

كتاب المكاتب

الشيخ برحق الأصفهاني

بجوانب

هذا الطائفة المأثورة المكاتب

المرآة الفاضلة في

الكتاب

الشيخ الفاضل



مركز تحقیقات کتب و تاریخ علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

كِتَابُ الْمَكَايِبِ

الشَّيْخِ مُرْتَضَى الْأَنْصَارِيِّ

مَعَ حَوَاشِيهَا

هَذَا يُرَدُّ إِلَى الْإِمَامِ الْمَكَايِبِ

الْمِيرْزَا فَتَّاحُ الشَّهِيدِ تَلِيْلُ الْبَيْزِي

الْمَجْلَدُ الرَّابِعُ

الْخِيَارَاتُ، الْقِسْمُ الْأَوَّلُ

الانصاري، مرتضي؛ شهيد تيريزي، ميرفاح.
المكاسب مع حواشي الشهيد/ الشيخ مرتضي الانصاري، ميرزا فلاح شهيد
تيريزي، قم: سماء قلم، ١٤٣٠ ق = ١٣٨٨.

ج ٥

ISBN: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٠-٩ (دوره) ISBN: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٤-١ (جلد ٤)

عربي

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیبا (فهرست‌نویسی پیش از انتشار)

١. معاملات (فقه). الف. انصاري، مرتضي بن محمد امين، ١٢١٤-١٢٨١ ق. المكاسب - نقد و تفسير.
ب. شهيد تيريزي، ميرفاح، ١٢٩٦-١٣٧٢ ق، هداية الطالب الي أسرار المكاسب. ج: عنوان: هداية
الطالب الي أسرار المكاسب.

٢٩٧/٣٧٢

BP ١٩٠/١ الف ٨ م ٧٠٣٥

م ٨٥ - ٤١٩٥٢

کتابخانه ملي ايران



المكاسب

مركز تحقيقات علوم اسلامی

کتابخانه

مركز تحقيقات کلام، پيرتري علوم اسلامي

شمار ثبت: ٣٢٥٨٢
تاريخ ثبت:

هداية الطالب الي أسرار المكاسب

المجلد الرابع

الخيارات، القسم الاول

المؤلف: الشيخ مرتضي الانصاري / الشارح: الميرزا فلاح الشهيد تيريزي

المطبعة: سيماي کوثر/ الطبعة: الأولى، ١٣٨٨ ش - ١٤٣٠ ق

المطبوع: ٢٠٠٠ نسخة

شابک دوره: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٠-٩

شابک جلد ٤: ٩٦٤-٨٥٣٦-٣٤-١

مركز بخش: قم، ص. ب ٣٧١٨٥-٣٨١٣

تلفاكس: ٠٢٥١-٧٧٤٨٣٩٦ همراه: ٠٩١٢٣٥١٦٨٧٥

جميع الحقوق محفوظة لسماء القلم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم الى يوم الدين.

القول في الخيار و أقسامه و أحكامه

مقدمتان: الأولى الخيار لغة اسم مصدر من "الاختيار"، غلب في كلمات جماعة من المتأخرين في "ملك فسخ العقد" على ما فسره به في موضع من الإيضاح (٣٦٤٨)، فيدخل ملك الفسخ (٣٦٤٩) في العقود الجائزة و في عقد الفضولي، و ملك الوارث رد العقد على

٣٦٤٨. قضية هذا التعبير أن نسبة التغليب الذي ذكره مبنية على تفسير الإيضاح للخيار. و يتجه عليه أنه لا يمكن أن يكون ذلك مبني لتلك النسبة، إلا أن يكون هذا التفسير منه في مقام بيان ما هو المصطلح عندهم فيه، و هو كما ترى تحرص صرف. و ذكره في هذا التفسير بطور إرسال المسلمات لو دل فإنما يدل على تحقق التغليب عند جميع الفقهاء لاجماعه من المتأخرين.

و يمكن أن يقال: إن هذا بيان لمبنى تحقق الغلبة في زمان تلك الجماعة، بتقريب أن يراد منهم الفخر و من تأخر عنه، و يكون نظره في قوله: «على ما فسره...» إلى بيان ما يستكشف به تحقق الغلبة في زمانهم إلى حد الحقيقة. يعني: قد استعمل في كلمات جماعة من المتأخرين الفخر و من تأخر عنه في ملك الفسخ إلى أن بلغ - لأجل الغلبة و كثرة الاستعمال - إلى حد الحقيقة بناء على تفسير الفخر له به، حيث إن قضية تفسيره به كونه معنى حقيقياً له قد وضع له، و معلوم أنه لم يوضع له وضعاً تعينياً فلا بد أن يراد منه الوضع التعيني الحاصل من غلبة الاستعمال، فيدل على تحقق الغلبة الموجبة لتعين اللفظ بإزاء المعنى في زمان الفخر، ففي زمان من تأخر عنه بطريق أولى، و حينئذ لا يبقى للإشكال مجال، فتدبر.

٣٦٤٩. يعني: يشكل التعريف بدخول ملك الفسخ في العقود الجائزة و في العقد

الفضولي، و الحال أنه ليس من الخيار. ثم إن دخوله فيه إنما هو بناءً على ما هو الظاهر من الملك في التعريف المذكور، من كون المراد منه القدرة، كما في قوله تعالى: ﴿مَا أَخْلَقْنَا مَوْعِدَكَ بِمِلْكِنَا﴾ أي: بقدرتنا، بناءً على قرائته بضم الميم. وجه الظهور: أن الخيار بحسب اللغة و العرف هو القدرة، بمعنى إن شاء فعل و إن شاء ترك، و ظاهر التغليب بحسب الغلبة أن يكون المغلب فيه من أفراد المعنى الحقيقي، و مقتضى الفردية أن يكون الملك فيه بمعنى القدرة، فالمراد أن الخيار بمعنى القدرة، و غلب في هذه القدرة الخاصة.

كما أن قوله ﷺ في مقام الجواب عن هذا الإشكال: «و لعلّ التعبير بالملك للتبنيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام...» مبني على ما هو خلاف هذا الظاهر المذكور، كما يشعر به التعبير بكلمة بعد، بل خلاف قوله بعد ذلك: «إن القدرة على الفسخ عين القسرة على تركه...»، لأنه صريح في تفسير الملك بالقدرة من كون المراد من الملك في كلماتهم هو السلطنة الشرعية المجعولة من جانب الشارع بطور الوضع التي تنشأ منها القدرة بالمعنى المذكور، فيكون التغليب من باب تغليب اللفظ الموضوع للملزم في اللازم. فلا يرد على المصنف ﷺ أن ابتناء الإشكال و الجواب معاً على وجود كلمة الملك في تعريفهم الخيار تناقض، فتأمل. نعم، يشكل عليه ﷺ أن هذا الجواب منه مناف لمذاقه و مسلكه في حقيقة الأحكام الوضعية.

هذا، و لكن يمكن لنا أن نختار الشق الأول، و هو كون الخيار بمعنى القدرة، و نقول بأن الملك في الموارد المذكورة نقضاً على طرد التعريف - على فرض كون متعلقه الفسخ، كما عليه بناء النقض بما أيضاً - من قبيل الخيار و من أفرادها، بحيث لو لم يشمل التعريف لما كان جامعاً للأفراد، كما يرشد إلى ذلك إطلاق الخيار على ملك الفسخ فيها في الأخبار و كلمات علمائنا الأخيار. و ذلك بتقريب أن المراد من الملك هو القدرة الشرعية على الفسخ، و مرجعه إلى جوازه شرعاً، و لا يكون هذا إلا مع جواز العقد و عدم لزومه في الشرع، و إلا يلزم انفكاك اللازم عن الملزم. ففي جميع موارد الخيار لابد من جواز العقد، إما مع عدم تأثيره في الغرض المقصود منه كما في الفضولي، إذ ليس له إلا أهلية التأثير، أو مع تأثيره فيه كما في الهبة و الوكالة و العارية و البيع الخياري. و على الثاني إما أن يكون جواز العقد بالنسبة إلى المتعاقدين بمعنى قدرتهما على الفسخ شرعاً كالأمثلة المتقدمة، و إما بالنسبة إلى غيرهما، كالزوجة بالنسبة

إلى العقد على بنت أخيها أو أختها.

و بالجملة، الخيار و ملك فسخ العقد في كل مورد إنما هو من قبيل الأحكام الشرعية، من غير فرق بين أن يجعله الشارع ابتداءً، فيستكشف منه بالإلّ جعل ملزومه و هو جواز العقد، و بين أن يجعل الملزوم المذكور ابتداءً، فيترتب عليه لوازمه. و لازم ما ذكرنا عدم سقوط الخيار بالإسقاط ما لم يرجع إلى الإمضاء و الإيجاب. وكذا عدم قابليته للإرث، و لا بأس بذلك لما سيأتي.

و توهم أن لازم ما ذكرت عدم جواز فسخ العقد الجائز بعد الإمضاء كما في البيع الخياريّ، و ليس كذلك، مندفع بأنه إنما يلزم ذلك على تقدير كون معادل الفسخ في تعريف الخيار هو الإمضاء و الإيجاب، بأن يكون مرادهم أن الخيار ملك فسخ العقد و إمضائه، بمعنى جعله لازماً غير قابل للفسخ، و عليه لا بدّ من الالتزام بعدم تأثير الفسخ في العقود الجائزة بالذات بعدم الإمضاء، و إلّا يلزم الخلف و كون الإمضاء غير مؤثّر في الملزوم، و هو باطل. و أمّا على تقدير كون المعادل له ترك الفسخ فلا يلزم ذلك، بل اللازم جواز الفسخ أيضاً مادام الوقت باقياً فيها و في موارد الخيار.

و لنا أن نختار الشقّ الأوّل أيضاً، و نوجب أمّا عن النقض بالعقود الجائزة فبمنع كون متعلّق الملك فيها هو فسخ العقد و حلّه، بل هو عبارة عن إزالة ما هو مسبّب عن العقد من دون تصرف في العقد أصلاً، بأن نقول: إنّ الموكل مالك على إزالة الوكالة الحاصلة بعقدها بالعزل، و الواهب مالك على إزالة الملك بالرجوع إليه، نظير الطلاق بالنسبة إلى النكاح، فإنّه مزيل للزوجيّة مع بقاء عقد النكاح غير مفسوخ كما كان قبل الطلاق. و أمّا عن النقض بالفضولي، و منه عقد المورث على أزيد من الثلث بعقد الوصيّة، و العقد على بنت الأخ أو الأخت للزوجة على الظاهر، فإنّ متعلّق الملك فيه هو الردّ و دفع تأثير العقد لا الفسخ و رفع أثره بعد تحقّقه، و فرق بين الدفع و الرفع. و أمّا الباقي فنلتزم فيه بكون متعلّق الملك هو الفسخ، و أنّه من قبيل الخيار، و لا دليل على بطلانه، على إشكال في الأوّل منه، لعدم إحراز كون الحال فيه من باب الفسخ، لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح اللازم مع اختيارها المفارقة، و عليه ليس متعلّق الملك و الخيار إلّا المفارقة لانفس العقد، فلا يرد النقض به أيضاً. و ربّما يستشكل على تعريف الإيضاح - وكذلك على التعريف الآتي - بخروج خيار السفية و

ما زاد على الثلث، و ملك العمّة و الحالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت، و ملك الأمة المزووجة من عبد فسخ العقد إذا اعتقت، و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب. و لعلّ التعبير بـ "الملك" للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و التسلّط على فسخ العقود الجائزة، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعيّة لا من الحقوق؛ و لذا لا تورّث و لا تسقط بالإسقاط. و قد يعرف بأنّه: ملك إقرار العقد و إزالته^١.

و يمكن الخدشة فيه بأنّه: إن أريد من "إقرار العقد" إبقائه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك؛ لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه (٣٦٥٠)؛ إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين. و إن أريد منه إلزام العقد (٣٦٥١) و جعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه: أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أنّ ظاهر الإلزام في مقابل

.....
غيره من أفراد المحجور عليه. و فيه ما لا يخفى.

٣٦٥٠. قضية هذا التعليل أنّ ذكر واحد منه و من الإزالة مستدرك لا خصوصه. ثمّ إنّ في تعبيره ما لا يخفى من المسامحة، إذ على ظاهره يلزم أن يكون أحد النقيضين عين الآخر، فالمراد من العينيّة لا بدّ و أن يكون هو الملازمة و عدم إمكان الانفكاك، و عليه و إن كان ذكر أحدهما يغني عن الآخر، إلّا أنّه لما كان اختيار ذكر أحدهما على ذكر الآخر ترجيحاً بلا مرجح لم يكن له بدّ من ذكرهما معاً، فتأمّل.

٣٦٥١. كما هو الظاهر من لفظ الإقرار. و يشهد له قوله في بعض الأخبار مشيراً إلى إحداث الحدث: «ذلك رضاً منه» مفرّغاً عليه نفي الشرط و الخيار، حيث إنّ الذي يتفرّع هذا عليه هو إبرامه و جعله لازماً، لا صرف ترك الفسخ كما هو ظاهر، بل و لا صرف الرضا بالبقاء، لما ستقف عليه إن شاء الله. و ما ذكره من رجوع الإلزام و الإمضاء إلى إسقاط الحقّ حتّى يكون أخذه في التعريف موجباً للدور ممنوع. ضرورة أنّ الإمضاء عبارة عن إنشاء لزومه و مضيه، و أمّا السقوط فهو من آثاره، مثله في الفسخ الذي ليس هو بإسقاط بالضرورة.

و بالجملة، موضوع الخيار هو العقد الجائز، و بإعمال الخيار بالفسخ أو الإمضاء يزول الموضوع أولاً، و يترتب عليه سقوط الخيار ثانياً لأجل زوال الموضوع، غاية الأمر بالفسخ يزول ذات الموضوع و هو العقد، و بالإمضاء وصفه و هو الجواز.

في أصالة اللزوم في البيع ٩
الفسخ جعله لازماً مطلقاً (٣٦٥٢)، فينتقض بالخيار المشترك، فإن لكل منهما إلزامه من طرفه لامطلقاً.

ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه* عند الإطلاق في كلمات المتأخرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار وكلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الرد لعقد الفضولي و سلطنة الرجوع في الهبة و غيرهما من أفراد السلطنة شائع.

الثانية: ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه: أن الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم؛ لأن الشارع وضعه لنقل الملك (٣٦٥٣)، و الأصل الاستصحاب، و الغرض تمكن (٣٦٥٤) كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و إنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى. أقول: المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل

٣٦٥٢. يمكن أن يقال: إن مقتضى المقابلة ليس أزيد من كون الإلزام عبارة عن جعله لازماً بالنسبة إلى الممضي لامطلقاً، بدعوى أن الفسخ أيضاً عبارة عن حل العقد بالنسبة إلى الفاسخ، و ما تراه من الفرق إنما هو من خصوصيات مفهوم الفسخ، و أنه شيء إذا حصل بالقياس إلى أحد المتعاقدين يحصل بالقياس إلى الآخر أيضاً فهراً، نظير أصل العقد، و هذا بخلاف الإمضاء.

و بالجملة، الفسخ عبارة عن رفع اليد عن التزامه، و لازمه عقلاً ارتفاع التزام الآخر، لعدم تقوّمه بدون الطرف الآخر. و الإمضاء عبارة عن إبرامه، و لا يلازمه استحكامه من الطرف الآخر بحيث لا يقدر على رفع اليد عن التزامه. و اختلاف المفهومين من تلك الجهة لا يوجب كون الفسخ عبارة عن حل العقد من الفاسخ حتى بالنسبة إلى غير الفاسخ، كي يصير الإلزام بمقتضى المقابلة إلزاماً مطلقاً، فتدبر.

٣٦٥٣. لعل مراده ﷺ الوضع التقريري، لعدم الوضع التأسيسي منه ﷺ.

٣٦٥٤. هذا معنى آخر للأصل في عبارة التذكرة، و مرجعه إلى المعنى الرابع الآتي في

المتن.

* في بعض النسخ زيادة: عرفاً.

هنا قابل لإرادة معان (٣٦٥٥) الأول: الراجح، احتمله في جامع المقاصد (٣٦٥٦) مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة. وفيه: أنه إن أراد غلبة الأفراد، فغالبها ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبة الأزمان (٣٦٥٧) فهي لاتنفع في الأفراد

٣٦٥٥. يعني: معان أربعة معروفة عند الأصحاب، أحدها: الظاهر، وهو المراد من الراجح في المعنى الأول، فلاتغفل.

٣٦٥٦. حيث إنه بعد تفسير الأصل بالمعنى الرابع بقوله: «أي: بنائه على اللزوم لا الجواز، وإن كان قد يعرض لبعض أفراد الجواز» قال بلا فصل ما هذا لفظه: «وإن الأرجح فيه ذلك، نظراً إلى أن أكثر أفراده على اللزوم» انتهى.

٣٦٥٧. وأن الجواز والخيار في كل مورد ثبت إنما هو في زمان نادر بالنسبة إلى أزمنة لزومه وعدم جوازه، كما بين زمان العقد والافتراق في خيار المجلس، والثلاثة أيام في الحيوان، و زمان ظهور العيب والغبن في خيار العيب والغبن بناءً على الفور، ومدة الشرط في خيار الشرط وإن بلغت من الكثرة ما بلغت، فإنها بالقياس إلى زمان اللزوم الممتد إلى يوم القيامة في غاية القلة. ثم إنه لا مجال لهذا الاحتمال، لأن عبارته المتقدم نقلها صريحة في إرادة غلبة الأفراد، إلا أن المصنف رحمه الله ذكره أيضاً حرجاً على قانون المناظرة.

ثم بناءً على إرادة هذا الاحتمال لا يمكن أن يكون مراده دعوى غلبة اللزوم في كل فرد من أفراد البيع بحيث لا يشذ فرد من أفرادها، إلا أنه يتصف باللزوم في غالب أزمنة وجوده و بالجواز في نادرها، وذلك ضرورة وجود فرد منه في الخارج يكون لازماً أبداً، كالبيع المشروط فيه عدم الخيار أصلاً، وإنما مراده الأفراد المعلوم اتصافها بالجواز في مقدار من الزمان و باللزوم في مقدار آخر، يعني: أن كل فرد يكون كذلك إنما يكون وصف لزومه في غالب أزمنته و جوازه في نادرها، فحيث يصح أن يقال عليه بأنه لا ينفع في الفرد المشكوك في أنه لازم مطلقاً أو جائز كذلك أو لازم في زمان و جائز في آخر، و إنما ينفع فيما إذا شك في طول زمان الخيار و الجواز و قصره بعد الفراغ عن أصل ثبوته في زمان في الجملة.

فلا يمكن دفعه بما ذكره سيدنا الأستاذ رحمه الله، من أن الشك في اللزوم و الجواز من حيث الزمان يلزم الشك فيه من حيث الفردية، حيث إن الشك في لزوم فرد لا يكون إلا في زمان، فإذا حكم بلزومه من حيث الزمان المشكوك يكفي في ترتب آثار اللزوم على الفرد المشكوك في

المشكوكة؛ مع أنه لا يناسب (٣٦٥٨) ما في القواعد من قوله: وإثما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب. الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات (٣٦٥٩) التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال. وهذا حسن (٣٦٦٠)، لكن لا يناسب (٣٦٦١) ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل. الثالث: الاستصحاب،

لزومه. و ذلك أنه إثما ينفع فيما لو كان مورد غلبة اللزوم جميع أفراد البيع، و قد مرّ عدم إمكان إرادته، و أن مراده الأفراد المعلوم أنّصافها باللزوم في مقدار من الزمان و الجواز في آخر، فلا يعمّ الأفراد التي يحتمل فيها اللزوم دائماً و في جميع الأزمنة.

٣٦٥٨. الظاهر رجوع الضمير إلى خصوص الشق الثاني. و الوجه في عدم المناسبة على هذا - بحيث يختص بهذا الشق - أن ثبوت الخيار و ظهور العيب يوجب تغاير متعلّقيهما بالقياس إلى الفاقد لهما من حيث الفردية لا من حيث الزمان، فيكون الخروج بما عمّا يعمّهما و ما يقابلهما خروجاً فردياً لازمانياً، و إثما المناسب لذلك أن يقول العلامة رحمته: و إثما يخرج عن الأصل في زمانين: زمان ثبوت خيار، و زمان ظهور عيب.

و يمكن إرجاعه إلى حمل الأصل على الراجح، بمعنى الغالب. و الوجه في عدم المناسبة حيثئذ: أن مورد الخيار و ظهور العيب على هذا من الأفراد النادرة المقابلة للأفراد الغالبة، لا أنه شيء خارج من الغالب، فالتعبير بالخروج كاشف عن شمول الأصل له، و من المعلوم أن الأصل بمعنى الغالب لا يعمّ جميع الأفراد حتّى يقال إنه خرج عنه فرد أو فردان، بل كلّ ما لم يلحق بالغالب فيعدّ هو من الأفراد النادرة مقابل الغالبة. وكيف كان، فلعلّ وجه تخصيص عدم المساعدة بعبارة القواعد - مع عدم الفرق فيه بينها و بين عبارة التذكرة - هو لحاظ كونه شرحاً للقواعد.

٣٦٥٩. يعني بالعموم الأعمّ من الوضعي و الحكمي، أي: الإطلاقي، فلا يرد أن العموم متعرّض لحكم الأفراد فلا يرفع الشك في الأحوال و الأزمان، لأن الإطلاق في العمومات متعرّض للحكم بحسب الأحوال و الأزمان.

٣٦٦٠. ستعرف ما فيه عن قريب.

٣٦٦١. نعم، و لكن لا ضير فيه، إلا أن يكون نظر القائل بذلك إلى بيان مراد العلامة

في عبارة التذكرة، و هو بعيد، بل غير محتمل، لأنه تفسير اللفظ بغير ما فسّره به صاحبه.

و مرجعه إلى أصالة (٣٦٦٢) عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما، و هذا حسن.
الرابع: المعنى اللغوي، بمعنى أن وضع البيع (٣٦٦٣) و بنائه عرفاً و شرعاً على اللزوم و
صيرورة المالك الأول كالأجنبي، و إنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما،

.....
٣٦٦٢. الذي دعاه إلى ذلك عدم صحة أصالة اللزوم. بمعنى استصحابه، لعدم الحالة
السابقة له. و على أيّ تقدير، فحمل اللزوم على الأصل في عبارة التذكرة و غيرها من قبيل
حمل المقتضى - بالفتح - على المقتضى بالكسر.

٣٦٦٣. قد حكى هذا الوجه عن السيد الصدر في مقام توجيه مراد الشهيد^(١) من قوله:
«الأصل في البيع اللزوم» كي يندفع عنه إيراد الفاضل التوحي عليه بإنكاره الأصل لأجل خيار
المجلس. و ملخص مرامه على ما يظهر من مقايضة أصالة اللزوم في البيع على أصالة الاستدارة في
الأجسام: أن اللزوم بالنسبة إلى البيع كالاستدارة بالنسبة إلى الأجسام من الأعراض اللازمة
لطبيعته عند العرف و الشرع، الغير القابلة للانفكاك عنها إلا لأجل القاسر الخارجي، و أن
الجواز فيه كغير شكل الاستدارة في الأجسام بمنزلة الصفة القسرية خارج عن مقتضى طبيعته،
ناشٍ من أمر خارج عن ذاته، و هو حق الخيار المحمول من جانب الشارع إما ابتداءً أو إمضاءً.
و أما الهبة فهي عكس البيع، فإن الجواز من مقتضيات طبيعتها، و اللزوم يعرض عليها من قبل
القاسر الخارجي.

و فيه: أنه ليس إلا صرف الدعوى، إذ يمكن دعوى العكس أو التساوي، لأن جواز
الرجوع في الهبة أيضاً قابل للانفكاك عنها بالتصرف و بكون الموهوب له رجماً للواهب. و
دعوى أن ملاك الفرق بين كون الخيار و الجواز في البيع و اللزوم في الهبة من العوارض
الخارجية لا العكس و لا المساواة، إنما هو قابلية الخيار للانفكاك عن البيع بخصوص الإسقاط،
دون جواز الرجوع في الهبة، مندفعة بما أشرنا إليه من عدم سقوط الخيار بالإسقاط ما لم يرجع
إلى الإمضاء و الإيجاب. و إن أراد منه الإمضاء فنقول: إن جواز الرجوع في الهبة و إن كان
لا يسقط به، إلا أنه لأجل كونه أجنبياً عن طرف الجواز، لأن طرف جواز الرجوع هو عدم
جواز الرجوع في العين لا الإمضاء للعقد، و هذا لا يكفي فيما ذكر من الفرق.

و بالجملة، كون بناء البيع على اللزوم شرعاً مادام المجلس لم ينقض، و الجواز إنما ثبت
بدليل خارجي، لا العكس، بمعنى أن بنائه على الجواز، و إنما ثبت اللزوم بعد انقضاء المجلس

يسقط بالإسقاط و بغيره. و ليس البيع كاهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط.

و من هنا ظهر: أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمته انعقاد البيع لا ينافي كونه في حذ ذاته مبنياً على اللزوم؛ لأن الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. نعم، لو كان في أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لاحقاً مجعولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً 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. و ممّا 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، و سيأتي ما فيه.

بقي الكلام في معنى قول العلامة في القواعد و التذكرة: "إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب".

بدليل خارجي، ممنوع. و لو سلّم فمرجع هذا إلى المعنى الثاني، إذ بناء الشرع على اللزوم ليس إلا ما يستفاد من العمومات. و أمّا بنائه عليه عرفاً. فإن أريد منه بناء المتعاقدين ففيه: أن ليس بنائهما إلا على صرف تحقق الأثر المقصود، فتأمل، فإن بنائهما على انقطاع علاقة المالك الأول بالمرّة بحيث لو أراد خلاف ذلك لاشترط الخيار، و لكن مجرد ذلك لا يجدي، بل لابد من الإمضاء له شرعاً، و لادليل له إلا العمومات، و مع ذلك يرجع هذا إلى المعنى الثاني.

و يمكن إرجاع هذا الوجه إلى قاعدة المقتضي و المانع، بتقريب أن يقال: إن المراد أن بناء عقد البيع و وضعه عند العرف و الشرع على اللزوم، بمعنى اقتضائه لبقاء أثره و استحكامه أيضاً بحيث لا يزول بالفسخ، و الخيار مانع عن تحقق هذا المقتضي بالفتح، فإذا شك في وجود المانع أو مانعية الموجود فيبني على العدم.

و فيه - مضافاً إلى إمكان منع اقتضائه للاستحكام و اللزوم، نعم يقتضي البقاء و هو غير اللزوم، ضرورة أن العقد الجائز يبقى مادام لم يتحقق الرافع مع أنه غير لازم، و مضافاً إلى عدم مساعدة دليل عليها ما لم يرجع إلى الاستصحاب كما في المقام، لعدم وجود حالة سابقة، لعدم الخيار على ما شرحنا الكلام فيه في مقام بيان مفاد أخبار الاستصحاب من شرحنا على الكفاية - أنه أيضاً يرجع إلى المعنى الثاني بالنسبة إلى الاقتضاء الشرعي.

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 (٣٦٦٤) - غير ظاهر، إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار (٣٦٦٥) بل عطف على نفسه، وهو مياين له لا أعم. نعم، قد يساعد عليه ما في التذكرة (٣٦٦٦) من قوله: وإثما يخرج عن الأصل بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما (٣٦٦٧)

٣٦٦٤. يعني به توجيهه الثاني، فإنه ينبغي بعد إirاده على العبارة بأن ظهور العيب أيضاً مقتضى للخيار، فكان حقه الاستغناء به، وجهها أولاً بقوله: «إلا أن يقال: إن ثبوت الخيار لا بسبب نقصان في نفس العين و صفاتها قسم برأسه، و بسببه قسم آخر». و مرجعه كما لا يخفى إلى ما ذكره المصنف بعد ذلك بقوله: «و حاصل التوجيه...». و محصله: كون العطف من قبيل عطف أحد القسمين المتباينين على القسم الآخر. ثم وجهها ثانياً بقوله: «أو أن مباحث العيوب لسعتها حقيق بإفراد فصل لها، و لأجل ذلك جعل العيب قسماً برأسه» انتهى. و مرجعه كما لا يخفى إلى كون العطف من عطف الخاص على العام.

٣٦٦٥. نعم، لو لم يقل بعد ذلك: «الفصل الأول: في أسباب الخيار» وكذا لو لم يقل في مقام تعداد أسباب الخيار: «السابع: خيار العيب» فإن هذا قرينة على أن المراد من الخيار هنا أسبابه، و هو استعمال شائع، و إلا كان عليه أن يقول: الفصل الأول: في الخيار، و أسبابه: سبعة. و لأجل هذا رجحه المحقق الثاني على التوجيه الأول بحسب مراد العلامة، فقال بعد ما ذكرناه من التوجيه: «و هذا هو الملحوظ له المطابق لفعله، فإنه في أقسام الخيار قال: السابع: خيار العيب».

٣٦٦٦. ظني أن الضمير لا يرجع إلى توجيه المحقق الثاني، فإن ما في التذكرة لا يساعد عليه، بل هو آب عنه، و إثما يرجع إلى الظاهر، أي: ظاهر العطف الذي فسره في السابق بكون ظهور العيب سبباً مستقلاً لتزلزل البيع في مقابل الخيار. يعني: نعم يساعد على ظهور العطف و عدم الاستغناء عنه في عبارة القواعد ما في التذكرة. وجه المساعدة: تقييد المعطوف عليه - أعني: الخيار في عبارة التذكرة - بما يوجب مغايرته مع المعطوف، و هو ظهور العيب من قوله: «من غير نقص في أحد العوضين».

٣٦٦٧. الأول كما في خيار المجلس و بعض أقسام خيار الشرط، و الثاني كما في

من غير نقص في أحد العوضين، بل للتروي خاصة. و الثاني: ظهور عيب في أحد العوضين، انتهى. و حاصل التوجيه على هذا (٣٦٦٨) أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل العقد لأجل الخيار، و المراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو يجعل المتعاقدين، لا لاقتضاء نقص في أحد العوضين، و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين. لكنه مع عدم تمامه (٣٦٦٩) تكلف في عبارة القواعد؛ مع أنه في التذكرة

ساير الخيارات.

٣٦٦٨. لما كان ظاهر العطف على ما يساعد عليه عبارة التذكرة راجعاً إلى التوجيه، و حيث إنه يتجه عليه أن ظاهره كون ظهور العيب في عرض الخيار في كونه سبباً للخروج عن الأصل و تزلزل العقد، مع أنه في عرض أسبابه، ذكر هذا لدفع هذا الإشكال. يعني: و حاصل ما يوجه به العطف في العبارتين - بناءً على هذا الذي يساعد عليه عبارة التذكرة و يقتضيه، من كون ظهور العيب سبباً مستقلاً في قبالة الخيار - هو أن يقال في عبارة التذكرة بأنه حذف في المعطوف المسبب و المقيد - أعني: الخيار - و أقيم السبب و القيد مقامه، و يقال في عبارة القواعد بأنه حذف القيد - و هو قوله: «من غير نقص في أحد العوضين» - من جانب المعطوف عليه، و المقيد - و هو الخيار - من جانب المعطوف، فافهم. ثم لا يخفى عليك أن هذا التوجيه - كما أشرنا إليه - هو التوجيه الأول من توجيهي المحقق الثاني، فتفطن.

٣٦٦٩. هذا إيراد على التوجيه الذي ذكره بقوله: «و حاصل التوجيه...». و السدي أورده عليه أمور ثلاثة:

أولها: و هو عدم تمامية التوجيه جارٍ في كلتا العبارتين.

و ثانيها: و هو التكلف الذي يمكن أن يكون وجهه الاحتياج إلى كثرة الحذف و الإضمار مختصّ بعبارة القواعد.

و ثالثها: و هو الذي ذكره بقوله: «و مقتضى التوجيه» مختصّ بعبارة التذكرة، إذ في القواعد لم يتكلم في الأمر الأول إلا فيما عدا خيار العيب، حيث إنه فيها في آخر الفصل الأول المعقود لبيان أقسام الخيار قال: «السابع: خيار العيب، و سيأتي» و هذا الخيار ليس تكلفاً فيه، و إنما تكلف فيه في فصل آخر مستقل، قال: «الفصل الثاني: في العيب، و فيه مطالب». و لذا لا يرد هذا الإيراد على ما وجه به جامع المقاصد عبارة القواعد من التوجيهين المتقدمين في

ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار، و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيراً^{٣٦٧٠}. و مقتضى التوجيه: أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب.

و يمكن توجيه ذلك (٣٦٧٠): بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ، موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه في ملك البائع و إخراج عنه، و يكفي في تزلزل العقد ملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. و إن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، و نقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر. لكنه

عبارته المتقدم نقلها.

ثم إن وجه عدم تمامية التوجيه المذكور - على ما في بعض الحواشي - انتقاض الحصر فيهما بالجواز في عقد الفضولي و المعاطاة. وفيه: أن هذا ليس إيراداً على التوجيه، و إنما هو إيراد على أصل الحصر حتى مع فرض كون العبارة على نحو لا تحتاج إلى التوجيه، بأن قال: و إنما يخرج عن الأصل لأمرين: سبب الخيار و ظهور العيب، كي يكون من عطف الخاص على العام، أو قال: و إنما يخرج لأمر و هو ثبوت الخيار، أو لأمر، و هي سبعة: المجلس و الحيوان و الشرط إلى تمام أسباب الخيار. و لعل المراد من عدم التمامية هو بـلاتصرف في واحد من طرفي العطف، و احتياجه إلى التحوز في ظهور العيب بإرادة الخيار المسبب منه، أو في الخيار بإرادة أسبابه. و فيه أيضاً ما لا يخفى. و يحتمل أن يكون نظره في ذلك إلى أن خيار العيب أيضاً ثابت بأصل الشرع لأجل العيب مثل ثبوته للتروّي، فتدبر.

٣٦٧٠. يعني: توجيه ظاهر العطف من كون ظهور العيب سبباً مستقلاً للخيار. و

حاصل هذا التوجيه هو الفرق بين المعطوف و المعطوف عليه، بأن الثاني سبب في تزلزل العقد بالقياس إلى تمام متعلقه، و الأول سبب له بالقياس إلى بعض أجزائه. و لكن هذا مبني على كون الأرش جزءاً من الثمن، و عدم جواز فسخ العقد بالنسبة إلى تمام العوضين في ظهور العيب، و كلاهما ممنوع.

مبنى على كون الأرض جزءاً حقيقياً من الثمن - كما عن بعض العامة - ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده. وقد صرح العلامة في كتبه (٣٦٧١) بأنه لا يعتبر في الأرض كونه جزءاً من الثمن، بل له إبداله؛ لأن الأرض غرامة، وحينئذ فثبوت الأرض لا يوجب تزلزلاً في العقد.

ثم إن "الأصل" بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع (٣٦٧٢)؛ لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضي ذلك الأصل لزومه؛ لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. وأما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه. وأما بمعنى الاستصحاب فيجري في البيع وغيره إذا شك في لزومه و جوازه. وأما بمعنى القاعدة فيجري في البيع وغيره؛ لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع، وقد أشرنا في مسألة المعاطاة إليها و نذكرها هنا تسهيلاً على الطالب:

فمنها: قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٣٦٧٣) دل على وجوب الوفاء بكل عقد.

٣٦٧١. مجرد هذا لا يكون دليلاً على المطلب، وإنما اللازم إقامة الدليل على أحد الطرفين، و سيأتي في أوائل خيار العيب أن الحق كون الأرض جزءاً من الثمن، من جهة أن الحق أن وصف الصحة من بين الأوصاف منزل بمنزلة الجزء عرفاً، مع إمضاء الشارع لهذا التنزيل، فانتظر.

٣٦٧٢. نعم، على القول بقاعدة المقتضي و المانع، و لكنه لا يقول بها.

٣٦٧٣. قد اشتهر الاستدلال بذلك على لزوم العقد في السنة الفقهاء عليه السلام خلفاً عن سلف، إلا العلامة عليه السلام في باب السبق من المختلف، و سيأتي نقل كلامه عن قريب. و وجه الاستدلال بها يتوقف على شرح حقيقة مفهوم ماذي العقد و الوفاء، بعد وضوح كون هيئة الأمر فيها - كسائر الموارد - ظاهرة في الوجوب، أما لأجل الوضع كما قيل، أو لأجل الإطلاق كما هو الحق على ما قرّر في الأصول. فنقول: العقد لغة و عرفاً بالمعنى المصدري عبارة عما يعبر عنه في الفارسية بـ «گره زدن»، و بالمعنى الاسم المصدري بـ «گره». و إطلاقه على عقد القلب، و كذا إطلاق العقدة على شدة الحزن و الهم و أمثال ذلك، إنما هو بنحو من العناية و التشبيه و التنزيل. و هو في تحقق معناه يحتاج إلى معقود و معقود فيه. فإن كان كل

منهما من الأمور الخارجيّة القابلة لعروض هذا المعنى عليها فالعقد حقيقي، من غير فرق بين أن يكون تعددهما أيضاً حقيقياً كما في الحبلين المعقود أحدهما في الآخر، أو اعتبارياً كما في الحبل الواحد الواقع في وسطه العقد. وإن كان كلّ واحد منهما من الأمور الاعتباريّة أو الخارجيّة الغير القابلة لعروضه عليها - كما في مثل البناء و الالتزام و العهد - فالعقد مجازي حصل من تنزيل العهدين و الالتزامين من الطرفين منزلة الحبلين المنفصل أحدهما عن الآخر، و تنزيل وصل كلّ منهما و ربطه بالآخر - بكون أحدهما إيجاباً و الآخر قبولاً له - منزلة العقد، و قد أشرنا إليه. و هذا بخلاف العهد، فإنّه عبارة عن صرف البناء على شيء و الالتزام به، أعمّ من أن يكون هناك التزام من طرف آخر مرتبط به أم لا. فالعهد أعمّ من العقد، فكلّ عقد عهد، و لا عكس. فما في المجمع من العكس فهو سهو منه رحمته. و ما في صحيحة ابن سنان من تفسيره بالعهد فهو من التفسير بالأعمّ، أو المراد من العهد هو العهد القائم بالطرفين. و من هنا علم أنّه لا يصح إطلاق العقد و لو مجازاً على مثل النذر و اليمين و سائر العهود التي ليس فيها إلا طرف واحد، إذ يعتبر في صحته وجود الطرفين. نعم، يصحّ بنحو آخر.

و ظهر أيضاً أنّ الفرق بين العقد و العهد إنّما هو باحتياج الأوّل إلى شيئين و شدّة أحدهما بالآخر بالنحو الخاصّ، دون الثاني. لا بما يظهر من كلمات مثل صاحبي القاموس و الكشف و القاضي البيضاوي، ممّن فسّره بالعهد الموثّق كما عن الأولين، أو العهد المشدّد كما عن الأخير، من اعتبار الوثوق أو الشدّة في العقد، و عدمه في العهد. فما كان من العهد و البناء و الالتزام موثقاً أو مشدّداً فهو عقد، و إن لم يكن هناك التزام آخر مربوط به، بناءً على أن يكون نظرهم في جهة التوثيق و التشديد إلى غير ما ذكرناه من الاحتياج إلى الطرف الآخر و ربط التزامه بالتزامه. و أمّا إذا كان نظرهم فيها إلى ما ذكرناه فنعم الوفاق. و لعلّ هذا هو الظاهر، إذ ليس هناك شيء آخر سواه يكون جهة توثيق و تشديد، فتأمّل. هذا ما يرجع إلى معنى العقد.

و أمّا الوفاء فمعناه المطّرد في جميع مشتقاته و موارد استعمالاته إعطاء تمام الحقّ لذيه و إيصاله إليه. و المراد من الحقّ ما يقتضيه الشيء و ينبغي له. و يتعدّى بنفسه إلى الأوّل أي: الحقّ الذي بحسب المعنى بمنزلة المفعول الثاني لباب «وفى». و بالباء إلى الثاني، أي: ذي الحقّ الذي هو بمنزلة المفعول الأوّل لذاك الباب. و لو تعدّى إليه بنفسه في مورد فهو من باب الحذف

و الإيصال، فيقال: وفيت الحقّ بذيه، أي: أعطيته إياه و أوصلته إليه، كما أنّ الاستيفاء أخذ
 ذي الحقّ حقّه، و منه: الوفاء بالكيل و الوزن، بمعنى إعطائه ما يقتضيه من الإتمام و الإكمال
 مقابل البخس و النقص.

ثمّ إنّ الحقّ تارة يكون روحاً، كما في قولك: توفي فلان، بمعنى: مات، أي: ردّ روحه
 إلى الخالق و أوصله إليه، و يمكن أن يكون بمعنى: أتمّ أجله المعين. و قد يكون ديناً، و هو
 واضح. و قد يكون فعلاً و عملاً، كما في الوعد. و قد يكون امتثالاً، كما في التكاليف. و قد
 يكون أمراً اعتبارياً وضعياً، مثل الملكية في العقود المملّكة و نذر النسيئة و الزوجية، إلى غير ذلك
 من الأمور الاعتبارية. و الوفاء و أداء الحقّ إلى ذيه في الأخير إبقاء ذاك الحقّ و عدم إزالته عن
 ذيه، كما أنّه في سابقه عبارة عن إيجاد ذاك العمل.

و ذو الحقّ أيضاً قد يكون من أفراد الإنسان، و هو واضح. و قد يكون من الأفعال و
 الالتزامات، كما في قوله تعالى: ﴿وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾ و ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾ إلى غير
 ذلك من الآيات الشريفة. و قد يكون من الأعيان الخارجية كالكيل، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا
 الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ﴾ و ﴿فَأَوْفُوا الْكَيْلَ﴾ بناءً على كون الكيل بمعنى المكيال، لا مصدراً و إلّا
 يكون من أمثلة ما قبله كما لا يخفى.

فالعقود في الآية الشريفة هو ذو الحقّ. و المفعول الآخر للوفاء المعبر عنه بالحقّ محذوف.
 و المراد به ما ينبغي للعقود، و ما هي تقتضيه، و ما يتوصّل بإيجادها إلى تحصيله، أعني: مدلولها
 المقصود منها، مثل الملكية في البيع و الزوجية في النكاح. و معنى وفاء ذاك الحقّ كما ذكرنا هو
 إبقائه على حاله و عدم إزالته. فيكون معنى وجوبه وجوب إبقائه و عدم حله.

ثمّ إنّ اللام في العقود مثلها في سائر صيغ الجمع للاستغراق من حيث الأفراد، إمّا لأجل
 الوضع، أو لظهورها فيه عرفاً. و لا ينافيه تفسير العقود بالعقود الخاصة على اختلاف بينهم في
 تلك الخصوصية، كما لا يخفى على من راجع كتب التفاسير، إذ الظاهر أنّه من قبيل تفسير العام
 بالخاص، و مثله في تفسير الآيات الشريفة كثير جداً، أو من قبيل التفسير بالباطن. هذا، مع
 عدم حجية بعض التفاسير، لعدم دليل عليه من الأخبار.

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ مقتضى العقد - أي: مدلوله اللفظي المقصود منه - قد يكون
 شيئاً مقيداً بزمان كما في الإجارة و عقد المتعة، و قد يكون شيئاً مطلقاً غير مقيد بزمان دون

آخر، و يلزمه الدوام لو لم يرفعه رافع، كما في مثل البيع و النكاح. و معنى الوفاء بالعقد هو إعطاء هذا المقتضى - بالفتح - بتمام حدوده التي منها عدم التقيد بزمان في بعض الموارد للعقد المقتضى له، و إتمامه له بمجرد صدوره و إيصاله إليه. و قد مرّ أنّ إيصال مثل الملكية من الأمور الاعتبارية المنتزعة من الالتزام و البناء - أي: العقد - هو إبقاء تلك النتيجة المقصودة من العقد و عدم إزالتها و عدم سلبها عن ذاك العقد و الالتزام، و مرجع الإبقاء هنا إلى الالتزام ببقاء ما حدث بالالتزام الأول الحاصل بالعقد. فهنا التزامان: أحدهما: الالتزام بكون هذا ملكاً لهذا بذاك مطلقاً. و الثاني: الالتزام ببقاء هذا الحادث في كلّ زمان و عدم رفعه. و الأول: عقد. و الثاني: وفاء. كما أنّ في الوعد و نذر الفعل أمرين: أحدهما: الالتزام بالفعل، و الآخر: إيجاده. و لا يكون ذلك إلا بإبقاء هذا المقتضى و ترك الالتزام بخلافه و زواله في زمان، إذ لو ترك العمل به في زمان من الأزمنة فلم يفّ بالعقد، بمعنى أنّه لم يعط العقد حقّه بتمامه، لأنّ حقّه بمقتضى إطلاقه هو الملكية حتّى في ذاك الزمان، فإذا وجب الوفاء بالعقد - بمعنى الالتزام ببقاء نتيجته - للأمر به الظاهر في الوجوب، فيحرم ضده، و هو الالتزام بالنقض و الفسخ و ارتفاع تلك النتيجة، و النهي في المعاملات - و منها: الفسخ - يوجب الفساد.

هذا غاية تقريب الاستدلال بالآية الشريفة على لزوم، بمعنى عدم تأثير الرجوع عن الالتزام في زوال العقد و انحلاله. و لا يتّجه على هذا التقريب ما يتّجه على تقريب المصنّف رحمته من الإشكالين. أحدهما: جواز التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية، و لا يقول به. و ذلك لأنّ موضوع وجوب الوفاء هو العقد، و وجوده بعد الفسخ غير معلوم، إذ المفروض هو الشكّ في تأثير الفسخ و عدمه، و إلاّ لامعنى للتمسك بالآية حينئذٍ تمسكاً بالعام مع الشكّ في انطباق موضوعه على المورد، و هو غير جائز، فلا بدّ من التمسك باستصحاب العقد، و معه لا حاجة إلى الآية. هذا بل يمكن أن يناقش في الاستدلال بالآية بأنّه من التمسك بالعام في الشبهة المصادقية، بتقريب أنّه لا ريب في تخصيصه بالعقد الذي يفسخ واقعاً بالفسخ و خروجه عنه قطعاً، فمع الشكّ في انفساخ عقد من العقود بالفسخ واقعاً لأجل الشكّ في جوازه و لزومه يشكّ في أنّه من أفراد الخاصّ أم لا، و التحقيق عنده عدم جوازه أيضاً. إلاّ أن يقال: نعم و لكن لا بأس به في مثل المقام ممّا كان المخصّص لبياناً على ما قرّر في الأصول، إذ ليس هنا دليل لفظي يدلّ على خروج العقد القابل للانفساخ بذاك العنوان، بل الدليل عليه إنّما هو الإجماع

لو كان. بل يمكن منع الإجماع على ذلك، وإنما الإجماع على خروج بعض العقود بعنوانه الخاص، كعقد الوكالة والهبة والعارية والوديعة ونحو ذلك، لا على خروج العقد بعنوان القابل للانفساخ، فتدبر.

و ثانيهما: أن لازم تقريره عليه السلام كون تصرفات البائع مثلاً في المبيع و حيلولته بينه و بين مالكة - و هو المشتري - نقضاً و تركها وفاءً، و الحال أنه ليس كذلك، حيث إن سرقة البائع المبيع من المشتري كسرقة ساير أمواله لا ربط لوجودها بالنقض و لعدمها بالوفاء.

و الوجه في سلامة تقريرنا عن ذلك أنه بناءً على تقريرنا يكون الوفاء هو الالتزام ببقاء النتيجة، و النقض هو الالتزام بخلافه، لا الالتزام بآثار تلك النتيجة من مثل الاستيذان من المشتري في التصرف في المبيع و حرمة سرقة و غصبه منه و هكذا، و متعلق الوفاء هو الملتزم به، أي: النتيجة الحاصلة من الالتزام بالحدوث، و هو موجود حين الوفاء و النقض القطعي فضلاً عن النقض المشكوك. إلا أنه يتجه عليه: أن تمامية دلالتها على اللزوم بالمعنى المذكور مبنية على اقتضاء الأمر بالشيء - مثل الأمر بالوفاء - النهي عن ضده كالنقض و الفسخ أولاً. و على دلالة هذا النهي التبعية الغيري على الفساد ثانياً، وكلا الأمرين في حيز المنع على ما ذكرناه في الأصول.

مركز تحقيق كتب التراث

هذا، و يمكن أن يقال: إنه لا حاجة في إثبات اللزوم بالآية إلى مسألة الضد حتى يشكل بما ذكر، بل يكفي فيه صرف وجوب الوفاء بالمعنى المذكور، و ذلك لأن مفاد الآية حينئذ أن كل عقد يجب الوفاء به، فيصير صغرى لكبرى قطعية، و هي أنه لا شيء من العقد الجائز يجب الوفاء به لو خلّي و طبعه، مع قطع النظر عن طرق الطواري المورثة لوجوب الوفاء به، مثل شرط عدم الفسخ في ضمن عقد لازم و نذر الوفاء به، فينتج بطور الشكل الثاني أنه لا شيء من العقد بعقد جائز، و هو المطلوب.

و فيه ما لا يخفى، لأن كون العقد الجائز عقداً حقيقة - لغةً و عرفاً و شرعاً - غير قابل للإنكار. هذا مع إمكان المناقشة في الكبرى، فهذا آية الله العلامة أعلى الله مقامه يظهر منه في كلامه الآتي نقله وجوب الوفاء بالعقود الجائزة أيضاً، و عدم المنافاة بينه و بين جواز العقد و قابليته للانحلال بالحل.

و قد يستشكل على الاستدلال بالآية على اللزوم بأنه إنما يتم لو كان الوجوب فيها

و المراد بالعقد: مطلق العهد (٣٦٧٤) كما فسّر به في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير عليّ بن إبراهيم؛ أو ما يسمّى عقداً لغةً و عرفاً. و المراد بوجوب الوفاء: العمل (٣٦٧٥) - بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلاً على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام. فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد - و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه - كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدلّ بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى الزوم، [بل قد حقق في الأصول أن لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي (٣٦٧٦)] *.

تكليفيّاً، و ليس كذلك، لاستلزامه خروج التكليف الإلهي و العقود الربائية، إذ الأمر بالنسبة إليها عين الأمر بالإطاعة، و هو إرشادي صرف، و لا مجال للخروج، لاستلزامه عدم المناسبة بينها و بين قوله تعالى: ﴿أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِيْمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ﴾ فلا بد أن يكون إرشادياً، و معه لا تدلّ على أزيد من الصحة. مركزية تكليفية علمية

و فيه: أن الأمر في كلّ مورد ظاهر في الطلب الإلزامي، إلا فيما إذا قيد - و لو بدليل منفصل - بما يكون قرينة على عدم إرادة الإلزام، كما في موارد النذب. و أمّا الإرشاد فهو من قبيل الداعي إلى الإلزام لا من معانيه، و لاتنافي بين كون الداعي إلى الأمر و الإلزام بالنسبة إلى بعض أفراد متعلّقه هو الإرشاد، و بالنسبة إلى غيره غيره. و ليس هذا من استعمال اللفظ في أكثر من معنى. و توهم أنّه منه ناشئ من الخلط بين الداعي و المستعمل فيه، فتأمل جيّداً.

٣٦٧٤. فيعمّ العقد المصطلح، و هو ما يحتاج إلى طرفين و غيره ممّا يقوم بطرف واحد، كالنذر و العهد.

٣٦٧٥. الصواب أن يقول: وجوب العمل... .

٣٦٧٦. قد حقق فيها أنّه لا محيص عن الالتزام بتأصلها، و أنّه قضية التحقيق.

و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد (٣٦٧٧):

٣٦٧٧. لعل نظره في ذلك إلى العلامة رحمته في المختلف في جواب من استدل بالآية على لزوم عقد سبق، و تبعه في ذلك المحقق القمي في أوائل البيع من أجوبة مسائله، و يبالي أنه رحمته أطال الكلام في ذلك في مسائل الطلاق الخلعي من ذاك الكتاب. قال العلامة رحمته في أول فصل سبق ما هذا لفظه: «مسألة: ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف إلى أن عقد الرمي و السبق من العقود الجائزة كالجعالة، لا من العقود اللازمة كالإجارة. و قال ابن إدريس: إنه من العقود اللازمة. و الوجه الأول. لنا: الأصل عدم اللزوم، و لأنه نوع جعالة، فإن قوله «من سبق فله كذا» هو عين الجعالة. احتج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. و الجواب: القول بالموجب، فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه، فإن كان لازماً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، و إن كان جائزاً كان الوفاء به العمل بمقتضاه على سبيل الجواز. و أيضاً ليس المسراد مطلق العقود و إلا لوجب الوفاء بالوديعة و العارية و غيرها من العقود الجائزة، و هو باطل بالإجماع، فلم يبق إلا العقود اللازمة، و البحث وقع فيه». انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: نظره في الجواب الأخير - المتبني على كون الأمر بالوفاء للوجوب المولوي - إلى ما ذكرنا سابقاً من أن الاستدلال بالآية على اللزوم في مورد الشك من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، بناءً على عدم تعنون العام بضد عنوان المخصص، و هو عنوان اللازم، أو من قبيل التمسك به في الشبهة الموضوعية بناءً على تعنونه به. و فيه: ما مرّ، لأن العام لا يتعنون بضده الخاص. و لا بأس بالتمسك به في الشبهة المصدقية فيما إذا كان المخصص ليّاً مثل الإجماع، كما في المقام على ما اعترف به رحمته.

و أما الجواب الأول فظنت أن نظره فيه إلى أن الأمر بالوفاء في الآية للإرشاد، نظير ما قاله الشيخ المصنف رحمته في الجواب عن الاستدلال بأوامر الاحتياط على وجوب الاحتياط في الشبهة البدوية التحريمية من أنها للإرشاد المحض، فذلك الأمر بالوفاء في الآية لصرف الإرشاد إلى حسن الوفاء، و أمّا أنه بطور اللزوم أو الجواز فهو تابع للزوم العقد فيلزم و جوازه فلا، و دلالة لها على ذلك، فيطلب من مقام آخر. و على هذا لا يتوجه عليه رحمته ما أورد عليه بما في جامع المقاصد من «أنه لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد على سبيل الجواز، فإن وجوب الوفاء ينافي الجواز» انتهى، لأن ورود موقوف على كون الأمر للوجوب، و عليه لا ريب في التناهي، فكيف

العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. توضيح الضعف: أن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد، و ليسا 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 حكماً شرعياً للعقد مساوياً للزوم. و أضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم - مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور - و هو: أن المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي و وضعي. و قد عرفت أن ليس المستفاد (٣٦٧٨) منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً. و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ على اللزوم، فإن حلية البيع التي لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتبة عليه - التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا

يمكن لمثل العلامة عدم الالتفات إليه؟ إلا أن يقال: إن قوله ﷺ: «على سبيل اللزوم» و «على سبيل الجواز» قيد للعقد لا العمل بالمقتضى. و المراد من الجواز قابلية العقد للانفساخ بالفسخ، و من اللزوم عدمها. و لأمنافاة بين وجوب الوفاء بعقد و بين كونه جائزاً بمعنى قابليته للانحلال، و إنما التنافي فيما إذا كان الجواز بمعنى جواز العمل به. و إلا فلو كان الجواز بمعنى قابلية الحلّ منافية لوجوب الوفاء لما أمكن وجوب الوفاء بالبيع اللازم، لجواز حله بالإقالة. فوجوب الوفاء بالبيع اللازم بأي نحو يجتمع مع جوازه بمعنى قابليته للحلّ بالإقالة بذاك النحو، يجتمع مع البيع الجائز مع جوازه بمعنى قابليته للحلّ بالفسخ فضلاً عن الإقالة. و لكنّه كما ترى تكلف غايته. فلا بد أن يكون نظره إلى ما ذكرنا من كون الأمر لمطلق الإرشاد، أو إلى كونه لمطلق الطلب كما في أوامر الاحتياط. نعم، يرد عليه أنه خلاف الظاهر بلا قرينة تدلّ عليه. فالأولى في الجواب عن الاستدلال بالآية على اللزوم هو ما ذكرناه، فافهم واغتنم وكن من الشاكرين.

٣٦٧٨. يتجه ذلك فيما لو كان مراد القائل المذكور أن كلا منهما مدلول مطابق لها. و الظاهر أو المحتمل أن مراده أن الحكم التكليفي مدلولها المطابقي، و الحكم الوضعي مدلولها الالتزامي. و عليه يرجع إلى ما ذكره المصنف ﷺ في وجه الضعف بقوله: «و قد عرفت...»، فلا يبقى مجال للإيراد عليه، سيما بذاك التعبير الذي تراه.

الآخر - مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ وكونه لغواً غير مؤثر. و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض، 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 (٣٦٧٩) الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب، ولا ينفع الإطلاق*.

و منها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ ° دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلاً عرفاً،

.....

٣٦٧٩. هذا إيراد على تعميم الإطلاق في الآيتين لزمان ما بعد الفسخ. و حاصل وجهه: أن إطلاق المطلق بالنسبة إلى قيد من القيود إنما يكون فيما إذا كان قابلاً لتقييده به وجوداً و عدماً، بأن لا يكون وجود المطلق متقوماً بعدمه، بمعنى كون وجود القيد مزيلاً للمطلق رافعاً له، وكذلك لو شك فيه. و من المعلوم أن الفسخ حسب الفرض يشك في رافعيته لحلية التصرفات الثابتة بإطلاق الآيتين من حيث الأزمنة و الأحوال، فلا يعم الإطلاق لما بعده، إذ مرجعه إلى تعميم الحكم إلى حالة الشك في ارتفاعه، و هذا لا ربط له بالإطلاق المتوقف على إحراز وجود المطلق، و إنما هو مورد الاستصحاب، فلا بد من التمسك به، و معه لا تكون الإتيان دليلاً على اللزوم إلا بضمه.

و هذا الإيراد بعينه جارٍ فيما ذكره في تقريب الاستدلال بالآية الأولى حرفاً بعد حرف، كما أشرنا إليه في السابق، فلم أفهم وجه اختصاصه بالأخيرتين. نعم، لو قربنا وجه دلالتها على اللزوم بما ذكرنا من أن المراد من الوفاء بالعقد هو إبقائه و عدم نقضه، مع دعوى الملازمة بين حرمة النقض و فساده عرفاً، فلا يرد عليه الإيراد المذكور. و لكنه كما مر مبني على اقتضاء الأمر بالشئ للنهي عن ضده، و اقتضاء النهي مطلقاً - و إن كان تبعياً أيضاً - للفساد، فكل منهما خلاف التحقيق.

* بدل قوله «لكن يمكن أن يقال...» عبارة: «لكن الإنصاف أن في دلالة الآيتين بأنفسهما على اللزوم نظراً».

و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل (٣٦٨٠)،

٣٦٨٠. هذا دفع وهم. أما الوهم فهو أن الباطل في الآية قد خصص بموارد ترخيص

الشارع بالأكل بالباطل، و منها الترخيص في التملك بالفسخ بغير رضا الآخر، فمع الشك في و إذن الشارع في التملك بالفسخ و عدمه - من جهة الشك في جواز العقد و لزومه - يكون التمسك بالآية من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، للشك في أن المورد من مصاديق المخصص - أي: الباطل الذي أذن فيه الشارع - أم لا.

و أما الدفع فحاصله: أن كونه منه مبني على كون موارد الترخيص من أفراد الباطل العرفي قد خصص و أخرج عن حكمه، و هو ممنوع، بل ليست هي من أفراد الباطل العرفي، بمعنى أن الشارع بتخصيصه فيها خطأهم في جعلها من الباطل، و كشف لهم أنها من أفراد الحق. و على هذا، لا تكون مخالفة هذه الموارد للباطل العرفي في الحكم من باب التخصيص، بل من باب التخصيص و بيان الخطأ في تسميتها بالباطل، فلا يكون الرجوع إلى الآية من ذاك الباب. فإن قلت: بناء على ما ذكرت و إن كان الرجوع إليها في المقام لا يكون من ذاك الباب، إلا أنه يكون من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية، إذ مع فرض عدم كون موارد الترخيص باطلاً عرفاً يشك في كون الفسخ بدون رضا صاحبه باطلاً عرفاً، لأجل الشك في ترخيصه فيه و عدمه.

قلت: نعم، لو لم يكن هناك حجة على عدم الترخيص كما في المقام، حيث إن إطلاق حرمة الأكل مع الباطل عرفاً و شموله بإطلاقه على الفسخ المذكور حجة شرعية ظاهرة على عدم الترخيص و عدم التخطيط لهم، و أن ما هو باطل عرفاً متحد مع الباطل الشرعي. كما يقال في الاستدلال بآية حلية البيع على صحة البيع مع فرض كون المراد منه في الآية هو البيع العرفي، و مع فرض حكم الشارع بعدم صحة البيع في غير مورد بأن إطلاق الحكم بحلية كل بيع عرفي - و منه البيع المشكوك في صحته و فساد شرعاً - حجة شرعية على كونه بيعاً عند الشرع فيصح. و بعد وجود تلك الحجة الشرعية لا بد من الاقتصار في ترخيص الأكل بالباطل العرفي على مورد قيام حجة أقوى على جواز الأكل به المستكشف منها التخطيط. هذا، و لكن الشأن في كونها من باب التخطيط و التخصيص لا التخصيص.

وكيف كان، فالاستدلال بتلك الآية على اللزوم مبني على عموم المراد من الأكل لمثل

فإن أكل المارة من ثمر* الأشجار التي يمر 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 عرفاً. نعم، لو دلّ الشارع على جوازه - كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض - كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين (٣٦٨١). ومما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ﷺ: "لا يحل (٣٦٨٢) مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه".

و منها: قوله ﷺ: "الناس مسلطون على أموالهم" فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده وتملكه عليه من دون رضاه؛ ولذا استدلّ المحقق في الشرايع 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 و صار مالاً لغيره و أخذه منه بغير رضاه - منافي لهذا العموم.

و منها: قوله ﷺ: "المؤمنون عند شروطهم". وقد استدلّ به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبيلي، بناءً على أن الشرط مطلق الإلزام والالتزام و لو ابتداء من



..... التملك، وفيه تأمل، بل منع، لقوة احتمال انصرافه عنه.

٣٦٨١. ينبغي أن يراد من الحق ما يعم الحكم والحق المقابل له كي يصحّ بالقياس إلى العقود الجائزة بالذات. وكذلك ينبغي أن يضيف إلى العين قوله: أو العقد، أو يقول بدل هذه العبارة: عن حق الآخذ والتملك.

٣٦٨٢. يمكن الخدشة في الاستدلال به و حديث السلطنة بأن مفادها عدم جواز كل تصرف من الغير يرد على مال المالك حتى التملك، فيدلّ أن عدم جواز الفسخ بلا رضاه فيما إذا كان مفاد الفسخ تملك الفاسخ لمال المفسوخ عليه. و هو قابل للمنع، و إنما مفاد حلّ العقد، و أمّا رجوع الملك إلى الفاسخ فهو من لوازم الحلّ. و مع الغضّ عن ذلك يمكن الخدشة في الاستدلال بهما بالأخصية عن المدعى، حيث إنّ المدعى هو الاستدلال على قاعدة اللزوم في جميع العقود في البيع وغيره، و ما ذكره في تقريب الاستدلال بهما - من أن أخذ مال الغير و

غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرط، فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في «أوفوا بالعقود» (٣٦٨٣). لكن لا يبعد منع صدق الشرط (٣٦٨٤) في الالتزامات الابتدائية بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله ﷺ في دعاء التوبة: "و لك يا رب شرطي أن لأعود في مكروهك، و عهدي أن أهجر جميع معاصيك" ٦، و قوله ﷺ في أول دعاء الندبة (٣٦٨٥): "بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا" ٧ كما لا يخفى على من تأملها، مع أن كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادعينا من الاختصاص، ففي القاموس: الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه ٨.

و منها: الأخبار المستفيضة في أن "البيع بالخيار (٣٦٨٦) ما لم يفترقا"

تملكه من دون رضا صاحبه لا يجوز و لا يحل، و الفسخ من هذا القبيل - إنما هو مختص بالعقود التي يكون مفادها التمليك و التملك بالفعل، فلا يشمل ما لم يكن كذلك، مثل الجعالة و المسابقة، فتدبر.

٣٦٨٣. و يورد عليه أيضاً بالتقريب المتقدم في الإيراد عليه.

٣٦٨٤. هذا مناف لما ذكره في مبحث المعاطاة و مبحث الشروط من أن الشرط مطلق الالتزام، فراجع الى هذين البحثين. و سيأتي الكلام في صحة ذلك في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

٣٦٨٥. و ذلك لما في بعض الحواشي من أن الشرط في الأول تابع للإيمان، و في الثاني لجعل الله تعالى للأنبياء ﷺ ولاية على الناس.

٣٦٨٦. نوقش في الاستدلال بذلك على أصالة اللزوم بأنها على أصالة الجواز أدل، حيث إن مفادها أن الخيار مقتضى طبيعة البيع، و أن اللزوم يطء عليه من جهة أمر خارج، و هو الافتراق فقط كما هو قضية ما عدا صحيحة الفضيل، أو مع الرضا كما هو قضيتها. و لو أغمضنا عن هذه الجهة فيشكل الاستدلال بما على أصالة اللزوم مطلقاً، بأنه مبني على دلالتها على اللزوم حتى بلحاظ الأمور الخارجة عن طبيعة البيع و الطارية عليها أحياناً، و هو ممنوع، إذ الظاهر أن المقصود منها بيان لزوم البيع بلحاظ ذات البيع خاصة. و الشاهد على ذلك أنه لا يكون أدلة سائر الخيارات المسببة عن الأمور الخارجة عن ذات البيع - كالغن و العيب و التأخير و نحوها - مخصصة لها. و على هذا لاتنفع هذه الأخبار في إثبات اللزوم فيما إذا شك

و أنه "إذا افترقا وجب البيع"^٩، و أنه "لا خيار لهما بعد الرضا"^{١٠}. فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً، و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً. و ربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك*، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع (٣٦٨٧) علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم مقتضى للزوم. و ردّ بآته: إن أريد بقاء علاقة الملك (٣٦٨٨) أو علاقة تنفرّع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك. و إن أريد بها سلطة إعادة العين في ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك، و إنما تحدث

في اللزوم و عدمه من جهة الأمر الخارج عن ذات البيع مثل تخلف الفرض، فتأمل، فإن منع الإطلاق فيها و عدم كون أدلة ساير الخيارات من قبيل المخصّص لها مشكل. فالعمدة في المناقشة هو الوجه الأول.

٣٦٨٧. ظاهر ذلك دعوى ظهور اتفاقهم على أن سلطة الرجوع في العين في مورد ثبوتها إنما هي من آثار بقاء علاقة المالك المترتبة عليها تبرّعاً. فحينئذ يندفع ما أورده شيخنا الأستاذ على كون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الأثر المساوق للزوم، الذي تقدّم سابقاً بآته إنما يتم فيما إذا كان المستصحب في الأصل المحكوم - وجوداً و عدماً - من آثار المستصحب في الأصل الحاكم، قد رتبها الشارع عليه في خطاب، و بقاء الأثر في المقام و عدمه ليس ممّا رتبّه الشارع على انقطاع العلاقة و عدمه في دليل. وجه الاندفاع: أنه إن أريد من نفي ترتيب الشارع نفيه بلا واسطة، ففيه: أنه مسلّم و لكنّه غير لازم، إذ يكفي في ذلك كونه كذلك و لو بواسطة. و إن أريد نفيه مطلقاً، ففيه: أنه ممنوع، لأنّ بقاء الأثر و عدمه قد رتبّه الشارع على الخيار نفيّاً و إثباتاً. و هذا واضح لا ريب فيه. و الخيار وجوداً و عدماً قد رتبّه الشارع على بقاء العلاقة و عدمها، كما هو قضية الاتفاق الذي استظهره من كلماتهم.

٣٦٨٨. محصله: أنه لا بدّ في استصحاب بقاء العلاقة من اليقين بوجودها في السابق و الشكّ في بقائها في اللاحق. فإن أريد من العلاقة علاقة الملك فالثاني متنفّ، للقطع بزوالها. و إن أريد علاقة إعادة العين فالأوّل متنفّ، للقطع بعدم وجودها قبل البيع، لأنّ إعادتها إلى الملك من

بعد زوال الملك لدلالة دليل؛ فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها. وإن أُريد 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 (٣٦٨٩) فيما لا خيار فيه في المجلس، بل مطلقاً، بناءً على أن

جهة توقفها على خروجها عن الملك لا يجتمع مع الملك الموجود قبل البيع.

وكيف كان، يمكن أن نختار هذا الشق، ونحجب عما أُورد به عليه في المتن بأنه إن أُريد من زوال الملك زواله بجميع مراتبه، ففيه: إمكان المنع. وإن أُريد زواله بجميعها إلا مرتبة لا يترتب عليها إلا التمكن من العين إلى ملكه بسائر مراتبه الزائل عنه بواسطة البيع، ففيه: أنه مسلم، و لكن زوال الملك في الجملة لا يوجب زوالها، ودعوى أن البيع يزيل الملك بجميع مراتبه مما لا شاهد عليه، فيشكل فيرجع إلى الاستصحاب، فتأمل.

هذا، ويمكن أن يقال: إن في المقام شقاً آخر يكفي في المطلب، وهو أن يريد بها العلاقة المجتمعة مع علاقة الملك، و لكن لا يترتب عليها أثر سلطنة إعادة العين في الملك إلا فيما إذا انفردت عن علاقة الملك، نظير حق الاختصاص في الخلّ المنقلب إلى الخمر، حيث إنه شيء كان موجوداً في حال الخلّة مع الملك، و لكن لا يترتب عليه الأثر، مثل عدم جواز تصرف الغير فيه إلا برضاه مادام وصف الملكية موجوداً، وإذا انفرد عنه - كما إذا صار حمراً، و زال عنه وصف الملكية شرعاً - يترتب عليه الأثر، وهو يؤثر في عدم جواز انتزاع الغير له عن يده إلا برضاه.

هذا، و لكن فيه: أنه و إن كان ممكناً إلا أنه يحتاج إلى دليل يثبت، وهو متنف، و الأصل عدم ثبوت هذه العلاقة، فتأمل. و هذا بخلاف حق الاختصاص في المثال، فإنه ثابت عرفاً، و لم يردع عنه الشرع و لو بالأصل، فيثبت فيه أيضاً، فافهم.

٣٦٨٩. فيه: أن مورد كلامه تعيين الأصل العملي المقتضي للجواز في البيع لو خلى و نفسه، مع قطع النظر عن الطواري التي منها إيقاع البيع بشرط عدم الخيار، و مع قطع النظر عن الأصل اللفظي أو الدليل الخاص الحاكم عليه. فما ذكره من الإيرادات الثلاثة كلها خارج عن مفروض البحث، و إلا فلا مجال للأصل الحاكم، و هو استصحاب بقاء الأثر، لعدم الشك في بقاءه، إما علماً كما إذا لم يكن «هناك» خيار و لو من جهة الشرط، أو علمياً، إما لأصل

في أصالة اللزوم في البيع ٣١
الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم: «أوفوا» (٣٦٩٠) لا الاستصحاب - أنه
لا يجدي بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن
الحاكم* (٣٦٩١).

ثم إنه يظهر من المختلف (٣٦٩٢) في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة: أن الأصل
عدم اللزوم^١، و لم يرده من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»، و لم يعلم**
وجه صحيح لتقرير هذا الأصل (٣٦٩٣).

العموم، و إما لأجل تواتر الأخبار بانقطاع الخيار بالافتراق، كما إذا كان هناك خيار في
المجلس.

٣٦٩٠. سيأتي أن هذا هو الحق في كل مقام، و لكن فيما إذا كان هناك عموم يقتضي
خلاف ما يقتضيه الاستصحاب، و هو في المقام مبني على دلالة الآية على اللزوم، و قد تقدم
الإشكال فيها.

٣٦٩١. لعلّه إشارة إلى أن تواتر الأخبار بانقطاع الخيار بالافتراق لا يمنع عن جريان
استصحاب الخيار، لأنه إنما يمنع عن جريانه في الخيار الشخصي دون الخيار الكلي الثابت في
المجلس، المشكوك في بقاءه بعد انقضائه و ارتفاعه، لأجل الشك في وجود فرد آخر من الخيار
مقارناً لذاك الفرد المعلوم ارتفاعه و عدم وجوده، لما قرّر في الأصول من جريان استصحاب
الكلي في مثل ذلك. نعم، لا مجال لجريانه عند المصنّف من جهة أخرى، و هو كون الشك فيه
في المقتضي. و لكن التحقيق جريانه فيه أيضاً.

و يحتمل أن يكون إشارة إلى أنه مع تواتر الأخبار على اللزوم بالافتراق لا مجال
لاستصحاب اللزوم أيضاً حتى يكون سليماً عن الحاكم، لأنه كما يمنع عن جريان الأصل
الحاكم كذلك يمنع عن جريان الأصل المحكوم.

٣٦٩٢. قد مرّ نقل كلامه. و يظهر من جامع المقاصد أن كون الأصل عدم اللزوم
مذهب جماعة.

٣٦٩٣. يعني: التقرير المستفاد من حصر رده بالآية. و يمكن توجيهه بأن نظرهم في

** في بعض النسخ بدل «لم يعلم»، لم يكن.

* في بعض النسخ زيادة: فتأمل.

نعم، هو حسن في خصوص (٣٦٩٤) عقد المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و يجري أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناءً على أن المرجع في الفرد المردد (٣٦٩٥) بين عنواين العام و المخصص إلى العموم. و أما بناءً على خلاف ذلك (٣٦٩٦) فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة. لكن الاستصحاب المذكور (٣٦٩٧) إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم، و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض، حكم بالبرائة التي هي من آثار الهبة، و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان؛ لعموم "على اليد" إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة (٣٦٩٨)، إن كان المستند دخوله في "ضمان العين" أو

ذلك إلى استصحاب عدم اللزوم بنحو مفاد «ليس» التامة، نظير استصحاب عدم القرشية في المرأة المرددة في كونها قرشية أو غيرها، فتأمل، لأنه - مضافاً إلى ابتناؤه على كون اللزوم من أوصاف الوجود - معارض بأصالة عدم الجواز، فافهم.

٣٦٩٤. لاحسن فيه، لأن كل عقد له أثر حادث به و لم يكن قبله، فيستصحب ذاك الأثر.

٣٦٩٥. يعني: بناءً على جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

٣٦٩٦. كما هو الحقّ المحقق في محله.

٣٦٩٧. يعني: استصحاب الأثر.

٣٦٩٨. مع القول بأن خروج الهبة عنه لا يمنع من الرجوع إليه، للقول بجواز التمسك

بالعام في الشبهات المصداقية.

في أقسام الخيار ٣٣
قلنا بأن خروج الهبة (٣٦٩٩) من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقاً لها، كان الأصل البرائة أيضاً.

في أقسام الخيار: وهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة و المجتمع منها في كل كتاب سبعة (٣٧٠٠)، و قد أتمها بعضهم (٣٧٠١) إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعاً أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها، و نحن نقتفي أثر المقتصر على السبعة - كالحقق و العلامة ^{١٢} ^{١٢} - لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول و بالله التوفيق:

الأول: خيار المجلس: و المراد به "المجلس" مطلق مكان المتبايعين حين البيع، و إنما عبر بفرده الغالب (٣٧٠٢) و إضافة الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق. و لاختلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار، و النصوص به مستفيضة. و الموثق الحاكي لقول علي ^{عليه السلام}: "إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب" مطروح أو مؤول (٣٧٠٣). و لافرق بين أقسام البيع و أنواع المبيع. نعم، سيجيئ استثناء بعض أشخاص

٣٦٩٩. يعني: أو قلنا بكونه المستند في الضمان في العقد الفاسد هو عموم اليد، و لكن قلنا بأن خروج الهبة منه مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقاً لها، لعدم جواز الرجوع إلى العام في الشبهة المصداقية كما هو الحق، كان الأصل البرائة أيضاً.

٣٧٠٠. و المجتمع منها في الشرايع خمسة. و منه يعلم أن نسبة التعرض بالسبعة إلى المحقق فيما بعد بقوله: «كالحقق» سهو منه ^{عليه السلام} لو أراد منه ذلك في الشرايع.

٣٧٠١. يعني: أتمها مجتمعاً.

٣٧٠٢. التعبير العام لجميع أفرادهِ خيار الاجتماع.

٣٧٠٣. نعم، لو كان المراد من التصفيق على البيع هو إنشائه و إيجادهِ، إذ حيثُ ينافي الأخبار المستفيضة الدالة على ثبوت الخيار و عدم لزومه بصرف الإنشاء، فلا بد من طرحه أو تأويله بإرادة الثبوت من الوجوب، أو الحمل على صورة شرط عدم الخيار. و لكنّه ممنوع، لاحتمال كونه كناية عن إمضاء البيع و إيجابهِ، بأن كان المتعارف و لو في ذلك الزمان هو التصفيق عند إرادة لزوم البيع، كما هو صريح بعض أهل اللغة، ففي المصباح: «صفقته على

المبيع كالمعتق* على المشتري. و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل:
مسألة: لإشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين، و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة. و هل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف. قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلّق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما في المجلس، و إلاّ فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه؛ لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. و للشافعية قولان: أحدهما: أنّه يتعلّق بالموكل، و الآخر: أنّه يتعلّق بالوكيل، انتهى.

أقول: و الأولى أن يقال: إنّ الوكيل إن كان وكيلاً في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان، لأنّ المتبادر من النصّ غيرهما (٣٧٠٤) و إن عمّمناه لبعض أفراد الوكيل و لم نقل بما قيل - تبعاً لجامع المقاصد - بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك؛ مضافاً إلى أنّ مفاد أدلة

رأسي صفقاً - من باب: ضرب - ضربته باليد. و صفقت له بالبيعة صفقاً أيضاً: ضربت بيدي على يده. وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه». و في محكي القاموس: «و صفق يده بالبيعة و على يده صفقاً و صفقة: ضرب يده على يده، و ذلك عند وجوب البيع». و في الجمع مثل ما في المصباح. و على هذا لاتنافي بينه و بين المستفيضة كي يحتاج إلى الطرح أو التأويل. ثمّ إنّ في الوسائل بعد «وجب»: و إن لم يفترقا.

٣٧٠٤. حاصل ما ذكره من الأدلة الثلاثة دعوى اختصاص البيعين في النصّ بغير الوكيل في إجراء العقد، تارةً بدعوى تبادره من اللفظ، و أخرى بقرينة نفس الحكم المحمول عليهما في النصّ، و هو قوله: «بالخيار» بدعوى أنّ معنى الخيار عبارة عن سلطنة ذي الخيار على استرداد ما انتقل عنه في مورد كان له السلطنة على ردّ ما انتقل إليه، و هو في الوكيل المذكور غير معلوم. و ثالثة بقرينة ضمّه بخيار الحيوان و ذكره معه في بعض الأخبار في سياق واحد، و سيأتي نقله في خيار الحيوان، و هو منتفٍ في الوكيل في الإجراء، فكذلك هنا كما هو قضية وحدة السياق.

و يمكن أن يستدلّ على ذلك - مضافاً إلى ما ذكر - بأنّ الظاهر من أدلة الخيارات المجمولة بأصل الشرع - و منها خيار المجلس - أنّها ناظرة إلى دليل وجوب الوفاء و أنّه لا يجب

الخيار (٣٧٠٥) إثبات حقّ و سلطنة لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج. ألا ترى: أنّه لو شكّ المشتري في كون المبيع ممّن ينعق عليه لقراءة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البايع و عدم وجوب عتقه.

هذا مضافاً إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه (٣٧٠٦) بينه و بين

ذلك في موارد مخصوصة، فتدلّ على ثبوت الخيار لمن يجب عليه الوفاء، و هو غير الوكيل في صرف إجراء العقد الذي هو أجنبيّ عن المال، لعدم الحسن في إيجاب الوفاء عليه. و منه يعلم الوجه في عدم ثبوت الخيار للوكيل في القسم الثالث، فتأمل. و لكن إنّما يتمّ هذا بناءً على مسلك من يقول بدلالة الآية على لزوم، و إلّا فلا كما لا يخفى.

٣٧٠٥. فيه: أنّ مفادها إثبات حقّ و سلطنة لكلّ منهما على حلّ العقد، و يترتب عليه عود كلّ من المالين إلى صاحبه الأوّل، لإثبات حقّ لهما متعلّق بعين ما انتقل عنهما. و لو سلّم فنقول: إنّ مفادها تعلق حقّ كلّ منهما و تسلّطه على أخذ ما انتقل عنه و ردّ ما انتقل إليه في عرض واحد، لا على أخذه بعد الفراغ عن تسلّطه على ردهً بدليل آخر، إذ تقييد أدلة الخيار بذلك - مضافاً إلى أنّه لا دليل عليه - ممّا يوجب عدم جواز التمسك بها في إثبات الخيار في حلّ الموارد لولا الكلّ، إذ تسلّط كلّ منهما على ردّ ما انتقل إليه إلى مالكة الأوّل مشكوك في الجميع، إذ لم يقم في كلّ مورد مورد أنّ كلّاً منهما مسلّط على ردّ ما انتقل إليه.

هذا كلّ بناءً على كون المراد من التسلّط على ما انتقل إليه هو التسلّط على رده، كما يرشد إليه قوله بعد ذلك - عند التعرّض لحكم القسم الثالث من أقسام الوكيل - : «بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل إليه». و أمّا بناءً على كون المراد منه التصرف فيه بمثل البيع و نحوه فيختصّ الإشكال بالأوّل، و هو أنّه حقّ متعلّق بالعقد لا بالعين. و ما ذكره من الأمثلة لاشهادها لها بمرامه ﷺ، إذ عدم الحكم فيها بعدم الوجوب لأدلة الخيار لعلّه من جهة عدم جواز التمسك بالعامّ في الشبهة المصدّقية، لا لما ذكره من لزوم إحراز التسلّط على ما انتقل إليه بغير أدلة الخيار، فلا مساس لها بالمقام الذي هو من قبيل الشبهة الحكميّة التي لا يمكن رفعها إلّا بالعموم.

٣٧٠٦. يعني به صحيحه ابن مسلم الأولى الآتية في مسألة اختصاص خيار الحيوان

خيار الحيوان الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة، فإن المقام و إن لم يكن من تعارض (٣٧٠٧) المطلق و المقيد إلا أن سياق الجميع يشهد باتحاد المراد من لفظ "المتبايعين" (٣٧٠٨)، مع أن ملاحظة حكمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور؛ مضافاً إلى أدلة سائر الخيارات، فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغي من الفقيه. و الظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة، فإن الظاهر من قوله: "اشترى الوكيل أو باع" تصرف الوكيل بالبيع و الشراء، لا مجرد إيقاع الصيغة.

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحقائق^{١٣}. و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم: أن الخيار حق ثبت (٣٧٠٩) للعاقد بمجرد إجرائه للعقد، فلا يطل بمنع الموكل. وعلى المختار، فهل يثبت

بالمشتري و عموم له و للبايع، و هي قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفرقا». و على أي حال، فلا يخفى عليك أن قضية هذا الدليل و ما بعده عدم ثبوت الخيار للوكيل بجميع أقسامه حتى القسم الثاني منها، فلا تغفل.

٣٧٠٧. توقفه على كون المتبايعين في الخبر المقارن لخيار الحيوان مقيداً بغير الوكيل في العقد، و ليس كذلك، بل هو فيه أيضاً مطلق.

٣٧٠٨. يعني: المراد من لفظ المتبايعين الموجود في هذا البعض المذكور بالنسبة إلى كلا الخيارين: خيار الحيوان و خيار المجلس، فإذا كان المراد منه بالنسبة إلى الأول هو المالكين فكذلك بالنسبة إلى الثاني، لاتحاد السياق، و قضية ذلك أن يكون هذا هو المراد منه في غيره من الأخبار.

٣٧٠٩. لوجه لأضعفية ذلك لو كان نظر المصمم إلى شمول أدلة الخيار للوكيل، و أن ثبوته له على القول به إنما هو من جانب الشارع بالأصالة، من جهة صدق موضوعه في لسان الدليل عليه مثل المالك العاقد، ضرورة أن منع الموكل من الفسخ لا يوجب التفاوت في صدق موضوعه عليه. نعم، لو كان نظره في ذلك إلى حيث الوكالة و أن خياره - أي: الوكيل في الإجراء - إنما جاء من قبل الموكل، بمعنى أن التوكيل في البيع يعم التوكيل في الفسخ، في مقابل من يقول بعدم عموم له، بأن يكون جهة البحث هو هذا لا ما ذكرناه أولاً من عموم موضوع دليل الخيار له، كما هو صريح الشهيد^{١٤} في المسالك، فله وجه، بل لوجه لصحته. و من التأمل فيما ذكرنا يظهر خلط من المصنف^{١٥} بين الجهتين للبحث هنا، فإن الظاهر من صدر

للموكلين؟ فيه إشكال: من أن الظاهر من "البيعين" (٣٧١٠) في النص المتعاقدان، فلا يعم الموكلين؛ وذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله. ومن أن الوكيلين (٣٧١١) فيما نحن فيه كالألة للمالكين، ونسبة الفعل إليهما شائعة، ولذا لا يتبادر من قوله: "باع فلان ملكه الكذائي" كونه مباشراً للصيغة. وعدم الحنث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغة ممنوع.

فالأقوى ثبوته لهما ولكن مع حضورهما في مجلس العقد (٣٧١٢) والمراد به

كلامه ﷺ أن البحث في ثبوت الخيار للوكيل المذكور وعدمه إنما هو من حيث عموم دليل الخيار له وعدمه. وأما قوله بعد ذلك: «وأن ثبوته للوكيل لكونه نائباً عن الموكل يستلزم ثبوته للمنوب عنه» وقوله قبل ذلك: «بحيث يشمل فسخ المعاوضة» فالظاهر منهما أن جهة البحث في المسألة هو عموم الوكالة للفسخ والإمضاء وعدمه. وكيف كان، فالتحقيق في المسألة - بناءً على كون جهة البحث فيها هو الجهة الأولى - أن يقال باختصاص الخيار بالملكين أعم من صورة مباشرتهما للعقد ومقابلتهما، لأن المتبادر من البيعين هو البائع لنفسه والمشتري كذلك، وهو وإن كان ظاهراً في صورة المباشرة إلا أنه يرفع اليد عن هذا الظهور - لأجل أدلة الوكالة - و يعمم لصورة التسبب، فكأنه قال: البيعان لأنفسهما بالمباشرة أو التسبب بالخيار ما لم يفترقا المتبايعان كل منهما عن الآخر. وأما بناءً على كون جهة البحث هي الجهة الثانية فأوضح.

٣٧١٠. هذا وجه لعدم الثبوت.

٣٧١١. وجه للثبوت. وضمير «إليهما» راجع إلى المالكين. واسم الإشارة في قوله:

«ولذا...» إشارة إلى الشيوع.

٣٧١٢. لكي تصح الغاية، وهو افتراق صاحبي الخيار، لأن الافتراق لابد فيه من اجتماع، والمتبادر من النص هو الافتراق عن مكان العقد، ولا يتحقق ذلك إلا مع حضورهما في مجلس العقد. وهل يعتبر في ثبوته لهما - مضافاً إلى حضورهما في مجلس العقد - أن يكون حضورهما فيه لأجل البيع، أم لا فيكفي فيه الحضور لأجل غرض آخر؟ وجهان، ظاهر المصنف هو الثاني. ولكن الأوجه هو الأول، لعدم ظهور الأخبار في الأعم من صورة الاجتماع لأجل البيع، فهي إما ظاهرة في تلك الصورة أو مهملة، فيؤخذ بالثيقن، وهو أيضاً هذه الصورة.

مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر، فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان ك: لساني الموكلين، و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

هذا كله إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد. و إن كان وكيلاً في التصرف المالي كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها - نظير العامل في القراض و أولياء القاصرين - فالظاهر ثبوت الخيار له، لعموم النص. و دعوى تبادر المالكين ممنوعة، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة؛ فإن معاملة الوكلاء و الأولياء لا تخصي (٣٧١٣).

و هل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة؟ إشكال: من تبادر المتعاقدين من النص، و قد تقدم عدم حث الخالف على ترك البيع ببيع وكيله. و من أن الاستفادة من أدلة (٣٧١٤) سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص، كون الخيار حقاً لصاحب المال، شرع* إرفاقاً له، و أن ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه (٣٧١٥) يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلا أن يدعى مدخلة مباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر. و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة. و حينئذ فقد يتحقق في عقد واحد

٣٧١٣. وكذلك صحة استعمال البائع و المشتري فيهما.

٣٧١٤. هذا وجه ثبوت الخيار للموكلين. و أما وجه اعتبار حضورهما في المجلس فهو جعل هذا الخيار في أدلته معيياً بالافتراق، الموقف على الاجتماع في مجلس العقد على ما مر بيانه. و يتجه على هذا الذي قواه بعد ذلك أولاً: أن كون مفاد أدلة سائر الخيارات و خيار الحيوان كون جعل الخيار فيها للإرفاق على المالك لا يلزم كونه كذلك هنا، فافهم. و ثانياً: أن قضية ذلك هو اختصاص الخيار بالموكلين، و هو خلف، إذ المفروض ثبوته للوكيلين أيضاً.

٣٧١٥. فيه: منع ثبوته لأجل ذلك، و أن ثبوته لمن يثبت له إنما هو لأجل صدق البيع عليه و كونه فرداً منه. ثم إن «لكونه» متعلق بالثبوت، و «يستلزم» خبر لـ «أن».

الخيار لأشخاص كثيرة* (٣٧١٦) من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ (٣٧١٧) على المجيز**.

٣٧١٦. يعني: على الوجه الأخير المقتضي لثبوت الخيار للموكلين أيضاً يتحقق في عقد واحد...، و ذلك كما إذا وكل المالك أحداً في التصرف في ماله على نحو الاستقلال أعم من المباشرة و التوكيل، و وكل ذاك الوكيل آخر كذلك في التصرف في مال موكله الخاص، فباعه الوكيل الثاني و الحال أنه و الوكيل الأول و الموكل كلهم حاضرون في مجلس العقد، فإنه على هذا الوجه الأخير يكون لكل منهم خيار المجلس.

٣٧١٧. يعني: ليس المقام بالنسبة إلى الحكم بلزوم العقد - فيما إذا سبق واحد من أهل الطرف الواحد بالإمضاء، و لحقه الآخر بالفسخ - من المقام الذي يقدم الفسخ فيه إذا تأخر الإمضاء إذا تقدم عليه، و يحكم بانفساخ العقد لا بلزومه، فإن مسألة تقديم الفسخ على الإمضاء فيما إذا تأخر الأول عن الثاني - فضلاً عن تقارنهما - إنما هي فيما إذا كان متعلق الإمضاء غير متعلق الفسخ، كما إذا كان الفسخ من أحد المتعاقدين و الإمضاء من الآخر، فإن متعلق كل منهما هو التزام نفس فاعل ذلك، مثلاً متعلق الفسخ هو الإيجاب، و متعلق الإجازة هو القبول، أو بالعكس، و من جهة تعدد المتعلق لا يقع التعارض بينهما في صورة التقارن، لا فيما إذا كان متعلقهما شيئاً واحداً، كما إذا كان الفسخ من واحد من أهل الطرف الواحد، و الإمضاء من الآخر منهم كما في المقام، فإن متعلقهما التزام واحد، و هو أحد طرفي العقد إما الإيجاب و إما القبول، و من هنا يقع التعارض بينهما في صورة التقارن، فبعد إعمال الخيار من واحد منهم في هذا الالتزام الواحد - إما الإيجاب و إما القبول - بالفسخ أو الإمضاء في فرض السبق و الحقوق لا يبقى موضوع لخيار من عده، أعني: ذاك الالتزام المتردد، إما لارتفاع الالتزام كما في الأول، أو لارتفاع تزلزله كما في الثاني. و لافرق فيما ذكرنا بين ثبوت الخيار لأهل الطرف الواحد جميعاً بطور العموم الاستغراقي، كما هو الظاهر بناءً على عموم البيعين لغير المالكين أيضاً، أو بطور العموم البدلي. و قد تعرض المصنف لهذه المسألة في مواضع، منها: آخر مسألة أمر أحد

* في بعض النسخ: كثيرين.

** في بعض النسخ زيادة: فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين، و هذا فرض من جانب واحد.

ثم على المختار من ثبوته للموكلين، فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد (٣٧١٨) أو عن مجلس العقد (٣٧١٩) أو بتفرق المتعاقدين (٣٧٢٠) أو بتفرق الكل، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل الآخر في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير (٣٧٢١).

و إن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده، بل كان وكيلاً في التصرف على وجه المعاوضة - كما إذا قال له: اشتر لي عبداً - فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق (٣٧٢٢) إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول: من أن إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدین على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه، و لا لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي، و في ثبوته للموكلين ما تقدم.

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه.

.....
التبايعين الآخر باختيار الفسخ أو الإجازة، ومنها: أول مسألة جعل خيار الشرط للأجنبي. ٣٧١٨. فلا يعتبر حينئذ حضورهما في مجلس العقد. لوجه لذكر هذا الاحتمال - بعد اعتبار الحضور في مجلس العقد - فيما اختاره من ثبوته للموكلين، كما هو قضية تقييده به في قوله: «و هل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما» إلا أن يراد من موضوع البحث هنا مطلق ثبوته للموكلين من دون لحاظ اعتبار الحضور في المجلس، و هو كما ترى.

٣٧١٩. فيعتبر حينئذ في ثبوت الخيار لهما حضورهما في مجلس العقد.

٣٧٢٠. لا بد على هذا من إضمار العاقدین بعد قوله: «ما لم يفترقا» أو الإستخدام في

ضميره، بإرادة المتعاقدين من البيعين حين إرجاع الضمير إليه لا مطلق المتعاملين.

٣٧٢١. لأن الظاهر أن ما لأجله سيق الكلام هو إثبات الخيار معياً بعد الافتراق، و أن

ذكر الوجوب عند الافتراق إنما هو لصرف بيان فائدة هذا التقييد، لا العكس، بأن يكون

المسوق لأجله الكلام هو إثبات الوجوب عند الافتراق، و يكون ذكر ثبوت الخيار إلى الافتراق

إنما هو لأجل التوطئة. و على هذا يكون الخيار دائراً مدار بقاء عدم افتراق جنس البائع و

ارتفاع هذا العدم، و من المعلوم أنه لا يرتفع إلا بتفرق الجميع.

٣٧٢٢. بل لذلك، لعدم تمامية ما ذكره في القسم الأول كما عرفت.

ثم هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له (٣٧٢٣) تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى؟ الأقوى العدم؛ لأنّ المتيقن من الدليل (٣٧٢٤) ثبوت الخيار للعاقِد في صورة القول به عند العقد لالحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً.

و ممّا ذكرنا اتضح (٣٧٢٥) عدم ثبوت الخيار للفضوليين وإن جعلنا الإجازة كاشفة، لا لعدم صدق "المتبايعين"؛ لأنّ البيع النقل و لانقل هنا - كما قيل ١٤ - لاندفاعه بأنّ البيع النقل العرفي، و هو موجود هنا. نعم، ربّما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع و هذا المعنى منتفٍ في الفضولي قبل الإجازة. و يندفع أيضاً: بأنّ مقتضى ذلك (٣٧٢٦) عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار.

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم: من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين. نعم، في ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما في مجلس العقد (٣٧٢٧)



.....
٣٧٢٣. دون الوكيل.

٣٧٢٤. الأولى تعليل ذلك بأنّ الخيار من الحقوق الغير القابلة للنقل.

٣٧٢٥. يعني به قوله قبل ذلك بيسير: «من أنّ إطلاق أدلة الخيار مسوق...». و قد عرفت الإشكال فيما ذكره. فالوجه في عدم ثبوت الخيار للفضوليين - مضافاً إلى عدم شمول موضوع دليل الخيار لغير المالكين - هو عدم صدق المتبايعين عليهما، لما قيل من أنّ البيع هو النقل، و لانقل هنا مطلقاً حتّى عرفاً، إذ الظاهر أنّ رضا المالك معتبر في النقل عند العرف أيضاً، و إذ لارضا فلا نقل. فاندفع بذلك ما ذكره المصنّف في وجه اندفاعه من أنّ البيع النقل العرفي، و هو موجود هنا، حيث عرفت أنّ النقل العرفي هنا منتفٍ، لانتفاء الرضا المعتبر فيه عرفاً أيضاً.

٣٧٢٦. يعني: و يندفع ظاهر الأخبار بأنّ مقتضاه عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض...، و هو باطل قطعاً، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الظاهر بحمله على الغالب أو على الاقتضاء أو على النقل العرفي.

٣٧٢٧. يعني: مجلس النقل العرفي الذي هو مجلس العقد.

وجهه (٣٧٢٨). و اعتبار مجلس الإجازة (٣٧٢٩) على القول بالنقل، له وجهه (٣٧٣٠) خصوصاً على القول بأن الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدم توضيحه في مسألة عقد الفضولي. و يكفي حينئذٍ الإنشاء أصالة من أحدهما، و الإجازة من الآخر إذا جمعتهما مجلس عرفاً. نعم، يحتمل في أصل [المسألة] أن تكون الإجازة من المجيز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ "التزمت"، فتأمل (٣٧٣١). و لافرق في الفضولتين بين الغاصب و غيره، فلو تباع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية حقوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب (٣٧٣٢) منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة، و الله العالم.

مسألة: لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة على وجه يثبت له الخيار مع التعدّد - بأن كان ولياً أو وكيلاً مستقلاً في التصرف - فالحكمي عن ظاهر الخلاف و القاضي و المحقق و العلامة^{١٥} و الشهيدين و المحقق الثاني و المحقق الميسي و الصيمري و غيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الإثنين؛ لأنه بايع و مشتر، فله ما لكلّ منهما كسائر أحكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين.



٣٧٢٨. هو الأوجه، لصديق البائع على المالك بعلم الإجازة.

٣٧٢٩. يعني: اعتبار مجلس النقل الشرعي الذي هو مجلس الإجازة على النقل. و على هذا لا بدّ في القول بثبوته للمالكين بعد الإجازة من حضورهما في مجلس الإجازة.

٣٧٣٠. لكنّه ضعيف، لما مرّ من أن البيع هو النقل العربي، و هو متحقّق بنفس العقد لا النقل الشرعي، و إلّا يلزم عدم الخيار في الصرف و السلم قبل القبض، فمن ثبوته فيهما قبله يعلم أن المدار على النقل العربي، إلّا أن وجوده قبل الرضا ممنوع، لاشتراطه فيه أيضاً مثل الشرع. فاعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه، بل لا وجه لخلافه، بناءً على أن الإجازة عقد مستأنف، و لكنّ المبني ممنوع.

٣٧٣١. إشارة إلى أن الإجازة بأيّ لفظ كانت رضا بأصل العقد و تأثيره لا يلزومه، ضرورة أنّها لا تزيد عن إيقاع العقد بالمباشرة.

٣٧٣٢. قد مرّ الكلام في ذلك في شروط الصيغة.

٣٧٣٣. فيه: إمكان منع الاستقراء التام، و غيره لا يكفي في دفع الاحتمال المذكور.

و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد، مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين (٣٧٣٣)، و جعل الغاية التفرّق المستلزم للتعدّد، مبني على الغالب (٣٧٣٤) خلافاً للمحكمي في التحرير من القول بالعدم، و استقره فخر الدين رحمته الله، و مال إليه المحقق الأردبيلي و الفاضل الخراساني و المحدث البحراني، و استظهره بعض الأفاضل (٣٧٣٥) ممّن عاصروناهم. و لا يخلو عن قوّة بالنظر إلى ظاهر النص؛ لأنّ الموضوع فيه صورة التعدّد، و الغاية فيه الافتراق (٣٧٣٦) المستلزم للتعدّد، و لولاها لأمكن استظهار كون التعدّد في الموضوع لبيان حكم كلّ من البايع و المشتري كسائر أحكامهما؛ إذ لا يفرّق العرف بين قوله: "المتبايعان كذا" و قوله: "لكلّ من البايع و المشتري" إلّا أنّ التقييد بقوله: "حتّى يفترقا" ظاهر في اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية، و لا يمكن فرض التفرّق في غير التعدّد.

و منه يظهر سقوط القول (٣٧٣٧) بأنّ كلمة "حتّى" تدخل على الممكن و المستحيل،

٣٧٣٤. نظره في ذلك إلى قوله: «حتّى يفترقا» كما في صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام و صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام، لا إلى قوله عليه السلام: «ما لم يفترقا» كما في بقية الروايات، لأنّ المستلزم للتعدّد هو الأوّل على ما ينبّه عليه بعد ذلك لا الثاني، لأنّ إفادته له مبنية على إرادة عدم الملكة من عدم الافتراق، و هو ممكن المنع، لقوّة احتمال إرادة السلب المطلق، و معه يشمل صورة عدم إمكان الافتراق أيضاً. ثمّ إنّ ما ذكره في الغاية من الابتداء على الغالب جارٍ في التعبير بالثنية في طرف الموضوع الظاهر في التعدّد أيضاً. و فيه: أنّ غلبة ذلك في الغاية و في الموضوع تمنع عن الأخذ بالإطلاق في المعنى بحيث يعمّ لغير الغالب أيضاً، فلا يكون لنا حينئذٍ - بعد الخدشة في الاستقراء كما مرّ - طريق إلى إثبات الخيار في مثل المقام و إن كان يمكن أن يثبت فيه في الواقع، فمرجع إلى أصالة اللزوم.

٣٧٣٥. هو صاحب المقابس رحمته الله.

٣٧٣٦. مع ظهور كونها قيداً للخيار و حداً له، إذ الظاهر من الرواية أنّ هناك مجعولاً واحداً، و هو ثبوت الخيار الكذائي للمتبايعين، لا مجعولين أحدهما؛ ثبوت الخيار لهما، و الآخر: أنّ الافتراق مسقط له، فتدبّر.

٣٧٣٧. يعني: من ظهور التقييد بقوله: «حتّى يفترقا» في اختصاص الحكم بصورة

إلا أن يدعى أن التفرّق غاية مختصة بصورة التعدّد (٣٧٣٨) لاختصاصية للحكم بها. و بالجملة، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم، لا يعد بعد تنقيح المناط، لكن الإشكال فيه (٣٧٣٩). و الأولى التوقف* (٣٧٤٠) تبعاً للتحرير و جامع المقاصد. ثم لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقائه إلى أن يسقط (٣٧٤١) بأحد المسقطات غير التفرّق.

مسألة: قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار، منها: من يعتق على أحد المتبايعين، و المشهور - كما قيل ١٦ - : عدم الخيار مطلقاً (٣٧٤٢)،

.....
إمكان فرض الغاية يظهر سقوط القول... . وجه الظهور: أن دخول كلمة «حتى» على الممكن و المستحيل - كما في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ﴾ - لا ينافي ظهورها في القسم الأول.

٣٧٣٨. يعني: أنها غاية لحكم الخيار و حدّ له لكن بالنسبة إلى خصوص صورة تعدّد البايع و المشتري تعدّداً خارجياً، و أمّا بالنسبة إلى صورة الاتحاد خارجياً و التعدّد اعتباراً فلا غاية للخيار فيها. و هذا هو المراد من قوله في السابق: «مبني على الغالب» يعني: أن جعل التفرّق غاية للخيار إنّما هو بالنسبة إلى الصورة الغالبة، و هو صورة التعدّد الحقيقي. و فيه: ما أشرنا إليه من أن الظاهر من الرواية أن الغاية مختصة للحكم بها.

٣٧٣٩. أي: في تنقيح المناط، لاحتمال دخالة التعدّد الحقيقي في الحكم، و عدم إحراز أن مناط الحكم في صورة التعدّد هو صرف كونه مصداقاً لعنوان البايع مثلاً من دون دخالة لانفراده عن مصداق المشتري. وكذلك في طرف المشتري.

٣٧٤٠. و الرجوع إلى الأصل المقتضي لعدم الخيار.

٣٧٤١. هذا في مقابل بقائه إلى افتراق العاقد الواحد عن مجلس عقده. و وجه ظهور ما ذكره المصنف رحمه الله هو عدم الدليل على السقوط به، فيستصحب إلى تحقّق مسقط آخر.

٣٧٤٢. يعني: حتى بالنسبة إلى البايع، قبال ما احتمله في الدروس من ثبوته للبائع بالنسبة إلى نفس العين، لسبق تعلّق حقه بها، دون المشتري، لإطلاق أدلة الانعتاق. و احتمال فيه احتمالاً آخر، و هو ثبوته لكليهما. و حكى أنّه تبعه في هذا الاحتمال جمع من الأصحاب منهم صاحب الحدائق.

بل عن ظاهر المسالك أنه محلّ وفاق. و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للبائع. و الكلام فيه (٣٧٤٣) مبني على قول المشهور: من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، و إلا فلا إشكال في ثبوت الخيار.

و الظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين؛ لأن مقتضى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك، و الفسخ بالخيار من حينه (٣٧٤٤) لا من أصله، و لا دليل

٣٧٤٣. أي: البحث و الإشكال في الثبوت - و لو للبائع - و عدمه مطلقاً مبني على المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، إذ بناءً على توقّفه عليه فلا إشكال في ثبوت الخيار، لعدم حصول التلف بالانعتاق، لعدم تحقق الملك. لا يقال: بناءً عليه يشكل الخيار من جهة أخرى، و هي أنه لا بدّ فيه من وجود الأثر كي يزيله بإعمال الفسخ، حيث إنه حلّ العقد بلحاظ أثره، و لا أثر له على هذا. لأننا نقول: أثره في جميع الموارد على هذا القول إنما هو شأنيّة الملك، و صيرورة المبيع في عرضة الانتقال إلى الغير، فذو الخيار بالفسخ يرفع هذا الشأنيّة عنه و يجعله أجنبياً عن المشتري.

٣٧٤٤. يعني: أن الفسخ إنما يؤثر في رفع أثر العقد و يزيله من حينه، و لا أثر للعقد حين الفسخ، لفرض الانعتاق المزيل للملكيّة التي كانت أثر العقد، فلا يمكن فسخه، لأنّ الفسخ عبارة عن رفع اليد عن أثر العقد حين الفسخ، و المفروض عدم الأثر له حين الفسخ، و مع عدم إمكانه لا يمكن ثبوت الخيار بمعنى القدرة على الفسخ، لتوقّفه على إمكانه، و هو المطلوب. و لا دليل على زوال الانعتاق و رجوعه إلى ملك المشتري - كي يكون للعقد أثر حين الفسخ، فيصحّ و يمكن الفسخ، فيمكن الخيار فيثبت - إلا أدلة الخيار، و قد عرفت أنها لا تكون إلا في مورد يمكن فيه الفسخ، و لا يمكن إلا مع وجود الأثر للعقد حين الفسخ، و المفروض زواله بالانعتاق، لاختصاصه بالملكيّة، ضرورة أن حرمة المبيع من آثار الملكيّة لا من آثار العقد، فلا إمكان فلا خيار فلا دليل على الزوال، فيرجع إلى استصحاب الحرّية، و لازمه عدم تأثير الفسخ. هذا مع الغضّ عن قيام الدليل على عدم زوال الحرّية بعد تحقّقها إلا على احتمال مبني على تزلزل العتق، و قد ضعف العلامة (رحمته الله) ذلك الاحتمال المذكور في التحرير فيما لو ظهر من يعتق عليه معيماً. و أمّا مع ملاحظته فالأمر أوضح. و ممّا ذكرنا من عدم إمكان الفسخ الموجب لعدم إمكان الخيار يعلم أن عدم الخيار في المقام من قبيل التخصّص لا التخصيص.

على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم زوال الحرية بعد تحققها إلا على احتمال -
ضعفه في التحرير فيما لو ظهر من يعتق عليه معيياً - مبني على تزلزل العتق.

و أما الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة، فقد يقال: إنه مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و
دليل عدم عود الحر (٣٧٤٥) إلى الرقية، فيفرض المعتق* كالتالف، فلمن انتقل إليه أن يدفع
القيمة و يسترد الثمن. و ما في** التذكرة: من أنه وطن نفسه على الغبن المالي، و المقصود من
الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع؛ لأن التوطن على شرائه (٣٧٤٦) عالماً
بانعاقه عليه ليس توطئاً على الغبن من حيث المعاملة، وكذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن و
يأخذ القيمة. و ما في التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدي مانعاً عن دفع العين. لكن
الإنصاف: أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه؛ لأن شرائه إتلاف له في الحقيقة و إخراج له عن
المالية، و سيجي سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرف، فعدم ثبوته به أولى (٣٧٤٧). و منه
يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه؛ لأن بيعه ممن يعتق عليه إقدام على إتلافه و إخراج
عن المالية. و الحاصل: أنا إذا قلنا: إن الملك فيمن يعتق عليه تقديري لا تحقيقي (٣٧٤٨)،



٣٧٤٥. أو أصالة الحرية و استصحابها.

٣٧٤٦. هذا مضافاً إلى أن التروى لدفع الغبن بحكمة لجعل الخيار، فيثبت مع عدمها أيضاً.

٣٧٤٧. و ذلك لما سيذكره بعد ما يقرب بصفحة من أن الدفع أهون من الرفع. و فيه:
أن هذه الأولوية - بل المساواة - ممنوعة، لأن التصرف يسقط الخيار، لأجل أنه رضا بالمعاملة
بقاءً مضافاً إلى الرضا بما حدثاً، و الموجود في المقام ليس إلا الرضا بما حدثاً، فأين المقيس من
المقيس عليه؟ فلا بد في مانعية ذلك عن ثبوت الخيار - مع وجود المقتضي له - من قيام دليل
عليه، و هو منتف.

٣٧٤٨. منشأ الاحتمالين في ذلك هو اختلاف النظر في الجمع بين قوله ﷺ «لا يملك»
الظاهر في عدم قابليته للملك أصلاً، و بين قوله ﷺ: «إذا ملك عتق» الظاهر في القابلية له، فإنه
تارة يجمع بينهما برفع اليد عن ظهور الأول، و حمله على استقرار الملك، فيكون الملك حينئذٍ
تحقيقياً، و أخرى برفع اليد عن ظهور الثاني، و حمله على الملك الفرضي، فيكون الملك حينئذٍ
تقديرياً. و الظاهر من ملاحظة الأخبار هو الأول، إذ فيها قرينة تدل على أن المراد من

فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطاة على إخراجها عن المائنة، و سلكه في سلك ما لا يتموّل. لكنه حسن مع علمهما، فتأمل (٣٧٤٩).

و قد يقال (٣٧٥٠) إنّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبيّ على أنّ الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأما، أو الأوّل بالأوّل و الثاني بالثاني، أو العكس؟ فعلى الأوّلين و الأخير يقوى القول بعدم (٣٧٥١)؛ لأنصية أخبار العتق و كون

الملك المنفي هو بقاءه و استقراره. هذا، مضافاً إلى أنّ الملك المتعقب للزوال بلا فصل يصحّ أن يعبر عنه بعدم الملك، تنزيلاً له منزلة عدمه من جهة عدم الأثر له، هذا بخلافه فرض الوجود، فإنّ التعبير عنه بالوجود يحتاج إلى عناية زائدة. ثم لا يخفى عليك أن ليس المراد من فرض الملك بناءً عليه هو الفرض الصرف، و إنّما المراد منه فرضه فيما إذا كان هناك ما يوجب حصول الملك لولا عدم قابلية العبد للملك من الإرث و الشراء مثلاً. و عليه لابدّ من قيام دليل على تحقّق المقتضي و السبب للملك في مورده، و لا يكفي في إثباته الأدلة العامة، كعمومات الإرث و عمومات صحة البيع و الشراء، لأنّها معارضة بما هو أخصّ منها، و هي أدلة عدم قابليته للملك، بل لابدّ من قيام دليل خاصّ عليه، كقوله في بعض الأخبار: «فيشتره فيعتقه» و ما يدلّ على اعتناق أمّ الولد من نصيب الولد. ثم إنّ الظاهر من قوله: «فيشتره فيعتقه» هو الحاجة إلى الإعتاق، و هو منافٍ لظاهر الأخبار الدالة على الانعتاق القهري، إلّا أن يمنع ظهوره في العتق الاختياري، بدعوى أنّ هذا من قبيل الفعل التوليدي المترتب على ما يتولّد منه، كما في قولك: يقوم الولد للوالد فيعظمه، و يلقي فلان الحشيش فيحرقه. و على تقدير الظهور بحمل على ما ذكر، لكونه بالقياس إلى ما يقابله من قبيل الظاهر بالقياس إلى النصّ أو الأظهر. فتحصّل أنّ الملك تحقيقي لا تقديري، و الانعتاق قهري لا اختياري.

٣٧٤٩. لعلّه إشارة إلى أنّ الشراء وكذا البيع ليس بحسب قصد المتبايعين عتقاً له حتّى يكون قصدهما ذلك، فليس قصد البيع قصداً للإتلاف و إن علما بتحقيقه بمجرد البيع.

٣٧٥٠. يعني به صاحب المقاس.

٣٧٥١. يعني: مطلقاً بالنسبة إلى العين و بالنسبة إلى القيمة. أمّا الأوّل فلاخصية أخبار العتق. و لعلّه يعني بذلك الأخصية من حيث الحكم، و المعاملة معها معاملة الأخص المطلق، و ذلك لأنّ النسبة بين أدلة الخيار و بين أدلة اعتناق العمودين و إن كانت هي العموم من وجه

القيمة بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، و لسبق تعلّقه (٣٧٥٢) على الأخير. و يحتمل قريباً الثبوت (٣٧٥٣)؛ جمعاً بين الحقيّن و دفعاً للمنافاة من البين و عملاً بالنصّين

- أمّا إذا كان المراد من أدلة الانعتاق أخبار الانعتاق بمطلق الملك، سواء كان بالشراء أو بغيره من الإرث و الهبة و الصلح، فواضح، و أمّا إذا كان النظر فيها إلى ما يدلّ على الانعتاق بالشراء فكذلك، لشموله صورتي وجود الخيار مع قطع النظر عنه و عدمه و لو باشتراط عدمه، كما أنّ أخبار الخيار تعمّ ما كان مورد المعاملة من ينعق على المشتري أو غيره من الأموال، فيجتمعان في بيع من ينعق عليه - إلّا أنّه يعامل معها معاملة الأخصّ المطلق، إمّا بدعوى قلّة أفراد أخبار الانعتاق فيما عدا مادة الاجتماع، بحيث لو حملت عليها لزم الحمل على الفرد النادر، على تأمّل في هذه الدعوى، و إمّا بلحاظ تغليب جانب الحرّية. و يؤيّد ما في بعض النسخ المصحّحة من «الأمضيّة» بدل «الأخصيّة». و في بعض النسخ «أنصيّة» بدل «أخصيّة». و الوجه في النصوصيّة على هذا هو الذي ذكرناه من أحد الأمرين، فتأمّل.

و أمّا الثاني - أي: عدم الخيار بالنسبة إلى القيمة - فلما ذكره من «كون القيمة بدل العين...». و فيه: أنّه إن أراد من استحقاق المبدل - المترتب عليه استحقاق البدل و القيمة - الاستحقاق الفعلي الحالي، فمنع استحقاق المبدل كذلك و إن كان مسلماً، إلّا أن يترتب استحقاق القيمة على ذلك ممنوع قطعاً، و إلّا لا يمكن الاستحقاق للبدل أصلاً. و إن أراد منه الأحقيّة الفعلية لولا المانع من أخذه و تملكه، فترتبه عليه و إن كان مسلماً إلّا أن منع استحقاق المبدل كذلك ممنوع، ضرورة استحقاقه له لولا حرّيته و انعتاقه.

٣٧٥٢. يعني: لسبق تعلّق الانعتاق بالعين على تعلّق حقّ الخيار به، بناءً على الوجه الأخير من حصول العتق بالعقد و الخيار بالملك.

٣٧٥٣. يعني: ثبوت الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة دون العين. و المراد من الحقيّن حقّ الخيار و حقّ الانعتاق. و المراد من النصّين هو دليل الخيار و دليل الانعتاق بمجرّد الشراء. و لما كان لازم العمل بهما رجوع المشتري إلى الثمن و بقاء المبيع على حرّيته، و نتيجه زوال يد البائع عن العوضين، و هو بخلاف الإجماع، علف على ذلك قوله: «و بالإجماع على عدم إمكان...». و المراد من العوضين أعمّ من أنفسهما و مالتيهما، لا خصوص أنفسهما، لأنّ زوال يده عن نفس العوضين لإشكال في صحّته و جوازه، كما في موارد الرجوع إلى القيمة بعد

و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، و تنزيلاً للفسخ منزلة الأرض مع ظهور عيب في أحدهما، و للعتق منزلة تلف العين، و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع

الفسخ، و منها المقام حسب الفرض. و لعل مراده من تنزيل الفسخ تنزيل أثره - و هو أخذ البذل - منزلة أخذ الأرض مع ظهور عيب فيمن ينعق على المشتري أو ثمنه، في تدارك الضرر، مع عدم لزوم كونه من نفس الثمن أو المثمن، و جواز كونه من غيرهما كالبذل في المقام. و يحتمل إرادة تنزيل نفس الفسخ. وكيف كان، ففي كلامه مواقع للنظر. منها: تعليل عدم الخيار على الأولين بأنصبة أخبار العتق... إلى آخر ما ذكره، حيث إن اللازم بحسب جعله مبني للمسألة تعليله بالتقارن و التعارض بين دليلي الحكمين بناءً على المنافاة بين العتق و زواله بالفسخ، مثل تعليله على الأخير بما ذكره من سبق العتق على الخيار، الذي مرجعه إلى انتفاء موضوع الخيار - و هو الملك - لأجل حصول الانعتاق بمجرّد العقد، مضافاً إلى ما مرّ من التأمل في الأنصية. و منها: قوله: «وكون القيمة...». و قد تقدّم وجه النظر فيه.

و منها: ما علّل به احتمال ثبوت الخيار بالنسبة إلى أخذ القيمة، إذ بعد البناء على المنافاة بين دليلي الخيار و الانعتاق - كما هو قضية قوله: «و دفعاً للمنافاة من البين» - يكون الجمع بما ذكره - أعني: الفسخ و الرجوع إلى البذل - محتاجاً إلى دليل يشهد له، فلولاه يكون تشهياً و ليس. أمّا ما عدا الإجماع فواضح. و أمّا الإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين فغير صالح كما لا يخفى. و منها: مسألة التنزيل، إذ لا معنى لتنزيل الفسخ و حلّ العقد - المترتب عليه الانتقال إلى القيمة لو جاز و لم يمكن ردّ العين - أو تنزيل أخذ القيمة المترتب على الفسخ و إزالة العقد منزلة أخذ الأرض المترتب على بقاء العقد.

و منها: قياس المقام بما إذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممّن ينعق على المشتري، أو تعيّب بما يوجب ذلك، في جواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة، إذ الحكم في الفرع الأوّل ممنوع، إذ لا يخلو حال العتق المشروط فيه إمّا أن يراد منه صرف وجوده في الخارج و لو بلا اختيار منه، فلا خيار أصلاً كي يحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة، لحصول الشرط و عدم تخلفه، إذ المفروض اعتناقه. و إمّا أن يراد منه وجوده بإيجاده باختياره، فالشرط باطل، لعدم قدرته على فعله و تركه. و أمّا العقد ففساده و عدمه مبنيّ على أنّ الشرط الفاسد يفسد العقد أم لا. و على أيّ حال، لا خيار هناك حتّى يترتب عليه الحكم المذكور. و أمّا الفرع الآخر ففيه الخيار

إلى القيمة فيما إذا باع بشرط العتق، فظهر كونه ممن يعتق على المشتري أو تعيب بما يوجب ذلك. و الظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام. و على الثالث يتجه الثاني؛ لما مر (٣٧٥٤)، و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق. ثم قال: وحيث كان المختار في الخيار أنه بمجرد العقد، و في العتق أنه بعد الملك، و دلّ ظاهر الأخبار (٣٧٥٥) و كلام الأصحاب على أن أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار و غيره، بل قد صرحوا بأن الخيار يثبت بعد العقد و أنه علّة و المعلول لا يتخلف عن علته، كما أن الانعتاق لا يتخلف عن الملك، فالأقرب هو الأخير (٣٧٥٦)، كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه، و يؤيده إطلاق الأكثر (٣٧٥٧) و دعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضروب البيع من غير استثناء. انتهى كلامه رفع مقامه.

لأجل تخلف الشرط، و لكن ما ذكره من عدم الفرق بينه و بين خيار المجلس قد منعه بعض المحققين في خياراته. و لم يفهم بعد وجه الفرق، فليتأمل فيه.

٣٧٥٤. يعني: و على ثبوت الخيار بالعقد و العتق بالملك الحاصل من العقد يتجه الاحتمال الثاني الذي ذكره بقوله: «و يحتمل قريباً الثبوت...»، أي: ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، بقرينة قوله: «لما مرّ» يعني به الجمع بين الحقيّن... إلى آخر ما ذكره في السابق. و قد عرفت النظر فيه و في التعليل به، بل كان اللازم هو الاقتصار بالتعليل بسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق، و لكن لازم ذلك الخيار بالنسبة إلى العين و أن العتق متزلزل، فلا بدّ لتتميم الدليل من ضميمة أن الحرّ لا يعود رقاً.

٣٧٥٥. هذا في مقام التعليل لكون المختار في الخيار أنه بمجرد العقد.

٣٧٥٦. يعني: ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة، لأنه الاحتمال الأخير الذي ذكره على الأوّلين و الأخير بقوله: «و يحتمل قريباً الثبوت...»، الذي عبّر عنه بالثاني في قوله: «و على الثالث يتجه الثاني».

٣٧٥٧. في التأيد ما لا يخفى، إذ بعد ذهابهم إلى عدم الخيار - كما هو قضيّة إسناده إلى المشهور في صدر المسألة - لا يبقى مجال للأخذ بالإطلاق. و منه يظهر السوّه في إجماع الغنية، مع أن معقده ثبوت الخيار في جميع ضروب البيع لا في جميع ضروب المبيع.

أقول: إن قلنا: إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقابل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه (٣٧٥٨) إلى ملك من انتقل عنه - نظراً إلى أن خروج أحد (٣٧٥٩) العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديراً - لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنأ ما، إذ برفع العقد لا يقبل المعتق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع و لو تقديراً؛ إذ ملكية المشتري لمن يعتق عليه ليس (٣٧٦٠)

٣٧٥٨. يعني: خروج الملك و لو تقديراً عن خصوص ملك من انتقل إليه، الحاصل بالعقد الواقع على مبيع خاص، بأي نحو كان هذا الملك من التقديري و التحقيق، و على الأول بمقدار ما قدر و التزم بفرض ثبوته لأزید، إلى ملك من انتقل عنه.

٣٧٥٩. هذا بيان لوجه الاعتبار. و فيه: أن هذا - بعد تسليم الملازمة المذكورة في المعاوضة و البيع - إنما يصحّ وجهاً للاعتبار لو كان مفاد الفسخ إزالة مفاد المعاوضة و أثرها و قلبها إلى ضده، و هو جعل الخارج عن ملك شخص داخلياً فيه و الداخل فيه خارجاً عنه، لا إلى نقيض مفاد المعاوضة، و جعل الخارج عنه لا خارجاً و الداخل لا داخلياً. و لعل الثاني هو الظاهر، لأن حقيقة الفسخ حل العقد من حينه و جعله كأن لم يكن و لم يؤثر، و لازمه كون الخروج بالعقد لا خروجاً بالفسخ، فافهم. و على هذا لا يعتبر فيه خروج الملك من المنقول إليه إلى ملك المنقول عنه حتى يلزم اعتباره حين الفسخ، كي يقال بعدم إمكانه في الفرض، الموجب لانتفاء الخيار لانتفاء شرطه، بل يكفي فيه كونه ملكاً له بعد الفسخ بعد أن لم يكن له قبله.

و بالجملة، ملك الفاسخ ليس متلقياً من المفسوخ عليه حتى يحتاج إلى التقدير الغير الممكن في المقام، و إنما هو الملك الذي كان له قبله بسبب خاص من الإرث و الشراء و الحيازة و غير ذلك، ضرورة أن هذا إعادة للملك السابق لملك جديد. فالظاهر في الفسخ هو الشق الثاني في كلام المصنف. و التواطى على الإتلاف - على ما عرفت - لا يمنع من ثبوت الخيار. فالأقوى ثبوته بالنسبة إلى القيمة.

٣٧٦٠. يعني: أن الملكية الحاصلة له بالنسبة إليه إنما هي ملكية تقديرية قدرت لأجل أن يترتب عليه خصوص الانعتاق، و هذا النحو من الملكية غير قابل لأن يترتب عليه الفسخ و إلا يلزم الخلف، إذ المفروض أن المقدّر من الملكية إنما هو بمقدار هذا الحكم، و لم يحصل

على وجه يترتب عليه سوى الانعقاد، و لا يجوز تقديره بعد الفسخ (٣٧٦١) قبل الانعقاد خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع، ثم انعقاده مضموناً على المشتري، كما لو فرض (٣٧٦٢) بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع. و الحاصل: أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، و هذا غير حاصل فيما نحن فيه.

و إن قلنا: إن الفسخ لا يقتضي أزيد من رد العين (٣٧٦٣) إن كان موجوداً و بدله إن كان تالفاً أو كالتالف، و لا يعتبر في صورة التلف إمكان تقدير تلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه، بل يكفي أن تكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف - كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم من مسألة البيع بشرط (٣٧٦٤) العتق ثم ظهور المبيع منعقاً على المشتري، و حكمهم برجوع

للمشتري من شرائه نحو آخر من الملكية و لو تقريراً لأجل أن يترتب عليه الفسخ. و بالجملة، ما وجد بالعقد من الملكية غير قابل لأن يتعلق به الفسخ و الإزالة، و ما هو قابل لذلك لم يوجد بالعقد أصلاً. لكن هذا مبني على كون الملك حين ينعتق على المشتري تقريراً، إذ بناءً على كونه تحقيقاً - و هو الحق كما عرفت - فهو قابل لأن يخرج عن ملك المشتري إلى ملك البائع.

٣٧٦١. أي: لا يجوز تقدير ملكية المشتري قابلة لتعلق الفسخ بها قبل الانعقاد و لو بفسخ العقد و حله، لعدم دليل يوجب تقدير ذلك. لا يقال: يكفي دليلاً على ذلك إطلاق أدلة الخيار، بعد ضم ما بني عليه من لزوم تلقي الملك من المفسوخ عليه في صحة الفسخ، لأنه دوري، لتوقف انطباق أدلة الخيار على المورد على إمكان الفسخ فيه بالمعنى المذكور، و هو موقوف على تقدير الملك للمفسوخ عليه على من ينعتق عليه مقدّمة لأن يتلقى الفاسخ الملك منه، فلو توقف هو على انطباق أدلة الخيار لزوم الدور.

٣٧٦٢. هذا مثال للنفي على ما يساعد عليه قوله بعد ذلك: «مع عدم إمكان عود الملك...». و لكن فيه منع، إذ لا مانع من التقدير. و قابلية الملك موجودة، بخلاف مسألة الانعقاد، لعدم قابلية الحر للملك، فإذا يكون مثلاً للنفي.

٣٧٦٣. يعني: أزيد من إعادة ملكية العين أو ملكية مآليتها، أعني: بدلها. و قد عرفت أن الحق هو هذا الشق.

٣٧٦٤. قد عرفت الإشكال في ثبوت الخيار في هذه المسألة.

الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود المالك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ - كان الأوفق (٣٧٦٥) بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى القيمة، إلا مع إقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن يعتق عليه، فالأقوى العدم (٣٧٦٦)؛ لأنهما قد توطأ على إخراجهما عن المائتة الذي هو بمنزلة إتلافه. و بالجملة، فإن الخيار حق في العين و إنما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداءً، فإذا كان نقل العين إبطالاً لمائته و تفويتاً محل الخيار و كان كتفويت نفس الخيار (٣٧٦٧) باشتراط سقوطه، فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببذله. و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع و نقله إلى من يعتق عليه كالإتلاف له من حيث المائتة، فدفع الخيار به أولى و أهون من رفعه، فتأمل (٣٧٦٨).

و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم (٣٧٦٩) اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تملكه إياه (٣٧٧٠)، و أما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم: من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي و لو تقديرًا لتكون مضمونة له بقيمته

٣٧٦٥. جواب لقوله: «و إن قلنا». من مقتضى تقرير علوم

٣٧٦٦. بل الأقوى الثبوت، لما تقدم من أن التواطى على الإتلاف لا يمنع عن الخيار، و لأجله أمر بالتأمل فيه سابقاً.

٣٧٦٧. فيه منع، إذ لا دليل عليه.

٣٧٦٨. إشارة إلى أنه أمر اعتباري فلا اعتبار به.

٣٧٦٩. إلا أن المبني خلاف التحقيق، إذ دليل صحة البيع و سائر العقود المملّكة يعنى المقام. و السبيل المنفي في الآية الشريفة لا يعنى المملّكة، و إنما المراد منه الحجة في أمر الدين، و لأقل من الاحتمال المصادم للظهور. و رواية حماد بن عيسى عن الصادق عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمي قد أسلم. قال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، و ادفعوا ثمنه لصاحبه، و لا تقرّوه عنده» لا تدل على أزيد من المملّكة المختار صاحبها في إبقائها. فالأقوى ثبوت الخيار لهما.

٣٧٧٠. الأول حاصل في المقام بفسخ الكافر البائع له، و الثاني بفسخ المسلم المشتري له.

على من انتقل إليه، و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز. وهذا هو المحكي عن حواشي الشهيد (٣٧٧١) حيث قال: إله يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط. و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين (رحمته) في الإيضاح: من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استقاذ، و بالنسبة إلى المشتري كالبيع؛ بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له؛ لأن الملك سبيل، و إنما له حق استيفاء ثمنه منه.

لكن الإنصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً؛ لأن الظاهر من قوله (رحمته): "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 و إلا لم يتحقق أصلاً، كما اعترف به بعضهم^{١٧} في مسألة بيع الكافر الحربي من يعتق عليه (٣٧٧٢). و الأقوى في المسألة - وفقاً لظاهر الأكثر و صريح كثير^{١٨} - ثبوت الخيار في المقام، و إن تردّد في القواعد بين استرداد العين و القيمة.

و ما ذكرنا: من أن الرجوع بالقيمة مبني على إمكان تقدير الملك في ملك المالك



٣٧٧١. بناءً على رجوع ضمير «له» في قوله: «و لا يثبت له» إلى العاقد المدلول عليه بالكلام الشامل للمشتري أو إلى العبد مع كون اللام بمعنى «في» و كلاهما خلاف الظاهر، بل الظاهر رجوعه إلى البائع و إن عبّر عنه المصنف بالامكان في قوله: «و يمكن أن يريد...».

٣٧٧٢. كما لو قهر الحربي أباه مثلاً و باعه، فإن قهره عليه سبب الملك، و القرابة سبب للانعتاق، فقال بعضهم بأنه بيع من الطرفين. و عن آخر أنه ليس ببيع كذلك. أما من طرف البائع فلا لأنه بمجرد الملك الناشئ من القهر و الاستيلاء يزول ملكه، و لا بيع إلا في ملك. و أما من طرف المشتري فلا لأنه يعتبر في صحة البيع كون المبيع ملكاً للبائع، و هو منتف، فما يعطيه من الثمن إنما هو حيلة على التملك بالاستيلاء، إذ يدفعه إليه يرفع يده عن أبيه فيستولي عليه المشتري فيملك، فالبيع بالنسبة إليه صرف صورة مقدّمة لإيجاد السبب المملّك. و عن آخر أنه بيع بالنسبة إلى المشتري دون البائع. و فيه: ما اعترف به بعضهم من أنه لا معنى لتحقيق البيع من طرف واحد... إلى آخر ما ذكره المصنف (رحمته).

الأصلي، لو أغمضنا عن منعه - كما تقدّم في المسألة السابقة - غير قادح هنا؛ لأنّ تقدير المسلم في ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم، ولذا جوّزنا له شراء من ينعق عليه. وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين. ومنها: شراء العبد نفسه (٣٧٧٣) - بناءً على جوازه - فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة إلى القيمة؛ لعدم شمول أدلة الخيار له (٣٧٧٤)، واختاره في التذكرة. وفيها أيضاً: أنّه لو اشترى جَمَداً في شدّة الحرّ ففي الخيار إشكال، ولعلّه من جهة احتمال اعتبار قابليّة العين للبقاء (٣٧٧٥) بعد العقد ليتعلّق بها الخيار، فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف لأنّه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل (٣٧٧٦).

و يمكن أن يقال بصحّة البيع من الطرفين، نظراً إلى ما يدلّ عليه قوله: «الزموهم بما ألزموا على أنفسهم» إذ قضية ذلك جواز ترتيب آثار الواقع على معتقدهم و تنزيل ذلك منزلة الواقع، و نتيجة ذلك هو الحكم بملكه لأبيه بالاستيلاء أو بسبب آخر من الأسباب المملّكة عرفاً و شرعاً من الشراء و الهبة و نحوهما، و الحكم ببقائه لالتزامهم و بنائهم على عدم زواله بالملك و لو لعدم التزامهم بالشرع، و من آثار ذلك جواز شرائه منه. و على هذا فلا بأس بثبوت الخيار فيه من الطرفين، إلّا أن يستشكل في عموم قاعدة الإلزام للمقام، و لكنّه بلاوجه، فالأقوى أنّه بيع من الطرفين.

٣٧٧٣. لم أر للمسألة عنواناً مستقلاً. نعم، تعرّضوا لها في باب المكاتب في مسألة أنّ عقد الكتابة بيع أو عتق أو شيء مستقلّ. و المراد منه شرائه نفسه لنفسه. و أمّا شرائه نفسه لغيره فلا ريب في الخيار بناءً على جوازه كما هو المشهور.

٣٧٧٤. فيه: أنّه لا مانع من شمولها له، فلا يصحّ أن يكون هذا وجهاً له، بل الوجه أنّه بمنزلة الانعتاق، بل هو هو، فإنّه بشراء نفسه ينعق، لاستحالة ملك الإنسان لنفسه، فيكون من قبيل شراء من ينعق عليه، فيجوز فيه ما مرّ فيه من الوجه الآخر. هذا، و الإنصاف قصورها عن الشمول، لانصرافها إلى غير المقام.

٣٧٧٥. لا يخفى أنّ مرجع ذلك إلى ما علّله به في التذكرة من أنّه يتلف بمضيّ الزمان، فلا يناسبه هذا التعبير الدالّ على أنّه أمر لم يذكره العلامة (رحمته الله).

٣٧٧٦. لعلّه إشارة إلى أنّ قضية ما ذكره هو الثبوت مادام باقياً لاعدم الثبوت أصلاً.

مسألة: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا، كما في التذكرة^{١٩} و عن تعليق الإرشاد وغيرهما. و عن الغنية: الإجماع عليه. و صرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضاً، بل عن الخلاف الإجماع على عدم دخوله في الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة إلا أنه في المبسوط - بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا يدخلها* - قال: و أما الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجمالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع^{٢٠}، انتهى. و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضي.

و لم يعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة: بأنه لا معنى للخيار فيها؛ لأن الخيار فيها أبداً. و احتمل في الدرر: أن يراد بذلك عدم جواز (٣٧٧٧)

ثم إن هنا موارد أخرى غير ما ذكره المصنف قيل فيها بعدم الخيار. منها: العبد المشتري من الزكاة. و منها: البيع على محتكر الغلة. و منها: ما لو كان الثمن ممن يعتق على البائع. و للتأمل بل المنع في نفي الخيار فيها محال، فتأمل.

٣٧٧٧. يعني: احتمل فيه في توجيه كلام الشيخ^{رحمته} أن يراد بدخول الخيارين فيها عدم جواز التصرف للقابل قبل انقضاء الخيار، لأجواز الفسخ حتى يشكل بما في التذكرة من أن الخيار فيها بمعنى جواز فسخها ثابت أبداً. و حاصل هذا التوجيه: أن مراد الشيخ من دخولهما فيها بلحاظ خصوص مانعتهما عن ترتب آثارهما عليهما من جواز تصرف القابل ما لم ينقضيا، لادخولهما بلحاظ جواز الفسخ، مضافاً إلى ما ذكر من مانعتهما عن التصرف كما في دخولهما في مثل البيع. و لعمرى إنه توجيه وجيه. و ما استشهد به على عدم إرادته لهذا المعنى من تصريحه قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع لاشهاد فيه عليه، إذ ليس غرضه من عدم المانع عن دخول الخيارين فيما ذكره من العقود هو الحكم بثبوتها فعلاً كي ينافي تصريحه بما ذكر، بل غرضه منه الحكم بالثبوت على فرض وجود المقتضي، أي: الدليل المثبت له، غاية الأمر لا مقتضى له بالنسبة إلى خيار المجلس، لاختصاص دليله بالبيع. فغرضه^{رحمته} أن بمجرد الجواز في هذه العقود لا يمنع من تطرق الخيار فيهما، لعدم انحصار ثمره الخيار في جواز فسخ

التصرف قبل انقضاء الخيار. ولعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل في هذه العقود، لا الموجب؛ إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك في هذه العقود على انقضاء الخيار، ولأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف، فهو الذي يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذي جعل الشيخ ﷺ أثر البيع متوقفاً عليه. لكن الإنصاف: 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 يحظر بالبال: أن مراده (٣٧٧٨) دخول الخيارين في هذه العقود إذا وقعت في ضمن عقد البيع، فتتفسخ بفسخه في المجلس. وهذا المعنى وإن كان بعيداً في نفسه، إلا أن ملاحظة كلام الشيخ في المقام يقربه إلى الذهن، وقد ذكر نظير ذلك في جريان الخيارين في الرهن والضمان (٣٧٧٩). و

العقد حتى يقال إنه فيها أبدي، إذ له ثمرة أخرى غير هذا، وهو ما ذكره في الدروس. فالحكم بثبوت الخيار تابع لوجود المقتضي، وهو الدليل عموماً أو خصوصاً، فإن كان - كما في خيار الشرط - يثبت، وإلا - كما في خيار المجلس - فلا. و ممّا ذكرنا علم وجه كون كلام الشيخ ﷺ - أي: تصريحه باختصاص خيار المجلس بالبيع - قبل و بعد مقرباً لتوجيه المصنف ﷺ إلى الذهن ووجه المناقشة فيه. نعم، يتجه على توجيه الدروس أنه لا يجري في الوديعة، ضرورة عدم اختصاص عدم جواز تصرف القابل والمستودع فيهما بما قبل انقضاء زمان الخيار، لعدم جوازه بعد انقضائه إلا إذا أذن له المودع، و عليه يخرج عن محل الكلام، فتدبر جيداً.

٣٧٧٨. فيه: - مع أن ظاهره ﷺ دخولهما فيها أصالة لاتبعاً و ضمناً - أنه لا وجه حينئذٍ للتخصيص بهذه و لا هذين الخيارين.

٣٧٧٩. هذا استشهاد من المصنف ﷺ على صحة ما ذكره في توجيه مراده، يعني: أنه ذكر في جريان الخيارين في الضمان والرهن ما يدل على أن مراده من الدخول فيها هو الدخول فيها في صورة اشتراطها في ضمن البيع، فإنه قال ما هذا لفظه: «و أمّا الرهن فعلى ضربين: رهن بدني، و رهن في بيع» إلى أن قال: «و إن كان رهناً في بيع، مثل أن قال: بعثك داري هذه بألف على أن ترهن عندي عبدك هذا. فإذا وقع بيع على هذا الشرط، نظرت فإن كان في مدة خيار المجلس أو الشرط فالرهن بالخيار بين أن يقبض الرهن و أن يدع، فإن أقبض

صرّح في السرائر (٣٧٨٠) بدخول الخيارين في هذه العقود، لأنّها جائزة، فيجوز الفسخ في كلّ وقت، وهو محتمل كلام الشيخ، فتأمل. وكيف كان، فلا إشكال في أصل هذه المسألة.

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد؛ لأنّ ظاهر النصّ كون البيع علّة تامّة، و مقتضاه - كظاهر الفتاوى - شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض. و لا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف و

لزم من جهته كونه رهناً، و البيع بحاله في مدّة الخيار لكلّ منهما الفسخ، فإن لزم بالتفرّق أو بانقضاء خيار الشرط فقد لزم الرهن على ما كان، و إن فسخا أو أحدهما البيع بطل الرهن. و إن لم يقبض الراهن حتّى لزم البيع بالتفرّق أو بانقضاء مدّة الخيار فالراهن بالخيار بين أن يقبض أو يدع، فإن أقبض لزم الرهن من جهة الراهن، و إن امتنع لم يجبر عليه، و كان البائع المرهّن بالخيار إن شاء أقام على البيع بغير رهن، و إن شاء فسخ.

و قال أيضاً: «و أمّا الضمان فعلى ضربين: مطلق، و مقيد في بيع» إلى أن قال: «و إن كان في بيع، مثل أن يقول: بعثك على أن يضمن لي في الثمن فلان أو يقيم لي به ضامناً، فإذا فعلاً نظرت فإن ضمن في مدّة الخيار في البيع لزم من حيث الضمان، فإن لزم العقد فلا كلام، و إن فسخا أو أحدهما العقد زال للضمان. و إن لم يضمن حتّى لزم البيع كان بالخيار بين أن يضمن أو يدع. فإن ضمن فلا كلام. و إن امتنع كان البائع بالخيار بين إمضائه بلا ضمان و بين فسخه مثل ما قلناه في الرهن سواء» انتهى. و دلّاه على ما ذكره المصنّف رحمه الله واضحة.

٣٧٨٠. مقتضى قوله: «و هو - أي: ما صرّح به ابن إدريس - محتمل كلام الشيخ» أن يكون الغرض من ذلك هو الإشارة إلى احتمال آخر في بيان مراد الشيخ رحمه الله أراد ابن إدريس في كلامه المحكي عنه، و هو مبنيّ على أن يكون مراده من الخيار في كلامه هو بمعنى الجواز، لا بمعناه الاصطلاحي الذي له حدّ خاصّ و حكم مخصوص، و هو محلّ تأمل. و تعليقه بالجواز بقوله: «لأنّها جائزة» لا يدلّ على إرادة المعنى المذكور، و إلّا لما كان وجه للتخصيص بالخيارين و بتلك العقود الخمسة التي ذكرها، أعني: الوكالة و العارية و الوديعة و القراض و الجعالة. و بالجملة، لا فرق بين عبارة السرائر و عبارة المبسوط في كونهما على نحو واحد في الإشكال و الاحتياج إلى التوجيه، و لعلّه لذا أمر بالتأمل.

السلم وجوباً تكليفيّاً، إمّا للزوم الربا (٣٧٨١) - كما صرّح به في صرف التذكرة - و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملّكاً؛ لأنّ ثمره الخيار حينئذٍ (٣٧٨٢) جواز الفسخ، فلا يجب التقايب.

أما لو قلنا بعدم وجوب التقايب (٣٧٨٣) و جواز تركه إلى التفرّق المبطل للعقد (٣٧٨٤)، ففي أثر الخيار خفاء، لأنّ المفروض بقاء سلطنة (٣٧٨٥) كلّ من المتعاقدين

٣٧٨١. و لكن لانقول بوجوبه التكليفي مضافاً إلى وجوبه الشرطي، للأصل، مع عدم الدليل عليه. أمّا لزوم الربا فلأنّ الزيادة المعتبرة في أحد الطرفين في ربا المعاوضة لانعلم ثبوتها للزيادة الحكميّة كما في المقام. و لو سلّم عمومها لها أيضاً فهي مختصة ببعض صور التفرّق مع وحدة الجنس و تحقّق القبض من أحد الطرفين دون الآخر. أمّا مع عدم القبض من كلا الطرفين، أو اختلاف الجنس كبيع الذهب و الفضة، أو كان الفصل بين القبض و الافتراق بزمان يسير جداً بحيث لا يكون له قسط من الثمن، كأن قبض أحدهما و مشى خطوة ثم قبض الآخر، فلا يكون أنحصّ من المدعى، بل أعمّ منه من وجه، لجريانه فيما إذا قبض أحدهما و لم يقبض الآخر إلّا عند التفرّق و قد طال المجلس بما يعتدّ به.

و أمّا وجوب الوفاء بالعقد فلأنّ مفادته إمّا عبارة عن ترتيب الأثر، و إمّا عبارة عن وجوب الإبقاء و حرمة النقص، و بعد اعتبار التقايب لا يكون هناك أثر قبله حتّى يجب ترتيبه، وكذا لا يكون هناك انعقاد حتّى يجب إبقائه و يحرم نقضه. و عدم إتيان الشرط للصحة و الانعقاد لا ربط له بنقض العقد المتوقّف على وجوده كما هو ظاهر. و أمّا ما في الأخبار من الأمر بالتقايب أو النهي عن البيع إلّا بدأ بيد فلعدم ظهورهما إلّا في وجوبه الشرطي، على تأمل فيه أيضاً، لاحتمال الإرشاد إلى التحفّظ عن تلف المال، فتدبّر.

٣٧٨٢. هذا تعليل لثبوت الخيار الذي نفى الإشكال فيه ببيان لازمه و ثمرته بلحاظ ما يترتب عليه، من عدم لغويّة الخيار المانعة من ثبوته من حين العقد بإطلاق أدلة الخيار المقتضي له. ٣٧٨٣. قد علم ممّا تقدّم أنّ هذا هو الأقوى.

٣٧٨٤. لاستلزامه انتفاء شرط صحّته، و هو التقايب في المجلس.

٣٧٨٥. يعني: بقائها حتّى من حيث التكليف.

على ملكه و عدم حق لأحدهما في مال الآخر. و يمكن أن يكون أثر الخيار (٣٧٨٦) 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 لزوم العقد، و إن أجازا قبل التقابض فكذلك، و عليهما التقابض (٣٧٨٧)، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراض (٣٧٨٨) لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصي ٢١، انتهى. و في الدروس: يثبت - يعني خيار المجلس - في الصرف، تقابضا أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض (٣٧٨٩) فلو هرب أحدهما عصي و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصية (٣٧٩٠). و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا؛ لأن للقبض مدخلا في اللزوم، فله تركه ٢٢، انتهى.

و صرح الشيخ أيضا في المبسوط بثبوت التخيرات في الصرف قبل التقابض. و مما ذكرنا يظهر الوجه في كون (٣٧٩١) مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضولتين



٣٧٨٦. فيه: أنه على هذا الفرض الثاني من العقود الجائزة، و قد مرّ عدم الخيار فيها، حيث إن الخيار فيها ثابت، فلا ثمرة فيها لجعل الخيار. و ما ذكره من الثمرة فاسد، ضرورة أن العقد قابل للخروج عن قابلية التأثير بالفسخ مطلقا حتى على فرض عدم الخيار أصلا أو فرض اشتراط سقوطه، على ما هو قضية جوازه بالذات، فتدبر.

٣٧٨٧. هذا هو مورد الاستشهاد على ما ذكره في بيان ثمرة الخيار بقوله: «و يمكن...». يعني: و إن أجاز قبل التقابض لزوم العقد و خرج عن قابليته لأن يؤثر فيه الفسخ بعد الإجازة، و من هنا يعلم مورد الاستشهاد بعبارة الدروس.

٣٧٨٨. يعني: التراضي بالتفرق الذي مرجعه إلى التراضي بإيجاد المبطل، و مرجعه إلى الإقالة غاية الأمر بالفعل لا بالقول.

٣٧٨٩. يعني: تكليفا أيضا.

٣٧٩٠. لعدم وجوب التقابض من حيث التكليف على هذا الفرض.

٣٧٩١. يعني بالموصول الخفاء في أثر الخيار قبل القبض على القول بعدم وجوب

- على القول بثبوت الخيار لهما - من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد (٣٧٩٢).

القول* في مسقطات الخيار: وهي أربعة على ما ذكرها في التذكرة: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، وإسقاطه بعد العقد، والتفرق، والتصرف. فيقع الكلام في مسائل.

مسألة: لاخلاف ظاهراً في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وعن الغنية الإجماع عليه. ويدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض "المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم". وقد يتخيل معارضته (٣٧٩٣) لعموم أدلة الخيار، ويرجح على تلك الأدلة بالمرجحات وهو ضعيف؛ لأن الترجيح (٣٧٩٤) من حيث الدلالة والسند مفقود، وموافقة عمل الأصحاب لا يصير مرجحاً بعد العلم بالحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط، كما يظهر من كتبهم. ونحوه في الضعف التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» بناءً على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزم من العقد الذي يجب الوفاء به؛ إذ فيه: أن أدلة

التقابض. و قوله: «من زمان إجازتهما» حجر الكون. وجه الظهور: عدم الأثر في ثبوت الخيار لما قبل الإجازة فيكون لغواً، فلا بد من كونه من حين الإجازة على النقل، وكذا على الكشف، لعدم الفرق بينهما في توقف ثبوت الخيار على كونه ذا أثر المتوقف على تحقق الإجازة.

٣٧٩٢. على القولين. ونظرة في وجه هذا الاحتمال إلى تصوير الأثر لثبوت الخيار من زمان العقد بالتقريب الذي ذكره بقوله: «ويمكن أن يكون أثر الخيار...».

٣٧٩٣. قيل: إنه صاحب الجواهر.

٣٧٩٤. لا يخفى أن انتفاء الترجيح لا يوجب إلّا بطلان الترجيح لا بطلان الحكم بعدم الخيار، إذ يكفي فيه الحكم بالتساقط والرجوع إلى أصالة اللزوم وعموماته. ولعله إلى هذا ينظر من يتمسك بعموم وجوب الوفاء. وعليه لا يرد ما أورده بقوله: «إذ فيه...»، ضرورة سقوط أدلة الخيار حيثئذ بالمعارضة. نعم، يرد عليه أن العموم المذكور لا يثبت سقوط الخيار في الفرض - بمعنى عدم تأثير الفسخ في الانفساخ - إلّا بعد ضم اقتضاء الأمر بالشئ للنهي عن الضد، وأن النهي مطلقاً - ولو التبعي - مقتضى للفساد، وكلاهما ممنوع، كما مر مفصلاً.

الخيار أخص (٣٧٩٥)، فيخصص بها العموم، بل الوجه (٣٧٩٦) - مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط - عدم فهو أدلة الخيار للمعارضة؛ لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي وهو الشرط؛ لوجوب العمل به شرعاً (٣٧٩٧).

.....
عند التكلم في الاستدلال به على اللزوم.

٣٧٩٥. فيه: منع شمولها لصورة شرط العدم، بناءً على ما اختاره - كما يأتي - من كونها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع من حيث هو، فلا يعم صورة الاشتراط، فلا يكون مما يخص به العموم، لسقوطه بالمعارضة لأدلة الشروط كما مر.

٣٧٩٦. يعني: ليس الوجه فيه ترجيح أدلة الشروط على أدلة الخيار بعد المعارضة، بل الوجه فيه خلو أدلة الشرط عن معارضة أدلة الخيار، إما لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار اقتضاءً، وأدلة الشروط مسوقة لبيان المانع، ومن المعلوم أن دليل المانع لا يعارض دليل المقتضي بل يقدم عليه. وأشار إلى ذلك بقوله: «بل الوجه فيه - إلى قوله - بل التأمل...». وإما لأن أدلة الشروط حاكمة على أدلة الخيار ولو كانت لبيان ثبوته فعلاً مطلقاً حتى بلحاظ الطواري الخارجة عن حقيقة البيع، نظراً إلى وجود ما هو الضابط في الحكومة من لزوم لغوية الحاكم لولا المحكوم، حيث إن المحكوم هنا هو أدلة جميع الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات من حيث المجموع، لا كل واحد واحد بمجرداً عن لحاظ البقية معه حتى يقال بعدم الحكومة، ومن المعلوم لغوية أدلة الشروط لولا أدلة أحكام المشروطات. ومنه يظهر وجه حكومة دليل نفي الضرر و الحرج على أدلة الأحكام. وأشار إلى هذا الوجه بقوله: «بل التأمل في دليل الشرط».

و يشكل الوجه الأول بأنه بناءً عليه لا يتفنع بأدلة الخيار عند الشك في وجود المانع أو مانعية الموجود إلا بناءً على قاعدة المقتضي والمانع، ولادليل عليها فيما لم يرجع إلى الاستصحاب.

وكيف كان، ففي قوله: «لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع» مساححة ينبغي أن يقول بدله: لبيان ثبوت الخيار للعقد لو خلت ونفسه، أو ثبوت الخيار في الجملة، لأن عدم المنافاة متفرع على عدم إطلاق في أدلة الخيار بالقياس إلى صورة الاشتراط، لا على دلالتها على أصل ثبوت الخيار بأصل الشرع، ضرورة تحققها مع فرض الإطلاق لها.

٣٧٩٧. فيه: أنه لا بد في إثبات السقوط بذلك من ضم أمرين كل منهما ممنوع،

بل التأمل في دليل الشرط يقضي 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 و العهد في عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة لولا النذر. و يشهد لما ذكرنا من حكومة أدلة الشرط و عدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح، استشهاد الإمام عليه السلام في كثير من الأخبار بهذا العموم على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية.

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 اعينك في مكاتبتك حتى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاهما في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم^{٢٣}". و الرواية محمولة (٣٧٩٨) بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية - على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال. وكيف كان،

و هما: اقتضاء الأمر للنهي عن الضد، و اقتضاء النهي للتسناد.

٣٧٩٨. لاداعي إلى الحمل، إذ يكفي في تحقق مفهوم الشرط في شيء ربط شيء به و تعليقه عليه و لو كان غير العقد، و لا يعتبر فيه تعليق العقد به، و هذا المعنى موجود في مورد الرواية، إذ المفروض فيه تعليق الإعطاء على عدم الخيار في موطنه، و لإجماع على عدم اللزوم في مثل هذا كي يكون اللزوم مختصاً بالشروط المعلق عليها العقود اللازمة، أي: قيود العقد اللازم، بأن يكون المراد من الشرط الابتدائي ما لا يكون قيداً لعقد لازم، إذ لو كان المراد منه الإلزام الغير مربوط بشيء أصلاً فيخرج عن دليل الشرط موضوعاً، لانتفاء الربط المأخوذ في مفهومه، لاحكاماً حتى يحتاج إلى الإجماع. و لو سلّم قيام الإجماع على ما ذكر فلا بدّ من حملها على صورة وقوع الاشتراط في ضمن عقد لازم، إذ مع الحمل على المصالحة و إن كان يرتفع به المناقاة بين الرواية و الإجماع المذكور، إلّا أنّه يلزم رفع اليد عن ظهورها - بل صراحتها - في كونه من قبيل الشرط، حيث إنّ المصالحة عقد ابتدائي غير مربوط بشيء، و صدق الشرط عليه ممنوع.

* في بعض النسخ زيادة: عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله. ** في بعض النسخ زيادة: امرأة.

فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها (٣٧٩٩)، لامعارضتها المحوجة إلى التماس المرجح.

نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه: الأول: أن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً؛ لأن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور. الثاني: أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد (٣٨٠٠) على ما هو ظاهر قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار»، فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. الثالث: ما استدلل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من أن إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاط لما لم يجب؛ لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله ٢٤.

٣٧٩٩. فيه: أنه دليل على أصل التقديم، و أما أن وجهه هو الحكومة أو قوة الدلالة فلا، لاحتمال أن يكون هو الثاني.

٣٨٠٠. مرجع ذلك إلى الإيراد بأن هذا الشرط مخالف للسنة، و هو قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار» فإن ظاهره ثبوت الخيار بالبيع، فاشتراط عدم ثبوته مخالف له، و إلا لا يرتبط قوله في ذيل الجواب عن هذا الإيراد: «نعم يبقى الكلام...» بما قبله، حيث إن مقتضاه كون الكلام قبله في رفع المخالفة بين هذا الشرط و بين السنة، و لا يكون كذلك إلا بما ذكرناه.

و مع الغرض عن ملاحظة القرينة المذكورة أيضاً لا يحيص من إرجاعه إلى ما ذكر مسن مسألة مخالفة السنة، لأنه إن أريد من مقتضى العقد مضمونه، و هو التمليك و التملك، ففيه: أن شرط عدم الخيار لا ينافيه بالضرورة. و إن أريد منه الحكم الذي يقتضيه العقد عرفاً، ففيه: أن شرط عدم الخيار يؤكد أنه ينافيه، إذ قد تقدم عند التكلم في أصالة اللزوم في البيع أن البيع مقتضى اللزوم. و إن أريد منه الحكم الذي يقتضيه العقد شرعاً، أي: الحكم الذي أثبتته الشارع بالنص، ففيه: أن منافاة شرط عدم الخيار له ليس إلا من جهة مخالفته للسنة الدالة على ثبوت هذا الحكم له. و من هنا يظهر أنه لا وجه للترقي في ذيل الجواب عن هذا الإيراد بقوله: «بل و لا لمقتضى العقد» إذ قد عرفت أن شرط عدم الخيار في المقام ليس فيه وراء تسوهم المخالفة للسنة شيء آخر.

هذا، و لكن شئ من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال. أمّا الأول؛ فلأنّ الخارج (٣٨٠١) من عموم الشروط: الشروط الابتدائية، لأنّها كالوعد، و الواقعة في ضمن

٣٨٠١. محصل ذلك الجواب منع توقّف لزوم الشرط المذكور على لزوم العقد، بدعوى أنّ الذي خرج عن أدلّة لزوم الوفاء بالشرط هو الشرط الابتدائي، و الشرط الواقع في ضمن العقد الجائز بالذات أو بواسطة الخيار، مع عدم كون مؤدّى ذلك الشرط لزوم ما اشترط فيه من العقد، و أمّا غير هذا - و منه الشرط الواقع في ضمن العقود الجائزة، مع كون مفاده لزوم العقد الذي اشترط في ضمنه ذلك الشرط - فهو باقٍ تحتها. فحينئذٍ و إن كان لزوم البيع الخياري متوقفاً على لزوم شرط لزوم البيع و عدم ثبوت الخيار فيه، إلّا أنّ لزوم ذلك الشرط المذكور ليس متوقفاً على لزوم البيع حتّى يلزم الدور، بل هو متوقّف على أدلّة وجوب الوفاء بالشرط.

و فيه: أنّ ما ذكره من الدليل على اختصاص أدلّة الشرط بالقسم الثاني - من استجابة التفكيك بين التابع و المتبوع و القيد و المقيد في الجواز و اللزوم - جارٍ هنا بعينه، و الدليل العقلي غير قابل للتخصيص.

لا يقال: إنّ جريانه هنا إنّما هو فيما لو بقي العقد على صفة الجواز، و لكنّه لازم بعين لزوم الشرط الثابت بأدلّة لزوم الوفاء بالشرط.

لأنّا نقول: هذا معارض بالعكس، إذ للخصم أن يقول: إنّ الشرط جائز بعين جواز العقد الثابت بأدلّة الخيار. إلّا أن يقال: إنّ هذا الجواب منه بناءً على ما ذكره سابقاً من تحكيم أدلّة الشروط على أدلّة الخيار. و لكنّه يشكل بأنّه على هذا لافرق بين هذا النحو من الشرط الذي مفاده لزوم العقد و بين ما كان مفاده أمراً آخر، إلّا في أنّ اللزوم في الثاني ليس عين لزوم العقد، بل مستلزم له بضميمة عدم جواز التفكيك بين الشرط و المشروط، و هذا المقدار غير فارق في مسألة التحكيم. ألا ترى أنّه لافرق في حكومة أدلّة الوفاء بالنذر على دليل إباحة الشيء بين تعلّقه بفعل هذا المباح و بين تعلّقه بأمر آخر يكون هذا مقدّمة له، بناءً على الملازمة بين وجوب المقدّمة و وجوب ذيلها. و لازم ذلك لزوم كلّ عقد جائز اشترط في ضمنه شرط، فيما إذا كان جوازه قابلاً لأن يتغيّر شرعاً، لئلا يكون الشرط مخالفاً للشرع فيفسد، و لعلّه لا يلتزم بهذا، و من هنا يتّجه الإشكال فيما ذكره من مسألة التحكيم، فتأمل جيّداً.

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 مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به - كما فيما نحن فيه - لالتزاماً آخر مغايراً لالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم و الجواز. و أما الثاني؛ فلأن الخيار (٣٨٠٢) حق للمتعاقدین اقتضاه العقد لو خلّى و نفسه، فلا ينافي سقوطه بالشرط. و عبارة أخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعة العقد من حيث هي حتى لا يوجد بدونه. و قوله عليه السلام: " البيعان بالخيار " و إن كان له ظهور في العلية التامة، إلا أن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط؛

فالتحقيق في الجواب أن يقال: بأن لزوم العقد هنا يتوقف على صحة الشرط المذكور لا على لزومه. بيان ذلك: أن مراد المشهور من السقوط هنا - كما يأتي التصريح به من المصنف عليه السلام - هو عدم الثبوت لا الإسقاط، فإذا صح اشتراط ذلك لزوم العقد، إذ مقتضى صحته عدم الخيار، و هو عين لزوم العقد.

و يمكن أن يجاب بنحو آخر، وهو أن لزوم الشرط و إن كان يتوقف على لزوم العقد لا يتوقف عليه بل هو ذاتي ثابت بأصل الشرع، بتقريب أن يقال: إن جواز عقد البيع إنما هو بسبب طرؤ أمر خارجي و هو الخيار، و إلا فهو لازم بالذات كما تقدم عند التكلم في معاني الأصل في البيع، و من المعلوم أن الخيار إنما يحدث بعد تمامية العقد حدوث المعلول بعد علته، و أما الشرط فإثماً يتحقق في ضمن العقد و مقارناً معه، ففي مرحلة تحقق الشرط يكون العقد لازماً، لانتفاء ما يوجب جوازه، فيلزم الشرط، و بعد لزوم الشرط لا مجال للخيار، فتأمل جيداً. ٣٨٠٢. محصل الجواب بحسب فهمي القاصر أن كون شرط عدم الخيار مخالفاً للسنة

مبني على أحد الأمرين:

الأول: أن يكون مفاد السنة الدالة على ثبوت حكم الخيار هو الثبوت على العقد مطلقاً، بأن كان لها إطلاق يعم صورة اشتراط عدمه أيضاً. و الثاني: أن لا يكون لدليل الشرط حكومة على تلك السنة.

مع أن مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضياً لتمام العلة، ليكون التخلّف ممتنعاً شرعاً.

نعم، يبقى الكلام في دفع توهم أنه لو بني على الجمع بهذا الوجه (٣٧٠٣)

و الأمر الأول ممنوع، لأن مفاد السّنة - أعني: قوله: «البيعان...» - ثبوت الخيار على العقد المخلى بطبعه ولم يقيد بشرط عدم الخيار، و ذلك لأنه و إن كان في حدّ نفسه ظاهراً في العلة التامة، و أن البيع بنفسه تمام المناط و الموضوع، و لادخل فيه لشيء آخر لاشطراً و لاشروطاً، إلا أن المتبادر من إطلاقه - و لو لأجل الغلبة المانعة عن أخذ الإطلاق - هو صورة الخلوّ عن شرط عدم الثبوت. و إلى هذا أشار بقوله: «فلأن الخيار - إلى قوله - مع أن...». و هو متحد مع ما استدللّ به على السقوط في صدر المسألة بقوله: «بل الوجه فيه - إلى قوله - بل التأمل...». و محصله: انحصار مفاد السّنة الدالة على الخيار بصورة الخلوّ عن الاشتراط.

و على تقدير النزّل عن ذلك، و تسليم دلالتها على ثبوت الخيار في العقد مطلقاً، نقول: إن الأمر الثاني ممنوع، لأن دليل الشرط حاكم على دليل الخيار، و شارح لما أريد من إطلاقه. و إلى هذا أشار بقوله: «و لأن مقتضى الجمع بينه...»، حيث إن مراده من الجمع هو تقدم دليل الشرط على دليل الخيار لأجل حكومته، لا لأجل ترجيحه عليه دلالة أو سنداً مع فرض المعارضة، لأنه حينئذ عين ما ضعفه في صدر المسألة بقوله: «و هو ضعيف، لأن الترجيح من حيث الدلالة و السّنة مفقود». و على ما يتّينا يكون هذا الجواب الثاني عين ما ذكره في السابق بقوله: «بل التأمل في دليل الشرط يقتضي...». و ممّا ذكرنا في شرح المقام و شرح ما عبّر به في عنوان الإيراد الثاني يظهر اندفاع ما أورده بعض المحشّين على المصنّف رحمه الله، فلاحظ و تأمل.

٣٨٠٣. يعني: حمل دليل المشروط من عمومات الكتاب و السّنة - و منه: دليل ثبوت

الخيار بالبيع - على بيان الحكم الاقتصادي، و دليل الشرط المنافي له على بيان المانع، من حيث إن فتح هذا الباب يوجب خلوّ الأخبار الدالة على بطلان الشرط المخالف للكتاب و السّنة عن المورد بالمرّة.

بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة، بل و لا لمقتضى العقد (٣٨٠٤). و محلّ ذلك و إن كان في باب الشروط، إلّا أنّ مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه: أنّا حيث علمنا بالنص (٣٨٠٥) و الإجماع أنّ الخيار حقّ مالي قابل للإسقاط و الإرث، لم يكن سقوطه منافيّاً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترط في هذا العقد (٣٨٠٦) سقوط الخيار في عقد آخر. و عن الثالث بما عرفت من أنّ المتبادر من النصّ المثبت للخيار صورة الخلوّ عن الاشتراط و إقدام المتبايعين على

.....

٣٨٠٤. قد مرّ عدم الوجه لهذا الترقّي، لانحصار وجه الإيراد بمخالفة السنة في كلّ ما كان مثل المقام ممّا كان خلاف ما تعلّق به الشرط حكماً شرعياً للعقد قد أثبتته الكتاب و السنة.

