

منهاج الفقاهة الجزء: ٥

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: منهاج الفقاهة
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني
الجزء: ٥
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الرابعة
سنة الطبع: ١٤١٨ - ١٣٧٦ ش
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
(ش) ١٦٦	حول وجوب التعلم
(ش) ١٦٩	وجوب التعلم عند الشك في الابتلاء
(ش) ٤١٥	الخيار يدور مدار الغبن الموجود حال العقد
٥	اعتبار القدرة على التسليم
(ش) ١٨	هل القدرة شرط أو العجز مانع
(ش) ٢١	المانع هو العجز في زمان الاستحقاق
(ش) ٣٠	حكم ما لو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا
(ش) ٣٣	عدم الحاق الصلح بالبيع
(ش) ٣٦	بيع الضال والمجحود والمغصوب
(ش) ٣٩	اعتبار العلم بقدر الثمن
(ش) ٤٢	عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا
(ش) ٤٩	بيع المكيل بالوزن، والعكس
٥٥	بيع المعدود بالكيل أو الوزن
(ش) ٥٦	المناطق في المكيل والموزون
(ش) ٦٨	اخبار البائع بقدر المبيع
(ش) ٧٣	بيع الثوب والأرض مع المشاهدة
(ش) ٧٤	بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
(ش) ٨٤	إذا باع صاعا من صبرة
(ش) ٨٦	ثمرات كون المبيع كليا في المعين أو مشاعا
(ش) ٩٠	الفرق بين الاستثناء والبيع
(ش) ٩٦	أقسام بيع الصبرة
(ش) ٩٩	كفاية مشاهدة العين سابقا
(ش) ١٠٣	حكم ما لو اختلفا في التغير
(ش) ١١٣	لو اختلفا في تقدم البيع على التغير وتأخره عنه
(ش) ١١٧	لزوم الاختبار
(ش) ١٢٥	حكم شراء ما يفسده الاختبار
(ش) ١٣٤	بيع المسك في الفأرة
(ش) ١٣٧	بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم
(ش) ١٤٧	الانذار للظروف
(ش) ١٥٧	بيع المظروف مع ظرفه
(ش) ١٦١	التفقه في مسائل التجارات
١٧١	الأخبار الواردة في الحث على التعلم
(ش) ١٧٥	حرمة تلقي الركبان

١٨٢(ش)	كيفية صرف المال المدفوع للصرف في قبيل
١٨٦(ش)	حرمة الاحتكار
١٩٣	خاتمة - في مطلوبة الاجمال في الطلب
١٩٧(ش)	معنى الخيار اصطلاحا
١٩٩(ش)	الأصل في البيع اللزوم
٢٠٣(ش)	القاعدة المستفادة من العمومات
٢١٣(ش)	الاستدلال للزوم بالاستصحاب
٢١٨	أقسام الخيار
٢١٩(ش)	خيار المجلس:
٢٢١(ش)	ثبوت الخيار للوكيل
٢٢٥(ش)	ثبوت الخيار للموكل
٢٢٧(ش)	توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد
٢٢٩(ش)	ثبوت الخيار للوكيل المستقل
٢٣١(ش)	تقدم الفسخ على الإجازة
٢٣٣(ش)	بيان حقيقة تفرق الموكلين
٢٣٤(ش)	تفويض الامر إلى الوكيل
٢٣٦(ش)	ثبوت الخيار للفضولي
٢٣٩(ش)	إذا كان العاقد واحدا
٢٤٢(ش)	استثناء من ينعق على أحد المتبايعين
٢٤٩(ش)	المسلم المشتري من الكافر
٢٥٢(ش)	شراء العبد نفسه
٢٥٣(ش)	اختصاص خيار المجلس بالبيع
٢٥٥(ش)	مبدأ خيار المجلس
٢٥٩	القول في مسقطات الخيار
٢٥٩(ش)	سقوط الخيار باشتراط سقوطه
٢٦٨(ش)	اشتراط عدم الفسخ
٢٧٢(ش)	الشرط غير المذكور في متن العقد
٢٧٥(ش)	المنذور عتقه
٢٧٨(ش)	الاسقاط بعد العقد
٢٨٢(ش)	لو قال أحدهما لصاحبه اختر
٢٨٥(ش)	من المسقطات افتراق المتبايعين
٢٨٨(ش)	الافتراق عن اكراه
٢٩٢(ش)	لو أكره أحدهما على التفرق
٢٩٩(ش)	لو زال الاكراه
٣٠١(ش)	مسقطية التصرف
٣٠٣	خيار الحيوان
٣٠٥(ش)	اختصاص خيار الحيوان بمن انتقل اليه

٣١٣

(ش)٣١٦)

(ش)٣١٨)

(ش)٣٢٣)

(ش)٣٢٥)

(ش)٣٣٦)

(ش)٣٣٨)

(ش)٣٤٥)

(ش)٣٤٧)

(ش)٣٥٢)

(ش)٣٥٥)

(ش)٣٥٧)

(ش)٣٦٠)

(ش)٣٦٣)

(ش)٣٦٦)

(ش)٣٦٨)

(ش)٣٧٣)

(ش)٣٧٥)

(ش)٣٧٧)

٣٨١

(ش)٣٨٢)

(ش)٣٨٤)

(ش)٣٨٦)

(ش)٣٩٠)

(ش)٣٩٨)

(ش)٤١٢)

(ش)٤١٧)

(ش)٤١٩)

(ش)٤٢٢)

(ش)٤٢٧)

(ش)٤٢٨)

(ش)٤٣١)

(ش)٤٣٤)

(ش)٤٣٨)

(ش)٤٤٠)

(ش)٤٤٣)

(ش)٤٤٦)

اختصاص الخيار بالمشتري

ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا

مبدأ هذا الخيار من حين العقد

دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة الخيار

التصرف مسقط للخيار

خيار الشرط

لو جعل الخيار ولم يعين المدة

مبدأ خيار الشرط

جعل الخيار للأجنبي

جواز اشتراط الاستثمار

بيع الخيار

الانحاء التي يقع الشرط عليها

التمن المشروط رده لفسخ البيع

الفسخ بالرد

مسقطات خيار الشرط

التصرف في الثمن المعين مسقط

حكم تلف المبيع

حول تلف الثمن

رد الثمن إلى الوكيل أو الولي

رد الثمن إلى الحاكم

حول الفسخ برد بعض الثمن

جريان خيار الشرط في العقود الجائزة

جريان الخيار في الايقاعات

جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة

خيار الغبن

اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

لا عبرة بعلم مجري الصيغة

ما يثبت به الجهل

اشتراط كون التفاوت فاحشا

تصوير الغبن من الطرفين

ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار

اسقاط خيار الغبن بعد العقد

اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن

التصرف المخرج عن الملك

فروع

(ش) ٤٤٩
(ش) ٤٥٤
(ش) ٤٥٧
(ش) ٤٦٣
(ش) ٤٦٥
(ش) ٤٦٧
(ش) ٤٧١
(ش) ٤٧٤
(ش) ٤٧٦
(ش) ٤٧٩
(ش) ٤٨٣
(ش) ٤٨٤

تصرف الغابن المخرج عن الملك
تصرف الغابن الموجب للنقيصة
تصرف الغابن الموجب للزيادة
التغير بالامتزاج
حكم الامتزاج بالجنس
حكم تلف العوضين
ثبوت خيار الغبن في غير البيع
كون هذا الخيار على الفور أو التراخي
التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك
استصحاب الخيار
أصالة فساد فسخ المغبون
المراد من الفورية

منهاج الفقهة
التعليق على مكاسب الشيخ الأعظم
لآية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الجزء الخامس

(١)

الكتاب: منهاج الفقاهة / ج ٥
المؤلف آية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الطبعة: الرابعة
تاريخ النشر: ١٤١٨ هـ ق - ١٣٧٦ هـ ش
المطبعة: سپهر
الكمية: ١٠٠٠ نسخة
السعر: ٩٥٠ تومان

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق وأفضل
صلواته وأكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله
العلماء بالله الأماناء على حلاله وحرامه، سيما بقية الله في الأرضين أرواح
من سواه فداه.

وبعد،

فهذا هو الجزء الخامس من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا إلى طبعه
والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فإنه ولي التوفيق.

(٤)

مسألة: الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم، { ١ } فإن الظاهر
الاجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد وفي التذكرة أنه اجماع. وفي
المبسوط الاجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء.
وعن الغنية أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظا مما
لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا
خلاف

(٥)

واستدل في التذكرة على ذلك بأنه نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر { ١ } وهذا غرر

والنهى هنا يوجب الفساد اجماعا على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر إرساله. أما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير

قادرا على التسلم، يثبت الخيار.

وإن كان هو أيضا غير قادر بطل العقد. وسيأتي الكلام في ذلك فانتظر. ومن هنا ظهر الأمر الثالث، وهو أن محل الكلام عجز البائع والمشتري عن ذلك، وأما إذا كان المشتري قادرا على التسلم فهو خارج عن المقام. وسيأتي حكمه. إذا عرفت هذه الأمور.

فاعلم: أنه قد تكرر من الفقهاء دعوى الاجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من الإنتصار أن عليه اجماع العامة ولم يذكر الخلاف عن أحد سوى الفاضل القطيني. وقد استدل لاعتباره بوجوه.

{ ١ } الأول: النبوي المشهور بين الفريقين - بل قيل إنه أجمع عليه المخالف والمؤلف -:

نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر. (١)

وتنقيح القول في هذا الحديث الشريف يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في سنده. والظاهر أنه من أقضية النبي صلى الله عليه وآله المروية من طرق أهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، وهي بعينها مروية من طرقنا برواية عقبة متفرقة على حسب تفرق الأبواب.

وعلى أي تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه وتلقيهم إياه بالقبول وافتائهم مستندا إليه لا يبقى مجال الاشكال في سنده.

الجهة الثانية: في معنى الغرر وتطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. وقد ذكروا

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١ -

الدعائم ج ٢ - ص ١٩ سنن بيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٢ - وأخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣ - وأبو داود في كتاب البيوع.

من الفقهاء وأهل اللغة حيث مثلوا للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء مع أن معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادق عليه والمروى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر.

وفي الصحاح الغرة الغفلة والغار الغافل وأغره أي أتاه على غرة منه واغتر بالشئ أي خدع به والغرر الخطر ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر وهو مثل بيع

السمك في الماء والطير في الهواء إلى أن قال: والتغريير حمل النفس على الغرر، انتهى. وعن القاموس: ما ملخصه غره غرا وغرورا وغرة بالكسر فهو مغرور وغريير كأمر خدعه وأطمعه في الباطل إلى أن قال: غرر بنفسه تغريرا أو تغره أي عرضها للهلكة والأسم الغرر محرركة إلى أن قال: والغار الغافل، واغتر غفل والأسم الغرة بالكسر، انتهى.

وعن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، وقال الأزهري: بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وقد تكرر في الحديث ومنه حديث مطرف أن لي نفسا واحدة وإني لأكره أن أغر بها أي أحملها على غير ثقة وبه سمي الشيطان غرورا لأنه يحمل الانسان على محابه ووراء ذلك ما يسوؤه، انتهى.

في تفسير الغرر أمورا: الغفلة، والخديعة، والخطر، وعمل ما لا يؤمن معه من الضرر، وما كان على غير عهدة وثقة، وما له ظاهر محبوب وباطن مكروه. وقد أفاد بعض المحققين: إن هذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنى الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه، وبعضها الآخر بيان لازمه الدائمي، وبعضها بيان لازمه الغالبي، وبعضها بيان لمورده.

ومعناه الحقيقي: ما يساوق الخديعة، ولازمه الدائمي هو الغفلة، ولازمه الغالبي هو الخطر والوقوع في الضرر، والمنخدع لا يكون على عهدة وثقة، ومورده ما كان له ظاهر محبوب وباطن مكروه.

والحق أن يقال: إن لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها أصلا على ما يظهر من كتب اللغة.

لأن ما يكون بمعنى الغفلة إنما هو المعنى المشتقي اللازم وهو غريير

وقد حكى أيضا عن الأساس والمصباح والمغرب والجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر ممثلا له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء والطير في الهواء. وفي التذكرة أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين ومراده من التفسير التوضيح بالمثل وليس في المحكي عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

وبالجملة فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر سواء تعلق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله في يد من أنتقل إليه أم بصفاته كما أو كيفا. وربما يقال إن المنساق من الغرر المنهي عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع ومقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه وعدمه ضرورة حصوله في بيع كل غائب خصوصا إذا كان في بحر ونحوه، بل هو أوضح شئ في بيع الثمار والزرع ونحوهما.

والحاصل أن من الواضح عدم لزوم المخاطرة في مبيع مجهول الحال بالنسبة إلى التسلم وعدمه خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر وفيه أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصا بعد تمثيلهم بالمثلين المذكورين واحتمال إرادتهم ذكر المثلين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظة اشتغال التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهالة بالصفات هذا مضافا إلى استدلال الفريقين من العامة والخاصة بالنبوي

بكسر الغين، ومصدره الغرة بالكسر، واسم فاعله الغار بمعنى الغافل، ولا يكون له اسم مفعول لكونه لازما.

وما يكون بمعنى الخدعة إنما يكون متعديا وهو غريغر بضم الغين واسم مفعوله المغرور، وغرير صفة مشبهة، واسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب، فالمغرور، يلازم مع كونه غافلا، ومصدره غرور، والمستعمل في القرآن الكريم إنما هو المعنى

الثاني، ولا جامع بين البابين.

وأما لفظ الغرر فلم يستعمل في شئ منهما، وإنما هو بمعنى الخطر، ولا يكون معناه حديثا اشتقاقيا، بل هو جامد كما صرح بذلك في الأساس والمصباح والمغرب

المذكور على اعتبار القدرة على التسليم كما يظهر من الإنتصار حيث قال: فيما حكى عنه ومما انفردت به الإمامية القول بجواز شراء العبد الأبق مع الضميمة ولا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الأبق على كل حال إلى أن قال: ويعول مخالفتونا في منع بيعه على أنه بيع غرر وأن نبينا صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر إلى أن قال: وهذا ليس بصحيح لأن هذا

البيع يخرج عنه أن يكون غررا انضمام غيره إليه، انتهى. وهو صريح في استدلال جميع العامة بالنبوي على اشتراط القدرة على التسليم. والظاهر اتفاق أصحابنا أيضا على الاستدلال به كما يظهر للمتتبع و سيجئ في عبارة الشهيد التصريح به، وكيف كان، فالدعوى المذكورة مما لا يساعدها اللغة ولا العرف ولا كلمات أهل الشرع وما أبعد ما بينه وبين ما عن قواعد الشهيد رحمه الله

والجمل والمجمع والقاموس، وقد فهم العلماء قدس الله أسرارهم منه ذلك، ولذا أفاد المحقق المشار إليه أنه إنما يحمل الغرر في الخبر على الخطر لفهم العامة والخاصة لاتفاقهم

ظاهرا على ذلك كما يتضح بالمراجعة إلى استدلالات الفريقين في أبواب المعاملات. وبالجملة: الغرر بحسب تصريح اللغويين وفهم أهل العرف والعلماء إنما هو بمعنى الخطر.

فإن قيل أنه إذا كان جامدا فكيف يقال: غرر يغرر تغريرا. أجبت عنه: بأن بعض الجوامد بواسطة بعض أبواب المزيد فيها يصير مشتقا كالماء المشمس والتحجير وغيرهما.

والمقام من هذا القبيل، فمعنى غرر بنفسه أوقعه في الخطر. وما عن القاموس من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلاكة، إنما هو من جهة أن خطر النفس هو الهلاكة، وما فيه من أن الاسم الغرر مراده منه أن اللفظ الأصلي هو معنى اسمي غير قابل الاشتقاق وهو الغرر، وما عن الإمام علي (عليه السلام) من تفسير

حيث قال: الغرر ما كان له ظاهر محبوب وباطن مكروه قاله بعضهم ومنه قوله تعالى: * (متاع الغرور) * وشرعا هو جهل الحصول { ١ } ومجهول الصفة فليس غررا وبينهما عموم وخصوص من وجه لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وصف الآن ووجود الجهل بدون الغرر في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر.

وقد يتوغل في الجهالة كحجر لا يدري أذهب أم فضة أم نحاس أم صخر ويوجدان معا في العبد الآبق المجهول الصفة ويتعلق الغرر والجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود وتارة بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود وبالجنس كحب لا يدري ما هو وسلعة من سلع مختلفة وبالنوع كعبد من عبيد وبالقدر ككيل لا يعرف قدره والبيع إلى مبلغ السهم وبالعين كثوب من ثوبين مختلفين وبالبقاء كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح عند بعض الأصحاب. ولو اشترط أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل كما لو شرط صيرورة الزرع سنبلًا والغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع اجماعا وقد يكون بما يتسامح به عادة لقلته كأس الجدار وقطن الجبة وهو معفو عنه اجماعا ونحوه اشتراط الحمل وقد يكون مرددا بينهما وهو محل الخلاف كالجزاف في مال الإجارة

الغرر بعمل لا يؤمن معه من الضرر، غير ثابت، ولم يحرز صدوره عنه، ولو سلم الصدور لا بد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على أي تقدير. وقد يقال: إن بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غرريا بعد كون المبيع معلوما ذاتا ووصفا، وإنما يكون الغرر والخطر من ناحية الآثار الخارجية، أي التسليم والتسلم. وفيه: إن الملكية المجردة لا يترتب عليها شيء ولا يبذلون العقلاء بإزائها شيئا، فالبيع عليها غرري، وما أبعد ما بين هذه الدعوى. وما ادعاه الشهيد قدس سره { ١ } من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، وإن كان هو أيضا لا يخلو عن محذور، ويؤيد ما ذكرناه تمثيل أهل الفن للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وآله: لا تشتري السمك في الماء فإنه غرر. فلا ينبغي التوقف

والمضاربة والثمرة قبل بدو الصلاح والآبق بغير ضميمة، انتهى.
وفي بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر في شرح الإرشاد حيث ذكر في مسألة
تعين الأثمان بالتعيين الشخصي عندنا قالوا يعني المخالفين من العامة تعينها غرر
فيكون منهيًا عنه. أما الصغرى فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقة فينسخ البيع.
وأما الكبرى فظاهرة إلى أن قال قلنا: إنا نمنع الصغرى لأن الغرر احتمال مجتنب عنه
في العرف بحيث لو تركه وبخ عليه وما ذكره لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه،
انتهى.

فإن مقتضاه أنه لو اشترى الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن
غررا لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير. وكذا لو اشترى
المجهول المردد بين ذهب ونحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من تحقق الغرر
بالجهل بالصفة. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فإن ذلك كله مرغوب
فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا فالأولى أن هذا
النهي من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية إلى التنازع في المعاملات وليس منوطا
بالنهي من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفةة

في صدق الغرر والخطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه.
الجهة الثالثة: في بيان مفاد النهي.

الظاهر أن النهي عن المعاملة كما عرفت في أول الجزء الأول من هذا الشرح ظاهر في
كونه ارشادا إلى الفساد، فإذا ظاهر ذلك هو فساد البيع الغرري.
الجهة الرابعة: إنه قد يقال: بأن المانع عن الصحة إن كان هو الغرر فهو يمكن دعوى
ارتفاعه بوجوه:

أحدها: إنه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض إليه لا يكون هناك غرر.
وفيه: إن نفوذ الشرط مشروط بكونه في ضمن العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح
العقد به.

ثانيها: إنه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر، فله الفسخ واسترجاع الثمن.
وفيه: إن الخيار إنما يثبت في العقد الصحيح، فكيف يصحح العقد به.

ثم إنه قد حكي عن الصدوق في معاني الأخبار تعليلاً فساد بعض المعاملات المتعارفة في الجاهلية كبيع المنابذة والملازمة وبيع الحصاة بكونها غرراً مع أنه لا جهالة في بعضها كبيع المنابذة بناء على ما فسر به من أنه قول أحدهما لصاحبه انبذ إلى الثوب أو انبذه إليك فقد وجب البيع، وبيع الحصاة بأن يقول: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، ولعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر والله العالم.

ثالثها: إنه بالفحص إما أن يحصل في يده، أو يصير مأیوساً من ذلك، فيكون بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن إلى صاحبه، فهو مأمون العاقبة من الخطر، لأنه إما أن يصل إليه المبيع أو بدله.

وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم، إذ الحكم بالانفساخ فرع صحة العقد. رابعها: إنه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الامتناع من تسليم الثمن فلا غرر وفيه: إن الامتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكاً للبائع لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه.

هذا كله مع أن الغرر باعتبار الغرض المعاملي لا ينجر بالفسخ ولا بالانفساخ. فالحق دلالة النبوي على الفساد، إلا أنه مختص بصورة عدم احراز امتناع التسليم، لأن الخطر إنما يطلق فيما إذا احتمل الحصول ولو ضعيفاً. ولكن في هذا الفرد يثبت الحكم بالأولوية القطعية.

الثاني: إن بذل المال بإزاء ما لا يمكن تسليمه سفهي، فلا تشمله أدلة نفوذ المعاملات فإنها مسوقة لبيان إنفاذ المعاملات العقلانية.

وفيه: أولاً: إن بذل المال القليل بإزاء مال كثير يرحى حصوله ليس سفهياً بل ربما يعد عدم البذل سفهياً.

وثانياً: إن أدلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، والدليل إنما دل على عدم نفوذ معاملة السفهية ولم يدل دليل على عدم نفوذ المعاملة السفهائية.

الثالث: إن المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه: أكل للمال بالباطل.

وكيف كان فلا اشكال في صحة التمسك لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوي المذكور إلا أنه أخص من المدعي لأن ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة ونحوه ليس في بيعه خطر لأن الخطر إنما يطلق في مقام يحتمل السلامة ولو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة وكون أكل الثمن في مقابله أكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا { ١ } وإن كان ملكا فيصح عتقه ويكون لمالكه لو فرض التمكن منه إلا أنه لا ينافي سلب صفة التمول عنه عرفا. ولذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته إلى المالك { ٢ } فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

وفيه: إن المراد بالأكل بالباطل بقريئة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالأسباب الباطلة كالقمار ونحوه، وإلا فغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانا وبلا عوض، وليس هذا من قبيل أكل المال بالباطل.

{ ١ } الرابع: إن ما لا يقدر على تسليمه لا يعد مالا عرفا فلا يصح بيعه.

وفيه: أولا: إن المال إنما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بأنفسها مع قطع النظر عن الأشخاص، وهو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه، وهي صفة تنتزع من نفس المال وإن لم يكن هناك مالك.

وثانيا: إنه لو سلم ذلك فإنما هو فيما لا يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى.

{ ٢ } وقد استشهد المصنف لسلب صفة التمول عنه: بأنه يجب على غاصبه قبلا أن

يدفع تمام القيمة بصيرورته كذلك من باب بدل الحيلولة.

وفيه: إن لزوم أداء تمام القيمة إنما يكون من جهة الحيلولة بين المالك وتتمام المالية بالحيلولة بينه وبين العين لا من جهة التلف، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك في مبحث بدل

الحيلولة.

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخر منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله: لا تبع ما ليس عندك، { ١ } بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً فهي كناية لا عن مجرد الملك لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام ولا عن مجرد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصة والعامة بها على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، ثم شرائها من مالکها خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو من نفسه فإن السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده وإن كان غائباً { ٢ } وعلى أي حال فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك وكيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. وأما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله

[١] الخامس: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله: منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله

من قوله: لا تبع ما ليس عندك....

لا يخفى أن أفضية النبي صلى الله عليه وآله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة ابن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبه بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب.

وعليه فهذا النبوي (١) مروى من طرقنا ومن طرق العامة، فلا وجه للمناقشة في سنده.

{ ٢ } وأما من حيث الدلالة، فمحصل ما أفاده المصنف قدس سره: إن محتملات قوله عليه السلام عندك أربعة:

أحدها: الحضور الذي هو معناه الحقيقي.

ثانيها: الملك.

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود، وباب ٢ من أبواب عقد البيع وسنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.

بشرائه ونحوه ودفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد وليس في الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد. نعم يمكن أن يقال إن غاية ما يدل عليه هذا النبوي بل النبوي الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافي وقوعه مراعي بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده ولو أبيت إلا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعي دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر وبين اخراج بيع الرهن وبيع ما يملكه بعد البيع، وبيع العبد الجاني عمدا وبيع المحجور لرق أو سفه أو فلس
ثالثها: السلطنة عليه والقدرة على تسليمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد. ومن البين أن الأول ليس بمراد قطعا لجواز بيع الغائب اجماعا. والثاني خلاف الظاهر، فإن بيع المملوك يبيع ماله لا يبيع ما عنده، فبيع غير المملوك يبيع ما ليس له، لا يبيع ما ليس عنده. والثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوي على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير.

فيتعين الرابع، فيدل على فساد بيع ما لا يكون مالكا له، وما لا يقدر على تسليمه، فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

وفيه: إن إرادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماساة للعين، إما وحدها أو مع الملكية خلاف الظاهر، بل إما أن يراد مطلق التصرفات الخارجية أو لا يكون ذلك بالخصوص بمراد، وحيث إنه لا يعتبر السلطنة الخارجية المماساة للعين قطعا، فلا

يكون ذلك بمراد لا مستقلا ولا ضمنا، بل الظاهر منه إرادة السلطنة الاعتبارية على التصرفات التسيبية المعاملية، فيكون أجنبيا عن المقام.

فإن البائع في هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم ولا رجحان لهذه التخصيصات. فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكّن منه [مراعى بالتمكّن منه] في زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به. وقد صرح الشهيد في اللمعة بجواز بيع الضال والمجحود من غير إباق مراعى بإمكان التسليم واحتمله في التذكرة لكن الانصاف أن الظاهر من حال الفقهاء اتفاهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الإيضاح. ومنها أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه { ١ } فيجب أن يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالممتنع

{ ١ } السادس: ما ذكره المصنف قدس سره، وحاصله: أن لازم العقد وجود التسليم، وهو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد، وإلا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

وفيه: إنه إن أريد بذلك أن لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذي هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال إلى صاحبه، إلا أن هذا اللازم ليس لازما لا ينفك، بل هو فرع التمكّن منه، ومع عدم التمكّن يكون ملكا له لا يجب تسليمه لعدم القدرة. وإن أريد به أنه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه: إن العقد عبارة عن تمليك العين مثلا لا هو مع اعتبار أمر آخر أو تكليف آخر. وإن أريد به أن الملكية تكون مقيدة بما يتمكّن من تسليمه، فيرد عليه: إن التعليق في العقد موجب للبطلان.

وإن أريد به أن لزوم التسليم من أحكام العقد من جهة أن التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من أحكام العقد، فيرد عليه: أولا: إن * (أوفوا بالعقود) * (١) على ما حققناه في محله يكون ارشادا إلى لزوم العقد، وعلى فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسحه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

(١) المائدة آية ٢.

ويضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة وإن أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. { ١ } وقد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط { ٢ } وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، { ٣ } فافهم

وثانيا: إن التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

{ ١ } وأجاب المصنف عنه: بأنه يضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم... متعنا الملازمة

مراده: أنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث إنه إن لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم، نمنع الملازمة، أي لا دليل على أن ذلك من لوازم العقد.

وإن كان المراد أن لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق في الفرض، وكذلك الملزوم.

قال المصنف: وقد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع

{ ٢ } المعترض، ودافعه، صاحب الجواهر قدس سره.

وحاصل الاعتراض بما ذكره المصنف من الجواب: إن مقتضى أصالة عدم تقييد

الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق، فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم.

ومحصل الدفع: إنه معارض بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، فإن اطلاق أدلة

نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في النفوذ، فالحجة على الإشتراط تعارض الحجة على عدمه.

{ ٣ } وأما ما ذكره المصنف قدس سره من النظر الواضح في الاعتراض والمعارضة، فلعل

وجه النظر في الاعتراض أنه إن أريد بأصالة عدم تقييد الوجوب الأصل العملي - أي أصالة

عدم وجوب المقيد -

- فيرد عليه: إنه معارض بأصالة عدم وجوب المطلق

ومنها إن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه ولا يتم إلا بالتسليم { ١ } ويضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع [بعد التسليم لا الانتفاع] المطلق. ومنها إن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا وأكله أكلا بالباطل. وفيه أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصول العوض سفه، فافهم.

وإن أريد به الأصل اللفظي، أي اطلاق دليل الوجوب - فهو مقيد بالقدرة عقلا. ووجه النظر في الدفع: إن اطلاق دليل المقيد لو سلم لا ريب في حكومته على أصالة عدم تقيد البيع كما لا يخفى.

{ ١ } السابع: ما ذكره المصنف بقوله: ومنها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، ولا يتم إلا بالتسليم.... وفيه: أولا: إن تخلف الأغراض والدواعي لا يوجب فساد المعاملة وبطلانها. وثانيا: إن الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

وثالثا: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم. فتحصل مما ذكرناه: إن دليل اعتبار هذا القيد هو النبوي المشهور:

نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بين الغرر.
هل القدرة شرط أو العجز مانع
وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما في التكاليف، أم يكون العجز عنه مانعا؟ وجهان.

ثم إن ظاهر معاهد الاجتماعات كما عرفت كون القدرة شرطا كما { ١ } هو كذلك في التكاليف وقد أكد الشرطية في عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفي المشروط عند انتفاء الشرط { ٢ } ومع ذلك كله فقد استظهر بعض من تلك العبارة أن العجز مانع لا أن القدرة شرط قال: ويظهر الثمرة في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة وجعله دليلا على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق العجز وفيه ما عرفت من أن صريح معاهد الاجتماعات خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هي شرطية القدرة أن العجز أمر عدمي لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر. فكيف يكون مانعا من { ٣ } أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم، ثم لو سلم صحة اطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي ولا في غيرهما فإننا إذا شككنا في تحقق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها أولا معه فالأصل عدمها أعني العجز سواء جعل

وملخص القول: إن الكلام في هذا التنبيه يقع في مواضع.

أحدها: فيما هو مقتضى كلمات الأصحاب.

ثانيها: في معقولية مانعية العجز وعدمها.

ثالثها: فيما يقتضيه الدليل.

رابعها: في ترتب الثمرة على هذا النزاع.

{ ١ } أما الأول: فظاهر كلمات القوم حيث قالوا: ومن شرائط العوضين القدرة على

التسليم كون القدرة شرطا.

ومورد نزاع المصنف قدس سره وصاحب الجواهر كلام الغنية، وذيله الذي نقله

المصنف قدس سره

{ ٢ } وهو صريح في شرطية القدرة، اللهم إلا أن يكون ذلك من كلام المصنف قدس

سر.

{ ٣ } وأما الثاني فقد ذهب المصنف قدس سره إلى عدم معقولية مانعية العجز، من جهة أن

العجز أمر عدمي لأنه عدم القدرة عمن من شأنه أن يقدر، والمانع هو الأمر الوجودي الذي

يلزم من وجوده العدم.

القدرة شرطا أو العجز مانعا وإذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكى أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا. { ١ }

والحاصل أن التردد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنما يصح ويثمر في الضدين مثل الفسق والعدالة لا فيما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل وأما اختلاف الأصحاب في مسألة الضال والضالة فليس لشك المالك في القدرة والعجز ومبنيها على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحة والفساد بل لما سيحجى عند التعرض لحكمها

وفيه: إن المانع في باب العلة والمعلول غير المانع في باب العقود والإيقاعات كما تقدم، فإن المراد به في هذا الباب ما قيد صحة العقد بعدمه، أو حكم بفساد العقد معه، وحيث إن هذا ممكن فمانعية العجز معقولة.

وأما الموضوع الثالث: فالأظهر أن المستفاد من الأدلة مانعية العجز، وذلك لأن ضم أدلة نفوذ البيع. بقوله صلوات الله عليه: نهى النبي عن بيع الغرر يقتضي أن يكون موضوع النفوذ البيع الذي ليس بغرري - أي لا يكون متصفا به - لا أن الموضوع هو البيع المتصف بما

يضاد الغرر كما هو واضح.

{ ١ } وأما الموضوع الرابع: ففي المتن إن اللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا ولكن يمكن أن يقال بظهور الثمرة فيما إذا شك في القدرة، فإنه على القول بشرطية القدرة لا بد من احرازها في الحكم بصحة البيع، وأما على القول بمانعية العجز فيحكم بالصحة، وإن لم يحرز ذلك.

لوجهين: الأول: أصالة عدم المانع: الثاني: قاعدة المقتضي والمانع من جهة أن العقد مقتض والعجز مانع، فإذا شك في المانع مع احراز المقتضي يبني على تحقق المقتضي بالفتح.

وفيهما نظر:

أما الأول: فلأن الشبهة إما موضوعية، أو حكمية،

ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم { ١ } فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدر عدمها قبل الاستحقاق ولو حين العقد

فإن كانت موضوعية فإن كانت الحالة السابقة القدرة بيني عليها، وإن كانت هي العجز بيني عليه، ومع عدم احراز الحالة السابقة أو توارد الحالتين لا يجري الأصل الموضوعي وإنما يرجع إلى أصالة الفساد، من غير من فرق بين المسلكين. وإن كانت حكمية، كما لو شك في أن الخارج هو العجز المستمر أو العجز في الجملة، أو شك في أن المراد بالعجز ما يشمل التعسر، يرجع إلى عمومات الصحة اقتصاراً في المخصص على المتيقن منه.

وبالجملة: بعد كون العجز والقدرة من قبيل العدم والملكة لا من قبيل السلب والإيجاب، لا يبقى فرق بين مانعية الأول وشرطية الثانية كما لا يخفى. وأما الثاني: فلعدم حجيتها أولاً وعدم جريانها في الأحكام الشرعية ثانياً لعدم تمييز المقتضي عن المانع والشرط. هذا كله مضافاً إلى أن المدرك لاعتبار هذا القيد بما أنه النبوي فلا يتصور الشك الموضوعي لتقوم الغرر بالجهل.

المانع هو العجز في زمان الاستحقاق { ١ } الثاني: هل العبرة في القدرة على التسليم هي القدرة في زمان استحقاق التسليم، أم في زمان البيع؟ وجهان. الظاهر أنه لا اشكال كما لا خلاف في أن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان الاستحقاق من غير فرق بين كون المستند وجوب التسليم، أو نهي النبي عن بيع الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو عدم الانتفاع، أو لا تبع ما ليس عندك. إذ لا وجوب للتسليم قبل الاستحقاق. والمعاملة التي يقدر البائع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بغررية فعلاً.

ويتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، { ١ }
وفيما لم يعتبر التسليم فيه رأساً كما إذا اشترى من ينعق عليه فإنه ينعق بمجرد
الشراء ولا سبيل لأحد عليه، { ٢ } وفيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد أما
لاشترط تأخيره مدة وأما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً فإنه لا يستحق
التسليم إلا بعد إجازة المالك { ٣ } فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها

والاقدام على بيع ما يتمكن من تحصيله في حال الاستحقاق ليس اقداًماً سفهياً،
ولا يترقب الانتفاع من المبيع إلا بعد استحقاقه.

والمراد من عدم بيع ما ليس عنده على فرض دلالة على هذا الشرط بقريئة مناسبة
الحكم والموضوع وبحسب المتفاهم العرفي عدم الالتزام بما لا يقدر عليه، ومن كان قادراً
حين الاستحقاق غير قادر حين البيع لا يكون ملزماً على نفسه بما لا يقدر عليه.
فما أفاده المحقق الإصفهاني قدس سره من أنه لو كان المدرك النهي عن بيع ما ليس عنده
لا بد من القدرة حال ورود البيع عليه، غير تام، فهذه الكلية لا كلام فيها.
إنما الكلام في الفروع التي فرعها المصنف قدس سره على تلك:
{ ١ } أحدها: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري.

وفيه: إن عدم اعتبارها في هذا المورد ليس من متفرعات عدم اعتبار القدرة حال
البيع، بل لو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لم تكن معتبرة في الفرض، لأن التسليم طريق
إلى وصول المال بيد المشتري، فمع تحقق الوصول لا يعقل استحقاق التسليم.
{ ٢ } ثانيها: ما إذا اشترى من ينعق عليه.

وفيه: إن عدم اعتبارها في المورد إنما يكون من جهة عدم دخوله في ملكه أو
خروجه عنه بعد دخوله آناً، لا من جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع.
{ ٣ } ثالثها: ما إذا اشترى فضولاً فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك.
وفيه: إن المعتبر هو قدرة من له العقد لا مجري الصيغة، وحيث إن العقد إنما

لكن يشكل على الكشف من حيث إنه لازم { ١ } من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله.

نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين ومثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه، { ٢ } بل وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم { ٣ } لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر ولو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط. ومن المعلوم أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قاذح بل لا يقدر العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله

يستند إلى من له العقد - وهو المالك من حين الإجازة لا قبلها - فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الإجازة. { ١ } وربما يشكل على الكشف من حيث إنه لازم من طرف الأصيل. والظاهر أن منشأ الإشكال أنه على القول بالكشف إذا كان أحد الطرفين أصيلاً، بما أن تمام الموضوع لوجوب الوفاء والمؤثر في الملكية هو العقد، فهو من حين البيع إلى ما قبل الإجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه، وما انتقل إليه. أما في الأول فلخروجه عن ملكه، وأما في الثاني فلأنه لا يجب على مالكة التسليم فلا يقدر هو على تحصيله، فيلزم من ذلك الغرر.

وفيه: إن منشأ الإشكال إن كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل إليه فهو يتحقق في الفضولي من الجانبين، وإن كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة

على التسليم والتسلم، كما لا دخل له بالغرر. { ٢ } رابعها: بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه. هذا التفريع حسن من جهة أن المشتري لا يستحق التسليم قبل إجازة المرتهن على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الإجازة وإنما العبرة بالقدرة بعدها، وإن كان العقد منتسباً إلى المالك من حين حدوثه. { ٣ } خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

فإن الشروط المتأخرة لا يجب احرازها حال العقد ولا العلم بتحققها فيما بعد. والحاصل أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره والسر فيه أن التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور.

وبعبارة أخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام الناقل ولهذا لا يقدر كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتحدد القدرة بعده والمفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل وأولى منها بناء على الكشف. وكذلك الكلام في عقد الرهن فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض إنما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب احرازه حين الرهن ولا العلم بتحقيقه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه. ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره وسيجيء الكلام في باب الرهن. اللهم إلا أن يقال إن المنفي في النبوي هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا. فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف والسلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور غرر عرفا لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي فيصدق الغرر والخطر عرفا، وإن لم يتحقق شرعا إذ قبل التسليم لا انتقال وبعده لا خطر لكن النهي والفساد يتبعان بيع الغرر عرفا. { ١ }

محصل ما أفاده في هذا الفرع: إنه في بيع السلم بما أن القبض جزء السبب الناقل. فقبل تسليم المشتري الثمن لا يكون السبب متحققا، فالعجز عن التسليم لا يقدر في الصحة، فلو اتفق حصوله صح البيع. وبعبارة أخرى: قبل أن يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لأنه جزء المملك، وبعده التسليم متحقق.

{ ١ } وأورد عليه: بأنه قبل القبض البيع العرفي موجود، والبائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غرريا عندهم فيشملة نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، فإن الموضوع فيه البيع الغرري العرفي.

ومن هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر، فإن العرف إذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلا، وهكذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة، { ١ } فتأمل.

ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي { ٢ } المعاصر

للمحقق الثاني

{ ١ } وأجاب عنه المصنف قدس سره: بأن أهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الأثر شرعا قبل القبض لا يرونه غرريا في الفرض.

ويمكن الجواب بوجه آخر، وهو: إن دليل اعتبار القبض يكون حاكما على دليل مانعية الغرر، ويدل على أنه لا غرر في الفرض.

وأما ما أفاده المحقق الإيرواني في الجواب عن ذلك: بأن ظاهر النبوي أن البيع الذي لولا الغرر كان صحيحا مؤثرا هو الذي نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه إذا كان غرريا، والبيع في الفرض قبل القبض لا يكون صحيحا، فالغرر فيه لا يكون مانعا.

فيرد عليه: إن دليل كل مانع إنما يكون متكفلا لبيان مانعية ذلك الشيء خاصة، ولا نظر له إلى سائر الموانع والشرائط، ولذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لا سبيل إلى دعوى عدم مانعية شيء منهما، مع أن مقتضى البرهان المزبور ذلك، فإن دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر، والمفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.

{ ٢ } التنبيه الثالث: قال إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا عن الفاضل القطيفي: ولكن الظاهر من كلامه أنه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم في الجملة، غاية الأمر أنه يلتزم باعتبار أمر في خصوص مورد الجهل وعدم الرضا.

وعليه فلا تنافي بين كلمات المصنف قدس سره حيث نفى الخلاف في أول المسألة، وهنا نقل

الخلاف عن الفاضل القطيفي.

حيث حكى عنه أنه قال في ايضاح النافع أن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنها شرط في أصل صحة البيع فلو قدر على التسلم صح البيع وإن لم يكن البائع قادرا عليه بل لو رضي بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز وينتقل إليه ولا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب ونحوه { ١ }

نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم يصح المعاوضة عليه بالبيع، لأنه في معنى أكل مال بالباطل وربما احتتمل امكان المصالحة عليه.

ومن هنا يعلم أن قوله يعني المحقق في النافع لو باع الآبق منفردا لم يصح إنما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه أو كونه بحيث لا يتمكن منه عرفا ولو أراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى.

وفيه ما عرفت من الاجماع ولزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري لأن الشارع نهى عن الاقدام عليه إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة { ٢ } فيبطل في موضع تحققه وهو عند جهل المشتري وفيه ما فيه.

{ ١ } والظاهر أن المصنف قدس سره فهم من كلام الفاضل القطيفي أنه يلتزم باشتراط الصحة بأمر لا يجامع العلم والرضا كعنوان الخدعة.

وبعبارة أخرى أنه يعتبر في صحة المعاملة القدرة على التسليم ما لم يعلم المشتري عدم قدرة البائع على التسليم، وإلا فلو علم بذلك ورضي به فلا يعتبر القدرة على التسليم.

{ ٢ } ولذا أورد عليه بأن الغرر إنما هو في النبوي بمعنى الخطر لا الخدعة ولكن يحتمل أن يكون مراده أن القدرة إنما تعتبر من ناحية حق تسلم المبيع للمشتري، فإذا علم بعدم القدرة وأقدم على المعاملة راضيا بها فقد أسقط حقه.

والجواب عنه: إن الشارع اعتبر القدرة وكون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط، غير ثابت، والأصل يقتضي عدمه.

ثم إن الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع وإنما المقصد الأصلي هو التسلم { ١ } ومن هنا لو كان المشتري قادرا دون البائع كفى في الصحة كما عن الإسكافي والعلامة وكاشف الرموز والشهيدين والمحقق الثاني وعن ظاهر الإنتصار أن صحة بيع الأبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الإمامية وهو المتجه لأن ظاهر معاقد الاجماع بضميمة التبع في كلماتهم واستدلالاتهم بالغرر وغيره مختص بغير ذلك ومنه يعلم أيضا أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم كما لو اعتاد الطائر العود صح { ٢ } وفاقا للفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم.

نعم عن نهاية الأحكام احتمال عدم بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وأن عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقل باعث، وفيه أن العادة باعثة كالعقل

{ ١ } الرابع: الظاهر أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع وإنما المقصد الأصلي هو التسلم كما صرح به العلاقة وغيره، وذلك لأن المستند لاعتبار هذا القيد إن كان نهى النبي عن الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو كونه أكلا للمال بالباطل

فواضح: إذ لا غرر ولا سفاهة ولا أكل للمال بالباطل مع تمكن المشتري من التسلم. وإن كان لا تبع ما ليس عندك فالوجه فيه: إن الظاهر بقريئة المناسبة بين الحكم والموضوع كون القدرة على التسليم إنما تعتبر من جهة الطريقة إلى وصول المال إلى صاحبه، ولا موضوعية لها، نعم إذا كان التسلم متوقفا على بذل المال، للمشتري الرجوع إلى البائع فيه، لأن ذلك وظيفته.

{ ٢ } قوله لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله... مرجع الضمير هو ما استدل به على كفاية القدرة على التسليم وهو عدم لزوم الغرر وعدم شمول غيره من الأدلة الدالة على المنع لتلك الصورة - فإن مقتضاها كفاية الوثوق بحصوله في يد أحدهما، لا - كون المناط قدرة المشتري على التسلم

مع أن الكلام على تقدير الوثوق ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما إلا بعد مدة مقدرة عادة، وكانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد. { ١ } ففي بطلان البيع لظاهر الاجماع المحكية ولثبوت الغرر أو صحته، لأن ظاهر معقد الاجماع التعذر رأسا. ولذا حكم مدعيه بالصحة هنا، والغرر منفي مع العلم بوجود الصبر عليه إلى انقضاء مدة، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة وجهان بل قولان، تردد فيهما في الشرائع، ثم قوى الصحة وتبعه في محكي السرائر والمسالك والكفاية وغيرها. نعم للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة، ولو كان مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها، ففي الصحة اشكال من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة وقت تسليم العين. وقد تقدم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع،

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيرواني قدس سره بأن مسألة كفاية الوثوق بالحصول أجنبية عن المسألة السابقة فكيف يعلم منها هذه.

{ ١ } التنبيه الخامس: ولو لم يقدر على التحصيل وتعذر عليهما إلا بعد مدة فإن كان التعذر أبديا بطل البيع لما تقدم، وإن كان في مدة يتسامح فيها صح. وإن كان في مدة لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد. فإن كان مدرك اعتبار هذا الشرط النبوي: نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر.

فالأظهر هي الصحة لما تقدم من أنه في صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر، وإنما التزمنا بالبطلان في صورة العلم بالعجز إلى الأبد للأولوية غير الجارية في الفرض. كما أنه لا تكون هذه المعاملة سفهية ولا أكلا للمال بالباطل. وإن كان المدرك النبوي: لا تبع ما ليس عندك. تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة إلا مع شرط تأخير التسليم إلى ذلك الزمان، فإنه حينئذ يكون قادرا حين الاستحقاق، وقد مر كفاية ذلك.

ثم إن الشرط هي المقدرة المعلومة للمتبايعين، { ١ } لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية.

ولو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه في زمان البيع وتجدها بعد ذلك صح، ولو لم يتجدد بطل. والمعتبر هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظن ولا يعتبر اليقين.

وبذلك ظهر أن المصنف قدس سره يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قد سلم دلالة هذا النبوي على اعتبار هذا الأمر، كما أنه ظهر أن الأظهر هي الصحة على المختار. وإن كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر.

{ ١ } السادس: هل الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية. ملخص القول في المقام: إنه لا اشكال في البطلان إذا لم يكن قادرا واقعا وكانا عالمين بذلك، كما لا اشكال في الصحة إذا كانا عالمين بالقدرة وكان قادرا واقعا. إنما الكلام فيما إذا كانا عالمين بالقدرة ولم يكن كذلك، أو كانا جاهلين بها وكانت متحققة.

فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهى النبي عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة في الصورة الأولى، والبطلان في الثانية، من جهة أن الغرر قوامه بالجهل. ففي الأولى لم يقدم

البائع على المعاملة الخطرية بخلاف الثانية.

وإن كان المدرك لا تبع ما ليس عندك انعكس الأمر كما لا يخفى، وحيث إنهما معا عند المصنف قدس سره مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان في الصورتين. فما أفاده من البطلان في الصورة الثانية لو تبين العجز، تام ولا يرد عليه ما أفاده المحقق الإصفهاني قدس سره، نعم ما ذكره من الصحة في تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ

المعاملة بعد وقوعها باطلة لا تصح بالتجدد.

ودعوى أن مدرك البطلان في تلك الصورة لا تبع ما ليس عندك وهو إنما يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت وصار مما عنده لا وجه للبطلان. مندفعة بأن المصنف وإن احتمل ذلك، لكنه لم يبين عليه كما يظهر من الفروع التي رتبها على أن القدرة المعتبرة هي القدرة حال الاستحقاق.

ثم لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا وكيلا في مجرد العقد، { ١ } فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه. وأما لو كان وكيلا في البيع ولوازمه، بحيث يعد الموكل أجنبيا عن هذه المعاملة، فلا اشكال في كفاية قدرته، وهل يكفي قدرة الموكل الظاهر. نعم { ٢ } مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك، وربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضي المشتري بتسليم الموكل ورضي المالك برجوع المشتري عليه { ٣ }

حكم ما لو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا { ١ } التنبية السابع: قال المصنف: ثم لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلا. لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا اشكال في اعتبار قدرة نفسه. ولو كان العاقد غيره.

فإن كان وكيلا في اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال في أن العبرة بقدرة الموكل ولا اعتبار بقدرته، لأنه ليس ملزما بالتسليم، ويكون كالأجنبي، نعم لو علم بقدرته واعمال قدرته يكفي بها لا من حيث إنها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال في يد المشتري الذي عرفت كفايته.

وأما لو كان وكيلا مفوضا في البيع ولوازمه، فلا اشكال في الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة أنه ملزم بالتسليم وأمور بالوفاء بالعقد، والمناطق في رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم وأمور بالوفاء بالعقد.

إنما الكلام في ما لو كان عاجزا وكان الموكل قادرا، فيه أقوال:

{ ٢ } الأول: ما عن المصنف قس سره وتبعه غيره، وهو الاكتفاء بذلك.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني قدس سره، وهو: عدم كفاية قدرته من حيث إنها قدرة من ينسب إليه العقد.

{ ٣ } الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائي صاحب المصاييح، وهو: الكفاية مع رضا

وفرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان في الفضولي { ١ } لأن التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة وقدرة المالك إنما تؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع، لأن بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقق في الفضولي والبناء على القدرة الواقعية باطل، إذ الشرط هي القدرة المعلومة دون الواقعية إلى أن قال، والحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد وبعدها إن وجدت لم تنفع.

المشتري بالرجوع إلى الموكل، ورضا الموكل برجوع المشتري إليه. والأظهر هو الأول، لأن المناط هو ما يرتفع به الغرر، وهو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم، وفي الفرض كل من المالك والوكيل ملزم به، فيكفي قدرة كل منهما في رفع الغرر.

واستدل للثاني: بأن الوكيل الذي يستند إليه العقد ليس بقادر، والموكل إنما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب إليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، وحيث فرضنا أنه غير قادر فيبطل البيع. وفيه: إن كلا منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح، وهذا مما لا كلام فيه، والعقد الصادر من الوكيل إذا كان الموكل قادراً على التسليم صحيح لعدم الغرر وارتفاعه بقدرة. وبعبارة أخرى: مع قطع النظر عن نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، هذه المعاملة صحيحة ومستندة إلى كل منهما، فكل منهما موظف بالوفاء بها، ولا يلزم منه الغرر.

لقدرة الموكل على التسليم.

واستدل للثالث: بأن الموكل وإن كان أجنبياً عن البيع - ولذا لا يكفي قدرته فقط - لكنه مع التراضي والتزام الموكل لا غرر في البيع وإن كان الوكيل عاجزاً. { ١ } وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولي، فإن قدرة العاقد لا تكفي لعدم الوكالة ولا تراضي ولا التزام بين المشتري والمالك كي تكفي قدرته.

ثم قال: لا يقال إنه قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك، وأنه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد، { ١ } لأن هذا الفرض يخرج الفضولي عن كونه فضوليا لمصاحبة الإذن للبيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى وشاهد الحال، { ٢ } وهما من أنواع الإذن، فلا تكون فضوليا ولا يتوقف صحته على الإجازة ولو سلمنا بقاءه على الصفة، فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض، { ٣ } وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه أولا وثانيا تأمل، بل نظر { ٤ } فتدبر.

{ ١ } ثم أورد على هذا التفريع: بأنه ربما يحصل للفضولي الوثوق بارضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الإجازة المحققة لقدرته على التسليم، والقدرة على السبب قدرة على المسبب.

وأجاب عنه بوجهين:

{ ٢ } الأول: إنه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الإذن البيع، غاية الأمر حصوله بالفحوى وشاهد الحال.

{ ٣ } الثاني: إن صحة بيع الفضولي في هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها أحد.

{ ٤ } والمصنف قدس سره بعد نقله ذلك قال: وفيما ذكره من مبني مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه أولا وثانيا تأمل بل نظر. أما وجه النظر في المبني، فهو ما عرفت من أن الموكل ليس أجنبيا عن العقد وملزم بالتسليم، والعلم بقدرته يكفي في ارتفاع الغرر، وإلا فمجرد التراخي لا يوجب رفع الغرر. وأما وجه النظر في تفريع الفضولي، فهو: إن الفضولي أجنبي عن العقد، ولا يكون العقد تاما ومنتسبا إلى مالكة إلا بعد الإجازة، ولذا بنينا على كفاية القدرة حال الإجازة، وعدم اعتبار القدرة حال البيع. وأما وجه النظر في الاعتراض، فهو: إن قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطبا بلزوم التسليم.

مسألة: لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة، بل { ١ } إجماعا كما عن الخلاف والغنية والرياض، وبلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف ومع احتمال بيع غرر منفي إجماعا نصا وفتوى، خلافا لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا، ولعله الإسكافي حيث إن المحكي عنه أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده، إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمنه البائع انتهى.

وقد تقدم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم.

وقد عرفت ضعفه لكن يمكن أن يقال بالصحة في خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصا مع تقييد الإسكافي بصورة ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفا، لكن سيأتي ما فيه، فالعمدة الانتفاع بعتقه، وله وجه لولا النص الآتي والاجتماعات المتقدمة، مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرج عن الغرر، وكما لا يجوز جعله مثمنا

وأما وجه النظر في الجواب الأول، فهو: عدم خروج المعاملة عن الفضولية بالوثوق براضاء المالك مع عدم كونه راضيا بالفعل.
وأما وجه النظر في الجواب الثاني: فلم يظهر لي، لأن القائلين بصحة بيع الفضولي لم يقتصروا على هذه الصورة.

عدم الحاق الصلح بالبيع

{ ١ } التنبيه الثامن: وحيث عرفت اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع فاعلم: أنه لا يجوز بيع الانى منفردا إن كان أنه لو ضم إليه غيره صح بلا خلاف فيهما. ولا يهمننا البحث في ذلك لعدم الموضوع، وإنما نتعرض لخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها المصنف قدس سره، وسائر الأساطين، وإن لم تكن مربوطة

بيع الآبق بل هي من تذييلات وفروع المسألة المتقدمة.
وهي مسائل.

لا يجوز جعله منفردا ثمنا لاشتراكهما في الأدلة. { ١ } وقد تردد في اللمعة في جعله ثمنا بعد الحزم بمنع جعله مثنما، وإن قرب أخيرا المنع منفردا، ولعل الوجه الاستناد في المنع عن جعله مثنما إلى النص والاجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالتمثن دون نفي الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق، ويؤيده حكمه بجواز بيع الضال والمجحود مع خفاء الفرق بينهما وبين الآبق في عدم القدرة على التسليم، ونظير ذلك ما في التذكرة حيث ادعى أولا الاجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر.

ثم قال والمشهور بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفردا، إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز وحكاه عن بعض العامة أيضا، ثم ذكر الضال ولم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا أو اشتراطه الضميمة، فإن التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، والتوجيه يحتاج إلى تأمل.

{ ١ } الأولى: أنه يختص اعتبار القدرة على التسليم بالتمثن، بل هو يعتبر في الثمن أيضا لاشتراك الأدلة بينهما، فكما أنه من عدم احراز القدرة على تسليم المثلن يلزم الغرر، كذلك يلزم الغرر من عدم احراز القدرة على تسليم الثمن.

الثانية: في الحاق سائر المعاملات بالبيع.

والكلام تارة: في غير الصلح.

وأخرى: فيه.

أما في غير الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهين:

أحدهما: إن المستفاد من نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر بمناسبة الحكم

والموضوع أن الموجب للبطلان هو الغرر من حيث إنه غرر بلا خصوصية للبيع.

ثانيهما: ما أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر (١)، المنجبر وضعفه

بعمل الأصحاب لاستدلالهم في جميع المعاوضات كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجعالة

وغيرها، بل في غير المعاوضات كالوكالة بذلك.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد - وسبقهما الشيخ في الخلاف.

وكيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه. فيعتبر فيه القدرة على التسليم { ١ } وجهان، بل قولان من عمومات الصلح وما علم من التوسع فيه لجهالة المصلح عنه إذا تعذر أو تعسر معرفته. بل مطلقا { ٢ } واختصاص الغرر المنفي بالبيع، ومن أن الدائر على ألسنة الأصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى أنهم يستدلون به في غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات، كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجعالة. بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر.

وقد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحة من الصلح، وظاهر المسالك في مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه.

{ ١ } وأما في الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها وذلك لوجهين:

الأول: إن دليل الغرر إنما يكون حاكما على أدلة المعاملات التي لها صنفان غرري وغير غرري.

{ ٢ } وأما الصلح الذي ليس له صنفان - بل هو بطبعه مبني على المسامحة والمسامحة والتجاوز من جهة أن الغرض فيه ليس متقوما بالمبادلة والمقابلة - فلا يكون دليل الغرر حاكما عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.

الثاني: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال عليه السلام: لا بأس بذلك إذا تراضيا

وطابت أنفسهما (١)

فإنه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة للغرر، وهو وإن لم يصرح فيه بإرادة الصلح من تلك المعاهدة، إلا أنه محمول عليه بقرينة فهم الأصحاب.

(١) الوسائل، - باب ٥ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.

وأما الضال والمجحود والمغصوب ونحوها مما لا يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز { ١ } وفاقا لجماعة للغرر المنفي المعتضد بالاجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم، إلا أن يوهن بتردد مدعيه، كالعلامة في التذكرة في صحة بيع الضال منفردا ويمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع.

وأما فوات منفعة مدة رجاء الظفر به، فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرة مع امكان العلم بتلك المدة، { ٢ } كضالة يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك وكذا في المغصوب والمنهوب.

والحاصل أنه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضي لانفساخ البيع من أصله، وفرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم الثمن، فإنه لا خطر حينئذ في البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا

بيع الضال والمجحود والمغصوب

{ ١ } الثالثة: إن مقتضى نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر، عدم جواز بيع الضال والمجحود والمغصوب كما أفتى به جماعة. وبعبارة أخرى: مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه، وما تعذر بواسطة الغير وعن جماعة: الجواز، واستدل له بوجوه:

أحدها: إنه بالفحص عنه إما أن يحصل في يده أو ييأس منه. فإن حصل، وإلا فهو في حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من أصله الموجب لرجوع الثمن إلى صاحبه، فهذا البيع

مأمون العاقبة من الخطر.

{ ٢ } وأما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، وجهالته غير مضرة خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها. وفيه: أولا: إنه مع عدم الحصول لا يحرز اليأس دائما، بل ربما يرجى حصوله.

ولكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفي في حديث الغرر كما تقدم، هو ما كان غررا في نفسه عرفا، مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع، ولذا قوينا فيما سلف جريان نفي الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم. ومن المعلوم أن بيع الضال وشبهه، ليس محكوما عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظة اقدم المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غررا عرفا ومما ذكر يظهر أنه لا يجدي في رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به وإلا تخير بين الفسخ والإمضاء، كما استقر به في اللمعة، { ١ } فإن ثبوت الخيار حكم شرعي عارض للبيع الصحيح الذي فرض فيه العجز عن تسلم المبيع،

وثانيا: إن كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت. وثالثا: إن الحكم بالانفساخ مرتب على العقد الصحيح، فلا يمكن تصحيح العقد به. ورابعا: إن الخطر من حيث الغرض المعاملي على حاله لا يرتفع بالانفساخ. { ١ } ثانيها: إنه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر، فالصحة تكون مراعاة بالتسليم، فإن تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به فيها وإلا تخير بين الفسخ والإمضاء فلا غرر.

وفيه: أولا: إن الخيار مرتب على العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به. وثانيا: إن الغرر من ناحية الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك. ثالثا: إن له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البائع من تسليم المبيع فلا خطر وفيه مضافا إلى ما تقدم - أن الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مالكا له لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه - فالأظهر هو فساد بيعه.

فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا في البيع المبطل له، لكن قد مرت المناقشة في ذلك بمنع اطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع من ضمانه قبل القبض ومن عدم التسلط على مطالبته الثمن، فافهم. ولو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد، فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام، أمكن جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا، { ١ } ولذا لا يعد بيع العين الغير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر، لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراطه فيه الموجب للتسلط على الرد، ولعله لهذا اختار في محكي المختلف تبعا للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع، فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه، وعن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه، وإن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

{ ١ } رابعها: إن له شرط الخيال برد الثمن أو مثله إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثة أيام.

وفيه: أولا: إن نفوذ الشرط منوط بوقوعه في العقد الصحيح، فلا يصح العقد به. وثانيا: إن الغرر الناشئ من حيث الغرض المعاملي لا يرتفع بذلك. الرابعة المشهور بين الأصحاب أنه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفردا لا يجوز بيعه منضمًا بغيره

وعن ظاهر الإنتصار جوازه.

ويشهد للأول أن بيع المجموع من مقدور التسليم وغيره في صفقة واحدة غرري، وما عن الإنتصار من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف.

وأضعف منه الاستدلال بالنص الوارد في بيع العبد الآبق الدال على جوازه مع الضميمة إذ المناط غير محرز والتعدي يحتاج إلى دليل.

مسألة: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا، { ١ } فلو باع بحكم أحدهما بطل { ٢ } اجماعا كما عن المختلف والتذكرة، واتفقا كما عن الروضة وحاشية الفقيه للسلطان، وفي السرائر في مسألة البيع بحكم المشتري ابطاله بأن كل مبيع لم يذكر فيه الثمن. فإنه باطل بلا خلاف بين المسلمين، والأصل في ذلك حديث نفي الغرر المشهور بين المسلمين.

ويؤيده التعليل { ٣ } في رواية حماد بن ميسرة عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم.

اعتبار العلم بقدر الثمن

{ ١ } قوله المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا لم يخالف في هذه الكلية أحد وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع والاتفاق عليها. { ٢ } وصاحب الحقائق خالف الأصحاب في خصوص ما إذا باع بحكم المشتري للنص.

والإسكافي خالفهم في ما إذا باع بسعر ما باع:

والمدرک لها حديث نفي الغرر المتقدم وفي المتن

{ ٣ } ويؤيده التعليل في رواية حماد (١)

وفي مرآة العقول أن الخبر يحتمل وجهين، أحدهما أن يكون المراد عدم معلومية نسبة الدرهم إلى الدينار وقت البيع وإن كان آثلا إلى المعلومية وثانيهما، أن يكون المراد جهالتهمما بسبب اختلاف الدراهم أو باختلاف الدينانير وعدم معلوميتها عند البيع أو عند وجوب أداء الثمن ولعل هذا أظهر يعني الوجه الثاني.

ثم نقل عن المسالك أنه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار بأن جعله مما يتجدد من النقل حالا أو مؤجلا أو من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة فلو علمها صح وفي رواية السكوني (٢) إشارة إلى أن العلة هي الجهالة، وفيها فلعل الدينار يصير بدرهم

(١) الوسائل باب ٢٣ من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

(٢) نفس المصدر حديث ٢.

لكن في صحيحة رفاعه النحاس ما ظاهره المنافاة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت

له: ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه، ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بألف درهم، فقال: أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثتها إليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة، وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له قال: قلت له أرأيت إن أصبت بها عيبا بعد أن مسستها، قال: ليس عليك أن تردّها عليه ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب، لكن التأويل فيها متعين { ١ } لمنافاة ظاهرها لصحة البيع، وفساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع، إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص.

نعم هي محتاجة إلى مزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يراد من قوله باعنيها بحكمي قطع المساومة على أن أقومها على نفسي بقيمتها العادلة في نظري حيث إن رفاعه كان نحاسا يبيع ويشترى الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم. أما معاطاة وأما مع انشاء الايجاب وكالة والقبول أصالة، فلما مسها وبعث الدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له في البيع وأن رفاعه مخطئ في القيمة، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به

وقد استدل صاحب الحدائق رد لما ذهب إليه بصحيح (١) رفاعه النحاس المذكور في المتن

{ ١ } وأورد عليه المصنف قدس سره: بأن التأويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع وفساده، إذ لو كان البيع صحيحا لزم تعين المسمى دون القيمة الواقعية، فلماذا أمر (عليه السلام) بتقويم الجارية بقيمة عادلة؟ وإن كان فاسدا فلماذا حكم بتعين ما بعث إليه إن كانت القيمة الواقعية أقل؟ ولهذا التزم بأنه يحمل على إرادة التوكيل في التقويم والبيع بعده بما يتعين في نظره لا بالقيمة الواقعية، والأمر برد ما نقص إنما هو من جهة خيار الغبن، فكما أنه إذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كذلك إذا عينها الوكيل، وإنما عين ذلك من

جهة أنه حيث لا حاجة للموكل في الجارية والوكيل محتاج إليها

(١) الوسائل - باب ١٨ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وقوله إن كان قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص إما أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب ارضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية. حيث إن المالك لا حاجة له في الجارية، فيسقط خياره ببذل التفاوت. وأما أن يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد، وتعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع، وقد يحمل على صورة تلف الجارية وينافيه قوله فيما بعد فليس عليك أن تردها، إلى آخره.

وكيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري وانصراف الثمن إلى القيمة السوقية لهذه الرواية، كما حكى عن ظاهر الحدائق ضعيف، وأضعف منه ما عن الإسكافي من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعت، ويكون للمشتري الخيار ويرده أن البيع في نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار. وأما بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم، عند حكاية قول الإسكافي في مسألة القدرة على التسليم.

فيسقط خياره ببذل التفاوت أو يحمل على حصول الحبل بعد المس فصارت أم ولد.

وأجيب عن ذلك بجوابين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إن ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع

بحكم المشتري في الرواية البيع بتعيينه المطلق، أما إذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل ويكون تعيينه طريقيا محضا لا موضوعيا فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير

دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة إلى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة. وفيه: - مضافا إلى أنها لا تنطبق على القاعدة إذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر: إن ما أفاده يستلزم استرجاع الزائد إن كانت قيمتها أقل مما بعته إليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعدم الرجوع إلى الزائد.

ثانيهما: أنه يحمل على إرادة تعيينه بحكمه وأن تعيينه يكون موضوعيا، ولكن يشترط أن لا يكون أقل من قيمة المثل، وعليه فلو كانت القيمة السوقية أقل كان ما بعته

مسألة: العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط { ١ } باجماع علمائنا كما عن التذكرة، وعن الغنية العقد على المجهول باطل، بلا خلاف.

وعن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا وإن شوهد اجماعا. وفي السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف والأصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور { ٢ } وفي خصوص الكيل والوزن خصوص الأخبار المعبرة { ٣ } منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم، ثم إن صاحبه قال للمشتري: أتبع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته، قال لا يصلح إلا بكيل. قال وما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع الطعام وفي رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة والإيراد على دلالة الصحيحة

إليه له ولو كانت أزيد لا بد من رد الزايد لاشتراطه وفيه: إنه خلاف الظاهر جدا وإن تم ما أفاده المصنف قدس سره ولم نورد عليه: بأن متعلق الوكالة إن كان هو البيع بقيمة المثل خاصة كان البيع بغيرها فضوليا وإن كان عاما لغيرها

لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن - وأيضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت. وإلا فيرد الصحيح إلى أهله وعلى أي تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا { ١ } لا خلاف ولا اشكال في أنه اشترط في المبيع أن يكون معلوما فلا يجوز بيع المكيل والموزون والمعدود إلا مع معرفة المقدار بأحدها فلا يباع المكيل والموزون والمعدود

جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة، ولا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة ولا العدد المجهول كملء اليد ونحوها بلا خلاف، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

{ ٢ } ويشهد له حديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (١) { ٣ } وجملة من النصوص: منها صحيح الحلبي (٢) المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) باب ٤ من أبواب عقد البيع حديث ٢.

بالاجمال { ١ } وباشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع { ٢ } غير وجيه لأن الظاهر من قوله سميت فيه كيلا أنه يذكر فيه الكيل فهي كناية عن كونه مكيلا في العادة. اللهم إلا أن يقال: إن توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر في التنويع مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن إلا في مثل الزرع قائما، يبعد إرادة هذا المعنى، فتأمل.

وأما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أو نقص خصوصا إذا لم يطمئن بتصديقه لا شرائه على أنه القدر المعين الذي أخبر به البائع، فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف، قال في التذكرة: لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل صح عندنا. وقال في التحرير لو أعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد أو نقص لم يجز.

وأورد عليه بايرادات:

{ ١ } الأول: إن قوله (عليه السلام): وما كان من طعام سميت فيه كيلا... الخ مجمل، إذ لو كان المراد به ما يبيع بكيل فما معنى لا يصح مجازفة؟ وإن كان المراد به ما من شأنه أن

يباع بكيل - أي يقال إنه مكيل ويكون الخطاب إلى الراوي بما هو من أهل العرف والعادة

-

فلازمه تنويع الطعام، مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن. وفيه: أنه يمكن اختيار الشق الثاني وأخذ القيد توضيحيا، أو بأن يقال إن من الطعام ما هو مكيل ومنه ما هو موزون ولو في بعض البلدان، فيكون مفاد قوله (عليه السلام) ذلك، أن ما يكون من الطعام مكيلا إنما اعتبر فيه الكيل من جهة أنه لا يصلح بيعه مجازفة، ولازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

{ ٢ } الثاني: إن الخبر مخالف لفتوى المشهور، فإنهم أفتوا بتصديق البائع في أخباره بأن كيل المبيع كذا، وهذا الصحيح يدل على أنه لا يعتمد عليه. وفيه: إنه في تلك المسألة إنما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما أخبر به

وأما نسبة الكراهة إلى هذا البيع فليس فيه ظهور في معنى المصطلح يعارض ظهور لا يصلح ولا يصح في الفساد. { ١ }

وفي الصحيح عن ابن محبوب عن زرعة عن سماعة، قال: سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن بغير كيل ولا وزن، فقال: إما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مرابحة، فلا بأس أن اشتريته منه ولم تكله أو لم تزنه إذا أخذته المشتري الأول بكيل أو وزن، وقلت له عند البيع إني أربحك كذا وكذا { ٢ } ودلالاتها أوضح من الأولى.

بعنوان أن كيله ما أخبر به وأنه لو نقص يأخذ الزائد ولو زاد يردده، لا يبيعه بما أخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع أنه في تلك المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمناً.

الثالث: ما ذكره جماعة منهم المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إن المراد من قوله: وما كان

من الطعام سميت... الخ أن البيع إذا انعقد بعنوان الكيل كما إذا بيع منا من الحنطة - يعتبر الكيل في مقام التسليم صوناً عن التعقب بالنزاع والمشاجرة - فهو أجنبي عن المقام. وفيه: إن هذا خلاف الظاهر، فإنه يتوقف على تقدير كلمة قبضه أو تسليمه بعد قوله فإنه لا يصلح كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

{ ١ } الرابع: إن قوله (عليه السلام) هذا مما يكره من بيع الطعام ظاهر في عدم الفساد.

وفيه: إن الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع، مع أنه لو سلم الاجمال وعدم ظهورها في ذلك بكون المرجع قوله عليه السلام لا يصلح مجازفة، بل

المحكي عن الفقيه فلا يصح مجازفة.

فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل. { ٢ } ومنها: موثق سماعة: (١) المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٧.

ورواية أبان عن محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيه قال: لا بأس، قلت: أيجوز أن أبيع كما اشتريت بغير كيل، قال: أما أنت فلا تبعه حتى تكيله دلت على عدم جواز البيع بغير كيل إلا، إذا أخبره البائع فصدقه { ١ } وفحوى مفهوم رواية أبي العطاردي وفيها قلت: فأخرج الكر والكرين فيقول الرجل أعطنيه بكيك فقال: إذ ائتمنك فلا بأس به، ومرسلة ابن بكير عن رجل سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجص فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل، فقال: أما أن يأخذ كله بتصديقه، وأما أن يكيه كله فإن المنع من التبعض المستفاد منه ارشادي محمول على أنه إن صدقه فلا حاجة إلى كلفة كيل البعض وإلا فلا يجزي كيل البعض، ويحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشتراء، وكيف كان. ففي مجموع ما ذكر من الأخبار وما لم يذكر مما فيه إيماء إلى المطلب، من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغا عنه عند السائل وتقرير الإمام كما في رواية كيل ما لا استطاع عده وغيرها، مع ما ذكر من الشهرة المحققة

ورد عليه المحقق الإصفهاني قدس سره: بأن مورد الاستدلال.

إن كان هي الشرطية الأولى وهي قوله: فلا بأس إن اشتريته... الخ فمن الواضح أن نفي البأس عن اشتراؤه بلا كيل ولا وزن لا مفهوم له إلا بلحاظ موضوع الشرطية وهو طعام قد كيل أو وزن، وهو من مفهوم الوصف.

وإن كان هي الشرطية الثانية وهي قوله: إذا أخذه المشتري الأول... الخ فمن البين أنه تقرير لصدر الخبر حيث قال تأتي رجلا في طعام قد كيل ووزن والشرطية إذا كانت لتحقيق الموضوع أو لتقريره لا مفهوم لها، فلا مفهوم في القضية إلا مفهوم الوصف. وفيه: أنه يدل على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال والجواب.

{ ١ } ومنها خبر (١) محمد بن حمران، وفحوى خبر (٢) أبي العطاردي، ومرسل (٣) ابن بكير، المذكورة في المتن.

-
- (١) الوسائل باب ٥ من أبواب عقد البيع حديث ٤.
 - (٢) نفس المصدر حديث ٦.
 - (٣) نفس المصدر حديث ٣.

والاتفاقات المنقولة كفاية في المسألة، ثم إن ظاهر اطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصي { ١ } وإن كان حكمته سد باب المسامحة المفضية إلى الوقوع في الغرر، كما أن حكمة الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعة المتوقعة عند إهمال ذلك الشرط، فحينئذ فيعتبر التقدير بالكيل والوزن وإن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره { ٢ } المتساوي له في القيمة فإنه لا يتصور هنا غرر أصلا مع الجهل بمقدار كل من العوضين، ويحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيما الأخبار على المورد الغالب، وهو ما كان رفع الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفا على التقدير فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى

ومنها: غير ذلك من النصوص.

ولا يخفى أن ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون، سواء أزم من تركهما الغرر أم لا؟ كما أن مقتضى حديث نفي الغرر مانعية الغرر الشخصي، سواء

أكان العوض مما يكال أو يوزن أم لا، فالنسبة بينهما عموم من وجه، وحيث إنهما مثبتان لا

تنافي بينهما فيتعين العمل بالدليلين والبناء على اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون، مع عدم كون البيع غرريا.

{ ١ } قوله ظاهر اطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطا بالغرر الشخص لا اشكال في أن الغرر في حديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر شخصي وما لم يصر

الغرر فعليا لا يترتب عليه حكمه كما في سائر العناوين المأخوذة موضوعا. وأما في أخبار الكيل والوزن فلم يؤخذ عنوان الغرر كي يصح ما ذكره المصنف قدس سره من ابتناء الصحة والفساد في الفروع التي ذكرها على كون الحكم منوطا بالغرر الشخصي أو

النوعي فما ذكره قدس سره من المبني لا أصل له.

{ ٢ } قوله كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه يدل على فساد البيع في الفرض مضافا إلى أدلة اعتبار الكيل حديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن

بيع الغرر فإنه وإن لم يلزم الغرر من حيث المالية إلا أنه يلزم من حيث الغرض المعاملي: إذ الأغراض

كما في الفرض المزبور، وكما إذا كان للمتبايعين حدس قوي بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، وكما إذا كان المبيع قليلا لم يتعارف وزن الميزان لمثله كما لو دفع فلسا وأراد به رهنا لحاجة. فإن الميزان لم يوضع لمثله فيحوز بما تراضيا عليه من التخمين { ١ } ولا منافاة بين كون الشيء من جنس المكييل والموزون، وعدم دخول الكيل والوزن فيه لقلته كالحبتين والثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد كما نبه عليه في القواعد وشرحها وحاشيتها، ومما ذكرنا يتجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة، فإنها وإن كانت من الموزون

ولذا صرح في التذكرة بوقوع الربا فيها إلا أنها عند وقوعها ثمننا حكمها كالمعدود في أن معرفة مقدار ماليتها لا يتوقف على وزنها، فهي كالقليل والكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن. وكذا شبه الفلوس من المسكوكات المركبة من النحاس والفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان، وكذا الدرهم والدينار الخالصان، فإنهما وإن كانا من الموزون ويدخل فيهما الربا اجماعا إلا أن ذلك لا ينافي جواز جعلهما عوضا من دون معرفة بوزنهما لعدم غرر في ذلك أصلا

المعاملية والمقاصد العقلائية كما تختلف باختلاف الأجناس ذاتا أو وصفا كذلك تختلف باختلاف الحدود والمقادير من حيث الاحتياج إلى مقدار خاص بلا نظر إلى القيمة السوقية.

{ ١ } وعلى ما ذكرناه فإن لم يكن المبيع مكيلا أو موزونا - لقلته كالحبتين والثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد -، أو كان مكيلا وموزونا ولكن كان للمتبايعين حدس قوي بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، أو كان الشيء في أصله كذلك ولكن كان ماليته بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الأمر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات - غير ما هو من الذهب والفضة والأوراق المطبوعة - صح البيع بلا كيل ولا وزن إن لم يلزم الغرر الشخصي كما هو المفروض.

أما في الأول: فلعدم شمول أدلة الكيل والوزن له وانصرافها عنه.
وأما في الثاني: فلأن الكيل والوزن إنما اعتبارا من جهة الطريقة إلى معرفة المقادير

لعدم غرر في ذلك أصلا.
ويؤيد ذلك جريان سيرة الناس على المعاملة بهما من دون معرفة أغلبهم
بوزنهما.

نعم يعتبرون فيهما عدم نقصانها عن وزنهما المقرر في وضعهما من حيث
تفاوت قيمتهما بذلك. فالنقص فيهما عندهم بمنزلة العيب. ومن هنا لا يجوز اعطاء
الناقص منهما لكونه غشا وخيانة. وبهذا يمتاز الدرهم والدينار عن الفلوس السود
وشبهها، حيث أن نقصان الوزن لا يؤثر في قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه
وإلى ما ذكرنا من الفرق. أشير في صحيحة ابن عبد الرحمن قال: قلت لأبي
عبد الله عليه السلام أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبة والحبتين، قال: لا حتى
تبينه، ثم قال: إلا أن تكون هذه الدراهم إلا وضاحية التي تكون عندنا عددا. { ١ }
وبالجملة فإناطة الحكم بوجوب معرفة وزن المبيع وكيله مدار الغرر
الشخصي قريب في الغاية إلا أن الظاهر كونه مخالفا لكلمات الأصحاب في موارد
كثيرة.

والحدود لا لخصوصية فيهما بالخصوص، كما يشهد له - مضافا إلى مناسبة الحكم
والموضوع - ما دل على الاعتماد على اخبار البائع بالكيل أو الوزن، وقوله عليه السلام في
ذيل
الصحيح المتقدم فإنه لا يصلح مجازفة الدال على أن المانع هو البيع جزافا. فإذا كان
الحدس
موجبا للاطمئنان كفى.

وأما في الثالث: فلعدم كونه مكيفا ولا موزونا.
هذا كله في المكيل والموزون.

{ ١ } قوله وإلى ما ذكرنا من الفرق أشير في صحيحة ابن عبد الرحمن (١) رواها في المتن
ويمكن أن يكون وجه الفرق أن الدراهم الواضاحية هي الدراهم الصحيحة فلا
تكون هي ناقصة بما لا يتسامح فيه فلا بأس باعطائها من دون التبيين.

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب الصرف حديث ٧.

ثم إن الحكم في المعدود ووجوب معرفة العدد فيه حكم المكييل والموزون بلا خلاف ظاهر، { ١ } ويشير إليه بل يدل عليه تقرير الإمام في الرواية الآتية، المتضمنة لتجويز الكيل في المعدود المتعذر عده، { ٢ } ويظهر من المحكي عن المحقق الأردبيلي المناقشة في ذلك، بل الميل إلى منعه، وجواز بيع المعدود مشاهدة، ويرده رواية الجوز الآتية، والمراد بالمعدودات ما يعرف مقدار ماليتها بأعدادها، كالجوز والبيض بخلاف مثل الشاة والفرس والثوب وعد العلامة البطيخ والباذنجان في المعدودات حيث قال في شروط السلم من القواعد: ولا يكفي في السلم وصحته العد من المعدودات بل لا بد من الوزن في البطيخ والباذنجان والرمان، وإنما اكتفى بعدها في البيع للمعاينة، انتهى.

وقد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطيخ والرمان إذا كان رطبا، لعدم الوزن وثبوته مع الجفاف، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ والمشمش أيضا غير موزونة، وكل ذلك محل تأمل لحصول الغرر أحيانا بعدم الوزن. فالظاهر أن تقدير المال عرفا في المذكورات بالوزن لا بالعدد كما في الجوز والبيض.

{ ١ } وأما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، وعن مجمع البرهان: إنه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود إلا عدا وأن الأصل والعمومات وحصول التراضي - الذي هو العمدة في الدليل - دليل قوي، فاثبات خلافه مشكل. { ٢ } ولكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق عليه السلام عن الجواز لا نستطيع أن نعه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال (عليه السلام): لا بأس به (١)

من جهة ظهوره في اعتقاد السائل، لزوم العد، وتقريره (عليه السلام) ذلك - هو لزوم العد، وبه تقيد اطلاقات الأدلة.

بيع المكييل بالوزن، والعكس واستقصاء الكلام في المقام إنما يكون ببيان أمور:

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

مسألة: لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل والموزون والمعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا اشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك { ١ }، بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلا. لكن تقدم أن ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي لحكمة سد باب الغرر المؤدي إلى التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيات في أكثر المعاملات زيادة على التراضي الفعلي حال المعاملة، وحينئذ فيقع الكلام والاشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه.

فقولوا اختلفوا في جواز بيع المكيل وزنا وبالعكس وعدمه، على أقوال ثالثها جواز المكيل وزنا دون العكس، لأن الوزن أصل الكيل وأضبط، وإنما عدل إليه في المكيلات تسهيلا، فالمحكي عن الدروس في السلم جوازه مطلقا، حيث قال: ولو أسلم في المكيل وزنا وبالعكس فالوجه الصحة لرواية وهب عن الصادق عليه السلام، وكأنه أشار بها إلى رواية وهب عن جعفر عن أبيه عن علي (صلوات الله عليهم) قال لا بأس بسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن. ولا يخفى قصور الرواية سنداً وبهوب ودلالة بأن الظاهر منها جواز أسلاف الموزون في المكيل وبالعكس، لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن وبالعكس، ويعضده ذكر

{ ١ } الأول: في تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك.

والكلام فيه في موردين:

(١) في بيع المكيل وزنا وبالعكس، وقد اختلفوا فيه على أقوال.

ثالثها: التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح، وبين بيع الموزون بالكيل فلا يصح. رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقاً إلى التقدير المعتبر في المبيع في نفسه فيصح، وبين ملاحظته مستقلاً فلا يصح.

فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقاً إلى ما تعارف فيه.

الشيخ للرواية في باب اسلاف الزيت في السمن، فالذي ينبغي أن يقال إن الكلام تارة في كفاية كل من التقديرين في المقدر بالآخر، من حيث جعله دليلاً على التقدير المعبر فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون وبالعكس، وتارة في كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظة تقديره المتعارف. أما الأول فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، وقد يكون مما لا يتسامح فيه. { ١ } أما الأول، فالظاهر جوازه خصوصاً مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه، لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه، غاية ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه. ويؤيده رواية عبد الملك بن عمر وقال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشترى مائة راوية من زيت فأعرض راوية أو اثنتين فأتزنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال: لا بأس، استدل بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه { ٢ } بوزن واحد من المتعدد ونسبة الباقي إليه

الثاني: في تقديره به مستقلاً.

{ ١ } أما الأول: فقسمه المصنف قدس سره إلى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما

يتسامح فيه عادة، وربما يكون مما لا يتسامح فيه.

إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة لما عرفت من أن اعتبار التقدير الخاص إنما هو لمعرفة حد المبيع ومقداره، والتقدير بما هو طريق إلى ذلك

-

مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك ويخرج البيع عن كونه جزافياً - فيصح.

ويشهد له: - مضافاً إلى ذلك - صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه

وخبر (١) عبد الملك بن عمرو: المذكور في المتن.

{ ٢ } وما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر،

ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فإن اتزان مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من

جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة.

ولكن يرد عليه: إنه لا مفهوم له كي يقيد إطلاق هذا الخبر به.

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وأردفه بقوله ولأنه يحصل المطلوب وهو العلم، واستدلّاه الثاني يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر والتقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب في مورد السؤال وهو تعذر وزن مائة راوية من الزيت. ولا يخفى أن هذه العلة لو سلمت على وجه يقدر في عموم ترك الاستفصال، إنما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفا لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أن هذا في الحقيقة تقدير، وليس بجزاف. نعم ربما ينافي ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية في بيع الجوز كما سيجيء.

وأما لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه، { ١ } فالظاهر أيضا الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير، إذا كان ذلك التقدير أمانة على ذلك المقدر، لأن ذلك أيضا خارج عن الجزاف، فيكون نظير اخبار البائع بالكيل، ويتخير المشتري لو نقص وما تقدم من صحيحة الحلبي في أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك، هذا كله مع جعل التقدير الغير المتعارف أمانة على المتعارف.

{ ١ } وأما إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره في المقام الثاني.

وتصحيحه بالبناء على ذلك التقدير مخدوش، إذ البناء عليه الراجع إلى شرط الخيار لو نقص لا يصح العقد، لأن ذلك لا يخرج عن الجزافية، ولذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبني على مقدار معين مما تعارف فيه.

ودعوى اطلاق الخبر.

ممنوعة، فإن الظاهر ولا أقل من المحتمل كون ما بقي من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.

وأما المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم في محكي الرياض: جواز بيع المكيل وزنا، وعدم جواز بيع الموزون كيلا.

وأما كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف، فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا على المشهور، كما عن الرياض لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة، المنهي عنه في الأخبار ومعقد الاجتماعات لأن الوزن أضبط من الكيل ومقدار مالية المكيلات معلوم به أصالة من دون ارجاع إلى الكيل والمحكي المؤيد بالتبع أن الوزن أصل للكيل وأن العدول إلى الكيل من باب الرخصة. { ١ } وهذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات. ويشهد لأصالة الوزن أن المكاييل المتعارفة في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن، إذ ليس هنا كيل واحد يقاس المكائيل عليه. وأما كفاية الكيل في الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه اشكال، بل لا يبعد عدم الجواز. وقد عرفت عن السرائر أن ما يباع وزنا لا يباع كيلا بلا خلاف، فإن هذه مجازفة صرفة

{ ١ } واستدل له المصنف قدس سره: بأن الوزن أصل للكيل، وأن العدول إلى الكيل من باب الرخصة، وعليه فبيع المكيل بالوزن ليس يباع جزافيا بخلاف العكس. وفيه: لا اشكال في أن الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية العقلانية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة والثقل، ولهذه الحيشية مراتب معينة يعبر عنها بالمثاقيل وما دونها وما فوقها، وليس الكيل طريقا إلى معرفة ذلك في نفسه فلا محالة يقدر الكيل من حيث إنه يسع مقدارا من الوزن، إلا أنه بعد تعارف الكيل في شئ وعدم معرفة وزنه غالبا لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل يكون ذلك أيضا يباع جزافيا. وربما يستدل للجواز في الموردین بخبر وهب عن مولانا الصادق عليه السلام عن أبيه عن الإمام علي عليه السلام: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن. (١)

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب السلف حديث ١.

إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملاء اليد، فإن الكيل من حيث هو لا يوجب في الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة.

ثم إنه قد علم مما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر، { ١ } كالحقة والرطل والوزنة باصطلاح أهل العراق، الذي لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم فإنه غير جائز، لأن مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. هذا كله في المكيل والموزون.

وفيه: أولا: إن الخبر ضعيف السند لوهب.

وثانيا: أنه يدل على أنه يجوز أن يكون ثمن المكيل موزونا وبالعكس، ولا يدل على جواز كل من الكيل والوزن في مورد الآخر. فالأظهر هو عدم الجواز مطلقا.

{ ١ } ولو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر. يمكن الاستدلال لصحتها:

- مضافا إلى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذي يحضرونه أو بكيه مع جهلهم بالمقدار -

بأن الغرر لا يلزم - بعد فرض علم المشتري بأن الكيل أو الوزن المشتري به متعارف في البلد - ونصوص اعتبار الكيل والوزن تدل على لزوم أن يكون البيع بأحدهما. وأما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلا فلا تدل عليه، بل أغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل والوزن المتعارفين في بلدهم.

وبعبارة أخرى: إن تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافا وبالتخمين بلا وزن ولا كيل، ولا تدل على مزيد من ذلك.

ولكن ثبوت السيرة المتصلة إلى زمان المعصوم عليه السلام محل تأمل، والظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك وإن لم يصدق من حيث المالية

وأما المعدود فإن كان الكيل أو الوزن طريقاً إليه فالكلام فيه كما عرفت في أخويه، { ١ } وربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه

سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعهده، فيكال بالمكيال ثم يعد ما فيه. ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد قال: لا بأس به.

فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة، ولم يردعه الإمام عليه السلام بالتنبيه على أن ذلك غير مختص بصورة الاضطرار، لكن التقرير غير واضح، فلا ينهض الرواية لتخصيص العمومات ولذا قوى في الروضة الجواز مطلقاً. وأما كفاية الكيل فيه أصالة فهو مشكل لأنه، لا يخرج عن المجازفة، والكيل لا يزيد على المشاهدة.

وأما الوزن، فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم في السلم أنه لا يكفي العد في المعدودات، وإن جاز بيعها معجلاً بالعد، بل لا بد من الوزن، أنه لا خلاف في أنه أضيف وأنه يغني عن العد، فقولهم في شروط العوضين أنه لا بد من العد في المعدودات محمول على أقل مراتب التقدير

والنصوص إنما هي في صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل والوزن من حيث هما.

فالأظهر بطلان تلك المعاملة.

وأما صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر. (١)

فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس أنه صاع المصر، فلا يدل على جواز البيع بصاع المصر وإن لم يعلم مقداره.

{ ١ } المورد الثاني: في بيع المعدود بالكيل أو الوزن.

لا كلام في أنه إذا كان الكيل أو الوزن طريقاً إلى العدد يجوز ذلك كما تقدم، وصحيح الحلبي المذكور (٢) في المتن المختص بصورة تعذر العد لا مفهوم له كي يدل على عدم جوازه

مع الإمكان، وتقريره عليه السلام لما في ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

لكنه ربما ينافي ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم ويكفي الوزن عن العد، فإنه يوهم كونه الأصل في الضبط، إلا أن يريدوا هنا الأصالة والفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة، فافهم.

بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا { ١ } فقد قيل إن الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل والوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيلا أو موزونا في بلد يباع كذا، وإلا فلا.

وعن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق نسبتته إلى الأصحاب، وربما منع ذلك

وأما إذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة فقد اختار المصنف قدس سره كفاية الوزن فيه، والظاهر أن وجهها أصالة الوزن في التقدير مطلقا حتى في المعدود. وفيه: إن أصالة الوزن لو سلمت لا تفيد بعد فرض كون مناط المالية في شيء العدد، فإنه يلزم من بيعه بالوزن الغرر. فالأظهر عدم الكفاية.

المناط في المكيل والموزون

{ ١ } الثاني: في تعيين المناط في كون الشيء مكيلا أو موزونا.

وقبل الشروع في بيان المختار ودليله، ينبغي تقدير أمور:

الأول: إن مورد البحث هو أنه هل المدار على ما كان مكيلا أو موزونا في عصر النبي صلى الله عليه وآله لا على كيل عصره ووزنه، فإنه لم يقل بذلك أحد، ولا يكون ذلك رافعا للغرر.

وبعبارة أخرى: مورد الكلام تعيين ما هو مكيل أو موزون لا تعيين الكيل والوزن، إذ لا كلام في أن المكيل يكال بالمكيل المتعارف في كل عصر، والموزون يوزن بالميزان المتعارف في كل زمان. فما في عبارة المبسوط المنقولة في المكاسب والمكيال مكيل أهل

المدينة والميزان ميزان أهل مكة لا بد من تأويله، لا سيما وقد نفي الخلاف عنه

بعض المعاصرين قائلًا إن دعوى الاجماع على كون المدار هنا على زمانه صلى الله عليه وآله على الوجه المذكور غريبة { ١ }، فإنني لم أجد ذلك في كلام أحد من

الأساطين، فضلا عن أن يكون اجماعا، نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة والغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله في رفع شيء من ذلك وإثباته، انتهى.

أقول ما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين وإنما ذكره في باب الربا حق، إلا أن المدار وجودا وعدما في الربا على اشتراط الكيل والوزن في صحة بيع جنس ذلك الشيء.

وأكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط والمعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين إلا أن الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا وفي ذلك الباب. وأما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا وعدم جريانه في شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع

الثاني: إن النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والموزون، فإن مفهومهما اللغوي واضح، ولا حقيقة شرعية لهما قطعا، ولا تكون مكيلية شيء أو موزونيته من الأمور الواقعية، ويكون نظر العرف والشرع طريقا إليها حتى يكون الشارع مصوبا للعرف تارة ومخطئا لهم أخرى، بل هما أمران جعليان رتب الشارع على هذا الأمر الجعلي البنائي الذي

بنى العرف عليه حكما، وحيث إن الجعل والبناء يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فلذا وقع النزاع في أنه هل المعيار عصر خاص ومصر مخصوص، أم الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلا أو موزون؟

الثالث: المحكي: عن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق: إن الأصحاب أفتوا بأن المراد بالمكيل والموزون ما ثبت فيهما الكيل والوزن في زمانه صلى الله عليه وآله، وحكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيهما.

{ ١ } وأورد عليهما صاحب الجواهر قدس سره: بأنني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين، فضلا عن أن يكون اجماعا نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى الربا. والمصنف قدس سره ذكر طرقا ثلاثة لاستفادة أن الفقهاء أفتوا بذلك:

أما أولا: فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه، { ١ } قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهد صلي الله عليه وآله في شئ الكيل لم يجز إلا كيلا في

سائر البلاد وما كانت فيه وزنا لم يجز إلا وزنا في سائر البلاد والمكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة هذا كله بلا خلاف، فإن كان مما لا تعرف عادة في عهد صلي الله عليه وآله حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشئ فما عرف بالكيل لا يباع إلا

كيلا، وما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزنا، انتهى.

ولا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبيعة المتماثلين ونحوه كلام العلامة في التذكرة.

وأما ثانيا: فلأن ما يقطع به بعد التبع في كلماتهم هنا. وفي باب الربا أن الموضوع في كلتا المسألتين شئ واحد، { ٢ } أعني المكيل والموزون قد حمل عليه حكمان، أحدهما عدم صحة بيعه جزافا، والآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلا، ويزيده وضوحا ملاحظة أخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

{ ١ } الأول: إن التبع في كلمات الأصحاب يشهد بذلك. وذكر منها عبارة المبسوط. وفيه: أن ما أفاده في المبسوط الصريح في ذلك خيرة التذكرة ونهاية الأحكام والمختلف و حواشي الشهيد وغيرها، وهو المنقول عن القاضي كما عن مفتاح الكرامة، ولكن القدماء من الأصحاب لم يصر حوا بذلك.

{ ٢ } الثاني: إن المقطوع به بعد التبع أن الموضوع في هذه المسألة وفي مسألة الربا واحد وهو المكيل والموزون، وقد حمل عليه حكمان: أحدهما: عدم جواز بيعه متفاضلا.

ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفة. فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

وفيه: إن ما ذكره إن كان ضابطة لتعيين المفهوم، أو كان ضابطة لتعيين المصداق مع كونه ظاهرا في ضبط ما هو مصداق الموضوع في المقامين، كما إذا ذكروا المسألتين

وأما ثالثاً: فلأنه يظهر من جماعة تصريحاً أو ظهوراً أن من شرط الربا كون الكيل والوزن شرطاً في صحة { ١ } بيعه قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا تفرعاً على ذلك أنه لا ربا في الماء إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن وقال في الدروس ولا يجري الربا في الماء لعدم اشتراطهما في صحة بيعه نقداً. ثم قال وكذا الحجارة والتراب والحطب ولا عبرة ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان لأن الوزن غير شرط في صحته، انتهى.

وهذا المضمون سهل الإصابة لمن لاحظ كلماتهم فلا حظ المسالك هنا وشرح القواعد وحاشيتها للمحقق الثاني والشهيد عند قول العلامة والمراد بالميكل والموزون هنا جنسه وإن لم يدخله لقلته كالحبة والحببتين من الحنطة أو لكثرتهم كالزبرة ولازم ذلك يعني اشتراط دخول الربا في جنس باشتراط الكيل والوزن في صحة بيعه أنه إذا ثبت الربا في زماننا في جنس لثبوت كونه ميكلًا أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله لم يجرى بيعه جزافاً وإلا لم يصدق ما ذكره من اشتراط

الربا باشتراط التقدير في صحة بيعه.

وبالحملة فتلازم الحكمين أعني دخول الربا في جنس واشتراط بيعه بالكيل أو الوزن مما لا يخفى على المتتبع في كتب الأصحاب وحينئذ فنقول: كلما ثبت كونه ميكلًا أو موزوناً في عصره صلى الله عليه وآله فهو ربوي في زماننا { ٢ } ولا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً وإن لم يلزم غرر للاجماع.

بنحو الاتصال وفي ذيلهما ذكروا ذلك تم ما أفاده.

ولكن بما أن ما ذكره إنما يكون في مقام ضبط ما هو المصداق في ذيل مسألة الربا خاصة ولا إطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدي ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل أن

الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لا خصوص مصداق خاص منه.

الثالث: ما هو مركب من أمرين:

{ ١ } أحدهما: أنه يشترط عند الأصحاب في الربا أن يكون الكيل والوزن شرطاً في صحة بيعه.

{ ٢ } ثانيهما: اتفاقهم على أن العبرة في الميكل والموزون الجاري فيه الربا على ما هو

ولما عرفت من أن اعتبار الكيل والوزن لحكمة سد باب نوع الغرر لا شخصه فهو حكم لحكمة غير مطردة نظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور، لرفع التنازع واعتبار الانضباط في المسلم فيه، لأن في تركه مظنة التنازع والتغابن ونحو ذلك. والظاهر كما عرفت من غير واحد أن المسألة اتفافية، وأما ما علم أنه كان يباع جزافا في زمانه صلى الله عليه وآله. فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعا.

والظاهر أنه اجماعي، كما يشهد به دعوى بعضهم الاجماع على أن مثل هذا ليس بربوي والشهرة محققة على ذلك نعم ينافي ذلك بعض ما تقدم من اطلاق النهي عن بيع المكيل أو الموزون جزافا.

الظاهر فيما تعارف كيله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما وإن لم يتعارف في غيره، وكذلك قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة. الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب وفي عرفه، وإن لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهم إلا أن يقال: إنه لم يعلم أن ما تعارف كيله أو وزنه في عرف الأئمة عليهم السلام وأصحابهم

كذلك في عهد الشارع الأقدس. فإنه يستنتج منهما اعتبار الكيل والوزن في ما كان مكيلا وموزونا في عهده.

وإن شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يجري فيه الربا، وما يجري فيه الربا يشترط أن يباع بالكيل أو الوزن، ونتيجتهما أن كل ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يشترط أن يباع بالكيل أو الوزن.

وفيه: إن الأمر الأول - وهو الكبرى في القياس - إن أريد به أن من شرط جريان الربا كون الكيل أو الوزن شرطا في صحة بيعه ولو في زمانه صلى الله عليه وآله خاصة فهو حق، إلا أنه لا يفيد للمستدل. وإن أريد به أنه من شرطه كون ذلك شرطا في صحته إلى الأبد، وما دام يجري فيه الربا فهو أول الكلام وغير ثابت.

فالإنصاف أن دعوى الاجماع، بل الشهرة في المقام في غير محلها. إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: أن الكلام يقع في موردين:

كان غير مقدر في زمان الشارع، حتى يتحقق المنافاة، والأصل في ذلك أن مفهوم المكيل والموزون في الأخبار لا يراد بهما كل ما فرض صيرورته كذلك، حتى يعم ما علم كونه غير مقدر في زمان الشارع، بل المراد بهما المصدق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم، وهذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلة ولا موزونة في زمن النبي صلى الله عليه وآله لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفا للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال

ويوزن، { ١ } أنه لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل في ما شك في كونه مقدرًا في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر، إذ لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل والموزون، بل لا بد من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار ولا دليل أيضا على الحاق كل بلد لحكم نفسه مع اختلاف البلدان. والحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه وآله، ثم بما اتفق عليه البلاد، ثم بما تعارف في كل بلدة بالنسبة إلى نفسه في غاية الاشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين

الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.

الثاني: في ما استدل به على ما هو المنسوب إلى المشهور.

أما المورد الأول: فالمستفاد منها: إن المدار في اعتبار الكيل والوزن على ما هو مكيل أو موزون في زمان البيع وبلده، فما كان مكيلا أو موزونا في زمان البيع وبلده اعتبر في صحة

بيعه ذلك، وما لم يكن كذلك وإن كان في زمان الشارع مكيلا أو موزونا لا يعتبر في صحته

ذلك، لأن دليل اعتبار هذا الأمر حديث نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر. (١) والنصوص الخاصة المتقدمة.

أما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فإن من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله في رفع الغرر وأثباته.

{ ١ } وأما النصوص فالمأخوذ فيها المكيل والموزون من دون التقييد بزمان خاص وبلد

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

وثبات ما ينافي ذلك من الأحكام المشهورة بالاجماع المنقول المعتضد بالشهرة المحققة، وكذا الاشكال لو علم التقدير في زمن الشارع ولم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن. ومما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة من التمسك لكون الاعتبار في التقدير بعادة الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع { ١ } ولكون المرجع فيما لم يعلم عادة الشرع هي العادة المتعارفة في البلدان. بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية ولكون المرجع عادة كل بلد إذا اختلف البلدان بأن العرف الخاص قائم مقام العام عند انتفائه، انتهى.

وذكر المحقق الثاني أيضا: إن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله، فالمعتبر هو العرف

مخصوص، ومقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند ايقاع المعاملة من حيث زمانها ومكانها.

وبعبارة أخرى: قوله عليه السلام ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمل هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة والأمكنة.

وأما المورد الثاني: فالمنسوب إلى المشهور دعويان:

الأولى: إن العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه وآله.

الثانية: إن ما لم يثبت كونه مكيلا أو موزونا في عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان.

وقد استدلل للأولى

بالاجماع

وبأن المراد من المكيل والموزون المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم { ١ } وبوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع

السابق، ولا أثر للتغير الطارئ للاستصحاب ولظاهر قوله صلى الله عليه وآله حكمي على الواحد حكمي على الجماعة. وأما في الأقارير والأيمان ونحوها فالظاهر الحوالة على عرف ذلك العصر الواقع فيه شيء عنها حملا له على ما يفهمه الموقع، انتهى. أقول ليس الكلام في مفهوم المكييل والموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر في تحقق هذا المفهوم، فإن المراد بقولهم عليهم السلام ما كان مكيلا فلا يباع جزافا أو لا يباع

بعضه ببعض إلا متساويا. إما أن يكون ما هو المكييل في عرف المتكلم أو يراد به ما هو المكييل في العرف العام، أو ما هو المكييل في عرف كل مكلف، وعلى أي تقدير، فلا يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي وإرادة جميع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها وخصوصا مع كون مرتبة كل لاحق مع عدم العلم بسابقة، لا مع عدمه غير صحيحة كما لا يخفى. ولعل المقدس الأردبيلي أراد ما ذكرنا حيث تأمل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع والعرف العام والعرف الخاص، معللا باحتمال إرادة الكيل والوزن المتعارف عرفا عاما أو في أكثر البلدان أو في الجملة مطلقا أو بالنسبة إلى كل بلد، بلد كما قيل في المأكول والملبوس في السجدة من الأمر الوارد بهما لو سلم، والظاهر هو الأخير، انتهى.

وقد رده في الحدائق بأن الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار حملها على

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلما تقدم. وما عن المبسوط من نفي الخلاف عنه، لا يدل على الاجماع، إذ عدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على أمر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم، مع أنه لو ثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم. وأما الثاني: فلأن الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية، ألا ترى أنه لم يتوهم أحد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة في عهد الشارع. وبالجملة: ما ذكرناه واضح.

عرفهم صلوات الله عليهم فكلما كان مكيلا أو موزونا في عرفهم وجب اجراء الحكم عليه في الأزمنة المتأخرة، وما لم يعلم، فهو بناء على قواعدهم يرجع إلى العرف العام إلى آخر ما ذكره من التفصيل، ثم قال: ويمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدم في صحيحة الحلبي من قوله ما كان من طعام سميت فيه كيلا، فإن الظاهر أن المرجع في كونه مكيلا إلى تسميته عرفا مكيلا، ويمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم عليهم السلام انتهى.

أقول: قد عرفت أن الكلام هنا ليس في معنى اللفظ، لأن مفهوم الكيل معلوم لغة، وإنما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم، { ١ } ثم لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حملة على العرف العام إذا لم يكن عرف شرعي لا إذا جهل عرفه الشرعي فإنه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذ على المعنى العرفي، بل لا بد من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعي، ومع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح، هذا كله مع أن الأخبار إنما وصلت إلينا من الأئمة (صلوات الله وسلامه عليهم) فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع. وأما ما استشهد به للرجوع إلى العرف العام من قوله عليه السلام ما سميت فيه كيلا الخ

وأما الثالث: فلما عرفت من أن النزاع في المقام ليس في المفهوم، فإنه مبين معلوم ولا حقيقة شرعية له.

{ ١ } وإنما الكلام في أنه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، أم الميزان كلما صدق عليه ذلك، مع أن النصوص إنما وصلت إلينا من الأئمة عليهم السلام لا منه صلى الله عليه وآله، فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم ووزنه كما لا يخفى.

واستدل للثانية:

بالاجماع

وبأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية.

وبمضمرة علي بن إبراهيم الطويل: ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة ولا

يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان

قوم يأكلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن أصل اللحم أن يوزن، وأصل الجوز

أن يعد. (١)

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلما تقدم.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الربا حديث ٦.

