و فيه: أولا انها ضعيفه لا يتمسك بها، و ثانيا كون المشتري ضامنا له في مده الخيار أول الكلام.

هذا تمام الكلام في الادله التي أقاموها لحصول الملكة بالعقد، و يقع الكلام فيما استدل على حصول الملكة بعد انقضاء الخيار ببعض النصوص، كقوله «تلف المبيع في زمن الخيار من مال بايعه» «١» بتقريب: ان الخارج بالضمآن فيدل على كون المبيع في زمان الخيار للبائع، فانه بعد ما ثبت ضمان البائع نلتزم بكونه مالكا للعين للتلازم المستفاد من تلك القاعدة.

و يرد فيه: أولا- ما عرفت آنفا أن النبوى المذكور ضعيف لا- يعتمد عليه، و ثانيا ان شمول كلام الطوسى للخيار المختص بالمشتري أول الكلام، و ثالثا انه لو أغمض عن ضعف السند و

يتمسك باطلاق الخراج بالضمان يلزم تأسيس فقه جديد.

و لنا أن نقول: ان المراد بالضمان فى الروايه ليس مطلق الضمان، بل الظاهر منه الضمان المعاملى، فيكون المعنى أن الضمان المتعلق بالعين يقتضى

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ و ٨ من ابواب الخيار، الحديث ٢ و ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٢

...

ملك المنفعه، فيكون أجنبيا عن محل الكلام. و ثانيا ان المستفاد من قوله «ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك» حصول الملكيه بالعقد، و ثالثا ان المستفاد من الروايات الوارده فى باب خيار الحيوان ان الملكيه تحصل بالعقد، و هى كثيره و ان كان بعضها ضعيفا الا- ان فى صحيحها غنى و كفايه، و هو قوله «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثه ايام» «١» و قوله «صاحب الحيوان ثلاث» «٢».

قال المصنف: و على أى حال ان الاخبار الداله على كون الضمان على البائع اما أن تجعل مخصصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ الى أصاله عدم حصول الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار، و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهره المحققه المؤيده بالإجماع.

و فيه: أولا ان قانون التلازم قد ناقشنا فى روايته سندا و دلاله.

و ثانيا- على فرض التكافؤ لا وجه لرجوعه الى الاصل، لان الجمع الدلالى ما دام ممكنا لا تصل النوبه الى الجمع السندى، فان ما دل على كون المبيع للمشتري يجعل مخصصا لقانون التلازم لكونه صريحا فى المطلوب.

و ثالثا- انه لا تكون الشهره الفتوائيه مرجحه على تقدير التكافؤ، و عليه فالمرجع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، و مقتضاهما حصول الملكيه من أول الامر.

ثم ان بعد

ما ظهر أن الحق ما عليه المشهور لا تصل النوبه الى أن هذا الحكم يجرى فى الخيار المنفصل أو يختص بالخيار المتصل، و أيضا لا مجال للبحث من أنه يختص بخيار الشرط و الحيوان أو يعم بقيه الخيارات، فان

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ٦.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٣

قوله: مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة (١).

المدعى من أصله فاسد.

[مسأله و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة]

أقول: قبل بيان الحال فى المسأله ينبغى تأسيس أصل فى المقام يكون مرجعا عند الشك، فنقول: لو تلف المبيع عند المشتري فى زمان خياره المختص به يكون مقتضى القاعده عدم ضمان البائع، فان مقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بقاء العقد على حاله، و أيضا مقتضى استصحاب بقاء العقد على حاله و عدم الانفساخ عدم ضمان البائع.

و أما استصحاب الضمان الثابت قبل القبض فيرد عليه: انه يكون أخص من المدعى، فانه يمكن أن يفرض أن يكون المال عند المشتري من أول الامر، و القول بعدم الفصل لا مجال له، فانه يرد عليه: أولا انه فرق بين القول بعدم الفصل و بين عدم القول بالفصل.

و ثانيا- ان القول بعدم الفصل انما يكون بين الاحكام الواقعيه لا الظاهريه.

هذا أولا و ثانيا ان الاستصحاب لا يجرى مع وجود الدليل الاجتهادى كما هو ظاهر.

و ثالثا- ان الضمان بمعنى ضمان المثل و قيمه ليست له حاله سابقه، و بمعنى انفساخ العقد يرجع الى الاستصحاب التعليقى الذى لا نقول به.

و رابعا- ان هذا الاستصحاب داخل فى استصحاب الحكم الكلى الذى لا نقول به.

و خامسا- ان مقتضى

روايه «١» عقبه بن خالد عدم الضمان بعد القبض، لكن

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٤

...

الروايه ضعيفه بمحمد بن عبد الله بن هلال، فثبت ان مقتضى الاصل الاولي عدم الضمان، و لا بد من الخروج عن هذا الاصل من وجود الدليل، فيقع الكلام في جهات:

(الاولى) لا اشكال في ثبوت هذا الحكم في خيار الحيوان، و تدل عليه جمله من الروايات «١»، و أيضا لا شبهه في ثبوت هذا الحكم في خيار الشرط بالنسبه الى المشتري للروايات المشار اليها، فان تلك الروايات تدل على كون الضمان على البائع لو تلف المبيع في زمان الخيار، فانه يدل بالنسبه الى خيار الشرط ذيل روايه «٢» ابن سنان قال عليه السلام «فان كان بينهما شرط أياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع».

(الثانيه) هل يجرى هذا الحكم في خيار المجلس. ربما يقال بأن الشرط قد أطلق على خيار المجلس، فيشمل الدليل خيار الحيوان أيضا.

لكن يرد عليه: انه لا- دليل على هذا المدعى، اذ الظاهر من النصوص اختصاص الحكم بالشرط المقرر بين المتعاملين أو مضى ثلاثه أيام، و هي زمان خيار الحيوان.

(الثالثه) انه هل يجرى هذا الحكم في بقيه الخيارات. ربما يقال كما أفاد الشيخ قدس سره بأنه يفهم من الروايات الوارده في المقام بأن المناط في هذا الحكم تزلزل العقد و عدم صيروره العين ملكا لازما على المشتري. و بعبارة أخرى: يستفاد هذا الحكم بعموم المناط، فانه عليه السلام قال في روايه «٣» رواها

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٥

...

ابن سنان بعد ما سأله السائل على من ضمان ذلك: للبائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري.

و يرد عليه: انه لا- يمكن الجزم بأن المناط ما ذكر، و بعبارة أخرى لا- ظهور في الرواية بأن المناط وجود الخيار، و غايه ما في الباب كون الرواية مشعره بهذا المعنى، فلا بد من الاقتصار على مورد، و هو خيار الحيوان، و العمده في الاشكال ما ذكرنا.

و العجب من المصنف حيث اعترف بالظهور و مع ذلك يقول بأن الاعتماد على هذا الظهور مورد تأمل، فان مع الاعتراف بالظهور لا وجه للتأمل.

و استشكل في الاستدلال بوجه آخر، و هو أن الظاهر من الرواية ما يكون الخيار ثابتا من أول الامر، و حيث ان خيار الغبن و العيب و الرؤيه و غيرها ليس الخيار فيها ثابتا من أول الامر فلا يجرى فيه.

و يرد عليه: انه على فرض تماميه الامر و تسليم ظهور اللفظ فيه ان الخيار في الغبن و العيب ثابت من أول الامر.

و مما يمكن أن يستدل به على العموم ما أفاده السيد قدس سره في الحاشيه:

من أن المراد من الشرط الوارد في ذيل الصحيح «١» متعلق الخيار، بأن يقال ان المراد من الشرط فانه لا يضر بالاستدلال كون مورد الخبر خصوص الحيوان، لان الظاهر من الكلام اطلاق الحكم لكل خيار او لادن الحكم في مورد الحيوان اذا كان عاما للخيار غير خيار الحيوان، فلا قول بالفصل. و قال قدس سره:

انه يمكن الاستدلال بهذا التقريب بالنبوى «٢» المذكور في قرب الاسناد.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٦

...

و يرد عليه: انه خلاف الظاهر، فان الظاهر من الشرط خيار الشرط، بل الجمود على النص - كما هو مقتضى القاعده - الاقتصار على خصوص الحيوان و تعميم الحكم بغيره ذكر في النص حتى في مورد الحيوان لا وجه له.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنه قدس سره اشتبه في نقلها عن قرب الاسناد و الروايه ضعيفه بحسن بن أبي الحسن.

و ربما يستدل بالإجماع و عدم الخلاف، و السيد جعلهما مؤيدين للمدعى، لكن ليس تحته شىء، فانه على فرض تحقق الاجماع لا يكون اجماعا تعبديا فلا يترتب عليه الاثر كما هو ظاهر.

(الرابعه) ان هذا الحكم مختص بالحيوان و لا- يجرى في غيره لاختصاص الدليل، و لذا نرى في كتب الفتوى كمنهاج سيدنا الاستاذ الاختصاص المذكور.

(الخامسه) ان مقتضى اطلاق الروايات شمول الحكم لما يكون الخيار مشتركا بين المتعاقدين، لكن مقتضى الاجماع المدعى في المقام الاختصاص بما يكون مختصا بالمشتري و لا يكون للبائع، و لذا اشتهر بينهم بأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، لكن الالتزام بمقتضى الاجماع مع عدم دليل على حججه مشكل، و الجراه على الذهاب الى خلاف ما اشتهر بينهم و خلاف الاجماع المدعى اشكل، و الاحتياط طريق النجاه.

(السادسه) ان هذا الحكم يختص بالمبيع أو يجرى في الثمن، و عبارته أخرى هل يختص بالمشتري أو يعم البائع الذى يمكن أن يكون مدركا للتعميم أمران ذكرهما الشيخ قدس سره:

أحدهما - استنباط الملاك، و هى صيروره العين ملكا مستقرا لمالكه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٥٧

...

و يرد عليه: انه لا ظهور للنص في هذا المعنى، مضافا الى أنه على تقدير التسليم

فانما يكون بالنسبه الى المشتري و لا دليل على الاطلاق.

ثانيهما- استصحاب الضمان الثابت قبل القبض.

و يرد عليه ما أورده آنفاء، و لا حاجه الى الاعاده، مضافا الى أنه من الشك في المقتضى الذى لا يرتضيه المصنف.

و أيضا يرد عليه: انه الموضوع للحكم قبل القبض، و مع حصول القبض لا مجال للاستصحاب، مضافا الى أنه معارض بقاعده ان التلف على المالك.

لا يقال: قد خصصت هذه القاعده بالتلف قبل القبض، فاستصحاب حكم المخصص محكم.

فانه يقال: فى هذه الصوره المرجع العموم.

(السابعه) انه على تقدير سريان الحكم بالنسبه الى البائع فلو وقع التعارض بين القاعدتين- أى قاعده التلف قبل القبض و التلف فى زمن الخيار- فما الحيله؟ ربما يقال كما ادعاه الشيخ بأن قاعده التلف فى زمان الخيار لا يشمل قبل القبض. و هذه الدعوى لا دليل عليها لإطلاق النص فلاحظ.

و الحق انه على القول بسريان الحكم و وقوع التعارض لا- ترجيح لأحد الطرفين، بل مقتضى التعارض التساقط و الرجوع الى القاعده الاولى، و مقتضاها أن ضمان كل ملك على مالكة، و لا يصغى الى ما أفاده السيد فى الحاشيه من ترجيح قاعده التلف قبل القبض، فان ما أفاده فى مقام الاستدلال لا يرجع الى محصل.

(الثامنه) هل يختص هذا الحكم بالمبيع الشخصى أم يعم الكلى أيضا؟

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٨

...

الظاهر هو الاول، فان الظاهر من الدليل الاختصاص، مضافا الى أن مقتضى الضمان على من ليس له الخيار انفساخ العقد و دخول التالف فى ملك مالكة الاول، و هذا يتصور فى المبيع الشخصى، و أما فى المبيع الكلى فلا يتوقف الضمان على انفساخ العقد.

نعم يمكن أن يقال: ان المدعى فى المقام ان معنى الضمان انفساخ العقد و صيروره

العين كما كانت، و أما فى المبيع الكلى فلا يتحقق هذا المعنى، اذ معناه جعل الكلى كغير المقبوض، و هذا لا يستفاد من الدليل.

و بعبارة ثالثة: ان الضمان بمعنى الانفساخ فلا- يتحقق فى المقام، و بالمعنى الاخر لا دليل عليه، لكن العمدة ظهور الدليل فى العين الخارجيه و عدم شموله للكلى، و لو لا هذه الجهة لا مانع من القول فى الكلى كالشخصى، فان معنى الضمان واحد فى كلا المقامين و أثره فى الكلى انفساخ العقد و رجوع العين الى ما كانت.

ثم ان هذا الضمان ضمان المعاوضه، أى ينفسخ العقد أو ضمان الغرامه.

أفاد الشيخ قدس سره بأن الضمان ضمان المعاوضه، و استدل عليه بأن ظاهر قاعده ان التلف يحسب على البائع ان التلف من ماله، و أيضا ان ظاهر كلام بعض و صريح جماعه أن الضمان الثابت قبل القبض ثابت الى ما بعد القبض فيما يكون الخيار للمشتري، ان ظاهر الدليل كذلك مع ضم قاعده ان كل مالك ضامن لماله و قاعده الخراج بالضمان، فانه لو فرض انفساخ العقد لم يلزم خلاف لمقتضى القاعدتين.

أما الوجه المستفاد من كلمات الاصحاب فلا- يترتب عليه أثر، لاین غايته الاجماع و حاله معلوم. و أما الوجه الثانى فأیضا مخدوش، اذ الموضوع فى المقام مال الغير، و لا يفهم من الضمان الا أن خسارته على الغير. نعم لو كان

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٥٩

...

ملكا للضامن لكان تالفا فى ملكه، و أما النص فذيل صحيح ابن سنان يدل على المدعى بلا احتياج الى ضم القاعده. نعم بالنسبه الى صدر الصحيحه و بقيه الروايات نحتاج الى ضم القاعده.

و أما قاعده ان الخراج بالضمان، فيرد عليه: أولا ما تقدم من عدم اعتبار

سنده، و أيضا ليس معناه ما أفاده لترتب المحذور بالنسبه الى الغاصب، مضافا الى أنه لا نحتاج الى ضمها. و أيضا يرد عليه: انه يلزم رفع اليد عنها على كل تقدير، اذ مقتضاها عدم الانفساخ، الا أن يقال بأن التلازم باق ما دام بقاء الملك و المفروض زوال الملك قبل التلف. و الحاصل لا نحتاج الى ضمها.

