

الموسم من الفقهين الكبيرين والفقيرين

# الاشياء الطالبي

في شرح المكاسب

كتاب الخيرات

الجزء السادس

تأليف

سماحة آية الله العظمى

الشيخ آية الله العظمى

(رحمته)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المؤسسة العامة للوقاية من المخدرات والكحوليات

إرشاد الطالب

في شرح المكاسب

المؤلف: الأستاذ





الموسوية الفقهية للميرزا الشيرازي قدس

# اَشَادَةُ الطَّالِبِ

فِي شَرْحِ الْمَكَايِبِ

كتاب الخيارات

المجلد السادس

تأليف

ساجدة آية الله العظمى  
الشيخ الميرزا جواد الشيرازي  
(قدس)



## دارالصدیقة الشهيدة (سلام الله علیها)

سرنشانه	تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
عنوان قرار دای	المکاسب شرح
عنوان و نام پدیدآور	ارشاد الطالب فی شرح المکاسب [مرتضى الانصاری] / جواد التبریزی.
وضعیت ویراست	۳:
مشخصات نشر	قم: دار الصدیقه الشهیده (س)، ۱۳۸۸.
مشخصات ظاهری	ج.۷.
شابک	دوره: ۸-۷۵-۸۴۳۸-۹۶۶۴-۹۷۸
یادداشت	عربی
یادداشت	چاپ قبلی تحت عنوان "ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب" به چاپ رسیده است.
مفردات	ج.۱. کتاب المکاسب المحرمه.
موضوع	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المکاسب -- نقو تفسیر
موضوع	معاملات (فقه)
شماره افزوده	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المکاسب. شرح
رده بندی کنگره	۱۳۸۸ ۷۰۲۱۲۸ م. الف/۱/ BP1۹۰
رده بندی دیویی	۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	۱۸۴۷۵۶۵

● اسم کتاب: ارشاد الطالب فی شرح المکاسب ج/۶

● مؤلف: آية الله العظمی المیرزا جواد التبریزی (قدس سره)

● الطبعة: الأولى/ ۱۴۳۱ هـ. ق - ۱۳۸۹ هـ. ش

● المطبعة: وفا

● عدد النسخ: ۲۰۰۰

● ردملک ج/۶: ۷-۹۸-۸۴۳۸-۹۶۶۴-۹۷۸-۸-۷۵-۸۴۳۸-۹۶۶۴-۹۷۸

[www.tabrizi.org](http://www.tabrizi.org)

● العنوان: مدرس الاستاد الفقهاء و المجتهدين ميرزا جواد التبریزی رحمته

قم المقدسه - شارع المعلم - فرع ۲۵ - رقم البنايه ۲۵

● تليفون المدرس: ۷۷۴۴۲۸۶ - ۷۷۳۳۴۱۹ - ۷۷۴۳۹۳۹ - ۰۰۹۸۲۵۱

● تليفون دارالصدیقه الشهيدة (عليها السلام): ۷۷۳۲۱۵۳ - ۷۷۳۹۰۰۵ - ۰۰۹۸۲۵۱

● فاكس المدرس: ۷۷۴۳۷۴۳ - ۰۰۹۸۲۵۱

● فاكس دارالصدیقه الشهيدة (عليها السلام): ۷۸۳۱۲۷۲ - ۰۰۹۸۲۵۱

[tabrizi\\_Live@yahoo.com](mailto:tabrizi_Live@yahoo.com)

[tabrizi-mktab-qom@hotmail.com](mailto:tabrizi-mktab-qom@hotmail.com)

● بریدالکترونی:

### الثالث: خيار الشرط [١]

[١] المراد بخيار الشرط الخيار الثابت باشرطه في البيع، فيكون خياراً شرعياً إمضائياً في مقابل الخيار الشرعي التأسيسي، كخياريّ المجلس والحيوان، ولا خلاف في صحة اشتراط الخيار في البيع، سواء كان متصلاً بتمام العقد أو منفصلاً عنه.

ويستدل على مشروعيته بالأخبار العامة كقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله»<sup>(١)</sup>، والمراد، من موافقة كتاب الله - بقرينة المقابلة - عدم مخالفة كتاب الله.

ولكن قد نُوقِشَ<sup>(٢)</sup> في هذا الاستدلال بأنَّ شرط الخيار في البيع مخالف لكتاب الله حيث إنه ينافي عموم قوله سبحانه «أَوْفُوا بِمَا عَقَدْتُمْ»<sup>(٣)</sup> بل مخالف للسنة أيضاً نظير قوله ﷺ: «فإذا افترقا وجب البيع»<sup>(٤)</sup> فيكون العمدة في المقام الروايات الخاصة الدالة على جواز اشتراط الخيار في بعض أفراد المسألة.

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

(٢) انظر المستند ١: ٣٨٤.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) وسائل الشريعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

وأجاب النائيني رحمته (١) عن إشكال منافاة شرط الخيار للكتاب والسنة: بأن وجوب الوفاء بالبيع ونحوه من المعاوضات حقّي لا حكمي، وإذا كان الجواز أو اللزوم في المعاملة حقياً فلا ينافي شرط سقوطه بعضاً أو كلاً للكتاب الدال على ذلك الحق أو السنة الدالة عليه، والكاشف عن كون لزوم البيع حقياً لا حكمياً دخول الإقالة فيه، فإن مثل النكاح أو الضمان لا تقبل الإقالة، والبيع والإجارة تقبلها.

والسّر في قبول الأخيرين دون الأولين، أن كون البيع أو الإجارة عقداً باعتبار الدلالة الالتزامية فيهما، فإنّه كما ينشأ المتعاقدان المبادلة بين المالين بالمطابقة، كذلك يلتزم كل منهما لصاحبه بتلك المبادلة بحيث يكون زمام التزام كل منهما بيد صاحبه، وإذا كان إمضاء الشارع المعاملة كما انشأت يصح لكل منهما فسخ تلك المعاملة باتفاق صاحبه وموافقته، ولا ينافي ذلك وجوب الوفاء بالعقد فيما إذا كان كونه عقداً والتزاماً للآخر باعتبار المدلول الإلزامي كما هو الفرض.

أقول: قد تقدّم سابقاً أن لزوم البيع والإجارة وإن كان حقياً يسقط باشتراط سقوطه، إلا أن مجرد مشروعية الإقالة لا يكشف عن ذلك؛ فإن الإقالة عبارة عن فسخ المعاملة باتفاق الطرفين، وكما أن للشارع جعل الخيار لأحد المتعاقدين تأسيساً كما في خيار الحيوان، ولكل من المتعاقدين مستقلاً، كما في خيار المجلس، كذلك تجوز الفسخ لهما معاً، كما هو معنى تجويز الإقالة في المعاملة، وكما أن القسم الأول أو الثاني من الخيار لا يدل على كون اللزوم حقياً، وإلّا لم يثبت هذا الخيار في النكاح كذلك القسم الثاني، ومن هنا لا يتيسّر لنا الالتزام بمشروعية الإقالة في كل معاملة مآلية.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٢.

نعم، كما ذكرنا للزوم في البيع سواء كان بنحو المعاوضة أو غيرها حقي، والدليل عليه الروايات الخاصة كالواردة في بيع شرط الخيار حيث لا يحتمل الفرق بينه وبين اشتراط الخيار في المقام.

نعم، يمكن دعوى أن فسخ المشروط له مع اشتراط الخيار داخل في الإقالة، حيث إن اشتراط الخيار عبارة أخرى عن اشتراط مآذونية المشروط له في فسخ البيع عن قبل صاحبه.

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

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

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

ودفع الشرط عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد غير مخالف للكتاب



أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد، ولا خلاف في صحة هذا الشرط، ولا في أنه لا يتقدّر بحدّ عندنا، ونقل الإجماع عليه مستفيض. والأصل فيه قبل ذلك: الأخبار العامة المسوّغة لاشتراط كلّ شرطٍ إلّا ما استثنى، والأخبار الخاصّة الواردة في بعض أفراد المسألة.

المجيد، بل يمكن دعوى انصراف وجوب الوفاء بالعقد عن صورة اشتراط الخيار. أقول: يعتبر في صحة الاشتراط في المعاملات أن لا يكون الشرط بمعنى المشروط منافياً للكتاب المجيد والسنة أي منافياً للحكم الثابت فيهما على ذلك المشروط أو على العقد الذي وقع الشرط بمعنى الالتزام في ضمنه، سواء قيل بأن وجوب الوفاء بهذا الالتزام مستفاد من وجوب الوفاء بالعقد، أم أنه حكم مستقل. مستفاد مما ورد في وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض في المقام أن اشتراط الخيار ينافي للزوم الثابت في الكتاب المجيد على جميع العقود التي يدخل فيها البيع المفروض.

وبتعبير آخر: اشتراط الخيار في المقام نظير أن يشترط في البيع أن لا يدخل المبيع في ملك المشتري إلى ستة أيام، بأن يبيع المال بثمن كذا على أن لا يدخل المبيع في ملك المشتري إلى المدة، فانه كما يحكم ببطلان الشرط المزبور باعتبار كونه منافياً لقوله سبحانه ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> كذلك الحال في اشتراط الخيار بالإضافة إلى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>.

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

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

فمن الأولى: الخيار المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره: «إن المسلمين عند شروطهم». وزيد في صحيحة ابن سنان: «الكل شرطٌ خالف كتاب الله فلا يجوز». وفي موثقة إسحاق بن عمار: «إلا شرطاً حراماً حلالاً أو حلالاً حراماً». نعم، في صحيحة أخرى لابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله». لكن المراد منه - بقرينة المقابلة - عدم المخالفة، للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب. وتام الكلام في معنى هذه الأخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد ان شاء الله تعالى. والمقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد، وهي تظهر برسم مسائل:

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

[١] لافرق بين شرط الخيار في البيع بين كونه متصلاً بتمام البيع أو منفصلاً عنه، لعموم أدلة الشروط بعد فرض أن شرط الخيار لا ينافي الكتاب والسنة لكون لزوم البيع من الحقوق، أو استفادة مشروعيته مما ورد في بيع الخيار، بل يأتي أن رد الثمن في بيع الخيار شرط لحصول الخيار فيكون الخيار المشروط منفصلاً عن تمام البيع.

مع ما تقدّم من أن الفسخ بشرط الخيار داخل في الإقالة التي لافرق في حصولها بعد العقد بلافاصلة أو معها.

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

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

واستدلّ له في موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزاً بعد اللزوم. ورُدّ بعدم المانع من ذلك، مع أنّه - كما في التذكرة - منتقَضُ بخيار التأخير وخيار الرؤية. نعم، يشترط تعيين المدّة، فلو تراضيا على مدّة مجهولة - كقدوم الحاجّ - بطل بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحاً، لصيرورة المعاملة بذلك غررية. ولا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات وإقدام العقلاء عليه أحياناً، فإنّ الاستفادة من تتبّع أحكام المعاملات عدم رضا الشارع بذلك، إذ كثيراً ما يتفق التشاح في مثل الساعة والساعتين من زمان الخيار فضلاً عن اليوم واليومين.

يبطل البيع.

ويستدل على ذلك بأنّ البيع مع اشتراط الخيار بلا تعيين مدّته غرر فيعمّه النهي عن بيع الغرر، لأن الغرر الجهالة التي يتحرز عنها العقلاء غالباً في معاملاتهم المبنية على المغابنة والمدافة، ولا عبرة بتسامحهم في الجهالة في معاملة مبنية على المدافة في غالب موارد ما بحيث يتحرزون فيها من تلك الجهالة غالباً بخلاف ما إذا تسامحوا بتلك الجهالة غالباً كما في تفاوت المكاييل، فإن ذلك التسامح يعتبر مع عدم منع الشرع عن ذلك التسامح أيضاً.

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

وفي موثقة غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام:

لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم. ولا تسمه إلى دياس ولا إلى حصاد»<sup>(١)</sup>.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٩، الباب ٣ من أبواب السلف. الحد ث

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

والظاهر عدم الفرق بين اشتراط المدة المجهولة في السلم وبين اشتراط الخيار في المدة المجهولة في كون البيع معهما غرراً. وقد يعلّل بطلان شرط الخيار في المدة المجهولة بأنه مخالف للكتاب والسنة لأنه غرر.

ولا يخفى ما فيه فإنه قد يكون الشرط في المعاملة محكوماً بالفساد لفقده ما يعتبر في الشرط، وفي هذا الغرض يفسد الشرط، ولو قيل بأن الشرط الفاسد مفسد، فتتبع المعاملة شرطها في الفساد.

وقد يكون الشرط في المعاملة موجباً لدخول المعاملة في العناوين التي حكم الشرع بفساد تلك المعاملات، ولا يحتاج في هذا القسم إلى إثبات فساد الشرط، بل يحتاج إلى إثبات أنّ المعاملة داخلة في تلك العناوين، كما في بيع المكيل مع اشتراط عدم الكيل أو بيع شيء مع اشتراط تأخير الثمن إلى مدة مجهولة، فإن في هذا القسم يفسد المعاملة، فيلغو الشرط المزبور لأن الشرط هو الالتزام في ضمن معاملة، فيصير الشرط التزاماً ابتدائياً، حتى فيما كان الشرط في المعاملة الفاسدة واجداً للشروط المعتمدة في نفس الشرط، كما إذا باع الكتاب بثمن مجهول مع اشتراط أن يخيظ المشتري له ثوبه الفلاني.

والأمر في المقام كذلك، فإن اشتراط الخيار في مدة مجهولة يوجب الغرر في

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

نفس البيع يفسد البيع هذا لو أريد من قوله «لانه غرر» لأن البيع غرر. ولو أريد أن الشرط غرر بدعوى أن الغرر في كل أمر إنشائي ولو كان شرطاً يفسده، وإذا فسد الشرط يتبعه البيع الذي وقع الشرط المزبور في ضمنه فيكون الاستدلال على بطلان البيع ببطلان شرطه، من قبيل الأكل من القفا، لما تقدّم من كون نفس البيع غررياً بجهالة شرطه.

لا يقال: كيف يدخل البيع مع شرط الخيار في بيع الغرر مع أن الخيار حكم للبيع التام وجهالة مدة الخيار لا يوجب غرر البيع، كما في جهالة مدة المجلس في خيار المجلس.

فأنه يقال: هذا في الخيار الشرعي التأسيسي، وأما خيار الشرط فهو ليس حكماً للبيع الصحيح لأنه خيار جعلي، ومن قبيل الشرط في المعاملة. وبتعبير آخر: شرط الخيار فيما إذا أوجب الغرر في البيع يكون كسائر الشرائط التي يدخل البيع معها في عنوان بيع الغرر، فيكون البيع فاسداً حتى لو قيل بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

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

وفيه: أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفاً للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيارٍ في مدّة مجهولةٍ غررٌ وإن لم يكن بيعاً، فيشمله دليل نفي الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة. لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

مسألة: لافرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهولة [١] كقدوم الحاج،

[١] ذكر ﷺ بعد البناء على اعتبار تعيين المدّة في شرط الخيار إنه لافرق في بطلان البيع مع عدم تعيين مدته بين ذكر المدّة المجهولة، كما إذا قال: «بعتك على أن يكون لي الخيار الى قدوم الحاج» أو عدم ذكر المدّة أصلاً، كما إذا قال «بعتك على أن يكون لي الخيار» أو ذكر المدّة بنحو الإطلاق، كما إذا قال «بعتك على أن يكون لي الخيار مدة». والوجه في عدم الفرق اندراج البيع في الصور الثلاث في بيع الغرر المحكوم بالبطلان كما مر.

والمحكي<sup>(١)</sup> عن المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية أنه مع عدم ذكر المدّة يكون البيع محكوماً بالصحة والخيار إلى ثلاثة أيام، ولعلمهم يرون ذلك أيضاً فيما إذا ذكر مدة الخيار مطلقة.

وفي الانتصار والغنية والجواهر الاجماع على ذلك<sup>(٢)</sup>.

(١) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٦١، وراجع المقنعة: ٥٩٢، والانتصار: ٤٣٨، المسألة ٢٥٠،

والخلاف: ٣: ٢٠، المسألة ٢٥، والجواهر: ٥٤، المسألة ١٩٤، والغنية: ٢١٩.

(٢) حكاه أيضاً السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٦١، وراجع الانتصار: ٤٣٩، ذيل المسألة ٢٥٠، والغنية:

٢١٩، والجواهر: ٥٤: المسألة ١٩٤.

وبين عدم ذكر المدّة أصلاً، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار»، وبين ذكر المدّة المطلقة، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة»، لاستواء الكلّ في الفرر. خلافاً للمحكّي عن المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والحلبي، فجعلوا مدّة الخيار في الصورة الأولى ثلاثة أيّام. ويحتمل حمل الثانية عليها، وعن الانتصار والغنية والجواهر: الإجماع عليه. وفي محكّي الخلاف: وجود أخبار الفرقه به، ولا شك أنّ هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار، فيكفي في انجبارها

وفي الخلاف وجود أخبار الفرقه<sup>(١)</sup>، وهذا الكلام من الخلاف بمنزلة نقل أخبار بنحو الإرسال فيكون ضعفها منجبراً بحكاية الإجماع، ولعلّه لذلك مال الشهيد رحمته إليه في الدروس<sup>(٢)</sup> بخلاف العلامة في التذكرة<sup>(٣)</sup> حيث لم ينقل التحديد إلا عن الشيخ رحمته وأوّل قوله بوجود أخبار الفرقه بأنّه يريد وجود الأخبار في شرط الخيار في بيع الحيوان.

ومع ذلك جزم السيد الطباطبائي<sup>(٤)</sup> بالقول المزبور، وقوّاه بعض المعاصرين<sup>(٥)</sup> مؤيداً له بأنّه ليس في الأدلة ما يدفع القول المزبور حيث أنّه بالتحديد شرعاً يستفي الفرر عن البيع فيكون نظير بيع الحيوان مع الجهل بخيار الحيوان أو مدته.

وزاد في مفتاح الكرامة<sup>(٦)</sup> خروج البيع المشروط فيه الخيار من غير تعيين المدّة

(١) حكاة أيضاً السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٦١، وراجع الخلاف ٣: ٢٠، ذيل المسألة ٢٥.

(٢) حكاة السيد الطباطبائي في المصابيح (مخطوط): ١٣٢، وصاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢٤، وانظر الدروس ٣: ٢٦٩.

(٣) التذكرة ١: ٥٢٠.

(٤) حكاة صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٣٤، وانظر المصابيح (مخطوط): ١٣٢.

(٥) قوّاه في الجواهر ٢٣: ٣٣-٣٤.

(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٥٦٢.

الإجماعات المنقولة، ولذا مال إليه في محكيّ الدروس. لكن العلامة في التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن الشيخ رحمته وأولّه بإرادة خيار الحيوان. وعن العلامة الطباطبائي في مصابيح: الجزم به، وقوّاه بعض المعاصرين متصراً لهم بما في مفتاح الكرامة: من أنه ليس في الأدلة ما يخالفه، إذ الفرر مندفعٌ بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحّة العقد مع الجهل به أو بمدته. وزاد في مفتاح الكرامة: بأنّ الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع. وفيه: ما تقدّم في مسألة تعذّر التسليم: من أنّ بيع الفرر موضوعٌ عرفيٌّ حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعبدٌ شرعيٌّ لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصّصاً لعموم نفي الفرر وكان التحديد تعبدياً، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة، أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوعٍ خاصّ، وهو إهمال مدّة الخيار.

عن دليل النهي عن بيع الفرر بالتخصّص لا بالتخصيص.

وأورد عليه المصنف رحمته بأن التخصّص غير صحيح، ولو قيل بصحة البيع المزبور وثبوت الخيار للمشروط ثلاثة أيام يكون ذلك بالتخصيص في خطاب النهي عن بيع الفرر، لأنّ المتعلق فيه للنهي هو البيع الذي يكون غررياً مع قطع النظر عن حكم الشرع وتعبدّه، وإذا لم يقصد المتبايعان ثلاثة أيام لا يخرج البيع عن كونه غررياً فيكون الخيار إلى ثلاثة أيام تحديداً شرعياً للخيار المشروط، نظير ما ورد في تعيين بعض الوصايا المبهمة، أو يكون الخيار بثلاثة أيام حكماً شرعياً لموضوع خاص من غير كونه تحديداً للخيار المشروط، بأن يستظهر أن الرواية دالة على حكم الشارع في البيع بشرط الخيار من غير تعيين المدّة بثبوت الخيار للمشروط له إلى ثلاثة أيام، نظير ثبوت خيار المجلس في مطلق البيع وخيار الحيوان في بيعه.



والحاصل: أن الدعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر لافي تخصصها. والإنصاف: أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار ونقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، لأن الظاهر بقريئة عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار - في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار - أنه عوّل في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان. ولا ريب أن الإجماعات المحكيّة إنما تجبر قصور السند المرسل المتّضح دلالاته أو القاصر دلالاته، لا المرسل المجهول

ولكن الكلام في الدليل على صحة البيع المزبور وثبوت الخيار كذلك، فإن وجود أخبار مرسلة بل مرسل واحد غير معلوم؛ لأنه لو كانت في البين أخبار تعرض الشيخ لكلها أو بعضها في كتابي الاخبار.

ومن المحتمل جداً أن الشيخ رحمته الله قد استظهر القول المزبور من الأخبار<sup>(١)</sup> الواردة في بيع الحيوان، وأن الخيار الثابت في بيعه ثلاثة أيام شرط أو لم يشترط.

والإجماع المنقول لا يكون جابراً لمرسل مجهول العين بل يجبر معلوم العين الظاهر دلالة، أو القاصر دلالاته فلا بدّ من ملاحظة الإجماع المنقول بنفسه وهو أيضاً لا يمكن الاعتماد عليه؛ لأن المجمعين استظهروا القول المزبور من أخبار خيار الحيوان، وما روي في كتب العامة<sup>(٢)</sup>.

مع أن ملاحظة كلام الجواهر والغنية تقضي بأنهما قد أخذتا دعوى الإجماع في المقام كغالب إجماعاتهما من كلام السيد في الانتصار.

أقول: أمّا اعتبار تعيين المدة في شرط الخيار فقد تقدم أن العمدة فيه دعوى كون

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

(٢) ذكر المصنّف في المتن روايتين عن كتب العامة، راجع سنن البيهقي ٥: ٢٧٣، وكنز العمال ٤: ٥٩ و ٩١،

العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً، فالتعويل حينئذٍ على نفس الجابر ولا حاجة إلى ضمّ المنجبر، إذ نعلم إجمالاً أنّ المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار، ولا ريب أنّ المستند غالباً في إجماعات القاضي وابن زهرة إجماع السيّد في الانتصار.

البيع مع عدم تعيينها غررياً، ولكن يمكن المناقشة فيها بأنّ البيع عبارة عن تملك عين ونحوها بعوض، وإذا لم يكن الشرط بحيث يوجب الجهالة في أحد العوضين، كما يوجبها في بيع السلم والنسيئة من غير تعيين المدة، ولا في التملك فلا يكون الزيادة اثبتناها لدفع الإيهام في البيع غرر.

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

وليس المستند في صحة المعاملة باشتراط الخيار من غير تعيين مدته ما يقال كما عن الإيرواني عليه السلام<sup>(٣)</sup>: من أنه لو كانت الجهالة في مدة الخيار أو في أصله موجبة لكون البيع غررياً لبطل جميع البيوع لجهالة مدة خيار المجلس أو خيار العيب أو الغبن خصوصاً بناءً على أنّ مبدأ الخيار فيهما ظهور العيب أو الغبن.

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

(١) يعني قوله تعالى ﴿أَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

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

(٣) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٩٠.

نعم، قد روي في كتب العامة: أَنَّ حَنَّانَ بْنَ مَنقَذٍ كَانَ يُخَدِّعُ فِي الْبَيْعِ لِشَجَبَةِ أَصَابَتِهِ فِي رَأْسِهِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «إِذَا بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ»، وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثًا. وَفِي رِوَايَةٍ: «وَلِكِ الْخِيَارِ ثَلَاثًا» وَالْخِلَابَةُ: الْخُدَيْعَةُ. وَفِي دَلَالَتِهِ فَضْلًا عَنِ سُنْدِهِ مَا لَا يَخْفَى. وَجِبْرُهُمَا بِالْإِجْمَاعَاتِ كَمَا تَرَى إِذِ التَّعْوِيلِ عَلَيْهَا مَعَ ذَهَابِ

الغرر<sup>(١)</sup> هو البيع الغرري مع قطع النظر عن حكم الشارع من ذلك البيع، وخيار المجلس حكم شرعي يثبت للبيع التام ولا يضر الجهالة الناشئة من ذلك الحكم. لا يقال: إن ذلك بالإضافة إلى خيار المجلس، وأما بالإضافة إلى العيب والغبن فالخيار فيهما شرطي كما يأتي.

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

وإثبات كون خروجهما بالتخصيص حتى ينتج أن الجهل بثبوت الخيار كما في فرض اشتراطه بنحو التعليق أو بمدته لا يوجب الغرر في البيع. والحاصل: أن العمدة في المقام عدم إحراز كون البيع غررياً باشتراط الخيار فيه بنحو التعليق أو مع عدم تعيين مدته.

ولا يبعد أن يقال: بما أن البيع من المعاملات الدارجة عند العقلاء المسببة على المدقة والمعاينة، فلا بد أن لا يكون الشرط فيه بنحو لا يكون منشأ المشاجرة والمنازعة بين المتبايعين بعد ذلك، فاشتراط الخيار بنحو يكون مدته غير معين بعنوان

(١) وذلك قوله عليه السلام: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»، عوالي اللآلي ٢: ٢٤٨، الحديث ١٧.

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

أيضاً غير صحيح.

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

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

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

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

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

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

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٣.

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

اليزدي رحمته (١) وغيره (٢) صحة اشتراط الخيار إلى الأبد وهذا لا يوجب أيضاً كون البيع غريباً.

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

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

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

وما روي في كتب العامة: من أن حنّان بن منقذ كان يُخدع في البيع لشجّة أصابته في رأسه، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: «إذا بعث فقل: لا خلافة» (٣) وجعل له الخيار ثلاثاً؛ وفي

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٦٦.

(٢) انظر مصباح الفقاهة ٤: ٢٣٥.

(٣) راجع سنن البيهقي ٥: ٢٧٣، وكنز العمال ٤: ٥٩ و ٩١، و٩٤٩٩ و ٩٦٨٢.

مسألة: مبدأ هذا الخيار عند الاطلاق من حين العقد [١]، لأنه المتبادر من الإطلاق. ولو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدؤه أول جزءٍ من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد. فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أن مبدؤه من حين العقد، ولو جعل مبدؤه من حين التفرق بطل، لأدائه إلى جهالة مدة الخيار. وعن الشيخ والحلي: أن مبدؤه من حين التفرق وقد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تمامه.

رواية: «ولك الخيار ثلاثاً»<sup>(١)</sup> ضعيف سنداً ودلالة، فإن ظاهرها اشتراط خيار الغبن وتحديد بثلاثة أيام، ولم يعهد من أحد تحديد الخيار المزبور بثلاثة، والله سبحانه هو العالم.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وعن الثاني رحمته (٢): إن الحكم على المتعاقدين على خلاف قصدهما في مثل المقام لا محذور فيه ولا يمكن جعله وجهاً لبطلان القول المزبور، فإن المحذور

(١) حكاه عنه الشهيد في الدروس ٣: ٢٦٩، وراجع الخلاف ٣: ٣٣، المسألة ٤٤ من كتاب البيوع، والمبسوط

ينحصر بما إذا كان في البين انشائيان مستقلان وقصد المتعاقدين أحدهما دون الآخر فيحكم بوجود ما لم يقصد وبعدم المقصود كما إذا باع العين بعوض، كما هو مفاد البيع ويحكم الشارع بعدم تحققه وبتحقق تملك منفعتها بذلك العوض، كما هو مفاد الإجارة. وأما إذا كان الأمر الإنشائي المقصود قابلاً للتبويض في الإمضاء فلا محذور في إمضاء الشارع بعضه دون بعضه الآخر، كما في بيع ما يملك وما لا يملك بصفقة واحدة حيث يصح البيع بالإضافة إلى ما يملك ببعض الثمن ولا يصح بالإضافة إلى الآخر. وأورد على ذلك بعض الأعاظم (دامت أيامه): بأنه لا يقاس المقام ببيع ما يملك وما لا يملك فإن انحلال البيع المنشأ إلى البيعين يصح التفكيك بينهما في التحقق وعدمه بخلاف الخيار المشروط فإنه لا ينحل إلى المتعدد.

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

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

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



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

مسألة: يصحّ جعل الخيار لأجنبيٍّ [١]، قال في التذكرة: «لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صحّ البيع والشرط عندنا معاً»، وحكي عنه الإجماع في الأجنبي، قال «لأنّ العبد بمنزلة الأجنبيّ». ولو جعل الخيار لمتعدّد كان كلّ منهم ذا خيار،

[١] يجوز جعل الخيار في العقد لأجنبي بأن يكون الجعل المزبور بنحو تولية أمر ذلك العقد إليه، فإنّ صحة هذا الجعل بمقتضى قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، وتولية الأجنبي غير توكيله، فإنّ مع التوكيل يكون فسخ الأجنبي أو إمضائه نيابة عن موكله، فينفذ فسخ الموكل وإمضائه أيضاً، فيما إذا حصل قبل فسخ الوكيل أو إمضائه بخلاف التولية فإنّه لا عبرة مع التولية بفسخ المتعاقدين أو إمضائهما. وعلى ذلك فإن كان الخيار المشروط للمتعاقدين، واختلفا في الفسخ والإمضاء يقدم الفسخ، لأنّ إمضاء الآخر معناه إسقاط خياره فقط فينفذ فسخ الآخر، وكذا الحال في الأجنبيين فيما إذا شرط لكل منهما الخيار مستقلاً.

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

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

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

فإن اختلفوا في الفسخ والإجارة، قدّم الفاسخ، لأن مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز، بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار، فإن النافذ هو التصرف السابق، لفوات محلّ الوكالة بعد ذلك. وعن الوسيلة: أنه إذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ، وإن لم يجتمعا بطل. وإن كان لغيرهما ورضي نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء، انتهى.

فسخاً أو إمضاءً بل يحتاج فسخ العقد إلى الإتفاق منهم وألا بقي العقد بحاله. وأما ما ذكر في الوسيلة<sup>(١)</sup> من أنه لو كان لكل من المتعاقدين خيار الفسخ واتفقا في الإمضاء أو الفسخ نفذ، وإن اختلفا بطل أي بطل البيع، وإذا كان الخيار لغيرهما فإن رضى بالبيع نفذ وألا كان المبتاع بالخيار، فلا يمكن المساعدة عليه، فإنه إذا كان الخيار لغيرهما ولم يرض بالبيع فإن فسخه كان فسخه نافذاً، وإن لم يفسخ كان البيع بحاله، ولا يكون للمبتاع خيار الفسخ أو الإمضاء على التقديرين كما لا يخفى.

وعن الإيرواني<sup>(٢)</sup> والنائيني<sup>(٣)</sup>: أن المراد إن رضى الأجنبي بشرط الخيار له نفذ ذلك الشرط، ولا يكون لمن اشترط الخيار لثالث خيار، والابطل ذلك الاشتراط، لأن الناس مسلطون على أنفسهم ويكون لمن اشترط الخيار للثالث الخيار لتخلف شرطه وهو عدم ثبوت الخيار له.

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

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

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٩٤.

(٣) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٧٩.

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

أقول: ولو لم يمض فسخ الأجنبيّ مع إجازته والمفروض عدم مضيّ إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبيّ فائدة، ثمّ إنّه ذكر غير واحد: أنّ الأجنبيّ يراعي المصلحة للجاعل. ولعلّه لتبادره من الإطلاق، وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

[١] قال في الدروس<sup>(١)</sup>: يصح جعل الخيار لثالث منفرداً، أو مع كل من المتعاقدين أو مع أحدهما وفي فرض انفراد الثالث بالخيار نفذ فسخه أو إمضائه، وأما إذا كان مع أحدهما أو كلاهما واختلف الثالث معهما أو مع أحدهما في الفسخ أو الإمضاء يمكن أن يقال بأن العبرة بفعل الثالث وإلا لم يكن لجعل الخيار له فائدة.

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

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

ثمَّ إنَّه ربما يتخيَّل: أنَّ اشتراط الخيار [١] للأجنبيِّ مخالفٌ للمشروع، نظرًا إلى أنَّ الثابت في الشرع صحَّة الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيار

[١] قد تقدم أنَّ لزوم مثل البيع على المتعاقدين حَقِّي لا حكمي، وعليه فيمكن لهما جعل الخيار والإقالة، وجعل الخيار لثالث بنحو التولية أيضاً لا ينافي للزوم الحَقِّي، ليقال إنَّ شرط الخيار مناف للكتاب والسنة الدالِّين على لزوم البيع. أضف إلى ذلك التسالم الظاهر في المقام المذكور في التذكرة وغيرها. نعم لا يبعد أن يكون اشتراط الخيار للأجنبي منصرفاً إلى صورة ملاحظة مصلحة الشارط، والا فلا ينفذ فسخه، أو إمضائه لعدم ثبوت الخيار له كذلك؛ وما وقع عن بعض<sup>(١)</sup> من تعليل عدم نفوذ فسخه أو إمضائه مع عدم ملاحظة مصلحة الشارط بكونه أميناً غير صحيح، بل الصحيح تعليله بعدم الخيار له كذلك. ثمَّ إنَّ مقتضى قوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> ثبوت الخيار للثالث بمجرد اشتراط المتبايعين في العقد.

ودعوى اعتبار قبوله لأن ثبوت الخيار للثالث بلا قبوله ينافي سلطنة الناس على أنفسهم لا يمكن المساعدة عليها، فإنه ليس في البين عموم يدل على سلطنة الناس على أنفسهم بحيث يؤخذ به في المقام، بل المتبع في موارد الخطابات الأخرى الواردة في المعاملات وغيرها.

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

(١) منهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٦٢، وصاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٣٥.

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

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

مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستثمار [١] بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد فيأتمر بأمره، أو بأن يأتّمه إذا أمره ابتداءً. وعلى الأول: فإن فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ. ولو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستثمار، بل الالتزام بأمره، مع أنه

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

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

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

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

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

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

الاستثمار أمراً زائداً على اشتراط الخيار.

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

مسألة: من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه [١]، ويقال له: «بيع الخيار»، وهو جائزٌ عندنا كما في التذكرة، وعن غيرها: الإجماع عليه. وهو: أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدةً بأن يردَّ الثمن فيها ويرتجع المبيع. والأصل فيه - بعد العمومات المتقدمة في الشرط - النصوص المستفيضة. منها: موثقة إسحاق بن عمار، قال: «حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجلٌ وأنا عنده، فقال: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه ويكون لك أحبُّ إليّ من أن يكون لغيرك، على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن تردَّ عليّ؟ قال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟ فقال: للمشتري، ألا ترى أنّها لو احترقت

[١] من أفراد الخيار ما ينسب البيع إليه، ويقال «بيع الخيار»، وهذا البيع مشروع عندنا كما في التذكرة<sup>(١)</sup> وغيرها<sup>(٢)</sup>، ويقتضيه - بعد مثل قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٣)</sup> وقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٤)</sup> - الروايات الخاصة.

منها: موثقة إسحاق بن عمار، «قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحبُّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك بثمنها إلى سنة أن ترد عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمنها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت

(١) التذكرة ١: ٥٢١.

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

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

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

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

وعن سعيد بن يسار في الصحيح، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم في العشرة اثني عشر وثلاثة عشر، ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، ويكتب لنا رجلٌ منهم على داره

لكانت من ماله»<sup>(١)</sup>.

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

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

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

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



أو أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراءً بأنه باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينهم أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال فردّ عليه». وعن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن بعث رجلاً على شرط، فإن أتاك بمالك، وإلا فالبيع لك».

إذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقّق بالكلام في أمور:

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

الذي فيه الفضل الذي أخذه منا شراءً قد باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في الشراء؟ فقال: أرى أنه لك إن لم يفعله وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه<sup>(١)</sup>. إلى غير ذلك<sup>(٢)</sup>.

[١] ذكر عليه السلام في المقام أموراً:

**الأول:** أنّ ردّ الثمن في هذا الخيار يتصور على أنحاء:

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

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

(٢) نفس المصدر: الحديث ٢.

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

المشتري السابق الثمن ثانياً حتى لا يكون خيار للبائع مع امتناع المشتري عن أخذه، بل أن يحصل تمام ما يكون من طرف البائع دخيلاً في أخذه وإن يمتنع المشتري عنه. أقول: لو تمّ هذا النحو فلا بد من رفع اليد في المقام عما تقدم من اعتبار تعيين مدة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، حيث لو كان ردّ الثمن قيداً لنفس الخيار لكان جوازه تخصيصاً في ذلك الاعتبار، فإنّ مع كون رد الثمن قيداً لنفس الخيار لا يكون تعيين في مبدئه.

وقد يقال: إنّ المجمعول يمكن أن يكون الخيار المتقيد من غير أن يكون تعليق فيه ولا توقيت، بأن يكون القيد للخيار طبيعي رد الثمن، لا الرد الخارجي، ويكون للمشروط له الخيار الخاص نظير الخيار تحت السقف ثلاثة أيام من حين تمام البيع. ولكن لا يخفى أنّ هذا أيضاً يرجع إلى التوقيت، لأن تقيد الخيار الذي هو امر إنشائي بأمر خارجي زماني مرجعه إلى اعتبار اجتماعهما في الزمان، وإلا لأمكن أن يقال إنه إذا اشترط له الخيار عند قدوم الحاج يكون للمشروط له الخيار الخاص من حين تمام العقد وهو الخيار مع قدوم الحاج.

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

وهذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة. ويحتمل الثالث، كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار وموثقة إسحاق بن عمار. وعنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً، وإنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد، قال: أن يبيع ويشترط على المشتري إن ردّ الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له، انتهى. الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقبله إذا جاء بالثمن واستقاله. وهو ظاهر الوسيلة، حيث قال: إذا باع شيئاً على أن يقبله في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقالة إذا جاءه بمثل الثمن في المدّة، انتهى.

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

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

ولا يقاس بالواجب المعلق حيث إن حصول الوجوب وإطلاقه قبل حصول قيد الواجب له أثر عملي، وهو لزوم تحصيل مقدمات الواجب ولو قبل حصول ذلك القيد. اللهم إلا أن يقال: إن اعتبار الخيار لا يكون لغواً حيث يمكن أن يكون الغرض من إطلاقه وعدم تعليقه التمكن من إسقاطه بعد العقد مجاناً أو مع العوض.

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

وحينئذٍ فإن أبي أجبره الحاكم أو أقال عنه، وإلا استقلّ بالفسخ. وهو محتمل روايتي سعيد بن يسار وإسحاق بن عمار على أن يكون ردّ المبيع إلى البائع فيهما كنايةً عن ملزومه وهي الإقالة، لأن يكون وجوب الردّ كنايةً عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن على ما فهمه الأصحاب، ومرجعه إلى أحد الأولين. والأظهر

في الرياض<sup>(١)</sup> ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع إلى بائعه بمجرد ردّ الثمن. ولكن لا يخفى إنما يكون رد الثمن فسخاً فيما إذا قصد برده إلغاء البيع السابق، وإلا فتمليك المشتري الثمن ليمتلك منه المبيع معاملة جديدة تكون الولاية عليها خارجة عن عنوان الخيار، وفسخ العقد فإن في صورة الفتح وان كان الثمن المردود غير ما أخذه سابقاً يكون الدفع بعنوان الوفاء بالدين الحاصل بإلغاء البيع؛ وان كان عينه يكون ردّه بعنوان أنه ملك المشتري بإلغاء البيع لأنه ملكه الحاصل بالتمليك الجديد.

الرابع: أن يكون رد الثمن قيداً لانفساخ البيع بأن يحصل الانفساخ مع ردّ الثمن. وقيل: يظهر ذلك من رواية معاوية بن ميسرة<sup>(٢)</sup> حيث ذكر السائل فيها أن الشرط في البيع أن مع مجيء البائع بالثمن إلى ثلاث سنين الدار داره؛ وأجاب بإيجاب بنفوذ الشرط وقد عنون الغنية<sup>(٣)</sup> المسألة بهذا العنوان.

ولكن يحتمل أن يكون المراد من رواية معاوية بن ميسرة كون الرد قيداً للفسخ، كما هو الإحتمال الثالث، كما قيل: بظهور موثقة إسحاق بن عمار<sup>(٤)</sup> وصحيحة

(١) الرياض ٨: ١٨٩.

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

(٣) الغنية: ٢١٥.

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

في كثير من العبارات - مثل الشرائع والقواعد والتذكرة - هو الثاني. لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فإن فيه إشكالاً من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلي أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية، وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه.

سعيد بن يسار<sup>(١)</sup> فيه حيث ذكر في الأولى: إن جاء بالثمن رد المبيع إلى بايعه؛ وفي الثانية: إن جاء به رد الشراء، وكل منها كناية عن فسخ البيع.

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

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

وعن النائي عليه السلام<sup>(٣)</sup>: أنه لا يمكن إنشاء الفسخ بالشرط في البيع معلقاً برد الثمن لأن شرط الانفساخ مناف لمقتضى البيع؛ لأن مقتضى الشرط نفي البيع.

(١) المصدر: ١٨، الباب ٧.

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

(٣) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٨٠ - ٨١.

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده [١]: إما أن يكون في الذمة، وإما أن يكون معيناً. وعلى كل تقدير: إما أن يكون قد قبضه، وإما لم يقبضه. فإن لم يقبضه فله

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

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

**والوجه الخامس:** أن يكون رد الثمن قيداً للإقالة المشروطة بأن يلتزم المشتري للبائع أن يوافق في الفسخ إذا جاء بالثمن في المدة المضروبة، وإذا جاء بالثمن ولم يقبله أجبره الحاكم أو أقال عنه، وإن لم يتمكن من المراجعة إلى الحاكم كذلك يستقل البائع بالفسخ لتخلف شرطه على المشتري، ويحتمل هذا في موثقة اسحاق ابن عمار، وصحيحة سعيد بن يسار بأن يكون رد المبيع فيهما كناية عن ملزومه أي الإقالة لا عن فسخ البائع الذي فهمه الأصحاب.

[١] الثمن المشروط رده في الخيار أو في الفسخ على ما تقدم: إما أن يكون كلياً على العهدة، وإما أن يكون معيناً. وعلى كل من التقديرين: إما أن يقبضه البائع أم لا، فإن لم يقبضه يثبت له الخيار، وينفذ فسخه سواء كان الثمن كلياً أم معيناً حيث إن رد الثمن قيد للخيار أو الفسخ على تقدير قبض البائع، وفي فرض عدم قبضه لا تقييد. وهذا الوجه وإن ذكره المصنف رحمته إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه، فإن لازمه الالتزام بثبوت شرطين: أحدهما ثبوت الخيار للبائع مطلقاً قبل قبض الثمن؛ والثاني الخيار على تقدير رد الثمن بعد قبضه.

مع أنه لا دلالة لقوله: بعث مالي بكذا على أن ترد المبيع إن جئت بالثمن إلى سنة

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

وإن قبض الثمن المعين: فإما أن يشترط ردّ عينه [٢]، أو يشترط ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لأمته، أو مطلقاً، أو ولو مع التمكن منه، على إشكالٍ في الأخير، من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً - بل لغةً - ردّ العين مع الإمكان.

على تعدد الشرط.

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

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

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

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

وفي جواز اشتراط ردّ القيمة في المثلي والعكس وجهان. وإما أن يطلق. فعلى الأول، لا خيار إلا بردّ العين، فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار، إلا أن يكون إطلاق اشتراط ردّ العين في الخيار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع، فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله. وفيه نظر. وعلى الثاني، فله ردّ البديل في موضع صحّة الاشتراط. وأما الثالث، فمقتضى ظاهر الشرط فيه ردّ العين. ويظهر من إطلاق محكيّ الدروس وحاشية الشرائع: أن الإطلاق لا يحمل على العين. ويحتمل حمله على الثمن الكلّي، وسيأتي.

لخياره فلا يسقط فيما إذا كان الإتلاف من غيره.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ ظاهر الاشتراط تقييد الخيار بصورة ردّها فلا يكون خيار في غير الفرض، وكذلك الحال لو كان ردّها قيداً للفسخ أو الانفساخ على ما مر. وأما إذا كان الشرط ردّ ما يعم البديل فلا إشكال في الخيار في فرض عدم التمكن من ردّ العين، فأنه بالفسخ يرجع ذلك المعين إلى المشتري وبما أنه قد تلف فيأخذ بدله.

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

أقول: لا يخفى أنّ اشتراط ما يعم البديل حتى مع التمكن على ردّ العين مرجعه إلى توكيل البائع بمعاوضة ذلك المعين بمثله أو بقيمته كما هو الحال في اشتراط ردّ ما يعم القيمة في المثلي، وردّ ما يعم المثل في القيمي ولا يكون التبديل مع التوكيل مخالفاً للكتاب والسنة.

ويتصور في بعض الفروض اشتراط المبادلة بشرط النتيجة أيضاً حيث لا إشكال



وإن كان الثمن كلياً، فإن كان في ذمة البائع - كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة - فردّه بأداء ما في الذمة، سواء قلنا: إنه عين الثمن أو بدله، من حيث إنّ ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنه تَلَفَ، فالمراد برده المشتري، ردُّ بدله. وإن لم يكن الثمن في ذمة البائع وقَبَضَهُ، فإن شرط ردّ ذلك الفرد المقبوض أو ردّ مثله - بأحد الوجوه المتقدمة - فالحكم على مقتضى الشرط،

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

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

ولا يعتبر في صحة المبادلة حصول الفسخ في زمان قبل زمان المبادلة، بل تقدّم الانفساخ على حصول المبادلة بين الثمن الأول والبدل في المرتبة. والمعتبر في صحة المبادلة المزبورة كون الثمن الأول ملكاً للمشتري، ولو في زمانها.

وإن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع - المشتهر ببيع الخيار - هو ردّ ما يعمّ البدل، إمّا مطلقاً، أو مع فقد العين. ويدلّ عليه صريح بعض الأخبار المتقدمة، إلا أنّ المتيقّن منها صورة فقد العين.

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

وإذا صح ما ذكر يكون اشتراط هذه المبادلة في البيع صحيحاً، لأنّ موطن الشرط أي البيع الثاني لا يكون بعد زمان فسخ البيع ليقال: إنه لا ينفذ شرط إذا فرض قبله انفساخ المعاملة، بل يرجع اشتراط هذه المعاملة إلى تضيّق دائرة الفسخ أو الخيار.

وعلى ذلك فالمقام من هذا القبيل لأنّ مرجع، الاشتراط إلى اعتبار الفسخ الخاص أي الفسخ بمبادلة الثمن الأول الموجود ببذله فإن هذه المبادلة كالبيع الثاني في المثال يتوقف على انحلال البيع الأول بلا فرق بين أن يجعل رد الثمن أو بدله مقدّمة للفسخ أو قصد الفسخ بالرد.

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

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

ولكن لا يبعد أن يقال: القرينة العامة في بيع الخيار مقتضية لكون المراد ردّ ما يعم

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

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

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

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

(١) راجع الدروس ٣: ٢٦٩.

(٢) راجع مفتاح الكرامة ٤: ٥٦٥، والمقابس: ٢٤٨، والمناهل: ٣٣٣، والدروس ٣: ٢٦٩؛ وجامع المقاصد

وما قيل: من أن الرد يدل على إرادة الفسخ والإرادة غير المراد، ففيه: أن المدعى دلالة على إرادة كون المبيع ملكاً له والتمن ملكاً للمشتري، ولا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من هذا، مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به.

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار باسقاطه بعد العقد [١] على الوجه الثاني من الوجهين الأولين، بل وعلى الوجه الأول، بناءً على أن تحقق السبب - وهو العقد - كافٍ في صحة إسقاط الحق. لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد - بناءً على حدوثهما من زمان التفريق - عدم الجواز أيضاً. إلا أن يفرق هنا: بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد

وما يقال من أن الرد يدل على إرادة الفسخ، والإرادة غير المراد، يعني إرادة الفسخ غير تحقق الفسخ لا يرجع إلى محصل، لأن الأمر الانشائي المراد يحصل بفعل أو قول يكون ذلك الفعل أو القول ظاهراً في إرادة ذلك الأمر واعتباره.

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

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

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

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

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

والحاصل: أن مقتضى ما صرح به في التذكرة<sup>(٢)</sup> من أنه لا يصح إسقاط خيار الشرط والحيوان بعد العقد بناءً على حدوثهما بعد التفرق كما عليه الشيخ عليه السلام<sup>(٣)</sup> عدم جواز إسقاط الخيار في المقام قبل الرد.

ولكن يمكن أن يمنع عن ذلك بأنه يمكن للعلامة الالتزام بعدم جواز الإسقاط في خيار الشرط والحيوان قبل التفرق، وجواز إسقاط الخيار في المقام قبل رد الثمن، فإن الافتراق المعلق عليه انتهاء الخيارين خارج عن اختيار ذي الخيار حيث يمكن للآخر أن يصحبه فلا يحصل الافتراق بخلاف المقام، فإن كون البائع مالاً لرد الثمن الموجب للخيار كاف في إسقاطه.

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

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

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

(٢) أنظر التذكرة ١: ٥٢٠.

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

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

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

ويشير إلى ذلك قوله رحمته الله في بعض أخبار الحيوان<sup>(١)</sup> بكون مثل التقبيل واللمس رضا بالبيع، فإنه مقتضاه سقوط الخيار ولزوم البيع في كل زمان بالالتزام ببقاء البيع، كان ذلك قبل التفرق أو بعده.

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

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

ولكن يمكن أن يقال بعدم الفرق بين الصورتين في عدم الكفاية، وذلك فإنه إنما يصح الفرق بين غير الجنس والمعيب، فيما كان المتعلق شخصياً، كما إذا ظهر المقبوض في السلم ثمناً من غير الجنس المذكور في العقد، بأن باع الحنطة سلماً بمئة درهم خارجية، ثم ظهر الموجود الخارجي عشرة دنائير، فإن ذلك لا يكفي في قبض

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

الثمن، فيحكم ببطلان المعاملة بخلاف ما إذا ظهرت تلك الدراهم معيبة، فإنه يكفي في القبض، غاية الأمر يكون للبائع خيار الفسخ باعتبار ظهور العيب في الثمن. وأما في مورد كون المتعلق كلياً كما إذا كان الدراهم في بيع السِّلْم بنحو الكلي على العهدة وظهر المدفوع بعنوان أداء الثمن من غير الجنس أو المعيب، فإنه لا فرق بينهما ومع بقاء المجلس للبائع مطالبة المشتري بالفرد من الثمن وبالصحيح، ومع عدم بقائه يحكم ببطلان السِّلْم سواء قلنا بأن كون المراد بالشيء في المعاملة صحيحه للانصراف أو للشروط الارتكازي.

وبما أن المفروض في المقام كون المشروط رده كلياً، فلا فرق بين ظهور المردود من غير الجنس أو المعيب في عدم كفاية ذلك في نفوذ الفسخ. نعم إذا التفت المشتري إلى مال المردود ورضي به كفى في نفوذ فسخ البائع بلا فرق بين الصورتين أيضاً. ولكن الكلام فيما أخذ المردود من غير التفت إلى حاله بحيث لو كان ملتفتاً لم يأخذه.

وربما يوجه الفرق كما عن النائيني رحمته الله (١) بأن الوصف حق للمشتري فيصح له المطالبة به والمعيب المدفوع داخل في الثمن، ولكن بما أن دفع الوصف لا يمكن إلا في ضمن عين يكون له الاستبدال بخلاف ظهور المدفوع من غير الجنس فإنه غير داخل في الثمن المشروط رده.

وفيه: أن المدفوع إنما يدخل في عنوان الثمن فيما إذا رضي المشتري بالمعيب

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٨٧.

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

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

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

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

ولكن مع ذلك ذكر المحقق الأردبيلي<sup>(٢)</sup> وصاحب الكفاية<sup>(٣)</sup> عدم سقوط الخيار

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

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

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



كخيارى المجلس والشرط. وظاهر المحكي عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية: عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن؛ لأن المدار في هذا الخيار عليه، لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، وللموئق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك. والمحكي عن العلامة الطباطبائي في مصابيح الرد على ذلك - بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب - بما حصله: أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار ولا خيار إلا بعد الرد، ولا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد، لأن ذلك منه بعده لاقبله، وإن كان قادراً على إيجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوة، على أنه لا يتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلاً، انتهى محصل كلامه.

في بيع الخيار بتصرف البائع في الثمن المأخوذ؛ لأن الخيار في بيع الخيار قد جعل للبائع مع فرض تصرفه فيه، وقد أمضى الشارع البيع المزبور بهذا النحو ويفصح عن ذلك موثقة إسحاق بن عمار<sup>(١)</sup> المفروضة فيها حاجة المسلم إلى بيع داره ببيع الخيار، ومن الظاهر أن الحاجة إلى بيع داره معناها الحاجة إلى ثمنها بالتصرف فيها.

وقد أجاب بحر العلوم<sup>(٢)</sup> في مصابيح<sup>(٢)</sup> عن ذلك بعد الطعن على القول المزبور بأنه مخالف لما عليه الأصحاب بما حاصله: أن الالتزام بسقوط الخيار بتصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه لا يوجب محذوراً في المقام؛ لأن التصرف في الثمن المأخوذ في بيع الخيار يكون قبل رد الثمن وهو ليس زمان الخيار فلا يكون التصرف فيه في ذلك الزمان مسقطاً، بل المسقط له التصرف فيه بعد رده إلى المشتري حيث إن هذا

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

(٢) حكاة عنه السيد المجاهد في المناهل: ٣٤١، وانظر المصابيح (مخطوط): ١٣٩.

وناقش بعض من تأخّر عنه فيما ذكره رحمته - من كون حدوث الخيار بعد الردّ لاقبله - بأنّ ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار، وبأنّ الظاهر من إطلاق العرف وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقّف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار - المتقدّمة في هذه المسألة الدالة على أنّ غلّة المبيع للمشتري - هو كون مجموع المدّة زمان الخيار، انتهى.

أقول: في أصل الاستظهار المتقدّم والردّ المذكور عن المصاييح والمناقشة على الردّ نظرًا.

الزمان زمان فعلية الخيار فيكون تصرف البائع فيه مسقطاً لخياره.

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

وذكر صاحب الجواهر رحمته <sup>(١)</sup> أن ما ذكره بحر العلوم رحمته في مقام الجواب غير صحيح، فإن رد الثمن ليس شرطاً لحدوث الخيار والالزم جهالة مدة الخيار من حيث المبدأ.

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

ويظهر ذلك من كثير من الأصحاب فإنهم قد ضعفوا ما ذهب إليه الشيخ رحمته من أنّ النقل والانتقال في البيع يحصل بانقضاء زمان الخيار بالأخبار الواردة في المقام الدالة على أنّ غلّة الدار للمشتري.

أما الأول: فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب. وأما بناء هذا العقد على التصرف فهو من جهة أن الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، ولذا قوينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعمّ البدل، وحينئذٍ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف واستمراره، وهو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه. أو من جهة تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن، وقد مرّ أن السقوط بالتصرف ليس تعبدًا شرعيًا مطلقاً حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

ووجه الظهور أن غلة الدار للمشتري باعتبار كون أصل الدار له، والظاهر أن هذه الأخبار لا تكون ردًا لما ذهب إليه الشيخ إلا أن يكون كلاً من زمان قبل ردّ الثمن وبعده زمان الخيار ليكون تملك المشتري الغلة فيهما دليلاً على بطلان ما ذهب إليه الشيخ رحمته. وذكر المصنف رحمته أن كلاً مما ذكره المحقق الأردبيلي، والجواب عنه بما في المصابيح؛ والرد على الجواب المزبور ضعيف.

وحاصل ما ذكره في الإيراد على كلام الأردبيلي بأن التصرف في الثمن يكون مسقطاً للخيار فيما إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن أو عين ذلك الفرد المأخوذ والغالب في بيع الخيار كون الثمن كلياً، وقد تقدم أنه لا يستفاد من الإطلاق اشتراط ردّ عين الفرد المأخوذ كما هو مورد موثقة اسحاق بن عمار <sup>(١)</sup> أو منصرفها، ومع عدم اشتراط ردّ العين لا يكون في التصرف في العين دلالة على التزام

وأما الثاني: فلأنّ المستفاد من النصّ والفتوى - كما عرفت - كون التصرف مسقطاً فعلياً، كالقولي يُسقط الخيار في كلّ مقام يصحّ إسقاطه بالقول، الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردّ. هذا، مع أنّ حدوث الخيار بعد الردّ مبنيٌّ على الوجه الأوّل - المتقدّم - من الوجوه الخمسة في مدخلية الردّ في الخيار، ولا دليل على تعينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس، بل الظاهر من عبارة غير واحدٍ هو الوجه الثاني.

البائع بإبقاء البيع، وقد تقدّم أنّ قوله عَلَيْهِ: «فذلك رضى منه بالبيع فلا خيار» ليس حكماً تعدياً محضاً بل حكم بسقوط الخيار بالتصرف الخارجي الذي يكون فيه دلالة نوعية على الالتزام بإبقاء البيع فيدخل في المسقط الفعلي ولا يكون التصرف مسقطاً فيما إذا علم أن التصرف لا يكون على هذا الوجه.

أقول: قد ذكرنا أنه لا فرق بين الثمن الشخصي أو الكلي على العهدة في أن مقتضى القرينة العامة أن المشروط في بيع الخيار ردّ ما يعمّ البدل، ومع اشتراط رد ما يعمّ البدل لا يمكن الالتزام بسقوط الخيار بالتصرف في عين الثمن أو الفرد المأخوذ، سواء كان ذلك التصرف من التصرفات الناقلة أم من التصرفات الانتفاعية.

وأما إذا كان المشروط تصريحاً رد عين ذلك الثمن أو الفرد المأخوذ، فمع التصرف الناقل فيه لا يبقى للخيار موضوع بخلاف التصرف الانتفاعي فإنه لا موجب لسقوط الخيار معه، فإنه أيضاً لا يوجب سقوط الخيار ولا استفاد سقوطه مما ورد في التصرف في الحيوان المشتري لما تقدم من أنّ سقوط الخيار بالإسقاط الفعلي كالقولي، وأن لم يكن أمراً تعدياً إلا أنّ تطبيق الإسقاط الفعلي على مثل النظر إلى ما كان يحرم من الأمة المشتراة أمر تعدي لا يمكن التعدي منه إلى المقام.

وأيضاً دعوى أنّ مورد الموثقة أو منصرفها كون الثمن كلياً على العهدة غير ظاهر

أو نقول: إن المتبّع مدلول الجملة الشرطيّة الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الردّ فيها قيداً للخيار وقد يؤخذ قيداً للفسخ. نعم، لو جعل الخيار والردّ في جزءٍ معيّن من المدّة - كيومٍ بعد السنة - كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد، وجاء فيه الإشكال في صحّة الإسقاط هنا: من عدم تحقّق الخيار، ومن تحقّق سببه.

كما لا يخفى.

وأورد الله على ما ذكر في المصابيح من أن التصرف قبل ردّ الثمن لا يكون تصرفاً في زمان فعلية الخيار ليكون مسقطاً؛ بأن التصرف مسقط فعلي وإذا فرض صحة إسقاط الخيار بالقول قبل ردّ الثمن على ما تقدم يكون إسقاطه بالفعل أي التصرف نافذاً ولو مع عدم فعلية الخيار.

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

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

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

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

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

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

فإن أمكن التعدي عن هذا المسقط التعبدي فيلتزم بسقوط كل خيار بالتصرف الانتفاعي فيما انتقل إليه زمان الخيار؛ ولا يعم ما إذا كان التصرف قبل التصرف قبل ذلك الزمان. وأما دعوى أن إسقاط الخيار المشروط لا يمكن أن يتحقّق بالفعل وليس الفعل كالقول حيث لا يمكن الإسقاط المزبور بالفعل، لأنّ الفعل لا تعليق فيه، ولا يمكن كونه مسقطاً فعلاً لعدم فعلية الخيار، لا يمكن المساعدة عليها لأنّ الإسقاط فعلاً أو قولاً إبراز لإلغاء الجعل الذي كان بنحو القضية الشرطية بلافق بينهما.

وأورد على ما ذكره صاحب الجواهر رحمته: من أنه لو كان رد الثمن قيداً لنفس الخيار لكان مبدأ الخيار مجهولاً، بأنّ الجهالة في مبدأ الخيار لا تقدر مع تحديد زمان الخيار بعد حدوثه.

نعم ذكروا أن جعل مبدأ الخيار في شرط الخيار التفرّق عن مجلس العقد غير جائز فيما كان عند الإطلاق الشرط مبدئه تمام العقد، وقيل: إنّ مقتضاه عدم جواز جعل الخيار في المقام من حين رد الثمن، إلا أن التأمّل يقضي بالفرق بينهما بأنّ التفرّق أمر

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ثم إنه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع - كما سيجيء في أحكام الخيار - لأنَّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع.

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

وهذا الاشتراط إرتكازي في هذا البيع ويشهد له ظاهر بعض الروايات المتقدمة من اشتراط إرجاع المبيع بعد ردَ الثمن.

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

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



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

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

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

وعن صاحب الجواهر رحمته (١): أنه جعل تلف المبيع قبل رد الثمن مسقطاً لخيار البائع.

وأما إذا كان تلفه بعده فلا يسقط الخيار لأن التلف مضمون على المشتري، لأنه وقع في زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المشتري بالمثل أو القيمة بخلاف التلف قبل رد الثمن، فإن التلف في هذا الفرض ليس مضموناً على المشتري ليكون للبائع الرجوع إلى المشتري بعد الفسخ بالمثل أو القيمة، بل المتجه في التلف في هذا الفرض سقوط خيار البائع إلا أن يشترط الرجوع عليه عيناً أو قيمة مع التلف أيضاً. أقول: هذا التفصيل منه رحمته ينافي ما تقدم منه في الجواب عن الطباطبائي، حيث ذكر في ذلك الجواب أن مقتضى العرف وظاهر الأصحاب، وكذا ظاهر الأخبار، كون ما

(١) انظر الجواهر ٢٣: ٣٩، ونقله عنه صاحب منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٩٢.

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

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

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

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

وعلى ذلك، فإن كان الشرط في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن يسقط خيار البائع بانتفاء موضوعه، وإن كان ما يعم بدل ذلك الثمن يبقى الخيار بحاله، وكذا لو قلنا: بأن قولهم «التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» يختص بتلف المبيع، ولا يعم تلف الثمن. وأما إذا كان تلف الثمن بعد رده على المشتري فإن قلنا: بعموم قاعدة «التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له» للثمن، فينحل البيع بالتلف المزبور فيأخذ البائع عين المبيع، فإن الثمن بعد رده على المشتري وقبل التلف وإن كان ملكاً للبائع مادام لم يحصل الفسخ إلا أن بالتلف ينحل البيع بناءً على عموم القاعدة كما ذكر.

ولكن ذكر النائيبي رحمته (١): «أَنَّ القاعدة المزبورة لا تعمّ المقام، فإن موردها ما إذا كان تلف المال المضمون بيد ذي الخيار حيث إن مقتضى ما دل على أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، امتداد الحكم الثابت قبل القبض المستفاد من قولهم «التلف قبل القبض من مال بايعه إلى ما بعد القبض»، والمفروض في المقام صيرورة الثمن بيد المشتري وخروجه عن يد ذي الخيار، فيكون ضمان الثمن على المشتري نظير ضمان المأخوذ بالسوم، حيث إن البائع قد دفع الثمن إلى المشتري ليسترد منه المبيع لا مجاناً. نعم إذا تلف الثمن قبل الرد بيد البائع يكون من صفريات تلك القاعدة حتى لو قيل: بأن رد الثمن قيد لنفس الخيار؛ لأن العبرة ليس لنفس زمان الخيار بل بعدم استقرار الملك وكونه في معرض الزوال كما يشير إلى ذلك قوله عليه السلام: «حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري» (٢)، فإن هذا الكلام بمنزلة القول بأن عدم استقرار الملك يوجب انحلال البيع بتلف المبيع بيد ذي الخيار، ومع التعدي إلى تلف الثمن يكون انحلال البيع في المقام بتلف الثمن بيد البائع المفروض كونه ذا الخيار.

أقول: لم يظهر من قاعدة ضمان تلف المال على من لا خيار له أن الضمان بمعنى انحلال البيع ينحصر بصورة كون التلف في يد ذي الخيار، فلو قبض المشتري الحيوان ثم استودعه عند بايعه وتلف قبل انقضاء ثلاثة أيام انحل البيع. ولا أظن أن يلتزم أحد ببقاء البيع بحاله، وأن المشتري على تقدير فسخ البيع يرجع إلى بايعه بالقيمة لكون الحيوان قيماً.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ٩٥-٩٦.

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

ولو تلف الثمن: فإن كان بعد الردّ وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء - من أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له - كونه من المشتري وإن كان ملكاً للبائع، إلّا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن ويدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين واستظهره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدّمة. ولم أعرف وجه الاستظهار، إذ ليس فيها إلّا أنّ نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري، وهما إجماعيان حتّى في مورد كون التلف ممّن لا خيار له، فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية، ولا تكون الرواية مخالفةً للقاعدة، وإنّما المخالف لها هي قاعدة أنّ الخراج بالضمان [١] إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحدٍ عموم القاعدة للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة - أعني خيار المجلس والشرط والحيوان - وسيجيء الكلام في أحكام الخيار. وإن كان التلف قبل الردّ

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

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

نعم الروايات كما أشرنا واردة في خيار الحيوان والتعدي منه إلى سائر المبيع فضلاً عن الثمن غير ممكن فيؤخذ بقاعدة الخراج بالضمان المقتضية لذهاب المال عن ملك مالكة غاية الأمر أنّ التلف على مالكة المفروض كونه ذا الخيار لا يوجب سقوطه خياره، بل يفرق بين كون تلف الثمن في المقام قبل ردّه على المشتري أو كان بعده كما لا يخفى.

[١] قد تقدم عدم شمول قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار لتلف الثمن في المقام، وأن عدم الشمول لقصور القاعدة وعدم العموم في دليلها لا لدلالة رواية

فمن البائع، بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الردّ.

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

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

معاوية بن ميسرة<sup>(١)</sup> على اختصاصها بالمبيع كما عن الجواهر<sup>(٢)</sup>، فإن تلك الرواية دالة على كون نماء المبيع في بيع الخيار للمشتري وتلفه أيضاً عليه، وشيء من الحكمين لا ينافي كون ضمان تلف الثمن أيضاً عليه.

والمنافي لقاعدة ضمان التلف على غير ذي الخيار، قاعدة أنّ الخراج بالضمان الجارية في ناحية الثمن؛ لأنها تقتضي ذهاب الثمن على البائع والقاعدة أخص من قاعدة الخراج بالضمان، فعلى تقدير عمومها يرفع اليد بها عن قاعدة أنّ الخراج بالضمان كما لا يخفى.

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

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

(٢) الجواهر ٢٣: ٨٨.

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

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

وأما إذا كان المشروط رد الثمن على المشتري كما هو المتعارف واتفق عدم التمكن من الرد عليه عقلاً لغيبته أو شرعاً لحصول الجنون أو السفه له، فهل يكفي في التمكن من الفسخ رد الثمن على الحاكم الشرعي، ومع فقدته على عدول المؤمنين أم لا يظهر كفاية رده على الحاكم من المحقق القمي عليه السلام في أجوبة مسائله <sup>(١)</sup> وخالف فيه صاحب المناهل عليه السلام <sup>(٢)</sup>.

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

(١) جامع الشتات ٢: ١٤١، المسألة ٩٩.

(٢) المناهل: ٣٣٤.

(٣) الحدائق ١٩: ٣٥-٣٦.

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرض لحكم ردّ الثمن مع غيبة المشتري في هذا الخيار، ولم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري. وذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة وبعض الخاصة، حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، ولا تنافي بينه وبين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ، وهو ردّ الثمن إلى المشتري، مع أن ما ذكره من أخبار المسألة لا يدل على اعتبار حضور الخصم في الفسخ. وإن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الردّ، إلا أن الفسخ قد يتأخّر عن الردّ بزمان، بناءً على مغايرة الفسخ للردّ وعدم الاكتفاء به عنه. نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم. لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ برّد الثمن، فافهم.

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

وذكر المصنف رحمته الله في الرد على صاحب الحدائق، بأنه لم يظفر من الأصحاب بمن تعرض لفرض غيبة المشتري في بيع الخيار، وأنه يكفي في فسخ البائع جعل البائع الثمن أمانة عنده، فإنهم وإن ذكروا عدم اعتبار حضور الخصم في الفسخ خلافاً لبعض العامة<sup>(١)</sup>، إلا أن هذا باعتبار عدم اشتراط الفسخ بحضور المشتري ولا ينافي في ذلك اعتبار حضوره لرد الثمن عليه الذي شرط في نفوذ الفسخ، وكذا أخبار الباب فإن

(١) نقله عنهم العلامة في التذكرة ١: ٥٢٢، والشيخ في الخلاف ٣: ٣٥، ذيل المسألة ٤٧ من كتاب البيوع،

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

موردها وإن كان حضور المشتري لرد الثمن عليه، إلا أنه لا دلالة لها على اعتبار حضوره في حصول الفسخ؛ لأنّ الفسخ قد يتأخر عن رد الثمن. ولو فرض حصول الفسخ برد الثمن لكان اعتبار حضوره لرد الثمن عليه لا لاعتباره في الفسخ.

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

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



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

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

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

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

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

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

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

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

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

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

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

مع ردّ الثمن إلى الوليّ الآخر - أعني الجدّ - مطلقاً، أو مع عدم التمكن من الردّ إلى الأب، أو لا؟ وجوه. ويجري مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فردّ البائع إلى حاكمٍ آخر، وليس في قبول الحاكم الآخر مزاومةً للأوّل حتّى لا يجوز قبوله للثمن، ولا يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناءً على عدم جواز مزاومة الحاكم لحاكمٍ آخر في مثل هذه الأمور، لما عرفت: من أنّ أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختياريّاً، بل البائع إذا وجد من يجوز أن يملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ. وليس في مجرّد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاومةً للحاكم الأوّل، غاية الأمر وجوب دفعه إليه، مع احتمال عدم الوجوب، لأنّ هذا ملكٌ جديدٌ للصغير لم يتصرّف فيه الحاكم الأوّل، فلا مزاومة. لكن الأظهر أنّها مزاومةٌ عرفاً.

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

ثم إنّّه إذا اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يجوز للبائع الفسخ برد الثمن على الولي الآخر للطفل أي الجدّ مطلقاً - أو مع عدم تمكنه من الردّ على الأب - أو لا يجوز وجوه.

ويجري مثل ذلك ما إذا اشترى الحاكم للمولى عليه بخيار البائع ما لا فهل يجوز

للبيع في فسخه البيع المزبور دفع الثمن إلى الحاكم الآخر.

فالأظهر التفصيل في المقام بين الدفع إلى الجدّ أو إلى الحاكم الآخر فانه يجوز

الدفع إلى الجدّ في فسخ البيع المزبور أخذاً بما دل على ولاية الأب الشامل لأب الأب على ما تقدم في بحث الولاية.

وأما الدفع إلى الحاكم الآخر فغير جائز فإنه ليس للحاكم الآخر ولاية على

الطفل المزبور فإن الدليل على ولاية الحاكم في أموال القصر هو دليل الحسبة

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

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

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

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

والظاهر أنّه ضامنٌ لأن المفروض دفعه إليه بعنوان الثمنية، فمع عدم تحقق الفسخ يكون يده عليه يد ضمان.

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

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

ولو شرط البائع الفسخ في كلِّ جزءٍ برداً ما يخصّه من الثمن، جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، وللمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدّة.

مقتضى نفي الضمان عن الأمين.

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

وأما إذا لم يكن ذلك برضاه فلا يكون أخذ ذلك البعض بعنوان الثمنية فعلاً، وإن يكن ثمناً مستقبلاً فيكون المدفوع إليه فعلاً مع عدم فسخ البائع أمانة مالكية لا محالة فلا يكون عليه ضمان المأخوذ.

وأما إذا كان المشروط فسخ البيع في المقدار المدفوع من الثمن حتى يتم فسخ تمام البيع بدفع تمام الثمن تدريجاً في المدّة المضروبة بفسخ البيع بفسخه في المقدار المدفوع.

وعلى ذلك فلو لم يدفع بقية الثمن ولم يفسخ البيع في تمام البيع حتى انقضت المدّة المضروبة يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة الذي مرجعه إلى تخلف الشرط. وهل للمشتري الخيار قبل انقضاء المدّة في فسخ البيع المزبور بدعوى تبعض الصفقة عليه، الظاهر ذلك.

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

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

وهل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك. ويجوز اشتراط الفسخ في الكلّ برّد جزءٍ معيّنٍ من الثمن في المدّة، بل بجزءٍ غير معيّن، فيبقى الباقي في ذمّة البائع بعد الفسخ.

وأما البيوع الانحلالية فاشتراط الخيار في بعضها أو كلها على نحو الاستقلال غير ثابت بل مخالف لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> المقتضي للزوم البيع. ويتعبّر آخر: لم يثبت كون اللزوم بالإضافة إلى البيوع الانحلالية حقياً، بل ظاهر الكتاب لزوم البيع من جهة المنشأ ابتداءً ومن جهة البيوع الانحلالية، غاية الأمر ثبت كون اللزوم في المنشأ ابتداءً حقياً. وأما بالإضافة إلى البيوع الانحلالية، فيؤخذ بظاهرة؛ أضف إلى ذلك ما عن بعض الأجلّة (دامت أيامه) أنه لا انحلال للبيوع المنشأ ليشترط الخيار في بعضها.

أقول: قد تقدم سابقاً توضيح الانحلال بالإضافة إلى الأجزاء الخارجية فيما إذا كان المبيع من بيع الشئيين بصفقة واحدة، وبالإضافة إلى الأجزاء المشاعة بالإضافة إلى عين واحدة وكون اللزوم بالإضافة إلى البيوع الانحلالية أيضاً حقياً يظهر من ملاحظة ما إذا اشترى الحيوان مع غيره بصفقة واحدة، ثم تلف الحيوان أيام خياره، فإنه لا ينبغي الشك في ثبوت الخيار بالإضافة إلى شراء غير الحيوان باعتبار تبعض الصفقة. مع أنّ هذا من اشتراط الخيار في البيع الانحلالي؛ فتدبر جيداً.

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

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

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

ويفترق المقام عن اشتراط الخيار للبائع بردّ الثمن، أن مقتضى إطلاق اشتراط ردّ المبيع اعتبار ردّ عين المبيع، فلا يكفي في خيار المشتري ردّ البدل ولو مع تلف العين، حيث إن القرينة العامة المشار إليها سابقاً منحصرة بمورد اشتراط الخيار للبائع ولا تجري في اشتراط الخيار للمشتري بردّ المبيع.

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

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

مسألة: لإشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع [١]، بالبيع وجريانه في كل معاوضة لازمة - كالإجارة والصلح والمزارعة والمساقاة - بل قال في التذكرة: الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة، خلافاً للجمهور. ومراده ما يكون لازماً، لأنه صرح بعدم دخوله في الوكالة والجماعة والقراض والعارية والوديعة، لأن الخيار لكل منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه، والأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم»، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعة دخولته في غير المعاوضات من العقود اللازمة ولو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى

ذلك في الحقيقة من اشتراط الفسخ بالمبادلة بين تلك العين وبدله وذكرنا جواز ذلك، وأنه لا فرق بين اشتراط دفع البدل مع بقاء العين وبين رد التالف المثلي بالقيمة أو بالعكس من هذه الجهة فتدبر جيداً.

[١] ذكر ﷺ: أنه لا إشكال ولا خلاف في جواز اشتراط الخيار في كل معاوضة لازمة - كالبيع والإجارة والصلح والمزارعة والمساقات - .

قال العلامة في التذكرة<sup>(١)</sup> الأقرب دخوله في كل عقد معاوضة خلافاً للجمهور، ومراده العقد اللازم، حيث صرح بعدم دخوله في الوكالة والجماعة والمضاربة والوديعة والعارية من العقود الجائزة لأنه لا معنى لاشتراط الخيار مع جواز العقد دائماً. والأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup>.

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

(١) التذكرة ١: ٥٢٢.

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



للخيار في العقد الجائز ولو من الطرف الواحد. فمن الشرائع والإرشاد والدروس وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفاية: دخول خيار الشرط في كل عقد سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعتق. وظهرها ما عدا الجائز، ولذا ذكر نحو هذه العبارة في التحرير بعدما منع الخيار في العقود الجائزة. وكيف كان: فالظاهر عدم الخلاف بينهم في أن مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة في الكل وإنما الإخراج لمانع، ولذا قال في الدروس - بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشيخ رحمته -: «إنه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم»، فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم. فنقول:

ثم إنه لم يظهر وجه إدخال الصلح في المعاوضة حيث إن الصلح هو التراضي والتسالم بشيء من الطرفين، وقد يكون ذلك الشيء معاوضة بين المالين، وقد يكون أمراً آخر، وعلى كل تقدير فالصلح ليس نفس المعاوضة.

نعم لا بأس بإدخال المزارعة والمساقات في المعاوضة حيث يمكن القول بأن تسليم الأرض إلى الزارع بإزاء حصة من حاصلها معاوضة بين التسليم المزبور، وبين تلك الحصة بحيث يكون التسليم مملوكاً للزارع والحصة على تقدير الزرع مملوكاً لمالك الأرض كما أنها في المساقات معاوضة بين ملك عمل العامل وبين الحصة من الثمرة.

ثم إنه قد اشتهر الاستدلال بعدم جواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة؛ بأن اشتراط الخيار فيها لغو محض ولا يقاس بأشترط الخيار في مورد المجلس أو خيار الحيوان، حيث يمكن فيه إسقاط خيار المجلس أو الحيوان أو سقوطه وبقاء الخيار المشترك.

ولكن لا يخفى أن الاستدلال المزبور يتم في العقود الجائزة المطلقة كالوكالة

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

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

والوديعة والعارية.

وأما العقود الجائزة التي ينتهي الجواز الحكمي فيها فيما بعد كالهبة حيث تلزم بتلف العين أو إتلافها أو تغييرها فلا يكون الاستدلال المزبور مقتضياً لعدم جواز اشتراط الخيار فيها إلى مدة أو إلى الأبد. فيكون نتيجة اشتراطه جواز الفسخ والرجوع حتى بعد تلف العين أو تغييرها.

والحاصل: أنّ ظاهر كلمات بعض<sup>(١)</sup> الأصحاب جواز اشتراط الخيار في كل عقد لازم سواء كانت معاوضة كالإجارة أو غيرها كالصلح حتى فيما كان لزومه من طرف واحد، فإنّ مع اللزوم من طرف واحد لا يكون اشتراط الخيار لذلك الطرف لغواً بخلاف الجائز من الطرفين أو من طرف واحد، فإنه يصبح اشتراط الخيار من ذلك الطرف لغواً.

(١) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٠٤، والسيد المجاهد في المناهل: ٣٣٦، والمحقق التنسري في المقابس: ٢٤٨، وراجع مفتاح الكرامة ٤: ٥٦٩.

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

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

والظاهر أنّ مرادهم غير الجائز، ولذا ذكر في التحرير<sup>(٣)</sup> هذا الكلام بعد منعه عن اشتراط الخيار في العقود الجائزة.

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

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

(٢) حكاه عنهم صاحب مفتاح الكرامة ٤: ٥٦٨، وراجع الإرشاد ١: ٣٧٥، والدروس ٣: ٢٦٨، وحاشية

الإرشاد (مخطوط): ٢٦٠، ومجمع الفائدة ٨: ٤١١، وكفاية الأحكام: ٩٢.

(٣) التحرير ١: ١٦٨.

(٤) الدروس ٣: ٢٦٨.

وبالجمله، فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه -بناءً على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة- فلا يصير سبباً باشتراط التسلّط عليه في متن الإيقاع. هذا كله، مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط ونفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق والطلاق، وإجماع المسالك على عدم دخوله في العتق والإبراء. ومما ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمّن الإيقاع ولو كان عقداً، كالصلح المفيد فائدة الإبراء، كما في التحرير وجامع المقاصد.

وفي غاية المرام: أن الصلح إن وقع معاوضةً دخله خيار الشرط، وإن وقع عمّا في الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله، لأنّ مشروعيته لقطع المنازعة فقط، واشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكلّ شرطٍ ينافي مشروعية العقد غير لازم، انتهى.

وجه المنع بعد عموم<sup>(١)</sup> دليل جواز الاشتراط.

وكيف كان يقع الكلام في موردين: الأول: عدم جواز خيار الشرط في الإيقاعات.

والثاني: جواز اشتراط الخيار في العقود اللازمة.

أما الأول: فقد يستدلّ على عدم جواز شرط الخيار في الإيقاعات بعد دعوى عدم

الخلاف فيه - كما يظهر ذلك من الحلّي في السرائر<sup>(٢)</sup> في الاستدلال على عدم جواز شرط الخيار في الطلاق بخروجه عن العقد - بأن الشرط ما كان بين اثنين كما يظهر ذلك من الأخبار الواردة في أبواب متفرقة، ولا يتحقق ذلك في الإيقاعات لقيامها بفعل

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

والكبرى المذكورة في كلامه راجعةً إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، ولا أقلّ من الشكّ في ذلك الراجع إلى الشكّ في سببته الفسخ لرفع الإيقاع. وأمّا العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً.

واحد وهو الموجب.

وقد ناقش المصنف رحمته في ذلك: بأنّ الاستفادة من الأخبار توقف الشرط على المشروط له والمشروط عليه، وفي صحيحة عبدالله ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله، فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه»<sup>(١)</sup>، ولا يتوقف على الإيجاب والقبول، فإن الشرط يحصل في الإيقاعات أيضاً كما يفصح عن ذلك ما ذكرنا<sup>(٢)</sup> من جواز اشتراط خدمة العبد مدة في عتقه تمسكاً بعموم «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٣)</sup>، غاية الأمر أنّ نفوذ الشرط يتوقف على قبول المشروط عليه كما قيل<sup>(٤)</sup> في عتق العبد واشترط مال عليه من توقفه على قبول العبد، وهذا غير اعتبار وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول.

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

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

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

(٢) راجع المسالك ١٠: ٩٩٢، ونهاية المرام ٢: ٢٥١، وكشف اللثام (الطبعة الحجرية) ٢: ١٨٥.

(٣) نفس المصدر في الهامش الأوّل.

(٤) كما قاله العلامة في التحرير ٢: ٧٩.

(٥) القاموس ٢: ٣٦٨، مادة «الشرط».

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

الثاني: على تقدير شمول معنى الشرط، فلا يحرز شمول قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> لشرط الخيار في الإيقاعات حيث إن شموله لمورد يتوقف على إحراز مشروعية المشروط في نفسه في ذلك المورد، لأن خطاب نفوذ الشرط لا يثبت مشروعية المشروط بل يثبت نفوذ ما هو المشروع في نفسه فيما إذا التزم به في ضمن عقد أو إيقاع كما هو مقتضى قولهم ﷺ: «إلا شرطاً حَلَل حراماً أو حَرَمَ حلالاً»<sup>(٢)</sup>، ومشروعية الفسخ في نفسه في الإيقاعات غير محرز.

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

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

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

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

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

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

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

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

ومن الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه، وعن المسالك: أنه موضع وفاق. ويظهر من محكي السرائر والدروس وجود الخلاف فيه. وربما علل باشتراط القرية فيه وأنه فك ملكٍ بغير عوض، والكبرى في الصغرين ممنوعة. ويمكن الاستدلال له بالموقفة المذكورة في مسألة شرط الواقف كونه أحق بالوقف عند الحاجة، وهي قولهم عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل، فإنها ترجع في الميراث» وقريبٌ منها غيرها. وفي دالتهما على المدعى تأمل. ويظهر من المحكي عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة تجويز اشتراط الخيار في الوقف، ولعله المخالف الذي أشير إليه في محكي السرائر والدروس.

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

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

فإنه يقال: ليس المراد من وقوع الإلزام أو الالتزام في ضمن الالتزام وقوع الألفاظ في ضمن الألفاظ الدالة على الالتزام الأول، بل وقوعه قبل تمام الالتزام الأول. مع أن المثال المزبور خارج عن الشروط العقلانية، وأيضاً لا يثبت الكلية يعني تحقق الشرط في الإيقاعات بعد تمامها.

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

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

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

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

أقول: كون المراد بالشرط الالتزام الذي يكون البيع ونحوه ظرفاً له على ما يستظهر من عبارة القاموس<sup>(١)</sup> غير صحيح، وإلا لكان قوله «بعت المال بكذا» و«أجزت الدار سنة بكذا»، وقال «الطرف قبلتهما بيعاً بشرط الإجارة»، مع أنه لا ينبغي الربب في فساد، بل هما معاملتان مستقلتان قد أنشئتا في زمان واحد، ولذا لو قال «الطرف قبلت البيع دون الإجارة» لثم البيع، بخلاف ما إذا قال «بعت المال الفلاني على أن تخطط لي



الأقرب ذلك، انتهى. وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة. وكيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها، لمعوم ما دلّ على أنه لا يُرجع فيما كان لله، بناءً على أنّ المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة، نظير الجواز للعقود الجائزة. ولو شكّ في ذلك كفى في عدم سببية الفسخ التي يتوقّف صحّة اشتراط الخيار عليها. وتوهم إمكان إثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع.

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

والوجه في ذلك أن الشرط بالمعنى المصدرى وهو الالتزام معلق عليه في تمام موارده من المعاملات المعاوضية وغيرها، ولذا قد يصرح الشارح بذلك التعليق ويقول «إنما يبيعك المتاع بكذا لو التزمت بخياطة ثوبي الفلاني» ويقول الآخر «قبلت البيع على الشرط».

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

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

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

ومنه: الصلح، فإنَّ الظاهر المصرَّح به في كلام جماعة - كالعَلَّامة في التذكرة -: دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذَّب البارِع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقولٍ مطلقٍ. وظاهر المبسوط - كالمحكِّي عن الخلاف -: عدم دخوله فيه مطلقاً. وقد تقدَّم التفصيل عن التحرير وجامع المقاصد وغاية المرام ولا يخلو عن قرب، لما تقدَّم من الشكِّ في سببِة الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.

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

نعم، ربَّما لا يكون الشرط في الإيقاعات شرطاً حقيقة فلا يحتاج إلى القبول، كما في مثل عتق العبد، واشتراط الخدمة لمعتقه أو لغيره مدة، لأن العبد ومنافعه ملك لمولاه، فيكون اشتراط الخدمة عليه في الحقيقة بمنزلة استثناء بعض منافعه في العتق وإبقائها في ملكه، فلا يجوز للعبد بعد إعتاقه ترك الخدمة فإنه من تفويت ملك الغير، ولذا ذكر بعض أنه لو اعتق العبد واشتراط مالا عليه يحتاج ذلك إلى قبول العبد دون شرط الخدمة.

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

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

ومنه: الضمان، فإنَّ المحكِّي عن ضمان التذكرة والقواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، وهو ظاهر المبسوط. والأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقاييل فيه.

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

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

ومن هذا القبيل الرجوع في الطلاق أو انحلال النذر أو اليمين بمنع الوالدين. فقد ظهر مما ذكرنا أن ما تقدم من دعوى عدم اعتبار البقاء في الإيقاعات أو اعتبار كون الشرط بمعنى المشروط مظلوماً والعقد أو الإيقاع ظرفاً كل ذلك لا أساس له ويتضح ما ذكر بالتدبر وملاحظة اعتبار العقلاء في موارد الشرط في المعاملات وغيرها حيث لا يفهم العرف فرق بين قوله تزوج فلان بفلانة أو طلق فلان زوجته في أن الإنشاء في كل منهما غير ملغى.

وهذا معنى بقائهما لأن الالفاظ الصادرة من الموجب والقابل في الأول بقصد تحقق الزوجية في النكاح باق، وفي الطلاق زائل فان هذا من المضحكات. وقد تحصل مما تقدم أن الشرط في الإيقاعات في الموارد التي يكون المشروط من قبيل فعل الغير مع التزامه به شرط حقيقة، ولكن لشبهة الإجماع على كون التعليق

ومنه: الرهن، فإنَّ المصْرَحَ به في غاية المرام عدم ثبوت الخيار للرهن، لأنَّ الرهن وثيقةٌ للدين، والخيار ينافي الاستيثاق، ولعلَّه لذا استشكل في التحرير وهو ظاهر المبسوط، ومرجهه إلى أنَّ مقتضى طبيعة الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقةً، والخيار منافيٌ لذلك. وفيه: أنَّ غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين.

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

وأما مثل شرط الخيار فلا يصح لعدم تحقق معنى الشرط حقيقة لعدم طرف للايقاع أو المشروط ليكون تعليق الموجب إيجابه على التزامه محققاً لمعنى الشرط. وأما ما ذكر المصنف رحمته الله في وجه عدم شرط الخيار في الايقاعات - من أن شرط الخيار ينفذ فيما كان المشروط أي الفسخ فيه نافذاً ومشروعاً بنحو الحق، وكذا سائر الشروط إنما تكون نافذة فيما إذا كان نفس المشروط أمر مشروعاً في نفسه، كما يستفاد ذلك من أن الإستهناء في قوله رحمته الله: «المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله»<sup>(١)</sup>. والفسخ في الايقاعات بعد حصوله غير مشروع أو لم يثبت مشروعيته، فلا يكون شرط الخيار فيه نافذاً، وقد تقدم أن الرجوع في العدة ليس من فسخ الطلاق، وهذا بخلاف العقود، فإن شرط الخيار فيها يتعلق بأمر مشروع لأن جواز فسخ العقد يستفاد مما ورد في مشروعية الإقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما بنحو الحق - لا يمكن المساعدة عليه، فإن جواز الاقالة في عقد، كان كاشفاً عن كون وجوب الوفاء على كل من الطرفين في ذلك العقد حقاً لصاحبه عليه، وإذا فسخ أحدهما العقد برضى

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

ومنه: الصرف، فإنَّ صريح المَبسوط والغنية والسرائر عدم دخول خيار الشرط فيه، مدَّعين على ذلك الإجماع. ولعلَّه لما ذكره في التذكرة للشافعي -المانع عن دخوله في الصرف والسلم -: بأنَّ المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن

صاحبه نفذ ويكون شرط الخيار راجعاً إلى اشتراط المأذونية من صاحبه في الفسخ إلا أنَّ اشتراط الخيار ينحصر بموارد مشروعية الإقالة، ولا يعم غيرها.