فيحتمل أن يراد عرف المخاطب فيكون المعيار العرف الخاص بالمتبايعين. نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمل وأبعد شئ في المقام ما ذكره في جامع المقاصد: من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل اطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله انتهى.

وبالجملة، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أن كلها متفق عليها. نعم اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفة في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا أو أنه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعة من أصحابنا، لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافا في بلد لا يتعارف فيه التقدير، ثم إنه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدرا في زمن الشارع، لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن ففيه وجوه أقواها وأحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر، وأشكل من ذلك ما لو علم كون الشئ غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص ولا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافا تخصيصا لأدلة نفي الغرر لاحتمال كون ذلك الشئ من المتبدلات في زمن الشارع أو في العرف بحيث يتحرز عن الغرر بمشاهدته. وقد بلغ عند قوم في العزة إلى حيث لا يتسامح فيها، فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع به الغرر من الكيل أو الوزن أو العد.

وبالجملة فالأولى جعل المدار فيما لا اجماع فيه على وجوب التقدير بما بنى الأمر في مقام استعلام مالية الشئ على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فيجاب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالية ما عنده من الرمان والبطيخ، فإنه لا يجاب إلا بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الحنطة والشعير، فربما يجاب بالكيل وربما يجاب بالوزن. لكن الجواب بالكيل مختص بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن، إذ الكيل بنفسه غير منضبط بخلاف الوزن وقد تقدم أن الوزن أصل في الكيل وما ذكرنا هو المراد بالمكيل والموزون الذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل والوزن عند البيع وبدخول الربا فيهما، وأما ما لا يعتبر مقدار ماليته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء والتبن والخضرىات.

فالظاهر كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير فإن اختلف البلاد في التقدير والعدم، فلا اشكال في التقدير في بلد التقدير. وأما بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لا يتبدل الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، وإن كان لعدم مبالاتهم بالغرر واقدامهم عليه حرصا مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة، فلا اعتبار بعاداتهم، بل يجب مخالفتها. فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيوع الغرر والمجازفات، كبيع الملاقيح والمضامين والملامسة والمنازعة والحصاة على بعض تفاسيرها وثمر الشجر قبل الوجود وغير ذلك لم يرد إلا ردا على من تعارف عندهم الاقدام على الغرر والبناء على المجازفات الموجب لفتح أبواب المنازعات وإلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن رجاله ذكره في حديث طويل، قال: ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة، ولا يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن أصل اللحم أن يوزن وأصل الجوز أن يعد، وعلى ما ذكرنا،

وأما الثاني: فلما عرفت من أن النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والموزون كي يتم فيه ذلك، بل في أنه هل لمصداق خاص منه خصوصية أم لا. وأما الثالث: فلعدم حجتيه لعدم اتصال الخبر إلى المعصوم، وعدم حجية قول التابعي من حيث هو.

مع أن المراد بالعامة ليس جميع الناس وإلا لما كان يوجد - سيما في عصر الخبر - شيء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه أن بناء المتعاقدين لا يكفي، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه.

مضافا إلى أنه لو أغمض عن ذلك وسلم كونه دالا على ما ذهب إليه المشهور يقع التعارض بينه وبين صحيح الحلبي الدال على أن الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بما هما من أفراد البلد، والمحل والترجيح معه كما لا يخفى. وبناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التي ذكرها المصنف قدس سره، وهو واضح.

فالعبرة ببلد فيه وجود المبيع { ١ } لا ببلد العقد ولا ببلد المتعاقدين، وفي شرح القواعد لبعض الأساطين، ثم الرجوع إلى العادة مع اتفاقها اتفائي، ولو اختلف فلكل بلد حكمه كما هو المشهور، وهل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين الأقوى، الأول ولو تعاقد في الصحراء { ٢ } رجعا إلى حكم بلدهما، ولو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار على ذي الجراف، أو البائع في مبيعه والمشتري في ثمنه أو يني على الاقراع مع الاختلاف، وما اتفقا عليه مع الاتفاق أو التخيير ولعله الأقوى، ويجري مثله في معاملة الغرباء في الصحراء مع اختلاف البلدان والأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة من صلح أو هبة بعوض أو معاطاة ونحوها، ولو حصل الاختلاف في البلد الواحد على وجه التساوي فالأقوى التخيير، ومع الاختصاص بجمع قليل اشكال، انتهى.

نعم يبقى منها فرعان:

الأول: لو فرضنا كون المبيع في بلد، والعقد في بلد آخر، والمتعاقدين أهل بلد ثالث، وكان ذلك الشيء في أحد البلاد مقدرًا بغير ما يقدر به في البلاد الآخر. { ١ } فهل العبرة ببلد فيه وجود المبيع كما اختاره المصنف قدس سره أم ببلد العقد.

أم ببلد المتعاقدين؟ وجوه:

أظهرها الثالث، فإنه الظاهر من صحيح الحلبي ما سميت فيه كيلا فإنه موجه إلى البائع.

{ ٢ } الثاني: إنه لو وقعت المعاملة في الصحراء وكان البلاد مختلفة في التقدير ولم يكن الصحراء ملحقه بأحدها، فإن كان المتعاقدان أهل بلد لحقهما حكمه كما تقدم، وإلا فلا يعتبر في بيعهما الكيل والوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل والوزن لهذا المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الغرر.

مسألة: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه { ١ } على المشهور،
وعبارة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه، ويدل عليه غير واحد من الأخبار المتقدمة،
وما تقدم في صحيحة الحلبي الظاهرة في المنع عن ذلك محمول على صورة ايقاع
المعاملة غير مبنية على المقدار المخبر به، وإن كان الأخبار داعيا إليها، فإنها لا تخرج
بمجرد ذلك عن الغرر.
وقد تقدم عن التحرير ما يوافق ذلك.

اخبار البائع بقدر المبيع
{ ١ } الثالث: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشور وظاهر
التذكرة الاتفاق عليه.
الظاهر أن الغرر وإن كان يرتفع بايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، إلا أنه قد
عرفت أنه يعتبر الكيل والوزن وإن لم يلزم الغرر من عدمهما، ومعلوم أن بذلك لا يتحقق
هذا القيد، فعلى هذا يتعين الرجوع إلى النصوص الخاصة.
وهي على طوائف:
الأولى: ما دل على الاعتماد عليه مطلقا: كخبر محمد بن حمران قال: قلت لأبي
عبد الله عليه السلام: اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيه، فقال: لا
بأس (١) ونحوه غيره.
الثانية: ما دل على عدم الاعتماد عليه: كصحيح الحلبي المتقدم (٢).
الثالثة: ما دل على الاعتماد عليه في صورة الائتمان خاصة: كخبر أبي العطار عن
مولانا الصادق عليه السلام: إذا ائتمك فلا بأس (٣). ونحوه غيره.
والجمع بينها - لو سلم كون المقام مشمولا لصحيح الحلبي، ولم نقل باختصاصه بما
إذا كان الأخبار عن حدس لا عن حس كما هو ظاهره - يقتضي تقييد اطلاق الطائفة
الأولى بمفهوم الثالثة، وتقييد اطلاق الثانية بمنطوقها، وبذلك يرتفع التعارض

-
- (١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.
(٢) الوسائل - باب ٤ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.
(٣) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٦.

ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار، { ١ } كما يشهد به الروايات المتقدمة، فلو لم يفد ظناً فإشكال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر ومن عدم تقييدهم الأخبار بإفادة الظن ولا المخبر بالعدالة، والأقوى بناء على اعتبار التقدير وإن لم يلزم الغرر الفعلي هو الاعتبار. نعم لو دار الحكم مدار الغرر، كما في صحة المعاملة إيقاعها مبنية على المقدار المخبر به وإن كان مجهولاً ويندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار، فإن ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبة على أوصاف مذكورة في العقد، فيقول بعثك هذه الصبرة على أنها كذا وكذا صاعاً، وعلى كل تقدير الحكم فيه بالصحة، فلو تبين الخلاف، { ٢ } فأما أن يكون بالنقيصة

وبما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني من حمل صحيح الحلبي على الكراهة، كما أنه يظهر اعتبار كون المخبر مؤتمناً، والظاهر أن هذا هو مراد المصنف قدس سره.

{ ١ } حيث قال: ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار.

{ ٢ } وعلى القول بالصحة فلو عامل وتبين الخلاف، فتارة: يكون بالنقيصة، وأخرى: يكون بالزيادة

فالكلام يقع في مقامين:

أما المقام الأول، فالأقوال والوجوه فيه خمسة

الأول: البطلان.

الثاني: الصحة لزوماً.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة.

وتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في أنه هل يصح أم يكون باطلاً؟

الثاني: في أنه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم أو الجواز؟

الثالث: في أنه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، أو خيار تبعض الصفقة، أو خيار الغبن؟

وأما أن يكون بالزيادة، فإن كان بالنقيصة تخير المشتري بين الفسخ وبين الإمضاء، بل في جامع المقاصد احتمال البطلان، كما لو باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا، ثم رده بكون ذلك من غير الجنس وهذا منه وإنما الفئات الوصف لكن يمكن أن يقال مغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية { ١ } لا يشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما في أصل الحقيقة بخلاف الجزء والكل فتأمل.

فإن المتعين الصحة والخيار، ثم إنه قد عبر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة وللمشتري مع النقيصة بقوله تخير المغبون، فربما تخيل بعض تبعا لبعض أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء، معللا بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد، ويدفعه تصريح العلامة في هذه المسألة من التذكرة: بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالناقص. وفي باب الصرف من القواعد: بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخير المشتري بين الفسخ والإمضاء بحصة معينة من الثمن، وتصريح

أما المورد الأول: فقد استدلل للبطلان في المتن.

{ ١ } بمغاير الموجود الخارجي لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية فما وقع عليه العقد لا وجود له. أفرض خمسة أمان إذا تبين أن الموجود أربعة أمان، وما له وجود لم يقع عليه العقد، فلا بد من البناء على البطلان. وفيه: إن العناوين على قسمين:

أحدهما: ما هو مناط مالية الأشياء، وهي الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية والعرفية، كعنوان الذهب، والعبء، وما شابههما.

ثانيهما: ما ليس مناط المالية، وإنما يبذل الثمن بإزاء المعنون كالكم الخاص والحد المخصوص، فإن الثمن لا يبذل بإزاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بإزاء المعنون،

أي الأجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان، وما ذكر يتم في القسم الأول، وهو أجنبي عن المقام ولا يتم في القسم الثاني، فإنه ينحل العقد إلى العقد على كل جزء جزء، فالمقدار الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه، والمقصود ليس شيئا كي يؤثر العقد في تملكه. وهذا بخلاف القسم الأول، فإنه لا ينحل العقد فيه إلى العقد على ذات الموجود والعقد على

جامع المقاصد في المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة وهي ما لو باع متساوي الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل، ومن المعلوم أن الخيار في تلك المسألة أما لفوات الوصف، وأما لفوات الجزء على الخلاف الآتي. وأما التعبير بالمغبون فليشمل البائع على تقدير الزيادة والمشتري على تقدير النقيصة، { ١ } نظير تعبير الشهيد في اللمعة عن البائع والمشتري في بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما
وأما ما ذكره من أن الخيار إنما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد ففيه أن ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحة البيع ككتابة العبد وخياطته. وأما الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد، فإن هذا أولى من وصف الصحة الذي يغني بناء العقد عليه عن ذكره في العقد، فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة

عنوانه، فإن المادة المشتركة لا مالية لها ولا يبذل المال بإزائها. فالأظهر هي الصحة. وأما المورد الثاني: فالأظهر هو الجواز، لأن التراضي لم يقع بالمبيع على كل تقدير وإلا بطل البيع للغرر والجهالة. وسيجئ في المورد الثالث زيادة توضيح لذلك. وأما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه في المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة. وأما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لأن ذلك إنما يثبت فيما إذا بيع بأزيد من القيمة السوقية، وفي المقام ربما يكون بأنقص منها كما لا يخفى، لا في موارد تخلف المبيع جزءاً أو وصفاً.

فما في القواعد على المحكي في المتن قبل أسطر من ثبوت خيار الغبن، إن كان تسامحا في العبارة

{ ١ } كما في المتن قال وأما التعبير بالغبن فليشتمل البائع على تقدير الزيادة والمشتري على تقدير النقيصة فلا كلام، وإلا فهو، غير تام.

وأما ثبوت خيار تخلف الشرط فإنما هو فيما إذا وقع البيع مثلاً على شيء واشترط صريحاً أو ضمناً في ضمنه شيء آخر، بحيث لم يقع شيء من الثمن بإزاء الشرط وإن كان موجبا لازدياد قيمة المبيع، والمقام ليس من هذا القبيل، فإن كل جزء من المبيع وقع بإزائه

ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين، وكيف كان فلا اشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف، وإنما الاشكال في أن المتخلف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه، فلذلك اختلف في أن الامضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم. { ١ }
وتمام الكلام في موضع تعرض الأصحاب للمسألة، ثم إن في حكم اخبار البائع بالكيل والوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع وأوقع العقد بناء عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود والموزون طريقاً إلى عده أو وزنه.

جزء من الثمن، وعليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بإزاء الجزء المفقود، وله الخيار بين الإمضاء والفسخ بعد ذلك.

{ ١ } والفرق بين هذه الأقسام من الخيار أنه لو كان الثابت خيار تبعض الصفقة يرد جزء من الثمن ثم يتخير بين الفسخ والإمضاء، ولو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء، ولو كان خيار الغبن يتخير بينهما ما لم يبذل البائع التفاوت، وإلا فلا خيار له. وأما المقام الثاني: فمن التزم بالبطلان في المقام الأول لا بد له من الالتزام به في المقام، ولكن عرفت فساده فما عن المبسوط من البطلان ضعيف، ولا وجه لخيار الغبن كما تقدم، ولا لخيار التبعض لعدمه، ولا لخيار الشرط لما تقدم. ودعوى أن العقد يؤثر في ملكية ذات المبيع وشرط وصف خاص مبين للموجود لا يوجب إلا الخيار بين الفسخ والإمضاء بتمام الثمن، ونتيجة ذلك الصحة، وكون الزيادة للمشتري وثبوت الخيار للبائع بين الامضاء بتمام الثمن، والفسخ كما التزم به المصنف قدس سره في باب الشروط،

مندفعة بأن شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدم، فالعقد لا يؤثر إلا في المتقدر، والزائد باق على ملك البائع، ولذلك يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري من جهة حصول الشركة بينه وبين البائع، في ما اشتراه، والشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه.

مسألة: قال في الشرائع يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسحاً { ١ } ولو مسحاً كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك وتعذر ادراكه بالمشاهدة، انتهى.

وفي التذكرة لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب والدار والغنم اجماعاً.

وصرح في التحرير بجواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها. أقول يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد { ٢ } لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم والاعتماد في عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهدة عين المجازفة.

وبالجملة فإذا فرضنا أن مقدار مالية الغنم قله وكثرة يعلم بالعدد، فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها وبين الجهل بالمقدار في المكيل والموزون والمعدود. وكذا الحكم في عدد الأذرع والطاقت في الكرايس والجربان في كثير من الأراضي المقدره عادة بالجريب. نعم ربما يتفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقت الكرايس، لكن الاعتماد على هذه من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع، نظير اخبار البائع، وليس هذا معنى كفاية المشاهدة وتظهر الثمرة في ثبوت الخيار، إذ على تقدير كفاية المشاهدة لا يثبت خيار مع تبين قلة الأذرع بالنسبة إلى ما حصل التخمين به من المشاهدة، إلا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع طولاً وعرضاً.

بيع الثوب والأرض مع المشاهدة

{ ١ } الرابع: قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسحاً. وقد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفة الأجزاء كالثوب والدار والغنم مع المشاهدة، وادعوا أن عليها الاجماع.

وأورد عليهم جمع منهم المصنف قدس سره: قال بأنه

{ ٢ } يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر. وظاهر بعض الموردين وصريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

وبالجملة فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصي إذ لم يرد هنا نص بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به ولو لم يكن غرر، كما استظهرناه في المكييل والموزون، فافهم. مسألة: بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء { ١ } كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيد وشبه ذلك يتصور على وجوه:

الأول: أن يريد بذلك البعض كسرا واقعيا من الجملة { ٢ } مقدرا بذلك العنوان فيريد بالصاع مثلا من صبرة تكون عشرة أصوع عشرها، ومن عبد من العبيد نصفهما

ولكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد ولو لم يلزم الغرر، وهي الموارد التي يباع الشيء بالعد والذرع.

أما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود، وأما في الثاني: فلأن العد بالذرع أيضا داخل في حقيقة العد، ولا فرق بين أن يقال جوزة وجوزتان وأن يقال ذرع وذرعان، ومجرد كون الأول من قبيل الكم المنفصل، والثاني من قبيل الكم المتصل لا يصلح فارقا.

نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد ولا بالذرع، فإنه يصح البيع إن لم يلزم الغرر، كما في العباء فإن كل طاقة منه لها قيمة وهي مناط ماليته كانت أربعة أذرع أو أزيد أو أنقص بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

{ ١ } الخامس في بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها. والوجوه المتصورة ثلاثة.

{ ٢ } الأول أن يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدرا بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة أصوع كان المبيع عشرها، فيكون الصاع ملحوظا مرآة إلى الكسر المشاع المساوي للصاع. وقد أوضحنا حقيقة الإشاعة في أول مسألة بيع نصف الدار

ولا اشكال في صحة ذلك، ولا في كون المبيع مشاعا في الجملة، ولا فرق بين اختلاف العبدین في القيمة وعدمه، ولا بين العلم بعدد صیعان الصبرة وعدمه، لأن الكسر مقدر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع هذا، { ١ } ولكن قال في التذكرة والأقرب أنه لو قصد الإشاعة في عبد من عبدین أو شاة من شاتین بطل، بخلاف الذراع من الأرض، انتهى. { ٢ }

ولو يعلم وجه الفرق إلا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشاة. { ٣ }

{ ١ } لا اشكال في صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثل وبين بيع عبد من عبدین، ومن غير فرق بين اختلاف العبدین والأصوع في القيمة وعدمه، ومن غير فرق بين العلم بعدد صیعان الصبرة وعدمه لتقدر الكسر بالصاع، والعلم بنسبته إلى المجموع لا يكون معتبرا.

{ ٢ } وعن العلامة قدس سره: الإشكال في صحة بيع عبد من عبدین أو شاة من شاتین لو قصد الإشاعة.

وغاية ما قيل في توجيهه أمران:

{ ٣ } الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشاة، والحال أنه كما يعتبر في الانشائيات كون الانشاء بما هو ظاهر أو صريح في ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه.

وبهذا يظهر أن ما ذكره المحقق النائینی قدس سره من الجواب عن هذا الوجه بأنه ليس الكلام في مقام الإثبات كي يدعى عدم الظهور وانصراف المطلق إلى بعض أفراده بل في مقام الثبوت، غير تام.

وكيف كان: فيرد عليه: إنه لا دليل على اعتبار ذكر متعلق القصد فضلا عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه، وعليه فمع العلم بإرادة الكسر المشاع لا يضر عدم ظهور اللفظ فيه.

الثاني: إن العبدین أو الشاتین بما أنه لا وحدة لهما حقيقة، فوحدتهما تصحيحا لبيع جزء مشاع منهما إنما تكون بالاعتبار، وحيث إنه لا انشاء له غير انشاء البيع، فيلزم تكفل انشاء واحد لأمرين: تنزيل الشئین منزلة الشئ الواحد، وبيع الكسر المشاع في المجموع.

الثاني: أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع، { ١ } نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقة ولا اشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمة، { ٢ } كالعبدین المختلفين لأنه غرر.

لأن المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما. وأما مع اتفاقهما في القيمة، كما في الصيعان المتفرقة، فالمشهور أيضا كما في كلام بعض المنع، { ٣ } بل في الرياض نسبتة إلى الأصحاب.

وعن المحقق الأردبيلي قدس سره أيضا نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب، واستدل على المنع بعضهم بالجهالة التي تبطل معها البيع اجماعا، { ٤ } وآخر بأن الابهام في البيع مبطل له { ٥ } لا من حيث الجهالة، ويؤيده أنه حكم في التذكرة مع منعه عن بيع أحد العبدین المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي ولم يدر أيهما هو صح، خلافا لبعض العامة. { ٦ }

وفيه: إن اعتبار الوحدة لا يحتاج إلى الانشاء كي يلزم ذلك.

فالأظهر هي الصحة في هذا المثال أيضا.

{ ١ } الثاني من الوجوه المتصورة: أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصورة في المجموع، وهو على قسمين: أحدهما: ما يكون له واقع معين ويكون مرددا عند المتبايعين. ثانيهما: ما لا يكون معينا ولو في الواقع.

{ ٢ } أما في القسم الأول: فإن كانت المصاديق مختلفة في القيمة بطل البيع للغرر

{ ٣ } وإن كانت متفقة فيها فالمشهور بين الأصحاب هو البطلان وعن سيد الرياض

نسبته إلى الأصحاب وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه.

وقد استدلل للبطلان في المتن بوجوه.

{ ٤ } الأول بالجهالة التي يبطل معها البيع اجماعا

{ ٥ } الثاني بالابهام في البيع الذي هو مبطل له لا من حيث الجهالة.

{ ٦ } وأيده المصنف بما نقله في المتن من حكم العلامة بصحة البيع في مورد الابهام

مع عدم الجهالة.

وثالث بلزوم الغرر ورابع بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج وأحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعي من أمرين معينين ويضعف الأول بمنع المقدمتين لأن الواحد على سبيل البدل غير مجهول إذ لا تعين له في الواقع حتى يجهل، والمنع عن بيع المجهول ولو لم يلزم غرر غير مسلم.

نعم وقع في معقد بعض الاجماع ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين، ففي السرائر بعد نقل الرواية التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبد من عبيد قال: إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا وفتاويهم وتصانيفهم، لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلاً بغير خلاف انتهى، وعن الخلاف في باب السلم: أنه لو قال اشترى منك أحد هذين العبيد أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء، دليلنا أنه بيع مجهول فيجب أن لا يصح ولأنه بيع غرر لا اختلاف قيمتي العبيد ولأنه لا دليل على صحة ذلك في الشرع، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع.

وقلنا إن أصحابنا رووا جواز ذلك في العبيد.

فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية ولم يقس غيرهما عليهما، انتهى.

وعبارته المحكية في باب البيوع هي: أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبداً من عبيد على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء أنه جائز، ولم يرووا في الثوبين شيئاً، ثم قال: دليلنا إجماع الفرقة. وقوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم وسيأتي أيضاً في كلام فخر الدين إن عدم تشخيص المبيع من الغرر الذي موجب النهي عنه الفساد اجماعاً

وظاهر هذه الكلمات صدق الجهالة، وكون مثلها قاذحة اتفاقاً، مع فرض عدم نص، بل قد عرفت رد الحللي للنص المجوز بمخالفته، لإجماع الأمة. ومما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثاني من وجوه المنع، أعني كون الابتهام مبطلاً.

{ ١ } الثالث لزوم الغرر

{ ٢ } الرابع إن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج وأحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامها به

وأما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة، ولذا يجوز الأسلاف في الكلّي من هذه الأفراد، مع أن الانضباط في السلم أكد. وأيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلّي من الصبرة ولا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً، ولذا رد في الإيضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلّي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد اجماعاً
وأما الرابع فبمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي فإن الكلّي المبيع سلماً أو حالاً مملوك للمشتري ولا وجود لفرد منه في الخارج بصفة كونه مملوكاً للمشتري فالوجه أن الملكية أمر اعتباري يعتبره العرف والشرع أو أحدهما في موارد وليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة والسواد. { ١ }

ولذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل أحد الشخصين ونحوهما فالانصاف كما اعترف به جماعة أولهم المحقق الأردبيلي عدم دليل معتبر على المنع، قال في شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أي الطرفين، قال: وفيه تأمل، إذ لم يقدّم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أي طرف أراد المشتري أو من أي جانب كان من الأرض. فما المانع بعد العلم بذلك، انتهى.

وفي الجميع نظر.
أما الأول: فلأن الجهالة غير الموجبة للغرر لا دليل على مبطلتها، والاجماع عليها إن كان ليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.
وأما الثاني: فلعدم الدليل على مبطلتها بما هو ابهام
وأما الثالث: فلما تقدم.
وأما الرابع: فلما أفاده المصنف قدس سره
{ ١ } من أن الملكية أمر اعتباري وليست صفة وجودية متأصلة كالسواد
وأما في القسم الثاني، فالأظهر هو البطالان لا للوجوه الأربعة المتقدمة، بل لأن المردد من حيث هو لا ماهية له ولا تحقق وهو صرف مفهوم لا مطابق له، والملكية وإن كانت أمراً اعتبارياً، إلا أنها هوية تعلقية ومتقومة بطرفها، ويستحيل أن تتحقق في أفق الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهي لا يعقل تعلقها بالمردد. وبعبارة أخرى: إنه لا مطابق له في الخارج فلا ينطبق على ما في الخارج، فلا يصح اعتبار كونه مملوكاً لعدم الأثر، فيبع المردد بهذا المعنى باطل.

فالدليل هو الاجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب قال بعض الأساطين في شرحه على القواعد، بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب والأرض الراجع إلى بيع الكسر المشاع، قال: وإن قصدا معينا من عين أو كليا لا على وجه الإشاعة بطل، لحصول الغرر بالابهام في الأول، وكونه بيع المعدوم وباختلاف الأغراض في الثاني غالبا فيلحق به النادر، وللإجماع المنقول فيه إلى أن قال: والظاهر بعد إمعان النظر ونهاية التتبع أن الغرر الشرعي لا يستلزم الغرر العرفي وبالعكس، وارتفاع الجهالة في الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها في أصل الماهية ولعل الدائرة في الشرع أضيق وإن كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين، { ١ } وفهم الأصحاب مقدم لأنهم أدري بمذاق الشارع وأعلم، انتهى. ولقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات. فرع على المشهور، من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه، { ٢ }

{ ١ } قوله وإن كان بين المصطلحين عموم وخصوص من وجهين تقريب كون النسبة عموما من وجه أنه إذا اتحدت القيم في المحتملات لا يكون هناك غرر عرفي ويكون الغرر شرعيا، وقد يكون الغرر العرفي موجودا ولا غرر شرعي كما في بيع الآبق مع الضميمة - وقد يجتمعان وهو كثير وحيث إن مورد إذن الشارع في البيع مع صدق الغرر العرفي قليل فلذا قال لعل الدائرة في الشرع أضيق.

{ ٢ } قوله لو اتفقا على أنهما أراد غير شائع لم يصح البيع لاتفاقهما على بطلانه لا يخفى أنه بعد أن ذكر صورتين من بيع متساوية الأجزاء ونسب إلى المشهور، المنع في إحداهما والجواز في الأخرى قال لو اتفقا على أنهما أراد غير شائع، ومراده اتفقا على أنهما لم يريدوا الكسر المشاع وحيث إن إرادة الكل في المعين مفروض عدمها فيتمحض في إرادة الفرد المنتشر فلذا أفتى بعدم صحة البيع.

ولو اختلافا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع، { ١ } وقال البائع أردت معينا ففي التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملا بأصالة الصحة وأصالة عدم التعيين، انتهى.

وهذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة في أحد المعنيين أما معه فالمتبع هو الظاهر وأصالة الصحة لا تصرف الظواهر. وأما أصالة عدم التعيين فلم أتحققها { ٢ } وذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم الإشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة وفيه نظر. { ٣ }

{ ١ } قوله ولو اختلافا فادعى المشتري الإشاعة فيصح البيع أي أنهما أرادا الإشاعة لا خصوص المشتري وإلا فيبطل العقد لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

وكيف كان ففي مورد الاختلاف مقتضى أصالة الصحة البناء على صحة العقد ما لم يكن هناك لفظ ظاهر في إرادة الفرد المنتشر وإلا فلعدم صلاحية أصالة الصحة التي هي من الأصول التعبدية لمعارضة الظهور الذي هو من الأمارات يبنى على البطلان فما أفاده المصنف قدس سره من تقييد الحكم بالصحة عملا بأصالة الصحة بصورة عدم الظهور في المعين هو الصحيح وأظن أن العلامة قدس سره لا يدعى الحكم بالصحة في هذه الصورة.

{ ٢ } قوله وأما أصالة عدم التعيين فلم أتحققها والوجه فيه أن التعيين إنما يكون في مقابل الإشاعة وقصد أحدهما يضاد قصد الآخر فمع العلم بقصد أحدهما - أصالة عدم التعيين تعارض أصالة عدم الإشاعة - نعم - لو

كان التعيين عبارة عن الإشاعة متخصصة بمعين - كان قصد الإشاعة متيقنا وقصد التعيين مشكوكا فيه وكان يجري أصالة عدم التعيين فتأمل.

{ ٣ } قوله قدس سره وفيه نظر الظاهر أن وجه النظر ما تقدم من أن أصالة الصحة من الأصول التعبدية فلا تصلح لمقاومة الظهور الذي هو من الأمارات - أو أنه وإن كانت هي من الأمارات إلا أن طريقتها وأماريتها إنما تكون في ظرف عدم الظهور فتدبر.

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة. { ١ }

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني كما حققه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرق الصيعان وقال بعثك أحدها أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المتشخصة غير معين، فيكون يبعه مشتملا على الغرر. وفي هذا الوجه أمر كلي غير متشخص ولا متميز بنفسه ويتقوم بكل واحد من صيعان الصبرة ويوجد به ومثله ما لو قسم الأرباع وباع ربعا منها من غير تعيين ولو باع ربعا قبل القسمة صح وتنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ أمر كلي.

فإن قلت المبيع في الأولى أيضا أمر كلي قلنا: ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلي وبحسب الواقع جزئي غير معين ولا معلوم والمقتضي لهذا المعنى هو تفريق الصيعان وجعل كل واحد منها برأسه فصار اطلاق أحدها منزلا على شخص غير معلوم فصار كبيع إحدى الشياة وأحد العبيد، ولو قال بعثك صاعا من هذه شائعا في جملتها لحكمنا بالصحة، انتهى.

{ ١ } الثالث من الوجوه المتصورة: أن يكون المبيع هو الكلي في المعين

والكلام فيه يقع في جهتين.

الأولى: في تصويره.

الثانية: في حكمه.

أما الأولى: فليس المراد به الكلي الذمي المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة بحيث ينحل العقد عليه إلى العقد على الكلي الذمي واشتراط وفائه وأدائه من الصبرة الخاصة، فإن لازم ذلك أنه لو تلفت الصبرة يكون المبيع باقيا مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط، مع أن الحكم في الكلي في المعين أنه لو تلفت الصبرة يكون ذلك في حكم تلف المبيع وموجبا لانفساخ العقد.

مع أن لازمه جواز نقل الصبرة بأجمعها إلى الغير، ولا يلتزمون به في الكلي في المعين. وأيضا لازمه جواز أداء المبيع من غير الصبرة، غاية الأمر ثبت خيار تخلف الشرط

وحاصله أن البيع مع التردد جزئي حقيقي فيمتاز عن المبيع الكلي الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة. { ١ }

وفي الإيضاح أن الفرق بينهما هو الفرق بين الكلي المقيد بالوحدة وبين الفرد المنشر، ثم الظاهر صحة بيع الكلي بهذا المعنى، كما هو صريح جماعة منهم: الشيخ والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم. بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإن اختلفوا في تنزيل الصاع من الصبرة على الكلي أو الإشاعة، لكن يظهر مما عن الإيضاح وجود الخلاف في صحة بيع الكلي، وأن منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلي بهذا المعنى، والكلي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمة، قال في الإيضاح في ترجيح التنزيل على الإشاعة: إنه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين، فلا يكون معلوم العين وهو الغرر الذي يدل النهي عنه على الفساد اجماعا، ولأن أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح ولا بعينه هو المبهم وابهام المبيع مبطل، انتهى.

للمشتري، ولا يلتزمون به في المقام.

كما أنه ليس المراد به الكلي الموجود خارجا في الصبرة، فإن وجود الكلي بوجود أفراد، فمع تعدد الأفراد إما أن يقع العقد على أحدها المعين، أو غير المعين، أو على جميع الوجودات، ولا رابع ليكون هو الكلي في المعين، وصرف الوجود بمعنى ما لا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدودة، وبمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقة، فإن كل وجود بديل عدم نفسه، بل المراد به هو الكلي المقيد بالصبرة الخارجية.

والظاهر أن هذا هو مراد المصنف قدس سره حيث قال { ١ } فيمتاز عن المبيع الكلي الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة توضيح ذلك: إن الكلي كما يمكن تقييده بكلي آخر، ويكون القيد والمقيد كلياً ثالثاً أضيق من الأولين كالحنطة المقيدة بأن تكون من محل مخصوص وبلد خاص، فيكون المجموع كلياً ينحصر أفرادها في الموجود الخارجي.

وتبعه بعض المعاصرين مستندا تارة إلى ما في الإيضاح من لزوم الإبهام والغرر، { ١ } وأخرى إلى عدم معهودية ملك الكلي في غير الذمة لا على وجه الإشاعة. { ٢ }

وثالثة: باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة. { ٣ } ويرد الأول ما عرفت من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلم في الكلي والثاني بأنه معهود في الوصية والإصداق، مع أنه لم يفهم مراده من المعهودية في مورد، فإن أنواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق أحدها في مورد الآخر إلا أن يراد منه عدم وجود مورد يقيني حكم فيه الشارع بملكية الكلي المشترك بين أفراد موجودة، فيكفي في رده النقص بالوصية وشبهها. هذا كله مضافا إلى صحيحة الأطنان الآتية فإن موردها أما بيع الفرد المنتشر وأما بيع الكلي في الخارج. وأما الثالث: فسيأتي الكلام فيه انشاء الله تعالى.

وأما الثانية: فقد استدل لفساد البيع في هذه الصورة { ١ } بلزوم الغرر وبالجهالة،

{ ٢ } وبأنه لم يعهد ملك الكلي في غير الذمة

{ ٣ } وباتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة. ولكن يمكن دفع الجميع،

أما الأول: فلعدم لزومه مع تساوي الأفراد من حيث القيمة.

وأما الثاني: فلما تقدم من عدم مانعية الجهل من حيث هو، مع أنه لا جهالة هناك، فإن المبيع كلي ومعلوم.

وأما الثالث: فلأن عدم المعهودية ممنوع، كيف وهو معهود في الوصية والإصداق، مع أن عدم المعهودية لا يصلح دليلا للمنع.

وأما الرابع: فلأن حمل الكلام على معنى لظهوره فيه أو للتعبد لا يستدعي بطلان غيره لو صرح بإرادته.

وبعبارة أخرى: أنه يدل على الحمل على الإشاعة إذا لم يحرز المراد، ومحل الكلام ما لو أحرز أن المراد هو الكلي في المعين، فالأظهر صحته.

مسألة: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجود الثلاثة المتقدمة أعني الكسر المشاع أو على الوجه الثالث وهو الكلّي { ١ } بناء على المشهور من صحته وجهان: بل قولان حكى، ثانيهما عن الشيخ والشهيد والمحقق الثاني وجماعة. واستدل له في جامع المقاصد بأنه السابق إلى الفهم وبرواية يزيد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى عن رجل عشرة آلاف طن من أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت واشترت ورضيت

إذا باع صاعاً من صبرة

{ ١ } السادس: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة، أعني الكسر المشاع، أو الوجه الثالث - أي الكلّي في المعين - بناء على صحته وجهان.

ولا يخفى أنه لا فرق في هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد معين وأريد تعيينه بظاهر اللفظ، وبين ما لو لم يكن قاصداً إلا لمفهوم هذا اللفظ.

ثم إنه وإن كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساوية الأجزاء أربعة، إلا أنه حيث تكون النكرة والفرد المنتشر مأخوذة فيهما خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجود الطبيعي فتحتاج إرادة أحدهما إلى قرينة ودال آخر، ومع فقد ذلك لا محالة يدور الأمر بين إرادة الكسر المشاع، أو الكلّي في المعين.

اللهم إلا أن يقال: إن المصنف قدس سره يدعي أن مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر، لكن ستعرف عدم تماميته،

وأما بناء على مسلك الشيخ قدس سره فلعل وجه حصره الوجوه في الوجهين ما ذكره من أن احتمال إرادة المنتشر يدفع بأصالة الصحة.

وكيف كان: فالكلام يقع

أولاً فيما يقتضيه النص الخاص

ثم فيما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور

وأما النص وهو صحيح يريد (١) المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ١٩ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم و وكل من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طن وبقي عشرة آلاف طن، فقال عليه السلام العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري والعشرون التي أحرقت من مال البائع، ويمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله صاعا من صبرة هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقا أن المشهور، بل الإجماع على بطلانه ومقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، وظاهره حينئذ الإشاعة لأن المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه. وأما الرواية فهي أيضا ظاهرة في الفرد المنتشر كما اعترف به في الرياض، لكن الانصاف أن العرف يعاملون في البيع المذكور، معاملة الكلي، فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع وهذه أمانة فهمهم الكلي { ١ }

وأما الرواية فلو فرضنا ظهورها في الفرد المنتشر، فلا بأس بحملها على الكلي لأجل القرينة الخارجية، وتدلل على عدم الإشاعة من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع، وكونه مالا للمشتري، فالقول الثاني لا يخلو من قوة، بل لم نظفر بمن جزم بالأول وإن حكاها في الإيضاح قولا ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور:

فهو يشهد بالحمل على الكلي في المعين، فإنه لو كان المبيع كسرا مشاعا كان الباقي مشتركا بين البائع والمشتري، غاية الأمر كان يفسخ البيع بالنسبة إلى المقدار التالف، فالحكم بكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلي في المعين.

لا يقال: إنه يلائم مع الفرد المنتشر أيضا.

فإنه يقال: إنه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر وعدم إمكان تصحيحه ولو بالتعبد، يتعين حمل الخبر على الكلي في المعين.

{ ١ } وأما الثاني فالمشهور بين الأصحاب الحمل على الكلي في المعين توضيح المقام: إن الصاع كسائر ألفاظ أسماء الأجناس موضوع لطبيعي المعنى، وهو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات، وتنوينه إما أن يكون تنوينا للتمكن ومجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة اعرابية، أو يكون للتكثير. وعلى الأول لا يزيد على الطبيعي شئ

أحدها: كون التخيير في تعيينه بيد البائع، { ١ } لأن المفروض أن المشتري لم يملك إلا الطبيعة المعرأة عن التشخص الخاص، فلا يستحق على البائع خصوصية، فإذا طالب بخصوصية زائدة على الطبيعة فقد طالب بما ليس حقا له، وهذا جار في كل من ملك كليا في الذمة أو في الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصية على من عليه الكلي، ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدد يملكه الميت كعبد من عبده ونحو ذلك

والثاني وإن كان يتوهم ظهوره في الفرد المنتشر كما في المكاسب حيث ادعى المصنف قدس سره ظهوره في إرادة الفرد المنتشر، إذ لا وجه له سوى ذلك - إلا أنه يمكن أن يقال: إن المراد به مجرد عدم التعيين لا النكرة المصطلحة. وأما كلمة من فهي للتبعض، فمفاد هذه الجملة إرادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة إلا من جهة كونه بعضا من الصبرة الموجودة في الخارج، فظاهرها هو الكلي المتقيد

بالموجود الخارجي المشتمل على أفراد خارجية، وقد عرفت أن هذا هو الكلي في المعين. وبعبارة أخرى: إن ظاهرها إرادة صاع من الحنطة الذي هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج، وهذا هو الكلي في المعين، إذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا المجموع.

مضافا إلى أن إرادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر وهو أخذ الصاع مرآة وطريقا ومعرفا للعشر أو الثمن أو نحو ذلك. وهذا بخلاف حمله على الكلي في المعين،

فإنه يكون الصاع بنفسه وعنوانه مبيعا.

هذا كله بناء على مسلك المشهور في الكسر المشاع، وأما بناء على أن الكسر المشاع عبارة عن ملكية تمام المال بالملكية الناقصة - كما عرفت في مسألة بيع نصف الدار - فحمل

العبرة المذكورة على الكلي في المعين في غاية الوضوح كما لا يخفى.

ثمرات كون المبيع كليا في المعين أو مشاعا

ويتفرع على المختار من كون المبيع كليا أمور:

{ ١ } أحدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع كما هو المشهور بين الأصحاب

إلا أنه قد جزم المحقق القمي في غير موضوع من أجوبة مسائله بأن الاختيار في التعيين بيد المشتري { ١ } ولم يعلم له وجه مصحح فيا ليته قاس ذلك على طلب الطبيعة حيث إن الطالب لما ملك الطبيعة على الأمور واستحقها منه، لم يحز له بحكم العقل مطالبة خصوصية دون أخرى، وكذلك مسألة التملك كما لا يخفى، وأما على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما لحصول الشركة، فيحتاج القسمة إلى التراضي. ومنها أنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه، { ٢ } لأن كل فرد من أفراد الطبيعة وإن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه إلا أنه يتوقف على تعيين مالك المجموع واقباضه، فكلما تلف قبل اقباضه خرج عن قابلية ملكيته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود

{ ١ } وخالف القوم المحقق القمي قدس سره، وذهب إلى أن التخيير في تعيينه بيد المشتري.

والظاهر أن منشأ مخالفته للقوم قياسه تملك الكلي في المعين بالأمر بالطبيعة والمشتري بالأمور، فكما أن هناك يكون التخيير في تعيين الفرد بيد الأمور، كذلك التخيير فيه في المقام إنما يكون بيد المشتري.

وفيه: إن الأمر بأمره يصير مالكا لفرد من الطبيعي على الأمور، وفي المقام يصير المشتري مالكا على البائع، فكان الحري قياس المشتري في المقام بالأمر هناك، فكما أنه ليس اختيار الفرد هناك بيد الأمر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

وبالجملة: إذا كان البائع مملكا للكلي في المعين يصير المشتري مالكا للطبيعي دون الخصوصيات، فليس له حق في الخصوصيات ليعين بعضها منها لنفسه، فلا محالة يكون الخيار بيد البائع. وهذا بخلافه على الإشاعة، فإن المال يكون مشتركا بينهما، فليس لأحدهما التعيين إلا مع رضا الآخر.

{ ٢ } ومنها: إنه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه والوجه في ذلك: إنه مع بقاء مصداق واحد للكلي لا يكون الكلي تالفاً، بل هو موجود، وحيث إنه لا تعدد لمصداقه لا محالة يكون حق المشتري منحصر فيه، ويكون

وهذا بخلاف المشاع فإن ملك المشتري فعلا ثابت في كل جزء من المال من دون حاجة إلى اختيار واقتباس، فكلما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبة حصته.

ومنها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا آخر.

فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول، { ١ } لأن الكلي المبيع ثانيا، إنما هو سار في مال البائع، وهو ما عدا الصاع من الصبرة، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه ساريا، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض { ٢ } وهذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة،

نظير ما لو أمر بطبيعة وانحصر مصداقها في فرد واحد، فإنه يتعين كونه مأمورا به. وهذا بخلافه على الإشاعة، فإن كل ما تلف يكون مشتركا بينهما، وكذلك الباقي. ومنها: إنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا ففي المتن

{ ١ } إنه إذا بقي صاع واحد كان للأول.

وقد ذكروا في وجه تعيين الصاع الباقي للمشتري الأول وبكون المبيع بالنسبة إلى الثاني من قبيل ما تلف قبل قبضه أمرين:

{ ٢ } الأول: ما أفاده المصنف قدس سره. وحاصله: إن البائع بعد ما باع صاعا من الصبرة

التي هي عشرة أصوع - يكون مالكا لتسعة أصوع، فالمبيع الثاني يكون ساريا فيما يملكه البائع، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي ساريا فيه، فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض.

وفيه: إن تسعة أصوع للمالك بعد البيع الأول لا تميز لها واقعا كي يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها. وبعبارة أخرى: كل من المبيعين يكون كليا قابلا للانطباق على كل فرد من أفراد الصبرة، وما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كل منهما على حد سواء

في التطبيق على كل فرد منها، ولا امتياز لأحدهما على الآخر، فبعد التلف أيضا تكون هذه النسبة باقية. وإن شئت قلت: إن الأولية إنما تكون في المبيع وهو الكلي لا في التطبيق على الفرد

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض. وأما إذا قبض { ١ } فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري، { ٢ } وإن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء والباقي أمانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده وعدم توقفه على تعيين واقباض، حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقه في الباقي فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما. { ٣ }

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إنه إذا لم يبق إلا مقدار حق أحد المشتريين فحيث إن المشتري الأول سابق على الثاني في المعاملة، فهو سابق في صرف الطبيعي إلى نفسه، وجره إلى ملكه وجعله منطبقاً على الصاع الباقي ويزاحم الآخر في صرف الوجود من الطبيعي.

وفيه: إنه إذا كان هناك تزاحم في بادئ الأمر كان ما ذكر متيناً - كما لو فرضنا أنه لم يكن له إلا صاع من الصبرة - وأما إذا لم يكن التزاحم إلا بقاء فمن حين حدوث التزاحم لا

أولوية لأحدهما على الآخر، إذ التقدم يكون في الحدوث، وفي ذلك الحين لم يكن تزاحم، وعليه فالأظهر أنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فالباقي بما أن نسبته إليهما على حد سواء فيحكم بأن لكل منهما نصفاً منه، وبالنسبة إلى النصف الآخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

{ ١ } ثم المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض: وأما إن قبض فلاقباضه صور أربع الأولى: أن يعين الكلي في فرد ويقبضه المشتري.

الثانية: أن يقبضه المجموع بعد تعيين الكلي المبيع في الكسر المشاع.

الثالثة: أن يقبضه المجموع، بأن يكون كل واحد منها وفاء والكليات الأخر أمانة.

الرابعة: أن يقبضه المجموع بعنوان الأمانة حتى يعين حصة الكلي فيما بعد.

{ ٢ } لا اشكال ولا كلام في الصورة الأولى، فإنه لو تلف المقبوض يحسب على المشتري.

{ ٣ } كما لا اشكال في أنه يحسب التالف عليهما في الصورة الثانية

والحاصل أن كل جزء معين قبل الاقباض قابل لكونه كلا أو بعضا ملكا فعليا للمشتري، والملك الفعلي له حينئذ هو الكلي الساري. فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوبا على المشتري، لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع واقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الاقباض، فإن تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلا لتحقق الاقباض، فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع والمشتري على حد سواء. نعم لو لم يكن اقباض البائع للمجموع على وجه الايفاء بل على وجه التوكيل في التعيين أو على وجه الأمانة، حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض، { ١ } هذا كله مما لا اشكال فيه، وإنما الاشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات، واستثنى منها أرطالا معلومة، أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه. { ٢ }

وظاهر ذلك تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة، ولذا قال في الدروس:

وبعبارة أخرى: لا ينبغي التوقف في حكم الصورة الثانية، وأنه يحسب التالف عليهما بالنسبة، لأن التعيين بيد البائع، من غير فرق بين أن يكون بنحو الإفراز أو الإشاعة. { ١ } وأما الصورة الثالثة: فإن تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، وأما إن تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما، فإن المبيع بعد القبض على كليته من دون أن يكون متعينا في فرد بنحو الإفراز أو الإشاعة، فإذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلي تالفا لقابلية تطبيقه على هذا الفرد.

وأما الصورة الرابعة: فبالنسبة إلى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة. وأما بالنسبة إلى الإقباض الذي أثره أنه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، فالظاهر أيضا اتحاد حكمها مع الصورة السابقة، إذ لا يعقل أن يكون مال الشخص أمانة عنده، فلا محالة يكون اقباضا.

الفرق بين الاستثناء والبيع { ٢ } قوله وإنما الاشكال في أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات... سقط من المستثنى بحسابه

إن في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة، وحينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة، والمشهور هنا التنزيل على الكلي وهو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة، وفيه أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدي عن مورده إلى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق وخروجها عن القاعدة، وإن اقتصر على مورده لم يتعد إلى غير مورده حتى في البيع، إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدي وبين مسألة الاستثناء.

وبالجملة فالنص بنفسه لا يصلح فارقا مع البناء على التعدي عن مورده الشخصي وأضعف من ذلك الفرق بقيام الاجماع على الإشاعة في مسألة الاستثناء لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص وأضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء ومسألة الزكاة وغيرهما مما يحمل الكلي فيها على الإشاعة وبين البيع باعتبار القبض في لزوم البيع وإيجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشتري إذ هو شبه الكلي في الذمة.

محصل الإشكال: إن الأصحاب في مسألة استثناء الأبطال أفتوا بأنه لو تلفت الثمرة سقط من المستثنى بحسابه، ولازم ذلك الحمل على الإشاعة، وحينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين،

حيث إن ظاهرهم في مسألة الأبطال الحمل على الإشاعة، وفي المقام الحمل على الكلي في المعين،

وأیضا فإن لهم في مسألة الأبطال فتويين لا تلائمان مع الإشاعة: إحداهما: إنه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي. ثانيتهما: استقلال المشتري في التصرف.

وقد ذكروا في مقام الفرق وجوها، وقد ذكر المصنف قدس سره جملة منها مع ما يرد عليها

فلا حاجة إلى الإعادة. والتوضيح

ومنها: ما أفاده المصنف قدس سره في آخر كلامه، وحاصله: إن المستثنى كما يكون كليا،

وفيه مع أن إيجاب القبض متحقق في مسألتي الزكاة والاستثناء أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقاءه إذ مع عدم بقاءه كلا أو بعضا يفسخ البيع في التالف والحكم بالبقاء يتوقف على نفي الإشاعة، فنفي الإشاعة بوجوب الاقباض لا يخلو عن مصادرة، كما لا يخفى. وأما مدخلية القبض في اللزوم فلا دخل له أصلا في الفرق ومثله في الضعف لو لم يكن عينه ما في مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها وإن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء، فإن التلف فيه بعد القبض والمستثنى بيد المشتري أمانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما.

ولهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك، انتهى. وفيه مع ما عرفت من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعة، فكيف يثبت به، أنه إن أريد من كون التلف

كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري كليا، بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع، فكل منهما مالك للكلي، ونسبة الموجود إلى كل منهما على حد

سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح بلا مرجح، فتكون نسبة التالف إليهما على حد سواء فيحسب عليهما.

وأما في البيع، فإن المبيع وإن كان كليا إلا أن مال البائع لم يلاحظ بعنوان كلي. وفيه: أولا: إن الخصوصيات إما أن تكون باقية على ملك البائع في مسألة الاستثناء، أو تكون داخلة في ملك المشتري. فعلى الأول: حكم المشتري في المقام حكمه في تلك المسألة فلا وجه لحساب التالف عليه وعلى الثاني كان حكم المشتري هناك حكم البائع في المقام فلا وجه لحساب التالف على البائع.

وثانيا: إن ظاهر بيع المجموع إلا مقدارا منها بيع الموجود الخارجي لا الكلي. وثالثا: إنه لا يرتفع بذلك أشكال استقلال المشتري في التصرف، كما لا يرتفع به أشكال أنه لو تلف بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي كما لا يخفى.

في مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشتري، ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري ولا كلام فيه ولا اشكال وإنما الاشكال في الفرق بين المشتري في مسألة الصاع والبائع في مسألة الاستثناء حيث إن كلا منهما يستحق مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التالف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقهما الكلي وإن أريد من كون التلف بعد القبض أن الكلي الذي يستحقه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع مالا مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض، ففيه أن الإشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: بعثك صاعاً من هذه الصبرة وبين قوله بعثك هذه الصبرة أو هذه الثمرة إلا صاعاً منها، وما الموجب للاشتراك في الثاني دون الأول؟ مع كون مقتضى الكلي عدم تعيين فرد منه أو جزء منه لمالكه، إلا بعد إقباض مالك الكل الذي هو المشتري في مسألة الاستثناء، فإن كون الكل بيد البائع المالك للكل لا يوجب الاشتراك هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب في مسألة الاستثناء الحكم بعد

ومنها: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن المبيع في بيع الصاع كلي ولا يملك المشتري من الخصوصيات شيئاً، فما دام يكون صاع من الصبرة موجوداً لا وجه لحساب التالف عليه، والمبيع في مسألة الاستثناء أيضاً وإن كان كلياً إلا أن البائع يملك الكلي مع الخصوصية، فاحتساب التالف على المشتري لا وجه له، بل يحسب عليهما، ومقتضى استحقاقه الكلي أن يستحق الباقي لو أتلف المشتري مقداراً من الثمرة، لأن حقه لم يكن مشاعاً في مال المشتري حتى يستحق القيمة، وعلى هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا رضا من البائع، لأنه لم يكن شريكاً معه بعنوان الإشاعة. وفيه: إن البائع إن كان مالكا لجميع الخصوصيات كان المشتري كالمشتري في مسألة شراء الصاع لا وجه لحساب التالف عليه، وإن ملك بعض الخصوصيات بنحو الإشاعة عاد سؤال الفرق، وإن ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كما تقدم.

العقد بالاشتراك وعدم جواز تصرف المشتري إلا بإذن البائع كما يشعر به فتوى جماعة منهم الشهيدان والمحقق الثاني بأنه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي ويمكن أن يقال إن بناء المشهور في مسألة استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعة قبل التلف واختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعة منهم بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البائع في الباقي ويؤيده استمرار السيرة في صورة استثناء الأبطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشتري في التصرف وعدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء، فالمسألتان مشتركتان في التنزيل على الكلي ولا فرق بينهما إلا في بعض ثمرات التنزيل على الكل وهو حساب التالف عليهما، ولا يحضرنى وجه واضح لهذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلي المستثنى هو الكلي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع، وإن كان بنائهم على الإشاعة من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه في ذلك أن المستثنى كما يكون ظاهرا في الكلي كذلك

ومنها: ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره وحاصله: إن ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلي في المعين لا مزاحم له، وظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء في كونه متصلا لا منقطعا، وهو أقوى فلا محالة يكون المستثنى جزئيا أخرج من الجزئيات،

وحيث إن الجزئي المفروز إما مجهول أو مردد، والأول باطل والثاني محال، فلا بد من حمله على الجزئي بجزئية منشأ انتزاعه وهو الكسر المشاع. وفيه: - مضافا إلى أنه بهذا لا يرتفع اشكال استقلال المشتري في التصرف، وأنه لو تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصة البائع في الباقي - أن استثناء الكلي من المجموع ليس استثناء منقطعا بل يكون متصلا: لأن الاستثناء المتصل هو ما لو أخرج شئ لو لم يكن استثناء كان داخلا في المستثنى منه، وفي المقام كذلك.

يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً منها بعتك الكلي الخارجي الذي هو المجموع المخرج عنه الصاع، فهو كلي كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلي، فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح من غير مرجح، وكذا التالف نسبته إليهما على سواء فيحسب عليهما، وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإن مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلي في قولنا بعتك صاعاً من هذه الصبرة، إذ لم يقع موضوع الحكم في هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلي كنفس الصاع.

فإن قلت: إن مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً في الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع، قلت: نعم، ولكن ملكية البائع له ليس بعنوان كلي حتى يبقى ما بقي ذلك العنوان ليكون الباقي بعد تلف البعض مصداقاً لهذا العنوان وعنوان الصاع على نهج سواء ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجئ الاشتراك، فإذا لم

فالحق أن يقال: إن المستثنى في مسألة الأبطال أيضاً كلي، ولذا يكون المشتري مستقلاً في التصرف، ولكن حيث إنه لا أشكال عند العرف في أنه لو تلف المجموع إلا مقدار

المستثنى ليس ذلك للبائع خاصة، يستكشف من ذلك أن المستثنى هو الكلي ذو مراتب، ويكون الاستثناء في قوة استثناءات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً، فمجموع الأبطال تكون مستثناة مع بقاء مجموع الثمرة، وشئ منها نسبته إلى الباقي نسبة المجموع إلى المجموع مع

تلف شئ منه، وعدم الاستثناء مع تلف الجميع.

وبعبارة أخرى: إن المستثنى هو الكلي المتقدم بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلاً، فكلما تلف يحسب عليهما لا محالة، ومع ذلك يستقل المشتري بالتصرف، ولا يلزم من ذلك غرر، فإن المستثنى متعين وهو عشر المجموع مثلاً. وأما وجه أنه لو تلف البعض بتفريط

المشتري كان حصة البائع في الباقي، فالظاهر أنه يكون هو الشرط الضمني لبناء المتعاملين على ذلك كما لا يخفى.

فإذا لم يبق إلا صاع كان الموجود مصداقا لعنوان ملك المشتري فيحكم
بكونه مالكا له ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل.
هذا ما خطر عاجلا بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذي لم يبلغ إليه
ذهني القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى الله عن الزلل في المعائر، قال
في الروضة تبعا للمحكي عن حواشي الشهيد: إن أقسام بيع الصبرة عشرة { ١ } لأنها
إما يكون معلومة المقدار أو مجهولة، فإن كانت معلومة صح بيعها أجمع وبيع جزء منها
معلوم مشاع، وبيع مقدار كقفيز تشتمل عليه وبيعها كل قفيز بكذا { ٢ } لا يبيع كل قفيز
منها بكذا، { ٣ }

أقسام بيع الصبرة

{ ١ } قال في محكي الروضة تبعا للمحكي عن حواشي الشهيد: إن أقسام بيع
الصبرة عشرة.

{ ٢ } لا يخفى أنه إذا كانت الصبرة معلومة المقدار صح بيعها في أربعة أقسام:
أحدها: بيع جميع الصبرة.

ثانيها: بيع جزء معلوم منها كالعشر.

ثالثها: بيع صاع أو صيعان منها مع العلم باشمالها على هذا المقدار.

رابعها: بيع الصبرة جميعها كل صاع منها بكذا.

إذ المثلث في هذه الأقسام كالثلث معلوم،

وبطل في القسم الخامس،

{ ٣ } وهو بيع كل صاع منها بكذا،

لأن المبيع حينئذ غير معلوم فيكون البيع غرريا لصلاحية انطباق كل صاع بكذا
على الواحد والزيادة.

وعن المحقق النائيني قدس سره: أنه يظهر مما أفاده الشيخ في بعض كتبه من صحة الإجارة
لو قال المؤجر: آجرتك الدار كل شهر بكذا في الشهر الأول، لتضمن هذا القول إجارة
هذا

الشهر يقينا صحة البيع في المقام بالنسبة إلى صاع واحد.
وفيه: - مضافا إلى فساد المبنى كما نبه هو عليه من جهة أن تردد متعلق العقد

والمجهولة كلها باطلة { ١ } إلا الثالث وهو بيع مقدار معلوم يشتمل الصبرة عليه ولو لم يعلم باشمالها عليه. { ٢ } فظاهر القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وغيرها عدم الصحة واستحسنه في الروضة، ثم قال: ولو قيل بالاكتفاء بالظن باشمالها عليه كان متجها والمحكي عن ظاهر الدروس واللمعة: الصحة قال فيها، وإن نقصت تخيير بين أخذ الموجود منها بحصة من الثمن وبين الفسخ لتبعض الصفقة وربما يحكى عن المبسوط والخلاف خلافه ولا يخلو عن قوة، وإن كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الضرر [الغرر] بالخيار لما عرفت غير مرة من أن الغرر إنما يلاحظ في البيع مع قطع النظر عن الخيار الذي هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر وإن قيل عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر، قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن في مقابل الموجود.

وأما إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير معلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا وربما يحتمل الصحة مراعي بتبين اشمالها عليه.

بين الأقل والأكثر يقتضي الجهل به - أنه لو تم لما أمكن البناء على الصحة في المقام، إذ في الأصل يدعى أن إجارة الشهر الأول متيقنة، وذلك الشهر ممتاز عما عداه.

وأما في الفرع فلا يمكن أن يقال إن بيع الصاع الواحد متيقن، فإنه إن أريد به الواحد الشخصي فهو لتردده بين الأفراد لا يصح كما تقدم، وإن أريد به الكلي في المعين فهو غير متيقن، إذ لو أخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض في مقابل الكلي في المعين، بل وقع بإزاء الأشخاص الخارجية. فالأظهر هو البطلان في هذا القسم.

{ ١ } وأما أقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار فلا كلام في بطلان بيع ثلاثة أقسام منها، وهي: بيع جميع الصبرة، وبيع جزء معين منها كالعشر، وبيع كل صاع منها بكذا.

كما لا اشكال في صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشمالها عليه، إنما الكلام وقع في موردين:

{ ٢ } الأول: في حكم القسم الأخير مع عدم العلم باشمال الصبرة عليه.

الثاني: في حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا، الذي حكمنا فيه بالصحة في المعلومة

وفيه أن الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتمال هذا، ولكن الأوفق بكلماتهم في موارد الغرر عدم الصحة إلا مع العلم بالاشتمال أو الظن الذي يتعارف الاعتماد عليه ولو كان من جهة استصحاب الاشتمال.

وأما الرابع مع الجهالة وهو بيعها كل قفيز بكذا، فالمحكي عن جماعة المنع وعن ظاهر اطلاق المحكي من عبارتي المبسوط والخلاف أنه لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع، قال في الخلاف لأنه لا مانع منه والأصل جوازه. { ١ }
وظاهر اطلاقه يعم صورة الجهل بالاشتمال، وعن الكفاية نفي البعد عنه إذ المبيع معلوم بالمشاهدة والتمن مما يمكن أن يعرف بأن يكال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها، { ٢ } قال: وله نظائر ذكر جملة منها في التذكرة وفيه نظر.

أما المورد الأول: فعن القواعد والتذكرة وحواشي الشهيد والروضة وغيرها: البطلان، وعن ظاهر الدروس واللمعة: الصحة. والأظهر هو الأول للغرر. وغاية ما قيل في وجه الصحة ومنع الغرر: إن بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع، فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن، فما كان من المبيع موجودا يصح البيع بالإضافة إليه، وما لم يكن موجودا بطل بالقياس إليه وثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة.

وفيه: إنه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك، لما كان مجديا بعد اعتبار معلومية كيل المبيع أو وزنه إن كان مكيلا أو موزونا، مع أن ارتفاع الغرر غير ثابت، فإنه وإن ارتفع من حيث المالية إلا أنه لا يرتفع من حيث الغرض المعاملي.

وبعبارة أخرى: الجهل بوجود المبيع غرر عرفا كما لا يخفى، فالأظهر هو الفساد.

{ ١ } وأما المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب إليهم البطلان، وعن الشيخ في

الخلاف: إنه لا مانع منه والأصل جوازه، وعن الكفاية: إنه غير بعيد.

{ ٢ } واستدل للصحة: بأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والتمن مما يمكن أن يعرف بأن يكال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها.

مسألة: إذا شاهد عينا في زمان سابق على العقد عليها، { ١ } فإن اقتضت العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصحح بيع الغائب، لأن الرؤية القديمة غير نافعة وإن اقتضت العادة بقاءها عليها، فلا إشكال في الصحة ولا خلاف أيضا إلا من بعض الشافعية وإن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصالة عدم التغيير والبناء عليها في العقد، { ٢ }.

وفيه: إن المعلوماتية بالمشاهدة لا تكفي فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل أو الوزن، مع أنه يلزم الغرر، فالأظهر هو البطلان.

كفاية مشاهدة العين سابقا

{ ١ } وفيما يكفي المشاهدة لصحة العقد لو شاهد عينا في زمان سابق على العقد: فلا

اشكال في صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ما هي عليه،

كما لا اشكال في الفساد مع قضاء العادة تغييرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها

المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر،

إنما الكلام في موردين:

الأول: في أنه لو اقتضت العادة التغيير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البائع أو

الإشتراط في ضمن العقد أم لا؟

الثاني: في حكم ما لو احتمل الأمران.

أما الأول: فالظاهر صحة البيع مع اخبار البائع إذا كان مؤتمنا، أو اشترط تلك

الصفات في ضمن العقد. أما مع اخبار البائع فللنصوص (١) الواردة في اخبار البائع بالكيل

أو الوزن المتقدمة بناء على إلغاء خصوصية موردها والتعدي إلى سائر الخصوصيات التي

يكون الجهل بها موجبا للغرر، وأما مع الإشتراط فلارتفاع الغرر به.

وأما المورد الثاني: فقد أفاد المصنف قدس سره: إنه

{ ٢ } جاز الاعتماد على أصالة عدم التغيير والبناء عليها في العقد فيكون نظير اخبار

البائع بالكيل أو الوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع.

فيكون نظير أخبار البائع بالكيل والوزن، لأن الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها ولو فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليها لحصول أمانة على خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا يلحقه بالقسم الأول، وهو ما اقتضى العادة تغييره لم يجز البيع وإلا جاز مع ذكر تلك الصفات لا بدونه، لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذي يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة في القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا، لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمة،

وفيه: إن الغرر لا يرتفع بالأصل. وإن شئت قلت: إنه إنما يجري الاستصحاب فيما كان الأثر مترتبا على المتيقن وأما بالنسبة إلى أثر العلم فلا يكون الاستصحاب مفيدا بالإضافة إليه: فإن الاستصحاب إن جرى وحكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقق الشرائط من اليقين السابق والشك اللاحق وثبوت الأثر للمتيقن تترتب عليه آثار العلم التي تكون مترتبة عليه من حيث إنه موجب للجري العملي على طبق الحالة السابقة دون غيرها وأما إذا لم يكن هناك أثر للمتيقن فلا يجري كي يقوم مقام القطع في تلك الآثار. وفي المقام أن ارتفاع الغرر بما أنه من آثار العلم فلا يترتب على الاستصحاب مضافا إلى أنه من آثار العلم بما هو طريق لا بما أنه مقتض للجري العملي وعليه فلا يفيد الاستصحاب في المقام.

ولكن مع ذلك يمكن تصحيح العقد: بأن ايقاع المعاملة على العين المرئية سابقا يكون له ظهور عرفي في اشتراط وجود تلك الصفات وليست هي من قبيل الأوصاف التي لا دخل لها في العقد كي لا يكفي مجرد البناء بل هي من قبيل الأوصاف التي تقع المعاملة مبنية عليها التي هي بمنزلة الأوصاف المذكورة: ولا اشكال في ارتفاع الغرر بذلك. اللهم إلا أن يقال إن ارتفاع الغرر من حيث المالية بذلك وإن كان لا اشكال فيه كما في سائر موارد الإشتراط. إلا أن الغرر من حيث الغرض المعاملي لا يرتفع به. فتأمل.

وكيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة، فانكشف التغير تخير المغبون { ١ } وهو البائع، إن تغير إلى صفات زادت في ماليته والمشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعدة الضرر، ولأن الصفات المبني عليها في حكم الصفات المشروطة { ٢ } فهي من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه في نهاية الأحكام والمسالك بقولهما: الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، انتهى.

وتوهم أن الشروط إذا لم تذكر في متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط في متن العقد مدفوع، بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذة فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد والصفات المرئية سابقا حيث إن البيع لا يصح إلا مبني عليها كانت دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية، ولذا لو لم يبين البيع عليها ولم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلا

{ ١ } قوله وكيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير تخير المغبون وتفصيل القول: إن صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث: الأولى: العلم العادي ببقاء تلك الصفات. الثانية: اخبار البائع بها.

الثالثة: ايقاع المعاملة مبني عليها.

أما في الصورة الأولى والثانية فالأظهر صحة العقد ولزومه أما الصحة: فلما تقدم وأما لزومه: فلأنه لا موجب للخيار لا خيار الغبن: لأن ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، ولا خيار الرؤية لما سيأتي من اختصاصه بما إذا اشترط الوصف، ولا خيار الشرط لعدمه، ولا غير ذلك، وهو واضح.

{ ٢ } وأما في الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم من أن الصفات المبني عليها العقد في حكم الصفات المشروطة كما أفاده المصنف قدس سره. وما عن العلامة في نهاية الأحكام من احتمال البطلان، يمكن أن يكون مدركه أحد أمور:

فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجه لا يجب ملاحظتها في العقد واحتمل في نهاية الأحكام: البطلان، ولعله لأن المضي على البيع وعدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاء بالعقد وجب فلا خيار، وإن لم يكن وفاء لم يدل دليل على جوازه، وبعبارة آخر العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار { ١ } مع أصالة اللزوم، ويضعفه أن الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع. أما بناء العقد عليها وأما بذكرها في متن العقد لا يعد، من مقومات للعقد، كما أنها ليست من مقومات المبيع، ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار دفعا لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه، وتام الكلام في باب الخيار انشاء الله تعالى.

{ ١ } الأول: ما أفاده المصنف قدس سره من أن العقداء إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى

متعلقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار.

الثاني: إن المعتبر في صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا، والاشترط لا يرفع غررية البيع.

الثالث: إن الشرط الذي لم يذكر في العقد لا عبرة به.

والجميع كما ترى

أما الأول: فللنقض بجميع الشروط، وللحل، فإن الشرط التزام في ضمن التزام.

وسياتي توضيح ذلك في محله.

وأما الثاني: فلأن الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع وعدم كونه غرريا.

وأما الثالث: فلأن الشرط غير المذكور في العقد على قسمين:

الأول: ما يقع العقد مبنيًا عليه ويكون له ظهور عرفي فيه.

الثاني: ما لا يكون كذلك

وما ذكر يتم في الثاني من جهة أنه في باب العقود والإيقاعات لا عبرة بالبنائات

القلبية ما لم تبرز،

ولا يتم في الأول، إذ لا يعتبر فيها غير الإبراز شيء آخر من كون الإبراز بالدلالة

المطابقية لا الإلتزامية.

فالأظهر هي الصحة والخيار.

فرعان الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري، { ١ } ففي المبسوط والتذكرة في الإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك تقديم قول المشتري، لأن يده على الثمن، كما في الدروس وهو راجع إلى ما في المبسوط والسرائر من أن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منع إلا باقراره أو بيينة تقوم عليه، انتهى { ٢ }

حكم ما لو اختلفا في التغيير
فرعان:

{ ١ } قوله الأول: لو اختلفا في التغيير فادعاه المشتري
فعن المبسوط والتذكرة والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها: تقديم قول المشتري، واستدلوا له بأصول ستمر عليك،
وقبل بيانها لا بد وأن يعلم أن مورد الكلام في هذا الفرع ما لو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد وكان الاختلاف في أنها هي الصفات المرئية أو أن الصفات المرئية كانت غيرها، لا ما لو اتفقا على الصفات المرئية وكان الاختلاف في أنها كانت باقية إلى حين العقد أم لا: فإنه في هذه الصورة يجري استصحاب بقائها على ما كانت عليه وهو حاكم على جميع الأصول المفروضة.
وأیضا الغرض من الأصول التي تمسكوا بها تشخيص المدعي عن المنكر، وأما أنه على فرض كون المشتري منكرًا يثبت له الخيار فهو إنما يكون بموازين باب القضاء من اليمين والبيينة.
فايراد المحقق الخراساني قدس سره على القوم منهم المصنف بأن الخيار لا يثبت بالأصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، في غير محله.
إذا عرفت هذين الأمرين.

فاعلم: إن الأساطين القائلين بتقديم قول المشتري استندوا إلى وجوه:
{ ٢ } الأول: إن المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، ولا ينتزع منه إلا باقراره أو بيينة تقوم عليه، وليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقه المشتري بالثمن بناء على أن الخيار من مراتب العلقه الملكية التي كانت قبل البيع، إذ المبني فاسد لأن الملكية من سنخ الوجود

وتبعه العلامة أيضا في صورة الاختلاف في أوصاف المبيع الموصوف إذا لم يسبقه برؤية حيث تمسك بأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبينة ولأن البائع يدعي علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود والرضا به والأصل عدمه كما في التذكرة ولأن الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد، ويمكن أن يضعف الأول بأن يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقيق الناقل الصحيح يد أمانة غاية الأمر أنه يدعي سلطنته على الفسخ فلا ينفذ تشبته باليد إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع على الثمن { ١ } بناء على ما ذكره العلامة في أحكام الخيار من التذكرة ولم ينسب خلاف إلا إلى بعض الشافعية من عدم وجوب تسليم الثمن، والمثمن في مدة الخيار وإن تسلم الآخر، وحينئذ فالشك في ثبوت الخيار يوجب الشك في سلطنة البائع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تم كما سيحجى.

وليست ذا مراتب،

بل المراد به ظهور اليد في كون المشتري مسلطا على الثمن بالتصرف فيه ولو بالفسخ، فحينئذ إن كان الثمن بيده فلا كلام وإلا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

وفيه: إن يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد أمانية وليست أمانة تسلطه عليه، وادعاء المشتري تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

{ ١ } والمصنف قدس سره بعد هذا الجواب قال: إلا أن يقال إن وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع.

وحاصله: إنه بناء على ما ذكره العلامة قدس سره في التذكرة من أن البائع لا يكون مسلطا على تسلم الثمن في زمان الخيار كما أن المشتري لا يكون مسلطا على تسلم المثمن في ذلك

الزمان يصير البائع مدعيا والمشتري منكرا لموافقة قوله للأصل من وجه آخر وهو أنه مع الشك في ثبوت الخيار يشك في حدوث سلطنة كل من البائع والمشتري والأصل عدمها

والثاني: مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر { ١ } حتى يكون حقا له يوجب الخيار بأن الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقا فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم يجز أصالة عدم علمه بهذا الوصف. { ٢ } والثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له امضاء العقد وثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات والمرجع أصالة لزوم العقد ولأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع هذا

وأجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

{ ١ } أحدهما: إن المشتري يدعي علمه بالوصف الآخر الذي يدعيه الذي هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف، والأصل عدمه، فالبائع يكون منكراً والمشتري مدعياً. { ٢ } ثانيهما: إن الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم تجز أصالة عدم علمه بهذا الوصف. وفي كل من الاستدلال وجوابي المصنف قدس سره نظر، أما الأول: فلأن أصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الآخر إلا على القول بالأصل المثبت. وبه يظهر ما في الجواب الأول الذي ذكره المصنف قدس سره، إذ لا يثبت بالأصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود. وأما الثاني: فلأن حكومة الأصل السببي على المسببي إنما تكون فيما إذا كانت السببية شرعية لا في مثل المقام مما تكون السببية عقلية. الوجه الثالث: إن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما عن جامع المقاصد. وفيه: إن حقه من العين واصل إليه قطعاً، ومن الوصف المفقود غير ثابت،

ويمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف { ١ } الملحوظة حين المشاهدة هل هو كاشتراطها في العقد فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت عن النهاية والمسالك، ولهذا لا يحصل من فقدها إلا خيار لمن اشترطت له، ولا يلزم بطلان العقد أو أنها مأخوذة في نفس المعقود عليه بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقيد، ولذا لا يجوز الغائها في المعقود عليه، كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط، فعلى الأول يرجع النزاع في التغير وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع وعدمه، والأصل مع البائع، وبعبارة أخرى النزاع في أن العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود أم لا لكن الانصاف أن هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار لكنه ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل، بل المراد به ايقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفاً بهذا الوصف وليس هنا عقد على العين والتزام بكونه متصفاً بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ في المعقود عليه نظير الأجزاء لا شرط ملزم في العقد، فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء وعدمه والأصل عدمه ودعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة لا يثبت جواز العقد الواقع إلا بعد اثبات وقوع العقد على العين الغير المقيدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقيدة وهو غير جائز، كما حقق في الأصول. وعلى الثاني يرجع النزاع إلى رجوع العقد والتراضي على الشيء المطلق

واستصحاب بقاء كلي الحق من قبيل الاستصحاب في القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلي، ولا نقول به، فهذه الوجوه لا تتم، ولذلك. قال المصنف { ١ } ويمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة... فهي كشروط مضمرة.

وحاصله: إنه إن كان الوصف من قيود المبيع وكان الالتزام التزاماً وحدانياً متعلقاً بعنوان المتصف بالصفات، كان الأصل مع المشتري لرجوع النزاع إلى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، وعدمه والأصل مع المشتري، وإن كان في قوة اشتراطها، على أن يكون هناك التزامان، كان الأصل مع البائع لرجوع النزاع في التغير وعدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع، وعدمه والأصل مع البائع.

بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود وعدمه، والأصل مع المشتري، ودعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة { ١ } مدفوعة، بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذاك تعلقه بهذا، حتى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلق العقد بهذا، وهو غير ثابت والأصل عدمه، وقد تقرر في الأصول أن نفي أحد الضدين بالأصل لا يثبت الضد الآخر ليرتب عليه حكمه، وبما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم، حيث أن المبيع ملك المشتري والتمن ملك البائع اتفاقاً وإنما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ فينفي ما تقدم من قاعدة اللزوم. توضيح الفساد أن الشك في اللزوم وعدمه من حيث الشك في متعلق العقد، فإننا نقول: الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتى يثبت اللزوم وهو وارد على أصالة اللزوم. والحاصل أن هنا أمرين أحدهما عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود وأخذه فيه، وهذا الأصل ينفع في عدم الخيار لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة.

ولكن ما هو محل البحث من قبيل القسم الثاني، وذلك لوجهين:
الأول: إن تقييد المبيع وتضييقه يختص بالكلية، فإنه قابل لذلك، ولا يكون الشخصي كذلك، وتعليق البيع على الوصف موجب للبطلان، فلا محالة يكون من قبيل الالتزام به في ضمن العقد.
الثاني: إن البيع بالرؤية القديمة إنما صححناه بالاشتراط، فراجع ما ذكرناه، وعليه فالأصل مع البائع.

وربما يقال في تقريب أن الأصل مع البائع وجوه أخرى:
{ ١ } منها: أصالة عدم وقوع العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز: وفيه: إنه إن أريد بها ما هو مفاد ليس التامة، فهي لا تفيد، فإن عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود لا أثر له إلا أن يثبت به وقوعه على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق غير المقيد بشيء من الوصفين، وإن أريد به ما هو مفاد ليس الناقصة فلا حالة سابقة له

والثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذلك الوصف المفقود، وهذا جار غير نافع نظير الشك في كون الماء [الخاص] المخلوق دفعة كرا من أصله، { ١ } فإن أصالة عدم كريتته نافعة غير جار وأصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة، في ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم واغتنم.

وبما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد { ٢ } الحاكمة على الأصول العملية المتقدمة، مثل ما دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض، وعموم ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه، وعموم الناس مسلطون على أموالهم، بناء على أنها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع، لأن المفروض صيرورته ملكا، إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذي لا يدفع عوضه الذي وقع المعاوضة عليه إلى المشتري، فإذا شك في ذلك، فالأصل عدم دفع العوض، وهذا هو الذي تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف. فإن قلت: لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنونا بالعنوان المذكور، بل نقول:

{ ١ } والمصنف قدس سره نظر المقام بالشك في كون الماء المخلوق دفعة كرا من أصله، بدعوى أن أصالة عدم كريتته نافعة غير جارية، وأصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة في ترتب آثار القلة على الماء المذكور.

وفيه: إنه في الماء المخلوق دفعة من جهة أن آثار القلة آثار للماء غير المتصف بعنوان الكرية يمكن إجراء عدم الكرية الأزلي كما ذكرناه في الجزء الأول من فقه الصادق مفصلا،

وأما في المقام فلا يمكن ذلك من جهة أن موضوع الزوم هو العقد الواقع على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق لا على العقد غير الواقع على المتصف بالوصف المفقود، فلا تنفع أصالة عدم الأزلي في المقام بخلافه في المثال.

{ ٢ } ومنها: العمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الأصول العلمية المتقدمة، مثل ما

قد خرج من تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه وبين ما لم ينطبق على المدفوع. فإذا شك في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة { ١ } قلت السبب في الخيار وسلطنة المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجة منطبقة على ما وقع العقد عليه. وبعبارة أخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، لا وقوع العقد على ما يطابق العين الخارجية، كما أن السبب في لزوم العقد مقتضاه من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري والأصل موافق للأول ومخالف للثاني، مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنها سميئة فبانة مهزولة، فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه في الخارج ما عقد عليه، وهو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإن ذلك لا يقتضي الجواز وإنما مقتضي للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد. ومن المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك، فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه.

دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض (١)، وعموم لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه (٢)، وعموم الناس مسلطون على أموالهم. (٣). وفيه: إن هذه العمومات قد خصصت بأدلة الخيارات، فمع الشك في الخيار تكون الشبهة مصداقية، ولا يرجع فيها إلى العمومات. { ١ } ومنها: إن موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا ينطبق على المدفوع، فإذا شك في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. وفيه: إن موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرک ج ١ ص ٢٢٢ والاحتجاج ص ٢٦٧.

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وكذا صحة ما في التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما أُلزم. نعم ما في المبسوط والسرائر والدروس من أصالة بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا يناسب أصالة اللزوم، بل يناسب أصالة الجواز عند الشك في لزوم العقد، كما يظهر من المختلف في باب السبق والرماية، وسيأتي تحقيق الحال في باب الخيار، وأما دعوى ورود أصالة عدم تغيير المبيع على الأصول المذكورة، { ١ } لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغيير المبيع، فهي مدفوعة مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة، { ٢ } فاختلف في زمان المشاهدة كما إذا علم بكونها سميئة وأنها صارت مهزولة، ولا يعلم أنها في زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا. فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة، فالأصل تأخر التغيير لا عدمه الموجب للزوم العقد أن مرجع أصالة عدم تغيير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سميئة.

ومن المعلوم أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة، وتعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، ولكن الأصول العدمية في مجاريها لا يثبت وجود أضدادها، هذا كله

وبعبارة أخرى: عدم دفع البائع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، والأصل موافق له، مع أنه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به للزوم. ومنها: أصالة اللزوم. وفيه: إن الشك في الجواز واللزوم مسبب عن الشك في وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود وعدمه، فإذا جرى الأصل في السبب لا يبقى شك في اللزوم كي يرجع إلى أصالته.

{ ١ } ومنها: إن أصالة عدم تغيير المبيع واردة على الأصول المذكورة، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغيير المبيع. وفيه مضافاً إلى ما أفاده المصنف بقوله { ٢ } مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف في زمان المشاهدة

مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار، ولو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع، { ١ } فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. وظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشتري هنا ولم يعلم وجهه.

أنه إن أريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث إنه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الأثر. وإن أريد به استصحاب المعنون ففيه: أولاً: إنه من الاستصحاب القهقري، لأنه يراد اثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد. وثانياً: إن استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي، فإن موضوع الأثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد. فتحصل مما ذكرناه: إنه إن كانت الأوصاف من قبيل الشرط والالتزام في الالتزام كان الأصل مع البائع، وإلا فمع المشتري. { ١ } ولو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع.

فبناء على ما اخترناه من أن أوصاف المبيع في البيع بالرؤية القيمة مع الشك فيها، إنما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الالتزام في الالتزام، وعليه بنينا في المسألة المتقدمة أن الأصل مع البائع، لا بد من البناء في المقام على أن الأصل مع المشتري، لأن البائع يدعي أن الشرط غير هذا الوصف الموجود، والمشتري ينكره، والأصل عدمه. وأما بناء على كونها من قيود المبيع يكون الأصل مع البائع بعكس المسألة السابقة، فإن المشتري يدعي وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود، والبائع ينكره، والأصل معه. وبذلك ظهر أن ما بنى عليه الشهيد قدس سره من أن الأصل مع المشتري في المسألتين لا ينطبق على القواعد. وأما ما أفاده المحقق النائيني قدس سره في توجيه ما أفاده الشهيد قدس سره: بأن الغالب يقدم

الثاني: لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغير { ١ } على البيع ليثبت الخيار، وتأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع والتغير على صاحبه، وحيث إن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا وأصالة بقاء السمن وعدم وجود الهزال حال البيع.

والظاهر أنه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز واللزوم، لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه وانتقاله إلى المشتري وأصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين، كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه،

البائع على البيع كائنا ما كان ولا ينظر إلى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا. فغير تام، إذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الاشتراء كذلك تختلف رغبات البائع سيما في الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجودا وعدمها كما هو واضح.

لو اختلفا في تقدم البيع على التغير وتأخره عنه { ١ } الفرع الثاني: ما لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغير.

والكلام في هذا الفرع يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا صارت قيمته بعد التغير أقل وكان المدعي للخيار هو المشتري.

الثاني: فيما إذا صارت قيمته أزيد وكان المدعي للخيار هو البائع.

أما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

أحدهما: بناء على أن تلف الوصف بعد البيع وقبل القبض يوجب الخيار.

ثانيهما: بناء على عدم كونه موجبا للخيار.

وقبل الشروع في بيان الحق لا بد من تقديم مقدمة، وهي: إنه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف، وربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشتري إليه، { ١ } كما في المسألة السابقة، إلا أن الفرق بينهما هو أن الشك في وصول الحق هناك ناشئ عن الشك في نفس الحق، وهنا ناشئ عن الشك في وصول الحق المعلوم. وبعبارة أخرى الشك هنا في وصول الحق، وهناك في حقه الواصل، ومقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم، ومن ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعي الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولا، ووقوع العقد على المشاهد وحصل السمن.

مثال الأول: ما لو وجب اكرام زيد العالم.

ومثال الثاني: موارد ضمان الأوصاف، فإنه مترتب على الاستيلاء على الوصف نفسه.

وفي القسم الأول إذا كان الوصف متيقنا سابقا ومشكوكا فيه لاحقا يجري فيه الاستصحاب ويترتب حكمه بضم الوجدان إلى الأصل، فلو كان زيد عالما وشك في بقاء علمه يستصحب ذلك ويكون اكرامه متعلقا للوجوب.

وفي القسم الثاني لا يكفي استصحاب بقاء الصفة، لأنه لا يثبت به كون الفعل متعلقا به، فلو كان الغنم سميئا سابقا وشك في سمنه حال الغصب لا يكفي استصحاب بقاء السمن

في الحكم بضمنان هذا الوصف المترتب على غصب الوصف أيضا وتمام الكلام في ذلك موكول إلى محل آخر

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم:

أنه في المورد الأول: يكون الأصل مع المشتري لأصالة عدم وصول حقه إليه، وأصالة عدم التغير وبقاء الوصف إلى زمان القبض لا يثبت قبض الصفة الذي هو موضوع اللزوم فلا تجري، وكذا لا تجري أصالة عدم القبض إلى ما بعد التغير، فإنها أيضا لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذي هو موضوع الخيار، فهذان الأصلان لا يجريان. وأما أصالة اللزوم فهي محكومة لاستصحاب عدم وصول حق المشتري إليه.

{ ١ } وفي المورد الثاني أفاد المصنف قدس سره: إن الأصل مع المشتري وهو أصالة عدم وصول حقه إليه، وهو غير تام، لأنه على الفرض القطع بعدم وصول حقه إليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار، فكيف باستصحابه.

واختلفا في تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم وتدبر. { ١ }
فإن المقام لا يخلو عن اشكال واشتباه، ولو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما
يكفي في قبضه التخلية، واختلفا في تقدم التلف على البيع وتأخره، { ٢ } فالأصل بقاء
ملك المشتري على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع، وقد يتوهم جريان أصالة صحة
البيع هنا للشك في بعض شروطه وهو وجود المبيع.
وفيه أن صحة العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعا، فإذا
فرضنا أنه عقد على شئ معدوم في الواقع، فلا تأثير له عقلا في تملك العين، لأن
تمليك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود

بل في المورد الثاني: يكون الأصل - وهو أصالة اللزوم وأصالة عدم التغير وبقاء
الوصف إلى حين البيع الجارية والمفيدة في المقام من جهة أن الأثر وهو اللزوم إنما يترتب
على وقوع البيع على الموصوف في حال وجود تلك الصفة - مع البائع.
وما عن بعض من: أن الأصل الثاني معارض مع أصالة عدم وقوع البيع إلى زمان
التغير.

يرده: إنه لا أثر لهذا الأصل، لأن الخيار إنما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك
الوصف.

{ ١ } وأما الموضع الثاني: وهو ما لو ادعى البائع الخيار، بأن كانت العين في حال
المشاهدة فاقدة الوصف والبيع وقع عليها مع عدم الوصف وصارت بعد ذلك واجدة له،
وادعى البائع تقدم وجود الصفة على البيع والقبض، والمشتري يدعي التأخر فظاهر كلام
المصنف أن الأصل مع البائع، وصريح كلام المحقق النائيني قدس سره ذلك.
ولكن الحق أن الأصل مع المشتري، إذ مضافا إلى أصالة اللزوم تجري أصالة عدم
التغير وعدم وجود الوصف إلى حين البيع، ولا تعارضها أصالة عدم البيع إلى زمان التغير،
إذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف.

{ ٢ } قوله ولو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما تكفي في قبضه التخلية
ولم يعلم وجه تعرضه لهذا الفرع في المقام وعلى كل حال لا تجري الأصول
الموضوعية في شئ من الطرفين في المقام، من غير فرق بين الجهل بالتاريخ والعلم به

ولا على قصد تمليك بدله مثلا أو قيمته غير معقول، ومجرد انشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجعل بالحال، فإذا شككنا في وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم { ١ } لأن التمليك الحقيقي غير متحقق والصوري، وإن تحقق لكنه ليس بفاسد، إذ اللغو فاسد عرفا أي قبيح إذا صدر عن علم بالحال.

وبالجملة: الفاسد شرعا الذي تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقي المقصود الذي لم يمضه الشارع، فافهم.
هذا فإنه قد غفل عنه بعض في مسألة الاختلاف في تقدم بيع الرهن على رجوع المرتهن عن إذنه في البيع وتأخيرته عنه،

للمثبتة فإن استصحاب بقاء العين إلى حين البيع لا يترتب عليه الأثر ما لم يحرز به تحقق البيع الذي هو تمليك مال بعوض كما أن استصحاب عدم البيع إلى ما بعد التلف لا يثبت كون البيع واقعا على المعدوم فلا محالة يشك في تحقق البيع وعدمه وبالنتيجة يشك في انتقال الثمن عن المشتري وعدمه والأصل يقتضي عدم الانتقال وبقاء ملك المشتري على الثمن.

{ ١ } وقد يتوهم أنه تجري أصالة الصحة في البيع لأنه لو كان المبيع معدوما يكون البيع فاسدا وبلا أثر ولو كان موجودا يكون صحيحا وأصالة الصحة تقضي بالصحة وهي حاكمة على أصالة بقاء ملك المشتري على الثمن ولكنه فاسد من جهة اختصاص دليل أصالة الصحة بما إذا شك في الصحة والفساد بعد احراز أصل العمل الموصوف بالصحة لا لأنه لا يعقل الشك في الوصف إلا مع احراز الموصوف بل لأن دليل التعبد إنما يتكفل بالتعبد بالوصف دون التعبد بالموصوف وإثباته فلا تعبد بالوصف إلا مع احراز الموصوف وفي المقام بما أنه يشك في أصل وجود البيع الذي هو المقسم للصحيح والفساد لأنه إذا كان المبيع معدوما لم يكن ما وقع بيعا ولو عرفا فلا يكون مجرى لأصالة الصحة.

حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن لأن { ١ } الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه، نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الانشاء الحقيقي عرفا ولو فيما إذا باع بلا ثمن { ٢ } أو باع ما هو غير مملوك، كالخمر والخنزير وكالتالف شرعا كالغريق والمسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة أو قصد تمليك بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو { ٣ } أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك في بدله تحقق مورد الصحة والفساد، فإذا حكم بفساد شيء من ذلك، ثم شك في أن العقد الخارجي منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

{ ١ } قوله حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن المتمسك هو صاحب الجواهر قدس سره وقد حققنا في رسالة القواعد الثلاث أنه لا تجري أصالة الصحة فيه من جهة أن الرجوع إذا وقع بعد البيع لا يترتب عليه شيء لعدم كونه قابلا للتأثير ومن شرائط جريانها قابلية التأثير عقلا.

{ ٢ } قوله ولو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك البيع بلا ثمن كالبيع بلا مبيع بعد فرض تقوم البيع بالعوضين فلو شك فيه لا تجري أصالة الصحة لعين ما تقدم.

{ ٣ } قوله كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو أو صالحه إياه إن قلنا إن حقيقة الضمان كون التالف بشخصه في العهدة إلى حين الأداء - صح البيع المذكور لاعتبار بقاء المبيع.

وإن قلنا إن حقيقته انتقال المثل أو القيمة إلى الذمة كان بيعه بعد التلف بيعا لما لا وجود له وقد مر عدم جريان الأصل لو شك في ذلك.

لزوم الاختبار

مسألة: لا بد من اختبار الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك، { ١ } كما في كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق في توقف رفع الغرر على العلم بين

هذه الأوصاف وبين تقدير العوضين بالكيل والوزن والعد، ويغني الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف دون ما لا ينضبط كمقدار الطعم والرائحة واللون وكيفياتها، فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه، ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فبيع منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف.

مسائل

{ ١ } الأولى: لا بد وأن يختبر الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف: لدفع الغرر، وتفصيل القول في هذه المسألة: إنه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف أوصافه الثلاثة، وأخرى لا تختلف. وعلى الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا وفاقده فاسدا، وقد يكونان معا من مراتب الصحيح.

أما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف واشتراط ولو ضمنى للغرر، من غير فرق بين كون الفاقد فاسدا أو مما لا مالية له المترتبة من ذلك الشيء، وبين كونه معيبا. وهناك قول آخر، وهو: القول بصحة البيع اعتمادا على أصالة السلامة. وفيه: إنه لا دليل عليها لا من بناء العقلاء ولا من الشرع، أما الأول: فلأنهم في أمورهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها. وما اعترف به المصنف قدس سره من بنائهم عليها في ما إذا كان الشك في طروء المفسد غير سديد، لأنهم في ذلك المورد أيضا لا يبنون عليها مع عدم الاطمئنان وما يرى من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته إنما يكون من جهة الشرط الضمني. وسيأتي الكلام فيه. وأما الثاني: فلأن ما يتوهم كونه دليلا عليها ليس إلا الاستصحاب، وهو لا يجري في المقام، لأن الأثر مترتب على الإحراز دون المتيقن.

وكذا الكلام في الطعم والرائحة لمن كان مسلوب الذائقة والشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعمال صحته وفساده جاز شرائها بوصف الصحة، كما في الدبس والدهن مثلا، فإن المقصود من طعمها ملاحظة عدم فسادهما، بخلاف بعض أنواع الفواكه والروائح التي تختلف قيمتها باختلاف طعمها ورائحتها، ولا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظة صحتها وفسادها واطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته { ١ } بالوصف محمول على ما إذا أريد الأوصاف التي لها مدخل في الصحة لا الزائدة على الصحة التي يختلف بها القيمة، بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان جواز شرائها من دون اختبار ولا وصف بناء على أصالة الصحة، وكيف كان فقد قوى في السرائر عدم الجواز أخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الاجماع في الغنية. قال يمكن أن يقال إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون بالوصف، لأنه غير غائب، فبيع مع خيار الرؤية بالوصف. فإذا لا بد من شمه وذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف وهذا أقوى، انتهى.

{ ١ } قوله واطلاق كلمات الأصحاب في جواز شراء ما يراد طعمه ورائحته بالوصف الكلمات بأنفسها مقصورة على صورة التمكّن من التوصيف ولا تشمل ما لا يمكن فيه ذلك لعدم الانضباط لأنه من البديهي أن المراد بالتوصيف تعيين الصفات للمشتري لا مجرد ذكرها كما هو واضح.

كما لا ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار أو غيره، أو اخبار البائع به إن كان مؤتمنا، أو اشتراط وجوده ولو بالشرط الضمني لارتفاع الغرر بجميع ذلك.

أما بالأول: فواضح.

وأما بالثاني: فلما دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات (١) وما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن إن كان مؤتمنا (٢) بعد إلغاء خصوصية المورد.

(١) الحجرات آية ٦.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع.

ويضعفه أن المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر والغائب تحكما، بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار ولا وصف بناء على أصالة الصحة وفاقا للفاضلين، ومن تأخر عنهما، لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه، فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة.

ومن المعلوم أنه غير معتبر في البيع اجماعا، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. وأما رواية محمد بن العيص عن الرجل يشتري ما يذاق أذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم، فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري، فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه، ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفيد والقاضي وسالار وأبي الصلاح وابن حمزة، { ١ } قال في المقنعة

وأما بالثالث: فإن كان الشرط صريحا واضحا، وإن كان ضمنيا - أي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها - فلما تقدم اجمالا، وسيأتي تفصيله من أنه بحكم ذكر الشرط وليس من قبيل البناء القلبي المجرد كي يقال إنه لا عبرة به في باب العقود والإيقاعات.

وخبر محمد بن العيص (١) المذكور في المتن لا يدل على لزوم الاختبار فإنه سؤال وجوابا في مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه.

وأما في القسم الثاني: فما ذكرناه في هذا القسم يجري فيه طابق النعل بالنعل، والفرق بينهما أنه لا مجال في هذا القسم لاحتمال الاستناد إلى أصالة السلامة.

وأما في القسم الثالث: فالأظهر صحة البيع مع الجهل بالوصف وإن لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

{ ١ } ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفيد.

ظاهر كلمات هؤلاء كصريح الحلبي تعين الاختبار وعدم كفاية التوصيف كما أن مقتضى إطلاق كلام الجميع عدم الفرق بين وصف الصحة وسائر الأوصاف التي تنضبط بالتوصيف.

(١) الوسائل - باب ٢٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

كل شيء من المطعومات والمشروبات يمكن للإنسان اختباره من غير افساد له كالأدهان المختبرة بالشم وصنوف الطيب والحلوات المذوقة، فإنه لا يصح بيعه بغير اختبار، فإن ابتاع بغير اختبار كان البيع باطلا والمتبايعان فيها بالخيار، { ١ } فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى.

وعن القاضي أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيرا في رده له على البائع، والمحكي عن سلا وأبي الصلاح وابن حمزة اطلاق القول بعد صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشتري كالقاضي. ثم المحكي عن المفيد وسلا أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة. وعن النهاية والكافي أن بيعه جائز على شرط الصحة أو البراءة من العيوب { ٢ }.

وعن القاضي لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب. قال في محكي المختلف بعد ذكر عبارة القاضي: إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين. إما الصحة أو البراءة من العيوب وليس بجيد، بل الأولى انعقاد البيع سواء شرط أحدهما أو خلى عنهما أو شرط العيب. والظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام من عبارة الشيخين حيث قالوا: إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة، ومقصودهما أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة، انتهى.

{ ١ } قوله والمتبايعان فيه بالخيار والمراد بالخيار هنا هو الخيار في احداث بيع جديد وأن لهم ذلك لا الخيار المصطلح - وذلك للتصريح قبله ببطلان البيع من دون اختبار وكذلك بعده - ولنسبة الخيار إلى المتبايعين ولو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب إليه أحدهما لا كليهما. { ٢ } قوله إلا بشرط الصحة أو البراءة من العيوب المراد بالبراءة من العيوب براءة المبيع منها فيكون عطف تفسير لشرط الصحة لا براءة البائع.

أقول: ولعله لنكتة بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد كما عبر في القواعد فيما يفسده الاختبار: بقوله جاز شرط الصحة لكن الانصاف: إن الظاهر من عبارتي المقنعة والنهائية ونحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبر في عبارة المقنعة من أولها إلى آخرها. وعبارة النهاية هنا هي عبارة المقنعة بعينها فلاحظ. وظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده، كما تقدم من الحلبي فلا يكفي ذكر الأوصاف فضلا عن الاستغناء عنها بأصالة السلامة، ويدل عليه أن هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبارتهم المتقدمة: اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار وإن فهم في المختلف خلاف ذلك لكن قدمنا ما فيه، فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط { ١ } خصوصية طعمها وريحها بالوصف. والظاهر أن ذلك في غير الأوصاف التي يدور عليها السلامة من العيب، إلا أن تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار { ٢ } كالشاهد على أن المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة، كما أن مقابله وهو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض والبطيخ كذلك غالبا، ويؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

عن عهدة العيوب فإن هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجبا لصحة البيع لو كان باطلا بدونه للجهالة والغرر لأنه لا يرفعهما لو لم يؤكد. { ١ } قوله فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تنضبط حاصله أنه من افتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسده الاختبار يستكشف أنه يكفي في رفع الغرر وحيث إنه لا يمكن البناء على كفايته في رفع الغرر في مورد دون آخر فيعلم من ذلك أن ما أفتوا به من عدم كفاية التوصيف فيما لا يفسده الاختبار إنما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف إلا بعد الاختبار وهو ما إذا كانت الصحة ذات مراتب ولا يمكن تعيين

مرتبة منها إلا بعد سبق الاختبار. { ٢ } قوله إلا أن تخصيصهم الحكم لما لا يفسده الاختبار... مناط السلامة حاصل ذلك أنه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به - يعلم أن الفساد المنفي تارة والمثبت أخرى واحد وهو ما يقابل الصحة

وكيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم منا ولا من الأصحاب، وإن كان مذهبهم موافقا للحلي { ١ } بناء على إرادة الأوصاف التي بها قوام السلامة من العيب، فقد عرفت أنه ضعيف في الغاية وإن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار والوصف وإن كان ذكر الوصف كافيا عن الاختبار، فقد عرفت أن الظاهر من حالهم وحال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الراجعة إلى السلامة من العيوب في بيع الأعيان الشخصية.

ويمكن أن يقال بعد منع جريان أصالة السلامة في الأعيان لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد، { ٢ } مع أن الكلام في كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم، ولا من الشرع لعدم الدليل عليه أن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة { ٣ } على جهة الركنية للمال، كالحلاوة في الدبس والرائحة في الجلاب والحموضة في الخل وغير ذلك مما يذهب بذهابه معظم المالية، فلا بد في دفع الغرر من احراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات وحيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة.

وفيه أن ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته يفسد باختبار مراتب صحته فلا شهادة في هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة.

{ ١ } قوله وإن كان مذهبهم موافقا للحلي قد عرفت أن الأظهر ذلك فراجع.

{ ٢ } قوله إلا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد قد عرفت أنه لا بناء من العقلاء حتى في هذا المورد.

{ ٣ } قوله إن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة محصل هذا التفصيل أن السلامة إن كان فواتها موجبا لفوات معظم المالية وكانت هي مقصودة على وجه الركنية لزم احرازها حين البيع ويبتل بدونه ولا يصح الاعتماد على أصالة السلامة - وإن لم تكن كذلك أي لم تكن مقومة للمالية فلا تكون متعلقة للغرض النوعي المعاملي من العقلاء - لم يجب احرازها.

فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها، لأمانة عرفية مغنية عن الاختبار والوصف ومتى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم تجب احرازها. نعم لما كان الاطلاق منصرفا إلى الصحيح { ١ } جاء الخيار عند تبين العيب، فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الاطلاق إلى النقد لا النسبة وانصراف اطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعة مدة يعتد بها لا من جهة الاعتماد في احراز الصحة والبناء عليها على أصالة السلامة.

وبعبارة أخرى، الشك في بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجارية ممن لا تحيض في سن الحيض، ومثل هذا لا يعتبر احراز السلامة عنه، وقد يستلزمه ككون الجارية خنثى، وكون الدابة لا يستطيع المشي أو الركوب والحمل عليه، وهذه مما يعتبر احراز السلامة عنها، وحيث فرض عدم احرازها بالأصل، فلا بد من الاختبار أو الوصف، هذا ويؤيد ما ذكرنا من التفصيل أن بعضهم كالمحقق في النافع والعلامة في القواعد عنون المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه، هذا، ولكن الانصاف أن مطلق العيب { ٢ } إذا التفت إليه المشتري وشك فيه فلا بد في دفع الغرر من احراز السلامة عنه. أما بالاختبار وأما بالوصف وأما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف. أما لأجل الانصراف. وأما لأصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب أصلا، فلا بد أما من كفاية الاطلاق في الكل للأصل والانصراف. وأما من عدم كفايته في الكل نظرا إلى أنه لا يندفع به الغرر إلا إذا حصل منه الوثوق، حتى أنه لو شك في أن هذا العبد صحيح أو أنه أجذم لم يجز البناء على أصالة

{ ١ } قوله نعم لما كان الاطلاق منصرفا إلى الصحيح هذا دفع اعتراض مقدر وهو أنه ما الوجه لثبوت الخيار على هذا التفصيل فإنه في الصورة الأولى يبطل البيع وفي الثانية يصح ولكن لا موجب له. وحاصل الجواب أن وجه ثبوت الخيار في الصورة الثانية ليس من حيث الاعتماد على أصالة السلامة بل لاقتضاء اطلاق العقد - أي الشرط الضمني بالتقريب المتقدم ذلك. { ٢ } قوله ولكن الانصاف أن مطلق العيب... احراز السلامة عنه هذا هو الصحيح على ما تقدم.

السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير أجزم، وهذا وإن كان لا يخلو عن وجه إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم في غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب وعدمها.

مسألة: يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار { ١ } اجماعا على الظاهر والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة في العقد، وكفاية الاعتماد على أصالة السلامة { ٢ } كما فيما لا يفسده الاختبار، خلافا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة

ثم إنه في القسم الأول لو تبين فقد الوصف، فإن كان الفاقد مما لا مالية له بطل البيع، لأنه حينئذ بنظر العرف الفاقد غير الواجد حقيقة، فما وقع عليه العقد لا واقع له، وما له واقع

لم يقع عليه العقد.

وبعبارة أخرى: مع عدم المالية للمبيع لا يصدق عنوان البيع، وإن كان الفاقد معيبا وله مالية أيضا صح البيع وثبت خيار العيب.

وأما في القسم الثاني، فإن كان البيع مع اشتراط وجود الوصف ولو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط، وإن كان مع الاختبار أو اخبار البائع لم يثبت الخيار، لا خيار تخلف الشرط

لعدمه، ولا خيار الغبن لأن مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، ولا خيار العيب لعدم كونه معيبا.

حكم شراء ما يفسده الاختبار

{ ١ } قوله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار محصل الكلام في المقام: إن الأوصاف التي تختلف المالية باختلافها على قسمين: الأول: ما يوجب فقده كون الفاقد غير صحيح.

الثاني: ما لا يوجب فقده ذلك بل يكون الواجد والفاقد من مراتب الصحيح.

أما في الأول: فيجوز البيع مع التوصيف أو الإشتراط ولو بنحو الشرط الضمني كما تقدم فيما لا يفسده الاختبار، ولا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر.