و أورد سيدنا الاستاذ على الشيخ بأن الانفساخ أيضا مخالف للقاعده، فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد بقاؤه و عدم انفساخه.

ان قلت: ان المذكور فى صدر الصحيح لم يذكر الا قوله «على البائع»، و هذا يجتمع مع ضمان الغرامه.

قلت: ان غايته الظهور لو لم يكن مجملا و يرفع اليد عنه بالنص الوارد فى الذيل. ثم ان حكم تلف الجزء حكم تلف الكل، لما ورد فى الصحيح «١» من قوله «أو يحدث فيه حدث» و يؤيده مرسل ابن رباط «٢».

و أما لو تلف الوصف فلا شبهه فى أنه لا يوجب انفساخ العقد لا بالنسبه الى الكل و لا بالنسبه الى الجزء، لعدم وقوع الثمن فى مقابل الوصف، لكن اطلاق قوله فى ذيل الصحيحه «أو حدث فيه حدث» يشمل فوات الوصف، لكن هل يثبت خيار الرد و الارش او يثبت خصوص الارش، يقع التكلم فيه فيما بعد إن شاء الله.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٠

...

و يشكل الامر فى المقام بأن جريان الحكم فى تلف الوصف، مع ان الضمان بمعنى انفساخ العقد الالتزام بانفساخه بهذا المقدار، و تعيين كون الارش من عين الثمن. و الاول لا يقول به أحد على ما فى

بعض الكلمات، و الثانى و ان كان ظاهر بعض الكلمات لكن المصنف اذا لم يكن قائلا به لا يتم الامر.

ان قلت: الضمان فى تلف الوصف يغير مع التلف فى الجزء.

قلت: هذا يستلزم استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد، و لا نقول به لأنه خلاف الظاهر.

و فى بعض الكلمات انه يمكن الالتزام بالانفساخ فى أنه قبل التلف.

و يرد عليه: أولا- ان الانفساخ فى محل الكلام هو الانفساخ من الحين و لذا لا- يكون المشتري ضامنا للمنافع، و ثانيا لا معنى للانفساخ اذ لا يكون فى مقابل وصف الصحة شىء من الثمن.

ثم ان هذا كله فيما يكون بالتلف السماوى، و منه حكم الشارع بالتلف كما لو صار العبد المشتري اعمى، و أما لو كان باتلاف ذى الخيار فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يسقط خياره.

لكن يرد عليه: أنه لا- وجه لسقوط الخيار كما مر منا، فان اسقاط الخيار أمر قصدى، فلا يتحقق مع عدم القصد، خصوصا مع الجهل بالخيار. لكن مع ذلك لا يترتب عليه الحكم المذكور، لان الحكم فى لسان الدليل يترتب على الهلاكه، و هذا العنوان منصرف عن الاتلاف العمدى. و لو كان باتلاف غير ذى الخيار فالامر أيضا كذلك، فان الدليل منصرف، مضافا الى أن هذا الحكم ارفاق بالنسبه الى المشتري و ربما يكون اتلاف البائع مصلحه له. و قس

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦١

...

عليه اتلاف الاجنبى فى عدم ترتب الحكم المذكور الا فيما يكون اتلاف الاجنبى مصداقا للهلاكه و التلف.

ثم انه لو كان باتلاف البائع لا يسقط الخيار كما قلنا، فيجوز الامضاء و الرجوع بقيمه العبد و يجوز الفسخ و الرجوع بالثمن ان كان قبضه من البائع، و ان كان تلف المبيع

باتلاف الاجنبى فلذى الخيار الامضاء و الفسخ، فعلى الاول يرجع بقيمه العبد المبيع الى الاجنبى، و أما على الثانى - أى لو فسخ المشتري - فلا اشكال فى أن البائع يرجع بقيمه العبد. انما الكلام فى أنه هل يرجع الى المتلف أو يرجع الى البائع أو يكون مخيرا؟ وجوه فى المقام، أما الرجوع الى المتلف فلو جهين:

أحدهما - ان البديل قائم مقام العين فى جميع الجهات، و منها كونه ملكا لناقله بعد الفسخ لو كان موجودا بعده، و هذا البديل فى ذمه الاجنبى المتلف للعين فيرجع اليه.

ثانيهما - ان التلف موجب لاعتبار كون العين ملكا لناقلها عند التلف بناء على اعتبار قيمه يوم التلف أو عند الفسخ بناء على اعتبار يوم الفسخ، و على كلا التقديرين تكون العين فى ضمان المتلف فيرجع البائع اليه. و الفرق بين الوجهين أن ما يكون ثابتا فى ذمه المتلف هو البديل من أول الامر، و على الثانى يكون الثابت نفس التالف و الانتقال الى البديل حين الدفع.

و أما الرجوع الى المشتري فلانه اذا دخل الثمن فى ملكه بالفسخ و الحال أن المثلن تلف فى ملكه خرج عن ملكه بديل الثمن و يدخل فى ملكك البائع و صار فى ذمته لا ذمه المتلف. و الوجه فيه: ان الضمان بالنسبه الى التالف محله الذمه لا العين الخارجيه، فيتردد الامر بين أن يكون محل التالف ذمه المتلف

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٢

قوله: مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة (١).

أو ذمه المشتري، لا سبيل الى الاول، اذ ذمه المتلف تشخصت بالاشتغال للمشتري و لا يمكن مملوكيه شىء واحد لمالكين.

ان قلت: انما يلزم هذا الاشكال لو اجتمعا فى زمان واحد و فى المقام ليس كذلك،

فانما يتشخص أولاً ملكاً للمنقول اليه و بعد الفسخ يصير ملكاً للناقل فلا محذور، فان التشخص الاول يزول بالتشخص الثانى.

قلت: الامر كما ذكرت، لكن انما يكون الامر كذلك لو كانت بدلا عن العين فى جميع الجهات حتى فى صيرورته ملكاً للناقل عند الفسخ كما لو كانت العين موجوده، لكن الامر ليس كذلك بل انما يكون بدلا بمقدار صيرورته ملكاً للمالك. و أما الفسخ و ان كان موجبا لكون العين ملكاً للناقل لكن بوصف كون بدلها فى ذمه المتلف للمنقول اليه، و لا يمكن اشتغال الذمه بالنسبه الى شىء واحد لشخصين.

و أما الثالث: فلان يد الفاسخ يد ضمان قبل الفسخ بالعوض المسمى و بالقيمه بعد الفسخ، و اتلاف الاجنبى أيضا سبب للضمان فتكون النتيجة التخيير.

و يظهر من المصنف أن أقوى الوجوه فى نظره هو الوجه الثانى، كما أن الاضعف هو الوجه الثالث على ما صرح به. و لا يبعد أن يكون أقوى الوجوه هو الوجه الثالث، فان يد المشتري يد ضمان و الا يلزم عدم الضمان لو كان التلف بآفه سماويه، و هذا باطل بالضروره، فللبائع أن يرجع اليه، كما أنه لا شبهه أن المتلف ضامن بالاتلاف، فالمقام يكون نظير تعاقب الايدى أو اجتماع اليد و الاتلاف، فان كل واحد من الامرين سبب و موجب للضمان، فأصبح أضعف الوجوه أقواها.

[مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التذکره]

أقول: انه قال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٣

...

تسليم الثمن فى زمان الخيار، و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا- يجبر الا-خر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضيه للخيار. و قال بعض الشافعيه:

ليس له استرداده و له أخذ ما عند

صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع - انتهى.

و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار اجماعا. و كيف كان فقد أورد الشيخ أن ما ذهب اليه الشافعيه من جواز الاسترداد و أخذ ما عند صاحبه جمع بين المتنافيين، اذ كيف يجمع بين عدم وجوب التسليم و بين جواز الاخذ بلا رضاه، فان الامساك و عدم الدفع ان كان عن حق فلا يجوز الاخذ و ان لم يكن عن حق فلا يجوز الامساك.

و استشكل عليه المصنف: بأنه ان أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجهه الى وجوب احد الامرين اما الفسخ و اما التسليم، و الظاهر أنه غير مراد، و ان أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار. ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنه الناس على أموالهم.

و أورد عليه المحقق النائيني: ان العقد حيث كان بجميع مداليه المطابقه و الالتزامه تحت يد ذى الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد، فلا يقال هذا مخالف لقاعده السلطنه، لان من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الاصلى التسلط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

و فيه: أولا ان ما أفاده لو سلم لثم فى الخيارات الجعليه و أما الخيارات الشرعيه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٤

قوله: مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين (١).

فلا، و ثانيا انه ليس هذا المدعى صحيحا، فان لزوم الدفع من أحكام كون العين ملكا للغير

و لا يكون الخيار مقتضيا لجواز الامساك، فالحق ما أفاده المصنف من عدم الدليل على هذا الحكم، فانه لو كان موضوع الخيار هو العين لكان لهذا التوهم مجال لكون العين متعلقه للحق على هذا الفرض، و أما لو لم يكن الموضوع هو العقد كما هو الصحيح فلا مجال لهذا التوهم، فالحق وجوب الدفع.

[مسأله قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين]

اشاره

و لا يخفى أنه كما يقول الشيخ أن هذا الحكم انما يتصور فيما يكون العقد باقيا بعد التلف، و أما فيما يفسخ العقد بتلف العين- كما فى التلف قبل القبض أو التلف فى زمن الخيار- فلا موضوع لهذا البحث. اذا عرفت هذه المقدمه فاعلم ان تنقيح المقام يقتضى أن يقع البحث فى ضمن أمور:

(الاول) ان الظاهر أن الشارع لم يأت باصطلاح جديد للخيار فى قبال المعنى العرفى، بل المراد منه هو المعنى الذى عند العرف و العقلاء، أعنى حل العقد.

و أيضا يستفاد هذا المعنى من بعض الروايات، و هو قوله «اذا افترقا وجب البيع» (١)، فالوجوب فى الروايه اسند الى البيع، فيفهم أن الخيار معناه حل العقد و فسخ البيع ما دام المجلس باقيا، بانقضاء المجلس و حصول الافتراق يلزم البيع و العقد. فعليه لو ورد هذا اللفظ فى دليل يتمسك باطلاقه لبقاء الخيار فيما شك فى بقاءه بعد تلف العين، و ما يظهر من الشيخ من التردد فيه من حيث احتمال أن موضوع الخيار العين لا مجال له، فانه ليس للشارع فيه اصطلاح خاص.

(الثانى) أنه لو كان الوارد فى لسان الدليل «يرد العين» أو «يجوز الرد»

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٣ من ابواب الخيار، الحديث ٦.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٥

قوله: لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه (١).

فى الخيارات الاخرى فلا مجال للخيار بعد تلف العين لانتفاء موضوعه.

لا يقال: انه يحتمل أن يكون المراد منه الرد الملكى لا الخارجى.

فانه يقال: ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر الروايه فلا يعتنى به.

(الثالث) اذا شك فى موضوع الخيار انه العقد أو العين فهل يجرى الاستصحاب أم لا؟ ربما يقال: لا وجه للتمسك باستصحاب بقاء الموضوع لكونه الشك فى المقتضى، الا أنك قد عرفت فى الاصول أن هذا الاشكال لا مساس له بما نحن فيه، و لكنه مع ذلك لا مجال لجريان الاستصحاب، لأنه قد بينا فى محله أنه لا يجرى فى الاحكام الكليه.

هذا أولا، و ثانيا انه يشترط فى جريان الاستصحاب احراز موضوعه و هو منتف هنا، و ثالثا انه لا مجال للاستصحاب هنا لوجوب الدليل اللفظى و هو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فلا بد من التمسك به لا بالاصل.

(الرابع) ان الخيار اما شرعى و اما جعلى، و القسم الاول منه بينا حكمه فلا نعيد، و أما القسم الثانى فانه اما مجعول بالصراحه أو بالارتكاز كخيار العيب، و على الاول لا مجال لجريان الاستصحاب بعد التلف لو شك فيه للتعارض، و على الثانى فاما كان ملاك الارتكاز موجودا و لو بعد التلف كما فى خيار الغبن فالخيار موجود، و اما اذا لم يكن كذلك كخيار العيب فلا وجه للخيار.

[لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونه]

أقول: ان ما ذكره لا خلاف فيه و هو الحق فى المسأله، و لكنه استشكل على ما ذكره فى مقام الاستدلال بالاصل بأن مع وجود الاماره- و هو عموم على اليد- لا يصل المجال الى الاصل، و على تقدير عدمها فان الاستصحاب المستدل عليه فى المقام اما شخصى و اما كلى، و الاول منتف قطعا لان الضمان

دراساتنا من الفقه

...

المعاوضى انتفى بالفسخ و الثانى من قبيل الاستصحاب فى القسم الثالث من الكلى، اذ الضمان المعاوضى الموجود قبل الفسخ ارتفع بالفسخ، و احتمال بقاءه فى ضمن فرد آخر من الضمان مشكوك، و قد بينا فى الاصول عدم حجيته.

أفاد المحقق الايروانى: ان الثابت فى العهده فى باب الضمانات نفس العين، و انما يدفع العوض مثلا أو قيمه بدلا عما فى الذمه، فيستصحب ضمانه قبل الفسخ.

و فيه: ان الاستصحاب فى المقام ليس شخصا بل من الاستصحاب الكلى كما بيناه، فان الضمان قبل الفسخ كان ضمانا معاوضيا و بعده سبب الضمان مشكوك و الاصل عدمه. و لو تنزلنا و قلنا باستصحاب الضمان الا أنه يعارضه استصحاب عدم الضمان الا على مذهب من يقدم الاستصحاب التعليقى على التنجيزى.

اللهم الا- أن يقال: ان الشك فى الضمان و عدمه مسبب عن الشك فى كون المثل أو القيمه فى ذمه المتلف، و مع الاصل الجارى فيه لا تصل النوبه الى الاصل المسببى.

اذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لو فسخ العقد لا بد أن يسلم ما بيده الى البائع و لو لم يسلم عصيانا ضمنه عند التلف لعموم على اليد.

لا يقال: ان دليل اليد يشمل ما اذا كان العينى تحت يده، و أما اذا خرج عنه فلا يشمل.

فانه يقال: ليس المراد من اليد اليد الخارجى بل المراد منه السلطه، و لا مجال للإشكال بأن الروايه ضعيفه السند لان العمده فى باب الضمانات أنها من الاحكام العقلانيه التى أمضاها الشارع. نعم لا يضمنها فى الزمن الذى لا بد منه فى أدائها الى صاحبها، فان فى هذه المده أمانه شرعيه. و ملخص الكلام: ان باب الضمانات يؤخذ من العقلاء، ففى كل

مورد يكون من الشارع تصرف يؤخذ به ولا يحكم بما حكم به العقلاء.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٦٧

قوله: القول في النقد و النسيئه (١).