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

فالصحيح أنه لا يمكن إثبات مشروعية الخيار بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> في الموارد التي لم يثبت أن وجوب الوفاء فيها من قبيل الحقوق.

لا يقال: المستثنى من عموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> الشرط المخالف لكتاب الله وإذا شك في كون شرط مخالفاً له فالأصل يعني الاستصحاب مقتضاه عدم المخالفة. وأيضاً قد تقدم أنَّ جواز الإقالة في العقد كاشف عن كون وجوب الوفاء فيه حقياً فلا بأس بالأخذ بما دل على مشروعية الإقالة مطلقاً ويلتزم بجواز اشتراط الخيار في كل عقد.

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

(١) مرَّ آنفاً.

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

يفترقا ولم يبق بينهما علقَةٌ، ولو أثبتنا الخيار بقيت العلقة. والملازمة ممنوعةٌ - كما في التذكرة - ولذا جزم فيها بدخوله في الصرف وإن استشكله أولاً كما في القواعد.

فانه يقال: المراد بمخالفة الشرط للكتاب يعم مخالفة عمومه، وإطلاقه وبما أن خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> انحلالي، ومقتضى إطلاق وجوب الوفاء في كل عقد إرشاداً إلى لزومه وعدم انحلاله عدم تأثير الإقالة والفسخ فيه فيكون شرط الخيار وفسخ أحدهما منافياً لإطلاق وجوب الوفاء، حيث إنه لو كان وجوبه حقياً في عقد لزم تقييد وجوب الوفاء فيه بما دام لم تحصل الإقالة فيه أي فسخ أحدهما برضا الآخر، فيكون شرط الخيار في موارد عدم مشروعية الإقالة شرطاً مخالفاً للكتاب المجيد.

ومن الموارد التي لم تشرع فيها الإقالة النكاح، حيث إن تشريع الطلاق للفرقة بين الزوجين وجعله بيد الزوج مع ما ورد في بطلان اختيار المرأة نفسها عند تخيير زوجها، وأنه لا يحصل البينونة، كاشف عن عدم مشروعية الإقالة في النكاح حيث لو كانت الإقالة مشروعة فيه لكان اختيار المرأة نفسها مع تخيير زوجها كافية فيها، كما لا يخفى.

وفي موثقة عيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل خيّر امرأته فاختارت نفسها، بانت منه؟ قال: لا، إنما هذا شيء كان للرسول صلى الله عليه وآله خاصة، أمر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن لطلّقن وهو قول الله عز وجل: ﴿قُلْ لِأَزْوَاجِكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، الآية»<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة الأحزاب: الآية ٢٨.

(٣) وسائل الشريعة ٢٢: ٩٣، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرايطه، الحديث ٤.

ومن الثالث: أقسام البيع ما عدا الصرف ومطلق الإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فإنّ الظاهر عدم الخلاف فيها.

ومثل هذه الموثقة وإن كانت معارضة بما دل على حصول البيئونة باختيار نفسها، إلا أنها محمولة على التقية لكون حصول البيئونة باختيارها من مذهب بعض المخالفين.

أضف إلى ذلك التسالم على عدم جواز شرط الخيار في النكاح كما عن جماعة<sup>(١)</sup> وعدم عموم أو إطلاق في دليل مشروعية الإقالة بحيث يعم النكاح. وأما الصدقة ويدخل فيها الوقف فيما إذا قصد به القرية فالمعروف عدم جواز اشتراط الخيار فيها وربما يقال بعدم جواز اشتراط الخيار في مطلق الوقف، لأنه فك ملك أو لأنه ينافي التأييد المأخوذ في عنوان الوقف. ويستدل على ذلك بصحيفة إسماعيل بن الفضل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به، ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله»<sup>(٢)</sup>.

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

(١) حكي الإجماع عنها السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٦٨، وراجع الخلاف ٣: ١٦، المسألة ١٧ من كتاب البيوع، والخلاف ٤: ٢٩٢، المسألة ٥٩ من كتاب النكاح، والمبسوط ٢: ٨١، والسرائر ٢: ٢٤٦،

وجامع المقاصد ٤: ٣٠٣، والمسالك ٣: ٢١٢.

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

فيما دل على مشروعية الإقالة بحيث يعمه.

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

ويظهر ذلك من صاحب الوسائل أيضاً حيث أوردها في باب عدم جواز الوقف على نفسه ويؤيده أن مدلول الرواية بطلان الوقف بالشرط المزبور لا بطلان الشرط فقط. وأما الصدقة فيمكن أن يقال بعدم جواز شرط الخيار فيها أخذاً بما دل على أن التملك لوجه الله لا يرجع فيه سواء كان الرجوع بلا اشتراط الخيار أو معه.

وفي صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «ولا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه»<sup>(١)</sup>. وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى به وجه الله»<sup>(٢)</sup> إلى غير ذلك.

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

وفي صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها إلا في ميراث»<sup>(٣)</sup>.

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

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

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



نعم لا بد من حمل النهي عن الشراء والاستيهاب على الكراهة بقريظة أن النهي عنهما باعتبار قطع السبيل إلى تملك المال المزبور ثانياً الذي فيه خضاضة.

والعجب من المصنف رحمته أنه منع أولاً عن الأخذ بالكبرى المزبورة أي ما كان من التملك لله فلا يرجع فيه ثم أخذ بها ثانياً، حيث نقل الاستدلال على عدم جواز اشتراط الخيار في الوقف بكونه فك ملك وباشتراط القرية فيه؛ وأجاب بمنع الكبرى في الصغرى، واستدل فيما بعد على عدم جواز اشتراط الخيار في الصدقة بما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله.

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

ثم لا دليل على عدم جواز الرجوع في مطلق موارد الفك. ومنع الصغرى في الثاني لأن الوقف لا يعتبر فيه قصد التقرب ومع القصد يدخل في عنوان الصدقة كما لا يخفى.

ومن موارد الخلاف جواز اشتراط الخيار في الصلح، فإن بعض الأصحاب<sup>(١)</sup> ذكروا أنه إذا تعلق بإبراء الدين، أو إسقاط الدعوى قبل ثبوتها فلا يدخل فيه شرط الخيار، وإن تعلق بالمبادلة والمعاوضة جاز فيه شرط الخيار، ولكن يظهر جواز شرط الخيار فيه بناءً على جواز الإقالة فيه، وكونه من العقود.

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

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

باعتبار كون العود اعتبارياً أمر ممكن، كما في فرض بيع الشيء بما عليه من الدين. والفرقة بينهما بأنه فرق بين تضمن العقد الإيقاع كما في موردي الصلح، وبين كون الإيقاع من فوائد العقد ونتائجه، كما في بيع الشيء بما عليه من الدين، لا يمكن المساعدة عليه، لأن العود بمعناه الخارجي غير مراد في الفرضين، والاعتباري المطلوب في المقام جار فيهما بعد ما ذكرنا من بقاء الإيقاع كالعقد في قابليته للإلغاء. وبهذا يظهر الحال في الضمان، فإن مجرد كون مفاد العقد إنتقال الدين عن ذمة إلى ذمة أخرى لا يمنع عن دخول الإقالة فيه، ولو كان في دليل مشروعية الإقالة إطلاق أو عموم يعم عقد الضمان فلا بأس باشتراط الخيار فيه.

وأما عقد الرهن فقد يقال: بأن اشتراط الخيار فيه للرهن غير صحيح، لأنه مناف لمقتضى الرهن وهو كون المال المفروض أنه للرهن وثيقة لما عليه من الدين، كما أنه لا معنى لاشتراط الخيار فيه للمرتهن لجواز الرهن من قبله. وأيضاً يقال: أن ما ذكر من أن كل عقد يدخل فيه الإقالة يدخل فيه شرط الخيار منتقض بالرهن، حيث إنه يدخل فيه الإقالة ولا يدخل فيه شرط الخيار، وهذا نقض على الكبرى المزبورة.

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

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

واعلم أنه ذكر في التذكرة - تبعاً للمبسوط - دخول خيار الشرط في القسمة [١] وإن لم يكن فيها ردّ. ولا يتصور إلا بأن يشترط الخيار في التراضي القولي بالسهم. وأما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد. ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة

الإغماض، فاشتراط الخيار فيه مشروطاً بحصول رهن آخر لا ينافي الوثوق. ثم إنه لا مورد في الرهن للإقالة أيضاً فإنّ مع ندم المرتهن على الرهن يفسخه لجواز الرهن، وكذا مع ندامة الراهن أيضاً، حيث إنّ المرتهن يفسخ الرهن استقلالاً ولو استجابة للراهن، وما دل على مشروعية الإقالة موردها ما إذا لم يتمكن كل من طرفي العقد على فسخه إلا اجتماعاً ولو لم يكن هذا ظاهر الإقالة، فلا أقل من احتمالها، ومعه لا يمكن الأخذ في الرهن بما دل على مشروعية الإقالة. نعم التمكن من فسخ العقد في بعض الحالات والأزمان لا يمنع عن الإقالة فيه على ما تقدم.

[١] القسمة تعيين الحصّة في بعض المال المشترك بحيث يتميّز تلك الحصّة عن حصّة صاحبه خارجاً ولا يخفى أنّ هذا التعيين يحصل بالفعل تارة، كما إذا عدل السهم أولاً سواء كان في التعديل ردّ أم لا، ثم عيّن لكل من الشركاء سهمه في السهم بالقرعة على ما هو المذكور في كتاب القسمة.

وقد يكون تعيين كل من السهم وتمييزه خارجاً بالقول كما في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي.

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

وإن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف، والسرّ في ذلك: أنّ الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإشياء الفعلية. وذكر فيهما أيضاً دخول الخيار في الصداق [١]. ولعلّه لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوّجها الولي بدون مهر المثل، وفيه نظرٌ. وذكر في المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار في السبق والرماية، للعموم.

والوجه في عدم الإشكال دخول الإقالة فيها.

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

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

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

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

وذكر في التذكرة<sup>(١)</sup> والمبسوط<sup>(٢)</sup> دخول خيار الشرط في الصداق، وذكر المصنف رحمته في وجهه لأن الصداق يقبل الفسخ، كما لو زوجها وليها بدون مهر المثل فإنه يكون لها مهر المثل.

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

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

(١) التذكرة ١: ٥٢٢.

(٢) المبسوط ٢: ٨١.

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

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

إلا أن يقال: عفو الولي أيضاً مشروط بذلك أخذاً بظهور الولي حيث إن ظاهر الولاية ملاحظة صلاح المولى عليه، ولا أقل من عدم الافساد، وللكلام محل آخر. وربما يستدل على مشروعية الفسخ في الصداق بما ورد في نكاح المرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً.

وفيه ان ظاهر الصحيحة الواردة في المسألة ثبوت الأرش لا ثبوت الخيار. وكيف ما كان فإن ثبت إطلاق أو عموم في دليل مشروعية الإقالة بحيث تعم الصداق فلا بأس باشتراط الخيار فيه، والا فمشروعية الخيار لا يمكن إثباتها بعموم (المسلمون عند شروطهم) كما تقدم.

وما ورد في مشروعية الإقالة، بعضه يختص بالبيع ولا يعم غيره، والعمدة رواية سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أربعة ينظر الله عزّ وجل إليهم يوم القيامة: من أقال نادماً أو أغاث لهفان أو أعتق نسمةً أو زوج عبداً»<sup>(١)</sup> وظاهر الإقالة نقض البيع ونحوه بموافقة الطرف الآخر، وهذه الرواية، وإن كان ظهورها في مشروعية الإقالة في كل عقد لا بأس به إلا أنّ في سندها ضعف، لأنّ الصدوق رواه عن حمزة بن محمد العلوي، ولم يعرف منه إلا كونه من مشايخ الصدوق عليه السلام<sup>(٢)</sup>.

(١) وسائل الشريعة ٢٠: ٤٦٦، الباب ١٢ من أبواب مقدمات النكاح وأدابه، الحديث ٤.

(٢) رجال الطوسي: ٤٣٦، الرقم ٦٢٤٢، ومن لا يحضره الفقيه ٤: ٤٣٤ و ٤٥٤ (مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة).

### الرابع: خيار الغبن

وأصله الخديعة [١]، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع، وبالتحريك في الرأي. وهو في اصطلاح الفقهاء: تملك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. وتسمية الممك غابناً والآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خدعاً أصلاً - كما لو كانا جاهلين - لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع. والمراد بما يزيد أو ينقص: العوض مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوي مئة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلاغبن، لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، وهكذا غيره من الشروط. والظاهر أن كون الزيادة ممّا لا يتسامح به شرطٌ خارجٌ عن مفهومه، بخلاف الجهل بقيمته. ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا،

ولا يبعد أن يقال بمشروعية الإقالة في كل معاوضة مالية أو عقد تتضمن المعاوضة المالية، لثبوت السيرة العقلائية فيها من المتدينين وغيرها، ولم يرد من الشارع المنع عنه بل ورد النقل في الترغيب فيها كما ذكر، وأما غير تلك المعاملة من العقود كانت متضمنة للإيقاع أم لا، فلا دليل عليها.

نعم لو أمكن إعادة الحالة الأولية بالمعاملة الجديدة فالمعاملة الجديدة ليست إقالة كما لا يخفى، ولكن تعود الحالة الأولى بتلك المعاملة.

[١] الغبن في اللغة: الخديعة، قال في الصحاح<sup>(١)</sup>: إذا كانت الخدعة في معاملة يستعمل فيه بتسكين باء «الغبن»، وإذا كانت في القول والاعتقاد يستعمل بتحريك باء «الغبن»، وفي اصطلاح الفقهاء: يطلق على تملك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر بالحال، بلفرق بين كون التملك ابتدائياً، كما إذا باع ماله بأكثر من ثمنه أو تبعياً،

(١) الصحاح ٦: ٢١٧٢، مادة «غبن».

وعن نهج الحقّ نسبته إلى الإمامية، وعن الغنية والمختلف الإجماع عليه صريحاً. نعم، المحكي عن المحقق<sup>(١)</sup> في درسه إنكاره. ولا يعدّ ذلك خلافاً في المسألة، كسكوت جماعة عن التعرّض له. نعم، حكى عن الإسكافي منعه. وهو شاذٌّ. واستدلّ في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» قال: ومعلوم أنّ المغبون لو عرف الحال لم يرض. وتوجيهه: أنّ رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبنياً على عنوان مفقود، وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنه قال: «اشترت هذا الذي يسوي درهماً بدرهم» فإذا تبين أنّه لا يسوي درهماً تبين أنّه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفةً من صفات المبيع، لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعاملة

كما إذا اشترى المبيع بأقل من قيمته، ويسمى المملك بالكسر غابناً والآخر مغبوناً، وربما لا يكون في التملك المزبور خديعة، كما إذا كانا جاهلين بالحال ولكن حيث يكون غالباً على وجه الخديعة يطلق على التملك المزبور غبناً مطلقاً.

والظاهر أنّ الجهل بالحال معتبر في صدق الغبن، فلو كان المشتري عالماً بالحال، ومع ذلك اشترى المال بالزيادة على ثمنه لبعض الدواعي لم يطلق على شرائه أنه غبن. وأما كون الزيادة على قيمته بما لا يتسامح فيه، فهي شرط خارجي بمعنى أنه معتبر في ثبوت خيار الغبن مع صدقه بدونه أيضاً، أي إذا كانت الزيادة مما يتسامح فيه. ثم إنّ ثبوت الخيار مع شرط الجهل بالحال، وكون الزيادة مما لا يتسامح فيه مشهور بين الأصحاب قديماً وحديثاً، وإن نقل إنكاره عن المحقق في درسه<sup>(١)</sup> وعن

(١) حكاة الشهيد في الدروس ٣: ٢٧٥.



إلزامه. بما لم يلتزم ولم يرض به. فالآية إنما تدلّ على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالمعوض الغير المساوي، كان كالرضا السابق، لفحوى حكم الفضولي والمكروه. ويضعف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلا من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً، بل قد لا يكون داعياً أيضاً. كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يُقدم على أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته والتفت إلى احتمال ذلك، مع أنّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر في متن العقد. ولو أبدل ﷺ هذه الآية بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ كان أولى، بناءً على أنّ أكل المال على وجه الخدع بيع

بعض آخر السكوت عنه، ولكن عدم التعرض لهذا الخيار لا يدل على منعه. نعم حكى عن الاسكافي منعه<sup>(١)</sup>.

وكيف ما كان فقد يستدل بما في التذكرة<sup>(٢)</sup>، بأنه مقتضى عدم كون البيع المزبور تجارة عن تراض<sup>(٣)</sup> فان التراضي من المشتري مثلاً بشراء المبيع مبني على عدم كون قيمته السوقية أقل من الثمن المسمى بكثير. وبتعبير آخر كون المبيع مساوياً قيمته السوقية مع الثمن المزبور وصف معتبر في المبيع، وحيث إنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف غير المقومة، فيكون فقده موجباً لثبوت الخيار لا بطلان البيع فإن ثبوت الخيار باعتبار ان لزوم البيع المزبور إلزام عليه بما لم يلتزم ولم يرض به.

وقد ناقش المصنف ﷺ في هذا الوجه بأن كون قيمة المبيع مساوية للثمن المسمى قد يكون داعياً إلى الشراء لأنه وصف معتبر في المبيع بل لو كان وصفاً معتبراً

(١) حكاه عن الشهيد في الدروس ٣: ٢٧٥.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٢.

(٣) يعني قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ قَرَضٍ مِنْكُمْ﴾، سورة النساء: الآية ٢٩.

ما يساوي درهماً بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على ردّ المعاملة وعدم نفوذ رده أكل المال بالباطل، أما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يُعدّ أكلاً بالباطل. ومقتضى الآية وإن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلا أنه خرج بالإجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون ورده للمعاملة. لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ بناءً على ما ذكرنا: من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي، فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم. إلا أن يقال: إن التراضي مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلاً بالباطل.

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

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

وأما قبل الاطلاع بالحال فالبيع المزبور، وإن كان داخل في أكل المال بالباطل إلا أنه يحكم بالخروج عن الآية بالاجماع.

ولكن الاستدلال بالآية على البطلان في صورة المغبون بالحال ورده البيع المزبور معارض لقوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، بتقريب أن البيع المزبور لم يشترط فيه الوصف بل وقع التراضي ببيع المال بالثمن المزبور، ومع التعارض يرجع إلى أصالة اللزوم.

بل يمكن تقريب المعارضة بوجه آخر وهو أن بيع المال بأكثر من ثمنه مع عدم الخدعة في البين داخل في التجارة عن تراض فينتفي الخيار مع الخدعة أيضاً لعدم

ويمكن أن يقال: إنَّ آية التراضي يشمل غير صورة الخَدْع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فيدلُّ على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضٍ، فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل،

القول بالفصل، كما أنَّ البيع المزبور مع الخدعة داخل في عنوان الأكل بالباطل فيلحق به صورة عدم الخدعة لعدم القول بالفصل، وبعد التعارض من الجانبين يرجع إلى أصالة اللزوم.

أقول: في كلامه موارد للنظر:

منها: أنَّ المهم في المقام إثبات الخيار للمغبون بالإضافة إلى المعاملة الغيبية كسائر الخيارات التي تكون عبارة عن ملك فسخ العقد والزامه بإسقاط الخيار، وهذا غير لحقوق الرضا بالبيع في موردي الفضولية والإكراه، فإنَّ اعتبار لحوقه فيهما شرط شرعي لتمام المعاملة.

ولو استفيد حكم البيع في المقام بعد العلم بالغبن والرضا به من فحوى أدلة بيع الفضولي والمكره عليه، لكان اشتراط الرضا في المقام كاشتراطه فيهما حكماً غير قابل للإسقاط.

ومنها: أنه لا يمكن أن يلتزم بأن تصرف كل من الغابن والمغبون وتملكهما مال صاحبه بالبيع المزبور قبل العلم بالحال أكل للمال بالباطل، ولكنه بحسب الشرع لا بأس به للإجماع، فإنَّ دعوى الإجماع التعبدية في المقام موهومة، ولا يحتمل إن كان لدى الأصحاب مدرك في المقام لم يصل إلينا، كما يظهر الوهم بجلاء تام بملاحظة المحكي عن المحقق، وكلمات العلامة وغيرهما.

ومنها: إنه إذا كان البيع المزبور مع الجهل بالحال داخلاً في التجارة عن تراض كما هو مقتضى جعل وصف تساوي الثمن المسمى مع ثمن المثل داعياً إلى البيع، فكيف

فتعارضُ مع آية النهي، المختصّة بصورة الخَدْع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل وتكافئهما إلى أصالة اللزوم.

يدخل هذا في الأكل بالباطل<sup>(١)</sup>، مع أنّ التجارة عن تراض مع الأكل بالباطل عدلان، حتى بناءً على الصحيح من كون الاستثناء في الآية منقطعاً، فلامعنى لوقوع المعارضة بينهما في البيع غبناً كما لا يخفى.

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

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

والحاصل: أنّ التجارة فرد عن التراضي المعاملي، ولذا ذكر بعض المفسرين أنّ قوله سبحانه: ﴿عَنْ تَوَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup> خبر بعد خبر، بمعنى أنه يجوز الأكل بالتجارة وعن التراضي، وعلى ذلك فيبيع البائع ماله بأزيد من ثمن مثله مع قبول المشتري ذلك البيع ولو مع جهله بالحال، يوجب حصول التراضي المعاملي، غاية الأمر الشرط الارتكازي في كل معاملة مبنية على المغابنة موجود وهو أنه له الخيار على تقدير كون الثمن أزيد من ثمن المثل بكثير بما يعد إجحافاً عليه نظير اشتراط الخيار له على تقدير عدم كون المبيع صحيحاً، والشرط الارتكازي المبني عليه المعاملة لا يحتاج إلى ذكره في

(١) يعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٢) مرّت آنفاً.

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

المعاملة، وإنما يحتاج إلغاء ذلك الشرط إلى التصريح به في المعاملة أو قبلها. وبذلك يظهر أنه لا مورد في المقام للتشبيث بقاعدة نفي الضرر لإثبات الخيار فإن تلك القاعدة لو كانت جارية لكانت مقتضاها عدم صحة المعاملة لانفي لزومها فإن الضرر بمعنى نقص المال يدخل بصحة البيع المزبور لا بلزومه، وإنما يكون نفي لزومه تداركاً للضرر. ومعنى القاعدة نفي الضرر لا لزوم التدارك، ووجه عدم جريان القاعدة أن نفي الحكم الضرري للامتنان، ولا امتنان في نفي صحة معاملة خيارية حيث يمكن للمتضرر تداركه بفسخها.

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

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

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

الضرر، ولم يسوّغ إضرارَ المسلمين بعضهم بعضاً، ولم يمضِ لهم من التصرفات ما فيه ضررٌ على الممضى عليه. ومنه يظهر صحّة التمسك لتزول كلِّ عقدٍ يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواءً كان من جهة الغبن أم لا، وسواءً كان في البيع أم في غيره، كالصلح الغير المبني على المسامحة والإجارة وغيرها من المعاوضات. هذا، ولكن يمكن الخدشة في ذلك: بأن انتفاء اللزوم وثبوت التزول في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الردّ والإمضاء بكلِّ الثمن، إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكلِّ الثمن وردّه في المقدار الزائد، غاية الأمر ثبوت

كالتراضي بالمبادلة على كل تقدير.

وأورد المصنف رحمته على ذلك بأن مقتضى قاعدة نفي الضرر لا يكون ثبوت الخيار للمغبون، بحيث يكون له إمضاء البيع وفسخه رأساً، بل نفيه يكون ببقاء المعاملة على لزومها مع استحقاق المغبون استرداد المقدار الزائد نظير ما ذكر بعضهم في المعاملة المحاباتية التي أجزاها في مرض موته، حيث تبقى التملك والمعاملة بحالها ويكون للوارث استرداد المقدار الزائد على الثلث، كما إذا اشترى متاعاً يساوي الفين بستة آلاف، والمفروض كون تمام تركته ستة آلاف فان الوارث يسترجع ألفين وينفذ المعاملة في مقدار الثلث.

ولكن لا يخفى ما في هذا الاحتمال فإنه لو كانت المقدار الذي يسترده المغبون أو الوارث فسخاً للمعاملة في ذلك المقدار، فلازمه رد مقابلة من المبيع إلى الغابن أو البائع كما هو مقتضى فسخ المعاملة في بعضها، وإن كان بعنوان التغريم، كما يذكر المصنف رحمته فيما بعد، فهذا من قبيل تدارك الضرر، لا من نفي الحكم الموجب للضرر. وقد ذكر المصنف رحمته وغيره: أن نفي الضرر معناه نفي الحكم الموجب للضرر، لإثبات حكم يوجب تدارك الضرر.

الخيار للغابن، لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، وحاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري، في أنّ له استرداد الزيادة من دون ردّ جزءٍ من العوض، كما عليه الأكثر في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة وإن اعترض عليهم العلامة بما حاصله: أنّ استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر، ينافي مقتضى المعاوضة. ويحتمل أيضاً أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكلّ، ومن تدارك ما فات على المغبون برّد القدر الزائد أو بدله، ومرجهه إلى أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامةٌ لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لاهبةً مستقلةً كما

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

ولكن لا يثبت الخيار للمغبون في الاحتمال الأول، وما في كلام المصنف رحمته من أنّ مرجع الإحتمالين إلى ثبوت الخيار للمغبون في فرض عدم دفع الغرامة لعله سهو القلم، ووجه الظهور ما ذكرنا من ان دفع الغرامة تدارك للضرر الحاصل ومقتضى قاعدة نفي الضرر نفي حكم يوجبه لإثبات حكم يوجب تداركه.

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

في الإيضاح وجامع المقاصد، حيث انتصروا للمشهور - القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت - : بأن الهبة المستقلة لا تُخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، وسيجيء ذلك. وما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة واحتمله في القواعد: من أنه إذا ظهر كذب البائع مباحةً في إخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري، فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين ردّ التفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري.

وحاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل. ولعلّ هذا هو الوجه في استشكال العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعده كما يظهر من الرياض. ثم إن المبدول ليس هبةً مستقلةً حتى يقال: إنها لا تُخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملةً عليه، ولا جزءً من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء العوض وتمام المعوض منافياً

والمتحصل: أن العمدة في ثبوت خيار الغبن ما ذكرنا: من أنه مقتضى الشرط الارتكازي، وألا فلا يمكن الاعتماد على التسالم والإجماع لكونه مدركياً، ولالما روي عن النبي ﷺ من أنه أثبت الخيار في تلقي الركبان<sup>(١)</sup>، لأن ضعف سنده واحتمال كونه خياراً آخر يثبت للركب لا يصلح مدركاً في المقام.

وأما الروايات الواردة في كون «غبن المؤمن على المؤمن حرام»<sup>(٢)</sup>، أو «غبن المسترسل سحت»<sup>(٣)</sup>، فلا دلالة في شيء منها على ثبوت الخيار، بل مقتضاها إما حرمة

(١) نقله العلامة في التذكرة ١: ٥٢٢.

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

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



لمقتضى المعاوضة، بل هي غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن، نظير الأرض في المعيب. ومن هنا ظهر الخدشة فيما في الإيضاح والجامع، من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل -بعد الاستصحاب -: بأن بذل التفاوت لا يُخرج المعاملة عن كونها غبنيةً، لأنّها هبةٌ مستقلةٌ، حتّى أنّه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحلّ أخذه، إذ لا ريب في أنّ من قبّل هبة الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه.

وجه الخدشة: ما تقدّم، من احتمال كون المبدول غرامةً لما أتلفه الغابن على المغبون قد دلّ عليه نفي الضرر.

وأما الاستصحاب، ففيه أنّ الشكّ في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به، إذ المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون الباذل. ثمّ إنّ الظاهر أنّ تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له، لأنّ إلزام الغابن بالفسخ ضررٌ، لتعلّق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، ونقض الغرض ضررٌ وإن لم يبلغ حدّ المعارضة لضرر المغبون، إلّا أنّه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الردّ والإمضاء بكلّ الثمن، إلّا أن يعارض ذلك بأنّ غرض المغبون قد يتعلّق بتملّك عين ذات قيمة، لكون المقصود اقتناءها للتجمل، وقد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل، فتأمل.

وقد يستدلّ على الخيار بأخبارٍ واردةٍ في حكم الغبن: فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المسترسل سحتٌ». وعن ميسر عن

نفس الغبن تكليفاً في المعاملة أو غيرها أو بطلان المعاملة الغبنية، وشيءٍ منها غير المهم في المقام كما لا يخفى.

أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المؤمن حرام»، وفي روايةٍ أخرى: «لا تغبن المسترسل، فإنَّ غبنه لا يحلَّ».

وعن مجمع البحرين: أنَّ الاسترسال الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة به فيما يحدثه، وأصله السكون والثبات، ومنه الحديث: «أَيُّمَا مُسْلِمٍ اسْتَرَسَلَ إِلَى مُسْلِمٍ فَغَبِنَهُ فَهُوَ كَذَا»، ومنه: «غبن المسترسل سحتٌ»، انتهى. ويظهر منه أنَّ ما ذكره أولاً حديثٌ رابعٌ.

والإبصار: عدم دلالتها على المدعى، فإنَّ ما عدا الرواية الأولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة، فيحتمل كون الغبن بفتح الباء. وأمَّا الرواية الأولى، فهي وإن كانت ظاهرة فيما يتعلَّق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل والخديعة في أخذ المال. ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه وإنَّاداً على ما يستحقُّه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان. ويحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورةٍ خاصَّةٍ، وهي اطلاع المغبون وردَّه للمعاملة المغبون فيها. ولا ريب أنَّ الحمل على أحد الأولين أولى، ولا أقلَّ من المساواة للثالث، فلا دلالة. فالعمدة في المسألة الإجماع المحكيِّ المعتمد بالشهرة المحقَّقة، وحديث نفي الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثُمَّ إِنْ تَقْبِيحُ هَذَا الْمَطْلَبِ يَتِمُّ بِرَسْمِ مَسَائِلٍ:

مسألة: يشترط في هذا الخيار أمران:

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

[١] ذكر عليه السلام أنه لو علم المشتري بزيادة الثمن المسمى عن ثمن المثل أو علم البائع

- كما عرفت - بلا خلافٍ ولا إشكالٍ، لأنه أقدم على الضرر. ثم إنَّ الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمة بالمرّة أو ملتفتاً إليها، ولا بين كونه مسبوقاً بالعلم وعدمه، ولا بين الجهل المركّب والبسيط مع الظنّ بعدم الزيادة والنقيصة أو الظنّ بهما أو الشكّ. ويشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعاملة بانياً على المسامحة على تقدير الزيادة أو النقيصة فهو كالعالم، بل الشاكّ في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمّله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذمّ، ومن حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء ممّا يعذر الغافل فيه، والحاصل: أنّ الشاكّ الملتفت

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

والوجه في عدم الخيار عدم حكومة قاعدة نفي الضرر في فرض العلم لأنها لا تعمّ موارد الإقدام على الضرر، فإنّ الضرر فيها مستند إلى اختيار الشخص لا إلى الشارع وحكمه.

والحاصل: أنه إنّما يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال، سواء كان الجهل مركّباً بأن يعتقد المشتري عدم زيادة الثمن المسمى عن القيمة السوقية أو يعتقد البائع عدم نقصان القيمة المسماة عن القيمة السوقية، أو كان جهلاً بسيطاً بأن كان ظاناً عدم الزيادة أو النقيصة أو ظاناً بهما أو شاكاً فيهما.

ولكن ناقش أولاً في حكومة قاعدة نفي الضرر لنفي لزوم البيع في صورتَي الظنّ بالزيادة أو النقيصة أو الشكّ فيهما بأنّ المعاملة المزبورة مع الظنّ بأحدهما أو الشكّ فيهما إقدام على الضرر، ولذا يستحقّ الذمّ على ذلك الإقدام.

وأجاب ثانياً: بأنه ليست المعاملة المزبورة مع الظنّ بأحدهما أو الشكّ فيهما إقداماً على الضرر، لأنّ المعاملة المزبورة تصدر عن الظان والشاكّ لرجاء عدم الغبن،

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

ولذا يمسك عن المعاملة المزبورة على تقدير علمه بالغبن.

أقول: قد تقدم أن الخيار يثبت للمغبون باعتبار الشرط الإرتكازي الثابت بين المتعاقدين في المعاملات المبنية على المدافعة.

ومن الظاهر عدم المعنى للاشتراط المزبور مع علم المغبون بالحال.

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

ولكن لا يخفى ما فيه فإن الإقدام على الفعل فيما إذا كان الحكم المتعلق به وجوباً يرتفع مع كونه ضررياً لأنَّ إيجاب الفعل معلقاً على الإقدام عليه من قبيل طلب الحصول. ولا يقاس بالحكم الوصفي الثابت لموضوعه أضف إلى ذلك أنه لو قيل بحرمة الإضرار على النفس فانتفاء وجوب الغسل أو الوضوء في الفرض المزبور ليس لمجرد

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

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

نفي الحكم الضرري بل لحرمة الإضرار بالنفس، حيث إن ما دل على حرمة من قبيل الخطاب المتضمن لحرمة الوضوء أو الغسل، وغيرهما من الأفعال بعنوانها الثانوي. ما دل على وجوبها من قبيل الخطاب المتضمن للحكم لها بعنوانها الأولية، ولذا لو قلنا بجواز الإضرار بالنفس في غير الموارد المخصصة لكان الوضوء أو الغسل المزبورين محكوماً بالصحة، أخذاً بما دل على استحباب التطهر والوضوء.

والحاصل: إن المحذور المزبور أمر يختص بالواجبات التكليفية، ولا يقاس بها المعاملات التي يمكن أن يقال: نفي لزومها مع الإقدام عليها لا يناسب الامتنان، نظير ما يقال من عدم حكومة لا ضرر في موارد الهبة والصدقة المندوبة، وغير ذلك من موارد تمليك المال مجاناً، حيث إن نفي صحتها لا يناسب الامتنان كما لا يخفى.

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

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

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

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

المدرک لخيار الغبن قاعدة نفي الضرر أو الشرط الارتكازي.

ودعوى أنه لو كان المدرک له الشرط الارتكازي فلا يثبت الخيار، لأن العلم بالغبن بمقدار لا يتسامح فيه يلزم إلغاء الشرط التساوي بين الثمن المسمى والقيمة السوقية المرتكز في المعاملات، لا يمكن المساعدة عليها، فإنَّ إلغاء مرتبة من شرط عدم الغبن لا يلزم إلغاء اشتراط سائر مراتبه.

ومما ذكرنا يظهر أنَّ خيار الغبن يثبت في الفرض الأخير فقط من الفروض الثلاثة في عبارة الماتن.

[١] إذا كان الثمن زائداً على القيمة السوقية للعين بما لا يتسامح فيه، ولكن حصل التعادل بين القيمتين قبل اطلاع المغبون على غبنه، ففي ثبوت الخيار له إشكال؛ لأنَّ نفي اللزوم بقاعدة نفي الضرر إنَّما هو لتدارك ضرر المغبون.

والمفروض حصول التدارك قبل العلم بالغبن بل لا يبعد عدم الخيار فيما إذا تساوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى قبل الفسخ، ولو كان حدوث التساوي بعد اطلاع المغبون، كما ذكر ذلك العلامة رحمته الله<sup>(١)</sup> في خيار العيب حيث ذكر سقوط الرد ببراء المعيوب قبل الفسخ.

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

ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك، ولو قلنا: بأنّ المدرك لخيار الغبن هو الشرط الارتكازي، لأنّ الموضوع للخيار بحسب الارتكاز وان كان هو اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بما لا يتسامح فيه حال العقد. ولكن هذا كما يأتي أنما هو موجب لحدوث الخيار؛ وبقاء ذلك التفاوت معتبر في بقاء الخيار، ولذا يأتي منا بعد ذلك أنه لو فسخ العقد قبل العلم بالغبن، ثم ظهر الغبن نفذ الفسخ السابق فيما لو حصل التساوي بين القيمتين حال العلم بالغبن السابق. وأولى بعدم الخيار ما إذا كان القبض شرطاً في صحة المعاملة كالصرف والسلم، وحصل التساوي بين القيمتين قبل حصول القبض، فإنه لا يحصل بالعقد المزبور ضرر ونقص للمشتري أو البائع لينفي صحة البيع أو لزومه بقاعدة نفي الضرر. ولو قلنا بوجود التقابض، فإن المنفي على تقدير الالتزام به وجوب التقابض لا صحة البيع ولزومه ليثبت الخيار للمغبون، فإن الخيار حكم للبيع بعد تمامه وحصوله لإلغاء العقد قبل تمامه.

وأما إذا كانت القيمة السوقية حين العقد مساوية للثمن المسمى ثم حصلت الزيادة أو النقص فإنه لا يوجب الخيار، لأن الموضوع للخيار للشرط الارتكازي هو اختلاف القيمتين حال العقد وبقاء الخيار بعد تمام العقد بقاء ذلك الاختلاف. نعم لو كان المدرك للخيار قاعدة نفي الضرر فيمكن أن يقال: بأن مقتضاه ثبوت الخيار فيما إذا علم بعد القبض بحدوث الزيادة أو النقص، قبله فيما كان القبض شرطاً لصحة البيع لأن البيع المزبور صحته أو لزومه ضرر على المغبون. لا يقال: مقتضى قاعدة نفي الضرر انتفاء لزوم العقد حتى فيما لو حصلت الزيادة

نعم، لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد - كما صرح به العلامة في الصرف - يثبت الخيار، لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص. لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض. ولو ثبت الزيادة أو النقص بعد العقد، فإنه لا عبرة بهما إجماعاً كما في التذكرة.

ثم إنه لا عبرة بعلم الوكيل [١] في مجرد العقد في مجرد العقد، بل العبرة بعلم الموكل وجهله. نعم، لو كان وكيلاً في المعاملة والمساومة، فمع علمه وفرض

أو النقص بعد العقد أو بعد القبض.

فإنه يقال: لا يكون مقتضاه ذلك، فإن قاعدة نفي الضرر لا يعم ما إذا كان نفيه إضراراً للغير، ونفي اللزوم بالزيادة أو النقص الحاصلة بعد العقد أو بعد القبض إضراراً بالطرف الآخر، كما لا يخفى.

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

وأما إذا كان وكيلاً في المساومة والشراء، فإن كان الوكيل المزبور عالماً بالتفاوت، ومع ذلك أقدم على الشراء الغنبي للموكل وفرض صحة البيع المزبور لقيام القرينة على التوكيل في الشراء المزبور أيضاً، كما إذا كان الموكل بحاجة إلى شراء الدابة للسفر بعد أيام، وقال للوكيل المزبور «حصل لي الدابة بأي طريق تمكنت»، واشترى الوكيل الدابة مع العلم بتفاوت القيمتين، فلا خيار للموكل عند المصنف وغيره، ومع جهل



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

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

أقول: لا يبعد عدم ثبوت الخيار للموكل مع علم وكيله المفروض بالحال؛ لأن الشرط الارتكازي مع علم الوكيل المزبور بالحال غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه، وإقدام الوكيل على الضرر يعد إقداماً للموكل عليه مع ثبوت الوكالة، كما هو الفرض. وأما مع جهل الوكيل المزبور بالحال، فلا يبعد ثبوت الخيار للموكل حتى مع علمه بغبن الوكيل في شرائه، لأن الوكيل لجهله بالحال لم يسقط الخيار المشروط بالشرط الارتكازي.

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

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

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

ثم إنَّ الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن [١] وبالبيّنة إن تحققت، وبقول مدّعيه مع اليمين، لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم، مع أنّه قد يتعسر إقامة البيّنة على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه، لجهله بالحال فتأمل.

بالمبيع بالقيمة السوقية بمعاملة أخرى التزم بالغبن والآ يفسخ.

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

ولكن الجواب عن ذلك كله ظاهر: وهو أنّ خيار الغبن على تقدير كون المدرك له قاعدة نفي الضرر من الخيارات الشرعية التأسيسية، وبما أنّ البيع مع قطع النظر عن هذا الخيار الشرعي لازم في بناء العقلاء، فمع علم المغبون بالحال وإقدامه على المعاملة لا يستند الضرر فيها إلى حكم الشارع بل لزوم البيع بل يستند إلى اختيار المكلف وإقدامه على المعاملة المزبورة. ومفاد لا ضرر نفي الحكم الشرعي فيما كان الضرر مستنداً إلى الشارع، ولا يرتبط هذا المفاد بكون نفي الضرر امتنائياً، بل الاستناد المزبور معتبر في القاعدة حتى لو قلنا بجريانها في موارد خلاف الامتنان، كما لا يخفى.

[١] لا شبهة في ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا اعترف الغابن بجهله بالقيمة السوقية لنفوذ الإقرار على نفسه.

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

الإسقاط والنقل إليه فمن يكون من الخصمين بصدد الإثبات المزبور مع عدم مطابقة قوله للحجة المزبورة يعد مدعياً، ومن كان بصدد نفي الحق المزبور لخصمه أو عدم إسقاطه الحق أو النقل عنه مع مطابقة قوله للحجة المزبورة يعد منكرًا.

وعلى ذلك فإن قلنا: بأن المستند لخيار الغبن قاعدة نفي الضرر، يكون مدعي الجهل مدعياً، لأنه يدعي خيار الفسخ لنفسه لكون لزوم البيع عليه ضرورياً، والغابن منكرًا لذلك الحق، لأن الأصل عدم ثبوت الخيار للمغبون بمعنى أن استناد الضرر في الفرض إلى حكم الشارع غير محرز، ومقتضى الأصل أي استصحاب بقاء الملك بعد فسخ المغبون لزوم البيع.

وما ذكر المصنف رحمته الله - من مطابقة قول المغبون لأصالة عدم علمه بالحال، فيكون منكرًا والغابن مدعياً - لا يمكن المساعدة عليه، لأن أصالة عدم علم المغبون أو أصالة عدم إقدامه على الضرر لا يثبت استناد ضرره إلى حكم الشارع بلزوم البيع. وعلى ذلك فأنما يثبت الخيار للمغبون باعتراف الغابن بجهله بالحال أو بالبيئة لو أمكنت البيئة على جهله.

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

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

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

هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة [١]، بحيث لا يخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها، وإلا فلا يقبل قوله كما في الجامع والمسالك. وقد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل،

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

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

ينبغي في المقام الإشارة إلى أمر، وهو أن كل مورد يكون الخصم فيه شاكاً في دعوى المدعى، فإن كان للمدعي حجة تكون تلك الحجة معتبرة في حق خصمه الشاك كالبينة فلزم الأخذ بتلك الحجة، ولا يحتاج الواقعة إلى المحاكمة إلى القاضي. وأما إذا كان الخصم جازماً بخلاف دعوى المدعي فيحتاج المخاصمة إلى فصلها بالقضاء فيما لم يقدم على المصالحة بينهما.

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

[١] يعني إذا كان المغبون المدعي بجهله بالقيمة السوقية حال العقد من أهل

فغاية الأمر أن يصير مدّعياً من جهة مخالفة قوله للظاهر، لكن المدّعي لما تعرّس إقامة البيّنة عليه، ولا يُعرف إلا من قبله يُقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. إلا أن يقال: إنّ معنى تقديم الظاهر جعل مدّعيه مقبول القول بيمينه، لا جعل مخالفه مدّعياً يجري عليه جميع أحكام المدّعي حتّى في قبول قوله إذا تعرّس عليه إقامة البيّنة، ألا ترى أنّهم لم يحكموا بقبول قول مدّعي فساد العقد إذا تعرّس عليه إقامة البيّنة على سبب الفساد؟ مع أنّ عموم تلك القاعدة، ثم اندراج المسألة فيها محلّ تأملٍ.

الخبرة، فلا يعتبر أصالة عدم علمه بالقيمة السوقية ليكون المغبون المزبور منكراً، بل يعتبر الظهور المزبور فلا يكون منكراً ليقبل قوله مع يمينه.

ولكن قد يقال: اعتبار الظهور المزبور لا يوجب عدم قبول قوله مع يمينه، لأن غاية اعتبار الظهور المزبور جعل من يوافق قوله معه منكراً والمخالف له مدّعياً، والمدّعي إذا تعرّس عليه إقامة البيّنة لكون المدّعي به مما لا يظهر لغيره، يقبل قوله مع يمينه، فالمغبون المفروض كونه من أهل الخبرة يقبل دعواه الجهل بالقيمة السوقية من هذه الجهة.

وفيه: أنّ اعتبار الظهور ليس بمعنى جعله ميزاناً لتشخيص المدّعي عن المنكر، بل مقتضاه قبول قول من يوافق ظهور مع يمينه في المخاصمة، لا جعله منكراً وخصمه مدّعياً، ليلحق بالخصم المزبور ما يذكر من أنّ المدّعي إذا تعرّس عليه إقامة البيّنة على دعواه يقبل دعواه مع يمينه.

ألا ترى أنّ من موارد اعتبار الظهور ما إذا اختلفا في صحة العقد الواقع وفساده، وحيث إنّ ظاهر حال المسلم إقدامه على العقد الصحيح يقبل قوله بصحته مع يمينه لأن يجعل خصمه مدّعياً ليلحق به ما ذكر من أنه إذا تعرّس على المدّعي إقامة البيّنة

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

يقبل قوله مع يمينه.

أقول: قد تقدم أن الميزان في تشخيص المدعي والمنكر: مطابقة قول أحدهما للحجة المعتبرة في حق الشاك في الواقعة أي القاضي، ومخالفة قول الآخر معها، وأصالة الصحة الجارية في العقد المزبور حجة معتبرة وحاكمة على أصالة الفساد، فمن وافق قوله أصالة الصحة منكر والآخر مدع. وأما إذا لم يكن في البين ظهور معتبر يكون الميزان الأصل الجاري في الواقعة.

نعم قد يثبت في بعض الموارد تقديم قول من يوافق مثل الظهور المزبور مع يمينه كدعوى أحد الزوجين الدخول بعد الطلاق، وتحقق الخلوة قبله، فهذا لا يدل على كونه منكرًا، بل هذا الحكم تخصيص فيما دل على كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

فتحصّل: أن الكبرى الموهومة وهي قبول قول المدعي فيما إذا تعسر عليه إقامة البينة مطلقاً، وكون الجهل والعلم منه كلاهما محلّ تأمل، بل منع.

[١] الاختلاف تارة في ثبوت الخيار لمن يدعي الغبن وأخرى في بقاء الخيار له لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ.

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

يجري استصحاب عدم كون البيع المزبور غبنياً، ولو بنحو الاستصحاب العدم الأزلي.  
وأما إذا كان الشك في بقاء الخيار لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فاستصحاب  
كون البيع على ما هو عليه مقتضاه بقاء الخيار.

وأما أصالة عدم تغيّر القيمة السوقية فلا تفيد في المقام؛ لأنه إذا أحرز القيمة  
السوقية فعلاً، واحتمل تغيّرها بحيث كان البيع زمان وقوعه غبنياً، فهي لا تنفي عدم  
اختلاف الثمن المسمى عند البيع مع القيمة السوقية المعبر عنه بالغبن لينتفي الخيار.  
وكذا الحال فيما إذا علم تغيّر القيمة السوقية عما كانت عليه في السابق، وشك في  
تقدم البيع على زمان التغيّر لئلا يكون في البين خيار أو تأخره عنه ليثبت الخيار فان  
أصالة تأخر البيع وعدم وقوعه إلى زمان التغيّر لا يثبت وقوع البيع على ثمن يختلف مع  
القيمة السوقية ولو مع العلم بزمان التغيّر.

وذكر النايني رحمته الله (١) في المقام ثلاثة فروض:

**الأول:** ما إذا اتفقا على تساوي القيمة السوقية الفعلية مع الثمن المسمى كما إذا  
بيع العين بثمانية واتفقا على كون القيمة السوقية الفعلية تساوي ثمانية وادعى البائع: أن  
القيمة السوقية حال العقد كانت عشرة فله خيار الغبن، وقال المشتري: أنها كانت حال  
العقد أيضاً ثمانية فلا خيار له، فأصالة عدم التغير لا تجري في الفرض لأنه يرجع إلى  
الاستصحاب القهقرائي لأن التغير ليس أمراً مسبوqاً بالعدم.

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

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٢٥-١٢٦.

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

أقول: مع تساوي القيمة السوقية فعلا مع الثمن المسمى لا خيار للبائع حتى لو أحرز كون القيمة حال العقد عشرة؛ لما تقدم من أن بقاء خيار الغبن دائر مدار بقاء تفاوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى.

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

الثالثة: ما إذا اتفقا على تساوي القيمة السوقية الفعلية مع القيمة السوقية حال العقد، غاية الأمر يدعي البائع: أن القيمة السوقية الفعلية هي العشرة، والثمن المسمى ثمانية فله الخيار، والمشتري: بأن الثمن السوقية هي ثمانية فلا خيار، فإنه لا مورد لأصالة عدم التغير في الفرض أصلاً لأن الشك في الغبن غير ناشيء عن تغير القيمة السوقية أصلاً.

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

وفي هذه الصورة يكون اشتراط الخيار مع الاختلاف الفاحش ارتكازياً، بل لو قلنا بأن المدرك لخيار الغبن هي قاعدة نفي الضرر فالأمر كذلك لأنه لا امتنان في موارد



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

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

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

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

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

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

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

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

والكلام فيما إذا لم يحرز كون التفاوت مما يتسامح الناس فيه أم من غيره فذكر المصنف رحمته الله أنه يرجع مع عدم الإحراز إلى قاعدة نفي الضرر في الحكم بالخيار، لأن الخارج عن قاعدة نفي الضرر تخصيصاً أو تخصصاً موارد إحراز التسامح، واحتمل الرجوع إلى استصحاب اللزوم لاختصاص قاعدة لا ضرر بموارد الاختلاف الفاحش لا موارد إحرازه، فيكون التمسك به كالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> من التمسك بالعام في شبهته المصدقية.

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

(١) سورة المائدة: الآية ١.

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

[١] إذا كان التفاوت بين الثمن والقيمة السوقية فاحشاً فقد يتيسر تحمله لبعض الأشخاص وذلك التفاوت لا يتحمّله بعض آخر في مثل ذلك البيع، فهل يكون المعيار في عدم لزوم البيع بالتفاوت الفاحش المعبر عنه بالضرر المالي مع الإغماض عن حال المغبون من جهة يسر تحمله الضرر وعدمه، أو يلاحظ مع التفاوت الفاحش حال المتضرر أيضاً، بحيث لا يرفع لزوم المعاملة بقاعدة نفي الضرر مع يسر المغبون. فإن قيل بالأول وعدم ملاحظة شيء إلا الضرر المالي فما الفرق بين المقام وبين موارد التكليف.

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

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

والحاصل: أن العبرة إن كان بالضرر المالي لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالي تعين التفصيل في خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون وغيره. والأظهر اعتبار الضرر المالي، لأنه ضرر في نفسه من غير مدخلة لحال الشخص. وتحمله في بعض المقامات - كالتيمم - إنما خرج بالنص، ولذا أجاب في المعبر عن الشافعي - المنكر لوجوب الوضوء في الفرض المذكور - : بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. ويمكن أيضاً أن يلتزم الضرر المالي في مقام التكليف، لالتخصيص عموم نفي الضرر بالنص، بل لعدم كونه ضرراً بملاحظة ما بإزائه من الأجر، كما يشير إليه قوله ﷺ - بعد شرائه ﷺ ماء وضوئه بأضعاف قيمته: - «إن ما يشتري به مالٌ كثير».

وأجاب المصنف ﷺ عن ذلك: بأن المعيار في نفي الضرر نفس الضرر المالي؛ لأن يسر تحمل المكلف الضرر وعدمه لا يخرج الحكم عن كونه ضرراً بلافق بين المقام والتكاليف، غاية الأمر قاعدة نفي الضرر كسائر العمومات قابلة للتخصيص وقد خصصت في مسألة شراء الماء للوضوء، حيث دل النص على وجوبه على واجد المال. وفي صحيحة صفوان قال: «سألت أبا الحسن ﷺ عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاة وهو لا يقدر على الماء، فوجد بقدر ما يتوضأ به بمئة درهم أو بألف درهم وهو واجد لها، أيشترى ويتوضأ أو يتيمم؟ قال: لا بل يشتري، قد أصابني مثل ذلك فاشترت وتوضأت وما يسوئني بذلك مال كثير»<sup>(١)</sup>.

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

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

نعم، لو كان الضرر مجحفاً بالمكلف انتفى بأدلة نفي الحرج، لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالي في التكاليف لا يتحقق إلا إذا كان تحمّله حرجاً.

قاعدة نفي الضرر.

بل يمكن أن يقال: إن خروج مثل هذه التكاليف عن قاعدة نفي الضرر بالتخصص لأن ما يصيب المكلف بإزاء الضرر المالي من الأجر الأخرى يخرج عنه عنوان الضرر كما يشير إلى ذلك ذيل الرواية، فيجب الشراء على كل من لا يكون الشراء مجحفاً به، وبالإضافة إلى المكلف الذي يكون الشراء مجحفاً به ينفي وجوب الشراء بقاعدة نفي الحرج.

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

وعن الثاني عليه السلام (١) أنّ وجوب شراء الماء بالمال الكثير فيما إذا لم يكن الشراء غبنياً بأن تكون قيمة الماء في ذلك المكان مساوياً للثمن المدفوع بحيث يكون الضرر في نفس التكليف بالوضوء الموجب لشراء الماء المزبور، وإلا فيمكن نفي لزوم الشراء بقاعدة نفي الضرر فيجوز له التيمم إلا أن يؤخذ بذيل الرواية.

(١) أنظر منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٢٧-١٢٨.

## إشكال:

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

أقول: حمل الرواية على كون القيمة السوقية في ذلك المكان مساوياً للثمن المدفوع حمل بعيد، فاللازم على ظاهر الرواية الإقدام على المعاملة المزبورة لواجد المال، وإن كانت غبنية، والله سبحانه هو العالم.

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

وعن بعض المحشّين للروضة<sup>(٤)</sup>: عدم إمكان ذلك، فإنّ غبن البائع يكون ببيع الشيء بالناقص عن قيمته السوقية وغبن المشتري ببيعه بأزيد من قيمته السوقية، ولا يمكن أن يكون الثمن في بيع واحد زائداً على قيمته السوقية وناقصاً عنها.

وقد تصدّى جمع لتصوير الغبن لكل منهما في معاملة وذكروا في ذلك وجوهاً الأول: ما عن المحقق القمي رحمته الله: من أنه لو باع متاعه بثمن واشترط في البيع دفع بدل معين عن ذلك الثمن، كما إذا باع متاعه بأربعة توأمين على أن يدفع المشتري عن تلك التوأمين بثمانية دانير، ثم ظهر أنّ المتاع يسوى خمسة توأمين، وأن أربعة توأمين

(١) الروضة ٣: ٤٦٧.

(٢) المسالك ٣: ٢٠٥.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٢٩٥.

(٤) جامع الشتات ٢: ٥٩ - ٦٠، المسألة ٤٨.

ما حاصله استحالة ذلك، حيث قال: قد عرفت أن الغبن في طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية، وفي طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، ولا يتفاوت الحال بكون الثمن والمثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين، وحينئذ فلا يعقل كونهما معاً مغبوين، وإلا لزم كون الثمن أقل من القيمة السوقية وأكثر، وهو محال، فتأمل، انتهى. وقد تعرض غير واحدٍ ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض:

منها: ما ذكره المحقق القمي صاحب القوانين - في جواب من سأله عن هذه العبارة من الروضة - قال: إنها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توامين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنها تسوي أربعة توامين، ثم تبين أن المتاع يسوي خمسة توامين وأن الدنانير تسوي خمسة توامين إلا خمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان، والمشتري مغبوناً من جهة زيادة الدنانير على أربعة توامين، فالبائع مغبونٌ في أصل البيع، والمشتري مغبونٌ فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن وإن لم يكن مغبوناً في أصل البيع، انتهى.

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

وناقش المصنف عليه السلام في الجواب بأن الغبن يحسب في المعاملة بملاحظة إشرط المأخوذ فيها مثلاً: إذا باع ما يسوي بخمسة دنانير بدينارين مع اشتراط خياطة المشتري ثوباً تكون أجزتها ثلاثة دنانير لا يتحقق الغبن.

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

أقول: الظاهر أنّ مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد والشرط، كما لو باع شيئاً يسوي خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوباً مع فرض كون أجرة الخياطة ثلاثة دراهم، ومن هنا يقال: إنّ للشرط قسطاً من العوض. وإن أبيت إلا عن أنّ الشرط معاملةً مستقلةً فلا مدخل له في زيادة الثمن، خرج ذلك عن فرض غبن كلٍّ من المتبايعين في معاملةٍ واحدة. لكن الحقّ ما ذكرنا: من وحدة المعاملة وكون الغبن من طرفٍ واحدٍ. ومنها: ما ذكره بعض المعاصرين، من فرض المسألة فيما إذا باع شيئين في عقدٍ واحدٍ بثمنين، فغبن البائع في أحدهما والمشتري في الآخر.

ووصل إليه بإزائه ما ينقص عن قيمته السوقية بخمس دينار.

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

الثاني: ما ذكره بعض<sup>(١)</sup>: من بيع متاعين بصفقة واحدة بثمنين، كما إذا قال: «بعت هذا المتاع وذلك المتاع الأول بخمسة، والثاني بأربعة»، وقال المشتري: «اشتريتهما»، وظهر أن المتاع الأول يسوي بأربعة، والثاني بخمسة فيكون كل من البائع والمشتري مغبوناً؛ بالإضافة إلى أحد المتاعين.

وهذا الجواب قريب من الأول في الضعف، لأن المعاملة المزبورة إن كانت واحدة فلا غبن فيها لأحدهما أصلاً، وإن كانت معاملتين بحيث يكون للمغبون في كل منهما خيار تخرج عن فرض وحدة المعاملة.

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

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

(٢) كذا عن العلامة في القواعد ٢: ٢٢، والشهيد في اللعة الدمشقية: ١١٣.



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

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

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

فذكر المصنف رحمته الله: أن هذا الوجه حسن، ولكن لا يساعده ظاهر كلام الروضة، لأن ظاهره فرض الغبن المفروض في خيار الغبن.

الرابع: ما ذكره بعض: من فرض اختلاف قيمة المبيع بحسب مكان البائع، ومكان المشتري، كما إذا حاصر العسكر بلدة، وكانت قيمة الطعام خارج البلدة ضعف قيمته داخل البلدة واشترى أحد من داخل سور البلد الطعام من خارج السور بقيمة متوسطة بين القيمتين فيكون البائع مغبوناً، لكون قيمة المبيع عنده أزيد من الثمن المسمى والمشتري مغبوناً لكون قيمة المبيع عنده ناقصة عن الثمن المسمى.

وفيه: أن الملاك في الغبن القيمة السوقية للمبيع في مكانه، وإذا نقصت قيمته

وهذا حسنٌ، لكن ظاهر عبارة الشهيد والمحققَ الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار وهو الغبن بالمعنى الأخصّ على ما فسروه به.

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

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

الخامس: ما ذكره في مفتاح الكرامة<sup>(١)</sup>: من دعوى كل من البائع والمشتري الغبن في معاملة واحدة ولم يمكن استعلام الحال، ومع تحالفهما يثبت خيار الغبن لكل منهما.

وأورد المصنف رحمته على ذلك: بأن لازم التحالف لزوم المعاملة عن كلا الطرفين مع أنّ الكلام في ثبوت الغبن واقعاً لكل منهما.

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

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

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٥٧٤.

ويمكن ردّه بأنّ المبيع بعد العقد باقٍ على قيمته حين العقد، ولا غبن فيه للمشتري ما دام في محلّ العقد، وإنّما نزلت قيمته بقبض المشتري ونقله إياه إلى مكان الرخص. وبالجملة، الطعام عند العقد لا يكون إلّا في محلٍّ واحدٍ له قيمةٌ واحدةٌ.

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

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

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

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

الثاني. وفي التذكرة: أَنَّ الغبن سببٌ لثبوت الخيار عند علمائنا. وقولهم: «لا يسقط هذا الخيار بالتصرّف» فَإِنَّ المراد بالتصرّف قبل العلم بالغبن، وعدم السقوط ظاهرٌ في ثبوته.

وممّا يؤيد الأول: أَنَّهُم اختلفوا في صحّة التصرفات الناقلة في زمان الخيار ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم بنفوذها وانتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. ويؤيده أيضاً الاستدلال في التذكرة والغنية على هذا الخيار بقوله ﷺ في حديث تلقى الركبان: «إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق» فَإِنَّ ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن. هذا، ولكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً في المعنى الآخر.

الأصحاب يختلف ويظهر من بعضهم الأول كالشيخ رحمته في مبسوطه<sup>(١)</sup>، وابن زهرة في الغنية<sup>(٢)</sup>، والمحقق في الشرائع<sup>(٣)</sup>، بل ظاهر الغنية التسالم على اشتراط الخيار بظهور الغبن. ويظهر من بعض آخر<sup>(٤)</sup> الثاني؛ بل ظاهر التذكرة الاتفاق عليه<sup>(٥)</sup>، وتصريح بعضهم: بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف<sup>(٦)</sup> - المراد به التصرف قبل العلم بالغبن - ظاهر في ثبوته قبل ظهور الغبن حيث إنَّ عدم سقوط الخيار به فرع ثبوته.

(١) راجع المبسوط ٢: ٨٧.

(٢) الغنية: ٢٢٤.

(٣) الشرائع ٢: ٢٢.

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

(٥) التذكرة ١: ٥٢٢.

(٦) كما في الشرائع ٢: ٢٢، والإرشاد ١: ٣٧٤، والقواعد ٢: ٦٧، وغاية المراد ٢: ٩٩، وراجع مفتاح الكرامة

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

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

ويؤيد الأول أيضاً الاستدلال في التذكرة<sup>(١)</sup> على هذا الخيار بقوله ﷺ - في حديث تلقي الركبان -: «أنهم بالخيار إذا دخلوا السوق»<sup>(٢)</sup> فإن ظاهره حدوث الخيار بظهور الغبن الحاصل بدخول السوق.

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

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

(١) التذكرة ١: ٥٢٢.

(٢) راجع سنن البيهقي ٥: ٣٤٨، باب النهي عن تلقي السلع.

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

ثم إن الآثار المترتبة على الخيار تختلف:

فإن منها ما يترتب على السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد فعلية السلطنة ليكون التصرف دالاً على رضا ذي الخيار بقاء العقد والإغماض عن خياره، وكالتلف فإن تلف المنتقل إلى المغبون من مال المغبون قبل ظهور الغبن. وإنما يكون من الغابن بناءً على عموم القاعدة لخيار الغبن أيضاً بعد ظهور الغبن للمغبون. ومن الآثار ما يترتب على ثبوت الحق واقعاً كإسقاطه بعد العقد فإن إسقاطه يصح ولو كان قبل ظهور الغبن.

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

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

وكيف كان فاللازم في تمييز الآثار ملاحظة الدليل الدال عليها.

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

وبين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة، فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوّتة لحقّ ذي الخيار من الغبن، ظاهرٌ في ترتّب المنع على وجود نفس الحقّ وإن لم يعلم به. وحكّم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار بمضيّ التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون، يظهر منه أنّ المنع لأجل التسلّط الفعلي. والمتّبع دليل كلّ واحدٍ من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتّب الأثر على نفس الحقّ الواقعي ولو كان مجهولاً لصاحبه، وقد يظهر منه ترتّبه على السلطنة الفعلية.

أمر، أو بملاحظة سبب خيار غير موجود بأن يعتقد بقاء خيار المجلس أو غيره. أقول: الأظهر في المقام الالتزام بثبوت الخيار للمغبون من حين العقد، فإنّ المدرك له إما قاعدة نفي الضرر أو الشرط الإرتكازي الثابت في المعاملات المبنيّة على المدافّة ومقتضى نفي الحكم الضرر على الأول، وتخلّف الشرط على الثاني، نفي اللزوم وثبوت الخيار من الأول، وليس الخيار إلّا السلطنة الفعلية التي يكون فسخ العقد بها نافذاً سواء كانت السلطة محرزة أم لا، فإنه إذا صادف الفسخ تلك السلطنة ينفذ وإلّا لم يكن في البين خيار.

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

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

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

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

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

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

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

[١] الكلام في كون خيار العيب مشروطاً بظهور العيب أو أن ظهوره كاشف عن

ثبوت الخيار من حين العقد كما تقدم في خيار الغبن.



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

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: إسقاطه بعد العقد<sup>[١]</sup> وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، ولا إشكال في صحة إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن، ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن

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

وذكر في جامع المقاصد<sup>(٢)</sup>: أن هذا الكلام من العلامة مبني على ضمان من لا خيار له تلف العين أو الوصف حتى في خيار العيب، ولذا يجوز الرد بالعيب الحادث بعد ظهور التدليس، ولا يجوز قبل العلم به بالعيب الحادث.

ولكن الظاهر عدم جواز الرد بالعيب الحادث سواء كان حدوثه قبل ظهور التدليس أم بعده، لأن قاعدة الضمان في زمان الخيار ممن لا خيار له لا تجري في خيار العيب، بل ضمانه على المشتري على كل تقدير.

[١] لإسقاط خيار الغبن صور:

الأولى: إسقاطه بعد ظهور الغبن بلا عوض. الثانية: إسقاطه بظهور الغبن بالعوض. الثالثة: إسقاطه قبل العلم بالغبن بلا عوض أو بالعوض.

أما الأولى: فلا إشكال في صحة الإسقاط ونفوذه فيما إذا علم مرتبة الغبن وأسقط خياره، أو جهل مرتبته وأسقط خياره من أي مرتبة من الغبن، لأن مقتضى كون الخيار

(١) القواعد ٢: ٧٧.

(٢) انظر جامع المقاصد ٤: ٣٥٤.

المسبب عن أي مرتبة كان، فاحشاً كان أو أفحش. ولو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر منه، ففي السقوط إشكال: من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً. ومن أن الخيار أمرٌ واحدٌ مسببٌ عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به ولا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط، والقذف وما دونه من الشتم حقان مختلفان.

حقاً للمغبون جواز اسقاطه. ولكن هذا فيما كان المدرك لخيار الغبن الشرط الارتكازي أو ثبوت الخيار في المعاملة الغبنية بسيرة العقلاء. وأما بناءً على أن المدرك له قاعدة نفي الضرر فإثبات كون جواز البيع مع الغبن حقياً لا حكماً مشكل جداً.

لا يقال: بأن المنفي في مثل البيع للزوم الحقي لا الحكمي، حيث إن للزوم الحكمي غير ثابت في البيع، كما هو مقتضى ما دل على مشروعية الإقالة فيه. فإنه يقال: نعم الحكم المنفي كما ذكر، ولكن الجواز الثابت مع عدم للزوم الحقي، حقياً أيضاً أو انه حكمي، فلا يثبت بنفي الضرر إلا أن يتمسك بذيل الإجماع، فإن احتمال ثبوت الجواز الحكمي غير موجود في كلام أحد من الأصحاب فضلاً عن الفتوى به، ولكن يبقى كون هذا الإجماع تعديلاً، كما لا يخفى.

وكيف ما كان فإذا اعتقد مرتبة من الغبن وأسقط خياره أو اعتقد أن الغبن لا يزيد عن كذا، ثم ظهر كون غبنه أكثر من ذلك ففي سقوط الخيار إشكال.

ووجهه عدم طيب نفسه بسقوط خياره في الفرض لأن الرضا كان بغبن كان المتحقق غير ذلك الغبن، فيكون نظير ما اعتقد أن حق عرضه شتم فأسقطه، ثم ظهر أنه قذف، فإنه لا يسقط بذلك حق القذف؛ وأن خيار الغبن الموجود أمر واحد من غير فرق بين حصوله بأي مرتبة من الغبن. وإذا أسقط ذلك الأمر الواحد ولو باعتقاد حصوله

وأما الإسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب. ولو أطلق وكان للإطلاق منصرف، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعاملة، هو كون التفاوت أربعة أو خمسة في العشرين،

بمرتبة تكون في الواقع غيرها فلا خيار بعده.

ولا يقاس بالشم والقذف فإن حق الشتم غير حق القذف؛ وإذا اسقط الأول باعتقاد أنه الموجود، وبأن الثاني لا يسقط الثاني لعدم إسقاطه.

وكذلك ليس من قبيل الدين الدائر أمره بين الأقل والأكثر، فإنه إذا أسقطه دينه على الغير باعتقاد أنه لا يزيد على الألف، ثم بان الدين ألفان يسقط الألف ويبقى الألف الآخر. وذكر السيد الزيدي رحمته الله (١): أنه لا فرق بين المقام مما يكون الموجود على كل تقدير فرداً من نوع وبين حقي الشتم والقذف، أو الدين.

والعمدة ملاحظة أن الاعتقاد المزبور من قبيل الداعي إلى إسقاط الحق، فيسقط حتى في مسألة اعتقاد حق العرض شتماً، ثم بان أنه قذف، أو أن الاعتقاد المزبور يوجب تقييد الحق الذي يسقطه، وهذه مسألة في جميع موارد الاعتقاد بالخلاف.

وأورد على ذلك النائيني رحمته الله (٢): بأن الموجود من الخيار في الفرض أمر واحد خارجي بسيط، ولا يختلف ذلك الأمر الواحد البسيط باختلاف مراتب الغبن.

وهذا الأمر الواحد لا يقبل التقييد حيث إن القابل له هو الطبيعي لا الشخص؛ ومسألة دوران الامر بين كونه داعياً أو تقييداً تجري في مثل العبادات مما تكون الفاعل فيها بصدد إيجاد الطبيعي كالقضاء والأداء، بأن يصلي باعتقاد أنه في الوقت فبان أنه

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٥٤٢.

(٢) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٣٠ - ١٣١.

فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم. فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، وأن المبيع يسوي درهمين، ففي بطلان الصلح، لأنه لم يقع على الحق الموجود. أو صحته مع لزومه لما ذكرنا: من أن الخيار حق واحد له سبب واحد وهو التفاوت الذي له أفراد متعددة، فإذا أسقطه سقط. أو صحته متزلزلاً، لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن

خارجة، أو توضاً قبل الوقت باعتقاد دخوله ووجوب الوضوء، ثم بان الوقت لم يدخل. وأما في موارد كون الموجود شخصاً واحداً بسيطاً كما في المقام، فالإسقاط إسقاط لذلك الامر الواحد، ولا يعقل فيه التقييد.

وإذا فرض عدم التعليق في الإسقاط فلا محالة يسقط ذلك الخيار، وإلا بطل الإسقاط لأنه من الإيقاع والتعليق فيه موجب لبطلانه.

وبتعبير آخر: لو قال: «إن كان غنبي في المعاملة كذا مقداراً أو لا يزيد على كذا فأسقطت خياري»، بطل الإسقاط للتعليق في الإيقاع، وإذا كان الإسقاط منجزاً سقط خيار الغبن لأن خيار الغبن لا يقبل التخصص بمراتب الغبن نظير التخصص بالمجلس والحيوان.

أقول: أما قضية عدم طيب النفس بسقوط الخيار على تقدير كون الغبن أكثر مما اعتقده المغبون، فقد تقدم أن المعتبر في المعاملات التراضي المعاملي وعدم حصول العقد أو الإيقاع بالاكراه، وأما طيب النفس بمعنى ابتهاجها بالمعاملة ونحوها، فلا يعتبر. وأما حديث أن الخيار أمر واحد بسيط لا يقبل التقييد، وإنما يقبل إسقاطه التعليق، ومع عدم التعليق في إسقاطه كما هو الفرض يسقط ذلك الأمر الواحد، واعتقاد أن الغبن في المعاملة بالمرتبة الفلانية مع أنه كان في الواقع غيرها يكون من قبيل التخلف في الداعي، كما أفاده النائيبي رحمته الله (١) أيضاً، لا يمكن المساعدة عليه فإنه، قد تقدم أن

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٣١.

عوضه المتعارف درهمٌ تبين كونه ممّا يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضرورة أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد ممّا يبذل في مقابله لو كان أقلّ فيحصل الغبن في المصالحة، ولا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كونه لأجل الجهل بعينه. وجوهٌ وهذا هو الأقوى فتأمل.

المشتري إذا علم بالغبن، ولكن اعتقد أنه بالعشر ومع ذلك اشترى المال، ثم ظهر أن الغبن أكثر يكون له خيار الغبن، وإذا فرض أن مع العلم بالغبن لا يكون في البين اشتراط عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين، فكيف يثبت للعالم بالغبن خيار، فإن الشراء مع العلم إلغاء لذلك الشرط الارتكازي لا محالة.

والجواب: فيه وفي إسقاط الخيار بعد العقد باعتقاد أن الغبن مقدار كذا واحداً وهو أن الموجب لخيار الغبن، وإن كان تحقق الاختلاف الفاحش بين القيمة السوقية والثمن المسمى، لكن هذا الاختلاف على تقدير حصوله في ضمن أي مرتبة يوجب الخيار لا لخصوصية لحد تلك المرتبة، بل بما هي اختلاف فاحش.

وعلى ذلك فأى مرتبة اعتقدها المشتري حين العقد، ومع ذلك أقدم معه بالشراء يكون ذلك بمنزلة إلغاء تلك المرتبة وما دونها في الشرط الارتكازي، بمعنى أنه لو كان الغبن في ضمن تلك المرتبة وما دونها فلاحق له في فسخ البيع.

وأما سائر المراتب فهي باقية على الشرط الارتكازي فتكون النتيجة ثبوت خيار الغبن في بعض فرض الغبن وعدم ثبوته في بعضها الآخر.

والأمر في الإسقاط بعد العقد أيضاً كذلك، فإن تعليق إسقاط الخيار على حصول الخيار واقعاً لا بأس به، كما يأتي وكما أن تعليق الإسقاط على تحقق الدين واقعاً لا بأس به، فإن هذا التعليق حاصل سواء أتى به المسقط في إنشائه، أو لم يأت به، فإنه لا معنى لإسقاط دين معدوم أو خيار معدوم، وإذا أحرز الشخص حصول الخيار، ولكن لم يدر

حصوله بتحقق الاختلاف الفاحش في ضمن أي مرتبة من الغبن فيمكن له أن يسقط خياره مطلقاً، كما يمكن له إسقاطه في بعض محتملاته بأن يقول أسقطت خيار الغبن لو ثبت الخيار بالاختلاف بالعشرين بين القيمتين وما دون.

والكلام في المقام في أن اعتقاد مرتبة من الغبن وإسقاطه خيار الغبن بذلك الاعتقاد، بمنزلة تقييد الخيار الذي يسقطه بحصوله بالتفاوت الفاحش في ضمن تلك المرتبة، أو ما دونها ولو كان ذلك التقييد بمعنى تعليق الخيار الذي يسقطه أو أن الاعتقاد المزبور لا يوجب تقييد الخيار ولا تعليق حصوله.

وهذا غير تعليق الإسقاط الموجب لبطلانه، كما إذا قال «لو جاء ولدي من سفره، فقد أسقطت مالي عليك من الدين»، فإن البطلان فيما كان المسقط بالفتح على إطلاقه، والتعليق في إسقاطه كما في الفرض لا فيما كان التعليق في الإسقاط حاصلًا بتقييد المسقط بالفتح أو تعليقه كما في المقام.

والظاهر أن مجرد الاعتقاد بوصف في المسقط - بالفتح -، لا يوجب تقييداً فيه أو في إسقاطه، كما أن مجرد الإعتقاد بوصف في المبيع كالاقتاد بكون الفرس من نسل كذا، لا يوجب التعليق في المبيع في مقام شرائه؛ بل التقييد والتعليق يحتاج إلى مؤنة زائدة في العقد والإنشاء.

فمع إسقاطه بدون تلك المؤنة يسقط مطلقاً، ومع الصلح عليه بشيء يسقط ذلك الخيار، غاية الأمر يكون نفس الصلح في بعض الموارد غبنياً، فيثبت له خيار الغبن، فيما إذا لم يكن الصلح المزبور مبنياً على المحاباة.

ولكن مع ذلك يظهر من صحيحة أبي ولاد أن الاعتقاد المزبور في موارد إسقاط الحق والمصالحة عليه يوجب التقييد والتعليق حيث سئل الإمام عليه السلام: «أني كنت أعطيته

وأما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن [١] فالظاهر أيضاً جوازه، ولا يقدح عدم تحقق شرطه بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار، إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي وإن لم يعلم به.

دراهم ورضي بها وحلّني. فقال: إنما رضي بها وحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم، ولكن ارجع إليه فأخبره بما أفيتتك به فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك»<sup>(١)</sup>.

[١] لا يخفى أنه بناءً على ثبوت الخيار بتمام العقد على تقدير الغبن لا إشكال في جواز إسقاطه بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن، فإنه من إسقاط ما يجب. وقد تقدم أن تعليق الخيار على ثبوته واقعاً في مقام إسقاطه وسراية ذلك إلى تعليق السقوط لأبأس به لتعلق السقوط عليه واقعاً وإن أتى به منجزاً فإنه لا معنى لإسقاط الخيار على كل تقدير.

وأما بناءً على تحقق الخيار بظهور الغبن، ففي إسقاط الخيار بعد العقد وقبل ظهور الغبن إشكال فإنه من إسقاط ما لم يجب، أي إسقاط ما هو غير موجود بالفعل قطعاً. وأجاب المصنف رحمته: أنه يكفي في جواز الإسقاط أي إسقاط المسبب تحقق سببه، وإن كان تحقق المسبب موقوفاً على حصول الشرط مستقبلاً، كما إذا أعار ثوبه من زيد واسقط بعد العارية أو تعدي المستعير ضمان ذلك المستعير، فإن تعديه بالإضافة إلى ضمانه من قبيل السبب، لأن الضمان يحصل بتلف المال، وقد أسقط ذلك المسبب عند تحقق سببه، وكبراء البائع ان العيوب الموجودة في المبيع حال البيع، فإن البيع سبب للخيار وشرطه ظهور العيب، فالبراءة المزبورة إسقاط لما يتحقق سببه، وأما شرطه فأمر استقبالي.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١١٩ - ١٢٠، الباب ١٧ من كتاب الإجارة، الحديث ١.

وهذا كافٍ في جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعيّ المفرط عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحقّ المسبب عن وجودها قبل العلم بها. ولا يقدر في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقق، إذ لا مانع من ذلك إلا التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، وهو غير قاذح هنا، فإنّ الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقّف تحقّق مفهوم الإنشاء عليه. وأما ما نحن فيه وشبهه - مثل طلاق مشكوك الزوجية، وإعتاق مشكوك الرقبة منجزاً، والإبراء عمّا احتمل الاشتغال به - فقد تقدّم في شرائط الصيغة: أنّه لا مانع منه، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع وضمنان ذلك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير.

والحاصل: كما أن الإسقاط في نظير هذه الموارد ليس من إسقاط المعدوم، بل إسقاط للشيء معلقاً على تحقّق ذلك الشيء مستقبلاً، وكذلك إسقاط الخيار بعد العقد، وقبل ظهور الغبن.

أقول: لو كان ثبوت الخيار بظهور الغبن باعتبار الشرط الإرتكازي الثابت في المعاملة، فلا ينبغي التأمل في جواز إسقاطه بعد العقد، لأن الشرط وهو عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين حق للمشروطة، فله إلغاء ذلك الشرط، ولو قبل ظهور الغبن، وهذا من إسقاط الحق الموجود.

وأما إذا قيل بأن خيار الغبن شرعي وموضوعه ظهور الغبن، واستفادة ذلك من قاعدة نفي الضرر، أو رواية تلقي الركبان فإسقاطه بعد العقد، وقبل ظهور الغبن لا يخلو من صعوبة، لأن تعليق الإسقاط باعتبار تعليق المسقط على تقدير حصوله زمان الإسقاط وإن كان لا بأس به كما تقدم.

ولكن الإسقاط فعلاً مع كون المسقط على تقديره أمراً استقبالياً، وإن كان ممكناً



نعم، قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لا بد من وقوع شيء بإزائه وهو غير معلوم، فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق، أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول: «صالحتك عن كل خيار لي بكذا»، ولو تبين عدم الغبن لم يقسّط العوض عليه، لأنّ المعدوم إنّما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود.

الثاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد [١]، والإشكال فيه من الجهات المذكورة هنا، أو المتقدمة في إسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصي عنها. نعم، هنا وجه آخر للمنع مختص بهذا الخيار وخيار الرؤية، وهو لزوم

إلا أنّ نفوذه يحتاج إلى قيام الدليل عليه، ولذا لا يصح الإسقاط، بأن قال: «أسقطت مالي عليك لو اقترضت مني مستقبلاً».

ومسأله إسقاط المعير ضمان المستعير قبل الإفراط والتفريط، أو بعده داخله في الإذن في إتلاف المال مجاناً، فيرتفع الضمان وبراءة البائع من العيوب أو الغبن أو نحو ذلك إنما يفتح لكون الإسقاط المزبور إلغاء اشتراط السلامة أو الغبن، أو لكون الإسقاط المزبور نافذاً لدخوله في عنوان الشرط، كما لا يخفى.

وأما المصالحة بالغبن المحتمل فلا إشكال فيه لأنه لا يعتبر في المصالحة بشيء كون الحق ثابتاً، بل يكفي فيه الحق المحتمل وتفصيل ذلك موكول إلى محله.

[١] يقع الكلام في المقام في غير الجهة التي تجري في شرط سقوط عامة الخيارات، وهي أنّ شرط سقوطها في متن العقد داخل في إسقاطها بنحو شرط النتيجة، ولا ينافي الكتاب الدال على لزوم الوفاء بالعقود حيث إن لزوم البيع حقي لا حكمي، بقريئة مشروعية الإقالة؛ وفي غير الجهة التي تقدم الكلام فيه في المسقط الأول وأن اشتراط ثبوت الخيار بظهور الغبن لا ينافي إسقاطه بعد العقد أو حينه بالاشتراط لأنه

الغرر من اشتراط إسقاطه. قال في الدروس في هذا المقام ما لفظه: ولو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤية، فالظاهر بطلان العقد للغرر، انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين: بأن الغرر في الغبن سهل الإزالة. وجزم الصيمري في غاية المرام ببطلان العقد والشرط، وتردّد فيه المحقق الثاني، إلا أنه استظهر الصحة. ولعلّ توجيه كلام الشهيد هو: أنّ الغرر باعتبار الجهل بمقدار مائة المبيع كالجهل بصفاته، لأنّ وجه

يكفي في الإسقاط ثبوت السبب للخيار.

والجهة التي يقع الكلام فيها في المقام ما يقال من عدم جواز شرط سقوط خيار الغبن وخيار الرؤية، لأنّ اشتراط السقوط فيهما يوجب الغرر في البيع، كما ذكر ذلك الشهيد<sup>(١)</sup> في الدروس<sup>(١)</sup>، وذكر أنّ رفع الإشكال في شرط سقوط خيار الغبن أسهل من دفعه في شرط سقوط خيار الرؤية.

وعن الصيمري في غاية المرام<sup>(٢)</sup> الجزم ببطلان البيع والشرط باشتراط سقوط خيار الغبن.

وعن جامع المقاصد<sup>(٣)</sup> التردد في ذلك وإن ذكر أنّ الظاهر جوازه.

والوجه في دعوى الغرر هو أنّ الغرر يحصل في البيع بالجهل بالمالية، ولذا لا يعتبر في البيع العلم بالصفات التي لا دخل لها في مالية المبيع، بل يعتبر العلم بالصفات التي يوجب اختلافها الاختلاف في المالية، وأجاب المصنف<sup>(٤)</sup> عن ذلك بالمنع عن كون البيع بشرط سقوط الخيار غررياً، لأنّ المعتبر في البيع العلم بالمبيع من حيث النوع والصفة وكمه والتمكن من تسليمه وكذا في الثمن والعلم بالقيمة السوقية.

(١) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٢) غاية المرام (مخطوط) ١: ٢٨٨.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٢-٣٠٣.

كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه إلى الجهل بمقدار ماليته، ولذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة. لكن الأقوى الصحة، لأن مجرد الجهل بمقدار المائتة لو كان غرراً. لم يصح البيع مع الشك في القيمة، وأيضاً فإن ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، وإلا لم يصح البيع، إذ لا يجدي في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار، لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلا لصح كل بيع غرري على وجه التزلزل وثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده والمتعذر تسليمه.

وعدم الاختلاف الفاحش بينها وبين الثمن المسمى لا يعتبر في البيع، والآن لكان الجهل المزبور موجباً لبطلان البيع ولا ينفعه ثبوت خيار الغبن، فإن الخيار لا يصحح البيع مع كونه غررياً، لأنه حكم شرعي يترتب على البيع الصحيح. ولو كان الخيار موجباً لارتفاع الغرر لصح بيع كل مجهول من حيث الوجود أو من حيث التمكن من تسليمه بشرط الخيار.

هذا بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الغبن. وأما بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الرؤية فالأمر فيه أيضاً كذلك، فإن الخيار لا يرفع الغرر فيه، بل الموجب لارتفاع الغرر فيها اشتراط الأوصاف وشرط سقوط الخيار لا ينافي اشتراطها حيث إنه لا منافاة بين اشتراطها والتزام المشتري بعدم فسخ البيع على تقدير تخلف تلك الأوصاف.

أقول: قد تقدم أن اشتراط الأوصاف لا معنى لها إلا شرط ثبوت الخيار مع تخلفها، والتزام المشتري بعدم فسخه إن كان بمعنى شرط الفعل فهو راجع إلى الالتزام بترك الفسخ مع ثبوت الخيار له، ولذا لو فسخ نفذ الفسخ، وإن فعل حراماً، وإن كان بمعنى عدم الخيار فهو مناف لاشتراط الأوصاف.

نعم أخبار البائع بأوصاف المبيع موجب لارتفاع الغرر عن البيع. واشتراط

وأما خيار الرؤية، فاشتراط سقوطه راجعٌ إلى إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف في العين الغير المرئية، فكأنهما تبايعا سواء وجد فيها تلك الأوصاف أم لا، فصحة البيع موقوفة على اشتراط تلك الأوصاف، وإسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان. مع احتمال الصحة هناك أيضاً، لأن مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف، ولاتنافي بين أن يُقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل. وسيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية.

سقوط الخيار بتخلف بعض الأوصاف لا ينافي الأخبار المزبورة.

وأما ما ذكره المصنف رحمته من أن الخيار حكم شرعي يلحق بالبيع الصحيح، فهذا بالإضافة إلى مثل خيار المجلس والحيوان من الخيارات الشرعية التأسيسية صحيح، ولكن لا يصح بالإضافة إلى الخيار المشروط، فإن هذا الخيار ربما يوجب خروج البيع عن كونه غررياً، وبذلك يدخل في خطاب الإمضاء.

وما ذكره رحمته من أن شرط الخيار لو كان موجباً لارتفاع الغرر لصح بيع ما يتعذر تسليمه بشرط الخيار غير صحيح، فإن شرط الخيار، وإن يوجب في بعض الموارد خروج البيع عن الغرر، لأن الغرر الجهل الخاص، وهو الذي فيه خطر، ولا خطر مع اشتراط الخيار إلا أن الأخبار الواردة في اعتبار الضميمة في بيع العبد الأبوق ونحوه دلت على عدم الاعتبار بشرط الخيار في تصحيح بيع ما يتعذر تسليمه.

والحاصل: أن شرط سقوط خيار الغبن لا بأس به ولا يوجب الغرر في العوضين، والعلم بعدم الاختلاف بين القيمة السوقية والتمن المسمى غير معتبر في صحة البيع، والجهل بها حال البيع كالجهل بها بعد البيع في عدم كونه قادحاً في صحة البيع ولزومه،

وكيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غررٌ.

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخيارات المتقدمة [١] بعد علمه بالغبن، ويدلّ عليه ما دلّ على سقوط خياري المجلس والشرط به - مع عدم ورود نصّ فيهما واختصاص النصّ بخيار الحيوان - وهو: إطلاق بعض معاهد الإجماع، بأنّ تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازةً وفيما انتقل عنه فسخٌ، والعلّة الاستفادة من النصّ في خيار الحيوان المستدلّ بها في كلمات العلماء على السقوط، وهي الرضا بلزوم العقد. مع أنّ الدليل هنا إما نفي الضرر وإما الإجماع،

وإن شرط سقوط خيار الرؤية مع إحراز الأوصاف، ولو بأخبار البائع لا يوجب أيضاً الغرر في البيع. والله سبحانه هو العالم.

[١] تصرف المغبون فيما انتقل إليه بعد علمه بغبنه مسقط لخياره، ويستفاد ذلك مما دلّ على سقوط خياري المجلس والشرط بتصرف ذي الخيار فيهما. ووجه الاستفادة أنّ النصّ الدال على سقوط الخيار بالتصرف وإن كان وارداً في خياري الحيوان والشرط، ولكن وقع الإجماع على أنّ تصرف مطلق ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازةً للبيع وتصرفه فيما انتقل عنه فسخ.