{ ٢ } وأما الاعتماد على أصالة السلامة فقد عرفت في المسألة المتقدمة ما فيه

أو البراءة من العيوب { ١ } أو خصوص أحدهما. وقد عرفت تأويل العلامة في المختلف لعبارتي المقنعة والنهائية الظاهرتين في ذلك وارجاعهما إلى ما أراده من قوله في القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من أنه مع الصحة يمضي البيع ولا معها يتخير المشتري وعرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر حتى أن قوله في القواعد ظاهر في اعتبار شرط الصحة. ولذا قال في جامع المقاصد: وكما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقا،

{ ١ } وأما ما عن جماعة من الاكتفاء بالبراءة من العيوب، فإن كان المراد بها ما تقدم وهو براءة المبيع من العيوب. فهو متين، إلا أنه يرجع إلى اشتراط الصحة، وإن كان المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب. فيرد عليه: إن ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع، ولا وجه للقول بصحة البيع معه. وأما في القسم الثاني: فإن كان الوصف مما يمكن ضبطه وتوصيفه اعتبر ذلك دفعا للغرر. وإلا جاز بيعه وإن لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للإجماع على عدم لزومه. والوجه في ذلك: إما أنه لا يلزم الغرر من جهة أن لهذه الأمور عند العرف مالية معينة، وإن كان لو أنكشف كونها واجدة للوصف تصير ماليتها أزيد إلا أنه ما لم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية، أو لأنه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر. (١) والظاهر أن نظر صاحب الجواهر قدس سره المدعي للسيرة على بيع ما يفسده الاختبار بمجرد المشاهدة إلى هذا القسم، وأما في القسم الأول فقد عرفت أنه يمكن أن تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني.

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

وكيف كان، فإذا تبين فساد البيع، { ١ } فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر ونحوه، فإن كان لفساده قيمة كبيض النعامة والجوز تخير بين الرد والأرش، ولو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلا للاحراق، فيحتمل قويا بطلان البيع إن لم يكن لفساده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بمتمول، وإن كان تبين الفساد بعد الكسر ففي الأول تبين الأرش خاصة لمكان التصرف، ويظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم يسقط الرد، والمراد بالأرش تفاوت ما بين صحيحه وفساده الغير المكسور، لأن الكسر نقص حصل في يد المشتري، ومنه يعلم ثبوت الأرش أيضا ولو لم يكن لمكسوره قيمة، لأن العبرة في التمول بالفساد الغير المكسور، ولا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول، ويطل البيع في الثاني

{ ١ } قوله وكيف كان فإذا تبين فساد البيع ومحصل الكلام في المقام: إنه إن كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر ونحوه، فربما يكون للفساد مقدار من المالية، ولكنه أقل من مقدار الصحيح. وربما لا تكون له المالية.

فإن كان له مقدار من المالية، فإن كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلا للاحراق، لا اشكال في فساد البيع، فإن ما وقع عليه العقد غير موجود، والموجود لم يقع عليه العقد. وبعبارة أخرى: ما قصد لا واقع له، وما له واقع لم يقصد، وإن كان ذلك معيب الصحيح صح البيع وثبت خيار العيب، وإن لم تكن له مالية بطل البيع لتقومه بتبديل المال. وأما إن كان التبين بعد التصرف بالكسر ونحوه، فإن كان للفساد مالية وكان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، ويسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه أخذ الأرش. ولو كان التصرف الكسري بالمقدار اللازم في الاختبار، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أولا؟ وجهان،

لا يبعد أظهرية الثاني، فإن البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقع عليه الاختبار، وليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. وإن كان بنظر العرف مابينا للصحيح بطل البيع

أعني ما لم يكن لفساده قيمة وفاقا للمبسوط والسرائر.
وظاهر من تأخر عنهما وظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ
والحلي والعلامة في التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات وهو
صريح جملة ممن تأخر عنهم وظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس، فإن ظاهره
انفساخ البيع من حيث تبين الفساد لا من أصله، { ١ } وجعل الثاني احتمالا ونسبه إلى
ظاهر الجماعة، ولم يعلم وجه ما اختاره. ولذا نسب في الروضة خلافه إلى الوضوح
وهو كذلك فإن الفاسد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعية كان العقد عليه فاسدا
لأن اشتراط تمول العوضين واقعي لا علمي

وإن لم تكن للفساد مالية، فالكلام فيه في مواضع:
الأول: إن المبيع الفاسد الذي لا مالية لمكسوره كالبيض هل له مالية قبل الكسر من
جهة أن العقلاء يبذلون بإزائه المال رجاء للسلامة وليس المال إلا ما يبذل بإزائه المال، أم
ليس له مالية نظرا إلى أن المالية تنتزع من كون الشيء موضوعا لأثر يميل العقلاء إليه
ويكون موردا لرغبتهم؟ وجهان
أقواهما الثاني، وعليه فيكون البيع في الفرض باطلا من أصله من جهة انكشاف
عدم المالية.

الثاني: إنه على تقدير المالية قبل الكسر
{ ١ } هل يفسخ البيع من حين الكسر وتبين الفساد - كما عن الشهيد قدس سره نظرا إلى
أن الخروج عن المالية بالكسر حيث إنه لأمر سابق على العقد فيكون مضمونا على البائع
أم لا يفسخ من جهة أن الخروج عن المالية ليس لأمر سابق وهو فساده فإنه
أوجب نقصا في المالية، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلا، وجهان: أقواهما الثاني.
فإن قلت: إنه يمكن تصحيح كلام الشهيد قدس سره بأن يقال: إنه بالكسر يظهر العيب،
فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعاً، وفي ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفا في
زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له. (١)
قلت: أولا: إن الكسر اتلاف لا تلف، والقاعدة المختصة بالتلف.
وثانيا أنها مختصة بالخيارات الزمانية بأنفسها، وخيار العيب ليس زمانيا بذاته

(١) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

وإن كان من الأموال الواقعية، فإن لم يكن بينه وبين الصحيح تفاوت في القيمة لم يكن هنا أرش ولا رد { ١ } بل كان البيع لازماً وقد تلف المبيع بعد قبضه وإن كان بينه وبين الصحيح الواقعي تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبة تفاوت ما بين الصحيح والفساد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهم إلا أن يقال إنه مال واقعي إلى حين تبين الفساد، فإذا سقطت عن المالية لأمر سابق على العقد وهو فساد واقعا كان في ضمان البائع، فيفسخ البيع حينئذ بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الامضاء، فيكون المكسور ملكاً له وإن خرج عن المالية بالكسر وحيث إن خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضموناً على البائع، { ٢ } وتدارك هذا العيب أعني فوات المالية، لا يكون إلا بدفع تمام الثمن، لكن سيجيء ما فيه من مخالفة القواعد والفتاوى. وفيه وضوح كون ماليته عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر.

الثالث: إنه على تقدير المالية قبل الكسر وعدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، أم يسترجع تفاوت ما بين الصحيح والمعيب؟ وجهان: أقواهما الثاني، فإن الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده.

ودعوى أن الحادث في زمان الخيار أيضاً موجب له، مندفعة بأن الحادث بالإتلاف ليس موجبا له كما هو واضح. { ١ } قوله لم يكن هنا رد والأرش عدم ثبوت الأرش واضح لعدم التفاوت بين القيمتين وأما عدم ثبوت الرد فغير ظاهر فإنه إذا اشتراه بشرط الصحة ثبت خيار تخلف الشرط. { ٢ } قوله وحيث إن خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضموناً ليس مراده بذلك ضمان المعاوضة كي يرد عليه بأن لازمه انفساخ البيع والمفروض عدمه بل مراده ضمان الغرامة نظراً إلى منشأ هذا العيب الحادث هو العيب السابق فالصحيح أن يورد عليه بأن الكسر الموجب لنقص مقدار من المالية المشترك بين الصحيح والمعيب ليس منشأه العيب السابق.

وأما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من أول الأمر مع أنه لو كان مالا واقعا فالعيب حادث في ملك المشتري، فإن العلم منخرج له عن المالية لا كاشف فليس هذا عيبا مجهولا ولو سلم فهو كالأرمد يعمى بعد الاشتراء، والمريض يموت مع أن فوات المالية يعد تلفا لا عيبا، ثم إن فائدة الخلاف تظهر في ترتب آثار ملكية المشتري الثمن إلى حين تبين الفساد، وعن الدروس واللمعة أنها تظهر في مؤنة نقله { ١ } عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع وعلى الثاني على المشتري لوقوعه في ملكه، وفي جامع المقاصد الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضي وتبعه الشهيد الثاني قال لأنه نقله بغير أمره فلا يتجه الرجوع عليه بها وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور وهو منفي هنا لاشتراكهما في الجهل، انتهى. واعترض عليه بأن الغرور لا يختص بصورة علم الغار، وهنا قول ثالث نفي عنه البعد بعض الأساطين، وهو كونه على البائع على التقديرين وهو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد، هذا كله في مؤنة النقل من موضع الاشتراء إلى موضع الكسر.

{ ١ } قوله وعن الدروس واللمعة أنها تظهر في مؤنة نقله
الأقوال والوجوه في المسألة ثلاثة
الأول: إن المؤونة على البائع مطلقا
الثاني: إنها على المشتري كذلك
الثالث: التفصيل بين القول بالانفساخ من حين التبين فعلى المشتري وبين القول
بانكشاف الفساد من الأول فعلى البائع
والأظهر أنها على المشتري مطلقا إلا مع صدق التغير فإنه يرجع المشتري حينئذ
إلى البائع لقاعدة الغرور - أو كون النقل بأمره - أما رجوعه إلى البائع في المورد
فواضح
وأما عدم رجوعه في غيرهما فلعدم الموجب له.

وأما مؤونة نقله من موضع الكسر، لو وجب تفرغ منه { ١ } لمطالبة مالكة، أو لكونه مسجداً أو مشهداً، فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبة الحنطة: فالظاهر أنه على البائع على التقديرين، لأنه بعد الفسخ ملكه، وأما لو لم يكن قابلاً للتملك فلا يبعد مؤاخذاً المشتري به وفي رجوعه على البائع ما تقدم في مؤونة نقله إلى موضع الكسر، ثم إن المحكي في الدروس عن الشيخ وأتباعه أنه لو تبرأ البائع من العيب { ٢ } فيما لا قيمة لمكسوره صح، قال: ويشكل أنه أكل مال بالباطل، وتبعه الشهيد والمحقق الثانيان

{ ١ } قوله وأما مؤونة نقله من موضع الكسر تارة يكون لزوم النقل لحق البائع من جهة أن المكسور ماله ومتعلق حقه - وأخرى - يكون لحق الله تعالى كما إذا كان في المسجد وكان بقاءه فيه موجبا لهتكه أما في الأول فمؤونة الرد على المشتري إلا إذا كانت المؤونة زائدة عما يقتضيه طبعاً رد المال: فإنه إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب

الرد أخص من حديث لا ضرر فيخصص به - وإن كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث (١) لا ضرر عدم وجوب البذل عليه

وأما في الثاني فمؤونة النقل كأصل وجوبه تكون على عامة المسلمين وصيرورة المشتري سبباً لتوجيه التكليف لا توجب اختصاص التكليف به كما حققناه مفصلاً في الجزء الأول من فقه الصادق في مبحث تنجيس المسجد.

{ ٢ } قوله لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسوره صح الظاهر أن مراد الشيخ وأتباعه أنه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمينان بالصحة والسلامة من الاختبار أو التوصيف أو غيرهما إذا تبرأ من العيوب ثم تبين الفساد بالكسر صح وليس مراده تصحيح البيع بالتبري حتى يورد عليه بأن ذلك موجب للزوم الغرر المبطل - أو يوجه بأن المراد اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب. وعلى ما ذكرناه فايراد الدروس عليهم بأنه أكل للمال بالباطل إنما يكون من جهة انكشاف عدم المالية له قبل الكسر أي حين البيع.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ - ٤ - ٥.

وقد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراءة { ١ } بما حاصله منع بطلان البيع وإن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإن الأرش غرامة أوجبها الشارع بسبب العيب، لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثلن، ولذا يسقط بالاسقاط ولا يتعين على البائع الاعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبري وليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع إذ المثلن يتحقق على حسب معاملة العقلاء، ولم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادما على بذل ماله على هذا النحو.

نعم لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب، ولعله لذا لم يعبروا بالبطلان وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالمثلن، وفهم منه جماعة بطلان البيع، لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية وإن لم يكن له قيمة وهو أعم من بطلان البيع، انتهى محصله وفيه مواقع للنظر فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح ببطلان البيع، كالشيخ في المبسوط والحلي في السرائر والعلامة في التذكرة، معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له، وبين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن الظاهر في البطلان، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان، ويكفي في ذلك ما تقدم من الدروس من أن ظاهر الجماعة البطلان، من أول الأمر، واختار قدس سره الانفساخ من حين تبين الفساد، فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش،

{ ١ } قوله وقد تصدى بعض لتوجيه صحة اشتراء البراءة المتصدي للتوجيه هو صاحب الجواهر قدس سره ويرد عليه. إنه إن أراد بذلك عدم اعتبار المالية الواقعية وأنه يكفي المالية الظاهرية في صحة البيع - ففيه - أن البيع إذا كان هو تبادل المالين فمع عدم المالية الواقعية يتعين البناء على الفساد الواقعي وإن أراد أن ما لا قيمة لمكسوره يكون ما لا واقعا قبل الكسر - ففيه - ما تقدم في أوائل هذه المسألة. وإن أراد كفاية الملكية في صحة البيع ولا يعتبر المالية - ففيه - ما تقدم في الجزء الأول من هذا الشرح في مسألة بيع ما لا منفعة له وعرفت أنه لا تصدق عناوين المعاملات مع عدم المالية. وإن أراد أنه من حيث كونه محكوما بالأرش المستوعب فهو ذو مالية على أي تقدير - ففيه - إن الأرش لا يوجب صيرورة المبيع مالا.

بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع معللا بوقوع العقد على ما لا قيمة له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية قال، وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة، {١} وكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع ويظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن يختص، حتى يجب عليه تطهير الموضوع عنها، انتهى.

هذا مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعا وعرفا حكم ظاهري، وتمول العوضين واقعا شرط واقعي لا علمي، ولذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرا أو ما بان خمرا {٢} وغير ذلك إذ انكشف فقد العوض مشترك بينهما، ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المالية وبين عدم القيمة لمكسوره مما لم يفهم. {٣} فلعله أراد الملكية مضافا إلى أن الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن اشكال، لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتي الصحيح والمعيب. نعم ذكر العلامة في التذكرة والتحريم والقواعد أن المشتري للعبد الجاني عمدا يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن أو طلب الأرش، فإن استوعب الجناية القيمة كان الأرش جميع الثمن أيضا

{١} قوله على سبيل استدراك الظلامة

الظلامة هي ما للمظلوم عند الظالم واستدراكها تداركها إما باسترجاع عين ما يكون عنده أو بأداء ما يماثله.

{٢} قوله ولذا لم يتأمل ذو مسكة في بطلان بيع من بان حرا الفرق بين المقام وبين بيع الحر والخمر بعد اشتراكهما في عدم المالية: إن الحر والخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع في المقام.

{٣} قوله ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المالية وبين عدم القيمة لمكسوره مما لم يفهم

يمكن الجمع بينهما إن كان المراد عدم الخروج عن المالية قبل الكسر كما تقدم - نعم لا يمكن الجمع بينهما إن لوحظا في حال واحد.

وقد تصدى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد فراجع، وكيف كان فلا أجد وجها لما ذكره، وأضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ وأتباعه بصحة البيع واشتراط البائع على المشتري البراءة من العيوب، وزعم أن معنى اشتراط البراءة في كلامهم اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مرادفا لاشتراط الصحة، وأنت خبير بفساد ذلك، بعد ملاحظة عبارة الشيخ والأتباع. فإن كلامهم ظاهر أو صريح في أن المراد براءة البائع من العيوب لا المشتري. نعم لم أجد في كلام الشيخين والمحكي عن غيرهما تعرضا لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمة لمكسوره، ثم إنه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب { ١ } الغير المنخرجة عن المالية أيضا بلزوم الغرر، فإن بيع ما لا يعلم صحته، وفساده لا يجوز إلا بناء على أصالة الصحة، واشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتداد بوجود العيوب وعدمها، وقد صرح العلامة وجماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية في العين الغائبة، وسيجئ توضيحه في باب الخيارات انشاء الله.

مسألة: المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره { ٢ } والفأر بالهمزة قبل جميع فأرة كتمر وتمرة.
وعن النهاية أنه قد لا يهمز تخفيفا ومستند الحكم العمومات { ٣ } الغير المزاحمة بما يصلح

{ ١ } قوله ثم إنه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب. بلزوم الغرر لا اشكال فيه إذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحا غير غرري لعدم الجهل به والاطلاع على حاله بالاختبار ونحوه - وكان الغرض منه دفع الالتزام بالعيوب إذا ظهر الخطأ - نعم - يصح هذا الاشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر فإنه يوجبه ولا يرفعه.

بيع المسك في الفأرة

{ ٢ } قوله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأرة

{ ٣ } مقتضى العمومات والسيرة جواز بيع ذلك

للتخصيص عدا توهم النجاسة { ١ } المندفع في باب النجاسات بالنص والاجماع { ٢ } أو توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة في دفع الغرر ويندفع بما تقدم من بناء العرف على الأصل في نفي الفساد { ٣ } وبناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار في الأوصاف التي تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. وأما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا يعلم إلا بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روي في التذكرة رسالة عن الصادق عليه السلام جواز بيعه لكن لم يعلم إرادة ما في الفأرة، وكيف كان. فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذي له دخل في القيمة، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيط فيها بإبرة، ثم اخراجه وشمه

واستدل لعدم الجواز بوجهين:

{ ١ } أحدهما: أنه دم ولا يجوز بيع النجس

{ ٢ } وأجاب عنه المصنف قدس سره: بأنه ليس بنجس للنص (١) والإجماع.

ويمكن أن يجاب عنه - مضافا إلى ذلك بوجهين -:

أحدهما: عدم كونه نجسا إما للاستحالة - فتدبر - أو لأن المادة من أصلها ليست

مادة دم بل هي جرم خاص.

ثانيهما: إنه لا دليل على بطلان بيع الدم الذي ينتفع به منفعة محللة معتد بها، كما تقدم

تفصيل القول في ذلك في الجزء الأول من هذا الشرح.

الثاني: إنه مجهول ولا يجوز بيع المجهول كما تقدم.

وفيه: إنه تارة يحتمل الفساد، وأخرى لا يحتمل ذلك، ويكون الفاقد لوصف محتمل

من مراتب الصحيح

أما في الصورة الأولى فقد أفاد المصنف قدس سره

{ ٣ } إن بناء العرف على أصالة الصحة في نفي الفساد - وقد تقدم ما في ذلك في

المسألة السابقة

والحق أنه مع اخبار البايع بالسلامة إن كان مؤتمنا أو اشتراط الصحة ولو

(١) الوسائل - باب ٤٣ - من أبواب لباس المصلي - وباب ٩٥ و ٩٧ - من أبواب آداب الحمام.

ثم لو شمه ولم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه، ولو بكونه جزءاً أخيراً لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخيط والإبرة مرارا وجهه، مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم، { ١ } فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط، ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف وهو كذلك، وصرح بعدم جواز بيع البيض في بطن الدجاج للجهالة وهو حسن، إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر والصغر.

بالشرط الضمني يصح البيع لارتفاع الغرر.
أما بالأول فلما (١) دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات وما دل (٢) على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن إن كان مؤتمنا بعد إلغاء خصوصية المورد.
وأما بالثاني فلما تقدم في المسألة السابقة - وبدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر وأما في الصورة الثانية فإن لم تختلف القيمة باختلاف الأوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر وإن كان يختلف به القيمة فيصح مع اخبار البائع أو الاشتراط ولو ضمنا وبدونه يحتمل الوجهان وجه البطلان لزوم الغرر وجه الصحة سيرة المتشركة من التجار وغيرهم على البيع بدون الاختبار والأحوط أن يختبر بفتقهما بإدخال خيط فيها بإبرة ثم اخراجه وشمه.

{ ١ } قوله وجه مبني على ضمان النقص في المقبوض بالسوم وفيه أنه يمكن القول بعدم الضمان وإن قلنا بالضمان في تلك المسألة: فإن المشتري إن اختبر مع إذن البائع كان ظاهر ذلك هو المجانية وعدم ضمان النقص وهذا بخلاف المقبوض

بالسوم.

{ ٢ } قوله عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف.

الاشكال في بيع اللؤلؤ إنما يكون من جهتين - الأولى - من جهة الجهل بالوجود - الثانية - من جهة الجهل بالصفة وإنما يصح البيع مع التعارف إذا ارتفع الجهل من الجهتين للتعارف - وإلا فلا يصح -

(١) الحجرات: ٦.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع.

مسألة: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه وعدمه، { ١ } لأن ضم المعلوم إليه لا يخرج عن الجهالة، فيكون المجموع مجهولا، إذ لا نعني بالمجهول ما

كان كل جزء جزء منه مجهولا، ويتفرع على ذلك أنه لا يجوز بيع سمك الآجام ولو كان مملوكا لجهالته وإن ضم إليه القصب أو غيره، ولا اللبن في الضرع ولو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور، كما في الروضة وعن الحدائق: وخص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضمًا إلى المعلوم، وجوزوا بيعه إذا كان تابعا للمعلوم، وهو المحكي عن المختلف وشرح الإرشاد لفخر الاسلام والمقتصر، واستحسنه المحقق والشهيد الثانيان. ولعل المانع لا يريدون إلا ذلك، نظرا إلى أن جهالة التابع لا يوجب الغرر، ولا صدق اسم المجهول على المبيع عرفا، حتى يندرج في اطلاق ما دل من الاجماع على عدم جواز بيع المجهول. فإن أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول، خلافا للشيخ في النهاية، وابن حمزة في الوسيلة، والمحكي عن الإسكافي والقاضي، بل في مفتاح الكرامة أن الحاصل من التبع أن المشهور بين المتقدمين هو الصحة، بل عن الخلاف والغنية الاجماع في مسألة السمك، واختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية والمحدث العامل والمحدث الكاشاني. وحكى عن ظاهر غاية المراد وصريح حواشيه على القواعد

بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم
{ ١ } قوله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه وعدمه
الأقوال في المسألة - أي في بيع المجهول مع الضميمة - ثلاثة:
أحدها: الجواز مطلقا، ذهب إليه السيد في محكي الانتصار.
الثاني: ما هو المشهور بين الأصحاب وهو عدم الجواز كذلك.
الثالث: ما عن المختلف وشرح الإرشاد وغيرهما، وهو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع، وبين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.
والحق يقتضي البحث في موضعين:
الأول: فيما تقتضيه النصوص الخاصة

وحجتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتي السمك واللبن وغيرهما.

ففي مرسلة البنزطي التي إرسالها كوجود سهل فيها سهل، { ١ } عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيئاً من سمك فباع [فبيع] وما في الأجمة.

ورواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب، والمراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة واللاحقة. { ٢ } ورواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء، قال يصيد كفا من سمك تقول أشتري منك هذا السمك، وما في هذه الأجمة بكذا وكذا.

الثاني فيما تقتضيه القواعد

أما الموضوع الأول فملخص القول فيه، أن بعض النصوص يدل على أنه يصح بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البنزطي (١) المذكور في المتن { ١ } قوله التي إرسالها كوجود سهل فيها سهل

أما كون إرسالها سهلاً فلأن المرسل هو البنزطي الذي لا يرسل إلا عن ثقة ومن أصحاب الإجماع وأما كون وجود سهل سهلاً، فلأن الأظهر عند جماعة الاعتماد على رواياته منهم الوحيد

ونحوه خبر أبي بصير (٢) المذكور في المتن، فإنهما ظاهران في صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه إلى المعلوم ينحو الجزئية،

وفي المتن أن رواية (٣) معاوية بن عمار المذكورة فيه من هذا القبيل قال { ٢ } والمراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة واللاحقة

وفيه أن ظاهر الخبر شراء رقبة الأرض مع ما فيها من القصب لا شراء السمك فهو أجنبي عن المقام

وجملة من تلك النصوص تدل على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) نفس المصدر حديث ٦.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

وموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه، قال: سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع، قال: لا، إلا أن يحلب لك في سكرجة، { ١ } فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة، وعليها تحمل صحيحة العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع البانها بغير كيل، قال: نعم حتى تنقطع أو شيء منها، بناء على أن المراد بيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، { ٢ } أو يبيع شيء منه محلوب في الخارج، وما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه. وفي الصحيح إلى ابن محبوب عن أبي إبراهيم الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهما، قال: لا بأس إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف.

كموثق سماعة (١) المذكور في المتن، فتأمل فإنه قابل للحمل على الجهل بالوجود { ١ } قوله يحلب لك في سكرجة - السكرجة معرب سكره وهي بالفارسية وعاء متخذ من الطين يحلب فيه اللبن وصحيح العيص (٢) المذكور في المتن. { ٢ } قوله بناء على أن المراد بيع البن الذي في الضرع بتمامه وفيه أن المراد بالانقطاع إن كان هو النفاذ - فلا تعرض فيه لاعتبار الضميمة إذ المراد حينئذ من قوله أو شيء منه يبيع بعض اللبن - وإن كان المراد به الانفصال من الضرع

وإن كان حينئذ المراد من قوله أو شيء منه انفصال بعض اللبن وبيعه منضمًا إلى ما في الضرع إلا أن الجزء السابق وهو يبيع جميعه مع الانفصال يبيع المجهول ولم يعتبر فيه الضميمة فما هو ظاهر المتن من حمل الانقطاع على النفاذ - وحمل أو شيء منه على حلب شيء من اللبن وضمه إلى ما في الضرع - تفكيك بين الجملتين وحمل لهما على معنيين لا تقابل بينهما أصلاً. وبعضها يدل على أن يبيع مجهول الوجود يصح مع الضميمة كصحيح الكرخي (٣) المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.
(٢) نفس المصدر حديث ١.
(٣) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

وموثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل، يتقبل بخراج الرجال وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطيور وهو لا يدري، لعله لا يكون شئ من هذا أبداً أو يكون، أيشتره وفي أي زمان يشتره ويتقبل به، قال عليه السلام إذا علم من ذلك شيئاً واحداً. أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به. وظاهر الأخيرين كموثقة سماعة أن الضميمة المعلومة إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإن ما في الاسكرجة غير معلوم بالوزن والكيل. وكذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي، مع أن المشهور، كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الإجماع، والقائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخي، مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما في البطون إلى الأصواف، فتبين أن الرواية لم يقل أحد بظاهرها، { ١ } ومثلها في الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول، روايتا أبي بصير والبنظي فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون. ولذا جعلوه من الربويات، ولا ينافي ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن في بيع الكثير منه كالذي لا يدخل في الوزن لكثرتة كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. وأما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك إلا بقريئة روايتي أبي بصير والبنظي التين عرفت حالهما، فتأمل.

حيث إن المفروض فيه الجهل بالوجود ونحوه موثق (١) إسماعيل المذكور في المتن. { ١ } وأورد عليها: المصنف قدس سره: بأنها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه إلى مجهول

آخر، إذ الأصواف على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها ولا يصح بيعها منفردة، والمستخرج والمتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البنظي وخبر أبي بصير غير معينين، وما في الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن، وعلى هذا فلم يفت أحد بمضمونها فلا بد من رد علمها إلى أهلها. وفيه: إن اطلاقات النصوص واردة في مقام بيان شئ آخر وهو تصحيح بيع

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

ثم على تقدير الدلالة إن أريد انتزاع قاعدة منها وهي جواز ضم المجهول إلى المعلوم وإن كان المعلوم غير مقصود، إلا حيلة لجواز نقل المجهول، فلا دلالة فيها على ذلك، ولم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة، بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإننا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم، وإن أريد الاقتصار على مورد النصوص وهو بيع سمك الآجام ولبن الضرع وما في البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الاغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل، من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقي الكلام في توضيح التفصيل المتقدم، وأصله من العلامة قال في القواعد في باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وإن انضم إلى معلوم. ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا، انتهى.

وارتضى هذا التفصيل جماعة ممن تأخر عنه إلا أن مرادهم من المقصود والتابع غير واضح والذي يظهر من مواضع من القواعد والتذكرة: إن مراده بالتابع ما يشترط دخوله في البيع، { ١ } وبالمقصود ما كان جزء، قال في القواعد في باب الشرط في ضمن البيع:

المجهول لا تصحح بيع الضميمة، فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة. وبعبارة أخرى: إن النصوص إنما سيقت لبيان أنه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة وليست في مقام بيان ما يعتبر في الضميمة، فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة.

فالحق أنها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة، ولكن لا تختص تلك بصورة كون المجهول تابعا، وتكون مختصة بموارد خاصة وليست لها اطلاق أو عموم يتمسك به للتعدي عنها.

وأما الموضع الأول: فإن لم يكن المجهول تابعا لا كلام في البطلان للغرر. وأما التابع فله معان:

{ ١ } أحدها: ما عن العلامة في القواعد والتذكرة، وهو: إن التابع ما أخذ شرطا

لو شرط أن الأمة حامل والدابة كذلك صح، أما لو باع الدابة وحملها
والجارية وحملها، بطل لأن كلما لا يصح بيعه منفردا لا يصح جزء من المقصود
ويصح تابعا، انتهى.

وفي باب ما يندرج في المبيع قال: السادس العبد، ولا يتناول ماله الذي ملكه
مولاه إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا إن العبد يملك فينتقل إلى المشتري مع العبد،
وكان جعله للمشتري ابقاء له على العبد، فيجوز أن يكون مجهولا أو غائبا. أما إذا
أحلنا تملكه وباعه وما معه صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع، انتهى.
وبمثل ذلك في الفرق بين جعل المال شرطا وبين جعله جزء صرح في التذكرة
في فروع مسألة تملك العبد وعدمه معللا بكونه مع الشرط كماء الآبار وأخشاب
السقوف.

وقال في التذكرة أيضا في باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع أمه جاز
إجماعا.

وفي موضع من باب الشرط في العقد: لو قال بعتك هذه الدابة وحملها لم يصح
عندنا، لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله مستقلا بالشراء ولا جزء.
وقال أيضا: ولو باع الحامل ويشترط للمشتري الحمل، صح لأنه تابع
كأساس الحيطان وإن لم يصح ضمه في البيع مع الأم للفرق بين الجزء والتابع.
وقال في موضع آخر: لو قال بعتك هذه الشياة وما في ضرعها من اللبن لم يجز
عندنا، وقال في موضع آخر لو باع دجاجة ذات بيضة وشرطها صح، وإن جعلها
جزء من المبيع لم يصح

في المبيع في مقابل ما جعل جزء منه، وعليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق في الصحة
في صورة الإشتراط بين أن يكون الشرط أصلا في الغرض أو تابعا، كما لا فرق في البطلان
على الجزئية بين الصورتين.

وأورد على ذلك المحقق الثاني: بأن هذا الفرق ليس بشيء لأن العبارة لا أثر لها.
ورده المحقق النائيني قدس سره: بأن الجزء يقسط عليه الثمن، فإذا كان مجهولا يفسد
البيع،

وهذا بخلاف الشرط، فإن الثمن يقع بإزاء المشروط، وهو معلوم.
وفيه: تارة يكون الالتزام البيعي أجنبيا عن الالتزام الشرطي، وإنما أخذ الأول

وهذه كلها صريحة في عدم جواز ضم المجهول على وجه الجزئية من غير فرق بين تعلق الغرض الداعي بالمعلوم أو المجهول. وقد ذكر هذا المحقق الثاني في جامع المقاصد في مسألة اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: وما قد يوجد في بعض الكلام من أن المجهول إن جعل جزء من المبيع لا يصح وإن اشترط صح، ونحو ذلك، فليس بشئ لأن العبارة لا أثر لها والمشروط محسوب من جملة المبيع، ولأنه لو باع الحمل والأم صح البيع، ولا يتوقف على بيعها، واشترطه انتهى.

وهو الظاهر من الشهيدين في اللعنة والروضة حيث اشترط في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع، وقد صرح الشيخ في مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال، وعن الشهيد: لو اشتراه وماله صح، ولم يشترط علمه ولا التفصي من الربا إن قلنا إنه يملك، وإن أحلنا ملكه اشترط. قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءا من المبيع، فالأقوى الصحة، لأنه بمنزلة الاشتراط ولا يضر الجهالة لأنه تابع، انتهى.

واختاره جامع المقاصد، ثم التابع في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به ما يعد في العرف تابعا، كالحمل مع الأم، واللين مع الشاة، والبيض مع الدجاج، ومال العبد معه والباع في الدار، والقصر في البستان، ونحو ذلك { ١ } مما نسب البيع عرفا إلى المتبوع لا إليهما معا وإن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتابع خاصة، كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل.

ظرفا للثاني خاصة من جهة أنه لا عبرة بالالتزام الابتدائي، كما لو كان الالتزام البيعي لزيد، والشرطي لعمره وأخرى يكونان مرتبطين. أما في الصورة الأولى: فيتم ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، ولا يتم في الثانية، فإن المبيع وإن كان معلوما إلا أنه من جهة تفاوت مالية المبيع بالعرض بوجود الشرط وعدمه لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك { ١ } ثانيهما: ما يظهر من الشهيدين والمحقق الثاني، وهو: إن التابع هو ما يعد في العرف من التوابع، كمفتاح الدار وحمل الأم والبيض الذي في جوف الدجاجة، ونحو تلكم.

وهذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات، كما تقدم عن الدروس وجامع المقاصد، من صحة بيع الأم وحملها، لأن الحمل تابع. قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدم في القواعد: ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعا أن اطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابة في بيع دابة أخرى، إلا أن يقال التبعية إنما تتحقق مع الأم، لأنه حينئذ بمنزلة بعض أجزائها ومثله زخرفة جدران البيت، انتهى. وفي التمثيل نظر، لخروج زخرفة الجدران من محل الكلام في المقام، إلا أن يريد مثال الأجزاء لا مثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدم من اعتبارهم العلم في مال العبد، وفاقا للشيخ رحمه الله مع أن مال العبد تابع عرفي، كما صرح به في المختلف في مسألة

بيع العبد واشترط ماله، ويحتمل أن يكون مرادهم التابع بحسب قصد المتبايعين، وهو ما يكون المقصود بالبيع غيره، وإن لم يكن تابعا عرفيا، كمن اشترى قصب الآجام وكان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام وكان فيها قليل من القصب، وهذا أيضا قد يكون كذلك بحسب النوع، وقد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجة، لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا في ضمن قسبة الأجمة، والأول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها في بيع اللبن في الضرع مع المحلوب منه، { ١ } حيث حمل رواية سماعة المتقدمة على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن ويصير أصلا، والذي في الضرع تابعا.

وعلى هذا أيضا لا نظر إلى الغرض الشخصي أو النوعي. والأظهر في التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزء للمبيع، وبين ما لو أخذ شرطاً. وفي الأول جهالته موجبة للغرر، وفي الثاني لا توجب ذلك. والشاهد على هذا التفصيل هو أهل العرف، فإنهم يفرقون في صدق الغرر بين الموردين. ثم إن التابع بهذا المعنى قسمان:

الأول: ما لا يدخل في ملك المشتري لو لم يصرح في العقد. الثاني: ما يكون بناء العرف والعقلاء على تبعيته في الملكية للمبيع ما لم يصرح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان

{ ١ } ثالثها: ما يظهر من العلامة في المختلف، وهو: إن المراد بالتابع ما يكون تابعا

وقال في مسألة بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمة والمعتمد أن نقول إن كان الحمل تابعا صح البيع، كما لو باعه الأم وحملها، أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن، وضم الحمل فهذا لا بأس به وإلا كان باطلا. وأما الاحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين، فلم نجد عليه شاهدا إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلق الغرض الشخصي بالمجهول وانتفائه على تقدير تعلقه بالمعلوم، ويمكن تنزيل إطلاق عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى وربما احتتمل بعض. بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصودا والمجهول تابعا، كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما ولو لتصحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو وإن سمى ضميمة لكنه المقصود في تصحيح البيع { ١ } قال ولا ينافيه كون المقصود بالنسبة إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض، بإيقاع العقد على شئ معين معلوم لا نزاع فيه، وجعل ذلك من التوابع واللواحق، لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله وعدم حصوله كما أومى إليه في ضميمة الآبق وضميمة الثمر على الشجر، وضميمة ما في الضروع وما في الآجام، انتهى.

ولا يخفى أنه لم يوجد عبارة من عبارتهم تقبل هذا الحمل، إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شرطا، والمعلوم مشروطا، فيريد ما تقدم عن القواعد والتذكرة، ولا أظن إرادة ذلك من كلامه

بالنسبة إلى الغرض من المعاملة، سواء أكان غرضا نوعيا أو شخصيا، مثل ما لو أراد شراء السرج وكان مالكة لا يبيعه بدون الفرس فاشترهما معا، فإن الفرس تابع بهذا المعنى، والظاهر أن جهالة التابع بهذا المعنى مضرة وموجبة للغرر.

{ ١ } رابعها: ما يظهر من المحقق القمي وصاحب الجواهر، وهو: إن التابع ما هو كذلك في الجعل والتباني وإن كان هو المقصود بالأصالة وإنما يجعل تبعا لتخلصا عن الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض بايقاع العقد على شئ معين معلوم لا نزاع فيه ويجعل ذلك من اللواحق. والظاهر عدم كفاية ذلك، وإلا لزم تجويز بيع كل مجهول.

بقريئة استشهاده بأخبار الضميمة في المورد المتفرقة، والأوفق بالقواعد أن يقال: أما الشرط والجزء فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة، وأما قصد المتبايعين بحسب الشخص. فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجودا وعدما، لأن الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصية، بل وكذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف من كون قيمة المعلوم تقارب الثمن المدفوع له وللمجهول. وأما التابع العرفي فالمجهول منه وإن خرج عن الغرر عرفا، إلا أن المجهول منه جزء داخل ظاهرا في معقد الاجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقع على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا { ١ } خرج عن بيع الغرر وعن معقد الاجماع على اشتراط كون المبيع معلوما فيقتصر عليه، هذا كله في التابع من حيث جعل المتبايعين. وأما التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع، وإن لم ينضم إليه حين العقد، ولم يخطر ببال المتبايعين. فالظاهر عدم الخلاف والاشكال في عدم اعتبار العلم به، إلا إذا استلزم غررا في نفس المبيع، إذ الكلام في مسألة الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع لا الساري من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

وإن شئت قلت إن الجهالة توجب غررية المعاملة، ومجرد البناء على كونه تابعا لا يوجب رفع الغرر.

{ ١ } قوله نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر محصله اعتبار التبعية في مقام الوجود وفي مقام الجعل والانشاء بأخذه شرطا لا جزء وقد مر أن هذا هو الأظهر.

مسألة: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة {١} على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة. بل عن فخر الاسلام التصريح بدعوى الاجماع قال: فيما حكى عنه: نص الأصحاب على أنه يجوز الاندار للظروف بما يحتمل الزيادة والنقيصة، فقد استثنى من المبيع أمر مجهول واستثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصورة، فإنه لا يبطل اجماعاً، انتهى. والظاهر أن اطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع ولو من أول الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً، ثم إن الأقوال في تفصيل المسألة ستة: {٢}

الأول: جواز الاندار بشرطين: كون المندر متعارف الاندار عند التجار وعدم العلم بزيادة ما يندره، وهو للنهية والوسيلة وعن غيرهما. الثاني: عطف النقيصة على الزيادة في اعتبار عدم العلم بها وهو للتحرير. الثالث: اعتبار العادة مطلقاً ولو علم الزيادة أو النقيصة ومع عدم العادة فيما يحتملها وهو لظاهر اللمعة وصريح الروضة. الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة والنقيصة، فيجوز مطلقاً، وما علم الزيادة فالجواز بشرط التراضي. الخامس: عطف العلم بالنقيصة على الزيادة. وهو للمحقق الثاني ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصة. السادس: إناطة الحكم بالغرر.

الاندار للظروف

{١} قوله: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة والنقيصة هذا هو المشهور بين الأصحاب وعن فخر الاسلام دعوى الاجماع عليه {٢} وأما الأقوال التي نقله المصنف فهو كما أفاده أقوال في تفصيل المسألة والفرق بين هذه المسألة والمسألة الآتية واضح حيث إن محل البحث في تلك المسألة بيع المظروف مع ظرفه ومحل البحث في المقام بيع المظروف بدون ظرفه

ثم إن صورة المسألة أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشرة أرطال، فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض وقلنا بكفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا على ما هو مفروض المسألة ومعقد الاجماع المتقدم، { ١ } فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا. وحينئذ فلا يحتاج إلى الانذار لأن الثمن والثلث معلومان بالفرض، { ٢ } وأخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول: بعته كل رطل بدرهم، { ٣ } فيجئ مسألة الانذار للحاجة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

ويمكن أن يحزر المسألة على وجه آخر وهو أنه بعدما علم وزن الظرف والمظروف، وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفردا، فانذار أي مقدر للظرف يجعل وزن المظروف في حكم المعلوم، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار، والتراضي أو بغير ذلك.

{ ١ } قوله على ما هو مفروض المسألة ومعقد الاجماع المتقدم والظاهر كما سيأتي أن مورد فتوى المشهور هو الانذار بعد البيع لتعيين ما يستحقه البائع لا الانذار حين البيع ولا يتوقف ذلك على القول بكفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا كما عرفت فهذا ليس مفروض المسألة ولا معقد الاجماع. وكيف كان فالكلام في المقام يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يستفاد من النصوص.

أما المقام الأول: فملخص القول فيه: إن بيع المظروف يتصور على وجوه: { ٢ } أحدها: أن يوزن المظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملة بكذا وفي هذه الصورة لا يحتاج إلى الانذار، وقد حكم المصنف رحمه الله بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن

المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا.

ولكن بناء على هذا وإن كان يتم ما أفاده

إلا أن الكلام في المبني، إذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، وفي المقام وزنه غير معلوم، ومعلومية وزنه منضمنا إلى شيء آخر لا تكفي. فالأظهر هو البطلان.

{ ٣ } ثانيهما أن يوزن المظروف مع ظرفه ثم يباع المظروف على وجه التسعير

فالكلام في تعيين المقدار المندر، لأجل احراز شرط صحة بيع المظروف { ١ } بعد قيام الاجماع على عدم لزوم العلم بوزنه، بالتقدير، أو بأخبار البائع، وإلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين حيث أناط المقدار المندر بما لا يحصل معه غرر، واعترض على ما في القواعد ومثلها من اعتبار التراضي في جواز اندار ما يعلم زيادته، بأن التراضي لا يدفع غررا ولا يصحح عقدا، وتبعه في ذلك بعض أتباعه، ويمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من البيع على جواز الاندار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعا على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز اندار مقدار معين، إذ الاندار حينئذ لتعيين الثمن { ٢ } فتأمل:

وكيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقيين فإن جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين وغيرهما خصوا اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، فلو كان الاندار لاحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان معتبرا مطلقا، إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض، وقد صرح المحقق والشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة أو النقيصة بأن الاندار من دون التراضي تضييع لمال أحدهما، ولا يخفى أنه لو كان اعتبار الاندار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقق تضييع المال لأن الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائدا أو ناقصا، هذا مع أنه إذا فرض

بأن يقول: بعته كل رطل بدرهم

والكلام في هذه الصورة يقع في جهتين:

{ ١ } الأولى: في أنه هل يعتبر الاندار قبل العقد لتصحيح البيع أم لا

{ ٢ } الثانية: في الاندار للحاجة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم

أما الأولى: فقد تقدم الكلام فيها في مسألة بيع صاع من صبرة، وعرفت أن الأظهر هو البطلان إذا كان وزنه بتمامه غير معلوم.

وأما الثانية: فالأظهر هو الاكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع وأن الاندار في هذا المقام لا يضر، فلو عين مقدارا للظرف وتراضيا عليه مع احتمال الزيادة والنقيصة

كون استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقيصة، { ١ }
فالتراضي على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غررا، بل يكون
كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قاذح في صحة البيع، مثلا لو كان
المجموع عشرة أرطال، وكان المعتاد اسقاط رطل للظرف، فإذا تراضيا على أن يندر
للظرف رطلان فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلا ولو تراضيا على اندار نصف
رطل، فقد اشترط المشتري جعل ثمن تسعة أرطال ونصف ثمنا للتسعة،
فلا معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضي في اندار ما علم زيادته أو
نقيصته بأن التراضي لا يدفع غررا، ولا يصحح عقدا، وكيف كان. فالظاهر هو
الوجه الأول، فيكون دخول هذه المسألة في فروع مسألة تعيين العوضين من حيث
تجوز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول، كما عنون المسألة بذلك في اللمعة، بل نسبه
في الحدائق إليهم لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد والتواطئ
على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار.
وذكر المحقق الأردبيلي رحمه الله في تفسير عنوان المسألة، أن المراد أنه يجوز بيع
الموزون بأن يوزن مع ظرفه، ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً، بحيث
يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد ولا أنقص، بل وإن تفاوت لا يكون إلا بشيء
يسير متساهل به عادة، ثم دفع ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع، انتهى.

لا اشكال فيه، إذ البيع على الفرض تام الأجزاء والشرائط، والتراضي إنما يكون في
مرحلة تسليم حق البائع، وفي هذا المقام كما له أن يبرء المشتري عن الثمن بتمامه أو
بعضه،

كذلك له التراضي على مقدار معين وبراءه عن الزيادة لو كان، وللمشتري أيضا أن يرضى
بأن يأخذ البائع أكثر مما يستحقه.

{ ١ } قوله استقرار العادة على اندار مقدار معين يحتمل الزيادة والنقيصة
هذا دفع لما أورده بعض الأساطين على من اكتفى بالتراضي في اندار ما يعلم زيادته
بأن التراضي لا يدفع غرر أو حاصله أنه لو فرض استقرار العادة على اندار مقدار معين
فالتراضي على الزائد عليه أو الناقص يكون كاشتراط زيادة مقدار على المبيع غير قاذح في
صحة البيع ولا يكون ذلك من الغرر في شيء.

فظاهره الوجه الأول الذي ذكرنا حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، وجعل الانذار لأجل تعيين الباقي الذي يجب عليه دفع ثمنه. وفي الحدائق في مقام الرد على من الحق النقيصة بالزيادة في اعتبار عدم العلم بها، قال: إن الانذار حق للمشتري، لأنه قد اشترى مثلاً مائة من من السمن في هذه الظروف، فالواجب قيمة المائة المذكورة وله اسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن، انتهى.

وهذا الكلام وإن كان مؤيداً لما استقر بناه في تحرير المسألة، إلا أن جعل الانذار حقاً للمشتري والتمثيل بما ذكر لا يخلو عن نظر، فإن المشتري لم يشتر مئة من من السمن في هذه الظروف، لأن التعبير بهذا من العلم بعدم كون ما في هذه الظروف مئة من لغو، بل المبيع في الحقيقة ما في هذه الظروف التي هي مع المظروف مئة من، فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الانذار ولا حق للمشتري وإن اشتراه على وجه التسعير بقوله: كل من بكذا، فالانذار، إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمة المئة كما ذكره المحدث. وقد علم مما ذكرنا أن الإنذار الذي هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن، إنما هو لتعيين حق البائع وليس حقاً للمشتري.

ثالثها: أن يوزن الظرف والمظروف ثم ينذر مقدارا للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك، كما لو وزن المجموع وكان عشرة أرطال ثم أندر رطلين للظرف فباع المظروف الذي هو ثمانية

أرطال تخميناً بعد الأندار بمبلغ معين. وفي هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الاعتياد معلوماً واطمأن بأن وزنه بالمقدار الذي أندر صح البيع للاطمئنان بوزن المبيع، فلا جهالة ولا غرر، وإلا بطل البيع للجهالة والغرر. والتراضي لا يصحح البيع الغرري، كما أن معلومية وزن المجموع لا تكفي كما تقدم.

رابعها: أن يبيع مقدارا من المظروف الذي يعلم باشماله عليه، ثم في مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم ينذر مقدارا للظرف ويسلمه إلى المشتري. وفي هذه الصورة يصح البيع، إذ لا غرر ولا جهالة. وأما في مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الأولى - فراجع - هذا ما تقتضيه القواعد.

وأما الأخبار { ١ } فمنها موثقة حنان، قال: سمعت معمر الزيات قال لأبي عبد الله عليه السلام إنا نشترى الزيت في زقاقة، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق، فقال له

إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه { ٢ } قيل: وظاهره عدم اعتبار التراضي.

أقول المفروض في السؤال هو التراضي، { ٣ } لأن الحاسب هو البائع أو وكيله وهما مختاران والمحسوب له هو المشتري والتحقيق أن مورد السؤال صحة الأندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا ثمن أو بثمن مغاير للمظروف، أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها، فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضي المتبايعين عليه، فلا إطلاق فيه يعم صورة عدم التراضي ويؤيده النهي عن ارتكابه مع العلم بالزيادة، فإن المنهي عنه ليس ارتكابه بغير تراض، فافهم.

فالمتحصل منها: إن للأندار صورتين:

إحدهما: الأندار بعد البيع وفي مقام الوفاء.

ثانيتها: الأندار في ضمن المعاملة.

وفي الصورة الأولى: الأندار لا يضر بصحة المعاملة إن كانت صحيحة في نفسها.

ثم هو إن كان بما هو المعتاد الذي عليه بناء العرف والعقلاء لا يعتبر فيه التراضي،

وإلا اعتبر فيه ذلك.

وفي الصورة الثانية: إن كان بالمتعارف صح البيع، وإلا بطل حتى مع التراضي.

{ ١ } وأما بحسب الأخبار: فما ورد من النصوص في المقام ثلاثة.

{ ٢ } الأول موثق حنان (١) عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

{ ٣ } قوله المفروض في السؤال هو التراضي لأن الحاسب هو البائع أو وكيله

كون الحاسب هو البائع لا يكون شاهد التراضي فإنه ربما لا يرضى المشتري به وعلى

أي حال فقد مر ظهور الخبر في اعتبار التراضي.

(١) - الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.

فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضي، مثل رواية علي بن أبي حمزة قال سمعت معمر الزيات: يسأل أبا عبد الله عليه السلام قال: جعلت فداك نظرح ظروف السمن والزيت كل ظرف كذا وكذا رطلا، فربما زاد وربما نقص، قال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس، { ١ } فإن الشرط فيه مسوق لبيان كفاية التراضي في ذلك وعدم المانع منه شرعا فيشبه التراضي العلة التامة الغير المتوقفة على شيء، ونحوه اشتراط التراضي في خبر علي بن جعفر المحكي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع وزنا في الناسية والجوالق، فيقول: ادفع الناسية رطلا أو أكثر من ذلك أيحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس، إذا تراضيا، { ٢ } ثم إن قوله إن كان يزيد وينقص في الرواية الأولى يحتمل أن يراد به الزيادة والنقيصة في هذا المقدار المندر في شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه، أو بمعنى أنه يزيد في بعض الزقاق وينقص في بعض آخر، وأن يراد به الزيادة والنقيصة في نوع المقدار المندر { ٣ } في نوع هذه المعاملة، بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض أخرى النقيصة. وهذا هو الذي فهمه في النهاية، حيث اعتبر أن يكون ما ينذر للظروف مما يزيد تارة وينقص أخرى، ونحوه في الوسيلة ويشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير يزيد وينقص إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، وللثاني عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، وللثالث ما ورد في بعض الروايات { ٤ } من أنه ربما يشتري الطعام من أهل السفينة ثم يكيه فيزيد. قال عليه السلام: وربما نقص، قلت: وربما نقص، قال: فإذا نقص ردوا عليكم، قلت: لا، قال: لا بأس.

{ ١ } الثاني خبر علي بن حمزة (١) المذكور في المتن.
 { ٢ } الثالث خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام المذكور في المتن (٢).
 { ٣ } قوله وأن يراد به الزيادة والنقيصة في نوع المقدار المندر.
 سيأتي أن هذا الاحتمال هو المتعين، وخبر علي بن أبي حمزة صريح في ذلك
 { ٤ } وأما الرواية التي استشهد بها لتعيين إرادة هذا الاحتمال فهي أجنبية عن مسألة الاندار.

(١) - الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١ - ٣
 ٢ - نفس المصدر حديث ٣.

فيكون معنى الرواية أنه إذا كان الذي يحسب لكم زائدا مرة وناقصا أخرى، فلا بأس بما يحسب، وإن بلغ ما بلغ، وإن زاد دائما فلا يجوز إلا بهبة أو ابراء من الثمن أو مع التراضي، بناء على عدم توقف الشق الأول عليه، ووقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاق صاحب الزيت، وكيف كان فالذي يقوى في النظر هو المشهور بين المتأخرين من جواز اندار ما يحتمل الزيادة والنقيصة، لأصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن، { ١ } لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الحال.

{ ١ } قوله لأصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بأنه بمفاد ليس التامة وإن كان صحيحا إلا أنه لا أثر له

وبمفاد ليس الناقصة ليست له حالة سابقة واجراء العدم المحمولي لترتيب آثار العدم النعتي مثبت

يرد عليهما أن أصالة عدم زيادة المبيع عليه لا تجري للعلم بعدم زيادة المبيع على ما في الظرف من غير فرق بين الاندار حين البيع والانداز بعده لأن المفروض كون المبيع ما في الظرف

ويرد على المحقق النائيني رحمه الله - أن أصالة عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري تجري لا لاثبات كون ما يعطيه تمام ما يستحقه كي يقال إنه مثبت بل لبراءة ذمته.

وتمام الكلام في هذه الروايات بالبحث في جهات الأولى: في سندها.

فالأولان موثقان، وأما الثالث فليس في طريقه من لم يوثق إلا عبد الله بن الحسن. ثم إن الغالب على الظن كون الأولين حاكين عن قضية واحدة، إذ من المستبعد سؤال الزيات عن أبي عبد الله عليه السلام مسألة واحدة مرتين. والله العالم.

الثانية: في أن موردها هو الاندار بعد البيع أو الأندار في ضمن المعاملة.

ظاهر قوله في موثق حنان فيحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان على

الاشتراء، فهو من الاندار بعد المعاملة لتسليم حق المشتري إليه وإن أبيت عن ذلك فلا أقل من احتمالها في مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية وبيانا لكيفية الاشرء، فلا يمكن استفادة حكم مخالف للقاعدة منه.

وأما مع العلم بالزيادة أو النقص، فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها، لعله مراد من لم يقيد بالعلم ومع الجهل بها أو عدمها، فلا يجوز إلا مع التراضي، لسقوط حق من له الحق، سواء تواطئا على ذلك في متن العقد بأن قال: بعتك ما في هذه الظروف كل رطل بدرهم على أن يسقط لكل ظرف كذا، فهو هبة له، أو تراضيا عليه بعده باسقاط من الذمة أو هبة للعين. هذا كله مع قطع النظر عن النصوص. وأما مع ملاحظتها، فالمعول عليه رواية حنان { ١ } المتقدمة

وأما خبر علي بن أبي حمزة فإن كان متحدا مع خبر حنان فلا كلام، وإلا فيمكن أن يقال إنه مهمل من هذه الجهة.

وأما خبر علي بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فيقول... الخ على اشتراء المتاع كون الانداز بعد البيع، وما في ذيله أيحل ذلك البيع قابل للحمل على إرادة حلية البيع بلازمه

من حيث إن الانداز من توابع البيع المتعلق بما له ظرف. وعليه فهذا الخبر أيضا ظاهر في الانداز بعد البيع، وقد مر أن جواز الانداز بعد البيع مما تقتضيه القواعد، فإذا ما تقتضيه القواعد وتدل عليه النصوص هو جواز الانداز بعد البيع الذي هو المتعارف من الانداز، والظاهر أن ما هو المشهور بين الأصحاب أيضا ذلك.

الثالثة: في القيود المعبرة فيه.

ظاهر موثق حنان في بادئ النظر اعتبار احتمال الزيادة والنقصان، وظاهر الأخيرين اعتبار التراضي.

وقد يقال في الجمع بين النصوص كما عن صاحب الجواهر رحمه الله: بأنه يحمل الموثق على

صورة العادة المقتضية للانذار بذلك المقدار، ولذا لم يعتبر فيه التراضي، ويحمل الخبرين الأخيرين على ما إذا لم تكن هناك عادة، ولذا اعتبر فيهما التراضي. وفيه: إنه جمع تبرعي لا شاهد له.

{ ١ } وقد يقال كما في المكاسب: إن المعول عليه رواية حنان والظاهر أنه لضعف سند الأخيرين أو ضعف سند الأخير واتحاد الأول منهما مع الموثقة

الظاهرة في اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفا، { ١ } واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظلوف بحسب حاله، وكان الشيخ رحمه الله في النهاية فهم ذلك من الرواية،

فغير بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب وحيث إن ظاهر الرواية جواز الانداز واقعا، بمعنى عدم وقوعه مراعي بانكشاف الزيادة والنقيصة علمنا بها كذلك، فيكون مرجع النهي عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهي عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به، فإن ذلك يحتاج إلى هبة جديدة ولا يكفي اقباضها من حيث كونها حقا للمشتري، هذا كله مع تعارف انداز ذلك المقدار وعدم العلم بالزيادة. وأما مع عدم القيد، فمع الشك في الزيادة والنقيصة وعدم العادة يجوز الأنداز، لكن مراعي بعدم انكشاف أحد الأمرين ومعها يجوز بناء على انصراف العقد إليها، لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدا يكون كالشرط في ضمن العقد، لأن هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له.

{ ١ } وهي ظاهرة في اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاص متعارفا، واعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظلوف بحسب حاله.

ما أفاده رحمه الله من أن المعول عليه خصوص الموثق متين. وأما ما أفاده من أن ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفا، فيرد عليه: إن ظاهره كصريح خبر علي بن أبي حمزة احتمال الزيادة والنقصان، وهذا لو لم يختص بصورة عدم التعارف لا يكون مختصا بصورة التعارف كما لا يخفى. والحق أن يقال: إن الزيادات حيث لم يكن سائلا عن معاملة شخصية بل كان سؤاله عن حكم ما هو شغله فلا محالة يكون المراد من قوله عليه السلام إن كان يزيد أو ينقص الزيادة

والنقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض آخر النقيصة الذي هو الاحتمال الثالث في المتاجر فلا محالة يصير ذلك سببا لاحتمال الزيادة والنقيصة في كل معاملة شخصية.

ثم الظاهر أن الحكم المذكور غير مختص بظروف السمن والزيت، بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الاجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه الله وعبارة النهاية والوسيلة والفاضلين والشهيديين والمحقق الثاني رحمه الله، ويؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الإسناد لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف ببيع الشيء فيه وعدم تفريغه منه كقوارير الجلاب والعطريات لا مطلق الظرف اللغوي أعني الوعاء، ويحتمل العموم وهو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم إلى كل مصاحب للمبيع يتعارف ببيعه معه كالشمع في الحلبي المصنوعة من الذهب والفضة، وكذا المظروف الذي يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس في الزقاق. وأما تعدية الحكم إلى كل ما ضم إلى المبيع مما لا يراد ببيعه معه فمما لا ينبغي احتمالها. مسألة: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه، { ١ } وإن لم يعلم إلا بوزن المجموع على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة، إلا ما أرسله في الروضة، ونسب في التذكرة إلى بعض العامة استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد واختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع الجزاف حاصل هنا، والذي يقتضيه النظر أما فيما نحن فيه مما جوز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهالة وزنه، فالقطع بالجواز منضمماً إذ لم يحصل من الانضمام مانع ولا ارتفع شرط.

فمراده عليه السلام أنه إن كان يحتمل الزيادة والنقيصة لا محالة يتراضيان. أما إن كان يحتمل

خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري ففيه بأس.

فالمتحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الأخيرين.

فتحصل: أنه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

بيع المظروف مع ظرفه

{ ١ } قوله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وإن لم يعلم إلا بوزن المجموع

تارة يكون كل من الظرف والمظروف مما يجوز بيعه منفرداً إذا وزن المجموع

وأما في غيره من أحد المنضمين اللذين لا يكفي في بيعه منفردا، معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي، { ١ } كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال وألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفي مثقال. فإن الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء. { ٢ } وأما مع انتفاء الغرر الشخصي

وانحصار المانع في النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل والوزن والاجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل والموزون، فالقطع بالجواز، لأن النص والاجماع إنما دل على لزوم اعتبار المبيع لا كل جزء منه ولو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشي بالشمع وعدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعا لا يضر جهالته وإلا فلا،

وأخرى يكون كل منهما مما لا يجوز بيعه منفردا إذا وزن المجموع وثالثة يكون أحدهما يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر. أما في الصورة الأولى فلا ينبغي التوقف في جواز بيعهما منضما إذا لمقتضى لصحة بيع المجموع موجود، وشرطه وهو العلم بوزن المبيع ومقدار الثمن متحقق، والمانع وهو الغرر مفقود.

وأما في الصورة الثانية فإن كان قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر فلا ريب في الجواز لعدم اعتبار العلم بوزن كل جزء من المبيع بل المعتبر العلم بوزن المجموع، والغرر غير لازم

وإن كانت القيمتان مختلفتين كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال وألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفي مثقال

{ ١ } فقد اختار المصنف رحمه الله بطلان البيع في الفرض معللا { ٢ } بأن الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء ولكن الأظهر هي الصحة - وذلك يظهر بعد بيان مقدمتين

الأولى: إن الغرر المبطل إنما يكون متقوما بالجهل بالوجود أو بالمقدار أو بالصفة وأما الجهل بالقيمة فقط فلا يكون موجبا للغرر ولذا لو علم بوجود المبيع ووصفه ومقداره

ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور: {١} إحداهما: أن يبيعه من ظرفه بعشرة مثلاً، فيقسم الثمن على قيمتي كل من المظروف والظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل قيمة الظرف درهم وقيمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن.
الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا، {٣} فيحتاج إلى اندار مقدار للظرف ويكون قيمة الظرف ما بقي بعد ذلك وهذا في معنى بيع كل منهما منفرداً

ولم يعلم قيمته لا يكون يبيعه غررياً بل لو بيع الشيء بأضعاف قيمته مع العلم لا يكون غرر وإن كان يلام المشتري على ذلك البيع
الثانية: إن الغرر المدعى في المقام إنما يكون من جهة الجهل بالقيمة ولذا لو كانت قيمة كل منهما مساوية لقيمة الآخر لم يكن توقف في الصحة - وعلى هذا - فالبيع في الفرض ليس

غررياً ويكون صحيحاً

ولكن الانصاف هو البطلان في الفرضين من جهة الجهل بوصف المبيع فإنه كما يلزم الغرر لو اشترى المررد بين الذهب والرصاص ولو بقيمة الرصاص يلزم لو اشترى شيئاً مركباً من المجموع مع الجهل بمقدار كل منهما.

وأما في الصورة الثالثة فإن كان ما لا يجوز يبيعه منفرداً تبعاً صح البيع وإلا بطل على القول بالبطلان في الصورة الثانية كما لا يخفى.

{١} قوله ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور.

بيان الصور وأحكامها إنما هو لأجل الاحتياج إلى استرجاع جزء من الثمن لو ظهر الظرف مستحقاً للغير.

وكيف كان ففي المقام صور.

{٢} إحداهما أن يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلاً

وفي هذه الصورة لا ينظر إلى نسبة الوزن بل يسترجع بحسب نسبة القيمة فلو كان وزن الظرف نصف وزن المجموع ولكن كانت قيمته العشر بحسب الثمن أعشار إلا بالمناصفة.

{٣} الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا

الثالثة: أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف والمظروف، { ١ } وطريقة التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك أن يوزن الظرف منفردا وينسب إلى الجملة، ويؤخذ له من الثمن بتلك النسبة، وتبعه على هذا غير واحد ومقتضاه أنه لو كان الظرف رطلين والمجموع عشرة أخذ له خمس الثمن، والوجه في ذلك ملاحظة الظرف والمظروف شيئا واحدا، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع ليساوي ثمنه من المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف والمظروف، { ٢ } لأنه إذا باع كل رطل من الظرف والمظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم على الرطل والمظروف بحسب قيمة مثلهما. فإذا كان قيمة خمس الرطل المذكور الذي هو وزن الظرف الموجود فيه مساويا لقيمة أربعة الأحماس التي هي مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسط الثمن عليه أحماسا.

وفي هذه الصورة يندر مقدار للظرف ثم يسترجع من الثمن ما فضل من حساب كل رطل بكذا في المظروف بلا احتياج إلى النظر إلى نسبة الوزن أو نسبة القيمة. { ١ } الثالثة أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف والمظروف

ولهذه الصورة فرضان

أحدهما أن يلاحظ أرطال المظروف وأرطال الظرف فيبيع جميع أرطالهما كل رطل بدرهم

وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن

ثانيهما: أن يلاحظ كل رطل ملفق من الظرف والمظروف بكذا

وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كما في الصورة الأولى.

{ ٢ } قوله فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا من المركب من الظرف والمظروف الأول إشارة إلى الفرض الأول، والثاني إلى الثاني فتدبر.

مسألة: المعروف بين الأصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف صحيح العقد من فاسده ويسلم من الربا. { ١ }

وعن إيضاح النافع أنه قد يجب، وهو ظاهر عبارة الحدائق أيضا وكلام المفيد رحمه الله في المقنعة أيضا لا يأبى الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى: * (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) * .
وقوله تعالى: انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) * قال فندب إلى الانفاق من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والانفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن مجتنبًا للخبيث من الأعمال، ولا كان على ثقة في تفقه من طيب الاكتساب.

وقال تعالى: أيضا: * (ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا) * فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرم من المتاجر والاكتساب، وجاءت الرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم ثم قال: قال الصادق عليه السلام من أراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه ومن لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات، انتهى.

التفقه في مسائل التجارات

{ ١ } يشهد لوجوب التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلقة بالتجارات، ما يدل على وجوب التعلم في الأحكام الشرعية وهي طائفتان الأولى: ما تضمن الأمر بالتفقه والحث والترغيب على فعله والذم على تركه كآية النفر (١) والنصوص الكثيرة (٢) الثانية: ما تضمن مؤاخذة الجاهل بفعل المعصية لترك التعلم لاحظ ما عن الأمالي عن الإمام الصادق عليه السلام عن قوله تعالى فله الحجة البالغة

(١) التوبة: ١٢٢.

(٢) أصول الكافي ج ١ ص ٣٠ باب فرض العلم.

أقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب إلا أن تعبيره بلفظ ينبغي ربما يدعي ظهوره في الاستحباب، إلا أن الانصاف أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة، فإن معرفة الحلال والحرام واجبة على كل أحد بالنظر إلى ما يتلى به من الأمور، وليس معرفة جميعها مما يتعلق بالإنسان وجوبها فورا دفعة، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، أو عند إرادة الاقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها، فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم، وإن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإن التفاته السابق وعلمه بعدم خلو ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كاف في حسن العقاب، وإلا لم يعاقب أكثر الجهال على أكثر المحرمات، لأنهم يفعلونها وهم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

فقال إن الله تعالى يقول للعبد يوم القيامة عبدي أكنت عالما فإن قال نعم قال له أفلا عملت بما علمت، وإن كان جاهلا قال له أفلا تعلمت حتى تعمل فيخصمه فتلك الحجة البالغة (١)

وأورد عليها المحقق العراقي

باختصاصها بالتعلم الموجب للعلم بالواقع، والمطلوب أعم من ذلك وبأنها ظاهرة في الإرشاد إلى حكم العقل بلزوم الفحص لأجل استقرار الجهل الموجب لعذره

ويرد الأول أن الأمارات قائمة مقام العلم

ويرد الثاني أنها ظاهرة في الإرشاد إلى حكمه بلزوم الفحص عما جعله الشارع، وهذا ينفي كون وجوبه نفسيا، وبعبارة أخرى أن الخبر المذكور ظاهر في كونه في مقام افهام

العبد بما يقال له هلا تعلمت ولو لم يكن وجوبه ارشاديا وكان نفسيا كان له أن يجيب بعدم

علمه بوجوب التعلم، وبالجملة لا كلام في الواجبات المطلقة

إنما الكلام في وجوب التعلم إذا كان الواجب مشروطا بشرط غير حاصل، من جهة أنه في ظرف امكان التعلم لم يثبت وجوب الواجب كي يجب تعلمه مقدمة له، وفي ظرف حصول الشرط لا قدرة له على الامتثال

(١) - تفسير الصافي ج ٢ ص ١٦٩ - ذيل آية ١٤٩ الأنعام ونحوه في تفسير البرهان.

ولذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع، وقد ورد ذم الغافل المقصر في معصيته في غير واحد من الأخبار، ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعي الذي يفعله من غير شعور، كما هو ظاهر جماعة، تبعاً للأردبيلي رحمه الله: من عدم العقاب

على الحرام المجهول حرمة عن تقصير لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه، لكن وجوب تحصيل العلم وإزالة الجهل واجب على هذا القول، كما اعترفوا به.

وتنقيح القول في ذلك وفيما هو مورد بحث المصنف في المقام بالبحث في موارد الأول: في أن التعلم هل هو واجب نفسي تهياً كما اختاره المحقق الأردبيلي وتلميذه الفقيه صاحب المدارك

أم يكون وجوبه وجوباً مقديماً بملاك وجوب المقدمات المفوتة لكونه من متممات الخطاب بذى المقدمة كما اختاره المصنف ونسب إلى المشهور

أم يكون وجوبه ارشادياً

أم يكون وجوبه طريقياً من قبيل وجوب الاحتياط في موارد لزومه كما اختاره المحقق النائيني

الثاني: في أنه هل يكون وجوب التعلم في باب المعاملات شرعياً كما اختاره المصنف في المتن أم لا فرق بين المعاملات وغيرها كما هو الحق.

الثالث إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب وكسب المعيشة إذا كان واجبا أيهما يقدم

أما المورد الأول فقد أشرنا إلى أن فيه مسالك أربعة

أحدها أن وجوبه نفسي تهياً، ولازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم وإن لم يؤد إلى مخالفة الواقع

ثانيها إن وجوبه مقديمي ولازمه استحقاق العقاب على ترك التعلم المؤدي إلى مخالفة الواقع كما هو ظاهر المصنف

ثالثها إن وجوبه طريقي من قبيل وجوب الاحتياط، ولازمه استحقاق العقاب على مخالفة الواقع

رابعها: إن وجوبه ارشادي.

والحاصل أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام، ولا على ترك التعلم، إلا إذا كان حين الفعل ملتفتا إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلة التحريم ووجوب طلب العلم على كل مسلم، وعدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجا على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء، وإن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام. ثم إن المقام يزيد على غيره، بأن الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلف إذا أراد التجارة وبنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضية يحرم عليه ظاهرا الاقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقاله إليه إلا مع العلم بامضاء الشارع لتلك المعاملة، ويمكن أن يكون في قوله عليه السلام: التاجر فاجر، والفاجر في النار إلا من أخذ الحق وأعطى الحق إشارة إلى هذا المعنى بناء على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق وأخذ الحق، فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعي، لنهي الشارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على أصالة عدم انتقاله إليه، وفي غير هذا المقام عقلي مقدمي لئلا يقع في الحرام.

وقد استدل المحقق الخراساني لوجوبه قبل حصول شرط الوجوب بقوله، من باب استقلال العقل بتنجز الأحكام على الأنام بمجرد قيام احتمالها إلا مع الفحص واليأس عن الظفر بالدليل على التكليف فيستقل بعده بالبراءة انتهى. وفيه: إن الاحتمال لا يزيد على العلم من حيث المنجزية للحكم، فكما أن العلم بالتكليف المشروط قبل حصول شرطه موجب للتنجز عند حصول الشرط مع بقاءه على شرائط فعليته وتنجزه عند حصول الشرط فلذا لا عقاب على مخالفته مع عروض الغفلة عند حصول شرطه، ولا يجب ابقاء الالتفات العلمي والتحفظ على عدم النسيان كذلك الاحتمال إنما يوجب التنجز في وقته مع بقاءه على صفة الالتفات إلى حين تنجز التكليف ولا

يجب بقاءه بالتحفظ على عدم الغفلة المانعة عن الفحص عنه. وأما الشيخ الأنصاري رحمه الله فقد استدل لما اختاره بما دل على وجوب المقدمات التي يترتب على تركها عدم القدرة على الواجب في ظرفه، وسيأتي الكلام عليه عند بيان المختار.

وكيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلا وشرعا، وإن كان وجوب معرفة باقي المحرمات من باب العقل فقط، ويمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة والمعاملات الفاسدة كذلك. ويطلع على موارد الشبهة والمعاملات الغير الواضحة الصحة، فيجتنب عنها في العمل فإن القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى، لا الفروع الفقهية المذكورة في المعاملات، ويشهد للغاية الأولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقه: إن الربا أخفى من ديب النملة على الصفا، وللغاية الثانية قول الصادق عليه السلام في الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط في الشبهات، لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ.

وأما المحقق النائيني رحمه الله فقد استدل لما اختاره بعد الاعتراض على الشيخ الأعظم رحمه الله، بأن التعلم ليس من المقدمات العقلية التي لها دخل في القدرة، لأن الجهل بالحكم لا يوجب سلب القدرة ومن هنا كانت الأحكام مشتركة بين العالم والجاهل. بما حاصله أن العقل يستقل بأن لكل من المولى والعبد وظيفة، فوظيفة المولى إظهار مراداته وتبليغها بالطرق المتعارفة التي يمكن للعبد الوصول إليها إن لم يحدث هناك مانع فوظيفته إرسال الرسل وانزال الكتب وتشريع الأحكام. وبعد ذلك تصل النوبة إلى وظيفة العبد، وأنه على العبد الفحص عن مرادات المولى وأحكامه، وحينئذ يستقل العقل باستحقاق العبد للعقاب عند ترك وظيفته، كما يستقل بقبح العقاب عند ترك المولى وظيفته، ولولا استقلال العقل بذلك لانسد طريق وجوب النظر إلى معجزة من يدعي النبوة، وللزم افحام الأنبياء، إذ لو لم يجب على العبد النظر إلى معجزة مدعي النبوة لما كان للنبي أن يحتج على العبد بعدم تصديقه له، إذ للعبد أن يقول لم أعلم بأنك نبي، وبالجملة كما يستقل العقل بلزوم النظر إلى معجزة من يدعي النبوة كذلك يستقل بوجوب تعلم أحكام الشريعة، والمناطق في الجميع واحد وهو استقلال العقل بأن ذلك من وظيفة العبد.

ومن هنا لا يختص وجوب التعلم بالبالغ كما لا يختص وجوب النظر في معجزة النبي به، بل يجب ذلك قبل البلوغ إن كان مميزا ليكون أول بلوغه مؤمنا مصدقا بالنبوة.

وقد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد، ولا يخلو عن وجه في مقام التوجيه، ثم إن التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا، الجامعة بين أكل المال بالباطل وارتكاب الموبقة الكذائية، لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد. بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا تعارض بين أدلة التفقه هنا، وأدلة تحصيل المعاش، نعم ربما أورد في هذا المقام وإن كان خارجاً عنه التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات، وأنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد، وبين أدلة طلب الإكتساب والاشتغال في تحصيل المال لأجل الانفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، وترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الإكتساب ما ورد من: أنه أوحى الله تعالى إلى داوود (على نبينا وآله وعليه السلام): يا داود إنك نعم العبد لولا أنك تأكل من بيت المال ولا تعمل بيدك شيئاً. فبكي عليه السلام أربعين صباحاً ثم الآن الله تعالى له الحديد، وكان يعمل كل يوم درعاً ويبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة وستين درعاً فباعها واستغنى عن بيت المال، الحديث.

وما نحن فيه من هذا القبيل: فإن موضوع حكم العقل هو الضرر المحتمل، والمطلوب بالاستصحاب ليس هو إثبات وجوب الدفع، بل المثبت بالاستصحاب عدم العقاب، والضرر، وبه يرتفع موضوع وجوب الدفع. وعلى الجملة كما أنه يصح رفع موضوع قبح العقاب بلا بيان باستصحاب الوجوب، كذلك يصح رفع موضوع وجوب دفع الضرر المحتمل بالاستصحاب المذكور ولا محذور في ذلك.

ولكن يمكن الاستدلال لوجوب الدفع، وعدم جريان الأصل المذكور بوجهين.

- ١ - العلم الاجمالي بجملة من الأحكام الشرعية في ظرفها وهذا العلم الاجمالي مانع عن اجراء الأصل المذكور في كل ما هو من أطراف العلم الاجمالي.
- ٢ - اطلاق ما دل على وجوب التعلم: إذ لو اختص ذلك بموارد العلم أو الاطمينان بالابتلاء لم يبق تحت تلك الأدلة إلا موارد نادرة.

وما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: ليس منا من ترك دنياه لآخرته، أو آخرته لدنياه، وإن العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال.

وأما الأخبار في

طلب العلم وفضله فهي أكثر من أن يذكر وأوضح من أن يحتاج إلى الذكر، وذكر في الحقائق: إن الجمع بينهما بأحد وجهين أحدهما وهو الأظهر بين علمائنا تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم ويقال: بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله واستفادته وتعليمه وإفادته، قال: وبهذا الوجه صرح الشهيد الثاني قدس سره في رسالته المسماة (بمنية المرید في آداب المفید والمستفيد)

حيث قال في جملة شرائط العلم: وأن يتوكل على الله ويفوض أمره إليه ولا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها، فيكون وبالا عليه، ولا على أحد من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى فيظهر له من نفحات قدسه ولحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه ويصلح به مراده. وقد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله إن الله تعالى قد

تكلف [تكفل] لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره، بمعنى أن غيره محتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له، وطالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب وكفاه مؤنة الرزق إن أحسن النية، وأخلص القرية، وعندني في ذلك من الوقائع ما لو جمعته ما لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى وجمل ما اشتغلت بالعلم وهو مبادئ عشر الثلاثين وتسعمائة إلى يومنا هذا وهو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث وخمسين وتسعمائة.

وبالجملة ليس الخبر كالعيان، وروى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني قدس سره بإسناده إلى الحسين بن علوان قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم، وقد نفدت نفقتي في بعض الأسفار، فقال لي بعض أصحابي: من تؤمل لما قد نزل بك؟ فقلت: فلانا، فقال إذا والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ أملك ولا تنجح طلبتك، قلت: وما علمك رحمك الله قال: إن أبا عبد الله حدثني أنه قرأ في بعض كتبه أن الله تبارك وتعالى يقول وعزتي وجلالي ومجدي وارتفاع مكاني على عرشي لأقطعن أمل كل مؤمل غيري باليأس ولأكسونه ثوب المذلة عند الناس ولأنحينه من قربي ولأبعدنه من وصلي أيؤمل غيري في الشدائد والشدائد بيدي ويرجو غيري ويقرع باب غيري ويبيدي مفاتيح الأبواب وهي مغلقة وبابي مفتوح لمن دعاني فمن ذا الذي أملني لنوابه فقطعته دونها، ومن ذا الذي رجاني لعظيمة فقطعت رجاءه مني

جعلت آمال عبادي عندي محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، وملاّت سماواتي ممن لا يمل من تسيحي، وأمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بيني وبين عبادي فلم يثقوا، بقولي ألم يعلم من طرقته نائبة من نوابي أنه لا يملك كشفها أحد غيري إلا من بعد إذني، فما لي أراه لاهيا عني أعطيته بجودي ما لم يسألني، ثم انتزعت منه فلم يسألني رده وسأل غيري، أفتراني أبدأ بالعطايا قبل المسألة؟ ثم أسأل فلا أجيب سائلي أبخيل أنا فيدخلني عندي أوليس الجود والكرم لي، أوليس العفو والرحمة بيدي؟ أوليس أنا محل الآمال؟ فمن يقطعها دوني؟ أفلا يستحي المؤمنون أن يؤملوا غيري؟ فلو أن أهل سماواتي وأهل أرضي أملوا جميعا، ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرة، وكيف ينقص ملك أنا قيمه، فيا بؤسا للقانطين من رحمتي، ويا بؤسا لمن عصاني ولم يراقبني، انتهى الحديث الشريف وانتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله.

قال في الحدائق ويدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عن حدثه قال سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: أيها الناس إن كمال الدين طلب العلم والعمل به، ألا وإن طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إن المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم وضمنه لكم، وسيفي لكم، والعلم مخزون عند أهله، وقد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه، الخبر.

قال: ويؤكد ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله يقول الله عز وجل وعزتي وجلالي وكبريائي ونوري. وعظمتي وعلوي وارتفاع مكاني لا يؤثر عبد هواي على هواه إلا استحفظته ملائكتي وكفلت السماوات والأرضين رزقه وكنت له من وراء تجارة كل تاجر فتأتيه الدنيا وهي زاعمة. الحديث. انتهى كلامه وأنت خبير بأن ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله وما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافي بين أدلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله وعدم ربط القلب لغيره لا ينافي الاشتغال بالاكْتساب، ولذا كان أمير المؤمنين (صلوات الله عليه وعلى أخيه وزوجته وولديه وذريته) جامعا بين أعلى مراتب التوكل، وأشد مشاق الاكْتساب: وهو الاستقاء لحائط اليهودي، وليس الشهيد أيضا في مقام أن طلب

العلم أفضل من التكسب، وإن كان أفضل، بل في مقام أن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فيمكن منقطعا عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالبا لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين. والحاصلة من الموقوفات للمدارس وأهل العلم؟ والموجودة الحاصلة غالبا للعلماء والمشتغلين من معاشره السلطان واتباعه والمراددة مع التجار والأغنياء والعلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما في أيديهم من وجوه الزكوات ورد المظالم والأحماس وشبه ذلك، كما كان متعارفا في ذلك الزمان بل في كل زمان فرما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سببا للمعيشة من الجهات التي ذكرناها.

وبالحملة، فلا شهادة فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من أوله إلى آخره، وما أضاف إليه من الروايات في الجمع المذكور أعني تخصيص أدلة طلب الحلال بغير طالب العلم. ثم إنه لا اشكال في أن كل من طلب العلم وطلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسة. ولا ريب أن المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب ولا الواجب الكفائي الواجب العيني، ولا اشكال أيضا في أن الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره، وكذا الحكم في الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به، وقد يكون كسب الكاسب مقدمة لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحب مقدمة. بقي الكلام في المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما. ولا ريب في تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبة على الأمرين فرب من لا يحصل له باشتغاله بالعلم إلا شئ قليل لا يترتب عليه كثير فائدة، ويترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة، منها تكفل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه، على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة والمستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة وثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم، ورب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحبي بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق فإنه لا اشكال في أن اشتغاله بالعلم والأكل من وجوه الصدقات أرجح. وما ذكر من حديث داود (على نبينا وآله وعليه السلام) فإنما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشئ من وظائف النبوة والرئاسة العلمية.

وبالجملة فطلب كل من العلم والرزق إذا لوحظ المستحب منها من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، وإذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل، فثبت من ذلك كله أن تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافية، كالاشتغال بالاكتساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير إلى الحج المستحب أو إلى مشاهد الأئمة عليهم السلام، أو مع السعي في قضاء حوائج الإخوان الذي لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال إلى غير ذلك، مما لا يحصى.

وأما المورد الثاني، فأفاد المصنف أن وجوب التعلم في غير باب المعاملات يكون عقليا محضا وقد تقدم ما يمكن أن يستدل له ونقده وأما في باب المعاملات فهو شرعي: لنهي

الشارع عن التصرف مع الجهل بصحة المعاملة: لأصالة عدم الانتقال وفيه أولا إن الأصل في العبادات أيضا هو الاحتياط لاختصاص أدلة البراءة بالشبهات قبل الفحص

وإن قيل: إن أصالة الاحتياط لا تجري مع الغفلة أجبننا عنه بأن أصالة عدم الانتقال أيضا توجب تنجز الواقع وعدم جواز التصرف في الأموال المكتسبة ولا تدل على وجوب معرفة أحكام المعاملات وأما الثالث فمحصل القول فيه أنه إذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب وكسب المعيشة إذا كان واجبا - فأيهما يقدم ولقد أطال المصنف رحمه الله تبعا للحدائق الكلام في المقام

والحق أنهما من قبيل الواجبين المتزاحمين فلا بد من ملاحظة الخصوصيات والموارد والفوائد المترتبة على كل منهما وترجيح الأهم من كل منهما على الآخر وليس ذلك تحت ضابط واحد فالمتعين ملاحظة كل مورد ثم الحكم بالتقديم.

مسألة: لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية، { ١ } واختلفوا في حرمة وكراهته، فعن التقي والقاضي والحلي والعلامة في المنتهى الحرمة، وهو المحكي عن ظاهر الدروس وحواشي المحقق الثاني وعن الشيخ وابن زهرة، لا يجوز. وأول في المختلف عبارة الشيخ بالكراهة، وهي أي الكراهة مذهب الأكثر، بل عن إيضاح النافع أن الشيخ ادعى الاجماع على عدم التحريم. وعن نهاية الإحكام تلقي الركبان مكروه عند أكثر علمائنا وليس حراما اجماعا ومستند التحريم ظواهر الأخبار. { ٢ }

منها ما عن منهل القصاب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لا تلق، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقي قلت: وما حد التلقي قال عليه السلام ما دون غدوة أو روحة قلت

وكم الغدوة والروحة، قال: أربعة فراسخ، قال ابن أبي عمير، وما فوق ذلك فليس بتلق

حرمة تلقي الركبان
{ ١ } قوله لا خلاف في مرجوحية تلقي الركبان بالشروط الآتية
تنقيح القول في المسألة بالبحث في مقامين
الأول: في أصل الحكم
الثاني: في الخصوصيات المعتبرة فيه
أما الأول ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهرا على المرجوحية فعن التقي والفاضل والحلي والعلامة وغيرهم الحرمة - وعن الأكثر الكراهة.
{ ٢ } ومستند الحكم جملة من النصوص (١) الظاهرة في التحريم المذكور في المتن جملة منها
وأورد على الاستدلال بها للحرمة - بوجوه
أحدها ضعف السند - بدعوى - أن جميع تلك النصوص سبعة خمسة منها تنتهي اسنادها إلى منهل القصاب وهو مجهول وواحد منها رواية عمر بن شمر الضعيف عن عروة
ابن عبد الله المجهول - والسابع مرسل
وفيه أن في طريقين من روايات منهل من هو من أصحاب الاجماع فإن في طريق

(١) - الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب آداب التجارة.

وفي خبر عروة لا يتلقى أحدكم تجارة خارجا من المصر، ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض.
وفي رواية أخرى لا تلق ولا تشتري ما يتلقى ولا تأكل منه.
وظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة، فيكون أكلا بالباطل، ولم يقل به إلا الإسكافي.

وعن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه، فيكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب { ١ } فيقصر عن إفادة الحرمة والفساد، نعم لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشتري من الملتقي، ولا بأس به حسما لمادة التلقي، ومما ذكرنا يعلم أن النهي في سائر الأخبار أيضا محمول على الكراهة، لموافقته للأصل { ٢ } مع ضعف الخبر

أحدهما ابن أبي عمير وفي طريق الآخر ابن محبوب فلا مورد للمناقشة فيها من حيث السند

{ ١ } ثانيها اعراض المشهور عنها وفيه أولا: إن جماعة أفتوا بالحرمة

وثانيا إن الاعراض الموهن هو الاعراض عن الخبر سندا لا دلالة والأصحاب عملوا بهذه النصوص فإنهم حكموا بالمرجوحية وافتأهم بالكراهة لا يكون حجة علينا [٢] ثالثها: موافقة القول بالكراهة للأصل ومخالفة القول بالحرمة له وفيه: إن الأصل لا يقاوم الدليل ومع وجوده يرتفع موضوع الأصل بالورود أو الحكومة

مع أن القول بالكراهة أيضا مخالف للأصل، وعدم الحرمة وإن كان موافقا له إلا أنه لا يثبت به الكراهة

رابعها: كون الروايات موافقة للعامة

وفيه: إن مخالفة العامة من مرجحات إحدى الحجتين على الأخرى بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحججة عن اللا حجة

وبالجملة: موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات

خامسها: إن النهي وإن كان ظاهرا في نفسه في الحرمة إلا أن النهي عن التلقي من جهة وقوعه في سياق النهي عن أكل المتلقى بقوله لا تأكل منه وقوله لا تأكل من لحم ما تلتقي

ومخالفته للمشهور. ثم إن حد التلقي أربعة فراسخ، { ١ } كما في كلام بعض. والظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود، { ٢ } لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسله الفقيه.

وروي أن حد التلقي روحة فإذا بلغ إلى أربعة فراسخ فهو جلب، فإن الجمع بين صدرها وذيلها لا يكون إلا بإرادة خروج الحد عن المحدود، كما أن ما في الرواية السابقة أن حده ما دون غدوة أو روحة محمول على دخول الحد في المحدود، لكن قال في المنتهى حد علمائنا التلقي بأربعة فراسخ، فكل هو التلقي إلى ذلك الحد، فإن زاد على ذلك كان تجارة وجلبا وهو ظاهر لأنه بمضيه ورجوعه يكون مسافرا، ويجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا، إلى أن قال ولا يعرف بين علمائنا خلافا فيه انتهى.

الذي لم يرد منه الحرمة يقينا لعدم فساد المعاملة يحتمل على الكراهة وأجيب عنه بأن الحرمة كما يمكن أن تكون منبعثة عن فساد المعاملة باعتبار أن أكل مال الغير بلا سبب شرعي حرام كذلك يمكن أن تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الأكل وحسم مادة التلقي المحرم.

بل الظاهر أن الأكل حرام من حيث إنه أكل لما تلقى لا من حيث إنه مال الغير وفيه: إن الظاهر منه كون النهي عنه من جهة كونه مال الغير فمع صرفه عن ظاهره لا وجه لحمله على ما ذكر فتأمل

والأولى في الجواب أن يقال إن النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد لو حمل أحدها على الكراهة للدليل على عدم حرمة متعلقه لا وجه لحمل غيره عليها بناء على ما حققناه في محله من أن الحرمة والكراهة خارجتان عن حریم الموضوع له والمستعمل فيه وإنما تنتزعان من الترخيص في فعل ما تعلق النهي به وعدمه فتحصل أن الأظهر هو القول بالحرمة.

وأما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في جهات

الأولى في حد التلقي
{ ١ } لا كلام في أن حده أربعة فراسخ، إنما الكلام في دخول الحد في المحدود وخروجه عنه.

{ ٢ } قال المصنف والظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود

والتعليل بحصول السفر الحقيقي يدل على مسامحة في التعبير، ولعل الوجه في التحديد بالأربعة أن الوصول إلى الأربعة بلا زيادة ونقيصة نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهة إذ لا يقال إنه وصل إلى الأربعة إلا إذا تجاوز عنها ولو يسيراً.

فالظاهر أنه لا اشكال في أصل الحكم وإن وقع اختلاف في التعبير في النصوص والفتاوى ثم إنه لا اشكال في اعتبار القصد، { ١ } إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقي، فلو تلقى الركب في طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره المعاملة معهم. وكذا في اعتبار قصد المعاملة من المتلقي فلا يكره لغرض آخر ولو اتفقت المعاملة.

مقتضى - خبر ابن أبي عمير - قلت وما حد التلقي قال ما دون غدوة أو روحة قلت وكم الغدوة والروحة قال أربعة فراسخ (١) هو الثاني ومقتضى خبر ابن محبوب قال قلت له ما حد التلقي قال روحة (٢) في بادئ النظر هو الأول

ولكن بما أن للحد معنيين - أحدهما - ما ينتهي به الشيء - والآخر - ما ينتهي عنده الشيء - فالحد في الخبر الأول يحمل على المعنى الأول فإن الحد بذلك المعنى داخل في المحدود

- وهو في الخبر الثاني يحمل على المعنى الثاني فإنه بذلك المعنى خارج عنه - فالجمع بين

الخبرين يقتضي البناء على الخروج - والذي يسهل الخطب أن الوصول إلى الأربعة بلا زيادة ولا نقيصة نادر جداً - الثانية: في اعتبار القصد وعدمه.

{ ١ } قال المصنف ثم إنه لا اشكال في اعتبار القصد واستدل رحمه الله لا اعتبره بعدم صدق عنوان التلقي بدونه وأورد عليه المحقق الإيرواني رحمة الله بأن عنوان التلقي ليس منهيًا عنه بالنهي النفسي فإنه ليس بمرجوح قطعاً بل المرجوح السابق إلى الاشتراء ممن قصد البلد بمتاعه

(١) الوسائل باب ٣٦ من أبواب التجارة حديث ١.

(٢) نفس المصدر حديث ٤.

قيل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد { ١ }
وفيه أنه مبني على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير، فيحتمل أن يكون العلة في
كراهة التلقي مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقي، أو مظنة حبس المتلقين
ما اشتروه أو ادخاره عن أعين الناس وبيعه تدريجا، بخلاف ما إذا أتى الركب
وطرحوا أمتعتهم في الخانات والأسواق، فإن له أثرا بينا في امتلاء أعين الناس
خصوصا الفقراء وقت الغلاء إذا أتى بالطعام، وكيف كان فاشتراط الكراهة بجهلهم
بسعر البلد محل مناقشة، ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقي بصيغة البيع أو الصلح أو
غيرهما. نعم لا بأس باستيهاهم ولو باهداء شئ إليهم

وعليه فنفس هذه المعاملة مرجوحة ولو لم يتلق أصلا
وفيه: إن التلقي للاشتراء بنفسه منهي عنه والظاهر مرجوحته أيضا كيف وقد جمع
في النصوص بين النهي عنه والنهي عن الاشتراء
والحق أن يقال إن المنهي عنه هو التلقي للاشتراء فإذا لم يكن من قصده التلقي أصلا
أو كان ولم يكن للاشتراء لا يكون ذلك مرجوحا
وأما الاشتراء فحيث إن الظاهر من الخبر مرجوحية الاشتراء إذا كان مع التلقي
المرجوح لا مطلقا - فلا يكون مرجوحا إذا لم يكن التلقي عن قصد فالأظهر اعتباره
الثالثة: في اعتبار جهل الركب بسعر البلد.
{ ١ } قيل ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد.

هذا التعليل وقع في خبرين
أحدهما: خبر عروة عن الإمام الباقر عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله لا يتلقى
أحدكم

تجارة خارجا عن المصر ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض (١)
ثانيهما: ما عن الشيخ بسنده عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وآله لا يبيع حاضر لباد
دعوا الناس
يرزق الله بعضهم من بعض (٢)

(١) أورد صاحب الوسائل صدره في الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب آداب التجارة حديث - وذيله في - باب
٣٧ - منها
حديث ١.
(٢) الوسائل - باب ٣٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

ولو تلقاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية، { ١ } نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض. قوى سراية الحكم إلى بيع شئ منهم وبيعهم المساكين والخانات، كما أنه إذا جعلنا المناط في الكراهة كراهة غبن الجاهل، كما يدل عليه النبوي العامي: لا تلقوا الجلب فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم إلى كل معاملة يوجب غبنهم كالبيع والشراء منهم متلقيا، وشبه ذلك، لكن الأظهر هو الأول

وقد استدل العلامة رحمه الله به واستنده إلى غير واحد على اعتبار الجهل ويرد عليه أن الظاهر ولا أقل من المحتمل كونه علة لحكم بيع الحضري للبدوي والمناسب أيضا ذلك فإنه إذا لم يصير الحاضر وكيلا للبادي في البيع يشتره المشتري بأقل فيرتزق منه فتدبر

مع أن كونه من قبيل العلة المعممة والمخصصة غير ثابت - فالأظهر هو التعميم - لاطلاق الروايات وعدم معلومية علة الحكم ولعلها شئ موجود في فرض العلم. الرابعة: في أنه هل يختص الحكم بالتلقي للاشتراء أم يعم التلقي للبيع منهم أو لمعاملات آخر غير شراء متاعهم ففي المتن.

{ ١ } ولو تلقاهم لمعاملات آخر... فظاهر الروايات عدم المرجوحية وجه الظهور مع اطلاق قوله عليه السلام في خبر منهال القصاب عن أبي عبد الله عليه السلام لا

تلق فإن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن التلقي (١) هو ورودا لاطلاق مورد الغالب المتعارف وهو

التلقي للاشتراء كما هو مفاد سائر النصوص وبه يظهر حال قوله صلى الله عليه وآله لا يتلقى أحدكم تجارة خارجا عن المصر (٢) مع أن

الصدوق رواه هكذا ولا يتلقى أحدكم طعاما - وهو ظاهر في التلقي لا شراء الطعام.

(١) - الوسائل - باب ٣٦ - من أبواب آداب التجارة حديث ١.

(٢) - نفس المصدر حديث ٥.

وكيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. {١} وقد يحكى عن الحلبي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن، ولعله لاطلاق النبوي المتقدم {٢} المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة، واختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسألة خيار الغبن انشاء الله.

مسألة: يحرم النجش على المشهور كما في الحدائق، {٣} بل عن المنتهى وجامع المقاصد: إنه محرم اجماعا لرواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله الواشمة والمؤتشة والناجش والمنجوش ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وآله.

وفي النبوي المحكي عن معاني الأخبار لا تناجشوا ولا تدابروا قال: ومعناه أن يزيد الرجل في ثمن السلعة، وهو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزيادته والناجش خائن، والتدابير الهجران انتهى كلام الصدوق. والظاهر أن المراد بزيادة الناجش مواطاة البائع المنجوش له.

{١} الخامسة: إذا فرض جهلهم بالسعر فثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب
وعن الحلبي ثبوت الخيار وإن لم يكن غبن وفي المتن
{٢} ولعله لاطلاق النبوي المتقدم
ولكنه كما أفاده محمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق والاطلاع على القيمة
وتمام الكلام فيه في خيار الغبن.
{٣} قوله مسألة يحرم النجش على المشهور كما في الحدائق
وقد تقدم الكلام فيه حكما وموضوعا في آخر المكاسب المحرمة في الجزء الثاني من هذا الشرح مفصلا فلا نعيد.

مسألة: إذا دفع انسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل، يكون المدفوع إليه منهم { ١ } ولم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع، كمال الإمام أو رد المظالم المدفوع إلى الحاكم، فله صور:

إحداها: أن يظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالأخذ منه كما إذا عين له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده، ولا اشكال في عدم الجواز لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه. { ٢ }

الثانية: أن يظهر قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إليه غيره أو أنقص أو أزيد، ولا اشكال في الجواز حينئذ { ٣ } إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع، إلى الأصناف المختلفة، كان عين للمجتهدين مقداراً، وللمشتغلين مقداراً، واعتقده الدافع بعنوان يخالف معتقد المدفوع إليه { ٤ }

كيفية صرف المال المدفوع للصرف في قبيل

{ ١ } قوله إذا دفع انسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم لا يخفى أنه تارة يدفع المال إليه من جهة كونه ولي الأمر كدفع سهم الإمام عليه السلام إلى الحاكم الشرعي بما أنه نائب الإمام عليه السلام وأخرى يدفع إليه ليكون وكيلاً عن الدافع في صرفه في قبيل لا كلام في جواز أخذ المدفوع إليه من ذلك المال في الصورة الأولى وإنما الكلام في الصورة الثانية.

وفي تلك الصورة - فروض

{ ٢ } أحدها: أن يظهر قرينة على عدم رضاه بالأخذ منه لا اشكال في عدم جواز الأخذ في هذا الفرض

{ ٣ } ثانيها: أن يظهر قرينة على جواز أخذه منه لا اشكال في جواز الأخذ حينئذ

{ ٤ } إنما الاشكال: فيما إذا اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة كان عين للمجتهدين مقداراً أو لغيرهم مقداراً أقل منه واعتقد أنه من المجتهدين، والدافع

والتحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية { ١ } كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا، وإلى كل مجتهد كذا وخذ أنت ما يخصك. وإن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعي إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة: أن لا يقوم قرينة على أحد الأمرين، ويطلق المتكلم { ٢ } وقد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكي عن وكالة المبسوط، وزكاة السرائر، ومكاسب النافع، وكشف الرموز، والمختلف، والتذكرة، وجامع المقاصد: تحريم الأخذ مطلقا.

وعن النهاية ومكاسب السرائر والشرائع، والتحرير، والارشاد، والمسالك والكفاية: أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره. ونسبه في الدروس إلى الأكثر. وفي الحدائق إلى المشهور وفي المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ.

وعن نهاية الإحكام والتنقيح والمهذب البارع والمقنعة: الاقتصار على نقل القولين، وعن المهذب البارع: حكاية التفصيل بالجواز إن كان الصيغة بلفظ ضعه فيهم، أو ما أدى معناه، والمنع إن كانت بلفظ: ادفعه، وعن التنقيح عن بعض الفضلاء: إنه إن قال هو للفقراء جاز

يعتقد عدم كونه منهم

ففي المتن ما حاصله

{ ١ } إنه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية

يراعى معتقد المدفوع إليه وإن كان ذلك العنوان داعيا إلى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع

وفيه أن العنوان في الأفعال الخارجية المتعلقة بالأشخاص كالاقتداء والبيع والرضا ونحو تلكم يكون داعيا ولا معنى لكونه موضوعا والرضا وإن كان يتعلق بالعنوان الكلي إلا أنه من حيث كونه مرآة وطريقا إلى الأفراد وعليه فلا محالة يكون المناط اعتقاد الدافع فإنه إذا عين مقدارا للمجتهدين وكان يعتقد عدم كون المدفوع إليه مجتهدا لا يكون راضيا بأخذه

ذلك المقدار.

{ ٢ } ثالثها: أن لا يقوم قرينة على أحد الأمرين وقد اختلفت فيه كلماتهم لاحظ المتن.

وإن قال اعطه للفقراء، فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراده لخصه، وإن لم يعلم جاز احتج القائل بالتحريم مضافا إلى ظهور اللفظ في مغايرة المأمور بالدفع للمدفع إليهم، { ١ } المؤيد بما قالوه فيمن وكلته امرأة أن يزوجه من شخص فزوجها من نفسه أو وكله في شراء شيء فأعطاه من عنده بصحيحة ابن الحجاج المسندة في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام وإن أضمرت في غيره، قال: سألته عن رجل أعطاه رجلا مالا ليصرفه في محاويج أو في مساكين، وهو يحتاج يأخذ منه لنفسه؟ ولا يعلمه هو، قال: لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه

واحتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له والفرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية الغير واللفظ وإن سلم عدم شموله له لغة إلا أن المنساق عرفا صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان. فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم أشخاصا خاصة. وكان الداعي على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور، والرواية معارضة بروايات أخر،

فالمهم صرف عنان الكلام إلى بيان المدرك

والكلام فيه يقع في موردين

الأول: فيما يقتضيه القواعد

والأظهر أنه الجواز مطلقا: فإن ظاهر تعليق كل حكم على موضوع ثبوته لجميع أفرادة فلو علق رضاه على المجتهد كان مقتضاه جواز تصرف كل مجتهد بما هو مجتهد لا سيما مع احراز عدم خصوصية فرد في نظره فإذا كان المدفوع إليه يرى نفسه مجتهدا جاز له

التصرف

{ ١ } وأما ظهور الدفع في مغايرة الدافع والمدفوع إليه والواضع والموضوع فيه فلو

سلم وأغمض عن اختصاصه ببعض الموارد

فهو لا يقاوم الظهور المشار إليه وعلي ذلك فيجوز له التصرف فيه.

الثاني فيما يقتضيه النصوص الخاصة - وهي - طائفتان

الأولى ما يدل على عدم الجواز كمصحح (١) ابن الحجاج المذكور في المتن

(١) - الوسائل - باب ٨٤ - من أبواب ما يكتب به حديث ٣.

مثل ما عن الكافي الصحيح عن سعد بن يسار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يعطي الزكاة يقسمه في أصحابه يأخذ منه شيئاً؟ قال: نعم.
وعن الحسين بن عثمان في الصحيح أو الحسن بابن هاشم في رجل أعطى مالا يفرقه ممن يحل له، يأخذ شيئاً لنفسه؟ وإن لم يسم له قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطي غيره، وصحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممن يحل له الصدقة، قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطي غيره، ولا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعه في مواضع مسماة إلا بإذنه.

والذي ينبغي أن يقال: أما من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن في الدفع والصرف فإن المتبع الظهور العرفي وإن كان ظاهراً بحسب الوضع اللغوي في غيره كما أن الظهور الخارجي الذي يستفاد من القرائن الخارجية مقدم على الظهور العرفي الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن، ثم إن التعبد في حكم هذه المسألة لا يخلو عن بعد.

الثانية: ما يدل على الجواز.

كصحيح سعد بن يسار (١)، وحسن الحسين بن عثمان (٢)، وصحيح ابن الحجاج (٣) المذكورة في المتن لاحظها والجمع بينهما إنما يكون بأحد أنحاء
{١} اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذي كون من الحقوق الشرعية أما اختصاص الأول فواضح، وأما الثاني فلقوله يفرقه فيمن يحل له، وأما الثالث فلقوله وهو ممن يحل له الصدقة، وخبر المنع مختص بمال يكون للدافع
{٢} إن خبر المنع من جهة التعبير بالنكرة ظاهر في إرادة أشخاص معينين فلا يعارض الأخبار المجوزة
{٣} الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة ومن المعلوم أن الأخير يتوقف على عدم تمامية الأولين وعدم إمكان الجمع بنحو آخر والأظهر هو الثاني فإذا لا تدل الأخبار على ما ينافي القواعد

(١) - الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١.

(٢) - نفس المصدر حديث ٢.

(٣) - نفس المصدر حديث ٣.

فالأولى حمل الأخبار المجوزة { ١ } على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، وحمل الصحيحة المانعة [السابقة] على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمرها بالدفع إلى مساكين على وجه يكون المسكنة داعياً إلى الدفع لا موضوعاً، ولما لم يعلم المسكنة في المأمور لم يحصل داع على الرضا بوصول شيء من المال إليه، ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ، { ٢ } لأن الشك بعد تكافؤ الأخبار في الصارف الشرعي عن الظهور العرفي ولو لم يكن للفظ ظهور، فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع { ٣ } إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذن من المالك أو الشارع. مسألة: احتكار الطعام وهو كما في الصحاح وعن المصباح جمع الطعام وحسبه يتربص به الغلاء لا خلاف في مرجوحيته. { ٤ }

فالأقوى هو الجواز مطلقاً.
{ ١ } قوله فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا كان غرض المتكلم صرف المدفوع في العنوان وفيه أنه جمع تبرعي لا شاهد له.
{ ٢ } قوله ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ وفيه أنه على تقدير المعارضة يتعين الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوصية الأخبار المجوزة في الجواز.
{ ٣ } قوله فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع وفيه أن الواجب حينئذ الرجوع إلى الأخبار العلاجية.
حرمة الاحتكار
{ ٤ } قوله مسألة احتكار الطعام وهو... لا خلاف في مرجوحيته في المسألة قولان، بناء على ما هو الظاهر من أن مورد كلمات الفقهاء هو عدم وجود باذل الكفاية وأما بناء على أن مورد كلماتهم هو الأعم ففي المسألة أقوال

وقد اختلف في حرمة فعن المبسوط والمقنعة والحلبي في كتاب المكاسب والشرائع والمختلف الكراهة وعن كتب الصدوق والاستبصار والسرائر والقاضي والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والروضة: التحريم، وعن التنقيح والميسية تقويته وهو الأقوى بشرط عدم باذل الكفاية لصحيحة سالم الحنات { ١ } قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام ما عملك؟ قلت: حنات وربما قدمت على

نفاق وربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه قلت: يقولون يحتكر قال: يبيعه أحد غيرك قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزء قال: لا بأس إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حذام، وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي صلى الله عليه وآله فقال له يا حكيم بن حذام إياك أن تحتكر، فإن الظاهر

منه أن علة عدم البأس وجود الباذل فلولا حرم. وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الحكرة فقال إنما الحكرة أن يشتري طعاما وليس في المصر طعام غيره فتحتكره فإن كان في المصر طعاما غيره فلا بأس، أن تلتبس بسلعتك الفضل وزاد في الصحيحة المحكية عن الكافي والتهديب قال وسألته عن الزيت، قال إن كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه، وعن أمير المؤمنين عليه السلام

الأول: ما هو الأشهر وهو كراهة الاحتكار
الثاني: ما ذهب إليه جمع من الفقهاء وهو التحريم
الثالث: ما ذهب إليه المصنف رحمه الله وهو التحريم مع عدم باذل الكفاية والكراهة معه وكيف كان فقد استدلل للحرمة مضافا إلى وجوه اعتبارية.
بكثير من النصوص (١) وهي وإن كان بعضها ضعيف السند - وبعضها قاصر الدلالة من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذي هو بمعنى الأبعاد الملائم مع الكراهة - أو وروده في

مقام بيان موضوع الاحتكار المحكوم بالحرمة أو الكراهة
إلا أن: جملة منها صحيحة السند - ظاهرة الدلالة عليها
{ ١ } كصحيح (٢) الحنات عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن.