قوله: مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد (٢).

لا يقال: انه لو كان مجرد كون الشئ ء فى حيطه أحد موجبا لضمانه فلا بد من الالتزام به فيما اذا وقع ذلك فى حيطته بأمر غير اختياري، كما اذا ألقى الريح ثوب الغير فى داره أو وقع فيها بفعل الاجنبى.

فانه يقال: ان عدم الضمان فى هذه الموارد من المسلمات، فان الشارع أمر بأدائها الى صاحبها من غير ضمان.

[القول فى النقد و النسيئه]

[مسأله اطلاق العقد يقتضى النقد]

أقول: أفاد المصنف أنه ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين الى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد، و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالى بالكالى، و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هو النسيئه، و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم. و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى.

و أورد عليه المحقق الايروانى: بأنه لا وجه لتخصيص المؤجل بخصوص الكلى، فان معنى التأجيل اشتراط الاجل و تأخير التسليم الى مده معينه، و هذا كما يتصور فى الكلى يتصور فى العين الشخصيه، فيشترط أن تكون العين الى مده كذا فى يد المشتري أمانه أو عاريه فلا يكون له حق المطالبه ما لم تنقض المده.

أقول: ان ما اورده متين جدا، الا أن يقال: ان اشتراط حق التأخير خلاف للشرع، لكن فيما يكون المبيع أو الثمن كليا يجوز هذا الاشتراط قطعاً لما علم من الدين، و أما لو كان فى الشخص الخارجى فلم يثبت الجواز.

أقول: و علله فى التذكرة بأن قضيه العقد انتقال كل من العوضين الى الاخر، فيجب الخروج عن العهده

متى طوبل صاحبها، فلا يجوز للمشتري تأخير الثمن. ثم قال الشيخ قدس سره: فلو اشترط تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الاطلاق على المشهور بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط من اراده عدم المماطله و التأخير عن زمان المطالبه، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبه.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٦٨

...

و استشكل عليه سيدنا الاستاذ دام ظلّه: بأنه يظهر من كلام الشيخ أمران:

الاول- انه لا يجب الدفع بمقتضى اطلاق العقد الا عند المطالبه، و هذا من الغرائب، فان نفس العقد يقتضى التعجيل، لأنه بالعقد ينتقل كل من العوضين الى الاخر، و المفروض عدم التأجيل فيجب الدفع فوراً طالب أم لم يطالب.

الثاني- قال ان شرط التأجيل مؤكّد لإطلاق العقد، و هذا أغرب من سابقه، لأنه على فرض تسليم ما أفاده عند الاطلاق لا نسلمه عند الاشرط، فان معنى الاشرط الدفع فوراً طالب أم لا. فظهر من ذلك ما فى كلام صاحب الجواهر حيث قال: ان الشرط مؤسس لا مؤكّد، و أنت علمت أنه مؤكّد بالمعنى الذى ذكرناه لا بالنحو الذى أفاده الشيخ.

أقول: ان الظاهر موافق لما ذهب اليه الشيخ، فان العقد يقتضى التعجيل.

لكن كون الثمن نقداً لا يقتضى وجوب الدفع فوراً بل يقتضى عدم حق التأخير للمشتري عند المطالبه. و يظهر هذا المعنى الذى ذكرناه مما رواه عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل جاريه بثمان مسمى ثم افترقا. فقال: وجب البيع و الثمن اذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد ... «١».

ان قلت: المفروض انه مال الغير و لا يحل التصرف فى مال الغير بلا رضاه سواء طالبه أم لا.

و لكنه يرد عليه: بأن المقصود من

المطالبه و عدمها الرضا بالتأخير و عدمه، و لو رضى بالتأخير فلا يشمل أدله حرمه التصرف فى مال الغير. نعم لو شك فى مقام الاثبات فى رضائته بالتأخير و عدمها يحكم بوجود دفعه لعدم جواز التصرف فى مال الغير. فظهر مما ذكرناه عدم تماميه ما أفاده الجواهر كما أنه ظهر

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٦٩

...

عدم تماميه كلام الاستاذ.

ثم انه ذكر الشهيد فى الدروس: ان فائده الشرط ثبوت الخيار اذا عين زمان النقد فأخل المشتري به، و قوى الشهيد الثانى ثبوت الخيار مع الاطلاق أيضا يعنى عدم تعيين الزمان اذا أخل به فى أول وقته، و قال الشيخ: و هو حسن.

و أورد عليه السيد فى حاشيته: بأنه لا-حسن فيه، اذ مع فرض كون زمان التعجيل المشترط ممتدا بحيث يتصور له أول و آخر فالتأخير من أول وقته لا يكون من تخلف الشرط حتى يستلزم الخيار، و ما ذكره من أن تعجيل المطلق معناه الدفع-الخ، ففيه مع كونه ممنوعا انه لا يتصور حينئذ أول و آخر حتى يكون التأخير عن أوله موجبا للخيار.

وفيه: انه يترتب الخيار على التأخير كما قال الشهيد فيما اذا تعينت المده، و أما اذا لم تتعين المده يجب عليه التسليم فى أول أزمته الامكان، و هذا معنى التعجيل المطلق، و لا نسلم عدم تصور المعنى للتخلف، فان معناه التأخير عن أول أزمته الامكان، و هذا أمر ظاهر.

قال الشيخ: و لا حاجه الى تقييد الخيار هنا بصوره عدم امكان الاجبار على التعجيل، لان المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل أمكن اجباره أم لم يمكن وجب أو لم يجب،

فان مسأله ان ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر اجباره على الوفاء مسأله أخرى، مضافا الى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط، اذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفذ لأنه غير الزمان المشروط فيه الاداء.

و ما أفاده غريب، فان كل شرط يكون كذلك، و من هذا القبيل اشتراط الخياطه فان قبل زمانه لا يجوز الاجبار و بعده لا ينفذ، مع انه يجوز الاجبار قبل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٠

قوله: مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا (١).

زمانه باتيان مقدماته لو كان له مقدمات، فاذا ضيق الوقت يجبره على العمل على نحو الواجب الموسع اذا ضيقت وقته.

[مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه غير محتمله مفهوما و لا مصداقا]

أقول: ملخص الكلام فى المقام لو لم يعين مده تأجيل الثمن بحيث احتمل الزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما- كأن يقول «الى مجىء الحاج» و يكون قدوم الحاج غير معلوم مصداقا- يبطل البيع.

أفاد السيد اليزدى: ان المدار فيه على ما يعد تعيينا عرفا، فيجوز الاكتفاء بذكر الشهر الهلالى، و ان لم يعلم أنه تام أو ناقص، مع أنه لو قال الى تسعه و عشرين أو ثلاثين يكون باطلا.

و كيف كان ما قيل أو يمكن أن يقال فى وجه البطلان أمور:

(الاول) الاجماع. و فيه ما عرفت من الفساد و لا وجه للإعاده.

(الثانى) لزوم الغرر. و فيه أولا- ان الغرر كما عرفت فى محله بمعنى الحظر و الجهل لا يلزم منه الحظر دائما بل قد يلزم و قد لا يلزم فالدليل اخص من المدعى، و ثانيا ان الروايه الداله على بطلان الغرر ضعيفه.

(الثالث) انه يشترط ذكر الاجل المضبوط فى السلم دون ما يحتمل الزيادة و

النقصان، كما يستفاد ذلك من عدة روايات «١»، وكذلك في المقام لاتحاد الملاك في البابين.

وفيه: انه قياس مع الفارق، ولا- طريق لنا الى كشف الملاك القطعي و الظنى منه لا يغنى من الحق شيئا، ولكنه مع ذلك كله فانه من المسلمات التي لا يمكن التخطى عنه، فان سيدنا الاستاذ دام ظله لم يستشكل في المقام مع أن الاشكالات التي أوردناها وارده على مباني الاستاذ أيضا.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٣ من أبواب السلف.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧١

...

و التحقيق أن يقال: ان الشرط في مسأله التأجيل قد يكون تأخير أداء الثمن و أخرى تأخير مطالبته، و القسم الثاني ليس داخلا في باب النسيئه، و القسم الاول منه باطل على مقتضى القاعده حيث انه خلاف الكتاب و السنه، الا أنه علم من الشرع الجواز اذا كانت الى مده معينه و بقى الباقي في كونه مخالفا لهما.

ان قلت: لو كان الشرط المذكور خلاف الكتاب و السنه فلا بد أن يكون باطلا حتى فيما اذا كانت المده معينه.

قلت: ان الامر و ان كان كذلك الا أن الشرع أجاز في تلك المده و نحن تابعون له.

ثم انه هل يجوز الافراط في التأخير أم لا؟ أفاد المصنف اذا وصل الى حد يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل بطل البيع.

وفيه: أولا- انه لا- دليل على بطل البيع السفه، و ثانيا ان الباء في كلمه «بِالباطِلِ» ليس للمقابله بل هي سببيه، فالسبب هنا ليس باطلا كما هو واضح.

ثم انه نقل عن الاسكافي المنع من التأخير الى ثلاث سنين استشهادا بما رواه احمد بن محمد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: انى أريد الخروج

الى بعض الجبال. فقال: ما للناس بد من أن يضطربوا، سنتهم هذه. فقلت له جعلت فداك انا اذا بعناهم بنسيئه كان اكثر للريح.
قال: فبعهم بتأخير سنه.

قلت: بتأخير سنتين. قال: نعم. قلت: بتأخير ثلاث. قال: لا «١».

و أيضا ما رواه عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد عن ابي الحسن الرضا عليه السلام فقلت: انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير
فنباعهم بتأخير سنه. قال:

بعهم. قلت: سنتين. قال: بعهم. قلت: ثلاث سنين. قال: لا يكون لك شىء اكثر من ثلاث سنين «٢».

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من ابواب أحكام العقود، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ٦ من ابواب أحكام العقود، الحديث ٣.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٢

...

لكن الروايه الاولى ضعيفه بسهل بن زياد، و الروايه الثانيه أجنبيه عن المدعى.

أفاد المصنف قدس سره: ان ظاهر الخبرين الارشاد و واقفه سيدنا الاستاذ دام ظله بأنه كان فى مقام المشاوره مع الامام عليه
السلام.

وفيه: ان الحمل على المشاوره و الارشاد خلاف الظاهر، الا أن الروايه المنقوله عن قرب الاسناد لا يوافق الاسكافى فانه منع
التأخير الى ثلاث سنين و الروايه تنفى اكثر من ثلاث سنين.

اذا عرفت ذلك فاعلم انا اذا عملنا بظاهر روايه الحميرى فلا- يجوز الافراط فى التأخير بلا كلام فيه، فلا تصل النوبه الى هذا
البحث، و أما اذا لم نعمل به أو حملناه على الارشاد فتصل النوبه الى البحث بأنه هل يضر الافراط أم لا؟

ربما يقال بعدم جواز الافراط فى التأجيل لعدم ترتب غرض صحيح عليه، و حلول الاجل شرعا بموت المشتري، فكان اشترط ما
زاد على ما يحتمل بقاء المشتري لغوا بل مخالفا للمشروع، و ان أراد ما قبل الموت

فالشروط الى ما يحتمل بقاء المشتري غرر لكونه مجهولا.

و يرد عليه أولا: يمكن أن يفرض عدم الغرر في بعض الصور، و ثانيا ان الغرر لا- يكون مبطلا- و ثالثا ان المفروض أن المده معلومه عندهم غايه الامر ان الشارع حكم بالحلول.

ثم ان المعتبر في تعيين المده تعيينها الواقعي أو لا- بد من معرفه المتعاقدين بها حين العقد. و ربما يقال بكفايه الاول كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصدق، حيث أنه له شراء وزنه مثلا بعيار بلد مخصوص و ان لم يعرف مقدارها.

و لكن الظاهر عدم كفايته للزوم كفايه كل مجهول لكونه معلوما في الواقع، و الغرض من التعيين رفع الجهاله و الغرر، و التعيين الواقعي لا يرفعهما، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧٣

قوله: مسأله لو باع بضمن حالا و بأزيد منه مؤجلا (١).

المقيس عليه فهو أيضا أول الكلام.

[مسأله لو باع بضمن حالا و بأزيد منه مؤجلا]

اشاره

أقول: بأن يجعل الأقل ثمنا على تقدير كونه حالا و الأزيد ثمنا على تقدير كونه مؤجلا- كأن يقول ان كان الثمن نقدا فبعتك بدينار و ان كان مؤجلا فبعتك بخمسه دنانير- فالمسأله محل كلام بين الاعلام، و لا يهمنا التعرض لأقوال العلماء فنقول: مقتضى التحقيق أن يقع البحث في مقامين: الاول مقتضى القاعده، الثاني مقتضى النصوص.

أما الاول- فنقول: تاره يفسر المؤجل ببيع العين بالثمن المؤدى بعد شهر مثلا و النقد ببيع العين بالثمن المؤدى في الحال.

و فيه: ان هذا خلاف ما يفهم من كلمات القوم، فان الظاهر من كلماتهم أن الثمن في المؤجل حالي لكن يكون للمشتري حق التأخير في الاداء، مضافا الى أن الاثمان لا- تقيد بالازمان، و على أى حال اما يجعل الترييد في الثمن، و هو غير معقول لان المراد لا واقع

له، و اما ان يكون الترديد فى الايجاب فقط و يقبل المشتري فى مقابل الثمن الذى اختاره، و هذا باطل من ناحيه الجهل، و اما يكون من باب التعليق كأن يقول «ان كان الثمن نقدا فبعتك بكذا و ان كان مؤجلا فبكذا»، و هذا باطل من جهه التعليق، و اما أن يكون الثمن هو الاقل و يكون الزيادة من باب الشرط بأن يشترط على المشتري بأنه لو أصر الاداء يدفع الزائد، و هذا أيضا مشكل من جهه لزوم الربا، لكن لو قلنا بصحة البيع و عدم كون الشرط الفاسد مفسدا يلتزم بالصحة و فساد الشرط فليس للمشتري حق التأخير لأنه وقع فى مقابل أمر فاسد، فقال الشهيد فى الدروس: ان الاقرب الصحة و يلزم من طرف البائع الاقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشتري، و ما أفاده مشكل لأنه يجب اداء مال الغير عند المطالبه و لا موجب للتأخير.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٤

...