٣٨٠٥. مجرد قابليّة الخيار للإسقاط - بمعنى رفعه بعد ثبوته و مشروعيّته - لا يكفي في قابليّته و مشروعيّته للسقوط، بمعنى المنع عن أصل حدوثه الذي هو محلّ البحث، ضرورة عدم الملازمة بين مشروعيّة المنع عن بقاء شيء بعد حدوثه و بين المنع عن حدوثه، فدفع ذلك فيما نحن فيه و أيضاً موكول على باب الشروط.

هذا كلّه بعد تسليم كون الخيار من الحقّ القابل للإسقاط و سلب الحقّ عن نفسه و جعله بلا حقّ، قبال سقوطه بالإعمال و الاستيفاء له بالإمضاء و جعل العقد لازماً بعد أن كان متزلزلاً، كما احتملناه سابقاً عند التكلّم في تعريف الخيار. بل هذا هو قضيّة الأصل، مع عدم الدليل على خلافه. أمّا النصّ فلأنّ المراد منه - كما صرح به في المسألة الآتية - هو النصّ الدالّ على سقوط الخيار بالتصرّف معللاً بأنّه رضا بالبيع. و لا يخفى أنّ مفاد التعليل هو سقوط الخيار بالاستيفاء لا بالإسقاط. و أمّا الإجماع فلاحتمال استنادهم إلى النصّ المذكور الذي عرفت. و أمّا قاعدة سلطنة الناس على إسقاط حقوقهم فلأنّها لا تجدي إلّا بعد إحراز قابليّة حقّ الخيار للإسقاط، و البحث الآن فيها، فعدم اندفاع التوهّم فيما نحن فيه أوضح. وكيف كان، فقابليّته للإرث لا دخل له بالمقام كما ذكره سيّدنا الأستاذ رحمه الله.

٣٨٠٦. لا فرق في كون شرط عدم الخيار في عقد مخالفاً للسنة بين كون ظرف اشتراطه نفس هذا العقد أو عقداً آخر، كما أنّه عليه سيّدنا الأستاذ رحمه الله.

عدم الخيار، ففائدة الشرط إبطال المقتضي (٣٨٠٧) إثبات* المانع. ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصحيفة مالك بن عطية المتقدمة.

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه: أحدها: أن يشترط عدم الخيار و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط، فيقول: " بعت بشرط أن لا يثبت بيننا خيار المجلس " كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ فيقول: " بعت بشرط أن لا أفسخ في المجلس " فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ؛ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه (٣٨٠٨)، كما لو باع منذور التصديق به - على ما ذهب إليه غير واحد - فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة في حقه. و يحتمل النفوذ (٣٨٠٩)، لعموم دليل الخيار، و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أن بيع منذور التصديق حث موجب للكفارة، لا فاسد. و حينئذ 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 مترتب هنا (٣٨١٠). و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء

٣٨٠٧. الأولى أن يقول بدل هذا: ففائدة الشرط دفع المقتضي - بالفتح - لارفعه بعد ثبوته، حتى يشكل بما ذكر، إذ بناءً على أنه من قبيل إثبات المانع أيضاً يرتفع إشكال كونه من إسقاط ما لم يجب، حيث إن منع المانع إذا اقترن بالمقتضي فهو دفع لارفع، اللهم إلا أن يريد بالمانع الرفع. و أيضاً لا يخفى ما في التعبير بالإبطال من المسامحة، لأنه يحتاج إلى وجود ما يرد هو عليه، و هو منتفٍ في الفرض، لأن الشرط مانع عن وجود المقتضي لا أنه مبطل له بعد وجوده، فالأولى ما ذكرناه.

٣٨٠٨. نعم، و لكن تكليفاً لا وضعاً. وكذلك الكلام فيما ذكره من المثال.

٣٨٠٩. هذا هو الأقوى كما علم من السابق.

٣٨١٠. إذ بمخالفة الشرط هنا يزول العقد، فلا يبقى ما يتعلق به خيار تخلف الشرط.

بالشرط (٣٨١١) الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، و هو عدم الفسخ في جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدّم نظيره في الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء.

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار، و مقتضى ظاهره (٣٨١٢) وجوب الإسقاط بعد العقد، فلو أخل به و فسخ العقد، ففي تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، و الأقوى عدم التأثير (٣٨١٣). و هل للمشروط له الفسخ (٣٨١٤) بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد و إن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط، و من أن المقصود منه إبقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ. و الأولى بناءً على القول بعدم تأثير الفسخ (٣٨١٥) هو عدم الخيار؛ لعدم تخلف الشرط. و على القول بتأثيره ثبوت الخيار؛ لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تنزيل العقد و يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفاً لمصلحة المشروط له، و قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه.

بقي الكلام في أن المشهور: أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره في متن العقد، فلو

٣٨١١. لا يخفى ما في الاستدلال بالعموم من الإشكال، لأنه إن كان المراد التمسك به مع الشك في بقاء العقد الموجب للشك في بقاء الشرط، معني عدم إمكان الوفاء به - فهو تمسك بالعام فيما شك في أنه من أفرادها، و هو باطل. و إن كان المراد التمسك به مع إحراز بقاء الموضوع، ففيه: أنه إن كان إحراز ذلك بالعموم فهو دور، لأن العلم بأنه من مصاديق العام موقوف على العلم بعموم العام، و هو موقوف على العلم بكونه منها. و إن كان بالاستصحاب، ففيه: أنه لا مجال له مع إطلاق أدلة الخيار.

٣٨١٢. يعني: ظاهر الاشتراط. فعلى هذا كان المناسب ترك كلمة الوجوب.

٣٨١٣. بل الأقوى التأثير، لما عرفت آنفاً.

٣٨١٤. لم أعرف وجهاً لعنوان هذا الفرع بعد ما كان الخيار بالمجلس ثابتاً للمشروط له أيضاً، إلا أن يفرض سقوط خياره بالاشتراط بالنحو الأول، أو أريد به ثبوت الخيار له و تأثيره بالنسبة إلى ما بعد التفرق، لكنه خلاف ظاهر العبارة كما لا يخفى.

٣٨١٥. يعني: القول بعدم تأثيره لو فسخ في فرض اشتراط الإسقاط، الذي قواه

المصنف بقوله: «و الأقوى عدم التأثير».

ذكره قبله لم يقد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به. و صدق الشرط على غير المذكور في العقد غير ثابت؛ لأن المتبادر عرفاً هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر؛ و قد تقدّم عن القاموس: أنه الإلزام و الالتزام في البيع و نحوه، و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدّم. قال في محكي الخلاف: لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد* صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول، ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي. ثم قال: دليلنا: أنه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضع، انتهى. و نحوه المحكي عن جواهر القاضي. و قال في المختلف - على ما حكى عنه - بعد ذلك: و عندي في ذلك نظر، فإن الشرط إنمّا يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه^{٢٥}، انتهى.

أقول: التبايع على ذلك الشرط (٣٨١٦) إن كان بالإشارة إليه في العقد بأن يقول مثلاً: "بعت على ما ذكر" فهو من المذكور في متن العقد، و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ. نعم، يحتمل أن يريد الصورة الأولى** (٣٨١٧)،



٣٨١٦. غرضه من ذلك بيان أن قول العلامة: «نعم لو شرطاً...» لم يقع في محله على كلّ تقدير، إذ على التقدير الأوّل يلزم استثناء أحد المتقابلين - و هو صورة ذكر الشرط في متن العقد - من الآخر، و هو صورة عدم ذكره فيه، إذ مرجع كلامه حينئذٍ إلى أن الشرط لا يؤثر إذا لم يقع في العقد إلا إذا وقع فيه. و على التقدير الثاني يلزم التناقض و استثناء الشيء عن نفسه، إذ مفاد العبارة حينئذٍ، أن الشرط المتقدّم على العقد لا يؤثر فيما إذا وقع العقد بناءً عليه و قصداً إليه إلا إذا وقع كذلك فيؤثر حينئذٍ، فهو كما ترى مستلزم لما ذكرنا. هذا، و يمكن اختيار الشقّ الثاني، و رفع لزوم استثناء الشيء عن نفسه بمنع ظهور كلام الشيخ فيه، بل هو أعمّ منه و من وقوع العقد بدون القصد إليه، فيكون كلام العلامة استدراكاً من إطلاقه و استثناءً للخاصّ عن العام.

٣٨١٧. يعني: الشيخ.

* لم يرد «بعد العقد» في بعض النسخ. ** في بعض النسخ زيادة: و أراد بقوله: قبل العقد، قبل تمامه.

و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع (٣٨١٨) من هذا الاشتراط. و يؤيده أيضاً بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعي إنما يخالف في صحة هذا الاشتراط في متن العقد، و قد صرح في التذكرة (٣٨١٩) بذكر خلاف بعض الشافعية في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، و استدلّ عنهم: بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح إسقاطه قبل تمامه. و الحاصل أن ملاحظة عنوان المسألة في الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و استدلال بعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط في متن العقد. وكيف كان، فالأقوى أن الشرط (٣٨٢٠) الغير المذكور في متن العقد غير مؤثر؛ لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق؛ لأن المتحقق في السابق إما وعد بالتزام، أو التزام تبرّعي لا يجب

٣٨١٨. حيث إنه يدلّ على ثبوت المقتضي، و هو متوقّف على صدق الشرط، و لا يصدق إلا مع فرض كونه في متن العقد.

٣٨١٩. هذا استشهاد على كون خلاف بعض أصحاب الشافعي في صحة اشتراط عدم الخيار في متن العقد.

٣٨٢٠. بل الأقوى هو التفصيل بين أن لا يكون الإلزام و الالتزام في خارج العقد - قبله أو بعده - مربوطاً بشيء أصلاً، كأن يقول مثلاً: ألزمتك بعدم الخيار لك في العقد البعدي و يقول المخاطب: التزمت و أمثال ذلك، و بين أن يكون مربوطاً بشيء، عقداً كان و مثاله واضح، أو غيره مثل أن يقول أحد المتعاقدين للآخر: هذا الدرهم مثلاً لك بشرط - أو على - أن لا يكون لك خيار في البيع البعدي، بأن يقال باللغوية و عدم التأثير في الأوّل، لعدم الدليل على التأثير. أمّا غير عموم أدلة الشروط فواضح. و أمّا هو فكذلك، لانتفاء موضوعه - و هو الشرط - فيه، لانتفاء الارتباط المأخوذ في مفهومه لغةً و عرفاً. أمّا مع قطع النظر عن العقد البعدي فواضح. و أمّا مع ملاحظته، فإن كان ذاك العقد وقع مجرداً عن التباني عليه فكذلك. و إن كان قد وقع مع التباني عليه، فلضرورة أن الشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه، فلا يمكن ربط إنشاء الإلزام و الالتزام السابق على العقد بالإنشاء اللاحق الحاصل في العقد، و جعله من قيوده بالتباني على كونه قيداً فيه، و إلا يلزم انقلاب الإنشاء السابق عن الاستقلال إلى القيدية، و هو محال. نعم، بالتباني يكون المنشأ بالإنشاء السابق من قيود المنشأ بالإنشاء اللاحق في مرحلة القصد، و لكنّه لا يؤثر ما لم يجعل من قيوده في مرحلة الإنشاء أيضاً.

الوفاء به، و العقد اللاحق و إن وقع مبنياً عليه لا يلزمه، لأن الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلاّ يجعل المتكلم، و إلاّ فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر* منوياً، فيكون كالمخدوف النحوي بعد نصب القرينة، فإن من باع داره في حال بنائه - في الواقع - على عدم الخيار له لم يحصل له في ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشائه بشيء، بخلاف قوله: " بعثك على أن لا خيار " الذي مؤداه بعثك ملتزماً على نفسي و بانياً على أن لا خيار لي، فإن إنشائه للبيع قد اعتبر مقيداً بإنشائه التزام عدم الخيار. فحاصل الشرط: إلزام في التزام مع اعتبار تقييد الثاني بالأول. و تمام الكلام في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

و يقال بالتأثير و عدم اللغوية في الثاني، لعموم أدلة لزوم الشرط، لصدق الشرط من جهة تحقق ما أخذ في مفهومه من الارتباط بشيء و لو لم يكن عقداً، كبذل المال لشخص معلقاً، على ما نسميه شرطاً و مشروطاً به، و قد مرّ مثله.

و من هنا ظهر أن الإلزام بعدم الخيار في رواية مالك بن عطية المتقدمة - من جهة تعليق تملك مقدار من المال للجارية عليه و ربطه به - يصدق عليه الشرط حقيقة، فلا ينافي لزومه الإجماع على عدم لزوم الشرط الابتدائي، كي يحمل على صورة وقوعه في ضمن عقد لازم، إلى آخر ما ذكره سابقاً فيما إذا كان المراد من الشرط الابتدائي الإلزام الغير المربوط بشيء أصلاً. بل لا حاجة في خروج ذلك - أي: الابتدائي - إلى الإجماع، لخروجه عن دليل الشرط موضوعاً، إذ بين الشرطية و الابتدائية - أي: عدم الارتباط - تناقض صرف. نعم، لو أريد من الابتدائي الإلزام المربوط بشيء آخر غير العقد، و من غيره ما يكون مربوطاً بالعقد و قيداً، لكان إخراج هذا عن دليل الشرط - بناءً على عدم لزومه - محتاجاً إلى الإجماع فيه على عدم لزومه، و كان رواية مالك حينئذٍ منافية لهذا الإجماع لو كان، ضرورة عدم ارتباط عدم الخيار في موردها بعقد لازم و عدم أخذه قيداً فيه. إلاّ أن الإجماع على عدم لزوم الشرط الابتدائية بذلك المعنى الثاني - أي: الإلزامات التي لم تؤخذ قيداً في العقود اللازمة - ممنوع على مدّعيه أشدّ المنع، فتدبر جيداً.

فرع: ذكر العلامة (٣٨٢١) في التذكرة مورداً 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 اعتقك إذا بعثك"، قال: لو باعه بشرط نفي الخيار لم يصح البيع (٣٨٢٢)؛ لصحة النذر، فيجب الوفاء به، ولا يتم برفع الخيار. وعلى قول بعض علمائنا: من صحة البيع مع بطلان الشرط، يلغو الشرط ويصح البيع ويعتق (٣٨٢٣)، انتهى. أقول: هذا مبني (٣٨٢٤) على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية* له، وقد مر أن الأقوى في الشرط كونه كذلك (٣٨٢٥).

مسألة: ومن المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي. ولا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، ويدل عليه - بعد الإجماع - فحوى ما سيجي (٣٨٢٦) من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللاً بأنه رضي بالبيع

٣٨٢١. ذكره في أواخر الشروط في متن العقد في الفرع الثاني عشر من الفروع الثلاثة عشر التي فيها خلاف صحة وفساداً. ٣٨٢٢. فلا يجب العتق، لعدم تحقق الشرط.

٣٨٢٣. أي: يجب العتق، لتحقيق الشرط، فيجب الفسخ من باب المقدمة. ٣٨٢٤. يعني بالمشار إليه فساد الشرط. وأما فساد البيع فهو مبني على إفساد الشرط الفاسد للعقد المشروط به، كما يرشد إليه قوله: «و على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط» فإن معادله هو الفساد مع فساد.

٣٨٢٥. يعني: قد مر في البحث عن حكم اشتراط عدم الفسخ أن الأقوى في الشرط أيضاً عدم التسلط على التصرف المنافي للشرط كالفسخ، فلا يقدر على الوفاء بالنذر، فينحل من حين الشرط، فيزاحم دليل وجوب الوفاء بالشرط مع دليل وجوب الوفاء بالنذر، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، و مجرد تقدم النذر وجوداً لا يكون مرجحاً له في وقت التزام.

٣٨٢٦. حيث إنه إذا كان التصرف الكاشف عن الرضا باللزوم مسقطاً يكون الإسقاط له مسقطاً له بطريق أولى، لكونه أقوى منه في الدلالة على الرضا. ولكن يمكن أن يقال: إن انتفاء الخيار بالتصرف ليس من باب الإسقاط، بل من باب استيفاء حق الخيار بإعمال

مضافاً إلى القاعدة المسلمة (٣٨٢٧) من أن لكل ذي حق إسقاط حقه، ولعله لفحوى تسلط الناس (٣٨٢٨) على أموالهم، فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال، ولامعنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل، إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط. ويمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي.

ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرقية؛ للفحوى المتقدمة و فحوى ما دل (٣٨٢٩) على كفاية بعض الأفعال في إجازة عقد الفضيولي و صدق " الإسقاط " النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على إسقاط الحقوق؛ و على هذا فلو قال (٣٨٣٠)

حقه باختيار اللزوم قبال إعماله بالفسخ، فلا دلالة له حينئذ على السقوط بالإسقاط. و بذلك توجه المناقشة في استدلاله بذاك الخير في أول أحكام الخيار على إثبات أن الخيار حق لاحكم، و سيأتي الكلام في معنى الخير و أن مفاده جعل إحداث الحدث - الذي هو أخص مطلقاً من التصرف عرفاً - إمضاء للعقد، و جعله لازماً باختيار لزومه تعبداً و تنزيلاً، و لاربط له بمسألة الإسقاط و إزالة الحق، فانتظر.

٣٨٢٧. نعم، فيما إذا أحرز قابلية الحق للسقوط و شك في خروجه تخصيصاً، لا فيما إذا لم يحرز ذلك و شك في خروجه تخصصاً، فتدبر.

٣٨٢٨. يشكل ذلك بأنه يعتبر في الفحوى أن يكون مناط الحكم في الفرع أقوى منه في الأصل، و هنا بالعكس، لأن مناط التسلط في الأموال - و هو الاختصاص بالملك و إضافتها إليهم - أقوى منه في الحقوق، لأن الحق مرتبة ضعيفة من الملكية. و لو سلم فهو يجدي لو كان سنخ التسلط على الإسقاط ثابتاً في الأصل، و سنخه فيه زوال الملك بالإعراض، و هو غير ثابت فيه. إلا أن يقال: إن الحق ثبوته فيه، و يكفي دليلاً عليه زواله به عند العرف مع عدم ثبوت ردع الشارع عنه. و قد تعرض لذلك المحقق القمي في أجوبة مسائله، في الجواب عن حكم السؤال عن أن الملتقط للسنايل الباقية في الأرض من زرع الغير بعد الحصاد يملكه أم لا.

٣٨٢٩. مثل ما دل على أن سكوت المولى إجازة لنكاح العبد. أما الفحوى فلقوة دلالة اللفظ على المقصود و الرضا بشيء بالنسبة إلى السكوت.

٣٨٣٠. إن كان المقصود بالمشار إليه ما استظهره من سقوط الخيار بكل لفظ يدل

أحدهما: "أسقطت الخيار من الطرفين" فرضي الآخر، سقط خيار الراضي أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

مسألة: لو قال أحدهما لصاحبه: "اختر"، فإن اختار المأمور الفسخ، فلا إشكال في انفساخ العقد. وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً - كما عن ظاهر الأكثر، بل عن الخلاف: الإجماع عليه - أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باق مطلقاً كما هو ظاهر التذكرة^{٢٦} أو مع قيد إرادة الاستكشاف دون التفويض ويكون حكم التفويض كالتملك، أقوال (٣٨٣١). ولو سكت، فخيار الساكت باق إجماعاً، ووجهه واضح. وأما خيار الأمر، ففي بقاءه مطلقاً، أو بشرط عدم إرادته تملك الخيار - كما هو ظاهر التذكرة - أو سقوط خياره مطلقاً - كما عن

عليه كما هو الظاهر، فلا بد في صحة التفريع من تقييد الحكم بسقوط خيار الراضي بما إذا صدر منه لفظ يدل على الرضا بالسقوط بإحدى الدلالات، إذ بدونه لا ربط له به. وإن كان المقصود منه ما يستفاد مما دل على كفاية بعض الأفعال - أعني السكوت - في إجازة الفضولي، ففيه: أنه وإن لم تكن حينئذ حاجة إلى التقييد إلا أنه خلاف الظاهر.

٣٨٣١. من أن قوله: «اختر» ظاهر في إظهار الرضا بما يختاره المخاطب من الفسخ و الإمضاء، فإذا اختار الإمضاء - كما هو الفرض - و رضي به الأمر - بمقتضى ظهور «اختر» فيه - سقط خياره. و من أنه لا ظهور فيه، فلا يدل على رضاه بلزوم العقد إلا فيما إذا أحرز من الخارج أنه رضي به. أما إذا أراد بذلك التملك الملازم لإرادة زوال حقه عن نفسه و انتقاله إلى المخاطب فيسقط، إذ يكفي في سقوطه البناء على زواله الملازم للبناء على التملك، مع الدلالة على هذا البناء بمثل «اختر» المحفوف بالقرينة الدالة عليها حسب الفرض. و لو لم يحصل التملك المقصود، لعدم قابلية الخيار للنقل الاختياري، فمع عدم إحرازه إرادة ذلك يبقى خياره مطلقاً و لو أراد بذلك تفويض أعمال الخيار إلى المخاطب و توكيله فيه، للأصل، إذ مجرد التوكيل لا يوجب سقوطه، و إنما المسقط إمضائه من قبل الموكل أيضاً غير معلوم، إذ الفرض أنه لم يصدر منه إلا الإمضاء الغير المعلوم كونه من قبله فقط أو من قبلهما معاً. نعم، لو علم إمضائه عنه أيضاً سقط، إلا أنه خلاف الفرض على الظاهر. و من أنه ظاهر في الرضا بما يختاره المخاطب إلا فيما إذا قامت قرينة على إرادة الاستكشاف، فلا ظهور له فيه، فيرجع إلى الأصل

- الشيخ، أقوال (٣٨٣٢).

و الأولى أن يقال: إن كلمة "اختر" بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ و* الإمضاء، و ليس فيه دلالة على ما ذكره (٣٨٣٣) من تمليك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال. نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أن داعيه استكشاف حال المخاطب، وكأله في العرف السابق كان ظاهراً في تمليك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق، فإن تم دلالة حينئذ (٣٨٣٤) على إسقاط الأمر خياره بذلك، وإلا فلا مزيل لخياره. و عليه يحمل (٣٨٣٥) - على تقدير الصحة - ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: "أنهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر".

ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. و منه يظهر: أنه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد؛ لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول

المقتضي لبقاء الخيار. و أقوى تلك الأقوال أوسطها. و وجهه ظاهر مما ذكرنا.

٣٨٣٢. من ظهوره فيما ذكر المقتضي للسقوط لو أمضاه صاحبه، و لكن المفروض عدمه. و من أنه ظاهر فيه لو لم يكن هناك إرادة التمليك، و إلا فهو مع هذه الإرادة يدل على الإسقاط - كما مر - فيسقط. و من دعوى ظهوره في الإعراض عن حقه. و في الطرفين ما لا يخفى، فالوسط الأوسط، فتأمل.

٣٨٣٣. لم يدع أحد فيما أعلم دلالة على ما ذكره، و إنما اشترطوا إرادة التمليك أو إرادة التفويض، و هذا دليل على أن لادلالة له على شيء من ذلك.

٣٨٣٤. قد عرفت تماميته حينئذ بما مر من التقريب.

٣٨٣٥. يعني: على فرض إرادة التمليك يحمل... و فيه: أنه بمجرد لا يصح تلك الرواية، لأن قضية مفهومها انتفاء كلا الخيارين بسبب ذاك القول مطلقاً حتى في صورة سكوت المأمور أيضاً، و هو خلاف الإجماع كما مر التصريح بذلك، فلا بد فيه مع ذلك من حملها على غير صورة السكوت من صورتي الفسخ و الإمضاء. و الذي يهون الخطب أن الرواية عامية.

الأمر لأحدهما، وهذا ليس تعارضاً بين الإجازة و الفسخ (٣٨٣٦) و ترجيحاً له عليها.
نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين (٣٨٣٧) - كما لو فرض ثبوت
الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالأصيل و الوكيل - فأجاز أحدهما و
فسخ الآخر دفعةً واحدةً، أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعةً واحدةً - كما لو باع
عبداً تجارية ثم أعتقهما جميعاً، حيث إن إعتاق العبد فسخ، و إعتاق التجارية إجازة - أو
اختلف الورثة في الفسخ و الإجازة، تحقق التعارض. و ظاهر العلامة في جميع هذه الصور
تقديم الفسخ و لم يظهر له وجه تام (٣٨٣٨)؛ و سيجي الإشارة إلى ذلك في موضعه.

٣٨٣٦. لاختلاف المتعلق، لأن متعلق كل منهما التزام نفسه كما عرفت سابقاً، و لا بد
في التعارض من وحدته. فكل مورد يكون متعلقهما أمراً واحداً لا يخصص فيه من التعارض مع
التقارن، و تأثير المتقدم و لغوية المتأخر مطلقاً مع السبق و اللحق، مع كون الإجازة بمعنى
الإيجاب و جعل متعلقه غير قابل لرفع اليد عنه، لا بمعنى إسقاط الخيار أو بمعنى ترك الفسخ، و
وجهه واضح. فلا يخصص في الحكم بتأثير الفسخ و تقديمه على الإمضاء مطلقاً - حتى في صورة
لحوقه على الإمضاء فضلاً عن صورة التقارن - من الالتزام بأن مرجع الإمضاء إلى الإسقاط
لإعمال حق الخيار بالإيجاب و الإلزام، أو الالتزام بتعدد المرتبة في الجواز و التزلزل، وكلاهما
يحتاج إلى دليل، و مع عدمه يحكم بالتعارض و التساقط مع التقارن، و تأثير خصوص السابق
مع السبق و اللحق.

٣٨٣٧. أي: من طرفي صاحبي الخيار، لا من طرفي العقد، أي: البايع و المشتري، لعدم
تأثيره في الفرض الثاني، و هو قوله: «أو من طرفهما» لأن الإجازة من أحدهما فيه لا توجب
اللزوم من طرفيهما. وكيف كان، فقوله: «أو تصرف ذو الخيار...» عطف على «اقتضت» لا
على «فرض».

٣٨٣٨. لعل* وجود ما أشرنا إليه من كون معنى الإمضاء هو إسقاط حق الفسخ - و
لعل الوجه في ذلك هو البناء على أن معنى الخيار هو القدرة على الفسخ و تركه، لا على

* كذا في الطبعة الحجرية. و لعلها تصحيف: لأجل، أي: لأجل وجودها أشرنا إليه وصف الوجه بالتأثيرية.
فيكون «لأجل» متعلقاً بـ «وصف» في آخر التعليق.

مسألة: من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين، و لإشكال في سقوط الخيار به، و لا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع، و إن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك (٣٨٣٩) مثل قوله عليه السلام: "إذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما". و معنى حدوث افتراقهما (٣٨٤٠) المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد: افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما

الفسخ و إيجابه، و عليه ليس هناك إلزام و إيجاب يكون طرفاً للخيار كي يكون هو المقصود بالإجازة و الإمضاء، فلا بد أن يكون المقصود منه رفع اليد عن الفسخ و الإيجاب عنده عليه السلام - وصف الوجه بالتامة، فتدبر جيداً.

٣٨٣٩. يعني به: صحيحة فضيل الآتية. و في ظهوره تأمل، لاحتمال أن يراد منه الرضا بأصل انعقاد البيع المعتبر في صحة البيع، يعني: إذا افترقا يلزم البيع بعد صحته لأجل الرضا به. فيبقى إطلاق ما يدل على سببية الافتراق معجزه للزوم على حاله غير مقيد بافتراقه بالرضا بالزوم.

٣٨٤٠. لاجمال لهذا الكلام إلا بناء على كون المراد من الافتراق هو افتراق أحدهما عن الآخر، وهذا هو الظاهر من الأصحاب كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم، سيما حكمهم بانتفاء* الخيار إذا خرجا عن المجلس مصححين. إلا أنه بالنظر إلى الأخبار مشكل، لإمكان أن يراد منه الافتراق عن مكانهما الذي كان لهما حين العقد و لو لم يفترق أحدهما عن الآخر، كما في حديث حكاه في المصباح في مادة «فرق» حيث قال: «و في حديث: البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن مكانهما» انتهى. و لعله يساعد ذلك التعبير بخيار المجلس، فتأمل. و على هذا الاحتمال لا يبقى لهذا الكلام مجال كما هو ظاهر.

لا يقال: الافتراق إذا أسند إلى الشخصين - كالباعين في النصوص - فالظاهر منه كون طرفي الافتراق الشخصين لا هما و مكانهما.

لأننا نقول: نعم فيما لو كان بينهما اتصال و تماس، و إلا - كما في المقام، لانفصالهما حين العقد - فلا، إذ مع ذلك لا بد إما من التصرف في الافتراق، و حمله على زيادة الافتراق عما كان حين العقد، و إما من الالتزام بحذف المتعلق في الكلام، مثل «مكانهما» أو ما يفيد مفاده، و لو لم يكن الثاني أولى و أرجح من الأول فلا أقل من التساوي.

حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي - و لو بمسماه - ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوة؛ و لذا حكى عن جماعة التعبير بأدنى الانتقال. و الظاهر أن ذكره* في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد - خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف: "أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة" ٢٧- مبني على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق؛ فلو تباعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما. و يظهر من بعض اعتبار الخطوة، اغتراراً** بتمثيل كثير من الأصحاب. و عن صريح آخر: التأمل في كفاية الخطوة؛ لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها، فيستصحب الخيار. و يؤيده قوله ﷺ في بعض الروايات: " فلما استوجبتها قمت فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا" ٢٨، و فيه: منع الانصراف و دلالة الرواية (٣٨٤١).

ثم اعلم أن الافتراق - على ما عرفت من معناه - يحصل بحركة أحدهما و بقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركة من أحدهما لا يسمي افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر، فلهذا الافتراق (٣٨٤٢) الخارجي*** من المتحرك، و اتصافها بكونها افتراقاً من الساكن. و لو 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 تدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام ﷺ أرضاً و أنه ﷺ قال: " فلما استوجبتها قمت فمشيت خطي**** ليجب البيع حين افترقنا "، فأثبت ﷺ افتراق الطرفين بمشييه ﷺ فقط.

مسألة: المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخاير أيضاً (٣٨٤٣)،

٣٨٤١. لابتنائها على مفهوم اللقب، و هو غير ثابت. هذا، مع أن الظاهر من «حين افترقنا» هو حدوث الافتراق، و من المعلوم حصوله بأول المشي.

٣٨٤٢. يعني بما الحركة.

٣٨٤٣. الظاهر من ذلك أن ترك التخاير - أي: ترك إعمال الخيار بالفسخ أو

* في بعض النسخ: ذكرهما. ** في بعض النسخ: اقتداء.

*** لم يرد «الخارجي» في بعض النسخ. **** في بعض النسخ زيادة: ثم رجعت فأردت.

سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا؛ لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار (٣٨٤٤) من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، مضافاً إلى حديث "رفع ما استكروها عليه" (٣٨٤٥)،

الإمضاء - له دخل في سقوط الخيار عند الافتراق، و سيأتي أنه لادليل عليه يوجب تقييد إطلاق الأدلة المقتضي لكون الافتراق تمام المناط في سقوط الخيار. فحينئذ ينبغي جعل الكلام في اعتبار الاختيار و عدمه في خصوص الافتراق مجرداً عن انضمام ترك التخاير إليه.

٣٨٤٤. بل لعدم تبادر العموم لغیر الاختياري، لاحتمال أن يكون معنى قوله: «إذا افترقا...» أوجد الافتراق كي يصير ظاهراً في الاختياري قبال الإكراهي و الاضطراري، و أن يكون معناه تحقق و وجد منهما الافتراق كي يكون ظاهراً في العموم، و ذلك لأن ما عدا الأفعال المعتر في تحقق مفاهيمها القصد، مثل التعظيم و التوهين و التأديب و عناوين العقود و الإيقاعات، و ما عدا الأفعال التي لا يمكن تحققها إلا بلا قصد إليها، كمفاهيم السهو و النسيان و الخطأ إذا أسند إلى الفاعل، يكون إسناده إليه تارةً بالطور الأول، بحيث يكون النظر فيه إلى جهة إصداره و إيجاد، فلو عبّر في مثله عن مدلول هيئة الماضي أو المضارع بالمعنى الاسمي لعبّر بالإيجاد و نحوه، و أخرى بالطور الثاني، بحيث يكون النظر فيه إلى جهة تحقق الحدث و صرف وجوده من دون نظر إلى حيث الإيجاد و الإصدار، ولو عبّر حينئذ عن مفاد هئتهما بالمعنى الاسمي لعبّر بمثل التحقق و الحصول و ما أشبههما، فقد يعلم في بعض الأفعال - و لو بمعونة قرينة خارجية من المقام أو غيره - أن الملحوظ و المنظور في إسناده إلى الفاعل هو الطور الأول، كما في الأكل و الشرب و الافتخار و الاحتكار و الاغتنام و الاحتمال و الاعتزال و أمثال ذلك، و قد يعلم في بعضها الآخر أنه بالطور الثاني، كما في قوله: من بات أو نام أو أحدث أو أجنب فعله كذا، و منه الافتقار و الاحتلام، و في بعضها يشك، و المقام من هذا القسم الثالث، فلا يدل على سقوط الخيار بالافتراق الإكراهي مع الإكراه على ترك التخاير، فيرجع إلى استصحاب الخيار الثابت قبله.

٣٨٤٥. فيه - مضافاً إلى النقص عليه بالافتراق السهوي و النسياني و الخطائي، إذ اللازم عدم تأثير ذلك في سقوط الخيار، و لا يقولون به - أن الحديث الشريف و إن كان يرفع الحكم الوضعي أيضاً، لكن لا مطلقاً بل خصوص ما كان مقتضياً لفعل شيء مثل الجزئية و الشرطية لواجب فعلي، أو ترك شيء كالمانعية و القاطعية له، و هو مفقود في المقام، لأن أثر

و قد تقدّم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختص برفع التكليف. هذا، و لكن يمكن منع التبادر، فإن المتبادر هو الاختياري (٣٨٤٦) في مقابل الاضطراري الذي لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطرّ، 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 (٣٨٤٧)

.....
الافتراق هو الإسقاط، و هو لا يقتضي فعلاً و لا تركاً. و من هنا نقول بعدم صحّة الاستناد إليه في بطلان ما يقع عن إكراه في باب المعاملات. و لو سلّمنا عمومته لمثل ذلك الأثر أيضاً فلنا أن نمنع ترتّب أثر الإسقاط على الافتراق، و إنّما هو غاية صرفة للخيار، انقضائه بتحقيق الافتراق المحمول غاية غير سقوطه به.

٣٨٤٦. أي: الفعل الصادر عن إرادة مطلقاً و إن صدرت تلك الإرادة من أجل ملاحظة دفع الضرر المتوجّه إليه لولاه، إمّا من قبل الغير كما في الإكراه، أو لا من قبل الغير كما في موارد الاضطرار، في مقابل الاضطراري الصادر بغير إرادة من الفاعل، كحركة المرتعش. فحينئذ يدخل الافتراق الاختياري المكره عليه، وكذلك الافتراق الاختياري المضطرّ إليه، لصدور الفعل في كليهما عن إرادة الفاعل، فإذا دخل ذلك دخل الاضطراري الصادر بدون اختيار الفاعل، كأن أخذه الغير و أخرجه عن المجلس قهراً عليه. و لا مجال لقلب ذلك و القول بأنّه إذا خرج الاضطراري خرج الإكراهي أيضاً، لعدم القول بالفصل، لأنّ معنى خروجه عدم شمول دليل مسقطيّة الافتراق له، فيرجع إلى الأصل المقتضي للبقاء، لا أنّه قام دليل على عدم كونه مسقطاً. فحينئذ التقابل بين الأصل و القلب من التقابل بين الدليل و الأصل.

٣٨٤٧. من المحتمل أن يكون غرضه من ذلك هو الاستشهاد على ما ذكره من عموم الافتراق في الحديث للافتراق الإكراهي، و يشهد لذلك أن المعروف تعميم الافتراق لما كان عن اضطرار و إكراه. و الظاهر أنّه إيراد آخر مضافاً إلى منع التبادر، يعني: لا يصحّ لهم الاستناد في قولهم بعدم السقوط إلى التبادر، لمنع التبادر، و لأنّ التبادر على تقدير صدقه ممّا لا يقول به المعروف، حيث إنهم يقولون بأنّ الافتراق و لو اضطراراً مسقط للخيار، و ليس لهم على ذلك دليل خاص، فلا بدّ من تعميمهم الافتراق في الحديث على هذا، و مع ذلك لا يصحّ لهم دعوى

بين الأصحاب: أن الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ والإمضاء، مستدلّين عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار. قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور: لأنه إذا كان متمكناً من الإمضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرّق، كان ذلك دليلاً على الرضا والإمضاء، انتهى. و في جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقيق الافتراق مع التمكن من الاختيار^{٢٩}، انتهى. و منه يظهر: أنه لا وجه للاستدلال بحديث "رفع الحكم عن المكره"؛ للاعتراف بدخول المكره والمضطرّ إذا تمكّن من التخيير.

و الحاصل: أن فتوى الأصحاب هي: أن التفرّق عن إكراه عليه و على ترك التخيير غير مسقط للخيار، و أنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، و على هذا* لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرّق الاختياري، و لا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرّق المكره عليه كلاً تفرّق؛ لأن المفروض أن التفرّق الاضطراري أيضاً مسقط مع وقوعه في حال التمكن من التخيير.

فالأولى الاستدلال عليه - مضافاً إلى الشهرة المحققة الجارية للإجماع المحكي، و إلى أن المتبادر من التفرّق ما كان عن رضا بالعقد (٣٨٤٨)، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً - بقوله^{٣٨٤٩} في صحيحة الفضيل (٣٨٤٩) *تتبعكم في علمكم*

التبادر. و على أيّ حال، فالمراد من الاضطرار في هذه العبارة ما يعمّ الإكراه لمقابل الإكراه.

٣٨٤٨. لاشاهد عليه، بل الشاهد على خلافه، إذ لا إشكال على الظاهر في سقوطه لو افرقا بلا التفات إلى العقد لسهو أو نسيان أو خطأ، و لا دليل لهم على ذلك إلا إطلاق الافتراق، إلا أن يدعى الإجماع عليه، و لانعلم به.

٣٨٤٩. فيه إجمال لا يصح الاستناد إليه، إذ يحتمل أن يكون المراد منه الرضا الباطني حين الافتراق ببقاء العقد، بمعنى صيرورته لازماً لا ينحلّ، يعني: إذا افرقا فلا خيار بعد فرض تحقّق الرضا منهما بلزوم العقد حين الافتراق و انضمامه به. و على هذا يكون علّة سقوط الخيار مركبة من أمرين: أحدهما: الافتراق، و الآخر: الرضا. و ذكر الجزاء - و هو انتفاء الخيار - بين جزئي علته و شرطه ممّا لا بأس به، لأنه أمر شائع، نظير قولك: إذا سافرت فقصر بعد

"فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما". دلّ على أنّ الشرط في السقوط الافتراق و الرضا

خفاء الأذان.

و يمكن أن يكون علّة انتفاء الخيار أمراً بسيطاً، و هو الافتراق في مرحلة الكشف و الإثبات، و الرضا باللزوم في مرحلة الانكشاف و الثبوت، بأن يكون ذكر قوله: «بعد الرضا» لأجل الإشارة إلى أنّ إسقاط الافتراق للخيار إنّما هو من باب الطريقيّة إلى ما هو المسقط في الواقع، أعني: الرضا باللزوم، لا من باب الموضوعيّة، إمّا بنحو التماميّة كما هو قضية الإطلاقات، و إمّا بنحو الجزئيّة كما هو قضية هذه الصحيحة بناءً على المعنى المتقدّم ذكره. فيكون معنى الكلام على هذا الوجه الثاني: أنّه إذا افترقا ينكشف منه نوعاً رضاهما باللزوم حين الافتراق، و لا خيار بعد الرضا منهما باللزوم حينه.

و الفرق بين المعنيين: أنّه على الأوّل لا يحكم بسقوط الخيار إلّا فيما إذا علم رضاهما باللزوم حين الافتراق، و على الثاني يحكم بالسقوط بالافتراق إلّا فيما إذا علم عدم رضاهما به حينه.

و يحتمل أن يراد منه الرضا بالافتراق، يعني: إذا افترقا مع الرضا به - قبال الإكراه عليه - فلا خيار. و قد يدّعى ظهوره في ذلك، و هو ممنوع.

و يحتمل أن يراد منه الرضا بحدوث البيع و انعقاده، يعني: إذا افترقا فلا خيار لهما في حلّ العقد بعد فرض صحّته المتوقّف على الرضا به.

فالاتّصالات في الصحيحة ثلاثة بل أربعة. و لا يخفى أنّها على الأخير منها أجنبيّة عن مسألة الإكراه بالمرّة، و إنّما هي على هذا من جملة الإطلاقات الدالّة على أنّ الافتراق مسقط للخيار مطلقاً. و بناءً على الاحتمال السابق عليه يدلّ على أنّ الافتراق مع الإكراه عليه لا يوجب سقوط الخيار مطلقاً، و إن لم يكن هناك إكراه على ترك التخيير أيضاً. و على الأوّل من وجهي الاحتمال الأوّل تدلّ على عدم سقوطه إلّا بالافتراق المقرون بالرضا، و لو لم يكن هناك إكراه أصلاً فضلاً عمّا إذا كان هناك إكراه، إمّا على الافتراق و ترك التخيير معاً، و إمّا على أحدهما فقط. و على الثاني منهما تدلّ على مسقطيّة الافتراق في جميع صورته، إلّا فيما إذا أكره على كلّ واحد من الافتراق و ترك التخيير.

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ قد حكى عن المشهور أنّ القول بعدم سقوط الخيار فيما لو

أكرها على الافتراق و ترك التخاير معاً، و القول بالسقوط فيما لو أكرها على أحدهما دون الآخر، و فيما لو افترقا سهواً أو نسياناً أو خطأً. و لا يخفى أنه لا يمكن الجمع بين هذه الفتاوى بحسب المدرك، إذ لو كان نظرهم في الأوّل إلى حديث الرفع، ففيه: - مضافاً إلى ما ذكرنا من عدم دلالة على هذا النحو من الحكم الوضعي - أنه كان ينبغي عليهم القول بعدم السقوط في البقية أيضاً.

و لو كان نظرهم إلى صحيحة الفضيل بناءً على الاحتمال الثاني - أعني: احتمال كون متعلّق الرضا في الرواية الافتراق - لكان اللازم عليهم القول بعدم السقوط فيما إذا أكرها على التفرّق مطلقاً، سواء أكرها معه على ترك التخاير أيضاً أم لا، لتلك الصحيحة الموجبة لتقييد إطلاق مسقطيّة الافتراق بما إذا كان مع الرضا بالافتراق المنتفي فيه مطلقاً، لأجل الإكراه عليه في خصوص الصورة الأولى، و القول بالسقوط فيما عداها من الصور، لكون الافتراق فيها مع الرضا به، أي: الافتراق.

و لو كان نظرهم إليها بناءً على الأوّل من وجهي الاحتمال الأوّل لكان اللازم بمقتضى الاستصحاب هو القول بعدم السقوط مطلقاً في جميع صور الافتراق، إلّا فيما إذا علم بتحقيق الرضا منهما بالزوم حين الافتراق.

و لو كان نظرهم إليها بناءً على الثاني من وجهيه، ففيه: أنه و إن كان يتم حينئذ تفرقتهم بين صورة الإكراه على الأمرين معاً فلا يسقط، و الإكراه على أحدهما فيسقط، إلّا أنّ اللازم عليهم القول بعدم السقوط في صور الافتراق سهواً أو نسياناً أو خطأً. هذا، مع أنّ الوجه الثاني بناءً على الاحتمال الأوّل خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه بناءً عليه هو الوجه الأوّل، أعني: كون الافتراق و الرضا معاً علّة للسقوط.

و بالجملة، فالرواية محتملة لا يصحّ الاستناد إليها في المسألة. فاللازم حينئذ بعد ملاحظة ما مرّ - من عدم صحّة الاستناد فيها إلى حديث الرفع، و منع تبادر التفرّق عن الرضا بالعقد و لزومه من الافتراق - هو العمل بالإطلاقات، و قضيتها بعد تسليم الإطلاق هو السقوط، و إنّما الشأن في الإطلاق على نحو يعمّ الافتراق الإكراهي، و قد تقدّم. فالأقوى في مسألة الإكراه على الأمرين ثبوت الخيارين، للأصل. وكذلك في مسألة الإكراه على أحدهما دون الآخر، كما ستقف عليه إن شاء الله.

منهما، و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه؛ إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعاً، أو يقال (٣٨٥٠): إن قوله ﷺ: "بعد الرضا" إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما، فيكون الافتراق مسقطاً، لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد وإعراضهما عن الفسخ. وعلى كل تقدير، فبدل على (٣٨٥١) أن المتفرقين - ولو اضطراراً* - إذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا، كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما. وهذا هو الذي استفاده الشيخ ﷺ كما صرح به في عبارة المبسوط المتقدمة.

مسألة: لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخايير و بقي الآخر في المجلس، فإن منع من المصاحبة والتخايير لم يسقط خيار أحدهما؛ لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخايير، فدخلت في المسألة السابقة. و إن لم يمنع من المصاحبة، ففيه أقوال. و توضيح ذلك: أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما - كما عرفت - يحصل بحركة أحدهما اختياراً و عدم مصاحبة الآخر كذلك، و أن الإكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الإكراه على ترك التخايير، فحينئذ نقول: تحقق الإكراه المسقط في أحدهما دون الآخر يحصل

.....
٣٨٥٠. هذا عطف على «دل». و قد أشرنا إلى الفرق بين المتعاطفين في الحاشية السابقة، و هو أن الافتراق على المعطوف عليه جزء المسقط، و الجزء الآخر هو الرضا باللزوم، و على المعطوف كاشف صرف عما هو المسقط، و هو الرضا باللزوم فقط. فعلى الأول يحكم ببقاء الخيار ما لم يعلم بالرضا حين الافتراق. و على الثاني يحكم بسقوطه بمجرد الافتراق ما لم يعلم بانتفاء الرضا باللزوم حين الافتراق. هذا، و لكن سيأتي منه ﷺ - في خيار الحيوان، في مسألة سقوط التصرف - في بيان محتملات قوله ﷺ: «فذلك رضا منه» التصريح بأن اعتبار الكشف الغالب عن الرضا بالعقد و الإعراض عن الفسخ في مسقطية الافتراق إنما هو بنحو الحكمة لا بنحو العلة. و لا يخفى أن المسقط على هذا إنما هو ذات الافتراق و لو علم عدم دلالة على الرضا بلزوم العقد، فتدبر.

٣٨٥١. لا يخفى أنه لا يتفرع إلا على الشق الثاني الذي ذكره بقوله: «أو يقال».

تارةً يكره أحدهما على التفرّق و ترك التخيير و بقاء الآخر في المجلس مختاراً في المصاحبة أو التخيير، و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما في المجلس كرهاً مع المنع عن التخيير و ذهاب الآخر اختياراً.

و محلّ الكلام هو الأول، و سيّضح به حكم الثاني. و الأقوال فيه أربعة: سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقّق و العلامة و ولده السعيد و السيّد العميد و شيخنا الشهيد^(١). و ثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط و المحقّق و الشهيد الثانيين و محتمل الإرشاد. و سقوطه في حقّ المختار خاصّة (٣٨٥٢). و فصل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما، و بين مفارقتها فالسقوط عنهما. و مبنى الأقوال على أنّ افتراقهما (٣٨٥٣) الجمعول غايةً لخيارهما هل يتوقف حصوله على

٣٨٥٢. كما عن الخلاف و جواهر القاضي.

٣٨٥٣. «مبنى» مصدر ميمي لا اسم مكان، و يدلّ عليه ذكر كلمة «على». ثمّ إنّ مبنى ذلك هو اختلاف الأنظار في تعيين ما يستظهر من أخبار الباب، و أنّ ظاهرها أنّ الذي جعل غايةً لثبوت الخيار لكلّ من البائع و المشتري مستقلاًّ بلا ارتباط بين الخيارين - و هو الافتراق بعد حمله على الاختياري لأحد أمور ثلاثة قد عرفت المناقشة في كلّها، أعني منها: تبادل الاختياري، و حديث الرفع، و صحيحة الفضيل بالتقريب المتقدّم من المصنّف^(٢) - إنّما هو افتراقهما معاً برضاها به و بدون إكراه أحدهما عليه، حتّى يثبت في فرض المسألة خيارهما معاً. أو الغاية لكلّ من الخيارين افتراق أحدهما لا بعينه بلا إكراه عليه، حتّى يسقط فيه خيارهما معاً، لحصول الافتراق الكذائي من الساكن الباقي في المجلس، بناءً على حصوله بالسكون الاختياري و عدم اعتبار الحركة الاختيارية فيه، و إلّا فيثبت خيارهما معاً أيضاً. أو الغاية لخيار كلّ واحد منهما افتراق صاحب هذا الخيار عن الآخر بلا إكراه عليه، حتّى يثبت خيار المكره و يسقط خيار المختار في الفرض، بناءً على حصول الافتراق بالسكون الاختياري، و إلّا فيثبت خياره أيضاً، لعدم تحقّق الافتراق منه في الفرض حينئذ. وجوه و احتمالات أظهرها الأول، حيث إنّ الغاية - و هو الافتراق - لا شبهة في أنّ مفهومه أمر وحدائي ذات إضافة له طرفان و يقوم بشخصين، لأمران يقوم أحدهما بشخص و الآخر بآخر، و لا ريب أنّ اختيارية هذا النحو من الفعل لا يتحقّق إلّا باختيارية طرفيه.

و الحاصل: أن مفهوم افتراق البيعين لاتعدّد فيه، و إنّما التعدّد في منشأ انتزاعه، و هو حركة هذا و حركة ذاك أو سكونه. و من المعلوم أن الأمر الواحد الانتزاعي لا يكون اختياريّاً غير مكره عليه إلّا بعدم الإكراه على واحد من طرفي منشأ انتزاعه، فبالإكراه على أحدهما من الحركة و السكون يكون الافتراق إكراهيّاً، فلا تتحقّق الغاية، فيبقى المغيّاً، و هو كلّ من الخيارين.

و لا ينافي ثبوت خيارهما الرواية الحاكية لقوله عليه السلام: «قمت فمشيت خطاءً ليجب البيع» بناءً على كون مدرك حمل الافتراق على الاختياري هو التبادر أو حديث الرفع، حيث إنّ في مورد الرواية الحاكية له لم يكن إكراه على الافتراق، لا على الإمام عليه السلام، و هو واضح، و لا على صاحبه، بأن أكره على السكون و عدم المصاحبة معه عليه السلام، إذ لو كان هناك من يكرهه عليه لكان هو الإمام عليه السلام، و هو أمر لا يكون.

نعم، تنافيه لو كان وجه الحمل على الاختياري هو الصحيحة، حيث إنّ مقتضى مفهومها بقاء الخيارين فيما إذا لم يتحقّق الافتراق منهما عن الرضا منهما مطلقاً، و لو تحقّق الافتراق عن رضا من أحدهما دون الآخر لإكراه أو غفلة أو نحو ذلك، فيعارض الرواية الحاكية بالعموم من وجه، لشمول المفهوم لصورة انتفاء الرضا من الطرفين أو من طرف واحد، و عموم الرواية الحاكية لصورة تحقّق الرضا منهما أو من أحدهما خاصّة - كما ادّعاه المصنّف عليه السلام، و إنّ كان محلّ تأمل، كما يأتي الإشارة إليه - فيتعارضان في صورة تحقّق الرضا من أحدهما دون الآخر، إذ قضيّة المفهوم ثبوت الخيارين، و مقتضى الرواية سقوطهما. و العمل على طبق الرواية التساقط و الرجوع إلى إطلاق أدلة السقوط بالافتراق، لا لترجيحها عليه بموافقة الإطلاقات أو بعمل المشهور على طبقها في أمثال المقام من صور افتراق أحدهما عن الآخر بلا رضا منه لغفلة أو سهو أو نسيان أو خطإ أو موت، لأنّ موافقة عمل المشهور لا بدّ في الترجيح بها من استنادهم إلى الرواية، و هو غير معلوم، لاحتمال استنادهم إلى إطلاق أخبار الافتراق، و إنّما أخرجوا صورة الإكراه إمّا لحديث الرفع، فتأمل، أو لدعوى تبادر الافتراق الاختياري قبال الإكراهي من الافتراق المأخوذ غاية للخيار في الأخبار، فيبقى ما عدا صورتي الإكراه و الاضطرار من صور الافتراق المجرد عن الرضا بالبيع تحت الإطلاق المقتضي للسقوط. و أمّا الإطلاق فهو مرجع لا مرجّح، فتأمل.

اختيارهما (٣٨٥٤) أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ و على الأول، هل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره، أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما؟ فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة، كما عن الخلاف وجواهر القاضي. و على الثاني يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين. و على الثاني: فهل يعتبر في المسقط خيارهما كونه فعلاً وجودياً و حركة صادرة باختيار أحدهما، أو يكفي كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء في مجلس العقد مختاراً؟ فعلى الأول: يتوجه التفصيل المصرح به في التحرير

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في تفكيك المحقق الثاني بين صورة مفارقة أحدهما و خروجه عن المجلس بعد موت الآخر، و صورة خروج أحدهما عنه بكره مع بقاء الآخر فيه بلا كره، بسقوط الخيارين في الأولى و ثبوتهما في الثانية، حيث إنّ الافتراق المسقط عنده عبارة عن الافتراق الخالي عن الإكراه أعمّ من أن يكون اختيارياً أم لا كما إذا كان هناك موت أو نوم، و هو موجود في الأولى فيسقطان، و معدوم في الثانية فيثبتان.

و بالجملة، بناءً على تقييد إطلاق أدلة مسقطية الافتراق بالافتراق الاختياري، إن كان ذاك التقييد لأجل التبادر أو حديث الرفع فالأقوى ثبوت الخيارين في المسألة، و إن كان لأجل الصحة فكذلك إن قلنا بعدم معارضة الرواية الحاكية لفعله عليه السلام لها كما هو الظاهر لما سيأتي، و إلّا - كما هو صريح المصنّف رحمته الله - فالأقوى سقوطهما للإطلاقات، نظراً إلى سقوط الصحة لأجل التعارض مع الرواية الحاكية لفعل الإمام عليه السلام، الموجب للرجوع إليها، لكن لانقول بالتقييد، لعدم صلاحية ما ذكر للتقييد، و لازمه سقوطهما للإطلاقات لو تمت. و إنّما الشأن في تمامية الإطلاق، و ذلك للشك في عموم الافتراق إذا أسند إلى الفاعل المختار للافتراق الإكراهي أيضاً كما عرفت في السابق، فالأقوى ثبوت الخيارين للأصل.

٣٨٥٤. يعني: عن اختيار كل واحد منهما بحيث لو اختار أحدهما التفرّق دون الآخر لم يصدق الغاية. و لا يخفى أنّه غير قابل للتقسيم إلى ما يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره الذي ذكره بقوله: «و على الأول هل يكون...»، كي يفرّع عليه سقوط خيار المختار خاصة في المسألة الذي ذكره بقوله: «فعلى الأول يسقط...»، بل هو مختصّ بخصوص ما ذكره بقوله: «أو يتوقف...»، من توقف سقوط خيار كل واحد منهما على مجموع اختيارهما كما هو ظاهر. كذا قيل. و هو اشتباه، لأنّه مبنيّ على كون المغيّسا بتلك

بين بقاء الآخر في مجلس العقد و ذهابه. و على الثاني: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد.

و اعلم أن ظاهر الإيضاح: أن قول التحرير ليس قولاً مغايراً للثبوت لهما، و أن محل الخلاف ما إذا (٣٨٥٥) لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، و إلاً سقط خيارهما اتفاقاً، حيث قال (٣٨٥٦) في شرح قول والده: " لو حل أحدهما و منع من التأخير، لم يسقط خياره على إشكال (٣٨٥٧). و أمّا الثابت، فإن منع من المصاحبة و التأخير، لم يسقط خياره، و إلاً فالأقرب سقوطه (٣٨٥٨)، فيسقط خيار الأول (٣٨٥٩) " انتهى (٣٨٦٠)،

الغاية هو خيار كل منهما، و ليس كذلك، بل هو خيارهما في الجملة، كما هو صريح قوله: «المجعول غاية لخيارهما» يعني: في الجملة. و هو على قسمين، لأنّ المقابلة بين الغاية - و هو الافتراق عن اختيار - و المعنى - و هو الخيار - إن كانت على سبيل التوزيع و من باب مقابلة الجمع بالجمع فهو القسم الأول، و إلاً بل كان المغياً كلّ واحد من الخيارين فهو القسم الثاني.

٣٨٥٥. هذا بمنزلة العلة لعدم المغايرة، يعني: محل الخلاف صورة بقاء الآخر في المجلس اختياراً. و لم يفصل العلامة فيها في التحرير، بل اختار ثبوته لهما.

٣٨٥٦. مقول هذا قوله بعد ذلك: «إنّ هذا مبنيّ على بقاء الأكوان...». أعاد كلمة «قال» هناك لطول الفصل بين القول و المقول.

٣٨٥٧. ناشٍ من الإشكال في اختصاص الافتراق المسقط للخيار بالاختياري فلا يسقط، و عمومته له و لغيره فيسقط.

٣٨٥٨. لصدق الافتراق الاختياري على البقاء مختاراً فيه و في ترك التأخير. وكذا فيما إذا كان مختاراً فيه دون ترك التأخير. و أمّا في العكس، فلكونه دليلاً على الإمضاء و كاشفاً عنه، فتأمل، فإنّه ممنوع فيما إذا كان جاهلاً بالحكم.

٣٨٥٩. لعلّ نظره في ذلك إلى أنّ المستفاد من الأدلة أنّ غاية كلّ واحد من الخيارين هو افتراق أحدهما لا بعينه بالاختيار، و هو حاصل بقاء أحدهما غير مكره عليه، فيسقط خيارهما حتّى المكره على الخروج، لتحقيق غايته أيضاً.

٣٨٦٠. يعني: كلام والده العلامة.

قال: إن هذا مبني (٣٨٦١) على بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه، و أن الافتراق ثبوتي أو عدمي (٣٨٦٢)، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط؛ لأنه فعل المفارقة، و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتية الافتراق، لم يسقط خياره؛ لأنه لم يفعل شيئاً. و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذاك* (٣٨٦٣). و إن قلنا: إنه معلل، سقط أيضاً. و الأقرب عندي السقوط؛ لأنه مختار في المفارقة^{٣٠}، انتهى. و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات، إلا أنه على كل حال صريح في أن الباقي (٣٨٦٤) لو ذهب اختياراً فلا خلاف في سقوط خياره؛ و ظاهره - كظاهر عبارة القواعد (٣٨٦٤٥) -: في أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر، فينتفي القول المحكي عن الخلاف و الجواهر. لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة في هذا القول، قال: " لو اكراها** أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه يتمكنان (٣٨٦٦)

٣٨٦١. يعني: الخلاف الذي يدل عليه قول العلامة: «فالأقرب سقوطه...» مبني على بقاء الأكوان الأربعة، و منها السكون الذي اتصف به الباقي في المجلس في المقام. ٣٨٦٢. الأولى أن يقول: أو أعم منه و من العدمي. ٣٨٦٣. أي: لم يسقط خياره.

٣٨٦٤. حيث إنه جعل منشأ الخلاف في سقوط خيار الباقي و عدمه كون البقاء فعلاً وجودياً أو أمراً عدمياً، فإنه صريح في أن الصادر منه لو كان فعلاً وجودياً عند الكل - كما لو ذهب الباقي أيضاً، لأن الذهاب وجودي على رأي الكل - لما وقع الخلاف في سقوط خياره، بل كان متفقاً عليه.

٣٨٦٥. وجه الظهور في الأول تقرير عبارة والده رحمته الله. و وجه الظهور في الثاني عدم نقل الخلاف في مورده.

٣٨٦٦. أي: على وجه لم يكرها على ترك التخاير بالفسخ و الإمضاء، يعني: لو وقع الإكراه على التفرق خاصة، و لم يعم على ترك التخاير، فلا مانع لهما من إعمال الفسخ و الإمضاء من حيث الإكراه، بل يتمكنان منهما. و بالجملة، المراد التمكن من حيث خصوص

** في بعض النسخ: إذا اكراه المتعاقدان.

* في بعض النسخ زيادة: فكذاك لم يسقط.

من الفسخ و التناخير فلم يفعلوا بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك" و نحوه المحكي عن القاضي، فإنه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: "بطل خيارهما" فتأمل. بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها. و فيه تأمل (٣٨٦٧).

.....
عدم الإكراه بالنسبة إليهما، لامطلقاً و لو من غير جهة الإكراه. فعبارته بإطلاقها تعمّ ما إذا أكرها على التفرّق و تمكّنا من الفسخ و التناخير من جهة عدم الإكراه على تركهما، و لكن لم يتمكّنا منهما من جهة الغفلة أو الجهل بالحكم و ما أشبههما. و مثل هذا هو المراد من بعض الصور الذي يذكر فيما بعد أنّ شمول عبارته في الخلاف له ممّا لا بدّ منه، مع أنّ بطلان الخيار فيه لا يختصّ بالتمكّن، أي: غير المكره على ترك التناخير و الفسخ.

و كيف كان، يمكن الخدشة فيما ذكره في وجه استظهار القول بالتفصيل بين خيار المكره و خيار المختار الباقي بسقوط الأوّل و ثبوت الثاني بقوله: «فإنّه لولا جواز...»، إذ محصل ذلك الوجه أنّ قيد «من تمكّن من ذلك» للاحتراز عن مقابله، أعني: الآخر الغير المتمكّن من ذلك، فكأنّه قال: بطل خيار من تمكّن من ذلك دون الآخر الذي لم يتمكّن منه.

و فيه: أنّ هذا إنّما يتمّ فيما إذا كان الآخر - فيما فرضه من صورة إكراه أحدهما على التفرّق دون ترك التناخير - مكرهاً على كلا الأمرين، وهو خلاف الظاهر، إذ الظاهر من كلامه أنّ الآخر في هذه الصورة مختار صرف لم يكره على واحد منهما، و لاريب في سقوط خياره. و على هذا ليس في هذه الصورة شخص لم يتمكّن من إعمال الخيار حتّى يكون التقيد بالتمكّن في كلامه احترازاً عنه، و إنّما التقيد به لأجل كونه هو المورد لتوهم عدم السقوط، فكأنّه قال: بطل خيار من تمكّن من ذلك أيضاً كما يسقط خيار من تمكّن من ذلك و من التفرّق معاً، و هو الطرف الآخر المختار فيهما معاً. و أمّا عدم الاقتصار على قوله: «بطل خيارهما» إنّما هو لأجل بيان الشقّ الآخر المقابل، صورة إكراههما معاً على التفرّق دون ترك التناخير. و لعلّه إلى ما ذكرنا أشار بالأمر بالتأمل. و يمكن أن يكون إشارة إلى ما ذكره بعد ذلك في توجيه عبارة الشيخ بقوله: «لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكّن من التناخير...»، فتدبّر.

٣٨٦٧. الحاكي هو صاحب مفتاح الكرامة^(١). و مراده من عبارة التذكرة قوله فيها:

«لو أكرها على التفرّق و ترك التناخير لم يسقط خيار المجلس، وكان الخيار باقياً، إلّا أن يوجد

وكيف كان، فالأظهر في بادئ النظر ثبوت الخيارين؛ للأصل (٣٨٦٨) و ما تقدّم من تبادل تفرّقهما عن رضا منهما، فإن التفرّق وإن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين و لا من أحدهما، إلا أن المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرّق، فرضا أحدهما في المقام - و هو الماكث - لادليل على كفايته في سقوط خيارهما، و لا في سقوط خيار خصوص الراضي؛ إذ الغاية غاية للخيارين، فإن تحققت سقطا و إلا ثبتا. و يدلّ عليه ما تقدّم من صحة الفضيل المصرّحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفي بانتفاء رضا أحدهما. و لكن يمكن التفصي عن الأصل بصدق تفرّقهما (٣٨٦٩)، و تبادر تقيّده بكونه عن رضا كليهما، ممنوع (٣٨٧٠) بل المتيقّن اعتبار رضا أحدهما.

.....
منه ما يدلّ على الرضا باللزم» إلى أن قال: «وكذا لو حمل أحد المتعاقدين و أخرج عن المجلس مكرهاً و منع من الفسخ، بأن يسدّ فوه مثلاً» انتهى. و نظره في وجه الظهور أو الصراحة إلى أن وجه الشبه في قوله: «وكذا» هو عدم سقوط خيار المكره.

٣٨٦٨. قد علم ممّا تقدّم أن هذا هو الأقوى، و لكن لخصوص الأصل، لمنع تبادل التفرّق عن رضا منهما، لما مرّ من عدم الشاهد عليه، بل وجود الشاهد على خلافه، و من إجمال الصحيحة، فراجع. و ما ذكره في دفع الأصل سيأتي ما فيه.

٣٨٦٩. يعني: أن الأصل إنما يرجع إليه فيما لم يكن هناك دليل اجتهادي، و في المقام موجود، و هو إطلاق سقوط الخيار بالتفرّق، لشمول التفرّق فيها للتفرّق الإكراهي، لما مرّ منه في أوائل المسألة السابقة من منع التبادر الاختياري منه مقابل الإكراهي، و القدر المسلّم هو تبادل الاختياري قبال الاضطراري الصادر عن الإنسان قهراً عليه بلا إرادة منه، كحركة المرتعش. هذا، و فيه: ما ذكرناه سابقاً في تلك المسألة من منع الإطلاق، لكن لا لتبادر الاختياري حتّى يمنع، بل لعدم تبادل عمومته لغير الاختياري.

٣٨٧٠. وجه المنع ما ذكرناه سابقاً في ذيل المسألة فيما علّقناه على قوله: «و إلى أن المتبادر...» من سقوط الخيار بتفرّقهما غافلين عن البيع. و بهذا الوجه بعينه يمنع اعتبار رضا أحدهما أيضاً. و لو بني على اعتبار رضا أحدهما لأجل التبادر فلا محيص عن اعتبار رضا كليهما لذلك. و بالجملة، لاتفكيك في التبادر و عدمه بين رضا أحدهما و رضا كليهما.

و ظاهر الصحيحة و إن كان (٣٨٧١) اعتبار ذلك، إلا أنه معارض بإطلاق (٣٨٧٢) ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام عليه السلام وأنه قال: " فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا "، جعل* مجرد مشيه عليه السلام سبباً لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار، و جعل وجوب البيع علّة غائيّة له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشي الإمام عليه السلام. و دعوى: انصرافه إلى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختياراً، ممنوعة.

و ظاهر الصحيحة و إن كان أخص (٣٨٧٣)،

٣٨٧١. لم يقل «صرحها» لاحتمال اعتبار رضا كلّ واحد منهما بالنسبة إلى خياره بطور التوزيع.

٣٨٧٢. قد يقال عليه: إن المذكور في تلك الرواية صرف حكاية فعل فلا إطلاق لها كما ذكره المصنّف رحمته الله. و على فرض الإطلاق لها إنما تعارض الصحيحة في مفروض المسألة، و هو ما كان المتحرّك مكرهاً و الساكن مختاراً، بناءً على اجتماع أمرين: أحدهما: دلالة الرواية على رضا أحدهما في الافتراق، و أنّ الاكتفاء بمشي عليه السلام إنما هو بلحاظ كونه باختياره و رضاه، بحيث لو حصل هذا المقدار من البعد منه عليه السلام بلا اختيار لما اكتفى به. و لكنّها محلّ تأمل، لأنّ مفادّه أنّ مشيه عليه السلام برضاه يوجب البيع من جهة كونه محققاً للافتراق، و لا ينافي ذلك كون المشي المجرد عن الرضا موجباً له أيضاً، من جهة تحقّق الافتراق به. و ثانيهما: عدم الفرق بين كون الاختيار من المتحرّك - كما هو موردها - و بين كونه من الساكن كما في مسألتنا، و إلا فتختصّ المعارضة بينهما بعكس مسألتنا من صورة كون المتحرّك مختاراً و الساكن مكرهاً.

وكيف كان، فطرف المعارضة للإطلاق هو مفهوم الصحيحة لامنطوقها، لتوافقه مع الرواية الحاكية في الإثبات، و معه لاتعارض، و النسبة بين طرفي المعارضة عموم من وجه. فلعلّ الآخر في موردها قد مشى قبله عليه السلام اختياراً، و الحاجة في وجوب البيع حينئذٍ إلى مشيه عليه السلام مع صدق افتراق أحدهما عن الآخر بدونه إنما هي لأجل كون الغاية لخيار كلّ منهما هو افتراق كليهما عن مكان العقد، لافتراق أحدهما عن الآخر كما احتملناه سابقاً، فتأمل.

٣٨٧٣. إن أراد من الظاهر منطوقها فهو و إن كان أخص، إلا أنه لاتعارض بينه و

إلا أن ظهور الرواية - في عدم مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقة أحدهما صاحبه - مؤيد بالتزام مقتضاه في غير واحد من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما و* فارق الآخر (٣٨٧٤) اختياراً، فإن الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين، وقد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقق الافتراق، فسقط الخياران مع أن المنسوب** إليه ثبوت الخيار لهما (٣٨٧٥) فيما نحن فيه. وكذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك (٣٨٧٦) بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين.

و ظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضاً: عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين، وإنما الخلاف في أن البقاء اختياراً مفارقة اختيارية أم لا. بل ظاهر القواعد - أيضاً - : أن سقوط خيار المكره مفرّج على سقوط خيار الماكث، من غير إشارة إلى وجود

بين الرواية الحاكية. و إن أراد مفهومها من جهة الشرط فهو و إن كان يعارضها إلا أنه أعم منها من وجه، كما بيناه في بعض الحواشي المتقدمة. وكيف كان، فتأيد الإطلاق بما يوجب قوته إنما يوجب تقديمه على الخاص المعارض له فيما أمكن التصرف في الخاص بحمله على الاستحباب و الكراهة و نحو ذلك، فيتصرف فيه بقرينة الإطلاق، و إلا - كما في المقام، لعدم إمكان التصرف بما لا يلائم الإطلاق إلا بإرادة رضا أحدهما من قوله: «بعد الرضا منهما» - و هو كما ترى من الفساد بمكان، فلا تغفل.

٣٨٧٤. هذا مبني على ثبوت الخيار لو لم يفارق، و هو مبني على القول بعدم سقوط الخيار بموت أحد المتعاقدين في المجلس، و إلا فليس هناك خيار حتى يقال بالسقوط عنهما بالتفرق برضا أحدهما.

٣٨٧٥. الظاهر من ذلك هو الإشكال على المحقق الثاني بتحقيق المنافاة بين فتويه. و قد مرّ وجه التفكيك و عدم التنافي بينهما في ذيل ما علّقناه على قول المصنّف: «و مبني الأقوال...»، فراجع.

٣٨٧٦. يعني: تأيد سقوط الخيارين بتفرق أحدهما اختياراً بنقل الإجماع، و لكنّه معارض بنقل الإجماع على ثبوتهما عن الغنية.

خلاف في هذا التفريع، وهو الذي ينبغي؛ لأن الغاية إن حصلت، سقط الخياران، وإلا بقيتا، فتأمل (٣٨٧٧). وعبارة الخلاف المتقدمة وإن كانت ظاهرة في التفكيك بين المتبايعين في الخيار، إلا أنها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التنازل 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 (٣٨٧٨) 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* (٣٨٧٩) خصوصه فقط، أولى من تخصيصها

٣٨٧٧. الأول بأن كانت الغاية لكل واحد من الخيارين افتراق أحدهما بالاختيار، والثاني بأن كانت الغاية لكل واحد منهما هو افتراق كل واحد منهما كذلك. وأما الأمر بالتأمل فلعله إشارة إلى ما يأتي من قوله: «و لعل نظر الشيخ والقاضي...» مما محصله: أن الغاية لكل خيار هو افتراق صاحبه، بأن يكون المقابلة بين الغاية والمغيا بنحو التوزيع.

٣٨٧٨. يعني بهذا البعض ما كان أحدهما متمكناً من جهة عدم الإكراه والآخر غير متمكن من جهة الإكراه، ولكن كانا غير متمكنين من جهة الإكراه مثل الغفلة والجهل بالحكم مثلاً، فإن عبارته تشمل هذه الصورة، إذ يصدق فيها أن أحدهما أكره على التفرق بالأبدان على وجه يتمكن من الفسخ والتنازل، مع أن بطلان الخيار وسقوطه لا يختص بذلك الأحدهما المتمكن من إعمال الخيار من حيث الإكراه، لعدم إكراهه على ترك التنازل، بل يجري في الآخر الغير المتمكن منه من ذلك الحيث، لأجل إكراهه على كلا الأمرين مع عدم تمكنه منه لولا الإكراه كما في صورة الغفلة، فتأمل، فإن العبارة غير مفهوم المراد لا بد فيها من تحديد النظر. ثم إن قوله: «التي لا يختص...» صفة البعض. والتأنيث باعتبار المعنى.

٣٨٧٩. يعني: وحمل عبارة الخلاف على ما ذكرنا بقولنا: «لاحتمال إرادة...» - من إرادة المتمكن لا على نحو يكون له مفهوم ودلالة على عدم بطلان خيار غير المتمكن من الفسخ والتنازل، الشامل بإطلاقه لصورة تمكنه من التفرق، برفع اليد عن المفهوم وإلغائه - أولى من إرادة المتمكن من الفسخ والتنازل بشرط إرادة خصوصه بحيث لا يوجد في غيره،

ببعض الصور. ولعلّ نظر الشيخ (٣٨٨٠) والقاضي إلى أنّ الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غايةً لسقوط خيار كلّ منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة. وهو استنباط حسن. لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ.

ثمّ إنّّه يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسألة - وهي ما إذا اكراه أحدهما على البقاء ممنوعاً من التخايير و فارق الآخر اختياراً - فإنّ مقتضى ما تقدّم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف في سقوط الخيارين هنا، و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضاً. وكيف كان، فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا أقوى (٣٨٨١) كما لا يخفى.

أي: بشرط حفظ المفهوم و الأخذ به، و تخصيصها - يعني: مفهومها - بإخراج بعض الصور الذي لا يختصّ بطلان الخيار فيه بالتمكّن من الفسخ و التخايير - بل يعمّ غير المتمكّن منه أيضاً - عنها.

٣٨٨٠. يعني: نظرهما في التفكيك الذي يظهر من كلامهما إلى أنّ افتراقهما الاختياري الذي جعل غاية لخيارهما بطور مقابلة الجمع بالجمع، لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ، لا لأنّ الظاهر منه كون افتراقهما معاً غاية لكلّ واحد من الخيارين كما يظهر من قول المصنّف في السابق، إذ الغاية غاية للخيارين، فإنّ تحقّق سقوطهما لا يثبت، حتّى يمنع ذلك و يدعى ظهوره فيما ذكرنا من مقابلة الجمع بالجمع، بل لما أسلفناه سابقاً من أنّ الافتراق من الأمور الإضافيّة القائمة بفعل الشخصين، و تحقّقه بالاختيار مقابل الإكراه المفروض اعتباره في المقام لا بدّ من اختياريّة كلا طرفيه القائم أحدهما بشخص و الآخر بالآخر، و على هذا لا يتفاوت الحال بين كونه بطور مقابلة الجمع بالجمع، و بين كون افتراق أحدهما لا بعينه أو بمجموع الافتراقين غاية لكلّ واحد من الخيارين.

٣٨٨١. لعلّ وجه الفرق بين المسألتين أنّ إطلاق الرواية الحاكية لمشي الإمام عليه السلام - الدالّ على سقوط الخيارين بمجرد رضا المتحرّك و إن كان الثابت غير راضٍ بلزوم المعاملة - لا ريب في انطباقها في عكس المسألة، ضرورة أنّ المتحرّك في العكس حسب الفرض غير مكره كما في مورد الرواية، بخلاف الأصل، إذ يمكن أن يقال بدخالة رضا خصوص المتحرّك جموداً على ظاهر الرواية، فلا تنطبق على أصل المسألة. و من هنا قلنا سابقاً إنّ معارضتها مع صحيحة الفضيل مبنية على التعدي من موردها و فهم المثالية.

مسألة: لو زال الإكراه، فالمحكي عن الشيخ و جماعة: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال. و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الإكراه كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باقٍ. وفيه: أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حساً (٣٨٨٢)، غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها - وهو الخيار - بسبب الإكراه،

و يمكن أن يكون الوجه فيه عدم الخلاف في صدق الافتراق الاختياري على حركة المتحرك، بخلاف سكون الساكن في الأصل، لا ابتداء صدقه عليه على عمومته للعدمي أيضاً. و لكن قضية ما ذكره في السابق من منع بناء الأحكام على هذه التدقيقات أن يكون نظره في وجه القوة إلى الأول.

٣٨٨٢. يختلف الحكم باختلاف مدارك الحكم ببقاء الخيار مع الافتراق الإكراهي، فإن كان مدركه النص - كما هو قضية قوله فيما بعد: «فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار» حيث إن مفاده أن ثبوته مستند إلى الخيار - فتارة يكون النظر إلى دعوى تبادر الاختياري من الافتراق، فالخيار دليل يبقى إلى أن يجيء مسقط آخر، لعدم إمكان ذاك المسقط فيما لو حدث عن الإكراه و لو بعد زواله، إذ الغاية للخيار على هذا هو حدوث بُعد لأحدهما عن الآخر أزيد مما كان بينهما حين العقد، بُعداً مستنداً إلى الاختيار، فمع فرض حدوثه بلا اختيار لا يعقل كونه باختيار، لأن الواقع لا ينقلب عما هو عليه. و على هذا يكون النص متعرضاً لغاية الخيار الموجود في حال الإكراه، و أنها عبارة عن الافتراق الاختياري، مثله في صورة الإكراه، غاية الأمر أنه بعد فرض تحقق الإكراه لا يمكن تحقق الغاية، فيمتد إلى أن يجيء مسقط آخر، بخلاف صورة عدم الإكراه. وكذلك الكلام فيما إذا كان مستنداً إلى دعوى تبادر كون الافتراق عن الرضا بالعقد، أو بالنظر إلى قوله في صحيحة الفضيل: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما». نعم لو لوحظ البعد الحاصل بينهما، فبالنسبة إلى القطعة الحاصلة بعد زوال الإكراه يكون الافتراق اختياريًا، إلا أن الظاهر من الرواية أن الغاية حدوث أصل الافتراق.

و تارة أخرى بالنظر إلى حديث الرفع، فيمتد بامتداد مجلس زوال الإكراه، لأن مفاد الحديث نفى أثر الإكراه و هو سقوط الخيار، إلا أنه بلسان نفى الموضوع، و أن الافتراق الإكراهي لا افتراق، فيكون مفاده أن البعد الحاصل بينهما عن إكراه لأبعد، و أنهما مادام الإكراه على ما كانا عليه حين العقد من القرب و الاجتماع و عدم الافتراق. فبعد ملاحظة

و لم يجعل مجلس زوال الإكراه (٣٨٨٣) بمنزلة مجلس العقد. و الحاصل: أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد، فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار، فلا بدّ إمّا من القول بالفور (٣٨٨٤) كما عن التذكرة - و لعلّه لأنّه (٣٨٨٥) المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين - و إمّا من القول بالتراخي إلى أن يحصل المسقطات؛ لاستصحاب الخيار. و الوجهان جاريان في كلّ خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

مسألة: و من مسقطات هذا الخيار: التصرف - على وجه يأتي في خيار الحيوان و الشرط - ذكره الشيخ في المبسوط في خيار المجلس و في الصرف، و العلامة في

هذا يكون مفاد أدلة الخيار ثبوته مادام مجتمعين حقيقة أو تنزيلاً، فإذا افترقا افتراقاً لم ينزل منزلة العدم وحب البيع. و على هذا أيضاً يكون النصّ متعرّضاً لغاية هذا الخيار، و أنّها عبارة عن الافتراق عن اختيار، مثل صورة عدم الإكراه من أوّل الأمر بلا فرق بينهما، إلّا في أن مبدأ حصول الافتراق هناك يلاحظ من مكان اجتماعهما الحقيقي و هو مكان العقد، و هنا من مكان الاجتماع التنزيلي و هو مكان زوال الإكراه، فتدبر.

و إن كان مدركه الإجماع على عدم السقوط مع الإكراه، فلا يدلّ على ثبوته بعد زواله، فيشكّ في بقاءه إلى مجيء مسقط آخر، و ارتفاعه بارتفاع الإكراه. و هو ناشٍ من الخلاف في أن المرجع في مثل المقام استصحاب حكم المخصّص فالأوّل، أو العموم المقتضي للزوم - كما هو الأقوى، على ما يأتي تحقّقه في خيار الغبن - فالثاني.

٣٨٨٣. يمكن أن يقال: إنّه يكفي فيه جعل الافتراق بمنزلة عدمه للملازمة العرفيّة بسين الجعلين، فيدلّ حينئذٍ على كون الغاية هو الافتراق عن مجلس زوال الإكراه.

٣٨٨٤. لابدّ من تبديل أوّل طرفي التردد إلى القول بسقوطه بمجرد زوال الإكراه، و تبديل دليله إلى العموم الدالّ على اللزوم، إذ بناءً على سكوت الدليل عن غاية الخيار لا وجه لثبوته بعد زواله أصلاً و لو أنّاً ما لو كان المرجع هو العموم، و لثبوته بعده في الآن الأوّل لو كان هو الاستصحاب، إلّا أن يكون مراده من الفور هو الاقتصار بمقدار دلالة الدليل و لو كان له زمان طويل، كما إذا طال زمان الإكراه، و إنّما عبّر عن هذا بالفور مسامحة.

٣٨٨٥. يعني: مع لزوم الرجوع إلى عموم أدلة اللزوم، و إلّا فما ذكره بمجرد لا يكون دليلاً على الفور، أي: زوال الإكراه.

١٠٠ المكاسب، ج ٤، الخيارات

التذكرة، و نسب إلى جميع مَنْ تأخّر عنه، بل ربّما يدّعى إطباقهم عليه، و حكي عن الخلاف و الجواهر و الكافي و السرائر. و لعلّه لدلالة التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان. و هو الوجه أيضاً في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، و إلّا فلم يرد فيه نصّ بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرّفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعلّلة؛ حيث قال: " فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضاً منه، فلا شرط "، فإنّ المنفي يشمل شرط المجلس و الحيوان، فتأمّل (٣٨٨٦). تفصيل التصرف المسقط سيجى إن شاء الله تعالى.

٣٨٨٦. إشارة إلى منع إطلاقه لغير خيار الحيوان، بدعوى ظهوره في الشرط المذكور قبله و هو خيار الحيوان، و لأقلّ من الاحتمال المصادم لظهوره في العموم.



مركز تحقيقات کتب و تراث اسلامی

المصادر:

- (١) التنقيح ج ٢: ص ٤٣؛ الجواهر ج ٢٣: ص ٣.
- (٢) التذكرة ج ١: ص ٥١٥ و ٥٢٤.
- (٣) المائدة (٥): ١.
- (٤) تفسير القمي ج ١: ص ١٦٠.
- (٥) البقرة (٢): ١٨٨.
- (٦) الصحيفة السجادية: ص ١٦٦. من دعائه عليه السلام في ذكر التوبة وطلبها.
- (٧) مصباح الزائر: ص ٤١٦.
- (٨) القاموس ج ٢: ص ٣٦٨، مادة (الشرط).
- (٩) الوسائل ج ١٢: ص ٣٤٦، الباب الأول من أبواب الأخيار. الحديث ٤، و ٣٤٨.
- (١٠) الوسائل ج ١٢: ص ٣٤٦، الباب الأول من أبواب الأخيار، الحديث ٣.
- (١١) المختلف ج ٦: ص ٢٥٥.
- (١٢) التذكرة ج ١: ص ٥١٥، والإرشاد ج ١: ص ٣٧٤.
- (١٣) الحقائق ج ١٩: ص ٧.
- (١٤) الجواهر ج ٢٣: ص ٩.
- (١٥) التذكرة ج ١: ص ٥١٥-٥١٦.
- (١٦) الحقائق ج ١٩: ص ١٦.
- (١٧) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٣١٩ و ٥٤٩.
- (١٨) جامع المقاصد ج ٤: ص ٦٥.
- (١٩) التذكرة ج ١: ص ٥١٦.
- (٢٠) المبسوط ج ٢: ص ٨٢.
- (٢١) التذكرة ج ١: ص ٥١٨-٥١٩.
- (٢٢) الدروس ج ٣: ص ٢٦٧.
- (٢٣) الوسائل ج ١٦: ص ٩٥، الباب ١١ من أبواب المكتبة، الحديث ١.
- (٢٤) المغني لابن قدامة ج ٣: ص ٥٦٨.
- (٢٥) المختلف ج ٥: ص ٦٣.
- (٢٦) التذكرة ج ١: ص ٥١٨.
- (٢٧) الخلاف ج ٣: ص ٢١، المسألة ٢٦ من كتاب البيوع.
- (٢٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣٤٨، الباب ٢ من أبواب خيار المجلس، الحديث ٢.
- (٢٩) جامع المقاصد ج ٤: ص ٢٨٣.
- (٣٠) إيضاح الفوائد ج ١: ص ٤٨٢-٤٨٣.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الثاني خيار الحيوان: لاختلاف بين الإمامية في ثبوت الخيار في الحيوان المشتري*، و ظاهر النصّ و الفتوى: العموم لكلّ ذي حياة (٣٨٨٧)، فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز، و لا يعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته (٣٨٨٨) في الجملة، فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الإناء و شبه ذلك خارج؛ لأنّه لا يباع من حيث أنّه حيوان، بل من حيث أنّه لحم مثلاً**، و يشكل فيما صار (٣٨٨٩) كذلك لعارض، كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم.

٣٨٨٧. قال بعض المحققين فيما كتب في الخيارات: «لاريب في عدم ثبوت خيار الحيوان في كلّ ما ليس له نفس سائلة و إن كان كبيراً جداً، كبعض أفراد السمك. و علّله بانصراف الحيوان في لسان الأدلة إلى ما له نفس سائلة، لأنّ الحيوانية في غيره ضعيفة» ثمّ قال: «و هذا هو السرّ في اختصاص ذي النفس بما يثبت له من الأحكام للحيوان، كالتجاسة بالموت» انتهى. و فيه: منع، فتأمل.

٣٨٨٨. يعني: بالحيوان المقصود منه شيء لا يحصل إلّا مع حياته و لو في بعض الأزمنة، ثمّ يقصد منه بعد مضيّ ذلك الزمان شيء آخر يتوقّف على عدمها، ك لحمه و جلده، و ذلك مثل الركوب بالنسبة إلى الدابة و النسبة إلى البقرة. فما يقصد لحمه من شرائه - كالسمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الإناء - خارج، لأنّه لا يباع من حيث أنّه حيوان بل من حيث أنّه لحم.

و فيه: أنّ الموضوع هو الحيوان، و قصد لحمه من شرائه لا يوجب أن يكون عنوان المبيع هو اللحم، و لذا لا يعتبر في صحّة بيعه الوزن، و لا يتطرّق فيه الربا، فالأقوى عدم الاختصاص. ثمّ إنّ التقييد بالإخراج من الماء و الإحراز في الإناء إنّما هو لأجل التحفّظ على شرط صحّة البيع، و هو القدرة على التسليم، لتعذّره بدونه.

٣٨٨٩. يعني: يشكل الاختصاص. و لم أفهم وجه الفرق بين هذا و سابقه، إذ لو كان المراد من الحيوان - في موضوع أدلة الخيار - هو المقصود حياته و لو لأجل دعوى الانصراف فلا خيار فيما لم يكن كذلك، سواء كان هذا بالذات أو بالعرض.

* في بعض النسخ: للمشتري.

** لم يرد «مثلاً» في بعض النسخ.

و على كلّ حال، فلا يعدّ زهاق روحه تلفاً (٣٨٩٠) من البائع قبل القبض، أو في زمان الخيار. و في منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه (٣٨٩١).

ثمّ إنّه هل يختصّ هذا الخيار بالبائع* المعيّن - كما هو المنساق في النظر (٣٨٩٢) من الإطلاقات و مع الاستدلال له في بعض معاهد الإجماع كما في التذكرة بالحكمة الغير

٣٨٩٠. لعلّ الوجه فيه انصراف التلف في دليلهما عن مثل المقام ممّا كان بناء المشتري على تلفه بما له من العنوان و فرضه تلفاً، فتدبر.

٣٨٩١. أحدهما: أنّها الثلاثة، لأنّ متعلّق الخيار هو العقد، و هو باقٍ مع عدم بقاء الحيوان.

و ثانيهما: أنّه آخر زمن حياته الممتدّ إلى الثلاثة بإطلاق دليله، بدعوى أنّ متعلّق الخيار هو العين، و التحديد بالثلاثة في الأخبار إنّما هو بالنسبة إلى خصوص طرف الزيادة، لا بالنسبة إليه و إلى طرف النقيصة معاً. فحينئذٍ يكون مفاد الدليل أنّ في بيع الحيوان خيار استرجاع العين، و لكن لا يتجاوز ذلك عن ثلاثة أيام، فإذا مات قبل انقضائها انتفى الخيار، لأجل انتفاء الموضوع، و هو عين الحيوان.

و ثالثها: امتداده إلى أن يجيء مسقط آخر و لو تجاوز عن الثلاثة، بدعوى أنّ الخيار متعلّق بالعقد، و أنّ التحديد بالثلاثة للاحتراز عن الزيادة في خصوص الحيوان الذي لا يعلم عدم بقائه إلى الثلاثة، لا مطلقاً حتّى فيما علم به فيه كما في الوجه الثاني. فيكون مفاد الدليل أنّ الخيار ثابت في كلّ حيوان، و حدّه في طرف كثرة المدّة هو الثلاثة أيام، لكن في خصوص ما لم يعلم بعدم بقائه إليها.

و الأقوى هو الوجه الأوّل، إذ الظاهر أنّ التحديد بلحاظ كلا الطرفين، و الخيار حقّ متعلّق بالعقد. و ما ذكرناه في بيان الوجوه أولى ممّا ذكره الأستاذان المحققان المولى اليزدي و المولى الخراساني ^{رحمتهما}، إذ على ما ذكره يكون ما عدا الوجه الأوّل خالياً عن الدليل، فلا حظ و تأمل.

٣٨٩٢. يعني: بعد الدقّة، فلا ينافي قوله: «كما هو المتراءى» إذ المراد منه التراءى في بادي النظر.

الجارية (٣٨٩٣) في الكلّي الثابت في الذمة - أو يعمّ الكلّي كما هو المتراءى من النصّ و الفتوى؟ لم أجد مصرّحاً بأحد الأمرين. نعم، يظهر من بعض المعاصرين رحمهم الله الأوّل. ولعلّه الأقوى (٣٨٩٤). وكيف كان، فالكلام فيمن له هذا الخيار و في مدّته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتمّ برسم مسائل.

مسألة: المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري، حكى عن الشيخين و الصدوقين^١ و الإسكافي و ابن حمزة^٢ و الشاميّين الخمسة (٣٨٩٥) و الحلّيين الستة (٣٨٩٦) و معظم المتأخّرين، و عن الغنية و ظاهر الدروس: الإجماع عليه؛ لعموم قوله منه: "إذا

٣٨٩٣. نعم، ما يتشخص في ضمن الثلاثة أيام سيّما في أوّلها مقارناً للعقد، و إلّا لتجري بلا إشكال.

٣٨٩٤. بل خلافه أقوى، سيّما في صورة تشخصه في ضمن فرد قبل الثلاثة، للإطلاق. و الانصراف إلى المعين - لو كان - بدوياً. و الحكمة قد تكون أحصّ من ذبها، على أنّها موجودة في المتشخص فيها.

٣٨٩٥. قال بعض: قد اصطّلحوا على التعبير بالشاميّين بالثنائية عن الحلّي و القاضي، و بالشاميّين الثلاثة عنهما مع الشهيد، و بالأربعة عنهم مع الكركي، و بالخمسة عنهم مع الشهيد الثاني، و بالستّة عنهم مع صاحب المدارك، و بالسبعة عنهم مع صاحب المعالم، و بالثمانية عنهم مع العلائي ابن الكركي، و بالتسعة عنهم مع البهائي، و بالعشرة عنهم مع الشيخ حسين والد البهائي، و بالأحد عشر عنهم مع الميسي، و بالاثني عشر عنهم مع الشيخ محمّد بن صاحب المعالم.

٣٨٩٦. قال ذاك البعض رحمهم الله ما هذا لفظه: «قد تضمّنت النسخة المصحّحة كلمة الحلبيّين بالباء الموحّدة. و لكن يعبّده عدم قيام الاصطلاح في الحلّي بلفظ الجمع، و إنّما اصطّلحوا بلفظ الثنية عن أبي الصلاح و ابن زهرة. و يعبّد كون العبارة هنا بالباء الموحّدة أنّ أبا الصلاح من جملة الشاميّين الخمسة المشار إليهم. فإذا أريد بالحليّين الستّة هو و ابن زهرة و أربعة أخرى لزم التكرار. و إنّما اصطّلحوا في الحلّي بصيغة الجمع. فيطلق الحلّيان على ابن إدريس و المحقّق، و الحلّيون الثلاثة عليهما مع العلامة، و الأربعة عليهم مع الفخر، و الخمسة عليهم مع ابن سعيد،

افترقا وجب البيع (٣٨٩٧) "خرج المشتري و بقي البايع، بل لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣٨٩٨) بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، و يثبت الباقي بعدم القول بالفصل. و يدلّ عليه أيضاً ظاهر غير واحد من الأخبار: منها: صحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: "قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما" ٣، و ظهورها في اختصاص (٣٨٩٩) الخيار بالمشتري و إطلاق نفي الخيار لهما في بيع غير الحيوان (٣٩٠٠)

و الستة عليهم مع السيسوري المقداد، و السبعة عليهم مع أبي العباس ابن فهد، و الثمانية عليهم مع ابن القطان، و التسعة عليهم مع العميدي، و العشرة عليهم مع والد العلامة، و الأحد عشر عليهم مع ابن طاوس، و الاثني عشر عليهم مع ابن سعيد الأكبر جدّ المحقق».

٣٨٩٧. يعني: عمومه لصورة كون المبيع حيواناً، خرج المشتري عن هذا العموم بالإجماع، و بقي الباقي. و ستطلع إن شاء الله على المناقشة في هذا العموم، و أنّ خيار المجلس مختصّ بخصوص صورة كون المبيع غير حيوان.

٣٨٩٨. خرج عنه المشتري بالإجماع و الأخبار المتفقة على ثبوت الخيار له، و بقي الباقي. ثمّ إنّ ظاهر المصنّف رحمته الله توقف الاستدلال بالآية على عدم ثبوت خيار المجلس، إمّا بالأصل، كما إذا كان المبيع ممّن يعتق على المشتري؛ بناءً على عدم خيار المجلس فيه، و إمّا باشتراط عدمه في العقد. و هو مبنيّ على تسليم تطرّق خيار المجلس في بيع الحيوان، و عدم عموم للآية من حيث الزمان، و إلّا فلزم يتطرّق فيه - كما أشرنا إليه، و يأتي إن شاء الله - أو كان لها عموم زماني كما هو قضية مقدّمات الحكمة، فلا يتوقّف عليه كما لا يخفى. و لولا هذا لأمكن الخدشة على التمسك بالعموم بطور القلب، بأن يقال: بأنّ العموم قد خصّص بالنسبة إلى عقد ثبت فيه خيار المجلس للمتبايعين بأدلة خاصّة و الإجماع، فيستصحب الجواز فيه بعد انقضاء المجلس بالتقريب الذي يأتي عن قريب، و يثبت في غيره بعدم القول بالفصل، فتأمل.

٣٨٩٩. «ظهوره» مبتدأ، و «إطلاق نفي الخيار» عطف عليه، و قوله: «يشمل» خبره.

٣٩٠٠. ليس في الرواية لفظ البيع حتّى يعمّ إطلاقها لما ذكر، بل و لا يعمّه على فرض وجوده أيضاً، إذ المراد منه المبادلة المعهودة المقابلة للصالح و الهبة و الإجارة، و من المعلوم

بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً. و يتلوها في الظهور (٣٩٠١) رواية علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: "الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري" فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية. و نحوها صحيحة الحلبي في الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري"؛ و صحيحة ابن رئاب (٣٩٠٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري". و أظهر من الكل صحيحة ابن رئاب 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".

و عن سيدنا المرتضى رحمته الله وابن طاووس رحمته الله: ثبوته للبائع أيضاً (٣٩٠٣)، و حكى

عمومه للشراء أيضاً، فيكون المراد من بيع غير الحيوان ما لم يكن الثمن و الثمن من الحيوان، لا البيع مقابل الشراء كي يعمه، فافهم.

٣٩٠١. لعل نظره رحمته الله في وجه قوة دلالة الأولى بالنسبة إلى هذه كون الحكم في الأولى مسبقاً بالسؤال دون الثانية، إذ مع كون السؤال عن مدة الخيار فقط قد تعرض عليه السلام في الجواب - مضافاً إلى بيان مقدار مدة الشرط - لبيان من له الشرط و أنه المشتري، و لا وجه له على الظاهر إلا دفع أن لا يتوهم عمومه للبائع أيضاً، و هذا بخلاف التعرض الابتدائي، لاحتمال أن يكون لأجل كونه الغالب المبطل به الناس.

٣٩٠٢. و ذلك لتخصيص الإمام عليه السلام الخيار بالمشتري، مع ترديد السائل بين الاحتمالات الثلاثة.

٣٩٠٣. قد يستشكل في دلالة عبارته على ما نسب إليه رحمته الله من تشريك البائع مع المشتري في هذا الخيار فيما إذا كان المبيع فقط حيواناً، و أن مراده إثباته للمتبايعين بنحو الإيجاب الجزئي قبيل السلب الكلي الذي يقول به العامة؛ أي: إثباته بينهما. و يستشهد عليه بما في ذيل العبارة من التعبير بقوله: «بين المتبايعين» بدل: للمتبايعين، فإنّه يدلّ على أنّه لم يتعلّق غرضه عليه السلام بخصوصيّة ما يفيد اللفظ الثاني، و إلا لم يجرّ تبديله إلى اللفظ الأوّل، لإخلاله بالغرض، و إنّما تعلّق غرضه بنفي ما يدلّ العامة من السلب الكلي، فإنّه الذي يمكن إفادته بكلّ واحد من اللفظين.

عن الانتصار: دعوى الإجماع عليه؛ لأصالة جواز العقد من الطرفين (٣٩٠٤) بعد ثبوت خيار المجلس، و لصحيفة محمد بن مسلم: "المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفرقا"، و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق؛ و هي أرجح بحسب السند من صحيفة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد.

و قد صرحوا بترجيح رواية مثل محمد بن مسلم و زرارة و أضراهما على غيرهم من الثقات؛ مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربعة المرجحة على مثل قرب الإسناد من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها.

و يستشهد أيضاً بدعوى الإجماع، فإن التشريك ممّا لا قائل به، فكيف يدّعي الإجماع عليه؟ قال الله فيما حكى عن الانتصار: «و ممّا انفردت به الإمامية أن الخيار يثبت للمتبايعين في بيع الحيوان خاصة ثلاثة أيام و إن لم يشترط. و خالف باقي الفقهاء في ذلك، و ذهبوا إلى أن الحيوان كغيره لا يثبت فيه الخيار إلا بأن يشترط. دليلنا: الإجماع المتكرر. و يمكن أن يكون الوجه في ثبوت هذا الخيار في الحيوان أن العيوب فيه أخفى و التغاين فيه أقوى، ففسح فيه و لم يفسح في غيره. و ليس للمخالف أن يقول: كيف يثبت بين المتبايعين خيار من غير أن يشترطه؟ و ذلك أنه إذا جاز أن يثبت خيار المجلس من غير اشتراط جاز أن يثبت الخيار الذي ذكرناه و إن لم يشترطه» انتهى.

و فيه: ما لا يخفى، لأن ظهور «للمتبايعين» في التشريك في الخيار أقوى من ظهور «بين المتبايعين» في خلافه، أي: الإهمال و الإجمال، فيتصرف فيه بحمله على كونه بينهما بطور التشريك. و أمّا الاستشهاد بالإجماع بما مرّ من التقريب، ففيه: أن من دأبه دعوى الإجماع في المسألة مع عدم القائل به، كما يظهر من ملاحظة الانتصار. و بالجملة، دلالة عبارته على ما نسب إليه ممّا لا ينبغي إنكاره.

٣٩٠٤. إن هذا من قبيل القسم الأول من ثالث أقسام استصحاب الكلّي، و هو ما إذا كان الشك في ارتفاع الكلّي و عدمه ناشئاً من احتمال وجود فرد آخر مقارناً للفرد المعلوم حدوثاً و ارتفاعاً فبقي، و عدم وجوده فارتفع. و المصنف رحمه الله يختار الحجية فيه، و ذلك لأن الشك في بقاء الجواز الكلّي بعد انقضاء المجلس بالنسبة إلى البائع - فيما إذا كان المبيع حيواناً -

و أما الصحاح الآخر (٣٩٠٥) المكافئة سنداً لصحيحة ابن مسلم، فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم (٣٩٠٦) لا تبلغ في الظهور مرتبة منطوق الصحيحة، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجة؛ لأن الغالب في المعاملة، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادة الفسخ في طرف المشتري لاطلاعاً على خفايا الحيوان، ولا ريب أن الأظهرية في الدلالة مقدمة في باب الترجيح على الأكثرية. و أما ما ذكر في تأويل صحيحة ابن مسلم - من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع فكان بين المجموع - ففي غاية السقوط (٣٩٠٧).

إنما نشأ من احتمال وجود خيار الحيوان أيضاً مثل المشتري مع وجود خيار المجلس الذي تحقق في ضمنه الكلّي. و حيثئذ لا مجال للإيراد عليه بأن التمسك بالاستصحاب مع قوله: «إذا افترقا» وجب البيع في غاية السقوط، لأنه تخيل أن المراد من الخيار المستصحب هو شخص خيار المجلس. نعم، يرد عليه بأنه مبني على جواز اجتماع أزيد من خيار واحد في موضوع واحد، و سيأتي الإشكال في ذلك، و أشرنا إليه في السابق.

٣٩٠٥. و أما صحيحة ابن مسلم الآتية الدالة على ثبوت خيار الحيوان لصاحب الحيوان فأيضاً دلالتها على عدم ثبوته للبائع فيما إذا كان المبيع خاصة حيواناً بالمفهوم، فيمكن أن يراد من المشتق فيها الأعم من المتلبس و المنقضي، فيعم في الفرض المذكور لكل واحد ممن انتقل الحيوان عنه و إليه، فيوافق مذهب السيد. و أما صحيحة ابن رثاب المروية في قرب الإسناد - و إن كانت تدل على الاختصاص بالمنطوق - فالكلام هنا في غيرها، بعد الفراغ عنها مع الصحيحة قبل ذلك بقوله: «و هي أرجح بحسب السند...».

٣٩٠٦. إنا مفهوم الوصف بناءً على تعميم الوصف لغير الوصف النحوي، كما في بعض أخبار المقام، فإن «للمشتري» في بعضها خير بعد خير، و «لمن اشترى» في بعضها الآخر خير. و إنا مفهوم وصف في بعضها، كقوله في موثق ابن فضال: «و صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام». و مفهوم لقب في الباقي بناءً على اختصاصه بما كان الوصف معتمداً على الموصوف، كما يظهر من بعض التعاريف. و الأول أقوى.

٣٩٠٧. وجه سقوطه بخالفته لظاهر الكلام. و أما حملها على صورة كون الثمن و الثمن معاً حيواناً، و لو بقرينة اتحاد الراوي و المروي عنه في الرواية الآتية المتضمنة لقوله عليه السلام: «صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» كي يكون المعنى: أن كل واحد من البائع و المشتري

و أما الشهرة المحققة (٣٩٠٨) فلا تصير حجة على السيد بل مطلقاً، بعد العلم بمسند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره. و إجماع الغنية - لو سلم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري - لا مجرد ثبوته له - معارض بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع؛ و لعلّه لذلك قوى في المسالك قول السيد مع قطع النظر عن الشهرة، بل الاتفاق على خلافه. و تبعه على ذلك في المفاتيح و توقّف في غاية المراد و حواشي القواعد و تبعه في المقتصر. هذا، و لكن الإنصاف: أن أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها

بالنسبة إلى الحيوان المنقول إلى ذاك الكل بالخيار إن شاء رده و إن شاء أمسكه، ففيه: أن كلمة «ذلك» في الفقرة الأخرى لا بدّ حينئذ من أن تكون إشارة إلى الحيوان في هذه الفقرة، و هو لا يجتمع مع تفسير الموصول فيها الذي أريد منه بمقتضى المقابلة العين القابلة للبيع و الشراء، حيث إن كلمة «من» في قوله: «من بيع» بيّانية. و جعل البيع في تلك الفقرة الثانية* - كما في جملة من الأخبار، و ادّعى في الوافي أن استعماله فيه شائع فيه - مع كونه مع ذلك خلاف الظاهر المحتاج إلى قرينة لا يصحّح المعنى، إذ يصحّح المعنى: أن لكل من البائع و المشتري خياراً في الحيوان الذي انتقل إليه و في عين أخرى غير الحيوان من مبيع انتقل إليه، و هو كما ترى غلط، لأن المبيع ينتقل عن البائع لا إلى البائع. فالمراد من الحيوان بعد لحاظ الذيل بيع الحيوان مع كون البيع المضاف إلى الحيوان إمّا بمعنى المعاملة المشتملة عليه ثمناً أو مثنياً أو معاً، و أمّا بمعنى المبيع، و جعل الإضافة إلى الحيوان بيّانية، و جعل البيع في الذيل أيضاً بمعنى المبيع. و على التقديرين تدلّ على قول السيد بالإطلاق. فالأولى في الجواب عنها أن يقال: إنها من جهة عدم العمل بها ساقطة عن درجة الحجّة. أما المشهور فواضح. و أما السيد فلائها خير واحد، و هو لا يعمل به.

٣٩٠٨. يعني: الشهرة من حيث الفتوى لا تصير حجة على ضرر السيد من حيث مرجّحتها لما يوافقها على ما يخالفها، لأنّ ترجيح رواية بموافقتها فرع حجّة تلك الرواية لولا معارضتها بأخرى، و ليست عند السيد بحجّة، لأنّه لا يعمل بأخبار الآحاد. و أمّا عمله بصحيفة ابن مسلم - على تقديره - فلعلّه من جهة احتفافها بالقرائن القطعية قد ظفر بها دون غيره.

* كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر أن في العبارة سقطاً، و لعلّ الصحيح هكذا: و جعل البيع في تلك الفقرة الثانية بمعنى المبيع كما في جملة من الأخبار....

عن الصحيحة مع اشتهاها بين الرواة حتى محمد بن مسلم (٣٩٠٩) الراوي للصحيحة، مع أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق (٣٩١٠) و المتيقن خروج المشتري، فلارب في ضعف هذا القول.

نعم، هنا قول ثالث لعله أقوى منه، وهو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مئماً، نسب إلى جماعة من المتأخرين^٢، منهم الشهيد في المسالك؛ لعموم صحة ابن مسلم (٣٩١١) "المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام" و لا ينافيه تقييد الحيوان بـ "المشتري" في موثقة ابن فضال (٣٩١٢)؛ لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب؛ لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً.

و لا ينافي هذه الدعوى (٣٩١٣) التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم؛

٣٩٠٩. لعل نظره في ذلك إلى نقله رواية ثبوت الخيار لصاحب الحيوان، بدعوى ظهور صاحب الحيوان في المشتري، و إلا فليس بين أخبار اختصاص الخيار بالمشتري ما يرويه محمد بن مسلم. و يتجه على هذه الدعوى بأنها منافية لجعله هذه الرواية من أدلة القول الثالث، حيث إنه لا يتم إلا بعموم صاحب الحيوان للبايع أيضاً.

٣٩١٠. بناءً على ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان. و أما بناءً على عدمه فالمرجع بعده هو عموم وجوب الوفاء بالعقود.

٣٩١١. يعني: العموم من حيث الحكمة، فإن دلالتها بالإطلاق.

٣٩١٢. روى علي بن فضال قال: «سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام: صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام».

٣٩١٣. يعني: دعوى ورود القيد مورد الغالب. وجه المنافاة: أنه معها يمكن أن يقال: إن صاحب الحيوان في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة قبل سطر في وارد مورد الغالب، و هو صورة كون صاحب الحيوان مشترياً، و معه لا يبقى لها إطلاق يعم غير الصورة المذكورة حتى يتمسك بها لإثبات القول الثالث. و أما ما ذكره في وجه عدم المنافاة بقوله: «لأن الغلبة...»، فتوضيحه: أن الغلبة هنا بأدنى مراتبها تصلح أن تكون نكته لإتيان القيد الغالب مع عدم اختصاص الحكم بمورده، و لاتصلح بعين تلك المرتبة أن تكون نكته لذكر الإطلاق مع إرادة خصوص المقيّد بذلك القيد الغالب، لاحتياجه إلى غلبة فوق تلك المرتبة، و الغلبة في المقام

لأن الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا توجب تنزيل الإطلاق. و لا ينافيها أيضاً (٣٩١٤) ما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري؛ لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان، و لاصحححة محمد بن مسلم (٣٩١٥) المثبتة للخيار للمتبايعين؛ لإمكان تقييدها - و إن بعد - بما إذا كان العوضان حيوانين. لكن الإشكال في إطلاق الصحححة الأولى من جهة قوة انصرافه إلى المشتري، فلا مخصص يعتد به؛ لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس (٣٩١٦)، فلا محيص عن المشهور.

لم تبلغ إلى تلك المرتبة الكافية في التعبير بالإطلاق. هذا، و فيه: ما لا يخفى، إذ مع هذه المرتبة من الغلبة لا تتم لنا مقدمات الأخذ بالإطلاق في الصحححة، و لذا قال فيما بعد: «و لكن الإشكال في إطلاق الصحححة من جهة قوة انصرافه إلى المشتري».

٣٩١٤. هذا عطف على قوله: «و لا ينافيه تقييد...». و ضمير التأنيث راجع إلى الصحححة، يعني: لا ينافي عمومها أيضاً ما دلّ... و كان الأولى أن يقول: و لا ينافيه بتذكير الضمير. ثم إنه لا يخفى عليك أن ما دلّ على الاختصاص بالمشتري - على تقدير عدم ورود مورد الغالب - إنما ينافي الصحححة فيما إذا كان الثمن و الثمن معاً حيواناً، و أما إذا كان الثمن فقط حيواناً فلا ينافيها أصلاً، لفرض كون المشتري فيه مشترياً للحيوان المبسطين لفرض كونه مشترياً لغير الحيوان كما فرضناه.

٣٩١٥. هذا عطف على قوله: «ما دلّ على اختصاص الخيار بالمشتري». و المراد من هذه الصحححة ما ذكره قبل ما يقرب نصف الصفحة دليلاً على قول السيد... هذا، و لعمرى إن التصرف في إطلاق صحححته الأولى المتضمنة لصاحب الحيوان بما سيذكره من الحمل على الفرد الغالب، أهون بمراتب من التصرف في هذه الصحححة بحمل إطلاقها على صورة كون العوضين معاً حيواناً، لأنه - مع بعده في نفسه كما اعترف به - لا بد من تقييده بما إذا كان صاحب أحدهما بايعاً و الآخر مشترياً، بأن كان قصد أحدهما بالقياس إلى ما عنده من الحيوان قبل المعاملة قيامه مقام الدرهم و الدينار دون الآخر، إذ لو قصد كل منهما ذلك أو لم يقصده فاحتمل قوياً أن لا يكون هذا بيعاً، بل يكون معاملة مستقلة. و عليه لا يصح حمل الصحححة على تلك الصورة، لأن المتعاملين فيها ليسا من أفراد المتبايعين، و هذا تقييد في تقييد.

٣٩١٦. لعل الترديد من جهة الاختلاف في مبدأ خيار الحيوان في مورد ثبوته، فإن كان

مسألة: لافرق بين الأمة (٣٩١٧) و غيرها في مدة الخيار، و في الغنية كما عن الحلبي: أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها، بل عن الأول دعوى الإجماع عليه، و ربما ينسب هذا إلى المقنعة^٢ و النهاية و المراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها (٣٩١٨) مدة الاستبراء. و لم أقف لهم على دليل (٣٩١٩).

مسألة: مبدأ هذا الخيار من حين العقد (٣٩٢٠)، فلولم يفترقا ثلاثة أيام انقضى خيار

من حين العقد فالأول، و إن كان بعد المجلس فالثاني.

٣٩١٧. لا لقوله ^{عليه السلام} في صحيحة الحلبي: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام» لأن إفادة كلمة «كل» للعموم لجميع أفراد المعنى الذي وضع له ما أضيفت إليه أو مرجعه موقوفة على إرادة هذا المعنى منه، و هو موقوف على جريان مقدمات الحكمة فيه، و إلا فلو أريد من الحيوان الراجع إليه الضمير المضاف إليه كلمة «كل» غير الإنسان - أي: غير الأمة و العبد - و لو لأجل الانصراف لما أفاد ذكر كلمة «كل» و إضافته إلى ضميره. بل لصحيحة ابن رثاب المحكية عن قرب الإسناد الواردة في خصوص الأمة، الصريحة في كون مدة الخيار فيها أيضاً ثلاثة أيام.

٣٩١٨. إذ ليس ذلك - كما قيل - إلا لأنها مدة الخيار، فيكون من صغريات قاعدة كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له، إذ البائع لا خيار له.

٣٩١٩. يعني: يعتد به، لعدم الاعتداد بإجماع الغنية.

٣٩٢٠. مقتضى صريح الأخبار المتقدمة المفصلة بين خيار الحيوان و خيار المجلس - المقيدة لإطلاق بعض أخبار خيار المجلس الشامل لباع الحيوان أيضاً، لأن ما قرع سمعك من عدم حمل المطلق على المقيّد في الأحكام الوضعية إنما هو فيما عدا مثل المقام، كما لا يخفى وجهه على المتأمل، فتأمل - أن موضوع الأول بيع الحيوان و موضوع الثاني بيع غيره، فلا يجتمعان أصلاً كي يقع الكلام في أن مبدأ الأول من حين انقضاء الثاني أو من حين العقد. و بعد الغرض عن ذلك و تسليم اجتماعهما معاً في بيع الحيوان نقول: لم لا يعكس الأمر، و لا يقال: إن مبدأ خيار المجلس فيه من حين العقد أو ممّا بعد الثلاثة؟ إلا أن يقال: إن كونه من انقضاء الثلاثة يوجب حمل أخبار خيار المجلس على الفرد الأندر، إذ الأغلب عدم امتداد المجلس إلى الثلاثة. و فيه: أنه لا بأس به مع كون بيع غير الحيوان في غاية الكثرة، إذ معه لا يكون ذلك موجباً لحملها على الفرد النادر فضلاً عن الأندر.

الحيوان و بقي خيار المجلس؛ لظاهر قوله **لَا يُلْغَى**: "إنَّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، و في غيره حتى يتفرقا" خلافاً للمحكّي عن ابن زهرة، فجعله من حين التفرّق، وكذا الشيخ و الحلّي 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 التفرّق؛ لأنَّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفرّق^٨، انتهى. و نحوه المحكّي عن السرائر. و هذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربّما يستدلّ عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة أيام من حين العقد، بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، و بلزوم اجتماع السببين على مسبّب واحد (٣٩٢١)، و بما دلّ على أن تلف الحيوان في الثلاثة من

و بالجملة، إن كان في البيع خيار واحد يمتدّ إلى الثلاثة في موضوع و إلى الافتراق في آخر مباين له، أو خياران لا يجتمعان في موضوع واحد أصلاً، فلا مجال للكلام في تعيين المبدأ، و الالتزام بأنَّ مبدأ خيار الحيوان من حين التفرّق فراراً عن محذور توارد العلتين على معلول واحد، بناءً على وحدة الخيارين ماهيةً و وجوداً، و محذور اجتماع المثلين بناءً على الاتحاد ماهيةً و التعدّد وجوداً. و إن كان فيه خياران يجتمعان في موضوع واحد، فلا مجال لتخصيص خيار الحيوان بالبحث عن تعيين مبدئه، بل لابدّ من البحث في تعيين مبدأ كليهما، بأن يقال: إنَّ مبدأ الخيار هل هو فيهما معاً من حين العقد، أو في أحدهما فقط، و أمّا الآخر فهو من حين انقضاء الأوّل؟ نظراً إلى ما استدلّ به على عدم إمكان الاجتماع. و على الثاني لما لم يكن لكون مبدأ خصوص أحدهما من حين العقد دون الآخر ترجيح على العكس، فيحكم بالإجمال و ترتيب الآثار المترتبة على القدر الجامع، و أمّا بالنسبة إلى آثار الخصوصيّتين لو كانت فيرجع إلى أصالة عدم تحقّق موضوعهما.

٣٩٢١. لو ردّد المستدلّ بذلك بينه و بين لزوم اجتماع المثلين - و قال في تقريب الاستدلال: إنَّ الخيار ماهيةً واحدة، و هي على ما عرّفوه ملك إزالة العقد و إقراره، و بجرّد الاختلاف في مقدار البقاء و الامتداد لا يوجب اختلاف الماهية، و حينئذٍ فإن اتّحد الخياران وجوداً أيضاً لزم المحذور الأوّل، و إن تعدّداً وجوداً كما هو قضية تعدّد العلة لزم الثاني، لمماثلتهما من حيث من له الحقّ و من عليه الحقّ و ما فيه الحقّ - لما صغّر رده بما ذكره المصنّف **رحمته** بقوله: «و يردّ التداخل...»، إذ على تقدير الاختلاف من حيث الماهية و إن كان

البائع مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري. ويرد الأصل بظاهر الدليل، مع أنه بالتقرير الثاني، مثبت.

يرتفع كلا المحذورين لكنه خلاف التحقيق، لأن التحقيق إتحاد حقيقة الخيارات. و على تقدير الاتحاد من حيث الحقيقة لا يخلو: إما أن يكون متعدداً وجوداً، وإما أن يكون واحداً وجوداً أيضاً، كما هو الظاهر من قوله: «و إن اتحدنا فكذلك» أي: لا بأس بالتعدد من حيث السبب، إذ لو أريد منه وحدة الماهية مع التعدد الوجودي لما يرتبط به التعليل بقوله: «إما لأن...»، حيث إنه مع التعدد الوجودي لا وجه للتصرف في السبب المتعدد بأحد الوجهين كما هو ظاهر، بخلافه مع الاتحاد وجوداً أيضاً، فإنه لا بد حينئذ من أحد التصرفين، وإلا يلزم اجتماع السببين على مسبب واحد. يعني: و إن اتحدنا ماهيةً وجوداً فكذلك لا بأس بتعدد السبب، لأن السبب متعدد لكن صورة، و أما بحسب الواقع فهو واحد، إما لأن...، كما لا بأس بتعدد السبب على تقدير الاختلاف من حيث الماهية، لتعدد المسبب، فكل سبب منهما مسبب واحد مستقل على حدة.

فعلى الأول، و هو اختلافهما من حيث الوجود مع الاتحاد من حيث الماهية، و إن كان يرتفع به محذور اجتماع السببين على مسبب واحد، لتعدد المسبب حينئذ، إلا أن محذور اجتماع المثليين على حاله.

و على الثاني، و هو الاتحاد ماهيةً وجوداً، و إن كان يرتفع المحذوران كلاهما، إذ المسبب - و هو الخيار - واحد، و السبب أيضاً واحد بأحد الوجهين المذكورين في المتن، إلا أنه خلف، إذ المفروض في مورد البحث هو تعدد الخيار و التسالم عليه، و إنما الكلام في أن مبدأهما واحد أو متعدد، فلا بد في رفع كلا المحذورين في مفروض الكلام - أعني: تعدد الخيار - إما من الالتزام باختلاف زمان الثبوت، أو الالتزام بعدم محذور في اجتماع المثليين في مثل المقام من الأمور الاعتبارية. هذا كله بناءً على تعدد الخيار في مورد واحد، و لانقول به، لاختلاف موضوع الخيارين كما عرفت، و عليه لاموضوع للبحث.

وكيف كان، فقد ظهر أن ما ذكره رحمته الله لا يمكن أن يريده العلامة في جوابه عن محذور اجتماع المثليين اللازم على تقدير تعدد الخيار وجوداً و اتحاده ماهيةً، لأنه التزام بوحدة الخيار في المسألة، و هو خلاف المفروض كما مر، فتدبر جيداً.

و أدلة "التلف من البائع" محمول على الغالب (٣٩٢٢) من كونه بعد المجلس.

و يرّد التداخل بأنّ الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد. و إن اتّحدا فكذلك؛ إمّا لأنّ الأسباب* معرّفات، و إمّا لأنها علل و مؤثرات يتوقّف استقلال كلّ واحد منها في التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه (٣٩٢٣)، فهي علل تامّة إلّا من هذه الجهة، و هو المراد ممّا في التذكرة - في الجواب عن أنّ الخيارين مثلاًن فلا يجتمعان - : من أنّ الخيار واحد و الجهة متعدّدة^٩.

ثمّ إنّ المراد بزمان العقد هل زمان مجرّد الصيغة - كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقلة - أو زمان الملك - عبّر بذلك للغلبة -؟ الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين، قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان (٣٩٢٤)

٣٩٢٢. فيه ما لا يخفى. فعمدة الجواب عن ذلك أنّ كون التلف من المشتري في الخيار المشترك - كخيار المجلس - ليس لأجل اقتضاء الخيار المشترك لذلك، بل إنّما هو بالقياس إليه لاقتضاء صرف، و كونه منه إنّما هو لكونه على طبق القاعدة، و هذا بخلاف كون التلف من البائع في زمن الخيار المختصّ بالمشتري، كخيار الحيوان على المشهور، فإنّه لاقتضائه له على خلاف القاعدة، فكون التلف من البائع لأجل خيار الحيوان لا ينافي كونه من المشتري بلحاظ خيار المجلس. ثمّ إنّ التمسك بذلك من صغريات التمسك بأصالة العموم في الحكم بعدم فردية ما يشكّ في فرديته له مع مخالفته له في الحكم. و فيه إشكال بل منع، لما قرّر في الأصول.

٣٩٢٣. فإن اقترنا فيشتركان في التأثير، و حينئذٍ لاسبيل لأن يكون غاية هذا الخيار المسبّب عنهما معاً هو التفرّق أو الثلاثة، و هو ظاهر، فيحتمل أن يكون أقرب الأجلين، أو أبعدهما، أو يكون على الفور، أو على نحو يمتدّ إلى مجيء مسقط آخر، وجوه. و لعلّ الأظهر هو الثاني، للاستصحاب بضميمة دعوى القطع بأنّ مدّة هذا الخيار المسبّب عن مجموع السببين ليست أزيد من مدّة الخيار المسبّب من أحدهما. و لو نوقش في هذه الدعوى فالأقوى هو الوجه الأخير، للاستصحاب.

٣٩٢٤. يعني: من انتقل إليه الحيوان. و إن كان هو بايعاً، كأن باع طعاماً في ذمّته

و إن كان بايعاً، كان مبدئه بعد القبض. و تمثيله بما ذكر (٣٩٢٥) مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين، و قد تقدم التردد في ذلك.

ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لابد له من أثر. و قد تقدم الإشكال في ثبوته (٣٩٢٦) في

بعنوان السلم في مقابل حيوان كالشاة، كان مبدأ خياره - على القول بثبوته لمطلق صاحب الحيوان بالفعل و لو كان بايعاً كما في المثال - بعد قبض البائع للطعام سلماً الثمن، و هو الشاة. ٣٩٢٥. يعني: تمثيله لما يكون زمان الملك متأخراً عن زمان العقد في معاملة مشتملة على الحيوان بما ذكر من المثال - أعني: شراء الطعام مؤجلاً و سلماً بحيوان حالاً، المتوقف كونه مثلاً له على القول الثالث في المسألة الأولى، و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان و لو كان بايعاً - مبني على اختصاص خيار الحيوان بما إذا كان الحيوان معيناً، و إلاً فلو كان يعم لصورة كونه كلياً أيضاً لصح التمثيل له بما لا حاجة فيه إلى الالتزام بالقول المذكور، بل يتم على القول باختصاص الخيار بالمشتري، بأن اشترى الحيوان الكلي بعنوان السلم إلى أجل معلوم بشيء حال من النقدين أو غيرهما. و قد مر من المصنف رحمته التردد في ذلك أولاً، ثم تقوية الاختصاص بالمعين أخيراً، تبعاً لبعض معاصريه، الظاهر أن المراد منه و من البعض هنا في قوله رحمته: «كما استظهره بعض المعاصرين» شخص واحد. و قد مر هناك تقوية التعميم. هذا بناءً على كون النسخة: «على عدم اختصاص الخيار...»، بزيادة كلمة «العدم». و أما بناءً على كون النسخة: «على عدم اختصاص الخيار...» بزيادة كلمة «العدم» كما في بعض النسخ المصححة، فيكون المراد: أن التمثيل بما ذكر من جهة إطلاق لفظ الحيوان المجعول ثمناً في المثال - الشامل للشخصي و الكلي، الذي يكون قبضه المعتبر في صحة السلم بقبض مصداق منه قبل التفرق - مبني على عدم اختصاصه بالمعين، و إلاً فلو اختص لكان اللازم عليه تقييده في المثال بمثل قوله: معيناً مثلاً. و هذا هو المناسب لقوله: «و قد تقدم...»، إذ الظاهر أنه في مقام الإيراد على المبني، و هو لا يتم إلاً على هذا كما لا يخفى.

٣٩٢٦. و قد مر منه رحمته أيضاً تصوير الأثر على القول بعدم وجوب التقابض كما هو

* كذا في الطبعة المحررة. و العبارة مشوشة، و لعلها من سهر قلعه الشريف رحمته. و الصحيح: على اختصاص الخيار... بعدم زيادة كلمة العدم. كما أن الثمن الموجود هنا موافق لهذه النسخة. و يؤيد ما صححه قول المهشي رحمته بعد أربعة أسطر: مبني على عدم اختصاصه بالمعين و إلاً....

الصرف قبل القبض لولم نقل بوجوب التقابض.

مسألة: لا إشكال في دخول الليلتين المتوسّطتين في الثلاثة أيام، لا لدخول الليل في مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج (٣٩٢٧)، و لا في دخول الليالي الثلاث عند التلقيق مع الانكسار. فلو عقد في الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقي من ليلة العقد. لكن فيه: أنه يصدق حينئذٍ الأقل من ثلاثة أيام، و الإطلاق على المقدار المساوي للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر.

قيل: و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالي الثلاث؛ لدخول الليلتين أصالة، فتدخل الثالثة، و إلا لاختلفت مفردات الجمع في استعمال واحد، انتهى. فإن أراد الليلة السابقة (٣٩٢٨) على الأيام فهو حسن، إلا أنه لا يعلّل بما ذكر (٣٩٢٩). و إن أراد الليلة الأخيرة (٣٩٣٠) فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد، إذ لانقول باستعمال اليومين الأولين في اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث في خصوص

الحق، لعدم الدليل عليه.

٣٩٢٧. يعني: الخارج عن مفهوم لفظ اليوم مثل الإجماع. و يمكن استفادته من مفهوم قوله ﷺ في رواية قرب الإسناد: «فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء». ثم إنّ ما بين طلوع الصبح و الشمس هل هو من اليوم كما هو المعروف، أم من الليل كما يساعد عليه عرف العوام، فيكون اليوم مرادفاً للنهار، بل يمكن استفادته من بعض أخبار مواقيت الصلاة؟ فيه إشكال، و لا يترك الاحتياط.

٣٩٢٨. يعني: فيما إذا وقع العقد في تلك الليلة.

٣٩٢٩. من لزوم اختلاف مفردات الجمع لولم تدخل تلك الليلة، لعدم صحة هذا التعليل إلا بناءً على إرادة الليلة الثانية و الثالثة من مفرد الجمع و هو اليوم، و استعماله فيه مع الليلة في اليوم الثاني و الثالث، و هو فاسد، لما يذكره بقوله: «إذ لانقول...»، بل يعلّل بما ذكره المصنّف من أنّ اعتبار الاستمرار في هذا الخيار قد دلّ عليه الدليل الخارجي.

٣٩٣٠. يعني: إن أراد هذه كما هو الظاهر من الليلة الثالثة. و لازمه فرض وقوع العقد في أوّل النهار، فلا حسن في دخولها في الأيام، لعدم الدليل على دخولها. أمّا مسألة الاستمرار المستفاد من الخارج فواضح. و أمّا ما ذكره من مسألة لزوم اختلاف مفردات الجمع

النهار، بل نقول: إن اليوم مستعمل في خصوص النهار أو مقداره من هارين، لا في مجموع النهار و الليل أو مقدارهما، و لا في مقدار* النهار و لو ملفقاً من الليل. و المراد من "الثلاثة أيام" هي بلياليها أي ليالي مجموعها، لا كل واحد منها، فالليالي لم ترد من نفس اللفظ، و إنما أريدت من جهة الإجماع** و ظهور اللفظ الحاكمين في المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال: الخيار يستمر إلى أن يمضي ست و ثلاثون ساعة من النهار.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمر: أحدها: اشتراط سقوطه في العقد. و لو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض بالصحة، و لا بأس به (٣٩٣١). و الثاني: إسقاطه بعد العقد، و قد تقدم الأمران (٣٩٣٢). الثالث: التصرف و لاخلاف في إسقاطه في الجملة لهذا الخيار. و يدل عليه قبل الإجماع النصوص: ففي صحيحة ابن رناب (٣٩٣٣): "فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه و لا شرط له، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء^{١١}". و صحيحة الصفار: "كتب إلى أبي محمد^{عليه السلام} في الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها حدثاً من أخذ الخافر أو نعلها (٣٩٣٤) أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة

لو لم تدخل فلائنه لا يلزم من خروجها اختلاف مقدرات، إذ لا نقول....

٣٩٣١. بل به بأس، لأن الظاهر أن الخيار في الثلاثة حق و حداني مستمر إلى آخرها، لاحقوق متعددة بعدد الآتات متصل بعضها ببعض زماناً. و على تقدير الشك في ذلك يكفي في الحكم بعدم سقوطه به الإطلاقات، لعدم ما يوجب تقييدها بغير المقام إلا أدلة الشروط، و انطباقها على المورد موقوف على قابلية هذا الخيار للتبعض من حيث السقوط، و هو غير معلوم، فيرجع إلى الإطلاق المثبت له. نعم، لا بأس به في بعض صور خيار الشرط.

٣٩٣٢. قد تقدم الإشكال في الثاني منهما في مسقطات خيار المجلس.

٣٩٣٣. المتقدم صدرها في عداد نقل الأخبار الدالة على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري، و هو قوله^{عليه السلام}: «الشرط في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري، فإن أحدث...».

٣٩٣٤. مقتضى قوله فيما بعد ذلك: «بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي

أيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي ركبها* فراسخ**؟
فوق مائة إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى" ١٢. و في ذيل الصحيحة
المتقدمة عن قرب الإسناد: "قلت [له] أرأيت إن قبلها المشتري أو لأمس؟ فقال: إذا قبل أو
لأمس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع" ١٣. و استدلّ
عليه في التذكرة - بعد الإجماع - : بأن التصرف دليل الرضا. و في موضع آخر منها أنه
دليل الرضا بلزوم العقد. و في موضع آخر منها - كما في الغنية - أن التصرف إجازة ١٤.
أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف (٣٩٣٥) الذي لا يجوز لغير المالك إلاّ

ركبها» أنه بصيغة المصدر عطف على الأخذ، لا بصيغة الماضي عطف على «أحدث» و إلاّ
كان ينبغي أن يذكره في الذيل ويقول: أو نعلها أو الركوب... .

٣٩٣٥. الظاهر أن الحدث أخص من مطلق التصرف عرفاً، فإنه عبارة عن وجود شيء
و حدوث أثر له بقاء و لو في مقدار من الزمان. و إن شئت قلت: إنه عبارة عن طرؤ حال في
المبيع يوجب تغييره عما كان عليه قبله من الخصوصيات و الأوصاف، التي يدور مدارها -
وجوداً و عدماً - صدق قيام المبيع و وجوده بذلك الشخص الذي كان له عند البيع و عدم
صدقه، و ذلك كثقب أذن الجارية أو أنفها و شتم خدّها، و أخذ عرف الدابة أو حافرّها أو
نعلها، و قطع الثوب و خياطته و صبغه، كما في رسالة جميل الآتي نقلها في مسألة سقوط خيار
العيب بالتصرف بالنسبة إلى الردّ، و تخصيص الدار، و تغيير محلّ الباب، و كتابة الكتاب و
تجليده، بل و حكه و إصلاحه لأجل تصحيحه، و نحت الخشب أو ثقبه، إلى غير ذلك.

فلينبغي الإشكال في عدم صدق إحداث الحدث بما له من المفهوم العرفي المرتكز عند
أهل العرف على مثل وضع السرج على ظهر الدابة، بل و ركوبها فرسخاً بل فراسخ، و
استخدام العبد و الجارية خصوصاً بمثل غلق الباب و مناولة الثوب، بل في صدق التصرف على
مثل ذلك تأمل بل منع، نظراً إلى أن تحقّق غلق العبد للباب بعد أمره به من أحد يترتب على
تحقّق أمرين: أحدهما: أمر الأمر به و طلبه منه، و لاريب أن مجرد الأمر ليس تصرفاً من الأمر في
المأمور. و الآخر: امتثال المأمور، و هو و إن كان تصرفاً فيه إلاّ أنّه من المأمور لا من الأمر.

نعم، ينتفع الأمر بمال الغير في المثال، و يضمن له الأجرة لو كان له أجرة عند العرف. ولكن النسبة بين الانتفاع بالمال و التصرف فيه عموم من وجه، لأن الاستغلال بشجر الغير و الاستئذاة برأيه انتفاع به وليس تصرفاً فيه، و لذا يجوز بدون إذن مالكه، بل و مع النهي عنه. و أما صدق التصرف بدون الانتفاع فكثير كما لا يخفى. بل و لا يصدق إحداث الحدث على لمس الجارية و تقيلها، بل و وطئها فيما إذا كانت ثيباً و لم يتعقبه الحمل، فضلاً عن النظر إلى ما يحرم النظر إليه لغير المالك.

و ليس في الروايات ما ينافي ما ذكرناه في معنى إحداث الحدث. أما صحيحة ابن رثاب فلأن منافاتها مبنية على دلالتها على حديثية ما ذكر فيها من اللمس و التقبيل و النظر إلى ماسا يحرم النظر، و لادلالة لها على هذا، لا بتأنيها على أحد أمرين: أحدهما: جعل هذه الأمور الثلاثة محمولاً على الحدث. و الثاني: جعل الجزء المقدّر لقوله عليه السلام: «إن لامس...» و قوله عليه السلام: فقد أحدث أو ما يفيد مفاده. و الأول منتف، إذ لا يصح الإخبار بالجملة الشرطية. هذا، مضافاً إلى ما في الجواب عن السؤال عن الحدث في جميع الحيوانات بذكر هذه الأفعال الثلاثة المختصة بالجارية ما لا يخفى. و الثاني غير معلوم، لاحتمال أن يكون الجزء المحذوف مثل قوله: فقد وجب الشراء، أو قوله: فلا شرط. و على تقدير كون الجزء قوله «فقد أحدث» وكذلك لو فرضنا حمل هذه الأفعال على الحدث، بأن قال عليه السلام في الجواب: اللمس و التقبيل...، لا يفيد في إثبات ما ينافي ما ذكرناه في معنى الحدث، ضرورة عدم كونها من أفراد الحدث بما له من المعنى العرفي، فلا بد من الحمل على التنزيل، و عليه لا يفيد إلا في مورده.

و الظاهر عندي عاجلاً في معنى الرواية أن الإمام عليه السلام ما أجاب السائل عن حقيقة الحدث، بل أعرض عن بيان حقيقته لجهة من الجهات، و لو لأجل أنه أمر عرفي يرجع فيه إلى العرف و ليس عليه بيانه، أو لغير ذلك، و إنما تفضل عليه السلام ببيان مسقطية أمور ثلاثة غير الحدث في خصوص الجارية بعد بيان مسقطية الحدث قبل ذلك، فتدبر.

و أما صحيحة صفار فلأن منافاتها موقوفة على جعل الركوب على ظهر الدابة من أفراد الحدث، و هو منتف سؤلاً و جواباً، بل عطف «الركوب» على «الحدث» في ذيل السؤال، وكذا عطف «و ركب» على «أحدث» في صدره، يدل على أنه ليس من أفراد الحدث. و حمله على عطف الفرد على الكلّي و الخاصّ على العامّ خلاف الظاهر.

برضاه كما يشير إليه قوله عليه السلام: "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 "اسقني" أو "ناولني الثوب" أو "اغلق 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 و انتفاع، انتهى.

و قال في موضع من التذكرة: عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الرد، انتهى. و هو في غاية الإشكال؛ لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ "الحديث (٣٩٣٦)" و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد؛ مع أن

و بالجملة، فليس في الروايات شيء ينافي ما ذكرنا. بل يمكن أن يقال بأن بعض أخبار خيار العيب يساعد ما ذكرنا، و ذلك مثل قول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار، و لم يتراً إليه و لم يتبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار أو بذلك العيب، فإنه يحضي عليه البيع، و يردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» لأنّ الاستفادة منه - بعد ملاحظة رسالة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً. قال: إن كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه، و إن كان قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب» بضميمة ملاحظة أن أخبارنا يفسر بعضها بعضاً - أن إحداث الحدث عبارة عما يزول به كون الشيء قائماً بعينه و تشخصه، مثل قطع الثوب و خياطته و صبغه. و هذا هو الذي ذكرناه في معنى الحدث. و أمّا كلمات العلماء فعلى فرض توافقها على تفسير الحدث بالتصرف لا يضرنا، لأنه اجتهد منهم عليه السلام في معنى إحداث الحدث، مع أن جماعة منهم قد عبروا بإحداث الحدث، فلعلهم فهموا منه ما فهمناه من كونه أخص من التصرف. هذا، و أمّا أن إحداث الحدث مسقط لأجل التعبد أو لأجل كشفه عن الرضا، فسيأتي أن الأقوى هو الأول.

٣٩٣٦. و قال المصنف عليه السلام في مسقطات خيار الديب: «لكن الظاهر بل المقطوع عدم

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 توجب زهادة المشتري (٣٩٣٧)، وكيف يطلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقي وشبه ذلك؟ وإن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد - كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل (٣٩٣٨) في صحيحة ابن رثاب، و يظهر من استدلال العلامة وغيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد - فهو لا يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها. و دعوى أن جميعها مما يدل - لو خلت وطبعه - على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية، كما ترى!

ثم إن قوله عليه السلام في الصحيحة: "فذلك رضى 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 (٣٩٣٩) بن الحسن بن زيد بن علي بن الحسين عليه السلام عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وآله في رجل اشترى عبداً

شموله - يعني: إحداث الحدث - لغة ولا عرفاً لمثل استخدام العبد وشبهه». و السر في ذلك هو ما قلناه في معنى إحداث الحدث.

٣٩٣٧. في المصباح: «زهد في الشيء و زهد عنه أيضاً زهداً و زهادة، بمعنى: تركه و أعرض عنه» انتهى.

٣٩٣٨. يعني: وقوع الحدث - أي: وقوع اسم الإشارة المشار به إليه - مخبراً عنه بالرضا فيما هو في معرض التعليل، و هو قوله: «فذلك رضى منه» إذ لا يصح حمله عليه و الإخبار به عنه إلا بكونه من حمل المنكشف على الكاشف و المدلول على الدال، و لا يتم ذلك إلا بجعل المراد من الحدث خصوص ما يدل منه على الرضا.

٣٩٣٩. و مثلها رواية السكوني المتضمنة لكون العرض على البيع إجازة من المشتري في المبيع، و سيأتي نقلها و الكلام في معناها. و ناقش سيدنا الأستاذ العلامة اليزدي رحمته الله في الاستشهاد بالرواية على كون المراد من الرضا في الصحيحة الالتزام بالمبيع، بأن مورد الرواية صورة عدم التصرف في المبيع، فلا بد أن يكون الرضا فيها بمعنى الرضا بلزوم البيع و الالتزام به،

بشرط إلى ثلاثة أيام، فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضى، ثم هو برئ من الضمان^{٣٩٤٠} فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد، و الاستحلاف في الرواية (٣٩٤٠) محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورة حصول القطع للبائع بذلك.

إذا عرفت هذا فقولہ للإمام: "فذلك رضى منه فلا شرط له" يحتمل وجوهاً: أحدها:

.....

فإن الموجب لسقوط الخيار الموجب لكون ضمان تلف المبيع على المشتري لا على البائع منحصر فيه، و لا يلزم أن يكون المراد منه في مورد الصحة - و هو التصرف في المبيع أيضاً - هو الرضا باللزوم، لاحتمال أن يكون فيه بمعنى الرضا بأصل العقد، و يكون التصرف مع الالتفات إلى العقد و الرضا بانعقاد البيع و صحته مسقطاً للخيار.

و فيه ما لا يخفى، إذ لا مجال لما ذكره من الاحتمال على واحد من الوجوه المحتملة في قوله: «فذلك رضى منه» لأن الرضا الذي يصح تنزيل التصرف منزله - أو كونه توطئة لنفي الخيار أو علة له بالتوقع أو بالفعل - إنما هو الرضا باللزوم لا بأصل الصحة، و إلا لكان اللازم هو الحكم باللزوم من أول الأمر من دون الانتظار لتحقيق التصرف على جميع الوجوه الأربعة، لأنه بذاك المعنى موجود من حين الصحة مستمراً إلى حين الفسخ، و هو باطل بالضرورة، يخالف للإجماع و الأخبار على ثبوت الخيار قبل التصرف، فيعلم من ذلك أن الرضا هنا بمعنى الرضا باللزوم، فالغرض من الاستشهاد بالرواية صرف تقوية المطلب، لا الاستدلال بحيث لولاها لكان للاحتمال المذكور مجال.

ثم لا يخفى عليك أن هذه الرواية و ما هو بمضمونها - من كون ضمان الحيوان المبيع في الثلاثة لو لم يسقط الخيار فيها على البائع لا المشتري - تدل على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري، و إلا فلو كان له أيضاً لم يكن عليه كما هو واضح.

٣٩٤٠. يعني: أن قضية قوله للإمام: «و يستحلف بالله» أن في المورد دعوى من البائع، و

هي أن المشتري قد التزم باللزوم، فلم يكن له خيار في زمان التلف حتى يكون الضمان على البائع، الموجب لرد الثمن إلى المشتري، و إنكاراً، و هو أن المشتري ينكر الالتزام باللزوم. و تكليف المشتري بالحلف على عدم الرضا يكشف عن سماع دعوى البائع عليه. فإن اعتبرنا في سماع الدعوى في باب القضاء كونها قطعية حتى لا يسمع غيرها من الدعوى الظنية و

أن تكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعياً بأن التصرف التزام بالعقد وإن لم يكن التزاماً عرفاً. ثانيها: أن تكون توطئة للجواب، وهو قوله: "و لا شرط له" لكنه توطئة لحكمة الحكم (٣٩٤١) و تمهيد لها، لاعلة حقيقية، فيكون إشارة إلى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالة غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكماً في سقوط خيار المجلس بالفرق في قوله ~~طال~~: "إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما" فإنه لا يعتبر في الافتراق دلالة على الرضا. و على هذين المعنيين، فكل تصرف مسقط وإن علم عدم دلالة على الرضا. ثالثها: أن تكون الجملة إخباراً عن الواقع (٣٩٤٢) نظراً إلى الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو غلّي و طبعه، و يكون علة للجواب، فيكون نفي الخيار معللاً بكون التصرف غالباً دالاً على الرضا بلزوم العقد، و بعد ملاحظة وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علة

الاحتمالية، فلا بد من حمل الرواية على صورة قطع البايع بعد* التزام المشتري بالزوم، إذ بدونه لا يسمع أصل الدعوى كي ينتهي الأمر إلى الإحلاف. و لو فرض كونه غير قاطع به فلا بد من القول بسماع الدعوى الاحتمالية و دعوى التهمة، و لعله الأقوى على ما فصلنا الكلام فيه في القضاء، و إلا فلا مورد للاستحلاف.

و ممّا ذكرنا يعلم أن كلّ واحد من طريّ الترديد في عبارة المصنّف متوقف على البناء على نقيض الطرف الآخر، يعني: أنه محمول على سماع دعوى التهمة إن لم يحصل للبائع قطع بذلك، أو على صورة حصول القطع له به إن لم تسمع دعوى التهمة.

٣٩٤١. الأولى أن يقول: لكنه توطئة للحكم، و هو انتفاء الشرط و الخيار، إذ ليس قوله: «فذلك رضا منه» توطئة للحكمة، بل هو نفس الحكمة، كما أنه على تقدير العلية يكون نفس العلة لا توطئة لها. و نبه على هذا سيدنا الأستاذ في الحاشية. و الأولى من ذلك أن يقول: أن يكون قوله: «فذلك رضا» حكمة للحكم المتضمن له الجواب، و هو قوله: «و لا شرط» لاعلة له.

٣٩٤٢. مسقطية التصرف للخيار على هذا الوجه يكون أيضاً حكماً شرعياً تبعدياً، غاية الأمر إمضائياً، أي: إمضاء طريقة العقلاء على العمل بهذا الظهور، لا تأسيسياً كما على

- كما في قوله: "لا تأكل الرمان لأنه حامض" - دلّ على اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك، أي: دالاً بالتنوع غالباً على التزام العقد وإن لم يدلّ في شخص المقام، فيكون المسقط من التصرف* ما كان له ظهور نوعي في الرضا، نظير ظهور الألفاظ في معانيها مقيداً بعدم قرينة توجب صرفها عن الدلالة، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتباهاً بعين أخرى مملوكة له، و يدخل فيه كلّ ما يدلّ (٣٩٤٣) نوعاً على الرضا وإن لم يعد تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع والإذن للبائع في التصرف فيه.

رابعها (٣٩٤٤): أن تكون إخباراً عن الواقع و يكون العلة هي نفس الرضا الفعلي الشخصي، و يكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العلة، فيكون موضوع الحكم في الحقيقة هو نفس الرضا الفعلي، فلولا ثبت الرضا الفعلي لم يسقط الخيار.

ثم إن الاحتمالين الأولين وإن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض كلماتهم - مثل ما تقدّم من التذكرة: من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط، وكذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانيين - بل



الأولين.

٣٩٤٣. و ذلك بملاحظة تعميم الحكم و التعدي عن مورده إلى غيره، لأجل عموم العلة لغير مورد الحكم.

٣٩٤٤. في هذا الوجه ما لا يخفى، إذ مقتضى المقابلة بينه و بين الوجه الثالث أن يكون المراد منه الإخبار عن الواقع نظراً إلى الدائم على أن العلة هو الرضا الفعلي... و من البديهي أن هذا مخالف للواقع قطعاً. هذا، مضافاً إلى ما في التعبير بقوله: «و يكون العلة هي نفس الرضا الفعلي» من الحزارة، إذ قضيتته أن الكلام في اعتبار فعلية الرضا و نوعيته، و أنّه على قسمين: فعلي و نوعي، و ليس كذلك، و إنما الكلام في اعتبار فعلية دلالة التصرف و نوعيته، فالفعلية و النوعية تكونان من أوصاف الدلالة لا الرضا، بل الرضا لابدّ و أن يكون فعلياً على كلّ حال. و بالجملة، هذا الوجه الذي جعله أظهر الوجوه مقطوع العدم، لابتنائه على كونه إخباراً عن كون التصرف رضاً بلزوم العقد من المتصرف في الواقع دائماً و هو خلاف الواقع جزماً.

لإطلاق بعض معاقده الإجماع، إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر (٣٩٤٥)؛ مع مخالفتهما لأكثر كلماتهم، فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ، بل ظاهرهما اعتبار الدلالة في الجملة على الرضا، كما سيحى، و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على

٣٩٤٥. أما الأول فلأن الظاهر من حمل الرضا على الحدث أنه إخبار عن الواقع لا أنه حكم تعبدى. و أما الثاني فلأن الظاهر أنه دخيل في الحكم، و لا يكون ذلك إلا بكونه علة له. و يمكن أن يقال: إن الظاهر هو الوجه الأول، إذ لابد من التصرف في حمل الرضا على إحداث الحدث مطلقاً، لأن ظاهره كونه بنفسه رضاً منه، و ليس كذلك، فيدور الأمر بين تأويله إلى أنه دليل الرضا دائماً، أو دليله غالباً، أو أنه بمنزلة الرضا و الإمضاء، نظير الحمل في قوله: «الطواف بالبيت صلاة». و لاسبيل إلى الأول، لكونه كذباً محضاً كما مر. فيدور الأمر بين الأخيرين، و الترجيح للأخير، إذ على الأول لابد في تقييد الحدث في طرف المبتدأ بما يكون لو خلّي و طبعه كاشفاً عن الرضا، إذ ليس كل حدث كذلك، و هو خلاف ظاهر إطلاق الحدث، و هذا بخلافه على الوجه الأخير. فلم يبق ما يوجب رفع اليد عنه إلا كونه مخالفاً لأكثر كلمات الأصحاب (رضوان الله عليهم)، و هو لا يصلح لذلك بعد أن كان مناطه الاجتهاد في فهم معنى الرواية و استظهار المعنى الثالث، كما أن موافقة بعض كلماتهم لهذا الوجه لا توجب حملها عليه لو لم يكن لها ظهور فيه.

لا يقال: ما ذكرته من عدم صحة حمل الرضا منه على إحداث الحدث مبني على كون الرضا بمعنى طيب النفس، و هو ممكن المنع، لاحتمال كونه في الرواية بمعنى اختيار بقاء العقد و جعله لازماً. و قد يستشهد على ذلك بتعديده بنفسه في قوله في رواية عبد الله بن الحسن: «مارضيه» إذ لو كان الرضا بمعنى الطيب يقال: ما رضي به، لأنه متعدي بالباء، فيكشف ذلك عن كونه بمعنى يتعدى بنفسه في سائر الأخبار التي منها ما اشتمل على قوله: «فذلك رضاً منه». و هذا المعنى هو الاختيار. و عليه يصح حمله عليه، حيث إن التصرف بنفسه إمضاء و اختيار لبقاء العقد و مصداق له، غاية الأمر أنه فعلي، كما أن قوله: أمضيت العقد مصداق قولي.

لأننا نقول: نعم، لو قصد به ذلك، لامطلقاً و لو لم يقصد، كما هو قضية إطلاق «من أحدث حدثاً» من هذه الجهة، فالحاجة إلى التأويل على حالها. و أما الاستشهاد بما ذكر ففيه أولاً: أنه إنما يتم لو علم أنه فيها متعدي بنفسه، و ليس من قبيل الحذف و الإيصال، و الأصل:

الرضا وإن لم يعد تصرفاً، كقبيل الجارية للمشتري على ما صرح به في التحرير و الدروس ١٦. فعلم أن العبرة بالرضا، وإنما اعتبر التصرف للدلالة، و ورود النص أيضاً بأن العرض على البيع إجازة (٣٩٤٦) مع أنه ليس حدثاً عرفاً.

.....
ما رضي به، و كونه خلاف الظاهر، فإن الظاهر أنه بمعنى الطيب، و جعل الظهور الأول قرينة على التصرف في الثاني ليس بأولى من العكس. و ثانياً: أن كونه بذلك المعنى في الرواية كاشفاً عن كونه كذلك في سائر الأخبار قابل للمنع، فتأمل.

٣٩٤٦. هذا عطف على «حكم بعضهم». و مراده من النص ما رواه الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه. قال: ليشهد أنه راضيه فاستوجه ثم ليعه إن شاء، فإن أقامه في السوق فلم يبع فقد وجب عليه».

و نظره عليه السلام في موضع التأييد إلى ذيل الرواية، حيث حكم عليه السلام فيه بوجوب البيع بمجرد إقامته في السوق. و يمكن الخدشة فيه بأنه مبني على كون قوله: «فإن أقامه...» تفرعاً على نقيض ما أمر به قبل ذلك، بتقدير جملة شرطية بين الفاء و بين «أقامه» أي: و إن لم يفعل كما أمرت و أقامه في السوق، و إلاً فلو كان تفرعاً على نفس ما أمره به - أي: فإن فعل كذلك و أقامه في السوق - فلا محالة يكون وجوب المعاملة مستنداً إلى الرضا و الاستيجاب لا إلى إقامته في السوق. و الظاهر هو الثاني، إذ بناءً على ترتب الوجوب على الإقامة لزم لغو الأمر بالاستيجاب و الإشهاد عليه حين إرادته.

فإن قلت: يلزم هذا على الثاني أيضاً، إذ لو كان يلزم بمجرد الرضا و الاستيجاب فلا معنى لترتيب الوجوب على الإقامة، فيعلم من هذا أن الموجب للزوم هو العرض على البيع.

قلت: ليس الإقامة شرطاً حقيقياً، و إنما الشرط في الحقيقة هو إرادة الردّ و الفسخ، و إنما التعبير بالإقامة عنه من قبيل التعبير عن الشيء بما يدعو إليه، حيث إن المشتري لا يكون له داعٍ إلى ردّ ما اشتراه إلاّ عدم رغبة الناس إلى شراء ما اشتراه، المتوقف إحرازه نوعاً على إقامته في السوق و عرضه على البيع و عدم شراء الناس له. و الجزء لقوله: «فإن أقامه» محذوف، و هو قوله: فليس له الردّ، و قوله: «فقد وجب» علة لذلك الجزء المحذوف أقيمت مقامه. يعني: إن عمل بذلك الذي أمرته به، و أراد بعد ذلك ردّه، بأن أقامه في السوق و لم يبع، لعدم رغبة

و مما يؤيد عدم إرادة الأصحاب (٣٩٤٧) كون التصرف مسقطاً إلا من جهة دلالة
على الرضا: حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من
البائع، فلو كان التصرف مسقطاً تعدياً عندهم من جهة النص، لم يكن وجه للتعدي عن كونه
إجازة إلى كونه فسخاً. وقد صرح في التذكرة: بأن الفسخ كالإجازة يكون بالقول و بالفعل،
و ذكر التصرف مثلاً للفسخ و الإجازة الفعلين. فاندفع ما يقال (٣٩٤٨) في تقريب كون
التصرف مسقطاً لا للدلالة على الرضا: بأن الأصحاب يعدونه في مقابل الإجازة.

الناس، فليس له رده، لأنه قد وجب الشراء عليه قبل ذلك بالرضا و الاستيجاب.
ثم إن مفاد الرواية أنه يعتبر في جواز تصرف ذي الخيار في متعلق خياره بالبائع أمسران:
أحدهما: إسقاط خياره، و الآخر: الإشهاد عليه. و اعتبار الأول يدل على مذهب الشيخ رحمته من
توقف الملك على انقضاء الخيار، فيعارض من هذه الجهة ما يدل على مذهب المشهور من
حصوله بمجرد العقد، و عدم توقفه على سقوط الخيار. و أما اعتبار الثاني - و هو الإشهاد -
فلم يقل به أحد، فيحمل على الاستحباب و الرجحان، مقدمة لسد باب النزاع و الدعوى، لأن
المشتري إذا استوجه على نفسه و لم يشهد عليه، و حدث له داع إلى رده بأن أقامه في السوق
و لم يبع، لا يكون له مانع عن دعوى بقاء الخيار الموجب لتسلطه على الفسخ و الرد، بخلاف ما
إذا أشهد عليه، فإن اطلاع الشهود على ذلك ربما يمنعه عن دعوى ذلك، فتدبر جيداً.

٣٩٤٧. يمكن المناقشة في ذلك بأنه إنما يؤيده لو كان جهة حكمهم بكون التصرف في
المبيع فسخاً هو دليل كون التصرف من المشتري إجازة، إذ لا يتم ذلك إلا فيما إذا كان لأجل
الدلالة على الرضا، و هو في حيز إمكان المنع، لاحتمال أن يكون لأجل الملازمة الشرعية
عندهم بين كونه من المشتري إجازة - من باب التعبد الصرف، أو لأجل الدلالة على الرضا -
و بين كونه من البائع فسخاً كذلك. و عليه لادلالة لذلك على ما رامه رحمته، و لعله لأجل هذا
الاحتمال عبر بالتأييد، فتدبر.

٣٩٤٨. قوله في ذيل العبارة: «بأن الأصحاب...» متعلق بقوله: «يقال...». و الأولى
لأجل التحفظ عن خلو الصلة عن الضمير العائد إلى الموصول أن يقول هنا: ما يقال به، و يقول
فيما بعد: من أن الأصحاب، بدل: بأن الأصحاب. و على أي حال، ظني أن هذا تفريع على
ما يستفاد من كلامه السابق من جعلهم - سيما العلامة رحمته في التذكرة - التصرف من المشتري

و أما المعنى الرابع: فهو و إن كان أظهر الاحتمالات (٣٩٤٩) من حيث اللفظ بل جزم به في الدروس، و يؤيده ما تقدّم من رواية عبد الله بن الحسن بن زيد* الحاكىة للنبيّ الدالّ على الاعتبار بنفس الرضا - كما في الدروس أيضاً -، و ظاهر بعض كلماتهم الآتية، إلّا أنّ المستفاد من تتبّع الفتاوى الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلي بلزوم العقد؛ مع أنّ أظهريّة بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة.

فتعيّن إرادة المعنى الثالث، و محصله: دلالة التصرف - لو خلّي و طبعه - على الالتزام و إن لم يفد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية؛ و هذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه (٣٩٥٠). قال في المقنعة: إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلّا أن يحدث فيه المتاع حدثاً يدلّ على الرضا بالابتياح^{١٧}، انتهى.

من أفراد الإجازة لاشيئاً آخر قبالتها، يعني: من جعلهم التصرف إجازة اندفع ما يقال في تقريب كون التصرف مسقطاً للخيار بأنّ الأصحاب يعدّونه في مقابل الإجازة، إذ لو كان لدلالته على الرضا لم يصحّ التقابل بينهما، لأنّه حينئذٍ من أفرادها، و لا يصحّ التقابل بين الكلّي و الفرد. وجه الاندفاع: أنّ مرادهم من الإجازة المقابلة في كلامهم للتصرف - بقرينة جعلهم التصرف إجازة - هو الإجازة القولية، و عليه يصحّ التقابل بينهما مع كونه مسقطاً للدلالة على الرضا لا للتعبّد.

٣٩٤٩. قد عرفت أنّه لا وجه له.

٣٩٥٠. نعم، لو لم يكن في المسألة دليل مطلق لا ينصرف إلى ما يدلّ نوعاً على الرضا، لكنّه موجود، و هو ذيل رواية صفّار، لعدم الوجه إلى انصراف الحدث فيها إليه. وكذا لا وجه لتقييد إطلاقه برواية ابن رثاب المشتملة على قوله: «فذلك رضا منه» إذ - مع أنّه ليس من المقيّد الاصطلاحي - قد انتفى هنا شرط التقييد، و هو التنافي بين الدليلين و لو لأجل العلم بوحدة الحكم، لآحادهما في الإثبات، مع احتمال أن يكون كلّ من المطلق و المقيّد مسقطاً، و لا مفهوم للعلة حتّى يقيده. فحينئذٍ ينبغي أن يقال بسقوطه بمطلق الحدث في خيار الحيوان. و أمّا في غيره فبالحديث الدالّ نوعاً على الرضا، لعدم الدليل عليه إلّا عسوم التعليل في رواية ابن رثاب، و هو

و مثل للتصرف في مقام آخر (٣٩٥١) بأن ينظر من الأمة إلى ما يحرم لغير المالك. و قال في المبسوط (٣٩٥٢) في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمةً و أصاب بها عيباً فله ردّها، و إذا كان في طريق الردّ، جاز له ركوبها و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها، و إن نتجت كان له نتائجها. ثم قال: و لا يسقط الردّ؛ لأنه إنّما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الردّ بعد

مختصّ بذلك النحو من الحدث، بناءً على المعنى الثالث الذي استظهره المصنّف رحمه الله. و أمّا بناءً على المعنى الذي اخترناه و بنينا عليه فلا تفاوت بين أقسام الخيار في سقوطه بمطلق الحدث، لكن بالمعنى الذي ذكرناه لا بمعنى التصرف، كما لا تفاوت فيه بين أن يكون إحداث الحدث في البيع في مقام الاختبار و الحفظ و مقابله، و في طريق الردّ و غيره.

٣٩٥١. لعلّ غرضه رحمه الله من ذكر ذلك هو الاستدلال به على أن مراد المفيد من الدلالة في عبارته المتقدمة هو الدلالة النوعية، حيث إنّ المثال المذكور ليس له دلالة على الرضا إلا نوعاً. و يمكن أن يكون غرضه هو الاستشهاد به مستقلاً على إرادة المعنى الثالث.

وكيف كان، يمكن الخدشة في دلالة عبارته المتقدمة عليه. أمّا على الثاني فواضح، لأنّ قوله: «يدلّ» ظاهر في الدلالة الفعلية لا النوعية، فيدلّ على إرادة المعنى الرابع. و أمّا على الأوّل فلاحتمال أن يكون قوله رحمه الله بسقوط الخيار به تعييداً لأجل التخصيص به في رواية ابن رئاب المتقدمين لأجل صدق الحدث عليه، فلا يكون فيه شهادة على إرادته من الدلالة في عبارته المتقدمة، فتأمل. و من هنا تظهر الخدشة في الاستشهاد بعبارته الثانية مستقلاً كما احتملناه. و ممّا ذكرنا تظهر الخدشة في دلالة عبارة الغنية و عبارة الحلبي و أوّل فقرة من فقرات عبارة السرائر على إرادة المعنى الثالث، سيّما مع أنّه ليس في كلامهما ما يشهد بإرادتهما ذلك، كما في المقنعة على الاحتمال الثاني في وجه ذكر قوله: «و مثل به».

٣٩٥٢. لعلّ وجه دلالة هذا الكلام على مرام المصنّف رحمه الله اشتراط حكمه بعدم السقوط بما ذكره من التصرفات بما إذا كان في طريق الردّ، معللاً بانتفاء المسقط، و عدّه منه الرضا، فيدلّ بمفهوم الشرط على سقوطه به فيما إذا كان في غير طريق الردّ، و قضية ما ذكره في علل السقوط أن يكون هو فيه لأجل تحقّق الرضا، لانتفاء ما عداه بالفرض. و من المعلوم أن مراده من الرضا هو الرضا الحقيقي المدلول عليه بالتصرف لا التعبدية، و إلّا لما كان وجه للفرقة فيما ذكره من التصرفات بين كونه في طريق الردّ و غير طريق الردّ، بتحقّق الرضا في الثاني دون

لعلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شيء من ذلك، انتهى. و في الغنية: لو هلك المبيع في مدة الخيار فهو من مال بايعه، إلا أن يكون المتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا^{١٨}، انتهى. و قال الحلبي^{١٩} - في الكافي في خيار الحيوان -: فإن هلك في مدة الخيار فهو من مال البائع، إلا أن يحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا، انتهى. و في السرائر - بعد حكمه بالخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام - قال: هذا إذا لم يحدث في هذه المدة حدثاً يدلّ على الرضا أو يتصرّف فيه تصرّفاً (٣٩٥٣) ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف أجرة، بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالنذور^{١٩}، انتهى. و قال في موضع آخر: إذا لم يتصرّف فيه تصرّفاً يؤذن بالرضا في العادة.

الأول. و من المعلوم أيضاً أن كون الرضا الواقعي مدلولاً عليه بهذه التصرفات في غير طريق الردّ ليس بالدلالة الفعلية مطلقاً، كي يصح إطلاق التصرفات المذكورة و عدم تقييدها بصورة دلالتها عليه بالفعل، فيعلم من ذلك أن مراده الرضا الواقعي المدلول عليه بالدلالة النوعية، و هو المطلوب، فتدبر.

٣٩٥٣. لا وجه لذكر هذه الفقرة بعد ذكر إحداث الحدث، لأن المراد من إحداث الحدث إن كان عبارة عن مطلق التصرف فهذا من أفراده يستغنى عنه به، و إن كان عبارة عما اخترناه في معناه فكذلك، لأن التصرف المنقّص للقيمة لا يكون إلا مع التغيير في العين، فتأمل، فيكون أيضاً من أفرادها.

وكيف كان، ففي تقييد التصرف بنقص القيمة أو وجود الأجرة له، وكذا تقييد التدبير في آخر كلامه بعدم جواز الرجوع لأجل النذر، دلالة على أن التصرف بمجرّده ليس بمسقط، و لو فرض له دلالة على الرضا نوعاً.

و بالجملة، ليس في كلامه هذا دلالة على المعنى الثالث. أمّا قوله: «يدلّ على الرضا» فلظهوره في المعنى الرابع. و أمّا بقية كلامه فلاّنه لو لم ندع ظهورها في إرادة المعنى الأول فلا أقلّ من احتمالها و تردّده بين المعاني الأربعة. نعم، لا بأس بالاستشهاد بقوله في موضع آخر: «إذا لم يتصرّف تصرّفاً يؤذن بالرضا في العادة» على تأمل فيه أيضاً. ثم الظاهر أن قوله: «أو يقبل

و أما العلامة عليه السلام: فقد عرفت أنه استدل (٣٩٥٤) على أصل الحكم بأن التصرف دليل على الرضا باللزوم. و قال في موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها - سواء قصرت المسافة أو طالت - لم يكن ذلك رضا بها. ثم قال: و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بإمساكه، و لو حلبها في طريقه، فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا*. و في التحرير - في مسألة سقوط رد المبيع بالتصرف - قال: وكذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا. و قال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، إذ بها يعرف حالها للمختبر، و ليس ببيعيد^{٢٠}. و قال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم (٣٩٥٥)، كأن ظنها جاريتها المختصة فتبينت

الجارية...» بالجزم عطف على «يحدث» و «يتصرف» لا بالنصب عطف على «يركب» إذ ليس لها سيماء التدبير أجرة، فتدبر.