١ - الوسائل - باب ٢٧ و ٢٨ - من أبواب آداب التجارة.
٢ - الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

في نهج البلاغة في كتابه إلى مالك الأشتر فامنع من الاحتكار فإن رسول الله منع منه {١} وليكن البيع بيعا سمحا في موازين عدل لا يححف بالفريقين البائع والمبتاع، فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه فنكل به وعاقب في غير إسراف. وصحيحة الحلبي قال سألته عليه السلام عمن يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر وترك الناس ليس لهم طعام، فإن الكراهة في كلامهم عليهم السلام وإن كان يستعمل في المكروه والحرام {٢} إلا أن في تقييدها بصورة عدم

بإذل غيره مع ما دل على كراهة الاحتكار مطلقا قرينة على إرادة التحريم {٣} وحمله على تأكيد الكراهة أيضا مخالف لظاهر يكره كما لا يخفى وإن شئت قلت: إن المراد بالأس في الشرطية الأولى التحريم لأن الكراهة ثابتة في هذه الصورة أيضا فالشرطية الثانية كالمفهوم لها، ويؤيد التحريم ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري

{١} وما (١) في نهج البلاغة في كتابه عليه السلام إلى مالك الأشتر فامنع من الاحتكار فإن

رسول الله صلى الله عليه وآله منع منه - ونحوهما غيرهما -
ويؤيدها النصوص الأخر

{٢} ولا يعارضها صحيح (٢) الحلبي المذكور في المتن
فإن الكراهة في اصطلاحهم عليهم السلام أعم من الكراهة المصطلحة وعليه فهو أيضا بمفهوم الشرط يدل على التحريم فإنه يدل على ثبوت الأس مع عدم كثرة الطعام وهو ظاهر في التحريم
وبما ذكرناه ظهر مدرك القول بالكراهة وضعفه.

{٣} وقد استدل المصنف رحمه الله لما اختاره بأن جملة من النصوص متضمنة للنهي عن الاحتكار وظاهر ذلك مرجوحيته مطلقا وظاهر صحيح الحنات وصحيح الحلبي حرمة في صورة عدم باذل الكفاية

أما الأول فلأن الظاهر منه أن علة عدم الأس وجود الباذل فلولا حرم
وأما الثاني: فلأنه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره وهذا بواسطة ما دل على

(١) - الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ١٣.
٢ - نفس المصدر حديث ٢.

عن أبي جعفر عليه السلام قال قال: رسول الله صلى الله عليه وآله أيما رجل اشترى طعاما فحبسه

أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه وتصدق بثمنه لم يكن كفارة لما صنع. وفي السند بعض بني فضال، والظاهر أن الرواية مأخوذة من كتبهم التي { ١ } قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها خذوا بما رووا وذرّوا ما رأوا ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم فيستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند، وقد ذكرنا أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الاجماع الذي ادعاه الكشي على تصحيح ما يصح عن جماعة ويؤيده أيضا ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورام من أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله عن جبرائيل قال: أطلعت على

النار فرأيت في جهنم واديا فقلت يا مالك لمن هذا؟ قال لثلاثة: المحتكر، والمدمنين للخمر، والقوادين.

ومما يؤيد التحريم ما دل على وجوب البيع عليه، فإن إزمه بذلك ظاهر في كون الحبس محرما إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر وخلاف قاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

كراهة الاحتكار مطلقا قرينة على إرادة التحريم

وفيه: إن الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهي عنه سواء حمل النهي فيها على الكراهة أو الحرمة فمورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره وإلا فلا يكون

الاحتكار مكروها وبذلك يظهر ما في قوله وإن شئت قلت الخ. { ١ } قوله والظاهر أن الرواية (١) مأخوذة من كتبهم التي - ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم

قد ذكر المصنف رحمه الله هذا الكلام في كتاب الصلاة وعليه بنى حجة ما في كتبهم وإن

كان المروي عنه ضعيفا أو مجهولا

ويرد عليه أن ذلك النص (٢) سؤالاً وجواباً مسوق لبيان أن فساد عقائد وآراء بني فضال لا يمنع عن الأخذ برواياتهم فغاية ما يدل عليه حجة قولهم ورواياتهم وأنها كالروايات المروية عنهم في حال استقامتهم بلا نظر فيه إلى حجية الروايات من غير تلك الجهة

١ - الوسائل - باب ٢٨ - من أبواب آداب التجارة حديث ٦.

٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١٣.

ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة يتم ببيان أمور:
الأول: في مورد الاحتكار، { ١ } فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة
وبعض الأخبار المتقدمة: اختصاصه بالطعام. وفي رواية غياث بن إبراهيم ليس
الحكرة إلا في الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، وعن الفقيه: زيادة الزيت، وقد
تقدم في بعض الأخبار المتقدمة أيضا دخول الزيت أيضا.
وفي المحكي عن قرب الإسناد برواية أبي البخترى عن علي عليه السلام قال: ليس
الحكرة إلا في الحنطة والشعير والتمر والزيت والسمن.
وعن الخصال في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال
رسول الله صلى الله عليه وآله الحكرة في ستة أقسام الحنطة، والشعير، والتمر، والزيت،
والزبيب
والسمن، ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزيادة السمن لا خلاف فيه ظاهرا، وعن
كشف الرموز وظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه.
وعن مجمع الفائدة نفي الخلاف فيه، وأما الزيت فقد تقدم في غير واحد من
الأخبار ولذا اختاره الصدوق والعلامة في التحرير حيث ذكر أن به رواية حسنة
والشهيديان والمحقق الثاني وعن ايضاح النافع أن عليه الفتوى.
وأما الملح فقد ألحقه بها في المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الأحكام
والدروس { ٢ } والمسالك ولعله لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار: من حاجة
الناس

وأما أصحاب الاجماع فقد دل الدليل على الاستغناء برواياتهم عن ملاحظة من قبلهم في
السند

{ ١ } قوله الأول في مورد الاحتكار
الظاهر أن ثبوته في الغلات الأربع والسمن لا خلاف فيه بل عن جماعة الاجماع عليه
وتشهد به النصوص (١) منها الروايات الثلاث في المتن وفيها الزيت ولا اشكال في شئ
من ذلك

إنما الكلام في الملح ففي المتن.
{ ٢ } وأما الملح فقد ألحقه بها في المبسوط والوسيلة والتذكرة ونهاية الأحكام والدروس

١ - الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب آداب التجارة.

الثاني روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن الحكرة في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء والشدة ثلاثة أيام، فما زاد على الأربعين في الخصب، فصاحبه ملعون وما زاد في العسرة على ثلاثة أيام فملعون. { ١ }

ويؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة، وحكي عن الشيخ ومحكي القاضي والوسيلة العمل بها، وعن الدروس أن الأظهر تحريمه مع حاجة الناس ومظنتها الزيادة على ثلاثة أيام في الغلاء وأربعين في الرخص للرواية، انتهى.

وأما تحديده بحاجة الناس فهو حسن، كما عن المقنعة وغيرها، ويظهر من الأخبار المتقدمة.

وأما ما ذكره من حمل رواية السكوني عن بيان مظنة الحاجة فهو جيد، { ٢ }

ومنه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبداً.

قال في محكي المبسوط يثبت الاحتكار في الملح ولم نقف على حديث دال عليه ولعله نظر في ذلك إلى دعوى الحاجة إليه وأساس الضرورة إلى تناوله فصار كالطعام انتهى ولكن مقتضى الحصر في خبر (١) غياث عدم ثبوت هذا الحكم في الملح والعلة المستنبطة المشار إليها لا تصلح لإثبات الحكم الشرعي بها: لعدم كونها منصوبة بعنوان العلة للحكم كي تعمم ولذا لم يفت أحد بثبوته في غير ذلك من ما يحتاج إليه الناس فالأظهر عدم اللاحق.

{ ١ } الثاني: روى (٢) السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن الحكرة في الخصب إلى آخر الخبر

ظاهر الخبر تحديد الحكرة في الرخص بأربعين يوماً وفي الغلاء بثلاثة أيام وعمل به الشيخ والقاضي وصاحب الوسيلة والایراد عليه تارة بضعف السند، وأخرى

{ ٢ } بأنه محمول على بيان مظنة الحاجة كما عن الدروس واستحسنه المصنف رحمه الله في غير محله أما الأول فلما تقدم في هذا الشرح مرارا من اعتبار خبر السكوني وأما الثاني فلأن ذلك خلاف الظاهر لا شاهد له فالأظهر تمامية هذا التحديد.

١ - الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب آداب التجارة حديث ٤.
٢ - نفس المصدر حديث ١.

الثالث: مقتضى ظاهر صحيحة الحلبي المتقدمة في بادئ النظر حصر الاحتكار في شراء الطعام، لكن الأقوى التعميم بقريظة تفريع قوله: فإن كان في المصر طعام ويؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام وحبسه، سواء كان بالاشتراء أو بالزرع والحصاد والاحراز، إلا أن يراد جمعه في ملكه، ويؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام، وعليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوبا له، أو كان قد اشتراه لحاجة، فانقضت الحاجة وبقي الطعام لا يحتاج إليه المالك فحبسه متربصا للغلاء.

الرابع: أقسام حبس الطعام كثيرة لأن الشخص إما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر، أو حصل له من دون تحصيل له، والجس إما أن يراد منه نفس تقليل الطعام اضرارا بالناس في أنفسهم أو يريد به الغلاء وهو اضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله وإن حصل ذلك لغلاء عارض لا يتضرر به أهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكر وزوار في البلاد وتوقفهم يومين أو ثلاثة فيحدث للغلاء غرضا آخر هذا كله مع حصول الغلاء بحسه. وقد لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضا آخر هذا كله مع حصول الغلاء بحسه. وقد يجس انتظارا لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحسه بل لقلّة الطعام آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام، ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال. وقد يكون لحب إعانة المضطرين ولو بالبيع عليهم والارفاق بهم، ثم حاجة الناس قد يكون لأكلهم وقد يكون للبذر أو علف الدواب أو الاسترباح بالثمن وعليك في استخراج أحكام هذه الأقسام { ١ } وتميز المباح والمكروه والمستحب من الحرام.

{ ١ } قوله وعليك في استخراج أحكام هذه الأقسام
الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس والمباح هو الاحتكار لا مع حاجتهم والواجب هو الاحتكار لإعانة المضطرين في أيام الغلاء والمستحب هو الاحتكار لإعانة الزوار وأما المكروه فلم نجد له مثالا.
ثم إن الاحتكار بما هو احتكار لا يكون واجبا ولا مستحبا واتصافه بهما إنما يكون من جهة انطباق عناوين آخر عليه.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل في اجبار المحتكر على البيع، حتى على القول بالكراهة، بل عن المهذب البارع الاجماع عليه، وعن التنقيح كما في الحدائق عدم الخلاف فيه، وهو الدليل المخرج عن قاعدة عدم الاجبار لغير الواجب. ولذا ذكرنا أن ظاهر أدلة الاجبار تدل على التحريم، لأن إلزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعر عليه اجماعا، كما عن السرائر، وزاد وجود الأخبار المتواترة. وعن المبسوط عدم الخلاف فيه، لكن عن المقنعة أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم.

وعن جماعة منهم العلامة وولده والشهيد: أنه يسعر عليه إن أبحف بالثمن، لنفي الضرر، { ١ } وعن الميسي والشهيد الثاني: أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهي عن التسعير والجبر بنفي الاضرار.
خاتمة

ومن أهم آداب التجارة الاجمال في الطلب والاقتصاد فيه. ففي مرسله ابن فضال عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام ليكن طلبك للمعيشة فوق كسب المضيع ودون

طلب الحريص الراضي بدياه المطمئن إليها، ولكن أنزل نفسك من ذلك منزلة المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزلة الواهن الضعيف وتكسب ما لا بد للمؤمن منه، إن الذين أعطوا المال، ثم لم يشكروا لا مال لهم. وفي صحيحة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في حجة

الوداع إلا أن روح الأمين نفث في روعي: إنه لن يموت نفس حتى يستكمل رزقها فاتقوا الله وأجملوا في الطلب ولا يحملنكم استبطاء شيء من الرزق أن تطلبوه بشيء من معصية الله، فإن الله تبارك وتعالى قسم الأرزاق في خلقه حلالا، ولم يقسمها حراما،

{ ١ } قوله إنه يسعر عليه إن أبحف بالثمن لنفي الضرر قالوا ولأنه لولاه لانتفت فائدة الجبر إذ بدونه يمتنع المالك من البيع إلا بأضعاف ثمنه فلو سوغناه انتفت الحكمة في إلزامه بالبيع. وهو جيد: إلا أنه لا يدل على التسعير لملائمته مع ما عن الميسي والشهيد الثاني أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير - والله العالم

فمن اتقى الله وصبر أتاه الله برزقه من حله ومن هتك حجاب الستر وعجل فأخذه من غير حله قصر به من رزق الحلال وحوسب عليه يوم القيامة.
وعن أبي عبد الله عليه السلام أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيرا ما يقول: إعلموا علما

يقينا أن الله عز وجل لم يجعل للعبد وإن اشد جهده وعظمت حيلته وكثرت مكائده أن يسبق ما سمي له في الذكر الحكيم، ولم يحل بين العبد في ضعفه وقلة حيلته أن يبلغ ما سمي له في الذكر الحكيم.

أيها الناس إنه لن يزداد امرء نقيرا لحذفة ولم ينقص امرء نقيرا لحمقه، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحة في منفعتة، والعالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلا في مضرتة، ورب منعم عليه مستدرج بالاحسان إليه ورب مغرور في الناس مصنوع له فأبق أيها الساعي من سعيك، وأبصر من عجلتك، وانتبه من سنة غفلتك، وتفكر فيما جاء عن الله عز وجل على لسان نبيه صلى الله عليه وآله.
وفي رواية عبد الله بن سليمان قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الله عز وجل وسع في أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل ولا حيلة.

وفي مرفوعة سهل بن زياد أنه قال قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما فعل عمر بن مسلم قلت: جعلت فداك أقبل على العبادة وترك التجارة، فقال: ويحه أما علم أن تارك الطلب لا تستجاب له دعوته، إن قوما من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله لما نزل

قوله تعالى: * (ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب) * اغلقوا الأبواب وأقبلوا على العبادة وقالوا: قد كفيينا فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتكم؟ فقالوا يا رسول الله صلى الله عليه وآله تكفل الله تعالى لنا

بأرزاقنا فأقبلنا على العبادة. فقال صلى الله عليه وآله أنه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم

بالطلب. وقد تقدم رواية أنه ليس منا من ترك آخرته لدنياه، ولا من ترك دنياه لآخرته. وتقدم أيضا حديث داود على نبينا وآله وعليه السلام وعلى جميع أنبيائه الصلاة والسلام بعد الحمد لله الملك العلام على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التي من أعظمها الاشتغال بمطالعة وكتابة كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للنخاص والعام.

القول في الخيار وأقسامه وأحكامه:

مقدمتان الأولى: الخيار اسم مصدر من الاختيار غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في ملك فسخ العقد { ١ } على ما فسره به في موضع من الإيضاح فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة. وفي عقد الفضولي وملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث، وملك العمه والخالة لفسخ العقد علي بنت الأخ والأخت وملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت وملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب. ولعل التعبير بالملك

معنى الخيار اصطلاحاً

قبل بيان الخيار وأقسامه وأحكامه لا بد من تقديم مقدمتين:

إحدهما: في معنى الخيار.

الخيار على ما في كتب اللغة اسم مصدر من تخير مثل الطيرة اسم تطير، وهو مرادف للاختيار.

وأما في الاصطلاح فقد ذكروا له معنيين:

{ ١ } أحدهما: ما عن موضع من الإيضاح وجماعة من المتأخرين واختاره المصنف

ره، وهو: ملك فسخ العقد.

ثانيهما: ما عرفه المحققون من القدماء، وهو: ملك اقرار العقد وإزالته.

وقبل بيان ما هو الحق عندنا ينبغي تقديم مقدمة.

وهي: إن الجواز واللزوم الثابتين في العقود على قسمين:

الأول: ما لا يقبل الاسقاط والانتقال إلى الغير، كلزوم النكاح ولذا لا يصح جعل

خيار الفسخ فيه ولا يقبل الإقالة، وجواز الهبة: فإنه غير قابل للاسقاط والانتقال - ويعبر

عنهما باللزوم والجواز الحكميين.

الثاني: ما يقبل ذلك كلزوم البيع وجوازه، ويعبر عنهما باللزوم والجواز الحقيقيين،

وعن هذا الجواز يعبر بالخيار.

للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام { ١ } فيخرج ما كان من قبيل الإجازة والرد لعقد الفضولي والتسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق. ولذا لا تورث ولا تسقط بالاسقاط. وقد يعرف بأنه ملك اقرار العقد وإزالته ويمكن الخدشة فيه بأنه إن أريد من اقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ، { ٢ } فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا يتعلق بأحد الطرفين وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل لأن يفسخ. ففيه أن مرجعه إلى اسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار

إذا عرفت هذه المقدمة

فاعلم: أنه يرد على التعريف الأول: إن الملك المستعمل في المقام لا يراد به الملكية المصطلحة المضافة إلى الأعيان، بل المراد به الملك بمعناه اللغوي، وهو السلطنة، وهو بهذا

المعنى كما يصدق على القسم الثاني من الجواز يصدق على القسم الأول، بل يشمل ملك حل النكاح بالطلاق.

وما أفاده المصنف رحمه الله بأن التعبير بالملك

{ ١ } للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة إن أراد به الملكية المصطلحة من جهة أن الحق مرتبة ضعيفة من الملك، فيرد عليه: ما ذكرناه في أوائل الجزء الثالث عند بيان حقيقة الحق، وإن أراد به الاستيلاء الخاص دون مطلق الاستيلاء - وهو ما كان نفس الاستيلاء تحت الاختيار بحيث يمكن للشخص سلب الاستيلاء وعزل نفسه عن السلطنة عزلا ابتدائيا

فيرد عليه: إنه لا يعتبر في الملك إلا دخول المملوك تحت السلطان لا دخول السلطنة أيضا تحت السلطان.

وأما التعريف الثاني: فأورد عليه المصنف رحمه الله بايرادين: أحدهما:

{ ٢ } إنه إن أريد باقرار العقد ابقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه، وإن أريد به إلزام العقد كان مرجعه إلى اسقاط حق الخيار فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار.

وفيه: إن المتعين هو الثاني، وليس مرجعه إلى ما ذكر، بل حقيقته تثبيت العقد الذي هو أمر وجودي، ولازمه سقوط الخيار.

وإن شئت قلت: إن مرجعه إلى اسقاط حق إزالة العقد لا اسقاط الخيار، فالخيار مركب من سلطنتين: السلطنة على إزالة العقد، والسلطنة على رفع هذه السلطنة.

مع أن ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك فإن لكل منهما إزماء من طرفه لا مطلقا. ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عرفا عند الاطلاق في كلمات المتأخرين وإلا فاطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة والرد لعقد الفضولي وسلطنة الرجوع في الهبة وغيرهما من أفراد السلطنة شائع.

الثانية: ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه أن الأصل في البيع اللزوم، { ١ } قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم، لأن الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى. أقول المستفاد من كلمات جماعة: إن الأصل هنا قابل لإرادة معان:

ثانيهما: إن ظاهر الالتزام في مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك.

وفيه: إن الذي بيد ذي الخيار الالتزام من طرفه لا من الطرفين، وإنما يكون لازما من الطرف الآخر من جهة عدم الخيار له، وهذا الظهور في الفسخ أيضا ممنوع، فإنه إزالة من جانبه، ولكن حيث لا يعقل انحلال العقد من طرف واحد يلتزم بانحلاله من الطرفين لا أن معنى الفسخ ذلك كي يلتزم به في الإجازة بقريئة المقابلة. فظهر أن ما عرفه القدماء متين لا يرد عليه شيء.

الأصل في البيع اللزوم

{ ١ } الثانية: ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه: إن الأصل في البيع اللزوم، قال في محكي التذكرة: الأصل في البيع اللزوم، لأن الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه. انتهى.

وقد تقدم البحث والكلام في المقصود الأصلي من هذه المقدمة في أول كتاب البيع في مسألة المعاطاة، وإنما تعرضنا هنا لها لجهتين:

الأول: الراجع: احتمله في جامع المقاصد مستندا في تصحيحه إلى الغلبة. { ١ }
وفيه أن أراد غلبة الأفراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس، أو
الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبة الأزمان فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة مع أنه
لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإنما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت خيار أو
ظهور عيب.

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في
بعض الأفراد، أو بعض الأحوال، وهذا حسن، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في
توجيه الأصل.

الثالث: الاستصحاب ومرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ
أحدهما وهذا حسن.

الرابع: المعنى اللغوي بمعنى { ٢ } أن وضع البيع وبنائه عرفا وشرعا على اللزوم
وصيرورة المالك الأول كالأجنبي، وإنما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لأحدهما أو
لهما يسقط بالاسقاط، وبغيره، وليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز
رجوع الواهب، بمعنى كونه حكما شرعيا له أصلا وبالذات، بحيث لا يقبل الاسقاط.

الأولى: للتعرض لم احتمالات الأصل الواقع في كلمات الفقهاء.
الثانية: للتسهيل على الطالب.

وكيف كان: فالأصل المزبور قابل لإرادة معان:

{ ١ } الأول: الراجع المستند إلى الغلبة: ذكره في جامع المقاصد
وفيه: إنه ممنوع صغرى وكبرى،

أما الأولى: فلأن أغلب أفراد البيع تنعقد جائزة من جهة خيار المجلس وغيره،
وأراد غلبة الأزمان لا تنفع، فإنها توجب اللاحق لو شك في لزوم فرد في زمان خاص،
لا فيما إذا شك في لزوم فرد في جميع الأزمنة.

وأما الثانية: فلعدم الأساس لما اشتهر من أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب.

{ ٢ } الثاني: المعنى اللغوي، وهو ما بينى عليه الشيء، بمعنى أن وضع البيع وبنائه

من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمئة انعقاد البيع، لا ينافي كونه في حد ذاته مبنيا على اللزوم، لأن الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. نعم لو كان في أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا قابلا للسقوط، كان منافيا لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا، كما قيل نظير قولهم: إن الأصل في الجسم الاستدارة فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس، إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، وسيأتي ما فيه.

بقي الكلام في معنى قول العلامة في القواعد والتذكرة أنه لا يخرج من هذا الأصل { ١ } إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب. فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار، مع أنه من أسباب الخيار وتوجيهه بعطف الخاص على العام، كما في جامع المقاصد { ٢ } غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار بل عطف على نفسه وهو مبين له لا أعم. نعم قد يساعد عليه ما في التذكرة من قوله وإنما يخرج عن الأصل بأمرين:

عرفا وشرعا على اللزوم.
وأحسن توجيهه لذلك ما أفاده السيد الفقيه رحمه الله، وهو: إن بناء العرف على اللزوم، فإذا ورد دليل الامضاء كفى.
وفيه أنه لا ريب في أن بناء العرف على اللزوم في موارد وعدمه في موارد آخر كما في المعيب والمغبون وشبههما، وعليه فإذا شك في مورد أنه من قبيل الأول أو الثاني لا وجه للتمسك بعموم بناء العرف، إذ لا عموم له.
وإن قيل: إنه يتمسك بعموم أدلة الامضاء.
يجاب عنه بأنه تمسك حينئذ بالقاعدة المستفادة من العمومات وسيأتي الكلام فيها.
{ ١ } قوله بقي الكلام في معنى قول العلامة... أنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين وقد ذكر في توجيه قول العلامة وجوه
{ ٢ } منها أن عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار من قبيل عطف الخاص على العام

أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين بل للتروي خاصة.

والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين، انتهى.

وحاصل التوجيه على هذا أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا لاقتضاء نقص في أحد العوضين وبظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين لكنه مع عدم تماميته تكلف في عبارة القواعد مع أنه في التذكرة ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصولا سبعة بعدد أسباب الخيار وجعل السابع منها خيار العيب، وتكلم فيه كثيرا ومقتضى توجيهه أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب ويمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار { ١ } فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب، وإن لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لابقائه في ملك البائع واخراجه عنه، ويكفي في تزلزل العقد ملك اخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه، وإن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر، لكنه مبني على كون الأرش جزءا حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

وقد صرح العلامة في كتبه بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزءا من الثمن، بل له ابداله، لأن الأرش غرامة، وحينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا في العقد، { ٢ }

وفيه أن المعطوف عليه ليس مطلق السبب - كما أن المعطوف ليس خيارا خاصا - بل

المعطوف عليه مطلق الخيار والمعطوف سبب من أسبابه فلا يتم ذلك

{ ١ } ومنها ما أفاده العلامة رحمه الله، وحاصله أن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في

مقابل الخيار فإن ثبوت الأرش بمقتضى العيب موجب لاسترداد جزء مما ملكه البائع بالعقد

عن ملكه فالعقد بالإضافة إلى جزء من الثمن متزلزل وإن لم يثبت الخيار

{ ٢ } وأورد المصنف عليه بأنه ليس الأرش جزءا حقيقيا من الثمن بل هو غرامة فلا

يوجب ثبوته تزلزل العقد

ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع، لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم والجواز فلا يقتضي ذلك الأصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. وأما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تماميته. وأما بمعنى الاستصحاب فيجري في البيع وغيره إذا شك في لزومه وجوازه. وأما بمعنى القاعدة فيجري في البيع وغيره، لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع. وقد أشرنا في مسألة المعاطاة إليها ونذكرها هنا تسهيلاً على الطالب. فمنها قوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * { ١ } دل على وجوب الوفاء بكل عقد، والمراد بالعقد مطلق العهد، كما فسر به في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير علي بن إبراهيم،

والظاهر أن نظره قده إلى أن العقد يقتضي اللزوم وكون أحد العوضين فقط عوضاً عن الآخر والمخرج عن الأمر الأول هو الخيار وعن الثاني ظهور العيب فإنه يوجب أخذ الأرض مع المبيع.

ومنها غير ذلك مما ذكره العلامة، مع ما يرد عليه وغيره القاعدة المستفادة من العمومات

الثالث: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك.

{ ١ } ومنها: قوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * . (١)

وتقريب الاستدلال به: إنه دل على وجوب الوفاء بكل عقد، والمراد بالعقد مطلق العهد أو ما يسمى عقدا عرفاً، ومعنى وجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل

العقد على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه، فأخذه منه بغير رضاه نقض لذلك، فهو حرام، فإذا حرم جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد - ومن جملة ذلك التصرفات

الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه - كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد.

أو ما يسمى عقدا لغة وعرفا، والمراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب الدلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دل العقد مثلا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك، من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه والتصرف فيه كذلك، نقض لمقتضى [لمضمون] ذلك العهد فهو حرام.

فإذا حرم باطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد، ومنها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاه صاحبه، كان هذا لازما مساويا للزوم العقد وعدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، وهو معنى اللزوم، بل قد حقق في الأصول أن لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي، ومما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل

وأورد عليه بايرادات:

الأول: إن الوفاء إنما يتعلق بالعهد والالتزام، وهو إنما يتعلق بأمر اختياري مثل النذر، ولا يتعلق بما هو خارج عن تحت الاختيار كالملكية إلى الأبد، فلا معنى لوجوب الوفاء بمقتضى العقد.

وبعبارة أخرى: إن وجوب الوفاء بشئ فرع كونه تحت الاختيار والملكية وبقائها إلى الأبد خارجة عن تحت اختيار المكلف، فلا يتعلق بها وجوب الوفاء، وهذه آية اختصاص الآية الشريفة بباب النذر وشبهه.

وفيه: إن الوفاء بمعنى التمام أو ما يقاربه، وعليه فإن كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده، وإن كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على الملكية كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، وهو: إن موضوع وجوب الوفاء هو العقد وبقائه بعد

الفسخ مشكوك فيه، فالتمسك بعموم الآية من باب التمسك فيما لا يعلم انطباق المطلق عليه.

وفيه: إنه لا كلام في بقاء العقد ما لم يفسخ، وعليه فالأمر بالوفاء إن كان ارشادا كان مدلول الآية المطابقي لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ، وإن كان مولويا نفسيا كان عدم الفسخ

[القائل هو العلامة في المختلف] من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم وجواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. { ١ }
توضيح الضعف أن اللزوم والجواز من الأحكام الشرعية للعقد، وليس من مقتضيات العقد في نفسه، مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى أعني وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه، يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد، مساويا للزوم وأضعف من ذلك ما نشاء من عدم التفتن لوجه دلالة الآية على اللزوم، مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور، وهو أن المفهوم من الآية عرفا حكمان تكليفي ووضعي. وقد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكما وضعيا ومن ذلك

أيضا مأمورا به، فلو حرم الفسخ لم يكن مؤثرا اجماعا.
مع أن حرمة الفسخ لو ثبتت فإنما هي بمناط عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.
{ ١ } الثالث: ما عن العلامة في المختلف، وهو: إن معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم أو جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.
وفيه: إن العقد الجائر لا يجب الوفاء به لجواز فسخه وحله، فمن الوجوب يستكشف كونه لازما.
مع أن الجواز واللزوم من أحكام العقد لا من منشآت المتعاقدين، ولذا لو أوقعا العقد اللازم غير قاصدين للزوم بل للجواز اتصف العقد به.
الرابع: ما أفاده السيد الفقيه رحمه الله، وهو: إن العقد بمعنى العهد، وهو يشمل التكليف الإلهية والعهد الذي بين الخالق والمخلوق كالنذر وما يكون بين المخلوقين بعضهم مع بعض،
وحيث يدور الأمر بين حمل الأمر على الوجوب فيكون خروج العقود الجائزة والمستحبات من باب التخصيص، وحمله على القدر المشترك بين الوجوب والاستحباب فيسقط الاستدلال، وحيث إنه يبعد خروج المستحبات على كثرتها فيتعين الثاني: وفيه: أولا: ستعرف عدم كون العقد بمعنى العهد.
وثانيا: إن الالتزام بالتخصيص لا محذور فيه.

ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: * (أحل الله البيع على) *
اللزوم { ١ } فإن حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتب عليه
التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضاء الآخر مستلزما لعدم تأثير ذلك
الفسخ وكونه لغوا غير مؤثر،

وثالثا: إن الوجوب والاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه،
وإنما ينتزعان من الترخيص في الترك وعدمه، وعليه فعدم اللزوم في بعض الموارد
للترخيص في الترك لا يوجب الالتزام بالتخصيص ولا بعدم اللزوم في الموارد التي لم يرد
فيها ذلك.

فتحصل: إن شيئا من هذه الإيرادات لا يتم.

ولكن يرد عليه أمور:

الأول: إن العقد غير العهد، إذ العهد هو الجعل والقرار، والعقد هو ربط شيء بشيء،
وهو في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، فالعقد إنما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار
كل من المتعاقدين بالآخر.

الثاني: إن الوفاء عبارة عن التمام، فالإيفاء هو الاتمام والانتهاء.

الثالث: إن الأمر به ارشاد إلى اللزوم، ولا يكون حكما تكليفيا، وإن كان على هذا
أيضا تدل الآية على اللزوم، وقد تقدم تفصيل القول في كل واحد من هذه الأمور في
مبحث

المعاطاة في الجزء الثالث وعلى ما ذكرناه دلالة الآية على اللزوم أظهر.

{ ١ } ومنها: قوله تعالى * (أحل الله البيع) * (١) وقد ذكر المصنف رحمه الله في وجه
دلالة

الآية الشريفة على اللزوم: إن الحلية المستندة إلى البيع ظاهرة في التكليفية لا سيما بواسطة
مقابلة ذلك بحرم الله الربا، وحيث إنه لا موهم لحرمة البيع - لا بما هو فعل ولا بما هو
تسبيب

للملك - فلا بد من تقدير التصرفات، ومن حلية التصرفات يستكشف صحة البيع، أما من
جهة أنها تدل على حلية التصرفات المترتبة على البيع - ومرجع ذلك إلى حلية الأكل من
هذا السبب - ولازم ذلك عرفا ثبوت الملكية وأما من جهة أن حلية التصرفات

١ - سورة البقرة آية ٢٧٥.

ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض، { ١ } فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر، فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة باطلاق الآيتين الأخيرتين، لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب ولا ينفع الاطلاق. { ٢ }

الحكم بالنسبة إليها مطلقا ولا مقيدا، فضلا عن أن يكون مطلقا أو مقيدا، بالإضافة إلى رافعه، إذ المحكوم ليس ناظرا إلى نفسه، فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبة إلى حاكمه،

وفي المقام الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لأصل الحلية، ولا اطلاق لها بالنسبة إلى رافعها.

وفيه: أولا: إن المصنف رحمه الله صرح بالاطلاق.

وثانيا: إن الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لمنشأ الحلية وهو البيع والعقد لا للحكم نفسه، واطلاق الحكم بالنسبة إلى رافع منشأه كسائر حالاته أمر ممكن.

وثالثا: إن هذا الوجه يجري في (أوفوا بالعقود) بأن يقال: إن الفسخ لو كان مؤثرا لكان رافعا لوجوب الوفاء، فلا يمكن أن يكون ما دل عليه مطلقا بالنسبة إلى رافعه.

وقد ظهر مما ذكرناه دلالة الآية الشريفة على نفوذ البيع وصحته دون لزومه.

{ ١ } قال المصنف رحمه الله: ومنه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم باطلاق حلية أكل

المال بالتجارة عن تراض (١)

تقريب الاستدلال به: إن الأكل الذي رخصه الشارع عنوان للتصرفات المترتبة

على المعاملة لا لنفسها - لما تقدم - فمن جوازه يستكشف نفوذ المعاملة، ومن اطلاقه - لما بعد

الفسخ - يستكشف اللزوم.

{ ٢ } ثم أورد عليه بما أورده على سابقه.

وفيه: أولا: إن الأكل في صدر الآية كناية عن التملك، فكذلك في المستثنى، فالمرخص فيه هو التملك.

وثانيا: إن الإراد غير تام كما تقدم.

١ - سورة النساء آية ٢٩.

ومنها قوله تعالى: * (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) * {١} دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا، وموارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإن أكل المارة من ثمرة الأشجار التي تمر بها باطل لولا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، وكذلك الأخذ بالشفعة والخيار، فإن رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوي الخيار والشفعة، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفا، {٢} نعم لو دل الشارع على جوازه، كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين

والمصنف قد استدل بالآية الشريفة على اللزوم بطريق آخر ذكره في المعاطاة، وقد تعرضنا له هناك وبيننا عدم تماميته فراجع.

ومنها: قوله تعالى * (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) * (١) تقريب الاستدلال به على اللزوم وجهان:

{٢} الأول: إن الأكل المنهي عنه كناية عن التصرف المعاملي، وهو التملك، فيدل على النهي عن التملك بالباطل، ومنه أخذ مال الغير وتملكه من دون إذن صاحبه. وفيه: أولا: إن المراد بالباطل إما هو الباطل العرفي أو الشرعي أو الفاسد الخالي عن الأثر الذي لا يختلف معناه عرفا وشرعا، وإنما الاختلاف بينهما في المصدق، أما على الأول - الذي هو أساس الاستدلال -: فحيث إن إذن المالك الحقيقي موجب للخروج عن كونه باطلا وفي المقام، يحتمل الإذن في الفسخ، فلا محالة يشك في صدق الباطل

عليه، ومعه لا يبقى مورد للتمسك باطلاق الحكم.

وأما على الأخيرين فالشك في صدق الموضوع أظهر.

وثانيا: أنه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعبير بأموالكم بينكم الظاهر في إعطاء مال وأخذ مال، والرجوع ليس منها، فإنه رد للملك ويستتبع ذلك رجوع العوض لا أنه تملك بعوض.

وثالثا: إن الفسخ حل للعقد فلا تشمله الآية لعدم كونه سببا للأكل بل هو رافع

ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه. { ١ }

للسبب المملك وبعده يكون الملك بالسبب الأول.
الوجه الثاني: إن الأكل المنهي عنه كناية عن التصرفات، فتدل الآية على عدم جواز التصرفات بعد السبب الباطل ومنه الرجوع والفسخ.
ويرد عليه ما أوردناه على الوجه الأول.
{ ١ } ومنها: قوله صلى الله عليه وآله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه (١)
وتقريب الاستدلال به من وجهين:
الأول: إن الخبر يدل على عدم حلية مال الغير بغير رضاه، وحيث إنه لا معنى لحرمة المال، وتقدير تصرف دون آخر ترجيح بلا مرجح، فتقدر جميع التصرفات ومنها الفسخ ومن حرمة يستكشف عدم تأثيره
وفيه أولاً إن الحرمة حيث استندت إلى المال تكون ظاهرة في إرادة حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة به، ولا تشمل التصرف الاعتباري.
وثانياً: إن حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما تقدم في أول الجزء الثالث من هذا الشرح.
الثاني: أنه يدل على حرمة التصرفات في مال الغير بغير رضاه، ومقتضى إطلاقه حرمتها حتى بعد الفسخ، ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ.
وفيه: إنه حيث يحتمل تأثير الفسخ فيحتمل عدم كونه مال الغير بعد الفسخ، ومعه لا مورد للتمسك باطلاق الحكم.

١ - هذا المضمون في كثير من الأخبار راجع الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرک ج ٩ ص ٢١٢ وغيرهما.

ومنها قوله: الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاه، { ١ } ولذا استدل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائدة الملك التسلط، ونحوه العلامة في بعض كتبه.

والحاصل أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه وصار مالا لغيره وأخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم.

ومنها قوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم. { ٢ } وقد استدل به على لزوم غير

واحد منهم المحقق الأردبيلي قدس سره بناء على أن الشرط مطلق الالتزام والالتزام ولو ابتداء من غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده ويحرم التعدي عنه

{ ١ } ومنها: قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم. (١)

هذه الرواية وإن كانت ضعيفة السند إلا أن ضعفها مجبور بالعمل، وتقريب الاستدلال بها: أنها تدل على ثبوت السلطنة التامة للمالكين على أموالهم، ومن مقتضيات السلطنة التامة رفع مزاحمة الأجانب ومنهم المالك الأول، ولازمه عدم تأثير فسخه.

وبعبارة أخرى: خروج المال عن ملكه بغير رضاه مناف للسلطنة.

وأورد عليه بايرادات - : وقد ذكرناها مع أجوبتها في مبحث المعاطاة.

والحق في الجواب عنه: أنها تدل على ثبوت السلطنة ما دام كونه مالا له ولا تدل على تسلطه على ابقاء الموضوع وكون بقائه تحت اختياره كي تكون إزالته منافية للسلطنة الثابتة له فتدبر - وتمام الكلام في ذلك المبحث كما أن التقريب الآخر لدالاتها على ذلك مع

جوابه مذكوران هناك فراجع.

{ ٢ } ومنها: قوله صلى الله عليه وآله المؤمنين عند شروطهم. (٢)

وتقريب الاستدلال به: إن الشرط هو مطلق الالتزام، والالتزام ولو ابتداء من غير ربط

١ - البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - و ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

٢ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار وفيها المسلمون.

فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في: أوفوا بالعقود. لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفا هو الالتزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثله قوله عليه السلام في دعاء التوبة: ولك يا رب شرطي أن لا أعود في مكروهك وعهدي أن أهجر جميع معاصيك، وقوله عليه السلام في أول دعاء

الندبة: بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها مع أن كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادعينا من الاختصاص. ففي القاموس: الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ومنها الأخبار المستفيضة في أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا، { ١ } وأنه إذا افترقا وجب البيع، وأنه لا خيار لهما بعد الرضا. فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموما أو خصوصا.

بعقد آخر، وعليه فالعقد شرط يجب الوقوف عنده، ويحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في * (أوفوا بالعقود) * . ولكن تمامية الاستدلال به تتوقف على أمرين: صدق الشرط على المعاملات كالبيع، ودلالته على اللزوم.

أما الأول: فمضافا إلى ما سيأتي في مبحث الشروط من عدم صدقه على الالتزامات المعاملية: أنه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام، وهو لا يصدق على الالتزام الابتدائي. وبعبارة أخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، ولذا

قال في محكي القاموس: الشرط إلزام الشيء أو التزامه في البيع ونحوه وأما الثاني: فالأظهر أنه انشاء حكم تكليفي لا وضعي، إذ مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه، وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا إلى صحته أو لزومه، بل هو صفة في المؤمن فلا محالة يكون ظاهرا في كونه أمرا بالوفاء بالشرط تكليفا، وعليه فيجري فيه ما ذكرناه في * (أوفوا بالعقود) *

{ ١ } ومنها: الأخبار المستفيضة في أن البيعين بالخيار (١) ما لم يفترقا وأنه إذا افترقا وجب البيع

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا، وربما يقال إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب { ٢ } المتقدم المقتضى للزوم. ورد بأنه إن أريد بقاء علاقة الملك أو علاقة يتفرع على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، وإن أريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك { ٣ } وإنما تحدث بعد زوال الملك
لدلالة دليل، فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها

وأورد على هذا الوجه:

بأن هذه النصوص تدل على اللزوم الحيثي لا اللزوم من جميع الجهات، ولذا لا تنافي ثبوت خيار الحيوان والشرط ونحوهما.
وبأنها في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقها من هذه الجهة.

ولكن يرد على الأول: إنه خلاف اطلاق النصوص.

وعلى الثاني: إنها في مقام بيان الجواز قبل التفرق واللزوم بعده، ولذا في بعض تلك النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فإذا افترقا فلا خيار لهما.

الاستدلال للزوم بالاستصحاب

{ ١ } وربما يستدل على اللزوم بالاستصحاب.

بتقريب: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، وقد أشبعنا الكلام في هذا الاستصحاب وما يمكن، أن يورد عليه في مبحث المعاطاة، وإنما نذكر في المقام

الاشكال الذي لم يذكره المصنف رحمه الله هناك وذكره في المقام، وهو

{ ٢ } إن هذا الأصل محكوم باستصحاب بقاء علقه المالك الأول.

واستصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس.

{ ٣ } وأجاب المصنف رحمه الله عن الأول: بأنه إن أريد بقاء علاقة الملك أو علاقة

تتفرع

على الملك فلا ريب في زوالها بزوال الملك، وإن أريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه

فهذه

علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك.

وإن أريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس { ١ }

توضيح ما أفاده:

أنه ربما يتوهم أن الملكية وإن كانت أمراً اعتبارياً إلا أنها ليست بسيطة، بل هي ذات مراتب، فإذا انتقلت العين عن الشخص بنحو ليس له ارجاعها إلى ملكه إلا بعقد جديد فقد انقطعت العلاقة بالمرّة، وإذا انتقلت بنحو له ارجاعها إلى ملكه متى ما شاء فقد بقيت مرتبة منها.

فلو شك في الجواز وال لزوم يشك في أن علقه المالك الأول هل انقطعت بالمرّة أم بقيت مرتبة ضعيفة منها فيستصحب بقائها بعد كون قوة العلاقة وضعفها من مراتب شيء واحد، فإذا جرى هذا الأصل لا يبقى شك في بقاء الملك كي يستصحب، فإن الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق وعدمه.

وربما يتوهم أن للشخص سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثاً وبقاءً وبالبيع زالت السلطنة عليه، وكذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثاً. أما السلطنة على تسليط الغير بقاءً فهي مشكوكة الارتفاع فيستصحب بقائها، ونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ.

وكلاهما فاسدان:

أما الأول: فلأن الملكية التي هي أمر اعتباري ومن سنخ الوجود بسيطة وليست ذلت مراتب وهي قد زالت بالبيع ولم يبق منها شيء. مع أنه لو سلم كونها ذات مراتب - حيث إن ما يبقى بعد العقد الجائز مباين مع الملكية، ولذا ترى أن خيار المجلس بنظر العرف مغاير مع الملكية - فلا يجري الاستصحاب.

وأما الثاني: فلأن السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة إن ثبتت، فإنها تثبت في ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك وأجاب المصنف عن الأصل الثاني بوجوه { ١ } الأول إن الدليل أحص من المدعى لعدم جريانه في غير البيع.

بل مطلقا بناء على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم: أوفوا بالعقود { ١ } لا الاستصحاب أنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، { ٢ } فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم، فتأمل.

{ ١ } الثاني: إن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم * (أوفوا بالعقود) * (١) لا الاستصحاب.

وأورد عليه: بأن * (أوفوا بالعقود) * حيث لا عموم زمني له فلا يكون هو المرجع في زمان الشك، بل المرجع استصحاب حكم الخاص على ما أسسه في الأصول. ويمكن دفعه بأن ذلك يتم في ما إذا كان خروج الفرد في الأثناء لا من الأول كما في المقام، وإلا فالمرجع عموم العام. وتتمام الكلام في محله. { ٢ } الثالث: أنه لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق. وأورد عليه: بأن الكلام إنما هو مع قطع النظر عن الأدلة الاجتهادية، مع أن هذه الأخبار كما توجب عدم جريان هذا الأصل توجب عدم جريان الأصل المحكوم أيضا.

وفيه: إن ما يثبت بهذه النصوص هو زوال ذلك الحق الثابت في المجلس، وأما زوال الحق الآخر المشكوك الحدوث فهي لا تدل عليه، وحيث إنه يحتمل ذلك فإن قلنا بأن الخيار واحد وإن تعددت أسبابه يجري استصحاب بقاء الخيار الشخصي الثابت سابقا، وإن قلنا بتعدده بتعدد أسبابه فيمكن اجراء استصحاب الكلي الجامع بينهما، فإنه وإن كان من قبيل القسم الثالث من أقسام الكلي إلا أنه حيث يحتمل حدوث فرد آخر مقارنة لحدوث المتيقن يجري استصحاب الكلي على مسلك المصنف رحمه الله. ولكن المختار عدم جريان الاستصحاب فيه حتى في هذا الفرض فلا يجري الأصل المزبور في المقام. فتحصل: إن الاستصحاب أيضا من أدلة اللزوم.

ثم إنه يظهر من المختلف في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة، أن الأصل عدم اللزوم، { ١ } ولم يرد من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: * (أوفوا بالعقود) * { ٢ } ولم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل، نعم هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه، مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا [تسليما] { ٣ } ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر وعدم زواله بدون رضا الطرفين، ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، ويجري أيضا فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناء على أن المرجع في الفرد المردد بين عنواني العام، والمخصص إلى العموم. وأما بناء على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر وعدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز

{ ١ } وقد أفاد العلامة في مسألة المسابقة عند الشك في أنها جائزة أو لازمة أنها غير لازمة لأصالة عدم اللزوم،
 { ٢ } ورده من تأخر عنه بعموم آية الوفاء بالعقد (١) والمصنف رحمه الله استحسن الأصل

المزبور في بعض الأبواب قال

{ ٣ } نعم هو حسن في خصوص المسابقة وشبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا وأورد عليه المحقق الإيرواني، مضافا إلى أن غاية ما ذكره بطلان استصحاب بقاء الأثر بعد الفسخ الذي هو معنى أصالة اللزوم لا صحة أصالة الجواز. بأنه بناء على جريان الاستصحاب التعليقي يجري الاستصحاب في المقام: فإنه يجري استصحاب بقاء استحقاق العوض لو سبق الثابت قبل الفسخ ويحكم بأنه يستحق العوض لو سبق بعد الفسخ ثم ناقش قده فيه: بأن المختار عدم جريان الاستصحاب التعليقي.

وفيه: إن هذا الاستصحاب يجري وإن بنينا على عدم جريان الاستصحاب التعليقي من جهة أن الاستصحاب التعليقي المصطلح إنما هو فيما لو تحقق أحد جزئي موضوع الحكم كالعصير العنبي ثم حين ما تحقق الجزء الآخر شك في الحكم من جهة الشك في بقاء الجزء الأول لاحتمال التبديل، وفي المقام ليس كذلك، بل المتيقن هو انشاء تمليك على تقدير سبق

كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة. فإن الأصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزة، { ١ } لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في اثبات صفة اللزوم. وأما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه وفي الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبراءة { ٢ } التي هي من آثار الهبة

والمشكوك فيه بقاء هذا الأثر وارتفاعه عن موضوعه، فيجري الأصل فيه، ونظير المقام ما لو شك في وجوب الحج على المستطيع. وبالجملة: ما نحن فيه من قبيل الشك في بقاء التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده فيجري الأصل، وهذا غير الاستصحاب التعليقي المصطلح الذي ليس الشك فيه في بقاء الجعل.

ولا يخفى أن ما ذكرناه من دلالة العمومات على أصالة اللزوم إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم. وأما إذا كان الشك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز فلا مورد للتمسك بالعمومات فيتعين حينئذ الرجوع إلى الاستصحاب، إلا أن يكون هناك أصل حاكم ففي المتن

{ ١ } كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة فإن الأصل حينئذ عدم قصد القربة فيحكم بالهبة الجائزة.

ولكن يتم ذلك بناء على كون الهبة والصدقة حقيقة واحدة والفرق بينهما إنما هو من قبيل الفرق بين الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء، فالتمليك المجاني المجرد عن قصد القربة هبة، والتمليك المجاني الذي قصد به القربة صدقة، إذ عليه تكون أصالة عدم قصد القربة نافية للزوم المترتب على الصدقة.

وأما بناء على ما مال إليه في الجواهر من كونهما حقيقتين متباينتين فلا أصل لهذا الأصل وتام الكلام في محله.

{ ٢ } قوله فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة

وإذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان، لعموم على اليد إن كان هو
المستند في الضمان بالعقود الفاسدة، { ١ } وإن كان المستند دخوله في ضمان العين { ٢ }
أو

قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقا
لها كان الأصل البراءة أيضا.

القول في أقسام الخيار

وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة والمجتمع منها في كل كتاب سبعة، { ٣ } وقد
أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعا أربعة عشر، مع
عدم ذكره لبعضها، ونحن نقتفي أثر المقتصر على السبعة كالمحقق والعلامة قدس سره،
لأن ما

عداها لا يستحق عنوانا مستقلا، إذ ليس له أحكام مغاير لسائر أنواع الخيار، فنقول
وبالله التوفيق.

إلا أن يحصل العلم الاجمالي بالمخالفة القطعية من جريان أصالة اللزوم وأصالة البراءة
معا كما لو شك في أن الواقع هبة أو بيع فإن مقتضى أصالة اللزوم عدم رجوع العين إلى
مالكها

الأول بعد الفسخ ومقتضى أصالة البراءة عدم استحقاقه العوض مع أنه يعلم اجمالا إما
باستحقاقه العوض أو رجوع ماله إليه بالفسخ فلا يجري شئ من الأصليين.

{ ١ } قوله لعموم على اليد (١) إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة
التمسك به في المقام مبني على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لأنه قد خرج
عنه ما إذا كانت اليد بعنوان تسليط المالك مجانا - وحيث إن المخترع عدم جوازه فلا
يجوز

التمسك به في المقام

اللهم إلا أن يقال إن الخارج عن العموم ليس هو التسليط المجاني بهذا العنوان بل
بعنوان اسقاط المالك احترام ماله - وعليه - فاحترام المال معلوم وسقوطه مشكوك فيه
والأصل عدمه.

{ ٢ } قوله وإن كان المستند دخوله في ضمان العين

وقد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أن الاقدام على الضمان ليس دليلا
مستقلا للضمان.

{ ٣ } قوله وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة والمجتمع منها في كل كتاب سبعة
والحق في بيان الجامع لها أن الخيار تارة يكون بجعل الشارع ابتداء ومطلقا

١ - المستدرک - باب ١ - من کتاب الودیعة، کنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

الأول في خيار المجلس:
فالمراد بالمجلس، مطلق مكان المتبايعين حين البيع، { ١ } وإنما عبر بفردده الغالب
وإضافة الخيار إليه لاختصاصه به وارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق،

كخيار المجلس والحيوان، وأخرى: يكون بجعل من المتعاملين مثل شرط الخيار،
وثالثة: يكون وسطا بينهما بأن يلتزم المتبايعان في ضمن العقد وجود شرط أو وصف،
أو عدمه، أو عمل خارجي وتبين خلافه، فإنه يثبت لمن له الالتزام الخيار حينئذ، والكلام
يقع أولا فيما يكون بجعل شرعي ابتداء.

خيار المجلس

{ ١ } قال المصنف رحمه الله فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين.

ولكن: ليس في أدلة هذا الخيار لفظ المجلس ولا مكان المتبايعين،
بل في النصوص جعل هذا الخيار مغيا بالافتراق، ويستظهر من ذلك اعتبار الاجتماع
العرفي في جانب المغيا،

فلو لم يكن بينهما اجتماع حال البيع لم يكن هناك خيار،
كما لو أوقعا العقد بواسطة التلفون مع كون كل منهما في بلد غير بلد الآخر.
نعم حيث يكون المراد الاجتماع بالأبدان فيكون المراد الاجتماع من حيث المكان،
وحيث إن الغالب من مكان الاجتماع كونه محلا للجلوس فلذا عبر بخيار المجلس،
وعلى هذا فكما لا يعتبر المجلس لا يعتبر مكان البيع، بل لو افترقا عن مكان البيع مع
بقاء اجتماع المتبايعين وعدم تفرق أحدهما عن صاحبه كان الخيار باقيا،
فهذا الخيار خيار الاجتماع في المجلس وإضافته إلى الاجتماع إضافة المسبب إلى سببه،
ويعبر عن سببه بمحل سببه من باب تنزيل المحل منزلة المحال.

ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار، { ١ } والنصوص به مستفيضة،
والموثق الحاكي لقول علي عليه السلام إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح أو
مأول ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع، نعم سيحى استثناء بعض أشخاص
المبيع كالمنعتق على المشتري، وتنقيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم
مسائل.

{ ١ } وفي الجواهر: اجماعا منا بقسميه، والنصوص المستفيضة شاهدة به، لاحظ
صحيح محمد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه
 وآله: البيعان بالخيار حتى
يفترقا: الحديث (١) ونحوه صحيح زرارة عنه عليه السلام (٢).
وصحيح الفضيل عنه عليه السلام - في حديث - قال: قلت له: ما الشرط في غير
الحيوان؟
قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (٣). ونحوها
غيرها.
وأما موثق غياث عن جعفر عن أبيه عن الإمام علي عليهم السلام: إذا صفق الرجل
على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا (٤) فربما يحمل على التقية.
وأورد عليه: بأن الخبر علوي، وموجب التقية حدث في عصر الإمامين الصادقين
عليهما السلام
ودفع بأن الحاكي لهذه الرواية حيث إنه الإمام الصادق عليه السلام فيمكن التقية في مقام
الحكاية والرواية عن الأمير عليه السلام.
وفيه: إن التقية في مقام الحكاية بمعنى نقل جملة عن شخص مع عدم صدورها منه
وكونه كذبا غير معهود،
ولعل أحسن الوجوه ما أفاده بعضهم من أن المراد من الصفق على المبيع هو الصفق
بعنوان الالتزام بالمبيع لا الصفق المحقق للبيع، كيف وموضوعه المبيع، فيكون البيع محققا
قبله.
انتهى

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٢.١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٢.
٣ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٣.٤ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٧.

مسألة: لا اشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين، ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة. { ١ } وهل يثبت لهما مطلقا خلاف، قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع

أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما وبالموكلين مع حضورهما في المجلس، وإلا فبالوكيلين فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب انتقل الخيار إليه، لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. وللشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلق بالموكل، والآخر أنه يتعلق بالوكيل، انتهى. أقول: والأولى أن يقال إن الوكيل إن كان وكيلا في مجرد اجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقا لجماعة، منهم المحقق والشهيد الثانيان، لأن المتبادر من النص غيرهما وإن عممناه لبعض أفراد الوكيل، ولم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه

وتنقيح مباحث هذا الخيار ومسقطاته يحصل برسم مسائل.

ثبوت الخيار للوكيل

{ ١ } الأولى: لا خلاف ولا اشكال في ثبوت هذا الخيار للمتبايعين إذا كانا أصيلين ولا في ثبوته للوكيلين في الجملة، إلا ما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد من انكار ثبوته

للكيل بقول مطلق.

وكيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في ثبوت الخيار للوكيل.

الثاني: في ثبوته للموكل.

أما المقام الأول فتوضيحه: إن الوكيل قد يكون وكيلا في اجراء الصيغة خاصة، وقد يكون وكيلا مستقلا في ايجاد المعاملة فقط، وقد يكون وكيلا مستقلا في أمر المعاملة ايجادا

وفسخا - على كلام في معقوليته سيحى - وقد يكون وكيلا مفوضا إليه أمر المعاملة وجودا

وعدما إن شاء باع وإن شاء لم يبع.

أما القسم الأول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له في قبال ما قيل من صدق البيع

بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك، مضافا إلى أن مفاد أدلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه، على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج، { ١ } ألا ترى أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن يعتق عليه لقراءة أو يجب صرفه لنفقة أو اعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه، لأدلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع وعدم وجوب عتقه

عليه فتشمله أدلة الخيار بوجوه

{ ١ } أحدها: ما أفاده المصنف رحمه الله وتفرد به وهو: إن مفاد أدلة الخيار اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه في الخارج.

وفيه: إن الخيار إما أن يكون سلطنة على حل العقد، أو على تراد العوضين، وعلى التقديرين ليس هو سلطنة على خصوص الاسترداد بعد ثبوت السلطنة على الرد. أما على الأول: فواضح،

وأما على الثاني: فالأنه لا موجب للالتزام بكونه سلطنة على الاسترداد خاصة سوى أن المالك والوكيل المفوض، لهما السلطنة على الرد بالإقالة ونحوها، فلا معنى لجعل الخيار لهما إلا السلطنة على الاسترداد.

وحيث إنه لا يعقل السلطنة على الاسترداد دون الرد فلا محالة يكون الخيار مجعولا لمن له سلطنة على الرد، وهو توهم فاسد:

لأن الرد بما أنه له مصاديق وما يكون ثابتا للمالك بعضها، فجعل الخيار بمعنى السلطنة على الرد والاسترداد بلا اعتبار رضا الآخر لا يلزم منه اللغوية، وعليه فالخيار هو السلطنة على تراد العينين لا على جلب ما ذهب خاصة.

ثم إن المحقق النائيني رحمه الله وجه كلام المصنف رحمه الله بما سنذكره في الوجه السابع. فانتظر.

هذا مضافا إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه وبينه وبين خيار الحيوان { ١ } الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في اجراء الصيغة، فإن المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيد إلا أن سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ المتبايعين مع أن ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور { ٢ } مضافا إلى أدلة سائر الخيارات. { ٣ } فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه. والظاهر عدم دخوله في اطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة، فإن الظاهر من قوله: اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع والشراء لا مجرد ايقاع الصيغة. ومن جميع

{ ١ } ثانيها: ما أفاده المصنف رحمه الله تبعا لغيره، وهو: إن بعض (١) أخبار هذا الخيار قد

قرن فيه بينه وبين خيار الحيوان الذي لا يلتزم الفقيه بثبوته للوكيل في اجراء الصيغة، وظاهر ذلك من جهة وحدة السياق كون موضوع الخيارين واحدا. وفيه: إن الموجب لاختصاص خيار الحيوان بغير الوكيل ما في بعض (٢) رواياته من جعل الخيار لخصوص صاحب الحيوان لا اختصاص الموضوع به. { ٢ } ثالثها: ما في المكاسب أيضا، وهو: إن ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور.

وفيه: إن الحكمة غير معلومة، مع أن الحكم لا يدور مدارها. { ٣ } رابعها: ما في المتن أيضا، قال: مضافا إلى أدلة سائر الخيارات، فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه. وفيه: إن بعض تلك الخيارات مختص بالمالك لاختصاص دليله به كخيار الغبن لو قلنا إن مدركه حديث لا ضرر، وبعضها تابع لجعل المتبايعين ولو كان هو الأجنبي كشرط الخيار، وبعضها كخيار العيب يجري فيه ما هو الجاري في المقام. خامسها: ما في المكاسب في أواخر المبحث، وهو: إن ثبوت الخيار للوكيل يضاد مع سلطنة الموكل على ماله، لأن بالفسخ يخرج المال عن ملكه قهرا عليه، فأدلة الخيار على فرض شمولها له تعارض دليل سلطنة المالك، ويقدم دليل السلطنة، وإن كانت النسبة

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٢٠١ - نفس المصدر حديث ٥.

عموما من وجه لحكم العقل وبناء العقلاء، ولا أقل من التساقت فيرجع إلى استصحاب بقاء الملك بعد فسخه.

وفيه: إن النسبة بين دليل الخيار ودليل السلطنة عموم مطلق، لأن خيار كل من المتعاملين ينافي سلطنة الآخر على ما انتقل إليه.

سادسها: ما أفاده بعض المحققين رحمه الله، وهو: إن بعض، (١) نصوص الباب تضمن ثبوت هذا الخيار للتاجر، وعدم شموله لمجرى الصيغة واضح، وبه يقيد إطلاق سائر النصوص.

وفيه: إنه بما أنهما مثبتان لا وجه للحمل.

سابعها: إن دليل الخيار مخصص لعموم* (أوفوا بالعقود)* (٢) فكل من يجب عليه الوفاء بالعقد مختار في الفسخ بدليل الخيار، والذي من شأنه الوفاء هو المتصرف في المال.

والوكيل في اجراء الصيغة، حيث إنه لا يملك التصرف في المال المنتقل إليه لا وفاء له، فلا يكون ذلك واجبا عليه، ولا معنى لاستثنائه عن هذا الحكم في موارد خاصة. وبهذا وجه المحقق النائيني رحمه الله كلام المصنف رحمه الله الذي هو الوجه الأول الذي ذكرناه.

وفيه: إن الوفاء بمعنى التمام، فالمأمور به في الآية الشريفة - كما تقدم في أول هذا الجزء وفي مبحث المعاطاة - هو الاتمام والانتهاء، وانتهاء العقد واتمامه إنما هو بعدم نقضه وحله، وليس المأمور به ترتيب الآثار عملا كي يقال إنها لا تشمل الوكيل المذكور، وعليه فهي شاملة له أيضا، وبدليل الخيار يخصص بالنسبة إليه.

فالحق في وجه عدم ثبوت الخيار له أن يقال: إن دليل الخيار منصرف عنه.

توضيحه: إن البائع - وكذا البيع - له اطلاقان: أحدهما: هو المنشئ والموجد للبيع

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٦. ٢ - سورة المائدة: ٢.

ومن جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحقائق، وأضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ { ١ } بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقدة بمجرد اجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل، وعلى المختار فهل يثبت للموكلين، فيه اشكال من أن الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين. { ٢ } وذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث ببيع وكيله، ومن أن الوكيلين فيما نحن فيه كالألة للمالكين، ونسبة الفعل إليهما شائعة. ولذا لا يتبادر من قوله: باع فلان ملكه الكذائي كونه مباشرة للصيغة وعدم الحث بمجرد التوكيل في اجراء الصيغة

الثاني: من كان حصول البيع باختياره واستقلاله وسلطانه، ولو كان غير مباشر له، فيقال: فلان باع داره وعقاره، وإن كان البيع صادرا عن وكيله والمنصرف إليه، لفظ البائع عند الاطلاق هو الثاني، وعليه فهو لا يشمل الوكيل الموقع للصيغة. ويؤيد ذلك، بل يدل عليه ما في بعض نصوص الباب من تعليل لزوم بالافتراق بكون ذلك رضا منه، (١) فإنه يستكشف من ذلك أن الخيار إنما يكون ثابتا لمن يكون رضاه معتبرا في المعاملة، والوكيل المجري للصيغة لا يكون رضاه معتبرا فيها ولا ربط له بالمعاملة كي يكون تصرفه دالا على رضاه، ولعله إلى هذا نظر المصنف رحمه الله في ما ذكره من الوجه

الذي ذكرناه أولا. فراجع وتدبر.

{ ١ } قوله وأضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ. لم يظهر لي ولا لغيري وجه الأضعفية إذ على فرض القول بشمول دليل الخيار للوكيل، لا فرق فيه بين منع الموكل وعدمه. ثبوت الخيار للموكل

وأما المقام الثاني: وهو ثبوت الخيار للموكل، فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في أصل ثبوت الخيار للموكل.

الثاني: في الأمور المتفرعة على ثبوتة له.

أما الأول: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار له بوجوه:

{ ٢ } منها: إن الظاهر من البيعين في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين، وذكروا أنه

ممنوع، فالأقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما في مجلس العقد { ١ } والمراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان وذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلساني الموكلين والعبارة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

توقف خيار الموكل على حضوره مجلس العقد { ١ } ثم إن ثبوت الخيار للموكل هل يتوقف على حضوره مجلس العقد كما بني عليه المصنف رحمه الله، أو لا يتوقف عليه، أم يفصل بين الوكيل في اجراء الصيغة فقط أو في خصوص معاملة خاصة بحيث تنتهي وكالته بالعقد فلا يكفي اجتماع الوكيلين بل يعتبر حضور الموكلين مجلس العقد وإلا فلا خيار لهما، وبين الوكيل المفوض المستقل فيكفي اجتماع الوكيلين ولا يعتبر حضور الموكلين كما ذهب إليه المحقق النائيني رحمه الله وجوه: والحق في المقام أن يقال: إن موضوع هذا الخيار قوامه بأمرين: أحدهما: صدق البيع

ثانيهما: كون البائع والمشتري مجتمعين لما عرفت من أن هذا الخيار حيث يكون مغياً بالافتراق فيعلم أنه خيار الاجتماع، وحيث إن الافتراق المجعول غاية يراد به الافتراق بدنا، يكون المراد به الاجتماع بدنا وفي المكان، ويعتبر فيه كون الاجتماع للبيع، فلو اجتمعا في مكان لا للبيع بل لغرض آخر وكانا غافلين عنه غير ملتفتين إليه لا يثبت لهما الخيار. وعليه فإذا حضر الموكلان مجلس العقد متوجهين إليه أو اجتمعا في مجلس للبيع ووكلا شخصين آخرين اجتمعا في محل آخر للبيع أو لم يجتمعا وأوقعا العقد غير مجتمعين كما

إذا كانا في محلين متباعدين وأوقعا العقد بواسطة التلفون - ثبت لهما الخيار. واستدل للثاني بوجهين:

الأول: ما في محكي الجواهر احتمالاً، وهو: إن نصوص الباب مختصة بالوكيل

هذا كله إن كان وكيلًا في مجرد إيقاع العقد. وإن كان وكيلًا في التصرف المالي كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين {١}. فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، {٢} ودعوى تبادر المالكين ممنوعة خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة، فإن معاملة الوكلاء والأولياء لا تحصى،

ثبوت الخيار للوكيل المستقل

وأما القسم الثاني: وهو الوكيل في إيجاد المعاملة مستقلاً فقط، فعمدة الوجوه التي ذكرناها لعدم ثبوت الخيار للوكيل في القسم الأول جارية في هذا القسم كما هو واضح، فالأظهر عدم ثبوت الخيار له.

{١} وأما القسم الثالث: فقد اختار المصنف رحمه الله ثبوته له.

والكلام فيه في مواضع:

الأول: في أن عموم الوكالة لما يشمل فسخ المعاوضة صحيح أم لا؟

والحق عدم صحته، فإنه إن أريد به الفسخ من قبل الموكل أعمالاً لحقه، فهذا لا ربط له بثبوت الخيار للوكيل، وإن أريد به الفسخ بخيار نفسه فهو باطل، إذ لا معنى للوكالة فيما هو

وظيفته ومستقل فيه، مع أن ثبوت الخيار متوقف على الوكالة فيه المتوقفة على ثبوت الخيار،

وهذا دور واضح، وعلى هذا فلا فرق بين هذا القسم وسابقه.

الثاني: إنه على فرض صحة ذلك، والفرق بينه وبين سابقه ما ذكره رحمه الله في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل من منافاته لدليل (الناس مسلطون على أموالهم) يجري في هذا القسم، وعليه فقولُه:

{٢} فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص، لا وجه له.

الثالث: إن ما اخترناه في وجه عدم ثبوت الخيار للوكيل في القسمين الأولين يجري في هذا القسم، فإن البائع بالاطلاق الثاني الذي هو المنصرف إليه من لفظه عند الإطلاق، وهو من كان حصول البيع باختياره وسلطانه واستقلاله لا يشمل هذا الوكيل أيضاً. وأما القسم الرابع: وهو الوكيل المفوض إليه أمر المعاملة إن شاء أو جدها وإن شاء

وهل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال، { ١ } من تبادر المتعاقدين من النص. وقد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله ومن أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات وخيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا ارفاقا له { ٢ } وأن ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه { ٣ } إلا أن يدعي مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر. ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة

لم يوجد لها، فالظاهر ثبوت الخيار له لصدق البائع ولو بالاطلاق الثاني عليه كما هو واضح.

{ ١ } قوله وهل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة اشكال والمصنف رحمه الله استدل لثبوت الخيار للموكل فيما إذا صدر البيع من الوكيل المطلق في قبال

دعوى عدم شمول البيع للموكل بوجهين آخرين:

{ ٢ } أحدهما: إن المستفاد من الأدلة كون الخيار حقا لصاحب المال ارفاقا.

{ ٣ } ثانيهما: إن ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه.

وفيهما نظر:

أما الأول: فلأنه لو سلم كون حكمة جعل الخيار الارفاق بالمالك، أن مفاد الأدلة حينئذ أن الخيار مهما ثبت يكون للارفاق لا أن كل من يناسبه الارفاق يكون الخيار ثابتا له.

وأما الثاني: فلأن ثبوت الخيار للوكيل ليس بعنوان كونه وكيلًا ونائبا كي يقال إنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، بل بعنوان كونه بيعا غير الصادق هذا العنوان على الفرض على الموكل، فالصحيح في وجه ثبوت الخيار للموكل صدق عنوان البيع عليه وهل يعتبر حضور الموكل مجلس العقد في ثبوت الخيار لو كان الوكيل وكيلًا مفوضا كما هو صريح المتن

أم لا يعتبر ذلك كما أفاده المحقق النائيني وجهان،

قد استدل المحقق النائيني لما اختاره بأنه إذا كانت الوكالة منتهية ببيع الوكيل كان

وحينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى اعماله نفذ وسقط خيار الباقيين { ١ } بلزوم العقد أو بانفساخه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز، فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين وهذا فرض من جانب واحد،

اجتماع الوكيلين كاجتماع الأجنبيين، والمفروض عدم اجتماع الموكلين، وحيث إنه يعتبر في ثبوت هذا الخيار الاجتماع فلا يكون ثابتا لهما. وأما إذا كانت الوكالة باقية بعد البيع وكان الوكيل وكيلا مفوضا مستقلا، كان اجتماع الوكيلين اجتماعا للموكلين، لأنهما بدنان تنزيلان للموكلين فيثبت لهما الخيار وإن لم يكونا بيدنهما الحقيقيين مجتمعين.

وفيه: إن الاجتماع كسائر الأفعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الحلول كالفرح والسواد ونحوهما لا يستند إلى شخصين طولاً، أحدهما: المباشر، والآخر السبب، فكما لا يقال لسبب وجود الفرحة في زيد أنه فرح، ولا لسبب وجود السواد في جسم أنه أسود، بخلاف الأفعال التي يكون قيامها بفاعلها على نحو الإيجاد والإصدار كالتكلم والتوفي والبيع

ونحوها، فإنها تستند إلى المباشر والسبب، ولذا ورد تارة * (الله يتوفى الأنفس حين موتها) (١) وأخرى (قل يتوفاكم ملك الموت) * (٢) فكذا لا يقال للموكل السبب لاجتماع الوكيلين أنه مجتمع مع غيره، بل هو مجمع لأحدهما مع الآخر.

وبالجملة: الاجتماع من الأفعال التي لا تنسب إلى غير المباشر، فالصحيح ما ذكرناه. وأما المورد الثاني فالكلام فيه في فروع تقدم الفسخ على الإجازة

{ ١ } الأول أنه لو ثبت الخيار للموكل والوكيل ففسخ أحدهما وأجاز الآخر هل

١ - سورة الزمر: ٤٢ . ٢ - سورة السجدة: ١١ .

يقدم الفاسخ على المجيز - كما في مورد ثبوت الخيار للبائع والمشتري - أم يكون اعمال السابق خياره نافذا ويسقط الخيار عن الباقي كما اختاره المصنف رحمه الله؟ وجهان. وغاية ما يمكن أن يقال في وجه ما ذهب إليه المصنف رحمه الله أمران. أحدهما: إن تقدم الفاسخ على المجيز إنما هو في فرض ثبوت الخيار لكل من الشخصين اللذين لهما الخيار كما في مورد الخيار من الجانبين. وفيما نحن فيه يكون الثابت خيارا واحدا قائما بطبيعة البائع وطبيعة المشتري المنطبقة في كل جانب على المتعدد، فإذا سبق واحد من أفراد الطبيعة إلى الاعمال فسخا أو امضاء سقط خيار البقية لأنه يصدق أن الطبيعة فسخت أو أبرمت لفسخ واحد منهما أو إجازته. ثانيهما: إنه وإن كان الثابت للموكل والوكيل خيارين إلا أن الموكل إذا عمل خياره بإجازة أو فسخ يكون ذلك فسخا عمليا للوكالة. ومعه لا مورد لاعمال الوكيل خياره لأنه سقط بالعزل، وإذا عمل الوكيل خياره كان ذلك امعالا للموكل خياره، لأن فعل الوكيل فعل للموكل وإن لم يقصد الوكالة والنيابة بل وإن قصد عدمها، كما لو باع الوكيل دار موكله بعنوان الفضولية، وعليه فلا يبقى مورد لاعمال الموكل خياره.

وفي كلا الوجهين نظر:

أما الأول: فلأن قوله عليه السلام (١) البيعان بالخيار كسائر القضايا الشرعية يكون من قبيل القضية الحقيقية المنحلة إلى قضايا عديدة حسب ما للموضوع من الأفراد الخارجية، يثبت به لكل فرد من أفراد الموضوع حكم واحد غير ما هو الثابت لغيره من الأفراد، وعليه فكل من الموكل والوكيل له خيار غير ما يكون للآخر. وأما الثاني: فلأن الخيار الثابت للوكيل ليس ثابتا له بعنوان الوكالة بل بعنوان أنه بائع، فاعماله خياره ليس امعالا للموكل، مع أن فعل الموكل يكون عزلا للوكيل إذا كان

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد وجوه أقواها الأخير، { ١ }
وإن لم يكن مستقلا في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكيلاً في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له اشتر لي عبداً.
والظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الاطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول من أن اطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه فلا تنهض لاثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي. وفي ثبوته للموكلين ما تقدم

منافيا مع بقاء الوكالة، وأما في مثل المقام فلا.
فالأظهر أن المقام من موارد تقديم الفاسخ على المجيز.

بيان حقيقة تفرق الموكلين

{ ١ } الثاني: هل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرق المتعاقدين، أو بتفرق الجميع وجوه، قوى المصنف رحمه الله الأخير.
وأورد عليه السيد في الحاشية: بأن الظاهر أن الحكم معلق على صدق التفرق لا على صدق عدم التفرق، والمفروض صدقه، وإن كان يصدق عدم التفرق أيضا مع بقاء أصيل أو وكيل، فيكفي في سقوط الخيار تفرق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل.
تحقيق القول في المقام: إن المستفاد من النصوص (١) كون شرط الخيار عدم التفرق، وغاية ثبوته التفرق - وهما نقيضان لا يرتفعان ولا يجتمعان - وعليه فإن كان الخيار ثابتا لجنس البائع والمشتري بلا نظر إلى الأفراد كان الخيار ثابتا ما لم يفترق الجميع عن الجميع

وإن تفرق البعض عن البعض، لأنه لا يصدق افتراق الجنس وإن صدق افتراق

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه، ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق اختياري الأقوى لعدم، { ١ } لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقد في صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده، نعم يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخا أو التزاما،

بعض المصاديق فما أفاده المصنف رحمه الله متين. إلا أنه يرد عليه - مضافا إلى ما تقدم من منفاة المبنى لظاهر القضية - : أن لازم ذلك الالتزام بثبوت الخيار للموكلين وإن لم يجتمعا لصدق اجتماع الجنس مع اجتماع الوكيلين.

وإن قلنا بأن الخيار ثابت للأفراد لا للجنس كما هو الحق، فإما أن يكون مجلس الموكلين غير مجلس الوكيلين، أو يكون مجلس الجميع واحدا. فإن كان المجلس متعددًا يكون سقوط خيار كل من الصنفين تابعا لتفرقه، فلو تفرق الوكيلان سقط خيارهما دون خيار الموكلين، ولو انعكس الأمر انعكس. وإن كان مجلس الجميع واحدا، وكان اجتماعهم للمعاملة اجتماعا واحدا، لا محالة يكون لكل بائع مشتريان، ولكل مشتر بائعان، إذ مجموع الموكل والوكيل بائع، كما أن مجموع الوكيل والموكل مشتر، وحينئذ لو تفرق الموكل والوكيل سقط الخيار، وإن تفرق الموكل من طرف أو هو مع الوكيل من الطرف الآخر سقط خيار المتفرق وبقي خيار من لم يتفرق، لأنه

يصدق عدم تفرق البائع عن المشتري، وبهذا يظهر ما في كلمات القوم في المقام. وأن هذا وجه رابع لم يذكره المصنف رحمه الله.

تفويض الأمر إلى الوكيل

{ ١ } الثالث: بناء على ثبوت الخيار للموكل هل له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق اختياري؟

قوى المصنف رحمه الله لعدم، لأن المتيقن من الدليل ثبوته للعاقد عند العقد لا لحوقه له بعده.

وقد أورد عليه جل المحشين: بأن ما ذكره المصنف رحمه الله علة لعدم غير مرتبط بدعواه

إذ لا يراد اثبات الخيار للوكيل بادلته كي يقال إن متيقن الأدلة ثبوت الخيار فيما ثبت من حال العقد، وإنما يراد اثبات الخيار له بنقل من الموكل، وخيار الموكل، ثابت من حين العقد.

وتحقيق الكلام يستدعي البحث في مقامين.

الأول: في صحة نقل الخيار إلى الوكيل وعدمها.

الثاني: في بيان مراد المصنف رحمه الله.

أما المقام الأول: فالأظهر صحة النقل، لا بمعنى التوكيل في الفسخ والامضاء، فإن ذلك مما لا كلام في صحته، ولا بمعنى جعل حقه الثابت له شرعا لغيره ابتداء، إذ هذا مما لا كلام في

عدم صحته، إذ ليس أمر الجعل بيده.

بل بمعنى نقل حقه إليه بناقل، لأنه بعد القطع بأنه قابل للاسقاط كما يأتي تفصيله.

مقتضى عموم * (أوفوا بالعقود) * (١) جواز نقله ونفوذ العقد الواقع عليه.

وقد استدلل المحقق الأصفهاني رحمه الله لعدم جواز نقله: بأن حق خيار المجلس حيث إنه

مغيا بالافتراق فثبوته مع عدم لحاظ الغاية منافع لفرض كونه مغيا، وثبوته إلى افتراق

المنقول إليه عن طرفه بلا وجه، لأن افتراق المنقول إليه ليس مقابلا للاجتماع على المعاملة

المستفاد من الغاية، وثبوته للمنقول إليه إلى حصول الافتراق من الناقل خلاف ظاهر

النص، لأن ظاهره استمرار الخيار إلى افتراق ذي الحق عن طرفه، والناقل ليس له حق

حتى يمتد الخيار إلى زمان افتراقه.

وفيه: إنا نختار الشق الأخير، وما ذكره يردده: إن الافتراق قيد للموضوع، وهو

مركب من أمرين: كونه بيعا، ومجتماعا مع طرفه، والمنقول إنما هو الحكم الثابت لهذا

الموضوع

بلا تصرف فيه، فما دام بقاء هذا الموضوع يكون الخيار المنقول ثابتا للمنقول إليه

ومما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين وإن جعلنا الإجازة كاشفة { ١ } لا لعدم صدق المتبايعين، لأن البيع النقل ولا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأن البيع النقل العرفي وهو موجود هنا.

نعم ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعا بالبيع وهذا المعنى منتف في الفضولي قبل الإجازة، ويندفع أيضا بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف والسلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار

فإذا ارتفع الموضوع بارتفاع أحد جزئيه سقط الخيار عن المنقول إليه. وأما المقام الثاني: فالظاهر أن مراد المصنف رحمه الله ليس نقل الخيار إلى الوكيل، ولا يكون هذا مورد كلامه، بل محل كلامه اثبات خيار آخر للوكيل غير خيار الموكل فيما إذا

فوض الموكل أمر المال إليه بعد العقد. توضيح ذلك: أنه ذكر المصنف رحمه الله سابقا: أنه يعتبر في ثبوت الخيار أمران: الأول: صدق البيع، الثاني: تسلطه على ما انتقل إليه، وفي هذه المسألة فرض المصنف ما لو كان وكيلا تنتهي وكالته بالعقد فلا خيار له في نفسه،

وإنما الكلام في أنه إذا فوض الموكل أمر المال بعد البيع إليه قبل التفرق، هل يثبت له الخيار نظرا إلى تحقق كلا القيدتين، أم لا؟ وقد اختار عدمه من جهة أن ظاهر الأدلة أو متيقنها ثبوت الخيار من حين العقد، وهذا الوكيل حين العقد لم يكن مسلطا على ما انتقل إليه، فلم يكن الخيار ثابتا له، فبعد ما صار مسلطا عليه لا يثبت له الخيار.

وعلى هذا فما أفاده متين ولا يرد عليه إيراد المحشين. والشاهد على أن مراده ذلك - مضافا إلى ظهور كلامه فيه - أن مسألة نقل الخيار بحث عام غير مربوط بالوكالة والوكيل والأجنبي فيه سواء، ولا وجه لجعله في ذيل هذه المسألة.

ثبوت الخيار للفضولي
{ ١ } المسألة الثانية: إذا كان العاقدان فضوليين فهل يثبت الخيار لهما أو للمالكين؟
وحق القول في المسألة بالبحث في مقامين:

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين، { ١ } نعم في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد وجه، واعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه { ٢ } خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدم توضيحه في مسألة عقد الفضولي ويكفي حينئذ الانشاء أصالة من أحدهما، والإجازة من الآخر إذا جمعتهما مجلس عرفا،

الأول: في ثبوت الخيار للفضوليين وعدمه.

الثاني: في ثبوته للمالكين مع الإجازة.

أما الأول: فتقريب ثبوته - بعد صدق البيع على الفضولي - : إن الخيار ملك حل العقد لا ملك استرجاع العين، وموضوعه العقد الأعم من المؤثر الفعلي والاقتضائي - كما يشهد لكلا الأمرين ثبوت الخيار في الصرف والسلم قبل القبض - وعلى ذلك فمقتضى اطلاق الأدلة ثبوت الخيار لهما.

{ ١ } واستدل المصنف رحمة الله عليه لعدم ثبوته: بفحوى ما تقدم من عدم ثبوته للوكيلين غير المستقلين.

وفيه: إن بعض ما ذكره وجهها لعدم ثبوته لهما، وهو أن المتبادر من النص غيره لا يجري في المقام على اعترافه بصدق المتبايعين عليهما، وبعضه كعدم تسلط العاقد على ما

انتقل إليه بعينه يجري فيه، فلا وجه لدعوى الأولوية، ولكن حيث عرفت أن الوجه في عدم ثبوت الخيار للوكيل عدم صدق البيع عليه، فعلى فرض تسليم صدقه على الفضولي يتعين البناء على ثبوت الخيار له.

وأما المقام الثاني: فالأقوال فيه أربعة:

{ ٢ } أحدهما: ما مال إليه المصنف رحمه الله، وهو ثبوت الخيار للمالكين مع حضور مجلس

العقد، أو مجلس الإجازة على القول بالنقل.

ثانيها: ما اختاره المحقق الأصفهاني، وهو عدم ثبوت الخيار لهما مطلقا.

ثالثها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو الثبوت لو أجازا في مجلس العقد، وعدم الثبوت لو أجازا في مجلس آخر.

نعم يحتمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجيز التزاما بالعقد، { ١ } فلا خيار بعدها خصوصا إذا كانت بلفظ التزمت، فتأمل.

ولا فرق في الفضوليين بين الغاصب وغيره، فلو تباع غاصبان، ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحق الإجازة، { ٢ } بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة والله العالم.

مسألة: لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة { ٣ } على وجه يثبت له الخيار مع التعدد، بأن كان وليا أو وكيفا مستقلا في التصرف. فالمحكي عن ظاهر الخلاف والقاضي والمحقق والعلامة والشهيد والمحقق الميسي والصيمري وغيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين، لأنه بائع ومشتري، فله ما لكل. منهما

ولذا يثبت الخيار في بيع الصرف والسلم مع عدم حصول الملك قبل القبض فالأظهر هو القول الرابع.

{ ١ } قوله نعم يحتمل في أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجيز التزاما بالعقد لكنه احتمال ضعيف فإن الإجازة وإن كانت بلفظ التزمت تكون التزاما بالمعاملة - وهذه بخلاف إجازة من له الخيار فإنها التزام بالزوم بمعنى أنها إما تكون ابراما للعقد أو اسقاطا لحقه الخياري - ولعله - إلى هذا أشار بالأمر بالتأمل

{ ٢ } قوله فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحق الإجازة ملخص القول في المقام أنه على القول بثبوت الخيار للفضوليين كما تقدم لا سيما في الفضولي المستولي على العين - ينحل العقد بذلك ويسقط عن قابلية لحق الإجازة - وعلى القول بعدم الثبوت لم يزل العقد عن قابلية لحق الإجازة.

إذا كان العاقد واحدا

{ ٣ } المسألة الثالثة: لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة، فالمحكي عن ظاهر الخلاف والقاضي والمحقق والمصنف والشهيد والمحقق الثاني

كسائر أحكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين، واحتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين، وجعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبني على الغالب خلافا للمحكي في التحرير من القول بالعدم واستقر به فخر الدين، ومال إليه المحقق الأردبيلي والفاضل الخراساني والمحدث البحراني واستظهره بعض الأفاضل ممن عاصروناهم. ولا يخلو عن قوة بالنظر إلى ظاهر النص، لأن الموضوع فيه صورة التعدد { ١ } والغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد، ولولاها لأمكن استظهار كون التعدد في الموضوع لبيان حكم كل من البائع والمشتري كسائر أحكامها

وغيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لأنه بائع ومشتري، فله ما لكل منهما، ولكن قد ذكر في وجه عدم ثبوت الخيار له من ناحيتين:

الأولى: من ناحية تثنية موضوع الخيار.

الثانية: من ناحية الغاية وهي الافتراق.

{ ١ } أما من الناحية الأولى: فتقريبه أن الموضوع هو البيعان، وهذا اللفظ ظاهر في التعدد ولا يشمل ما إذا كان البائع والمشتري واحدا.

وفيه: إن التثنية في المقام باعتبار العنوان، أي البائع والمشتري لا الأفراد، والعنوان في المقام متعدد.

وبعبارة أخرى: هذه قضية حقيقية ومتضمنة لثبوت الخيار على كل فرد صدق عليه عنوان البائع أو المشتري والعاقد في المقام يكون مجمع العنوانين فيثبت له الخيار. وأما من الناحية الثانية: فتقريبه من وجوه:

منها: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله من أن الافتراق المجمعول غاية، ومقابله الذي هو قيد للموضوع من قبيل العدم والملكية والشخص الواحد غير قابل لعروض الافتراق عليه، فيكون خارجا عن مورد الحكم.

وفيه: إن الافتراق ليس عبارة عن عدم الاجتماع كي يكون هو وما يقابله من قبيل

إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا، وقوله لكل من البائع والمشتري، إلا أن التقييد بقوله حتى يفترقا، ظاهر في اختصاص الحكم بصورة امكان فرض الغاية، ولا يمكن فرض التفرق في غير المتعدد. { ١ }

ومنه يظهر سقوط القول بأن كلمة، حتى تدخل على الممكن والمستحيل، إلا أن يدعي أن التفرق غاية مختصة بصورة التعدد، لا مخصصة للحكم بها. وبالجملة فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ، مشكل نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكن الإشكال فيه والأولى التوقف، تبعاً للتحرير وجامع المقاصد، ثم لو قلنا بالخيار. فالظاهر بقاءه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق. { ٢ }

العدم والملكة، بل الافتراق وعدمه من قبيل السلب والايجاب، لا يعقل ارتفاعهما. ولعله إلى ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله نظر المحقق النائيني رحمه الله، حيث قال: إن

قوله عليه السلام ما لم يفترقا قيد للموضوع، فيختص الخيار بمورد يمكن فيه الافتراق والاجتماع.

{ ١ } ومنها: إن الغاية لا بد وأن تكون أمراً ممكنًا، وإلا لا معنى لجعلها غاية، وحيث إن التفرق في شخص واحد غير معقول، وظاهر النص كون الغاية غاية في كل مورد يثبت الخيار، فيختص الخيار بمورد تعدد البائع والمشتري المعقول فيه التفرق. وفيه: إن عدم صحة جعل أمر غير معقول غاية إنما يكون من جهة اللغوية، وعليه فإذا أمكن تحقق الغاية في مورد ولم يمكن في مورد آخر صح جعل الحكم بنحو الاطلاق وجعل ذلك الشيء غاية، كما أن الأمر كذلك في شرائط الموضوع وقيوده. لاحظ الاستطاعة

المجعولة قيوداً لوجوب الحج.

ومنها: إن الغاية قيد للحكم، فالحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق، أي الخيار الملحق بالافتراق، فإذا لم يمكن الافتراق لم يكن الخيار ثابتاً. وفيه: إن الغاية ما ينتهي عنده الحكم لا أنها مقيدة للحكم فالأظهر ثبوت الخيار له من الجانبين.

{ ٢ } وقد ظهر مما ذكرناه أنه: لو قلنا بالخيار فالظاهر بقاءه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

مسألة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار. { ١ }
منها من ينعق على أحد المتبايعين والمشهور كما قيل عدم الخيار مطلقا، بل
عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق، واحتمل في الدروس ثبوت الخيار للبائع، والكلام
فيه مبني على قول المشهور من عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا اشكال
في ثبوت الخيار
والظاهر أنه لا اشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لأن
مقتضى الأدلة الانعقاد بمجرد الملك والفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، ولا دليل
على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال ضعفه
في التحرير

وفي حاشية السيد: يمكن أن يقال يبقى إلى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى
مقدار أطول المجالس أو وسطها.

وفيه: إن الافتراق لم يجعل غاية من جهة كونه طريقا إلى مقدار من الزمان كي يجري
فيه ذلك، بل الظاهر من النص دخله فيه من حيث هو.
فالأظهر بقاءه إلى أن يسقط بأحد المسقطات.

استثناء من ينعق على أحد المتبايعين

{ ١ } المسألة الرابعة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار
منها من ينعق على أحد المتبايعين.

والوجوه بل الأقوال في هذا المورد ثلاثة:
أحدها: الثبوت مطلقا.

ثانيها: ما هو المشهور بين الأصحاب، وهو العدم كذلك.

ثالثها: ما احتمله في محكي الدروس، وهو التفصيل بين البائع والمشتري والثبوت للأول.
والكلام في المقام مبني على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا اشكال في
ثبوت الخيار، كما أنه ينبغي نفي الاشكال عن عدم الثبوت بناء على عدم دخول من ينعق
على شخص في ملكه، إذ المعاملة حينئذ إما أن تكون استنقاذا محضا كاشترى المسلم
الأسير

فيما لو ظهر من يعتق عليه معييا مبني على تزلزل العتق. وأما الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة فقد يقال مقتضى الجمع بين أدلة الخيار ودليل عدم عود الحر إلى الرقية، فيفرض المعتق كالتالف

من الكافر، وإن كانت معاملة عقلائية متضمنة للتملك، إلا أن الشارع الأقدس لم يمضها وحكم بعدم انتقاله إلى المشتري وصيرورته منعتقا، أو أن البيع في الفرض ليس تملكيا بل الاعطاء بعوض الذي هو حقيقة البيع أثره في مثل هذا البيع الانعتاق، ففي الحقيقة يكون المال بإزاء الانعتاق.

وعلى جميع التقادير لا وجه لثبوت الخيار،

أما على الأول: فلأنه لا يصدق على المتعاقدين البيعان.

وأما على الثاني: فلأن الخيار حكم شرعي ثابت للبيع الصحيح، وهذا البيع على الفرض ليس كذلك.

وأما على الثالث: فلأن الالتزام المزبور غير قابل للفسخ للاجماع على عدم رجوع الحر عبدا.

إنما الكلام فيما لو بنينا على عدم توقف الملك على انقضاء الخيار وانتقال من يعتق

إلى من يعتق عليه ثم انعتاقه

والكلام فيه يقع في جهتين.

الأولى: في وجود ما يقتضي الخيار، بمعنى شمول أدلة الخيار له.

الثانية: في أنه على فرض الشمول في نفسه هل هناك ما يمنع عن ثبوته أم لا؟

أما الأولى: فقد استدل المحقق الإيرواني رحمه الله لعدم المقتضي: بأن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين، أما بتعلق الحق به ابتداء، وإن كان الحق قائما بالعقد

لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكون العوضان قائمين.

وفيه: إن حق الخيار متعلق بالعقد، والمراد من كون الغرض استرجاع العوضين إن كان هو غرض من له الخيار، فيرد عليه: إن ذلك ليس قيذا للخيار، وإن كان غرض الشارع، فيرد عليه: إنه غير ثابت. فالحق ثبوت المقتضي له.

فلمن أنتقل إليه أن يدفع القيمة ويسترد الثمن وما في التذكرة من أنه وطن نفسه على الغبن المالي، { ١ } والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطين على شرائه عالما بانعناقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة، وكذا لمن أنتقل عنه أن يدفع الثمن ويأخذ القيمة، وما في التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدي مانعا عن دفع العين، لكن الانصاف أنه لا وجه للخيار لمن أنتقل إليه، لأن شرائه اتلاف له في الحقيقة، واخراج له عن المالية، وسيجئ سقوط الخيار بالاتلاف { ٢ } بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به أولى ومنه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن أنتقل عنه، لأن بيعه ممن يعتق عليه أقدام على اتلافه

وأما الثانية: فقد استدل لوجود المانع عن ثبوته بوجوه:

{ ١ } الأول: ما عن العلامة وهو: إنه لا خيار لمن أنتقل إليه لأنه وطن نفسه على الغبن المالي، والمقصود من الخيار أن ينظر ويتروى لدفع الغبن عن نفسه، ولا لمن أنتقل عنه لتغليب جانب العتق.

وفيه: إن المشتري وطن نفسه على اعتاق من يشتريه بإزاء قيمته الواقعية، لا على الغبن من حيث المعاملة، وتغليب جانب العتق إنما يقتضي عدم رجوع الحر عبدا. ولا كلام

في ذلك، وإنما محل الكلام الرجوع إلى قيمته.

الثاني: إن ثبوت الخيار أو سقوطه إنما هو بعد تحقق القبض من المشتري، ثم دعوى الرجوع إلى القيمة لثبوت الخيار وامتناع تعلقه بالعين أو سقوطه، وعليه فحيث إن البيع اتلاف للمبيع وموجب لخروجه عن المالية، فلا يتحقق القبض، فلا مورد لثبوت الخيار أو سقوطه.

وفيه: إن القبض المعتبر في البيع المترتبة عليه الآثار ليس هو القبض الخارجي، بل عبارة عن رفع اليد عنه وجعله تحت سلطانه ويده، وعليه فنفس انعناقه عليه أقباض، ولولا ذلك لا بد وأن يكون التلف من مال البائع ولا يستحق شيئا من الثمن والقيمة. وهذا مما لم يقل به أحد.

{ ٢ } الثالث: ما أفاده المصنف رحمه الله: بأن البائع والمشتري قد تواطئا على اخراجه عن

واخراجه عن المالية.
والحاصل إنا إذا قلنا إن الملك فيمن ينعقد عليه تقديري لا تحقيقي فالمعاملة
عليه من المتبايعين مواطاة على اخراجه عن المالية، وسلكه في سلك ما لا يتمول
لكنه حسن مع علمهما، فتأمل.
وقد يقال إن ثبوت الخيار لمن أنتقل عنه مبني على أن الخيار والانعقاد، هل
يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنا ما، أو الأول بالأول والثاني بالثاني، أو
العكس { ١ } فعلى الأولين والأخير يقوى القول بالعدم لأنصية أخبار العتق وكون
القيمة بدل العين

المالية الذي هو بمنزلة اتلافه. وسيجئ سقوط الخيار بالاتلاف بل بأدنى تصرف،
فعدم ثبوته به أولى.

وفيه: إن سقوط الخيار بالتصرف والاتلاف ليس من الأمور البرهانية حتى يكون
ما ذكر وجها له جاريا في المقام، بل إنما هو من جهة ما في نصوص (١) خيار الحيوان
من

التعليل بكون ذلك رضا منه بالبيع، فلا بد من الاقتصار على التصرفات الكاشفة نوعا عن
الرضا بالبيع. وهذا يختص بما إذا كان التصرف واردا على ملكه، ولا يجري في التصرف
قبله

أو حينه كما لا يخفى.

وإن شئت قلت: إن الأولوية ممنوعة، فإن سقوط الخيار باتلاف المشتري ماله الذي
له فيه الخيار لا يقتضي عدم ثبوته له باتلافه مال الغير، فإن العبد إنما يخرج عن المالية
بقبول

المشتري العقد الواقع عليه، مع أن البيع ليس اتلافا للمبيع بل إنما يكون البيع اقدا ما على
ايجاد الملكية، والانعقاد حكم شرعي مترتب عليه قهرا. فالأظهر ثبوت الخيار.
{ ١ } القائل هو صاحب المقاييس وحاصل ما أفاده: أنه إن قلنا بأن الخيار والانعقاد
معلولان للبيع في عرض واحد، أو معلولان للملك المعلول له، أو أن الخيار معلول للملك
والانعقاد معلول للبيع، يقوى القول بعدم ثبوت الخيار،
أما على الأخير فلسبق الانعقاد على الخيار.

١ - الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

فيمتنع استحقاقها من دون المبدل ولسبق تعلقه على الأخير ويحتمل قريبا الثبوت جمعا بين الحقين { ١ } ودفعا للمنافاة من البين، وعملا بالنصين { ٢ } وبالإجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين، وتنزيلا للفسخ منزلة الأرش { ٣ } مع ظهور عيب في أحدهما، وللعتق بمنزلة تلف العين، ولأنهم حكموا بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن ينعق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك. والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام، وعلى الثالث يتجه الثاني لما مر ولسبق تعلق حق الخيار وعروض العتق، ثم قال: وحيث كان المختار في الخيار أنه بمجرد العقد وفي العتق أنه بعد الملك.

وأما على الأولين فلأنصية أخبار العتق. ولا يتوهم امكان الجمع بالرجوع إلى القيمة، لأنها بدل العين فيمتنع استحقاقها من دون المبدل. ثم احتمل قريبا ثبوت الخيار، وذكر في وجهه وجوها:

{ ١ } أحدها: إنه جمع بين الحقين.
{ ٢ } ثانيها: إن التعارض بين النصين إنما يكون بالنسبة إلى نفس العين، وأما بالنسبة إلى القيمة فلا منافاة أصلا، بل هو عمل بالنصين، ومقتضى ذلك الرجوع إلى القيمة للإجماع

على عدم امكان زوال يد البائع عن الثمن وعن قيمة المبيع.
{ ٣ } ثالثها: تنزيل الفسخ منزلة الأرش، فكما أن الانعتاق لا يوجب سقوط حق المشتري من الأرش إذا ظهر المبيع معيبا، فكذا لا يوجب سقوط حق البائع بالنسبة إلى القيمة لعدم التنافي بينهما.

وأما لو قلنا بأن الخيار معلول للبيع والانعتاق معلول للملك المعلول له، فيقوى القول بثبوت الخيار لسبق تعلق حق الخيار. ثم اختار هو قده الأخير.
وفي كلامه مواقع للنظر:

الأول: ما ذكره من أنصية أخبار العتق، في وجه السقوط

ودل ظاهر الأخبار وكلام الأصحاب على أن أحكام العقود والايقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار وغيره، بل قد صرحوا بأن الخيار يثبت بعد العقد، وأنه علة والمعلول لا يتخلف عن علته، كما أن الاعتناق لا يتخلف عن الملك، فالأقرب هو الأخير، كما هو ظاهر المختلف والتحرير، ومال إليه الشهيدان لم يثبت الاجماع على خلافه، ويؤيده اطلاق الأكثر ودعوى ابن زهرة الاجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضروب المبيع من غير استثناء، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول إن قلنا إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من أنتقل إليه { ١ } إلى ملك من أنتقل عنه نظرا إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما

فإنه يرد عليه: إن الأنصية لا تنافي ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا يرجع إلى محصل، إذ المفروض حصول المبدل - وهو العين - في ملكه، والتلف عليه. مع أن تعارض أخبار الاعتناق (١) وأخبار الخيار (٢) ليس من

باب تعارض الدليلين، بل من باب تراحم الحقيين، فأنصية أحدهما غير مفيدة. الثاني: ما ذكره من الاجماع على عدم امكان زوال يد البائع عن العوضين. فإنه يرد عليه: إنه على فرض الفسخ بالخيار لا تزول يد البائع عنهما، إذ مع الفسخ يأخذ القيمة.

الثالث: ما ذكره من تنزيل الفسخ منزلة الأرش. فإنه يرد عليه: إن عدم مانعية الاعتناق من أخذ الأرش إنما هو من جهة عدم منافاة دليل الأرش لدليل الاعتناق، بخلاف المقام كما لا يخفى. { ١ } قوله إن قلنا إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من أنتقل إليه.

مبنى الشرطيتين أن الخيار حق حل العقد حقيقة أو رفع أثره - وعلى الأول - بما أن عقد المعاوضة مقتضى لخروج كل من العوضين عن محل يدخل فيه الآخر فيكون حله مقتضيا لخروج المعوض عن ملك المشتري إلى ملك البائع، كذلك العكس فلا محالة يكون

الفاسخ متلقيا للملك من المفسوخ عليه - وأما على الثاني - فلا يقتضي ذلك بل حيث

١ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب العتق. ٢ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

يستلزم دخول الآخر فيه ولو تقديرا، لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه، { ١ } ولو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد والانعقاد عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعقد عليه، لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع ولو تقديرا، إذ ملكية المشتري لمن ينعقد عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعقاد، ولا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعقاد خارجا عن ملك المشتري إلى ملك البائع، ثم انعقاده مضمونا على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار، ثم فسخ البائع.

والحاصل أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه وهذا غير حاصل فيما نحن فيه. وإن قلنا إن الفسخ لا يقتضي أزيد من رد العين، إن كان موجودا وبدله إن كان تالفا أو كالتالف، ولا يعتبر في صورة التلف إمكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه وتملكه منه، بل يكفي أن يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف، كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ والرجوع إلى القيمة فيما تقدم

إن أثر العقد بقاء مضمونية العين بمطلق البدل فرفعه إنما هو بضمان قيمته.

{ ١ } قوله لم يكن وجه للخيار في ما نحن فيه غاية ما يمكن أن يقال في وجه ذلك أن رجوع العين إلى المشتري حتى يتلقى الفاسخ منه إما تحقيقي أو تقديري والأول مستلزم لعود الحر رقا وهو ممتنع شرعا - والثاني لا يجدي

فإن الملكية الفرضية التقديرية للانعقاد لا أثر لها سوى الانعقاد ولكن يمكن رد الأول: بأن عود المبيع حقيقة إن كان بعوده بشخصه جاء المحذور المذكور وإن كان بعوده بمالته المتحفظة تارة بعينه وأخرى ببدله الذي لا بد للقائل بثبوت الخيار مع تلف العين من الالتزام بذلك فلا يكون واردا كما لا يخفى. ويمكن رد الثاني بأن المقدر بعد الفسخ على فرض الخيار ليس هو الملكية التي أثرها الانعقاد بل الملكية التي أثرها رجوع البائع في قيمته إلى المشتري وهذا لا محذور فيه.

في مسألة البيع بشرط العتق، ثم ظهور المبيع منعتقا على المشتري وحكمهم
برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود
الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار
القول به هنا، والرجوع إلى القيمة، إلا مع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم
بكونه ممن ينعق عليه، { ١ } فالأقوى العدم لأنهما قد تواطئا على اخراجه عن المالية
الذي هو بمنزلة اتلافه.

وبالجملة فإن الخيار حق في العين وإنما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء، فإذا
كان نقل العين ابطالا لماليتها وتفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشرط
سقوطه فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببدله.
وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع باتلاف المبيع ونقله إلى من ينعق
عليه كالاتلاف له من حيث المالية، فدفع الخيار به أولى وأهون من رفعه فتأمل.

{ ١ } قوله إلا مع اقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه.
أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأنه يمكن أن يقال بسقوط الخيار حتى في مورد
الجهل
لأن انشاء البيع إذا كان سببا للاتلاف فالجهل به لا يقتضي عدم تأثير السبب كما في كل
ما

كان من قبيل الأسباب والمسببات
وفيه: إنه في سائر الموارد إنما نلتزم بعدم مانعية الجهل وثبوت الحكم في ذلك المورد
من جهة اطلاق الأدلة.
وفي المقام الدليل يختص بصورة العلم لأن الدليل ينحصر في النصوص الواردة في
خيار الحيوان المتضمنة لمسقطية الاتلاف للخيار وهي لا سيما من جهة ما فيها من التعليل
بأنه رضا منه، تختص بصورة العلم.
المسلم المشتري من الكافر

ومنها العبد المسلم المشتري من الكافر { ١ } بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه. وأما بالنسبة إلى القيمة، فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي ولو تقديراً، لتكون مضمونة له بقيمته على من أنتقل إليه ورجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، { ٢ } وهذا هو المحكي عن حواشي الشهيد رحمه الله حيث قال إنه يباع ولا يثبت له خيار المجلس ولا الشرط، ويمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط، وإن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين في الإيضاح، من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاذ، وبالنسبة إلى المشتري كالبيع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لأن الملك سبيل، وإنما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الانصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً، لأن الظاهر من قوله: البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين، مع أنه لا معنى لتحقيق العقد البيعي من طرف واحد، فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين وإلا لم يتحقق أصلاً

{ ١ } ومنها: العبد المسلم المشتري من الكافر.