و أفاد المصنف قدس سره: ان فساد الشرط لا يقتضى فساد الاسقاط، فان الزيادة فى مقابل اسقاط البائع حقه من المطالبه، و قاس المقام بما لو صولح حق القصاص بعد يعلم أنه عبد للغير أو انه حر، بل قال فى التحرير الرجوع الى الديه.

و يرد عليه: انا لا نتصور معنى صحيحا لإسقاط حق المطالبه، فان لكل مالك أن يطالب ملكه، و هذا غير قابل للإسقاط، مضافا الى أنه ان كان فى مقابل السقوط فهو باطل لبطلان عوضه و ان كان فى مقابل الاسقاط فلم يتحقق الاسقاط، و المشتري لا يستحق الاسقاط، و مسأله المصالحة فهى أيضا مشكله، فانه كيف يمكن أن يحصل اسقاط حق القصاص و الحال أنه قوبل بلا شىء.

نعم لو كانت المقابله بين غير الاسقاط و ذلك الشىء و قلنا ان نفس المقابله تقتضى الاسقاط نلتزم بالسقوط مع كون المعامله فاسده، لكن المقام ليس كذلك، نظير من له الخيار لو باع ما انتقل اليه بالبيع الفاسد. أما الثانى فوردت فى المقام جمله من الروايات، و هى بين ضعيفه السند كالروايه الثانيه التى وقع النوفلى فى سندها و الروايه الخامسه التى وقع شعيب بن واقد فى سندها، فلا يعبأ بهما، و بين معتبره السند و هى الثلاثه الباقيه، و هذه الثلاثه متعارضه، فان خبر محمد بن قيس يدل على صحه البيع مع هذا التردد فى الانشاء و يكون للبائع أقل الثمنين و لو مع التأخير الى أبعد الاجلين، و الروايه الثالثه و الرابعه تدلان على أن النبى «ص» نهى عن شرطين فى بيع و بيعين فى بيع، فلو قلنا بأن معنى الروايتين مجمل لا يعلم المراد منهما، فلا مجال للتوقف فى العمل بخبر محمد بن قيس و لو قلنا بأن المعنى ظاهر فربما يقال كما فى كلام الشيخ جريان النهى تكليفى لا يدل على الفساد. لكن هذا التوهم فاسد، اذ الظاهر من النهى فى أمثال المقام

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٥

قوله: لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الاجل و ان طولب اجماعا (١).

الارشاد الى الفساد، فلو قلنا بأنه يرفع اليد عن الظهور فيهما بالنص الوارد فى روايه محمد بن قيس يتم الامر.

لكن هذا الحمل غير صحيح، اذ حمل النهى الوضعى على الكراهه لا- معنى له، فان الكراهه فى التكليف فيقع التعارض بين الروايه الاولى و هاتين الروايتين، و حيث ان الروايه الاولى موافقه لعموم الكتاب كقوله «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نأخذ بتلك الروايه و نرفع اليد عن الروائتين و نخصص القواعد الاوليه و نقيدها بهذه الروايه كما هي القاعده المعموله.

ثم انه لا- بد من الاقتصار على مورد الروايه، و لا- وجه لتسريه الجواز الى غير موردها، فلو باع بثمان أقل بأجل أقل و بثمان اكثر بأجل أكثر يكون البيع باطلا عملا بالقواعد الاوليه و عدم مخصص.

و نقل عن علامه في المختلف أنه مثل أن يقول المستأجر للخياط «ان خطته فارسيا فبدرهم و ان خطته روميا فبدرهمين»، و أجاب بأنه على فرض تسليم الصحه يرجع الى الجعاله و لا يكون من الاجاره، فالفارق موجود.

[لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و إن طوّل إجماعاً]

أقول: انه فائده التأجيل و الا- يلزم الخلف، فلو تبرع المشتري بالدفع هل يجب على البائع القبول، ادعى عدم الخلاف. و عن الرياض دعوى الاجماع على عدم وجوب القبول، و عن جامع المقاصد نسبه الخلاف الى بعض العامه، و عن علامه في التذكره بأنه علل الحكم بأن التبرع بالتعجيل كالزياده فلا يكلف البائع بتقليد المنه، و أفاد الشيخ بأنه فيه تأمل. و يمكن أن يكون وجه التأمل أن الزياده ليست ملكا للبائع فيحتاج الى قبول البائع و لا- مقتضى لوجوب القبول، و أما في المقام فالثمن ملك للبائع فالقياس مع الفارق.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٧٦

...

و يمكن أن يكون الوجه فيه: ان التأجيل كما أنه حق للمشتري كذلك يكون حقا للبائع، فان المشتري التزم بحفظ المال للبائع في ذمته كالودعي. فان ذلك حق عرفا للبائع. و ما أفاده متين، فانه أمر قابل ثبوتا، غايه الامر لا بد من أن يفهم في مقام الاثبات أنه جعل هذا الحق للطرفين و الا فلا مقتضى لعدم القبول و لذا أفاد سيدنا الاستاذ

فى منهاجه بأنه يجب القبول الا- فىما علم بأنه شرط للطرفين و هنا هو عمده الوجه و الا يشكل الاستدلال بالوجهين الاخرين المتقدمين. أما ما أفاده العلامة فلما ذكرناه فى وجه التأمل، و أما الاجماع فلاحتمال استناد المجمعين الى ما ذكر من الوجه.

و ربما يقال: بأن الدين ما يكون مؤجلا، و المؤجل لا ينطبق على ما دفع حالا.

و فيه: ان كل دين حال و التأجيل عباره عن حق التأخير، مضافا الى أن الجوهر كما قلنا لا يتقيد بالزمان.

ثم أنه لو أسقط المشتري حقه فهل يسقط أم لا؟ ربما يقال بأنه لا يسقط، و قيل فى وجهه وجوه:

(منها) ما عن جامع المقاصد بأنه حق ثبت فى عقد لازم فكيف يسقط.

و يرد عليه: أولا انه كيف يسقط بالتقاييل، و ثانيا ان ما ثبت بالعقد حق للمشتري و ليس مقتضى الثبوت البقاء حتى مع الاسقاط، فان أثر الحق سقوطه عند الاسقاط.

نعم لو كان هذا حكما شرعيا لم يكن قابلا للإسقاط، و لكن الامر ليس كذلك.

(و منها) ما عن جامع المقاصد أيضا بأن الحق ثابت أيضا للبائع فكيف يسقط باسقاط المشتري.

و يرد عليه: ان ثبوت حق للبائع لا يقتضى عدم سقوط حق المشتري باسقاطه

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٧

...

فان حق المشتري يسقط و حق البائع يبقى، الا أن يقال بأن الحق واحد قائم بكليهما، و الظاهر ان هذا فاسد، و لذا يمكن التكليف بأن يكون الحق ثابتا للمشتري فقط كما تقدم. مضافا الى ان حق المشتري عباره عن حق التأخير على البائع و من طرف البائع يكون له حق التأخير على المشتري فكيف يكون واحدا.

نعم كما أفاد فى جامع المقاصد لو نذر التأجيل لا يسقط بالاسقاط و لا

بالتقابل اذ التقابل فى العقود لا- فى النذور. و ان شئت قلت: ان الثابت فى النذر حكم شرعى ثابت من قبل الشارع، و الحكم الشرعى لا يسقط بالاسقاط، و لذا يقال يجب عليه التأخير، و فى مورد الحق يقال يجوز له التأخير.

(و منها) ما عن العلامة فى التذكرة بأن الاجل صفه تابعه كالجوده بالنسبه الى الحنظه.

و يرد عليه: انه فرق بين التوصيف و الشرط، فان الاول غير قابل للإسقاط و أما الشرط فهو قابل له كما هو ظاهر، و لذا لو باع منا من الحنظه على نحو الاطلاق و يشترط أن يدفعها من الجيد يجوز اسقاط الشرط. و ملخص الكلام:

انه تاره يكون القيد قيذا لنفس المبيع و أخرى لا يكون كذلك، و المقام من الثانى.

(و منها) ما أفاده الشيخ من أن مرجع التأجيل الى اسقاط حق المطالبه و الساقط لا يعود، نظير اشتراط التبرى من العيوب فى البيع.

و يرد عليه: أولاً ان حق المطالبه ليس حقا بل حكم شرعى غير قابل للإسقاط و ثانيا انه يلزم أن لا يسقط بالاقاله أيضا، و ثالثا ما أفاده فاسد من أصله فان اشتراط التأجيل احداث حق لا اسقاط للحق. و مما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للاستناد الى

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٨

قوله: اذا كان الثمن بل كل دين حالا او حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه اليه (١).

أن الدين موصوف بالتأجيل و المؤجل لا ينطبق على الحال، فانه قد مر بأنه لا معنى له.

[إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]

أقول: انه ذكر فى وجهه وجوه:

(الاول) ان امتناع المالك عن الاخذ ظلم على الدائن، اذ لا حق له فى ذمته فلا يجوز له اشتغال ذمته بلا حق.

ان قلت: كيف يكون ظلما

و الحال أنه يمكنه الدفع الى الحاكم.

قلت: انما يدفع الى الحاكم كى يرتفع هذا الظلم فكيف يمكن الدفع اليه رافعا للظلم. و ليعلم أولا انه انما يجرى هذا الكلام لو قلنا بأنه يشترط فى براءة الذمه التخليه بين المال و ماله، و اما لو قلنا بأنه يحصل القبض بالتخليه أو قلنا بأنه و ان لم يحصل القبض بها لكن يكفى فى الاداء الواجب التخليه لا- تصل النوبه الى الابحاث الآتية. و الحق أنه يحصل بها، فان اختيار تعيين الكلى فى الفرد بيد المديون، و بالتخليه يصدق انه أدى ما فى الذمه كما يصدق الاداء بالتخليه فى العين الخارجيه، و أما لو قلنا بأنه لا يحصل الا بالقبض فيقع الكلام فى الفروع التاليه:

الاول: انه يجب القبول و يجب القبض أم لا؟ مقتضى أصاله البراءه عدم الوجوب، و كون عدم القبول ظلما لا نفهم معناه. نعم يمكن أن يكون عدم القبول ايداء للدائن، و حرمة الايداء بهذا المعنى أول الكلام، فانه يتأذى من بقاء الدين فى ذمته و لا يرتبط بالدائن. مضافا الى أنه يمكن أن يكون القبض أذيه للمالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٧٩

...

و أما ما أفاده من انه اضرار، فيرد عليه بأنه كيف يكون ضررا عليه الامن باب أن عدم السلطنه على النفس بنفسه ضرر، و هذا معارض بكون عدم السلطنه للمالك على نفسه ضررا عليه، فيقع التعارض بين الضررين. مضافا الى أن دليل نفي الضرر ليس فى شأنه اثبات شىء، فان غايته أن ينفى وجوب الامسك و أما وجوب القبض بالنسبه الى المالك فبأى وجه نلتزم به، و قياس المقام بمقام أمر النبى بقلع الشجره مع الفارق، اذ دخول سمره كان اضرارا بالانصارى

و مع الاضرار لا يكون له حق فى الدخول لحديث نفي الضرر، و أما قلع الشجره فمن باب الولاية. و اما فى المقام فعدم جواز الامساک عن القبول أول الكلام، أضف الى ذلك أن حديث نفي الضرر لا يدل الا على الحرمة التكليفية كما بيناه فى البحث.

و اما الاستناد للوجوب بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بتقريب الوفاء بالعقد واجب و من شئون الوفاء قبول الدين. فيرد عليه: ان مفاد الایه ليس الا الوضع أى عدم الانفساخ بالفسخ، مضافا الى أن القبول من شئون الوفاء أول الكلام.

و ربما يتمسك بالإجماع فى المقام لوجوب القبول. و يرد عليه: انه كيف يمكن تحقق اجماع تعبدى مع وجود ما يمكن أن يتمسك به من الوجوه المذكوره الا أن يقال بأن الامر متسالم عليه بينهم.

و الحق أن يقال: انه لا يبعد أن يكون الوجه فى الوجوب الشرط الارتكازى فانه يفهم من العرف هذا المعنى، فان من يتصدى للمعامله يلتزم بلوازمه فيجرى العقد على هذا المنوال و على تقدير الالتزام باللوازم.

ثم لو قلنا بأنه يجب عليه القبول فان قبل فهو و ان لم يقبل و صبر المديون فكذلك، و ان لم يرض بالبقاء فالذى يختلج بالبال أن الحاكم يجبره بالقبض

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٠

...

بل يجوز لكل مكلف اجباره حتى للمديون، اذ المفروض أن القبض واجب و الامر بالمعروف واجب على كل مكلف و لا يختص بالحاكم.

و مع فرض امكان الاجبار على القبض لا- تصل النوبه الى قبض الحاكم، بتقريب ان السلطان ولى الممتنع، فان ولاية الحاكم لم تثبت عندنا، مضافا الى أنه مع فرض امكان الاجبار و حصول القبض لا يصدق الامتناع، و لو لم يكن الاجبار تصل النوبه الى

قبض الحاكم، و مع عدمه تصل النوبه الى عدول المؤمنين ثم الى فساقهم و الا يبقى فى ذمه المديون كبقية ديونه.

و نسب الى جمله من الاعلام تعيين العزل و كون الضمان على الدائن مع امكان الدفع الى الحاكم، و يمكن أن يكون الوجه فيه أن البقاء فى ذمته ضرر و مقتضى نفى الضرر تعينه بتعيين المديون.

و يرد عليه: انه مع امكان الاجبار يلزم الاجبار و مع عدم امكانه يكون قبض الحاكم بدلا عن قبضه، مضافا الى أن حديث لا ضرر لا يقتضى صحه شىء، مثلا لو كان الصبر ضررا على المرأه لا يقتضى نفى الضرر صحه الطلاق و جعل الامر بيد المرأه.

و مما ذكر علم ضعف القول الاخر، و هو تعيين الدفع الى الحاكم، فانه ما دام ممكنا أن يحصل القبض من المالك لا تصل النوبه الى الحاكم. و أيضا علم بما ذكرنا أن ما أفاده المصنف من تعيين الاجبار أولا ثم الدفع الى الحاكم ثم العزل غير سديد، فان مع عدم امكان الدفع الى الحاكم تصل النوبه الى غيره و مع عدم امكانه لا وجه للعزل، فان تعيين الدين بالعزل لا دليل عليه. و أيضا علم أن التخيير بلا وجه، كما أنه علم ضعف تعيين الاجبار ثم التخيير بين العزل و الدفع الى الحاكم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨١

قوله: مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه (١).