٣٩٥٤. نعم، كلماته التي نقلها هنا عن التذكرة و السرائر تدل على ما رامه المصنف عليه السلام، لكن له عليه السلام كلمات أخر ظاهرة في غيره، كما نبه عليه سيدنا الأستاذ العلامة (أعلى الله مقامه)، إذ جملة منها ظاهرة في أن مطلق التصرف مسقط تعبدًا، كقوله المتقدم في رد بعض الشافعية: «لأن المسقط مطلق التصرف» و قوله المتقدم أيضاً: «لو كان له على الدابة سرج». و أظهر منه قوله المتقدم أيضاً: «عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الرد» حيث إنه لم يفرق بين ما قبل العلم بالعيب و ما بعده، و الحال أنه لادلالة للاستخدام على الرضا في الأول نوعاً. و الظاهر عدم الفرق في ذلك بين خيار العيب و خيار الحيوان. و جملة منها ظاهرة في إرادة المعنى الرابع، كقوله: «إن التصرف دليل الرضا». و قوله: «إنه - أي: التصرف - إجازة».

٣٩٥٥. لم أجد هذه العبارة في جامع المقاصد في مظائنها. نعم، ذكر في خيار الشرط ما يقرب ذلك. قال عليه السلام في ذيل قول العلامة: «و يسقط بالتصرف» ما هذا لفظه: «و لو وقع التصرف نسياناً، كما لو وطئ الجارية ظاناً أنها أخرى، ففي السقوط نظر، و ظاهر الرواية يقتضيه، و لم أظفر بكلام الأصحاب. و لا يعد ركوب الدابة - إلى قوله - تصرفاً». ثم قال:

«و بالأخير صرّح في التذكرة». ثم قال بلا فصل: «و هل يعدّ حملها...» إلى آخر ما نقله المصنّف. ثم قال متصلاً به: «و في التذكرة: الأقرب عدّه تصرّفاً». أقول: الظاهر في الفرع الذي ذكره هو عدم السقوط للأصل، لانصراف إطلاق الرواية - يعني: صحيحة ابن رثاب الأولى - إلى غير هذه، و لأقلّ من الشكّ في الإطلاق.

وكيف كان ففي دلالة هذه العبارة التي نقلها هنا على ما رامه منع، لأنّ مورد الدلالة عليه إن كان قوله: «و التصرف إنّما عدّ مسقطاً لدلالته على الرضا» ففيه: أنّ الظاهر من الدلالة هو الدلالة الفعلية كما مرّ غير مرّة، و هو المعنى الرابع. و إن كان قوله: «و من أنّه غير قاصد...»، ففيه: أنّه بظاهره لا ربط له بالمعنى الثالث، إذ مفادّه أنّه لا بدّ في إسقاط التصرف للخيار من كونه بقصد الالتزام بالبيع و بداعي لزومه، و أنّ حال الفعل المسقط له كحال القول، فكما يعتبر في الإمضاء القولي قصد اللزوم فكذلك الإمضاء الفعلي، لافرق بينهما إلّا في أنّ الدلالة على ذاك القصد في الأوّل باللفظ و في الثاني بالفعل، و مرجع هذا إلى المعنى الرابع. إلّا أن يقال: إنّ مراده من القصد هنا هو الدلالة، و إنّما عبّر عنها به لأجل نحو اتحاد بين الكاشف و بين المنكشف، فافهم. و ذلك بقرينة قوله في الذيل: «لدلالته على الرضا» إذ لو كان المراد منه نفس القصد لكان ينبغي تبديله إلى قوله: إذا قصد منه اللزوم أو الرضا باللزوم، أو ما أشبه ذلك. يعني: و من أنّه - أي: التصرف في الفرض المذكور - لم يدلّ على قصد لزوم البيع و الرضا به و التصرف...، لأنّ دلالة التصرف على ذاك إنّما هو من جهة الملازمة الغالبية بينهما، و من قبيل دلالة اللازم الغالب على الملزوم و الفرع على الأصل، لأنّ التصرف متفرّع على ذاك القصد، و لا ملازمة بينهما كذلك إلّا مع العلم و الالتفات، بمعنى أنّه لو تصرف مع الالتفات لدلّ على وجود قصد و رضا باللزوم هناك، و إلّا فلو لم يعلم به فلا يدلّ عليه، إذ يحتمل جزماً أنّه لو علم به لم يرض به فلم يفعل ما فعله من التصرف، و مع هذا الاحتمال كيف يكون له دلالة عليه؟ فيعلم من ذلك أنّه في صورة العلم و الالتفات يدلّ على ذاك القصد، و إذا ضمنت بذلك أنّ دلالته عليه في هذه الصورة ليست بفعلية بل نوعيّة اقتضائية لدلّ على إرادة المعنى الثالث. هذا، و لكنّه كما ترى تكلف.

و على أيّ حال مقتضى جعل هذا الوجه في قبال إطلاق الخبر أنّه فهم من الخبر المعنى الأوّل كما اخترناه.

ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة ففي الحكم تردّد، ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرّف، و من أنّه غير قاصد إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، و التصرّف إنّما عدّ مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم. و قال في موضع آخر: و لا يعدّ ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جهوحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرّفاً. ثمّ قال: و هل يعدّ حملها* (٣٩٥٦) للاستخبار تصرّفاً؟ (٣٩٥٧) ليس ببعيد أن لا يعدّ. وكذا لو أراد ردها و حلبها لأخذ اللبن، على إشكال ينشأ من أنّه ملكه، فله استخلاصه، انتهى. و حكى عنه في موضع آخر أنّه قال: و المراد بالتصرّف المسقط ما كان المقصود منه التملّك، لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقي، انتهى. و مراده من التملّك: البقاء عليه و الالتزام به، و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك، لا للاختبار أو الحفظ.

هذا ما حضرنى من كلماتهم في هذا المقام، الظاهرة في المعنى الثالث (٣٩٥٨)، و حاصله: التصرّف على وجه يدلّ عرفاً لو خلّى و طبعه على الالتزام بالعقد، ليكون إسقاطاً فعلياً للخيار، فيخرج منه ما دلّت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام. لكن يبقى الإشكال المتقدم (٣٩٥٩) سابقاً: من أن أكثر أمثلة التصرّف المذكورة في

..... مركز تحقيق علوم إسلامي

٣٩٥٦. لا ينافي نفيه البعد عن عدم عدّ الحمل على الدابة للاختبار تصرّفاً هنا ما ذكره في سقوط خيار الحيوان بالتصرّف، لأنّه مبنيّ على ظاهر إطلاق الرواية الأولى المتقدمة لابن رثاب، فإنّه ذكرها دليلاً على حكم العلامة بالسقوط بالتصرّف و إن لم يكن لازماً، كالحية قبل القبض و الوصية. قال: «و على هذا - يعني: على مقتضى الرواية - ركوب الدابة و تحميلها و الحلب و الطحن تصرّف و لو قصد بها الاختبار، فقد استثناء من التصرّف المسقط، و ليس ببعيد». ٣٩٥٧. يعني: تصرّفاً دالاً على الرضا حتّى يكون مسقطاً للخيار. وكذلك في العبارة التي بعد هذا.

٣٩٥٨. قد عرفت الخدشة في دلالة أكثرها عليه. و على تقدير التسليم فهو اجتهد منهم^{شك}، و هو حجة عليهم لا على من خالفهم في الفهم و الاجتهاد.

٣٩٥٩. يعني: يبقى الإشكال المتقدم وارداً على هذا المعنى الثالث الظاهر فيه النصّ و

* في بعض النسخ بدل «حملها»، حلبها.

النصوص و الفتاوى ليست كذلك، بل هي واقعة غالباً مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا اطلع على ما يوجب زهده فيه، فهي غير دالة في نفسها عرفاً على الرضا. و منه يظهر وجه النظر (٣٩٦٠) في دفع الاستبعاد الذي ذكرناه سابقاً - من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه في الثلاثة فيكون مورد الخيار في غاية الندرة - بأن الغالب في التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، 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 أفراد رضاء - هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبة، فإذا فرض أن الغالب في مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلا في قليل من أفراد مستهجناً.

و أما الاستشهاد لذلك (٣٩٦١) بما سيجي: من أن تصرف البائع في ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقاً، و ليس ذلك إلا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برء مثل الثمن، ففيه: ما سيجي.

الفتوى. و مرجع هذا الإشكال إلى إشكال التناهي بين هذا الظهور و بين عدم دلالة التصرفات المذكورة فيهما على الرضا عرفاً، إذ قضية الأول عدم كون التصرف في تلك الأمثلة موجباً للسقوط، لعدم الدلالة فيها على الرضا، و قضية كونه مثلاً للتصرف المسقط أن يكون الدلالة على الرضا معتبراً في التصرف، و لازمه القول بإسقاطه من باب التعبد، و هو المعنى الأول. و الحاصل: أن الظاهر من النص و الفتوى و إن كان إرادة المعنى الثالث، لكن ينفيه أن أكثر الأمثلة في النصوص و الفتاوى ليست فيها دلالة على الرضا، فلا يكون من صغريات الكبرى المذكورة فيهما، و هو التصرف الدال على الرضا، بحيث لا يمكن الجمع بين كون الكبرى هو التصرف الدال على الرضا نوعاً الذي استظهره من النص و الفتوى، و بين كون هذه الأمثلة - على ما هو الغالب فيها من وقوعها بلا التزام بالعقد و الرضا بلزومه - صغرى لتلك الكبرى.

٣٩٦٠. يعني: من عدم دلالة أكثر الأمثلة المذكورة في النص و الفتوى عرفاً على

الرضا، لوقوعها غالباً بلا التزام بلزوم العقد و نفوذه.

٣٩٦١. يعني: للدفع.

و ممّا ذكرنا - من استهجان التعليّل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام - يظهر فساد الجمع (٣٩٦٢) بهذا الوجه، يعني حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها وبين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف، مثل رواية عبدالله بن الحسن بن زيد المتقدمة التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار وعدمه، وإلّا أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي، و مثل الخبر المصحح في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها؟ قال: «إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يردّ معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء». ونحوه الآخر. و ما فيهما من «ردّ ثلاثة أمداد» لعلّه محمول على الاستحباب؛ (٣٩٦٣) مع أن ترك العمل به لا يوجب ردّ الرواية، فتأمل (٣٩٦٤). و قد أفتى بذلك في الميسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها أياماً ثم وجد المشتري بها عيباً. ثم قال: «و قيل: ليس له ردّها، لأنّه تصرف بالحلب».

٣٩٦٢. يعني: الجمع بين ما دلّ على سقوط الخيار بمطلق التصرف مثل الأخبار المتقدّم نقلها، و بين ما دلّ على خلافه مثل رواية عبدالله و الخبر المصحح، بحمل الأولى على صورة دلالة التصرف على الرضا بالزوم، و تحمل الثانية على صورة عدم دلالة عليه.

٣٩٦٣. بناءً على المشهور من عدم توقّف الملك على انقضاء مدّة الخيار. و أمّا بناءً على مذهب الشيخ في تلك المسألة فظاهره - من وجوب الردّ للبن - يكون على طبق القاعدة. نعم، بالنسبة إلى تعيين مقداره بثلاثة أمداد لا بدّ من التصرف فيه بالحمل على الغالب على الصلح القهري. و فيه: ما ترى. و من هذا يحدّش في الاستدلال به على مذهب الشيخ. وتمام الكلام في ذلك في محله إن شاء الله.

٣٩٦٤. قيل: إنّ إشارة إلى أن هذا مسلّم في فقرتين مستقلّتين من الرواية، لا في مثل ما نحن فيه من انفهام الحكمين من فقرة واحدة، سيّما إذا كان أحدهما الذي يأخذ به مدلولاً التزامياً مثل ردّ الشاة، و الآخر الذي يترك العمل به مدلولاً مطابقاً مثل ردّ ثلاثة أمداد، فإنّه من قبيل أخذ التابع و ترك المتبوع، و هو غير جائز. و فيه تأمل، لأنّ التبعيّة في مرحلة الدلالة، و لاتفكيك بينهما في تلك المرحلة، و إنّما يفكّك بينهما في مرحلة الحجية، و لاتبعيّة بينهما في تلك المرحلة. و يمكن أن يقال: إنّ إشارة إلى دفع توهم أن إثبات الخيار فيه ليس في موضوع التصرف في

و بالجملة، فالجمع بين النصّ و الفتوى الظاهرين (٣٩٦٥) في كون التصرف مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد، و بين ما تقدّم من التصرفات المذكورة في كثير من الفتاوى (٣٩٦٦) خصوصاً ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الردّ، أو التردّد فيه و في التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقتراحهما بالرضا بلزوم العقد في غاية الإشكال، و الله العالم بحقيقة الحال.

الثالث: خيار الشرط: أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد، و لاختلاف في صحة هذا الشرط (٣٩٦٧) و لا في أنّه لا يتقدّر بحدّ عندنا، و نقل الإجماع عليه مستفيض. و الأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوّغة لاشتراط كلّ شرطٍ إلّا ما استثنى، و الأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد المسألة. فمن الأولى الخبر المستفيض الذي لا يبعد دعوى تواتره: «إنّ المسلمين عند شروطهم» و زيد في صحيحة ابن سنان: «إلّا كلّ شرطٍ خالف

الشاة، يتوهم أنّ الموجود فيه ليس إلّا شرب اللبن، و هو ليس تصرفاً. و حاصل الدفع: أنّ اللبن لا يوجد في الخارج إلّا بالحلب الذي لا ريب في كونه تصرفاً، فيدلّ عليه شرب اللبن بنحو من الدلالة الالتزامية. و يمكن أن يكون إشارة إلى أنّ هذا الخبر آب عن الحمل على صورة عدم دلالة التصرف نوعاً على الرضا، لأنّ الحلب يدلّ عليه نوعاً، فيكون مانعاً عن اختيار المعنى الثالث.

٣٩٦٥. قد مرّ منع ظهور النصّ في ذلك. و أمّا الجمع بين الفتاوى و إرجاعها إلى أمر واحد - مع أنّه لا سبيل إليه - فليس على عهدتنا، سيّما في مثل المقام ممّا كان منشأ الاختلاف فيها هو اختلاف الأنظار في مدرك الفتوى في الاستظهار و عدمه، و كفيّة الجمع بين الأدلة بعد فرض الدلالة و الظهور. ثمّ إنّ من ملاحظة ما علّقناه على قوله: «لكن يُقضى الإشكال المتقدّم...» أنّ هذا إجمال لذلك، و الإشكال الذي ذكره هنا عين الإشكال المذكور هناك، فما ذكره سيّدنا الأستاذ رحمه الله ليس في محله.

٣٩٦٦. لا وجه لترك ذكر النصّ مع ذكره له في التفصيل الذي هذا الكلام إجمال له.

٣٩٦٧. يمكن المناقشة في صحته بعدم الدليل عليه في قبال الأصل المقتضي للعدم. أمّا الأخبار العامة المسوّغة للشرط فلا اعتبار عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة في صحته، و شرط الخيار مخالف لوجوب الوفاء بالعقد الثابت بالكتاب، ولوجوب البيع بعد الافتراق الثابت

كتاب الله عز وجل فلا يجوز». و في موثقة إسحاق بن عمار: «إلا شرطاً حراماً حلالاً أو حلالاً حراماً». نعم، في صحيحة أخرى لابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عز وجل»^{٢٢}. لكن المراد منه بقريئة المقابلة عدم المخالفة، للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب. و تمام الكلام في معنى هذه الأخبار و توضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد إن شاء الله تعالى. و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشروط في العقد، و هي تظهر برسم مسائل:

مسألة: لافرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه؛ لعموم أدلة الشرط. قال في التذكرة: لو شرط خيار الغد* صح عندنا، خلافاً للشافعي. و استدل له في موضع آخر بلزوم صيرورة العقد جائزاً بعد اللزوم. و ردّ بعدم المانع من ذلك؛ مع أنه كما في التذكرة منتقض بخيار التأخير و خيار الرؤية. نعم، يشترط تعيين المدة، فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج، بطل بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه صريحاً؛ لصيرورة المعاملة بذلك غررية. و لا عبرة بمساحة العرف في بعض المقامات و إقدام العقلاء عليه أحياناً؛ فإن الاستفادة من تبّع أحكام المعاملات لعدم رضا الشارع بذلك؛ إذ كثيراً ما يتفق التشاح في مثل الساعة و الساعتين من زمان الخيار فضلاً عن اليوم و اليومين.

و بالجملة، فالغرر لا ينتفي بمساحة الناس في غير زمان الحاجة إلى المداقة، و إلا لم يكن بيع الجزاف و ما تعذر تسليمه و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غرراً؛ لتسامح الناس في غير مقام الحاجة إلى المداقة في أكثر الجهالات. و لعل هذا مراد بعض الأساطين من قوله: «إن دائرة الغرر (٣٩٦٨) في الشرع أضيق من دائرته في العرف» و إلا

بالسنة. و أمّا الأخبار الخاصة الواردة في بعض أفراد هذا الشرط - أعني: شرط الخيار للبائع بشرط ردّ الثمن - فلما يأتي فيما بعد من المناقشة في دلالتها عليه. و أمّا الإجماع فلا مكان أن يكون مستندهم فيه الأخبار المذكورة، فتأمل.

٣٩٦٨. قد مرّ منّا شرح هذه العبارة في مسألة بيع صاع من صبرة، فراجع.

فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف. نعم الجهالة التي لا يرجع الأمر معها غالباً إلى التشاخص بحيث يكون النادر كالمعدوم لاتعة غرراً، كفاوت المكايل و الموازين. و يشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالة (٣٩٦٩) على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم، و خصوص موثقة غياث: «لابأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم، لا يسلم إلى دياس أو* إلى حصاد» ٢٣ مع أن التأجيل إلى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حد الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع. و ربّما يستدل على ذلك بأن اشتراط (٣٩٧٠)

٣٩٦٩. حيث إن اعتبار معلومية الأجل في السلم فيها يدل على عدم العبرة بالمساحة العرفية و إلا لما كان وجه لاعتبارها، مع أن العرف يتسامحون فيه، و لا يعتنون بالجهالة فيه مع قلة الاختلاف. ٣٩٧٠. نظره في ذلك إلى ما ذكره صاحب الجواهر^{رحمته} في شرح قول المحقق^{رحمته}: «و لكن يجب أن يكون مدة الخيار مدة مضبوطة، و لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة و النقصان، كقولهم الحاج» فإنه قال متصلاً به ما هذا لفظه: «قولاً واحداً، للغرر حتى في الثمن، لأن له قسطاً منه، فيدخل فيما هي النبي^{صلى الله عليه وآله}، فاشتراطه مخالف للسنة و ما دل على وجوب اتباعها من الكتاب» انتهى. الظاهر أن مراده أن جهالة المدة في خيار الشرط غرر في الثمن في البيع المتضمن لهذا الشرط، لأن للشرط قسطاً من الثمن، فمن جهالة مدته يلزم جهالة قسطه منه الموجب لجهالته، فيلزم الغرر فيه، فيدخل ذاك البيع المشتتل على هذا الشرط المجهول في بيع الغرر الذي هي عنه النبي^{صلى الله عليه وآله}. فاشتراط هذا الخيار المجهول مدته بواسطة أنه سبب للغرر في البيع و لو في ناحية الثمن مخالف للسنة الدالة على بطلان البيع الغرري، يعني بالسنة هي النبي^{صلى الله عليه وآله} عن بيع الغرر، و مخالف لما دل على وجوب اتباع السنة من الكتاب، يعني به قوله تعالى: «ما آتاكم الرسول فخذوه و ما نهاكم عنه فانتهوا».

و يحتمل بعيداً غايته - بل لا مجال له بعد أدنى التأمل، كما تعرف وجهه - أن يكون مراده من الغرر في صدر العبارة هو نفس الشرط لأجل الجهالة في مدته، فيدخل ذاك الشرط بنفسه في الغرر الذي هي عنه النبي^{صلى الله عليه وآله}. و يكون مراده من النهي النبوي حيثما ما روي عنه^{صلى الله عليه وآله} بهذه العبارة: «هي النبي^{صلى الله عليه وآله} عن الغرر» حالياً عن لفظه البيع، كما أن مراده منه على

المدة المجهولة مخالفاً للكتاب و السنة؛ لأنه غرر. وفيه: أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفاً للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب و السنة، ففي الثاني يفسد الشرط و يتبعه البيع، و في الأول يفسد البيع فيلغو الشرط، اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيار في مدة مجهولة غرر و إن لم يكن بيعاً، فيشمله دليل نفي الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب و السنة. لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

مسألة: لافرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدة أصلاً، كأن يقول: «بعثك على أن يكون لي الخيار»، و بين ذكر المدة المطلقة، كأن يقول: «بعثك على أن يكون لي الخيار مدة»؛ لاستواء الكل في الغرر، خلافاً للمحكمي^{٢٤}

الاحتمال الأول ما روي عنه عليه السلام بهذا اللفظ: «نهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر» مشتملاً على لفظة البيع. فاشتراطه على هذا الاحتمال بنفسه مخالف للسنة... إلى آخر عبارته المتقدمة.

و الوجه في بُعد ذلك توقفه على غمض العين عن اشتمال العبارة على قوله عليه السلام: «حتى في الثمن لأن له قسطاً» و فرض خلوها عنه، إذ مع لحاظه لا يبقى لهذا الاحتمال مجال كما لا يخفى. هذا ما يرجع إلى شرح مراده عليه السلام.

و أمّا ما أورد عليه المصنف فحاصله: أنه إن أراد الاحتمال الأول - كما هو الظاهر بل المتعين، لما عرفت الإشارة إليه - ففيه: أنه لا يصح عليه تفريع كون الاشتراط مخالفاً للسنة و نهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر على غررية البيع بواسطة هذا الشرط، كما هو قضية قوله: «فاشترطه مخالف للسنة». و إن أراد الاحتمال الثاني الذي أشار إليه المصنف عليه السلام بقوله: «اللهم...» و قلنا إنه بعيد، ففيه: أنه و إن كان حينئذ يصح التفريع عليه بما ذكر، إلا أنه يرد عليه أن العدول عن الاستدلال على فساد البيع المشتعل على هذا الشرط - بكون ذاك البيع غرراً مندرجاً تحت نفيه عليه السلام عن الغرر، و مصداقاً من مصاديقه، في عرض الشرط الغرري لجهل المدة - إلى الاستدلال عليه بكون ذاك الشرط غرراً منهياً عنه، مع عدم الحاجة إلى الوساطة على الأول بخلافه على الثاني، كالأكل من القفا. هذا، و يمكن لنا أن نختار الاحتمال الأول و نقول: بأن الإشكال عليه بعدم صحة التفريع إنما يتم لو كان مراده من مخالفة اشتراط الخيار المجهول مدته

عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبي، فجعلوا مدة الخيار في الصورة الأولى* ثلاثة أيام. و يحتمل حمل الثانية عليها، و عن الانتصار و الغنية و الجواهر: الإجماع عليه^{٢٥}. و في محكمي الخلاف: وجود أخبار الفرقة (٣٩٧١) به.

و لاشك أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار، فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقولة؛ و لذا مال إليه في محكمي الدروس، لكن العلامة في التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن

للسنة مخالفته لها بلحاظ نفسه، و هو قابل للمنع، بل المراد منها بقرينة ملاحظة صدر عبارته مخالفته لها بلحاظ كونه سبباً لمخالفة البيع لها.

و يمكن أن نختار الاحتمال الثاني بعد الإغماض عن بعده و نقول: بأن الإشكال بمسألة أنه كالأكل من القفا إنما يتم لو كان هو قد استدلّ بذلك على فساد البيع المشتعل على هذا الشرط لا على فساد الشرط، و هو ممنوع، فإنه - كما عرفت من مورد كلامه - استدلّ به على الثاني لا الأول، فتدبر جيداً.

٣٩٧١. قال في الخلاف: «مسألة: من ابتاع شيئاً بشرط و لم يسمّ وقتاً و لأجلاً بسل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام، و لا خيار له بعد ذلك. و قال أبو حنيفة: إن البيع فاسد، فإن أجازته في الثلاثة جاز عنده خاصة، و إن لم يجز حتى مضت الثلاثة بطل البيع. و قال أبو يوسف و محمد: له أن يجيز بعد الثلاثة. و قال مالك: إن لم يجعل للخيار وقتاً جاز، و جعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة. و قال الحسن بن صالح بن حي: إذا لم يعين أجل الخيار أبداً. دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم». انتهى. لعلّ مراد أبي حنيفة أن البيع المشروط بالخيار خالياً عن الأجل فاسد، إلا أن يسقط الشرط و الخيار و أجاز البيع في الثلاثة، فإن أسقطه و أجاز البيع فيها صحّ البيع عنده خاصة، و إلا حتى مضت الثلاثة بطل العقد، و لا سبيل إلى إسقاطه بعدها و تصحيح العقد. و مراد أبي يوسف أن الخيار في الفرض على تقدير صحته غير محدود بالثلاثة أيام، فيحمل على الدوام، و لكن البيع من جهة الشرط المذكور باطل، إلا إذا أسقطه و أجاز البيع أي وقت كان و لو بعد الثلاث. و مراد مالك أنه يصحّ و يكون له الخيار على الفور العرفي، لا الثلاثة أيام و لادائماً. و مراد الحسن أنه يصحّ و يكون له الخيار أبداً.

الشيخ رحمته وأوله بإرادة خيار الحيوان (٣٩٧٢).

و عن العلامة الطباطبائي في مصابيح: الجزم به، و قواه بعض المعاصرين منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامة من أنه ليس في الأدلة ما يخالفه؛ إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته. و زاد في مفتاح الكرامة*: بأن الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع. و فيه: ما تقدم في مسألة تعذر التسليم من أن بيع الغرر موضوع عرفي حكم فيه الشارع بالفساد؛ و التحديد بالثلاثة تعبدي شرعي لم يقصده المتعاقدان (٣٩٧٣) فإن ثبت بالدليل كان مخصصاً لعموم نفي

٣٩٧٢. هذا تأويل بعيد خال عن الشاهد.

٣٩٧٣. حتى يكون تخصصاً و خارجاً عن موضوع الغرر، إذ المفروض أنهما لم يقصدا إلا صرف ثبوت الخيار، فحينئذ إن ثبت هذا التحديد بالدليل كان الدليل مخصصاً لعموم نفي الغرر في الشرط و البيع يجب العمل به في الجملة، و الحكم بالخيار له ثلاثة أيام. و أما أن التصرف من الشارع هل هو في خصوص التحديد، و أمّا المحدود - و هو الخيار - فإنما هو ثابت بواسطة الاشتراط، لعموم وجوب العمل بالشرط، أو فيهما معاً، و أن الشرع قد جعل له المجموع المركب من ذات الخيار و من تقيده بالامتداد إلى الثلاثة؟ فيختلف الحال فيه باختلاف لسان الدليل. فإن كان بلسان: من باع شيئاً و شرط الخيار و لم يذكر المدة كان مدة خياره ثلاثة أيام، كان أصل الخيار ثابتاً بأدلة الشروط و عموماتها، و قيده - و هو التحديد بالثلاثة - تعدياً ثابتاً بذلك الدليل الخاص، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة، حيث إن أصل الوصية فيها ثابت بعمومات أدلة الوصية، و التحديد بحد خاص قد ثبت بدليل مخصوص. و إن كان بلسان: من باع شيئاً و شرط الخيار و لم يذكر مدة كان له الخيار ثلاثة أيام، يكون هذا الخيار الخاص أصله و قيده حكماً شرعياً ثبت بذلك الدليل الخاص في موضوع خاص، و هو إهمال مدة الخيار مع شرط نفسه، نظير ثبوته بدليل خاص في موضوع بيع الحيوان.

و ممّا ذكرنا علم أن قوله: «أو يكون...» عطف على قوله: «كان التحديد». و اتضح الفرق بين المتعاطفين. فسقط ما ذكره سيدنا الأستاذ رحمته من أن الأولى إسقاط الجملة لمعطوفة، لعدم الفرق بينها و بين ما عطفت عليه.

الغرر و كان التحديد تعبدياً، نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة، أو يكون حكماً شرعياً ثبت في موضوع خاص، و هو إهمال مدة الخيار. و الحاصل: أن الدعوى (٣٩٧٤) في تخصيص أدلة نفي الغرر لا في تخصّصها.

و الإنصاف: أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعدة الغرر؛ لأن الظاهر بقربة عدم تعرّض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنه عسّل في هذه الدعوى على اجتهداه في دلالة الأخبار (٣٩٧٥) الواردة في شرط الحيوان، و لا ريب أن الإجماعات المحكية إنما تجر قصور السند المرسل المتضح دلالته أو القاصر دلالته، لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً، فالتعويل حينئذٍ على نفس الجابر و لاجابة إلى ضمّ المنجبر، إذ نعلم إجمالاً (٣٩٧٦)

٣٩٧٤. يعني: أن الدعوى و النزاع بين أرباب القولين في المسألة إنما هو في تخصيص أدلة نفي الغرر و عدمه لا في تخصّصها و عدمه، كما هو قضية تعليل عدم البطلان بانسداد الغرر بتحديد الشرع، فلا بدّ في المصير إليه من دليل معتبر، و هو منتفٍ، لأن الإنصاف... إلى آخر العبارة.

٣٩٧٥. بتقريب أن يقال: إن معاد قوله «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام اشترط أو لم يشترط» هو حصر كون الخيار ثلاثة أيام على الإطلاق و لو لم يشترطه في العقد بيع الحيوان، فيدلّ بمفهوم الحصر على أن كونه ثلاثة أيام في بيع غير الحيوان ليس على وجه الإطلاق، بل هو مخصوص بصورة اشتراط الخيار، فيكون مفاد المفهوم أن الخيار في بيع غير الحيوان إذا اشترطه فيه فهو ثلاثة أيام، و هو كما ترى، إذ الظاهر من الاشتراط فيه اشتراط الثلاثة - يعني: أن الخيار في الحيوان ثلاثة أيام - و لو لم يشترطها المتعاقدان، و أمّا في غير الحيوان فأمره تابع للاشتراط، فقد يكون ثلاثة أيام و قد يكون أزيد أو أنقص، فليس له دلالة على حكم شرط الخيار مع ترك المدة هل هو البطلان أو الصحة؟ و على الثاني مقدار مدة الخيار ثلاثة أيام أو أقلّ و أكثر. و الظاهر أن مراده من الدلالات الاجتهادية المستنبطة من الأخبار هو ما ذكره في توجيه كلام الشيخ في الخلاف.

٣٩٧٦. ليس في العبارة ما يرتبط به هذا التعليل، و لعلّ معلوله محذوف، لاستفادته من سياق الكلام، أعني: مثل قوله: و هو - أي: الجابر - غير صالح لذلك، إذ نعلم إجمالاً...

أنَّ المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار؛ و لا ريب أنَّ المستند (٣٩٧٧) غالباً في إجماعات القاضي و ابن زهرة إجماع السيّد في الانتصار.

نعم، قد روي في كتب العامة: أنَّ حنّان بن منقذ كان يُخدع في البيع لشجّة أصابته في رأسه، فقال له النبي ﷺ: «إذا بعث فقل لا خلافة»^{٢٦} و جعل له الخيار ثلاثاً، و في رواية (٣٩٧٨): «و لك الخيار ثلاثاً». و الخلافة: الخديعة. و في دلالة فضلاً عن سنده* ما لا يخفى (٣٩٧٩). و جبرهما بالإجماعات كما ترى! إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعدة الغرر مشكّل بل غير صحيح، فالقول بالبطلان (٣٩٨٠) لا يخلو عن قوّة.

ثمَّ إنّه ربّما يقال ببطلان الشرط دون العقد، و لعلّه مبنيٌّ على أنَّ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد. و فيه: إنَّ هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فساداً في أصل البيع كما فيما نحن فيه؛ حيث إنَّ جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريّاً، و إلّا

٣٩٧٧. الظاهر أنَّ هذا إشكال آخر على التعويل على الإجماع المنقول بالنسبة إلى إجماع القاضي و ابن زهرة، ترقى عن إشكال الاستناد إلى الاجتهاد بالقياس إلى إجماعيهما. و حاصله: أنَّ إجماعيهما مستنده إجماع السيّد و التقليد له.

٣٩٧٨. قيل: و في رواية: «و جعل له بذلك خيار ثلاثة أيام».

٣٩٧٩. أمّا الثاني فلاّنه عامّي. و أمّا الأوّل فلاّن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثة أيام لمن يخدع مطلقاً، و لو لم يشترط الخيار أصلاً، و كان المبيع غير حيوان، فهو أعمّ من المدعى من صورة اشتراط الخيار مع ترك ذكر المدة بالمرّة، و لا عامل به بهذا العموم. و حمّله على صورة الاشتراط في بيع غير الحيوان ممّا لا قرينة عليه، مع أنّه لا وجه للتعدّي عن من يخدع إلى غيره. و بالجملة، بين المدعى و بين مضمون الرواية عموم من وجه، فكيف يمكن أن يكون هو المستند فيه. هذا، مع قطع النظر عمّا في محكيّ التذكرة من أنَّ كلمة «لا خلافة» في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام، و إلّا فعدم الدلالة في غاية الوضوح.

٣٩٨٠. يعني: بطلان العقد، كما يرشد إليه قوله: «ثمَّ إنّه ربّما يقال...».

فالتجّه فساد البيع و لو لم نقل بسرّاية الفساد من الشرط إلى المشروط، و سيجيء تمام الكلام في مسألة الشرط.

مسألة: مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق من حين العقد؛ لأنّه المتبادر من الإطلاق. و لو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدئه أوّل جزءٍ من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدئه من طلوع فجر الغد، فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أنّ مبدئه من حين العقد، و لو جعل مبدئه من حين التفرّق بطل؛ لأدائه إلى جهالة مدّة الخيار. و عن الشيخ و الحلّي: أنّ مبدئه من حين التفرّق. و قد تقدّم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته. نعم، يمكن أن يقال هنا: إنّ المتبادر من جعل الخيار جعله له في زمان لولا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تمّ هذا، لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة مع أنّ هذا إلما يتمّ مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلّا فمع الجهل به لا يقصد إلّا الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوته من حين التفرّق حكمٌ على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

مسألة: يصحّ جعل الخيار لأجنبي. قال في التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صحّ البيع و الشرط عندنا*. و حكى عنه الإجماع في الأجنبي (٣٩٨١)، قال: لأنّ العبد بمنزلة الأجنبي (٣٩٨٢). مركزية كوتير علوم

و لو جعل الخيار لمُتَعَدِّدٍ، كان كلّ منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ و الإجازة قدّم الفاسخ؛ لأنّ مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار انجيز** (٣٩٨٣) بخلاف ما لو وكل جماعة

٣٩٨١. قال شيخنا: «و هل يجوز جعل الخيار للأجنبي؟ ذهب علمائنا أجمع إلى جوازه، و أنّه يصحّ البيع و الشرط. و به قال أبو حنيفة و مالك و أحمد و الشافعي في أصحّ القولين. - إلى أن قال - و للشافعي قول أنّه لا يصحّ، و يبطل البيع و الشرط معاً». انتهى.

٣٩٨٢. قاله متصلاً بقوله: «صحّ البيع و الشرط معاً عندنا، و هو أحد قولي الشافعي».

٣٩٨٣. إن كان معنى الخيار ملك فسخ العقد و تركه فلا بأس بما ذكره من إطلاق تقديم الفاسخ، و الحكم على انحلال العقد حتّى في غير صورة تقدّمه على الإجازة، و حتّى في صورة كون متعلّق الخيار المجعول بالشرط للأجنبي المتعَدّد هو مطلق العهد و الالتزام الجامع بين

في الخيار؛ فإن النافذ هو التصرف السابق؛ لقوات محل الوكالة بعد ذلك. و عن الوسيلة (٣٩٨٤): أنه إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ، و إن لم يجتمعا

عهدي المتعاقدين، كما قد يدعى أنه الظاهر من إطلاقه في جعله للأجنبي المتعدد، فضلاً عن صورة كونه خصوص التزام الفاسخ أو المحيز مثل الخيار المحمول للمتعاقدين بأصل الشرع كخيار المجلس، كما قد يدعى ظهوره في ذلك فيما إذا اشترط الخيار للمتعاقدين.

و أما إن كان معناه ملك فسخ العقد و إجازته و إلزامه - بمعنى جعله لازماً لاينحل، كما هو قضية تعريفه بأنه ملك إقرار العقد و إزالته، بناءً على كون المراد من الإقرار هو الإلزام، كما هو الظاهر على ما عرفته سابقاً - فلا يتم تقديم الفاسخ إلا في الصورة الثانية، لأن نتيجة الإجازة حينئذ جعل العقد لازماً من طرفه خاصة، فلا ينافي جوازه من طرف الآخر، كما لو كان الخيار من أول الأمر مختصاً به. و أما في الصورة الأولى فالحكم فيها كما لو وكل جماعة في الخيار في نفوذ السابق لو كان هناك سبق و لحوق، و تساقطهما و الرجوع إلى أصالة بقاء الخيار إن لم يكن.

٣٩٨٤. يعجبني أن أفسر عبارته و أبين مراده رحمته بطور مزج الشرح بالمتن، فأقول: يعني:

إذا كان قد اشترط المتعاقدان الخيار الواحد لأنفسهما على نحو يكون لهما ذلك من حيث المجموع، قبال الخيارين المحمول أحدهما لأحدهما و الآخر للآخر، و اجتمعا على رأي واحد في أمر العقد من فسخ أو إمضاء، نفذ ذلك الفعل الذي اجتمعا عليه. و إن لم يجتمعا عليه بل اختلفا فيه، بأن أجازاه أحدهما و فسخه الآخر، بطل ذلك الفعل الذي صدر منهما من الفسخ و الإجازة مطلقاً، سواء تقارنا أو سبق الإجازة على الفسخ أو كان بالعكس، و ذلك لأنه قضية اشتراطه لهما مقيداً بالاجتماع، كما هو مفروض كلامه على ما فسرناه.

و إن كان قد اشترط خصوص المشتري لغيرهما الخيار، لا بمعنى ملكه لفسخ العقد و تسلطه عليه كما كان في المعطوف عليه، بل بمعنى اختيار ما يفعله المشتري في العقد و يورده عليه من أحد طرفي خياره بالمعنى المصطلح المقيّد بخياره المدلول على اشتراطه لنفسه بالدلالة الالتزامية، أعني: الفسخ و الإمضاء، بأن قال: اشتريت هذا بشرط أن يكون لرئيس الخيار في فسخي للعقد و إمضائي إياه، فإن اختار لي الفسخ و عيّنه يكون لي ذلك، و إن اختار الإمضاء يكون لي ذلك، و اتفق أن ذاك الغير رضي بالبيع و اختار بقاءه للمشتري نفذ رضاه و اختياره

بطل. و إن كان لغيرهما و رضي نفذ البيع، و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء، انتهى. و في الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفرداً و لاعتراض عليه، و معهما، أو مع أحدهما، و لو خولف أمكن اعتبار فعله (٣٩٨٥) و إلا لم يكن لذكره فائدة، انتهى.

.....

عليه، و يلزمه لزوم العقد و إن لم يرض به بل رضي بالفسخ و اختاره للمشتري، كان المبتاع و المشتري بالخيار بين الفسخ و الإمضاء، لأجل اشتراطه الخيار لنفسه مقيداً بخيار الغير للفسخ بمعنى اختياره، و قد اختار له الفسخ و عينه في الفرض. و من حال المشتري في الفرض يعلم الحال فيما لو كان شرط الخيار - بالمعنى المصطلح لنفس الشارط مقيداً بخيار الأجنبي بالمعنى المذكور - من البائع أو منهما، و التعرض للمبتاع إنما هو من باب المثال.

هذا غاية ما تحصل لي في شرح العبارة، و لم أتصرف فيها إلا في موضعين:

أحدهما: حمل اشتراط الخيار لهما عليه مقيداً بالاجتماع. و الوجه في ذلك - بعد تسليم كونه تصرفاً، لعدم ظهور إطلاق في اشتراطه لهما في صورة اشتراطه لكل واحد منهما بطور الاستقلال كما لا يخفى - إنما هو لأجل ظهور رجوع ضمير «بطل» مثله في «نفذ» قبله و بعده إلى الفعل الصادر من المشروط لهما الخيار، إذ لو كان مراده صورة شرط الخيار لهما بالاستقلال لكان اللازم إرجاعه إلى العقد مطلقاً، بناءً على مختار المصنف رحمته من إطلاق تقدم الفاسخ، أو مع تقييده بصورة تقدم الفسخ على الإجازة من صور الاختلاف، بناءً على ما اخترناه من تقدم المقدم في صورة تقدم أحدهما على الآخر و تساقطهما معاً في صورة التقارن، وكلاهما خلاف الظاهر.

و ثانيهما: الالتزام بالاستخدام في ضمير «كان» في قوله: «و إن كان لغيرهما» الراجع إلى الخيار في أول العبارة، بإرادة الخيار منه بمعنى الاختيار و تعيين ما به يعمل المشتري خياره بالمعنى المصطلح من الفسخ و الإمضاء، مع تخصيص الشرط لخيار الغير بذلك المعنى بالمشتري. و هو و إن كان خلاف الظاهر، إلا أنه لا بأس به بقرينة قوله: «و إن لم يرض كسان المبتاع بالخيار...». و على ما ذكرنا في شرح العبارة لا يرد عليها شيء مما أوردته من تعرض لها من المحشئين على المتن و غيرهم، و لا نطيل بذكره.

٣٩٨٥. توضيح مراده على ما يخطر بالبال أن اشتراط الخيار المشترك بين الأجنبي و بين المتعاقدين أو أحدهما يكون على أنحاء ثلاثة، إذ تارة تكون نتيجته ثبوت الخيار لكل واحد من

المتعدد بنحو الاستقلال، و أخرى تكون مفادّه ثبوت خيار واحد لهما معاً و مقيداً بالاجتماع على الفسخ و الإمضاء، و على هذا حملنا الفقرة الأولى من عبارة الوسيلة، و ثالثة تكون نتيجته حدوث الخيار للشارط في ظرف اختيار الآخر له فسخ العقد، و هذا هو اشتراط الخيار بشرط مؤامرة الغير الذي يعنونه فيما بعد ذلك، و على هذا حملنا الفقرة الثانية منها.

ثم إنّ الضمير في قوله: «خولف» و في «فعله» و «ذكره» راجع إلى الغير لا إلى الأحـد. و المراد من الإمكان هو الاحتمال. و المراد من الاعتبار هو الدخالة و الاشتراط لا النفوذ. و قوله: «و إلاّ لم يكن...» بيان لوجه الاعتبار و الدخالة. و أمّا وجه الإمكان و الاحتمال فهو شيء آخر لم يذكره في العبارة، و هو احتمال أن يكون اشتراط الخيار المشترك بأحد النحويين الأخيرين.

و حينئذ نقول في شرح العبارة ما زجأ له بالمتن: إنّه لو خولف ذاك الأجنبي، بأن أجاز هو العقد أو فسخه و خالفه أحد المتعاقدين المشترك معه في الخيار أو كلاهما في أمر العقد، أمكن و احتمل اعتبار فعله - أي: الأجنبي - و دخالته في نفوذ فعل ذاك الأحـد المخالف معه، و لازمه بطلان فعل ذاك الأحـد و عدم ترتب الأثر عليه، فيبقى الخيار على حاله إلى أن يتوافقا في أمر العقد فسخاً كان أو إمضاءً، و ذلك لاحتمال أن يكون شرط الخيار للغير مع أحدهما أو معهما بأحد النحويين الأخيرين، و على هذا لابدّ من اعتبار فعله و دخالته في نفوذ فعل ذاك الأحـد، و إلاّ فلولم يعتبر فيه بل نفذ بدون اتّحاده و توافقه مع فعل الغير لم يكن لذكره فائدة.

و يمكن أن يكون الاعتبار بمعنى النفوذ، مع بقاء ما عداه على ما فسّرناه. يعني: لو خولف الأجنبي، بأن أجاز العقد و لحقه الأحـد و فسخه، أو بالعكس - كما لعل الظاهر من تعبير «خولف» هو ما ذكرنا من صورة سبق الغير و لحق الأحـد، لا العكس و لاصورة التقارن - أمكن اعتبار فعله و نفوذه و لو كانت إجازة، و لغوية فعل الأحـد و لو كان فسخاً، لاحتمال أن يكون اشتراطه لهما بالنحو الأوّل، و عليه لو لم يعتبر و لم ينفذ فعله لكان ذكره و شرط الخيار لغواً لافائدة فيه.

وكيف كان، فقول المصنّف رحمه الله: «أقول لو لم يمض...» شرح لقول الشهيد رحمه الله: «و إلاّ لم يكن...». و مقتضاه أنّه حمل قوله: «و لو خولف» على صورة فسخ الغير العقد و إجازة شريكه في الخيار إياه، لا الأعمّ منها و من صورة العكس. و وجهه على ما يستفاد

أقول: لو لم يمض فسخ الأجنبي - مع إجازته و المفروض عدم مضي إجازته مع فسخه - لم يكن لذكر الأجنبي فائدة.

ثم إنه ذكر غير واحد: أن الأجنبي يراعي المصلحة للجاعل، و لعلّه لتبادره من الإطلاق، و إلاً فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

ثم إنه ربما يتخيل: أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، نظراً إلى أن الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برّد الثمن لنفس المتعاقدين. و هو ضعيف؛ لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً و لاعتقلاً، بل المعتبر فيه تعلّق حقّ الفاسخ بالعقد أو بسالعين و إن كان أجنبياً؛ فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حقّ للأجنبي في العقد؛ و سيجيء نظيره في إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسألة: يجوز لهما اشتراط الاستمرار (٣٩٨٦) بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد فيأتمر بأمره أو بأن ياتمر إذا أتمه ابتداءً و على الأوّل: فإن فسخ المشروط عليه

من قوله: «و المفروض...» أنه لا يمكن اعتبار فعله في صورة العكس و هو الإجازة، إذ المفروض عدم مضي إجازته مع فسخ شريكه، لما تقدّم في وجه تقلص الفسخ على الإجازة عند الاختلاف من أن مرجع الإجازة إلى إسقاط الخيار من طرف المميز خاصّة، فلا يمنع من تأثير الفسخ من الآخر. و فيه: أن قضية ذلك هو الجزم باعتبار فعله كشريكه لا الإمكان، فتأمل جيّداً.

٣٩٨٦. الظاهر في معنى العبارة أنه يجوز لهما أو لأحدهما اشتراط أن يكون لكلّ منهما أو لأحدهما على الآخر الاستمرار، بأن يشترط كلاهما أو أحدهما أن يستأمر ذاك الآخر - المشروط عليه الاستمرار - الأجنبي في أمر العقد، فبعد الاستمرار يأتمر بأمره و يعمل على طبق أمره، بأن يأتمر بأمره إذا أمره ابتداءً فيما إذا أراد المستأمر - بالكسر - ثبوت فسخ العقد له. و يدلّ هذا الاشتراط - أي: اشتراط الاستمرار - بالدلالة الالتزامية على اشتراط الخيار و جواز فسخه للمشروط عليه الاستمرار عند أمره بالفسخ. فكون المستأمر - بالكسر - مشروطاً عليه الملازم لكون الآخر المشترط له مشروطاً له إنّما هو بلحاظ اشتراط الاستمرار المصرّح به في

الكلام، و أما بلحاظ الخيار الحادث بأمر الأجنبي له بالفسخ بعد الاستيمار - المدلول عليه بهذا الشرط بالدلالة الالتزامية - فالأمر بالعكس.

و على الأول - و هو صورة شرط الاستيمار - فإن فسخ ذاك الطرف الآخر للمعاملة المشروط عليه الاستيمار من دون استيمار لم ينفذ فسخه، لتوقف نفوذه على ثبوت الخيار المنتفي لأجل انتفاء الاستيمار، المتوقف هو عليه و على الأمر بالفسخ بعده.

و لو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، لما مرّ من انتفاء ما أنيط به و هو أمره بالفسخ، إذ الغرض من الشرط ليس بمجرّد الاستيمار و لو سكت فضلاً عن الأمر بالإجازة، بل الغرض منه أن يحصل أمره، لأجل أن يكون له الالتزام بأمره و المشي على طبقه لو أراد، و المفروض أنّه لم يأمره بالفسخ حتّى يكون له ذلك. مع أنّه لو فرضنا أنّه كان الغرض منه ذلك - أي: بمجرّد الاستيمار و لو لم يكن هناك أمر، أو كان و لكن كان على خلاف ما يريده المستأمر بالكسر - لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ و تسلّطه عليه، لأنّ شرط الاستيمار لدلالة له بإحدى الدلالات على ثبوت الخيار له بمجرّد الاستيمار، بل لابدّ في إفادته من التصريح بشرطه تحقّقه بمجرّد الاستيمار، و هو خلف، إذ المفروض أنّه ليس هناك إلّا صرف شرط الاستيمار الذي مرّ عدم دلالة عليه.

و إن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ، بل غاية الأمر أنّه يحدث له بسبب أمره بالفسخ ملك الفسخ و التسلّط عليه حينئذٍ، إذ لامعنى لوجوب الفسخ عليه مطلقاً. أمّا مع عدم رضا الآخر - و هو شرط الاستيمار - بالفسخ فواضح، إذ لو وجب فلا بدّ أن يكون لأجل حقّ فسخ متعلّق بالعقد، إمّا للثالث الأجنبي المستأمر بالفتح، و إمّا لأحد المتعاقدين المشترط للاستيمار، أو لكليهما. و الأول و إن أراد الفسخ - و لذا أمره به - إلّا أنّه ليس له حقّ في فسخ العقد، إذ المفروض أنّ الثالث لاسلطنة له على الفسخ. و أمّا المتعاقدان فعلى تقدير حقّ لهما أو لأحدهما ليس ممّا يجب إعماله بالفسخ، بل لهما أو لأحدهما ذلك على تقدير إرادته، و المفروض أنّهما لا يريدانه.

و أمّا مع طلب الآخر للفسخ فلاّ أنّ وجوب الفسخ حينئذٍ - أي: حين إذ طلب الآخر الفسخ على المستأمر بالكسر - لو كان فلا بدّ أن يكون لأجل أمر راجع إلى حقّ لمشترط الاستيمار الذي هو صاحبه - أي: صاحب المستأمر بالكسر المشروط عليه الاستيمار - قد

من دون استثمار لم ينفذ. و لو 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. و إن أمره بالفسخ لم يوجب 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 لسلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه، و أما مع طلب الآخر 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، فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه.

و الحاصل: أن اشتراط الاستثمار من واحد منهما على صاحبه إنما يقتضي ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر، و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضي ملك كل واحد منهما للفسخ عند الإذن.

حدث ذاك الحق له باشتراطه الاستثمار عليه، فإذا طلب حقه منه - كما هو المفروض - يجب عليه أدائه. و لكن ليس له حق على المشروط عليه الاستثمار - و هو المستأمر بالكسر - و ذلك للأصل مع عدم المقتضي له، لأنه منحصر في اشتراط الاستثمار عليه، و هو غير مقتضي لذلك، فإنه إن اقتضى اشتراط الاستثمار ترتب ثبوت ذلك الحق للمشتراط على صاحبه المشتراط عليه - و هو المستأمر بالكسر - عرفاً، فمعناه و مقتضاه بالأخرة سلطنة صاحبه - أي: صاحب المستأمر بالكسر المشتراط عليه - و هو نفس المشتراط على الفسخ و لو عند عدم فسخ المستأمر بالكسر بعد أمر المستأمر بالفتح له بالفسخ و طلبه منه، لأجل خيار تخلف الشرط، و هو الفسخ بعد الأمر. فعلى هذا، يرجع مفاد اشتراط الاستثمار - إذا كان لكل منهما - إلى شرط سلطنة فسخ العقد لكل منهما على صاحبه و لو عند عدم فسخه بعد أمره به، و الظاهر أنه لسلطنة للمشروط له على المشروط عليه في الفسخ و لو بعد عدم الاستثمار بأمر المستأمر بالفتح بالفسخ، فيعلم من ذلك عدم وجوب الفسخ عليه بأمره به.

و كيف كان، فضمير «صاحبه» و «عليه» راجع إلى المستأمر بالكسر. و المراد من الصاحب هنا هو مشروط الاستثمار. و ضمير «صاحبه» في الموضع الثاني و الثالث راجع إلى الصاحب في الموضع الأول. و المراد منه فيهما هو المستأمر بالكسر، فلا تغفل.

و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثاني، و هو الائتمار بأمره الابتدائي، فإنه إن كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به، و إن كان لكل منهما ملكا كذلك. ثم في اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان: أوجههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريئة حالية أو مقالية.

مسألة: من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه و يقال له: «بيع الخيار»، و هو جائزٌ عندنا كما في التذكرة و عن غيرها: الإجماع عليه، و هو: أن يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدةً بأن يرد الثمن فيها و يرتجع* المبيع. و الأصل فيه - بعد العمومات المتقدمة في الشرط - النصوص المستفيضة: منها: موثقة إسحاق بن عمار، قال** : «سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام يقول، و قد سأله: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه فقال له: أبيعك داري هذه و يكون لك أحب إليّ من أن يكون لغيرك، على أن تشترط لي (٣٩٨٧)

٣٩٨٧. ليس فيه دلالة على اشتراط الخيار للبايع بشرط رد الثمن بوجه، و إنما ظاهره اشتراط البايع على المشتري أن يشترط له أن يرد إليه المبيع مشروطاً برده للثمن، و لادلالة له على جعل الخيار للبايع إلا بالدلالة الالتزامية، و هي فرع الملازمة، و هي منتفية، إذ لا ملازمة بين رد المشتري للمبيع بعد رد البايع للثمن و بين كونه لأجل فسخ البايع للعقد الملازم لثبوت الخيار له، لإمكان أن يكون ذلك لأجل البيع الجديد له بذلك الثمن كما احتمله السيد الأستاذ في الحاشية، بأن يكون معنى قوله: «تردها» تبيعها مني ثانياً، أو لأجل الانفساخ قهراً، أو لأجل فسخ المشتري، فيكون معناه: أن تفسخ البيع و تردّها. و لا يخفى أن قوله: «تردها» بمادته آية عن إرادة المعنى الأول، فتأمل، و بهيئته عن إرادة الثاني، فتعين الثالث. و لا ربط له بخيار البايع و فسخه للعقد عند رده الثمن. فهذا الاشتراط يجوز للمشتري فسخ العقد بعد رد الثمن دون، البايع فيكون الخيار و سلطنة الفسخ للمشتري. نعم، ينتفع به البايع، و لكنّه غير تسلّطه على الفسخ.

نعم، لو لم يفسخ المشتري بعد الرد يكون للبايع الخيار، لأجل تخلف الشرط، و هذا غير شرط الإقالة الذي جعله خامس الوجوه، لأنه و إن لم يجب الفسخ هنا أيضاً إلا بعد مطالبة

* في بعض النسخ: يسترجع. ** في بعض النسخ: حدثني من سمع أبا عبد الله و سأله رجل و أنا عنده فقال: .

البايع إتياء به، إلا أنه لا تجوز الإقالة إلا بعد الاستقالة من البائع، بخلاف ما ذكرناه من الفسخ المشروط على المشتري، فإنه يصح منه ولو لم يطالبه البائع. و أيضاً الإقالة تحتاج إلى اللفظ، بخلاف الفسخ، فإنه يكفي فيه الرد.

و ما ذكرناه في هذا الخبر جارٍ في صحيح سعيد بن يسار، بل ظهوره في كون المشروط فسخ المشتري لا البائع أقوى من ذلك، لأنه من باب الدلالة المطابقة، إذ الظاهر أن الشراء في المقامين فيه بمعنى المصدرى المراد منه المعاملة، و من المعلوم أن رده المشروط عين فسخه، لا بمعنى المفعول - أي: المال المشتري، و هو الأرض - حتى يدل على شرط البائع فسخ المشتري على تقدير رد الثمن بالدلالة الالتزامية.

و أما قوله في رواية ابن ميسرة: «فسرط أنك إن أتيتني - إلى قوله - فالدار دارك» فمن المحتمل قوياً - بل الظاهر - أن المراد من اشتراط ملك الدار للبائع بذاك الثمن الذي باعها إن رده هو بطور شرط النتيجة، لا ثبوت الخيار للبائع بأحد الوجوه المذكورة في المتن، فيدل على صحة شرط النتيجة في مثل مورده.

و أما خبر أبي الجارود فهو صريح في كون الخيار للمشتري، إلا بناءً على كون البيع في قوله: «فالباع لك». بمعنى الشراء كما في الوافي، فهو كما ترى، لأنه و إن كان من الأضداد إلا أنه لا ريب في كونه خلاف الظاهر لا بصر إليه بلا قرينة. فلا يصح الاستدلال بهذه الأخبار على جواز هذا النحو من خيار الشرط. و إنما الدليل عليه من الأخبار هو عمومات أدلة الشروط، و قد عرفت المناقشة في دلالتها عليه، و أن شرط الخيار من أفراد ما استثنى فيها، فتدبر.

ثم إن الظاهر من الثمن أو المال المشروط رده في هذه الأخبار هو صرف قيمة المبيع و ماليته المعينة في المعاملة المقدرة بقدر مخصوص و المحدودة بمقدار محدود فيما إذا كان الثمن شخصياً، فالملحوظ في الثمن المردود هو جهة المالية المعينة فقط بلا لحاظ الخصوصيات، و إنما تلاحظ هذه فيما إذا دل دليل على إرادة نفس الثمن بعينه و تشخصه.

و الدليل على* ما ذكرنا مضافاً إلى أنه المتبادر من الإطلاق، و لعله من جهة أن الثمن في اللغة بل العرف بمعنى البهاء و القيمة، فمعنى رد ثمن الشيء رد قيمته التي عيّنت له في المعاملة، و

* كذا في الطبعة الحجرية. وكلمة «الدليل» مبتدأ لم يأت خبره في الكلام. و يمكن أن تكون جملة «و لو أبيت إلا...» هو الخبر، و لكن بتقدير محذوف هكذا: أنه لو أبيت إلا... فيصح الكلام و يستقيم المعنى أيضاً.

أني إذا جئت بك بثمانها إلى سنة، تردّها عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه. قلت: أرايت لو كان للدار غلّة لمن تكون؟ قال: للمشتري*، ألا ترى أنّها لو احترقت لكانت من ماله»^{٢٧}. ورواية معاوية بن ميسرة، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الذي اشترى [منه] الدار خلطة**، فشرط: أنّك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأناؤه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله؛ و قال عليه السلام: أرايت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»^{٢٨}. وعن سعيد بن يسار في الصحيح، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فبيعهم و نربح عليهم في العشرة اثني عشر و ثلاثة عشر***، و نؤخر

لو آيت إلّا عن ظهوره فيه بما له من الخصوصيّات في الثمن الشخصي و الفرد المدفوع في الثمن الكلّي، فلا بدّ من رفع اليد عنه و إرادة ما ذكرناه لأجل القرينة، و هو الاحتياج إلى صرف الثمن في مورد هذا النحو من الشرط.

و يمكن استفادة ما ذكرناه في المعنى المراد من الثمن من رواية معاوية بن ميسرة، بسّل و الموثقة، فإنّ ردّ الثمن و إتيانه في موردها إنّما هو في آخر ثلاث سنين، كما يدلّ عليه قوله: «فإنّ هذا الرجل قد أصاب في هذا المال - يعني ربّحاً فيه - في ثلاث سنين» حيث لا يبقى الثمن الشخصي فيما هو الغالب من جعله من النقود في ثلاث سنين، مع كون الداعي إلى اشتراط الردّ و استرجاع المبيع هو الحاجة إلى الثمن. و إلى هذا ينظر المحقّقان الأردبيلي و السبزواري رحمتهما في الاستدلال بالموثقة على عدم سقوط هذا الخيار للبائع بتصرّفه في الثمن، و أولى بذلك منها رواية ابن ميسرة. و لكن يتمّ هذا الاستدلال بهما منهما بناءً على دلالتهما على ثبوت الخيار للبائع، و قد عرفت المناقشة فيها، و أنّ مدلولهما - و سائر الأخبار المتقدّمة - شيء آخر غير ذلك. فالأولى في الاستدلال على ذلك هو الأصل بعد عدم الدليل عليه، لأنّ سقوط الخيار بالتصرّف تعبّد صرف لم يثبت إلّا في التصرّف في المبيع في خيار الحيوان على ما تقدّم الكلام فيه سابقاً.

* في بعض النسخ: فإنّما كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة؟ فقال: الغلّة للمشتري.

*** في بعض النسخ زيادة: العشرة ثلاثة عشر.

** في بعض النسخ بدل «خلطة» حاصر.

ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها، ويكتب لنا رجل (٣٩٨٨) منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراءً بأنه باع وقبض الثمن منه، فتعده إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينهم أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال* فردّ عليه»^{٢٩}. وعن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «إن بعث رجلاً على شرط، فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك».

إذا عرفت هذا فتوضح المسألة يتحقق بالكلام في أمور:

الأول: أن اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه (٣٩٨٩) أحدها: أن

وكيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا في رواية ابن ميسرة وجه ما نفى المصنّف معرفته فيما بعد من وجه استظهار صاحب الجواهر رحمته الله في أحكام الخيار من تلك الرواية عدم جريان قاعدة كون التلف في زمن الخيار من غير ذي الخيار في الثمن واختصاصها بالثمن. وجه التبيين: أن الثمن لا يبقى إلى ثلاث سنين في الغالب في مورد هذا الشرط، وهو صورة الاحتياج كما أشرنا إليه، بل يتلف، ومع ذلك قد حكم الإمام عليه السلام بأن له شرطه، والمراد أن الدار داره من باب الشرط ولأجله، فبدل على أن تلف الثمن من البائع، إذ مع كونه من المشتري - كما هو قضية عموم القاعدة للثمن - يفسخ العقد، فلا يبقى موضوع لأن ينتقل إليه الدار لأجل الاشتراط ولأجل ردّ الثمن، ولعمري أن هذا استظهار جيد، فتدبر جيداً.

٣٩٨٨. يعني: يكتب لنا ورقة قبالة على داره وأرضه بنحو تتضمن أنه: باع أرضه أو داره بذلك المال الذي فيه الفضل، والربح في العشرة اثنا عشر، والذي أخذه منا بعنوان الشراء وقبض الثمن.

٣٩٨٩. لاشبهة في أن المراد من الخيار في العنوان هو بمعناه الاصطلاحي، وهو ملك فسخ العقد مثله في سائر الخيارات. وعليه لا يتطرق فيه الوجه الرابع والخامس، إذ لا خيار فيهما للبائع حتى يقال باعتباره فيه، وإثما اعتبر هو في الأول منهما في الانفساخ، وفي الثاني منهما في إقالة المشتري وإثما ينحصر تصوير اعتباره فيه في الوجوه الثلاثة الأولى، لأن اعتبار

يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت، فلا خيار قبله، و يكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد و لو بقليل، و لا خيار قبل الرد. و المراد برّد الثمن: فعل ما له دخل في القبض من طرفه و إن أبي المشتري. الثاني: أن يؤخذ قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدة المضروبة و التسلّط على الفسخ على وجه مقارنته لردّ الثمن أو تأخره عنه.

الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، بأن يراد منه تمليك الثمن ليمتلك منه المبيع.

و عليه حمل في الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد ردّ الثمن.

الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ. و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة، و يحتمل الثالث، كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقة إسحاق بن عمار. و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية؛ حيث لم يذكر هذا القسم من البيع في الخيار أصلاً، و إنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد، قال: أن يبيع و يشترط على المشتري إن ردّ الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له ٣٠، انتهى.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقلبه إذا جاء بالثمن و استقاله. و هو ظاهر الوسيلة، حيث قال: إذا باع شيئاً على أن يقلبه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه منه، لزمته الإقالة إذا جانه بمثل الثمن في المدة ٣١، انتهى. و حينئذ فإن أبي، أجبره الحاكم أو أقال عنه، و إلا استقل بالفسخ. و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن يكون ردّ المبيع إلى البائع فيهما

الردّ في خيار الفسخ إما أن يكون بطور الشرطية، و إما أن يكون بطور الآلية للفسخ. و الثاني هو الوجه الثالث، و مفاد الشرط عليه أن يكون لي خيار في فسخ العقد و إنشائه بنفس ردّ الثمن، قبالة إنشائه بالقول و بفعل آخر غير الردّ. و على الأوّل إن كان ما يعتبر هذا فيه هو نفس الخيار و التسلّط على الفسخ فهو الوجه الأوّل، و إن كان فسخ العقد فهو الوجه الثاني. و الظاهر المتبادر من هذا الشرط هو أحد الوجهين الأوّلين لا بعينه، إلا مع دليل خارجي على تعيينه، فيرجع في ثبوت الخيار قبل الردّ إلى أصالة عدم ثبوته. و كيف كان، فقد يناقش في الوجه الأوّل بجهالة مدة الخيار فيه، لأجل جهالة مبدأ الردّ. و سيأتي الجواب عنه في كلام

كناية عن ملزومه و هي الإقالة، لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب، و مرجعه إلى أحد الأولين.

و الأظهر في كثير من العبارات مثل الشرايع و القواعد و التذكرة هو الثاني. لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع؛ فإن فيه إشكالاً (٣٩٩٠) من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلي أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية؛ و سيجيء في باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه.

٣٩٩٠. يعني: نفى الإشكال فيما عداه عنده عليه السلام، و إلا فقد أشكل على الأول أيضاً كما أشرنا إليه. وكيف كان، فيمكن دفع الإشكال عن الرابع بأنه إن أريد من الأسباب الشرعية المفروض توقف المسببات عليها الأسباب الخاصة، أي: ما قام دليل خاص على سببها، كسبب الفسخ للانفساخ، و عقد البيع للملكية، و عقد النكاح للزوجية إلى غير ذلك، ففيه: أنه بناءً على هذا و إن كان تحقق الانفساخ بلا إنشاء الفسخ قولاً و فعلاً مخالفاً للمشروع، إلا أنه يمكن منع المبنى و دعوى أن المشروع هو توقف المسبب على مطلق السبب الشرعي و لو دل على سببته دليل عام، و ذلك كشرط الانفساخ بالرد في ضمن العقد، فإنه بنفس عموم دليل نفوذ الشرط سبب شرعي أيضاً. و إن أريد منها الأعم منها و من الأسباب العامة، أي: ما دل على سببها دليل عام، ففيه: أن كون المشروع هو توقف المسببات على أسبابها الشرعية و إن كان صحيحاً، إلا أن كون الانفساخ بدون إنشاء الفسخ مخالفاً للمشروع ممنوع، لأنه حينئذٍ مسبب قد وجد بسببه الشرعي.

لا يقال: لادليل على كفاية الشرط في مرحلة السببية، لأن عموم «المؤمنون عند شروطهم» بعد تخصيصه بما لا يكون مخالفاً للسنة لا يصلح لذلك، لكونه حينئذٍ من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

لأننا نقول: إنه يتم هذا لو لم يكن هناك أصل يحرز به انتفاء عنوان المخصص، كاستصحاب عدم كون هذا الشرط ممّا لم يرد على خلاف السنة، و إلا فبالأصل المذكور يحكم بأن المورد باقٍ تحت العموم. و سيأتي تفصيل الكلام في ذلك في باب الشروط إن شاء الله.

الأمر الثاني: الثمن المشروط ردّه إمّا أن يكون في الذمّة و إمّا أن يكون معيّناً. و على كلّ تقدير: إمّا أن يكون قد قبضه و إمّا أن لم يقبضه. فإن لم يقبضه فله الخيار (٣٩٩١) و إن لم يتحقّق ردّ الثمن؛ لأنّه شرطٌ على تقدير قبضه. و إن لم يفسخ حتّى انقضت المدة لزم البيع. و يحتمل العدم؛ بناءً على أنّ اشتراط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله. و إن قبض الثمن المعين: فإمّا أن يشترط ردّ عينه (٣٩٩٢) أو يشترط ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن (٣٩٩٣) من العين بسبب لا منه، أو مطلقاً، أو و لو مع التمكن منه - على إشكال في الأخير (٣٩٩٤) من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة ردّ العين مع الإمكان. و في جواز اشتراط ردّ القيمة في المثلي و العكس وجهان - و إمّا أن يطلق.

٣٩٩١. على هذا يكون الشرط في الخيار في الحقيقة ما يكون الردّ مقدّمة لتحقيقه، و هو كون الثمن عند المشتري، فالخيار وجوداً و عدماً يكون دائراً مدار كونه عنده فالأوّل، و عند البائع فالثاني. و على الأوّل فقد يتصل بالعقد كما إذا لم يقبضه أصلاً، و قد ينفصل كما إذا قبضه ثمّ ردّه.

و كيف كان، إن كان الغرض بيان صحة اشتراط الخيار بذاك الشرط المقيّد بالردّ على تقدير القبض، و أمّا على تقدير عدمه فلا، فلا إشكال فيه بعد عموم أدلّة الشروط، إلّا أنّه يأتي عن إرادة ذلك قوله: «و يحتمل العدم...». و إن كان غرضه بيان أنّ المراد من اشتراط الردّ في الخيار في قول القائل بشرط ردّ الثمن هو ذلك، ففيه: أنّه في غاية البعد، إذ الظاهر في الأخبار و في كلام الشارط هو شرطية الردّ بما له من المعنى، فلا خيار في صورة عدم القبض، لعدم تحقّق الشرط و هو الردّ.

٣٩٩٢. تنميماً للأقسام ينبغي أن يقول بعد هذا: و إمّا أن يشترط ردّ خصوص بدله، فلا يكفي ردّ نفسه، لأنّه أمر ممكن قد يتعلّق به غرض عقلائي، فلا ينبغي إهماله.

٣٩٩٣. الأولى أن يقول: أو يشترط ردّ عليه* أو بدله مع عدم التمكن، إذ ليس هنا ما يعمّ البديل إلّا عنوان الثمن على الإطلاق، و هو عين القسم المقابل له في قوله: «و إمّا أن يطلق».

٣٩٩٤. يمكن نفي الإشكال فيه بأن اقتضاء الفسخ لردّ العين إنّما هو من قبيل اقتضاء

فعلى الأول، لا خيار إلا برّد العين، فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار إلا أن يكون إطلاق اشتراط ردّ العين في الخيار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع، فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله. وفيه نظر (٣٩٩٥). وعلى الثاني، فله ردّ البدل في موضع صحة الاشتراط. وأمّا الثالث، فمقتضى ظاهر الشرط فيه ردّ العين (٣٩٩٦). ويظهر من إطلاق محكيّ الدروس و حاشية الشرايع: أنّ الإطلاق لا يحمل على العين. ويحتمل حمله على الثمن الكلّي، و سيأتي. وإن كان الثمن كلياً، فإن كان في ذمّة البائع كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة، فردّه بأداء ما في الذمّة، سواء قلنا: إنه عين الثمن أو بدله؛ من حيث إنّ ما في ذمّة البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنه تلف، فالمراد برّدّه المشتري ردّ بدله.

المقتضي القابل للانفكاك عنه، لأجل فقدان شرط كالتمكن، أو وجود مانع كالتعذر. ومن المحتمل أن يكون اشتراط جواز ردّ البدل من جملة الموانع. ولو تنزلنا عن ذلك لأمكن أن نقول: إنّ غاية ما يترتب على التعميم المذكور هو بطلان هذا الشرط المعلق عليه الخيار لإمكانه، و لا يلزم من بطلانه بطلان شرط الخيار كما لا يخفى. فبرّد البدل يحصل له الخيار، فإذا فسخ يجب عليه ردّ العين، لعودها إلى ملك المالك الأول باقتضاء الفسخ، و يستردّ البدل، لعدم خروجه عن ملك الرادّ، فتأمل، فإنه يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من اشتراط الخيار برّد البدل هو إرادة ثبوت خيار فسخ مقيداً بإفادته انتقال البدل إلى المشتري بنفس الفسخ، و المفروض بطلانه، و معه يبطل الخيار أيضاً، و هو ظاهر. فالأولى في رفع الإشكال هو ما ذكرناه أولاً. و منه يظهر جواز اشتراط القيمة في المثلي، وكذا اشتراط ردّ المثل في القيمي.

٣٩٩٥. وجهه: منع دلالة إطلاقه على سقوطه بإحدى الدلالات الثلاث.

٣٩٩٦. فيه منع، لما قدّمناه من أنّ الظاهر من الثمن في الأخبار - وكذا في كلام الشارط أيضاً، و لو بقرينة مقام الاحتياج إلى الثمن المقتضي لإتلافه - هو محض القيمة من دون نظر إلى الخصوصية الشخصية. و إلى هذا ينظر إطلاق المحكيّ عن الدروس من أنّ إطلاق الثمن لا يحمل على العين، فلا داعي إلى تقييد كلامه - الشامل بإطلاقه لصورة إطلاق الثمن مع كونه معيّناً - بحمله على صورة كونه كلياً، كي يكون معنى كلامه: أنّ إطلاق الثمن الكلّي و عدم تقييده بالفرد المدفوع منه لا يحمل على العين المدفوعة.

و إن لم يكن الثمن في ذمة البائع (٣٩٩٧) وقبضه، فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله يأخذ الوجه المتقدم، فالحكم على مقتضى الشرط. وإن أطلق فالتبادر بحكم الغلبة في هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو رد ما يعمّ البذل، إما مطلقاً أو مع فقد العين. ويدلّ عليه صريح بعض الأخبار (٣٩٩٨) المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث: قيل ظاهر الأصحاب بناءً على ما تقدّم: من أن (٣٩٩٩) رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدّمة لفسخ البائع أنّه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ. وصرّح به في الدروس وغيره. ولعلّ منشأ الظهور: أن هذا القسم فردّ من خيار الشرط (٤٠٠٠) مع

٣٩٩٧. لعلّ نظره في اختيار هذا التعبير على قوله «و إن كان في ذمة المشتري» إلى التعميم لهذه الصورة و صورة عدم كونه في ذمة واحد منهما، كما في الكلّي في المعين، فتدبر.

٣٩٩٨. مراده من البعض رواية ابن ميسرة و ما قبلها، يعني: يدلّ ذلك البعض على ردّ ما يعمّ ردّ البذل في الجملة قبل ردّ خصوص العين صريحاً، و لو بملاحظة غلبة تلف الثمن في موردهما، من طول المدّة بين العقد و بين الردّ، و من الحاجة إلى الثمن الموجبة للإتلاف لرفع الحاجة، لأنّ هذا النحو من الاشتراط لا داعي إليه إلا الاحتياج إلى الثمن. إلا أن المتيقن من هذا البعض - في مرحلة التعدي عن العين و الاكتفاء برّد البذل - في الحكم بثبوت الخيار به هو صورة فقد العين، لاحتمال ورود الإطلاق فيه مورد الغالب، و هو صورة الفقد، فلا يعمّ صورة وجود عين الثمن، فلا يكفي في الخيار في هذه الصورة ردّ البذل، بل لا بدّ من ردّ العين للأصل.

هذا، و لكنّ الظاهر ثبوت الخيار برّد البذل في هذه الصورة أيضاً، لا لإطلاق تلك الأخبار الخاصّة بعد تسليم دلالتها على ثبوت الخيار للبائع برّد الثمن، حتّى يناقش في إطلاقها بما تقدّم من ورودها مورد الغالب، بل لعمومات أدلة الشروط بعد ضمّ أن المراد من الثمن المشروط ردّه في الخيار هو القيمة و المالّة المحدودة بمحدّد خاصّ، فيعمّ البذل أيضاً، فتدبر.

٣٩٩٩. يعني به قوله سابقاً: «و الأظهر في كثير من العبارات مثل الشرايع و القواعد و التذكرة هو الثاني».

٤٠٠٠. نعم، و لكن مجرد ذلك لا يكفي فيما نسب إلى ظاهرهم، بل لا بدّ فيه من ضمّ كبرى مثل قضية أنّه: لا شيء من خيار الشرط يكفي فيه مجرد الردّ في الفسخ، و هذا أمر محتاج

اعتبار شيء زائد فيه و هو رد الثمن. و علّلوا ذلك أيضاً بأن الردّ من حيث هو لا يدلّ على الفسخ أصلاً. و هو حسن مع عدم الدلالة، أمّا لو فرض الدلالة عرفاً إمّا بأن يفهم منه كونه تمليكاً للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاطاة، و إمّا بأن يدلّ الردّ بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقيق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة.

و ما قيل: من أنّ الردّ يدلّ على إرادة الفسخ و الإرادة غير المراد، ففيه: أنّ المدعى دلّته على إرادة كون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري، و لا يعتبر في الفسخ الفعليّ أزيد من هذا، مع أنّ ظاهر الأخبار كفاية الردّ في وجوب ردّ المبيع بل قد عرفت في رواية

إلى دليل، و ليس هو إلّا أنّ الردّ من حيث هو لا يدلّ على الفسخ، و عليه لا يكون هذا شيئاً آخر وراء التعليل المذكور، كما هو قضية توسيط كلمة «أيضاً».

وكيف كان، فقد قال المولى العلامة الخراساني رحمته الله في ذيل هذه العبارة: «لاريب في أنّه لا يكفي مجرد الردّ في الفسخ على الوجهين الأولين، لتأخّر نفوذ فسخه و سلطنته عليه عن الردّ بمرتبة أو مرتبتين، فكيف يصير فسخاً و لو علم أنّه قصده به؟ وكذا على الوجه الأخير - يعني به الخامس - لعدم سلطنته على الفسخ مطلقاً. كما لاريب في حصول الفسخ أو الانفساخ على الوجهين الآخرين. و من هنا ظهر أنّ عدم كفايته في الفسخ إنّما يكون لأجل عدم السلطنة على الفسخ ما لم يتحقّق الردّ، لا لأجل عدم دلّته عليه. فانقدح بذلك ما في التعليل بعدم الدلالة، و فيما أورده عليه - بعد تحسينه مع عدم الدلالة - بقوله: «و أمّا لو فرض الدلالة عرفاً - إلى قوله - فلا وجه لعدم الكفاية حينئذ...»، لما عرفت من أنّ الوجه فيه عدم السلطنة على الفسخ بعدّ لعدم الدلالة، فلا ينافي اعترافهم بتحقيقه بما هو أخفى ذهابهم إلى عدم الكفاية كما لا يخفى». انتهى كلامه رفع مقامه، و لقد أجاد فيما أفاد.

فظهر أنّ الصواب أن يقال بدل قوله: «و لعلّ منشأ الظهور...»: و ذلك لأنّه بناءً عليه لا خيار له في الفسخ قبل الردّ، و الردّ - فيما لو اكتفى به - إنّما يكتفى به في مورد يكون له الفسخ و السلطنة عليه، لا فيما لم يكن له ذلك كما في الفرض. ثمّ إنّ ما ذكره المصنّف رحمته الله في بيان الدلالة بقوله: «بأن يفهم منه كونه - إلى قوله - على وجه المعاطاة» فيه: أنّه حينئذ يكون معاملة مستقلة لا فسخاً، فلا معنى لجعله بياناً للدلالة على الفسخ.

معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برّد الثمن، فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به .
 الأمر الرابع: يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد على الوجه الثاني (٤٠٠١) من
 الوجهين الأولين، بل على الوجه الأول (٤٠٠٢)؛ بناءً على أن تحقق السبب و هو العقد
 كافٍ في صحة إسقاط الحق. لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنه لا يجوز إسقاط
 خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد بناءً على حدوثهما من زمان التفرّق، عدم الجواز أيضاً.
 إلا أن يفرّق هنا: بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرّد و لو من حيث تملكه للرّد الموجب
 له، فله إسقاطه بخلاف ما في التذكرة.

٤٠٠١. وكذلك على الوجه الثالث، ضرورة ثبوت الخيار المتوقّف عليه الإسقاط قبل
 الرّد بناءً عليه، لأنّه على هذا قيد للفسخ - مثله في الوجه الثاني - لا للخيار.
 ٤٠٠٢. نعم، و لكن لا لما بنى عليه المصنّف عليه السلام، لعدم تماميته، لأن المانع من إسقاطه -
 و هو انتفاء الخيار الذي لا بدّ من وجوده في صدق مفهومه - موجود أيضاً قبل الرّد و بعد
 العقد، إذ المفروض في هذا توقّف الخيار عليه و اشتراطه به، و من المعلوم انتفاء المشروط عند
 فقدان شرطه، فلا معنى للاكتفاء بوجود السبب في صحة إسقاط الحق الذي لم يوجد شرطه. و
 لو سلّمنا كفايته في ذلك ففي كون العقد سبباً للخيار في المقام و مقتضياً له منع ظاهر كما
 لا يخفى. بل لأنّ الوجود الذي لا بدّ منه في تحقق مفهوم الإسقاط يكفي فيه الوجود المعلق
 للخيار الثابت جعل الشارع له بعد الاشتراط بعموم الشرط، و لا يعتبر فيه الوجود المنجز. و
 هذا بخلاف خيار الحيوان و الشرط قبل التفرّق - بناءً على حدوثهما بعده، لعدم وجودهما قبله
 و لو بطور المعلق، فتأمل تعرف - فلا يجوز إسقاطهما قبله كما ذكره في التذكرة، لعدم إمكانه.
 و هذا هو الفارق بينهما و بين المقام، لا ما ذكره المصنّف عليه السلام، إذ بمجرد القدرة على إثبات
 الخيار بواسطة القدرة على شرطه - و هو الرّد - لا يوجد الخيار كي يتعلّق به الإسقاط، فافهم.
 و أمّا على الوجه الرابع و الخامس فلا معنى لإسقاط الخيار بعد الرّد فضلاً عمّا قبله،
 لعدم حدوث الخيار عليهما بعده أيضاً، و لذا قلنا سابقاً أنّه لا يصحّ جعلهما من وجوه اعتبار
 الرّد في هذا الخيار. نعم، له قدرة على إيجاد سبب الانفساخ و وجوب الإقالة على المشتري، و
 لكنّه أمر تكويني غير قابل للإسقاط. و أمّا قدرته على إسقاط سبب الرّد لهما و تأثيره فيهما
 فمنفية بالأصل، لعدم ما يدلّ عليها، لأنّ قدرته على إحداثها بالشرط لا يلزم منها قدرته على

و يسقط أيضاً بانقضاء المدة و عدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقاً على التفصيل المتقدم. و لو تبين المردود من غير الجنس فلا ردّ. و لو ظهر معيماً كفى (٤٠٠٣) في الردّ، و له الاستبدال. و يسقط أيضاً بالتصرّف في الثمن المعين مع اشتراط (٤٠٠٤) ردّ العين أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ عين المدفوع. كلّ ذلك لإطلاق ما دلّ على أنّ تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضا بالعقد و لا خيار. و قد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النصّ كخيارى المجلس و الشرط. و ظاهر المحكي عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية* عدم سقوط هذا الخيار

إسقاطها.

و من هذا يظهر عدم صحّة الإسقاط بعنوان حقّ الشرط و إن اختاره سيّدنا الأستاذ، لأنّ مرجع حقّ الشرط هنا ليس إلّا القدرة على إيجاد السبب أو القدرة على رفع اليد عن السببيّة، و قد عرفت حالهما. هذا، مع أنّه ليس لنا دليل على أنّ كلّ حقّ الشرط يسقط بالإسقاط.

٤٠٠٣. نعم، فيما إذا كان هناك ما يدلّ على التعميم للمعيّب، و إلّا فلا و لو مع الإطلاق، لانصرافه إلى الصحيح. تبه على هذا شيخنا الأستاذ في تعليقه على المتن.

٤٠٠٤. الأقوى عدم السقوط به، للأصل مع عدم الدليل عليه، لمنع ما ذكره من الإطلاق بالقياس إلى ما عدا خيار الحيوان أوّلاً، لما مرّ سابقاً من أنّ سقوطه به تعبد صرف، و تعدّي الأصحاب عن مورده - و هو خيار الحيوان - إلى غيره اجتهد منهم وقع في غير محله. و منعه بالقياس إلى الثمن ثانياً.

ثمّ لا يخفى أنّه بعد البناء على الإطلاق من الجهتين لاوجه لما يظهر من تقييده بقوله: «مع اشتراط...» من عدم سقوطه بالتصرّف فيما انتقل إليه فيما إذا اشترط ردّ بدله أو حمل الإطلاق على العموم، إذ على تقدير السقوط به لافرق فيه بين كون الانتقال إليه لأجل أنّه بشخصه وقع ثمناً في البيع أو لأجل أنّه طبق عليه الثمن فيه، و لذا لا ينبغي الارتياح في سقوطه فيما اشترى حيواناً كلياً ثمّ قبضه و تصرّف فيه، بناءً على ثبوت خيار الحيوان في الكلي أيضاً.

بالتصرف في الثمن؛ لأنّ المدار في هذا الخيار عليه؛ لأنّه شرّع لانتفاع البائع بالثمن (٤٠٠٥)، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، و للموثّق المتقدّم المفروض في مورده (٤٠٠٦) تصرف البائع في الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و المحكيّ عن العلامة الطباطبائي في مصابحه الردّ على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصله: أنّ التصرف المسقط ما وقع في زمان الخيار و لا خيار هنا إلّا بعد الردّ، و لا ينافي شيء ممّا ذكر لزومه بالتصرف بعد الردّ؛ لأنّ ذلك منه بعده (٤٠٠٧) لا قبله و إن كان قادراً على إيجاد سببه فيه؛ إذ المدار على الفعل لا على القوة، على أنّه لا يتم (٤٠٠٨) فيما اشترط فيه الردّ في وقتٍ منفصلٍ عن العقد كيومٍ بعد سنة مثلاً، انتهى محصل كلامه.

و ناقش بعض من تأخّر عنه فيما ذكره ﷺ - من كون حدوث الخيار بعد الردّ لا قبله - بأنّ ذلك يقتضي جهالة مبدأ الخيار، و بأنّ الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثيرٍ من الأصحاب قولَ الشيخ بتوقّف الملك على انقضاء الخيار* ببعض الأخبار المتقدمة في هذه المسألة الدالة على أنّ غلّة المبيع للمشتري هو كون مجموع المدة زمان الخيار (٤٠٠٩)، انتهى. أقول: في أصل الاستظهار المتقدم و الردّ المذكور عن المصاييح و المناقشة على الردّ نظر.

.....

٤٠٠٥. كان اللازم أن يضيف إلى ذلك قوله: مع تمكّنه من استرجاع المبيع عند الردّ كما لا يخفى.

٤٠٠٦. لفرض الاحتياج إلى الثمن فيه الملازم عادةً لتصرف البائع المحتاج إلى الثمن فيه.

٤٠٠٧. يعني: لأنّ الخيار من البائع إنّما يحدث بعد الردّ لا قبله.

٤٠٠٨. يعني: القدرة على إيجاد سببه لا يتمّ فيما... .

٤٠٠٩. و إلّا فلو كان الخيار في خصوص ما بعد الردّ فلا يكون وجه لردّ قوله يتوقّف

الملك على انقضاء مدة الخيار بدلالة بعض الأخبار على كون الغلّة للمشتري، لوضوح أنّ كونها له على هذا الفرض إنّما هو في غير زمان الخيار، لا في زمان الخيار كي عدم الملكية في زمانه.

أما الأول: فلأنه لا مخصص لدليل (٤٠١٠) سقوط الخيار بالتصرف المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب. و أما بناءً هذا العقد على التصرف فهو من جهة أن الغالب (٤٠١١) المعارف البيع بالثمن الكلي، و ظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن؛ و لذا قوينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعمّ البدل، و حينئذٍ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد؛ إذ لامتناع بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره، و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه، أو من جهة تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد

٤٠١٠. فيه أولاً: أنه ليس لدليل السقوط بالتصرف عموم. و اتفاق الأصحاب على انسحابه في غير مورد النص دليل على فهمهم العموم لا على العموم، و فهمهم ليس حجة علينا. هذا، مع إمكان منع كون مدرّكهم في سقوط خيار المجلس مثلاً بالتصرف هو النصّ الوارد في خيار الحيوان، لاحتمال أن يكون نظرهم في ذلك إلى الإجماع، إذ ليس في كلامهم ما يدلّ عليه، كما يدلّ عليه قول المصنّف في مقام توجيه قولهم بسقوط خيار المجلس بالتصرف: «و لعلّه لدلالة التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان، و هو الوجه أيضاً في اتفاقهم على سقوط خيار الشرط، و إلّا لم يرد نصّ بالخصوص» فإنّه صريح في أن كلامهم في الحكم بسقوط غير خيار الحيوان عارٍ عن الاستناد إلى النصّ الوارد في خيار الحيوان، فلعلّ نظرهم في ذلك إلى شيء آخر عدا ذلك النصّ، فإجماعهم على السقوط به في غير مورد لا يدلّ على فهمهم العموم منه.

و ثانياً: لو سلّمنا عمومه لغير مورد، لتسليم انحصار مدرّك اتفاقهم على الانسحاب في النصّ المذكور، و قلنا بحجية فهمهم علينا، فلنا أن نمنع قيام الاتفاق على الانسحاب إلى غير مورد مطلقاً حتّى المقام ممّا كان التصرف فيه في الثمن، و الإجماع على التعدي إلى غير مورد في الثمن لا يلزم الإجماع عليه في الثمن.

٤٠١١. بل من جهة احتياج البائع إلى التصرف في الثمن المدفوع إليه شخصياً كان أو فرداً من الكلي، و لذا قلنا بحمل إطلاق الثمن المشروط ردّه في الخيار على إرادة القيمة مطلقاً حتّى في صورة كون الثمن شخصياً. و قضية ذلك الاحتياج هو تواطؤهما على عدم السقوط بالتصرف في المقام و لو قلنا به في غير المقام، إذ سقوطه به هنا مستلزم لنقض الغرض كما لا يخفى.

التصرف في الثمن، و قد مرّ أنّ السقوط بالتصرف ليس تعبدًا شرعيًا مطلقًا حتّى المقسرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و أمّا الثاني: فلأنّ المستفاد من النصّ و الفتوى - كما عرفت - كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقولي يُسقط الخيار في كلّ مقام يصحّ إسقاطه بالقول و الظاهر عدم الإشكال (٤٠١٢) في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردّ.

هذا، مع أنّ حدوث الخيار بعد الردّ مبنيٌّ على الوجه الأوّل المتقدّم من الوجوه الخمسة في مدخلية الردّ في الخيار، و لادليل على تعيينه (٤٠١٣) في بيع الخيار المتعارف بين الناس، بل الظاهر من عبارة غير واحدٍ هو الوجه الثاني، أو نقول: إنّ المتبع مدلول الجملة الشرطيّة الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الردّ فيها قيّداً للخيار، و قد يؤخذ قيّداً للفسخ (٤٠١٤). نعم، لو جعل الخيار و الردّ في جزءٍ معيّنٍ من المدة كيومٍ بعد السنة،

٤٠١٢. هذا من الغرابة بمكان، إذ بعد فرض عدم ثبوت الخيار قبل الردّ كيف لا إشكال في الإسقاط و الحال أنّ السقوط فرع الثبوت؟ و صرّح بأنّ المدار على الفعل لا على القوّة. و ما اعترف به من وجه الإشكال فيما استدرّكه بقوله: «نعم لو جعل الخيار و الردّ في جزءٍ معيّنٍ من المدة...» - من عدم تحقّق الخيار، و من تحقّق السبب بعينه - جارٍ في الفرض من عدم تعيين وقت الردّ من المدة المضروبة. و الفرق بينهما بأنّه قادر على إيجاد الخيار في كلّ زمان من حيث قدرته على إيجاد سببه في الفرض دونه غير فارق، لأنّ القدرة على إيجادها لا توجب وجوده بالضرورة، فالخيار حين الإسقاط منتفٍ في كلا الفرضين.

٤٠١٣. يكفي دليلاً عليه أصالة عدم ثبوت الخيار إلى حين الردّ، مع أنّه قضيّة تعليق الخيار على الردّ في قوله: «بشرط أن يكون له الخيار بشرط ردّ الثمن». و ظهور عبارة غير واحد في الوجه الثاني - مع أنّه لا يصلح دليلاً على بطلان ما ذهب إليه صاحب المصايح من الوجه الأوّل - لعلّه من جهة ما قيل: إنّهم ذهبوا إلى بطلان التعليق في الشرط مثل العقد، فأولوا ظهور كلام الشارط في تعليق شرط الخيار بإرادة ما عدا الوجه الأوّل، جمعاً بين بطلان التعليق في الشرط و الإجماع و النصّ على صحّة شرط الخيار كذلك، فتدبرّ.

٤٠١٤. يعني: و على هذا يثبت الخيار قبل الردّ، فلا وجه للحكم بعدم ثبوته قبله على الإطلاق. و فيه: أنّه نعم و لكنّه قليل جدّاً، لأنّ عبارة الشارط إمّا قوله: بشرط أن يكون لي

كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد، و جاء فيه الإشكال في صحة الإسقاط هنا* من عدم تحقق الخيار، و من تحقق سببه.

و أما المناقشة في تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم جهالة مدة الخيار، ففيه: أنها لا تقدر مع تحديد زمان التسلط (٤٠١٥) على الردّ و الفسخ بعده إن شاء. نعم، ذكر في التذكرة: أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرّق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد، لكنّ الفرق يظهر بالتأمل. و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف، ففيه: أن زمان الخيار عرفاً لا يردّ به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً أو يجعل المتعاقدين، و المفروض أن الخيار هنا جعلي، فالشكّ في تحقق الخيار قبل الردّ يجعل المتعاقدين.

و أما ما ذكره بعض الأصحاب^{٣٣} في ردّ الشيخ من بعض أخبار المسألة، فلعلّهم فهموا من مذهبه (٤٠١٦) توقّف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى

الخيار بردّ الثمن، أو قوله: بشرط أن يكون لي خيار الفسخ بردّ الثمن. و لإشكال في أن المقيّد بردّ الثمن في الأوّل هو الخيار، فلا خيار قبله. و أما في الثاني فهو مردّد بين الخيار فلا يثبت قبله، و بين الفسخ فيثبت قبله، و لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيرجع بعد التعارض و التساقط إلى أصالة عدم ثبوت الخيار قبل الردّ. فإفادة كونه قيداً للفسخ دون الخيار لا بدّ فيها من قرينة تدلّ عليه، و هو في غاية الندرة، فإطلاقه الحكم بعدم الثبوت قبل الردّ لأجل وروده مورد الغالب لا بأس به.

٤٠١٥. و ذلك لما نبّه عليه الأستاذ المولى الخراساني من أنه لا وجه لقدها إلا الغرر، و لا غرر أصلاً فيما إذا كان منشأ الخيار في المدة المعيّنة بيده، بحيث يكون إحداثه و إنشائه في أيّ جزء منها شاء.

٤٠١٦. مجرد ذلك لا يكفي في ردّ مذهب الشيخ^{عليه السلام} ببعض أخبار المسألة، أعني به رواية إسحاق، بل لا بدّ فيه مع ذلك من أحد أمرين: إمّا كون الخيار في مسوره للبائع، أو قول الشيخ^{عليه السلام} بتوقّف الملك على انقضاء الخيار مطلقاً و لو كان مختصاً بالمشتري، إذ لو كان الخيار فيه للمشتري كما استظهرناه منه و من سائر الأخبار المتقدّمة، و قال الشيخ^{عليه السلام} بعدم توقّفه على

المنفصل (٤٠١٧)، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدلّ له به من الأخبار.

الأمر الخامس: لو تلف المبيع كان من المشتري (٤٠١٨)، سواءً كان قبل الردّ أو بعده، و ثمائه أيضاً له مطلقاً. و الظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيستردّ المثل أو القيمة برّد الثمن أو بدله. و يحتمل عدم الخيار، بناءً (٤٠١٩) على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له ردّ الثمن و ارتجاع المبيع، و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثمّ إنّه لاتنافي بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط (٤٠٢٠) فلا يجوز

انقضاء الخيار المختصّ به - كما لا يبعد على ما ستعرفه إن شاء الله - لا يصحّ ردّه به كما لا يخفى. و أمّا اقتصار المصنّف في ذلك على مجرد فهمهم ذلك فإنّما هو من جهة عدم الإشكال عنده و عندهم في كون الخيار في مورده و مورد سائر الأخبار للبائع، و لم أر من احتمل كونه للمشتري فضلاً عن استظهاره.

و بالجملة، فردّ الشيخ رحمه الله بهذه الرواية - بناءً على ما استظهرناه من كون الخيار للمشتري برّد البائع للثمن - مبنيّ على تعميم الشيخ رحمه الله للخيار الذي يقول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار المختصّ بالمشتري، و هو غير معلوم. و لكن هذا على ذكر منك ينفعك في تلك المسألة. ٤٠١٧. فلا يتوقّف ردّ مذهبنا على كون مجموع المدّة - حتّى ما بين العقد و الردّ - مدّة الخيار، بل يصحّ مع كون حدوث الخيار فيما بعد الردّ أيضاً، فلا يصير هذا الردّ منهم عليه منافياً لما ذكره الطباطبائي من حدوثه بعد الردّ.

٤٠١٨. هذا بناءً على ما عنون به المسألة من كون الخيار بالردّ للبائع. و أمّا بناءً على كونه للمشتري - كما ذكرنا أنّه المستفاد من الأخبار المتقدّمة - فتلفه من البائع بناءً على الوجه الثاني و الثالث من وجوه اعتبار الردّ في الخيار، لقاعدة كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له، إلّا أنّها تخصّص بالأخبار الدالة على كون تلف المبيع من المشتري. ثمّ إنّ المراد من ما بعد الردّ هنا و في قوله: «و ثمائه أيضاً له مطلقاً» هو ما قبل الفسخ.

٤٠١٩. على هذا المبني - و ظهوره فيما ذكره من اعتبار بقاء المبيع في الخيار - عدم الخيار مقطوع به لا محتمل، لكنّ المبني ممنوع، إذ الظاهر من حال البائع هو ارتجاع المبيع لو بقي و بدله لو تلف، فتأمل.

٤٠٢٠. قضية هذه العبارة أنّه لا يجوز للمشتري إتلاف المبيع، فينبغي له التعلّص

للمشتري إتلاف المبيع كما سيجيء في أحكام الخيار؛ لأن غرض البائع (٤٠٢١) من الخيار استرداد عين ماله، و لا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع.

و لو تلف الثمن، فإن كان بعد الردّ و قبل الفسخ، فمقتضى ما سيجيء (٤٠٢٢)

.....

لذلك و لوجهه قبل هذا تحقيقاً لكلا طرفي التنافي، ثم التعرّض لعدم التنافي. و مجرد كون مورد هذا الخيار اشتراط أن يكون له ردّ الثمن و ارتجاع المبيع لادلالة له على اشتراط إبقائه عليه بإحدى الدلالات، كي لا يجوز له الإتلاف، لمخالفته لشرط البقاء، و لو قلنا بدلالته على اعتباره في الخيار و اشتراطه به. و مجرد كون غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله لا يوجب وجوب الإبقاء عليه شرعاً ما لم يكن هناك اشتراط ذلك عليه في متن العقد، و قد عرفت أن اشتراط الخيار برّد الثمن لادلالة له عليه.

و يمكن أن يكون حرمة إتلافه من جهة مزاحمة حق الغير، و هو الخيار. و لكنّه لا يتم إلا بناءً على كون الردّ قيداً للفسخ أو فسخاً فعلياً، مع البناء على أن متعلّق الخيار هو العسين لا العقد. و لو سلّمنا الثاني في خيار الشرط في المقام، بل و لو في غير المقام، فلانسلم الأول، إذ الظاهر كونه قيداً للخيار، كما في الوجه الأول من الوجوه المتصورة في اعتبار الردّ في الخيار، و قد مرّ ذلك في السابق. هذا، مضافاً إلى أنّه خلاف ظاهر عبارة المصنّف، إذ الظاهر منها أن المراد من الشرط في قوله: «تفويت الشرط» هو شرط البقاء لا شرط الخيار.

وكيف كان، فلعلّ وجه التنافي هو توهم أن وجوب الإبقاء على المشتري إمّا هو باقتضاء الخيار على ضرر المشتري لذلك، حيث إنّه يصحّ على هذا أن يقال بأنّه ينافي شرطية البقاء للخيار، حيث إنّ قضية اقتضائه له عدم شرطيته له، ضرورة أن المعلق على شيء لا يقتضي وجود المعلق عليه. و أمّا وجه عدم التنافي فهو أن وجه عدم جواز الإتلاف أمر آخر غير اشتراط الخيار معلقاً على البقاء، و هو اشتراط الإبقاء الذي قلنا إنّه لادلالة لكلام مشروط الخيار برّد الثمن عليه بوجه من الوجوه.

٤٠٢١. الظاهر أن هذا علّة لقوله: «فلا يجوز...». و قد عرفت أن هذا بدون اشتراطه لا يوجب ذلك. و أمّا وجه عدم المنافاة فهو ما أشرنا إليه في الحاشية السابقة، و لم يذكره لوضوحه. و يمكن أن يكون بياناً لوجه عدم المنافاة، فتدبر.

٤٠٢٢. هذا مبنيّ على كون الردّ قيداً للخيار أو الفسخ، و أمّا بناءً على كونه فسخاً

- من «أن التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له» - كونه من المشتري وإن كان ملكاً للبائع، إلا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية (٤٠٢٣) معاوية بن ميسرة المتقدمة. و لم أعرف وجه الاستظهار (٤٠٢٤)، إذ ليس فيها إلا أن نداء الثمن للبائع (٤٠٢٥) و تلف المبيع من

.....
فعلياً أو انفساخاً فكونه من المشتري لإشكال فيه، و لاربط له بقاعدة التلف. و بناءً على الإقالة يكون من البائع، إذ بناءً عليها لا خيار له حتى يكون تلفه من صاحبه الذي لا خيار له لأجل القاعدة، و لو قلنا بعمومها للمقام. و من هنا يعلم الحال في صورة التلف قبل الرد، و أن الكلام فيه مبني على ما عدا كون الرد انفساخاً أو شرطاً للإقالة، إذ بناءً عليها لا خيار أصلاً لامتصلاً و لامنفصلاً.

٤٠٢٣. يعني: استظهر ما يلزمه اختصاص القاعدة بالمبيع، و هو كون تلف الثمن على البائع مع كون الخيار له لانفس الاختصاص، فإنه قال في أحكام الخيار من جواهره بعد نقل إلحاق الثمن بالمبيع عن البعض ما هذا لفظه: «و هو من غرائب الكلام، ضرورة كون النص و الفتوى في خصوص المبيع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة من أخبار اشتراط الخيار برد الثمن أن تلف الثمن من البائع، و أنه ملكه و إن كان له الخيار».

٤٠٢٤. قد بينا وجه الاستظهار عند التعرض لبيان مدلول الأخبار المذكورة في صدر المسألة، فراجع.

٤٠٢٥. هذا مبني على أن يكون المراد من الرجل في قول أبي الجارود: «فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال، يعني: الربح» هو البائع و من المال هو الثمن، و هو ممنوع، إذ الظاهر أن المراد من الأول هو المشتري و من الثاني المبيع، و ذلك بقريضة قوله عليه السلام: «أرأيت لو احترقت...»، حيث إن الظاهر أنه في مقام الاستشهاد لما حكم به سابقاً بقوله: «هو ماله» و هو لا يستقيم إلا بناءً على ما ذكرناه في بيان المراد من الرجل و المال. و عليه ليس فيها إلا كون تلف المبيع من المشتري و نمائه له.

و كيف كان، فغرض المصنف رحمته أنه ليس في الرواية ما استظهره منها، و هو أن تلف الثمن من البائع و أنه ملكه و إن كان له الخيار، و إنما الموجود فيها شيء آخر غير مربوط بما استظهره. و قد بينا سابقاً كيفية ظهور الرواية فيما استظهره فيها و وجه دلالتها عليه، و هو

المشتري، و هما إجماعيان حتى في مورد كون التلف ممّن لا خيار له، فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية (٤٠٢٦)، و لا تكون الرواية مخالفة للقاعدة (٤٠٢٧)، و إنّما المخالف لها هي قاعدة

أنّ الإمام عليه السلام قد حكم فيها بكون الدار للبايع، و رجوعها إليه بعد ردّ الثمن، و القيمة مع تلف عين الثمن غالباً كما هو قضية الاحتياج إليه المفروض في مورد الرواية من جهة الشرط و من ناحيته، و لازمه كون تلف الثمن من البايع و في ملكه، إذ لو كان من المشتري لزمه انفساخ المعاملة قبل التلف آنأ ما و انتقال الدار إلى البايع قهراً، و معه لا يبقى محلّ لأن يقال: إنّ السدار يكون للبايع لأجل الشرط و من جهة الردّ للثمن.

٤٠٢٦. نعم، و لم يستند إليها فيهما ذاك البعض.

٤٠٢٧. يعني: لا يكون مضمون الرواية في حدّ نفسها مخالفاً لقاعدة التلف في زمن الخيار، لأنّ المخالفة فرع المنافاة، و لامنافاة بين قاعدة التلف و بين مضمون الرواية، من كون تلف المبيع من المشتري، و كون نداء الثمن للبايع بناءً على ما فهمه المصنّف عليه السلام. أمّا الأوّل فواضح. و أمّا الثاني فكذلك، ضرورة أنّه يمكن أن يكون النداء للبايع على القاعدة، و تلفه من المشتري على خلاف القاعدة. نعم، إنّما تخالف قاعدة التلف بلحاظ مضمونه الثاني، كالإجماع على أنّ نداء الثمن للبايع المالك، بضميمة قاعدة أنّ الخراج بالضمان، بناءً على ما هو المعروف في معناها من أنّ منفعة الشيء في قبالة ضمانه، و أنّ المتفع به هو الضامن و الضامن هو المتفع به.

و ممّا ذكرناه من أنّ الرواية بلحاظ مضمونها - أنّ نداء الثمن للبايع - مثل الإجماع عليه يظهر أنّه لا وجه لتبديل الرواية الدالة عليه على الإجماع عليه، بل كان اللازم عليه أن يقول: و إنّما المخالف لها هي قاعدة أنّ الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الرواية و الإجماع الدالّين على كون نداء الثمن للمالك، و هو البايع.

ثمّ إنّّه لا سبيل إلى علاج هذه المخالفة بما ذكره سيّدنا الأستاذ عليه السلام من تقديم قاعدة التلف على قاعدة الخراج، بدعوى حكومة الأولى على الثانية، و على تقدير التنزّل عن ذلك فبدعوى أخصّيّتها منها. و ذلك لعدم تماميّتها. أمّا الأولى فلأنّها مبنية على كون مفاد قاعدة الخراج أنّ الضمان على المالك، إذ على هذا يكون مفاد قاعدة التلف بناءً على الانفساخ قبل التلف آنأ ما - ليكون التلف في ملك المالك كما هو المعروف - على طبق قاعدة الخراج. و لكن فيه منع المبني، و أنّ معنى القاعدة صرف إثبات الملازمة بين الخراج و الضمان، و أنّ الضامن هو المتفع

و بالعكس، و لا تعرض فيها إلى تعيين الضامن و أنه المالك، و إنما يطلب ذلك من دليل آخر. فحينئذ يكون مفاد القاعدة - بضم الرواية و الإجماع على أن نماء الثمن للبائع - أن ضمان الثمن على البائع، و هو مناف لقاعدة التلف، لاقتضاها كونه على المشتري، فأين الحكومة؟ و أما الثانية فلائه تنافي* بين قاعدة الخراج محرّدة عن ملاحظة الإجماع و الرواية و بسين قاعدة التلف، كي تلاحظ النسبة بينهما بضميمة الإجماع و الرواية. و إن شئت قلت: إن كلّ واحد من قاعدة التلف و قاعدة الخراج و الإجماع و الرواية على أن نماء الثمن للبائع بمحرّده لاينافي الآخر، و إنما تنافي الأولى مع الآخرين بملاحظة ضمّ قاعدة الخراج إلى كلّ واحد من طرفي المناقاة، إذ قضية قاعدة التلف بضميمة قاعدة الخراج أن الخراج من الثمن للمشتري لآئه الضامن، و قضية الإجماع و الرواية أن الضامن هو البائع لأنّ الخراج له، فيقع التعارض بينهما، و النسبة بينهما التباين، فبعد التساقط يحكم بكون التلف من البائع. و لكن يشكل ذلك بأنّ لازم هذا سقوط قاعدة التلف بالمرّة، لجريان هذه المعارضة بعينها في صورة تلف المبيع في زمن الخيار بين القاعدة و بين ما دلّ على كون نماء المبيع للمشتري.

فالتحقيق في رفع المخالفة و المعارضة أن يقال: إنها مبنية على ضمّ قاعدة الخراج إلى كلا طرفي المعارضة مع كون معناها هو ما أشرنا إليه، و هو مبني على كون الخراج فيها بمعنى النفع، و هو ممنوع، بل هو بمعنى الغرامة، و الباء للسببية، يعني: أن غرامة الإنسان لشيء بسبب ضمانه و متولّد منه، فكلّ من يضمن شيئاً فلا بدّ له من خسارته.

و بالجملة، معنى الخراج ما يخرج من الإنسان و يؤخذ منه، ما لا يخرج** من الشيء و يحصل منه من منفعه. و بعبارة أخرى: ما أضيف إليه الخراج و الضمان - الذي حذف و عوض عنه بالألف و اللام - في الأوّل هو الفاعل و هو الإنسان، و في الثاني هو المفعول و هو الشيء، لا أنّه المفعول في الأوّل و الفاعل في الثاني. و قد تقدّم بعض الكلام في ذلك في ذيل الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد، فراجع. و على هذا، فالقاعدة أجنبية عن مسألة النماء، فيكون ضمّها إلى طرفي المعارضة من ضمّ الحجر إلى الإنسان. و قد عرفت أنّهما بمحرّدهما لا تعارض بينهما.

* كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر سقوط كلمة «لا» قبل «تنافي». فيصر الكلام هكذا: فلائه لا تنافي

** كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر أن العبارة مقلوبة من غلط الناسخ، و الصحيح: لا ما يخرج

«أن الخراج بالضمان» إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة أعني خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في أحكام الخيار.

و إن كان التلف قبل الرد، فمن البائع؛ بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الرد. و فيه - مع ما عرفت من منع المبني (٤٠٢٨) -: منع البناء (٤٠٢٩)، فإن دليل ضمان من لا خيار

هذا كله بناءً على عدم دلالة الرواية على كون تلف الثمن من البائع، و إلا - كما استظهره صاحب الجواهر^(١)، على ما أشرنا إلى وجهه - فلا ريب في مخالفة الرواية مع القاعدة بناءً على شمولها للثمن، و سيأتي تحقيق الكلام فيه في محله إن شاء الله، فتقدم على القاعدة لكونها أخص منه، فتدبر جيداً، كما أنها تقدم عليها في تلف المبيع لأجل ذلك، بناءً على ما استظهرناه منها من كون الخيار للمشتري.

٤٠٢٨. يعني بالموصول ما ذكره في رد الطباطبائي^(٢) بقوله: «أو نقول: إن المتبع مدلول الجملة الشرطية...». و فيه ما لا يخفى، لأنه إن أراد منه منع المبني بطور الكلية ففيه: - مع كونه جزافاً جداً - أنه لم يتقدم منه المنع كذلك، و أن المتقدم منه إمكان ثبوت الخيار قبل الرد و إمكانه بعده، بل قد عرفت منا أن الظاهر هو الثاني، و إن أراد منه منعه في الجملة لا بالجملة، ففيه: أنه لا يجدي في رد كونه من البائع على تقدير عدم الثبوت قبل الرد.

٤٠٢٩. يعني: منع توقف كون التلف من غير ذي الخيار على ثبوت الخيار الفعلي و ابتناؤه عليه، بل يكفي فيه الخيار الشأني. فمعنى القاعدة: أن التلف في زمن الخيار الفعلي أو الشأني ممن لا خيار له كذلك، و ذلك لأن مقتضى لضمان من لا خيار له مال صاحبه هو صرف تزلزل البيع، بمعنى كونه في معرض الارتفاع بالخيار، سواء كان هذا الخيار في زمان منفصل عن العقد أو متصل به، لا بمعنى الجواز قبالة لزوم، ضرورة لزومه قبل مجيء زمن الخيار فيما إذا انفصل عن العقد، و هذا المعنى - أي: معرضية العقد لأن يرتفع بالخيار - موجود قبل الرد على المبني المذكور، ضرورة تسلطه على الرد الموجب للتسلط على الفسخ كما يقتضيه أخبار.... فالمراد من الدليل في عبارة المتن هو مقتضى، و من التزلزل هو المعرضية له، فلا تغفل. و سيأتي تحقيق المسألة في محله إن شاء الله.

له مال صاحبه هو تنزلُ البيع سواء كان بخيار متصل أم منفصل، كما يقتضيه أخبار تلك المسألة، كما سيجيء. ثم إن قلنا: بأن تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، و إن قلنا: بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار (٤٠٣٠)، فيردّ البدل و يرتجع المبيع.

الأمر السادس: لإشكال في القدرة على الفسخ برّد الثمن على نفس المشتري، أو برّده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد (٤٠٣١).

٤٠٣٠. فيما لو كان الثمن المشروط رده مما يعمّ البدل بوجه من الوجوه المتقدمة في المتن، و إلا فلا ريب في ارتفاع الخيار.

٤٠٣١. في المسألة صور ثلاث:

إحداها: صورة التصريح بالتعميم. و لإشكال فيها، كما ذكره في القدرة على الفسخ بالردّ إلى غير المشتري ممّن يكون مندرجاً في تعميمه، لا مطلقاً و لولا يعمّه لفظه.

و ثانيها: ما ذكره بقوله: «و إن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببطله». و المراد منها بقرينة قوله فيما بعد: «وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرّح باشتراط الردّ إلى خصوص المشتري» هو ترك التصريح بكلا الطرفين: التخصيص و التعميم. و في حصول الشرط فيها بالردّ إلى الحاكم في حال غيبة المشتري أو حياته و عدمه قولان، اختار الثاني سيّد المناهل، و لعلّه لأنّه قضية ظهور الردّ إلى المشتري في اعتبار الخصوصية. و اختار الأوّل المحقّق القمي، و تبعه المصنّف، و علّله بما حاصله أنّ مقتضى اللفظ و إن كان هو الاختصاص - فلا يجوز الردّ إلى غيره إلا إذا أذن فيه بعد العقد - إلا أنّ الظاهر من إطلاق الردّ - بعد ملاحظة أنّ الغرض منه حصوله عند المشتري بما له سلطنة على أخذه و تحوّلّه عن ذمّة البائع - هو إلغاء الخصوصية و إرادة التعميم، لأنّ سعة الغرض تكون قرينة عليه، فيكون كالتصريح بالتعميم. و لا بأس بما ذكره إن كان الغرض المذكور من حيث الظهور في العموم بمرتبة توجب ظهور اللفظ في العموم، و لكنّه محلّ تأمل و إشكال. و ما استشهد به من كفاية الردّ إلى وارث المشتري مصادرة، فيجب الأخذ بالقدر المتيقّن.

و ثالثها: صورة التصريح بخصوصيّة المشتري. و الحكم فيها عدم كفاية الردّ إلى غيره أخذاً بقضية التقييد بالخصوصيّة، إلاّ فيما إذا رخصه بعد العقد في الردّ إلى الغير خصوصاً أو عموماً، فحينئذٍ يكفي الردّ إلى ذاك الغير في الفسخ، إذ الظاهر أنّ أخذ الخصوصية في المردود

و إن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببذله، فامتنع رده إليه عقلاً لغيبه ونحوها؛ أو شرعاً لجنون ونحوه، ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم، كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبة مسأله ٣٤ و عدمه، كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله، قولان.

و ربّما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنّه بعد نقل قول المشهور - بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار، و أنّه لا اعتبار بالإشهاد خلافاً لبعض علمائنا - قال: إنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري لفسخ البايع بعد دفع الثمن إليه؛ فما ذكره: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري، و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلّا أنّه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة ٣٥، انتهى.

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرض لحكم ردّ الثمن مع غيبه المشتري في هذا الخيار، و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البايع حتّى يحضر المشتري. و ذكرهم لعدم اعتبار (٤٠٣٢) حضور الخصم في فسخ ذي الخيار إنّما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة و بعض الخاصة ٣٦، حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم، و لاتنافي بينه و بين اعتبار (٤٠٣٣) حضوره لتحقيق شرط آخر للفسخ، و هو ردّ الثمن إلى المشتري مع أنّ ما ذكره من أخبار المسألة لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم في الفسخ و إن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقّق الردّ، إلّا أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الردّ

إليه إنّما هو بطور تعدّد المطلوب، فهي حقّ للمشتري حدث بالشرط، فله رفع اليد عنه أو استيفائه عن يقيمه مقامه.

و هنا صورة أخرى، و هي صورة اشتراطه الردّ إلى غير المشتري مع التصريح بخصوصه، فلا يكفي إلّا الردّ إليه. و لا بأس باشتراطه فيما لو كان فيه غرض عقلائي، لعموم أدلّة الشروط. ٤٠٣٢. هذا دفع لتوهم ظهور جواز الفسخ بجعله أمانة عند البايع عندهم من ذكرهم و تقريب الدفع واضح.

٤٠٣٣. بعبارة أخرى: لاتلزم بين عدم اعتبار حضوره في أصل الفسخ، و بين عدم اعتباره في تحقّق الردّ الموقوف عليه الفسخ أو الخيار.

بزمان؛ بناءً على مغايرة الفسخ للردّ و عدم الاكتفاء به عنه. نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم. لكنّ الأصحاب لم ينكروا (٤٠٣٤) اعتبار الحضور في هذا الخيار خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ بردّ* الثمن، فافهم.

وكيف كان، فالأقوى فيما لم يصرّح باشتراط الردّ إلى خصوص المشتري هو قيام الوليّ مقامه؛ لأنّ الظاهر من «الردّ إلى المشتري» حصوله عنده و تملكه له حتّى لا يبقى الثمن في ذمّة البائع بعد الفسخ، و لذا لو دفع إلى وارث المشتري لكفى. وكذا لو ردّ وارث البائع (٤٠٣٥) مع أنّ المصرّح به في العقد ردّ البائع، و ليس ذلك لأجل إرثه (٤٠٣٦) للخيار؛ لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخلية خصوص البائع في الردّ، وكذا الكلام في وليّه (٤٠٣٧).

٤٠٣٤. فيما يرتبط به هذا الاستدراك مع ملاحظة قوله: «خصوصاً» خفاء. نعم، لولا هذه اللفظة - و لعلّه الصواب، و وجوده من غلط النسخة - فالظاهر أنّه مربوط بقوله: «نعم لو قلنا...».

٤٠٣٥. صلاحية الغرض لصرف ظهور لفظ يعبر به عن البائع في إرادة خصوصه إلى إرادة العموم لا تلازم صلاحيته له في طرف المشتري، لإمكان التفاوت بين الغرضين في مرتبة الظهور.

٤٠٣٦. يعني: ليس الاكتفاء بردّ وارث البائع في الخيار و صحّة فسخه و عدم الحاجة فيهما إلى ردّ نفس البائع لأجل إرثه للخيار من البائع، لأنّه فرع ثبوت الخيار للبائع حين موته قبل ردّه، و هو فرع عدم مدخلية خصوص البائع في الردّ، إذ مع مدخلية فيه لا يمكن بعد موته تحقّق الشرط المعلق عليه الخيار، و هو ردّ نفس البائع، فلا يمكن تحقّق الخيار له قبل موته حتّى يكون لوارثه بعد موته، بل لأجل أنّ الوارث بنفسه مثل البائع قد جعل له الخيار، لأنّ المراد من البائع المجعول له الخيار المشروط بالردّ هو البائع بما هو مالك المبيع لولا البيع، و هو يعمّ للبائع و الوارث، غاية الأمر أنّ انطباقه على الثاني في طول انطباقه على الأوّل. و لتكن على ذكر من ذلك تنتفع به في الفرع الذي ذكره في آخر مسألة كيفية إرث الخيار.

٤٠٣٧. الظاهر أنّ الضمير راجع إلى البائع، يعني: أنّ الكلام في وليّ البائع كالكلام في

و دعوى: أن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب على وجه الحفظ أو المصلحة، و الثمن قبل ردّه باقٍ على ملك البائع، و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه، فلا يكون ولياً في القبض، فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ. مدفوعة: بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى ينافى بالمصلحة، بل البائع حيث وجد (٤٠٣٨) من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب يصح له الفسخ؛ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال: إن ولايته في القبول متوقفة على المصلحة (٤٠٣٩)، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه (٤٠٤٠) منه إذا حصل الفسخ. و ممّا ذكرنا يظهر جواز الفسخ بردّ الثمن إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه.

و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصح له الفسخ (٤٠٤١) مع ردّ الثمن

وارثه، فكما أن خيار وارث البائع إنما يحدث بالردّ من الوارث و يتفرّع عليه، كذلك خيار وليّ البائع إنما يتحقّق بردّ وليّ البائع و يتفرّع عليه. و يحتمل رجوع الضمير إلى المشتري، أي: الكلام في الردّ إلى وليّ المشتري كالكلام في الردّ إلى وارث المشتري. و لعلّه المناسب لقوله: «و دعوى أن الحاكم...».

٤٠٣٨. بمجرد ذلك لا يصح له الفسخ، بل لابدّ من وجدانه من هو منصوب لقبول الثمن من قبل البائع، و الحاكم ليس كذلك، لأنّه منصوب لحفظ مال الغائب و الثمن بعد مال البائع.

٤٠٣٩. و قد مرّ أنّه قد لا يكون مصلحة للغائب و شبهه.

٤٠٤٠. إن أريد من الوليّ الوليّ في قبول الثمن أو التمكين من أخذه فنعم يكفي تمكينه أيضاً، إلّا أن الحاكم ليس له ولاية على المشتري الغائب في ذلك. و إن أريد منه الوليّ على حفظ مال الغائب فالحاكم و إن كان وليه إلّا أنّه لا يكفي تمكينه، إذ لا ولاية له عليه فيه، بل مقتضى اليد ضمانه. و من هنا يظهر الحال في الردّ إلى عدول المؤمنين.

٤٠٤١. يعني: فيما إذا اشترط ردّ الثمن إلى الأب، و لم يصرّح بالتعميم للحدّ و لا

بالتخصيص بالأب.

إلى الولي الآخر - أعني الجد - مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب أو لا؟ وجوة (٤٠٤٢). و يجري مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فرد البايع إلى حاكم آخر، و ليس في قبول الحاكم (٤٠٤٣) الآخر مزاحمة للأول حتى لا يجوز قبوله للثمن، و لا يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناءً على عدم جواز مزاحمة الحاكم لحاكم آخر في مثل هذه الأمور؛ لما عرفت من أن أخذ الثمن من البايع ليس تصرفاً اختيارياً، بل البايع إذا وجد من يجوز أن يملك (٤٠٤٤) الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ. و ليس في مجرد

٤٠٤٢. منشؤها التعمد على ظهور اللفظ في الاختصاص فالأخير، و أن الغرض من الاشتراط هو عدم بقاء الثمن عند البايع و حصوله عند الأب بما هو ولي للطفل، فيكون قرينة على إلغاء الخصوصية إما مطلقاً فالأول، أو عند عدم التمكن من الرد إلى الأب لغية و نحوها فالثاني. ثم إن ضمير «مثلها» في قوله: «و يجري مثلها» راجع إلى الوجوه.

٤٠٤٣. لما كان قد يتوهم هنا مانع آخر من جواز الفسخ بالرد إلى حاكم آخر غير المشتري، عدا مانعة احتمال الاختصاص بخصوص الحاكم الأول، و هو احتمال أن يكون الدفع إلى الحاكم الثاني مزاحمة إلى الحاكم الأول، فلا يكون حينئذ له ولاية عليه حتى يكون الرد إليه ردّاً إلى الولي، تعرض المصنف لدفعه أولاً، و اختار كونه مزاحمة عرفاً أخيراً.

و فيه: منع المزاحمة في فرض المسألة، و هو إطلاق الحاكم الأول المشروط إليه الرد، و عدم التصريح بواحد من التخصيص و التعميم، كما هو قضية قوله: «و يجري مثلها» ضرورة أنه في فرض التصريح بالتعميم لا يجري إلا الوجه الأول، و في فرض التخصيص لا يجري إلا الأخير، و مختار المصنف في هذا الفرض - كما يعلم من ملاحظة قوله سابقاً في مثل هذا الفرض: «وكيف كان فالأقوى...» - هو إلغاء خصوصية المباشر و التعميم لمطلق الولي بقرينة التوسعة في الفرض، فيكون حال الإطلاق حينئذ كالتصريح، و معه لا يبقى مجال لتوهم المزاحمة أصلاً، سواء كان مناط المزاحمة إتيان ما يكرهه الأول أو ورود الوهن عليه. نعم، بناءً على الوجه الأخير - أعني: اعتبار الخصوصية مثل التصريح بها - يكون لتوهمها مجال، لكن عدم كفاية الرد حينئذ لا يحتاج إلى صدق المزاحمة.

٤٠٤٤. مقتضى هذا و قوله: «ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني» و قوله: «لأن هذا ملك...» أن دخول الثمن في ملك الطفل بعد الفسخ يحتاج إلى تملك الولي المفروض أنه

تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمةً للحاكم الأول، غاية الأمر وجوب دفعه إليه (٤٠٤٥) مع احتمال عدم الوجوب؛ لأن هذا ملكٌ جديدٌ للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول، فلا مزاحمة. لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفاً (٤٠٤٦).

الأمر السابع: إذا أطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن، لم يكن له (٤٠٤٧) ذلك إلا برّد الجميع، فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ. و ليس للمشتري التصرف (٤٠٤٨) في المدفوع إليه؛ لبقائه على ملك البائع. و الظاهر أنه ضامن (٤٠٤٩) له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمنية، إلا أن يصرّح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع. و لو شرط البائع الفسخ في كلّ جزءٍ

الحاكم الثاني، و هو كما ترى، لأنه بمجرد الفسخ يدخل في ملكه، لأن حقيقة الفسخ حلّ العقد، و لازمه عقلاً عود الملك إلى المالك الأول. فالأولى أن يقول: من يجوز أن يكون مال الصغير بيده، و ليس بمجرد كون ماله بيد الحاكم الثاني مزاحمة.

٤٠٤٥. يعني: وجوب دفع الحاكم الثاني الثمن إلى الحاكم الأول. فإضافة الدفع إلى الضمير الراجع إلى الثمن من إضافة المصدر إلى المفعول، و حذف الفاعل، أعني: الحاكم الثاني. ٤٠٤٦. بل لا ريب فيها على اعتبار الخصوصية، كما هو قضية الوجه الأخير، و في عدمها بناءً على حمل الإطلاق على التعميم بقربة الغرض، كما هو قضية الوجه الأول الذي أشرنا إلى أنه مختار المصنف رحمته. ثم إن ضمير «أنها» راجع إلى مجرد تملك الحاكم الثاني، و التأنيث - بناءً على صحة النسخة - باعتبار الخبر.

٤٠٤٧. على كلّ واحد من الوجوه الثلاثة الأول. و لو أطلق اشتراط الانفساخ برّد الثمن - كما في الوجه الرابع - لا يفسخ إلا برّد الجميع. وكذلك لو أطلق اشتراط الإقالة برّده لم تلزمه إلا برّد الجميع، لكن لو أقاله برّد البعض - و لو لأجل توهمه أنه يكفي في لزومها عليه - نفذ، فيدخل في ملك المشتري، فلا يضمنه لو تلف.

٤٠٤٨. يعني: التصرف في البعض المدفوع إليه من الثمن بعد فسخ البائع أيضاً.

٤٠٤٩. هذا مبنيّ على استظهار أن اليد مطلقاً موجب للضمان، و إنما خرج عنها يد الأمانة، كما أن مقابله مبنيّ على دعوى أن الموجب له هو اليد العادية.

برد ما يخصه (٤٠٥٠) من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، و للمشتري خيار التبعيض إذا لم يفسخ البايع بقية المبيع و خرجت المدة. و هل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك (٤٠٥١). و يجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزء معين من الثمن في المدة، بل بجزء غير معين، فيبقى الباقي في ذمة البايع بعد الفسخ.

الأمر الثامن: كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن (٤٠٥٢)، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن. و لا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين، و لا في جواز التصريح برد بدله مع تلفه؛ لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده، و بدله مع تلفه، و عدم بقاء مال البايع عند المشتري بعد الفسخ.

٤٠٥٠. قد يستشكل في صحة ذلك بأنه لا دليل عليها إلا عموم دليل نفوذ الشرط، و لا ينفذ هنا، إذ من شرائطه إمكان العمل به. و لا يمكن التبعيض في العقد من حيث الفسخ، لأنه أمر واحد بسيط غير قابل لذلك.

و فيه: منع عدم القابلية، و لذا لا شبهة عندهم في تبعيضه في الصحة و أصل التأثير، فيما إذا باع تمام المال المشترك بينه و بين غيره و رده الغير، فيصح في حصته و يبطل في حصة الشريك. و لا فرق على الظاهر بين دفع التأثير و رفعه من هذه الجهة. و السر في ذلك أنه و إن كان أمراً واحداً في الصورة، إلا أنه بحسب الواقع و اللب مركب من عقود عديدة بحسب عدد أبعاض متعلقه و منحل إليها. و يأتي لذلك تنوع في مباحث خيار العيب.

٤٠٥١. لحصول سببه فعلاً، و هو التبعيض.

٤٠٥٢. نعم، لو لم نقل بطلان التعليق في متعلقات العقد، و منها شرط الخيار برد الثمن، و شرط خيار المؤامرة كما هو التحقيق، لعدم ما يصلح الاستناد إليه إلا الإجماع، و القدر المتيقن منه ما يكون مورد التعليق نفس العقد، بل تحققه فيه أيضاً ممنوع، لما بينا وجهه في مبحث اعتبار التنجيز في العقد. و أما بناءً على بطلانه مطلقاً و لو كان في متعلقات العقد - كما حكى عن صاحب الجواهر رحمته - فيشكل جواز ذلك، ضرورة أنه حينئذ لا يكفي فيه عموم أدلة الشروط، لفرض كونه من مصاديق المخصص، بل لابد من إقامة دليل خاص على جواز التعليق في هذا الشرط، و هو متنفذ، لاختصاص مورد الأخبار المحورة لذلك بطرف الثمن. إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق بينه و بين الثمن، فيلحق به. و لكنه كما ترى، لأن الحكمة

و في جواز اشتراط ردّ بدله و لو مع التمكن من العين إشكالاً من أنّه خلاف مقتضى الفسخ؛ (٤٠٥٣) لأن مقتضاه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراطاً للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخاً في الحقيقة. نعم، لو اشترط ردّ التالف بالمثل في القيمي و بالقيمة في المثلي، أمكن الجواز؛ لأنّه بمنزلة (٤٠٥٤)

الموجبة لتحويل هذا التعليق - و هي الحاجة في طرف الباع و الثمن - أزيد و أشدّ منها في طرف المشتري و الثمن بكثير، و لذا ترى أنّ وقوع البيع بشرط الخيار للبائع بشرط ردّ الثمن من الكثرة لا يخص، بخلاف وقوعه بشرطه للمشتري بشرط ردّ الثمن، فإنّه نادر جداً. فالعمدة ما ذكرنا من عدم الدليل على بطلان التعليق في الشرط، فيكون جوازه على طبق عمومات صحة الشرط.

٤٠٥٣. و من أنّه يعمّه «المؤمنون عند شروطهم». قد مرّ الكلام في دفع أوّل شقّي هذا الإشكال.

٤٠٥٤. و ليعلم أولاً أنّ قضية فسخ العقد عند التجردّ عن الشرط المذكور رجوع نفس العين إلى صاحبها الأوّل، و وقوع التلف عليها في يد الغير. ثمّ ليعلم أيضاً أنّ قضية فرض وقوع التلف عليها بعد الفسخ في يد غير المالك - و هو المفسوخ عليه - بملاحظة أدلة الضمان هو ضمان ذي اليد و اشتغال ذمّته بمثلها في المثلي و قيمتها في القيمي. ثمّ ليعلم أيضاً أنّ قضية الضمان بملاحظة وجوب تدارك المال المضمون على نحو يصدق عليه الأداء هو وجوب تدارك المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة، لعدم صدق الأداء مع العكس.

و حينئذ نقول: إنّ اشتراط ما ذكر لا بدّ و أن يراد منه في عالم اللبّ التصرف في أحد هذه الأمور الثلاثة المتقدمة. فإن أريد منه التصرف في الأمر الأوّل، بأن أريد منه أن يكون قضية الفسخ رجوع غير العين، و هو القيمة في المثلي و المثل في القيمي، أو التصرف في الأمر الثاني، بأن يراد منه اشتراط أن يكون قضية تلف العين في يد المفسوخ عليه - بعد رجوعها إلى مالكها الأوّل بمقتضى الفسخ - هو ضمان القيمة في المثلي و بالعكس، فلا يجوز الشرط المذكور، لعدم القدرة عليه، من جهة عدم إمكانه على التقديرين. و أشار في المتن إلى الأوّل منهما بقوله: «و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع». و إلى الثاني منهما بقوله قبل ذلك: «لا اشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة...».

اشتراط إيفاء ما في الذمة بغير جنسه، لاشتراط ضمان التالف المثلي بالقيمة و القيمي بالمثل، و لاشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمل. و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برّد ما انتقل إليه أو بدله، و الله العالم.

مسألة: لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبائع و جريانه في كلّ معاوضة لازمة كالإجارة و الصلح (٤٠٥٥) و المزارعة و المساواة بل قال في التذكرة: الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كلّ عقد معاوضة خلافاً للجمهور. و مراده ما يكون (٤٠٥٦) لازماً؛ لأنه صرح بعدم دخوله في الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و

و إن أريد منه التصرف في الأمر الثالث، بأن يراد منه اشتراط تفريغ الذمة بغير ما تشتغل به عند التلف فيجوز، لوجود المقتضي، و هو عموم أدلة الشروط، و عدم المانع، لأن خصوصية المماثلة في المثلي حقّ للمضمون له على الضامن يجوز له التجاوز عنه شرعاً، فيجوز اشتراطه عليه فيجب، و في القيمي يجوز للضامن بذلها للمضمون له بمجاناً برضاه، فيجوز اشتراطه على الضامن، فيجب العمل به. و أشار إلى ذلك في المتن بقوله: «لأنه بمنزلة اشتراط...». و لعلّ ذكر كلمة «بمنزلة» في العبارة إنما هو بلحاظ كون الاشتغال هنا حين الشرط غير فعلي معلقاً على التلف، فافهم. و أمّا التعبير بالإمكان فلم أفهم وجهه، إلا المناقشة في أصل اشتراط الإيفاء بغير الجنس و لو في المقام ممّا كان الاشتغال معلقاً على التلف حين الشرط. و لأرى وجهاً له بعد عموم أدلة الشروط، و عدم ما يوجب تخصيصه لخصوصاً و لاعموماً.

وكيف كان، فلعلّ الأمر بالتأمل في ذيل العبارة إشارة إلى الدقة في الفرق بين السوجهين الأخيرين، كي لا يتوهم رجوع الثاني إلى الأوّل كما توهمه بعض المحشّين، و قد علم من بياننا السابق أن بينهما بوناً بعيداً. و يمكن أن يكون إشارة إلى أن ما ذكره وجهاً للجواز بقوله: «لأنه بمنزلة...» و إن كان لا بأس به، إلا أنه لا يصلح وجهاً للجواز إلا إذا كان اشتراط ما ذكر ظاهراً في اشتراط الإيفاء بغير الجنس، و هو ممنوع، فتأمل.

٤٠٥٥. الظاهر وقوع الغلط في النسخة، لأنّ عدّ الصلح من موارد عدم الخلاف و الإشكال هنا منافٍ لعدّه فيما بعد من أفراد القسم الثاني الذي عقده لتعداد موارد الخلاف، فالظاهر زيادة لفظ الصلح.

٤٠٥٦. المناسب لقوله: «بل قال في التذكرة...» أن يقول: إلا أن يكون مراده....

الوديعة؛ لأن الخيار لكل منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط (٤٠٥٧) فيه. و الأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم»، بل الظاهر المصرح به في كلمات جماعة دخول في غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد (٤٠٥٨)، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز و لو من الطرف الواحد. فعن الشرايع و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية: دخول خيار الشرط في كل عقد سوى النكاح و الوقف (٤٠٥٩) و الإبراء و الطلاق و العتق. و ظاهرها ما عدا الجائز؛ و لذا ذكر نحو هذه العبارة في التحرير ٣٧ بعد ما منع الخيار في العقود الجائزة. وكيف كان: فالظاهر عدم الخلاف (٤٠٦٠)

و فيه: أنه بعد إمكان - بل شيوع - العدول عن فتوى إلى أخرى لاداعي لجعل تصريحه بما ذكر قرينة على إرادة اللزوم.

٤٠٥٧. لا وجه لذلك إلا لزوم كونه تحصيلاً للحاصل. و فيه: أنه لازم فيما لو كان الغرض من شرطه هو صرف تحصيل جواز العقد، و أما لو كان الغرض منه هو التسلّط شرعاً على الفسخ في مورد الحاجة فلا، إذ مع جوازه الذاتي يمكن أن لا يتمكّن من فسخه شرعاً لعارض كالنذر و شبهه، فيما إذا تعلّق بعدم فسخه من جهة الجواز الذاتي. هذا، مضافاً إلى إمكان فائدة أخرى كالصلح عليه، فتدبر.

٤٠٥٨. يعني: دخوله في مثل ذلك بالنسبة إلى خصوص من كان لازماً من قبله لامطلقاً، إذ لا معنى له بالنسبة إلى من كان جائزاً من قبله، فلا ينافي قوله فيما بعد: «إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز و لو من الطرف الواحد» إذ المراد منه عدم المعنى له بالنسبة إلى ذاك الطرف الجائز في حقّه العقد.

٤٠٥٩. قضية اشتغال المستثنى لمثل الإبراء و الطلاق و العتق كون المستثنى منه - و هو العقد - أعمّ من العقد المصطلح و الإيقاع كما لا يخفى.

٤٠٦٠. إن كان المراد من الخيار في موضوع البحث هو بمعناه الاصطلاحي - و هو ملك فسخ العقد كما في تعريف الفخر، أو ملك إقرار العقد و إزالته كما في تعريف آخر - فلا يمكن تحقّقه في الإيقاع أصلاً كما لا يخفى.

و أما لو كان المراد منه مطلق ملك إزالة الشيء و جعله كأنه لم يكن، فيكون بعد ذلك

كما كان قبله عقداً كان أو إيقاعاً، فيمكن أن يناقش فيه، و قضية عموم أدلة نفوذ الشرط جوازه. و ما يكون مانعاً عنه أمور:

الأول: منع صدق الشرط إلا فيما إذا كان في ضمن العقد مطلقاً أو في ضمن خصوص البيع و نحوه. و فيه: ما يأتي من أن الشرط مطلق الربط لا يتوقف إلا على ما يرتبط هو به. الثاني: الانصراف. و فيه: منع الانصراف، لمنع سببه.

الثالث: ما استدل به المصنف رحمه الله بقوله: «فالأولى الاستدلال عليه - إلى قوله - بعدم مشروعية الفسخ...». و مراده من الفسخ هو صرف إزالة ما كان، لخصوص حل العقد، لما تقدم من عدم إمكان تعلقه بالمعنى الثاني بالإيقاع، لأنه إما خلف أو تناقض. و مراده من عدم مشروعيته عدم ثبوت قابليته شرعاً، لا ثبوت عدمها، لأنه عين محل النزاع.

و حاصل هذا الاستدلال الذي ذكره مراراً أنه لا يجوز التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» في المقام، نظراً إلى كونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، ضرورة أنه قد خصص قطعاً بما لا يقبل النفوذ من جهة عدم القدرة عليه. و فيه: أنه لا يجوز فيما إذا لم يكن المخصص لبيان، و إلا - كما في المقام، فإنه عقلي صرف - فلا بأس به، لما حقق في الأصول.

الرابع و الخامس: ما تضمنه كلام العلامة الطباطبائي رحمه الله، و هو المراد من القائل في قوله: «قيل: لأن المفهوم من الشرط...»، حيث إنه استدل في المصاييح على عدم جريان شرط الخيار في الإيقاع «بابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرّد الصيغة، فلا يدخله الخيار، و بأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين، كما ينبّه عليه الصحيح: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله ﷻ فلا يجوز على الذي اشترط عليه» فلا يتأتى في الإيقاع المتقوم بالواحد؟ انتهى.

و الأول ليس بشيء، إذ لو كان المراد من النفوذ صرف حدوث الأثر فلا ريب أن شرط الخيار فيه لا يمنع من تحقّقه بمجرّد الصيغة. و لو كان المراد منه النفوذ بطور اللزوم، ففيه: أن الشرط لا يمنع عنه، إلا أنه صرف الدعوى لم يقم عليها دليل.

و أمّا الثاني فمرجعه إلى قياسين نتيجة أحدهما صغرى للآخر، و قد ذكر في كلّ منهما مقدّمة و ترك أخرى:

أحدهما: أن شرط الخيار شرط، و كلّ شرط لابدّ و أن يكون بين اثنين، يعني: برضاها - رضا أحدهما بالإلزام بشيء، و رضا الآخر بالتزام به - بحيث لا ينطبق عنوان الشرط و

لا يصدق مفهومه إلا فيما يتوقف متعلقه على تراضي الاثنين، و لا يكاد يوجد برضا واحد منهما، فينتج أن شرط الخيار و السلطنة على هدم شيء لا يكون إلا برضا اثنين.

ثانيهما: أن شرط الخيار لا يكون إلا برضا اثنين، وكل ما لا يكون إلا به لا يتأتى في ضمن الإيقاع المتقوم بالواحد. و الدليل على ذلك أن الشرط قيد للمشروط، و قضية تقومه برضا اثنين أن يكون رضا المشروط عليه معتبراً في تقييد ذاك المشروط بذاك الشرط، بحيث لولا رضاه لما كان مقيداً به. و لا ريب في أن ما هو معتبر في تقييد شيء بقيد فهو معتبر في إطلاقه بالقياس إلى ذاك القيد فيما كان قابلاً للإطلاق و التقييد، و من المعلوم أن الإطلاق في الإيقاع لا يعتبر فيه رضا الآخر المفروض كونه مشروطاً عليه على فرض تحقق الشرط، فينتج أن شرط الخيار و التسلط على الهدم لا يتأتى في ضمن الإيقاع، لأن شرط الخيار فيه و تقييده به لا يكون إلا باختيار المشروط عليه و رضاه، و إلا لا يصدق عليه الشرط و لا يكون له اختيار، و لرضاه دخل فيه بحيث لا يتحقق بدونه، إلا إذا كان لرضاه دخل في إطلاقه بالقياس إلى شرط الخيار، لما عرفت من التلازم بين الإطلاق و التقييد في هذه الجهة، و لكن لا اختيار له في إطلاق الإيقاع، بل يوقعه من بيده الأمر قهراً على الآخر المشروط عليه و إلا لا يكون إيقاعاً، و هذا بخلاف العقد، فإنه يعتبر فيه رضا الاثنين - أي: الطرفين الموجب و القابل - إطلاقاً و تقييداً، و هو واضح.

فتحصل: أن الجمع بين حفظ ما يعتبر في صدق مفهوم الشرط على الخيار أو غيره - و هو رضا المشروط عليه - و بين حفظ ما يعتبر في صدق مفهوم الإيقاع على ما يقع في ضمنه - و هو عدم اعتبار رضا ذاك الآخر المشروط عليه - جمع بين النقيضين، فحفظ الشرطية في الخيار و كذا في سائر الشروط يتوقف على وقوعه في ضمن الإيجاب و القبول.

و بهذا البيان يندفع ما أورد عليه المصنف رحمه الله بقوله: «و فيه: أن الاستفادة من الأخبار...». و وجه الاندفاع واضح بعد أدنى تأمل فيما ذكرناه، حيث إنه بعد الاعتراف باعتبار قبول المشروط عليه في لزوم الشرط و نفوذه، لا يحيص عن الالتزام بعدم إمكان وقوعه في ضمن الإيقاع حذراً عن لزوم التناقض كما عرفت. فالأمر في تجويزهم لاشتراط خدمة العبد في ضمن عتقه دائر بين منع اعتبار رضا المشروط عليه في كونه ملزماً بالوفاء بالشرط، و لاسبيل إلى ذلك، ضرورة عدم التسلط لأحد على آخر، و بين منع كونه شرطاً حقيقة و أنه صورة شرط،

بينهم في أن مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة في الكل وإما الإخراج لمانع، و لذا قال في الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط في الصرف عن الشيخ رحمته الله :- إنه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم»، فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

فنقول: أما الإيقاعات، فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّي في السرائر على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود^{٣٨}. قيل: لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين - كما ينبت عليه جملة من الأخبار - والإيقاع إنما يقوم بواحد. وفيه: أن المستفاد من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين: المشروط له، و المشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب و القبول؛ ألا ترى أنهم جوزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمة مدة تمسكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غاية الأمر توقّف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض. لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول (٤٠٦١).

فالأولى الاستدلال عليه - مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط، أو* الصرافه خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس - بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات حتّى تقبل لاشتراط التسلّط على الفسخ فيها. و الرجوع في العدة ليس (٤٠٦٢) فسخاً للطلاق، بل

و بين أنه شرط حقيقي يعتبر فيه وكذلك في العتق المشروط فيه الخدمة رضا العبد، غاية الأمر رضا المولى المسلّط عليه قائم مقام رضاه. و إن شئت قلت: إن العتق كالعقد يتوقّف على رضا العبد أيضاً، غاية الأمر رضا المولى يقوم مقامه، و لذا لا حاجة إلى قبوله، فتأمل.

فقد علم ممّا ذكرناه أن المانع من التمسك بعمومات أدلة الشروط هو هذا الوجه الذي ذكره في المصابيح. و من التأمل فيما ذكرنا في بيان ذاك الوجه يظهر النظر فيما علّقه سيّدنا الأستاذ رحمته الله على المقام، فلاحظ و تأمل.

٤٠٦١. يعني: وقوعه في ضمن شيء يحتاج إلى الإيجاب و القبول، و هو العقد.

٤٠٦٢. إن أراد من الفسخ الحلّ فنعم ليس هو فسخاً قطعاً، لما تقدّم من أن الفسخ

هو حكم شرعي في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مودده، بل و لا السقوط في مودده. و مرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل (٤٠٦٣) و قد وجد في العقود من جهة مشروعية الإقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرها في بعضها، بخلاف الإيقاعات؛ فإنه لم يُعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها. وبالجملة، فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع، أو علم عدمه، بناءً على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة فلا يصير سبباً باشتراط التسلّط عليه في متن الإيقاع.

هذا كله، مضافاً إلى الإجماع (٤٠٦٤) عن المبسوط و نفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق و الطلاق، و إجماع المسالك على عدم دخوله في العتق و الإبراء.

بذاك المعنى لا بدّ فيه من العقد. و إن أراد منه محو الموجود و جعله كأن لم يكن فهو فسخ للطلاق قطعاً، كما أن الطلاق فسخ للنكاح بذاك المعنى و مجرد كون الشيء فسخاً لا يلزم الثبوت في غير مودده و السقوط في مودده، وإنما يدور هذا مدار كونه حقاً و حكماً، بناءً على كون الحق غير الحكم كما هو المعروف في الألسنة، و أما بناءً على كونه قسماً من الحكم - على ما حققنا في حرمة الغيبة من مباحث المكاسب المحرمة - فلا معنى لسقوطه بالإسقاط.

٤٠٦٣. إن أراد الدليل على مشروعية الفسخ و قابليته للتأثير في الشرع مجرداً عن شرط خياره فمنع الحاجة إليها، و نقول: يكفي قيام الدليل عليها مع الشرط. و إن أراد مطلق الدليل عليها فنسلم الحاجة إليه و نمنع انتفائه، إذ يكفي دليلاً عليها عموم وجوب الوفاء بالشرط. و الإيراد عليه بأن التمسك به في المقام مع الشك في قابلية الإيقاع للإزالة من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية قد مرّ الجواب عنه. و بالجملة، لا بأس بأن يجعل ما ليس بسبب مجرداً عن اشتراطه سبباً باشتراطه، إلا فيما إذا علم عدم قابليته للتغير بالاشتراط.

٤٠٦٤. يشكل الاستناد إليه - بعد الغض عن كونه منقولاً - باحتمال استناد المجمعين كلاً أو جلاً إلى بعض الوجوه التي عرفت حالها. هذا، مضافاً إلى أن مرادهم من الفسخ لو كان هو بمعنى الحلّ فعدم دخوله أمر عقلي قطعي لا حاجة فيه إلى دعوى الإجماع. و لو كان هو بمعنى صرف رفع الأثر و إن كان ينتفع فيه بالإجماع لو كان، إلا أن عدم دخوله بهذا المعنى في الطلاق كيف يعقل الاتفاق عليه بعد جواز الرجوع في العدة نصاً و فتوى؟ بل في العتق أيضاً

و مما ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع و لو كان عقداً، كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما في التحرير و جامع المقاصد. و في غاية المسرام: أن الصلح إن وقع معاوضةً دخله خيار الشرط، و إن وقع عمّا في الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله؛ لأنّ مشروعيته لقطع المنازعة (٤٠٦٥) فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكلّ شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم، انتهى. و الكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، و لأقلّ من الشكّ في ذلك الرجوع إلى الشكّ في سببية الفسخ لرفع الإيقاع.

و أمّا العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، و منها ما اختلف فيه، و منها ما يدخله اتفاقاً. فالأول: النكاح، فإنّه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد، و عن المسالك: الإجماع عليه. و لعلّه لتوقّف ارتفاعه شرعاً على الطلاق (٤٠٦٦) و عدم مشروعية التقايل فيه. و من الثاني: الوقف، فإنّ المشهور عدم

بعد جواز استرقاقه للغرماء فيما لو أعتقه الوارث و لم يؤدّ الدين المستوعب للتركة من غيرها. و مثله العبد الجاني، فإنّه يجوز للمولى عتقه، و يزول باسترقاق المجنيّ عليه. إلّا أن يراد عدم دخول شرط خيار الفسخ كما هو الظاهر، لعدم دخول نفس الفسخ، فإنّه قابل لأن يقع الإجماع عليه، فيرفع اليد به عن عموم دليل الشرط، بعد فرض صدق مفهوم الشرط عليه، مع ملاحظة وقوعه في ضمن الإيقاع كما هو الفرض هنا كما لا يخفى.

٤٠٦٥. لا يخفى أنّ مقتضى هذا عدم دخول خيار الشرط في البيع و سائر المعاوضات، لإمكان أن يقال أيضاً: إنّ مشروعيتها للتملك و التملك مثلاً، و اشتراط الخيار لعود المملك إلى الأول ينافيها، و هو باطل جزمًا، و لافرق بينها و بين الصلح من هذه الجهة، فالأقوى صحة الاشتراط فيه أيضاً للعمومات.

٤٠٦٦. قد أورد عليه النقض بالفسخ بالعيوب. و يمكن دفعه بأنّ مراده توقّفه عليه إلّا أن يقوم دليل خاصّ، و ليس في المقام دليل خاصّ. نعم، يشكل هذا بأنّ الإجماع - بعد احتمال كون المدرك فيه ذلك - لا يصحّ الاستناد إليه إلّا بعد صحّة الاستناد إلى مدركه كما هو ظاهر، و توقّف ارتفاعه شرعاً على الطلاق بنفسه محتاج إلى الدليل، و ليس هو إلّا الإجماع

دخوله فيه، و عن المسالك: أنه موضع وفاق. و يظهر من محكي السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه^{٢٩}. و ربما علل (٤٠٦٧) باشتراط القرية فيه و أنه فلك ملك بغير عوض، و الكبرى في الصغرين ممنوعة. و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة (٤٠٦٨) في مسألة شرط الواقف كونه أحق بالوقف عند الحاجة و هي قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلي الميراث»^{٣٠} و قريب منها غيرها. و في دلالتها على المدعى تأمل. و يظهر من المحكي عن المشايخ الثلاثة في تلك المسألة*

عليه، و القدر المتيقن منه صورة خلو النكاح عن شرط الخيار، فلا ينافيه جواز ارتفاعه بالخيار المشترط في ضمن عقد النكاح الثابت بعموم أدلة الشرط. وكذلك الكلام لو كان دليل التوقف دليلاً لفظياً مهماً. نعم، لو كان له إطلاق يعم صورة اشتراط الخيار في عقد النكاح لكان الحكم في المسألة بطلان الشرط، بمعنى عدم تأثيره في تزلزل النكاح، لأصالة بقاء عقد النكاح بعد الفسخ لأجل شرط الخيار، و ذلك لسقوط عموم المومنون بالمعارضة مع ذاك الدليل بالعموم من وجه، فالعمدة هو الإجماع، و في عموم معقده للنكاح المنقطع إشكال أحوطه ذلك. وكيف كان، لا يخفى أن المراد من خيار الشرط الذي وقع الاتفاق على عدم دخوله في النكاح هو الخيار المسبب عن اشتراط نفس الخيار. و أما خيار الاشتراط أي الخيار المسبب عن اشتراط شيء في ضمن العقد، فإنهم يحكمون بثبوتيه في النكاح في بعض الموارد، كما إذا اشترط كون المعقود عليها حرة أو بنت ماهرة فبانت أمة أو بنت أمة، أو اشترط كون الزوج حراً فبان عبداً، بل قيل: إنه يلوح من كلام بعضهم ثبوتيه في اشتراط مطلق صفة كمال فبان عدمها.

٤٠٦٧. يعني: علل عدم دخوله في الوقف الذي هو المشهور.

٤٠٦٨. يعني: للمشهور. و تقريب الاستدلال بما أن المراد من الأحقية بالعين الموقوفة

رجوعها إلى الوقف، و بطلان الوقف على تقدير الشرط و هو الاحتياج، و المراد من الرجوع إلى الميراث بطلان الوقف من أصله، و لا وجه له إلا الاشتراط المذكور، فدلّت الرواية على أن شرط بطلان الوقف عند الاحتياج منافي للوقف، و بعد ضمنية عدم الفرق بين شرط بطلانه بنفسه عنده و بين شرط إبطاله و التسلّط عليه - أعني: الخيار - تدلّ على منافاته أيضاً للوقف.

تجوز اشتراط الخيار في الوقف، و لعلّه المخالف (٤٠٦٩) الذي أُشير إليه في محكمي السرائر و الدروس.

و أما حكم الصدقة فالظاهر أنّه حكم الوقف، قال في التذكرة في باب الوقف: إنّه يشترط في الوقف الإلزام، فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه، و يكون الوقف باطلاً كالتعق و الصدقة^(٤١)، انتهى. لكن قال في باب خيار الشرط: أمّا الهبة المقبوضة، فإن كانت لأجنبي غير معوضٍ عنها و لا قصد بها القرية و لا تصرف المتّهب فيها، يجوز للواهب الرجوع فيها، و إن اختل أحد القيود لزمت. و هل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك، انتهى. و ظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتّى الصدقة. وكيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها؛ لعموم ما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله، بناءً على أنّ الاستفادة منه (٤٠٧٠) كون اللزوم حكماً شرعياً لماهيّة الصدقة، نظير الجواز للعقود الجائزة.

و لو شكّ في ذلك كفى في عدم سبب الفسخ التي يتوقّف صحّة اشتراط الخيار عليها. و توهم إمكان إثبات السبب بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع. و منه: الصلح (٤٠٧١)، فإنّ الظاهر المصرّح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة: دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذب البارع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقول مطلق^(٤٢). و ظاهر المبسوط كالمحكمي عن الخلاف: عدم دخوله فيه مطلقاً. و قد تقدّم

..... و أمّا التأمل في دلالتها فلعلّ وجهه منع أن يكون الأحقية كناية عن انتهاء أمد الوقف و بطلانه في زمن الحاجة، بل المراد منها الأحقية في الانتفاع مع بقاء العين على الوقفية، و مرجع هذا إلى الوقف على النفس، غاية الأمر على تقدير خاص، فعدم صحّة الوقف من أصله على هذا إنّما هو لأجل ذلك، فلا ربط بينه و بين شرط الخيار و الفسخ.

٤٠٦٩. الضمير راجع إلى المشايخ، و التذكير باعتبار الخير.

٤٠٧٠. يمكن الخدشة في المبني بأنّ الظاهر منها أنّه في مقام التفرقة بين ما كان لله و بين ما كان لغيره، و أنّ حكمه، مقابل لحكمه فكما أنّ حكمه الجواز من حيث الذات و قابل لأن يعرضه اللزوم، فكذلك حكم ما كان لله، غاية الأمر بطور المعاكسة، فيكون لازماً بالذات قابلاً للجواز بشرط الخيار.

٤٠٧١. يعني: من الثاني.

التفصيل عن التحرير و جامع المقاصد و غاية المرام و لا يخلو عن قرب؛ لما تقدّم من الشكّ في سبب الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.

و منه: الضمان، فإنّ المحكي عن ضمان التذكرة و القواعد: عدم دخول خيار الشرط فيه، و هو ظاهر المبسوط. و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقاييل فيه. و منه: الرهن، فإنّ المصرّح به في غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن*؛ لأنّ الرهن وثيقة للدين، و الخيار يناهض الاستيثاق؛ و لعلّه لذا استشكل في التحرير و هو ظاهر المبسوط، و مرجعه إلى أنّ مقتضى طبيعة الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقة، و الخيار منافٍ لذلك. و فيه: أنّ غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين.

و منه: الصرف، فإنّ صريح المبسوط و الغنية و السرائر عدم دخول خيار الشرط فيه^{٤٢}، مدّعين على ذلك الإجماع. و لعلّه لما ذكره في التذكرة للشافعي - المانع عن دخوله في الصرف و السلم-: بأنّ المقصود من (٤٠٧٢) اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا و لم يبق بينهما علاقة (٤٠٧٣)، و لو أثبتنا الخيار بقيت العلاقة^{٤٤}. و الملازمة ممنوعة (٤٠٧٤) كما في التذكرة؛ و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف و إن استشكله أولاً، كما في القواعد.

٤٠٧٢. هذا تخرّص صرف. مركز تحقيق كوتير علوم رسيدي

٤٠٧٣. الواو للحال.

٤٠٧٤. قد يورد على هذا بأنّ الملازمة بين ثبوت الخيار و تحقّق العلاقة** - بين كون الخيار بنفسه علاقة أيضاً - ممّا إشكال فيه. و فيه: نعم، لكنّه ناشٍ من تصرّف المصنّف في عبارة التذكرة، و عدم نقلها على النحو الذي فيها، فإنّه يوجب توهم كون المراد من العلاقة في العبارة هي مطلقها، و عليه يرد ما ذكر، و ليس كذلك في عبارة التذكرة، فإنّ الظاهر منها هي العلاقة الخاصّة بخصوصيّة ترتّب الربا عليها في بيع الصرف و ترتّب بيع الكالّي بالكالّي في السلم،

* في بعض النسخ: للمراهن.

** كذا في الطبعة الحجرية. و العبارة مشوشة جداً. و الظاهر سقوط «لا» قبل «إشكال» فيكون «عمّا لا إشكال» خيراً لـ «أنّ الملازمة». و جملة «بين كون الخيار و بنفسه علاقة أيضاً» جملة معترضة، و لكنّها مشوشة من حيث المعنى، إلّا إذا اعتبرنا كلمة «بين» تصحيف «مع» أو شبهها. والله العالم.

و من الثالث: أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجارة و المزارعة و المساقاة و غير ما ذكر من موارد الخلاف، فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

و اعلم أنه ذكر في التذكرة تبعاً للمبسوط^{٤٠} دخول خيار الشرط في القسمة و إن لم يكن فيها ردّ. و لا يتصور إلا بأن يشترط الخيار في التراضي القوي بالسهم، و أما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه؛ بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد. و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة و إن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف، و السرّ في ذلك: أن الشرط القوي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي (٤٠٧٥). و

و عليه لا إيراد كما سنبينه. قال في التذكرة: «الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل معاوضة - خلافاً للجمهور - على تفصيل، فالسلم يدخله خيار الشرط، وكذا الصرف على إشكال فيه للعموم. و قال الشافعي: لا يدخلهما خيار الشرط و إن دخلهما خيار المجلس، لأنّ عقدهما يفتقر إلى التقابض في المجلس، فلا يحتمل التأجيل، و المقصود من اشتراط القبض أن يفتقرا و لا علة بينهما، تحرّزاً من الربا و بيع الكالي بالكالي، و لو أثبتنا الخيار بقيت العلة بينهما بعد التفرّق، و نمنع الملازمة». انتهى.

و مثل العبارة المذكورة عبارتها في خيار المجلس، إلا أنّها خالية عن العلة المذكورة. قال في: «و يثبت خيار المجلس في جميع أنواع البيع إلا ما استثنى. و يثبت خيار الشرط في جميع أنواعه إلا السلف و الصرف، و به قال الشافعي، لافتقار العقد فيهما إلى التقابض في المجلس و التفرّق من غير علة بينهما، و ثبوت الخيار يمنع لزوم القبض فيهما، و يثبت بينهما علة بعد التفرّق». انتهى موضع الحاجة من كلامه، رفع في الخلد أعلامه. فإن مراده من العلة المقصود انتفائها - بقرينة تعليله بالتحرّز عن الربا و بيع الكالي بالكالي - هو خصوص العلة الموجبة لما ذكر من العلة، و حيث إنّ عدم الملازمة بين ثبوت خيار الشرط فيهما و بين تحقّق ذلك النحو من العلة في غاية الوضوح، ضرورة أن العلة التي تترتب على وجودها حين التفرّق لزوم الربا في الصرف و بيع الكالي بالكالي في السلم هي كون المال بعد العقد بيد من قصد انتقاله عنه، أي: عدم القبض قبل التفرّق، و النسبة بينهما و بين علة خيار الشرط عموم من وجه، فكيف يلزم وجود الخيار مع عدم التقابض و لا ينفك عنه؟

ذكر فيهما أيضاً دخول الخيار في الصداق. و لعلّه لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل. وفيه نظر (٤٠٧٦). و ذكر في المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار في السبق و الرماية؛ للعموم.

أقول: و الأظهر بحسب القواعد إناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل في العقد، فمضى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد، جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإن إقدامه على ذلك حين العقد كافٍ في ذلك بعد ما وجب عليه شرعاً القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه - من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض على - قائماً مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه و إن لم يرضَ فعلاً.

و أمّا إذا لم يصح التقايل فيه، لم يصح اشتراط الخيار فيه؛ لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراضٍ منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثراً؛ لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلي بعد العقد بفسخ صاحبه، و لا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً، و الله العالم.

.....
اللفظ والحمل على المعنى المجازي؟ و لا فرق بينه و بين المقام إلا أن المربوط في المقام لفظ و المربوط به غير لفظ، و في المثال بالعكس، و هو غير فارق.

٤٠٧٦. لعل وجهه أن المشروع في المثال إنما هو من قبيل الرد لما قد وقع فضولاً الذي

هو دفع، لا من قبيل الفسخ الذي هو رفع، فلا يجوز قياس أحدهما على الآخر.

المصادر:

- (١) المقنع: ص ٣٦٥.
- (٢) الوسيلة: ص ٢٤٨.
- (٣) الوسائل ج ١٢: ص ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥.
- (٤) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٥) الانتصار: ص ٤٣٣، المسألة ٢٤٥.
- (٦) الحقائق ج ١٩: ص ٢٥، و ٢٦؛ المستند ج ١٤: ص ٣٧٧.
- (٧) المقنعة: ص ٥٩٢-٥٩٣.
- (٨) المبسوط ج ٢: ص ٨٥.
- (٩) التذكرة ج ١: ص ٥٢٠.
- (١٠) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٥٥٨.
- (١١) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (١٢) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.
- (١٣) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣.
- (١٤) التذكرة ج ١: ص ٥٣٨.
- (١٥) الوسائل ج ١١٢: ص ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.
- (١٦) التحرير ج ١: ص ١٦٨؛ الدروس ج ٣: ص ٢٧٢.
- (١٧) المقنعة: ص ٥٩٩.
- (١٨) الغنية: ص ٢٢١.
- (١٩) السرائر ج ٢: ص ٢٨٠.
- (٢٠) الدروس ج ٣: ص ٢٧٢.
- (٢١) المبسوط ج ٢: ص ١٢٥-١٢٦.
- (٢٢) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٢٣) الوسائل ج ١٣: ص ٥٨، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥.
- (٢٤) الخلاف ج ٣: ص ٢٠، المسألة ٢٥.
- (٢٥) الغنية: ص ٢١٩.
- (٢٦) السنن الكبرى للبيهقي ج ٥: ص ٢٧٣.
- (٢٧) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٢٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٦-٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.
- (٢٩) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٤، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٣٠) الغنية: ص ٢١٥.
- (٣١) الوسيلة: ص ٢٤٩.
- (٣٢) الجواهر ج ٢٣: ص ٤٠.
- (٣٣) الجواهر ج ٢٣: ص ٨٠.
- (٣٤) جامع الشتات ج ٢: ص ١٤١، المسألة ٩٩.
- (٣٥) الحقائق ج ١٩: ص ٣٥-٣٦.
- (٣٦) الفتاوى الهندية ج ٣: ص ٤٣.
- (٣٧) التحرير ج ١: ص ١٦٨.
- (٣٨) السرائر ج ٢: ص ٢٤٦.

..... ١٩٦ المكاسب، ج ٤، الخيارات

٣٩) السرائر ج ٢: ص ٢٤٥. ٤٣) المبسوط ج ٢: ص ١٧٩ الغنية: ص ٢٢٠

٤٠) التهذيب ج ٩: ص ١٥٠، الحديث السرائر ج ٢: ص ٢٤٤.

٤١) التذكرة ج ٢: ص ٤٣٤. ٤٤) التذكرة ج ١: ص ٥٢٢.

٤٢) المهذب البارغ ج ٢: ص ٥٣٨. ٤٥) المبسوط ج ٢: ص ٨٢.