ويظهر أيضاً من التعليل الوارد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف، أنّ رضى ذي الخيار ببقاء البيع مسقط لخياره.

وعلى ذلك فيؤخذ في الحكم بسقوط خيار المغبون بتصرفه فيما انتقل إليه بعد العلم بالغبن بذيل الإجماع وعموم التعليل.

ويضاف إلى ذلك أنّ المدرك لخيار الغبن، إما قاعدة نفي الضرر أو الإجماع والقاعدة كما لا مجري لها في صورة الإقدام بالضرر كذلك لا تجري في مورد الرضا

والأول منتفٍ، فإنه كما لا يجري مع الإقدام عليه كذلك لا يجري مع الرضا به بعده. وأما الإجماع فهو غير ثابتٍ مع الرضا. إلا أن يقال: إن الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب، فتأمل. أو ندعي أن ظاهر قولهم فيما نحن فيه: «إن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف» شموله للتصرف بعد العلم بالغبن واختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك. لكن الإتيان عدم شمول التصرف في كلماتهم لما بعد العلم بالغبن، وغرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أن التصرف مسقط لكل خيار ولو وقع قبل العلم بالخيار - كما في العيب والتدليس - سوى هذا الخيار. ويؤيد

بالضرر، والإجماع أيضاً على الخيار مع التصرف فيما انتقل إليه بعد العلم بغبنه مفقود. ولكن هذا الوجه المضاف لا ينمر في المقام فإن غاية الأمر أن قاعدة نفي الضرر لا تثبت بقاء خيار الغبن مع التصرف كما أنه ليس في البين إجماع على بقاء الخيار مع التصرف بعد العلم بالغبن، لكن يتمسك في بقاء الخيار بالاستصحاب.

فالعمدة التثبت بذيل الإجماع على أن تصرف ذي الخيار مسقط لخياره، وبالتعليل الوارد في خيار الحيوان من أن تصرف المشتري الحيوان فيه رضئ بالبيع.

ولكن هذا التثبت أيضاً لا يخلو عن المناقشة لأنهم ذكروا عدم سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون، ويمكن أن يؤخذ بإطلاق عدم السقوط في كلامهم حيث يعم التصرف بعد العلم بالغبن أيضاً، ولكن لا يبعد اختصاصه بالتصرف قبل العلم بالغبن، كما صرح بذلك الاختصاص الشهيد الثاني في المسالك<sup>(١)</sup> وتبعه جماعة<sup>(٢)</sup>، ومع هذا الاختصاص يؤخذ بمقتضى التعليل الوارد في خيار الحيوان، ويحكم بسقوط خيار

(١) المسالك ٣: ٢٠٧.

(٢) المستند ١٤: ٣٩٥، وانظر مجمع الفائدة ٨: ٤٠٤، والرياض ١: ٥٢٥.

ذلك ما اشتهر بينهم: من أنّ التصرف قبل العلم بالعيب والتدليس ملزمٌ، لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الردّ، وإنّما يثبت الأرش في خصوص العيب لعدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب.

وكيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم. نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك وتبعه جماعةً، مع أنّه إذا اقتضى الدليل للسقوط فلا ينبغي الاستشكال من جهة ترك التصريح. بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس والعيب بالتصرف قبل العلم، والاعتذار بالنصّ إنّما يتمّ في العيب دون التدليس، فإنّه مشتركٌ مع خيار الغبن في عدم النصّ، ومقتضى القاعدة في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحداً.

الغبن بالتصرف بعد العلم بالغبن، بل مقتضاه كون التصرف قبل العلم بالغبن أيضاً كذلك، فإنه لا فرق بين خيار الغبن وخيار التدليس حيث ذكروا في خيار التدليس بسقوطه بتصرف ذي الخيار، ولو قبل علمه بالتدليس وكذا الأمر في خيار العيب<sup>(١)</sup>.

والاعتذار عن السقوط في خيار العيب والتدليس بالنص غير صحيح، لأنّ النصّ وارد في خيار العيب<sup>(٢)</sup> لا التدليس، فينبغي في خيار التدليس ملاحظة دليله.

وعلى كل تقدير فإن كان تصرف المغبون بعد العلم بغبنه دالاً على رضاه ببقاء البيع والإغماض عن خياره فهو، وإلا فمقتضى استصحاب بقاء الخيار عدم سقوطه بسائر التصرف.

(١) الغنية: ٢٢٢، والمختلف: ٥: ١٨٣، وراجع مفتاح الكرامة: ٤: ٢٢٦.

(٢) وسائل الشريعة: ١٨: ٢٩، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

والتحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعدة عدم السقوط، لبقاء الضرر، وعدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد وتحمل الضرر. نعم، قد ورد النص في العيب على السقوط، وادّعي عليه الإجماع، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش وإن كان نفس إمساك المعيب قد يكون ضرراً، فإن تمّ دليل في التدليس أيضاً قلنا به، وإلا وجب الرجوع إلى دليل خياره.

ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن، مبنّى على ما تقدّم في الخيارات السابقة: من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، وإلا كان اللازم في غير ما دلّ فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف، الرجوع إلى أصالة بقاء الخيار.

أقول: المراد بالتصرف الموجب لسقوط الخيار بعد العلم بالغبن يعم التصرف المتلف والناقل والتصرف الانتفاعي، وكل هذه التصرفات فيما إذا كان بقصد إقرار البيع والإغماض عن الخيار فلا إشكال في كونه مسقطاً فإنه لا يعتبر في الإسقاط أن يكون بالقول.

وأما إذا لم يكن بذلك بل كان لأجل كون المال ملكه فعلاً فله ذلك التصرف مع التردد في الفسخ أو مع الجزم به، كما إذا علم المغبون غبنه وبني على الفسخ، ومع ذلك باع العين لأنه رأى أن إبقائها للاسترداد إلى بايعها يوجب فسادها أو سقوطها عن المالية ونحو ذلك، فلا يكون التصرف الناقل مسقطاً فضلاً عن غير الناقل.

وما تقدم في خيار الحيوان من كون التصرف الانتفاعي من الحيوان مسقطاً كان من قبيل التعبد بصغرى الإسقاط في بعض الموارد، ولا يعم ذلك غير مورده فضلاً عن سائر الخيارات.

كما أن دعوى أن بقاء العين يعتبر في الخيار المشروط بالشرط الارتكازي



الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون - قبل العلم بالغبن - تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق. فإنَّ المصرَّح به في كلام المحقِّق ومن تأخَّر عنه هو سقوط خياره حينئذٍ، وقيل: إنَّه المشهور، وهو كذلك بين المتأخِّرين. نعم، ذكر الشيخ في خيار المشتري مباحةً عند كذب البائع: أنه لو هلك السلعة أو تصرف فيها، سقط الردُّ.

والظاهر اتِّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن: «ولا يسقط الخيار بتلف العين» فراجع. واستدلَّ على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك. وهو بظاهره مشكَّل، لأنَّ الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردِّ العين. ويمكن أن يوجَّه بأنَّ حديث «نفي الضرر» لم يدلَّ على الخيار، بل المتيقَّن منه جواز ردِّ العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردّها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، وتضرُّر المغبون من جهة زيادة الثمن معارضٌ بتضرُّر الغابن بقبول البدل، فإنَّ دفع الضرر من الطرفين إنَّما يكون بتسلُّط المغبون على ردِّ العين، فيكون حاله من حيث إنَّ له القبول والردَّ حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أنَّ له أن يشتري وأن يترك، وليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع أنَّ إخراج المغبون العينَ عن ملكه التزامٌ بالضرر، ولو جهلاً منه به.

يدفعها ملاحظة ما تقدم من المثال.

ومما ذكرنا يظهر أن التصرف الناقل، وغير الناقل فيما إذا كان قبل العلم بالغبن بقصد إقرار البيع على تقدير الغبن واقعاً أيضاً مسقط وبغير ذلك الداعي لا يسقط الخيار بل المغبون بعد فسخه البيع يرجع بماله إلى الغابن على تقدير عدم بقاء العين. ودعوى تضرر الغابن بذلك يدفعها أن العين لو كانت مثلياً فقد أخذ البائع بدل ماله، وإن كانت قيمية كان بيعها إقداماً على أخذ قيمتها.

هذا، ولكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد - قدس روحه السعيدة - في اللمعة بما توضيحه: أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، والتصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه، لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالمأ به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه وبدلها مع عدمه، وفوات خصوصية العين على الغابن ليس ضرراً، لأن العين إن كانت مثلية فلا ضرر بتبديلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدل على إرادة قيمتها، فلا ضرر أصلاً، فضلاً عن أن يعارض به ضرر زيادة الثمن على القيمة، خصوصاً مع الإفراط في الزيادة.

والإنصاف أن هذا حسنٌ جداً، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم إجماعاً.

أقول: والظاهر عدمه، لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعت.

ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف [١] بين البائع

مع ما تقدم من أن قاعدة نفي الضرر لا ينفي الحكم، أو الحق فيما إذا كان في كل من ثبوته ونفيه ضرر، كما لا يخفى.

فقد تحصل من جميع ما ذكر ضابط التصرف المسقط والتصرف غير المسقط بلافق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري، حيث لا وجه للقول باختصاص ما ذكر بما إذا كان المغبون مشترياً، فلاحظ وتدبر.

[١] لو بني على أن تصرف المغبون مع جهله بالغبن فيما انتقل إليه يوجب سقوط خياره - والمراد بالتصرف ما كان من قبيل النقل اللازم أو فك الملك كالوقف والعق أو

والمشتري. قال في التحرير - بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان أو مشترياً -: «ولا يسقط الخيار بالتصرف مع إمكان الرد»، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم، وبين فكّ الملك كالتعق والوقف، وبين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاء، بل ويعمّ التلف. وعن جماعة: تخصيص العبارة بالمشتري. فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا يُعرف له وجه، إلا أن يبنى على مخالفته لمعوم دليل الخيار، أعني نفي الضرر، فيقتصر على مورد الإجماع. ثم إن ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد، وظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرح به جماعة:

من قبيل إيجاد المانع عن رد العين كالاستيلاء أو كان من تلف العين - فلا يفرق بين كون المغبون هو المشتري أو البائع.

وعن جماعة اختصاص سقوط الخيار بالتصرف المزبور بما كان المغبون هو المشتري، ولم يعلم وجه لذلك إلا أن يقال: سقوط خيار المغبون بالتصرف حال جهله بغبته مخالف لمقتضى الخيار الثابت بقاعدة نفي الضرر، فيقتصر في مخالفة دليل الخيار بمورد اليقين وهو المشتري.

وأما إذا كان المغبون هو البائع فيكون له الخيار بعد ظهور غبته، وبعد فسخه البيع يردّ الثمن إلى المشتري ويأخذ منه بدل المبيع مثلياً كان أم قيميّاً.

أقول: قد تقدم أنه لا موجب لسقوط الخيار بتصرف المغبون مع جهله بالغبن إلا إذا كان ذلك التصرف بقصد الإغماض عن الخيار على تقدير غبته.

ولا فرق في هذا الإسقاط الفعلي بين كون المغبون بائعاً أو مشترياً، ويؤخذ في غير هذا الفرض بمقتضى الخيار، وهو تعلق الحق بفسخ البيع وبعد فسخه يرجع الغابن إلى بدل ماله.

لا يقال: لو فرض العين بتصرف المغبون تالفاً ويكون فسخ البيع موجباً لانحلاله

من أن الناقل الجائر لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير والوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلاً، وهو حسن، لعموم نفى الضرر، ومجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن. ولو اتفق زوال المانع - كموت ولد أم الولد وفسخ العقد اللازم لعيب أو غبن - ففي جواز الرد وجهان: من أنه متمكن حينئذ، ومن استقرار البيع. وربما يُبينان على أن الزائل العائد كالذي لم يُزل أو كالذي لم يُعد. وكذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد، وعدم الخيار هنا أولى، لأن العود هنا بسبب جديد، وفي الفسخ برفع السبب السابق.

من حين الفسخ لا من الأول فيرجع ما بيد الغابن إلى ملك المغبون ولكن التالف بيد المغبون لا يمكن رجوعه إلى ملك الغابن لأنه من قبيل تملك المعدوم، وكذا إذا انتقل المال بتصرف المغبون إلى الغير بالملك اللازم أو فك الملك فإن لازم انحلال البيع بفسخ المغبون انحلال التصرف المزبور أيضاً، وكيف يرجع الغابن في جميع ذلك إلى بدل ماله.

فإنه يقال: للتالف في اعتبار العقلاء جهات خصوصية عينية وجهة نوعية وجهة ماله، ويكفي في فسخ المعاملة الجارية على الشخص إمكان رد ذلك الشخص ولو ببعض جهاته فيكون رده في جهتي نوعيته وماليته فيما كان مثلياً وبجهة ماليته فيما إذا كان قيمياً كما أوضحنا ذلك في التكلم في معنى حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(١)</sup> وتعلق الخمس والزكاة بالعين بنحو الإشاعة في المالية.

وكذا الحال فيما إذا كان تصرف المغبون موجباً لعدم إمكان رد الخصوصية كالاستيلاء أو انتقال ذلك المال إلى الآخر أو فك الملك.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

وفي لحوق الإجارة بالبيع قولان: من امتناع الردّ، وهو مختار الصيمري وأبي العباس، ومن أنّ مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك، وهو المحكي عن ظاهر الأكثر.

والحاصل: أنّه كلما كانت العين على ملك المغبون ولم يكن مانع عن ردّها إلى الغابن فيستحق الغابن بالفسخ تلك العين، وإلا يأخذ البدل ولا فرق في ذلك بين عدم خروجها عن ملك المغبون أصلاً أو رجوعها إليه بعد خروجها، حيث إن الرد بالسبب السابق بعد الفسخ والمفروض كونه حلاً للبيع من حينه لا من الأصل.

ثم بناءً على كون تصرف المغبون مع جهله بالحال مسقطاً لخياره، فلا يسقط خياره بالتصرف الذي يخرج به المال عن ملكه، ولكن لا بنحو اللزوم، لأن الدليل على مسقطية التصرف هو عدم إمكان رد العين، ويمكن للمغبون بعد علمه بغبنه رد العين ولو بفسخ ذلك الناقل.

وبهذا يظهر الحال في التصرف الذي لا يخرج به العين عن ملك المغبون فعلاً، كما في تدبير العبد أو الوصية بما انتقل إليه حيث يكون فسخ البيع بعد ظهور الغبن إبطاً للتدبير والوصية، بل يمكن أن يقال: بعدم سقوط خيار الغبن فيما إذا ارتفع المانع عن الرد بموت ولد أم الولد أو حصول الفسخ في الناقل اللازم بعيب أو فسخ بالإقالة. فإنّه مع ارتفاع المانع أو حصول الفسخ المزبور يمكن للمغبون مع ظهور غبنه رد ما انتقل إليه واسترداد ماله.

وربما يبني بقاء خيار الغبن وسقوطه بحصول الفسخ في النقل على أنّ الزائل العائد أي ملك المغبون ما انتقل إليه الذي زال وعاد كالذي لم يعد، وكذا الكلام فيما إذا رجع الملك إلى المغبون بناقل جديد.

ويمكن القول بسقوط خيار الغبن في الفرض لأن هذا التملك بسبب جديد

ولو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجّه الردّ، وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

وفي لحوق الامتزاز مطلقاً أو في الجملة [١] بالخروج عن الملك وجوؤه، أقواها للحقوق، لحصول الشركة، فيمتنع ردّ العين الذي هو مورد الاستثناء، وكذا لو

لا زوال للسبب الأول ليقال مقتضى زواله كأنه لم يحصل.

وهل إجارة المغبون العين المشتراة كالنقل اللازم في كونها مسقطه لخياره أو أنه له الخيار فيفسخ البيع بعد ظهور غبنه فيرجع إلى ملك الغابن، كما يرجع الغابن إلى عوض المنفعة الفائتة بالإجارة، ولو ظهر الغبن بعد انقضاء مدة الإجارة فلا تكون الإجارة السابقة مسقطه لخيار الغبن لإمكان الرد.

[١] ولو فرض امتزاز ما انتقل إلى المغبون بغيره من ماله، فإن كان الامتزاز المزبور موجباً لاستهلاكه أو خروجه مع غيره إلى شيء ثالث، كما في إلقاء الملح في الطعام أو امتزاز الخل بالعسل، فهذا القسم من الامتزاز يوجب سقوط خياره، بل يسقط خياره بالامتزاز، ولو كان بمثله لأن حصول الشركة بالفسخ مانعة عن رد العين وجواز ردها هو الثابت في مورد الغبن على ما تقدم.

أقول: هذا بناءً على اعتبار الرد المزبور في جواز فسخ المغبون، وأما بناءً على ما ذكرنا من تعلق الخيار بالعقد ولا يعتبر فيه بقاء العوضين فإن كان فسخ المغبون العقد بعد الامتزاز وظهور الغبن فهل يرجع الغابن إلى بدل ماله أو أنه يحصل الشركة بالفسخ المزبور، ولا يستحق الغابن إلا مطالبة المغبون بالقسمة فليل أنه يحسب الإمتزاز تلفاً سواء كان موجباً لاستهلاك المال أو خروجه إلى ثالث، أو كان الامتزاز بمثله لأن ما جرى العقد عليه لا يمكن رده فيرجع إلى بدله.

أقول: الظاهر أنّ الامتزاز الموجب للاستهلاك كذلك، وأما في غيره فيحصل

تغيرت العين بالنقص، ولو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطي بناءً على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل. هذا كله في تصرف المغبون.

الشركة بحسب المالية، كما في خروجه بالإمتزاج إلى ثالث، أو مزجه بالأردأ أو الأجد، وفي الامتزاج بمثله يحصل الشركة بحسب الكمية، وذلك أن الامتزاج لو كان موجباً لتلف المال مطلقاً لجاز للمغبون التصرف في المال الممزوج بعد الفسخ، ولو قبل أداء البدل، لأن المال الموجود خارجاً ليس ملكاً للغابن والمغبون معاً على الفرض.

وما ذكر في مورد تلف العين حقيقة من عدم جواز تصرف الضامن في بقايا العين الخارجية قبل أداء البدل لا يجري في المقام فلاحظ.

وأيضاً يلزم أن يكون المال الممزوج بلا مالك فيما إذا حصل الامتزاج بفعل شخص ثالث، فإنه باعتبار كون المزج تلفاً للمالين فيضمن المال لكل منهما ولا يحصل ملك الضامن إلا بدفع البدل كما لا يخفى.

وأما إذا كان تصرف المغبون موجباً لنقص ما انتقل إليه أو حصل هذا النقص بنفسه بكون حصوله موجباً لسقوط خيار المغبون عند المصنف ولا يكون عندنا موجباً للسقوط، غاية الأمر على المغبون بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل في تلك العين. ومن العجب أن ظاهر المصنف رحمته الجزم بسقوط خيار المغبون بالنقص هنا، واحتمل عدم سقوط خيار المغبون بإجارة العين مع أن إجارتها نقص في منفعة العين كما لا يخفى.

وأما إذا كان التغير في العين بالزيادة فمع كونها حكماً فلا يسقط الخيار عند المصنف رحمته بخلاف ما إذا كانت عينية فقط أو مع الحكمية، فإنه مع حصول الشركة بالفسخ لا يمكن رد العين المعتبر في بقاء الخيار.

وأما تصرف الغابن، فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، [١] وحينئذٍ فإن فسخ ووجد العين خارجةً عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللزوم، ففي تسلطه على إبطال ذلك من حينها أو من أصلها - كالمرتهن والشفيع - أو رجوعه إلى البذل، وجوة:

من وقوع العقد في متعلق حق الغير، فإن حق المغبون ثابت بأصل المعاملة الغبنية، وإنما يظهر له بظهور السبب فله الخيار في استرداد العين إذا ظهر السبب، وحيث وقع العقد في ملك الغابن، فلا وجه لبطلانه من رأس.

ومن أن وقوع العقد في متعلق حق الغير يوجب تزلزه من رأس - كما في بيع الرهن - ومقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لامن المشتري الثاني.

[١] إذا فسخ المغبون البيع بعد ظهور الغبن ووجد عين ماله أنه قد تصرف فيه الغابن بتصرف ناقل لازم أو فك ملك، فهل يستحق المغبون مطالبة الغابن بالبدل أو أنه يكون مسلطاً على إبطال ذلك التصرف من أصله، كما في تسلط المرتهن على إبطال بيع الراهن عين المرهونة، وتسلط الشفيع على إبطال بيع من عليه الشفعة الحصاة من آخر أو أن المغبون يكون مسلطاً على إبطال تصرف الغابن من حين فسخه البيع، فيصح ذلك التصرف من الغابن إلى زمان حصول فسخ البيع ذكره ﷺ لكل من الاحتمالات الثلاثة وجهاً.

وقال - في وجه تسلط المغبون على إبطال ذلك التصرف من أصله -: إن العين بيد الغابن كان متعلقاً بحق المغبون فيكون تصرف الغابن متزلزلاً من الأول، كما في بيع الراهن العين المرهونة، ولأن المغبون بفسخ البيع الواقع بينه وبين الغابن يتلقى العين من الغابن، ولازم ذلك انحلال تصرف الغابن من أصله وإلا يكون تلقي المغبون العين



ومن أنه لا وجه للتلزل، إِمَّا لَأَنَّ التَّصَرَّفَ فِي زَمَانِ خِيَارٍ غَيْرِ الْمُتَصَرِّفِ صَحِيحٌ لَازِمٌ - كَمَا سَيَجِيءُ فِي أَحْكَامِ الْخِيَارِ - فَيَسْتَرَدُّ الْفَاسِخُ الْبَدَلَ، وَإِمَّا لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْخِيَارِ قَبْلَ ظُهُورِ الْغَبْنِ فِعْلًا عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ مِنْ تَصَرُّفٍ مِّنْ عَلَيْهِ الْخِيَارِ، كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْجَمَاعَةِ هُنَا وَفِي خِيَارِ الْعَيْبِ قَبْلَ ظُهُورِهِ، فَإِنَّ غَيْرَ وَاحِدٍ مِّمَّنْ مَنَعَ مِنْ تَصَرُّفٍ غَيْرِ ذِي الْخِيَارِ بَدُونِ إِذْنِهِ أَوْ اسْتِشْكَالِهِ فِيهِ حَكْمٌ بِلِزُومِ الْعُقُودِ الْوَاقِعَةِ قَبْلَ ظُهُورِ الْغَبْنِ وَالْعَيْبِ. وَهَذَا هُوَ الْأَقْوَى، وَسَتَأْتِي تَمَّةٌ لِّذَلِكَ فِي أَحْكَامِ الْخِيَارِ. وَكَذَا الْحَكْمُ لَوْ حَصَلَ مَانِعٌ مِنْ رَدِّهِ كَالِاسْتِيلَادِ، وَيَحْتَمَلُ هُنَا تَقْدِيمَ حَقِّ الْخِيَارِ، لِسَبَبِهِ عَلَى الْاسْتِيلَادِ. ثُمَّ إِنَّ مَقْتَضَى مَا ذَكَرْنَا جَرِيَانَ الْحَكْمِ فِي خُرُوجِ الْمَبِيعِ عَنِ مَلِكِ الْغَابِنِ بِالْعَقْدِ الْجَائِزِ، لِأَنَّ مَعْنَى جَوَازِهِ تَسَلُّطُ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ عَلَى فِسْخِهِ،

ممن انتقل إليه عن الغابن.

وفي وجه تسلط المغبون على إبطال التصرف المزبور من حين فسخه البيع الأول: أن التصرف المزبور قد وقع من الغابن في ملكه وحق المغبون بفسخ البيع يحصل حين ظهور الغبن فلا وجه لبطلان ذلك التصرف إلا من حين حصول فسخ الأول.

وفي وجه رجوع المغبون بالبدل من غير أن يكون فسخه موجباً لانفساخ تصرف الغابن من أصله، أو من حين الفسخ، أن الخيار باعتبار عدم تحققه إلا بعد ظهور الغبن لا يمنع عن نفوذ ذلك التصرف.

ولذا ذكر غير واحد من الأصحاب<sup>(١)</sup> من المانعين عن تصرف من عليه الخيار في المال الذي انتقل إليه بلا رضا ذي الخيار، إن تصرف الغابن قبل ظهور الغبن للمغبون وتصرف من عليه الخيار قبل ظهور العيب للمشتري لازم باعتبار وقوع ذلك التصرف

(١) انظر المذهب البارع ٢: ٢٧٧، وجامع المقاصد ٤: ٢٩٥، والمسالك ٣: ٢٠٦، وغيرها.

أما تسلط الأجنبي وهو المغبون، فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً. وفي المسالك: لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار، أُلزم بالفسخ، فإن امتنع فسّخه الحاكم، فإن امتنع فسّخه المغبون. ويمكن النظر فيه: بأن فسّخ المغبون إمّا بدخول العين في ملكه، وإمّا بدخول بدلها. فعلى الأول، لاحتاجة إلى الفسخ حتى يتكلّم في الفاسخ. وعلى الثاني، فلا وجه للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره. اللهم إلا أن يقال: إنه لامنافاة، لأنّ البدل المستحقّ بالفسخ إنّما هو للحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك إنّما يتمّ مع كون العين على ملك المغبون، وأمّا مع عدمه وتملّك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

في زمان لا يكون فيه للمغبون أو مشتري المعيوب خيار.

واختار رحمته هذا الوجه وإن لزوم تصرفات الغابن ورجوع المغبون إلى بدل ماله بعد ظهور الغبن وفسخه هو المتعين.

أقول: قد تقدم عدم تعلق الخيارات، ومنها خيار الغبن الا بالعقد لا بالعوضين. وعليه فلا بأس لمن عليه الخيار التصرف فيما انتقل إليه بتصرف ناقل أو غيره، وبفسخ من له الخيار يكون السبب السابق على البيع موجباً لرجوع مالية ذلك المال إلى الفاسخ في ضمن القيمة أو المثل.

وبهذا يظهر الحال في استيلاء الغابن الأمة المشتراة من البائع المغبون، فإن البائع بعد ظهور الغبن وفسخه البيع يرجع إلى قيمتها كما هو مقتضى عدم جواز تملكها لغير مولاها، كما أنه لو وجد المغبون بعد فسّخ البيع العين قد انتقلت إلى الآخر بنقل جائز لا يجوز له فسّخ ذلك النقل، لأنه أجنبي بالإضافة إلى ذلك النقل وإنما يكون جوازه بالإضافة إلى الغابن.

ثمّ على القول بعدم وجوب الفسخ في الجائز، لو اتّفق عود الملك إليه لفسخ - في العقد الجائز أو اللازم - فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب ردّ العين، وإن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب ردّه، لعدم الدليل بعد تملك البدل. ولو كان العود بعقدٍ جديدٍ فالأقوى عدم وجوب الردّ مطلقاً، لأنّه ملكٌ جديد تلقّاه من مالكه، والفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

وأيضاً لا يجب على الغابن فسخ ذلك النقل وإن طالبه المغبون، لأنّ العين لا تدخل بفسخ المغبون في ملكه. وإنما يكون له ماليتها على ما تقدم. وإنما العين للمغبون فيما إذا كانت حين الفسخ أو بعده في ملك الغابن بانحلال النقل الجائز، أو اللازم، لا ما إذا انتقلت إلى الغابن بتملك جديد، فان مع الملك الجديد لا يكون السبب السابق على بيع المغبون موجباً لرجوع تلك العين إلى ملك المغبون، بل يرجع إليه بماليتها، كما ذكرنا.

وبتعبير آخر: السبب السابق على بيع المغبون مع انحلال تصرف الغابن في العين يوجب رجوع تلك العين إلى ملك المغبون بفسخه، وإذا كان رجوع العين إلى ملك الغابن بملك جديد لا بمقتضى البيع الغبني الذي فسخه المغبون فلا يكون السبب السابق على بيع المغبون مقتضياً لرجوعها إلى ملك المغبون.

ودعوى أنّ البدل الذي ملكه المغبون بالفسخ من قبيل بدل الحيلولة عن العين، ومع تمكن الغابن على إرجاع تلك العين إلى المغبون يتعين عليه ذلك لا يمكن المساعدة عليها أولاً: لعدم الأساس لبذل الحيلولة. وثانياً: أن المقام ليس من ذلك البدل لأن بدل الحيلولة ينحصر بما إذا كان المبدل باقياً على ملك المضمون له. وفي المقام لا يمكن أن تكون العين باقية على ملك المغبون فإنه قد تصرف الغابن في تلك العين بتصرف مخرج له عن ملكه مع عدم انحلال ذلك التصرف.

ولو تصرف الغابن تصرفاً مغتبراً للعين، فإما أن يكون بالنقص أو بالزيادة أو بالامتزاج. فإن كان بالنقص: فإما أن يكون نقصاً يوجب الأرش [١]، وإما أن يكون ممّا لا يوجبه.

فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأنّ الفاتت مضمونٌ بجزءٍ من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوض، فيتدارك الفاتت منه ببدله، ومثل ذلك ما لو تلف بعض العين.

وظاهر المصنف رحمته أنه لو كان انحلال تصرف الغابن وعود العين إلى ملكه بعد فسخ المغبون فلا يستحق أيضاً المغبون المطالبة بالعين لأنّ المغبون بفسخه البيع قد تملك البديل على الغابن.

وفيه ما تقدم من أن الفسخ لا يوجب إلا انحلال الناقل، والسبب السابق على ذلك الناقل يقتضي عود المالكين إلى مالكما الأصليين مع بقاء العينين وعدم وجود ناقل آخر غير منحل، ولا منع أن يقتضي السبب السابق على بيع المغبون عود القيمة إلى ملك المغبون قبل انحلال تصرف الغابن ثمّ عود تلك العين بعد انحلاله فيما إذا لم يأخذ المغبون قيمة العين قبل ذلك.

وأما مع أخذه القيمة لا يقتضي السبب السابق شيئاً لسقوط ما للمغبون بأخذه القيمة، كما لا يخفى.

[١] يحتمل أن يكون مراده رحمته من النقص الموجب للأرش فقد وصف الصحة، أو وصف الكمال.

الأول: كما في قطع الثوب.

والثاني: كما في سقوط الحيوان عن السمن الذي كان عليه حال العقد، فإنّ المغبون بعد فسخه يرجع بالعين مع أرش التفاوت.

وإن كان ممّا لا يوجب شيئاً، ردّه بلا شيءٍ. ومنه ما لو وجد العين مستأجرة، فإنّ على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضي مدّة الإجارة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقيّة المدّة بعد الفسخ، لأنّ المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخلّلة بين العقد والفسخ، فهي ملكٌ للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة

والمراد بالنقص غير الموجب للأرش ما كان النقص خارجياً، ولكن لا يختلف القيمة بذلك النقص، كما إذا أخذ من بعض شعر الفرس المشتري ونحو ذلك، فإن المغبون بعد فسخ البيع يرجع بالعين من غير أن يرد عليه شيء، لأن النقص المزبور لم يوجب اختلافاً في القيمة.

وتعليل الأرش في النقص الموجب للاختلاف في القيمة بما ذكر من أنّ مع الفسخ قد رجع تمام العوض إلى الغابن، فيرجع تمام المعوض إلى المغبون فيكون تلف الوصف بيد الغابن كتلف الجزء بيده، فيتدارك الجزء التالف أو الوصف التالف بالبدل لا يخلو عن المناقشة كما يأتي.

ولكن الظاهر أنّ مراده بالنقص الموجب للأرش تلف وصف الصحة، فإن هذا الوصف هو المعروف بموجب الأرش في البيع، والمراد من غير الموجب له تلف وصف الكمال.

وعلى ذلك فيرد عليه: أنّ ضمان وصف الصحة ليس باعتبار وقوع العوض بإزاء العين ووصف صحتها ليلزم من رجوع تمام العوض إلى ملك الغابن رجوع تمام المعوّض إلى ملك المغبون، بل وصف الصحة كأوصاف الكمال لا يقابلها شيء من العوض، وإنما تكون موجبة لزيادة العوض المبدول بإزاء نفس الموصوف.

ولذا لا يكون ظهور العيب في المبيع كاشفاً عن بطلان البيع في بعض الثمن، وإلا لم يكن فرق بين وصف المبيع وجزئه.

تابعةً للملك المطلق، فإذا تحقّق في زمانٍ مَلَكَ منفعةَ العين بأسرها. ويحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدّة، لأنّ ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزلٌ، وهو الذي جزم به المحقّق القمّي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع. وفيه نظرٌ، لمنع تزلزل ملك المنفعة.

والحاصل: أنّه لا فرق بين وصف الصحة ووصف الكمال في أنّ الموجب للضمان فيهما أمر واحد وهو جريان يد الغابن على المال بذلك الوصف، حيث إن الضمان مادام البيع معاوضي ولا يدخل فيه الوصف، وبعد انحلال البيع الضمان لليد وهو يعم وصف الصحة ووصف الكمال معاً.

لا يقال: إذا كان حصول النقص في العين بعد فسخ المغبون فلا ينبغي الريب في ضمان الغابن ذلك الوصف باعتبار كون المال الذي بيده ملكاً للغير، فيضمن تلف وصفه سواء كان بفعله أو فعل الغير أو بحصوله بأمر سماوي، وأما إذا كان حصوله قبل فسخ المغبون فلا موجب لضمان الغابن، لأن انحلال البيع يكون من حين الفسخ ولا وصف للعين في ذلك الحين ليجري عليه يد الغابن.

فإنه يقال: قد تقدم أن البيع الواقع على شيء مع الوصف له بقاء يتعلق الفسخ بذلك البيع فيرجع المبيع في ذلك الوقت إلى ملك الفاسخ بالسبب السابق على البيع. وإن كان مبدأ الرجوع حين الانحلال فيرجع الباقي بعينه والتالف يبدله وماليته، كما ذكرنا سابقاً.

ولو كان انحلال البيع من حين الفسخ موجباً لعدم ضمان الوصف الفائت قبل ذلك لزم عدم المعنى للفسخ فيما إذا تلف العين بيد الغابن قبل فسخ المغبون. وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما لو وجد المغبون العين بعد فسخه مستأجرة، فإن المصنف رحمته وإن ذكر رجوع المغبون بتلك العين مع بقاء الإجارة بحالها، ولا يستحق

نعم، ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفاضل لأجل اختلاف المتبايعين: أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجرة للمشتري المؤجر ووجب عليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ، وقرره على ذلك شرح الكتاب، وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

على الغابن أو المستأجر شيئاً لأن المنفعة التي ملكها الغابن للمستأجر كانت من الزوائد المنفصلة التي استوفها الغابن، ويأتي كون تلك الزوائد للغابن من غير أن يوجب عليه ضماناً.

واحتمال بطلان الإجارة بالإضافة إلى المدة الباقية، كما يظهر من المحقق القمي رحمته الله بدعوى أن ملكية المنفعة للغابن كانت متزلزلة غير صحيح، لأنه يكفي في صحة الإجارة كون المؤجر مالكا في زمان الإجارة المنفعة التي يملكها للمستأجر، وهو حاصل في المقام إلا أن الإجارة المزبورة يوجب النقص في العين بحيث تختلف قيمة العين مع ملاحظة الإجارة المزبورة عن قيمتها بدونها، ولذا يكون على الغابن الأرش دون أجرة المثل للمدة الباقية.

والمنافع التي لا يوجب الأرش على الغابن هي التي حدثت في ملكه، وأما إذا كانت حال البيع وأوجب استيفائها نقصاً في قيمة العين فهي داخله في الضمان، ويجب على الغابن أرش نقص القيمة.

وما ذكره العلامة رحمته الله <sup>(١)</sup> في مسألة التفاضل للاختلاف - من أنه يكون على المشتري المؤجر أجرة المثل للمدة الباقية - غير صحيح، فإن المغبون مع الفسخ أو التفاضل يرجع إلى صاحبه بالأرض لا بأجرة المثل.

وإن كان التغيير بالزيادة: فإن كانت حُكْمِيَّةً محضة [١] كقسارة الثوب وتعليم الصنعة، فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوم العين معها ولا معها وتؤخذ النسبة. ولو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة فالظاهر عدم شيءٍ

وتفرقة المصنف رحمته بين فسخ المغبون والتفاسخ، لا يرجع إلى محصل، فتدبر جيداً.

[١] إن كانت الزيادة محضة، والمراد بها عدم تحقق شيء يكون بإزاء الزيادة في مقابل ما يكون بإزائها في الخارج عين، كغرس الشجر في أرض اشتراها من بائع مغبون، فإن كانت تلك الزيادة الحكمية موجبة لزيادة قيمة العين يكون فسخ المغبون موجباً لاشتراك الغابن مع المغبون بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوم العين مع تلك الزيادة وتقوم بدونها فيحصل الاشتراك بتلك النسبة، كما إذا قيل: «إن العين معها يساوي مئة درهم، وبدونها ثمانين» فيشترك الغابن مع المغبون بالخمس.

وأما إذا لم يوجب تلك الزيادة تفاوتاً في القيمة فترجع العين إلى ملك المغبون بالفسخ، ولا يكون عليه ضمان عمل الغابن، فإن عمله حصل في العين حال كونها ملكاً، وعمل الشخص في ماله غير مضمون على أحد.

وعن النائيني رحمته (١): أن الاشتراك فيما إذا كانت الزيادة بفعل الغابن بأن يكون عمله علة تامة لتلك الزيادة. وأما إذا كانت بفعل الله ولو كان بعض معداته من الغابن كتعليف الدابة وإشربها بالاضافة إلى حصول سمنها أو لم يكن بفعل أحد كاشتداد حموضة الخل بيد الغابن فلا وجه لحصول الشركة، فإن الحاصل خارجاً أمر يتبع العين في الملك خروجاً ودخولاً، فإن من ملك العين ملك سمنها بخلاف ما إذا كانت حاصلة

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٤٨.



لمحدثها، لأنه إنما عمل في ماله، وعمله لنفسه غير مضمونٍ على غيره، ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين.

بفعل الغابن كصيغ الثوب، فإن الصيغ من حيث كونه من فعل الغابن ملك له.

أقول: الظاهر عدم الفرق في جميع فروض الزيادة الحكمية في أن العين بعد فسخ المغبون تكون ملكاً له من غير اشتراك في العين أو القيمة، حيث إنه لا يمكن التفكيك بين العين ووصفه في الملك بأن تكون العين ملكاً لأحد ووصفها ملكاً لآخر، ولو لم يكن فعل الغابن إلا موجباً لحصول الوصف في العين فالوصف يتبع العين في الملك دخولاً وخروجاً.

وأما نفس العمل فالمفروض حصوله في العين حال كونها ملكاً للغابن والشخص عمله في ماله غير مضمون على الآخر، كما تقدم، وإنما يضمن فيما إذا وقع في مال الغير مع الأمر به أو المعاملة عليه كما لا يخفى.

ثم إن ظاهر المصنف رحمته الله كون الشركة مع الزيادة الحكمية وشبهها شركة عينية، ولكن هذه الشركة باطلة جزماً، فإنَّ لازمها أن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في العين حتى بعد فرض زوال تلك الزيادة، كما إذا زال سمن الدابة أو زال لون المبيع.

ولذا وجه السيد اليزدي رحمته الله (١) الشركة بالشركة في المالية: بأن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في القيمة مادامت تلك الزيادة باقية، فتزول الشركة بعد ذلك الوصف. أقول: لازم ذلك، الالتزام بالشركة في المالية فيما إذا زادت القيمة السوقية للمبيع بيد الغابن، كما إذا كان قيمته السوقية وقت البيع مأتين وصارت في ملك الغابن قبل فسخ المغبون ثلاثمائة، فيلزم أن يشترك الغابن مع المغبون في المالية بالثلث مادامت

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٥٥٦.

ولو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس [١]: ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرض، كما اختاره في المختلف في الشفعة. أو عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور، فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري. أو تسلطه عليه مع الأرض كما اختاره في المسالك هنا وقيل به في الشفعة والعارية، وجوه: من أن صفة كونه منصوباً المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلاحق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله، وكان ماله في تلك الأرض أزيد قيمة، مضافاً إلى ما في المختلف في مسألة الشفعة: من أن الفاتئ لما حدث في محل مُعرض للزوال لم يجب تداركه. ومن أن الغرس المنصوب الذي

القيمة السوقية كذلك، وكما أن القول بهذه الشركة غير صحيح، لأن القيمة تابعة لملك العين كذلك في الزيادة الحكمية على ما تقدم.

وبالجملة لا يمكن بحسب اعتبار العقلاء التفكيك بين الموصوف ووصفه في الملكية بأن يكون الموصوف ملكاً لشخص ووصفه ملكاً لآخر. وإنما يمكن التفكيك فيما إذا كانت للزيادة عينية يمكن فصلها على العين كاللبن المكوّن في ضرع الحيوان بين العقد وفسخه.

وعلى ذلك فلو سمن الحيوان بيد المشتري الغابن ولو بتعليفه يكون فسخ البيع موجباً لرجوعه إلى ملك المغبون من غير موجب لشركة الغابن فيه.

ومما ذكرنا، يظهر أن لو كان لفعل الغابن أثر يوجب زيادة قيمة العين فلا يوجب ذلك الاثر حصول الشركة بالفسخ، ولو كان فعل الغابن علة تامة بالاضافة إلى ذلك الأثر كما تقدم.

[١] إذا كانت الزيادة عينية محضة يمكن فصلها عن المبيع كالغرس والزرع فيقع الكلام في أنه هل يجوز للمغبون قلع الغرس بلا أرض للغابن كما ذكره العلامة في

هو مالٌ للمشتري مألٌ مغايرٌ للمقلوع عرفاً، وليس كالمحتاج الموضوع في بيتٍ بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله ﷺ: «ليس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ» فيكون كما لو باع الأرض المغروسة. ومن أن الغرس إنما وقع في ملكٍ متزليزٍ، ولا دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء، وقياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ إيجارها ولا تغرم لها أجرة المثل فاسدٌ، للفرق بتملك المنفعة في تمام المدّة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المستحقّ هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض.

المختلف في الشفعة<sup>(١)</sup> فيما إذ وجد الشفيع الصفقة مغروسة بيد المشتري، أو أنه لا يجوز له القلع أصلاً بل عليه الصبر إلى فناء الغرس فيكون له مطالبة الأجرة على بقاء الغرس في أرضه، كما ذكروا ذلك فيما إذا أفلس مشتري الأرض بعد غرسها فإنّ لبانعها الرجوع إلى الأرض، ولا يجوز له قلع الغرس بل يضرّب أجرة بقائه مع سائر الغرماء، أو أنه يجوز له القلع مع أرش الغرس كما عن المسالك في المقام<sup>(٢)</sup>، وفي غرس المستعير الأرض المستعارة، فيكون الاحتمالات في المسألة ثلاثة:

وذكر في وجه الأول: أنه بفسخ المغبون ترجع الأرض إلى ملكه فيكون الغرس المملوك للغابن نظير مال الغير في المكان المملوك للغير في أن لمالك المكان مطالبة مالك المال بإفراغه حتى فيما كان الإفراغ موجباً لتنزل قيمة ذلك المال.

وفي وجه الثاني: أنه لا يقاس غرس الأرض المرجوعة إلى ملك المغبون بالمال الموجود في مكان مملوك للغير، وذلك فإن المال المزبور بعد نقله إلى مكان آخر هو ذلك المال ولو مع تنزل قيمته السوقية بالنقل، بخلاف الغرس فإن المغروس بما هو

(١) راجع المختلف ٥: ٣٥٦.

(٢) لم نعثر عليه في المسالك، نعم صرح به في الروضة ٣: ٤٦٩.

فالتحقيق: أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر ولا عليه له، فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طم الحفر، وإن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس، أعني تفاوت

شجر ملك للغابن ووصف كونه منصوباً مقوم له، وبعد قلعه لا يكون شجراً. وإذا كان الغرس بما هو منصوب وشجر ملكاً للغابن يكون قلعه إتلافاً لذلك المال، فلا يجوز كما يقتضيه مفهوم قوله ﷺ: «ليس لعرق الظالم حق»<sup>(١)</sup>، حيث إن المفهوم لعرق غير الظالم حق فيكون لمالك الغرس حق البقاء، ولو مع الأجرة لمالك الأرض.

وفي وجه الثالث: إن كون الشجر ملكاً للغابن لا يوجب استحقاقه إبقاء الغرس على أرض الغير ولا يوجب أيضاً قياس الغرس ببقاء إجارة الغابن الأرض التي اشتراها، الذي تقدم فيه أنه مع رجوع الأرض إلى ملك المغبون تبقى إجارتها بحالها. والوجه في عدم القياس أن منفعة الأرض بعد كونها ملكاً لمؤجرها تدخل بالإجارة في ملك مستأجر الأرض بخلاف استحقاق الغرس في زمان فإنه لا يوجب استحقاق بقاءه.

واختار المصنف رحمه الله الوجه الأخير، وأضاف أنه كما لا يكون لصاحب الغرس حق في الأرض، كذلك لا يكون لمالك الأرض حق في الغرس فلكل منهما ماله، غاية الأمر أنه إذا أراد صاحب الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس أي تفاوت قيمة الشجر منصوباً على الأرض وبين قيمته مقلوعاً كما أنه إذا أراد صاحب الغرس القلع وأوجب

(١) عوالي اللآلي ٢: ٢٥٧، الحديث ٦، رواه في الوسائل ١٩ و ٢٥: ١٥٧ و ٣٨٨، الباب ٣٣ من كتاب الإجارة و ٣ من كتاب الغصب، الحديث ٣ و ١ عن الصادق عليه السلام.

ما بين كونه منصوباً دائماً وكونه مقلوعاً. وكونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً على عدم تسلّطه على قلعه، لأنّ المال هو الغرس المنصوب، ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاصّ له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

ذلك الحفر في الأرض فعليه طم الحفر.

لا يقال: كون قيمة الغرس بما هو شجر ومنصوب مملوكاً للغابن مقتضاه استحقاقه بقاء الغرس على الأرض.

فإنه يقال: قيمة الغرس شجراً، وقيّمته مقلوعاً تختلفان فإنه بالقلع قد يلحق بالحشيش أو الحطب، بخلاف كونه منصوباً وبما هو شجر فإن له قيمة، وإن لم يكن مالكة مستحقاً لإبقائه في تلك الأرض، ولذا ربما تقدم مالك الأرض لاشرائه، ولا يباع منه بقيمة الحشيش أو الحطب.

وحاصل ما ذكر: تفاوت قيمة الغرس منصوباً مع استحقاق القلع لمالك الأرض وقيّمته مقلوعاً، هو الأرض لا ما يظهر من المصنف عليه السلام، من تقويم الغرس مع ملاحظة نصبه دائماً مع قيمته مقلوعاً، فإن لحاظ كونه منصوباً دائماً هو عبارة أخرى عن فرض استحقاق مالك الغرس إبقائه ولو مع الأجرة لمالك الأرض.

أقول: غرس الأرض المشتراة لا تكون كإجارتها إلى مدة حيث تقدم أن مع فسخ البائع المغبون لا تبطل الإجارة المزبورة، وأن الإجارة استيفاء لمنفعة الأرض الموجودة حال البيع بعد دخول تلك المنفعة في ملك المشتري تبعاً لملك العين، غاية الأمر يكون للبائع بعد فسخ البيع المطالبة بأرش النقص الحاصل في المبيع في يد المشتري، بخلاف غرس المشتري الأرض بعد اشترائها، لأن الغرس استعمال الأرض بغرسها مادام الغرس، لا مادام يصلح المغروس للعمر بحسب نوعه أو صنفه وجواز

ويبقى الفرق بين ما نحن فيه وبين مسألة التفليس، حيث ذهب الأكثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الأرض. ويمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملكٍ متزلزلٍ فيما نحن فيه، فحقَّ المغبون إنَّما تعلَّق بالأرض قبل

استعمال الأرض بالغرس أو نحوه من أثر ملك الأرض.

وبعد رجوعها إلى ملك بايعها بالفسخ ينتهي الجواز المزبور، فلا بد من لبقاء الجواز من موجب آخر، وهو غير حاصل على الفرض بل أصول المغروس يدخل في عنوان عرق ظالم بقاءً.

وبهذا يظهر أنه لا يكون على البائع المغبون أرش كون الغرس منصوباً لأن الأرض يثبت ما إذا كان مالك الغرس مالكاً للنصب المتلف، والمفروض عدم استحقاقه ذلك الوصف بانتهاج البيع بالفسخ ورجوع الأرض إلى مالكيها.

ومما ذكرنا: أنه لا يقاس المقام بما إذا كان للشخص أرض مغروسة وباع الأرض دون غرسها حيث لا يجوز لمشتري الأرض قلع الغرس، بل لا يجوز له مطالبة الأجرة على الغرس، حيث إن المستثنى عن المبيع الغرس بما هو غرس مثبت في تلك الأرض إلى آخر عمره.

ومن هذا القبيل إرث الزوجة من قيمة البناء والغرس دون نفس العرصة، وأعيانها حيث يلاحظ في تقويم البناء والغرس بقائهما على تلك الأرض إلى آخر عمرهما بلا أجره.

كما ظهر عدم الفرق فيما ذكر من عدم الأرش لمالك الغرس بقلعه بين الفسخ بخيار الغبن أو بخيار التفليس أو بالتفاسخ. وإن وصف النصب المتلف لا يستحقه بالفسخ مالك الغرس ليكون على القالع ضمانه.

نعم لو فرض في مقام ضمان القلع كان على الضامن قيمة الغرس، كما يشهد

الغرس، بخلاف مسألة التفليس، لأنَّ سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبهه بيع الأرض المغروسة وليس للمشتري قلعه ولو مع الأرش بلا خلافٍ. بل عرفت أنَّ العلامة رحمته في المختلف جعل التزلزل موجباً لعدم استحقاق أَرْض الغرس.

لذلك موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل اكرتري داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل، فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء، وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء»<sup>(١)</sup>، فإنَّ ظاهر الاستثمار تضمين الغرس وبدونه لا يحتاج إلى أمر صاحب الدار كما لا يخفى.

لا يقال: كيف يجوز لبائع الأرض قلع الغرس بعد فسخ البيع، مع أن جواز القلع حكم ضروري على مالك الغرس وبقاء الغرس مع الأجرة للبائع بعد الفسخ لا يكون ضرراً عليه ليكون المورد من موارد تعارض الضررين، فيكون المورد من قبيل أكل مال الغير في المنحصصة، حيث يجوز ذلك الأكل لحفظ نفسه عن التلف مع ضمان الطعام.

فإنه يقال: بقاء الغرس في الأرض المزبورة في نفسه نقص للأرض المملوكة للغير، حيث ينقص به قيمتها وتدارك ذلك النقص بالأجرة لا يدخل في مورد نفي الضرر.

وجواز أكل مال الغير في المنحصصة مع ضمانه للتزاحم بين وجوب التحفظ على النفس من الهلاك وعدم جواز التصرف في مال الغير، ومقتضى تقديم الأهم، ويكون إتلاف مال الغير موجباً لضمانه.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١٥٦-١٥٧، الباب ٣٣ من كتاب الإجارة، الحديث ١.

ثم إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون [١] مباشرة القلع، أم له مطالبة المالك بالقلع، ومع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه، ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. ويحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك، ولذا قيل فيه بعدم وجوب إجابة المالك الجار إلى القلع وإن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله. هذا كله حكم القلع.

[١] الاحتمالات ثلاثة: الأول: جواز قلع الغرس لمالك الأرض. الثاني: مطالبة الغابن بقلعه، ومع امتناعه عن الإجابة يجبره الحاكم على القلع. الثالث: مطالبة الغابن بالقلع ومع امتناعه عن القلع يقلعه المغبون.

وهذه الاحتمالات للوجوه التي ذكروها فيما إذا دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. ويمكن الفرق بين المسألتين: بأنه لا يجب لمالك الأغصان الإجابة للجار في رد الأغصان، أو قلعها حيث إن دخولها داره لم يكن من فعله بخلاف الغرس في المقام. أقول: الأظهر هو الوجه الأخير لأن مطالبة مالك الغرس بالقلع مقتضى عدم حل التصرف في مال الغير وقلع الغرس تصرف فيه.

نعم مع امتناعه عن الإجابة يسقط احترام ماله نظير امتناع مالك المال عن نقله عن المكان المملوك للغير ولا يختلف الحال في ذلك بين كونه من فعل مالك المال أو بفعل غيره.

وقد يقال: بأنه يجوز لمالك الأرض قلع الغرس ابتداءً، لأن ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير، وإن كان مقتضاه عدم جواز القلع، إلا أن ما دل سلطنة مالك الأرض على الأرض جواز إفراغها عن الغرس، وبعد تعارضهما يرجع إلى أصالة الحل. وكذا يجوز هذا القلع لمالك الغرس ولو مع عدم رضا صاحب الأرض به لأن هذا الجواز مقتضى أصالة الحل أيضاً بعد سقوط دليل السلطنة وعدم جواز حل التصرف



وأما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا [١] من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر - استحقاقه الأجرة على البقاء، لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس، لا بسبب لاحق له. هذا كله حكم الشجر. وأما الزرع: ففي المسالك: أنه يتعين إبقاؤه بالأجرة، لأن له أمداً ينتظر. ولعله لإمكان الجمع بين الحقيين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعيين إبقائه بالأجرة ضرراً على مالك الأرض، لطول مدة البقاء، فتأمل. ولو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه لاستلزام نقص أرضه، فإن كلاهما مسلط على ماله ولا يجوز تصرفه في مال غيره إلا بإذنه، أم لا، لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله؟ وجهان: أقواهما الثاني.

في الأرض المملوكة للغير، ولكن إثبات الإطلاق لسلطنة المالك على التصرف في ماله حتى ما لو استلزم التصرف في مال الغير لا يخلو عن إشكال.

ثم إنه إذا قلع مالك الغرس غرسه وحصل بذلك نقص في الأرض، فعليه أرش طمّ الحفر لأن النقص حصل في الأرض المملوكة للغير بفعله.

ولا يقاس بما ذكرنا من أنه لو حصل بقلع مالك الأرض، الغرس خروج الشجر إلى الحطب أو الحشيش فلا يستحق مالك الغرس الأرش على مالك الأرض لأن وصف النصب المقوم للشجرية لم يكن مملوكاً لمالك الغرس ليكون على القالع ضمانه، كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أن الغرس قد حصل حال كون الأرض ملكاً للغارس ولو كان الغرس المزبور استيفاءً لمنفعة الأرض طول مدة الغرس نظير إجارتها بعد شرائها عن بايع مغبون لكان على الغارس بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل للأرض نظير أرش النقص الحاصل بالإجارة.

ولو كان التغير بالامتزاج: فإمّا أن يكون بغير جنسه [١] وإمّا أن يكون بجنسه.

وأما إذا كان الغرس كما ذكرنا استعمالاً للأرض مادام الغرس، فإن أراد الغابن قلع الغرس وامتنع المغبون عن الإجازة فلا يكون على الغابن أجره، لأن الغرس بقاءً مستند إلى إمسك مالك الأرض وحبس الغرس على مالكه فلا يستحق أجره. وإنما يستحق الأجرة على البقاء فيما إذا امتنع مالك الغرس عن قلعه أو طلب بقاءه لا مجاناً. ويجري ذلك في الفسخ بخيار التفليس أيضاً، وتعليل الاستحقاق - بسبق حق المغبون على الغرس - غير صحيح، بل لا فرق في استحقاقها بين سبق الحق ولحوقه، لأن استيفاء منفعة الأرض المملوكة للغير موجب لضمان تلك المنفعة، إلا إذا كان للمستوفي حق الإستيفاء مجاناً، وهذا الحق لا يحصل للغارس بمجرد حدوث الغرس حال كونه مالكاً للأرض، ثم عادت إلى مالكها الأصلي بخيار الغبن أو بخيار التفليس.

بقي في المقام ما أشار إليه المصنف رحمته من أنه لو أراد مالك الغرس قلعه، فهل لمالك الأرض منعه لكون القلع موجباً لنقص أرضه، أو أنه يجوز لمالك الغرس قلعه، وليس حق المنع لمالك الأرض.

الأظهر هو الثاني، لأن منع مالك الأرض يكون حيساً للغرس على مالكه، فلا يجوز ولا يكون لقاعدة نفي الضرر حكومة، لكون رفع عدم الجواز أيضاً ضرراً على مالك الغرس أو حرجاً عليه.

[١] ذكر رحمته للامتزاج أي امتزاج المبيع بغيره من مال الغابن صوراً:

**الصورة الأولى:** امتزاج المبيع بغير جنسه بحيث يكون المبيع مستهلكاً في الممتزج بالفتح، كما إذا امتزج ماء الورد بالزيت والتزم في ذلك برجوع المغبون بعد الفسخ إلى بدل ماله، باعتبار أن الامتزاج بنحو الاستهلاك لا يوجب الشركة بل يعد المستهلك بالفتح تالفاً.

أقول: هذا بناءً على ما ذكرنا من عدم اعتبار العقلاء وصف الشيء ملكاً لواحد والموصوف ملكاً لآخر واضح.

وأما بناءً على إمكان ذلك وكونه موجباً للإشتراك في المالية فلتوهم حصول الشركة وجه، لأن الوصف الحاصل للزيت بخلط ماء الورد ملك لبائع ماء الورد المغبون.

والمناقشة: بأن الوصف للزيت لم يحصل بماء الورد فقط، بل للإمتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل شخص ثالث، كما ترى.

الصورة الثانية: ما إذا حصل الامتزاج بغير جنسه، ولكن بنحو لا يوجب الاستهلاك بل يصير المخلوط معنوياً بعنوان ثالث غير عنواني الجنسين، كما في امتزاج الخل بالعسل.

وذكره رحمته في هذه الصورة احتمالين أحدهما حصول الشركة في العين بالفسخ بحسب مالية الجنسين، فلو كان الخل المبيع يساوي دينارين والعسل أربعة دنائير يكون الاسكنجين الحاصل ثلاثة أسهم سهمين لصاحب العسل وسهم لصاحب الخل، واحتمل أن يكون الإمتزاج في الفرض أيضاً بحكم التلف لأن المبيع وهو الخل الجاري عليه البيع غير موجود، فينتفي الخيار بانتفاء الخل.

ولكن لا يخفى أن هذا من سهو القلم لأن تلف العين بيد الغابن لا يوجب سقوط الخيار، بل يوجب الرجوع إلى البدل.

وعن المحقق الايرواني رحمته (١): أن الامتزاج في هذه الصورة لو كان موجباً لتلف

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٦، الرقم ٣٣٧.

المال فالمال الآخر أعني العسل أيضاً تالف فيكون الموجود الخارجي أي الاسكنجين بلامالك، ولا يمكن إلا الالتزام بالشركة في العين بحسب المالية.

أقول: تلف الصورة النوعية للمال لا يوجب خروج مادته عن الملك وعلى ذلك فالغابن قبل الفسخ كان مالكاً لكل من الخل والعسل وبعد خروجهما بالامتزاج إلى شيء ثالث يكون ذلك الثالث أيضاً ملكاً له باعتبار ملك مادتهما، وفسخ المغبون يوجب خروج ما جرى عليه البيع بالسبب السابق إلى ملكه.

وبما ان تلك الصورة تالفة وضماتها في المثلي بالمثل، وفي القيمي بالقيمة يكون للمغبون مطالبة الغابن بالمثل أو القيمة، ولكن مادام لم يؤدّ البديل يكون الموجود الخارجي مشتركاً بينهما؛ لحصوله بالمادتين أحدهما بعد الفسخ من بقايا ملك المغبون، ولذا لا يكون للمغبون الامتناع عن أخذ البديل. اللهم إلا أن يقال: إن الثابت في المقام ثبوت حق المطالبة له، ولا يعين حقه في المثل أو القيمة بحيث لا يكون له حق المطالبة بالعين الخارجية، والإغماض عن المثل أو القيمة.

**الصورة الثالثة:** الامتزاج بجنسه المساوي له في الصفات، وقد ذكر المصنف رحمته

في هذه الصورة الاشتراك في العين بحسب الكمية.

ولا يجيء في الفرض أن للمغبون حق المطالبة بما جرى عليه العقد يعني البديل لأن المال المشترك قابل للقسمة الموجبة لرجوع مال بعضه عين ما جرى عليه البيع فيكون أقرب إلى ما جرى عليه العقد من البديل. وبتعبير آخر: لا يعتبر عند العقلاء استحقاق البديل في هذا الفرض.

**الصورة الرابعة:** ما إذا حصل الامتزاج بجنسه، ولكن مع كون المال الأصلي

للغابن أردأ، فقد ذكر المصنف رحمته حصول الاشتراك في الفرض، ولكن احتمل الشركة

بحسب الكمية مع ضمان النقص الحاصل لمال المغبون بالامتزاج فيعطي الغابن للمغبون أرش ذلك النقص.

ولو كان مال المغبون مناً من الحنطة الجيدة يساوي ثلاثة دنانير، وكان للغابن مناً من الرديء يساوي دينارين، وبعد الامتزاج كان المن من الممتزج يساوي دينارين ونصف يعطي للمغبون نصف دينار كما احتمل الشركة بحسب المالية بأن تكون العين الخارجية مشتركة بين الغبن والمغبون بالأحماس ثلاثة أحماس منها للمغبون وخمسان للغابن.

واحتمل الشركة في الثمن بأن تكون مجموع ما في الخارج ملكاً لمجموعهما وبعد بيعها يأخذ المغبون ثلاثة أحماس الثمن والغابن خمسين نظير الشركة المتقدمة في العين الخارجية، بالإضافة إلى وصفه الحاصل بفعل الغابن.

أقول: بما أن أخذ الأرش والاشتراك في العين بحسب المالية يوجب محذور الربا، فالمتعين الاشتراك في المالية، بل لا يبعد ذلك في الصورة الخامسة أيضاً، وهي إذا ما حصل الإمتزاج بالأجود، فإن الاشتراك في العين بحسب المالية فيه محذور الربا بخلاف الاشتراك في الثمن.

نعم مع إمكان الاشتراك في العين بحسب الكمية لا تصل النوبة إلى الاشتراك في القيمة خصوصاً فيما إذا كان الامتزاج بحيث لا يكون معه مائز بين المالين حقيقة كما في امتزاج المايعين، ووصف الجودة التي كانت للمال الأصلي للغابن وإن فرض تلفه في هذه الصورة إلا أنه لا ضمان بالإضافة إليه لحصول الامتزاج بفعله، فلا يجوز له مطالبة المغبون بالأرش، كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أنّ شبهة الربا كما تجري في الاشتراك في العين بحسب المالية

فإن كان بغير الجنس، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة - كما Metzage ماء الورد المبيع بالزيت -، فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته، وإن كان لا على وجه يُعدّ تالفاً - كالخلّ الممتزج مع الأنجيين - ففي كونه شريكاً أو كونه كالمعدوم، وجهان.

كذلك تجري في صورة استحقاق الأرش، ولا تختص بالأول، كما هو ظاهر عبارة المصنف رحمته.

لا يقال: إذا كان الامتزاج بالأردأ أو الأجود، فلا موجب للالتزام بالشركة في الثمن بعد عدم إمكان الشركة في العين بحسب المالية والشركة فيها بحسب الكمية للزوم الربا ولو بأخذ الأرش، وبما ان للمغبون المطالبة بما جرى عليه البيع ولا يمكن ردّه فيرجع إلى بدله فيكون الامتزاج بالأردأ أو الأجود موجباً لتلف ما جرى عليه البيع. فإنه يقال: لم يحرز أنّ الامتزاج كذلك موجب لخروج كل من الممتزجين عن ملك مالكة الأصلي ولازم ذلك الشركة في الثمن.

لا يقال: عدم خروجها عن الملك لا يلازم عدم استحقاق المغبون المطالبة بما جرى عليه البيع، كما تقدم ذلك في خروج المالين بالامتزاج إلى شيء ثالث. فإنه يقال: نعم، ولكن مع خروجهما إلى ثالث كان العنوان المقوم للبيع تالفاً بخلاف الامتزاج بالأجود والأردأ، فإنّ التالف وصفه أي تميّزه، وجودته. اللهم إلا أن يقال: إنما لا يرجع إلى بدل العين في تلف الوصف فيما إذا أمكن الرجوع إلى بدل الوصف التالف، ولا يمكن ذلك فيما نحن فيه فيرجع إلى بدل نفس العين.

وعلى ذلك فلا يبعد أن يكون للمغبون المطالبة ببديل ماله أي المثل خصوصاً فيما إذا كان هذا الامتزاج في المايعات وتنحصر الشركة في العين في الامتزاج

وإن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوي، يثبت الشركة، وإن كان بالأردأ فكذلك، وفي استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه، وجوه. ولو كان بالأجود احتمل الشركة في الثمن، بأن يُباع ويُعطى من الثمن بنسبة قيمته، ويحتمل الشركة بنسبة القيمة، فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الرديء، كان المجموع بينهما أثلاثاً، وردّه الشيخ - في مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله - بأنه يستلزم الربا. قيل: وهو حسنٌ مع عموم الربا لكل معاوضة. بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن [١]: وتفصيله: أن التلف إما أن

بالمساوي من جنسه حيث يتعين في الشركة في العين بحسب الكمية.

[١] التالف مع خيار الغبن إما المال المنتقل إلى المغبون أو المال المستقل إلى الغابن، وفي كل منهما يكون التلف بأفة سماوية أو بفعل أحدهما أو بفعل الأجنبي. فلو تلف ما بيد المغبون وكان ذلك بأفة سماوية، فقد يقال بسقوط خيار المغبون به لعين ما ذكر في سقوطه بتصرف المغبون المخرج لذلك المال عن ملكه وهو عدم إمكان رد العين.

ولكن قد تقدم عدم صحة الاستدلال في مورد التعليل أي في التصرف المخرج فضلاً عن غير ذلك المورد مثل تلف المال بأفة سماوية، وإنما يكون التصرف مسقطاً فيما إذا كان بقصد الإعراض عن الخيار، ولو مع الجهل بالغبن.

وعليه فإن كان التلف المزبور مع الفسخ فيرجع الغابن إلى بدل ماله كما يرجع المغبون إلى عين ماله، ولو كان التالف قيمياً، ففي اعتبار قيمة يوم المطالبة أو يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم البيع ما تقدم في ضمان القيمي، ومقتضاه ضمان يوم الفسخ، فإنه يوم ضمان اليد، وكذا الحال فيما إذا كان تلف ما عند المغبون بإتلافه.

وأما إذا كان بإتلاف الأجنبي فيجوز للغابن الرجوع إلى كل من المغبون والأجنبي

يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون. والتلف، إما بأفةٍ أو بإتلافٍ أحدهما أو بإتلاف الأجنبي.

لضمان كل منهما، وظاهر المصنف رحمه الله الرجوع إلى الأجنبي، ولكنه غير صحيح، بل مقتضى جريان يد المغبون على المال ومقتضى إتلاف الأجنبي التخيير للغابن في الرجوع. نعم إذا أخذ المغبون بدل التالف من الأجنبي، ثم فسخ البيع بخيار الغبن يتعين على الغابن الرجوع إلى المغبون لخروج الأجنبي عن ضمان المال قبل ذلك.

ولو كان إتلاف ما بيد المغبون بإتلاف الغابن فأبرئه المغبون، ثم ظهر الغبن وفسخ البيع، فيرجع المغبون بما بيد الغابن ويأخذ الغابن قيمة ماله من المغبون؛ لأن إبراء الغابن بمنزلة قبضه بدل ذلك المال.

وأما إذا كان التالف ما بيد الغابن فإن كان تلفه بأفة سماوية أو بإتلاف الغابن وفسخ المغبون يأخذ بدل التالف، وإذا كان التالف قيمياً فهل الاعتبار بقيمة يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر هو الأول.

ولكن ذكروا في مسألة أخرى: أن العبرة بقيمة يوم الفسخ وهي ما إذا اشترى عيناً بعين وقبض البائع الثمن ولم يقبض المبيع، ثم باع البائع العين التي أخذها ثمناً من شخص ثالث ثم تلف المبيع الذي كان عنده فإنه بتلفه يفسخ البيع الأول ولا يبطل البيع الثاني، لأن تلف المبيع قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من الأول.

وعلى ذلك يأخذ المشتري بدل العين التي دفعها ثمناً، والبدل قيمتها يوم تلف المبيع أي تلف العين التي كانت عند بايعها، وقد تلفت قبل إقباضها، فإن ضمان قيمة الثمن يوم تلف المبيع صريح في ضمان يوم الانفساخ، حيث إنه لو كانت العبرة بقيمة يوم التلف، لكان اللازم ضمان العين التي دفعها المشتري ثمناً بقيمتها يوم بيعها من الشخص الثالث، فإن يوم بيعها زمان تلفها، كما لا يخفى.



وحكمها: أنه لو تلف ما في يد المغبون، فإن كان بأفء فمقتضى ما تقدّم من التذكرة في الإخراج عن الملك - من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك - سقوط الخيار. لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن غيره، ولذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ، غرم قيمة يوم التلف أو يوم الفسخ وأخذ ما عند الغابن أو بدله، وكذا لو كان بإتلافه.

ولو كان بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المُتلف إن لم يرجع المغبون عليه. وإن رجع عليه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ ردّ على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ. ولو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ القيمة من الغابن، وإن فسخ أخذ الثمن. ولو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه ردّ القيمة؛ لأنّ ما أبرأه بمنزلة المقبوض.

ولو تلف ما في يد الغابن بأفء أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل. وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر الأول. ولكن صرح في الدروس والمسالك ومحكي حاشية الشرائع للمحقّق الثاني وصاحب الحدائق وبعض آخر: أنه لو اشترى عيناً بعين، فقبض أحدهما دون الأخرى، فباع المقبوض ثم تلف غير المقبوض: أنّ البيع الأول يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني، فيغرم البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض. وهذا ظاهر بل صريح في أنّ العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين. والفرق بين المسألتين مشكّل، وتمام الكلام في باب الإقالة إن شاء الله تعالى.

والحاصل: أنه لا يعلم الفرق بين المسألة وبين المقام.

ولو تلف بإتلاف الأجنبي رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن [١] لأنه الذي يُرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله، ولأنه مَلِكُ الْقِيَمَةِ عَلَى الْمُتَلَفِ. ويحتمل الرجوع إلى المتلف، لأنّ المال في ضمانه وما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده، ولذا صرّح في الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف، بما

[١] لو تلف ما بيد الغابن بإتلاف الأجنبي وفسخ المغبون، يأخذ البدل من الغابن لأنه يرد عليه ما بيده ولأن الغابن يملك قيمة التالف على عهدة المتلف، فيكون ما على عهده القيمة، لانفس المعوّض الذي يستحقه المغبون بالفسخ بنفسه أو بدله. ويمكن أن يقال: إنه يجوز للمغبون الرجوع إلى الأجنبي، لأن نفس المتلف على عهده، لأن قيمته دين بذمته للغابن، ولذا يجوز المصالحة على ما في عهده بالأقل أو الأكثر، ولو كان نفس القيمة على عهده لكانت المصالحة بالأقل والأكثر ربا، بناءً على جريانه في المصالحة أيضاً، كما لا يبعد.

وبهذا يظهر وجه تختيار المغبون في الرجوع إلى كل من الغابن والمتلف بالكسر، أمّا الغابن فلأنه يرد المغبون ما بيده عليه فاللازم استرداد المعوض منه، وأمّا المتلف بالكسر فلأن المال على عهده.

أقول: الرجوع إلى الأجنبي لا يتوقف على الالتزام بكون نفس التالف على عهده، بل يكفي فيه كون القيمة على عهده فإنّ تلك القيمة بفسخ المغبون تصير ديناً للمغبون على عهده، والعجب من المصنف رحمته أنه فرّق في إتلاف الأجنبي، بين ما بيد الغابن وما بيد المغبون.

ولو تلف ما بيد الغابن بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ البيع يرد بدل التالف على الغابن، وإن إبراء الغابن ثم ظهر الغبن وفسخ المغبون فيجب أن يرد الغابن البدل على المغبون، لأن إبراء بمنزلة أخذ البدل من المغبون فتدبر.

لو صالح به على قيمته لزم الربا، وصرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناءً على جريانه في الصلح. ويحتمل التخيير أما الغابن فلاّنه ملك البدل، وأما المتلف فلاّنه المال المتلف في عهده قبل أداء القيمة. وإن كان بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله، ولو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ، ردّ الثمن وأخذ قيمة المتلف، لأنّ المبرأ منه كالمقبوض. هذا قليلاً من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، وينبغي إحالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام [١]. والله العالم بالأحكام ورسوله وخلفاؤه الكرام صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم القيام.

مسألة: الظاهر ثبوت هذا الخيار في كلّ معاوضةٍ ماليّةٍ [٢] بناءً على الاستناد

[١] أي ينبغي إحالة الزائد مما ذكرنا في المقام على ما ذكره في غير هذا المقام أي في كتاب الغصب من أحكام ضماني اليد والإتلاف.

[٢] يظهر من جماعة جريان خيار الغبن في غير البيع من سائر المعاوضات، وقد حكى التصريح بالعموم عن فخر الدين في شرح الإرشاد<sup>(١)</sup> وصاحبي التنقيح<sup>(٢)</sup> والإيضاح<sup>(٣)</sup>، وعن المهذب البارع: استثناء الصلح<sup>(٤)</sup>.

ولعل الوجه في الاستثناء، أن مشروعية الصلح لقطع المنازعة وثبوت خيار الغبن فيه موجب لعودها.

وفيه: أنه لم يعلم أن مشروعيته منحصر بل ربما يجري الصلح على المعاوضة

(١) حكاه عنه وعمّن بعده السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٥٧٠ - ٥٧١.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٤٧.

(٣) إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

(٤) المهذب البارع ٢: ٥٣٨.

في ثبوته في البيع إلى نفي الضرر. نعم، لو استُند إلى الإجماعات المنقولة أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصالة اللزوم. وممن حكي عنه التصريح بالعموم فخر الدين رحمته الله في شرح الإرشاد وصاحب التنقيح وصاحب إيضاح النافع، وعن إجارة جامع المقاصد: جريانه فيها مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم، حكي عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح. ولعله لكون الفرض الأصلي فيه قطع المنازعة، فلا يشرع فيه الفسخ. وفيه ما لا يخفى.

باعتبار عدم التمكن من رعاية شرط البيع من تقدير المبيع ونحوه، كما لا يخفى.

وفي غاية المراد: التفصيل بين الصلح المتضمن للمعاوضة بين المالين فيجري فيه خيار الغبن، وبين الصلح الجاري على الإبراء أو إسقاط الحق قبل ثبوت الدعوى ثم ظهر الغبن.

أقول: قد ذكرنا أن المستفاد من صحيحة أبي ولاد<sup>(١)</sup> الواردة في تخلف المستأجر عن الإجارة: أن الصلح الجاري على الإبراء أو إسقاط الحق مع اعتقاد الخلاف لا يكون خيارياً، بل محكوم بالبطلان.

وفي المسألة تفصيل آخر: وهو جريان خيار الغبن في كل معاملة لا تكون بشخصها مبنية على المسامحة وعدم المبالاة، بل على المداقة وعدم جريانها في معاملة تكون بشخصها مبنية على المسامحة حتى لو كانت تلك المعاملة بيعاً فإنه لا يصدق في الفرض الغبن. وفيه: إن لم يؤخذ عنوان الغبن في الخطابات الشرعية ليكون الخيار مدار صدقه، بل ذكر ذلك في الفتاوى في البيع.

(١) وسائل الشريعة ١٩: ١١٩-١٢٠، الباب ١٧ من كتاب الإجارة، الحديث ١.

وفي غاية المرام: التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة فيجري فيه، وبين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه وكان مغبوناً فيما صالح به، والواقع على ما في الذم وكان مجهولاً ثم ظهر بعد عقد الصلح وظهر غبن أحدهما على تأمل. ولعلّه للإقدام في هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان، فقد أقدم على الضرر. وحكي عن بعض التفصيل بين كلِّ عقدٍ وقع شخصه على وجه المسامحة وكان الإقدام على المعاملة فيه مبيّناً على عدم الالتفات إلى النقص والزيادة - بعبارة كان أو صلحاً أو غيرها - فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن، وبين غيره. وفيه - مع أن منع صدق الغبن محلّ نظر - : أن الحكم بالخيار لم يعلّق في دليل على مفهوم لفظ «الغبن» حتى يتبع مصاديقه، فإن الفتاوى مختصةً بغبن البيع، وحديث نفي الضرر عامٌ لم يخرج منه إلا ما استثنى في الفتاوى من صورة الإقدام على الضرر عالمًا به. نعم، لو استدلّ بأية التجارة عن تراضٍ أو النهي عن أكل المال بالباطل، أمكن اختصاصهما بما إذا أقدم على المعاملة محتملاً للضرر مسامحاً في دفع ذلك الاحتمال.

والمستند لهذا الخيار قاعدة نفي الضرر عند جماعة وتلك القاعدة تعمّ الموارد إلا إذا كان في البين إقدام وهو التصدق للمعاملة مع العلم بالتفاوت بين العوض المسمى والقيمة السوقية.

وأما الشرط الارتكازي في البيع وسائر المعاوضات المالية فهو أيضاً يعمّ الموارد. هذا مع ما في الدعوى، لأن الغبن يصدق في الموارد التي يقدم الشخص على المعاملة لغرض مع احتمال التفاوت الكثير بين العوض والقيمة السوقية، ولو قيل بأن المدرك لخيار الغبن السيرة العقلانية فالأمر كما ذكر من جريانه في البيع وسائر المعاوضات إلا في المعاملة مع العلم بالحال.

والحاصل: أن المسألة لا تخلو عن إشكالٍ: من جهة أصالة اللزوم، واختصاص معقد الإجماع والشهرة بالبيع، وعدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع [١] كما تعرّضوا لجريان خيار الشرط، وتعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع لكونه محلّ خلافٍ لبعض العامة في بعض أفراد ما عدا البيع، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع. ومن دلالة حديث نفي الضرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها ولو في صورة امتناع الغابن عن بذل التفات، بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب. وقد استدلّ به الأصحاب على

[١] يشكل جريان خيار الغبن في سائر المعاوضات بعدم تعرّض الأصحاب لجريانه فيها، ولو كان هذا الخيار من الخيارات العامة كخيار الشرط لذكروا جريانه فيها كما ذكروا جريان خيار الشرط.

ولا يمكن أن يقال: إن عدم ذكرهم جريانه في سائر المعاوضات، لا يدلّ على اختصاصه بالبيع، وآلا لذكروا الاختصاص، كما ذكروا الاختصاص في خيار المجلس. والوجه في عدم الإمكان أن تعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع للتعرض بخلاف بعض العامة<sup>(١)</sup> من جريان خيار المجلس في بعض أفراد غير البيع، لأنهم يلتزمون بذكر الاختصاص عند عدم جريان الخيار في غير البيع.

أقول: كيف ما كان، لو شك في جريان خيار الغبن في معاملة كالجعلاء بناءً على كونها من العقود فالأصل عدم الخيار على ما يأتي، فيكون الشرط الإرتكازي، أو بناء العقلاء محتاجاً إلى الإثبات؛ وأما قاعدة نفي الضرر فقد تقدم عدم جريانها لإثبات الخيار، بل مقتضاها في مورد جريانها الحكم ببطلان المعاملة على ما تقدم.

(١) راجع الشرح الكبير (المطبوع ضمن المغني لابن قدامة) ٤: ٦١، وراجع الخلاف ٣: ١٤، والمسألة ١٤ من كتاب البيوع.

إثبات كثيرٍ من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوّة. نعم يبقى الإشكال في شموله للصورة المتقدّمة، وهي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة - يبعاً كان أو غيره - على عدم المغابنة والمكايسة من حيث المائيّة كما إذا احتاج المشتري إلى قليلٍ من شيءٍ مبتذلٍ لحاجةٍ عظيمةٍ دينيّةٍ أو دنيويّةٍ فإنّه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإنّ في شمول الأدلّة لمثل هذا خفاءً، بل منعاً، والله العالم.

مسألة: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين:

واستند للقول الأوّل - وهو المشهور ظاهراً - إلى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقّن، وقرّره في جامع المقاصد بأنّ العموم في أفراد العقود [١] يستتبع عموم الأزمنة، وإلّا لم ينتفع بعمومه، انتهى.

[١] يعني قرر في جامع المقاصد<sup>(١)</sup> كون خيار الغبن على الفور بالتمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(٢)</sup> حيث إنّ عمومه الافرادي يستلزم العموم الأزمني فيؤخذ بالعموم الأزمني.

وعن بعض<sup>(٣)</sup> الالتزام بالتراخي لكونه مقتضى استصحاب بقاء الخيار في غير الزمان الأوّل.

وذكر في الرياض<sup>(٤)</sup>: بأنّ المستند لخيار الغبن في البيع إن كان هو الإجماع

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٨.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٦١-١٦٢.

(٤) راجع الرياض ١: ٥٢٥.

وللقول الثاني إلى الإستصحاب، وذكر في الرياض ما حاصله: أن المستند في هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول أتجه التمسك بالإستصحاب، وإن كان نفياً الضرر وجب الاقتصار على الزمان الأول، إذ به يندفع الضرر.

فيحكم بالتراخي أخذاً بالاستصحاب، وإن كان قاعدة نفي الضرر فيحكم بالفور، وأنه لا خيار بعد مضي زمان يتمكن فيه المغبون من فسخه حيث إن الضرر ينتفي بانتفاء اللزوم في ذلك الزمان.

وقد ناقش المصنف رحمته في التمسك بالعموم المزبور لإثبات الفور، وكذا في التمسك فيه بقاعدة نفي الضرر<sup>(١)</sup> وبالتمسك بالاستصحاب لإثبات التراخي، وذكر في وجه المنع عن التمسك بالعموم ما ذكره في الأصول: من أنه لا مجال في التمسك بالعموم في موارد كون الزمان ظرفاً للحكم المجعول للفرد من العام بأن يكون مفاد خطاب العام ثبوت حكم واحد مستمر في عمود الزمان لكل فرد فيكون الاستمرار في حكم فرد فرع ثبوت حكم العام له، وإذا خرج عن حكم العام فلا يكون حكم ذلك الفرد مستفاداً عن خطاب العام، بل لابد من خطاب آخر دال على ثبوت حكم العام له بعد ذلك الزمان.

وبتعبير آخر: بعد خروج فرد عن العام في هذا القسم، فلا يفرق في مدلول العام بين خروجه إلى الأبد أو خروجه في زمان، بمعنى أنه لا يكون خروجه إلى الأبد زيادة تخصيص ليقصر عند الشك بالقدر المتيقن، بل اللازم في هذا القسم عند الشك في حكم الفرد الخارج الأخذ باستصحاب حكمه المخالف لحكم العام.

وأما إذا كان خطاب العام متكفلاً لثبوت حكم مستقل لكل فرد في كل زمان بحيث يكون مدلوله بالإضافة إلى الأزمنة مفرداً، ففي مثل ذلك لا مجال لاستصحاب

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.



أقول: ويمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة. أمّا في وجوب الإقتصار على المتيقّن، فلاّنه غير متّجه مع الاستصحاب. وأمّا ما ذكره في جامع المقاصد - من عموم الأزمنة - فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره في جميع الأزمنة، فلا يخفى أنّ هذا العموم في كلّ فردٍ من موضوع الحكم تابعٌ لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فردٍ منه،

حكم الخاص، بل يجب الرجوع إلى عموم العام بالإضافة إلى غير ذلك الزمان، ولو فرض عدم خطاب العام في الفرض لما جاز أيضاً التمسك باستصحاب الخاص، بل لا بد من الرجوع إلى أصل آخر.

ثمّ إنه لا فرق فيما ذكر من القسمين من كون الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم، أو مفرداً لموضوعه بين استفادة ذلك من الإطلاق أو من أداة العموم.

وعلى ذلك فلا يصح الجواب عن جامع المقاصد في تمسكه بآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لإثبات الفورية بأن الآية مطلقة لا عامة.

نعم يصح هذا الجواب لو ثبت ان مقتضى الإطلاق هو كون الزمان ظرفاً للحكم لا كونه مفرداً بالإضافة إلى مصاديق العام بحسب الزمان.

وكيف كان: فقد ظهر فساد ما قيل: من أنّ الاستصحاب أي إستصحاب حكم الخاص مخصّص لخطاب العام<sup>(١)</sup>، كما في أخذ الزمان ظرفاً لحكمه، وفي مورد دلالة خطاب العام، كما في أخذ الزمان مفرداً لا مجال لاستصحاب حكم الخاص هذا بحسب الكبرى....

وأما الصغرى فظاهر آية وجوب الوفاء بالعقود كونها من القسم الأول، وأن

(١) نقله عن المحقّق النابيني رحمته الله السيّد الخوئي رحمته الله في مصباح الفقاهة ٤: ٤٦٦.

فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائماً أو في زمانٍ ما، إذ ليس في خروجه دائماً زيادة تخصيصٍ في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعلٍ بعنوان العموم وخرج منه فرداً خاصاً من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عاماً لجميعها،

الزمان ظرف لوجوب الوفاء بكل عقد، وإذا خرج بيع المغبون في زمان فلا يفرق بين خروجه إلى الأبد أو كونه مؤقتاً في عدم دلالة الآية على حكم ما بعد ذلك الزمان، وعدم لزوم تخصيص زائد لو كان خروجه إلى الأبد.

ولو أمكن استصحاب بقاء الخيار فهو، وإن لم يمكن جريانه كما يأتي فيحكم بلزوم العقد لا بالأخذ بالعموم، بل لاستصحاب بقاء الملكين على حالهما قبل الفسخ المعبر عنه بأصالة اللزوم.

أقول: ما ذكره رحمته من جريان الاستصحاب في ناحية حكم الخاص فيما إذا كان الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم في ناحية أفراد العام إنما يصح مع كون الزمان في ناحية الخاص أيضاً ظرفاً لحكمه.

وأما إذا كان قيداً لمتعلق حكم الخاص فلا يمكن استصحاب ذلك الحكم في غير ذلك الزمان.

وأيضاً ما ذكره من أنه لو كان الزمان في ناحية أفراد العام مفرداً بأن ثبت لكل فرد من أفرادها في كل زمان حكم مستقل فيرجع في غير ذلك الزمان للعموم، ولا يصح الرجوع إلى الاستصحاب حتى ما لو لم يكن في البين عموم أيضاً، إنما يصح لو كان الزمان في ناحية الخاص أيضاً مفرداً، وإلا لا يمكن استصحاب حكم الخاص لو لم يكن في البين العام المزبور.

ولا يخفى أيضاً أن ثبوت حكم مستقل لكل من وجودات المتعلق، أو في كل فرد

فإنَّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاصّ - أعني الحليّة - لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقّن إلى عموم التحريم، وليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، والسّر فيه ما عرفت: من تبعيّة العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضي للعموم الزماني فيه حتّى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقّن، بل الفرد الخارج واحدٌ، دام زمان خروجه أو انقطع.

من أفراد العام يستفاد من الإطلاق تارة وأخرى من الدال اللفظي كقوله: «أكرم كل عامل»، وقوله: «أكرم كل عالم في كل زمان»، حيث إن استقلال الحكم تابع لثبوت الملاك في كل من وجودات المتعلق لا لمجموع تلك الوجودات، ولا لصرف وجود المتعلق، كما أنه لو كان الملاك في مجموع تلك الوجودات يكون العام بالإضافة إليها مجموعياً.

وقد ذكرنا في بحث الأصول: أنه لا يختلف الحال في جواز التمسك بالعام بالإضافة إلى باقي الافراد بين كونه مجموعياً أو استغراقياً، وبلا فرق بين استفادة كل منهما بالإطلاق أو بالدال الوضعي، كما عليه جماعة من المحققين كالسيد اليزدي رحمته الله (١).

وفي المقام تفصيل آخر بين دلالة دليل خاص بين خروج الفرد من الأول أو في الأثناء، فإن العموم في مثل قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) مقتضاه ثبوت الحكم المزبور لكل فرد من أفراد العقد؛ لظهور أداة العموم في الإستيعاب الوجودي للطبيعة، والإطلاق في كل عقد مقتضاه أن تحقق العقد خارجاً تمام الموضوع لوجوب الوفاء المستمر ولا دخالة فيه لأي قيد.

وعلى ذلك فإن ورد في الدليل أن العقد الفلاني لا يجب الوفاء به في الزمان الأول

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٥٧٠ - ٥٧١.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

نعم، لو فرض إفادة الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان مكثرًا لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمانٍ مغايرًا له في زمانٍ آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فردٍ في زمانٍ ما لاقتصار على المتيقن، لأنَّ خروج غيره من الزمان مستلزمٌ لخروج فردٍ آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى

يعلم من ذلك أن العقد المزبور ليس بتمام الموضوع، بل مقيد بما يكون بعد ذلك الزمان بضميمة أصالة العموم في ذلك الفرد.

وبتعبير آخر: ثبوت الحكم الواحد المستمر من حين وجود الفرد إنما هو بالإطلاق ومقدمات الحكمة، ومع ورود التقييد بما لا يعمه الحكم من الأول، يعلم أن ذلك الحكم يثبت له بعد ذلك الزمان أخذًا بأصالة العموم بخلاف ما ورد التقييد في الأثناء، فإن مدلول العام منضمًّا إلى أصالة الإطلاق في كل فرد ثبوت حكم واحد مستمر بحسب الأزمنة وبعد ورود التقييد في الأثناء لا يمكن أن يثبت فيه حكم واحد مستمر سواء حكم بالخروج إلى الأبد أو حكم بحكم العام بعد ذلك الزمان المتوسط. أقول: حكم العام لكل فرد واحد مستمر في الأزمنة من الأول المستفاد من الإطلاق وعدم ورود القيد في الفرد، وإذا ورد القيد في الأول يستفاد من العموم بضميمة الإطلاق في ذلك الفرد استمرار الحكم من غير الزمان الأول، وإذا ورد القيد في الوسط يستفاد الحكم الواحد المستمر المنقطع في الوسط.