والأقوال والوجوه في المسألة أربعة:

أحدها: عدم ثبوت الخيار مطلقاً.

ثانيها: الثبوت مطلقاً ورجوع العبد نفسه.

ثالثها: الثبوت مطلقاً، وتقدير ملك الكافر للمسلم بعد الفسخ بمقدار ما يستحق به

البدل. اختاره المصنف رحمه الله.

رابعها: التفصيل بين البائع والمشتري، وثبوت الخيار للثاني دون الأول، وثبوت

الخيار للمشتري إما بارجاع العبد نفسه أو بقيمته.

{ ٢ } وقد استدل للأول: بأن الكافر لا يملك المسلم، وبمجرد الإسلام يخرج عن ملكه،

وإنما

كان له حق في قيمة من تملكه كارث الزوجة من العقار، فتكون المعاملة عليه حينئذ

بتملك

المسلم إياه بقيمته، واستيفاء الكافر لثمن العبد عليه، فليست هي بيعاً، فلا تشملها أدلة

الخيار.

كما اعترف به بعضهم في مسألة بيع الكافر الحربي من من يعتق عليه، والأقوى في المسألة وفاقا لظاهر الأكثر وصريح كثير ثبوت الخيار في المقام، وإن تردد في القواعد بين استرداد العين أو القيمة، وما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبني على امكان تقدير الملك في ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه كما تقدم في المسألة السابقة غير قادح هنا، لأن تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم، { ١ } ولذا جوزنا له شراء من يعتق عليه، وقد مر بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين

وفيه: إنه لا دليل على خروج العبد بمجرد الاسلام عن ملك مالكه. وآية نفي السبيل (١) لا تدل على ذلك، لأن الملكية التي يكون صاحبها محجورا عن التصرف في المملوك لا تعد سبيلا، مع أن ما دل على أنه يجبر على البيع (٢) يدل على بقاء الملكية. واستدل للثاني: بما عن العلامة في القواعد، وهو خروج الملك القهري كالإرث عما دل على أن الكافر لا يملك المسلم، والملك العائد بحل العقد قهري لا تملك ابتدائي بالاختيار.

وفيه: إن ذلك يتم بالنسبة إلى فسخ المشتري دون فسخ البائع، فإن التملك حينئذ باختياره. وبه يظهر مدرك القول الرابع.

{ ١ } واستدل للثالث: بأن ثبوت الملكية للكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم.

وفيه: إن الملكية الحقيقية في ذلك المقدار من الزمان وإن لم تكن سبيلا، إلا أنها في الزمان الطويل مع محجوريته عن التصرف ولزوم البيع عليه أيضا لا تعد سبيلا. فتحصل: إن الأظهر هو القول الرابع بعد البناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا على ما هو المفروض في عنوان المسألة.

١ - سورة النساء آية ١٤١. ٢ - الوسائل - باب ٧٣ - من أبواب كتاب العتق.

ومنها شراء العبد نفسه بناء على جوازه، { ١ } فإن الظاهر عدم الخيار فيه ولو بالنسبة إلى القيمة لعدم شمول أدلة الخيار، له { ٢ } واختاره في التذكرة، وفيها أيضا أنه لو اشترى جمدا في شدة الحر ففي الخيار اشكال، { ٣ } ولعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار، { ٤ } فلا يندفع الاشكال بما في جامع المقاصد من أن الخيار لا يسقط بالتلف بأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

شراء العبد نفسه

{ ١ } قوله ومنها: شراء العبد نفسه بناء على جوازه مفروض المسألة: شراء العبد نفسه من مولاه لنفسه، وذلك إما بالشراء بمال في ذمته، أو بمال شخصي خارجي، مع عدم كون ماله لمولاه أو بمال غيره، بناء على ما هو الحق من

جواز شراء شيء لشخص بمال آخر كما تقدم تحقيقه.

وقد ذهب المصنف رحمه الله إلى عدم ثبوت الخيار ولو بالنسبة إلى القيمة.

{ ٢ } قال: لعدم شمول أدلة الخيار له.

وفيه أن وجه عدم الشمول إن كان عدم عود الحر رقا.

فيرد عليه: إن ما ذكره في وجه عود القيمة في بيع من يعتق عليه يجري في المقام.

وإن كان هو ما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله من أن ملك الشخص لنفسه ليس إلا عين الحرية فكان بيع العبد لنفسه عبارة أخرى عن العتق، ومن المعلوم عدم جريان الخيار في العتق.

فيرد عليه: إن بيع العبد لنفسه بيع حقيقة، وأثره الانعتاق على ما تقدم تحقيقه في أول

مبحث البيع عند بيان حقيقته، فلا محذور في ثبوت الخيار فيه.

{ ٣ } قوله وفيها: أيضا: إنه لو اشترى جمدا في شدة الحر ففي الخيار اشكال.

والمحقق الثاني وجه الاشكال: بأن كون المبيع تالفا شيئا فشيئا مانع عن اعمال الخيار

فيه. ثم أورد عليه: بأن الخيار لا يسقط بالتلف.

{ ٤ } والمصنف رحمه الله وجه الاشكال: باحتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد في

تعلق الخيار بها توضيحه: إن التلف ربما يكون متأخرا عن ثبوت الخيار، وربما يكون

مقارنا

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع { ١ } عند علمائنا، كما في التذكرة، وعن تعليق الارشاد وغيرهما وعن الغنية: الاجماع عليه، وصرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضا، بل عن الخلاف الاجماع على عدم دخوله في الوكالة والعارية والقراض والحوالة والوديعة إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار والتي لا يدخلها قال: وأما الوكالة والوديعة، والعارية والقراض والجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع، انتهى. { ٢ }

ومراده خيار المجلس والشرط، وحكي نحوه عن القاضي ولم يعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة بأنه لا معنى للخيار فيها لأن الخيار فيها لأن الخيار فيها

أبدا. واحتمل في الدروس أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، ولعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل في هذه العقود لا الموجب، إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود

للخيار المترتب على العقد، وما ذكره من أنه لا يسقط الخيار بالتلف يكون المراد به التلف المتأخر لا التلف المقارن كما في المقام.

وفيه: إنه لا دليل على اعتبار عدم التلف في ثبوت الخيار.

والمحقق النائيني رحمه الله وجه الاشكال: بأن مورد خيار المجلس هو البيع الذي لم يكن بناء المتعاقدين على الاعراض عن العوضين، ومع علمهما بأن المال بمجرد البيع يخرج عن المالية إما شرعا أو عادة كما في المثال، فقد أقدمنا على ذهاب مالهما.

وفيه: إن البيع ليس اقداما على ذهاب المال، بل هو يذهب باعا أم لا، والبيع إنما يكون اقداما على الملكية، والمتلف إنما هو شدة، الحر. فالأظهر ثبوت الخيار فيه.

اختصاص خيار المجلس بالبيع

{ ١ } المسألة الخامسة: ولا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا كما عن التذكرة.

{ ٢ } قوله إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود... فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع

يمكن أن يكون نظر الشيخ رحمه الله مما أفاده في المبسوط إلى ما ذكرناه من عدم المانع

على انقضاء الخيار، لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف، فهو الذي يمكن توقعه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفا عليه، لكن الانصاف أن تتبع كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرح في مواضع قبل هذا الكلام وبعده باختصاص خيار المجلس بالبيع، والذي يخطر بالبال أن مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع { ١ } فتنسخ بفسخه في المجلس، وهذا المعنى وإن كان بعيدا في نفسه إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن. وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان. وصرح في السرائر بدخول الخيارين في هذه العقود لأنها جائزة { ٢ } فيجوز الفسخ في كل وقت، وهو محتمل كلام الشيخ، فتأمل، وكيف كان فلا اشكال في أصل هذه المسألة.

في ثبوته - والجمع بين كلامه هذا وما ذكره في غير موضع من عدم ثبوت خيار المجلس فيها أنه وإن لم يكن مانع عن ثبوته إلا أنه لا مقتضى له والله العالم. { ١ } قوله مراده دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع. وفيه أن الخيار حينئذ ثابت في البيع لا في ذلك. { ٢ } قوله بدخول الخيارين في هذه العقود لأنها جائزة. يعني أن ذلك الخيار بما أنه ثابت في المجلس، فيصح أن يقال إن خيار المجلس ثابت. وهو كما ترى

أحسن التوجيهات ما ذكرناه وكيف كان فالكلام في هذه المسألة يقع في مقامين.

الأول: في العقود اللازمة.

الثاني: في العقود الجائزة.

أما الأول: فالأظهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضي له، فإن الأدلة المختصة بالبيع، والمناطق غير معلوم كي يتعدى عنه إلى غيره. ولا يقاس ذلك بالأحكام الثابتة للبيع على القاعدة كخيار العيب، فإن نفس ما يدل على ثبوته في البيع - وهو الاشتراط الضمني الذي بناء كل عاقد عليه - يدل على ثبوته في غيره. وهذا بخلاف هذا الخيار، فإن جعله

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، { ١ } لأن ظاهر النص كون البيع علة تامة { ٢ } ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف والسلم قبل القبض، ولا اشكال فيه

تعبد صرف فلا يتعدى منه إلى غيره.

وأما المقام الثاني: فقد استدل لعدم ثبوت الخيار في العقود الجائزة - مضافا إلى عدم المقتضي - بوجود المانع، وتقريبه من وجهين:

أحدهما: عدم المعقولية، بدعوى أن الخيار ذاتي لها، فما معنى جعل الخيار.

وفيه: إنه بعد شمول دليل الخيار لها يكون الخيار ثابتا من جهتين: ذاتية وعرضية، كالخيارات المتعددة العرضية.

وإن شئت قلت: إن الخيار الذاتي أيضا يكون بجعل من الشارع، فكلاهما مجعولان، ولا أولوية لأحدهما على الآخر كي يلتزم بثبوتيه دونه.

ثانيهما: لزوم اللغوية من جعله.

وفيه: إن للخيار آثار وفوائد، ومع عدم أولوية أحدهما على الآخر لا معنى لكون خيار المجلس لغوا دون الجواز: مع أنه على القول بعدم جواز تصرف غير ذي الخيار في زمان

الخيار، عدم اللغوية واضح، فإن ذلك أثر الخيار الحقيقي خاصة. فالوجه في عدم ثبوتيه فيها عدم المقتضي أيضا.

ولا يخفى أن محل هذه المسألة بعد المسألة السابعة قدمت اشتباها. مبدأ خيار المجلس

{ ١ } المسألة السادسة: لا خلاف ولا اشكال في أن مبدأ هذا الخيار من حين العقد.

{ ٢ } إذ ظاهر الأخبار أن البيع علة تامة.

وهل يشمل الحكم للصرف والسلم قبل القبض؟

فيه اشكال من جهتين:

الأولى: في أنه هل يجب التقابض في المجلس أم لا؟

الثانية: في جريان الخيار فيهما على كل من القولين.

لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف والسلم وجوبا تكليفيا أما للزوم الربا كما صرح به في صرف التذكرة { ١ }. وأما لوجوب الوفاء بالعقد { ٢ } وإن لم يكن بنفسه مملكا، لأن ثمرة الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض. أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد

أما الجهة الأولى: فقد استدل لوجوب التقابض بوجوه:
{ ١ } الأول: ما عن العلامة قده، وهو التحفظ على عدم صيرورة المعاملة ربوية. وتوضيحه: إنه إذا كان العوضان من جنس واحد وحصل القبض من جانب واحد قبل الافتراق تصير المعاملة كالنسيئة مع المساواة ذا مدة وأجل، فتكون به ربوية، لأن للأجل قسطا من الثمن.

وفيه: إنه مع عدم اشتراط التأخير لا تكون ربوية، ومجرد الشباهة بالربا لا يوجب البطلان، مع أن هذا الوجه لو تم لدل على وجوب القبض شرطا لا وجوبه مولويا. مع أنه لو تم لدل على وجوب القبض بعد قبض أحدهما حقه.

{ ٢ } الثاني: ما أفاده المصنف رحمه الله، وهو آية وجوب الوفاء بالعقد (١). بدعوى أن للعقد بنفسه آثارا مع قطع النظر عن مملكته، ويجب ترتيبها ولو قبل حصول الملكية، ومنها الاقباض في المقام.

وفيه: إنه إن قلنا: بأن معنى الآية الشريفة هو لزوم ابقاء العقد على حاله واتمامه بعدم فسخه وحله كما قويناه، فعدم دلالة الآية حينئذ على وجوب التقابض واضح، بل تكون حينئذ ارشادا إلى اللزوم.

وإن قلنا: بأن معناها هو ترتيب آثار العقد كما عن المصنف رحمه الله، فمعناها هو ترتيب الآثار التي التزما به، ومن المعلوم أن ما التزما به هو اقباض كل منهما على فرض اقباض الآخر لا مطلقا، فلا تدل على لزوم التقابض، ولا ينتقض بلزوم اقباض كل منهما في سائر البيوع، فإن فيها إنما يجب الاقباض من جهة تأثير البيع في الملكية ويجب رد المال إلى صاحبه، وهذا بخلاف باب الصرف.

ففي أثر الخيار خفاء، لأن المفروض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر، ويمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابلية لحوق القبض المملك فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد، لم يخرج العقد بفسخ المشروط عليه عن قابلية التأثير قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف، ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض. فكذاك وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصي، انتهى.

وأما ما أورده السيد الفقيه وتبعه المحقق الإيرواني عليه: بأن بيع الصرف لا أثر له إلا بعد التقابض فلا يجب الوفاء به إلا بعده.

فيرد عليه: إن للعقد مرحلة، ولتأثيره في الملك مرحلة أخرى، ولكل منهما آثار، فإذا كان التقابض من آثار العقد يجب ترتيبه على هذا العقد، وإن لم يحصل الملك. الثالث: النصوص (١) المتضمنة للأمر بالتقابض والنهي عن البيع إلا يدا بيد. وفيه: إن تلك الأوامر والنواهي تكون ارشادا إلى شرطية التقابض لصحة العقد وتأثيره في الملك لا مولوية لما حقق في محله من ظهور الأوامر والنواهي في المعاملات في

الإرشاد. فالأظهر عدم لزوم التقابض.

وأما الجهة الثانية: فالكلام فيها من ناحيتين:

إحدهما: من ناحية الأثر.

الثانية: من ناحية المقتضي.

أما من الناحية الأولى: فثبوت الأثر للخيار على القول بوجود التقابض واضح، فإن أثره حينئذ أن له فسخ العقد واسقاط وجوب التقابض باعدام موضوعه.

لا يقال: إنه على القول بوجود التقابض كيف يجري الخيار الذي لازمه عدم وجوبه.

فإنه يجاب بأن الخيار معناه السلطنة على حل العقد، ولا ينافي ذلك وجوب التقابض على فرض بقاء العقد. ونظير هذا التكليف في الشرع كثير، لاحظ ما لو وهب أمتة للغير

١ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب الصرف.

وفي الدروس يثبت يعني خيار المجلس في الصرف تقابضا أولا فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصي وانفسخ العقد، ولو هرب قبل الالتزام فلا معصية ويحتمل قويا عدم العصيان مطلقا لأن للقبض مدخلا في لزوم فله تركه، انتهى.

وصرح الشيخ أيضا في المبسوط بثبوت التخاير في الصرف قبل التقابض، ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف { ١ } مع احتمال كونه من زمان العقد.

فإنه مع جواز الرجوع يحرم عليه وطئها مع عدم الرجوع، ووجب القصر ما دام مسافرا مع أن له أن يقصد الإقامة أو يصير حاضرا.

وأما على القول بعدم وجوب التقابض، قال المصنف ففي أثر الخيار خفاء.... وفيه أنه لا خفاء فيه، فإن السلطنة على حل العقد والغائه عن قابلية التأثير على فرض التقابض غير السلطنة على حله بالتفرق.

وأما من الناحية الثانية: فيمكن أن يقال بقصور أدلة خيار المجلس عن الشمول له من جهة أن ذيل النصوص الدالة على ثبوت خيار المجلس يدل على لزوم البيع بالافتراق، فيصلح ذلك قرينة على صدرها، ويكون الخيار ثابتا في بيع لو حصل افتراق البيعين يصير لازما، وأما بيع الصرف الذي يبطل بالافتراق قبل التقابض فلا يكون مشموولا لها.

هذا بناء على عدم دخول التقابض في البيع شرعا، وإلا فعدم ثبوت الخيار في غاية الوضوح لحكومة ما دل على ذلك على أدلة الخيار.

{ ١ } قوله من زمان إجازتهما على القول بالنقل وكذا على الكشف.

وذلك لأن مبدأ الخيار إنما هو من حين صدق عنوان البيع وهذا العنوان إنما يصدق من حين الإجازة فيثبت الخيار من ذلك الحين من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

القول في مسقطات الخيار
وهي أربعة على ما ذكرها في التذكرة: اشتراط سقوطه في ضمن العقد،
واسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف، { ١ } فيقع الكلام في مسائل:
مسألة: لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن
العقد وعن الغنية الاجماع عليه، { ٢ } ويدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون
أو المسلمون عند شروطهم

سقوط الخيار باشتراط سقوطه
{ ١ } السابعة: ذكر العلامة في التذكرة ومن تأخر عنه: إن هذا الخيار يسقط بأربعة
أشياء: اشتراط سقوطه، اسقاطه بعد العقد، التصرف، التفرق.
فالكلام في مواضع:
{ ٢ } الأول: لا خلاف ظاهرا في سقوطه باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن
الغنية: الاجماع عليه، وعموم أدلة نفوذ الشرط (١) شاهد به.
وإنما الخلاف هنا فيما أفاده العلامة في التبصرة بقوله: (أو يشترط سقوطه قبل العقد أو
بعده) بعد معلومية أن مراده من بعد العقد ليس بعد تمامية العقد، بل بعد الشروع فيه.
ومورد الخلاف الاشتراط قبل العقد، فعن الشيخ في الخلاف: سقوط الخيار به، وعن
المختلف بعد نقل ذلك عنه: وعندني في ذلك نظر لأن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في
متن

العقد، نعم لو شرطا قبل العقد وتبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه. انتهى.
وأظن أن مراده في التبصرة هو ما ذكره أخيرا في المختلف.
وكيف كان: فشرط سقوط الخيار في قبالة شرط عدم الفسخ، وشرط اسقاط الخيار
الذان - هما من قبيل شرط الفعل - يتصور على وجهين
أحدهما: شرط سقوطه، بحيث يرجع إلى اسقاط الخيار.
ثانيهما: شرط عدم كون العقد خياريا، والاشكالات الآتية عمدتها تخص بالثاني،
وبعضها يختص بالأول، وبعضها يشترك بينهما.

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و - باب ٤ - من أبواب المكاتبه وغيرهما من الأبواب.

وقد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار، { ١ } ويرجح على تلك الأدلة بالمرجحات { ٢ } وهو ضعيف، لأن الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود، { ٣ } وموافقة عمل الأصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط، كما يظهر من كتبهم

وكيف كان: فيقع الكلام في مقامين:

الأول: في شمول أدلة الشروط لهذا الشرط وعدمه.

الثاني: في أنه هل يعارض أدلة الخيار لأدلة الشروط على فرض شمولها به أم لا.

وتبعا للمصنف نقدم البحث في المقام الثاني على البحث في المقام الأول

{ ١ } المقام الثاني: قد يتوهم أنه يعارض أدلة الشروط مع أدلة الخيار، والنسبة بينهما عموم من وجه، فلا وجه لتقديم الأولى.

ولكنه فاسد، فإن كل مشروط لا محالة يكون محكوما بحكم قبل أن يقع في حيز الشرط، فحينئذ أما أن يوافق حكمه مع الشرط كما لو شرط فعل واجب أو مستحب، وأما أن يخالفه، لا سبيل إلى تخصيص أدلة الشروط بالقسم الأول كما هو واضح. وحيث إن نسبة دليل الشرط مع كل واحد من أدلة تلك الأحكام عموم من وجه، فيدور الأمر بين تقديم جميعها على دليل الشرط، وتقديمه على جميعها، وتقديمه على بعضها

والأخير مستلزم للترجيح بلا مرجح، والأول مستلزم لالغاء دليل الشرط.

فيتعين الثاني.

{ ٢ } وقد يقال إنه يرجح على تلك الأدلة بالمرجحات

{ ٣ } وأجاب عنه المصنف رحمه الله بأن الترجيح من حيث الدلالة والسند مفقود.

وفيه أنه بناء على المذهب الحق أنه في موارد التعارض بالعموم من وجه يرجع إلى

أدلة الترجيح وأول المرجحات الشهرة الفتوائية.

وعليه ففي المقام يتعين ترجيح أدلة الشروط: للأشهرية.

ونحوه في الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذي يجب الوفاء به، { ١ } إذ فيه أن أدلة الخيار أخص، فيخصص بها العموم { ٢ } بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط عدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة، لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع { ٣ }، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي وهو الشرط لوجوب العمل به شرعا، بل التأمل في دليل الشرط يقضي

{ ١ } وقد يتوهم التمسك بعموم * (أوفوا بالعقود) * بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذي يجب الوفاء به.

{ ٢ } وأجاب عنه المصنف: بأن أدلة الخيار أخص، فيخصص به العموم. وفي حاشية السيد تقريبات الاستدلال بأية وجوب الوفاء بتقريب آخر، وحاصله: انحلال العقد المشروط إلى عقدين: بيع وشرط، وأخصية دليل الخيار إنما ينفع بالنسبة إلى حيثية البيعية لا بالنسبة إلى حيثية الشرطية، فيكون عموم * (أوفوا بالعقود) * بالنسبة إلى عقد الشرط حاكما على دليل الخيار نظير ما لو صالح على سقوط الخيار في ضمن عقد البيع،

فإن عموم * (أوفوا بالعقود) * بالنسبة إلى الصلح مقدم على أدلة الخيار. وفيه: إن الشرط حيث إنه مرتبط بالبيع لا محالة يكون دليل الخيار باطلاقه شاملا للبيع المجرد والبيع المشروط به، وهذا بخلاف الصلح، فإنه عقد مستقل ليس من شؤون البيع

المحكوم بالخيار بدليله، فلا يشمل دليل الخيار باطلاقه البيع المجرد عنه والمقيد به، فدليل الخيار لا يعارض دليل نفوذ الصلح بخلاف دليل لزوم الشروط. وعليه فحيث إن دليل الخيار أخص فيقدم عليه.

وأجاب المصنف رحمه الله عنه عن معارضة أدلة الخيار مع أدلة الشروط { ٣ } بعدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع.

محصل ما أفاده في المقام جوابان أحدهما: إن الخيار لم يلاحظ في موضوعه إلا ذات البيع من حيث هو فلا ينافي أن يثبت له حكم آخر بعنوان عرضي، الثاني: إن موضوع الخيار البيع المجرد عن الشرط ومعه فهو موضوع آخر

بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام فحاله حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر والعهد في عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة، لولا النذر. ويشهد لما ذكرنا من حكومة أدلة الشرط وعدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية، { ١ } منها صحيحة مالك بن عطية قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك وكان تحت أبيه جارية مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد، هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها

الخيار المسلمون عند شروطهم، والرواية محمولة بقريظة الاجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم { ٢ } أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال، وكيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحوجة إلى التماس المرجح.

وله حكم واحد بالذات من دون تفاوت بالذاتية والعرضية. { ١ } ثم إن المصنف استشهد بصحيح مالك بن عطية (١) المذكور في المتن على أن أدلة الخيار كسائر أدلة الأحكام الأولية لا تصلح للمقاومة مع أدلة الشروط بل هي حاکمة على جميعها وتبين المراد منها، وتدل على أن المورد مشمول لأدلة الشروط. وأورد عليه: بأن مورد الصحيح الشرط الابتدائي، وهو غير نافذ بالاجماع. { ٢ } وأجاب عنه المصنف رحمه الله: بأنه مطلق قابل لأن يقيد بصورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم أو المصالحة على اسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال

(١) - الوسائل - باب ١١ - من أبواب المكاتبة.

نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه { ١ }

وفي حاشية السيد: الانصاف أن هذه الرواية دليل على شمول أدلة الشروط للشروط البدوية، وأنها أيضا واجبة الوفاء، والاجماع على الخلاف ممنوع. وفيه: إن مورد الرواية الشرط في ضمن عقد الهبة، لاحظ قوله فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار.

ولم يظهر لي منشأ اشتباه القوم وتخيلهم كون مورد الشرط الابتدائي. واليراد عليه بأن الهبة جائزة والشرط في ضمن العقد الجائز غير لازم الوفاء سيأتي الجواب عنه.

وأما ما احتمله المصنف، من احتمال حمل الصحيح على المصالحة على اسقاط الخيار فهو يوجب خروجه عن محل الكلام وأجنبيته عنه من جهتين. إحداهما: من جهة أن المصالحة خارجة عن عنوان الشرط. ثانيتهما: من جهة أنها مصالحة على الاسقاط دون السقوط. وكلاهما خلاف الظاهر.

أما الأول: فلا استدلال الإمام عليه السلام على نفوذه بدليل الشرط. وأما الثاني: فلأن صريحه شرط عدم الخيار لا اسقاطه وقد تقدم أن مورد الشرط في ضمن عقد الهبة فراجع.

{ ١ } أما المقام الأول: فقد أشكل على التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه: أحدها: إن مفاد المستفيض (المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم) (١) لزوم العمل بالشروط، فلا بد وأن يكون الشرط فعلا اختياريا للمشروط عليه، واختياريا له، فلا يشمل الشروط الخارجة عن تحت اختياره وقدرته، ومنها شرط عدم الخيار. وفيه أن هذا يتم في نفسه، إلا أن صحيح (٢) مالك المتقدم أنفا المذكور في المتن يدل على صحة شرط عدم الخيار، وأن المستفيض يشمل، وهو يصلح قرينة على إرادة نفوذ

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و - باب ٤ - من أبواب المكاتبه وغيرهما من الأبواب.
٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب المكاتبه.

الأول: إن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً، لأن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، { ١ } بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

كل شرط يكون مربوطاً بالمشروط عليه
{ ١ } ثانيها: إن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يجب الوفاء به، لأنه لا يزيد حكمه على حكم الأصل، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.
وفيه: أولاً: إنه لا دليل على اعتبار كون العقد المشروط فيه لازماً، بل مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء به لزومه حتى في العقود الجائزة.
ودعوى أنه لا يزيد حكمه على حكم أصل العقد.
إن أريد بها أنه تابع والتابع لا يزيد حكمه على حكم المتبوع.
فيردها: إنه ليس بتابع بهذا المعنى، بل هو مستقل في الاعتبار والدليل.
وإن أريد بها أنه ينافي جواز العقد الذي لازمه جواز اعدامه وحله مع وجوب الوفاء بالشرط.
فيردها: إن الجواز وللزوم لا يردان على محل واحد كي يتنافيان، بل الجواز إنما هو متعلق بما هو كالموضوع للزوم، ومقتضاهما معا أنه يجوز حل العقد، ولكن على فرض عدم الحل يجب الوفاء بالشرط، وكم له نظير في الفقه، فالحاضر يجب عليه الصوم ولكن له أن يسافر فلا يصوم، وهكذا غيره.
وثانياً: إنه لو تم البرهان المذكور كان لازمه اعتبار أن لا يبقى العقد جائزاً مع لزوم شرطه لا لزوم العقد قبل لزوم العقد، فلا يكون هناك محذور من هذه الناحية.
وأما ما ذكره المحقق الأصفهاني رحمه الله زائداً على ذلك: بأن لزوم الشرط حسب الفرض وإن توقف على لزوم العقد، إلا أن لزوم العقد لا يتوقف على لزوم الشرط بل يتوقف

الثاني: إن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: البيعان بالخيار فاشترط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. { ١ }
الثالث: ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من أن اسقاطه الخيار في ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله، هذا، ولكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

أما الأول: فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لأنها كالوعد والواقعة في ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز، لأن الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان، لأن الشرط تابع وكالتقييد للعقد المشروط به. أما إذا كان نفس مؤدي الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا للالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز.

وأما الثاني: فلأن الخيار حق للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خلى ونفسه، { ٢ }

على صحته، لأن مجرد صحته يكفي في سقوط الخيار.
فيرد عليه: إن دليل صحة الشرط ولزومه واحد، فمع عدم شمول دليل اللزوم لا سبيل إلى الحكم بالصحة. فالصحيح ما تقدم.
{ ١ } ثالثها: إن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، والمراد من مقتضى العقد في المقام - على ما ذكره المصنف رحمه الله: ما يشمل لازمه كالحكم الشرعي.
وعليه فلا يرد على المصنف رحمه الله بالتهافت بين كلماته، حيث جعل الاشكال أولا في منافاته لمقتضى العقد، وأخيرا في منافاته لحكمه الشرعي كما في الحاشية.
وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا الاشكال بوجهين:

{ ٢ } الأول: إن المتبادر من اطلاق دليل الخيار صورة الخلو عن اشتراط سقوطه، وغاية ما يمكن أن يقال في توجيهه: إن الخيار حيث إنه من باب الارفاق بالمالك كي يتروى

في أمر المعاملة، فدليله ينصرف إلى صورة عدم الالتزام بالمعاملة واشترط عدم الخيار

فلا ينافي سقوطه بالشرط، وبعبارة أخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعة العقد من حيث هي، حتى لا يوجد بدونه وقوله: البيعان بالخيار وإن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أن المتبادر من اطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط، مع أن مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة ليكون التخلف ممتنعا شرعا، { ١ } نعم يبقى الكلام في دفع توهم أنه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبق شرط مخالف للكتاب والسنة. بل ولا لمقتضى العقد ومحل ذلك وإن كان في باب الشروط إلا أن مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه، إنا حيث علمنا بالنص والاجماع أن الخيار حق مالي قابل للاسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافيا للمشروع [للمشروط] فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار في عقد آخر.

وفيه: إن هذا الانصراف بدوي لا يصلح لتقييد الاطلاق.
{ ١ } الثاني: إن مقتضى الجمع بين دليل الخيار ودليل الشرط كون العقد مقتضيا لاتمام العلة.

وفيه: بعد اصلاحه بأن المراد من كون العقد تارة علة تامة وأخرى مقتضيا، هو: إن تمام الموضوع تارة نفس العقد، وأخرى العقد المجرد عن الشرط، مثلا أنه على فرض شمول اطلاق دليل الخيار لصورة الاشتراط ومنافاة الشرط له، يكون دليل الخيار مقدا لتقييد دليل الشرط بالشرط غير المخالف للكتاب والسنة. والحق أن يقال: - بعد عدم كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بمعناه الأخص وهو المنافي لحقيقة العقد كالبيع بشرط أن لا يملك، والمنافي لما يتقوم به العقد كالبيع بشرط أن لا يكون له عوض.

إن هذا الشرط ليس مخالفا للكتاب والسنة، فإن الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط والنقل، فله أن يسقطه بعد تحققه، ومن أول آن ثبوته بأن يمنع عن ثبوته، فشرط عدم الخيار بهذا المعنى أو سقوطه ليس مخالفا للشرع لفرض جوازه وأن له ذلك. وتام الكلام في ذلك
موكول إلى محله.

وأما عن الثالث بما عرفت من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط واقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط ابطال المقتضي لا اثبات المانع، { ١ } ويمكن أن يستأنس لدفع الاشكال من هذا الوجه الثالث ومن سابقه، بصحيفة مالك بن عطية المتقدمة.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشترط عدم الخيار وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط { ٢ } فيقول: بعث بشرط أن لا يثبت خيار المجلس، كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

رابعها: إن اسقاط الخيار في ضمن العقد اسقاط لما لم يجب، فإن الخيار لا يحدث إلا بعد العقد، فاسقاطه في ضمن العقد كاسقاطه قبله. { ١ } وأجاب المصنف رحمه الله عنه: بأنه مع شرط الخيار لا تشمل أدلته ذلك العقد، ففائدة

الشرط ابطال المقتضي لا اثبات المانع. وقد عرفت الجواب عن ذلك. والحق أن يقال: أولاً: إن هذا الوجه مختص بشرط السقوط ولا يجري في شرط عدم الخيار، بمعنى اشتراط عدم ثبوته. وثانياً: إن شرط سقوطه عند حصوله لا مانع منه سوى التعليق الذي لا دليل على المنع عنه سوى الاجماع المختص بغير الشرط، كيف وقد ادعى الاجماع على سقوط خيار

المجلس باشتراط سقوطه في ضمن العقد.

فتحصل: إن شرط سقوط الخيار بكلا معنييه لا مانع عنه، وتشمله أدلة الشروط.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

{ ٢ } أحدها: أن يشترط عدم الخيار، قال المصنف: وهذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعث بشرط أن لا يثبت خيار المجلس كما مثل به في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة، لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: بعث بشرط أن لا أفسخ في المجلس، { ١ } فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط وفسخ، فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ، لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب اجباره عليه وعدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصديق به على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط وهو الفسخ غير نافذة في حقه، ويحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار والالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أن بيع منذور التصديق حنث موجب للكفارة لا فاسد،

الثاني: أن يشترط سقوطه في فرض ثبوته وهذان القسمان من قبيل شرط النتيجة بخلاف القسمين الآخرين اللذين هما من قبيل شرط الفعل.

اشتراط عدم الفسخ

{ ١ } الثالث: أن يشترط عدم الفسخ، فيقول بعث بشرط أن لا أفسخ

والكلام في هذا الوجه يقع في جهات:

الأولى: إنه لو فسخ وعصى هل يؤثر هذا الفسخ في حل العقد أم لا؟

وقد ذكر في وجه عدم التأثير في قبال عموم دليل الخيار المقتضي للانحلال وجوه:

أحدها: ما أشار إليه المصنف رحمه الله في ابتداء كلامه وأوضحه المحقق النائيني رحمه الله، وهو:

أنه يشترط في نفوذ كل تصرف معاملي السلطنة عليه، ومع تعيين عدم الفسخ عليه بمقتضى عموم دليل الشرط لا سلطنة له على الفسخ، لأن الالتزام بعدم الفسخ موجب لسلب القدرة عليه شرعا فلا يكون مؤثرا.

وفيه: إن المعتبر في نفوذ التصرف السلطنة الوضعية لا التكليفية، ومقتضى عموم دليل الشرط سلب السلطنة التكليفية، دون الوضعية. وقد تقدم توضيح ذلك في أول الجزء الأول من هذا الشرح فراجع.

ثانيها: إن الشرط يوجب حدوث حق للمشروط له في خيار المشروط عليه، ولذا يجوز اجباره عليه، فهو ممنوع عن اعمال خياره لكونه متعلق حق الغير كما في بيع

وحيث فلا فائدة في هذا غير الإثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط في غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مرتب هنا، والاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، { ١ } فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا، كما تقدم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا، لا يرفع وجوب الوفاء.

منذور التصديق.

وفيه: إن غاية ما يدل عليه دليل الشرط لزوم العمل به، وأما حدوث حق اعتباري للمشروط له فلم يدل عليه دليل، وجواز الاجبار مشترك بين التكليف والحق. ثالثها: إن دليل الخيار بالدلالة المطابقة يدل على الترخيص التكليفي في الفسخ، ومن ذلك استفاد الخيار، وأن المعاملة تنحل بفسخ من رخص له الفسخ، فإذا دل دليل الشرط على رفع ذلك الترخيص وحرمة الفسخ ارتفع الخيار أيضا، لأن المدلول الالتزامي يتبع المدلول المطبقي في الحجية كتبعيتها لها في الوجود. وفيه: إن المدلول المطبقي للدليل الخيار هو الوضع لا التكليف المحض. { ١ } رابعها: ما ذكره المصنف رحمه الله أخيرا، وهو: إن مقتضى عموم دليل الشرط

ترتيب

آثار الشرط وهو عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، ولازم ذلك وقوع الفسخ لغوا. وفيه: إن مفاد دليل الشرط ليس ترتيب آثار المشروط، ولذا لو اشترط بيع شيء لا يحكم بترتيب آثار البيع بدونه، بل مفاده نفوذ الشرط وصحته أو لزوم العمل به. فتحصل مما ذكرناه: أن شرط عدم الفسخ لا يوجب عدم تأثير الفسخ. الثانية: في صحة هذا الشرط وشمول العموم له. وقد يقال بعدم صحته من جهة المحذور الثاني من المحاذير المتقدمة، وهو كونه شرطا في ضمن عقد جائز. والجواب عنه: ما تقدم من أن الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء

الثالث: أن يشترط اسقاط الخيار، { ١ } ومقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد { ٢ } فلو أخل به وفسخ العقد ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان والأقوى عدم التأثير،

نعم لا يندفع ذلك بما أجاب به الشيخ رحمه الله من لزوم العقد بلزوم الشرط بناء على القول بتأثير الفسخ كما لا يخفى.

الثالثة: في أثر هذا الشرط على القول بتأثير الفسخ.

الظاهر أنه لا أثر له سوى الإثم على مخالفته، وما يترتب على مخالفة الشرط في سائر الموارد من تسلط المشروط له على الفسخ عند مخالفة الشرط لا يترتب هنا كما لا يخفى. { ١ } الرابع: أن يشترط اسقاط الخيار.

والكلام في جواز هذا الشرط هو الكلام في جواز شرط عدم الفسخ، كما أن الكلام في تأثير الفسخ هو الكلام في تأثيره في الوجه المتقدم كما سنشير إليه.

وفي المقام خصوصيات لا بد من الإشارة إليها:

إحداها: هل يجب الاسقاط، أم لا؟ فيه وجهان، قال المصنف:

{ ٢ } إن مقتضى ظاهره وجوب الاسقاط بعد العقد.

وعلق عليه السيد الفقيه بقوله: يعني أن ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، وإلا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه.

ولكن يمكن أن يكون نظر المصنف رحمه الله إلى أحد الوجهين:

إما إلى أنه بعد فرض اتحاد الاسقاط والسقوط حقيقة واختلافهما اعتبارا لو اشترط الاسقاط يمكن حمله على إرادة السقوط، فيسقط بعد البيع ويمكن أن يكون مراده الفعل، والظاهر إرادة الثاني.

أو إلى انكار هذا الظاهر، وأنه لا يحتاج إلى الاسقاط، بل يسقط الخيار بنفس هذا الشرط، ولم يكن للفسخ بعده أثر كما يختاره.

ثانيها: على فرض وجوب الاسقاط، لو أخل به، ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، إذ مع لزوم الاسقاط لا سلطنة للمشروط عليه على ضده، وهو أعمال الخيار بفسخ العقد وكذا دليل الشرط على فرض دلالة على لزوم ترتيب آثار الشرط يشمل

وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشروط الخيار بعد العقد وإن لم يفسخ { ١ } وجهان من عدم حصول الشرط ومن أن المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ، { ٢ } والأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار، لعدم تخلف الشرط وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد { ٣ } ويكون بقاء المشروط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له.

اطلاقه بعد انشاء الفسخ فيكشف عن عدم تأثيره، وكذا الوجهان الآخرا كما هو واضح، وقد عرفت فساد الجميع، فالأظهر تأثير فسخه.

{ ١ } هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشروط الخيار بعد العقد وإن لم يفسخ؟ فيه أقوال:

الأول: إن له ذلك مطلقا.

الثاني: عدم ثبوته له مطلقا.

الثالث: ما اختاره المصنف رحمه الله، وهو التفصيل بين القول بتأثير الفسخ وعدمه، واختيار أن له ذلك على الأول دون الثاني.

والأظهر هو الأول لما دل على ثبوت الخيار للمشروط له إذا تخلف المشروط ولم يعمل بالشرط في سائر الموارد، فإنه يجري في المقام طابق النعل بالنعل.

{ ٢ } واستدل للثاني: بأن المقصود منه ابقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ، وبعده لا موضوع له.

{ ٣ } والمصنف رحمه الله قال: والأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط، وعلى القول بتأثيره ثبوت الخيار، لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد.

والظاهر أن مراده من عدم تخلف الشرط عدم تخلفه من حيث الغاية والنتيجة المرادة.

ويرد عليه: - مضافا إلى أن الغرض قد يكون سقوط الحق لا خروج العقد عن التزلزل - أن الموجب للخيار تخلف الشرط بعنوانه لا من حيث تخلف الغاية المقصودة. فالأظهر ثبوته مطلقا.

وقد يموت ذو الخيار وينتقل إلى وارثه. بقي الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد، { ١ } فلو ذكره قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به، وصدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت، لأن المتبادر عرفاً هو الالتزام المرتبط بمطلب آخر. { ٢ } وقد تقدم عن القاموس أنه الالتزام والالتزام في البيع ونحوه.

وعن الشيخ والقاضي تأثير الشرط المتقدم قال في محكي الخلاف لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط ولزم العقد بنفس الإيجاب والقبول، ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي ثم قال: دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط والأصل جوازه وعموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع، انتهى.

الشرط غير المذكور في متن العقد

{ ١ } قوله بقي الكلام في أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد بناء على جواز الشرط كما هو المفروض في المقام، وستعرف في محله تفصيل القول فيه. لا كلام في نفوذ الشرط المذكور في متن العقد ولو بأن يذكره قبل العقد ويشير إليه في العقد بأن يقول مثلاً: بعث على ما ذكر.

كما لا كلام معتد به في عدم نفوذ الشرط غير المذكور في العقد ولم ينشأ العقد مبنيًا عليه بأن يكون حين العقد غافلاً عنه.

إنما الكلام فيما لو ذكر الشرط قبل العقد ووقع العقد مبنيًا عليه. فظاهر جماعة نفوذه.

وصريح آخرين عدمه.

واستدل لعدم العبرة به بوجوه:

{ ٢ } الأول: ما في المكاسب، وحاصله: إن الشرط هو الالتزام أو الالتزام المرتبط بمطلب آخر، وعليه فالشرط المذكور سابقاً لا يجب الوفاء به، لأنه إما وعد بالالتزام أو التزام

تبرعي لا يجب الوفاء به، وهو وإن كان باقياً إلى حين العقد إلا أنه لا يرتبط بالالتزام العقدي إلا بجعل المتكلم.

ونحوه المحكي عن جواهر القاضي وقال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك وعندى في ذلك نظر، فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد وتبايعاً على ذلك الشرط صح ما شرطاه، انتهى.

أقول التبايع [التباني] على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه في العقد بأن يقول مثلاً: بعث على ما ذكر فهو من المذكور في متن العقد وإن كان بالقصد إليه والبناء عليه عند الانشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ. نعم يحتمل أن يريد الصورة الأولى وأراد بقوله قبل العقد قبل تمامه، وهذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط ويؤيده أيضاً بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعي إنما يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد وقد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، واستدل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح اسقاطه قبل تمامه.

وفيه: إن الالتزام الشرطي والبيعي كليهما من مقولة المعنى لا اللفظ، واللفظ مبرز لهما، وعليه فإذا كان الالتزام الشرطي باقياً إلى حين العقد وأوقع العقد مبنيًا عليه - أي قيد التزامه البيعي بالالتزام الشرطي بالنحو الصحيح الذي سيمر عليك في باب الشروط، الذي به يخرج العقد عن التعليق - صدق على ذلك الالتزام الضمني الشرط حتى على القول بأنه التزام مربوط بمطلب آخر، فيشملة دليل وجوب الوفاء بالشرط.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو: إن القصد والدواعي غير معتبرة في العقود
ما لم ينشأ لفظ على طبقها، فمجرد وقوع العقد مبنيًا على شرط مع عدم ذكره في متن العقد
لا يؤثر.

ثم تفتن لاشكال، وهو: إنه لا اشكال في الاكتفاء بالقصد في الشروط التي جرت العادة والعرف على الالتزام بها في العقد، كوصف الصحة، وتسليم المبيع وما شابههما. فأجاب عنه: بأنه في تلك الشروط انشاء العقد انشاء لها لأنها من لوازم ألفاظ العقود، فكما أنه ينشأ بها معانيها المطابقة فكذا مداليلها الالتزامية، وهذا بخلاف الشرط

والحاصل أن ملاحظة عنوان المسألة في الخلاف والتذكرة واستدلال الشيخ على الجواز وبعض الشافعية على المنع، يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط في متن العقد وكيف كان. فالأقوى أن الشرط الغير المذكور في متن العقد، غير مؤثر لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق، لأن المتحقق في السابق. إما وعد بالتزام، أو التزام تبرعي لا يجب الوفاء به، والعقد اللاحق وإن وقع مبنيًا عليه لا يلزمه لأنه إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم، وإلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين وقيودهما حتى يقدر شرطًا منويًا، فيكون كالمحذوف النحوي بعد نصب القرينة، فإن من باع داره في حال بنائه في الواقع على عدم الخيار له، لم يحصل له في ضمن بيعه إن شاء التزام بعدم الخيار ولم يقيد انشائه بشيء بخلاف قوله: بعثك على أن لا خيار لي الذي مؤداه بعثك ملتزمًا على نفسي وبانياً على أن لا خيار لي فإن انشائه للبيع قد اعتبر مقيداً بانشائه

الخاص للعاقده الخاص، فإنه ليس من المداليل الالتزامية، فليس هو المنشأ في العقد إلا مع ارتباط العقد به صريحاً أو إشارة.

وفيه: إنه في باب العقود والايقاعات يعتبر وجود اللفظ أو مبرز آخر بلا كلام، وأما في باب الشروط فلا دليل على اعتباره، ولعل الاكتفاء بالقصد والالتزام النفساني في الشروط التي جرت العادة على الالتزام بها في العقد أقوى شاهد على ذلك: إذ ليس ذلك الالتزام من لوازم الالتزام البيعي كي يكون اللفظ المبرز للالتزام البيعي مبرزاً له بالالتزام. ولو بنى على كفاية ذلك لا بد من البناء على كفاية بناء المتعاقدين أيضاً، فإن بناء غيرهما من أهل العرف غير دخيل في الدلالة بهذا المعنى.

الثالث: النصوص الواردة في النكاح الدالة على أنه لا عبرة بالشرط قبل العقد: منها: موثق ابن بكير عن مولانا الصادق عليه السلام: إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به

وأوجب التزويج فردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فإن إجازته فقد جاز

التزام عدم الخيار فحاصل الشرط إلزام في التزام مع اعتبار تقييد الثاني بالأول
وتمام الكلام في باب الشروط انشاء الله تعالى.

وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح. (١)
ومنها: موثق محمد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة متعة:
إنهما

يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنما الشرط بعد النكاح. (٢)
ومنها: موثق ابن بكير عن الإمام الصادق عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه
النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز. (٣)
وفيه: أولا: إن هذه النصوص مختصة بشروط المتعة، وتدلل على أنه إذا لم تذكر في
ضمن العقد تنقلب دائما.
أما الأولان فواضح.

وأما الأخير فلقوله هدمه النكاح فإن شروط المتعة يهدمها النكاح بدون الشرط.
وأما سائر الشروط فغاية الأمر عدم وجوب العمل بها لا هدمها وجعلها كالعدم.
وثانيا: إنه لا وجه للتعدي عن باب النكاح إلى سائر الموارد والأبواب.
وثالثا: إنها قابلة للحمل على ما كان من الشروط سابقا ولم يكن مضمرا حال العقد
على وجه يكون مبنيا عليه، إذ لا يصدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده
في أثناءه.
فتحصل: إن الأظهر نفوذه ووجوب العمل به.
المنذور عتقه

١ - الوسائل - باب ١٩ - من أبواب المتعة من كتاب النكاح حديث ١.
٢ - الوسائل - باب ١٩ - من أبواب المتعة حديث ٤. ٣ - الوسائل - باب ١٩ - من أبواب المتعة حديث ٢.

فرع ذكر العلامة في التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله: علي أن أعتقك إذا بعته قال لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصح البيع لصحة النذر، { ١ } فيجب الوفاء به ولا يتم برفع الخيار وعلى قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط ويصح البيع ويعتق انتهى.

أقول هذا مبني على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له. { ٢ } وقد مر أن الأقوى في الشرط أيضا كونه كذلك.

{ ١ } ذكر العلامة في محكي التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفي خيار المجلس وغيره في متن العقد، وهو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، قال: لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصح البيع لصحة النذر.

وتصوير النذر المزبور بنحو يجب الوفاء به ويكون صحيحا: أن ينذر التملك ثم العتق، إذ لو نذر العتق وهو ملك المشتري بطل النذر، ولو نذر العتق بعد التملك على أن يكون التملك

شرطا للنذر لم يجب التملك والوفاء بالنذر.

وحيث تارة لا يمكن الإقالة أو الشراء منه ثانيا.

وأخرى يمكن ذلك

فالكلام يقع في موردين:

الأول: إذا لم يمكن الإقالة أو الشراء منه ثانيا.

لا اشكال في صحة البيع اشترط عدم الخيار أم لا، بناء على أن الشرط الفاسد لا

يفسد البيع وأما شرط عدم الخيار فهل يكون باطلا وفاسدا أم لا؟ وجهان.

قد استدلل المصنف رحمه الله للأول:

{ ٢ } بأن النذر المتعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له.

وفيه: أولا: إن غاية ما يقتضيه ذلك حرمة الشرط لإفساده لما تقدم من عدم دلالة

الحرمة على الفساد، إلا أن يضم إليه ما سنذكره.

مسألة: ومن المسقطات اسقاط هذا الخيار بعد العقد { ١ } بل هذا هو المسقط الحقيقي ولا خلاف ظاهرا في سقوطه بالاسقاط، ويدل عليه بعد الاجماع، فحوى ما سيحى من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف، معللا بأنه رضا بالبيع، { ٢ } مضافا إلى القاعدة المسلمة من أن لكل ذي حق اسقاط حقه، { ٣ } ولعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال،

الاسقاط بعد العقد

{ ١ } الثاني: من المسقطات: اسقاط هذا الخيار بعد العقد.

واستدل لسقوطه بالاسقاط بوجوه:

الأول: الاجماع.

وفيه: إنه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

{ ٢ } الوجه الثاني: فحوى ما سيحى من النص (١) الدال على سقوط الخيار

بالتصرف، معللا بأنه رضا بالبيع، استدل بها المصنف رحمه الله.

وأورد عليه المحقق الإيرواني رحمه الله: بأن النص بعموم التعليل يدل على حكم المقام

بلا حاجة إلى الفحوى، بل ومع منع الفحوى.

ولكن تقريب الفحوى على مسلك المصنف رحمه الله - الملتزم بأن لزوم العقد بالرضا

واقاراره إنما يكون من جهة أن مرجعه إلى اسقاط الخيار: إنه إذا دل الدليل على مسقطية

الرضا وكونه موجبا للزوم من جهة أن مرجعه إلى اسقاط الخيار، فنفس الاسقاط أولى بأن

يكون مسقطا للخيار.

فلا يرد عليه ما أورده المحقق المذكور.

{ ٣ } الثالث: القاعدة المسلمة من أن لكل ذي حق اسقاط حقه لفحوى تسلط الناس

على أموالهم (٢) فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال.

وأورد عليه بوجوه:

أحدها: إن دليل السلطنة ضعيف السند.

١ - الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ٢٠١ - البحار ج ١ ص ١٥٦ الطبع القديم.

ولا معنى لتسلطهم على مثل هذا لحقوق الغير القابلة للنقل، { ١ } إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الاسقاط، ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي. ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفية { ٢ } للفحوى المتقدمة { ٣ } وفحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي { ٤ }.

خاص لا فيما إذا كان مستفادا من الدليل العام، فإن الالتزام بعدم السلطنة في مثل هذه الحقوق رأسا لعدم المعنى لها لا يترتب عليه محذور.

{ ١ } قوله لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق... إلا نفوذ تصرفهم فيها فقد أورد عليه السيد بأنه على فرض كونه قابلا للنقل أيضا يمكن الاستدلال بأن يراد الأعم من النقل والاسقاط.

وقد عرفت في ذيل الايراد الثالث على الوجه الثاني: أنه يمكن توجيه كلام المصنف ره بنحو لا يرد عليه هذا الايراد، وإن كان غير تام على أي تقدير. فراجع. { ٢ } قوله ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات. وقد استدل له بوجه:

{ ٣ } الأول: فحوى ما دل على سقوط الخيار بالتصرف، فإنه إذا كان الفعل الكاشف عن الرضا بالبيع والالتزام به مسقطا للخيار فاللفظ الدال على ذلك أولى بأن يكون مسقطا لأقوائية اللفظ من الفعل.

وهذا هو مراد المصنف رحمه الله من قوله للفحوى المتقدمة. فلا يرد عليه ما عن المحقق الخراساني رحمه الله من: أن دليل السلطنة لا يتكفل نفوذ السبب

بل يتكفل مشروعية المسبب: فإنه يتوقف على إرادة الفحوى الثانية لا الأولى. { ٤ } الثاني فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضولي. وفيه: إنا لم نجد ما يدل على ذلك سوى طائفتين من النصوص.

وصدق الاسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على اسقاط الحقوق وعلى هذا فلو قال أحدهما: أسقطت الخيار من الطرفين، فرضي الآخر سقط خيار الراضي { ١ } أيضا، لكون رضاه باسقاط الآخر خياره اسقاطا أيضا.

إحداهما: في العبد يزوج نفسه بغير إذن مولاه، المتضمنة: إن سكوت المولى بعد العلم اقرار منه. (١)

ثانيتها: في المرأة تزوج نفسها في حال السكر، المتضمنة: إنها لو أقامت معه بعد الإفاقة يكون التزويج نافذا. (٢)

وموردهما ما يكون العقد تاما من جميع الجهات سوى عدم احراز رضا من يعتبر رضاه بالعقد، ومن المعلوم أن الرضا القلبي يكفي بأي شئ أحرز، وهذا بخلاف الموارد التي

يكون العقد فيها ناقصا من جهة أخرى وتتوقف تماميته من تلك الناحية على الانشاء كبيع الفضولي، حيث إنه ناقص من جهتين: من ناحية الرضا، ومن ناحية عدم كونه مستندا إلى المالك، وهو من الجهة الثانية يحتاج إلى الانشاء، ولهذا لا يكفي في الإجازة الرضا القلبي، بل لا بد من الانشاء.

والمقام من هذه الموارد، أي يتوقف على الانشاء ولا يكفي مجرد الرضا القلبي بسقوط الخيار، فهذا الوجه غير تام.

الثالث: إن مقتضى اطلاق الدليل كفاية كل ما يصدق عليه الاسقاط وفرع المصنف على ذلك وقال

{ ١ } وعلى هذا فلو قال أحدهما أسقطت الخيار من الطرفين فرضي الآخر سقط خيار الراضي

لعل وجه التفريع على ما سبق أنه بناء على كفاية كل ما يدل على الاسقاط في سقوط الحق لو أنشأ أحدهما السقوط من الطرفين ورضي الآخر كفى ذلك في سقوط الخيار

لتحقق الانشاء والرضا.

ولكن يرد عليه أن انشاء أحدهما السقوط من طرف الآخر لا يكفي بل لا بد من استناده إليه وعلى فرض جريان الفضولي في الايقاع لا بد من اعتبار الإجازة تحقيقا للاستناد والرضا بالاسقاط ليس انشاءا للسقوط واسقاطا.

١ - الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العيب والإماء.
٢ - الوسائل - باب ١٤ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: اختر، { ١ } فإن اختار المأمور الفسخ فلا اشكال في انفساخ العقد، وإن اختار الامضاء ففي سقوط خيار الأمر أيضا مطلقا كما عن ظاهر الأكثر بل عن الخلاف، الاجماع عليه، أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة، أو مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض ويكون حكم التفويض كالتملك، أقوال ولو سكت فخيار الساكت باق اجماعا، ووجهه واضح. وأما خيار الأمر ففي بقاءه مطلقا أو بشرط عدم إرادة تملك الخيار، كما هو ظاهر التذكرة، أو سقوط خياره مطلقا كما عن الشيخ، أقوال والأولى أن يقال: إن كلمة اختر

لو قال أحدهما لصاحبه اختر
{ ١ } مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه اختر فإن اختار الفسخ فلا اشكال في انفساخ العقد، وإن اختار الامضاء ففي سقوط خيار الأمر أيضا أقوال:
أحدها: السقوط مطلقا. نسب ذلك إلى جمع من الأساطين فيما لو اختار الامضاء،
وأما لو سكت فلم أظفر بمن يقول بالسقوط وإن نسب إلى الشيخ رحمه الله، ولكن الثابت خلافه.

ثانيها: السقوط إذا قصد التملك.

ثالثها: السقوط إذا قصد التملك أو التفويض.

رابعها: السقوط إذا قصد التملك وأسقط الآخر.

خامسها: عدم السقوط.

ولا يخفى أن عنوان هذه المسألة إنما يكون تبعا للنص: روى نافع عن ابن عمر: إن النبي صلى الله عليه وآله قال: المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر. (١) من جهة أن الأصحاب لم يفهموا منه التبعد المحض فالتجأوا إلى تطبيقه على القواعد، وحيث إنه نبوي ولم يصل إلينا بطريق معتبر، واعتماد الأصحاب عليه غير ثابت، فهو لا يصلح لأن يعتمد عليه في الحكم، فلا بد من ملاحظة القواعد.

١ - الخلاف كتاب البيوع مبحث خيار المجلس.

بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ والامضاء، وليس فيه دلالة على ما ذكره من تمليك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال نعم الظاهر عرفاً من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب { ١ } وكأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تمليك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق فإن تم دلالاته حينئذ على اسقاط الأمر خياره بذلك وإلا فلا مزيل لخياره،

وملخص القول فيه: إنه لا خلاف في معنى كلمة اختر مادة وهيئة، ولكن بعد عدم إرادة طلب الاختيار حقيقة يحتمل فيها معان:

أحدها: أن يكون انشاء الطلب بها بقصد اسقاط حقه والاعراض عنه.

ثانيها: أن يكون لغرض نقل خياره إلى صاحبه وتمليكه إياه.

ثالثها: أن يكون بقصد تفويض أعمال خياره بفسخ أو امضاء إلى صاحبه.

{ ١ } رابعها: أن يكون بغرض استعلام حال المخاطب.

وعلى جميع هذه الاحتمالات لو اختار الآخر الفسخ لا اشكال في الانفساخ، كما أنه لو

سكت لا كلام في عدم سقوط خياره، ولو أجاز لا كلام في سقوط خياره.

إنما الكلام فيما لو اختار الامضاء أو سكت في أنه هل يسقط خيار الأمر أم لا.

أما على الأول: فيسقط خياره بمجرد الأمر.

وأما على الثاني: فإن قبل صاحبه التمليك سقط وإلا فلا.

لا يقال: إنه قد تقدم عن المصنف رحمه الله وغيره: إن هذا الخيار لا يقبل النقل، فكيف

يحكم بسقوط خياره.

فإنه يجاب أولاً: قد مر أنه قابل له.

وثانياً: إن من يقول بعدم قابليته للنقل إنما يلتزم به في النقل إلى الأجنبي من جهة أنه

خيار المجتمعين ويكون مغنياً بافتراقهما، فلا يمكن نقله إلى غير من هو طرف المعاملة.

وأما في النقل إلى من هو طرف المعاملة فلا يلتزم به لعدم جريان هذا الوجه فيه.

وأما على الثالث: فإن سكت يبقى خياره، وإن اختار الامضاء من الطرفين

وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس، أنهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر. { ١ }
ثم إنه لا اشكال في أن اسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر، ومنه يظهر أنه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزا من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما وهذا ليس تعارضا بين الإجازة والفسخ وترجيحا له عليها.

نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين { ٢ } كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالأصيل والوكيل فأجاز أحدهما وفسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعة واحدة، كما لو باع عبدا بجارية، ثم اعتقهما جميعا، حيث إن اعتاق العبد فسخ، وإعتاق الجارية، إجازة، أو اختلف الورثة في الفسخ والإجازة تحقق التعارض. وظاهر العلامة في جميع هذه الصور، تقديم الفسخ، ولم يظهر له وجه تام وسيجئ الإشارة إلى ذلك في موضعه.

سقط، إذ خيار الموكل لا يسقط ما لم يجز الوكيل من طرفه.

وأما على الرابع: فلا يسقط خياره أصلا حتى بعد الإجازة.

ولا يبعد دعوى ظهوره في الأول أو الثاني، وعلى فرض عدم الظهور في شئ منها مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار حتى بعد الامضاء.

{ ١ } قوله وعليه يحمل على تقدير الصحة ما ورد في ذيل بعض... اختر

من المقطوع به عدم كون هذه الكلمة الصادرة من أحدهما غاية لخيار كل منهما وعليه فلا بد من حمل ذلك على أنها غاية لمجموع الخيارين لا لكل واحد منهما.

{ ٢ } قوله نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين.

وضابط ذلك أن يكون الخيار ثابتا للطبيعة المنطبقة على كل منهما كما في خيار الورثة على احتمال - أو يكون إجازة أحدهما لإجازة للآخر ومستندة إليه أيضا كما في الخيار الثابت

للكيل والأصيل - فإن إجازة الوكيل لإجازة للموكل ومستندة إليه اللهم إلا أن يقال إن فسخ الأصيل مقارنة لإجازة الوكيل يكون عزلا وعليه فيؤثر الفسخ أثره.

مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين { ١ } ولا اشكال في سقوط الخيار به ولا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع، { ٢ } وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك { ٣ } مثل قوله، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا ومعنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد، افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فإذا حصل الافتراق الإضافي ولو بمسماه ارتفع الخيار

من المسقطات افتراق المتبايعين

{ ١ } الثالث: من جملة مسقطات الخيار: افتراق المتبايعين.

لا كلام في مسقطية الافتراق - بمعنى انتهاء أمد الخيار به.

إنما الكلام وقع في موارد ثلاثة:

الأول: في أن مسقطية الافتراق هل تكون من جهة كاشفيتها عن الرضا بلزوم العقد، أو أنه بنفسه مسقط وغاية للخيار.

الثاني: في تعيين أقل ما يحصل به الافتراق.

الثالث: في أنه هل يلزم حركة كل منهما إلى جانب أم يكفي حركة أحدهما؟

{ ٢ } أما المورد الأول: فالحق أنه بنفسه غاية له، إذ لا طريقية ولا كاشفية للتفرق عن

الرضا، والشاهد به ملاحظة حال سائر أقسام الخيار، فهل يتوهم أحد كاشفية التفرق عن الرضا فيها، مع أن مقتضى اطلاق النصوص (١) عدم اعتبار شيء في ذلك غير عنوان التفرق.

واستدل لاعتبار كشفه عن الرضا وأن مسقطيته بهذا الاعتبار بوجهين:

أحدهما: قوله عليه السلام في صحيح جميل فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. (٢)

وإليه

أشار المصنف بقوله.

{ ٣ } وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك.

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار. ٢ - نفس المصدر.

فلا يعتبر الخطوة، { ١ } ولذا حكي عن جماعة: التعبير بأدنى الانتقال. والظاهر أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد خصوصا مثل قول الشيخ في الخلاف أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبني على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفي مجرد افتراقهما ويظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الأصحاب. وعن صريح آخر التأمل، وكفاية الخطوة لانصراف الاطلاق إلى أزيد منها فيستصحب الخيار، ويؤيده قوله في بعض الروايات: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا، وفيه منع الانصراف ودلالة الرواية.

ثانيهما: إن الطريقة العقلائية جارية على أنهم إذا اجتمعوا على إنفاذ معاملة لا يفترقون إلا بعد التزامهم بها، فالمطلقات محمولة على الغالب، فلا دليل على انتهاء أمد الخيار في غير مورد الرضا.

وفيهما نظر:

أما الأول: فلما عرفت من منع الكاشفية، نعم كاشفته عن الرضا بالبيع لا تنكر، مع أن المطلق لا يحمل على الغالب.

وأما الثاني: فلأنه حيث لم يذكر متعلق الرضا في الخبر فيمكن أن يكون المراد الرضا بأصل المعاملة إما بأن يكون المراد أنهما أوجدا البيع عن الرضا، أو أنهما رضيا بالبيع بمعنى

عدم الاكراه والفسخ قبل التفرق، ويمكن أن يكون المراد الرضا بالتفرق في مقابل صدوره عن كره، ويمكن أن يكون المراد الرضا بلزوم العقد.

ولو لم ندع ظهوره في الأول فلا أقل من الاجمال، وحيث إن الاستدلال يتوقف على إرادة الثالث فهو لا يتم لعدم ثبوتها.

الغريب أن المصنف رحمه الله في المقام بنى على عدم اعتبار هذا الظهور، وفي المسألة الآتية

يصرح باعتباره استنادا إلى الصحيح.

وأما المورد الثاني: فالأقوال فيه ثلاثة:

{ ١ } أحدها: كفاية مجرد الافتراق ولو كان أقل من خطوة. ذهب إليه المصنف رحمه الله.

ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما وبقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، { ١ } فالحركة من أحدهما لا يسمى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فذات الافتراق من المتحرك واتصافها بكونها افتراقاً من الساكن، ولو تحرك كل منهما، كان حركة كل منهما افتراقاً بملاحظة عدم مصاحبة الآخر، وكيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط، حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر، كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام عليه السلام أرضاً وأنه عليه السلام قال:

ثانيها: اعتبار الخطوة وكفايتها.

ثالثها: عدم كفايتها أيضاً، وأن المدار على صدق الافتراق عرفاً.

والأظهر هو الأخير لوجهين:

الأول: إن الافتراق المجعول غاية في مقابل الاجتماع البدني الصادق على ما إذا كان الفصل بينهما خطوة أو أقل أو أكثر من المفاهيم العرفية الذي لا يشك أحد في عدم صدقه بمجرد التباعد بخطوة أو خطوتين.

الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأً ليجب

البيع. (١) تقريب الاستدلال به: تعليقه عليه السلام وجوب البيع

على المشي خطأً، ولا ريب في ظهوره في عدم كفاية الأقل، وليس مورد الاستدلال به فعله عليه السلام كي يقال إنه لا يدل على اعتبارها.

واستدل: للأول: بأن الموضوع هو الافتراق الصادق على الأقل من الخطوة.

وفيه: إن الافتراق غير التباعد، والثاني يصدق بأدنى فصل بخلاف الأول.

وأما المورد الثالث: فمحل الكلام ليس صدق التفرق مع عدم تأثير من المتفرقين، بل

هذا يبحث فيه في المسألة الآتية، والمفروض في المقام صدقه بدونه.

{ ١ } بل هو كفاية حركة أحدهما مع سكون الآخر. والأظهر ذلك، لأن الهيئة

الاجتماعية الحاصلة للمتبايعين محققة لصدق الاجتماع، وأن كلا منهما مجتمع مع الآخر،

١ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب الخيار.

فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا { ١ } فأثبت افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط.

مسألة: المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخايير أيضا { ٢ } سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، { ٣ } مضافا إلى حديث: رفع ما استكرهوا عليه { ٤ } وقد تقدم في مسألة

وعدم تلك محقق لعنوان الافتراق - أي افتراق كل منهما عن صاحبه - وعليه فلو تحرك أحدهما وسكن الآخر تنعدم الهيئة الاجتماعية، فلا محالة يصدق الافتراق. وأضف إلى ذلك اثبات الإمام عليه السلام افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط حين قال: { ١ } فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا.

الافتراق عن إكراه

{ ٢ } قوله المعروف: إنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخايير. وقد استدل لذلك بوجوه:

{ ٣ } الأول: تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار. وأجاب عنه المصنف رحمه الله: بأن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري لا في مقابل المكروه الفاعل بالاختيار.

والحق أن يقال: إنه لا يتبادر الاختياري في مقابل الاضطراري أيضا، لأن هيئات الأفعال موضوعة نوعيا، مثلا هيئة فعل وضعت لإفادة النسبة التحقيقية في ضمن أي مادة كانت. وقد تكون المادة اختيارية، ولا سبيل إلى غير الاختيارية فيها كباع وطلق، وقد تكون بالعكس كمات ووجد وغيرهما. وقد يجوز الأمر أن فيها والهيئة في جميع ذلك تستعمل في معنى واحد ولها وضع واحد. وبذلك يستكشف عدم دخل الاختيار في معناها أصلا.

{ ٤ } الثاني: حديث رفع ما استكرهوا عليه (١) بدعوى أنه يدل على أن الافتراق

١ - الوسائل - باب ٥٦ - من أبواب جهاد النفس.

اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم: الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف، هذا. ولكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لم يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوقع على تركه، فإن التبادر ممنوع، فإذا دخل الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل، مع أن المعروف بين الأصحاب أن الافتراق ولو اضطرارا مسقط للخيار، إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ والامضاء، مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار

عن كره لا يترتب عليه الأثر ووجوده كالعدم وقد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه شمول الحديث للحكم الوضعي. وقد أورد على الاستدلال به بوجوه:

أحدها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله والسيد في الحاشية، وهو: إنه من التزام القائل باعتبار الاختيار في مقابل الاكراه بسقوط الخيار مع النسيان والغفلة يستكشف أن ذات الافتراق من حيث هو جعل من المسقطات لا بما هو فعل صادر عن اختيار، وحديث الرفع إنما يجري فيما كان الفعل منوطا بالقصد كالعقود.

وفيه: إن النقص بالنسيان والغفلة يمكن أن يجاب عنه بما أجبنا به عن إيراد المصنف وهو ثالث الوجوه وسيأتي.

وأما ما أفاده من اختصاص الحديث بالأفعال القصدية.

فيرد عليه ما حققناه في محله من منع التخصيص بعد اطلاق الدليل.

ثانيها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أنه من كون مورد بعض المرفوعات منحصرًا في متعلق التكليف كالحسد يستكشف اختصاص الحديث بمتعلقات التكليف، ولا يعم الموضوعات لعدم الجامع بين المتعلق والموضوع، ولذا لو تحقق الإقامة عن كره لا يرفع حكمها بالحديث، والتفرق من قبيل الموضوع لا المتعلق فلا يشمل الحديث.

وفيه: إن الحديث يدل على رفع كل ما هو في عالم التشريع عن ذلك العالم إذا كان

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور، لأنه إذا كان متمكنا من الامضاء والفسخ فلم يفعل، حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا والامضاء، انتهى. وفي جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار انتهى.

ومنه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره للاعتراف بدخول المكره والمضطر إذا تمكنا من التخاير.

والحاصل إن فتوى الأصحاب هي أن التفرق عن إكراه عليه وعلى ترك التخاير غير مسقط للخيار، { ١ } وأنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، وهذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري، ولا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كلا تفرق، لأن المفروض أن التفرق الاضطراري أيضا مسقط

عن كره، من غير فرق بين الموضوع والمتعلق، ولذا لو شرب الخمر عن إكراه يجوز الاقتداء

به وإن ورد لا تصل خلف شارب الخمر. وقد صرح بذلك هو قده في حديث الرفع. وأما مسألة الإقامة فالجواب عنها: إن الإقامة ليست موضوع وجوب التمام، بل الموضوع هو العلم بها، وهو لا يكون إكراهيا، وما هو إكراهي ليس متعلق التكليف ولا موضوعه.

{ ١ } ثالثها: ما أفاده المصنف رحمه الله: بأنه لو كان الحديث مدرك هذا الحكم كان اللازم

البناء على عدم مسقطية التفرق الإكراهي مع عدم المنع من التخاير، ولم يلتزموا بذلك، فيستكشف منه أنه لا يكون الحديث مدركا له.

وفيه: إنه إن كان اجماع تعبدي على السقوط كان هو المقيد للاطلاق، وبه ترفع اليد عما يقتضيه الحديث، وإلا يلتزم المستدل بعدم السقوط في هذا الفرض أيضا.

رابعها: - وهو الصحيح - وهو: إن لسان الحديث هو رفع الحكم لا وضعه، ولذا لو تعلق الإكراه بعدم التزويج لا يحكم بتحقيق الزوجية، والتفرق ليس موضوع الحكم

مع وقوعه في حال التمكّن من التخيير، فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكي وإلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد { ١ } سواء وقع اختياراً أو اضطراراً بقوله عليه السلام في صحيحة الفضيل: فإذا افترقا

فلا خيار بعد الرضا منهما، { ٢ } دل على أن الشرط في السقوط الافتراق والرضا منهما، ولا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق { ٣ } بحيث يكون التفرق عنه إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر اجماعاً، أو يقال إن قوله بعد الرضا إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطاً لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد { ٤ } واعراضهما عن الفسخ

بل هو سبب لارتفاع ما هو الموضوع للخيار. وأما اللزوم فهو يثبت بادلته وموضوعه العقد.

وبالجملة: موضوع الخيار اجتماع المتبايعين، والافتراق سبب لانعدامه، وهو ليس موضوعاً لحكم، فلا يصح أن يقال إن التفرق الاكراهي كلا تفرق، فكان الاجتماع باق. فالأظهر عدم صحة الاستدلال به.

{ ١ } الثالث: إن المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد. استدلال به المصنف رحمه الله.

وفيه: ما تقدم في المسألة المتقدمة من منع كاشفيته عن الرضا، فلا وجه لهذه الدعوى أصلاً.

{ ٢ } الرابع: قوله عليه السلام في صحيح الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. (١)

وذكر المصنف رحمه الله في تقريب الاستدلال به وجهين:

{ ٣ } الأول: أنه يدل على أن الافتراق المجعول غاية هو الذي ينبعث عن الرضا بالعقد، بمعنى أنه بعد الفراغ عن أمر العقد والرضا به يفترقان.

{ ٤ } الثاني: إن الافتراق من حيث كاشفيته عن الرضا بالعقد جعل غاية، وعلى التقديرين الافتراق الاكراهي غير مشمول له، لأنه غير منبعث عن الرضا ولا كاشف

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٣.

وعلى كل تقدير. فيدل على أن المتفرقين ولو اضطرارا، إذا كانا متمكنين من الفسخ ولم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما، فهذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سره كما صرح به في عبارة المبسوط المتقدمة

عنه والفرق بين الوجهين هو الفرق بين مقام الثبوت والاثبات. وفيه: أولا: ما عرفت من تطرق احتمالات في الرضا الموجود في الحديث. وثانيا: إنه لو سلم أن المراد بالرضا هو الرضا بلزوم العقد والالتزام به. إنما نلتزم بالتقييد إذا كان لسان الخبر هكذا، فلا خيار لهما إن افترقا بعد الرضا منهما. وأما مفاد ما في الخبر فهو كون الافتراق التزاما عمليا، ويكون قوله بعد الرضا بيانا للافتراق.

وبعبارة أخرى: مفاد ما في الخبر أنه لا خيار بعد الافتراق لكونه رضا بالعقد. الخامس: إن تشريع الخيار إنما هو للارفاق بالمتبايعين، وهذا لا يلائم مع سقوطه بالافتراق الاكراهي.

وفيه: أولا: إن ذلك حكمة لا يدور الحكم مدارها. وثانيا: إن أصل ثبوت الخيار إنما هو للارفاق، وهذا لا يلائم مع كون غاية الخيار أيضا ملائمة له.

السادس: الاجماع المحكي عن غير واحد. وفيه: إنه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه. فالأظهر سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي أيضا. هذا إذا كان الاكراه على التفرق مع المنع من التخاير، وأما مع عدم المنع منه فالأمر أوضح.

لو أكره أحدهما على التفرق

مسألة: لو أكره أحدهما على التفرق ومنع عن التخيير وبقي الآخر في المجلس { ١ } فإن منع من المصاحبة والتخيير لم يسقط خيار أحدهما، لأنهما مكرهان على الافتراق وترك التخيير، فدخل في المسألة السابقة وإن لم يمنع من المصاحبة. ففيه أقوال وتوضيح ذلك، أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت، يحصل بحركة أحدهما اختياراً وعدم مصاحبة الآخر كذلك، وأن الاكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الاكراه على ترك التخيير، فحينئذ نقول تحقق الاكراه المسقط في أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفرق وترك التخيير وبقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة أو التخيير، وأخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرها مع المنع عن التخيير، وذهاب الآخر اختياراً، ومحل الكلام هو الأول وسيوضح به حكم الثاني والأقوال فيه أربعة: سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد (قدس الله أسرارهم). وثبوتيه لهما كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين ومحمّل الإرشاد. وسقوطه في حق المختار خاصة. وفصل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس، فالثبوت لهما وبين مفارقتة فالسقوط عنهما

{ ١ } قوله ولو أكره أحدهما على التفرق ومنع عن التخيير، وبقي الآخر في المجلس. بناء على ما اخترناه في المسألة السابقة من سقوط الخيارين بالتفرق الكرهى لا مجال لهذا البحث، بل يكون الخياران ساقطين بالأولوية. نعم لو قلنا فيها بمقالة المشهور كان لهذا البحث مجال.

ومورد البحث في المقام: إن التفرق إذا كان عن اكراه أحدهما هل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ وأما الجهات الأخر فهي لا يبحث عنها في المقام. وبعبارة أخرى: البحث في المقام متمحض في مانعية اكراه أحدهما عن السقوط وعدمها، وعليه فلا وجه للنزاع في أن التفرق هل يحصل بحركة أحدهما وسكون الآخر أم لا؟ وقد تقدم حصوله بذلك كما تقدم عدم دخل الاختيار في ذلك. وهكذا لا وجه لجعل النزاع في المقام ومبنى الأقوال فيه بقاء الأكوان وعدمه

ومبني الأقوال على أن افتراقهما المجمعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ وعلى الأول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة، كما عن الخلاف وجواهر القاضي، وعلى الثاني يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين. وعلى الثاني فهل يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا وحركة صادرة باختيار أحدهما أو يكفي كونه تركا اختياريا، كالبقاء في مجلس العقد مختارا، فعلى الأول يتوجه التفصيل المصرح به في التحرير بين بقاء الآخر في مجلس العقد وذهابه على الثاني يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد.

واعلم أن ظاهر الإيضاح أن قول التحرير ليس قولاً مغايراً للشبوت لهما وأن محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً وإلا سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال في شرح قول والده: لو حمل أحدهما ومنع عن التخابر لم يسقط خياره على اشكال. وأما الثابت فإن منع من المصاحبة والتخابر لم يسقط خياره وإلا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأول، انتهى.

وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه، إذ لو قلنا ببقاء الأكوان وعدم احتياج الباقي إلى المؤثر فغاية ما يلزم منه أن بقاء الساكن ليس بفعله، وقد مر أن الافتراق يحصل ولو مع عدم تأثير من المتفرقين.

وتنقيح القول في المقام إنما هو بالبحث في مقامين:
الأول: في أن مقتضى الأدلة المتقدمة في المسألة السابقة ماذا.
الثاني: في ما تقتضيه الروايات الحاكية لفعله عليه السلام.
أما المقام الأول: فمقتضى كون المتبادر من التفرق ما كان عن رضا بالعقد، ومقتضى الاجماع سقوط الخيارين في المقام، ومقتضى حديث الرفع (١) ثبوتهما معاً،

١ - الوسائل - باب ٥٦ - من أبواب جهاد النفس.

قال إن هذا مبني على بقاء الأكوان وعدمه وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه وأن الافتراق ثبوتي أو عدمي فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط، لأنه فعل المفارقة، وعلى القول ببقائها واستغناء الباقي عن المؤثر وثبوتية الافتراق لم يسقط خياره، لأنه لم يفعل شيئا.

وإن قلنا: بعدمية الافتراق والعدم ليس بمعلل فكذا. وإن قلنا إنه يعلل سقط أيضا والأقرب عندي السقوط لأنه مختار في المفارقة، انتهى. وهذا الكلام وإن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات إلا أنه على كل حال صريح في أن الباقي لو ذهب اختيارا فلا خلاف في سقوط خياره، وظاهره كظاهر عبارة القواعد أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفي القول المحكي عن الخلاف والجواهر، لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة في هذا القول، قال: لو أكرها، أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير فلم يفعل، بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك ونحوه المحكي عن القاضي، فإنه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: بطل خيارهما، فتأمل.

ومقتضى صحيح الفضيل (١) هو التفصيل بين المكروه وغيره وسقوط خيار غير المكروه خاصة.

أما التبادر فلأن المتيقن اعتبار رضا أحدهما، وليس المتبادر خصوص ما كان عن رضاها. وأما الاجماع فلعدم وجوده في المقام. وأما حديث الرفع فلأن غاية ما قيل في توجيه دلالة على التفصيل أنه يدل على ارتفاع حكم ما تعلق الاكراه به خاصة دون غيره. ودعوى أنه لو شمل الحديث تفرق المكروه وحكم عليه بكون افتراقه كلا افتراق كان لازمه بقاء اجتماع صاحبه معه، ومع بقاء الهيئة الاجتماعية شرعا يكون خيار كليهما باقيا شرعا. مندفعة أولا: بأن لسان الحديث ليس تنزيل الموجود منزلة المعدوم، لأنه حينئذ وضع لا رفع، بل لسانه رفع الحكم بلا نظر إلى بقاء الموضوع وعدمه كما حقق في الأصول.

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٣.

بل حكي هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها وفيه تأمل، وكيف كان فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل وما تقدم من تبادل تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق وإن لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين ولا من أحدهما إلا أن المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق، فضاء أحدهما في المقام وهو الماكث لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، ولا في سقوط خيار خصوص التراضي، إذ الغاية غاية للخيارين فإن تحققت سقطا وإلا ثبتا، ويدل عليه ما تقدم من صحة الفضيل المصرحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفي بانتفاء رضاهما، { ١ } ولكن يمكن التفصي عن الأصل بصدق تفرقهما وتبادل تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما.

وثانيا: إن مقتضى كون افتراق المكره كلا افتراق كونه مجتمعا مع صاحبه تعبدا لا كون صاحبه مجتمعا معه، وعدم الانفكاك بينهما واقعا لا يلازم عدم الانفكاك بينهما تنزيلا وتعبدا.

ولكن الأرجح في النظر أنه يقتضي ثبوت الخيارين معا، لأن الغاية للخيارين أمر واحد من جهة أن الافتراق من المعاني المتضايقة كالاتماع، ولا يعقل افتراق أحدهما عن صاحبه من دون أن يفترق صاحبه عنه، وعليه فجعل الغاية متعددة لغو فلا محالة تكون الغاية واحدة.

لا يقال: إنه مع لحوق خصوصية الاكراه يكون قابلا للانفكاك فيصح جعل الغاية متعددة.

فإنه يقال: إن الاكراه لا يكون قيد الافتراق واقعا كالرضا، بل خصوصية عدم الاكراه إنما تعتبر بحديث الرفع الحاكم على الأدلة الواقعية، فليس في عرض الواقع ما يثبت القيدية، وعليه فحديث الرفع إنما يرفع حكم الافتراق المجعول غاية وهو سقوط الخيارين معا، ولازم ذلك ثبوتهما معا. فتدبر فإنه دقيق.

وأما صحيح الفضيل، فقد أفاد المصنف رحمه الله وتبعه المحقق النائيني رحمه الله: { ١ } بأن الظاهر منه تقييد السقوط بالرضا منهما المنتفي بانتفاء رضا أحدهما أو كليهما، فيبقى الخيار حتى بالنسبة إلى المختار.

وظاهر الصحيحة وإن كان اعتبار ذلك إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام عليه السلام وأنه قال: فمشيت خطأ ليجب البيع حين افرقنا جعل مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشي الإمام عليه السلام، { ١ } ودعوى انصرافه إلى صورة شعور الآخر وتركه المصاحبة اختيارا ممنوعة. وظاهر الصحيحة وإن كان أخص { ٢ } إلا أن ظهور الرواية في عدم مدخلية شيء آخر زائدا على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما وفارق الآخر اختيارا. فإن الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين. وقد قطع به في جامع المقاصد مستدلا بأنه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران، مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه، وكذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر، أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الاجماع عن السيد عميد الدين.

وفيه: إن مقتضى مقابلة التثنية بالتثنية كمقابلة الجمع بالجمع هو التوزيع، وأن خيار كل من البائع والمشتري يكون مغيا برضاه، ولازم ذلك هو التفصيل بين المكره وغيره. فتحصل: أنه لو كان المدرك في المسألة هو التبادر أو الاجماع كان الحكم في هذه المسألة سقوط الخيارين، ولو كان هو صحيح الفضيل كان هو التفصيل بين المكره وغيره، ولو كان هو حديث الرفع كان الحكم في المقام ثبوت الخيارين. { ١ } وأما المقام الثاني فقد استدل المصنف رحمه الله لسقوط الخيارين في المقام بالرواية المتقدمة الحاكية لفعله عليه السلام وأنه قال: فمشيت خطأ ليجب البيع حين افرقنا. فإنها تدل على أن مجرد مشيه سبب لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، وجعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشي الإمام عليه السلام. وفيه: إنها متضمنة لقضية شخصية، ولعل تجريده في مقام الاستناد من جهة حصول الشرط وهو الرضا منه أو منهما. { ٢ } قال المصنف قدس سره: وظاهر الصحيحة وإن كان أخص إلا أن ظهور الرواية في عدم

وظاهر المبني المتقدم عن الإيضاح أيضا عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين. وإنما الخلاف في أن البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا، بل ظاهر القواعد أيضا أن سقوط خيار المكروه متفرع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة إلى وجود خلاف في هذا التفريع وهو الذي ينبغي، لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران وإلا بقيا، فتأمل:

وعبارة الخلاف المتقدمة وإن كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار إلا أنها ليست بتلك الظهور لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخيار من حيث تمكنه مع قطع النظر عن حال الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغاية، مع أن شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه، كما لا يخفى على المتأمل، وحملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن، لا بشرط إرادة خصوصه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعل نظر الشيخ والقاضي إلى أن الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة وهو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص. ثم إنه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة

مدخلية شيء آخر زائدا على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات انتهى.

والذي أظنه أن هذا الكلام منه قده مبني علي ما ذكره في الأصول في مبحث التعادل والترجيح من أن الخاص إذا كان ظني الدلالة لا يقدم على العام مطلقا، بل لا بد من ملاحظة

أقوى الظهورين: فإنه في المقام دلالة الصحيح على عدم سقوط الخيارين بدون رضاهما ليست قطعية بل ظنية ومن باب الظهور فلا بد من ملاحظة أقوى الظهورين منه ومن ظهور الرواية، وحيث إن ظهور الرواية أقوى من جهة التزام مقتضاها في كثير من المقامات حسب ما ذكره المصنف رحمه الله، فيكون هو مقدا على ظهور الصحيح. وعليه فما أورده المحقق الإيرواني رحمة الله عليه بعد بيان مراده بغير ذلك في غير محله.

وهي ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعا من التخاير وفارق الآخر اختيارا، فإن مقتضى ما تقدم من الإيضاح من مبنى الخلاف في سقوط الخيارين هنا، ومقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضا وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا أقوى كما لا يخفى.

مسألة: لو زال الاكراه، { ١ } فالمحكي عن الشيخ وجماعة، امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. { ٢ } ولعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق { ٣ } وفيه أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها وهو الخيار بسبب الاكراه، ولم يجعل مجلس زوال الاكراه

لو زال الاكراه

{ ١ } ولو زال الاكراه وهو لم يرد، ففيه أقوال:

{ ٢ } الأول ما عن الشيخ وجماعة، وهو: أنه يمتد الخيار بامتداد مجلس الزوال.

الثاني: ما عن التذكرة، وهو: أنه ينقطع خياره ببقائه سائرا، قال: وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر إن طال الزمان، وإن لم يطل ففيه احتمال عند الجويني. انتهى.

الثالث ما عن جمع منهم السيد في الحاشية وهو: بقاء الخيار إلى أن يحصل أحد المسقطات الأخر.

{ ٣ } وقد استدل للأول: بأن الافتراق الحاصل عن كره كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باق إلى أن يحصل الافتراق.

وفيه: ما تقدم من أن حديث الرفع لا ينفي الموضوع، وإنما يتضمن رفع الحكم خاصة.

واستدل للثالث بوجهين:

أحدهما: إن النص ساكت عن غاية هذا الخيار، فيرجع إلى استصحاب الخيار. وفيه: - مضافا إلى ما حققناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام

بمنزلة مجلس العقد. والحاصل أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بد أما من القول بالفور كما عن التذكرة، ولعله، لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين، وأما من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار والوجهان جاريان في كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

– أنه لو سلم ذلك لا سبيل له في المقام مع وجود عموم * (أوفوا بالعقود) * (١) فإنه وإن لم يكن له عموم أزمني إلا أن المخصص بما أنه من الابتداء لا من الوسط يكون هو المرجع دون الاستصحاب.

ثانيهما: ما أفاده السيد رحمه الله وهو: إن النص يدل على ذلك، فإنه جعل المسقط الافتراق الاختياري والمفروض عدم تحققه وعدم بقاء شأنية التحقق له أيضا، لأن المفروض حصول الافتراق حسا، فيكون كما لم يكن الافتراق في الأصل. هذا إذا قلنا بأن الافتراق منصرف إلى الاختياري، وإن قلنا بذلك من جهة حديث الرفع فكذلك لأن مقتضاه أن الافتراق الاكراهي لا أثر له في الاسقاط، والمفروض عدم مسقط آخر فلا بد من بقاء الخيار.

وفيه: أولا: إن ذلك لو تم فإنما هو على القول بأن الغاية هي حدوث الافتراق، أما لو قلنا بأنها مطلق الافتراق حدوثا كان أو بقاء فيمكن أن يقال: إن الغاية وإن كانت حدوثا عن

اكراه وعن غير رضا إلا أنها بقاء تكون لا عن اكراه، ومع تحقق الغاية بتحقق شرطها أو زوال مانعها يرتفع المغيا وهو الخيار. وعليه فلا يكون الخيار باقيا لا فورا ولا بنحو التراخي.

وثانيا: إنه لو سلم كون الغاية هي حدوث الافتراق، فالغاية وإن كانت ممتنعة التحقق إلا أن بقاء الخيار يتوقف على ثبوت الاطلاق لدليله، ويمكن منعه من هذه الحيثية

أي حيثية امتناع تحقق غايته وامكانه - فتأمل. وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وما يمكن أن يرد عليه.

(١) المائة: ٢.

مسألة: ومن مسقطات هذا الخيار التصرف { ١ } على وجه يأتي في خيار الحيوان والشرط، ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس وفي الصرف، والعلامة في التذكرة، ونسب إلى جميع من تأخر عنه، بل ربما يدعي اطباقهم عليه وحكى عن الخلاف والجواهر والكافي والسرائر ولعله لدلالة التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان { ٢ }

مسقطية التصرف

{ ١ } الرابع: من ما ذكر من مسقطات هذا الخيار: التصرف، ولا بد أولاً من بيان الموضوع، ثم حكمه. الظاهر أن مرادهم منه هو تصرف البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وأما العكس فلو دل على شئ فهو الفسخ لا لزوم العقد، وأيضا المراد مسقطية تصرف كل منهما لخصوص خياره دون صاحبه. وكيف كان فقد استدل لمسقطيته بوجوه: الأول: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو: إن التصرف إجازة فعلية، فمسقطيته تكون على القاعدة.

وفيه: إنه قد صرح في غير مورد بأنه يعتبر في الانشاء أن يكون ما ينشأ به مصداقا للعنوان المقصود انشائه، فكل تصرف ليس مصداقا للإجازة لا يصح الانشاء به، نعم التصرف الذي يكون كذلك. وبعبارة أخرى يكون مبرزا عرفا يصح انشاء الإجازة به. { ٢ } الثاني: ما في المتن، وهو عموم العلة المذكورة في خيار الحيوان، وهي قوله عليه السلام: (١) فذلك رضا منه فلا شرط له.

بتقريب: أنه يدل على أن التصرف كاشف نوعي عن الرضا بالعقد، والشارع الأقدس أمضى هذه الكاشفية، ومن المعلوم أنه لا اختصاص للكاشفية بخيار الحيوان.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

وهو الوجه أيضا في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط وإلا فلم يرد فيه نص بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرفه، مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة حيث قال: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط { ١ } فإن المنفي يشمل شرط المجلس والحيوان، فتأمل. وتفصيل التصرف المسقط سيجيء انشاء الله تعالى.

وفيه: أنه سيجيء أن محتملات هذه الجملة متعددة وأظهرها أنه عليه السلام بصدد التعبد بكون تلك الأفعال التزاما وإجازة، وعليه فلا سبيل إلى التمسك بعموم العلة: فإنه إنما تكون العلة معممة فيما إذا كانت علة عرفا ويفهم العرف عليته، ولا تكون تعبدية وإلا فيدور الحكم مدار مقدار التعبد، وحيث إن النص مختص بخيار الحيوان، فلا وجه للتعدي.

{ ١ } الثالث: ما في المتن، أيضا، وهو: إن سقوط خيار المشتري بتصرفه مستفاد من نفس الرواية المعللة حيث قال: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن الشرط يشمل شرط المجلس.

وفيه: إن الشرط المنفي خصوص خيار الحيوان، إذ الشرط الذي يسقط بذلك قبل ثلاثة أيام خصوص ذلك.

وأما خيار المجلس فلا فرق فيه بين قبل الثلاثة وبعدها ولعله لذلك أمر بالتأمل. فالحق عدم مسقطية التصرف من حيث هو، نعم الأفعال التي تكون مبرزة لذلك وقصد بها السقوط تكون مسقطه لكونها اسقاطا، لا لمسقطية التصرف، هذا تمام الكلام في خيار المجلس.

خيار الحيوان

والثاني: خيار الحيوان، { ١ } لا خلاف بين الإمامية في ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري، وظاهر النص والفتوى، العموم لكل ذي حياة فيشمل مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق ودود القز ولا يعد اختصاصه بالحيوان، المقصود حياته في الجملة فمثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز في الإناء وشبه ذلك خارج، لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم و { ٢ } يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت

{ ١ } الثاني: خيار الحيوان الذي هو في الجملة اجماعي بل ضروري عند علماء المذهب كذا في الجواهر، والنصوص الشاهدة به مستفيضة إن لم تكن متواترة، واستقصاء القول في المقام بالبحث في أمور:

أحدها: هل يثبت الخيار في بيع كل حيوان حتى مثل الجراد والزنبور والسمك والعلق ودود القز، وحتى الحيوان المشرف على الموت، أم يختص بما يقصد حياته، فلا يشمل المقصود لحمة، أم يختص بما يقصد لحمة وحياته معا؟ وجوه.

الظاهر من النص والفتوى العموم لكل ذي حياة، وقد وقع الكلام في الحيوان الذي يكون المقصود لحمة لا حياته لعدم بقاء حياته بالأصالة كالسمك المخرج من الماء، أو لعارض كالصيد المشرف على الموت، ظاهر الفتوى

ثبوت الخيار فيه، وعن جماعة من متأخري المتأخرين عدم ثبوته فيه.

{ ٢ } والمصنف رحمه الله نفى البعد عن عدم ثبوت هذا الخيار في القسم الأول واستشكل في القسم الثاني واستدل للأول بالنص

وفيه: إن الظاهر من أخذ كل عنوان في الموضوع دخله فيه من حيث هو لا كونه إشارة ومعرفا للمصاديق الخارجية، وعليه فيما أن المأخوذ في موضوع هذا الخيار بيع الحيوان، فيكون الخيار ثابتا فيما يباع بما أنه حيوان - أي ذو نفس

وأما ما يباع لا بهذا العنوان بل بما هو لحم فلا يكون مشمولاً لهذا الحكم، من غير فرق بين ما هو كذلك بالأصالة، أو بالعارض، بل لو بيع حيوان سالم باق لا بما هو حيوان بل بما أنه لحم لا يكون مشمولاً له.

بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم، وعلى كل حال فلا يعد زهاق روحه
تلفاً من البائع قبل القبض، أو في زمان الخيار، { ١ } وفي منتهى خياره مع عدم بقائه
إلى الثلاثة، وجوه، { ٢ }

وهل يعد زهاق روح المشرف على الموت تلفاً من البائع قبل القبض أو في زمان
الخيار على القول به، أو في المجلس، أم لا؟ وجهان،
{ ١ } مختار المصنف الثاني.
وأورد عليه: بأنه بناء على ثبوت الخيار لم لا يعد زهاق روحه تلفاً في زمان الخيار.
وبعبارة أخرى: إن لوحظ جهة اللحمية لا خيار ولا تلف من البائع، وإن لوحظ جهة
الحيوانية دخل الخيار فيه وكان تلفه من البائع.
وفيه: إن ملاك ثبوت الخيار هو وقوع البيع على ذات ما هو حيوان وإن لم يقصد
هذه الجهة، وأما ملاك التلف فهو زوال الوصف والمقوم للمالية، والحياة في الفرض غير
مقومة لها، فلا يعد زوالها تلفاً.
{ ٢ } ولو كان الحيوان لا يبقى إلى ثلاثة أيام، ففي منتهى خياره وجوه وأقوال.
مقتضى ظاهر النص: إن كل حيوان ثبت فيه الخيار كان خياره باقياً إلى الثلاثة، وقد
يقال: بأن منتهاه في المقام التلف.
وفيه: إنه مبني على كون متعلق الخيار العين، وهي الحيوان، فمع نفاذه يزول
الخيار، والمبنى فاسد، فإنه متعلق بالعقد.
وقد يقال: بأنه خيار ثابت لم يثبت منتهاه من الدليل، فإن النصوص من جهة حكمة
جعل الخيار - وهي الاطلاع على عيوب الحيوان - تكون منصرفاً عنه، فيأتي فيه الوجهان
من امتداد الخيار إلى أن يأتي أحد المسقطات للاستصحاب، ومن كونه على الفور لأنه
القدر المتيقن.
وفيه: إن الحكمة لا سيما غير المنصوصة منها لا يعتنى بها، فالمتبع هو اطلاق
النصوص.
هذا كله لو كان المبيع معيناً،

ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين، { ١ } كما هو المنساق في النظر من الاطلاقات مع الاستدلال به في بعض معاهد الاجماع كما في التذكرة، بالحكمة الغير الجارية في الكلي الثابت في الذمة أو يعم الكلي كما هو المترائي من النص والفتوى لم أجد مصرحا بأحد الأمرين.

نعم يظهر من بعض المعاصرين الأول ولعله الأقوى، وكيف كان، فالكلام فيمن له الخيار وفي مدته من حيث المبدأ والمنتهى، ومسقطاته يتم برسم مسائل. مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، { ٢ } حكى عن الشيخين والصدوقين والإسكافي وابن حمزة والشاميين الخمسة والحليين الستة ومعظم المتأخرين،

{ ١ } قوله ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين. وملخص القول فيه: إنه إن كان المبيع كلياً في المعين لا كلام في ثبوت الخيار فيه، وإن كان كلياً في الذمة مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الخيار فيه. وقد استدلل للعدم بوجهين:

الأول: انصراف النصوص إلى الشخصي من حيث إن المتداول بين الناس في بيع الحيوان هو الشخصي، فالخيار الثابت في بيع الحيوان ينصرف إلى ما هو المتداول عندهم. وفيه: إن التعارف والتداول لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، فهل يتوهم أحد انصراف * (أحل الله البيع) * (١) عنه؟

الثاني: إن حكمة جعل الخيار لا تجري في الكلي. وفيه: إن الحكمة لا توجب تقييد الاطلاق، فالأظهر ثبوت الخيار في الكلي مطلقاً اختصاص الخيار بالمشتري

{ ٢ } المشهور بين الأصحاب اختصاص هذا الخيار بالمشتري، وعن الغنية والدروس دعوى الاجماع عليه.

(١) البقرة: ٢٧٥.

وعن الغنية، وظاهر الدروس، الاجماع عليه، لعموم قوله عليه السلام إذا افترقا
وجب البيع، { ١ } خرج المشتري وبقي البائع،

وتنقيح القول في هذا الأمر بالبحث في مقامين:
الأول: في أنه هل يختص هذا الخيار بمن أنتقل إليه الحيوان، أم يكون ثابتا لمن أنتقل عنه
أيضا
الثاني: في أنه هل يثبت لمن أنتقل إليه مطلقا، أم يختص بخصوص المشتري.
أما المقام الأول: فالمشهور بين الأصحاب هو الاختصاص، وعن السيد الأجل
المرتضى: ثبوته لمن أنتقل عنه، وقواه في محكي المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، وتبعه
في ذلك صاحب المفاتيح، وتوقف في محكي غاية المراد وحواشي القواعد، وتبعه في محكي
المقتصر.

وتحقيق الكلام يقتضي البحث في موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصة.

أما المورد الأول: فقد استدل المصنف رحمه الله لعدم الثبوت بوجهين:

{ ١ } أحدهما: عموم قوله: عليه السلام: فإذا افترقا وجب البيع (١) خرج المشتري وبقي
البائع.

وفيه: أولا: إنه مختص ببيع غير الحيوان، لأن التفصيل قاطع للشركة، فالتفصيل بين
الحيوان وغيره في صحيح الفضيل الآتي. وغيره موجب لاختصاص ذلك بغير الحيوان.

وثانيا: إن الوجوب الذي تثبته هذه الجملة هو الوجوب الإضافي، وقد ورد نظيره

في خيار الحيوان، ولذا لا تكون أدلة الخيارات متعارضة،

وثالثا: إن الوجوب بمعنى لزوم العقد وعدم قابليته للانحلال، فإذا ثبت الخيار

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار.

بل لعموم: أوفوا بالعقود بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل { ١ } ويدل عليه أيضا ظاهر غير واحد من الأخبار { ٢ }

- ولو للمشتري - لم يكن البيع واجبا، وليس وجوب البيع من قبيل العام كي يقال إنه خصص بالإضافة إلى المشتري وتخصيصه بالنسبة إلى البائع مشكوك فيه فيتمسك بالعموم.

وبما ذكرناه ظهر عدم صحة الاستدلال بقوله عليه السلام: فإذا افترقا فلا خيار. (١) { ١ } ثانيهما: العمومات العامة للبيع وغيره مثل * (أوفوا بالعقود) * (٢) فيما لا يكون فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت في الباقي بعدم القول بالفصل. وفيه: أنه يصح التمسك بها حتى فيما ثبت فيه خيار المجلس، فإنه لو سلم كون المرجع استصحاب حكم الخاص إذا لم يكن للعام عموم أزماني - مع أنه غير تام - فإنما هو فيما إذا لم

يكن التخصيص من الابتداء، وإلا فالمرجع هو عموم العام. واستدل للقول الآخر: بأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس. وفيه: بعد تصحيحه بأن اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذي جهتين، وعليه فتصح دعوى استصحاب الكلي الموجود بوجود خيار المجلس، فإنه من قبيل الكلي المردد بين الطويل والقصير،

مضافا إلى أن المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام إن المقام، كما تقدم، مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب. فتحصل: إن الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن أنتقل عنه. { ٢ } وأما المورد الثاني: فقد استدل للاختصاص بصحاح خمسة.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار (٢) المائدة: ٢.

منها صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افتراقا فلا خيار بعد الرضا منهما، وظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري، واطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا، { ١ } ويتلوها في الظهور رواية علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري فإن ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية، { ٢ } ونحوها صحيحة الحلبي في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري

منها صحيح الفضيل (١) المذكور في المتن وتقريب الاستدلال به ما في المتن { ١ } قال واطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا وفيه أن الظاهر كما تقدم أن الخيار المنفي خصوص خيار المجلس لا مطلق الخيار وقد أفاد صاحب الجواهر في وجه اختصاصه وغيره من النصوص، بأن اللام تفيد الاختصاص وفيه: إن الاختصاص الذي تفيدته اللام غير الانحصار الموجب لثبوت المفهوم، فإن الاختصاص ليس إلا أن المشتري لا شريك له في حق الخيار غير المنافي ثبوت فرد آخر منه للبايع ومنها رواية علي بن أسباط (٢) المذكورة في المتن، وتقريب الاستدلال بها ما في المتن. وهو الوجه عنده في دلالة سائر النصوص قال. { ٢ } فإن ذكر القيد مع اطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية. وفيه: إن هذا ذكر وجهها لدلالة الوصف، واللقب على المفهوم، وقد حقق في الأصول عدم تماميته. ومنها صحيح الحلبي (٣) الذي ذكر في المتن وتقريب الاستدلال به ما في سابقه.

-
- (١) ذكره صدره في باب ٣ وذيله في باب ١ من أبواب الخيار في الوسائل.
 - (٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٨.
 - (٣) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

وصحيحة ابن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري، أظهر من الكل، صحيحة ابن رئاب { ١ } المحكية عن قرب الإسناد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كليهما، قال الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء.

ومنها صحيح ابن رئاب (١) المذكور في المتن وتقريب الاستدلال به وما يرد عليه ما في سابقه

{ ١ } نعم لا كلام في دلالة صحيح (٢) علي بن رئاب الثاني المذكور في المتن على ذلك، فإن المسؤول عنه إنما هو جنس الخيار لا فرد منه، إذ لا مقابلة بين ثبوت فرد للبائع وفرد آخر للمشتري، بل المقابلة بين ثبوت الجنس للبائع واختصاصه به وثبوته للمشتري، فجوابه عليه السلام كالنص في الاختصاص، فيدل بالمفهوم على نفيه عن البائع. وفي مقابل هؤلاء من يدعي عدم دلالة شيء من تلك النصوص على الاختصاص، أما صحيح ابن رئاب فلأنه وارد في الجارية دون الحيوان، وأما غيره فلأنه يحمل قوله عليه السلام

ثلاثة أيام للمشتري على أن جعل الخيار لأجل رعاية حال المشتري لا أن المجعول له الخيار هو المشتري، فكأن اللام للغاية لا للاختصاص. وفيه: الظاهر أن عدم الفرق بين الجارية وسائر الحيوانات من المتسالم عليه، وحمل اللام على للغاية خلاف الظاهر، لا سيما بعد وقوع هذه الجملة جواباً عن السؤال عن حد الخيار.

فالأظهر دلالتها على الاختصاص من جهة ورودها في مقام الضبط والتحديد، لا سيما ما وقع منها جواباً عن السؤال عما هو الشرط في الحيوان، ويؤيده تغيير التعبير،

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.
(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٩.

وعن سيدنا المرتضى قدس سره وابن طاووس ثبوته للبائع أيضا { ١ } وحكى عن الإنتصار دعوى الاجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، { ٢ } ولصحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، { ٣ } وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقا أو بعد الافتراق وهي أرجح بحسب السند من صحيحة ابن رئاب المحكية عن قرب الإسناد. { ٤ }

لاحظ صحيح محمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. (١) ودعوى أن صاحب الحيوان مطلق من حيث إرادة الصاحب الفعلي والسابق، فيعم كليهما

مندفعة بأن المشتق حقيقة في المتلبس.