مركز تحقيقات کتبیه و پژوهش های اسلامی

الرابع: خيار الغبن و أصله الخديعة (٤٠٧٧)، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع، و بالتحريك في الرأي.

٤٠٧٧. الذي أظن أن الأولى ترك التكلم في أن الغبن في اللغة هل هو الخديعة؟ كما صرح به من اللغويين الجوهري، حيث إنه قال في المحكي عنه بعد ذكر ما في المتن: «يقال: غبته في البيع بالفتح، أي: خدعته، و قد غبن فهو مغبون» ثم قال: «و غبن رأيه - بالكسر - إذا نقص، فهو غبين، أي: ضعيف الرأي، و فيه غبانة». و الطريحي رحمته الله في الجمع قال: «يقال: غبته في البيع إذا خدعه». أو مطلق النقص في المعاوضة؟ كما يظهر من الفيومي قال: «و غبته أي: نقصه، فهو مغبون، أي: منقوص في الثمن أو غيره».

و عن لسان العرب الذي هو أمين كتب اللغة: «الغبن: الرُكس» انتهى. و السوكس: النقص، و منه قوله: بالثمن الأوكس. وجه الأولوية أما أولاً: فلأنه لم يجعل موضوعاً للخيار في دليل يصح الاعتماد عليه، لعدم دلالة مثل قوله رحمته الله: «غبن المسترسل سحت» على الخيار كما ستعرف.

و أما ثانياً: فلا تفاقهم على عدم توقف الخيار على تحقق خصوصيات مفهوم الخديعة، من علم الغاب بنقصان قيمة متاعه عن ثمنه المسمى و قصده للخدعة، فإنهم لا يعتبرون في ثبوت الخيار للمغبون تحقق هذين الأمرين في الغاب، بل يحكمون به بدونهما أيضاً. بل يمكن أن يستكشف من إطلاقهم الغاب عليه مطلقاً - حتى في مورد انتفائهما - أن الغبن عندهم لم يؤخذ في مفهومه أزيد من أخذ الزائد. و جعلوا تفسيره بالخديعة - في كلام مثل الجوهري و الطريحي - من قبيل تفسير الشيء بالملزوم، و إلا لكان إطلاقه على المدلس أولى منه على البائع بالقيمة الزائدة، لكون الخديعة فيه واضحة.

و أما جهل المغبون بالقيمة و إن اعتبروه، و لكن ليس فيه دلالة على اعتباره في مفهوم الغبن، لإمكان اعتباره في الحكم نظراً إلى قصور أدلته عن الدلالة عليه في مطلق النقص حتى مع العلم بالقيمة، بل مقتضى قولهم: إن فلاناً أقدم على الغبن، عدم اعتباره في مفهوم الغبن.

و بالجملة، ينبغي جعل الموضوع هو أخذ الشيء بما لا يساويه، ثم التكلم في دليل الخيار فيه. و ستعرف الكلام فيما استدلل به عليه نقضاً و إبراماً في ضمن الحواشي الآتية.

و هو في اصطلاح (٤٠٧٨) الفقهاء: تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. و تسمية المملّك غائباً و الآخر مغبوناً، مع أنّه قد لا يكون خدع أصلاً كما لو كانا جاهلين لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع. و المراد بما يزيد أو ينقص (٤٠٧٩) العوض مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوي مائة دينار بأقلّ منه مع اشتراط الخيار للبايع، فلا غبن؛ لأنّ المبيع بيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، و هكذا غيره من الشروط. و الظاهر أنّ كون الزيادة ممّا لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه (٤٠٨٠) بخلاف الجهل بقيمته (٤٠٨١).

٤٠٧٨. يعني: أنّه في الاصطلاح أوسع منه في اللغة، لشموله لما كان المملّك غير خادع، بأن كان جاهلاً بالقيمة، بخلافه في اللغة، لأخذ الخدع في مفهومه فيها، فلا يتحقّق إلّا مع علمه بها. و لا يخفى أنّ ثبوت هذا الاصطلاح - بعد تسليم ما يتوقّف عليه من كونه في اللغة هو الخديعة - ممنوع بالنسبة إلى من استدلّ في المقام بما سيأتي من الأخبار المشتملة على لفظ الغبن، مثل قوله عليه السلام: «غبن المؤمن حرام» إذ لا ريب أنّه فيها بمعناه اللغوي، لعدم صحّة أن يراد منه فيها معنى يحدث بعد الاستعمال بكثير.

٤٠٧٩. غرضه من ذكر قوله: «أو ينقص» هنا هو الإشارة إلى ما وقع في تعريف آخر للغبن، حيث إنّه عليه السلام عرّف الغبن في اصطلاح الفقهاء بما ذكره قبل ذلك، و عرّفه جماعة بأنّه: تمليك ماله بما ينقص عن قيمته مع جهله بها. و الأوّل تعريف له بلحاظ إضافته إلى الفاعل أي: الغابن، و الثاني تعريف له بلحاظ إضافته إلى المغبون. فلو أشار في السابق إلى هذا التعريف أيضاً لسلمت هذه العبارة عن الإيراد عليها بعدم الحاجة إلى ذكر «أو ينقص» هنا مع عدم سبق ذكر له في السابق.

٤٠٨٠. كما يرشد إليه ظاهر تقسيمهم الغبن إلى اليسر و الكثير. و يدلّ على خروجه عن مفهومه خبر دعائم الإسلام الآتي نقله عن قريب إن شاء الله، من جهة توصيف الغبن بالبين تارة و بالفاحش أخرى. ثمّ إنّ لازم ذلك أنّ الغبن ممّا يتسامح و إن لم يوجب الخيار، إلّا أنّه حرام على القول بحرمة الغبن.

٤٠٨١. قد عرفت الإشكال في ذلك، و أنّ اعتبار ذلك و إن كان ممّا لا إشكال فيه إلّا أنّه لا دلالة فيه على أخذه في مفهومه، لإمكان أن يكون هذا من جهة أخذه في حكمه، بل قضية قولهم: إنّ فلاناً أقدم على الغبن علماً به، هو عدم اعتباره في المفهوم.

ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور (٤٠٨٢) هو المعروف بين الأصحاب، و نسبه في التذكرة إلى علمائنا، و عن نهج الحق نسبته إلى الإمامية^٢، و عن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحاً (٤٠٨٣). نعم، المحكي عن المحقق^٣ في درسه إنكاره. و لا يعد ذلك خلافاً في المسألة (٤٠٨٤) كسكوت جماعة عن التعرض له. نعم، حكى عن الإسكافي منعه. و هو شاذ.

و استدل في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (٤٠٨٥) قال: و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض*. و توجيهه: أن رضا المغبون يكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبنياً على عنوان مفقود، و هو عدم نقصه عنه في المالية، فكانه قال: «اشتريت هذا الذي يسوي درهماً بدرهم» فإذا تبين أنه لا يسوي درهماً تبين أنه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع لم يكن

٤٠٨٢. يعني به شرط عدم التسامح.

٤٠٨٣. هذا أحد أدلة المسألة، بل هو العمدة، كما هو صريح المصنف في آخر المسألة. و فيه: أنه من المحتمل قوياً أن يكون نظر المجتبعين - بعضهم لولا كلهم - إلى بعض الأدلة الأخرى، مثل قاعدة نفي الضرر.

٤٠٨٤. لعل الوجه فيه أنه^٤ أفق في كتبه بثبوت هذا الخيار، فلا يصغى إلى ما ينقل عن درسه، مع احتمال أن يكون إنكاره بمعنى عدم العلم لا بمعنى نفيه، أو كان الإنكار في طي الاستدلال لمجرد تشحيذ الأذهان.

٤٠٨٥. هذا دليل ثان في المسألة. و لما كان ما ذكره في تقريب الاستدلال من عدم الرضا بالمعاملة إلّا على تقدير المساواة على ظاهره فاسداً جداً، إذ قضيتة فساد المعاملة لا الخيار، وجهه المصنف^٥ بما توضيحه كما في بعض الحواشي: أن رضا المغبون بشراء ما يسوى درهماً بدرهمين ينحل إلى رضائين: الرضا بشراء العين الخارجية، و الرضا به بعنوان أنه ممّا يسوى بدرهمين و موصوفة بهذه الصفة. و الأول معتبر في الصحة، و الثاني معتبر في اللزوم، إذ من البين أن تبين فقد الصفات المرضي بها بالرضا الثاني لا يوجب بطلان البيع، بل يوجب الخيار و عدم اللزوم، و ذلك لأن الحكم باللزوم يستلزم إلزام المشتري المغبون بما لم يرض به، و هو الفاقد للوصف.

تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كساير الصفات المقصودة التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق؛ لفحوى حكم الفضولي و المكره. و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلا من قبيل الداعي الذي لا يوجب تخلفه شيئاً، بل قد لا يكون داعياً أيضاً، كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته، فقد يقدم على أخذ الشيء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك، مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر في متن العقد. و لو أبدل الله هذه الآية بقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾؛ كان أولى (٤٠٨٦)، بناءً على أن أكل المال على وجه الخدع - بيع ما يسوي درهماً بعشرة - مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده أكل المال بالباطل، أما مع رضاه بعد التبين بذلك، فلا يبعد أكلاً بالباطل. و مقتضى الآية و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلا أنه خرج بالإجماع و بقي ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ بناءً على ما

و فيه: - مضافاً إلى ما ذكره المصنف بقوله: «و يضعف...» - أن هذا الاستدلال لا يتم إلا بضميمة قاعدة نفي الضرر لإثبات عدم جواز إلزام المشتري المغبون بما لم يرض به، و معه لا يحتاج إلى أية التراضي كما لا يخفى.

٤٠٨٦. قال شيخنا الأستاذ: إنه لا وجه للأولوية أصلاً، ضرورة أن الآية تدل على بطلان ما يعد الأكل معه بالعرف أكلاً بالباطل، و المهم هو نفوذ فسخ ما يكون صحيحاً و جواز إبطاله، فكيف يصح الاستدلال بها على المرام في المقام؟ و الأكل بعد الفسخ فيما نفذ شرعاً ليس من باب الأكل بالباطل عرفاً، بل من جهة نفوذ الفسخ في الصحيح شرعاً، فلا يكون الأكل بعد نفوذ الفسخ داخلاً فيما هي عنه أيضاً و إن كان حراماً. و بالجملة، حرمة الأكل بالسبب الباطل غير الحرمة بعد إبطال السبب الصحيح و انحلاله. و انقدح بذلك فيما أفاده بقوله: «و مقتضى الآية و إن كان حرمة الأكل....»، كما انقدح أنه لامعارضة بينها و بين قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ كما لا يخفى.

ذكرنا: من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضي (٤٠٨٧)، فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم، إلا أن يقال: إن التراضي مع الجهل بالحال لا يخرج عن كون (٤٠٨٨) أكل الغائب لئال المغبون الجاهل أكلاً بالباطل. و يمكن أن يقال (٤٠٨٩): إن آية التراضي يشمل غير صورة الخدع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فيسدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارض، فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع، الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافئهما إلى أصالة اللزوم. و استدل أيضاً في التذكرة: بأن النبي ﷺ (٤٠٩٠)

٤٠٨٧. بملاحظة أن المعتبر منه أعم من التراضي مع العلم بالحال أو مع الجهل بها كما في المقام، و إلا فلو كان المعتبر هو خصوص الأول لخرج المورد عنه و بقي تحت آية حرمة الأكل بالباطل بلا معارض.

٤٠٨٨. غرضه من ذلك منع المعارضة، بتقريب أن آية التراضي - بعد تسليم صدق موضوع التراضي في المقام كما هو المفروض - واردة على آية الأكل بالباطل، إذ مع التراضي - و لو مع الجهل بالحال - يخرج مورده عن كونه أكلاً بالباطل. فما استشكل به سيدنا الأستاذ^(١) على العبارة ناشٍ من الغلط في نسخته، من حيث اشتغالها على كلمة «لا» قبل «يخرج».

٤٠٨٩. هذا عطف على: «لكن يعارض...». و حاصل مرامه: إثبات المعارضة بين الآيتين حتى بناءً على اختصاص التراضي من بين صور التراضي مع الجهل بالحال بخصوص التراضي مع الجهل البسيط، و اختصاص النهي من بين صور الجهل بها بصورة الجهل المركب، كما أن المرام من المعطوف عليه إثبات المعارضة بناءً على التعميم في كلا الموردين. ثم إن مراده من صورة الخدع هو صورة الجهل المركب، و هو المراد من «الباقي» في قوله: «فيثبت عدم الخيار في الباقي...». و مراده من الغير صورة الجهل البسيط. و قوله: «كما إذا أقدم...» مثال لذلك الغير.

٤٠٩٠. عن بحث الأستاذ المولى الشريعة أعلى الله مقامه: «أنهم رَوَوْا في كتبهم أن

أثبت الخيار في تلقي الركبان وإنما أثبتته للغبن. و يمكن أن يمنع صحة حكاية (٤٠٩١)

النبي ﷺ قال: لا تلقوا الركبان، فإن تلقى أحدكم فاشترى فصاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق». و نقل غيره أيضاً.

٤٠٩١. اعلم أن بعض الأصحاب كالمصنف نقض فيه من حيث السند، لعدم وجوده في كتب الإمامية، وإنما هي رواية عامية، لكنها مشهورة بينهم، و لم يعلم استناد المشهور في فتاواهم إليها كي تحجب بالشهرة الفتوائية المسماة بالشهرة الاستنادية. و بعضهم ناقض فيه من حيث الدلالة، بتقريب أنه ليس فيه دلالة على أن إثبات الخيار إنما هو للغبن. فلعله لصرف التلقي لأجل خصوصية فيه، و إنما أثبتته النبي ﷺ رغماً لأنف المتلقين، كما في منع الوارث القاتل لمورثه عن الإرث رغماً لأنفه. و يؤيده ما حكى عن ابن إدريس ﷺ من أنه عمل به و أثبت الخيار للركبان مطلقاً، غبنوا أم لا. وكذا الحنفية عملوا به مع إنكارهم خيار الغبن.

و يمكن الجواب عنهما. أمّا عن الأول فوجوده - على ما قيل - في جملة من الكتب المعروفة، مثل الخلاف و النهاية و الغنية. و قد حكى أنه عمل به الشيخ ﷺ في المبسوط و الخلاف، و العلامة في التذكرة، و السيد في الغنية، مع أن السيد كالحلي لا يعمل بالآحاد. مع أن الرواية إذا كانت موثوقاً بها، و لم تكن مشتملة على تشييد أهل البدعة و الضلالة، لا بأس بالعمل بها، فإنهم عملوا بأردأ منها من حيث الراوي، حيث إنهم رضوان الله عليهم عملوا بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» مع أن راويه سمرة بن جندب عليه ما عليه. و من شناعته أنه ردّ قول النبي ﷺ اثنا عشر مرة في حكاية العذق المروية في حديث نفي الضرر. و حكى أيضاً أنه كان لرسول الله ﷺ ناقة تسير بين خيم المسلمين، وكانوا يطعمونها الطعام حباً لرسول الله ﷺ، فأدخلت رأسها يوماً في خيمته، فأخذ عظماً كبيراً كان هناك فضربه على رأسها فشجّه، فأتت إليه ﷺ فشكت بلسانها منه. و حكى أيضاً أن هذا اللعين عاش حتى أدرك صحبة الدعوى ابن الدعوى عبيد الله بن زياد لعنه الله، و كان من شرطه، و كان يجرّض الناس على قتل الحسين ﷺ. و من أغرب الغرائب أنه حكى أن أباحنيفة قال: كل ما روى الأصحاب فهو على عيني و على رأسي، إلا ثلاثة فلا أعمل بروايتهم، و هم: سمرة بن جندب، و أبو هريرة، و أنس بن مالك.

في خيار الغبن ٢٠٣
إثبات الخيار؛ لعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار
بالعمل (٤٠٩٢).

و أقوى ما استدلّ به على ذلك في التذكرة وغيرها قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا ضرار في
الإسلام» (٤٠٩٣)،

و أما عن الثاني فبأن الظاهر من الخبر أن ثبوت الخيار لهم إنما هو لأجل ظهور الغبن لهم
بدخول السوق، بحيث كان احتمال الخصوصية احتمالاً مرجوحاً لا يخل بالاستدلال، فتدبر.
و يمكن أن يستدلّ لخيار الغبن بأدلة خيار العيب و الرؤية و الشركة و تبعض الصفقة،
بدعوى أن ثبوت الخيار فيها إنما هو للنقص، سيما في خيار العيب، لظهور أن العيب من حيث
هو لا خصوصية فيه، و قد تفتن لذلك العلامة عليه السلام في محكي المختلف، حيث قال: «خيار العيب
للغبن، فكذا هنا».

٤٠٩٢. ظاهره أنه على تقدير وجودها فيها ينجر ضعفه بالعمل، و ليس كذلك، إذ
لا بدّ في انجبار ضعف الرواية بفتوى المشهور استنادهم إليها في فتاواهم، و يسمّى بالشهرة
الاستنادية، و لا يكفي فيه صرف التطابق بينها و بين فتاواهم، و الاستناد غير معلوم. و على
فرض الاستناد إليها يتحقّق الانجبار و لو لم توجد في كتب الإمامية.

٤٠٩٣. الاستدلال بذلك مبنيّ على أحد معنيين في مفاد هذه الفقرة المروية في الأخبار،
تارةً مشتملة على لفظة «في الإسلام» كما في مرسله الصدوق في أوّل كتاب الميراث مسن
الفقيه، و نهاية ابن الأثير، و مسند ابن حنبل: «عن النبي صلى الله عليه وآله: لا ضرر و لا ضرار في الإسلام».
و أخرى خالية عنها، كما في جملة من الروايات، منها رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام:
«قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، قال: لا ضرر و لا ضرار».
و منها ما روى عنه عليه السلام عقبة بن خالد قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بين أهل المدينة في مشارب
النخل أنّه لا يمنع نفع البئر، و قضى بين أهل البادية أنّه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء، فقال:
لا ضرر و لا ضرار». و الصحيح «و قال» بدل «فقال» لأن النسخ الصحيحة المعتمدة من
الكافي متّفقة على الواو. و منها بعض الروايات المتضمنة لقصة سمرة مع الأنصاري، و هو اثنان.
أحدهما: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، و ساق الحديث إلى قوله عليه السلام للأنصاري: «اذهب
فاقلعها و ارم بها إليه، فإنه لا ضرر و لا ضرار». و الآخر ما رواه ابن مسكان عن زرارة، عن

أبي جعفر عليه السلام مثله، إلّا أنّ في آخره قوله عليه السلام: «إنّك يا سمرة رجل مضارّ، لا ضرر و لا ضرار على المؤمن» أو: على مؤمن، كما في بعض النسخ.

و الأوّل من هذين المعنيين ما رجّحه المصنّف رحمته، و شاع بين من تأخّر عنه، و هو نفي الضرر في الحكم، و سلب هذا الوصف عنه، بتقريب أنّ الإسلام عبارة عن الأحكام الشرعيّة، و ظرفيته للضرر في الخير من قبيل ظرفيّة الموصوف للوصف، كقولك: لا طعم في هذا الماء، و لا ضرر في أكل البطيخ، و لا شفاء في الحرام، إلى غير ذلك. فالألف و اللام في الإسلام للعهد إشارة إلى وجوب الصلاة و الصوم و الوضوء، و حرمة الخمر و الزنا و اللواط، و لزوم المعاملة، و هكذا إلى آخر الأحكام الشرعيّة المجعولة التكليفيّة و الوضعيّة. فيكون المعنى: لا ضرر في وجوب الوضوء و وجوب الصوم و حرمة الخمر و لزوم البيع، إلى آخر الأحكام. و لازم ذلك المعنى نفي نفس الحكم إذا جاء منه الضرر في مورد. و ما ذكرناه من مسألة العهد في الألف و اللام هو السرّ في نظر الحديث إلى أدلّة الأحكام و حكومته عليها. فعلى هذا المعنى يقال: إنّ في لزوم البيع مع الغبن ضرراً على المغبون، فينفي بالحديث، و لازم نفيه - كما أشرنا إليه - هو نفي اللزوم.

و الثاني منهما: ما رجّحه شيخنا الأستاذ الحراساني رحمته في أصوله و فقهه، من أنّ المراد منه نفي الموضوعات التي فيها الضرر بلحاظ أحكامها المترتبة عليها لولا الضرر، و مرجعه إلى نفي الحكم بلسان نفي الموضوع. فعلى هذا يكون الضرر عنواناً للوضوء المضّرّ و العقد المشتمل على الضرر لأجل الغبن أو العيب، فيقال: إنّ البيع الغبني ضرر، و الضرر منفي، و لكن لاحقيّة، لوجوده وجداناً، بل ادّعاءً من جهة نفي حكمه الذي دلّ عليه الدليل، مثل «أوفوا بالعقود» الموجب لكونه كالعدم.

و يمكن الخدشة في كلّ واحد من هذين المعنيين. أمّا الأوّل فلأنّ الظاهر من تلك الفقرة هو الحكم التكليفي، أعني: حرمة الإضرار، كما في قوله تعالى: «فَلَا رَفَثَ وَ لَا فُسُوقَ وَ لَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» و كما في قوله: لا كذب في الصوم مثلاً.

أمّا في رواية ابن مسكان فلقريّة قوله عليه السلام: «إنّك رجل مضارّ» لأنّه بمنزلة الصغرى لهذه الفقرة. فلو كانت لبيان ما ذكره المصنّف رحمته من نفي وصف الضرر في الحكم لما كان يرتبط أجزاء الكلام بعضها ببعض، و إنّما المناسب له على ذاك المعنى أن يقول بدل «إنّك رجل

مضاراً» لو أذنت لك في الدخول إلى العذق بغير إذن الأنصاري لكان فيه الضرر، و لا ضرر و لا ضرار، إذ حينئذ يكون ظاهراً فيما ذكره من الحكم الوضعي، و يرتبط أجزاء الكلام. و أيضاً لو كان مفادُه نفي الحكم الضرري لكان المناسب للنبي ﷺ أن يقول لسمرة: نعم استأذن، حين قال له ﷺ بعد أن أمره بالاستيذان: أستاذن في دخولي في عذقي، و منه يعلم أن أمره ﷺ بالاستيذان ليس مولوياً إلزامياً، بل كان بنحو الشفاعة، و إلا كان يلزمه أن يقول ﷺ: نعم استأذن في جواب قوله: «أستاذن في دخولي في عذقي».

و أما في رواية زرارة فلضرورة أن نفي الحكم الضرري لا يقتضي جواز قلع العذق و رميها إليه، كما صرح به المصنف في أوائل رسالة لا ضرر، فلا يصح كونه علة كما هو ظاهر الرواية، بخلاف ما إذا كان مفادُه الحكم التكليفي، إذ بناءً عليه يصح ذلك من باب النهي عن المنكر، يعني: اقلعها، لأنه بمقتضى عناده و سوء سريره لا يرفع اليد عن فعل الدخول، و هو حرام لأنه إضرار، و المنع عن الحرام واجب، و لا سبيل إليه إلا برفع موضوعه و قلع العذق. و من هنا يندفع الإشكال على الرواية من جهة اشتغالها على الأمر بالقلع، و الحال أن القواعد - و منه قاعدة نفي الضرر - لا تقتضيه، لأنه إنما يتوجه فيما إذا كان الأمر به لأجل نفي الضرر، و قد عرفت أنه لأجل التحفظ عن وقوع المنكر.

و أما في الرواية الأولى الواردة في الشفعة فلا أنه يحتمل أن تكون جملة «لا ضرر و لا ضرار» قد صدرت من النبي ﷺ مستقلاً في مجلس القضاء أو في مجلس آخر، و الإمام عليه السلام إنما صار يصدد تعداد بعض ما صدر منه ﷺ من الفعل و القول و أنه صدر منه القضاء بكذا و القول بكذا، لا بصدد أنه صدر منه ﷺ في مقام القضاء بالشفعة لأجل الإشارة إلى علة قضائه بها.

و بالجملة، لا ظهور له في الثاني الذي عليه يتوقف الاستدلال. بل المتأمل في روايات عقبة عن الصادق عليه السلام - المتضمن كل واحدة منها حكاية قضاء أو قضائين أو حكاية قول أو قولين عن النبي ﷺ - لو لم يطمئن فلا أقل من أنه يظن بأن الإمام عليه السلام بين لعقبة جملة من أقضية رسول الله ﷺ و أقواله دفعة واحدة في مجلس واحد، و الفصل بينها إنما نشأ إما من عقبة أو من المصنفين للأخبار في مقام تبويبها و وضع ما يناسب كل باب منها في ذاك الباب. و يؤيد ذلك أنه لو كانت تلك الجملة قد صدرت منه ﷺ لبيان علة القضاء بالشفعة لكان اللازم عدم

اختصاص حق الشفعة بالشريكين، إذ لا فرق في الضرر بين كون الشركاء اثنين أو أزيد، و الحال أنه مختص بالأول. مع أنه يحتمل أن يكون هذا إخباراً عن نفي الضرر حقيقة في هذا القضاء، بأن كان «لا» النافية مشبهة بـ«ليس» يعني: أن قضائي بالشفعة ليس فيه ضرر، ولا ضرر على أحد، و أين هذا من نفي ما يجيء من قبله الضرر و لو كان أمراً عديمياً، كعدم تسلط الشريك على الأخذ بالشفعة؟ و من هنا يظهر ما في الرواية الثانية لعقبة. لا يقال: لا مجال فيها لاحتمال صدور تلك الجملة لا لبيان علة القضاء، لمكان العطف بالقاء. فإنه يقال: إن الصحيح هو الواو، لما ذكره الأستاذ المولى الشريعة رحمته من أن النسخ الصحيحة المعتمدة من الكافي متفقة على الواو.

و أما الخدشة في المعنى الثاني الذي اختاره شيخنا العلامة الأستاذ المولى الخراساني فالوجه فيها - مضافاً إلى أنه لا يتم أصلاً فيما اشتمل من الروايات على لفظة «في الإسلام» إذ بناءً عليه لا وجه يصحح به ظرفية الإسلام لما قبله كما لا يخفى - أنه إن أريد من الموضوع الذي ينفي بهذا الحديث حكمه بلسان نفي موضوعه عنوان الضرر بما هو هو، ففيه: ما صرح به في الكفاية من عدم إمكانه، للزوم التناقض، و إن كان مخدوشاً فيه في نفسه.

و إن أريد منه موضوعات الأحكام من الصوم و الحج و الوضوء و نحوها من أفعال المكلف التي بها قوام الضرر و تحققه، كتحقق عنوان التعظيم مثلاً بالقيام، ففيه: أن هذا من قبيل نفي الحكم عن موضوعه بلسان نفي شيء قد يعرض على ذاك الموضوع و يكون من عناوينه، و لم يعهد إرادة هذا المعنى - أي: نفي الحكم من كلمة «لا» النافية للحسن - فيما إذا لم يكن مدخولها موضوعاً للحكم، بل كان أمراً آخر يتولد من موضوع الحكم مثل المقام، فإن الضرر الذي هو مدخول «لا» ليس موضوعاً للوجوب مثلاً، بل هو شيء يتولد من موضوعه كالوضوء، كتولد التأديب من الضرب و الإحراق من الإلقاء. و إنما يصح إرادته فيما إذا كان مدخولها فرداً من أفراد ما جعل موضوعاً في لسان دليل آخر، مثل لاشك لكثير الشك، و لاغية للمتجاهر، و أمثال ذلك.

إلا أن يقال: إن المراد من الضرر هو الفعل المتضرر به، فكأنه قال: لا وضوء يتضرر به، نظير السهو و النسيان و الخطاء في حديث الرفع، فإن المراد منها الفعل المسهو فيه و الفعل المنسي و الفعل المخطأ فيه، فحينئذ يصح إرادة نفي الحكم بلسان نفي موضوعه مثل حديث الرفع.

و فيه: أنه لاداعي إلى هذا التأويل مع صحة الكلام بدونه، هذا بخلاف حديث الرفع، فإنه لا بدّ فيه من ذلك لأجل قيام قرينة عليه، وهي وحدة السياق بينها وبين سائر الفقرات، أعني به ما لا يطبقون و ما استكروهوا عليه و ما اضطروا إليه. على أن كلمة الرفع في الحديث دليل على أن هناك أمراً ثابتاً لولا تلك العناوين، بخلاف المقام، فقياس المقام على حديث الرفع خطأ.

و بالجملة، ما اختاره المصنّف في معنى «لا ضرر» وكذا ما اختاره العلامة الأستاذ فيه ليس بشيء. و أمّا ما حكى عن الفاضل التوحي من أن المراد منه نفي الضرر الغير المتدارك، الذي مرجعه إلى لزوم التدارك في مورد الضرر، فعلى تقدير صحته لا يدلّ الحديث بناءً عليه على جواز العقد، و هو واضح. مع أنه غير صحيح، لا للوجوه التي لأجلها حكم المصنّف في الرسالة بأردئيته، لما فيها من النظر كما ذكرناه في الهداية في شرح الكفاية، بل لأنه موجب لخروج المورد عنه فيما ورد في قضية سمرة، لأن الضرر في موردها - كما يعلم من ملاحظة رواية أبي عبيدة - راجع إلى العرض، و هو غير قابل للتدارك كي يحكم بلزومه فيندرج تحت الحديث. و بضميمة وحدة المراد من تلك الجملة في جميع الموارد يتضح عدم صحة هذا المعنى فيها في سائر الموارد، حتّى فيما ورد ابتداءً لا في مورد كما في الرسالة.

فالتحقيق في معناها هو إرادة تحريم الإضرار و نفي جوازه. و على هذا تكون طريقة الإسلام له من قبيل طريقة الكلّ للجزء، يعني: ليس في أحكام الإسلام جواز الإضرار. و أمّا الفرق بين الضرر و الضرر فليبينه محلّ آخر. فتحصل: أنه لا يصحّ الاستناد إليه في إثبات جواز العقد و عدم لزومه فضلاً عن الخيار الذي جعلوه من الحقوق قبال الأحكام، و رتبوا عليها آثاراً، منها جواز الإسقاط، و منها الانتقال بالإرث، إذ بناءً على كلّ من المعنيين المتقدمين يدلّ على جواز العقد لا على الخيار.

فإن قلت: بناءً على ما اخترت في معنى الحديث على أيّ عماد تعتمد و إلى أيّ سناد تستند في إثبات الخيار في الموارد التي لا دليل عليه فيها بالخصوص، كخيار الغبن و التدليس و الشراكة و نحوها؟

قلت: نعتد فيها تبعاً لشيخنا الأستاذ المولى الشريعة رحمته على بناء العرف و العقلاء فيها على عدم لزوم المعاملة مع عدم ثبوت ردع الشرع عنه، لأنّ ما يتوهم كونه رادعاً عنه هو قوله

وكان وجه الاستدلال: أن لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و إضرار به فيكون منقياً، فحاصل الرواية: أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، و لم يحض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

و منه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن أم لا، و سواء كان في البيع أم في غيره، كالصلح الغير المجني على

تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و لا يصلح لذلك، لابتناؤه على دلالة على لزوم العقد، و قد تقدم تفصيل الكلام في بيان المنع عن دلالة عليه، فراجع.

ثم إنه قد يستدل على الخيار في المقام بإدخال الغبن تحت تخلف الشرط، كخيار الرؤية و التبعض و تعذر التسليم، و تخلف الوصف، و كما في انقطاع المسلم فيه في السلم، و ظهور كذب البائع في بيع المراجعة، بناءً على الخيار فيهما، بدعوى تعميم الشرط إلى صريح و ضمني، و أن المساواة بين العوضين في المقام شرط ضمني.

و فيه - بعد تسليم صدق الشرط على ذلك، و عدم انصراف دليل الشرط عنه - : أن خيار تخلف الشرط يحتاج إلى دليل، و لا دليل عليه إلا نفي الضرر على أحد المعنيين اللذين عرفت حالهما، و إلا ما ذكرنا من مسألة بناء العقلاء، حيث إن بنائهم ليس على اللزوم عند تخلف الشرط. و على كل واحد منهما لاجابة في إثبات خيار الغبن إلى تكلف إدراج مورد الغبن - وكذا غيره من الموارد المذكورة - في تخلف الشرط، لأن كل واحد منها يعمه دليل نفي الضرر - على تقدير دلالة على الخيار - و دليل بناء العقلاء في عرض تخلف الشرط كما لا يخفى.

و قد يؤيد ما ذكرنا من بناء العقلاء بما حكى عن كتاب الرافعي «العزیز» - الذي ألفه القيومي «المصباح المنير» لضبط غرائب لغات هذا الكتاب و بعض الروايات المذكورة فيه، لكثرة اعتنائهم به، بل المنقول أن التذكرة على وتيرته إلا أنه على وفق الإمامية - من أنه قسم الخيار و قال: الخيار قسمان: خيار تشة كخيار المجلس و خيار الشرط، و خيار نقص، و هو ما إذا اشترى شيئاً و ظن أن فيه صفة كمال ثم ظهر فيه خلافه، لقضاء عرفي أو التزام شرطي أو تقرير فعلي، لصدق النقص في جميع الموارد المذكورة. و في التأيد نظر، إذ ليس في كلامه

المساحمة (٤٠٩٤) و الإجارة و غيرها من المعاوضات. هذا، و لكن يمكن الخدشة في ذلك: بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن؛ (٤٠٩٥)

إشعار بأن الخيار في مورد ظهور النقص إنما هو لأجل بناء العقلاء، فتدبر.

٤٠٩٤. يعني به الصلح الواقع في مقام البيع لأجل رفع كلفة العلم بالعوضين من حيث المقدار المعبر في صحة البيع، أو للتخلص عن الرباء بناءً على اختصاصه بالبيع.

٤٠٩٥. إن أراد من الخيار ما جعلوه من الحقوق و ربّوا عليه آثاراً فنعم نفي اللزوم لا يستلزمه، لكن لا يناسبه التعليل بما ذكره بقوله: «إذ يحتمل...»، بل لا بدّ من تعليله بأن الجواز و عدم اللزوم أعمّ من الخيار بذلك المعنى. و إن أراد منه الجواز الحكمي مقابل الجواز الحقيقي، ففيه: أن عدم لزوم العقد كيف لا يستلزمه و إلا يلزم ارتفاع النقيضين؟ نعم، يمكن الخدشة بما ذكر على أصل الاستدلال به على الجواز و لو الحكمي دون الحقيقي، حتّى بعد البناء على ما اختاره المصنّف في معنى الحديث ممّا أشرنا إلى ما فيه من النقص و الإبرام بيان ذلك أن الحديث عنده عليه السلام على ما صرح به في التنبيه الثاني من تنبيهات المسألة في الرسالة التي صنفها فيها كما ينفي الحكم الذي يجيء من قبل ثبوته الضرر، كذلك يشترط الحكم الذي يجيء الضرر من عدم جعله. و حيثنّ نقول: إن الضرر على المغبون إنما يجيء من جعل حكم و هو اللزوم، مع عدم جعل حكيم، أحدهما: تسلّطه على أخذ التفاوت و استرداده، و الآخر: تسلّطه على إجبار الغابن، إمّا على الفسخ و إمّا على بذل التفاوت. فالقاعدة تنفي اجتماع هذه الأمور الثلاثة، أحدها وجودي و الباقي عديمي، و رفع الاجتماع الذي يندفع به الضرر كما يحصل برفع اللزوم كذلك يحصل بجعل أحد هذين الحكيمين، فلا يمكن الجزم بعدم اللزوم - الذي هو المدعى - إلا فيما إذا لم يقدّر أحدهما في رفع الضرر، من جهة عدم تمكنه من أخذ التفاوت و من إجباره بأحد الأمرين، فالقدر المتيقّن من نفي اللزوم هو صورة عدم فسخ الغابن مع عدم بذله للتفاوت.

و على هذا و إن كان تتمّ الخدشة بما ذكر كما هو واضح، إلا أن المبني - و هو عموم القاعدة لإثبات العدميات الضرورية، بعد تسليم تكفلها لنفي الوجوديات الضرورية - ممنوع، و ذلك لأنّ توهم إرادة نفي الضرر في الحكم - أي: نفي الحكم الضروري - إنما نشأ من كلمة

إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و* ردّه في المقدار الزائد (٤٠٩٦)،

«في الإسلام» المراد منه الأحكام، بتوهم أن ظرفيته للضرر من قبيل ظرفية الموصوف للوصف. وفيه - مضافاً إلى خلو الروايات المعتمدة عن تلك اللفظة، و أن ظرفيته له على تقدير وجودها من ظرفية الكل للجزء - : فلا يفيد أيضاً، كما أشرنا إليه سابقاً أن الإسلام بمعنى الأحكام لا يصدق إلا على الأحكام الوجودية، و لا يقال على الأحكام التي لم تجعل أنها من الإسلام. و ما استدل به على العموم للعدميات في الرسالة مردود عليه بما أشرنا إليه في بيان ما يرد على ما اختاره في معنى الحديث. و لعله لذا أمره بالتأمل في الرسالة.

و بالجملة، بناءً على إرادة نفي الحكم الضرري لا مجال للחדشة المذكورة لو أريد من الخيار في العبارة صرف الحكمي قبال الجواز الحقي، إلا بناءً على تكفل الحديث لإثبات العدميات الضرورية كنفي الأحكام الوجودية الضرورية، و لكنّه مخصوص بالثاني. فعليه يدّل على جواز العقد و عدم لزومه، سواء قلنا بأن مفاده نفي الحكم الضرري ابتداءً كما هو مختار المصنّف، أو أن مفاده نفي الموضوع الضرري بلحاظ نفي ما له من الحكم لولا كونه ضرراً كما هو مختار الأستاذ.

فما صرح به الأستاذ في تعليقه على المقام من التفرقة بين المسلكين، بتصديق الخدشة بعدم استلزام لزوم العقد خيار المغبون على المسلك الأول، و ردّها على المسلك الثاني الذي اختاره، حيث إن الحكم الثابت شرعاً على المعاملة الغبنية لولا الضرر هو اللزوم و وجوب الوفاء، لم نفهمه، حيث إن المراد من الحكم الضرري المنفي بالحديث على مسلك المصنّف هو الحكم الذي دلّ الدليل عموماً أو إطلاقاً على ثبوته للموضوع، و إلا لم يكن معنى لما صرح به مراراً - أصولاً و فروعاً - من حكومة الحديث على أدلة الأحكام، و اللزوم في المقام كذلك، إذ قضية إطلاق آية الوفاء بالعقود لزوم المعاملة الغبنية. هذا بناءً على كون المراد من الخيار في العبارة هو الجواز. و أما بناءً على كون المراد منه هو بمعناه الاصطلاحي فالخدشة في محلّها من دون فرق بين المسلكين أيضاً.

٤٠٩٦. يشكل هذا الاحتمال بما نبّه عليه العلامة في مسألة شراء المريض محاباة، و قرّره عليه المصنّف فيما يأتي عن قريب، من أن فسخ العقد بالنسبة إلى جزء من الثمن - و

غاية الأمر ثبوت الخيار للغابن؛ لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا

هو المقدار الزائد على القيمة السوقية - و استرداده بدون ردّ جزء من الثمن منافع لمقتضى المعاوضة، و موجب لأن يجمع المغبون بين تمام المعوّض و جزء من العوض، و هو المقدار الذي استردّه من الغابن. و يخطر بالبال في رفع هذا الإشكال عن مسألتنا و مسألة معاوضات المريض المشتملة على المحاباة أن يقال: إن المعاوضة دائماً بين المتساويين في المالية، غاية الأمر تارة يكون التساوي حقيقياً، كما في شراء ما يسوى بعشرة واقعاً بعشرة، و أخرى تنزيلياً، كما في شراء ما يسوى بخمسة حقيقة بعشرة، فإن المشتري هنا بأن على أنه يسوى عشرة و منزل له منزلة ما يساويها، إمّا علماً بأنه لا يساويها كما في مسألة المريض، أو جاهلاً به بالجهل المركّب كما في مسألة المغبون. و كون الخمسة الأخرى جزءاً من الثمن في الصورة الأولى أمر حقيقي، مبنيّ على أمر حقيقيّ و هو وجود ما يقابلها في طرف الثمن، بخلاف الصورة الثانية، فإن كونها جزءاً منه و إن كان أمراً حقيقياً إلاّ أنّه مبنيّ على أمر بنائي تنزيلي، و هو البناء على وجود مقدار مساوٍ لها من الثمن، و هو مبنيّ على تنزيل ما يساوي خمسة منزلة ما يساوي عشرة، و دائر مداره عدماً و وجوداً حدوثاً و بقاءً، فبحدوثه يحدث الجزئية للخمسة الأخرى للثمن قبالة اختصاصه بالخمسة الأولى، و بارتفاعه الحاصل برفع من بيده أمره بقاء و رفعاً - كالوارث و المغبون - يرتفع الجزئية عنها، و يكون الثمن هو الخمسة الأولى. فاسترداد تلك الخمسة الأخرى إنّما ينافي بمقتضى المعاوضة فيما إذا كان في مقابلها جزء حقيقي من الثمن، و هو منتفٍ، و الذي في قبالتها إنّما هو جزء تنزيلي للمثمن، و إذا ارتفع التنزيل - بأن رفع اليد عنه الوارث و المغبون - فلا معوّض في مقابلها، فتخرج عن ما كانت عليه من الجزئية للثمن، ضرورة أن الشيء لا يكون جزءاً من الثمن المسمّى إلاّ إذا كان في مقابله جزء من الثمن. فمعنى ردّ العقد و حله بالنسبة إلى خصوص المقدار الزائد في المسألتين رفع تأثيره في جعله جزءاً من الثمن برفع ما هو مبنيّ عليه، و هو البناء على مساواته لذلك الثمن و تنزيل غير المساوي منزلة المساوي، و لانعني من التبعض في الفسخ إلاّ هذا. و أمّا خروج ما يقابله من الثمن عن جزئته له أيضاً فلا يعتبر في حقيقة الفسخ، و إنّما هو من خصوصيات التساوي الحقيقي الغير التنزيلي بين الطرفين، فتأمل جيّداً.

فالأولى في رفع هذا الاحتمال أن يقال: إنّ خلاف الأصل مع عدم دليل يقتضيه إلاّ نفي الضرر، و قد مرّ أنّه لا يقتضيه إلاّ مع تكفّله لإثبات العدميات الضرورية، و قد تقدّم الخدشة فيه.

اشترى بأزيد من ثمن المثل، و حاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري في أن له استرداد الزيادة من دون ردّ جزءٍ من العوض، كما عليه الأكثر في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة و إن اعترض عليهم العلامة بما حاصله: أن استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر يناهض مقتضى المعاوضة^٥.

و يحتمل أيضاً (٤٠٩٧)

.....

٤٠٩٧. الفرق بين هذا - بناءً على كون المراد من الفسخ في قوله: «من الفسخ في الكل» فسخ الغابن - و سابقه أن المغبون على السابق مخير بين الإمضاء بكل الثمن و الردّ في المقدار الزائد، فللمغبون الفسخ بالنسبة إلى الزائد، و هنا مخير بين إجباره الغابن بالفسخ و بين إجباره ببذل التفاوت من ماله، سواء كان من نفس الثمن أو من غيره. ف«أو» في قوله: «أو بدله» للتخير، لا للتنويع بلحاظ بقاء الثمن و تلفه. و المراد من الردّ في قوله: «بردّ القدر الزائد» هو ردّه بالأصالة، لا بتبع ردّ المعاملة و فسخها فيه كما في الاحتمال السابق. و على كلا الاحتمالين ليس لواحد منهما خيار في فسخ المعاملة في الكل بالمعنى المصطلح للخيار، بحيث يقبل الإسقاط و الصلح و الإرث، فلا يجوز إلا برضا الآخر، و مرجعه إلى الإقالة. أمّا على الأوّل فواضح. و أمّا على الثاني فأمّا ليس للمغبون ذلك مع عدم رضا الغابن به و اختياره لبذل التفاوت فلعدم الخيار له ابتداءً حسب الفرض. و أمّا ليس للغابن، أمّا ابتداءً فكذلك، ضرورة عدم الخيار له مع إمضاء المغبون للمعاملة. و أمّا بعد إلزامه بأحد الأمرين فإنه و إن كان له اختيار الفسخ و الفسخ إلا أنّه برضا المغبون، لأنّ الملزم بأحد الأمرين راضٍ بكل واحد منهما، فهو راضٍ بالفسخ إذا اختاره الغابن، و معه يكون إقالة. و على هذا يكون التخيير في الاحتمال الثاني بين الإمضاء بالكلّ و بين الإجبار بالإقالة أو ببذل التفاوت و بينهما فرق آخر، و هو أن للغابن على الأوّل خيار التبعض بعد استرداد المغبون للمقدار الزائد، بخلافه على الثاني. وكيف كان، فقوله: «و مرجعه إلى أن للمغبون الفسخ...» لا يخفى ما فيه، إلا أن يريد رجوعه إليه بضميمة أعمال قاعدة نفي الضرر مرةً أخرى لإثبات الخيار له بعد إعماله مرةً أولى، لإثبات التسلّط على الإلزام بأحد الأمرين، لعدم تأثير إلزامه فيه و عدم انتفاعه به. مع أنّه أيضاً لا يصحّ التعبير بالرجوع إلا أن يقال: إنّ ضمير «مرجعه» راجع إلى إمكان الخدشة بما ذكره من الاحتمالين، يعني: أن مرجع ما ذكرنا من إمكان الخدشة إلى أن الاستدلال بالحديث على أن

للمغبون الفسخ إنما يتم فيما لا يندفع الضرر بغيره، و هو صورة عدم بذل التفاوت، فيكون مفاده عين ما يذكره بقوله: «و حاصل الاحتمالين...».

هذا بناءً على ما ذكرنا في أول الحاشية من أن المراد من الفسخ في قوله: «من الفسخ في الكل...» فسخ الغابن كما هو الظاهر. و أما بناءً على أن المراد منه فسخ المغبون بإرادة رضا الغابن و التزامه بفسخ المغبون - كما لعله يساعده تعليل كون ما ذكره في هذا الاحتمال الثاني نظير ما اختاره العلامة في التذكرة بقوله: «فإن مرجع هذا - أي: عدم الخيار للمشتري مع بذل البائع للتفاوت - إلى تخيير البائع بين التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري» حيث إن الاستفادة منه و لو بقرينة التنظير أن للمشتري إلزام البائع بأحد الأمرين من ردّ التفاوت و الالتزام بفسخه - فلا إشكال في قوله: «و مرجعه إلى أن المغبون...»، إذ معناه حيثئذ: أن مرجع تسلط المغبون على إلزام الغابن باختيار أحد أمرين - من التزامه بفسخ المغبون، أو بذل التفاوت - إلى أن للمغبون الفسخ و إلزامه بالالتزام بالفسخ إذا لم يبذل التفاوت و امتنع عن اختياره، ضرورة تعين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

ثم إن في تفريع كون المبدول غرامة على ما سبق - سواء أريد منه خصوص الاحتمال الثاني، إذ على الأول جزء من الثمن استردة بردّ العقد بالنسبة إليه، أو أريد كلا الاحتمالين كما استظهره سيّدنا الأستاذ رحمته من فقرات العبارة - نظراً، إذ لم يتقدّم في السابق دعواه. و لو ترك هذا و اكتفى بقوله فيما بعد: «ثم إن المبدول ليس هبة...» لسلم من هذا الإيراد.

وكيف كان، ففيه - مضافاً إلى أن كون ما فات على المغبون سبباً للغرامة يحتاج إلى دليل مفقود، إذ حديث نفي الضرر لا يدلّ على ذلك، إلاّ بناءً على كون المراد منه نفي الضرر الغير المتدارك، الذي مرجعه إلى لزوم التدارك - و هو مع ما ذكرنا في وجه فساده أردأ الوجوه في معنى الحديث عنده، فكيف يمكن استناده إليه في ذلك؟

ثم إن الفرق بين الغرامة و بين هبة: أن الأول من باب إعادة المالّة الفائتة و لو في ضمن غير العين الفائتة، فيكون وزانها وزان ردّ المثل و القيمة في باب الضمان، بخلاف الثاني، فإنّه - و لو كان بداعي تدارك الغبن - مملّك جديد.

وكيف كان، يمكن الاستدلال على هذا الاحتمال الثاني - و أن الحكم في المعاملة الغبنية هو هذا - بما رواه القاضي في دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «إذا باع رجل من

أن يكون نفي اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكل، و من تدارك ما فات على المغبون برّد القدر الزائد أو بدله، و مرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لاهبة مستقلة كما في الإيضاح و جامع المقاصد، حيث انتصرا للمشهور للقائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت: بأن الهبة المستقلة لا تُخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار، و سيجيء ذلك (٤٠٩٨).

و ما ذكرناه نظير ما اختاره العلامة في التذكرة و احتمله في القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مراوحة في إخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري، فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين ردّ التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري. و حاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت (٤٠٩٩)، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البذل. و لعلّ هذا هو الوجه في استشكال العلامة في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل، بل قول بعض بعدمه كما يظهر من الرياض^٧.

رجل سلعة ثم ادّعى أنّه غلط في ثمنها، و قال: نظرت في بارناجماتي فرأيت فوقاً من الثمن و غبناً بيّناً. قال: ينظر في حال السلعة، فإن كان مثلها يباع بمثل ذلك الثمن أو يقرب منه مثل ما يتغابن الناس بمثله فالبيع جائز. و إن كان أمراً فاحشاً و غبناً بيّناً حلف البائع بالله الذي لا إله إلا هو على ما ادّعاه من الغلط إن لم تكن له بيّنة، ثم قيل للمشتري: إن شئت خذها بمبلغ القيمة، و إن شئت فدع» حيث إنّ مضمونه أنّه بعد ثبوت الغبن - و لو بالحلف على الجهالة و الغلط - يقال للغابن: إنك ملزم بأحد أمرين: إمّا الفسخ و إمّا تدارك الغبن بتكميل القيمة، فالذي يكون للمغبون هو إلزام الغابن بأحد هذين الأمرين، فإن التزم به فهو، و إلا فيحكم عليه بأحكام الممتنع عن أداء حقوق الناس. إلا أن يناقش في سنده بعدم ثبوت اعتبار هذا الكتاب.

٤٠٩٨. يشير بذلك إلى ما يذكره بعد أربعة أسطر بقوله: «ثم إن المبذول ليس هبة».

٤٠٩٩. نعم، حاصل الاحتمال الثاني هو هذا. و أمّا الاحتمال الأوّل فحاصله: ثبوت الخيار له بين الإمضاء بكلّ الثمن و بين الردّ في المقدار الزائد ابتداءً، بدون توقّفه على عدم بذل التفاوت الموجب لعدم الخيار له مع بدله، إلا أن يقال: إن مراده من عدم الخيار للمغبون في العبارة عدم الخيار في فسخ العقد بتمامه و في الكل.

ثم إنَّ المبدول ليس هبةً مستقلةً حتى يقال: إنها لا تُخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملةً عليه، و لا جزءاً من أحد العوضين (٤١٠٠) حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء العوض و تمام المَعْوَض* منافياً لمقتضى المعاوضة، بل هو غرامة لما أتلّفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية، فلا يعتبر كونه من عين الثمن، نظير الأرض في المعيب. و من هنا ظهر الخدشة فيما في الإيضاح و جامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب-: بأنَّ بذل التفاوت لا يُخرج المعاملة عن كونها غبنيةً، لأنها هبةً مستقلةً، حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحلّ أخذه؛ إذ لا ريب في أن مَنْ قَبِلَ هبة الغابن لا يسقط خياره^٨، انتهى بمعناه.

وجه الخدشة: ما تقدّم من احتمال كون المبدول غرامةً (٤١٠١) لما أتلّفه الغابن على المغبون قد دلّ عليه نفي الضرر. و أمّا الاستصحاب، ففيه: أنَّ الشكَّ في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به؛ إذ** المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل.

ثم إنَّ الظاهر أن تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له؛ لأنَّ إلزام الغابن بالفسخ ضررٌ؛ لتعلّق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، و نقض الغرض ضررٌ و إن لم يبلغ حدّ المعارضة لضرر المغبون، إلّا أنّه يصلح مرجحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخيره بين الردّ و الإمضاء بكلّ الثمن، إلّا أن يعارض ذلك بأنَّ غرض المغبون قد يتعلّق بتملّك عين ذات قيمة؛ لكون المقصود اقتنائها للتجمل، و قد يستنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل، فتأمل (٤١٠٢).

٤١٠٠. نظره في ذلك إلى ردّ اعتراض العلامة الذي ذكره بقوله في السابق: «و إن اعترض العلامة بما حاصله...». و يظهر من هذه الفقرة أن قوله في السابق: «فالمبدول غرامة...» تفريع لكلا الاحتمالين.

٤١٠١. كان اللازم ترك كلمة «الاحتمال» كما لا يخفى وجهه.

٤١٠٢. لعلّه إشارة إلى أن تخلف الغرض ليس من الضرر في العرف و اللغة.

* في بعض النسخ: بين جزء المَعْوَض و تمام العوض. ** في بعض النسخ زيادة: «من».

و قد يستدل (٤١٠٣) على الخيار بأخبارٍ واردةٍ في حكم الغبن: فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المسترسل سحت»^٩. و عن ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المؤمن حرام»^{١٠}، و في روايةٍ أخرى: «لا تغبن المسترسل، فإن غبنه لا يحل»^{١١}. و عن مجمع البحرين: أن الاسترسال الاستئناس و الطمأنينة إلى الإنسان و الثقة به (٤١٠٤) فيما يحدثه، و أصله السكون و الثبات، و منه الحديث: «أَيُّمَا مُسْلِمٍ اسْتَرْسَلَ إِلَى مُسْلِمٍ فَغَبَنَهُ فَهُوَ كَذَا»، و منه: «غبن المسترسل سحت»، انتهى. و يظهر منه أن ما ذكره أولاً حديثٌ رابعٌ.

و الإنصاف: عدم دلالتها على المدعى؛ فإن ما عدا الرواية الأولى ظاهرة في حرمة الخيانة في المشاورة، فيحتمل كون الغبن بفتح الباء (٤١٠٥). و أما الرواية الأولى، فهي و إن كانت ظاهرة فيما يتعلق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون (٤١٠٦) الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و الخديعة في أخذ المال. و يحتمل

٤١٠٣. قيل: إنه الشيخ علي عليه السلام في خياراته.

٤١٠٤. الشاهد على كون الاسترسال إلى الشخص هو الثقة به ما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تغبن بأخيكَ كلَّ الثقة، فإن صرعة الاسترسال لا تستقال». وجه الشهادة واضحة.

٤١٠٥. لازم ذلك كونه بالفتح - مثله بالسكون - متعدياً، و المنقول من أهل اللغة أنه لازم، و أنه بمعنى ضعيف الرأي، و قد مرّ عن الصحاح أنه قال: «و غبن رأيه بالكسر إذا أنقص، فهو غبين أي: ضعيف الرأي، و فيه غباوة». و في المصباح: «غبن رأيه غبناً - من باب تعب - قلت فظنته و ذكائه». إلا أن يقال: إن إثبات الشيء لا ينفي ما عداه، فيحوز أن يستعمل متعدياً أيضاً، لكنّه لم يحك عنهما و لا عن القواعد و جامع المقاصد. و يمكن أن يقال: إن الغبن بناءً على كونه بمعنى الخيانة - كما يشعر به لفظ الاسترسال - ليس هو معنى ثالثاً، و لا مأخوذاً من الغبن بالفتح حتّى يرد عليه الإشكال، بل هو أيضاً بمعنى النقص، إذ الغبن بمعنى النقص لا اختصاص له بالأموال، بل مطلق النقص و الخيانة في المشاورة فرد من أفرادها.

٤١٠٦. يرد على هذا الاحتمال أن مقتضاه عدم انتقال المقدار الزائد إلى ملك الغابن و

إلا فلا وجه لضمانه، و عدم الانتقال خلاف الإجماع على الظاهر.

أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقه بمنزلة السحت في الحرمة و الضمان. و يحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت في تحريم الأكل في صورة خاصة، و هي اطلاع المغبون و ردّه للمعاملة المغبون فيها، و لا ريب أن الحمل على أحد الأولين أولى، و لا أقل من المساواة للثالث، فلا دلالة. فالعمدة في المسألة الإجماع (٤١٠٧) المحكي المعتضد بالشهرة المحققة، و حديث نفي الضرر بالنسبة إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثم إن تنقيح هذا المطلب يتم برسم مسائل:

مسألة: يشترط في هذا الخيار أمران: الأول: عدم علم المغبون بالقيمة، فلو علم بالقيمة فلا خيار بل لا غبن (٤١٠٨) كما عرفت بلا خلاف و لا إشكال؛ لأنه أقدم على الضرر.

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمة بالمرّة أو ملتفتاً إليها (٤١٠٩)، و

٤١٠٧. قد سبق المصنف رحمه الله في صناعة المسألة الشيخ أحمد التوحي في حاشيته على الروضة، فإنه رحمه الله بعد المناقشة في أدلة خيار الغبن قال: «فالحقّ عدمه - أي: عدم الخيار - إن لم يكن إجماع على ثبوته». انتهى. و فيه: أن العمدة فيها هو ما ذكرنا من مسألة بناء العرف و العقلاء على الجواز و عدم اللزوم، لأن قاعدة نفي الضرر أجنبيّة عن إثبات الخيار و لو بمعنى الجواز الحكمي، و أن مفاده - مثل «لَارَفَتْ و لَأُسُوقَ و لَاجِدَالَ في الْحَجِّ» - ليس إلا نفي جواز الإضرار على الغير في شرع الإسلام. و أمّا الإجماع فمع أنه منقول يحتمل قوياً أن يكون نظر جلّ الجمع لولا كلّهم إلى بعض ما استدللّ به على الجواز من آية التراضي و حديث التلقّي و حديث نفي الضرر و غير ذلك، و الإجماع مع هذا الاحتمال لا يعتدّ به و لو كان محصّلاً.

٤١٠٨. هذا بناء على كون الجهل مأخوذاً في مفهوم الغبن، و لكن الظاهر خلافه، و لذا لو قيل للمشتري: إنك مغبون و إن المبيع لا يسوى بذلك الثمن، لصحّ له أن يقول: كنت عالماً بأنه لا يسوى به و لكن لم يكن لي بدّ من شرائه. نعم، هو شرط في ثبوت الخيار على جميع المدارك في المسألة، حتّى بناء على ما بنينا عليه من مسألة بناء العرف و العقلاء على الجواز، لا اختصاصه بصورة الجهل حدوثاً و بصورة عدم الرضا به بعد تبين الغبن بقاءً.

٤١٠٩. و لكن مع عدم علمه بها.

لا بين كونه مسبوقاً بالعلم و عدمه، و لا بين الجهل المركب (٤١١٠) و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصة أو الظن بهما (٤١١١) أو الشك.

و يشكل في الأخيرين (٤١١٢) إذا أقدم على المعاملة بانياً على المسامحة على تقدير الزيادة أو النقيصة فهو كالعالم، بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم، و من حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه، و الحاصل: أن الشاك (٤١١٣)

٤١١٠. يعني: و على تقدير الالتفات إلى القيمة مع عدم علمه بها - بل و جهله بها - لافرق بين أقسام الجهل بها التي منها صورة القطع بخلاف الواقع، و هي صورة الجهل المركب. ٤١١١. يعني: بأحدهما.

٤١١٢. يعني: يشكل ثبوت الخيار في صورة الظن و الشك إذا أقدم المغبون على المعاملة.

٤١١٣. ليس هذا حاصلًا لما سبق، وإنما هو إشكال آخر مغاير للسابق، لاختصاصه بصورة الإقدام بانياً على المسامحة، و عموم هذا لها و لغيرها، و كثيراً ما يعبر المصنف رحمته عن الإشكال الآخر بقوله: و الحاصل، كما لا يخفى على الممارس على كتابه هذا و الرسائل. فكأنه قال: بل مطلق الشاك الملتفت إلى الضرر مقدم عليه و لو لم يكن بانياً على المسامحة. و قوله فيما بعد: «بل مطلق الشاك ليس مقدماً على الضرر» منع لهذا الإشكال الآخر من حيث الصغرى، كما أن قوله: «و من أن مقتضى عموم نفي الضرر - إلى قوله - خرج المقدم عليه عن علم» منع له و للإشكال السابق معاً من حيث الكبرى، و هي مثل: لاشيء من الضرر المقدم عليه يوجب الخيار، لخروجه عن عموم نفي الضرر المقتضي له، و دعوى أن الكبرى: لاشيء من الضرر المقدم عليه عن علم يوجب الخيار.

و ممّا ذكرنا يظهر اندفاع ما أورد على قوله فيما بعد: «بل مطلق الشاك...» من أنه خلاف ما فرضه أولاً من صورة البناء على المسامحة على تقدير الزيادة و النقيصة.

وجه الاندفاع: أنه مبني على كسوف قوله: «و الحاصل...» حاصلاً لما ذكره من الإشكال، وقد تقدّم أنه إشكال آخر أعم من الأول، و هذا راجع إلى ذاك الإشكال الآخر

الملتفت إلى الضرر مُقدِّم عليه. و من أن مقتضى عموم نفي الضرر و إطلاق الإجماع المحكي بثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم، بل مطلق الشاك ليس مُقدِّماً على الضرر، بل قد يُقدم برجاء عدمه، و مساواته للعالم في الآثار ممنوعة حتى في استحقاق المدح و الذم لو كان المشكوك ممّا يترتب عليه ذلك عند الإقدام عليه، و لذا قد يحصل للشاك بعد إطلاعه على الغبن حالة أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يُقدم عليه.

نعم، لو صرح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن. و ممّا ذكرنا يظهر (٤١١٤) ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادراً على السؤال، كما صرح به في التحرير و التذكرة.

و لو أقدم عالماً على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم، فلا يبعد الخيار. و لو أقدم على ما لا يتسامح به، فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً أو بما لا يتسامح، ففي الخيار وجه.

ثم إنَّ الاعتبار القيمة حال العقد (٤١١٥)،



العالم لصورتي البناء على المسامحة و عدمه، و عليه لا إيراد عليه، فتأمل.

٤١١٤. يعني به ما ذكره بقوله: «و من أن مقتضى عموم نفي الضرر...».

٤١١٥. حتى على القول بأن ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار لا كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد، حيث إنَّ المقتضي للخيار بناءً عليه هو الغبن حين العقد. وكيف كان، لا يبعد القول بأنَّ الاعتبار القيمة حال العقد، و لكن بشرط بقائها على حالها إلى حين اطلاع المغبون، و ذلك لقصور الأدلة عن الشمول لما عدا تلك الصورة. أمّا الإجماع فواضح. و أمّا بناء العرف و العقلاء فكذلك. و أمّا حديث نفي الضرر فلقوة احتمال إناطة الجواز و اللزوم بوجود الضرر و عدمه بقاءً أيضاً مثل الحدوث. و بعبارة أخرى: إنَّ مفادته ثبوت الخيار مادام يكون اللزوم ضرراً. و على هذا فلو زادت قبل اطلاع المغبون بالنقصان تنفع في نفي ثبوت الخيار، لأجل كونها سبباً لخروجه عن مورد الأدلة الدالة على الخيار. و لا مجال لاستصحاب الخيار بعد الزيادة، لأنَّ الشك في اندفاع الخيار بما لا في ارتفاعه بها، فتدبر.

فلو زادت بعده و لو قبل اطلاق المغبون (٤١١٦) على النقصان حين العقد لم يفسح؛ لأن الزيادة إنما حصلت في ملكه و المعاملة وقعت على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذ؛ (٤١١٧) لأن التدارك حصل قبل الرد، فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر، كما لو برئ المعبوب قبل الاطلاق على عيبه، بل في التذكرة: أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد، سقط حق الرد. و أشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله؛ لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص في قيمته. نعم، لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة في الصرف يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد في مقابلة الناقص، لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض. و لو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد، فإنه لا عبرة بهما إجماعاً كما في التذكرة (٤١١٨).

٤١١٦. هذا فرد خفي بالقياس إلى حكم نفي النفع، و جلي بالقياس إلى حكم ثبوت النفع و أما الزيادة بعد اطلاق المغبون على النقصان فالأمر فيها بالعكس، فلا تغفل.

٤١١٧. قد عرفت أن هذا هو الأقوى، فتأمل. و أولى من ذلك في نفي الخيار ما لو زادت بعد العقد و قبل القبض المتوقف عليه الملك في الصرف و السلم.

٤١١٨. قال في التذكرة: «و إنما تؤثر الزيادة الفاحشة و النقيصة الفاحشة في تزلزل العقد و ثبوت الخيار فيما لو تبيننا بعد العقد، و لو كانتا بعده لم يعتد بهما إجماعاً». انتهى. لا يخفى أن قول المصنف: «بعد العقد» إن كان متعلقاً بالزيادة أو النقيصة يصير التعرض لحكم هذه المسألة تكراراً بل تناقضاً، لأنه احتمل فيها قبل هذا عدم الخيار بعد أن ذكر أن الحكم هو أن الزيادة و النقيصة بعد العقد لا تنفعان. و إن كان متعلقاً بقوله: «و لو ثبت» ففيه: - مع بعد الحكم في نفسه - أنه مخالف لظاهر عبارة التذكرة، فإن قوله فيها: «و لو كانتا بعده لم يعتد بهما» ظاهر في حدوث الزيادة و النقيصة بعده لاثبوتها. كذا قال بعض الأواخر في ما علقه على المقام. قلت: لنا أن نختار الشق الأول و نقول: إنه يمكن التفرقة بين هذا و الفرع السابق، بأن المراد من طرف إضافة الزيادة و النقيصة هنا هو الثمن المساوي للقيمة الواقعية للمثل حين العقد، فيكون المعنى: أنه لو وقع العقد على شيء بما يعادل قيمته في هذا الحال ثم زادت بعد العقد أو نقصت عما كان عليه حاله فلا عبرة بهما إجماعاً. و المراد من طرف الإضافة للزيادة

ثم إنه لا عبرة بعلم الوكيل في مجرد العقد، بل العبرة بعلم الموكل و جهله. نعم، لو كان وكيلًا في المعاملة و المساومة، فمع علمه و فرض صحة المعاملة حينئذ (٤١١٩) لا خيار للموكل، و مع جهله يثبت الخيار للموكل إلا أن يكون عالماً بالقيمة و بأن موكله* يعقد على أزيد منها و يقرره له. و إذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصة، إلا أن يكون وكيلًا مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنه كالولي حينئذ**.

ثم إن الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن و بالبيّنة إن تحققت (٤١٢٠)،

في الفرع المتقدم هو القيمة الناقصة عن الثمن حال العقد، يعني: لو اشترى ما يسوى بخمسة عشرة ثم زادت القيمة بعد العقد فبلغت عشرة... إلى آخر ما ذكره هناك.

٤١١٩. يعني: الصحة الفعلية الموجبة للملك الفعلي، و فرض الصحة كذلك في فرض المسألة بأن كان وكيلًا على الإطلاق بحيث يعمّ العقد بالناقص عن القيمة الواقعية و الزائد عليها، و إلا يقع العقد فضوليًا، و تكون الصحة تأهلية. و عليه لإشكال في ثبوت الخيار للموكل من جهة الغبن لو كان جاهلاً بالغبن و أحازه كذلك ثم علم بالحال.

٤١٢٠. تحقيق المقام أن يقال: إنه إذا أظهر المغبون جهله بالغبن فلا يخلو الغابن عن أنه: إما يصدّقه، و إما يكذّبه و يقول له: إنك كنت عالماً بالغبن حال العقد، و إما أن يقول لأدري بواحد من الصدق و الكذب.

و على الأوّل يلزم المقرّ بمقتضى إقراره، و هو ثبوت الخيار للمغبون، و وجوب ردّ ماله إليه إذا فسخ العقد بلا إشكال فيه. و هل يحتاج في ذلك إلى حكم الحاكم كما في البيّنة و النكول، كما حكى عن جماعة، أم لا كما هو المشهور، أم يفصل بين المقرّ بالنسبة إلى لزوم المشي على طبق إقراره بحيث لو لم يفعل كذلك لعصى فيحتاج، و بين المقرّ له بالنسبة إلى إلزامه له عليه فلا؟ بخلاف البيّنة، فإن الإلزام لذي البيّنة و اللزوم لمقابله و خصمه معاً محتاج إلى الحكم. و لعلّ الأظهر هو الأخير، نظرًا إلى أن الإقرار ليس مغيباً للواقع، فلو كان المقرّ كاذباً في إقراره - و إنما أقرّ و لو لأجل عدم البدّ إلا منه - لما وجب عليه المشي على طبق الإقرار، فلو امتنع عن ذلك إلى أن مات لما عصى في زمان، و إن كان المقرّ له يلزمه عليه بحسب الظاهر،

لوجود حجة له عليه، و هو الإقرار. و هذا بخلاف ما إذا حكم الحاكم على طبق الإقرار، فإنه حينئذٍ يجب ذلك عليه، و يحرم عليه المشي على خلاف إقراره، لا لانقلاب الواقع بسبب الحكم حتى يقال بأنه أيضاً لا يوجب انقلابه، كما يدل عليه قوله عليه السلام: «و ما أخذه فقد أخذ قطعة من النار» بل لأجل تعنونه بعنوان آخر حرام واقعا، و هو عنوان نقض حكم الحاكم.

و على الثاني - و هو صورة التكذيب - فمن حيث مصب النزاع - و هو العلم و عدم العلم - يكون الغابن مدعياً و المغبون منكراً، لموافقة قول الثاني لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم، لكون الشك فيه مسبباً عن الشك في العلم فيلزم و عدمه فلا، و مخالفة قول الأول لها، و إن كان الأمر بالعكس من حيث الخيار و عدمه، إلا أن المدار في المدعي و المنكر هو لحاظ مصب النزاع لا ما يتوصل به إليه.

فإن كان لأحد الطرفين بينة على مقالته و اختار ذو البينة إقامتها يحكم على طبقها. فإن كان للغابن يحكم باللزوم. و إن كان للمغبون يحكم بالجواز على ما هو التحقيق من سماع بينة المنكر أيضاً، و ذلك لأنه و إن كان قضية بعض الأخبار عدم سماعها منه، و أن وظيفته منحصرة في اليمين، مثل ما رواه منصور بن حازم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاهما، فأقام البينة العادلة أنها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده و لم يبع و لم يهب. فقال أبو عبد الله عليه السلام: حقها للمدعي، و لأقبل من الذي هي في يده بينة، لأن الله عز وجل إنما أمر أن تطلب البينة من المدعي، فإن كانت له بينة و إلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عز وجل» حيث إنه نص في عدم قبول البينة من المنكر، و هو صاحب اليد في المورد، و انحصار وظيفته في اليمين. و مثل النبوي المعروف: «البينة على المدعي، و اليمين على من أنكر» فإنه لأجل تعريف المسند إليه باللام في الفقرتين المفيد للحصر - فتأمل - و بمعونة التفصيل القاطع للشركة، خصوصاً مع ملاحظة كونه شارحاً لقوله عليه السلام في رواية أخرى: «إنما أقضي بينكم بالبينات و الأيمان» مما لا ينبغي الإشكال في ظهوره في انحصار وظيفة المنكر في اليمين.

إلا أنه معارض بجملة أخرى تدل على السماع من المنكر أيضاً، منها الروايات الواردة في تعارض البينتين مع كون مورد النزاع في يد أحدهما، و منها صحيحة حماد الحاكمة لأمر اللعين موسى بن عيسى في المسعى إذ رأى أبا الحسن عليه السلام مقبلاً على بغلته فأمر رجلاً أن يدعي

البغلة، فأتاه و تعلق باللحام و ادعى البغلة، فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله و نزل عنها و قال لغلمانه: خذوا سرجها و ادفعوها إليه. فقال: السرج أيضاً لي. فقال: كذبت عندنا البيّنة بأنّه سرج محمد بن عليّ، و أمّا البغلة فإنّا اشتريناها منذ قريب، و أنت أعلم بما قلت. حيث إنّه لو كانت بيّنة المدعى عليه غير مسموعة لما صحّ له عليه السلام أن يقول: عندنا البيّنة، مع أنّه عليه السلام لأجل أنّه ذو اليد مدعى عليه، إلى غير ذلك من الروايات.

و هذه الطائفة الثانية راجحة بالقياس إلى الأولى. أمّا على رواية منصور فمن حيث السند، لأنّ سندها مرمي بالضعف كما في البغلة، و في سندها ما لا يخفى كما في الجواهر. و لعلّ نظرهما في ذلك إلى أنّ منصور إنّما هو من رجال الصادق عليه السلام لو كان هو ابن محمد بن عبد الله الخزاعي، و من رجال الصادق و الكاظم عليهما السلام لو كان هو ابن حازم، و محمد بن حفص الذي روى هذا الحديث عن منصور من رجال الغيبة. لأنّه - كما في الخلاصة - هو محمد بن حفص بن عمر أبو جعفر، و هو ابن العمري، و كان وكيل الناحية، و كان الأمر يدور عليه.

و أمّا على النبويّ فمن حيث الدلالة، لأنّ دلالتها على القبول أقوى، بل هي نصّ في الحجّة غير قابلة للتأويل، بخلاف النبويّ، فإنّه ظاهر في عدم القبول، قابل للتصرّف بالحمل على الإرفاق، فلتكن هذه قرينة على التصرّف فيه بما ذكر. و من ذلك يندفع الإيراد على المصنّف عليه السلام بأنّ المغبون مع كونه منكراً - كما هو قضية تعليله قبول قوله مع اليمين بالأصل - كيف يقبل منه البيّنة، كما هو قضية قوله: «و بالبيّنة إن تحققت؟» وجه الاندفاع واضح.

و على الثالث - و هو صورة قول الغابن للمغبون: لأدري في قولك بعدم العلم بالغبن حين العقد صدقاً و لا كذباً - ليس هناك نزاع بينهما. و مجرد إظهار نفي العلم أو الشيء الآخر لا يصدق عليه عنوان الإنكار، بل لابدّ فيه من وجود دعوى هناك على خلافه كما هو واضح، و إذ ليس فليس. و حينئذٍ يكفي في ثبوت قوله المترتب عليه ثبوت الخيار بمجرد أصالة عدم العلم، فإذا فسخ يجب على الغابن ترتيب الأثر عليه، إذ ليس له حجة يستند إليه في قبالة إلّا أصالة اللزوم، و هي محكومة بالأصل المذكور.

و بالجملة، لاحاجة في ثبوت عدم العلم في هذه الصورة إلى اليمين، لأنّها وظيفة المنكر أو المدعى عليه، و كلّ واحد من العنوانين لابدّ في صدقه من وجود دعوى هناك، و الفرض عدمها، فتدبر جيّداً.

و بقول مدّعيه مع اليمين؛ لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم، مع أنّه قد يتعسّر إقامة البيّنة على الجهل (٤١٢١)، و لا يمكن للغائب الحلف على علمه، لجهله بالحال، فتأمل. هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة بحيث لا يخفى عليه القيمة إلّا لعارضٍ من غفلةٍ أو غيرها، و إلّا فلا يقبل قوله كما في جامع المقاصد و المسالك ١٢.

٤١٢١. في الجمع بين تعليل قبول اليمين من المنكر بهذا و بين تعليله بأصالة عدم العلم تهافت، لأنّ قضية هذا كون المغبون مدّعيّاً في إظهار الجهل و عدم العلم، لأنّ تعسّر إقامة البيّنة على المدّعي الذي وظيفته البيّنة يوجب قبول قوله مع اليمين لا على المنكر، ضرورة أنّ قبول قوله معها لا حاجة إلى تعسّر إقامة البيّنة عليه، و إنّما هو بالقياس إليه ضمّ حصر كما لا يخفى، و قضية ذاك كونه منكراً، و لا يمكن تعنون شخص واحد بعنوان المدّعي و المنكر من جهة واحدة كما في المقام. فالأولى ترك أحد التعليلين. إمّا قوله: «لأصالة عدم العلم» بأن كان المغبون المظهر للجهل مدّعيّاً عنده، كما يساعد عليه تعريفه بأنّه من هو لو ترك ترك، وكذا العرف الذي هو المرجع في باب الألفاظ التي منها لفظ المدّعي و المنكر المحكوم عليهما في الأخبار بغير واحد من الأحكام. و إمّا قوله: «مع أنّه قد يتعسّر إقامة البيّنة...»، بأن كان المغبون عنده في المقام منكراً، كما يساعد عليه تعريف المنكر بموافق قوله الأصل في المسألة، و قوله فيما بعد: «فغاية الأمر أن يصير مدّعيّاً من جهة مخالفة قوله للظاهر» فإنّه يدلّ على كونه منكراً، و بقائه لأجل موافقة قوله الأصل لو لم يكن من أهل الخبرة كما هو المفروض بالفعل هنا. وكيف كان، فالتأمّل الذي أمر به في ذيل العبارة يحتمل أن يكون راجعاً إلى قوله «مع أنّه قد يتعسّر إقامة البيّنة على الجهل». و عليه، له وجوه مذكورة في الحواشي، منها: ما أشرنا إليه في بيان وجه التهافت من أنّ تعبير إقامة البيّنة يوجب قبول قول من تعسّرت عليه مع اليمين إذا كان مدّعيّاً، و المغبون منكر، لموافقة قوله الأصل. و منها: ما ذكره سيّدنا الأستاذ من أنّ مجرد التعسّر لا يوجب تقدّم قوله. و منها: غير ذلك. و يحتمل أن يكون راجعاً إلى قوله: «و لا يمكن للغائب الحلف...». و عليه، يمكن أن يكون وجهه ما أشرنا إليه في الصورة الثالثة، أعني: صورة قول الغائب للمغبون: لأدري بأنّك صادق أو كاذب، من أنّه مع جهله بالحال لا حاجة في تقدّم قوله و الحكم على طبقه إلى اليمين حتّى يعلّل بما ذكر، بل يكفي فيه صرف أصالة العدم كما عرفت.

و قد يشكل (٤١٢٢) بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، لغاية الأمر أن يصير مدعياً من جهة مخالفة قوله للظاهر، لكن المدعى لما تعسرت إقامة البيّنة عليه و لا يعرف إلا من قبله يقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل، إلا أن يقال (٤١٢٣):

٤١٢٢. يعني: يشكل الحكم بعدم قبول قول المغبون المظهر للجهل بالقيمة في صورة كونه من أهل الخبرة، بأن كونه منهم يوجب عدم قبول قوله مع اليمين من حيث كونه منكراً، حيث إنه يصير بواسطة مخالفة قوله للظاهر - المقدم على الأصل - مدعياً، و يزول عنسوان المنكرية لامطّلقاً، فيمكن قبول قوله مع كونه مدعياً من جهة تعسر إقامة البيّنة عليه، حيث إن المدعي إذا تعسرت عليه إقامة البيّنة يقبل قوله مع يمينه فيما لا يعرف إلا من قبله، فلا يصح نفي قبول قوله على الإطلاق إذا كان من أهل الخبرة.

٤١٢٣. يعني: إلا أن يقال في رفع هذا الإشكال: إن معنى تقديم الظاهر على الأصل تنزيله منزلة الأصل الموافق لذلك الظاهر، و ما فيه التنزيل - من بين ما يترتب على الأصل المنزل عليه من الآثار - هو خصوص كون موافقه كالغائب في المقام منكراً يقبل قوله مع يمينه، لاجتماع الآثار حتّى كون مخالفه - و هو المغبون في المقام - مدعياً، كي يترتب عليه جميع أحكام المدعي التي منها قبول قوله مع يمينه إذا تعسر عليه إقامة البيّنة. ألا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعي فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البيّنة مع كونه مخالفاً للظاهر المقدم على أصالة الفساد و أصالة عدم التأثير و التأثير، حيث إن الظاهر من حال العاقل أنه لا يقدم على المعاملة الفاسدة، و لا وجه لذلك إلا ما مرّ من كون ما فيه التنزيل من بين أثري الأصل هو خصوص كون موافقه منكراً يترتب عليه حكمه، و هو قبول قوله مع يمينه، لا كليهما حتّى كون مخالفه مدعياً يترتب عليه أحكامه التي منها قبول قوله مع اليمين إذا تعسر عليه إقامة البيّنة.

و فيه: بعد فرض الدليل على التنزيل و إطلاقه بالقياس إلى ما فيه التنزيل لا وجه للفرقة بين الأثرين، فيحكم بترتب كليهما، و معه يبقى الإشكال على حاله.

فالتحقيق في دفعه منع ما يتني عليه الإشكال، و هو أن المدعي يقبل قوله مع اليمين إذا تعسر عليه إقامة البيّنة و لم يعرف إلا من قبله، كما أشار إليه بقوله: «هذا مع أن عموم تلك القاعدة...» بأنّه أمر يحتاج إلى الدليل، و هو متنفّ، و الأصل و إطلاق الأدلة الدالة على أن

إن معنى* تقديم الظاهر جعل مدّعيه مقبول القول بيمينه، لاجعل مخالفه مدّعياً يجري عليه جميع أحكام المدّعى حتّى في قبول قوله إذا تعسّرت عليه إقامة البيّنة، ألا ترى أنّهم لم يحكموا بقبول قول مدّعي فساد العقد إذا تعسّرت عليه إقامة البيّنة على سبب الفساد؟ مع** أن عموم تلك القاعدة، ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل.

و لو اختلفا في القيمة وقت العقد أو في القيمة بعده (٤١٢٤) مع تعذر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن؛ لأصالة عدم التغيّر (٤١٢٥) وأصالة اللزوم. و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغيّر و اختلفا في تاريخ العقد (٤١٢٦).

.....

اليمين الابتدائي ليس إلّا في حق المنكر على خلافه. و هذا هو الوجه في تأمله في عموم القاعدة. و أمّا وجه تأمله في اندراج المسألة فيها فهو منع تعسّر إقامة البيّنة على العلم أو الجهل غالباً لإمكان دعوى أن الغالب إمكان الاطلاع عليها.

٤١٢٤. مع اتفاقهما على كون القيمة وقت العقد متّحدة معها بعده.

٤١٢٥. يعني: في بعض صور الاختلاف في القيمة وقت العقد، كما إذا اختلفا في

القيمة وقت العقد، فادّعى المشتري بعشرة أنّه كان يسوى بخمسة، و ادّعى البائع أنّه كان يسوى بعشرة، فلا غبن مع اتفاقهما على أنّه قبل العقد كان يسوى بعشرة، فإنّ المشتري يدّعي تغيّر القيمة و تنزّلها، و البائع ينكره، و أصالة عدم التغيّر و التنزّل يوافق. و أمّا صورة الاتفاق على أنّه كان يسوى بخمسة، فأصالة عدم التغيّر فيها على طبق مدّعي الغبن، إلّا أنّها مثبتة لا تجري. كما أنّ في صورة الاختلاف فيما قبل العقد أيضاً - و إن شئت قلت: في صورة عدم العلم بالحالة السابقة لا يجري لذلك الاصل و قد يستشكل على هذا الاصل بأنّه مثبت فتأمل. و الحاصل: أنّ غرضه^١ هو تعليل تقديم منكر سبب الغبن بأصالة اللزوم في جميع صور العنوان، و بأصالة عدم التغيّر - مضافاً إليها - في بعضها كما عرفت.

٤١٢٦. الظاهر أنّ «تاريخ العقد» غلط في النسخة، و الصواب «تأريخه» أي: تأريخ

التغيّر، و ذلك لأنّ صور الاتفاق على التغيّر مع ما هو المفروض من الاتفاق على وقوع العقد أربعة: إمّا معلومي التاريخ، أو مجهوليه، أو تأريخ العقد معلوم و تأريخ التغيّر مجهول، أو

و لو علم تأريخ التغير فالأصل و إن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة، إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن.

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً (٤١٢٧) فالواحد بل الاثنان في العشرين لا يوجب

بالعكس. و الصورة الأولى خارجة عن مورد الكلام، و هو واضح.

و أما الصورة الأخيرة فقد تعرض لها المصنف رحمه الله بقوله: «و لو علم تأريخ التغير...». أما تعرضه لمعلومية تأريخ التغير فبالصراحة. و أما مجهولية تاريخ العقد فلا لأنه قضية قوله: «فالأصل و إن اقتضى تأخر العقد...»، لأن الأصل الذي يقتضيه عبارة عن أصالة عدم وقوعه إلى زمان التغير، فلا بد أن يكون تأريخه مجهولاً، و إلا لما جرى الأصل المذكور فيه على مذهب المصنف رحمه الله، فلا يمكن أن يراد من التغير في صدر العبارة التغير المعلوم تأريخه، للزوم التكرار و التناقض بين العبارتين، فلا بد أن يراد منه التغير المجهول تأريخه.

و حينئذ نقول: لا تخلو الحال إما أن يكون العقد أيضاً مجهول التاريخ كما هو قضية قوله: «و اختلفا في تأريخ العقد» و إما أن يكون هو معلوم التاريخ. و لا مجال للأول، لأن الظاهر أن نظره رحمه الله في قوله: «و منه يظهر...» إلى أصالة عدم التغير إما فقط أو مع أصالة اللزوم، لا إلى الثاني فقط، ضرورة أنه لا فرق بلحاظها بين الصور، فلا معنى لأن يفكك بين صورة العلم بتاريخ التغير دون العقد و صورة الجهل بكليهما. و من المعلوم أن المناط في جريان أصالة عدم التغير هو الشك في تأريخه، و لا مدخلية فيه للشك في تأريخ العقد أصلاً، فيكون من قبيل ضم الحجر، بل هو مضر، بواسطة إيجابه التعارض بين الأصلين الموجب لعدم صحة الاستناد إلى أصالة عدم التغير. فثبت ما ذكرنا من كون «تاريخ العقد» غلطاً، و أن الصواب بدله «تأريخه» يعني: تأريخ التغير.

٤١٢٧. لأصالة اللزوم في غير الفاحش، مع عدم الدليل على خلافها فيه. أما الإجماع فلكون الفاحش هو المتيقن من معقده. و أما ما بنينا عليه من مسألة بناء العرف و العقلاء على الجواز مع الغبن فلا اختصاصه بصورة الفاحش.

و أما حديث نفي الضرر فلأن الضرر لا يعم غير الفاحش، أعني: الضرر القليل اليسير بالقياس إلى تلك المعاملة الخاصة، إما لانصرافه عنه، و إما لإقدام الناس عليه الموجب لخروجه عنه، بقرينة وروده في مقام الامتنان، حيث لامنة في نفيه في حق من أقدم عليه. فالتفاوت الغير

الغبن. و حذّه عندنا كما في التذكرة: ما لا يتغابن الناس بمثله. و حكى فيها عن مالك: أنّ التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجبه. و ردّه: بأنّه تخمين لم يشهد له أصل في الشرع^{١٢}، انتهى. و الظاهر أنّه لإشكال في كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً. نعم، الإشكال في الخمس، و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه، كما سيجيء التصريح به (٤١٢٨) من المحقق القمي في تصويره لغبن كلا المتبايعين. ثمّ الظاهر أنّ المرجع عند الشكّ في ذلك هو أصالة ثبوت الخيار (٤١٢٩) لأنّه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه.

الفاحش خارج عن الحديث، عن الموضوع على التقدير الأوّل، و عن الحكم على الثاني. فتأمل، فإنّه يشكل ذلك بأنّ الانصراف إنّما يتمّ فيما إذا كان التفاوت قليلاً جداً، و هو أخصّ من غير الفاحش - أي: ما يتسامح فيه الناس و لا يعتنون به - كما لا يخفى. و بأنّ الخارج عنه بقرينة الامتنان هو ما أقدم عليه المتضرّر، و بينه و بين غير الفاحش عموم من وجه، إذ قد يقدم الإنسان على ضرره و لو كان فاحشاً، و قد لا يقدم عليه و لو لم يكن فاحشاً، بل كان ممّا يتسامح به نوع المتعاملين و يقدمون عليه، فبناءً على كون مدرك الخيار هو حديث نفي الضرر لادليل على اعتبار كون التفاوت فاحشاً، بل مقتضاه عدم اعتباره. نعم، يعتبر - لأجل قرينة الامتنان المخصّص للحديث - كون التفاوت ممّا لم يقدم عليه المغبون، و هو أعمّ من الفاحش من وجه، فتدبّر جيّداً. و يدلّ على هذا الأمر - مضافاً إلى الأصل - رواية الدعائم المتقدّم نقلها، فلاحظ.

٤١٢٨. الذي صرح به هو أنّ تحقق الغبن بخمس القيمة في طرف المشتري، لأنّ زيادة ثمانية دنائير على أربعة توأمين إنّما هي بشمانية قرانات التي هي خمس الثمن، و هو أربعة توأمين. و تحقّق الغبن في طرف البائع بخمس خمس القيمة السوقية، لأنّ التفاوت بين القيمة السوقية - و هي خمسة توأمين، أي: خمسين قراناً - و بين ما وصل إليه - و هو ثمانية دنائير المفروض كون قيمتها ثمانية و أربعين قراناً - إنّما هو قرانان، و هو خمس خمس خمسين قراناً. فهو^{١٣} كما صرح بعدم مسامحة الناس في الأوّل كذلك صرح بعدمها في الثاني الذي لإشكال في مسامحتهم فيه، فلا محيص من أن يقال: إنّهُ^{١٤} ليس في مقام البيان من جهة مقدار التفاوت، فإذاً لا يكون في كلامه^{١٥} شهادة على عدم مسامحة الناس في التفاوت بخمس القيمة، فترك الاستشهاد بهذا كان أولى.

٤١٢٩. ليس مراده من الأصل استصحاب الخيار، لعدم الحالة السابقة له، لأنّ الشكّ

في حدوثه لابقائه، بل المراد منه الأصل اللفظي، أي: عموم الدليل الدالّ على ثبوته، و هو حديث نفي الضرر، كما يرشد إلى ذلك قوله: «لأنه ضرر» لأنه صغرى لكبرى مطوّية، و هي: أن كلّ ضرر كذلك يوجب الخيار و نفي اللزوم.

و لما كان يرد على التمسك بهذا الأصل - أي: التمسك بالعموم - أنه من قبيل التمسك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، ضرورة تخصيص الحديث - و لو بقرينة الورود في مقام الامتنان - بالضرر الغير الفاحش، أي: الضرر الذي يتسامح الناس فيه، أشار إلى دفعه بإدراج كلمة «لم يعلم» بين «الضرر» و «التسامح».

توضيح الدفع: أنه نعم و إن كانت الشبهة في الفرض مصداقيّة إلاّ أنّه من جهة كون المخصّص لبيّاً - و هو مسألة الورود مورد الامتنان به - لامتنع من الرجوع إلى العامّ في مورد الشبهة، و لازمه اختصاص الخارج عن تحت العامّ في مقام العمل - بمعنى اختصاص عدم الحكم بحكم العامّ - بخصوص ما علم تعنونه بعنوان الخاصّ، فما عداه من الأفراد - حتّى ما لم يعلم بتعنونه به - محكوم بحكم العامّ، و نتيجة ذلك ثبوت الخيار بحكم عموم الحديث في الفرض من الشكّ في تعنون الضرر بتسامح الناس فيه و عدمه.

و من هذا البيان يظهر ضعف احتمال الرجوع إلى أصالة اللزوم، لأنّ الخارج منه ليس هو خصوص الضرر المقيد بقيد التفاحش و عدم التسامح، بحيث يكون قيد التفاحش من قيود الضرر الخارج و أوصافه، بل هو مطلق الضرر، غاية الأمر قد خرج عن عموم الضرر المخصّص لأصالة اللزوم - بقرينة الامتنان - الضرر المتسامح فيه. و قد قرّر في محلّه أنّ المخصّص لا يوجب تعنون العامّ بما يقابل عنوان الخاصّ، و إنّما يوجب عدم حجّيته بالنسبة إلى الخاصّ. و إذا ضمنت بذلك جواز التمسك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة في مثل المقام ممّا كان المخصّص لبيّاً، الذي مرجعه إلى حجّية العامّ إلاّ فيما علم كونه من أفراد المخصّص، لا يبقى مجال للرجوع إلى أصالة اللزوم، لحكومة العامّ على الأصل.

و لو سلّمنا كون الفاحش من قيود الضرر الخارج عن أصالة اللزوم لقلنا بعدم جواز الرجوع إليها أيضاً، بناءً على ما حقّقناه في الأصول من سراية إجمال المخصّص المحمل إلى العامّ، و لو لأجل تردّد مفهومه بين الأقلّ و الأكثر، كما في المقام، لأجل تردّد مفهوم الفاحش بين ما يعمّ مورد الشكّ - كالسدس مثلاً - و بين ما لا يعمّه. نعم، بناءً على المشهور من عدم السراية

و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم؛ لأن الخارج هو الضرر الذي يُناقش فيه، لا مطلق الضرر. بقي هنا شيءٌ وهو: أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط في الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضروريةً مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين؛ و لذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامة. و ظاهر حديث نفي الضرر ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة؛ و لذا استدّلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثيرٍ إذا أضرّ بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضرّ به ذلك، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضروريةً في حق الكل. و الحاصل: أن العبرة إن كان بالضرر المالي، لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و إن كانت بالضرر الحالي تعيّن التفصيل في خيار الغبن بين ما يضرّ بحال المغبون و غيره.

و الأظهر اعتبار الضرر المالي؛ لأنه ضررٌ في نفسه من غير مدخلةٍ لحال الشخص. و تحمّله في بعض المقامات - كالتيّم - إنما خرج بالنص؛ و لذا أجاب في المعتبر عن الشافعي - المنكر لوجوب الوضوء في الفرض المذكور - بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. و يمكن أيضاً أن يلتزم الضرر المالي في مقام التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص، بل لعدم* كونه ضرراً بملاحظة ما يزاؤه من الأجر (٤١٣٠)، كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه عليه السلام** ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إن ما يشتري به مالٌ كثيرٌ». نعم، لو كان الضرر محققاً بالمكلف انتفى بأدلة نفي الحرج، لا للدليل نفي الضرر، فنفي الضرر المالي في التكليف

لا بأس بالرجوع إليها، بل لا يحصى عنه، كما لو كان المدرك في الخيار هو غير حديث نفي الضرر من الإجماع و بناء العرف و العقلاء.

٤١٣٠. فيه أولاً: أن المراد من الضرر هو الدنيوي، و تحقّق الأجر الأخروي بإزائه لا يخرج عن الضرر، و إنما الذي يخرج عنه هو النفع الدنيوي. و على تقدير تسليم انتفاء الضرر بالأجر بإزاء تحمّله إنما يتمّ فيما إذا كان أجر في مقابل هذا الضرر، بأن يكون الأجر مع التضرّر ببذل المال زائداً على أجر الوضوء بدونه، و لادلالة في الرواية على ذلك، لا احتمال أن يكون المراد من المال الكثير فيها هو الأجر بإزاء ذات الوضوء، و حينئذٍ لا يثبت المطلوب.

لا يتحقق* إلا إذا كان تحمله حرجاً.

إشكال: ذكر في الروضة و المسالك تبعاً لجامع المقاصد في أقسام الغبن: أن المغبون إما أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما^{١٤}، انتهى. فيقع الإشكال في تصور غبن كل من المتبايعين معاً. و المحكي عن بعض الفضلاء (٤١٣١) 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 و في طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و الثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين، و حينئذ فلا يعقل كونهما معاً مغبونين، و إلا لزم كون الثمن أقل من القيمة السوقية و أكثر، و هو محال، فتأمل، انتهى. و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض: منها: ما ذكره المحقق القمي^{رحمته الله} صاحب القوانين في جواب من سأل عن هذه العبارة من الروضة، قال: إنها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنها تسوي أربعة توأمين، ثم تبين أن المتاع يسوي خمسة توأمين و أن الدنانير تسوي خمسة توأمين إلا خمساً (٤١٣٢) فصار البائع مغبوناً؛ لأن الثمن أقل (٤١٣٣) من القيمة السوقية

مرکز تحقیق و پژوهش علوم اسلامی

٤١٣١. و هو الشيخ أحمد التوحي^{رحمته الله}.

٤١٣٢. يعني: خمس تومان، و هو قرانان.

٤١٣٣. ليس المراد من الثمن ما وصل إلى البائع، و هو ثمانية دنانير التي هي أقل من القيمة السوقية - و هو خمس توأمين - بخمس تومان و هو قرانان، فإنه يشكل حينئذ بأنه منافع لما ذكره سابقاً من نسبة كون الخمس غيباً إلى تصريح المحقق القمي^{رحمته الله} في هذه العبارة، فإن النقص عن القيمة حينئذ إنما هو بخمس الخمس لا بالخمس. بل المراد منه خصوص ما جعل ثمناً في البيع مع قطع النظر عن الشرط، و هو أربعة توأمين. و عليه لا يرد هذا الإشكال، لأن الثمن حينئذ أقل من القيمة السوقية التي هي خمسة توأمين بتومان، و هو خمس الخمسة. و لا يأتى عن إرادة ذلك قوله: «بخمس تومان» إذ المناسب له ترك لفظة «تومان» و الاكتفاء بقوله «بخمس» أي: خمس القيمة، لأنه إنما يأتي عنه لو كانت إضافة الخمس إلى «تومان» لامية،

بُخمس تومان، و المشتري مغبوناً من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين (٤١٣٤)، فالبايع مغبونٌ في أصل البيع، و المشتري مغبونٌ فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن و إن لم يكن مغبوناً في أصل البيع^{١٥}، انتهى. أقول: الظاهر أن مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوباً مع فرض كون أجرة الخياطة ثلاثة دراهم، و من هنا يقال: إن للشروط قسماً من العوض. و إن أبيت إلا عن أن الشرط معاملة مستقلة فلا مدخل له في زيادة الثمن، فقد خرج ذلك عن فرض غبن كل من المتبايعين في معاملة واحدة. لكن الحق ما ذكرنا: من وحدة المعاملة وكون الغبن من طرف واحد (٤١٣٥). و منها: ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة فيما إذا باع شيئ

و هي ممنوعة، بل هي بيانية، يعني: بخمس هو تومان. و على هذا يكون الغبن في فرض المحقق القمّي في كل من الطرفين بالخمس، و هو تومان في طرف البائع، لأنه باع ما يسوى بخمسة توأمين بأربعة توأمين، و ثمانية قرانات في طرف المشتري، لأنه دفع أربعة دنانير التي تسوى ثمانية و أربعين قراناً في قبال أربعين قراناً، و الثمانية خمس الأربعين، فتدبر.

٤١٣٤. يعني: زيادتها عليها بأربعة أخماس تومان التي هي خمس الثمن الذي هو أربعة

توأمين، و هي ثمانية قرانات.

٤١٣٥. إن كان هناك تفاوت فاحش بين القيمة السوقية و بين ما وصل إلى البائع من

بمجموع الثمن و الشرط بالزيادة أو النقص، و إلا فلا غبن كما في الفرض، فإن ما وصل إلى البائع - و هو ثمانية دنانير - ينقص عن القيمة السوقية للمبيع بقرانين، و هو خمس خمس القيمة السوقية، أعني: خمسة توأمين، و قد تقدّم أن الاثنين من العشرين ليس بغبن فاحش فضلاً عن الاثنين من الخمسين.

و يمكن أن يكون مراده من الطرف الواحد هو البائع في فرض المحقق القمّي، و لكن بناءً على الإغماض عما ذكره في السابق من حكمه بعدم ثبوت الغبن في نقص العشر و ما دونه بلا تأمل فيه و لانقل إشكال و لاختلاف من أحد، و فرض كون مطلق النقص غبناً حيثئذ، أو بناءً على كون مثل قوله: و لكن بما يتسامح فيه، مطوياً في الكلام.

في عقد واحد بثمانين، فغبن البائع في أحدهما و المشتري في الآخر ١٦. و هذا 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، فلاوجه لجعل هذا قسماً ثالثاً لقسمي غبن البائع خاصة و المشتري خاصة. و إن لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن أصلاً مع تساوي الزيادة في أحدهما للنقيصة في الآخر، و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

و منها: أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعمّ الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقاً على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعمّ العلامة في القواعد و الشهيد في اللمعة، و على هذا المعنى الأعمّ تحقق الغبن في كل منهما، و هذا حسن، لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخصّ على ما فسّروه به.

و منها: ما ذكره بعض: من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين، كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمان متوسّط بين القيمتين، فالمشتري مغبون؛ لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه، و البائع مغبون؛ لنقصانه عن القيمة في مكانه. و يمكن ردّه بأن المبيع بعد العقد باقٍ على قيمته حين العقد، و لاغبن فيه للمشتري مادام في محل العقد، و إنما نزلت قيمته بقبض المشتري و نقله إياه إلى مكان الرخص. و بالجملة، الطعام عند العقد لا يكون إلا في محل واحد له قيمة واحدة.

و منها: ما ذكره في مفتاح الكرامة: من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن، كما إذا بيع ثوب بفرض بظن المساواة، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عمّا في يد الآخر، و لم يوجد المقوم ليرجع إليه، فتحالفان، فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه، و قال: و يتصور غبنهما في أحد العوضين، كما لو تباعيا شيئاً بمائة درهم، ثم ادعى البائع كونه يسوي بمأتين و المشتري كونه لايسوي إلا بخمسين، و لا مقوم يرجع إليه فتحالف، و يثبت الفسخ لكل منهما، انتهى. و فيه: أن الظاهر أن لازم التحالف عدم

٢٣٤..... المكاسب، ج ٤، الخيارات
الغبين (٤١٣٦) لأحدهما*، مع أن الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري. و الأولى من هذه
الوجوه هو الوجه الثالث (٤١٣٧)، و الله العالم.

مسألة: ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار أو كاشف عقلي عن ثبوته حين
العقد؟ وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات (٤١٣٨) العلماء في فتاويهم و معاهد إجماعهم و
استدلالاتهم. فظاهر عبارة المبسوط (٤١٣٩) و الغنية و الشرايع ١٧ و غيرها هو الأول، و
في الغنية: الإجماع على أن ظهور الغبن سبب للخيار. و ظاهر كلمات آخرين ١٨ الثاني. و في
التذكرة: أن الغبن سبب لثبوت الخيار** عند علمائنا. و قولهم: «لا يسقط هذا الخيار
بالتصرف» فإن المراد التصرف قبل العلم بالغبن، و عدم السقوط*** ظاهر في ثبوته. و مما
يؤيد الأول: أنهم اختلفوا في صحة التصرفات (٤١٤٠) الناقلة في زمان الخيار و لم

٤١٣٦. يمكن أن يكون مراده التحالف باليمين المردودة ليمين الإنكار، و من المعلوم
أن لازمه الغبن في المعاملة من الطرفين.

٤١٣٧. لأرى وجهاً للأولوية، مع إشكاله عليه في السابق بأنه خلاف ظاهر عبارة
الحقق و الشهيد الثانيين من إرادة الغبن بالمعنى الأصح. و إنما الأولى هو الأخير، بناءً على ما
ذكرناه في توجيهه لولا ما ذكره بقوله: «مع أن الكلام في الغبن الواقعي...».

٤١٣٨. ينبغي جعل المنشأ هو اختلاف مدارك الخيار، لأن الظاهر أنه المنشأ لذاك
الاختلاف. فنقول: إن كان مدركه الإجماع فالمتيقن من معقده هو شرطية الظهور، و ليس في
البين حينئذ ما يدل على الكشف. و إن كان حديث نفي الضرر فالظاهر منه - على كلا
المسلكين في معناه - هو الكشف. وكذا لو كان مدركه بناء العرف على الجواز، فإن بنائهم
عليه من حين العقد، غاية الأمر معلقاً على تحقق الغبن في الواقع حينه.

٤١٣٩. في استظهار الأول من مثل عبارة المبسوط مما عبر فيه بقوله: «بان الغبن» أو
«ظهر الغبن» نظر، لتعارف التعبير بـ«ظهر» و «بان» فيما إذا كان العلم طريقاً صرفاً إلى ما هو
تمام الموضوع بلا دخل له فيه بنحو من الأنحاء.

٤١٤٠. يعني: الصادرة من غير ذي الخيار، و هو الغابن في الفرض.

* في بعض النسخ بدل «لأحدهما»، في المعاملة أصلاً.

** في بعض النسخ زيادة: للمغبون.

*** في بعض النسخ: عدم سقوطه.

ظهور الغبن شرط شرعي أو كاشف عقلي..... ٢٣٥

يحكموا ببطلان (٤١٤١) التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم (٤١٤٢) بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. و يؤيده أيضاً: الاستدلال في التذكرة و الغنية ١٩ على هذا الخيار بقوله ﷺ في حديث تلقى الركبان: «إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق» فإن ظاهره حدوث الخيار (٤١٤٣) بعد الدخول الموجب لظهور الغبن.

هذا، و لكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً في المعنى الآخر. و توضيح ذلك (٤١٤٤): أنه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التي

٤١٤١. يعني: حتى القائلين بعدم الصحة. و الظاهر من عدم حكمهم بالبطلان و سكوتهم عن التعرض له هو عدم البطلان، و إلا لكان المناسب أن يتعرضوا به، بخلاف الحكم بعدم البطلان، فإنه يمكن الاكتفاء فيه بالعمومات المقتضية له.

٤١٤٢. ينبغي أن يريد بهذا البعض من يقول بعدم صحة تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار، إذ لو أراد منه من يقول بالصحة فلا يكون في حكمه بنفوذ تصرف الغابن قبل علم المغبون بالغبن تأييد للأول، و هو حدوث الخيار بعد ظهور الغبن. و يشهد لما ذكرنا - مضافاً إلى هذا - قوله فيما بعد: «و حكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار بمضي التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون». انتهى. و وجه الشهادة غني عن البيان. فما أورد به السيد الأستاذ لم يقع في محله.

٤١٤٣. لأن الظاهر من قوله ﷺ: «أنهم بالخيار إذا دخلوا السوق» هو حدوث الخيار عند الدخول لا انكشافه به، و لما كان من المعلوم بالإجماع أن ليس نفس الدخول - و لو لم يتبين الغبن - شرطاً للخيار و وقتاً له، فلا بد و أن يراد منه - بقرينة الإجماع المذكور - تبين الغبن بطور الكناية، فيكون مفاد الحديث: أنه يحدث لهم الخيار إذا ظهر الغبن بسبب الدخول في السوق. نعم، لو كان المراد من كونهم بالخيار انكشافه لهم لانطبق على الوجه الثاني، لكنّه خلاف الظاهر. هذا، و لكن الشأن في دلالة على خيار الغبن.

٤١٤٤. كلمة «ذلك» إشارة إلى إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين. و قوله: «إن أريد...» بيان كيفية الإرجاع. يعني: توضيح الإرجاع أن يوجه الكلمات في الشرطية بإرادة القدرة الفعلية، فلا ينافي ظهور الكلمات الآخر في الكشف عن الخيار بمعنى الحق المجعول. أو يوجه الكلمات الظاهرة في الكشف بإرادة الحق المجعول، فلا ينافي شرطيته للخيار بمعنى القدرة

يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولاً أو فعلاً، فلا يحدث إلا بعد ظهور الغبن. و إن أُريد به ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه، فهو ثابت قبل العلم (٤١٤٥)، و إنما يتوقف على العلم إعمال هذا الحق، فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيار المجلس أو الحيوان أو غيرهما.

ثم إن الآثار المجعولة للخيار بين ما يترتب على السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف؛ فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن، فلا يسقط قبله كما سيجيء، و منه التلف (٤١٤٦)؛ فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً و لو قلنا بعموم قاعدة

.....
على الإعمال.

و في بعض النسخ المصححة بدل «توضيح ذلك» قوله: «و الأولى أن يقال». و لعله الأولى. يعني: و الأولى أن يقال بالتفصيل بين الخيار بمعنى الحق المجعول للمغبون من قبل الشرع و إن لم يقدر على إعماله، و بينه بمعنى القدرة عليه فعلاً، بكون العلم و الظهور طريقاً إلى الأول و شرطاً للثاني. و فيه ما لا يخفى، إذ على هذا تكون شرطية للخيار مثل كاشفيتها عنه عقلية أيضاً، فلا معنى لقوله في العنوان: «شرط شرعي». و أيضاً يجري هذا النزاع في جميع الخيارات حتى خيار المجلس و الحيوان.

و بالجملة، ما ذكره ليس بشيء. فالأولى أن يجعل الخيار بمعنى الحق المجعول للمغبون شرعاً - كما في سائر الخيارات - هو محل البحث، و يجعل منشؤ الوجهين هو اختلاف الأدلة الدالة على الخيار، و يقال: إذا كان الدليل و المدرك فيه هو الإجماع... إلى آخر ما ذكرناه في ظهر الصفحة.

٤١٤٥. بل لا يثبت إلا بعد العلم، إذ لادلالة لدليل الخيار على ثبوته قبل العلم. أما الإجماع فواضح. و أمّا حديث التلقي فكذلك، لما مرّ بيانه. و أمّا قاعدة نفي الضرر فلما ذكره سابقاً من اختصاص دلالة على ثبوت الخيار بصورة امتناع الغايب عن بذل التفاوت، المتوقف تحقق ذاك العنوان على العلم بالغبن و مطالبة التفاوت، و المدعى ثبوته قبل العلم به. و مع عدم الدليل يرجع إلى الأصل، و مقتضاه عدم الثبوت إلى زمان العلم.

٤١٤٦. الضمير راجع إلى الموصول في قوله: «بين ما يترتب...». و المراد من التلف كون التلف في زمن الخيار على من لا خيار له. يعني: و من الآثار المترتبة على تلك السلطنة

«كون التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له» لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعضٌ و تردّد فيه آخر^{٢٠}، و بين ما يترتب على* المعنى الثاني كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره، و بين ما يتردّد بين الأمرين كالتصرّفات الناقلة، فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوّتةً لحقّ ذي الخيار من الغبن** ظاهرٌ في ترتّب المنع على وجود نفس الحقّ و إن لم يعلم به. و حكمٌ بعضٍ من منع (٤١٤٧) من التصرف في زمان الخيار بمضيّ التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون، يظهر منه أنّ المنع لأجل التسلّط الفعلي. و المتبع دليل كلّ واحدٍ من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتّب الأثر على نفس الحقّ الواقعي و لو كان مجهولاً لصاحبه، و قد يظهر منه ترتّبه على السلطنة الفعلية.

الفعلية المتوقّفة على العلم بالغبن كون التلف من الغابن لا من المغبون، فإنّه مترتب على الخيار الفعليّ للمغبون حين التلف.

و يمكن الخدشة في ذلك أولاً: بأنّه مبنيّ على صحّة التمسك بأصالة العموم في إحراز عدم فردية خاصّ للعمّ فيما إذا حكم عليه بحكم يخالف لحكم العامّ، و شكّ في أنّه من أفرادهِ حتّى يلزم التخصيص أم لا حتّى لا يلزم، كما إذا ورد: أكرم العلماء، و ورد: لا تكرم زيدا، و لم يعلم أنّه عالم أو جاهل، فأصالة العموم و عدم التخصيص يحكم بكونه جاهلاً، حيث إنّ علم كون التلف في حال الجهل على المغبون، و شكّ في أنّه في زمن الخيار حتّى يلزم التخصيص به على عموم قاعدة التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار أم لا حتّى لا يلزم ذلك، فأصالة عدم التخصيص يحكم بأنّه لم يقع في زمان الخيار. و هذا و إن اختاره المصنّف في الأصول و بنى عليه في الفروع، إلّا أنّه محلّ تأمل، لما بيّن في مبحث العموم و الخصوص.

و ثانياً: بأنّه منافٍ لما ذكره سابقاً من أنّ موضوع ضمان من لا خيار له لمال صاحبه هو صرف تزلزل البيع، بمعنى معرضيّة للفسخ بالخيار، فإنّ مقتضاه كون التلف على الغابن مطلقاً حتّى قبل العلم بالغبن، لأنّ ملاكه - و هو المعرضيّة للفسخ، و لو لأجل إمكان الاطّلاع على الغبن الموجب لحدوث الخيار، فضلاً عن كونه موجّباً لانكشاف حدوثه - موجود قبل ظهور الغبن، فتأمل.

٤١٤٧. هذا عطف على «تعليلهم» فيكون اسماً لـ«أنّ» و خبره قوله: «يظهر». و المراد من التصرف في العبارة تصرف غير ذي الخيار.

٢٣٨..... المكاسب، ج ٤، الخيارات

و تظهر ثمرة الوجهين أيضاً (٤١٤٨) فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظن وجود سبب معدوم في الواقع فصادف الغبن. ثم إن ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جارٍ في العيب. و قد يستظهر من عبارة القواعد (٤١٤٩) في باب التدليس الوجه الأول، قال:

٤١٤٨. قال في غاية الآمال في بيان ذلك: «فإن قلنا بأن ظهور الغبن شرط لحدوث الخيار كان الفسخ لغواً، و إن قلنا بأنه كاشف كان الفسخ مؤثراً، من جهة تحقق سبب الخيار في الواقع. و أما قوله ﷺ: «أيضاً» فهو إشارة إلى ما تقدم ذكره بقوله: «و مما يؤيد الأول أنهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمن الخيار» فإنه كما يظهر أثر الوجهين هناك، بأنه إن قلنا بالأول صحّ من القائل ببطالان التصرفات الناقلة من الغابن في زمن الخيار أن يقول بصحة ما وقع منها قبل ظهور الغبن، لعدم تحقق الخيار، و إن قلنا بالثاني لم يكن له ذلك قبل ظهور الغبن، كذلك يظهر أثرهما هنا فيما لو فسخ المغبون الجاهل» انتهى. و مراده من السبب المعدوم المظنون وجوده هو غير الغبن من أسباب الخيار.

٤١٤٩. يعني: يستظهر من عبارة القواعد في آخر باب التدليس أن الوجه الجاري في خيار العيب من هذين الوجهين هو الوجه الأول. يعني بعبارة قوله: «وكذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس». و المراد بالمشار إليه بقوله: «وكذا» هو ما ذكره قبل ذلك بلا فصل: «و لو ماتت الشاة المصراة و الأمة المدلسة فلا شيء له». و المراد من الشيء في هذا الكلام هو الرد كما فسّر به المصنّف. و ضمير «عنده» و «علمه» راجع إلى المشتري.

ثم إن المستظهر هو المحقق الثاني. و قوله: «فإنه ذكر في جامع المقاصد...» علّة للاستظهار، فلا بأس بنقل عبارته. قال ﷺ في شرح قول العلامة: «وكذا لو تعيبت...»، ما هذا عين ألفاظه: «اقتصاراً على موضع الوفاق، و لأن هذا العيب من ضمان المشتري. ثم إن تقييده بقبليّة علمه غير ظاهر الوجه، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك. إلا أن يقال: إنه غير مضمون عليه الآن، لثبوت خياره. و لم أظفر في كلام المصنّف و غيره بشيء في ذلك». انتهى. فما أسند إليه المصنّف من أنه لا يسرق... إنما أفاده بقوله: «إن تقييده...». و قال في جامع المقاصد في ذيل قوله في العبارة المتقدمة على هذه: «فلا شيء له»: «لأنها - أي: الشاة و الأمة - من ضمانه، و قد امتنع الرد بموتها، و لأرشد، لانتفاء العيب».

وكذا يعني لاردّ لو تعيّبت الأمة المدلّسة عنده قبل علمه بالتدليس. انتهى، فإنّه ذكر في جامع المقاصد: أنّه لافرق بين تعيّبها قبل العلم و بعده؛ لأنّ العيب مضمون على المشتري. ثمّ قال: إلّا أن يقال: إنّ العيب بعد العلم غير مضمون على المشتري؛ لثبوت الخيار. و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب (٤١٥٠)؛ لكون العيب في زمان الخيار

٤١٥٠. هذا بيان لوجه استظهاره. يعني: و ظاهر قوله في مقام بيان وجه التقييد بقبليّة العلم: «إلّا أن يقال: إنّ غير مضمون عليه...»، أنّ الحكم عند العلامة بواسطة هذا التقييد هو عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب. و توضيح وجه الظهور: أنّ العلامة قد خصّص سقوط جواز الردّ بالعيب القلّم بحدوث العيب الآخر عند المشتري بما قبل العلم، و لا يكون إلّا بتخصيص كون ضمان العيب الحادث عنده عليه بما قبل العلم، و لا يكون ذلك إلّا بتخصيص عدم ثبوت الخيار له بما قبله، إذ لو كان للمشتري خيار واقعاً من جهة العيب القلّم قبل العلم به كما بعده لكان الضمان على البائع، لقاعدة كون التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، نظراً إلى كون التعيّب بهذا العيب الحادث تلفاً أيضاً، و كان له الردّ كما لو تعيّبت عنده بعد العلم، فيستكشف من الحكم بسقوط الردّ الحكم بضمان المشتري لهذا العيب المتعيّب به اللاحق بالتلف، و يستكشف منه أنّه ليس في زمن خيار المشتري من جهة العيب القلّم إذا كان قبل العلم به، و لازمه عدم ثبوت خيار العيب قبل العلم به، بل لا بدّ فيه من العلم، و هل هو إلّا الوجه الأوّل؟

هذا، و لا يخفى أنّ المصنّف رحمه الله قد اشتبه في استظهار أنّ الجاري عند العلامة في خيار العيب هو الوجه الأوّل من عبارة القواعد المذكورة، حيث توهم أنّها راجعة إلى خيار العيب، و ليس كذلك، فإنّها في خيار التدليس، و ظاهرها عدم خيار التدليس قبل العلم بالتدليس، و أنّ العلم به شرط لحدوث ذاك الخيار لا كاشف عن حدوثه حين العقد، و لا دخل لها بخيار العيب أصلاً. وكذا عبارة جامع المقاصد. و لا ينقضي عجيبي من أنّه رحمه الله مع كون متعلّق العلم في عبارة القواعد هو التدليس كيف غفل و حملها على خيار العيب؟ و لم أر من المحشّين أحداً تعرّض لشرح المقام. هذا، بناءً على كون العبارة: «جارٍ في العيب» كما في النسخة الموجودة عندنا. و لو كان ما في العبارة: «جارٍ في التدليس» بدل: «جارٍ في العيب» فلا مناقشة أصلاً. و لكن يأتي عنه قوله: «و لكنّ الاستظهار المذكور - إلى قوله - لخيار العيب» إذ المناسب له أن

مضموناً على من لا خيار له، لكن الاستظهار المذكور مبني (٤١٥١) على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب، و سيجيء عدم العموم إن شاء الله تعالى. و أما خيار الرؤية: فسيأتي أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور: الأول: إسقاطه (٤١٥٢) بعد العقد و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، و لإشكال في صحة إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن، و لا مع الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبب عن أي مرتبة كان، فاحشاً كان أو أفحش. و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة، ففي السقوط وجهان* (٤١٥٣): من عدم طيب نفسه

يقول: لخيار التدليس، إلا أن يقال بوقوع الغلط هناك أيضاً، فاللزام ملاحظة النسخ المصححة. وكيف كان، فقد ظهر أن المراد من الخيار في قوله: «لثبوت الخيار» و قوله: «عدم ثبوت الخيار» هو خيار العيب بناءً على كون العبارة: «جارٍ في العيب» و خيار التدليس بناءً على كونها: «جارٍ في التدليس».

٤١٥١. لم يعلم وجه هذا الابتداء، فإن الكلام إذا كان ظاهراً في معنى لا يمكن تخلف الظهور عنه و لو كان مبنياً على دليل فاسد.

٤١٥٢. لو كان الثابت في مورد الغبن هو الخيار الذي جعلوه من الحقنوق، و قلنا بقابليته للإسقاط، بأن كان المدرك فيه حديث تلقى الركبان أو الإجماع عليه. و أما لو كان الثابت صرف جواز العقد، كما إذا كان المدرك فيه نفي الضرر أو بناء العرف عليه، فهو و إن كان حكماً غير قابل للإسقاط، إلا أنه من جهة دلالة الالتزامية على الإقدام بالضرر و الالتزام بلزوم العقد لاشبهة في انقلاب الجواز إلى اللزوم به لانقلاب الموضوع، فإن موضوع الجواز بناءً على الأول هو العقد الضروري الغير المقدم عليه، فإن الإقدام لافرق في منعه عن الجواز بين الحدوث و البقاء، فبالإقدام يرتفع موضوع الجواز، كما أنه بناءً على الثاني عبارة عن العقد الذي لم يبن على الالتزام بلزومه، فمع الالتزام به حدوثاً و بقاءً ليس للعرف و العقلاء بناءً على الجواز. هذا في الإسقاط بلا عوض. و أما إسقاطه بعوض - بمعنى المصالحة عنه به - فلا يصح إلا بناءً على الشق الأول من كون الثابت هو الخيار بذاك المعنى.

٤١٥٣. إن كان متعلق الإسقاط هو الغبن الموجب للخيار الملزم لسقوط الخيار، بأن

بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً. و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به و لا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط، و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان.

و أما الإسقاط بعرض بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب. و لو أطلق وكان للإطلاق منصرف، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين، بدرهم، فإن المعارف 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، و أن المبيع يسوي درهين، ففي بطلان الصلح؛ لأنه لم يقع على الحق الموجود (٤١٥٤) أو صحته مع لزومه - لما ذكرنا: من أن الخيار حق واحد له سبب

يقول: أسقطت غبني أو رضيت بضرري، كما هو قضية قوله: «و لو أسقطه بزعم...»، فالحق أنه يسقط إن كان على وجه الخطأ في التطبيق، لطيب نفسه بالغبن الواقعي أي مقدار كان، غاية الأمر أخطأ في اعتقاد أنه عشرة. و لا يسقط إن كان على وجه التقييد، لعدم طيب نفسه به إلا بقيد كونه عشرة، فلا طيب له بالمائة.

و إن كان متعلقه حق الخيار المستب عن الغبن، كما هو قضية عنوان المسألة و قوله: «و من أن الخيار حق واحد - إلى قوله - فيسقط بمجرد الإسقاط» فالحكم فيه و في حق العرض هو ما ذكرنا من السقوط إن كان بنحو الخطأ في التطبيق، لطيب نفسه بسقوط الخيار الواقعي من أي مقدار تسبب، غاية الأمر اعتقد أنه مسبب عن عشرة لا المائة، و عدم السقوط إن كان بنحو التقييد، إذ المسقط على هذا غير موجود، و الموجود غير مسقط. و من هنا يظهر أن الصحة و البطلان في الصلح عن الغبن في المثال و نحوه - مما كان الغبن فيه واقعاً أزيد مما زعمه - دائران مدار الخطأ في التطبيق فيصح و التقييد فيبطل.

٤١٥٤. نعم، إن كان على وجه التقييد. و أما لو كان على وجه الخطأ في تطبيق الواقع الموجود على ما اعتقده - لأجل التعارف و الغلبة - فقد وقع عليه فيصح، لعموم «الصلح جائز بين المسلمين» و يلزم لعموم «أو قوا بالعقود» و الأصل مع عدم ما يزاوجه إلا دليل خيار الغبن، و هو غير جارٍ هنا، أما أولاً: فلا قدمه، و أما ثانياً: فلما مر من عدم دخول خيار

* في بعض النسخ بدل «المعاملة»، المسألة.

واحد و هو التفاوت الذي له أفراد متعددة فإذا أسقطه سقط - أو صحته منزلاً؛ لأن الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم، ثم 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، إذ لا فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار مآلته مع العلم بعينه، و بين كونه لأجل الجهل بعينه وجوة، وهذا هو الأقوى، فتأمل.

و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن، فالظاهر أيضاً جوازه (٤١٥٥)، و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار؛ إذ يكفي في ذلك تحقق السبب المقتضي للخيار، و هو الغبن الواقعي و إن لم يعلم به. و هذا كافٍ في

الغبن في الصلح إذا كان في مقام الإبراء كما فيما نحن فيه، فإنه فيه وقع على الإسقاط. و منه يظهر ضعف الوجه الثالث الذي قواه، و هو الصحة منزلاً. و لعله لأجل هذا أمر بالتأمل.

٤١٥٥. إن أراد من الإسقاط معناه الحقيقي المتوقف تحققه على ثبوت متعلقه، و من

الخيار نفسه، فبناءً على شرطية ظهور الغبن في حدوث الخيار فلا يجوز قطعاً، ضرورة عدم إمكان سقوط الشيء قبل وجوده، و لا يوجد إلا بعد وجود شرطه، فكيف يكفي فيه المقتضي الواقعي، و لا يقدح فيه عدم تحقق شرطه؟

و ما ذكره من المثالين ليس من قبيل إسقاط الشيء قبل وجوده بلحاظ تحقق مقتضيه.

أما إبراء الودعي المفرط عن ضمان الوديعة قبل تلفها، فلأن الضمان على التحقيق عبارة عن نفس كون الشيء على العهدة و ليس التلف شرطاً فيه، بل التفريط علة تامة له، فالإبراء عنه بعد التفريط إبراء للشيء الثابت عليه. و على فرض أن الضمان عبارة عن اشتغال الذمة بالبدل يكون التلف شرطاً له، لكن نمنع صحة الإبراء حينئذ لو كان بمعناه الحقيقي، و كان متعلقه نفس الاشتغال أو البدل، و أما لو أريد من الإبراء الإزالة، و من متعلقه - أعني: الضمان - صرف ما هو دخیل في اقتضاء التفريط له، بل ما هو المقتضي في الحقيقة، و هو عدم رضا المالك المودع بما به يتحقق التفريط، كالوضع في مكان لا يؤمن فيه من التلف الموجب لكون اليد ضمان، فمرجع الإبراء حينئذ إلى تبديل موضوع سبب الضمان إلى نقيضه بواسطة تبديل عدم الرضا بذلك النحو من الحفظ إلى الرضا به، فيكون الإبراء حينئذ قد تعلق بأمر محقق حينه لا بما يتحقق

جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعي المفرط عن الضمان، و كبرائة البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها.

و لا يقدح في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقق؛ (٤١٥٦) إذ لآمانع من ذلك إلا التعليق و عدم الجزم، الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، و هو غير قاذح هنا، فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه، و أما ما نحن فيه و شبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية و إعتاق مشكوك الرقية منجزاً (٤١٥٧) و الإبراء عما احتمل الاشتغال به، فقد تقدّم في شرائط الصيغة أنه لآمانع منه*، و منه البرائة عن العيوب

و أما البرائة من العيوب فمرجعها إلى ما هو دخيل في سببية العيب للخيار بعد التبين، و هو الالتزام بدخالة وصف الصحة في المعاملة. و بالجملة، دفع الأمر الغير الثابت و إزالته غير معقول، فكل ما يتوهم كونه منه لابد من تأويله أو منعه.

و إن أريد من الخيار ما هو قيد في سببية الغبن الواقعي للخيار، و هو عدم الإقدام عليه و عدم الرضا به، و من الإسقاط ما يعمّ تبديل العدم إلى الوجود، لا خصوص تبديل الوجود إلى العدم، فالظاهر جوازه. و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناءً على شرطية الظهور في الحدوث، لكن لا لما ذكره بقوله: «إذ يكفي...»، و هو واضح، بل لارتفاع السبب بارتفاع قيده، و هو عدم الإقدام و الرضا بالضرر. و هذا من قبيل رفع السبب المقتضي برفع قيده قبل مجيء شرطه، لا من قبيل رفع سببية السبب و جعله غير سبب مع بقائه على ما هو عليه من القيود المعتبرة في سببته، كي يتجه عليه أنه أمر شرعي لا يقدر عليه المكلف، فتدبر جيداً.

٤١٥٦. في إسقاط الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن إشكالان. أحدهما: كونه إسقاطاً لما لم يجب، أشار إليه بقوله في السابق: «و لا يقدح عدم تحقق شرطه». و هو مختصّ بخصوص القول بشرطية ظهوره في حدوث الخيار، و أما بناءً على الكشف فلا مسرح له. و ثانيهما: استلزامه لتعليق الإسقاط على تحقق الخيار، أشار إليه بهذا الكلام. و لافرق في وروده بين احتمالي الشرطية و الكاشفية.

٤١٥٧. لأرى لذكر قوله: «منجزاً» وجهاً، بل هو مضرّ بالمقصود، إلا أن يراد منه مقابل المدبر، فتأمل.

* في بعض النسخ زيادة: «لأن مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم».

المحتملة في المبيع و ضمان ذَرَك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير. نعم، قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به؛ فإنه لا بد من وقوع شيء بإزائه (٤١٥٨) و هو غير معلوم، فالأولى ضم شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقق، أو ضم ساير الخيارات إليه بأن يقول: «صالحتك عن كل خيار لي بكذا»، و لو تبين عدم الغبن لم يقسّط العوض عليه؛ لأنّ المعدوم إنّما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود.

الثاني من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار في متن العقد، و الإشكال فيه من الجهات المذكورة هنا، أو المتقدمة في إسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصّي عنها. نعم، هنا وجه

٤١٥٨. نعم، يشكل فيما إذا كان التقابل في الصلح المعاوضي بين العوض و بين متعلق الصلح من المال أو الحق، حيث أنّه لا بد حينئذ من شيء يقع بإزائه و يكون معوضاً عنه، كي لا يكون أكله أكلاً للمال بالباطل، فلا بد من إحرازه، و المفروض أنّه غير محرز. و فيه منع، و إلّا يلزم كون بعض أفراد الصلح المعاوضي بيعاً حقيقة، و الحال أنّه أخرى في قبالة. بل التحقيق - كما عرفت في مقام دفع ما ينتقض به على تعريف البيع - أنّ الصلح عبارة عن صرف رفع اليد و الإعراض عما يتعلّق هو به مالا أو حقاً محققاً أو محتملاً. فالعوض فيما إذا كان معاوضياً إنّما هو في مقابل الإعراض و رفع اليد عن متعلقه المحقق أو المحتمل و بإزائه، و هو - أي: الإعراض - في المقام معلوم، و احتمال عدم وجوده حين الإعراض لا يمنع عن تحقق الإعراض على تقدير وجوده.

و بالجملة، و إن كان لا بد في الصلح المعاوضي من شيء يقع العوض بإزائه، إلّا أنّه إن أُريد من ذاك الشيء متعلق الصلح و ما يتعدى إليه بكلمة «عن» فعدم العلم بتحقيقه مسلّم، إلّا أنّ ما ذكره من اللابديّة ممنوع. و إن أُريد منه نفس التجاوز عن متعلق الصلح و الإعراض عنه - الذي هو مدلول مادّة الصلح و مفهومها - فما ذكره من اللابديّة مسلّم، و لكن عدم العلم بتحقيقه ممنوع. و دعوى أنّ نفس الصلح و التجاوز و الإعراض عن شيء محقق أو محتمل لا يقابل بالمال يكذبها رغبة العقلاء فيه، و لانعني ممّا يصحّ أن يقابل بالمال إلّا هذا، فتدبر جيّداً. و على ما ذكرنا ليس لحق الخيار دخل في المعوض و ربط به حتّى يقسّط الثمن عليه فيما إذا ضمّ شيئاً إليه، بل تمام المعوض في الصلح المعاوضي في جميع الموارد هو نفس الصلح، فعند المعوض فيه الموجب لاسترداد العوض منحصر ببطلان الصلح و عدم وقوعه.

آخر للمنع مختص بهذا الخيار و خيار الرؤية، و هو لزوم الغرر (٤١٥٩)

٤١٥٩. مقدمة: لا يخفى عليك أن الغرر - على ما يظهر من التأمل في موارد استعمال هذه المادة و مشتقاتها - هو الخديعة و الإيقاع في المكروه و الهلاك إن كان مأخوذاً من: غره يغره متعدياً، و الانخداع و الوقوع فيه إن أخذ من: غر يغر لازماً. و أما الاعتماد و الوثوق على شيء بطمع ما يحبه من آثاره غفلة عن أنه قد لا يترتب عليه إلا ما يكرهه و يسوؤه - و لو بنحو من العناية و التنزيل - فهو من أسبابه، أي: الغرر، كما أن الهلاك أو الإشراف عليه من لوازمه و آثاره، فتفسيره بالخطر كما عن جماعة من أرباب اللغة - المفسر بالإشراف على الهلاك كما في الجمع - من قبيل تفسير الشيء بلازمه و أثره المترتب عليه. كما أن تفسيره بالغفلة - كما في كلام بعض أهل اللغة - من قبيل تفسيره بما هو من قيوده و مقوماته، لأن الخدع و الانخداع لابد في تحقق مفهومهما من الغفلة عن الواقع. و تفسيره بعمل لا يؤمن معه من الضرر - كما في المروي عن أمير المؤمنين عليه أفضل الصلاة و السلام - من قبيل تفسير الفعل التوليدي بما يتولد منه، كفسر التعظيم بالقيام.

و بالجملة، نقول: إن معنى الغرر هو ما ذكرنا من الخدع و الانخداع، لا الغفلة أو الخطر أي: الإشراف على الهلاك، و إنما الأول منهما مقدمة من مقدماته، و الثاني أثر من آثاره.

و حينئذ نقول: إن الغرر في قوله: «نهى النبي ﷺ عن الغرر» خالياً عن لفظ البيع لاريب في أنه - بمعنى الخديعة - مأخوذ من «غره» متعدياً، إذ الانخداع من جهة أنه أمر غير اختياري لا يصح تعلق النهي به، فليكن كذلك فيه و مشتملاً عليه. و يمكن فيه أن يكون بمعنى الانخداع قد أخذ من «غره» لازماً. و على كل حال، لا يعم غير صورة الغفلة، أعني: صورة الجهل المركب بترتب ما لا يتوقعه من الشيء من المكروه و الهلاك. نعم، يعم جميعها لو كان بمعنى الخطر، كما فسره غير واحد من أرباب اللغة و الفقه، ضرورة وجود الخطر - أي: الإشراف على الهلاك، أي: الوقوع في المكروه - في جميعها، إلا أنه خلاف الظاهر بلا قرينة عليه، إذ قد مر أن الخطر من لوازم المعنى الحقيقي لانفسه، فإرادته لابد و أن يكون بطور التكنية، و الكناية على تقدير كونها حقيقة - كما هو الحق - لاشبهة في أنها خلاف الظاهر المحتاج إلى نصب القرينة المفقودة، و فهم الأصحاب لا يصلح لذلك، فتأمل.

و على تقدير التنزل و تسليم إرادة الخطر منه في النبوي لا إشكال في أن المراد منه فيه

بقريئة لفظ البيع هو الخطر و الهلاك المالي، أعني: هلاك الثمن. فهل المراد منه هلاك تمام الثمن، فلا يعمّ إلا صورة الجهل بأصل وجود الثمن، أو الجهل بوصوله إلى يده مع العلم بوجوده، كما في مورد الجهل بالقدرة على التسليم، أو أعمّ منه و من هلاك بعضه، فيعمّ صورة الجهل بالصفات كمّا وكيفاً؟ فيه وجهان، لعلّ الأوّل هو الأظهر، و ذلك لأنّ الأصل في اللام و إن كان هو الجنس، فبإطلاقه يعمّ هلاك البعض، إلّا أنّه يرفع اليد عنه بموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله. قال عليه السلام: لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً فيقول: أشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا وكذا درهماً، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقد فيما اشترى معه» حيث إنّ مقتضاه أنّه لا بأس بهلاك بعض الثمن، و أنّ الممنوع منه هو هلاك تمامه. و دعوى عدم هلاك شيء من الثمن في موردها، حيث إنّ المثلث هو خصوص الضميمة، و تملك الآبق إنّما هو على وجه التبعية باشتراط و نحوه، مدفوعة بأنّه خلاف الظاهر، إذ قوله: «أشتري منك هذا الشيء و عبدك...» - بمقتضى العطف بالواو - ظاهر في أنّ المثلث هو المجموع المركّب منه و من الضميمة. و لاداعي إلى التصرف فيه بما ذكر إلّا إطلاق الغرر، و لاحجية فيه مع وجود الموثقة، لكون ظهورها أقوى.

و ممّا ذكرنا يظهر السرّ فيما يظهر من الانتصار من خروج البيع بالضميمة عن الغرر، حيث أنّه فهم من الغرر في الخبر هلاك التمام، و إلّا فلو كان المراد منه الأعمّ منه و من هلاك البعض فلا مجال لنفي الغرر بالضميمة، ضرورة وجوده معه بالقياس إلى بعض الثمن. و يقرب ما ذكرناه من الاختصاص عدم عدّهم البيع الغبني من أفراد الغرر، و عدم احتمال أحد منهم البطلان فيه لأجله. نعم، يعبده* - بل ينافيه - جهلهم الجهل بالصفات كمّا وكيفاً و الجهل بالمقدار - و نحو ذلك ممّا يكون الخطر و احتمال الهلاك فيه بالنسبة إلى بعض الثمن لا كلّ - من أفراد الغرر، و لذا حكموا بالبطلان فيه من جهة الغرر. لكن هذا إشكال وارد عليهم على كلّ حال، إذ لو اختصّ بهلاك التمام فلا غرر في مورد الجهل بالمقدار و الصفات مثل مورد الغبن، و إن عمّ لهلاك البعض فيثبت الغرر في مورد الغبن فيبطل. و التحقيق ما عرفت من الاختصاص بقريئة الموثقة، فلا غرر في المقامين، فلا يبطل لأجله فيهما.

و إذا عرفت ما ذكرنا من المقدّمة، و رفعت اليد عمّا هو كالجلبلي من التقليد

* كذا في الطبعة الحجرية. والظاهر أنّها تصحيف: عدّهم.

من اشتراط إسقاطه. قال في الدروس في هذا المقام ما لفظه: و لو اشتراط رفعه أو رفع خيار الرؤية، فالظاهر بطلان العقد؛ للغرر (٤١٦٠)، انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين: بأن الغرر في الغبن سهل الإزالة (٤١٦١). و جزم الصيمري في غاية المرام بطلان العقد و الشرط، و تروّد فيه المحقق الثاني، إلا أنه استظهر الصحة. و لعلّ توجيه كلام الشهيد (٤١٦٢) هو: أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالية المبيع كالجهل بصفاته؛ لأن وجه

للسلف رضوان الله عليهم فيما قالوا و الميل إلى ما إليه مالوا، من دون الدقة في أنهم أخطوا أو أصابوا، تعرف أنه لاغرر أصلاً في المعاملة الغبنية لولا الخيار - وكذا في مورد تخلف الوصف - حتى يحتاج إلى دفعه بجعل الخيار، و يلزم عوده باشتراط سقوطه. هذا، مع أنه على تقدير صدق الغرر و الخطر - بأن يراد منه مطلق الهلاك و لو البعض - لا يرتفع بالخيار الذي هو حكم شرعي، ضرورة عدم انقلاب الموضوع بحكمه. و على تقدير تسليم ارتفاعه به لا يلزم من اشتراط سقوطه عدم الغرر، لما ستقف عليه فيما بعد إن شاء الله تعالى.

٤١٦٠. قد عرفت أن الغرر الممنوع منه في البيع هو خصوص احتمال هلاك تمام الثمن، نظراً إلى تقييد إطلاق النبوي بالمؤنّة المتقدّمة، فالغرر اللازم من اشتراط عدم الخيار فيهما إنما هو الغرر و الهلاك في بعض الثمن، وهو لا يمنع عن الأخذ بالعمومات و الإطلاقات المقتضية لصحة المعاملة، لاختصاص النبوي بغيره. و بالجملة، الغرر المانع غير لازم، و اللازم غير مانع. و على تقدير عموم الغرر المانع لذلك فالظاهر البطلان و لو لم يشترط سقوط الخيار لأجل الغرر، لأن الغرر لا يرتفع بالخيار و إلاً يلزم صحة كلّ معاملة غررية مع ثبوت الخيار.

٤١٦١. الظاهر إرادة إزالة الغرر بعد تحقّقه، و عليه لا ريب في فساد هذا الاحتمال، لأن الغرر بعد أن تحقّق أوجب البطلان، و لا أثر لسهولة الإزالة و صعوبتها.

٤١٦٢. قد تضمّن كلام الشهيد رحمته الله بالنسبة إلى مورد خياري الغبن و الرؤية أموراً: أحدها: ثبوت الغرر الموجب للبطلان في موردهما لولا الخيار. ثانيها: اندفاع الغرر بالخيار. و ثالثها: عود الغرر باشتراط سقوط الخيار و المصنّف رحمته الله من بين هذه الأمور تعرّض لتوجيه خصوص الأوّل بالنسبة إلى الغبن بقوله: «و لعلّ توجيه...». و محصّله: أن الغرر في البيع الغبني بلحاظ الجهل بمقدار المالية إنما هو كالغرر بلحاظ الجهل بالصفات في الإبطال لولا الرفع، لأن الوجه... إلى آخر ما ذكره في المتن. ثمّ ردّه بقوله: «لكنّ الأقوى الصحة...».

كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه إلى الجهل بمقدار مآليته؛ و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التي لا مدخل لها في القيمة. لكن الأقوى الصحة (٤١٦٣)؛ لأن مجرد الجهل بمقدار المآلية لو كان غرراً، لم يصح البيع مع الشك في القيمة، و أيضاً فإن ارتفاع الغرر (٤١٦٤)

و أما الثاني فلم يتعرض لتوجيهه، بل استشكل عليه ابتداءً بقوله: «و أيضاً فإن ارتفاع...». و أما الثالث فلم يتعرض له لاتوجيهها و لارداً، و لكنه يعلم بما يذكره.

و أما بالنسبة إلى خيار الرؤية فقد تعرض لتوجيه خصوص الثالث بقوله: «و أما خيار الرؤية فاشتراط سقوطه...» أولاً، و استشكل عليه بقوله: «مع احتمال الصحة...» أخيراً. و الأول منها - و هو مسألة الغرر - مسلمة لاجابة إلى التوجيه حتى يتعرض له. و أما الثاني - و هو ارتفاعه بالخيار - فهو محتاج إلى التوجيه، و لم يتعرض له هنا إلا أنه يفهم رده من قوله: «إذ لا يجدي...».

٤١٦٣. نعم، و لكن لا لما يظهر منه ^{للشك} من نفي الغرر مع الجهل بمقدار المآلية، فإنه غرر قطعاً، بل لما ذكرنا من عدم منعه عن الصحة، لأجل إطلاق أدلتها، لأجل خروجه عن النبوي المقيّد لها بقريّة الوثيقة المتقدمة بما عرفت من التقريب.

٤١٦٤. في العبارة قصور، لأجل احتياجها إلى المعادل لقوله: «ليس لأجل الخيار...» إلى آخره، مثل قوله: بل لأمر كذا موجود مع الجهل بمقدار المآلية مطلقاً حتى فيما لا يكون هناك خيار، كما فيما أقدم على الغبن المحتمل، لأن الظاهر من سياق العبارة أن هذا وجه آخر للصحة بعد التنزل عما سبق و تسليم أن الجهل بمقدار المآلية غرر يقتضي البطلان. يعني: سلمنا أنه غرر يوجب البطلان لولا الرفع، إلا أن الرفع له ليس هو الخيار حتى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، و إلا فلو كان هو الخيار لم يصح البيع أصلاً حتى مع الخيار، لأن مجرد الخيار لا يجدي في رفع الغرر، لأنه حكم شرعي لا يرتفع به الغرر، ضرورة وجود الخطر و احتمال هلاك بعض المال مع الجهل بمقدار المآلية، بل لأجل أمر كذا موجود مع الجهل أيضاً. ثم إن الشأن في وجود هذا الأمر الآخر الرفع، فالأولى ترك كلمة «و أيضاً» و جعل هذا تعليلاً لعدم صحة البيع الذي حكم به في السابق على تقدير الغررية، بأن يقول: فإن ارتفاع الغرر لو كان لا يمكن أن يرتفع بالخيار، إذ لا يجدي... إلى آخر ما ذكره، فيرتب عليه عدم الصحة لأجل الغرر المفروض وجوده، لعدم الرفع له بالفرض، لأن الخيار غير قابل لرفعه، و ليس هناك شيء آخر يرفعه،

عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، وإلا لم يصح البيع، إذ لا يجدي في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار؛ لأنه حكم شرعي لا يرتفع به موضوع الغرر، وإلا لصح كل بيع غرري على وجه التزلزل و ثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده و المتعذر تسليمه.

و أما خيار الرؤية، فاشتراط سقوطه راجع إلى إسقاط اعتبار ما اشترطه من الأوصاف في العين الغير المرئية، فكأنهما تبايعا سواء وجد فيها تلك الأوصاف أم لا، فصحة البيع موقوفة على اشتراط تلك الأوصاف، و إسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان. مع احتمال الصحة هناك أيضاً؛ لأن مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشترطه من الأوصاف، و لاتنافي بين أن يقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل (٤١٦٥). و سيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية. وكيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن من حيث لزوم الغرر؛ إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غرر.

الثالث: تصرف المغبون (٤١٦٦)

لكنه صحيح، فالجهل بمقدار المالبية ليس بغرر كغيره من الغرر

٤١٦٥. لعله إشارة إلى ما ذكره في مسقطات خيار الرؤية من التنافي بين الأمرين. و تحقيق المطلب هناك إن شاء الله.

٤١٦٦. لا بأس بتأسيس الأصل ليرجع إليه بعد عدم الدليل على السقوط به و عدمه. فاعلم أن الأصل فيما إذا شك في انقلاب الجواز الثابت في الجملة بأحد الأدلة المتقدمة إلى اللزوم و عدمه - من جهة التصرف أو غيره - هل هو اللزوم أو الجواز؟ يختلف الحال فيه حسب اختلاف مدرك الحكم باللزوم في الشك في لزوم العقد و جوازه، فإن قلنا بصحة الاستدلال عليه بآية الوفاء - كما هو المعروف في ألسنة الأصحاب - ففيه وجهان مبنيان على أن المرجع في أمثال المقام هو العموم أو استصحاب حكم المخصص، أظهرهما عندي أولهما، و ستطلع على وجهه عن قريب إن شاء الله. و إن قلنا بعدم - كما هو التحقيق عندي، لما بسطنا الكلام في وجهه في أوائل الخيارات عند التكلّم في تأسيس الأصل في البيع من حيث اللزوم و الجواز، و أن مدركه الاستصحاب، فراجع - فقضية الاستصحاب هو الجواز،

لانقطاع اللزوم الثابت بالأصل الأولي بالقطع بثبوت الجواز.

و توهم تبدل الموضوع بلحوق التصرف - بدعوى أنه العقد الغبي المقيد بعدم لحوقه، لأن التصرف اللاحق منوع للعقد إلى الملحق بالتصرف و إلى غيره، و الثابت فيه الجواز هو الثاني، و أما الأول فهو موضوع آخر يشك في ثبوت الجواز فيه من أول الأمر - فاسد جداً، لأن الميزان في تعيين الموضوع في الاستصحاب هو العرف، و هو في المقام حاكم بأن موضوع الجواز هو صرف العقد، و التصرف على تقدير تأثيره في انتفاء الجواز إنما هو رافع صرف.

فعلى المبنى الأول في لزوم العقد - و هو آية وجوب الوفاء به - لابد من إقامة الدليل على الجواز في مورد الشك كمورد التصرف، و إلا فيحكم باللزوم، لأجل ما ذكره المصنف من إطلاق معاهد الإجماع على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، و لا لعموم العلة المستفادة من النص في خيار الحيوان. أما الأول فلقوة احتمال أن يكون نظرهم إلى مسألة عموم العلة، فلا يكون حينئذ شيئاً آخر وراء ذلك. و أما الثاني فلمنع العلة فيه فضلاً عن عمومها، و إنما هو جواب للشرط المذكور فيه، فيكون حكماً شرعياً تبعدياً، فيختص بمورده. و قد مرّ شرح الكلام في ذلك في مسقطات خيار الحيوان، فلاحظ و تأمل. هذا، مضافاً إلى أن المذكور في النص هو إحداث الحدث، و هو أحص من التصرف. بل لأجل إطلاق الآية المانع عن الرجوع إلى الاستصحاب كما أشرنا إليه، و سيأتي وجهه، إذ ليس هنا دليل يدل على الجواز كي يرفع به اليد عن إطلاقها، لأنه إما إطلاق خير تلقى الركبان، و فيه - بعد تسليم دلالة على ثبوت الخيار في مورده لأجل الغبن - منع الإطلاق من هذه الجهة. و إما إطلاق حديث نفي الضرر، و فيه أيضاً منع الإطلاق، مضافاً إلى ما تقدّم من أنه أجنبي عن إفادة ثبوت الجواز في العقد فضلاً عن الخيار. هذا بناءً على المبنى الأول من صحة الاستدلال بالآية على اللزوم.

و أما على الثاني فلا بد من إقامة الدليل على اللزوم بعد التصرف على خلاف استصحاب الجواز الثابت قبله حسب الفرض. و لادليل عليه إلا إطلاق معاهد الإجماع على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازة، و عموم العلة المستفادة من بعض نصوص خيار الحيوان. و قد مرّ ما فيهما. بل يدل على الجواز إطلاق حديث التلقي لو تمت مقدمات الحكمة، إلا أن الشأن في تماميتها كما أشرنا إليه.

لا يقال: بناءً على أن مدرك الجواز هو حديث نفي الضرر لا مجال للاستصحاب، لأن

بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة بعد علمه بالغبن. و يدلّ عليه ما يدلّ على سقوط
خيارى المجلس و الشرط به مع عدم ورود نصّ فيهما و اختصاص النصّ بخيار الحيوان و هو:

الإقدام على الغبن بملاحظة مسألة الورد مورد الامتنان يمنع عن جريانه بقاء كما يمنع عنه
حدوثاً لا خصوص الثاني. و أمّا بالنسبة إلى الأول فهو إمّا ساكت فيستصحب الجواز، أو مطلق
فيكون دليلاً عليه.

فإنه يقال أولاً: إنه نعم و إن كان الأمر كما ذكرت إلاّ أنّه لا يجدي إلاّ بعد ضمّ كون
التصرّف بما هو هو إقداماً على الغبن، و هو و إن زعمه المصنّف أنّه ممنوع عليه.

و ثانياً: إنه لا يجدي أيضاً و لو قلنا بأنّه إقدام عليه، حيث إنّ الحديث لا يفيد إلاّ عدم
جريان نفي الضرر مع الإقدام بقاء، و أنّ مورد الإقدام بحسب الحكم كما لو لم يكن في العالم
حديث نفي الضرر، و هذا بمجرّده لا يكفي في المنع عن الاستصحاب، بل لابدّ فيه معه من
كون الحكم في المورد لولا الحديث هو اللزوم، و لا يكون كذلك إلاّ بناءً على صحّة الاستدلال
على اللزوم بالآية، و هو خلاف المبني، إذ الكلام فعلاً مبنيّ على عدم صحّته و أنّ مدرك اللزوم
هو الاستصحاب، و عليه لا يحصى في المقام عن استصحاب الجواز، لانقطاع الحالة السابقة
بثبوت الجواز على الفرض.

و ممّا ذكرنا على المبني الثاني يعلم الحال بناءً على كون مدرك اللزوم و الجواز هو بناء
العرف و العقلاء، و أنّ المرجع بعد التصرف هو استصحاب الجواز الثابت بنائهم عليه قبله
فيما إذا شكّ في بنائهم على الجواز معه أو اللزوم. هذا كلّه فيما إذا لم يكن هناك ما يدلّ على
كون التصرف التزاماً بالبيع، و إلاّ فيلزم به بناءً على أنّ الثابت في مورد الغبن هو الخيار بمعنى
ملك فسخ العقد و إيجابه، و وجهه واضح. و أمّا بناءً على أنّ الثابت فيه هو صرف الجواز،
كما هو قضية الاستناد إلى حديث نفي الضرر، فكذلك لو كان المنفي به وجوب الوفاء الثابت
باطلاق الآية المبني على دلالتها على اللزوم، إذ مع إمضاء البيع الملازم للإقدام على الضرر من
حين الإمضاء لا يجري الحديث، فيرجع إلى إطلاقها مقتضي للزوم. و أمّا لو كان المنفي به دليل
استصحاب بقاء الأثر و عدم تأثير الفسخ لو فسخ - المبني على عدم دلالتها عليه - فيشكل
اللزوم به، فتأمل جيّداً. و من التأمّل فيما ذكرنا يظهر النظر في مواقع من كلام المصنّف، منها
التمسك في لزوم المعاملة بالتصرف بإطلاق معاقده الإجماع و عموم العلة.

إطلاق بعض معاهد الإجماع بأن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه إجازةً وفيما انتقل عنه فسخ،
 و* العلة المستفادة من النص في خيار الحيوان المستدل بها في كلمات العلماء على السقوط،
 و هي الرضا بلزوم العقد، مع أن الدليل هنا إما نفي الضرر و إما الإجماع، و الأول منتف،
 فإنه كما لايجري مع الإقدام عليه، كذلك لايجري مع الرضا به بعده. و أما الإجماع فهو غير
 ثابت مع الرضا، إلا أن يقال: إن الشك في الرفع لا الدفع (٤١٦٧) فيستصحب،
 فتأمل (٤١٦٨) أو ندعي أن ظاهر قولهم فيما نحن فيه: «إن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف»

.....

٤١٦٧. هذا الاستدراك راجع إلى قوله: «مع أن الدليل هنا - أي: الدليل على ثبوت
 الخيار في مورد التصرف بعد العلم بالغبن - إما نفي الضرر...». كما أن ما عطفه عليه بقوله:
 «أو ندعي...» استدراك عما ذكره بقوله: «و يدل عليه...». يعني: إلا أن يدفع ما استدللنا
 به على السقوط بالتصرف من الأمرين. أما الثاني فبأن يقال: إن الشك في مورد التصرف في
 ارتفاع الخيار الثابت قبله به، لأن موضوع الخيار هو العقد الموجود في حال التصرف مثله حال
 عدمه، لا في حدوث الخيار لأجل الغبن بعد التصرف كحدوثه قبله، كي يكون موضوعاً آخر
 للخيار قبل العقد المحرّد عن حقوق التصرف، فيحتاج إلى دليل آخر على حدوثه مثله قبله،
 فيقال بانتفائه بالتقريب الذي ذكره. فمراده من الدفع عدم حدوثه في مورد التصرف المتوقّف
 على جعله موضوعاً على حدة. و أما الأول فبأن قولهم بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف شامل
 لما إذا وقع بعد العلم بالغبن...، فيقيّد به إطلاق معاهد الإجماع، و يخصّص به عموم العلة
 المستفادة من بعض نصوص خيار الحيوان. و لاينافي ذلك العطف بـ «أو» في قوله: «أو ندعي»
 لأنها لمنع الخلوّ، فتدبر. ثم إن المراد من التصرف في قولهم ذلك هو ما يمكن معه الردّ، كما
 يشهد له عبارة التحرير الآتية في المسقط الرابع: «و لا يسقط الخيار - يعني: خيار المغبون -
 بالتصرف مع إمكان الردّ». فلاينافي ما يذكره هناك من سقوطه بالتصرف الناقل. و المشار إليه
 بـ «ذلك» في آخر العبارة عدم السقوط بالتصرف مطلقاً حتّى بعد العلم بالغبن.

٤١٦٨. لعلّه إشارة إلى المناقشة في الاستصحاب مع كون الشك في الرفع، بأن الإقدام
 على الضرر كما يمنع عن حدوث الجواز به كذلك يمنع عن بقائه، و مع هذا لايجال

شموله للتصرف بعد العلم بالغبن، و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك.

لكن الإنصاف عدم شمول التصرف في كلامهم (٤١٦٩) لما بعد العلم بالغبن، و غرضهم من تخصيص الحكم (٤١٧٠) بهذا الخيار أن التصرف مسقط لكل خيار و لو وقع قبل العلم بالخيار كما في العيب و التدليس سوى هذا الخيار. و يؤيد ذلك ما اشتهر (٤١٧١) بينهم: من أن التصرف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزم؛ لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الرد، و إنما يثبت الأرض في خصوص العيب لعدم دلالة التصرف على الرضا بالعيب. وكيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتبع في كلامهم. نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك (٤١٧٢) عدا ما حكى عن صاحب المسالك^{٢١} و تبعه جماعة، مع أنه إذا اقتضى الدليل (٤١٧٣) للسقوط فلا ينبغي الاستشكال من جهة ترك التصريح، بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم، مع حكمهم بسقوط خيار التدليس و العيب بالتصرف قبل العلم. و الاعتذار بالنص إنما يتم في العيب دون التدليس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص، و مقتضى القاعدة



للاستصحاب، لحكومة الحديث عليه. و فيه: أنه لو كان التصرف إقداماً عليه - و قد مرّ منعه - فلا مانع عن الاستصحاب. و قد يشار إلى أن الشك في المقتضي، و فيه منع واضح.

٤١٦٩. يعني بما قولهم بأن هذا الخيار لا يسقط بالتصرف.

٤١٧٠. يعني: الحكم بعدم السقوط بالتصرف.

٤١٧١. وجه التأيد هو تخصيصه بخياري العيب و التدليس، إذ لو كان ثابتاً في خيار

الغبن لما خصّوه بهما.

٤١٧٢. يعني: السقوط بالتصرف بعد العلم بالغبن الذي هو عنوان البحث. و هذا هو

المراد من متعلّق الاستشكال و الدليل في ذيل الكلام المحذوف من العبارة مثل قوله: فيه.

٤١٧٣. يعني بالدليل على السقوط بالتصرف بعد العلم إطلاق معقد الإجماع و عموم

العلّة، و قد مرّ الإشكال فيهما.

في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد. و التحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعدة عدم السقوط (٤١٧٤)؛ لبقاء الضرر، و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمّل الضرر. نعم، قد ورد النصّ في العيب على السقوط، و ادّعي عليه الإجماع، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش و إن كان نفس إمساك المعيب* قد يكون ضرراً، فإن تمّ دليل في التدليس أيضاً، قلنا به، و إلّا وجب الرجوع إلى دليل خياره (٤١٧٥).

ثم إن الحكم بسقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبني على ما تقدّم في الخيارات السابقة: من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، و إلّا كان اللازم في غير ما دلّ فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرف، الرجوع إلى أصالة بقاء الخيار.

الرابع من المسقطات: تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق. فإن المصرّح به في كلام المحقّق^{٢٢} و من تأخّر عنه هو سقوط خياره حينئذٍ، و قيل: إنه المشهور. و هو كذلك بين المتأخّرين. نعم، ذكر الشيخ^{٢٣} في خيار (٤١٧٦) المشتري مراجعة عند كذب البائع: أنه لو هلك السلعة أو

٤١٧٤. نعم، لو كان مناط الجواز حديث الضرر. و أمّا لو كان المستند فيه الإجماع - كما اختاره فيما سبق - فمقتضى القاعدة هو السقوط و اللزوم، لإطلاق الآية لو كان هو المستند في لزوم العقد، لوجوب الرجوع إليه لا إلى استصحاب حكم المخصّص على التحقيق. نعم، لو كان المستند في اللزوم هو الأصل فمقتضى القاعدة هو الجواز و عدم السقوط للاستصحاب.

٤١٧٥. فإن كان له إطلاق أخذ به، كما إذا كان مدرك الخيار حديث التلقّي أو حديث الضرر على إشكال في إطلاق الأوّل، و إلّا - بأن كان مدركه الإجماع - فيرجع إلى أصالة بقاء الجواز و الخيار.

٤١٧٦. هذا استدراك عمّا يستفاد من قوله: «و هو كذلك بين المتأخّرين» و هو تأمله في الشهرة بين المتقدّمين، نظراً إلى عدم عنوانهم المسألة، كما هو قضية قوله: «فإن المصرّح به في كلام المحقّق و من تأخّر عنه...»، لما سيصرّح به فيما بعد بقوله: «و الظاهر عدمه - أي: عدم الإجماع - لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقّق...»،

* في بعض النسخ بدل «المعيب»، العين.

تصرّف فيها، سقط الردّ^{٢٣}. و الظاهر اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع المقاصد في شرح قول الماتن (٤١٧٧): «و لا يبطل* الخيار بتلف العين» فراجع. و استدلّ على هذا الحكم في التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك، و هو بظاهره مشكّل؛ لأنّ الخيار غير مشروط عندهم بإمكان ردّ العين. و يمكن أن يوجّه بأنّ حديث «نفي الضرر» لم يدلّ على الخيار، بل المتيقّن منه جواز ردّ العين (٤١٧٨) المغبون فيها،

حيث إنّ المقصود به قوله في صدر المسألة: «فإنّ المصرّح به...»، يعني: قول المتقدّمين بذلك لم يثبت إلّا من الشيخ^{رحمته}، فإنّه ذكر... .

٤١٧٧. يعني بقول الماتن ما ذكره في الفرع الأوّل من الفروع التي ذكرها في ذيل المطلب الثاني الذي عقده لأجل بيان أحكام الخيار، و هو قوله: «لا يبطل الخيار بتلف العين، فإن كان مثلياً طالب صاحبه بمثله، و إلّا القيمة» انتهى، إذ ليس في باب خيار الغبن من هذه العبارة عين و لا أثر، فالصحيح «لا يبطل» بدل «لا يسقط». و مراده من كلام جامع المقاصد الذي يظهر منه اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن قوله في ذيل ما ذكره في شرح العبارة: «إلّا أنّ التردّد في كلامه السابق في فروع المراجعة في ثبوت الخيار للمشتري المكذوب في الإخبار برأس المال ينافي الحكم بانفساخ العقد» انتهى. وجه الظهور: أنّه لو لم يكونا متّحدين لما كان وجه للتنافي، بداهة توقّفه على اتّحاد موضوع الحكمين المتنافيين.

٤١٧٨. قضية ما صرّح به سابقاً عند التكلّم في دلالة الحديث على الخيار أنّ المتيقّن منه التسلّط على الفسخ عند عدم بذل التفاوت، فيكون دليلاً على جواز الفسخ عند امتناع ردّ العين، فيرجع إلى بدلها. و أيضاً ردّ العين بدون فسخ العقد لا يجوز له. إلّا أن يقال: إنّ مراده أنّ المتيقّن منه جواز فسخ العقد مع إمكان ردّ العين، فلا دلالة له على الجواز مع الامتناع. و فيه: أنّ اشتراط إمكان ردّها في فسخ العقد المدلول عليه بالحديث بخلاف ظاهر إطلاقه بلا دليل عليه، حيث إنّ المنفيّ به هو لزوم العقد، كما هو قضية حكومته على أدلّة الأحكام، و لازمه جواز العقد و قابليّته لأنّ يفسخ بالفسخ، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين صورتي إمكان الردّ و عدمه. و بالجملة، لا مجال لهذا التوجيه، لأنّ مفاد الحديث و إن لم يكن ثبوت الخيار، إلّا أنّ

* في بعض النسخ بدل «لا يبطل»، لا يسقط.

فإذا امتنع ردّها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، و تضرّر المغبون من جهة زيادة الثمن معارضٌ بتضرّر الغابن (٤١٧٩) بقبول البدل، فإنّ دفع الضرر من الطرفين إنّما يكون بتسلّط المغبون على ردّ العين، فيكون حاله من حيث إنّ له القبول و الردّ حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أنّ له أن يشتري و أن يترك، و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه؛ مع أنّ إخراج المغبون العين عن ملكه التزامٌ بالضرر، و لو جهلاً منه به.

هذا، و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد^(٢٤) في اللمعة^{٢٤} بما توضّحه: أنّ الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابتٌ مع التصرف، و التصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه؛ لما عرفت من أنّ الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلّا صورة الإقدام عليه عالماً به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برّد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه، و فوات خصوصيّة العين على الغابن ليس ضرراً؛ لأنّ العين* إن كانت مثليّة فلا ضرر بتبدّلها بمثلها، و إن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادة قيمتها، فلا ضرر أصلاً، فضلاً عن أن يعارض به ضرر زيادة الثمن على القيمة، خصوصاً مع الإفراط في الزيادة. و الإنصاف أنّ هذا حسنٌ جداً، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم إجماعياً. أقول: و الظاهر عدمه؛ لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقّق فيما تتبعت.

ثمّ إنّ مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف بين البائع و المشتري. قال في التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون بايعاً كان أو مشترياً - : «و لا يسقط

مفادّه ثبوت الجواز للعقد و نفي اللزوم عنه، فمتعلّق الجواز هو العقد على كلّ تقدير، سواء كان جوازاً حقياً المعبر عنه بالخيار أو كان حكماً، فلا فرق بينهما من تلك الجهة. نعم، بينهما فرق من حيث جواز الإسقاط و الصلح عنه على الأوّل دون الثاني.

٤١٧٩. لازم التعارض بينهما - لو أغمض النظر عن الخدشة في كون قبول البدل ضرراً على الغابن بما ذكره المصنّف^(٢٥) بعد هذا بقوله: «و فوات خصوصيّة الغبن...» - إنّما هو ترجيح أقوى الضررين، و لا ريب أنّ ضرر المغبون أكثر و أقوى، سيّما إذا كان الغبن أكثر و كانت العين مثليّة.

الخيار بالتصرف مع إمكان الرد»^{٢٥}، و مقتضى إطلاقه (٤١٨٠) عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فكّ الملك كالتق و الوقف و بين المانع عن الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاد، بل و يعمّ التلف. و عن جماعة: تخصيص العبارة بالمشتري (٤١٨١). فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا يعرف له وجه، إلا أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعني نفي الضرر، فيقتصر على مورد الإجماع.

ثم إن ظاهر التقييد (٤١٨٢) بصورة امتناع الردّ و ظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرح به جماعة^{٢٦}: من أن الناقل الجائر لا يمنع الردّ بالخيار إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات الغير الموجبة للخروج عن الملك فعلاً. و هو حسن؛ لعموم نفي الضرر، و مجرّد (٤١٨٣) الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن. و لو اتفق زوال المانع كموت ولد أمّ الولد و فسخ العقد اللازم لغيب أو غبن، ففي جواز الردّ وجهان (٤١٨٤):

٤١٨٠. يعني: إطلاق مفهوم قوله ﷺ: «مع إمكان الردّ». ثم إن الظاهر عدم مراجعة المصنّف عبارة التحرير و إلاّ لم يعبر بهذا، فإنّها صريحة في عدم الفرق، و لاحتاجة فيه إلى الإطلاق، فإنّه قال: «و لا يسقط الخيار بالتصرف مع إمكان الردّ، فلو نقله بيع و شبهه بطل خياره، وكذا لو استولد الأمة». انتهى.