وبتعبير آخر: الوحدة في الحكم إثباتًا متحقق بعد التقييد أيضاً والتعدد ثبوتًا، وإن كان حاصلًا إلا أنه بالإنقطاع وعدم ملاك لزوم العقد في البين لا لثبوت ملاك ملزم مستقل في كل من طرفي زمان عدم اللزوم.

لا يقال: إذا لم يكن لخطاب الخاص دلالة على ثبوت حكم العام فيما بعد الزمان الأول كما هو الفرض فلا يمكن التمسك بخطاب العام بعد ذلك الزمان لدوران أمر

لعبدته: «أكرم العلماء في كل يوم» بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم وشك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم

خطاب الخاص بين كونه مقيداً لإطلاق الفرد، كما ذكر، أو مخصصاً لذلك الفرد ومخرجاً له من العام رأساً. وبتعبير آخر: يكون العلم الإجمالي بتخصيص العام في ذلك الفرد أو تقييد إطلاقه مانعاً عن الأخذ بأصالة عمومه.

فإنه يقال: هذا العلم لا أثر له بالإضافة إلى الزمان الأول، ويكون التمسك بأصالة العموم بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلامعارض. وإن شئت قلت: أصالة الإطلاق لا مجال لها في المقام للعلم بعدم ثبوت حكم العام للفرد المزبور في الزمان الأول، إما تقييداً أو تخصيصاً، وبالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان يؤخذ بأصالة العموم والإطلاق، وكذلك في مورد التخصيص في الوسط.

والحاصل: أن أصالة العموم في ناحية العام مع أصالة الإطلاق الجاري في كل فرد يجعل كل فرد من أفراد العقد من قبيل العام المجموعي، فيكون استثناء بعض أجزاء هذا العام المجموعي من الأول أو الوسط موجباً لرفع اليد عن العموم في ذلك الجزء، ويؤخذ به في الباقي، ولعله إلى ذلك يرجع ما ذكره السيد اليزدي رحمته في المقام.

ثم إن هذا كله بناءً على أن الوفاء بالعقد وجوبه تكليفي، وأما بناءً على ما ذكرنا سابقاً من أنه في البيع ونحوه من المعاملات إرشاد إلى لزومها يكون للزوم في كل زمان لاستمراره وحداً، ويمكن حصول التقييد فيه في بعض أفراد العقد بحسب أول الأزمنة أو الوسط فيحصل في الثاني الانقطاع، ويمكن بعد ذلك الزمان مع فرض عدم حصول الفسخ فيه التمسك بالعموم المزبور، والإطلاق في الحكم بلزومه بعد ذلك الزمان.

لا يقال: كيف يلتزم بالحكم لكل عقد بلزومه في عمود الزمان، وإن ذلك يستفاد

وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم، لم يجز التمسك بالاستصحاب، بل يجب الرجوع إلى أصل آخر، كما أن في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين!

من الإطلاق أي مقدمات الحكمة، وإنه لو أغمض النظر عنها فلا يكون لقوله سبحانه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> دلالة على ذلك.

ومن الظاهر أنه لو كان الأمر كذلك لكان المدلول الوضعي للخطاب وجوب الوفاء بكل عقد، ولو في زمان ما فيكون لغواً محضاً؛ لأن الوفاء بكل عقد في زمان حاصل لا محالة. ومقتضى الإحتراز عن اللغوية أن يكون لزوم الوفاء بالعقد دائماً، كما هو ظاهر جامع المقاصد.

بل عن المحقق الايرواني رحمته: أن نفس متعلق التكليف أي الوفاء ظاهر في هذا الإستمرار؛ لأن الوفاء بشيء عبارة عن الإلتزام به عملاً في عمود الزمان، فيكون استمراره مدلولاً وضعياً للمتعلق، لا مستفاداً من قرينة لزوم اللغوية.

فإنه يقال: إن أريد أنه مع قطع النظر عن إطلاق المتعلق، والحكم يستفاد ذلك الاستمرار بالإضافة إلى كل عقد، فلا ريب في بطلانه، ويشهد لذلك صحة تقييد الحكم بزمان والوفاء بحال أو بمدة، مع إبقاء عموم الحكم بالإضافة إلى أفراد العقد بحال.

وإن أريد أن مع الخطاب المزبور لا بد من أن يكون الشارع بصدد البيان بالإضافة إلى متعلق الحكم ونفس الحكم بأن يكون إحراز كون المتكلم في مقام البيان بلزوم اللغوية لا بالأصل، كما في غالب الخطابات فهذا صحيح ولا يمنع عن الإطلاق والأخذ

(١) سورة المائدة: الآية ١.

ثم لا يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة وكونه في الصورة الثانية عموماً لغوياً، بل المناطق كون الزمان في الأولى ظرفاً للحكم وإن فرض عمومه لغوياً، فيكون الحكم فيه حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد وانقطاعه فيستصحب. والزمان في الثانية مكثراً لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشك في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول، ومعلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم، فافهم واغتنم. وبذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد: بأن آية «أَوْفُوا...» وغيرها مطلقة لاعمّة، فلاتفاني الاستصحاب إلا أن يدعى أن العموم الإطلاقي لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على الوجه الأول.

وقد ظهر أيضاً ممّا ذكرنا - من تغاير موردي الرجوع إلى الاستصحاب والرجوع إلى العموم -: فساد ما قيل في الأصول: من أن الاستصحاب قد يخص العموم، ومثّل له بالصورة الأولى، زعماً منه أن الاستصحاب قد خصص العموم. وقد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم ولو على

بمقدمات الإطلاق.

وقد تحصل من جميع ما ذكرنا أنه لو لم يتم الدليل على كون خيار الغبن أو العيب مما لم يحدد زمانه شرعاً بنحو التراخي فيمكن التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> لإثبات كونه على نحو الفورية بمعناها العرفي أخذاً بالإطلاق في كل عقد بالإضافة إلى غير مورد اليقين بالتقييد.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

فرض عدم الاستصحاب، ومقام جريان العموم لا يجوز فيه الرجوع إلى الاستصحاب ولو على فرض عدم العموم، فليس شيء منهما ممنوعاً بالآخر في شيء من المقامين.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول، لأنَّ العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمانٍ واحدٍ وبين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلة التخصيص وكثرته حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن، فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار - على ما سنشير إليه - لم يجز التمسك بالعموم أيضاً. نعم، يتمسك فيه حينئذٍ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات.

وأما استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب [١]، فهو حسنٌ على ما اشتهر من

[١] وأورد المصنف رحمته على استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء الزمان الأول الذي يتمكن فيه المغبون من الفسخ، بأن الخيار في المقام لا يستفاد من دليل لفظي ليعين به الموضوع ويستصحب الحكم على ذلك الموضوع فيما لم يكن في البين دلالة على ثبوته أو انتفائه بالإضافة إلى الزمان الثاني.

نعم إنه إذا لم يكن الحكم مستفاداً من دليل لفظي، ولكن كان الشك في بقائه من جهة الشك في بقاء الموضوع واستعداد الحكم للبقاء، مثلاً إذا علم حرمة العصير العنبي بعد الغليان وقبل ذهاب ثلثيه وشك في بقاء حرمة بصيروه دسباً قبل ذهاب ثلثيه فلا باس باستصحاب حرمة.

والحاصل: أن الدليل في المقام للخيار قاعدة نفي الضرر منضمماً إلى الإجماع والمتيقن من ثبوت الخيار المتضرر الذي لا يتمكن على دفع الضرر الا بفسخ البيع في ذلك الزمان فيحتمل انتفاء الحكم بانقضاء الزمان الأول، ولا يحرز استعداد الحكم للبقاء.



المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. وأما على التحقيق من عدم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجري فيما نحن فيه الاستصحاب، فإنّ المتيقن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فإذا فرضنا ثبوت الحكم من الشرع على هذا الوجه فلامعنى لانسحابه في الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكّن من التدارك ولم يفعل، لأنّ هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرّم.

وذكر النائيني رحمته الله (١) في توجيه كلام الشيخ في المقام أنّ ما يقال: من أن الاعتبار ببقاء الموضوع في جريان الاستصحاب نظر العرف، معناه أنه يعتبر أن يكون المحكوم عليه بثبوت الحكم في الزمان الثاني هو المحكوم عليه في الزمان الأول، وأن المتبدل حالة من حالات ذلك المحكوم عليه، وهذا فيما إذا أحرز الموضوع للحكم في الزمان الأول.

وأما إذا لم يحرز بأن احتمل أن يكون الوصف الحاصل في الزمان الأول عنواناً مقوماً مع احتمال كون الموضوع له هو ذات الموصوف فلا مورد للإستصحاب، إذ ينحصر جريانه بما إذا كان الوصف الحاصل في الزمان الأول من قبيل الواسطة في ثبوت الحكم وبقائه، وأن يكون حدوئه دخیلاً في حدوث الحكم وبقائه دخیلاً في بقائه بخلاف ما إذا كان الوصف عنواناً تقييداً للحكم كالفقر في استحقاق الزكاة أو احتمل ذلك كما في المقام فإنه لا مورد للإستصحاب في مثل ذلك.

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ٣: ١٦٢.

نعم، لو أحرز الموضوع من دليلٍ لفظيٍّ على المستصحب أو كان الشكَّ في رافع الحكم حتى لا يَحتمل أن يكون الشكُّ لأجل تغيّر الموضوع اتّجه التمسك بالاستصحاب. وأمّا ما ذكره في الرياض، ففيه: أنّه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب - كما أشرنا هنا وحقّقناه في الأصول - فلا يجري الاستصحاب، وإن كان المدرك للخيار الإجماع. وإن بنى على المسامحة فيه - كما اشتهر - جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى قاعدة الضرر، كما اعترف به

ثمّ ذكر أنه يمكن تقريب عدم جريان استصحاب بقاء الخيار في المقام بوجه أدق، وهو أنه لم يثبت في المقام خيار الغبن ليقال أن الموضوع له هو المغبون في معقد الإجماع، بل الثابت عدم ثبوت اللزوم للمعاملة بحكومة قاعدة نفي الضرر، والحكومة تنحصر بما إذا كان تضرر المغبون ناشئاً من لزوم المعاملة.

وهذا أتما يكون بالإضافة إلى الزمان الأول. وأمّا في الزمان الثاني فلا يكون الضرر ناشئاً من لزومها فلا يكون في البين ما يكون ركناً في جريان الاستصحاب. وبتعبير آخر: لا يكون لزوم المعاملة في الزمان الثاني موجباً لتضرر المكلف ليحكم بانتفائه بالإضافة إلى المتضرر.

أقول: لا يخفى أن لزوم المعاملة في الزمان الثاني، وإن لم يكن انتفاء مقتضى قاعدة نفي الضرر، وإلا لم يكن في البين موضوع للأصل العملي، إلّا أنه لو كانت المعاملة المزبورة باقية على جوازها لكان الجواز بقاءً للجواز الثابت في الزمان الأول، غاية الأمر ثبت بدليل الاستصحاب لا بقاعدة نفي الضرر.

وبتعبير آخر: نفي اللزوم بقاعدة نفي الضرر واسطة في الثبوت بالإضافة إلى إثبات الجواز المحتمل بقاؤه مع عدم ما يدل على لزوم المعاملة في الزمان الثاني لسقوط العموم كما هو الفرض.

ولده ﷺ في المناهل مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علةً محدثةً يكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع. إلا أن يدعى أنه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره وهو غير محقق في الزمان اللاحق، كما أشرنا. ثم إنه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له، فقال ما لفظه: إن المسألة مبتنية على أن لزوم العقد معناه: أن أثر العقد مستمر إلى يوم القيامة وأن عموم الوفاء بالعقود عمومٌ زمنيٌّ للقطع، بأن ليس المراد بالآية الوفاء بالعقود آنأماً، بل على الدوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، وباعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها ولا ريب أن مفاده عرفاً وبحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دل دليل على ثبوت خيار: من ضرر، أو إجماع، أو نص في ثبوته في الماضي أو مطلقاً - بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار [١] -، فيكون استثناءً من ذلك العام ويبقى

[١] يعني لم يدل دليل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ خاصة كما يدل على ثبوته للمغبون، ولو بعد انقضاء ذلك الزمان بل دل على ثبوته للمغبون من غير دلالة على إحدى الخصوصيتين. والمراد بقوله مطلقاً هو هذا الإهمال ويقوله لا الإطلاق الدلالة على خصوصيته الدوام.

وإذا فرض الإهمال في دليل الخيار فيؤخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقود دواماً بعد انقضاء زمان التمكن كما يؤخذ بدليل وجوب القصر على المسافر مادام مسافراً في غير أيام الإقامة وفي غير أيام التردد في الإقامة أي ثلاثين يوماً، وفي غير وقت المعصية بسفره.

وأما إذا لم يلتزم بدلالة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> على الدوام والاستمرار بل على حكم

العام على عمومه، كاستثناء أيام الإقامة والثلاثين ووقت المعصية ونحوها من حكم السفر. أو أن اللزوم ليس كالعموم وإنما يثبت ملكاً سابقاً ويبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضة بين استصحابين، والثاني واردٌ على الأول، فيقدم عليه، والأول أقوى، لأن حدوث الحادث مع زوال علته السابقة يقضي بعدم اعتبار السابق، أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

ولا يخفى أن ما ذكره من المبنى للرجوع إلى العموم [١] - وهو استمرار

العقد من حصول الملك وحدوثه بحصول العقد ويلتزم ببقاء ذلك الملك واللزوم بالاستصحاب، فتقع المعارضة في المقام بين هذا الاستصحاب واستصحاب بقاء الخيار، ويكون استصحاب بقاء الخيار حاكماً على استصحاب بقاء الملك؛ لأن بقاءه بعد فسخ المغبون بعد انقضاء زمان الفور، مرتب شرعاً على عدم الخيار وانقضاءه مترتب على بقاء الخيار.

ولكن الأول أقوى أي القول بدلالة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ على استمرار العقد إلى الأبد هو الأقوى فلا تصل النوبة إلى الاستصحاب.

ووجه القوة أن الخيار الحادث للمغبون في الزمان الأول، لا يوجب زوال العقد السابق وحكمه بل يؤخذ بمقتضاه بعد ذلك الزمان لأن ذلك مقتضى عدم فسخ العقد، وإنما يرفع اليد عن العقد ومقتضاه إذا لم يبق العقد بأن فسخ في الزمان الأول، فإن مع الفسخ لا يبقى للعموم مورد.

[١] يعني المبنى الذي ذكره هذا القائل<sup>(١)</sup> للرجوع إلى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>

في المقام، وهي دلالة على لزوم كل عقد مستمراً إلى الأبد، هو الذي ذكرنا من أن مع

(١) وهو الشيخ علي آل كاشف الغطاء في تعليقه على اللمعة (مخطوط)، مبحث خيار التأخير.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

اللزوم - مبنيٌّ لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب. وأمّا ما ذكره أخيراً لمبني الرجوع إلى الاستصحاب [١]، وحاصله: أنّ اللزوم إنّما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قُدّم عليه. ففيه: أنّ الكلّ متفقون على الاستناد في أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء وإن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلا وجه للإغماض عن الآية وملاحظة الاستصحاب المقتضي للزوم مع استصحاب الخيار.

هذه الدلالة لا يمكن الرجوع إلى العموم بعد ورود التخصيص عليه في زمان، بل لا بد بعد ذلك الزمان من الرجوع إلى استصحاب حكم الخاص.

[١] يعني ذكر هذا القائل في وجه الرجوع إلى استصحاب بقاء الخيار: دلالة آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup> على لزوم الوفاء بالعقد آنأما، وعلى الملك الحاصل به، فيكون استصحاب بقاء هذا الملك بعد فسخ المغبون في الزمان الثاني معارضاً باستصحاب بقاء الخيار.

ولكن استصحاب بقاء الخيار يقدم على استصحاب الملك السابق لأن بقاءه وزواله بالفسخ في الزمان الثاني أثر شرعي لبقاء الخيار وعدمه مع أنه لم يذكر في كلماتهم استصحاب الملك ودلالة الآية على حصول اللزوم آنأما، بل الكل متفقون على دلالة الآية على لزوم كل عقد مستمراً.

وكان عليه أن يتعرض لاستصحاب بقاء الخيار في مقابل هذا العموم، وأنه يمكن التمسك في العموم المزبور بعد ورود التخصيص عليه أم لا.

ثم إن المصنف التزم في المقام بكون خيار الغبن فورياً لا بالتمسك بعموم ﴿أَوْفُوا

(١) سورة المائدة: الآية ١.

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة: أن الأقوى كون الخيار هنا على الفور، لأنه لما لم يجز التمسك في الزمان الثاني بالعموم - لما عرفت سابقاً: من أن مرجع العموم الزماني في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع - ولا باستصحاب الخيار - لما عرفت: من أن الموضوع غير محرز، لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له، بل قد يُستظهر ذلك من حديث نفي الضرر - تَعَيَّن الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون

بِالْعُقُودِ﴾ بالإضافة إلى الزمان بل ذكر أن العموم المزبور لكونه استمرارياً، لا يمكن الأخذ به، كما لا يمكن باستصحاب بقاء الخيار؛ لأنه لم يحرز الموضوع له ويحتمل كون الموضوع له ما يرتفع بانقضاء الزمان الأول، فيكون الوجه في فورته أصالة فساد فسخ العقد بمعنى بقاء الملك السابق بعد حصول الفسخ في الزمان الثاني، والشك في بقاء الملك المزبور وعدم بقاءه ليس من قبيل الشك في المقتضي، بل الفسخ على تقدير صحته رافع للملك السابق الحاصل بالبيع.

أضف إلى ذلك ما يقال: من أن تراخي الخيار في المقام وما يشبه المقام من إجازة بيع الفضولي ونكاحه وغيرهما ضرر على من عليه الخيار، أو عليه الإجازة فينفى بقاعدة نفي الضرر.

أقول: الضرر هو النقص في المال ومجرد التأخير في الفسخ لا يوجب ضرراً على الغابن، وكذا الحال في التأخير في إجازة العقد الفضولي، وحيث إن شرط خيار الغبن ارتكازي، كما ذكرنا فيثبت الخيار مع الغبن من غير أن يؤخذ فيه الفسخ في أول أزمته الإمكان، بل غايته عدم التأخير فيه وعدم التصرف فيما انتقل إلى المغبون بحيث يعد

وعدم ترتب الأثر عليه وبقاء آثار العقد، فيثبت اللزوم من هذه الجهة. وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأنّ الشكّ هنا في الرفع، فالموضوع محرّزٌ كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذي، فافهم واغتنم، والحمد لله. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال هنا وفيما يشبهه - من إجازة عقد الفضولي ونكاحه وغيرهما - : من أنّ تجويز التأخير فيها ضررٌ على من عليه الخيار، وفيه تأملٌ. ثمّ إنّ مقتضى ما استند إليه للفورية - عدا هذا المؤيد الأخير - هي الفورية العرفية، لأنّ الاقتصار على الحقيقية حرجٌ على ذي الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به، والزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على ردّه بين أهل هذا القول. لكن الذي يظهر من التذكرة في خيار العيب على القول بفوريته ما هو أوسع من الفور العرفي، قال: خيار العيب ليس على الفور على ما تقدّم، خلافاً للشافعي، فإنّه اشترط الفورية والمبادرة بالعادة، فلا يؤمر بالعدو ولا الركض ليردّ، وإن كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجةٍ فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو اطّلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعاً، وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً. ولو اطّلع على العيب ليلاً فله التأخير إلى أن يُصبح وإن لم يكن عذر، انتهى. وقد صرح في الشفعة على القول بفوريته بما يقرب من ذلك وجعلها من الأعذار. وصرح في الشفعة بأنّه لا يجب المبادرة على خلاف العادة، ورجع في ذلك كلّه إلى العرف، فكلّ ما لا يُعدّ تقصيراً لا يبطل به الشفعة، وكلّ ما يُعدّ تقصيراً وتوانياً في الطلب فإنّه مسقط لها، انتهى. والمسألة لا تخلو عن إشكالٍ، لأنّ جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقّق بمجرد قوله: «فسخت» لا دليل عليه. نعم، لو توقّف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضي أو على الإشهاد، توجّه ما ذكر في الجملة، مع

ذلك التأخير أو التصرف إغماضاً عن الخيار وفسخ ذلك العقد.

أن قيام الدليل عليه مشكّل، إلا أن يُجمل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار، فدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يُعدّ متوانياً فيه، فإن هذا هو الذي يضرّ بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه وكون تصرفاته فيه في معرض النقص. لكنك عرفت التأمل في هذا الدليل. فالإنصاف: أنه إن تمّ الإجماع الذي تقدّم عن العلامة على عدم البأس بالأمر المذكورة وعدم قرح أمثالها في الفورية، فهو، وإلا وجب الاقتصار على أول مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم. ثمّ إنه لا خلاف في معذورية الجاهل بالخيار في ترك المبادرة [١] لعموم نفي الضرر، إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن والجاهل بحكمه، وليس ترك الفحص عن

[١] ذكره رحمته بما حاصله: أنه بناءً على كون خيار الغبن على الفور لا يكون ترك الفسخ في أول زمان العلم بالغبن لجهله بثبوت الخيار له وكان غافلاً عنه موجباً لسقوط خياره، بل يكون له حق الفسخ عند علمه بأن للمغبون خيار الفسخ لأن نفي لزوم البيع في زمان العلم بالغبن مع غفلته عن ثبوت الخيار للمغبون لا أثر له ولا يوجب أن لا يكون للزوم في الزمان الثاني ضرراً عليه.

لا يقال: ترك الفحص عن حكم المعاملة والغبن فيها ولو قبلها هو المنشأ لتضرر المغبون في الزمان الثاني، فلا يستند إلى حكم الشارع بلزوم المعاملة فيه.

فإنه يقال: لو كان ترك الفحص عن الحكم موجباً لعدم استناد الضرر إلى الشارع لزم عدم ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا ترك الفحص عن القيمة السوقية قبل المعاملة وأقدم عليها مع الجهل بها، بل يمكن أن يقال: كما لا يجب الفحص عن القيمة السوقية قبل المعاملة كذلك لا يجب تعلم ما يثبت له من الحق في المعاملة قبلها.

وما دل على عقاب الغافل على المخالفة فيما إذا أوجب ترك تعلم الأحكام الشرعية تلك الغفلة لا يعم الفرض.



الحكم الشرعي منافياً لمعدوريته، كترك الفحص عن الغبن وعدمه. ولو جهل الفورية فظاهر بعض الوفاق على المعدورية. ويشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا، لتمكّنه من الفسخ وتدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدّم من أصالة بقاء آثار العقد وعدم صحّة فسخ المغبون بعد الزمان الأوّل. وقد حكى عن بعض الأساطين عدم المعدورية في خيار التأخير، والمناط واحد. ولو ادّعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول، إلا أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض، ففيه نظر. وقال في التذكرة في باب الشفعة: إنّه لو قال: «لم أعلم ثبوت حقّ الشفعة» أو قال:

لا يقال: على ما ذكر ثبت الخيار للمغبون الملتفت الى الخيار مع أن أخذ الإلتفات بالخيار في موضوع الخيار غير ممكن.

فإنه يقال: المأخوذ في موضوع الخيار المستفاد من نفي اللزوم بقاعدة نفي الضرر<sup>(١)</sup> هو المتمكن على استعمال الخيار، وهذا الأخذ ليس من قبيل التقييد بل لازم الضيق الذاتي للمجعول نظير الضيق في التكليف، حيث إنه لا يعم الغافل.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في نسيان الخيار للمغبون، فإن الناسي داخل في الغافل عن الخيار للمغبون، وهذا بخلاف ما إذا كان غافلاً عن فورية الخيار فإن اللزوم في الزمان الثاني معه لا يكون منشأ لتضرر المغبون لتمكّنه من الفسخ في الزمان الأوّل.

وبهذا يظهر الحال فيما إذا كان جهله بخيار الغبن بمعنى الشك في ثبوت الخيار للمغبون لا بمعنى الغفلة وأنه لا يثبت للجاهل في الزمان الثاني خيار؛ لأن لزوم المعاملة في ذلك الزمان لا يكون منشأ ضرره حيث كان من الممكن فسخه البيع بعد العلم بالغبن ثم السؤال عن الحكم ونفوذه.

(١) كما جاء في الحديث: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع

«أخرت لأنّي لم أعلم أنّ الشفعة على الفور» فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام، قبل قوله وله الأخذ بالشفعة، وإلا فلا، انتهى. فإن أراد بالقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقه الجهل، فلا حاجة إليه، لأن أكثر العوامّ وكثيراً من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام، وإن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر في حقه عدم العلم. ففيه: أنه لا داعي إلى اعتبار الظهور، مع أنّ الأصل عدم. والأقوى: أنّ الناسي في حكم الجاهل. وفي سماع دعواه النسيان نظراً: من أنه مدع، ومن تعرّس إقامة البيّنة عليه وأنه لا يُعرف إلا من قبله. وأمّا الشاكّ في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته. ويحتمل عدم معذوريته، لتمكّنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثمّ السؤال عن صحته شرعاً، فهو متمكّن من الفسخ العرفي، إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإثشاء، فهو مقصّر بترك الفسخ للعذر، فافهم، والله العالم.

ثمّ إنه لو ادعى المغبون التارك للفسخ في الزمان الأول الجهل بالخيار ليكون له الفسخ في الزمان الثاني فهل هذه الدعوى مسموعة - بمعنى أنه يقبل قوله بيمينه - ذكر المصنف رحمته أن الأقوى سماعها لأن أصالة عدم العلم به جارية في حقه، وعلى الغابن المدعي علمه بالخيار الاثبات.

نعم إذا كان المغبون ممن لا يجهل الخيار إلا لعارض، ففي سماع قوله إشكال لأن دعواه الجهل مخالف للظاهر فيكون مدعياً، إلا إذا قيل بعدم الاعتبار بمثل هذا الظهور فيؤخذ بأصالة عدم علمه.

وأمّا إذا ادعى نسيان الخيار فيكون مدعياً لأن الأصل بقاء الذكر وعدم النسيان، إلا أن الدعوى إذا كان مما لا يعلم بها إلا من قبل مدعيها يقبل قوله فيها مع يمينه.

أقول: قد تقدم أن الموضوع للخيار كون لزوم المعاملة ضرورياً عليه واستصحاب

### الخامس: خيار التأخير

قال في التذكرة: من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري [١] ولا قبض الثمن ولا شرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحقّ بالعين، وإن مضت الثلاثة ولم يأتِ بالثمن، تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع. والأصل في ذلك - قبل الإجماع المحكي عن الانتصار والخلاف والجواهر وغيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة والظاهرة من غيرها، وبما ذكره في التذكرة: من أن الصبر أبداً مظنة الضرر المنفي بالخبر، بل الضرر هنا أشد من الضرر في الغبن، حيث إن المبيع هنا في ضمانه وتلفه منه وملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه - الأخبار

عدم علمه أو بقاء ذكره لا يثبت كون لزومها كذلك أو ليس كذلك، وعلى كلا التقديرين أي دعوى الجهل أو النسيان فهو يدعي الخيار لنفسه فعليه إثبات ذلك، كما لا يخفى. والكبرى المشار إليها وهي سماع الدعوى وثبوتها بيمين مدعيها في كل ما لا يعلم إلا من قبله، تعرضنا لها في بحث القضاء وناقشنا في ثبوتها بنحو الكبرى الكلية.

[١] المشهور بين الأصحاب: أنه إذا باع شيئاً حالاً ولم يسلمه إلى المشتري ولا قبض الثمن منه لزم البيع إلى ثلاثة أيام، وبعد انقضائها يكون للبائع الخيار في فسخ البيع.

ويستدل على ذلك مع الإغماض عن الإجماع، حيث إنه على تقديره مدركي بقاعدة نفي الضرر<sup>(١)</sup> على ما في التذكرة<sup>(٢)</sup>، حيث إن لزوم البيع منشأ تضرر البائع بل

(١) مرآناً.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٣.

المستفيضة، منها: رواية علي بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه، وإلا فلا يبيع بينهما». ورواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح، قال: «من اشترى يبعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ، فلا يبيع له». ورواية ابن الحجّاج قال: «اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتينا فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: يقول من تحب أن يقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا يبيع له».

ضرره في المقام أشد من تضرر المغبون بلزوم البيع، ووجه الأشدية أن المبيع في المقام في ضمان البائع لعدم تسليمه إلى المشتري، ولا يجوز له تصرفه فيه فإنه ملك المشتري على الفرض.

أقول: الضرر كما ذكرنا مرات هو النقص، والنقص في المقام غير حاصل لأن كون المبيع في ضمان البائع لا يوجب ضرراً عليه ما دام لم يتلف ومع تلفه وإن كان هذا التلف على البائع، إلا أن الحكم أي ضمان البائع المبيع بتلفه قبل قبضه مجعول في مورد الضرر فلا ينفى بقاعدة نفيه، كما هو الحال في تلفه ولو مع قبض الثمن. وعدم جواز تصرف البائع في المبيع بعد دخوله في ملك المشتري ليس فيه ضرر على بايعه بعد دخول الثمن في ملكه.

والحاصل: أن النقص في المقام لا يحصل بلزوم البيع وإلا ثبت الخيار للبائع بمجرد التأخير، لا بعد ثلاثة أيام.

وصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بتمنه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له».

وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بتمنٍ معلومٍ وقال للبائع أجيئك بالتمن ومضى، فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له، وإن لم يرتجع بطل البيع، انتهى.

وربما يحكى عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات، وتوقف فيه المحقق الأردبيلي، وقواه صاحب الكفاية، وجزم به في الحدائق طاعناً على العلامة في المختلف، حيث إنه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور، ثم اختار المشهور

وبهذا يظهر الحال في الاستدلال على نفي لزوم المعاملة بقاعدة نفي الحرج، حيث يقال: إن حفظ البائع المبيع للمشتري والتحفظ بنمائه له والصبر إلى وصول الثمن كما هو مقتضى لزوم البيع حرجي على البائع فينفي بقاعدة نفيه لأنه لا تختص القاعدة بنفي الأحكام التكليفية، وإذا انتفى اللزوم الحقي يثبت جوازه.

ووجه الظهور: أنه لو جرى في المقام قاعدة نفي الحرج لما كان المدار على مضي ثلاثة أيام ولما يمكن إثبات الخيار، حيث إنه يمكن نفي اللزوم الحقي المنكشف بمشروعية الإقالة بثبوت الجواز الحكمي هذا.

مع أنه يثبت عندئذ الخيار لكل من المتبايعين بامتناع صاحبه عن تسليم ما عنده من المال الذي صار ملكاً للآخر، غاية الأمر أن الشارع في الروايات الآتية قد حدد التأخير في أداء الثمن بثلاثة أيام مع كون المثلث عند بايعه ويبقى غيره بحاله.

ويؤيد ذلك ما ورد من أنه لو وجد غريم المفلس عين ماله في أمواله أخذه، ومع هذا الخيار لا يكون في البين حرج أو ضرر.

مستدلاً بأن الأصل بقاء صحّة العقد، وحَمَلَ الأخبار على نفي اللزوم. أقول: ظهور الأخبار في الفساد في محله، إلا أن فهم العلماء وحَمَلَةَ الأخبار نفي اللزوم مما يقرب هذا المعنى، مضافاً إلى ما يقال: من أن قولهم ﷺ في أكثر تلك الأخبار: «لا بيع» له ظاهرٌ في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط، ولا يكون إلا نفي اللزوم من

وأما الروايات فمنها صحيحة علي بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن ﷺ عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما»<sup>(١)</sup>. وموثقة إسحاق بن عمار «عن العبد الصالح ﷺ، قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلابيع له»<sup>(٢)</sup>. ورواية عبدالرحمن بن الحجاج، قال: «اشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه ثم احتسبت أياماً ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته. فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش، قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا. فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي؟ قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»<sup>(٣)</sup>، وصحيحة زرارة عن أبي جعفر ﷺ قال: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى أتيتك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له»<sup>(٤)</sup>.

وقد يقال: بظهور هذه الروايات في انحلال البيع بمضي ثلاثة أيام، لأن يثبت

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر: الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر: ٢١-٢٢، الحديث ٢.

(٤) نفس المصدر: ٢١، الحديث ١.

طرف البائع، إلا أن في رواية ابن يقطين: «فلا بيع بينهما». وكيف كان، فلا أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع. وتوهم: كون الصحة سابقاً في ضمن اللزوم، فترتفع بارتفاعه، مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة، وإنما هو حكمٌ مقارنٌ له في خصوص البيع الخالي من الخيار.

للبيع خيار الفسخ، كما عليه المشهور.

وذكر المصنف رحمته: أن فهم المشهور الخيار منها يوجب كون المراد منها الخيار خصوصاً بملاحظة قوله رحمته في أكثر الروايات «لا بيع له»، فإن نفي البيع بالإضافة إلى المشتري مع أنه لا يتبعض في الصحة قرينة على أن المراد بنفيه نفي لزومه.

نعم في صحيحة على بن يقطين «لا بيع بينهما» وغايه ذلك الشك في المراد فيستصحب بقاء البيع والآثار المترتبة عليه بعد مضي ثلاثة أيام.

وتوهم عدم جريان الاستصحاب في الصحة لأنها كانت في الثلاثة في ضمن اللزوم، والمحمثل ثبوته بعدها الصحة في ضمن الجواز، يدفعه أن الصحة وللزوم حكمان للبيع، لأن اللزوم والجواز نوعان من الصحة، كما هو ظاهر.

ولكن لا يخفى أن مجرد فهم المشهور أمراً من رواية أو روايات لا يكون حجة بالإضافة إلينا، وقد سبق أن المشهور قد فهموا من الروايات الواردة في نزع ماء البئر نجاسته، وقد منعه المتأخرون وأنها لا تدل على نجاسة مائه.

ولو كانت الروايات الواردة في المقام ظاهرة في انحلال البيع بمضي ثلاثة أيام، أو الشرط في صحة البيع القبض أو الإقباض إلى ثلاثة أيام فلا بد من الأخذ به ولا معنى لطرحه والأخذ بالأصول العملية، بدعوى أن فهم المشهور لو لم يوجب ظهورها في الخيار فلا أقل من كونه موجِباً لإجمالها.

ولكن الصحيح عدم استفادة الانحلال من الاخبار المزبورة بقرينة أن اللزوم البيع

ثم إنه يشترط في هذا الخيار أمور:

أحدها: عدم قبض المبيع [١] ولا خلاف في اشتراطه ظاهراً، ويدل عليه من الروايات المتقدمة قوله عليه السلام في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة: «فإن قبض بيعه، وإلا فلا بيع بينهما» بناءً على أن البيع هنا بمعنى المبيع.

على كل من البائع والمشتري حقي والشارع في هذه الروايات بصدد أن الحق للمشتري ينتهي بانقضاء ثلاثة أيام، فالمبيع الذي لم يأخذه المشتري ولم يرد ثمنه لا يكون له بعد ثلاثة أيام إلزام البائع به، بل يكون اختيار ذلك البيع بيد بايعه فقط لا بينهما، بأن يلزم كل واحد منهما الآخر بالوفاء بذلك البيع أو يلزم المشتري بايعه به. [١] وحاصله: أن من شرط ثبوت الخيار للبائع عدم إقباضه المبيع من المشتري إلى ثلاثة أيام بحيث لو تحقق الإقباض بعد العقد أو إلى ثلاثة أيام فلا يثبت له الخيار، ولو مع عدم قبض الثمن.

واستشهد لذلك بما في صحيحة علي بن يقطين من قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما»<sup>(١)</sup>، فإن ظاهره أنه لو تحقق إقباض المبيع في ضمن ثلاثة أيام، فإن قوله «قبض» بالتشديد و«بيعه» بالتخفيف بمعنى مبيعه.

وما عن صاحب الرياض<sup>(٢)</sup> من عدم اعتبار عدم الإقباض بل المعتبر في ثبوت الخيار للبائع عدم إتيان المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام سواء قبض المبيع أم لا - وتبعه جماعة - لا يمكن المساعدة عليه، فإن ثبوت الخيار للبائع مع إقباض المبيع مخالف للوارد في الصحيحة.

(١) مرّ آنفاً.

(٢) أنظر الرياض ١: ٥٢٥.



لكن في الرياض إنكار دلالة الأخبار على هذا الشرط، وتبعه بعض المعاصرين. ولا أعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذ منها الرواية، أو احتمال قراءة «قَبْض» بالتخفيف، و«بَيْعُهُ» بالتشديد، يعني: قَبْضٌ بِأَعْنُهُ

ولعل هذه الجملة لم تكن في النسخة الموجودة عند صاحب الرياض، أو أنه قرأ «قبض» بالتخفيف و«بيعه» بالتشديد، فيكون المراد: فإن قبض البائع الثمن في ضمن ثلاثة فهو، وإلا يثبت له الخيار.

ولكن القراءة المزبورة غير صحيحة، لأن استعمال البيع بمعنى البائع مفرداً غير معروف، والأصل عدم التشديد في بيعه، نظير ما ذكره الشهيد رحمته الله من أصالة عدم المد في «البكاء» الوارد في قواطع الصلاة<sup>(١)</sup>.

أقول: لا يبعد أن يكون عدم إقباض المبيع في الثلاثة في الصحيحة، كناية عن عدم وصول الثمن، فإنه لا يعطي البائع المبيع في الثلاثة من غير أخذ الثمن إذا كان عدم إقباضه بعدم تمام العقد لعدم أخذ الثمن، نظير ما في موثقة اسحاق بن عمار من قوله عليه السلام: «فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلابع له»<sup>(٢)</sup>، حيث إن عدم مجيئه كناية عن عدم مجيئه بالثمن.

وأما ما ذكره رحمته الله من أصالة عدم التشديد في لفظة «بيعه» مضافاً إلى معارضته بعدم التشديد في لفظة «قبض» لا تثبت ظهور اللفظ في كونه بمعنى المبيع. والصحيح في المقام أن يقال: المفروض في الروايات عدم إقباض المبيع بعد البيع إلى ثلاثة أيام بمعنى كونه عند البائع.

نعم الوارد في رواية عبد الرحمن بن الحجاج مطلق، وهو قوله: «من اشترى شيئاً

(١) الروضة البهية ١: ٥٦٥.

(٢) مرآة نفاً.

الثمن. ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال، لأن استعمال «البيع» بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد، مع إمكان إجراء أصالة عدم التشديد، نظير ما ذكره في الروضة: من أصالة عدم المدّ في لفظ «البكاء» الوارد في قواطع الصلاة.

فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وألا فلا بيع له<sup>(١)</sup>، ولكنها لضعفها سنداً بأبي بكر، بل للحسن بن الحسين اللؤلؤي لا يمكن الاعتماد عليه.

ولكن مع ذلك إذا حصل إقباض المبيع بعد العقد ولو بفصل زمان، وامتنع المشتري عن أداء الثمن، يكون للبائع خيار الفسخ؛ لأن أداء الثمن وعدم الامتناع عنه شرط ارتكازي في بيع البائع، وكذلك إقباض المبيع وعدم امتناعه عنه شرط كذلك في شراء المشتري، ولا يكون إقباض المبيع بدون قبض الثمن إلغاءً لهذا الاشتراط، بل رفع اليد عن حقه بإمسك المبيع لقبض الثمن، كما لا يخفى.

ويؤيد ذلك بل يدل عليه ما ورد من أن البائع إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه

فراجع.

ذكره في المقام فروعاً:

الأول: أنه لو كان عدم القبض المشتري المبيع لامتناع البائع عن أخذ الثمن ودفع المبيع إليه فلا يكون للبائع خيار بمضي ثلاثة أيام، فإن ظاهر الروايات أن الخيار المزبور إرفاق للبائع لتلايقع في محذور انتظار الثمن، وضرر المحافظة على المبيع للغير، وإذا كان ذلك بامتناعه، فلا يكون مورد الإرفاق يعني أن الإرفاق لا يناسبه.

وقد يقال: إنه لا حاجة في نفي الخيار في الفرض إلى استظهار الإرفاق لأن الموضوع للخيار في موثقة اسحاق بن عمار عدم مجيء المشتري بالثمن إلى ثلاثة،

(١) مرّ آنفاً.

ومع امتناع البائع عن أخذه مع تمكين المشتري لا يحصل الموضوع المزبور.  
 لا يقال: الوارد في صحيحة علي بن يقطين ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام في فرض بقاء المبيع بيد البائع وعدم أخذه الثمن، ولم يفصل في الجواب بثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام بين كون عدم الإقباض والقبض لامتناع البائع عن أخذ الثمن وعدمه. فإنه يقال: لا يكون للبائع داع إلى عدم القبض الثمن غالباً، ولهذا ظاهر السؤال عدم قبضه المبيع مع عدم دفع المشتري الثمن.

الثاني: ما إذا حصل قبض المبيع بلا استحقاق بحيث يكون للبائع حق استرداده، كما إذا أخذه المشتري من عند البائع بلا إذنه ورضاه فهل مع القبض المزبور وتأخير الثمن إلى ثلاثة أيام يثبت الخيار للبائع بأن يكون القبض المزبور كإقباض، أو أنه لا خيار معه؛ لخروج الفرض بالقبض المزبور عن مدلول الروايات، أو أنه إذا استرد البائع المبيع يثبت الخيار وألاً فلا، أو يبتني ثبوت الخيار له بعد ثلاثة أيام على كون القبض المزبور رافعاً لضمان تلف المبيع قبل القبض عن بايعه أم لا، فإن لم يرفع الضمان يكون الضرر الموجب لثبوت الخيار له بعد ثلاثة بحاله، فيثبت له الخيار، بخلاف ما إذا قيل بانتفاء ضمانه مع القبض المزبور، فإنه لا يثبت له الخيار، فإن الضرر الموجب لثبوته ضرر ضمان التلف وضرر انتظار الثمن، وينتفي الضرران مع أخذه المبيع من المشتري تقاصاً.

واختار<sup>١</sup> هذا التفصيل، ولكن لا يمكن المساعدة عليه، فإنه إذا كان ظاهر الروايات - كما ذكرنا - عدم قبض المشتري المبيع، بأن يكون المبيع عند بايعه، فلا تعم الفرض مع عدم استرداده قبل ثلاثة سواء قلنا بارتفاع الضمان أو عدمه. وما ذكر في ملاك ثبوت الخيار لم يذكر في الروايات بنحو العلية أو الموضوعية.

وقاعدة نفي الضرر<sup>(١)</sup> لا تصلح للاعتماد عليها في المقام على ما تقدم، بل الأظهر بحسب الروايات ملاحظة الاسترداد بعد القبض المزبور وقبل ثلاثة أيام كما لا يخفى.

الثالث: ما إذا مكن البائع المشتري من أخذ المبيع ولو مع عدم قبض الثمن فلم يأخذ ففي هذا الفرض أيضاً بنى ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام على انتفاء ضمان المبيع بتلفه قبل قبضه وعدم انتفائه، فلا يثبت على الأول ويثبت على الثاني.

ولكن قد تقدم أن الموضوع للخيار عدم قبض المشتري المبيع وعدم قبض المشتري سواء مع تمكين البائع وعدمه، بل ظاهر صحيحة زرارة صورة تمكين البائع من أخذ المبيع.

الرابع: إن قبض بعض المبيع كقبض كله، أو كلا قبض، أو يثبت الخيار بالإضافة إلى غير المقبوض.

أقول: قد ذكرنا مراراً أن الخيار يثبت في البيع المنشأ ابتداءً بحسب الإمضاء الشرعي لا في البيوع الانحلالية، حيث إن ظاهر أدلة الخيارات ثبوت خيار واحد لصاحبه ومع ثبوته في كل من المعاملات الانحلالية يتعدد، كما لا يخفى.

والمفروض في الروايات بقاء المبيع بتمامه عند بايعه، إلا أنه يمكن الأخذ بموثقة إسحاق بن عمار<sup>(٢)</sup>، فإن الخيار المذكور فيها للبائع يعم فرض أخذ بعض المثلث، بل فرض أخذ بعض الثمن أيضاً، فلاحظ.

(١) مرّ سابقاً.

(٢) مرّت آنفاً.

ثمّ إنّه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع - بأن بذله الثمن فامتنع من أخذه وإقباض المبيع - فالظاهر عدم الخيار، لأنّ ظاهر النصّ والفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع ودفعاً لتضرّره، فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبّله. ولو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده - كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن - ففي كونه كـ«لا قبض» مطلقاً، أو مع استرداده، أو كونه قبضاً، وجوة، رابعها: ابتناء المسألة على ما سيحييء في أحكام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض وعدمه.

ولعلّه الأقوى، إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبيع لمالكة وتضرّره بعدم وصول ثمنه إليه، وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصّةً. وأمّا مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجري دليل الضرر بالتقريب المتقدّم وإن ادّعي انصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة.

ولو مكّن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان وعدمه. وربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات: «ثمّ يدعه عنده» عدم كفاية التمكين. وفيه نظرٌ، والأقوى عدم الخيار، لعدم الضمان. وفي كون قبض بعض المبيع كـ«لا قبض» لظاهر الأخبار، أو كالقبض، لدعوى انصرافها إلى صورة عدم قبض شيءٍ منه، أو تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض وغيره استناداً - مع تسليم الانصراف المذكور - إلى تحقّق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض لا غير، وجوة.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن [١]، واشتراطه مجمّع عليه نصّاً

[١] من شرط ثبوت خيار التأخير للبائع عدم قبضه تمام الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا يكفي في انتفاء الخيار بعدها قبض بعضه في الثلاثة، حيث إنّ ظاهر الأخبار في

وفتوى. وقبض البعض كـ«لاقبض»، لظاهر الأخبار المعترضد بفهم أبي بكر بن عياش في رواية بن الحجّاج المتقدمة، وربما يستدلّ بها تبعاً للتذكرة. وفيه نظرٌ. والقبض بدون الإذن كعدمه، لظهور الأخبار في اشتراط وقوعه بالإذن في بقاء البيع على اللزوم، مع أنّ ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باقٍ. نعم، لو كان القبض بدون الإذن حقاً - كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه - فالظاهر عدم الخيار، لعدم دخوله في منصرف الأخبار،

مجيء المشتري بالثمن في ثلاثة المجيء بتمام الثمن.

ويؤيد ذلك بفهم أبي بكر بن عياش، حيث حكم في صورة قبض البائع بعض الثمن بثبوت الخيار له استظهاراً من قوله عليه السلام: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»<sup>(١)</sup>، بل ربما يستدل بهذه الرواية على عدم كفاية قبض بعض الثمن تبعاً للتذكرة<sup>(٢)</sup>.

ولكن لا يخفى ما في الاستدلال لضعف الرواية أولاً، وعدم الاعتبار بفهم أبي بكر ثانياً.

وعن المحقق الايرواني<sup>(٣)</sup>: أنه لم يتحقق عندي ما فهم أبو بكر عن الرواية وما حكم به من القضاء لعبدالرحمن بن الحجّاج أو لصاحبه. وفيه: أنه لو كان حكمه بلزوم البيع في فرض قبض البائع بعض الثمن لما كان نقل قول الإمام بثبوت الخيار بعد ثلاثة للبائع مناسباً لذلك الحكم، وهذا الحكم يكشف عن فهمه منها قبض تمام الثمن.

(١) مرّ سابقاً.

(٢) التذكرة ١: ٥٢٣.

(٣) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٨٧.

وعدم تضرر البائع بالتأخير. وربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق - أعني قبض المبيع - نظراً إلى أنهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه، وفي طرف الثمن عدم قبضه. وفيه نظر، لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع،

ولو قبض البائع تمام الثمن بلا إذن المشتري فظاهر المصنف رحمته: أن هذا «القبض كـ لا قبض»، في أنه لو أجاز المشتري القبض إلى ثلاثة فهو، وإلا يثبت الخيار للبائع بعد تمام الثلاثة لظهور الأخبار في مجيء المشتري بالثمن الموجب لكون قبض البائع بإذنه.

أضف إلى ذلك أن الموجب لثبوت الخيار للبائع تضرره بضممان المبيع قبل القبض وعدم جواز تصرفه في الثمن، وهذا الضرر باق بحاله مع القبض الفضولي. نعم، لو كان هذا القبض بحق كما إذا عرض البائع للمشتري ليأخذه فلم يأخذه وأخذ البائع الثمن بلا إذنه، ففي هذه الصورة لا يثبت خيار التأخير للبائع، لأن ضرر عدم جواز التصرف في الثمن منتف في الفرض.

أقول: لو كان ظاهر الأخبار حصول قبض الثمن بإذن المشتري فكيف لا يدخل هذا الفرض في مدلول الأخبار الظاهرة في ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة.

ولو قيل: بأن اعتبار مجيء المشتري بالثمن طريقي، والغرض وصول الثمن إلى البائع، ولذا لو كان الثمن عند البائع قبل البيع، فلا مورد لخيار التأخير.

قلنا: إن هذا صحيح، ولكن لازمه عدم ثبوت الخيار للبائع بقبضه الثمن. بلا إذن المشتري سواء كان ذلك بحق أم لا، كما التزم بذلك بعض حتى مع الالتزام بأنه لا يكفي في انتفاء الخيار قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع، بدعوى أن المعتبر في ناحية المبيع إقباض البائع.

فَيُعَبَّرُ فِي طَرَفِ الثَّمَنِ وَالْمَثْمَنِ بِمَا هُوَ فَعْلٌ لَهُ، وَهُوَ الْقَبْضُ فِي الْأَوَّلِ وَالْإِقْبَاضُ فِي الثَّانِي، فَتَأْمَلْ. وَلَوْ أَجَازَ الْمُشْتَرِي قَبْضَ الثَّمَنِ - بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ الْإِذْنِ - كَانَتْ فِي حُكْمِ الْإِذْنِ. وَهَلْ هِيَ كَاشِفَةٌ أَوْ مُثَبِّتَةٌ؟ أَقْوَاهُمَا الثَّانِي. وَيَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ مَا لَوْ قَبْضَ قَبْلَ الثَّلَاثَةِ فَأَجَازَ الْمُشْتَرِي بَعْدَهَا.

وهذا لا يحصل بقبض المشتري المبيع بلا إذن البائع بخلاف الثمن فإن المعتبر في ناحيته قبض البائع الثمن، وهو يحصل ولو بلا إذن المشتري.

ولكن الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك لأن الغرض من فرض عدم الإقباض والقبض في ثبوت خيار التأخير بقاء المالكين عند صاحبهما الأصليين.

وأما دعوى بقاء ضرر الضمان أو ضرر الصبر على عدم التصرف في الثمن فقد ذكرنا أنهما لم يؤخذا في موضوع خيار التأخير، فيحتمل اعتبارهما في ثبوت الخيار بنحو الحكمة لا العليّة.

لا يقال: قبض البائع الثمن كاشف عن رضاه بالمبيع المزبور فيكون ذلك مسقطاً لخياره حتى ما لو قيل باعتبار القبض بالإذن في انتفاء الخيار.

فإنه يقال: القبض المزبور بلا التفات إلى الخيار لا يكون إسقاطاً للخيار فإنه لا يحصل بلا قصد.

ثم إنه لو قيل باعتبار الإذن من المشتري في قبض الثمن فلا ينبغي التأمل في كفاية إجازته القبض الصادر بالإذن، حيث إنه بالإجازة يكون الإمساك بالثمن بإذنه فيحصل ما يحكم معه بلزوم البيع.

ولكن هل الإجازة المزبورة كاشفة عن حصول القبض المعتبر من الأول أو من حيث الإجازة، فقد ذكر المصنف رحمته الله: أن الأظهر هو الثاني لما ذكرنا من أن الإجازة يكون الإمساك بالثمن بالإذن.



الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين [١]، لأن المتبادر من النص غير ذلك، فيقتصر في مخالفة الأصل على منصرف النص مع أنه في الجملة إجماعي.

وعليه فلو قبض البائع الثمن بلا إذن منه في ضمن ثلاثة أيام، وأجاز المشتري القبض بعد انقضائها يثبت للبائع خيار التأخير.

أقول: إذا كان القبض متضمناً للإشياء ولو بنحو الإيقاع، فالظاهر أن الإجازة فيه تعتبر بنحو الكشف الحكمي، كما في قبض الثمن الكلي، ودعوى الإجماع على عدم جريان الفضولية في الإيقاع، قد ذكرنا في بحث الفضولي عدم تمامية ذلك على الإطلاق.

وأما إذا لم يتضمن الأمر الإنشائي كما في قبض الثمن المعين فلا يكون لإجازة الفعل الخارجي معنى، إلا كون الإمساك بالمال بإذنه، ولا يخرج القبض السابق عن الفضولية، حيث لم يكن الإمساك في تلك القطعة من الزمان بإذنه. وعلى ذلك يترتب الفرق في الإجازة بعد الثلاثة بين كون المقبوض من الثمن شخصاً أو كلياً. والله سبحانه هو العالم.

[١] ولعلّه بلا خلاف، وظاهر الروايات عدم تحقق القبض والإقباض مع عدم اشتراط التأخير في ناحية الثمن قطعاً، ولكن الكلام في كون منصرفها - ولا أقل من المتيقن - عدم اشتراط ذلك في ناحية المثلث أيضاً أم لا. والوجه في ذلك أن تعليق لزوم البيع على مجيء المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام من حين العقد، ظاهره فرض عدم اشتراط التأخير في ناحية الثمن، ولكن لا دلالة للروايات على اعتبار عدم اشتراط التأخير في ناحية المبيع كما لا يخفى.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه، كصاعٍ من صبرة [١]. نصّ عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات أصحابنا. وظاهره كونه مفتىً به عندهم، وصرّح به في التحرير والمهذب البارع وغاية المرام، وهو ظاهر جامع المقاصد، حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمة. وقال في الغنية: وروى أصحابنا أنّ المشتري إذا لم يقبض المبيع وقال: «أجيتك بالثمن» ومضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً، ثم هو بالخيار بين فسخ البيع ومطالبته بالثمن. هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقاؤه، فإن لم يكن كذلك - كالخضروات - فعليه الصبر يوماً

[١] ذكره ما حاصله: أنّ ظاهر الأصحاب وكذا ظاهر الروايات أو المتيقن منها اختصاص خيار التأخير بما إذا كان المبيع عيناً خارجية أو شبهها بالعين الخارجية كالكلّي في المعين، فلا يكون للبائع خيار التأخير فيما إذا كان المبيع بنحو الكلّي على الذمة. وتعبير آخر: لا ظهور في شيء من الروايات في عموم الخيار بحيث يثبت فيما إذا كان المبيع بنحو الكلّي على الذمة.

أمّا كلمات الأصحاب فقد ذكر الشيخ <sup>(١)</sup> في روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم وقال للبائع: أجيتك بالثمن، فإن جاء في مدة الثلاثة كان البيع له. وقد صرّح بالاختصاص في التحرير <sup>(٢)</sup> والمهذب البارع <sup>(٣)</sup> وغاية المرام <sup>(٤)</sup>، وهو ظاهر جامع المقاصد حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمة <sup>(٥)</sup>. فإنه

(١) المبسوط ٢: ٨٧.

(٢) التحرير ١: ١٦٧.

(٣) المهذب البارع ٢: ٣٨٢.

(٤) غاية المرام (مخطوط) ١: ٢٩٢.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٢٩٨.

واحداً ثم هو بالخيار. ثم ذكر أن تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري وبعده من مال البائع. ثم قال: ويدلّ على ذلك كلّ إجماع الطائفة، انتهى. وفي معقد إجماع الانتصار والخلاف وما وجدته في نسخة جواهر القاضي: «لو باع شيئاً معيناً بثمن معين» لكن في بعض نسخ الجواهر: «لو باع شيئاً غير معين»، وقد أخذ عنه في مفتاح الكرامة وغيره ونسب إلى القاضي دعوى الإجماع على غير المعين، وأظنّ

لو كان هذا التعميم ثابتاً في ناحية المبيع أيضاً لأضاف المبيع إلى الثمن في عدم الفرق. ولكن في عبارات الانتصار<sup>(١)</sup> والخلاف<sup>(٢)</sup> وجواهر القاضي<sup>(٣)</sup>: «إذا باع شيئاً معيناً بثمن معين - ومقتضاه اعتبار كون الثمن أيضاً عيناً، وحيث إنّ هذا الاعتبار في ناحية الثمن غير محتمل فيراد بالمعين في ناحية الثمن كونه معلوماً، ولذا وصف في التحرير<sup>(٤)</sup> تبعاً للمبسوط<sup>(٥)</sup> في عبارته المتقدمة المبيع بـ«المعين» والثمن بـ«المعلوم».

بل يمكن أن يقال: إنّه مع اختلاف الموصوف بالمعين يختلف الظهور، فإن كان الموصوف به هو الشيء يكون ظاهره العين الخارجية، وإن كان الموصوف هو الثمن يكون ظاهره تعيين مقداره.

والحاصل: أن المعتبر في كلمات الأصحاب في ناحية المبيع عدم كونه بنحو الكلّي على العهدة.

(١) أنظر الانتصار: ٤٣٧، المسألة ٢٤٩.

(٢) الخلاف ٣: ٢٠، المسألة ٢٤.

(٣) راجع جواهر الفقه ضمن الجوامع الفقهية: ٤٢٠.

(٤) التحرير ١: ١٦٧.

(٥) المبسوط ٢: ٨٧.

الغلط في تلك النسخة. والظاهر أن المراد بـ«الثلث المعين» هو المعلوم في مقابل المجهول؛ لأنَّ تشخُّص الثمن غير معتبر إجماعاً، ولذا وصف في التحرير تبعاً للمبسوط المبيع بـ«المعين» والثلث بـ«المعلوم»، ومن البعيد اختلاف عنوان ما نسبة في الخلاف إلى إجماع الفرقة وأخبارهم، مع ما نسبة في المبسوط إلى روايات أصحابنا.

نعم في بعض نسخ الجواهر للقاضي<sup>(١)</sup>: «إذا باع شيئاً غير معين بثمن معين» وأخذ هذه النسخة في مفتاح الكرامة<sup>(٢)</sup>، ونسب جريان الخيار في غير المعين مع دعوى الإجماع على ذلك إلى الجواهر، ولكن النسخة المزبورة غلط فإنه لا يحتمل اختصاص الخيار بغير المعين ودعوى الإجماع عليه.

ولكن مع ذلك كله ينسب التعميم إلى الأكثر<sup>(٣)</sup> وقد نسب الشهيد في الدروس<sup>(٤)</sup> الاختصاص بالمعين إلى الشيخ رحمته وكانه قد فهم من كلام غيره التعميم. أقول: ذكر العين في بعض الكلمات أو الشيء المعين في بعضها الآخر لا يدل على الاختصاص؛ لأن الكلي على العهدة داخل في العين، كما ذكرنا ذلك في تعريفهم البيع: بأنه تمليك عين بعوض.

والمبيع في موارد الكلي على العهدة الشيء بوجوده الخارجي؛ ولكنه لعدم وجوده فعلاً أو بغيره تعهد بأدائه وتحصيله بخلاف بيع الشخص، أو الكلي في المعين، حيث إنه لوجوده فعلاً لا تعهد بالإضافة إلى تحصيله، بل بالإضافة إلى أدائه فقط. وبالجملة العين مقابل المنفعة وتوصيف الشيء بالمعين كما يكون باعتبار تعيينه

(١) جواهر الفقه: ٥٤، المسألة ١٩٣.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥٧٩.

(٣) لم نثر على النسبة، ولكن نسب صاحب مفتاح الكرامة ٤: ٧٩، والجواهر ٢٣: ٥٥ الإطلاق إلى الأكثر.

(٤) الدروس ٣: ٢٧٣.

مع أنا نقول: إن ظاهر «المعين» في معاهد الإجماعات التشخيص العيني، لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول ولو كان كلياً، خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن، للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه، مع أنه فرق بين «الثمن المعين» و «الشيء المعين»، فإن الثاني ظاهر في الشخصي بخلاف الأول.

وأما معقد إجماع التذكرة - المتقدم في عنوان المسألة - فهو مختص بالشخصي، لأنه ذكر في معقد الإجماع «أن المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين»، ولا يخفى أن «العين» ظاهر في الشخصي. هذه حال معاهد الإجماعات. وأما حديث نفي الضرر، فهو مختص بالشخصي، لأنه المضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه وعدم جواز التصرف فيه وعدم وصول بدله إليه،

الخارجي يكون باعتبار تعيين كمه ومقداره. فيمكن أن يكون توصيف الشيء بالمعين في كلماتهم باعتبار تعيين مقداره كما هو الحال في ناحية الثمن.

والحاصل: أنه لا يستفاد الاتفاق من كلمات الأصحاب على اختصاص خيار التأخير بالمبيع الشخصي، وعلى تقديره لا قيمة له، لأن الاتفاق في المقام - لوجود الروايات المتقدمة - مدركي، فالمتبع ظهورها في اعتبار العين الخارجية ونحوها لأن ظاهر صحيحة زرارة<sup>(١)</sup>، وإن كان فرض المتاع الخارجي بقرينة قوله: «ثم يدعه عنده» إلا أنه لا دلالة لها على نفي الخيار في غيره.

وأما صحيحة علي بن يقطين<sup>(٢)</sup> فلا ظهور لها في العين الخارجية أي الشخص، ودعوى أن البيع لا يطلق على المبيع إلا في موارد الشخص الواقع عرضة للبيع لا تخلو عن الجزاف.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢١، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) نفس المصدر: ٢٢، الحديث ٣.

بخلاف الكلّي. وأمّا النصوص، فروايتا ابن يقطين وابن عمّار مشتملتان على لفظ «البيع» المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرّضة للبيع، ولاناسبة في إطلاقه على الكلّي، كما لا يخفى. ورواية زرارة ظاهرة أيضاً في الشخصي من جهة لفظ «المتاع»، وقوله: «يدعه عنده»، فلم يبق إلا قولهم البيع في رواية أبي بكر بن عيّاش: «من اشترى شيئاً فإن إطلاقه وإن شمل المعين والكلّي، إلا أن الظاهر من لفظ «الشيء» الموجود الخارجي، كما في قول القائل: «اشتريت شيئاً». والكلّي المبيع ليس موجوداً خارجياً، إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعي الموجود في الخارج، لأن المبيع قد يكون معدوماً عند العقد، والموجود منه قد لا يملكه البائع المملّك له، بل هو أمرٌ اعتباريٌّ يعايل في العرف والشرع معه معاملة الأملاك، وهذه المعاملة وإن اقتضت صحّة إطلاق لفظ «الشيء»، عليه أو على ما يعمّه، إلا أنه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجي

وبهذا يظهر الحال في موثقة إسحاق بن عمار<sup>(١)</sup> فيكون الأخذ بظهورهما أي بالإطلاق في الثانية وعدم الاستفصال في الجواب في الأولى مقتضاه الالتزام بالعموم في الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثة أيام. وأمّا رواية عبد الرحمن بن حجاج<sup>(٢)</sup> فقد تقدم ضعفها سنداً، ومع الإغماض عنه فظاهرها أيضاً للعموم.

ودعوى انصراف «من اشترى شيئاً» إلى العين الخارجية كانصراف المطلق إلى بعض أفرادها يكذبها الرجوع إلى موارد الاستعمال في المحاورة.

فالمتحصل: أنه لا يبعد القول بالتعميم في الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثة. والله سبحانه هو العالم.

(١) نفس المصدر: الحديث ٤.

(٢) نفس المصدر: ٢١-٢٢، الحديث ٢.

الشخصي احتيج إلى قرينة على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور والمطلق المنصرف إلى بعض أفرادهِ انصافاً لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة. فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجي بأصالة عدم القرينة، فافهم. فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ليس في أدلة المسألة من النصوص والإجماعات المنقولة ودليل الضرر ما يجري في المبيع الكلّي. وربما يُنسب التعميم إلى ظاهر الأكثر، لعدم تقييدهم بال شخصي.

وفيه: أنّ التأمّل في عباراتهم، مع الإنصاف يُعطي الاختصاص بالمعيّن، أو الشكّ في التعميم، مع أنّه معارضٌ بعدم تصريح أحدٍ بكون المسألة محلّ الخلاف من حيث التعميم والتخصيص. نعم، إلّا الشهيد في الدروس، حيث قال: «إنّ الشيخ عليه السلام قيّد في المبسوط هذا الخيار بشراء المعين»، فإنّه ظاهرٌ في عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقي الأصحاب، لكنك عرفت أنّ الشيخ عليه السلام قد أخذ هذا التقييد في مضمون روايات أصحابنا. وكيف كان، فالتأمّل في أدلة المسألة وفتاوي الأصحاب يُشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعيّن.

ثمّ إنّ هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار:

منها: عدم الخيار لأحدهما أو لهما [١] قال في التحرير: «ولا خيار للبائع لو كان

[١] قيل كما عن التحرير<sup>(١)</sup>: يعتبر في ثبوت خيار التأخير للبائع عدم خيار آخر في البيع للمتبايعين أو لأحدهما، وإلا فلا يثبت للبائع خيار التأخير بعد ثلاثة أيام. وظاهر ابن إدريس<sup>(٢)</sup>: يعتبر في ثبوت خيار التأخير عدم شرط الخيار لهما أو لأحدهما. ولعل مراده أيضاً مطلق الخيار بحيث يعم خيار الحيوان أيضاً، وذكره شرط

(١) التحرير ١: ١٦٧.

(٢) السرائر ٢: ٢٧٧.

في المبيع خيار لأحدهما» وفي السرائر قيّد الحكم في عنوان المسألة بقوله: «ولم يشترطاً خياراً لهما أو لأحدهما» وظاهره الاختصاص بخيار الشرط. ويحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان وهو المتاع.

الخيار لأجل أن موضوع كلامه المتاع لا ما يعم الحيوان.

ويستدل على هذا الاشتراط بانصراف أخبار الباب عن كون البيع خيارياً، وذلك لما ذكر العلامة<sup>(١)</sup> وغيره في أحكام الخيار: من أنه لا يجب القبض والإقباض مدة الخيار وأنه لو أقبض أحدهما ما انتقل عنه لا يجب على الآخر إقباض ما عنده من مال صاحبه، بل يجوز له استرداد ما أقبض خلافاً لبعض العامة<sup>(٢)</sup>: حيث بنوا على عدم جواز الاسترداد بل يجب على الآخر الإقباض، ولو امتنع عن الإقباض يجوز للآخر أخذ ما عنده بلا إذن، كما في صورة تسليم ما عنده مع لزوم البيع.

وعلى ذلك فمع ثبوت خيار آخر في البين يكون للمشتري حق التأخير في تسليم الثمن، وظاهر الأخبار ثبوت خيار التأخير للبائع فيما إذا كان تأخير المشتري في أداء الثمن بلا حق، كما أن ظاهرها كون عدم إقباض البائع المبيع لعدم تسلّمه الثمن من المشتري، فلا يعم ما إذا كان عدم تسليمه لثبوت خيار آخر له في البيع.

ولكن لا يخفى ضعف الاستدلال، لأنه - كما سيأتي -: أن الخيار حق متعلق بالعقد وجواز تسلط أحد المتبايعين أو كلاهما على فسخه لا ينافي وجوب القبض والإقباض عليهما وجوباً حقيقياً، حيث إن الإمساك بهما بالامتناع عن التسليم والتسلم تصرف في مال الآخر بلا رضاه.

(١) التذكرة ١: ٥٣٧.

(٢) نقله العلامة عن بعض الشافعية في التذكرة ١: ٥٣٧.



وكيف كان، فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط سواء أريد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، وسواء أريد مطلق الخيار - ولو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة - أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة، سواء أحدث فيها أم بعدها.

وأوجه ما يقال في توجيه هذا القول - مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض - : أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير، وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البائع. وتوضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار:

نعم لذي الخيار الإمساك بما انتقل عنه فيما إذا كان الإمساك المزبور بعنوان فسخ العقد، بل لو كان الخيار حقاً يتعلق بما انتقل عنه، فالثابت حق الاسترداد لا حق الإمساك.

والحاصل: أن وجوب القبض والإقباض مقتضى حرمة مال الغير وعدم جواز التصرف فيه بلا إذن مالكة، لا مقتضى لزوم البيع وعدم كونه خيارياً. لا يقال: ظاهر الأخبار لزوم البيع إلى ثلاثة أيام وحدوث جواز البيع للبائع بعدها. فإنه يقال: نعم، ولكن اللزوم من جهة التأخير في القبض والإقباض فلا ينافي عدم لزومه في ثلاثة أيام أو بعضها من جهة أخرى.

وبتعبير آخر: الكلام في كون الموضوع لخيار التأخير عاماً أو خاصاً، بمعنى أن الموضوع هل هو عدم القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام مطلقاً، أو مع لزوم البيع فيها بأن ينتفي فيها سائر الخيارات.

والظاهر إطلاق الموضوع، فإن حمل الروايات على الثاني من حملها على الفرد النادر، حيث إن خيار المجلس ثابت في جميع البيوع إلا ما اشترط فيه سقوطه، وكذا خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام ثابت في شراء الحيوان كما أن ظاهرها ثبوت خيار التأخير

من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يُجبر الآخر على تسليم ما في يده وله استرداد المدفوع قضيّة للخيار. وقال بعض الشافعية: ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع، انتهى. وحينئذٍ فوجه هذا الاشتراط: أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير، وذو الخيار له حقّ التأخير، وظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لالحقّ له في عدم الإقباض. والحاصل: أنّ الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين.

للبيع بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد.

وعلى الجملة: فلو اعتبر في خيار التأخير لزوم البيع في الثلاثة يلزم حمل الأخبار على الصورة النادرة أو ارتكاب خلاف الظاهر فيها بحمل ثلاثة أيام من حين لزوم البيع لا من حين العقد وشيء منها لا يمكن الالتزام به.

وربما يقال: بأنه يعتبر في خيار التأخير عدم ثبوت خيار آخر للبائع في الثلاثة فإن هذا الخيار شرع لدفع تضرر البائع على ما تقدم ومع ثبوت خيار آخر يمكن له دفع ضرره بذلك الخيار. وظاهر الأخبار لزوم البيع بالإضافة إلى البائع في ثلاثة أيام وحملها على لزومه عليه من جهة تأخير الثمن من قبيل تقييد الحكم بالسبب.

ولكن لا يخفى ما فيه أيضاً، لأن خيار التأخير لو كان مشروعاً لدفع ضرر الصبر يكون المراد ضرر الصبر بعد ثلاثة أيام وعدم إمكان تقييد الحكم بالسبب أجنبي عن المقام، فإن الكلام في أن الموضوع لخيار التأخير عدم القبض والإقباض إلى ثلاثة أيام، أو هذا مع عدم ثبوت خيار آخر للبائع في تلك الثلاثة، وهذا لا يرتبط بسبب الحكم أي بالداعي إلى الجعل.

وفيه - بعد تسليم الحكم في الخيار وتسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حقّ - : أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرّق وكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان، مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف، وإن ذهب الصدوق إلى كون الخيار في الجارية بعد شهرٍ. إلا أن يراد بما في التحرير: عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما، فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة. وقد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهةٍ أخرى فيسقط معه هذا الخيار - لأنّ خيار التأخير شرّع لدفع ضرره وقد اندفع بغيره، ولدلالة النصّ والفتوى على لزوم البيع في الثلاثة، فيختصّ بغير صورة ثبوت الخيار له، قال: ودعوى أنّ المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة، مدفوعةً بأنّ التأخير سبب الخيار ولا يتقيّد الحكم بالسبب - وبين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا وجه لسقوطه، مع أنّ اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان. ووجه ضعف هذا التفصيل: أنّ ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. وأمّا ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة التضرّر بالتأخير، ولذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس.

ومنها: تعدّد المتعاقدين [١]؛ لأنّ النصّ مختصّ بصورة التعدّد، ولأنّ هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس، وخيار المجلس باقٍ مع اتّحاد العاقد إلا مع إسقاطه.

[١] قيل: بأنه يعتبر في ثبوت خيار التأخير للبائع تعدّد العاقد؛ لظهور الأخبار المتقدمة في ذلك، ولأنّ خيار التأخير يثبت للبائع بعد انقضاء خيار المجلس، ومع وحدة العاقد لا ينتهي خيار المجلس إلا بالإسقاط.

أقول: ظاهر الأخبار فرض تعدّد البائع والمشتري لا العاقد، ومع تعددهما يثبت خيار التأخير للبائع ولو مع وحدة العاقد كما لو وكلّا واحداً في إجراء العقد والوكيل

وفيه: أنَّ المناط عدم الإقباض، والقبض، ولا إشكال في تصوّره من المالكين مع اتّحاد العاقد من قبلهما. وأمّا خيار المجلس، فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرّد العقد، وعلى تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد وليّاً بيده العوضان لم يتحقّق الشرطان الأوّلان - أعني عدم الإقباض والقبض - وليس ذلك من جهة اشتراط التعدّد.

ومنها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية [١]، فإنّ المحكيّ عن الصدوق في المقنع، أنه إذا اشترى جاريةً فقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما

المزبور لا يثبت له خيار المجلس.

وما ذكر من ظهور الأخبار في ثبوت خيار التأخير مع فقد خيار المجلس أو بعد انتهائه غير ظاهر حيث إن ظاهرها، كما يأتي كون المبدأ لثلاثة أيام هو تمام العقد لا حين حصول الافتراق.

وعلى ما ذكر فلا يثبت خيار التأخير فيما إذا كان البائع والمشتري واحداً، كما في وليّ الطفلين، وعدم ثبوته له لأجل فقد ما يعتبر في خيار التأخير من عدم الإقباض والقبض لا لوحده، كما لا يخفى.

[١] المحكيّ عن الصدوق عليه السلام (١): أنه إذا اشترى جارية، وقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن إلى شهر وإلا فلا بيع له، وظاهر المختلف (٢) أنّ الصدوق قائل بذلك في مطلق الحيوان.

وفي صحيحة علي بن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية

(١) راجع المختلف ٥: ٧٠، والمقنع: ٣٦٥.

(٢) أنظر المختلف ٥: ٧٠.

بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له. وظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان. والمستند فيه رواية ابن يقطين، عن رجل اشترى جارية، فقال: «أجيتك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر، وإلا فلا بيع له».

وقال: أجيتك بالثمن، فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر وإلا فلا بيع له<sup>(١)</sup>. والسند كما أشرنا صحيح، فإن الشيخ رواه بسنده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن ابن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة عن علي بن يقطين. وأبو اسحاق هو إبراهيم بن هاشم القمي (رضوان الله عليه) بقرينة رواية الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي اسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي. ومن الظاهر أن أبو اسحاق الراوي عن الحسن بن أبي الحسن هو إبراهيم بن هاشم فراجع.

وعلى كل تقدير فقد أورد المصنف عليه السلام على الاستدلال بها على استثناء الجارية أو مطلق الحيوان بأنه لا قرينة فيها على فرض عدم إقباض الجارية ليكون ذلك موجباً لظهورها في خيار التأخير في الأمة أو مطلق الحيوان.

لا يقال: قد كان بهذا المضمون من التعبير في روايات خيار التأخير، كما في رواية عبد الرحمن المتقدمة من قول أبي بكر بن عياش «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له».

فإنه يقال: نعم، ولكن قوله عليه السلام: «فإن قبض بيعه الخ» في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة سابقاً قرينة على كون المراد في جميع روايات ثلاثة أيام فرض عدم إقباض المبيع، وليس بالإضافة إلى الجارية أو مطلق الحيوان الوارد في الصحيحة قرينة على مثل هذا الفرض كما ذكرنا فلا بد من حملها على صورة اشتراط تأخير الثمن إلى شهر

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦، والتهذيب ٧: ٣٤٢/٨٠، والاستبصار ٣:

ولادلالة فيها على صورة عدم إقباض الجارية ولا قرينة على حملها عليها. فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهرٍ في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، ويحتمل الحمل على استحباب صبر البائع وعدم فسخه إلى شهرٍ. وكيف كان، فالرواية مخالفةً لعمل المعظم، فلا بدّ من حملها على بعض الوجوه.

ثم إن مبدأ الثلاثة من حين التفرّق أو من حين العقد وجهان: [١] من ظهور قوله: «فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام» في كون مدّة الغيبة ثلاثة، ومن كون

فيكون الخيار لتخلف الشرط أو على استحباب الانتظار إلى شهر.

أقول: الالتزام بثبوت خيار التأخير في الأمة بعد شهر لا محذور فيه، وقد احتمله الشيخ (١) بعد نقل الرواية، غاية الأمر لو تم إطلاق الصحيحة بالإضافة إلى صورة إقباض الجارية فيلتزم بعد اعتبار عدم الإقباض في الجارية المبيعة في ثبوت خيار التأخير لباعها.

[١] ظاهر التعبير في بعض الروايات أن ثلاثة أيام تحديد لمدة غيبوبة المشتري، فيكون مبدؤها حين التفرّق كقوله عليه السلام: «فإن جاء بالثمن فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وألا فلا بيع له». وبعضها ظاهر في أنه تحديد لمدة عدم قبض الثمن، فيكون مبدؤها تمام العقد كقوله عليه السلام، في موثقة إسحاق بن عمار: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلا بيع له»، ولا يبعد أن يكون الأول أيضاً كناية عن ذلك.

نعم مع عدم تمام الظهور أو معارضته يكون مقتضى الأصل العملي تأخير الخيار إلى ما بعد الثلاثة بعد التفرّق.

(١) الاستبصار ٣: ٧٨/ ذيل الحديث ٢٦١.

ذلك كنايةً عن عدم التقابض ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في رواية ابن يقطين: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما» وهذا هو الأقوى.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر: [١]

[١] يسقط هذا الخيار بأمر:

الأول: إسقاطه بعد الثلاثة، ولا ريب كما لا خلاف في جواز هذا الإسقاط بمعنى نفوذه، فإنه مقتضى كون الخيار حقاً وإسقاطه في الثلاثة - ثم إن الإسقاط في الثلاثة وإن لا يخلو عن المناقشة - لكون الموجب له انقضاء الثلاثة من غير حصول القبض والإقباض.

ويتعبير آخر: تضرر البائع بعد الثلاثة موجب له وذلك الضرر غير فعلي فيكون إسقاطه في الثلاثة من قبيل إسقاط ما لم يجب، إلا أن المناقشة غير صحيحة؛ لما تقدم من أن السقوط في المقام اعتباري، وكما يمكن اعتبار الملكية المستقبلية نظير الوصية التمليلية كذلك يمكن اعتبار السقوط الاستقبالي.

وما عن التذكرة<sup>(١)</sup> من عدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق بناءً على حصول بعد التفرق لا يمكن المساعدة عليه.

وأما ما ذكره المصنف عليه السلام من أنه لو لم يجز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق لكان عدم جواز إسقاط خيار التأخير في الثلاثة بطريق أولى، فلعله أراد أن الموجب لخيار الشرط اشتراطه في العقد، وهو حاصل بخلاف المقام، فإن الموجب لخيار التأخير الضرر الحاصل للبائع بعد الثلاثة، وهذا غير حاصل في الثلاثة.

ولكن لا يخفى أن الفرق غير فارق؛ لأن الموضوع لخيار الشرط بناءً على ثبوته بعد التفرق هو العقد المشروط بالتفرق، كما أن الموضوع في المقام العقد مع تضرر

أحدها: إسقاطه بعد الثلاثة بلا إشكالٍ ولا خلاف، وفي سقوطه بالإسقاط في الثلاثة وجهان: من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة. ولذا صرح في التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده، مع أنه أولى بالجواز، ومن أن العقد سبب الخيار، فيكفي وجوده في إسقاطه، مضافاً إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه في متن العقد.

البائع فيه بعد الثلاثة.

ودعوى أن تضرر البائع أمر غير اختياري، والتفرق أمر اختياري فلا يصح الإسقاط في الثاني دون الأول كما ترى، فإنه لو لم يصح الإسقاط لكونه إسقاطاً لِمَا لا يجب لم يجز فيهما وإلا جاز فيهما كما ذكرنا.

الثاني: شرط سقوطه في العقد، وقد ذكرنا فيما سبق أن اشتراط سقوطه في العقد يرجع إلى إسقاطه، وبما أن سقوط الخيار بمعنى عدم ثبوته اعتباري فلا بأس بأن ينشأ ذلك الأمر الاستقبالي الحاصل بكل سبب ومنه اشتراطه في العقد.

الثالث: بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة، فإنه لو فسخ البائع بعد الثلاثة قبل بذل المشتري ومجيئه بالثمن فلا إشكال في نفوذه فإنه مقتضى تحديد الخيار بمضي الثلاثة ويشهد له رواية عبدالرحمن بن الحجاج<sup>(١)</sup>.

وأما إذا لم يفسخ حتى بذل المشتري بالثمن فيمكن أن يقال - كما عن المصنف رحمته - بسقوط الخيار لأن الخيار لتدارك ضرر التأخير أي الضرر الاستقبالي، حيث إن الضرر السابق على أخذ الثمن لا يتدارك بأخذه، ومع بذل المشتري لا ضرر كذلك، ويمكن دعوى انصراف أخبار الباب أيضاً عن صورة البذل.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢١، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢.



الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، حكى عن الدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد، ولعلّه لعموم أدلة الشروط.

ويشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناءً على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، فإن كان إجماعاً على السقوط بالشرط - كما حكاه بعض - قلنا به، بل بصحة الإسقاط بعد العقد، لفحواه، وإلا فللنظر فيه مجالاً.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة، فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذٍ. وقيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً، وهو حسن لو استند في الخيار إلى الأخبار، وأما إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، ولو فرض تضرره سابقاً بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك، وإنما يتدارك به الضرر المستقبل.

أقول: دعوى الانصراف في الروايات لا وجه لها، وقاعدة نفي الضرر<sup>(١)</sup> لا تثبت الخيار في المقام وغيره، فالأظهر عدم سقوط الخيار بالبذل المزبور.

الرابع: أخذ البائع الثمن من المشتري بعد ثلاثة أيام، ولا شبهة في أن أخذه بقصد الالتزام بالبيع والجري عليه إسقاط فعلي، فهل بأخذه يحكم بسقوط الخيار؟ وأنه بقصد الالتزام بالمعاملة أو بشرط العلم بقصده بأن لا يحتمل كون أخذه بقصد العارية والوديعة ونحوهما، أو يكفي الظن النوعي نظير ما تقدم في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه زمان الخيار مع الاتفاق بأنه لا عبرة بالظن الشخصي وقد تقدم اعتبار الظهور الفعلي وأنه كالظهور القولي، ولا يبعد أن يكون سبق المعاملة قرينة عرفية على

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ودعوى: أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوعاً بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمانٍ ولا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد، بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علةٌ لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً وعدمًا. وكيف كان، فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة.

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل، وإلا لم يحتج إلى الأخذ به والسقوط به، لأنه التزامٌ فعليٌّ بالبيع ورضاً بلزومه. وهل يشترط إفادة العلم بكونه لأجل الالتزام، أو يكفي الظن، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع، أم لا يعتبر الظن أيضاً؟ وجوه: من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم، ومن كون الفعل مع إفادة الظن أمانةً عرفيةً على الالتزام كالقول، ومما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاً نوعياً بالعقد وهذا من أوضح أفرادهِ، وقد بينّا عدم اعتبار الظن الشخصي في دلالة التصرف على الرضا. وخير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى الأخير. وهل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟ المصرح به في التذكرة وغيرها العدم، للأصل، وعدم الدليل.

كون الأخذ بذلك العنوان فلا يحتاج السقوط إلى قرينة أخرى.

وذكر المصنف رحمته أن البحث في كون الأخذ مسقطاً مبني على عدم كفاية البذل في الإسقاط، وإلا يسقط الخيار بالبذل قبل الأخذ. ولكن لا يخفى أن الأخذ يتحقق في غير مورد البذل أيضاً، وعلى تقدير كون البذل مسقطاً يجري الكلام في كون الأخذ أيضاً مسقطاً أم لا كما إذا أخذ البائع الثمن من عند المشتري.

وأما مطالبة البائع المشتري ببذل الثمن فلا يوجب سقوط خياره مع عدم بذل

ويحتمل السقوط، لدلالته على الرضا بالبيع.

وفيه: أن سبب الخيار هو التضرر في المستقبل، لما عرفت: من أن الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر، ومطالبة الثمن لاندل على التزام الضرر المستقبل حتى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبة الثمن إنما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا التزام بذلك الضرر ليسقط الخيار. وليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن ونحوه مما كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتى يكون الرضا به بعد العقد والعلم بالضرر التزاماً بالضرر الذي هو سبب الخيار.

وبالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن، أو التزامه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، وما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدل على الرضا فإنما هو حيث يكون نفس العقد سبباً للخيار ولو من جهة التضرر بلزومه، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن أيضاً محل نظر، لعدم كونه تصرفاً، والله العالم.

مسألة: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، [١] وقد تقدم ما

الثمن. ودعوى دلالتها على رضا البائع بالبيع لا يمكن المساعدة عليها، فإن الرضا على تقدير تحقق البذل وأخذ الثمن لا مطلقاً.

وبتعبير آخر: الضرر الاستقبالي الذي يتدارك بالخيار بعد المطالبة بحاله، ولا دلالة فيها على إغماض البائع عنه كما لا يخفى.

[١] كون الخيار على الفور أو التراخي مبني على أن المرجع عند الشك في لزوم البيع وجوازه في زمان هو عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> أو استصحاب بقاء الخيار أو

يصلح أن يستند إليه لكل من القولين في مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، وقد عرفت أن الأقوى الفور. ويمكن أن يقال في خصوص ما نحن فيه: إن ظاهر قوله عَلَيْهِ: «لا بيع له»، نفي البيع رأساً، والأنسب بنفي الحقيقة - بعد عدم إرادة نفي الصحة - هو نفي لزومه رأساً، بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

ثم على تقدير إهمال النص وعدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا، لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج إلى دليل. وليس الشك هنا في موضوع المستصحب - نظير ما تقدم في استصحاب الخيار - لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع. وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة، إما لظهور النص وإما للاستصحاب.

لا يرجع إلى شيء منهما، أما العموم لكونه استمرارياً لا فرادياً، وأما الاستصحاب فلعدم إحراز موضوع الخيار فيرجع إلى استصحاب بقاء المالكين على حالهما بعد الفسخ المشكوك صحته.

ولكن يمكن في المقام للمصنف رحمته القول بتراخي الخيار، كما هو مقتضى إطلاق نفي البيع بعد ثلاثة، ولكن يرد عليه أن الأخذ بالإطلاق ينافي ما تقدم منه أن الخيار لتدارك الضرر الاستقبالي الحاصل بتأخير القبض والقباض، ومن الظاهر أن الضرر في الزمان الثاني حاصل بتركه الفسخ في الزمان الأول ولعله يشير إلى ذلك بقوله فتأمل.

وأما الاستصحاب فلأن الشك في بقاء الخيار في الزمان الثاني من قبيل الشك في المقتضي.

وعلى كل تقدير، فالصحيح الالتزام بالتراخي فإنه مقتضى نفي البيع مطلقاً، فإنه لو كان الخيار على الفور فاللازم تقييد نفيه، ولو بأن يقول «لا بيع يوم الرابع». ويؤيد ذلك ما ذكرنا سابقاً من أن المذكور في أخبار الباب تحديد للشرط

مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة [١] كان من البائع إجماعاً مستفيضاً، بل متواتراً كما في الرياض. ويدلّ عليه النووي المشهور - وإن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور - : «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». وإطلاقه كمعاهد الإجماعات يعمّ ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال. وقد يُعارض النووي بقاعدة «الملازمة بين النماء والدرك» المستفادة من النصّ والاستقراء والقاعدة المجمع عليها: «بأنّ التلف في زمان الخيار ممنّ لا خيار له».

الارتكازي لكل من المتعاقدين ملكه فسخ البيع على تقدير عدم وفاء صاحبه بالعقد. [١] لو تلف المبيع بعد ثلاثة أيام، وبعد الخيار للبائع يكون ذلك التلف على البائع لكونه قبل القبض كما يشهد له النووي المنقول عن العامة في بعض كتب الفقه لأصحابنا من قوله عليه السلام (١): التلف قبل القبض من مال بايعه. وبعد انجبار ضعفه بعمل المشهور يتعين الأخذ بإطلاقه حيث يعمّ التلف قبل زمان الخيار وزمانه وبعد الخيار كما إذا سقط الخيار أو بذل المشتري الثمن.

لا يقال: يعارض النووي الملازمة المستفادة من الروايات بين كون نماء شيء لشخص ودرك تلفه عليه، كالواردة في بيع الخيار حيث استشهد فيها الإمام عليه السلام لكون نماء المبيع للمشتري بكون تلفه عليه، وكذلك يعارضه قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممنّ لا خيار له.

فإنه يقال: ما دلّ على أنّ تلف المبيع قبل قبض المشتري من مال بايعه أخصّ بالإضافة إلى قاعدة الملازمة، حيث يلتزم بها إلا في مورد كون المبيع بيد بايعه، بل

(١) عوالي اللآلي ٣: ٢١٢، الحديث ٥٩١.

لكن النبويّ أَخَصَّ من القاعدة الأولى، فلامعارضة، والقاعدة الثانية لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار ولا جميع أحوال البيع حتّى قبل القبض، بل التحقيق فيها - كما سيبيح - إن شاء الله - اختصاصها بخيار المجلس والشرط والحيوان مع كون التلف بعد القبض.

يمكن أن يقال قاعدة الملازمة أنّما تنفي الضمان بالبدل عن الغير لا الضمان الانحلالي كما هو المفروض في التلف قبل القبض.