ثم انه لو قلنا بجواز العزل و تعيين الدين فيه، فلا معنى لان يقال: بأنه باق فى ملك المديون، و لكن يكون متعلقا لحق الدائن، فانه جمع بين المتنافيين.

ثم انه لو قلنا بجواز

العزل و تعيين الكلى فى المعزول، فهل يسرى هذا الحكم الى ما يأخذه الظالم من المال المشترك بقصد أخذ حصه الشريك فقط و فيما لو طلب من الشريك دفع حصه شريكه بالخصوص، بتقريب أن الاختصاص مقتضى قاعده نفي الضرر عن المالك و توجه الضرر الى خصوص من قصد أخذ حصته أولا سبيل الى اسرائه الى ذلك المقام؟ الظاهر هو الثانى، أما الفرع الاول فواضح فان توجيه الضرر على أحد الشريكين مع كون المال مشاعا بلا وجه و الا يلزم أنه لو كان له مال فى ذمه شخص الغاصب طلب دفع ذلك المال فهل يمكن الالتزام ببراءه الغرر كلا، و أما الفرع الثانى فغايه ما فى الباب أن يقال: ان المالك يتضرر فيكون له ولايه التقسيم و تعيين حصه الشريك فى المغصوب. و يرد بأن الضرر متوجه الى الشريك الاخر و قاعده نفي الضرر متساويه بالنسبه الى كليهما.

[مسأله لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره عدم جواز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه]

أقول: اذ يكون مصداقا للربا، فان العرف لا يفرق بين جعل الزيادة للمده من أول أزمته الدين و بين جعله بعد تحقق الدين، بل الامر مستقر على الثانى و نقول: بأن الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على ذلك بلا شبهه بل بمقتضى روايه عن ابن عباس فى تفسير مجمع البيان ان مورد نزول الايه آيه الربا هذا، فانهم كانوا يقولون بأنه لا بأس بأخذ شىء فى مقابل التأجيل بعد تحقق الدين بدعوى أنه مثل البيع، فنزل قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا».

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٢

قوله: مسأله اذا ابتاع عينا شخصيه بئمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الاجل و بعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا

عليه أو ناقصا حالاً أو مؤجلاً الا اذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الاول قبوله منه بمعامله ثانيه (١).

بل يدل على المطلوب ما رواه «١» الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، فان المستفاد من الروايه أن جعل الزيادة في مقابل التأجيل بقاء داخل في الربا ولا يجوز، و يدل على المقصود.

و أيضا يدل على المطلوب ما ورد «٢» من الروايات الداله على الحيل الشرعيه لأخذ شىء لغايه التأجيل، فانه لو كان جائزا لم يكن محتاجا الى الحيله، بل مقتضى الجواز جعله بنفسه و بلا تشبث بحيله شرعيه. و يدل عليه ما ورد «٣» في باب الدين مما يدل على جواز أخذ شىء لتمديد المده في الدين ما لم يكن بصوره الشرط.

اعلم أنه ظهر مما تقدم أن جعل الزيادة في مقابل الاجل حرام و لو بنحو الصلح، و أيضا علم اذا اشترط التأجيل في ضمن عقد لازم لا- يكون حراما، و أيضا ظهر مما مر أنه يجوز تعجيل المؤجل بالنقد عكس ما يكون موردا للكلام، أضف الى ذلك أن المستفاد من القاعده أيضا الجواز.

[مسأله إذا ابتاع عينا شخصيه بثمان مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده]

أقول: ان الحكم في مورد الاستثناء مورد اتفاق الا- من بعض كالشيخ في بعض فروع المسأله، و ما ذهب اليه المشهور موافق للقواعد الاوليه، فانه

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٧ من ابواب أحكام الصلح، الحديث ١.

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب ٩ من ابواب أحكام العقود.

(٣) الوسائل، الباب ١٩ من ابواب الدين و القرض.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٨٣

...

لا مقتضى للبطلان. و يدل على الحكم الاطلاق الوارد في روايه بشار بن يسار و غيرها.

و نقل عن الشيخ قدس سره المنع عن البيع بعد حلول الاجل بجنس الثمن الا

إذا كان مساويا لا زائدا و لا ناقصا، و ما يمكن أن يستدل به لهذا القول روايتان:

الاولى: ما رواه خالد بن الحجاج، و هذه الروايه لا دلالة فيها على مذهب الشيخ و الشيخ حملها على ما رام، مضافا الى أن قوله عليه السلام فى ذيل الروايه «فانه لا خير فيه» ظاهر فى الارشاد.

الثانيه: ما رواه عبد الصمد، و هذه الروايه نقلت بسندين: أحدهما بسند الصدوق الى عبد الصمد بن بشير و هو ضعيف، ثانيهما بسند الشيخ عن الحسين ابن سعيد و فيه قاسم بن محمد و لا يبعد أن يكون المراد منه هو الجوهري و هو مشترك، و قال ابن داود ان الذى ينقل عنه حسين بن سعيد ثقته، و صاحب الوسائل يقول ان تأخذ التوثيق ضعيف و توثيق ابن داود لا يترتب عليه الاثر فانه حسن على بن داود تلميذ العلامة.

و حكى عن بعض أن هذه الروايه لا- تدل على مذهب الشيخ بوجه، و لا يبعد أن يكون كذلك، فان المتفاهم من الروايه أن الطعام ترقى و البائع يريد أن يأخذ الطعام بقيمه يوم الاثراء و الاخر يريد أن يعطيه بسعر يوم الدفع و الامام عليه السلام يقول: خذ بسعر يومه و الا فاصبر حتى يبيع، و حيث ان الروايه ضعيفه لإرسالها.

ثم ان الشيخ الطوسى أفاد على ما نقل عنه بأنه لو باع طعاما بعشره مؤجله فلما حل الاجل أخذ بها طعاما جاز اذا أخذها أعطاه، فان أخذ اكثر لم

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٤

...

يجز، و الظاهر أنه قدس سره استند ما أفناه بقاعده كليه مستفاده من بعض الروايات بأن عوض الشىء الربوى لا يجوز تبديله بذلك الشىء بزياده، و ان عوض العوض

بمنزله العوض فاشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع الطعام بخمسه دراهم، كما أنه لو باع الطعام بدراهم لا يجوز أن يأخذ بتلك الدراهم طعاما أزيد و إلا يلزم الربا، و الاصل فيه ما رواه علي بن جعفر عن أخيه، فانه يستفاد من هذه الروايه أنه لو اشترى طعاما بدراهم لا يجوز بيع ذلك الطعام بالدراهم، فان الطعام يصير في حكم الدراهم فيلزم تبديل الدرهم بالدراهم.

و يرد عليه: أولا ان مقتضى هذه الروايه عدم الجواز مطلقا حتى مع التساوى و ثانيا يعارضه ما رواه علي بن جعفر عن أخيه أيضا، و الترجيح مع روايه الجواز لكونه موافقا للكتاب، و على تقدير التساوت المرجح أدله صحة البيع.

(و أما الفرع الثانى) و هو عدم الجواز فى المستثنى فقد استدلل بروايتين:

الاولى: ما رواه حسين بن منذر، و هذه الروايه ساقطه سندا بحسين بن منذر حيث أنه لم يوثق.

الثانيه: ما رواه علي بن جعفر، و هذه الروايه معتبره حيث أنها نقلت عن كتابه، و أما من حيث الدلاله فالظاهر منها فساد البيع مع الشرط، فالحق فساد العقد مع الشرط و مقتضى اطلاق الروايه عدم الفرق بين أن يكون الشرط من طرف البائع و بين أن يكون من طرف المشتري، و قد أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه على هذا النحو.

و فى المقام شبهه، و هى أن هذا الشرط يستلزم الدور، و تقريبه: ان تحقق البيع يتوقف على الشرط و الحال أن الشرط لا يتحقق الا مع البيع. و ان شئت

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٥

قوله: القول فى القبض (١).

قلت: يتوقف البيع الاول على البيع الثانى لتوقف المشروط على شرطه، و الحال أن البيع الثانى لا يتحقق الا مع تحقق البيع

الأول.

و الجواب: ان الشرط عباره عن الالتزام بالبيع الثانى فلا دور و الا يلزم سد باب الشرط، و هو كما ترى. و انتقض بما شرط عليه بيعه من غير البائع، ورد بأنه لا بد من فرض الصحة فى حد نفسه مع قطع النظر عن الشروط، و فى مورد النقض يجوز ذلك بنحو التوكيل أو الفضولى، و أما بالنسبه الى نفس المالك فلا يتصور البيع و لذا انتفض بالرهن لثمن المبيع و بالوقف على البائع.

و أيضا أورد على هذا الشرط بأنه يستلزم عدم القصد. و يرد عليه: أولا يلزم الفساد فيما لو كان من قصدهما هذا المعنى بلا اشتراط فانه جائز قطعاً، و ثانيا انه لا منافاه بين القصد و الشرط فلاحظ، فالعمده النص لا الوجهان الآخران من الدور و عدم القصد.

[القول فى القبض]

اشاره

أقول: اعلم أنه يقع الكلام فى القبض تاره فى معناه و أخرى فى أحكامه

[فى معنى القبض]

فيقع البحث فى موردين:

(الأول) فى حقيقته، الظاهر أن القبض بمعنى الاخذ، و هو المعنى الذى يساوق لفظ «گرفت» فى الفارسيه، و يختلف صدقه بحسب مصاديقه: فتاره يصدق بالاخذ بالكف، و أخرى بنقله، و ثالثه بأخذ ما يتعلق به كالأخذ بلجام الفرس مثلا أو أخذ مفتاح الدار. و ملخص الكلام ان القبض معنى عرفى واضح لديهم.

نعم يمكن التشكيك فى بعض مصاديقه، لكن لا يخفى أنه ربما يترتب بعض الاحكام على أمر و ان لم يصدق عليه القبض، كرفع الضمان المترتب

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٦

...

على التخليه، فان الغاصب لو خلى بين المال و صاحبه يسقط ضمانه و ان لم يصدق عليه القبض، اذ المعتبر فى جمله من الموارد عنوان الاداء و الايصال الى من بيده الامر كالمالك، و من الظاهر أنه يحصل هذا المعنى و ان لم يكن قبضا.

ثم ان المصنف قدس سره أفاد بأن الاقباض فعل البائع و القبض فعل المشتري، فكل حكم يترتب على فعل البائع يحكم ترتيبه على فعله، و كلما يترتب على فعل المشتري لا يحكم ترتيبه الا بعد حصول ما يكون فعلا للمشتري، و استنتج من كلامه أن ما يستفاد من النبوى «١» كل مبيع تلف قبل قبضه من مال بايعه ان الضمان لا يرتفع الا بعد ما كان من فعل المشتري، و استفاد من

«٢» روايه عقبه بن خالد- و هذه الروايه ضعيفه بمحمد بن عبد الله بن هلال- ان الحكم يترتب على فعل البائع.

و الحق أن التفكيك لا معنى له، فان القبض بالنسبه الى الاقباض نسبه الوجود بالنسبه الى الایجاد، و الفرق بين الامرین

بالاعتبار. نعم كما ذكرنا يمكن أن يترتب حكم على فعل البائع. فانقذح بما ذكرنا أن القبض لا يحصل الا بفعل المشتري، و الروايه لا يعول عليها لضعف سندها.

ثم انه هل يكون القبض فى الكيل و الوزن أن يكال أو يوزن، و ربما يقال بأن القبض فيهما الكيل و الوزن، و المنشأ لهذا القول جملة من الروايات «٣».

و يمكن تقريب المدعى بأحد وجهين:

أحدهما- ان هذه النصوص تدل على اعتبار الكيل و الوزن فى البيع،

(١) المستدرک الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أحكام العقود، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٧

...

و من الظاهر أنه ليس بلحاظ اعتبارهما فى صحه البيع، و الا- لم يكن وجه للفرقه بين التولية و غيرها، و حيث أن الاجماع قائم على الجواز بعد القبض يعلم أن الكيل و الوزن عباره عن القبض. و هذا التقريب واضح الفساد، فان الظاهر من هذه النصوص أن الشرط فى صحه بيع المكيل و الموزون أن يكال و يوزن اذا كان قبل القبض الا- أن يكون البيع تولىه فنلتزم بفساد البيع فى المكيل و الموزون اذا لم يقبض و لم يكال و لم يزن الا- بنحو التولية، و أما لو وزن أو كيل يصح البيع لكن لا يترتب عليه آثار القبض.

و أفتى سيدنا الاستاذ دام ظلّه بهذا النحو فى منهاجه فى فصل التسليم و القبض فى المسأله الخامسه، قال: من اشترى شيئاً و لم يقبضه فان كان مما لا يكال و لا يوزن جاز بيعه قبل قبضه، و كذا اذا كان مما يكال

أو يوزن و كان البيع برأس المال، و أما لو كان بريح ففيه قولان أظهرهما المنع.

سيجيء عنوان المسألة مستقلاً و نقول هناك بأن الظاهر من الروايات أن اعتبار الكيل و الوزن بلحاظ القبض، و بعبارة أخرى ندعى أن الاستفادة من الروايات أن الكيل و الوزن مقدمه للقبض لا أن الكيل و الوزن لهما خصوصيه و موضوعيه.

فانتظر.

ثم ان اشتراط الكيل و الوزن في صحة البيع في المكيل و الموزون قبل القبض يكون بنحو الموضوعيه، بحيث لو علم المقدر يكون شرطاً أيضاً أو يكون بنحو الطريقيه؟ أفاد الشيخ قدس سره ليس في كلام الاصحاب تعرض لهذه الصوره، كما أن النص ليس فيه تعرض لها.

و يرد عليه: أنه يكفي للتعرض الاطلاق، فان الاستفادة من خبر ابن وهب و أمثاله أنه لو اشترى طعاماً لا يجوز بيعه قبل القبض الا بعد الكيل أو الوزن،

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٨٨

قوله: القول في وجوب القبض (١).

و مقتضى الاطلاق عدم الفرق.

[القول في وجوب القبض]

اشاره

أقول: يجب على كل من المتعاملين تسليم ما استحقه الآخر، و ذلك لاقتضاء العقد، بتقريب: ان العقد يقتضى تملك منهما ما انتقل اليه و يجب على أحد تسليم مملوك الغير فان الناس مسلطون على أموالهم فلا يجوز حبس مال الغير بلا رضاه.