٤١٨١. يعني: تخصيص الخيار في عنوانهم بخيار المشتري، فلا يسقط خياره بالتصرف مع إمكان الردّ، و يسقط مع امتناعه. و هذا - أي: السقوط بالتصرف مع امتناع الردّ - هو المراد من الحكم في قوله: «فإن أرادوا - يعني: هؤلاء الجماعة - قصر الحكم عليه، أي: المشتري».

٤١٨٢. يعني: التقييد به في عبارة التحرير، و التعليل في عبارة التذكرة.

٤١٨٣. يشكل ذلك فيما لو كان مدرك السقوط بالتصرف الناقل هو كونه التزاماً بالضرر، إذ عليه لافرق بين لزوم الناقل و جوازه في السقوط، كما أنّه لافرق بينهما في عدم السقوط لو لم يكن التصرف التزاماً به و إقداماً عليه، كما أنّ الأمر كذلك فيما إذا كان قبل العلم بالغبن الذي هو محلّ البحث.

٤١٨٤. أقواهما هنا و في الفرع الآتي عدم جواز الردّ، لاستصحاب سقوط الخيار

من أنه متمكّن حينئذ (٤١٨٥)، و من استقرار البيع. و ربّما يُنيان على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يُعد. وكذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد، و عدم الخيار هنا أولى؛ (٤١٨٦) لأنّ العود هنا بسبب جديد، و في الفسخ برفع السبب السابق.

الثابت قبل زوال المانع.

٤١٨٥. يعني من أن موضوع الجواز في البيع الغبني هو ردّ العين المقيد عقلاً بإمكانه فيحوز، لأنّه متمكّن من الردّ بعد زوال المانع، و من أن موضوعه نفس البيع، و جواز الردّ من آثار جوازه إذا فسخه، فلا يجوز الردّ، لاستقرار البيع و لزومه بطرؤ المانع الموجب لارتفاع جوازه الذي هو من آثاره. و الأوجه بناءً على سقوط الخيار بالتصرّف المانع عن الردّ هو الثاني، لما تقدّم من أن متعلّق الجواز هو العقد على كلّ من تقديري كونه حقاً و حكماً، لكن في غير أمّ الولد المفروض موت ولدها، و أمّا فيها فالأوجه جوازه، لمنع استقرار البيع بالاستيلاد، بل يكون مراعى بعدم موت الولد حين الفسخ، فتأمل.

٤١٨٦. الأوليّة مبنية على أنّه يعتبر في الفسخ أن تكون الملكية الراجعة من المنقول إليه إلى المنقول عنه عين تلك الملكية التي حصلت للمنقول إليه بالعقد، و هذا الشرط بالقياس إلى فسخ العقد الغبني منتفٍ في صورة رجوع العين المغبون فيها إلى المغبون بالشراء بعد بيعه أو نحوه من أسباب تحدّد الملك، لأنّ ملكيّة المغبون له ثانياً في تلك الصورة ليست تلك الملكية الحاصلة له بالعقد الغبني، بخلاف صورة رجوعها إليه بفسخ ذاك التصرف الناقل لها، فإنّها عين تلك الملكية الحاصلة له بالعقد الغبني، غاية الأمر أعادها بعد أن أزالها بالتصرف الناقل.

و علّل المصنّف هذا المبني في ذيل التكلّم في ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان المبيع ممّن ينعق على المشتري و عدمه - عند الإيراد على ما حقّقه صاحب مقابس - بأنّ خروج «أحد العوضين عن ملك أحدهما بالبيع و غيره من المعاوضات يستلزم دخول الآخر في ملكه» انتهى. و تقريب التعليل أنّه بعد أن كان مقتضى المعاوضة ما ذكر لا يمكن الفسخ إلّا بإزالة مقتضى المعاوضة، و لاسبيل إليها إلّا بإمكان إزالة تلك الملكية التي تسببت من المعاوضة، و هي ممكنة في صورة العود بالفسخ دون العود بالملك الجديد.

هذا، و فيه: ما قدّمناه هناك من المناقشة من أنّه إنّما يقتضي اعتبار الشرط المذكور في الفسخ لو كان مفاد الفسخ إزالة أثر المعاوضة بقلبه إلى ضده، و هو جعل الخارج عن ملك

و في حقوق الإجارة بالبيع قولان: من امتناع الرد (٤١٨٧) و هو مختار الصيمري و أبي العباس. و من أن مورد الاستثناء (٤١٨٨) هو التصرف المخرج عن الملك، و هو المحكي عن ظاهر الأكثر. و لو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد؛ وكذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع. و في حقوق الامتزاز مطلقاً أو في الجملة بالخروج عن الملك وجوة (٤١٨٩)، أقواها الحقوق؛ لحصول الشركة، فيمتنع رد العين الذي هو مورد

شخص داخلاً فيه و الداخل خارجاً، لا إلى نقيضه من جعل الخارج لاخارج و الداخل لاداخل، و لكن الظاهر هو الثاني، لأن حقيقته حل العقد و جعله كأن لم يكن و لم يؤثر، و لازمه كون الخروج بالعقد لاخروج و الدخول لادخول، لاكون الخروج دخولاً و الدخول خروجاً، و هذا المعنى يكفي في تحققه كونه ملكاً للمنتقل عنه بعد الفسخ على النحو الذي كان له قبل العقد، و لا يتوقف على كونه ملكاً للمنتقل إليه حين الفسخ بتلك الملكية الحاصلة له بالعقد المفروض فسخه، فلا أولوية، فتدبر جيداً.

٤١٨٧. فيه منع، إذ الإجارة لا تمنع عن رد العين إلى ملك مالكيها، و إنما الممتنع معها هو رد منافعها في المدة المستأجرة فيها. و في لزوم غرامة المنافع عليه لو فسخ وجه، و هو لزوم الضرر على الغابن لو لا لزومها على المغبون من دون ضرر عليه. تبّه على ذلك شيخنا الأستاذ العلامة رحمته في التعليقة.

٤١٨٨. يعني: و من أن مورد الاستثناء من موارد ثبوت الخيار مع التصرف قبل العلم بالغبن هو التصرف المخرج عن الملك، كما هو قضية توصيف تصرف المغبون في العنوان بقوله: «مخرجاً عن الملك» و الإجارة و إن كان تصرفاً إلا أنه غير مخرج عن الملك، فلا يسقط بها الخيار.

٤١٨٩. ثالثها: عدم الحقوق مطلقاً، يعني: سواء كان الامتزاز بمال الغابن أو بمال المغبون أو غيرهما، أو في خصوص الامتزاز بغير مال الغابن. و المراد من الامتزاز هو ما يوجب الشركة لو كان لكل من الممتزجين مالك غير مالك الآخر. و المراد من الحقوق الذي قوّه بقرينة التعليل بحصول الشركة - يعني: الشركة بين الغابن بعد الفسخ و بين غيره - هو الحقوق في صورة الامتزاز بمال غير الغابن التي هي المراد من قوله: «في الجملة» لعدم حصول الشركة في صورة الامتزاز بماله لو فسخ.

٢٦٠ المكاسب، ج ٤، الخيارات

الاستثناء، وكذا لو تغيرت العين بالنقيصة، و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية أو من الجهتين، فالأقوى الرد في الوسطى (٤١٩٠) بناءً على حصول الشركة في غيرها المانعة عن رد العين، فتأمل (٤١٩١). هذا كله في تصرف المغبون.

و أما تصرف الغابن، فالظاهر أنه لا وجه لسقوط (٤١٩٢) خيار المغبون به، و حينئذ فإن فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه (٤١٩٣) لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ففي تسلطه على إبطال ذلك من حينها أو من أصلها (٤١٩٤) كالمرقن و الشفيع أو رجوعه إلى البذل، وجوة: من وقوع العقد في متعلق حق الغير (٤١٩٥)، فإن حق المغبون

٤١٩٠. يعني: في صورة الزيادة الحكمية، مثل قصارة الثوب و نحوها.

٤١٩١. قيل: إنه إشارة إلى توهين الرد في الوسطى، و ضعف بنائه على استثنائها من

حصول الشركة، لما سيحيى في كلامه من حكمه بالاشتراك فيها.

٤١٩٢. يكفي وجهاً له ما ذكره العلامة وجهاً لسقوطه بتصرف المغبون تصرفاً مانعاً

عن الرد من عدم إمكان الرد، لأن امتناع الرد الموجب للسقوط لا فرق فيه بين أن يكون لأجل تصرف المغبون أو الغابن. إلا أن يقال: إن مراده نفي الوجه الوجه، إذ لاوجهة لما ذكره العلامة، لمنافاته لحديث نفي الضرر في صورة امتناع الرد، حيث إن زيادة الثمن ضرر على المغبون، و قبول الغابن للبذل لا ضرر فيه، و على فرضه أقل من ضرر المغبون فيرجح عليه، و لازمه جواز فسخ العقد و أخذ الثمن و رد البذل.

٤١٩٣. هذا و جميع ما ذكره إلى آخر المسألة من أحكام الخيار، و لا ربط له بمحصول

البحث، أعني: سقوط الخيار بالتصرف، فالأولى ترك الكلام في ذلك في الباب و تأخيرها إلى ذاك الباب.

٤١٩٤. المشار إليه بـ«ذلك» هو تصرف الغابن، وكذلك ضمير «أصلها» راجع إليه، و

التأنيث بلحاظ تعدد التصرفات. وكان الأولى إما تذكير الضمير هنا، أو تبديل اسم الإشارة إلى ضمير التأنيث هناك. و ضمير «حينه» راجع إلى الإبطال المراد منه الفسخ. و قوله: «كالمرقن» مثال للإبطال من الأصل. و قوله: «و الشفيع» مثال للإبطال من حينه بطور اللف المشوش.

٤١٩٥. الأولى في تحرير مباني الوجوه أن يقال: إن الخيار إما موجود في طرف تصرف

ثابت بأصل المعاملة الغبنية، و إنما يظهر له بظهور السبب، فله الخيار في استرداد العين إذا ظهر السبب، و حيث وقع العقد في ملك الغابن، فلاوجه لبطلانه من رأس، و من أن وقوع العقد في متعلق حق الغير يوجب تنزله من رأس كما في بيع الرهن و مقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذي وقع البيع معه، لا من المشتري الثاني، و من أنه لاوجه

الغابن، و هو ما قبل العلم بالغبن، بأن كان السبب التام للخيار هو الغبن الواقعي و ظهوره كاشفاً صرفاً، و إنما معدوم، بأن كان الظهور شرطاً شرعياً لحدوثه. و على التقديرين، حق الخيار إما متعلق بالعقد أو متعلق بالعين. فإن قلنا بعدم الخيار قبل الظهور أو قلنا بوجوده قبله متعلقاً بالعقد فالوجه الثالث. و إن قلنا به متعلقاً بالعين، فإن قلنا بأن وقوع العقد على متعلق حق الغير موجب لتنزل العقد من رأس و كونه فضولياً، بأن كان مناط التنزل هو صرف تعلق حق الغير بمتعلقه و لو لم يلزم منه فوات حق الغير فالوجه الثاني، و إلاً بأن قلنا بمناط التنزل كون لزوم العقد موجباً لفوات حقه فالوجه الأول.

وجه الأولوية: تطرق الخدشة على ما ذكره تنمة لمدرک الوجه الأول بقوله: «و حيث إن العقد وقع في ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس». وكذلك فيما ذكره تنمة لمدرک الوجه الثاني بقوله: «و مقتضى فسخ البيع الأول...».

وجه الخدشة: أما في الأول فلأن وجه البطلان ليس وقوعه في ملك المغبون حتى ينفى هو بوقوعه في ملك الغابن، بل الوجه فيه وقوعه في متعلق حق الغير، و هو إن اقتضى البطلان اقتضاه من رأس، و إلاً فلا يقتضيه من حين الفسخ أيضاً، فيكون المدعى هو البطلان من حينه خالياً عن التعرض لوجهه في العبارة. و أما بناءً على ما حررناه فيكون الوجه فيه هو ما ذكرنا من كون الموجب للتنزل في كل زمان هو فوات الحق بلزومه في ذاك الزمان، و هو مخصوص بحين الفسخ كما عرفت. و أما التنزل من الأول في مورد حق الرهانة فإتما هو للدليل خارجي يدل عليه، مثل قوله: الراهن و المرهن ممنوعان من التصرف.

و أما في الثاني، أما أولاً: فلائته لاحاجة إلى التنمة التي ذكرها في مثل المقام ممّا كان التنزل لأجل تعلق حق الغير بمتعلقه الموجب لكونه فضولياً. و أما ثانياً: فلائته أعم من المدعى، و هو الإبطال من الأصل، ضرورة أن تلقى الملك من الغابن - بعد تسليم اعتباره في تحقق الفسخ، و الإغماض عمّا فيه - كما يحصل بالإبطال من الأصل، كذلك يحصل بالإبطال من

للتزلزل، إمّا لأن التصرف في زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم (٤١٩٦) كما سيحيى في أحكام الخيار فيستردّ الفاسخ البدل، و إمّا لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعة هنا و في خيار العيب قبل ظهوره، فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذي الخيار بدون إذنه أو استشكله* فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العيب. و هذا هو الأقوى، و ستأتي تمةً لذلك في أحكام الخيار. وكذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاذ، و يحتمل هنا تقديم حق الخيار؛ لسبق سببه على الاستيلاذ (٤١٩٧).

ثم إن مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم (٤١٩٨) في خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز؛ لأن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه، أمّا تسلط الأجنبي - و هو المغبون - فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً. و في المسالك: لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار، الزم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن امتنع** فسخه

حين الفسخ، بانتقاله أولاً إلى الغابن ثم منه إلى المغبون فيتلقاه من الغابن.

٤١٩٦. نظراً إلى أن متعلق الخيار هو العقد لا العين.

٤١٩٧. لافرق في سبق سبب الخيار بين الاستيلاذ و بين سائر التصرفات إن كان تمام

سبب الخيار هو الغبن الواقعي، كما أنه لافرق في تأخره أيضاً بينهما لو قلنا بأن ظهور الغبن شرط في حدوثه كما قويناه سابقاً.

٤١٩٨. يعني: ثم إن مقتضى ما ذكرناه في حكم خروج الملك بالنقل اللازم - من

احتمال الوجوه الثلاثة، و تقوية الوجه الثالث - جريان حكمه في خروجه بالعقد الجائز حتى احتمال الرجوع إلى البدل و قوته، إذ لاوجه لتوهم اختصاص الحكم هنا بما عدا الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة إلاّ جواز العقد الناقل و قابليته للفسخ هنا دون السابق، و هو توهم فاسد، لأن جواز العقد إنما يوجب تسلط أحد المتعاقدين في هذا العقد على فسخه لاتسلط الأجنبي عنه كالمغبون في عقد آخر، فإنه لا دليل عليه إلاّ جهة تعلق العقد على متعلق حقه، و لاتفاوت من هذه الجهة بين جواز العقد و لزومه وجوداً و عدماً.

المغبون. و يمكن النظر فيه: بأن فسخ المغبون إما بدخول العين في ملكه (٤١٩٩) و إما بدخول بدلها، فعلى الأول لاجابة إلى الفسخ حتى يتكلم في الفاسخ، و على الثاني فلاوجه للعدول (٤٢٠٠) عما استحقه بالفسخ إلى غيره. اللهم إلا أن يقال: إنه لامنافاة (٤٢٠١)؛ لأن البديل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة، فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك إنما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون، و أما مع عدمه و تملك المغبون للبديل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

ثم على القول بعدم وجوب الفسخ في الجائز، لو اتفق عود المملك إليه لفسخ في العقد الجائز أو اللازم* فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب رد العين. و إن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب رده؛ لعدم الدليل بعد تملك البديل. و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد (٤٢٠٢) مطلقاً؛ لأنه ملك جديد تلقاه من ماله، و الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.



٤١٩٩. هنا شق ثالث، و هو أن يكون فسخ المغبون للعقد الغبني موجباً لانفساخ العقد الموجب لدخول العين في ملكه، لكن للاحقيقة - كما هو ظاهر الشق الأول - حتى يرد عليه ما ذكره، بل تقديراً بمقدار لا يترتب عليه إلا أنه يجب على الغابن ردها على المغبون بعينها إن أمكن و بديلها إن لم يمكن، فحينئذ يحتاج إلى الفاسخ، و يصح التكلم في تعيينه.

٤٢٠٠. يكفي وجهاً له تعلق حق المغبون باستردادها، بناءً على تعلق حق الخيار بالعين، مع كون استحقاقها للبديل مادام لم تصل العين إليه فيما إذا كان الفصل بين الفسخ و بين وصولها إليه بمقدار معتد به، فتأمل.

٤٢٠١. يعني: اللهم إلا أن يختار الشق الثاني، و هو دخول البديل في ملكه، و يقال في دفع ما أورده عليه بقوله: «و على الثاني فلا وجه للعدول...» بأنه لامنافاة بين ملكه للبديل و استحقاقه بالفسخ و بين العدول عنه إلى نفس العين لو أمكن ردها، لأن البديل... .

٤٢٠٢. قد علم الوجه في الأقوائية و المناقشة فيه فيما علقناه على قوله: «و عدم الخيار هنا أولى»، فراجع.

* لم يرد «في العقد الجائز أو اللازم» في بعض النسخ.

و لو تصرف الغابن تصرفاً مغيراً للعين، فإما أن يكون بالنقص أو بالزيادة أو بالامتزاج. فإن كان بالنقص: فإما أن يكون نقصاً يوجب الأرش وإما أن يكون ممّا لا يوجبه. فإن أوجب الأرش* أخذه مع الأرش (٤٢٠٣) كما هو مقتضى الفسخ؛ لأنّ الفات مضمونٌ بجزءٍ من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض، فيتدارك الفات منه** ببدله، و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين. و إن كان ممّا لا يوجب شيئاً، ردّه بلا شيء. و منه ما لو وجد العين مستأجرة، فإنّ على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضي مدّة الإجارة، و لا يجب على الغابن بذل عوض*** المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدّة بعد الفسخ؛ لأنّ المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخلّلة بين العقد و الفسخ، فهي ملكٌ

٤٢٠٣. مراده من النقص الموجب للأرش ما يكون النقص بذهاب وصف الصحة أو وصف الكمال الموجب لنقصان القيمة، لا بتلف جزء من العين، و ذلك لتعرضه للثاني صريحاً في ذيل العبارة بقوله: «و مثل ذلك لو تلف بعض العين». و حينئذٍ يشكل تعليله لأخذ الأرش بأنّ الفات مضمونٌ بجزءٍ من العوض...، بأنّ وصف الصحة و الكمال ليس مضموناً بجزءٍ من الثمن، و إنّما يكون موجباً لزيادة قيمة العين و بذل الزائد بإزائها، فلو بدّل قوله: «و مثل ذلك...»، إلى قوله: «و مثل ذلك لو تلف وصف الصحة»، لكانت العبارة سليمة عن هذا الإشكال كما لا يخفى.

نعم، يبقى حكم أخذ الأرش في هذه الصورة خالياً عن الدليل. و قد استدللّ له سيّدنا الأستاذ^{عليه السلام} بأنّ مفادّ الفسخ جعل العقد السابق من حين الفسخ باطلاً و منحلّاً من حين حدوثه، عكس الإجازة بناءً على الكشف، و لازم ذلك جعل يد المشتري على المبيع يد ضمان من حين القبض و قلبها إليها، و لازم الضمان من أوّل الأمر وجوب إعادة المبيع على ما كان عليه حين العقد، و لا يكون هذا في صورة نقصه من حيث المالّة إلّا بضميمة الأرش. و فيه: أنّه أمر غير معقول هنا، لعدم إمكان انقلاب الشيء عمّا وقع عليه حين وقوعه أنّه لامقتضي له، لأنّ الفسخ ناشٍ من الكراهة، و متعلّقها بقاء المعاملة لحدوثها، و هذا بخلاف الإجازة، فإنّها ناشٍ من الرضا بأصل حدوثها، و قد حقّقنا في مسألة الفضولي أنّه لا يلزم من كاشفيتها الانقلاب، فراجع. فالأولى الاستدلال عليه ببناء العرف عليه مع عدم ثبوت الردع عنه، فتأمّل.

للمفسوخ عليه، فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق (٤٢٠٤)، فإذا تحقق في زمان، ملك منفعة العين بأسرها. و يحتمل انفساخ الإجارة في بقية المدة؛ (٤٢٠٥) لأن ملك منفعة الملك المنزل منزلاً، وهو الذي جزم به المحقق القمي فيما إذا فسخ البائع خياره المشروط له في البيع. وفيه نظر؛ لمنع تنزيل ملك المنفعة (٤٢٠٦). نعم، ذكر العلامة في القواعد فيما إذا

٤٢٠٤. يعني: الملك الغير المحدود بحد خاص شرعي و لو إمضاء، فيخرج مثل الوقف على البطون بنحو الترتيب الذي ملكية كل بطن للعين الموقوفة محدودة بعمرهم يجعل الواقف و قد أمضاه الشارع، لا بحكم العقل بانتفاء الملك بانتفاء مالكه كما في ساير الأملاك، حيث إن المنفعة التابعة للملك في الوقف إنما هي بمقدار مدة ملكهم للعين. هذا بناءً على كون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم. و أما بناءً على بقائها في ملك الواقف، و أن المنقول إليهم ابتداءً هو نفس المنافع، كما هو قضية تعريفه بحبس العين و تسبيل المنافع على الظاهر، فخروجه واضح.

٤٢٠٥. لعله أقوى، لما ذكره من الوجه.

٤٢٠٦. مراده منع تنزله في صورة تنزيل ملك العين فيما إذا خرجت عن التبعية إلى الاستقلال بعقد الإجارة كما هو المفروض، و إلا فمع بقاء التبعية - كما فيما بعد مدة الإجارة - فلا إشكال في التنزل.

هذا، و لكن فيما ذكره من المنع نظر، و ذلك لأنه لا إشكال في أن اعتبار المنفعة شيئاً مستقلاً و لحاظها كذلك حين الإجارة و إن كان يخرجها عن التبعية إلى الاستقلال و لو اعتباراً، إلا أنه لا يخرجها عن التنزل الذي كان لها قبل هذا اللحاظ إلى الاستقرار و عدم التنزل، لأن الذي تعلق به لحاظ الاستقلال إنما هو الملك المنزل، إذ لا وجود إلا لهذا النحو من الملك، فالذي أفرزه المؤجر و لاحظته مستقلاً ما ملكه منزلاً من المنافع تتبع ملكه للعين كذلك، فمهما رجعت العين إلى مالكها انفسخت الإجارة من هذا الوقت بالبيع.

فإن قلت: المناط في انفساخ الإجارة من حين فسخ عقد تمليك العين المستأجرة هو التبعية في الملك لا التنزل فيه، و المفروض زوالها بالإجارة، فيكون كما أجرها إجارة منزلة إلى مدة لشخص و باعها مسلوب المنفعة له أو لآخر بالخيار، في أن فسخ البيع لا يوجب انفساخ الإجارة، لانتفاء التبعية في الملك.

وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين (٤٢٠٧): أنه إذا وجد البايع العين مستأجرة،

قلت: التبعية وإن زالت بالإجارة ولكن بالقياس إلى أثر الإجارة، و أما بالقياس إلى ما عداه فلا، فتدبر جيداً. و العرف أيضاً حاكم على طبق ما ذكرنا، فإنهم يحكمون على ردّ المنافع بعد الفسخ.

٤٢٠٧. الظاهر أن نظره في ذلك إلى ما ذكره في آخر المتاجر في ذيل الفصل الثامن الذي عقده لبيان أحكام اختلاف المتعاقدين من قوله ﷺ: «و لو كان المبيع تالفاً وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف، و يحتمل يوم القبض. و لو تلف بعضه أو تعيب أو كاتبه المشتري أو رهنه أو أبق أو آجره، رجع بقيمة التالف و أرش العيب و قيمة المكاتب و المرهون و الأبق و المستأجر، و للبايع استرجاع المستأجر، لكنّه يترك عند المستأجر مدّة الإجارة. و الأجرة المسماة للمشتري، و عليه أجرة المثل للبايع». انتهى مورد الحاجة.

أقول: لا يخفى أن ظاهره كون ما عليه للبايع أجرة مثل تمام المدّة لأجرة مثل بقيّة المدّة الذي أسنده إليه المصنّف ﷺ. إلا أن يقال: إن نظره ﷺ في التعبير بما في المتن إلى توجيه عبارة القواعد، حيث إن التحالف في صورة الاختلاف يوجب البطلان من حين التحالف لا الانفساخ من حين العقد، و قضية ذلك هو ضمان المشتري لأجرة المثل للمدّة الباقية.

ثم إن الذي أتخيله أن المصنّف ﷺ استدرك ذلك لدفع إيراد على اختياره لنفي الأجرة يتفطن عليه من عبارة القواعد، و هو أن قضية ما ذكره العلامة لزوم أجرة المثل للمغبون على الغابن للمدّة الباقية بعد الفسخ، لعدم الفرق بين المقامين. ثم دفعه بقوله: «و سيحيى ما يكون فارقاً بين المقامين». و قد قيل في بيان المراد من الفارق أمران:

أحدهما: ما ذكره شيخنا الأستاذ في التعليقة من أن التفاسخ في تلك المسألة من أصل العقد، و في الفسخ في المقام من حينه.

و فيه أولاً: أنه يأبى عن إرادة ذلك قوله: «و سيحيى...»، إذ لم يجئ ذلك أصلاً لاهنا و لا في أحكام الخيار.

و ثانياً: أن الانفساخ في تلك المسألة أيضاً مثل المقام من حين عروضه و هو حين التحالف، و لذا عبّر المصنّف بقوله: «للمدّة الباقية» للإشارة إلى بيان مراد العلامة كما أشرنا إليه.

كانت الأجرة للمشتري الموجر، ووجب عليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ^{٢٧}، وقرره على ذلك شراح الكتاب، و سيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

و إن كان التغير بالزيادة: فإن كانت حُكْمِيَّة محضة كقصارة الثوب و تعليم الصنعة، فالظاهر ثبوت الشركة فيها(٤٢٠٨)

و ثالثاً: أن قضية هذه التفرقة هو الالتزام بلزوم أجرة المثل للمدة الباقية لانفي الأجرة بالمرّة، و مقصود المصنّف إبداء الفارق المقتضي لنفيها بالمرّة هنا كما لا يخفى.

و ثانيهما: ما حكى عن الفاضل المامقاني^(رحمته الله)، و هو أن المراد منه ما ينقله عن المختلف بعد أسطر بقوله: «مضافاً إلى ما في المختلف من أن الفاتت لما حدث في محلّ معرض للزوال لم يجب تداركه». انتهى. و تقريب الفرق بناءً على هذا أن التصرف المفوّت للمنفعة على المغبون إنّما حدث في ملك متزلزل في المقام، فلا يجب تداركه بأجرة المثل، بخلافه هناك، فإنّه حدث في ملك مستقرّ، و إنّما حدث البطلان لأجل التحالف الناشئ من الاختلاف، فيجب تدارك الفاتت به فيه.

هذا، و فيه أيضاً ما لا يخفى، لأن الظاهر أن مراد العلامة من الفاتت في تلك العبارة هو الفاتت على المتصرف في ملكه المتزلزل، و هو العائن في المقام و من عليه الشفعة في مسألة الشفعة، لا الفاتت على الفاسخ الراجع إلى ملكه المتصرف فيه، أعني: المغبون و من له الشفعة، و ذلك لأنّه ذكر ذلك وجهاً لعدم وجوب تدارك الشفيع - بعد الأخذ بالشفعة، و قلعه لغرس من عليه الشفعة في الأرض المأخوذة بالشفعة - ما فات على الغارس بالقلع من تفاوت ما بين كون الغرس منصوباً و كونه مقلوعاً.

و بالجملة ما ذكره العلامة أجنبي عن المقام بالمرّة، فلا يمكن أن يكون نظره في الفارق إليه، فلا بدّ من التأمل فيما يكون نظره إليه في الفارق.

٤٢٠٨. بل الظاهر كونه للفاسخ خاصّة بلا لزوم شيء عليه للمفسوخ هنا و في الزيادة العينية الغير الممتازة عن المزيد عليه، كما في السمن و نحوه. توضيح ذلك على نحو ينفع في سائر المقامات أنّه إذا حدث في مال ما يوجب زيادة قيمته؛ فإنّما أن يكون ذاك الحادث وصفاً صرفاً، كتعلّم الصنعة و قصارة الثوب، و إمّا أن يكون عيناً و على الثاني؛ إمّا أن يكون ممتازاً عن المزيد عليه قابلاً للإشارة الحسية، كالصوف على ظهر الغنم و الشجر المغروس في

الأرض، و إمّا لا، كالحلحمة الزائد في الحيوان و النموّ الزائد في الشجر، حيث لا ميز في أمثال ذلك بين الزائد و المزيد عليه.

أمّا القسم الوسط فلا شبهة فيه في أنّ هناك مالين، فتتعدّد الملكية فيه بعدد متعلّقها، فيكونان معاً للمالك واحد في مورد، و إحداهما للمالك و الأخرى لآخر في آخر.

و أمّا الطرفان فهل الأمر فيهما أيضاً كذلك أم لا؟ بل ليس فيهما إلا مال واحد خاصّ بخصوصيّة كذا جميعه لشخص واحد بالملكيّة التامة إن كان المالك واحداً، و إن كان متعدّداً فللمتعدّد بنحو الإشاعة، إمّا بمعنى الإشاعة، في الملكية و هي أنّ ملكيّة كلّ واحد من المتعدّد متعلّقة بتمام العين إلاّ أنّها ليست تامة، بل بعض الملكية له و بعضها الآخر لآخر، بحيث تتمّ الملكية إذا لوحظتا معاً، و إمّا بمعنى الإشاعة في العين، بمعنى أنّ ملكيّة كلّ واحد من المتعدّد تامة لضعف فيها، لكنّها متعلّقة ببعض العين من النصف و الثلث، على الوجهين في تصوير الإشاعة المتفرّع على عدم معقوليّة كون الملك الواحد لأزيد من مالك واحد بالملكيّة التامة. فمع تعدّد المالك في مورد لا يحصى عن التصرف إمّا في تمام الملكية و الالتزام بالملكيّة الضعيفة لكلّ واحد من المالكين، مع إبقاء المملوك على الوحدة كما هو قضية الوجه الأوّل، و إمّا في المملوك و الالتزام بالتبعض فيه بحسب الحصة، مع إبقاء ملكيّة كلّ واحد منهما على صفة التماميّة كما هو قضية الوجه الثاني. و تحقيق الوجه من هذين الوجهين موكول إلى باب القسمة.

و تظهر الثمرة بين تعدّد المال و وحدته في الفرض فيما لو كان المزيد عليه لواحد، ثمّ صار لآخر و حدث عنده الزيادة بفعله أو بفعل الغير، ثمّ رجع إلى الأوّل بشفعة أو خيار من جهة الغبن أو الفلس أو غيرهما، فإنّه على الأوّل تكون ذات المزيد عليه للمالك الأوّل و الزيادة للمالك الثاني، و لازم ذلك زوال مال المالك الثاني بزوال الزيادة و سقوطها عن المائيّة، و على الثاني تكون العين بينهما بالإشاعة بأحد الوجهين في معناها لو قلنا بتعدّد المالك في الفرع المذكور في الثمرة، و لازمه فيه كون النقص عليهما حسب حصصهما.

فيه وجهان ثانيهما - و هو وحدة المال - أظهرهما، لأنّ الظاهر من مراجعة العرف هو الوحدة كما قبل حدوث ذاك الحادث، و التفاوت بين الحالين إنّما هو مقدار المائيّة. و قد عرفت أنّه لا معنى للشركة مع وحدة المال إلاّ إذا تعدّد المالك، و لا تعدّد له في فرض المسألة و أمثالها في حال من الحسالات. أمّا قبل البيع الأوّل وكذا بعده و قبل رجوعه إلى المالك الأوّل

بنسبة تلك الزيادة، بأن تقوم العين معها و لا معها و تؤخذ النسبة. و لو لم يكن للزيادة مدخل في زيادة القيمة، فالظاهر عدم شيء لحدثها؛ لأنه إنما عمل في ماله، و عمله لنفسه غير مضمون على غيره، و لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال و لو في ضمن العين.

و لو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس (٤٢٠٩) ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرش (٤٢١٠)

بشفعة أو خيار فواضح. و أما بعد رجوعه إليه بذلك فكذلك، ضرورة أن أثر الفسخ ليس بإزالة علاقة الملكية الحادثة بالبيع، و هي ليست إلا علاقة، واحدة و ليست هناك علاقة أخرى غيرها قد حدثت بغيره كي تبقى بعد الفسخ حتى يجتمع هناك مالكان فيحكم بالشركة، فظهر أن العين بتماها للفاسخ بلا شركة.

و أما أنه ليس عليه شيء للمفسوخ عليه فلعدم المقتضي له. أما سبب الضمان - يبدأ كانت أم إتلافاً - فلأن الموضوع فيه مال الغير، و لا مال للمفسوخ عليه بعد الفسخ. و أما سبب استحقاقه لأجرة عمله لو كانت الزيادة بعمله فلا أنه موقوف على أن يصدر العمل بأمر الغير و تحصيلاً لغرضه، و المفسوخ عليه قد عمل لأجل انتفاع نفسه. فظهر أن التحقيق في أمثال المسألة هو ما ذكرنا من كون العين للفاسخ خاصة، بلا لزوم شيء عليه لأجرة العمل و لقيمة الزائد، وفاقاً لصاحب الجواهر في مسألة الفلس على ما حكى عنه. و لا تستوحش من القول بما ذكرنا، لأن كل من قال بهذا أو بغيره إنما قال به لا لأجل نص به خاص به بل لأجل ما عندهم من القواعد، فإذا أدت إلى شيء آخر غير ما قالوا به فلا محيص عن الالتزام به و لو لم يكن هناك موافق، فتأمل.

٤٢٠٩. فرض المسألة فيما اشترى أرضاً تسوى بمائة أو أزيد بخمسين مثلاً، فالغابن هو المشتري و المغبون هو الغابن، فلا تغفل.

٤٢١٠. لا إشكال في تسلطه على القلع لو لم يكن للغرس حق إبقاء الغرس في الأرض، و عدمه لو كان له ذلك. و الإشكال في المقام و غيره مما كان للأرض مالك غير مالك الغرس إنما هو في كونه من صغريات الكبرى الأولى أو الثانية. و الإشكال في ذلك في بعض الموارد كما يأتي ناش من الإشكال في أن مناط حق إحداث الغرس و التسلط عليه يعم الإبقاء أيضاً مثل الإحداث، و في البعض الآخر كما يأتي أيضاً ناش من الشك في وجود الرافع أو رافعية

الموجود بعد إحراز أصل ثبوته. و إن شئت قلت: إن الشك في ذلك في بعض الموارد ناشٍ من الشك في وجود المقتضي لحدوثه، و في آخر ناشٍ من الشك في بقاءه بعد حدوثه. فإن علم أحدهما في مورد فهو، و إلا فإن كان الشك في حدوثه لأجل الشك في وجود مقتضيه فالمرجع استصحاب العدم.

و إن كان في بقاءه فالمرجع استصحاب بقاءه، سواء كان الشك من جهة الرفع أو من جهة مقدار اقتضاء المقتضي، لعدم الفرق بينهما في حجية الاستصحاب عندنا. فاللازم حينئذٍ ملاحظة أن ملاك التسلط على إحداث الغرس في الأرض هل يعم الإبقاء أم لا؟

فنقول: قد يكون ملاكه مالكية الغارس الأرض، كما إذا غرس الأرض ثم صارت الأرض للغير دون الغرس لسبب من الأسباب، و منه رجوع بايع الأرض إليها بعد غرس المشتري و فلسه، و قد يكون إذن مالك الأرض، إمّا بتماماً كما في العارية للغرس، أو بعوض كما في الإجارة. و على الأول قد لا يتعلق بالأرض حق الغير، و قد مرّ مثاله، و قد يتعلق به هو كما في المقام و الشفعة.

أمّا الصورة الأولى فالظاهر عموم مناط التسلط للإبقاء. أمّا من حيث وجود المقتضي فلعدم الفرق - على الظاهر - في اقتضاء الملك لتسلط المالك على استيفاء منافع ملكه بين إحداث شيء فيه و إبقاء ما أحدثه فيه، فتأمل تعرف. و أمّا من حيث عدم المانع، أمّا حين إحداث الغرس فلاّته المفروض في هذه الصورة. و أمّا بعد صيرورة الأرض بعد الغرس للغير فللشك في رافعية مغايرة المالكين الحادثة بعد الغرس للتسلط على الإبقاء الثابت قبل ذلك، فيرجع إلى استصحاب بقاء التسلط على الإبقاء. وكذلك لو كان الشك في المقام في المقتضي. و احتمال كون الشك في المقام في الموضوع مندفع بعد ملاحظة أن الميزان في تعيين موضوع الاستصحاب هو العرف لا العقل.

و أمّا الصورة الثانية، و هي تلك الصورة مع تعلّق حق الغير بالأرض حين الغرس كما في المقام و الشفعة و ما أشبههما، فالظاهر أن الحال فيها على المنوال، لعدم الفرق بينهما إلا في تعلّق حق الغير بالأرض و عدمه، و هو غير فارق، إذ لو كان مانعاً عن بقاء التسلط لكان مانعاً عن حدوثه أيضاً، و إذ ليس فليس.

و أمّا الصورة الثالثة، و هي ما كان ملاك التسلط على الإحداث إذن مالك الأرض،

فتحتها صورتان:

إحدهما: صورة رجوع المالك عن إذنه في أثناء المدة في العارية الموقّعة و في الإجارة، لو كان له الرجوع فيها من جهة خيار الشرط مثلاً، و الحكم فيها كما في الصورة الأولى و الثانية، ضرورة أن الإذن في الغرس في مدة معيّنة كما يوجب حدوث حقّ الإحداث، كذلك يوجب حدوث حقّ الإبقاء إلى تمام المدة، و الشكّ في رافعيّة الرجوع في الأثناء للحقّ الثابت من حيث الإبقاء أيضاً.

و أخراهما: صورة رجوعه عنه بعد انقضاء المدة. فالظاهر بل المقطوع أن الإذن في الإحداث عند التجردّ عن القرائن الخارجيّة - كما هو محلّ البحث - لا يقتضي التسلّط في الإبقاء فيما بعد المدة، فيشكّ في حدوث أصل التسلّط على الإبقاء، فيستصحب عدمه. هذا، مضافاً إلى عموم أدلة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، حيث إنّ الإبقاء أيضاً تصرف. هذا مع دلالة منطوق النبوي: «ليس لعرق ظالم حقّ عليه» حيث إنّ الغارس بعد رجوع المالك عن إذنه يكون ظالماً، فلا يكون له حقّ فيها. فتحصّل أن لصاحب الغرس حقّ الإبقاء في جميع الصور إلّا في قسم من الصورة الثالثة، و هو ما كان المناط في التسلّط في الغرس إذن المالك ورجوع عن إذنه بعد انقضاء مدة الإذن، فليس له تسلّط عليه إلّا برضا مالك الأرض إلّا بأجرة أو مجّاناً. فإن لم يرض به أصلاً فيجب عليه القلع، فإن قلع فعليه أرش طمّ الأرض و أرش نقصانها به لو نقصت. و وجهه واضح. و ليس له على مالك الأرض أرش الغرس، لعدم المقتضي له في الفرض من كون القلع صادراً من الغارس. و ليس في ناحية مالك الأرض إلّا عدم الرضا بالإبقاء، و ليس هو من أسباب الضمان. و لو امتنع عن القلع فله القلع بلا أرش الغرس أيضاً، لأنّه يكون ظالماً في الإبقاء، و ليس لعرقه حقّ، و إذ لاحق فلا أرش، بل له عليه أرش الطمّ و أرش نقص الأرض.

و أمّا بقيّة الصور المشترك جميعها في تسلّط الغارس على الإبقاء، الملازم لعدم تسلّط مالك الأرض على القلع بدون رضاه، لكونه ظالماً عليه، فهل هو - أي: الغارس - مسلّط عليه مطلقاً و لو لم يبدل الأجرة لصاحب الأرض و إن طالبها، أم لا بل يعتبر في تسلّطه عليه بذلها، فلا تسلّط له عليه بدونه، فحينئذ يتسلّط مالك الأرض على إلزامه بالقلع أو إعطاء الأجرة، فإن التزم بإعطاء الأجرة فهو، و إن التزم بالقلع أو امتنع فيكون حكمها كما في القسم

المذكور من الصورة الأخيرة؟ فيه وجهان، لعل أقواهما أولهما، إذ لا وجه لاستحقاق مالك الأرض الأجرة عليه إلا أن تكون منفعة الإبقاء له، و هو خلاف فرض كون مالك الغرس مسلطاً على الإبقاء، إذ لا يكون له تسلط عليه إلا أن يكون مستحقاً عليه، و لا يكون كذلك إلا مع كون منفعة الإبقاء له.

و بالجملة، الأرض مسلوبة عنها هذه المنفعة ملكاً لمالكها. و هذا واضح فيما إذا باعها دون الغرس، أو رجع إليها مالكها بعد الفسح من باب استيفاء الدين، إن قلنا بأنه ليس من جهة الفسخ بالخيار، بل هو من باب استيفاء الدين كسائر الغرماء بالنسبة إلى أموال المفسح، و إنما الشارع قدّمه على سائر الغرماء في خصوص المبيع تعبدًا، فهو تملك جديد حصل له بعنوان الوفاء و الاستيفاء. و على تقدير كونه من باب الفسخ بالخيار فإنما هو أمر حدث بعد الفسح المتأخر عن الغرس، فلا يؤثر في سبب منفعة الغرس عن الأرض بالاستيفاء، فافهم. و أمّا إذا صارت له لأجل تعلّق حقّ له بها حال الغرس، كما في مورد الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار من جهة الغبن أو غيره فكذلك، حيث إن تلك المنفعة لو كانت لمالك الأرض لا بدّ و أن يكون له بعد رجوع الأرض إليه بالشفعة أو الفسخ، إذ لو كانت له قبله حين الغرس لما جاز الغرس أصلاً كما هو ظاهر. و لا مقتضى له إلا التبعية للأرض، و لا تبعية مع استيفاء المنفعة و إتلافها، فإن الغرس استيفاء لمنفعة الغرس، فتأمل، مع أنّها لو كانت له بعد الفسخ لما كان للغرس تسلط على الإبقاء، و هو خلف.

فإن قلت: هذه المنفعة المستوفاة و إن كانت لا ترجع إليه بالفسخ حقيقة، إلا أنّها ترجع إليه تقديرًا بمقدار يحكم عليه بضمان البذل، و هو أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ، و هو كافٍ في لزوم أجرة المثل، حيث إنّ قضية الفسخ - الذي هو حلّ العقد من حينه و فرضه كأن لم يقع - انقلاب ضمان المعاوضة إلى ضمان اليد، و نتيجه ضمان منافع ما بعد الفسخ ببذله الواقعي، و هو المطلوب.

قلت: نعم قضية الفسخ و إن كانت ما ذكر، لكنّه لا يجدي في المقام إلا إذا كانت المنافع أيضاً مضمونة بالعوض المسمّى لا بمجاناً، و هو ممنوع، لأنّ العوض كلّ في قبالة العين و المنافع للمشتري بمجاناً، كما صرح به المصنّف في ضمن تعداد موارد النقض على قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فراجع. و عليه لا يقتضي الفسخ إلا انقلاب ضمان العين

- كما اختاره في المختلف في الشفعة - أو عدم تسلطه عليه مطلقاً كما عليه المشهور، فيما إذا رجع بايع الأرض المغروسة بعد تفليس المشتري - أو تسلطه عليه مع الأرض - كما اختاره في المسالك هنا (٤٢١١) و قيل به في الشفعة و العارية - وجوة: من أن صفة كونه منصوباً (٤٢١٢) المستلزمة لزيادة قيمته إنما هي عبارة عن كونه في مكان صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله وكان ماله في تلك الأرض أزيد قيمة، مضافاً إلى ما في المختلف في مسألة الشفعة: من أن الفاتئ (٤٢١٣) لما حدث في محل معرض للزوال لم يجب تداركه و من أن الغرس المنصوب (٤٢١٤) الذي هو مال للمشتري مال

بالمستى إلى ضمانه بالبدل الواقعي، فتبقى المنافع المستوفاة على ما هي عليه من عدم الضمان. فقد ظهر مما ذكرنا أن الحق في المسألة - و أمثالها مما كان مالك الأرض غير مالك الغرس - هو التفصيل بين صورها، بعدم تسلطه على القلع مطلقاً و لو مع الأرض في بعضها، و تسلطه عليه بلا أرض في آخر، فتدبر جيداً، فإن المسألة بعد محتاجة إلى مزيد تأمل.

٤٢١١. قيل: إن النسبة ليست في محلها، إذ ليس في المسالك اسم الغرس لا في مسألة الغبن و لا في مسألة فلس المشتري، و إنما المتعرض لهذا هو الشيخ رحمه الله في مسألة تفليس المشتري بعد الغرس.

٤٢١٢. يعني: أن الأرض لا يكون إلا من جهة فوات وصف موجب لزيادة القيمة يستحقه من يأخذ الأرض، و هو متف هنا، لأن الصفة الفاتئة في المقام ليست إلا صفة كونه منصوباً، و هي عبارة عن كونه في مكان صار للغير، و هو و إن كان دخیلاً في زيادة القيمة و يفوت أيضاً بالقلع إلا أنه لا يستحقه صاحب الغرس، إذ لاحق لغرسه أن يكون في مكان الغير. و فيه ما لا يخفى، لأنها عبارة عن كونه من النباتات مستعداً للنمو كما يتضح من بيان الوجه الثاني.

٤٢١٣. لادليل على هذه الكبرى إلا توهم صدق الإقدام على الضرر، و قد مر من المصنف رحمه الله الإيراد عليه بأنه مع التزلزل قد يقدم برجاء عدم الفسخ.

٤٢١٤. يعني: أن صفة المنصوبية ليست عبارة عن صرف كونه في مكان كذا حتى يقال بعدم استحقاقه له، بل هي عبارة عن مغروسيته في مكان أي مكان كان قبال كونه غير مغروس و إن كان في ذاك المكان. و بالجملة، النسبة بين وصف المنصوبية و وصف الكون في

مغاير للمقلوع عرفاً، و ليس كالمناخ الموضوع في بيتٍ بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^{٢٨} فيكون كما لو باع الأرض المغروسة، و من أن الغرس إنما وقع في ملكٍ متزلزل، و لادليل (٤٢١٥) على استحقاق الغرس على الأرض البقاء، و قياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ إيجارها و لا تغرم لها أجرة المثل فاسد؛ للفرق بتملك المنفعة في تمام المدة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه، فإن المستحق هو الغرس المنسوب من دون استحقاق مكان في الأرض.

فالتحقيق: أن كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر (٤٢١٦) و لا عليه له، فلكل منهما تخلص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه، فعليه أرش طم الحفر، و إن أراد مالك الأرض تخلصها فعليه أرش الغرس، أعني تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً و كونه مقلوعاً. و كونه مالا للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً

مكان عموم من وجه. و كيف كان، فهنا الوجه غير وافٍ بدليل تمام المدعى، لأنه يدل على بطلان التسلط على القلع بلا أرش خاصة، و لا يدل على بطلانه مع الأرض، و المدعى مركب منهما، و الوافي بذلك ما ذكره في الإضافة من مسألة المفهوم، لأن قضية ثبوت الحق لعرق غير ظالم استحقاقه للبقاء، و لازمه عدم التسلط مطلقاً، لكونه ظلماً كذلك.

٤٢١٥. يعني: لادليل في مثل ذلك على حدوث استحقاق الغرس من حيث الإبقاء، فيرجع إلى أصالة عدم الحدوث، فيثبت بذلك أصل التسلط على القلع، و أما كونه مع الأرض فإنما يثبت بضميمة أول وجهي الوجه الثاني من كون صفة المنصوبية الموجبة لزيادة القيمة صفة يستحقها صاحب الغرس وراء صفة الكون في مكان صار للغير. و قد أشار إلى هذا الوجه بقوله في ذيل العبارة: «فإن المستحق هو الغرس المنسوب...».

٤٢١٦. قد عرفت أن التحقيق في المقام و أمثاله - مما كان مناط الغرس هو ملك الغارس للأرض حين الغرس و لو ملكاً متزلزلاً كما في المقام و مورد الشفعة فضلاً عما كان مستقراً - هو ثبوت حق للغارس على مالك الأرض بالإبقاء، الملازم لعدم تسلط مالك الأرض على إلزامه بالقلع فضلاً عن قلعه بنفسه، و فيما كان مناطه إذن المالك هو ثبوت حق للمالك الأرض على مالك الغرس الملازم لتسلطه على إلزامه بالقلع.

على عدم تسلّطه على قلعه؛ لأنّ المال هو الغرس المنصوب (٤٢١٧)، و مرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاصّ له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسألة التفليس حيث ذهب الأكثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرض. و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس في ملك متزلزل فيما نحن فيه (٤٢١٨)، فحقّ المغبون إنّما تعلّق بالأرض قبل الغرس، بخلاف مسألة التفليس؛ لأنّ سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرض بلا خلاف، بل عرفت أنّ العلامة (٤٢١٩) في المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس. ثمّ إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع، أم له مطالبة المالك بالقلع، و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوة، ذكروها^{٢٩} (٤٢٢٠) فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. و يحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك (٤٢٢١)، و لذا قيل فيه بعدم وجوب

٤٢١٧. يعني: لابقية كون النصب في هذا المكان الخاصّ كي يلزمه استحقاق كونه فيه، فيلزمه عدم تسلّط مالك المكان على قلعه.

٤٢١٨. يعني: الأعمّ من التزلزل الفعلي و الاقتصادي، فيجامع كلا الوجهين في سبب الخيار من أنّه نفس الغبن الواقعي أو هو مع ظهوره. وكيف كان، فهو لا يجدي إلّا مع تعلّق حقّ الخيار بالعين، و هو ممنوع، لأنّ الحقّ تعلّقه بالعقد، فيكون العين حين حدوث الغرس سليمة عن تعلّق حقّ الغير مثل مسألة التفليس.

٤٢١٩. قد تقدّم أنّه لادليل على هذه الكبرى.

٤٢٢٠. وسطها أو سطها، لأنّه تصرف في مال الغير فلا يجوز بدون إذنه، فإن امتنع بعد المطالبة فيسقط اعتبار رضاه، أمّا بالمرّة فيقلعه بنفسه، أو لا بل يقوم الحاكم مقامه، لأنّ السلطان وليّ المتنع فيرجع إليه، فيه وجهان أحوطهما ثانيهما.

٤٢٢١. يعني: الفرق بينهما بجواز المباشرة هناك و لزوم مطالبة المالك بالقلع هنا، حيث إنّ هناك لم يقع بفعله حتّى يلزم برفعه. و فيه: أنّ حدوثه هناك و إن لم يكن بفعله إلّا أنّ بقائه مستند إليه و تصرف منه، و المدار على صدق التصرف عليه، لأنّه مورد عدم كونه برضا مالك الأرض الذي هو محلّ البحث، و لافرق فيه بين المقامين.

إجابة المالك الجار إلى القلع (٤٢٢٢) و إن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله. هذا كله حكم التخليص*، و أما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق (٤٢٢٣) لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء؛ لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس، لا بسبب لاحق له. هذا كله حكم الشجر.

و أما الزرع، ففي المسالك أنه يتعين إبقائه بالأجرة؛ لأن له أمداً ينتظر، و لعله لإمكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسألة الشجر، فإن في تعيين إبقائه بالأجرة ضرراً على مالك الأرض، لطول مدة البقاء، فتأمل (٤٢٢٤). و لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه لاستلزام نقص أرضه، فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا 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 (٤٢٢٥).

٤٢٢٢. المالك - المراد منه مالك الأغصان - فاعل المصدر المضاف إليه، و «الجار» بالنصب مفعوله. و قد أورد على هذا بأن الحكم بعدم وجوب الإجابة لا يجمع الحكم بجواز القطع للجار قبل امتناع المالك، لأن عدم وجوبها موقوف على عدم ثبوت حق للجار في منع المالك، و جواز القطع قبله موقوف على ثبوته له.

٤٢٢٣. كما أن مقتضى ما ذكرنا من ثبوت حق لمالك الغرس على مالك الأرض في مثل المقام - مما كان مناط جواز الغرس هو ملكية الأرض للغارس - عدم استحقاقه للأجرة، و أن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس بعد تسليمه لا يجدي في الاستحقاق.

٤٢٢٤. لعله إشارة إلى الإشكال فيما ذكره من الفرق بأنه بطول مدة البقاء في الشجر تزيد الأجرة على ما كان في الزرع، فإن كان يرتفع الضرر باستحقاق الأجرة ففي كلا المقامين و إلا فكذا.

٤٢٢٥. لكن بناء على التحقيق من عدم حكومة حديث نفي الضرر على أدلة الأحكام، لعدم دلالة إلا على حرمة الإضرار. و أما بناء على مختار المصنف من حكومته عليها - و من جعلتها قاعدة السلطنة - فالوجه الأول هو المتعين، لدوران الأمر بين تضرر المالك لو لم يكن له المنع بضررين: ضرر قصور سلطنته على أرضه بتخصيصها بما عدا منع الغير

و لو كان التغير بالامتزاج: فإما أن يكون بغير جنسه (٤٢٢٦) و إما أن يكون بجنسه، فإن كان بغير الجنس، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة (٤٢٢٧) كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت، فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته. و إن كان لا على وجه يُعدّ تالفاً كاخلل الممتزج مع الأنجيين، ففي كونه شريكاً أو كونه كالمعدوم، وجهان (٤٢٢٨) من حصول الاشتراك قهراً لو كانا للمالكين، و من تغير

عن التصرف بقلع غرسه عنها، و ضرر نقصان أرضه بسبب القلع، و بين تضرر الغارس بضرر واحد لو كان له المنع، و هو ضرر قصر سلطنته في الغرس بما عدا القلع، فيرجع الأول، فيحكم بارتفاع سلطنة الغارس التي يلزم منها الضرران على مالك الأرض، لا بارتفاع سلطنة مالك الأرض التي يلزم منها ضرر واحد على الغارس. و من هنا ظهر فساد ما ذكره سيّدنا الأستاذ من عدم الوجه للأول.

نعم، لو كان الغرس على نحو لو لم يقلع تنقص قيمته تعين الوجه الثاني، لدوران الأمر حينئذ بين الضررين من الطرفين حينئذ الموجب لسقوط الحديث الحاكم على القاعدة، لأجل المعارضة و عدم الترجيح في البين، فتبقى القاعدة سليمة عن الدليل الحاكم، فافهم.

٤٢٢٦. و بعبارة أخرى: إما أن يزول عنوان أحدهما المعين كما في مثال الزيت و ماء الورد، أو يزول عنوانهما معاً كما في مثال الخلّ و العسل و جعلهما سكنجييناً، و إما أن لا يزول عنوان واحد منهما، و هذا يكون في المزج بالجنس، و الأولان في المزج بغير الجنس. ٤٢٢٧. يعني: لو كانا للمالكين.

٤٢٢٨. أقواهما الأول و لو لم نقل بأنه المتعين. و يعلم ذلك بالإشارة الإجمالية إلى أمرين: أحدهما: أنّ ملكية المشتري للمبيع الممتزج بالمزج المغير لحقيقته بعد المزج إنما هي عين الملكية الحاصلة له بالشراء، لامتلكية جديدة حصلت له عند الامتزاج، لعدم السبب لها جزماً، و من ذلك يعلم أنّ انقلاب عنوان متعلق الملكية لا يزول الملكية. و الآخر: أنّ الفسخ لا يعتبر فيه إلاّ إزالة تلك الملكية الحادثة بالشراء و إعادتها إلى صاحبها قبل العقد.

و حينئذ نقول: إنه لا حاجة في حصول الشركة إلاّ إلى وحدة المال و تعدّد المالك، و كلاهما موجود في الفرض. أمّا الأول فواضح. و أمّا الثاني فلحصوله بالفسخ، إذ لا مانع من

حقيقته فيكون كالتلف الراجع للخيار (٤٢٢٩). و إن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوي يثبت* الشركة (٤٢٣٠)، و إن كان بالأردإ فكذلك (٤٢٣١)، و في استحقاقه لأرش النقص (٤٢٣٢) أو تفاوت الردائة (٤٢٣٣) من الجنس الممتزج أو من ثمنه،

.....

مالكيّة الفاسخ للممتزج إلّا ما يتوهم من زوال عنوان ملكه قبل العقد حين الفسخ، و قد مرّ أنّه ليس بمانع، و إنّما المانع زوال الملكيّة الحاصلة بالشراء، و لاتزول هذا بالتلف، و هو غير زوال العنوان، و من هنا يعلم ملكيّة الفاسخ بكلا الممتزجين لو باعهما معاً بثمن واحد قبل الامتزاج و امتزجا عند المشتري ثمّ فسخ.

٤٢٢٩. يعني: رفعه بالقياس إلى استرداد العين لامطلقاً حتّى بالقياس إلى القيمة، فلا ينافي قوله في السابق: «فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته».

٤٢٣٠. يعني: الشركة في العين، و هو كذلك، لتحقق كلا ركنيها. أمّا وحدة المال بالمزج فإنّه عند العرف فيما إذا اتحد المالان من حيث الماهيّة و الصفة سبب للوحدة. و أمّا تعدّد المالك فبواسطة الفسخ بالتقريب الذي عرفت في القسم الثاني من المزج بغير الجنس.

٤٢٣١. ليس المراد من المشار إليه هو الشركة في العين كما في المزج بالمساوي، بل المراد منه الشركة في الجملة، فتكون مثل المزج بالأجود ذات احتمالين: الشركة في نفس العين بمقدار ماله مع إضافة ما يستحقّه لأرش النقص أو تفاوت الردّ أنّه من نفس العين، و الشركة في الثمن الجعول في قبال الكلّ بمقدار ما يخصّ ماله من الثمن بإضافة ما يستحقّه لأرش النقص أو تفاوت الردّ أنّه من الثمن، و أمّا نفس العين فلا شركة فيها، بل كلّ من الممتزجين ملك للمالك.

٤٢٣٢. ظاهر العبارة أنّ استحقاقه لشيء في الجملة مفروغ عنه، و إنّما الإشكال و التردد في تعيين ذاك الشيء. و لعلّ وجهه أنّ قضيّة حلّ العقد بالفسخ فرض متعلّقه بوجود غير ممتزج مع الآخر، و فرض المزج المنقّص للقيمة الوارد عليه قبل الفسخ و حال كونه ملكاً للمازج وارداً عليه بعد الفسخ و حال كونه ملكاً للفاسخ، و لازمه كون النقص على المازج، فتأمل.

٤٢٣٣. الفرق بينه و بين أرش النقص يظهر فيما إذا أوجب المزج بالردّيء نقص قيمة مجموع الممتزجين عن مجموع قيمتها حال الانفراد، كما لا يخفى على المتأمل.

وجوة (٤٢٣٤). و لو كان بالأجود احتملت الشركة في الثمن بأن يُباع و يُعطى من الثمن بنسبة قيمته، و يحتمل الشركة بنسبة القيمة، فإذا كان الأجود يساوي قيمتي الرديء كان المجموع بينهما أثلاثاً، و رده الشيخ (٤٢٣٥) في مسألة رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا ٣٠. قيل: و هو حسن مع عموم الربا لكل معاوضة (٤٢٣٦).

بقي الكلام في حكم تلف العوضين مع الغبن: و تفصيله: أن التلف إما أن يكون فيما وصل إلى الغابن أو فيما وصل إلى المغبون. و التلف، إما بآفة أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبي. و حكمها: أنه لو تلف ما في يد المغبون، فإن كان بآفة، فمقتضى ما تقدم من التذكرة في الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك: سقوط الخيار، لكنك قد عرفت الكلام في مورد التعليل فضلاً عن غيره؛ و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار، فإذا فسخ، غرم قيمة يوم التلف أو يوم الفسخ (٤٢٣٧).

٤٢٣٤. أربعة حاصلة من ضرب الاثنين الأولين في الاثنين الآخرين. و هنا وجه خامس لعلّه أقرب من الغير، و هو استحقاقه من مال الغابن أي مال كان مع المحافظة على المثلية و القيمة.

٤٢٣٥. يعني: الاحتمال الثاني. و وجه استلزامه للربا هو أن حصة كل منهما إذا كانت بمقدار الآخر لزم في المزج بالأجود على هذا الاحتمال كون ما يساوي نصف المجموع بإزاء ما يساوي ثلثه.

٤٢٣٦. ينبغي أن يقول: مع عموم الربا للتعاوض القهري كما لا يخفى وجهه.

٤٢٣٧. أو يوم الدفع، أو أعلى القيم من زمان التلف إلى يوم الدفع، أو من يوم الفسخ إلى يوم الدفع وجوه. قال السيد الأستاذ رحمته الله: «إنه لا وجه لاعتبار يوم التلف، لأن الانتقال إلى الغابن إنما هو من حين الفسخ، فلا بد من اعتبار قيمته حينه لاجتماع التلف الذي كان ملكاً للمغبون». انتهى. و لا يخفى أن هذا عجيب منه رحمته الله، حيث إنه اختار فيما تقدم فيما علّقه على قوله: «فإنما أن يكون نقصاً يوجب الأرش» «أن الفسخ حل العقد و إعادة كل من العوضين على ما هما عليه حين العقد إلى مالكة الأولى من حين الفسخ، لاجلّه و إعادته على ما هو عليه حين الفسخ من حينه» انتهى، إذ عليه فوجه اعتبار يوم التلف، وكذلك وجه اعتبار يوم القبض كما هو أحد الأقوال في الإقالة، بل وجه اعتبار يوم العقد لو قيل به في غاية الوضوح،

و أخذ ما عند الغابن أو بدله. وكذا لو كان بإتلافه (٤٢٣٨).

و لو كان بإتلاف الأجنبي ففسخ المغبون، أخذ الثمن و رجع الغابن إلى المتلف إن لم يرجع المغبون عليه. و إن رجع عليه بالبذل ثم ظهر الغبن ففسخ، ردّ على الغابن القيمة يوم التلف أو يوم الفسخ. و لو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ القيمة من الغابن، و إن فسخ، أخذ الثمن. و لو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ، وجب عليه ردّ القيمة؛ لأنّ ما أبرأه بمنزلة المقبوض. و لو تلف ما في يد الغابن بآفة أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البذل. و في اعتبار القيمة يوم التلف أو يوم

لأنّ الانتقال إلى الغابن على هذا يكون من حين العقد في زمان الفسخ. إلّا أنّ ما بنى عليه في السابق قد أشرنا هناك إلى فساد، و أنّ التحقيق أنّ الفسخ إنّما يوجب انقلاب المطلب من حينه في حينه.

و غاية توجيهه على هذا هنا و في الإقالة أن يقال: إنّ المبيع على عهدة المشتري بعينه إن بقي و بدله إن تلف كما في الغصب، غاية الأمر منجزاً هناك و معلقاً على الفسخ و الإقالة هنا، فبعد تحقّق المعلق عليه تصير العهدة فعلية، فيجب على الغابن يوم الفسخ ردّ ما كان على عهده من العين عند البقاء و القيمة عند التلف، و إذا ضمّ إلى ذلك القول بأنّ البذل الكائن على العهدة عند تلف المبدل في باب الضمانات هو قيمته في ذاك اليوم كما هو أحد الأقوال فيها، ثبت المطلوب من غرامة يوم التلف. و لكنّه ضعيف، لأنّ الذي يكون على العهدة منجزاً تارة و معلقاً على الفسخ أو الإقالة أخرى هو نفس العين لا البذل، و إنّما يتنزّل إلى القيمة يوم الدفع آية قيمة كانت. و لو سلّم فإنّ القيمة التي تكون على العهدة على تقدير التلف هو كلّ القيمة لا خصوص قيمة يوم التلف، فتعينها يحتاج إلى معيّن مفقود، إلّا أن يقال: إنّ تعيينها الواقعي المتحقّق في ذاك اليوم بذاته كافٍ في تعيينها، لأنّ ما عداها يحتاج إلى لحاظ آخر. فالعمدة هو الإراد الأوّل.

وكيف كان، فجميع الأقوال في قيمة المغصوب آتٍ هنا و في الإقالة. و أقواها أعلى القيم من زمان الفسخ إلى يوم الدفع هنا، و أعلاها من زمان القبض إلى زمان الدفع في باب الغصب. و قد أشبعنا الكلام في ذلك فيما يتعلّق بقاعدة ما يضمن بصحيحه، فراجع.

الفسخ قولان، ظاهر الأكثر الأول، و لكن صرح في الدروس و المسالك^{٣١} و محكي حاشية الشرايع للمحقق الثاني و صاحب الحقائق^{٣٢} و بعض آخر: أنه لو اشترى عيناً بعين قبض أحدهما دون الأخرى، فباع المقبوض ثم تلف غير المقبوض: أن البيع الأول يفسخ بتلف متعلقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني(٤٢٣٩) فيغرم البائع الثاني قيمة ما باعه يوم تلف غير المقبوض. و هذا ظاهر بل صريح في أن العبرة بقيمة يوم الانفساخ(٤٢٤٠) دون تلف العين(٤٢٤١). و الفرق بين المسألتين مشكل(٤٢٤٢) و تمام الكلام في باب الإقالة(٤٢٤٣) إن شاء الله تعالى.

٤٢٣٩. أما انفساخ البيع الأول به فلكون التلف قبل القبض من مال مالكة الأول، للنبي الوارد في المبيع الملحق به الثمن على ما يأتي في محله، بناءً على كونه من ماله كناية عن الانفساخ قبل التلف آنما كما هو المعروف. و سيأتي الإشكال فيه في محله. و أما صحة الثاني و عدم انفساخه فلوجود مقتضي لها، أعني: صدوره عن أهله في محله، لأن البائع حين البيع الثاني - و هو ما قبل تلف المقبوض - كان مالكا له بالعقد الأول، و عدم المانع عنها، لأن ما يتوهم كونه مانعاً عن ذلك هو تلف غير المقبوض بعد بيع المقبوض، و هو غير مانع، لأن التلف إنما يوجب انفساخ البيع الأول من حين التلف لا من أصله، فيكون حال انفساخ الأول بعد الثاني حال فسخه بالإقالة بعد الثاني، و مع عدم بطلان الثاني يكون متعلقه - و هو العين المقبوضة - مثل التالف في عدم إمكان رده، فيغرم البائع الثاني للأول بدله مثلاً كان أو قيمة.

٤٢٤٠. لأنه يوم تلف غير المقبوض.

٤٢٤١. يعني: يوم تلف العين التي يغرم قيمتها، أعني: العين المقبوضة، و هو فيما فرضه من المسألة يوم بيع العين المقبوضة بالبيع الثاني، لأنه يوم تلف العين المبيعة شرعاً.

٤٢٤٢. مجرد كون الفرق مشكلاً لا يصح إسناد القول باعتبار يوم الفسخ في المسألة إلى هؤلاء الجماعة القائلين باعتبار يوم الانفساخ في مسألة أخرى و جعلها ذات قولين، بل لابد من الجزم بعدم الفرق بينهما عندهم، و أتى له بإثباته؟

٤٢٤٣. قد مر أن الأقوى فيها و في المقام أعلى القيم من زمان انحلال العقد إلى زمان الدفع.

و لو تلف بإتلاف الأجنبي (٤٢٤٤) رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن؛ لأنه الذي يرد إليه العوض، فيؤخذ منه المعوض أو بدله، و لأنه مَلِكُ القيمة على المتلف (٤٢٤٥).
و يحتمل الرجوع إلى المتلف؛ لأن المال في ضمانه و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده؛ و لذا صرح في الشرايع بجواز المصالحة على ذلك المتلف (٤٢٤٦) بما لو صالح به على قيمته لزوم الربا، و صرح العلامة بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، و إن صالحه على قيمته بالأقل، لزوم الربا بناءً على جريانه في الصلح. و يحتمل التخيير (٤٢٤٧) أمّا الغابن فلائكه ملك البدل، و أمّا المتلف فلأن المال المتلف في عهده قبل أداء القيمة. و إن كان بإتلاف المغبون، فإن لم يفسخ غرم بدله، و لو أبراه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ، ردّ الثمن و أخذ قيمة المتلف؛ لأن المبرأ منه كالمقبوض. هذا قليل من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام و ينبغي إحالة الزائد على ما ذكرناه في غير هذا المقام، و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفائه الكرام صلوات الله عليه و عليهم إلى يوم القيام.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الغبن (٤٢٤٨) في كل معاوضة مالية؛ بناءً على الاستناد



٤٢٤٤. لم يتضح وجه التفرقة بين صورة كون تلف ما بيد الغابن بإتلاف الأجنبي و صورة تلف ما بيد المغبون التي تعرض لها سابقاً، يجعل هذه ذات وجوه ثلاثة و تلك ذات وجه واحد، و الحال أن المسألتين من وادٍ واحد.

٤٢٤٥. يعني: و لأن الغابن ملكها على الأجنبي المتلف، فلا يمكن معه أن يملكها المغبون أيضاً كي يرجع إليه، لأن الشيء الواحد على عهدة شخص واحد لا يملكه شخصان. و فيه: أنه لا بأس به إذا كان على البدل.

٤٢٤٦. المتلف هنا و عبارة العلامة بصيغة المبني للمفعول.

٤٢٤٧. هذا هو الأقوى.

٤٢٤٨. نعم، و لكن لما ذكرنا في أصل الاستدلال على ثبوت خيار الغبن في البيع من بناء العرف و العقلاء على ذلك من أرباب الملل و الأديان مع عدم ثبوت الردع عنه شرعاً، و هو جارٍ في تمام المعاوزات. و أمّا حديث نفي الضرر و الإجماعات المنقولة فقد تقدّمت المناقشة في الاستدلال بمما على خيار الغبن في أصل المسألة.

في ثبوته في البيع إلى نفي الضرر. نعم، لو استند إلى الإجماعات المنقولة أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصالة اللزوم. و ممن حكى عنه التصريح بالعموم فخر الدين رحمته في شرح الإرشاد و صاحب التقيح^{٣٣} و صاحب إيضاح النافع، و عن إجارة جامع المقاصد: جريانه فيها مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات (٤٢٤٩). نعم، حكى عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح^{٣٤}. و لعلّه لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعة، فلا يشرع فيه الفسخ، و فيه ما لا يخفى (٤٢٥٠). و في غاية المرام: التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة فيجري فيه و بين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقية ما يدعيه و كان مغبوناً فيما صالح به، و الواقع على ما في الذمم و كان مجهولاً ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأمل. و لعلّه للإقدام في هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان، فقد أقدم على الضرر. و حكى عن بعض التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة و كان الإقدام على المعاملة فيه مبنياً على عدم الالتفات (٤٢٥١) إلى النقص و الزيادة، بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما، فإنه لا يصدق (٤٢٥٢) فيه اسم الغبن، و بين غيره.

و فيه 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، و حديث نفي الضرر عام لم يخرج منه إلا ما استثنى في الفتاوى من صورة الإقدام على الضرر علماً به (٤٢٥٣).

٤٢٤٩. يعني: أن خيار الغبن من أحكام المعاوضات.

٤٢٥٠. لعل نظره في ذلك إلى ما ذكرناه في المناقشة على من منع من دخول خيار

الشرط في الصلح الواقع على إسقاط الدعوى معللاً بهذه العلة، فراجع.

٤٢٥١. يعني: عدم الاعتناء بالنقص.

٤٢٥٢. يمكن أن يكون مراده منع صدق قيد الغبن الموجب للخيار و شرطه - و هو

عدم الإقدام - عليه، و على هذا لا يتوجه عليه ما ذكره المصنف من النظر.

٤٢٥٣. لادخل لهذا القيد إلا توهم احتمال عدم صدق الإقدام بدونه، و هو فاسد، إذ

يكفي في صدقه احتمال الضرر أيضاً مع البناء على المسامحة و عدم الاعتناء به. نعم، لا بأس

بتخصيص المستثنى من الدليل المثبت للخيار به لو كان هو إطلاق معقد الإجماع على ثبوته

نعم، لو استدلّ بآية التجارة عن تراضٍ أو النهي عن أكل المال بالباطل، أمكن اختصاصهما بما إذا أقدم (٤٢٥٤) على المعاملة محتملاً للضرر مسامحاً في دفع ذلك الاحتمال.

و الحاصل: أن المسألة لا تخلو عن إشكالٍ من جهة أصالة اللزوم، و اختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبيع، و عدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع كما تعرّضوا لجريان خيار الشرط، و تعرّضهم لعدم (٤٢٥٥) جريان خيار المجلس في غير البيع لكونه محلّ

للمغبون. و بالجملة، بناءً على كون مدرك الخيار هو نفي الضرر فالأقوى هو ذاك التفصيل المحكي عن بعض.

٤٢٥٤. الضمير راجع إلى الآية. و الباء للسببية لا الصلة. و المراد من الاختصاص هو عدم العموم لجميع موارد الغبن و النقص. و المضاف إلى الموصول - و هو الخروج - مخدوف. يعني: لو كان دليل الخيار إحدى الآيتين أمكن القول بعدم عمومها لجميع صور المعاملة بلا تساوي العوضين، بسبب خروج بعضها و هو ما إذا أقدم... و بعبارة أخرى: أمكن عدم عمومها لما إذا أقدم...، و اختصاصها بما عدا ذلك. و العبارة السلس أن يقول: بما إذا لم يقدم على المعاملة... و بالجملة، المقصود بيان أنه لو استدلّ بآية التجارة... أمكن التفصيل المحكي عن البعض، و استفادة هذا المعنى من العبارة تحتاج إلى تكلف التصرف فيها بما ذكرناه.

و عن الفاضل المقاني رحمه الله في تفسير العبارة: أن الآية من بين المعاملات الغبنية مختصة بتلك الصورة. و هو كما ترى، لأنه إن أراد اختصاصها بها من حيث الدلالة على ثبوت الخيار، فهو من الفساد بمكان غني عن البيان. و إن أراد اختصاصها بها من حيث الدلالة على نفي الخيار، ففيه: أنه يوجب عدم الارتباط بين الشرط و الجزاء، إذ يكون المعنى حينئذٍ أنه لو استدلّ على خيار الغبن بآية التجارة أمكن اختصاص اللزوم في المعاملة الغبنية بتلك الصورة.

٤٢٥٥. هو مبتدأ، و خبره قوله: «لكونه محلّ خلاف». و غرضه رحمه الله من ذلك دفع توهم التعارض بين عدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع، و بين تعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع، نظراً إلى أن الأول كما يدلّ على عدم جريان خيار الغبن في غير البيع، كذلك الثاني يدلّ على جريانه في غير البيع. و حاصل الدفع: أن دلالة الثاني على ما ذكر مبنية على دلالة تقييدهم الخيار بالمجلس على المفهوم، و هي مبنية على كون التقييد لأجل

خلاف لبعض العامة في بعض أفراد ما عدا البيع، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع. و من دلالة حديث نفي الضرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها و لو في صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت، بعد إلحاق غيرها بظهور عدم القول بالفصل (٤٢٥٦) عند الأصحاب* و قد استدلّ به الأصحاب على إثبات كثير من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوة (٤٢٥٧). نعم، يبقى الإشكال في شموله للصورة المتقدمة، و هي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة - بيعاً كان أو غيره - على عدم المغالبة و المكايسة من حيث الماليّة، كما إذا احتاج المشتري إلى قليل من شيء مبتذل لحاجة عظيمة دينيّة أو دنيويّة، فإنه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإنّ في شمول الأدلّة لمثل هذا خفاءً، بل منعاً**، و الله العالم.

مسألة: اختلف أصحابنا في كون هذا الخيار على الفور أو على التراخي؟ على قولين: و استند للقول الأوّل - و هو المشهور ظاهراً - إلى كون الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقّن. و قرّره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة، و إلّا لم ينتفع بعمومه^{٣٥}، انتهى. و للقول الثاني إلى الاستصحاب. و ذكر في الرياض ما حاصله: أنّ المستند في هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول اتّجه التمسك بالاستصحاب، و إن كان نفي الضرر، وجب الاقتصار على الزمان الأوّل؛ إذ به يندفع الضرر.

أقول: و يمكن الخدشة في جميع الوجوه المذكورة. أمّا في وجوب الاقتصار على المتيقّن، فلأنه غير متّجه مع الاستصحاب (٤٢٥٨). و أمّا ما ذكره في جامع المقاصد من

الاحتراز عن سائر الخيارات لا لئلا تكون أخرى، و التقييد هناك ليس للاحتراز، بل لأجل كونه محلّ خلاف لبعض العامة في بعض أفراد غير البيع.

٤٢٥٦. التفصيل المتقدّم عن بعض قول بالفصل، فتدبر.

٤٢٥٧. بل هو الأقوى، لما ذكرنا من بناء العرف و العقلاء عليه في تمام المعاوضات و لكن مع عدم الإقدام على الغبن.

٤٢٥٨. على التحقيق من جريان الاستصحاب مع الشكّ في المقتضي كما في المقام، و

* لم يرد «بعد إلحاق... عند الأصحاب» في بعض النسخ. ** في بعض النسخ زيادة: «إلا أن يتمّ بعدم القول بالفصل».

عموم الأزمنة فإن أراد به عمومها المستفاد (٤٢٥٩) من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه

لكنه غير متجه عند المصنف رحمه الله، فلا تتجه منه رحمته هذه الخدشة.

٤٢٥٩. لنا أن نختار هذا الشق - و إن كان خلاف التحقيق عندنا كما سيأتي وجهه

- و ندفع خدشة المصنف عنه بأن العموم الأزماني الاستمراري قسم من العموم المجموعي الذي هو عبارة عما يلاحظ فيه أفراد العام شيئاً واحداً، وكون كل واحد منها بعضاً و جزءاً لذلك المجموع في اللحاظ، كما أن العموم الأزماني الغير الاستمراري قسم من العموم الانحلالي الذي هو عبارة عما يلاحظ فيه الاستقلال في أفراد العام كما هو كذلك في الواقع، إذ تسارة يكون أفراد العام من قبيل الزمان، سواء كان بعض أفرادها منفصلاً عن الآخر في الوجود، كقوله: اجلس في المسجد كل يوم الجمعة، أو كان متصلاً كما في: اجلس كل ساعة من ساعات الجمعة، و أخرى من غير الزمان. و على كل تقدير؛ تارة يلاحظ فيه الاجتماع و الاتحاد، و أخرى لا. و لا ريب في ظهور العام في اندراج كل فرد من أفرادها تحت الحكم و عمومته له، إنا بنحو الجزئية للموضوع كما في المجموعي، أو بنحو الاستقلال كما في الانحلالي. و لاشبهة في استقلال كل واحد من ظهورات العام - العديدة عدد أفرادها - في الحجية، و عدم توقّف حجية ظهوره في فرد هو مورده على حجية ظهوره في مورد آخر، أعني: الفرد الآخر. و بعبارة أخرى: لم يلاحظ الارتباط في مرحلة الحجية مطلقاً حتى فيما لوحظ فيه الارتباط في متعلّق الظهور - و هو الأفراد - كما في العموم المجموعي.

و بالجملة، مقتضى الطبع الأصلي في كل واحد من الأفراد و ظهورات العام في أفرادها و حجية هذه الظهورات هو الاستقلال، و الارتباط في العموم المجموعي إنما يجيء مسن قبل اللحاظ، و هو مختص بالأفراد، و أمّا ما عداها من الظهورات و الحجية فهو باقٍ على التعدّد.

فتحصّل من هذا البيان أن آية وجوب الوفاء بالعقود بضميمة قضية إطلاقها من حيث

الزمان - بعد تسليم كونها هو العموم الأزماني المجموعي الاستمراري - لها ظهورات عديدة في لزوم الوفاء بكل عقد عدد الأزمنة التي يسع كل منها للوفاء به و النقض عليه فيه، أو عدد الوفائات التي يمكن تحقّق كل منها في زمان قد لوحظ بمجموع هذه الأزمنة أو بمجموع الوفائات شيئاً واحداً، كتعدّها فيما لو لم يكن هناك هذا اللحاظ بل كان لحاظ الاستقلال، فكما أن عدم لزوم الوفاء في زمان خاص منافي لظهوره في اللزوم في ذاك الزمان، كذلك عدم لزومه في

زمان آخر منافٍ لظهوره في لزومه في ذاك الزمان الآخر، وهكذا. وقد مرَّ أن كلَّ واحد من هذه الظهورات المستقلة في عالم الظهور حجة مستقلة في مورده، يجب الرجوع إليها ما لم تقم حجة أقوى على خلافها. و نتيجة ذلك وجوب الرجوع إلى العام فيما عدا المتيقن من مقدار دلالة الخاص المثبت للخيار كما عدا الآن الأول مثلاً، لأنَّ عدم الرجوع إليه لاوجه له إلاَّ منع الاستقلال في ظهور العام في استيعاب هذا المقدار الزائد على المتيقن، بتوهم أنَّ لحاظ الارتباط بين الأفراد و فرضها شيئاً واحداً يسري إلى الظهورات أيضاً، أو منع حجّة ظهوره على نحو الاستقلال بعد تسليم أصل الظهور مستقلاً، إمّا بتوهم سريّة لحاظ الارتباط بين الأفراد إلى مرحلة حجّة الظهور، و إمّا بتوهم اختصاص حجّة ظهور العام بما إذا كان المشكوك على فرض عدم خروجه عن تحت العام موضوعاً مستقلاً له حكم مستقل كما في العام الانحلالي، و لايعم ما إذا كان جزءاً لموضوع واحد له حكم واحد كما في العام المجموعي، و الكل كما ترى من الفساد بمكان.

و بالجملة، نقول بناءً على هذا الشق: إنَّ ظهور إطلاق الآية من حيث الزمان في لزوم الوفاء بكلِّ عقد لزوماً متعدداً - عدد الأزمنة الملحوظة شيئاً واحداً مستمراً باستمرار الزمان - و إن كان تابعاً لظهوره في شمول موضوعه - و هو العقود - لهذا العقد، إلاَّ أنَّه لاشبهة في تحقق المتبوع و هو شموله له، فيكون التابع محققاً أيضاً، فيعقد لها ظهور في اللزوم الاستمراري في ذلك العقد أيضاً، فإذا قام دليل على عدم لزومه في الجملة فعدد التخصيص و إن كان لايتفاوت الحال فيه بين صورة عدم لزومه دائماً و بين صورة عدم لزومه في آنٍ حيث إنَّه واحد على التقديرين، إلاَّ أنَّه يتفاوت الحال بينهما في عدد مخالفة الظهور، لتعدد عدد الآتات على الأول و وحدتها على الثاني. و المناط في الرجوع إلى العام كون مورد الشك على تقدير بقائه تحت العام واقعاً محكوماً بحكمه، إمّا بنحو الاستقلال كما في الانحلالي، و إمّا بنحو الجزئية كما في المجموعي، و منه الزماني الاستمراري كما في الآية حسب الفرض، فلايجوز مخالفة الظهور في دخالة كلِّ آنٍ في موضوع الحكم و لحاظه جزءاً منه إلاَّ بحجة أقوى على خلافه، و ليس إلاَّ ذاك الخاص، و لاحتجّة فيه إلاَّ في مقدار دلالته، و هو مختص بالآن الأول، فيبقى ظهوره في لحاظ دخالة الزائد على ذاك الآن في موضوع الحكم و كونه جزءاً منه سليماً عن المعارض.

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 دائماً أو في زمانٍ ما؛ إذ ليس في خروجه دائماً زيادة تخصيص في العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعلٍ بعنوان العموم وخرج منه فردٌ خاصٌ من ذلك الفعل، لكن وقع الشك في أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عامٌ لجميعها، فإنَّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاص أعني الحلّة لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم، و ليس هذا من معارضة العموم للاستصحاب؛ و السرّ فيه ما عرفت: من تبعيّة العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها، فلا مقتضي للعموم الزماني (٤٢٦٠) فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد، دام زمان خروجه أو انقطع. نعم، لو فرض إفادة الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان أكثراً لأفراد العام، بحيث يكون الفرد في كل زمان مغايراً له في زمانٍ آخر، كان اللازم بعد العلم* بخروج فردٍ في زمانٍ ما الاقتصار على المتيقن؛ لأنَّ خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فردٍ آخر من العام غير ما علم خروجه، كما إذا قال المولى لعبده: «أكرم العلماء في كل يوم» بحيث كان إكرام كل عالم في كل يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيد العالم و شك في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأوّل إلى عموم وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يحجز التمسك بالاستصحاب (٤٢٦١)، بل يجب الرجوع إلى أصلٍ آخر؛ كما أن في الصورة

٤٢٦٠. نعم، لو خرج بالمرّة. و أمّا لو خرج بالمقدار المتيقن من دلالة الدليل المخصّص دون الزائد عليه، لكونه مخالفة للظاهر بلا دليل عليه، فالمقتضي للعموم الزماني فيما عدا ذلك الزمان المتيقن - و هو ظهور العموم في اندراج فيه - موجود، فيجب الرجوع إليه.

٤٢٦١. يعني: فيما إذا كان الزمان في طرف الخاص من حيث الظرفيّة و القيدية مثله في طرف العام. و لعلّ الماثلة بينهما من هذه الجهة هو الظاهر المتفاهم عرفاً فيما لم تقم قرينة

الأولى لو فرضنا عدم حجّة الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين؟! ثم لا يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان - في الصورة الأولى - من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة وكونه في الصورة الثانية عمومًا لغويًا، بل المناط كون الزمان (٤٢٦٢) في الأولى ظرفًا للحكم وإن فرض عمومه لغويًا، فيكون الحكم فيه حكمًا واحدًا مستمرًا لموضوع واحد، فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك في استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب. و الزمان في الثانية مكثّر لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشك في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام، مغاير للفرد الأول، و معلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم، فافهم و اغتسم. و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد: بأن آية «أوفوا...» وغيرها مطلقة لاعامة، فلا تنافي الاستصحاب ٢٦ إلا أن يدعى (٤٢٦٣) أن العموم الإطلاقي لا يرجع إلا إلى العموم الزماني على الوجه الأول.

على المخالفة، فتأمل. و إلا فلو كان الزمان في طرف الخاص ظرفاً للحكم لجاز التمسك بالاستصحاب، و إن كان في طرف العام قيداً مكثراً للموضوع. فللمناط في جريان الاستصحاب و عدمه كونه ظرفاً لحكم الخاص و قيداً له و إن كان في طرف العام على خلاف ذلك. و وجه عدم جواز التمسك بالاستصحاب على ما فسرناه أنه من إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر، و لا ربط له بالاستصحاب.

٤٢٦٢. يعني: بل المناط كون العموم في الأولى مجموعياً قد لوحظ فيه الوحدة و الاستمرار و لو فرض كون الدلالة عليه من جهة الوضع، كما إذا قيل: أوفوا بالعقود دائماً أو أبداً، و في الثانية عمومًا انخلاجياً لم تلحظ فيه الوحدة، بل لوحظ فيه التعدد، و إن فرض كون ما يفيد هو الإطلاق و مقدمات الحكمة. هذا، و قد مرّ منا عدم الفرق بين الصورتين في كون الزائد على المتيقن مخالفة لظهور آخر للعام في كونه مشمولاً لحكم العام أيضاً وراء ظهوره في كون ما عداه مشمولاً له. نعم، بينهما فرق من جهة أخرى، و هي كون الزائد في الأولى جزءاً للموضوع و دخيلاً فيه، و في الثانية موضوعاً مستقلاً لحكم مستقل، و قد عرفت أنه لا دخل لهذه الجهة في مناط الظهور و الحجّة.

٤٢٦٣. يعني: إلا أن يدعى الدافع - و هو صاحب الجواهر - أن العموم... . فمال

و قد ظهر أيضاً ممّا ذكرنا - من تغاير موردي الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم - : فساد ما قيل في الأصول: من أنّ الاستصحاب قد يخصّص العموم، و مثل له بالصورة الأولى، زعماً منه أنّ الاستصحاب قد خصّص العموم. و قد عرفت أنّ مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب، و مقام جريان العموم لا يجوز فيه الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم، فليس شيء منهما ممنوعاً بالآخر في شيء من المقامين. إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأوّل؛ (٤٢٦٤) لأنّ العقد المعبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء، فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمان واحد و بين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلّة التخصيص و كثرته حتّى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن، فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار - على ما سنشير إليه - لم يجز التمسك بالعموم أيضاً. نعم، يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات. و أمّا استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب، فهو حسن على ما اشتهر (٤٢٦٥) من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة

دفعه حينئذ إلى ما ذكره المصنّف رحمه الله من استمرارية العموم و مجموعيته. هذا، و قد عرفت عدم تمامية ذلك، و أنّ التحقيق ما ذكره جامع المقاصد.

٤٢٦٤. بل الثاني، ضرورة تعدّد الطاعة و العصيان بعدد آتات الوفاء بالعقد، فلو كان من الأوّل لم يكن هناك إلّا امتثال واحد و عصيان واحد. و لو سلّم أنّه منه فقد مرّ أنّه يجب الرجوع إلى العام فيه أيضاً.

٤٢٦٥. حسنه مع هذا البناء - كما هو الموافق للتحقيق الذي حققه في الأصول - مبني على ما هو التحقيق عندنا، كما عرفت عند الكلام في أصالة اللزوم من عدم دلالة آية الوفاء بالعقود على اللزوم. و أمّا بناء على دلالتها عليه - كما هو المتسالم عليه عندهم - فلا حسن فيه، لوجوب الرجوع إليها، سواء قلنا بأنّ عمومها الأزمانى مجموعي كما اختاره المصنّف أو قلنا بأنّه انحلالي كما اخترناه. أمّا على الثاني فواضح. و أمّا على الأوّل فكذلك، لما عرفت تحقيقه.

للموضوع، مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم إحراز (٤٢٦٦) الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا يجري فيما نحن فيه الاستصحاب؛ فإنّ المتيقن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فإذا فرضنا ثبوت* الحكم من الشرع على هذا الوجه** فلا معنى لانسحابه في الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل؛ لأنّ هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم. نعم، لو أحرز الموضوع من دليل لفظي على المستصحب أو كان الشك في رافع الحكم حتى لا يَحتمل أن يكون الشك لأجل تغيير الموضوع، اتجه التمسك بالاستصحاب.

و أما ما ذكره في الرياض، ففيه: أنه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب - كما أشرنا هنا و حققناه في الأصول - فلا يجري الاستصحاب و إن كان المدرك للخيار الإجماع. و إن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر، جرى الاستصحاب.

و إن استند في الخيار إلى قاعدة الضرر - كما اعترف به ولده ^{عليه السلام} في المناهل مستنداً إلى احتمال أن يكون الضرر علّة محدثة - يكفي في بقاء الحكم و إن ارتفع، إلا أن يدعى أنه إذا استند الحكم إلى الضرر، فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق، كما أشرنا إليه.

مركزية كميتر علوم إسلامي

٤٢٦٦. حقّ التعبير أن يقول: و أما على التحقيق من لزوم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التدقيق و التحقيق فلا يجري فيما نحن فيه الاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع، فإنّ المتيقن سابقاً ثبوت الخيار للمتضرر الذي لا يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ لولا ثبوت الخيار، فيحتمل أن يكون الموضوع هو المتضرر في المعاملة من غير دخالة عدم التمكن من التدارك فيه فيبقى، و يحتمل أن يكون هو بقيد عدم التمكن منه، فإذا فرضنا ثبوت حكم الخيار من الشرع لمن لم يتمكن من التدارك، وكان هو الموضوع للحكم، فلا معنى... إلى آخر ما ذكره ^{عليه السلام}.

و كيف كان، ما جعله تحقيقاً هنا - من كون الميزان في تشخيص الموضوع في الاستصحاب هو الدليل لو كان هناك دليل لفظي، و إلا فالدقة العقلية - مخالف للحق الموافق

ثم إنّه بنى المسألة بعضُ المعاصرين (٤٢٦٧) على ما لا محصل له، فقال ما لفظه: إنّ المسألة مبتنية على أنّ لزوم العقد معناه: أنّ أثر العقد مستمرٌّ إلى يوم القيامة و أنّ عموم الوفاء بالعقود عمومٌ زمنيّ (٤٢٦٨)؛ للقطع بأن ليس المراد بالآية الوفاء بالعقود أنّاً ما بل على الدوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، و باعتبار أنّ الوفاء بما العمل بمقتضاها، و لا ريب أنّ مفادها عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دلّ دليلٌ على ثبوت خيارٍ من ضررٍ أو إجماعٍ أو نصٍّ في ثبوته في الماضي أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار، فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومته، كاستثناء أيام الإقامة و الثلاثين و وقت المعصية و نحوها من حكم السفر، أو أنّ لزوم ليس كالعموم و إلّا ما يُثبت (٤٢٦٩) ملكاً سابقاً و يبقى حكمه مستصحّباً إلى المزيل، فتكون المعارضة (٤٢٧٠)

.....
للمشهور الذي حققه في الأصول من كون الميزان هو العرف مطلقاً. كما أنّ ما يظهر من قوله: «نعم لو أحرز...» من جواز الاستصحاب في الشك في المقتضي فيما إذا كان مثبت للحكم هو الدليل اللفظي مخالف لما اختاره في الأصول من عدم حجّيته فيه مطلقاً، و إن كان التحقيق جريانه فيه أيضاً. و تحقيق الكلام موكول إلى محله.

٤٢٦٧. الظاهر أنّه الشيخ عليّ عليه السلام في خياراته.

٤٢٦٨. في العبارة ما لا يخفى من سوء التعبير. و الظاهر أنّ هذا في مورد العلة و بيان المدرك و المنشأ لكون معنى الآية هو ما ذكره. و حاصل هذا الشق: أنّ لزوم العقد بمعنى استمراره إلى يوم القيامة قد استفيد من إطلاق لفظ الآية من حيث زمان الوفاء.

٤٢٦٩. يعني: أو أنّ لزوم العقد ليس كالعموم الأفرادي مستفاداً من اللفظ كما كان كذلك في الشقّ الأوّل، فإنّ لزوم العقد و استمراره فيه كان مستفاداً من إطلاق الآية، بل لفظ الآية إلّا ما يثبت ملكاً لازماً في زمان ما على وجه الإهمال، و إلّا ما يبقى حكمه مستمراً إلى مجيء المزيل لأجل الاستصحاب، لفرض الإهمال في الآية من حيث الزمان.

٤٢٧٠. يعني: تكون المعارضة على هذا الشقّ عند الفسخ في غير الآن الأوّل المعلوم ثبوت الخيار فيه بين استصحاب الملكية و استصحاب الخيار بناءً على جريانه عنده، كما هو التحقيق في الشكّ في المقتضي، حيث إنّ الشكّ في الخيار هنا من حيث المقتضي، و الثاني وارد على الأوّل، لكون الشكّ في بقاء الملكية بعد الفسخ في ذاك الآن مسبباً عن الشكّ في بقاء الخيار.

خيار الغبن على الفور أو على التراخي؟ ٢٩٣
بين استصحابين، و الثاني واردة على الأول، فيقدم عليه، و الأول أقوى؛ (٤٢٧١) لأن
حدوث الحادث (٤٢٧٢) مع زوال علته السابقة يقضي بعدم اعتبار السابق، أما مع بقائها
فلايغوَ اعتبار السابق، انتهى. و لا يخفى أن ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم - و هو
استمرار اللزوم - مبنيٌ لطرح العموم (٤٢٧٣) و الرجوع إلى الاستصحاب.

٤٢٧١. يعني: كون عموم اللزوم و استمراره إلى يوم القيامة عموماً لفظياً مستفاداً من
إطلاق اللفظ في الآية من حيث زمان الوفاء.

٤٢٧٢. «يقضي» خير «إن». و «مع زوال علة السابقة» قيد لـ «يقضي» مقدّم عليه.
و مراده من حدوث الحادث في المقام حدوث الخيار، و من العلة السابقة على هذا الحادث هو
العقد، و من السابق على هذا الحادث معلول هذه العلة، و هو اللزوم. و الوجه في علية العقد
لللزوم هو حكم الشارع بوجوب الوفاء به في آية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». فالمعنى: أن حدوث الحادث
إنما يوجب الرجوع إلى الاستصحاب - الذي يقضي باعتبار هذا الحادث و هو الخيار و عدم
اعتبار السابق و هو اللزوم - مع زوال ما هو العلة لوجود السابق مع ارتفاعه عند حدوث هذا
الحادث، و أما مع بقائها كما في المقام، ضرورة وجود العقد مع الخيار، فلا يغوَ اعتبار السابق،
أعني: اللزوم، و لازمه الحكم باللزوم. و حاصل مراده: أنه على الأول يكون المرجع هو
الإطلاق، و معه لا مجال للاستصحاب.

٤٢٧٣. نعم، بناءً على ما اختاره من عدم حجّة العام بالعموم الاستمراري في الزائد
على المقدار المعلوم ثبوت الخيار فيه، و لكن قد مرّ أن التحقيق حجّيته فيه مطلقاً حتّى فيما إذا
كان العموم استمراريّاً كما فهمه هذا البعض. هذا، مع أنّه لو سلّم عدم حجّة العموم
الاستمراري عنده إنما يرد عليه لو كان مراده من العموم الذي استفاده من الآية العموم
الاستمراري بذلك المعنى الذي أراده المصنّف من كون الحكم وجدانياً* دائماً، و هو ممنوع، بل
مراده منه العموم الاستغراقي الاستقلالي، و ذلك بقرينة تمثيله بأيام الإقامة و الثلاثين و وقت
المعصية، حيث إنّ العموم الخارجة منه هذه الأزمنة - و هو عموم وجوب القصر في السفر -
عموم استقلالي، فتدبر.

* كذا في الطبعة الحجرية. و لعلّ الصحيح: وجدانياً.

و أما ما ذكره أخيراً لمبنى الرجوع إلى الاستصحاب و حاصله: أن اللزوم إنما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قُدم عليه. ففيه: أن الكل متفقون (٤٢٧٤) على الاستناد في أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء و إن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلاوجه للإغماض عن الآية و ملاحظة الاستصحاب المقتضي للزوم مع استصحاب الخيار.

ثم إنه قد علم من تضاعيف (٤٢٧٥) ما أوردناه على كلمات الجماعة: أن الأقوى كون الخيار هنا على الفور؛ لأنه لما لم يجر التمسك في الزمان الثاني بالعموم لما عرفت (٤٢٧٦) سابقاً: من أن مرجع العموم الزماني في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع - و لا باستصحاب الخيار (٤٢٧٧) - لما عرفت: من أن الموضوع غير

٤٢٧٤. يعني: حتى القائل بالتراخي، فلاوجه في بيان وجه التراخي و توجيهه عن قبل القائل به للإغماض عن دلالة الآية على اللزوم المسلمة عنده أيضاً. و لكن قد عرفت في أول الخيارات تحقيق القول في تخطيط الكل في استنادهم إلى الآية في أصالة اللزوم، و أنها لادلالة لها على اللزوم، و أن مدركه منحصر بالاستصحاب.

٤٢٧٥. كما علم من تضاعيف ما أوردناه على المصنف رحمته الله أن الأقوى بناءً على دلالة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» على اللزوم هو الفور، للعموم الحاكم على استصحاب الخيار. و أما بناءً على التحقيق من عدم دلالة عليه و انحصار مدركه في استصحاب الأثر فالأقوى هو التراخي، لاستصحاب الخيار، لبقاء الموضوع بحسب نظر العرف الذي هو المعيار فيه، و هو المغبون في المعاملة بناءً على كون الثابت بالدليل الخاص هو الخيار بمعنى الحق المقابل للحكم، و العقد بناءً على كونه هو الخيار بمعنى جواز العقد قبال لزومه، و هو حاكم على استصحاب الأثر.

٤٢٧٦. بل لما عرفت من عدم دلالة الآية على اللزوم، و إلا فلا يحيص عن الرجوع إلى عموم. فالعموم على هذا هو الدليل على العود إلى حكم العام في المقام و في جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع لو كان هناك عموم أزمني استمراري.

٤٢٧٧. قد مر لزوم التمسك به، لما عرفت من إحراز الموضوع و أنه العقد أو الشخص المتضرر، و هو باقٍ على التقديرين.

محرّز؛ لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو مَنْ لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا يشمل الشخص المتمكّن منه التارك له، بل قد يُستظهر ذلك من حديث نفي الضرر (٤٢٧٨) تُعيّن الرجوع إلى أصالة فساد (٤٢٧٩) فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر عليه و بقاء آثار العقد، فيثبت اللزوم من هذه الجهة (٤٢٨٠). و هذا ليس كاستصحاب الخيار؛ لأنّ الشكّ هنا في الراجع، فالموضوع محرّز كما في استصحاب الطهارة بعد خروج المذي، فافهم واغتنم، و الحمد لله. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي و نكاحه و غيرهما: من أنّ تجويز التأخير فيها ضررٌ على مَنْ عليه الخيار، و فيه تأمل (٤٢٨١).

ثمّ إنّ مقتضى ما استند إليه - للفوريّة عدا هذا المؤيد الأخير (٤٢٨٢) - هي

٤٢٧٨. فيه: منع دلالة الحديث على الخيار بأيّ معنى كان. و على تقدير التنزّل نمنع دلالة على الخيار بمعنى الحقّ، كي يكون موضوعه الشخص، كي يصحّ استظهار تقييده بعدم التمكّن من التدارك، و نقول: إنّ مدلوله ثبوت الخيار بمعنى الجواز على ما مرّ في أوّل المسألة، و من المعلوم أنّ موضوع الجواز هو العقد لا الشخص المتضرّر مطلقاً أو مقيداً بعدم التمكّن، و هو باقٍ قطعاً. و على تقدير التنزّل فغاية مدلوله ثبوت الخيار للمتضرّر، و لا إشارة فيه إلى دخالة عدم التمكّن من التدارك فيه، فلا وجه لذلك الاستظهار.

٤٢٧٩. هذا أصل سببي، كما أنّ أصالة بقاء أثر العقد أصل مسببي، فلا تغفل.

٤٢٨٠. يعني: يثبت اللزوم في مورد الشكّ من جهة الأصل العملي لا من جهة العموم كما ذكره جامع المقاصد.

٤٢٨١. لا تأمل فيه لو كان المراد من تجويز التأخير هو جوازه مطلقاً من دون أن يكون له حدّ محدود كما هو الظاهر، فإنّ تزلزل العقد إلى ما لانهاية له مانع عن بعض التصرفات مثل التعمير و نحوه، و هو ضرر كما لا يخفى. نعم، لو أُريد منه جواز التأخير في الجملة مقابل الفورية ولو إلى زمان قليل فالتأمل في محله، ضرورة عدم الضرر في ذلك.

٤٢٨٢. نحن من جهة قولنا بالتراخي في فسحة من التكلّم في ذلك. و المراد من المؤيد الأخير ما ذكره بقوله: «هذا مضافاً إلى ما قد يقال...»، من كون جواز التأخير ضرراً على من عليه الخيار. و وجه الاستثناء أنّ دائرته أوسع من الفوريّة العرفيّة.

الفورية العرفية؛ لأنّ الاقتصار على الحقيقة خرج على ذي الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر بها، 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 تقدّم خلافاً للشافعي، فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة، فلا يؤمر بالعذر ولا الركض ليرد، وإن كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ، وكذا لو أطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، فلا بأس إجماعاً، وكذا لو ليس ثوباً أو أغلق باباً. و لو أطلع على العيب ليلاً، فله التأخير إلى أن يصبح وإن لم يكن عذر»^{٢٧}، انتهى. وقد صرح في الشفعة - على القول بفوريته - بما يقرب من ذلك وجعلها من الأعذار. و صرح في الشفعة بأنه لا يجب المبادرة على خلاف العادة، ويرجع في ذلك كله إلى العرف، فكل ما لا يعدّ تقصيراً لا يبطّل به الشفعة، وكل ما يعدّ تقصيراً و توانياً في الطلب فإنه مسقط لها^{٢٨}، انتهى. و المسألة لا تخلو عن إشكال، لأنّ جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله: «فسخت» لا دليل عليه. نعم، لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضي أو على الإشهاد، توجه ما ذكر في الجملة، مع أنّ قيام الدليل عليه مشكّل^(٤٢٨٣)، إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار^(٤٢٨٤) لمن عليه الخيار، فدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعدّ متوانياً فيه، فإنّ هذا هو الذي يضرّ بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه وكون تصرفاته فيه في معرض النقص. لكنك عرفت التأمّل في هذا الدليل. فالإنصاف: أنّه إن تمّ الإجماع - الذي تقدّم عن العلامة - على عدم البأس بالأمر المذكورة و عدم قدح أمثالها في الفورية، فهو، و إلاّ وجب الاقتصار على أوّل مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا خلاف في معذورية الجاهل بالخيار^(٤٢٨٥) في ترك المبادرة؛ لعموم

٤٢٨٣. أي: على ما هو أوسع من الفور العرفي.

٤٢٨٤. يعني به ما جعله المؤيد الأخير للقول بالفورية.

٤٢٨٥. يعني: الجاهل بالجهل المركّب، بقريته قوله فيما بعد: «و أمّا الشاكّ في ثبوت

نفي الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن و الجاهل بحكمه، و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعي منافياً لمعذوريته (٤٢٨٦) كترك الفحص عن الغبن و عدمه. و لو جهل الفورية، فظاهر بعض الوفاق على المعذورية. و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكّنه من الفسخ و تدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدّم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحّة فسخ المغبون بعد الزمان الأوّل. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذورية في خيار التأخير، و المناط واحد.

و لو ادّعى الجاهل بالخيار فالأقوى القبول، إلّا أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلّا لعارض، ففيه نظر (٤٢٨٧). و قال في التذكرة في باب الشفعة (٤٢٨٨): «إنه لو قال: «إني لم أعلم ثبوت حقّ الشفعة» أو قال: «أخبرت لأني لم أعلم أنّ الشفعة على الفور» فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام، قبل قوله و له الأخذ بالشفعة، و إلّا فلا، انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقه الجاهل، فلا حاجة إليه؛ لأن أكثر العوام (٤٢٨٩) وكثيراً من الخواص لا يعلمون مثل الخيار...».



٤٢٨٦. قال شيخنا الأستاذ في وجهه: لإطلاق حديث نفي الضرر، وكمال المنة في نفيه عن تارك الفحص و إن كان متمكناً من الفسخ معه. و هذا هو الوجه في معذورية الجاهل بالفورية، و أنّ تمكّنه ليس بضائر، و إلّا كان التمكّن منه في هذه الصورة ضائراً. و بالجملة، وجه المعذورية - و هو الإطلاق و المنة في النفي مع الجاهل - مشترك بينهما كما لا يخفى. و بذلك قد انقذ وجه معذورية الشاكّ في ثبوت الخيار، فتدبر جيّداً.

٤٢٨٧. لتعارض الأصل و الظاهر. و لعلّ القبول أقوى، لحجّة الاستصحاب دون هذا الظاهر المخالف له، لعدم الدليل عليه. و من هنا تظهر الخدشة في قول العلامة في مسألة الشفعة: «و إلّا فلا، لأنّه مبنيّ على تقدّم الظاهر على الأصل، و قد عرفت ما فيه».

٤٢٨٨. لا ربط لهذا بسابقه إلّا بعد دعوى عدم الفرق بين المقام و الشفعة في هذه الجهة.

٤٢٨٩. نعم، و لكنّه لا يجدي المصتّف في مسألتنا إلّا بعد عدم الفرق بينها و بين الشفعة في التعليل المذكور، و هو ممنوع، لأن أصل خيار الغبن يعلمه كثير العوام بل الصبيان و

هذه الأحكام. و إن أراد تخصيص السماع (٤٢٩٠) بمن يكون الظاهر في حقه عدم العلم، ففيه: أنه لاداعي إلى اعتبار الظهور، مع أن الأصل عدم. و الأقوى: أن الناسي في حكم الجاهل. و في سماع دعواه النسيان نظراً: من أنه مدّع، و من تعرّس إقامة البيّنة عليه و أنه لا يعرف إلا من قبله.

و أمّا الشاكّ في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته. و يحتمل عدم معذوريته؛ لتمكّنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثمّ السؤال عن صحته شرعاً، فهو متمكّن من الفسخ العرفي؛ إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنشاء، فهو مقصّر بترك الفسخ لا لعذر، فافهم، و الله العالم.

.....
النسوان فضلاً عن الخواص، فإذا لا بدّ من التقييد في مسألتنا. نعم، لا بأس بما ذكره من الإشكال بالنسبة إلى الجهل بالفورية.

٤٢٩٠. يعني: أراد من التقييد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر - أي: المظنون - في حقه عدم العلم، لا مطلق من يحتمل في حقه ذلك و إن لم يكن ظاهراً، ففيه: أنه لاداعي... هذا، و هنا شقّ ثالث، و هو أنه أراد تخصيص السماع بمن لا يكون الظاهر في حقه العلم، نظراً إلى تقدّم الظاهر على الأصل، كما أشرنا إليه و إلى المناقشة فيه.

المصادر:

- (١) التذكرة ج ١: ص ٥٢٢.
- (٢) نهج الحق وكشف الصدق: ص ٤٨١.
- (٣) النساء (٤): ٢٩.
- (٤) البقرة (٢): ١٨٨.
- (٥) القواعد ج ٢: ص ٥٣٦؛ المختلف ج ٦: ص ٤٢٧.
- (٦) التذكرة ج ١: ص ٥٤٤.
- (٧) الرياض ج ١: ص ٥٢٥.
- (٨) إيضاح الفوائد ج ١: ص ٤٨٥.
- (٩) الكافي ج ٥: ص ١٥٣، الحديث ١٤.
- (١٠) الكافي ج ٥: ص ١٥٣، الحديث ١٥.
- (١١) الوسائل ج ١٢: ص ٢٨٥، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٧.
- (١٢) المسالك ج ٣: ص ٢٠٤.
- (١٣) التذكرة ج ١: ص ٥٢٣.
- (١٤) الروضة ج ٣: ص ٤٦٧.
- (١٥) جامع الشتات ج ٢: ص ٥٩-٦٠، المسألة ٤٨.
- (١٦) الجواهر ج ٢٣: ص ٤٤.
- (١٧) المبسوط ج ٢: ص ٨٧.
- (١٨) الرياض ج ٨: ص ١٩٠.
- (١٩) الغنية: ص ٢٢٤.
- (٢٠) جامع المقاصد ج ٤: ص ٢٩٧ و ٣١٨.
- (٢١) المسالك ج ٣: ص ٢٠٧.
- (٢٢) الشرايع ج ٢: ص ٢٢.
- (٢٣) المبسوط ج ٢: ص ١٤٣.
- (٢٤) اللمعة الدمشقية: ص ١٢٨.
- (٢٥) التحرير ج ١: ص ١٦٦.
- (٢٦) المهذب البارع ج ٢: ص ٣٧٦؛ الروضة ج ٣: ص ٤٧١-٤٧٢.
- (٢٧) القواعد ج ٢: ص ٩٦.
- (٢٨) عوالي اللآلي ج ٢: ص ٢٥٧، الحديث ٦.
- (٢٩) مفتاح الكرامة ج ٥: .
- (٣٠) المبسوط ج ٢: ص ٢٦٣.
- (٣١) المسالك ج ٣: ص ٢٥٧.
- (٣٢) الحقائق ج ١٩: ص ١٨٩-١٩٠.
- (٣٣) التنقيح الرائع ج ٢: ص ٤٧.
- (٣٤) المهذب البارع ج ٢: ص ٥٣٨.
- (٣٥) جامع المقاصد ج ٤: ص ٣٨.
- (٣٦) الجواهر ج ٢٣: ص ٤٤.
- (٣٧) التذكرة ج ١: ص ٥٢٩.
- (٣٨) التذكرة ج ١: ص ٦٠٤.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الخامس: خيار التأخير، قال في التذكرة: من باع شيئاً ولم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام، فإن جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحقّ بالعين. و إن مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع^١. و الأصل في ذلك - قبل الإجماع المحكي^٢ عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها في التذكرة و الظاهرة من غيرها، و بما ذكره في التذكرة: من أن الصبر أبداً مظنة الضرر (٤٢٩١) المنفي بالخبر، بل الضرر هنا أشدّ من الضرر في الغبن؛ حيث إن المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه و ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه - الأخبار المستفيضة (٤٢٩٢)، منها: رواية علي بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و

.....
٤٢٩١. قضية الاستناد في إثبات هذا الخيار إلى حديث نفي الضرر أنه على طبق القاعدة، فاعتبار شيء آخر فيه قيداً - مثل التأخير إلى الثلاثة لأنقص - يحتاج إلى دليل مقيد، بخلاف ما إذا كان المدرك فيه غيره مما ذكر في المتن، فإنّ اللازم فيه حينئذ هو الأخذ بالقدر المتيقن ما لم يقدّم دليل على ثبوته في أزيد منه. و قد استشكل على الاستناد بذلك الحديث في المقام بعض المحققين بوجوه، ثانيها: أن الضرر إنما يوجب الخيار حيث يكون أصل المعاملة موجبا للضرر، كما في مورد خيار الغبن و الرؤية و نحوها، و أمّا إذا تحقق الضرر من أمر خارج، كامتناع المشتري في المقام من تسليم الثمن، فإنه لا دخل له بأصل المعاملة، كما إذا تضرّر البائع من جهة عدم احتياجه بعد ذلك إلى المبيع. إلى أن قال: و لم يحتمل أحد ثبوت الخيار بأمثال هذه الضرورات.

٤٢٩٢. يمكن الخدشة فيما استدلّ به على الخيار قبال أصالة اللزوم. أمّا في الإجماع فباحتمال استنادهم إلى حديث نفي الضرر. و أمّا في الحديث فيما تقدّم في خيار الغبن من أنه أجنبي عن إثبات الخيار، و أن مفاده ليس إلا حرمة الإضرار. و لو سلّم فهو يجدي على مذاق من يقول بوجوب الرجوع إلى العامّ في مثل المقام بما ورد التخصيص على العامّ و لم يعلم أمده من حيث الزمان، حيث إن العامّ - و هو الحديث - قد خصّص بالبيع في الفرض فيما قبل الثلاثة و علم فيه باللزوم، و إنما الشك فيما بعدها، و أمّا بناءً على الرجوع إلى استصحاب حكم المخصّص فلا بدّ من استصحاب اللزوم.

لا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بعه، وإلا فلا بيع بينهما»^٣. ورواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام، قال: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء، فلا بيع له». ورواية ابن الحجاج قال: «اشترت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بايع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثم قلت: لا والله! لأدعك أو أقاضيك، فقال لي: أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تحب* أن يقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»^٤. وصحيفة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمنه؟ قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام، وإلا فلا بيع له»^٥. وظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم و

و بالجملة، بعد تسليم صلاحية الحديث لإثبات الخيار - كما هو المعروف عند الأصحاب - إنما يتم بناءً على الرجوع إلى العام في أمثال المقام كما هو التحقيق مطلقاً لا الاستصحاب، فتدبر.

و أما في الأخبار فيما يأتي من ظهورها في البطلان لا الخيار. ولاحية في فهم العلماء، سيما مع العلم بعدم المنشأ لذلك الفهم إلا نفس الأخبار. و ظهور قوله في أكثر الأخبار: «لا بيع له» في اختصاص انتفائه بالمشتري - الملازم لكون المراد منه لزوم البيع دون الصحة، لعدم إمكان التفكيك فيها بين البائع والمشتري، بخلاف اللزوم، لإمكانه فيه - مبني على مفهوم القيد، وهو ممنوع، لاحتمال أن يكون التقييد لنكتة أخرى، وهي كون الكلام مسوقاً لبيان حكم المشتري، وأن تأخيره للثمن إلى مدة خاصة نقض لغرضه من الشراء. فمقتضى القواعد هو الصحة و اللزوم مع التأخير مثله مع عدمه. أما الصحة فللاستصحاب، وإطلاق أدلة الصحة، مع عدم الدليل على البطلان إلا ظهور قوله عليه السلام في الأخبار: «لا بيع له» في فرض تأخير الثمن، وهو بواسطة إعراض المشهور عنه لا يصلح لذلك. و أما اللزوم فللاستصحاب أيضاً.

قال للبائع أجبنيك بالثمن و مضى، فإن جاء في مدة الثلاثة، كان البيع له، وإن لم يرتجع بطل البيع^٦، انتهى. و ربما يحكى هذا عن ظاهر الإسكافي المعبر بلفظ الروايات، و توقّف فيه المحقّق الأردبيلي و قواه صاحب الكفاية، و جزم به في الحدائق طاعناً على العلامة في المختلف، حيث إنّه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور، ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحّة العقد، و حمّل الأخبار على نفي اللزوم^٧.

أقول: ظهور الأخبار في الفساد في محله، إلّا أن فهم العلماء و حملة الأخبار نفى اللزوم* ممّا يقرب هذا المعنى؛ مضافاً إلى ما يقال: من أن قوله ﷺ في أكثر تلك الأخبار: «لا بيع له» ظاهر في انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري فقط، و لا يكون إلّا نفي اللزوم من** طرف البائع، إلّا أن في رواية ابن يقطين: «فلا بيع بينهما». وكيف كان، فلا أقل من الشكّ فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع (٤٢٩٣). و توهم: كون الصحّة سابقاً في ضمن اللزوم، فترفع بارتفاعه، مندفع: بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحّة، و إنما هو حكمٌ مقارنٌ له في خصوص البيع الخالي من الخيار.

ثمّ إنّه يشترط في هذا الخيار أمور، أحدها: عدم قبض المبيع، و لا خلاف في اشتراطه ظاهراً، و يدلّ عليه من الروايات المتقدمة قوله ﷺ في صحيحة عليّ بن يقطين المتقدمة: «فإن قبض بيعه و إلّا فلا بيع بينهما» بناءً على أن «البيع»

٤٢٩٣. يمكن الخدشة في هذا الاستصحاب أولاً: بما تبه عليه سيّدنا الأستاذ ﷺ في التعليقة من عدم اليقين السابق، لاحتمال البطلان من أوّل الأمر، بأن يكون التأخير كاشفاً عن عدم الصحّة من حين الوقوع كما هو ظاهر الأخبار. و ثانياً: بأن الغرض من هذا الاستصحاب إن كان إثبات صرف عدم البطلان، ففيه: أنّه و إن كان صحيحاً إلّا أن الكلام في عدم لزوم البيع بمعنى ثبوت الخيار، و عدم البطلان أعمّ منه. و إن كان إثبات عدم لزومه، فإن أريد إثباته بمجرد العلم الإجمالي، بأنّه لأجل التأخير قد حدث فيه إمّا البطلان أو الجواز، ففيه: ما مرّ من أن البقاء أعمّ من الجواز، لإمكان البقاء لازماً. و إن أريد إثباته بضميمة العلم المذكور، ففيه: أنّه من إثبات أحد الضدّين بنفي الآخر، فيكون مثبتاً.

هنا بمعنى المبيع (٤٢٩٤). لكن في الرياض إنكار دلالة الأخبار على هذا الشرط، و تبعه بعض المعاصرين. و لأعلم له وجهاً غير سقوط (٤٢٩٥) هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة

٤٢٩٤. بضميمة البناء في علاج التعارض بين هذه الرواية الدالة على أن مناط الخيار عدم إقباض المبيع قبض الثمن أم لا، و بين سائر الروايات الدالة على أن مناطه عدم قبض الثمن مطلقاً قبض المبيع أم لا، على تقييد إطلاق كل من الشرطين - من عدم إقباض المبيع في الصحيحة و عدم قبض الثمن في غيرها - بالآخر بنحو التقييد بالعطف بالواو، و إلا فلو عولج بتقييده به بنحو التقييد بالعطف بـ «أو» لكانت النتيجة اعتبار أحد الأمرين. و لعل الثاني أقرب و أولى، لأن ظهور الجملة الشرطية في إطلاق كون الشرط تمام العلة لاجزائه - الذي هو قضية التقييد بنحو العطف بالواو - أقوى من ظهورها في إطلاق كونه علة منحصرة بقال كونه إحدى العلتين، الذي هو قضية التقييد بطور العطف بـ «أو» فيؤخذ بالأقوى، و يتصرف، في الأضعف و نتيجته العلية التامة بقال الجزئية، و رفع اليد عن الظهور في الانحصار و الحمل على كونه إحدى العلتين. و تفصيل الكلام موكول إلى بعض مباحث مفهوم الشرط من الأصول. نعم، لو كان المراد من البيع هو المعاوضة المعهودة لخصوص مقابل الشراء، و كان «بيعه» بعد ذلك بمعنى المفعول، أعني: يتعلق بالمعاوضة من الثمن و المثمن، و كان «قبض» بالتخفيف بصيغة المجهول، و إنما عبر بهذا التعبير لأجل أن يعم اعتبار قبض الثمن و المثمن بعبارة مختصرة، لدل هذا الخبر على اعتبار هذا الشرط و الشرط الثاني، فيقيّد به إطلاق سائر الروايات الدالة على كفاية عدم قبض الثمن. و لكنه كما ترى.

هذا كله بناءً على كون النسخة «فإن قبض بيعه» بالباء و الياء و العين، كما هو الموجود في جملة من كتب الأخبار و الاستدلال. و أمّا بناءً على كونها «ثمنه» بالثاء و الميم و النون، كما في نسخة المختلف المطبوعة في طهران، فليس في أخبار المسألة ما يدل على اعتبار هذا الشرط. و بالجملة، اعتبار هذا الشرط لأجل الصحيحة في غاية الإشكال، فتدبر جيداً.

٤٢٩٥. احتمال السقوط باطل في حدّ نفسه، كما لا يخفى على من لاحظ الحديث، مضافاً إلى وجودها فيه في جملة من نسخ الرياض و الجواهر. فالوجه فيه إمّا ما ذكرناه من احتمال كون النسخة المأخوذة منها الحديث «ثمنه» بدل «بيعه» أو احتمال كونها «قبضه» بدل «قبض». و على كلّ حال، لادلالة لها على هذا الشرط. أمّا على الأوّل فواضح. و أمّا

منها الرواية، أو احتمال قراءة «قبض» بالتخفيف، و «بيعه» بالتشديد، يعني: قبضَ بايعةُ الثمن. و لا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ لأن استعمال «البيع» بالتشديد مفرداً نادر بل لم يوجد، مع إمكان إجراء أصالة عدم التشديد (٤٢٩٦) نظير ما ذكره في الروضة من أصالة عدم المدّ في لفظ «البكاء» الوارد في قواطع الصلاة.

ثمّ إنّه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البايع - بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذه وإقباض المبيع - فالظاهر عدم الخيار؛ لأنّ ظاهر النصّ و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبايع و دفعاً لتضرّره (٤٢٩٧)، فلا يجري فيما إذا كان الامتناع من قبّله.

على الثاني فلإجمال الناشئ من دوران الأمر بين أن يكون «قبضه» بالتشديد و «بيعه» بالتخفيف بمعنى المبيع، كي يكون المعنى: فإن قبض و أقبض البايع المشتري مبيعه، فتدلّ عليه، و بين أن يكون «قبضه» بالتخفيف و «بيعه» بالتشديد، كي يكون المعنى: فإن قبض الثمن البايع، فلا تدلّ عليه، بل تدلّ على الشرط الثاني كسائر الروايات. و ندرة استعمال البيع بالتشديد مفرداً، أو عدم وجوده و أصالة عدم التشديد، معارضة بالمثل في طرف «قبض» حيث إنّه على هذا الاحتمال لا بدّ من التشديد في أحدهما، لعدم صحّة المعنى مع التخفيف في كليهما، فتأمل. و على ما ذكرنا لا يتوجّه عليه ما ذكره بقوله: «و لا يخفى...». نعم، يتوجّه عليه لو كانت النسخة «قبض» بدون الضمير، فتدبر.

٤٢٩٦. قد يورد على هذا الأصل أولاً: بعدم الحالة السابقة، لأنّ التشديد و التخفيف من كميّات اللفظ تارة يوجد بالأوّل و أخرى بالثاني. و ثانياً: بأنّه مثبت، لأنّ الأثر للناقص الذي هو ضدّ الزائد، فيكون من إثبات أحد الضدّين بنفي الآخر. و يمكن دفع الأوّل بأنّ التشديد ليس إلّا زيادة حرف، و من المعلوم أنّه مسبوق بعدم مثل سائر حروف اللفظ، و الشكّ في وجوده في محله و عدمه، و الأصل عدم إيجاده. و يمكن دفع الثاني بأنّ موضوع الأثر ليس الناقص بعنوانه الوجودي، بل هو أمر مركّب من الحروف المخصوصة مع عدم زيادة حرف واحد في المقام و عدم المدّ في البكاء، فالجزء الوجودي محرز بالوجدان و العدمي بالأصل. نعم، الإيراد عليه بأنّه معارض بأصالة عدم التشديد في «قبض» في محله، فتأمل جيّداً.

٤٢٩٧. لم أفهم ظهور النصّ فيما ذكره. و لم يعلم من الخارج كون الضرر دخيلاً فيه. و لو سلّم فلم يعلم أنّه بنحو العلة دون الحكمة. و أمّا الفتوى فلم يذكر ذلك إلّا العلامة

و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن، ففي كونه كـ«لاقبض» مطلقاً أو مع استرداده أو كونه قبضاً وجو، رابعها: ابتناء المسألة على ما سيجيء في أحكام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و* عدمه (٤٢٩٨). و لعلّه الأقوى؛ إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبيع للمالكه و تضرره بعدم وصول ثمنه إليه، وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصّةً. و أمّا مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجري دليل الضرر بالتقريب المتقدم و إن ادّعى انصراف (٤٢٩٩) الأخبار إلى غير هذه الصورة**.

في عبارته المتقدمة. فالظاهر بناءً على دلالة الأخبار على الخيار - كما هو الفرض - ثبوت الخيار في المقام. و من هنا يعلم عدم صحّة الابتناء على ارتفاع الضمان على البائع بهذا القبض في الفرع الآتي و ما بعده.

٤٢٩٨. نسب الأوّل هنا إلى ظاهر الأكثر و قوّاه.

٤٢٩٩. في هذه العبارة إشارة إلى دليل الوجه الأوّل و الثالث و الخدشة فيه. أشار إلى الأوّل بقوله: «و إن ادّعى...». و إلى الثاني بقوله: «كدعوى شمولها». و إلى ردّ الأوّل بقوله: «لكنّه مشكل». و إلى ردّ الثاني بمقارن كاف التشبيه في قوله: «كدعوى شمولها». يعنى: و إن ادّعى أنّ القبض في الأخبار المعلقة للزوم عليه وجوداً و عدماً - كرواية ابن يقطين - منصرف إلى القبض عن حقّ و إذن من البائع الذي هو غير صورة القبض بدون إذن منه، و لازم هذا الانصراف كونه كلا قبض، فيثبت الخيار. كما ادّعى في قبال ذلك شمولها للقبض بلا حقّ مطلقاً و لو قلنا بارتفاع الضمان معه، فيكون المعنى: فإن قبض يبيعه مطلقاً فلا خيار، و إلا - أي: و إن لم يقبضه أصلاً و لو بلا إذن - فله الخيار، و لازمه كونه قبضاً موجباً للزوم و انتفاء الخيار.

و نظره في وجه الإشكال، أمّا في الدعوى الأولى فلعلّه إلى أنّه لا وجه للانصراف إلاّ غلبة الوجود للقبض المأذون فيه، و لا غلبة أوّلاً، و ليست سبباً للانصراف ثانياً. و أمّا في الدعوى الثانية، فلعلّه إلى أنّ اللفظ لو خلّي و نفسه و إن كان يشمل الصورة المفروضة مطلقاً و

* في بعض النسخ: أو. ** في بعض النسخ زيادة: لكنّه مشكل، كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان.

و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه. و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات: «ثم يدعه عنده» عدم كفاية التمكين. و فيه نظر (٤٣٠٠). و الأقوى عدم الخيار؛

لو قلنا بارتفاع الضمان معه فيدلّ على ثبوت الخيار فيها، إلا أن ملاحظة مناط الخيار - أعني: دفع الضرر - توجب تخصيص صورة القول بارتفاع الضمان بذاك القبض و الحكم بعدم الخيار فيها، إذ لا ضرر مع ارتفاع الضمان به، فيكون الحكم بالخيار خالياً عن الملاك.

و يمكن الخدشة في إشكاله في الدعوى الثانية بأنه مبني على ما ادّعاه سابقاً من ظهور النصوص في كون مناط الخيار دفع الضرر، و قد مرّ أنه استظهار حدسي لا اعتبار به. نعم، إشكاله في الدعوى الأولى في محله.

و أمّا دليل الوجه الثاني فلم يتعرض له المصنّف رحمه الله. و لعلّ نظر القائل به إلى دعوى انصراف القبض في الأخبار إلى الصحيح، مع تعميم المصحح له بالإجازة، مع القول بالكشف، بضميمة دعوى أن عدم مطالبة الردّ كافٍ في إجازة القبض و الرضا به. و فيه: منع الانصراف أولاً، و التأمل في كفاية عدم المطالبة في الرضا به ثانياً.

و التحقيق في المسألة على المشهور من ثبوت أصل خيار التأخير أن يقال بوجه آخر، و هو التفصيل بحسب مدرك الخيار، فيقال: بأنه قبض إن كان مدركه الإجماع، لعدم الإجماع على الخيار في الفرض، وكذلك لو كان مدركه الأخبار، لما مرّ من منع انصراف القبض إلى غير ما في الفرض، و لا قبض إن كان مدركه حديث نفي الضرر، لبقاء الضرر الناشئ عن التأخير على حاله، إذ ربما لا تجوز المقاصة حين حدوث هذا الخيار، لعدم تحقّق شرطها و هو الامتناع، فتدبر.

ثم لا يخفى أن هذه الوجوه كلّها مبنية على كون النسخة «قبض» بدون ضمير المفعول، و مع التخفيف فيه و في «بيعه» و أمّا بناءً على قراءة «قبض» بالتشديد فلا إشكال في كونه كلا قبض. و كذلك بناءً على كون النسخة «قبضه» بالضمير و قراءة التشديد.

٤٣٠٠. لأنّ الترك عند البائع أعمّ من كونه بعد التمكين، و لادلالة للأعمّ على الأخصّ. و في نظره نظر، إذ ليس نظر المستظهر إلى دعوى ظهور الترك في صورة التمكين حتّى يتنظر فيه بما ذكر، بل نظره إلى عمومته الشامل لصورة التمكين، و لو من جهة ترك الاستفصال

لعدم الضمان (٤٣٠١). و في كون قبض بعض المبيع كـ «لاقبض» لظاهر الأخبار أو كـ القبض؛ لدعوى انصرافها إلى صورة عدم قبض شيء منه، أو تبعض الخيار بالنسبة إلى المقبوض و غيره استناداً - مع تسليم الانصراف المذكور - إلى تحقق الضرر بالنسبة إلى غير المقبوض لا غير، وجوة (٤٣٠٢).

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن، و اشتراطه مجمع عليه نصاً و فتوى (٤٣٠٣). و قبض البعض كـ «لاقبض»؛ لظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبي بكر ابن عيَّاش

بين فردي الترك المفروض في مورد السؤال، المقتضي لعموم الحكم بالخيار لكلتا صورتين، و قضية ذلك عدم كفاية التمكين و التخلية في رفع الخيار، و إن قلنا بكفايته في أثر انتقال الضمان من المالك الأولي مطلقاً أو فيما لا ينقل، بل لابد فيه من الاستيلاء الخارجي، فاستظهار صاحب الجواهر في محله.

٤٣٠١. بل الأقوى ثبوت الخيار. أمّا بناءً على كون المدرك فيه الأخبار فلأن القبض المانع عن ثبوته - لاعتبار عدمه فيه كما هو المفروض - لا يتحقق بالتمكين، فتأمل. و أمّا بناءً على أن مدركه حديث نفي الضرر فلأن ضرر الضمان و إن كان يرتفع بالتمكين، إلا أن ضرر حفظ مال الغير و عدم وصول الثمن باقٍ على حاله، لما مرّ من الإشكال في إمكان رفعهما بالمقاصة. نعم، الأقوى عدم الخيار لو كان مدركه الإجماع، للاقتصار على المقدار المتيقن، و هو ما عدا صورة الترك بعد التمكين.

٤٣٠٢. أقربها أولها، لأن الظاهر من قوله: «فإن قبض بيعه» قبض تمام المبيع هذا بناءً على صحة التمسك برواية ابن يقطين. و أمّا بناءً على عدمها - لاختلاف النسخ - فالأمر أوضح، لعدم الدليل على اعتبار عدم قبض المبيع أصلاً.

٤٣٠٣. لإجماع على اعتباره في النصوص، و إنما هو شيء اعتبره بعض النصوص كصححة زرارة، و أمّا بعضها الآخر مثل رواية ابن يقطين - الدالة على إناطة الخيار بعدم قبض المبيع الشامل بإطلاقه لصورة قبض الثمن - فقضيته عدم اشتراطه ذلك، و قد مرّ أن إطلاق كل منهما معارض بإطلاق الآخر، و الجمع بينهما بتقييد كل منهما بالآخر بطور التقييد بالعطف بـ «أو» المنتج للاكتفاء بعدم قبض واحد من الثمن و المثمن، أولى من تقييده به بطور العطف بالواو المنتج لاعتبار قبض كليهما.

في رواية ابن الحجاج المتقدمة، و ربما يستدل بها* (٤٣٠٤) تبعاً للتذكرة. وفيه نظر (٤٣٠٥). و القبض بدون الإذن كعدمه؛ لظهور الأخبار في اشتراط وقوعه بالإذن في بقاء البيع على اللزوم مع أن ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق. نعم، لو كان القبض (٤٣٠٦) بدون الإذن حقاً كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه (٤٣٠٧) فالظاهر عدم الخيار؛ لعدم (٤٣٠٨) دخوله في منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير. و ربما يقال بكفاية القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق أعني قبض المبيع؛ نظراً إلى أنهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إيّاه، و في طرف الثمن عدم قبضه. و فيه نظر؛ لأن هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبر في طرف الثمن و المثلن بما هو فعل له، و هو القبض في الأول و

٤٣٠٤. قيل: إنه صاحب الرياض.

٤٣٠٥. لأن مورد الاستدلال بما رواه ابن عياش عن صاحب عبدالرحمن - المراد به الباقر أو الصدوق عليه السلام - بقوله: «سمعت يقول: من اشترى...»، و لا يصلح له، لأن الراوي عامي، و لاحقية في تقرير ابن الحجاج لصدور ما رواه.

٤٣٠٦. هذا استدراك من قوله: «و القبض بلا إذن كعدمه».

٤٣٠٧. إذ مع عرض البائع المبيع عليه و تمكينه من أخذه و تسلمه يرتفع حق حبسه للثمن الذي كان هو المناط في كون قبضه بإذن منه.

٤٣٠٨. يعني: فالظاهر عدم الخيار في هذه الصورة، لأصالة اللزوم مع عدم الدليل على خلافها. أما الأخبار فلعدم دخول القبض بلا إذن - مع كونه عن حق - فيما هو منصرف القبض المأخوذ في الأخبار موضوعاً للزوم وجوداً و عدماً، من القبض عن إذن مع توقّف استحقاقه له عليه، بأن لم يمكنه من المبيع. و أما حديث نفي الضرر فلعدم تضرر البائع بواسطة التأخير للثمن، أما من جهة تأخير وصول الثمن فلغرض القبض، و أما من جهة كون تلف المبيع عليه فلا ارتفاعه بعرض المبيع عليه و تمكينه منه، بناءً على ارتفاعه به كما تقدّم في الشرط السابق.

الإقباض في الثاني، فتأمل (٤٣٠٩).

و لو أجاز المشتري قبض الثمن بناءً على اعتبار الإذن، كانت في حكم الإذن (٤٣١٠). و هل هي كاشفة أو مثبتة؟ أقواهما الثاني (٤٣١١) و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين؛ لأن المتبادر من النص غير ذلك (٤٣١٢)، فيقتصر في مخالفة الأصل على منصرف النص

٤٣٠٩. لعل وجهه أن كون التعبير المذكور لمجرد المناسبة للعنوان لا لأجل مراعاة خصوصية اللفظين بخلاف الظاهر جداً. فالأولى في ردّ هذا القول أن يقال إن هذا التعبير منهم لعله لأجل تبعية مورد السؤال في رواية ابن يقطين، و لاحتمال فيه، و إنما الحجة جواب الإمام عليه السلام، و هو من هذه الجهة غير معلوم، لاحتمال قراءة «قبض» و «بيعه» بالتخفيف، أي: قبض المشتري مبيعه، فيدلّ على عدم اعتبار الإذن في قبض المبيع، و احتمال قرائتهما أو خصوص الأول بالتشديد، فيدلّ على اعتبار الأول في قبضه. هذا في الثمن، و أما الثمن فظاهر بقاء الروايات اعتبار الإذن فيه.

٤٣١٠. بناءً على صحة الفضولي في غير العقود كما هو الأقوى، لأنها على طبق القاعدة، فيجري في جميع الموارد إلّا مع قيام الدليل على خلافه.

٤٣١١. لما تقدّم تحقيقه في مسألة الفضولي.

٤٣١٢. بل لأنّ المتيقّن من إطلاق النصّ غير ذلك مع انتفاء المقدّمة الأولى، لقريضة الحكمة لإرادة الإطلاق، و هي إحراز كون المتكلّم في مقام بيان تمام المراد من هذه الجهة، لأنّ التبادر الإطلاقي المراد منه الانصراف لو سلّم ليس بمقدار يوجب ظهور اللفظ فيه كي تحتلّ به المقدّمة الثانية لهما، و هي انتفاء ما يوجب إرادة المقيد. و بالجملة، عدم التعميم للفرض المذكور هنا إنّما هو لما ذكرنا من اختلال المقدّمة الأولى من مقدّمات الحكمة، لا لما ذكره من انتفاء المقدّمة الثانية منها.

وكيف كان، فهذا الشرط لا إشكال فيه بناءً على أنّ مدرك خيار التأخير هو النصّ أو الإجماع. أمّا على الأوّل فلما عرفت. و أمّا على الثاني فلوجوب الاختصار على القدر المتيقّن، و هو صورة عدم اشتراط التأجيل. و أمّا بناءً على الاستناد فيه إلى حديث نفي الضرر فلعلّ الوجه

مع أنه في الجملة إجماعي (٤٣١٣).

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه كصاع من صبرة. نصّ عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات أصحابنا، و ظاهره كونه مفتقاً به عندهم، و صرح به في التحرير و المهذب البارع و غاية المرام، و هو ظاهر جامع المقاصد (٤٣١٤) حيث قال: لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمة^٨. و قال في الغنية: و روى أصحابنا أن المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال: «أجيتك بالثمن» و مضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً، ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن. هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقائه (٤٣١٥)،

في اعتبار هذا الشرط - مع أنه خلاف عموم الحديث - هو ضعفه، لكثرة ورود التخصيص عليه مع فقد العمل الجابر له، لأنّ عملهم على خلافه، و لك أن تعلّله بقيام الإجماع على خلافه.

٤٣١٣. قال السيّد الأستاذ^٩: «و أيضاً إنّ ظاهر الأخبار كون ابتداء الأجل من حين العقد، و لازم التعميم جعل ابتدائه من حين انقضاء الأجل طويلاً كان أو قصيراً، بل و لو كان ساعة». انتهى موضع الحاجة. و قد جعل صاحب الجواهر هذا مؤيداً لما استدّل به على هذا الشرط من التبادر الذي ذكره في المتن. و غرضهما من ذلك إثبات التنافي بين كون مبدأ الثلاثة بحسب الأخبار و بينه بحسب التعميم، فيكون التعميم مخالفاً للأخبار المثبتة للخيار من هذه الجهة. و فيه: أن التنافي إنّما يتحقّق فيها لو كان المبدأ في كلّ منهما بالقياس إلى أمر واحد، و ليس كذلك، فإنّ كون المبدأ الذي جعل في الأخبار حداً للخيار و عدمه إنّما هو بالقياس إلى حكم لزوم العقد إلى الثلاثة و جوازه بعدها، و كون المبدأ في صورة التأجيل من حين الانقضاء إنّما هو بالقياس إلى حقّ المطالبة و جوازها، و لاتنافي بين كون المبدأ بالقياس إلى حكم غيره بالقياس إلى حكم آخر. فلو باع مع شرط التأجيل فيلزم من حين العقد إلى الثلاثة، مع عدم جواز المطالبة قبل انقضاء الأجل المشروط و جوازها بعده، سواء كان مقدار الأجل هو الثلاثة أو أقلّ أو أزيد.

٤٣١٤. حيث إنّّه خصّص عدم الفرق بين العين و الكلّي بالثمن، فإنّه ظاهر في ثبوت الفرق بينهما في المبيع.

٤٣١٥. هذا من مواضع الدلالة على اختصاص المبيع بالعين الشخصي، و منها قوله: «بأنّ تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري...». وجه الدلالة واضح. ثمّ إنّ هذه الفقرة الثانية

فإن لم يكن كذلك كالتحضرّوات فعليه الصبر يوماً واحداً ثم هو بالخيار. ثم ذكر أن تلسف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري و بعده من مال البائع. ثم قال: و يدلّ على ذلك كلّهُ إجماع الطائفة^١، انتهى. و في معقد إجماع الانتصار و الخلاف و ما وجدته في نسخة* جواهر القاضي: «لو باع شيئاً معيّناً بثمنٍ معيّن» لكن في بعض نسخ الجواهر: «لو باع شيئاً غير معيّن»، و قد أخذ عنه في مفتاح الكرامة و غيره، فنسب إلى القاضي دعوى الإجماع على غير المعين، و أظنّ الغلط في تلك النسخة.

و الظاهر أنّ المراد بـ«الثمن المعين»** (٤٣١٦) هو المعلوم في مقابل المجهول؛ لأنّ تشخّص الثمن غير معتبر إجماعاً؛ و لذا وصف في التحرير تبعاً للمبسوط المبيع بـ«المعين» و الثمن بـ«المعلوم»، و من البعيد اختلاف عنوان ما نسبته في الخلاف (٤٣١٧) إلى إجماع الفرقة

هو الوجه في نسبة الخلاف إلى السيّد ابن زهرة في مسألة كون تلف المبيع قبل الثلاثة من مال البائع في صورة التلف في الثلاثة التي يعنوها بعد مقدار ورقة.

٤٣١٦. لم أفهم الغرض من ذكر هذه العبارة هنا. ثم وجه التعبير بكلمة «مع» في قوله: «مع أنا نقول...»، حيث إنّ قضية تلك الكلمة ذكر شيء قبل ذلك راجع إلى تقريب الاستدلال بمعقد إجماع الانتصار و الخلاف و الجواهر، مع أنّه لم يتقدّم في ذلك شيء إلّا ما ذكره بقوله: «و الظاهر...»، و مفادها شيء واحد. و الأولى أن يسقط هذه العبارة بالمرّة، و يقول بدلها: و تقريب الاستدلال أنّ ظاهر العين في معاهد هذه الإجماعات... إلى آخر ما ذكره، فتأمل.

٤٣١٧. يعني ممّا في الخلاف قوله في معقد الإجماع المتقدّم ذكره: «لو باع شيئاً معيّناً بثمن معيّن» و ممّا في المبسوط ما ذكره في أوائل المسألة بقوله: «روى أصحابنا أنّه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمن معلوم» إلى آخر ما ذكره. و طريق الاختلاف أن يراد من الثمن المعين في عبارة الخلاف الشخصي قبال الكلّي، و من الثمن المعلوم في عبارة المبسوط المجهول قبال المعلوم. وجه البعد واضح، حيث أنّه لا يصحّ تحقّق الإجماع في مسألة واحدة على معنيين أحدهما أعمّ من الآخر، فتأمل، فلا بدّ أن يكون المراد منهما شيئاً واحداً، و ظهور المعلوم في كونه مقابل المجهول أقوى من ظهور المعين في الشخصي، فيتصرّف في الثاني بحمله على المعلوم.

و أخبارهم، مع ما نسبته في المبسوط إلى روايات أصحابنا، مع أننا نقول: إن ظاهر «المعين» في معاهد الإجماعات: التشخيص العيني، لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كلياً، خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن؛ للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه، مع أنه فرق بين «الثمن المعين» و «الشيء المعين»؛ فإن الثاني ظاهر في الشخصي بخلاف الأول. و أما معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصي؛ (٤٣١٨) لأنه ذكر في معقد الإجماع «أن المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين» و لا يخفى أن «العين» ظاهر في الشخصي. هذه حال معاهد الإجماعات. و أما حديث نفي الضرر، فهو مختص بالشخصي؛ لأنه المضمون على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه، بخلاف الكلي.

و أما النصوص (٤٣١٩)، فروايتا ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ «البيع» المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع، و لا مناسبة في إطلاقه على الكلي (٤٣٢٠) كما لا يخفى. و رواية زرارة ظاهرة أيضاً

٤٣١٨. بعد تسليم صحة الاستدلال به على الخيار لوجه للاختصاص، حيث إن ضرر الصبر على الثمن الذي لا ربط له بطرفي المعاملة لا فرق فيه بين الشخصي و الكلي، فالعمدة منع دلالة على الخيار، سيما في مثل المقام مما كان الضرر ناشئاً من غير المعاملة.

٤٣١٩. الأولى في وجه اختصاصها بالشخصي أن يقال: إن عموم البيع - المراد منه المبيع في روايتي ابن يقطين و ابن عمار - و لفظ الشيء في رواية ابن عباس - بعد غمض العين عن المناقشة في حقيقتها للكلي - إنما هو بالإطلاق و مقدمات الحكمة فيها من هذه الجهة، مثله من حيث عناوين المبيع و الشيء من الطعام و الثياب و الحجر و الشجر و هكذا من الأمسوال، و لم يعلم كون المتكلم في مقام البيان من هذه الجهة أيضاً. و كون بناء أهل المحاورة عند الشك على ترتيب أثر كونه في ذاك المقام - و إن ادّعاه غير واحد منهم المصنف رحمه الله - محل تأمل عندنا مطلقاً، حتى في مثل المقام مما علم كونه في مقام البيان من جهة أخرى. و التحقيق موكل إلى محله. و وجه الأولوية عدم تمامية ما ذكره في وجه الاختصاص، لما سننبه عليه بعد ذلك.

٤٣٢٠. ما هو المناسبة في إطلاقه على الشخصي - من علاقة المشاركة - بعينه موجود في إطلاقه على الكلي المتعهد به في الذمة إذا جعله في معرض البيع. و دعوى عدم قابليته

في الشخصي من جهة لفظ «المتاع» (٤٣٢١) و قوله: «يدعه عنده»، فلم يبقَ إلا قوله ^{للبيع} في رواية أبي بكر بن عيَّاش: «من اشترى شيئاً» فإن إطلاقه و إن شمل المعين و الكلّي (٤٣٢٢) إلا أن الظاهر من لفظ «الشيء» الموجود الخارجي (٤٣٢٣)، كما في قول القائل: «اشتريت شيئاً»*. و الكلّي المبيع ليس موجوداً خارجياً؛ إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعي الموجود في الخارج؛ لأن المبيع قد يكون معدوماً عند العقد، و الموجود منه قد لا يملكه البائع المملّك له**، بل هو أمرٌ اعتباريٌّ يعاملُ العرف و الشرع معه معاملةً الأملاك، و هذه المعاملة و إن اقتضت صحة إطلاق لفظ «الشيء» عليه أو على ما يعمّه، إلا أنه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجي الشخصي احتيج إلى قرينة على التقييد، فهو نظير انجاز المشهور (٤٣٢٤) و المطلق المنصرف إلى بعض أفرادهِ انصرافاً

.....
للعرض عليه لا يخفى ما فيها.

٤٣٢١. فيه: أن المتاع يطلق على الكلّي أيضاً. و أمّا ترك المبيع عند البائع فهو كناية عن عدم قبضه، و صحة إطلاق ذلك على الكلّي من الواضحات.

٤٣٢٢. و ذلك من جهة ما يذكره بعد ذلك من معاملة العرف و الشرع مع الكلّي - الذي هو أمر اعتباري - معاملة الأملاك الشخصية.

٤٣٢٣. مقتضى ملاحظة قوله: «إلا أنه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجي الشخصي احتيج إلى قرينة على التقييد» و قوله: «فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجي بأصالة عدم القرينة» أن يكون مراده من ظهوره فيه من باب الأخذ بالقدر المتيقن، المسبب من إجماله، الناشي من انصرافه إلى الموجود الخارجي الشخصي انصرافاً مضراً إجمالياً. و فيه: منع انصرافه إليه بذاك النحو من الانصراف، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاقه لأجل ذلك، و لذا قلنا إن الأولى في وجه الاختصاص هو منع كونه في مقام البيان من هذه الجهة.

٤٣٢٤. يعني: إطلاق الشيء على خصوص الكلّي نظير انجاز المشهور في الحكم

* في بعض النسخ زيادة: ولو في ضمن أمورٍ متعدّدة، كصاع من صبره.

** في بعض النسخ بدل «المملّك له»، حتّى يملكه.

لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة. فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجي بأصالة عدم القرينة (٤٣٢٥) فافهم (٤٣٢٦). فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ليس في أدلة المسألة من النصوص و الإجماعات المنقولة و دليل الضرر ما يجري في المبيع الكلّي.

و ربّما يُنسب التعميم إلى ظاهر الأكثر؛ لعدم تقييدهم البيع بالشخصي. و فيه: أن التأمل في عباراتهم، مع الإنصاف يُعطي الاختصاص بالمعّين أو الشكّ في التعميم (٤٣٢٧)، مع أنّه معارضٌ بعدم تصريح أحد (٤٣٢٨) بكون المسألة محلّ الخلاف من حيث التعميم و التخصيص، إلّا الشهيد في الدروس، حيث قال: «إنّ الشيخ قد قيد في المبسوط هذا الخيار بشراء المعّين» ١٠ فإنّه ظاهرٌ في عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقي الأصحاب،

بالإجمال و عدم ظهوره في أحد الطرفين، و الرجوع إلى ما يقتضيه العلم الإجمالي بإرادة أحدهما، و هو الأخذ بالمتيقّن لو كان، كما في مثل المقام من كونهما من قبيل الكلّي و الفرد، و إطلاقه على ما يعمّ الشخصي نظير المطلق المنصرف إلى بعض أفراد انصرافاً لا يحوج إرادة خصوص المطلق إلى القرينة دون إرادة ذلك الفرد المنصرف إليه، بل يحوج إرادة كلّ واحد منهما إليها. يعني بذلك الانصراف الانصراف المضرّ الإجمالي. و مراده من الانصراف الذي احترز عنه بالتوصيف بعدم الاحتياج هو الانصراف المبين بعدم، أعني: الموجب لظهور اللفظ المطلق في الفرد المنصرف إليه، لا في الكلّي الشامل له و لغيره من الأفراد. و إنّما احترز عن ذلك - مع أنّه أدخل في المقصود من اختصاص الشيء بالموجود الخارجي - لصرف بيان الواقع، و أنّ الانصراف الموجود هنا في الواقع هو هذا دون ذلك.

٤٣٢٥. لمعارضتها بأصالة عدم القرينة على إرادة المطلق بعد فرض طرؤ الإجمال على اللفظ، المسقط لظهوره في المطلق لأجل الانصراف المضرّ الإجمالي.

٤٣٢٦. لعلّه إشارة إلى ما ذكرنا من منع الانصراف إلى حدّ المضرّ الإجمالي.

٤٣٢٧. مع عدم تماميّة مقدّمات الأخذ بالإطلاق في كلامهم فافهم.

٤٣٢٨. وجه المعارضة أنّ قضية عدم التصريح بذلك أنّ المسألة ذات قول واحد، و هذا بعد ملاحظة قول الشيخ بالاختصاص بالشخصي و نسبته إلى روايات أصحابنا الظاهر في كونه مفتى به عندهم موافقة غيره معه في ذلك الاختصاص، إذ مع قول الأكثر بالتعميم تكون المسألة ذات قولين، و وقوع الخلاف بينهم في التعميم و التخصيص.

لكنك عرفت (٤٣٢٩) أن الشيخ قد أخذ هذا التقييد في مضمون روايات أصحابنا. وكيف كان، فالتأمل في أدلة المسألة و فتاوي الأصحاب يُشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعنى.

ثم إن هنا أموراً قيل باعتبارها في هذا الخيار، منها: عدم الخيار لأحدهما أو لهما، قال في التحرير: «و لا خيار للبايع لو كان في المبيع خيار لأحدهما»^{١١} و في السرائر قيد الحكم في عنوان المسألة بقوله: «و لم يشترط خياراً لهما أو لأحدهما» و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط، و يحتمل أن يكون الاختصار عليه لعنوان المسألة في كلامه بغير الحيوان و هو المتاع. وكيف كان، فلأعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط، سواء أريد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، و سواء أريد مطلق الخيار و لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة، سواء حدث* فيها أم بعدها. و أوجه ما يقال في توجيه هذا القول - مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض - أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير، و تأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البايع. و توضيح ذلك ما ذكره في التذكرة في أحكام الخيار: من أنه لا يجب على البايع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، و لو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما في يده و له استرداد المدفوع؛ قضية للخيار. و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده، و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع^{١٢}، انتهى. و حينئذ فوجه هذا الاشتراط: أن ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حق التأخير، و ذو الخيار له حق التأخير، و ظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البايع لعدم قبض الثمن لا لحق له في عدم الإقباض. و الحاصل أن الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين.

و فيه - بعد تسليم الحكم في الخيار و تسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير

٤٣٢٩. هذا إيراد على الشهيد في عدم فهم التقييد من كلمات باقي الأصحاب،

حيث إنه صريح في تقييد باقي الأصحاب أيضاً مثل الشيخ، فتدبر.

حق - أنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق (٤٣٣٠) وكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان، مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف، وإن ذهب الصدوق (٤٣٣١) إلى كون الخيار في الجارية بعد شهر، إلا أن يراد بما في التحرير: عدم ثبوت خيار التأخير مادام الخيار ثابتاً لأحدهما، فلا ينافي ثبوته في الحيوان بعد الثلاثة.

و قد يفصل^{١٢} بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار - لأن (٤٣٣٢) خيار التأخير إنما شرع لدفع ضرره و قد اندفع بغيره، و لدلالة النص و

٤٣٣٠. لأرى وجهاً للتفكيك على هذا القول بين خيار المجلس و الحيوان، بثبوت خيار التأخير في مورد الأول مع جعل المبدأ له من حين التفرق، و عدم ثبوته في مورد الثاني و اختصاصه بغير مورده. بل الصواب أن يقول: إنه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين انقضاء مدة خياري المجلس و الحيوان، أو كون هذا الخيار مختصاً بغير مورد ثبوتهما مع اتفاقهم على ثبوته في موردهما. و ذلك لأنه إن أراد هذا القائل أن الخيار في الثلاثة مانع عن حدوث خيار التأخير بعدها مطلقاً، فلازمه اختصاص هذا الخيار بغير موردهما، و لا يوجد في مورد خيار المجلس حتى يقال بأن مبدأ الثلاثة من حين التفرق. و إن أراد أنه مانع عن حدوثه فيما بعدها على تقدير ثبوته فيه، و أمّا لو انقضى فلا مانع عن حدوثه فيما بعدها لو اجتمعت شرائطه التي منها مضي ثلاثة أيام بوصف اللزوم، فلازمه كون مبدأ الثلاثة من حين انقضاء مدة الخيار من التفرق في خيار المجلس و مضي الثلاثة أيام في خيار الحيوان. ثم إن كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق لا وجه لكونه لازماً، أمّا عند هذا القائل فلائته - و هو العلامة في التحرير - من القائلين بذلك ملتزم به. و أمّا عدم وقوع الاتفاق على كونه من حين العقد فلما سيأتي بعد كم سطر أن فيه وجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة.

٤٣٣١. لعل غرضه من ذلك دفع توهم الخدشة في الاتفاق المذكور بمخالفة الصدوق في الجارية أو مطلق الحيوان، بأن مخالفته لهم إنما هي في مبدأ خيار التأخير، و أنه بعد الشهر قبل كونه بعد الثلاثة، لا في أصل ثبوت خيار التأخير في الحيوان أو الجارية.

٤٣٣٢. مقتضى ملاحظة دليبه أن له دعويين: إحداها: أن ثبوت الخيار بعد الثلاثة من غير جهته مانع عن ثبوته فيه من جهته. و الأخرى: أن ثبوته في الثلاثة من غير جهته مانع عن ثبوته فيما بعدها من جهته. و الدليل الأول راجع إلى الدعوى الأولى، و الثاني إلى الثانية. و

الفتوى على لزوم البيع في الثلاثة فيختص بغير صورة ثبوت الخيار له، قال: و دعوى أن المراد (٤٣٣٣) من الأخبار اللزوم من هذه الجهة، مدفوعة بأن التأخير مسبب الخيار و لا يتقيد الحكم بالسبب - و بين ما إذا كان الخيار للمشتري فلاوجه لسقوطه (٤٣٣٤) مع

من رجوع الأول إلى إثبات الأولى يظهر الإشكال فيما ذكره المصنف في وجه ضعف هذا التفصيل، من أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة، بأنه غير مرتبط بمورد دليله المذكور، حيث إنه تخيل أن له دعوى واحدة، و هو أن ثبوت الخيار في الثلاثة مانع عن ثبوته فيما بعدها، و أن الدليل الأول مثل الثاني راجع إلى إثبات هذه الدعوى. و قد مر أن له دعوى أخرى، وهي أن ثبوت الخيار فيما بعد الثلاثة من غير جهة التأخير مانع عن ثبوته فيه من جهته، و الدليل الأول راجع إلى إثباتها، و عليه يكون اندفاع ضرر الصبر فيما بعدها بذلك الخيار الثابت فيه، فلا مقتضى لجعله فيه أيضاً من جهة التأخير.

٤٣٣٣. هذا إيراد من المفصل على دليله الثاني الراجع إلى دعواه الثانية مقدّمة لدفعه و إتقان دليله، و حاصله: أن هذا الدليل على هذه الدعوى إنما يتم لو كان المراد من اللزوم في الثلاثة - المستفاد من الأخبار - هو اللزوم من جميع الجهات، و هو ممنوع، بل المراد منه اللزوم من جهة التأخير خاصة، و هذا المعنى يصدق مع عدم اللزوم من جهة أخرى من المجلس و غيره، فأخبار خيار التأخير يعم صورة جواز البيع في الثلاثة من غير جهة التأخير.

و حاصل الدفع: أنه لا مجال لذلك، لأنه مبني على تقيد الحكم - و هو الخيار - بالسبب و هو التأخير، و هو من جهة كونه من قبيل تقيد الحكم بالموضوع محال، فلا يكون المنفي في الثلاثة إلا جنس الخيار، و لا يكون ذلك إلا بانتفاء جميع أسبابه.

٤٣٣٤. إن كان المراد من الخيار للمشتري هو في الثلاثة - كما هو قضية قوله: «مع أن اللازم...» - فما ذكره وجهاً لسقوطه إذا كان الخيار فيها للبائع من دلالة النص و الفتوى على لزوم البيع في الثلاثة جارٍ هنا بعينه، لأن مدلولهما اللزوم من الطرفين. و إن كان المراد منه الخيار له فيما بعد الثلاثة فنعم لاوجه لسقوطه، لأن ضرر الصبر على البائع باقٍ على حاله لا يندفع بخيار المشتري، لكن لا يناسبه قوله: «مع أن اللازم...»، حيث إن مورد غير مورد المدعي. إلا أن يقال: إن مراده منه ما يعم كلا القسمين، و قوله: «فلاوجه لسقوطه» راجع إلى القسم الثاني، و قوله: «مع أن اللازم...» راجع إلى إثبات الدعوى في القسم الأول، فتدبر.

أنّ اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان. و وجه ضعف هذا التفصيل (٤٣٣٥) أنّ ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة. و أمّا ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير، و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس.

و منها: تعدّد المتعاقدين؛ لأنّ النصّ مختصّ بصورة التعدّد، و لأنّ هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باقٍ مع اتّحاد العاقد إلّا مع إسقاطه. و فيه: أنّ المناط عدم الإقباض و القبض، و لا إشكال في تصوّره من المالكين مع اتّحاد العاقد من قبلهما. و أمّا خيار المجلس، فقد عرفت أنّه غير ثابت للوكيل في مجرّد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم، لو كان العاقد وليّاً بيده العوضان لم يتحقّق الشرطان الأوّلان أعني

.....

٤٣٣٥. يعني: من التفصيل شقّه الأوّل، لأنّه بشقّه الثاني على وفق مرامه. يعني: وجه ضعف شقّه الأوّل ضعف دليّله. أمّا الأوّل فلأنّ ضرر الصبر... و أمّا الثاني فلما تقدّم في بيان الدعوى التي ذكرها بقوله: «و دعوى...».

و أمّا ما ذكره في دفعها من عدم إمكان تقييد الحكم بالسبب فهو أمر مسلم لكنّه غير مجدٍ في دفعها، لأنّه لا يمنع من كون المراد من اللزوم هو نفي جنس الخيار من جهة التأخير، حيث إنّ قضية عدم تقييد الخيار بالسبب هو سبب التأخير إلى ما بعد الثلاثة لحدوث ذات الخيار قبال الخيار المقيّد بكونه ناشئاً من التأخير، فحينئذٍ يكون معنى قوله: «و إلّا فلا بيع له» أنّ التأخير إلى ما بعد الثلاثة سبب للخيار الغير المقيّد، و لا يمنع ذلك عن كون نفي الخيار من جهة التأخير بل يقتضيه، لأنّ مقتضى المقابلة بين الشرطيّتين أن يكون معنى قوله: «فإن جاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام» أنّ التأخير إلى ما قبل هذه المدة ليس سبباً للخيار، لا أنّه سبب لعدم خيار المطلق، و من المعلوم أنّ عدم سببته له عبارة أخرى عن انتفاء الخيار في الثلاثة من جهة التأخير. و الشاهد على كون المعنى نفي سببته له - لا إثبات سببته لعدمه - أنّه لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس، إذ لو كان معناه الثاني لوقع التناهي بينهما، بمعنى عدم إمكان اجتماعهما في بيع واحد و لو مع اختلاف زمانهما، إذ قضية ثبوت خيار المجلس انتفاء موضوع خيار التأخير - و هو اللزوم في الثلاثة - الموجب لانتفائه، و قضية ثبوت خيار التأخير وجود موضوعه المذكور فيها، و لازمه انتفاء خيار المجلس.

عدم الإقباض و القبض، و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدد.

و منها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية (٤٣٣٦) فإن المحكي عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى جارية، فقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و إلا فلا بيع له. و ظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان (٤٣٣٧). و المستند فيه رواية ابن يقطين عن رجل اشترى جارية فقال: أجيئك بالثمن، فقال: «إن جاء* فيما بينه و بين شهر، و إلا فلا بيع له». و لادلالة فيها على صورة عدم إقباض الجارية (٤٣٣٨) و لاقرينة على حملها عليها، فيحتمل الحمل على اشتراط الجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلف الشرط، و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلى شهر. و كيف كان، فالرواية مخالفة لعمل المعظم، فلا بد من حملها على بعض الوجوه.

٤٣٣٦. ليس هذا على منوال سائر الشروط، فإنها شروط لأصل حدوث الخيار، و هذا شرط لحدوثه بمجرد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد أو من حين التفرق على الوجهين في المسألة كما يأتي، حيث إنه ثابت في الحيوان أو في الجارية أيضاً لكن بعد شهر لا بعد ثلاثة أيام. ٤٣٣٧. لعله فهم المثالية من الجارية لمطلق الحيوان، و فيه تأمل بل منع.

٤٣٣٨. يعني: و لا يصح الاستناد إليها في ذلك، إذ لادلالة فيها على كون الخيار المستفاد من قوله: «فلا بيع له» خيار التأخير المشروط بعدم إقباض المبيع الذي قد عرفت عدم الخلاف فيه، و أنه تدلّ عليه من الأخبار رواية ابن يقطين المتقدمة في أوّل المسألة، و من المعلوم أنه لادلالة لها على تحقق هذا الشرط في مورد الرواية، و لاقرينة من الخارج على حملها على صورة تحققه، فتكون بمجملة مرددة بين أن يراد منه خيار التأخير، بأن لا يقبض الجارية في موردها قد علم به الإمام عليه السلام، أو يراد منه خيار تخلف الشرط، بأن كان العقد في موردها قد اشترط فيه الجيء بالثمن إلى شهر و عدم تأخيره عنه، كي يكون معنى قوله: «و أجيئك بالثمن إلى شهر» أنني أشرط لك عليّ مجيء الثمن إلى شهر، و أن يراد منه خيار التأخير بعد الثلاثة - كما في غير الجارية - و لكن مع الالتزام في موردها بالخصوص باستحباب عدم الفسخ إلى أن يتم

ثمَّ إنَّ مبدأ الثلاثة من حين التفريق أو من حين العقد؟ وجهان (٤٣٣٩): من ظهور

الشهر من زمان العقد، و عدم استحبابه بعد الشهر، فيكون معنى الرواية على هذا: أنه لا يلزم البيع إلى ثلاثة أيام ثمَّ يجوز فسخه بعد ذلك مع استحباب عدم فسخه إلى شهر و بدونه بعده، فيكون معنى قوله: «فلا بيع له» أنه يجوز فسخه بعد شهر بدون استحباب عدمه عليه. و مع الإجمال يسقط عن درجة الاستدلال.

و فيه: أنه لا شبهة في أن المراد من نفي البيع في الرواية عين المراد منه في بقية روايات الباب، فلا إجمال في دلالتها على نفي لزوم على ما فهمه المشهور، و إنما الإجمال فيها مبني على لزوم رفع اليد عن هذه الدلالة، و لا موجب له إلا احتمال عدم إقباض الجارية في موردها، و هو لا يوجب إلا إذا كان عدم الإقباض شرطاً في خيار التأخير، و هو و إن نفي الخلاف فيه إلا أنه لا دليل عليه إلا رواية ابن يقطين المتقدمة، و قد مرَّ عدم دلالتها عليه، بل قضية إطلاق هذه الرواية - كسائر الروايات - عدم اعتباره فيه، فحينئذ يقع التعارض بينها و بين غيرها الدال على ثبوته بعد الثلاثة بالعموم و الخصوص، لا اختصاص هذه بالجارية، و عموم تلك لها و لغيرها بإطلاق المبيع المراد من «البيع» فيخصص بها، و نتیجتاً قول الصدوق.