وما دل على أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له لا عموم فيها، بحيث يعم جميع الخيارات، بل غايته خياري الحيوان والشرط أو المجلس أيضاً فيما كان خياره لأحدهما فقط، بل لا إطلاق له بحيث يعم قبل القبض بل يختص بما بعد القبض، كما هو المفروض في تلف الحيوان بيد المشتري والمفروض في خيار التأخير وقوع التلف قبل القبض.

أقول: يمكن أن يكون المستند في ضمان تلف قبل القبض السيرة العقلانية الممضاة في الشرع، كما يشهد لذلك معتبرة عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: أتيتك غداً إن شاء الله تعالى فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرده ماله إليه»<sup>(١)</sup>.

ولكن كون مقتضاها عدم كفاية تسليم المبيع في خروج البائع عن الضمان فيما إذا امتنع المشتري من قبض المتاع مع تسليم البائع، ولو مع عدم قبض الثمن، بأن كان ترك المتاع عند البائع بغير رضاه لا يخلو عن التأمل.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢٣، الباب ١٠ من أبواب الخيار.

ولو تلف في الثلاثة، فالمشهور كونه من مال البائع أيضاً، وعن الخلاف: الإجماع عليه. خلافاً لجماعة من القدماء - منهم المفيد والسيّدان - مدّعين عليه الإجماع، وهو مع قاعدة «ضمان المالك لماله»، يصحّ حجةً لهذا القول. لكن الإجماع معارضٌ بل موهونٌ، والقاعدة مخصّصةٌ بالنبويّ المذكور المنجبر من حيث الصدور، مضافاً إلى رواية عقبة بن خالد: «في رجلٍ اشترى متاعاً من رجلٍ وأوجبه، غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يُقبض المال ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته، فالمبتاع ضامنٌ لحقه حتّى يردّ

وقد ظهر مما تقدم أنه لا فرق في ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض بين كونه في الثلاثة أم بعدها، ومع تحقق القبض يكون تلفه على المشتري من غير فرق أيضاً بين الثلاثة أم بعدها، إلا أنه يظهر من المحكي عن الشيخ<sup>(١)</sup> في المختلف التفصيل، وهو: أنه إذا كان التلف في الثلاثة، فإن كان قبل القبض فهو من مال البائع، وإن كان بعده فهو من مال المشتري، وأما إذا كان التلف بعد الثلاثة فضمان تلفه على البائع لأن الخيار له. وأورد على ذلك في المختلف<sup>(٢)</sup>: بأنه مع القبض لا يكون للبائع خيار بعد الثلاثة. وذكر المصنف رحمته الله: أن تعليقه الضمان على البائع بكون الخيار له قرينة على أن التلف بعد الثلاثة مفروض مع عدم قبض المتاع.

أقول: التعليل لا يناسب الحكم لأن ضمان البائع المتاع قبل الثلاثة أو بعدها، كما ذكرنا لكون التلف قبل القبض وخيار البائع بعد الثلاثة لو لم يكن مقتضياً لكون الضمان على المشتري فلا أقل من عدم كونه مقتضياً للضمان على البائع.

(١) النهاية: ٣٨٥ - ٥٨٦.

(٢) المختلف ٥: ٦٩ - ٧٠.

إليه حقّه». ولو مكّنه من القبض فلم يتسلّم، فضمن البائع مبنياً على ارتفاع الضمان بذلك، وهو الأقوى. قال الشيخ في النهاية: إذا باع الإنسان شيئاً ولم يقبض المتاع ولا قبض الثمن ومضى المبتاع، فإن العقد موقوفٌ ثلاثة أيام، فإن جاء المبتاع في مدة ثلاثة أيام كان المبيع له، وإن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام ولم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع، وإن كان قبضه إياه ثم هلك في مدة الثلاثة أيام كان من مال المبتاع، وإن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال، انتهى المحكي في المختلف. وقال بعد الحكاية: وفيه نظرٌ، إذ مع القبض يلزم البيع، انتهى.

أقول: كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلةً للفقرتين، فيشمل ما بعد القبض وما قبله، خصوصاً مع قوله: «على كل حال» لكنّ التعميم - مع أنه خلاف الإجماع -

نعم عن الأيرواني<sup>(١)</sup> توجيهِ العبارة: بأنّ الحكم المزبور مبني على مسلكه من عدم حصول النقل والانتقال زمان الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل بالعقد أو المنفصل عنه.

وعلى ذلك فإن حصل قبض المتاع في الثلاثة فلا يكون البيع خيارياً، فيكون ضمان المبيع لكونه بعد القبض على مالكة الفعلي، أي المشتري بخلاف ما إذا لم يحصل القبض فيما يكون البيع خيارياً، ويكون تلف المبيع عن مالكة، وهو البائع.

وفيه: أنّ هذا التوجيه أيضاً غير صحيح لأن المذكور في عبارة الشيخ فرض التلف في الثلاثة تارة وبعدها أخرى لا فرض القبض في الثلاثة تارة، وقبض المبيع بعدها أخرى فالتوجيه على تقديره يجري في الثاني لا الأول.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢٠٢.



منافٍ لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله: «لأنَّ الخيار له بعد الثلاثة أيام» فإنَّ من المعلوم أنَّ الخيار إنما يكون له مع عدم القبض، فيدلُّ ذلك على أنَّ الحكم المعلَّل مفروضٌ فيما قبل القبض.

مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه [١] فإنَّ جاء بالثمن ما بينه وبين اللّيل، وإلا فلا بيع له، كما في مرسلة محمد بن أبي حمزة. والمراد من نفي البيع نفي لزومه. ويدلُّ عليه قاعدة «نفي الضرر»، فإنَّ البائع ضامنٌ للمبيع ممنوعٌ عن التصرف فيه محرومٌ عن الثمن. ومن هنا يمكن تعدية الحكم إلى كلِّ موردٍ يتحقَّق فيه هذا الضرر، وإن خرج عن مورد النصِّ، كما إذا كان المبيع ممَّا يفسد في نصف يومٍ أو في يومين، فيثبت فيه الخيار في زمانٍ يكون التأخير عنه ضرراً على البائع.

[١] المشهور على أنه لو اشترى ما يفسد من يومه، فإنَّ جاء بالثمن ما بينه وبين اللّيل فهو، وإلا فلا بيع له. ويستدلُّ على ذلك بمرسلة محمد بن أبي حمزة عمَّن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام «في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه ويتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إنَّ جاء فيما بينه وبين اللّيل بالثمن، وإلا فلا بيع له»<sup>(١)</sup>. ومرسلة حسن بن رباط على ما في الفقيه، ولكن أسندها في الوسائل إلى زارة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «العهددة فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى اللّيل»<sup>(٢)</sup>.

والظاهر بقريئة التمثيل أن المراد بالفساد زوال طراوته بالمبيت، ولو في بعض أيام السنة لشدة الحرارة في تلك الأيام، فيكون الإهمال فيها إلى اللّيل بمعنى أن للبائع بعده خيار، وهذا فيما إذا كان في اللّيل أيضاً سوق ليتيسَّر له بيعه بعد الفسخ.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٤، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٥، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢، والفقيه ٣: ١٢٧/٥٥٥.

لكن ظاهر النصّ يوهم خلاف ما ذكرنا، لأنّ الموضوع فيه «ما يفسد من يومه» والحكم فيه بثبوت الخيار من أوّل اللّيل، فيكون الخيار في أوّل أزمة الفساد، ومن المعلوم أنّ الخيار حينئذٍ لا يجدي للبائع شيئاً، لكن المراد من «اليوم» اليوم وليله، فالمعنى: أنّه لا يبقى على صفة الصّلاح أزيد من يوم بليته، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول اللّيل، فإذا فسح البائع أوّل اللّيل أمكن له الانتفاع به وببدله، ولأجل ذلك عبّر في الدروس عن هذا الخيار بـ «خيار ما يفسده المبيت» وأنّه ثابت عند دخول اللّيل، وفي معقد إجماع الغنية: أنّ على البائع الصبر يوماً ثمّ هو بالخيار. وفي محكي الوسيلة: أنّ خيار الفواكه للبائع، فإذا مرّ على المبيع يومٌ ولم يقبض المبتاع، كان البائع بالخيار. ونحوها عبارة جامع الشرائع. نعم، عبارات جماعة من

وفي الأمكنة التي ينتهي السوق فيها بدخول اللّيل أو بزوال الشمس لا يبعد الخيار للبائع في آخر أزمة السوق للسيرة الجارية بين العقلاء على ذلك، وهذه السيرة هي العمدة حيث يحتمل جداً أن يكون ثبوتها وجهاً لعمل المشهور بالروايتين مع ضعفهما بالإرسال.

وعليه يكون الملاك في ثبوت الخيار للبائع فوت السوق في البيع الذي يفسده المبيت، بمعنى يثبت للبائع في آخر أزمة انتهاء السوق خيار الفسخ.

بل لا يبعد أن يكون مجرد انتهاء السوق موجباً للخيار له، وإن لم يكن المبيت موجباً لفساده.

والمراد بانتهاء السوق عدم التمكن من بيعه بالثمن الذي يباع به في ذلك الزمان، فإن العبرة في بناء العقلاء مجيء المشتري بالثمن قبل انتهاء السوق فيما كان عدم مجيئه وبقاء المبيع عند بايعه عرضة لتنزّل قيمته بانتهاء السوق أو طرؤ الفساد عليه، بل ومع وعسر بيعه بعد ذلك، وإن لم يفسد ولم يتنزّل قيمته السوقية.

الأصحاب لا يخلو عن اختلالٍ في التعبير، لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس. وأحسن تلك العبارات عبارة الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى رواية زرارة، قال: «المهدة فيما يفسد من يومه - مثل البقول والبطيخ والفواكه - يومٌ إلى الليل» فإن المراد بالمهدة عهدة البائع.

وقال في النهاية: وإذا باع الإنسان ما لا يصحّ عليه البقاء من الخُصَر وغيرها، ولم يقبض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً، فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم، وإلا فلا بيع له، انتهى. ونحوها عبارة السرائر. والظاهر أنّ المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض والإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم.

وأما المتأخرون، فظاهر أكثرهم يومهم كون الليل غايةً للخيار، وإن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً ومن عبّر بأن الخيار إلى الليل، ولم يُعلم وجهٌ صحيحٌ

وليس المدرك لهذا الخيار قاعدة «نفي الضرر»<sup>(١)</sup> ليقال أنها لا تثبت الخيار أو أن فوات السوق من قبيل فوت النفع لا الضرر.

ثم إن المراد من كون عهدة البائع يوماً ليس هو اليوم الكامل، بل ينتهي عهده بدخول الليل سواء كان البيع في أول اليوم أو أثنائه بقريته أن المبيع بالمبيع هو الموجب لثبوت الخيار بخلاف ثلاثة أيام في غير ما يفسده المبيع، فإن ظاهر ثلاثة أيام الثلاثة التامة المتصلة، وليس فيه قرينة على رفع اليد عن هذا الظهور.

نعم يكفي في الثلاثة التلفيق كما في سائر الموضوعات المقدره بالأيام كأقل

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعة عبارة الشيخ في النهاية، لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، وأن له تأخير القبض والإقباض. وهذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطَلحوا عليه لفظ «الخيار» فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير، والأولى تعبير الدروس كما عرفت.

ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير؛ لأنه فردٌ من أفرادهِ، كما هو صريح عنوان الغنية وغيرها، فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم، لا ينبغي التأمّل هنا في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي أو ما في حكمه كالصاع من الصبرة، وقد عرفت هناك أن التأمّل في الأدلة والفتاوى يشرف على القطع بالاختصاص أيضاً.

وحكم الهلاك في اليوم هنا، وفيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين. ولازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به في الغنية حيث جعله قبل الليل من المشتري.

ثم إن المراد بالفساد في النصّ والفتوى ليس الفساد الحقيقي، لأنّ موردهما هو الخُصْر والفواكه والبقول، وهذه لا تضيع بالمبيت ولا تهلك، بل المراد ما يشمل تغيّر العين نظير التغيّر الحادث في هذه الأمور بسبب المبيت، ولو لم يحدث في البيع إلا فوات السوق، ففي إلحاقه بتغيّر العين وجهان: من كونه ضرراً، ومن إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرراً.

الحيض وعشرة الإقامة وغيرهما، وحيث إن ظاهر اليوم بياض النهار فيكون الليالي المتوسطة داخله بلحاظ الإستمرار على ما تعرضنا لذلك في بعض المباحث السابقة.

### السادس: خيار الرؤية

والمراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه [١] المتبايعان. ويدل عليه - قبل الإجماع المحقق والمستفيض - : حديث نفي الضرر. واستدل عليه أيضاً بأخبار: منها: صحيحة جميل بن دراج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال

[١] ظاهر عنوان المسألة كما ذكر المصنف عليه السلام أن خيار الرؤية من أفراد خيار تخلف الشرط، حيث إن اشتراط وصف في المبيع، بمعنى جعل الخيار على تقدير تخلف ذلك الوصف.

وعلى ذلك فيكون ثبوت الخيار في الفرض مقتضى قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، لا قاعدة «نفي الضرر»<sup>(٢)</sup>، بل كما ذكرنا سابقاً أن نفي الضرر مقتضاه نفي صحة البيع ومع اشتراط الخيار فيه لا يناسب الإمتنان رفعها.

وأما الاستدلال بصحيحة جميل بن دراج<sup>(٣)</sup> فلا يناسب خيار تخلف الشرط، فإن ظاهرها عدم اشتراط وصف في شراء تلك الضيعة وألا لكان للمشتري الفسخ أخذاً بشرطه من غير أن يطلب من بائعها الإقالة.

لا يقال: لو لم يكن في البين اشتراط الوصف لكان البيع بعدم مشاهدة تمام المبيع غريباً.

فإنه يقال: الظاهر أن المشتري اعتقد بحال الضيعة بالورود والخروج منها، ولذا يرى لزوم البيع فطلب من صاحبها الإقالة.

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

(٢) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٢٨، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

صار إلى الضيعة فقلّبها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنه لو قلب منها، ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية». ولا بدّ من حملها على صورة يصحّ معها بيع الضيعة، إمّا بوصف القطعة الغير المرثية، أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره. وقد يستدلّ أيضاً بصحیحة زيد الشحام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال عليه السلام: لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً

والحاصل: أن ظاهر الصحیحة أن خيار الرؤية حكم شرعي يترتب على شراء شيء بدون مشاهدته أصلاً، أو تماماً فيما كان ذلك الشيء يباع بالمشاهدة بأن اكتفى في شرائه بالتوصيف أو إحراز حاله بمشاهدة بعضه.

لا يقال: يحتمل أن يكون المراد بالخيار في الرواية الاختيار في الشراء وعدمه، بمعنى أن البيع السابق محكوم بالبطلان لعدم مشاهدة تمام المبيع، وليس بمعنى حق فسخ البيع وإقراره كما هو المعروف في خيار الحيوان والمجلس وغيرهما. ويأتي أن الخيار بمعنى بقاء اختيار الشراء وعدمه هو المراد من صحیحة زيد الشحام<sup>(١)</sup>.

فإنه يقال: لا يحتمل ذلك في صحیحة جميل<sup>(٢)</sup>، فإنه إذا نظر المشتري إلى تسع وتسعين جزء من الصنيعة واعتقد حالها فلا موجب لبطلان البيع، حيث يكفي هذا المقدار في خروج شراء تمامها عن الغرر.

ولو فرض أنه لم يعتقد بحال القطعة التي لم يشاهدها لكان البيع بالإضافة إلى تلك القطعة باطلاً؛ لانحلال البيع بالإضافة إلى قطائعها، كما لا يخفى فيكون المشتري مخيراً بين إمضاء البيع بالإضافة إلى القطع التي رآها وبين فسخه، لا مخيراً بين شرائها

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٩، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) مرّت آنفاً.

فهو بالخيار إذا خرج». قال في الحقائق: وتوضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب - وهو مجهول - قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثم تدخل داراً، ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً واثنين وثلاثة وأربعة وخمسة ثم يخرج السهم؟ قال: لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة... الخبر».

تمامها وترك شرائها، كما هو مقتضى الرواية لظهور إسم الإشارة من قوله عليه السلام: «لكان له في ذلك»<sup>(١)</sup>، في الإشارة إلى شراء الصنيعة الذي وقع السؤال عن طلب الاستقالة فيه وعدم إجابة البائع بالموافقة، ومفاد الجواب أنه لا حاجة إلى الإقالة فإن للمشتري - لعدم رؤيته تمام المبيع - الخيار في الشراء.

ويظهر من صاحب الوسائل عليه السلام أنه استظهر خيار الرؤية من صحيحة زيد الشحام أيضاً، حيث أوردها في الباب الذي عنوانه بخيار الرؤية «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال: لا تشتري شيئاً حتى تعلم أين تخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج»<sup>(٢)</sup>.

ولكن لا يخفى أنه لو كان المراد شراء السهم المشاع قبل إفرازه وتعيينه فلا مانع عنه ويكفي في جوازه مشاهدة الكل ومعلومية السهم، وفي الفرض وإن يثبت للمشتري خيار الحيوان، إلا أنه من حين الشراء لا من حين خروج السهم وتعيينه خارجاً فظاهر الرواية لا يناسب الفرض.

وإن أريد شراء السهم الخارج قبل خروجه وتعيينه خارجاً، فهذا الشراء باعتبار عدم تعيين السهم حال البيع من شراء الفرد المجهول فيكون محكوماً بالبطلان، وظاهر

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨-٢٩، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٢٩، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

أقول: لم يُعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه، لأن المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، وإن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فردٍ غير معين، وهو باطلٌ، وعلى الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. ويمكن حمله على شراء عددٍ معينٍ نظير الصاع من الصبرة [١] ويكون له خيار

الرواية ذلك حيث نهى عليه السلام عن شراء السهم قبل خروجه أولاً، ثم ذكر أنه لو اشترى يكون له الخيار حين خرج فيكون المراد من الخيار الاختيار في الشراء وتركه. وأما صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج عن منهل القصاب<sup>(١)</sup>، فلا ترتبط بخيار الرؤية ولا بالمراد من صحيحة زيد بل مدلولها عدم كفاية تعيين السهم خارجاً بالنحو المزبور، بل لا بد فيه من تعديل السهام أولاً ثم إخراجها ولو بالقرعة.

[١] أقول: تصوير البيع بنحو الكلي في المعين يجري في الجملة التي تكون متساوية الأجزاء. وأما في مثل الحيوان مما يختلف أفرادها عادة بحسب القيمة فتصوير بيع الكلي في المعين لا يكون بتعيين العدد بل بتعيين نسبة قيمة المبيع إلى المجموع، كما إذا باع من قطع غنم عددها مئة مقداراً من الغنم يكون قيمة ذلك المقدار بالإضافة إلى مجموع قيمة القطيع عشراً، ومثل هذا البيع محكوم بالصحة ويثبت فيه خيار الحيوان للمشتري، ولكن من حين البيع لا من حين تعيين المقدار المبيع خارجاً، بل لو عين البائع فرداً لا يدخل ذلك الفرد في عنوان المبيع كان للمشتري استرداد ذلك الخارج وطلب تعيين الفرد المنطبق عليه عنوان المبيع، كما هو الحال كذلك في بيع الكلي على العهدة، ودفع البائع فرداً لا ينطبق عليه عنوان المبيع على العهدة. نعم لو شاهد سابقاً الجملة وبعد شراء الكلي في المعين رأى تمام الجملة أنها تغيرت عن الرؤية السابقة يكون له خيار الرؤية.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٥٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٨.



الحيوان إذا خرج السهم. ثم إنَّ صحيحة جميل مختصّةً بالمشتري [١] والظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع وباعه بوصف غيره فتبيّن كونه زائداً على ما وصف.

وحكي عن بعض: أنه يحتمل في صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، وحينئذٍ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال. ولا يخفى بعده، وأبعد منه دعوى عموم الجواب حينئذٍ، والله العالم.

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة.

والمعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع [٢] التي يرتفع بها

وبذلك يظهر أنه لا يختص خيار الرؤية بالعين الشخصية بل يجري في الكلي في المعين في بعض الموارد.

[١] لرجوع الضمان في السؤال والجواب إلى الرجل المفروض في الرواية<sup>(١)</sup>

أنه اشترى الصنيعة، وإرجاعها إلى بائعها خلاف الظاهر، لعدم ذكر البائع في السؤال قبل الضمان.

والحاصل: احتمال أن البائع هو الذي باع الصنيعة من غير مشاهدة كلها بعيد، وأبعد من ذلك دعوى احتمال أن الخيار في الصحيحة يعم كلاً من البائع والمشتري، ووجه الأبعدية أن الوارد فيها الخيار لمن فرض السائل عدم رؤيته تمام الصنيعة لا لكل من لم ير تمام الصنيعة سواء كان بائعاً أو مشترياً.

[٢] يعتبر عند المشهور في بيع العين الغائبة ذكر أوصاف تلك العين بحيث

يرتفع الغرر عن البيع.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢٨، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

الجهالة الموجبة للفرر، إذ لولاها لكان غرراً. وعبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيلة وجامع المقاصد وغيرهما. وآخر بما يعتبر في صحّة السلم. وآخرون - كالشيخين والحلي - اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة. والظاهر أنّ مرجع الجميع واحدٌ، ولذا ادّعى الإجماع على كلّ واحدٍ منها. ففي موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفاً يكفي في السلم عندنا. وعنه في موضع آخر من التذكرة: أنّ شرط صحّة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع، ويجب ذكر اللفظ الدالّ على الجنس. ثمّ ذكر أنّه يجب ذكر اللفظ الدالّ على التميّز، وذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الأثمان

وعبر في بعض الكلمات بذكر الأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع الشيء مسلماً<sup>(١)</sup>، وفي بعضها الآخر بذكر الأوصاف التي يختلف قيمة الشيء بها<sup>(٢)</sup> كما يذكر في بعضها ذكر الصفة<sup>(٣)</sup>، والمراد من جميع ذلك واحد.

ولذا ادّعى الإجماع على كل منها قال في التذكرة: يعتبر في بيع الشيء الغائب وصفه بما يكفي في بيع السلم عندنا<sup>(٤)</sup>، وفي موضع آخر منها: أنه يعتبر في بيع الشيء الغائب ذكر الأوصاف بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع<sup>(٥)</sup>، وذلك بذكر الجنس وسائر الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء ويطرأ الجهالة بعدم تعيين تلك الأوصاف. وفي جامع المقاصد<sup>(٦)</sup>: يعتبر ذكر الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء

(١) كما في التذكرة ١: ٤٦٧ و ٥٢٤، والنهاية ٢: ٤٩٩-٥٠٠، ومفتاح الكرامة ٤: ٢٩٠-٢٩١.

(٢) كما في الوسيلة: ٢٤٠، وجامع المقاصد ٤: ٣٠١، والمسالك ٣: ٢١٩، ومجمع الفائدة ٨: ٤١٠، والحدائق ١٩: ٥٨.

(٣) كما في المقنعة: ٥٩٤ و ٦٠٩، والمبسوط ٢: ٧٦، والسرائر ٢: ٤١.

(٤) و(٥) راجع التذكرة ١: ٤٦٧ و ٥٢٣.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٣٠١.

باختلافها ويتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى. وفي جامع المقاصد: ضابط ذلك أن كل وصفٍ تتفاوت الرغبات بثبوته وانتفائه وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى. وربما يترأى التنافي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه وكفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنه

و فرع على ذلك ذكر الأوصاف بما يكفي في بيع الشيء مسلماً.

ثم إن المصنف رحمته قد أورد في المقام إشكالات خمسة وأجاب عنها.

**الأول:** أن الجمع بين قولهم: يعتبر في بيع الشيء غائباً ذكر تمام الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء مع قولهم: يكفي في بيع الشيء الغائب ذكر الأوصاف التي يكفي في بيع الشيء مسلماً، لا يخلو عن تناف وذلك فإنهم ذكروا: أنه لا يعتبر في بيع الشيء مسلماً ذكر تمام الأوصاف بحيث يوجب اعتبار جميعها ندرة وجود المبيع أو لتعذر استقصاء الأوصاف، وذكر تمام الأوصاف في بيع الشيء الغائب لا يوجب محذوراً لفرض وجوده فعلاً في الخارج فيمكن استقصاء أوصافه.

وأجاب عن هذا الإشكال بأنه يحتمل أن يكون مرادهم ذكر الأوصاف التي يعتبر في بيع الشيء مسلماً، لولا المحذور المزبور ويكون ذلك المحذور موجباً للمسامحة في بيع الشيء مسلماً بحيث يعتبر فيه ذكر عمدة الأوصاف، بل يمكن أن يقال: أن تمام الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء في بيعه غائباً ليخرج بيعه عن الغرر معتبر في بيع الشيء مسلماً أيضاً، لأن الغرر في البيع مبطل له من غير فرق بين السلم وغيره فلا وجه للإلغاء اعتبار ذكرها في السلم حتى فيما تعذر استقصائها ومعنى اعتبار الاستقصاء حتى في حالة تعذره بطلان البيع لعدم التمكن على شرط البيع، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يضبط أوصافه.

**الإشكال الثاني:** الظاهر عدم اعتبار ذكر تمام الأوصاف التي تختلف بها قيمة

قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف، لإفضائه إلى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق. وهذا المانع مفقودٌ فيما نحن فيه. قال في التذكرة في باب السلم: لا يشترط وصف كلِّ عضوٍ من الحيوان بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة، لإفضائه إلى عزة الوجود، انتهى.

الشيء في بيعه غائباً لأن تلك الأوصاف كثيرة لا تستقصى عادة خصوصاً في العبد والأمة حيث إن أوصاف الكمال المختلف بها قيمتها لا تنحصر بعدد، وإذا لم يستقص تلك الأوصاف يكون بيع الغائب غريباً خصوصاً بملاحظة أن الغرر عرفاً أخص من الغرر شرعاً بمعنى أنه ربما لا يكون في بيع الشيء غرر عرفاً مع تحقق الغرر فيه شرعاً، كما إذا باع الشيء مسلماً وعين وقت الإقباض بزمان الحصاد.

**الإشكال الثالث:** أنه لا يعتبر في بيع الشيء الحاضر الذي يباع بالمشاهدة، كالحيوان والأمة ونحوهما الاطلاع على تمام أوصافها التي تختلف بها قيمتها وإلما جاز بيعها بالمشاهدة إلا ممن يكون من أهل خبرة ذلك الشيء المشاهد، وإذا لم يعتبر في بيع العين الحاضرة العلم بتمام تلك الأوصاف فكيف يعتبر في بيع الشيء غائباً بل في بيعه مسلماً.

وأجاب عن جميع الإشكالات الثلاثة: بأنه يعتبر في بيع الشيء عدم الغرر فيه عرفاً، وإذا شوهدت العين أو وصفت بعمدة أوصافها لا يكون في بيعها غرر عرفاً، وكذا الحال في بيع الشيء مسلماً.

وكلما دل الشرع على اعتبار أمر زائد على عدم الغرر العرفي فيؤخذ به في ذلك المورد، كما إذا دل على اعتبار تعيين زمان الإقباض بالأيام والشهر لا بالحصاد ونحوه، ويتمسك في غيره بإطلاق حل البيع وعدم الغرر فيه عرفاً ويكون نتيجة ذلك اعتبار ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة؛ بل في بيع الشيء مسلماً بتوصيفة بما يكون وسطاً

وقال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء: إنه يذكر نوعها ولونها ويصف عَظْمَهَا، فيقول: ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق، لتعذر التحقيق.

ويمكن أن يقال: إنَّ المراد ما يعتبر في السَلَم في حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السَلَم، وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك: أن الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيّد بحال التمكن، فتعذره يوجب فساد السَلَم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه، وتام الكلام في محلّه.

ثم إنَّ الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصورة، خصوصاً في العبيد والإماء، فإن مراتبهم الكمالية التي تختلف بها أثمانهم غير محصورة جداً، والاقتصار على ما يرفع به معظم الفرر إحالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم، لانتهاء الفرر عرفاً بذلك، مع أننا علمنا أن الفرر العرفي أخص من الشرعي.

بين الاجمال والتفصيل.

الإشكال الرابع: إنه إن أخذت الأوصاف في ناحية المبيع بأن قيد بها فيحكم بفساد البيع للجهل بوجود المبيع المزبور خارجاً، وإن لم تؤخذ في المبيع فالبطلان باعتبار الجهل بأوصافها.

ولكن هذا الإشكال أيضاً مندفع بما تقدم من أنه لا معنى لأخذ الأوصاف غير المقومة في ناحية المبيع إلا الاشتراط أي جعل الخيار على تقدير فقدها، وما هو قابل للتقييد هو الكلي دون العين الخارجية، فلا يوجب أخذها في المبيع الجهل بوجود المبيع.

وكيف كان، فالمسألة لا تخلو عن إشكال. وأشكل من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة، وعلى هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتمدة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه. قال في التذكرة: يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة، انتهى.

وحاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر في صحة السلم وبيع الغائب. ومن المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعتمدة في السلم وبيع العين الغائبة، فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سنّ الجارية، بل ولا على نوعها ولا غيرها من الأمور التي لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبة كمالها الإنساني المطلوبة في الجوّاري المبذول بإزائها الأموال، ويبعد كلّ البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهدة، بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعة إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبة إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى، لا بدّ من مراجعته لبصير عارف بها.

ولأجد في المسألة أوثق من أن يقال: إنّ المعتبر هو الفرع العرفي في العين الحاضرة والغائبة الموصوفة، فإن دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبرة أخذ به. وليس فيما ادّعه العلامة في التذكرة من الإجماع حجّة، مع استناده في ذلك إلى كونه غرراً عرفاً، حيث قال في أوّل مسألة اشتراط العلم بالعوضين: إنّه أجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما الذي ملك بإزاء ما بذل فينتفي الفرع، فلا يصحّ بيع العين الغائبة ما لم يتقدّم رؤية أو يوصف وصفاً يرفع الجهالة، انتهى. ولا ريب أن المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي

## الإجمال والتفصيل.

ثم إنه يمكن الاستشكال في صحّة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً، لأنّ الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود، لأنّ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج والغرر فيه أعظم. ويمكن أن يقال: إن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد، فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا وكذا، ولا غرر فيه حينئذ عرفاً. وقد صرح في النهاية والمسالك - في مسألة ما لو رأى المبيع ثمّ تغير عمّا رآه - : أنّ الرؤية بمنزلة الاشتراط. ولازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً. ويمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره باتّصاف المبيع بالصفات المذكورة، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل والوزن، ولذا ذكروا أنّه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة بالمبايعة بوصف ثالثٍ لهما. وكيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة، ولا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعيّن الحكم بجوازه، مضافاً إلى الإجماع عليه ممّن عدا بعض العامة.

ثمّ إنّ الخيار بين الرّد والإمساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب. وصریح السرائر: تخييره بين الرّد والإمساك بالأرّش وأنّه لا يجبر على أحدهما. ويضعف بأنّه لا دليل على الأرّش. نعم لو كان للوصف المفقود دخلٌ في الصحّة توجّه أخذ الأرّش، لكن بخيار العيب، لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه، إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضاً. وسيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحّة.

وأضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة والنهاية والمراسم: من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف. لكن الموجود في المقنعة والنهاية أنّه: «إن لم

يكن على الوصف كان البيع مردوداً ولا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرّد، لا الباطل فعلاً. وقد عبّر في النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال: ولا بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر ممّا يسوي إذا كان المبتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً. وعلى تقدير وجود القول بالبطان، فلا يخفى ضعفه، لعدم الدليل على البطان بعد انعقاده صحيحاً، عدا ما في مجمع البرهان، وحاصله: وقوع العقد على شيءٍ مغايرٍ للموجود، فالمعقود عليه غير موجودٍ والموجود غير معقودٍ عليه. ويضعّف: بأن محلّ الكلام في تخلف الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إنّ المبيع فاقدٌ للأوصاف المأخوذة فيه، لأنّه مغايرٌ للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخلٌ في حقيقة المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف في البطان ولو أخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعتك ما في البيت على أنّه عبدٌ حبشيٌّ فبان حماراً وحشياً. إلا أن يقال: إنّ الموجود وإن لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلك الأوصاف، فإذا فقد ما بُني عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغي بطلان البيع، ولذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً في المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، وإلا لم يوجب فساده بفساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار. ومن هنا يظهر: أنّ دفع ما ذكر في وجه البطان - الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقاً للقاعدة، واحتمله العلامة رحمته في النهاية فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه، بأنّه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات والوصف المعين في الشخصيات وبين الوصف الذاتي والعرضي، وأن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة والوصف والإشارة أقوى - مجازفةً لا محصل لها. وأما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن



اعتباراً بالوصف، فينبغي لزوم العقد وإثبات الخيار من جهة كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلي حتى يتقوم به، وكونه عرضياً لا ذاتياً إعادة للكلام السابق. ويمكن أن يقال: إنَّ الاستفادة من النصوص والإجماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة الغير المقومة للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضي العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح، ومنه المصراة. وكالحكم في النص والفتوى بتبعض الصفقة إذا باع ما يملك وما لم يملك وغير ذلك، فتأمل.

نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخِل في الحقيقة عرفاً الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع، والخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإنَّ الظاهر دخول الذكورة والأنوثة في الممالك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، وكذا الرومي والزنجي حقيقتان عرفاً، وربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس، وكذا لو باعه خلّ الزبيب فبان من التمر. ويمكن إحالة اتحاد الجنس ومغايرته على العرف وإن خالف ضابطة التغاير المذكورة في باب الربا، فتأمل.

مسألة: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوريٌّ [١] بل نسب إلى ظاهر

[١] ذكره رحمته بأن خيار الرؤية عند الأكثر على الفور ومنسوب إلى ظاهر الأصحاب <sup>(١)</sup> بل

في التذكرة: عدم الخلاف في فوريته عند المسلمين إلا ابن حنبل حيث جعل امتداده بامتداد مجلس الرؤية <sup>(٢)</sup> واحتمله في نهاية الأحكام <sup>(٣)</sup>. ولا يعرف

(١) نسبه في الحدائق ١٩: ٥٩ إلى ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٧.

(٣) نهاية الأحكام ٢: ٥٠٨.

الأصحاب، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتدّاً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية، واحتمله في نهاية الأحكام. ولم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على

وجه للالتزام بفوريته إلا الاقتصار في رفع اصالة لزوم العقد بالقدر المتيقن.

وعلى ذلك فيرد على القائلين بالتراخي في خيار العيب والغبن بأن التفكيك بينهما وبين خيار الرؤية بالأخذ باصالة اللزوم في خيار الرؤية بالإضافة إلى غير القدر المتيقن دونهما بلاوجه، مع أن ملاحظة صحيحة جميل<sup>(١)</sup> المتقدمة مقتضاه الالتزام بالتراخي في خيار الرؤية حيث لم يقيد فيها بالخيار رؤية بمدة.

ثم ذكر أن دعوى الإطلاق في الصحيحة لا تصح بناءً على ما تقدم من أن الخيار في المقام بملاك نفي الضرر وكون لزوم البيع ضرورياً والضرر ينتفي بثبوت الخيار في الزمان الأول ولا يكون الضرر في الزمان الثاني من لزوم البيع بل من ترك الفسخ في الزمان الأول، ولذا لا يتمسك في إثبات التراخي باستصحاب الخيار لارتفاع الموضوع ولا أقل من عدم إحراز بقائه.

أقول: قد تقدم أن خيار الرؤية لا يدور مدار تحقق الضرر على المشتري بل إذا اشترى عيناً غائباً فوجدها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما احرز ما فيها من الوصف يثبت له الخيار سواء كان في ذلك الشراء ضرر على المشتري أو وجدها على خلاف صلاحه ورغبته فقط.

وذلك فإن الخيار لا يثبت بقاعدة «نفي الضرر»<sup>(٢)</sup> أصلاً، وأن المدرك للخيار في المقام صحيحة جميل المتقدمة، ولم يذكر فيها عنوان الضرر موضوعاً ولا ملاكاً.

(١) ومائل الشيعة ١٨: ٢٨، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) ومائل الشيعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

المتيقن، ويبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن والعيب سؤال الفرق بين المقامين، مع أنّ صحيحة جميل - المتقدّمة في صدر المسألة - مطلقاً يمكن التمسك بعدم بيان مدّة الخيار فيها على عدم الفورية وإن كان خلاف التحقيق، كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النصّ.

ولا يبعد أن يقال: بأن مقتضى الإطلاق فيها تراخي الخيار.

ودعوى أنها بصدد أصل ثبوت الخيار فقط من غير تعرض لسائر الجهات لا يمكن المساعدة عليها، لأنّ الأصل في كل خطاب يتضمن الحكم وموضوعه كون المتكلم بصدد بيان ذلك الحكم وموضوعه بتمام قيودها التي منها الزمان.

وبتعبير آخر: تقييد مثل خيار الحيوان في الخطابات بزمان خاص وعدم تقييد مثل خيار الرؤية به مقتضاها الالتزام بدخل الزمان في الأول دون الثاني.

أضف إلى ذلك ما ذكره السيد اليزدي<sup>(١)</sup> رحمه الله: من أن الحكم في الصحيحة بثبوت خيار الرؤية للمشتري المفروض فيها لا يمكن إلا بالتراخي في ذلك الخيار، لأن الإمام عليه السلام قد حكم فيها بالخيار للمشتري فعلاً أي بعد ما رأى القطعة التي لم يرها إلى ما بعد البيع وبعد استقالته البائع وعدم موافقته على الإقالة وبعد سؤال جميل الإمام عليه السلام عن حكم الشراء المزبور.

نعم دلالتها على التراخي كذلك بالإضافة إلى المشتري المفروض في الرواية حيث كان في الزمان الأول بعد البيع جاهلاً بثبوت خيار الرؤية له.

ويمكن اختلاف الخيار في الفورية وعدمها بالإضافة إلى العالم والجاهل بالخيار وعدم كون الجهل بالحكم عذراً بالإضافة إلى مخالفة التكليف والحكم لا بالإضافة إلى

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٤٩.

وقد بينا سابقاً ضعف التمسك بالاستصحاب في إثبات التراخي وإن استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.

اختلاف جعل الحق، ومنه الخيار كما لا يخفى، فما ذكره عليه السلام <sup>(١)</sup> - في ذيل كلامه من عدم كون الجهل بالفورية عذراً فتكون مقتضى الصحيحة التراخي في الخيار مطلقاً - ضعيف، لأنه بعد إمكان اختلاف الجاهل بالخيار والعالم به في الفورية وعدمها يشكل استفادة الحكم بالتراخي في حق من كان عالماً بثبوت خيار الرؤية له، ولكن آخر الفسخ ولو مع جهله بفوريته.

ولكن يمكن دفع هذا الإشكال بإطلاق الحكم على المشتري المزبور بأن له خيار الرؤية حيث لم يقيد عليه السلام بأول زمان علمه بالخيار، بل لا يمكن هذا التقييد كما لا يخفى.

وقد يجاب عما ذكره السيد اليزدي عليه السلام: أن الظاهر من أمثال الصحيحة أنها سؤال عن الحكم لأنه وقع أمر شخصي أريد السؤال عن حكمه فأصحاب الأئمة عليهم السلام كانت طريقتهم فرض مسائل لأخذ الجواب والثبت في كتبهم، ولعل كثيراً منها لم تكن واقعة في الخارج، كما يظهر بالمراجعة إلى الأصول المنقول فيها رواياتهم فلا وجه لما ذكر.

أقول: لم يظهر وجه الجواب فان إرادة السؤال عن الحكم الكلي لازمه أن يعم الجواب الكلي الواقعة المفروضة في السؤال أيضاً لأن لا يعم الجواب شخص الواقعة المفروضة في السؤال، كما لا يخفى.

ومحور كلام السيد اليزدي عليه السلام: أنه لو كان خيار الرؤية بنحو الفور لم يمكن ثبوت الخيار فعلاً للمشتري المفروض في السؤال.

مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة [١] عرفاً على الوجه المتقدم في خيار الغبن، وبإسقاطه بعد الرؤية، وبالتصرف بعدها، ولو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه، ثالثها: ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية، بناءً على أنّ التصرف إسقاطاً فعلي. وفي جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أنّ الرؤية سبب أو كاشف. قال في التذكرة: لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم،

[١] الأول: ترك مبادرة ذي الخيار إلى فسخ البيع على قرار ما تقدم من تركها في فسخه بخيار الغبن.

أقول: انتهاء الخيار بترك المبادرة مبني على كون خيار الرؤية على الفور، وقد تقدم ضعف ذلك وأنه على التراخي.

الثاني: إسقاطه قولاً بعد الرؤية ووجدان العين على خلاف ما رآها سابقاً فان جواز إسقاطه مقتضى كون الخيار حقاً على ما استفيد من الأخبار الواردة في خيار الحيوان وغيره، ولا يحتمل كون بعض الخيار حقاً دون البعض الآخر.

الثالث: التصرف في العين التي رآها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما أحرز لها من الوصف، ولكن هذا التصرف فيما إذا كان مع بقاء الرضا بالمعاملة والإغماض عن فسخها حتى فيما بعد يكون إسقاطاً فعلياً، ولا فرق في نفوذ الإسقاط بين القول والفعل.

وأما إذا كان بغير هذا الداعي فلا دليل على سقوط الخيار به بعدما ذكرنا من أن الخيار حق يتعلق بالمعاملة ولا يمنع عن تصرف المتعاملين فيما انتقل إليهما.

نعم قد حكم الشارع في بعض التصرفات بأنها إسقاط فعلي للخيار كالمس الجارية والنظر منها إلى ما يحرم على غير المالك والزوج.

والكلام في المقام في مطلق التصرف لا في تلك التصرفات التي لا يبعد القول

لتعلق الخيار بالرؤية، انتهى. وحكي ذلك عن غيرها أيضاً. وظاهره: أن الخيار يحدث بالرؤية، لأنه يظهر بها، ولو جعلت الرؤية شرطاً لاسيماً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب وهو العقد. ولا يخلو عن قوة.

بأنها مسقطة لخيار الحيوان، ولا يعم سائر الخيارات لاحتمال الخصوصية في خيار الحيوان. ولذا لا يوجب النظر إلى الأمة المشتراة سقوط خيار العيب على ما يأتي. ثم إنه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق في التصرف المسقط بين كونه قبل الرؤية أو بعدها بناءً على ما ذكر من جواز إسقاط الخيار بعد البيع وقبل الرؤية حتى لو قيل بحصول الخيار بالرؤية بأن يكون الرؤية مقوماً لموضوع الخيار لا كاشفاً.

الرابع: إسقاطه قولاً أو فعلاً بعد المعاملة وقبل الرؤية.

وقيل: جواز إسقاطه قبل الرؤية مبني على كون الرؤية كاشفة؛ وأما إذا كانت سبباً فيكون إسقاطه قبلها من إسقاط ما لم يجب.

وذكر المصنف رحمته أنه لو قيل بأن السبب للخيار هو العقد والرؤية شرط لتحقيقه كفى ذلك في إسقاطه حيث يجوز في إسقاط شيء تحقق سببه.

أقول: قد ذكر الرؤية في صحيحة جميل بإضافة الخيار إليها، والإضافة تكفي فيها مناسبة ما ولو باعتبار أن الرؤية غالباً موجب العلم بفقد الأوصاف التي أحرزها المشتري في العين الغائبة أو اعتقد بوجودها فيها، بل الرؤية في أمثال المقام كناية عن العلم المتمحض في الطريقة، كما في قوله: «إذا رأيت زيدا محتاجاً فأعطه المال».

وبتعبير آخر: مناسبة الحكم والموضوع أن الخيار مترتب على فقد الوصف الذي أحرزه المشتري واعتقده في المبيع الغائب، ولذا لو رأى العين على ما أحرزها لم يكن له خيار مع أنه لم يذكر ذلك في الصحيحة، هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا حدوث الخيار بالرؤية إلا إن اسقاط الحق لا يقابل بإسقاط الأمر

ولو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فسادهِ وإفساده للعقد، كما عن العلامة وجماعة، أو عدمهما، كما عن النهاية وبعض، أو الفساد دون الإفساد وجوه، بل أقوال: من كونه موجِباً لكون العقد غرراً، كما في جامع المقاصد: من أن الوصف قام مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئياً ولا موصوف. ومن أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه، فإن الخيار حكمٌ شرعيٌّ لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهولٍ متزلزلاً، والعلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة، فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبة على أي صفة كانت، ولو كان الالتزام المذكور مؤدياً إلى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب أيضاً مؤدياً إليه، لأنه بمنزلة بيع الشيء صحيحاً أو معيباً بأي عيب كان،

الحقيقي والعيني، بل هو كالحق أمر اعتباري إنشائي، وقد ذكرنا كراراً اعتبار الأمر الاستقبالي وجوداً وسقوطاً أمر ممكن، غاية الأمر يحتاج نفوذه إلى دليل الإمضاء، ودليل الإمضاء في المقام جواز إسقاطه حال العقد بشرط سقوطه فيه، فانه إذا كان الخيار من الحقوق وجاز إسقاطه قبل تمام العقد باشتراط سقوطه عنه كما يأتي جاز إسقاط ذلك الحق بعده أيضاً حيث لا يحتمل جواز إسقاط الحق في العقد لا بعده.

الخامس: اشتراط سقوطه في العقد فان في هذا الاشتراط أقوال ثلاثة:

الأول: فساد الشرط وفساد البيع به. الثاني: صحة العقد والشرط فلا يكون مع شرط سقوط خيار الرؤية خيارها في شراء العين الخارجية. الثالث: فساد الشرط، ولكن يصح العقد ويثبت في شرائها خيار الرؤية كما هو مقتضى فساد الشرط.

وذكره رحمته في وجه الأول أن الشرط المزبور يوجب كون البيع غررياً لأن معنى شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بوجود الصفات التي وصفها بها، وأنه يبيع العين الغائبة بأي صفة.

ولاشك أنه غرر، وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتماداً على أصالة الصحة، لامن جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة والعيب في المبيع، لأن تخالف أفراد الصحيح والمعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح، واقتصرهم في بيان الأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة، لالجواز إهمالها عند البيع. فحينئذ، فإذا شرط البراءة من العيوب، كان ذلك راجعاً إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف وعدمها، فيلزم الغرر، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ وأتباعه: من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض والجوز الفاسدين كذلك، حيث إن مرجعه - على ما ذكره هنا في اشتراط

وبتعبير آخر: اعتبار الأوصاف في العين كان قائماً مقام مشاهدة العين؛ وإذا لغي اعتبار الأوصاف كان بيع تلك العين بلا توصيف ورؤية وهذا يدخل في بيع الغرر. **وجه القول الثاني:** أن خيار الرؤية نظير خيار الحيوان حكم شرعي يترتب على تمام البيع، ومعنى شرط سقوط الخيار الرؤية الالتزام بعدم فسخ البيع، لأن العين الغائبة تباع بأي صفة كانت بحيث يوجب الغرر في البيع، وألما صح اشتراط البراءة من العيوب ويكون البيع بها غريباً، لأن اختلاف مالية الشيء باختلاف صحة الشيء وعيبه أفحش من تفاوتها باختلاف سائر الأوصاف.

لا يقال: الرفع للغرر عن البيع في وصف الصحة والعيب ليس هو التوصيف بل الاعتماد على أصاله الصحة بخلاف رفعه في بيع العين الغائبة فإنه يكون بالتوصيف، فمع الإغماض عن التوصيف يكون بيعها غريباً بخلاف مسألة البراءة عن العيوب. **فانه يقال:** لا فرق في ملاحظة الوصف لرفع الغرر عن البيع بين وصف الصحة وسائر الأوصاف، غاية الأمر ملاحظة وصف الصحة غير محتاج إلى ذكرها في متن



سقوط خيار الرؤية - إلى اشتراط عدم الاعتداد بمالية المبيع، ولذا اعترض عليهم الشهيد وأتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط. لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب ولو كان للمعيب قيمة، لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً أو معيباً بأي عيب، والفرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفاً بأي وصف كان. ثم إنه قد يثبت فساد هذا الشرط لامن جهة لزوم الفرر في البيع حتى يلزم فساد البيع ولو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق، بناءً على ما عرفت: من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها، فاشتراط الإسقاط لغو، وفساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمة. لكن الإنصاف: ضعف وجه هذا القول.

العقد بل يكتفي في بيع الشيء صحيحاً الاعتماد على اصالة سلامته، فيكون معنى البراءة عن العيوب بيع الشيء صحيحاً كان أو فاسداً، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن الشيخ وأتباعه<sup>(١)</sup>: من جواز اشتراط البراءة عن العيب فيما لا قيمة لمكسوره مع العيب كالبيض والجوز الفاسدين؛ ولذا ذكر الشهيد وأتباعه فساد البيع باشتراط البراءة في مثل الجوز والبيض، ولكن مقتضى ذلك عدم جواز اشتراط البراءة حيث في غيرهما أيضاً.

**وجه القول الثالث:** أن شرط سقوط خيار الرؤية لا يوجب الفرر في البيع، فان غايته أن لا يكون له الفسخ على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف إلا أن الخيار في زمان اشتراط سقوطه غير محقق فيكون الاشتراط المزبور من إسقاط ما لم يجب

(١) الدروس ٣: ١٩٨، وراجع المبسوط ٢: ١٣٨، والوسيلة: ٢٤٧ و ٢٥٥، واصباح الشيعة: ٢٢٤، والمهذب ١:

وأقوى الأقال أولها، لأن دفع الغرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت الخيار، لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع، إلا أنه لأجل سبب الخيار، وهو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنها إما شروط للبيع وإما قيود للمبيع - كما تقدم سابقاً - واشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقديري وجود تلك الصفات وعدمها، والتنافي بين الأمرين واضح.

فلا يصح، ونتيجة ذلك صحة البيع وثبوت خيار الرؤية على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف.

ثم إنه ﷺ اختار القول الأول بدعوى أن شرط سقوط الخيار موجب للغرر في البيع، لأن الأوصاف التي تذكر للعين الغائبة؛ اما قيد للبيع، واما قيود للمبيع؛ ومع شرط سقوط الخيار يكون مقتضى العقد وقوع البيع على كل تقدير وعلى أي وصف للعين المزبورة.

والتنافي بين هذا وبين توصيف بائع العين ظاهر بخلاف البراءة عن العيوب، فان التنافي لا مجال له فيها فان رفع الغرر عن البيع في مورد خيار العيب يكون باعتماد المشتري على اصالة الصحة لا على تعهد البائع وتوصيفه فلا يكون في اشتراط البراءة تناف لتحقق الاعتماد على اصالة الصحة ولو مع براءة البائع.

وعلى ذلك فلو كان الاعتماد في شراء العين الغائبة على أمر آخر غير توصيف البائع كما إذا رأى المشتري العين سابقاً واشتراها بالاعتماد على استصحاب بقائها على حالها أو على توصيف غير البائع يكون اشتراط سقوط خيار الرؤية نظير مسألة البراءة عن العيوب غير مناف لارتفاع الغرر عن البيع.

ولو فرض أنه لا فرق بين الاعتماد على اصالة الصحة وتوصيف البائع في أن

وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة، فيدفعه الفرق بينهما: بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، وإنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة، لا على تعهد البائع لانتفاها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفاها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع والمشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها والتزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك.

اشتراط سقوط الخيار في مسألة البراءة عن العيوب ومسألة العين الغائبة يوجب الغرر في البيع فلتلتزم بجواز البراءة عن العيوب للنص الوارد فيها ويكون هذا النص مخصصاً للنهي عن بيع الغرر، فان هذا النهي عنه لا يزيد على سائر العمومات التي يرفع اليد عن عمومها بورود المخصص.

أقول: عمدة ما ذكره رحمته في المقام يرجع إلى أمور ثلاثة:

أحدها: أن الوصف الذي يتعهده البائع للمشتري قيد للبيع أو قيد للمبيع بحيث لا يكون البيع أو المبيع مع عدم ذلك التعهد مطلقاً.

وثانيها: أن كل وصف اعتبر في المبيع بتعهد البائع وتوصيفه لا يمكن فيه شرط سقوط خيار الرؤية لتنافي التوصيف والتعهد مع شرط سقوط الخيار فيكون البيع مع شرط سقوط الخيار غريباً بخلاف ما إذا كان رفع الغرر بغير توصيف البائع وتعهد، كما في خيار العيب فان شرط سقوط الخيار فيه لا يوجب التنافي والدخول في الغرر. وثالثها: أنه لا يقاس مسألة براءة البائع عن عيوب المبيع بمسألة شرط سقوط خيار الرؤية مع توصيف البائع لينافي شرط سقوط الخيار التوصيف، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك فيمكن الالتزام بأن النهي عن بيع الغرر قد ورد التخصيص عليه في مورد براءة البائع من العيب لورود النص على جوازه وسقوط الخيار معه والنهي

نعم، لو شاهده المشتري واشتره معتمداً على أصالة بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه وعدم الفسخ لو ظهرت المخالفة، كان نظير اشتراط البراءة من العيوب. كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الإخبار بالكيل. والضابط في ذلك: أن كل وصفٍ تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصفٍ اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمانة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهاها أو نحو ذلك. ومما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد وغيره في المنع والجواز بين اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة في بيع العين الغائبة وبين اشتراط البراءة من العيوب في العين المشكوك في صحته وفساده.

المزبور لا يزيد على سائر العمومات والمطلقات.

ولكن لا يخفى أن ذكر البائع الوصف للمبيع وإن يوجب تقييده ولكنه مختص بالكليات لأنها قابلة للتقييد؛ ولذا لو باع كلياً موصوفاً ودفع إلى المشتري، ما يكون فاقدآله يكون للمشتري الاستبدال فقط لا خيار الفسخ لأن ما دفعه إلى المشتري ليس فرداً للمبيع ليكون المدفوع وفاءً للبيع، ولكن العين الشخصية لا يقبل التقييد؛ ولذا يكون الوصف فيه توضيحاً.

وأما نفس الوصف في شيء من القسمين لا يكون قيداً للبيع ولا كان محكوماً بالبطان للتعليق ولا أقل يتنفي البيع مع عدم ذلك الوصف لأن يثبت الخيار، فان الخيار حق في فرض ثبوت البيع.

والحاصل: أن الوصف في بيع العين الخارجية سواء كان بذكر البائع أو بغيره ان أخذ بنحو الشرط فلا يكون قيداً للمبيع كما أنه لا يكون قيداً لنفس البيع.

وظهر أيضاً أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكورة في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها، لأن دفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات، بل لعلمه بها، وكذا لو اطمأن بوجودها ولم يتيقن. والضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات وتعهدها من البائع وعدمه. وظهر أيضاً ضعف ما يقال: من أن الأقوى في محل الكلام الصحة، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول، ولو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يُجد في الصحة ثبوت الخيار، وإلا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، وهو معلوم العدم. وإقدامه بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه، انتهى. توضيح الضعف: أن المجدي في الصحة ما هو سبب الخيار، وهو التزام البائع وجود الوصف لانفس الخيار. وأما كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغرري. والمسألة موضع إشكال.

نعم قد يقع التعهد به في المعاملة ولا معنى للتعهد به في بيع العين الشخصية كما هو الفرض إلا ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير عدمه، وظاهر توصيف البائع العين بوصف ثبوت هذا التعهد عليه.

والمراد بالظهور إطلاق توصيفه وعدم تعقيبه بقوله: ولكن لا خيار لك مع عدم الوصف، فيكون توصيف البائع مع هذا التعقيب كتوصيف ولي البنت في نكاحها بأنها كذا، فلا منافاة بين التوصيف وعدم الخيار وشرط سقوط الخيار لأنه يكفي في شرط سقوطه احتمال عدم الوصف ولو احتمالاً ضعيفاً بحيث لا ينافي التوصيف المتضمن للأخبار بالوصف أو يكون شرط سقوط الخيار بداعي أن الوصف وإن يكون موجوداً باعتقاده جزماً إلا أنه يحتمل أن المشتري أن يدعي فقده فيكون التحفظ على مؤنة الاختلاف والمحكمة داعياً له إلى شرط سقوط الخيار.

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت [١] ولا بإبدال العين، لأن العقد إنما وقع على الشخصي، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة. ولو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، ففي الدروس: أن الأقرب الفساد. ولعله لأن البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط:

ومما ذكرنا يظهر الحال: أن الموجب لثبوت الخيار هو التعهد المعاملي بالوصف ويحصل هذا التعهد ولو كان رفع الغرر في المعاملة باعتماد المشتري على اصالة السلامة أو توصيف الغير أو غير ذلك، وفيما إذا وقعت المعاملة مبنية على التعهد به ولم يعقب بسقوط الخيار على تقدير التخلف يثبت الخيار ولا خيار مع تعقيبها به سواء كان الخيار المشترط سقوطه خيار الشرط أو الرؤية أو غير ذلك.

نعم قد ذكرنا فيما سبق عدم دوران خيار الرؤية للتعهد بل هو خيار آخر غير خيار الشرط؛ ولذا يثبت مع عدم توصيف البائع أيضاً كما إذا اشترى العين الغائبة برؤية سابقة أو توصيف الأجنبي فلامورد في مثله لتوهم الغرر مع شرط سقوط الخيار.

وعلى الجملة شرط سقوط خيار الشرط ينافي التعهد بالوصف لأنه ينافي التوصيف ورفع الغرر يكون بالتوصيف لا بتعهد البائع بالوصف، فلا منافاة بين شرط سقوط خيار الشرط أو غيره وبين توصيف البائع المبيع بوصف أو أوصاف.

[١] لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت بين العين الفاقدة للوصف والواجدة له بأن ليس له إجبار المشتري على أخذ ذلك التفاوت وإبقاء البيع كما أنه ليس للمشتري إلزام البائع بالبذل المزبور، وكذا الحال في إبدال المبيع الفاقد للوصف بالعين الواجدة له؛ وأما التراضي بالبذل أو الإبدال فهذا أمر آخر ويكون من الإسقاط الخيار بالفعل وقد مر أنه كإسقاطه القولي.

ولو اشترط في العقد الإبدال على تقدير تخلف الوصف ففي صحة العقد

إن كان بإزاء الثمن فمرجه إلى معاوضةٍ جديدةٍ على تقدير ظهور المخالفة، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفة، وينعقد بيعٌ آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقدٍ وانعقاد عقدٍ آخر، كلُّ منهما معلقٌ على ظهور المخالفة، ومن المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك. وإن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجه أيضاً إلى انعقاد معاوضةٍ تعليقيّةٍ غرريّة، لأنّ المفروض جهالة المبدل. وعلى أيّ تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور، فيفسد ويُفسد العقد.

والشرط أو فسادهما أو صحة العقد دون الشرط أقوال: فانه قد ذكر في الدروس: أن الأقرب الفساد<sup>(١)</sup>. وقد حمّله المصنف رحمته على فساد العقد والشرط معاً.

وذكر في وجهه: أنه لو رجع شرط الإبدال على تقدير تخلف الوصف إلى انفساخ ذلك العقد وانعقاد عقدٍ آخر بين الثمن المزبور والعين الأخرى الواجدة للوصف نحو شرط النتيجة، فمن الظاهر أن الشرط لا يحقق الانفساخ ولا انعقاد عقدٍ آخر.

ولو رجع أنه على تقدير تخلف الوصف ينعقد عقد آخر بين العين التي جرى عليه البيع وبين البديل فيكون الشرط أي المشروط انعقاد معاملةٍ أخرى تعليقيّة غررية لأنّ المفروض أنه لا يعلم فعلاً أن العين التي يجري عليها البيع فاقدة للوصف أو واجدة له، وهذا الشرط يوجب الغرر في أصل البيع فيبطل البيع والشرط.

ثمّ تعرّض لما ذكره صاحب الحدائق رحمته في الرد على الدروس وقال: أنه يظهر مما ذكرنا ضعف الرد. قال في الحدائق<sup>(٢)</sup> في مقام الرد على الدروس ما حاصله: إنه لو أراد الشهيد أن البيع المشروط فيه الإبدال باطل على الإطلاق أي فيما ظهرت العين على الوصف وما ظهرت على خلافه ففيه أنه لا موجب لبطلانه مع ظهور العين على

(١) الدروس ٣: ٢٧٦.

(٢) الحدائق ١٩: ٥٩.

وبذلك ظهر ضعف ما في الحدائق: من الاعتراض على الشهيد عليه السلام، حيث قال - بعد نقل عبارة الدروس وحكمه بالفساد - ما لفظه: إن ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من أن يظهر على الوصف أو لا.

الوصف بل مقتضى الأخبار المتقدمة أي الأخبار الواردة في خيار الرؤية صحة ذلك البيع.

نعم لو ظهرت العين على خلاف الوصف يكون البيع فاسداً لتخلف الوصف ولا يصححه شرط الإبدال لإطلاق الأخبار المشار إليها من أن للمشتري الخيار مع خلاف الوصف، ولعل مراد الشهيد في الدروس من الفساد فساد الشرط دون البيع، ووجه فساد الشرط عدم ترتب أثر على الشرط المزبور ظهرت العين على الوصف أو على خلافه.

أقول: الظاهر أن صاحب الحدائق عليه السلام قد فهم مما ورد في خيار الرؤية بطلان البيع على تقدير تخلف الوصف بأن يكون معنى الخيار فيه اختيار البيع وعدمه؛ ولذا ذكر أنه مع ظهور العين على الوصف لا موجب لبطلان البيع وأنه مع المخالفة يبطل ولا يصححه الشرط المزبور.

وفيه: أولاً: أن صحیحة جميل المتقدمة ثبوت الخيار بمعناه المعروف؛ وثانياً: أنه لا تعرّض لها لصورة ظهور العين على الوصف فكيف تمسك بإطلاقها.

وأما أصل المسألة - أي شرط الإبدال - في البيع فإن كان بنحو شرط الفعل فلا ينبغي الإشكال في صحة البيع والشرط، بل يكون الإبدال من شرط سقوط خيار الرؤية فلا يكون للمشتري على تقدير تخلف الوصف إلا المطالبة بالإبدال.

نعم لو امتنع البائع عن الإبدال ولم يمكن إجباره فللمشتري خيار الفسخ لتعذر الشرط.



وفيه: أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، ومجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً للفساد، لعموم الأخبار المتقدمة. نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة، ولا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار في الخيار. والأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور وعدمه. وبالجملة، فإنني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجهاً يحتمل عليه، انتهى.

وأما إذا كان بنحو شرط النتيجة فإن كان المشروط انفساخ البيع وانعقاد معاوضة أخرى بين الثمن والعين الواجدة للوصف فالشرط المزبور باطل، لأن شرط الانفساخ في العقد فسخ فعلي للمعاملة قبل حصولها، ولا دليل على نفوذه كما أن شرط الإبدال مع الانفساخ شرط ابتدائي لأن بالانفساخ يفسخ المعاملة بشرطها ولا يقاس بشرط سقوط الخيار في العقد فان ما دل على شرط سقوط خيار العيب بالبراءة من العيوب في العقد دليل على مشروعية إسقاط الخيار في العقد فيعمه قوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> بخلاف شرط الانفساخ.

وأما شرط الإبدال بين العين الفاقدة للوصف والواجدة له بلا انفساخ البيع الأول بنحو شرط النتيجة فهو أيضاً باطل فانه من تملك الشيء بعوض أي المبدل قبل تملكه.

وبتعبير آخر: يدخل التملك المزبور في بيع الشيء قبل تملكه فيعمه قوله ﷺ «لا بيع الا في ملك»<sup>(٢)</sup> بل في قوله ﷺ «نهى عن بيعين في بيع»<sup>(٣)</sup>.

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

(٢) راجع عوالي اللآلي ٢: ٢٤٧، الحديث ١٦. وفيه: «لا بيع إلا فيما تملك».

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ٣٧-٣٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ و ٥.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد [١] واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة، لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فيما أن يحكم بطلان العقد، لما تقدم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة. وإما أن يحكم بلزومه من دون خيار. والأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في المعقود عليه. والثاني فاسد من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد وحرمة النقص، ومعلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشتركة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءً وعملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

وأما ذكره في وجه البطلان من أن شرط الإبدال معاملة غررية تقديرية فلا يمكن المساعدة عليه، لأن المبدل في التمليك بالشرط العين الفاقدة للوصف؛ وأما التعليق في التمليك فلا دليل على بطلانه بل الثابت بالإجماع هو التعليق في العقود لافي شروط العقود أيضاً كما لا يخفى.

[١] لا يخفى أن خيار الرؤية على تقدير رجوعه إلى خيار تخلف الوصف المشروط فلا اختصاص لذلك الخيار بالعين المبيعة بل يجري في كل معاملة تقبل اشتراط الخيار فيه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن خيار الرؤية خيار تأسيسي يترتب على عدم رؤية العين الخارجية زمان بيعها سواء كان شراؤها بالرؤية السابقة أو بتوصيف ثالث؛ واستفدنا ذلك من صحيحة جميل المتقدمة فلا يمكن التعدي منها إلى غير البيع من سائر المعاملات.

وعلى ذلك فلو كانت المعاملة الأخرى المتعلقة بالبيعين الخارجية الغائبة

والحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد وثبوته مع الخيار، والأول منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني.

مسألة: لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته، وقال المشتري: قد اختلفت، ففي التذكرة: قُدِّم قول المشتري [١] لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرَّ به أو يثبت بالبينة. وردّه في المختلف - في نظير المسألة - بأن إقراره بالشراء إقرارٌ بالاشتغال بالثمن. ويمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع، بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن ولا المثلث في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر.

بتوصيف مالها فيثبت خيار الشرط، وإلا فلا خيار.

ومما ذكر يظهر الحال في الاستدلال الذي ذكره المصنف رحمته الله على التعدي إلى سائر المعاملات.

[١] لو اختلفا فقال البائع: لم يختلف الوصف، وقال المشتري: قد اختلف، ذكر في التذكرة<sup>(١)</sup>: يقدّم قول المشتري لأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن؛ ومعنى تقديم قوله: إنه يثبت له خيار الفسخ بحلفه على عدم تعلق البيع على هذا الموجود بدون ذلك الوصف.

ولكن ذكر في المختلف<sup>(٢)</sup> تقديم قول البائع لأصالة عدم الخيار ولا مجال لأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن بعد إقراره بوقوع البيع على هذا الموجود ودخول الثمن في ملك البائع سواء تخلف الوصف أم لا.

(١) التذكرة ١: ٤٦٧.

(٢) المختلف ٥: ٢٩٧.

وكيف كان، فيمكن أن يחדش بأن المشتري قد أقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد. هذا، ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط، إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة، أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها، واللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه. ومنه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد، وقد تقدم توضيح ذلك وبيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسألة ما إذا اختلفا في تغيير ما شاهداه قبل البيع.

وما قيل<sup>(١)</sup>: من أن المراد من أصالة براءة ذمة المشتري عدم وجوب تسليمه إلى البائع حتى ما لو أقبض المبيع بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من عدم وجوب القبض والإقباض زمان الخيار ولا يجب تسليم أحدهما ولو مع تسلّم المال من الآخر. ففيه: أنه لا يجوز الإمساك بمال الغير بلا رضاه، والخيار حق متعلق بالعقد فان فسخ ذو الخيار يكون له استرداد ما انتقل عنه إلى صاحبه وإلا فلا يجوز الاسترداد أو الإمساك به مع تسلّم المال الآخر عن صاحبه.

والأظهر أنه لو رجع خيار الرؤية إلى خيار تخلف الوصف المشروط كما هو ظاهر المصنف رحمته فقد تقدم أن الخيار أثر تعهد البائع بالوصف المفقود والأصل عدم تعهده به.

مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقي [١] كالأول بطل، كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد رحمهم الله والعلامة في كتبه وجامع المقاصد. واستدل عليه في التذكرة وجامع المقاصد: بأن بعضه عينٌ حاضرةٌ وبعضه في الذمّة مجهولٌ. وعن المختلف: صحته. ولا يحضرني الآن حتّى أتأمل في دليله، والذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً. فالذي يقوى في النظر: أنه إذا باع البعض المنسوج المنضمّ إلى غزلٍ معيّن على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، وكذا إذا ضمّ

وما ذكر المصنف رحمهم الله من أن لزوم العقد أثر إطلاق متعلق البيع، فقد تقدم أن العين الخارجية غير قابلة للتقييد واللزوم من أحكام البيع في صورة عدم تعهد البائع بالوصف المفقود وجريان البيع على العين محرز بالوجدان وعدم تعهد البائع بالوصف محرز بالأصل.

وأما إذا كان خيار الرؤية خياراً برأسه وأنه يثبت في شراء العين الخارجية التي لم يرها مشتريها عند شرائها، فلم يحرز أن قيد الموضوع عدم وجدان العين على ما أحرزها من الوصف أو وجدانها على خلاف ما اعتقدها فيه من الوصف، فلا يمكن إجراء الأصل في ناحية موضوع الخيار فيجري في ناحية عدم ثبوت حق الخيار للمشتري المزبور فيكون القول قول البائع كما لا يخفى.

[١] لو نسج بعض الثوب وكان بعضه الآخر غير منسوج وباع المنسوج وغيره على أن ينسج الباقي على طبق المنسوج فقد قيل كما عن الشيخ رحمهم الله في المبسوط (١) والقاضي (٢) وابن سعيد (٣) بطلان البيع المزبور من أصله، لأن المبيع بعضه موجود

(١) المبسوط ٢: ٧٧.

(٢) المهذب ١: ٣٥٢.

(٣) الجامع للشرائع: ٢٥٦-٢٥٧.

معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك، إذ لا مانع من ضمّ الكلّي إلى الشخصي، وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة والصبغ. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومةً منسوجةً مع هذا المنسوج بهذا المنوال. ولو لم ينسجه في صورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط. ولو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيرة لم يلزم القبول، وبقي على مال البائع، وكان للمشتري الخيار في المنسوج، لتبعّض الصفقة عليه، والله العالم.

وبعضه غير معلوم.

وذكر السيد اليزدي رحمته الله (١): أن مرادهما بيع العين الخارجية التي بعضها موجود وبعضها غير موجود. ومن الظاهر أنه لا يصح بيع العين الخارجية قبل تحققها كبيع حنطة المزرعة ونحوها قبل وجودها.

أقول: بيع العين الخارجية قبل وجودها لا بنحو الكلّي على العهدة، وإن كان غير صحيح فإن العين قبل وجودها لا يعتبر ملكاً ولا يصح بيعه مضافاً إلى ورود النص بذلك في بعض أفراد المسألة، كبيع حنطة المزرعة والثمرة قبل وجودهما، إلا أن ذلك لعدم الوجود حال البيع لا للجهالة؛ بل لو علم حصول العين في المستقبل أيضاً لا يجوز بيعها، ولكن يظهر من النصوص المزبورة أن تحقق بعض المبيع كاف في جواز بيع كله فراجع.

ثم إن على تقدير بطلان البيع لعدم وجود بعض المبيع فعلاً وكونه استقبالياً لا يوجب بطلان البيع مطلقاً؛ بل يختص ذلك بالإضافة إلى موارد عدم انحلال البيع

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٧٢.

## السابع: خيار العيب

إطلاق العقد يقتضي وقوعه مبنياً على سلامة العين [١] من العيب، وإنما ترك

بالإضافة إلى الموجود وغير الموجود والثوب في غالبه من موارد الانحلال؛ كما لا يخفى.

وذكر المصنف رحمته: أن للبيع المزبور صور ثلاث وفي كلها يكون البيع محكوماً بالصحة، ولكن الصورة المتقدمة مغفول عنها في كلامه.

والصور الثلاث ما إذا باع بعض المنسوج منضمماً إلى الغزل الخارجي غير المنسوج على أن ينسجه طبق المنسوج وما إذا باع المنسوج مع غزل كلي موصوف على أن ينسجه وضم الكلي إلى العين الخارجية وبيعهما بصفقة لا باس به.

وبعض الكلمات المنقولة عن المختلف<sup>(١)</sup> يشير إلى جعل نسج الغزل شرطاً في البيع حيث ذكر ان اشتراط النسج كاشتراط الخياطة والصيغ.

وما إذا باع المنسوج مع أذرع معلومة من الثوب ينسجه مع النسوج فعلاً، ويكون أيضاً من ضم الكلي إلى العين الخارجية في البيع.

وقال: إن البيع في جمع الصور الثلاث محكوم بالصحة غاية الأمر أنه لو لم ينسج الباقي في الصورتين الاوليتين يصح البيع في تمام البيع ويثبت للمشتري خيار تخلف الشرط بخلاف الصورة الأخيرة فانه يصح البيع بالإضافة إلى المنسوج مع ثبوت خيار تبعض الصفقة فيه للمشتري.

[١] المراد من ابتناء العقد على سلامة العين اشتراط سلامتها في العقد الجاري

على تلك العين نظير ابتناؤه على وصف كمال يذكر في متن العقد وليس المراد تعليق

اشترطه صريحاً اعتماداً على أصالة السلامة، وإلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة، وهي صحتها التي هي من أهم ما يتعلّق به الأغراض. ولذا اتّفقوا في بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، ولم يذكروا اشتراط صفة الصحة، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد في وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبداً لا يعلم أنه صحيحٌ سوى أم فالجٍ مقعد، لا يعتمد في صحته إلا على أصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات في العقد، وكما يعتمد على إخبار البائع

العقد على حصول ذلك الوصف وإلا بطل البيع مطلقاً لاشتراط التنجز في العقود، ولا أقل من بطلانه على تقدير عدم الوصف لا كون العقد خيارياً كما لا يخفى. وما قيل من أن اعتبار وصف الصحة لانصراف متعلق البيع إلى فرض سلامته لا يخفى ما فيه لأن الانصراف يتحقق في الكليات، ولا يعم العين الخارجية ومع الإغماض عن ذلك فلازم ذلك عدم وجود للمبيع على تقدير فقد وصف الصحة.

والالتزام بتعدد المطلوب كما عن السيد اليزدي<sup>(١)</sup> كما ترى، فانه لو كان المراد من تعدد المطلوب تعدد الالتزام والملتزم به، بأن يكون أحد الالتزامين متعلقاً بملكية المشتري العين بازاء الثمن، والآخر يتحقق وصف الصحة بمعنى استحقاق المشتري المطالبة به بحيث لو لم يكن في العين ذلك الوصف يكون له رفع اليد عن الالتزام الأول بفسخ المعاملة، فهذه عبارة أخرى عن الشرط الضمني.

ولو أريد من تعدد المطلوب معنى آخر فلا نتصوره في البيع ونحوه فانه لا يمكن الالتزام بتعلق البيع بنفس العين مطلقاً وبيع آخر بالعين مقيدة بالوصف.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٧٦.



بالوزن. قال في التذكرة: الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص السلامة من العيوب والصحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة، انتهى. وقال في موضع آخر: إطلاق العقد واشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر: من أن القضاء العرفي يقتضي أن المشتري إنما بذل ماله بناءً على أصالة السلامة، فكأنها مشرطة في نفس العقد، انتهى.

والحاصل: في المقام أمران:

أحدهما: الحكم بصحة بيع العين مع عدم الجزم بسلامتها مع أن إحراز سلامتها مما يوجب انتفاء معظم الغرر عن بيعها وصحته باعتبار هذا الإحراز بالاعتماد على أصالة الصحة.

وثانيهما: ثبوت خيار العيب مع عدم تبرؤ البائع عن عيب المبيع، وهذا باعتبار اشتراط سلامة المبيع للاعتماد إلى أصالة الصحة.

ويشهد لذلك سقوط خيار العيب مع تبرؤ البائع من عيب المبيع مع اعتماد المشتري على أصالة الصحة، كما اعترف المصنف رحمته الله بذلك فيما سبق.

وعلى ذلك فلا بد من تعليل عدم ذكر وصف الصحة في متن العقد بكون اشتراطها ارتكازياً لا بالاعتماد على أصالة الصحة، كما عبارة المصنف رحمته الله. نعم يكون تعليل انتفاء الغرر بالاعتماد عليها كما ذكرنا.

وقد ظهر مما ذكرنا: أنه لو أغمض النظر عن الروايات الواردة في عيب المبيع لكان الثابت للمشتري خيار الشرط، ولذا جرى عليه سيرة العقلاء ولو من غير أهل الملة ويعملون مع فقد وصف الصحة معاملة فقد وصف الكمال المشروط ولا يكون في البين استحقاق المشتري مطالبة البائع بالأرش.

ومما ذكرنا يظهر: أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه:

أولاً: منع الانصراف، ولذا لا يجري في الأيمان والندور.  
وثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه، لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئي حقيقي خارجي.

وثالثاً: بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلامعنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما. ودفع جميع هذا: بأن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية، وإنما استغني عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئية سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها وصفاتها على الأصل. ولقد أجاد في الكفاية حيث قال: إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضي لزوم السلامة. ولو باع كلياً حالاً أو سلماً كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الإقدام أيضاً.

ولكن قد ورد النص في العيب بأن للمشتري المطالبة بأرش العيب وسقوط جواز الرد بالحدث في المبيع وهذا حكم شرعي في مورد اشتراط وصف الصحة.

ومقتضى النص عدم الفرق في ذلك بين الاكتفاء في شراء المعيب الواقعي بالشرط الارتكازي أو بذكر وصف الصحة في متن العقد صريحاً.

وما قيل من اختصاصه بما إذا لم يشترط وصف الصحة في متن العقد وإلا يجري عليه حكم خيار الشرط لا يمكن المساعدة عليه.

ويؤيد ما ذكرنا مضمرة يونس بن عبد الرحمن «في رجل اشترى جارية على أنها

ويحتمل كونه من جهة الإطلاق المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء، وإن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام.

ثم إن المصرّح به في كلمات جماعة: أن اشتراط الصّحة في متن العقد يفيد التأكيد، لأنه تصرّيح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه، وإنما ترك لاعتماد المشتري على أصالة السلامة، فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خياراً آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبرة كذا وكذا صاعاً، فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط واعتمد على إخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة المرئية فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على أصالة بقائها.

وبالجملة، فالخيار خيار العيب اشترط الصّحة أم لم يشترط. ويؤيده ما ورد من رواية يونس «في رجل اشترى جاريةً على أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يردّ عليه فضل القيمة» فإن اقتصاره عليه على أخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الردّ يدلّ على أن الخيار خيار العيب، ولو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الردّ

عذراء فلم يجدها عذراء، قال: يردّ عليه فضل القيمة إذا علم انه صادق»<sup>(١)</sup> حيث إن الاقتصار بأخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الفسخ مقتضاه ثبوت خيار العيب، ولو كان في البين خيار الشرط لم يسقط جواز الفسخ بالتصرف في الجارية بالوطني، أو ما دونه غاية الأمر كان على المشتري بعد الفسخ مهر المثل.

ولكن العمدة ما ذكرنا فإن الرواية مع الإغماض عن إضمارها ضعيفة بـ«إسماعيل بن مرار» مع احتمال اختصاص الحكم بشرط البكارة ومعارضتها بمثلها فراجع.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٠٨، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

بالتصرف في الجارية بالوطء أو مقدماته. ومنه يظهر ضعف ما حكاه في المسالك: من ثبوت خيار الاشتراط هنا، فلا يسقط الرد بالتصرف. ودعوى: عدم دلالة الرواية على التصرف أو عدم دلالاته على اشتراط البكارة في متن العقد، ممنوعة.

مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد وأخذ الأرش [١] بلا خلاف، ويدل على الرد الأخبار المستفيضة الآتية. وأمّا الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه وبين الرد، بل ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد، فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري، لالتعيين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر. نعم، في الفقه الرضوي:

[١] المشهور على تخيير المشتري مع ظهور عيب المبيع بين فسخ المبيع وامضائه والمطالبة بأرش العيب هذا مع بقاء المبيع بحاله وعدم التصرف فيه وإلا تعين الإمضاء مع استحقاقه المطالبة بالأرش، ولكن الروايات الواردة في المقام لم يذكر فيها التخيير، بل ذكر فيها جواز الرد والفسخ كصحيحة ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه»<sup>(١)</sup>.

وما ورد في الأرش يختص بصورة التصرف في المبيع واحداث الحدث فيه. نعم ورد في الفقه الرضوي: «فإن خرج السلعة معيباً وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء رده وإن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب»<sup>(٢)</sup>، وظاهره كما في الحدائق<sup>(٣)</sup> تخيير المشتري بين فسخ البيع وامضاء البيع بدون أخذ الارش أو مع أخذه.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٠٩، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٢) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٥٣.

(٣) الحدائق ١٩: ٦٠ و ٦٤.

«فإن خرج السلعة معيباً وعلم المشتري، فالخيار إليه إن شاء ردّه وإن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة أُرش العيب»، وظاهره - كما في الحدائق - التخيير بين الردّ وأخذه بتمام الثمن وأخذ الأُرش. ويحتمل زيادة الهمزة في لفظة «أو» ويكون «واو» العطف، فيدلّ على التخيير بين الردّ والأُرش. وقد يتكلّف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، وهو صعبٌ جداً. وأصعب منه جعله مقتضى القاعدة، بناءً على أنّ الصّحة وإن كانت وصفاً، فهي بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، ويكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصّفقة.

واحتمل بعضهم<sup>(١)</sup> زيادة الهمزة في لفظة «أو» ويكون مفاد «واو» العطف ومقتضاه تخيير المشتري بين فسخ البيع وأخذ الأُرش كما عليه المشهور. ولكن الأظهر أن جواز المطالبة بالأُرش يختص بمورد الحدث في المعيب وقبله لا يكون للمشتري إلا الفسخ وبعده يكون المطالبة بالأُرش فقط كما عليه جماعة من الأصحاب.

ففي معتبرة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أبما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له، فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»<sup>(٢)</sup>، ومرسلة جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع يجد فيه عيباً فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن؛ وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»<sup>(٣)</sup>.

(١) راجع مصباح الفقاهة ٥: ١٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٣) المصدر: الحديث ٣.

وفيه: منع المنزلة عرفاً ولا شرعاً، ولذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة، بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة وغيره. ثمّ منع كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطيّة، كما في بيع الأرض على أنّها جربانٌ معيّنة، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وعلى ذلك فلو لم تكن في هذه دلالة على عدم الاستحقاق لأخذ الأرض مع عدم الحدث في المبيع فلا أقلّ أنه لا دلالة في البين على جواز المطالبة به قبل التصرف واحداث الحدث.

وقد تقدّم أن ثبوت الأرض لا يدخل في مقتضى اشتراط وصف الصحة ويحتاج إلى ثبوته إلى الدليل والفقهاء الرضوي لم يثبت كونها رواية ليدعي انجبار ضعفها بعمل المشهور مع احتمال أن المشهور التزموا بالتخيير بين الفسخ والمطالبة بالأرض لبعض ما أشار المصنف رحمته الله إليه.

وعمدته ما قيل من أن وصف الصحة كالجزم للمبيع، ومع فقدها يبطل البيع بالإضافة إلى ما وقع من الثمن بازاء ذلك الوصف فيكون للمشتري استرداد ذلك أو فسخ البيع تماماً لتبعض الصفقة عليه.

ولكن الوجه ضعيف جداً وذلك فإن وصف الصحة كوصف الكمال، وإن يوجب زيادة ثمن العين إلا أن الثمن في البيع يقع بازاء نفس العين؛ ولذا يكون تمام الثمن للبائع على تقدير عدم فسخ البيع وعدم المطالبة بالأرض؛ بل على تقدير المطالبة أيضاً لأن الأرض الذي يستحقه المشتري بمطالبتة من قبيل التغمير في باب اللقطة، وليس جزءاً من الثمن ولا من قبيل الدين على العهدة بأن يثبت المال على عهدة البائع من دون المطالبة.

وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الرد والأرش. نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط: أن أخذ الأرش مشروطاً باليأس عن الرد، لكنّه - مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية وبعض مواضع المبسوط - ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش [١] فافهم.

ويتربّب على ذلك أنه لا يتعين على البائع رد الأرش من نفس الثمن ولو مع مطالبة المشتري.

وأما ما ذكره المصنف رحمته الله من أن الجزء الفائت يقسط عليه فيما إذا لم يؤخذ في البيع شرطاً ومع ثبوته شرطاً فلا يثبت في البيع إلا خيار الفسخ، كما إذا باع الأرض على أنها جريان معينة فظهرت أقل منها فلا يمكن المساعدة عليه فانه إذا كان الجزء مما ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا كانت الأرض مما يباع كل جرب منها بكذا وباعها بثمن على أنها جريان معينة فظهرت أقل منها ينحل البيع بالإضافة إلى الناقص سواء أخذ جزءاً أو شرطاً بأن جعل من قبيل شرط وصف المبيع.

وأما إذا لم ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا باع دار سكناه بكذا على أنه كذا جريب فبان أقل منها فلا يثبت إلا خيار الفسخ فليس المعيار في تبعض البيع الاشتراط وعدمه بل كون المبيع مما ينحل البيع بالإضافة إلى أجزائه وعدمه.

[١] قد تقدّم عدم رواية في البين تكون ظاهرة في استحقاق المطالبة بالأرش مع عدم الحدث في المبيع ولعل مراده بالإطلاق عدم تعلق الأرش على اليأس من الرد؛ بل على الحدث في المبيع، ولكن في التفرقة تأمل ولعله أشار إليه بالأمر بالفهم.

وأما ما في صحيحة عمر بن يزيد من قوله عليه السلام يلزمه ذلك<sup>(١)</sup>، فلا ظهور لها

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٩ - ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

ثم إن في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار أو كاشفاً عنه ما تقدم في خيار الغبن. وقد عرفت أن الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب والغبن واقعاً، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوم حدوده بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط. وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية قبلها، معللاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية. لكن المتفق عليه هنا نصاً وفتوى جواز التبري وإسقاط خيار العيب.

ويؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب: أن استحقاق المطالبة [٢] بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة. هذا مضافاً إلى أن الظاهر من بعض اخبار المسألة أن السبب هو نفس

لرجوع الإشارة إلى الأرش مع أن القسمة المفروضة حدث في المبيع كما لا يخفى.

[٢] لا يخفى أن خيار الفسخ في الروايات وكذا استحقاق الأرش مترتب على العلم بالعيب ووجدانه، وبما أن العلم أو نحوه كما أشرنا مراراً ظاهر ذكره في الخطاب طريقاً لأنه مقوم لموضوع الحكم فيثبت الخيار بمجرد العيب؛ واما استحقاق الأرش فقد تقدم ثبوته بعد فرض العيب بحدوث الحدث في المبيع.

وأما ما ذكر المصنف رحمته: من أنه لا معنى لاستحقاق الأرش بظهور العيب بل يتعين ثبوته بمجرد العيب فلا يمكن المساعدة عليه، لأنه لو قيل بأن الأرش جزء من الثمن ومقابل لوصف الصحة أو كونه من قبيل ضمان الوصف ببدله في ضمان اليد فيكون الأمر كما ذكره.

ولكن قد ذكر رحمته قبل ذلك أن الأرش ليس جزءاً من الثمن، وذكرنا أن ثبوته من قبيل التبريم في باب اللقطة لا من قبيل ثبوت الدين بأن يثبت المال على عهدة البائع بدون مطالبة المشتري فانه لا يستفاد من الأخبار الواردة في الأرش غير التبريم. والله



العيب، لكنها لا تدلّ على العلية التامة فلعلّ الظهور شرط. وكيف كان فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كلّ حكم من احكام هذا الخيار إلى دليله وأنه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، والمرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد، فافهم. ثمّ إنّه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن والمثمن كما صرح به العلامة وغيره، هنا وفي باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معيياً. والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه وإن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأنّ الغالب كون الثمن نقداً غالباً والمثمن متاعاً فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

سبحانه هو العالم.

ثمّ انه قد ذكرنا أن خيار العيب ثبت في مورد اشتراط الصحة، وهذا الاشتراط ارتكازي مع إطلاق العقد، وأنه لو لم يكن في البين الأخبار الخاصة كان الثابت في هذا الاشتراط ما يثبت في مورد اشتراط وصف الكمال، ولكن تلك الأخبار قد دلت على أمرين سقوط خيار الفسخ بالحدث في المبيع وجواز المطالبة بالأرش مطلقاً أو بعد الحدث ولاختصاصها بالمبيع لا يمكن الالتزام بجريان الأمرين في سائر العقود فيكون الثابت في موارد ما مجرد جواز الفسخ فانه مقتضى ثبوت الشرط الارتكازي الجاري في غير البيع أيضاً.

وقد تحصل من جميع ما تقدم: أن خيار العيب متضمن لحقين طوليين: أحدهما جواز فسخ العقد قبل حدوث الحدث في المبيع ومع حدوثه جواز مطالبة الأرش؛ هذا بناءً على ما اخترنا.

وأما بناء على المشهور من ثبوت جواز الفسخ وجواز المطالبة بالأرش في عرض واحد فيمكن الالتزام بان الثابت حقا قبل الحدث هو الجامع بين الأمرين بنحو

## القول في مسقطات هذا الخيار

بطرفيه أو أحدهما.

مسألة: يسقط الردّ خاصّةً بأمورٍ.

أحدها: التصريح بالتزام العقد وإسقاط الردّ [١] واختيار الأرش، ولو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش، ولو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

الكلبي في المعين، كما ذكرنا في بيع أحد المتماثلين كإحدى الصبرتين المعلومين وزنهما، وكما أنه ليس من بيع الفرد المردد كذلك لا يكون المقام من الحق المردد، كما يمكن الالتزام بثبوت كلا الحقين لكنهما متضادان في الاستيفاء فان مع الفسخ لا مورد للارش وبالارش فرض الفسخ خلف.