{ ١ } وعن السيد الأجل المرتضى ثبوته لمن أنتقل عنه، وقواه في محكي المسالك مع قطع النظر عن الشهرة، وتبعه في ذلك صاحب المفاتيح، وتوقف في محكي غاية المراد وحواشي القواعد وقد استدل له بوجهين

{ ٣ } أحدهما أصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس وفيه بعد تصحيحه بأن اجتماع السببين للخيار موجب لثبوت خيار واحد ذي جهتين وعليه فيصح دعوى استصحاب الكلي الموجود بوجود خيار المجلس فإنه من قبيل الكلي المردد بين الطويل والقصير

مضافا إلى أن المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام

أن المقام كما تقدم مورد التمسك بالعموم لا الاستصحاب

فحصل أن الأظهر بحسب القواعد عدم الثبوت لمن أنتقل عنه

{ ٣ } ثانيهما صحيح محمد بن مسلم (٢) المذكور في المتن قال

{ ٤ } وبها تخصص عمومات اللزوم مطلقا وبعد الافتراق وهي أرجح بحسب السند من صحيح ابن رئاب والمصنف أتعب نفسه في أرجحية سنده - وكيف كان فحيث لا شبهة في ظهوره في عدم الاختصاص فيتعين بيان ما يقتضيه الجمع بين الروايات

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من أبواب الخيار حديث ٣.

وقد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة وأضرابهما على غيرهم من الثقات مضافا إلى ورودها في الكتب الأربعة المرجحة على مثل قرب الأسناد من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها. وأما الصحاح الآخر المكافئة سندا لصحيحه ابن مسلم فالانصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة، { ١ } فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، لأن الغالب في المعاملة خصوصا معاملة الحيوان كون إرادة الفسخ في طرف المشتري لاطلاع على خفايا الحيوان ولا ريب أن الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثرية.

وأما ما ذكر في تأويل صحيحة ابن مسلم، من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع، فكان بين المجموع، ففي غاية السقوط. وأما الشهرة المحققة فلا تصير حجة على السيد، بل مطلقا بعد العلم بمستند المشهور، وعدم احتمال وجود مرجح لم يذكره، واجماع الغنية لو سلم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا مجرد ثبوته له معارض باجماع الإنتصار الصريح في ثبوته للبائع، ولعله لذا قوى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق على خلافه وتبعه على ذلك في المفاتيح، وتوقف في غاية المراد وحواشي القواعد وتبعه في المختصر هذا ولكن الانصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة { ٢ } مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم الراوي للصحيحة

{ ١ } وقد أفاد المصنف رحمه الله في مقام الجمع بينه وبين الروايات المتقدمة أولا: بأن تلك النصوص - سوى ما عن قرب الإسناد - إنما تكون دلالتها بالمفهوم لا تبلغ في الظهور

مرتبة منطوق الصحيح، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة، إذ الغالب كون إرادة الفسخ في طرف المشتري، ولا ريب أن الأظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الأكثرية. وأما صحيح ابن رئاب، فصحيح ابن مسلم أرجح منه من حيث السند، لأن راويه من أجل الثقات، وهو مروى في الكتب الأربعة، وقرب الأسناد ليس في الاعتبار بتلك المكانة. ثم قال:

{ ٢ } الانصاف أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة، حتى محمد بن مسلم الراوي للصحيحة

مع أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق والمتيقن خروج المشتري، { ١ } فلا ريب في ضعف هذا القول.

{ ١ } مع أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق، والمتيقن خروج المشتري.

ولكن يرد على ما أفاده قده أولاً: إن قوة دلالة أحد المتعارضين في نفسها ليست موجبة للتقديم لعدم دلالة دليل على ذلك، وإنما توجب ذلك فيما إذا كان قرينة على الآخر ولم يكونا عند العرف متنافيين،

وضابط ذلك أنه لو جمعاً في كلام واحد وفرض صدور المجموع عن شخص واحد لا يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله، وكان أحدهما قرينة على الآخر، كما لو ورد اغتسل للجمعة ثم ورد لا بأس بترك غسل الجمعة.

وهذا الضابط لا ينطبق على المقام، فإننا إذا جمعنا قوله عليه السلام في صحيح الفضيل في جواب السائل ما الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري مع قوله عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان لا يرى العرف أحدهما قرينة على الآخر، بل يكون هذا الكلام متهافتاً صدره مع ذيله.

ويرد على ما أفاده ثانياً: إنه في الخبرين المتعارضين لا يحكم بالتساقط والرجوع إلى العام الفوق، بل لا بد من الرجوع إلى المرجحات، ومع فقدتها يحكم بالتخيير وقد جمع بين الطائفتين المحقق النائيني رحمة الله بوجه آخر وهو: إن صحيح محمد بن مسلم باطلاقه يشمل ما إذا كان الثمن أو المثلن أو كلاهما حيواناً، فيقيد بواسطة النصوص الأخر التي منها صحيحه الآخر بما إذا كان العوضان حيوانين

وفيه: إنه حمل على الفرد النادر، وفي مثله يكون المطلق معارضاً مع المقيد. ودعواه أن قوله عليه السلام صاحب الحيوان أظهر في الاختصاص، لا تكون جواباً عن ذلك، فإن ما ذكره تقريب لدلالته على المفهوم، وصيرورته مقيداً، وهذا لا يلازم صلاحيته لتقييد الاطلاق بهذا النحو من التقييد.

نعم هنا قول ثالث، لعله أقوى منه وهو ثبوت الخيار لمن أنتقل إليه الحيوان ثمنا أو مثمنا، نسب إلى جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك { ١ } لعموم صحيحة محمد بن مسلم البيعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام، { ٢ } ولا ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب، كون صاحب الحيوان مشتريا، { ٣ } ولا ينافي هذه الدعوى التمسك باطلاق صحيحة محمد بن مسلم

فالحق: إن الطائفتين متعارضتان، ولا يمكن الجمع بينهما،

والترجيح مع أخبار المشهور لوجهين:

أحدهما: إنها المشهورة بين الأصحاب رواية وفتوى:

ثانيهما: إنها موافقة للكتاب، فإنها تدل على عدم ثبوت الخيار للبائع، وصحيح ابن مسلم يدل على ثبوته له، وهي موافقة لقوله تعالى * (أوفوا بالعقود) * (١) فتقدم هي.

هذا على فرض تسليم حجية صحيح ابن مسلم في نفسه،

مع أنها قابلة للمنع من جهة اعراض الأصحاب عنه وعدم افتائهم بمضمونه.

فالأظهر هو اختصاص هذا الخيار بمن أنتقل إليه، وعدم ثبوته لمن أنتقل عنه.

وأما المقام الثاني: فظاهر المشهور الاختصاص بالمشتري.

{ ١ } وعن جماعة من المتأخرين منهم الشهيد في المسالك: ثبوته لمن أنتقل إليه

الحيوان ثمنا أو مثمنا

واستدل للعموم بصحيح محمد بن مسلم المذكور في المتن (٢)

وأورد عليه بايرادات:

الأول: إنه مطلق يقيد اطلاقه بموثق ابن فضال عن علي بن موسى عليه السلام: صاحب

الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام.

{ ٢ } وأجاب عنه المصنف باحتمال ورود التقييد مورد الغالب، إذا الغالب كون

صاحب الحيوان مشتريا.

ثم أورد على نفسه: بأنه كما يحتمل ذلك ورود الاطلاق في الصحيح مورد

الغالب، بأن يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، وإنما لم يذكر القيد من باب

الاتكال على الغلبة.

(١) المائة: ٢.

(٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١.

لأن الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، ولا يوجب تنزيل الاطلاق، { ١ } ولا ينافيها أيضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشتري لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين، { ٢ } لا مكان تقييدها وإن بعد

{ ١ } وأجاب عنه: بأنه قد تكون الغلبة بحيث توجب تنزيل التقييد عليها ولا توجب تنزيل الاطلاق.

وأورد عليه السيد الفقيه وتبعه المحقق الإيرواني رحمه الله: بأن مجرد الدعوى والامكان لا يصح الاستدلال.

أقول: توضيحا لما أفاده المصنف رحمه الله بنحو يظهر عدم ورود ما أورد عليه مع ما هو الحق في المقام: إن المطلق في الأحكام الانحلالية لا يحمل على المقيد إذا كانا متوافقين - كما

في أكرم العلماء وأكرم الفقهاء - لعدم التنافي بينهما، والمقام من هذا القبيل، ولا ينافي ثبوت

الخيار لهما مع ثبوته للمشتري، فلا يحمل المطلق على المقيد.

نعم يبقى حينئذ سؤال، وهو: إنه على هذا ما فائدة القيد ولم ذكر ذلك؟ والجواب عنه:

إنه إنما ذكر القيد لكونه غالبا كما في الآية الشريفة* (وربائبكم اللاتي في حجوركم)* (١).

فإن قيل: لم لا يحمل المطلق على الغالب؟

أجبت عنه: بأنه مع تمامية مقدمات الحكمة ينعقد للفظ ظهور في الاطلاق، ولا يصح إرادة المقيد منه إلا مع ضم ما يصلح عرفا أن يتكل عليه في مقام إرادة المقيد وبعض مراتب الغلبة لا يصلح لذلك، وهذا بخلاف حمل المقيد عليه فإنه لا يراد بحمله على الغلبة صرفه عن كونه مقيدا، بل هو بنفسه غير قابل لذلك، وإنما يحمل على الغالب خروجاً عن اللغوية. وعلى هذا فتكون الغلبة موجبة لتنزيل التقييد عليها غير موجبة لتنزيل الاطلاق، مع أنه يمكن أن يكون المشتري وصفا للحيوان بأن يقرأ بفتح الراء.

{ ٢ } الثاني: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله: ولا صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين لا مكان تقييدها وإن بعد بما إذا كان العوضان حيوانين

(١) النساء: ٢٣.

بما إذا كان العوضان حيوانين، لكن الإشكال في اطلاق الصحيحة الأولى من جهة قوة انصرافه إلى المشتري فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، { ١ } فلا محيص عن المشهور.

مسألة: لا فرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار، { ٢ } وفي الغنية، كما عن الحلبي أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل عن الأول دعوى الاجماع، وربما ينسب هذا إلى المقنعة والنهاية والمراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء، ولم أقف لهم على دليل.

ولكن لم يظهر لي وجه هذا الايراد، وأنه كيف يكون ايراداً على هذا الدليل، بل الصحيح لو لم يكن معاضداً ليس بمناف قطعاً. الثالث: أنه يقيد اطلاقه بما دل على اختصاص الخيار بالمشتري من النصوص المتقدمة في المقام الأول.

والجواب عنه: أنه لا مفهوم لها، لأن صحيح ابن رثاب مورده اشتراء الجارية، وغيره يتوقف ثبوت المفهوم له على القول بثبوت المفهوم للوصف واللقب. الرابع: ما أفاده المصنف رحمه الله وتبعه المحقق الأصفهاني ره، وهو: { ١ } انصرافه إلى المشتري، فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس.

وفيه: إنه لا منشأ لتوهم الانصراف سوى الغلبة، وهي لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق كما حقق في محله.

فالأظهر ثبوت هذا الخيار لمن أنتقل إليه مطلقاً { ٢ } قوله لا فرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار وقد استدل لما عن جمع من أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها - بحكم الأصحاب بضمان البائع لها مدة الاستبراء من جهة تسالمهم على أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار

له فإنه يستكشف من ذلك أن مدة الاستبراء مدة الخيار. وفيه أولاً: إنه لا دليل على ضمان البائع في تلك المدة وثانياً: إنه لو تم ذلك لم يفد في الحكم بثبوت الخيار في تلك المدة فإن الملازمة

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، { ١ } فلو لم يفترقا ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان أو بقي خيار المجلس، لظاهر قوله عليه السلام إن الشرط في الحيوان ثلاثة أيام. وفي غيره حتى يفترقا خلافا للمحكي عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق. وكذا الشيخ والحلي في خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار في هذا الحكم من جهة الدليل الذي ذكره قال في المبسوط: الأولى أن يقال: إنه يعني خيار الشرط يثبت من حين التفرق

إنما تكون بالعكس

وثالثا: إن صحيح ابن رئاب المحكي عن قرب الإسناد المتقدم صريح، في أن أمد الخيار في الجارية انتهاء ثلاثة أيام ولولا هذا الصحيح وصحيحه الآخر الآتي لكان للتشكيك في ثبوت الخيار في بيع الأمة مجال لانصراف الحيوان عن الانسان - وكيف كان - فالأظهر هو ثبوت الخيار فيها وانتهاء أمده بانتهاء ثلاثة أيام. ثبوت خيار المجلس لو كان المبيع حيوانا { ١ } الرابع: مبدأ هذا الخيار من حين العقد كما صرح به جماعة، وهو ظاهر الباقيين، بل هو المشهور بين الأصحاب كما عن مجمع البرهان، وعن ظاهر الدروس، التوقف، وعن الغنية: اطلاق التحديد بالتفرق في ابتداء مدة الخيار بحيث يشمل خيار الحيوان.

ونص على ذلك الشيخ وابن إدريس في خيار الشرط، ويلزمهما القول به في غيره لعموم ما عللا به.

وكيف كان: فالكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في أنه هل يختص خيار المجلس بما إذا لم يكن المبيع حيوانا،

أم يعم ما إذا كان حيوانا؟

الثاني: في أنه على فرض التعميم، هل يكون مبدأه من بعد التفرق، أو من حين العقد؟

أما المقام الأول: فقد ذهب السيد الفقيه وتبعه المحقق الإيرواني رحمه الله إلى الأول. واستدل له: بأن النصوص من جهة تضمنها المقابلة بين النوعين، وأن نوعا من الخيار وهو خيار الحيوان ثابت فيه ونوعا آخر منه ثابت في غيره، تدل على الاختصاص، وبها يقيد اطلاق ما دل على خيار المجلس مطلقا كقوله عليه السلام: أيما رجل اشترى من رجل يبعها فهما

بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع (١).

وفيه: أولا: إن المقابلة الواقعة بين الخيارين إنما هي من حيث منتهاهما لا في أنفسهما، وعليه فالنصوص المشار إليها تدل على أن أمد الخيار في الحيوان ثلاثة أيام، وبعدها لا خيار، ونصوص خيار المجلس باطلاقها تدل على أن أمد الخيار مطلقا التفريق ولا خيار بعده، ولا تعارض بين الجملة الايجابية من كل منهما مع الجملة الايجابية من الأخرى، وإنما

التعارض بين الايجابية من كل منهما مع السلبية من الأخرى، والنسبة بما أنها عموم مطلق فيقيد اطلاق السلبية من كل منهما بايجابية الأخرى.

وثانيا: إن النصوص المشار إليها بأنفسها لا تصلح دليلا للتفصيل القاطع للشركة، وذلك لأن صحيح محمد بن مسلم المتقدم في المسألة المتقدمة دليلا على السيد المرتضى رحمه الله

وإن كان مفصلا، إلا أنه قد عرفت أنه مطروح إما للاعراض أو لترجيح غيره عليه. لا يقال: إنه متضمن لحكمين أحدهما: ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين. الثاني: عدم ثبوت خيار المجلس فيه وهو غير حجة في المدلول الأول دون الثاني، إذ لا مانع من طرح الخبر من جهة والعمل به من جهة أخرى.

فإنه يرد: بأن دلالة على الحكم الثاني إنما تكون من جهة التفصيل، فإذا سقط

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ٤.

لأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق، { ١ } انتهى.

عن الحجية بالإضافة إلى أحد طرفي التفصيل وهو ثبوت خيار الحيوان للمتبايعين تبعه سقوطه عن الحجية في الحكم المترتب على التفصيل. وأما خبر علي بن أسباط: المتقدم فهو ضعيف السند، لأن في طريقه الحسين بن محمد بن عامر (عمران) وهو مجهول. وأما صحيح الفضيل المتقدم: فالتفصيل فيه أنما يكون في كلام السائل لا الإمام عليه السلام.

وأما الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. (١) فهو لا يدل على عدم ثبوت خيار المجلس في الحيوان، فإنه ذكر عليه السلام أولاً: إن خيار المجلس ثابت في كل بيع، ثم عقبه ببيان حكم آخر لبعض

أفراد البيع وهو بيع الحيوان، فيكون من قبيل ذكر الخاص بعد العام، وترتيب حكم آخر على الخاص غير المنافي لحكم العام، فلا يكون مخصصاً له. وبه يظهر حال صحيح الحلبي.

فالأظهر هو ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان المبيع حيواناً. مبدأ هذا الخيار

وأما المقام الثاني: فظاهر النصوص كالتفاوت كون المبدأ من حين العقد، وقد استدلل لكون المبدأ من حين التفرق بوجوه:

{ ١ } الأول: ما عن الشيخ في المبسوط، وهو: إن الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الخيار حديث ١.

ونحوه المحكي عن السرائر وهذه الدعوى لم نعرفها نعم ربما يستدل عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد { ١ } بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس { ٢ }

وفيه: إنه إن أريد من عدم الثبوت عدم تأثيره في الملكية، فيرد عليه: إنه مؤثر فيها من حين العقد، غاية الأمر تكون جائزة قبل التفرق. وإن أريد به عدم اللزوم الذاتي، فيرده: إن البيع من العقود اللازمة. وإن أريد به عدم اللزوم الفعلي، فيرده: إن اللزوم الفعلي مع وجود الخيار غير معقول، لأنهما ضدان لا يجتمعان، واللزوم الفعلي مع قطع النظر عنه موجود، إذ لا وجه للبناء

على ثبوت خيار المجلس ابتداء، ثم ملاحظة خيار الحيوان بعد كونهما في عرض واحد. { ١ } الثاني: استصحاب عدم ارتفاع الخيار بانقضاء ثلاثة أيام من حين العقد. وفيه: - مضافا إلى أنه لا يجري مع ظهور الدليل - أنه لا يجري في جميع الموارد، فإنه إذا فرض عدم التفرق قبل مضي ثلاثة أيام وحصوله بعده، لا يجري هذا الأصل، فإنه إن أريد استصحاب بقاء خيار المجلس فهو متيقن الارتفاع، وإن أريد استصحاب بقاء خيار الحيوان فهو مشكوك الحدوث بعد الثلاثة، وإن أريد استصحاب الخيار الجامع بينهما فهو من قبيل استصحاب القسم الثالث من أقسام الكلّي، والمختار عدم جريانه. فتأمل. مع أنه لا يترتب على هذا الأصل الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق من كون اسقاطه اسقاطا لما لا يجب ونحوه، لأنه بالنسبة إليها مثبت.

{ ٢ } الثالث: أصل عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس.

ويرد عليه: أنه لا يجري مع ظهور الدليل.

وأورد عليه بايرادين آخرين:

أحدهما: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو: إنه بمعناه المحمولي - وهو عدم تحقق الخيار قبل بيع الحيوان - لا أثر له، وبمعناه النعتي مثبت.

وبلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد، وما دل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع { ٢ } مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري، ويرد الأصل ظاهر الدليل مع أنه بالتقرير الثاني مثبت { ١ }

وفيه: إن العدم المحمولي والنعتي إنما يكون مقسمهما الوصف والموصوف، فيقال عدم الوصف قبل الموصوف عدم محمولي، وعدمه بعده عدم نعتي، ولا ربط لذلك بالمقام، فإن من

له الخيار في المقام هو هذا المعنى.

{ ١ } ثانيهما: ما أفاده المصنف رحمه الله، وهو: إنه مثبت، فإن عدمه قبل الافتراق لازم عقلي لبقائه إلى الثلاثة من حين التفرق.

وفيه: إنه كذلك بالنسبة إلى آثار وجوده بعد انقضاء الثلاثة من حين العقد، وأما بالنسبة إلى الآثار المترتبة على عدم ثبوته قبل التفرق فلا يكون مثبتا. وبذلك يظهر أن هذين الأصليين بالنسبة إلى الآثار متعاكسان، وكل منهما يترتب عليه سنخ خاص من الآثار ومثبت بالنسبة إلى السنخ الآخر، فلا وجه للاشكال في جريان أحدهما خاصة بالمشبئية.

ويمكن تقريب جريان الأصل بوجه آخر، وهو استصحاب عدم جعل الشارع خيار الحيوان قبل التفرق، ويكون المستصحب العدم النعتي، فإنه صلى الله عليه وآله في أول بعثته لم

يجعل خيار الحيوان قبل التفرق قطعاً، ويستصحب ذلك. وما عن المحقق النائيني رحمه الله من أن استصحاب عدم الجعل لا يثبت به عدم المجعول،

أجبنا عنه في الأصول في مبحث البراءة حلاً ونقضاً،

ولكن يرد عليه: إنه لا يثبت به منتهى الخيار، مضافاً إلى محكوميته بالنسبة إلى الروايات الظاهرة في أن المبدأ من حين العقد.

{ ٢ } الرابع: إن جملة من النصوص (١) تدل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع لا المشتري. وبضم هذه النصوص إلى ما دل على أن التلف في زمان الخيار المشترك ممن أنتقل إليه يستكشف أن مبدأ خيار الحيوان مما بعد التفرق، إذ لو كان من حين العقد

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار.

وأدلة التلف من البائع محمول على الغالب، من كونه بعد المجلس { ١ } ويرد
التداخل بأن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد وإن اتحدا.
فكذلك

لم يكن التلف في جزء من الثلاثة من البائع.
{ ١ } وأجاب المصنف رحمه الله عن ذلك: بأن أدلة التلف من البائع محمولة على الغالب
من كونه بعد المجلس.
وفيه: أولاً: إن الغلبة ممنوعة، إذ نسبة التلف إلى كل جزء من الأجزاء كنسبته إلى
سائر الأجزاء بلا تفاوت.
وثانياً: إن الغلبة لا توجب الانصراف المقيد للاطلاق.
والحق في الجواب أن يقال:
أولاً: إنه لو سلم التعارض بين هذين الدليلين المتكفلين لحكمين لما كان وجه
للتصرف في الدليل الظاهر في أن مبدأ خيار الحيوان من حين العقد.
وثانياً: إنه لا دليل بالخصوص على أن التلف في زمان الخيار المشترك من المنتقل
إليه، وإنما يلتزم به على القاعدة، فتخصص القاعدة بالنصوص الدالة على أن تلف
الحيوان في الثلاثة من البائع.
وثالثاً: إنه لو سلم التعارض وعدم التخصيص ولزوم التصرف في أدلة الخيار، نقول:
إنه كما يرتفع التعارض حينئذ بما ذكر، كذلك يرتفع بالالتزام بعدم وجود خيار المجلس،
وبأن خيار الحيوان يثبت بعد المجلس إلى أن تتم ثلاثة أيام من حين العقد، بل لعل الأخير
أظهر من جهة أنه مقتضى ثبوت المقتضي لخيار الحيوان مع وجود المانع في المجلس.
الخامس: أنه لو كان مبدأ خيار الحيوان من حين العقد يلزم إما اجتماع المثليين أو
اجتماع السببين على مسبب واحد، لأن الثابت قبل التفرق إما خياران أو أحدهما، فعلى
الأول يلزم اجتماع المثليين، وعلى الثاني يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد.
والمصنف رحمه الله في مقام تقريب الاشكال اقتصر على المحذور الثاني، والعلامة

لأن الأسباب معرفات، وأما لأنها علل ومؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه فهي علل تامة إلا من هذه الجهة { ١ } وهو المراد مما في التذكرة في الجواب عن أن الخيارين مثالان فلا يجتمعان، من أن الخيار واحد والجهة متعددة.

ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقلة، أو زمان الملك؟ { ٢ } عبر بذلك للغلبة الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين

اقتصر على المحذور الأول، وعليه

فمن الغريب أن المصنف رحمه الله حمل جواب العلامة رحمه الله على ما ذكره في مقام الجواب،

مع أنه في مقام الجواب عما ذكره من المحذور لا ما أفاده المصنف رحمه الله { ١ } وكيف كان: فقد أجاب المصنف رحمه الله عنه: بأن الخيار - الذي هو المسبب - إن

كان مختلف الحقيقة باختلاف الموارد فلا محذور في تعدد السبب لفرض تعدد المسبب، ولا يلزم مع ذلك اجتماع المثليين، وإن كان في جميع الموارد متحد الحقيقة فلا بأس بتعدد السبب، أما لأن الأسباب معرفات والسبب الحقيقي واحد، وأما لأن السببين عند الاجتماع معا علة تامة وعند الانفراد كل منهما علة تامة، وعلى التقديرين السبب واحد. وفيه: إن الأسباب لا معرفات ولا مؤثرات، بل المؤثر في جعل الأحكام الشرعية إرادة الجاعل، وهي تكون موضوعات للأحكام، ولا يعقل تخلف الأحكام عنها. والحق في الجواب أن يقال إنه عند تعدد السبب إن أمكن الالتزام بتعدد المسبب فهو المتعين، وإلا فإن أمكن الالتزام بالتعدد من حيث الإضافة إلى الأسباب كالقتل بالنسبة إلى أسبابه يتعين ذلك، وإلا فيلتزم بالتأكد إن أمكن، والمقام من قبيل الثاني، فإن الخيار الذي هو ملك الالتزام لا يقبل التعدد ولا التأكد، ولكنه يمكن تقييده من جهة السبب وآثره أنه يمكن اسقاطه من جهة وابقائه من جهة.

{ ٢ } وهل المراد بزمان العقد هو زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بالنقل، أو زمان الملك؟ وجهان: أقربهما الثاني

ويدلنا على ذلك أن الخيار إنما يثبت في العقد الذي لولاه كأن لازم الوفاء. وبعبارة أخرى: دليل الخيار مخصص لعموم * (أوفوا بالعقود) * إذ على هذا فهو يكون ثابتاً

قال: فعلى هذا لو أسلم حيوانا في طعام وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعا كان مبدئه بعد القبض وتمثيله بما ذكر مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين وقد تقدم التردد في ذلك.

ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف ولو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بد له من أثر. وقد تقدم الاشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام، { ١ } لا لدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، ولا في دخول الليالي الثلاث عند التلفيق مع الانكسار ولو عقد في الليل.

فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، ويحمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد، لكن فيه أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام،

من حين صدق عنوان البائع والمشتري، وهما إنما يصدقان من حين الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

نعم التعبير بصاحب الحيوان في بعض النصوص موهم لكون المدار على الملكية، وعليه فالتفصيل بين القول بالنقل أو الكشف في محله، ولكن الظاهر - ولو بقرينة سائر النصوص - أن المراد بالصاحب المتلقي للحيوان لا المالك الفعلي، والغرض منه تخصيص الخيار بالمشتري،

فالأظهر ثبوت الخيار من حين الإجازة على جميع المسالك.

فما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أنه على القول بالكشف الحقيقي يتعين البناء على ثبوت الخيار من حين اجراء الصيغة، في غير محله.

دخول الليلتين المتوسطتين في ثلاثة الخيار

{ ١ } لا اشكال في دخول الليلتين المتوسطتين في الثلاثة أيام.

والوجه في ذلك: ظهور النصوص في امتداد الخيار من أول تحققه إلى حين زواله

والاطلاق على المقدار المساوي للنهار ولو من الليل خلاف الظاهر. قيل:
والمراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث لدخول الليلتين أصالة، فتدخل
الثلاثة، وإلا لاختلف مفردات الجمع في استعمال واحد، انتهى.
فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن إلا أنه لا يعلل بما ذكر وإن أراد
الليلة الأخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد إذ لا
نقول باستعمال اليومين الأولين في اليوم والليلة واستعمال اليوم الثالث في خصوص
النهار، بل نقول إن اليوم مستعمل في خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا في
مجموع النهار والليل أو مقدارهما، ولا في النهار ولو ملفقا من الليل، { ١ } والمراد من
الثلاثة أيام هي بلياليها أي ليالي مجموعها لا كل واحد منها فالليالي لم ترد من نفس
اللفظ، وإنما أريدت من جهة الإجماع وظهور اللفظ الحاكمين في المقام باستمرار
الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر إلى أن يمضي ست وثلاثون ساعة من النهار.

ولا اشكال أيضا في دخول الليلة الأولى إن وقع العقد في الليل،
إنما الكلام فيما لو وقع العقد في أول اليوم، وأنه هل تدخل الثالثة أم لا؟
قد يقال بالدخول، واستدل له:

بظهور اليوم في النهار مع الليل، إما لأنه اسم للمجموع أو للتغليب،
وبأنه تدخل الليلتين في الثلاثة كما تقدم فتدخل الثالثة، وإلا لاختلف مفردات
الجمع في استعمال واحد.
وفيها نظر:

أما الأول: فلأن اليوم في اللغة وبحسب المتفاهم العرفي اسم لبياض النهار، والتغليب
ليس بنحو يوجب الظهور.

وأما الثاني: فلأن دخول الليلتين ليس من جهة دخولهما في المستعمل فيه، بل لما
عرفت، فلا يلزم الاختلاف في مفردات الجمع.
{ ١ } ثم يقع الكلام في أن المراد باليوم هل هو اليوم التام فلا يكفي الملفق أو مقداره
ولو من نهارين، أو مقداره من الزمان ولو بضم الليل؟ والأظهر هو الأوسط،

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور:
أحدها: اشتراط سقوطه في العقد { ١ } ولو شرط سقوط بعضه، فقد صرح
بعض بالصحة ولا بأس به.
والثاني: اسقاطه بعد العقد، { ٢ } وقد تقدم الأمران.
والثالث: التصرف ولا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار، { ٣ } ويدل
عليه قبل الاجماع النصوص:

لأن الظاهر من الدليل اعتبار اليوم أي بياض النهار على نحو الطريقة إلى الساعات
النهارية، وعليه فيكفي الملفق من نهارين، ولا يكفي الملفق من يوم وليل.
التصرف مسقط للخيار

الخامس: إن هذا الخيار يكون باقيا ما لم يتحقق أحد المسقطات وهي أمور:
{ ١ } أحدها اشتراط سقوطه في العقد
{ ٢ } والثاني اسقاطه بعد العقد

وقد تقدم الأمران في خيار المجلس، فلا حاجة إلى ذكر مالهما من المباحث.
{ ٣ } والثالث التصرف ولا خلاف في اسقاطه في الجملة لهذا الخيار
وكلمات القوم في المقام مشوشة ومضطربة والأقوال كثيرة حتى أن بعضهم أفتى
في كتاب بغير ما أفتى به في كتاب آخر، وأفرط بعضهم وحكم بمسقطية التصرف إذا كان
إجازة فعلية وفرط آخر وحكم بمسقطية كل تصرف حتى التصرف للاستخبار والتصرف
في طريق الرد وبينهما أقوال لا يهمننا التعرض لها، والغريب مع ذلك دعوى الاجماع في
المقام اللهم، إلا أن يراد به الاجماع على مسقطية التصرف في الجملة ولو بمعنى اسقاط
الرضا المستكشف به.

وكيف كان فالأولى صرف عنان الكلام إلى بيان ما هو الحق المستفاد من نصوص
الأئمة الأطهار صلوات الله عليهم.

ففي صحيحة ابن رثاب، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه ولا شرط له، قيل له: وما الحدث؟ قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرما عليه قبل الشراء، وصحيحة الصفار كتبت إلى أبي محمد عليه السلام في

الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء انشاء الله تعالى.

وفي ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الإسناد قلت له رأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط ولزم البيع. واستدل عليه في التذكرة بعد الاجماع بأن التصرف دليل الرضا وفي موضع آخر منها أنه دليل الرضا بلزوم العقد، وفي موضع آخر منها كما في الغنية أن التصرف إجازة.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأخبار. المذكورة في المتن وهي صحيح ابن رثاب (١) وصحيح الصفار (٢) والصحيح المتقدم (٣) عن قرب الإسناد الثاني: في المبعدات المذكورة لكون التصرف بنفسه مسقطا. الثالث: فيما توهم من منافاة طائفة أخرى من الأخبار لهذه الروايات. أما المورد الأول: فالكلام فيه في جهات:

الأولى: إن قوله عليه السلام في صحيح الصفار إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء ونحوه ما في صحيح ابن رثاب يدل على أن أحداث الحدث بنفسه مسقط، والمراد به أعمال

عمل جديد لم يكن من شأنه قبل العقد، فهو لا يشمل كل تصرف كسقي الدابة واعلافها، كما لا يشمل التصرف للاستخبار أو للرد لأنه ليس هذا التصرف من باب تصرف

-
- ١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.
 - ٢) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ٢.
 - ٣) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ٣.

أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلا برضاه كما يشير إليه قوله: أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للرد بالعيب من أنه لو استخدمه بشئ خفيف مثل أسقني أو ناولني الثوب أو أغلق الباب، سقط الرد، ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللاً بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف، وقال أيضاً لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليها بطل الرد، لأنه استعمال وانتفاع، انتهى.

وقال في موضع من التذكرة: عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل عمله بالعيب أو بعده يمنع الرد، انتهى. وهو في غاية الاشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث، وعدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد، مع أن من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على أمور خفية في الحيوان

المالكين في أملاكهم، ولذا قيد الراوي ركوب الدابة بركوب ظهرها فراسخ الذي هو من شؤون المالك ومن وجوه الانتفاع بماله، كما أن الإمام عليه السلام قيد النظر بما كان

محرمًا قبل الشراء، وعلى هذا فالمستفاد من هذه النصوص أن كل تصرف مالكي لم يكن للمشتري قبل الشراء إذا وقع بعده يكون مسقطاً للخيار، ولو لم يكن إجازة فعلية. الثانية: إنه قد يتوهم أن الأمثلة المذكورة في النصوص من تقبيل الجارية ولمسها والنظر إليها ليست مصاديق لاحداث الحدث بل هي من قبيل الأمر باغلاق الباب، فكيف حكم بمسقطيتها، لكنه فاسد إذ قد عرفت أن احداث الحدث يعم كل تصرف لم يكن من شأنه قبل العقد وهذه منه.

الثالثة: إن في صدر صحيح ابن رثاب فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً

توجب زهادة المشتري، وكيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقي وشبه ذلك. وإن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالاته على الرضا بلزوم العقد، كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحة ابن رثاب، { ١ } ويظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة، بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد، فهو لا يناسب اطلاقهم الحكم باسقاط التصرفات التي ذكروها ودعوى أن جميعها مما يدل لو خلي وطبعه على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية كما ترى.

ثم إن قوله عليه السلام في الصحيحة فذلك رضاء منه يراد منه الرضا، بالعقد في مقابلة كراهة ضده أعني الفسخ وإلا فالرضا بأصل الملك مستمر من زمان العقد إلى حين الفسخ، ويشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبدا بشرط إلى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو برئ من الضمان، فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، والاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك، إذا عرفت هذا فقوله عليه السلام فذلك رضاء منه ولا شرط له { ١ } يحتمل وجوها

قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط { ١ } رتب سقوط الخيار على كون احداث الحدث رضا بالبيع، وقد وقع الكلام في ما هو المراد من هذه الجملة، وقبل بيان ما ذكره المصنف رحمه الله من

المحتملات لا بد من بيان ما هو الحق عندنا وهو يتوقف على مقدمة، وهي أن المراد بالرضا ليس هو طيب النفس الذي هو من صفات النفس، بل المراد به الاختيار الذي هو من الأفعال، وذلك لوجوه

منها: حملة على احداث الحدث الذي هو من الأفعال، ولا يصح حمل الصفة على الفعل إلا مع العناية.

ومنها: إنه لا عبرة بالرضا غير المبرز في باب المعاملات قطعا.

ومنها: إن الرضا بمعنى طيب النفس يتعدى بكلمة باء، وبمعنى الاختيار يتعدى بنفسه، وهو في هذه النصوص تعدى بنفسه، وعلى هذا فالمراد من قوله فذلك رضا منه أنه اختيار وإجازة، فيكون مفاد هذه الجملة من الصحيح التعبد بأن كل ما يكون احداث

أحدها: أن يكون الجملة جوابا للشرط فيكون حكما شرعيا بأن التصرف
التزام بالعقد وإن لم يكن التزاما عرفيا. { ١ }
الثاني: أن يكون توطئة للجواب وهو قوله: ولا شرط له { ٢ } لكنه توطئة
لحكمة الحكم وتمهيد لها لا علة حقيقة، فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار
بالتصرف دلالة غالبا على الرضا، نظير كون الرضا حكمة في سقوط خيار المجلس
بالتفرق في قوله فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما، فإنه لا يعتبر في الافتراق
دلالة على الرضا، وعلى هذين المعنيين فكل تصرف مسقط وإن علم عدم دلالة
على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة اخبارا عن الواقع نظرا إلى الغالب وملاحظة نوع
التصرف لو خلي وطبعه، ويكون علة للجواب { ٣ } فيكون نفي الخيار معللا بكون
التصرف غالبا دالا على الرضا بلزوم العقد، وبعد ملاحظة وجوب تقييد اطلاق
الحكم بمؤدى علقته، كما في قوله: لا تأكل الرمان لأنه حامض. دل على اختصاص
الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك. أي دالا بالنوع غالبا على التزام العقد، وإن لم
يدل في شخص المقام

الحدث يكون إجازة للعقد وموجبا لسقوط الخيار، فيتحد مفادها مع سائر
النصوص المطلقة.

إذا عرفت هذا فاعلم: إن المصنف رحمه الله لما بنى على أن المراد من الرضا هو طيب
النفس احتمل وجوها فيها:

{ ١ } أحدها: إن الرضا محمول على التصرف بعنوان التعبد والتنزيل.
{ ٢ } ثانيها: إن قوله فذلك رضا منه توطئة للجواب الذي هو قوله ولا شرط له
ويكون المراد منه أن التصرف لكونه كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا، لكن لو حظ
هذا العنوان على وجه الحكمة غير المطردة، فيكون التصرف مسقطا ولو علم في مورد عدم
الرضا بالعقد.

{ ٣ } ثالثها: أن يكون المراد من قوله فذلك رضا منه هذا المعنى المشار إليه في

فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الألفاظ في معانيها مقيدا بعدم قرينة يوجب صرفه عن الدلالة، كما إذا دل الحال أو المقام على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتباها بعين أخرى مملوكة له ويدخل فيه كلما دل نوعا على الرضا وإن لم يعد تصرفا عرفا كالتعريض للبيع والأذن للبائع في التصرف فيه.

الرابع: أن يكون اخبارا عن الواقع ويكون العلة هي نفس الرضا الفعلي والشخصي ويكون اطلاق الحكم مقيدا بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلو لم يثبت الرضا الفعلي لم يسقط الخيار. { ١ } ثم إن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لاطلاق سائر الأخبار واطلاقات بعض كلماتهم، مثل ما تقدم من التذكرة من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط، وكذا غيره كالمحقق والشهيد الثانيين بل لاطلاق بعض معاهد الاجماع، إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر، مع مخالفتها لأكثر كلماتهم. فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار والحفظ. بل ظاهرها اعتبار الدلالة في الجملة على الرضا كما سيجيء

الوجه الثاني، لكنه مأخوذ على وجه العلية، فيكون مفاده أن كل تصرف يكون كاشفا نوعيا عن الرضا يكون مسقطا للخيار.

{ ١ } رابعها: هذا المعنى مع إرادة الكاشفية الفعلية الشخصية عن الرضا، وهو قد اختار الوجه الثالث.

وجميع هذه الوجوه بعيدة،

أما الأول: فلأن الرضا بنفسه لا حكم له في باب المعاملات كي ينزل التصرف منزلته.

وأما الثاني: فلأن الظاهر مما يذكر في مقام العلة كونه علة لا حكمة.

وأما الثالث: فلعدم انطباق ذلك على الأمثلة المذكورة في النصوص لعدم كونها كاشفة عن الرضا لو خليت وطبعها.

وأما الرابع: فيرد عليه - مضافا إلى ما أورد على الوجه الثالث - : إنه لم يلتزم به أحد، وأضف إلى ذلك ما عرفت من فساد المبنى، فالمتعين هو ما ذكرناه.

ويؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا.
وإن لم يعد تصرفا كتقبيل الجارية للمشتري { ١ } على ما صرح به في التحرير
والدروس، فعلم أن العبرة بالرضا وإنما اعتبر التصرف للدلالة وورود النص أيضا
بأن العرض على البيع إجازة، { ٢ } مع أنه ليس حدثا عرفيا. ومما يؤيد عدم إرادة
الأصحاب كون التصرف مسقطا إلا من جهة دلالة على الرضا، حكمهم بأن كل
تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخا من البائع، { ٣ } فلو كان
التصرف مسقطا تعبديا عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدي عن كونه إجازة
إلى كونه فسخا.

وقد صرح في التذكرة بأن الفسخ كالإجازة يكون بالقول وبالفعل، وذكر
التصرف مثلا للفسخ والإجازة الفعليين، فاندفع ما يقال في تقريب كون التصرف
مسقطا لا للدلالة على الرضا بأن الأصحاب يعدونه في مقابل الإجازة.

ثم مع الاغماض عما ذكرناه، فغاية الأمر اجمال هذه الجملة، فلا مقيد لاطلاق
النصوص، فالمستفاد من النصوص أن احداث الحدث بنفسه مسقط للخيار.
فما عن المحقق النائيني رحمه الله من حمل النصوص على إرادة أن كل تصرف يكون
إجازة فعلية يكون مسقطا، غير تام.

وأما المورد الثاني: فقد ذكروا من مبعديات كون كل احداث الحدث مسقطا أمورا
{ ١ } ومنها: حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا، وإن لم يعد تصرفا كتقبيل
الجارية

وفيه: إنه وإن لم يكن ذلك تصرفا إلا أنه احداث الحدث.
{ ٢ } ومنها: ورود النص أيضا بأن العرض على البيع إجازة، مع أنه ليس حدثا عرفيا
والكلام في النص سيأتي مفصلا في المورد الثالث
وفيه: إن التعريض للبيع إذا كان بعنوان بيعه لا بعنوان استخبار قيمته من الحدث
عرفيا.

{ ٣ } ومنها: إن الأصحاب ذكروا أن كل فعل وتصرف يكون إجازة إذا كان فيما
انتقل إليه يكون ردا وفسخا إذا كان في ما انتقل عنه، ومن المعلوم أن كل تصرف فيما

وأما المعنى الرابع فهو وإن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ، بل جزم به في الدروس ويؤيده ما تقدم من رواية عبد الله به الحسن بن زيد، الحاكية للنبي الدال كما في الدروس أيضا على الاعتبار بنفس الرضا.

وظاهر بعض كلماتهم الآتية أن المستفاد من تتبع الفتاوى الاجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلي بلزوم العقد، مع أن أظهريته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة، فتعين إرادة المعنى الثالث، ومحصله دلالة التصرف لو خلي وطبعه على الالتزام وإن لم يفد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية وهذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه، قال في المقنعة: إن هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتياح، انتهى.

ومثل للتصرف في مقام آخر بأن ينظر إلى الأمة إلى ما يحرم لغير المالك. وقال في المبسوط في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمة وأصاب بها عيبا فله ردها. وإذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها وسقيها وعلفها وحلبها وأخذ لبنها، وإن نتجت كان له نتاجها، ثم قال: ولا يسقط الرد لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده، وليس هنا شيء من ذلك، انتهى.

انتقل عنه لا يكون ردا، فكذا الإجازة.

وفيه: إنه قد عرفت أن أحداث الحدث بنفسه مسقط لا بما أنه إجازة فعلية، والملازمة التي ذكرها الأصحاب إنما هي بين ما هو إجازة فعلية وفسخ فعلى، لا بين أحداث

الحدث والفسخ، فلا ربط لذلك بالمقام.

منها: أنه لو كان كذلك لزم لغوية جعل الخيار، إذ من المعلوم عدم انفكاك المملوك أو الحيوان المشتري عن تصرف ما في أثناء الثلاثة.

وفيه: قد مر أن أحداث الحدث أخص من وجه من التصرف.

وبه يظهر الجواب عن الأمر الثاني وهو أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على أمور خفية في الحيوان توجب زهادة المشتري، وكيف يمكن أن يطلع الانسان على ذلك مع عدم التصرف.

وفي الغنية: لو هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال بائعه، إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى.

وقال الحلبي في الكافي في خيار الحيوان: فإن هلك في مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا أن يحدث فيه حدثا يدل على الرضا، انتهى.

وفي السرائر بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام، قال: هذا إذا لم يحدث في هذه المدة حدثا يدل على الرضا ويتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجره، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها، أو يدبرها تدييرا، ليس له الرجوع فيه كالمنذور، انتهى.

وقال في موضع آخر: إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا في العادة. وأما العلامة: فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم.

وقال في موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت، لم يكن ذلك رضاء بها، ثم قال: ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بإمساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا. وفي التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال: وكذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة والطحن عليها وحلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر وليس ببيع. وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنها جاريتها المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة. ففي الحكم تردد، ينشأ من اطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف ومن أنه غير قاصد إلى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل، والتصرف إنما عد مسقطا لدلالته على الرضا باللزوم وقال في موضع آخر: ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفا، ثم قال وهل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببيع أن لا يعد. وكذا لو أراد ردها وحلبها لأخذ اللبن على اشكال ينشأ من أنه ملكه، فله استخلاصه، انتهى.

وحكى عنه في موضع آخر أنه قال والمراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار ولا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقي، انتهى.
ومراده من التملك البقاء عليه والالتزام به ويحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختبار أو الحفظ، هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهرة في المعنى الثالث. وحاصله التصرف على وجه يدل عرفا لو خلي وطبعه، على الالتزام بالعقد، ليكون اسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا الالتزام لكن يبقى الاشكال المتقدم سابقا من أن أكثر أمثلة التصرف المذكورة في النصوص والفتاوى ليست كذلك بل هي واقعة غالبا مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقا. وإذا اطلع على ما يوجب زهده فيه. فهي غير دالة في نفسها عرفا على الرضا. ومنه يظهر وجه النظر في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقا من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة، فيكون مورد الخيار في غاية الندرة بأن الغالب في هذه التصرفات وقوعها مع عدم الرضا بالزوم فلا يسقط بها الخيار، إذ فيه أن هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا، لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضا هو ظهوره فيه

وأما المورد الثالث: فما توهم منافاته للنصوص المتقدمة خبران:
أحدهما: خبر عبد الله بن الحسن الحاكي للنبوي: في رجل اشترى عبدا بشرط إلى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال صلى الله عليه وآله: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان. (١)
بتقريب: إنه صلى الله عليه وآله لم يستفصل بين أحداث الحدث وعدمه، وحكم بالبراءة ولو أحدث الحدث، فيستكشف من ذلك أن المسقط إنما هو الرضا، ومسقطية أحداث الحدث إنما تكون لأجل كاشفيته عن الرضا لا أنه بنفسه مسقط.
وفيه: أولا: إن الخبر ضعيف السند.
وثانيا: إن المراد بالرضا فيه ليس هو طيب النفس، إذ هو ليس مسقطا للخيار

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار حديث ٤.

عرفا من أجل الغلبة، فإذا فرض أن الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلا في قليل من أفراده مستهجننا. وأما الاستشهاد لذلك بما سيحى من أن تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا، وليس ذلك إلا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن. ففيه ما سيحى ومما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعني حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها وبين ما دل من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار وعدمه، وإنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي ومثل الخبر المصحح في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم رد قال: إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء، ونحوه الآخر { ١ } وما فيهما من رد ثلاثة أمداد لعله محمول على الاستحباب مع أن ترك العمل به لا يوجب رد الرواية، فتأمل.

قطعا، بل المراد به الالتزام بالعقد والاختيار، وقد مر أن احداث الحدث منه تعبدا وبالحكومة.

وثالثا: إن الخبر وارد لبيان حيثية التلف في زمان الخيار خاصة لا للبيان من جهة أخرى، فلا يمكن التمسك بترك الاستفصال فيه بين احداث الحدث وعدمه. { ١ } ثانيهما: المصحح (١) المذكور في المتن ونحوه الآخر وفيه: أولا: إن موردهما الرد بعد الثلاثة، فهما أجنيان عن المقام ويحملان على إرادة الرد بخيار العيب، والتصرف ليس مسقطا له. وثانيا: إنه لم يعمل بهما لتضمنهما رد ثلاثة أمداد.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.

وقد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة وحلبها أياما، ثم وجد المشتري فيها عيبا ثم قال وقيل ليس له ردها لأنه تصرف بالحلب.
وبالجملة فالجمع بين النص والفتوى الظاهرين في كون التصرف مسقطا لدلالته على الرضا بلزوم العقد وبين ما تقدم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد أو التردد فيه، وفي التصرفات للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غاية الإشكال والله العالم بحقيقة الحال.
الثالث: خيار الشرط أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد { ١ } ولا خلاف في صحة هذا الشرط ولا في أنه لا يتقدر بحد عندنا ونقل الاجماع عليه مستفيض، والأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلا ما استثني والأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة.
فمن الأولى: الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره أن المسلمين عند شروطهم، { ٢ } ويزيد في صحيحة ابن سنان، إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز. وفي موثقة إسحاق بن عمار: إلا شرطا حرم حلالا أو حلالا حراما.

فتحصل: إن الأظهر كون أحداث الحدث - أي اعمال عمل جديد - لم يكن له قبل الاشتراء من المسقطات بنفسه.

خيار الشرط

{ ١ } الثالث: خيار الشرط بالضرورة بين علماء المذهب والكتاب والسنة عموما وخصوصا في بعض أفرادهم. كذا في الجواهر وهو يثبت في كل مبيع اشترط الخيار فيه. وقد استدل لصحة هذا الشرط بوجهين.
{ ٢ } الأول: الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلا ما استثني، كالخبر المستفيض: المسلمون عند شروطهم. (١)

(١) راجع الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار - وباب ٤ من أبواب كتاب المكاتب.

نعم في صحيحة أخرى لابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للاجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب، وتتمام الكلام في معنى هذه الأخبار وتوضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد انشاء الله، والمقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد وهي تظهر برسم مسائل.

مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، { ١ } لعموم أدلة الشرط، { ٢ } قال في التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا خلافا للشافعي

وفيه: - مضافا إلى ما تقدم من امكان ارجاعه إلى شرط الفعل - أن هذا الحكم الشرعي بما أنه مجعول في ظرف انشاء المكلف - كما في سائر الانشائيات - يكون مقدورا

بالواسطة. وإن شئت قلت: إن المشروط هو الخيار عند المتبايعين، والشارع الأقدس أمضى ذلك وحكم بالخيار لا أنه هو المشروط. فتدبر، فالأظهر تمامية هذا الوجه الوجه الثاني: الأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة:

منها: النصوص المستفيضة الواردة في اشتراط الفسخ برد الثمن الآتي نقلها. ومنها: صحيح ابن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام: إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع. (١) ومنها: غير ذلك، وقد جعلها صاحب المستند مخصصة لما دل على عدم صحة الشرط المخالف.

وأورد عليه: بأن سياق أدلة عدم صحة الشرط المخالف آب عن التخصيص.

لو جعل الخيار ولم يعين المدة

{ ١ } قوله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه محل الكلام في هذا المقام ليس جواز كون زمان الخيار منفصلا - بل اتفقت كلماتهم على جواز ذلك.

{ ٢ } لعموم أدلة الشروط.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ٢.

واستدل له في موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزا بعد اللزوم { ١ } ورد بعدم المانع من ذلك، مع أنه كما في التذكرة منتفض بخيار التأخير وخيار الرؤية. نعم يشترط تعيين المدة فلو تراضيا على مدة مجهولة { ٢ } كقدوم الحاج بطل بلا خلاف، بل حكى الاجماع عليه صريحا

{ ١ } ودعوى أنه يلزم منه جواز العقد بعد لزومه، مندفعة بأنه لا محذور في ذلك، مضافا إلى ثبوت نظيرها في الشرع كخيار التأخير - ولا في جواز تقدير أي مدة شاءا. { ٢ } وإنما الكلام وقع فيما لو عين مدة مجهولة كقدوم الحاج، والكلام فيه في موردين: الأول: في صحة الشرط وفساده. الثاني: في صحة البيع وفساده. أما المورد الأول: فقد استدل على بطلان الشرط بوجوه: أحدها: الاجماع وهو كما ترى. ثانيها: ما أرسله بعض من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر. (١) وهو عام شامل للشرط أيضا، ولا بأس به، وهو وإن كان ضعيف السند إلا أن عمل الأصحاب واستدلالهم به في جملة من المواضع يوجب جبره. ثالثها: إن البيع يبطل، فيكون الشرط باطلا بالتبع. رابعها: ما في الجواهر، وهو: إن اشتراطه مخالف للسنة. وفيه: إنه إن أريد بذلك أن البيع بواسطة هذا الشرط يصير غرريا فهذا شرط مخالف للسنة، ففيه: إن الظاهر من قوله إلا شرطا خالف كتاب الله كون الالتزام بنفسه أو الملتزم به مخالفا للكتاب أو السنة، وأما الشرط الموجب لمخالفة شيء آخر للكتاب أو السنة فهو غير مشمول له، وإن أريد به أن الشرط الغرري بنفسه منهي عنه فيكفي في فساده نفس دليل الغرر. وأما المورد الثاني: فقد استدل لبطلان البيع بوجوه:

(١) التذكرة ج ١ - ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - وعن الشهيد ره نحوه.

لصيورة المعاملة بذلك غررية، { ١ } ولا عبرة بمسامحة العرف في بعض المقامات واقدام العقلاء عليه أحيانا، { ٢ } فإن المستفاد من تتبع أحكام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلك، إذ كثيرا ما يتفق التشاح في مثل الساعة والساعتين من زمان الخيار فضلا من اليوم واليومين.

وبالجملة، فالغرر لا ينتفي بمسامحة الناس في غير زمان الحاجة إلى المداقة وإلا لم يكن بيع الجزاف وما تعذر تسليمه، والتمن المحتمل للتفاوت القليل وغير ذلك من الجهالات غررا، لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المداقة في أكثر الجهالات. ولعل هذا مراد بعض الأساطين من قوله إن دائرة الغرر في الشرع أضيق من دائرته في العرف، وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف. نعم الجهالة التي لا يرجع الأمر معها غالبا إلى التشاح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعد غررا، كتفاوت المكائيل والموازين

أحدها: الاجماع. وهو كما ترى.

ثانيها: إن الشرط إذا فسد فسد المشروط، وقد تقدم فساد الشرط. وفيه: ما سيحى في محله من أن الشرط الفاسد لا يكون مفسدا.

{ ١ } ثالثها: صيرورة المعاملة بذلك غررية.

{ ٢ } وأورد عليه تارة: بأن العقلاء يقدمون على مثل هذه المعاملة ويسامحون في مثل هذه الجهالة،

وأخرى: بأن الشرط إنما يكون التزاما في ضمن التزام، وجهالة المظروف لا تسري إلى الظرف، وهو معلوم من جميع الجهات فلا يكون غرريا،

وثالثة: بما عن المحقق الإيرواني رحمه الله، وهو: إن الغرر المنهي عنه لا يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار، وإلا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس.

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن اقدم العقلاء لا يوجب رفع الغرر، فإنهم ربما يقدمون على المعاملة الخطرية، والشارع الأقدس لسد هذا الباب نهى عن البيع الغرري.

وأما الثاني: فلأن الشرط وإن كان التزاما في ضمن التزام إلا أن المشروط بما

ويشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم، وخصوص موثقة غياث: لا بأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد. مع أن التأجيل إلى الدياس والحصاد وشبههما فوق حد الاحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع، وربما يستدل على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة، لأنه غرر. { ١ } وفيه أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب والسنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب والسنة، ففي الثاني يفسد الشرط ويتبعه البيع، وفي الأول يفسد البيع فيلغو الشرط. اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر وإن لم يكن يبيعا فيشملة دليل نفي الغرر فيكون مخالفا للكتاب والسنة، لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع، { ٢ } فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفاء.

أنه جواز العقد - ومن المعلوم أن الملكية اللازمة غير الملكية الجائزة - فلا محالة تسري الجهالة إلى البيع ويصير البيع بذلك غرريا كما لا يخفى.

وأما الثالث: فلأن خيار المجلس إنما يكون بجعل من الشارع، وأما المتعاملان فهما عالمان بما ينشئان ولا جهالة فيه بوجه ولا غرر. وحكم الشارع لا يوجب غررية البيع. فالأظهر تمامية هذا الوجه، فتحصل بطلان البيع.

{ ١ } قوله إن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب والسنة لأنه غرر قد عرفت أن مراد من استدلال بهذا الوجه إثبات بطلان الشرط، بمخالفته للكتاب والسنة، وبكون نفس الشرط غرريا فنفس الشرط مشمول لقوله عليه السلام نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر، وإذا كان الشرط باطلا كان البيع باطلا لأن الشرط الفاسد مفسد وعليه فلا يرد عليه ما أورده المصنف بقوله.

{ ٢ } لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع وفيه أنه إذا كان الشرط غرريا وباطلا لا يسري ذلك إلى البيع لما سيأتي في محل من أن الشرط التزام في ضمن التزام إلا بالتقريب الذي ذكرناه فراجع

مسألة: لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، وبين عدم ذكر المدة أصلاً كأن يقول: بعتك على أن يكون لي الخيار وبين ذكر المدة المطلقة، كان يقول بعتك على أن يكون لي الخيار مدة لاستواء الكل في الغرر، { ١ } خلافاً للمحكي عن المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والحلبي فجعلوا مدة الخيار في الصورة الثانية ثلاثة أيام ويحتمل حمل الثالثة عليها وعن الإنتصار والغنية والجواهر، الإجماع عليه. وفي محكي الخلاف وجود أخبار الفرقة به ولا شك أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار { ٢ } فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقولة. ولذا مال إليه في محكي الدروس لكن العلامة في التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن الشيخ قدس سره وأوله بإرادة خيار الحيوان.

وعن العلامة الطباطبائي في مصابيح: الجزم به، وقواه بعض المعاصرين منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامة من أنه ليس في الأدلة ما يخالفه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان

{ ١ } وقد صرح غير واحد بعدم الفرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة وبين عدم ذكر المدة، وبين ذكر المدة المطلقة بأن يقول بعتك بشرط أن يكون لي الخيار مدة لاستواء الجميع في الغرر بالتقريب المتقدم. وقيل إن المشهور بين المتقدمين الصحة في الثالث والانتصار إلى ثلاثة أيام، وعن جماعة: دعوى الإجماع عليه.

{ ٢ } واستدل له: بوجوه الأول ما عن محكي الخلاف من وجود أخبار الفرقة به. بتقريب: إن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار، فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقولة. وفيه أن عمل الأصحاب إنما يوجب انجبار ضعف السند لو علم استنادهم إلى الخبر، وإلا فمجرد مطابقة الفتاوى مع الخبر لا يوجب جبر الضعف، وفي المقام حيث لم يحرز ذلك، ولعلمهم استندوا إلى الوجه الثاني، بل يحتمل أن يكون مراد الشيخ من الأخبار ذلك، فلا يكون الضعف منجبراً مع أن العمل يوجب جبر ضعف السند لا الدلالة، وحيث إنه يحتمل عدم دلالتها على فرض وجودها فلا يصح الاستدلال بها.

كخيار الحيوان الذي لا اشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته، وزاد في مفتاح الكرامة التعليل بأن الجهل يؤل إلى العلم الحاصل من الشرع. وفيه ما تقدم في مسألة تعذر التسليم من أن بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعبد شرعي لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفي الغرر وكان التحديد تعديا نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمه أو يكون حكما شرعيا ثبت في موضوع خاص، وهو إهمال مدة الخيار.

والحاصل أن الدعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر لا في تخصصها والانصاف أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار ونقل الاجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر، لأن الظاهر بقريئة عدم تعرض الشيخ لذكر شئ من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار، أنه عول في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان، { ١ } ولا ريب أن الاجماع المحكية إنما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالاته

وما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله بأن المسند المنقول بالمعنى حجة عندهم والمرسل بعد

الجبر يبلغ مبلغه،

يرده أنه فرق بين الخبر المنقول بالمعنى من غير أن يدخل فيه اجتهاد الراوي، وبين نقل مفاده بحسب اجتهاده، والأول حجة دون الثاني، والمقام من قبيل الثاني. { ١ } الثاني الأخبار الواردة في شرط الحيوان، بدعوى أن قوله عليه السلام الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط. (١) يدل بالفحوى على أن الشرط في غيره ثلاثة أيام مع اشتراط الخيار وإن لم يشترط ثلاثة أيام لا اشتراطها لعدم اختصاصه به، إذ ضرورة صحة اشتراط أي عدد شاء فالمختص بها حينئذ اطلاق اشتراط الخيار. وفيه أنه لا مفهوم لتلك الأخبار أصلا، وعلى فرضه فهو عدم ثبوت الثلاثة في غير الحيوان لا الثلاثة مع الاشتراط.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

أو القاصر دلالاته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر ولا حاجة إلى ضم المنجبر، إذ نعلم اجمالا أن المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار.

ولا ريب أن المستند غالبا في اجماعات القاضي وابن زهرة اجماع السيد في الإنتصار، نعم قد روي في كتب العامة أن حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجة أصابته في رأسه فقال له النبي صلى الله عليه وآله: إذا بعث فقل لا خلافة، وجعل له الخيار ثلاثا، في

رواية: ولك الخيار ثلاثا، { ١ } والخلافة: الخديعة، وفي دلالاته فضلا عن سنده ما لا يخفى وجبرها بالاجتماعات كما ترى

{ ١ } وقد يستدل بالنبويين الواردين في حنان بن منقذ الذي كان يخدع في البيع، قال صلى الله عليه وآله له: إذا بعث فقل لا خلافة ولك الخيار ثلاثا كما في أحدهما: وجعل له الخيار

ثلاثا كما في الآخر. (١)

وفيه أنهما ضعيفان سندا وقاصران دلالة.

أما الأول فواضح، وأما الثاني فلما عن التذكرة من أن قوله لا خلافة عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا، وإذا أطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، انتهى.

فالأظهر أن حكم هذه الصورة حكم الصورة الأولى.

واستدل للقول الآخر: بأن الغرر مندفع بتحديد الشرع، وإن لم يعلم به المتعاقدان

كما في خيار الحيوان، فالأظهر هو التفصيل بين علمهما بتحديد الشارع وعدمه.

فعلى الأول لا غرر، إذ التزامهما بالخيار التزام به في ثلاثة أيام.

وعلى الثاني: يكون غرريا، فإنه لا اقدام على الحكم الشرعي، وما أقدم عليه

حيث إنه غرري والحكم الشرعي لا يرفع الغرر فلا محالة يكون الدليل المفروض مخصصا لدليل الغرر، ولا يقاس بالجهل بخيار الحيوان ومدته، فإنه ليس هناك اقدام معاملي على الخيار.

(١) التذكرة ج ١ ص ٥١٩.

إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعدة الغرر مشكل، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة، ثم إنه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد ولعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، وفيه أن هذا على القول به فيما إذا لم توجب الشرط فسادا في أصل البيع كما فيما نحن فيه، حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا وإلا فالمتجه فساد البيع ولو لم نقل بسرابة الفساد من الشرط إلى المشروط، وسيجئ تمام الكلام في مسألة الشروط.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد، لأنه المتبادر من الاطلاق { ١ } ولو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدئه أول جزء من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد، فيجوز جعل مبدؤه من انقضاء خيار الحيوان بناء على أن مبدؤه من حين العقد

وفي الصورة الثالثة، وهي: ما لو ذكر مدة مطلقة إما أبدا أو ما دام العمر، ذهب المحقق النائيني رحمه الله: إلى الحكم بفساد الشرط بدعوى أنه مخالف لمقتضى العقد، فإن مقتضاه بمدلوله الالتزامي هو التزام كل من المتبايعين بما أنشأه، فلو لم يلتزم أحدهما به في مقدار من الزمان فهو ينافي اطلاقه، ولا بأس به. وأما لو لم يلتزم به أبدا فهو ينافي مقتضاه ويفسد. وفيه: إن الشرط المخالف لحقيقة العقد أو لما يتقوم به إنما لا يكون نافذا فيما إذا كان منافيا لمقتضاه حتى مع الشرط وأما ما ينافي مقتضاه الذي يكون مقتضاه لولا الشرط فلا مانع من نفوذه كما سيأتي تنقيحه في مبحث الشروط، والمقام من هذا القبيل كما لا يخفى.

فالأظهر صحة البيع والشرط في هذه الصورة.

مبدأ خيار الشرط

{ ١ } قوله مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الاطلاق. وقد تقدم في مبحث خيار الحيوان ما يمكن أن يستدل به على كون المبدأ من بعد انتهاء أمد سائر الخيارات، وأنه لا يتم شيء مما ذكره، فلا مانع ثبوتا من الالتزام بأن مبدؤه في المقام من حين العقد، وإذا كان المتبادر من الاطلاق كون المبدأ من حين العقد

ولو جعل مبدأه من حين التفرق، بطل لأدائه إلى جهالة مدة الخيار. { ١ }
وعن الشيخ والحلي أن مبدأه من حين التفرق، وقد تقدم عن الشيخ وجهه مع
عدم تماميته، نعم يمكن أن يقال هنا أن المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لولا
الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تم هذا لاقتضى كونه في الحيوان
من حين انقضاء الثلاثة، مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس وإلا فمع
الجهل به لا يقصد إلا الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوتها من حين التفرق حكم
على المتعاقدين بخلاف قصدهما { ٢ }

نلتزم به، وإنما الكلام في المقام في موردين:
{ ١ } الأول: فيما أفاده المصنف رحمه الله: بقوله ولو جعل مبدأه من حين التفرق بطل
لأدائه

إلى جهالة مدة الخيار...

فإنه يرد عليه: إنه لو جعل الخيار من حين التفرق إلى ثلاثة أيام يكون المجموع
معلوما بحسب المقدار، وإنما المجهول وقته ولا يوجب ذلك الغرر، بل لو جعل الخيار من
حين

التفرق إلى ما يكمل مع المجلس ثلاثة أيام صح للعلم بمدة الخيار الثابت له الأصلي
والجعلي،

وجهالة كل واحد منهما لا توجب الغرر. فتأمل.

{ ٢ } الثاني: فيما أفاده بقوله: بل الحكم بثبوتها من حين التفرق حكم على المتعاقدين
بخلاف قصدهما...

فإنه أورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأنه إذا قلنا إن المبدأ من حين انقضاء الخيار من
جهة عدم إمكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر لا يلزم هذا المحذور، إذ المانع من
التأثير قهري، فلا يلزم مخالفة القصد التي لا يمكن الالتزام بها.

وفيه: إن ذلك خلاف ممشى المصنف رحمه الله، فإن مورد بحثه ما إذا كان الالتزام بكون
المبدأ من حين انقضاء الخيار من جهة الانصراف لا من جهة عدم إمكان تأثير الشرط في
زمان وجود خيار آخر، إذ عليه مع الجهل بخيار المجلس لا محالة يقصد الخيار من حين
العقد، فالحكم بثبوتها من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما، وهو وإن لم
يكن محذور فيه لو ساعدنا الدليل إلا أنه لفقده لا يمكن الالتزام به

مسألة: يصح جعل الخيار لأجنبي، قال في التذكرة: لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صح البيع والشرط عندنا معا، { ١ } وحكي عنه الاجماع في الأجنبي، قال لأن العبد بمنزلة الأجنبي

جعل الخيار للأجنبي

{ ١ } قال في التذكرة لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صح البيع والشرط عندنا معا و حكي عنه الاجماع في الأجنبي، وهذا مما لا كلام فيه إنما الكلام في هذه المسألة يقع في موارد:

الأول: في أنه هل يصح جعل الخيار للأجنبي أم لا؟
وقد استدلل للثاني بوجوه:

أحدها: ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله، وهو: إن الخيار عبارة عن رد كل مال إلى مالكة

الأصلي أو اقراره في ملك مالكة الفعلي، وهذا ينفذ ممن كان زمام المال بيده، وأما الأجنبي

فأجنبي عنه. وبعبارة أخرى: وإن كان الأصل في كل حق أن يكون قابلا للاسقاط إلا أنه

ليس كل حق قابلا للنقل إلى الغير، وعلى فرض كونه قابلا له فليس قابلا للنقل إلى كل

أحد، فإن حق القسم قابل للتمليك إلى الزوج والضررة ولا يقبل التمليك إلى الأجنبي،

فالخيار وإن كان قابلا للتمليك إلى أحدهما إلا أنه لا يقبل التمليك إلى الأجنبي.

وفيه: إن الخيار عبارة عن حل العقد، ولازمه رد كل مال إلى مالكة الأصلي، مع أنه لو سلم

كون ذلك معناه لم يدل دليل على اعتبار كون الرد ممن كان زمام المال بيده،

وما ذكره بعد. وبعبارة أخرى: غير مربوط بالمقام، فإنه إنما هو في نقل الحق

الثابت له كخيار المجلس ونحوه، ومحل الكلام جعل الخيار له ابتداء.

ثانيها: ما ذكره المصنف رحمه الله في مسألة ثبوت الخيار للوكيل، واستند بعضهم إليه في

المقام، وحاصله: إن مفاد أدلة الخيار أثبات سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى

الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، والأجنبي حيث إنه لا سلطنة له على ما

انتقل إلى جاعل الخيار، فلا معنى للخيار، ولعل ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله يرجع

إلى ذلك

ولو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ والإجازة قدم الفاسخ { ١ } لأن مرجع الإجازة إلى اسقاط خيار المجيز (خاصة) بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار، فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك

وفيه: أولاً: إن الخيار إنما يكون سلطنة على حل العقد.
وثانياً: إنه لو تنزلنا عن ذلك فهو سلطنة على التراد لا خصوص الاسترداد، وقد تقدم في تلك المسألة توضيح ذلك.
ثالثها: ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمة الله، وهو: إن الخيار بناء على تعلقه بالعقد إنما يناسب من له عقد ومن شأنه الوفاء به، والأجنبي أجنبي عنه وعن الوفاء به، ولذا قلنا إن دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقد وأنه لا يتوجه إلا إلى من له العقد، فدليل الوفاء بالشرط لا قصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور من ناحية الخيار، حيث إنه لا معنى له إلا بالإضافة إلى من له العقد.
وفيه: أولاً: إنه لم يدل دليل على كون الخيار ثابتاً لخصوص من يكون مأموراً بالوفاء بالعقد، وما أفاده مجرد الاعتبار.
وثانياً: إن المأمور به على ما تقدم في مبحث المعاطاة هو عدم حل العقد ونقضه، وليس هو ترتيب الآثار عملاً كي لا يشمل الأجنبي، وعليه فالآية تشمل الأجنبي، ودليل الشرط يكون مخصصاً لها.
رابعها ما ذكره المصنف رحمه الله في آخر المسألة وسيمر عليك وما يرد عليه { ١ } الثاني: لو جعل الخيار لمتعدد ففي المكاسب: كان كل منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ والإجازة قدم الفاسخ.
ولكن جعل الخيار للمتعدد يتصور على وجوه:
أحدها: جعل خيار واحد للمجموع من حيث المجموع.
ثانيها: جعل الخيار لكل واحد مستقلاً.

وعن الوسيلة: إنه إذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ أو امضاء نفذ، وإن لم يجتمعا بطل { ١ } وإن كان لغيرهما ورضي، نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء، { ٢ } انتهى

ثالثها: جعل الخيار للطبيعة المنطبقة على المتعدد.
وعلى الأول: لا أثر لفعل واحد منهم ما لم يوافقه الآخرون.
وعلى الثاني: يقدم الفاسخ، لأن مرجع الإجازة إلى اسقاط خيار المعجز خاصة.
وعلى الثالث: يقدم فعل المقدم في فعله إجازة كان أم فسحا.
{ ١ } وعن الوسيلة: إنه إذا كان الخيار لهما واجتمعا على فسخ أو امضاء نفذ وإن لم يجتمعا بطل.

وقد احتمل في توجيه هذه العبارة وجهان
الأول: أن يكون مراده جعل المتبايعين الخيار لأنفسهما بقيد الاجتماع، وعليه فإن اجتمعا فهو، وإن خالف أحدهما الآخر بطل، أي لم يؤثر الفسخ ولا الإجازة.
الثاني: أن يكون مراده جعل الخيار لكل واحد مستقلا، فقله ولم يجتمعا أي فسخ أحدهما وأمضى الآخر، بطل أي بطل البيع، أي يكون الفسخ مؤثرا.
يرد على الوجه الأول: إن جعل الخيار بالنحو المزبور لغو بعد أن لهما الإقالة.
{ ٢ } قال فيها أيضا: وإن كان لغيرهما ورضي نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء
مراده من الرضا ليس هو إجازة العقد بل المراد الرضا بجعل الخيار وقبوله، وعليه فمراده من هذه العبارة: إن الأجنبي المجعول له الخيار إن قبل نفذ البيع من ناحية المتبايعين

أي ليس للشارط خيار - وإن لم يقبل فالمبتاع بالخيار لتعذر الشرط.
وعلى هذا فلا يرد عليه ما عن المختلف بأن هذا الخيار إن جعل للأجنبي لم يكن لأحد المتبايعين خيار، فإن اختار الأجنبي الامضاء نفذ، وإن اختار الفسخ انفسخ ولا عبرة بالمتبايعين.

وفي الدروس يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا ولا اعتراض عليه ومعهما أو مع أحدهما، ولو خولف أمكن اعتبار فعله وإلا لم يكن لذكره فائدة، انتهى. { ١ } أقول ولو لم يَمْضِ فسخ الأجنبي مع إجازته والمفروض عدم مضي إجازته مع فسخه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة، { ٢ } ثم إنه ذكر غير واحد أن الأجنبي يراعي المصلحة للجاعل ولعله لتبادره من الاطلاق وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، { ٣ } فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أمينا لا يخلو عن نظر.

كما أنه لا يرد عليه ما في الحاشية من: أن مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الأمر بيده، فلا معنى لكون الأمر بيد المبتاع مع فرض فسخه. فإن منشأ هذين الايرادين توهم كون مراده من الرضا امضاء العقد وإجازته.

{ ١ } وعن الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا ولا اعتراض عليه ومعهما أو مع أحدهما ولو خولف أمكن اعتبار فعله...

مراده بحسب الظاهر: إنه لو جعل الخيار للأجنبي مع أحدهما أو معهما فإن اتفقا على فسخ أو امضاء فهو، وإن خولف بأن فسخ الأجنبي وأجاز الأصيل أمكن تقديم فسخه، إذ لو لم يقدم - والمفروض أنه لا يقدم إجازته لأنها لا توجب سقوط خيار الأصيل - لم يكن لذكر الأجنبي فائدة.

{ ٢ } وعلى هذا فكلام المصنف رحمه الله مؤيد له،

ولكن يرد عليه: إنه إن كان المجعول خيارا واحدا لهما عدم تقديم فسخه على إجازة الأصيل لا يوجب لغوية ذكره، إذ فائدته حينئذ تأثير فسخه في صورة موافقة الأصيل، وإن كان المجعول متعدد قدم فسخه كما هو الشأن في جميع الموارد لا للغوية ذكره لو لم يقدم.

{ ٣ } الثالث إن جعل الخيار للأجنبي هل هو من باب التملك أو التوكيل أو التحكيم؟

فقد يقال - كما عن المحقق النائيني رحمه الله - بأنه ليس من قبيل التملك، لأنه لو كان على نحو جعل الملك فلازمه إرث وارث الأجنبي عنه، لأن ما تركه لوارثه،

ثم إنه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، { ١ } نظرا إلى أن الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس والشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين وهو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعا ولا عقلا

ولا من باب التوكيل، وإلا أمكن عزله، بل هو متوسط بين الملكية والوكالة نظير التولية على الوقف، وهذا هو المراد من التحكيم الذي ذكره الفقهاء رحمهم الله في المقام. ولكن يمكن أن يقال: إنه من قبيل التملك وجعل الحق له، وإنما لا يرثه وارثه من جهة ضيق مقدار الجعل والمجعول، لأن المجعول هو حق الخيار للأجنبي بما أنه ذو نظر ورأي

يعتمد عليه في أمر العقد، ولا يجوز نقله إلى الغير لأنه حق خاص لا يتعداه. كما أنه يمكن أن يقال: إنه من باب التوكيل، وإنما لا يجوز عزله لأنه بعنوان الشرط في عقد لازم، إذ الوكالة جائزة بعنوانها، ولا ينافي اللزوم إذا وقعت موقع الاشتراط في ضمن العقد اللازم، والظاهر من جعل الخيار للأجنبي كونه من قبيل الأول.

وهل يراعى المصلحة للجاعل أم لا؟ وجهان قد استدلل للأول: بأنه أمين فيجب عليه مراعاة الغبطة. وأورد عليه المصنف رحمه الله: بأن مقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة.

وفيه: إنه كان جعل الخيار من باب التحكيم أو التملك أو التوكيل لا بد من رعاية غبطة الجاعل. أما على الأخير فواضح، وأما على الأولين فلأن جعل الخيار للأجنبي بحسب الغالب إنما يكون للوثوق بنظر من جعل له الخيار، فالإطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحا، وعليه فيصح التعليل المذكور، فإنه تأمين بتفويض أمر العقد إليه لا جعل الحق له خاصة.

{ ١ } قوله ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع هذا هو رابع الوجوه التي ذكروها لعدم صحة جعل الخيار للأجنبي، وهو أنه مخالف للمشروع

بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبياً، { ١ } فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي في العقد وسيجئ نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستثمار { ٢ } 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 لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ، وإن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه. أما مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ والمتعاقدان لا يريدانه. وأما مع طلب الآخر

نظراً إلى أن الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل أو بالعارض.

{ ١ } والجواب عنه ما أفاده رة، وهو: منع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبياً فالأظهر صحة جعل الخيار للأجنبي.

جواز اشتراط الاستثمار

{ ٢ } لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز لكل منهما اشتراط الاستثمار بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد، فيأتمر بأمره، أو بأن يأتّمه إذا أمره ابتداءً. والكلام في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الحكم الوضعي.

الثاني: في الحكم التكليفي.

أما الأول: فتارة: يجعل الخيار لنفسه ويشترط عليه أن لا يختار أحد الأمرين من الفسخ أو الامضاء إلا بتعيين المستأمر بالفتح وأخرى: يجعل الخيار لنفسه عند أمر الأجنبي بأحدهما

للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر، راجع إلى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه عرفاً فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ { ١ } فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه.

وثالثة: يجعل لنفسه حق الفسخ عند أمر الأجنبي به ولا يجعل شيئاً عند أمره بالإجازة.

ورابعة: يجعل الخيار للأجنبي ويقيد بأن لا يباشر اعماله بل يأمر العاقد بما يريد. ففي الصورة الأولى: إذا فسخ قبل الاستثمار أو بعده مع أمره به أو بالإجازة يكون نافذاً لفرض ثبوت الخيار له. غاية الأمر تخلف ما اشترط عليه في الفرض الأول والثالث.

فما أفاده من أنه لو فسخ المشروط عليه من دون استثمار لم ينفذ لا يتم في هذه الصورة

وفي الصورة الثالثة: لا ينفذ فسخه قبل الاستثمار، وكذا بعده، وأمره بالإجازة والامضاء.

وفي الصورة الرابعة: لا ينفذ فسخه إلا بعد أمره به، لكون الحق للآمر، والمأمور آلة. هذا في الفسخ.

وفي هاتين الصورتين الأخيرتين يتم ما أفاده فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ دون الأوليتين

وأما الإجازة: فإن كانت قبل الاستثمار لم تنفذ في الصور الثلاث الأخيرة ونفذت في الأولى، ولا يخفى وجهه.

وإن كانت بعد الاستثمار وأمره بالفسخ نفذت في الصورتين الأوليتين ولم تنفذ في الأخيرتين.

وإن كانت بعده وأمره بالامضاء نفذت في جميع الصور. ولا يخفى وجهه.

{ ١ } قوله فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق على صاحبه

وفيه أن اشتراط الاستثمار من الطرفين يقتضي سلطنة كل منهما على فسخ العقد إذا إذن الثالث لا سلطنة المطالبة بالفسخ من صاحبه.

والحاصل: إن اشتراط الاستثمار من واحد منهما على صاحبه إنما يقتضي ملكه للفسخ، إذا أذن له الثالث المستأمر واشترطه لكل منهما على صاحبه يقتضي ملك كل واحد منهما للفسخ عند الإذن، ومما ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني وهو الإلتزام بأمره الابتدائي فإنه إن كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به وإن كان لكل منهما ملكاً، كذلك. ثم في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة وعدمه وجهان { ١ } أو جههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من اطلاق العقد بقريئة حالية أو مقالية.

{ ١ } قوله ثم في اعتبار مراعاة المصلحة وعدمه وجهان الغرض من هذه العبارة بيان الحكم الوضعي وأنه هل يثبت حق الخيار للمستأمر بالكسر عند إذن الثالث مطلقاً أو عند إذنه بشرط مراعاته للمصلحة. وأما المقام الثاني: فإن كان المشروط ثبوت الحق من دون أن يعمل أحدهما عملاً ولو معلقاً على أمر المستأمر بالفتح كما في الصورة الثانية والثالثة لا كلام في عدم وجوب الاستثمار ولا العمل بأمره، فإن غاية ما هناك ثبوت الحق بهذا الشرط، فلا ملزم له بالاستثمار أو الفسخ لو أمر به. وإن كان المشروط مع ذلك عملاً، فتارة: يكون ذلك حقاً للمستأمر على صاحبه خاصة كما في الصورة الأولى لو اشترط المستأمر بالكسر أن يكون اختياره للفسخ أو الامضاء عن أمر المستأمر. وأخرى: يكون حقاً لصاحبه عليه إما خالصاً أو بالمشاركة. وفي الفرض الأول: لا يجب عليه شيء، إذ لا يجب للمشروط له استيفاء شرطه، لأن الحق له، وجاز له أن يرفع اليد عن حقه، فلو أمره بالفسخ له أن لا يفسخ. وفي الفرض الثاني: يجب عليه العمل بما يأمره. وعلى أي حال لا يجب الاستثمار إلا إذا اشترط أحدهما على صاحبه أن يستأمر زائداً على جعل الخيار بعد الاستثمار.

مسألة: من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه، ويقال له بيع الخيار { ١ } وهو جائز عندنا كما في التذكرة، وعن غيرها الاجماع عليه وهو أن يبيع شيئا ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها ويرتجع المبيع، والأصل فيه بعد العمومات المتقدمة في الشرط النصوص المستفيضة، منها موثقة إسحاق بن عمار، وقال سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده، فقال له رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى [فجاء] إلى أخيه فقال له: أبيعك داري هذه ويكون لك أحب إلى من أن يكون لغيرك على أن تشتري لي أني إذا جئتك بثمنها إلى سنة تردّها علي قال لا بأس بهذا إن جاء بثمنها ردّها عليه قلت: رأيت [فإنها كانت فيها الغلة كذا في الوسائل] لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة؟ فقال للمشتري: ألا ترى أنها لو احترقت كانت من ماله

بيع الخيار

{ ١ } مسألة: من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع إليه ويقال له بيع الخيار، وهو اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع. وهو جائز عندنا كما عن التذكرة، وعن غيرها: دعوى الاجماع عليه، وفي الجواهر: اجماعا بقسميه عليه. والكلام في هذه المسألة يقع أولا: في مدركها، ثم في الفروع المستخرجة من الأخبار. أما الأول: فالنصوص الواردة في المقام أربعة: الأول موثق (١) إسحاق بن عمار المذكور في المتن، وهو على ما في الكافي والتهذيب يكون مرسلا، فإنه لم يذكر المخبر لإسحاق، نعم على ما عن الصدوق يكون موثقا والظاهر من الموثق أن الشارط هو المشتري، والمشروط له هو البائع، والمعلق عليه هو رد الثمن، والمشروط رد المبيع. وعلى هذا فليس الالتزام برد المبيع فسخا إذا لمشتري ليس له الخيار، لأن من له الخيار هو البائع، بل المتعين إما إرادة الإقالة أو إرادة رد المبيع ردا ملكيا معاطاتيا.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ١.

ورواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود ويسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل وكان بينه وبين الذي اشترى منه الدار خلطة 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 أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشتري. وعن سعيد بن يسار في الصحيح قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إنا نخالط أناسا من أهل

السواد أو غيرهم فنبيعهم ونربح عليهم في العشرة اثني عشر وثلاثة عشر ونؤخر ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، ويكتب لنا رجل منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء بأنه باع وقبض الثمن منا فنعه إن جاء هو بالمال إلى وقت بيننا وبينهم أن ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله وإن جاء بالمال الموقت فرد عليه.

الثاني خبر معاوية بن ميسرة (١) المذكور في المتن وهذا الخبر من حيث السند قابل لأن يחדش فيه، إذ ابن ميسرة لم يوثق، وأما من حيث الدلالة فظاهره شرط النتيجة، إما شرط ملكية الدار للبائع عند إعطاء الثمن أو انفساخ البيع، ولا يبعد دعوى أظهيرية الثاني من جهة تعارف رد المبيع بعنوان الانحلال. الثالث صحيح سعيد بن يسار (٢) المذكور في المتن وما استظهرناه في الموثق المتقدم جار هنا ويحتمل فيه معنى آخر، وهو: اشتراط تحقق البيع في رأس المدة إذا لم يرد مثل الثمن وكان الواقع فعلا صورة بيع. ويؤيده أن الظاهر من السؤال عدم أخذهم أجره المبيع من البائع، ولو كان البيع حقيقيا كان اللازم الأخذ منه.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ٣.
(٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار حديث ١.

وعن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال إن بعث رجلا على شرط، فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك، { ١ } إذا عرفت هذا فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور: الأول: إن اعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه: أحدها: أن يؤخذ قيذا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت فلا خيار قبله { ٢ } ويكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد ولو بقليل ولا خيار قبل الرد، والمراد برد الثمن فعل ماله دخل في القبض من طرفه وإن أبي المشتري.

{ ١ } الرابع خبر أبي الجارود (١) عن الإمام الباقر عليه السلام المذكور في المتن وهذا الخبر ضعيف سندا وأجنبي عن المقام، أما ضعفه فلأن أبا الجارود زياد بن المنذر ضعيف، وأما أجنبيته عن المقام فلأن ظاهره إرادة أن من باع شيئا على شرط ولم يعمل المشروط عليه بالشرط يثبت الخيار للبائع. فتحصل: أن ما يستفاد من نصوص الباب أمران: أحدهما: شرط الإقالة أو التملك الجديد. ثانيهما: شرط الانفساخ عند رد الثمن، لا تعليق الخيار على رده. الأنحاء التي يقع الشرط عليها إذا عرفت ثبوت هذا الخيار من الأخبار والفتوى، فاعلم أن توضيح المسألة يتحقق بالبحث في أمور: الأول: ما في الأنحاء التي يمكن أن يقع الشرط عليها وهي خمسة: { ٢ } أحدها: أن يكون الخيار معلقا على رد الثمن، أو موقتا من حيث المبدأ بزمان رد الثمن. والفرق بين التعليق والتوقيت إنما هو في مقام الإثبات. وقد أورد على صحة الشرط في هذه الصورة في خصوص الأول بالتعليق الممنوع عنه شرعا، وفي كليهما بجهالة مدة الخيار من حيث المبدأ لأنه لا يعلم وقت رد الثمن

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

الثاني: أن يؤخذ قيذا للفسخ بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدة المضروبة والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه. { ١ }
الثالث: أن يكون رد الثمن فسخا فعليا بأن يراد منه تمليك الثمن ليمتلك منه المبيع { ٢ } وعليه حمل في الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

ويندفع الأول: بأنه لا دليل على مبطلية التعليق في غير العقود.
وقد يقال في مقام اندفاع الثاني: بأن الجهالة لا تضر هنا لعدم الغرر، لأن أمر الخيار بيده كما عن المحقق الخراساني.
وفيه: إن الغرر اللازم إنما هو بالنسبة إلى المشتري، لأنه لا يعلم متى يفسخ العقد.
وعن المحقق النائيني الجواب عنه: بأن الخيار هنا غير مجهول إلا من باب الجهل بالمعلق عليه، وهو يرجع إلى اشكال التعليق لا الجهالة.
وفيه: إن الجهل بالمعلق عليه يوجب الجهل بمبدأ الخيار، وهو يوجب الغرر المبطل، مع قطع النظر عن التعليق.
فالأظهر هو البطلان إلا مع تعيين المدة كتحديده بالرد في رأس السنة التي هي الصورة الثانية في كلام المحقق النائيني رحمه الله.
{ ١ } ثانيها: أن يكون الفسخ معلقا على الرد لا الخيار، بأن يكون الحق ثابتا من حين العقد متعلقا بالفسخ عند رد الثمن،
ففي الحقيقة ينحل إلى شرط الخيار مطلقا، وشرط عدم اعماله إلا عند رد الثمن، والشرط في هذه الصورة لا كلام في مشروعيتها.
{ ٢ } ثالثها: أن يكون الرد فسخا فعليا، بأن يشترط حق الخيار متعلقا بالفسخ برد الثمن، فيكون رد الثمن ما به الفسخ.
وسياتي الكلام في صحة الفسخ به عند تعرض المصنف رحمه الله له، فصحة هذا الشرط تتبع صحة الفسخ به.

الرابع: أن يؤخذ رد الثمن قيذا لانفساخ العقد { ١ } فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ 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 أصلا، وإنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد، قال: إن يبيع ويشترط على المشتري إن رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له، انتهى.

{ ١ } رابعها: أن يكون رد الثمن قيذا للانفساخ، بأن يشترط انفساخ العقد عند رد الثمن.

وأورد على صحة هذا النحو من الاشتراط تارة: بأن انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء مخالف للمشروع، لأن المسببات متوقعة على أسبابها الشرعية كما في المكاسب في ذيل الوجه الخامس وأخرى: بأنه من قبيل شرط النتيجة. وثالثة: بأنه يلزم منه أما انفساخ البيع بلا سبب، وأما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه، إذ لو كان اشتراط الانفساخ انشاء للفسخ لزم انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برد مثل الثمن، وإلا كان الشرط الانفساخ بلا سبب، وهو مخالف للسنة كما عن المحقق النائيني رحمه الله.

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن الشرط يكفي في سببته للفسخ. وأما الثاني: فلما سيأتي في مبحث الشروط من صحة شرط النتيجة. وأما الثالث: فلأن الشرط ليس هو انفساخ البيع من حين الشرط كي يرد المحذور الثاني، بل الشرط هو الانفساخ من حين رد الثمن، فحين الشرط يكون البيع متحققا ثابتا، والشرط لا يقتضي عدمه، هذا كله مضافا إلى ما عرفت من دلالة النصوص الخاصة على صحة الاشتراط بهذا النحو.

الخامس: أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيه إذا جاء بالثمن واستقاله { ١ } وهو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئاً على أن يقيه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه لزمته الإقالة إذا جاءه بمثل الثمن في المدة، انتهى. فإن [وأن] أبي أجبره الحاكم أو أقال عنه وإلا استقل بالفسخ وهو محتمل روايتي سعيد بن يسار وإسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع إلى البائع فيهما كناية عن ملزومه وهي الإقالة، لا أن يكن وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب ومرجعه إلى أحد الأولين، والأظهر في كثير من العبارات مثل الشرائع والقواعد والتذكرة هو الثاني لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فإن فيه اشكالا من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون انشاء فعلي أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع { ٢ } من توقف المسببات على أسبابها الشرعية وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك وسقمه.

الأمر الثاني: الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة وإما أن يكون معينا { ٣ } وعلى كل تقدير أما أن يكون قد قبضه وأما لم يقبضه، فإن لم يقبضه فله الخيار، وإن لم يتحقق رد الثمن

{ ١ } خامسها: أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري أو التملك الجديد، وهذا لا اشكال في مشروعيتها، وهناك أنحاء آخر يظهر حكمها مما ذكرناه.

{ ٢ } وقد مر توضيح هذا الايراد وسيجيء في باب الشروط ما يتضح به أن الشرط يكفي في سببته للفسخ الثمن المشروط رده لفسخ البيع

{ ٣ } الأمر الثاني: الثمن المشروط رده إما أن يكون في الذمة وأما أن يكون معينا، وعلى كل تقدير تارة يقبضه وأخرى لا يقبضه.

فالكلام في المقام يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا لم يقبض البائع الثمن المعلق على رده الخيار من المشتري إلى أن أتى رأس المدة.

الثاني: فيما إذا قبضه.

لأنه شرط على تقدير قبضه وإن لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع ويحتمل العدم، بناء على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله، { ١ } وإن قبض الثمن المعين فإما أن يشترط رد عينه أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً أو ولو مع التمكن منه على أشكال في الأخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة رد العين مع الامكان. وفي جواز اشتراط رد القيمة في المثلي وبالعكس وجهان. وأما أن يطلق، فعلى الأول لا خيار إلا برد العين، فلو تلف لا من البائع. فالظاهر عدم الخيار { ٢ }

أما الموضوع الأول: فالكلام فيه إنما هو في ثبوت الخيار وعدمه { ١ } وقد بنى المنصف رحمه الله المسألة على أن الرد شرط للخيار على تقدير القبض لا مطلقاً، أو أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله. فعلى الأول يثبت الخيار وعلى الثاني لا يثبت. لا أشكال في كون الوجه الأول خلاف الظاهر: فإن مآله إلى كون الخيار مطلقاً على تقدير عدم القبض، ومشروطاً على تقدير القبض، وظاهر القضية كونه مشروطاً مطلقاً. بل المسألة مبنية على أن الرد الذي أخذ شرطاً هل هو مأخوذ على وجه الطريقة لوصول الثمن وحصوله عند البائع، أم يكون مأخوذاً على وجه الموضوعية. فعلى الأول يثبت الخيار، وعلى الثاني لا يثبت، ولعل الظاهر المتعارف هو الأول. وعلى كل تقدير لو لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع. وأما الموضوع الثاني: فالكلام فيه في موارد: الأول: ما إذا كان الثمن عيناً شخصية. الثاني: ما إذا كان في ذمة المشتري. الثالث: ما إذا كان في ذمة البائع. { ٢ } أما المورد الأول: فإن كان الشرط رد العين بنفسها فلا شبهة في أنه لا خيار مع عدم ردها من غير فرق بين صورة التلف وغيرها، وفي التلف بين كونه بفعل البائع أو المشتري أو الأجنبي أو بأفة سماوية.

إلا أن يكون اطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفادته سقوطه باتلاف البائع،
فبقي الخيار في اتلاف غيره على حاله، وفيه نظر.
وعلى الثاني: فله رد البديل في موضع صحة الاشتراط.
وأما الثالث: فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين ويظهر من اطلاق محكي
الدروس وحاشية الشرائع أن الاطلاق لا يحمل على العين { ١ } ويحتمل حمله على
التمن الكلي وسيأتي

وإن كان الشرط رد العين مع وجودها ورد بدلها مع تلفها، فلا كلام أيضا في تحقق
الخيار على التقديرين.

وإن كان الشرط رد بدلها مع وجودها بالخصوص أو بالاطلاق، فقد أشكل عليه:
بأن مقتضى الفسخ رجوع كل من العينين إلى صاحبها الأصلي، فاشتراط رجوع البديل مع
بقاء الأصل شرط مخالف لما يقتضيه الفسخ. ولذا قطع السيد في الحاشية بالفساد.
ولكن ذلك إنما هو فيما إذا قيد الفسخ بالرد، ويكون الرد فسخا فعليا، وهي الصورة
الثالثة من الصور المتقدمة في الأمر السابق، ولا يتم في باقي الصور من كون الرد مقدمة
للفسخ أو معلقا عليه الخيار أو مقدمة للإقالة أو التملك الجديد، إذ الفسخ لا يتحقق به،
بل يصير المردود في يد البائع بمنزلة المقبوض بالسوم، فإن فسخ البائع بعد ذلك يرجع
التمن إلى المشتري، والمردود باق في ملك البائع. فلهما التراضي على كون كل منهما
بدلا
عن الآخر.

ويمكن أن يقال: إن المعاملة بينهما وهي تملك عين التمن الراجع إلى البائع ببدله الذي
أحضره إنما يتحقق بشرط حصولها في ضمن العقد، بلا احتياج إلى معاملة أخرى.
وإن كان الشرط رد التمن بنحو الاطلاق من دون تعيين عينه أو بدلها،
فمقتضى الجمود على ظاهر العبارة أن العبرة برد العين فيسقط الخيار بتلفها
ولكن لا يبعد دعوى أن المتعارف المنصرف إليه الاطلاق أن المقصود دفع الأعم
من العين والبديل
{ ١ } قوله ويظهر من اطلاق محكي الدروس وحاشية الشرائع أن الاطلاق
لا يحمل على العين
الظاهر أن مرادهما أن الاطلاق منزل على المتعارف من كون المقصود رفع الأعم
من العين والبديل.

وإن كان الثمن كلياً فإن كان في ذمة البائع، كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فرده بأداء ما في الذمة، سواء قلنا إنه عين الثمن أو بدله، من حيث إن ما في ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشترك رد بدله { ١ } وإن لم يكن الثمن في ذمة البائع وقبضه، فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة، فالحكم على مقتضى الشرط، وإن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو رد ما يعم البدل. إما مطلقاً، أو مع فقد العين، ويدل عليه صريحاً بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث: قيل ظاهر الأصحاب، بناء على ما تقدم، من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع، أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ { ٢ } وصرح به في الدروس وغيره

{ ١ } وأما المورد الثاني: فيه معلق على رد البدل يقينا، فإن ما في ذمة البائع، يسقط بالبيع، وصيرورته له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشترك رد بدله. وأما المورد الثالث: فقد يقال: بأن رده - أي رد الثمن - يتحقق بمثله أيضاً، كما يتحقق بنفس المقبوض، إذ كل فرد من مصاديق الكلّي، وشرط رد الكلّي معناه شرط رد ما كان مصداقاً له كما عن المحقق النائيني رحمه الله. وفيه: إن الثمن وإن كان هو الكلّي في الذمة إلا أنه بعد أداء فرد منه - بما أنه أداء للكلّي - يستقر الثمن على الفرد المقبوض، والفرد الآخر بدله لا أنه مصداق للثمن، فيلحقه حكم العين الشخصية.

الفسخ بالرد
{ ٢ } الثالث: هل يصح انشاء الفسخ بالرد، أم لا كما هو ظاهر الأصحاب نظراً إلى رد الثمن في هذا البيع مقدمة لفسخ البائع؟ وجهان.

ولعل منشأ الظهور أن هذا القسم فرد من خيار الشرط، مع اعتبار شئ زائد فيه وهو رد الثمن، وعللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا، { ١ } وهو حسن مع عدم الدلالة. أما لو فرض الدلالة عرفا. أما بأن يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاطة، وأما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له والثمن ملكا للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة، وما قيل من أن الرد يدل على إرادة الفسخ والإرادة غير المراد. { ٢ } ففيه أن المدعي دلالة على إرادة كون المبيع ملكا له والثمن ملكا للمشتري { ٣ } ولا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من هذا مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع { ٤ } بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به { ٥ }

- { ١ } أحدهما: إن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا.
 { ٢ } ثانيهما: إن الرد يدل على إرادة الفسخ، والإرادة غير المراد.
 والجواب أن الرد من حيث هو وإن كان لا يدل على الفسخ إلا أنه مع قصد الفسخ يدل عليه، كما أن الاعطاء بنفسه لا يدل على التمليك ولكن مع قصده يدل عليه.
 وأجاب عنهما المصنف رحمه الله بوجوه أخرى:
 { ٣ } الأول: إن الرد بنفسه يدل على الرضا بكون المبيع ملكا له والثمن ملكا للمشتري، والفرق بين هذا الوجه وما اخترناه الذي ذكره أيضا قبل ذلك أن السبب المؤثر في الوجه المختار الرد بنفسه، وفي هذا الوجه ما ينكشف به وهي الكراهة الباطنية. فالفعل دال على ما به الفسخ لا أنه هو ما به الفسخ.
 وفيه: إن الفسخ من الانشائيات، ولا يتحقق بمجرد القصد، بل يحتاج إلى دال ومظهر خارجي من قول أو فعل.
 { ٤ } الثاني: ظهور الأخبار في كفاية رد الثمن في وجوب رد المبيع.
 وفيه: أنه قد عرفت أن المستفاد من الروايات أمران: شرط الإقالة أو التمليك الجديد بعد الرد، وشرط الانفساخ عند رد الثمن. وبه يظهر ما في الوجه الثالث الذي ذكره بقوله،
 { ٥ } بل قد عرفت في رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به.

الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد { ١ } على الوجه الثاني من الوجهين الأولين، بل وعلى الوجه الأول بناء على أن تحقق السبب وهو العقد كاف في صحة اسقاط الحق { ٢ } لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنه لا يجوز اسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناء على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أيضا، إلا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد { ٣ } الموجب له فله اسقاطه بخلاف ما في التذكرة

مسقطات خيار الشرط

يسقط هذا الخيار بأمور

{ ١ } منها: اسقاطه بعد العقد ذكره جماعة واستشكل فيه العلامة في التذكرة

وعلى ضوء عدم جواز اسقاط الخيار قبل ثبوته إما منجزا كما هو المختار أو ولو معلقا كما ذهب إليه جمع من جهة أنه اسقاط لما لا يجب تعرض الفقهاء لأنه:

هل يصح اسقاط هذا الخيار بعد العقد أم لا؟

لا اشكال في صحته على الوجه الثاني من الوجهين الأولين لتحقيق الخيار وثبوته بعد العقد.

وأما على الوجه الأول - وهو تعليق الخيار على الرد - فقد ذكر في وجه صحة اسقاطه وجوه:

{ ٢ } أحدها: ما في المتن وهو أن تحقق السبب - وهو العقد - يكفي في صحة اسقاط الحق.

وفيه: أولا: إن الرد أيضا جزء السبب.

وثانيا: إن البرهان المذكور لعدم صحة اسقاط ما لم يجب لا يفرق فيه بين تحقق سببه وعدمه.

{ ٣ } ثانيها: ما في المتن أيضا، وهو: إن المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولو من حيث تملكه للرد.

ويسقط أيضا بانقضاء المدة { ١ } وعدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا على التفصيل المتقدم، ولو تبين المردود من غير الجنس فلا رد ولو ظهر معييا كفى في الرد وله الاستبدال، { ٢ }

وفيه: إن هذا لو تم لاقتضى جواز الاسقاط قبل العقد أيضا لكونه مالكا لسببه وهو العقد. والفرق بين السبب وهو العقد، والشرط وهو الرد والالتزام بكفاية ملك الثاني دون الأول تحكّم.

ثالثها: ما أفاده السيد الفقيه والمحقق النائيني رحمه الله وهو: إن حق الخيار وإن لم يمكن اسقاطه إلا أن حق الشرط، وهو الحق الثابت للمشروط له على المشروط عليه بعد العقد، والشرط في ضمنه فعلي وقابل للاسقاط، فلا يحدث الخيار بالرد. وفيه: إن المشروط إن كان فعلا من أفعال المشروط عليه كان لثبوت حق الشرط معنى معقول: وإن كان من قبيل النتيجة لا معنى له، لأنه بنفوذ الشرط تثبت تلك النتيجة، ولا حالة منتظرة كي يستحق المشروط له. والمقام من قبيل الثاني، فإن المشروط ثبوت الخيار على تقدير الرد، ونفس ذلك ليس من الحقوق الفعلية، بل حق تعليقي. فتدبر فإنه دقيق.

فالأظهر أن حق الخيار على القول بعدم نفوذ اسقاط ما لم يجب لا يصح اسقاطه قبل الرد وبعد العقد. نعم لو قلنا بأن اسقاط ما لم يجب لا دليل على عدم نفوذه سوى الاجماع والمتيقن منه عدم تحقق السبب أيضا، أمكن أن يقال بصحة اسقاطه في المقام بعد العقد. { ١ } ومنها انقضاء المدة وعدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا ويشهد به الاجماع والنصوص على ما تقدم

{ ٢ } قوله ولو تبين المردود من غير الجنس فلا رد ولو ظهر معييا كفى في الرد وقد أورد عليه المحقق الإيرواني رحمه الله بأن الرد الذي علق عليه الخيار إن كان هو رد خصوص الصحيح لم يكف رد المعيب وكان رده كرد غير الجنس

ويسقط أيضا بالتصرف { ١ } في الثمن المعين مع اشتراط رد العين { ٢ } أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار رد العين المدفوع، كل ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضاء بالعقد ولا خيار. وقد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النص كخيارى المجلس والشرط،

وإن كان هو رد الأعم من الصحيح والمعيب لم يكن له الاستبدال وكان المعيب فردا من حقه - وإن كان رد الأعم شرطا لحدوث الخيار من غير أن يكون الفرد المدفوع هو المتعين للعوضية فسخ العقد برده ثم أخذه وأعطى مكانه الصحيح - كان ذلك خلاف ظاهر ما هو المتداول من البيع الخيارى مع أنه جاز تعليق الخيار على رد غير الجنس على هذا الوجه أيضا - فلا فرق بين رد المعيب والخارج عن الجنس في كل صورته وفروضه

وفيه: إن هناك شقا رابعا وهو المتعارف - وهو تعليق الخيار على رد كلي مثل الثمن الشامل للمعيب أيضا - مع اشتراط كونه صحيحا ضمنا - فالمعيب مصداق لما علق عليه الخيار وإنما له الاستبدال من جهة أنه فاقد للوصف المشترك فله المطالبة بتلك الخصوصية وهي لا يمكن أدائها إلا بالتبديل، وهذا بخلاف ما لو رد من غير الجنس فإنه ليس مصداقا لما علق عليه الخيار.

التصرف في الثمن المعين مسقط { ١ } ومنها: التصرف في الثمن المعين.

محل الكلام في المقام ذو قيود:

الأول: أن يكون الخيار فعليا، وأعماله معلقا على الرد، أو كون الخيار معلقا عليه.

{ ٢ } الثاني: أن يكون المشروط رد الثمن المعين لا مثله، وإلا لم يكن التصرف فيه مسقطا بلا كلام، إذ لا يكون التصرف حينئذ كاشفا عن الرضا بلزوم العقد لعدم المنافاة

بين

فسخ العقد وصحة هذا التصرف.

الثالث: أن يكون التصرف مسقطا للخيار مطلقا لا في خصوص خيار الحيوان

والمحكي عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية: إن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن، لأن المدار في هذا الخيار عليه، لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة، { ١ } وللموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك، { ٢ } والمحكي عن العلامة الطباطبائي في مصايحه الرد على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصله أن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار ولا خيار إلا بعد الرد { ٣ } ولا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله وإن كان قادرا على إيجاد سببه فيه، إذ المدار على الفعل لا على القوة على أنه لا يتم فيما اشترط فيه الرد

وعلى هذا فمحل الكلام صورتان:
إحدهما: ما إذا كان الخيار فعليا وأعماله معلقا على رد الثمن: لا ينبغي التوقف في مسقطية التصرف في هذه الصورة،
وما ذكروه من الوجوه الثلاثة لعدم مسقطية التصرف لهذا الخيار وهي:
{ ١ } منافاة ذلك لمشروعية الخيار لانتفاع البائع بالثمن،
{ ٢ } موثق إسحاق المتقدم،
{ ٣ } وأن التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار ولا خيار إلا بعد الرد.
لا يجري شيء منها في هذه الصورة.
أما الأول فلأن المفروض في هذه الصورة تعلق الغرض برد عين الثمن فلا يكون الغرض الانتفاع بعينه
وأما الثاني: فلأن مورد الموثق شرط رد مثل الثمن لا عينه، مع أنه قد مر عدم كون مورده بيع الخيار بشرط رد الثمن.
وأما الثالث: فلأن الخيار في هذه الصورة ثابت من حين العقد.
ثانيتها: ما إذا كان الخيار معلقا على الرد: فقد ذكر في وجه عدم مسقطية التصرف له الوجوه الثلاثة المشار إليها آنفا، وقد ظهر جواب الأولين منها،
وأما الثالث: فقد أجاب عنه المصنف فيما سيأتي بأن المستفاد من النص والفتوى أن التصرف مسقط فعلي كالقول يسقط الخيار به في كل مورد يصح إسقاطه بالقول
(٣٦٩)

في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا، انتهى. محصل كلامه وناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار.