لا يقال: الجمع بما ذكر موقوف على حجية الرواية، و ليست بحجة، لضعف سندها - كما عن المختلف - و شذوذها و إعراض الأصحاب عنها، فبقى الإطلاقات سليمة عن المعارض. لأننا نقول: أما ضعف السند ففي الجواهر أنه نقي السند. و أما الشذوذ فهو مسلم لكنه يوجب ترك الرواية في مقام التعارض و الترجيح، لأدلة الترجيح بالشهرة أو الشذوذ، و هو فيما إذا لم يكن بين المتعارضين جمع دلالي، و إلا - كما في المقام - فلا ينظر فيه إلى المرجحات، بل يجمع بينهما بما ذكرنا.

هذا، و لكن الإنصاف لزوم العمل بالمطلقات، لأنَّ عمل المعظم بها - مع وضوح الجمع بينها و بين هذه الرواية بما ذكر - كاشف عن اطلاعهم على خلل فيها يوجب سقوطها عن درجة الاعتبار، فلا بدَّ من حملها على بعض الوجوه المتقدم ذكره، و الحمل على الاستحباب لذي نفي البأس عنه سيّدنا الأستاذ أبعد عندي من الحمل على خيار الشرط، و لكن لا بأس به في مقام التوجيه لصرف التحفظ عن طرح الرواية.

٤٣٣٩. قيل: اختار أولهما في المصاييح و خيارات الغروي و الجواهر، مستظهرين من

قوله **الطَّلَا**: «فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام» في كون مدة الغيبة ثلاثة، و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله **الطَّلَا** في رواية ابن يقطين: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض ببعه، وإلا فلا بيع بينهما» وهذا هو الأقوى.

مسألة: يسقط هذا الخيار بأمور، أحدها: إسقاطه بعد الثلاثة بلا إشكال و لاختلاف (٤٣٤٠)، و في سقوطه بالإسقاط في الثلاثة وجهان (٤٣٤١): من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة؛ و لذا صرح في التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده^{١٤} مع أنه أولى بالجواز (٤٣٤٢)، و من أن العقد سبب الخيار (٤٣٤٣)، فيكفي وجوده في إسقاطه، مضافاً إلى فحوى (٤٣٤٤) جواز اشتراط سقوطه في متن العقد.

كلام الشيخين و السيدين و الديلمي و الحلّي و العلامة في المختلف و التحرير. و مدرّكهم في ذلك أمران: أحدهما: ما ذكره المصنّف بقوله: «من ظهور قوله: فإن جاء...». و الثاني: ما تقدّم في كلام المفصل من دلالة النصّ و الفتوى على لزوم البيع في تمام المدة. و في كليهما نظر، أمّا الأوّل فلما ذكره المصنّف وجهاً للثاني بقوله: «و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض». و أمّا الثاني فلما تقدّم في وجه ضعف هذا التفصيل المذكور، فراجع. فالوجه الثاني هو الأقوى. ٤٣٤٠. قد مرّ الإشكال في قابلية حقّ الخيار للإسقاط ما لم يرجع إلى إعماله بالإمضاء، فراجع إلى مسقطات خيار المجلس.

٤٣٤١. أقواهما على القول بقابلية الخيار للإسقاط هو الأوّل، لما ذكره المصنّف في وجهه من عدم إمكانه لأجل كونه من إسقاط ما لم يجب، بضميمة بطلان ما ذكره وجهاً للثاني كما سيأتي وجهه.

٤٣٤٢. لكونه بعد وجود المقتضي هناك لاهنا، لأنّ الشرط المقتضي له محقق حين الإسقاط هناك، و التأخير المقتضي له هنا لم يتحقق بعد.

٤٣٤٣. فيه أولاً: أن السبب له هو التأخير، لا أنّه السبب و التأخير شرط له، كيف و لازمه اقتضاء العقد للتسلّط على حكمه، و هو كما ترى. و ثانياً: مجرد وجود المقتضي مع عدم تحقق الشرط لا يخرجّه عن إسقاط ما لم يجب.

٤٣٤٤. إن أريد من السقوط زوال الخيار في طرف عدم ثبوته - و هو طرف

الثاني: اشتراط سقوطه في متن العقد، حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و لعله لعموم أدلة الشروط. و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثة بناءً على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، فإن كان إجماع على السقوط (٤٣٤٥) بالشرط - كما حكاه بعض - قلنا به، بل بصحة الإسقاط بعد العقد؛ لفحواه، و إلاً فلننظر فيه مجالاً.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة، فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ. و قيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً. و هو حسن لو استند في الخيار إلى الأخبار (٤٣٤٦)، و أما إذا استند فيه إلى الضرر (٤٣٤٧)، فلا شك في عدم الضرر حال

الاشتراط - فجوازه ممنوع، لأنه من اشتراط زوال ما لم يوجد، و هو غير معقول. و إن أراد منه صرف عدم الثبوت أو زواله في طرف ثبوته بعد الثبوت فالفحوى ممنوعة، إذ لاعلاقة أصلاً بين عدم الثبوت أو زواله في طرفه بعد الثبوت و بين إزالة ما لم يثبت في طرف عدم ثبوته، فضلاً عن كون المناط في أحدهما أقوى منه في الآخر.

٤٣٤٥. لوجه لهذا التعبير على كل من تقديري كون المراد من اشتراط السقوط في العنوان اشتراط ارتفاعه في طرف عدم ثبوته، أو اشتراط عدم ثبوته أصلاً أو سقوطه و ارتفاعه بعد ثبوته في طرفه، إذ على الأول لا بد من الجزم بالبطلان و فساد الإجماع على فرض إمكان تحققه، لأنه حينئذ من جهة عدم إمكان سقوط ما لم يوجد يكون من اشتراط ما لا يمكن وجوده، و على الثاني لا بد من الجزم بالصحة و عدم احتمال البطلان، لأدلة الشروط و لو لم يكن هناك إجماع.

٤٣٤٦. لو لم يكن لها إطلاق يعم صورة البذل، و إلاً - كما لا يعد - فيكون حاكماً على الاستصحاب.

٤٣٤٧. يعني: أما لو كان هكذا فلا حسن فيه، لأن الضرر المستند إليه عدم اللزوم قد يكون من حيث البقاء، و أما حدوثه فهو مستند إلى صحة العقد، و المستند إلى لزومه إنما هو بقاء الضرر، و قد يكون من حيث الحدوث، و جعل الخيار في الأول سبيلاً إلى رفع الضرر الحادث، و في الثاني إلى دفعه و المنع عن حدوثه، و المقام من الثاني، حيث إن المستند إلى لزوم

بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، و لو فرض تضرره سابقاً بالتأخير فالخيار لا يوجب بذل تدارك ذلك، و إنما يتدارك به الضرر المستقبل. و دعوى: أن حدوث الضرر (٤٣٤٨) قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوع بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان، و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار (٤٣٤٩) إلى صورة التضرر فعلاً بلزوم العقد، بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً و عدماً. وكيف كان، فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة (٤٣٥٠).

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل (٤٣٥١)، و إلا لم يحتج إلى الأخذ به و السقوط به؛ لأنه التزام فعلي (٤٣٥٢) بالبيع و رضاً بلزومه.

العقد فيه هو الضرر الذي يحدث و يوجد باللزوم و يندفع بالخيار، و لا ضرر كذلك مع بذل الثمن - لانتفاء أصل ضرر الصبر بالقياس إلى ما بعد زمان البذل - كي يحتاج إلى جعل الخيار لدفعه، و انتفاء اندفاعه بالخيار بالقياس إلى ما قبله، لأن ضرر الصبر فيه لا يمكن دفعه بعد وقوعه، فلا مقتضي لثبوت الخيار حال البذل.

٤٣٤٨. نظراً إلى توهم أن حديث نفي الضرر يدل على أن حدوث الضرر في آن علة لحدوث الخيار فيه و بقاءه فيما بعده. و حاصل الدفع: أن مفادته عليه الضرر للخيار و دورانه مداره وجوداً و عدماً حدوثاً و بقاءً، فمجرد حدوثه لا يكفي في بقاء الخيار، بل لابد فيه من بقاء الضرر أيضاً، و إذ لابقاء للضرر مع البذل فلا بقاء للخيار.

٤٣٤٩. لعل غرضه من ذلك هو المناقشة فيما استحسنته بناءً على الاستناد إلى الأخبار، بأنه مبني على عدم انصرافها إلى صورة التضرر، و إلا - كما لا يبعد - فلا حسن فيه أيضاً، لأن مفادها حينئذ من هذه الجهة مثل مفاد حديث نفي الضرر. و فيه: أن لازم ذلك عدم ثبوت الخيار بعد الثلاثة لو لم يكن في التأخير ضرر، بل كان فيه نفع، و هو كما ترى لا يلتزم به أحد.

٤٣٥٠. بل القوة في خلافه، لما مر من الاستصحاب.

٤٣٥١. بأن كان المستند هو الأخبار الخاصة من باب التعبد الصرف لا من جهة التضرر و عليه له.

٤٣٥٢. هذه الجملة مبتدأ و خبر. يعني: لأنه إعمال للخيار بالزام العقد و جعله لازماً،

و هل يشترط إفادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفي الظن، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع، أم لا يعتبر الظن أيضاً؟ وجوة: من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم، و من كون الفعل مع إفادة الظن أمانة عرفية على الالتزام كالقول، و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضا نوعياً بالعقد و هذا من أوضح أفرادها، و قد بينا عدم اعتبار الظن الشخصي في دلالة التصرف على الرضا. و خير الوجوه أوسطها، لكن الأقوى الأخير (٤٣٥٣).

.....
سواء قلنا بأنه التزام قهري أو قلنا بأنه التزام قصدي اختياري، غاية الأمر بالفعل - و هو أخذ الثمن - لا بالقول. فعلى هذا البيان يكون هذا مغايراً للمسقط الأول، أعني: إسقاطه بعد الثلاثة، لأن المراد منه التحاوز عن الحق الذي له طرفان: إلزام العقد و حله، و سلب ذلك الحق عن نفسه، و أين هذا من الأخذ بالحق و استيفائه باختصار أحد طرفيه الذي هو إلزامه؟ فجعل السيد الأستاذ ﷺ هذا من أقسام المسقط الأول على تقدير كونه التزاماً اختياريّاً مدلولاً عليه بالفعل خطأ فاحش منه ﷺ. نعم، يمكن الخدشة في أصل كون الأخذ بمجرده التزاماً ببقاء البيع و دلالة عليه بأنه أعم منه، لأنه كما يمكن أن يكون ذلك لأجل الرضا ببقاء البيع و لزومه، كذلك يمكن أن يكون للجري على ما اقتضاه البيع من كون الثمن ملكاً له، و لادلالة للأعم على الأخص، و لذا لا يسقط به خيار المجلس و الحيوان، و لافرق بينهما و بين المقام في دلالة عليه و عدمه، فافهم.

٤٣٥٣. بعد تسليم دلالة على الالتزام يكون هو الأقوى، لكن لا لما ذكره وجهاً له بقوله قبل ذلك: «و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان...»، لأنه مبني على كون قوله: «و ذلك رضا منه» في صحيحة ابن رثاب المتقدمة في مسقطات خيار الحيوان ظاهراً في المعنى الثالث من المعاني الأربعة المذكورة هناك، و قد ناقشنا فيه و قلنا إن المراد منه الأول منها، فيختص حينئذ بمورده المشتمل على خصوصية من حيث الساقط و هو خيار الحيوان، و خصوصية أخرى من حيث المسقط و هو مطلق التصرف كما هو المشهور، أو خصوص ما يصدق عليه إحداث الحدث كما قويناه هناك، و على كل تقدير لا يصدق ذلك المسقط على أخذ الثمن. بل لحجية ظواهر الأفعال كالأقوال مطلقاً و لو لم يفد الظن بالوفاق، بل و مع الظن بالخلاف. هذا بناءً على دلالة على الالتزام، و إلا - كما ذكرنا سابقاً - فالأقوى هو الأول.

و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن؟ المصرّح به في التذكرة و غيرها العدم؛ للأصل و عدم الدليل. و يحتمل السقوط؛ لدلالته على الرضا بالبيع. و فيه: أن سبب الخيار (٤٣٥٤) هو التضرّر في المستقبل، لما عرفت: من أن الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر، و مطالبة الثمن لا تدلّ على التزام الضرر المستقبل حتّى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبة الثمن إنّما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ، لا التزام بذلك الضرر ليسقط الخيار. و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر في بيع الغبن و نحوه ممّا كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتّى يكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاماً بالضرر الذي هو سبب الخيار. و بالجملة، فالمسقط لهذا الخيار ليس إلّا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه أو اشتراط سقوطه، و ما تقدّم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدلّ على الرضا فإنّما هو حيث يكون نفس العقد سبباً للخيار و لو من جهة التضرّر بلزومه، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن أيضاً محلّ نظر؛ لعدم كونه تصرفاً (٤٣٥٥)، و الله العالم.

مسألة: في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي قولان، و قد تقدّم ما يصلح

..... مركزية كبرى

٤٣٥٤. حاصل الجواب: منع دلالة على الالتزام بالبيع و إمضائه، بتقريب أن دلالتها عليه ليست بالمطابقة بالضرورة، فلو دلّت فلا بدّ و أن تكون بالالتزام، و لاملزمة بين المطالبة و الالتزام بالبيع، لإمكان كونها لدفع الضرر المستقبل لا لإلزام البيع، و الملائمة إنّما هي بين الالتزام بالضرر المستقبل و الالتزام بالبيع، فالمطالبة إنّما تدلّ عليه بالالتزام لو دلّت على الالتزام بالضرر المستقبل الذي جعل الخيار سبيلاً إلى دفعه، و لكن لادلالة لها عليه، لما مرّ من إمكان كونه لأجل استدفاع الضرر المستقبل.

٤٣٥٥. بعد البناء على تسرية حكم سقوط الخيار بالتصرّف إلى غير خيار الحيوان الذي هو مورد النصّ لا وجه للتخصيص بالتصرّف، لأنّ المناط في التعدي أن يكون معنى قوله ﷺ: «و ذلك رضا منه» أن التصرّف يدلّ نوعاً على الرضا بالبيع، و الكبرى لهذه الصغرى هو أن كلّ ما يدلّ على الرضا كذلك فهو مستقّل للخيار أو لا خيار له، و لا فرق في هذا بين التصرّف و غيره ممّا يدلّ عليه كذلك.

أن يستند إليه لكل من القولين (٤٣٥٦) في مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، وقد عرفت أن الأقوى الفور (٤٣٥٧).

و يمكن أن يقال (٤٣٥٨) في خصوص ما نحن فيه: إن ظاهر قوله عليه السلام «لا بيع له» نفى البيع رأساً، والأنسب بنفي الحقيقة بعد عدم إرادة نفي الصحة هو نفي لزومه رأساً، بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل (٤٣٥٩). ثم على تقدير إهمال النص وعدم ظهوره في العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا؛ لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع في زمان، فعوده يحتاج إلى دليل (٤٣٦٠). وليس الشك هنا في موضوع المستصحب نظير ما تقدم (٤٣٦١) في

٤٣٥٦. قد نفى جماعة من الفحول وجدان الخلاف في القول بالتراخي هنا، فلعله عليه السلام قد عثر على وجود القائل بالفور هنا.

٤٣٥٧. وقد عرفت أن الأقوى هو التراخي، لاستصحاب الخيار بناءً على عدم دلالة الآية على اللزوم كما هو التحقيق. والخذشة في الاستصحاب بعدم إحراز الموضوع قد مرّ الجواب عنها، فراجع.

٤٣٥٨. يعني: يمكن أن يقال في خصوص ما نحن فيه بالتراخي من جهة الأخبار، نظراً إلى أن ظاهر قوله عليه السلام

٤٣٥٩. لعله إشارة إلى أن هذه الأنسيّة اعتبار صرف فلا اعتبار به. أو إشارة إلى منع ظهوره في نفي البيع رأساً - أي: في كلّ زمان - قبال نفيه في الزمان الأوّل المعبر عنه بالفور، بدعوى أن ظهوره فيه إنما هو بالإطلاق بالقياس إلى الأزمنة، و من جملة مقدّمات الأخذ به كون المتكلم في مقام البيان من هذه الجملة*، و هو ممنوع، و لأقلّ من الشكّ فيه فيؤخذ بالقدر المتيقن، و هو الفور.

٤٣٦٠. يكفي دليلاً عليه عموم آية الوفاء بالعقود على المشهور من دلالتها على اللزوم، لما حققناه سابقاً من وجوب الرجوع إلى العامّ في الشكّ في زمان المخصّص مثل الشكّ في أصل التخصيص، فراجع.

٤٣٦١. يعني: نظير الشكّ في موضوع المستصحب في استصحاب خيار الغبن، بل هو

استصحاب الخيار لأن الموضوع (٤٣٦٢) مستفاد من النص، فراجع. وكيف كان، فالقول بالتراخي لا يخلو عن قوة، إنا لظهور النص (٤٣٦٣) و إنا للاستصحاب.

مسألة: لو تلف المبيع بعد الثلاثة، كان من البائع إجماعاً مستفيضاً، بل متواتراً كما في الرياض^{١٥}. و يدلّ عليه النبويّ المشهور - و إن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور -: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»، و إطلاقه كمعاهد الإجماعات يعمّ ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال. و قد يُعارض النبويّ بقاعدة «الملازمة بين النماء و الدرك» (٤٣٦٤) المستفادة من النصّ و الاستقراء (٤٣٦٥)

المتضرّر مطلقاً أو خصوص العاجز عن رفع ضرره.

٤٣٦٢. يعني: الموضوع للخيار هنا من لم يجئ المشتري إليه بالثمن، و لاشكّ في بقائه في الآن اللاحق.

٤٣٦٣. قد مرّ التأمل في ظهور النصّ. و لا بأس بالاستصحاب على التحقيق من عدم دلالة الآية على اللزوم، و حجّيته مع كون الشكّ في المقتضي، و إلّا فلا مجال له كما لا يخفى.

٤٣٦٤. طرف المعارضة للنبويّ في الحقيقة إنّما هو الدليل الدالّ على أنّ نماء المبيع للمالك، و هو المشتري في المقام، و إنّما أسندت إلى القاعدة من جهة أنّها هي السبب لتحقيق ما يتوقّف عليه التعارض بينهما من وحدة الموضوع المحكوم بالحكمين المتنافيين، إذ بدون القاعدة لا وحدة له فلا معارضة. وجه التعارض بينهما بعد هذه القاعدة: أنّ دليل كون النماء للمشتري مطلقاً حتّى قبل القبض بضميمة القاعدة ينتج أنّ ضمان المبيع على المشتري، و هو منافٍ لدلول النبويّ. وكذلك النبويّ أيضاً بضميمتها ينتج أنّ النماء للبائع. هذا و سيأتي الكلام في صحة هذه المعارضة و سقمها.

٤٣٦٥. الظاهر من النصّ هو النبويّ المعروف: «الخراج بالضمان» لأنّه الذي يتوهم استفادة القاعدة الكلّية منه، لعدم اختصاصه بمورد دون آخر. و أمّا الاستقراء فلعلّ مراده منه استقراء النصوص المتفرقة الخاصّة في الموارد الجزئية، منها: قوله عليه السلام في رواية إسحاق بن عمّار الواردة في رهن العبد: «ثمّ قال عليه السلام: أُرأيت لو كان ثمنه - يعني العبد - مائة دينار فزاد و بلغ مأتي دينار لمن يكون؟ قلت: لمولاه. قال: كذلك يكون عليه ما يكون له». أقول: المراد من

الموصول في الجملة الأخيرة هو مطلق الثمن الجامع بين صورتي الزيادة و النقصان، و حذفت بعد الضمير المحرور في كلٍّ من الموردين فيها جملة شرطية يضادها في الآخر. يعني: يكون على المولى إن نقص ثمنه الذي يكون له إن زاد. و ذلك لأنه لو أريد منه أحد الأمرين من الثمن الناقص و الزائد لما أمكن أن يكون هو عليه و له، بل يكون عليه خاصة أو له كذلك.

و منها: النبوي المشهور: «لا يغلق الرهن عن صاحبه، له غنمه و عليه غرمه» حيث إن الأول كالثاني مختص بالرهن، و لأقل من الشك في العموم، خلافاً لسيدنا الأستاذ رحمته الله حيث فرق بينهما بعموم الأول لغير الرهن، فيستفاد منه قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم» دون الثاني. و هو كما ترى لاوجه له.

و منها: رواية إسحاق بن عمار و معاوية بن ميسرة المتقدم ذكرهما في أول مسألة البيع بشرط الخيار بشرط رد الثمن من مسائل خيار الشرط. في الأولى منهما: «قلت: رأيت لو كان للدار غلة لمن يكون الغلة؟ قال: للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت كانت من ماله». و في الثانية قال له أبو الجارود: «فإن هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين. قال: هو ماله. و قال: رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ يكون الدار دار المشتري». و لعل المتتبع يعثر على مزيد من ذلك مركز تحقيق مكتبة ميرزا محمد باقر

و هذه الروايات بعد إلغاء خصوصيات الموارد - كما في سائر الاستقراءات - يستفاد منها قاعدة كلية جارية في جميع الموارد. هذا، و لي في هذه الاستفادة إشكال، لأن الأخبار المتقدمة مختلف المضمون، إذ مفاد الأولين منها أن من له الغنم فعليه الغرم، و مفاد البقية عكس ذلك، و هو أن من عليه الغرم و الضمان فله الغنم و النماء، و النافع في المقام من حيث المعارضة مع النبوي في الغارم و الضامن هو الأول، و لا يتم الاستقراء بمورد أو موردين. و أما الثاني فهو و لو تم الاستقراء غير نافع في مقصود الخصم من كون مادة التعارض ضمان البائع و عدمه، لأن مفاد القاعدة على هذا أن الضامن للشيء ثمائه يكون له، و أما أن الضامن من هو فليطلب من دليل آخر. و النبوي يدل على أنه البائع قبل إقباض المبيع لو تلف قبل القبض، فينتج قبل ضم القاعدة بالمضمون الثاني أن ثماء المبيع قبل القبض للبائع، فيقع التعارض بينه و بين ما دل على النماء للمشتري في مالك النماء أنه البائع كما هو قضية النبوي بضميمة القاعدة أو المشتري كما هو قضية معارضة، فمادة التعارض هو مالك النماء لا الضامن لتلف المبيع، و

و القاعدة المجمع عليها: «بأن التلف في زمان الخيار ثم لا خيار له»، لكن النبوي أخص من القاعدة الأولى (٤٣٦٦) فلا معارضة، و القاعدة الثانية لاعموم فيها حتى يشمل جميع أفراد الخيار و لا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض.

و لو تلف في الثلاثة، فالمشهور كونه من مال البائع أيضاً، و عن الخلاف: الإجماع عليه، خلافاً لجماعة من القدماء منهم المفيدان (٤٣٦٧) مدعين عليه الإجماع، و هو مع قاعدة «ضمان المالك لماله» يصح حجة لهذا القول (٤٣٦٨)، لكن الإجماع

النسبة بينهما عموم مطلق، لاختصاص النبوي بما قبل القبض، بخلاف الآخر، فإنه عام له و لما بعده، فيخص به، و نتيجه كون نماء المبيع قبل القبض للبائع. هذا بناء على عموم دليل كون نماء المبيع للمشتري لما قبل القبض أيضاً، و إلا - كما في روايتي معاوية و إسحاق، لظهور اختصاص موردهما بما بعد القبض، فتأمل - فلا معارضة أصلاً، لكون الموضوع في أحدهما ما قبل القبض و في الآخر ما بعده.

و من ذلك تبين الحال في القاعدة المستفادة من حديث الخراج بالضمان، فإن المستفاد منه - بعد تسليم أن الخراج منه بمعنى النماء لا بمعنى الخسارة، و إن كان خلاف التحقيق، على ما يتناه في ذيل التكمّل في معنى قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده - أن الضامن للشيء مالك للنماء لا العكس، فإن الظاهر أنّه في مقام بيان اقتضاء الضمان للملك النماء لا في مقام اقتضاء ملك النماء للضمان، و قد عرفت أن القاعدة بهذا المضمون لا ينفع للخصم، فتأمل وافهم.

٤٣٦٦. لاختصاصه بما قبل القبض، و عموم القاعدة له و لما بعده. و قد أجاب عن ذلك سيّدنا الأستاذ رحمته الله و شيخنا الأستاذ رحمته الله بمنع المعارضة بتقريب آخر، و هو أن التعارض مبني على وحدة الموضوع، و لا وحدة هنا، لأن موضوع القاعدة كون التالف ملكاً للمشتري، و هو منتف، لحكم النبوي بناءً على ما هو المعروف في معناه من الانفساخ قبل التلف آنأ ما و رجوع المبيع إلى البائع ثم ورود التلف، فلا يلزم منه ضمان مال الغير حتى يكون منافياً لقاعدة الخراج بالضمان. و فيه: منع المبني، كما ستقف عليه في أحكام القبض إن شاء الله.

٤٣٦٧. قد مرّت عبارة السيّد ابن زهرة عند التكمّل في الشرط الرابع.

٤٣٦٨. يعني: كلّ واحد من إجماع السيّدين و المفيد على كون الضمان على المشتري

معارض بل موهون^(٤٣٦٩). و القاعدة مخصّصة بالنبوي المذكور المنجبر من حيث الصدور، مضافاً إلى رواية عقبة بن خالد^(٤٣٧٠): «في رجل اشترى متاعاً من رجلٍ و أوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتّى يردّ إليه حقه^{*}»^(٤٣٧١).

و قاعدة ضمان المالك لماله يصحّ حجة له، لاجموعهما بحيث لا يكفي أحدهما بدون الآخر، كما لعله يتوهم من العبارة، و ذلك واضح.

٤٣٦٩. أمّا الأوّل فبالإجماع المستفيض بل المتواتر على ضمان البائع. و أمّا الثاني فلذهب الأكثر على خلافه.

٤٣٧٠. و لو من جهة ترك الاستفصال بين وقوع السرقة في الثلاثة أو بعدها تعمّ المتنازع فيه.

٤٣٧١. يحتمل أن يكون ضمير «حقه» في كلا المقامين و ضمير «إليه» راجعاً إلى صاحب المتاع المراد منه البائع، بقريّة قوله: «الذي هو في بيته» و يكون المراد من الحقّ فيهما الثمن، فيكون المعنى: أن المشتري ضامن للثمن حتّى يردّه إلى البائع. فيدلّ على كون تلف الثمن قبل القبض على المشتري. و يبعد هذا الاحتمال أنّه لا يتوقّف على قبض المبيع، كما هو قضية اشتراط به و تعليقه عليه بقوله: «فإذا أخرجه من بيته...». و يحتمل رجوع الأوّل إلى المبتاع، و كون المراد من الحقّ فيه هو الثمن و المبيع، و رجوع البقية إلى البائع، مع كون المراد من الحقّ في الموضع الثاني هو الثمن. فيكون المعنى: أن المبتاع بعد قبض المتاع ضامن لذلك المتاع الذي هو حقه و ملكه من جهة الشراء حتّى يردّ إلى البائع ثمنه الذي استحقّ عليه بالمبيع. و هذا و إن كان يساعده الاشتراط بالقبض، حيث إنّ انتقال ضمانه من البائع إلى المشتري مشروط به، إلّا أنّه يبعد التقييد بقوله: «حتّى يردّ إليه حقه» حيث أنّه ليس مغنياً بتلك الغاية، بل هو ثابت مطلقاً، سواء ردّه إليه أم لا. إلّا أن يوجّه بأن المراد من الضمان لحقه - أي: المبيع - ضمانه من حيث لزوم أداء البذل، فتأمل لعلّ الله يوفقك إلى توفيق سالم عن المناقشة.

و لو مكّنه من القبض فلم يتسلّم، فضمن البائع مبيعاً على ارتفاع الضمان بذلك، و هو الأقوى. قال الشيخ في النهاية (٤٣٧٢): إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المتاع، فإنّ العقد موقوفٌ ثلاثة أيام، فإن جاء المتاع في مدّة ثلاثة أيام كان المبيع له، و إن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع في هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إيّاه، كان من مال البائع دون المتاع، و إن كان قبضه إيّاه ثم هلك في مدّة الثلاثة أيام كان من مال المتاع، و إن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كلّ حال*، انتهى المحكي في المختلف، و قال بعد الحكاية: و فيه نظر، إذ مع القبض يلزم (٤٣٧٣) البيع^{١٧}، انتهى. أقول: كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلةً للفقرتين، فيشمل ما

٤٣٧٢. ينبغي ذكر هذا إلى آخره قبل قوله: «و لو مكّنه...»، لأنّه مربوط بأصل المسألة من كون التلف قبل القبض و بعده على البائع المشتري. و الغرض من نقل ذلك دفع توهم أنّ الشيخ قائل بأنّ تلف المبيع قبل الثلاثة و القبض أيضاً على البائع مثله قبل القبض، كما هو قضية إيراد العلامة عليه. و حاصل ما ذكره في دفعه: أنّه مبنيّ على عموم عبارته الأخيرة لصورة ما بعد القبض، و هو ممنوع من وجهين: أحدهما: مخالفته للإجماع على أنّ تلفه حينئذٍ على المشتري، و الآخر: تعليله بثبوت الخيار للبائع، و هذا يقتضي اجتماع وجود شرائط الخيار في مورد كلامه - و منها: عدم قبض المبيع - و إلّا فلا خيار له على ما تقدّم الكلام فيه. هذا، و ستعرف فيما بعد أنّ عبارة الشيخ تعمّ كلتا الصورتين، و أنّ ما ذكره لأجل إثبات عدم عمومها لهما من الوجهين ليس في محله، و مع ذلك إيراد العلامة على عبارته غير وارد عليه.

٤٣٧٣. مقتضى تعليل النظر باللزوم بالقبض أنّه لا إشكال عند العلامة فيما حكم به الشيخ، لعموم كلامه من كون التلف بعد الثلاثة على البائع فيما بعد القبض أيضاً على فرض ثبوت الخيار للبائع فيه و عدم لزوم العقد، بل هو موافق له في الحكم المزبور على الفرض المذكور، و من المعلوم أنّه لا يصحّ ذلك مع قاعدة كون تلف المال على مالكة و ذهابه من كيسه، إلّا بناءً على ما نسب إلى الشيخ^{١٨} من عدم خروج المبيع عن ملك البائع في مطلق الخيار مطلقاً و لو كان منفصلاً عن العقد، على ما تقدّم من المصنّف^{١٩} في ضمن مسائل الخيار بشرط

* في بعض النسخ زيادة: لأنّ الخيار له بعدها.

بعد القبض و ما قبله، خصوصاً مع قوله: «على كل حال»، لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع مناف (٤٣٧٤) لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله: «لأن الخيار له بعد الثلاثة أيام» فإن من المعلوم أن الخيار إنما يكون له مع عدم القبض، فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض.

مسألة: لو اشترى ما يفسد من يومه (٤٣٧٥) فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل،

رد الثمن من كونه قضية إطلاق كلامه و بعض أدلته، إذ على هذا يكون المبيع في مدة الخيار ملكاً للبائع، فضمانه عليه يكون على طبق القاعدة.

و بعد التفطن لذلك نقول: إن إيراد العلامة على الشيخ رحمته مبني على اللزوم بعد القبض بعد الثلاثة و عدمه، و هو مبني على اعتبار عدم قبض المبيع في ثبوت الخيار فيما بعدها و عدم اللزوم، فيرد إرادته عليه، لانتفاء الخيار فيه مع القبض، بانتفاء شرطه و هو عدم القبض. و أما على عدم اعتباره فلا يرد، لثبوت الخيار الموجب لكون المبيع في زمانه ملكاً للبائع، و قد مر عند الكلام في الشرط الأول عدم الدليل على اعتباره مع اقتضاء الإطلاقات عدم اعتباره، و ظاهر هذه العبارة أن الشيخ لا يقول باعتباره. و من هنا يظهر الخدشة فيما مر هناك من عدم وقوع الخلاف في اعتباره.

٤٣٧٤. في كلا وجهي عدم التعميم نظر. أما الأول فلائته ليس في المقام إجماع بالخصوص كما هو ظاهر، و إنما هو من جهة قاعدة كون تلف المال على مالكة، مع عدم قيام دليل على خلافها في صورة القبض، و من الظاهر أن كون المبيع بعد القبض فيما بعد الثلاثة على خلاف ذلك مبني على عدم ثبوت الخيار هناك، و إلا فهو على مذهب الشيخ من كونه ملكاً للبائع في مدة الخيار على وفق القاعدة المجمع عليها، و عدم ثبوت الخيار هناك مبني على اعتبار عدم القبض في ثبوت الخيار، و قد مر أنه لا يقول باعتباره بظاهر عبارته هذه كما هو التحقيق. و من ذلك يظهر عدم منافية التعميم لما بعد القبض لتعليل الحكم بضممان البائع بثبوت الخيار للبائع، حيث إنه ينافيه بناءً على اشتراط الخيار بعدم القبض، و هو لا يقول به، فتدبر جيداً.

٤٣٧٥. «من» في هذه العبارة المأخوذة من رسالة ابن أبي حمزة هي التي تدخل على العلة، و هي ابتدائية تدخل عليها باعتبار نشوء المعلول منها، لكونها مبدأ لوجوده، و تفيد هذه فائدة التعليل، و يصح تبديلها بلام العلة، باعتبار أن ما بعدها علة لما قبلها، و كثيراً ما يتوسط بينها و بين مدخولها كلمة «أجل» و يقال: من أجل كذا.

و إلا فلا بيع له، كما في مرسله محمد بن أبي حمزة. و المراد من نفى البيع نفى لزومه. و يدل عليه قاعدة «نفى الضرر» (٤٣٧٦) فإن البائع ضامن للمبيع (٤٣٧٧) ممنوع عن التصرف

ثم إنه حذف من العبارة شيئا: أحدهما: المضاف إلى اليوم، مثل: المرور و المضي، و ذلك لأن اليوم بنفسه بدون لحاظ المرور لا يوجب الفساد. و الآخر: ما هو وصف لليوم، مثل: الذي اشترى فيه، و قد حذف لاستفادته من إضافة اليوم إلى الضمير التي للاختصاص، حيث إن اليوم لا يختص به إلا بلحاظ وقوع الشراء فيه.

ثم الظاهر أن التحديد باليوم للاحتراز عن يوم آخر بعده، لا عن مطلق ما عساه من الزمان حتى الليل الواقع بعده، فليس فيه دلالة على حدوث الفساد بمجيء الليل. و الظاهر أيضاً أن المراد منه مطلق الزمان الذي تعارف بين أهل البلد بيع ذلك الشيء فيه و لو كان ليلاً، و التعبير باليوم مبني على الغالب من وقوع المعاملات فيه نوعاً. فلو اشترى ما يفسد من ليله و لا تبقى صحته إلى ليل آخر يلزم البيع في الليل، و يحدث الخيار في أول اليوم. فيكون معنى العبارة: أنه من اشترى شيئاً يفسد من أجل مرور زمان اشترى فيه و لا يمتدّ صحته إلى زمان آخر مماثل له في تعارف وقوع المعاملة في ذلك الزمان، يوماً كان أو ليلاً بعضاً خاصاً أم مطلقاً أي بعض كان، فإن جاء بالثمن إلى انقضاء ذلك الزمان الواقع فيه الشراء و مجيء الزمان الآخر المتصل به فهو، و إلا فللبائع بيع ذلك الشيء فيه، فتدبر.

٤٣٧٦. قد مرّ غير مرّة أنها أجنبية عن إثبات الخيار حقاً كان أو حكماً.

٤٣٧٧. يعني: أن البائع يتضرر باجتماع أمور ثلاثة: ١. ضمانه للمبيع عند تلفه مع كونه قبل القبض، كما هو قضية قوله في الرواية: «و يتركه عنده» لكونه تلفاً قبل القبض، و هو من مال البائع بحكم النبوي. ٢. و منعه عن التصرف فيه، لكونه مال الغير بالشراء. ٣. و حرمانه عن الثمن، لأن الغرض عدم قبضه. و لا يمكن دفع هذا الضرر الحاصل من اجتماعها إلا بالتصرف في أحدها. و لا مجال له في الأول بأن يقال: إن التلف على المشتري، لأن النبوي أخص من حديث نفى الضرر فيقدم عليه، و إلا يلزم إلغاء النبوي بالمرّة. و لا في الثالث، لأنه خلاف الفرض. فتعين التصرف في الثاني بجعله متمكناً من التصرف فيه بواسطة رفع اللزوم و جعل الخيار، و هو المطلوب.

و ممّا ذكرنا في بيان ما ذكره المصنّف ﷺ في وجه الاستدلال بالقاعدة يعلم ما فيما

فيه محروم عن الثمن. و من هنا يمكن تعدية الحكم (٤٣٧٨) إلى كلّ موردٍ يتحقّق فيه هذا الضرر و إن خرج عن مورد النصّ، كما إذا كان المبيع ممّا يفسد في نصف يومٍ أو في يومين، فيثبت فيه الخيار في زمانٍ يكون التأخير عنه ضرراً على البائع. لكن ظاهر النصّ يوهّم خلاف ما ذكرناه؛ لأنّ الموضوع (٤٣٧٩) فيه «ما يفسد من يومه» و الحكم فيه بثبوت الخيار من أوّل الليل، فيكون الخيار في أوّل أزمة الفساد، و من المعلوم أنّ الخيار حينئذٍ لا يجدي للبائع شيئاً، لكنّ المراد من «اليوم» (٤٣٨٠): اليوم و ليله، فالمعنى: أنّه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليته، فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل، فإذا فسخ البائع أوّل الليل أمكن له الانتفاع به و ببدله، و لأجل ذلك عبّر في الدروس عن هذا الخيار بـ«خيار ما يفسده المبيت» و أنّه ثابتٌ عند دخول الليل، و في معقد إجماع

حكى عن صاحب المستند^{هـ} من عدم الوجه للاستدلال بها في المقام، حيث إنّهُ تَحِيلُ أَنْ وَجْه الاستدلال تضرّر البائع بضرر التلف قبل القبض خاصّة، و من المعلوم أنّ هذا الضرر ليس منفياً في الشرع بالحديث، لأنّ دليله أخصّ من الحديث. و على تقدير التّنزّل فاللازم هو الحكم بعدم كونه على البائع لا الحكم بالخيار، و قد عرفت أنّ الموجب للخيار اجتماع أمور ثلاثة على ما مرّ في بيان وجه الاستدلال، فتدبّر. *مركز تحقيق مكتبة علوم إسلامي*

٤٣٧٨. بناءً على ما ذكرناه في شرح المراد من عبارة الحديث يكون الفرعان و نحوهما من مصاديق النصّ، فلا يبقى حاجة في التعدية إليهما إلى التمسك بدلالة قاعدة نفي الضرر على الخيار حتّى يرد ما مرّ غير مرّة.

٤٣٧٩. يعني: لأنّ قضية تحديد الفساد بمضيّ يومه أن يكون الليل الذي حكم في النصّ بثبوت الخيار فيه زمان الفساد، و قضية ما ذكره من ثبوت الخيار في الليل بضمّ مقدّمة خارجيّة، و هي: أنّ مناط ثبوت الخيار هو دفع الضرر، و عدم كون الليل زمان الفساد، و هذه هي المخالفة. و الوجه في إضافة الضميمة في بيان المخالفة أنّه لو كان المراد منه خصوص ما ذكره - أعني: صرف الجواز و عدم لزوم في الليل - فمن الواضح أنّه لا مخالفة بينه و بين مفاد النصّ. هذا، مع دلالة قوله^{هـ}: «و من المعلوم...» على اعتبار هذه الضميمة.

٤٣٨٠. التحقيق في رفع هذا الإيهام أن يقال: إنّهُ مبنيّ على كون التحديد باليوم حقيقة قد سبق للاحتراز عن غمّ ما عداه من الأزمنة حتّى الليل المتصل به، و قد مرّ أنّ الظاهر كونه

الغنية (٤٣٨١): أَنَّ عَلَى الْبَايِعِ الصَّبْرَ يَوْمًا وَاحِدًا ثُمَّ هُوَ بِالْخِيَارِ. وَ فِي مُحْكَمِ الْوَسِيلَةِ: أَنَّ خِيَارَ الْفَوَاكِهَ لِلْبَايِعِ، فَإِذَا مَرَّ عَلَى الْمُبِيعِ يَوْمًا وَلَمْ يَقْبِضِ الْمُبْتَاعُ كَانَ الْبَايِعُ بِالْخِيَارِ. وَ نَحْوُهَا عِبَارَةٌ جَامِعَةُ الشَّرَائِعِ.

نعم، عبارات جماعة من الأصحاب لا يخلو عن اختلال في التعبير، لكن الإجماع على عدم الخيار للبايع في النهار (٤٣٨٢) يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس. و أحسن تلك العبارات عبارة الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل (٤٣٨٣) إلى رواية زرارة، قال: «و الْعَهْدَةُ فِيمَا يَفْسُدُ مِنْ يَوْمِهِ مِثْلَ الْبَقُولِ وَ الْبَطِيخِ وَ الْفَوَاكِهَ يَوْمًا إِلَى اللَّيْلِ» ١٨ فَإِنَّ الْمُرَادَ بِالْعَهْدَةِ عَهْدَةَ الْبَايِعِ. وَ قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَ إِذَا بَاعَ الْإِنْسَانُ مَا لَا يَصِحُّ عَلَيْهِ الْبَقَاءُ مِنَ الْخَضِرِ وَ غَيْرِهَا وَ لَمْ يَقْبِضِ الْمُبْتَاعُ وَ لَا قَبْضَ الثَّمَنِ كَانَ الْخِيَارُ فِيهِ يَوْمًا، فَإِنْ جَاءَ الْمُبْتَاعُ بِالثَّمَنِ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَ إِلَّا فَلَا يَبِيعُ لَهُ، انْتَهَى. وَ نَحْوُهَا عِبَارَةُ السَّرَائِرِ ١٩. وَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْخِيَارِ:

إِضَافِيًّا قَدْ سَبَقَ لِلْإِحْتِرَازِ عَنِ الْيَوْمِ الْآخَرِ الْمِمَّاثِلَ لَهُ، إِذَا مَا ذَكَرَهُ فِي رَفْعِ الْإِيْهَامِ مُوجِبٍ لِلتَّصَرُّفِ فِي ظُهُورِ الْيَوْمِ فِي النَّهَارِ مِنْ جِهَةِ الْوَضْعِ وَ مِنْ جِهَةِ مُقَابَلَتِهِ لِلَّيْلِ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرْنَا، فَافْهَمْ.

٤٣٨١. غرضه من هنا إلى قوله: «ثُمَّ إِنَّ شُرُوطَ هَذَا الْخِيَارِ...» هو التعرُّض لاختلاف عبارات الأصحاب في بيان مورد هذا الخيار و زمانه، حيث إن جملة منها ظاهرة في أن مورده الليل، و جملة منها ظاهرة في أنه اليوم إما مطلقاً أو مع التصريح بانتهائه إلى الليل، كما في التذكرة و القواعد و الإرشاد.

٤٣٨٢. مع فرض الاختلال في التعبير في العبارات و صراحة بعضها أو ظهوره في ثبوت الخيار في النهار أو إجماله كيف يصح دعوى الإجماع على ما ذكر؟ فالأولى أن يقول: لكن وضوح استنادهم في ذلك إلى المرسلة الصريحة في عدم الخيار في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس الذي تقدّم أنه المراد من المرسلة أيضاً.

٤٣٨٣. ظاهر هذا التعبير - لو لم يكن صريحه - أنه ليس رواية. و قال في الجواهر: «لَعَلَّهُ الظَّاهِرُ، يَعْنِي: كَوْنُهُ مِنْ كَلَامِ الصَّدُوقِ». وَ أَوَّلُ مَنْ أَبْدَى هَذَا هُوَ الْمَجْلِسِيُّ الْأَوَّلُ، وَ لَعَلَّ مَنْشَأَهُ عَدَمُ إِعَادَةِ كَلِمَةِ «قَالَ» فِي هَذِهِ الْفَقْرَةِ وَ الْفَقْرَةِ الَّتِي قَبْلَهَا، مِنْ قَوْلِهِ: «مَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً...»، فَتَأَمَّلْ.

و كيف كان، يعني: أحسنها من حيث الانطباق على المقصود من لزوم البيع إلى الليل و

اختيار المشتري في تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حاله من لزوم. و أما المتأخرون، فظاهر أكثرهم يومهم كون الليل غاية للخيار، و إن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً ٢٠ و من عبّر بأن الخيار إلى الليل. و لم يُعلم وجهة صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعة عبارة الشيخ في النهاية، لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيها اختيار المشتري، و أن له تأخير القبض و الإقباض. و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطلاحوا عليه في لفظ «الخيار»، فلا يحسن المتابعة هنا في التعبير (٤٣٨٤)، و الأولى تعبير الدروس كما عرفت.

ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير؛ لأنه فرد من أفرادها، كما هو صريح عنوان الغنية ٢١ و غيرها، فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم، لا ينبغي

جوازه فيه. و قوله: «فإن المراد من العهدة عهدة البائع» بيان لوجه الأحسن، فيعلم من ذلك أن مراده من عهدة البائع عهدة لزوم الصبر و حفظ المبيع على البائع إلى الليل، و أما في الليل فليس عليه تلك العهدة، لثبوت الخيار فله الفسخ و التخلص منها، إذ لو كان المراد منها عهدة التلف قبل القبض، غاية الأمر فيما إذا كان قبل مجيء الليل لامطلقاً مثل سائر الموارد، لما صح جعله علة للأحسن، حيث إنه لا ربط له بمسألة اللزوم و الجواز أصلاً. هذا، و لكن في كون المراد منها الأول لا الثاني تأمل. و قد يجعل قرينة على الأول أنه ذكر قبل ذلك فيما يصح بقاءه أن الضمان و العهدة في الثلاثة أيام على البائع، و قال بثبوت الخيار له بعدها من جهة نقله الأخبار الدالة على ذلك، إذ قضية وحدة البيان كون المراد من العهدة هنا لزوم الصبر إلى الليل و انتهائه بمجيئه، فراجع الفقيه.

٤٣٨٤. نعم، لا يحسن لو لم يكن في الكلام قرينة على إرادة غير ذاك المعنى المصطلح، و إلا فهو حسن جداً. و من الثاني عبارة التذكرة و الإرشاد إذ علّل في الأول قوله: «فالخيار إلى الليل» بأن الصبر أكثر من ذلك يؤدي إلى الضرر، و مقتضاه اللزوم إلى الليل، لعدم الضرر في الصبر إليه. و مع هذا لا يحصى عن كون الخيار بمعنى اختيار المشتري في قبض الثمن، و أن له التأخير مع حفظ كون المبيع له، بخلاف الليل، فإن اختيار قبض الثمن و عدمه بيد البائع من جهة ثبوت الخيار له في الفسخ، فلو فسخ فلا معنى لاختيار المشتري قبض الثمن، فاختياره فيه

التأمل هنا في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي (٤٣٨٥) أو ما في حكمه كالصاع من الصبرة، وقد عرفت هناك أن التأمل في الأدلة و الفتاوى يشرف* على القطع بالاختصاص أيضاً. و حكم الهلاك في اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك في كونه من البائع في الحالين. و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا (٤٣٨٦) كما صرح به في الغنية حيث جعله قبل الليل من المشتري.

ثم إن المراد بالفساد في النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقي (٤٣٨٧)؛ لأن موردهما

تابع لاختيار البائع إمضاء البيع و عدم فسخه. و قال في الإرشاد بعد الحكم بكون الخيار إلى الليل ما هذا لفظه: «فإن جاء بالثمن و إلا فالبائع أحق به» إذ تخصيص أحقية البائع به بالليل يقتضي لزومه عليه، فيكون قرينة على كون الخيار بذاك المعنى الغير المصطلح عليه.

٤٣٨٥. و ذلك بقرينة قوله: «يفسده» حيث إن الكلبي لا يتطرق إليه الفساد.

٤٣٨٦. يعني بالقول الآخر ما نسبته في المسألة المتقدمة على هذه المسألة إلى جماعة من القدماء - منهم المفيد و السيدان - من كون التلف في زمان اللزوم و قبل مجيء زمان الخيار من المشتري.

٤٣٨٧. قد حكى عن جماعة منهم الشهيد في الدروس و العميدي في كنز الفوائد المحقق الثاني في تعليق الإرشاد التصريح بأن الفساد أعم من التلف لغة و عرفاً، فيكفي فيه تغير العين و نقص الوصف و إن لم يبلغ حد التلف.

أقول: في عموم الفساد لغة و عرفاً لتغير العين و ذهاب طراوته بالقياس إلى ما يكون مآلته ناشئة من الجهات التي لا تزول بمجرد التغير منع حلي، بل هو مختص بصورة زوال تلك الجهات إما بالمرّة أو بما يقرب منه، فالتعميم خلاف الظاهر يحتاج إلى دليل. و ما علل به المصنف من قوله: «لأن موردهما هو الخضر...» بالنسبة إلى النص عليل، لأن النص المشتمل على التمثيل بذلك ليس إلا قوله: «و العهدة فيما يفسده من يومه مثل البقول...»، و قد مر من المصنف أنه عبارة الصدوق. و أمّا مرسله محمد بن أبي حمزة فهي عارية عن ذلك، فيكون التعميم للتغير مخالفة لظاهر النص بلا قرينة عليها. و أمّا الإجماع فلا حجة فيه، للعلم بأنهم إما

هو الخُضْرُ* و الفواكه و البقول، و هذه لاتضيع بالمبيت و لا تملك، بل المراد ما يشمل تغيّر العين نظير التغيّر الحادث في هذه الأمور بسبب المبيت. و لو لم يحدث في البيع إلا فوات السوق، ففي إلحاقه بتغيّر العين وجهان (٤٣٨٨): من كونه ضرراً، و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرراً.

استندوا في التعميم إلى عبارة الصدوق بتخيّل كونها رواية، و إمّا استندوا إلى المرسلة باجتهاد منهم في عموم مفهوم الفساد للتغيّر لغةً و عرفاً، كما هو ظاهر الجماعة المتقدّم ذكرهم، و اجتهادهم ليس حجة علينا، و العبارة للصدوق.

فإن قلت: بناءً على هذا ما الفائدة و المنة في جعل الخيار و الحال أنّه قد يتفق أنّه ما يتمكّن من دفع ضرر المبيت بالفسخ في الليل و يبعه فيه، لعدم المشتري أو قلته فيه؟ قلت: فيه كمال المنة في قبال البطلان و اللزوم، إذ فيه احتمال دفع الضرر بما ليس في غيره، لأنّه يلاحظ حاله فإن كان ضرره في بقاء العقد - بأن كان هناك مشترٍ بالفعل - فله أن يفسخ و يبيع الآخر، و إن كان ضرره في هدم العقد، بأن لم يكن هناك مشترٍ أصلاً بحيث لو فسخ لا محالة يتلف، فله أن لا يفسخ العقد بل يحضيه.

٤٣٨٨. أقواهما العدم لو لم يجز الاستدلال بحديث نفي الضرر، و انحصر المستند في هذا الخيار بالنص الخاص، و إلاً فالأقوى الإلحاق، لصدق الضرر على نقص القيمة السوقية.

المصادر:

- (١) التذكرة ج ١: ص ٥٢٣.
- (٢) الخلاف ج ٣: ص ٢٠، المسألة ٢٤.
- (٣) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.
- (٤) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٦-٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢.
- (٥) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٦، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٦) المبسوط ج ٢: ص ٨٧.
- (٧) الحقائق ج ١٩: ص ٤٧-٤٨.
- (٨) جامع المقاصد ج ٤: ص ٢٩٨.
- (٩) الغنية: ص ٢١٩-٢٢٠.
- (١٠) الدروس ج ٣: ص ٢٧٣.
- (١١) التحرير ج ١: ص ١٦٧.
- (١٢) التذكرة ج ١: ص ٥٣٧.
- (١٣) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٥٧٩-٥٨٠.
- (١٤) التذكرة ج ١: ص ٥٢٠.
- (١٥) الرياض ج ٨: ص ١٩٥.
- (١٦) المقنعة: ص ٥٩٢.
- (١٧) المختلف ج ٥: ص ٦٩-٧٠.
- (١٨) الفقيه ج ٣: ص ٢٠٣، ذيل الحديث ٣٧٦٧.
- (١٩) السرائر ج ٢: ص ٢٨٢.
- (٢٠) التحرير ج ١: ص ١٦٧.
- (٢١) الغنية: ص ٢١٩.



مركز تحقيقات وعلوم اسلامی

السادس: خيار الرؤية، و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان. و يدلّ عليه قبل الإجماع المحقق والمستفيض (٤٣٨٩): حديث نفسي الضرر (٤٣٩٠). و استدلّ عليه أيضاً بأخبار: منها: صحيحة جميل بن درّاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعةً و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلّبها ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يُقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعةً ثم بقي منها قطعةً و لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية»^١. و لابدّ من حملها على صورة يصحّ معها بيع الضيعة (٤٣٩١)،

٤٣٨٩. يعني: المنقول المستفيض.

٤٣٩٠. قد مرّ مراراً عدم دلالة على الخيار.

٤٣٩١. نعم، لابدّ منه لو كان لها إطلاق يعمّ غيرها، و هو موقوف على كونها في مقام بيان ما يعتبر في صحّة البيع من الشروط أيضاً، و هو ممنوع، إذ الظاهر أنّها بصدد بيان حدوث الخيار برؤية ما لم يره حين البيع، و لذا لا ينافيها الأدلة الدالة على اعتبار العلم بالمبيع كمّاً وكيفاً، و مع عدم الإطلاق من هذه الجهة يؤخذ بالمتيقّن، أعني: صورة صحّة البيع، و هذا شيء وراء الحمل عليها، لأنّه ظاهر في التصرف، و لا تصرف فيما قلناه. وكيف كان، ظاهر الرواية أنّ رؤية ما لم يره حين البيع بنفسها موجبة للخيار، من دون دخل فيه لكونه على خلاف ما اشترط فيه أو وصف به أو اعتقد وجوده فيه، و خيار الرؤية بهذا المعنى غيره بالمعنى الذي فسّره في العنوان و استدلّ بالرواية عليه. فتقرير المصنّف صحّة ذلك و عدم مناقشته فيه ليس على ما ينبغي، و إن حملت على صورة بيع القطعة الغير المرتبة بالتوصيف، فضلاً عن حملها على صورة بيعها باعتقاد أنّها كما رآه من سائر القطعات. نعم، لا بأس به لو حملت على بيعها بالشرط، و لكن لا داعي إليه. و بالجملة، ظاهر الرؤية أنّ خيار الرؤية خيار مسبب عن صرف رؤية ما لم يره حين البيع، و لو لم يكن هناك تخلف شرط أو وصف أو اعتقاد مثل خيار المجلس و الحيوان، و لا بأس بالالتزام بذلك عملاً بهذه الرواية، فتأمل. و على أيّ حال، فهذا أجنيّ عن العنوان و عن خيار تخلف الوصف لو كان التوصيف أمراً آخر وراء الشرط، فلا يصحّ الاستدلال عليه، بل لابدّ من مطالبة دليل آخر مفقود عدا الإجماع و حديث نفي الضرر. و قد مرّ مسرّاراً أنّ الحديث أجنيّ عن إثبات الخيار. و أمّا الإجماع فهو موهون باحتمال الاستناد إلى الأخبار.

٣٤٢..... المكاسب، ج ٤، الخيارات

إمّا بوصف القطعة الغير المرتبة، أو بدلالة ما رآه منها على ما لم يره. و قد يستدل أيضاً بصحيفة زيد الشحام (٤٣٩٢)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصاصين من قبل أن يخرج السهم، فقال لا يشتري شيئاً حتى يعلم من أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج»^٢. قال في الحقائق^٣: و توضيح معنى هذا الخبر ما رواه (٤٣٩٣)

٤٣٩٢. الظاهر عندي عدم ارتباطها بالمسألة، إذ الظاهر أن المراد من متعلق الخيار فيها هو الشراء لا الإمضاء و الفسخ، و من الخيار هو الخيار الشرعي التكليفي، أي: الإباحة التكليفية قبل الحرمة التكليفية، لا الخيار المصطلح الذي هو من قبيل الوضع و الحق. و المراد من الاشتراء في قوله: «فإن اشترى» إرادة الشراء، و ذلك لأن الظاهر أن قوله: «فإن اشترى» مفهوم لقوله: «لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم» لا أنه بيان لحكم مخالفة النهي و ما يترتب على عصيانه. يعني: يحرم الشراء حتى يعلم أين يخرج السهم، فإن خرج السهم فيجوز الشراء و لا يحرم، لا أنه يحرم الشراء حتى يعلم السهم، فإن اتفق أنه خالف ذلك و أوجد الشراء فهو بالخيار في إمضائه و فسخه، فتدبر جيداً.

٤٣٩٣. نعم، هو توضيحه من حيث الموضوع و هو شراء السهام، و من حيث حكمه قبل الخروج و بعده. أمّا الأول فلتكفله لبيان طريقة شراء السهام و كفيته المتعارفة، فإن الظاهر أن المراد من الغنم في قوله: «أشترى الغنم» في قوله: «أو يشتري الغنم جماعة» هو السهم المعين منه، و ذلك لأنه لو أريد منه الغنم نفسه لكان صورة شراء السائل الغنم حالياً عن الجواب، كما هو غير خفي على المتدبر في الرواية.

و أمّا الثاني فلتكفله لحكم الشراء قبل خروج السهم بقوله: «لا يصلح هذا» أي: الشراء قبل خروج السهم على النحو العدل، كما هو المفروض في السؤال. فتكون هذه الفقرة موافقة لقوله في رواية زيد لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم» و لحكمه بعد خروجه بقوله: «إنما تصلح السهام...»، بأن تكون عدالة القسمة كناية عن تعيين السهام المشتراة و خروجها بنحو صحيح. يعني: إنما تصلح السهام للشراء و مرخصاً فيه إذا خرجت بنحو صحيح بأن عدلت القسمة، فتوافق هذه الفقرة لقوله في رواية زيد: «و إن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج» بناءً على ما ذكرناه في معناه هذا.

و بالجملة، هذا يوضح الخبر المذكور، لكن بناءً على كون لفظ «هذا» في الخبر إشارة

في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب - و هو مجهول - قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثم تُدخل داراً، ثم يقوم رجل على الباب فيعدّ واحداً و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم؟ قال: لا يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة... الخبر»^٤. أقول: لم يُعلم وجه الاستشهاد به (٤٣٩٤) لما نحن فيه؛ لأن المشتري لسهم القصاب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار (٤٣٩٥) الرؤية، و إن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فرد غير معين، و هو باطل، و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع. و يمكن حمله على شراء عدد معين (٤٣٩٦) نظير الصاع من الصبرة، و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم (٤٣٩٧).

إلى شراء الغنم المراد منه السهم، و كان المراد من صلاح السهام عند عدالة القسمة صلاحها للشراء عند خروجها على النحو الشرعي. و أما لو كان إشارة إلى القسمة فكونه توضيحاً لمعنى خير زيد إنما هو بلحاظ الموضوع فقط، حيث إنه لا تعرض له حيث لحكم هذا الموضوع أصلاً لا قبل خروج القسمة و لابعده، من دون فرق في ذلك بين كون الخيار في رواية زيد بمعناه الاصطلاحي كما هو صريح الخدائق، أو بالمعنى الذي استظهرناه، و لكن الظاهر بعد التأمل هو الأول، فتأمل.

٤٣٩٤. الضمير المحرور راجع إلى هذا الخبر المراد به صحيحة زيد، لا ما رواه في الكافي و التهذيب من صحيح عبدالرحمن، و ذلك بقرينة: «لأن المشتري لسهم القصاب...»، إذ ليس في صحيح عبدالرحمن من ذلك عين و لا أثر.

٤٣٩٥. بعد تسليم كون الخيار هنا بمعناه المصطلح يمكن أن يقال: إن الوجه في وجه الاستشهاد و الاستدلال برواية زيد أنه اشتراه مشاعاً، أو سهمه المعين بناءً على صحة شراء فرد غير معين و لكن بتوصيف الكل الذي فيه الإشاعة أو العموم لهذا الفرد المردد، ثم رآه على خلاف ما وصف.

٤٣٩٦. لو كان المراد من سهام القصابين سهامهم من الحيوان، و أما لو كان المراد سهامهم من اللحم و الشحم و الجلد فلا كما لا يخفى.

٤٣٩٧. يعني: إذا صار الكلّي في المعين شخصياً. و لعل الوجه في اشتراط ذلك هو اختصاص خيار الحيوان بكون المبيع شخصياً. و لكن لا يخفى أنه بمجرد لا يكفي في الخيار بعد

ثم إنَّ صحيحة جميل مختصةً بالمشتري، و الظاهر الاتفاق على أنَّ هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف.

و حكى عن بعض: أنه يحتمل في صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع، بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، و حينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال. و لا يخفى بعده، و أبعد منه دعوى عموم الجواب حينئذ، و الله العالم.

مسألة: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة. و المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر؛ إذ لولاها لكان غرراً. و عبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيلة^٦ و جامع المقاصد و غيرهما. و آخر بما يعتبر في صحة السلم. و آخرون كالشيخين و الحلبي^٦ اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة (٤٣٩٨). و الظاهر أنَّ مرجع الجميع واحد، و لذا ادَّعى الإجماع على كل واحد منها.

خروج السهم، بل لا بدَّ معه من تعميم الشخص لما كان طارئاً على المبيع بعد البيع، فتأمل، فإنه لا دليل على ثبوت خيار الحيوان فيما عدا صورة ورود البيع على الحيوان المشخص في الخارج حين البيع، لانصراف أدلته إليها، فهذا التوجيه غير وجيه.

٤٣٩٨. الظاهر أنهم في مقام بيان اعتبار أصل التوصيف في مقابل تركه بالمرّة، لا في مقام بيان كفاية مطلق التوصيف، فلا ينبغي عدّ ذلك من الأقوال في تحديد الأوصاف التي يجب ذكرها، اللهم إلا أن يجعل الداعي إلى اعتبار ذكر الصفة - و هو التحرز عن الغرر - قرينة على كون المراد من الصفة ما يرتفع به الغرر.

وكيف كان، وحدة مرجع الأوّلين هل هي برجوع الأوّل إلى الثاني، فيكفي ذكر ما يعتبر في السلم، أو بالعكس، فلا يكفي ذلك؟ فيه وجهان، ثانيهما ظاهر جامع المقاصد في قوله الآتي نقله: «و ضابط ذلك: أنَّ كلَّ وصف - إلى قوله - فلا بدَّ من استقصاء أوصاف السلم» حيث إنَّ تفريع لزوم استقصائها على سابقه ظاهر في إرادة ذلك من سابقه. كما أنَّ أولهما ظاهر ما ذكره المصنّف^٦ في الجواب عن إشكال التناهي المتراءى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و بين كفاية ذكر أوصاف السلم بقوله: «و يمكن أن يقال...»، حيث إنَّ مراده من أوصاف السلم هي مع قطع النظر عن أمر موجب للمسامحة فيها، و هي عبارة عن جميع

ففى موضع من التذكرة: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفاً يكفى في السلم عندنا. و عنه في موضع آخر من التذكرة: أن شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا اجمع و يجب ذكر اللفظ الدالّ علي الجنس. ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدالّ علي التميّز، و ذلك بذكر جميع الصفات التي يختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها، انتهى. و في جامع المقاصد: ضابط ذلك أن كلّ وصفٍ متفاوت الرغبات بشوته و انتفائه و تفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى^٧. و ربّما يتراءى التنافي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنّه قد يتسامح في السلم (٤٣٩٩) في ذكر بعض الأوصاف، لإفضائه إلى عزّة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق. و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه. قال في التذكرة في باب السلم: لا يشترط وصف كلّ عضوٍ من الحيوان بأوصافه المقصودة و إن تفاوت به الغرض و القيمة؛ لإفضائه إلى عزّة الوجود^٨، انتهى. و قال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء: أنّه يذكر نوعها و لوّنها و يصف عظمها، فيقول: ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق، لتعذر التحقيق. و يمكن أن يقال: إنّ المراد ما يعتبر في السلم في حدّ ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم، و إنّ كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك: أنّ الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيد بحال التمكن، فتعذّره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه، و تمام الكلام في محله.

ثمّ إنّ الأوصاف التي يختلف الثمن (٤٤٠٠) من أجلها غير محصورة، خصوصاً في

الأوصاف التي تفاوتت القيمة باختلافها، و هذا عين الضابط الأوّل.

٤٣٩٩. هذا بيان لوجه التنافي. و حاصله: أنّ قضية الثاني عدم لزوم ذكر جميع

الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها و كفاية بعضها، و قضية الأوّل لزومه و عدم كفاية البعض.

٤٤٠٠. قوله: «و ربّما يتراءى التنافي» إشكال على التنافي بين الضابطين، و هذا

العبيد و الإماء؛ فإن مراتبهم الكمالية التي تختلف بها أثمانهم غير محصورة جداً، و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم؛ لانتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع أننا علمنا أن الغرر العرفي أحصن من الشرعي. وكيف كان، فالمسألة لا تخلو عن إشكال.

إشكال على الضابط الأول. و حاصله: إن أريد من الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها جميعها فلازمه عدم إمكان بيع العين الغائبة بالتوصيف، لعدم إمكان ذكر جميع أوصافها الدخيلة في القيمة، لعدم حصرها، فتأمل. و إن أريد منها خصوص ما يرتفع به معظم الغرر، ففيه أولاً: أنه إحالة على المجهول، لأن معظم الغرر أمر تشكيكي له عرض عريض.

و ثانياً: أنه موجب للاكتفاء على ما دون صفات السلم، لارتفاع الغرر الذي لا يقدم عليه العرف، و إن شئت قلت: لارتفاع معظم الغرر بذلك عرفاً، و المتفق عليه بين أرباب كلا الضابطين عدم جواز الاقتصار على ما دون صفات السلم.

و ثالثاً: أن ارتفاع معظم الغرر عرفاً - أي: الغرر الذي لا يقدم عليه العرف و يتحرز عنه - أحصن من الغرر الذي حكم الشرع ب لزوم التحرز عنه، لاختصاص الأول بالمعظم، و عموم الثاني لمطلق ما يصدق عليه مفهوم الغرر عرفاً معظماً كان أو غيره، و الكافي في صحة المعاملة ارتفاع الثاني المأخوذ في لسان دليل المنع عن وجوده لا الأول و الوجه في تفسيرنا الغرر في قوله ﷺ: «لارتفاع الغرر عرفاً». بمعظم الغرر - فيما جعلناه ثاني الإشكالات المستفادة من العبارة - هو لحاظ قوله قبله: «و الاقتصار على ما يرتفع به معظم الغرر». و وجه قرينته عليه غير خفي على المتفطن.

و ممّا ذكرنا في تفسير المقام يظهر أن إشكال سيّدنا الأستاذ ﷺ على مسألة الأحصية بعدم المعنى لها، معللاً بأنه ليس للغرر حقيقة شرعية، بل هو موضوع عرفي، و الخير يدل على نفي هذا الموضوع، ليس في محله، إذ ليس مراده من الغرر العرفي مفهومه العرفي كي يكون المراد من الغرر الشرعي في قبالة مفهومه الشرعي حتى يرد عليه ما ذكره، بل مراده من الأول خصوص فرد من أفراد مفهوم الغرر العرفي يتحرز العرف من الإقدام عليه و لا يتسامحون فيه و هو معظم الغرر، فيكون المراد من الشرعي مطلق ما حكم الشرع بالتحرز عنه، و هو مطلق الغرر العرفي.

و أشكل من ذلك (٤٤٠١) أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة في بيع العين الحاضرة، و على هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبرة في العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه.

قال في التذكرة: يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كدخال الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها* ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة، انتهى. و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر في صحة السلم و بيع الغائب. و من المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعبرة في السلم و بيع العين الغائبة، فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سنّ الجارية، بل و لا على نوعها و لا غيرها من الأمور التي لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبة كمالها الإنساني المطلوبة في الجساري المبذول بإزائها الأموال، و يبعد كل البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك في المشاهدة، بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعة إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبة إلى الأوصاف التي اعتبروها كالأعمى، لا بدّ من مراجعته لبصير عارف بها. و لأجد في المسألة أوثق من أن يقال: إن المعتبر هو الغرر العرفي في العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة، فإن دلّ على

٤٤٠١. ما تقدّم على هذا إشكال على ما ذكره ضابطاً لبيع العين الغائبة بالتوصيف، و هذا إشكال على الاكتفاء بالرؤية في صحة بيع العين الحاضرة، بالتنافي بينه و بين ضابط بيع العين الغائبة بعد ملاحظة أن الوصف قائم مقامه. و حاصله: أن ذكر الوصف في بيع الغائبة قائم مقام رؤية الوصف و الاطلاع عليه بالحسّ في بيع الحاضرة و فرع له، فكلّ مقدار من الوصف يعتبر ذكره في الفرع لا بدّ من لزوم تعلق الرؤية به و الاطلاع عليه في الأصل، لئلا يلزم مزية الفرع على الأصل، فيجب أن يعتبر... إلى آخر ما ذكره، أو يكتفى في بيع العين الغائبة بذكر الأوصاف التي يكتفى برؤيتها في بيع الحاضرة، و هم لا يلتزمون بواحد منهما، فأصل الإشكال إنما هو في التفكيك بين المقامين.

اعتبار أزيد من ذلك (٤٤٠٢) حجة معتبرة أخذ به.

و ليس فيما ادّعاه العلامة (٤٤٠٣) في التذكرة من الإجماع حجة، مع استناده في ذلك إلى كونه غرراً عرفاً، حيث قال في أول مسألة اشتراط العلم بالعوضين: أنه أجمع علمائنا على اشتراط العلم بالعوضين* ليعرف ما الذي مَلَكَ بإزاء ما بذل، فينتفي الغرر، فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم يتقدّم رؤية** أو يوصف وصفاً يرفع الجهالة، انتهى. و لا ريب أن المراد بمعرفة ما مَلَكَ (٤٤٠٤) معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي الإجمال و التفصيل.

٤٤٠٢. يعني: اعتبار انتفاء ما لا يكون غرراً عرفاً، كاعتبار عدم الجهل بمقدار العوضين مع التساوي بينهما من جميع الجهات حتّى الكمّ في الواقع، كأن وزن مقداراً من حنطة خاصّة بصخرة مجهولة و باعها بوزنها منها.

٤٤٠٣. يكفي دليلاً عليه ما رواه في المستدرك من الرواية الدالة على اعتبار عدم الجهل، فإنّها بإطلاقها تعمّ صورة عدم الغرر عرفاً كالمثال المذكور، إلّا أن يناقش في سندها و اعتبار الكتاب الذي نقلها عنه.

٤٤٠٤. يعني: لا ريب - بملاحظة كون المعرفة مقدّمة لانتفاء الغرر - في أن المراد من معرفة ما يملك معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي تمام الإجمال و تمام التفصيل، لأنّ معرفته كذلك يرتفع به الغرر.

هذا، و فيه - مضافاً إلى أنّه إحالة على المجهول - أن جواز هذا غير مربوط بمورد الإشكال، لأنّه لم يكن في أن المعتبر هو الغرر العرفي في كلا المقامين، و إنّما هو في أنّه لو فرض وصف مخصوص في المبيع يختلف لثمنه باختلافه كسّن الجارية مثلاً، فلا يخلو الحال فيه عن أن الجهل به: إمّا يكون موجباً للغرر، و إمّا لا. و على الأوّل لابدّ من دفعه بالاطّلاع عليه مطلقاً حتّى لو كانت العين حاضرة. و على الثاني لا يلزم الاطّلاع عليه مطلقاً حتّى إذا كانت غائبة، فما وجه التفكيك باعتبار لزوم ذكره في الغائبة و عدم لزوم الاطّلاع في الحاضرة؟ و دعوى أن الجهل به في أحدهما موجب للغرر دون الأخرى كما ترى خلاف الواقع جدّاً. فالوجه الوسط

* في بعض النسخ بدل «اشتراط العلم بالعوضين»، أن العلم شرط فيهما.

** في بعض النسخ زيادة: مع عدم تغيّره.

ثم إنه يمكن الاستشكال في صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً؛ لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيداً بها صار مشكوك الوجود؛ لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم. و يمكن أن يقال: إن أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقيد (٤٤٠٥)، فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا وكذا، ولا غرر فيه حينئذ عرفاً. و قد صرح في النهاية و المسالك في مسألة ما لو رأى المبيع ثم تغير عما رآه: أن الرؤية بمنزلة الاشتراط. و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطاً (٤٤٠٦). و يمكن أن يقال ببناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره بأتصاف المبيع (٤٤٠٧)

بين الإجمال و التفصيل إن أُريد منه كونه على نحو يعلم ذلك الوصف المفروض، فهذا عين الالتزام بمخالفة السيرة القائمة على عدم اعتبار المعرفة به في بيع العين الحاضرة. و إن أُريد منه الأعم من ذلك فهو عين الالتزام بعدم اعتبار انتفاء العرفي في بيع العين الغائبة. فإشكال التفكيك بين المقامين باقٍ على حاله.

٤٤٠٥. فيه - بعد تسليمه - أنه مستلزم للغرر في الشرط من حيث الوجود، فيلزم منه الغرر في العقد فيبطل. مع أنه غير مستلزم في مثل المقام مما كان الوصف وصفاً فعلياً لا وصفاً بعدياً متنزعاً في فعل المكلف، إذ لا يحصى من كونه قيداً للمبيع واقعاً بحيث لو كان في صورة الشرط لابد من إرجاعه إلى التوضيف. مع أن اشتراط هذا النحو من الشرط لا دليل على صحته إلا حديث «المؤمنون عند شروطهم» و هو من جهة كون مفاده وجوب الوفاء بالشرط الدال بالملازمة على نفوذه لا يعلم إلا إذا كان الشرط فعلاً مقدوراً للمكلف، و هو غير الأوصاف في المقام، فظهر أن إشكال غرر الوجود باقٍ على حاله، فافهم.

٤٤٠٦. بل لازمه كونه بمنزلة الاشتراط، و لعلّه على عكس المقصود أدلّ، فتأمل.

٤٤٠٧. هذا جواب آخر، يعني: يمكن أن يقال بأن صحة بيع العين الغائبة مع عدم ارتفاع الغرر حقيقة بذكر الأوصاف مبنية على جواز تصديق البائع أو غيره في إخباره بأتصافها بالأوصاف الخاصة و ترتيب آثار الصديق عليه تعبداً، و تنزيلاً له منزلة القطع أو مؤداه منزلة الواقع، مثل جواز تصديقه بذلك المعنى في إخباره بمقدار المبيع.

و فيه: أنه أمر ممكن، إلا أنه لابد من قيام دليل على حجّة قوله و إخباره تعبداً ولو

بالصفات المذكورة، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل و الوزن؛ و لذا ذكروا أنه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المباعة بوصف ثالث لهما. وكيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة (٤٤٠٨)، و لا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات (٤٤٠٩)، فيتعين الحكم بجوازه؛ مضافاً إلى الإجماع عليه فمن عدا بعض العامة.

ثم إن الخيار بين الرد و الإمساك مجتأناً هو المشهور بين الأصحاب، و صريح السرائر تخيره بين الرد و الإمساك بالأرض و أنه لا يجبر على أحدهما. و يضعف بأنه لا دليل على الأرض. نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة (٤٤١٠) توجه أخذ الأرض، لكن بخيار العيب، لا بخيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه؛ إذ لولا الوصف لثبت خيار العيب أيضاً. و سيجيء عدم اشتراط (٤٤١١) ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحة.

و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم: من بطلان البيع إذا

لم يفد العلم و الاطمئنان، عادلاً كان أو فاسقاً معروفاً بالكذب أم لا، و هو في المقيس عليه غير معلوم، لما مرّ من المناقشة في دلالة ما توهم دلالة عليه من الأخبار فضلاً عن المقام. لا يقال: إن بناء العرف على التصديق في ذلك، و لم يردع عنه الشارع، و هو يكفي دليلاً على الحجية.

لأننا نقول: حديث النهي عن بيع الغرر كاف في الردع عنه. و العجب منه، حيث إنه حكم هنا بجواز التصديق في الإخبار بالوصف قياساً على جوازه في الإخبار بالوزن، و عكس الأمر هناك، و هو كما ترى فيه وصمة الدور.

٤٤٠٨. يعني: من حيث مقدار مالية المبيع.

٤٤٠٩. أيّ دليل أعظم من دليل نفي الغرر الناشي من الجهل بوجودها، فإن ارتفع الجهل بما بذكر الأوصاف و انقلب إلى العلم فلا معنى لذكر ذلك الكلام، و إلا - كما هو قضية هذه العبارة - فالغرر باقٍ على حاله لا بدّ في رفعه من العلم، فليتأمل.

٤٤١٠. يعني: صحة المبيع لاصحة البيع.

٤٤١١. لم أفهم الوجه في ذكر هذه العبارة هنا.

وجد على خلاف ما وصف، لكنّ الموجود في المقنعة (٤٤١٢) و النهاية آله: «إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً» و لا يعد كون المراد بالمردود القابل للردّ، لا الباطل فعلاً. و قد عبّر في النهاية عن خيار الغبن بذلك (٤٤١٣) فقال: و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر ممّا يسوي إذا كان المتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً. و على تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه؛ لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحاً (٤٤١٤)، عدا ما في مجمع البرهان، و حاصله: وقوع العقد على شيء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه^٩.

٤٤١٢. يمكن أن يقال: إنّ نظر الناس للبطلان إلى المقنعة - و هو صاحب مفتاح الكرامة كما قيل - ليس إلى هذه العبارة الموجودة في باب البيع المضمون المتضمنة للتعبير بالمردودية حتّى بأوّل بما ذكره المصنّف، و إن كان خلاف الظاهر جدّاً، بل إلى عبارته في باب بيع الأعدال المخرومة، قال رحمته ما هو محكيّ لفظه: «و لا يجوز بيع المتاع في أعدال مخرومة و حرب مشدودة، إلّا أن يكون له برنامج يوقف منه على صفة المتاع في ألوانه و أقداره و جودته، فإن كان كذلك وقع البيع، فمضى خرج المتاع موافقاً للصفات كان البيع ماضياً، و إن خرج مخالفاً لها كان باطلاً» انتهى. وهي كما ترى صريحة في البطلان من أوّل الأمر. و أمّا النهاية و المراسم فلعلّ فيهما أيضاً مثل المقنعة عبارة أخرى في موضع آخر نظر الناس إليها. و في الجواهر أنّ البطلان المحكيّ عن المراسم إنّما هو أيضاً في باب بيع الأعدال المخرومة، فلا بدّ من المراجعة.

٤٤١٣. كيف يصحّ أن يقال: إنّ عبّر به عنه؟ فلعلّه يقول يبطلان البيع الغبني أيضاً فيما إذا كان جاهلاً بالقيمة، كما هو قضية ظاهر التعبير بالمردودية. نعم، لو علم من الخارج أو من كلامه السابق على هذا أنّه يقول بالخيار لا البطلان فلا يحصى عن التأويل، و لكن لا ملازمة بينه و بين المقام، مع أنّ مجرد قيام القرينة لا يوجب انعقاد ظهور لهذا اللفظ في الخيار في سائر المقامات أو إجماله.

٤٤١٤. ظاهر القائلين بالبطلان هو البطلان من أوّل الأمر كما هو قضية برهان مجمع البرهان، لا من حين تبين الخلاف، و عليه لا يكون لما ذكره مساس بمرامهم، كما أنّه الأستاذان رحمتهما في تعليلتهما عليه.

و يضعف: بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً (٤٤١٥)، بأن يقال: إن المبيع (٤٤١٦) فاقده للأوصاف المأخوذة فيه، لا أنه مغاير للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل في حقيقة المبيع عرفاً، فالظاهر عدم الخلاف في البطلان و لو أخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعثك ما في البيت على أنه عبد حبشي فبان حماراً وحشياً، إلا أن يقال: إن الموجود و إن لم يُعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلك الأوصاف، فإذا فقد ما بُني عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغي بطلان

٤٤١٥. نعم، محل الكلام بين من يقول بالصحة و من يقول بالبطلان و إن كان تخلف هذا النحو من الأوصاف، و ذلك لعدم الخلاف في البطلان في تخلف الوصف الذي له دخل في حقيقة المبيع عرفاً، إلا أنه لاشبهة في أن أخذ ذاك النحو الأول من الوصف في المبيع إنما يكون بنحوين، إذ قد يؤخذ قيداً في المبيع بنحو وحدة المطلوب، بحيث إذا انتفى القيد ينتفي المطلوب، و قد يؤخذ فيه بنحو تعدد المطلوب، بمعنى أن يكون هنا مطلوبان: أحدهما: ذات المبيع، و الآخر: المبيع المقيد بكذا، و الوصف الكذائي قيد للمطلوب الثاني الحاوي للمطلوب الأول. فإن أريد تضعيف برهان المغايرة بالقياس إلى كلا القسمين ففيه ما لا يخفى، حيث إن انتفاء المقيد بانتفاء قيده من الواضحات، و لازمه كون الخالي عن القيد غير الواجد له، و إلا فلو كان عينه لزم عدم انتفاء المقيد بانتفاء القيد.

و إن أريد تضعيفه بالقياس إلى القسم الثاني خاصة، ففيه - مضافاً إلى أنه كان ينبغي عليه حينئذ أن يعطف على قوله: «لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً» قوله: و لا يؤخذ في المبيع بنحو وحدة المطلوب - أنه و إن كان ممّا لا بأس به، إلا أنه لا يجدي إلا فيما إذا أحرز من الخارج أنه قد أخذ كذلك، و إلا فظاهر اللفظ كونه بنحو وحدة المطلوب، و لأقل من الشك في أنه أخذ كذا أو كذا الموجب للشك في أنه قصد بيع الفاقد للوصف أيضاً، حتى لا يكون هناك عقد و بيع كما هو قضية وحدة المطلوب، فيرجع إلى أصالة عدم انتقال العين الفاقد للوصف المقتضية للبطلان.

البيع؛ و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه، فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً في المعقود عليه (٤٤١٧) فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، و إلا لم يوجب فساده فساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

و من هنا يظهر أن دفع ما ذكر (٤٤١٨) في وجه البطلان - الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقاً للقاعدة، و احتمله العلامة رحمته في النهاية ١٠ فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه، بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في الشخصيات و بين الوصف الذاتي و العرضي، و أن أقصى ما هناك كونه من باب

.....
٤٤١٧. بأن يكون مقيداً له بنحو وحدة المطلوب.

٤٤١٨. يعني بالمشار إليه ما ذكره بقوله: «إلا أن يقال إن الموجود...»، لا ما ذكره أولاً بقوله: «و يضعف بأن محل الكلام...»، لأن ما ذكره الدافع عين ذاك التفصيل الذي ذكره المصنف رحمته. و قوله: «بأنه اشتباه» متعلق بالدفع. و قوله في آخر العبارة: «مجازفة» خير «إن» في قوله: «أن دفع...». و أما الدافع ففي بعض الحواشي أنه صاحب الجواهر رحمته. و الظاهر أنه اشتباه من المحشي، لأن الموجود فيه حال عن قوله: «و أن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف...»، فإنه رحمته قال في شرح قول المحقق رحمته: «و إن لم يكونا - أي: البائع و المشتري - رأياه كان الخيار لهما» - في الفرع الثاني من الفرعين اللذين عنونهما في ذيل المسألة الخامسة المعقودة لبيان حكم التلف قبل القبض في وجه ضعف القول بالبطلان - ما هذا لفظه: «ضرورة ابتناؤه على عدم الفرق بين وصف المعين و بين الوصف المعين، أو بين الذاتي و العرضي». انتهى. و الظاهر أن الدافع هو الشيخ علي رحمته آل كاشف الغطاء في محكي تعليقه على خيارات اللمعة، فإنه عين عبارته المحكية عنه.

وكيف كان، فوجه المجازفة أن جهة الإشكال ليست جهة المغايرة بين الموجود و المعقود عليه في الخارج عرفاً، حتى يقال بالفرق الذي قلنا به أيضاً في وجه التضعيف أولاً، و إنما هي جهة كون الموجود الفاقد للوصف غير المرضي به لتقيده بكذا، و من المعلوم أن الرضا بالمقيد بما هو غير الرضا بذات المقيد الخالي عن القيد. و إن شئت قلت: إن جهة الإشكال هي المغايرة في مرحلة تعلق القصد و الرضا المعتر في صحة العقد، و من الواضح أنه لا فرق في هذه الجهة بين العرضي و الذاتي و وصف الشخصي و وصف الكلّي.

تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى - مجازفة لا محصل لها.

و أما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه (٤٤١٩) لم يكن اعتباراً بالوصف، فينبغي لزوم العقد (٤٤٢٠) و إثبات الخيار من جهة (٤٤٢١) كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلي حتى يتقوم به، و كونه عرضياً لا ذاتياً إعادة للكلام السابق.

و يمكن أن يقال: إنَّ المستفاد (٤٤٢٢) من النصوص و الإجماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة الغير المقومة للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضي العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى البيع الصحيح، و منه المصراة. و كالحكم في النص و الفتوى بتبعض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك، فتأمل*. نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخِل

٤٤١٩. وجه عدم جريانه فيه أنه فيما إذا علم إرادة أحد الظهورين و شك في تعيينه ف يرجع فيه إلى قوة الدلالة، لا فيما إذا علم إرادة كلا الظهورين كما في المقام، حيث إننا نعلم أنه قصد شخص المشار إليه، و قصد تقييده بوصف كذا.

٤٤٢٠. نعم، و لكنّه لا يضرّ الدافع، لأنّه هنا في مقام إبطال دليل البطلان خاصّة، لا في مقام إثبات الصحة و الخيار، و لعلّ نظره في إثبات الخيار إلى أمر خارجي، من الإجماع و حديث نفي الضرر و صحيحة جميل المتقدمة.

٤٤٢١. هذا مبتدأ، خبره «إعادة للكلام السابق» يعني: إنَّ إثبات الخيار بما ذكر إعادة لما يقتضيه كلام الدافع - الذي مرَّ أنّه مجازفة - من الفرق بين نحوي الوصف، بأنَّ الموجب للبطلان هو تخلف الوصف المعين للكلي و الوصف الذاتي، و أمّا وصف الشخصي و الوصف العرضي فإنما يوجب الخيار لا البطلان. و فيه: ما مرَّ في الحاشية السابقة من أنَّ همّه من هذا الفرق صرف إثبات الصحة و منع البطلان فقط، و أمّا إثبات الخيار فيه بعد عدم البطلان فهو فيه مستند إلى أمر آخر.

٤٤٢٢. ظاهره التمسك بالاستقراء. و لعلّ الأمر بالتأمل في ذيل العبارة إشارة إلى منع تحقّق

في الحقيقة عرفاً، الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع، و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة (٤٤٢٣) في الممالك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، وكذا الرومي و الزنجي حقيقتان عرفاً، و ربّما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنّه من الغنم فبان من الجاموس، وكذا لو باعه خلّ الزبيب فبان من التمر. و يمكن إحالة اتّحاد الجنس و مغايروته على العرف و إن خالف ضابطة التغاير المذكورة في باب الربا، فتأمل (٤٤٢٤).

الاستقراء بهذا المقدار أولاً، و على تقدير تسليمه لا يوجب الظنّ بالمناط فضلاً عن القطع به ثانياً.

٤٤٢٣. الظاهر أنّ هذا و قوله: «و ربّما يتغاير الحقيقتان...» معاً بيان لوجه الإشكال في تميّز الوصف الداخِل عن الخارج و تعليل له بحسب الظاهر، و أمّا بحسب الواقع فهو علّة لما هو علّة له من انتفاء الميزان. يعني: نعم، هنا إشكال في تشخيص هذا عن ذلك، لعدم صحّة التميّز باتّحاد الحقيقة النوعيّة المركّبة من الجنس و الوصف بين واجد الوصف و فاقده فيخرج عن الحقيقة و اختلافها فيدخل، إذ ربّما يتحدّ حقيقتهما النوعيّة و يكونان من أفراد النوع الواحد، و مع ذلك يكون الوصف الكذائي داخلاً في حقيقة المبيع في مورد و خارجاً عنها في آخر، و ذلك مثل الذكورة و الأنوثة، فإنّ الظاهر فيهما الدخول في حقيقة المبيع في بيع الممالك و الخروج عنها في بيع الغنم، وكذلك الرومية و الزنجية مع اتّحاد الحقيقة النوعيّة و عدم اختلافها بتبادل تلك الأوصاف إلى أضدادها. و ربّما ينعكس، فيختلف حقيقة الواحد مع حقيقة الفاقِد، و يكون كلّ منهما نوعاً في عرض الآخر، كاختلاف حقيقيّ الفرس و البقر، و مع ذلك يكون الوصف المفروض تخلفه من الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع المفروض أخذه فيه، و ذلك كما في مثال بيع خلّ الزبيب، فإنّ حقيقته غير حقيقة خلّ التمر، مع أنّ وصف كونه من الزبيب من الأوصاف الخارجة عن حقيقته، وكذلك الكلام في مثال بيع دهن الغنم و جبنه و لبنه و بان كونها من الجاموس. هذا، و يمكن المناقشة في الفرق بين المملوك و الغنم، بدخول الذكورة و الأنوثة في حقيقة المبيع في الأوّل و خروجها عنها في الثاني، فإنّ الظاهر هو الدخول فيها فيهما معاً.

٤٤٢٤. يعني به التغاير في الحقيقة النوعيّة، كما في مثال الخلّ و الدهن، فإنّ الواحد للوصف فيهما مغاير للفاقد له في باب الربا، بخلافه هنا. و الأمر بالتأمّل قليل إنّه إشارة إلى أنّ

مسألة: الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري، بل نسب إلى ظاهر الأصحاب، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحد، حيث جعله ممتداً بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية، و احتمله في نهاية الإحكام. و لم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن (٤٤٢٥)، و يبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين، مع أن صحة جيل المتقدمة في صدر المسألة مطلقة (٤٤٢٦) يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها

الإحالة إلى العرف مرجعها إلى أن الميزان هو الاتحاد في الاسم و عدمه، و هذا ميزان مجهول لا يجدي، لاختلاف الأسامي من حيث الجنس و النوع و الصنف مع عدم تعيين الاسم الذي عليه المدار في الاتحاد و الاختلاف.

٤٤٢٥. سوق العبارة يقتضي التذييل بالإيراد بمثل قوله و قد تقدم عدم جواز الرجوع إلى العام في مورد الشك في أمثال المقام، و إلا فلا وجه لذكرها هنا، إذ من الواضح استنادهم إليه في ذلك. و قد مر أن هذا هو التحقيق بناءً على دلالة آية الوفاء بالعقود على لزوم كما هو المعروف في ألسنة الأصحاب، إلا أن المبني ممنوع عندنا. و عليه لا بد من القول بالتراخي، لاستصحاب الخيار الحاكم على استصحاب بقاء أثر العقد الذي استند إليه المصنف في قوله بالفور فيما كان دليل الخيار ساكناً عن التعرض لمدة الخيار و لو بالإطلاق و مقدمات الحكمة.

٤٤٢٦. لإطلاق فيها من هذه الجهة كما عن المستند، كما لإطلاق لها من جهة وقوع البيع مع التوصيف و الاشتراط أو نحوها ممّا يصحّ معه البيع. و أمّا ما صدر عن السيد الأستاذ رحمته من إمكان الاستدلال بالصحيحة على التراخي بوجه آخر غير مسألة الإطلاق، و هو أن موردها الذي حكم فيها بالخيار إنما هو صورة وقوع الفصل الطويل بين الرؤية و زمان السؤال، فيعلم من ذلك أنه ليس على الفور. و دعوى أن الحكم بالخيار مع هذا الجهل إنما هو لعذر خارجي، و هو جهله بالخيار كما هو قضية السؤال، فيحتمل الفورية بعد السؤال و العلم بالحكم، مدفوعة بأن الجهل ليس بعذر. ففيه نظر، إذ لم يحكم في الرواية بثبوت الخيار في طرف السؤال للمشتري للضيعة الذي هو غير السائل، و إنما حكم بثبوت الخيار له عند الرؤية، فلم يكن له حينئذٍ حاجة إلى الاستقالة، و ليس في هذا دلالة بوجه من الوجوه على الحكم بالخيار له مع الفصل الطويل بين الرؤية و بين ظرف الخيار الذي حكم بوجوده فيه. أمّا صحيحة الشحّام

على عدم الفورية و إن كان خلاف التحقيق(٤٤٢٧) كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص. و قد بينا سابقاً ضعف التمسك بالاستصحاب في إثبات التراخي(٤٤٢٨) و إن استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.

فقد تقدم أنه لادلالة لها على الخيار بين الرد و الإمضاء.

٤٤٢٧. الظاهر ممّا علّقه السيّد الأستاذ على قوله: «كما نبهنا عليه» أن ضمير «كان» راجع إلى التمسك. و المراد من البعض خيار التأخير. و المراد من الموصول هو دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر بعدم الخيار التي ذكرها في ذيل سقوط الخيار بذيّل المشتري للثمن. يعني: و إن كان التمسك بما ذكر على نفي الفورية خلاف التحقيق، و هو عدم الإطلاق في الرواية، من جهة عدم بعد دعوى انصرافها - مثل أخبار خيار التأخير - إلى صورة عدم التضرر بعدم الخيار، كما نبهنا على ذلك في مسقطات خيار التأخير من الخيارات المستندة إلى النص. و فيه - بعد الغض عن المناقشة في هذه الدعوى هناك و هنا - أنه لم يتقدم هناك كون التراخي في خيار التأخير على خلاف التحقيق، بل قوّاه هناك، لظهور النصّ و الاستصحاب. و يحتمل رجوع ضمير «كان» إلى القول بالتراخي، و ضمير «عليه» إلى كونه خلاف التحقيق، و كون المراد من البعض خيار الغبن. يعني: و إن كان التراخي خلاف التحقيق كما نبهنا على كونه كذلك في خيار الغبن. و فيه - مضافاً إلى أن المناسب حينئذ أن يقول بديل «المستندة إلى النص»: غير المستند إلى النصّ الخاص - أن الذي نبّه عليه هناك كون التراخي على خلاف التحقيق فيما إذا لم يكن هناك دليل لفظي يمكن تشخيص الموضوع به، و أمّا إذا كان هناك دليل كذلك فالتحقيق هو التراخي للاستصحاب، و الموضوع هنا مثل خيار التأخير مستفاد من الدليل. و بالجملة، العبارة غير خالية عن شوب الإشكال. و كيف كان، فالتحقيق هو القول بالتراخي، لأجل الاستصحاب الحاكم على استصحاب بقاء أثر العقد بعد الفسخ.

٤٤٢٨. لما بين فساد القول بالتراخي من جهة التمسك بالإطلاق تعرّض هذا لبيان فساده من جهة التمسك بالاستصحاب، و يشير بذلك إلى ما ذكره في خيار الغبن من عدم إحراز الموضوع. و فيه: أنه كما اعترف به هناك بخصوص بما لم يكن الحكم مدلولاً عليه بالدليل اللفظي المشخص للموضوع، لا فيما يقابله مثل المقام كما أشرنا إليه.

مسألة: يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفاً (٤٤٢٩) على الوجه المتقدم في خيار الغبن، و بإسقاطه بعد الرؤية (٤٤٣٠) و بالتصرف بعدها، و لو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه، ثالثها: ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤية، بناءً على أن التصرف إسقاطاً فعلي. و في جواز إسقاطه قبل الرؤية (٤٤٣١) وجهان مبنيان (٤٤٣٢) على أن الرؤية سبب أو كاشف. قال في التذكرة: لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم؛ لتعلق الخيار بالرؤية^{١١}، انتهى. و حكى ذلك عن غيرها أيضاً. و ظاهره: أن الخيار يحدث بالرؤية، لا أنه يظهر بها، و لو جعلت الرؤية شرطاً لاسيماً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب و هو العقد. و لا يخلو عن قوة (٤٤٣٣).

و لو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فساد و إفساده للعقد (٤٤٣٤) كما عن العلامة

٤٤٢٩. على الفور، و لكن لا يقول به فلا يسقط به.

٤٤٣٠. إن رجع إلى الإمضاء و إلا فلا.

٤٤٣١. يعني: إسقاطه بالقول.

٤٤٣٢. ثانيهما أقواهما، لأن الظاهر من صحيحة جميل أن الرؤية سبب، فيكون

إسقاطه قبلها من إسقاط ما لم يجب فلا يجوز.

٤٤٣٣. بل هو فاسد. أما أولاً: فلأن السبب هو فقد الوصف حين العقد لا العقد. و

أما ثانياً: فلأنه لو سلم ذلك لابد في تحقق الإسقاط من وجود المسقط بالفتح، و المفروض انتفائه و لو من جهة انتفاء انتفاء شرطه. هذا فيما إذا أريد من الإسقاط سقوطه في ظرف الإسقاط، و أما إذا أريد سقوطه في ظرف ثبوته بعد ثبوته، فلا ينبغي الإشكال في جوازه و لو جعلت سبباً، فضلاً عن جعلها شرطاً؛ لأنه على هذا يكون من إسقاط ما ثبت.

٤٤٣٤. ينبغي في تحرير محل البحث أن يقول: ففي فساد و عدمه كما عن النهاية و

بعض، و على الأول في إفساده كما عن العلامة و جماعة و عدمه، وجوه بعضها أقوال.

أما الخلاف في فساد الشرط و عدمه فمن جهة استلزامه للغرر، أو من جهة أنه إسقاط

لما لم يجب فالأول. و من أن دفع الغرر البيعي ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه، بل بشيء آخر موجود مع شرط السقوط أيضاً، و هو التوصيف. كما هو المعروف، أو العلم من أي شيء حصل، فاعتباره التوصيف إنما هو من باب الطريقة كما هو الأظهر. و مفاد الشرط ليس

وجاهة، أو عدمهما كما عن النهاية و بعض، أو الفساد دون الإفساد، وجوة، بل أقوال: من كونه موجباً لكون العقد غرراً، كما في جامع المقاصد: من أن الوصف قام مقام الرؤية، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي و لاموصوف. و من أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه، فإن الخيار حكم شرعي لو أثر في دفع الغرر، لجاز بيع كل مجهول متزلزلاً، و العلم بالمبيع لا يرتفع (٤٤٣٥) بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة، فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبة على أي صفة كانت، و لو كان الالتزام المذكور مؤدياً إلى الغرر لكان اشتراط البرائة من العيوب أيضاً مؤدياً إليه؛ لأنه بمنزلة بيع الشيء صحيحاً أو معيباً بأي عيب كان، و لاشك أنه غرر، و إنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة (٤٤٣٦) اعتماداً على أصالة الصحة، لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العيب في المبيع؛ لأن تخالف أفراد الصحيح و المعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح، و اقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة، لا لجواز إهمالها عند البيع. فحينئذ، فإذا شرط البرائة من العيوب، كان ذلك راجعاً إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها، فيلزم الغرر، خصوصاً على ما حكاها في الدروس عن ظاهر السقوط في ظرف عدم الثبوت، بل السقوط بعده في ظرفه، و إنما الشرط وقع فيما قبله، فيكون من إسقاط ما وجب، أو مفادته شرط عدم الثبوت أصلاً، و التعبير بالسقوط في الكلمات مسامحة منهم، فالثاني.

و أما الإفساد فإن كان وجه فساده لزوم الغرر فوجهه واضح. و إن كان حديث إسقاط ما لم يجب، فهو مبني على أن فساد الشرط إذا لم يحتل به شرط من شروط صحة البيع مفسد للعقد أم لا، و هو مبني على كون الشرط و المشروط بنحو وحدة المطلوب فالأول أو تعدده فالثاني.

٤٤٣٥. التوصيف الموجب للعلم بالمبيع عرفاً لا يرتفع باشتراط سقوط الخيار الناشي من تبين المخالفة حتى يلزم الغرر، بل هو مؤكد للتوصيف.

٤٤٣٦. هذا دفع لما يتوهم من كون المصحح للبيع هو التوصيف القائم مقام الرؤية، و هو عدم صحة بيع الشيء المجهول فيه وصف الصحة و الفساد بدون التوصيف، و ليس كذلك قطعاً، فبدل ذلك على عدم اشتراط التوصيف بالصحة و الفساد في صحة البيع، فلا يشترط

الشيخ و أتباعه^{١٢}: من جواز اشتراط البرائة من العيوب فيما لاقية لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين كذلك، حيث إن مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بمالية المبيع؛ و لذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط. لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البرائة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمة؛ لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً أو معيباً بأي عيب، و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفاً بأي وصف كان.

ثم إنه قد يثبت فساد هذا الشرط (٤٤٣٧) لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق، بناءً على ما عرفت: من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها، فاشتراط الإسقاط لغو، و فساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمه، لكن الإنصاف ضعف وجه هذا القول (٤٤٣٨).

..... ذلك في سائر الأوصاف بطريق أولى.

و حاصل الدفع: أن جواز بيع ذلك و صحته بدون التوصيف إنما هو لأجل وجود ما هو بمنزلة اشتراط الوصف، و هو الاعتماد على أصالة السلامة، لا من جهة أن ملاحظة الصحة و الفساد في البيع ليست شرطاً في صحة البيع. و الدليل على أنه ليس الجواز مستنداً إلى عدم اشتراط ملاحظتهما في الصحة أن تخالف أفراد الصحيح و المعيب الموجب للغرر أفحش من تخالف أفراد الصحيح بعضها مع بعض، فإذا اشترط التوصيف في الصحة في الثاني لأجل رفع الغرر ففي الأول بطريق أولى.

٤٤٣٧. هذا بيان لمدرك القول الثالث، و هو الفساد دون الإفساد، فينبغي أن يقول: و من أن هذا الشرط ليس بصحيح حتى يتم الوجه الثاني، بل هو فاسد، لكن لا لأجل استلزامه الغرر في البيع حتى يسلم وجوده، كي يلزم منه فساد البيع حتى على القول بأن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد كما هو مبنى الوجه الأول، لأن اندفاعه لم يكن بالخيار حتى يثبت بانتفائه، بل لأجل أنه إسقاط لما لم يجب... إلى آخر ما ذكره.

٤٤٣٨. لما سيذكره في وجه قوة الوجه الأول من أنه من جهة كونه منافياً للتوصيف

الذي به يندفع الغرر موجب للغرر.

و أقوى الأقوال أولها؛ (٤٤٣٩)

٤٤٣٩. بل ثانيهما في مفروض البحث من صحة البيع بمجرّد التوصيف لولا غائلة هذا الشرط، و ذلك لأنّ الغرر عندهم بمعنى احتمال الخطر و الهلاك، و لا يرتفع هو إلّا بزوال الاحتمال، و لا يزول إلّا بالعلم أو ما هو منزل منزلة تعبداً تأسيساً أو إمضاءً، فلا يصحّ البيع مع الاعتماد على غير العلم - من التوصيف، و الاشتراط، و الأصل، و الإخبار، و غلبة كون باطن المتاع على وفق ظاهره، إلى غير ذلك ممّا لا يفيد العلم - إلّا أن يقوم دليل على الاكتفاء به، فإن قام دليل معتبر على الصحة مع واحد من تلك الأمور يصحّ البيع مطلقاً و لو شرط سقوط الخيار، لعدم ورود خلل منه على ما هو المصحح له بالضرورة، و إلّا فيظل مطلقاً و لو لم يشترط سقوطه، لعدم دخل للخيار في المصحح بالضرورة أيضاً.

و بالجملة، ثبوت الخيار و سقوطه أجنبيّ عن الدخالة في صحة البيع و بطلانه بالمرّة. فلو صحّ بيع العين الغائبة بالتوصيف لولا شرط سقوط الخيار لصحّ به مع شرطه، لوجود التوصيف معه، و لو قلنا بأنّ كون التوصيف مصححاً إنّما هو لكونه بمعنى التعهّد و الالتزام بوجود الوصف فيها، فضلاً عن القول بكونه بما هو مصححاً للبيع، و ذلك لأنّ زواله و عدم بقائه مع شرط السقوط لا وجه له إلّا التنافي بينهما، و من الواضح أنّه لا تنافي بينهما إلّا بتوهم الملازمة بين التعهّد بوجود الوصف و بين ثبوت الخيار للمشتري على المتعهّد عند التخلّف، ضرورة أنّ أحدهما ليس نقيض الآخر بحيث يكون مدلول أحدهما عدم الآخر، فالتنافي بينهما موقوف على الملازمة، إذ نفي اللازم لا ينفكّ عن نفي الملزوم، فثبوت أحدهما ينافي انتفاء الآخر، و هذه الملازمة لو كانت فإنّما هي شرعية صرفة لاعقلية بل و لاعادية. فحينئذٍ نقول: إنّ الشارع و إن رتب على ذاك التعهّد خيار المشتري على المتعهّد عند التخلّف و ألقي الملازمة بينهما، إلّا أنّ طرف الملازمة - أي: الملزوم لذلك اللازم و الموضوع لهذا الحكم - هو إطلاق ذاك التعهّد و عدم تقيده بشرط سقوطه لادّاته، و لا تنافي بينهما على الأوّل.

هذا، مع أنّ في جعل المناط في وجه مصححية التوصيف هو التعهّد لا يخفى ما فيه. أمّا أولاً: فلأنّ لازمه عدم الصحة مع توصيف الغير، إذ لا تعهّد من الغير، و قد مرّ منه أنّهم ذكروا جواز البيع مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة بوصف ثالث.

و أمّا ثانياً: فلأنّنا لانعقل معنى للتعهّد و الالتزام بوجود الوصف في المبيع، فإنّه مثل التعهّد

لأن دفع* الفرر عن هذه المعاملة وإن لم يكن لثبوت** الخيار، لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الفرر العرفي المتحقق في البيع، إلا أنه لأجل سبب الخيار، وهو اشتراط تلك الأوصاف (٤٤٤٠) المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنها إما شروط للبيع وإما قيود للمبيع كما تقدم سابقاً و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات وعدمها، والتناهي بين الأمرين واضح. وأما قياس هذا الاشتراط باشتراط البرائة، فيدفعه الفرق بينهما (٤٤٤١): بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً

بوجود نفس المبيع و سائر الموجودات الجزئية الخارجية في ظرف التعهد الخارجية عن تحت القدرة لامعنى للتعهد به، فكل مورد يتعلّق به لا بدّ فيه من تقدير فعل مناسب للمقام يكون هو المتعلّق للتعهد و الالتزام، و لأقلّ من الإثبات و نحوه فيما إذا تعلّق بوجود شيء، مثل: تعهدت بوجود زيد مثلاً، فتأمل. فتحصل أن شرط السقوط لا يوجب الخلل في صحّة البيع بالتوصيف من جهة الفرر. و أما إيجابه للخلل فيها من جهة أخرى غير جهة الفرر، فهو مبني على صغرى و هو فساد هذا الشرط، وكبرى و هو أن الشرط الفاسد مفسد للعقد، وكلاهما ممنوع. أما الصغرى فلائها لوجه لها إلا كونه من إسقاط ما لم يجب، و فيه ما مرّ من أن مفاد الشرط هو عدم الثبوت أو السقوط بعد الثبوت في ظرفه. و أما الكبرى فلائها مبنية على كون الاشتراط بطور التقييد و وحدة المطلوب، و فيه كلام يأتي تفصيله في محله إن شاء الله.

٤٤٤٠. قد تقدّم أن سبب الخيار هو التوصيف، و لا يمكن إرجاعه إلى الاشتراط بمعنى الالتزام و التعهد بالوجود، لعدم إمكان تعلّقهما بمثل ذلك ممّا ليس من الفعل المقدور للمكلّف و الملتزم، بحيث لو عبّر بصورة الشرط لا بدّ من إرجاعه إلى التوصيف. و لو سلّم فاشتراط سقوط الخيار إنما يرجع إلى عدم اشتراط الأوصاف لو كان ثبوت الخيار من لوازم ذات اشتراطها و التعهد بوجودها، و قد تقدّم أنّه من لوازم الإطلاق و عدم اشتراط السقوط، و على هذا لاتناهي بين الأمرين أصلاً فضلاً عن وضوحه.

٤٤٤١. لافرق بينهما، أما بناءً على التحقيق من أن المصحح للبيع في المقام هو التوصيف بما هو، لا الالتزام و التعهد بوجود الوصف، و أن التعهد على تقدير تسليم أنّه

في البيع* على وجه الاشتراط أو التقييد، وإلما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة، لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينفي ذلك اشتراط برائة البائع عن عهدة انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه؛ فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع و المشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده لها و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك. نعم، لو شاهده المشتري و اشتراه معتمداً على أصالة بقاء تلك الصفات، فاشتراط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة، كان نظير اشتراط البرائة من العيوب. كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشتراط عدم الخيار لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الإخبار بالكيل^{١٣}. و الضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع وكان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، وكل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أمانة أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك.

المصحح له لاينافي اشتراط سقوط الخيار، لما مر في وجهه من أن الخيار عند التحلف من لوازم إطلاق التعهد لطبيعته، فواضح، لبقاء المصحح على حاله مع اشتراط السقوط على التقديرين، كبقائه مع اشتراط البرائة عن العيوب.

و أما بناءً على مختاره^{١٤} من أن مناط الصحة هو التعهد بوجود الوصف مع التنافي بينه و بين اشتراط سقوط الخيار، فلأن الفرق بينهما بما ذكر إنما يتم بناءً على عدم كون البناء على أصالة السلامة في قوة اشتراطها، و هو لايرضى به. قال^{١٥} في أول خيار العيب ما هذا لفظه: «و دفع جميع ذلك بأن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية، نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين، و إنما استغني عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئية سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها و صفاتها على الأصل». انتهى. و هذا كما ترى صريح في أن المصحح للبيع في بيع المعيب هو اشتراط وصف الصحة و التعهد بوجوده، فلو كان اشتراط سقوط الخيار في المقام منافياً للتعهد و الالتزام لكان التبري هناك منافياً له أيضاً، فيرتفع الفرق بين المقامين.

و مما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد و غيره في المنع و الجواز (٤٤٤٢) بين اشتراط البرائة من الصفات المأخوذة في بيع العين الغائبة و بين اشتراط البرائة من العيوب في العين المشكوك في صحته و فساد. و ظهر أيضاً أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكورة في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها؛ لأن دفع الغرر ليس بالتزام تلك الصفات، بل لعلمه بها، وكذا لو اطمأن بوجودها و لم يتيقن. و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدا من البائع و عدمه** (٤٤٤٣). و ظهر أيضاً ضعف ما يقال (٤٤٤٤): من أن الأقوى في محل الكلام الصحة، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول، و لو أن الغرر ثابت في البيع نفسه لم يجد في الصحة ثبوت الخيار، و إلا لصح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، و هو معلوم العدم. و إقدامه*** بالبيع المشروط فيه السقوط (٤٤٤٥) مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه^١، انتهى.

٤٤٤٢. حيث منعوا الأول و جوزوا الثاني.

٤٤٤٣. هذا من كلام المصنف^٢، وقد علم مما قدمناه ما في هذا الضابط الذي كرره. ثم كان الأولى أن يقول: أو بغيره بدل: و عدمه.

٤٤٤٤. القائل صاحب الجواهر^٣.

٤٤٤٥. لعل نظره^٤ في ذلك إلى ما ذكره^٥ في صحة البيع مع اشتراط التبري من العيوب على تقدير فساد. بمقتضى القاعدة بقوله: «هذا مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار - إلى قوله - خرج اشتراط التبري من العيوب بالنص و الإجماع، لأن قاعدة نفي الغرر قابلة للتخصيص» انتهى، بدعوى أن المستفاد من النص الدال على الجواز مع التبري أن المناط فيه هو الإقدام على الغرر، و هو موجود في المقام، فيخصص به قاعدة نفي الغرر كما في اشتراط التبري عن العيوب.

و بالجملة، يمكن أن يكون غرضه من ذلك بيان أنه بعد تسليم كون البطالان في صورة

* في بعض النسخ: رفع. ** في بعض النسخ زيادة: هذا، مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار على تقدير فقد الصفات المعتر علمها في البيع، خرج اشتراط التبري من العيوب بالنص و الإجمال، لأن قاعدة «نفي الغرر» قابلة للتخصيص كما أشرنا إليه سابقاً. *** في بعض النسخ زيادة: على الرضا.

اشتراط سقوط الخيار على طبق القاعدة، يمكن أن يقال بصحته على خلاف القاعدة، لأجل وجود المناط المستفاد من دليل الصحة مع اشتراط التبري. وفيه - مضافاً إلى أن المناط على تقدير تسليمه ليس بقطعي - أن لازم ذلك خلوّ قاعدة نفي الغرر عن المورد بالمرّة.

فالتحقيق في بيان المراد من العبارة أن يقال: إنّه لاشبهة في أن ما يرفع الغرر المانع عن الصحة قد يخطئ و قد لا يخطئ. و لا كلام على الثاني. و الأوّل على قسمين، إذ منه ما يكون هناك ما يتمكّن الإنسان به من تدارك فوات ما تعلّق به غرضه عند ظهور وقوعه فيه مثل الخيار، كما فيما إذا كان رفعه بالتوصيف، و إخبار البائع، و أصالة السلامة، و أصالة بقاء المبيع على ما رآه سابقاً، و أمثال ذلك. و منه ما لا يكون كذلك، كما إذا كان رفعه بالعلم و الاطمئنان، حيث إنّه لا خيار في هذا في صورة الخطأ. فالخطأ و ظهور الوقوع في الخطر في القسم الأوّل لا يقدح في كونه مصحّحاً للبيع، كما لا يقدح في القسم الثاني. فيعلم من ذلك أن العلم فيه و ساير المصحّحات فيما عداه قد أخذ من حيث الطريقتيّة تمام الموضوع بالقياس إلى صحّة المعاملة، فيصحّ مع وجودها مطلقاً حتّى مع الخطأ إذ لو كان الواقع دخيلاً في الموضوع لكان البيع صحّة و فساداً مراعيّ بانكشاف الوفاق و الخلاف حتّى في صورة رفع الغرر بالعلم، و هو كما ترى خلف، إذ المفروض صحته على كلّ تقدير.

فمنه يظهر أن التفاوت بين القسمين - بوجود الخيار في أحدهما لأجل تدارك الخطر الواقع فيه الإنسان دون الآخر - أجنبيّ عن مرحلة صحّة المعاملة بالمرّة، و إنّما هو في مرتبة متأخّرة عنها متفرّعة عليها. فعلى هذا تكون قضية اشتراط عدم الخيار هو الالتزام بعدم ثبوت ما يتدارك به الخطر على تقدير الوقوع فيه، فيكون البيع بالتوصيف مع هذا الشرط كالبيع بالعلم بالتوصيف في خلّوه عن وجود ما يتدارك به خطر تخلف الوصف، غاية الأمر أنّه في المقام قد نشأ من قبل قبول هذا الشرط، و في صورة العلم جاء من قبل حكم الشرع باللزوم و عدم جعل الخيار ابتداءً، و هذا غير فارق.

و بعد ما عرفت هذا تعلم أن مراده ﷺ من هذه العبارة أن التوصيف إذا أوجب رفع الغرر في البيع - لكون متعلّقه بواسطته معلوماً غير مجهول لولا هذا الشرط كما هو الفرض - فلا يؤثر هذا الشرط و الإقدام على قبوله في زواله قطعاً، و إنّما يؤثر في أنّه قد منع بإقدامه عليه عن تأثير خطأ التوصيف المصحّح للبيع في ثبوت الخيار المتمكّن به من رفع الخطر المترتب على

توضيح الضعف: أن المجدي في الصحة ما هو سبب الخيار، وهو التزام البائع (٤٤٤٦) وجود الوصف لانفس الخيار. و أما كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغرري. و المسألة موضع إشكال.

مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين؛ لأن العقد إنما وقع على الشخصي، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضة جديدة. و لو شرط في متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، ففي الدروس أن الأقرب الفساد. و لعله لأن البذل المستحق عليه بمقتضى الشرط: إن كان بإزاء الثمن، فمرجه إلى معاوضة جديدة على تقدير ظهور المخالفة، بأن ينفسخ البيع بنفسه عند المخالفة و ينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر، كل منهما معلق على ظهور المخالفة، و من المعلوم عدم نفوض الشرط لإثبات ذلك (٤٤٤٧). و إن كان بإزاء المبيع الذي ظهر على خلاف الوصف، فمرجه أيضاً إلى انعقاد معاوضة تعليقية غررية؛ (٤٤٤٨) لأن المفروض جهالة المبدل. و

خطئه قهراً، و هذا غير مربوط بمسألة الصحة. و بالجملة، مراده من الغرر في «إدخال الغرر» هو خطر خطأ التوصيف عن الواقع لا غرر جهالة الوصف، يعني: أن التوصيف كالعلم يرفع غرر الجهالة، و يصير المبيع به معلوماً غير مجهول، و اشتراط عدم الخيار يوجب ثبوت غرر مخالفة التوصيف للواقع و خطره و ضرره عليه، و أين هذا من ذلك؟ و بعد هذا لا مجال للإيراد عليه بأن الإقدام على الغرر من قبل نفسه لا يوجب الترخيص في البيع الغرري، لأنه مبني على أن يكون مراده من الغرر في قوله: «إدخال الغرر» هو الغرر من حيث الجهالة بوصف المبيع لا غرر مخالفة التوصيف، و قد مر أن الأمر بالعكس.

٤٤٤٦. بل هو نفس التوصيف الذي هو إخبار ضمني، و من المعلوم أن الإخبار عن أمر ليس فيه شائبة الالتزام و التعهد بوجوده.

٤٤٤٧. قال شيخنا الأستاذ: «إنما لا ينهض فيما علم أنه لابد في كل واحد من انفساخ العقد و التملك من سبب خاص، كما علم في الزواج و الطلاق، و أما في غيره فالشرط ناهض به، لعموم دليله كما سيأتي توضيحه». انتهى. و لا بأس بما ذكره.

٤٤٤٨. فيه: ما ذكره سيدنا الأستاذ من أن التعليق مغتفر في الشروط. و أما الغرر

على أيّ تقدير، فالظاهر عدم مشروعية الشرط المذكور (٤٤٤٩)، فيفسد و يفسد العقد.
و بذلك ظهر ضعف (٤٤٥٠) ما في الحدائق: من الاعتراض على الشهيد (عليه السلام)، حيث
قال بعد نقل عبارة الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه: إنّ ظاهر كلامه أنّ الحكم بالفساد
أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا. و فيه: أنّه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف
المشروط (٤٤٥١)، و مجرد شرط البايع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سبباً

غير لازم، إذ المبدل هو العبد الغير الكاتب، أي: العبد الخارجي على تقدير عدم كونه كاتباً
الذي علّق عليه شرط الإبدال مثلاً، كما أنّ البديل هو الكاتب، فلا جهالة في المبدل. و على
فرضه غايته أنّ الشرط غرريّ، و لا بأس به إلاّ أن يسري غرره إلى البيع، و من المعلوم عدم
سرايته في المقام.

٤٤٤٩. قد علم ممّا ذكرنا في السابق أنّه مشروع، لعموم أدلة الشروط مع عدم ما
يخصّصه، إلاّ كونه غرريّاً من جهالة المبدل، و قد تقدّم أنّه العبد الغير الكاتب مثلاً، فلا جهالة
فلا غرر فلا يفسد الشرط المذكور فلا يفسد العقد.

٤٤٥٠. يعني: بفساد الشرط المذكور، من جهة عدم مشروعيته، و كون الشرط الفاسد
مفسداً للعقد، يظهر... . وجه ظهور الضعف: أنّ فساد الشرط المذكور بنفسه موجب لفساد
العقد مطلقاً حتّى مع ظهوره مع الوصف، فلا معنى لنفي الموجب للفساد في فرض ظهوره
عليه، و ذلك لأنّ الشرط و إن كان معلقاً على التخلّف إلاّ أنّ الإبدال المعلق شرط للبيع
مطلقاً، و مع فرض فساده يفسد العقد، فتأمل. هذا، و لكن قد مرّ عدم فساد الشرط المذكور،
فلا يفسد العقد من جهته، فاعتراضه على الشهيد باقٍ على حاله.

٤٤٥١. مقدّمة: لا يخفى عليك أنّ البيع عند تخلّف الوصف المشروط لعلّه باطل عند
صاحب الحدائق (عليه السلام) بحسب القاعدة التي تقدّم حكايتها عن الأردبيلي (عليه السلام)، و إنّما يقول بالصحة
لأجل الأخبار الخاصة المثبتة للخيار المخصّصة للقاعدة المقتضية للبطلان.

و بعد ذلك نقول في شرح مرامه: أنّه يعني: و فيه: أنّه لا موجب لفساد العقد المشروط
فيه الإبدال معلقاً على ظهور المبيع على خلاف الوصف فيما لو ظهر على الوصف المشروط،
لأنّ مجرد شرط البايع الإبدال المعلق على عدم الظهور على الوصف لا يصلح سبباً لفساد العقد
في فرض الظهور على الوصف و عدم تخلّفه، لأنّ العقد حينئذٍ مشمول لعموم أخبار ثبوت

الخيار عند التخلّف الدالّة على الصّحة و اللزوم مع عدم التخلّف للمفروض، و ذلك لأنّ شرط الإبدال لا يوجب الفساد إلّا إذا أوجب خروج العقد المشروط به عن عموم الأخبار المتقدّمة المثبّته للخيار، و لا يوجبّه إلّا مع ظهوره على خلاف الوصف، إذ مع ظهوره على خلافه يخرج عن عمومها، فيبقى تحت القاعدة المقتضية للبطلان، و المفروض هنا ظهوره على الوصف، و معه لا يخرج عن عمومات تلك الأخبار الدالّة على الخيار مع التخلّف و اللزوم بدونه، فيصحّ و يلزم. نعم، لو ظهر مخالفاً للموصوف يكون العقد المشروط فيه الإبدال فاسداً بحسب القاعدة، من حيث مخالفة المعقود عليه و مغاييرته للموجود، و لا يجبر فساد هذا الشرط، إلّا إذا كان هناك دليل يدلّ على صحّة العقد مع هذا الشرط عند التخلّف يخصّص به القاعدة المقتضية للبطلان، كما كان في صورة التخلّف مع عدم هذا الشرط، و هو مفقود في الفرض، إذ ليس ما يتوهم دلّالته على الصّحة فيه إلّا إطلاق الأخبار الواردة في الخيار له، و لكنّه لا يعمّه، لأنّ مفاد إطلاقها إثبات الخيار عند التخلّف، و قضيّة اشتراط الإبدال عند التخلّف عدم ثبوت الخيار، فصورة التخلّف مع اشتراط الإبدال على طرف النقيض من إطلاق الإخبار، فكيف يمكن عمومه لها؟

و بالجملة، لا يصلحه هذا الشرط إلّا إذا اندرج البيع معه في صورة تخلّف الوصف تحت إطلاق الأخبار الواردة في ثبوت الخيار عند التخلّف، المخصّصة للقاعدة، المقتضية لبطلانه من جهة المغايرة بين الموجود و الموصوف، و لا يمكن اندراجه فيه كما ذكرنا، و بعد عدم اندراجه فيه يفسد العقد بمقتضى القاعدة، فيبطل الشرط لارتفاع المشروط.

و الأظهر في مقام دفع الإيراد عن عبارة الدروس أن يقال: إنّ الحكم بالفساد في عبارته راجع إلى شرط الإبدال، يعني: أنّ الأقرب فساد هذا الشرط و عدم ترتّب أثر لزوم الإبدال عليه حيث لا تأثير له في الإبدال مطلقاً، أمّا مع الظهور على الوصف فلا انتفاء ما علّق عليه الإبدال من تخلّف الوصف، و أمّا مع عدمه فلبطلان العقد الذي لا بدّ من صحّته في صحّة الشرط. و أمّا بالنسبة إلى فساد العقد فعبارته ساكنة عن التعرّض له، فلعلّه يقول به في صورة المخالفة خاصّة لامتلاك هذا شرح مرام صاحب الحقائق. فقد ظهر لي بعون الله و تأييده وجه ما ذكره من البطلان في صورة المخالفة الذي لم يظهر لسيّدنا الأستاذ رحمه الله، و تبين أنّه الحقّ الموافق للتحقيق. و ظهر أيضاً أنّ فساد الشرط في صورة المخالفة إنّما هو تابع لفساد العقد و نشأ منه لا بالعكس.

للفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمة. نعم، لو ظهر مخالفاً فإنه يكون فاسداً من حيث المخالفة، و لا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار في الخيار. و الأظهر رجوع الحكم بالفساد في العبارة إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عدمه. و بالجملة، فإنني لأعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الإطلاق وجهاً يحمل عليه^{١٥}، انتهى.

مسألة: الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح و الإجارة؛ لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة، فإما أن يحكم بطلان العقد؛ لما تقدم عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبة. و إما أن يحكم بلزومه من دون خيار. و الأول مخالف لطريقة الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطة في العقود عليه. و الثاني فاسد من جهة أن دليل اللزوم (٤٤٥٢) هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقص، و معلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشروطة فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدم عن بعض (٤٤٥٣) أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءً و عملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد، فيبطل. و الحاصل: أن الأمر في ذلك (٤٤٥٤) دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار، و الأول منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني.

مسألة: لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته، و قال المشتري: قد اختلفت، ففي

٤٤٥٢. فيه: أن دليل اللزوم غير منحصر بذلك، لأن الاستصحاب دليل عليه أيضاً، بل قد مر في أول الخيارات أن دليل اللزوم ليس إلا الاستصحاب، لما مر من المناقشات فيما عداه من الآيات و الأخبار، و مع ذلك فالحكم بالخيار يحتاج إلى دليل، و ليس لإقاعدة نفسي الضرر، و قد مر مراراً أنها أجنبية عن إثبات الخيار.

٤٤٥٣. لعل نظره في ذلك إلى الأردبيلي رحمته الله الحاكم بالبطلان مع تخلف الوصف، إذ لم يتقدم من غيره ما يستفاد من كلامه ذلك.

٤٤٥٤. ينبغي أن يقول: إن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد، و ثبوته مع الخيار، و ثبوته مع اللزوم. و الأول منافٍ لطريقة الأصحاب في غير باب، أي: جميع الأبواب. و الأخير باطل، لما ذكره من أن دليل اللزوم... فتعين الثاني. هذا، و قد مر أن قضية الاستصحاب اللزوم، و لا دليل على الخيار، فتعين الأخير.

التذكرة: قُدِّم قول المشتري؛ لأصالة براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبيّنة. و ردّه في المختلف في نظير المسألة بأن إقراره بالشراء إقراراً بالاشتغال بالثمن. و يمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع (٤٤٥٥)؛ بناءً على ما ذكره في أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن و لا الثمن في مدة الخيار و إن تسلّم الآخر^{١٦}. وكيف كان، فيمكن أن يخدش بأن المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن سواءً اختلف صفة المبيع أم لم يختلف، غاية الأمر سلطته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتّصاف البيع* بأوصاف مفقودة، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، و حيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابلٍ للإزالة بفسخ العقد. هذا، و يمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع و إن كان في معنى الاشتراط، إلاّ أنّه بعنوان التقييد (٤٤٥٦)، فمرجع الاختلاف إلى الشكّ في تعلّق البيع بالعين الملحوظ فيها

٤٤٥٥. فيه أولاً: أن ليس النزاع في تسلّط البائع على مطالبة ماله - و هو الثمن - من المشتري كما هو ظاهر. و ثانياً: أنّه على تقدير تسليمه مسبّب عن الخيار و عدمه، فيرجع إلى أصالة عدم ثبوت الخيار الحاكمة على أصالة البراءة عن الوجوب. و على فرض ثبوت الخيار اتّفاقهما عليه فالأكثر - و منهم العلامة - أنّه فوري، فيرتفع بعد انقضاء زمان الفور، و معه لا إشكال في وجوب التسليم، فلا معنى للرجوع إلى البراءة حتّى فيما بعد الآن الأوّل. و بالجملة، ما ذكره من التوجيه غير وجيه.

٤٤٥٦. هذا بظاهره منافٍ لما ذكره قبل ذلك بورقة و ثمانية أسطر في الجواب عن لزوم الغرر من حيث الجهل بالوجود بالتوصيف من قوله: «و يمكن أن يقال إنّ أخذ الصفات في معنى الاشتراط لا التقييد». إلاّ أن يوجّه و يقال: إنّ المراد من التقييد الذي نفاه هناك هو بالقياس إلى أثر البطلان مقابل الخيار عند التخلّف، و المراد من التقييد الذي أثبتّه هنا إنّما هو بالقياس إلى مرحلة إجراء الأصل، فيكون مؤدّى الكلامين أن القيد مع المقيّد شيء واحد، له وجود واحد مسبوق بعدم بالقياس إلى مرحلة إجراء الأصل عند الشكّ في تحقّق وجود ذاك

صفات مفقودة، أو تعلّقه بعينٍ لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمّها، و اللزوم من أحكام البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثاني، و الأصل عدمه (٤٤٥٧). و منه يظهر الفرق (٤٤٥٨) بين ما نحن فيه و بين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد، و قد تقدّم توضيح ذلك (٤٤٥٩) و بيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسألة ما إذا اختلفا في تغير ما شاهداه قبل البيع.

.....
النحو من الشيء المقيد و عدمه، و شيء مستقلّ وراء ذات المقيد بالقياس إلى مرحلة أن تخلّفه يوجب الخيار لا البطلان، فتدبّر.

٤٤٥٧. فيه نظر، لأنّ اللزوم من أحكام مطلق البيع، و إنّما خرج عنه البيع المتعلّق بالعين على الوجه الأوّل. فحيثُ نقول: إمّا أن يكون خروجه منوعاً للعالم إلى نوعين قد حكم باللزوم على أحدهما، و هو البيع المتعلّق بالعين على الوجه الثاني، و بالخيار على الآخر، و هو البيع المتعلّق بها على الوجه الأوّل، و إمّا لا. فعلى الأوّل و إن كان الأصل عدم تعلّقه بها على الوجه الثاني، إلّا أنّه معارض بأصالة عدم تعلّقه بها على الوجه الأوّل، فبعد التساقط يرجع إلى الأصل الحكمي، و هو أصالة عدم حدوث الخيار. و على الثاني - كما هو التحقيق، لما قرّر في الأصول - يرجع إلى عدم تعلّقه بها بالنحو الأوّل، فينتج بها موضوع اللزوم، و هو العقد الخالي عن عنوان وقوعه على العين الملحوظ فيها وجود الصفات المفقودة. فالتحقيق تقدم قول البائع، لأصالة اللزوم.

٤٤٥٨. يعني: من كون الوصف مأخوذاً في المبيع بنحو التقيد و لو في مرحلة إجراء الأصل يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف في اشتراط كتابة العبد، حيث إنّ الاشتراط التزام مستقلّ له وجود آخر غير الالتزام بنفس الشروط و وجوده، فيرجع إلى أصالة عدمه عند الشكّ في وجوده، بخلاف ما إذا كان بعنوان التقيد، فإنّ المجموع المركّب من القيد و المقيد له وجود واحد، فيرجع عند الشكّ إلى أصالة عدم وجود ذاك الشيء الخاصّ.

٤٤٥٩. قد ذكرنا هناك ما يفي بإثبات أنّ الحقّ في المسألة تقدم قول البائع كما أشرنا إليه هنا، و أنّ الوجوه المذكورة لتقدم قول المشتري كلّها مخدوشة، فراجع إلى القول الأوّل من فرعي مسألة بيع العين بالرؤية السابقة التي عنوانها بعد مسألة بيع صاع من صبرة، و تدبّر فيما ذكره و ذكرناه.

مسألة: لو نسج بعض الثوب، فاشتراه على أن ينسج الباقي كالأول بطل، كما عن المبسوط والقاضي وابن سعيد رحمهم الله والعلامة في كتبه وجامع المقاصد. و استدل عليه في التذكرة و جامع المقاصد: بأن بعضه عين حاضرة و بعضه في الذمة مجهول. و عن المختلف: صحته^{١٧}. و لا يحضرنى الآن حتى أتأقّل في دليله، و الذي ذكر للمنع لا ينهض مانعاً. فالذي يقوى في النظر: أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، وكذا إذا ضمّ معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك؛ إذ لا مانع من ضمّ الكلي إلى الشخصي، و إليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطة و الصبغ. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال (٤٤٦٠). و لو لم ينسجه في الصورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلّف الشرط. و لو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيرة لم يلزم القبول، و بقي على مال البائع، وكان للمشتري الخيار في المنسوج؛ لتبعض الصفقة عليه (٤٤٦١)، و الله العالم.



٤٤٦٠. ينبغي أن يقول: وكذا إذا باعه هذا المنسوج مع أذرع معلومة منسوجة بهذا المنوال. و الوجه واضح. وكيف كان، فالبيع بالنسبة إلى الأذرع المعلومة المنسوجة كذلك من الكلي في الذمة، و لذا قال بأنه لو لم ينسجه كذلك في هذه الصورة لم يلزم المشتري قبوله، لعدم انطباق حقّه - و هو الكلي الخاص - عليه، فيبقى في ملك البائع ما لم يقبله المشتري. و لم يتجاوز عن خصوصيّة حقّه، و هي كونها منسوجة كذلك.

٤٤٦١. لو لم يمكن التبديل كما هو الغالب في الفرض، و إلا فيجب التبديل، و معه لا خيار له، لعدم التبعض حيثئذ.

المصادر:

- (١) الوسائل ج ١٢: ص ٣٦١، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٢) الوسائل ج ١٢: ص ٣٦٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.
- (٣) الحدائق ج ١٩: ص ٥٧.
- (٤) التهذيب ج ٧: ص ٧٩، الحديث ٣٣٩.
- (٥) الوسيلة: ص ٢٤٠.
- (٦) السرائر ج ٢: ص ٢٤١.
- (٧) جامع المقاصد ج ٤: ص ٣٠١.
- (٨) التذكرة ج ١: ص ٥٥٢.
- (٩) مجمع الفائدة ج ٨: ص ١٨٣.
- (١٠) نهاية الأحكام ج ٢: ص ٥٠١.
- (١١) التذكرة ج ١: ص ٤٦٧ و ٥٣٣.
- (١٢) الدروس ج ٣: ص ١٩٨.
- (١٣) التحرير ج ١: ص ١٧٧.
- (١٤) الجواهر ج ٢٣: ص ٩٦.
- (١٥) الحدائق ج ١٩: ص ٥٩.
- (١٦) التذكرة ج ١: ص ٥٣٧.
- (١٧) المختلف ج ٥: ص ٧٣.



مركز تحقيقات تكميلية علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

السابع: في خيار العيب، إطلاق العقد يقتضي وقوعه (٤٤٦٢)

٤٤٦٢. يعني: إطلاق العقد من حيث المتعلق ثمناً و مثمناً، و عدم تقييده بوصف الصحة و لا بخلافه و لا بالتعميم و الإطلاق، يقتضي اقتضاءً كشافياً - أي: يكشف - و يدلّ على وقوعه و صدوره من العاقد المنقول إليه الثمن أو الثمن حال كون العقد مبنياً على سلامة العين، لأجل دلالة على كونه حين العقد بانياً عليها معتبراً لها، و إنما ترك التصريح باعتبارها و اشتراطها اعتماداً على أصالة السلامة.

و لا يخفى أنّ هذا الاقتضاء و الدلالة لا يمكن أن يكون مستنداً إلى وضع ألفاظ ما يرد عليه المعاوضة - كالذهب و الفضة و الحيوان و الطعام إلى غير ذلك - للصحيح لغة، لعدم القائل به، أو شرعاً لما مرّ أيضاً من عدم القائل به في مثل المقام ممّا لم يكن من ألفاظ العبادات و المعاملات، أو يكون مستنداً إلى الانصراف العربي، لما أورد عليه في المتن من الوجوه الثلاثة التي يعرف بيان ما يحتاج منها إليه. فتعيّن أن يكون مستنداً إلى القرينة العامة على هذا البناء في مقام المعاوضة، و هي الإقدام على بذل المال في مقابل العين، لأنّ الإنسان لا يبذل ماله نوعاً في مقابل العين إلاّ إذا كانت صحيحة، نظير الأمر الواقع عقيب توهم الحظر في إفادته الإباحة، فتأمل.

و بالجملة، إطلاق متعلق العقد يدلّ على بناء العاقد على سلامة المبيع. و صحة العقد مع ترك التصريح بذلك - مع كونه غريباً حيث إنّ من جهة الجهل بوصف الصحة، ضرورة تحقّقه مع هذا البناء أيضاً - إنّما هي من جهة الاعتماد في إحرازها على أصالة السلامة، و لأجل الاعتماد على الأصل المذكور اتّفقوا - في صحة بيع العين الغائبة - على اعتبار ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها في صحة بيعها و على عدم اعتبار ذكر وصف الصحة فيها، مع أنّ الغرر الناشئ من الجهل بما أشدّ من الغرر الناشئ من الجهل بغيرها، فإنّه ليس الفرق المذكور بينهما إلاّ من جهة الفرق بينهما بوجود ما يغني عن ذكر وصف الصحة، و هو الأصل فيه و عدمه في غيره.

وكيف كان، فالكلام هنا في مقامين. أحدهما: في تعيين ما به يرتفع الغرر من حيث الجهل بوصف الصحة كي يصحّ البيع. و الثاني: أنّ الخيار المترتب على تخلف وصف الصحة هل هو خيار تخلف الشرط، أو الوصف، أو خيار تبعض الصفقة، أو لا هذا و لا ذاك بل هو خيار مستقل؟

أما المقام الأول فهل الرفع للغرر هو اشتراط وصف الصحة في ضمن العقد، غاية الأمر لم يصرّح به فيه اكتفاءً بوجود ما يدلّ عليه و يغني عن التصريح به، و هو أصالة الصحة في المبيع كما هو ظاهر عبارة المصنّف بل صريحها، و إمّا إطلاق العقد المقتضي لذلك و لو بقرينة مقام الشراء و الإقدام على شراء الصحيح على ما شرحناه، أو الانصراف إلى الصحيح كما اختاره السيّد الأستاذ في التعليقة و جعله تحقيقاً في المسألة حيث قال: و التحقيق أنّ المقام من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح، أو نفس أصالة السلامة المرتكزة في الأذهان بما هي هي لا بما هو دليل و طريق إلى الاشتراط أو التوصيف وجوه؟

يرد على الأول منها أنّ رفع الغرر بالاشتراط موقوف على تحقّق أمرين: أحدهما: أن يكون هناك التزام و تعهّد و قبول من البائع المشروط عليه. و ثانيهما: أن يكون مدلولاً عليه من حيث الأخذ في العقد بنحو من أنحاء الدلالة. وكلاهما متنفّ. أمّا الأول فلأنّ المشتري و لو فرض أنّه اشترط و اعتبر وصف الصحة إلّا أنّ البائع لم يتعهّد به. و أمّا الثاني فلأنّ الاستغناء بشيء عن شيء و الاعتماد على الأول في مرحلة الدلالة على الثاني لا بدّ فيه من وجود علاقة بينهما، كما بين السبب و المسبّب و اللازم و الملزوم و المقتضي بالكسر و المقتضى بالفتح، و لاعلاقة بين الاشتراط و بين أصالة الصحة، لأنّ ما يقتضيه هذا الأصل أو الإطلاق بقرينة الإقدام أو نفس الإقدام هو بناء المشتري على وجود الصحة في المبيع، و هو أعمّ من الاشتراط، و لادلالة للعامّ على الخاصّ، فكيف يستغنى هذه الأمور عن التصريح به؟

و يرد على الثاني منها أنّه إن أريد منه الانصراف الوجودي - كما هو ظاهر التعبير بالفرد الصحيح كما لا يخفى - ففيه ما ذكره المصنّف في المتن من أنّ هذا النحو من الانصراف لا يمكن جريانه في الجزء الخارجي الذي ليس له إلّا وجود واحد يمتنع صدقه على غيره. و إن أريد منه الانصراف الحالي و الوصفي، ففيه أنّه و إن كان أمراً صحيحاً في نفسه، ضرورة أنّ كلّ ما يقبل التقييد و الإطلاق بالقياس إلى حال بحيث يصحّ أن تقول فيه: سواء كان هذا الشيء كذا من الحال و الوصف أو كان كذا، أو تقول: فيما إذا كان كذا، فهو قابل للانصراف إن وجد سببه، و المبيع الشخصي كالعبد الخارجي مثلاً قابل لأن تقول: بعثك هذا العبد سواء كان صحيحاً أو غير صحيح، و تقول: بعثك هذا فيما إذا كان صحيحاً، إلّا أنّه يرد عليه أنّ لازمه كون غير الصحيح غير مبيع فيبطل.

و ما ذكره السيد الأستاذ في دفع ذلك من أن وصف الصحة الناشي اعتباره من الانصراف - مثله في التوصيف - إنما هو بنحو تعدد المطلوب، فيه ما مر من أنه خلاف الظاهر، و لأقل من الشك فيه. نعم، لا بأس به فيما لو علم بذلك من الخارج، و لكنه غير محل البحث. فالمتيقن بناءً على قدح الجهل بوصف الصحة و صدق الغرر عليه مع تجرده عن الخديعة هو الالتزام بأن رافع الغرر هو أصالة السلامة، و هو أصل عقلائي قد أمضاه الشارع في إحرازها و لو من جهة عدم ثبوت الردع، ألا ترى أنك إذا مررت بإنسان جالس تسلم عليه و تنتظر إلى جوابه و قيامه لك لأجل التعظيم و تستر عنه عورتك، و لا يخطر ببالك أنه لعله أصم و أبكم و أعمى و مقعد لا يقدر على القيام، و السر في ذلك ليس إلا أصالة السلامة عما هو خلافها.

و بالجملة، لاشبهة في استقرار طريقة العقلاء على عدم الاعتناء على احتمال العيب في أغلب المقامات و أما أن المنشأ في ذلك هل هو الغلبة، أو قاعدة المقتضي و المانع، أو غير ذلك؟ فلا فائدة في تعيينه بعد إحراز نفسه. و لكن لا يخفى أن قضية ذلك اختصاص الصحة بمورد جريئها، فيبطل فيما لا تجري مما كان الغالب في نوع هذا المبيع الخاص بعدم السلامة. إلا أن يقال بصحة ذلك بأن البيع حينئذ يقع مبيعاً على أصالة الفساد، فلا غرر أيضاً، فإن تبين فاسداً فهو، و إن تبين صحيحاً فالخيار للبائع. و أما بناءً على عدم قدحه في الصحة إلا مع الخديعة كما قويناه فلا إشكال في الصحة، لعدم الدليل حينئذ على خلاف إطلاق أدلة الصحة، لاختصاص النبوي بصورة الخديعة.

و أما المقام الثاني فقد علم مما ذكرنا في المقام الأول أن الخيار في المقام لا يربط له بخيار تخلف الشرط أو الوصف، فهل هو خيار تبعض الصفقة أو خيار مستقل؟ فيه وجهان مبيّنان على أن وصف الصحة منزل منزلة الجزء في تقسيط الثمن له و لموصوفه فالأول، أو لا فالثاني. الظاهر هو الثاني، لعدم دليل على التنزيل، بل مرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام - الآتي ذكره في المسقط الثاني للخيار من حيث الرد - دليل على عدم التنزيل، حيث إنه عليه السلام خصّص جواز أخذ الأرض بصورة إحداث الحدث المغير للمبيع و لو هيئته، و لازمه عدم جوازه فيما إذا كان قائماً بعينه، فلو كان وصف الصحة بمنزلة الجزء فيما مر لما اختصّ جوازه بتلك الصورة، ضرورة أن مقابله من الثمن بناءً عليه باقٍ في ملك المشتري و لم ينتقل إلى ملك البائع من دون فرق

مبنياً على سلامة العين من العيب، و إنما ترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على أصالة السلامة، و إلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة، و هي صحتها التي هي من أهم ما يتعلق به الأغراض. و لذا اتفقوا في بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد في وجودها على الأصل، فإن من يشتري عبداً لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مقعد، لا يعتمد في صحته إلا على أصالة السلامة، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات في العقد، و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن.

قال في التذكرة: الأصل في المبيع من الأعيان و الأشخاص السلامة من العيوب و الصحة، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بني إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة، انتهى. و قال في موضع آخر: لإطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من أن القضاء العرفي يقتضي أن المشتري إنما بذل ماله بناءً على أصالة السلامة، فكأنها مشروطة في نفس العقد، انتهى.

و مما ذكرنا يظهر: أن الانصراف (٤٤٦٣) ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد

بين الصورتين، فيجوز له أخذه مطلقاً، و هذا كاف في الردع عن بناء العرف على التنزيل و ترتيب آثار الجزء عليه لو كان، كما لعله قد يتوهم، فإذا لم يكن بمنزلة الجزء لم يتبعض عليه الصفقة حتى يكون له الخيار من هذه الجهة، فتعين كونه خياراً مستقلاً، و هذا هو السر في إفراجه بالعنوان و في اختصاصه بأحكام لا تجري في خيار الشرط و التبعض.

هذا، و الذي يقتضيه النظر الدقيق أن وصف الصحة بمنزلة الجزء، و مع ذلك الخيار في المقام خيار مستقل، و لا ينطبق على خيار تبعض الصفقة، إذ من جملة أطرافه الإمضاء بكل الثمن، فلو كان خيار التبعض لما كان معنى لذلك، بل لابد من الالتزام بالهبة أو الإبراء بالنسبة إلى مقدار الأرض، و هو كما ترى موجب للالتزام ببطان تصرفات البائع بالنسبة إليه و كونها فضولية. و ستطلع على تحقيق ذلك و دفع ما أورد عليه فيما علّقنا على قوله: «و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، و هو صعب جداً» فانتظر.

٤٤٦٣. يعني: مما ذكرناه في أول المسألة من أن إطلاق العقد يقتضي اشتراط الصحة،

و إنما ترك التصريح باشتراطها اعتماداً على الأصل المعني عنه، يظهر أن انصراف المبيع إلى

الصحيح ليرد عليه أولاً: منع الانصراف؛ ولذا لا يجري في الأيمان و النذور. و ثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه (٤٤٦٤)؛ لعدم كون المبيع مطلقاً بل هو جزئي حقيقي خارجي. و ثالثاً: بأن مقتضاه (٤٤٦٥) عدم وقوع العقد رأساً على العيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما.

و دفع جميع هذا: بأن وصف الصحة قد أخذ شرطاً في العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة في العين الخارجية، و إنما استغني عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئية سابقاً، حيث يعتمد في وجود أصلها و صفاتها على الأصل. و لقد أجاد في الكفاية حيث قال: إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضي لزوم السلامة.

و لو باع كلياً حالاً أو سَلماً كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الإقدام أيضاً. و يحتمل كونه من جهة الإطلاق المنصرف إلى الصحيح في مقام الاشتراء، و إن لم ينصرف إليه في غير هذا المقام*.

ثم إن المصرح به في كلمات جماعة: أن اشتراط الصحة في متن العقد يفيد التأكيد (٤٤٦٦)؛ لأنه تصريح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه، و إنما ترك لاعتماد المشتري

الصحيح و تعلق البيع به لا الاعم ليس من باب انصراف المطلق الى الصحيح... بل من باب اشتراط وصف الصحة و أخذها في العين المتعلق بها البيع، نظير معرفة اكتسابه... و عليه يندفع جميع الإيرادات الثلاثة.

٤٤٦٤. قضية ذلك اختصاص خيار العيب ببيع الشخصي، و هو الأقوى كما لا يخفى. ٤٤٦٥. هذا هو العمدة، لإمكان دفع الأول بأن المراد من الانصراف هو في مقام المعاوضة و إيراد البيع عليه لامطلقاً، و دفع الثاني بما أشرنا إليه سابقاً من أن المراد منه الانصراف الحالي لا الوجودي، و الذي لا يجري في الجزئي الحقيقي هو الثاني لا الأول، و أمّا هذا فلا رافع له إلا الالتزام بمسألة تعدد المطلوب، و قد تقدّم الإشكال فيه.

٤٤٦٦. في التعبير بالتأكيد ما لا يخفى، حيث إن إفادة اشتراط الصحة هنا لم يكن

على أصالة السلامة، فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبرة كذا وكذا صاعاً، فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل أو اشترط بقاء الشيء على الصفة السابقة الموثقة، فإنه في حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على أصالة بقائها. و بالجملة، فالخيار خيار العيب، اشترط الصحة أم لم يشترط. و يؤيده ما ورد من رواية يونس (٤٤٦٧) «في رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يردّ عليه فضل القيمة»^٢ فإن اقتصاره عليه على أخذ الأرض الظاهر في عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب، و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط (٤٤٦٨) لم يسقط الرد بالتصرف في الجارية بالوطء أو مقدماته. و منه يظهر (٤٤٦٩) ضعف ما حكاه في المسالك: من ثبوت خيار الاشتراط هنا، فلا يسقط الرد بالتصرف.

.....

مرتين مرة بالإطلاق و أخرى بالتصريح، ضرورة أن الإطلاق من جهة توقفه على عدم التقيد بالصحة ينتفي بالتقيد بها، فاللازم أن يقول: يفيد ما يكون الإطلاق منزلاً عليه لولاه. وكيف كان، فقد مرّ أن خيار العيب لا يربط له بخيار تخلف الشرط، و لذا أفردوه بعنوان مستقل و رتبوا عليه أحكاماً خاصة، و لم يستشكل فيه أحد مع كون تأثير الشرط الضمني في الخيار محل الخلاف، و لا يصغى إلى إمكان كون بعض أفراده كذلك دون الباقي. فعلى هذا يفيد التصريح بالاشتراط خياراً آخر لا يسقط بالتصرف، بناءً على عدم سقوط خيار الشرط به. و لادلالة لرواية يونس على السقوط به، لا بتناؤها على دلالتها على اشتراط البكارة في موردها في متن العقد، و عدم كون المراد من قوله: «على أنها عذراء» بداعي أنها عذراء، مع البناء على دلالتها على التصرف فيها بالوطي، بأن يكون المراد من قوله: «و لم يجدها عذراء» عدم وجدانها كذلك عند الوطي لا على عدم وجدانها كذلك باعترافها أو بشهادة القوابل، و الدلالة عليها ممنوعة. هذا، مضافاً إلى عدم معلومية كونها من المعصوم عليها.

٤٤٦٧. عن المجلسي رحمته في شرح التهذيب أن ضمير «قال» راجع إلى الرضا عليه. و ليس

في الرواية ما يشعر بذلك، و لعلّه لقرينة عثر عليها، و لعلّ المصنّف لأجل هذا عبّر بالتأييد.

٤٤٦٨. هذا في مقام التعليل لقوله: «يدل» يعني: إذ لو كان

٤٤٦٩. يعني: ممّا ذكره في وجه تأييد رواية يونس يظهر ضعف

و دعوى: عدم دلالة الرواية على التصرف (٤٤٧٠) أو عدم دلالة على اشتراط البكارة في متن العقد، ممنوعة* (٤٤٧١).

مسألة: ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرض بلا خلاف، و يدل على الرد الأخبار المستفيضة الآتية. و أما الأرض فلم يوجد في الأخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد، بل ما دل على الأرض يختص بصورة التصرف (٤٤٧٢) المانع من الرد، فيجوز أن يكون الأرض في هذه الصورة لتدارك ضرر المشتري، لا لتعين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

.....

٤٤٧٠. كي يصح ما ذكره من ظهور الاقتصار على أخذ الأرض في عدم جواز الرد، كي يستدل به على كون الخيار فيه هو خيار العيب، لأن صحة إرادة ذاك الظهور مبنية على تحقق التصرف في الجارية، إذ بدونه يجوز الرد بخيار العيب أيضاً، فلا بد حينئذ من رفع اليد من ظهور الاقتصار فيما ذكر، بالالتزام بأن ذكر أخذ الأرض إنما هو لبيان أحد طرفي التخيير لا لانحصار الحكم به. وكيف كان، فظاهر المصنف رحمته الله أن الاستدلال بالرواية مبني على دلالة الرواية على التصرف. و فيه ما لا يخفى، إذ ظهور الاقتصار على أخذ الأرض في عدم جواز الرد يكون قرينة على حملها على صورة التصرف، إذ عدم الدلالة على التصرف لا يبرأهم الظهور المذكور. فالأولى تبديل هذا إلى قوله: و دعوى عدم ظهور الاقتصار فيما ذكر أو عدم دلالة

٤٤٧١. لانري فيها شيئاً كما أشرنا إليه**.

٤٤٧٢. و لو بعد تقييد إطلاق بعضه - لو كان - بمرسلة جميل المخصصة له بتلك الصورة، مثل تقييد إطلاق أدلة الرد من هذه الجهة بها و حملها على ما قبل التصرف. و على هذا، لا يقي مجال للاستدلال على التخيير بالجمع بين أدلة الرد و إطلاق أدلة الأرض، بالتصرف في ظهور كل منهما في تعيين مورده بنصوصية الآخر في جوازه، المنتج لجواز كليهما بلا تعيين و هو التخيير، و ذلك لأنه فرع عدم قيام دليل يصلح مقيداً لكلا الإطلاقين، و المرسلة دليل صالح لذلك.

* في بعض النسخ بدل «ممنوعة»، كما تري.

** في نسخة المحشي رحمته الله من المكاسب هكذا: في متن العقد كماتري. فالتعليقة إذن على «كماتري» كما في نسخة.

نعم، في الفقه الرضوي: «فإن خرج السلعة معيماً و علم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رده عليه بالقيمة أرش العيب»^٤، و ظاهره كما في الحدائق^٥ التخيير بين الرد و أخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش. و يحتمل زيادة الهمزة (٤٤٧٣) في لفظة «أو» و يكون الواو «واو» العطف، فيدل على التخيير بين الرد و الأرش.

و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، و هو صعب جداً. و أصعب منه (٤٤٧٤) جعله مقتضى القاعدة، بناءً على أن الصحة و إن كانت وصفاً، فهي بمنزلة الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، و يكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصفقة.

٤٤٧٣. في الجواهر: «و الظاهر زيادة «أو» فيه كما عن بعض الأجلة». و لعل المراد الهمزة. و الفرق بين الاحتمالين بعدم تعرض الرواية على هذا للإمضاء بتمام الثمن الذي هو أحد أطراف التخيير في المقام، و تعرضها له أيضاً على الاحتمال الأول، ضرورة احتياجه حينئذٍ إلى تقدير مثل قوله: بتمام الثمن بعد قوله: «أخذه» و تقدير مثل قوله: ببعض الثمن و الواو بين كلمة «أو» وكلمة «رد». فيكون المعنى: و إن شاء أخذه بتمام الثمن أو ببعض الثمن و رد عليه باقي الثمن و القيمة الذي هو أرش العيب. و هنا احتمال آخر، و هو أن تكون النسخة «يرد» بصيغة المضارع المجهول بدل «رد» بصيغة الماضي المجهول، و يكون «أو» بمعنى «إلى» أو «إلا». فحينئذٍ تدل الرواية على أن أمر الأرش بيد البائع، و هو مسلط على إعطائه و عدمه، لا بيد المشتري كي يتسلط على إلزام البائع عليه، و إنما له الخيار بين الرد و الإمضاء بتمام الثمن. هذا، و لكن لاداعي إلى إبداء هذه الاحتمالات مع استقامة المعنى بدونها، و مجرد الاحتياج إلى تقدير لا يوجب ذلك. وكيف كان، لا يصح الاستناد إليه إلا لمن ثبت عنده اعتبار هذا الكتاب و كونه من الرضا عليه السلام.

٤٤٧٤. قال في الجواهر بعد أن ذكر الاستدلال بالأخبار المعتبرة، و ساق متن رسالة جميل منها خاصة، ما هذا لفظه: «إلا أنه ليس فيها جميعاً ذكر الإمضاء مع الأرش، بل ظاهرها الرد خاصة كما اعترف به في الرياض، لكن قال: إن الإجماع في الجملة كاف في التعديسة. قلت: إذ لم يثبت أولوية الأرش قبل التصرف المزبور منه بعده، لوضوح منعها. أو أن ثبوته لأنه عوض جزء المبيع قد فات، فهو كمقابل أحد المبيعين من الثمن لو بطل البيع فيه، بناءً على مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فيكون استحقاق المشتري على المساعدة كما في تبعض

الصفقة. و فيه: أنه أوضح منعاً من الأولوية المزبورة، لعدم ثبوت التوزيع المزبور قصداً و لا شرعاً، و على وجه يتناول الحكم المذكور، بل تصریحهم بأنه يسقط بالإسقاط بعد العقد بحيث لا يصح الرجوع منه بعده كما ستعرف ينافيه، ضرورة عدم تعلّقه على الأعيان، و لو كان بمنزلة الهبة جاز الرجوع فيها. فالعمدة في ثبوته ما عرفت». انتهى كلامه رحمته. قوله: «إذ علم يثبت» علة للاحتياج إلى التمسك بذيل الإجماع. يعني: إذ لم يثبت ما به تتم دلالة الأخبار على الحكم المزبور، المغنية عن التمسك به من مسألة الأولوية، و مسألة كون وصف الصحة بمنزلة الجزء الموجب لكون الأرض عوض جزء المبيع قد فات، لما ذكره رحمته في وجه عدم ثبوتهما، فلا غناء عن التمسك بالإجماع. فهو رحمته قد أشار إلى طريق استنباط الحكم بالتخيير من الأخبار، و إلى طريق كونه على طبق القاعدة، و إلى بطلانه.

و حينئذ نقول: إن نظر المصنف رحمته في هذا الكلام إلى ما أشار إليه من الأولوية، و في قوله: «و أصعب منه...» إلى ما أشار إليه ثانياً من كون الأرض جزءاً من الثمن، و بعبارة أخرى: كون وصف الصحة بمنزلة الجزء و الأرض عوضه. و لا يناسب التعبير في ردّه بالصعوبة، حيث إنّه يوهّم احتمال الصحة في الأولوية، مع أنّها مقطوع البطلان. و لو سلّم فلا يناسب جعل الثاني أصعب كما هو ظاهر الجواهر أيضاً، حيث إن الأمر بالعكس، بل ستعرف أنّه الحقّ الموافق للتحقيق، و لكنّ الأمر سهل.

و قد ذكر سيّدنا الأستاذ في بيان طريق استنباط الحكم المزبور من الأخبار شيئاً آخر، و هو «أنّ المراد من الردّ في الأخبار هو ردّ البيع في الجملة، أعني من أن يكون الرجوع بتمام الثمن بأن يفسخ أو بالرجوع بالأرض، فإن أخذ الأرض أيضاً ردّ للبيع في الجملة، حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن». انتهى.

و هذا مأخوذ ممّا ذكره المصنف رحمته في أوّل الخيارات عند التكلّم في توجيه العطف في عبارة القواعد: «و إنّما يخرج عن هذا الأصل بأمرين: ثبوت خيار و ظهور عيب» بقوله: «و يمكن توجيه ذلك بأنّ العيب سبب مستقلّ لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإنّ نفس ثبوت الأرض بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن قابل لإبقائه في ملك البائع و إخراج عنه، و يكفي في تزلزل العقد ملّا إخراج جزء ممّا ملكه بالعقد عن ملكه، و إن شئت قلت: إنّ مرجع ذلك... إلى آخر ما

ذكره هناك.

و وجه الصعوبة على هذا: أن المراد من الردّ في الأخبار هو ردّ المبيع، ففي أخذ الأرض لاردّ فيه أصلاً لا كلاً و لاجزءاً. نعم، لو كان الموجود في الأخبار ردّ الثمن لكان لهذا الاحتمال بحال، إلاّ أنّه - مضافاً إلى أنّه خلاف الظاهر أيضاً - يشكل بما ذكره المصنّف هناك من أنّه مبنيّ على كون الأرض جزءاً حقيقياً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقّق إنفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده، و قد صرّح العلامة في كتبه أنّه لا يعتبر فيه كونه جزءاً منه.

لا يقال: لا يعقل الفسخ بالنسبة إلى الجزء عند استرداده إلاّ برّد مقابله من المبيع، و الحال عدم ردّ جزء منه. فعلى هذا المبني لا بدّ من الالتزام بأنّ أخذ الأرض فسخ العقد بالنسبة إلى الكلّ و قلبه إلى عقد آخر بين المبيع و بين ما عدا مقدار الأرض من الثمن، و هو - مضافاً إلى أنّ التزلزل حينئذٍ يكون بالنسبة إلى كلّ الثمن لا بالنسبة إلى الجزء - موجب لعدم اعتبار رضا الطرفين في هذا العقد الآخر، مع أنّ مجرد أخذ الأرض لا ينهض بذلك.

لأنّا نقول: إنّ حقيقة الفسخ ليست إلاّ الرجوع عن البناء على كون ماله عوضاً عن مال الآخر و رفع اليد عنه، فلو بني في معاوضة على كون مقدار من ماله عوضاً عن مال الآخر، فهذا البناء و إن كان متعلّقه شيئاً واحداً إلاّ أنّه منحلّ إلى بنائات عديدة ضمنيّة عدد أجزائه، فإنّ رفع اليد عن أصل البناء على عوضيّة ماله لزم ردّ الثمن، و إن رفع اليد عن عوضيّة جزء من ماله لجزء من مال الآخر لزم ردّ جزء من الثمن، و إن لم يرفع اليد لا عن هذا و لا عن ذلك، بل رفع اليد عن جزئيّة مقدار من ماله للثمن المركّب منه و من بقية الأجزاء، فلا يردّ هنا جزء من الثمن، لأنّه ما رفع اليد إلاّ عن البناء الضمني في طرف الثمن. و بالجملة إنّ الفسخ رفع اليد عن البناء، و يختلف أثره باختلاف متعلّقه، فإنّ كان متعلّقه المعاوضة كلاً أو بعضاً لزم ردّ الثمن أيضاً كلاً أو بعضاً. و إن كان متعلّقه جزئيّة شيء للثمن لا يلزم فيه ردّ شيء من الثمن، فتأمّل فإنّه لا يخلو عن دقّة. و لبعض المحشّين مسلك آخر في بيان طريق استنباط الحكم بالتخيير بين الردّ و الأرض، و هو أنّ المراد من ساير الأخبار هو أخبار الأرض، و الحكم بجوازه فيها و إن خصّصه بصورة التصرف إلاّ أنّه ليس من جهة اشتراطه به فلا يوجد بدونه، بل من جهة تعذّر عدله و هو الردّ. و وجه الصعوبة على هذا أنّه دوري، لأنّ كونه لأجل تعذّر العدل موقوف على ثبوت التخيير، فلو توقّف ثبوته على ذلك لدار.

و قد خطر ببالي وجه آخر لاستنباطه من الأخبار قد أشرنا في السابق إليه و إلى رده، و هو الجمع بين أخبار الرد و أخبار الأرض بالحمل على التخيير بالتقريب الذي مرّ بيانه. و التحقيق هو ما ذكرناه أولاً من أن نظره عليه السلام إلى ما ذكره صاحب الجواهر، بل لو تأملت كلامهما ترى أن كلام المصنّف كالشرح لكلامه عليه السلام، فتأمل.

فقد تحصيل ممّا ذكرنا أن التخيير لامدرك له من الأخبار. و أمّا الإجماع الذي استند إليه صاحب الرياض و الجواهر و المصنّف فيشكل باحتمال استناد بعض القائلين به إلى بعض ما مرّ من طرق استنباطه من الأخبار، سيّما مسألة الجمع بين الأخبار، و معه لا يبقى لنا وثوق بأنهم عثروا على دليل لو عثرنا عليه لقلنا به.

هذا، و يمكن الاستدلال عليه بجعله على طبق القاعدة يجعل وصف الصّحة منزلة الجزء. و لاصعوبة فيه فضلاً عن كونه أصعب، و ذلك لأنّه لا حاجة في ذلك - بعد بداهة إمكان هذا التنزيل عقلاً من حيث الذات - إلاّ إلى أمرين: أحدهما: عدم ترتّب محذور شرعيّ أو عقلي عليه، و الثاني: قيام دليل عليه. و لما كان الأوّل مبنيّاً على الثاني و متفرّعاً عليه - كما ستعرف إن شاء الله - فتجعل الكلام في الثاني، فنقول: إنّ دليله بناء العرف عليه مع عدم ثبوت الردع عنه. أمّا عدم ثبوت الردع فواضح. و أمّا البناء العرفي فيكشف عن تحقّقه حكمهم بلزوم ردّ ما أخذه بعنوان الأرض فيما إذا فسخ البيع بسبب آخر غير خيار العيب، فلو اشترى شيئاً بدرهمين و ظهر معيماً و أخذ درهماً بعنوان الأرض ثمّ فسّخه بغير خيار العيب يجب عليه حساب هذا الدرهم من الثمن، فلا يستحقّ إلاّ درهماً، فلو لم يكن من الثمن لكان له أخذ الدرهمين، فتكون له دراهم ثلاثة: درهمان ثمن المبيع و درهم أرض العيب، فيكشف هذا بالإنّ عن التنزيل.