[١] يسقط جواز فسخ البيع دون الأرش بأمور:

الأول: الالتزام ببقاء العقد والإغماض عن فسخه سواء كان الالتزام قبل العلم بالعيب أو بعده، وكذا الالتزام بالعقد مع العلم بالعيب باختياره الأرش ولو اسقط خياره قبل العلم بالعيب أو بعده فالأظهر سقوط الأرش أيضاً فإن إسقاط خيار العيب بعد العقد كإسقاطه حال العقد وحق المطالبة بالأرش داخل في خيار العيب وباعتباره جعل نوعاً من الخيار.

الثاني: التصرف في المبيع المعيوب سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده فإنه يسقط به جواز الرد دون الأرش.

واستدلّ على ذلك بأن التصرف المزبور يدل على رضاه ببقاء البيع والإغماض عن فسخه وإلا لما كان يتصرف فيه قبل اختياره وإحراز صحته.

وفيه: أن التصرف فيه باعتبار كونه ملكاً بالفعل سواء كان معيباً أو صحيحاً والتصرف فيه بعد العقد لا يقصر عن الاقدام بشرائه قبل اختياره، وكما كان شراؤه

الثاني: التصرف في المعيب عند علمائنا كما في التذكرة، وفي السرائر: الإجماع على أن التصرف يسقط الردّ بغير خلافٍ منهم، ونحوه المسالك، وسيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي والشيخين وابن زهرة وظاهر المحقق، بل المحقق الثاني. واستدل عليه في التذكرة أيضاً - تبعاً للغنية - : بأنّ تصرفه فيه رضاً منه به على الإطلاق، ولو لاذلك كان ينبغي له الصبر والثبات حتّى يعلم حال صحته وعدمها، ويقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «أيما رجلٍ اشترى شيئاً وبه عيبٌ أو

للاعتقاد على أصالة السلامة، وكذا التصرف فيه.

والحاصل: أنه لو كان التصرف في المبيع قبل العلم بالمعيب أو بعده للإغماض عن فسخ البيع حتى مع العيب فلا ينبغي الريب في سقوط جواز الفسخ، لأن جوازه حقي ولا يختص بإنشاء السقوط بالقول بل يكون به بالفعل. وأما مطلق التصرف في المبيع من غير قصد الإغماض عن الفسخ، فلا دليل على كونه مسقطاً تعبداً. نعم، إذا كان التصرف حدثاً في المبيع ومغيراً له بحيث لم يصدق أنه ليس على ماشرى فيسقط جواز الفسخ لدلالة الصحيحة، والمرسلة المتقدمتين، بل ربما يستدل على عدم سقوط جواز الفسخ بمطلق التصرف بما ورد في جواز رد الجارية بعدم الحيض إلى ستة أشهر من حين شرائها مع كونها في سن من تحيض وبما ورد من جواز ردها بعيوب السنة؛ ومن الظاهر أن الجارية في ستة أشهر أو إلى سنة لا تخلو عن التصرف فيها، ولو بمثل استخدامها في بعض الأمور كغلق الباب وغسل الثياب ونحو ذلك.

ولكن لا يخفى أنه لو تم الدليل على سقوط جواز الرد بمطلق التصرف فيلتزم في الجارية بعدم سقوط ردها بمطلق التصرف ولا يوجب رفع اليد عن مسقطية مطلق التصرف في غيرها من المبيع.

عوازٌ ولم يتبرأ إليه ولم يبيّنه فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب، فإنه يمضي عليه البيع، ويردّ عليه بقدر ما ينتقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به». ويدلّ عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب».

وقد يستدلّ على كون التصرف في المعيب مسقطاً لجواز الفسخ ولو قبل العلم بالعيب بما ورد في خيار الحيوان «من أن المشتري لو أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضاً منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»<sup>(١)</sup>.

فانه إذا كان النظر إلى الجارية بما ذكروا لمسها حدثاً مسقطاً للخيار كان التصرف المفروض في المقام أيضاً حدثاً مسقطاً لخيار العيب أي جواز فسخ البيع.

أقول: قد تقدّم مراراً أن الرضا بالبيع عبارة عن الإغماض عن فسخ والالتزام ببقائه، وإن كان من قصد المتصرف ذلك سواء كان ذلك مع العلم بالعيب أو قبله، فهذا مسقط فعلي في مقابل المسقط القولي، ومع عدم القصد المزبور فلا إسقاط للخيار.

نعم ربما يجعل الشارع للخيار أمداً كما يحدث الحدث في بيع الحيوان والافتراق في خيار المجلس فيعبر عنه بأن الافتراق أو الحدث في الحيوان رضا بالبيع فيعم ما إذا كان الحدث جهلاً بالخيار أو الغفلة عنه، كما أنه ربما يجعل للحدث مصداقاً فيكون ذلك تعبداً والنظر إلى الجارية ولمسها من هذا القبيل.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

هذا، ولكنَّ الحكم بسقوط الردِّ بمطلق التصرف، حتَّى مثل قول المشتري للعبد المشتري، «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» - على ما صرح به العلامة في التذكرة - في غاية الإشكال، لإطلاق قوله عليه السلام: «إن كان الثوب قائماً بعينه رده» المعتضد بإطلاق الأخبار في الردِّ - خصوصاً ما ورد في ردِّ الجارية بعدما لم تحض ستة أشهر عند المشتري ونحو ذلك ممَّا يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل «اغلق الباب» ونحوه - وعدم ما يصلح للتقييد ممَّا استدلَّ به للسقوط، فإنَّ مطلق التصرف لا يدلُّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب. وأمَّا المرسلة فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد، بل وطء الجارية لو لا النصَّ المسقط للخيار به. وأمَّا الصحيحة فلا يُعلم المراد من «إحداث شيء في المبيع»

وعلى ذلك فلا يمكن التعدي إلى غير ما ورد التعبد بكونه مصداقاً في خيار الحيوان فضلاً عن سائر الخيارات.

ويؤيده ما ورد في خيار العيب من رد الجارية على بايعها مع عدم وطنها، فانه لم يشر فيه إلى عدم وقوع مثل التقبيل والنظر واللمس مع أن الجارية لا تخلو عنها.

وعلى كل تقدير فلا يمكن استفادة الحدث في الجارية في خيار العيب مما ورد في خيار الحيوان فضلاً عن استفادة كون كل تصرف في المبيع حدثاً.

وممَّا ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف عليه السلام من التفصيل وهو أنه إذا كان التصرف في المبيع المعيوب قبل العلم بالعيب فان كان ذلك موجباً لتغير العين، ومن قبيل الحدث فيها فلا يكون معه جواز الرد عملاً بالصحيحة، والمرسلة ويبقى معه جواز المطالبة بالارش، وان كان بعد العلم ولم يكن مغيراً ومن الحدث في المبيع فان كان دالاً على الرضا نوعاً فذلك أيضاً مسقط، ومع عدم دلالة على الرضا فلا موجب لسقوط الخيار ووجه الظهور ان مع ظهور الفعل في الإغماض عن فسخ البيع يثبت

لكن الظاهر - بل المقطوع - عدم شموله لغةً ولا عرفاً لمثل استخدام العبد وشبهه ممّا مرّ من الأمثلة، فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسلة: من أنّ العبرة بتغيّر العين وعدم قيامها بعينها. اللهمّ إلا أن يستظهر بمعونة ما تقدّم في خيار الحيوان: من النصّ الدالّ على أنّ المراد بإحداث الحدث في المبيع هو: أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختصّ بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا وفي الحيوان بكلّ تصرّف، فيكون ذلك النصّ دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسنٌ، لكن إقامة البيّنة على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكلةً. ثمّ إنه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالمعقد وإن كان النصّ في خيار الحيوان دالّاً على ذلك، بقرينة التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدّمة في المراد من التعليل. لكن كلمات كثيرٍ منهم في هذا المقام أيضاً تدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرّف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنية: أنّ علّة السقوط دلالة التصرف نوعاً على الرضا.

ونحوه في الدلالة على كون السقوط بالتصرّف من حيث دلالة على الرضا كلمات جماعةٍ ممن تقدّم عليه ومن تأخّر عنه. قال في المقنعة: فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتّى أحدث فيه حدثاً لم يكن له الردّ، وكان له أرش العيب خاصّةً، وكذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، ولا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاً به منه، انتهى. فإنّ تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهرٌ - خصوصاً بملاحظة ما يأتي من كلام غيره - في أنّ سقوط الردّ

---

حكم ظاهري لاعتبار ظهور الأفعال كالأقوال. وأما سقوط الخيار واقعاً فهو فرع قصد الإغماض عن الخيار كما لا يخفى.

بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع، ومثلها عبارة النهاية من غير تفاوت. وقال في المبسوط: إذا كان المبيع بهيمة فأصاب بها عيباً كان له ردّها، فإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها وعلفها وسقيها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتاجها، كلّ هذا لأنّه ملكه وله فائدته وعليه مؤنته، والردّ لا يسقط، لأنّه إنّما يسقط الردّ بالرضا بالعيب أو ترك الردّ بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، وليس هنا شيءٌ من ذلك، انتهى. وقال في الغنية: ولا يسقط بالتصرّف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرض، لأنّ التصرّف دلالة الرضا بالبيع لبالعيب، انتهى. وفي السرائر، قال في حكم من ظهر على عيبٍ فيما اشتراه: ولا يجبر على أحد الأمرين - يعني الردّ والأرض - قال: هذا إذا لم يتصرّف فيه تصرّفًا يؤذّن بالرضا في العادة، أو ينقص قيمته بتصرّفه، انتهى. وفي الوسيلة: ويسقط الردّ بأحد ثلاثة أشياء: بالرضا، وبترك الردّ بعد العلم به والمعرفة إذا عرف أنّ له الخيار، وبحدوث عيبٍ آخرٍ عنده، انتهى. وهي بعينه - كعبارة المبسوط المتقدمة - ظاهرة في أنّ التصرّف ليس بنفسه مسقطاً إلاّ إذا دلّ على الرضا. وقال في التذكرة: لو ركبها ليسقيها ثمّ يردها لم يكن ذلك رضاً منه بإمسакها، ولو حلبها في طريق الردّ فالأقوى أنّه تصرّف يؤذّن بالرضا بها. وقال بعض الشافعية: لا يكون رضاً بإمساکه، لأنّ اللبن ماله قد استوفاه في حال الردّ، انتهى. وفي جامع المقاصد والمسالك - في ردّ ابن حمزة القائل بأنّ التصرّف بعد العلم يسقط الأرض أيضاً - : أنّ التصرّف لا يدلّ على إسقاط الأرض، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد. وفي التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرّف فيه بما يدلّ على الرضا قبل علمه بالعيب وبعده سقط الردّ، انتهى.

وقد ظهر من جميع ذلك: أنّ التصرّف من حيث هو ليس مسقطاً، وإنّما هو التزامٌ ورضاً بالعقد فعلاً، فكلّ تصرّفٍ يدلّ على ذلك عادةً فهو مسقطٌ، وما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به، كما لو وقع نسياناً أو للاختبار، ومقتضى ذلك: أنّه

لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً إذا كان ممّا يتوقف العلم بالعيب عليه وحصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف - خصوصاً بين العلامة ومن تأخر عنه - : عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

والذي ينبغي أن يقال - وإن كان ظاهر المشهور خلافه - : إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه، لا مطلق التصرف، والدليل على إسقاطه - مضافاً إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ - : ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع، ولذا تعدينا إلى خيار المجلس والشرط وحكمنا بسقوطهما بالتصرف، فكذلك خيار العيب.

وأما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيراً للعين بزيادة أو نقيصة أو تغيير هيئة أو ناقلاًها بنقل لازم أو جائز - وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه - فهو مسقط أيضاً، لمرسلة جميل المتقدمة. ويلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو إجارة أو شبه ذلك. وظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال في أول المسألة: ويسقط الرد بإحداثه فيه حدثاً - كالعتق وقطع الثوب - سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. وفي مسألة رد المملوك من أحداث السنة: فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش، انتهى. وهو الظاهر من المحكي عن الإسكافي، حيث قال: فإن وجد بالسلعة عيباً وقد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطء للأمة والقطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه، كان له فضل ما بين الصحة والعيب، انتهى. وهذا هو الذي ينبغي أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم، وأما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم - كحلب الدابة وركوبها وشبه ذلك - فلا دليل على السقوط به بحيث تطمئن به النفس، أقصى ما



يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر واللمس، وقيام النص والإجماع على سقوط ردّ الجارية بوطنها قبل العلم، مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع وعدم تغييره للعين، وإطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العباثر، كالتذكرة والسراثر والغنية وغيرها.

وفي نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الردّ - خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد، كالنص بردّ الجارية بعد ستة أشهر، وردّ الجارية إذا لم يطأها وردّ المملوك من أحداث السنة - نظراً، بل منع، خصوصاً معاقد الإجماع، فإنّ نقله الإجماع كالعلامة والحليّ وابن زهرة قد صرحوا في كلماتهم المتقدمة بأنّ العبرة بالرضا بالمعد، فكأنّ دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهرة في الغنية حيث إنّه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتَي العلم والجهل والمغيب وغيره.

قال رحمته: وخامسها - يعني مسقطات الردّ - التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلا بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنّه يمنع من الردّ لشيء من العيوب، ولا يسقط حق المطالبة بالأرض، لأنّ التصرف دلالة الرضا بالمبيع لا بالعيب، وكذا حكمه لو كان قبل العلم بالعيب وكان مغيّراً للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع. وإن لم يكن كذلك فله الردّ بالعيب إذا علم ما لم يكن أمّةً فيطأها فإنّه يمنع من ردّها لشيء من العيوب إلا الحبل، انتهى كلامه. وقد أجاد رحمته فيما استفاده من الأدلة. وحكي من المبسوط أيضاً: أنّ التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار. لكن صرح بأنّ الصبغ وقطع الثوب يمنع من الردّ. فإطلاق التصرف قبل العلم محمولٌ على غير المغيب. وظاهر المقنعة والمبسوط: أنّه إذا وجد العيب بعد عتق العبد والأمة لم يكن له ردّهما، وإذا وجد بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الردّ وأرض العيب، وفرقاً بينهما وبين العتق بجواز الرجوع فيهما

دون العتق. ويردّه - مع أنّ مثلهما تصرّف يؤذن بالرضا - مرسلة جميل، فإنّ العين مع الهبة والتدبير غير قائمة، وجواز الرجوع وعدمه لا دخل له في ذلك، ولذا اعترض عليهما الحلّي بالنقض بما لو باعه بخيارٍ مع أنّه لم يقل أحدٌ من الأئمة بجواز الردّ حينئذٍ بعد ما ذكر: أنّ الذي يقتضيه أصول المذهب أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع فإنّه لا يجوز له ردّه، ولا خلاف في أنّ الهبة والتدبير تصرّف. وبالجملة، فتعميم الأكثر لأفراد التصرّف مع التعميم لما بعد العلم وما قبله مشكّل. والعجب من المحقّق الثاني أنّه تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزة، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف [١] فإنّه يسقط الخيار هنا، بخلاف

[١] الثالث: من مسقطات جواز الرد تلف المبيع أو كونه كالتالف.

وكونه كالتالف إمّا بتمام الملكية كاعتاق المبيع على المشتري. وإمّا بانتقال المبيع الى ملك غير المشتري بعقد لازم أو جائز أو صيرورة العين تحت سلطان الغير، كما إذا استأجرها المشتري أو جعلها رهناً.

وذكر كل ذلك مسقطاً لا تخلو عن المسامحة، لأنّ الاستفادة من الصحيحة<sup>(١)</sup> والمرسلة<sup>(٢)</sup> أن جواز الفسخ مادام لم يحدث في المبيع شيئاً وكونه قائماً بعينه وبحصول كل من الأمور المزبورة ينتهي أمد جواز الفسخ ولكن التعبير غير مهم.

والمهم في المقام ما إذا تلف المبيع حقيقة، فانه قد يقال: بأنّ الفرض خارج عن المرسلة منطوقاً ومفهوماً لأنّ منطوقها فرض بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه المبيع ومفهومها عدم بقائه بحاله بنحو السالبة بانتفاء المحمول، كما هو المتفاهم العرفي من

(١) وسائل الشريعة ١٨ : ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشريعة ١٨ : ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

الخيارات المتقدّمة الغير الساقطة بتلف العين. والمستند فيه - بعد ظهور الإجماع - إناطة الردّ في المرسلة السابقة بقيام العين، فإنّ الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه، فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا ردّ.

قضية السالبة.

وبتعبير آخر: قد فرض في كل من المنطوق والمفهوم أصل وجود المبيع وجعل جواز الفسخ وعدم جواز مدار عدم تغييره وتغيّره. لا يقال: إذا سقط جواز الفسخ في فرض تغير المبيع عما كان عليه يسقط مع تلف العين بطريق أولى.

فإنّه يقال: لا طريق لنا إلى إحراز الأولوية فانه يحتمل أن يكون الوجه في سقوط جواز الفسخ بالتغيير لأجل أن في قبول المتغير صعوبة على البائع بأن يأخذ الثوب المقطوع ونحوه بخلاف الفسخ مع تلف العين فانه يأخذ مثلها أو قيمتها وأخذ بدل العين سهل.

نعم ربما لا يكون في قبول المتغير صعوبة على البائع كما إذا تغير بالزيادة، ولكن الملاك المزبور بنحو الحكمة فلا ينافي عموم الحكم بسقوط الخيار بالتغيير بالزيادة. وقد أجاب عن ذلك بعض المحققين: بأنه لم يثبت في المقام جواز فسخ العقد على حد جواز الفسخ في سائر الخيارات، بل الوارد في الروايات جواز رد المبيع نظير ما ورد في الهبة من جواز رجوع الواهب إلى العين المرهونة ومع تلف العين لا يمكن تحقق ردها، وعلى تقدير التنزل والالتزام بان الثابت في المقام أيضاً جواز الفسخ فيقال الثابت جواز الفسخ برد العين لا مطلقاً ومع عدم إمكان الفسخ برد العين يبقى جواز المطالبة بالأرش كما هو ظاهر الصحيحة والموثقة.

أقول: ما ذكره رحمته من أن الثابت في المقام جواز الرد لا جواز الفسخ على حد سائر الخيارات لا يمكن المساعدة عليه، فإن رد العين مع بقائها على ملك المشتري لا معنى له كما ذكرنا ذلك في الرجوع إلى العين الموهوبة وردّها بتمليك جديد غير مراد ولا بد من أن يكون المراد رد العين مع الغاء البيع.

وبتعبير آخر: رد العين كناية عن فسخ البيع في فرض بقاء المبيع بحاله فيكون مفهوم المرسلة عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحاله على نحو السالبة بانتفاء المحمول فيعود الإشكال.

وقد يجاب عن الإشكال بأن التلف الحقيقي الدقي مسبوق بالحدث في المبيع لا محالة فإن التلف لا يحصل بلا موجب يحدث ومع التلف العرفي يصدق على أن الموجود فعلاً غير باق على ما كان عليه عند البيع.

أقول: تطويل الكلام مع كون المسألة يكفي في الحكم فيها بسقوط الخيار مجرد الالتفات إلى مداركها ليس من دأبنا في الفقه، ولكنه قد حصل في المقام.

والوجه في الكفاية ان الصحيحة والمرسلة تخصيص في عموم وجوب الوفاء بالعقود<sup>(١)</sup>، والمقدار الثابت من التخصيص صورة بقاء المبيع المعيوب بحالها، فإنه يجوز في هذه الصورة فسخ العقد؛ وما في غير هذه الصورة فيحكم بلزوم العقد فانه مقتضى العموم المزبور فليس المدرك للزوم البيع مفهوم الشرطية في المرسلة ليناقد فيه بما تقدم.

وأما ثبوت الأرش مع تلف العين المعيبة فانه مقطوع ولازم للزوم البيع كما لا يخفى.

(١) للآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، سورة المائدة: الآية ١.

ومما ذكرنا ظهر أنّ عدّ انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه - كما في الدروس - لا يخلو عن شيء. نعم ذكر أنّه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف، وهو أيضاً لا يخلو عن شيء، والأولى ما ذكرناه. ثمّ إنّ لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز ردّه، للأصل [١] خلافاً للشيخ، بل المفيد رحمته.

فرع: لا خلاف نصّاً وفتوى في أنّ وطء الجارية يمنع عن ردّها بالعيب، سواء قلنا بأنّ مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائماً بعينه، غاية الأمر كون الوطء على هذا القول مستثنى عن التصرف الغير المغير للعين - كما عرفت من عبارة الغنية - مع أنّ العلامة رحمته علّل المنع في موضع من التذكرة بأنّ الوطء جنائية، ولهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنائيات المملوك.

وقد تقدّم في كلام الإسكافي أيضاً: أنّ الوطء ممّا لا يمكن معه ردّ المبيع إلى ما كان عليه قبله، ويشير إليه ما سيجيء في غير واحد من الروايات من قوله: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً» فإنّ فيه إشارة إلى أنّه لو ردّها لا بدّ أن يردّها شيئاً تداركاً للجنائية، إذ لو كان الوطء مجرد استيفاء منفعة لم يتوقّف ردّها على ردّ عوض المنفعة، فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يترأى في نظر العرف من كون هذه الغرامة كأنّها أجرة للوطء.

[١] لو عاد ملك المبيع إلى المشتري فإن كان ذلك بسبب جديد أو زوال الناقل السابق

لم يكن للمشتري جواز فسخ بيع المعيوب على ما هو ظاهر المصنف رحمته ولعل مراده بالأصل أصاله اللزوم فإنّ البيع المزبور قبل عود الملك كان لازماً لصدق أن الشيء قد أحدث فيه شيئاً أو أنّه لم يكن بحاله، وهذا موضوع لانتهاه جواز الفسخ والحكم على البيع بالمضي فيه.

وحاصل معناه: أنه إذا حكمت بالردّ مع أرش جنابيتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجرة وهي ممنوعة شرعاً، لأن إجارة الفروج غير جائزة. وهذا إنّما وقع من أمير المؤمنين عليه السلام مبنياً على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع، فلا يقال: إن المتعة مشروعة، وقد ورد «أن المنقطعات مستأجرات» فلا وجه للاستعاذة بالله من جعل الأجرة للفروج. هذا ما يخطر عاجلاً بالبال في معنى هذه الفقرة، والله العالم. وكيف كان، ففي النصوص المستفيضة الواردة في المسألة كفاية: ففي صحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى جارية فوقع عليها؟ قال: إن وجد فيها عيباً فليس له أن يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمة ما نقصها العيب. قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم».

وصحيحة ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها، فيجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: لا يردّها على صاحبها، ولكن يقوّم ما بين العيب والصحة، ويردّ على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً».

ورواية ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان عليّ لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمة العيب، وكان يقول: معاذ الله! أن أجعل لها أجراً... الخبر». وفي رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم رأى فيها عيباً، قال: تُقوّم وهي صحيحة، وتُقوّم وبها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين».

وما عن حماد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، يقول: «قال علي بن الحسين عليه السلام: كان القضاء الأوّل في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها، ثم ظهر على عيب: أن البيع لازم، وله أرش العيب».

إلى غير ذلك ممّا سيجيء.

ثم إن المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل، فإنّه

عيبٌ إجماعاً، كما في المسالك. إلا أن الوطاء لا يمنع من الردّ به، بل يردّها ويردّ معها العُشر أو نصفه على المشهور بينهم. واستندوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة:

منها: صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ اشترى جاريةً حُبلى ولم يعلم بحُبَلها، فوطأها؟ قال: يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها»، وقد قال عليّ عليه السلام: «لا تُردّ التي ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها». ورواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تُردّ التي ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها وله أرش العيب، وتردّ الحُبلى ويردّ معها نصف عشر قيمتها». وزاد في الكافي، قال: وفي رواية أخرى: «إن كانت بكرةً فعشر قيمتها، وإن كانت ثيباً فنصف عشر قيمتها». ومرسلة ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع جاريةً حُبلى وهو لا يعلم فنكحها الذي اشترى؟ قال: يردّها ويردّ نصف عشر قيمتها». ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها فيجدها حُبلى؟ قال: تردّ ويردّ معها شيئاً». وصحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية الحُبلى فينكحها؟ قال: يردّها ويكسوها». ورواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية وهي حُبلى فيطأها؟ قال: يردّها ويردّ عشر قيمتها».

هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات، وقد عمل بها المشهور، بل ادّعى على ظاهرها الإجماع في الغنية كما عن الانتصار، وعدم الخلاف في السرائر. خلافاً للمحكيّ عن الإسكافي فحكم بالردّ مع كون الحمل من المولى، لبطلان بيع أمّ الولد، حيث قال: فإن وجد في السلعة عيباً كان عند البائع وقد أحدث المشتري في السلعة ما لا يمكن ردّها إلى ما كانت عليه قبله - كالوطء للأمة أو

القطع للثوب أو تلف السلعة بموتٍ أو غيره - كان للمشتري فضل ما بين الصحة والعيب دون ردّها، فإن كان العيب ظهور حملٍ من البائع وقد وطأها المشتري من غير علمٍ بذلك، كان عليه ردّها ونصف عشر قيمتها، انتهى. واختاره في المختلف: وهو ظاهر الشيخ في النهاية حيث قال: فإن وجد بها عيباً بعد أن وطأها لم يكن له ردّها وكان له أرش العيب خاصّةً، اللهم إلا أن يكون العيب من حَبَلٍ فيلزمه ردّها على كلّ حالٍ وطأها أو لم يطأها ويردّ معها إذا وطأها نصف عشر قيمتها، انتهى. ويمكن استفادة هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطاء من الردّ، فإن من البعيد عدم استثناء وطاء الحامل وعدم تعرّضه لحكمه مع اشتهاار المسألة في الروايات والسنة القدماء. وقال في الوسيلة: إذا وطأ الأمة ثم علم بها عيباً لم يكن له ردّها، إلا إذا كان العيب حملاً وكان حرّاً، فإنّه وجب عليه ردّها ويردّ معها نصف عشر قيمتها، وإن كان الحمل مملوكاً لم يجب ذلك، انتهى. وظاهر الرياض اختيار هذا القول.

أقول: ظاهر الأخبار المتقدّمة في بادئ النظر وإن كان ما ذكره المشهور، إلا أن

العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه:

أحدها: من حيث مخالفة ظهورها في وجوب ردّ الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى، حتّى تكون الجملة الخبرية واردةً في مقام دفع توهم الحظر الناشيء من الأخبار المتقدّمة المانعة من ردّ الجارية بعد الوطاء، إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في مقام دفع توهم الحظر، إذ لا منشا لتوهم حظر ردّ الحامل حتّى أمّ الولد، فلا بدّ إمّا من التقييد، أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية.

الثاني: مخالفة لزوم العقر على المشتري لقاعدة: «عدم العقر في وطاء الملك»، أو قاعدة: «كون الردّ بالعيب فسخاً من حينه»، لا من أصله.

الثالث: مخالفته لما دلّ على كون التصرف عموماً والوطء بالخصوص مانعاً



من الردّ.

الرابع: أنّ الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدّمة: «رجلٌ باع جاريةً حُبلى وهو لا يعلم» وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد، وإلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدةً. ويشير إليه ما في بعض الروايات المتقدّمة من قوله: «يكسوها»، فإنّ في ذلك إشارةً إلى تشبّثها بالحرية للاستيلاء، فنسب الكسوة إليها تشبيهاً بالحرائر، ولم يصرّح بـ«العقر»، الذي هو جزءٌ من القيمة.

الخامس: ظهور هذه الأخبار في كون الردّ بعد تصرّف المشتري في الجارية بغير الوطاء من نحو «اسقني ماء» أو «اغلق الباب» وغيرهما ممّا قلّ أن تنفك عنه الجارية، وتقييدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييداً بالفرض النادر، وإنّما دعا إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار - ممّا دلّ على ردّ الجارية بعد مدّةٍ طويلة - الدليل الدالّ على اللزوم بالتصرّف. لكن لاداعي هنا لهذا التقييد، إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك، وغاية الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطاء عن الردّ بالعموم من وجه، فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجحاً لتقييد هذه الأخبار. ولو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم وبين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى، وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقطاً، لكونه رضاً بالبيع، ويمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين. نعم، لو خُذش في عموم ما دلّ على المنع عن الردّ بمطلق التصرف وجب الرجوع إلى أصالة جواز الردّ الثابت قبل الوطاء لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلا الإجماع المركّب وعدم الفصل بين الردّ والعقر، فافهم. ثمّ إنّ المحكيّ عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر، بل عن الانتصار والغنية: الإجماع عليه. إلا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع - كالتصوص - إلى الغالب: من كون الحامل ثيباً، فلا يشمل

فرض حمل البكر بالسَّحَق أو بوطء الدُّبُر، ولذا ادَّعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثَّيب وثبوت العشر في البكر. بل معقد إجماع الغنية بعد التأمّل موافقٌ للسرائر أيضاً، حيث ذكر في الحامل: أنه يرَد معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة. ومراده بما مضى - كما يظهر لمن راجع كلامه - ما ذكره سابقاً مدَّعياً عليه الإجماع: من أنه إذا وطأ المشتري في مدّة خيار البائع ففسخ يرَد معها العشر إن كانت بكراً ونصف العشر إن كانت ثيباً. وأمّا الانتصار فلا يحضرني حتّى أراجعه، وقد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب. وحينئذٍ فتكون مرسله الكافي - المتقدّمة - بعد انبجارها بما عرفت من السرائر والغنية دليلاً على التفصيل في المسألة، كما اختاره جماعة من المتأخّرين، مضافاً إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدّمة المحمولة على البكر، إلا أنه بعيدٌ، ولذا نسبه الشيخ رحمته إلى سهو الراوي في إسقاط لفظ «النصف» وفي الدروس: أن الصدوق ذكرها بلفظ «النصف».

وأما ما تقدّم ممّا دلّ على أنه يرَد معها شيئاً، فهو بإطلاقه خلاف الإجماع، فلا بدّ من جعله وارداً في مقام ثبوت أصل العقر لامقداره. وأمّا ما دلّ على أنه يكسوها، فقد حمل على كسوة تساوي العشر أو نصفه، ولا بأس به في مقام الجمع. ثم إن مقتضى الإطلاق جواز الرَد ولو مع الوطء في الدُّبُر، ويمكن دعوى انصرافه إلى غيره، فيقتصر في مخالفة العمومات على منصرف اللفظ. وفي لحوق التقبيل واللمس بالوطء وجهان: من الخروج عن مورد النصّ، ومن الأولوية. ولو انضمّ إلى الحمل عيبٌ آخر، فقد استشكل في سقوط الرَد بالوطء: من صدق كونها معيبةً بالحمل، وكونها معيبةً بغيره. وفيه: أن كونها معيبةً بغير الحمل لا يقتضي إلا عدم تأثير ذلك العيب في الرَد مع التصرف، لانفي تأثير عيب الحمل. ثم إن صريح بعض النصوص والفتاوى وظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل

بالعيب، فلو وطأ عالماً به سقط الردّ. لكن إطلاق كثيرٍ من الروايات يشمل العالم.  
 الرابع: من المسقطات: حدوث عيبٍ عند المشتري [١] وتفصيل ذلك: أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإمّا أن يحدث قبل القبض، وإمّا أن يحدث بعده في زمانٍ خيارٍ يضمن فيه البائع المبيع - أعني خيار المجلس والحيوان والشرط - وإمّا أن يحدث بعد مضيّ الخيار. والمراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير.

[١] وحاصله: أن العيب الجديد يحصل في المبيع المعيوب قبل قبضه تارة ويحصل بعد قبضه في زمانٍ يكون ضمان المبيع فيه على بايعه أخرى كما إذا حصل في زمان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط ويحصل في زمان لا يكون فيه ضمان حدوث العيب على البائع ثالثة كما إذا حصل بعد قبضه وفي غير زمان تلك الخيارات. والكلام في أن حدوث الحادث يوجب سقوط جواز الرد بالعيب الموجود قبل الشراء راجع إلى القسم الثالث.

وأما إذا حصل العيب الجديد قبل قبض المبيع كما في فرض الأول فهو لا يمنع الفسخ بالعيب السابق بل العيب الجديد كالعيب القديم يوجب جواز الفسخ به وبمطالبة الأرش، ولذا لو اسقط البائع جميع الخيارات بشرط سقوطها في العقد وحصل العيب الجديد قبل القبض يكون للمشتري جواز الفسخ أو المطالبة بالأرش للعيب الجديد حيث إنّ ضمان البائع قبل القبض أو في زمان الخيارات الثلاث ضمان معاملي لا ضمان التلف في اليد كما هو ظاهر قوله عليه السلام في معتبرة عقبه بن خالد «فإذا أخرج من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه»<sup>(١)</sup> وقوله عليه السلام «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير البيع له»<sup>(٢)</sup>.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٢٣-٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٨: ١٥، الباب ٥ من أبواب الخيار، ذيل الحديث ٢، والفقهاء ٣: ١٢٦/٥٥١.

وأما الأول: فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الرد، بل في أنه هو كالموجود قبل العقد حتى في ثبوت الأرش فيه، على الخلاف الآتي في أحكام القبض.  
وأما الحادث في زمن الخيار: فكذلك لا خلاف في أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقلٌ موجبٌ للرد، بل الأرش - على الخلاف الآتي فيما قبل القبض - بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض.

ويدل على ذلك ما يأتي: من أن الحادث في زمان الخيار مضمونٌ على البائع ومن ماله، ومعناه: ضمانه على الوجه الذي يضمنه قبل القبض بل قبل العقد، إلا أن المحكي عن المحقق في درسه - فيما لو حدث في المبيع عيبٌ -: أن تأثير العيب الحادث في زمن الخيار وكذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري.

وعلى ذلك فيكون العيب الجديد نظير ما إذا كان في المبيع قبل البيع، كما ان مقتضى الظهور المزبور ان التلف قبل القبض أو زمان الخيار المشتراط أو الحيوان أو حصول نقص في وصف الكمال أيضاً يكون كالتلف أو حصول النقص قبل البيع في انحلال البيع أو ثبوت خيار الوصف المشتراط كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أن العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة لضمانه على البائع لا يمنع الرد بالعيب السابق.

ولكن يظهر من المحقق رحمته (١) في درسه: عدم الفرق بين العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة والحاصل بعدها في أنه يمنع الرد بالعيب السابق، وإنما يجوز الفسخ في زمان الخيارات من العيب السابق أو الحادث بتلك الخيارات، وإذا انتهى تلك

(١) نقله صاحب اللمعة: ١١٩، وراجع الشرائع: ٢: ٥٧.

قال في الدروس: لو حدث في المبيع عيبٌ غير مضمونٍ على المشتري لم يمنع من الردِّ إن كان قبل القبض أو في مدة خيار المشتري المشترط أو بالأصل،

الخيارات فلا يجوز الفسخ، خلافاً لشيخه ابن نما<sup>(١)</sup> حيث ذكر جواز الفسخ حتى بعد انقضاء تلك الخيارات حيث إن العيب الحادث لكونه على البائع لا يمنع الرد.

وربما يقال: إن ابن نما متفق مع المحقق في عدم كون العيب الحادث موجباً لجواز الفسخ واختلافهم في أن حدوثه يمنع الرد بالعيب القديم، أو لا يمنع فالمحقق على الأول وشيخه على الثاني.

ويضعف قول كلاهما: بأن العيب الجديد موجب لخيار آخر غير الخيار الثابت بالعيب الأول، ولكن نسبة وحدة الخيار وعدم تعدده بالعيب الحادث إلى ابن نما مشكل لأن كلامه لا يأبى عن التعدد.

أقول: في صورتين جهتان من البحث:

**الأولى:** كون العيب الحادث قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان ونحوه كالموجود حال العقد موجب لخيار العيب.

وبتعبير آخر: الضمان المعاملي الحاصل على البائع بالإضافة إلى المبيع وأوصافه يستمر إلى القبض وإلى انقضاء زمان خيار الحيوان ونحوه.

**والثانية:** انه لو كان المبيع معيباً حال العقد ثم حدث عيب آخر قبل القبض أو قبل مضي زمان خيار الحيوان ونحوه فهل يتعدد خيار العيب من حيث جواز الفسخ والمطالبة بالأرش أم يتداخل من حيث جواز الفسخ.

**أما الجهة الأولى:** فقد تقدم أنه قد يقال: انه يستفاد من قوله عليه السلام في صحيحة

(١) انظر الجواهر ٢٣: ٢٤٢.

فله الردّ ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الردّ خلاف بين ابن نما وتلميذه المحقّق رحمته، فجوزه ابن نما لأنه من ضمان البائع، ومنعه المحقّق رحمته، لأن الردّ لمكان الخيار، وقد زال. ولو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدّة الخيار فالباب

عبدالله بن سنان «على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري»<sup>(١)</sup>، ان ضمان التلف قبل القبض سواء كان تلف العين أو الوصف ليس ضمان يد، بل استمرار للضمان المعاملي الحاصل على البائع حال حدوث البيع وانشائه، فان كون الشيء تالفاً حال حدوث البيع يوجب عدم انعقاده وكذلك تلفها قبل القبض أو قبض انقضاء زمان الخيار يوجب انحلاله وكما تلف وصف الصحة أو وصف كمال مشروط حال حدوث البيع يوجب خيار العيب أو الوصف المشروط للمشتري كذلك تلفهما قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار.

أقول: لم يظهر وجه استفادة الضمان المعاملي من الصحيحة فان صيرورة المبيع للمشتري قد تحقق بنفس البيع فيكون المراد صيرورته له بملك مستقر، ويكفي في عدم استقرار الملك نفس ثبوت خيار الحيوان ونحوه لان مع تمكن المشتري على فسخ المعاملة بذلك الخيار لا يكون ملكه استقراريّاً حتى لو لم يكن ضمان البائع في ذلك الزمان ضمان معاملي بل ضمان يد كما لا يخفى.

نعم لا باس بدلالة معتبرة عقبة بن خالد<sup>(٢)</sup> على كون ضمان تلف المبيع قبل القبض ضمان معاملي وكذلك بعض الروايات في التلف زمان خيار الحيوان حيث ذكر سلام الله عليه فيها لو تلف المبيع قبل القبض يكون «من مال صاحب المتاع الذي هو

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

(٢) مراً سابقاً.

واحد، انتهى. لكن الذي حكاه في اللمعة عن المحقق هو الفرع الثاني، وهو حدوث العيب في مبيع صحيح. ولعلّ الفرع الأول مرتبّ عليه، لأنّ العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً علىّ البائع حتّى يكون سبباً للخيار - غاية الأمر كونه غير مانع

في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته»<sup>(١)</sup> ومفاده تلف المبيع ملكاً للبائع وهذه عبارة أخرى عن انحلال البيع.

ولكن لا دلالة لها على كون تلف وصف الصحة أو الكمال أيضاً ضمان معاملي، فانه لا يمكن أن يكون تلف الوصف ملكاً للبائع بأن يبقى البيع بالاضافة إلى نفس الموصوف بحاله وينحل بالاضافة إلى الوصف وقد تقدم عدم انحلال البيع وعدم تقسيط الثمن على الوصف والموصوف.

وقد يقال: انه يستفاد الضمان المعاملي بالاضافة إلى وصف الصحة أيضاً من مرسلّة جميل<sup>(٢)</sup>، حيث إن السؤال فيها «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً» يعم ما إذا علم حدوث ذلك العيب فيه قبل القبض وبعد البيع وما في الجواب «إن كان الشيء قائماً بعينه فردّه» المراد من القيام بحاله مع قطع النظر عن ذلك العيب.

وفيه: أولاً: لا يمكن الاعتماد عليها لارسالها. وثانياً: انه على فرض الاطلاق في السؤال والجواب، فلا يعم الجواب فقد وصف كمال مشروط مع ان المدعي فيه أيضاً ضمان الوصف بضمّان معاملي، كما انه لا يستفاد منها حكم العيب الحادث بعد القبض في زمان خيار الحيوان ونحوه، فلا بد في تعميم الضمان المعاملي بالاضافة إلى وصف الصحة أو الكمال قبل القبض أو زمان الخيار من التثبيت بالتسالم، بل للاطمينان بعد

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٣-٢٤، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) مرّ سابقاً.

عن الردّ كخيار الثلاثة - كان مانعاً عن الردّ بالعيب السابق، إذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيبٍ مضمونٍ على المشتري، فيكون الردّ في زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق. فمناً هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث، ولذا ذكر في اللمعة: أنّ هذا من المحقق منافع لما ذكره في الشرائع: من أنّ العيب الحادث

انفكك ضمان تلف العين عن تلف الوصف بان يكون الاول ضماناً معاملياً وتلف الوصف ضمان اليد كما لا يخفى.

**أما الجهة الثانية:** وهي على تقدير ضمان البائع العيب الجديد قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بضمن معاملي فهل الجديد مع القديم من قبيل العيين الموجدين حال البيع في كونهما موجبا لوحدة الخيار في جهة جواز الفسخ أو من قبيل شراء الحيوان ومجلس البيع في ترتب الخيار على كل منهما.

وقد يقال: بتعدد الخيار في جهة جواز الفسخ وجهة جواز المطالبة بالأرش، لان الدليل على الخيار بالعيب السابق ما دل على أن شراء ما به عيب أو عوار من غير علم المشتري وتبرأ البائع موضوع للخيار وما دل على ضمان البائع المبيع قبل القبض أو زمان خيار الحيوان مقتضاه كون العيب الجديد موضوعاً لخيار آخر، غاية الأمر الخياران متماثلان في جهة جواز الفسخ وجواز المطالبة بالأرش.

والحاصل: ان تعدد الموضوع يوجب تعدد الحكم ولو فرض أن كلاً من الموضوعين قد أخذ بنحو صرف الوجود بالاضافة إلى حكمه.

وعلى ذلك فلا يقاس العيب الجديد بالعيين الموجودين حال العقد حيث لا يتعدد الخيار في جهة جواز الفسخ.

نعم يتعدد جواز المطالبة بالأرش فيه أيضاً فان جواز المطالبة به بنظر جواز المطالبة بالدين.



في الحيوان مضمونٌ على البائع، مع حكمه بعدم الأرش. ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه، ويضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه: أن قول ابن نما عليه السلام لا يأبى عن التعدد، كما لا يخفى.

ولكن لا يخفى عدم تعدد جواز الفسخ في تعاقب العيين أيضاً حيث إن مفاد ما ورد في ضمان البائع قبل القبض أو زمان الخيار استمرار الضمان المعاملي الحاصل على البائع عند البيع، وتعميم لموضوع ذلك الحكم إلى الانقضاء زمان خيار الحيوان أو الشرط، وإذا فرض أن العيب بصرف وجوده في ذلك الزمان موضوع للخيار فلا يتعدد الخيار. ويترتب على ذلك انه لو اسقط العيب السابق أي جواز الفسخ به قبل حدوث العيب الجديد يثبت له جواز الفسخ بالعيب الجديد، بخلاف ما سقط جواز الفسخ بعد حدوثه فانه لا يبقى له حق في جواز الفسخ.

ثم إن الكلام في كون العيب الجديد موجباً لخيار آخر أم لا فيما إذا لم يكن ذلك العيب بفعل المشتري وإلا فيكون ذلك الحدث موجباً لمضي البيع وجواز المطالبة بأرش العيب السابق كما هو مقتضى معتبرة زرارة وغيرها.

وكذا إذا كان العيب الجديد بفعل البائع أو الأجنبي، فانه يكون ضمان البائع أو الأجنبي العيب الجديد بضمان يد ولا يبعد أن يكون فعلهما أيضاً مسقطاً لجواز الفسخ بالعيب القديم لعدم قيام العين بحالها، وبما كان عليه حال البيع كما هو مفاد مرسله جميل<sup>(١)</sup> وتمام الكلام في ذلك في بحث القبض إن شاء الله تعالى.

وأما الثالث: - أعني العيب الحادث في يد المشتري [١] بعد القبض والخيار - فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام وفي ظاهر الغنية الإجماع عليه.

[١] وذكره رحمته بما حاصله: أنه لو حدث في المبيع المعيب عيب جديد في يد المشتري بعد القبض وانقضاء الخيارات فيسقط بحدوثه جواز الفسخ بالعيب السابق. والمراد بالعيب الجديد مجرد النقص الموجب لصدق التغير وعدم بقاء العين بحالها التي كانت عليها حال البيع ولو لم يكن النقص الحادث من العيب أي ما يوجب الأرش كما إذا باع داراً من اثنين فظهر عيب في الدار وأراد أحد المشتريين فسخ البيع من حصته، فإن الفسخ في حصته يكون موجباً لشركة البائع والمشتري الآخر في الدار. ومثله ما إذا باع شيتين بصفقة واحدة وظهر في أحدهما عيب وأراد مشتريهما فسخ البيع في حصته فإنه لو فسخ البيع يصدق عدم بقاء المبيع بحاله وكون ذلك مع الشيء الآخر كان ملكاً للبائع وكذا فيما إذا باع عبداً كاتباً وظهر فيه عيب، ولكن كان العبد بيد المشتري قد نسي الكتابة ومثله نسيان الدابة الطحن عندما يريد فسخ شرائها بالعيب السابق.

ويمكن الاستدلال على جميع ذلك بمرسلة جميل فان الوارد فيها «إن كان الشيء قائماً بعينه»<sup>(١)</sup>، كما يظهر ذلك في مسألة تقديم قول البائع في اختلافه مع المشتري في قدر الثمن، إلا أن التمثيل لتغير في المرسلة بقطع الثوب وخياطته وصبغه قرينة على أن المراد ببقاء الشيء بعينه عدم التغير بمطلق النقص حيث إن خياطة الثوب أو صبغه لا يوجب النقص الموجب للأرش غالباً.

بل ربما يقال: إن المراد ببقائه بعينه عدم التغير لا بالنقص ولا بالزيادة كسمن

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

والمراد بالعيب هنا مجرد النقص، لا خصوص ما يوجب الأرش، فيعمّ عيب الشركة وتبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحداً صفقةً وظهر العيب في بعضه فأراد ردّ المعيب خاصةً، ونحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به في القواعد وغيره، ونسيان الدابة للطحن كما صرح به في جامع المقاصد. ويمكن الاستدلال على الحكم في المسألة بمرسلة جميل المتقدمة، فإن «قيام العين» وإن لم ينافِ بظاهاه مجرد نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم في مسألة تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين، إلا أن الظاهر منه - بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب وخياطته وصبغه - ما يقابل تغير الأوصاف والنقص الحاصل ولو لم يوجب أرشاً، كصبغ الثوب وخياطته. نعم، قد يتوهم شموله لما يقابل الزيادة، كالتسمن وتعلم الصنعة. لكنّه يندفع: بأنّ الظاهر من

الدابة وتعلم الصنعة، ولكن لا يمكن المساعدة عليه فان ظاهر قيام العين عدم نقصها بمعنى أن لا يحدث فيه ما يوجب نقص ماليته، لأن لا يحدث فيه ما يوجب زيادتها حيث إن الحكم بسقوط جواز الفسخ مع عدم قيام المبيع بحاله بحسب الفهم العرفي رعاية لحال البائع فلا يعم حدوث الزيادة كما لا يخفى.

وذكر في التذكرة<sup>(١)</sup> مع الإغماض عن المرسلة وجهاً آخر لسقوط جواز الفسخ بالعيب الجديد الحادث في يد المشتري: وهو أن النقص أي العيب الحادث في يد المشتري يوجب تلف شيء من المبيع فيكون مضموناً على المشتري ويسقط به جواز فسخه لأن مع رد المبيع يلزم تحمل البائع المبيع مع العيب الجديد وهذا ليس بأولى من تحمل المشتري ذلك الشيء مع العيب القديم.

(١) التذكرة ١: ٥٣٠.

قيام العين بقاءه بمعنى أن لا ينقص ماليته، لا بمعنى أن لا يزيد ولا ينقص، كما لا يخفى على المتأمل. واستدل العلامة في التذكرة على أصل الحكم - قبل المرسله -: بأن العيب الحادث يقتضي إتلاف جزء من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط ردّه، للنقص الحاصل في يده، فإنه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث. والمرسله لا تشمل جميع أفراد النقص، مثل نسيان الدابة للطحن وشبهه. والوجه المذكور بعدها قاصر عن إفادة المدعى، لأن المرجح بعد عدم الأولوية من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار وعدم ما يدلّ على سقوطه، غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرش للبائع إذا ردّه، كما لو تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين. أمّا مثل نسيان

ثم إن المصنف رحمته قد أورد على كل من الاستدلال على الحكم بالمرسله وبالوجه المذكور في كلام العلامة:

أمّا المرسله: فإنها لا يعم مثل نسيان العبد الكتابة ونسيان الدابة الطحن ونحوهما من موارد عدم تغير عين المبيع.

وأما ما في التذكرة: فإنه مع عدم ثبوت الأولوية يرجع إلى استصحاب بقاء الخيار للمشتري فيكون كما إذا فسخ البيع بالإقالة أو بالغبن مع تعيب المبيع في يد المشتري، فإن البائع يرجع إلى المشتري بأرش العيب الحادث في يده، لأن الأوصاف وإن لا تدخل في ضمان المشتري لأن المبيع في زمان الخيار ملكه والمالك لا يضمن ماله، إلا أن وصف الصحة بمنزلة جزء المبيع في كون تلفه عند فسخ المعاملة يوجب رجوع البائع إلى بدله لأن المبيع وكذا أجزائه مضمون على المشتري بضمان معاملي.

والحاصل: أن النقص الحادث في يد المشتري إذا لم يكن من العيب فلا موجب لسقوط جواز الفسخ ولا لثبوت الأرش.

الصنعة وشبهه فلا يوجب أرشاً بل يردّه، لأنّ النقص حدث في ملكه وإنّما يضمن وصف الصحّة لكونه كالجزم التالف، فيرجع بعد الفسخ ببده. نعم، لو علّل الردّ بالعيب القديم يكون الصبر على المعيب ضرراً، أمكن أن يقال: إنّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعدة نفي الضرر. لكنّ العمدة في دليل الردّ هو النصّ والإجماع، فاستصحاب الخيار عند الشكّ في المسقط لأبأس به.

ولا يقاس المقام بباب ضمان اليد<sup>(١)</sup> كما إذا غضب العبد الكاتب ونسي الكتابة بيده. نعم لو كان الدليل على جواز الفسخ بالعيب القديم نفي الضرر<sup>(٢)</sup> لأمكن أن يقال: بعدم جواز الفسخ بعد حصول النقص، لأنّ تحمل البائع المبيع بالعيب القديم ضرر عليه وقاعدة نفي الضرر الحاكمة بثبوت جواز الفسخ للمشتري لا يعمّ الفرض لأنه لا حكومة لقاعدة نفي الضرر في مورد تعارض الضررين.

والحاصل: أن العمدة في جواز الفسخ في شراء المعيب النصّ والإجماع ومع الشكّ في سقوط هذا الجواز يحكم ببقائه بالاستصحاب، ولكن لأبأس بالأخذ بالمرسلة والحكم بسقوط جواز الفسخ بمطلق النقص الحاصل في المعيب بعد القبض وانقضاء الخيارات الثلاثة.

وتوضيح الأخذ بها: هو أن الوارد فيها مثلاً لعدم بقاء المبيع بعينه خياطة الثوب وصبغه والنقص الحاصل للثوب بالخياطة والصبغ اعتباري حيث يتعلق حق المشتري بخياطة الثوب أو صبغه.

ومن الظاهر أن تعلق حقه به بحيث يبقى ذلك الحق له على فرض الفسخ نقص

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٢) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

إلا أن الإنصاف أن المستفاد من التمثيل في الرواية بالصيغ والخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك: أن المراد بـ«قيام العين»، هو ما يقابل الأعم، من تلفها وتغيرها، على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك. لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة، لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعاً، والمراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش، فإن النقص الحاصل بالصيغ والخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري بالثوب من جهة الصيغ والخياطة، وهذا ليس عيباً اصطلاحياً.

اعتباري وليس من العيب الموجب للأرش.

وعلى ذلك فيكون جواز فسخ شراء المعيب مشروطاً بعدم تغير العين الأعم من تلفها أو حصول النقص فيها ولو كان النقص اعتبارياً.

لا يقال: ما ذكر مثلاً لعدم بقاء المبيع بعينه من قبيل التغير الحسي، ولو لم يكن من العيب الموجب للأرش، وأما مثل نسيان العبد الكتابة أو الدابة للطحن فلا يدخل في التغير الموجب لسقوط جواز الفسخ.

فانه يقال: لما يحتمل الفرق بين حدوث العيب الجديد وبين غيره من النقص بأن لا يكون النقص من غير عيب مسقطاً لجواز الفسخ، فإذا كان ظاهر المرسله عدم الفرق بينهما فلا يحتمل الفرق بين النقص المحسوس والنقص الاعتباري.

وكيف كان فلا وجه لما عن المفيد في المقنعة<sup>(١)</sup> من عدم كون العيب الجديد مسقطاً لجواز الفسخ.

أقول: لو بنى على العمل بالمرسله فلا حاجة إلى اتعاب النفس في إدخال مثل نسيان العبد الكتابة أو الدابة الطحن في مدلولها لأنه يصدق مع النسيان عدم قيام المبيع

(١) المقنعة: ٥٩٧، ونقله صاحب حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٢٨.

ودعوى: اختصاصه بالتغير الخارجي الذي هو مورد الأمثلة فلا يعمّ مثل نسيان الدابة للطحن.

يدفعه: أنّ المقصود مجرد النقص، مع أنه إذا ثبت الحكم في النقص الحادث وإن لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت في المتغير وغيره، للقطع بعدم الفرق، فإنّ المحتمل هو ثبوت الفرق في النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز ردّ العين إلّا مع أرشه، وكونه مجرد نقص لا يوجب أرساً كنسيان الكتابة والطحن. أمّا الفرق في أفراد النقص الغير الموجب للأرش بين متغير العين حساً وغيره فلامجال لاحتماله. ثمّ إنّ ظاهر المفيد في المقنعة المخالفة في أصل المسألة، وأنّ حدوث العيب لا يمنع عن الردّ. لكنّه شاذٌّ على الظاهر.

بحاله؛ بل ظاهرها اعتبار قيامه بحالها حتى بعد الفسخ إلى أن يصل إلى يد بايعه ولو حصل النقص بعد الفسخ وقبل رده إلى صاحبه فلا يكون ذلك الفسخ نافذاً. وبهذا يمكن أن يقال مع حصول الشركة بالفسخ بل التبعض في الصفقة بالفسخ لا يكون ذلك الفسخ نافذاً.

هذا مع الإغماض عما يأتي من أن الثابت في بيع الشيء من اثنين أو بيع الشئيين بصفقة واحدة ثبوت خيار واحد. وانه لا يثبت الخيار في كل من البيوع الانحلالية. بل الأمر كذلك لو أغمض عن المرسله واستند في سقوط الخيار بالحدث بمعتبرة زرارة، فان الوارد فيها مسقطاً لجواز الفسخ، وان كان إحداث المشتري شيئاً إلّا أن استناد الحدث إلى المشتري لا دخل في الحكم لأن المتفاهم العرفي هو اعتبار وصول المبيع إلى بايعه ثانياً على ما كان في نفوذ الفسخ ونسبة الحدث إلى المشتري لفرض الغالب.

وما ذكره المصنف رحمته الله في توضيح إدخال النقص الاعتباري في مدلول المرسله

ثم إن مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث وزواله [١] فلا يثبت بعد زواله، لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال في التذكرة: عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق، سواء زال أم لا.

من أن تعلق حق المشتري بخياطة الثوب أو صبغه نقص فيه لا يمكن المساعدة عليه، فانه لو اسقط المشتري حقه قبل الفسخ لا يجوز أيضاً الفسخ بل لاحق للمشتري مع نفوذ الفسخ بل ملكه الخيوط أو الصبغ إذا كان له عين كما أوضحنا ذلك في حكم الفسخ بخيار الغبن.

[١] لو زال العيب الحادث أو التغير الحادث بأن عادت العين على ما كانت عليه حال البيع فهو يجوز للمشتري فسخ البيع أو أنه يمضي عليه البيع؛ وانما يكون له المطالبة بالأرش كما كان ذلك قبل زوال العيب أو التغير؛ ذكر المصنف رحمته عدم جواز فسخ البيع بعود العين على ما كانت عليه لان جواز الفسخ قد سقط بحدوث العيب والنقص ولا دليل على عوده ومقتضى الاستصحاب عدم عوده، كما ذكر ذلك في التذكرة.

ولكن فصل في التحرير<sup>(١)</sup> وقال: إن كان العيب بفعل المشتري فلا يجوز الفسخ بزواله، وكان له المطالبة بالأرش خاصة، بخلاف ما إذا لم يكن بفعله فانه يجوز الفسخ بزواله.

ووجه المصنف رحمته: بأن سقوط جواز الرد بحدوث العيب الجديد لثلا يتضرر البائع برد العين عليه معيماً، ولان ضمان العيب الجديد على المشتري ومع عود العين إلى ما كانت عليه لا ضرر على البائع ولا يكون للمشتري ضمان.



لكن في التحرير: لو زال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن بسببه كان له الرد ولا أُرش عليه، انتهى. ولعل وجهه: أن الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع وضمّان المشتري لما يحدث، وقد انتفى الأمران. ولو رضي البائع برده مجبوراً بالأرّش أو غير مجبور جاز الردّ، كما في الدروس وغيره، لأنّ عدم الجواز لحقّ البائع، وإلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب، وإنّما منع من الردّ هنا للنصّ والإجماع، أو للضرر.

أقول: لو كان الوجه في عدم جواز الفسخ بالعيب الجديد ما ذكر لما كان فرق بين كون العيب الجديد بفعل المشتري أو بغيره، فيجوز الفسخ مع زوال الحادث على التقديرين.

ولعل الوجه فيما ذكره في التحرير: أن مقتضى معتبرة زارة<sup>(١)</sup> سقوط جواز الفسخ بإحداث المشتري في المبيع حدثاً سواء زال ذلك الحادث أم لا. وأما إذا لم يكن بفعله فمع زوال الحادث يصدق رد الشيء مع قيامه بعينه.

ولكن يرد على هذا الوجه من أن المتفاهم من معتبرة زارة بمناسبة الحكم والموضوع عدم وصول العين إلى يد البائع على ما كانت عليه فيتحد مدلولها مع المرسلة الا فيما كان التغيير بفعل البائع فانه يمكن القول بشمول المرسلة لهذا الفرض أيضاً، وأنه لا يجوز الفسخ في هذا الفرض أيضاً، اللهم إلا أن يقال: إن لازم جواز الفسخ بعد زوال العيب الحادث تعدد جواز الفسخ للمشتري وهو خلاف ظاهر المعتبرة بل المرسلة.

وما ذكر السيد اليزدي رحمته بعد استلزامه تعدد الخيار لأننا نمنع عن كون العيب

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

ومما ذكرنا يعلم: أن المراد بالأرش الذي يفرمه المشتري عند الرد قيمة العيب، لا الأرش الذي يفرمه البائع للمشتري عند عدم الرد، لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة والحادث مضمون بضمان اليد.

ثم إن صريح المبسوط: أنه لو رضي البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش. وهذا أحد المواضع التي أشرنا في أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد، وينافيه إطلاق الأخبار في أخذ الأرش.

الحادث الذي يزول قبل الفسخ مسقطاً وإنما لا يكون له الرد خارجاً مادام العيب. وإذا زال العيب جاز الرد ونفذ الفسخ لا يمكن المساعدة عليه، فان تجويز الرد كناية عن ثبوت الخيار ونفوذ الفسخ والأمر بأخذ الأرش كناية عن سقوطه. ومن الظاهر أنه قبل زوال العيب كان له أخذ الأرش بمقتضى المعتبرة والمرسلة فيكون المرجع بعد زواله عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> ولا أقل من استصحاب عدم نفوذ الفسخ.

هذا كله في جواز الفسخ بالخيار بحيث يكون للمشتري إلزام البائع بالفسخ المزبور. وأما الفسخ برضا البائع فهو لا بأس به بل هو داخل في الإقالة سواء رضي البائع بالفسخ مع أرش العيب الجديد أو بلا أرشه أيضاً وأخذ البائع الأرش على العيب الجديد ليس من الإقالة بالنقيصة ليقال بعدم جوازه بل الأرش لضمان المشتري للعيب الجديد بضمان اليد مع تمام البيع حدوثاً، كما في البيع الفاسد أو بقاء، كما في صورة فسخه بالخيار أو بالإقالة.

وأيضاً ليس أرش العيب الجديد من قبيل أرش العيب القديم الذي يستحقه المشتري على البائع على تقدير إبقاء البيع، فان ضمان البائع الأرش ضمان معاملي

(١) سورة المائدة: الآية ١.

تنبيه:

ظاهر التذكرة والدروس: أن من العيب المانع من الردّ بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع [١].

فيؤخذ من البائع بنسبة تفاوت القيمتين أي المعيب والصحيح إلى الثمن المسمى، بخلاف ضمان المشتري العيب الجديد فانه يأخذ البائع من المشتري نفس مقدار تفاوت قيمتين.

وفي معتبرة عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام «انه سأل عن رجل ابتاع ثوباً فلما قطعه وجد فيه خروفاً ولم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء في ذلك؟ قال: اقبل ثوبك وألفهايي صاحبك بالرضا وخفض له قليلاً ولا يضرك إن شاء الله تعالى، فان أبي فاقبل ثوبك فهو اسلم لك إن شاء الله تعالى»<sup>(١)</sup> فإن الخفض من الثمن على تقدير الاقالة أرش القطع كما لا يخفى.

[١] ذكر في التذكرة<sup>(٢)</sup> والدروس<sup>(٣)</sup>: أن تبعض الصفقة على البائع يوجب سقوط جواز فسخ البيع بالعيب القديم فيتعين للمشتري المطالبة بالأرش.

وذكر المصنف عليه السلام في توضيح المقام أن التعدد الموجب للتبعض: إما في أحد العوضين، كما إذا باع واحد شيئاً أو شيئين بصفقة من مشتر واحد وظهر بعض المبيع معيباً؛ ونظير ذلك ما إذا باع شيئاً بثمن خارجي فظهر بعض الثمن معيباً.

وإما التعدد في البائع كما إذا باع اثنان شيئاً كالدار المشتركة بينهما بالمناصفة من واحد فظهر العيب فيها وأراد المشتري فسخ الشراء بالاضافة إلى حصة احد

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣١، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

(٢) راجع التذكرة ١: ٥٣٦.

(٣) الدروس ٣: ٢٨٤.

وتوضيح الكلام في فروع هذه المسألة: أن التعدد المتصور فيه التبعض إما في العوض - ثمناً كان أو مثنماً - وإما في البائع، وإما في المشتري. فالأول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمانٍ واحدٍ من مشتري واحدٍ فظهر بعضه معيباً، وكذا لو باع شيئاً بثمانٍ، فظهر بعض الثمن معيباً. والثاني: كما إذا باع اثنان من واحدٍ شيئاً واحداً فظهر معيباً، وأراد المشتري أن يردّ على أحدهما نصيبه دون الآخر.

المتبايعين. وإما ان يكون التعدد في ناحية المشتري، كما إذا اشترى اثنان داراً من بايعها فظهر العيب فيها وأراد أحد المشتريين فسخ الشراء بالاضافة إلى حصته ونظير ذلك ما إذا باع الدار مالكها من واحد ومات المشتري وأراد بعض ورثته فسخ الشراء بالاضافة إلى حصته الموروثة.

وإما فرض التعدد في ناحية الثمن بأن باع نصف الدار بألف درهم ونصفها الآخر بمئة دينار فظهر العيب في الدينير، وأراد البائع فسخ البيع بالاضافة إلى الدينير فقد ذكره رحمته: أنه لا إشكال في نفوذ هذا الفسخ لكون الموجود خارجاً عقدين ولم يتعرض رحمته لثبوت خيار التبعض الصفقة على المشتري، حيث انه قد أقدم على شراء نصف الدار بالدرهم على أن يتم له شراء نصفها الآخر بالدينير، بل ظاهره عدم ثبوت خيار التبعض.

ولكن هذا الخيار على تقديره لا يمنع عن فسخ البائع البيع بالاضافة إلى الثمن المعيب لأن التبعض الحاصل بالاضافة إلى المبيع أو الثمن لا يمنع الفسخ كما يأتي. أما الصورة الأولى كما باع شيئاً أو شيئين بصفقة واحدة أي بثمانٍ واحدٍ فظهر بعض المبيع مبيعاً وأراد المشتري فسخ الشراء بالاضافة إلى المعيب فقد ذكره رحمته عدم جواز هذا الفسخ لأن الفسخ إذا كان في الجزء المشاع يتبع المبيع المعيب على

والثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً فظهر معيباً، فاختار أحدهما الرد دون الآخر، وألحق بذلك الوارثان لمشتري واحدٍ للمعيب.  
وأما التعدد في الثمن: بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثلثين وبعضه الآخر بثلثين آخر، فلا إشكال في كون هذا عقدين، ولا إشكال في جواز التفريق بينهما.

البائع، وكذا إذا أراد فسخ الشراء بالاضافة إلى أحد الشئيين الذي ظهر فيه العيب، فإن التفريق الحاصل بالفسخ حدث في المعيب ونقص آخر فيه، ولذا لو حدث هذا التفريق في المبيع الصحيح كما إذا باع شئيين بصفقة واحدة فظهر أحدهما مستحقاً للآخر يثبت للمشتري الخيار بالاضافة إلى شراء الآخر.

لا يقال: يمكن منع النقص الحاصل بالالتزام بثبوت خيار التبعض للبائع فيكون الفرض، كما إذا اشترى حيواناً مع غيره بصفقة واحدة وفسخ الشراء بالاضافة إلى الحيوان في ثلاثة أيام فانه يثبت للبائع خيار التبعض بالاضافة إلى بيع غير الحيوان. فانه يقال: ثبوت الخيار بالتبعض للبائع غير ممكن في المقام؛ لانه ربما يكون ضرورياً للمشتري حيث إنه يريد الامساك بالشيء الصحيح.

ويدل على عدم جواز الفسخ بالاضافة إلى الشيء المعيب ويتعين المطالبة بالأرض ماورد في المنع عن رد الثوب المعيب بالخياطة والصنغ فان المنع عن الفسخ ليس التغير الخارجي بالخياطة والصنغ لحصول هذا التغير في سمن الدابة ونحوها، بل المنع في الحقيقة حصول الشركة في الثوب بالخياطة والصنغ في فرض رده، وهذه الشركة نقص يمنع عن الفسخ بالعيب القديم.

أقول: قد تقدم عدم الشركة في صنع الثوب وخياطة بالفسخ حتى الشركة في المالية لعدم اعتبار الوصف ملكاً لواحد والموصوف آخر؛ بل المسقط لجواز الفسخ نفس التغير الخارجي المحسوب حدثاً في المعيب فلا يضر السمن المتعارف الذي

أما الأول: فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الإجماع عليه، لأنَّ المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة، وإن كان معيناً فهو ناقص من

لا يعد حدثاً.

والتبعض على البائع فيما إذا كان بيع الشئتين بصفقة واحد فظهر العيب في أحدهما لا يكون حدثاً ونقصاً في الشيء المعيب، ولو كان نقصاً فيه لما كان فيما إذا بيع الحيوان مع غيره بصفقة خيار التبعض للبائع بالاضافة إلى غير الحيوان لأن النقص في الحيوان مضمون على البائع في زمان خياره بل ثبوت خيار التبعض تخلف الشرط على البائع.

وعلى ذلك فيلزم التفصيل في المقام وهو أنه إذا بيع شيء وظهر العيب فيه، وأراد المشتري الفسخ في نصفه أو ثلثه ونحوهما فلا يجوز لأن الثابت للمشتري في شراء المعيب خيار واحد متعلق بشراء مجموع المعيب فلا يثبت الخيار في البيوت الانحلالية.

وأما إذا كان الفسخ بالاضافة إلى شراء المعيب كما إذا باع الشئتين بصفقة واحدة، فظهر العيب في أحدهما فهذا الفسخ لا بأس به، ويكون نظير شراء الحيوان مع غيره غاية الأمر يثبت للبائع خيار التبعض بالاضافة إلى بيع الشيء الآخر كما لا يخفى.

ولو كان التبعض على البائع من حدوث النقص في المعيب فيما لو باعه مع غيره بصفقة لما جاز فسخ شراء الحيوان في الثلاثة فيما لو شراه مع غيره بصفقة، لأن إحداث المشتري الحدث في الحيوان أيضاً موجب لسقوط خيار الحيوان فالتبعض الحاصل بفسخ شراء الحيوان في الفرض يمنع عن نفوذ ذلك الفسخ.

والحاصل: لم يعلم الفرق بين مسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة وشراء

حيث حدوث التفريق فيه، وكلُّ منهما نقضٌ يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الردّ من نسيان الدابة الطحن. وهذا الضرر وإن أمكن جبره بخيار البائع - نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فردّه المشتري بخيار الثلاثة - إلا أنه يوجب الضرر على المشتري، إذ قد يتعلّق غرضه بإمساك الجزء الصحيح. ويدلّ عليه النصّ المانع عن الردّ بخياطة الثوب والصبغ، فإنّ المانع فيهما ليس إلّا حصول الشركة في الثوب بنسبة الصبغ والخياطة لا مجرد تغيير الهيئة، ولذا لو تغيّر بما يوجب الزيادة - كالسمن - لم يمنع عن الردّ قطعاً. وقد يستدلّ - بعد ردّ الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع دفعه - بظهور الأدلّة في تعلّق حقّ الخيار بمجموع المبيع [١] لا كلّ جزءٍ منه، لأقلّ من الشكّ، لعدم إطلاق موثوقٍ به، والأصل اللزوم.

المعيب مع غيره بصفقة وأنه لا وجه للالتزام بنفوذ فسخ شراء الحيوان وعدم نفوذ فسخ شراء المعيب.

[١] ذكر في الجواهر<sup>(١)</sup> في وجه عدم جواز الفسخ بالاضافة إلى المعيب: أن الخيار يثبت في البيع بالاضافة إلى تمام المبيع لا بالاضافة إلى أجزائه. وأجاب المصنف عنه بأن ذلك أمر متسالم عليه؛ ولذا لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الجزء الصحيح خاصة، إلا أن الكلام في أن مع انطباق موضوع الخيار على جزء الصفقة يكون مورد الخيار شراء ذلك الجزء، كما في مسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة، إلا أن يدعي أن مع تحقق العيب في جزء الصفقة يصدق عليه أنها معيبة كصدق المعيب على الثوب المبيع فيما إذا كان العيب في بطن أطرافه.

وفيه مضافاً إلى أن اللازم من ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفرداً وإن رضي البائع، لأنّ المنع حينئذٍ لعدم المقتضي للخيار في الجزء لوجود المانع عنه وهو لزوم الضرر على البائع حتّى يتفني برضا البائع - : أنه لا يشكّ أحدٌ في أن دليل هذا الخيار كغيره من أدلّة جميع الخيارات صريحٌ في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا كلّ جزءٍ، ولذا لم يجوز أحدٌ تبعض ذي خيارٍ بين أجزاءٍ ما له فيه الخيار، ولم يحتمل هنا أحدٌ ردّ الصحيح دون المعيب، وإنّما وقع الإشكال في أن محلّ الخيار هو هذا الشيء المعيوب - غاية الأمر أنّه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لشلّا يتبعض الصفقة عليه، وإمّا لقيام الإجماع على جواز ردّه، وإمّا لصدق المعيوب على المجموع كما تقدّم - أو أن محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه؟

وقال أيضاً: إن لازم ما ذكر في الجواهر عدم جواز الفسخ في المعيب خاصة ولو مع رضا البائع لأن مقتضى ما ذكر عدم الموجب لفسخ شراء المعيب خاصة لا لوجود المانع يعني لزوم الضرر على البائع بحصول النقص بالتبعض ليرتفع مع رضاه. وذكر في آخر كلامه: أن الأمر في المقام يدور بين الالتزام بثبوت جواز الفسخ بالاضافة إلى المعيب ومع تحقق الفسخ يثبت للبائع خيار تبعض الصفقة، ومعه يتفني سلطنة المشتري على الإمساك بالجزء الصحيح، وبين الالتزام بعدم سلطنة المشتري على الفسخ بالاضافة إلى المعيب من الأول.

ولو لم يكن الثاني أولى فلا أقل من مساواته مع الأول فيرجع إلى أصالة اللزوم، فيكون الفرق بين المقام ومسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة بالإجماع، كما أن للشفيع أن يأخذ بحق شفيعته في بعض الصفقة بالإجماع أيضاً.

أقول: قد تقدم سابقاً أن الفسخ مع رضا البائع داخل في الاقالة، فكيف لا يجوز مع



وبعبارة أخرى: الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب الخيار أم لا؟ بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في الرد في رد المبيع الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالمعيب، نظير أخبار خيار الحيوان، وهذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره، بل قد يدل - كأخبار خيار الحيوان - على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالمعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لاجزئه الاعتباري كأحد الشئيين الذي هو محل الكلام. ومنه يظهر عدم جواز التثبت في المقام بقوله في مرسله جميل: «إذا كان الشيء قائماً بعينه» لأن المراد بـ«الشيء» هو المعيب، ولا شك في قيامه هنا بعينه.

وبالجملة، فالعمدة في المسألة - مضافاً إلى ظهور الإجماع - ما تقدم: من أن مرجع جواز الرد منفرداً إلى إثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ومنع سلطنته على الرد أولاً وأولى، ولا أقل من التساوي، فيرجع إلى أصالة اللزوم. والفرق بينه وبين خيار الحيوان الإجماع،

رضا البائع والاقالة مشروعة حتى بالاضافة إلى البيوع الانحلالية، كما هو مقتضى قوله ﷺ «أما عبد أقال مسلماً في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة»<sup>(١)</sup>.

وذكرنا في المقام أن مورد خيار العيب فيما لو باع المعيب مع غيره بصفقة هو شراء المعيب وأن التبعض على البائع لا يمنع عن نفوذ فسخ، غاية الأمر يشبث لكل منهما خيار التبعض بالاضافة إلى الجزء الآخر والله سبحانه هو العالم.

(١) وسائل الشريعة ١٧: ٣٨٦، الباب ٣ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٢.

كما أنّ للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة. وبالجملة، فالأصل كافٍ في المسألة. ثم إن مقتضى ما ذكره: من إلحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث: أنه لو رضي البائع بتبعض الصفقة جاز الرد، كما في التذكرة معللاً بأن الحق لا يعدّ وهماً. وهذا مما يدلّ على أن محلّ الخيار هو الجزء المعيب، إلا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقي المبيع، إذ لو كان محلّه المجموع لم يجز ردّ المعيب وحده إلا بالتفاسخ المجوز لردّ الصحيح منفرداً أيضاً.

وأما الثاني: وهو تعدّد المشتري [١] بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيب، فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة. واستدلّ عليه في التذكرة وغيرها بأن التشقيص عيبٌ مانعٌ من الردّ. خلافاً للمحكّي عن الشيخ في باب الشركة والإسكافي والقاضي والحلي وصاحب البشري، فجوزوا الافتراق.

[١] قد ظهر مما تقدم من أن انطباق موضوع الخيار على البيع الانحلالي يوجب ثبوت الخيار فيه ولو مع كونه انحلالياً.

وعليه فإذا اشترى اثنان عيناً وظهر فيها عيب فانه وإن ذكر المصنف رحمته أن الثابت للمشتريين خيار واحد فيرجعان بالأرض إن لم يجتمعا على الفسخ إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه، فانه يصدق على كل من المشتريين أنه اشترى ما به عيب ولو كان ذلك الشيء النصف المشاع من العين، فيكون لكل منهما خيار مستقل حتى لو قيل بأنه لو اشترى اثنان حيواناً لا يكون لكل منهما خيار الحيوان، بل يثبت لهما خيار واحد. وذلك فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان، والخيار ثابت لمشتري الحيوان.

بخلاف المقام فان نصف العين المعيبة شراء حصّة فيها عيب.

لا يقال: الفسخ المزبور يوجب التبعض على البائع.

وفي التذكرة: ليس عندي فيه بُعد، إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقّصاً، فالشركة حصلت بإيجابه. وقوّاه في الإيضاح لما تقدّم من التذكرة. وظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدّد المشتري. واستجوده في التحرير وقوّاه جامع المقاصد وصاحب المسالك. وقال في المبسوط: إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثمّ أصاباً به عيباً كان لهما أن يرذاه وكان لهما أن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الردّ والآخر الإمساك كان لهما ذلك. ثمّ قال: ولو اشترى أحد الشريكين للشركة ثمّ أصاباً به عيباً كان لهما أن يرذاه وأن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الردّ والآخر الإمساك نظّر: فإن أطلق العقد ولم يخبر البائع أنّه قد اشترى للشركة لم يكن له الردّ، لأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، فإذا ادعى أنّه اشتراه له ولشريكه، فقد ادعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله وكان القول قول البائع مع يمينه - إلى أن قال -: وإن أخبر البائع بذلك، قيل: فيه وجهان: أحدهما - وهو الصحيح - أنّ له الردّ، لأنّ الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنّه يبيعه من اثنين وكان لأحدهما أن ينفرد بالردّ دون الآخر، وقيل: فيه وجه آخر، وهو أنّه ليس له الردّ، لأنّ القبول في العقد كان واحداً، انتهى. وظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد

فانه يقال: التبعض في العين قد حصل بالبيع من اثنين، ولكن بما ان البيع منهما بعقد واحد يكون بيع كل حصة مشروطاً بتمام بيع الحصة الأخرى، فيثبت للبائع مع فسخ أحدهما دون الآخر خيار تبعض الصفقة بلافرق بين علم البائع وجهله بتعدد المشتري.

نعم إذا ادعى المشتري بأنه اشترى العين لاثنين وأنكره البائع يقدم قول البائع لموافقة قوله لظهور قبول المشتري في كونه لنفسه ويؤخذ المشتري بتمام الثمن وهذه مسألة أخرى.

واحداً عن اثنين، أما إذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق. ثمّ الظاهر منه مع اتّحاد القبول التفصيل بين علم البائع وجهله. لكن التأمّل في تمام كلامه قد يعطي التفصيل بين كون القبول في الواقع لائنين أو لواحد، فإنّه ﷺ علّل عدم جواز الردّ في صورة عدم إخبار المشتري بالاشتراك: بأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه، لا بعدم علم البائع بالتعدّد. وكذا حكمه ﷺ بتقدّم قول البائع بيمينه - المستلزم لقبول البيّنة من المشتري على أنّ الشراء بالاشتراك - دليل على أنّه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدّد في الواقع بالبيّنة وإن لم يعلم به البائع، إلّا أن يحمل «اليمين»، على يمين البائع على نفي العلم، ويراد من «البيّنة» البيّنة على إعلام المشتري للبائع بالتعدّد. وكيف كان، فمبنى المسألة - على ما يظهر من كلام الشيخ - على تعدّد العقد بتعدّد المشتري ووحدته.

والأقوى في المسألة: عدم جواز الافتراق مطلقاً، لأنّ الثابت من الدليل هنا خيارٌ واحدٌ متوقّفٌ بائنين، فليس لكلّ منهما الاستقلال، ولا دليل على تعدّد الخيار هنا إلّا إطلاق الفتاوى والنصوص من أنّ: «من اشترى معيماً فهو بالخيار» الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب. لكن الظاهر بعد التأمّل انصرافه إلى غير المقام، ولو سلّمنا الظهور لكن لا ريب في أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه ولو بفعل الممسك لحصّته، وهو مانع من الردّ. ومن ذلك يعلم قوّة المنع وإن قلنا بتعدّد العقد. وما ذكره - تبعاً للتذكرة -: من أنّ التشقيص حصل بإيجاب البائع، فيه: أنّه أخرجه غير مبعوضٍ وإنّما تبعض بالإخراج، والمقصود حصوله في يد البائع كما كان قبل الخروج، وخلاف ذلك ضررٌ عليه، وعلم البائع بذلك ليس فيه إقدامٌ على الضرر إلّا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض، وهو محلّ الكلام.

والحاصل: أنّ الفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى غير وجيه.

وأما الثالث: وهو تعدّد البائع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق، إذ لا ضرر على البائع بالتفريق. ولو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد اشترى كلٌّ من كلِّ ربعاً، فإن أراد أحدهما ردَّ ربع إلى أحد البائعين دخل في المسألة الثانية ولذا لا يجوز، لأنّ المعيار تبعض الصفقة على بائع الواحد.

مسألة: يسقط الأرش دون الردّ في موضعين [١]:

[١] ذكره رحمته أنه يثبت في شراء المعيوب جواز الفسخ دون الأرش في موضعين: أحدهما: ما إذا اشترى ربوياً بجنسه وظهر العيب في أحد العوضين فانه يجوز لمن انتقل إليه المعيب فسخ البيع، ولكن لا يجوز له المطالبة بالأرش لأن أخذ الأرش يوجب كون المعاملة ربوياً، وأن لا يشتري جنس واحد مثلاً بمثل.

وفي المسألة قولان آخران: جواز أرش مطلقاً لأن الأرش لا يدخل في أحد العوضين ليكون أخذه زيادة في أحدهما على الآخر، وجواز أخذه من غير جنس العوضين.

وذكر في التذكرة لجواز أخذ الأرش وجهاً ثالثاً في المسألة المعروفة، وهي ما إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب بعد حدوث عيب جديد فيه في يد المشتري، فان في المسألة وجوهاً ثلاثة:

الأول: فسخ البيع ولو بعد حدوث العيب الجديد، غاية الأمر أن للبائع إلزام المشتري برد قيمة العوض المفروض فيه عيب قديم وعدم حدوث عيب جديد.

والثاني: الفسخ برضا البائع مع رد المشتري على البائع أرش العيب الجديد.

والثالث: عدم جواز الفسخ بل يجوز للمشتري مطالبة البائع بأرش العيب القديم، ولا يكون أخذه رباحاً، لأنّ المعتبر في بيع الشيء بجنسه المماثلة بين العوضين عند إنشاء المعاملة لا في بقائها.

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيبٌ في أحدهما، فلا أُرش حذراً من الربا.

ويحتمل جواز أخذ الأُرش، ونفى عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاها وجهاً ثالثاً لبعض الشافعية، موجّهاً له بأن المماثلة في مال الربا إنّما يشترط في ابتداء العقد وقد حصلت، والأُرش حقٌ ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى. ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأُرش من جنس العوضين، لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لا تمتنع أخذ غير الجنس، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيءٍ آخر، انتهى. وعن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدم على العلامة،

وعليه فيجوز للمشتري المطالبة بالأُرش من غير فرق بين كون الأُرش من جنس العوضين أو من غيره فانه لو لم يجز أخذ الأُرش من جنس العوضين باعتبار كونه رباً لم يجز أخذه من غير الجنس أيضاً لأن الربا في المعاوضة معاوضة شيء بجنسه مع الزيادة في أحد العوضين.

ووجه المصنف رحمته اعتبار المماثلة في حدوث المعاوضة لا في بقائها ان وصف الصحة في العوضين لا يقابل بشيء من العوض الآخر؛ ولذا لا يكون الأُرش جزءاً من الثمن، ولا يدخل في ملك من انتقل إليه المعيب بمجرد العقد، غاية الأمر يكون إطلاق العقد مقتضاه التزام البائع بوصف الصحة نظير التزامه بوصف الكمال وقد جوز الشارع لمن انتقل إليه المعيب اختيار تغريم الملتزم بوصف الصحة بالقيمة بنسبة المعاوضة سواء كانت القيمة من الثمن أو من غيره.

ولكن ناقش في التوجيه بأن الأُرش عرفاً وشرعاً عوض وصف الصحة و مادل على حرمة المعاوضة إلا مثلاً بمثل مقتضاه إلغاء وصف الصحة في العوضين من جنس واحد والمنع عن أخذ العوض عليه ولو بعنوان التغريم.

وحاصل وجهه: أن صفة الصحة لم تُقابل بشيءٍ من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة أنقص منه قدرًا، بل لم تُقابل بشيءٍ أصلاً ولو من غير الثمن وإلا لثبت في ذمة البائع وإن لم يختر المشتري الأرض، بل الصحة وصفت التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيءٍ من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع، إلا أن الشارع جَوَّز للمشتري مع تبين فقداه أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره. وهذه غرامةٌ شرعيةٌ حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتفريم البائع. هذا، ولكن يمكن أن يدعى: أن الاستفادة من أدلة تحريم الربا وحرمة

ووجه السيد اليزدي رحمته (١) عدم لزوم الربا بأخذ الأرض بأن المنهي عنه في الربا نفس معاوضة شيءٍ بشيءٍ من جنسه مع الزيادة في أحدهما بحيث تكون الزيادة في أحد العوضين بالجعل المعاملي سواء كانت تلك الزيادة مالا من جنس العوضين أو من غيره أو كان فعلاً.

وأما إذا كانت المعاوضة بين المتماثلين وكانت الزيادة بحكم الشرعي مترتب على تلك المعاملة فهذا خارج عن الربا في المعاوضة، والأرض فيما نحن فيه من قبيل الثاني. وما ذكر المصنف رحمته من أن الأرض عوض عن وصف الصحة شرعاً وعرفاً فإن كان المراد العوض الجعلي فلا نسلمه فإن وصف الصحة لا يقابل بشيءٍ من العوض في المعاملة ولا يزيد بها على نفس الشيء الآخر؛ وإن كان المراد العوض الشرعي فهو لا يدخل في المعاوضة.

أقول: لو شرط إعطاء الزيادة على تقدير عدم وصف الصحة في العوض من جنس العوض تكون الزيادة جعلية فيحكم بطلان الشرط لكونه مخالفاً للكتاب العزيز الدال على حرمة الربا.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٥٣-١٥٤.

المعاوضة إلا مثلاً بمثلٍ - بعد ملاحظة أن الصحيح والمعيب جنسٌ واحدٌ - أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوضٍ، ومن المعلوم: أن الأرش عوض وصف الصحة عرفاً وشرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوي الجنس الآخر. وبالجملة، فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مالٍ في مقابل الصحة المفقودة في أحدهما. والمسألة في غاية الإشكال، ولا بد من مراجعة أدلة الربا وفهم حقيقة الأرش، وسيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله.

ولا يحتمل الفرق بينه وبين أخذ الأرش بأن يجوز الثاني، ولا يجوز الأول اللهم إلا أن يقال بطلان الشرط المزبور بمعنى عدم ترتب أثر عليه، فانه يثبت الأرش مع فقد وصف الصحة سواء شرط أو لم يشترط نظير شرط الخيار في شراء الحيوان فانه يثبت إلى ثلاثة أيام شرط أو لم يشترط.

وحرمة المعاوضة الربوية بمعنى فساد أصل المعاملة لا حرمتها تكليفاً تنحصر بما إذا كانت الزيادة مالاً منضمماً إلى أحد العوضين حيث إن المعاوضة بين المتماثلين غير منشأة والمنشأة غير ممضاة فتفسد ويستفاد من لعن معطى الربا وأكله وآخذه حرمتها تكليفاً.

وأما إذا كانت الزيادة عملاً بأن يشترط ذلك العمل في المعاملة فلا يوجب بطلان الشرط فساد المعاملة؛ ولذا لا يكون الربا في باب القرض مفسداً للقرض.

نعم حرمة المعاملة تكليفاً يجري في هذا القسم أيضاً؛ ولكن شرط إعطاء الأرش في معاملة شيء بجنسه لا يدخل في شيء من القسمين، لأنه شرط للوفاء بالحكم الشرعي.

ثم على تقدير شمول الربا للأرش في المقام فلا ينبغي الشك في الأخذ بإطلاق



الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة [١] فإنه لا يتصور هنا أرش حتى يحكم بثبوتها، وقد مثلوا لذلك بالخصاء في العيب.

خطاب تحريمه ورفع اليد عن إطلاق دليل الأرش، لأن خبر ثبوت الأرش بإطلاقه مخالف للكتاب العزيز، فلا يكون معتبراً في إطلاقه، بل لو قيل بأن الخبر المخالف للكتاب لا يعم ما إذا كانت المخالفة بالإطلاق من الكتاب، فإن الإطلاق لا يدخل في مدلول اللفظ بل هو حكم عقلي منوط بتمامية مقدماته ومع تعارض الخبر والكتاب في إطلاقهما لا حكم للعقل فتصل النوبة إلى الأصل العملي ومقتضاه عدم ثبوت الأرش حيث إن الأرش ثبوته حكم تعبدية فيحتاج إلى قيام الدليل عليه.

وأما إذا شك في شمول الربا للأرش فيؤخذ بإطلاق ما دل على ثبوت الأرش بلامعارض كمعتبرة زارة عن أبي جعفر عليه السلام: «أبما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار - إلى ان قال - يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»<sup>(١)</sup>.

ودعوى عدم الإطلاق في المعترية لأنها وردت في مقام بيان مضي المعاملة على المعيب بالتصرف فيه كما ترى، فإن الأصل في كل حكم يتكفله الخطاب كونه في مقام بيان قيوده وموضوعه والمذكور في المعترية حكمان أحدهما مضي البيع مع التصرف وثنائهما تعين الأرش معه فلاحظ.

[١] ثاني الموضوعين ما إذا لم يكن النقص الموجود في المبيع موجباً لنقص قيمته السوقية كالخصاء في العيب حيث إن الخساء وإن يكون نقصاً في الحلقة الأصلية، إلا أنه أمر مرغوب إليه في العيب، فلا يوجب تنزل قيمة العيب، بل ربما يوجب

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

وقد يناقش في ذلك: بأن الخصاء موجبٌ في نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة، وإنما يرغب في الخصي قليلاً من الناس لبعض الأغراض الفاسدة، أعني: عدم تستر النساء منه فيكون واسطةً في الخدمات بين المرء وزوجته، وهذا المقدار لا يوجب زيادةً في أصل المائيّة، فهو كعنبٍ معيوب يُرغب فيه لجودة خمرة.