و يمكن الاستدلال للمدعى بدليل وجوب العمل بالشرط، فان بناء العقلاء على تسليم ما يقع عليه العقد. و بعبارة أخرى: الاقباض شرط ضمنى ارتكازي، فأصل وجوب الاقباض مما لا اشكال فيه. و عليه لو امتنع كل منهما عن الاقباض يجوز اجباره لا من باب وجوب الامر بالمعروف بل من باب أنه غاصب و حبس حق الغير فيجوز أن ينوب عنه الحاكم اذ هو ولي الممتنع، انما الكلام في أنه

هل يجب التقابض من الجانبين أو يجب الاقباض أولاً- من البائع. ربما يقال بأنه يجب عليه، إذ الثمن تابع للمبيع، ولأن اطلاق العقد ينصرف اليه، ولأنه إنما يستقر البيع باقباض المبيع، فإن المبيع لو تلف قبل القبض يكون من مال البائع.

و هذه الوجوه مخدوشه، إذ لم يعلم المراد من التبعية، فإن كل واحد من المبيع و الثمن عوض للآخر، و أما الانصراف فلا موضوع له، إذ العقد لا يدل على التسليم بل يدل على الملكيه. و أما تقييح العقلاء يكون من الطرفين، فإن مطالبه كل منهما حقه بدون تسليم ما عليه مورد تقييح العقلاء. و أما التلف قبل القبض فهو حكم تعبدى شرعى و لا يرتبط بمفاد العقد، فإن الملكيه تتحقق بالعقد، كما أنه لا وجه لما نسب الى بعض من وجوب التسليم على المشتري اولاً، إذ لا فرق بين البائع و المشتري.

و ما يقال: من أن الثمن كلى و لا يتعين حق البائع قبل التسليم.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٨٩

...

فالجواب عنه: أولاً يرد النقض بما لو كان المبيع كلياً، و ثانياً يمكن التعيين بلا تسليم خارجى، فانه باذن البائع بعينه، فهذا الوجه غير سديد.

و ربما يقال: بأن التسليم من طرف البائع قبل تسليم المشتري يوجب فوات حقه من الخيار.

و يرد عليه: أولاً ان الحق لا يفوت، إذ الخيار يثبت بعد تسليم الثمن.

و ثانياً فوات الحق لا يقتضى الامساک من قبل البائع، فالحق أنه يجب التقابض كما عليه المشهور بلا تقدم أحدهما على الآخر. و عليه يكون مقتضى القاعده اجبارهما على التسليم.

و ربما يقال: بأنه لو امتنعا معا لا يجبران، لان الشرط الضمنى التسليم و الدفع عند دفع الآخر.

و يرد عليه: أنه

تاره يكون الامتناع من كلا الجانبين مطلقا، و أخرى يكون امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، أما على الاول فيجوز اجبار كليهما على التسليم، لانه المفروض أنه حبس مال الغير و لا- يجوز ذلك، و على الثانى لو امتنع أحدهما لأجل امتناع الاخر فلا يكون الامتناع متحققا من الطرفين، اذ المفروض أن امتناع أحدهما لأجل امتناع الاخر، و ليس مفاد الشرط الامساک حتى فى هذه الصورة. فانقدح بما ذكرنا أنه يجب على كل منهما الدفع و يترتب عليه أنه يجبر الممتنع بلا فرق بين البائع و المشتري.

و أما لو امتنع أحدهما فهل يجب على الاخر الدفع؟ ربما يقال بأنه يجب، اذ عصيان أحد لا يقتضى جواز ظلم من الاخر. لكنه يقال: ليس الامر كذلك، فان بناء العقلاء على خلافه، و الشارع أمضى ما عليه العقلاء.

و يمكن أن يوجه بأن مقتضى الشرط الضمنى أن يكون العين أمانه عند كل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٠

قوله: مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة (١).

واحد منهما الى زمان تسليم العوض، و هذا الشرط جائز و يلزم بمقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

هذا كله فى المعجل، و أما لو كان أحد العوضين مؤجلا فلا اشكال فى وجوب تسلم من الطرف الاخر، فلو لم يسلم الى زمان حلول اجل الاخر فهل يجوز له الامساک أم لا-؟ قال فى التذكرة: ليس له الامساک، و أفاد الشيخ بأن وجهه يمكن أن يكون لأجل أن الشرط التسليم المطلق، لكن لا يبعد أن يكون له الحبس فان مقتضى الارتكاز العقلانى ذلك، فلا يبعد أن يقال: ان حق الحبس فى مقابل الحبس عن غير حق.

ثم انه لو قبض العين بغير حق فلا

اشكال فى أن الطرف له أن يردده، اذ المفروض أن قبضه عن غير حق، و هل يصح تصرفه فيه؟ أما التصرف المتوقف على القبض فلا يكون بلا اشكال، و أما غيره فعلى القاعده لا مانع من صحته، و قاعده نفي الضرر متساويه بالنسبه الى الطرفين، مضافا الى ما فيها من الاشكال.

و لو فرض التسليم من أحد الطرفين تبرعا أجبر الاخر على التسليم بلا كلام.

و هل يحجر عن التصرف فيما عنده؟ الظاهر أنه لا فرق بين هذه الصوره و صوره قبض ماله بلا اذن من الطرف لوحده الملاك. فلاحظ.

[مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا و من غيرها فى الجملة]

أقول، ان الوجوب لا- اشكال فيه، غايه الامر وقع الكلام بينهم فى أن هذا الوجوب نفسى أو شرطى، فان بعض عبائهم يوهم الثانى حيث يقولون يجب التسليم مفرغا. و الظاهر هو الوجوب النفسى، و يدل على المدعى ما مر فى وجوب التسليم، فان اشغال مملوك الغير خلاف السلطنه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩١

...

و يمكن أن يشكل: بأن الاشغال الفعلى خلاف السلطنه و أما لو كان مشغولا من السابق فلا يقتضى هذا الوجه للإفراغ، فالاولى أن يتمسك بدليل آخر، و هو أن الشرط المضمّر يقتضى وجوب الافراغ.

ثم انه لو لم يفرغ البائع المبيع اما لعدم امكانه أو لعصيانه فهل يثبت الخيار للمشتري أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لو كان جاهلا و كان متضررا يثبت له الخيار، و الظاهر أنه قدس سره ناظر الى حديث نفي الضرر.

و يرد عليه: انه يكفى لثبوت الخيار تخلف الشرط، مضافا الى أن حديث نفي الضرر مخدوش كما بيناه فى محله.

ثم انه لو لم يفرغ و مضت مده وفات بعض المنافع فان كان بتقصير من البائع يكون عليه الضمان، اذ المفروض

أنه يجب عليه الافراغ و ليس له حق الاشغال فأتلف مال الغير، و اما ان لم يكن مقصرا فربما يشكل الحكم بالضمان، اذ المفروض أنه غير مقصر، الا أن يقال: بأن الارتكاز العقلاني يقتضى ضمانه، كما أنه يمكن أن يقال: بأن مقتضى الشرط المضمّر ثبوت الضمان.

و مما ذكرنا علم أنه لو كان فى الارض زرع قد أحصد وجبت ازالته، و أما لو لم يحصد فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجب على المشتري الصبر للزوم الضرر على البائع، و أما ضرر المشتري فينجبر بالخيار كما لو كان المبيع مستأجره.

و يرد عليه: مضافا الى أن حديث الضرر لا يستفاد منه هذا المعنى على مسلكنا و مضافا الى أنه خلاف الامتتان بالنسبه الى المشتري على مسلك الاستاذ:

ان الخيار و ان كان ثابتا للمشتري لكن نفس هذا المعنى ضرر بالنسبه اليه، فان عدم سلطنه الانسان على ماله ضرر بنفسه، و قياس المقام بباب الاجاره مع الفارق

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٢

...

اذ فى ذلك المقام انتقلت العين الى المشتري مسلوبه المنفعه، و غايه ما يترتب عليه الخيار بلحاظ الشرط المضمّر، و المقام ليس كذلك كما هو واضح.

نعم لو كان المشتري عالما بالحال ليس له القلع، و لكن يمكن أن يقال:

ان فى هذه الصوره ليس له الارش أيضا، كما فى مورد الاجاره، فالامر دائر بين جواز القلع و عدم جوازه بلا أخذ الاجره فلاحظ.

و احتمال الشيخ تخيير المشتري بين الابقاء مع الاجره و الفسخ لتقدم ضرر البائع، و يمكن أن يكون الوجه فى التقديم أن ضرر المشتري يتدارك بالخيار.

و لكن يرد عليه: ان ضرر البائع يتدارك بالارش فما الوجه فى التقديم، كما أنه لا وجه لتقديم اكثر ضررا، فان الحديث

على تقدير تماميه دلالتة لا يستفاد منه الانفى الحكم الضررى، و مع التعارض لا يشمل لعدم امكان شموله، و أما تقديم الاكثر ضررا فليس عليه دليل. فانقدح انه لو أغمضنا عما ذكرناه لا يكون ما أفاده تاما كما ذكرنا.

ثم انه لو احتاج تفرغ الارض الى هدم شىء هدم باذن المشتري و عليه طم ما يطم برضى المالك، و اصلاح ما هدم أو الارش على اختلاف الموارد بأنه لو كان مثليا فيجب الاصلاح و ان كان قيميا يجب الارش.

ثم ان المصنف أفاد: بأن المراد من الارش قيمه الهدم لا-ارش المعيب، و يمكن أن يكون نظره فيما ذكره الى أن الهدم حق للبائع فلا يجب عليه الارش و أما قيمه الهدم فلانه ليس له الهدم مجانا.

و يرد عليه: انه ان قلنا بأن الهدم شرط للبائع كما أنه شرط عليه فلا وجه لقيمه الهدم، و ان قلنا بأنه ليس له الهدم فلا وجه لعدم الارش.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٣

قوله: مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا اثم (١).

ثم انه لا يخفى أنه وقع الكلام بينهم فى مسأله ما لو هدم الجدار أحد الشريكين بغير اذن صاحبه، بأنه هل يجب الاعاده مطلقا أو الارش كذلك أو التفصيل بين ما لو كان مثليا فالاعاده و بين ما لو كان قيميا فالارش؟ و الحق هو التفصيل، كما هو الميزان الكلى فى باب الضمان من وجوب أداء الاقرب الى التالف.

[مسأله لو امتنع البائع من التسليم فان كان لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا اثم]

أقول: هذا أمر ظاهر، لكن يقع الكلام فى أنه هل عليه أجره المنافع أم لا؟- الحق أن يقال: انه لو استوفى المنافع يكون عليه الاجره، فانه لا وجه

للمجانين، و أما فى غير هذه الصورة فالظاهر أنه ليس عليه الاجره، اذ تفويت المنافع فيما لو كان التفويت عن حق لا دليل على ضمانه، مضافا الى أن مقتضى الشرط المضمّر أن يكون الامساك بلا أجره و على المشتري يكون نفقه المبيع.

ثم ان المحقق تعرض بالمناسبه لمسأله نفقه الزوجه فيما لا تمكن نفسها حتى تقبض المهر، و لا اشكال فى سقوط المهر اذا كان عدم التمكين لا عن حق، و أما فيما اذا كان عن حق فلا يبعد أن لا يسقط وجوب النفقه، فان المسقط للوجوب النشوز، و هو لا يتحقق مع الحق. و تحقيق الحال موكول الى محله من كتاب النكاح.

و أفاد الشيخ بأنه يمكن الفرق بين النفقه فى المقامين، بأن يقال: النفقه فى المقام من آثار الملكيه التى هى حاصله، و فى ذلك المقام النفقه من آثار التمكين الذى هو غير حاصل. و لكن يشكل بأن النفقه من آثار الزوجيه الا فيما يكون النشوز محققا، و المفروض انه غير متحقق.

و ربما يقال: بأنه يفصل بين الموسر و المعسر كما احتمله فى جامع المقاصد

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٤

قوله: الكلام فى أحكام القبض (١).

و المراد من الاعسار و اليسر اما يرجع الى النفقه و اما يرجع الى الثمن، و على كل حال لا وجه للتفصيل بين اليسر و العسر.

هذا كله فيما يكون الامساك عن حق، و أما لو كان عاصبا و عاديا فعليه الاجره و النفقه عليه بمقتضى صحيح «١» ابي ولاد.

ثم انه لو طلب المشتري الانتفاع و هو فى يده، فاذا كان الانتفاع منافيا للاستيثاق فلا يجب على البائع القبول، كما أنه لو طلب منه الاحضار، اذ البائع ليس خادما له فلا

يجب، و أما لو لم يكن كذلك فلا يبعد أن لا يكون واجبا أيضا، فان مقتضى الشرط المضمّر المنع المطلق حتى يقبض الثمن.

[الكلام فى أحكام القبض]

إشارة

أقول من أحكام القبض انتقال الضمان الى القابض بعد القبض، و أما قبله فالضمان على البائع. و لا يخفى أن هذا الحكم على خلاف القاعده الاوليه، و لا بد من اثباته بالدليل، و العمده فيه الاجماع و كون الحكم مسلما عندهم، و لو أغمض عما ذكر يشكل الامر، اذ فى المقام روايتان كلتاهما ضعيفه:

الاولى: النبوى «٢» «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، و هذه الروايه ضعيفه بالارسال.

الثانيه: ما رواه «٣» محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام، و هذه الروايه أيضا ضعيفه بمحمد بن هلال، فانه لم يوثق. و لكن الظاهر أن أصل الحكم من المسلمات عندهم، و لذا أفتى سيدنا الاستاذ فى منهاجه بهذا النحو، مع أنه دام ظله لا يعبأ بالروايه الضعيفه و لا يرى انجبارها بالعمل

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٧ من كتاب الاجاره، الحديث ١.

(٢) المستدرک الباب ٨ من أبواب الخيار.

(٣) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٥

...

فأصل الحكم مما لا اشكال فيه، انما الكلام فى أمور:

(الاول) ان هذا الضمان ضمان معاوضه أى يتلف من مال البائع، فان الظاهر من قوله صلى الله عليه و آله «من مال بايعه» و قوله عليه السلام «من مال صاحب المتاع» فى الروايه يدل على أن التالف من مال البائع، فيكون المقصود انفساخ العقد و دخول العين فى ملك البائع و تلفه من كيسه، لكن مقتضى القاعده أن الضروره تتقدر بقدرها

فلا يحكم بالانفساخ الا آنا ما قبل التلف.