و توضيح كيفة هذا البناء و بيان مورده: أن وصف الصّحة عندهم باقٍ على ما هو عليه من الوصفية بالنسبة إلى مرحلة حدوث البيع و انعقاده، و أمّا بالنسبة إلى مرحلة إبقائه فبنائهم على لحاظ جهة الوصفية الواقعية بالقياس إلى هدم البيع بالنسبة إلى تمام الثمن و إمضائه كذلك، و لحاظ جهة الجزئية بالقياس إلى أثر أخذ الأرض و استرداد مقدار من الثمن و إخراجها عن جزئيتها للثمن بعد أن كان جزءاً له. و هذا نظير صلاة الاحتياط الملحوظ فيها جهة الجزئية للصلاة الأصلية بالنسبة إلى أثر بطلانها بمبطلات الصلاة إذا وقعت بينها و بين الصلاة الأصلية،

و جهة الاستقلال باعتبار الفاتحة و التكبير و غير ذلك مما يعتبر في الصلاة. و لاضير في الجمع بين لحاظ نفس الشيء، بما هو هو و بين تنزيله منزلة ضده فيما إذا كان هناك أثران مختلفان. فإن كان الأثران يمكن الجمع بينهما كما في صلاة الاحتياط وجب، و إلا - كما في المقام، لعدم إمكان الجمع بين أثر وصف الصحة بما هو وصف من الفسخ و الإمضاء في كل الثمن، و بين أثره بما هو جزء تنزيلاً من أخذ الأرض و فسخ العقد في جزء من الثمن دون الباقي، بالمعنى الذي أشرنا إليه فيما سبق - فيحكم بالتخير في مقام ترتيب الأثر بين الأخذ بجهة الوصفية و ترتيب أثر الفسخ أو الإمضاء في الكل، و بين الأخذ بجهة الجزئية و ترتيب أثر أخذ الأرض. و مما بيّناه في كيفية التنزيل و مورده يظهر عدم لزوم محذور منه.

أما ما ذكره المصنف من لزوم البطلان في مقدار الأرض لو كان هناك تنزيل، و لا بطلان فلا تنزيل، فلاّته مبني على التنزيل المطلق حتى بالنسبة إلى مرحلة انعقاد المعاملة و حدوثها، و قد مرّ منعه. و أما ما ذكره صاحب الجواهر رحمته من عدم صحة إسقاطه بناءً على التنزيل، لعدم معقولية إسقاط العين، و لكنّه صحيح فليس من الثمن فلا تنزيل، فلاّته مبني على كون متعلق الإسقاط في المقام هو المال للمشتري، فيصحّ تعلّقه بالأرض إذا كان من باب الغرامة، بخلافه إذا كان جزءاً من الثمن. و قد علم مما ذكرناه أن متعلق الإسقاط هو حق الخيار بالقياس إلى بعض أطرافه، و هو حق أخذ الأرض، و إلاّ فلو كان متعلقه المال لما أمكن الإسقاط و لو قلنا بكونه غرامة، و ذلك لأن المشتري ليس له مال في ذمة البائع بحيث يكون مديوناً له يخرج من تركته كسائر ديونه، و إنّما له حقّ التغريم خاصة.

و أما ما ذكره سيّدنا الأستاذ رحمته أولاً من «أنّ لازمه الالتزام بالأرض في سائر الأوصاف، إذ لا فرق بينها و بين وصف الصحة، و لا يلتزم به أحد، و دعوى أنّها خرجت بالإجماع كما ترى، و كذا دعوى الفرق بحسب القاعدة» انتهى، فلاّن بناء العرف على التنزيل في أحدهما دون الآخر هو الفارق بينهما. و لو سلّم البناء في كليهما فلا نرى في دعوى خروجها بالإجماع محذوراً. و أما ما ذكره ثانياً من «أنّ لازمه كون الأرض ثابتاً من أوّل الأمر، فيكون الإمضاء بلا أرض من باب الإبراء أو الهبة» انتهى، فلاّته لازم المحذور الذي ذكره المصنف من البطلان في مقابل الأرض، فيكون مبنياً على أن يكون التنزيل في تمام الآثار و جميع المراحل، و قد مرّ منعه. فقد تبين بحمد الله تعالى أنّ التخير بين الأمرين على طبق القاعدة، فيكون تعيين الأرض في

و فيه: منع المنزلة عزفاً و لا شرعاً* (٤٤٧٥)، و لذا لم يطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة، بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله على ما صرح به العلامة و غيره (٤٤٧٦). ثم منع (٤٤٧٧) كون الجزء الفائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده في المبيع الشخصي على وجه الشرطية، كما في بيع الأرض على أنها جربان معينة، و ما نحن فيه من هذا القبيل. و بالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير (٤٤٧٨) بين الردّ و الأرض. نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من المبسوط: أنّ أخذ الأرض مشروطاً باليأس عن الردّ، لكنّه مع مخالفته لظاهر كلامه في النهاية و بعض مواضع المبسوط ينفيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرض، فافهم (٤٤٧٩).

صورة إحداث الحدث من باب تعيين أحد طرفي التخيير بتعذر الآخر.

٤٤٧٥. قد عرفت إقامة الشاهد على بناء العرف على المنزلة، و لم يثبت عنه ردع الشارع، و أنّ التنزيل في مورد لا يقتضي البطلان. ٤٤٧٦. مجرد تصريحهم بذلك لا يكون دليلاً على عدم الاستحقاق لو اقتضت القاعدة بخلافه.

٤٤٧٧. هذا عطف على المنع الأول. و الظاهر أنّ هذا المنع متفرّع على تسليم التنزيل. و حينئذ يرد عليه أنّه لا معنى لهذا المنع، إذ قضية تسليم التنزيل رفع اليد عن قضية الاشتراط، و قضية المنع حفظ الشرطية و عدم رفع اليد عنه، و هذا تناقض. و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين المثال، إذ في الأول نزل الشرط منزلة الجزء، و في الثاني بالعكس، فتدبر.

٤٤٧٨. قد ناقش شيخنا الأستاذ رحمته الله في الإجماع باحتمال أن يكون بعض القائلين به إنّما قالوا به بتوهم كونه مقتضى القاعدة، و مع هذا لاحتمال فيه، لأنّ ذاك الاحتمال يمنع عن حصول الوثوق بظفرهم بقريّة توجب لنا المصير إلى ما صاروا لو كنّا ظفّرنا بها.

٤٤٧٩. يعني: إطلاقها من حيث اليأس عن الردّ و رجائه، فلا منافاة بين هذا و بين إنكاره في السابق وجود دليل على التخيير بين الردّ و الأرض، لأنّ مورد الإنكار في السابق هو وجود الدليل على جواز أخذ الأرض في مورد يجوز فيه الردّ شرعاً، و مورد إثباته هنا هو وجود

ثم إن في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار أو كاشفاً عنه ما تقدّم في خيار الغبن. وقد عرفت أن الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب و الغبن واقعاً، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهّم حدوثه بظهور العيب (٤٤٨٠) خصوصاً بعد كون ظهور العيب (٤٤٨١) بمنزلة رؤية المبيع على خلاف ما اشترط. وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية قبلها، معللاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤية. لكن المتفق عليه هنا نصاً و فتوى جواز التبرّي (٤٤٨٢) و إسقاط خيار العيب. و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب:

.....
الدليل على جواز أخذه مع عدم اليأس عن الردّ أيضاً. و بعبارة أخرى: أن مدّعه في السابق أن مفاد أخبار الأرض جواز أخذه في خصوص صورة إحداث الحدث، و لا يعمّ صورة العدم، و مدّعه هنا أن أخبار جواز أخذ الأرض - الذي عرفت اختصاص دلالتها بصورة التصرف و إحداث الحدث - مطلقة من حيث اليأس عن الردّ مع فرض إحداث الحدث و عدم اليأس عنه. و لعلّه لذا أمر بالفهم.

٤٤٨٠. من جهة تعبيرهم بمثل: إذا ظهر العيب أو تبين أو بان أو علم، و ظاهر هذا التعبير أن الظهور تمام المناط في المطلب. و لكن غلبة التعبير بمثل ذلك فيما إذا كان العلم طريقاً صرفاً إلى ما هو الموضوع للحكم - لأجل عدم ترتب الأثر العملي عليه إلاّ به - توهن إرادة هذا الظاهر. و لكن من المعلوم عدم الظهور في الطريقة مع ذلك، فيشكل في أنه من هذا و من ذاك، فيرجع إلى أصالة عدم ثبوت الخيار إلى زمان ظهور العيب ما لم يقدّم دليل معتبر جعل فيه موضوع الخيار نفس العيب فيؤخذ به. و لا يعارضه من الأخبار ما أخذ فيه في موضوعه العلم و الوجدان، لما تقدّم من عدم ظهوره في أحد الطرفين بعد الغلبة المذكورة.

٤٤٨١. يعني: كونه بمنزلتها عندهم، فافهم.

٤٤٨٢. يعني: أن وقوع اتفاق النصّ و الفتوى على جواز التبرّي و إسقاط خيار العيب قبل ظهوره كاشف عن كون الظهور كاشفاً عن ثبوت الخيار لامثباتاً له، و إلاّ يكون من إسقاط ما لم يجب، فلا بدّ من التصرف في ظاهر كلماتهم بحمل العلم و الظهور فيها على الطريق الصرف.

و فيه: أنه ليس في النصوص تعرّض لجواز إسقاط الخيار فضلاً عن اتفاقها عليه. اللهم إلاّ أن يراد من النصّ نصوص أدلة الشرط، و عليه لا بدّ و أن يكون المراد من الإسقاط هو في

أن استحقاق المطالبة بالأرث (٤٤٨٣) الذي هو أحد طرفي الخيار لامتني لثبوتيه بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة. هذا، مضافاً إلى أن الظاهر من بعض أخبار المسألة (٤٤٨٤) أن السبب هو نفس العيب، لكنها لاتدل على العلية التامة، فلعل الظهور شرط. وكيف كان، فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كل حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله و أنه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، و المرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين هي القواعد، فافهم (٤٤٨٥).

ضمن العقد، و حينئذ ليس في جوازه دلالة على كون الظهور كاشفاً أو مثبتاً. أما إذا كان المراد من الإسقاط هو المنع عن الحدوث فواضح. وكذلك لو كان المراد منه الإسقاط بمعناه الحقيقي و لكن في ظرف ثبوته بعد ثبوته، إذ لا يمكن اشتراط السقوط بمعناه الحقيقي فيما قبل حدوثه.

هذا كله، مع أنه إنما يصلح للكشف عما ذكر لو قلنا بعدم كفاية وجود المقتضي للخيار في إسقاطه قبل مجيء شرطه كما هو الحق، و قد قوى المصنف صريحاً في خيار الرؤية كفايته فيه، و عليه لا يكون إلا كاشفاً عن دخالة العيب في الخيار، و أما أنه علة تامة أو سبب و الظهور شرط فلا، فالاستكشاف بما ذكر عما ذكر من مثل المصنف ليس على ما ينبغي.

٤٤٨٣. نعم، يؤيده هذا لو ثبت، حيث إنه لو كان ظهور العيب دخیلاً في ثبوت الخيار بالقياس إلى طرف الرد لما كان هناك تخيير بين الأمرين، و هو خلف، إذ المفروض كون الخيار من أول ثبوته ذا طرفين، فإذا ثبت أحد الطرفين بنفس العيب لابد و أن يثبت الآخر أيضاً به، و لكن لم يثبت ذلك، لإمكان كون الأرث مثل الرد مشروطاً بالظهور. و ما ذكره الله من نفي المعنى لثبوته بظهور العيب مصادرة.

٤٤٨٤. لعل نظره في ذلك إلى أخبار الرد بأحداث السنة، فإن جواز الرد قد علق بنفس وجود هذه الأحداث، و هو ظاهر في أن السبب نفس وجودها، لكنها لاتدل على العلية التامة، لأن دلالتها عليها موقوفة على الإطلاق قبال التقييد بعطف ظهورها عليها بالواو، و هو غير معلوم، لقوة احتمال كونها في مقام بيان مجرد اقتضاها لجواز الرد، فلعل الظهور شرط.

٤٤٨٥. يعني بالقواعد الأصول الجارية في أحكام هذا الخيار عند الشك في تحققها، مثل أصالة عدم سقوطه بالتصرف قبل الظهور و أصالة عدم سقوطه بالإسقاط قبله. و لعل الأمر بالفهم إشارة إلى أن هذه الأصول لا مجال لها في المقام، لوجود أصل حاكم عليها، و هو

ثم إنه لا فرق في هذا الخيار بين الثمن و المثل، كما صرح به العلامة و غيره هنا و في باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضي الصرف معيًّا. و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه و إن كان مورد الأخبار ظهور العيب في المبيع، لأن الغالب كون الثمن نقداً غالباً (٤٤٨٦) و المثل متاعاً، فيكثر فيه العيب، بخلاف النقد.

القول في مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما؟

مسألة: يسقط الرد خاصة بأمور: أحدها: التصريح بالتزام العقد (٤٤٨٧) و إسقاط الرد و اختيار الأرض، و لو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرض، و لو أسقط الخيار فلا يعد مقوطة. الثاني: التصرف (٤٤٨٨)

أصالة عدم ثبوت الخيار قبل الظهور، لأن الشك في موردها مسبب عن الشك في ثبوت الخيار، و أصالة عدمه و لو بنحو ليس التامة تكون حاکمة عليها. ٤٤٨٦. و كونه كلياً أيضاً.

٤٤٨٧. سقوط جواز الرد بما ذكره من الأمور الثلاثة - إلا اختيار الأرض إذا أريد منه اختياره و أخذه - مشكل، لأن الاستفادة من الأخبار - عدا الرضوي الذي لم يثبت حجته - أن جواز الرد في مورد العيب بشرائطه من قبيل الحكم لا الحق بالمعنى المصطلح عليه.

٤٤٨٨. جعل التصرف مطلقاً أو خصوص المعير منه أو مطلق التغير و لو من غير جهة التصرف في ما قبل العلم بالعيب مسقطاً للخيار بعد ثبوته أو ملزماً للعقد بعد جوازه محل تأمل، لأنه مبني على ثبوت الجواز قبل التصرف حقاً كان أو حكماً، و الاستفادة من أخبار الباب أن التصرف أو التغير قبل العلم مانع عن ثبوته أو عدمه شرط فيه، فمعه لا تنزل في العقد حتى يزول به.

و بالجملة، تنزل العقد من حيث جواز الرد بعد كونه على خلاف الأصل لابد من قيام دليل عليه، و أخبار المسألة ظاهرة في كون الجواز منوطاً على عدم التغير أو عدم التصرف قبل العلم بالعيب و أنه من شرائطه، مثل عدم التبري و عدم العلم بالعيب، و مدرك الإجماع ليس إلا هذه الأخبار، فالتصرف أو التغير مبق للزوم الثابت قبله بالأصل لارافع للجواز و التزلزل. فعلى هذا لا يبقى أساس للكلام في أن الزوم بالتصرف هل هو من باب التعبد الصرف، أو من باب الدلالة على الرضا؟ لأنه مبني على كونه رافعاً للتزلزل المتوقف على ثبوته، و قد مر

الإشكال فيه.

نعم، لا بأس بالتعبير بالإسقاط للخيار - حقاً كان كما هو المعروف، أو حكماً كما هو التحقيق - في مطلق الخيارات سيما في هذا الخيار فيما إذا كان التصرف مطلقاً بعد العلم بالعيب، إذ الظاهر من ملاحظة الأخبار حدوث التزلزل في العقد هنا قبل التصرف، فلو أثر هو لأثر في رفع التزلزل، و لكنّه محتاج إلى دليل، و ليس إلّا عموم العلة في صحيحة ابن رباب المتقدم نقلها في مسقطات خيار الحيوان، و قد مرّ الإشكال في ذلك هناك.

نعم، لا ريب في انقلابه إلى اللزوم بالتصرف فيما إذا كان بقصد إمضاء العقد و إلزامه بحيث يكون إنشاء له، غاية الأمر بالفعل لا بالقول، بناءً على كون جواز العقد جوازاً حقيقياً قابلاً للتغيير و التبديل إلى خلافه من الفسخ و الإلزام، لأنّه حيث يندرج تحت ما يدلّ على صحة ذلك لو كان؛ إذ لا يعتبر في صدقه كونه باللفظ. و هذا غير لزومه بالتصرف الدالّ على الرضا نوعاً بل فعلاً حيث إنّ لازمه عدم اعتبار الإنشاء فيه أصلاً و يكفي فيه الرضا البساطي المدلول عليه بالدلالة النوعية. و لكنّه كما ذكرناه مبنيّ على قابلية التزلزل في المقام لذلك، و هو محلّ تأمل، بل مقتضى إطلاق أدلة جواز الردّ مع عدم إحداث شيء في المبيع و مع صدق بقاء المبيع على حاله هو جوازه حتّى مع إنشاء الإسقاط و الإلزام بالفعل بل و بالقول أيضاً، و عليه لا ينقلب جواز البيع إلى اللزوم الثابت بالأصل و الإطلاق إلّا بتحقيق ما لا يمكن معه الردّ، إمّا عقلاً كما في التلف و النقل اللازم، و إمّا شرعاً كما في تغيير المبيع و عدم بقائه على حاله التي كان عليها حال العقد.

فتحصّل ممّا ذكرناه أنّ الذي يكون العقد معه لازماً من حيث الردّ هو خصوص تغيير العين عمّا هي عليه حين العقد، من دون فرق بين ما قبل العلم بالعيب و ما بعده، إلّا أنّه في الأوّل مانع عن ارتفاع اللزوم و حدوث الجواز، و في الثاني رافع للجواز الثابت قبله، لاشتراطه بقاء العين شرعاً الزائل مع التغيير.

و ما ذكرناه هو ظاهر عبارة الشرايع من جهة التخصيص بالمغير، و صريحها من جهة التعميم لما قبل العلم و ما بعده فيما قاله في أوّل المسألة، و ظاهرها من الجهتين في مسألة ردّ المملوك من أحداث السنة، إلّا أنّه عبّر بالإسقاط حتّى بالنسبة إلى ما قبل العلم، و قد مرّ ما فيه. نعم، عبارة الإسكافي ظاهرة بالاختصاص بما قبل العلم، حيث إنّ قوله: «و قد

في المعيب عند علمائنا كما في التذكرة، و في السرائر: الإجماع على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف منهم^٧، و نحوه المسالك، و سيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي و الشيخين و ابن زهرة و ظاهر المحقق، بل المحقق الثاني.

و استدلّ عليه في التذكرة أيضاً تبعاً للغة: بأن تصرفه فيه رضاً منه به على الإطلاق، و لولا ذلك كان ينبغي له الصبر و الثبات (٤٤٨٩) حتى يعلم حال صحته و عدمها، و بقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتبرأ إليه و لم يبيّنه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العوار و بذلك العيب*، فإنه يمضي عليه البيع، و يردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»^٨. و يدلّ عليه رسالة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب** قائماً بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب»^٩.

هذا، و لكنّ الحكم بسقوط الردّ بمطلق التصرف، حتى مثل قول المشتري للعبد المشتري «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» - على ما صرح به العلامة في التذكرة - في غاية الإشكال؛ لإطلاق قوله عليه السلام: «إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه» المعتضد بإطلاق الأخبار في الردّ خصوصاً ما ورد في ردّ الجارية بعد ما لم تحض ستة أشهر عند المشتري*** و نحوه

أحدث...» حال من فاعل «يجد» فيدلّ على تحقق الأحداث في ظرف الوجدان و العلم، لكنّ الظاهر أنّه عبّر بذلك تبعاً للنص، و قد عرفت دلالة النص - من جهة تعليق جواز الردّ على القيام بعينه - على سقوط جوازه فيما بعد العلم أيضاً من جهة عدم إمكان ردّه بعينه، فتدبر جيداً.

٤٤٨٩. في هذا التعليل ما لا يخفى، لأنّ عدم الصبر إلى أن ينكشف الحال لو دلّ على الرضا به، لكان عدم الصبر كذلك و العقد على شيء معيب قبل العلم بالحال دالاً على الرضا بعينه و عدم الخيار لأجل عيبه. فلو قلت: إنّ العقد مستند إلى أصالة السلامة، فلا يدلّ هو على الرضا. قلنا: إنّ التصرف أيضاً يمكن استناده إليها.

* في بعض النسخ: بدل «العيب»، الداء.

** في بعض النسخ: بدل «الثوب»، الشيء.

*** في بعض النسخ زيادة: «و ردّ المملوك في أحداث السنة».

ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل «أغلق الباب» ونحوه و عدم ما يصلح للتقييد (٤٤٩٠) مما استدلّ به للسقوط، فإنّ مطلق التصرف لا يدلّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب. و أمّا المرسلة فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل وطء الجارية لولا النصّ المسقط للخيار به. و أمّا الصحيحة فلا يعلم المراد من «إحداث شيء في المبيع» لكنّ الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغةً و لاعرفاً لمثل استخدام العبد و شبهه ممّا مرّ من الأمثلة، فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسلة: من أنّ العبرة بتغيّر العين و عدم قيامها بعينها. اللهمّ إلّا أن يستظهر بمعونة ما تقدّم في خيار الحيوان: من النصّ الدالّ على أنّ المراد بإحداث الحدث في المبيع (٤٤٩١)

٤٤٩٠. هذا عطف على الإطلاق في قوله: «لإطلاق قوله عليه السلام...».

٤٤٩١. يعني بالنصّ قوله عليه السلام في صحيحة ابن رثاب في جواب السائل بقوله: «ما الحدث؟ فإنّ لامس أو قبل أو نظر إلى ما يحرم النظر إليه قبل الشراء». و لا يخفى أنّه لادلالة فيه على أنّ النظر إلى ما ذكر حدث، لأنّ دلالتها عليه مبنية على أحد أمرين: أحدهما: جعل اللمس و التقبيل و النظر محمولاً على الحدث، و الثاني: جعل جزاء الشرط قوله: فقد أحدث أو ما يفيد مفاده. و الأوّل منتف، إذ لا يصحّ الإخبار بالجملة الشرطية. و احتمال كون كلمة «أن» في الرواية تفسيرية أو مصدرية مدفوع بما مرّ في خيار الحيوان، فراجع.

هذا، مضافاً إلى ما في الجواب عن السؤال عن حقيقة الحدث في مطلق الحيوان بذكر أمور ثلاثة مختصة بالجارية ممّا لا يخفى، إذ ليس للحدث حقيقة شرعية و لامتسرة، بل هو باقٍ على معناه اللغوي و العرفي، و هو لا يصدق على واحد منها خصوصاً النظر و التقبيل، كما هو غير خفي على المتأمل. في معناه العرفي، و على من لاحظ رسالة جميل مع صحيحة زرارة قبلها، حيث إنّ المستفاد من مجموعها أنّ إحداث شيء في المبيع إيجاد شيء فيه يوجب تغيّراً فيه و لو من حيث الهيئة و الصفة، كالقطع في الثوب و أخذ الحافر في الدابة، فلا يعمّ مثل اللبس في الثوب و الركوب في الدابة و النظر و التقبيل في الجارية.

و الثاني غير معلوم، لاحتمال أن يكون الجزاء المحذوف من الكلام مثل قوله عليه السلام: «فقد وجب الشراء» أو قوله: «فلا شرط». و على تقدير كون الجزاء قوله عليه السلام: «فقد أحدث» لا يفيد في المطلب، إذ قد مرّ عدم كونها من أفراد حقيقة الحدث، فلا بدّ من الحمل على التنزيل،

هو: أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء، فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا و في الحيوان بكلّ تصرّف، فيكون ذلك النصّ دليلاً على المراد بالحدث هنا. و هذا حسن (٤٤٩٢) لكن إقامة البينة على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكلة.

ثمّ إنّه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد* و إن كان النصّ في خيار الحيوان دالاً على ذلك بقريضة التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمة في المراد من التعليل. لكن كلمات كثير منهم في هذا المقام أيضاً تدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرّف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة و الغنية: أنّ علّة السقوط دلالة التصرف نوعاً على الرضا. و نحوه في الدلالة على كون السقوط بالتصرّف من حيث دلالاته على الرضا كلمات جماعة ممّن تقدّم عليه و من تأخّر عنه. قال في المقنعة: فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتّى أحدث فيه حدثاً لم يكن له الردّ، وكان له أرش العيب خاصّة، وكذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، و لا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضا به منه^{١٠}، انتهى (٤٤٩٣) عدم سقوط الأرض بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهر - خصوصاً بملاحظة ما يأتي من كلام غيره - في أنّ سقوط الردّ بالحدث؛ لدلالاته على الرضا بأصل البيع، و مثلها عبارة النهاية من غير تفاوت. و قال في المبسوط: إذا كان المبيع بهيمة فأصاب بها عيباً كان له ردّها، فإذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها، و إن نتجت كان له

و عليه لا يفيد إلّا في مورده. و الظاهر عندي أنّ الإمام عليه السلام ما أجاب السائل عن حقيقة الحدث و أعرض عنه. لعدم وجوبه عليه، نظراً إلى أنّه أمر عربيّ يجب الرجوع فيه إلى العرف، و إنّما تفضل عليه ببيان مسقطيّة أمور ثلاثة وراء إحداث الحدث في خصوص الجارية.

٤٤٩٢. لاحسن فيه كما عرفت.

٤٤٩٣. ظاهر ذلك أنّ قوله: «و لا يكون إحداثه...» استيناف بياني، فيكون علّة لعدم سقوط الأرض المستفاد من قوله «وكذلك حكمه».

* في بعض النسخ زيادة: «فلا يتقيّد بالتصرّف الدالّ عليه».

نتائجها؛ كل هذا لأنه ملكه و له فيه فائدته و عليه مؤونته، و الرد لا يسقط، لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شيء من ذلك^{١١}، انتهى. و قال في الغنية: و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرض؛ لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، انتهى. و في السرائر قال في حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه: و لا يجبر على أحد الأمرين (٤٤٩٤) يعني الرد و* الأرض، قال: هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفاً يؤذن بالرضا في العادة أو ينقص قيمته بتصرفه، انتهى. و في الوسيلة: و يسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء: بالرضا، و بترك الرد بعد العلم بالعيب و المعرفة إذا عرف أن له الخيار**، و يحدث عيب آخر عنده، انتهى. و هي بعينها كعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة في أن التصرف ليس بنفسه مسقطاً إلا إذا دل على الرضا. و قال في التذكرة: لو ركبها ليسقيها ثم يردّها لم يكن ذلك رضا منه بإمساكها، و لو حلبها في طريق الرد فالأقوى أنه تصرف يؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعية: لا يكون رضا بإمساكه؛ لأن اللبن ماله و قد استوفاه في حال الرد، انتهى. و في جامع المقاصد و المسالك - في رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرض أيضاً -: أن التصرف لا يدل على إسقاط الأرض، نعم يدل على الالتزام بالعقد^{١٢}. و في التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد، انتهى. و قد ظهر (٤٤٩٥) من جميع ذلك: أن التصرف من حيث هو ليس مسقطاً، و إنما هو التزام و رضا بالعقد فعلاً، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط، و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به، كما لو وقع نسياناً أو للاختبار، و مقتضى ذلك: أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً إذا كان ممّا يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف - خصوصاً بين العلامة و من تأخر عنه -: عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

٤٤٩٤. هذا مقول «قال».

٤٤٩٥. أي: اطلع عليه.

و الذي ينبغي أن يقال (٤٤٩٦) - وإن كان ظاهر المشهور خلافه-: إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه، لا مطلق التصرف، والدليل على إسقاطه - مضافاً إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ -: ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع، ولذا تعدينا إلى خيار المجلس والشرط وحكما بسقوطهما بالتصرف، فكذا خيار العيب.

و أما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيراً للعين (٤٤٩٧) بزيادة أو نقصان أو تغيير هيئة أو ناقلاً لها بنقل لازم أو جائز وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضاً؛ لمصلحة جهيل المتقدمة.

٤٤٩٦. قد علم مما تقدم أن التصرف بعد العلم ولو كان دالاً على الرضا لا دليل على لزوم المعاملة به فيما إذا تجرد عن الإنشاء حتى فيما إذا أوجب التغيير، وأن التغيير قبل العلم مانع عن حدوث التزلزل، لا أنه مسقط للخيار بعد تحققه أو ملزم للعقد بعد جوازه.

٤٤٩٧. يعني: فإن كان على نحو لا يصدق معه قيام الشيء بعينه، بأن كان مغيراً له بنقصان جزء أو تغيير هيئة، أو كان ناقلاً للعين بنقل لازم أو جائز، فهو مسقط أيضاً، كما أن مطلق التصرف مسقط فيما إذا دل نوعاً على الرضا. وقضية قوله هذا و صريح قوله في المسقط الثالث: «فإن الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه...»، عموم المراد من قوله: «بعينه» لخصوصية المالك، وهو مشكل جداً، بل الظاهر منه هو التعينات والخصوصيات التي كانت للمبيع حين العقد و حين النقل إلى مالك آخر، فلا يعم الخصوصية الحاصلة بنفس العقد، ولذا يصح التعبير بالبقاء بعينه بعد إخراج المشتري لها عن ملكه إذا لم يتغير سائر أوصافه، ويقال: إن الشيء الفلاني باق بعينه كما كان عند المشتري، فلزوم البيع بالنقل اللازم والتلف والعق و الانعاق و أمثال ذلك مما لا يمكن معه الرد قد استفيد من قرينة خارجية، وهو حكم العقل بتوقف جواز الرد على إمكانه، فكأنه عليه السلام قال: إن كان الثوب باقياً على أوصافه التي كان عليها عند العقد رده إن أمكن رده. وبالجملة، اللزوم فيما ذكر ليس لعدم عموم المعلق عليه جواز الرد - أعني: البقاء - بعينه في مورده، بل لأجل قرينة عقلية موجبة لتقييد إطلاقه، وهو إمكان الرد إلا بدونه، وهو غير جارٍ في النقل الجائز.

و يلحق بذلك تعذر الرد بموت (٤٤٩٨) أو عتق أو إجارة أو شبه ذلك. و ظاهر المحقق في الشرايع الاقتصار على ذلك (٤٤٩٩) حيث قال في أول المسألة: و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثاً كالعتق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. و في مسألة رد المملوك من أحداث السنة (٤٥٠٠): فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش^{١٣}، انتهى. و هو الظاهر من المحكي عن الإسكافي، حيث قال: فإن وجد بالسلعة عيباً و قد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردّها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطء للأمة و القطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه، كان له فضل ما بين الصحة و المعيب، انتهى. و هذا هو الذي ينبغي أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم، و أمّا ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث تطمئن به النفس، و أقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة (٤٥٠١) بضميمة ما تقدّم (٤٥٠٢) في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و اللمس، و قيام النصّ و الإجماع على سقوط ردّ الجارية بوطئها قبل العلم، مع عدم دلالة على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين، و إطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبارات كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها.

٤٤٩٨. ينبغي عدّ النقل اللازم في عداد تعذر الردّ.

٤٤٩٩. يعني: على التصرف المغير.

٤٥٠٠. روى عليّ بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «سمعتَه يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، و في غير الحيوان أن يتفرّقاً، و أحداث السنة تردّ بعد السنة. قلت: و ما أحداث السنة؟ قال عليه السلام: الجنون و الجذام و البرص و القرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يردّ على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه». و الروايات في ذلك كثيرة.

٤٥٠١. يعني بما ذكره في أوائل المسألة بقوله: «في الصحيح أيما رجل اشترى...».

٤٥٠٢. إذ هي مع قطع النظر عن ضمّه و جعله شرحاً للحدث في الصحيحة ظاهرة في تغيير العين، كما ذكره سابقاً بقوله: «فلا تدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل الرسالة من أن العبرة بتغيير العين و عدم قيامها بعينها».

و في فحوض ذلك (٤٥٠٣) كَلَّه لتقييد إطلاق أخبار الردّ خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد، كالنصّ بردّ الجارية بعد ستة أشهر، و ردّ الجارية إذا لم يطأها وردّ المملوك من أحداث السنة نظراً، بل منع، خصوصاً معاقد الإجماع؛ فإنّ ثقل الإجماع كالعلامة والحلي و ابن زهرة قد صرّحوا في كلماتهم المتقدمة بأنّ العبرة بالرضا بالعقد، فكان دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهرة في الغنية حيث إنّه اختار ما قوّناه من التفصيل بين صورتي العلم والجهل (٤٥٠٤) و المغير وغيره. قال الله: و خامسها يعني مسقطات الردّ التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلاّ بملكه (٤٥٠٥) أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنّه يمنع من الردّ لشيء من العيوب، و لا يسقط حق المطالبة بالأرض، لأنّ التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، وكذا حكمه لو كان قبل العلم بالعيب وكان مغيراً للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع*. و إن لم يكن كذلك فله الردّ بالعيب إذا علم ما لم يكن أمة فيطأها** فإنّه يمنع من

٤٥٠٣. هذا خبر مقدّم لقوله: «نظر بل منع». و مراده من التقييد في العبارة في الموردين هو تقييد إطلاق أخبار الردّ - الشامل لصورة التصرف مطلقاً و إن لم يغير العين - بصورة عدم التصرف الغير المغير للعين. و أمّا تقييد إطلاقها بصورة عدم التصرف المغير فهو مسلّم لا إشكال فيه.

٤٥٠٤. يعني: بالحكم بأنّ التصرف بعد العلم بالعيب مانع عن الردّ مطلقاً و إن لم يكن مغيراً للعين، و الحكم بأنّه قبل العلم به مانع عنه لا مطلقاً بل في خصوص ما إذا كان مغيراً لها. و لو قال: بين صورتي العلم والجهل بإطلاق التصرف في الأولى و تقييده بالمغير في الثاني، لكان أولى.

٤٥٠٥. هذا صفة احترازية للتصرف، و «بعد العلم» متعلّق به. و «الحاصل له» صفة «الإذن». و ضمير «له» راجع إلى المتصرف المستفاد من التصرف. و صلة «الحاصل» و هو قوله: من المالك محذوف، يعني: أو بالإذن الحاصل من المالك للمتصرف. و ضمير «لم يكن» راجع إلى التصرف. و قوله: «وطي الجارية» خير «لم يكن...». هذا، و لكنّ الموجود في الغنية

** في بعض النسخ: بدل «أمة فيطأها»، و طء الجارية.

* في بعض النسخ زيادة: الثوب.

ردّها لشيء من العيوب إلاّ الحبل^{١٤}، انتهى كلامه (٤٥٠٦). و قد أجاد^{١٥} فيما استفاده من الأدلة. و حكى عن المبسوط أيضاً: أنّ التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار. لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الردّ، فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير. و ظاهر المقنعة و المبسوط: أنّه إذا وجد العيب بعد عتق العبد (٤٥٠٧) و الأمة، لم يكن له ردّها، و إذا وجده بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الردّ و* أرض العيب، و فرقاً بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق.

و يرده - مع أنّ مثلهما تصرف يؤذن بالرضا - مرسله جميل؛ فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة، و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له في ذلك و لذا اعترض عليهما الحلّي بالنقض بما لو باعه بخيار مع أنّه لم يقل أحد من الأمة بجواز الردّ حينئذ بعد** ما ذكر: أنّ

هكذا: «ما لم يكن المبيع أمة فيطأها، فإنّ ذلك يمنع...».

٤٥٠٦. ذيل العبارة هكذا: «فإنّها تردّ بـ و معها نصف عشر قيمتها لأجل الوطي على ما مضى، كلّ ذلك بدليل الإجماع من الطائفة. و أحداث السنة: الجنون و الخذام و البرص، فإنّه يردّ بكلّ واحد من ذلك العبد و الأمة إلى مدّة سنة، إذ لم يمنع من الردّ مانع، بدليل الإجماع المشار إليه أيضاً» انتهى كلامه زيد في علو مقامه.

٤٥٠٧. ما ذكره هو الحقّ الموافق للتحقيق الذي ذكرناه، لأنّ العتق مثال لكلّ ما لا يمكن معه الردّ، و التدبير و الوصية مثال لكلّ ما يمكن معه ذلك، و يشهد لذلك ما ذكره في وجه الفرق. و إيذان التدبير و الوصية بالرضا في مورد كلامهما - و هو ما قبل العلم بالعيب - ممنوع. و لو سلّم فلا دليل على الاكتفاء به في الإسقاط فيما إذا تجرّد عن الإنشاء. و مرّ أيضاً أنّ النقل اللازم فضلاً عن الجائز فضلاً عن التدبير و الوصية - اللذين ليس فيهما إخراج عن الملك فعلاً - لا يضرّ في صدق قيام العين. و أمّا اعتراض الحلّي، فإن أراد من البيع الخياري ذلك قبل العلم بالعيب فقط أو مطلقاً، ففيه: أنّ عدم قول أحد من الأمة بجواز الردّ فيه بعد العلم بالعيب ممنوع عليه أشدّ المنع، لما تقدّم أنّ ظاهر كلماتهم حتّى الحلّي أيضاً أنّ التصرف مسقط من جهة دلالة على الرضا، و لادلالة له عليه إذا كان قبل العلم كما اعترف به المصنّف

الذي يقتضيه أصول المذهب: أن المشتري إذا تصرف في المبيع فإنه لا يجوز له رده، و
لا خلاف في أن الهبة و التدبير تصرف.

و بالجملة، فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكّل.
و العجب من المحقق الثاني أنه تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزة، مع تصريحه في مقام آخر
بما عليه الأكثر.

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف، فإنه يسقط الخيار هنا، بخلاف الخيارات
المتقدمة الغير الساقطة بتلف العين. و المستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطة الرد في الرسالة
السابقة بقيام العين، فإن الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه (٤٥٠٨)، فلو تلف أو انتقل إلى
ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انتقل العبد على المشتري، فلا رد.

و مما ذكرنا ظهر أن عدّ انعقاد (٤٥٠٩) العبد على المشتري مسقطاً برأسه كما في
الدروس^{١٥} لا يخلو عن شيء. نعم، ذكر أنه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف، و هو
أيضاً لا يخلو عن شيء (٤٥١٠)، و الأولى ما ذكرناه. ثم إنه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز
رده؛ للأصل (٤٥١١) خلافاً للشيخ بل المفيد رحمته الله.

فيما سبق. و إن أريد منه خصوص البيع الخياري بعد العلم بالعيب، ففيه: بعد تسليم عدم
القول بجواز الرد فيه و تسليم حجّيته أنه لامساس له لمورد كلامهما، أعني: التصرف في ما قبل
العلم، مع أنه لاحجّة فيه، للقطع بعدم استنادهم إلى دليل تعديّ وصل إليهم دوننا، و إنما
استندوا فيه إلى توهم عدم صدق القيام بعينه كما ذكره المصنّف رحمته الله، أو إلى أن الرضا الباطني
المدلول عليه بالفعل مسقط، و قد مرّ الإشكال في كليهما.

٤٥٠٨. قد عرفت فيما سبق أن الظاهر منه اعتبار بقائها على ما كانت عليه من
الخصوصيات غير خصوصيّة المالك، و البقاء بذلك المعنى موجود مع الانتقال إلى الغير و الإجارة
و الرهن و الانعقاد و الإباق. و عرفت أيضاً أن عدم جواز الرد مع واحد منها إنما هو لانتفاء
ما هو شرط له عقلاً، و هو إمكان الرد، لا لعدم قيام المبيع بعينه.

٤٥٠٩. يعني: من جعل الانعقاد في حكم التلف.

٤٥١٠. لأن الظاهر من التصرف هو الاختياري، و الانعقاد أمر قهري.

٤٥١١. إن كان الخروج عن الملك بنقل جائز فيجوز رده، لأصالة بقاء الجواز الثابت

فرع: لاخلاف نصاً و فتوى في أن وطء الجارية يمنع عن ردّها بالعيب، سواء قلنا بأن مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائماً بعينه، غاية الأمر كون الوطء على هذا القول مستثنى عن التصرف الغير المغير للعين كما عرفت من عبارة الغنية مع أن العلامة رحمته الله علّل المنع في موضع من التذكرة بأن الوطء جنائية (٤٥١٢)، و لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة (٤٥١٣) كسائر جنائيات المملوك.

و قد تقدّم في كلام الإسكافي أيضاً: أن الوطء ممّا لا يمكن معه ردّ المبيع إلى ما كان عليه قبله، و يشير إليه (٤٥١٤) ما سيجيء في غير واحد من الروايات من قوله: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً!» (٤٥١٥) فإنّ فيه إشارة إلى أنّه لو ردّها لا بدّ أن يردّ معها شيئاً (٤٥١٦)

قبل النقل، بل يمكن الاستدلال على ذلك بمرسلة جميل المتقدمة، لصدق البقاء بعينه - المعلق عليه الجواز - مع عدم العود فضلاً عن العود. و إن كان بنقل لازم فكذاك أيضاً، للمرسلة المذكورة، لأنّ ما يحكم به العقل من شرطية القدرة أو مانعية العجز عنه حكم مادامي كما في فعليّة التكليف، فالجواز و عدمه يدور مدار العجز و عدمه، فمهما أمكن له الردّ يجوز و لو كان بالعود إلى ملكه، و مهما لم يمكن لايجوز. و من هنا يعلم جواز الردّ بعد انقضاء مدّة الإجارة و فكّ الرهن و رجوع الآبق.

٤٥١٢. يعني: فيكون مغيراً، فيكون إسقاطه للردّ على طبق القاعدة المستفادة من النصّ.

٤٥١٣. كما في صورة كون الجارية الموطوءة بعد الشراء معيبة بعيب الحبل.

٤٥١٤. أي: إلى كون الوطي من الجناية التي لا يصدق معها بقاء الأمة على ما كانت عليه قبلها.

٤٥١٥. الوارد في تلك الروايات مقام العلة لسقوط الردّ بالعيب بالوطي.

٤٥١٦. و ذلك لأنّ جعله علة للحكم بعدم جواز الردّ متوقّف على أمرين: الأوّل: هو الملازمة بين ردّها و ردّ شيء معها بحيث لا ينفك الأوّل عن الثاني. و الثاني: انتفاء اللازم، و هو ردّ شيء معها، لعدم إمكان الالتزام به. وجه التوقّف عليهما غني عن البيان. و قد أفاد رحمته الله الأمر الثاني بنفس التعبير «معاذ الله» من جهة دلالتها على أنّ جعل الأجر على الرادّ شيء من شأنه

أن يستعاذ منه بالله، و لا يكون هذا إلا إذا كان باطلاً لا يمكن الالتزام به شرعاً. و أما الأمر الأول فقد أفاده بجعل القول المزبور علة للحكم بعدم جواز ردّ الجارية بالتقريب الذي ذكرناه. و بالجملة، المعنى: أن الجارية بعد الوطي لا يجوز ردّها بالعيب، لأنه لا يمكن جعل الأجر على رادّها، لعدم جعل الشارع له، فمعه يكون جعله عليه تشريعاً محضاً، و هو لا يجوز. و لا يتمّ هذا التعليل إلا إذا كان جعل الأجر عليه لازماً لجواز ردّها بحيث لا يمكن انفكاكه عنه، فتعليل عدم جواز ردّ الجارية بما ذكر من قبيل تعليل انتفاء الملزوم بانتفاء اللازم. فالقول المذكور بملاحظة وقوعه علة لعدم جواز ردّ الجارية لاشبهه في دلالة على الملازمة بين الأمرين.

إن قلت: نعم، و لكنّه يدلّ على الملازمة بين جواز ردّها و بين ردّ شيء بعنوان الأجر و عوض المنفعة المستوفاة كما هو قضية التعبير بالأجر، لا بينه و بين ردّ شيء بعنوان تدارك الجناية الحاصلة بالوطي، و أين هذا من الدلالة و الإشارة إلى المقصود من كون الوطي جناية؟

قلت: نعم، الأمر كما ذكرت لو أمكن إرادة ظهور الأجر في كونه عوض منفعة الوطي، لكنّه لا يمكن، ضرورة عدم الأجرة على المالك في استيفاء منافع ملكه و لو اتفق أنّه ردّه لأجل الخيار، بناءً على حصول الملك بمجرّد العقد، و بناءً على أنّ الفسخ يؤثر من حينه لا من حين العقد، فلا بدّ أن يراد منه خلاف ظاهره، و ليس إلاّ كونه عوض الجناية و تداركها، فحينئذ يتمّ دلالة على المدعى، إذ حينئذ يكون المعنى: معاذ الله أن يجعل لها تدارك الجناية.

إن قلت: ما المصحح للتعبير عنه بالأجر، و لالعلاقة بين عوض المنفعة و أرش الجناية؟

قلت: المصحح له هو التنزيل العرفي و كونه عندهم بمنزلة الأجرة.

إن قلت: ما الداعي إلى العدول عن التعبير بأرش الجناية إلى التعبير بالأجر، مع ما فيه ممّا يوجب الاحتياج إلى دفعه؟

قلت: الداعي إليه كونه أدخل في المطلب، من جهة كونه إلزاماً للرعيّة بمعتقدهم، لأنهم من جهة أنفسهم بما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع قد ارتكز في أذهانهم بطلان الأجر على الفروج، فعبروا بذلك لكونه أدخل في القبول.

إن قلت: كيف يكون الحكم برّد أرش الجناية باطلاً، و قد دلّت جملة من الروايات الآتي ذكرها على ثبوته في وطي الحبل، و لافرق في ذلك بين الحبل و غيرها؟

قلت: قد مرّ أنّه لا وجه لبطلان ذلك إلاّ التشريع الناشئ من عدم الجعل، و هو مخصوص

في مسقطات خيار العيب ٤٠٣

تداركاً للجناية؛ إذ لو كان الوطاء مجرد استيفاء منفعة لم يتوقف ردّها على ردّ (٤٥١٧) عوض المنفعة، لإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يتراءى في نظر العرف [من كون هذه الغرامة كأنها أجرة للوطاء]*. و حاصل معناه (٤٥١٨): أنّه إذا حكمت بالردّ مع أرش جنائيتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجرة وهي ممنوعة شرعاً؛ لأنّ إجارة الفروج غير جائزة. و هذا إنّما وقع من أمير المؤمنين عليه السلام مبنياً على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع، فلا يقال: إنّ المتعة مشروعة، و قد ورد «أنّ المنقطعات مستأجرات» فلاوجه للاستعاذة بالله من جعل الأجرة للفروج. هذا ما يخطر عاجلاً بالبال في معنى هذه الفقرة، و الله العالم. وكيف كان، ففي النصوص المستفيضة الواردة في المسألة كفاية: ففي صحيحة ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جارية فوقع عليها؟ قال: إن وجد فيها عيباً فليس له أن يردها، و لكن يردها عليه بقيمة ما نقصها العيب. قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم» ١٦. و صحيحة ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «أنّه سئل عن الرجل يتاع الجارية فيقع عليها، فيجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: لا يردها على صاحبها، و لكن يقوم ما بين العيب و الصحة، و يردها على المتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً» ١٧. و رواية ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان عليّ لا يردها الجارية بعيب إذا وطئت، و لكن يرجع بقيمة العيب، و كان يقول: معاذ الله! أن أجعل لها أجراً... الخبر» ١٨. و في رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم رأى فيها عيباً، قال: تُقوّم و هي صحيحة، و تُقوّم و بها الداء، ثم يردها البائع على المتاع فضل ما بين القيمتين**». و ما عن حماد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، يقول: «قال عليّ

بغير الخبلى، لأجل تلك الروايات المقيّدة لإطلاق هذا القول، فافهم.

٤٥١٧. لأنّ منافع المبيع في زمن الخيار للمالك بلا عوض بإزائها.

٤٥١٨. يعني: حاصل معنى قوله عليه السلام: «معاذ الله...» أنّه إذا حكمت بردها لا بدّ أن

أحكم بردها أرش الجناية معها، و إذا حكمت بردها الأرض لزم التشريع و تجويز ما لم يجعل في الشرع واقعاً و ظاهراً. و أمّا واقعاً فواضح. و أمّا ظاهراً و بحسب اعتقاد الناس فلاّنه في

* ما بين المعقوفين لم يرد في بعض النسخ. ** في بعض النسخ: بدل «القيمتين»، الصحة و الداء.

بن الحسين عليه السلام: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها، ثم ظهر على عيب: أن البيع لازم، وله أرش العيب» ١٩ إلى غير ذلك مما سيجيء (٤٥١٩).

ثم إن المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار* لجميع أفراد العيب** الحمل (٤٥٢٠)؛ فإنه عيب إجماعاً كما في المسالك، إلا أن الوطاء لا يمنع من الرد به، بل يردّها و يردّ معها العشر أو نصفه على المشهور بينهم. و استدوا في ذلك إلى نصوص مستفيضة: منها: صحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل اشترى جارية حبلى و لم يعلم بحبلها فوطأها؟ قال: يردّها على الذي ابتاعها منه، و يردّ عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها، و قد قال علي عليه السلام: لا تردّ التي ليست بحبلى (٤٥٢١) إذا وطأها صاحبها، و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» ٢٠. و رواية عبد الملك بن عمرو*** عن

أنظارهم منزل منزلة الأجرة التي هي عندهم - لأجل تبعيتهم لمعولات الثاني - غير جائزة، فتزيل الأمير عليه السلام أرش الجنابة منزلة الأجرة المستفاد من التعبير بالأجر دون الأرش - مع أن حكم المنزل عليه و هو الأجر هو الجواز لا عدم الجواز - إنما وقع منه عليه السلام بلحاظ اعتقادهم الباطل، فتأمل.

٤٥١٩. يشير بالموصول إلى قوله في صحيحة ابن سنان: «و قد قال علي عليه السلام: لا تردّ التي ليست بحبلى...»، و الفقرة الأولى من رواية عبد الملك الأولى قال: «لا تردّ التي ليست بحبلى...».

٤٥٢٠. لا يخفى عليك أن مورد استثنائهم هو خصوص عيب الحمل من غير المولى، و أما مورد عيب الحمل من البائع فخروجه من أخبار مانعة الوطى عن الردّ إنما هو من بساب التخصص لا التخصيص و الاستثناء.

٤٥٢١. يمكن أن يكون الغرض من ذكره ردّ ما نقله بعض العامة عنه عليه السلام مسن أن الموطوءة لا تردّ، و أن المراد من الموطوءة فيه غير الحبلى، فلا منافاة بين الروایتين. و يمكن أن يكون الغرض منه الاستدلال على ما ذكره بمفهوم الوصف الوارد في كلام الأمير عليه السلام. و يحتمل

** في بعض النسخ: بدل «العيب»، المعيب.

* في بعض النسخ زيادة: الشاملة.

*** في بعض النسخ: عمير.

أبي عبد الله عليه السلام، قال: «لا تردّ التي ليست بحُبلَى إذا وطأها صاحبها و له أرش العيب، و تردّ الحُبلَى و يردّ معها نصف عشر قيمتها»^{٢١}. و زاد في الكافي، قال: و في رواية أخرى: «إن كانت بكرًا فعشر قيمتها*، و إن كانت ثيبًا فنصف عشر قيمتها»^{٢٢}. و مرسله ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع جارية حُبلَى و هو لا يعلم، فنكحها الذي اشترى؟ قال: يردّها و يردّ نصف عشر قيمتها»^{٢٣}. و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها فيجدها حُبلَى؟ قال: تردّ و يردّ معها شيئًا». و صحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية الحُبلَى فينكحها؟ قال: يردّها و يكسوها»^{٢٤}. و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية و هي حُبلَى فيطأها؟ قال: يردّها و يردّ عشر قيمتها»^{٢٥}».

هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات، و قد عمل بها المشهور (٤٥٢٣)، بل ادّعي على ظاهرها الإجماع في الغنية^{٢٦} (٤٥٢٤) كما عن الانتصار،



أن يكون الغرض بيان حكم آخر.

٤٥٢٢. قيل: المشهور في وجه الجمع بينه و بين الروايات الحاكمة على ردّ نصف عشرها حمل هذا على ما إذا كانت بكرًا، لإمكان الحمل بالمساحقة أو بالوطي في الدبر. و يشهد على هذا الجمع مرسله الكافي المتقدمة: «إن كانت بكرًا فعشر قيمتها، و إن كانت ثيبًا فنصف عشر قيمتها» كما يشير إلى ذلك المصنّف فيما بعد.

٤٥٢٣. يعني: عمل بها المشهور بالنسبة إلى مورد ظهور الحمل من غير المولى في قبّال إطلاق أخبار منع الوطي عن الردّ، و استثنوا هذه الصورة من عمومها، لأنّ خروج صورة كون الحمل من المولى عن تحتها و لزوم الردّ فيها لا يختصّ بالمشهور.

٤٥٢٤. الموجود فيها في هذا المقام: «فإن وجد بها عيباً بعد أن وطئها لم يكن له ردّها، وكان له أرش العيب خاصّة. اللهمّ إلّا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردّها على كلّ حال و طئها أو لم يطأها، و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها». انتهى. و هي - مضافاً إلى خلوّها عن دعوى الإجماع - بعينها عبارة النهاية التي جعلها ظاهرة في خلاف المشهور. و لعلّ

و عدم الخلاف في السرائر.

خلافاً للمحكي عن الإسكافي، فحكم بالردّ مع كون الحمل من المولى (٤٥٢٥)؛ لبطان بيع أمّ الولد، حيث قال: فإن وجد في السلعة عيباً كان عند البائع وقد أحدث المشتري في السلعة ما لا يمكن ردّها إلى ما كانت عليه قبله كالوطء للأمة أو القطع للشوب أو تلف السلعة بموت أو غيره، كان للمشتري فضل* ما بين الصحة و العيب دون ردّها، فإن كان العيب ظهور حمل من البائع و قد وطأها المشتري من غير علم بذلك، كان عليه ردّها و نصف عشر قيمتها، انتهى. و اختصاره في المختلف، و هو ظاهر الشيخ في النهاية (٤٥٢٦) حيث قال: فإن وجد بها عيباً بعد أن وطأها لم يكن له ردّها و كان له

نظر المصنّف إلى عبارة أخرى غير ما ذكرناها، فلا بدّ من مزيد التّبع في الغنية. نعم، نقل الإجماع عن الانتصار و نقل نفى الخلاف عن السرائر حقّ. قال الله في الانتصار: «مسألة: و ممّا انفردت به الإماميّة القول بأنّ من ابتاع أمة فوجد بها عيباً ما عرفه من قبل بعد أن وطئها لم يكن له ردّها، و كان له أرش العيب، إلّا أن يكون عيبها من حبل فله ردّها مع الوطي، و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها. و خالف باقي الفقهاء في ذلك». ثم ذكر أقوالهم و الخلاف بينهم إلى أن قال: «دليلنا على صحة ما ذهبنا إليه الإجماع المتردّد. و ليس يجري وطي الثيب مجرى وطي البكر، لأنّ وطي البكر إتلاف لجزء منها، و ليس كذلك الثيب». انتهى. و قال في السرائر: «فإن وجد بها عيباً بعد أن وطئها لم يكن له ردّها، و كان له أرش العيب خاصّة. اللهم إلّا أن يكون العيب من حبل، فله ردّها على كلّ حال و طئها أو لم يطأها، و يردّ معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً، و إن كانت بكرأ فعشر قيمتها بغير خلاف» انتهى.

٤٥٢٥. يعني: خصّص الحكم بالردّ بهذه الصورة، حيث قيّد الحمل بكونه من البائع، فيكون صورة كون الحمل من غيره باقية تحت إطلاق حكمه في صدر عبارته بعدم جواز ردّ الأمة بعد الوطي، و هو خلاف مذهب المشهور.

٤٥٢٦. وجه الظهور: حكمه بلزوم الردّ من عيب الحمل، لاختصاصه بصورة كونه من المولى، فيكون غيرها باقية تحت إطلاق حكمه بعدم جواز الردّ مع الوطي في صدر العبارة.

أرشد العيب خاصة، اللهم إلا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردّها على كلّ حال وطأها أو لم يطأها و يردّ معها إذا وطأها نصف عشر قيمتها، انتهى. ويمكن استفادة هذا من إطلاق المبسوط القول (٤٥٢٧) بمنع الوطء من الردّ؛ فإنّ من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرّضه لحكمه مع اشتهاار المسألة في الروايات و السنة القدماء. و قال في الومييلة (٤٥٢٨): إذا وطأ الأمة ثم علم بها عيباً لم يكن له ردّها، إلا إذا كان العيب حملاً و كان حرّاً، فإنّه وجب عليه ردّها و يردّ معها نصف* عشر قيمتها، و إن كان الحمل مملوكاً لم يجب ذلك ٢٧، انتهى. و ظاهر الرياض اختيار هذا القول.

٤٥٢٧. يعني: استفادة مانعية وطي الحامل من غير المولى عن الردّ كغير الحامل من إطلاق الشيخ في المبسوط القول بأنّ الوطي مانع عن الردّ و عدم تخصيصه بغير الحبل، فإنّه يدلّ على أنّ حكم وطي الحبل من غير المولى عند الشيخ هو المنع عن الردّ كغير الحبل، إذ لو لم يكن كذلك فإنّما أن يكون قد تعرّض له الشيخ و أدّى نظره في حكمه إلى جواز الردّ، غاية الأمر لم يستثنه من هذا الإطلاق، و إمّا أنّه لم يتعرّض لهذا أصلاً كي يعلم مذهبه فيه، فيعلم منه الخلاف أو الوفاق. و كلّ واحد من الاحتمالين مع اشتهاار المسألة في الروايات و السنة الأصحاب بعيد جدّاً، فتعيّن اندراجها عنده تحت إطلاق أدلة منع الوطي عن الردّ، و لازمه مخالفة المشهور.

٤٥٢٨. ظاهر كلامه هذا شيء آخر وراء مذهب المشهور و مذهب الإسكافي، فإنّ مفاده الفرق بين كون الحمل حرّاً - سواء كان من المولى أو من حرّ آخر - و بين كونه مملوكاً، بأن كان من عبد أو من حرّ مع اشتراط رقية الولد، بوجوب الردّ في الأوّل و عدمه في الثاني. و مذهب المشهور هو الفرق بين كون الحمل من المولى خاصة و بين كونه من غيره، حرّاً كان الولد أم عبداً، بوجوب الردّ في الأوّل، نظراً إلى بطلان البيع، لكون المبيع أم ولد، و جوازه في الثاني، استناداً إلى هذه الأخبار المتقدمة قبال إطلاقات أدلة منع الوطي عن الردّ. و مذهب الإسكافي هو الفرق بين كونه من المولى خاصة و بين كونه من غيره و لو كان الولد حرّاً، بوجوب الردّ في الأوّل، لبطلان بيع أم الولد، و عدم جوازه في الثاني، عملاً بإطلاق أدلة

أقول*: ظاهر الأخبار المتقدمة في بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور إلا أن العمل (٤٥٢٩)

المنع. اللهم إلا أن يقال: إن مراده من حرية الولد كونه من المولى، و من مملوكيته كونه من غيره، و الإطلاق في كلامه في الموردين وارد مورد الغالب، و يشهد على ذلك حكمه بوجوب الرد مطلقاً في الشق الأول، مع أنه لا وجه له في غير صورة كونه من المولى. و على هذا يكون موافقاً للمشهور، إلا أن يكون مراده من عدم الوجوب في الشق الثاني عدم الجواز لا الجواز، فيكون حينئذ موافقاً للإسكافي، و لكنه كما ترى، فافهم.

٤٥٢٩. في تحرير الإشكال على المشهور ما لا يخفى من الإشكال، إذ الاستدراك بقوله: «إلا أن العمل بهذه الأخبار يستلزم مخالفة الظهور» مما لامعني له بعد تسليم ظهور الأخبار المذكورة فيما ذكره المشهور من أن الحبلى يجوز للمشتري بعد وطئها جهلاً بالحبل أن يردها بخيار عيب الحبل فيما إذا كان الحبل من غير المولى، الذي مدركه ما يشير إليه فيما بعد ذلك بقوله: «و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدم...» من إطلاق الحبلى الشامل لكونه من غير المولى أيضاً، أو ظهور اختصاصها بما لم يكن من المولى لما يأتي بيانه، حيث إن مرجع الإشكال على المشهور حينئذ إلى الإشكال على تقديمهم تلك الأخبار الخاصة على ما هو أعم منها مطلقاً من القواعد العامة الثابتة بالأدلة العامة، و هو كما ترى، لأن تقدم الخاص على العام و تخصيصه به من الضروريات.

فالأولى في تحرير الإشكال عليهم أن يقال: و الإنصاف أن الأخبار المتقدمة و إن استند إليها المشهور في حكمهم بعدم مانعية وطئ الحبلى عن ردها بعيب الحمل عن خيار العيب، إلا أنه لا ظهور لها في ذلك، إذ لا منشأ له إلا ما ذكرناه من إطلاق الحبلى، أو ظهورها في خصوص ما إذا كان الحمل من غير المولى. و في كليهما نظر بل منع. أما الأول - و هو الإطلاق - فلائكه بعد الغرض عن ورودها مورد الغالب من كون الحمل من المولى البايع - فتأمل - مبني على انتفاء ما يوجب التقييد، و هو موجود في الروايات، لأن قوله عليه السلام «رد» في هذه الأخبار مقروناً بالحبلى - من جهة كونه جملة خبرية قد وقعت موقع الإنشاء - ظاهر في وجوب الرد،

و مع وجودها هذا يتعين كون المراد من الحبلى هو الحبلى من المولى، لعدم وجوب الرد في غيرها.

و لو سلمنا الإطلاق فهو معارض بظهور الجملة الخيرية في الوجوب، فيدور الأمر بين حفظ الإطلاق و التصرف في ظهور الجملة في الوجوب بالحمل على الجواز بالمعنى الأعم المقابل لعدم الجواز، فيباح الرد فيما إذا كان الحمل من غير المولى و يجب فيما إذا كان منه، و بين حفظ ظهورها في الوجوب و تقييد الإطلاق بصورة كون الحمل من المولى. و التصرف في ظهور الجملة بما ذكر - بعد الغض عن بعده في نفسه، و كونه بلا قرينة عليه، عكس التصرف في الإطلاق، و تقييد كون الحمل من المولى، لقربه و كون ظهور الجملة في الوجوب قرينة عليه - لإشكال في كونه مرجوحاً بالقياس إلى مقابله، لاستلزامه التصرف و التخصيص في عمومات آخر، فيكون نظير دوران الأمر بين وحدة التصرف و تعدده، و لاريب في رجحان الأول على الثاني، و نتيجته بقاء فتوى المشهور بعدم مانعية وطى الحبلى من غير المولى عن الرد بعيب الحمل خالياً عن الدليل، لانتفاء ما يوجب تخصيص عمومات أدلة منع الوطى عن الرد بمطلق العيب الشامل لعيب الحمل.

فإن قلت: منعتك لإطلاق الحبلى لصورة كون الحمل من غير المولى مبني على ظهور الجملة الخيرية في الوجوب التكليفي. و يمكن منع المبنى أولاً: بمنع ظهورها في الوجوب مطلقاً. و ثانياً: منع ظهورها فيه في أبواب المعاملات، و إنما هي للإرشاد إلى البطلان في فرد من المطلق و إلى الخيار في فرد آخر منه، كما هو الشأن في الأوامر و النواهي الواردة في أبواب المعاملات إلا ما شذ. و ثالثاً: بوجود المانع عن ذاك الظهور، و هو ورودها في مقام توهم الحظر، إذ يكفي فيه كون بعض أفراد المطلق كذلك.

قلت: هذه الوجوه لمنع المبنى و إن ذكرها السيد الأستاذ رحمته الله و اعتمد عليها، إلا أن الظاهر فسادها. أما الأول فلما قرّر في الأصول، و ليس هنا محل ذكره. و أما الثاني فلأن ظهورها في الوجوب الإرشادي - أي: بداعي الإرشاد - كافٍ في المطلب، لأن حفظ الإطلاق لا بد فيه من رفع اليد عن ظهورها في الوجوب الإرشادي، و حمله على الجواز بالمعنى الأعم. و أما الثالث فواضح، ضرورة أنه كيف يكفي ذلك، و هل هو إلا رفع اليد عن ظهوره في الوجوب في فرد لوقوعه عقيب توهم الحظر بالقياس إلى فرد آخر؟

هذا تمام الكلام في إبطال ظهور الأخبار فيما ذكره المشهور من جهة الاستناد إلى إطلاق الحبلى. و أما ظهورها فيه من جهة ظهور الحبلى فيها في الاختصاص بكون الحمل من غير المولى، فيمكن أن يكون الوجه فيه ما قيل - و قائله ليس ببالي - إن الرد في لسان الأخبار ظاهر في الفسخ، و هو مختص بالصورة المذكورة. و فيه منع واضح لو لم يكن قرينة على إرادة البطلان أو الفسخ، كما في المغصوب مردود و المعيوب مردود.

و يمكن أن يكون الوجه فيه ما ذكره غير واحد من المحققين - و أحسنهم بياناً سنيدنا الأستاذ - من أن صحيحة ابن سنان و رواية عبد الملك ظاهرتان في الاختصاص بكون الحمل من غير المولى. أما الصحيحة فلائها من جهة اشتغالها على قول الأمير (عليه و على أولاده أفضّل الصلاة و السلام): «لا تردّ التي ليست بحبلى...» لا يمكن حملها على بيع أم الولد الذي يكون الرد فيه من جهة البطلان، إذ عليه يكون نقل قوله عليه السلام الصريح في الرد بالعيب من جهة الخيار لغواً. و أما رواية عبد الملك فلائ الظاهر أن المراد من الرد في النفي و الإثبات في الفقرتين من حيث السبب الموجب له شيء واحد، و المراد من الرد المنفي في غير الحبلى هو الرد بسبب الخيار، فكذلك في الرد المثبت في الحبلى.

هذا، و فيه: أن الغرض من ذكر قول الأمير عليه السلام دفع وهم. أما الوهم فهو أنه كيف حكمت بعدم التفاوت بين صورتي الوطي و عدمه في وجوب ردّ الحبلى، و قد حكم الأمير عليه السلام بعدم جواز ردّ الجارية المشتراة إذا وطئت؟ فإنه بإطلاقه يعمّ ما إذا كانت حبلى من المولى أيضاً، فيدلّ حكمه هذا على عدم جواز ردّها أيضاً، فيستكشف من ذلك كونها ملكاً للمشتري مع الوطي قبل ذلك، لاختصاص بطلان بيع أم الولد بغير هذه الصورة.

و أما الدفع فهو أن كلام الأمير و إن كان مطلقاً إلا أنه لم يرد منه إلا الجارية التي حكم فيها بعدم جواز الردّ بعد الوطي و لزوم الأرض، و هي التي ليست بحبلى من المولى. فمعنى الصحيحة بناءً على كون المراد من الحبلى خصوص الحامل من المولى - كما هو قضية ظهور جملة «تردّ» في الوجوب - أنه سأله عن رجل اشترى جارية حبلى من المولى و لم يعلم بحبلها منه فوطئها ثم علم بحبلها، فهل الحكم كما لو علم به قبل الوطي من لزومه الردّ، لبطلان بيع أم الولد، أم لا بل لا يجوز الردّ؟ و منشأ السؤال عن ذلك توهم اختصاص بطلان بيع أم الولد بغير هذه الصورة. فأجاب عليه السلام بما شرّحه أن الحكم بين العلم قبل الوطي و بينه بعده لم يتفاوت إلا

على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه* (٤٥٣٠): أحدها: من حيث مخالفة ظهورها (٤٥٣١) في وجوب ردّ الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى، حتى تكون

في لزوم ردّ العقر في الثاني و عدمه في الأول، فلا فرق في بطلان بيع أمّ الولد بين العلم به و عدمه، و على الثاني بين الوطي و عدمه. و أمّا قول الأمير عليه السلام و قضائه بعدم جواز ردّ الجارية المشتراة بالعيب بعد الوطي و لزوم الأرش، فلا تتوَقَّم من إطلاقه - الشامل لصورة كون الجارية حبلى من المولى - تفاوتاً في الحكم و اختصاص البطلان بغير الصورة المفروضة في السؤال، فإنّ مراده عليه السلام من المطلق غير مورد السؤال، أعني: الجارية التي ليست بحبلى من المولى، فعلى القول باختصاص مورد السؤال ببيع أمّ الولد لا يكون ذكره لغواً.

و أمّا رواية عبد الملك فكون جهة الردّ في مورد الإثبات عين ما هو في مورد النفي لآيئة و لآيئة، بل ظهور «تردّ» في الوجوب قرينة على كون المراد من الحبلى في الفقرة الثانية هي الحبلى من المولى، و بواسطته يعلم أنّ المراد منها في الفقرة الأولى أيضاً ذلك، فيكون معنى الرواية: أنّ الحبلى من المولى يجب ردّها، لبطلان بيع أمّ الولد، و غير الحبلى من المولى لا يجوز ردّها، للزوم المعاملة. فتحصل أنّ تلك الأخبار لاتصلح مدركاً للمشهور فيما ذكره من عدم مانعية الوطي عن ردّ الحبلى من غير المولى على خلاف ما يقتضيه إطلاق أخبار منع الوطي عن الردّ بمطلق العيب.

٤٥٣٠. يعني: مخالفة ظهورات عديدة.

٤٥٣١. يعني: من حيث مخالفة أحد الظهورين على سبيل منع الخلوّ بلا قرينة، أحدهما: ظهور الجملة الخيرية في تلك الأخبار - و هو قوله: «تردّ» - في الوجوب، المستلزم لتعين الردّ المقابل للتخيير بينه و بين أخذ الأرش. و الآخر: إطلاق الحبلى لكون الحبلى من المولى أو مسن غيره. و حفظ الظهورين معاً غير ممكن كما هو واضح، فلا بدّ من التصرف إمّا في ظهور «تردّ» في الوجوب، بحمله على إرادة الجواز بالمعنى الأعمّ المقابل لعدم الجواز، فيجب في مورد و يباح في آخر، و لازمه بقاء الإطلاق على حاله. و إمّا في إطلاق الحبلى، بتقييدها بكون الحمل من غير المولى، و لازمه عدم انعقاد ظهور لقوله: «تردّ» في الوجوب، حيث إنّ على هذا

الجملة الخبرية واردة في مقام دفع توهم الخطر الناشئ من الأخبار المتقدمة المانعة من ردّ الجارية بعد الوطء؛ إذ لو بقي الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية في مقام دفع توهم الخطر؛ إذ لا منشا لتوهم حظر ردّ الحامل حتى أمّ الولد، فلا بدّ إمّا من التقييد أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية. الثاني: مخالفة لزوم العقر (٤٥٣٢) - على المشتري لقاعدة:

يكون وارداً مورد دفع توهم الخطر الناشئ من الأخبار المتقدمة المانعة عن ردّ الجارية بعد الوطء بعيب، و هو مانع عن ظهوره فيه، و هذا بخلافه إذا لم يقيّد بذلك و بقي على إطلاقه، إذ لا معنى لتوهم الخطر في الحامل من المولى أيضاً، فلا يكون بناءً عليه مانع عن ظهوره فيه.

و بالجملة، لا بدّ إمّا من تقييد إطلاق الحبلى بكونها من غير المولى المانع هو - أي: التقييد المزبور - من ظهور «تردّ» في الوجوب، أو ترك هذا و مخالفة ظهور الجملة في الوجوب و تعيّن الردّ بالحمل على مطلق الجواز، و كلّ منهما ممّا لا قرينة عليه. و هذا بخلاف تقييد إطلاق الحبلى بكونها من المولى، فإنّه على تقدير كونه تصرّفاً في الظهور المنعقد ليس خالياً عن القرينة، فإنّ ظهور «تردّ» في الوجوب قرينة عليه. و قد علم من بياننا أنّه كان الأولى أن يقول: أحدها من حيث مخالفة ظهور «تردّ» فيها في الوجوب بحملها على الجواز، أو مخالفة ظهور الحبلى فيها في إطلاق كون الحمل من المولى أو من غيره بتقييده بكونه من غيره.

٤٥٣٢. في المحكيّ عن المصباح: أنّ العقر بالضمّ دية الفرج إذ غصبت على نفسها، ثمّ كثر ذلك حتّى استعمل في المهر. يعني: الثاني من الظهورات التي يلزم مخالفتها و رفع اليد عنها - بناءً على العمل بظاهر الأخبار المتقدمة من جهة الحكم فيها بلزوم العقر على المشتري - أحد الظهورين، إمّا ظهور قاعدة عدم العقر في وطئ المالك الواقعي، و عمومها لصوريّ كون الأمة الموطوءة معيبة بعيب الحمل و عدمه، و إمّا ظهور قاعدة كون الفسخ من حينه لا من أصل حين العقد، و عمومها لكون مورد الفسخ هو الأمة المعيبة الحبلى أو غيرها، إذ لزوم العقر بعد الفسخ على المشتري من جهة الوطئ لا يجتمع مع حفظ العموم في القاعدتين كما هو واضح، فلا بدّ من رفع اليد عن العموم في إحدهما.

وكيف كان، فيردّ على المصنّف رحمه الله أنّه معارض بالمثل، و ذلك لمخالفة لزوم العقر على المشتري - على تقدير حمل الجارية في تلك الأخبار على أمّ الولد - لقاعدة رجوع المغرور إلى من غرّه، حيث إنّ المشتري مغرور و البايع غارّ، فأخذ العشر أو نصفه منه مخالف لتلك

«عدم العقر في وطء الملك»، أو قاعدة: «كون الرد بالعيب فسخاً من حينه»، لا من أصله. الثالث: مخالفته لما دلّ على كون التصرف (٤٥٣٣) عموماً و الوطاء بالخصوص مانعاً من الرد. الرابع: أن الظاهر من قول السائل في رسالة ابن أبي عمير المتقدمة: «رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم» وقوع السؤال عن بيع أم الولد، و إلا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة (٤٥٣٤). و يشير إليه (٤٥٣٥) ما في بعض الروايات المتقدمة من قوله عليه السلام: «يكسوها»، فإن في ذلك إشارة إلى تشبّثها بالحرية للاستيلاد، فنسب الكسوة إليها (٤٥٣٦) تشبيهاً بالحرائر، و لم يصرح بـ«العقر» الذي هو جزء من القيمة. الخامس:

القاعدة. وكون البائع جاهلاً بالحال لا يمنع عن صدق الغارّ عليه، و لذا يرجع من أكل طعام الغير إلى من قدّمه إليه بجاناً مطلقاً، سواء كان المقدم له إليه عالماً بأنّه لغيره أو جاهلاً به و زاعماً أنّه لنفسه، فلا يصحّ جعل هذا الوجه الثاني من موجبات وهن مذهب المشهور و مؤيدات خلافه. ٤٥٣٣. يعني: مخالفة العمل بظهور الأخبار فيما ذكره المشهور لظهور ما دلّ على مانعية مطلق التصرف أو مانعية خصوص الوطاء عن الرد بالعيب الشامل بإطلاقه لعيب الحمل أيضاً، و النسبة بين الطرفين هو العموم من وجه كما صرح به فيما بعد، و ستعرف الوجه في ذلك هناك، فانتظر. فالإشكال على هذه الوجه - بأن ما دلّ على منع التصرف مطلقاً أو خصوص الوطاء عن الرد أخص من هذه الأخبار فتخصّص به - في غير محله.

٤٥٣٤. لعدم الفرق في الصحة بين علمه و جهله فيما إذا كان الحمل من غير المولى. و فيه: أن فائدة ذكره لا تنحصر بتوهم أن له دخلاً في الصحة حتّى يقال باختصاصها بصورة بيع أم الولد وكون الحمل من المولى، حيث إنّ عدم دخالة جهل البائع بالحمل فيما إذا كان من غير المولى في الصحة بحيث لا تصحّ مع العلم به ضروري لا يتوهم خلافه، إذ له فائدة أخرى و هي دفع اللوم عن نفسه، حيث إنّ بيع المعيب مع العلم بعيبه مثل بيع أم الولد مذموم، و التفاوت بينهما بالصحة و البطلان لا يوجب الفرق بينهما من هذه الجهة كما لا يخفى.

٤٥٣٥. إلى كون السؤال عن بيع أم الولد.

٤٥٣٦. قوله: «فنسب» بيان لوجه الإشارة إلى ما ذكر. و لعلّ نظره عليه السلام في ذلك إلى

ظهور هذه الأخبار (٤٥٣٧) في كون الردّ بعد تصرف المشتري في الجارية بغير الوطاء من

أنّ معنى «يكسوها» أنّه يستر عند الردّ تمام بدنها - عدا الوجه و الكفّين - بكساء أو غيره من الألبسة مثل الحرائر؛ قبال عدم سترها كذلك عند الردّ، و لاوجه له على الظاهر إلّا تشبّها بها من جهة التشبّث بالحرية. و فيه: أنّ هذه الفقرة بظاهرها غير معمول بها، فلا بدّ من التصرف بما يأتي أو بالحمل على النذب.

٤٥٣٧. يعني: قول المشهور بجواز ردّ الحبلّ من غير المولى بعد الوطاء يستلزم مخالفة ظهور هذه الأخبار، بملاحظة الغلبة الخارجيّة في كون الردّ بعد التصرف بمثل اسقني و ناولني الثوب و أغلقي الباب، و رفع اليد عنه بتقيدها بصورة عدم وقوع مثل هذه التصرفات، و حمل الأخبار على الفرد النادر، فلا يجوز إلّا بداع مفقود هنا، لإمكان تقييد إطلاق الحمل بصورة كونه من المولى.

هذا، و فيه: أنّه لا تلزم هذه المخالفة من فتوى المشهور بما ذكر إلّا بعد ضمّ أمرين: الأوّل: مانعيّة هذه التصرفات عن الردّ عندهم (رضي الله عنهم)، و الآخر: عدم قابليّة ذلك للتخصيص، و إلّا فمع انتفاء أحدهما لا يلزم عليهم مخالفة هذا الظهور. و قد تقدّم من المصنّف رحمه الله قبل صفحة و نصف تحطئة نسبة الأمر الأوّل إليهم، و أنّ «نقله الإجماع - كالعلامة و الحلّي و ابن زهرة - قد صرّحوا في كلماتهم المتقدمة بأنّ العبرة بالرضا بالعقد، فكان دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف». انتهى. و أيضاً لا ريب في قابليّة دليل مسقطيّة التصرف - لو كان - للتخصيص، و مع ذلك لا يلزم عليهم التقييد بعدم هذا النحو من التصرف الغير الدالّ على الرضا بالعقد، حتّى يورد عليه بأنّه حمل للأخبار على الفرد النادر؛ لجواز عملهم بهذا الظهور و الالتزام بمقتضاه من عدم السقوط بمثل هذه التصرفات، إمّا لعدم قولهم بالسقوط به، و إمّا لالتزامهم بالتخصيص في مثله بنفس هذه الأخبار.

و كيف كان، فلا يخفى عليك أنّ هذا غير ما ذكره في الأمر الثالث من مخالفة ما دلّ على كون التصرف مانعاً عن الردّ بالعموم الشامل للوطي و غيره، لأنّ المخالفة فيه بالتصرف في عموم مثل قوله عليه السلام: «و ذلك رضا منه» بتخصيصه بإخراج وطي الحامل من تحته، وهنا بالتصرف في ظهور نفس هذه الأخبار. و بعبارة أخرى: مورد التصرف فيما ذكره في الأمر

نحو «اسقني ماءً» أو «أغلق الباب» و غيرهما ممّا قلّ أن تنفكّ عنه الجارية، و تقيدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييداً بالفرض النادر، و إنّما دعي إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار - ممّا دلّ على ردّ الجارية بعد مدّة طويلة - الدليل الدالّ على اللزوم بالتصرّف. لكن لاداعي هنا لهذا التقييد، إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك (٤٥٣٨)، غاية الأمر تعارض (٤٥٣٩) هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطاء عن

الثالث هو قوله: «رضاً منه» في صحيحة ابن رثاب المتقدّمة في مسقطات خيار الحيوان، و التصرف هو تخصيصه بوطي الحامل و إخراجها عن عمومها، وهنا مورد التصرف نفس هذه الأخبار الدالة على عدم كون الوطي مانعاً من الردّ بعيب الحمل، و ظهورها بحكم الغلبة - في كون الردّ به بعد الوطي - في صورة التصرف في الأمة المردودة بمثل: اسقني، و التصرف هو حملها على صورة عدم التصرف فيها بمثله.

٤٥٣٨. أي: جميع تلك الوجوه الخمسة.

٤٥٣٩. يعني: و غاية الأمر الذي نقصده ممّا ذكرنا - من استلزام قول المشهور بخالفة ظهورات خمسة - إنّما هو بيان وقوع ما يترتب عليه، و هو تعارض هذه الأخبار الدالة على عدم مانعية الوطي عن الردّ بعيب الحمل - الشامل لإطلاقها لصورتي كون الحمل من المولى أو غيره - مع بعض ما ذكرناه في الوجه الثالث، و هو ما دلّ على منع الوطي عن الردّ بالعيب الشامل بإطلاقه أيضاً لكون العيب حملاً أو غيره، بالعموم من وجه، فيبقى ما عدا بعض ما ذكر في الوجه الثالث الذي جعلناه طرف المعارضة مرجّحاً لتقييد هذه الأخبار بكون الحمل من المولى على إطلاقها الشامل لصورة كونه من غيره، فتبقى صورة كون الحمل من غير المولى تحت ما دلّ على منع الوطي من الردّ.

و الوجه في كون النسبة بينهما هو العموم من وجه: أنّ أدلّة الحبلى خاصّة من حيث اختصاص العيب فيها بعيب الحمل، و عامّة من حيث كون الحمل من المولى أو من غيره، و أدلّة منع الوطي عن الردّ عامّة من جهة عموم العيب الموجب للردّ فيها لولا المنع لعيب الحمل و لغيره، و خاصّة من جهة اختصاص الأمة فيها بغير الحبلى من المولى. و وجه اختصاصها به هو الحكم فيها بعدم جواز الردّ و لزوم الأرش الكاشف عن صحّة العقد عليها و كونها للمشتري، و لا يكون هذا إلّا فيما إذا لم تكن الأمة المعيبة معيبة بعيب الحمل من المولى، لأنّها أمّ ولد لا يجوز

الردّ بالعموم من وجه، فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجّحاً لتقييد هذه الأخبار.
و لو فرض التكافؤ (٤٥٤٠) بين جميع ما تقدّم و بين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو

بيعها، فيعلم من ذلك أنّ الموضوع فيها مختصّ بالأمة المعيبة بغير عيب الحمل من المولى. فالمراد الذي تنطبق عليه أدلة منع الوطي عن الردّ دون أدلة ردّ الحبل هو الأمة المعيبة بعيب غير عيب الحمل، و المورد الذي يكون الأمر بالعكس هو الأمة المعيبة بعيب الحمل من المولى، لما مرّ من خروجها عن تحت أدلة المنع موضوعاً، و المورد الذي يجتمعان فيه هو الأمة المعيبة بعيب الحمل من غير المولى، فيقع التعارض بينهما في هذا المورد، حيث إنّ قضية أحدهما جواز الردّ و الآخر عدم جوازه، فيرجع إلى المرجّحات، و ما عدا بعض الوجه الثالث - الذي جعلناه طرف المعارضة - مرجّح لأدلة منع الوطي عن الردّ، فنأخذ بها في مورد التعارض، و نتصرّف في أدلة عدم منعه عنه في الحبل بتقييد إطلاقها بكون الحمل من المولى.

و هذا الذي ذكره من كون النسبة عموماً من وجه إنّما هو بناءً على إطلاق الحبل في هذه الأخبار، و شمولها لصورة كون الحمل من المولى. و أمّا بناءً على ظهور اختصاصه بما إذا لم يكن من المولى، بل كان من غيره الذي جعله فيما بعد عدلاً للإطلاق، فالمستفاد من فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم و بين ظهور اختصاص الحمل في هذه الأخبار لما لم يكن من المولى - كما يقتضيه عطف «ظهور اختصاصه...» على إطلاق الحمل بكلمة «أو» هو ترجيح أدلة منع الوطي عن الردّ على هذه الأخبار، و التصرف فيها بحمل الحمل على كونه من المولى.

و غاية ما يقال في تقريب المعارضة - الموجبة للرجوع إلى الترجيح لو كان، و إلّا فإلى عموم ما دلّ على مسقطيّة التصرف مطلقاً - : أنّ أخبار جواز ردّ الحبل و إن كانت أخصّ مطلقاً من أخبار أدلة المنع، لاختصاصها حينئذٍ بالأمة المعيبة بعيب الحمل من غير المولى، و عموم أخبار المنع لها و للأمة المعيبة بغير عيب الحمل، إلّا أنّه يعامل معهما معاملة المتباينين، بدعوى أنّ ظهور أدلة المنع عن الردّ في إرادة الأمة المعيبة بالحمل من غير المولى و إن كان بالعموم و الإطلاق، إلّا أنّه بملاحظة ما ذكره من الظهورات الخمسة - عدا الأوّل و الثاني من الثالث - أقوى من ظهور أدلة ردّ الحبل في إرادة صورة حملها من غير المولى، فيرجّح عليها أيضاً.

٤٥٤٠. يعني: لو أغمض النظر عن رجحان أدلة المنع، و فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم من الوجه الثالث الذي جعلناه طرف المعارضة و من غيره الذي جعلناه مرجّحاً، و بين

ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى، وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أن إحداث الحدث مسقطاً لكونه رضاً بالبيع، ويمكن الرجوع إلى ما دلّ (٤٥٤١) على جواز الردّ مع قيام العين. نعم، لو خدش (٤٥٤٢) في عموم ما دلّ على المنع عن الردّ بمطلق التصرف،

إطلاق الحمل في هذه الأخبار الدالة على جواز الردّ الذي قلنا إن النسبة بينها وبين طرفها عموم من وجه الشامل لكونه من غير المولى، أو فرض التكافؤ بين ظهور أدلة المنع مع ملاحظة ما عدا الظهور الأوّل من جميع ما تقدّم من الظهورات الخمسة، وبين ظهور اختصاصه - يعني: الحمل - بما لم يكن من المولى، الذي عرفت أنّه يعامل معهما معاملة المتباين مع كون النسبة بينهما هو العموم المطلق، وجب الرجوع بعد التساقط إلى عموم ما دلّ على أن إحداث الحدث مسقط لكونه رضاً بالبيع، المراد منه عموم التعليل في قوله «وذلك رضاً بالبيع» في صحيحة ابن رنّاب المتقدّم ذكرها في مسقطات خيار الحيوان، لا ما تقدّم هنا في ثاني مسقطات خيار العيب، أمّا أولاً: فبقريته قوله: «لكونه رضاً بالبيع» وقوله: «نعم، لو خدش في عموم ما دلّ على المنع عن الردّ بمطلق التصرف». وأمّا ثانياً: فلأنّه لا يبقى حينئذٍ مجال لذكر قوله: «و يمكن الرجوع...»، من دون فرق بين كون النسخة «ويمكن» وكونها «ولا يمكن» ولعلّه الصحيح كما لا يخفى وجهه على المتأمل، إذ قد تقدّم منه «أنّ المراد من إحداث الحدث هو التصرف المغيّر للعين».

هذا ما يرجع إلى شرح مرامه «و فيما أفاده في هذا الكلام موقعان للإشكال. أحدهما: المعاملة مع العامّ والخاصّ معاملة المتباينين، و ترجيح العامّ على الخاصّ تارة، و فرض التكافؤ الموجب للتساقط أخرى. و الثاني: هو الرجوع إلى عموم دليل مسقطيّة التصرف لكونه رضاً بالبيع، فإنّه - بعد تسليم وجود هذا النحو من العموم، و غمض العين عن منعه كما مرّ غير مرّة - لا معنى للرجوع إليه بعد جعله من أجزاء أحد طرفي التكافؤ بقوله: «بين جميع ما تقدّم» إذ من جملة الوجه الثالث المشتمل على ما دلّ على كون التصرف مطلقاً - و لو غير الوطي - مسقطاً للردّ و مانعاً عنه.

٤٥٤١. إمكان الرجوع إليه و عدم إمكانه دائر مدار كون الوطي جنابة - كما تقدّم حكايته عن الإسكافي و التذكرة - فلا يمكن و عدمه فيمكن.

٤٥٤٢. هذا الاستدراك راجع إلى ما قبل قوله: «و يمكن الرجوع...» بناءً على كون

وجب الرجوع إلى أصالة جواز الردّ الثابت قبل الوطء، لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلا الإجماع المركّب و عدم الفصل بين الردّ و العقر، فافهم (٤٥٤٣).

ثم إن المحكي عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر، بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه (٤٥٤٤) إلا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع كالنصوص إلى الغالب: من كون الحامل ثيباً، فلا يشمل فرض حمل البكر بالسحق أو بوطء الدبر؛ و لذا ادّعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر في البكر، بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر أيضاً، حيث ذكر في

.....

النسخة هكذا، و أمّا بناءً على كونها «و لا يمكن الرجوع» فلا، لأنّه حينئذٍ من متمّمات ما قبلها. و على هذا وجه عدم الإمكان قد أشرنا إليه في الحاشية السابقة. و لعلّ الصحيح هو الثاني، كما يرشد إليه قوله بلزوم الرجوع إلى أصالة جواز الردّ على تقدير الخدشة في عموم ما دلّ على كون التصرف مسقطاً للخيار. و جه الإرشاد: أنّه لو أمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين - كما هو قضية كون النسخة «يمكن» بدون حرف النفي - لكان اللازم هو الرجوع إلى عموم هذا العامّ الدالّ على جواز الردّ مادام بقاء العين، لحكومته على الأصل و لو كان موافقاً له. و كيف كان، فما ذكره من وجوب الرجوع إلى أصالة جواز الردّ إنّما هو بناءً على مختاره من ثبوت الخيار بنفس العيب و عدم اشتراطه بالظهور، و إلاّ - كما هو الأقوى، لأصالة عدم حدوث الخيار إلى زمان الظهور - وجب الرجوع إلى أصالة اللزوم الثابت قبل الوطء، فلا ردّ و لاعقر.

٤٥٤٣. لعلّه - كما قيل - إشارة إلى أنّ الإجماع على لزوم العقر مع جواز الردّ الواقعي، لا مطلقاً و لو مع جواز الردّ الظاهري الذي يقتضيه الأصل.

٤٥٤٤. يعني بعبارة الغنية ذيل العبارة المتقدّم نقلها في ظهر الصفحة الذي تركه المصنّف و نقلناه، فراجع. و أمّا الانتصار و إن ادّعى الإجماع - كما مرّ نقل عبارته - و لكن كونه على الإطلاق حتّى في البكر أيضاً يمكن أن يناقش فيه، نظراً إلى أنّ المتراءى من قوله في الذيل: «و ليس يجري وطئ الثيب...» أنّ مراده من الأمة في معقد الإجماع خصوص الثيب، إذ الظاهر أنّه دفع لتوهم عدم الفرق بين الثيب و بين البكر التي يردّ معها عشر قيمتها فليكن الثيب أيضاً كذلك، و أنّ بينهما فرقاً، و هو أنّ الوطئ في البكر إتلاف جزء دون الثيب، فتدبر.

الحامل: أنه يردّ معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة^{٢٨}. و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقاً مدّعياً عليه الإجماع (٤٥٤٥): من أنه إذا وطأ المشتري في مدة خيار البائع ففسخ يردّ معها العشر إن كانت بكراً و نصف العشر إن كانت ثيباً. و أما الانتصار فلا يحضرنى (٤٥٤٦) حتى أراجعه؛ و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب، و حينئذ فتكون رسالة الكافي المتقدمة - بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنية - دليلاً على التفصيل في المسألة، كما اختاره جماعة من المتأخرين، مضافاً إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدمة (٤٥٤٧) المحمولة على البكر، إلا أنه بعيد؛ (٤٥٤٨) و لذا نسبته الشيخ^{٢٩} إلى سهو الراوي في إسقاط لفظ «النصف»، و في الدروس: أن الصدوق ذكرها بلفظ «النصف». و أما ما تقدم ممّا دلّ على أنه يردّ معها شيئاً (٤٥٤٩)، فهو بإطلاقه خلاف الإجماع، فلا بدّ من جعله وارداً في مقام ثبوت أصل

٤٥٤٥. يعني به ما ذكره في ذيل السبب الثالث للخيار - و هو خيار الرؤية - قبل عبارته المتقدمة بعشرة أسطر بقوله: «و إذا وطئ المشتري في مدة الخيار لم يكن مأثوماً، و يلحق به الولد و يكون حرّاً، و يلزم العقد من جهته على ما قدمناه كلّ ذلك بدليل إجماع الطائفة. و لم يفسخ خيار البائع و لو شاهده يوطأ فلم يكر، لأنه لا دليل على ذلك؛ فإن فسخ البائع العقد لزم قيمة الولد للمشتري، و عشر قيمة الأمة إن كانت بكراً و نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً لأجل الوطي، بدليل الإجماع المشار إليه» انتهى. و لا يخفى أن هذه العبارة قرينة صريحة على أن مراده من معقد الإجماع على ردّ نصف عشر قيمة الأمة مع ردّها بخيار عيب الحمل بعد الوطي هو خصوص الثيب.

٤٥٤٦. قد تقدم نقل عبارته، و مرّ ممّا أن المتراءى من ذيل عبارته اختصاص الأمة في معقد إجماعه بالثيب.

٤٥٤٧. يعني به رواية عبد الملك المتقدمة في آخر الروايات.

٤٥٤٨. أي: الحمل على البكر بعيد، لندرة البكارة في الإماماء مع ندرة الحمل في الأبكار.

٤٥٤٩. قال السيّد الجزائري في شرح التهذيب: «و يمكن الجمع بين أخبار المسألة بأن

يقال: الواجب أن يردّ معها شيئاً يصدق عليه عرفاً أنه ممّا يتموّل حتى لا يكون الوطي خالياً عمّا يقابله، و تكون الكسوة و العشر و نصفه محمولة على مراتب الاستحباب كما ذهب إليه

العقر لامقداره. و أما ما دلّ على أنّه يكسوها، فقد حمل على كسوة تساوي العشر أو نصفه، و لا بأس به في مقام الجمع (٤٥٥٠).

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاق جواز الردّ و لو مع الوطء في الدبّر، و يمكن دعوى انصرافه إلى غيره، فيقتصر في مخالفة العمومات على منصرف اللفظ (٤٥٥١). و في حقوق التقييل و اللبس بالوطء وجهان (٤٥٥٢): من الخروج عن مورد النصّ، و من الأولوية. و لو انضمّ إلى الحمل عيب آخر، فقد استشكل (٤٥٥٣) في سقوط الردّ بالوطء: من صدق كونها معيبة بالحمل، و كونها معيبة بغيره. و فيه: أنّ كونها (٤٥٥٤) معيبة بغير الحمل لا يقتضي إلّا

بعض المتأخّرين». انتهى كلامه رفع مقامه.

٤٥٥٠. هذا تبرّع صرف، إذ لا يحيص عن العمل بروايات النصف المؤيدة بالكثرة و

فتوى المشهور، فيقصر غيرها عن معارضتها على تقدير تسليم حجّيته في حدّ نفسه.

٤٥٥١. يعني: العمومات الدالة على مسقطيّة مطلق التصرف للردّ، لاعمومات مسقطيّة

خصوص الوطي، لجريان دعوى الانصراف فيها أيضاً. هذا، و لكن قد مرّ غير مرّة المنع عن وجود عموم واحد يدلّ عليها فضلاً عن العمومات، فيرجع فيه إلى مرسله جميل التي جعل فيها مناط جواز الردّ و عدمه صدق قيام المبيع بعينه و عدمه، فيجوز الردّ، لصدق القيام كذلك مع الوطي، و إنّما خرج الوطي في القبل لكونه القدر المتيقّن من الأدلة الخاصّة على خلاف هذه الضابطة.

٤٥٥٢. ينبغي الجزم باللحوق و عدم منعهما عن ردّ الحبلى مثل الوطي، ضرورة أنّهما

من لوازم الوطي غالباً، بل اللبس و لو بالعضو الخاصّ على العضو المخصوص لا يتفكّ عنه، فلو منعاً عنه لم يبق مورد لأخبار عدم مانعيّة الوطي عنه إلّا نادراً بل أصلاً بالنسبة إلى اللبس. و دعوى الفرق بتجرّدهما عن الوطي فيمنعان عنه و عدمه فلا كما ترى. هذا بناءً على مانعيّة مطلق التصرف عن الردّ. و أمّا بناءً على اختصاص المانع بالتصرف المغير فليس في المسألة إلّا وجه واحد، و هو عدم المنع، ضرورة عدم تغيّر العين بهما.

٤٥٥٣. قيل: إنّ الحقّق الثاني في تعليق الإرشاد.

٤٥٥٤. لعلّ نظر المستشكل إلى دعوى قصور أدلة جواز الردّ بعيب الحمل مع الوطي

عن شمولها لصورة وجود عيب آخر معه، و عليه لا يبقى مجال لهذا الإيراد و الإنصاف إباء

عدم تأثير ذلك العيب في الردّ مع التصرف، لانفي تأثير عيب الحمل. ثم إن صريح بعض النصوص و الفتاوى و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب، فلو وطها عالماً به سقط الردّ. لكن إطلاق كثير من الروايات يشمل العالم.

الرابع من المسقطات: حدوث عيب عند المشتري. و تفصيل ذلك: أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإنما أن يحدث قبل القبض، و إمّا أن يحدث بعده في زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع أعني خيار المجلس (٤٥٥٥) و الحيوان و الشرط و إمّا أن يحدث بعد مضي الخيار. و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير. و أمّا الأوّل: فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الردّ، بل في أنه هو كالموجود قبل العقد حتّى في ثبوت الأرض فيه، على الخلاف الآتي في أحكام القبض (٤٥٥٦).

عبارته عن هذا التوجيه، فتدبر.

٤٥٥٥. يعني بخيار المجلس و الشرط صورة اختصاصهما بالمشتري، إذ مع ثبوته للبائع أيضاً لا يكون الضمان عليه، إذ يعتبر فيه أن يكون الضامن ممّن لا خيار له.

٤٥٥٦. الظاهر أن قوله «في أنه» في الموضع الثاني غلط في العبارة، و الصواب: «بل هو كالموجود...»، إذ قضيته عدم الخلاف في ثبوت الأرض فيه، و هو منافٍ لقوله: «على الخلاف الآتي في أحكام القبض» المراد منه الخلاف في ثبوت الأرض، و لذا ضرب عليه الخطّ في بعض النسخ المصحّحة.

وكيف كان، فالعبارة تضمّنت أموراً ثلاثة: الأوّل: عدم مانعيّة العيب الحادث قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق على العقد، و هذا هو المقصود بالبحث في المقام. و الثاني كونه سبباً مستقلاً للخيار و جواز الردّ. و الثالث: كونه سبباً للأرض. و قد نفى الخلاف عن الأوّل هنا، و عن الثاني في أحكام القبض بناءً على زيادة قوله: «في أنه» وهنا أيضاً بناءً على عدم زيادته.

و لما كان عدم مانعيّته عن الردّ بالعيب السابق مبنياً على إيجابه للردّ مستقلاً - لما نشير إليه فيما بعد - كان المناسب تقلبم الكلام في الثاني فنقول: لا ريب في أنه على خلاف أصل اللزوم، فلا بدّ من قيام دليل عليه غير أدلّة خيار العيب، لاختصاصها بالعيب الموجود في المبيع حال العقد عليه، و ليس إلّا ما دلّ على أن التالف قبل القبض من مال البائع كما في النبويّ و رواية عقبة بن خالد، و دلالته عليه مبنية على أمرين: أحدهما: صدق موضوعه - و هو المبيع

التالف - على التعيب، أي: فوات وصف الصحة، و ثانيهما: كون جواز الردّ من مصاديق حكمه، و هو كون التالف من ماله أو من لوازمه و أحكامه. وكلاهما في حيز المنع. أمّا الأوّل فغني عن البيان.

و أمّا الثاني فلأنّه لا إشكال في أنّ مفاده تنزيل التالف الذي هو مال المشتري منزلة مال البائع، و إنّما الإشكال في أنّ الأثر الذي يكون النظر إليه في التنزيل هل هو خصوص الأثر المترتب على التالف، أي: ما يكون التلف بالقياس إليه تمام الموضوع من كون ضمانه و خسارته عليه، أم لا بل هو مطلق الأثر الذي يكون للتلف دخل فيه، و لو بأن يكون متعلّقاً لما هو موضوع الأثر لبطلان العقد الوارد على التالف حين العقد، و جواز فسخ العقد الوارد على المعيب و تالف وصف الصحة حال العقد؟ فعلى الثاني يدلّ على ثبوت الخيار بحدوث العيب قبل القبض و انفساخه بتلف المبيع قبله، و هذا بخلافه على الأوّل. و بعبارة أخرى: أنّ ما فيه التنزيل هل هو صرف كونه عليه، أو هو مع لحاظ دخله في تحقّق ما يترتب عليه الحكم من الموضوع، مثل موضوع العقد على التالف المعدوم المترتب عليه حكم البطلان، و موضوع العقد على المعيب المترتب عليه حكم الخيار و جواز الردّ؟ و الظاهر هو الأوّل، بل لا ينبغي الإشكال فيه. و هذا هو الظاهر من المصنّف رحمه الله فيما سيأتي في تصوير استيعاب الأرض بتمام الثمن، حيث إنّ الله بعد أن ذكر الاحتمال الثاني ناقش فيه و منعه بقوله: «إلا أن يمنع ذلك، و أنّ ضمانه على البائع، بمعنى الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا مطلقاً حتّى يفسخ العقد و يرجع هذا الملك الموجود الغير المتمولّ إلى البائع...» إلى آخر ما ذكره هنا، فراجع.

و عليه لادلالة له على جواز الردّ و حدوث خيار العيب بحدوث العيب، بل و لا على البطلان و الانفساخ بتلف المبيع، و إنّما غاية ما يدلّ عليه هو كون خسران التالف عليه - و هو الأرض - إن كان التالف وصف الصحة، و تمام الثمن إن كان نفس المبيع. و لكن هذا بعد البناء على صدق التلف على فوات وصف الصحة، و إلاّ - كما هو الحقّ - فمدلوله ينحصر بالثاني.

فتحصّل: أنّ العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض ليس سبباً مستقلاً لخيار فسخ العقد و لا الأرض، لخروجه عن النبويّ و رواية عقبة، محمولاً بالقياس إلى الأوّل، و موضوعاً بالقياس

إلى الثاني. و حيثُ قد يسقط كلفة البحث عن أنه مع وجود الخيار من جهة العيب القلم يؤثر في الخيار فعلاً كي يكون هناك خياران: خيار من العيب القلم و خيار من العيب الجديد، أم لا حتى يكون هناك خيار واحد من جهة العيب القلم، و إن كان الظاهر بناءً على سببته له هو الأول، لتعدد سببه و لو وجوداً، فتأمل.

فإذا عرفت ذلك فيقع الكلام فيما هو المقصود بالبحث، و هو مانعة حدوث العيب الآخر بعد العقد و قبل القبض عن الرد بالعيب القلم. و التحقيق فيه هو المانعة، لمصلحة جميل المتقدمة، إذ قد مرَّ أن المناط في جواز الرد هو صدق قيام البيع و عدم تغيره، فلا يجوز مع التغير مطلقاً و لو كان بغير فعل المشتري، كما يرشد إليه التعبير في الشرطية الثانية فيها بقوله: «فإن صبغ أو قطع أو خيط» بصيغة المجهول، فإنه يدل على أن المدار على التغير من أي فاعل صدر. فلم يبق في المسألة إلا نفي الخلاف، و هو بعد تسليم حجته متفرع على نفسي الخلاف في المسألة السابقة، أعني: استقلال العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض في سببته للخيار من حيث الرد، و الظاهر أنه مستند إلى توهم دلالة النبوي على استقلاله فيما ذكر، و قد مرَّ الإشكال فيها، فتأمل جيداً.

و من هنا يعلم الحال فيما ذكره في صورة حدوث العيب بعد القبض في زمن الخيار المختص بالمشتري، و أنه لا يكون سبباً مستقلاً للخيار و الأرض، و يكون مانعاً عن الرد بالعيب القلم، و ذلك لائتصاد المسألتين في مناط المطلب، و هو كون الضمان على البائع، و قد تقدّم أنه لا يقتضي جواز الرد في العيب الحادث و الانفساخ في التلف.

نعم، لهذه المسألة مزية على السابقة باختصاصها بوجود دليل على ضمان حدوث العيب في زمن الخيار على البائع هنا، بخلافه هناك، فإنه لا بد فيه من استفادته من التلف، و لو جعله من قبيل التمثيل لأظهر أفراد التلف كما صنعه السيد الأستاذ العلامة، و هو كما ترى خلاف الظاهر جداً من دون قرينة عليه. و أمّا هنا فيدل عليه صحيحة ابن سنان: «عن الرجل يشتري العبد بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال عليه السلام: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، و يصير المبيع للمشتري، شرط البائع أو لم يشترط. قال عليه السلام: و إن كان بينهما شرطاً أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع». و مرسلة ابن رثاب: «إن حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع»

و أما الحادث في زمن الخيار: فكذلك لاختلاف في آتة غير مانع عن الرد، بل هو سبباً مستقلاً موجباً للرد، بل الأرض على الخلاف الآتي فيما قبل القبض بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض. ويدل على ذلك ما يأتي*: من أن الحادث في زمان الخيار مضمون على البائع و من ماله، و معناه: ضمانه (٤٥٥٧) على الوجه الذي

حيث إن حدوث الحادث يعمّ التعيب، سيما إذا جعل في مقابل التلف كما في الصحيحة. هذا، و لكن يمكن الخدشة في دلالة الصحيحة بأنه يحتمل قوياً أن يكسب المراد من حدوث الحادث هو ما يوجب تلف المائبة و هلاكها و لو كان بغير الموت، فيكون عطفه على الموت من عطف العام على الخاصّ تعميماً للسؤال لغير الموت من أفراد تلف المائبة، فكأنه قال: فتلف مائته بأن يموت أو يحدث فيه حدث غير الموت يوجب ذلك، كانكسار ظهر الدابة بحيث لا يمكن ركوبه و الحمل عليه. و ذلك لأنّ تخصيص الهلاك بالذكر في الفقرة الثانية و ترك التعرّض لحكم حدوث الحادث في المبيع فيها يدلّ على كون حدوث الحادث مندرجاً تحت الهلاك، و لا يكون إلا بما ذكرناه، إذ لو كان يعمّ حدوث العيب لما اندرج تحته، ضرورة أنه غير الهلاك. و عليه يدور الأمر بين أن يفرّق بين خيار الحيوان و خيار الشرط، بكون ضمان البيع على البائع في الأوّل دون الثاني، أو يقال بالعدم في كليهما، بأن يكون الجواب بالضمان عليه في الفقرة الأولى ناظراً إلى صورة فرض الموت خاصّة. وكلاهما كما ترى. و لك أن تقول: إن عموم الحادث للتعيب لو كان إنما هو بالإطلاق، و يمكن منع تمامية مقدّماته، فيؤخذ بالقدر المتيقّن منه، و هو الحادث الذي يكون مثل الموت في فوات مائبة المبيع به.

و أما المرسلة فيمكن المناقشة في دلالتها بأن مدلولها كون نفس الحيوان من مال البائع بسبب حدوث الحادث فيه، و لا يكون ذلك إلا بهلاكه، و قد استعمل حدوث الحادث في الموت في بعض الأخبار، كما في رواية حريز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا هلك الرجل و ترك بنين فلأكبر السيف و الدرع و الخاتم و المصحف، فإن حدث به حدث فلأكبر منهم» حيث إنّ معنى الجملة الأخيرة أنه إن مات الأكبر قبل أبيه فلأكبر من الباقيين. و بالجملة، عموم الحديث للتعيب غير معلوم، فتدبر.

٤٥٥٧. قد علم ممّا ذكرنا في الحاشية السابقة أن معناه أن خسارته عليه، و لاملزمة

يضمنه قبل القبض بل قبل العقد، إلا أن المحكي عن المحقق في درسه - فيما لو حدث في المبيع عيباً - أن تأثير العيب الحادث (٤٥٥٨)

بينه و بين الخيار، فكونه مضموناً عليه - بعد تسليم دلالة الدليل عليه - لا يقتضي ثبوت الخيار حتى يقال: إنه مع اقتضائه للخيار و جواز الرد كيف يمنع عن خيار الرد بالعيب السابق؟ لأن مقتضى شيء لا يمكن أن يكون مانعاً عنه، لأن المانع لابد أن يكون علة لعدم المقتضى - بالفتح - لامقتضياً له، و إلا يؤكد أنه يراحمه، فإذا لم يكن مقتضياً له بنفسه فهو قابل لأن يمنع عن الرد بالعيب السابق و أن لا يمنع عنه، فيرجع في أحد طرفي القابل إلى الدليل المعين له لو كان و إلا فإلى الأصل العملي. و لا يخفى أن رسالة جميل دليل على المنع فيما إذا أحرز عدم صدق عدم القيام بعينه مع وجود هذا العيب الحادث، و إلا فمقتضى أصالة عدم حدوث الخيار أيضاً عدم جواز الرد، بناءً على ما ذكرنا سابقاً من أن المستفاد من الرسالة أن حدوث الخيار مشروط بقيام المبيع بعينه إلى زمان ظهور العيب لابقائه بعد ثبوته.

٤٥٥٨. لو كان المحكي عن الدرس هو هذا الكلام - الذي ذكره المصنف من حيث المضمون - فلا ريب أن مقتضى سياقه هو وقوع الإشكال أو الخلاف في التأثير و عدمه مادام الخيار موجوداً، و عدم الإشكال و الخلاف في التأثير فيما بعد انقضاء الخيار، فيكون معنى العبارة: أن الكلام أو الخلاف - و لو بينه و بين أستاذه - في تأثير العيب الحادث في زمن الخيار المضمون على البائع و عدم تأثيره في المنع عن الرد بالخيار بالعيب المسبب عن العيب القديم، أي: بخيار العيب. و بعبارة أخرى: الكلام أو الخلاف في أن العيب الحادث في مدة الخيار يوجب المنع عن الرد بخيار العيب المسبب عن وجود العيب القديم أو لا يوجب فمع حدوثه يجوز الرد به، إنما هو مادام الخيار الذي حدث هذا العيب في زمنه كخيار الحيوان، فإذا انقضى زمن ذلك الخيار كان من زمان الانقضاء حكمه حكم العيب المضمون على المشتري من أول الأمر في تأثيره في المنع عن الرد بخيار العيب الناشئ من العيب القديم بلا كلام و لا خلاف فيه. و لعل نظره ^{في} في وجه ذلك إلى أن الدليل الدال على كونه عليه - ردّاً و أرشاً - قبيل الأصل إنما يدل عليه مادام الخيار موجوداً و أنه - ردّاً و أرشاً - معلق على الخيار حسدوثاً و بقاءً، فبانقضاء الخيار ينقضي كونه عليه ردّاً و أرشاً، فينقضي اقتضائه لجواز الرد لو قلنا باقتضائه له، و لأقل من الشك، فيرجع إلى أصالة اللزوم من جهة هذا العيب الحادث، و إلى

مرسلة جميل الدالة على عدم جواز الردّ مع تغيّر المعين* من جهة الردّ بالعيب القلم.

وكيف كان، فقضية هذه الحكاية أن يكون الخلاف بينه وبين شيخه ابن نما - بقوله بسقوط خيار العيب من جهة العيب القلم بحدوث الجديد، و قول شيخه بعدم سقوطه به - إنما هو قبل انقضاء مدة الخيار الحادث فيها العيب الجديد كثلاثة خيار الحيوان، و أمّا بعد انقضائها فلا خلاف بينهما، بل كلاهما متفقان على السقوط، و أين هذا ممّا حكاه عنه في الدروس؟ فإنه صريح في أنّه بعد انقضاء زمان الخيار بينهما خلاف في تأثير العيب الحادث في زمن الخيار في سقوط الخيار بالعيب القلم فلا يجوز الردّ به بعده، الأوّل للمحقق و الثاني لشيخه. و أمّا بالنسبة إلى ما قبل الانقضاء فإن كان مراد الشهيد^(ع) من الردّ في قوله: «لم يمنع عن الردّ» و قوله: «فله الردّ مادام الخيار» هو الردّ بخيار العيب المسبّب عن العيب القلم، فيدلّ على وقوع الاتفاق منهما على عدم المنع عن الردّ بخيار العيب مادام الخيار الذي في زمنه حدث العيب الجديد، فيكون مناقضاً لما دلّ عليه كلامه الذي نسبه إليه في المتن من وجود الخلاف بينهما في هذه الصورة. و إن كان المراد منه فيهما الردّ بخيار آخر حدث العيب في زمنه كخيار الحيوان و الشرط، فيكون ساكناً عن الدلالة على أحد الطرفين. و الظاهر من ملاحظة تعليل قول المحقق^(ع) بأن الردّ قبل انقضاء زمن الخيار كان لمكان الخيار و قد زال هو الثاني كما لا يخفى. و أمّا المحكيّ في اللمعة فهو منافي لكلا النقلين، لأن الخلاف بينهما بناءً عليه إنما هو في تأثير العيب الحادث في مبيع صحيح في حدوث الخيار لأجله، و بناءً عليهما في تأثير العيب الحادث في مبيع معيب في سقوط الخيار الثابت قبله.

و بالجملة، المحكيّ عن درس المحقق ليس معلوماً بخصوصيّاته. و على أيّ تقدير فهو مخالف في المسألة. أمّا بناءً على أنّ المحكيّ عنه مفاده ما ذكره المصنّف^(ع) فواضح، بل ظاهره عدم وقوع الخلاف في أنّه يمنع عنه فيما بعد انقضاء زمان الخيار. و أمّا بناءً على نقل الدروس فكذلك أيضاً، من غير فرق بين أن يكون المراد من الردّ في قوله: «لم يمنع عن الردّ» و قوله: «فله الردّ» هو الردّ بخيار الحيوان، أو يكون المراد منه فيهما و في قوله: «ففي الردّ خلاف» هو الردّ بخيار العيب المسبّب عن العيب القلم، فإنه حينئذ يكون أيضاً مخالفاً في المسألة، غاية الأمر في خصوص ما بعد انقضاء مدة الخيار على الثاني، و مطلقاً - حتّى فيما قبله أيضاً - على الأوّل.

في زمن الخيار وكذا عدم تأثيره في الرد بالعيب القديم إنما هو مادام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري. قال في الدروس: لو حدث في المبيع عيب غير مضمون على المشتري لم يمنع من الرد إن كان قبل القبض أو في مدة خيار المشتري المشترط أو بالأصل، فله الرد مادام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرد خلاف بين ابن غما وتلميذه المحقق رحمهما، فجوز ابن غما لأنه من ضمان البائع، ومنعه المحقق رحمهما؛ لأن الرد لمكان الخيار، وقد زال، ولو كان حدوث العيب في مبيع صحيح في مدة الخيار فالباب واحد، انتهى. لكن الذي حكاه في اللمعة عن المحقق هو الفرع الثاني، وهو حدوث العيب في مبيع صحيح^{٢٩}. ولعل الفرع الأول مترتب عليه؛ (٤٥٥٩)

و أما بناء على نقل اللمعة فبالملزمة بين عدم سببته للخيار إذا حدث في مبيع صحيح و بين مانعيته عن الرد بخيار العيب القديم، فتأمل. ثم لم يظهر لي وجه الفرق بين المقام و بين خيار الغبن بعد المحكي عن المحقق في درسه هنا خلافاً في المسألة دون هناك، حيث قال هناك: «إن إنكار المحقق في درسه خيار الغبن لا يعد خلافاً في المسألة».

٤٥٥٩. يعني: و لعل الشهيد رحمهما - مع كون المحكي عنه هو الفرع الثاني كما في اللمعة - إنما حكى عنه في الدروس الفرع الأول من جهة أنه لازم للفرع الثاني و مترتب عليه، لأن العيب الحادث في الفرع الثاني إذا لم يكن سبباً للخيار - كما هو قضية قول المحقق رحمهما بعدم جواز الرد بعد انقضاء خيار الثلاثة - فلا بد أن يكون هذا لأجل انتفاء المقتضي له فيه، و هو كون ضمان هذا العيب على البائع، و إلا فلو كان عليه لكان سبباً للخيار، لما تقدم سابقاً من أن معناه كونه عليه على النحو الذي كان عليه قبل العقد، و هو كونه منشأ للخيار، فإذا لم يكن ضمانه عليه بل كان على المشتري يكون هنا مانعاً عن الرد بالعيب القديم، لعدم جواز الرد بخيار العيب مع حدوث عيب آخر مضمون على المشتري، لاشتراطه - بمقتضى مرسلة جميل - بقيام المبيع بعينه الغير الصادق في المقام، لاحقيقة لأجل حدوث العيب بالفرض، و لاتنزيلاً، لعدم كون ضمانه على البائع الموجب لتزيل العيب الحادث منزلة العيب الموجود قبل العقد. و هذا بخلاف الخيارات الثلاثة - أعني: المجلس و الشرط و الحيوان - بناء على بعض النسخ، أو خيار الثلاثة - المراد به خيار الحيوان - بناء على البعض الآخر، فإنه مع عدم كونه سبباً للخيار بنفسه - لأجل عدم كونه مضموناً على البائع، لامتنع عن الرد بها، إذ لا يعتبر فيها في

الردّ بها قيام المبيع بعينه حقيقة أو تنزيلاً، فعلى هذا يكون الردّ في مواردّها بها لا بخيار العيب.
فمنشأ هذا القول - يعني: قول المحقّق رحمته الله بعدم جواز ردّ المعيب بالعيب القديم، الحادث فيه زمان الخيار المختصّ بالمشتري العيب الجديد، بسبب خيار العيب المسبّب عن العيب القديم، بعد انقضاء مدّة الخيارات الثلاثة المختصّة به - عدم ضمان البائع للعيب الحادث في مدّة الخيار المختصّ بالمشتري. و لأجل ذلك المنشأ ذكر في اللمعة أنّ حكم المحقّق بعدم جواز الردّ بعد مضيّ الخيار الذي حدث في زمنه العيب منافٍ لما ذكره في الشرايع من أنّ العيب الحادث في الحيوان في ثلاثة الخيار مضمون على البائع مع حكمه رحمته الله بعدم الأرض.

و نظر الشهيد رحمته الله فيما حكم به المحقّق رحمته الله في الشرايع - بقرينة قوله: «مع حكمه بعدم الأرض» - ليس إلّا ما تخيّل السيد الأستاذ رحمته الله ممّا ذكره في الشرايع في أحكام العيوب بقوله: «الخامسة: إذا حدث العيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشتري ردّه. و في الأرض تردّد. و لو قبض بعضه ثمّ حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض. و أمّا ما يحدث في الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار لا يمنع الردّ في الثلاثة» انتهى، إذ ليس في هذه العبارة من الحكم بعدم الأرض عين و لا أثر. و إنّما نظره فيه إلى ما ذكره في فصل بيع الحيوان بقوله: «الثاني: في أحكام الاتّباع. إذا حدث في الحيوان عيب بعد العقد و قبل القبض كان المشتري بالخيار بين ردّه و إمساكه. و في الأرض تردّد. و لو قبضه ثمّ تلف أو حدث فيه حدث في الثلاثة كان من مال البائع ما لم يحدث فيه المشتري حدثاً. و لو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري لم يكن ذلك العيب بمانع عن الردّ بأصل الخيار. و هل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردّد، و الظاهر: لا. و لو حدث العيب بعد الثلاثة منع الردّ بالعيب السابق» انتهى كلامه رفع مقامه. أمّا حكمه بضمان البائع فلقوله: «كان من البائع». و أمّا حكمه بعدم الأرض فلقوله: «و الظاهر لا».

ثمّ إنّ مقصود الشهيد الأوّل من طرفي التنافي ليس حكمه بكون الحدث في الثلاثة على البائع و ضمانه و حكمه بعدم الأرض، كما فهمه الشهيد في الروضة و تبعه في الجواهر، حيث قال الشهيد في وجه المنافاة: «فإنّه إذا كان مضموناً على البائع كالجملّة لزمه الحكم بالأرض» انتهى موضع الحاجة. و قال في الجواهر: «و كأنّه - يعني: الشهيد الأوّل - يريد أنّه إذا كان مضموناً على البائع كالجملّة لزمه الحكم بالأرض» انتهى فإنّه صريح في أنّ طرف المنافاة لحكمه بضمان البائع هو حكمه بعدم الأرض. و الوجه في أنّ مقصوده ليس ما ذكر: أنّ كلامه صريح

في أن أحد طرفي المناقاة هو ما قاله في الدرس من الحكم بعدم الخيار من جهة العيب، و الآخر ما ذكره في الشرايع. و بناءً على ما فهمه الشهيد الثاني يكون كل واحد من طرفي المناقاة مذكوراً في الشرايع.

بل مقصوده المناقاة بين حكمه بعدم الخيار في درسه، و بين حكمه في الشرايع بأمرين: بالضمان و عدم الأرض. فقله: «مع حكمه بعدم الأرض» من متمات الطرف الثاني للمناقاة لاطرف لها بنفسه. و إنما ذكره دفعاً لتوهم عدم المناقاة باحتمال أن يكون مراده من ضمان البايع لزوم الأرض، فلا مناقاة بين حكمه بعدم جواز الرد في درسه و حكمه بالضمان في الشرايع من جهة لزوم الأرض، إذ مع حكمه بعدم الأرض في الشرايع لا يبقى مجال لهذا الاحتمال. فبعد ملاحظة هذا يكون الوجه في التنافي أن الضمان بعد نفيه للأرض ينحصر في جواز الرد، و لما كان نفي الأثر ملازماً لنفي المؤثر يكون نفي جواز الرد - الذي حكم به هنا في درسه - ملازماً لنفي الضمان، فينافي حكمه بثبوته في الشرايع.

و يمكن دفع التنافي بأنه ﷺ لم يحكم في عبارته المتقدمة بضمان البايع للعيب الحادث بعد القبض في مدة الخيار، إذ ما يتوهم دلالة عليه من أجزاء تلك العبارة ليس إلا قوله: «و لو قبضه - إلى قوله - كان من مال البايع» و لا دلالة له عليه إلا إذا كان المراد من الحدث هو العيب كي يكون عطف حدوثه على التلف من عطف المبين على المبين، أو الأعم منه و من التلف كي يكون من عطف العام على الخاص، و هو ممكن المنع، بل المراد منه الحدث الموجب لسقوطه عن المالية بالمرّة، فيكون من عطف المبين على المبين بنحو آخر. و الشاهد على ذلك قوله: «و لو حدث فيه عيب غير جهة المشتري...» إذ لو كان المراد من الحدث هو العيب أو ما يعمّه و التلف لم يكن وجه لذكر هذا هنا كما لا يخفى، و لم يكن وجه للعدول عن التعبير بالعيب في السابق و اللاحق إلى التعبير بالحدث.

و لا بأس بتفسير عبارة الشرايع المتقدمة بطور مزج الشرح بالمتن فنقول: يعني: أنه إذا حدث في الحيوان عيب يوجب نقصاً في المالية بعد العقد و قبل القبض كان المشتري من جهة تعلّق العقد بالحيوان بالخيار بين رده و إمساكه، و إن أمسكه ففي الأرض تردد، و الظاهر عدمه، لما يأتي بيانه في شرح قوله: «و الظاهر: لا» في ذيل العبارة.

و لو قبضه ثم تلف أو حدث فيه حدث يوجب زوال ماليته و كونه مثل التلف كان هذا

لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع حتى يكون سبباً للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الردّ كنخيار* الثلاثة كان مانعاً عن الردّ بالعيب السابق؛ إذ لا يجوز الردّ بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري، فيكون الردّ في زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب

من مال البائع، و لازمه على ما هو المعروف في الألسنة هو انفساخ العقد. و لكن هذا إنما هو ما لم يحدث فيه المشتري حدثاً قبل التلف أو حدوث الحادث، و إلا فيكون من مال المشتري، لأن إحداثه الحادث فيه موجب لسقوط خياره، فلا يكون التلف و ما هو بحكمه من حدوث الحادث واقعاً في زمن خياره.

و لو حدث فيه بعد القبض في الثلاثة عيب، فإن كان من جهة المشتري لكان مانعاً عن الردّ، لسقوط خيار الحيوان نصّاً و فتوى. و إن كان من غير جهة المشتري لم يكن ذاك العيب بمقتضى الخيار، لعدم الدليل عليه في قبال أصالة اللزوم إلا أدلة خيار العيب، و هي مختصة بما إذا كان العيب سابقاً على العقد. وكذلك لم يكن أيضاً مانعاً عن الرد بأصل الخيار الثابت من جهة الحيوان. فالمشتري بعد هذا أيضاً بالخيار بين الردّ و الإمساك. فإن رده فهو، و إن أمسكه فهل يلزم البائع أرشه للمشتري؟ فيه تردد، و الظاهر أنه لا يلزمه ذلك، للأصل، مع عدم دليل على خلافه، لاختصاص أدلة ثبوت الأرض بمورد خيار العيب المنتفي هنا موضوعه، أعني: شراء المعيب، و عدم عمومها لما يكون معيباً بعد الشراء مطلقاً حتى في ثلاثة خيار الحيوان.

و لو حدث العيب بعد الثلاثة منع الردّ بالعيب السابق على العقد، لو كان هناك عيب سابق عليه يوجب الخيار لولا حدوث هذا العيب، لانتفاء شرطه به، و هو قيام المبيع بعينه لأجل حدوث العيب فيه.

هذا شرح كلامه. و لازم ما ذكرناه أخيراً - و إن لم يصرح هو^١ به - هو منعه عن الردّ بخيار العيب فيما لو حدث في الثلاثة أيضاً، وكان هناك خيار عيب لولاه، بأن كان المبيع معيباً بعيب سابق على العقد، لأن المناط في المنع - و هو عدم صدق القيام بعينه - موجود فيه. فتحصل أن مقتضى هذه العبارة من الشرايع أن العيب الحادث بعد العقد و القبض لا يوجب ردّاً و لأرشاً، و لا يمنع عن الردّ بخيار الحيوان، و يمنع عن الردّ بخيار العيب القديم مطلقاً حدث في الثلاثة أو بعدها.

في مسقطات خيار العيب فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث؛ ولذا ذكر في اللمعة: أن هذا السابق. فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث؛ ولذا ذكر في اللمعة: أن هذا من المحقق مناف لما ذكره في الشرايع: من أن العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع، مع حكمه بعدم الأرض. ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكساً لقول شيخه (٤٥٦٠) و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه: أن قول ابن نمير لا يأبى عن التعدد، كما لا يخفى.

.....

٤٥٦٠. نظره في الجاعل إلى صاحب الجواهر^{رحمته}، قال في ذيل قول المحقق: «فلو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد» ما هذا لفظه: «بالعيب السابق قطعاً، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه...» إلى أن قال: «و مثله حدوث العيب من غير جهة المشتري في الثلاثة لو كان المبيع حيواناً، لأنه أيضاً مضمون على البائع، فلا يمنع حكم العيب السابق...» إلى أن قال: «و الظاهر تعدد سبب استحقاق الرد حينئذ - يعني: حين إذا كان المبيع حيواناً - و تظهر الثمرة في أمور. فما عن المصنف من أن له الرد بأصل الخيار - يعني: خيار الحيوان. لا بخيار العيب الحادث - و ابن نمير بالعكس - يعني: أنه يرد بالعيب الحادث لا بأصل الخيار - في غير محله، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالسببين كما هو واضح، مع أنه لم يتحقق هذه الحكاية عنهما في المقام. نعم، مستمع كلامهما في حدوث العيب في الثلاثة و تحقيق الحال فيه، و هو غير المقام، إلا أن يراد جريان نظيره هنا، لكنه لا يتم في المحكي عن ابن نمير من إيجاب الرد و الأرض». انتهى كلامه^{رحمته} بمزج ما يوجب توضيحه فيه.

أقول: مقتضى قوله: «مع أنه لم يتحقق هذه الحكاية في المقام» أنه يعني من قوله «حينئذ» حين إذ لم يمنع عن الرد لأجل أنه مضمون على البائع. و نظره في تعدد سبب استحقاق الرد إلى تعدد خيار العيب من جهة تعدد العيب، أعني: السابق و اللاحق، لا إلى تعدد الخيار من جهة الحيوان و من جهة العيب الحادث في الثلاثة. و مراده بالمقام صورة حدوث العيب في المبيع المعيب إذا لم يكن حيواناً، و إلا لما كان معنى لقوله: «مع أنه لم يتحقق...» كما لا يخفى.

فحينئذ نقول: إن قضية تفريعه^{رحمته} الإشكال على القولين - بعدم كونه في محله، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالسببين - على استظهار تعدد السبب الذي عرفت أن المراد منه تعدد خيار العيب، أن يكون مراده من المعاكسة بين القولين أن قول المحقق^{رحمته} هو الرد بخيار العيب القديم دون الحسادث، و قول شيخه عكس ذلك. و حينئذ يرد عليه إيراد المصنف^{رحمته}

و أما الثالث أعني العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض و الخيار، فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام و في ظاهر الغنية الإجماع عليه. و المراد بالعيب هنا مجرد النقص (٤٥٦١) لا خصوص ما يوجب الأرض، فيعم عيب الشركة و تبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحداً صفقة* و ظهر العيب في بعضه فأراد رد المبيع خاصة؛ و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به في القواعد و غيره، و نسيان الدابة للطحن كما صرح به في جامع المقاصد.

و يمكن الاستدلال على الحكم في المسألة بمرسلة جميل المتقدمة؛ فإن «قيام العين» و إن لم يناف (٤٥٦٢) بظاهره مجرد نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم في مسألة تقديم

بالنسبة إلى ما نسبته إلى ابن نما من القول بوحدة خيار العيب من جهة العيب الحادث لا من جهة العيب القديم، فإن قوله بجواز الرد بالعيب الحادث لا يأتي عن قوله بجوازه بالعيب القديم أيضاً. هذا، و لا فرق في عدم إبقاء قوله عن التعدد بين كون مورد حكايتهما هو المقام أو صورة حدوث العيب في مبيع صحيح في الثلاثة و كان حيواناً أو الأعم منهما. فعلى هذا يكون الخيار على قول ابن نما ثلاثة فيما إذا كان المبيع حيواناً معيماً و حدث فيه عيب في الثلاثة: خيار الحيوان، و خيار آخر من جهة العيب القديم، و خيار ثالث من جهة العيب الحادث في الثلاثة. و خياران على قول المحقق، و هما ما عدا الأخير.

٤٥٦١. كون المراد منه في العنوان مجرد النقص و لو لم يوجب الأرض لا يصحح تفريع عمومه لعيب الشركة و التبعض عليه، لأن قضية العنوان أن يكون العيب موجوداً قبل الرد، و هما يحصلان بالرد. فينبغي عليه إما أن يترك هذا إلى قوله: و نحوه، و يقول: فيعم عيب نسيان العبد الكتابة و يستدل عليه، ثم يعنون عنواناً آخر في سقوطه بمثل الشركة و التبعض مما يترتب على الفسخ و الرد و يستدل عليه، أو يبدل العنوان إلى قوله: أما الثالث - أعني: الذي لم يكن قبل العقد و لا قبل القبض و لا في زمن الخيار، سواء حدث قبل الرد أو حدث به - فالمشهور إلى آخر ما ذكره. و الأمر سهل.

٤٥٦٢. نعم، و لكن الموجود في المرسلة «قيام المبيع بعينه» و هو غير قيام عين المبيع،

و هو مناف لزوال الأوصاف من دون حاجة في ذلك إلى التمسك بذيل التمثيل، و ذلك لأنه لا ينبغي الإشكال في أن قوله: «بعينه» في المرسلة ليس بمعنى بذاته و بنفسه كما في قولك: جاني زيد بعينه، حيث إنه بذاك المعنى من ألفاظ التأكيد و لا مورد له في المقام، و إنما هو بمعنى: بتعيينه و خصوصيته، أي: بوصفه المتعين هو به، و الظاهر أن الإثبات في المقام متوجه إلى هذه الجهة. و بعبارة أخرى: أن الكلام مسوق لبيان اعتبار بقاء التعيين و الوصف، و أما اعتبار بقاء نفس المبيع قبل تلفه في جواز الرد فهو مستفاد بالأولوية و بحكم العقل بتوقف الرد على المردود. فمعنى الكلام: أنه إن كان الثوب قائماً بتعييناته و خصوصياته و واجداً لها - أي: كان تعيينه الذي كان له عند البيع باقياً عند الرد - رده.

و لا يخفى أن التعيين المدلول عليه بقوله: «بعينه» و إن كان بإطلاقه لو خلى و نفسه يعم التعيين الذي يوجب زواله زيادة في مائة المبيع، كالهزال في الحيوان الذي يوجب تبدله إلى الثمن زيادة في مائته، كما يعم التعيين الموجب زواله النقصان فيها كالسمن، إلا أن بعض مقدمات الحكمة في إطلاقه من هذه الجهة منتف، و هو عدم ما يوجب التقييد، لأن قرينة صدوره في مقام مراعاة البائع صالحة للتقييد بخصوص ما يكون زواله موجباً للنقص المالي، من دون فرق بين أفراد هذا القسم بمقتضى الإطلاق بين أن يكون فقدته عيباً اصطلاحياً موجباً للأرش و بين أن يكون غيره، مغيراً كان أم لا. و لا ينافي إطلاقه بحسب أفراد هذا القسم الشرطية الثانية إلا بالمفهوم. و التحقيق عدم المفهوم لمثل هذه الشرطية مما كان هو من جملة أفراد مفهوم الشرطية السابقة عليها، قد صرح به من بين أفراد مفهوم الأولى من باب المثال، لكونه الغالب بينها في الوجود. فكأنه قال: و إن لم يبق بتعيينه بل زال و تبدل إلى تعيين آخر، كما إذا صبغ أو قطع أو خيط، فله الأرش. و بعد رفع اليد عن خصوصية المورد - و هو الثوب - للقطع بالمثالية لمطلق المبيع تكون المرسلة دليلاً على أن المدار في جواز الرد و عدمه هو بقاء تعيين المبيع و زواله مطلقاً أي تعيين كان، فتدل على سقوط الرد بمثل نسيان الكتابة في العبد و نسيان الطحن في الدابة.

و قد يستشكل في الاستدلال بالمرسلة على محل البحث مما كان حدوث العيب بغير تصرف من المشتري، لاختصاصها ببيان حكم عدم صدق قيام المبيع بعينه من جهة تصرف المشتري. و يندفع ذلك بملاحظة التعبير بصيغة المجهول في الأفعال الثلاثة، فإنه يدل على عدم العناية بخصوصية الفاعل، بل المدار على تحقق الفعل من أي فاعل صدر.

قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين - إلا أن الظاهر منه بقريضة التمثيل لمقابلته بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشاً كصبغ الثوب و خياطته. نعم، قد يتوهم شموله لما يقابل الزيادة، كالسمن و تعلّم الصنعة. لكنه يندفع: بأن الظاهر (٤٥٦٣) من قيام العين بقاءه بمعنى أن لا ينقص ماله، لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص، كما لا يخفى على المتأمل.

و استدلال العلامة في التذكرة على أصل الحكم - قبل المرسلة - بأن العيب الحادث يقتضي إتلاف جزء (٤٥٦٤) من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط رده؛ للنقص الحاصل في يده؛ فإنه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث ٣٠. و المرسلة* لا تشمل جميع أفراد النقص (٤٥٦٥) مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه. و الوجه المذكور في التذكرة** قاصر عن إفادة المدعى؛ لأن المرجع بعد عدم الأولوية

.....

هذا ما يرجع إلى حكم العيب الحادث في المبيع بعد القبض و انقضاء زمن الخيار قبل الرد. و أما الحادث بنفس الرد كما في الشركة و تبعض الصفقة، فسيأتي تحقيق الحق فيه من حيث المنع عن الرد و عدمه في ذيل التنبيه الذي عقده المصنف لبيان حكم منع تبعض الصفقة عن الرد و عدمه، فانتظر.

٤٥٦٣. قد مرّ ما يصلح أن يكون منشأ لهذا الظهور من كون الإطلاق وارداً مقام مراعاة البائع، فيكون قريضة على التقييد بصورة القيام بعينه، بمعنى عدم النقص خاصة، إذ لامرعاة له مع الزيادة.

٤٥٦٤. يعني: إتلاف حدوث العيب لإتلاف المشتري، لأن موضوع البحث ما كان حدوث العيب من غير جهة تصرف المشتري، إذ قد تقدّم الكلام فيه في مسألة مستقلة. و لو عبّر بالتلف بدل الإتلاف لكان أولى.

٤٥٦٥. منشأ توهم عدم شمولها لمثل نسيان الدابة للطحن توهم أن الموضوع هو قيام عين المبيع، و هو الذي أوجب الحاجة إلى التمسك بذيل التمثيل لمقابلته بالصنع و القطع و الخياطة، و قد مرّ أنه توهم فاسد، و أن الموضوع هو قيام تعين المبيع و خصوصيته، و مع هذا

من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار (٤٥٦٦) و عدم ما يدلّ على سقوطه، غاية الأمر أنّه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرض للبائع إذا ردّه، كما إذا تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين، أمّا مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب أرشاً بل يرده؛ لأنّ النقص حدث في ملكه (٤٥٦٧) و إنّما يضمن وصف الصّحة لكونه كالجُزء التالف، فيرجع* بعد الفسخ ببذله. نعم، لو غلّل الردّ بالعيب القديم بكون الصبر على العيب ضرراً، أمكن أن يقال: إنّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعدة نفي الضرر. لكنّ العمدة في دليل الردّ هو النصّ و الإجماع (٤٥٦٨)،

لا يبقى مجال لهذا التوقّف، و لاجابة إلى التمسك بذيل التمثيل المذكور. إلّا أن يقال في وجه عدم الشمول لمثل نسيان الدابة... : إنّ الظاهر منها بقرينة التمثيل بعدم قيام العين بعينه بقطع الثوب و صبغه و خياطته هو كون التغيّر و النقص محسوساً، فلا يشمل مثل النسيان، فتدبر.

٤٥٦٦. لكن بناءً على ثبوت الخيار بنفس العيب و لو لم يظهر، وكذلك بناءً على ثبوته بظهور العيب، و لكن مع فرض حدوثه بعد الظهور. و أمّا بناءً على ثبوته بسالظهور و كسّان حدوث العيب قبله فالمرجع أصالة اللزوم و عدم حدوث الخيار، للشكّ في كون حدوث العيب مانعاً عن حدوث الخيار، بل الظاهر من أدلة الباب هو ذلك. و ظهور العيب شرط الخيار عند العلامة، و مورد كلامه هنا صورة حدوث العيب بقرينة استدلاله بالمرسلة، فإنّها مختصة بتلك الصورة، و على هذا لا قصور في استدلال العلامة، فافهم.

٤٥٦٧. أي: ملك المشتري، و يده عليه يد مالكيّة لاعادية حتّى تضمن الأوصاف الناقصة أيضاً. و الحكم بضمان العيب الحادث الاصطلاحي دون الوصف الناقص الذي ليس بعيب اصطلاحيّ إنّما هو بمقتضى فسخ المعاوضة، حيث إنّ المشتري لما كان بالفسخ يأخذ تمام الثمن لا بدّ أن يرده تمام الثمن، و هو لا يكون إلّا برده بدل ما تلف منه من وصف الصّحة التالف بالعيب الحادث.

٤٥٦٨. يعني: لاقاعدة نفي الضرر حتّى لا يجري استصحاب الخيار مع الشكّ في المسقط.

فاستصحب الخيار عند الشك في المسقط لأبأس به، إلا أن الإنصاف أن الاستفادة من التمثيل في الرواية بالصيغ و الخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك: أن المراد بـ«قيام العين» هو ما يقابل الأعم من تلقها و تغيرها، على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك. لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة (٤٥٦٩)؛ لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعاً، و المراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرض، فإن النقص الحاصل بالصيغ و الخياطة إنما هو لتعلق حق المشتري (٤٥٧٠) بالثوب من جهة الصيغ و الخياطة، و هذا ليس عيباً اصطلاحياً.

و دعوى اختصاصه بالتغير الخارجي - الذي هو مورد الأمثلة - فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن. يدفعها: أن المقصود مجرد النقص (٤٥٧١)، مع أنه إذا ثبت الحكم في النقص الحادث و إن لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت في المغير و غيره (٤٥٧٢) للقطع بعدم الفرق، فإن المحتمل هو ثبوت الفرق في النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز رد العين إلا

.....
٤٥٦٩. قد عرفت أن الوجه فيه هو قرينة المقام.

٤٥٧٠. بل لزوال هيئة الثوب و تعينه من دون ملاحظة ما حدث فيه بذلك من تعلق حق المشتري.

٤٥٧١. لما تقدّم أنه من باب التصريح ببعض أفراد مفهوم الشرطية الأولى، و أن المدار عليها وجوداً و عدماً. و تقدّم أيضاً أن المقصود من قوله: «بعينه» يعم بإطلاقه جميع أفراد التعينات و الأوصاف و لو لم يكن زوالها موجباً للتغير الخارجي، كنسيان الدابة للطحن.

٤٥٧٢. يعني: مع أنه إذا ثبت حكم جواز الرد في النقص الحادث الغير* المغير للمبيع و إن لم يكن عيباً اصطلاحياً - كما في موارد الأمثلة في الرسالة، حيث إن النقص فيها مغير للمبيع و ليس بعيب اصطلاحى، فإنه عبارة عن فقدان الصحة - ثبت في النقص الحادث الغير المغير أيضاً و إن لم يكن عيباً اصطلاحياً، كما في نسيان الدابة للطحن، للقطع بعدم الفرق بين قسمي النقص الغير العيب الاصطلاحي من المغير و غير المغير.

* كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر أنها زيادة من الناسخ خطأ، بقرينة قوله في السطر التالي: حيث إن النقص فيها مغير للمبيع، و قوله بعد سطرين: الغير المغير أيضاً.

مع أرشه، وكونه مجرد نقص لا يوجب أرشاً كنسيان الكتابة و الطحن. أما الفرق في أفراد النقص غير الموجب للأرش بين مغيّر العين حساً و غيره فلا مجال لاحتماله. ثم إن ظاهر المفيد في المقنعة المخالفة في أصل المسألة، و أن حدوث العيب لا يمنع عن الرد، لكنّه شاذّ على الظاهر.

ثم مقتضى الأصل (٤٥٧٣) عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله، فلا يثبت بعد زواله؛ لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال في التذكرة: عندنا أن العيب المتجدّد مانع عن الردّ بالعيب السابق، سواء زال أم لا*، لكن في التحرير: لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه (٤٥٧٤) كان له الردّ و لأرش عليه (٤٥٧٥)، انتهى. و لعل وجهه: أن الممنوع هو ردّه معيوباً لأجل تضرّر البائع و ضمان

٤٥٧٣. لا مجال للرجوع إلى أصالة بقاء السقوط بعد زوال العيب الحادث، لأنّ المراد من قيام المبيع بعينه عند الردّ بقاءه على ما كان عليه من التعيّن و عدم تبدّله إلى تعيّن آخر. فنفس المرسلة تدلّ على انتفاء الخيار بعد زوال العيب الحادث؛ لانتهاء شرطه و هو البقاء، و إن كان المراد منه صرف وجود التعيّن السابق فيه و لو لم يصدق عليه مفهوم البقاء، و لعلّه الظاهر، فافهم، فنفس المرسلة تدلّ على ثبوت الخيار بعد السقوط و على كلّ تقدير لامعنى للرجوع إلى الأصل، لوجود الدليل الاجتهادي الحاكم عليه. و لو فرض الشكّ في المراد منه فالمرجع أصالة بقاء السقوط لو كان حدوث العيب و زواله بعد ظهور العيب القديم، أو كان قبله و قلنا بأنّ العيب الواقعي سبب للخيار، أو قلنا بأنّ المرجع في أمثال المقام استصحاب حكم المخصّص لا العموم. و أمّا إذا كان بعد ظهوره و قلنا بأنّ الظهور شرط لحدوث الخيار كما اخترناه، أو قلنا بأنّ المرجع في مورد الشكّ في العامّ هو العموم في الآية، بناءً على دلالتها على لزوم العقد لا الاستصحاب، فأصالة اللزوم محكمة.

٤٥٧٤. التقييد بذلك مبنيّ على مسقطيّة التصرف.

٤٥٧٥. يعني: لأرش للمشتري على البائع لأجل العيب الحادث، لأنّ كونه له عليه على تقدير الردّ معلق على وجوده عند الردّ، و المفروض زواله عنده.

٤٣٨..... المكاسب، ج ٤، الخيارات

المشتري لما يحدث، و قد انتفى الأمران (٤٥٧٦). و لو رضي البائع برده مجبوراً بالأرض أو غير مجبورٍ جاز الرد (٤٥٧٧)، كما في الدروس و غيره؛ لأنّ عدم الجواز من حقّ البائع، و إلّا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ (٤٥٧٨) عدم سقوطه بحدوث العيب، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب، و إنّما منع من الردّ هنا للنصّ و الإجماع أو للضرر.

و ممّا ذكرنا يعلم (٤٥٧٩) أنّ المراد بالأرض الذي يغرّمه المشتري عند الردّ قيمة العيب، لا الأرض الذي يغرّمه البائع (٤٥٨٠) للمشتري عند عدم الردّ؛ لأنّ العيب القديم

٤٥٧٦. بسبب زوال العيب الحادث الموجب لهما.

٤٥٧٧. يعني: جاز الردّ بالخيار الناشئ من العيب القديم لا بالإقالة، بمعنى أنّ مانعيّة العيب الجديد عن الردّ بخيار العيب القديم إنّما هي فيما إذا لم يرض البائع بالردّ و إلّا فلا مانعيّة له، لأنّ اشتراط قيام المبيع بعينه في جواز الردّ إنّما هو لمراعاة حقّ البائع و ملاحظة جانبه، فإذا رضي فلا يشترط فيه ذلك، فتأمل.

٤٥٧٨. يعني: و إن لم يرض برده فمقتضى قاعدة استصحاب خيار الفسخ الثابت قبل حدوث العيب الجديد عدم سقوطه بحدوثه، غاية الأمر ثبوت قيمة العيب الجديد على المشتري للبائع إذا رده، و إنّما منع من الردّ هنا لأجل وجود دليل اجتهادي حاكم على الاستصحاب المذكور، و هو المرسلة و الإجماع و قاعدة الضرر.

٤٥٧٩. يعني بالموصول ما ذكره بقوله: «غاية الأمر ثبوت قيمة العيب».

٤٥٨٠. لأنّه تفاوت ما بين الصّحة و العيب و لكن مع نسبته إلى الثمن المسمّى، و أمّا الأرض الذي يغرّمه المشتري للبائع عند الردّ هو ما ذكر من التفاوت بدون النسبة إلى الثمن المسمّى. و الظاهر عدم التفاوت بينهما، لأنّ ما ذكره في وجه الفرق من أنّ ضمان المشتري للعيب الحادث من باب ضمان اليد ممنوع، لأنّ يد الإنسان على ماله ليست سبباً للضمان، فهو في كليهما من باب ضمان المعاوضة على المعروف من عدم كون الضمان في التلف قبل القبض من جهة اليد. و أمّا بناءً على كونه من جهة اليد، و أنّ دليل التلف قبل القبض مفاده تعيين البديل في عوض التالف و تنزيله منزلة البديل الواقعي، فما ذكره المصنّف رحمه الله من الفرق في محلّه، لعدم دليل على هذا التنزيل في العيب الحادث عند المشتري، إلّا أن يوجّه و يقال: إنّ مراده من ضمان اليد ليس بمعناه الاصطلاحي، بل المراد منه الضمان بسبب استقرار كونه مالاً بسبب

مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد. ثم إن صريح المبسوط: أنه لو رضي البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبة بالأرض (٤٥٨١) و هذا أحد المواضع التي أشرنا في أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرض مشروطة باليأس من الرد، و ينفيه إطلاق الأخبار بأخذ الأرض (٤٥٨٢).

تنبيه: ظاهر التذكرة و الدروس^{٣١}: أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفة على البائع. و توضيح الكلام في فروع هذه المسألة: أن التعدد المتصور فيه التبعض إما في العوض* (٤٥٨٣) ثمناً كان أو مثنياً** و إما في البائع، و إما في المشتري. فالأول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمن واحد من مشتري*** واحد فظهر بعضه معيباً (٤٥٨٤)

كونه تحت يده بواسطة القبض، فتأمل.

٤٥٨١. يعني: لم يجز للمشتري الالتزام بالبائع و مطالبة الأرض العيب القديم من البائع، لزوال ما هو شرط في ذلك، أعني: اليأس عن الرد في المقروض، و هو رضا المالك بالرد.

٤٥٨٢. يعني: إطلاقها من حيث اليأس عن الرد و رجائه.

٤٥٨٣. يعني: إما في أحد العوضين مع وحدة كل من البائع و المشتري، و هو المراد من الأول في قوله في السطر الخامس: «أما الأول». و إما في البائع مع وحدة كل من الثمن و الثمن و المشتري، و هذا هو المراد من الثاني في قوله في أواخر هذا التنبيه: «و أما الثاني، و هو تعدد البائع...»، و ما في بعض النسخ: و أما الثالث بدل: و أما الثاني، فهو من غلط النسخة. و إما في المشتري مع وحدة البائع و العوضين، و هو المراد من الثالث في قوله بعد ثلاثة و عشرين سطراً «و أما الثالث، و هو تعدد المشتري...». و لو كان الثاني بدل الثالث فهو من غلط النسخة. ثم إن التبعض إما على البائع كما في الصورة الأولى و الثالثة، و إما على المشتري كما في الثانية، لا خصوص الأول و إلا لاختصر بما عدا الصورة الثانية؛ إذ لا تبعض فيها على البائع. ٤٥٨٤. يكون التبعض هنا على البائع في الثمن، بل في الثمن أيضاً لو تعلق غرضه ببيع المجموع، و على المشتري فيهما في المثال الثاني. وكيف كان، مقتضى ما ذكره في حكم هذا القسم بقوله: «لأن المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد...» أن البعض الذي ظهر

** لم يرد «ثمناً كان أو مثنياً» في بعض النسخ.

* في بعض النسخ: في أحد العوضين.

*** في بعض النسخ بدل «من مشتري»، من بايع.

٤٤٠ المكاسب، ج ٤، الخيارات

وكذا لو باع شيئاً بثمن، فظهر بعض الثمن معيماً. و الثاني: كما إذا باع اثنان من واحد شيئاً واحداً فظهر معيماً، و أراد المشتري أن يرده على أحدهما نصيبه دون الآخر. و الثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئاً فظهر معيماً، فاختر أحدهما الرد دون الآخر، و ألحق بذلك الوارثان لمشتري واحد للمعيب.

و أما التعدد في الثمن: بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر، فلا إشكال في كون هذا عقدين، و لا إشكال في جواز التفريق بينهما.

أما الأول: فالمعروف أنه لا يجوز التبعض فيه من حيث الرد، بل الظاهر المصرح به في كلمات بعض الإجماع عليه؛ لأن الردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة، و إن كان معيماً فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه، و كل منهما نقص يوجب الخيار (٤٥٨٥) لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن (٤٥٨٦). و هذا الضرر و إن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيواناً فردته المشتري بخيار الثلاثة إلا أنه يوجب الضرر على المشتري؛ إذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح (٤٥٨٧). و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصبغ، فإن المانع فيهما ليس إلا حصول الشركة (٤٥٨٨) في الثوب بنسبة

كونه معيماً تارة يكون مشاعاً و أخرى معيماً. و في تصوير الأول خفاء كما قيل. و ما يمثل له بتعلق الدعوى ببعض مشاع منه فيكون هو معيماً فقط من هذه الجهة، قد نوقش بأن تعلق الدعوى به موجب لسراية العيب و نقصان القيمة إلى الكل، فتدبر.

٤٥٨٥. بعد تسليم كونهما نقصاً فإنما هو يحدث بالرد، و المانع عن الرد هو النقص الحادث قبل الرد، فتأمل.

٤٥٨٦. الذي لا يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح.

٤٥٨٧. في كون تخلف الغرض ضرراً منعه واضح، فيكون حديث نفي الضرر في ضرر التبعض على البائع المقتضي لجعل الخيار له سليماً عن المعارض.

٤٥٨٨. قد مرّ منع ذلك، و أن المانع منهما تغير الهيئة و زوال الوصف من دون نظر إلى مسألة الشركة.

الصبغ و الخياطة لا مجرد تغيير الهيئة؛ و لذا لو تغير بما يوجب الزيادة (٤٥٨٩) - كالسمن - لم يمنع عن الرد قطعاً.

و قد يستدل^{٢٢} - بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع دفعه - بظهور الأدلة (٤٥٩٠) في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه؛ لأقل من الشك؛ لعدم إطلاق موثوق به*، و الأصل للزوم. و فيه - مضافاً إلى أن اللازم من ذلك عدم جواز (٤٥٩١) رد العيب منفرداً و إن رضي البائع؛ لأن المنع حينئذ لعدم مقتضي للخيار في الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفي برضا البائع - أنه لا يشك أحده (٤٥٩٢)

٤٥٨٩. عدم منعه عن الرد ليس فيه دلالة على عدم اعتبار التغير من حيث الهيئة، لأنه من جهة خروجه عن المرسلة بقرينة ورودها في مقام مراعاة البائع، لا من جهة أن المدار على صرف النقص المالي المفقود في صورة حصول الزيادة. و بالجملة، المدار في عدم جواز الرد على تغير الهيئة و زوال الوصف مطلقاً، غاية الأمر خروج صورة التغير بالزيادة بقرينة المقام.

٤٥٩٠. بما «ذكرناه» متعلق بالرد، و المراد بالموسول مسألة جبر ضرر التبعض بالخيار. «و مع جوابه» من متعلقات «ما ذكرناه» لا الرد. و المراد من الجواب إيجاب جعل الخيار ضرراً على المشتري. و المستدل صاحب الجواهر^{٢٣}، قال في ذيل قول المحقق: «لم يجوز رد العيب منفرداً» ما هذا لفظه: «لا لأن رده خاصة موجب للتبعض الذي يتضرر به البائع، إذ يمكن جبره بتسلط البائع على الخيار حينئذ، بل لظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بالمجموع لا كل جزء منه، لأقل من الشك، ضرورة عدم وثوق بإطلاقها على وجه تشمل الفرض، و الأصل للزوم». انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه.

٤٥٩١. نعم، و لكن لا محذور فيه حتى يكون إيراداً عليه، إلا أن يكون جوازه مجمعاً عليه أو كان مختار صاحب الجواهر^{٢٤}، فتأمل.

٤٥٩٢. هذا مبتدأ مؤخر خبره قوله فيما مر: «و فيه مضافاً...». و لما اختلفت أنظار غير واحد من المحققين العظام في شرح هذا المقام، و أتعبوا أنفسهم في فهم المرام من هذا الكلام

* في بعض النسخ زيادة: يشمل الفرض.

من الأول إلى الختام، و قد كثر من السيّد الأستاذ العلامة أعلى الله مقامه التريّد و الدوران و النقض و الإبرام، و مع ذلك لم يخرجوا عن العهدة، بل لم يصلوا إلى حقيقة المرام، فأعجبني شرحه مازجاً له بعبارة المصنّف عليه السلام، يعني: فيه - مضافاً إلى ما ذكر - أنه لا يشكّ أحد في أنّ دليل هذا الخيار كغيره من أدلّة جميع الخيارات صريح في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع المعنون بعنوان ما هو سبب للخيار - من الحيوان و ما فيه العيب و ما فيه الغبن و أمثال ذلك - بطور العموم المجموعي لا كلّ جزء من أجزائه بطور العموم الانحلالي الاستغراقي، و لذا لم يجوز أحد تبعض ذي الخيار في الردّ و الإمساك بين أجزاء ماله فيه الخيار من الحيوان و المعيوب و المغبون فيه، فيردّ بعضه و يمسك الآخر. و لم يحتمل أيضاً هنا - ممّا كان ما وقع عليه العقد مركّباً من الصحيح و المعيب - أحد ردّ الصحيح دون المعيب، فلو كان تعلّق الخيار بكلّ جزء من أجزاء المبيع أمراً محتملاً - كما هو قضية التعبير بظهور الأدلّة في تعلّق الخيار بالمجموع - لاحتل أحد فيه جواز ردّ الصحيح دون المعيب، من جهة إعمال الخيار في أحد متعلّقيه بالردّ و في الآخر بالإمساك، فمن هذا يعلم أنّ تعلّق حقّ الخيار بمجموع المبيع المعنون بعنوان المعيوب قبل تعلّقه بكلّ جزء من أجزائه ممّا لا إشكال فيه، فلا معنى للتعبير بالظهور أولاً و التعبير بالشكّ ثانياً الدالّين على احتمال الخلاف فيه.

و إنّما وقع الإشكال في شيء آخر غير ما ذكر، و هو أنّ المبيع المعنون بعنوان المعيوب الذي قلنا إنّ مجموعه من حيث المجموع محلّ الخيار بصراحة الأدلّة هل هو في مفروض البحث - من بيع الصحيح و المعيب معاً في صفقة واحدة - هذا الشيء المعيوب فقط؟ فيختصّ خيار العيب بمجموعه، و لا يتعدّى إلى الجزء الصحيح، غاية الأمر أنّه إذا ردّه بخيار العيب يجوز له ردّ الجزء الصحيح معه أيضاً، إمّا لئلاّ تتبعض الصفقة، و إمّا لقيام الإجماع على جواز ردّه مع المعيوب، و إمّا لصدق المعيوب على المجموع المركّب منهما في مقام الردّ، يعني: و إمّا لأجل أنّه يصدق على ردّ المجموع ردّ المعيب الذي هو مورد الخيار فقط كما يصدق على ردّه منفرداً، فيتخيّر بينهما في مقام ردّ المعيب. هذا بناءً على اشتمال النسخة على هذه الفقرة، أعني: قوله: «و إمّا لصدق المعيوب على المجموع» و إلّا - كما هو الظاهر من قوله: «كما تقدّم» حيث لم يتقدّم من هذا في السابق عين و لأثر - فنكون في فسحة من شرحها. أو أنّ المبيع المعيوب الذي قلنا إنّ مجموعه محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد؟ لكونه معيوباً و لو من حيث

في أن دليل هذا الخيار - كغيره من أدلة جميع الخيارات - صريح في ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا لكل جزء؛ ولذا لم يجوز أحد تبعض ذي خيار بين أجزاء ما له فيه الخيار، و لم يحتمل هنا أحد ردّ الصحيح دون المعيب، وإلما وقع الإشكال في أن محل الخيار هو هذا

بعضه، و هو الجزء المعيوب.

و بعبارة أخرى: أن الذي وقع فيه الإشكال هو أن الخيار الثابت المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة هل هو نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة، في اختصاصه بالجزء المعنون، بما هو سبب الخيار من المعيوب في الفرض المقيس و الحيوان في المقيس عليه، أم لا بل هو فيما نحن فيه يعمّ مجموع الصفقة من حيث المجموع؟ و من المعلوم أنه لا يصحّ دعوى ظهور للأدلة في الثاني، لتوقفه على موردها للفرض، و ستعرف عدمه، بل غاية الأمر الذي يصحّ دعوى الظهور بالقياس إليه هو ظهور النصوص الواردة في الردّ في ردّ المبيع الظاهر هو - أي: المبيع - في تمام ما وقع عليه العقد، فتكون ظاهرة في ردّ تمام ما وقع عليه العقد. لكن لا ينبغي الإشكال في اختصاص موردها - ولو بحكم الغلبة - بالمبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، نظير اختصاص مورد أخبار خيار الحيوان بحكم الغلبة بكون المبيع حيواناً. و هذا المقدار من الظهور في الأخبار و النصوص - أعني: ظهورها في ردّ تمام ما وقع عليه العقد في صورة وحدة المبيع عرفاً التي هي موردها - لا يدلّ على مدعى المستدلّ من حكم تعلّق الخيار بمجموع ما وقع عليه العقد مطلقاً حتّى فيما لو لم يكن المبيع واحداً - كما هو موردها - بل كان مركّباً قد انضمّ المعيب إلى غيره الذي هو محلّ الكلام هنا. بل لنا أن نترقّى عن ذلك و نقول: إنّ هذا المقدار من الظهور قد يدلّ بضميمة الإطلاق أو ترك الاستفصال بين صورة انفراد المعيب بالمبيع و صورة انضمامه مع الصحيح - كأخبار خيار الحيوان التي مثل أخبار المسألة موردها شراء الحيوان، و لها إطلاق و لو من جهة ترك الاستفصال يعمّ صورة انضمام غير الحيوان بالحيوان - على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متّصف بالعيب باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لاجزئه الاعتباري كأحد الشيئين الذي هو محلّ الكلام.

و بالجملة، ما ادّعاه المستدلّ من ظهور نصوص الباب في تعلّق الخيار بمجموع ما وقع عليه العقد حتّى في مفروض المسألة من بيع الصحيح و المعيب معاً في صفقة واحدة ممنوع أولاً: بمنع ظهورها في ذلك بعد اختصاص موردها بغير الفرض، و ثانياً: بظهور دلالتها على

الشيء المعيوب، غاية الأمر أنه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لثلاً يتبعض الصفقة عليه، و إمّا لقيام الإجماع على جواز ردّه، و إمّا لصدق المعيوب على المجموع كما تقدّم أو أنّ محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد؛ لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه؟ و بعبارة أخرى: الخيار المسبّب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبّب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنوي بما هو سبب الخيار* أم لا؟ بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في الردّ في ردّ المبيع** الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، نظير أخبار خيار خيار الحيوان، و هذا المقدار لا يدلّ على حكم ما لو انضمّ المعيب إلى غيره، بل قد يدلّ كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متّصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لاجزئه الاعتباري كأحد الشيئين الذي هو محلّ الكلام.

و منه يظهر عدم جواز التشبّث (٤٥٩٣) في المقام بقوله في مرسله جميل: «إذا كان الشيء قائماً بعينه» لأنّ المراد بـ«الشيء» هو المعيب، و لاشكّ في قيامه هنا بعينه. و بالجملة، فالعمدة في المسألة - مضافاً إلى ظهور الإجماع - ما تقدّم: من أنّ مرجع (٤٥٩٤) جواز الردّ منفرداً إلى إثبات سلطنة للمشتري على الجزء الصحيح من

اختصاص الخيار في المفروض بخصوص الجزء المعيوب من الصفقة بالتقريب الذي عرفته.

٤٥٩٣. يعني: و ممّا ذكره بقوله: «بل يدلّ...» يظهر... و تقريب التشبّث به في المقام أن يقال: إنّ متعلّق الخيار هو تمام ما وقع عليه العقد، و شرط جواز الردّ قيامه بعينه، و هو لأجل التبعض لا يقوم بعينه. وجه الظهور: أنّ مورد الخيار خصوص المعيب، و هو قائم بعينه. ٤٥٩٤. لم يتقدّم لهذا ذكر في السابق. و لعلّ في النسخة تقدماً و تأخيراً، و كان العبارة في الأصل هكذا: فالعمدة في المسألة - مضافاً إلى ما تقدّم من ظهور الإجماع - أن مرجع... و كيف كان، غرضه أنّ العمدة في عدم جواز الردّ منفرداً بعد دلالة الأخبار على الجواز مع صدق القيام بعينه أمران: أحدهما: ظهور الإجماع على عدم، كما أشار إليه سابقاً بقوله: «بل الظاهر المصرّح به في كلمات بعض الإجماع عليه». و الآخر: أنّ مرجع جواز الردّ منفرداً

حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و منع سلطنته على الردّ أولاً أولى، و لأقلّ من التساوي، فيرجع إلى أصالة اللزوم (٤٥٩٥). و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الإجماع (٤٥٩٦) كما أنّ للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة. و بالجملة، فالأصل كاف في المسألة.

ثم إنّ مقتضى ما ذكره من إلحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث: أنّه لو رضي البائع بتبعض الصفقة جاز الردّ، كما في التذكرة معللاً بأنّ الحق لا يعدوهما. و هذا ممّا يدلّ على أنّ محلّ الخيار هو الجزء المغيّب، إلّا أنّه منع من رده نقضه بالانفراد عن باقي المبيع، إذ لو كان محله المجموع لم يجوز ردّ المغيّب وحده إلّا بالتفاسخ المجوّز لردّ* الصحيح منفرداً أيضاً. و أمّا الثاني و هو تعدّد المشتري: بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيب، فإنّ الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة. و استدلّ عليه في التذكرة و

إلى إثبات... إلى آخر ما ذكره في المتن.

و يمكن الخدشة في كليهما. أمّا الأول فلقوة احتمال أن يكون مدرك الحلّ لولا الكلّ هو المرسلة، بتوهم عدم القيام بعينه مع الردّ بالانفراد، فتدبر. و أمّا الثاني فلاّنه مبنيّ على جعل خيار التبعض للبائع، و قد مرّ منه منع. و لو سلّم فمجرد أولوية المنع لا يوجب رفع اليد عمّا تقتضيه الأدلة فضلاً عن التساوي. فالتحقيق جواز الردّ منفرداً، لوجود المقتضي و هو شمول الأدلة له، و عدم المانع لما عرفت. فإذا رده فهل للبائع خيار من جهة تبعض الصفقة عليه أم لا؟ الأقوى لا، لعدم الدليل عليه قبال أصالة اللزوم إلّا حديث نفي الضرر، و هو أجنبيّ عن إثبات الخيار، كما مرّت الإشارة إليه غير مرّة.

٤٥٩٥. الظاهر أنّه متفرّع على صورة التساوي.

٤٥٩٦. يعني: أنّ الفرق بينهما بجواز التبعض في مقام الردّ في خيار الحيوان دون خيار العيب - مع اشتراكهما في وجود المقتضي له، و هو الخيار المختصّ بالبعض المردود من الحيوان و المغيّب، لما ذكره من دلالة الأخبار بمعونة الإطلاق و ترك الاستفصال على اختصاص الخيار بالجزء المعنون بسبب الخيار، و وجود المانع، و هو ما ذكره بقوله: «من أنّ مرجع جواز الردّ

غيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد، خلافاً للمحكي عن الشيخ في باب الشركة و الإسكافي و القاضي و الحلبي^{٣٣} و صاحب البشري، فجوزوا الافتراق. و في التذكرة: ليس عندي فيه بُعد؛ إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقّصاً، فالشركة حصلت بإيجابه*. و قوّاه في الإيضاح لما تقدّم من التذكرة. و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشتري. و استجوده في التحرير و قوّاه في جامع المقاصد و صاحب المسالك^{٣٤}. و قال في المبسوط: إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يردّاه وكان لهما أن يمسكاه، فإن أراد أحدهما الردّ و الآخر الإمساك كان لهما ذلك. ثم قال: و لو اشترى أحد الشريكين** للشركة ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يردّاه أو يمسكاه، فإن أراد أحدهما الردّ و الآخر الإمساك، نُظِرَ: فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع أنّه قد اشترى للشركة لم يكن له الردّ؛ لأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه***، فإذا ادّعى أنّه اشتراه له و لشريكه، فقد ادّعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله و كان القول قول البائع مع يمينه. إلى أن قال: و إمّا إن أخبر البائع بذلك، قيل فيه وجهان: أحدهما و هو الصحيح أن له الردّ؛ لأنّ الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنّه يبيعه من اثنين، و كان لأحدهما أن ينفرد بالردّ دون الآخر، و قيل: فيه وجه آخر، و هو أنّه ليس له الردّ، لأنّ القبول في العقد كان واحداً****^{٣٥}، انتهى. و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً عن اثنين، أمّا إذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق. ثمّ الظاهر منه مع اتّحاد القبول التفصيل (٤٥٩٧) بين علم البائع و جهله، لكنّ التأمّل في تمام كلامه

منفرداً...» - إنّما هو بواسطة وجود الإجماع على جواز التبعيض هناك و عدم وجوده في المقام.