وبأن الظاهر من اطلاق العرف وتضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة في هذه المسألة الدالة على أن غلة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار، انتهى. أقول في أصل الاستظهار المتقدم والرد المذكور عن المصاييح والمناقشة على الرد نظر { ١ }

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.

وقد تقدم جواز الاسقاط قولاً قبل العقد.

وفيه: ما تقدم من عدم جوازه على القول بعدم جواز اسقاط الخيار قبل مجيء زمانه. نعم على القول بجواز اسقاط الخيار قبل مجيئه معلقاً أمكن البناء على مسقطية التصرف الذي يكون كاشفاً عن الرضا والالتزام بسقوطه في فرض مجيء زمانه. هذا كله في الكبرى، وأما الصغرى فالظاهر أن بيع الخيار المتعارف بين الناس كما يظهر من الروايات هو البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن لا عينه، وهو الموافق لبناء هذه المعاملة على التصرف في الثمن،

كما أن الظاهر كون المتعارف بين الناس تعليق أعمال الخيار على الرد لا نفسه. { ١ } قوله في أصل الاستظهار المتقدم والرد المذكور عن المصاييح والمناقشة على الرد نظر

الاستظهار من المحقق الأردبيلي، وصاحب الكفاية، والرد من المصاييح، والمناقشة من صاحب الجواهر

ومحصل ما أفاده المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف في الثمن، لأن المدار في الخيار عليه،

وظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن، ولذا قوينا حمل الاطلاق في هذه الصورة على ما يعم البدل، وحينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلا على الرضا بلزوم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد وصحة هذا التصرف واستمراره وهو مورد الموثق المتقدم أو منصرف اطلاقه أو من جهة تواطئ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن، وقد مر أن السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

وأما الثاني: فلأن المستفاد من النص والفتوى كما عرفت، كون التصرف مسقطا فعليا، كالقولي يسقط الخيار في كل مقام يصح اسقاطه بالقول. والظاهر عدم الاشكال في جواز اسقاط الخيار قولاً قبل الرد، هذا، مع أن حدوث الخيار بعد الرد مبني على الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار ولا دليل على تعيينه في بيع الخيار المتعارف بين الناس. بل الظاهر من عبارة غير واحد، هو الثاني، أو نقول إن المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الرد فيها قيذا للخيار وقد يؤخذ قيذا للفسخ، نعم لو جعل الخيار والرد في جزء معين من المدة كيوم بعد السنة

لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، وللموثق المتقدم المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لأجل ذلك. ويرد عليهما أنه إن كان مرادهما أن التصرف لا يسقط هذا الخيار فيما هو المتعارف بين الناس من هذه المعاملة، تم ما أفاده كما عرفت، وإن كان مرادهما عدم مسقطيته لهذا الخيار أصلا - كما يظهر من التعليل - فيرد عليهما ما تقدم من مسقطيته له في بعض الصور.

وأما المحكي عن العلامة الطباطبائي في مصابيح في الرد على ذلك، فحاصله: إن التصرف إنما يسقط الخيار إذا وقع في زمان الخيار وما قبل الرد ليس زمان الخيار، والخيار وإن كان مقدورا في المدة المشروطة للقدرة على سببه إلا أن التمكن منه لا يقتضي الفعلية، والحكم منوط بالفعل دون القوة، مع أن القوة غير مطردة إذ لو اشترط الخيار لو رد في وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا لا خيار هناك لا بالفعل ولا بالقوة

كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد، وجاء فيه الاشكال في صحة الاسقاط هنا، ولو قولاً من عدم تحقق الخيار ومن تحقق سببه. وأما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار { ١ } ففيه أنها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط على الرد والفسخ بعده إن شاء، نعم ذكر في التذكرة أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل وأما الاستشهاد عليه بحكم العرف، { ٢ } ففيه أن زمان الخيار عرفاً، لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً، أو بجعل المتعاقدين والمفروض أن الخيار هنا جعلي، فالشك في تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين. وأما ما ذكره بعض الأصحاب في رد الشيخ من بعض أخبار المسألة { ٣ } فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه، وإطلاق ما استدلل له به من الأخبار.

وفيه أن ما أفاده إن تم فإنما هو في غير بيع الخيار المتعارف بين الناس، وهو تعليق أعماله على الرد، مع أن تماميته فيه أيضاً محل كلام كما تقدم وأفاد صاحب الجواهر في رد صاحب المصابيح بما حاصله يرجع إلى أمور ثلاثة: { ١ } الأول: إن تعليق الخيار على الرد موجب لجهالة مبدأه. { ٢ } الثاني: إنه خلاف فهم أهل العرف، لأنهم يفهمون من هذا الشرط جعل الخيار في طول المدة. الثالث: إن المنقول من الشيخ رحمه الله عدم ثبوت الملك في زمان الخيار، { ٣ } ورده الأصحاب ببعض نصوص (١) الباب الدال على أن غلة المبيع للمشتري، ولولا كون ذلك مدة الخيار لم يصح هذا الرد، فيستكشف من ذلك أنهم فهموا من هذه النصوص أن مجموع المدة ظرف للخيار. أما الوجه الأول فقد عرفت في أول مبحث خيار الشرط تماميته، وأن ما ذكر في جوابه لا يتم.

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب الخيار حديث ١.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري { ١ } سواء كان قبل الرد أو بعده ونمائه أيضا له مطلقا. والظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله ويحتمل عدم الخيار بناء على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن وارتجاع البيع وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه. { ٢ }

وأما الوجه الثاني فقد عرفت آنفا تماميته.
وأما الوجه الثالث فقد أجاب عنه المصنف رحمه الله: بأنه لعل الأصحاب فهموا من كلام الشيخ أن مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار ولو منفصلا. فتأمل.
وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنف وموارد الرد والقبول منها
حكم تلف المبيع

{ ١ } الخامس: وقد طفحت كلماتهم بأنه لو تلف المبيع كان من المشتري والنماء له
أما كون النماء له فواضح،

وأما كون التلف منه فالكلام فيه في مقامين:

الأول: في حكم تلف المبيع.

الثاني: في حكم تلف الثمن.

أما المقام الأول: فلا كلام في أن التلف يكون من المشتري، سواء كان قبل الرد أم بعده، وإنما الكلام في أنه هل يسقط خيار البائع أم لا، وفيه أقوال:

الأول: السقوط مطلقا.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين ما قبل الرد وما بعده، والسقوط في الأول دون الثاني اختاره في الجواهر.

واستدل للأول بوجهين:

{ ٢ } أحدهما: الخيار متعلق بالعين، فمع تلفها يسقط الخيار لانتفاء الموضوع.

ثم إنه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط { ١ } فلا يجوز للمشتري اتلاف المبيع كما سيحى في أحكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله ولا يتم إلا بالتزام ابقائه للبائع ولو تلف الثمن، { ٢ } فإن كان بعد الرد وقبل الفسخ، فمقتضى ما سيحى من أن التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له { ٣ } كونه من المشتري وإن كان ملكا للبائع إلا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن ويدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين واستظهره من رواية معاوية ابن ميسرة المتقدمة ولم أعرف وجه الاستظهار { ٤ }

{ ١ } قوله ثم إنه لا تنافي بين شرطية البقاء وعدم جواز تفويت الشرط وجه التنافي أنه إذا كان الخيار معلقا على بقاء العين وكان ذلك شرطا فهو من قبيل المقدمة الوجوبية وهي لا تكون واجبه فكيف حكموا هنا بعدم جواز اتلاف العين والجواب عنه أنه إنما يلتزم بذلك من جهة أن هناك شرطين - أحدهما - شرط الخيار على تقدير رد الثمن - ثانيهما - شرط الابقاء ليتمكن من استرداد العين. حكم تلف الثمن

{ ٢ } وأما المقام الثاني: وهو ما لو تلف الثمن، فالكلام فيه في موضعين: الأول: في أن تلف الثمن من البائع أو المشتري. الثاني: في سقوط الخيار وبقائه.

أما الموضوع الأول: فإن كان التلف بعد الرد وقبل الفسخ فمقتضى القاعدة كونه من البائع لأنه مملوك له، وتكون يد المشتري أمانية. وقد استدلل لكونه من المشتري

{ ٣ } بقاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له. وفيه: إن مورد نصوص (١) تلك القاعدة خيار الحيوان، والشرط مع كون التالف هو المبيع، والتعدي إلى غيرهما وإلى تلف الثمن يحتاج إلى دليل مفقود.

{ ٤ } قوله ولم أعرف وجه الاستظهار الظاهر أن وجهه جعل نماء الثاني في قبال تلف المبيع، فكما أن الثاني من مالكة فكذلك الأول

(١) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

إذ ليس فيها إلا أن نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري وهما اجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية ولا يكون الرواية مخالفة للقاعدة، وإنما المخالف لها هي قاعدة أن الخراج بالضمان { ١ } إذا انضمت إلى الاجماع على كون النماء للمالك، نعم الاشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار، لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة أعني خيار المجلس والشرط والحيوان وسيجيء الكلام في أحكام الخيار وإن كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرد. وفيه مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء، { ٢ } فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو منفصل كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء ثم إن قلنا بأن التلف الثمن من المشتري انفسخ البيع وإن قلنا بأنه من البائع. فالظاهر بقاء الخيار فيرد البديل ويرجع المبيع.

وهذا يكشف عن أن النماء كالتلف والبائع، كالمشتري والثمن كالمثمن - لكنه كما ترى. { ١ } وقد يقال إن مقتضى قاعدة أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الاجماع على أن النماء للمالك، كون تلف المبيع من المشتري، وتلف الثمن من البائع. وفيه أولاً: إن سند ما تضمن (١) القاعدة ضعيف للارسال، وجبره بالعمل غير معلوم كما بيناه في الجزء الثالث من هذا الشرح في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد وثانياً: إن احتمالات هذه العبارة كثيرة أظهرها أن المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، فتختص بالعقود المعاوضية الصحيحة، وهذا هو الذي فهمه المشهور منها، فهي أجنبية عن المقام. مع أنه سيأتي في أحكام الخيار أن قاعدة التلف في زمان الخيار حاکمة عليها. وبما ذكرناه ظهر حكم تلف الثمن قبل الرد وأنه من البائع. { ٢ } قوله مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء محصل ما أفاده أنه إن كان الخيار ثابتاً قبل الرد فلا ريب في كونه مشمولاً

(١) صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ - وسنن أبي دود ج ٢ - ص ٢٥٥. والمبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

الأمر السادس: لا اشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول، مع التصريح بذلك في العقد، { ١ } وإن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله { ٢ } فامتنع رده إليه عقلا لغيبة ونحوها أو شرعا لجنون ونحوه

لقاعدة التلف في زمان الخيار، وهي تدل على أنه من المشتري، وإلا فحيث إن البيع متزلزل - ولو بواسطة الخيار المنفصل - فتشملة القاعدة أيضا كما هو مقتضى أخبار المسألة، والظاهر أن نظره الشريف إلى ما في نصوص الباب من قوله (١) عليه السلام: حتى

يمضي شرطه، بدعوى شموله لما إذا كان البيع في معرض حدوث الخيار، وإلا فموردها خيار الحيوان المتصل بالعقد، فهو كما ترى. فالأظهر كونه من البائع في صورتين.

وأما الموضوع الثاني: فإن كان الشرط رد عين الثمن، فإن كان التلف قبل الرد سقط الخيار لعدم إمكان رده، وإلا فهو باق، كان الشرط رد مثل الثمن أو كان التلف بعد الرد، ووجهه واضح.

رد الثمن إلى الوكيل أو الولي

{ ١ } السادس: لا خلاف ظاهرا في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، أو برده على وكيله المطلق، أو الحاكم، أو العدول مع التصريح بذلك في العقد، ووجهه ظاهر،

إنما الكلام فيما إذا لم يعلق الخيار على ما يشمل الرد إلى غير المشتري من الوكيل أو غيره، وإلا فلا ريب في الكفاية، بل لو علق الخيار على الالتقاء في البحر أو الوضع في مكان

مخصوص ثبت الخيار بذلك.

كما أنه ليس مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد إلى خصوص المشتري بنحو التقييد، إذ لا ريب حينئذ في عدم الكفاية وأنه لو امتنع الرد إليه سقط الخيار لتعذر شرطه { ٢ } بل مورد البحث ما لو علق الخيار على الرد إلى خصوص المشتري لا بنحو التقييد بل الرد إليه فقط يكون ثابتا بالقصر الذاتي لا بلحاظه بما هو مشتر فقط

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار.

ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبة مسائله وعدمه كما اختاره سيد مشائخنا في مناهله قولان: { ١ } وربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث أنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار وأنه لا اعتبار بالأشهاد خلافا لبعض علمائنا قال: إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن فما ذكره من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري وجعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة، انتهى.

أقول لم أجد فيما رأيت من تعرض لحكم رد 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 لتحقيق شرط آخر للفسخ وهو رد 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 الرد، إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان، بناء على مغايرة الفسخ للرد وعدم الاكتفاء به عنه.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنه يقع الكلام في هذا الأمر في موارد:
الأول: في أنه هل يكفي الرد إلى وكيل المشتري أم لا.
{ ١ } الثاني: في كفاية الرد إلى الحاكم الشرعي كما عن المحقق القمي وعدمها كما عن سيد المناهل
الثالث: في أنه إذا كان المشتري هو الأب واشترى للصغير هل يكفي الرد إلى الجد أم لا؟
الرابع: في أنه إذا كان المشتري هو الحاكم الشرعي واشترى ولاية هل يكفي الرد إلى حاكم آخر أم لا؟
الخامس: في أنه إذا اشترى شخص فمات هل يكفي الرد إلى وارثه أم لا؟

نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن، فافهم،

وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد إلى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه، { ١ } لأن الظاهر من الرد إلى المشتري حصوله عنده وتملكه له، حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ، ولذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى، وكذا لو رد وارث البائع مع أن المصرح به في العقد رد البائع وليس ذلك لأجل إرثه للخيار، لأن ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع في الرد، وكذا الكلام في وليه ودعوى أن الحاكم إنما يتصرف

أما المورد الأول: فإن لم يكن وكيلاً في قبض الثمن لا اشكال في عدم الكفاية، وإن كان وكيلاً فيه فقد يقال كما عن المحقق النائيني رحمه الله وغيره: إن عموم دليل الوكالة على فرض اطلاق الوكالة لماله وعليه كما هو المفروض في المقام يدل على أن قبض

الوكيل قبض الموكل، فإذا كان قبض الموكل يشمل الاطلاق الرد إليه. وفيه: إن كان المعلق عليه الخيار قبض الموكل بما هو فعل من أفعاله صح ذلك، وأما إن كان المعلق عليه احضار البائع الثمن عند المشتري لم يصلح دليل الوكالة للتعميم من هذه الجهة، فإن معنى التوكيل الاستنابة فيما هو من وظائف الموكل، ويكون تحت اختياره وسلطانه، ولا تقتضي الوكالة تنزيل ذات الوكيل منزلة ذات الموكل، ولا تنزيل صفاته منزلة صفاته، فليس رد البائع إليه واحضار الثمن عنده رداً للثمن إلى الموكل واحضاراً لديه، فلا يكون ذلك كافياً ولعله إلى هذا نظر السيد الفقيه رحمه الله حيث قال: إن عموم دليل النيابة لا يجعل الرد إلى الوكيل رداً إليه.

{ ١ } وأما المورد الثاني: فقد استدل المحقق النائيني رحمه الله للكفاية: بعموم دليل ولاية الحاكم. (١)

وفيه: إن ولاية الحاكم إن كانت من جهة ولايته على الغائب لا يشمل دليله

(١) راجع الجزء الرابع من هذا الشرح - مبحث ولاية الحاكم.

في مال الغائب على وجه الحفظ والمصلحة، والتمن قبل رده باق على ملك
البائع وقبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو
شبهه فلا يكون وليا في القبض فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعة
بأن هذا ليس تصرفا اختياريا من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث
وجد من هو منصوب شرعا 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
المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ، ومما ذكرنا يظهر جواز الفسخ
برد التمن إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب وشبهه، ولو اشترى الأب
للطفل بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد التمن إلى الولي الآخر، أعني الجد
مطلقا، { ١ } أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب، أو لا؟ وجوه ويجري مثلها

المقام، فإن موردها مال الغائب، والغائب لا مال له في المقام قبل الرد، فإنه للبائع لا
المشتري. وإن كانت من جهة ولايته على الممتنع فلا بد من التفصيل المتقدم، فإن دليل
الولاية يدل على أن للحاكم تصدي ما هو فعل الممتنع، وعليه فإن كان المعلق عليه الخيار
قبض المشتري بما هو فعله كان مقتضى عموم دليل الولاية أن للحاكم ذلك وأن فعله
بمنزلة

فعله، وإن كان المعلق عليه احضار البائع التمن عنده لم يكف دليل الولاية، فإنه ليس هناك
فعل امتنع المشتري عنه كي يكون للحاكم الولاية عليه.
هذا بناء على شمول دليل الولاية للامتناع الاضطراري، وإلا لم يكف في الفرض
الأول أيضا.

{ ١ } وأما المورد الثالث: فالأظهر عدم الكفاية مطلقا حتى في مورد قيام الحاكم
والوكيل مقامه، فإن دليل ولاية الجد إنما يدل على ولايته في عرض ولاية الأب بخلاف
دليل نيابة الوكيل وولاية الحاكم، فلا يقام الجد مقام الأب، ولا يكون فعله فعله، وعليه فإن
كان الشرط الرد إلى الأب بما هو ولي كفى الرد إلى الجد، لكنه خارج عن فرض المسألة،
وإن

كان هو الرد إلى الأب بما هو لم يكف الرد إلى الجد قطعا.
وما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أنه يكفي: لولاية كل منهما على الطفل، فقبض

فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فرد البائع إلى حاكم آخر وليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول حتى لا يجوز { ١ } قبوله للثمن ولا يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور لما عرفت من أن أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً بل البائع إذا وجد من يجوز أن يمتلك الثمن عن المشتري عنه فسخه جاز له الفسخ وليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الأول غاية الأمر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاحمة لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفاً. { ٢ }

كل منهما قبض الطفل، غريب، فإن المعلق عليه ليس قبض الطفل بل قبض الأب الذي هو المشتري وأما المورد الرابع: فقد استدل المصنف رحمه الله للكفاية فيه: { ١ } بأن قبول الحاكم الآخر وتملكه ليس مزاحمة للحاكم الأول كي لا يجوز، ثم قال: { ٢ } لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفاً. واستدل المحقق النائيني رحمه الله لعدم الكفاية: بأنه بتصرف الحاكم الأول ووضع يده عليه خرج مال الطفل عن المال الذي لا ولي له، فليس للحاكم الآخر التصرف في هذا المال.

الظاهر أن هذه الكلمات أجنبية عما هو محل البحث، فإن مورد البحث كفاية رد البائع الثمن إلى الحاكم الآخر مع اشتراط الرد إلى الحاكم المشتري نفسه، ولا ريب في أنه ليس له ذلك لعدم ولايته على الحاكم الآخر، نعم إذا كان الشرط الرد إلى الحاكم كفى. فتدبر

حتى لا تبادر بالاشكال.

وأما المورد الخامس: فالأظهر عدم الكفاية، فإن الرد إلى الوارث ليس رداً إلى المورث الذي علق عليه الخيار.

وما أفاده المحقق النائيني رحمه الله: بأن الوارث ينتقل إليه المال على نحو تعلق حق المورث البائع إليه فالرد إليه كالرد إلى مورثه، غير تام، فإن ما أفاده يتم في ورثة البائع، والكلام إنما هو في ورثة المشتري.

الأمر السابع: إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك إلا برد الجميع، {١} فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ وليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع. والظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع، ولو شرط البائع الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن {٢} جاز الفسخ فيما قابل المدفوع وللمشتري خيار التبويض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدة وهل له ذلك

حكم الفسخ برد بعض الثمن

{١} الأمر السابع: لا خلاف ولا كلام في أنه إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن ليس له الفسخ إلا برد الجميع، فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ، وليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع.

كما لا كلام في أنه لو اشترط الفسخ برد بعضه له ذلك، {٢} إنما الكلام في أنه لو اشترط الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن، والكلام فيه يقع في موردين: الأول: في صحة هذا الشرط وفساده.

الثاني: في أنه على فرض فسخ البعض لو قلنا بصحة هذا الشرط هل يثبت للمشتري الخيار أم لا؟

أما المورد الأول فقد استدل للفساد بوجهين:

أحدهما: ما عن المستند، وهو: إن شرط الخيار في نفسه شرط مخالف للسنة، وإنما التزمنا به للاجماع والنصوص (١) الخاصة، ومورد النصوص شرط الخيار بالفسخ في الجميع، والتعدي يحتاج إلى دليل مفقود، والمتيقن من الاجماع غير المقام. وفيه: ما تقدم مفصلاً من أنه ليس شرطاً مخالفاً للسنة، وأنه يصح على القاعدة.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الخيار.

قبل خروجها الوجه ذلك { ١ } ويجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدة بل بجزء غير معين { ٢ } فيبقى الباقي في ذمة البائع بعد الفسخ.

ثانيهما: إن الالتزام العقدي أمر بسيط، فأما أن يجعل للمشروط له تمام الالتزام وأما يبطل. وبعبارة أخرى: إنه غير قابل للتبويض. وفيه: إن الالتزام وإن كان واحدا وإذا لم يجعل الخيار بهذا النحو كان جميع أجزاء الملتزم به متحد الحكم، ولا يجوز الفسخ في البعض. وأما إذا جعل له الخيار بهذا النحو فالالتزام المزبور ينحل إلى الالتزام بكون كل جزء من المبيع في مقابل كل جزء من الثمن، بلا ربط له بسائر الأجزاء، فكأنه التزامات عديدة، وعليه فلا مانع من فسخ البعض دون البقية، فالأظهر صحة هذا الشرط.

وأما المورد الثاني: فإن كان المجموع رد كل جزء مستقلا ولو لم يرد البقية لا خيار للمشتري قطعا، فإنه الذي أقدم على ذلك. وإن كان رد الجميع بهذا النحو فما دام لم تخرج المدة وكانت باقية لا خيار له، فإن المشتري أقدم على الفسخ تدريجا، وأما إن خرجت المدة فلم يفسخ الجميع بل فسخ البعض فحينئذ إن كان جعل الخيار له بهذا منوطا برد الثمن بتمامه تدريجا كشف ذلك عن بطلان ما فعله من الفسخ لعدم حصول المعلق عليه، وإن لم يكن منوطا به بل شرط في ضمن هذا الجعل أن يفسخ الجميع كان للمشتري خيار تخلف الشرط.

وعلى أي حال لا وجه لثبوت خيار التبويض الذي أفاده المصنف رحمه الله { ١ } وأضعف منه الالتزام بثبوتته وإن لم تخرج المدة. { ٢ } قوله بل بجزء غير معين فيبقى الباقي في ذمة البائع بعد الفسخ لا يقال إنه يبطل حينئذ للجهل بالجزء غير المعين فإنه يجاب عنه بأن هذا الجهل لا يوجب الغرر المبطل بعد ضبط مدة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، إذ لا ريب في صحة جعل الخيار مع عدم التعليق على رد الثمن فإذا لم يكن أصله معتبرا لم يكن وجه لاعتبار تعيينه.

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن { ١ } ولا اشكال في انصراف الاطلاق إلى العين ولا في جواز التصريح برد بدله مع تلفه، لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده وبدله مع تلفه، وعدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ وفي جواز اشتراط رد بدله ولو مع التمكن من العين اشكال، من أنه خلاف مقتضى الفسخ، لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخا في الحقيقة، نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي، وبالقيمة في المثلي { ٢ } أمكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة والقيمي بالمثل، ولا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمل. ويجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله والله العالم.

مسألة: لا اشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، { ٣ } وجريانه في كل معاوضة لازمة، كالإجارة والصلح والمزارعة والمساقات، بل قال في التذكرة الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافا للجمهور،

{ ١ } الكلام في صحة هذا الشرط هو الكلام في صحة شرط الخيار برد المبيع في جميع الصور الخمس أو الست المتقدمة مع جميع فروعها فلا وجه للإعادة.

{ ٢ } قوله نعم لو اشترط رد التالف بالمثل في القيمي إذ كما أن مرجع هذا الاشتراط إلى اشتراط ايفاء ولا يكون منافيا لحقيقة الفسخ، كذلك اشتراط رد البدل مع وجود العين فإن مرجعه إلى اشتراط تملك البدل بدلا عن العين المرجوعة بمقتضى الفسخ.

جريان خيار الشرط في العقود الجائزة

{ ٣ } مسألة: هل يختص خيار الشرط بالبيع أم يعم كل معاوضة لازمة، أو العقود مطلقا، أم يدخل خيار الشرط في الايقاعات أيضا؟

وتمام الكلام فيها بالبحث في مقامات

ومراداه ما يكون لازماً { ١ } 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 دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمة ولو من طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا أن يدعي من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز، ولو من الطرف الواحد، فعن الشرائع والإرشاد والدروس وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفاية، دخول خيار الشرط في كل عقد سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعتق وظاهرها 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، { ٢ } ولذا قال في الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشيخ قدس سره أنه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان: المؤمنون عند شروطهم. فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

الأول: في العقود الجائزة.

الثاني: في الإيقاعات.

الثالث: في العقود اللازمة.

أما الأول: فظاهر الشرائع، والإرشاد، والدروس، وتعليق الإرشاد، ومجمع البرهان، والكفاية دخول خيار الشرط فيها:

{ ١ } وتوجيه الشيخ كلماتهم بأن مرادهم العقود اللازمة، لا وجه له: إذ لم يذكر وجهها له سوى أن هذه العبارة التي في هذه الكتب ذكرها في التحرير بعد ما منع من الخيار في العقود الجائزة، وهو كما ترى.

{ ٢ } وكيف كان: فقد استدلل لعدم الجريان في مقابل عموم ما دل على نفوذ كل شرط وصحته (١). بوجوه:

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الخيار و - باب ٤ - من أبواب المكاتبه.

فنقول أما الايقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها { ١ }
كما يرشد إليه استدلال الحلبي في السرائر على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن
العقود، قيل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين { ٢ } كما ينبه عليه جملة من
الأخبار والايقاع إنما يقوم بواحد

منها: إنه من قبيل تحصيل الحاصل، فإن السلطنة على الفسخ فيها ثابتة دائما
ولا تنفك عنها ولا تسقط بالاسقاط.

وفيه: إن الثابت بالشرط فرد آخر من السلطنة دون ما هو من لوازمها.

ومنها: أنه يلزم اجتماع المثليين. وقد تقدم الجواب عن ذلك في خيار الحيوان.

ومنها: لزوم اللغوية، فإنها جائزة ذاتا، فجعل الخيار فيها لغو رأسا.

وفيه: إن هذه السلطنة المجعولة غير ما هو من لوازم العقد وثابت فيها، فإن تلك
السلطنة غير قابلة للمصالحة والاسقاط والإرث، وهذه قابلة لتلك، فيمكن أن ينقلها إلى
غيره بالصلح ونحوه ويرثها وارثه. فالأظهر صحة جعل الخيار فيها.

ثم إن هذه الوجوه لو تمت فإنما هي في جعل الخيار للعاقد، وأما جعله للأجنبي
فلا يجري شئ منها فيه.

وأفاد المحقق النائيني رحمه الله: إن العقود الإذنية كالوكالة لا يجري فيها الخيار لوجه
آخر،

وهو: إن اطلاق العقد عليها إنما هو لكونها واقعة بين اثنين، وإلا فنفس حقيقتها متقومة
بالإذن المحض والرضا الصرف.

وفيه: إن مجرد ذلك لا يمنع من جعل الخيار بعد كون هذا الإذن والرضا بعنوان العقد
والالتزام، وله آثار غير ما هو مترتب على الإذن المحض.

جريان الخيار في الايقاعات

{ ١ } وأما المقام الثاني: وهو أنه هل يثبت هذا الخيار في الايقاعات أم لا؟

وقد استدل لعدم دخول ذلك فيها بوجوه:

{ ٢ } منها: إن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما نبه عليه جملة من الأخبار،
والايقاع إنما يقوم بواحد.

وفيه أن المستفاد من الأخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له والمشروط عليه لا كونه متوقفا على الإيجاب والقبول، ألا ترى أنهم جوزوا أن يشترط في اعتاق العبد خدمة مدة، تمسكا بعموم: المؤمنون عند شروطهم غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد، على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول. فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى إمكان منع صدق الشرط وانصرافه { ١ } خصوصا على ما تقدم عن القاموس بعد مشروعية الفسخ في الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلط على الفسخ فيها والرجوع في العدة ليس فسخا للطلاق، بل هو حكم شرعي في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده، ومرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الإقالة، وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما في بعضها بخلاف الإيقاعات، { ٢ } فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

وفيه: إن الشرط متقوم بأمرين: مشروط له، ومشروط عليه، وهذا غير كون مورده ومحلّه متقوما بأمرين، فلو سلم احتياج الشرط إلى القبول فإنما هو محتاج إلى قبول الشرط لا قبول محلّه ومورده.

ومنها: الإجماع الذي ادعاه في المبسوط على عدم دخوله في الطلاق والعق، والذي ادعاه في المسالك على عدم دخوله في الإبراء.

وفيه: إنه مضافا إلى كونه أخص من المدعى، ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام.

{ ١ } ومنها: ما في المتن، وهو: منع صدق الشرط وانصرافه عما هو في ضمن الإيقاع وفيه: إن غاية ما يثبت بالدليل خروج الشروط الابتدائية عن تحت أدلة الشروط إما تخصيصا أو تخصصا، وأما لزوم كونه في ضمن التزامين وعدم كفاية ما هو في ضمن التزام واحد فمما لم يدل عليه دليل، بل النصوص الآتية تدل على عدم لزوم ذلك.

{ ٢ } ومنها: ما في المتن أيضا، وحاصله: إن دليل الشرط إنما يدل على إيجاب ما هو سائغ في نفسه، ومشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة

وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سببا، فإذا لم يعلم كون الفسخ سببا لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناء على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة فلا يصير سببا باشتراط التسلط عليه في متن الإيقاع هذا كله مضافا 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 تضمن الإيقاع ولو كان عقدا كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما في التحرير وجامع المقاصد

مشروعية الإقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان فيها، ولم يثبت ذلك في الإيقاعات.

وفيه: إنه لم تثبت مشروعية الفسخ في العقود - أي الفسخ الذي يجعل للمشروط له - بل الثابت عدمها قبل الشرط،

ومشروعية الإقالة والفسخ بسبب خيار المجلس أو الحيوان لا توجب مشروعية الفسخ بسبب آخر،

مع أنها غير ثابتة، بالإضافة إلى الأجنبي، ويصح جعل الخيار له. ومنها: ما أفاده المصنف رحمه الله في آخر كلامه، وحاصله: إناطة دخول الشرط بصحة التقايل، فيكون الالتزام في ضمن العقد مثلا بمنزلة رضا المتعاقدين بعده، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا في الانحلال كان الالتزام به في ضمن العقد كافيا في تسلط المشروط له على حله، وإلا فلا.

وفيه: إن اعتبار كون الالتزام بمنزلة التراضي بعد العقد لا يكون من منشآت الشارط ولم يدل دليل على كونه كذلك بحسب الجعل الشرعي فلا وجه له. ومنها: إن دليل الشرط خصص بما دل على عدم نفوذ ما خالف الكتاب والسنة، وشرط الخيار في الإيقاع أن علم كونه مخالفا للسنة من جهة كون لزومه حكما لاحقيا، فهو وإلا فالنتيجة نتيجة ثبوته في عدم جواز شرط الخيار، لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

وفيه: أنه سيجى في محله أنه في موارد الشك مقتضى أصالة عدم المخالفة البناء على شمول العموم لها.

وفي غاية المرام أن الصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط وإن وقع عما في الذمة مع جهالته أو على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط، واشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم، انتهى والكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، ولا أقل من الشك في ذلك الراجع إلى الشك في سببية الفسخ لرفع الإيقاع.

ومنها: إن الخيار ملك الفسخ والحل، ولا حل إلا بين أمرين مرتبطين، فلا يعقل في الإيقاع الذي هو التزام واحد. وفيه: إن الفسخ رفع الأمر الثابت كان واحداً أم متعدداً. ومنها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وحاصله: إن الإيقاع حيث إنه إذا أنشأ يوجد المنشأ ولا يتوقف على القبول، فالشرط الواقع بعده أما يرجع إلى الشرط الابتدائي لو لم ينط المنشأ به، وأما إلى تعليق المنشأ الذي هو باطل لو أنيط أصل المنشأ به، وأما إلى تخصيص المنشأ بخصوصية. وعلى أي تقدير فهو خارج عن الالتزام في ضمن الالتزام الذي هو محل الكلام، وهذا بخلاف العقود، فإنه يعقل فيها إناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضميمة لأحد العوضين. وفيه: إنه في العقود لا يناط المنشأ به بهذا المعنى، ولذا لا يرد من العوض بمقدار ما يقابل به الشرط، وسيأتي في باب الشروط بيان حقيقة الشرط وأنه أمر يوجد في العقد والإيقاع بلا تفاوت بينهما. فتحصل: إن الأظهر صحة شرط الخيار في الإيقاع إلا ما خرج بالدليل، ويشهد له - مضافاً إلى ذلك - النصوص الواردة فيمن يعتق عبده أو جاريته ويشترط عليه العمالة أو الخدمة. (١)

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب كتاب العتق.

وأما العقود فمنها ما لا يدخله اتفاقا، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقا. {١}

فالأول: النكاح، {٢} فإنه لا يدخله اتفاقا، كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك، الاجماع عليه ولعله لتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق {٣} وعدم مشروعية التقايل فيه. {٤}

جريان الخيار في غير البيع من العقود اللازمة

{١} وأما المقام الثالث: وهو جريان الخيار في العقود اللازمة، فملخص القول فيه: أنها على أقسام:

الأول: ما ادعى أنه لا يدخله شرط الخيار اتفاقا.

الثاني: ما اختلف فيه.

الثالث: ما يدخله اتفاقا.

{٢} أما القسم الأول: فهو النكاح وقد استدل على المنع فيه بوجوه:

{٣} أحدها: ما ذكره المنصف رحمه الله في المقام، وهو: توقف ارتفاعه شرعا على الطلاق.

وفيه: إنه لو كان دليل الطلاق دالا على عدم ارتفاعه ولو بنحو رفع علقه النكاح من دون انشاء البيونة والفرقة بغير الطلاق إما بالمنطوق أو بالمفهوم كان ما أفاده متينا جدا، ولكن حيث إنه لا يدل على ذلك فلا يصح هذا الاستدلال.

{٤} ثانيها: ما أفاده المصنف رحمه الله أيضا، وهو: عدم مشروعية التقايل فيه. وتقدم تقريبه مع جوابه.

ثالثها: ما أفاده صاحب الجواهر رحمه الله، وهو: إن فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار وفيه: إن مجرد ذلك لا يكفي لكونه عبادة لا يجري فيها الخيار، فإنه لا يعتبر فيه القربة قطعا.

رابعها: ما عن الجواهر أيضا، وهو: إن اشتراط الخيار فيه يفضي إلى ابتدال المرأة، وهو ضرر لها.

ومن الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه { ١ } وعن المسالك أنه موضع وفاق ويظهر من محكي السرائر والدروس وجود الخلاف فيه، وربما علل باشتراك القرية فيه { ٢ } وأنه فك ملك بغير عوض والكبرى في الصغرى ممنوعة، { ٣ } ويمكن الاستدلال له

وفيه: إنه مع اقدمها عليه لا يوجب دليل نفي الضرر نفيه. خامسها: إن شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح الدائم، فهو شرط مخالف لمقتضى العقد.

وفيه: إن الخيار لا ينافي الدوام، فإنه رفع للموجود لا توقيت له في البيع، ولذا في البيع لا اشكال في صحة شرطه، مع أنه أيضا انشاء للملكية الدائمة.

سادسها: إنه شرط مخالف للسنة، لأن لزوم النكاح حكمي لا حقي، ولا أقل من الشك في ذلك، فلا يجوز التمسك بالعام.

وفيه: إنه لم يثبت كونه كذلك، وقد مر أن الشك في ذلك يكفي في التمسك بالعام لأصالة عدم المخالفة.

فالأظهر أنه لا دليل على المنع سوى الاجماع المدعى في كلمات غير واحد، ولا بأس به.

{ ١ } وأما القسم الثاني: فمنه الوقف.

فقد استدل للمنع فيه بوجوه:

{ ٢ } منها: أنه يشترط القرية فيه، وما كان لله لا يرجع.

{ ٣ } والمصنف أورد عليه: بمنع الكبرى

وأورد عليه السيد قده وتبعه المحقق الإيرواني: بأنه قده سيعترف بصحة الكبرى في الصدقة.

ولكن يمكن أن يقال: إن ما ذكره في المقام لا ينافي مع ما ذكره في الصدقة، فإنه يسلم دلالة النصوص (١) المتضمنة لذلك المضمون على اللزوم غير القابل للفسخ، إلا أن منعه في

المقام من جهة عدم شمولها بما لها من المعنى للمقام فإن المراد بها ليس ما يقع في الخارج

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب كتاب الوقوف والصدقات و - باب ٦ - من أبواب الكتاب الهبات و - باب ٢٤ - من أبواب الصدقة.

بالموثقة المذكورة في مسألة شرط الواقف كونه أحق بالوقف عند الحاجة وهي قوله عليه السلام من أوقف أرضا ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث { ١ } وقريب منها غيرها وفي دلالتها 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

لله وإن أمكن أن يقع لغيره كالبيع، ولا ما يشترط في صحته الوقوع لله كالوقف، بل المراد بها ما لا يقع في ذاته إلا لله كالصدقة بالمعنى الأخص التي تكون القرية من قبيل الفصل المقوم لها لا الشرط.

ويمكن أن يورد على هذا الوجه: بمنع الصغرى أيضا، فإنه وإن كان المشهور اعتبار القرية في الوقف إلا أن الأظهر تبعا لجمع من الأساطين عدم اعتبارها للاطلاقات ولما دل على صحة وقف الكافر، واطلاق الصدقة عليه إنما يكون باعتبار الأفراد التي تقع في الخارج مع قصد القرية. وتتمام الكلام في محله.

ومنها: إنه فك ملك بلا عوض، وشرط الخيار يصح في العقود المعاوضة. وفيه أولا: إن الوقف حقيقته ليست فك الملك بل حبس العين وتسبيل المنفعة.

وثانيا: إنه قد مر جريان شرط الخيار في الايقاع فضلا عما هو بمنزلته.

ومنها خبر إسماعيل بن الفضل عن مولانا الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجت إلى شئ من المال فأنا أحق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا إلى أهله أو يمضي صدقة قال عليه السلام: يرجع ميراثا على أهله (١).

{ ١ } وموثقه الآخر (٢) المذكور في المتن

وتقريب دلالتهما: أنهما يدلان على بطلان الوقف، وليس إلا من جهة اشتماله على الشرط المزبور.

(١) الوسائل - باب ٣ - من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٣.
(٢) التهذيب ج ٩ ص ٩٥٠ طبع النجف.

وأما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف: أنه يشترط في الوقف الالتزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه ويكون الوقف باطلا كالعق والصدقة، انتهى.

لكن قال في باب خيار الشرط: أما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القربة ولا تصرف المتهب، يجوز للواهب الرجوع فيها وإن اختل أحد القيود لزمته، وهل يدخلها خيار الشرط الأقرب ذلك، انتهى. وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة، وكيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله، { ١ } بناء على أن المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيا لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة، ولو شك في ذلك كفي في عدم سببية الفسخ التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها وتوهم إمكان اثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع

وفيه: أنه يمكن أن يقال بدالتهما على الصحة بقريئة التعبير بالرجوع، إذ مع البطلان لا رجوع بل هو باق على ملكه، فيدلان على صحة الوقف والشرط، وأنه يعود إليه عند الحاجة، ثم إن مات يرثه وارثه، وعلى فرض دلالتهما على البطلان يمكن أن يكون الوجه فيه ادخال نفسه في الوقف. وقد استدل للمنع ببعض الوجوه المتقدمة، فالأظهر تبعا للمشايخ الثلاثة جواز اشتراط الخيار في الوقف. ومنه: الصدقة.

{ ١ } وقد استدل المصنف رحمه الله لعدم دخول خيار الشرط فيها: بعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله، وهي أخبار مستفيضة: منها: قوله عليه السلام (١): إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه. ونحوه غيره. وتقريب الاستدلال بها: أنها تدل على أن اللزوم حكم لماهية الصدقة، وأنها ماهية منافية للرجوع، وهذا المعنى أب عن لحوق خصوصية توجب تغير الحكم، فلا يصح جعل الخيار فيها.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ١.

ومنه الصلح، { ١ } فإن الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة، دخول الخيار فيه مطلقا، بل عن المهذب البارع في باب الصلح الاجماع على دخوله فيه بقول مطلق. وظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا. وقد تقدم التفصيل عن التحرير وغاية المرام ولا يخلو عن قرب { ٢ }

وأورد على الاستدلال بها السيد الفقيه رحمه الله: بأنه لا يصدق الرجوع إلى الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن اخراجه للمال ليس على كل تقدير، والاخراج الخياري المتزلزل ليس اخراجا حقيقيا، فالرجوع إنما يصدق مع كون المال باقيا على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك

لا مثل المقام.

وفيه: إن الرجوع الحقيقي هو رد الملك وهو المراد في هذه النصوص، إذ الرجوع الممنوع عنه في الصدقة هو ما يكون جائزا في الهبة، ومن المعلوم أن الرجوع الجائز فيها رد الملك لا التصرف في الموهوب مع بقاء الهبة، فالأظهر عدم دخول خيار الشرط فيها.

{ ١ } ومنه: الصلح.

وفيه: أقوال:

الأول: دخوله فيه مطلقا، ولعله المشهور، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

الثاني: عدم دخوله كذلك، وهو المنسوب إلى الشيخ في المبسوط والخلاف.

الثالث: التفصيل بين الصلح الذي فائدته البراء فلا يدخل فيه، وغيره فيدخل،

ذهب إليه العلامة في التحرير والمحقق الثاني في جامع المقاصد،

{ ٢ } واختاره المصنف رحمه الله

وقد استدلل للمنع في المفيد فائدة البراء بوجوه:

أحدها: ما عن غاية المرام بأن مشروعيتها لقطع المنازعة فقط، واشتراط الخيار لعود

الخصومة ينافي مشروعيتها، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم.

وفيه: أولا: إن مشروعيتها ليست لخصوص قطع المنازعة، ولذا الصلح في غير

لما تقدم من الشك في سببية الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته { ١ } ومنه الضمان: { ٢ } فإن المحكي عن ضمان التذكرة والقواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، وهو ظاهر المبسوط والأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقابل فيه، ومنه الرهن { ٣ } فإن المصرح به في غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن لأن الرهن وثيقة للدين، والخيار ينافي الاستيثاق { ٤ } ولعله لذا استشكل في التحرير وهو ظاهر المبسوط، ومرجعه إلى أن مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة، والخيار مناف لذلك.

مقام الدعوى صحيح.

وثانيا: إن مجرد ذلك لا يصلح للمنع لأنه حكمة لا علة.

{ ١ } الثاني: ما أفاده المصنف رحمه الله، قال: لما تقدم من الشك في سببية الفسخ لرفع الإبراء، أو ما يفيد فائدته. انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن الشك في السببية لا يمنع من نفوذ الشرط.

الثالث: إنه إيقاع، ولا يدخل شرط الخيار في الإيقاع.

وفيه: أولا: إنه عقد لا إيقاع، وإن كان الإبراء إيقاعا.

وثانيا: إنه قد تقدم دخوله في الإيقاع.

فالأظهر جريانه فيه مطلقا.

{ ٢ } ومنه: الضمان.

وقد استدل المحقق النائيني رحمه الله للمنع من دخول شرط الخيار فيه: بأن لزومه حكمي كالنكاح، لأن من آثاره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبراءة المديون، فارجاعه إلى ما كان لا يمكن إلا بضمان آخر.

وفيه: ما تقدم من أنه لولا الاجتماع لكنا ملتزمين بدخوله في النكاح فضلا عن الضمان

{ ٣ } ومنه: الرهن.

{ ٤ } وقد استدل للمنع فيه: بأن الرهن وثيقة، للدين والخيار ينافي الاستيثاق.

وفيه أن غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين، { ١ } ومنه الصرف فإن صريح المبسوط والغنية والسرائر عدم دخول خيار الشرط فيه، مدعين على ذلك الاجماع ولعله لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في الصرف والسلم من أن المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا ولا يبقى بينهما علاقة ولو أثبتنا الخيار بقيت العلاقة، والملازمة ممنوعة، كما في التذكرة، ولذا جزم فيها بدخوله في الصرف { ٢ } وإن استشكله أولا كما في القواعد.

ومن الثالث: أقسام البيع ما عدا الصرف ومطلق الإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فإن الظاهر عدم الخلاف فيها. واعلم أنه ذكر في التذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط في القسمة وإن لم يكن فيها رد، ولا يتصور إلا بأن يشترط الخيار في التراضي القولي بالسهم. وأما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه، بناء على وجوب ذكر الشرط في متن العقد، ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة. { ٣ } { ١ } وأجاب عنه المصنف رحمه الله: بأن غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين.

وفيه: إن المدعى منافاة الخيار والتزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

وبما ذكرناه في هذه الأبواب يظهر الحكم في سائر الأبواب التي لم نتعرض لها. { ٢ } قوله والملازمة ممنوعة كما في التذكرة ولذا جزم فيها بدخوله في الصرف لأن العلاقة الحقيقية تتعلق بالعقد لا بالعوضين فهما يفترقان ولا علاقة بينهما ولا يستحق أحدهما شيئا من صاحبه ولو كان الخيار ثابتا - ويمكن منع المقدمة الأولى، إذ لا سبيل لنا إلى اثبات أن المقصود من اعتبار التقابض ما ذكر. { ٣ } وهل يجري هذا الخيار في المعاطاة أم لا نظرا إلى أن الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي ذكره في محكي التذكرة تبعا للمبسوط.

وإن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف، والسر في ذلك أن الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلي، وذكر فيهما أيضا دخول الخيار في الصداق، { ١ } ولعله لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل، وفيه نظر وذكر في المبسوط أيضا دخول هذا الخيار في السبق والرماية للعموم.

أقول: والأظهر بحسب القواعد إناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل في العقد فمتى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد جاز تراضيها حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإن اقدمه على ذلك حين العقد كاف في ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ والالتزام وعدم الاعتراض عليه، قائما مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه وإن لم يرض فعلا

والحق: إن للعقود والشروط مقامين:

أحدهما: مقام الثبوت والتحقق، وهو مقام الالتزامات النفسانية.

ثانيهما: مقام إظهارها وإبرازها.

أما في المقام الأول فلا دخل للفظ ولا للفعل فيه،

وأما المقام الثاني فلا مانع من أن يدل على الالتزام العقدي باللفظ، وعلى الالتزام الشرطي بالفعل.

وبعبارة أخرى: إن ربط الالتزامين إنما هو في المرتبة السابقة على الإبراز، واللفظ أو الفعل كاشف عن ذلك ودال عليه، وعليه فكما أن الفعل ربما يحتف بالكلام ويوجب صرفه

عن ظاهره، كذلك يمكن أن يدل على ربط ما انكشف به بما ينكشف باللفظ، فلو قال مقارنا

للفعل بشرط كذا يكون قوله مرتبطا بفعله.

{ ١ } وعن التذكرة والمبسوط: دخول الخيار في الصداق، ولكن ربما يقال: إن

الصداق ليس عقدا كي يمكن حله وفسخه، ولكن يمكن أن يقال: إن المهر حيث لا يكون ركنا لعقد النكاح يكون من قبيل الالتزام الضمني، والفسخ يوجب رفعه، فكأنه لم يقع على الصداق أصلا والظاهر عدم الخلاف في دخول الخيار فيه، وقد عرفت أنه على القاعدة فلا حاجة إلى ما استدل به المصنف.

وأما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثرا لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضاء الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه ولا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا والله العالم.

الرابع: خيار الغبن { ١ } وأصله الخديعة، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع والغبن بالتحريك في الرأي، وهو في اصطلاح الفقهاء تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر { ٢ } وتسمية المملك غابنا والآخر مغبونا مع أنه قد لا يكون خدع أصلا، كما لو كانا جاهلين

خيار الغبن

{ ١ } الرابع: خيار الغبن وفي المتن: أصله الخديعة، ولكن الظاهر أن الغبن والخديعة يتصادقان على مورد أحيانا ولا اتحاد بينهما مفهوما، بل الظاهر أنه بسكون الوسط نقص في المعاملة والمقاسمة كما صرح بذلك أئمة الفن، وعليه فيوم التغابن في الآية الشريفة * (ذلك يوم التغابن) * (١) مستعار من تغابن القوم في التجارة.

وفي الحديث: (٢) نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس الصحة والفراغ. واستعمال الغبن فيه إنما هو من جهة أن اشتغال المكلف أيام الصحة والفراغة بالأمر الدنيوية الدنية يوجب كونه مغبونا لأنه قد باع أيام الصحة والفراغة بشئ لا قيمة له، وهو بتحريك الوسط نقص في العقل والرأي، وفي المجمع: وغبن رأيه غبنا من باب تعب، قلت: فطنته وذكاؤه، ومغابن البدن الأرفاغ والآباط الواحد المغبن كمسجد، ومنه حديث الميت: فامسح بالكافور جميع مغابنه. (٣) وبما ذكرناه يظهر أن ما أفاده الفقهاء في تفسيره { ٢ } وهو تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر ليس من جهة أن لهم اصطلاحا خاصا وإنما يطلقونه بما له من المعنى اللغوي

(١) سورة التغابن: ٩.

(٢) سفينة البحار ج ٢ ص ٣٠٥.

(٣) جامع أحاديث الشيعة - باب ٦ - من أبواب تحنيط الميت حديث ١.

لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع { ١ } والمراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه الشرط، فلو باع ما يساوي مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن لأن المبيع يبيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم وهكذا غيره من الشروط.

والظاهر أن كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه { ٢ } بخلاف الجهل بقيمته، ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا وعن نهج الحق نسبتته إلى الإمامية. وعن الغنية والمختلف الاجماع عليه صريحا، نعم المحكي عن المحقق قدس سره في درسه انكاره ولا يعد ذلك خلافا في المسألة { ٣ } كسكوت جماعة عن التعرض له.

{ ١ } قوله لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع بناء على ما ذكرناه يكون تسمية المملك غابنا والآخر مغبونا في مورد جهلها على طبق المعنى اللغوي لا للغلبة.

{ ٢ } قوله والظاهر أن كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه ربما تكون الزيادة يسيرة جدا، بمقدار لا يصدق الغبن من جهة أن تحديد القيمة بحد ليس على وجه التحقيق بل على نحو التخمين، وربما تكون بمقدار يصدق ذلك وفي مثل ذلك لا دليل على عدم ثبوت الخيار بعد عموم دليله.

وكيف كان: فإذا ثبت الغبن يثبت للمغبون الخيار كما هو المشهور بين الأصحاب، وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه، ولم ينقل الخلاف إلا عن الإسكافي والمحقق.

{ ٣ } وما أفاده المصنف رحمه الله من أن انكاره في مجلس درسه أعم من كون فتواه ذلك

كما ترى،

وسكوت جماعة من القدماء عن التعرض له لا يكون كاشفا عن خلافهم بعد دعوى غير واحد الاجماع عليه.

وعلى أي حال لا يكون حجة بعد معلومية المدرك، فالعمدة ملاحظة أدلتهم.

نعم حكى عن الإسكافي منعه وهو شاذ، واستدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى: * (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * . { ١ } قال: ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض وتوجيهه أن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبني على عنوان مفقود، { ٢ } وهو عدم نقصه عنه في المالية، فكأنه قال: اشترت هذا الذي يسوي [يساوي] درهما بدرهم، فإذا تبين أنه لا يسوي [يساوي] درهما تبين أنه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بل كان كسائر الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها، إلا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم ولم يرض به، فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولي والمكره

وقد استدل لثبوت هذا الخيار بوجوه:

{ ١ } الأول: ما عن التذكرة، وهو قوله تعالى * (إلا أن تكون تجارة عن تراض) * (١) قال: ومعلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض، وحيث إن ظاهر ذلك مانعية

الكرهية التقديرية مع الرضا الفعلي، وجهه المصنف رحمه الله بقوله: { ٢ } وتوجيهه أن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبني على عنوان مفقود

وحاصله: إن الرضا الفعلي مفقود، بتقريب: إن الرضا متعلق بعنوان مفقود وهو عدم نقصه عنه في المالية، وحيث إن العنوان المفقود وصفي في المبيع فلا يوجب تخلفه إلا الخيار

كما في سائر موارد تخلف الوصف، فالآية تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض غير المساوي كان كالرضا السابق، فكما أن الرضا السابق بالفاقد للوصف مؤثر في

اللزوم كذلك الرضا اللاحق مؤثر فيه، فإن رضا المالك المتأخر إذا كان مؤثرا في الصحة وفي انعقاد البيع في الفضولي والمكره كان رضاه المتأخر أولى بالتأثير في لزومه بعد صحته.

وبما ذكرناه في تقريب هذا الوجه اندفع إيراد المحقق السيد الفقيه رحمة الله عليه

(١) النساء آية ٢٩.

ويضعف يمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس إلا من قبيل الداعي الذي لا
يوجب تخلفه شيئا، { ١ } بل قد لا يكون داعيا أيضا. { ٢ }
كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على
أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته والتفت إلى احتمال ذلك مع أن أخذه على
وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر في متن العقد، { ٣ }

بأن مقتضى البيان المذكور بطلان البيع لا الخيار كما هو مقتضى قوله: فإذا حصل... الخ
فإنه

أيضا إنما يناسب البطلان بدون الرضا، وإلا فمع فرض الدلالة على عدم الزوم لا حاجة إلى
اجراء فحوى حكم الفضولي والمكره، انتهى.
وأجاب المصنف رحمه الله عنه بأجوبة:

{ ١ } أحدها: إن الوصف المذكور من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئا.
وفيه: إن الداعي هو الغرض من الفعل والعلة الغائية له، ومن المعلوم أن عنوان ما
يساوي بالثمن ليس علة غائية للفعل.

{ ٢ } ثانيها: إنه قد لا يكون داعيا أيضا، كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون
ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على أخذ الشيء وإن كان ثمنه أضعاف قيمته والتفت إلى
احتمال ذلك.

وفيه: إنه في مثل هذا المورد لا يكون خيار الغبن ثابتا لاقدامه عليه.

{ ٣ } ثالثها: إن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر في متن العقد.
وفيه: إن هذا يصلح وجهها لعدم ثبوت خيار تخلف الشرط لا لعدم ثبوت خيار
الغبن الثابت بالتعبد على الفرض.

فالأولى أن يورد عليه أولا: بما تقدم في مبحث المعاطاة وبيع المكره من أن الاستثناء
في الآية الشريفة منقطع غير مفرغ، فلا تدل على الحصر، ولا على عدم جواز الأكل بغير
التجارة عن تراض.

وثانيا: إن العنوان المشار إليه لا يكون قييدا للمبيع فضلا عن كونه عنوانا له.
وثالثا: إنه لو سلم كونه عنوانا للمبيع وقيدا في متعلق الرضا على نحو وحدة

ولو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى: * (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) * كان أولى { ١ } بناء على أن أكل المال على وجه الخدع يبيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة وعدم نفوذ رده أكل المال بالباطل، أما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد أكلا 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: * (إلا أن تكون تجارة عن تراض) * بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي، فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم، { ٢ } إلا أن يقال إن التراضي مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلا بالباطل، { ٣ }

المطلوب لزم منه بطلان المعاملة، وإلا كان داخلا في منطوقها. فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

{ ١ } الثاني: قوله تعالى * (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) * . (١) وتقريب ما أفادوه في تقريب الاستدلال هو: إن البيع الغبني إذا وقع على وجه الخديعة يكون الأكل به أكلا بالباطل، وهو حرام سوء في ذلك قبل تبين الخديعة أو بعده، وسواء رد المغبون أم لم يرد، نعم لو تبين ورضي المغبون لا يكون أكلا للمال بالباطل، وحرمة الأكل بعد الرد مساوقة لتأثيره وأن له ذلك، ومقتضى اطلاق الآية وإن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخديعة إلا أنه خرج بالإجماع وبقي ما بعد اطلاع المغبون ورده للمعاملة.

{ ٢ } وأجاب المصنف عنه بما حاصله: إن قوله تعالى * (إلا أن تكون تجارة عن تراض) * بناء على ما تقدم من وجود الرضا الفعلي قبل تبين الخديعة يدل على لزوم هذه التجارة، فيتعارضان فيرجع إلى أصالة اللزوم. ثم استدرك عن ذلك بما حاصله: { ٣ } إن مورد آية التجارة عن تراض إنما هو قبل تبين الخديعة ورد المغبون، وتدل الآية على أنه سبب صحيح، ومورد آية النهي عن الأكل بعد التبين ورد البيع ولا تعارض بين كونه سببا صحيحا في نفسه

(١) النساء: ٢٩.

ويمكن أن يقال: إن آية التراضي يشمل غير صورة الخدع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بإضعاف قيمته فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارضة فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل { ١ } فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل وتكافؤهما إلى أصالة اللزوم. واستدل أيضا في التذكرة بأن النبي صلى الله عليه وآله أثبت الخيار في تلقي الركبان وإنما أثبتته للغبن، { ٢ }

إلا أنه من جهة تعنون التصرف الواقع بعد هذا السبب بعنوان آخر، وهو كون الأكل بعد رد المغبون أكلا بالباطل يصير منهيًا عنه، وعلى هذا فكلمة (لا) في قوله ولا يخرج ليست زائدة كما توهمه جمع منهم المحقق الإيرواني رحمه الله. وبالجملة: بعد فرض أن لكل منهما موردا مختصا به، فلا تعارض بينهما. { ١ } ثم أورد عليه بوجه آخر وحاصله: إن مورد كل منهما وإن كان غير مورد الآخر إلا أنه من جهة عدم القول بالفصل بين الموردين يتحقق التعارض بالعرض. ولكن يرد على الاستدلال بالآية: إن التجارة المفروضة بما أنه يصدق عليها التجارة عن تراض لا تكون مشمولة لآية النهي، أما من جهة عدم تصادقهما على مورد واحدا ومن جهة الاستثناء، وأما الأكل بعد رد المغبون فمضافا إلى عدم كونه مشمولا للآية لأن نظرها إلى التصرفات المعاملية بقرينة كلمة بينكم الظاهرة في اعطاء مال وأخذ مال، أنه من جهة كونه بعد التجارة عن تراض لا يكون مشمولا لها. وبذلك ظهر عدم تمامية الجواب الثاني الذي أفاده المصنف رحمه الله. { ٢ } الثالث: النبوي الذي استدل به جماعة من الأصحاب: إن النبي صلى الله عليه وآله نهى أن يتلقى الجلب، فإن تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق. (١)

(١) أخرجه مسلم في ٢١ كتاب البيوع حديث رقم ١٧٠. وأخرجه أبو داود في ٢٢ كتاب البيوع باب في التلقي حديث رقم ٣٤٣٧. ورواه الشيخ في الخلاف ج ٢ ص ٧٦ طبع قم عن أبي هريرة.

ويمكن أن يمنع صحة حكاية اثبات الخيار لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل { ١ } وأقوى ما استدل به على ذلك في التذكرة وغيرها قوله صلى الله عليه وآله لا ضرر ولا ضرار في الاسلام { ٢ }

والكلام فيه يقع أولا: في سنده، وثانيا: في دلالاته. أما من حيث السند: { ١ } فقد أورد عليه المصنف رحمه الله بعدم وجوده في الكتب المعروفة بين الإمامية، فلا يقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

وفيه: إنه مع تسليم العمل كما هو كذلك، فإن المحكي عن الشيخ في الخلاف الاستناد إليه، وكذلك ابن زهرة في الغنية، مع أنه لا يعمل إلا بالمقطوع به من الأخبار، والظاهر أنه مشهور عند قدماء الأصحاب ولذا يعدون غبن الركبان من أحد أسباب الخيار، وظاهر التذكرة الاستناد إليه، لا وجه لعدم البناء على الانجبار، إذ لا يشترط في الجبر وجود الرواية في الكتب المعروفة، مع أنه موجود في الغنية. وقد يقال: إن قول ابن زهرة: نهى النبي صلى الله عليه وآله إلى آخر الحديث يشعر باذعانه بمضمون الخبر، فهو توثيق لجميع من في سند الخبر المحذوفين، فتشمله أدلة حجية الخبر الواحد.

وفيه: إن غاية ما يثبت بذلك اذعانه بمضمون الخبر، وحيث يحتمل أن يكون ذلك للقرائن الخارجية فلا يكون توثيقا للوسائط، فالعمدة ما ذكرناه. وأما من حيث الدلالة فيرد عليه: إنه لا يدل على أن ما أثبتته من الخيار هو خيار الغبن، بل مقتضى اطلاقه بالنسبة إلى غير مورد الغبن عدمه، وقد أفتى الحلبي بثبوت هذا الخيار مع عدم الغبن.

{ ٢ } الرابع: حديث: لا ضرر ولا ضرار في الاسلام. (١)

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب موانع الإرث والتذكرة المسألة الأولى من خيار الغبن وهو مروى مع حذف كلمة في الاسلام في الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار وباب ١٢ و ٧ من أبواب كتاب احياء الموات وباب ٥ من أبواب كتاب الشفعة وفي الكتب الأخر وأيضاً مروى مع إضافة كلمة على مؤمن في الوسائل في جملة من الأبواب وفي المستدرک وغيرهما.

وكان وجه الاستدلال أن لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه، واضرار به فيكون منفيًا، فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر ولم يسوغ اضرار المسلمين بعضهم بعضًا، ولم يمتص لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضي عليه، ومنه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرارا على الممضي عليه، سواء كان من جهة الغبن أم لا، وسواء كان في البيع، أم في غيره كالصلح الغير المبني على المسامحة والإجارة وغيرها من المعاوزات، هذا.

ولكن يمكن الخدشة في ذلك بأن انتفاء اللزوم وثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد والامضاء بكل الثمن، { ١ } إذ يحتمل أن يتخير بين امضاء العقد بكل الثمن ورده في المقدار الزائد، { ٢ } غاية الأمر ثبوت 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 أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض، كما عليه الأكثر في معاوزات المريض المشتملة على المحاببات، وإن اعترض عليهم العلامة بما حاصله أن استرداد بعض أحد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة { ٣ } .

بتقريب: إن لزوم مثل هذا البيع وعدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه واضرار به، فيكون منفيًا.

وأورد عليه بوجوه:

{ ١ } الأول: ما عن المصنف رحمه الله من: أن حديث لا ضرر لا يدل على ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن كما هو المدعى، فإنه يمكن تدارك الضرر بأحد أنحاء ثلاثة:

الأول: الخيار بين امضاء العقد بكل الثمن، ورده كذلك

{ ٢ } الثاني: الخيار بين رد مقدار ما تضرر به من المثل أو الثمن. وبين امضاء العقد بكل الثمن.

وظاهر صدر كلامه - بل صريحه - إرادة الرد من عين الثمن أو المثل، { ٣ } ولذا أورد عليه ما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة

ولكن ظاهر عبارته المتأخرة - منها قوله: فالمبدول غرامة، ومنها قوله: إن المبدول ليس هبة،

ويحتمل أيضا أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ في الكل. ومن تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله، ومرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن، التفاوت، { ١ } فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير امضاء البيع، لا هبة مستقلة، كما في الإيضاح وجامع المقاصد حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، وسيجيئ ذلك، وما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة في التذكرة واحتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين رد التفاوت وبين الالتزام بفسخ المشتري.

وحاصل الاحتمالين عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل، ولعل هذا هو الوجه في استشكل العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعدمه، كما يظهر من الرياض،

ولا جزء من أحد العوضين - إرادة رد مقدار منه أو بدله غرامة. { ١ } الثالث: تخيير الغابن بين رد الزائد غرامة وفسخ المغبون، نظير ما احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحة في اخباره برأس المال وبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشتري.

والظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين الأخيرين اللذين حاصلهما عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت أولى من اثبات الخيار، لأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر عليه، وهذا وإن كان لا يصلح لمعارضة ضرر المغبون إلا أنه يصلح لترجيح أحد الاحتمالين المذكورين على ما هو المشهور من ثبوت الخيار. ولا يخفى أن المصنف رحمه الله لا يدعي أن بذل التفاوت تدارك للضرر، والحديث ينفي الضرر غير المتدارك، فإن ذلك خلاف مبناه، بل يدعي أن اللزوم عبارة عن عدم التسلط على حل العقد، بالإضافة إلى تمام الثمن، وبالإضافة إلى المقدار الزائد، وعدم التسلط

ثم إن المبدول ليس هبة مستقلة حتى يقال إنها لا تخرج لمعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه ولا جزء من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعا بين جزء المعوض وتمام العوض منافيا لمقتضى المعاوضة، بل هو غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الأرش في المعيب.

ومن هنا ظهر الخدشة فيما في الإيضاح وجامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب، بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية لأنها هبة مستقلة حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه، إذ لا ريب في أن من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره، انتهى بمعناه، وجه الخدشة ما تقدم

على حله مع عدم بذل الغابن لما به التفاوت وارتفاع هذا اللزوم كما يكون بثبوت السلطنة على الحل في الجميع كذلك بثبوتها على الحل في المقدار الزايد، وبثبوتها على الحل مع عدم بذل ما به التفاوت، فلا يتعين ارتفاع اللزوم الضروري بالنحو الأول. فتدبر فإنه دقيق.

ولكن يرد عليه: إن بذل مقدار من أحد العوضين غير صحيح، فإنه مناف لمقتضى المعاوضة كما اعترف به في أثناء كلامه، وبذل ما به التفاوت بعنوان الغرامة بلا وجه، فإن الغرامة عبارة عن تدارك ما اشتغلت به الذمة، ومجرد كون الطرف غابنا لا يصير سببا لضمانه، فلا محالة يكون هبة، وهي لا توجب انقلاب المعاملة عن كونها غبنية. وبالجملة: إن اللزوم لا معنى له سوى عدم السلطنة على حل العقد في تمام الثمن، ونفي ذلك لا يقتضي سوى الجواز المشهور.

الثاني: ما عن المحقق النائيني رحمه الله، بناء على أن لا يكون اعتبار التساوي في المالية من قبيل الشرط الضمني، بأن مفاد حديث لا ضرر أن الحكم الذي ينشأ منه الضرر بحيث يكون الضرر عنوانا ثانويا له فهو مرفوع دون ضرر لا يكون عنوانا للحكم، بل يكون عنوانا لنفس فعل المكلف، وباقدام واختيار صدر الفعل عنه، ومنشأ الضرر في المقام ليس حكم الشارع، لأن العاقد من دون أن يكون ملزما شرعا أقدم على المعاملة

من احتمال كون المبدول غرامة لما أتلفه الغابن على المغبون قد دل عليه نفي الضرر. وأما الاستصحاب ففيه أن الشك في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل، ثم إن الظاهر أن تدارك ضرر، المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من اثبات الخيار له، لأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصا النقود ونقض الغرض ضرر وإن لم يبلغ حد المعارضة لضرر المغبون، إلا أنه يصلح مرجحا لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الرد والامضاء بكل الثمن إلا أن يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتنائها للتجمل. وقد يستكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل، فتأمل.

فلا معنى لرفعه.

وفيه: إن المعاملة الغبنية الواقعة - مع قطع النظر عن حكم الشارع بالصحة واللزوم - لا تكون ضرورية لفرض بقاء ماله على ملكه، ومع فرض حكمه بالصحة دون اللزوم يكون حدوثا ضروريا وبقاء غير ضروري، فاللزوم منشأ لضرورية المعاملة بقاء، فهو يكون مرفوعا بحكم الحديث.

الثالث: ما أفاده جمع منهم المحقق الإيرواني رحمه الله، وهو: إن الضرر ينشأ من الحكم بالصحة، وملك اليسير في مقابل الكثير لا من الحكم باللزوم، وإنما الفسخ علاج لما وقع فيه

من الضرر، فكان الحكم بالخيار معالجة للضرر، وليس مفاد دليل نفي الضرر تشريع ما يعالج به الضرر الواقع فيه المكلف باختياره، وإنما مفاده رفع ما يقتضي الضرر من الأحكام، فنتيجة دليل نفي الضرر هو خروج المعاملة الغبنية عن أدلة الصحة والحكم بفسادها.

وفيه: ما تقدم من أن الصحة واللزوم كلاهما ضرريان، تلك باعتبار حدوث المعاملة وذلك باعتبار بقائها، نعم يبقى حينئذ سؤال وهو: إنه ما الموجب للتفكيك والحكم

بالصحة دون اللزوم؟ والجواب: إن الصحة لا تكون مشمولة له لوجهين:

وقد يستدل على الخيار بأخبار واردة في حكم الغبن، { ١ } فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: غبن المسترسل سحت، وعن الميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال غبن المؤمن حرام،

أحدهما: الاجماع.

ثانيهما: إن حديث لا ضرر إنما ينفي الحكم الذي في رفعه منة، ورفع الصحة لا امتنان فيه، بخلاف رفع اللزوم.

هذا بناء على كون المرفوع في الحديث الحكم الذي ينشأ منه الضرر، وأما بناء على مسلك المحقق الخراساني رحمه الله من أن مفاد الحديث نفي الحكم بلسان نفي الموضوع، وأنه إنما ينفي الحكم الذي يكون موضوعه ضرريا، فالأمر واضح، فإن الصحة إذا كانت ضرورية فهي لا ترتفع بالحديث، وبما أنها موضوع للزوم فيكون اللزوم مرفوعا.

الرابع: ما عن المحقق الخراساني رحمه الله، وهو: إن غاية ما يثبت بحديث لا ضرر هو مجرد السلطنة على الحل الموجود مثلها في الهبة لا الخيار الذي يعد من الحقوق، ويقبل الاسقاط، ويكون حقا خارجيا لا دخل له بالجواز، فإن لسان الحديث هو النفي لا الإثبات.

ما أفاده رحمه الله لا بأس به بناء على شمول الحديث له، وأولى من ذلك المنع من شموله له، فإن اللزوم ليس حكما وجوديا مجعولا، بل هو أمر عدمي، وهو عدم السلطنة على الحل. وقد حققنا في محله أن حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام العدمية، فإن النفي إنما يتعلق بما هو وجودي، والعدم ليس شيئا قابلا لتعلق النفي به إلا بالعناية.

{ ١ } الخامس: أدلة هذا الخيار النصوص الواردة في حكم الغبن، لاحظ خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: غبن المسترسل سحت. (١) وخبر ميسر عنه عليه السلام: غبن المؤمن حرام. (٢)

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ١ وذكره في باب ٩ من أبواب آداب التجارة.
(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

وفي رواية أخرى لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل
وعن مجمع البحرين: أن الاسترسال: الاستئناس والطمأنينة إلى الانسان
والثقة به فيما يحدثه وأصله السكون والثبات، ومنه الحديث أيما مسلم استرسل إلى
مسلم فغبنه فهو كذا ومنه غبن المسترسل سحت انتهى.
ويظهر منه أن ما ذكره أولاً حديث رابع والانصاف عدم دلالتها على المدعي،
فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة، { ١ } فيحتمل كون
الغبن بفتح الباء.

والمرسل: لا يغبن المسترسل فإن غبنه لا يحل. (١)
وخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله صلى
الله عليه وآله:

غبن المسترسل ربا. (٢)
وخبر دعائم الاسلام عن مولانا الصادق عليه السلام - في حديث - : وإن كان أمرا فاحشا
وغبنا بينا - إلى أن قال - ثم قيل للمشتري: إن شئت خذها بمبلغ القيمة وإن شئت فدع.
(٣)

ولكن يرد على هذا الوجه: إن أكثر هذه الأخبار ضعيفة الاسناد، لأن في طريق
الأول أبا جميلة، والثالث مرسل، وفي طريق الرابع، أحمد بن علي بن إبراهيم، وهو لم
يوثق،
والخامس مرسل.

وأما من حيث الدلالة فالأخير صريح فيما ذكر، والبقية لا تدل على ذلك،
{ ١ } أما الثاني والثالث فقد استظهر المصنف رحمه الله دلالتهما على حرمة الخيانة في
المشاورة، ثم قال: فيحتمل كون الغبن بفتح الباء.
ولكن كان بفتح الباء أو سكونها لا دخل لهما بما أفاده كما ستعرف،
مع أن الظاهر كونه بسكون الباء، إذ هو بالفتح لازم، وقد استعمل في الخبر متعديا.

-
- (١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب آداب التجارة حديث ٧.
(٢) المستدرک - باب ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.
(٣) المستدرک - باب ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٢.

وأما الرواية الأولى فهي وإن كانت ظاهرة فيما يتعلق بالأموال، لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل { ١ } والخديعة في أخذ المال، ويحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان، { ٢ } ويحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة وهي اطلاع المغبون ورده للمعاملة المغبون فيها، ولا ريب في أن الحمل على أحد الأولين أولى ولا أقل من المساواة للثالث، فلا دلالة، فالعمدة في المسألة الاجماع المحكي المعتضد بالشهرة المحققة، وحديث نفي الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت، ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل.

والحق أن يقال: إن النهي إما بملاحظة تضمنه للمكر والخديعة، أو بملاحظة أن المعاملة المشتملة على الزيادة إذا صدرت عن علم وعمد حرام، وعلى أي تقدير غاية ما يثبت بهما الحرمة التكليفية دون الفساد أو الجواز. وأما الخبر الأول فالسحت وإن كان في نفسه ظاهراً فيما يتعلق بالأموال، إلا أنه من جهة حمله على الغبن الظاهر في المعنى المصدرى لا بد من التصرف في أحدهما إما بإرادة المال المغبون فيه من الغبن ثم تقييده بما بعد فسخ المغبون للاجماع على عدم حرمة قبل ذلك، أو بإرادة الحرام من لفظ السحت، ولا ريب في أظهرية الثاني. وهذا الذي ذكرناه أولى مما أفاده المصنف رحمه الله { ١ } من الحمل على أن الغابن بمنزلة آكل السحت، { ٢ } أو الحمل على إرادة كون المقدار الزائد عما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة والضمان.

السادس: إن الغرض النوعي في المعاملات المعاوضية الذي عليه بناء العقلاء في معاملاتهم حفظ مالية أموالهم مع التبديل باعطاء مال وأخذ ما يقوم مقامه في المالية، وهذا شرط ضمني ارتكازي في جميع المعاملات غير المبنية على التسامح، ومثل هذا الغرض النوعي العقدي يكون العقد بما هو مبنياً عليه، ولا يعتبر ذكره صريحاً في متن العقد.

وبعبارة أخرى: إن بناء العقلاء وإن كان على عدم ترتيب الآثار على الالتزامات

مسألة: يشترط في هذا الخيار أمران: { ١ }
الأول: عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بالقيمة فلا خيار بل لا غبن، { ٢ } كما
عرفت بلا خلاف ولا اشكال، لأنه أقدم على الضرر، { ٣ }

النفسانية ما لم تبرز ولم تنشأ، إلا أن ذلك، في غير الشروط المبني عليها العقد،
وفي تلك بنائهم على الترتيب، بل يرون ذلك بحكم الذكر، وعليه فتخلفه موجب للخيار
من باب تخلف الشرط.

فتحصل: إن دليل هذا الخيار الالتزام الضمني.

اعتبار عدم علم المغبون بالقيمة

وتمام الكلام بالبحث في مواضع.

{ ١ } الأول: أنه يشترط في هذا الخيار أمران:

{ ٢ } أحدهما: عدم علم المغبون بالقيمة فلو علم بها لا خيار بلا خلاف ولا اشكال
في ذلك.

والوجه في ذلك بناء على الوجه المختار - وهو الالتزام الضمني - واضح، فإنه مع

علمه بالقيمة لا بناء ولا شرط، ويكون اقدمه اسقاطا للشرط المزبور

وأما بناء على كون المدرك حديث لا ضرر،

{ ٣ } فقد يقال كما في المتن وعن المحقق النائيني رحمه الله: إنه أقدم على الضرر.

توضيحه: إن منشأ الضرر إذا كان حكم الشارع يكون منفيًا بالحديث، وإن كان

فعل المكلف لا يكون حكمه مشمولاً له، ومع العلم بالضرر واقدمه عليه يكون منشأ

الضرر فعل المكلف، فلا يشمل الحديث.

وفيه: إنه في صورة العلم بالضرر والاقدام بقاء المعاملة ولزومها منشأ لبقاء الضرر،

إذ لو كانت المعاملة جائزة وتمكن المكلف من التخلص عن الضرر بالفسخ لا يكون

الضرر

باقياً، فحكم الشارع باللزوم ضرري يكون مشمولاً للحديث.

هذا بناء على تسليم المبني وأن حديث لا ضرر إنما ينفي الحكم الذي يكون

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلا من القيمة بالمرة أو ملتفتا إليها، ولا بين كونه مسبوقا بالعلم وعدمه، ولا بين كونه الجهل المركب والبسيط مع الظن بعدم الزيادة والنقيصة أو الظن بهما أو الشك، { ١ } ويشكل في الأخيرين إذا أقدم على المعاملة بانيا على المسامحة على تقدير الزيادة والنقيصة فهو كالعالم، بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانيا على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم، ومن حيث معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه والحاصل أن الشاك الملتفت إلى الضرر مقدم عليه، { ٢ } ومن أن مقتضى عموم نفي الضرر واطلاق الاجماع المحكي ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم

منشأ للضرر، وأما بناء على القول بشموله لما إذا كان موضوع الحكم ضرريا ويرفع حكمه فالأمر أوضح، فالحق في وجه عدم الشمول أن يقال: إن الحديث إنما ينفي الحكم الذي في رفعه منة، ومع العلم بالغبن والضرر واقدامه عليه لا يكون نفي اللزوم امتنانيا، فلا ينفيه الحديث. وينبغي التنبيه على أمور:

{ ١ } الأول أنه لا خلاف ولا كلام ولا اشكال في ما إذا كان غافلا من القيمة أو ملتفتا مع كونه عالما أو مطمئنا بالتساوي، وأنه في هذين الموردين يثبت الخيار، كما لا اشكال في عدم ثبوت الخيار مع علمه بعدم التساوي، إنما الكلام فيما إذا كان شاكا أو ظانا بالظن غير المعتبر، فإن كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد يقال كما في المكاسب وتبعه غيره: بأنه يثبت الخيار، { ٢ } إذ الحديث يدل على النفي في غير مورد الاقدام، ولا يصدق الاقدام على الضرر مع رجاء عدم الضرر. وفيه: إنه مع الاحتمال إن كانت المعاملة معلقة على المساواة بطلت، وإلا فلا محالة يكون مقوما على المعاملة كيفما كانت القيمة، فلا محالة يكون مقوما على الضرر، ألا ترى أن من يحتمل أن يكون في طريقه سبع يفترسه لو مشى من ذلك الطريق يصدق أنه

بل مطلق الشاك ليس مقدما على الضرر، بل قد يقدم برجاء 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 يقدم عليه، نعم لو صرح في العقد بالالتزام به ولو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعا إلى اسقاط الغبن، ومما ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل وإن كان قادرا على السؤال، كما صرح به في التحرير والتذكرة، ولو أقدم عالما 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 منفردا، أو بما لا يتسامح ففي الخيار وجه،

أقدم على ذلك وينسب الفعل إليه، فعلى هذا المسلك لا بد من البناء على سقوط الخيار. وأما بناء على الالتزام الضمني فالأظهر ثبوت الخيار، إذ لا اختصاص بالشرط سواء كان صريحا أم ضمنيا ثابتا ببناء العقلاء بصورة العلم، بل الغالب هو الشرط في صورة الشك.

ثانيها: لو أقدم عالما على غبن فبان أزيد، فتارة يكون ما أقدم عليه مما يتسامح به وأخرى يكون مما لا يتسامح به، وعلى كل تقدير، قد تكون الزيادة مما يتسامح به، وأخرى مما لا يتسامح به.

فصور المسألة أربع:

{ ١ } الأولى: أن يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما يتسامح به منفردا ولا يتسامح به منضمًا، ففي المتن فلا يبعد الخيار وقد اختار المحقق النائيني رحمه الله عدم سقوط الخيار فيها من جهة أن المجموع لم يكن

مقدما عليه، والاقدام على القدر المتسامح به لا أثر له لكونه مقيدا بهذا المقدار. وفيه: إن المجموع مركب من المقدار الذي أقدم عليه، والمقدار الذي يتسامح

ثم إن المعتبر القيمة حال العقد فلو زادت بعده ولو قبل اطلاق المغبون على النقصان حين العقد لم ينفذ لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه والمعاملة وقعت على الغبن. ويحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر، { ١ } كما لو برأ المعيوب قبل الاطلاق على غبنه بل في التذكرة أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد، وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله، { ٢ } لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته

في موضوعه، ولعل هذا مراد المصنف رحمه الله حيث قال:
{ ١ } ويحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر.
وما ذكره وجهها للخيار قبل ذلك بأن الزيادة قد حصلت في ملكه والمعاملة وقعت على الغبن،
لا يفيد، فإنه وإن حصلت الزيادة في ملكه إلا أنها توجب ارتفاع الضرر من بقاء المعاملة،
وإن كان المدرك الالتزام الضمني فالشرط الضمني ليس خصوص التساوي حين العقد، فإن المقصد الأصلي تسلم شيء لا ينقص ماليته عن مالية ما أعطاه،
فالزيادة بعد العقد قبل القبض توجب عدم الخيار قطعاً،
وكذلك الزيادة بعد القبض قبل الرد إن كان في زمان قصير، وإلا فيمكن أن يقال بسقوط الخيار أيضاً من جهة أن حدوث الخيار وبقائه تابعان لانتفاء الشرط، فإذا حصل الشرط ارتفع الخيار.
فتحصل: إن الأقوى سقوط الخيار في موارد الزيادة بعد العقد وقبل الرد.
{ ٢ } قوله وأشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله
لما أشكل على ثبوت الخيار في صورة الزيادة بعد العقد وقال ويحتمل عدم الخيار قال وأشكل منه الخ يعني احتمال عدم الخيار في الصرف والسلم أظهر إن ارتفع الغبن بعد العقد وقبل القبض إذ الملك انتقل إليه من غير نقص فلم يتوجه إليه ضرر لا أنه توجه وارتفع كما في الفرض السابق.

نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد، { ١ } كما صرح به العلامة في
الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجود اقباض الزائد في مقابلة الناقض، لكن
ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض ولو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد، { ٢ }
فإنه لا عبرة بهما اجماعاً كما في التذكرة، ثم إنه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد، بل
العبرة بعلم الموكل وجهله. { ٣ }

{ ١ } قوله نعم لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد... يثبت الخيار
بعد ما وجه عدم ثبوت الخيار في الفرض الثاني: بعدم توجه الضرر إليه، توجه إلى
اشكال وهو أنه

إذا وجب التقابض فقبل ارتفاع الغبن المفروض وجوب الاقباض ونفس حكم
الشارع بوجود اقباض الزائد ضرر ينفيه الحديث وحيث إنه من لوازم لزوم العقد بل
لا معنى للزوم في هذه المعاملة إلا ذلك فيرتفع المنشأ وهو اللزوم فيثبت الخيار فيكون
حكم هذه المعاملة حكم المعاملات الأخر المذكور في الفرض السابق
وبهذا البيان اندفع إيراد المحقق الإيرواني رحمة الله عليه بأنه يرتفع بالحديث وجوب
الاقباض لا أنه يثبت به الخيار

ولكن يرد عليه ما تقدم في خيار المجلس من ضعف المبنى.

{ ٢ } قوله ولو ثبتت الزيادة أو النقيصة بعد العقد فإنه لا عبرة بهما
مورد الكلام فيما ذكره سابقاً وأشكل فيه ما إذا كان الغبن موجوداً ثم ارتفع وفي المقام
ما إذا لم يكن حين العقد موجوداً بل تحقق بعد العقد وقد ادعى قده الاجماع على عدم
ثبوت الخيار

لا عبرة بعلم مجري الصيغة

{ ٣ } رابعها: هل العبرة بعلم الوكيل، أو الموكل، أو هما معاً؟ وجوه،

وملخص القول فيه: إنه

لا اشكال في أن الوكيل في مجرد اجراء الصيغة لا عبرة بعلمه ولا بجهله، ولا يثبت له

الخيار، وأما الوكيل المفوض، فالكلام فيه في موردين:

الأول: في أنه متى يثبت الخيار.

الثاني: فيمن يثبت له.

نعم لو كان وكيلا في المعاملة والمساومة، فمع علمه وفرض صحة المعاملة حينئذ لا خيار للموكل { ١ } ومع جهله يثبت الخيار للموكل إلا أن يكون عالما بالقيمة، وبأن وكيله يعقد على أزيد منها ويقرره له، وإذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصة، إلا أن يكون وكيلا مطلقا بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولي حينئذ وقد مر ذلك مشروحا في خيار المجلس، { ٢ }

أما الأول: فلا اشكال في ثبوته لو كان الوكيل والموكل جاهلين، إنما الكلام فيما إذا كان الوكيل عالما بالغبن والموكل جاهلا أو عالما، وفيما إذا انعكس الأمر،

أما في الصورة الأولى:

فقد يقال: إن التوكيل إما أن يشمل المعاملة الغبنية أو يختص بغيرها، لا اشكال في لزوم في الفرض الأول وعدم الصحة في الثاني، فما معنى ثبوت الخيار. وفيه: أنه يمكن أن يقال إنه يشمل التوكيل المعاملة الغبنية ولكن بما لها من الأحكام والخصوصيات ومنها ثبوت الخيار،

{ ١ } وصريح المصنف رحمه الله وغيره عدم ثبوت الخيار،

والوجه فيه أن طرف المعاملة إنما هو الوكيل، والموكل أجنبي عن المعاملة فلا بناء من الموكل كي يوجب تخلفه الخيار، ولا اقدم منه على معاملة ضرورية.

وأما في الصورة الثانية: فظاهر المصنف رحمه الله عدم ثبوت الخيار، وصريح المحقق النائيني رحمه الله ثبوته، وهو الحق، لأن طرف المعاملة هو الوكيل فهو الملتزم بالمساواة ويوقع

المعاملة مبنية عليها، والمعاملة الضرورية لزومها مستند إلى الشارع دون المكلف، ومجرد علم الموكل بالغبن لا يوجب عدم ثبوت الخيار.

وأما المورد الثاني: فإن كان مدرك الخيار حديث لا ضرر كان الخيار ثابتا للموكل كما أفاده المصنف رحمه الله، لأنه الذي يتضرر من المعاملة، وإن كان المدرك هو الالتزام الضمني

كان الخيار للوكيل لأنه طرف المعاملة والبناء منه.

{ ٢ } قوله وقد مر ذلك مشروحا في خيار المجلس

وفيه أنه لا يكون طريق المسألتين واحدا فإن موضوع الخيار في تلك المسألة عنوان البيع وهو يصدق على الوكيل وفي المقام المتضرر على مسلكه وهو لا يصدق عليه.

ثم إن الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن وبالبيينة إن تحققت وبقول مدعيه مع اليمين، { ١ } لأصالة عدم العلم { ٢ } الحاكمة على أصالة اللزوم، مع أنه قد يتعسر إقامة البيينة على الجهل، ولا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمل. هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة بحيث لا يخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها، وإلا فلا يقبل قوله. كما في الجامع والمسالك. { ٣ }

ما يثبت به الجهل

خامسها: فيما يثبت به الجهل، فقد يقال كما في المتن: أنه

{ ١ } يثبت باعتراف الغابن وبالبيينة إن تحققت وبقول مدعيه مع اليمين، وظاهر ذلك جعل المغبون مدعيا،

{ ٢ } واستدل له بأصالة عدم العلم، فيثبت قوله باعتراف الغابن له أو بإقامة البيينة عليه أو بيمينه حيث يتعذر عليه إقامة البيينة عليه.

وفي كلامه قدس سره موقعان للنظر:

الأول: إنه إن جرى الأصل المزبور لزم منه كون المغبون منكرا لموافقة قوله

الأصل لا مدعيا، نعم لو كان المدعي من لو ترك ترك صح جعل المغبون مدعيا.

الثاني: إن المانع عن ثبوت الخيار إنما هو اقدم المغبون على الضرر والغبن، وبه

يسقط اشتراط التساوي ولا يكون مشمولاً لحديث نفي الضرر، والعلم من حيث هو لا دخل له في ذلك، واجراء أصالة عدم العلم لاثبات أثر عدم الاقدام من أوضح أنحاء

الأصل المثبت.

فالحق أن يقال: إن المنكر هو الغابن لموافقة قوله للأصل وهو أصالة اللزوم، وعليه

فإن أقام المغبون البيينة على جهله فهو وإلا فيحلف الغابن، وإن رد الحلف يحلف المغبون.

{ ٣ } وقد ذكر صاحب المسالك والجامع: إنه إذا كان المغبون من أهل الخبرة لا يقبل

قوله

وقد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، فغاية الأمر أن يصير مدعيا من جهة مخالفة قوله للظاهر لكن المدعي لما تعسر إقامة البينة عليه ولا يعرف إلا من قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل. { ١ } إلا أن يقال إن مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه { ٢ } لا جعل مخالفه مدعيا يجري عليه جميع أحكام المدعي حتى في قبول قوله إذا تعسر عليه إقامة البينة ألا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعي فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد، هذا مع عموم تلك القاعدة، { ٣ } ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل، { ٤ }

{ ١ } والمصنف أورد عليهما: بأن غاية ما هناك موافقة قول الغابن للظاهر، فالمغبون يصير مدعيا، والمدعي إذا تعسر عليه إقامة البينة - لأن ما يدعيه لا يعرف إلا من قبله - يقبل قوله مع اليمين، والمقام من هذا القبيل. وقد رد هو ذلك بوجه:

{ ٢ } الأول: إن مقتضى تقديم الظاهر قبول قول موافقة باليمين، فتكون القاعدة المشار إليها - أي سماع قول المدعي بيمينه مع تعسر البينة عليه - مختصة بما إذا لم يكن قول المدعي مخالفا للظاهر.

{ ٣ } الثاني: إن عموم تلك القاعدة محل تأمل، إذ لا وجه له سوى أنه يلزم من عدم تقديمه إيقاف الدعوى وضياع الحقوق، وهذا اللازم مختص بما إذا لم يتمكن المدعي عليه من الحلف، وإلا لكان الفصل ممكنا، وفي المقام يتمكن المنكر من ذلك.

{ ٤ } الثالث: إن المقام غير داخل في تلك القاعدة، لأنه ليس إقامة البينة متعسرة عليه نوعا.

وفي ما أفاده رحمه الله موقعان للنظر: أحدهما: إن العلمين إنما حكما بعدم قبول قول المغبون لا من جهة كونه مدعيا، بل من جهة أن من شرط سماع الدعوى أن يكون ما يدعيه محتملا بالاحتمال العقلائي والعادي، وإلا لا تسمع الدعوى،

ولو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده، مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن { ١ } لأصالة عدم التغيير { ٢ } وأصالة اللزوم، ومنه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغيير واختلفا في تاريخ العقد، ولو علم تاريخ التغيير فالأصل وإن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

ألا ترى أنه إذا ادعى الفقير على غني فصا بقيمة عشرة آلاف ليرة لا تسمع دعواه، والمقام من هذا القبيل، فإن الخبير إذا ادعى الجهل بالقيمة لغير عارض لا يحتمل عقلائيا صدقه.

ثانيها: إن ما أفاده في الجواب الأول يرد عليه: أنه إذا ثبت كون من يكون قوله مخالفا للظاهر مدعيا كيف لا تترتب عليه جميع أحكام المدعي وما المخصص للقاعدة المشار إليها.

سادسها لو اختلفا في القيمة وقت العقد، أو في القيمة بعده مع تعذر الاستعلام، { ١ } ففي المتن: القول قول منكر سبب الغبن، والظاهر أن مورد كلامه ما لو اتفقا على القيمة الفعلية، ومدعي الغبن يدعي تغيير القيمة وأنها كانت حين العقد أزيد مثلاً.

{ ٢ } وفي هذا المورد ادعى المصنف رحمه الله أن أصالة عدم التغيير تجري ويثبت بها قول منكر الغبن،

وأورد عليه المحقق النائيني رحمه الله: بأن هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب القهقري ولا نقول بحجيته، مع أن الأثر لم يترتب على هذا الأمر الانتزاعي، بل على منشأ انتزاعه وهو عدم التساوي.

ولكن الظاهر أن مراد المصنف رحمه الله من أصالة عدم التغيير أصالة عدم وقوع العقد على الزائد، وعليه فليس هو من الاستصحاب القهقري ولا مثبتا، فإن موضوع الخيار وقوع العقد على الزائد، وبه ينتفي موضوع الخيار.

ولا تعارضها أصالة عدم وقوع العقد على المساوي لعدم ترتب الأثر عليه، إذ الأثر ترتب على العقد الواقع على الزائد أو الناقص، وقد أشبعنا الكلام في هذه المسألة في أواخر كتاب البيع في الجزء الرابع من هذا الشرح. فراجع.

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشا، { ١ } فالواحد بل الاثنان في العشرين لا يوجب الغبن وحده عندنا، كما في التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله، { ٢ } وحكى فيها عن مالك أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار، وإن كان بأكثر من الثلث أوجبه، ورده بأنه تخمين لم يشهد له أصل في الشرع، انتهى.
والظاهر أنه لا اشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشا، نعم الاشكال في الخمس ولا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه: كما سيحى التصريح من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين، ثم الظاهر أن المرجع عند الشك في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار، لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، ويحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأن الخارج هو الضرر الذي يناقش [يتفاحش] فيه لا مطلق الضرر بقي هنا شئ

اشتراط كون التفاوت فاحشا

{ ١ } الأمر الثاني الذي يعتبر في ثبوت الخيار: كون التفاوت فاحشا، ذكره الأصحاب وتنقيح القول فيه بالبحث في موارد:
الأول: في اعتبار ذلك في الجملة.
الثاني: في ضابطه.

الثالث: في ما لو شك في أنه مما يتسامح فيه أولا.

أما الأول: فلا ينبغي التوقف في اعتباره، لأن مدرك هذا الخيار إن كان هو الشرط الضمني فالشرط عدم التفاوت بمقدار لا يتسامح فيه، وإن كان قاعدة لا ضرر يكون المتعاملان مقدمين على هذا المقدار من الضرر، وبنائهم على تحمله.
وأما الثاني: فأحسن ما قيل في المقام، ما ذكره العلامة رحمه الله بقوله { ٢ } ما لا يتغابن الناس بمثله أي لا يعدونه غبنا ولا يردون المعاملة بمثل هذا التفاوت، من غير فرق بين كون التفاوت في مقام العقد معتنى به أم لا، بل العبرة بعدم الاعتناء به في مقام فسخ العقد، وهذا يختلف بحسب اختلاف المقامات، مثلا في المعاملات
الحقيرة مع التفاوت بالنصف بل بالمساوي لا يقدمون على رد المعاملة، كما إذا اشترى شيئا

وهو أن ظاهر الأصحاب وغيرهم أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة
ضرورية مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين، { ١ } ولذا حدوه بما لا
يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامة.
وظاهر حديث نفي الضرر المستدل عليه في أبواب الفقه ملاحظة الضرر
بالنسبة إلى شخص الواقعة، ولذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء
بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلف، ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك،
مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضرورية في حق الكل.
والحاصل أن العبرة إذا 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، وإلا ظهر اعتبار الضرر المالي { ٢ } لأنه ضرر في نفسه من غير
مدخلية، لحال الشخص، وتحمله في بعض المقامات إنما خرج بالنص،
بقرائن يسوى قرانا واحدا، وفي المعاملات الخطيرة ربما يقدمون على الرد مع كون
التفاوت بالعشر، كما إذا اشترى شيئا بعشرة ملايين تومان وهو يسوى تسعة،
فما أفاده المصنف رحمه الله في مقام الضابط كغيره لا يتم.
وأما الثالث: فإن كان مدرك الخيار قاعدة نفي الضرر فلا يمكن التمسك بها، لأن
مخصص القاعدة في موارد الاقدام وإن لم يكن لفظيا، إلا أنه القرينة المقارنة، وفي مثله
لا يتمسك بالعموم، فيتعين الرجوع إلى أصالة اللزوم، وإن كان هو الشرط الضمني فثبوته
غير محرز، فالمتعين الرجوع إلى أصالة اللزوم أيضا.
{ ١ } بقي في المقام اشكال، ومحصله: إن المدار في الضرر في باب العبادات
والمعاملات إن كان على الضرر المالي فلم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن
كان
على الضرر الحالي كما هو فتوى الأصحاب في باب الوضوء تعين التفصيل في خيار الغبن
بين ما يضر بحال المغبون وغيره.
وأجاب المصنف قدس سره عن ذلك بجوابين:
{ ٢ } الأول: إن المدار على الضرر المالي، وإنما لا يلتزم به في باب الوضوء للنص
الخاص.

ولذا أجاب في المعبر عن الشافعي المنكر لوجوب الوضوء في الفرض المذكور، بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص ويمكن أيضا أن يلتزم الضرر المالي في مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص. بل لعدم كونه ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر { ١ } كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه عليه السلام ماء وضوئه

بأضعاف قيمته أن ما يشتري به مال كثير.

نعم لو كان الضرر مجحفا بالمكلف، انتفى بأدلة نفي الحرج { ٢ } لا دليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالي في التكليف لا يكون إلا إذا كان تحمله حرجا اشكالا،

{ ١ } الثاني: إن المدار على الضرر المالي، وعدم الالتزام به في باب الوضوء من جهة أنه لا يعد بذل المال في مقابل ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر. ثم إنه تنبه لاشكال وهو: إنه على هذين الجوابين لا بد من البناء على وجوب الوضوء وإن كان مضرا بحاله، فأجاب عنه:

{ ٢ } بأنه إنما يلتزم بعدم الوجوب لأدلة نفي الحرج. وفي ما ذكره قدس سره موقعان للنظر:

الأول: تسليمه لكون بذل المال الكثير بإزاء ماء الوضوء ضررا، فإنه يرد عليه: إن قيمة الماء إذا كانت في نفسها كثيرة وأكثر من ثمنه المعتاد - كما لو كان الماء في محل يعتبرون العقلاء له هذا المقدار من المالية لقلته وكثرة الحاجة إليه - لا يعد

بذل الماء بإزائه ضررا ماليا.

الثاني: ما أفاده من عدم كون بذل المال الكثير بإزاء ماء الوضوء ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر،

فإنه يرد عليه: إن الأجر متوقف على ثبوت الأمر، وهو على عدم الضرر،

مع أن الالتزام بذلك مستلزم لعدم جريان قاعدة الضرر في باب العبادات

فالمتحصل مما ذكرناه: إنه في باب الوضوء أيضا المدار على الضرر المالي لولا النص (١) المنخرج.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٢.

ذكر في الروضة والمسالك تبعا لجامع المقاصد في أقسام الغبن أن المغبون إما أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما، انتهى.

فيقع الاشكال في تصور غبن كل من المتبايعين معا، والمحكي عن بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة، 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 معا مغبوين، وإلا لزم كون الثمن أقل من القيمة السوقية وأكثر وهو محال، فتأمل، انتهى.

وقد تعرض غير واحد 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 توأمين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا أنها يسوي بأربعة توأمين ثم تبين أن المتاع يسوي خمسة توأمين وأن الدنانير تسوي خمسة توأمين إلا خمسا، فصار البائع مغبونا من كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان، والمشتري مغبونا من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين فالبائع مغبون في أصل البيع والمشتري مغبون فيما التزمه من اعطاء الدنانير عن الثمن وإن لم يكن مغبونا في أصل البيع، انتهى.

أقول الظاهر أن مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد والشرط، كما لو باع شيئا يسوي خمسة دراهم بدرهمين، على أن يخيط له ثوبا مع فرض كون أجرة الخياطة ثلاثة دراهم. ومن هنا يقال إن للشرط قسطا من العوض وإن أبيت إلا عن أن الشرط معاملة مستقلة ولا مدخل له في زيادة الثمن وخرج ذلك عن فرض غبن كلي من المتبايعين في معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة، وكون الغبن من طرف واحد. ومنها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة فيما إذا باع شيئين في عقد واحد

بثمنين، فغبين البائع في أحدهما والمشتري في الآخر. وهذا الجواب قريب من سابقه في الضعف لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن في كل واحدة منهما لأحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسما ثالثا لقسمي غبن البائع خاصة والمشتري خاصة، وإن لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن أصلا مع تساوي الزيادة في أحدهما للنقيصة في الآخر، ومع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

ومنها أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقا على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، وقد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعم العلامة في القواعد والشهيد في اللمعة وعلى هذا المعنى الأعم تحقق الغبن في كل منهما وهذا حسن، لكن ظاهر عبارة الشهيد والمحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار وهو الغبن بالمعنى الأخص على ما فسروه به.

ومنها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه، ويمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد، ولا غبن فيه للمشتري ما دام في محل العقد، وإنما نزلت قيمته بقبض المشتري ونقله إياه إلى مكان الرخص.

وبالجملة: الطعام عند العقد لا يكون إلا في محل واحد له قيمة واحدة. ومنها ما ذكره في مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما إذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الآخر، ولم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفا، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه وقال ويتصور غبنهما في أحد العوضين، كما لو تبايعا شيئا بمائة درهم، ثم ادعى البائع كونه يسوي بمأتين والمشتري كونه لا يسوي إلا بخمسين، ولا مقوم يرجع إليه فيتحالفاً ويثبت الفسخ لكل منهما، انتهى.

وفيه أن الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن في المعاملة أصلا، مع أن الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري، والأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، { ١ } والله العالم.

وأما ما أورده المحقق الإيرواني رحمه الله على تمسكه بقاعدة نفي الحرج (١) بأنه يأتي في

الحرج ما تقدم في الضرر من اعتبار الحرج النوعي أو الشخصي، فمندفع بأن الاشكال لم يكن مربوطا بنوعيته وشخصيته. فراجع.

تصوير الغبن من الطرفين

ذكر في الروضة - في أقسام الغبن - : إن المغبون إما أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما.

وقد أشكل في تصور غبن كل من المتبايعين بأنه يلزم منه كون الثمن أقل من القيمة السوقية وأكثر، وهو محال، وقد ذكروا في تصويره وجوها، ذكر المصنف رحمه الله جملة منها مع ما يرد عليها،

{ ١ } وقد استحسّن هو قدس سره الوجه الثالث في كلامه،

ويرد عليه أيضا ما أفاده من أن عبارات الأعلام لا توافقه.

ويمكن أن يتصور بوجهين آخرين:

أحدهما: ما لو فرضنا قيمة الشيء منضمّا أزيد من قيمته منفردا، كمصراعي الباب بأن تكون قيمة كل مصراع تومانيين وقيمتها معا ستة توأمين، فباع من له مصراعان مصراعا واحدا بتخيل أنه ليس له إلا ذلك بثلاثة توأمين، فإن المشتري حينئذ مغبون بتومان، والبائع أيضا كذلك من جهة زوال حيثية الانضمام الموجب لنقص ما عنده. ثانيهما: أن يكون شيء واحد مختلف القيمة بالإضافة إلى شخصين، كما لو

(١) سورة المائدة آية ٧ سورة الحج آية ٧٧ سورة البقرة آية ١٨٥.

مسألة: ظهور الغبن، شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد، { ١ } وجهان، منشأهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم ومعاهد اجتماعهم واستدلالاتهم.

فظاهر عبارة المبسوط والغنية والشرائع وغيرها هو الأول، وفي الغنية الاجماع على أن ظهور الغبن سبب للخيار وظاهر كلمات آخرين الثاني وفي التذكرة أن الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا وقولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف، فإن المراد التصرف قبل العلم بالغبن وعدم سقوطه ظاهر في ثبوته،

فرض أن للشخص أمة تسوى مائة تومان، ولها ولد يسوى مئة أيضا، فباع الأمة بمائة وخمسين وفرض أن الولد يموت بالتفريق بينه وبين أمه، فالبائع مغبون من جهة أن الأمة تسوى بالإضافة إليه بأكثر من ما باعها به، والمشتري مغبون لفرض أكثرية ثمنها من قيمتها.

ظهور الغبن كاشف عن ثبوت الخيار
{ ١ } الثاني: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد. وجهان،
والكلام في هذه المسألة يقع في جهات:
الأولى: في أن مدرك هذا الخيار هل يقتضي ثبوته من حين العقد أو من حين ظهور الغبن.

الثانية: في أن الحق الخياري هل هو عين السلطنة الفعلية أم غيرها.
الثالثة: في أنه هل تكون السلطنة الفعلية من حين العقد أو من حين ظهور الغبن
الرابعة: في أن الآثار المجعولة للخيار هل هي بأجمعها مترتبة على الحق أو على السلطنة أم هناك تفصيل.
أما الجهة الأولى: فإن كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فهو يقتضي ثبوته من حين العقد، لأن لزوم العقد المشتمل على النقص المالي ضرر وإن لم يكن البائع

ومما يؤيد الأول أنهم اختلفوا في صحة 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 أيضا الاستدلال في التذكرة والغنية على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه وآله في حديث تلقي الركبان أنهم بالخيار إذا

دخلوا السوق، فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن، هذا ولكن لا يخفى إمكان ارجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا في المعنى الآخر.

وتوضيح ذلك أنه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ والامضاء قولاً أو فعلاً فلا يحدث إلا بعد ظهور الغبن، وإن أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم { ١ } وإنما يتوقف على العلم أعمال هذا الحق،

ملتفتا إليه، وكذلك أن كان المدرك الشرط الضمني، فإن الشرط هو التساوي بين المالين واقعا لا في اعتقاد الشارط.