(الثانى) ان الظاهر أن هذا حكم شرعى تعبدى و ليس حقا فلا يكون قابلا للإسقاط، و لو شك فى أنه حق قابل للإسقاط أم لا يحكم بعدمه، فان مقتضى الاصل عدم سقوطه الا أن يرجع الى استصحاب بقاء الحكم الكلى الذى لا نقول به، لكن اطلاق الدليل كاف فى المدعى، فان مقتضى صحه البيع و وجوب الوفاء بالعقد بقاءه الا فيما قام الدليل على انفساخه و ارتفاعه.

ثم انه يقع الكلام فى أن هذا الملك حقيقى أو تقديرى، و الحق هو الاول.

ان قلت: هذا ينافى صحه العقد.

قلت: الانفساخ كالفسخ لا ينافى صحه العقد بل يؤكدها، و أما لزوم العقد فمعناه عدم انفساخه بالفسخ، و المفروض ان الانفساخ بحكم الشارع، مضافا الى أنه بعد اقامه الدليل نلتزم بالجواز فى بعض الصور، و الحاصل ان المرجع الدليل.

ان قلت: هذا ينافى التسلط على النفس، فان دخول شىء فى ملك الانسان خلاف سلطانه.

قلت: أولا ينتقض بالارث، و ثانيا ان الشارع ولى الكل و لا معنى لهذا الاشكال.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٦

...

ان قلت: هذا خلاف تسلط الناس على أموالهم.

قلت: يظهر الجواب مما سبق، فلاحظ.

ان قلت: هذا ينافى قاعده الخراج بالضمان، فانه كيف يمكن أن يكون الضمان على البائع و الحال ان الخراج للمشتري.

قلت: أولا ان هذه القاعده ليست تحته شىء لا سندا و لا دلاله، مضافا الى أن التخصيص اذا كان عن دليل فلا يتوجه به شىء كما هو ظاهر، و هل يكون أثر بين القولين أم لا؟ الحق هو الاول، فانه لو قلنا بالتلف الحقيقى يكون المال داخلا فى ملك من تلف العين فى ملكه، فيترتب عليه أحكامه أعم من أن

يكون نفعاً أو ضرراً.

ثم انه هل يلحق بالتلف الحقيقي التلف الحكمي- و هو تعذر الوصول- كما لو سرق على وجه لا- يرجى عوده أم لا-؟ اختار الشيخ قدس سره الاول، و عليه حمل روايه عقبه بن خالد. لكن الحق أن الجزم بما ذكره قدس سره مشكل، فانه كيف يمكن صدق التلف على ما لا يكون تالفاً، و عليه شمول الحكم له في غايه الاشكال.

ان قلت: ان لم يكن ما ذكر ملحقا بالتالف فبأى وجه نلتزم بضمان من أتلف مال الغير بهذا النحو، بأن ألقى دره زيد في البحر و لا يرجى وصولها، و قاعده بدل الحيلولة ليس عليها دليل.

قلت: انما نلتزم بالضمان من باب حكم العقلاء الذي هو المرجع في باب الضمانات.

ثم هل يترتب أحكام القبض على القبض غير الشرعي كما لو قبضه المشتري بدون رضی المالك؟ الظاهر أنه يترتب لصدق القبض و لو كان حراماً، و أما

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٩٧

...

الكيل فلو قلنا بأن المستفاد من الدليل ان القبض مشروط بهما لا- يترتب الاثر بدونهما، و ذلك لأنه يستفاد من الدليل أن الموضوع للحكم فرد خاص منه.

و مما ذكر يظهر الحال في التخليه و النقل و وضع المشتري يده على المال، فانه لو صدق القبض عرفاً و لم يشترط فيه شىء شرعاً يترتب عليه الاثر و الا فلا.

هذا تمام الكلام في التلف، و اما الكلام في الاتلاف فيقع في ثلاثه موارد:

(المورد الاول) في اتلاف البائع، و الاقوال فيه ثلاثه، فعن المبسوط و التحرير و الشرائع أنه بحكم التلف لشمول النقص و اطلاقه.

و يرد عليه: أن التلف منصرف الى التلف القهري و لا يشمل الاختيارى، فيعمل على طبق القاعده الاولى من كون المتلف

ضامنا للمثل أو قيمه. نعم للمشتري فسخ العقد، فيكون له العوض المسمى.

هذا فيما يكون الاتلاف عن عمد، و أما لو كان عن غير عمد- كما لو كان نائما و تلف المبيع بوقوع رجله عليه- فهل يكون هذا القسم من الاتلاف خارجا عن منصرف الدليل؟ لا يبعد أن يقال بالانصراف، و لو شك في الانصراف و عدمه فالمرجع اطلاق دليل الضمان بالمثل و قيمه.

و قول بالتخير بين المطالبه بالقيمه و المطالبه بالثمن، و استدل عليه تاره بأن دليل الانفساخ منصرف عن المورد، يكون للمشتري الاخذ بالمثل و قيمه لتحقق سبب الضمان و يكون له الخيار لتعذر التسليم، و أفاد الشيخ بأن هذا هو الاقوى و نسبه الى جملة من الاساطين، و اما لحصول سبب الانفساخ و سبب الضمان فله اختيار أيهما شاء.

و يرد على الوجه الثانى: أنه لا يمكن الجمع بين الامرين حتى يثبت التخير

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٤٩٨

...

فان دليل كل مبيع لو شمل المقام فلا مجال للمثل أو قيمه و ان لم يشمل فلا موضوع للانفساخ.

و يرد على الوجه الاول: ان ما أفيد و ان كان صحيحا لكن الصحيح أن يعبر بأن للمشتري الخيار بين أخذ المثل أو قيمه و بين الاخذ بالخيار و الرجوع بالمسمى، و قول بضمان البائع، اذ الدليل بعد عدم شموله للمقام يكون مقتضى القاعده ضمان المتلف. و هذا هو الصحيح، لكن للمشتري أن يأخذ بالخيار لتعذر التسليم. و اختصاص خيار تعذر التسليم بصوره بقاء العين لا وجه له، اذ هذا الخيار ناش عن الشرط المضمّر، و لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها.

(المورد الثانى) فى اتلاف المشتري. أفاد الشيخ قدس سره بأن الظاهر أنه لا خلاف فى

أن اتلافه بمنزله القبض في سقوط الضمان. و استدل عليه بالإجماع.

و يمكن أن يستدل بالانصراف، و بعد عدم شمول الدليل يعمل على طبق القاعدة الاولى و مقتضاها كون دركها عليه. هذا فيما يكون عالما، و أما ان كان جاهلا- بأن قدم البائع الطعام اليه فأكله- فربما يقال بأنه ليس في حكم الاقباض.

و الحق أن الدليل منصرف عن التلف الاختياري و لا يشمل الدليل فلا وجه للانفساخ، غايه الامر ان كان البائع غارا له يكون قرار الضمان عليه لقاعده الغرور.

و مما ذكرنا علم أن اتلاف المشتري لا- يوجب الانفساخ، أعم من أن يكون اختياريا أو غير اختياري عن علم كان أو عن جهل بعنوان دفع الضرر عن نفسه كان أم لا، ففي جميع الصور يستقر عليه الثمن.

و أما ان كان باتلاف الاجنبي فأفاد الشيخ قدس سره بأنه يجي ء الوجوه الثلاثه، و لو لا شبهه الاجماع على عدم تعيين قيمه لكان مقتضى القاعده تعيينها بعد

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٤٩٩

قوله: مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين (١).

انصراف الدليل عن الاتلاف. و لا يخفى أن هذا الاجماع لا يترتب عليه أثر، فالحق تعيين قيمه بعد الانصراف. نعم للمشتري الاخذ بالخيار لتخلف الشرط.

ثم انه لو اختار المشتري قيمه فيما يكون له ذلك فهل للبائع حبس قيمه كما كان له حبس العين؟ ربما يقال كما في كلام الشيخ: بأن دليل الحبس فهم من العقد و هو مختص بالبدل، و الحق خلافه، فان ما يفهم من الارتكاز العرفي العقلاني أن للبائع أن يمسك العين أو بدلها الى زمان وصول الثمن اليه، فما قواه الشيخ ضعيف.

ثم انه لو قبض المشتري بغير اذن البائع فأتلفه البائع فهل يكون كاسترداد

بأن يكون من التلف قبل القبض أو يكون من الاتلاف بعد القبض؟ الحق أنه يترتب عليه حكم التلف بعد القبض، فيكون البائع ضامنا للقيمة بمقتضى القاعده.

[مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

أقول: ما يمكن أن يقال في وجه الجريان أمور:

(منها) الاجماع. وفيه ما فيه، فانه عبر بلفظ لا خلاف و انه ليس اجماعا، و على تقدير كونه فهو منقول، و على فرض تحصيله يكون مدر كيا.

(و منها) «١» خبر عقبه بن خالد فانه قال فيه «فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله اليه» بناء على عود ضمير لحقه الى البائع.

و يرد عليه: أولا أن الخبر ضعيف سندا بمحمد بن عبد الله، و ثانيا لم يذكر في الخبر أن الثمن شخصي و كلامهم فيما يكون الثمن شخصيا و الروايه مطلقه و ثالثا ان الضمان علق على خروج المبيع من بيت البائع و الحال أنهم لم يشترطوا في تحقيق الضمان هذا الشرط، و رابعا لا دليل على عود ضمير لحقه الى البائع بل يمكن أن يكون عائدا الى المشتري الا أن يكون لفظ «يرد»

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٥٠٠

قوله: مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه (١).

بالتشديد، و أما مع عدمه فيكون المعنى أن البائع ضامن للمبيع قبل الخروج من البيت و بعد الخروج لا يكون ضامنا بل الضامن هو المشتري، فالروايه من جهات عديده قاصره عن الدلاله على المدعى.

(و منها) شمول النبوي، بأن يكون المراد من المبيع أعم من الثمن و المثلث.

و هذا خلاف الظاهر و لم يقم عليه دليل، فان الظاهر من هذه الكلمه هو المبيع.

و الانصاف أن الحكم في الاصل أيضا مشكل، لعدم دليل

قوى فى البين.

و مما ذكرنا علم أن تسريه الحكم الى غير البيع فى غاية الاشكال. نعم فى مورد الاجاره نلتزم بالنتيجه، لكن لا من باب الانفساخ بل من باب انكشاف فساد الاجاره، اذ يكشف أنه لا منفعه كى يملكها المستأجر، و لذا لا فرق فيه بين القبض و عدمه.

[مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

اشاره

أقول: لو تلف بعض المبيع فان كان مما يقسط عليه الثمن يكون من التلف قبل القبض فيكون من مال البائع لإطلاق الدليل و ان لم يكن مما يقسط عليه الثمن كيد العبد مثلا- يكون كالوصف الموجب للتعيب. و الحق أنه لا- يوجب الانفساخ و لا- يوجب الارش، اما الانفساخ فهو حكم ترتب على المبيع، و من الواضح أن الوصف لا يكون مبيعا، و ان الارش فلا دليل عليه فان الارش بحسب الدليل يختص بالعيب الموجود قبل العقد.

و ربما يقال كما فى كلام الشيخ: بأن المستفاد من الدليل أن العقد يفرض معدوما من هذه الجهه، فان كان التالف تمام المبيع يكون معناه الانفساخ كليا و فى الجزء جزئيا، و ان كان التالف الوصف تكون النتيجه الارش و الخيار.

و فيه: ان الموضوع فى الدليل عنوان المبيع و الوصف لا يكون موردا للبيع.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠١

قوله: الاقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه (١).

و ربما يقال: بأنه يثبت الارش بحديث لا ضرر. و فيه ان الحديث مفاده الحكم التكليفى، و ثانيا لا يكون مثبتا للحكم، و ثالثا ان الصبر ضرر على المشتري و أخذ الارش ضرر على البائع و لا وجه للترجيح. فالحق أن يقال: ان العيب اذا كان بآفه سماويه فلا يترتب عليه شىء، و ان كان بفعل أحد

فبمقتضى قاعده الضمان يكون المتلف ضامنا.

و ما فى كلمات الاعلام من أن الارش حكم تعبدى خاص ثابت بدليله فى مورده، لا يمكن المساعده عليه، فان الضمان أمر عقلاى أمضاه الشارع و الا يلزم أن نلتزم بعدم ضمان من يوجب نقص أموال الناس و لو بلغ ما بلغ.

فالذى تحصل مما ذكر أن العيب الحادث اما بآفه سماويه و اما بفعل أحد، و على الثانى اما بفعل البائع و اما بفعل المشتري أو بفعل الاجنبى، أما على الاول فلا يثبت الارش لعدم الدليل، و أما الخيار فالحق أنه ثابت بالشرط المضمّر، فان البائع يلتزم بايصال المال سالما الى المشتري، و أما على الثانى فيثبت الارش و الخيار، اما الاول فلقاعدته الضمان و اما الثانى فللشرط، و أما على الثالث فلا خيار و لا ارش، و اما على الرابع فيثبت الضمان على الاجنبى و يثبت الخيار للمشتري على البائع.

[الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه]

اشاره

قمى، سيد تقى طباطبايى، دراساتنا من الفقه الجعفرى، ٢ جلد، مطبعه الخيام، قم - ايران، اول، ١٤٠٠ هـ ق دراساتنا من الفقه الجعفرى؛ ج ٤، ص: ٥٠١

أقول: و فى قبال هذا القول قول بالكراهه، و الاخبار «١» الوارده فى المقام ثلاث طوائف:

(منها) ما دل على النهى مطلقا، كالروايه الخامسه من هذا الباب، فانه يدل

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٢

...

على عدم جواز بيع الطعام قبل الكيل.

(و منها) ما يدل على الجواز مطلقا، كالروايه السادسه من هذا الباب.

(و منها) ما يفصل فيه بين التوليه فحكم بالجواز و بين غيرها فحكم بالمنع، كالروايه الاولى من هذا الباب، و مقتضى حمل المطلق على المقيد ما أفاده الشيخ قدس سره.

ثم ان هذا الحكم مختص بالمكيل

و الموزون، و أما فى غيرهما فالصححه على القاعده. مضافا الى أنه تستفاد الصححه من روايات الباب بالمفهوم فى بعضها و بالمنطوق فى بعضها الاخر.

ثم ان الظاهر من روايات الباب الحرمة الوضعيه، فانها الظاهر من النهى فى باب المعاملات. ثم انه هل يختص هذا الحكم بالمبيع الشخصى أم يعم الكلى؟ الظاهر هو الثانى لإطلاق روايات الباب.