زيادتها فيكون في الفرض جواز الفسخ دون الأرش لانتفاء الموضوع الثاني.

وقد يقال: عدم تنزل قيمة العبد بالخصاء عند قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة من عدم تستر النساء منه، ويكون العبد واسطةً في الخدمات بين المرء وزوجته لا يوجب عدم نقص قيمته السوقية عند عامة الناس نظير العنب المعيوب حيث يرغب فيه بعض الناس لغرض التخمير ولجودة خمرة ربما يعطي له الثمن المساوي لصحيح العنب فيكون العبرة في ثبوت الأرش القيمة السوقية عند عامة الناس ممن لا يكون له غرض فاسد.

وأجاب المصنف رحمته عن ذلك بأن النقص عن الخلقة الأصلية إذا كان مما يرغب فيه الغالب بحيث لا يكون من رغبة النادر التي لا دخل لها في القيمة السوقية للشيء عرفاً لا يوجب الأرش لعدم نقص القيمة السوقية بالنقص المزبور وصحة الرغبة وفسادها لا دخل لها في القيمة السوقية، فان مع الندرة لا اعتبار بها ومع الغلبة يكون ملاك القيمة السوقية، وعلى ذلك فلا يكون مثل الخصاء موجباً لجواز أخذ الأرش بل يوجب جواز الفسخ.

أقول: الأظهر عدم جواز الفسخ أيضاً لأن النقص المزبور لا يعد عيباً، بل هو نظير الختان أجنبي عن العيب والاستشهاد بكونه عيباً بمرسلة السيارى لا يمكن المساعدة عليه لضعفها سنداً بالإرسال وعدم الاعتبار بفهم أبي ليلي ثانياً فتدبر.

لكنّ الإنصاف: أنّ الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لانادراً بحيث لا يقدر في قيمته المتعارفة ولا هذا الغرض، صحّ أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لمالّية الخصميّ، فكأنّ هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً، وصحة الغرض وفساده شرعاً لا دخل لها في المالّية العرفيّة، كما لا يخفى.

وبالجملة، فالعبارة في مقدار المالّية برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه، سواء كان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة يبعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري وعدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

مسألة: يسقط الردّ والأرش معاً بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد [١] بلا خلافٍ ولا إشكال، لأنّ الخيار إنّما ثبت

وقد يذكر موضع ثالث لسقوط الأرش دون جواز الفسخ وهو ما إذا ظهر العيب فيما يشترط قبضه في المجلس كما إذا باع دنائير بدراهم، وبعد حصول التقابض وانقضاء المجلس ظهر العيب في أحد العوضين، فإنّه لا يجوز لمن انتقل إليه المعيب مطالبة صاحبه بالأرش حيث إنه لو أخذ الأرش بعد المجلس لما حصل التقابض في المجلس.

ولعلّ إغماض المصنّف عليه السلام عن التعرض لذلك لأجل أن سقوط الأرش في الفرض مبني على كونه جزء العوضين ليعتبر قبضه في المجلس أيضاً. واما بناءً على أن الأرش تغريم كما هو الصحيح فلا وجه لاعتبار قبضه في المجلس أصلاً.

[١] ذكر عليه السلام أن مع العلم بالعيب قبل العقد لا يثبت جواز الفسخ ولا جواز المطالبة بالأرش بلا خلاف ولا إشكال لأن الموضوع للخيار في الروايات العلم بالعيب ووجدانه بعد العقد فلا يكون العلم بالعيب قبل العقد داخلياً في موضوع الخيار.

وعن الجواهر<sup>(١)</sup> نفى الخيار مع العلم بالعيب قبل العقد بمفهوم معتبرة زرارة عن

مع الجهل. وقد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة. وفيه نظر. وحيث لا يكون العيب المعلوم سبباً للخيار، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص الذي له أحكام خاصة فسد الشرط وأفسد، لكونه مخالفاً للشرع. ولو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط ولحقه أحكامه، لأحكام خيار العيب.

أبي جعفر عليه السلام قال: «أيا رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له»<sup>(١)</sup> الحديث.

وتنظر المصنف عليه السلام في الاستدلال بالمفهوم. ويقال في وجه نظره: إن المذكور في الرواية من القيد داخل في الوصف ولا مفهوم له.

أقول: لو كان وجه نظره ذلك لما كان فرق بين المقام ومسألة تبري البائع عن العيب والمصنف استند بعد أسطر في نفي الخيار مع تبرئه بمفهوم قوله عليه السلام «ولم يتبرأ إليه» مع أنه لا فرق بين القيدين ولا يظن خفاء ذلك على المصنف.

والظاهر أن نظره عليه السلام باعتبار أنه لم يذكر في المعبرة ولم يعلم بل ذكر فيها «لم يبين له»، والبيان لازمه العرفي تبرؤ البائع من العيب فلا يعم ما إذا علم المشتري العيب من الخارج، ومن غير بيانه فلا يكون للقيد المزبور دلالة على ثبوت الخيار للعالم بالعيب مطلقاً.

ولكن قد ذكر في المعبرة زرارة فأحدث بعدما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار بذلك الداء، ومقتضاه فرض الجهل بالعيب حال العقد.

أضف إلى ذلك ظهور بيان العيب للمشتري في عدم علمه به. ولذا جعل قسيماً للتبرؤ ولم يقيد بكون البيان من البائع.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

الثاني: تبرّي البائع عن العيوب إجماعاً في الجملة [١] على الظاهر المصرّح به في محكيّ الخلاف والغنية، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع.

والأصل في الحكم - قبل الإجماع، مضافاً إلى ما في التذكرة: من أنّ الخيار إنّما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرّح البائع بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق - صحيحة زرارة المتقدمة ومكاتبة جعفر بن عيسى الآتية.

ثمّ إنه لو شرط العالم بالعيب خيار العيب يبطل الشرط باعتبار كون المشروط خلاف السنة، حيث إن مقتضى التقييد في السنة عدم ثبوت ذلك الخيار للعالم بالعيب، مع ان عدم الدليل على مشروعية الخيار المزبور للعالم كاف في الحكم ببطان شرطه، لأن الشرط لا يكون مشروعاً كما يأتي، ولكن لا يكون فساد الشرط موجباً لفساد أصل المعاملة كما هو ظاهر المصنف رحمته الله.

نعم لو كان مراده شرط مطلق الخيار فهو داخل في شرط الخيار ولا بأس به.

[١] الثاني من مسقطات خيار العيب تبري البائع من عيوب المبيع وكذا تبري المشتري من عيب الثمن، ويشهد لسقوط الخيار بالتبري مع الإغماض عن الإجماع عليه في الجملة، لأن الإجماع في المقام مدركي معتبرة زرارة المتقدمة حيث إن انتفاء الخيار مع التبري مقتضى التقييد فيها بلم يتبرأ إليه ولم يبيّن له، وكذا حسنة جعفر بن عيسى «قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه - إلى أن قال - فكتب: عليه الثمن».

فانه حيث يكون التبري في البيع فيمن زاد أمراً عادياً حكم عليه السلام بتحقيق التبري وبسقوط الخيار به.

ومقتضى إطلاق الروايتين كإطلاق الإجماع المنقول عدم الفرق بين التبري بنحو الاجمال أو تعيين العيب والتبري عنه كما أن مقتضى الإطلاق المزبور عدم الفرق بين

ومقتضى إطلاقهما - كعمد الإجماع المحكي - عدم الفرق بين التبري تفصيلاً وإجمالاً، ولا بين العيوب الظاهرة والباطنة، لاشتراك الكل في عدم المقتضى للخيار مع البراءة. خلافاً للمحكي في السرائر عن بعض أصحابنا: من عدم كفاية التبري إجمالاً. وعن المختلف نسبه إلى الإسكافي، بل إلى صريح آخر كلام القاضي المحكي في المختلف، مع أن المحكي عن كامل القاضي موافقة المشهور، وفي الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين. ثم إن ظاهر الأدلة هو التبري من العيوب الموجودة حال العقد.

العيوب الظاهرة أو العيوب الباطنة، كالمرض في العبد والأمة الذي يظهر أثناء السنة. ومما ذكرنا ظهر ضعف ما حكاه ابن إدريس<sup>(١)</sup> عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبري بنحو الاجمال ونسب في المختلف عدم كفايته إلى الإسكافي<sup>(٢)</sup> كما ينسب إلى صريح كلام القاضي الذي حكاه عنه في المختلف<sup>(٣)</sup>، ولكن كلام القاضي<sup>(٤)</sup> في جامعه موافق لما عليه المشهور من كفاية التبري مطلقاً. وكيف ما كان فالأمر سهل بعد وضوح الحكم.

ثم إن ظاهر الروايتين التبري عن العيب الموجود في الشيء حال العقد فهل يصح أيضاً التبري عن العيب المتجدد في المبيع زمان ضمان البائع كالعيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان ونحوه أم فيه اشكال، حيث إن الروايتين المتقدمتين ظهورهما جواز التبري عن العيوب الموجودة حال العقد، ويبقى في العيوب

(١) السرائر ٢: ٢٩٦ - ٢٩٧.

(٢) المختلف ٥: ١٧٠.

(٣) نسبه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٥، وراجع المختلف ٥: ١٧٠ - ١٧١.

(٤) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٦٢٥.

وأما التبرّي من العيوب المتجدّدة الموجبة للخيار، فيدلّ على صحّته وسقوط الخيار به عموم «المؤمنون عند شروطهم». قال في التذكرة - بعد الاستدلال بعموم المؤمنون - : لا يقال: إنّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البراءة ممّا لم يجب، لأنّنا نقول: التبرّي إنّما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب، انتهى.

أقول: المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلا بسبب حدوث العيب، والعقد ليس سبباً لهذا الخيار، فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع، وقد اعترف رحمته في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية. نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفي خيار الرؤية في العقد، لكنّه مخالفٌ لسائر كلماته وكلمات غيره كالشاهد والمحقق الثاني.

المتجددة قبل القبض عموم قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

لا يقال: شرط سقوط الخيار في العقد من الإسقاط الاعتباري فيمكن ان يتعلق بما يحدث مستقبلاً كالخيار المترتب على العقد وحدث عيب في المبيع قبل قبضه أو زمان خيار الحيوان.

ولكن نفوذ هذا الإسقاط يحتاج إلى دليل عليه، وعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> لا يكون دليلاً على النفوذ لأنه لا بد في التمسك به والحكم بنفوذ الشرط كون المشروط في نفسه مشروعاً بقريته ما في ذيل قوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»: «إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلّ حراماً»<sup>(٣)</sup> ومشروعية إسقاط الخيار قبل حدوثه بأن كان بعد العقد وقبل حدوث العيب غير محرز بل شرطه يدخل في تحليل

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٦-١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

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

(٣) وسائل الشريعة ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

وبالجملّة، فلا فرق بين البراءة من خيار العيوب والبراءة من خيار الرؤية، بل الفرر في الأوّل أعظم، إلّا أنّه لما قام النّص والإجماع على صحّة التبزي من العيوب الموجودة فلانماص عن التزام صحته. مع إمكان الفرق بين العيوب والصفات المشترطة في العين الغائبة باندفاع الفرر في الأوّل بالاعتماد على أصالة السلامة فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها، بخلاف الثاني فإنّ الفرر لا يندفع فيه إلّا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الفرر.

وأما البراءة عن العيوب المتجدّدة فلا يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتّى يحتاج إلى دفع الفرر بأصالة عدمها، لأنّها غير موجودة بالفعل في المبيع حتّى يوجب جهالةً.

ثمّ إنّ البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور [١]: الأوّل: عهدة

الحرام لأن الحرام يعم الوضعي واستصحاب عدم سقوط الخيار بالإسقاط بعد العقد، وقبل حدوث العيب يدخل شرطه في تحليل الحرام.

فانه يقال: إن ضمان البائع العيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بأن كان ذلك العيب أيضاً موجباً لخيار العيب فهو باعتبار توسعة الشارع ضمان الصحة إلى تحقق القبض وانقضاء زمان الخيار، وإذا لم يكن للبائع ضمان بالاضافة إلى وصف الصحة المفقودة حال البيع مع تبريه فلا يكون ضمان له بالاضافة إلى العيب الحادث مع تبريه أيضاً. فتدبر.

[١] التبزي في البيع يتصور إضافته إلى أمور:

الأوّل: عهدة العيب بأن لا يتعهد البائع بسلامة المبيع فلا يترتب على ظهور العيب فيه اثر من المطالبة بالارش أو جواز الفسخ.

والثاني: ضمان العيب وهذا أنسب لمعنى البراءة، حيث إن البراءة ظاهرها عدم



العيوب، ومعناه: عدم تعهد سلامته من العيوب، فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته، فلا يترتب على ظهور العيب ردٌّ ولا أرشٌ، فكأنه باعه على كل تقدير.

الثاني: ضمان العيب، وهذا أنسب بمعنى البراءة، ومقتضاه عدم ضمانه بمال، فتصير الصحة - كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع - لا توجب إلا تخيراً بين الرد والإمضاء مجاناً، ومرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع، لا خيارها.

ضمان المال بالعيب المزبور فيكون وصف الصحة مع هذا التبري كسائر أوصاف الكمال في المبيع في أن تخلفه لا يوجب إلا جواز الفسخ.

الثالث: حكم العيب أي لا يترتب الخيار على العيب المزبور، والفرق بين الوجهين يعني الأول والثالث وبين الوجه الثاني هو سقوط الأرش خاصة على الوجه الثاني، بخلاف الوجهين الأول والثالث، فانه يسقط معهما جواز الفسخ وجواز المطالبة بالأرش.

وأما الفرق بين الوجه الأول والثالث على ما ذكر السيد اليزدي رحمته الله (١) انه لا يترتب على الوجه الاول أثر على العيب حتى لو تلف المبيع بذلك العيب فلا يكون في البيع ضمان البائع أي انحلال البيع، بخلاف الوجه الثالث فانه يمكن أن يقال بأن تلف المبيع بالعيب المزبور يكون على البائع كتلفه قبل القبض على ما يأتي.

أقول: لم يظهر أن اسناد التبري إلى ضمان العيب ظاهره عدم الالتزام بالأرش خاصة، فانه قد تقدم أن ضمان البائع وصف الصحة ضمان معاملي ومعناه ثبوت خيار الفسخ خاصة كما في ضمان وصف الكمال، غاية الأمر أن الشارع قد حكم بجواز أخذ الأرش وعدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحالها.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٦٢.

الثالث: حكم العيب، ومعناه: البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب.

والأظهر في العرف هو المعنى الأول، والأنسب بمعنى البراءة هو الثاني. وقد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث، وهو بعيدٌ عن اللفظ، إلا أن يرجع إلى المعنى الأول. والأمر سهلٌ. ثم إنَّ تبرّي البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيبٍ خاصٍّ إنّما يسقط تأثيره من حيث الخيار. أمّا سائر أحكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب في أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص. لكن في الدروس: أنه لو تبرأ من عيبٍ فتلف به في زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع، وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضي به بعده وتلف في زمان خيار المشتري. ويحتمل الضمان، لبقاء علاقة الخيار المقتضى لضمان العين معه. وأقوى إشكالاً ما لو تلف به وبعبءٍ آخر تجدد في الخيار، انتهى كلامه رفع مقامه.

وأما الفرق بين إضافة التبري إلى العيب أو حكم العيب فلا فرق بينهما أصلاً، فإن التبري عن العيب وعدم تعهده بسلامة المبيع لا معنى له إلا عدم الالتزام بحكم العيب الذي يكون من قبيل الحق لصاحبه وقبل صاحبه المعاملة مع التبري المزبور إسقاط لذلك الحق على تقديره.

وما ذكر المصنف رحمته من أن ضمان البائع تلف المبيع بالعيب المتبري عنه لا ينافي التبري عن العيب غير صحيح، فانه ان كان التبري مع عدم خيار آخر للمشتري كما قرره السيد اليزدي رحمته فلا موجب لضمان البائع أصلاً لأنه لا موجب لضمان شخص تلف مال الآخر بضمان اليد أو بضمان معاملي، بمعنى انحلال المعاملة.

ودعوى أن ما دل على أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له مقتضاه ثبوت الضمان في المقام على البائع، لأن الموضوع للضمان هو التلف في زمان مطلق الخيار

ثم إنَّ هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردِّ والأرش بها [١]: منها: زوال العيب قبل العلم به، كما صرح به في غير موضعٍ من التذكرة، ومال إليه في جامع المقاصد، واختاره في المسالك.

سواء كان فعلياً أو شائياً، وشرط سقوط خيار العيب في البيع يوجب ارتفاع الخيار فعلاً لا شائناً، لا يمكن المساعدة عليه لأنَّ شائنية الخيار بعد إسقاطه لا معنى له، وان الخيار كسائر العناوين فيما إذا كان مأخوذاً في الموضوع لحكم ظاهره فعليته. أضف إلى ذلك أن ضمان البائع تلف المبيع زمان خيار المشتري يختص بخياري الحيوان والشرط ولا يعم خيار العيب.

نعم إذا كان التلف بالعيب في زمان خيار آخر كالحيوان الذي يتلف زمان خياره بالعيب المتبري عنه فينحل البيع بالتلف بلا فرق بين إضافة التبري إلى العيب أو حكمه، فان هذا الانحلال من أحكام خيار الحيوان لا من أحكام العيب؛ ولذا لو لم يكن خيار العيب مشروعاً لكان تلفه بالعيب القديم أو الجديد زمان خيار الحيوان موجباً للانحلال وترتب الانحلال على التلف في ذلك الزمان من قبيل الحكم الشرعي لا من الحقوق ليستقط باشتراط عدمه كما لا يخفى.

[١] يظهر عن بعض الأصحاب سقوط جواز الفسخ وأخذ الأرش معاً بأمر: منها: ما إذا زال العيب الموجود في المبيع أو الثمن حال العقد سواء زال بعد العلم به وقبل الفسخ أو اخذ الأرش أو زال قبل العلم به وكذلك الأمر في العيب الحادث قبل القبض والزائل فيما بعد.

ويظهر ذلك من التذكرة خصوصاً في الفرع الذي ذكره وهو ما إذا وجد المشتري في عين العبد نكتة بياض وحدث فيها نكتة بياض آخر ثم زال احدهما وقال البائع: الزائل النكتة القديمة فلا رد ولا أرش. وقال المشتري: الزائل الحادثة فلي الرد. قال

بل وكذا لو زال بعد العلم به قبل الردّ، وهو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثمّ أقبضه وقد زال عيبه فلا ردّ، لعدم موجب. وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثمّ زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حقّ الردّ، انتهى. وهو صريح في سقوط الردّ وظاهر في سقوط الأرش كما لا يخفى على المتأمل، خصوصاً مع تفرّعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الردّ والأرش معاً على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكتة بياض في عينه ووجد نكتة قديمة ثمّ زالت إحداهما، فقال البائع: الزائلة هي القديمة فلا ردّ ولا أرش، وقال المشتري: بل الحادثة ولي الردّ، قال الشافعي: يتحالفان... إلى آخر ما حكاه عن الشافعي.

الشافعي: يتحالفان.

وذكر المصنف رحمته: أن سقوط جواز الفسخ بالزوال وجيه لأن ظاهر ما دل على جواز الفسخ بالعيب رده مع عيبه، فلا يعم ما إذا زال عيبه. وبتعبير آخر: الموضوع لجواز الرد المعيب فلا موضوع له بعد زوال العيب ولا يجري الاستصحاب بعد زوال العيب.

وأما أخذ الأرش فلا بأس بالقول بجوازه ان لم يكن التفصيل خلاف الإجماع، لأن الموضوع للأرش هو عيب المبيع حال العقد فيبقى ذلك الجواز خصوصاً فيما إذا كان الزوال بعد العلم بالعيب، وعلى كل تقدير زوال العيب قد حدث في ملك المشتري فلا يمنع عن أخذ الأرش.

نعم الفرع داخل في القاعدة التي اخترعها الشافعي وهي أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد.

أقول: لا وجه للتفصيل بين جواز أخذ الأرش وجواز الفسخ فان الأرش يثبت

وكيف كان، ففي سقوط الردّ بزوال العيب وجّه، لأنّ ظاهر أدلّة الردّ - خصوصاً بملاحظة أنّ الصبر على العيب ضررٌ - هو ردّ المعيوب وهو المتلبّس بالعيب، لا ما كان معيوباً في زمانٍ، فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار. وأمّا الأرش، فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحّة عند العقد فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب، والصحّة إنّما حدثت في ملك المشتري، فبراءة ذمّة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرش وسقوط الردّ قويٌّ لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع. ولم أجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده.

ومنها: التصرف بعد العلم بالعيب [١] فإنّه مسقطٌ للأمرين عند ابن حمزة في الوسيلة، ولعلّه لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب والنصّ المثبت للأرش بعد التصرف ظاهرٌ فيما قبل العلم. ورُدّ بأنّه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب.

بالمطالبة لا بمجرد العقد على ما به عيب ولا بالعلم بالعيب، كما صرح عليه السلام قبل ذلك بكونه تغريماً.

والحاصل: ظهور مادّل على جواز الفسخ والأرش هو فسخ العقد على ما يكون فيه العيب فعلاً لوجوده حال العقد، أو قبل القبض، كما هو أخذ أرشه لهذا الاعتبار كما لا يخفى.

[١] حكى عن ابن حمزة في الوسيلة<sup>(١)</sup>: انه ذكر من مسقطات جواز الردّ وأخذ الأرش تصرف المشتري في المبيع المعيب بعد العلم بالعيب.

ولعل وجهه: أن التصرف مع العلم بالعيب علامة الرضا بالمبيع المعيب فلا يكون له بعد ذلك جواز الفسخ، كما لا يكون له أخذ الأرش، فان جواز أخذه قد ثبت في مورد

والأولى أن يقال: إن الرضا بالعيب لا يوجب إسقاط الأرض، وإنما المسقط له إبراء البائع عن عهدة العيب، وحيث لم يدل التصرف عليه فالأصل بقاء حق الأرض الثابت قبل التصرف، مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

التصرف في المبيع قبل العلم بعيبه.

وأجيب عن الاستدلال المزبور بأن مقتضاه سقوط جواز الفسخ لا جواز أخذ الأرض لأن التصرف علامة الرضا بالمبيع لا بعيبه، بأن يسقط جواز أخذ الأرض أيضاً؛ وإنما يسقط جواز أخذ الأرض بتبري البائع، وتصرف المشتري لا يدل عليه ودعوى اختصاص روايات الأرض بما إذا كان التصرف قبل العلم بالعيب ممنوعة فلاحظها.

أقول: إن كان التصرف غير مغير للعين كما إذا ركب الفرس فلا وجه لسقوط جواز الفسخ به فيما إذا لم يقصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع مع علمه بالعيب، فيجوز له الفسخ ولا يكون له أخذ الأرض لأن الأرض مترتب على عدم إمكان الفسخ كما تقدم.

نعم على المشهور من كون الأرض وجواز الفسخ طرفي التخيير فيجوز كل منهما ومع قصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع ولو مع عيب المبيع يسقط جواز الفسخ، لأن التصرف المزبور إسقاط فعلي، ويبقى جواز أخذ الأرض بخلاف ما كان الأرض في طول جواز الفسخ، فانه لا يكون له أخذ الأرض لما ذكرنا من أن الأرض يثبت مع عدم إمكان الفسخ بالحدث في المبيع لا مع عدم مكانه باسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً.

وأما إذا كان التصرف مغيراً للعين فيسقط جواز الفسخ به ويتعين عليه جواز أخذ الأرض فيما إذا كان هذا التصرف قبل العلم بالعيب كما تقدم سابقاً.

وأما إذا كان بعد العلم بالعيب فظاهر ابن حمزة عدم جواز أخذ الأرض لخروج

ومنها: التصرف في المبيع المعيب الذي لم ينقص قيمته [١] بالعيب، كالبغل الخصيّ بل العبد الخصيّ على ما عرفت، فإنّ الأرش متف لعدم تفاوت القيمة، والرد لأجل التصرف. وقد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب.

الفرض عن روايات الأرش، ولكن معتبرة زارة<sup>(١)</sup> المتقدمة، وان كان كما ذكره، ولكن مرسله جميل<sup>(٢)</sup> يمكن دعوى إطلاقها كما أن الاطلاق موجود في بعض ماورد في وطني الأمة المشتراة كصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال علي عليه السلام: لا تُردّ التي ليست بجلبى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها»<sup>(٣)</sup> ونحوها غيرها.

لا يقال: قد ورد التقييد بوقوع الوطئ قبل العلم بالعيب في بعض الروايات فيرفع اليد بها عن الاطلاق كمعتبرة عبد الرحمن: «أما رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيباً لم يردّها، ويرد البائع عليه قيمة العيب»<sup>(٤)</sup>.

فانه يقال: بما ان القيد غالبي والمشتري لا يقدم على إمساك الأمة المعيبة ويقع وطنها قبل العلم بعيبها غالباً؛ ولذا ذكره عليه السلام في كلامه فلا يوجب رفع اليد عن الإطلاق المتقدم اللهم إلا أن يقال: إن في التعدي عن الأمة ووطنها الذي لا يكون غالباً عن التصرف المغير لعدم البكارة في الاماء غالباً إلى سائر المبيع إشكالاً بل منعاً.

[١] قد يقال بسقوط جواز الفسخ وأخذ الأرش فيما إذا تصرف في معيب

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ : ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٨ : ١٠٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٨ : ١٠٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦.

وفيه: أن العيب في مثله لا يعدّ ضرراً مالياً بالفرض، فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه. وحله: أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته. والأول مفروض الانتفاء، والثاني قد رضي به وأقدم عليه المشتري بتصرفه فيه، بناءً على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية، كما لو رضي بالبعد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه. إلا أن يقال: إن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش، وإلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما في غير العيب والتدليس من أسباب الخيار، خصوصاً بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها أرشاً، فإن خيار التخلّف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرّح به. نعم، لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدلّ على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدّم سقوط الرد بالتصرف مطلقاً.

لا ينقص قيمة الشيء بذلك العيب فان التصرف لكونه علامة الرضا يوجب سقوط جواز الرد وعدم ثبوت الارش لعدم الموضوع له.

ويجاب عن ذلك: بأن الأرش وإن لا يثبت في الفرض إلا أنه لا يسقط جواز الرد بالتصرف لكون سقوط جوازه بالتصرف في الفرض ضرورياً.

وناقش المصنّف رحمته في الجواب بأنه إن أريد بالضرر الضرر المالي فلا موضوع له وإن أريد الضرر بمعنى فقد صفة مقصودة للمشتري، فهذا الضرر قد أقدم عليه المشتري بتصرفه في المعيب المفروض قبل الفحص عن عيبه فيكون الفرض كما إذا اشترى متاعاً مع شرط وصف فيه، وظهر عدم الوصف ورضي بالفاقد.

ثم ذكر أنه يمكن أن يقال: إنه لا دليل على سقوط خيار الفسخ بالتصرف إلا في



ومنها: حدوث العيب في المعيب المذكور، والاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله، فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجباً له، لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشتركة في البيع التي لا يوجب فواتها أرشاً، والنص الدال على اشتراط الرد بقيام العين - وهي المرسله المتقدمة - مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش، والإجماع فيما نحن فيه غير متحقق، مع ما عرفت من مخالفة المفيد في أصل المسألة. هذا كله، مضافاً إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب، وبها يدفع. معارضة الضرر المذكور بتضرر البائع بالفسخ ونقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب. وكيف كان، فلو ثبت الإجماع أو استفيض نقله على سقوط الردّ بحدوث العيب والتغيير على وجه يشمل المقام، وإلا فسقوط الردّ هنا محلّ نظر بل منع.

مورد ثبوت الأرش وخيار التدليس. واما في مورد عدم ثبوت الأرش كما في الفرض فالأمر فيه كما في تخلف وصف الكمال المشترك في عدم سقوط جواز الفسخ بالتصرف.

أقول: لا مورد لخيار العيب في الفرض أصلاً فإن النقص عن الخلقة الأصلية فيما إذا لم يوجب تفاوتاً في القيمة لا يعد عيباً، بل الوصف المزبور إن كان مشروطاً في العقد فيكون من قبيل وصف مشروط في العقد يوجب تخلفه خيار الشرط وإلا فلا خيار. ومما ذكرنا يظهر الحال فيما حدث في المعيب المفروض عيب آخر في يد المشتري وأنه لا مورد فيه لجواز الفسخ وأن العيب الجديد قد حصل في ملك المشتري. وأيضاً قد ذكرنا فيما تقدم أن الضرر هو النقص المالي، ولا يكون عدم الوصول إلى الغرض من الضرر وأن قاعدة «نفي الضرر»<sup>(١)</sup> لا يثبت الخيار في المعاملة

(١) وسائل الشريعة ٢٦: ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

ومنها: ثبوت أحد مانعي الردّ في المعيّب [١] الذي لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أمّا المانع الأول، فالظاهر أنّ حكمه كما تقدّم في المعيّب الذي لا يتقصّ ماليته، فإنّ المشتري لما أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه بدلاً عن ماله وإن كان المأخوذ معيباً، فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلّا جواز الردّ بلاأرش، فإذا تصرّف فيه - خصوصاً بعد العلم - تصرّفاً دالاً على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم عليه، كما في خيار التديليس بعد التصرف. وأمّا المانع الثاني، فظاهر جماعة كونه مانعاً فيما نحن فيه من الردّ أيضاً، وهو مبني على عموم منع العيب الحادث من

فلا حاجة إلى إعادته.

[١] ذكر مما يسقط به جواز الردّ وجواز أخذ الأرش التصرف الكاشف عن الرضا ببقاء البيع في المعاملة التي تعتبر فيها المماثلة بين العوضين لكونهما من الربويين كما إذا اشترى حنطة بحنطة وبعد العلم بالعيب في الحنطة التي وصلت بيده تصرف فيها بالطحن فإنه لا يكون معه جواز الفسخ، ولا جواز أخذ الأرش لأن إقدامه على المعاملة بين العوضين الربويين رفع اليد عن المطالبة بالمال ازاء الوصف فيكون اشتراط السلامة في العوضين المزبورين كاشتراط وصف الكمال في كون تخلفه موجباً لجواز الفسخ فقط وإذا سقط هذا الجواز بالتصرف فلا يكون له لا جواز الفسخ ولا جواز أخذ الأرش.

نعم لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب فلا يكون فيه اظهار الرضا ببقاء البيع مع عيب المال؛ وعليه فإن لم يكن التصرف المزبور داخلاً في المانع الثاني فيجوز له الفسخ وإلّا يكون له حكم المانع الثاني.

أقول: قد تقدم أنه مع إسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً لا يجوز له أخذ الأرش

الردّ حتّى في صورة عدم جواز أخذ الأرش. وقد عرفت النظر فيه. وذكر في التذكرة وجهاً آخر لامتناع الرد، وهو: أنّه لو ردّ، فإمّا أن يكون مع أرش العيب الحادث، وإمّا أن يردّ بدونه، فإن رده بدونه كان ضرراً على البائع، وإن ردّ مع الأرش لزم الربا، قال: لأنّ المردود حيثنذّ يزيد على وزن عوضه. والظاهر أنّ مراده من ذلك: أنّ ردّ المعيب لمّا كان بفسخ المعاوضة، ومقتضى المعاوضة بين الصحيح والمعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشيء، إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه، فيكون وصف الصحة في كلّ من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال، فإذا حصل الفسخ وجب ترادّ العوضين من غير زيادة ولا نقص، ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو

سواء كان العوضين من الربويين أم لا فان ما دلّ على جواز أخذ الأرش يختص بما إذا كان التصرف المغير للعين أو حدوث الحدث في العين قبل العلم بعيبها، ولا يعمّ صورة إسقاط جواز الفسخ بالإنشاء قولاً أو فعلاً بعد العلم بالعيب.

ومع الإغماض عن ذلك فلا بأس بأخذ أرش العيب، فإنّ الأرش لا يجعل المعاملة ربوية، لأنّ الأرش تغريم تثبت الزيادة بحكم الشارع لا بجعل المتعاملين لتكون رباً.

وربما يقال بسقوط جواز الفسخ والأرش لما إذا حصل المانع الثاني وهو حدوث العيب الجديد في العوضين من الربويين، فإنّه بعد حدوث العيب الجديد في المعيب لا يجوز الفسخ لعدم قيام العين بعيبها، وعدم جواز أخذ الارض على العيب القديم للزوم الربا على ما تقدم.

ولا يخفى أنّه بناءً على ما ذكرنا فلا بأس بأخذ الأرش لأنه حكم شرعي لا زيادة جعلية.

النقيصة في أحد العوضين، فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قبله لا غير، فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلثين ووصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا. فمراد العلامة رحمته بلزوم الربا: إما لزوم الربا في أصل المعاوضة، إذ لو لملاحظة جزء من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة وقيمتها عند استرداد الثمن، وإما لزوم الربا في الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلثين وزيادة. والأول أولى.

ونقل المصنف رحمته وجهاً آخر لسقوط جواز الفسخ في الفرض وهو أنه لو قيل بالفسخ بالعيب القديم لكان رده على البائع مع العيب الجديد بلا أرض هذا العيب ضرراً عليه، ورده مع أرضه يوجب الربا.

وحيث إن لزوم الربا مع فسخ البيع يشبه سهو القلم لأن الربا يكون على تقدير المعاملة لا على تقدير عدمها كما هو مقتضى فسخها ذكره رحمته في توجيه لزوم الربا وجهين:

الأول: أن المعاملة التي يكون العوضان فيها من الربويين يلغي وصف الصحة من كل منهما، فيقع أحد العوضين في مقابل نفس العوض الآخر حتى لو كان أحدهما صحيحاً والآخر معيباً فإنه لو وقع بعض المعيب بإزاء وصف الصحة في العوض الآخر بأن يكون بعضه الآخر بإزاء نفس العوض الصحيح لكانت المعاملة محكومة بالفساد، ولنقصان العوض المعيب عن الصحيح كماً.

وعلى ذلك يكون أخذ البائع الأرض على العيب الجديد كاشفاً عن كون بعض العوض بإزاء الصحة التي زالت بالعيب الجديد فيكون العوض موزعاً على نفس الشيء، ووصفه؛ ولذا لا يجوز الإقالة بزيادة أو نقيصة في الربويين، ولو مع تعيب

ومما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا: بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب، فلا ينضم إلى المثلث حتى يصير أزيد من الثلث. إذ فيه: وضوح الفرق، فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف في ملك مالكه فيضمنه القابض، والعيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع وتلف وصف الصحة منه في يد المشتري، فإذا فرض أن صفة الصحة لا تقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة، فيكون تلفها في يد المشتري كنيان العبد الكتابة، لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. والحاصل: أن البائع لا يستحق من المشتري إلا ما وقع مقابلاً بالثلث، وهو نفس المثلث، من دون اعتبار صحته جزء، فكأنه باع عبداً كاتباً فقبضه المشتري ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة. ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه، فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين، اقتصر في المبسوط على حكايتهما.

أحدهما بعد المعاملة في يد المقبل.

نعم يصح الرد مع الأرش في غير ربويين كما إذا اشترى شيئاً بثمن وظهر فيه عيب وتعيب الشيء عند المشتري، فإن المشتري مع فسخه البيع ولو برضى البائع يرد عليه أرش العيب الجديد.

**والتوجيه الثاني:** أن الفسخ مع الأرش من تملك أحد العوضين من جنس واحد بزيادة حيث يملك البائع ثمناً بالفسخ ما صار إلى المشتري أولاً، ولأن الفسخ معاملة جديدة بين العوضين الربويين فتكون أخذ الأرش على العيب الجديد بزيادة في أحد العوضين.

**أقول:** التوجيه الثاني ساقط من أصله فإن الفسخ ليست معاوضة جديدة؛ بل هو

أحدهما: جواز ردّ المشتري للمعيّب مع غرامة قيمة العيب الحادث، لما تقدّم إليه الإشارة: من أنّ أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم، في كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا.

الثاني: أن يفسخ البيع لتعدّر بمضائه، وإلزام المشتري ببذله من غير الجنس معيّباً بالعيب القديم وسليماً عن الجديد، ويجعل بمثابة التالف، لامتناع ردّه بلا أرش ومع الأرش. واختار في الدروس - تبعاً للتحرير - الوجه الأوّل مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله: لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل. وتبعه المحقّق الثاني معللاً بأنّ الربا ممنوعة في المعاوضات لا في الضمانات، وأنّه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث في يد المستام وإن كانت ربويّة، فكما لا يعدّ هنا رباً فكذا لا يعدّ في صورة النزاع.

إزالة للعقد الناقل فيرجع كل من العوضين إلى مالكة الأصلي بالسبب السابق على ذلك العقد، وكذا الأوّل فإن وصف الصحة لا تقابل بالمال في المعاملة أصلاً سواء كان العوضان ربويين أم لا فيكون تخلف الوصف المشتراط صحة كانت أم غيرها موجباً لجواز الفسخ فقط والأرش حكم شرعي، ولكن هذا حكم ضمان الوصف في المعاملة.

وأما ضمان الوصف في المقام فهو ضمان اليد بمعنى الأرش سواء كان الوصف كمالاً أو صحة، فإن العيب الجديد بعد فسخ المعاملة يدخل في «ضمان اليد»<sup>(١)</sup> ولا يكشف عن توزيع العوض أصلاً ولو كان كاشفاً فانما يكشف عن الضمان المعاملي بالإضافة إليه لا بالإضافة إلى العيب القديم.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ و ٣٨٩، الحديث ١٠٦ و ٢٢.

أقول: قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه وبين أرش عيب المقبوض بالسوم، فإنه يحدث في ملك مالكة بيد قابضه، والعيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري ولا يقدر في ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري، والمفروض عدم المقابلة بينه وبين جزء من المبيع. ومنها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار [١] فإن ظاهر الغنية إسقاطه للردّ والأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة: التبرّي، والرضا بالعيب، وترك الردّ مع العلم،

[١] قد يذكر من مسقطات جواز الفسخ والمطالبة بالأرش تأخير الأخذ بمقتضى خيار الفسخ بأن لا يفسخ ولا يطالب بالأرش عند العلم بالعيب.

قال في الغنية<sup>(١)</sup>: مسقطات خيار العيب التبري، والرضا بالعيب وتأخير الرد مع العلم بالعيب، لانه على الفور بلا خلاف ثم ذكر من المسقطات التصرف في المعيب وحدوث عيب آخر فيه في يده، وقال: إنه ليس مع التصرف وحدوث العيب الفسخ بل يثبت معهما الأرش انتهى.

وذكره أخذ الأرش في التصرف وحدوث العيب دون تأخير الرد ظاهره إلحاق تأخير الرد بالتبري والرضا بالعيب في كونه مسقطاً لجواز الفسخ والأرش.

وكيف كان: فالوجه في إسقاط تأخير الرد الخيار ظهوره مع العلم بالعيب في الرضا بالمعاملة المفروضة، وذكر المصنف رحمته: أنه على تقدير دلالة على الرضا يكون المدلول عدم إرادة الفسخ لعدم إرادته المطالبة بالأرش أيضاً.

أقول: لم يظهر الفرق بين جواز الفسخ والمطالبة بالأرش، ولو كان في التأخير دلالة على عدم الإرادة فهي بالإضافة إليهما، ومع عدم الدلالة كما هو الصحيح

لأنه على الفور بلاخلاف. ولم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرش. ثم ذكر حدوث العيب وقال: ليس له هاهنا إلا الأرش. ثم ذكر التصرف وحكم فيه بالأرش. فإن في إلحاق الثالث بالأولين في ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره في الأخيرين وقوله: «ليس هاهنا»، ظهوراً في عدم ثبوت الأرش بالتأخير، مع أن هذا هو القول الآخر في المسألة على ما يظهر، حيث نسب إلى الشافعي القول بسقوط الرد والأرش بالتأخير، ولعله لأن التأخير دليل الرضا. ويردّه - بعد تسليم الدلالة - : أن الرضا

فلا يسقط شيء منهما.

وقد تمسك المصنف رحمته الله في سقوط خيار العيب أي جواز الفسخ باصالة للزوم أي عموم وجوب الوفاء بالعقود<sup>(١)</sup> أو استصحاب بقاء الملكين بحالهما حيث يقتصر في الخروج عنها بالمقدار المتيقن.

وقال ما حاصله: ان دعوى عدم عرفان الخلاف في جواز التأخير، كما عن المسالك<sup>(٢)</sup> والحدائق<sup>(٣)</sup> لا اساس لها لأننا عرفنا الخلاف، والحكم بكون الخيار على الفور عن ابن زهرة<sup>(٤)</sup> وغيره.

ويكشف عن وجود الخلاف تعبير العلامة<sup>(٥)</sup> في حكمه في المقام بالتراخي بأن التراخي أقرب ومثلها دعوى عدم الخلاف في كونه على التراخي، كما عن الكفاية<sup>(٦)</sup>.

(١) للآية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾، سورة المائدة: الآية ١.

(٢) المسالك ٣: ٣٠٢.

(٣) الحدائق ١٩: ١١٧.

(٤) الغنية: ٢٢١ - ٢٢٢.

(٥) التذكرة ١: ٥٢٩.

(٦) كفاية الأحكام: ٩٤.



بمجردّه لا يوجب سقوط الأرض كما عرفت في التصرف. نعم، سقوط الرد وحده له وجه، كما هو صريح المبسوط والوسيلة على ما تقدّم من عبارتهما في التصرف المسقط، ويحتمله أيضاً عبارة الغنية المتقدّمة، بناءً على ما تقدّم في سائر الخيارات: من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقّن السالمة عمّا يدلّ على التراخي، عدا ما في الكفاية: من إطلاق الأخبار وخصوص بعضها.

نعم ذكر في الرياض<sup>(١)</sup> اتفاق المتأخرين كافة على التراخي، ولكن الشهرة بين المتأخرين لا يمكن الاعتماد عليها، ولو قلنا باعتبارها من باب مطلق الظن، لأن الشهرة في المقام قد حصلت من الأخذ بمقتضى استصحاب بقاء الخيار حتى أن العلامة في حكمه بالتراخي تمسك به، واستصحاب الخيار لا يعتبر في المقام لكون الشك في المقتضى، وما في الكفاية من أن جواز التأخير مقتضى إطلاق اخبار الباب وخصوص بعضها لا يمكن المساعدة عليه، فإن الاطلاق وارد في مقام بيان أصل الخيار لا خصوصياته وخصوص بعضها لا نعرفه.

أقول: الاطلاق في المقام تام ومعه لا تصل النوبة إلى اصالة اللزوم ولو كان المراد بها التمسك بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(٢)</sup> فإنه قد ذكر في مرسله جميل «ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه»<sup>(٣)</sup>، فإن مقتضاها أن الموضوع لجواز الفسخ بعد ظهور العيب قيام الشيء بعينه، ولو كان دخل لأمر آخر في جواز الفسخ من عدم التأخير فيه ونحوه لذكر في القضية الشرطية، ونحوه ما في صحيحة ميسر من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وان لم يكن يعلم

(١) الرياض ٨: ٢٦٠.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

وفيه: أن الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار، وأما الخبر الخاص فلم أقف عليه، وحينئذ فالقول بالفور - وفاقاً لمن تقدم - للأصل لا يخلو عن قوة، مع ما تقدم من نفي الخلاف في الغنية في كونه على الفور. ولا يعارضه ما في المسالك والحدائق: من أنه لا نعرف فيه خلافاً، لأننا عرفناه ولذا جعله في التذكرة أقرب. وكذا ما في الكفاية: من عدم الخلاف، لوجود الخلاف، بل نفي الخلاف. [وإنعم ما في الرياض: من أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة. والتحقيق رجوع المسألة إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام وعدمه، ولذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلا به، وإلا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلا الشهرة بين المتأخرين المستندة إلى الاستصحاب، ولا اعتبار بمثلها وإن قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفي الخلاف من باب مطلق الظن، لعدم الظن كما لا يخفى، والله العالم.]

مسألة: قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب ولم يبيّنه فعل محظوراً [١]

أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه<sup>(١)</sup> فالأظهر أن الخيار في المقام أيضاً على التراخي.

[١] في المسألة أقوال خمسة: الأول: وجوب بيان العيب تعييناً. الثاني: وجوبه تخبيراً بينه وبين التبري. الثالث: عدم وجوب شيء منهما. الرابع: بيان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار والرؤية. الخامس: بيان العيب الخفي أو التبري. ويستدل القائل بوجوب الإعلام مطلقاً أو في بعض الموارد بكون ترك الإعلام غشاً، ولا يجوز غش المؤمن في المعاملة بل وغيرها. وذكر المصنف عليه السلام أن الاظهر في المقام بيان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بالاختبار المتعارف لكون الكتمان بمعنى عدم الإظهار غشاً.

(١) وسائل الشريعة ١٨ : ١٠٩، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

وكان المشتري بالخيار، انتهى. ومثله ما عن الخلاف. وفي موضع آخر من المبسوط: وجب عليه أن يبيته ولا يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب، والأول أحوط. ونحوه عن فقه الراوندي. ومثلهما في التحرير، وزاد الاستدلال عليه بقوله: «لئلا يكون غاشاً». وظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلي والخفي. وصریح التذكرة والسرائر كظاهر الشرائع: الاستحباب مطلقاً، وظاهر جماعة التفصيل بين العيب الخفي والجلي، فيجب في الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعة، أو مع عدم التبري كما في الدروس.

فالمحصل من ظواهر كلماتهم خمسة أقوال. والظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش وعدمه. والذي يظهر من ملاحظة العرف واللغة في معنى الغش: أن كتمان العيب الخفي - وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع - غش، فإن الغش - كما يظهر من اللغة - خلاف النصح.

وأما في العيب الظاهر فلا يكون مجرد عدم إظهار غشاً بل الغش إظهار خلافه بحيث يعتمد عليه المشتري قولاً أو فعلاً، كما إذا فتح الكتاب بين يدي الأعمى مظهرأ أنه يقرأه الموجب للاعتماد المشتري عليه فان عدم الإظهار في الأول، وإظهار الخلاف في الثاني غشاً.

ثم ذكر أنه لم يعلم عدم صدق الغش مع التبري لأن التبرير لم يحصل بمجرد عدم إظهار العيب بل لاعتماد المشتري على اصالة السلامة أيضاً، فيكون عدم إعلامه بالعيب موجباً لاعتماد المشتري على اصالة السلامة فالأحوط الإعلام وعدم الاكتفاء بالتبري.

أقول: الأظهر أن مجرد عدم الإعلام بالعيب لا يعد غشاً في المعاملة سواء كان العيب خفياً لا يظهر بمجرد الاختبار أو كان جلياً يظهر عند البيع بالرؤية والاختبار

وأما العيب الظاهر، فالظاهر أن ترك إظهاره ليس غشاً. نعم، لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه - كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهراً أنه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك وأهمل اختياره - كان غشاً. قال في التذكرة - في رد استدلال الشافعي على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغش - : إن الغش ممنوع، بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري وتبينه، والتقصير في ذلك من المشتري، انتهى. ويمكن أن يحمل - بقرينة ذكر التقصير - على العيب الظاهر. كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة - المشتعلة على لفظ «الكتمان»، وعلى الاستدلال بالغش - على العيب الخفي، بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً. ومن أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضع من السرائر: أن كتمان العيوب مع العلم بها حرام ومحظور بغير خلاف، مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ.

المتعارف، فإن الغش أمر وجودي يقابل النصح، وهو فعل ما يوجب تلبيس الواقع وتغطية باطن أمر المبيع ليقدم المشتري على شرائه ولو كان العيب ظاهراً وقصر المشتري بعدم التدقيق في النظر إلى المبيع فعدم ذكر البائع العيب لا يعد غشاً، وكذا في العيب الخفي حيث يكون الغطاء للعيب وعدم ظهوره للمشتري بمقتضى نفس العيب. نعم لو سأل المشتري في هذا الفرض عن حال المبيع فأجاب بما يكون ظاهراً في نفي العيب يكون الجواب المزبور غشاً ولو لم يكن الجواب داخلياً في عنوان الكذب، كما إذا قصد به التورية.

لا يقال: لا يكون في هذا الفرض أيضاً غش فان المشتري مع ظهور العيب عنده يكون له جواز الفسخ.

فانه يقال: الخيار لا يدفع الغش لإمكان ظهور العيب بعد التصرف المسقط

ثمّ التبرّي من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور، أم لا؟ فيه إشكال، منشأه: أنّ لزوم الغشّ من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرّأ من العيوب ارتفع الظهور، أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً والتبرّي لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصّحة، فالتفريغ إنّما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل. والأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدّم عن المبسوط. ثمّ إنّ المذكور في جامع المقاصد والمسالك وعن غيرهما: أنّه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء، لأنّ ما كان من غير الجنس لا يصحّ العقد فيه، والآخر مجهول. إلّا أن يقال: إنّ جهالة الجزء غير مانعة إن كانت الجملة معلومة، كما لو ضمّ ماله ومال غيره وباعهما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإنّ البيع لا يبطل في ملكه وإن كان مجهولاً قدره وقت العقد، انتهى.

لجواز الفسخ، بل مجرد التعب أو صرف المال في ردّه على بايعه كاف في صدقه. وقد يقال: إن ما ذكر لا يختص بالعيب الخفي ولو فعل البائع في العيب الظاهر ما يوجب اطمينان المشتري بصحة المبيع والإقدام على شرائه بلا تفتيشه كفى في صدق الغش، ولكن ذلك لا يخلو عن تأمل.

هذا كله فيما إذا لم يكن العيب أو اظهار وصف الجودة في المبيع بفعل البائع بقصد تليس الأمر على المشتري، وإلا يكون نفس الفعل المزبور محرماً فيما إذا لم يكن الفعل المزبور ظاهراً.

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد سعرهما بشيء وأحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعاً، ثم يبيعهما بسعر واحد فقال: لا يصلح أن يغش المسلمين حتى يبيته»<sup>(١)</sup>، فإن هذه تحمل

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١١٢، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

أقول: الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن ولا يخرج منه عن حقيقته كالمح كالمزج في الخبز، فلا وجه للإشكال المذكور. نعم، لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه - بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقة ذلك الشيء - توجه ما ذكره في بعض الموارد.

على صورة التغطية بقرينة صحيحة محمد بن مسلم «أنه سُئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس مالم يغط الجيد الرديء»<sup>(١)</sup>.

ولو نوقش في الدلالة كفي في إثبات حرمة الفعل المزبور في العيب الخفي معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى النبي صلى الله عليه وآله أن يشاب اللبن بالماء للبيع»<sup>(٢)</sup>.

ثم إن حرمة الغش في المعاملة فيما إذا لم يكن يخلط الشيء بغيره لا توجب فساد المعاملة لتعلق النهي بالعنوان الخارج عن نفس المعاملة وعلى تقدير انطباق العنوان على نفس المعاملة فلا يوجب النهي عنها فسادها.

وأما إذا كان الغش بالاختلاط فإن كان الخلط بحيث يستهلك الشيء في المبيع كشوب اللبن بالماء ليصح البيع سواء كان ذلك الشيء مالأ أو غيره، ولكن يثبت الخيار للعيب مع عدم التبوي. وأما إذا لم يستهلك فإن خرجا إلى موجود ثالث يحكم ببطلان البيع لعدم تحقق للمبيع خارجاً. وأما إذا لم يخرج إلى ثالث ولم يستهلك في البيع يصح بالاضافة إلى ما ينطبق عليه عنوان المبيع، ويبطل بالاضافة إلى الآخر ولا يضر مع الانحلال الجهل بمقدار المبيع مع العلم بمقدار الجملة، فإن الجهل بالمقدار في المبيع

(١) المصدر: الحديث ١.

(٢) وسائل الشريعة ١٧: ٢٨٠، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

## مسائل في اختلاف المتبايعين

وهو تارة في موجب الخيار [١] وأخرى في مسقطه، وثالثة في الفسخ.

الانحلالي لا يضر كما إذا باع شيئين موزونين بصفقة بوزن الجملة وظهر أحدهما ملك الغير.

[١] اختلاف المتعاملين في موجب الخيار تارة وفي مسقطه أخرى وفي الفسخ ثالثة.

أما الأول ففيه فروض: فأنه إن كان الاختلاف في عيب المبيع وسلامته بأن ادعى المشتري أنه معيب وقال البايع: لا يكون فيه عيب وفرض تعذر اختباره لتلفه عند المشتري أو غيره فيقدم قول البايع لأن المشتري يدعى استحقاق المطالبة بالأرث والبايع ينكره فيحلف مع عدم البينة للمشتري على عدم العيب أو عدم حق الأرث له عليه. ذكر السيد اليزدي رحمته الله (١): أنه لو كانت الحالة السابقة في المبيع هو العيب يستصحب العيب فيكون القول قول المشتري فمع عدم البينة للبايع على الزوال يحلف المشتري على عدم زواله.

أقول: الأظهر أنه يحكم في الفرض أيضاً بكون المشتري مدعياً، لأن الموضوع لأخذ الأرث ليس بيع الشيء مع عيب ذلك الشيء في ذلك الزمان بل بيع الشيء حال وجود العيب فيه كما هو ظاهر قول أبي جعفر عليه السلام في معتبرة زرارة «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى شَيْئاً وَبِهِ عَيْبٌ وَعَوَارٌ» (٢) حيث إن قوله «وبه عيب وعوار» الحالية لا الاجتماع بواقعة نظير ما ذكروا من أنه لو ركع وشك في أنه أدرك الإمام في ركوعه أم لا بأن احتمل رفع الإمام رأسه عن الركوع قبل وصوله إلى حد الركوع فإنه يحكم ببطلان صلاته أو

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٨١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

جماعته فان استصحاب ركوع الإمام في زمان وصل فيه حد الركوع لا يثبت ركوعه حال كون الإمام راکعاً.

ولو أحرز تحقق نقص في المبيع واختلفا في كونه عيباً موجباً لنقص القيمة أم لا ولم يحرز حال ذلك الأمر لعدم إمكان الرجوع إلى أهل الخبرة لفقده، فانه في الفرض أيضاً يكون مقتضى الأصل عدم ثبوت حق الأرش للمشتري فيحلف البايع على نفيه وهذا بالاضافة إلى الأرش.

واما بالاضافة إلى جواز الفسخ فمع الاتفاق على كون الأمر الموجود نقصاً بحسب أصل الشيء كما هو الفرض يكون للمشتري جواز الرد، ولا يخفى أن هذا مبني على كون النقص غير الموجب لنقص القيمة عيباً يوجب جواز الفسخ، وألا فمقتضى تقديم قول البايع عدم ثبوت جواز الفسخ أيضاً.

ولو أحرز العيب في المبيع فعلاً واختلفا في حدوثه فقال المشتري: إنه كان عند البيع أو قبل وصوله إلى يده فله خيار العيب وقال البايع: لم يكن حال البيع أو قبل وصوله إلى يده فلا خيار للمشتري، فانه يقدم أيضاً قول البايع من غير فرق بين العلم بزمان حدوث العيب وعدمه، وذلك فانه لو علم زمان حدوث العيب لا يكون استصحاب عدم البيع إلى ذلك الزمان مفيداً في جريان البيع عليه مع العيب.

وذكر ابن الجنيدي<sup>(١)</sup> في فرض اختلافهما في تقدم العيب وتأخره: أنه يقدم قول المشتري فيحلف على عدم حدوثه عنده، لأن الأصل عدم وصول المبيع إلى المشتري سالمًا وعدم استحقاق البايع الثمن كله.

(١) حكاة العلامة في المختلف ٥: ١٧٢.



وفيه: أن استحقاق البايع الثمن بكّله محرز لأن الأرش ليس جزءاً منه، ووصول المبيع إلى المشتري محرز، وعدم وصوله سالمًا لا يثبت جريان البيع على المعيب أو حدوثه في ضمان البايع نظير ما تقدم في مسألة الاختلاف في تغيير المبيع. والحاصل: أنه يحكم في الفرض بتقديم قول البايع وهذا فيما لم تشهد القرينة على عدم حدوث العيب في يد المشتري، وإلا فيحكم بمقتضى القرينة، وهذا ليس من تقديم قول المشتري ليحلف على عدم حدوثه عنده، بل من حكم الحاكم في الواقعة بعلمه الحاصل من القرينة، فانه مع علمه لا مجال لبنية المدعى ولا لحلف المنكر كما لا يخفى.

قال في التذكرة<sup>(١)</sup>: لو أقام أحدهما البيّنة على مدّعه بأن تشهد بيّنة المشتري بوجود العيب حال البيع وبيّنة البايع بحدوثه عند المشتري فيعمل بيّنة المشتري لأن بيّنة البايع لا اعتبار بها مع بيّنة المشتري لأن المشتري هو المدعي ولا يطلب من المنكر إلا الحلف ولا تسمع منه البيّنة وأما سماع بيّنة البايع مع عدم البيّنة للمشتري فهو مبني على قيام بيّنة المنكر مقام حلفه.

أقول: المنسوب إلى المشهور عدم الاعتبار ببيّنة النفي وأنه لا تسمع بيّنة المنكر ولا يسقط بها الحلف عليه ويستدل على ذلك بقوله صلوات الله عليه: «البيّنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه، أو على من أنكر»<sup>(٢)</sup> حيث إن التفصيل يقطع الشركة. ويدل على ذلك أيضاً رواية منصور التي رواها الشيخ باسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن ابراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص عنه عن أبي عبد الله عليه السلام في

(١) التذكرة ١: ٥٤١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣ و ٢٩٣، الباب ٣ و ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١ و ٣.

حديث تعارض البيّتين في شاة في يد الرجل قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعي ولا أقبل من الذي في يده بيّنة لأن الله عزوجل إنما أمر أن تطلب البيّنة من المدعي فإن كانت له بيّنة وأل فيمين الذي هو في يده هكذا أمر الله عزوجل»<sup>(١)</sup>.

ولكن الرواية ضعيفة سنداً لأن محمد بن حفص مجهول واحتمال كونه ابن العمري الذي كان وكيل الناحية وكان الأمر يدور عليه كما هو ظاهر جامع الرواة<sup>(٢)</sup> وكان من أصحاب العسكري عليه السلام بعيد غايته، لأن رواية إبراهيم بن هشام الذي لقي الرضا عليه السلام وأدرك الجواد عليه السلام عنه وروايته عن منصور الذي من أصحاب الصادق عليه السلام لا يمكن عادة مع أن في كون منصور هو منصور بن حازم أو منصور بن يونس تأملاً وان لا يبعد ذلك باعتبار كونه صاحب الكتاب والمشهور من أصحاب أبي عبد الله عليه السلام.

ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها لأن استناد المشهور إلى هذه الرواية دون قوله صلوات الله عليه: «البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر»<sup>(٣)</sup> غير محرز كما أنه لم يحرز أصل الشهرة في الحكم المزبور.

وعن العلامة<sup>(٤)</sup> والشهيد<sup>(٥)</sup> بل لا يبعد الشهرة بين متأخري المتأخرين سماع بيّنة المنكر وأنه لا حلف على المنكر معها، وما تقدم من قوله صلوات الله عليه لا دلالة له على عدم السماع بل ظاهر التفصيل أنه لا يطالب المنكر بالبيّنة بل يطالب بالحلف

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ٢٥٥، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١٤، والتهذيب ٦:

٥٩٤/٢٤٠، والاستبصار ٣: ١٤٣/٤٣.

(٢) جامع الرواة ٢: ١٠٢.

(٣) وسائل الشريعة ٢٧: ٢٩٢، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٣.

(٤) و(٥) نقل السيّد اليزدي كلامهما في حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٨٣.

بخلاف المدعي فانه يطالب في إثبات دعواه بالبيّنة لأن البيّنة فيما إذا أقامها المنكر لا تعتبر، بل مقتضى إطلاق دليل اعتبار البيّنة سماعها ولو من المنكر كما يدل عليه أيضاً رواية ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جده قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن أحكام المسلمين على ثلاثة، شهادة عادلة أو يمين قاطعة أو سنة ماضية من أئمة الهدى»<sup>(١)</sup> ولكن الرواية ضعيفة سنداً، ومثلها مرسله عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام في كتاب علي عليه السلام: «أن نبياً من الأنبياء شكأ إلى ربه القضاء فقال: كيف أقضي بما لم تر عيني ولم تسمع أذني؟ فقال: اقض عليهم بالبيّنات وأضفهم إلى اسمي يحلفون به»<sup>(٢)</sup>.

أقول: لا يمكن الاستناد في الحكم بسماع بيّنة المنكر إلى شيء من ذلك، فانه قوله عليه السلام: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» مع الانضمام بقوله عليه السلام: «البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر» ان المدرك للقضاء ينحصر ببيّنة المدعى ويمين المدعى عليه وأن المنكر لا يطالب بالبيّنة بل يطالب باليمين ولو مع البيّنة له.

وبتعبير آخر: كما أن مقتضى ملاحظتهما عدم كفاية يمين المدعي على دعواه في الحكم كذلك لا يكون بيّنة المنكر كافياً في الحكم.

ودعوى أن ذلك مقتضى إطلاق دليل اعتبار البيّنة وأن البيّنة من المنكر لا يقاس بيمين المدعي، فان اليمين في نفسه لا تعتبر بخلاف البيّنة لا يمكن المساعدة عليها فان مقتضى اعتبار البيّنة انه يحرز بها الواقع فيجوز ترتيب آثار الواقع معها سواء كان الواقع نفيّاً أو إثباتاً كما إذا شهدت البيّنة للمرأة على عدم كونها ذات بعل أو في العدة فيجوز

(١) وسائل الشريعة ٢٧: ٢٣١، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٦.

(٢) وسائل الشريعة ٢٧: ٢٢٩، الباب ١ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢.

للرجل تزويجها ولو مع كونها متهمه لا تعتبر قولها. واما جواز القضاء وسقوط دعوى الآخر عليها بانها زوجته بحيث يترتب على القضاء نفوذه فيمكن أن يؤخذ في موضوع جواز القضاء الاحراز الخاص أو امراً آخر لا يكون إحرازاً أصلاً كيمين المنكر، فإطلاق اعتبار البيّنة بحيث تعم البيّنة على النفي لا ينافي عدم جواز القضاء بها في المقام الترافع كما هو مقتضى قوله صلوات الله عليه «إنما أفضي بينكم بالبيّنات والأيمان» وان «البيّنة على المدعى واليمين على من انكر».

وبذلك يرفع اليد عن مقتضى الإطلاق في رواية ضمرة وأنه كما لا تكون يمين المدعى على دعواه من اليمين القاطعة في مقام الدعوى، كذلك لا تكون بيّنة المنكر شهادة عادلة في مقام المخاصمة بأن يقطع المخاصمة بها وكذا الحال في مرسله ابن عثمان كما لا يخفى.

وربما يستدلّ على جواز القضاء بيّنة المنكر وعدم الحلف عليه معها بروايات منها معتبرة حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أفيجل الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكاً لك؟ ثم تقول بعد الملك: هولي وتحلف عليه، ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يبق للمسلمين سوق»<sup>(١)</sup>.

ولكن يخفى أن المراد بالشهادة فيها نسبة ملك الشيء إلى ذي اليد، ولذا ذكر

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٢، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢.

سلام الله عليه في مقام النقض بنسبة الملك إلى نفسه بعد الشراء من ذى اليد، وليس المراد الشهادة في مقام الترافع.

وعلى تقدير الاطلاق ودلالته على جواز الشهادة في مقام الترافع فليس مقتضى ذلك الاكتفاء به عن الحلف على المنكر، كما سنبين وجهه في تعارض بيّنة المنكر مع المدعي.

ومنها صحيحة حماد بن عثمان قال: «بينما موسى بن عيسى في داره التي في المسعى يشرف على المسعى، إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السلام مقبلاً من المروة على بغلة، فأمر بن هياج رجلاً من همدان منقطعاً إليه أن يتعلق بلجامه ويدعي البغلة، فأناه فتعلق باللجام وادعى البغلة، فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلمانه: خذوا سرجها وادفعوها إليه، فقال: والسرج أيضاً لي فقال: كذبت عندنا البيّنة بأنه سرج محمد بن علي، وأما البغلة فإنا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم ما قلت»<sup>(١)</sup>.

حيث لو لم تكن بيّنة المنكر معتبرة لما كان لقوله عليه السلام «وعندنا البيّنة بأنه سرج محمد بن علي» وفيه أن المراد بالبيّنة ما يوضح الأمر كما هو معناه اللغوي بقريّة قوله عليه السلام «وأما البغلة فإنا اشتريناها منذ قريب وأنت أعلم وما قلت».

والحاصل: أن مراده عليه السلام ب«إنّا» لا نحتمل صدقك بالاضافة إلى السرج لأنه ليس عندنا بالبيّنة المعتبرة في مقام القضاء بالاضافة إلى شراء البغلة كما لا يخفى.

ومنها ما ورد في قضية أمر فدك بسند صحيح رواه في الوسائل في باب الشهادة بالملكية باليد من احتجاجه عليه السلام في الجواب عن قول الأول: هذا فيء للمسلمين فان اقامت شهوداً أن رسول الله جعله لها وآفلاح لها فيه بقوله عليه السلام: «يا أبا بكر تحكم فينا

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩١، الباب ٢٤ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١.

بخلاف حكم الله في المسلمين قال: لا، قال: فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ثم ادعيت انا فيه من تسأل البيّنة قال: اياك أسأل البيّنة، قال: فما بال فاطمة سألتها البيّنة على ما في يديها وقد ملكته في حياة الرسول ﷺ وبعده ولم تسأل المسلمين بيّنة على ما ادعوها شهوداً كما سألتني على ما ادعيت عليهم، فسكت أبو بكر فقال عمر: يا علي دعنا من كلامك فانا لا نقوى على حججتك فان أتيت بشهود عدول وإلا فهو فيء للمسلمين لاحق لك ولا لفاطمة فيه»<sup>(١)</sup>.

ووجه الاستدلال أنه لو لم يعتبر بيّنة المنكر لكان أنسب بالاحتجاج على أبي بكر ذكر أن بيّنة فاطمة عليها السلام لا تفيد شيئاً فمطالبتها بها لغو لأنها بلا موجب.

أقول: الاستدلال عجيب فانهم لم يكونوا يعرفون أو يقبلون بأن المطلوب بالبيّنة من يدعي على ذي اليد فقط وان ذي اليد لا يطالب بالبيّنة فكيف الظن بعرفانهم أو قبولهم بأن بيّنة ذي اليد لا تقطع المخاصمة.

هذا مع أن عدم كفاية بيّنة المنكر عن الحلف لا يلزم لغويتها كما سنبين إن شاء الله تعالى.

والحاصل: أن احتجاجه عليه السلام كان مبنياً على أمر يعد من الأوليات في باب القضاء. ومنها: موثقة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما - إلى ان قال - قيل: فإن كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البيّنة، قال: أقضي بها للحالف الذي هو في يده»<sup>(٢)</sup> ووجه الاستدلال انه لو لم

(١) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٩٣، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٣، وتفسير القمي

١٥٦: ٢، وعلل الشرائع: ١٠١/١٩٠، والاحتجاج: ٩٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٠، الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ٢.

تكن بيّنة المنكر مسموعة لتعين الحكم بملكية غير ذي اليد لأن بيئته بيّنة ولا عبرة معها لا بالبيّنة المنكر ولا بالحلف.

ونحوها موثقة غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة وكلاهما أقاما البيّنة أنه انتجها، فقضى بها للذي في يده، وقال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»<sup>(١)</sup>.

أقول: الظاهر (والله العالم) أنه لا دلالة في الروایتين على ما ذكر من جواز القضاء ببيّنة المنكر وعدم الحاجة معها إلى حلفه وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أن عدم اعتبار بيّنة المنكر بالاضافة إلى القضاء فقط لأنه لا يحرز بها الواقع، فان مقتضى دليل اعتبار البيّنة عدم الفرق بين كونها قائمة على ثبوت الواقع أو نفيه.

وعلى ذلك فمع معارضة بيّنة المدعى مع بيّنة المنكر يتساقطان عن الاعتبار على ما هو المقرر من الأصل في تعارض الأمارات ولا يصح القضاء في الفرض ببيّنة المدعى، لأن ظاهر قوله عليه السلام «انما أقضي بينكم بالبيّنات»<sup>(٢)</sup> المعتبرة منه وكذلك قوله عليه السلام «البيّنة على من ادعى»<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك ففيما إذا كان المال في يد أحد وادعاه الآخر وأقام على دعواه بيّنة وكان لذي اليد بيّنة على أنها له، كان مدلولهما متناقضين لا يمكن الحكم بثبوت الدعوى بالبيّنة المزبورة وتصل التوبة إلى حلف المنكر، وموثقة إسحاق بن عمار توافق هذه القاعدة حيث ذكر سلام الله عليه فيها «أقضي بها للحالف الذي هي في يده»<sup>(٤)</sup>.

(١) المصدر: الحديث ٣.

(٢) و(٣) و(٤) الماز ذكرها.

أما الأول، ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع وعدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، فالقول قول المنكر بيمينه.

الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً وتعذر تبين الحال لفقد أهل الخبرة كان الحكم كسابقه. نعم، لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الرد دون الأرش، لأصالة البراءة.

وكذلك موثقة غياث حيث ذكر فيها «قضى بها للذي في يده»<sup>(١)</sup> بعد تقييد اطلاقها بما في الموثقة من كون القضاء بالحلف.

وظاهر الروايتين حكاية واقعة واحدة والاختلاف بينهما في النقل بالاطلاق والتقييد أي ذكر القيد في أحدهما وعدم ذكره في الآخر.

والحاصل ما ذكرنا - من سقوط بيينة المدعي مع البيينة على خلافها سواء كانت تلك البيينة لمنكر أو لآخر ولا يتم معها ملاك الحكم بالبيينة وتصل النوبة إلى حلف المنكر - هو الأصل فكل مورد ثبت فيه بالنص خلاف ذلك نأخذ فيه بالنص الوارد فيه ونرفع اليد عن القاعدة المشار إليها وفي غيره يؤخذ بها.

ومما ذكرنا ظهر أنه لا يتم ما ذكره العلامة<sup>(٢)</sup> في اختلاف البائع والمشتري في تقدم العيب وتأخره من أنه لو قام أحدهما بيينة يؤخذ بها، فإنه لا يكفي هذا البيينة فيما إذا أقامها البائع، ولا يسقط دعوى المشتري إلا بالحلف على عدم تقدم العيب، وكذا ما ذكره من لو أقام كل منهما بيينة تؤخذ ببيينة المشتري، فإنه قد تقدم ان بيينة المدعي في الفرض لا يصلح ملاكاً للقضاء بل يتعين في الفرض القضاء بحلف البائع على عدم

(١) مر ذكرها.

(٢) التذكرة ١: ٥٤١.



الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك بأن حدث بعد القبض وانقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدمه، للأصل حتى لو علم تاريخ الحدوث وجعل تاريخ العقد، لأن أصالة عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب. وعن المختلف: أنه حكى عن ابن الجنيدي: أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا، انتهى. هذا إذا لم تشهد القرينة القطعية مما لا يمكن عادةً حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدمه عليه، وإلا عمل عليها من غير يمين. قال في التذكرة: ولو أقام أحدهما بيّنة عمل بها. ثم قال: ولو أقاما بيّنة عمل بيّنة المشتري، لأن القول قول البائع لأنه منكر، فالبيّنة على المشتري. وهذا منه مبني على سقوط اليمين عن المنكر بإقامة البيّنة، وفيه كلام في محله وإن كان لا يخلو عن قوة.

وإذا حلف البائع فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب [١] أو نفي استحقاق الردّ أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع واطّلع على خفايا أمره، كما يشهد بالإعسار

تقدم العيب والله سبحانه هو العالم.

[١] قد ذكرنا في بحث القضاء أنه يعتبر في حلف المنكر حلفه على نفي ما يدعيه خصمه وهذا يصدق بالحلف على نفي مصب الدعوى أو نفي ما يترتب على ذلك المصّب ولذا يكفي في الحلف على نفي دعوى الاقتراض الحلف على أنه لا تشتغل له ذمته.

نعم يعتبر في الحلف العلم بالنفي على ما نطقت به الروايات من أنه لا يقع اليمين إلا على العلم وعليه فإن اختبر البائع المبيع قبل بيعه يمكنه الحلف على نفي العيب حال البيع ويكون العلم الحاصل بالاختبار كالعلم بالعدالة والإعسار الحاصل بالمصاحبة الموجبة للاطلاع بهما.

والعدالة وغيرهما مما يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. ولو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصالة عدمه إذا شك في ذلك وجه، احتمله في جامع المقاصد وحكي عن جماعة، كما يحلف على طهارة المبيع استناداً إلى الأصل. ويمكن الفرق بين الطهارة وبين ما نحن فيه: بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشركة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعي، كما أن المراد بالملكية والزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري، كما تدل عليه رواية حفص الواردة في جواز الحلف على ملكية ما أخذ من يد المسلمين. وفي التذكرة بعدما حكي عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على أصالة السلامة في هذه الصورة - قال: وعندني فيه نظر، أقربه الاكتفاء بالحلف على نفي العلم. واستحسنه في المسالك، قال: لا اعتضاده بأصالة عدم التقدم، فيحتاج المشتري إلى إثباته. وقد سبقه إلى ذلك في الميسية، وتبعه في الرياض.

وهل يجوز الحلف على النفي مع عدم الاختبار اعتماداً على استصحاب عدم البيع المزبور حال العيب أو استصحاب عدم ثبوت جواز الفسخ وحق الأرش لخصمه ولو بنحو السالبة بانتفاء الموضوع كما يجوز الحلف على طهارة المبيع أو بقاء الزوجية والملكية اعتماداً على الأصل وقاعدة الطهارة؟ ذكرنا في بحث القضاء لا بأس بالحلف على النفي ولو بالاعتماد على الأصل فيما كان مفاد دليل اعتباره التعبد بالعلم بالواقع. وما عن المصنف رحمته من دعوى الفرق بين الحلف على الطهارة والزوجية والملكية حيث يجوز الحلف فيها بالاعتماد إلى الحكم الظاهري دون المقام تحكم، إلا إذا قيل بعدم اعتبار الاستصحاب في عدم الأزلي وإن ذلك الاستصحاب لا يثبت السالبة بانتفاء المحمول الموضوع للحكم عن الفرض ما. وكذا ما يظهر منه رحمته من عدم الفرق بين الشهادة بشيء والحلف عليه ضعيف

أقول: إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم في إسقاط أصل الدعوى بحيث لا تسمع البيّنة بعد ذلك، ففيه إشكال. نعم، لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البيّنة، فله وجه وإن استقرب في مفتاح الكرامة أن لا يكتفى بذلك منه، فيردّ الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف. وهذا أوفق بالقواعد. ثمّ الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفي العلم - على القول به - بما إذا لم يختبر البائع المبيع، بل عن الرياض: لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً. لكن الظاهر أنّ المفروض في التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفي العلم، إذ مع الاختبار يتمكّن من الحلف على البتّ، فلا حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم، لأنّ اليمين على نفي العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار، فافهم.

فرع: لو باع الوكيل فوجد به المشتري [١] عيباً يوجب الردّ رده على الموكل، لأنّه المالك والوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهدة عليه.

غايته، فإنّ المعترف في الشهادة الأخبار بالواقعة عن حينها بخلاف الحلف فإنّ المعترف فيه مطلق العلم.

وأيضاً ذكرنا في بحث القضاء أنه لا يحلف على نفي العلم إلا في مورد دعوى العلم عليه ومع الحلف على نفي العلم بالواقعة تسقط دعوى العلم بها لا دعوى نفس الواقعة، وإذا أجاب الخصم بأنّي لا أدري ولم يدعي المدعي علمه يوقف الحكم، لأنه ترد اليمين على المدعي كما هو ظاهر المصنف رحمته حيث جعل الردّ أوفق بالقاعدة.

[١] ذكر في المقام فرعاً وهو ما إذا باع الوكيل متاعاً ووجد المشتري في ذلك المتاع عيباً وادّعى أنّ العيب كان حال البيع، فانه لو اعترف المشتري بالوكالة يكون طرف المخاصمة هو الموكل، لأنّ وكالة الوكيل قد انتهت بتحقيق البيع المنتسب إلى مالك المتاع بالوكالة، والضمان بأوصاف المبيع بالضمان المعاملي على المالك.

ولو اختلف الموكل والمشتري في قِدَم العيب وحدوثه، فيحلف الموكل على عدم التقدّم كما مرّ، ولا يقبل إقرار الوكيل بقدمه، لأنّه أجنبيّ. وإذا كان المشتري جاهلاً بالوكالة ولم يتمكّن الوكيل من إقامة البيّنة فادّعى على الوكيل بقدم العيب، فإن اعترف الوكيل بالتقدّم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل، لأنّ إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا تقبل إلاّ بالبيّنة، فله إحلاف الموكل على عدم السبق، لأنّه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه، فله عليه مع إنكاره اليمين. ولو رد اليمين على الوكيل فحلف على السبق ألزم الموكل. ولو أنكر الوكيل التقدّم حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف ولم يتمكّن من الردّ على الموكل، لأنّه لو أقرّ ردّ عليه. وهل للمشتري تحليف الموكل لأنّه مقرّ بالتوكيل؟

ولذا لو اعترف الوكيل بعيب المتاع حال البيع فلا ينفع في ثبوت الخيار أو الأرش للمشتري لأن اعتراف الوكيل بإقرار على الغير لا على نفسه. وعليه فإن اعترف الموكل بتقدم العيب وخيار المشتري فهو وآل يحلف على نفي التقدّم.

ولا وجه لما يقال: من ان اعترف الوكيل ينفذ على الموكل لا بما هو اعتراف على الغير، بل لقاعدة سماع قول ذي اليد أو من ملك شيئاً ملك الإقرار به، وذلك فان قول ذي اليد لا يعتبر بعد انقضاء اليد إلا مع الوثوق بل في حال اليد أيضاً في غير الطهارة والنجاسة ونحوهما، وقاعدة من ملك شيئاً لا تعم حال زوال الملك، مع أن السماع يختص بسماع التصرف لا بسماع خصوصية العين كما لا يخفى.

وأما إذا لم يعترف المشتري بالوكالة ولم يكن للبائع البيّنة يكون طرف المخاصمة معه هو الوكيل، فان اعترف بسبق العيب فقد تقدم أنه لا ينفذ في حق المالك، غاية الأمر يكون اعترافه هذا دعوى بالاضافة إلى موكله بتحملة الظلامة عنه.

الظاهر لا، لأنّ دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته، وعلى الموكل يستلزم الاعتراف به. واحتمل في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره. ثمّ إذا لم يحلف الوكيل ونكل فحلف المشتري اليمين المردودة وردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل أم لا؟ وجهان، بناهما في القواعد على كون اليمين المردودة كالبيّنة فينفذ في حقّ الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ. ونظر فيه في جامع المقاصد: بأنّ كونها كالبيّنة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل، لأنّ الوكيل

ولو حلف المالك على عدم تقدم العيب أو قال: لا أدري، يكون المتحمل للظلامة هو الوكيل. وإذا أنكر الوكيل تقدم العيب فيمكن له الحلف على نفي العيب أو على نفي خيار المشتري.

ولا يقال: إنّ هذا الحلف حلف على مال المالك فيكون من الحلف عن الغير فلا تسمع.

فإنه يقال: فإن حلفه على نفي خيار المشتري من الحلف على دفع الظلامة المتوجه إليه، مع انا قد ذكرنا في بحث القضاء جواز الحلف عن المنكر ولو كان ذلك من الحلف على أمر لغير فيما إذا كان ذلك بالولاية أو الوكالة.

ولو لم يحلف الوكيل في الفرض ورده على المشتري فحلف على تقدم العيب يثبت الخيار له، وهل هذا الحلف الذي من اليمين المردودة بمنزلة اعتراف المنكر فتقع الظلامة على الوكيل أو أنه كبيّنة المدعي وهو المشتري في المقام فينفذ في حق مالك المتاع ويتعين عليه تحمّل الظلامة، فمبني على الخلاف في أن اليمين المردودة على المدعي بمنزلة إقرار المنكر أو أنه كبيّنة المدعي وقد ذكرنا في بحث القضاء أنّها ليست من البيّنة ولا من الاعتراف بل هو ملاك آخر.

وبتعبير آخر: كما ان اعتراف المدعي عليه في نفسه ملاك الحكم ولا يدخل في

معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البيّنة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل، بحيث لا ينافي ثبوته ولا دعوى ثبوته، كأن يقول: «لاحق لك عليّ في هذه الدعوى» أو «ليس في المبيع عيب يثبت لك به الردّ عليّ» فإنه لا تمنع حينئذٍ تخريج المسألة على القولين المذكورين، انتهى. وفي مفتاح الكرامة: أن اعتراضه مبني على كون اليمين المردودة كبيّنة الرادّ، والمعروف بينهم أنه كبيّنة المدعي.

قوله عليه السلام: «البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>، وقوله عليه السلام: «انما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان»<sup>(٢)</sup>، كذلك الحكم باليمين المردودة فإن الحكم بها يستفاد مما دل على رد اليمين على المدعي برد المنكر أو بنكوله.

وقد يقال: إنه لو قيل بأن اليمين المردودة كالبيّنة فلا يجوز أيضاً للوكيل مطالبة الظلامة عن المالك لا اعترافه كذب البيّنة التي أقامها المدعي بعنوان اليمين المردودة، اللهم إلا أن يكون اعتراف الوكيل بعدم سبق العيب مستنداً إلى الأصل فلا مورد للأصل المزبور مع البيّنة على خلافه، ولو كانت اليمين المردودة كبيّنة المدعي تكون نافذة في حق المالك أيضاً، وانما لا تنفذ فيما إذا كان إنكار الوكيل السبق جزمياً.

ويجاب عن الإشكال: بأن ذلك مبني على كون اليمين المردودة كبيّنة الراد في أنها تسقط الحلف عنه فقط، واما إذا قيل بأنها كبيّنة المدعي فتنفذ في حق المالك. أقول: قد ذكرنا أن اليمين المردودة ليست كالبيّنة لا من الراد ولا من المدعي، فلا تنفذ تلك اليمين إلا في حق الوكيل.

نعم إذا أقام المشتري في الفرض البيّنة على العيب في المبيع حال العقد تثبت

أقول: كونه كبيئة المدعي لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل. وتام الكلام في محله.

الرابعة: لو ردّ سلعة بالعيب فأنكر البايع [١] أنها سلعته، قُدّم قول البائع - كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد - لأصالة عدم حقّ له عليه، وأصالة عدم كونها سلعته. وهذا بخلاف ما لو ردّها بخيار فأنكر كونها له، فاحتمل هنا في التذكرة والقواعد تقديم قول المشتري، ونسبه في التحرير إلى القيل، لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الاولى.

بتلك البيئة على المالك تحمّل الظلامة فيما إذا كان الوكيل غير منكر تلك البيئة، بأن كان جوابه للمشتري بـ«الأدري» أو بانكار سبق العيب اعتماداً للأصل، فان مع تلك البيئة لا مورد للأصل، فيمكن إثبات دعواه على المالك بتحمّل الظلامة بتلك البيئة.

لا يقال: هذا كله أي دعوى المشتري على الوكيل بسبق العيب فيما إذا اعتقد بأنه البايع بالأصالة، وأما إذا لم يكن المشتري جازماً بأنه البايع بالأصالة فكيف يدعى الأرش أو الفسخ على البايع.

فإنه يقال: يكفي في دعوى المشتري على الوكيل الأخذ بظهور الفعل في الاصالة كما هو الحال في كل مورد كانت الدعوى أو الإنكار للاعتماد على الحجة.

[١] لو ردّ متاعاً معيباً على البايع بدعوى أنه سلعته التي شراها منه وأنها كانت معيبة عند الشراء وأنكر البايع عيب متاعه وأن المردود عليه ليس بسلعته، فيحلف البايع على نفي الخيار للمشتري مع عدم البيئة له وذلك لمطابقة قول البايع مع أصالة عدم الخيار للمشتري وعدم جريان بيعه على المتاع المزبور سواء قصد المشتري فسخ الشراء بالرد المزبور أو بغيره، وهذا فيما لم يعترف البايع بثبوت الخيار للمشتري كما ذكرنا.

أقول: النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار ومع الاتفاق عليه، كما لا يخفى. لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه المعيبة أو غيرها، والحكم بتقديم قول البائع مع يمينه. وأما إذا اتفقا على الخيار واختلفا في السلعة، فلذبي الخيار حينئذٍ الفسخ من دون توقّف على كون هذه السلعة هي المبيعة أو غيرها، فإذا فسخ وأراد ردّ السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها. نعم، استدّل عليه في الإيضاح - بعدما قوّاه -: بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع واستحقاق الفسخ، والاختلاف في موضعين: أحدهما: خيانة المشتري فيدعيها البائع بتغيّر السلعة والمشتري ينكرها، والأصل عدمها. ثانيهما: سقوط حقّ الخيار الثابت للمشتري، فالبايع يدّعيه والمشتري ينكره والأصل بقاؤه. وتبعه في الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف، ولو صدّقه على كون المبيع معيوباً وأنكر تعيين المشتري حلف المشتري، انتهى.

واما إذا اتفقا على الخيار للمشتري فقد يقال: بأن المشتري يحلف على كون المردود هي السلعة التي شراها منه كما عن العلامة في التذكرة<sup>(١)</sup> والقواعد<sup>(٢)</sup>. وذكر في الإيضاح<sup>(٣)</sup> في وجه ذلك بأن اختلافهما في أمرين: أحدهما: خيانة المشتري في دعواه كون المردود هي السلعة المبيعة والأصل عدم الخيانة. وثانيهما: سقوط خيار المشتري والأصل بقاؤه.

(١) التذكرة ١: ٥٤١.

(٢) القواعد ٢: ٧٩.

(٣) الإيضاح ١: ٤٩٩.



أقول: أمّا دعوى الخيانة، فلواحتاجت إلى الإثبات ولو كان معها أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع، لوجب القول بتقديم [قول] المشتري في المسألة الأولى وإن كانت هناك أصول متعدّدة على ما ذكرها في الإيضاح - وهي: أصالة عدم الخيار، وعدم حدوث العيب، وصحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه - لأنّ أصالة عدم الخيانة مستندتها ظهور حال المسلم، وهو وارد على جميع الأصول العدمية، نظير أصالة الصحة. وأمّا ما ذكره: من أصالة صحة القبض، فلم نتحقّق معناها وإن فسّرناها من قبله بما ذكرنا، لكن أصالة الصحة لا تنفع لإثبات لزوم القبض. وأمّا دعوى سقوط حقّ الخيار فهي إنّما تجدي إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب - كما فرضه في الدروس - وإلّا فأكثر الخيارات ممّا اجمع على بقائه مع التلف، مع أنّ أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلاّ بثبوته، لا وجوب قبول هذه السلعة إلاّ من جهة التلازم الواقعي بينهما. ولعلّ نظر الدروس إلى ذلك.

وأورد المصنف رحمته على الاستدلال بأن مقتضى استصحاب الخيار نفوذ فسوخ المشتري، لا تعيين المردود هي السلعة التي جرى عليها البيع، وإثبات كونه هي السلعة المباعة بأصالة عدم الخيانة غير صحيح، لأن مع جريان أصالة عدم جريان المبيع على المردود يثبت الخيانة بهذا المعنى، وإلّا تكون أصالة عدم الخيانة مثبتة لكون المبيع هو المردود حتى مع عدم اعتراف البائع بالخيار للمشتري كما في الفرض الأول، مع أنهما قد ذكروا فيه حلف البائع على نفي الخيار ونفي كون المردود سلعته.

لا يقال: لا يقاس الفرض السابق بالفرض الثاني، لأن أصالة عدم الخيار للمشتري وعدم حدوث العيب في المبيع حال البيع وصحته إقباض البائع في الفرض الأول كانت مقتضاها تقديم قول البائع، بخلاف الفرض الثاني مما لا مجال فيه لشيء مما ذكر لاعتراف البائع بخيار المشتري.

فانه يقال: أصالة عدم الخيانة من قبيل ظهور الحال كأصالة الصحة التي لا مجال

وأما الثاني - وهو الاختلاف في المسقط - ففيه أيضاً مسائل:  
 الأولى: لو اختلفا في علم المشتري [١] بالعيب وعدمه قدم منكر العلم، فيثبت الخيار.

معها للاستصحاب، واما صحة الإقباض فلامعنى لها لأن المقبوض كان ملك المشتري سواء كان البيع لازماً أو خيارياً، ولزوم القبض عبارة أخرى عن عدم الخيار للمشتري في فسخ البيع.

أقول: وتقريب عدم الفرق بين الفرضين أن أصالة عدم الخيانة يطلق على معنيين: أحدهما: عدم نسبة الحرام إلى المشتري المدعي، وأصالة عدم الخيانة بهذا المعنى يشترك فيها الفرضان ولكن لا تثبت كون المردود هي السلعة المبيعة لإمكان كون دعوى المشتري للخطأ والغفلة.

وثانيهما: قبول الراد بأن يبيى على أن ملك البايع هي العين المردودة وهذا لا يجري في شيء من الفرضين، بل يختص بموارد قول الأمين خاصة اخذاً بما دل على عدم جواز اتهام الأمين والأخذ بقول المؤتمن وقوله سبحانه: ﴿مَا عَلَى الْمُفْخِسِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾<sup>(١)</sup> ولا يعمّ المقام فإن السلعة المبيعة كانت بيد المشتري بيد ملك وبعد الفسخ على تقديره يد ضمان فأين يد الأمانة ودعوى كونها شبيهة بيد الأمانة لم يعلم لها وجه.