وأما إن كان المدرك نصوص الغبن فيمكن أن يقال: إنها تقتضي حدوث الخيار بعد ظهور الغبن، فإنه علق الخيار فيها على دخول السوق الذي هو كناية عن ظهور الغبن، اللهم إلا أن يقال إنه يمكن أن يكون التعليق على دخول السوق لكونه طريق الضرر وأما الجهة الثانية: فالظاهر أن الحق الخياري غير السلطنة من جهة أن الخيار حق وهو أمر اعتباري كالملكية والسلطنة التي هي عبارة عن جواز التصرفات، ونفوذها غير ذلك الأمر الاعتباري، بل ربما تفارقه كما في التصرف في مال الصغير: فإن الحق والملك للصغير، ومن له السلطنة هو الولي،

فما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله من أنه لا معنى للخيار إلا السلطنة غير تام. وأما الجهة الثالثة: فالحق أن السلطنة الفعلية التي هي أثر الخيار ثابتة من حين حدوثه، فكما أن المغبون له الخيار من حين العقد وإن لم يعلم به، كذلك له السلطنة وإن لم

يلتفت إليها. فما أفاده المصنف رحمه الله في مقام الجمع بين كلمات القوم من { ١ } كون الحق ثابتا من حين العقد والسلطنة حادثة من حين ظهور الغبن، في غير محله.

فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرها، ثم إن الآثار المجعولة للخيار بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجئ ومنه التلف.

فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو 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 ذلك الحق الواقعي كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، { ١ } وبين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة، { ٢ } فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذي الخيار من العين ظاهر في ترتب المنع على وجود نفس الحق، وإن لم يعلم به، وحكم بعض ممن منع من التصرف في زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه أن المنع لأجل التسلط الفعلي، والمتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعي ولو كان مجهولا لصاحبه. وقد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية، ويظهر ثمرة الوجهين أيضا فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحا أو بظن وجود سبب معدوم في الواقع

{ ١ } وأما الجهة الرابعة: فعلى ما ذكرناه في الجهة الثالثة لا فرق بين كون جميع الآثار آثار الحق أو السلطنة أم يكون هناك تفصيل،

وأما بناء على المسلك الآخر فالظاهر أنها بأجمعها آثار الحق كما هو لسان الأدلة، نعم إن كان سقوط الخيار بالتصرف بمناط كاشفيتها عن الرضا والالتزام بالعقد لا يكون التصرف قبل ظهور الغبن مسقطا، لأنه لا يكون كاشفا عن الرضا مع الجهل. وأما التلف فجماعة وهم الأكثرون إنما أفتوا بكونه من المغبون قبل ظهور الغبن من جهة أنهم يرون قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له مختصة بغير هذا الخيار، وجماعة آخرون ممن يرى عدم الاختصاص لعلمهم حكموا بأنه من المغبون من جهة أنهم يرون ثبوت هذا الخيار من حين ظهور الغبن.

{ ٢ } وأما التصرفات الناقلة التي تردد المصنف رحمه الله فيها بين الأمرين، فظاهر ما ذكر في وجه المنع من كونها تصرفا في متعلق حق الغير المنع عنها قبل ظهور الغبن، وحكم بعض

فصادف الغبن، ثم إن ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جار في العيب، وقد يستظهر من عبارة القواعد في باب التدليس، الوجه الأول قال: وكذا يعني لا رد لو تعيبت الأمة المدلسة 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 مضمونا 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 خيار الرؤية فسيأتي أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز اسقاطه قبلها. مسألة يسقط هذا الخيار بأمور: أحدها: اسقاطه بعد العقد، { ١ } وهو قد يكون بعد العلم بالغبن، فلا اشكال في صحة اسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن ولا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبب عن أي مرتبة كان فاحشا كان أو أفحش

من منع من التصرف في زمان الخيار بمضي التصرف الناقل قبل ظهور الغبن، إما من جهة أنه يرى حدوث الخيار من حين الظهور، أو يكون الاشكال واردا عليه.

اسقاط خيار الغبن بعد العقد

{ ١ } الثالث: يسقط هذا الخيار بأمور أحدها اسقاطه بعد العقد.

وقد جعل المصنف رحمه الله صحة الاسقاط مفروغا عنها، مع أنها محل البحث، فإنه إذا كان مدرك هذا الخيار حديث لا ضرر فقد مر أن مقتضاه نفي اللزوم خاصة لا اثبات خيار حقي قابل للاسقاط والمصالحة، بل هو يلائم مع كونه جوازا حكما، ومقتضى الاستصحاب عدم سقوطه بشيء من المسقطات.

نعم إذا كان مدركه الشرط الضمني كان الثابت خيار كسائر الخيارات القابلة للاسقاط،

كما أنه كذلك لو كان المدرك نصوص الغبن أو الاجماع، والظاهر أن الاسقاط متعلق بالحق ومن الانشائيات ولا يكفي فيه الرضا النفساني

ولو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة، فظهر مائة. ففي السقوط وجهان { ١ } 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 أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به ولا تعدد فيه فيسقط بمجرد الاسقاط، { ٢ } والقذف وما دونه من الشتم حقان مختلفان.

بل يحتاج إلى الانشاء.

وبعد ذلك يقع الكلام فيما ذكره المصنف رحمه الله من أنه

{ ١ } لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان، والكلام فيه في موردين:

الأول: في الاسقاط بلا عوض.

الثاني: في الاسقاط مع العوض بمعنى المصالحة عنه به.

{ ٢ } أما الأول: فقد بنى المصنف المقام على تعدد الحق ووحدته، وأنه على الأول لا يسقط لو أسقطه بتخيل كون التفاوت عشرة فظهر مائة، وعلى الثاني يسقط، ولكن هذا المقدار لا يكفي، إذ يمكن أن يقال إنه على الوحدة أيضاً يمكن اسقاطه على تقدير دون آخر.

وفي حاشية السيد الفقيه رحمه الله: إن مبنى الوجهين أن اعتقاد مرتبة من الغبن من قبيل الداعي أو التقييد، فعلى الأول يسقط دون الثاني.

ويرد عليه: إنه ليس من قبيل الداعي ولا من قبيل التقييد،

أما الأول: فلأن الداعي هو العلة الغائية المترتبة على الفعل، ومن الواضح أن الاعتقاد المزبور ليس كذلك.

وأما الثاني: فلأن متعلق الاسقاط وهو الحق جزئي خارجي، وهو غير قابل للتقييد.

وقد يقال: إن مبنى الوجهين كون الاسقاط معلقاً على كونه مسبباً من مرتبة يعتقدها، أو أنه متعلق به كائناً ما كان سببه، فعلى الأول لا يسقط، وعلى الثاني يسقط.

وأما الاسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا اشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب، ولو أطلق وكان للاطلاق 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، 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 متزلزلا، لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل في مقابله أزيد من الدرهم ضرورة أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد مما يبذل في مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن في المصالحة { ١ } إذ لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كونه لأجل الجهل بعينه وجوه، وهذا هو الأقوى فتأمل

وفيه: إنه لو كان معلقا بطل الاسقاط، ولو لم يكن الاعتقاد خطأ، لأنه من الانشائيات، مع أن الاسقاط بما أنه من الانشائيات لا يكتفى فيه ولا في قيده بالقصد المجرد،

بل يتوقف على الانشاء،

فإذا أسقط الخيار غير معلق كان منشأ سقوط الخيار كائنا ما كان سببه واعتقاد كونه من سبب خاص من المقارنات، فالأظهر السقوط.

وأما الثاني: فالكلام فيه من حيث الصحة والبطلان ما تقدم،

وأما من حيث ثبوت الخيار، فقد أفاد المصنف رحمه الله في وجهه:

{ ١ } أنه يحصل الغبن في المصالحة من جهة أنه لا فرق في الغبن بين كونه للجهل

بمقدار ماليته مع العلم بعينه، وبين كون للجهل بعينه

وأورد عليه المحقق الإيرواني رحمه الله: بأن بناء الصلح على المغابنة، فكيف يطرقه خيار الغبن.

وفيه: إن الصلح المقصود به حقيقة المعاوضة، إما لعدم امکان البيع لعدم كون المعوض عينا، أو لعدم وجود شرائط البيع لا يكون مبنيا على المغابنة، والمقام من هذا القبيل.

وأما اسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن. { ١ }
فالظاهر أيضا جوازه، ولا يقدر عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن
شرطا لحدوث الخيار

وربما يورد عليه: بأن حقيقة الصلح التسالم، والغبن إنما يدخل في المعاوضات.
وفيه: إنه لا ينافي كونه عبارة عن التسالم، مع كونه تملك شيء بعوض،
فالأولى أن يورد عليه: بأن الغبن في المقام أيضا من جهة الجهل بمقدار المالية
لفرض أن التفاوت المحتمل كلما كان أزيد يبذل في مقابله أزيد مما يبذل في مقابله لو
كان أقل،

ولعله إلى هذا أشار بقوله، فتأمل.

اسقاط الخيار قبل ظهور الغبن

{ ١ } هذا كله في اسقاط هذا الخيار بعد العلم بالغبن، وأما اسقاطه قبل ظهور الغبن،
فالكلام فيه يقع أولا: في الاسقاط،
ثم في الصلح عليه.

أما الأول: فقد أشكل على جوازه بوجوه أربعة، اثنان منها متوجهان كان الغبن
شرطا شرعيا أم كان كاشفا عقليا، واثنان منها مختصان بما إذا كان الغبن شرطا شرعيا.
أما المحذوران المشتركان:

فأحدهما: إنه لا جزم بالاسقاط، فلا يكون الاسقاط جديا لعدم تعقل الجد إلى
الشيء مع عدم الجزم به.

وثانيهما: التعليق.

أما الأول: فيمكن دفعه: بأن الانشاء بقصد حصول المنشأ على تقدير حصول قيده
أمر ممكن لا استحالة فيه.

وأما الثاني: فيندفع: بأن التعليق لا دليل على مبطليته سوى الاجماع، وهو على
فرض شموله لجميع العقود والايقاعات المتيقن منه التعليق على ما لا يتوقف عليه الشيء،
وإلا كما في تعليق البيع على الملكية والطلاق على الزوجية، فلا محذور فيه، والمقام من
هذا القبيل.

إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار، وهو الغبن الواقعي { ١ } وإن لم يعلم به، وهذا كاف في جواز اسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، { ٢ } وكبراءة البائع من العيوب الراجعة إلى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها، ولا يقدح في المقام أيضا كونه اسقاطا لما لم يتحقق، إذ لا مانع منه إلا التعليق وعدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلا عن الايقاعات، وهو غير قادح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الانشاء عليه.

أما المحذوران المختصان:

فأحدهما: ما أشار إليه المصنف وهو أن اسقاط ما لم يجب كضمان ما لم يجب باطل

وثانيهما: ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمه الله، وهو: إن اسقاط الخيار لا دليل على نفوذه

شرعا سوى قاعدة أن لكل ذي حق اسقاط حقه، والظاهر منها أن من كان له حق فعلا له اسقاطه فعلا، ولا تشمل المقام.

أما المحذور الأول: فقد أجاب المصنف رحمه الله عنه: بأنه

{ ١ } يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار وهو الغبن الواقعي،

ثم نظر المقام بإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، مع أن اشتغال ذمته بالبدل إنما يكون بعد التلف، وبالتبري من العيوب الموجب لسقوط خيار العيب، مع أن ظهور العيب شرط.

ويرد على جوابه ما تقدم في خيار المجلس من أنه لا ثبوت للشئ مع عدم تحقق أجزاء علته وإن تحقق مقتضيه، ولا سقوط حقيقة قبل الثبوت، مع أن تمييز المقتضي عن الشرط في باب الأحكام الشرعية مشكل، بل لا تكون الموضوعات والأسباب والشرائط مقتضيات قطعاً. وتمام الكلام في محله.

{ ٢ } وأما مسألة الودعي فهي غير ثابتة: وعلى فرض الثبوت الودعي بمجرد

التفريط تنتقل العين إلى عهدته، ومن آثار العهدة رد بدلها مع التلف، وهي أمر ثابت لا مانع من اسقاطه.

وأما التبري من العيوب فالكلام فيه هو الكلام في المقام.

وأما ما نحن فيه وشبهه { ١ } مثل طلاق مشكوك الزوجية، واعتاق مشكوك الرقية منجزاً أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به، فقد تقدم في شرائط الصيغة أنه لا مانع منه، لأن مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع وضمأن درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير. { ٢ } نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنه لا بد من وقوع شيء بإزائه { ٣ } وهو غير معلوم

أما ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله في مقام الجواب من أنه ليس اسقاطاً لما لم يجب بل هو

اسقاط لحق الشرط، بناءً على كون مدرك هذا الخيار الشرط الضمني، فقد تقدم في اسقاط الخيار المشروط برد الثمن قبل الرد اندفاعه. فراجع. فالحق في الجواب أن يقال: إن اسقاط ما لم يجب معلقاً على ثبوته، أي اسقاطه في زمان وجوده لا دليل على المنع عنه، ولو سلم الاجماع عليه فهو يختص بصورة عدم تحقق السبب، فلا يشمل المقام.

وأما المحذور الثاني فيمكن دفعه: بأن القاعدة التي أشار إليها ليست مضمون رواية خاصة كي يستدل بظاهر تلك الجملة، بل هي مستفادة من دليل السلطنة بالتقريب المتقدم في خيار المجلس، وهو غير مختص بالصورة المفروضة، مع أنه قد تقدم في ذلك المبحث أن مدرك مشروعيته فحوى ما دل (١) على أن التصرف إنما يكون مسقطاً لكونه التزاماً بالعقد واسقاطاً للخيار. فراجع.

{ ١ } قوله وأما ما نحن فيه وشبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية هذه الأمثلة إنما ذكرت نظيراً للمقام من حيث التعليق وعدم الجزم - لا من حيث كفاية وجود السبب في اسقاط المسبب كما توهم.

{ ٢ } قوله وضمأن درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير الظاهر أن مراده ضمانه مع كون الثمن تالفاً وإلا وجب دفع الثمن إلى مالكة. { ٣ } وأما الصلح عن الحق، فقد أشكل عليه بأنه مع عدم الحق المعوض عنه كيف

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الخيار حديث ١.

فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق { ١ } أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول صالحتك عن كل خيار لي بكذا ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه { ٢ } لأن المعدوم إنما دخل على تقدير وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

يمكن المعاوضة الصلحية، ولذا قال المصنف رحمه الله { ١ } فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق وقد أفيد في وجه صحته، والجواب عن هذا الاشكال أمور: الأول: ما أفاده السيد الفقيه قدس سره، وهو: إن المعوض هو المحتمل بما هو محتمل لا الحق الواقعي. وبعبارة أخرى: إنه احتمال الحق وهو ثابت محقق. وفيه: إن الاحتمال والمحمّل غير قابلين للنقل والاسقاط. الثاني: ما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله، وهو: إن المعوض نفس الصلح، فيأخذ العوض بإزائه لا الحق المجهول. وفيه: إنه حينئذ لا مصالح عنه، ولا يمكن تحقق الصلح بدونه. الثالث: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله، من أن المعوض الرضا بالعقد ولزومه، وهو فعلي.

وفيه: إن الرضا بلزوم العقد إنما يكون موجبا للزوم من جهة أن مرجعه إلى اسقاط الخيار كما تقدم في خيار المجلس فالأظهر تمامية هذا الايراد، فلا يصح الصلح عنه مع الالتزام بكون ظهور الغبن شرطا شرعيا لحدوث الخيار، وأما بناء على ما اخترناه من كونه كاشفا عقليا فالاشكال مندفع من أصله. { ٢ } قوله ولو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه والوجه فيه أن الصلح إنما وقع بنحو يكون الحق المجهول جزء المعوض على تقدير وجود وإلا فالضميمة مستقلة في العوضيّة فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيرواني رحمه الله من أنه لو صح الاشكال لم يجد في دفعه ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول فإن الخيار المجهول إن لم يقابل بالمال على انفراده لم يقابل بالمال مع الضميمة لوقوع جزء من العوض بإزائه فيعود المحذور.

الثاني من المسقطات اشتراط سقوط الخيار في متن العقد { ١ } والاشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة في اسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصي عنها، نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار وخيار الرؤية وهو لزوم الغرر من اشتراط اسقاطه 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، وتردد فيه المحقق الثاني إلا أنه استظهر الصحة ولعل توجيه كلام الشهيد هو أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالية المبيع كالجهل بصفاته لأن وجه كون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه إلى الجهل بمقدار ماليته، { ٢ } ولذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة لكن الأقوى الصحة، لأن مجرد الجهل بمقدار المالية لو كان غررا لم يصح البيع مع الشك في القيمة، { ٣ } وأيضا فإن ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون اسقاطه موجبا لثبوته، وإلا لم يصح البيع إذ لا يجدي في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار

اشتراط سقوط الخيار في متن العقد

{ ١ } الثاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد واستدل الشهيد رحمه الله على بطلان العقد الذي اشترط فيه سقوط خيار الغبن بلزوم الغرر. ووجهه: المصنف رحمه الله { ٢ } بأن الجهل بصفات المبيع أو الثمن إنما يوجب الغرر لا لأجل الجهل بالصفات من حيث هي، وإلا لزم بطلان البيع مع الجهل بالصفات غير الدخيلة في التمول، بل إنما هو لأجل أدائه إلى الجهل بالمالية، ولازمه بطلان البيع في المقام. وأجاب المصنف رحمه الله عنه بجوابين نقيضين: { ٣ } أحدهما: إنه لو كان الجهل بالقيمة موجبا للغرر لزم بطلان البيع مع الشك فيها.

لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلا لصح كل بيع غرري على وجه التزلزل وثبوت الخيار { ١ } كبيع المجهول وجوده والمتعذر تسليمه. وأما خيار الرؤية { ٢ } فاشتراط سقوطه راجع إلى اسقاط اعتبار ما اشترطه

{ ١ } ثانيهما: إن الخيار لا يرفع الغرر وإلا لزم صحة كل بيع غرري بشرط الخيار. والحق في الجواب عنه أن يقال: إن هذا الوجه أساسه أمران. الأول: كون الجهل بالقيمة موجبا للغرر.

الثاني: ارتفاع الغرر بالخيار.

ويندفع الأول: بأن الموجب للغرر الذي نهى عنه هو الجهل بذات المبيع أو صفاته الدخيلة في المالية، وذلك لأن غررية البيع إنما هي من ناحية متعلقه، وجهالة المبيع أو الثمن إنما هي من ناحية ذاته أو صفاته، أما جهالة قيمته السوقية غير المربوطة به فهي أجنبية عن البيع ولا توجب الغرر.

وبالجملة: الموجب للغرر هو الجهل بذات المبيع أو الصفات الدخيلة في المالية لا الصفات من حيث هي ولا المالية المجردة، فالجهل بالقيمة لا يوجب الغرر. ويندفع الثاني: بأن الخيار متوقف على صحة العقد، فإذا كانت صحته متوقفة على الخيار لزم الدور.

ويمكن أن يوجه كلام الشهيد رحمه الله: بأن شرط سقوط الخيار - مع كون ثبوته غير معلوم - غرري للجهل بالمشروط، وهو يوجب بطلان العقد لأن الشرط الفاسد مفسد. والظاهر أنه إلى هذا نظر الصيمري في غاية المرام الملتزم بفساد العقد والشرط. ولكن يرد عليه: إن الشرط الفاسد غير مفسد، مع أن شرط سقوط الخيار بما أنه يؤل إلى شرط لزوم العقد الثابت المحقق لا يكون غرريا، فالحق صحة الشرط والعقد. { ٢ } قوله وأما خيار الرؤية، الأولى ايكال البحث عن ذلك إلى محله

من الأوصاف في العين الغير المرئية، فكأنهما تبايعا، سواء وجد فيها تلك الأوصاف أم لا فصحة البيع موقوفة على اشتراط تلك الأوصاف واسقاط الخيار في معنى الغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناك أيضا، لأن مرجع اسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط لا إلى عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف، ولا تنافي بين أن يقدم على اشتراء العين بانيا على وجود تلك الأوصاف، وبين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل
وسيجئ تمام الكلام في خيار الرؤية، وكيف كان فلا أرى اشكالا في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر، إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلا لم يلزم منه غرر

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن، { ١ } ويدل عليه ما دل على سقوط خيارى المجلس والشرط به، مع عدم ورود نص فيهما واختصاص النص بخيار الحيوان، وهو اطلاق بعض معاهد الاجماع، بأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة وفيما انتقل عنه فسخ،

تصرف المغبون بعد العلم بالغبن
{ ١ } الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن

ذكره بعضهم، والمشهور بين الأصحاب عدم سقوط الخيار به، وفي الحدائق: وظاهرهم أنه سواء كان المتصرف الغابن في مال المغبون أو بالعكس خرج به عن الملك كالبيع أم منع من الرد كالاتيلاذ أم لا، ولهم في هذه المسألة تفاصيل وشقوق أنهاها شيخنا في الروضة والمسالك إلى ما يزيد على مائتي مسألة. انتهى.
فالكلام في موردين:

الأول: في التصرف غير المخرج عن الملك.
لا اشكال في مسقطية التصرف الكاشف عن الرضا بلزوم العقد مع قصده ذلك، فإنه حينئذ اسقاط فعلي، كما لا اشكال في عدم مسقطية التصرف لا بعنوان الالتزام بالبيع إذا كان قبل الاطلاع، بل الظاهر اجماعهم عليه.

وعموم العلة المستفادة من النص في خيار الحيوان المستدل بها في كلمات العلماء على السقوط وهي الرضا بلزوم العقد مع أن الدليل هنا أما نفي الضرر وأما الاجماع. { ١ } والأول منتف، فإنه كما لا يجري مع الاقدام عليه فكذلك لا يجري مع الرضا به بعده

وأما الاجماع فهو غير ثابت مع الرضا إلا أن يقال إن الشك في الرفع لا الدفع فنستصحب، { ٢ } فتأمل.

أو ندعي أن ظاهر قولهم فيما نحن فيه أن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن واختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك، لكن الانصاف 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 ذلك ما اشتهر بينهم من أن التصرف قبل العلم بالعيب والتدليس ملزم لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد، وإنما يثبت الأرش في خصوص العيب عدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب، وكيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم.

أما التصرف بعد العلم بالغبن مع عدم كونه إجازة فعلية: فقد استدل على مسقطيته بطريقتين: أحدهما: من ناحية المانع. ثانيهما: من ناحية عدم المقتضي. أما الأول: فهو اطلاق بعض معاهد الاجماع، وعموم العلة في خبر الحيوان، وقد تقدم الكلام عليهما في خيار المجلس وعرفت عدم تماميتهما.

{ ١ } وأما الثاني: فتقريبه: إن مدرك خيار الغبن أما حديث نفي الضرر، وأما الاجماع، والأول لا يشمل المقام، لأنه كما لا يشمل المعاملة الغبنية التي أقدم عليها، كذلك لا يشمل المعاملة الضرورية التي رضي المغبون بها بقاء: فإنه لا يكون اللزوم بقاء ضروريا، بل الضرر ناشئ من اختيار المغبون حقيقة.

{ ٢ } وأورد المصنف رحمة الله عليه: بأن الشك في الرفع لا الدفع، فيستصحب الخيار، ثم أمر بالتأمل

نعم لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكى عن صاحب المسالك وتبعه جماعة لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل، مما لا ينبغي، بل ربما يستشكل في حكمهم بعد السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس والعيب بالتصرف قبل العلم والاعتذار بالنص إنما يتم في العيب دون التدليس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص ومقتضى القاعدة في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد 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 وادعى عليه الإجماع مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرث، وإن كان نفس إمساك العين قد تكون ضرراً، فإن تم دليل في التدليس أيضاً، قلنا به، وإلا وجب الرجوع إلى دليل خياره، ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبني على ما تقدم في الخيارات السابقة من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، وإلا كان اللازم في غير ما دل فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف الرجوع إلى أصالة بقاء الخيار. وقد قيل في وجه التأمل أمور:

منها: ما أفاده السيد الفقيه رحمه الله، وهو: إن الشك في بقاء الخيار من قبيل الشك في المقتضي لعدم احراز مقدار استعداد المستصحب مع التصرف، فلا يجري فيه الاستصحاب.

ومنها: أن المورد مما يجب فيه الاستدلال بعموم العام لا استصحاب حكم المخصص. ومنها: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو: إن الشك شك في الموضوع، لأن موضوع

من له الخيار ليس ذات المغبون ولا العقد الغنبي، بل يحتمل أن يكون لوصف عدم الرضا ولو نوعاً دخل في الموضوع، فلا يجري الاستصحاب. وبعض هذه الوجوه لا يخلو عن النظر، ولكن في بعضها الآخر - بضميمة أن المختار عدم جريان الاستصحاب في الأحكام - كفاية، ولكن مع ذلك كله يرد على أصل الاستدلال: إن مفروض البحث هو التصرف غير الكاشف عن الالتزام بالعقد، وعليه فلا مانع من إجراء قاعدة لا ضرر.

الرابع: من المسقطات تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع والعتق، { ١ } فإن المصرح به في كلام المحقق ومن تأخر عنه هو سقوط خياره حينئذ. وقيل: إنه المشهور وهو كذلك بين المتأخرين.

نعم ذكر الشيخ في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد، والظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن، ولا يبطل الخيار بتلف العين فراجع، واستدل على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك، وهو بظاهره مشكل، لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين ويمكن أن يوجه بأن حديث نفي الضرر لم يدل على الخيار

التصرف المخرج عن الملك

{ ١ } الثاني: في التصرف المخرج عن الملك، وقد ذكره المصنف رابع المسقطات، وفي وفي بعض الكلمات بعد تسليم مسقطيته: إن الأولى تبديل عنوان التصرف بالتلف، لأن عنوان

هذا المسقط ليس هو التصرف بما هو تصرف، فإنه هو المسقط السابق بل بما هو اتلاف. وكيف كان: فالتلف قد يكون حقيقيا وقد يكون حكيميا، ومجموع ما ذكر في وجه المسقطية وجوه أربعة ثلاثة منها جارية في كلا التلفين وواحد منها مختص بالتلف الحكمي،

ولا يجري في التلف الحقيقي، وهي على قسمين:

الأول: من طريق عدم المقتضي للخيار بعد التلف.

الثاني: من طريق المانع.

أما القسم الأول فهو اثنان:

أحدهما: إن دليل هذا الخيار إما الاجماع أو قاعدة نفي الضرر، والمتيقن من الاجماع صورة بقاء العين، وقد أفتى المشهور بسقوط الخيار في صورة تلفها - يعني تلف ما في يد المغبون

بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، { ١ } وتضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفين إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين فيكون حاله من حيث إن له القبول والرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أن له أن يشتري وأن يترك وليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه، مع أن اخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، ولو جهلا منه به { ٢ } هذا، ولكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد في اللمعة بما توضيحه: إن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، والتصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداًما عليه، لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الاقدام عليه عالماً 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

{ ١ } وقاعدة نفي الضرر إنما تنفي اللزوم وتثبت الجواز، والمتيقن من الجواز الثابت بها حق رد العين، فإذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد. وفيه: أولاً: إن حديث نفي الضرر ينفي اللزوم فيثبت بديله، وبديل لزوم العقد جوازه، وتراد العوضين غير مربوط بحديث نفي الضرر. وثانياً: إنه لو تم لاختص بتلف العين الحقيقي، ولا يجري في التلف الحكمي - أي الانتقال بالعقد اللازم - فإن حديث نفي الضرر لحكومته على جميع الأدلة يصلح لرفع لزومه، وجواز حل المغبون ذلك العقد أيضاً. وثالثاً: إن مدرك هذا الخيار كما عرفت هو الشرط الضمني دون حديث نفي الضرر. { ٢ } ثانيهما: إن اتلاف المغبون العين واخراجها عن ملكه التزام بالضرر ولو جهلاً منه به، وتوطين للنفس على الالتزام بالبيع ولو كان مغبوناً فيه واقعا، والاقدام بحسب الدوام كالاقدام ابتداءً في اسقاط الخيار.

لأن العين المبيعة إن كانت مثلية فلا ضرر بتبديلها بمثلها، وإن كانت قيمية، فتعريضها للبيع يدل على إرادة قيمتها، فلا ضرر أصلا فضلا عن أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصا مع الافراط في الزيادة والانصاف إن هذا حسن جدا، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم اجماعا { ١ } أقول: والظاهر عدمه { ٢ } لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعته، ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع والمشتري، قال في التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون بائعا كان أو مشتريا. ولا يسقط الخيار بالتصرف مع امكان الرد، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم وبين فك الملك كالعق والوقف، وبين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاء. بل ويعم التلف

وفيه: إن التصرف قبل العلم بالغبن ليس التزاما بالعقد ورضا ببقائه، وإلا كان الاقدام على المعاملة مع الجهل اقداما على الضرر موجبا لعدم ثبوت الخيار رأسا، مع أن الرضا بالعقد ما لم يرجع إلى اسقاط الخيار لا يوجب سقوطه. وأما القسم الثاني فهو أيضا اثنان: أحدهما: ظهور الاجماع، { ١ } قال الشهيد في محكي الروضة: إن الحكم بعدم السقوط حسن إن لم يكن الحكم اجماعا. { ٢ } وفيه: أولا: ما أفاده المصنف رحمه الله من أن الظاهر عدمه. وثانيا: إنه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام. ثانيهما: إن دليل نفي الضرر في جانب المغبون مزاحم به في جانب الغابن، لأن قبول البدل ضرر على الغابن، كما أن الالتزام بالبيع ضرر على المغبون، وبعد التسايط يرجع إلى أصالة اللزوم. وفيه: إن ضرر الغابن إن كان بلحاظ فوات خصوصية العين فهو ضرر أقدم عليه بالبيع، وإن كان بلحاظ النقص في المالية، والمفروض أنه يأخذ مالية ماله بأخذه القيمة. فتحصل: إن الأظهر عدم كونه مسقطا.

وعن جماعة تخصيص العبارة بالمشتري، فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا يعرف له وجه، إلا أن يني على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعني نفي الضرر فيقتصر على مورد الاجماع

ثم إن ظاهر التقييد بصورة امتناع الرد، وظاهر التعليل بعدم امكان الاستدراك ما صرح به جماعة من أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار { ١ } إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير والوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلا وهو حسن، لعموم نفي الضرر { ٢ } ومجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن،

فروع

وذكر المصنف رحمه الله في المقام فروعاً: ولكن بناء على ما اخترناه من عدم مسقطيته التلف لهذا الخيار لا محل للكلام في هذه الفروع،
وأما بناء على ما هو المشهور من المسقطية فيقع الكلام فيها، وهي فروع:
{ ١ } الأول: إن الناقل الجائز هل يمنع الرد أم لا؟
{ ٢ } وقد استدل المصنف رحمه الله للثاني بعموم نفي الضرر، وأن مجرد الخروج عن الملك

لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

وفيه: إنه إن كان مدرك مسقطية التلف الاجماع صح ما ذكر من عدم مسقطية الناقل الجائز، وإن كان غيره فحكمه حكم اللازم: فإنه إذا لم يفسخ العقد الجائز، كما هو مفروض البحث، الرد غير ممكن.

ولو قيل: إن دليل الخيار يقتضي فسخ العقد الجائز توطئة لفسخ العقد الغبني، أجبنا عنه أنه يقتضي إعادة العين إلى ملكه ولو بالشراء أو الإقالة.

وإن قيل: إنه يقتضي انفساخ العقد الجائز،

قلنا: إنه يقتضي انفساخ اللازم أيضا.

وبالجملة: لا فرق بين اللازم والجائز أصلاً.

ولو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد وفسخ العقد اللازم لعيب أو غبن. { ١ }
ففي جواز الرد وجهان من أنه متمكن حينئذ، ومن استقرار البيع { ٢ } وربما
بينان على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، { ٣ } وكذا الوجهان فيما لو
عاد إليه بناقل جديد وعدم الخيار هنا أولى لأن العود هنا بسبب جديد، وفي الفسخ
برفع السبب السابق وفي لحوق الإجارة بالبيع، قولان { ٤ } من امتناع الرد وهو مختار
الصيمري وأبي العباس، ومن أن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك { ٥ }
وهو المحكي عن ظاهر الأكثر، ولو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد،
وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع

{ ١ } الثاني: لو اتفق زوال المانع، كموت أم الولد، وفسخ العقد اللازم لعيب أو غبن،
ففي المتن ففي جواز الرد وجهان، وقد ذكر في مبنى الوجهين أمرين:
{ ٢ } أحدهما: أنه يتمكن من الرد فله ذلك، وأن البيع استقر وصار لازماً فلا يعود
حق الخيار.

الظاهر أن مدرك مسقطية التلف، إن كان تراحم فردين من الضرر، أو أن لا ضرر
إنما يثبت حق رد العين لا حل العقد، كان الأوجه هو الأول: لأن سقوط الخيار ولزوم
العقد إنما هو لمانع عن شمول لا ضرر، فمع ارتفاعه لا مانع من شموله،
وإن كان هو كون الناقل اللازم التزاماً بالعقد الأوجه هو الثاني كما لا يخفى.
{ ٣ } ثانيهما: الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد.
الظاهر أن الزائل في المقام بما أنه أمر اعتباري وهي الملكية، فهي إن عادت بفسخ
السبب كالتالي لم تزل، لأن العائد وإن كان غير الزائل بالدقة العقلية إلا أنه عينه اعتباراً
وعرفاً، وإن عادت بسبب آخر فالظاهر أنه غيره، ولو اعتباراً، لكن شيئاً من المبنيين ليس
وجهاً لثبوت الخيار، وعود ذلك الحق وعدمه، فإنه وإن كان العائد كالذي لم يزل يمكن أن
يقال بعد سقوط هذا الحق ما السبب لرجوعه.

{ ٤ } الثالث: وهل يلحق الإجارة بالبيع كما عن الصيمري، أم لا كما عن ظاهر
الأكثر؟ قولان،

{ ٥ } وقد استدل لعدم اللحوق: بأن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك.

وفي لحوق الامتزاج مطلقا أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوه أقواها
للحوق { ١ } لحصول الشركة، فيمتنع رد العين الذي هو مورد الاستثناء.

ويرد عليه: إن مدرك سقوط الخيار في هذه المسألة لم يكن خصوص الاجماع، ولا
رواية خاصة متضمنة لمسقطية التصرف المخرج عن الملك كي يستدل بظاهره. فلا بد من
ملاحظة سائر الأدلة.

والحق هو اللحوق، فإن العين لا يمكن ردها خارجا ولا ملكا على ما هي عليه من
المنفعة، فإن كان هذا الخيار هو جواز رد العين لا محالة يسقط في الفرض.
{ ١ } الرابع: ما ذكره بقوله: وفي لحوق الامتزاج مطلقا أو في الجملة بالخروج عن
الملك، وجوه أقواها اللحوق.

الامتزاج تارة يوجب تلف المال من جهة الاستهلاك كما لو امتزج ماء الورد بماء
مطلق كثير موجب لاستهلاكه فيه، وأخرى يوجب الشركة على القول بذلك كامتزاج
دهن بدهن آخر، وثالثة لا يوجب شيئا منهما.
مورد الكلام هو الوسط، أما الأول فهو ملحق بالتلف قطعاً، وأما الأخير فهو لا يمنع
من الرد كذلك،

وإنما الكلام في الموجب للشركة،
ثم إن الامتزاج، قد يكون بملك الغابن، وقد يكون بملك المغبون وقد يكون بملك
شخص ثالث، فإن كان الامتزاج بملك الغابن بما هو من جنس المبيع لا أرى مانعا من
الرد،

واحتمال اعتبار رد العين متميزة لا يعتنى به،
وأما في سائر صور الامتزاج فالحق هو اللحوق، فإن الملكية المشاعة غير
الملكية غير المشاعة، وهي إما عبارة عن الملكية الناقصة كما هو المختار وبيناه في
الجزء الثالث من هذا الشرح، أو عبارة عن كون كل جزء نصفه له ونصفه لشريكه. وعلى
التقدير الأول تتبدل الملكية التامة المتعلقة بالنصف مثلا بالملكية الناقصة المتعلقة
بالمجموع، وعلى التقدير الثاني يوجب انتقال نصف ماله إلى شريكه بإزاء نصف مال
شريكه.

وكذا ولو تغيرت العين بالنقيصة، { ١ } ولو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى { ٢ } بناء على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل. هذا كله في تصرف المغبون.
وأما تصرف الغابن فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، { ٣ }

{ ١ } الخامس: ما ذكره بقوله: وكذا لو تغيرت العين بالنقيصة. الأظهر فيه أيضا للحقوق، فإنه مع التغير بالنقيصة لا يمكن رد العين بعينها وبحددها، وهو موجب لسقوط الخيار كما تقدم.
{ ٢ } السادس: ما ذكره بقوله: ولو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية أو من الجهتين فالأقوى الرد في الوسطى.

الظاهر: إن المراد، من الحكمية ترقى القيمة السوقية، ومن العينية الزيادة غير المنفصلة، وعليه فالزيادة الحكمية لا تمنع من الرد، إن لم تكن بمقدار الغبن، وإلا فتمنع كما

تقدم عند بيان إن العبرة بالقيمة حال العقد أو بها بعده أيضا
وأما الزيادة العينية فعلى القول بأن الشركة مانعة عن الرد كما تقدم فهي تمنع من الرد لاستلزامه الشركة كما لا يخفى.

تصرف الغابن المخرج عن الملك
الموضع الرابع: في تصرف الغابن.
وتمام الكلام فيه في طي فروع:

{ ٣ } الأول: اختار المصنف رحمه الله كغيره، وتبعه غير واحد من عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن المخرج عن الملك: وأنه لا وجه لسقوطه،

وهو يتم لو كان مدرك سقوط الخيار باتلاف المغبون هو كونه التزاما بالعقد وتوطينا للنفس على تحمل الضرر، وأما لو كان مدركه تعلق حق الخيار بالرد لا العقد وهو لا يمكن

بعد خروجه عن ملكه، فلا فرق بين التصرفين

وحيث إن فسخ ووجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعتق أو الوقف أو البيع
اللازم، ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه { ١ } أو من أصلها كالمترهن
والشفيع، { ٢ } أو رجوعه إلى البدل، { ٣ } وجوه 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 لبطالانه
من رأس

إذ الخيار لو كان هو السلطنة على الرد ليس المراد بها السلطنة عليه خاصة، بل عليه
وعلى الاسترداد، بل قيل إنه السلطنة على الاسترداد خاصة ومع عدم التمكن من
الاسترداد لا معنى للخيار حينئذ،
ولكن قد عرفت أن الخيار لا يسقط بتصرف المغبون فضلا عن تصرف الغابن.
{ ١ } الثاني: مع بقاء خيار المغبون أن فسخ العقد ووجد العين خارجة عن ملكه
لزوما بالبيع أو الوقف أو ما شاكل ففي تسلطه على ابطال ذلك من حينه، أو من أصله أو
رجوعه إلى البدل، أو بطلان تصرف الغابن وجوه،
محل البحث في الوجه الأخير إنما هو مبحث أحكام الخيار،
فالكلام في المقام في الوجوه الثلاثة الأولى التي ذكرها المصنف رحمه الله:
{ ١ } الأول: تسلطه على حل العقد الثاني الذي أوقعه الغابن من حين الفسخ.
{ ٢ } الثاني: تسلطه على حل ابطاله من أصله.
{ ٣ } الثالث: رجوعه إلى البدل.
والظاهر أن مراده من التسلط على حل العقد من حينه وابطاله من أصله، كون
الفسخ موجبا لبطالانه من حينه أو من أصله،
فلا يرد عليه ما أورده المحقق الإيرواني رحمه الله من أنه لا وجه لابطاله، بل هي إما أن
تفسخ أو تبقى نافذة لا تنفسخ بفسخه.
وقد استدلل للأول: بأنه مقتضى الجمع بين تسلط الناس على أموالهم (١) المقتضي
لنفوذ تصرف الغابن لوقوعه في ملكه، وبين دليل الخيار المقتضي لاستحقاق العين
بالفسخ.
وفيه: إن الخيار إن كان متعلقا بالعقد لما اقتضى رجوع العين بعد خروجها عن

(١) البحار ج ٢ ص ٣٧٢ الطبع الحديث.

ومن أن وقوع العقد في متعلق حق الغير يوجب تزلزله من رأس، { ١ } كما في بيع الرهن ومقتضى فسخ البيع الأول تلقي الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لا من المشتري الثاني، ومن أنه لا وجه للتزلزل، إما لأن التصرف في زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم، كما سيجئ في أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البديل. وأما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلا على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعة هنا وفي خيار العيب قبل ظهوره، فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذي الخيار بدون إذنه أو استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن والعيب، وهذا هو الأقوى، وسيأتي تنمة لذلك في أحكام الخيار.

ملكه، وإن كان متعلقا بالعين اقتضى توقف نفوذ تصرف الغابن على إذن المغبون وإجازته. والمحقق الأصفهاني رحمه الله استدل له بوجه آخر، وهو: إن تصرف الغابن بدليله صحيح، وفسخ المغبون يوجب حل العقد من حينه، وحيث إن مقتضى الفسخ عود العين إلى ملك الفاسخ فلا محالة يؤثر في انحلال التصرف المترتب على المعاملة الغبنية. ويرده ما ذكره رحمه الله من أن مقتضى الفسخ إن كان عود العين فعدم امكانه يوجب امتناع الفسخ وسقوط الحق، وليس مقتضاه ولاية ذي الخيار على حل التصرف المترتب عليها، وإن لم يكن مقتضيا لعودها حقيقة فلا موجب لانحلال التصرف.

{ ١ } وقد استدل للثاني: بأن دليل الخيار يقتضي استحقاق العين. بالفسخ وتلقيها من الغابن، وحيث إن العقد الثاني الواقع بين الغابن والمشتري متزلزل من رأسه لكون المبيع حق المغبون، فالفسخ يوجب حله من رأس.

وفيه: ما تقدم من أن حق الخيار إن كان متعلقا بالعقد اقتضى رجوع العين مع الامكان، وبدلها مع التلف ولو تعبدا، وإن كان متعلقا بالعين اقتضى توقف تصرف الغابن على إذن المغبون أو إجازته،

مع أنه لو تمت المقدمات اقتضى انفساخ المعاملة الثانية آنا ما قبل فسخ الأولى.

فتحصل: إن المتعين هو الوجه الثالث.

وكذا الحكم لو حصل مانع من رده كالأستيلاذ { ١ } ويحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاذ، ثم إن مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم في خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز، { ٢ } لأن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه، أما تسلط الأجنبي وهو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً.

وفي المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار، ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، وإن تعذر فسخه المغبون، { ٣ } ويمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين في ملكه وإما بدخول بدلها. { ٤ }

{ ١ } قال المصنف: وكذا الحكم لو حصل مانع من رده كالأستيلاذ يعني: إن الوجوه الثلاثة المتقدمة في بيع الغابن جارية في الأستيلاذ بناء على تأثيره مطلقاً، ويحتمل فيه زائداً على تلك بطلان الأستيلاذ وعدم تأثيره في المنع عن الاسترداد من جهة أن الأستيلاذ يوجب حدوث حق لأم الولد مانع عن انتقالها، فتقع المزاحمة بين الحقيين: حق الأستيلاذ وحق خيار المغبون الموجب لجواز الاسترداد، وحيث إن سبب الخيار مقدم على سبب حق الأستيلاذ لأنه العقد وهذا الأستيلاذ، فيقدم حق الخيار لسبق سببه، فلا يؤثر الأستيلاذ شيئاً، ولو فسخ المغبون يستردها، ويرد هذا الاحتمال أن سبق السبب زماناً لا يوجب تقديم دليل السابق، مع أنه لا تزاحم بينهما، فإن حق الخيار متعلق بالعقد، وحق الأستيلاذ متعلق بالعين، فلا منافاة بينهما ولا تزاحم.

{ ٢ } الثالث: لو فسخ العقد وقد خرج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز فقد يقال كما عن المصنف: إن الوجوه الثلاثة الجارية في العقد اللازم جارية في العقد الجائز، لأنه بالنسبة إلى المغبون لازم، وجوازه بالإضافة إلى الغابن لا ربط له بفسخ المغبون. وإن تعذر فسخه المغبون.

{ ٤ } وأورد عليه المصنف رحمه الله: بأنه لا وجه لالزام الغابن بالفسخ، إذ مقتضى الوجهين

فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ. وعلى الثاني فلا وجه للعدول

عما استحقه بالفسخ إلى غيره اللهم إلا أن يقال إنه لا منافاة لأن البدل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة، فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها، { ١ } لكن ذلك إنما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون، { ٢ } وأما مع عدمه وتملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين، ثم على القول بعدم وجوب الفسخ في الجائز، لو اتفق عود الملك إليه لفسخ، فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون.

فالظاهر وجوب رد العين، وإن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب رده { ٣ } لعدم الدليل بعد تملك البدل ولو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد مطلقاً، لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه، والفسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

الأولين انفساخ معاملة الغابن ودخول العين في ملك المغبون، فلا مورد لفسخه، ومقتضى الوجه الثالث دخول بدلها في ملكه، ومعه لا يستحق شيئاً على الغابن كي يوجب إلزامه بالفسخ.

{ ١ } ثم أورد على نفسه: بأنه يمكن أن يقال إن البدل إنما هو للحيلولة: فإذا أمكن رد العين على الغابن وجب تحصيلها.

{ ٢ } وأجاب عنه: بأن مورد بدل الحيلولة ما إذا كانت العين باقية في ملكه، وفي المقام تكون هي لمن انتقلت إليه من الغابن، وللمغبون البدل.

ولكن هذا الايراد على الشهيد يتم إذا كان مراده إلزام الغابن بالفسخ بعد فسخ المغبون المعاملة، وأما إن كان مراده إلزامه بالفسخ قبله توطئة لفسخ المغبون فلا يرد عليه هذا الايراد، وعليه

فالصحيح أن يورد عليه بأن إلزام الغابن بالفسخ مما لا وجه له.

{ ٣ } الرابع: ولو اتفق عود الملك إليه لفسخ فقد أفاد المصنف رحمه الله: أنه إذا فسخ الغابن

معاملته ثم فسخ المغبون المعاملة الغبنية فالظاهر وجوب رد العين، وأما إن تملكها الغابن بعقد جديد ثم فسخ المغبون فالظاهر عدم وجوب ردها.

ولو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين، { ١ } فإما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج فإن كان بالنقيصة، فإما أن يكون نقصا يوجب الأرش، وأما أن يكون مما لا يوجبه { ٢ } فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ، لأن الفئات مضمون بجزء من العوض

ومحصل ما ذكره رحمه الله في مقام الفرق: إن الفسخ إنما يرفع السبب الناقل ويوجب صيرورته كالعدم، فتعود الملكية السابقة، وهذا بخلاف التملك بسبب آخر، فإنها غير الملكية السابقة، فإذا كان الغابن مالكا بالملكية السابقة، والمفروض فسخ المغبون، والفسخ يعدم السبب ويوجب تملك الفاسخ بالملكية السابقة، فلا محالة تعود هي إليه، وإن كان الغابن مالكا بملكية جديدة، فالفسخ لا يوجب انتقالها إليه.

وفيه: إن المغبون له أن يرجع العين إلى ملكه بمقتضى حديث لا ضرر أو غيره، وبحسب الدليل لا فرق بين كونها ملكا للغابن بالملكية الجديدة أو السابقة، مع أن الملكية جديدة على أي تقدير، إذ المعدوم لا يعود. فتأمل.

تصرف الغابن الموجب للنقيصة
{ ١ } الخامس: فيما لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين.

والكلام فيه في مقامات:

الأول: في التصرف الموجب للنقيصة.

الثاني: في التصرف الموجب للزيادة.

الثالث: في الامتزاج.

{ ٢ } أما الأول: فقد قسمه المصنف رحمه الله إلى قسمين:

أحدهما: ما يوجب النقيصة بالنقص الموجب للأرش.

ثانيهما: ما يوجب النقيصة بما لا يوجبه.

ومراده من الأول: نقص وصف الصحة المساوق للعيب، وبالثاني: نقص وصف

الكمال لا النقص المالي وغير المالي، لجعله العين المستأجرة من القسم الثاني.

فإذا رد تمام العوض وجب رد مجموع المعوض فيتدارك الفأنت منه ببدله { ١ } ومثل ذلك ما لو تلف بعض العين، وإن كان مما لا يوجب شيئاً رده بلا شيء،

وكيف كان: فالكلام يقع في موردين:

الأول: في النقصان الموجب للأرش.

وقد استدل لضمان الغابن للنقص بوجوه: الأول: ما في المتن

{ ١ } وحاصله: إن وصف الصحة الفأنت مضمون بجزء من العوض، فإذا رد تمام

العوض وجب رد مجموع المعوض فيتدارك الفأنت منه ببدله.

وفيه: إن الوصف سواء كان من قبيل وصف الصحة أو كان من قبيل وصف الكمال -

كان مقوماً للمال وموجباً لازدياد المالية أم لم يكن - لا يقابل بجزء من العوض،

والشيخ رحمه الله أيضاً ملتزم بذلك، فلا وجه لعود ببدله إن كان تالفاً.

الثاني: إن مقتضى قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له (١) بناء على شمولها

لخيار الغبن ولتلف وصف الصحة ضمان الغابن للنقص.

وفيه: إن تلك القاعدة لا تشمل خيار الغبن، ولا الأوصاف.

الثالث: إن الفسخ يوجب رجوع العين على ما هي عليه حين البيع ليكون العائد ما

وقع عليه العقد، ولازم ذلك ضمان كل وصف فأنت، سيما إذا كان الفوت بفعل الغابن

كما

هو المفروض.

الظاهر أنه وجه متين وسيأتي تمام الكلام فيه في مسألة تلف أحد العوضين أو كليهما

فانتظر.

المورد الثاني: في النقصان غير الموجب للأرش.

فإن كان وصفاً لا مالية له ولا يوجب ازدياد المالية لا اشكال في عدم ضمان شيء،

وإلا فإن كان مدرك الضمان في المورد الأول الوجه الأول أو الثاني لم يكن عليه شيء في

المقام، فإن وصف الكمال غير مقابل بجزء من الثمن قطعاً، كما أنه غير مشمول

(١) الوسائل - باب ٥ - من أبواب الخيار.

ومنه ما لو وجد العين مستأجرة، { ١ } فإن على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضي مدة الإجارة، ولا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ، لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد والفسخ، فهي ملك للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق، فإذا تحقق في زمان ملك منفعة العين بأسرها ويحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدة، لأن ملك منفعة الملك المنزل متزلزل { ٢ } وهو الذي جزم به المحقق القمي فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له في البيع، وفيه نظر، لمنع تزلزل ملك المنفعة.

نعم ذكر العلامة في القواعد فيما إذا وقع التفاسخ 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 شراح الكتاب وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين

لقاعدة التلف في زمان الخيار. وإن كان هو الوجه الأخير كان الأوجه الضمان في المقام، إذ لا فرق في اقتضاء الفسخ الذي حقيقته ما عرفت بين فوات وصف الصحة أو الكمال، فتفصيل الشيخ رحمه الله بينهما في غير محله.

{ ١ } وفي المتن: ومنه ما لو وجد العين مستأجرة.

والكلام فيه تارة: في حكم الإجارة،

وأخرى: في تدارك المنفعة المستوفاة بالإجارة.

أما الكلام من الجهة الأولى: فقد استدل لانفساخ الإجارة:

{ ٢ } بأن ملكية العين بما أنها متزلزلة فملكية المنافع أيضا كذلك، لأنها تابعة لها.

وفيه: إن ملكية العين في زمان تتبعها ملكية المنفعة إلى الأبد، فيصح لملك العين

استيفائها بالإجارة، فإذا صحت الإجارة شملتها أدلة لزومها، فلا وجه للانفساخ.

وأما الكلام من الجهة الثانية:

فالحق أن الفسخ يوجب تدارك النقص المالي الوارد على العين بسبب استيفاء

منافعها بالإجارة، فإن المنافع شؤون وحيثيات قائمة بالعين موجبة للمالية، فحيث إن

المفسوخ عليه أتلفها باستيفائها بالإجارة فيكون ضامنا لها، ولا يهمنا النزاع في أنه هل

يضمن أجرة المثل للمنافع، أو النقص المالي الوارد على العين إذ هما متطابقان دائما.

وإن كان التغيير بالزيادة فإن كانت حكومية محضة كقسارة الثوب وتعليم الصناعة، فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوم العين معها ولا معها ويؤخذ النسبة، { ١ } ولو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة. فالظاهر عدم شئ لمحدثها لأنه إنما عمل فيما له وعمله لنفسه غير مضمون على غيره ولو لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال، ولو في ضمن العين

تصرف الغابن الموجب للزيادة

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الزيادة الحكمية، وهي ما ليس لها ما بحذاء في الخارج كقسارة الثوب، وملخص القول فيه: إن الزيادة إن لم تكن موجبة لزيادة القيمة لا اشكال في عدم الشركة، ولا في عدم استحقاق أجره العمل.

أما الأول فواضح،

وأما الثاني فلأنه عمل عملا في ملكه.

وإن كان لها دخل في زيادة القيمة ففي المتن

{ ١ } فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوم العين معها ولا معها

ويؤخذ النسبة.

وأورد عليه المحقق الإيرواني: بأنه لا وجه للشركة بعد عدم حصول امتزاج مالين من شخصين، فإن المال جميعا لواحد، وأما الوصف فذلك لا يقابل بالمال بل يوجب زيادة قيمة الموصوف.

وفيه: إن منشأ الشركة أن الوصف الحادث الموجب لزيادة القيمة الباقي

لا يدخل هو ولا ما هو معلوله وأثره، وهو زيادة القيمة في ملك الفاسخ،

بل يكون باقيا في ملك المفسوخ عليه، وحيث إن ذلك المقدار من المالية غير

متميزة واقعا فلا محالة تحصل الشركة.

ولو كانت الزيادة عينا محضا كالغرس. { ١ } ففي تسلط المغبون على القلع بلا
أرش، { ٢ } كما اختاره في المختلف في الشفعة أو عدم تسلطه عليه مطلقا، كما عليه
المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري أو تسلطه عليه مع
الأرش كما اختاره في المسالك هنا وقيل به في الشفعة والعارية وجوه

{ ١ } المورد الثاني: في الزيادة العينية المحضة كالغرس.

والكلام فيها في جهات:

{ ٢ } الأولى: في أنه هل للغابن سلطنة على الإبقاء فلا يجوز للمغبون قلعه ولا اجبار
المالك بالقلع، أم لا؟ نسب إلى المشهور الأول،
وقد استدل له بوجوه:

الأول: إن الغرس وقع من أهله في محله، فالغارس مالك الغرس بوصف الشجرية.
وبعبارة أخرى: الغارس بغرسه الشجر قد استوفى منفعة الأرض ما دام غرسه باقيا، فيكون
الغرس كاستيفاء الاعتباري بالإجارة، فبالفسخ تنتقل العين بدون هذه المنفعة المستوفاة
بالغرس إلى المغبون، فلا منفعة له حتى تكون له السلطنة على المنع من استيفاء الغابن.
وفيه: إن استيفاء المنفعة إما أن يكون حقيقيا أو اعتباريا، وشئ منهما لا يكون في
هذه المنفعة بعد الفسخ،

أما الأول: فلأن استيفاء هذه المنفعة إنما يكون تدريجيا بانتفاع الشجرة بتشربها
من أعماق الأرض، ومن الضروري أن ما كان منه بعد الفسخ لا يكون حاصلًا بمجرد
الغرس.

وأما الثاني: فهو مفروض العدم، فمنفعة الأرض تعود إلى المغبون.

الثاني: ما في حاشية السيد رحمه الله، وحاصله: إن مقتضى الجمع بين تسلط مالك
الأرض على ماله، وتسلط مالك الشجر على غرسه بما هو غرس الذي يكون عرقه حقا هو
سلطنة مالك الغرس على الإبقاء، غاية الأمر مع الأجرة.

وفيه: إن مالك الشجر مسلط على ما له وهو الشجر لا على انتفاع الشجرة

من أن صفة كونه منصوبا المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكا للغير، فلا حق للغرس كما إذا باع أرضا مشغولة بماله وكان ماله في تلك الأرض أزيد قيمة، { ١ } مضافا إلى ما في المختلف في مسألة الشفعة، من أن الفأنت لما حدث في محل معرض للزوال لم يجب تداركه ومن أن الغرس المنصوب الذي هو مال للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفا وليس كالمتاع الموضوع في بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان مضافا إلى مفهوم قوله صلى الله عليه وآله: ليس لعرق ظالم حق { ٢ }

فيكون كما لو باع الأرض المغروسة، ومن أن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل، ولا دليل على استحقاق الغرس { ٣ } على الأرض البقاء، وقياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ إجارتها ولا تغرم لها أجرة المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة في تمام المدة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه

الجهة الثالثة: في أنه لو قلعه هل يستحق الغابن أرش الغرس أم لا؟ وجهان: { ١ } قد استدلل للأول: بما في المكاسب، وحاصله: إن الغابن مستحق لصفة منصوبية الغرس، فإذا زال هذا الوصف بقلع المغبون غرم له تفاوت ما بين كون الغرس منصوبا وغير منصوب.

وفيه: إن الغابن في ابتداء الأمر غرس بحق، ولكن بعد ما فسخ المغبون المعاملة وانتقلت العين بما لها من المنافع إلى المغبون يكون بقاء الغرس ومنصوبيته في هذا المكان بقاء بغير حق، فلا موجب للأرش، كيف وليس لعرق ظالم حق، فالحق أنه لا يستحق الأرش.

{ ٢ } قوله مضافا إلى مفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق (١)

قد مر أن المقام داخل في منطوق قوله عليه السلام

{ ٣ } قوله ومن أن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل ولا دليل على استحقاق الغرس محصل هذا الوجه، أن الغابن يستحق الغرس مع وصف منصوبيته، نعم لا يستحق المنصوبية في المكان الخاص وعليه فلمالك الأرض قلعه مع الأرش، أما القلع فلعدم استحقاق الغابن النصب في هذا المكان وأما الأرش فلفوات وصف المنصوبية

(١) الوسائل - باب ٣ - من كتاب الغصب حديث ١.

فإن المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان في الأرض. فالتحقيق إن كلا من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر ولا عليه له { ١ } 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 ما بين كونه منصوبا دائما، وكونه مقلوعا، وكونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه، { ٢ } لأن المال هو الغرس المنصوب ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم. ويبقى الفرق بين ما نحن فيه وبين مسألة التفليس حيث ذهب الأكثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس ولو مع الأرش، ويمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه، فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبهه بيع الأرض المغروسة { ٣ }.

وفيه: إن المتحقق وصف خاص وهو النصب في مكان خاص لا وصفين النصب والنصب في مكان خاص ليستحق الغابن أحدهما دون الآخر، فمع عدم استحقاقه ذلك الوصف لا حق له على صاحب الأرض لو قلعه، { ١ } وبذلك يظهر ما في تحقيق المصنف رحمه الله. { ٢ } قوله وكونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه حاصل الاشكال أنه إذا استحق الغابن خصوصية النصب ولذا تكون ملحوظة في مقام التدارك يستحق الابقاء وهو مضاد لاستحقاق المغبون القلع ومحصل الجواب أن هناك أمرين - النصب، والنصب في مكان خاص، والذي يضاد حق المغبون الثاني، والذي يكون منشأ الغرامة هو الأول وقد عرفت ما فيه فلا نعيد. { ٣ } قوله فيشبهه بيع الأرض المغروسة ما ذكرناه في المقام يجري بعينه في تلك المسألة فإن البائع إذا باع العين من غير استثناء شيء من المنافع وانتقلت المنافع إلى المشتري، يكون بقاء الغرس بغير حق فلا يستحق شيئا نعم في تلك المسألة يمكن أن يقال

وليس للمشتري قلعه، ولو مع الأرش بلا خلاف. بل عرفت أن العلامة في المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس، ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون 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 { ١ } 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 التخليص وأما لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء لأن انتقال الأرض إلى المغبون { ٢ } بحق سابق على الغرس، لا بسبب لا حق له، هذا كله حكم الشجر. وأما الزرع ففي المسالك أنه يتعين ابقائه بالأجرة لأن له أمدا ينتظر، { ٣ } ولعله لا مكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعيين ابقائه بالأجرة ضررا على مالك الأرض لطول مدة البقاء، فتأمل.

بظهور البيع مع استثناء الشجر في استثناء هذه المنفعة واستحقاق البقاء، بخلاف المقام فإنه بالفسخ يعود العين مع جميع منافعها وصفاتها بلا استثناء شيء منها.

{ ١ } قوله ويحتمل الفرق بين المقامين

وفيه: إن الدخول في ملك الغير هناك وإن كان حدوثه بغير فعل المالك إلا أنه بقاء يكون بفعله فإن ابقاء الأغصان في دار الغير اشغال للفضاء.

{ ٢ } قوله وأما لو اختار المغبون الإبقاء... لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق

سابق

كون الانتقال بحق سابق أولا حق لا دخل له في استحقاق الأجرة بل المدار فيه انتقال هذه المنفعة من الأرض إلى المغبون وعدمه، إذ على الأول يستحق الأجرة، ولا يستحقها على الثاني:

{ ٣ } قوله وأما الزرع - لأن له أمدا ينتظر ولعله لا مكان الجمع بين الحقين وأورد عليه المحقق الإيرواني رحمه الله بأن دفع الأجرة لو كان سادا للضرر

ولو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه { ١ } لاستلزام نقص أرضه، فإن كلا منهما مسلط على ماله ولا يجوز تصرفه في مال غيره إلا بإذنه أم لا؟ لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله، وجهان أقواهما الثاني.

ولو كان التغيير بالامتزاج { ٢ } فإما أن يكون بغير جنسه، وأما أن يكون بجنسه.

في الزمان القصير لكان سادا له في الزمان الطويل

وفيه: إن دفع الأجرة ساد من حيث المالية في الموردين، والفرق بينهما إنما هو من ناحية نقص الأرض من حيث القيمة - فإن اشتغال الأرض بالغرس في المدة الطويلة، يوجب نقص قيمتها بخلاف اشتغالها بالزراعة فإنه لا يوجب نقص قيمتها لقصر المدة، نعم يرد عليه قدس سره ما أورده أولا وهو إن مناط استحقاق القلع لم يكن هو الضرر بل مناطه عدم استحقاق صاحب الغرس للمكان وهذا مشترك بين الموردين.

{ ١ } قوله ولو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه

قد مر أنه لا حق لمالك الغرس في الأرض، ولا لمالك الأرض في الغرس فله أن ينقله إلى مكان آخر ولا أرى وجهها لجواز منعه إلا من جهة استلزامه التصرف في أرض الغير وعلاجه مراجعته في ذلك فإن امتنع قلعه بنفسه أو تصداه الحاكم، وعليه أجرة طم الأرض - بل أجرة المثل من يوم الغرس إلى يوم القلع، وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

التغيير بالامتزاج

{ ٢ } وأما المقام الثالث: - وهو التغيير بالامتزاج - فقبل الدخول في البحث لا بد من

تقديم أمرين:

الأول: إن خلط مال بمال يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون بنحو لا يتميز أحدهما من الآخر حسا كامتزاج الخل بالعسل الموجب لحصول حقيقة ثالثة.

فإن كان بغير جنسه، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته { ١ } وإن كان لا على وجه يعد تالفا كالخل مع الأنجيين.

الثاني: أن يكون بنحو يتميز حسا ويكون كل من المالين باقيا على ما هو عليه من الصورة.

الثالث: أن يكون بنحو لا يتميز حسا ولا تحصل صورة ثالثة، ويعد أحد الخليطين مستهلكا في الآخر وتلفا كخلط ماء الورد بالنفط.

ومورد الشركة هو الوجه الأول، ودليله مضافا إلى الاجماع: إن الخصوصية الشخصية لكل من المالين زالت وتلفت والتالف لا يتعلق به تكليف أو وضع، فمالك المال قبل الامتزاج لا يمكن أن يكون مالكا لشخص ماله بعد الامتزاج، فلا محالة يوجب التلف الإشاعة قهرا، ولا فرق في ذلك بين المتحدين وصفا والمختلفين. فما أفاده المحقق الإيرواني رحمه الله، بأن دليل الشركة هو الاجماع المختص بالمتماثلين ذاتا

ووصفا، غير تام.

الثاني أنه للشركة مراتب:

الأولى: الشركة في العين بنسبة المالين في المقدار كما في مزج الجنس بالجنس مع تساويهما في الصفات، والوجه فيها أن التالف خصوص الخصوصية الشخصية لا أصل المال ووصفه وماليته.

الثانية: الشركة في العين بمقدار المالية لا الوزن كما في المزج بغير الجنس كمزج الخل بالعسل، إذ الفئات حينئذ غير الخصوصية الشخصية الصورة النوعية، فلا محالة يشتركان في قيمة الممزوج، ولكن من نفس الممتزج.

الثالثة: الشركة في الثمن كما في قصارة الثوب.

إذا عرفت هذين الأمرين،

فاعلم: أن الامتزاج تارة يكون بغير جنسه، وأخرى يكون بجنسه.

{ ١ } أما المورد الأول: فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا فهو في حكم التالف ويرجع إلى قيمته كما في المكاسب، وإن كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع

ففي كونه شريكا { ١ } أو كونه كالمعدوم وجهان، من حصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين ومن تغير حقيقته، { ٢ } فيكون كالتلف الراجع للخيار { ٣ }

الأنجيين فقد ذكر المصنف رحمه الله فيه وجهين:

{ ١ } أحدهما: الشركة لحصول الاشتراك قهرا لو كانا لمالكين.

{ ٢ } ثانيهما: كونه كالمعدوم لتغير حقيقته.

وأورد المحقق الإيرواني رحمه الله على الوجه الثاني: بأنه لو كان هذا كالتالف كان الممتزج

الآخر أيضا كالتالف، لأن نسبة الصورة الحادثة بالامتزاج إلى كل من الممتزجين نسبة واحدة، ولازم ذلك أن لا يكون الممتزج مالا لواحد منهما، مع أن ذلك باطل بالضرورة.

و: تنقيح القول في المقام بنحو يظهر ما هو الحق ويوجب عن إيراد المحقق

الإيرواني رحمه الله: إن الشركة إنما تكون في مالين لشخصين، وأما إذا حدثت الصورة الثالثة في

حال يكون المالك واحد فلا معنى لحصول الشركة، وعليه فلو مزج الغابن الخل الذي اشتراه بالانجيين ثم فسخ المغبون المعاملة لا معنى لرجوع الخل بالفسخ، إلى صاحبه لعدم بقاءه، والصورة الثالثة لم تملك بالبيع كي تعود بالفسخ، فلا بد من إجراء حكم التلف عليه وهو رجوعه بمالته إلى الفاسخ.

{ ٣ } وأما ما في المتن من أن حكمه ارتفاع الخيار، فالظاهر أن مراده ارتفاعه على

وجه يوجب رجوع العين.

حكم الامتزاج بالجنس

وأما المورد الثاني: فالكلام فيه في مواضع:

الأول: في الامتزاج بالمساوي.

الثاني: في الامتزاج بالأردأ.

الثالث: في الامتزاج بالأجود.

وإن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوي يثبت الشركة، { ١ } وإن كان بالأردأ فكذا وفي استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه، { ٢ }

{ ١ } أما في الموضوع الأول: فقد حكم المصنف رحمه الله بالشركة. وأورد عليه المحقق الأصفهاني رحمه الله بما حاصله: إن المزج إن كان بمال الأجنبي وحصلت الشركة بين الغابن والأجنبي لا يبقى مجال لعود العين، إذ يستحيل عود الملك الاستقلالي بعد زواله، والملك الإشاعي لم يكن بسبب البيع حتى يوجب فسخه عوده إلى المغبون ليكون شريكا للمغبون،

وإن كان الامتزاج بمال الغابن فلا شركة قبل الفسخ، إذ الانسان لا يكون شريكا لنفسه، وفسخ العقد إن أوجب رجوع العين إلى المغبون حقيقة فلا شركة وإن لم يوجب رجوع العين نظرا إلى أن الامتزاج يمنع عن اعتبار الملك الاستقلالي شرعا فلا عود للعين.

ولكنه يمكن أن يكون نظر المصنف رحمه الله إلى أنه وإن لم يمكن عود العين بالفسخ فيعد بحكم التالف، إلا أنه حيث يمكن أن يرجع بعض العين ممتزجا بما هو مثله كان ذلك متعينا في مقام أداء التالف، فيتعين ارجاع ذلك، ولهذا يحكم بالشركة. { ٢ } وأما الموضوع الثاني: فقد احتمل المصنف رحمه الله فيه وجوها: أحدها: الشركة بنسبة المالكين، ويكون الغابن ضامنا لأرش النقص. ثانيها: الشركة في العين بمقدار المالية. ثالثها: الشركة في قيمة العين.

وقد اختار المحقق النائيني رحمه الله الوجه الأول، وعلله: بأنه إذا أمكن الشركة في العين بنسبة المالكين لا تصل النوبة إلى المرتبتين اللاحقتين. وفيه: إنه لا وجه للشركة في العين، إذ العين كما عرفت في الموضوع الأول بحكم التالف، وليس رد بعضها ممتزجا بالأردأ أقرب إلى التالف. وعن المحقق الأصفهاني رحمه الله: اختيار الوجه الثالث نظرا إلى أنه وإن لم يكن وجه للشركة في العين إلا أنه حيث يمكن عود العين بماليتها من المالية الشخصية فهو المتعين

ولو كان بالأجود احتمال الشركة في الثمن، بأن يباع ويعطي من الثمن بنسبة قيمته، ويحتمل الشركة بنسبة القيمة { ١ } فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الردى كان المجموع بينهما أثلاثا ورده الشيخ في مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا، قيل: وهو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة. بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن { ٢ } وتفصيله أن التلف. إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون، والتلف. إما بآفة أو باتلاف أحدهما أو باتلاف الأجنبي

لأنه أقرب من المالية المطلقة.

ولكن: هذا يتم إذا كان المال من القيميات، والظاهر أنه من المثليات، فيتعين دفع المثل إن أمكن، وإلا فما أفاده متين، اللهم إلا أن يقال إن المالية الخاصة أقرب إلى التالف من المثل ولا بعد فيه، وعليه فيتعين ذلك.

{ ١ } وأما الموضع الثالث: فقد احتمل المصنف رحمه الله فيه احتمالين:

أحدهما: الشركة بنسبة المالية.

ثانيهما: الشركة في الثمن.

ثم رد الأول: بأنه يستلزم الربا، ووجهه انتقال ثلث المجموع إلى المغبون بإزاء نصفه، فإنه بالامتزاج يعطي النصف ويأخذ الثلث، ومع وجود سائر الشرائط من كون المبيع من المكيل والموزون وعموم حرمة الربا لكل معاوضة ولو كانت قهرية يتوجه حكم الربا. والجواب أن هذا الوجه غير تام لعدم شمول دليل حرمة الربا للمعاوضة القهرية، ولكن بما ذكرناه في الموضوعين الأولين ظهر ضعف الاحتمال الأول، فالمتعين هو الثاني حكم تلف العوضين

{ ٢ } قوله بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن

الظاهر أن حكم التلف لا بد وأن يذكر في أحكام الخيار، وإنما أشار إليه المصنف ره في المقام من جهة أن المشهور بين الأصحاب أن تصرف المغبون قبل العلم بالغبن

وحكمها أنه لو تلف ما في يد المغبون، فإن كان بأفة، فمقتضى ما تقدم من التذكرة في الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار { ١ } لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلا عن غيره. ولذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ غرم قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ وأخذ ما عند الغابن أو بدله. وكذا لو كان بإتلافه ولو كان باتلاف الأجنبي ففسخ المغبون أخذ الثمن ورجع الغابن إلى المتلف إن لم يرجع المغبون عليه وإن رجع عليه بالبدل. ثم ظهر الغبن ففسخ رد على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ ولو كان باتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ القيمة من الغابن وإن فسخ أخذ الثمن، ولو كان اتلافه قبل ظهور الغبن فأبراه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه رد القيمة لأن ما أبراه بمنزلة المقبوض، ولو تلف ما في يد الغابن بأفة أو باتلافه

المخرج للمال عن ملكه مسقط لخياره، فتوهم أن التلف أيضا كذلك، بل هو أولى بأن يكون مسقطا، فذكر حكم التلف في المقام لتنتيجه ذلك.

ولا فرق بين تلف ما في يد المغبون وتلف ما بيد الغابن في الأحكام إلا من جهتين نشير إليهما، فلا وجه للبسط والأطناب في بيان الأحكام لكل منهما مستقلا، فلنفرض تلف ما في يد المغبون، وبه يظهر حال تلف ما في يد الغابن.

وحق القول فيه يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في أنه هل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ ومحصل القول فيها: إنه إن قلنا بأن هذا الخيار متعلق بالعوضين وحقيقته جواز الرد والاسترداد { ١ } كما هو مقتضى الوجه الذي ذكره العلامة ووجهه المصنف رحمه الله لمسقطية التصرف - تعين البناء على مسقطية التلف، بل هو أولى بأن يكون مسقطا، فإنه في تصرف يمكن أن يقال بجواز الرد وانفساخ معاملته، وفي المقام لا سبيل إلى ذلك. وبهذا يظهر أمران:

أحدهما: إن المصنف رحمه الله الملتزم بمسقطية التصرف من جهة ما أفاده في تلك المسألة ليس له البناء على العدم في المقام.

ثانيهما: إن ظاهر تبصرة العلامة أن التلف أولى من التصرف في عدم صحة الاستدلال، مع أن الأمر بالعكس

ففسخ المغبون، أخذ البديل وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ، قولان. ظاهر الأكثر الأول.

ولكن صرح في الدروس والمسالك ومحكي حاشية الشرائع للمحقق الثاني وصاحب الحدائق وبعض آخر: إنه لو اشترى عينا بعين فقبض إحداهما دون الأخرى فباع المقبوض، ثم تلف غير المقبوض، إن البيع الأول يفسخ بتلف متعلقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني، فيغرم البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض. { ١ }

وهذا ظاهر بل صريح في أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ دون تلف العين، والفرق بين المسألتين مشكل، وتمام الكلام في باب الإقالة إن شاء الله تعالى،

وأما إن قلنا بأن هذا الخيار كسائر الخيارات متعلق بالعقد، فحيث إن العقد باق مع تلف العين أيضا، فلا وجه لسقوط الخيار بالتلف، والأظهر هو الثاني. نعم لو قلنا بشمول قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له (١) لخيار الغبن يكون التلف بآفة سماوية موجبا لكون تلف ما عند المغبون من الغابن وانفساخ العقد، ولكن المبني فاسد كما سيأتي.

{ ١ } الثانية: إن قيمة التالف التي يرجع إليها هل هي قيمة يوم التلف كما احتمله العلامة ولعله ظاهر الأكثر، أم قيمة يوم الفسخ، كما ذهب إليه جماعة، أم قيمة يوم الأداء، كما عليه المحقق الخراساني رحمه الله -؟ وجوه.

وجه الأول: إن القيمة في يوم التلف تقوم مقام العين في كونها متعلقة لحق الخيار. ووجه الثاني: ما أفاده السيد الفقيه من أن الانتقال إلى الغابن إنما هو من حين الفسخ، فلا بد من اعتبار قيمته حينه لا حين التلف الذي كان للمغبون. ووجه الثالث: إنه في موارد الضمانات تكون العين ثابتة في الذمة إلى حين الأداء، ولذا بنينا على أن الضامن يدفع قيمة يوم الأداء.

(١) الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

ولو تلف باتلاف الأجنبي رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن لأنه الذي يرد إليه العوض فيؤخذ منه المعوض أو بدله، ولأنه ملك القيمة على المتلف، ويحتمل الرجوع إلى المتلف، { ١ } لأن المال في ضمانه، وما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده ولذا صرح في الشرائع بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما 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، بناء على جريانه في الصلح

وفي المقام وإن كان التالف حين تلفه للمغبون، فلا يكون ضامنا، إلا أن البيع بما هو مترزل ومتعلق لحق الخيار فتعتبر العين باقية في عهدة من هي عنده، والفسخ يقتضي عود العين التي تكون في العهدة إلى الفاسخ، وعليه فيتعين قيمة يوم الأداء. وبه يظهر ما في الوجهين الأولين. الثالثة: إنه لو أتلّف المال الأجنبي، فهل الفسخ يقتضي الرجوع إلى الغابن أو المتلف

{ ١ } واحتمل المصنف رحمه الله في المقام، الرجوع إلى الغابن، والرجوع إلى المتلف، والتخيير وفي تلف ما عند الغابن وإن كان يذكر وجوها ولكن ظاهره اختيار أن المغبون يرجع إلى الغابن ويذكر له وجهين جارين في المقام أيضا وكيف كان: فقد استدلل للرجوع إلى طرف المعاملة بوجهين: أحدهما: إن العوض يرجع إلى الغابن، فيؤخذ منه المعوض أو بدله. وفيه: إنه إذا أتلّف الأجنبي المال تثبت العين في عهده، ومقتضى الفسخ رجوع العين إلى المغبون، وحيث إنها في عهدة الأجنبي فيرجع إليه. ثانيهما: إن الغابن يملك القيمة على الأجنبي، وليس لشيء واحد إلا قيمة واحدة، فلا يعقل رجوع المغبون إلى الأجنبي. وفيه: ما تقدم من أن العين تثبت في عهده،

فالأظهر أنه يرجع إلى الأجنبي، ولكن لا يتعين ذلك، بل له أن يرجع إليه، وأن يرجع إلى المفسوخ عليه، لأن المال كان في عهده قبل وضع الأجنبي يده عليه. الرابعة: إنه لو أتلّف الغابن ما في يد المغبون ثم فسخ المغبون العقد، فقبل الفسخ

ويحتمل التخيير أما الغابن فلأنه ملك البدل وأما المتلف فلأن المال المتلف في عهده { ١ } قبل أداء القيمة، وإن كان باتلاف المغبون، فإن لم يفسخ غرم بدله ولو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسح رد الثمن وأخذ قيمة التلف لأن المبرأ منه كالمقبوض هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، وينبغي إحالة الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام والله العالم بالأحكام ورسوله وخلفائه الكرام صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم القيام.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضة مالية بناء على الاستناد في ثبوته في البيع إلى نفي الضرر، { ٢ } نعم لو استند إلى الاجتماعات المنقولة أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصالة الزوم وممن حكي عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره في شرح الإرشاد وصاحب التنقيح وصاحب إيضاح النافع وعن إجارة جامع المقاصد جريانه فيها مستندا إلى أنه من توابع المعاوضات. نعم حكي عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح. ولعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعة، فلا يشرع فيه الفسخ وفيه ما لا يخفى

كانت العين التالفة في عهدة الغابن، وبعده تثبت في عهدة المغبون، ونتيجة ذلك سقوط العهدة بالنسبة إلى كل منهما كما لا يخفى.

{ ١ } قوله ويحتمل التخيير أما الغابن فلأنه ملك البدل وأما المتلف فلأن المال المتلف في عهده هذا الاحتمال وإن كان هو الأظهر كما عرفت إلا أنه لما ذكرناه، لا لما أفاده قدس سره فإن

مبنى أحد فردي التخيير في كلامه اشتغال ذمة المتلف بالقيمة - ومبنى الآخر دخول العين في العهدة وهما متقابلان

ثبوت خيار الغبن في غير البيع
{ ٢ } الموضوع الخامس: في ثبوت خيار الغبن في سائر المعاوضات أقوال:
أحدها: ثبوته فيها، اختاره فخر الدين وصاحب التنقيح وإيضاح النافع.

وفي غاية المرام التفصيل { ١ } بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة فيجري فيه، وبين الواقع على اسقاط دعوى قبل ثبوتها، ثم ظهر حقيقة ما يدعيه وكان مغبونا فيما صالح به والواقع على ما في الذمم وكان مجهولا، ثم ظهر بعد عقد الصلح وظهر غبن أحدهما على تأمل. ولعله للإقدام في هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائنا ما كان. فقد أقدم على الضرر وحكى عن بعض التفصيل { ٢ } بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة وكان الإقدام فيه على المعاملة مبنيا على عدم الالتفات إلى النقص والزيادة بيعا كان أو صلحا أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن، وبين غيره. وفيه مع أن منع صدق الغبن محل نظر أن الحكم بالخيار لم يعلق في دليل على مفهوم لفظ الغبن حتى يتبع مصاديقه. فإن الفتاوى مختصة بغبن البيع وحديث نفي الضرر عام لم يخرج منه إلا ما استثنى في الفتاوى من صورة الإقدام على الضرر عالما به، نعم لو استدل بأية التجارة عن تراض أو النهي عن أكل المال بالباطل أمكن اختصاصها بما إذا أقدم على المعاملة محتملا للضرر مسامحا في دفع ذلك الاحتمال والحاصل أن المسألة لا يخلو عن اشكال من جهة أصالة اللزوم واختصاص معقد الاجماع والشهرة بالبيع وعدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع،

ثانيها: عدم ثبوته فيها، ولعله الظاهر من إجارة جامع المقاصد.

ثالثها: عدم جريانه في خصوص الصلح، حكى عن المهذب البارع.

رابعها: التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة وبين غيره.

{ ١ } قوله في غاية المرام التفصيل، قد عرفت تماميته.

{ ٢ } قوله وحكى عن بعض التفصيل

بما حققناه ظهر تمامية ما أفاده هذا البعض، فلا حاجة إلى التكرار، ودفع ما أورده المصنف عليه.

وكيف كان فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في شمول دليل هذا الخيار لغير البيع.

الثاني: في قابلية الصلح في ذاته للخيار.

كما تعرضوا لجريان خيار الشرط وتعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع، لكونه محل خلاف لبعض العامة في بعض أفراد ما عدا البيع، فلا يدل على عموم غيره لما عدا البيع ومن دلالة حديث نفي الضرر، على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها في صورة امتناع الغابن، عن بذل التفاوت بعد الحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب. وقد استدل به الأصحاب على اثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع، لا يخلو عن قوة. { ١ } نعم يبقى الاشكال في شموله للصورة المتقدمة، وهي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة بيعا كان أو غيره على عدم المغابنة والمكايسة من حيث المالية، كما إذا احتاج المشتري إلى قليل من شيء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية، فإنه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإن في شمول الأدلة لمثل هذا خفاء، بل منعاً، إلا أن يتم بعدم القول بالفصل، { ٢ } والله العالم.

أما المقام الثاني: فقد تقدم الكلام فيه في خيار الشرط. فراجع. { ١ } وأما المقام الأول: فإن كان مدرك هذا الخيار هو الاجماع، مختصاً بالبيع لأنه المتيقن من معقده وإن كان غيره من الشرط الضمني، أو نفي الضرر، (١) أو آية التجارة، (٢) أو آية لا تأكلوا (٣)، أو خبر تلقي الركبان، (٤) أو خبر غبن المسترسل سحت، (٥) لم يكن مختصاً بالبيع لعدم الفرق في هذه الأدلة بين البيع وغيره من المعاوضات المالية المبنية على المداقعة،

وحيث إن المختار كون مدركه الشرط الضمني فلا وجه لدعوى الاختصاص. { ٢ } ثم إنه بناء على المختار، إن كانت المعاملة مبنية على تساوي المالين نوعاً كالبيع والإجارة والصلح القائم مقامهما جرى فيها خيار الغبن إلا مع الاقدام على المعاوضة

- (١) الوسائل - باب ١٢ و ٧ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيرهما من الأبواب المتقدم إليها الإشارة.
- (٢) النساء آية ٢٩.
- (٣) نفس المصدر.
- (٤) وهو النبوي المروي عن غير طرقنا المتقدم.
- (٥) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ١.

مسألة: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي على قولين { ١ }

واستند للقول الأول: وهو المشهور ظاهرا إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن وقرره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة وإلا لم ينتفع بعمومه، انتهى. { ٢ }

وللقول الثاني: إلى الاستصحاب { ٣ } وذكر في الرياض ما حاصله أن المستند في هذا الخيار إن كان الاجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب وإن كان نفي الضرر وجب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر.

بالغة ما بلغت فإنه حينئذ يكون مسقطا لشرط التساوي، وإن كانت لعكس تلك وكان بنائها على التسالم والتجاوز عن الحق كائنا ما كان كالصلح الواقع في مقام رفع الخصومة لا يكون هذا الخيار ثابتا فيها: لأنه يسقط شرط التساوي، وإن لم تكن مبنية لا على ذلك ولا على هذا كالجعالة، فثبوت هذا الخيار فيها وعدمه يدوران مدار الاشتراط وعدمه.

كون هذا الخيار على الفور أو التراخي
{ ١ } مسألة: اختلف أصحابنا في كون الخيار على الفور أو على التراخي على قولين.
لا يخفى أن هذا النزاع جار في كل خيار لم يكن لمدة الخيار تحديد من الشرع كخيار العيب ونحوه.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:
{ ٢ } الأول: في عموم * (أوفوا بالعقود) * (١) وأنه هل يتمسك به في زمان الشك أم لا الذي هو مدرك القول بالفور.

{ ٣ } الثاني: في استصحاب الخيار الذي هو مدرك القول بالتراخي.
الثالث: في أنه على فرض المناقشة في كليهما هل هناك ما يرجع إليه لتعيين أحدهما أم لا.

(١) المائة: ٢.

أقول: ويمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة، أما في وجوب الاختصار على المتيقن فلأنه غير متجه مع الاستصحاب. وأما ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الأزمنة، فإن أراد به عمومها المستفاد من اطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره في جميع الأزمنة، فلا يخفى أن هذا العموم في كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فرد منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو في زمان ما إذ ليس في خروجه دائما زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم { ١ } وخرج منه فرد خاص من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عام لجميعها، فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص { ٢ } أعني الحلية لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم، وليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب، والسر فيه ما عرفت من تبعية العموم الزمني للعموم الافرادي فإذا فرض خروج بعضها، فلا مقتضى للعموم الزمني فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

{ ١ } قوله نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم التنظير بالتحريم من جهة أنه يقتضي الدوام والاستمرار مع كون الزمان ظرفا محضا غير مأخوذ في موضوع الحكم.

{ ٢ } قوله فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص وربما يورد عليه بأن مدار جريان استصحاب حكم الخاص على كون الزمان ظرفا في دليل الخاص لا على كونه ظرفا في دليل العام ولكن يمكن الجواب عنه بأنه قدس سره يصرح في الأصول بأنه إذا كان الزمان قيذا في دليل الخاص يستكشف منه كونه قيذا في دليل العام ومثل لذلك بما إذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم زيدا يوم الجمعة قال إذ الاستثناء قرينة على أخذ كل زمان فردا مستقلا فحينئذ يعمل عند الشك بالعموم وعلى هذا إذا كان الزمان ظرفا بالنسبة إلى حكم العام يكون ظرفا بالنسبة إلى الخاص فلا مانع من جريان الاستصحاب من هذه الجهة.

نعم لو فرض إفادة الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان أكثر الأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايرا له في زمان آخر كان اللازم بعد العلم بخروج فرد في زمان ما، الاقتصار على المتيقن، لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم بخروجه، كما إذا قال المولى لعبده: أكرم العلماء في كل يوم بحيث كان اكرام كل عالم في كل يوم واجبا مستقلا غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم وشك في خروجه عن العموم يوما أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الاكرام، 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 { ١ } .

التمسك بآية الوفاء بالعقد عند الشك
وأما المورد الأول فالكلام فيه في جهتين:
الأولى: في أنه إذا ورد عام افرادي يتضمن العموم الأزماني وخصص ذلك بخروج بعض أفراد العام عن الحكم بالتخصيص في بعض الأزمنة ثم شك في أن خروجه عنه في تمام الأزمنة أو بعضها، فهل يرجع في زمان الشك إلى عموم العام أم لا؟
الثانية: في خصوص * (أوفوا بالعقود) * .
أما الأولى: فتفصيل الكلام فيها في الأصول، وإنما نشير إلى ما هو الحق في المقام بنحو الاجمال وحاصله:
{ ١ } إن المصنف رحمه الله ذهب إلى أن العام إن كان له عموم أزماني وكان كل زمان موضوعا مستقلا لحكم مستقل لينحل العموم إلى أحكام عديدة بتعدد الزمان يتمسك بعموم العام، فإنه من عدم التمسك به يلزم التخصيص الزائد وأما إذا لم يكن له عموم أزماني بهذا المعنى، بل كان الزمان ظرفا للحكم، وكان المجعول حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد فلا يتمسك به، فإنه ليس في خروجه عن تحت العام دائما زيادة تخصيص

ثم لا يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الاطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة وكونه في الصورة الثانية عموما لغويا، بل المناط كون الزمان في الأولى ظرفا للحكم وإن فرض عمومه لغويا، فيكون الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد وانقطاعه فيستصحب والزمان في الثانية أكثر 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.

في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

والجواب عنه أمران:

الأول: أنه لا بد من التمسك بالعام في المورد الثاني أيضا، وذلك يبتني على بيان مقدمات:

منها: إن الاطلاق عبارة عن رفض القيود، وعدم دخل شئ من الخصوصيات لا دخل جميع القيود.

ومنها أن العام الذي أخذ الزمان ظرفا لاستمرار حكمه له حيثان: إحداهما: عمومه الافرادي، ثانيتهما: اطلاقه الزماني، بمعنى أن مقتضى اطلاقه استمرار الحكم الثابت لكل فرد في الزمان المستمر.

ومنها أن المطلق إذا خرج منه فرد بقي الباقي بنفس الظهور الذي استقر فيه أولا إذا عرفت هذه الأمور تعرف أنه بعد مضي زمان التخصيص يتمسك بعموم العام لا بحيثية عمومه بل بحيثية اطلاقه، بلا فرق بينه وبين سائر المطلقات. لا يقال: إنه إذا ثبت الحكم بعد ذلك الزمان لا يكون استمرارا للحكم الأول بل هو حكم آخر، فيلزم تعدد الواحد.

فإنه يرد بأن معنى استمراره الثابت بالاطلاق المزبور ليس استمراره خارجا، بل جعل ظرف واحد لهذا الحكم الوجداني لا جعل حصتين من طبيعي الظرف.

وبذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد بأن آية أوفوا وغيرها مطلقة لا عامة، فلا تنافي الاستصحاب إلا أن يدعي أن العموم الاطلاقي لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على الوجه الأول، فقد ظهر أيضا مما ذكرنا من تغاير موردي الرجوع إلى الاستصحاب والرجوع إلى العموم، فساد ما قيل في الأصول من أن الاستصحاب قد يخص العموم ومثل له بالصورة الأولى، زعما منه أن الاستصحاب قد يخص العموم. وقد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم ولو على فرض عدم الاستصحاب، ومقام جريان العموم لا يجوز الرجوع إلى الاستصحاب ولو على فرض عدم العموم، فليس شيء منهما ممنوعا بالآخر في شيء من المقامين، إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول، لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد وبين عدم وجوبه رأسا، نظير العقد الجائز دائما، فليس الأمر دائرا بين قلة التخصيص وكثرته، حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن { ١ }

فإن قلت: إن المطلق له ظهور واحد في معنى واحد مستمر، فإذا انقطع لا ظهور يتمسك به.

يرد عليك أن التقييد إنما يكون لقيام حجة أقوى من الحجة المزبورة، فلا يرفع اليد عن ذلك الظهور الواحد. وتتمام الكلام في محله.

الثاني: إنه لو تم ما أفاده كان مختصا بما إذا كان التخصيص من الوسط، وأما إذا كان فرد خارجا عن العام من الأول فمن عدم التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص يلزم التخصيص في العموم الافراي أيضا، فنفس عمومه من تلك الحيشية يكفي في الحكم بثبوت حكم العام والتمسك به.

وفي المقام وجهان آخران: أحدهما للمحقق اليزدي، والآخر للمحقق النائيني رحمه الله، ذكراهما لعدم جواز التمسك بالعام بعد مضي زمان التخصيص إذا لم يكن له عموم زماني وقد أجبنا عنهما في زبدة الأصول وليس المقام مقام ذكره فالأظهر هو التمسك بالعام مطلقا

{ ١ } وأما الجهة الثانية فالحق أنه لا عموم زماني له بنحو يكون العقد في كل زمان

فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجرز التمسك بالعموم أيضا، نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات. وأما استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب، فهو حسن على ما اشتهر من 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 احراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجري فيما نحن فيه الاستصحاب، فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق، مع كون الشخص قد تمكن من التدارك ولم يفعل، لأن هذا موضوع آخر يكون اثبات الحكم له من القياس المحرم. { ١ } نعم لو أحرز الموضوع من دليل لفظي على المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم حتى لا يحتمل أن يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب.

موضوعا مستقلا، ولكن له اطلاقا زمانيا، بمقتضى مقدمات الحكمة، وأنه لو لم يكن حكما ثابتا في عمود الزمان لزم لغوية جعله: إذ لا أثر للزوم العقد في زمان واحد، وبناء على ما اخترناه من ثبوت الخيار من حين العقد يكون الخارج خارجا من الأول: فيتمسك بالعام حتى على المسلك الآخر.

استصحاب الخيار

أما المورد الثاني فقد أورد على التمسك بالاستصحاب بوجوه:

{ ١ } الأول في المتن، وحاصله: إنه إذا كان دليل الحكم لفظيا مشخصا للموضوع وكان الشك في بقاء الحكم مع احراز الموضوع يجري الاستصحاب، وأما إذا كان غير لفظي

أو لفظيا غير مشخص له وكان يحتمل كون الموضوع عنوانا لا يكون باقيا، فلا يجري الاستصحاب للشك في بقاء الموضوع، والمقام من قبيل الثاني، فإن دليل هذا الخيار الاجماع أو حديث لا ضرر،

وأما ما ذكره في الرياض، ففيه أنه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا وحققناه في الأصول، فلا يجري الاستصحاب وإن كان المدرك للخيار الاجماع، وإن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب وإن استند في الخيار إلى قاعدة الضرر، كما اعترف به ولده قدس سره في المناهل مستندا إلى احتمال أن يكون الضرر علة محدثة يكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع إلا أن يدعي أنه إذا استند الحكم إلى الضرر، فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره وهو غير محقق في الزمان اللاحق كما أشرنا

ولا يكون الموضوع مشخصا في شئ منهما، ولعله العاجز عن تدارك الضرر بالفسخ لا المتضرر بما هو متضرر، فلا يكون الاستصحاب جاريا. وفيه: أولا: إن الموضوع ليس هو العاجز قطعاً، لأنه لا يبقى مع الخيار ونفس الخيار رافع للعجز، فلا يعقل أن يكون هو الموضوع له. نعم يمكن أن يقال بكونه علة لثبوت الخيار، لكن ذلك كالأجنبي عن دخله في الموضوع.

وثانياً: إن ما أفاده لو تم فإنما هو لو قلنا بأن المعتبر في الاستصحاب بقاء الموضوع الدليلي، وأما إن قلنا بأن المعتبر بقاء الموضوع العرفي وإن لم يكن الموضوع الدليلي باقياً كما هو مبناه في الأصول، فلا يتم، فإن الميزان حينئذ بقاء الموضوع بنظر أهل العرف الذين يرونه موضوعاً بواسطة مناسبة الحكم والموضوع. الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من أن الشك في بقاء الخيار في المقام شك في المقتضي لا في الرفع، فإنه لا يشك في مسقطية شئ للخيار، بل في بقاء الخيار بحسب طبعه

في عمود الزمان، مع قطع النظر عن طروء زماني عليه، فلا يجري. وفيه: إن الخيار إنما يشك في بقائه لو تمكن المكلف من أعماله ولم يعمله، وأما مع قطع النظر عن ذلك فله استعداد البقاء في عمود الزمان، فليس من قبيل الشك في المقتضي، مع أن الحق جريان الاستصحاب في موارد الشك في المقتضي أيضاً. الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله أيضاً، وهو: إن دليل هذا الخيار إن كان هو

ثم إنه بنى المسألة بعض المعاصرين { ١ } على ما لا محصل له فقال ما لفظه أن المسألة مبتنية على أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر إلى يوم القيامة، وأن عموم الوفاء بالعقود عموم زماني للقطع، بأن ليس المراد بآية الوفاء بالعقود آنا ما، بل على الدوام وقد فهم المشهور منها ذلك باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها. ولا ريب أن مفاده عرفا وبحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإن دل دليل على ثبوت خيار من ضرر، أو اجماع أو نص في ثبوته في الماضي، أو مطلقا

حديث لا ضرر يكون الموضوع عنوان المتضرر، وحيث إنه يحتمل أن يكون الموضوع هو الموصوف، فيكون باقيا، وأن يكون هو الوصف فلا يكون باقيا، فلا يكون بقاء الموضوع محرزا، فلا يجري الاستصحاب. وفيه: أولا: إن عنوان المتضرر ووصفه يكون باقيا، ومجرد تمكنه من تداركه لا يرفعه.

وثانيا: إن المعتبر بقاء الموضوع عرفا لا دليلا كما تقدم. الرابع: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله أيضا، وهو: إن مدرك هذا الخيار إن كان حديث لا ضرر يكون الموضوع هو الحكم المعنون بالضرر، ويدل الحديث على رفعه، فلزوم العقد

إن كان ضرريا يكون مرفوعا، وإلا فلا، ومن يتمكن من اعمال الخيار ولو آنا ما فاللزوم ليس ضرريا عليه أصلا فالقضية المتيقنة غير المشكوك فيها بأسرها موضوعا ومحمولا ونسبة.

وفيه: بعد اصلاحه بإرادة كون اللزوم بعد ذلك الآن ضرريا أقدم عليه، والحديث يرفع حكم ما لم يقدم عليه، أن مدرك هذا الخيار عندنا وعنده هو الشرط الضمني، ولازمه ثبوت الخيار للشخص، فمع الشك في بقاءه يستصحب، فالحق أن هذا الاستصحاب لا محذور فيه سوى كونه من قبيل استصحاب الحكم، والمختار عدم جريانه لمحكوميته لاستصحاب عدم الجعل على ما حققناه في محله.

{ ١ } قوله ثم إنه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له محصل ما يفيد هذا المحقق أن المسألة مبنية على ثبوت العموم الزماني وعدمه

بناء على الاهمال لا الاطلاق في الأخبار، فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه، كاستثناء أيام الإقامة والثلاثين ووقت المعصية ونحوها من حكم السفر، أو أن اللزوم ليس كالعموم وإنما يثبت ملكا سابقا، ويبقى حكمه مستصحا إلى المزيل، فتكون المعارضة بين استصحابيين، والثاني وارد على الأول فيقدم عليه والأول أقوى، لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضي بعدم اعتبار السابق أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق، انتهى.

ولا يخفى أن ما ذكره من المبنى للرجوع إلى العموم وهو استمرار اللزوم مبني لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب. { ١ } وأما ما ذكره أخيرا لمبنى الرجوع إلى الاستصحاب.

وعلى الأول يحكم بأنه على الفور وعلى الثاني يحكم بأنه على التراخي فهو ممن لا يفرق في التمسك بعموم العام بين أن يكون الزمان ظرفا له أم قيادا كما اخترناه وقد ذكر في وجه وجود العموم في المقام أمرين أحدهما إن معنى الوفاء العمل بما يقتضيه العقد أبدا ولو من جهة أن مفاد العقد الدوام،

ثانيهما القطع بأنه ليس المراد بالآية الوفاء بالعقد أنا ما بل على الدوام وذكر في وجه عدمه أن معنى أوفوا بالعقود ترتيب أثر الملكية في أول الوهلة وعلى الثاني أنه إنما يحكم ببقاء الملكية من جهة أنشأ الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع - وإنما يحكم باللزوم للاستصحاب وعليه فعلى الأول بما أن العموم موجود فمع الشك في الخيار يتمسك به ويحكم بعدم الخيار - وعلى الثاني - مع الشك في الخيار بما أن الخيار ثابت قبل ذلك فيستصحب بقاءه

وهو حاكم ومقدم على بقاء أثر العقد وهو قدس سره يختار الأول ومحصل ما ذكره في وجهه أن اللزوم ووجوب الوفاء المستفاد من الآية الشريفة إنما لا يحكم ببقائه لو زال علته وأما مع بقائها كما في الآية من جهة أن علته

المعاهدة على الملكية الدائمة وهي باقية فاللزوم أيضا باق.

{ ١ } قوله مبني لطرح العموم والرجوع إلى الاستصحاب هذا على مسلك المصنف رحمه الله من التفصيل في التمسك بالعموم بين كون الزمان ظرفا

وحاصله أن اللزوم إنما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه، ففيه أن الكل متفقون على الاستناد في أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء، { ١ } وإن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضا، فلا وجه للاغماض عن الآية. وملاحظة الاستصحاب المقتضي للزوم مع استصحاب الخيار، 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 سابقا 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 يستظهر ذلك من حديث نفي الضرر تعين الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون { ٢ } وعدم ترتب الأثر عليه، وبقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة وهذا ليس كاستصحاب الخيار، لأن الشك هنا في الواقع. فالموضوع محرز كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذي، فافهم واغتنم والحمد لله.

أم قيدا وأما على مبنى المستدل الذي هو المختار عندنا فاستدلاله تام لا يرد عليه هذا الأيراد

{ ١ } قوله ففيه أن الكل متفقون على الاستناد... إلى عموم آية الوفاء يرد عليه أنه أيضا ممن يتمسك بعموم الآية ولكن يقول إنه على فرض عدم العموم للآية يكون مدرك اللزوم الاستصحاب فاستصحاب الخيار يقدم عليه للحكومة. أصالة فساد فسخ المغبون
وأما المورد الثالث: فقد تمسك المصنف رحمه الله للقول بالفور { ٢ } بأصالة فساد فسخ المغبون، وعدم ترتب الأثر عليه مراده بها بحسب الظاهر استصحاب بقاء الملكية الثابتة قبل فسخ المغبون، وقد تقدم في مبحث المعاطاة أن هذا الأصل يجري، ولا يرد عليه شئ مما أورد عليه.

هذا مضافا إلى ما قد يقال هنا وفيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي ونكاحه وغيرهما من أن تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار وفيه تأمل. ثم إن مقتضى ما استند إليه للفورية عدا هذا المؤيد الأخير هي الفورية العرفية { ١ } لأن الاقتصار على الحقيقية خرج على ذي الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به والزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده 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 تقدم، خلافا للشافعي، فإنه اشترط الفورية والمبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدد ولا الركض للرد وإن كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس اجماعا. وكذا لو لبس ثوبا أو أغلق بابا ولو اطلع على العيب ليلا فله التأخير إلى أن يصبح وإن لم يكن عذر، انتهى.

وقد صرح في الشفعة على القول بفوريته بما يقرب من ذلك وجعلها من الأعذار، وصرح في الشفعة بأنه لا يجب المبادرة على خلاف العادة، ورجع في ذلك كله إلى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة وكل ما يعد تقصيرا وتوانيا في الطلب، فإنه مسقط لها، انتهى.

فتحصل: إن مقتضى العمومات والاستصحاب هو القول بالفور، ولكن بما أن مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمني، فما دام لم يجز العقد ولم يلتزم به، يكون الخيار باقيا. ولا يرد

عليه بأن تجويز ذلك ضرر على من عليه الخيار، فإنه لا ضرر عليه مع فرض أنه غير ممنوع من التصرف في زمان الخيار، فالأظهر أنه على التراخي.

المراد من الفورية

{ ١ } بقية الكلام في المراد من الفورية،

وتنقيح القول في ذلك: إن الفورية قسمان: فورية حقيقية، وهي أول مراتب الامكان دقة

وفورية عرفية ولها مراتب، منها ما لا يلزم من الاقتصار عليه حرج على من له الخيار.

والمسألة لا يخلو عن اشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه، نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضي أو على الاشهاد، توجه ما ذكر في الجملة مع أن قيام الدليل عليه مشكل إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الاضرار لمن عليه الخيار، فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه، فإن هذا هو الذي يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه وكون تصرفاته فيه في معرض النقص، لكنك عرفت التأمل في هذا الدليل، فالانصاف أنه إن تم الاجماع الذي تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمر المذكورة وعدم قدح أمثالها في الفورية، { ١ } فهو وإلا وجب الاقتصار على أول مراتب امكان انشاء الفسخ والله العالم.

ثم إن الظاهر أنه لا خلاف في معذورية الجاهل بالخيار في ترك المبادرة لعموم نفي الضرر، { ٢ } إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن، والجاهل بحكمه، وليس ترك الفحص عن الحكم الشرعي منافيا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن وعدمه ولو جهل الفورية.

فظاهر بعض الوفاق على المعذورية ويشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكنه من الفسخ وتدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد وعدم صحة فسخ المغبون يعد الزمان الأول

{ ١ } ومنها: ما هو أوسع من ذلك كالأمثلة المذكورة في كلام العلامة ره ومنها: ما هو أوسع من ذلك، وهو ما إذا لم يلزم منه ضرر على من عليه الخيار، إلا أن هذا اللفظ لم يرد في الدليل كي يقع النزاع في المراد منه، بل لا بد من الرجوع إلى دليل

الفورية واستخراج الحكم، وقد عرفت أن دليل الخيار لا اطلاق له فيشك في الخيار بعد مضي زمان يتمكن من انشاء الفسخ، والمرجع فيه عموم (أوفوا بالعقود)، وعليه فإذا كان الفسخ غير متوقف على شيء سوى قول فسخت فالمتعين هو البناء على الفورية العرفية بالمعنى الأول كما لا يخفى.

{ ٢ } وهل يكون الجاهل بالخيار معذورا في ترك المبادرة إلى الفسخ على القول بالفورية أم لا؟ وجهان.

وقد حكي عن بعض الأساطين عدم المعذورية في خيار التأخير والمناط واحد ولو ادعي الجهل بالخيار فالأقوى القبول إلا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض ففيه نظر.

وقال في التذكرة في باب الشفعة أنه لو قال إني لم أعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت، لأنني لم أعلم أن الشفعة على الفور، فإن كان قريب العهد بالاسلام أو نشأت في برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله وله الأخذ بالشفعة وإلا فلا، انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقه الجهل فلا حاجة إليه، لأن أكثر العوام وكثير 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 أن الأصل العدم والأقوى أن الناسي في حكم الجاهل وفي سماع دعواه النسيان نظر من أنه مدع ومن تعسر إقامة البينة عليه وأنه لا يعرف إلا من قبله. وأما الشك في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته ويحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفي، إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الانشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم والله العالم.

الظاهر أن مدرك القول بعدم ثبوت الخيار مع العلم بالغبن وحكمه إنما هو أنه مع ذلك لا يكون شارطا بالشرط الضمني تساوي المالين، ويكون مقدا على الضرر، فالضرر إنما يجيء من ناحية اقدمه، وحديث لا ضرر لا يرفع مثل ذلك، وعليه فلا وجه للتوقف في معذورية الجاهل بالجهل المركب والغافل ولو كان جهله عن تقصير، فإنه مع ذلك يكون شارطا وغير مقدم على الضرر.

وتوهم أن العالم بالخيار لا يبقى خياره، والمفروض أن الجاهل بالحكم غير معذور، فيجري عليه حكم العالم

فاسد، فإن الحكم ببقاء الخيار مع الجهل ليس من جهة الجهل بعنوانه، بل من جهة كون الجاهل مشمولاً للدليل الخيار بالتقريب المتقدم، مع أن هذا الحكم ليس لزومياً كي يكون مقصراً غير معذور في عدم تعلمه فيكون محكوماً بحكم العالم. والحمد لله أولاً وآخراً وظاهر وباطناً