ثم انه لا- يخفى أن الظاهر من النصوص الوارده فى المقام أن المعتبر فى البيع القبض فلو حصل القبض لا يعتبر الكيل أو الوزن، كما أنه مجرد الكيل و الوزن بلا- قبض لا- أثر لهما. و ملخص الكلام أن الظاهر من النصوص أن الميزان بالقبض، و انما عبر بالكيل و الوزن لأنهما يتحقق بهما القبض خارجا.

و ينبغى التنبيه على أمور:

(الاول) انه هل يلحق الثمن بالمتن فى هذا الحكم أم لا؟

لا اشكال فى أنه لو لم يقيم دليل على التسريه لكان مقتضى القاعده عدم اللقوق، فان اللقوق يحتاج الى الدليل لا عدمه كما هو ظاهر. و ربما يقال: بأن الملاك مشترك، و هو ضعف الملكيه قبل القبض، و لا اشكال فى ضعف هذا الوجه.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٣

...

و ربما يستدل على اللاحق «١» بما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فان المستفاد من الروايه بمقتضى التعليل ان كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل القبض.

وفيه: أولا انه مخصوص بالمكيل، و ثانيا ان ما يستفاد منه أن كل مبيع يكال لا يجوز بيعه قبل القبض لا أن كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه، مضافا الى أنه يحتمل أن يكون المراد من الروايه عدم قبض الشريك حصته من الشركاء فيكون خارجا عن المقام.

و استدل على عدم اللقوق بما رواه «٢» ابن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام.

و يرد

عليه أولاً: انه حكم وارد فى مورد خاص و القياس على خلاف القاعده و ثانيا ان الثمن المذكور فى الروايه الدرهم و الكلام فى الطعام، و ثالثا انه لم يفرض جعل الثمن مبيعا بل الظاهر جعله ثمنا و الكلام فى المبيع، و رابعا انه مطلق نرفع اليد عن اطلاقه بالدليل. فالعمده عدم المقتضى للإلحاق.

(الثانى) انه هل يختص هذا الحكم بالمبيع أو يجرى فى غيره؟

الظاهر هو الاول، لعدم الوجه للإلحاق، و كلمات القوم فى المقام مختلفه، و العمده الادله و مقتضاها الاختصاص.

(الثالث) انه هل المراد من المبيع المنهى ايقاع البيع عليه

أى على ما لم يقبض أو يعم تشخيص المبيع الكلى عليه؟ أفاد المصنف بأن الظاهر من النص و الفتوى الاول و نفى البعد عن الثانى. و الحق كما أفاده قدس سره أن الظاهر هو الاختصاص سيما بلحاظ ما فصل فيه بين التوليه و غيرها، فان تطبيق الكلى على ما اشتراه خارج موضوعا كما هو ظاهر.

(١) الوسائل، الجزء ١٢ الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠.

(٢) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٤

...

و هل يستفاد المنع من روايه الحلبي «١» حيث منعه عليه السلام عن التصدى للمبيع أم لا يستفاد؟ الظاهر هو الثانى، اذ النهى من جهه دفع الاتهام، و لذا أفاد عليه السلام فى ذيل الحديث بأنه جائز، و هل يستفاد من حديث ابن شعيب الجواز أم لا يستفاد؟ قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث اليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذى لك. قال: لا بأس اذا ائتمنه «٢».

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يستفاد من هذه الروايه الجواز. و أورد عليه الايروانى قدس سره بأن هذه الروايات أجنبيه عن محل الكلام، اذ الظاهر منها التوكيل فى الاثراء للبائع و القبض من قبله ثم استيفاء الحق منه.

و الحق أنه ليس فيه هذا الظهور المدعى فى كلامه، لكن مع ذلك لا يمكن المساعدة على الشيخ، فانه لو تم المقتضى للمنع لا يكون مثل هذه الروايه معارضه لدليل المنع، اذ المستفاد منه أنه بعد تماميه

البيع و بعد ما كان التصرف جائزا للبايع يكون الوكيل وكيلا فى استيفاء الحق. و بعبارة أخرى: ليس فى الرواية تعرض لموضوع الجواز، بل الحكم على فرض تماميه الموضوع، فالعمده منع المقتضى و ظهور دليل المنع فى البيع و لا يشمل تطبيق المبيع، و لذا لا شبهه فى جواز هبه غير المقبوض. مضافا الى أن خبر ابن شعيب لم يفرض فيه أن الاحمال من الرطب مملوكة للمديون بالبيع.

هذا فيما يكون المبيع شخصيا، و أما لو كان المبيع كليا فهل يكون الامر كذلك أم لا؟ أفاد الشيخ قدس سره بأنه لا يجرى فيه ذلك، اذ لا يتحقق الانطباق

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١.

(٢) التهذيب، الجزء ٧ الصفحة ٤٢.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٥

...

الا- بالقبض ثم الاقباض فيخرج عن موضوع الكلام. و بعبارة أخرى: ما دام لا يتحقق الكلى فى الخارج لا يمكن انطباق المبيع عليه، و تحققه فى الخارج يكون بالقبض، و به يخرج عن محل الكلام، فان الكلام فى بيع ما لم يقبض.

أقول: لو قلنا بأن الكلى فى الذمه يتشخص فى الخارج باذن الدائن فباذن من له الكلى يتحقق ذلك الفرد فى الخارج بلا تحقق القبض، فيجرى عليه حكم غير المقبوض. و كيف كان أفاد قدس سره بأنه حيث أن الامر كذلك فلا بد من الحوالة أو التوكيل أى الايفاء، لا بد من تحققه بأحد هذين الامرين فيدخل فى المسألة المعروفة، و هى أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الاخر فانه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل فى الشرائع بأنه قبضه عماله قبل أن

يقبضه صاحبه.

و لا يخفى أنه لو كان بنحو الوكاله لا يجرى فيه الاشكال، اذ معنى الوكاله أن يقبض للمديون ثم يقبض لنفسه و هذا لا اشكال فيه الا- من حيث ان القابض و المقبض واحد، و هذا لا اشكال فيه. و أما لو كان بنحو الحواله فتاره نقول بأن الحواله ترجع الى جعل ما على الغير معوضا و ما على نفسه عوضا و بعبارة أخرى يكون بيعا واقعا بصوره الحواله فيدخل فى المقام و لا يكون جائزا، مضافا الى أنه من بيع الدين بالدين، و ان قلنا بأن الحواله عبارة عن جعل الغريم غريما لمن عليه- و بعبارة أخرى جعل الغريم مقام نفسه لا أنه يتبدل أحد الامرين بالآخر- فلا يدخل فى محل الكلام، و ان قلنا بأنها مجرد وفاء الدين فيشكل الامر، حيث ان الكلى لم يتشخص بعد فى الخارج.

لكن الظاهر أنه يجوز بمقتضى النص الخاص الوارد فى المقام و قد استدل

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٦

...

فى الحدائق به. و الانصاف أن مفاده لإثبات المقصود تام، و لو قلنا بأن الحواله تغاير البيع فلا موجب لتسريه الاشكال.

و ملخص الكلام: ان كان الاشكال مختصا بالبيع فلا- وجه لجريانه فى الحواله و لو قلنا بأن الموضوع مطلق المعاوضه و تكون الحواله معاوضه فيتحقق الاشكال لكن لا- وجه لاختصاص الاشكال بما يكون الانتقال بالبيع، بل يجرى حتى فيما لا يكون الانتقال بالبيع بل بوجه آخر من بقيه المعاوضات، كما أنه يجرى فى العوض أيضا.

(الرابع) انه ذكر جماعه بأنه لو كان على شخص دين كالحنطه مثلا فدفعت دراهم الى من له الحنطه و قال اشتر بها لنفسك الحنطه لا يصح لقانون المعاوضه.

و أفاد الشيخ بأنه ينقض بالمعاطاه حيث انه يجوز أن يشتري بما أخذ بالمعاطاه مع الالتزام بالاباحه فى المعاطاه، و أيضا ينتقض بما لو اشترى شيئا بمال مغصوب مع علم البائع بالغصب،

فانه يجوز أن يتصرف فيه تصرفا يتوقف على الملك كوطى الجاريه و حيث ان المعاوضه تقتضى دخول كل من العوضين فى كيس من خرج عنه العوض الاخر.

تصدى الشيخ قدس سره لدفع الاشكال عن مورد النقض بأحد وجوه وقال:

بأنه يمكن أن نلتزم بدخول العين فى ملك الشخص فى المعاطاه قبل التصرف آنا ما أو نلتزم بأنه مع علم البائع بالغصب يكون تمليكا مجانيا، أو نلتزم بأنه لو اشترى شيئا بما أخذه من المالك يكون فضوليا و باجازه المالك الشراء و القبض يتم الامر، ففى المقام نلتزم بأن الاشتراء فضولى، غايه الامر بالا اجازه تصح المعامله و باستمرار القبض يكون قبضا لماله على المالك.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٧

قوله: مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته (١).

و يمكن أن يقال: بأن اللام فى قوله «اشترى لنفسك طعاما» يكون للنفع لا أن يكون الاشتراء لنفسه بل يكون الاشتراء للمالك ثم استيفاء الحق من مال المالك. و يدل عليه بعض النصوص.

أقول: العمده فى وجه الاشكال عدم تعقل المعاوضه بغير هذا الوجه، لكن قد ذكرنا سابقا بأنه لا يتقيد البيع بهذا القيد، فانه يمكن أن يشتري شيئا بمال الغير اذ يصدق عليه الاشتراء و البيع فيشملة دليل الصحه، فمن هذه الناحيه لا اشكال فيه لكن الاشكال من ناحيه أخرى، و هى أنه لو اشترى شيئا لنفسه يدخل المشتري فى كيس الغريم. و سقوط الدين عن ذمه المديون لا وجه له، اذ السقوط اما بالابراء و اما بالاداء و اما بالتبديل، و شىء من هذه الامور لم يتحقق، فالمتعين أن نلتزم بكون اللام لام المنفعه لا الملكيه، فيشتري للمديون ثم باذنه يأخذ

المشترى.

[مسأله لو كان له طعام على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثه في ذمته]

اشاره

أقول: في المقام مسائل ثلاث:

(الاولى) أن يكون سلما بأن أسلفه في المدينه فطالبه بالشام فيتراضيان بقيمه بلد المطالبه أو بقيمه بلد وجوب التسليم،

فأفاد الشيخ قدس سره أنه لا يجوز لأنه مصداق لبيع ما لم يقبض.

و يرد عليه:

أولاً- ان هذا الاشكال انما يكون له مجال فيما يقع معامله بالبيع، و أما لو وقع معامله بنحو آخر فلا مجال للإشكال، لان الموضوع في دليل النهي هو البيع.

دراساتنا من الفقه الجعفري، ج ٤، ص: ٥٠٨

...

و ثانيا- أنه يستفاد من جمله من الروايات «١» أن البيع من البائع جائز، انما الكلام في أن المشتري هل يكون له مطالبه العين في ذلك البلد أم لا. أفاد الشيخ بأنه لا اشكال في عدم وجوب اداء العين في بلد المطالبه، و أولى بعدم الجواز لو طالبه بقيمه بلد التسليم.

أقول: اذ كان تسليم العين ممكنا في بلد المطالبه مع تساوى القيمه بين البلدين أو كون بلد المطالبه أقل من بلد معامله فلا يبعد وجوب دفع العين كما أفاده المصنف، اذ المفروض أنه حل و التقصير من ناحيه البائع، فانه ملزم بالدفع.

ان قلت: الشرط المضمّر حين العقد يقتضى الدفع في بلد المطالبه.

قلت: نعم و لكن البائع لا يدفع فعدم الدفع من ناحيه البائع. و ان شئت قلت: لا يستفاد من الشرط أزيد من هذا المقدار، أى أن المستفاد من الشرط أن البائع غير ملزم بأدائه في غير بلد معامله، لكن على فرض عدم تسليمه يجبر على دفع دينه و ما في ذمته، و أما اذا كانت القيمه أزيد فالظاهر أن الامر كذلك.

و التمسك بدليل الضرر يرد عليه: أولاً- انه يختلف باختلاف المباني، و ثانيا ان ضرر البائع بالدفع معارض بضرر المشتري بالامسك.

هذا فيما يمكن دفع العين، و أما لو لم يمكن بأن لم يكن المبيع فى الخارج فهل للدائن اجبار البائع بدفع

القيمه؟ الظاهر أنه ليس له. و ما عن العلامه من أن التسليم من قبيل القيود التي يتشخص الكلى بها و مع تعذره يصدق أن تسليم المبيع متعذر فللمشتري مطالبه القيمه أى قيمه بلد المعامله.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ١١ من أبواب السلف.

دراساتنا من الفقه الجعفرى، ج ٤، ص: ٥٠٩

...

و فيه: ان هذا ليس من القيود المشخصه بل شرط خارجى، و غايه ما يترتب عليه أن يكون للمشتري خيار الفسخ.

(الثانيه) انه لو كان الطعام عليه بنحو القرض لا شبهه فى جواز البيع هنا،

لعدم موضوع للإشكال المذكور، حيث أنه مخصوص بما يكون البيع واردا على بيع غير مقبوض، و أما مطالبه المثل فمع امكانه فلا اشكال فى جوازه بحسب الظاهر فيما لا يكون بلد المطالبه أزيد بل حتى فى تلك الصوره كما مر آنفا، و أما مع وجود المثل فهل له مطالبه القيمه؟ الظاهر أنه مشكل، لان المفروض أنه يمكنه دفع العين فيما بعد فلا تصل النوبه الى القيمه. لكن مع ذلك يشكل، اذ المفروض أنه مثلى فيجب المثل.

هذا بحسب القاعده الاولى، و فى المقام نص «١» يستفاد منه جواز المطالبه فى غير بلد القرض، لكن المفروض ليس هو القرض بل المستفاد منه الدين.

(الثالثه) أن يكون ما عليه بالغصب و هو اما يكون مثليا و اما يكون قيميا،

أما على الاول فيجوز مطالبه المثل، و مع تعذره فعلا يشكل الانتقال الى القيمه، و لو كان قيميا يجوز مطالبته بالقيمه. و الظاهر أن الميزان هى القيمه الفعلية لمكان المطالبه.

و الحمد لله أولا و آخرًا. قدتم البحث فى يوم الثلاثاء الثالث من شهر جمادى الاولى من سنه ١٣٩٨ هجرية على مهاجرها آلاف التحية و الثناء. اللهم ارزقنا زيارته فى الدنيا و شفاعته فى الآخرة. آمين يا رب العالمين.

(١) الوسائل، الجزء ١٣ الباب ٢٦ من ابواب الدين و القرض، الحديث ١.

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 الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