وعلى ذلك فان كان الخيار المتفق عليه خيار العيب فلا ينفذ فسخ المشتري إلا بعد إثبات كون المردود هو المبيع وإلا يحق له المطالبة بالأرش فقط، وان كان غيره مما لا يسقط بتلف العين فيجوز له الفسخ وإعطاء البدل عن المبيع كما لا يخفى.

[١] لاختلاف المتبايعين في مسقط الخيار صور:

الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده - على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش بل ولا الرد - ففي تقديم مدعي البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه وعدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدعي عدم ثبوت الخيار، لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده وهو غير ثابت فالأصل لزوم العقد وعدم الخيار، وجهان، أفواهما الأول. والعبارة المتقدمة من التذكرة في سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثاني، فراجع. ولو اختلفا بعد حدوث

الأولى: ما إذا اختلفا في علم المشتري بالعيب عند الشراء، فإن المأخوذ في موضوع الخيار عدم تبين العيب للمشتري عند الشراء وقد ذكر سلام الله عليه في معتبرة زارة: «أبما رجل اشترى شيئاً به عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يتبين له»<sup>(١)</sup> الحديث وإذا قال البائع: ان المشتري كان عالماً بالعيب عند الشراء فلا خيار له وقال المشتري: كنت جاهلاً فلي الخيار فيطابق قول المشتري مع استصحاب عدم تبين عواره وعيبه له ويثبت له الخيار.

الثانية: ما إذا اختلفا في زوال العيب إلى زمان علم المشتري به، فقال المشتري: انه قد علم العيب السابق قبل زواله فلي الخيار، وقال البائع: انه كان زائلاً عنده فليس لك خيار، فان المفروض علم المشتري بالعيب السابق ومقتضى الاستصحاب وجود ذلك العيب زمان علمه بالعيب السابق فيتم موضوع الخيار فيكون قول المشتري مطابقاً للاستصحاب فيحلف على وجود العيب السابق زمان علمه.

لا يقال: يعارض هذا الاستصحاب عدم العلم إلى زمان زوال العيب، فان زواله محرز بالوجدان ومقتضى الأصل عدم هذا العلم إلى ذلك الزمان فيتم موضوع سقوط الخيار وهو عدم العلم به مع زواله.

(١) وسائل الشريعة ١٨: ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

عيب جديد وزوال أحد العيين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار، فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار. ولا يعارضه أصالة بقاء الجديد، لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول: أن أصالة عدم أحد

فانه يقال: لو سلم المعارضة تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الخيار بناءً على أن زوال العيب مع عدم العلم به مسقط له كما هو الفرض.

نعم لو قيل بأن الموضوع للخيار حصول العلم بالعيب حال عيب الشيء نظير ما تقدم في درك الجماعة بأن يركع الشخص حال ركوع الإمام فالأصل عدم حصول العلم حال عيب الشيء فيكون قول الباع مطابقاً للأصل فيحلف على النفي.

أقول: قد ذكرنا أن مع زوال العيب لا يكون في بين جواز الرد ولا جواز أخذ الأرش لأن ظاهر المرسله جواز الفسخ مع رد المعيب فلا ينفذ مع عدم كون المردود معيباً.

وهذا أيضاً ظاهر كلام التذكرة قال لو كان المبيع معيباً عند الباع وقد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده سقط الرد انتهى<sup>(١)</sup>.

ومقتضى ما ذكره رحمته أن العلم بالعيب السابق حال زواله لا يكون موجباً للخيار بل الموجب له العلم بالعيب حال وجوده ويبقى هذا الخيار ما دام العيب باقياً مع زواله يسقط ولذا ذكر المصنف رحمته أن هذه العبارة تشير إلى أن الموضوع للخيار العلم بالعيب السابق حال العيب.

والفرق بين ذلك وما ذكرنا هو أن الموضوع للخيار على ما ذكرنا جريان البيع

الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه. لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكتة بياض بعينه، ووجد نكتة قديمة، ثم زالت إحداهما، فقال البائع: الزائلة

على شيء حال وجود العيب فيه واستفدنا ذلك من معتبرة زرارة<sup>(١)</sup> وإن هذا الخيار يبقى ما دام العيب.

والحاصل: أنه لا يعتبر في موضوع الخيار العلم بالعيب أصلاً لا مطلقاً ولا حال وجود العيب، بل المعتبر جريان البيع على ما به عيب والموضوع للخيار في الفرض محرز ومقتضى الاستصحاب بقاء ذلك العيب الذي كان عند البيع فيجوز للمشتري أخذ الأرش لذلك العيب، وأما جواز الفسخ فلا لأن حدوث نكتة أخرى يوجب سقوط جواز الفسخ بقيت أم زالت.

ومع زوال القديم سواء حدث عيب آخر أم لا لا مورد لجواز الفسخ ولا لأخذ الأرش لأن مع زوال السابق قبل الفسخ يسقط الخيار فسخاً وأرشاً كما تقدم.

وذكر المصنف رحمته أن زوال العيب الحادث في يد المشتري يصح الفسخ بالعيب القديم فمع اختلافهما بأن الزائل هو القديم أو الحادث يكون البائع في الفرض مدعياً لمخالفة قوله لاستصحاب العيب القديم ويوافقه قول المشتري فيكون منكراً فيحلف على عدم السقوط.

لا يقال: قول البائع أيضاً يوافق الأصل يعني استصحاب العيب الجديد فيكون كل منهما مدعياً ومنكراً فيتحالفاً ويستفيد البائع بحلفه سقوط الفسخ ويستفيد المشتري بحلفه أخذ الأرش.

(١) مَرَّتْ أَنْفًا.

القديمة فلا ردّ ولا أورش، وقال المشتري: بل الحادثة ولي الردّ، قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الردّ واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش، انتهى.

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه [١] فادّعى البائع حدوثه عند المشتري والمشتري سبقه، ففي الدروس: أنه كالعيب المنفرد، يعني أنه يحلف

فانه يقال: أصالة بقاء العيب الجديد غير جارية في نفسها، فانها لا يثبت زوال العيب القديم لينتفى جواز الفسخ ويجوز أيضاً أخذ الأرش بناءً على أن الثابت للمشتري تخييره بين الفسخ وجواز أخذ الأرش.

أقول: استصحاب العيب السابق لا يترتب عليه بقاء جواز الفسخ مطلقاً بل في خصوص ما ثبت فيه بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه عند البيع، ومن الظاهر ان الاستصحاب المزبور لا يثبت بقاء المبيع بحاله.

وبتعبير آخر: يثبت بأصالة بقاء العيب الجديد وبقاء المبيع على تغيره عدم جواز الفسخ فيكون قول البائع مطابقاً للأصل وقول المشتري مخالفاً له فيحلف البائع على نفيه، واما الأرش فلا يستحقه المشتري اخذاً باعترافه بناءً على أنه في طول جواز الفسخ. واما بناءً على تخيير المشتري بين جواز الفسخ واخذه يحرز باستصحاب العيب القديم جوازه، فيكون البائع بالاضافة إلى سقوط الأرش مدعياً والمشتري منكراً، فيتم ما تقدم عن الشافعي من أنهما يتحالفان فينتفع البائع بحلفه اسقاط الفسخ والمشتري بجواز اخذ الأرش.

[١] إذا اشترى متاعاً به عيب ووجد فيه عيب آخر فاختلفا في ذلك العيب الآخر فقال البائع: إنه حدث عندك فلا يجوز لك إلا أخذ الأرش على العيب الأول وقال المشتري: إن العيب الثاني كان عند الشراء أيضاً فلي جواز الفسخ بهما؛ ذكر في

البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب واختلفا في السبق والتأخر. ولعله لأصالة عدم التقدم. ويمكن أن يقال: إن عدم التقدم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار، وأما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، وقد مرّ غير مرّة: أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، وإنما

الدروس<sup>(١)</sup>: أن الفرض مثل ما إذا لم يكن في المتاع إلا عيب واحد وقال البائع بحدوثه عند المشتري فلا خيار وقال المشتري: إنه كان عند البيع فلي الخيار، ويقدم قول البائع لموافقته استصحاب عدم العيب حال البيع فيحلف على عدم العيب الثاني عند البيع أو عدم الخيار للمشتري.

وذكر المصنف رحمه الله أن الفرض لا يقاس بالعيب المنفرد، لأن استصحاب عدم العيب حال البيع في العيب المنفرد ينفي موضوع الخيار ولذا يقدم فيه قول البائع، بخلاف هذا الفرض حيث يدعي البائع فيه سقوط الخيار الثابت للمشتري بحدوث العيب الثاني عنده، واستصحاب عدم العيب الثاني حال البيع لا يثبت حدوثه عند المشتري ليقدّم قول البائع.

أقول: لو فرض ثبوت الخيار للمشتري بالعيب المتفق عليه يجري في الفرض استصحاب عدم حدوث العيب الثاني عند المشتري فيحلف على ذلك فيحكم ببقاء خياره، ولكن لا يثبت له خيار آخر بالعيب الثاني لأن الأصل عدم وجود العيب ذلك الثاني عند البيع.

لا يقال: يعلم إجمالاً بعدم مطابقة كل من استصحاب عدمه حال البيع واستصحاب عدم حدوثه عند المشتري للواقع بل أحدهما غير مطابق له لا محالة.

يثبت عدم التقدم الذي لا يثبت به التأخر. ثم قال في الدروس: ولو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري وأنكر احتمال حلف المشتري لأن الخيار متيقن وزيادة موهومة، ويحتمل حلف البائع إجراء للزيادة مجرى العيب الجديد.

فانه يقال: هذا العلم الإجمالي لا يوجب سقوط الأصلين لأنهما لا يوجب المخالفة القطعية، بل يوجب التفكيك بين المتلازمين واقعاً ولا محذور فيه فيما إذا اقتضاه الأصلان.

والحاصل يحلف كل من البائع والمشتري، فالبايع على عدم وجوده حال البيع فلا يكون الخيار الثاني، ويحلف المشتري على عدم حدوثه عنده فيحكم ببقاء الخيار الأول.

واما مع عدم ثبوت الخيار بالعيب الأول كما إذا تبرأ البائع منه أو كان معلوماً للمشتري يكون الفرض كما ذكره في الدروس<sup>(١)</sup> من تقديم قول البائع، فان أصالة عدم وجوده حال البيع ينفي الخيار كما هو ظاهر.

ومما ذكرنا يظهر الحال فيما إذا حصلت الزيادة في العيب الذي كان عند البيع واختلفا في زمان حصولهما فقال البائع: إنها حصلت بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ وقال المشتري: إنها كانت قبل قبض المبيع فله الخيار، فانه ان كان أصل العيب الذي كان عند البيع موجباً للخيار يتحالفان ويثبت للمشتري جواز الفسخ بأصل العيب وينفي البائع بحلفه جواز الفسخ وأخذ الأرض بتلك الزيادة.

واما إذا لم يكن أصل العيب موجباً للخيار كما إذا تبرأ البائع منه أو كان معلوماً للمشتري فيحلف البائع على عدم حصولها عنده فلا يثبت للمشتري جواز الفسخ ولا جواز الأرض فتدبر.



أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد وأن حلف البائع فيه محل نظر. ثم لا بدّ من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنه كان متقدماً أو متأخراً. وأما إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة: لو اختلفا في البراءة [١] قدّم منكرها، فيثبت الخيار، لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد. وربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال: «كُتِبَ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ عليه السلام: جعلت فداك! المتاع يباع في من يزيد فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه: برئ من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها، فيقول له المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أصدق فلا يجب عليه، أم لا يصدق؟ فكتب عليه السلام: أن عليه الثمن... الخبر».

[١] لو اختلفا في التبري عن عيب المبيع بأن ادعاه البائع وانكره يقدم قول المشتري، لأن جريان البيع على ما به عيب وعواز محرز والأصل عدم تبرّي البائع فيتم موضوع الخيار.

ولكن ربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى عن أبي الحسن عليه السلام (١) خلاف ذلك وأنه عند الاختلاف في التبرّي يقدم قول البائع.

وذكر الأردبيلي رحمته الله (٢): أن الرواية لكونها مكاتبة يحتمل فيها الدس ورعاية التقية وكونها على خلاف قاعدة «البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (٣)

(١) وسائل الشيعة ١٨: ١١١، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب.

(٢) مجمع الفائدة ٨: ٤٣٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢٧: ٢٣٣، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، وأحكام الدعوى، الحديث ١.

وعن المحقّق الأردبيلي: أنّه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة ومخالفة القاعدة، انتهى. وما أبعد ما بينه وبين ما في الكفاية: من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر»، وفي كلّ منهما نظر. وفي الحدائق: أنّ المفهوم من مساق الخبر المذكور: أنّ إنكار المشتري إنّما وقع مدالسةً، لعدم رغبته في المبيع، وإلّا فهو عالم بتبرّي البائع، والإمام عليه السلام إنّما ألزمه بالثمن من هذه الجهة.

فلا يمكن الاعتماد عليها ولكن جعلها في الكفاية مؤيدة للقاعدة.

وذكر في الحدائق<sup>(١)</sup>: أنّ تقديم قول البائع في الرواية لكون إنكار المشتري كان تدليساً ولعدم رغبته في المبيع جعل إنكاره وسيلة للتخلص من البيع، ولذا ألزمه عليه السلام<sup>(٢)</sup> بالثمن، من غير أن يذكر أنّ على البائع الحلف على إسماع التبرّي.

وناقش المصنّف رحمته الله في التوجيه بأنه لا يحتمل ان يسأل الإمام عليه السلام عن حكم صورة العلم بكذب المشتري، فإن الحكم في صورة العلم بالحال كان ظاهراً وانما سئل عن صورة احتمال صدق المشتري كما يفصح عن ذلك قوله أيبصدق أم لا؟

والصحيح في الرواية أن يقال: إن في موردها خصوصية لا تنافي ما تقدم من تقديم قول منكر التبري عند الاختلاف، وتلك الخصوصية ان البيع فيمن يزيد لا ينفك غالباً عن تبري البائع بنحو يسمعه كل من حضر الشراء.

وهذا الظهور الغالب في المفروض في الرواية أوجب تقديم قول البائع، وهذا من أحد الموارد التي يقدم فيها الظهور على الأصل العملي أي استصحاب عدم سماع التبرّي.

(١) الحدائق ١٩: ٩١.

(٢) مرّانفاً.

وفيه: أن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّي المنكر له فيما بينه وبين الله، بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدّم قوله في ظاهر الشرع من البائع والمشتري، مع أن حكم العالم بالتبرّي المنكر له مكابرة معلوم لكل أحد، خصوصاً للسائل، كما يشهد به قوله: «أيصّدق أم لا يصدّق؟» الدالّ على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه.

والأولى توجيه الرواية: بأن الحكم بتقديم قول المنادي لجريان العادة بنداء الدالّ عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري مخالفة للظاهر، نظير دعوى الغبن والغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع. بقي في الرواية إشكال آخر، من حيث إن البراءة من العيوب عند نداء المنادي لا يجدي في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد. ويمكن التفضي عنه: إمّا بالتزام كفاية تقدّم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه، كما تقدّم في باب الشروط. وإمّا بدعوى أن نداء الدالّ بمنزلة الإيجاب، لأنه لا ينادي إلا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته، فينادي الدالّ ويقول: بعتك هذا الموجود بكل عيب، ويكرّر ذلك مراراً من دون أن يتمّ الإيجاب حتّى يتمكن من إبطاله عند زيادة من زاد.

لا يقال: تبرّي البائع قبل البيع ولو بنحو يسمعه من حضر لا يكون كافياً في الاشتراط، فانه يعتبر في نفوذ الشرط ذكره في متن العقد.  
فانه يقال: يكفي في نفوذ الشرط ذكره قبل المعاملة وانشائها مبنياً على المذكور قبله هذا أولاً.

وثانياً: ان نداء المنادي فيمن يزيد يكون إيجاباً للبيع ولو بنحو يقبل الرجوع فيه ويكون تبريه في النداء من ذكر الشرط في الإيجاب كما لا يخفى.

والحاصل: جعل نداءه إيجاباً للبيع. ولو أبيت إلا عن أن المتعارف في الدلال كون نداءه قبل إيجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك، مع أن الرواية لا تصريح فيها بكون البراءة في النداء قبل الإيجاب، كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفي العلم بالبراءة، لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعاً.

الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار [١] أو

[١] من موارد اختلاف المتبايعين في حدوث المسقط للخيار ما إذا ادعى البائع رضا المشتري بالمبيع فلا يجوز له فسخه بعد ذلك، ويجوز له أخذ الأرش خاصة بناءً على تخييره بين الفسخ ومطالبة الأرش، وأنكر المشتري رضاه فانه يحلف على عدم رضاه. وكذلك فيما إذا ادعى البائع إسقاط خياره بعد العلم بالعيب فلا يجوز له فسخ البيع ولا مطالبة الأرش أو ادعى تصرف المشتري بعد العلم بالعيب بل أو قبله بما يوجب سقوط جواز الفسخ، فانه مع الاختلاف يحلف المشتري على عدم إسقاط خياره أو عدم تصرفه.

ونظير ذلك ما تقدم من أن المبيع وجد فيه عيب جديد وقال المشتري: إنه كان عند البيع فيجوز له الفسخ وأخذ الأرش عليه أيضاً وقال البائع: إنه حدث بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ بالعيب القديم، فانه قد تقدم أن البائع يحلف على عدم وجوده عند البيع والمشتري على عدم حدوثه بيده فيحكم بقاء جواز الفسخ وعدم جواز أخذه الأرش على العيب الثاني.

ولكن العجب من المصنف رحمته الله حيث جعل في المقام الأصل الموافق لقول المشتري أصالة بقاء الخيار والأصل عدم جريان البيع على السالم من العيب الجديد فانه لو جرى على السالم لكان ضمانه على المشتري.

تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشتري لأصالة عدم هذه الأمور، ولو وُجد في المعيب عيباً اختلفا في حدوثه وقدمه ففي تقديم مدعي الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدّم سابقاً في دعوى تقدّم العيب وتأخره أو مدعي عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب والشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمّنه المشتري.

وأما الثالث، ففيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في الفسخ [١] فإن كان الخيار باقياً فله إنشاؤه. وفي الدروس: أنه يمكن جعل إقراره إنشأً. ولعله لما اشتهر: من أن «من ملك شيئاً

ووجه العجب أنّ ضمان المشتري العيب الجديد بمعنى حدوثه بيده مع جريان البيع على السالم متلازمان ومن الظاهر أن نفي أحد المتلازمين بالأصل - يعني أصالة عدم جريان البيع على السالم - لا ينفي الملازم الآخر.

[١] لو اختلفا في الفسخ في زمان يكون للمشتري فيه خيار لولا فسخه فلا ينبغي الريب في سماع قول المدعي بالفسخ، وظاهر كلام المصنف سماع قوله بأن له إنشاء الفسخ حين الدعوى.

وعن الدروس<sup>(١)</sup>: جعل دعواه فسخاً بمعنى أنّ الحاكم يحكم بتحقيق الفسخ بمجرد إقراره بالفسخ لقاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به» كما لو ادعى الزوج طلاق زوجته فان للزوج سلطنة الطلاق وإذا ادعاه يقبل قوله بغير بينة ولا يحتاج في الحكم بثبوته إلى حلف الزوج وإن أنكرته الزوجة.

ويشهد للقاعدة المزبورة ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة

عن محمد بن زياد عن محمد بن عبدالله الكاهلي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كان لعمي غلام فأبى فأتى الأنبار فخرج إليه عمي ثم رجع فقلت له: ما صنعت يا عم في غلامك؟ قال: بعته، فمكث ما شاء الله، ثم إن عمي مات فجاء الغلام، فقال: أنا غلام عمك وقد ترك عمي أولاداً صغاراً وأنا وصيهم، فقلت: إن عمي ذكر أنه باعك، فقال: إن عمك كان لك مضاراً وكره أن يقول لك فتشمت به، وأنا والله غلام بنيه، فقال: صدق عمك وكذب الغلام فأخرجه ولا تقبله»<sup>(١)</sup>.

والظاهر أن محمد بن عبدالله الكاهلي سهو، بل السائل هو عبدالله الكاهلي بقرينة رواية الحسن بن سماعة عن محمد بن زياد عن عبدالله بن يحيى الكاهلي في غير هذا المورد وعدم وجود محمد بن عبدالله الكاهلي في الرجال على ما أعلم، فالرواية من حيث السند موثقة ومدلولها قبول أخبار المالك عن بيع ماله وعدم بقائه في ملكه، والإقرار بالعتق كما في عبارة المصنف عليه السلام سهو من قلمه الشريف.

وذكر السيد اليزدي عليه السلام<sup>(٢)</sup>: أن الرواية لا دلالة لها على اعتبار القاعدة، ولذا لم يستدل بها المصنف عليه السلام في رسالته المرسومة في القاعدة على اعتبارها مع اهتمامه فيها بإقامة الدليل عليها.

والوجه في عدم دلالتها هو ورودها في واقعة خاصة ولعل الإمام عليه السلام كان يعلم بكذب الغلام وان تصديق البائع كان من سماع الإقرار على النفس، وذكر أنه لا ينافي سماع الإقرار على النفس دون سماع الإقرار للنفس سقوط نفقة الغلام في الفرض، فإن السماع الإقرار على النفس لا ينافي سقوط ما يترتب على المقر به من انتفاع الغير

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨١، الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١، والتهذيب ٧: ٢٣٧/١٠٣٦.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٩٦.

مَلَكَ الإقرار به» كما لو ادعى الزوج الطلاق. ويدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعي النفقة على أيتام الرجل وأنه رق لهم. وسيجيء الكلام في هذه القاعدة. وإن كان بعد انقضاء زمان الخيار [١] - كما لو تلف العين - افتقر مدّعيه الى البيّنة ومع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ

كسقوط النفقة فيما إذا أقر الزوج بطلاق زوجته وانما لا يسمع الإقرار فيما إذا كان المقرّ في نفسه للنفس لا عليه.

أقول: دعوى أنّ الرواية واردة في واقعة خاصة ولعل الإمام عليه السلام كان يعلم كذب الغلام لا يناسبها ظاهر السؤال والجواب.

ودعوى أنّ الإقرار على النفس تسمع ولو مع ترتب النفع للمقرّ فيما إذا كان المقرّ به على النفس ولا تسمع في خصوص ما كان المقرّ به للنفس غير ظاهرة، لأنّ الدليل على نفوذ الإقرار السيرة العقلية ولا يترتب على إقرار على النفس ما كان للنفس الا إذا كان داخلاً في قاعدة من ملك كدعوى الطلاق.

[١] إذا كان اختلاف المتبايعين في الفسخ في زمان لا يكون فيه للمشتري خيار الفسخ كما إذا تلف المبيع بعد الفسخ وقلنا: بان هذا التلف لا يوجب بطلان الفسخ السابق فان أقام المشتري البيّنة على فسخه السابق يرجع إلى البايع بالتفاوت بين الثمن المسمى وبدل المبيع التالف، ولو لم يتمكن على إقامة البيّنة على فسخه فيحلف البايع على نفي علمه بالفسخ فيما لو ادعى المشتري علمه به وألّا يوقف الدعوى.

وهذا بناءً على ما ذكرنا من عدم جواز الحلف على فعل الغير نفيًا وإثباتًا. واما بناءً على ما ذكرنا في بحث القضاء من أنه يصح القضاء بالحلف سواء حلف على فعل نفسه أو فعل الغير حيث لا يعتبر في الحلف إلا العلم فيحلف البايع على عدم فسخه.

إن ادعى عليه علمه بفسخه، ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعي للفسخ الأرش لثلاً يخرج من الحقيين أم لا لإقراره بالفسخ؟ وزاد في الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش وما زاد على القيمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن ورد القيمة فيقع التقاص في قدر القيمة ويبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين، انتهى.

وأيضاً ذكرنا فيما تقدم أنه يعتبر في نفوذ الفسخ بقاء المبيع بحاله إلى رده على بايعه وألاً فلا موضوع إلا للأرش.

وعليه فيتعين في الفرض المطالبة بالأرش ولا مجال للمخاصمة في الفسخ. وعلى ما ذكره من حلف البايع على عدم علمه بالفسخ فهل للمشتري المطالبة بالأرش، قيل: لا، لأن المشتري يعترف بعدم استحقاقه الأرش بدعواه فسخ البيع وأنه إنما يستحق من الثمن الزائد على البدل لا غير.

وذكر في الدروس<sup>(١)</sup>: أنه يحتمل استحقاق المشتري الأقل من الأرش والتفاوت بين الثمن وبدل المبيع والوجه في ذلك أن المشتري يستحق المال المزبور باتفاقهما، غاية الأمر يذكر المشتري أنه بعنوان التفاوت بين الثمن والبدل، والبايع بدعوى أنه بعنوان الأرش، فإن كان التفاوت أزيد فالبايع ينكر استحقاق المشتري تلك الزيادة فيحلف على نفي استحقاق المشتري، وإن كان الأرش أزيد فلا يجوز للمشتري أخذه أخذاً باعتراه، وعلى ما ذكر فلامورد للمخاصمة مع عدم الاختلاف بين الأرش والتفاوت بين الثمن وبدل التالف كما أنه لا موضوع لحلف البايع فيما إذا كان الأرش أكثر، كل ذلك فيما إذا لم يتضمن دعوى المشتري المطالبة بعين الثمن وألاً يحتاج نفي استحقاق المشتري إلى حلف البايع فتدبر.



الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت - بناءً على فورية [١] الخيار - ففي تقديم مدعي التأخر لأصالة بقاء العقد وعدم حدوث الفسخ في أول الزمان أو مدعي عدمه لأصالة صحة الفسخ وجهان. ولو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان

[١] لو كان اختلاف المتبايعين على القول بفورية الخيار في تأخر الفسخ أو وقوعه زمان الخيار، بأن قال المشتري: كان الفسخ زمان الخيار. وقال البائع: إنه كان بعد انقضائه، ذكر المصنف رحمته أن استصحاب بقاء العقد وعدم حصول الفسخ إلى انقضاء الخيار يوافق قول البائع حيث يذكر عدم الفسخ زمان الخيار، وأنه وقع على التأخير كما أن أصالة الصحة في الفسخ يوافق قول المشتري المدعي وقوع الفسخ زمان الخيار. وإذا اتفقا على زمان الفسخ واختلفا في أول زمان العقد، فعينه البائع بزمان يكون الفسخ معه على التأخير، وعينه المشتري بما يكون على الفور.

يحتمل استصحاب عدم وقوع العقد في الزمان المشكوك فيكون موافقاً لقول المشتري ولكن الاحتمال ضعيف لأن استصحاب عدم حصول العقد في ذلك الزمان لا يثبت وقوع الفسخ في أول زمان إمكان الفسخ.

ونظير المسألة ما إذا اختلف الزوجان في تقدم رجوع الزوج ووقوعه في العدة فقال الزوج: إنه كان في العدة، والزوجة: إنه كان بعد انقضاء العدة.

أقول: الاستصحاب في ناحية بقاء العقد لا مجال له مع استصحاب عدم حصول الفسخ المزبور إلى حين انقضاء الخيار فإن هذا الاستصحاب لو تم لترتب عليه بقاء العقد إذ مع الأصل السببي لا تصل النوبة إلى الأصل الحكمي، كما أنه لا مجال لاستصحاب عدم الفسخ المزبور حين الانقضاء لو جرت أصالة الصحة في ناحية الفسخ، لأنه مع أصالة الصحة لا مجال للاستصحاب - كان على وفق أصالة الصحة أو على خلافها - على ما هو المقرر في محله من حكومتها على الاستصحاب.

وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان. وهذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة وادّعت هي تأخره عنها.

وذكر السيد البيزدي رحمته الله (١) انه يقدم في فرض الاختلاف في تقدم الفسخ وتأخره قول المشتري المدعي لصحة الفسخ لأصالة الصحة في الفسخ، فان حمل فعل الغير على الصحة يكون في غير موارد المنازعة، ومع المنازعة يجري الحمل في العقود لا في الايقاعات كما في المقام، بل لانه مع استصحاب بقاء الخيار إلى حصول الفسخ يترتب عليه نفوذه.

لا يقال: هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم وقوع الفسخ المزبور إلى زمان انقضاء الخيار.

فانه يقال: إن الاستصحاب المزبور لازمه العقلي وقوع الفسخ بعد الانقضاء المحكوم على الفسخ معه بالطلان.

أقول: ما ذكره رحمته الله في أصالة الصحة عجيب، فان اعتبارها لا يختص بغير موارد المنازعة، كما أنه لا فرق في اعتبارها بين العقود والايقاعات بل ساير ما يتصف بالصحة من العبادة وغيرها.

نعم في أصالة الصحة كلام وهو عدم جريانها في موارد الشك في قابلية المورد للتصرف أو في ولاية المتصرف للتصرف، وعليه في المقام يشك في قابلية العقد للفسخ حال فسخ المشتري فلا مجرى لها.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣: ١٩٧.

وأما استصحاب بقاء الخيار فقد يقال: إنه لا مجال له لأن انحلال البيع مترتب على الفسخ حال الخيار واستصحاب بقاء الخيار لا يفيد في كون الفسخ حال الخيار، نظير ما تقدم من أن الموضوع لدرك الجماعة الركوع حال ركوع الإمام.

ولكن لا يخفى ما فيه: فإن انحلال العقد بالفسخ في زمان اثر شرعي لوجود الخيار في ذلك الزمان، وإذا ثبت بالاستصحاب تحقق الخيار زمان الفسخ يترتب على الفسخ المزبور انحلال العقد ووقوع الفسخ حال الخيار ليس موضوعاً لانحلال العقد في شيء من الخطابات.

ومما ذكرنا ظهر أنه يلزم في الحكم ببقاء العقد من نفي الخيار زمان الفسخ، ومن الظاهر عدم أصل ينفي الخيار زمان الفسخ، وأصالة عدم الفسخ المفروض إلى زمان انقضاء الخيار يلزمه عدم الخيار زمان الفسخ، والأصل لا يثبت لازمه العقلي كما هو ظاهر. فالمتحصل: أن مع عدم البيّنة للبايع يحلف المشتري على كون فسخه زمان الخيار له.

ومما ذكرنا يظهر الحال في مسألة اختلاف الزوجين في تقدم الرجوع على انقضاء العدة أو تأخره فإن مقتضى الاستصحاب كونها في العدة زمان الرجوع، فيترتب عليه انحلال الطلاق، فإن انحلاله بالرجوع من احكام كونها في العدة في ذلك الزمان. واستصحاب عدم ذلك الرجوع إلى انقضاء العدة لا ينفي العدة زمان الرجوع إلا بنحو الأصل المثبت.

لا يقال: يقدم في الفرض قول المرأة لمثل قوله عَلَيْهَا في صحيحة زرارة: «العدة والحيض للنساء إذا ادعت صدقت»<sup>(١)</sup>.

(١) وسائل الشريعة ٢٢: ٢٢٢، الباب ٢٤ من أبواب العدد، الحديث ١.

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته [١] - بناءً على فوريته - سُمع قوله إن احتمال في حقه الجهل للأصل. وقد يفضّل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الأحكام والجهل بالفورية فيعذر مطلقاً لأنه مما يخفى على العامة.

القول في ماهية العيب وذكر بعض أفراده

إعلم ان حكم الردّ والأرش معلق في الروايات [٢] على مفهوم العيب والعيوب. أمّا العوار، ففي الصحاح: أنه العيب. وأمّا العيب، فالظاهر من اللغة والعرف: أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه وبين الكمال. فالصحة: «ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشيء لو خُلّي وطبعه»، والعيب والكمال

فانه يقال: ظاهرها اعتبار إخبارها عن حالها الفعلي ولا يعم إخبارها عن حالها السابق زمان الفعل الصادر عن الغير بل عن نفسها أيضاً كما لا يخفى.

[١] لو فرض إمكان تصوير الخيار على الفور وبنحو التراخي في حق الجاهل بالفورية ولو بجعل الخيار المتعدد، بأن يجعل الشارع الخيار لكل من اشترى ما به العيب زمان علمه بالعيب وجعل خيار آخر لمن اشترى المعيب ولم يعلم بالخيار له زمان علمه بالعيب، فانه يجري مع اختلافهما في جهل المشتري استصحاب عدم علمه بالخيار له زمان علمه بالعيب فيثبت الموضوع للخيار الثاني، فيكون قول مدعي الجهل موافقاً للأصل.

نعم إذا كان المشتري ممن يبعد الجهل في حقه يكون تقديم مدعي علمه بالخيار مبنياً على تقديم الظاهر على الأصل.

[٢] قد تكلم ﷺ في المقام في العيب الموضوع لجواز فسخ العقد وأخذ الأرش عليه ثم تعرض لبعض ما يقال انه عيب، وقال بما حاصله: ان العيب هو نقص الشيء

يلحقان له لأمر خارج عنه. ثم مقتضى حقيقة الشيء قد يُعلم من الخارج، كمقتضى حقيقة الحيوان - الأناسي وغيره - فإنه يعلم أن العمى عيب، ومعرفة الكتابة في العبد والطبخ في الأمة كمال فيهما. وقد يستكشف ذلك بملاحظة أغلب الأفراد، فإن وجود صفة في أغلب أفراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى ماهية المشتركة بين أفرادها، وكون التخلف في النادر لعارض. وهذا وإن لم يكن مطرداً في الواقع،

عن مرتبة الصحة الملحوظة في الشيء المتوسطة بين النقص والزيادة المعبر عن الزيادة بالكمال، وان كون شيء صحيحاً عبارة عن كونه على مقتضى الحقيقة المشتركة بينه وبين ساير أفراد تلك الطبيعة.

وإذا علم مقتضى الحقيقة من الخارج بحيث يكون تخلف فرد من أفرادها ذلك المقتضى لأمر عارض سواء كان التخلف بالنقص كالعمى في الحيوان أو بالزيادة كمعرفة الكتابة في العبد والخياطة في الأمة يكون المعيار في إحراز النقص هو العلم بمقتضاها. وقد لا يعلم مقتضى حقيقة الشيء إلا من وجدان غالب أفرادها على مرتبة ويجعل الغلبة وسيلة إلى إحراز مقتضى حقيقة ذلك الشيء، وكون غالب أفراد شيء على نحو وان لا يلزم عقلاً كون ذلك النحو مقتضى الحقيقة لإمكان كونه لعارض أو عوارض تقارن غالب الأفراد. ولكن يظن بكون ذلك النحو مقتضى الحقيقة، فيكون الغلبة طريقاً ظنياً بهذا اللحاظ وإلا فلا يمكن الاستدلال من الجزئي على جزئي الآخر.

والحاصل: تعتبر هذه الغلبة عرفاً وعادة في استكشاف مقتضى الشيء ويبنى ان مقتضى غالب الأفراد مقتضى حقيقته، فيقاس إليها النقص والزيادة.

وقد يعلم أن ما عليه غالب أفراد الشيء ليس من مقتضى حقيقة الشيء، بل لأمر خارج عن حقيقته كما في خراج الضيعة، فان الخراج ليس من مقتضى تملك الضيعة، ولكنه يوضع عليها فيكون المقدار المتعارف من الخراج من مقتضى طبيعة الضيعة المملوكة.

إذ كثيراً ما يكون أغلب الأفراد متّصفة بصفة لأمر عارضٍ أو لأمر مختلفة، إلا أن بناء العرف والعادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال أغلب الأفراد، ومن هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة لفرد من ملاحظة أغلب الأفراد، فإن وجود الشيء في أغلب الأفراد لا يمكن الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها، لاستحالة الاستدلال - ولو ظناً - بالجزئي على الجزئي، إلا أنه يستدلّ من حال الأغلب على حال القدر المشترك، ثم يستدلّ من ذلك على حال الفرد المشكوك.

وفي هذا الفرض يكون الملاك في النقص والكمال الطبيعة الثانوية فزيادة الخراج الموضوع للأرض عن خراج أمثالها عيب ولذا ذكروا أن الشبوية في الاماء ليست عيباً، بل قد يكون كون الشيء على مقتضى حقيقته عيباً كالغلفة في العبد، فان عدم الختان الواجب عيب.

نعم ربما قيل: إن مجرد عدم الختان غير عيب بل العيب في الأغلف لاحتمال الضرر في ختان الكبير، ولذا لا يعد الغلفة في الصغير عيباً وعلى كل تقدير فلا عبرة بالخلقة الأصلية أو الحقيقة فيما إذا حصلت حقيقته ثانوية.

ولكن عدم العبرة بها لكون الشيء معيباً غير انه لا يثبت له حكم العيب لانصراف ما دل على جواز الفسخ والارش إلى صورة التزام المتبايعين بعدم العيب ولو بشرط ضمنى ومع كون النقص غالباً لا يكون في البين شرط ضمنى ولحوقه بصورة تبري البايع عن العيب أو أن النقص الحاصل في غالب الأفراد غير داخل في العيب أصلاً. وتظهر الثمرة فيما إذا اشترط المشتري السلامة من النقص الغالب، فانه بناءً على الأول يثبت له عند التخلف خيار العيب، بخلاف الثاني فانه لا يثبت له إلا خيار تخلف الشرط.

وذكر العلامة<sup>(١)</sup>: لو اشترط البكارة في الأمة وظهر الخلاف يثبت له الأرش دون

إذا عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير منهم بدخول الخروج عن المجرى الطبيعي، وهو ما يقتضيه الخلق الأصلية. وأن المراد بالخلق الأصلية: ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، وأن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب، وما خرج عنه بالمزية فهو كمال، فالضبعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها، فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال، وكذا كونها مورد العساكر. ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية وحال أغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة

الرد، وظاهر ذلك أن الثبوتية عيب يثبت حكم شراء المعيب مع اشتراط خلافها.

ثم إن المصنف رحمته الله قد قوى الوجه الثاني وذكر: أن مع معارضة الحقيقة الصنفية مع النوعية تعتبر الصنفية، وذلك لكون المعيار في الصحة مع اختلاف الصنف في غالب أفراده مع النوع بحسب أفراده هو غالب الصنف بنظر عامة الناس.

أقول: محصل ما أفاده رحمته الله في المقام أمور:

الأول: أن الملاك في صحة الشيء وتاممته عدم نقصه عن مقتضى الحقيقة المشتركة بينه وبين ساير الأفراد، والمراد من الحقيقة المشتركة ما تعلق البيع بالشيء بذلك العنوان.

الثاني: أن مقتضى الحقيقة المشتركة اما بعلم من الخارج ومع عدم علمه من الخارج يستكشف بملاحظة غالب أفراد تلك الحقيقة، فما عليه الغالب فهو مقتضى الحقيقة المشتركة.

الثالث: إذا علم مقتضى الحقيقة المشتركة خارجاً وكان غالب الأفراد على خلافه فما تعلق عليه البيع لو كان مساوياً لغالب الأفراد لا يثبت فيه خيار العيب وعدم ثبوته إما لعدم العيب بأن يكون ملاك الصحة أحد الأمرين أو أنه عيب ولكن لا حكم له حيث

عرفاً رَجَحَ الثاني وحُكِمَ للشيء بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة والعيب والكمال بالنسبة إليها. ومن هنا لا يبعد ثبوت الخراج على الضيعة عيباً مع أن حقيقتها لا تقتضي ذلك، وإنما هو شيء عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية، فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب. ولعل هذا هو الوجه في قول كثير منهم - بل عدم الخلاف بينهم - في أن الثيبوبة ليست عيباً في الإماء. وقد ينعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصلية، والصحة من مقتضى الحقيقة الثانوية، كالعُلْفَة فإنها عيب في الكبير، لكونها مخالفة لما عليه الأغلب. إلا أن يقال: إن العُلْفَة بنفسها ليست عيباً إنما العيب كون الأغلف مورداً للخطر بختانه، ولذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير.

إن غلبة نقص على أفراد الحقيقة توجب أن لا يلتزم بالسلامة عنه.

ولو شرط السلامة في الفرض فظهر التخلف ثبت خيار تخلف الشرط على الأول وخيار العيب على الثاني.

الرابع: أن المعيار في عيب الشيء مع اختلاف مقتضى الحقيقة المشتركة الصنفية مع مقتضى الحقيقة النوعية هو مقتضى الحقيقة الصنفية فمع النقص عنه يكون الشيء معيباً ومع عدمه فلا عيب.

أقول: الظاهر عدم إمكان الجمع بين كون غالب الأفراد طريفاً إلى مقتضى الحقيقة المشتركة وبين الالتزام بأن ملاك صحة الشيء فيما إذا كان غالب الأفراد على خلاف مقتضى الحقيقة المشتركة هو موافقته لغالب الأفراد، فإن الشيء فيما إذا كان مساوياً لغالب الأفراد وحكم بأنه غير معيب ولو مع نقصه عن مقتضى الحقيقة المشتركة المعلوم خارجاً يكون لغالب الأفراد موضوعية والطريقية معناه عدم الموضوعية لغالب الأفراد.



ويمكن أن يقال: إن العبرة بالحقيقة الأصلية والنقص عنها عيب وإن كان على طبق الأغلب، إلا أن حكم العيب لا يثبت مع إطلاق العقد حينئذٍ، لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو التزمه صريحاً في العقد، فإذا فُرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض إطلاق ذلك بل اقتضى عكسه، أعني التزام البراءة من ذلك النقص. فإطلاق العقد على الجارية

والصحيح أن الموافق لغالب الأفراد لا يكون معيباً لأنه معيب لا يجري عليه حكم العيب.

ولو شرط البكارة في الأمة البالغة فظهرت ثيباً لا يجري عليه خيار العيب ولو قيل بأنه يرد عليه الأرش بعد ظهور عدم بكارتها بوطيها فهو للنص لا لكون الثابت خيار العيب.

ودعوى أن غلبة النقص على الأفراد يوجب تبري البايع عن ذلك النقص فيما إذا أطلق العقد لا يمكن المساعدة عليها، فإن لازمها ثبوت خيار العيب للمشتري فيما لم يعلم حين الشراء بغلبة النقص لأن الموجب لانتفاء خيار العيب إسماع البايع التبري لانفس تبرية كما تقدم.

والحاصل: أن العيب في الشيء أمر عرفي ولا يتحقق بخصوص النقص، بل يحصل بالزيادة أيضاً كما إذا كان يد العبد ذات أصابع ستة، فالعيب في الشيء الخارجي كونه على خلاف أمثاله بحيث يكون ذلك الخلاف ضد المزية فإن أحرز ذلك الشيء يثبت فيه خيار العيب، وإلا يرجع إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> ويحكم بعدم ثبوت جواز الفسخ ولا جواز المطالبة بالأرش.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثيوبه، وكذا الغلطة في الكبير، فهي أيضاً عيب في الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان، إلا أن الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغلطة لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب. فقولهم: «إن الثيوبه ليست عيباً في الإمام»، وقول العلامة رحمته في القواعد: «إن الغلطة ليست عيباً في الكبير المجلوب» لا يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الرد والأرش، لانفي حقيقته. ويدل عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثيوبه ليست عيباً، مع أنه في التحرير والتذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكارة، مع أنه لأرش في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر.

وتظهر الثمرة فيما لو شرط المشتري البكارة والختان، فإنه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرد والأرش، لثبوت العيب، غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق، لتزله منزلة تبري البائع من هذا العيب، فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب. وأما على الوجه الأول، فإن الاشتراط لا يفيد إلا خيار تخلف الشرط دون الأرش. لكن الوجه السابق أقوى، وعليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً في أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها، والغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض، فالثيوبه في الصغيرة الغير المجلوبه عيب، لأنها ليست غالباً في صنفها وإن غلبت في نوعها.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا، فإن الإنسان الخصي ناقص في نفسه وإن فرض زيادته من حيث كونه مالا، وكذا البغل الخصي حيوان ناقص وإن كان زائداً من حيث المالية على غيره، ولذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الأرش في مثل ذلك.

ويحتمل قوياً أن يقال: إنَّ المناط في العيب هو النقص المالي [١] فالنقص الخَلقي الغير الموجب للنقص - كالخصاء ونحوه - ليس عيباً، إلا أن الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلاً على إقدام المشتري على الشيء مع عدم هذا النقص اعتماداً على الأصل والغلبة، فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط في العقد، لا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط.

[١] ذكره رحمته بما حاصله: أنه لا يبعد أن يكون نقص الشيء عن مقتضى العنوان الذي جرى البيع عليه بذلك العنوان عيباً مع كونه موجباً للنقص في مالهته. وأما مع عدم إيجابه النقص المالي أو إيجابه زيادة قيمته فلا يصدق العيب عليه. نعم حيث إنَّ الغالب في أمثال الشيء عدم ذلك النقص فإطلاق العقد مقتضاه اشتراط عدم ذلك النقص فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط. وتظهر الثمرة بين كون الثابت في الفرض خيار العيب أو خيار الشرط فيما إذا أراد المشتري الفسخ بعد تصرفه في المبيع بما لا يجوز معه الفسخ بخيار العيب، فانه يجوز ذلك الفسخ بناءً على كون الخيار خيار تخلف الشرط وفيما إذا حصل النقص المزبور قبل القبض أو في زمان الخيار، فانه يكون مضموناً على البائع بناءً على كونه خيار العيب ولا يكون مضموناً عليه بناءً على كونه خيار تخلف الشرط. ولكن تأمل رحمته في عدم سقوط خيار الشرط أيضاً بالتصرف المزبور أولاً كما تنظر في عدم ضمان الوصف في شرطه في مورد حصوله قبل القبض أو زمان الخيار. أقول: لا موجب لسقوط خيار الشرط بالتصرف فيما إذا انكشف فقد الوصف المشروط بعده، بل مطلقاً مع عدم قصده إسقاط الخيار واعراضه عن فسخ البيع، كما انه لا يتخلف ضمان البائع بالإضافة إلى الوصف المشترط فقده قبل العقد أو قبل القبض أو حدوثة زمان خيار الحيوان.

وتظهر الثمرة في طرّو موانع الرّد بالعيب بناءً على عدم منعها عن الرّد بخيار تخلف الشرط، فتأمل. وفي صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدّة الخيار، فإنّه مضمون على الأوّل بناءً على إطلاق كلماتهم: أنّ العيب مضمون على البائع، بخلاف الثاني فإنّه لا دليل على أنّ فقد الصفة المشتركة قبل القبض أو في مدّة الخيار مضمون على البائع، بمعنى كونه سبباً للخيار. وللنظر في كلا شقّي الثمرة مجال.

وربّما يستدلّ لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسلّة السياري الحاكية لقضيّة ابن أبي ليلى، حيث قدّم إليه رجل خصماً له، فقال: «إنّ هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعراً، وزعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال له ابن أبي ليلى: إنّ الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتّى يذهبوه، فما الذي كرهت؟ فقال له: أيّها القاضي إنّ كان عيباً فاقض لي به، قال: حتّى أخرج إليك فإنّي أجد أذى

ولكن مع ذلك ففي كون النقص الخلقي مع عدم إيجابه النقص المالي موجباً للخيار تأمل، لأنّ مجرد تخلف وصف غالبي موجب للخيار ولو مع عدم اشتراطه في العقد غير ثابت، واصالة السلامة يحرز بها حال المبيع لأنّه يجعل غير المشروط مشروطاً. وكيف ما كان فقد يستدل على كون مجرد لنقص الخلقي ولو مع عدم إيجابه النقص المالي عيباً يثبت معه للمشتري خيار العيب بمرسلّة السياري<sup>(١)</sup>.

وأجاب عنها المصنّف رحمته الله بوجوه:

الأول: أنّ السائل لم يقصد ردّ الشراء بمجرد عدم الشعر على عانة الأمة بل لاحتماله أن يكون ذلك لمرض في العضو أو المزاج ولذا ذكر في سؤاله وزعمت أنّه لم يكن لها قطّ.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٩٧-٩٨، الباب ١ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

في بطني، ثم دخل بيته وخرج من باب آخر، فأتى محمد بن مسلم الثقفي، فقال له: أي شيء ترون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعر، أيكون هذا عيباً؟ فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه، ولكن حدثني أبو جعفر عن أبيه، عن آبائه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: كل ما كان في أصل الخلق فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبي ليلى: حسبك هذا! فرجع إلى القوم فقص لهم بالعيب». فإن ظهر إطلاق الرواية - المؤيد بفهم ابن مسلم من حيث نفي نصوصية الرواية في تلك القضية المشعر بظهورها فيها، وفهم ابن أبي ليلى من حيث قوله وعمله - كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعي عيباً وإن كان مرغوباً فلا ينقص لأجل ذلك من عوضه، كما يظهر من قول ابن أبي ليلى: «إن الناس ليحتالون... الخ»، وتقرير المشتري له في رده. لكن الإنصاف: عدم دلالة الرواية على ذلك.

وبتعبير آخر: إزالة الشعر بعلاج لا يكشف عن كون عدم الشعر بحسب الخلقة مرغوباً إليه مع احتمال له للمرض.

وقول ابن أبي ليلى: «إن الناس ليحتالون» كان للفرار عن انقضاء لأن السائل لم يكن يحتمل كون عدم الشعر للمرض.

الثاني: أن قوله عليه السلام «فهو عيب» لا يدل إلا على ثبوت ما هو الظاهر من اثر العيب وهو أصل جواز الفسخ، وأما سائر ما يجري في خيار العيب واثره فلا دلالة لها على ترتبه. أقول: مقتضى الحكم بتحقق موضوع ترتب حكمه عليه من غير فرق بين حكم واثر.

والثالث: أن الرواية لا دلالة لها على مزيد مما يعرفه العرف من العيب، وتنصرف الزيادة والنقيصة فيها إلى ما يوجب النقص المالي، لأن مطلق الزيادة والنقيصة ككثرة شعر الجارية أو تعلمها الخياطة ونحو ذلك عيبٌ يوجب الخيار.

أما أولاً: فلأن ظاهر الحكاية أن رد المشتري لم يكن لمجرد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقة كذلك، الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج، كما يدل عليه عدم اكتفائه في عذر الرد بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً» حتى ضم إليه دعواه «أنه لم يكن لها قط». وقول ابن أبي ليلى: «إن الناس ليحتالون في ذلك حتى يذهبوه» لا يدل على مخالفة المشتري في كشف ذلك عن المرض، وإنما هي مغالطة عليه تفصيلاً عن خصومته، لعجزه عن حكمها، وإلّا لاحتال لإذهاب شعر الركب لا يدل على أن عدمه في أصل الخلقة شيء مرغوب فيه، كما أن احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدل على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمراً مرغوباً فيه. وبالجملة، فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يقطع أو يحتمل كونه لأجل مرض عيباً. وقد عدّ من العيوب الموجبة للأرش ما هو أدون من ذلك. وأما ثانياً: فلأن قوله عليه السلام: «فهو عيب» إنما يراد به بيان موضوع العيب توطنه لثبوت أحكام العيب له، والغالب الشائع المتبادر في الأذهان هو رد المعيوب، ولذا اشتهر: كل معيوب مردود. وأما باقي أحكام العيب وخياره - مثل عدم جواز رده بطرّ موانع الردّ بخيار العيب، وكونه مضموناً على البائع قبل القبض وفي مدة الخيار - فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب، فتأمل.

وثالثاً: فلأن الرواية لا تدلّ على الزائد عما يدلّ عليه العرف، لأن المراد بالزيادة والنقيصة على أصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعاً، فإن زيادة شعر رأس الجارية أو حدة بصر العبد أو تعلّمهما للصنعة والطبخ، وكذا نقص العبد بالختان وحلق الرأس ليس عيباً قطعاً، فتعيّن أن يكون المراد بها الزيادة والنقيصة

---

الرابع: لو سلم ظهور الرواية في تحديد العيب في الشيء الموجب للخيار في بيعه، إلا أن الرواية لضعفها لا يصلح لإثبات الحد للمعنى العرفي للعب.

الموجبتين لنقص في الشيء من حيث الآثار والخواص المترتبة عليه، ولازم ذلك نقصه من حيث المالية، لأن المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار والمنافع.

ورابعاً: لو سلمنا مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب، فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لولا النصّ المعتبر، لا مثل هذه الرواية الضعيفة بالإرسال والمرسل، فافهم.

وقد ظهر مما ذكرنا: أنّ الأولى في تعريف العيب ما في التحرير والقواعد: من أنّه نقص في العين، أو زيادة فيها تقتضي النقيصة المالية في عادات التجار. ولعلّه المراد بما في الرواية - كما عرفت - ومراد كلّ من عبّر بمثلها، ولذا قال في التحرير بعد ذلك: «وبالجملة كلّ ما زاد أو نقص عن أصل الخلقة». والقيد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض، كما قد يقال ذلك في العبد الخصي. ولا ينافيه ما ذكره في التحرير: من أنّ عدم الشعر على العانة عيب في العبد والأمة، لأنّه مبنيّ على ما ذكرنا في الجواب الأوّل عن الرواية: من أنّ ذلك كاشف أو موهم لمرض في العضو أو المزاج، لا على أنّه لا يعتبر في العيب النقيصة المالية. وفي التذكرة - بعد أخذ نقص المالية في تعريف العيب، وذكر كثير من العيوب -: والضابط أنّه يثبت الردّ بكلّ ما في المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى كلامه. وما أحسنه! حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب، بل لما يوجب الردّ فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرح به في التذكرة معللاً بأنّ الغرض قد يتعلّق بالفحولة وإن زادت قيمته باعتبار آخر، وقد دخل المشتري على ظنّ السلامة، انتهى. ويخرج منه مثل الثيبوبة والغلّة في المجلوب.

ولعلّ من عمّم العيب لما لا يوجب نقص المالية - كما في المسالك، وعن

جماعة - أراد به مجرد موجب الرد، لا العيب الذي يترتب عليه كثير من الأحكام وإن لم يكن فيه أَرش، كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب وغير ذلك. وعليه يبتني قول جامع المقاصد، كما عن تعليق الإرشاد، حيث ذكرا: أن اللازم تقييد قول العلامة: «يوجب نقص المالية» بقوله: «غالباً» ليندرج مثل الخصاء والجب، لأن المستفاد من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام في موجبات الرد، لا خصوص العيب. ويدل على ذلك أنه قيد «كون عدم الختان في الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً» بـ«علم المشتري بجلبه»، إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيب، فلولا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخل علم المشتري وجهله في ذلك.

#### الكلام في بعض أفراد العيب

مسألة: لإشكال ولا خلاف في كون المرض عيباً، وإطلاق كثير وتصريح بعضهم يشمل حَمَى يوم، بأن يجده في يوم البيع قد عرض له الحمى وإن لم يكن نوبة له في الاسبوع. قال في التذكرة: الجذام والبرص والعمى والعور والصرع والقزْن والفتق والرتق والقرع والصمم والخرس عيوب إجماعاً. وكذا أنواع المرض، سواء استمر كما في الأمراض، أو كان عارضاً ولو حَمَى يوم. والإصبع الزائدة والحول والحوص والسبل واستحقاق القتل في الردة أو القصاص والقطع بالسرقة أو الجنابة والاستسعاء في الدين عيوب إجماعاً. ثم إن عد حَمَى اليوم المعلوم كونها حَمَى يوم يزول في يومه ولا يعود مبني على عد موجبات الرد لا العيوب الحقيقية، لأن ذلك ليس مُتقصاً للقيمة.

مسألة الخَبَل: عيب في الإماء كما صرح به جماعة، وفي المسالك: الإجماع عليه، في مسألة ردّ الجارية الحامل بعد الوطاء. ويدل عليه الأخبار الواردة في تلك المسألة. وعلله في التذكرة باشتماله على تفرير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع. هذا مع عدم كون الحمل للبانع، وإلا فالأمر أوضح. ويؤيده عجز الحامل عن كثير



من الخدمات وعدم قابليتها للاستيلاد إلا بعد الوضع. أما في غير الإماء من الحيوانات، ففي التذكرة: أنه ليس بعيب ولا يوجب الرد بل ذلك زيادة في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعية: يردّ به، وليس بشيء، انتهى. ورجح المحقق الثاني كونه عيباً وإن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، لأنه وإن كان زيادة من وجه، إلا أنه نقيصة من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً، ولأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك والأقوى - على قول الشيخ - ما اختاره في التذكرة، لعدم النقص في المالّة بعد كونه زيادة من وجه آخر، وأداء الوضع إلى الهلاك نادر في الحيوانات لا يعاب به. نعم، عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقص يوجب الخيار دون الأرش، كوجدان العين مستأجرة. وكيف كان، فمقتضى كون الحمل عيباً في الإماء أنه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجز ردّها، لحدوث العيب في يده سواء نقصت بعد الولادة أم لا، لأنّ العيب الحادث مانع وإن زال، على ما تقدّم من التذكرة. وفي التذكرة: لو كان المبيع جارية فحبلت وولدت في يد المشتري، فإن نقصت بالولادة سقط الردّ بالعيب القديم وكان له الأرش، وإن لم تنقص فالأولى جواز ردّها وحدها من دون الولد - إلى أن قال: - وكذا حكم الدابة لو حملت وولدت عند المشتري، فإن نقصت بالولادة فلاردّ، وإن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتري، انتهى. وفي مقام آخر: لو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً فحبلت عند المشتري فإن نقصت بالحمل فلاردّ، وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الردّ، انتهى. وفي الدروس: لو حملت إحدهما - يعني الجارية والبهيمة - عند المشتري لا يتصرّفه بالحمل له، فإن فسخ ردّ الأمّ ما لم تنقص بالحمل أو الولادة. وظاهر القاضي: أنّ الحمل عند المشتري يمنع الردّ، لأنه إمّا بفعله أو إهمال المراعاة حتّى ضربها الفحل، وكلاهما تصرّف، انتهى. لكن صرح في المبسوط باستواء البهيمة والجارية في أنه إذا حملت

إحداهما عند المشتري وولدت ولم تنقص بالولادة فوجد فيها عيباً ردّ الأمّ دون الولد. وظاهر ذلك كلّ - خصوصاً نسبة منع الردّ إلى خصوص القاضي وخصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرّف، لاحداث العيب - تسالمهم على أنّ الحمل الحادث عند المشتري في الأمة ليس في نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحاصل بالولادة. وهذا مخالف للأخبار المتقدّمة في ردّ الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحبل، وللإجماع المتقدّم عن المسالك، وتصريح هؤلاء بكون الحمل عيباً يردّ منه لاشتماله على التفرير بالنفس. والجمع بين كلماتهم مشكل، خصوصاً بملاحظة العبارة الأخيرة المحكيّة عن التذكرة: من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً وإن لم ينقص، وعند المشتري بشرط النقص - فافهم - من غير فرق بين الجارية والبهيمة، مع أنّ ظاهر العبارة الأولى - كالتحرير والقواعد - الفرق، فراجع. قال في القواعد: لو حملت غير الأمة عند المشتري من غير تصرّف فالأقرب أنّ للمشتري الردّ بالعيب السابق، لأنّ الحمل زيادة، انتهى. وهذا بناء منه على أنّ الحمل ليس عيباً في غير الأمة. وفي الإيضاح: أنّ هذا على قول الشيخ في كون الحمل تابعاً للحامل في الانتقال ظاهر، وأمّا عندنا فالأقوى ذلك، لأنّه كالثمرة المتجدّدة على الشجرة، وكما لو أطارت الريح ثوباً للمشتري في الدار المبتاعة والخيار له فلا يؤثر، ويحتمل عدمه، لحصول خطرٍ ما، ولنقص منافعها، فإنّها لا تقدر على الحمل العظيم، انتهى. وممّا ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح: من أنّ ما قرّبه في القواعد مبني على قول الشيخ: من دخول الحمل في بيع الحامل. نعم، ذكر في جامع المقاصد: أنّ ما ذكره المصنّف رحمته إنّ تمّ فإنما يخرج على قول الشيخ: من كون المبيع في زمن الخيار ملكاً للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار. ولعلّه فهم من العبارة ردّ الحامل مع حملها على ما يتراءى من تعليقه بقوله: «لأنّ الحمل زيادة» يعني: أنّ الحامل رُدّت إلى البائع مع الزيادة، لامع النقيصة. لكن الظاهر من التعليل كونه

تعليلاً لعدم كون الحمل عيباً في غير الأمة.

وكيف كان، فالأقوى في مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الردّ ما دام الحمل، وابتناء حكمها بعد الوضع وعدم النقص على ما تقدّم: من أن زوال العيب الحادث يؤثر في جواز الردّ أم لا؟ وأما حمل غير الأمة فقد عرفت أنه ليس عيباً موجباً للأرث، لعدم الخطر فيه غالباً، وعجزها عن تحمّل بعض المشاقّ لا يوجب إلفوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الردّ دون الأرث. لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الردّ ما يعمّ نقص الصفات الغير الموجب للأرث، وكان متحققاً هنا مضافاً إلى نقص آخر - وهو كون المبيع متضمناً لمال الغير، لأنّ المفروض كون الحمل للمشتري - أتجه الحكم بعدم جواز الردّ حيثنّذ.

مسألة: الأكثر على أن الثبوتية ليست عيباً في الإماء، بل في التحرير: لانعلم فيه خلافاً، ونسبه في المسالك - كما عن غيره - إلى إطلاق الأصحاب، لغلبتها فيهنّ، فكانت بمنزلة الخلقة الأصلية. واستدل عليه أيضاً برواية سماعة المنجيرة بعمل الأصحاب - على ما ادّعاه المستدلّ - : «عن رجل باع جارية على أنها بكرّ، فلم يجدها كذلك؟ قال: لا تردّ عليه، ولا يجب عليه شيء، إنّه قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها». وفي كلا الوجهين نظر: ففي الأوّل: ما عرفت سابقاً: من أن وجود الصفة في أغلب أفراد الطبيعة إنّما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوماً كما نحن فيه، وإلاّ فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم أنّه مقتضى الخلقة الأصلية وعلم كون النقص عنها موجباً لنقص المائيّة كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع ما عرفت من إطلاق مرسلّة السياري، غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة، ولا يثبت الخيار بوجودها وإن كانت نقصاً في الخلقة الأصلية. وأما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود،

لتعليقه عليه السلام عدم الردّ مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض، وقدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، وإما لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنّه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي، فعدمها نقص في أصل الطبيعة فيكون عيباً. وكيف كان، فالأقوى أنّ الثيبوبة عيب عرفاً وشرعاً، إلاّ أنّها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. وتظهر الثمرة فيما لو اشترط في متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكارة، فإنّه يثبت بفقدائها التخيير بين الردّ والأرض، لوجود العيب وعدم المانع من تأثيره. ومثله ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم يكن الغالب على صنفها الثيبوبة، فإنّه يثبت حكم العيب. والحاصل: أنّ غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه، فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب، ولعل هذا مراد المشهور أيضاً. ويدل على ذلك ما عرفت من العلامة عليه السلام في التحرير: من نفى الخلاف في عدم كون الثيبوبة عيباً، مع أنّه في كتبه، بل المشهور - كما في الدروس - على ثبوت الأرض إذا اشترط البكارة، فلو لا أنّ الثيبوبة عيب لم يكن أرش في مجرد تخلف الشرط. نعم، يمكن أن يقال: إنّ مستندهم في ثبوت الأرض ورود النصّ بذلك فيما رواه في الكافي والتهذيب عن يونس: «في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء؟ قال: يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق». ثمّ إنّ نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الردّ بمقتضى رواية سماعة المتقدمة، وأوله بما وجّهنا به تلك الرواية. وذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليقه الدال على تأويلها. ولو شرط الثيبوبة فبانت بكرة كان له الردّ، لأنّه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

مسألة: ذكر في التذكرة والقواعد من جملة العيوب عدم الختان في العبد الكبير، لأنه يخاف عليه من ذلك. وهو حسن على تقدير تحقّق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه. ويلحق بذلك المملوك الغير المجدرّ، فإنّه يخاف عليه، لكثرة موت المماليك بالجدري. ومثل هذين وإن لم يكن نقصاً في الخلقة الأصليّة، إلا أنّ عروض هذا النقص - أعني الخوف - مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف. ولو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك، فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم. وهو غير مستقيم، لأنّ العلم والجهل بكونه مجلوباً لا يؤثّر في كونه عيباً. نعم، لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب، كما ذكرنا نظيره في الثيب.

وتظهر الثمرة هنا أيضاً فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف، فيثبت الردّ والأرش. فأخراج العلامة ﷺ الثيبوبة وعدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب، لكونه ﷺ في مقام عدّ العيوب الموجبة فعلاً للخيار.

مسألة: عدم الحيض ممّن شأنها الحيض - بحسب السنّ والمكان وغيرهما من الخصوصيّات التي لها مدخل في ذلك - عيب تردّ منه الجارية، لأنّه خروج عن المجرى الطبيعي، ولقول الصادق عليه السلام: «وقد سُئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر وليس بها حمل، قال: «إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه» وليس التقييد بمضى ستة أشهر إلا في مورد السؤال، فلا داعي إلى تقييد كونه عيباً بذلك، كما في ظاهر بعض الكلمات. ثمّ إنّ حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتى بمثل قول المولى لها: «اسقني ماء» و «اغلقني الباب» في غاية البعد. وظاهر الحلّي في السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأساً.

مسألة: الإباق عيب بلا إشكال ولا خلاف، لأنه من أفحش العيوب. وتدل عليه صحيحة أبي همام الآتية في عيوب السنة. لكن في رواية محمد بن قيس: أنه «ليس في الإباق عهدة»، ويمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفي حدوثها بعد العقد، كما يشهد قوله عليه السلام في رواية يونس: «إن العهدة في الجنون والبرص سنة»، بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع، وإلا فحدوثه عند المشتري ليس في عهدة البائع، ولا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع. وهل يكفي المرة عنده أو يشترط الاعتياد؟ قولان: من الشك في كونه عيباً. والأقوى ذلك، وفاقاً لظاهر الشرائع وصريح التذكرة، لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف. ولا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

مسألة: الثقل الخارج عن العادة في الزيت والبذر ونحوهما عيب [١] يثبت به الرد والأرش، لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء. وفي رواية ميسر بن عبد العزيز، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري زقاً زيت يجد فيه دُردياً؟

[١] ذكر عليه السلام: أن الثقل بضم الثاء وسكون الفاء الخارج عن العادة في الزيت والبذر ونحوهما عيب يثبت به الرد والأرش.

ويشهد لكون ما ذكر عيباً حسنة ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: رجل اشترى زقاً زيت فوجد فيه دردياً قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه»<sup>(١)</sup>.  
وظاهرها أن الدردي مع عدم تعارفه موجب لجواز الفسخ.

وفي معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها زُباً فخاصمه إلى علي عليه السلام فقال له

(١) وسائل الشريعة ١٨: ١٠٩، الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

قال: إن كان يعلم أنّ الدردي يكون في الزيت فليس عليه أن يرده، وإن لم يكن يعلم فله أن يرده». نعم، في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكّة فيها سمن احتكرها حكرة، فوجد فيها ربّاً، فخاصمه إلى علي عليه السلام، فقال له علي عليه السلام: لك بكيل الرب سمناً، فقال له الرجل: إنما بعته منه حكرة، فقال له علي عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك ربّاً» قال في الوافي: يقال: «اشترى المتاع حكرة» أي جملة. وهذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرذ أو الأرش، وتوجيهها بما يطابق القواعد مشكل، ورُبّما استشكل في أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيراً وعلم، للجهل بمقدار المبيع. وكفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالإجماع كما تقدّم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف المفقود هنا، لأنّ الدردي غير متمول. والأولى أن يقال: إن وجود الدردي إن أفاد نقصاً في الزيت من حيث الوصف وإن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم

علي عليه السلام: «لك بكيل الرب سمناً فقال له الرجل: إنما بعته منك حكرة فقال له علي عليه السلام: إنما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك ربّاً»<sup>(١)</sup>.

ولكن لا يخفى انه لو كان الرب في العكة من العيب في زيتها لكان للمشتري فسخ البيع أو أخذ الأرش لا المطالبة بكيل الرب سمناً.

وذكر السيد اليزدي<sup>(٢)</sup>: أنه من قبيل المطالبة بالأرش، وفيه: أن الأرش نسبة تفاوت قيمتي الشيء معيباً وصحيحاً إلى الثمن المسمى.

والحاصل: أن الحكم الوارد في الرواية يتم فيما كان المبيع بنحو الكلي على العهدة ودفع العكرة وفاءً ويكون في الفرض على البائع استرداد الرب ودفع السمن بكيّله.

(١) نفس المصدر: ١١، الحديث ٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٣: ٢١٣.

- نظير الغش في الذهب - كان الزائد منه على المعتاد عيباً وإن أفرط في الكثرة، ولا إشكال في صحة البيع حينئذٍ، لأن المبيع زيت وإن كان معيوباً، وعليه يحمل ما في التحرير: من أن الدردي في الزيت والبذر عيب موجب للرد أو الأرش. وإن لم يقد إلا نقصاً في الكم، فإن بيع ما في العكّة بعد وزنها مع العكّة ومشاهدة شيء منه تكون أمانة على باقيه وقال: «بعتك ما في هذه العكّة من الزيت كل رطل بكذا» فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه، فالظاهر صحة البيع وعدم ثبوت الخيار

ثم إنه قد يناقش في صحة البيع بالإضافة إلى غير الثقل بجهالة مقدار المبيع حال البيع. ولكن ذكر المصنف رحمته لظهور الخلط في السمن ونحوه صوراً:

**الأولى:** أن يطلق على المجموع عنوان المبيع نظير الغش في الذهب الموجب لنقص في الكم بعد التخليص وإن كان الخلط كثيراً في نفسه يثبت للمشتري خيار العيب.

**الثانية:** أن لا يكون الخليط موجباً للعيب بل لنقص الكم في المبيع ولكن كان البيع جارياً على السمن في الظرف كل رطل بكذا.

وفي هذا الفرض يحكم بصحة البيع ولزومه، لأن المبيع هو السمن الموجود في الظرف لا الخليط والمفروض العلم بوزن السمن مع ظرفه. اللهم إلا أن يقال: إن إطلاق البيع في هذه الصورة بمنزلة اشتراط كون كل ما في الظرف سمناً، فيلحق هذه الصورة بالثالثة: وهي ما إذا اشترط كون ما في العكّة مقداراً خاصاً من السمن ولو مع ظرفه، وفي هذه الصورة يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط أو خيار تبعض الصفقة على الوجهين في بيع الصبرة على أنها كذا مقدار فبانت انقاص منه.

**الرابعة:** ما إذا شاهد المشتري خلط الزيت بما لا يتمول واشترى الزيت المعلوم وزنه مع الخلط والظرف ففي مثل ذلك لا يبعد بطلان البيع بالإضافة إلى الزيت أيضاً



أصلاً، لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكّة، ولا يقدر الجهل بوزنه، للعلم به مع الظرف، والمفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكّة، فلا عيب ولا تبعض صفقة، إلا أن يقال: إن إطلاق شراء ما في العكّة من الزيت في قوة اشتراط كون ما عدا العكّة سمناً، فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص. وإن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله: «بعتك ما في هذه العكّة» فتبين بعضه دُردياً صحّ البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة. قال في التحرير: لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخير بين الردّ وأخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن. ولو باع ما في العكّة من الزيت على أنه كذا وكذا رطلاً، فتبين نقصه عنه لوجود الدُردي، صحّ البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء، على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا وكذا فظهر ناقصاً. ولو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتمّول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحّة البيع وإن عرف وزن المجموع مع العكّة، لأن كفاية معرفة وزن الظرف والمظروف إنّما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف والمظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

مسألة: قد عرفت أنّ مطلق المرض عيب، خصوصاً الجنون والبَرص والجذام والقرن. ولكن تختصّ هذه الأربعة من بين العيوب بأنّها لو حدثت إلى سنة من يوم

للجهل بوزن السمن ولا يصححه العلم بوزن المجموع من الزيت والدرددي والظرف، لأن المصحح لبيع المظروف العلم بوزنه ولو مع ظرفه ولا يصحح البيع العلم بوزن المظروف المبيع مع ظرفه وشيء آخر غير مبيع كما إذا علم بوزن المظروف مع ظرفه وصخرة.

العقد يثبت لأجلها التخيير بين الردّ والأرش. هذا هو المشهور، ويدلّ عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام. ففي رواية علي بن أسباط عنه في حديث خيار الثلاثة: «إن أحداث السنة تردّ بعد السنة، قلت: وما أحداث السنة؟ قال: الجنون والجذام والبرص والقرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه». وفي رواية ابن فضال المحكيّة عن الخصال: «في أربعة أشياء خيار سنة: الجنون والجذام والقرن والبرص». وفي رواية أخرى له عنه عليه السلام قال: «ترد الجارية من أربع خصال: من الجنون والجذام والبرص والقرن والحذبة» هكذا في التهذيب. وفي الكافي: «القرن: الحذبة، إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر، انتهى. ومراده: أن الحذب ليس خامساً لها، لأن القرن يرجع إلى حذب في الفرج. لكن المعروف أنه عظم في الفرج كالسّن يمنع الوطء. وفي الصحيح عن محمد بن علي - قيل: وهو مجهول، واحتمل بعض كونه الحلبي - عنه عليه السلام قال: «يرد المملوك من أحداث السنة، من الجنون والبرص والقرن، قال: قلت: وكيف يردّ من أحداث؟ فقال: هذا أول السنة - يعني المحرم - فإذا اشتريت مملوكاً فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رددت على صاحبه»، وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها في مقام التحديد والضبط لهذه الأمور، فيمكن أن يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمة. ومن هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام. وليس التعارض من باب المطلق والمقيّد كما ذكره في الحقائق ردّاً على الأردبيلي رحمته الله. إلا أن يريد أن التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيّد في وجوب العمل بما لا يجري فيه احتمال يجري في معارضه، وهو هنا احتمال سهو الراوي في ترك ذكر الجذام، فإنه أقرب الاحتمالات المتطرّقة فيما نحن فيه. ويمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انعاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام، فلا معنى للردّ، وحينئذ فيشكل

الحكم بالردّ في باقي الأخبار. ووجهه في المسالك: بأن عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل، ويكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الأمر وإن لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدماً على سبب العتق، فإن فسخ انعتق على البائع، وإن أمضى انعتق على المشتري. وفيه أولاً: أنّ ظاهر هذه الأخبار: أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض، لأنّه المعنى بقوله: «فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجّة»، ولولا ذلك لكفى وجود موادّها في السنة، وإن تأخّر ظهورها عنها ولو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة. وهذا ممّا لا ظنّ أحداً يلتزمه، مع أنّه لو كان الموجب للخيار هي موادّ هذه الأمراض كان ظهورها زيادة في العيب حادثة في يد المشتري، فلتكن مانعة من الردّ، لعدم قيام المال بعينه حينئذٍ، فيكون في التزام خروج هذه العيوب عن عموم كون النقص الحادث مانعاً عن الردّ تخصيص آخر للعمومات. وثانياً: أنّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرّو سببه، بل ينبغي أن يكون الانعتاق القهري بسببه مانعاً شرعياً بمنزلة المانع العقلي عن الردّ كالموت، ولذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا ظنّ أحداً يلتزم عدم الانعتاق إلّا بعد لزوم البيع، خصوصاً مع بناء العتق على التغليب. هذا، ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحقّقة والإجماع المدعى في السرائر والغنية مشكل، فيمكن العمل بها في موردها، أو الحكم من أجلها بأن تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانعتاق على إمضاء العقد ولو في غير المقام. ثمّ لو فسخ المشتري فانعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم، لأنّ جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه. ثمّ إنّ زيادة «القرن» ليس في كلام الأكثر، فيظهر منهم عدم، فنسبة المسالك الحكم في الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتاً عن الخلاف فيه. وعن التحرير:

نسبته إلى أبي علي، وفي مفتاح الكرامة: أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين وأبي علي، ومن هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحة الأخبار وفقد الانجبار. ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار - على وجه يعد التقييد فيها - شمول الحكم لصورة التصرف. لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها، ونسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف وتعيينه بعده، والأخبار خالية عنه، وكلا الحكمين مشكل، إلا أن الظاهر من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما. لكن كلام المفيد رحمته مختص بالوطاء، والشيخ وابن زهرة لم يذكر التصرف ولا الأرش. نعم، ظاهر الحلّي الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة، وأن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة، إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض وانقضاء الخيار. ولو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها، وثبت أن أخذ الأرش للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة، ثبت الأرش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة في المبيع، لابهذه الأمراض الظاهرة فيه. قال في المقنعة: ويرد العبد والأمة من الجنون والجذام والبرص ما بين ابتاعهما وبين سنة واحدة، ولا يردان بعد سنة، وذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدم ظهورها بسنة ولا يتقدم بأزيد، فإن وطأ المبتاع الأمة في هذه السنة لم يجز له ردّها وكان له قيمة ما بينها صحيحةً وسقيمةً، انتهى. وظاهرة: أن نفس هذه الأمراض تتقدم بسنة، ولذا أورد عليه في السرائر: أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع. ويمكن أن يريد به ما ذكرنا: من إرادة مواد هذه الأمراض.

#### خاتمة: في عيوب متفرقة

قال في التذكرة: بأن الكفر ليس عيباً في العبد ولا في الجارية. ثم استحسّن قول بعض الشافعية بكونه عيباً في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجّس والتوثّن دون التهوّد والتنصّر. والأقوى كونه موجباً للردّ في غير المجلوب وإن كان أصلاً في

المماليك، إلا أن الغالب في غير المجلوب الإسلام، فهو نقص، لتنفّر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات. نعم، الظاهر عدم الأرش فيه، لعدم صدق العيب عليه عرفاً وعدم كونه نقصاً أو زيادة في أصل الخلقة. ولو ظهرت الأمة محرّمة على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الردّ به، لأنّه لا يعدّ نقصاً بالنوع، ولا عبرة بخصوص المشتري. ولو ظهر ممّن ينعنق عليه كذلك، كما في التذكرة معللاً: بأنّه ليس نقصاً عند كلّ الناس وعدم نقص ماليّته عند غيره. وفي التذكرة: لو ظهر أنّ البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية أو أمانة، ففي ثبوت الردّ لخطر فساد النيابة احتمال.

أقول: الأقوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم، لو كان عليه أمانة قويّة عليه لم يبعد كونه موجباً للردّ، لقلة رغبة الناس في تملك مثله، وتأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة أصل الشيء لو خلّي وطبعه أثراً بيناً. وذكر في التذكرة: أنّ الصيام والإحرام والاعتداد ليست عيوباً.

أقول: أمّا عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه. وأمّا عدم إيجابها الردّ ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع بها في مدّة طويلة، فإنّه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً. وقال أيضاً: إذا كان المملوك نماماً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً ففي كون هذه عيوباً إشكال، أقربه العدم. وقال: لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيّئ الأدب أو ولد زناً أو مغنياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً، فلا ردّ. ويردّ الدابة بالزهادة. وكون الأمة عقيماً لا يوجب الرد، لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى. ومراده العارض الاتفاقي لا المرض العارض. قال في التذكرة في آخر ذكر موجبات الردّ: والضابط أنّ الردّ يثبت بكلّ ما في المعقود عليه من منقوص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى.

## الفهرس

### الثالث: خيار الشرط

- ٥..... خيار الشرط
- ٩..... جواز اشتراط الخيار المتصل بالعقد والمنفصل عنه
- ١٣..... في لزوم تعيين زمان الخيار المشترط
- ١٧..... حكم البيع مع عدم تعيين زمان الخيار المشترط
- ٢١..... مبدأ الخيار المشروط
- ٢٤..... جعل الخيار للأجنبي
- ٢٦..... اشتراط الخيار للأجنبي
- ٢٧..... هل يجب على الأجنبي أن يراعي مصلحة الشارط؟
- ٢٩..... اشتراط الاستثمار
- ٣٠..... بيع الخيار
- ٣٢..... أنحاء اعتبار ردّ الثمن
- ٣٧..... أنحاء الثمن المشروط ردّه لفسخ البيع وحكم كل واحدٍ منها
- ٤٢..... هل يكفي مجرد ردّ الثمن أو بدله في الفسخ
- ٤٣..... مسقطات بيع الخيار
- ٤٧..... سقوط الخيار بالتصرّف في الثمن

- ٤٩..... التصرف في الثمن المعين في بيع الخيار.
- ٥٤..... تلف المبيع بيد المشتري في بيع الخيار.
- ٥٧..... في تلف الثمن المعين في بيع الخيار.
- ٦٠..... رد الثمن على المشتري أو وكيله أو وليه.
- ٦٣..... فيما لم يصرح باشتراط الرد على المشتري قام وليه مقامه.
- ٦٥..... أخذ الحاكم الثمن في بيع الخيار.
- ٦٥..... الرد إلى عدول المؤمنين.
- ٦٧..... اعتبار رد تمام الثمن.
- ٧٠..... يجوز للمشتري اشتراط الخيار في الفسخ برد المبيع.
- ٧١..... اشتراط الخيار في غير البيع.
- ٧٣..... عدم جواز خيار الشرط في الإيقاعات.
- ٨٣..... عدم جواز شرط الخيار في غير موارد جواز الإقالة.
- ٨٦..... عدم جواز شرط الخيار في الوقف والصدقة.
- ٨٩..... شرط الخيار في الصلح والضمان والرهن.
- ٩٠..... هل يدخل خيار الشرط في القسمة؟
- ٩١..... جريان شرط الخيار في المهر.
- ٩٤..... مشروعية الإقالة.

### الرابع: خيار الغبن

- ٩٤..... خيار الغبن.
- ١٠٠..... الاستدلال على خيار الغبن بقاعدة نفي الضرر.
- ١٠٥..... يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال.

- ١٠٨..... يعتبر في ثبوت خيار الغبن بما لا يتسامح فيه
- ١٠٩..... المعتبر القيمة حال العقد
- ١١١..... عدم العبرة بعلم الوكيل في مجرد الصيغة
- ١١٣..... تشخيص المدعي والمنكر في حال الغبن
- ١١٥..... في دعوى المغبون الجهل بالقيمة السوقية
- ١١٧..... اختلاف المتعاملين في الغبن
- ١١٩..... الشك في كون الاختلاف بين الثمنين فاحشاً
- ١٢٢..... ما هو المناط في الضرر الموجب للخيار؟
- ١٢٤..... الفرق بين لزوم المعاملات وسائر التكاليف في موارد الضرر
- ١٢٥..... غبن البائع والمشتري معاً في معاملة واحدة
- ١٣٠..... ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد
- ١٣٣..... ثمرة الوجهين
- ١٣٥..... الوجهان المذكوران في الغبن جاريان في العيب
- ١٣٦..... إسقاط الخيار مع اعتقاد قلة الغبن
- ١٤٢..... هل يجوز إسقاط خيار الغبن بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن؟
- ١٤٤..... اشتراط سقوط خيار الغبن في متن العقد
- ١٤٨..... سقوط خيار الغبن بتصرف المغبون بعد العلم به
- ١٥٣..... لافرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري
- ١٥٧..... هل يلحق الامتزاج بالخروج عن الملك؟
- ١٥٩..... تصرف الغابن فيما انتقل إليه
- ١٦٣..... النقص الموجب للأرش
- ١٦٧..... التغيير في العين بالزيادة



- ١٦٩ ..... تغيير العين بالزيادة الخارجية.
- ١٧٥ ..... ضمان النقص الحاصل بالقلع.
- ١٧٦ ..... لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه، أم لا؟
- ١٧٧ ..... امتزاج المال الذي جرى عليه البيع.
- ١٨٢ ..... حكم تلف العوضين مع الغبن.
- ١٨٦ ..... جريان الغبن في غير البيع.
- ١٩٠ ..... الاستدلال بأن خيار الغبن على الفور بأية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».
- ١٩٣ ..... التمسك بالعام عند الشك في خروج الفرد في غير ذلك الزمان.
- ١٩٩ ..... استصحاب بقاء خيار الغبن.
- ٢٠٢ ..... لم يدل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ.
- ٢٠٣ ..... المناقشة في ما ذكره بعض المعاصرين.
- ٢٠٧ ..... معذورية الجاهل بالخيار في ترك المبادرة.
- ٢٠٩ ..... دعوى الجهل بالخيار أو نسيانه.

### الخامس: خيار التأخير

- ٢١٠ ..... من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري.
- ٢١٤ ..... فهم المشهور من الروايات.
- ٢١٥ ..... من شروط هذا الخيار أولاً: عدم قبض المبيع.
- ٢٢٠ ..... الشرط الثاني لهذا الخيار: عدم قبض مجموع الثمن.
- ٢٢٤ ..... الشرط الثالث لهذا الخيار: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين.
- ٢٢٥ ..... الشرط الرابع لهذا الخيار: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه.
- ٢٣٠ ..... ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو عدم الخيار لهما أو لأحدهما.

- ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو تعدد المتعاقدين ..... ٢٣٤
- ومن اعتبار هذا الخيار على ما قيل: هو أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص  
الجارية ..... ٢٣٥
- مبدأ خيار التأخير ..... ٢٣٧
- مسقطات خيار التأخير ..... ٢٣٨
- هل هذا التأخير على الفور أو التراخي؟ ..... ٢٤٢
- تلف المبيع في خيار التأخير ..... ٢٤٤
- خيار التأخير في ما يفسده الميبث ..... ٢٤٨

### السادس: خيار الرؤية

- خيار الرؤية والدليل عليه ..... ٢٥٢
- عدم اختصاص هذا الخيار بالمشتري ..... ٢٥٥
- اشتراط ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة ..... ٢٥٦
- خيار الرؤية على الفور أو التراخي ..... ٢٦٤
- مسقطات خيار الرؤية ..... ٢٦٨
- عدم سقوط خيار الرؤية ببذل التفاوت أو إبدال العين ..... ٢٧٧
- ثبوت خيار الرؤية في كل عقد ..... ٢٨١
- لو اختلفا في اختلاف الصفة وعدمه ..... ٢٨٢
- لو نسج بعض الثوب فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول ..... ٢٨٤

### السابع: خيار العيب

- خيار العيب ..... ٢٨٧

- ٢٩١ ..... التخيير بين الردّ وأخذ الأرش عند ظهور العيب
- ٢٩٤ ..... تعلق الارش على الحدث في المبيع
- ٢٩٥ ..... ثبوت خيار العيب بنفس العيب
- ٢٩٧ ..... القول في مسقطات هذا الخيار
- ٢٩٧ ..... من مسقطات هذا الخيار التصريح بإسقاطه
- ٢٩٧ ..... من مسقطات هذا الخيار التصرف في المبيع
- ٣٠٥ ..... من مسقطات هذا الخيار تلف العين أو صيرورته كالتالف
- ٣١٥ ..... من مسقطات هذا الخيار حدوث عيب عند المشتري
- ٣٢١ ..... العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض والخيار
- ٣٢٧ ..... زوال العيب الحادث
- ٣٣٠ ..... هل تبعض الصفقة مانع من الردّ؟
- ٣٣٤ ..... استدلال صاحب الجواهر على عدم جواز التبعض ومناقشته
- ٣٣٧ ..... ثبوت الخيار في البيع الانحلالي
- ٣٤٠ ..... يسقط الأرش دون الردّ في موضعين:
- ٣٤١ ..... ١- إذا اشترى ربوياً بجنسه
- ٣٤٤ ..... ٢- إذا لم يوجب العيب نقصاً في القيمة
- ٣٤٦ ..... وهناك موضع ثالث: إذا ظهر العيب في ما يشترط قبضه في المجلس
- ٣٤٦ ..... من مسقطات الردّ والأرش العلم بالعيب قبل العقد
- ٣٤٨ ..... من مسقطات الردّ والأرش التبرّي من العيوب
- ٣٥١ ..... الاحتمالات في ما يضاف إليه التبرّي
- ٣٥٤ ..... ما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش زوال العيب قبل العلم به
- ٣٥٦ ..... وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف بعد العلم بالعيب

- وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته  
بالعيب ..... ٣٥٨
- وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش ثبوت أحد مانعي الردّ فيما لا يؤخذ الأرش  
فيه ..... ٣٦١
- وما قيل بكونه مسقطاً للردّ والأرش تأخير الأخذ بمقتضى الخيار ..... ٣٦٦
- هل يجب الإعلام بالعيب؟ وهل يصدق «الغش» عند عدم الإعلام؟ ..... ٣٦٩
- مسائل في اختلاف المتبايعين ..... ٣٧٤
- اختلاف المتبايعين في تعيب المبيع ..... ٣٧٤
- اختلاف المتبايعين في تقدّم العيب وتأخّره ..... ٣٧٥
- العمل طبق القرينة القطعية بلايين لو كانت ..... ٣٧٦
- لو أقام كل منهما بيّنة على مدّعا ..... ٣٧٦
- عدم جواز سماع القضاة بيّنة المنكر ..... ٣٧٦
- بيّنة المنكر ..... ٣٧٩
- معارضة بيّنة المدّعي مع بيّنة المنكر ..... ٣٨١
- كيفية حلف البائع على عدم تقدّم العيب ..... ٣٨٤
- إذا باع الوكيل متاعاً فوجد المشتري فيه عيباً ..... ٣٨٦
- إذا أنكر البائع عيب متاعه ..... ٣٩٠
- اختلاف المتبايعين في مسقط الخيار وعلى صور ..... ٣٩٣
- اختلاف المتبايعين في العيب الثاني ..... ٣٩٧
- اختلاف المتبايعين في التبرّي عن العيب ..... ٤٠٠
- لو ادّعى البائع رضا المشتري بالعيب أو ساير المسقطات ..... ٤٠٣
- لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار باقياً ..... ٤٠٤

- ٤٠٦..... لو اختلفا في الفسخ وكان الخيار منقضيًا
- ٤٠٨..... لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت
- ٤١١..... لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته
- ٤١١..... المراد من العيب
- ٤٢٩..... الكلام في بعض أفراد العيب: منها الثفل