٤٥٩٧. يعني: أنّ الظاهر من الشيخ^{رحمته} بالنظر إلى بعض فقرات كلامه - في قوله: «و

لو اشترى أحد الشريكين للشركة» و قوله: «و إن أخبر البائع...» - مجرداً عن ملاحظة ما

ذكره في ذيل الشقّ الأوّل من قوله: «لأنّ الظاهر أنّه اشتراه لنفسه...»، هو التفصيل في صورة

وحدة القبول عن الاثنين بين علم البائع بكونه عن اثنين فيجوز، كما هو قضية اختياره للوجه

** في بعض النسخ زيادة: عبداً.

* في بعض النسخ بدل «بإيجابه»، بإختياره.

*** في بعض النسخ زيادة: كما لو اشتراه لنفسه وحده.

*** في بعض النسخ زيادة: دون شريكه.

قد يعطي التفصيل بين كون القبول في الواقع لاثنين أو لواحد، فإنه ﷺ علل عدم جواز الرد في صورة عدم إخبار المشتري بالاشتراك: بأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه، لا بعدم علم البائع بالتعدد. وكذا حكمه ﷺ بتقدم قول البائع يمينه المستلزم لقبول البيّنة من المشتري على أن الشراء بالاشتراك دليل على أنه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد في الواقع بالبيّنة وإن لم يعلم به البائع، إلا أن يحمل «اليمين» على عین البائع على نفي العلم، و يراد من «البيّنة» البيّنة على إعلام المشتري للبائع بالتعدد. وكيف كان، فمبنى المسألة - على ما يظهر من كلام الشيخ - على تعدد العقد بتعدد المشتري و وحدته.

و الأقوى في المسألة: عدم جواز الافتراق مطلقاً؛ لأنّ الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنين (٤٥٩٨) فليس لكل منهما الاستقلال، و لا دليل على تعدد الخيار هنا

.....

الأول، و بين جهله به فلا يجوز، و لكنّ التأمل في تمام كلامه و بمجموع عبارته - حتّى قوله: «لأنّ الظاهر أنه اشتراه لنفسه...» - يعطي التفصيل بين كون القبول الواحد في الواقع لاثنين فيجوز الرد و لواحد فلا يجوز. و الإخبار طريق إلى إحراز كونه من الأول، لإدخاله له في موضوع جواز الرد، كما أنّ عدم الإخبار في الصورة الأخرى موجب لتحقيق طريق إلى كونه من الثاني - و هو الظهور - من دون دخالة فيه لعدم جواز الرد.

ثمّ إنّ الفرق بين هذا و بين التفصيل الذي استظهره أولاً إنّما هو بالمعاكسة، لأنّ التفصيل هنا في صورة وحدة القبول بين كونه عن واحد و بين كونه عن اثنين بالرد في الثاني و عدمه في الأول، و التفصيل السابق إنّما هو في صورة كون القبول عن اثنين بين كون البائع عالماً به فيجوز و بين كونه جاهلاً به فلا يجوز.

٤٥٩٨. يعني: أنّ الثابت من الدليل شيان: الأول: ثبوت الخيار في الفرض في الجملة قبالة عدم ثبوته فيه بالمرّة، لا لكلّ منهما و لا لهما معاً بالاشتراك. و الثاني: وحدته لهما معاً قبالة تعدده، أحدهما لأحدهما و الآخر للآخر.

و الوجه في هذا أنّ الشيء في مثل صحيحة زرارة: «من اشترى شيئاً و به عيب أو عوار» مفهوم عامّ يعمّ الكلّ و الجزء. ثمّ الظاهر أنّ المراد من كلّ فرد مدلول عليه بصيغة العموم - أعني منها كلمة «أي» في قوله: «أيما رجل اشترى» - هو الأعمّ من الواحد و الاثنين و الثلاثة و هكذا. فبعد ملاحظة ما ذكرنا أولاً من إطلاق الشيء للكلّ و الجزء، و ملاحظة ما

إلا إطلاق الفتاوى و النصوص: من أن «من اشترى معيماً فهو بالخيار» الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب. لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام (٤٥٩٩)، و لو سلمنا الظهور (٤٦٠٠) لكن لا ريب في أن ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقص حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه و لو بفعل المسك لحصته، و هو مانع من الردّ (٤٦٠١). و من ذلك يعلم قوّة المنع و إن قلنا بتعدّد العقد.

ذكرناه ثانياً من عموم الموصول لأزيد من المشتري الواحد، يكون معنى الحديث: أن من اشترى - سواء كان هو واحداً أو أزيد - شيئاً كلاً أو بعضاً و به عيب... فمن جهة عموم الموصول في الرواية لصورة تعدّد المشتري للشيء كلّ أو بعضه، يقال اختصاصه بصورة وحدة المشتري الموجب لخروج صورة التعدّد عن تحت الدليل بالمرّة، يدلّ على ثبوت الخيار في الفرض في الجملة يقال عدمه بالمرّة، لكن لما كان اندراج المشتريين لشيء واحد بالشركة تحت العموم إنما هو بعنوان أنهما معاً فرد واحد من أفراد العامّ في عرض فردية المشتري الواحد، لا أنهما فردان منه قد اندرجا تحته، كان الخيار المجهول فيه ثابتاً لهما بما هما معاً فرد واحد منه، فيتحد الخيار لا بما أن كلاً منهما فرد مستقلّ منه كي يتعدّد الخيار.

و الوجه في ذلك النحو من الاندراج: أن المنصرف من إطلاق «من اشترى شيئاً» - الذي جعل لكل فرد من أفراد خيار واحد بطور العموم الاستغراقي - هو من استقلّ بشراء المعيب سواء كان كلّ أو بعضه، يقال من اشترى به كذلك في ضمن شراء الاثنين، فيكون الاثنان معاً في الفرض فرداً واحداً من ذلك المطلق، فيكون لهما الخيار الواحد، إذ ليس لفرد واحد من أفرادهما إلا خيار واحد، لا لكل واحد منهما خيار واحد، لعدم استقلاله في الشراء فلا يكون له خيار أصلاً، و إذ لا دليل على ثبوت الخيار لأحدهما منفرداً عن الآخر فلا يجوز الانفراد، لعدم مقتضي له.

٤٥٩٩. يعني: نعم إطلاق «من اشترى معيماً» و إن كان يشمل من اشترى جزءاً من المعيب أيضاً، إلا أنه على قسمين: أحدهما: أن يشتري شخص جزءاً من المعيب مستقلاً، و الثاني: أن يشتري شخص جزءاً منه في ضمن شراء الاثنين تمام المعيب، و إطلاقه بالقياس إلى شراء شخص للبعض منصرف إلى الأوّل منهما الذي هو غير المقام، لأنّ مقامنا هو الثاني.

٤٦٠٠. يعني: الظهور في الإطلاق و عدم الانصراف.

٤٦٠١. فيه: أن ما يمنع عن الردّ هو النقص المغيّر الحادث في المبيع قبل الردّ، و النقص

و ما ذكروه - تبعاً للتذكرة - : من أن التشقيص حصل بإيجاب البايع، فيه: أنه أخرجه غير مبعض (٤٦٠٢) و إنما تبعض بالإخراج، و المقصود حصوله في يد البايع كما كان قبل الخروج، و خلاف ذلك ضرر عليه، و علم البايع بذلك ليس فيه إقدام على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعض، و هو محل الكلام. و الحاصل: أن الفرق بين هذه المسألة و المسألة الأولى غير وجيه.

و أما الثالث: و هو تعدد البايع، فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق؛ إذ لا ضرر على البايع (٤٦٠٣) بالتفريق. و لو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد اشترى كل من كل ربعا، فإن أراد أحدهما رد ربع إلى أحد البايعين دخل في المسألة الثانية؛ و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البايع الواحد.

مسألة: يسقط الأرش دون الرد في موضعين: أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما، فلا أرش حذراً من الربا (٤٦٠٤). و يحتمل جواز أخذ الأرش (٤٦٠٥)، نفى عنه الباس في التذكرة بعد أن حكاه وجهاً ثالثاً لبعض الشافعية (٤٦٠٦)،

..... هنا حادث بالرد و الفسخ، و من ذلك يعلم قوة الجواز لو قلنا بتعدد العقد.

٤٦٠٢. في العبارة شيء، يعني: أنه نعم و إن حصل التبعض بالإيجاب إلا أن الاعتبار في جواز الرد حصوله في يد البايع كما كان قبل الخروج من يده، لأن خلافه ضرر عليه. و علم البايع بخروجه عن ملكه مبعضاً ليس إقداماً على الضرر، إلا إذا كان حكم المسألة عنده جواز التبعض في الرد، و الكلام إنما هو فيه فعلاً.

٤٦٠٣. لعدم تبعض الصفقة عليه.

٤٦٠٤. يعني: ليس للمشتري على البايع أرش و لو من غير جنس العوضين.

٤٦٠٥. يعني: في الجملة و لو من غير جنس العوضين.

٤٦٠٦. يعجني نقل عبارة التذكرة بطولها مع شرح ما يحتاج إليه، جاعلاً للشرح بين القوسين. قال عليه السلام: «مسألة: لو كان المبيع من أحد النقيدين، كآنية من ذهب اشتراها بمثل وزنها و جنسها، ثم أطلع على عيب قدم كان له الرد دون الأرش، لاشتماله على الربا، فإنه لو أخذ الأرش لنقص الثمن عن وزن الآنية فيصير الثمن المساوي لوزنها يقابل بما دولها، و ذلك عين الربا. فإن حدث عند المشتري عيب آخر لم يكن له الإمساك و أخذ الأرش لأجل العيب

القديم، لما تقدّم من لزوم الربا، و لا الردّ بجحاًناً و بلا أرش للبائع من جهة العيب الجديد، إذ لا يجبر البائع على الضرر الناشئ من الردّ بلا أرش، و لا الردّ مع الأرض لأجل العيب الجديد، لاشتماله على الربا، لأنّ المردود حينئذٍ يزيد على وزن الآنية. و لا يجب على المشتري الصبر على المعيب بجحاًناً، لأنّه ضرر عليه. فطريق التخلص عن الضرر و الربا فسخ البيع، لتعذر إمضائه مع الأرض للزوم الربا، أو بدونه للضرر، و إلزام المشتري بقيمته، أي: دفع قيمة المبيع المعيب من غير الجنس، قيمة تكون للمبيع حال كونه معيماً بالعيب القديم سليماً عن الجديد، و يجعل المبيع في الفرض بمثابة التالف في أخذ القيمة عند الفسخ. و يحتمل الفسخ مع رضا البائع، و يرده المشتري العين و أرشها و لارباً، لأنّ الحلي في مقابلة الثمن و الأرض في مقابلة العيب المضمون كالماخوذ بالسوم.

و للشافعية في فرض حدوث العيب الجديد عند المشتري في المبيع المعيب بعيب قديم ثلاثة أوجه، اثنان منها هذان الاحتمالان، أحدهما: ما ذكره بقوله: «فطريق التخلص فسخ البيع...»، و الآخر ما ذكره بقوله: «و يحتمل...»، إلا أنّهم لم يشترطوا في الاحتمال الثاني رضا البائع بالردّ. و الثالث: أن يرجع المشتري بأرش العيب القديم، كما في غير هذه الصورة ممّا لا يكون فيه المبيع من الربويّ. و المماثلة في مال الربا إنّما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت، و الأرض حقّ يثبت بعد ذلك لا يقدح في العقد السابق. و هذا الوجه عندي لا بأس به. و الوجهان الأوّلان أيضاً - الظاهر أنّه غلط، و الصواب «اتّفقاً» بدل «أيضاً» - على أنّه لا يرجع بأرش العيب القديم و أنّه يفسخ العقد، و اختلفا في أنّه يرده الحلي مع أرش النقص كما هو قضية الوجه الثاني عند الشافعية، أو يمسكه و يرده قيمته معيماً بالعيب القديم و سليماً عن العيب الجديد كما هو قضية الوجه الأوّل عندهم. و مقتضى قياس صاحب القول الثالث بيع الربويّ على بيع غير الربويّ - المستفاد قياسه من التشبيه في قوله: «كما في غير هذه الصورة» - تجويز الردّ مع الأرض أيضاً كما في سائر الأموال.

و إذا أخذ الأرض قيل: يجب أن يكون من غير جنس العوضين لئلا يلزم ربا للفضل. و الأقرب أنّه يجوز أخذ الأرض من جنسهما - أي: العوضين - لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنّه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر.

و لو تلفت الآنية ثمّ عرف المشتري العيب القديم، قال الشافعية: يفسخ العقد و يستردّ

موجّهاً له بأنّ المماثلة في مال الربا إنّما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت، و الأرض حقّ ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق، انتهى. ثمّ ذكر أنّ الأقرب أنّه يجوز أخذ الأرض من جنس العوضين؛ لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنّه يكون بيع مال

الثلث و يغرم قيمة التالف، و تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ، لأنّ الشافعي يجوز الإقالة بعد الفسخ - الظاهر «التلف» بدل «الفسخ» - وكذا لو اختلف المتبايعان بعد تلف المبيع تحالفاً و تراداً و يخالف إذا كان المبيع من غير جنس الثمن الذي فيه الربا، لأنّه يمكنه أخذ الأرض، فلا يجوز له فسخ العقد مع حدوث النقص و التلف عنده، و هنا لا يمكن ذلك، للزوم الربا. نعم، يمكن إسقاط حقه، و هو الأرض. و لهم وجه آخر أنّه يجوز أخذ الأرض. و حينئذٍ هل يشترط كونه من غير الجنس؟ وجهان تقدّما. و هذه المسألة لا تختصّ بالحليّ و النقدين، بل يجري في كلّ ربويّ مع جنسه». انتهى.

و الغرض من نقلها بطولها هو التنبيه على أنّ نسبة المصنّف إلى العلامة رحمته حكاية الوجوه الثلاثة عن الشافعية في مسألتنا هذه - من بيع الربويّ المعيب بجنسه من دون حدوث عيب آخر فيه عند المشتري - ليست في محلّها، لأنّه حكّاها عنهم في تلك المسألة و لكن مع حدوث عيب آخر عنده، التي تكلم فيها المصنّف رحمته بعد ذلك بورقة في ذيل قوله: «و منها حدوث أحد مانعي الردّ في المعيب الذي لا يجوز أخذ الأرض فيه لأجل الربا».

نعم، يظهر من العلامة رحمته في مسألتنا هذه وجوه ثلاثة في أخذ الأرض: أحدها: عدم الجواز مطلقاً. ذكره في أوّل عبارته بقوله: «كان له الردّ دون الأرض». و ثانيها: الجواز من غير الجنس خاصّة. و ثالثها: الجواز مطلقاً حتّى من الجنس أيضاً. و هذان الوجهان يستفادان من ملاحظة ما ذكره وجهها ثالثاً للشافعية في مسألة حدوث العيب الآخر في المبيع عند المشتري، التي لا فرق بينها و بين مسألتنا من حيث جواز أخذ أرض العيب القديم و عدمه، حيث إنّه يدلّ على جواز أخذه مع ملاحظة قوله: «و إذا أخذ الأرض قيل: يجب أن يكون من غير جنس عوضين لئلاّ يلزم رباً للفضل، و الأقرب أنّه يجوز...»، حيث إنّه يدلّ على أنّ الأرض الذي يجوز أخذه فيه وجهان، و مختار العلامة رحمته جواز أخذه مطلقاً حتّى من الجنس. وكيف كان، فالأمر سهل.

الربا بجنسه مع شيءٍ آخر، انتهى. و عن جامع الشرايع حكاية هذا الوجه (٤٦٠٧) عن بعض أصحابنا المتقدم على العلامة، و حاصل وجهه (٤٦٠٨): أن صفة الصحة لم تُقابل بشيءٍ من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة أنقص منه قدرًا، بل لم تُقابل بشيءٍ أصلاً و لو من غير الثمن و إلا لثبت في ذمة البائع و إن لم يختَر المشتري الأرض، بل الصحة و صفّ التزمه البائع في المبيع من دون مقابله بشيءٍ من المال كساير الصفات المشترطة في المبيع، إلا أن الشارع جَوَّزَ للمشتري مع تبين فقدده أخذ ما يخصّه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره. و هذه غرامةٌ شرعيةٌ حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع. هذا، و لكن يمكن أن يدعى: أن المستفاد من أدلة تحريم الربا و حرمة المعاوضة إلا مثلاً بمثل بعد ملاحظة أن الصحيح و المعيب جنسٌ واحدٌ (٤٦٠٩) أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم (٤٦١٠) لا يترتب على فقدده استحقاق عوضٍ، و من المعلوم: أن

٤٦٠٧. يعني: جواز أخذ الأرض الذي نفى عنه البأس في التذكرة.

٤٦٠٨. يعني: و حاصل توجيه هذا الوجه و تقريبه: أن الأرض غرامة شرعية حكم بها

الشارع عند إرادة المشتري تغريم البائع من جهة فقدان وصف الصحة لارتباط له بالعوضين، و ليس هو جزءاً من الثمن في مقابل وصف الصحة، فأخذه حينئذٍ لا يوجب الربا فيجوز.

٤٦٠٩. فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مع التفاضل و لو في طرف المعيب بمقدار يتدارك

به عيبه.

٤٦١٠. و بعبارة أخرى لعلها أحسن: أن وصف الصحة في الربوي فيما إذا بيع بجنسه

عدمه في نظر الشارع كوجوده منزل منزله في عدم جواز أخذ شيء من جهة عدمه، و من المعلوم أن الأرض شيء يأخذه المشتري من جهة عدم وصف الصحة و فقدانه، و نتيجة هاتين المقدمتين عدم جواز أخذ الأرض من جهة فقدان وصف الصحة، و هو المطلوب.

هذا، و فيه: أن المستفاد من الأدلة ليس إلا حرمة التوصل بالبائع و المعاوضة إلى أكل

الزائد بالناقص، و هذا المعنى مفقود في أخذ الأرض. أما بناءً على أنه غرامة شرعية خارجة عن العوضين فواضح. و أما بناءً على أنه في مقابل وصف الصحة، و أن ذاك الوصف منزل منزلة الجزء - على ما قربناه في بيان كون الأرض على طبق القاعدة، فيما علّقناه على قوله في المسألة

الأرض عوض وصف الصحة عرفاً و شرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوي الجنس الآخر. و بالجملة، فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقابل الصحة المفقودة في أحدهما.

و المسألة في غاية الإشكال و لابد من مراجعة أدلة الربا و فهم حقيقة الأرض (٤٦١١)، و سيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله.

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة، فإنه لا يتصور هنا أرض حتى يحكم بثبوته، و قد مثلوا لذلك بالخصاء في العيب.

و قد يناقش في ذلك: بأن الخضاء موجب في نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة، و إنما يرغب في الخصي قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة، أعني: عدم تستر النساء منه، فيكون واسطة في الخدمات بين المرء و زوجته، و هذا المقدار

الأولى من مسائل خيار العيب: «و أصعب منه جعله - أي: الأرض - مقتضى القاعدة» من أنه جزء من الثمن في مقابل وصف الصحة في مرحلة الإبقاء، بمعنى أن للمشتري أن يخرج عنه جزئته للثمن المقابل للموصوف، و يجعله في مقابل الوصف فيأخذه، و له أن يقيه على ما كان عليه من أول الأمر و في مرتبة الأحداث من كونه كما عداه من أجزاء الثمن في مقابل ذات الموصوف - فإن قلنا بأن المستفاد من أدلة تحريم الربا عدم جواز زيادة مقدار أحد الطرفين على مقدار الآخر في البيع مطلقاً حتى في مرحلة الإبقاء فلا يجوز، لكونه ربا في المعاملة غاية الأمر بقاء و قراراً لاحدوثاً. و إن قلنا بالاختصاص بمرحلة الأحداث فيجوز. و ظهورها في العموم لمرحلة الإبقاء غير معلوم، فيرجع إلى أصالة البرائة عن حرمة أخذه تكليفاً، و إلى استصحاب الصحة الثابتة قبل الأخذ وضعاً، فتدبر.

٤٦١١. يعني: مراجعتها من حيث عمومها لها حدوثاً و بقاءً أو اختصاصها لها حدوثاً أو إجمالها أو إهمالها فيه، و فهم حقيقة الأرض أنه غرامة شرعية أو جزء من الثمن في مقابل وصف الصحة، فعلى الغرامة يجوز مطلقاً، و على الجزئية - كما لا يبعد، و لكن في مرحلة الإبقاء بالتقريب الذي أشرنا إليه آنفاً - فعلى العموم لا يجوز، و على العدم - كما هو الظاهر - يجوز.

لا يوجب زيادة في أصل المائتة، فهو كعيب معيوب يُرغب فيه لجودة حمره. لكن الإنصاف: أن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لنادراً، بحيث لا يقدر في قيمته المتعارفة لولا هذا الغرض، صح أن يجعل الثمن المذول من الراغبين مقداراً لمائتة الخصي، فكان هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً، وصحة الغرض وفساده شرعاً لا دخل لها في المائتة العرفية (٤٦١٢)، كما لا يخفى. وبالجملة، فالعبرة في مقدار المائتة برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه، سواء كان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

مسألة: يسقط الردّ و الأرض معاً بأمور: أحدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلاف و لا إشكال؛ لأن الخيار إنما ثبت مع الجهل (٤٦١٣). و قد يستدل بمفهوم صحيحة زرارة المتقدمة (٤٦١٤).

٤٦١٢. نعم و لكن لها دخل في إعضائها و ترتيب الآثار عليها فالمائتة الناشئة من هذا الغرض الفاسد وجودها كعدمها و نتيجة ذلك عدم سقوط الأرض بين الخصي و غيره بملاحظة قيمتها مع قطع النظر عن لحاظ هذا الغرض و لو قال المناقش و هذا المقدار و إن كان يوجب زيادة في أصل المائتة إلا أن وجودها كعدمها عند الشارع لكونه من المنافع المحرمة التي لا عبرة بها في الشرع لم يبق مورد للإيراد عليه بما ذكره بقوله: «لكن الإنصاف...».

٤٦١٣. يعني: مورد دلالة الدليل على ثبوت الخيار هو صورة الجهل، و لا تعرض له بصورة العلم إثباتاً و نفياً، فيرجع إلى أصالة اللزوم.

٤٦١٤. يعني بما ما تقدّم في مسقطات هذا الخيار عن أبي جعفر عليه السلام: «أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب أو عوار و لم يتراً إليه و لم يتبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثم علم بذلك العوار أو ذاك العيب، فإنه يمضي عليه البيع، و يردّ عليه بقدر ما ينقص من ذاك البداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن». و المستدلّ صاحب الجواهر رحمته الله.

و قد يتوهم أنه لا وجه للاستدلال بمفهومها على انتفاء الخيار عند العلم و انتفاء الجهل أصلاً و لو قلنا بحجية مفهوم الوصف و القيد، لأنه موقوف على أن يكون الحكم في الصحيحة في المنطوق هو الحكم بالخيار و الموضوع فيه المشتري الجاهل، حتى يقال إن تقييد الموضوع بالجهل بالعيب يدلّ على انتفاء الخيار مع العلم بالعيب، و الحكم في الصحيحة هو لزوم البيع و

و فيه نظر (٤٦١٥). و حيث لا يكون العيب المعلوم سبباً لخيار، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاص الذي له أحكام خاصة فسد الشرط و أفسد، لكونه مخالفاً للشرع. و لو أراد به مجرد الخيار كان من خيار الشرط و لحقه أحكامه، لأحكام خيار العيب.

.....
عدم جواز الردّ و تعيين الأرض، و الموضوع فيه هو الذي لم يتبرأ إليه من العيب و لم يتبين له و أحدث فيه شيئاً، و قضية الأخذ بالمفهوم بلحاظ انتفاء كلّ واحد من قيدي عدم التبرّي و عدم التبيين له - أي: جهله به - مع حفظ قيد الإحداث هو الحكم بثبوت الخيار و عدم لزوم البيع، و هو خلاف المقصود المستدل.

و فيه: أنّه لا ينبغي الإشكال في أنّ الصحيحة مسوقة لبيان سببّة إحداث شيء في المعيب الواقع عليه الشراء بقيدي عدم التبرّي و عدم التبيين لحدوث مضي البيع به و اقتضائه له، كما هو قضية التعبير بالمضارع في «مضي عليه البيع» فإنّه للتحدّد و الحدوث، فتدلّ على عدم لزومه و ثبوت الخيار قبله. فالمتكفل لبيانه الصحيحة بلحاظ التقييد بإحداث الحدث حكمان: أحدهما: منطوقه، و هو أنّ المشتري الذي لم يتبرأ إليه و لم يتبين له العيب إن أحدث فيه شيئاً يلزم عليه البيع، و يتعين أخذ الأرض، و الآخر: مفهومي حاصل من انتفاء الإحداث، و أنّ المشتري المذكور إن لم يحدث فيه شيئاً فلا مضي عليه البيع و يتعين أخذ الأرض، بل يجوز له الردّ و الأرض. فحيثنقول: إنّ الحكم المفهومي في الصحيحة ثبوت الخيار بين الأمرين، و موضوعه من لم يتبرأ إليه و لم يتبين له و لم يحدث فيه شيئاً، و قضية أخذ المفهوم من جهة التقييد بكلّ واحد من عدم التبرّي و عدم التبيين هو انتفاء الخيار مع كلّ واحد من التبرّي و التبيين، و هو المطلوب، فتدبر.

٤٦١٥. لا لأنّ المفهوم هنا مفهوم القيد و لاحيّة فيه، لأنّ الذي لا يكون حجة هو ما يرجع إلى الشرط، و القيد في المقام راجع إلى الشرط، إذ الظاهر أنّ قوله: «لم يتبرأ إليه و لم يتبين له» ليس عطفاً على قوله: «و به عيب أو عوار» حتّى يكون مثله حالاً عن الشيء، لعدم كونهما من أوصاف المبيع و هيئاته، بل عطف على «اشتري» و هو و إن كان صفة للرجل إلّا أنّه من جهة وقوعه بعد كلمة «أي» الموصولة المتضمنة لمعنى الشرط يعامل معه معاملة الشرط، و لذا دخلت الفاء على جوابه، فيكون كلّ من قوله: «لم يتبرأ» و «لم يتبين له» مثله بمنزلة

الثاني: تبرّي البائع عن العيوب إجماعاً في الجملة على الظاهر المصرّح به في محكي الخلاف و الغنية، و نسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع^{٣٦}. و الأصل في الحكم قبل الإجماع مضافاً إلى ما في التذكرة: من أنّ الخيار إنّما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة (٤٦١٦)، فإذا صرّح البائع بالبرائة فقد ارتفع الإطلاق صحيحة زرارة المتقدمة و مكتوبة جعفر ابن عيسى الآتية. و مقتضى إطلاقهما - كمعقد الإجماع المحكي - عدم الفرق بين التبرّي تفصيلاً و إجمالاً، و لا بين العيوب الظاهرة و الباطنة؛ لاشارك الكلّ في عدم المقتضي للخيار مع البرائة، خلافاً للمحكي في السرائر عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبرّي إجمالاً^{٣٧}. و عن المختلف نسبه إلى الإسكافي، بل* إلى صريح آخر كلام القاضي المحكي في المختلف، مع أنّ المحكي عن كامل القاضي موافقة المشهور، و في الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين^{٣٨}.

ثمّ إنّ ظاهر الأدلة هو التبرّي من العيوب الموجودة حال العقد. و أمّا التبرّي من العيوب المتجددة



الشرط، فيكون من مفهوم الشرط لا مفهوم الوصف بالمعنى الشامل للحال أيضاً. بل لأن قيد عدم التبيين هنا من جهة كونه ممّا يتوقّف عليه القيد الذي ذكره بقوله: «ثمّ علم بذلك الداء...» لا يعقل أن يكون له مفهوم.

و من هنا ظهر وجه تفرقة المصنّف بين قيد عدم التبيين و قيد عدم التبرّي، حيث تنظر في دلالة الصحيحة على انتفاء الخيار بانتفاء الأوّل هنا، و استدلال هو بما بعد على انتفائه بانتفاء الثاني. وجه الفرق: أنّ عدم التبيين يتوقّف** حدوث العلم بعد إحداث الحدث فلا يكون له مفهوم، و أمّا عدم التبرّي فلا يتوقّف عليه ذلك فيكون له مفهوم. فهذان القيدان ليسا على نسق واحد حتّى يورد عليه بعدم الوجه للاستدلال بمفهوم أحدهما و ردّه في الآخر، كما صدر عن السيّد العلامة الأستاذ^{٣٩} و أخذه منه بعض، فافهم.

٤٦١٦. قد تقدّم في أوّل المبحث منع ثبوته به، و أنّ ثبوته إنّما هو لأجل أدلة خاصّة.

* في بعض النسخ زيادة: و قد ينسب.

** كذا في الطبعة الحجرية. و في العبارة سقط هكذا: يتوقّف عليه حدوث... .

الموجبة للخيار (٤٦١٧)، فيدلّ على صحته و سقوط الخيار به عموم «المؤمنون» (٤٦١٨) عند شروطهم». قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم «المؤمنون»: لا يقال: إنّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البرائة ممّا لم يجب؛ لأنّا نقول: التبرّي (٤٦١٩) إنّما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب، انتهى. أقول: المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلّا بسبب حدوث العيب، و العقد ليس سبباً لهذا الخيار، فإسناد البرائة إلى الخيار لا ينفع، و قد اعترف في بعض كلماته (٤٦٢٠) بعدم جواز إسقاط خيار الرؤية بعد العقد و قبل الرؤية. نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفي خيار الرؤية في العقد (٤٦٢١)، لكنّه مخالفٌ

٤٦١٧. كما إذا تحدّدت قبل القبض أو بعده في زمن خيار مختصّ بالمشتري، بناءً على ما تقدّم من نفي الخلاف في أنّها بنفسها سبب مستقلّ للخيار و لو حدثت في المبيع الصحيح، و لكن تقدّم الإشكال في ذلك، لعدم الدليل عليه.

٤٦١٨. إذا كان بطور الاشتراط في ضمن العقد.

٤٦١٩. لو قال بدل هذا: لأنّا نقول: إنّ التبرّي من العيوب في ظرف وجودها لاحقين الإنشاء، كان موافقاً للتحقيق، سليماً عن إيراد المصنّف عليه بأنّ التبرّي عن الخيار أيضاً تبرّ عامّاً لم يجب، حيث إنّ العقد ليس سبباً لهذا الخيار، إنّما السبب له حدوث العيب فيما بعد العقد.

٤٦٢٠. الغرض من ذلك هو الاستشهاد بكلامه على بطلان ما ذكره من كون العقد سبباً للخيار، و لافرق في هذه الجهة بين كون المقام من اشتراط عدم الثبوت، و بين ما اعترف به من كونه من قبيل الإسقاط كما لا يخفى. و تقريب الاستشهاد: أنّ قضية ذلك أنّ العقد ليس سبباً للخيار في خيار الرؤية، و لافرق بينه و بين خيار العيب من هذه الجهة، فلا يكون العقد سبباً لخيار العيب أيضاً.

٤٦٢١. هذا استدراك عمّا استفيد بمعونة قرينة المقام من قوله: «و قد اعترف...»، من عدم الفرق بين نفي خيار الرؤية و نفي خيار العيب، و استدرك هذا عنه مقدّمة لذكر إشكال يرد على أصل التبرّي من العيوب، ثمّ ذكر دفعه. أمّا الإيراد فقد أشار إليه أولاً بقوله: «لكنّه مخالف...»، و ثانياً بقوله: «و بالجملة...». و أمّا الدفع فقد ذكره بقوله: «إلّا أنّه لما قام النصّ و الإجماع...». يعني: نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط عدم ثبوت خيار الرؤية في العقد،

لساير كلماته وكلمات غيره كالشهيد و المحقق الثاني. و بالجملة، فلا فرق بين البرائة من خيار العيوب و البرائة من خيار الرؤية، بل الغرر في الأول أعظم، إلا أنه لما قام النص و الإجماع على صحة التبري من العيوب الموجودة فلا مناص عن التزام صحته، مع إمكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطة في العين الغائبة: باندفاع الغرر في الأول بالاعتماد على أصالة السلامة (٤٦٢٢) فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها،

و لازم ذلك - بمقتضى عدم الفرق المستفاد من قوله: «و قد اعترف...» - هو جواز اشتراط عدم ثبوت خيار العيب، أي: اشتراط البرائة من خيار العيب، لكن جواز اشتراط عدم خيار الرؤية يخالف لساير كلماته وكلمات غيره الدالة على عدم جوازه، لأجل لزوم الغرر الموجب للبطلان، و لازم ذلك أيضاً - بمقتضى عدم الفرق بينه و بين خيار العيب - عدم جواز اشتراط البرائة من خيار العيب، لأجل استلزامه الغرر.

و بالجملة، لا فرق في عدم جواز الاشتراط بين البرائة من خيار العيب و بين البرائة من خيار الرؤية، بل الغرر في الأول أعظم، فلا يجوز اشتراطها في المقام حتى يترتب عليه انتفاء الخيار، و ذلك لاستلزامه الغرر الموجب للبطلان، إلا أنه لما قام النص و الإجماع على صحة اشتراط التبري من خيار العيوب الموجودة، فلا مناص عن الالتزام بصحته و رفع اليد عن قاعدة نفي الغرر، لما تقدم سابقاً من أنها قابلة للتخصيص.

٤٦٢٢. يعني: مع إمكان أن الفرق بينهما بالقول بصحة التبري عن العيوب و عدم الالتزام بالسلامة عنها الموجب لانتفاء الخيار مع صحة البيع، و القول بعدم صحة عدم الالتزام بوجود الأوصاف المشترطة في العين الغائبة - و بعبارة أخرى: الفرق بينهما بصحة انتفاء الخيار المسبب عن العيب من جهة صحة التبري عنه في الأول، و بعدم صحة انتفاء الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما وصف - إنما هو بسبب اندفاع الغرر في الأول بشيء آخر غير التزام البائع بالسلامة عن العيوب موجود معه - أعني من ذلك الغير اعتماد المشتري على أصالة السلامة، فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها، لاندفاع الغرر بشيء آخر، بخلاف الثاني، لانهصار دافع الغرر فيه في التزام البائع بوجود الأوصاف فيها، و هو لا يجتمع مع الالتزام بعدم وجودها الناشي من الالتزام بعدم الخيار من جهة الرؤية على خلاف ما وصف، و قد مرّ احتمال صحة العقد مع اشتراط سقوط خيار الرؤية، مع الأمر بالتأمل في ذيل العبارة في ثاني مسقطات خيار

بخلاف الثاني، فإنَّ الغرر لا يندفع فيه إلاَّ بالتزام البائع بوجودها، فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر. و أمَّا البرائة عن العيوب المتجددة فلا يلزم من اشتراطها غرر في البيع حتَّى يحتاج إلى دفع الغرر بأصالة عدمها؛ لأنَّها غير موجودة بالفعل في المبيع حتَّى يوجب جهالةً. ثمَّ إنَّ البرائة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور (٤٦٢٣):

الغبين.

وكيف كان، فلاتنافي بينه و بين ما ذكره سابقاً وفقاً للتذكيرة من أنَّ الخيار...، حيث إنَّ معنى ما سبق أنَّ الخيار الذي استظهره من الأدلة إنَّما يثبت لاقتضاء العقد البناء على السلامة و اشتراطها في المبيع، غاية الأمر ضمناً لا صريحاً، و لذا اختارنا في السابق أنَّ خيار العيب قسم من خيار الشرط، و أنَّ اشتراطها صريحاً لا يوجب خياراً آخر، بل يكون مؤكداً صرفاً، فإذا صرَّح البائع بالبرائة فقد ارتفع الإطلاق المقتضي للاشتراط المقتضي للخيار عند التخلف. و معنى ما ذكره هنا أنَّ رافع الغرر و المصحح للبيع هو أصالة السلامة الموجودة مع التبري أيضاً. فالذي نفاه في السابق مع التبري هو اشتراط السلامة الموجب للخيار، لانقضاء الإطلاق المقتضي له، و الذي أثبتته هنا مع التبري هو الاعتماد في رفع الغرر من جهة الجهل بوصف الصحة على أصالة السلامة؛ و لا دلالة له على اشتراط السلامة بواحد من الدلالات كي يقع التنافي بينه و بين عدم اشتراطها المدلول عليه بالكلام السابق. و بالجملة، المصحح للعقد في مجهول الصحة و العيب هو أصالة السلامة، و لا ربط له بالإطلاق حتَّى يرتفع بارتفاعه، و الموجب للخيار هو اشتراط السلامة ضمناً، و هو موقوف على الإطلاق، فيرتفع بارتفاعه. و هذا بخلاف مورد خيار الرؤية، فإنَّ الموجب للصحة و الخيار هناك هو الاشتراط، فبعده يرتفع كلاهما.

٤٦٢٣. مقتضى هذا الكلام أنَّه لا بدَّ من تقدير مضاف إلى العيوب في قولهم: تبري البائع عن العيوب. و هو أحد أمور ثلاثة: إمَّا العهدة، و إمَّا الضمان، و إمَّا الخيار. و لعلَّ الوجه في لا بدِّية ذلك أنَّ التبري عن العيب - و هو التجنُّب عنه، و الكون في جانب منه - يعتبر فيه أنَّ يكون المتبري منه مربوطاً بالتبري لولا التبري عنه لا على جانب منه، و من المعلوم أنَّ عيب المبيع بنفسه ليس مربوطاً بالبائع حتَّى يتبرأ منه و يتجنَّب عنه و يبعده عن نفسه، فلا بدَّ لأجل تصحيح إضافة التبري من ملاحظة إضافة شيء إلى العيب به يكون مربوطاً بالبائع كي

٤٦٠..... المكاسب، ج ٤، الخيارات

الأول: عهدة العيوب و معناه (٤٦٢٤): عدم* تعهد سلامته من العيوب، فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته، فلا يترتب على ظهور العيب ردّ و لأرش، فكأنه باعه على كلّ تقدير. الثاني: ضمان العيب، و هذا أنسب بمعنى البرائة (٤٦٢٥)، و مقتضاه عدم ضمانه بمال، فتصير الصّحة - كسائر الأوصاف المشترطة في عقد البيع - لا توجب إلّا تخيراً بين الردّ و الإمضاء مجاناً، و مرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع، لا خيارها.

الثالث: حكم العيب، و معناه: البرائة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب. و الأظهر في العرف هو المعنى الأول، و الأنسب بمعنى البرائة هو الثاني. و قد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث (٤٦٢٦) و هو بعيدٌ عن اللفظ،

يتعلّق به التبرّي، و هو إمّا الالتزام بعدمه - و بعبارة أخرى: الالتزام بوجود الصّحة الذي يقتضيه إطلاق العقد الثابت لولا التبرّي - فالأول، و إمّا تدارك العيب الثابت كونه على البائع لولا التبرّي أيضاً فالثاني، و إمّا خيار العيب فالثالث.

٤٦٢٤. ضمير «معناه» راجع إلى العهدة. و يجوز تذكير الضمير إذا كانت التاء في المرجع مصدرية. و أمّا ضمير «مرجعه» فهو راجع إلى التبرّي لا إلى العهدة. هذا، بناءً على كون النسخة «و معناه: تعهد سلامته من العيوب» و أمّا بناءً على كونها «و معناه: عدم تعهد سلامته من العيوب» فضمير «معناه» راجع إلى التبرّي، يعني: معنى التبرّي عن عهدة العيوب عدم تعهد سلامته. و لعلّ الصحيح هو هذه النسخة. و يشهد له قوله: «فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته» من جهة ذكر لفظ عدم قبل الالتزام. وجه الشهادة أنّه على النسخة الأولى لا وجه لذكره، بل يكون ذكره موجباً للاختلاف بين مرجع ضمير «معناه» و ضمير «مرجعه». و كيف كان، فالأمر سهل.

٤٦٢٥. لأن المتبادر منها في العرف فراغ الذمة عن الشيء قبل اشتغالها به، و المعنى المناسب له هو الضمان بمعنى اشتغال الذمة بعوض وصف الصّحة و تداركها.

٤٦٢٦. حيث قال: «لأننا نقول: إنّ التبرّي إمّا هو عن الخيار الثابت بمقتضى العقد» و مراد المصنّف رحمته من اللفظ في قوله: «و هو بعيد عن اللفظ» هو لفظ التبرّي. وجه البعد ما

* لم ترد «عدم» في بعض النسخ.

إلا أن يرجع إلى المعنى الأول (٤٦٢٧). و الأمر سهل.

ثم إن تبرّي البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيب خاص إنما يسقط تأثيره (٤٦٢٨) من حيث الخيار. أمّا سائر أحكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب في أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص، لكن في الدروس: أنه لو تبرأ من عيب فتلف به في زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع، وكذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضي به بعده و تلف في زمان خيار المشتري. و يحتمل الضمان؛ لبقاء علاقة الخيار (٤٦٢٩) المقتضي لضمان العين معه. و أقوى إشكالاً ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد في الخيار^{٣٩}، انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها: منها: زوال العيب قبل العلم به، كما صرح به في غير موضع من التذكرة^{٤٠}، و مال إليه في جامع المقاصد و اختاره في المسالك. بل وكذا لو زال بعد العلم به قبل الردّ، و هو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقبضه و قد زال عيبه فلا ردّ، لعدم موجهه. و سبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم

مركز تحقيق مكتبة علوم اسلامی

ذكرناه في الحاشية السابقة.

٤٦٢٧. بأن يجعل الخيار في المعنى الثالث كناية عن سببه و هو العيب، و لكن عبارة التذكرة آية عن ذلك.

٤٦٢٨. الذي ينبغي بناء حكم المسألة عليه أن كون التلف في زمن الخيار لأجل العيب على عهدة البائع هل هو من أحكام العيب مثل الخيار - كما هو قضية قول المصنّف: «و أمّا سائر أحكامه...» - أم لا بل هو من أحكام التلف بما هو تلف و لو استند إلى شيء آخر غير العيب؟ فعلى الأول يسقط بالتبرّي عن العيب مثل الخيار، إلا أن يكون هناك قرينة على إرادته من حيث الخيار خاصة. و على الثاني - كما هو الظاهر - لا يسقط، لعدم ما يوجهه. و من هذا يعلم أن الحقّ عدم سقوط ضمان التلف بالعلم بالعيب.

٤٦٢٩. يعني: خيار المشتري من غير جهة العيب، فإنّ الذي يبقى مع العلم بالعيب أو التبرّي عنه هو ذاك الخيار لا خيار العيب، لأنّه لا يوجد معهما.

زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد^{٤٦١}، انتهى. و هو صريح في سقوط الرد و ظاهر في سقوط الأرض^(٤٦٣٠) كما لا يخفى على المتأمل، خصوصاً مع تفريعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الأرض معاً على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبداً و حدث في يد المشتري نكتة بياض في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداها، فقال البائع: الزائلة هي القديمة فلا رد و لأرض، و قال المشتري: بل الحادثة و لي الرد، قال الشافعي يتحالفان... إلى آخر ما حكاه عن الشافعي^(٤٦٣١).

وكيف كان، ففي سقوط الرد بزوال العيب وجه؛ لأن ظاهر أدلة^(٤٦٣٢) الرد - خصوصاً بملاحظة أن الصبر على العيب ضرر - هو رد المعبوب و هو المتلبس بالعيب، لا ما كان معيوباً في زمان، فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار. و أما الأرض^(٤٦٣٣)، فلما ثبت

٤٦٣٠. لعلّه من جهة قوله: «و سبق العيب لا يوجب خياراً» و من جهة تشبيهه بسبق

العيب على العقد و زواله قبله.

٤٦٣١. سيأتي نقل تنمّة كلامه في ذيل المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المسقط.

٤٦٣٢. لم يؤخذ في واحد من أدلة الباب في موضوع الخيار عنوان المعبوب حتى يقال إنه مشتق، و هو حقيقة في المتلبس بمبدأ العيب عند الرد، و لا يعم ما انقضى عنه العيب و زال، فيورد عليه شيخنا الأستاذ العلامة^{رحمته} بأنه نعم و لكنّه لا يوجب التحوّر باستعماله فيما زال عنه العيب، لإمكان استعماله فيه بلحاظ حال التلبس كما في آيتي السرقة و عدم النيل، و إنما الموجود فيه وجود العيب في المبيع حال البيع و أمثال ذلك. و عليه لا ريب في بقاء الموضوع و عدم تبدّله، فيستصحب الخيار لو نوقش في الإطلاق إن كان الخيار ثابتاً قبل الزوال، بأن علم بالعيب قبله، أو علم به بعده و لكن قلنا بثبوته بنفس العيب الواقعي، و إلّا فيرجع إلى أصالة اللزوم.

٤٦٣٣. الأرض متحد مع الرد موضوعاً، فإن كان الموضوع للرد هو المتلبس بالعيب عند اختيار الرد كان الموضوع للأرض أيضاً هو المتلبس به حين اختيار الأرض، و لازمه سقوط كليهما. و إن كان الموضوع للرد هو صرف وجود العيب في المبيع حال البيع كما اخترناه فكذا في الأرض، و لازمه ثبوتهما هنا، للإطلاق لو لم يناقش فيه، و إلّا فللاستصحاب على بعض التقادير، و أمّا على البعض الآخر فالمرجع أصالة اللزوم و أصالة البرائة عن الأرض، فتأمل.

في مسقطات خيار العيب ٤٦٣

استحقاق المطالبة به لقوات وصف الصحة عند العقد فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب (٤٦٣٤)، و الصحة إنّما حدثت في ملك المشتري، فبرائة ذمة البائع عن عهدة العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرض و سقوط الردّ قويٌّ لو لم يكن تفصيلاً مخالفاً للإجماع (٤٦٣٥)، و لم أجد من تعرّض (٤٦٣٦) لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده، نعم، هذا داخل في فروع القاعدة (٤٦٣٧) التي اخترعها الشافعي و هو: أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، لكن عرفت مراراً أنّ المرجع في ذلك هي الأدلة ولا منشأ لهذه القاعدة.

و منها: التصرف بعد العلم بالعيب، فإنّه مسقطٌ للأمرين عند ابن حمزة في الوسيلة ٤٢. و لعلّه لكونه علامة الرضا بالمبيع بوصف العيب، و النصّ المثبت للأرض بعد التصرف ظاهرٌ فيما قبل العلم. و ردّ أنّه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب. و الأولى أن يقال (٤٦٣٨): إنّ الرضا بالعيب لا يوجب إسقاط الأرض، و إنّما المسقط له إبراء البائع عن عهدة العيب، و حيث لم يدلّ التصرف عليه فالأصل بقاء حقّ الأرض الثابت قبل التصرف،



فالقول بالتفكيك لا وجه له فضلاً عن قوّته.
٤٦٣٤. يعني: خصوصاً إذا كان الزوال بعد العلم به.

٤٦٣٥. يعني: على عدم التفصيل بين الردّ و الأرض في النفي و الإثبات.

٤٦٣٦. غرضه من ذلك نفي كون ما ذكره من التفصيل مخالفاً للإجماع على خلافه، لأنّه موقوف على تعرّضهم للمسألة و ذهابهم إلى خلافه، و لم أجد من تعرّض لها عدا العلامة (رحمته).
٤٦٣٧. في إطلاقه منع، لأنّ هذه القاعدة تحتاج إلى أمور ثلاثة: ثبوت شيء و زواله و عوده، فلا تتمّ صورة كون العيب موجوداً من أوّل وجود الشيء، لعدم وجود وصف الصحة هنا حتّى يتحقّق الزوال ثمّ العود، و إنّما تختصّ من صور المسألة بما إذا كان الشيء صحيحاً ثمّ تعيّب ثمّ زال العيب. و على أيّ حال مراده من الزائل العائد وصف الصحة.

٤٦٣٨. يعني: في ردّ ابن حمزة. وجه الأولوية: عدم تمامية نفي دلالة التصرف في المعيب على الرضا بالعيب. و عدم تمامية ما يستفاد من كلام الراذ من دلالة الرضا بالعيب على إسقاط الأرض على تقدير دلالة التصرف عليه.

مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع، فليراجع.

و منها: التصرف في المبيع الذي لم ينقص قيمته بالمعيب، كالبغل الخصي بل العبد الخصي على ما عرفت، فإن الأرض منتفٍ لعدم تفاوت القيمة، و الرد لأجل التصرف. و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب. و فيه: أن العيب في مثله لا يعدّ ضرراً مالياً بالفرض، فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه.

و حله: أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد مالياً من الموجود، و إما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة في العين مع قطع النظر عن قيمته. و الأول مفروض الانتفاء، و الثاني قد رضي به و أقدم عليه المشتري بتصرفه فيه، بناءً على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية، كما لو رضي بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه. إلا أن يقال: إن المقدار الثابت (٤٦٣٩) من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش، و إلاً فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما في غير العيب و التدليس من أسباب الخيار، خصوصاً بعد تنزيل الصلحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التي لا يوجب فواتها أرشاً، فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به.

نعم، لو اقتصر (٤٦٤٠) في التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدم سقوط الرد بالتصرف مطلقاً.

٤٦٣٩. هذا الكلام راجع إلى قوله في أول المسألة: «و الرد لأجل التصرف» بناءً على كون المراد منه مطلق التصرف و لو لم يدل على الرضا، كما هو قضية إطلاقه في العنوان. يعني: إلا أن يقال: إن دليل مسقطية التصرف جواز الرد بخيار العيب - و هو صحيحة زرارة و برسلة جميل المتقدمين - لا يشمل الفرض من المبيع الذي لأرض بعيه، لأن المقدار الثابت من دليل سقوط الرد بالتصرف في الباب هو مورد ثبوت الأرش، و أما في غيره - كما في الفرض - فلا دليل على السقوط بالتصرف، فيجب الرجوع إلى الأصل، فمقتضى قاعدة الاستصحاب عدم سقوط الرد بالتصرف، كما في غير العيب و التدليس مما لا دليل على السقوط بالتصرف.

٤٦٤٠. يعني: لو اقتصر في التصرف المسقط في العنوان على ما يدل على الرضا

و منها: حدوث العيب في المعيب المذكور، و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله (٤٦٤١) فيحتمل ثبوت الرد (٤٦٤٢) مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له؛ لأن الصحة في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في البيع* التي لا يوجب فواتها أرشاً، و

و أريد منه خصوص ذلك لصح القول بسقوط الرد في الفرض بالتصرف، لأن التعليل المتقدم في أخبار سقوط الحيوان بالتصرف يدل على سقوط الرد بالتصرف الكذائي مطلقاً حتى في مورد لا يكون فيه الأرش.

٤٦٤١. يعني: الاستشكال بلزوم ضرر الصير على المعيب بالعيب السابق على العقد في محله، إذ ليس هنا تصرف من المشتري حتى يقال إنه أقدم عليه، و معه لامورد لحديث نفي الضرر كي يكون حاكماً على لزومه بالتصرف.

٤٦٤٢. يعني: إذا كان إشكال لزوم الصير على المعيب هنا في محله فيحتمل فيه احتمالان: أحدهما - و هو الأقوى - ثبوت جواز الرد، لكن مع رد قيمة النقص الحادث لو كان العيب الحادث موجبا له، و ذلك - يعني: ثبوت الرد هنا - لأن وصف الصحة المفقود في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة في المبيع - التي لا يوجب فواتها أرشاً، كالكتابة في بيع العبد - في عدم سقوط خيار الرد الناشئ من فقدانها بحادث عيب مضمون على المشتري فيسه بمقتضى أدلته في المقامين، فيكون الخيار في الفرض من جزئيات خيار تخلف الوصف لا خيار العيب.

لا يقال: نعم، الأمر كما ذكرت لو لم يكن في المقام ما يوجب تقييد إطلاق رد المعيب، من النص و الإجماع على مانعية حدوث العيب عن الرد بالعيب القديم. لأننا نقول: لا مقيد له هنا أيضاً، لأن النص الدال - إلى قوله - في أصل المسألة.

و أما الاحتمال الآخر - و هو عدم جواز الرد - فوجهه لزوم ضرر الصير على المعيب من جهة العيب الحادث لو رده، فلا يجوز لحديث نفي الضرر. و فيه من الضعف ما لا يخفى، حيث إنه معارض بلزوم ضرر الصير على المعيب على المشتري من جهة العيب القديم لو لم يردّه، فيتعارضان فيرجع إلى أصالة جواز الرد. فقد ظهر ممّا ذكرنا أن قوله: «لأن الصحة...» على لاحتمال ثبوت الرد، و أن قوله: «و النص الدال...» جواب عن سؤال مقدّر.

النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين - و هي المرسلة المتقدمة - مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على الميعب بالأرض، و الإجماع فيما نحن فيه غير متحقق، مع ما عرفت من مخالفة المفيد في أصل المسألة (٤٦٤٣).

هذا كله، مضافاً إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و بها يدفع* معارضة الضرر المذكور بتضرر البائع بالفسخ و نقل الميعب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب. وكيف كان، فلو ثبت الإجماع أو استفيض نقله على سقوط الرد بحدوث العيب و التغير على وجه يشمل المقام، و إلا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

و منها: ثبوت أحد مانعي الرد (٤٦٤٤) في الميعب الذي لا يجوز أخذ الأرض فيه لأجل الربا. أما المانع الأول، فالظاهر أن حكمه كما تقدم في الميعب الذي لا ينقص ماله؛ فإن المشتري لما أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه بدلاً عن ماله و إن كان المأخوذ معيماً، فيبقى وصف الصحة كساير الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلا جواز الرد بلا أرض، فإذا تصرف فيه - خصوصاً بعد العلم - تصرفاً دالاً على الرضا بفاقد الوصف المشروط لزوم العقد**، كما في خيار التدليس بعد التصرف، نعم، التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط (٤٦٤٥) كما تقدم.

و أما المانع الثاني، فظاهر جماعه كونه مانعاً فيما نحن فيه من الرد أيضاً (٤٦٤٦) و

.....

٤٦٤٣. أشار بذلك إلى ما ذكره في طيّ الرابع من مسقطات خيار العيب من قوله: «ثم إن ظاهر المقنعة المخالفة في أصل المسألة، و أن حدوث العيب يمنع من الرد».

٤٦٤٤. يعني بهما التصرف و حدوث العيب بعد القبض. و إنما عبر عنهما بماعبي الرد مع أنه جعل المسقطات أربعة لأن الإسقاط الذي هو أحدهما إنما هو من قبيل المسقط لا المانع، و تلف العين الذي هو ثالثها لا يبقى معه موضوع للرد حتى يعد مانعاً. و جعل الأول أولاً لتقدمه في كلامه، و الثاني ثانياً لتأخره فيه.

٤٦٤٥. يعني: الخيار من جهة الرؤية على خلاف ما وصف و اشترط لاختيار الاشتراط.

٤٦٤٦. كلمة «أيضاً» راجع إلى قوله: «فيما نحن فيه» لا الرد، فلو قدمه على قوله:

* في بعض النسخ بدل «و بها يدفع»، وهي المرجع بعد. ** في بعض النسخ بدل «العقد»، عليه.

هو مبني على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى في صورة عدم جواز أخذ الأرض. و قد عرفت النظر فيه (٤٦٤٧).

و ذكر في التذكرة وجهاً آخر لامتناع الرد، و هو: أنه لو رد، فإما أن يكون مع أرض العيب الحادث، و إما أن يرد بدونه، فإن رده بدونه كان ضرراً على البائع، و إن رد مع الأرض لزم الربا، قال: لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه. و الظاهر أن مراده من ذلك: أن رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشيء؛ إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرض فيما نحن فيه، فيكون وصف الصحة في كل من العوضين نظير ساير الأوصاف الغير المضمونة بالمال، فإذا حصل الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة و لانقيصة؛ و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة (٤٦٤٨) أو النقيصة في أحد العوضين، فإذا استرد المشتري الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير، فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده* لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع الثمن و وصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب، فيلزم الربا. فمراد العلامة رحمته بلزوم الربا: إما لزوم الربا في أصل المعاوضة، إذ لولا ملاحظة جزء من الثمن في مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن، و إما لزوم الربا في الفسخ حيث قبل فيه الثمن بمقداره من الثمن و زيادة. و الأول أولى (٤٦٤٩).

«من الرد» [على ما نحن فيه]** لكان أولى.

٤٦٤٧. يشير بذلك إلى ما ذكره في الأمر السابق على هذا الأمر بقوله: «و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محله، فيحتمل ثبوت الرد...».

٤٦٤٨. يعني: عند الإقالة.

٤٦٤٩. و لعل وجه الأولوية مبني على ما ذكره المحقق رحمته من أن الربا على قسمين: ربا المعاوضة و ربا القرض؛ و ذلك لأن الفسخ ليس شيئاً منهما، فتأمل.

* في بعض النسخ زيادة: كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده.

** كذا في الطبعة الحجرية. و الظاهر أنها زائدة، و لعلها من زيادة النسخ.

و مما ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا: بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات في يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب، فلا ينضم إلى المثلث حتى يصير أزيد من المثلث، إذ فيه وضوح الفرق (٤٦٥٠)؛ فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف في ملك مالكة فيضمنه القابض، و العيب الحادث في المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع و تلف وصف الصحة منه في يد المشتري، فإذا فرض أن صفة الصحة لا تقابل بجزء من المال في عقد المعاوضة*، فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابة، لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها.

و الحاصل: أن البائع لا يستحق من المشتري إلا ما وقع مقابلاً بالمثلث، و هو نفس المثلث من دون اعتبار صحته جزءاً، فكأنه باع عبداً كاتباً فقبضه المشتري ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة**.

ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مخافاً فيما نحن فيه، فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين، اقتصر في المبسوط على حكايتهما. أحدهما: جواز رد المشتري للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث؛ لما تقدم إليه الإشارة: من أن أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم في كونها غرامة تالف مضمون على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا. الثاني: أن يفسخ البيع لتعذر إمضائه (٤٦٥١)،

٤٦٥٠. يمكن أن يقال: إن هذا الفرق غير مجدٍ بعد البناء على كون الأرض غرامة شرعية لاجزاء من المثلث، ضرورة عدم تفاوت الحال على هذا البناء بين أن يكون حدوث العيب في ملك المالك أو غيره، و عدم الحاجة إلى ما ذكره من التقدير في جواز أخذ الأرض بمعنى الغرامة.

٤٦٥١. يعني: مطلقاً، أما بلا أرض فلكونه ضرراً على المشتري، و أما مع الأرض فللزوم الربا.

* في بعض النسخ زيادة: الربوثة.

** في بعض النسخ زيادة: «نعم هذا يصح في غير الربوئين؛ لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من المثلث فيرد المشتري قيمة العيب الحادث عنده لياخذ المثلث المقابل لنفس المبيع مع الصحة.»

و إلزام المشتري (٤٦٥٢) ببدله من غير الجنس معيياً (٤٦٥٣) بالعيب القديم و سليماً عن الجديد، و يُجعل بمثابة التالف؛ لامتناع رده بلا أرش و مع الأرش. و اختار في الدروس تبعاً للتحريير الوجه الأول مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله: لأن تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل^{٤٣}. و تبعه المحقق الثاني معللاً بأن الربا ممنوعة في المعاوضات لا في الضمانات، و أنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث في يد المستام و إن كانت ربوية، فكما لا يعدة هنا رباً فكذا لا يعدة في صورة النزاع. أقول: قد عرفت الفرق (٤٦٥٤) بين ما نحن فيه و بين أرش عيب المقبوض بالسوم، فإنه يحدث في ملك مالكه بيد قابضه، و العيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري و لا يقدر في ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري، و المفروض عدم المقابلة بينه و بين جزء من المبيع*.

٤٦٥٢. و قوله: «و إلزام المشتري» من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول عطف على «أن يفسخ» المأول إلى المصدر.

٤٦٥٣. و قوله: «معيياً» حال من ضمير «ببدله» الراجع إلى المبيع. و المراد من البدل هو القيمة لا المثل، و إلا لكان ذكر الغير مستدركاً بل محلاً بالمقصود. و يؤيده التعبير في التذكرة بالقيمة لا البدل. و تقييد البدل بكونه من غير الجنس حذراً عن لزوم الربا. يعني: إلزام المشتري بإعطاء قيمة المبيع من غير جنس المشتري حال كون المبيع معيياً بالعيب القديم سليماً عن الجديد، بمعنى أنه يقوم كذلك و يؤخذ بذاك المقدار من غير جنس المبيع من المشتري، فافهم، فإن في جواز الحال من المضاف إليه إشكالاً، بل منعاً. قال ابن مالك:

و لا تجز حالاً من المضاف له إلا إذا اقتضى المضاف عمله
أو كان جزءاً ماله أضيفاً أو مثل جزئه فلا تحيفاً

و ليس المقام من أفراد موردي الاستثناء، فتأمل. و لو خلت العبارة عن كلمة الغير لصح إرادة المثل من البدل، و تعين كون «معيياً» حالاً من البدل، و سلمت العبارة عن الإشكال المذكور، فتدبر جيداً.

٤٦٥٤. قد عرفت الإشكال فيه.

* في بعض النسخ: بين شيء منه و بين صحة المبيع.

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار، فإن ظاهر الغنية إسقاطه للردّ و الأرض كليهما حيث جعل المسقطات خمسة: التبرّي، و الرضا بالعيب، و تأخير* الردّ مع العلم؛ لأنّه على الفور بلا خلاف. و لم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرض. ثم ذكر حدوث العيب و قال: ليس له هاهنا إلاّ الأرض، ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرض. فإنّ في إلحاق الثالث بالأولين في ترك ذكر الأرض فيه ثم ذكره في الآخرين و قوله: «ليس هاهنا»، ظهوراً في عدم ثبوت الأرض بالتأخير، مع أنّ هذا هو القول الآخر في المسألة على ما يظهر؛ حيث نسب إلى الشافعي القول بسقوط الردّ و الأرض بالتأخير**؛ و لعلّه لأنّ التأخير دليل الرضا. و يرده - بعد تسليم الدلالة -: أنّ الرضا بمجردّه لا يوجب سقوط الأرض كما عرفت في التصرف. نعم، سقوط الردّ وحده له وجه، كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدّم من عبارتهما في التصرف المسقط، و يحتمله أيضاً عبارة الغنية المتقدمة (٤٦٥٥) بناءً على ما تقدّم (٤٦٥٦) في سائر الخيارات: من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقّن السالمة عمّا يدلّ على التراخي عدا ما في الكفاية: من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها. و فيه: أنّ الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار، و أمّا الخبر الخاص فلم أقف عليه (٤٦٥٧)، و حينئذ فالقول بالفور وفاقاً لمن تقدّم للأصل لا يخلو عن قوّة، مع ما تقدّم من نفي الخلاف في الغنية في كونه على الفور. و لا يعارضه ما في المسالك و الحدائق: من أنّه لا نعرف فيه خلافاً؛ لأنّا عرفناه و لذا جعله في التذكرة أقرب. وكذا ما في الكفاية: من عدم الخلاف؛ لوجود الخلاف، بل نفي الخلاف***، نعم ما في الرياض: أنّه ظاهر أصحابنا المتأخّرين كافّة٤٦.

٤٦٥٥. لاحتقال كونها في مقام تعداد أصل المسقطات فقط لا في مقام بيان ما يسقط

ها.

٤٦٥٦. هذا راجع إلى قوله: «وجه». و المراد من المتيقّن هو فوريّة الخيار.

٤٦٥٧. لعلّ نظره في ذلك إلى مرسلّة جميل المتقدمة، بتقريب أنّ الاستفادة منها جواز الردّ بمجرد كون الشيء قائماً بعينه من غير مدخلية للمبادرة و الفوريّة. و لكن فيه أنّه أيضاً من

* في بعض النسخ بدل «تأخير»، ترك. ** لم يرد «مع أنّ هذا هو... الى بالتأخير»، في بعض النسخ، ولكن ورد في بعض النسخ «هذا القولين إلى الشافعي». *** لم يرد «بل نفي الخلاف» في بعض النسخ.

و التحقيق رجوع المسألة إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام و عدمه؛ و لذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلّا به، و إلّا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلّا الشهرة بين المتأخرين المستندة إلى الاستصحاب و لأعتبار بمثلها و إن قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفي الخلاف من باب مطلق الظن؛ لعدم الظن كما لا يخفى (٤٦٥٨)، و الله العالم.

مسألة: قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب لم يبيّنه فعل محظوراً و كان المشتري بالخيار، انتهى. و مثله ما عن الخلاف. و في موضع آخر من المبسوط: وجب عليه أن يبيّنه و لا يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب، و الأول أحوط. و نحوه عن فقه الراوندي. و مثلهما ما في التحرير، و زاد الاستدلال عليه بقوله: «لئلا يكون غاشاً» ٤٧. و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجليّ و الخفيّ. و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرايع ٤٨: الاستحباب مطلقاً، و ظاهر جماعة التفصيل بين العيب الخفيّ و الجليّ، فيجب في الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعة، أو مع عدم التبرّي كما في الدروس. فاحصل من ظواهر كلماتهم خمسة أقوال (٤٦٦٠). و الظاهر ابتناء الكلّ على دعوى صدق الغش (٤٦٥٩) و عدمه. و الذي يظهر من ملاحظة العرف و اللغة (٤٦٦١)

مركز تحقيق مكتبة نور

قبيل الإطلاق، فتأمل.

٤٦٥٨. للعلم باستنادهم إلى استصحاب الخيار الذي تقدّم الإشكال فيه.

٤٦٥٩. وجوب الإعلام مطلقاً و وجوبه مع عدم التبرّي، و استحبابه مطلقاً، و وجوبه في الخفي مطلقاً و لو تبرأ، و وجوبه فيه أيضاً إذا لم يتبرأ. و يأتي بيان مدرّكها في الحاشية الآتية.

٤٦٦٠. فبعضهم يدّعي صدقه في الجميع، و بعضهم يدّعي صدقه في بعض العيوب دون الآخر على الاختلاف في هذا البعض. و في هذه الكلية نظر يأتي.

٤٦٦١. توضيح المطلب: أنّ مفهوم الغشّ بالقياس إلى ما يتعدّى إليه «في» - كما في الغشّ في اللبن أو الدراهم أو الكلام و أمثال ذلك - هو الإدخال في الشيء ما ليس من منحه على نحو لا يتميّز المغشوش عن المغشوش فيه، بل يسمّى المجموع باسم الثاني و بالقياس إلى ما يتعدّى إليه بنفسه، كما في قوله: من غشّ مسلماً فعليه كذا، فهو مثل التغرير عبارة عن إيقاع الغير فيما يكرهه و لا يريدّه. و النسبة بين مفهوميه بحسب اللحاظين عموم من وجه، إذ قد

يكون يوجد الأول دون الثاني، كما في مزج الماء في اللبن لأن يشرب و شرب، و قد يكون بالعكس، كما في بيع المعيب الخلقى و لو في بعض صورته المتيقن على ما ستعرف. و هو باللحاظ الأول لا يحرم لو لم يقصد به التوصل إلى الغش باللحاظ الثاني، و إلا فلا يعد استفادة حرمة من الأخبار المذكورة في مسألة حرمة الغش من المكاسب المحرمة على ما أشرنا إليه هناك، فراجع.

و البحث هنا فعلاً في بيع المعيب بدون الإعلام إنما هو في صدقه عليه باللحاظ الثاني، لأنه باللحاظ الأول دائر مدار تحقق إدخال الشيء فيما ليس من سنخه و عدمه، فإن أدخل في المبيع المعيب بالأصل ما ليس من جنسه فقد تحقق الغش فيه بذلك اللحاظ الأول و لو لم يبعه، و إلا فلا. و إن باعه فحينئذ نقول: لا ينبغي الإشكال في صدقه بذلك اللحاظ المبحوث عنه على بيع المعيب و لو في بعض صورته قبال السلب الكلّي، ضرورة تحقق إيقاع المشتري فيما يكرهه و استناد وقوعه فيه إلى البائع فيه. و على هذا لا يصح ابتناء القول باستحباب الإعلام مطلقاً و في جميع الصور على عدم صدق الغش، كما هو قضية قوله: «و الظاهر ابتناء الكل...»، و لذا تنظرنا في دعوى هذه الكلية، بل لا بد من ابتناؤه على المنع عن حرمة الغش بهذا اللحاظ و القول بكرأته. فحينئذ يصح القول باستحباب الإعلام، لا من جهة نشوئه من رجحان فيه كما هو معناه الاصطلاحي، و ذلك لعدم الدليل عليه من جهة كونه تركاً للمكروه المرجوح.

نعم، بقية الأقوال الأربعة - وجود الإعلام في مطلق العيب و لو تبرأ، و وجوبه فيه إذا لم يتبرأ، و وجوبه في الخفي و لو تبرأ، و وجوبه فيه بالخصوص إذا لم يتبرأ - مبنية على الخلاف في صدر* الغش مطلقاً فالأول، أو في خصوص صورة عدم التبري و لو كان العيب جلياً فالثاني، أو في خصوص الخفي و لو تبرأ فالثالث، أو في خصوص الخفي مع عدم التبري فالرابع.

و الظاهر أن هذا الخلاف ناش من الخلاف في أن ما به يصح إضافته و إسناده إلى البائع - و يقال: إن فلاناً غش فلاناً و أوقعه فيما لا يريد - هل هو صرف ترك الإعلام مطلقاً، أو أنه هذا مع خصوصية ترك التبري، أو مع خصوصية خفاء العيب، أو مع خصوصيتهما معاً؟ و الذي يظهر من مراجعة العرف و اللغة - كما ذكره المصنف رحمه الله - هو التفصيل بين خفاء العيب و جلالة، بأن ترك الإعلام في الأول مصحح لاستناد وقوع المشتري فيما يكرهه إلى البائع،

في معنى الغش: أن كتمان العيب الخفي - و هو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع - غش، فإن الغش كما يظهر من اللغة خلاف النصح.

بخلاف الثاني، إذ فيه شيان: أحدهما: ترك البائع للإعلام، و الآخر: مساححة المشتري في الإخبار المتعارف، و استناده إلى البائع بلحاظ الأول ليس أولى من استناده إلى المشتري بلحاظ الثاني، و معلوم أن استناده إلى كل منهما على الاستقلال غير ممكن، فلا محالة يستند إليهما معاً، فلا يكون مستنداً إلى البائع خاصة، فلا يكون غاشاً، فلا يحرم بيعه.

و هل يعتبر في صدق الغش على ترك الإعلام في بيع المعيب بالعيب الخفي عدم التبري أم لا؟ فيه إشكال. و هو - على ما يظهر من عبارة المصنف رحمه الله - ناشٍ من أن ترك الإعلام في مورد عدم التبري ليس هو بنفسه في الحقيقة جهة صدق الغش فيه، بل جهته فيه أمر آخر ملائم له، و إسناده إليه من باب إسناد الشيء إلى ملازم المسند إليه، و هو إما إظهار البائع سلامته عن العيب و التزامه بها و لو من جهة إظهار الإطلاق الظاهر فيه، و إما عدم سده على المشتري باب الاعتماد على أصالة السلامة الموجب لوقوعه فيما يكرهه. فعلى الأول لا يصدق الغش مع التبري، لارتفاع جهة صدقه، و هو الإطلاق بالتقييد بالتبري. و على الثاني يصدق معه أيضاً، لما مر في ذيل الكلام في مسقطية التبري للخيار من الوجه الثاني من الوجه اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله لدفع إشكال لزوم الغرر من التبري، و هو أن التبري لا يرفع الاعتماد على أصالة السلامة، فعدم سده باب الاعتماد عليها باقٍ على حاله مع التبري مثله مع عدم التبري. و الظاهر من ملاحظة ما ذكره المصنف رحمه الله في مسألة حرمة الغش من المكاسب المحرمة أن جهة صدق الغش في بيع المعيب عنده هو التزام البائع بالصحة من جهة ظهور الإطلاق فيه، فحينئذ يكون مختاره رحمه الله في المقام صدق الغش مع خصوصية خفاء العيب و خصوصية عدم التبري. هذا، و فيه منع ظهور الإطلاق فيه كما أشرنا إليه سابقاً، بل لانفهم اقتضاء مقدمات الحكمة ذلك، فتعين كون الجهة فيه الأمر الثاني و هو موجود مع التبري أيضاً.

هذا بناءً على كون منشأ الإشكال ما يظهر من عبارة المتن. و يمكن أن يكون منشأ الإشكال في أن التبري هل هو نحو من البيان و الإعلام بوجود العيب في العرف فلا يصدق، أم لا فيصدق؟ و لعل الظاهر من مراجعة العرف هو الأول، ألا ترى أن المشتري عند التبري يسأل و يقول: هل فيه عيب؟ فتأمل جيداً.

و أما العيب الظاهر، فالظاهر أن ترك إظهاره ليس غشاً. نعم، لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهرأ أنه بصير يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك و أهمل اختباره كان غشاً. قال في التذكرة - في رد (٤٦٦٢) استدلال الشافعي على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغش - : إن الغش ممنوع، بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه، و التقصير في ذلك من المشتري^{٤٩}، انتهى. و يمكن أن يحمل - بقرينة (٤٦٦٣) ذكر التقصير - على العيب الظاهر. كما أنه يمكن حمل

٤٦٦٢. الظاهر أن محل الكلام بين العلامة و الشافعي هو اعتبار سؤال المشتري و تبينه في صدق الغش على ترك الإظهار و عدمه، فيقول العلامة بالأول و الشافعي بالثاني. و حاصل مراد العلامة^{٥٠}: أن ثبوت الغش مطلقاً حتى فيما إذا لم يكن هناك سؤال من المشتري ممنوع، بل يثبت في خصوص صورة كتمان العيب و عدم إظهاره بعد سؤال المشتري عن البائع عن عيبه و طلب بيانه منه، و التقصير في ذلك - أي: في السؤال و تركه الموجب لمنع تحقق غش البائع، أي: الموجب عدم استناد وقوع المشتري فيما يكرهه إلى البائع - إنما هو من المشتري، و إنما يستند ذلك إليه و يكون غشاً لو سأل و ترك إظهاره. و هذا مناف لما ذكره المصنف^{٥١} من التفصيل بين العيب الخفي و بين الجلي، بصدق الغش في الأول مطلقاً و لو لم يسأل عنه المشتري، و عدم صدقه في الثاني مطلقاً و لو سأل عنه، حيث إن قضية ما ذكره العلامة هو عكس هذا التفصيل.

٤٦٦٣. يعني: و يمكن أن يحمل المورد الذي ردّ العلامة فيه استدلال الشافعي على العيب الظاهر، و يقال: إن مراد العلامة منع إطلاق صدق الغش على ترك إظهار العيب الجلي حتى فيما لم يكن هناك سؤال من المشتري، و دعوى أن صدقه عليه في خصوص الجلي ليس على إطلاقه، بل مخصوص بصورة سبق السؤال. و ذلك الحمل بقرينة ذكر التقصير من المشتري، حيث إنه لا يكون إلا في العيب الظاهر، لأن عدم تبين الخفي له إنما هو بقصور منه لا بتقصير. و فيه: أنه يكون قرينة عليه لو كان المشار إليه بـ «ذلك» في قوله «و التقصير في ذلك» هو العلم بالعيب، و هو ممنوع، بل الظاهر أنه إشارة إلى السؤال عن حال المبيع، و هو بهذا المعنى يجامع مع خفاء العيب، فتدبر.

عبارة التحرير المتقدمة - المشتمة على لفظ «الكتمان»، و على الاستدلال - بالغش على العيب الخفي، بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً (٤٦٦٤). و من أقوى الشواهد على ذلك (٤٦٦٥) أنه حكى عن موضع من السرائر: أن كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محظورٌ بغير خلاف، مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ.

ثم التبري من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور، أم لا؟ فيه إشكال، نشأ من دعوى صدق الغش و من أن لزوم الغش (٤٦٦٦) من جهة (٤٦٦٧) ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع

.....

٤٦٦٤. يعني: هذا الذي ذكره في الجمع بين عبارة التذكرة و بين عبارة التحرير - من حمل نفي صدق الغش في الأول على العيب الظاهر، و حمل إثبات صدقه في الثانية على العيب الخفي - ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً حتى غير العلامة، فيحمل كلمات مثبت صدقه على الخفي و كلمات نافية على الجلي.

٤٦٦٥. إذ لو كان مورد استحباب الإعلام المبني على عدم صدق الغش - بناءً على ما صرح به في السابق - عين مورد الحظر المبني على صدق الغش على ترك الإعلام، لم يجز له القول بالاستحباب مع نفيه الخلاف في الحظر و الحرمة، فلا بد أن يكون مورد أحدهما الجلي و مورد الآخر الخفي، فافهم.

٤٦٦٦. النسخ التي رأيناها قد اشتملت على لفظة «لا» في قوله في الذيل: «و التبري لا يرفع...»، فغاية ما يخطر بالبال في توجيه العبارة بناءً عليه أنها خالية عن ذكر العدل لقوله: «من دعوى صدق الغش» أعني قوله: و من عدمه.

٤٦٦٧. و قوله: «و من أن لزوم الغش من جهة...» عطف على دعوى صدق الغش المطوي عدله، من عطف العلة على المعلول لبيان وجه دعوى صدق الغش، و وجه دعوى عدم صدقه، الأول بالجهة الثانية و الثاني بالجهة الأولى، بطور اللف و النشر المشوش. يعني: فيه إشكال نشأ من دعوى صدق الغش فلا يسقط، و من دعوى عدمه فيسقط، أي: من دعوى أن لزوم الغش في مورد عدم التبري إنما هو من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة و عدم التبري، و تقييد العقد به يرتفع الإطلاق فيرتفع الالتزام، فلا غش فلا وجوب للإعلام. أو إنما هو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه و لو من جهة عدم سده عليه باب ما

الظهور، أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً و التبرّي لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصّحة، فالتغريب إنّما هو ترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل. و الأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدّم من المبسوط. ثمّ إنّ المذكور في جامع المقاصد^{٥٠} و المسالك و عن غيرهما: أنّه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء، لأنّ ما كان من غير الجنس (٤٦٦٨) لا يصحّ العقد فيه، و الآخر مجهول. إلّا أن يقال: إنّ جهالة الجزء غير مانعة

يدخله فيه من الاعتماد على أصل الصّحة، من جهة عدم ذكره ما يصرفه عن الاعتماد عليه، فيصدق الغشّ مع التبرّي مثله مع عدمه، لأنّ التبرّي لا يرفع اعتماده على أصالة السلامة، فالغشّ و التغريب على هذه الجهة الثانية إنّما هو لأجل ترك البائع ما يصرف المشتري عن الاعتماد عليه و هو البيان و الإعلام، و هذا الترك موجود مع التبرّي أيضاً، فيصدق الغشّ فلا يسقط وجوب الإعلام.

هذا بناءً على كون النسخة «لا يرفع» و أمّا بناءً على كونها بلا «لا». فقوله: «و من لزوم...» بكلتا جهتيه عطف على دعوى صدق الغشّ و عدل له، من باب إقامة العلة مقام المعلول الذي هو عدله في الحقيقة، و هو عدم صدق الغشّ. و على هذا تكون العبارة خالية عن التعرّض لبيان وجه صدق الغشّ. يعني: فيه إشكال نشأ من دعوى صدق الغشّ و عدمه، نظراً في دعوى عدمه إلى أنّ لزوم الغشّ عند عدم التبرّي إمّا من جهة... إلى آخر العبارة. وكلتا الجهتين منتفية مع التبرّي، لأنّه على الجهة الأولى يرتفع الإطلاق، و على الثانية يرفع الاعتماد على أصالة الصّحة، و قد تقدّم من المصنّف^{٥١} في ذيل التكلّم في مسقطيّة التبرّي في مقام دفع إشكال لزوم الغرر من التبرّي احتمالان يساعد أحدهما لزيادة لفظة «لا» و هو أنّ صحّة البيع مع التبرّي إنّما هي لأجل النصّ و الإجماع، حيث إنّ قضيتّه أنّ التبرّي يرفع الاعتماد على أصالة الصّحة الرافع للغرر. و يساعد الآخر لعدم زيادتها، و هو ما ذكره بقوله: «مع إمكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطة في بيع العين الغائبة، باندفاع الغرر في الأوّل بالاعتماد على أصالة السلامة، فلا يقدح عدم التزام البائع بعدمها، أي: عدم العيوب...»، فإنّ قضيتّه ذلك أنّ التبرّي لا يرفعه. و بعد أن شرحت المقام عثرت على بعض النسخ المصحّحة قد ضرب الخطّ فيه على لفظة «لا». و الله العالم بالواقعيّات، فتدبّر جيّداً.

إن كانت الجملة معلومة، كما لو ضمّ ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإن البيع لا يبطل في ملكه و إن كان مجهولاً قدره وقت العقد، انتهى. أقول: الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن و لا يخرج عن حقيقة كالمالح الزائد في الخبز، فلا وجه للإشكال المذكور. نعم، لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقة ذلك الشيء توجه ما ذكره في بعض الموارد.

مسائل في اختلاف المتبايعين: و هو تارة في موجب الخيار، و أخرى في مسقطه، و ثالثة في الفسخ. أما الأول، ففيه مسائل: الأولى: لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه، فالقول قول المنكر بيمينه. الثانية: لو اختلفا في كون الشيء عيباً و تعذر تبين الحال، لفقد أهل الخبرة كان الحكم كسابقه. نعم، لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الردّ دون الأرش، لأصالة البرائة. الثالثة: لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدّمه؛ للأصل، حتّى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تساريخ العقد؛ لأنّ أصالة

و الوجه في عدم صحّة العقد فيه - أي: فيما كان من غير الجنس، كالماء في المثال - إنّما هو عدم القصد إلى بيعه.

٤٦٦٩. هذا قيد للاستهلاك. و ضمير «يخرج» و «حقيقته» راجع إلى المزوج المعلوم من سياق العبارة المراد منه الماء. و المراد من الشيء في قوله: «ذلك الشيء» هو الشيء المزوج فيه كاللبن.

و كيف كان، ليس القيد في محله، لأنّ خروج المزوج عن حقيقته لا يكون إلّا في الاستحالة، و هي غير الاستهلاك الذي هو عبارة عن تفرّق أجزاء شيء و انتشاره في شيء على نحو لا ينظر إلى ذاك المتفرّق في أنظار العرف إلّا بالنظر العدمي، مع بقاء تلك على حقيقتها الأولى واقعاً و بالنظر الدقيقي، بحيث لو أخرج المزوج عن المزوج فيه بالآلة المعدة للتجزئة تعنون بعين ذاك العنوان الذي كان له قبل المزج من عنوان الماء و التراب و نحوهما، و هذا بخلاف الاستحالة. و هذا واضح لا يخفى. إلّا أن يقال: إنّ مراده من الخروج إلى حقيقة ذلك الشيء هو الخروج بالنظر العرفي لا بالنظر الدقيقي.

عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المبيع. و عن المختلف أنه حكى عن ابن الجنيد: أنه إن ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكراً^{٥١}، انتهى. و لعلّه لأصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود، و عدم استحقاقه الثمن كلياً و عدم لزوم العقد، نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري، و قد تقدّم في محله (٤٦٧٠). هذا إذا لم تشهد القرينة القطعية ممّا لا يمكن عادةً حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدّمه عليه، و إلّا عمل عليها من غير يمين. قال في التذكرة: و لو أقام أحدهما بينة عمل بها. ثم قال: و لو أقاما بينة عمل ببيّنة المشتري، لأنّ القول قول البائع لأنّه منكر، فالبيّنة على المشتري^{٥٢}. و هذا منه مبنيّ (٤٦٧١) على سقوط اليمين عن المنكر بإقامة البيّنة، و فيه كلام في محله و إن كان لا يخلو عن قوّة (٤٦٧٢).

و إذا حلف البائع فلا بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب أو نفي استحقاق الردّ أو الأرض إن كان قد اختبر المبيع و اطّلع على خفايا أمره (٤٦٧٣)، كما يشهد بالإعسار و العدالة و غيرها ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر. و لو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصالة عدمه (٤٦٧٤)

مركز تحقيق مكتبة نور علوم إسلامي

٤٦٧٠. قد تقدّم هناك فساد التمسك بهذه الأصول كلّها، و أنّ الأصل الجاري في المسألة عدم التقدّم و أصالة اللزوم.

٤٦٧١. يعني بالشار إليه ما ذكره أولاً بقوله: «و لو أقام أحدهما بينة عمل بها».

٤٦٧٢. بل هو الأقوى، لما ذكرناه في باب القضاء.

٤٦٧٣. و لو لم يحصل العلم به من الاختبار، كما يدلّ على هذا التعميم التمثيل بالشهادة على الإعسار و العدالة و نحوها ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر، حيث إنّ في مثل ذلك لا يلزم العلم، فحينئذٍ يكون الاستناد في الحلف على عدم التقدّم في صورة الشكّ إلى الاختبار الممضى كونه طريقاً إلى الواقع في أمثال هذه الموارد، لا إلى صرف أصالة عدم التقدّم، فافهم.

٤٦٧٤. يعني بالشار إليه الحلف على نفي التقدّم قبل الحلف على نفي العلم به. و في

المسألة وجوه خمسة ذكرها السيّد الأستاذ^{رحمته}، و اختار عدم الجواز، و تضمّن المتن ثلاثة منها. و

الظاهر عندي بناء المسألة على جواز قيام الاستصحاب مقام العلم المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقيّة فيجوز و عدمه فلا يجوز، حيث إنّه قد أخذ في موضوع جواز الحلف على شيء - مثل الشهادة عليه - علم الخالف به بما هو كاشف عنه و طريق إليه على الظاهر لا بما هو صفة خاصّة. و التحقيق قيامه مثل الأمارات مقام ذلك القسم من العلم. و من هنا تجوز الشهادة على الملكيّة و الزوجيّة بالبيّنة و اليد و الاستصحاب. بل التحقيق جواز قيام الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الصفتيّة و لو لم نقل بذلك في الأمارات، لأنّ مفاد أدلته إبقاء نفس اليقين تنزيلاً، فيترتب عليه جميع آثار اليقين الواقعي العقليّة و الشرعيّة، لإبقاء المتيقّن حتّى يختصّ بموارد كون الأثر لنفس المتيقّن بلا دخالة القطع به فيه. بل وكذلك الأمر في الأمارات بناءً على أنّ مفاد أدلتها جعل الحجّة، على إشكال في ذلك، و لتفصيل الحال محلّ آخر. فالوجه الذي احتمله في جامع المقاصد و حكاه عن جماعة هو الأوجه، فتدبر جيّداً.

هذا كلّه فيما أجاب المدّعي عليه بنفي الواقع، و هو التقدّم على العقد. و أمّا إذا أجاب بنفي العلم و الدراية بما ادّعي عليه هل يكفي بالحلف على نفي العلم أم لا؟ الظاهر لا، لعدم الدليل عليه في قبال الأصل إلّا أمران: أحدهما: ذيل رواية المروزي: «و إن كان الورثة ينكرون كان لهم عليهم يمين العلم». و الآخر: عسر العلم بالواقع غالباً. و الثاني اعتبار صرف لا اعتبار به. و الأوّل لاتصريح فيه بالعلّة كي يتعدّى عن موردها أخذاً بعموم العلّة، فلعلّ الحكم فيها تعبّد صرف، و العلّة المستنبطة ليست بحجّة. فاللازم هو السير على طبق القواعد المستفادة من الأخبار من لزوم التطابق بين الدعوى و المحلوف عليه، بمعنى وقوع الحلف على متعلّق الدعوى، إمّا على نفيه لو كان من المدّعي عليه، أو على ثبوته لو كان من المدّعي فيما يصحّ منه، و من لزوم كون الخالف جازماً بما يحلف عليه.

و حينئذٍ نقول: إن كان المدّعي به صرف ثبوت الواقع بمجرداً عن دعوى علم المدّعي عليه به، فإن كان المدّعي عليه أجاب بنفي الواقع فلا إشكال في لزوم الحلف على نفيه. و إن أجاب بـ«لأدري» فمحمل القول فيه أنّه إن قلنا بما هو المختار الموافق للتحقيق من قيام الأمارات و الاستصحاب مقام العلم المأخوذ في موضوع الحكم على وجه الطريقيّة كما في المقام، لأنّ الظاهر أنّ العلم قد أخذ في موضوع جواز الحلف على وجه الطريقيّة مثله في جواز الشهادة، فيحلف أيضاً على نفي الواقع اعتماداً على الأصل، أو يرده إلى المدّعي. و إن قلنا بعدمه - كما

إذا شك في ذلك وجه، احتمله في جامع المقاصد و حكي عن جماعة، كما يحلف على طهارة

قيل - فاللزام ردّ اليمين، لأن التحقيق أن صحة الرد لا يعتبر فيها إلا توجه اليمين إلى الرد بطور
الوضع و إن لم يجز حلفه تكليفاً.

هذا فيما إذا كان موضوع اليمين هو عنوان المدعى عليه الغير المقر و لو لم يصدق عليه
المنكر. و أما بناءً على أنه عنوان المنكر - كما هو قضية الأخذ بالقدر المتيقن بعد تعارض
احتمال ورود إطلاق المدعى عليه في غير مورد من الأخبار مورد الغالب، لأن الغالب كون
المدعى عليه منكراً، و احتمال ورود التقيد بالإنكار في النبوي ﷺ مورد الغالب، و عدم ترجيح
في البين - فلا ميزان للقضاء، فتوقف الدعوى مادام الأمر كذلك.

و إن كان المدعى به هو ثبوت الواقع و العلم به معاً ففي الحقيقة هنا دعويان. فإن
أجاب المدعى عليه بنفي الثبوت، و حلف عليه أو رده إلى المدعى و حلف هو أو نكل،
انقطعت كلتا الدعويين معاً. و إن أجاب بعدم العلم بالثبوت، فأحدى الدعويين - و هو دعوى
العلم - ميزان فصلها موجود، و هو حلف المنكر للعلم على عدمه. فإن حلف سقطت هذه، و
تبقى الدعوى الأخرى موقوفة إلى حين الإقرار أو الظفر بالبيّنة. و إن رده إلى المدعى و حلف
على علمه به ألزم المنكر بنفس الواقع، لأنه من لوازم العلم به، فتنقطع كلتاها أيضاً.

هذا بناءً على المختار من سماع دعوى العلم مطلقاً و لو كان طريقاً محضاً إلى الواقع، كما
في خيار الغبن و العيب بناءً على كون الغبن الواقعي و العيب ثمام العلة في الخيار، و إلا لكان
جزء الموضوع. و أما بناءً على عدم سماعها فيكون الحكم هنا مثل ما كان المدعى به خصوص
ثبوت الواقع - لاعترافه بعدم علمه به - من إيقاف الدعوى إلى أن يوجد ميزان لفصلها.

و بالجملة، المستفاد من الأخبار أن يكون الحلف جزمياً متعلقاً بنفس ما يدّعيه المدعى.
فلو حلف على نفي العلم مع تعلق الدعوى بصرف الواقع لكان باطلاً غير مؤثر. و لادليل في
قبال هذه الكلية - حتى فيما إذا كان المحلوف عليه ممّا يتعلّق بغير الخالف من الوصف أو
الفعل - إلا رواية المروزي، و هو تعبد محض. مع أنه يمكن أن يقال بأن موردها صورة دعوى
العلم على الورثة، و عليه يكون حلفهم على نفي العلم على طبق القاعدة، و قد بسطنا الكلام
في ذلك فيما كتبناه في القضاء.

المبيع استناداً إلى الأصل. و يمكن الفرق بين الطهارة (٤٦٧٥) و بين ما نحن فيه: بأن المراد بالطهارة في استعمال المتشربة ما يعم غير معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعي، كما أن المراد بالملكية و الزوجية ما استند إلى سبب شرعي ظاهري، كما تدل عليه رواية حفص الواردة في جواز الحلف على ملكية ما أخذ من يد المسلمين. و في التذكرة - بعد ما حكى عن بعض الشافعية جواز الاعتماد على أصالة السلامة في هذه الصورة - قال: و عندي فيه نظراً، أقرب به الاكتفاء بالحلف على نفي العلم. و استحسنته في المسالك، قال: لاعتضاده بأصالة علم التقدّم، فيحتاج المشتري إلى إثباته. و قد سبقه إلى ذلك في الميسرة، و تبعه في الرياض.

أقول: إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم في إسقاط أصل الدعوى بحيث لا تسمع البيّنة بعد ذلك، ففيه إشكال (٤٦٧٦). نعم، لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البيّنة، فله وجه (٤٦٧٧) و إن استقرب في مفتاح الكرامة أن لا يكفي بذلك منه، فإرد

٤٦٧٥. مراده أن طهارة المبيع المعتبرة في صحة البيع أو لزومه أعم من الطهارة الواقعية و الظاهرية الثابتة بالأصل، فالحلف عليها مستنداً إلى الأصل لا ينافي اعتبار البست في الحلف، لكون الحالف باتاً و جازماً بالطهارة في المبيع مع ذلك أيضاً، و هذا بخلاف الصحة و عدم العيب أو عدم تقدّم العيب في المبيع، فإن المعتبر منها هو الصحة الواقعية لا الأعم منها و من الظاهرية المستندة إلى الأصل. و مع فرض الشكّ و الاستناد إلى الأصل لا يكون هناك بست في الحالف بالقياس إلى الواقع المحلوف عليه، فلا يجوز حلفه على الواقع. و فيه: أنه نعم و لكن دليل التنزيل يقتضي الاكتفاء بالأصل في ترتيب أثر العلم بالواقع، فيجوز الحلف على الواقع مع الاستصحاب كما يجوز مع العلم به.

٤٦٧٦. بل منع، لأن الحلف على نفي العلم لا ماساس له بدعوى التقدّم، فلا وجه لسقوطها به.

٤٦٧٧. بعد الإشكال في إسقاطه لأصل الدعوى بالمرّة لا وجه لاستيحاه إسقاطه إلى قيام البيّنة، إذ ليس في المقام دليل خاص يدل على تشريعه لأجل ذلك، فإن عمته الأدلة العامة فيسقط به أصل الدعوى بالمرّة، فلا معنى للإشكال فيه، و إلا - كما هو الظاهر - فلا يسقط به الدعوى أصلاً حتّى إلى أن تقوم البيّنة.

الحاكم (٤٦٧٨) اليمين على المشتري، فيحلف. و هذا أوفق بالقواعد.

ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص (٤٦٧٩) يمين نفي العلم - على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع، بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً. لكن الظاهر (٤٦٨٠) أن المفروض في التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفي العلم؛ إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البتّ، فلا حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفي العلم، لا أن اليمين على نفي العلم لا يكفي من البائع مع الاختبار، فافهم.

فرع: لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيباً يوجب الردّ، ردّه على الموكل؛

.....

٤٦٧٨. بل توقّف الدعوى، لعدم ميزان شرعي لفصلها، لفرض عدم البيّنة، و عدم تمكنه من الحلف على الواقع، لعدم علمه به، و اختصاص أدلة ردّ اليمين بغير المقام، و عدم دليل على توجيه اليمين على المدّعي ابتداءً إلا قاعدة نفي الضرر، لكون الإيقاف ضرراً عليه بضميمة قوله ﷺ: «إنما أقضي بينكم بالبيّنات و الأيمان» الدالّ على انحصار ميزان القضاء بهما، و هي عندنا أجنبيّة عن تشريع الأحكام. ثمّ على تقدير تشريعها ليمين المدّعي فإنما تشرّعها له بدون واسطة أحد، فلا معنى لتوسيط الحاكم و ردّه. وكيف كان، فقد ظهر ممّا ذكرنا أن مراده من القواعد هو قاعدة نفي الضرر و قاعدة انحصار ميزان القضاء بالبيّنة و اليمين.

٤٦٧٩. فعلى هذا تدلّ عبارته على عدم كفاية اليمين على نفي العلم من البائع مع الاختبار، بل لابدّ من الحلف على عدم التقدّم.

٤٦٨٠. هذا استدراك عن ظهور عبارة التذكرة في الاختصاص، يعني: أن محلّ كلام العلامة في التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفي العلم، و هي صورة عدم الاختبار، و ليس هو في مقام نفي الاكتفاء بها مع الاختبار، فالتخصيص لصورة الاختبار إنّما هو بلحاظ الحاجة لا بلحاظ الاكتفاء. و بعبارة أخرى: إنّ المختصّ بتلك الصورة في كلامه هو الحاجة إليها لا الاكتفاء بها. فعلى هذا لادلالة ل عبارة التذكرة على عدم كفاية يمين نفي العلم مع الاختبار. و لعلّ الأمر بالفهم إشارة إلى الخدشة فيما يستفاد من قوله: «لا أن اليمين...»، من إمكان القول بالكفاية، بأنّ كفايتها على خلاف الأصل، فيقتصر على القدر المتيقّن، و هو صورة عدم الاختبار.

لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به (٤٦٨١) فلا عهدة عليه. و لو اختلف الموكل و المشتري في قِدم العيب و حدوثه، فيحلف الموكل على عدم التقدّم كما مرّ، و لا يُقبل إقرار الوكيل بقدمه؛ لأنه أجنبيّ.

و إذا كان المشتري جاهلاً (٤٦٨٢) بالوكالة و لم يتمكّن الوكيل من إقامة البيّنة (٤٦٨٣) فادّعى على الوكيل بقدم العيب، فإن اعترف الوكيل بالتقدّم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل؛ (٤٦٨٤) لأن إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا تُقبل إلاّ بالبيّنة، فله إحلاف الموكل (٤٦٨٥) على عدم السبق؛ لأنه لو اعترف (٤٦٨٦) نفّع الوكيل بدفع الظلامة عنه، فله عليه مع إنكاره اليمين. و لو ردّ اليمين على الوكيل فحلف على سبق الزم الموكل (٤٦٨٧). و لو أنكر الوكيل (٤٦٨٨) التقدّم، حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف (٤٦٨٩) و لم يتمكّن من الردّ (٤٦٩٠) على الموكل؛ لأنه لو أقرّ ردّه عليه.

و هل للمشتري تخليف الموكل (٤٦٩١) لأنه مقرّ بالتوكيل؟ الظاهر لا؛ لأنّ دعواه

٤٦٨١. و هو البيع.

٤٦٨٢. يعني: هذا فيما إذا كان عالماً بالوكالة، و أمّا إذا كان جاهلاً بالوكالة... .

٤٦٨٣. يعني: على الوكالة.

٤٦٨٤. يعني: لم يملك الوكيل ردّ البيع المردود إليه من جهة فسخ المشتري إلى الموكل إذا أنكر التقدّم و أقرّ بالتوكيل، و يدلّ على ذلك ذيل العبارة.

٤٦٨٥. يعني: للوكيل إحلاف الموكل، لكونه منكرًا للتقدّم و السبق.

٤٦٨٦. هذا علّة لكون الموكل منكرًا المستفاد من توجيه اليمين إليه و إحلافه. يعني:

لأنّ الموكل لو اعترف بعدم العيب. و الضمير المستتر في قوله: «و لو ردّ...» راجع إلى الموكل.

٤٦٨٧. يعني: ألزم الوكيل الموكل على قبول المبيع المعيوب.

٤٦٨٨. هذا عطف على قوله: «إن اعترف الوكيل بالتقدّم».

٤٦٨٩. يعني: بالتقدّم و السبق.

٤٦٩٠. و قوله: «و لم يتمكّن من الردّ» جملة حالية، و «لأنه» علّة لعدم التمكن. يعني:

و الحال أنّ الوكيل غير متمكّن من ردّ المبيع المعيب على الموكل، لأنه لو أقرّ بالتقدّم يتمكّن

على الوكيل يستلزم إنكار وكالته، و على الموكل يستلزم الاعتراف به. و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذه له بإقراره.

ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردودة و ردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل أم لا؟ وجهان، بناءً في القواعد على كون اليمين المردودة (٤٦٩٢) كالبينة، فينفذ في حقّ الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذه^{٥٥}. و نظر* فيه في جامع المقاصد (٤٦٩٣): بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل؛ لأنّ الوكيل معترف بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البينة القائمة على سبق الكاذبة باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل، بحيث لا ينافي ثبوته و لادعوى ثبوته، كأن يقول: «لاحق لك عليّ في هذه الدعوى» أو «ليس في المبيع عيبٌ يثبت لك به الردّ عليّ» فإنه لا تمنع حينئذٍ تخريج المسألة على القولين المذكورين، انتهى. و في مفتاح الكرامة: أن اعتراضه مبنيّ على كون اليمين المردودة

.....

من ردّه عليه، و المفروض أن الموكل غير مقرر. و يحتمل أن تكون معطوفة على «اعترف».

٤٦٩١. يعني: هل يجوز للمشتري المدّعي على الوكيل - مع عدم اعتقاده بوكالته - تخليف المشتري** بدلاً عن تخليف الوكيل، بلحاظ أن الموكل مقرر بالتوكيل، و أنّه طرف الدّعى واقعاً لا الوكيل، أم لا يجوز؟ الظاهر: لا... و هذا - أي: تخليف الموكل - هو المشار إليه بلفظ «ذلك» في قوله فيما بعد: «و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له - أي: للمشتري - مؤاخذه له - أي: الموكل - بإقراره بالتوكيل».

٤٦٩٢. من المنكر - الذي هو الوكيل في فرض المسألة - إلى المدّعي - الذي هو المشتري في الفرض - كبينة المدّعي الذي هو المشتري، فينفذ في حقّ الموكل أيضاً و إن كانت عليه، لعدم الفرق في حجّة البينة من هذه الجهة فله ردّها إلى الموكل، أو كإقرار المنكر - و هو الوكيل في الفرض - فلا ينفذ في حقه، لكونه إقراراً في حقّ الغير.

٤٦٩٣. يعني: في بناء الوجه الأوّل على المبني الأوّل.

* في بعض النسخ: تنظر.

** كذا في الطبعة الحجرية. والظاهر أنّها من غلط الناسخ. و الصحيح: تخليف الموكل.

كبيّنة الرادّ (٤٦٩٤)، و المعروف بينهم أنّه كبيّنة المدّعي^{٥٦}. أقول: كونه كبيّته لا ينافي (٤٦٩٥) عدم نفوذها للوكيل المكذّب لها على الموكل. و تمام الكلام في محله.

الرابعة: لو ردّ سلعةً بالعيب فإنكر البائع أنّها سلعته، قدّم قول البائع كما في التذكرة و الدروس^{٥٧} و جامع المقاصد لأصالة عدم حقّ له عليه، و أصالة عدم كونها سلعته. و هذا بخلاف ما لو ردّها بخيارٍ فإنكر كونها له، فأحتمل هنا في التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري، و نسبه في التحرير إلى القيل؛ لاتّفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتهما للمسألة الأولى. أقول: النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجمع مع الخلاف في الخيار و مع الاتّفاق عليه، كما لا يخفى. لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه السلعة المعيبة أو غيرها، و الحكم بتقديم قول البائع مع يمينه. و أمّا إذا اتّفقا على الخيار و اختلفا في السلعة، فللذي الخيار حينئذٍ الفسخ من دون توقّف على كون هذه السلعة هي المبيعة أو غيرها، فإذا فسخ و أراد ردّ السلعة فإنكرها البائع، فلاوجه لتقديم قول المشتري مع أصالة عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها.

نعم، استدّل عليه في الإيضاح - بعد ما قواه -: بأنّ الاتّفاق بينهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ، و الاختلاف في موضعين: أحدهما: خيانة المشتري فيدّعيها البائع

٤٦٩٤. يعني من الاعتراض ما ذكر بقوله: «بأنّ كونها كالبينة...». ثمّ لم أفهم المراد من هذه العبارة، إذ لا بدّ في التشبيه من الموافقة بين الطرفين في النفي و الإيجاب، و هي منتفية، لأنّ اليمين المردودة على الإيجاب، و بيّنة الرادّ - المراد منه الوكيل في الفرض - لو أقامها إتماً هي على نفي السبق، و مع ذلك كيف يحتمل كون اليمين المردودة كبيّنة الرادّ؟! فتأمّل، لعلّك تفهم إن شاء الله. وكيف كان، فالتحقيق في المسألة أنّ اليمين المردودة قسم ثالث وراء البينة و الإقرار، للأصل مع عدم دليل على تنزيلها منزلة أحدهما.

٤٦٩٥. يعني: أقول: إنّ اعتراض جامع المقاصد «أنّ كونها كالبينة لا يوجب نفوذها...» ليس مبنياً على ما توهمه صاحب مفتاح الكرامة، بل هو وارد على المعروف من كونها كبيّنة المدّعي، لأنّ كونه كبيّته لا ينافي...، أي: لا يوجب نفوذها للوكيل المكذّب لها على الموكل.

٤٨٦ المكاسب، ج٤، الخيارات

بتغير السلعة (٤٦٩٦) و المشتري ينكرها، و الأصل عدمها. الثاني: سقوط حق الخيار الثابت للمشتري، فالبايع يدّعيه (٤٦٩٧) و المشتري ينكره و الأصل بقاءه^{٥٨}. و تبعه في الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع (٤٦٩٨) كون المبيع مبيعه حلف، و لو صدّقه على كون المبيع معيوباً و أنكر تعيين المشتري (٤٦٩٩) حلف المشتري، انتهى.

أقول: أمّا دعوى الخيانة، فلو احتاجت إلى الإثبات - و لو كان معها (٤٧٠٠) أصالة عدم كون المال الخاصّ هو المبيع - لوجب القول بتقديم قول المشتري في المسألة الأولى و إن كانت هناك (٤٧٠١) أصولٌ متعدّدة على ما ذكرها في الإيضاح و هي: أصالة عدم

٤٦٩٦. مع بقائها و عدم تلفها.

٤٦٩٧. يدّعيه بدعوى سبب السقوط و هو تلف سلعته، و أنّ المردودة غيرها.

٤٦٩٨. هذا هو المسألة الأولى التي عنوانها في المتن بقوله: «لو ردّ سلعة بالعيب» كما

أنّ قوله: «و لو صدّقه...» إشارة إلى المسألة الثانية التي عنوانها في المتن بقوله: «و هذا بخلاف ما لو ردّها بخيار فأنكر كونها له».

٤٦٩٩. يعني: أنكر تعيين المشتري للمبيع بأنّه الذي ردّه لاشيء آخر، و قال: إنّ المبيع

غير هذا الذي رددته، حلف المشتري على أنّه ليس غيره. و لا يخفى أنّ إطلاق كلام الشهيد يعمّ كلا الموضعين في فرض الإيضاح.

٤٧٠٠. جهة احتياجها إلى الإثبات كونها أمراً وجودياً مخالفاً للأصل، مع عدم ما

يوجب ثبوتها إلّا أصالة عدم كون المال الخاصّ...، و هي لا تثبت إلّا على القول بحجية الأصل المثبت الذي لانقول بها. و أمّا احتمال عدم احتياجها إلى الإثبات كما يستفاد من العبارة فلعلّ نظره في ذلك إلى احتمال موافقتها للأصل بدعوى كونها أمراً عدمياً، بمعنى عدم المشي على طبق ما يقتضيه إسلامه، فتأمل. وكيف كان، فلو بدّل قوله: «و لو كان معها أصالة عدم كون المال الخاصّ هو المبيع» إلى قوله: و لم يكتف في إثباتها إلى أصالة عدم كون المال الخاصّ هو المبيع و أنّها على وفقها، لكان أقرب إلى الفهم.

٤٧٠١. يعني: و إن كانت في المسألة الأولى أصولٌ متعدّدة موافقة للبائع على ما ذكرها

في الإيضاح...

الخيار، و عدم حدوث العيب، و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه؛ لأن أصالة عدم الخيانة (٤٧٠٢) مستندها ظهور حال المسلم، و هو واردٌ على جميع الأصول العدمية*، نظير أصالة الصحة. و أما ما ذكره: من أصالة صحة القبض (٤٧٠٣)، فلم نتحقق معناها و إن فسرناها من قبله بما ذكرنا (٤٧٠٤)، لكن أصالة الصحة لاتنفع (٤٧٠٥) لإثبات لزوم القبض. و أما دعوى سقوط حق الخيار (٤٧٠٦) فهي إنما تجدي إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه في الدروس و إلا فأكثر الخيارات مما أجمع على بقاءه مع التلف، مع أن أصالة عدم سقوط الخيار لاثبتت إلا بثبوته، لاوجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقعي بينهما. و لعلّ نظر الدروس إلى ذلك**.

٤٧٠٢. هذا علة للوجوب.

٤٧٠٣. يعني: ذكره في المسألة الأولى.

٤٧٠٤. يعني به قوله: «بمعنى خروج البائع من ضمانه».

٤٧٠٥. يحتمل أن يكون راجعاً إلى ما ذكره سابقاً من أن ظهور حال المسلم - الذي هو المستند لأصالة عدم الخيانة كأصالة الصحة - وارد على جميع الأصول العملية، بأن يكون مراده من أصالة الصحة هنا أصالة الصحة في ردّ المشتري سلعة خاصة بدعوى أنها السلعة التي اشتراها من البائع، الناشئة من ظهور حال المشتري المسلم بمقتضى إسلامه في أن فعله مطابق للواقع، و أن يكون المراد من لزوم القبض لزوم قبول البائع تلك السلعة المردودة. و غرض المصنف رحمه الله من هذا الكلام الإيراد على ما وجه به تقديم قول المشتري في المسألة الأولى، أعني: كون النزاع في الخيار و عدمه ناشئاً من كون السلعة المعيبة المردودة هي السلعة المبعة حتّى يكون له الخيار.

٤٧٠٦. في العبارة شيء، و المقصود واضح. يعني: و أما دعوى البائع أن سلعتي تلفت و أن المردودة ليست سلعتي إنما تجدي في سقوط الخيار و ترتبه عليها فيما إذا كان الخيار المتفق عليه خيار عيب، و إلا فلا تجدي الدعوى المذكورة في سقوط الخيار، لأن أكثر الخيارات...؟.

* في بعض النسخ: العملية. ** في بعض النسخ زيادة: «لكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجاري في الآخر بحال، كما نبهنا عليه مراراً».

و أما الثاني - وهو الاختلاف في المسقط - ففيه أيضاً مسائل: الأولى: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه قدّم منكر العلم، فيثبت الخيار. الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرض بل و لا الرد (٤٧٠٧) ففي تقديم مدّعي البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدّعي عدم ثبوت الخيار؛ لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار، وجهان، أقواهما الأول (٤٧٠٨). و العبارة المتقدمة من التذكرة في سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثاني (٤٧٠٩)، فراجع. و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيبين (٤٧١٠) في كون الزائل

هذا، و يمكن أن يقال: إن مورد فرض الإيضاح - مثل الدروس - هو خيار العيب، كما يرشد إليه التمسك بأصالة عدم حدوث العيب في المسألة الأولى، بضميمة عدم الفرق بين المسألتين إلا بالاختلاف في الخيار و عدمه في الأولى و في سقوطه و عدمه في الثانية، و عليه لا يبقى مجال للإيراد، فتدبر.

٤٧٠٧. مع القول بأن زواله قبل العلم يسقطهما، إذ على القول بأن زواله بعد العلم يسقطهما أو القول بأن زواله قبل العلم لا يسقطهما لا يبقى ثمرة للتخاصم، لاتفاقهما على عدم الخيار على الأول و على ثبوته على الثاني. وكلا القولين أقوى. أما الأول فلاستصحاب الخيار الثابت بعد العلم بالعيب و قبل زواله، على ما تقدّم في ذيل أول الأمور التي يظهر من الأصحاب سقوط الرد و الأرض بها. و أما الثاني فلاصالة اللزوم و أصالة عدم حدوث الخيار، للشك في مدخلية وجود العيب حين العيب به في حدوثه، فتأمل.

٤٧٠٨. بل الثاني، لاستصحاب عدم الخيار مع العلم بالعيب حال زواله، للشك في مدخلية الظهور و وجود العيب عند الظهور في أصل الخيار.

٤٧٠٩. يعني به قوله قبل ذلك بما يقرب بورقتين فيما حكاه عنه بقوله: «حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقبضه و قد زال عيبه فلا ردّ، لعدم موجهه...» إلى آخر العبارة. و نظره في مورد الإيماء إلى قوله: «لعدم موجهه» حيث إنه يومئ إلى أن الموجب للخيار هو العيب الموجود حين الردّ.

٤٧١٠. يعني: قبل علم المشتري بالعيب القديم، بقرينة قوله: «حتى لا يكون خيار» إذ

هو القديم حتى لا يكون خياراً أو الحادث حتى يثبت الخيار (٤٧١١)، فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار (٤٧١٢). ولا يعارضه أصالة بقاء الجديد؛ لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار (٤٧١٣) إلا من حيث استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في أصول أن أصالة عدم أحد الضدين (٤٧١٤) لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه، لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله: التحالف، قال: لو اشترى عبداً وحدث في يد المشتري نكتة بياض بعينه ووجد نكتة قديمة، ثم زالت إحدهما، فقال البائع: الزائلة القديمة،

لو زال القديم بعد العلم به لكان له الخيار أيضاً.

٤٧١١. هذا بناءً على أن سقوط الخيار بحدوث العيب الجديد مادامي، فإذا زال يعود الخيار. وقد مر من المصنف في أواخر المسقط الرابع قبيل التنبيه أن مقتضى الأصل عدم ثبوته، وقد ذكرنا هناك أنه لا يبعد استفادة الثبوت بعد الزوال من مرسله جميل، فراجع.

٤٧١٢. ردّاً وأرشاً.

٤٧١٣. أما بالنسبة إلى الأرض فواضح، لأن جواز أخذ الأرض ليس من آثار بقاء الحادث، بل من آثار زوال القديم، ولذا لو بقي القديم والحادث معاً لجاز أخذ الأرض. وأما بالنسبة إلى الرد فلأن الذي من آثاره هو سقوط رد المبيع بالعيب القديم الباقي فعلاً، لارد المبيع بالعيب السابق الزائل حين الرد، فإنه من آثار زوال العيب. وإن شئت قلت: إن أثر بقاء الجديد هو المنع عن تأثير المقتضي لارتفاع المقتضي، وسقوط الرد في الفرض من جهة ارتفاع المقتضي للرد - وهو العيب القديم - لا من جهة وجود المانع. ومن هذا البيان ظهر اندفاع إيراد السيد الأستاذ بأن بقاء العيب الجديد بنفسه مانع عن الرد بالعيب القديم، حيث إن الرد هنا لا يقتضي له حتى يستند إلى وجود المانع، أعني: العيب الجديد.

و من هذا يظهر أن التحالف الذي ذكره الشافعي ليس في محله، إذ لا وجه لحلف البائع على ما يقوله - وهو بقاء الجديد - إلا أن يكون منكراً، ولا يكون كذلك إلا إذا وافق قوله الأصل المعتبر، وهو منتف، حيث إن الأصل الموافق له أصالة بقاء الجديد، وهو لأجل أنه مثبت غير معتبر، فينحصر المنكر بالمشتري، فيحلف على بقاء القديم، فيثبت له الرد والأرض.

٤٧١٤. المناسب للمقام أن يقول إن وجود أحد الضدين لا يثبت عدم الآخر، والأمر

سهل بعد وضوح المراد.

فلارذ و لأررش، و قال المشتري: بل الحادثة و لي الرذ، قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع (٤٧١٥) بيمينه دفع الرذ و استفاد المشتري بيمينه أخذ الأررش^{٥٩}، انتهى.

الثالثة: لو كان عيباً مشاهداً غير المتفق عليه، فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففي الدروس: أنه كالعيب المنفرد، يعني أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في السبق و التأخر. و لعله لأصالة عدم التقدم. و يمكن أن يقال: إن عدم التقدم هناك (٤٧١٦) راجع إلى عدم سبب الخيار، و أما هنا (٤٧١٧) فلا يرجع إلى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، و قد مرّ غير مرّة: أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، و إنما يثبت* عدم التقدم الذي لا يثبت به التأخر. ثم قال في الدروس: و لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و أنكر، احتمل حلف المشتري؛ لأن الخيار متيقّن و الزيادة موهومة، و يحتمل حلف البائع إجراءً للزيادة مجرى العيب الجديد. أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد (٤٧١٨) و أن حلف البائع فيه (٤٧١٩)

٤٧١٥. ينبغي أن يقول: فإذا حلفا بحكم بقاء كلا العيين بحسب الظاهر، و استفاد البائع من ذلك دفع الرذ بالعيب القديم، لعدم قيام المبيع بعينه من جهة العيب الجديد، و المشتري أخذ الأررش من جهة العيب القديم، لعدم منع العيب الحادث من أخذه، و ذلك لأن استفادة كل واحد من البائع و المشتري الذي يستفيده إنما هو بيمينهما معاً كما لا يخفى.

٤٧١٦. في العيب المنفرد المتنازع في حدوثه عند البائع أو المشتري.

٤٧١٧. أي: في العيب الزائد على المتفق عليه المتنازع في حدوث ذاك الزائد عند البائع حتى لا يكون مسقطاً.

٤٧١٨. يعني: في الاختلاف في تجدد عيب غير المتفق عليه و حدوثه عند المشتري و حدوثه عند البائع.

٤٧١٩. و قوله: «و أن حلف البائع فيه - يعني: على عدم التقدم - محلّ نظر» عطف تفسير للحكم. و نظره في ذلك إلى ما ذكره بقوله: «و يمكن أن يقال: إن عدم التقدم هناك

محلّ نظر. ثمّ إنّه لابدّ من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنّه كان متقدماً أو متأخراً. و أمّا إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة: لو اختلفا في البرائة قدّم منكرها، فيثبت الخيار؛ لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد. و ربّما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك (٤٧٢٠)، قال: «كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك! المتاع يباع في "من يزيد" فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه: بريء من كلّ عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبقَ إلّا نقد الثمن فربّما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادّعى عيوباً و أنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادي: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البرائة منها، أيصدّق فلا يجب عليه، أم لا يصدّق؟ فكتب عليه السلام أن عليه الثمن... الخبر» ٦٠. و عن المحقّق الأردبيلي: أنّه لا يلتفت الى هذا الخبر؛ لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة، انتهى. و ما أبعد ما بينه و بين ما في الكفاية: من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة «البينة على المدّعى و اليمين على من أنكر»، و في كلّ منهما نظر (٤٧٢١). و في الحدائق:



راجع إلى عدم سبب الخيار، و أمّا هنا فلا يرجع...»

٤٧٢٠. حيث إنّ ظاهر في تقديم قول مدّعي البرائة، و هو البائع.

٤٧٢١. أمّا فيما ذكره المولى المحقّق الأردبيلي رحمته الله فلاّن كلاً من الضعف و الكتابة لا يقدح في الحجّة مع الوثوق بها و عمل الأصحاب بها و لو في غير المقام، فتأمل. و مخالفتها للقاعدة المستفادة من قوله عليه السلام: «البينة على المدّعى و اليمين على من أنكر» - و هي تصديق المنكر و تقديم قوله - مبنية على كون المدار في تميّز المدّعي عن المنكر مخالفة الأصل و موافقته، و هو ممنوع، بل المدار على مخالفة ما هو المرجع في المسألة لولا التخاصم و موافقته، فقد يكون الأصل، و قد يكون الظاهر لا الأصل و منه المقام، فيكون البائع الموافق له منكرّاً و المشتري الموافق له مدّعياً.

و أمّا فيما ذكره صاحب الكفاية رحمته الله فلاّن مقتضى المكاتبة تصديق مدّعي البرائة و هو البائع و تقديم قوله على قول منكرها و هو المشتري، و هذا مخالف للقاعدة المستفادة من النبويّ المذكور، فكيف تؤيدها؟

لا يقال: لعلّ نظره في وجه التأييد إلى أنّ ميزان المدّعي و المنكر مخالفة الظاهر و موافقته،

٤٩٢ المكاسب، ج ٤، الخيارات

أن المفهوم من مساق الخبر المذكور: أن إنكار المشتري (٤٧٢٢) إنما وقع مدالسة، لعدم رغبته في المبيع، وإلا فهو عالم بتبرّي البائع، والإمام عليه السلام إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة ٦١. وفيه: أن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّي (٤٧٢٣) المنكر له فيما بينه وبين الله، بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع و

.....

و عليه يكون المشتري مدّعياً و البائع منكرأ، فيكون تقدم قول البائع على وفق القاعدة، فيصح التأيد.

لأننا نقول: كلامه صريح في أن الميزان عنده مخالفة الأصل و موافقته. قال في محكي الكفاية: إذا قال البائع: «بعت بالبرائة، فأنكر المشتري، ولم يكن للبائع بينة، فالقول قول المشتري مع يمينه، لقوله عليه السلام: «البينة للمدعي و اليمين على من أنكر» و يؤيده رواية جعفر بن عيسى» انتهى، فإنه صريح في جعل المشتري منكرأ، و لا يستقيم هذا إلا إذا كان الميزان عنده مخالفة الأصل و موافقته. و احتمال بعض - لأذكره فعلاً - أن الداعي له إلى جعلها مؤيدة للقاعدة هو أن النسخة الموجودة عنده كانت «اليمين» بدل «الثمن». يعني: أن على المشتري اليمين و الحلف، يعني: ليس عليه - أي: المشتري - الثمن، أو أن كلمة «إن» بعد قوله: «فكتب» بالتخفيف نافية لا بالتشديد مشبهة بالفعل. و الاحتمال الثاني بعيد جداً. و أما الأول فلا بأس به، لوقوع الاشتباه بين اللفظين، سيما في النسخ العارية عن النقطة و التشديد. و عليه فالتأيد في محله بناءً على كون الميزان هو الأصل لا الظاهر.

٤٧٢٢. لم يظهر لي موضع دلالة الرواية على علم المشتري بتبرّي البائع و أن إنكاره تدليس، إذ عدم الرغبة في المبيع أعم من كونه جاهلاً بالتبرّي أو عالماً به، فتأمل.

٤٧٢٣. يعني: مراد السائل ليس استعمال أن الكاذب في إنكاره ما حكمه بينه و بين الله، هل هو وجوب ردّ الثمن أم لا؟ لأن حكمه - و هو وجوب ردّ الثمن عليه - معلوم لكل أحد سيما السائل، كما يشهد له قوله: «أيصدق أم لا يصدق». وجه الشهادة: دلالتة على وضوح حكم صورتي صدقه و كذبه في إنكاره، حيث إن معناه السؤال عن أنه يحكم عليه بحكم الصدق أم لا بل يحكم عليه بحكم الكذب، و السؤال عن هذا لا يكون إلا إذا كان حكمهما معلوماً عند السائل، و إلا كان ينبغي عليه السؤال عن حكم الصدق و الكذب في الإنكار. فالظاهر أن مراد السائل هو استعمال أن الذي يقدم قوله في ظاهر الشرع هل هو البائع أو

المشتري، مع أن حكم العالم بالتبري المنكر له مكابرة معلوم لكل أحد خصوصاً للوسائل، كما يشهد به قوله: «أَيَصْدَقُ أم لا يَصْدَقُ؟» الدال على وضوح حكم صورتي صدقه و كذبه. و الأولى توجيه الرواية: بأن الحكم بتقديم قول المنادي لجريان العادة بنداء الدلائل عند البيع بالبرائة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري مخالفة للظاهر، نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع.

بقي في الرواية إشكال آخر من حيث (٤٧٢٤) إن البرائة من العيوب عند نداء المنادي لا يجدي في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد. و يمكن التفصي عنه: إما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه - كما تقدم* في باب الشروط - و إما بدعوى أن نداء الدلائل بمنزلة الإيجاب؛ لأنه لا ينادي إلا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته، فينادي الدلائل و يقول: بعثك هذا الموجود بكل عيب، و يكرر ذلك مراراً من دون أن يتم الإيجاب حتى يتمكن من إبطاله عند زيادة من زاد، و الحاصل: جعل

المشتري؟ فأجابه عليه السلام بتقديم قول البائع مع كونه مدعياً، لكونه مخالفاً لأصالة عدم السماع للنداء، فيكون مخالفاً لقاعدة تقديم قول المنكر المدلول عليها بالنبوي.

و الأولى في توجيه الرواية و دفع مخالفتها للقاعدة أن يقال: إن ميزان تميز المدعي عن المنكر ليس خصوص مخالفة الأصل و موافقته، بل مطلق ما هو المرجع في المسألة لولا النزاع و لو كان هو الظاهر لا الأصل كما في المقام، لأن الظاهر نداء الدلائل على البرائة و سماع الحضار له، فيكون المشتري مدعياً، لمخالفة قوله الظاهر، و البائع منكراً لموافقته له، فحينئذ تكون الرواية على طبق القاعدة.

٤٧٢٤. لا وقع لهذا الإشكال بعد أن الرواية كما لاتصريح فيها بكون البرائة لا في الإيجاب بل عند النداء قبله كذلك لا ظهور لها أيضاً فيه، حيث إن الفاء في قوله: «فإذا اشتراه...» لادلالة فيها على أن الإيجاب على تقدير كونه غير النداء كان خالياً عن اشتراط البرائة، فمقتضى أصالة عدم التخصيص في عموم عدم لزوم الوفاء بالشروط الابتدائية هو الحكم بكونه في ضمن العقد على ما مختاره عليه السلام في أصوله و فقهه، و إن كان مشكلاً عندنا.

ندائه إيجاباً للبيع. و لو أبيت إلا عن أن المتعارف في الدلال كون ندائه قبل إيجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك، مع أن الرواية لاتصريح فيها بكون البرائة في النداء قبل الإيجاب، كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفي العلم بالبرائة (٤٧٢٥)؛ لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البرائة واقعاً.

الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده، حلف المشتري؛ لأصالة عدم هذه الأمور. و لو وجد في الميعب عيب (٤٧٢٦) اختلفا في حدوثه و قدمه، ففي تقديم مدعي الحدوث؛ لأصالة عدم تقدمه (٤٧٢٧) كما تقدم سابقاً في دعوى

٤٧٢٥. يعني: حلف المشتري الحلف المردود لو كان مدعياً - كما هو قضية توجيه الرواية - إنما هو على نفي العلم بالبرائة و عدم سماعها لا على انتفاء البرائة، لأن حلف البائع إنما هو على علمه بها و سماعه لها لو علم به، و إلا لا يجوز له الحلف، لانتفاء شرطه و هو البت، فيرد على المشتري، فيحلف على نفي العلم و السماع، لأنه بنفسه موجب لسقوط الخيار و هو موضوع له، لا أنه البرائة الواقعية و هو طريق صرف إليه، فحينئذ يكون الحلف على نفيه حلفاً على نفي موضوع الأثر بطور البت لاحقاً على نفي العلم بموضوع الأثر.

٤٧٢٦. فرض المسألة في مورد اتفاق على وجود عيب قدم في المبيع موجب للخيار لو بقي و لم يزل، و اتفقا أيضاً على وجود عيب واحد فيه فعلاً و اختلفا في حدوثه و قدمه، فقال البائع: إن هذا العيب الموجود فعلاً عيب آخر قد حدث عند المشتري فلا خيار له لأجله، و قال المشتري: إنه عين العيب السابق على العقد، و فرض عدم إمكان اختبار المبيع أو زوال العيب السابق باعتقاد البائع. و مرجع هذا النزاع إلى النزاع في تحقق المسقط و عدمه، أي: حدوث العيب الآخر عند المشتري كما يدعيه البائع، و عدم حدوثه كما يدعيه المشتري. و على ما ذكرنا من فرض المسألة لا يكون هذه عين المسألة الثالثة المعنونة بقوله: «لو كان عيب مشاهداً...»، كي يلزم التكرار، إذ المفروض فيها الاتفاق على وجود عيبين و أن أحدهما قدم يوجب الخيار، و إنما الاختلاف في أن الآخر أيضاً قدم كي لا يزول الخيار أو جديد حتى يزول. هذا، و لكن يأتي عن كون الفرض ما ذكرناه ظاهر العنوان، فإن الظاهر منه وجود عيبين فيه فعلاً.

٤٧٢٧. لكنها مثبت، لأن أثر سقوط الخيار مرتب على حدوثه لا على عدم تقدمه.

تقدّم العيب و تأخره أو مدّعي عدمه؛ (٤٧٢٨) لأصالة بقاء الخيار (٤٧٢٩) الثابت بالعقد على المعيب و الشكّ في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري، فالأصل عدم وقوع العقد (٤٧٣٠) على السليم من هذا العيب حتّى يضمنه المشتري.

و أمّا الثالث، ففيه مسائل: الأولى: لو اختلفا في الفسخ، فإن كان الخيار باقياً فله إنشائه (٤٧٣١). و في الدروس أنّه يمكن جعل إقراره بإنشاء (٤٧٣٢) و لعلّه لما اشتهر: من

٤٧٢٨. أي: مدّعي عدم حدوثه.

٤٧٢٩. و لأصالة بقاء العيب الأوّل على حاله و عدم زواله عنه، و أصالة عدم حدوث عيب آخر عند المشتري.

٤٧٣٠. لكنّه معارض بأنّ الأصل عدم وقوع العقد على المعيب بهذا العيب حتّى يضمنه البائع، فينبغي أن يقول: فالأصل عدم حدوث عيب آخر في ضمانه.

٤٧٣١. يعني: فلا معنى للنزاع حينئذ حتّى يحتاج إلى إعمال موازين القضاء. و فيه: أنّه و إن كان له إنشائه مع بقاء الخيار على تقدير عدم الفسخ واقعاً، إلّا أنّه من جهة دعواه الفسخ و زوال العقد ليس له إنشائه، لكونه لغواً بحسب إقراره، فلا يتمشّي منه القصد إليه، فتمسّ الحاجة في فصله إلى إعمال الموازين، فيكون الحال هنا كما لو اختلفا فيه بعد انقضاء مدّة الخيار حذو النعل بالنعل، فتأمل.

٤٧٣٢. عبارة الدروس هكذا: «خيار العيب على التراخي، و له الفسخ مع حضور البائع و غيبته، قبل القبض و بعده. و لو تنازعا في ذلك - يعني: في الفسخ - فإن كان الخيار باقياً فله إنشاء الفسخ. و يمكن جعل إقراره بإنشاء. و إن كان قد زال - كما لو تلفت العين - افتقر المدّعي إلى البينة، و مع عدمها لا يثبت الفسخ، و له إحلاف الآخر إن ادّعى علمه بالفسخ. فرع: إذا قضي بعدم الفسخ فهل للمشتري الأرش؟ الوجه ذلك لأنّ يخرج عن الحقيّن. و يحتمل نفيه مؤاخذه بإقراره. و يحتمل أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن إن اتّفق، لأنّه يزعمه يستحقّ استرداد الثمن و ردّ القيمة، فيقع التقاصّ في قدر القيمة، و يبقى قدر الأرش مستحقّاً على التقديرين». انتهى. يعني: يمكن جعل إقراره منزلاً منزلة الإنشاء في ترتّب أثر رجوع كلّ من المالين إلى صاحبه الأوّل من دون حاجة إلى إنشائه. و يعلم المراد من بعض عباراته ممّا نعلّق على عبارات المصنّف رحمه الله، فإنّها عبارات الدروس.

أَنْ «مَنْ مَلَكَ شَيْئاً» (٤٧٣٣) مَلَكَ الإقرار به» كما لو ادعى الزوج الطلاق. و يدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعي النفقة على أيتام الرجل و أنّه رَقَّ لهم. و سيجيء الكلام في* هذه القاعدة (٤٧٣٤). و إن كان بعد انقضاء زمان الخيار كما لو تلف العين افتقر مدّعيه إلى البينة، و مع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه.

ثمّ إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرض ثلاثين من الحقلين أم لا؛ لإقراره بالفسخ؟ و زاد في الدروس: أنّه يحتمل أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأرض و ما زاد على القيمة من الثمن (٤٧٣٥) إن اتفق؛ لأنّه بزعمه يستحقّ استرداد الثمن و ردّ القيمة، فيقع التقاصّ في القيمة** (٤٧٣٦) و يبقى قدر الأرض مستحقّاً على التقديرين^{١٢} (٤٧٣٧)، انتهى.

٤٧٣٣. لا محيص عنه بناءً على أنّ الفسخ عند الشهيد^{عليه السلام} من الأمور الإنشائية التي لا تتحقّق إلاّ بالإنشاء قولاً أو فعلاً كما هو الحقّ، إذ عليه لا يترتب على الإخبار أثر الإنشاء إلاّ بدليل يدلّ عليه، و ليس إلاّ قاعدة من ملك. و أمّا بناءً على أنّه لا يتوقّف على الإنشاء، و أنّه يحصل بمجرد البناء على انحلال العقد و الالتزام بالفساخ و إيجاد كاشف عنه إخباراً كان أو إنشاءً، فلا حاجة في ترتّب أثر الإنشاء على الإخبار إلى تلك القاعدة، لأنّه حينئذٍ مصداق من الفسخ في عرض إنشائه.

٤٧٣٤. و سيجيء هناك ما عندنا من الكلام في هذه القاعدة.

٤٧٣٥. المراد من القيمة هنا و فيما بعد قيمة العين التالفة، إذ المفروض تلف العين. و «من» للتبعيض. و «ما» عبارة عن المقدار. يعني: و مقدار من الثمن الذي زاد هذا المقدار منه على قيمة العين، بأن كان الثمن أزيد من القيمة الواقعيّة إن اتفق التفاوت بين الأرض و بين هذا المقدار الزائد على القيمة.

٤٧٣٦. يعني: قدرها من الثمن.

٤٧٣٧. يعني: تقدير الفسخ و صدقه في دعواه و تقدير عدم الفسخ و كذبه فيها. ثمّ إنّ

الثانية: لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت - بناءً على فورية الخيار - ففي تقديم مدعي التأخر؛ لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ في أول الزمان، أو مدعي عدمه؛ لأصالة صحة الفسخ، وجهان (٤٧٣٨) (٤٧٣٩). و لو كان منشأ النزاع الاختلاف في زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ، ففي الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه، يُضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقةً إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ في أول الزمان. و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عدة المطلقة و ادعت هي تأخره عنها.

الثالثة: لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته - بناءً على فوريته - سُمع قوله إن احتمل في حقه الجهل، للأصل.

و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ في بلد لا يعرفون الأحكام و الجهل بالفورية فيعذر مطلقاً؛ لأنه مما يخفى على العامة.

مقتضى كون قوله: «لأنه يزعمه...» تعليلاً لقوله: «يُحتمل أن يأخذ...»، أن يقول: و يبقى قدر أقل الأمرين مستحقاً... إلا أن يقال: إن المراد من الأرض في هذه الفقرة هو التفاوت بين الأرض و بين ما زاد من الثمن على القيمة لا التفاوت بين الثمن و القيمة، فتأمل.

٤٧٣٨. أقواهما الثاني، لما تقدّم من أن الأصل المعتمد عليه على الأول مثبت*.

٤٧٣٩. أقواهما أولهما**.

* و ** هكذا وردت التعليقتان في الطبعة الحجرية في صفحة واحدة. وليس في متن المكاسب كلمة «وجهان» إلا هنا، فلعل المحشي رحمه الله تغير رأيه، أو أن إحدى التعليقتين تتعلق بـ«وجهان» في محل آخر لم نظفر عليه.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المصادر:

- (١) التذكرة ج ١: ص ٥٢٤.
- (٢) الجواهر ج ٢٣: ص ٢٣٥.
- (٣) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث ١.
- (٤) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ص ٢٣٥.
- (٥) الخدائق ج ١٩: ص ٦٤.
- (٦) المبسوط ج ٢: ص ١٢٦-١٤٠.
- (٧) السرائر ج ٢: ص ٣٠٢.
- (٨) الوسائل ج ١٢: ص ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.
- (٩) الوسائل ج ١٢: ص ٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.
- (١٠) المقنعة: ص ٥٩٧.
- (١١) المبسوط ج ٢: ص ١٣٩.
- (١٢) جامع المقاصد ج ٤: ص ٣٣٢.
- (١٣) الشرايع ج ٢: ص ٤٠.
- (١٤) الغنية: ص ٢٢٢.
- (١٥) الدروس ج ٣: ص ٢٨٦.
- (١٦) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.
- (١٧) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.
- (١٨) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.
- (١٩) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.
- (٢٠) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٦، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.
- (٢١) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٦، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.
- (٢٢) الكافي ج ٥: ص ٢١٤، ذيل الحديث ٣.
- (٢٣) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٩.
- (٢٤) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦.
- (٢٥) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.
- (٢٦) الغنية: ص ٢٢٢.
- (٢٧) الوسيلة: ص ٢٥٦.
- (٢٨) الغنية: ص ٢٢٢.
- (٢٩) اللمعة الدمشقية: ص ١١٨-١١٩.
- (٣٠) التذكرة ج ١: ص ٥٣٠.
- (٣١) الدروس ج ٣: ص ٢٨٤.
- (٣٢) الجواهر ج ٢٣: ص ٢٤٨.
- (٣٣) السرائر ج ٢: ص ٣٤٥.
- (٣٤) المسالك ج ٣: ص ٢٨٦.
- (٣٥) المبسوط ج ٢: ص ٣٥١.
- (٣٦) التذكرة ج ١: ص ٥٢٥.
- (٣٧) السرائر ج ٢: ص ٢٩٦-٢٩٧.
- (٣٨) الدروس ج ٣: ص ٢٨٢.

- (٣٩) الدروس ج ٣: ص ٢٨٢.
- (٤٠) التذكرة ج ١: ص ٥٢٧ و ٥٤١.
- (٤١) التذكرة ج ١: ص ٥٤١.
- (٤٢) الوسيلة: ص ٢٥٧.
- (٤٣) الدروس ج ٣: ص ٢٨٨.
- (٤٤) المسالك ج ٣: ص ٢٠٣؛ الحقائق ج ١٩: ص ١١٧.
- (٤٥) كفاية الأحكام: ص ٩٤.
- (٤٦) الرياض ج ٨: ص ٢٦٠.
- (٤٧) التحرير ج ١: ص ١٨٣.
- (٤٨) الشرايع ج ٢: ص ٣٦.
- (٤٩) التذكرة ج ١: ص ٥٣٨.
- (٥٠) جامع المقاصد ج ٤: ص ٣٣٣.
- (٥١) المختلف ج ٥: ص ١٧٢.
- (٥٢) التذكرة ج ١: ص ٥٤١.
- (٥٣) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٦٥٩.
- (٥٤) الرياض ج ١: ص ٥٤٠.
- (٥٥) القواعد ج ٢: ص ٨٧-٧٩.
- (٥٦) مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٦٦٤-٦٦٥.
- (٥٧) الدروس ج ٣: ص ٢٨٩.
- (٥٨) الايضاح ج ١: ص ٤٩٩.
- (٥٩) التذكرة ج ١: ص ٥٣٠.
- (٦٠) الوسائل ج ١٢: ص ٤٢٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب.
- (٦١) الحقائق ج ١٩: ص ٩١.
- (٦٢) الدروس ج ٣: ص ٢٨٧.



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

القول في ماهية العيب و ذكر بعض أفرادها:

اعلم أن حكم الردّ و الأرض معلق في الروايات على مفهوم «العيب» و «العوار». أما العوار، ففي الصحاح: أنه العيب^(٤٧٤٠). و أما العيب، فالظاهر من اللغة و العرف^(٤٧٤١): أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال. فالصحة: «ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشيء لو خُلّي و طبعه»، و العيب و الكمال يلحقان له لأمرٍ خارج عنه^(٤٧٤٢). ثم مقتضى حقيقة الشيء قد يُعلم* من الخارج^(٤٧٤٣)، كمقتضى حقيقة الحيوان الأناسي و غيره فإنه يعلم أن العمى عيبٌ، و معرفة الكتابة في العبد و الطبخ في الأمة كمالٌ فيهما. و قد يستكشف ذلك بملاحظة أغلب الأفراد، فإن وجود

.....

٤٧٤٠. ينافي ذلك عطف العوار على العيب في صحيحة زرارة المتقدمة بـ «أو» فإنه صريح في المغايرة بينهما في الجملة. و لعل النسبة بينهما هو العموم المطلق، و أن العيب أعم من العوار، لاختصاص الثاني بالعيوب الظاهرة، و عموم الأول لها و للعيوب الباطنة، فتأمل.

٤٧٤١. كل لفظ وقع في موضوع حكم شرعي في لسان الدليل لابد في تعيين المعنى المراد منه من الرجوع أولاً إلى بيان الشارع إن كان له بيان منه، و إلا فيرجع إلى العرف. و المصنف رحمه الله مع وجود مرسله السياري - المتضمنة لبيان المراد من لفظ العيب المأخوذ في لسان الأخبار موضوعاً لحكم الردّ و الأرض - قد رجع فيه إلى العرف و اللغة، من جهة مناقشته فيها دلالة و سنداً. و سيأتي إن شاء الله دفع هذه المناقشة و أن المدار في مفهوم العيب هو المرسل. وكيف كان، فالنسبة بين العيب العرفي و ما ذكره في تعريفه عموم من وجه، إذ قد يكون العيب بالزيادة لا بالنقص مثل زيادة اليد و الإصبع، و قد لا يكون النقص عيباً بل يكون كمالاً، كما في عدم الخراج في الضيعة أصلاً أو قلته. فالذي ينبغي أن يقال: إن العيب ما كان وجوده أو عدمه على خلاف ما تقتضيه الحقيقة الأولية الأصلية أو الثانوية العرضية و كان مرغوباً عنه، لأن الصحة كل ما كان وجوده أو عدمه على وفق الحقيقة كذلك و كان مرغوباً فيه لا مرغوباً عنه.

٤٧٤٢. ينبغي أن يراد منها الأعم من الأصلية و العرضية، فافهم.

٤٧٤٣. أي: عن أصل ماهية الشيء.

* في بعض النسخ بدل «يعلم»، يعرف.

صفة في أغلب أفراد الشيء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة (٤٧٤٤) بين أفرادها، وكون التخلف في النادر لعارض. وهذا وإن لم يكن مطرداً في الواقع؛ إذ كثيراً ما يكون أغلب الأفراد متصفة بصفة لأمر عارض أو لأمر مختلف، إلا أن بناء العرف والعادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال أغلب الأفراد؛ ومن هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة لفرد من ملاحظة أغلب الأفراد، فإن وجود الشيء في أغلب الأفراد لا يمكن* الاستدلال به على وجوده في فرد غيرها؛ لاستحالة الاستدلال - ولو ظناً - بالجزئي على الجزئي، إلا أنه يستدل من حال الأغلب على حال القدر المشترك، ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك.

إذا عرفت هذا تبين لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثير^٢ منهم؛ «الخروج عن المجرى الطبيعي»، وهو ما يقتضيه الخلقة الأصلية (٤٧٤٥). وأن المراد بالخلقة الأصلية: ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، وأن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب، وما خرج عنه بالمزية فهو كمال، فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها، فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال، وكذا كونها مورد العساكر^٣ من مقتضى طبيعتها، فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال، وكذا كونها مورد العساكر من مقتضى طبيعتها، فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب، ونقصه عنه كمال.

ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية وحال أغلب الأفراد التي يستدل بها على حال الحقيقة عرفاً رجح الثاني وحكم للشيء بحقيقة ثانوية اعتبارية يُعتبر الصحة والعيب والكمال بالنسبة إليها. ومن هنا لا يُعدّ ثبوت الخراج على الضيعة عيباً مع أن حقيقتها لا تقتضي ذلك،

٤٧٤٤. يعني: الخارج عن ملاحظة غلبة الأفراد.

٤٧٤٥. ينبغي أن يقول: وهو ما تقتضيه الطبيعة، وأن المراد من مقتضى الطبيعة ما يكون عليه أغلب أفراد هذا النوع ولو بالعرض، كي يصحّ التفريع بقوله: «فالضيعة...» إذ ليس اقتضاء الأرض للخراج من أصل خلقتها، ولأجل هذا قال في جامع المقاصد: ينبغي أن يراد من مجرى الطبيعي ما جرت به العوائد الغالبة، ليندرج فيه الأمور التي ليست مخلوقة أصلاً ليكون على فحج مقتضى الطبيعة، أم لا ككون الضيعة ثقيلة الخراج أو منزل الجنود.

* في بعض النسخ زيادة: وإن لم يكن.

و إنما هو شيءٌ عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية، فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب. و لعلّ هذا هو الوجه في قول كثيرٍ منهم^٣ - بل عدم الخلاف بينهم - في أنّ الثبوت ليس عيباً في الإماء. و قد ينعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصلية (٤٧٤٦)، و الصحة من* مقتضى الحقيقة الثانوية، كالعُلفة فإنّها عيبٌ في الكبير؛ لكونها مخالفة لما عليه الأغلب. إلا أن يقال: إنّ العُلفة بنفسها ليست عيباً إنما العيب كون الأغلف مورداً للخطر بختانه؛ و لذا اختصّ هذا العيب بالكبير دون الصغير. و يمكن أن يقال (٤٧٤٧): إنّ العبرة بالحقيقة الأصلية و النقص عنها عيبٌ و إن كان على طبق الأغلب، إلا أنّ حكم العيب لا يثبت (٤٧٤٨) مع إطلاق العقد حينئذٍ؛ لأنّه إنّما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامة، فيكون كما لو التزمه صريحاً في العقد، فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتضِ الإطلاق ذلك بل اقتضى عكسه، أعني التزام البرائة من ذلك النقص. فإطلاق العقد على الجارية - بحكم

٤٧٤٦. الجارّ و المهرور خير «يكون». و «الصحة» عطف على «العيب». و قوله: «بالخروج إلى مقتضى...» أيضاً خير لـ «يكون». و المراد من الأمر في قوله: «و قد ينعكس الأمر» هو أمر بقاء الشيء على طبق حقيقته الأولية الأصلية، و عدم خروجه إلى ما تقتضيه حقيقته الثانوية العرضية، من حيث كونه - أي: البقاء عليه - عيباً و نقصاً عرفاً أو كمالاً. و المراد من الانعكاس أنّ البقاء على طبقها هنا - أعني: مثال العُلفة في العبد - عيب عكس كون البقاء عليه في بكاراة الأمة و عدم الخراج في الضيعة كمالاً، فالمعاكسة في كون البقاء على الحقيقة الأصلية كمالاً و عيباً، فلا تغفل.

٤٧٤٧. هذا معادل لقوله: «رجّح الثاني». فالأنسب بمقام المقابلة أن يقول: و رجّح الأول و أنّ العبرة... .

٤٧٤٨. بل يثبت حكمه حينئذٍ أيضاً مع الإطلاق، لأنّه إنّما يثبت لا لاقتضاء الإطلاق الالتزام بالسلامة، بل لأجل التبعّد الصرف و أنّ اشتراط التبرّي مانع عنه، و الفرض عدم التبرّي عنه عند العقد فيثبت، لصدق العقد على المعيب، فافهم.

الغلبة - منزل على التزام البرائة من عيب الثيوبه، وكذا الغلفة في الكبير، فهي أيضاً عيب في الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان، إلا أن الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغفلة لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البرائة من هذا العيب. فقولهم: «إن الثيوبه ليست عيباً في الإماء»، و قول العلامة في القواعد: «إن الغلفة ليست عيباً في الكبير المجلوب» لا يبعد إرادتهم نفي حكم (٤٧٤٩) العيب من الردّ و الأرض، لانفي حقيقته. و يدلّ عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثيوبه ليست عيباً، مع أنّه في التحرير و التذكرة اختار الأرض مع اشتراط البكارة، مع

٤٧٤٩. يعني: لا يبعد أنّهم أرادوا من العيب في قولهم: إنّ الثيوبه ليست عيباً، وكذا لا يبعد أن العلامة أراد من العيب في قوله بأن الغلفة ليست عيباً...، معناه المجازي، أعني منه حكم العيب من الردّ و الأرض، مع تسليم وجود موضوع العيب و معناه الحقيقي في الثيوبه و الغلفة، بناءً على كون العبرة في العيب هو النقص عن مقتضى الخلقة الأصليّة. أمّا تسليم ذلك في الثيوبه فواضح، لوضوح كونها على خلاف مقتضى الخلقة الأصليّة في النساء. و أمّا تسليمه في الغلفة فلأنّ الغلفة - التي نفى في القواعد كونها عيباً - ليس المراد منها نفسها حتّى يقال إنّها يمنع كون مراد العلامة من نفي كونها عيباً نفي كونه مجازاً مع تسليم كونها عيباً حقيقة، ضرورة أنّها تكون عيباً حقيقة إذا كانت على خلاف مقتضى الخلقة الأصليّة، و الحال أنّها ليست كذلك، لأنّها على طبقه، و معه كيف يمكن حمل إرادته على التحوّل بإرادة نفي الحكم من العيب مع صحّة الحمل على الحقيقة بإرادة نفي نفس العيب و حقيقته، بل إنّما المراد منها معرضيّة إزالتها بالختان الواجب على الكبير للخطر من التلف و النقص، فطرف الملاحظة و القياس للكون على مقتضى الحقيقة الأصليّة - الذي هو المعيار في العيبية و عدمها فيما نحن فيه فعلاً - هو المعرضيّة للخطر بالختان و إزالة الغلفة عن الكبير لانفس الغلفة. فحينئذ نقول: إنّ الغلفة بالمعنى المراد منها - أعني: المعرضيّة للخطر - على خلاف مقتضى الحقيقة الأصليّة للعييد، لأن مقتضاها السلامة عنها، لأنّ معرضيّة له إنّما جاء من قبل أمر خارج عن مقتضى حقيقته عارض عليه، أعني منه وجوب الختان شرعاً على الكبير، فتكون الغلفة بمعنى المعرضيّة له عيباً حقيقة و مع ذلك نفي العلامة كونها عيباً، فلا بدّ من أن يكون مراده نفي الحكم مجازاً لانفي نفس العيب حقيقة.

أنه لأرشد في تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر. وتظهر الثمرة (٤٧٥٠) فيما لو شرط المشتري البكارة والختان، فإنه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الرد والأرشد؛ لثبوت العيب، غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق (٤٧٥١) لتنزله منزلة تبري البائع من هذا العيب، فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب. وأما على الوجه الأول، فإن الاشتراط لا يفيد إلا خيار تخلف الشرط دون الأرشد، لكن الوجه السابق أقوى (٤٧٥٢)، وعليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً في أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها، والغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض، فالثبوتية في الصغيرة (٤٧٥٣) الغير المجلوبة عيب؛ لأنها ليست غالبية في صنفها وإن غلبت في نوعها.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب (٤٧٥٤) مدار نقص الشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا، فإن الإنسان الخصى ناقص في نفسه وإن فرض زيادته من

٤٧٥٠. يعني تظهر الثمرة بين ترجيح الحقيقة الأصلية العرضية الذي عنوانه بقوله: «و يمكن أن يقال إن العبرة بالحقيقة الأصلية...» - وهو المراد من الوجه الثاني في قوله: «فإنه يثبت على الوجه الثاني». وهو المراد أيضاً من الوجه السابق في قوله: «لكن الوجه السابق» يعني: السابق على الوجه الأول المذكور بقوله: «وأما على الوجه الأول» فإنه سابق عليه في المقام، وإن كان لاحقاً عليه في مقام الذكر التفصيلي المتقدم في قوله: «ثم لو تعارض...» - بين العكس، أي: ترجيح الحقيقة العرضية على الأصلية الذي ذكره في السابق بقوله: «رجح الثاني و حكم للشيء...». وهو المراد من الوجه الأول في قوله: «وأما على الوجه الأول» فيما لو اشترط البكارة...

٤٧٥١. قد مر الإشكال في ذلك.

٤٧٥٢. يعني به الوجه الثاني، أعني: كون العبرة بالحقيقة الأصلية، فإنه وإن كان لاحقاً في مقام الذكر التفصيلي إلا أنه سابق في مقام بيان ظهور الثمرة، حيث قدمه على الوجه الأول. ٤٧٥٣. فالثبوتية عيب مطلقاً، ففي الصغيرة الغير المجلوبة توجب الخيار دون الكبيرة، لأنها ليست غالبية في الأولى، بخلاف الثانية، فإنها غالبية فيها.

٤٧٥٤. يعني من الموصول تقوية الوجه السابق الذي قلنا إن المراد منه الوجه الثاني،

أعني: كون العبرة بالحقيقة الأصلية.

حيث كونه مالا، وكذا البغل الخصي حيوان ناقص* وإن كان زائداً من حيث المالية على غيره؛ ولذا ذكر جماعة ثبوت الردّ دون الأرض في مثل ذلك. و يحتمل قوياً أن يقال: إنّ المناط في العيب هو النقص المالي (٤٧٥٥)، فالنقص الخلقي الغير الموجب للنقص - كالخصاء ونحوه - ليس عيباً، إلّا أنّ الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلاً على إقدام المشتري على الشراء* مع عدم هذا النقص اعتماداً على الأصل و الغلبة، فكانت السلامة عنه بمنزلة شرطٍ اشترط في العقد، لا يوجب تخلفه إلّا خيار تخلف الشرط. و تظهر الثمرة في طرؤ (٤٧٥٦) موانع الردّ بالعيب بناءً على عدم منعها عن الردّ بخيار تخلف الشرط، فتأمل. و في صورة حصول هذا النقص (٤٧٥٧) قبل القبض أو في مدّة الخيار، فإنّه مضمون على الأوّل بناءً على إطلاق كلماتهم: أنّ العيب مضمون على البائع، بخلاف الثاني

٤٧٥٥. يعني: هو النقص بحسب الحقيقة الأصلية، لكن لامطلقاً بل فيما إذا كان موجباً للنقص المالي أيضاً.

٤٧٥٦. يعني: و تظهر الثمرة بين كون مطلق النقص الخلقي عيباً فيه خيار العيب الذي ذكره بقوله: «ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا دوران العيب...»، و بين كون خصوص النقص الخلقي الموجب للنقص المالي أيضاً الذي ذكره بقوله: «و يحتمل قوياً...»، في طرؤ موانع الردّ بالعيب، فيسقط الخيار بها على الأوّل، و لا يسقط على الثاني، بناءً على عدم مانعيتها عن الردّ بخيار تخلف الشرط، و إلّا فلا ثمره. و الأمر بالتأمل لعلّه إشارة إلى الخدشة في هذه الثمرة، بمنع مانعية موانع الردّ بالعيب - كالتصرّف و حدوث العيب - عن الردّ بهذا العيب الغير الموجب للنقص المالي، لاختصاص أدلّة مانعيتها عنه بالعيب الموجب للأرض، فيرجع في المقام إلى استصحاب الخيار الثابت قبل حدوث التصرف أو العيب. و قد ذكر هذا سابقاً في ذيل الكلام في ثالث الأمور التي يظهر من الأصحاب سقوط الردّ و الأرض بها - و هو التصرف في المعيب الذي لا ينقص قيمته بالعيب - بقوله: «إلّا أن يقال: إنّ المقدار الثابت من سقوط الردّ بالتصرف هو مورد ثبوت الأرض...» إلى آخر ما ذكره هناك، و قد أوضحنا مرّاه من العبارة المزبورة.

٤٧٥٧. يعني: و تظهر الثمرة أيضاً في صورة... .

في ماهية العيب ٥٠٧

فإنه لا دليل على أن فقد الصفة المشترطة قبل القبض أو في مدة الخيار مضمونٌ على البائع، بمعنى كونه سبباً للخيار (٤٧٥٨). و للنظر في كلا شقي الثمرة مجال (٤٧٥٩).

و ربما يستدلّ؛ لكون الخيار هنا خيار العيب بما في مرسلة السياري الحاكية لقضية*

٤٧٥٨. وجه تفسير الضمان بالمعنى المذكور في الفرض - من عدم كون النقص الخلقي موجباً للنقص المالي - أنه بمعناه المعروف من ثبوت الأرض أو غيره على عهدة الضامن و هو البائع و اشتغال ذمته لا مجال له فيه، لعدم النقص المالي فيه.

٤٧٥٩. يعني: شقي الثمرة الثانية التي ذكرها بقوله: «و في صورة حصول هذا النقص...». أحد الشقين: الضمان بمعنى كونه سبباً للخيار على الأول. و الشق الآخر: عدم الضمان بذاك المعنى على الثاني.

وجه النظر أمّا في الشقّ الأول فهو منع مبنى الضمان على تقدير كونه عيباً، و هو مشمول إطلاق العيب في قولهم «العيب الحادث قبل القبض أو في مدة الخيار مضمون على البائع» للعيب الغير المنقّص للمالّية، فإنّ قولهم بذلك لا دليل عليه بالخصوص، و إنما هو مأخوذ من النبوي: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» و الأخبار الدالة على أنّ تلف المبيع في زمن الخيار ممّن لا خيار له، بدعوى أنّ تلف المبيع أعظم من تلف نفسه و تلف وصفه، و القدر المتيقّن من تلف الوصف ما يوجب النقص المالي فلا يعمّ المقام.

و أمّا في الشقّ الثاني فهو أنّ ما يدلّ على ضمانه على تقدير كونه عيباً فهو بعينه يدلّ على ضمانه على تقدير عدم كونه عيباً، لأنّ وجه الضمان على الأول صدق التلف على تلف الوصف و لو لم يكن منقّصاً، و هو بعينه موجود على الثاني، إذ لا خصوصيّة لعنوان العيب، و أنّ المدار على صدق تلف الوصف، و هو بعد تسليم عموم التلف لتلف الوصف - كما هو قضية الوجه الأول، لما مرّ من عدم الدليل الخاصّ على كون ضمان العيب على البائع، و إنّما هو مأخوذ من أدلة التلف قبل القبض أو في زمن الخيار - و إن كان مشكلاً بل ممنوعاً حتّى في العيب المنقّص للمالّية على ما مرّ سابقاً. و بالجملة، دليل ضمان العيب في الجملة ليس إلّا عموم أدلة تلف المبيع لفقد الوصف، فإن كان لها عموم يعمّ ذلك حتّى فيما لم يكن فقده منقّصاً للمالّية فلا معنى لنفي الدليل على الضمان على الثاني، لأنّ عمومها له دليل عليه، و إلّا - كما

ابن أبي ليلى، حيث قدّم إليه رجل خصماً له، فقال: إنّ هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعراً، و زعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال له ابن أبي ليلى: إنّ الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتّى يذهبوه، فما الذي كرهت؟ فقال له: أيّها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به، قال حتّى* أخرج إليك فإني أجد أذى في بطني، ثم دخل بيته و خرج من باب آخر، فأتى محمد بن مسلم الثقفي، فقال له: أيّ شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعراً، أ يكون هذا عيباً؟ فقال له محمد بن مسلم: أمّا هذا نصّاً فلا أعرفه، و لكن حدثني أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «كلّ ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب»، فقال له ابن أبي ليلى: حسبك هذا! فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب*. فإنّ ظاهر إطلاق الرواية (٤٧٦٠) المؤيّد بفهم ابن مسلم - من حيث نفي نصوصيّة الرواية في تلك القضية المشعر بظهورها فيها - و فهم ابن أبي ليلى من حيث قوله و عمله (٤٧٦١): كون مجرد الخروج عن المجرى الطبيعي عيباً** و إن كان مرغوباً فلا ينقص لأجل ذلك (٤٧٦٢) من عوضه، كما يظهر من قول (٤٧٦٣) ابن أبي ليلى: «إنّ الناس ليحتالون...»، و تقرير المشتري (٤٧٦٤) له في ردّه.

هو الحقّ - فلا معنى لإثبات الضمان على الأوّل، فإنّه حينئذٍ ممّا لا دليل عليه، فافهم.

٤٧٦٠. يعني: إطلاق النقص المذكور في الرواية الشامل للنقص الخلقي الغير الموجب للنقص المالي و الموجب له.

٤٧٦١. يعني من الأوّل قوله: «حسبك هذا» أي: حسبي منك هذا الذي رويته. و من الثاني قضائه بالعيب.

٤٧٦٢. أي: لأجل كونه مرغوباً.

٤٧٦٣. يعني: يظهر كون عدم الشعر في الركب مرغوباً فيه من قول ابن أبي ليلى «إنّ الناس ليحتالون...». وجه الظهور: أنّه لو لم يكن مرغوباً فيه عند الناس لما كانوا يحتالون فيه.

٤٧٦٤. يعني: و يظهر كونه مرغوباً فيه من تقرير مشتري الجارية لابن أبي ليلى في ردّه - أي: في ردّ ابن أبي ليلى مشتري الجارية عن المخاصمة بقوله: «إنّ الناس ليحتالون» - و

لكن الإنصاف: عدم دلالة الرواية على ذلك. أمّا أولاً: فلأنّ ظاهر الحكاية (٤٧٦٥)

سكوته و عدم إنكاره على ابن أبي ليلى في قوله المذكور بأنّ الناس لا يحتالون بهذا... . فضمير «له» راجع إلى ابن أبي ليلى. و ضمير «ردّه» راجع إلى المشتري. و إضافة الردّ إليه من إضافة المصدر إلى المفعول. و الفاعل - و هو الضمير الراجع إلى ابن أبي ليلى - محذوف، و الأصل: في ردّه إياه.

٤٧٦٥. ليس مورد الاستدلال هو محلّ الحكاية - أعني: ردّ المشتري للجارية التي لم يجد في ركبها شعراً - حتّى يناقش فيه بأنّ المحكيّ عنه ليس ردّه لكون عدم الشعر بنفسه عيباً، حتّى يكون دليلاً على المدّعى من ثبوت الخيار بالعيب الذي لا ينقص المائيّة بل يرغب فيه الناس و يحتالون في تحصيله، بل كان المحكيّ عنه ردّه لها لكون عدمه كاشفاً عن عيب موجب للنقص المالي و هو المرض في العضو أو المزاج، و عليه يكون أجنبياً عن المدّعى من ثبوت خيار العيب في العيب الغير المنقص للمائيّة. و لا يمنع عن كون ردّه لها لأجل الكشف عن المرض قول ابن أبي ليلى: «أنّ الناس ليحتالون...»، لأنّه إنّما يمنع لو كان لقوله المذكور دلالة على أنّ عدم الشعر في الركب ليس لأجل المرض بل للحيلة التي يستعملونها لأجل ذهاب الشعر، و لكن لادلالة له عليه، لأنّه مغالطة على المشتري و تعمية للمطلب عليه.

و بالجملة، ليس مورد الاستدلال ما ذكر حتّى يقال عليه ما في المتن، و إنّما موردها قول أبي جعفر عليه السلام «كلّ ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب» و من المعلوم أنّ هذا -أي: النقص المذكور في الرواية - بإطلاقه يشمل النقص الخلقي الغير الموجب للنقص المالي أيضاً. و كون النقص الخلقي في المورد موجباً للنقص المالي، من جهة كونه كاشفاً عن المرض الذي هو نقص خلقي موجب للنقص المالي أيضاً، لا يضرّ في الاستدلال، إذ العبرة بعمومه لا بخصوص المورد.

هذا، مع أنّه لو سلّم أنّ مورد الاستدلال هو مورد الحكاية نقول: إنّ ظاهر الحكاية أنّ ردّه لكون نفس عدم الشعر من أصل الخلقة لا بالعرض و الاحتيال عيباً في اعتقاد المشتري، لا لكونه كاشفاً عن العيب و المرض، كما يدلّ عليه قوله: «أيّها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به» فإنّ ضمير «كان» راجع إلى عدم الشعر المستفاد من الكلام السابق، يعني: إن كان هذا عيباً عندك أيّها القاضي كما أنّه عيب عندي فاقض لي به حتّى أردّها إلى صاحبها. و يدلّ عليه

أَنَّ رَدَّ المشتري لم يكن مجردَ عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقة كذلك الكاشف عن مرضٍ في العضو أو في أصل المزاج، كما يدلُّ عليه عدم اكتفائه في عذر الردِّ بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً» حتى ضمَّ إليه دعواه «أنَّه لم يكن لها قطُّ». و قول ابن أبي ليلى: «إنَّ الناس ليحتالون في ذلك حتى يذهبوه» لا يدلُّ على مخالفة المشتري في كشف ذلك عن المرض، و إنما هي مغالطةٌ عليه تفصيلاً عن خصومته؛ لعجزه عن حكمها، و إلاً فالاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدلُّ على أنَّ عدمه في أصل الخلقة شيءٌ مرغوبٌ فيه، كما أنَّ احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدلُّ على كون عدمه من أصله - لقرعٍ أو شبهه - أمراً مرغوباً فيه. و بالجملة، فالثابت من الرواية هو كون عدم الشعر على الركب مما يُقطع أو يُحتمل كونه لأجل مرضٍ عيباً، و قد عُذَّ من العيوب الموجبة للأرض ما هو أدون من ذلك. و أما ثانياً: فلأنَّ قوله عليه السلام: «فهو عيب» (٤٧٦٦) إنما يراد به بيان موضوع العيب.

قول ابن أبي ليلى: «إنَّ الناس ليحتالون...»، حيث إنَّه مغالطة على المشتري و احتيال في ستر جهله بكونه عيباً، فكأنَّه قال: إنَّ عدم الشعر على تقدير كونه عيباً كما زعمت فهو عيب مرغوب فيه يحتال الناس في تحصيله، فليس هذا شيئاً تكرهه حتى تردّها لأجله، إذ من المعلوم أنَّه لا يكون حيلة إلا إذا كان جهة الردِّ هو كون نفس عدم الشعر عيباً، ضرورة أنَّ كون المرض المنكشف به عيباً لا يخفى على العوام فضلاً عن القاضي حتى يحتال في خلاص نفسه و ستر عيبه، فيبتلى بقول المشتري له: أيها القاضي...، الذي مرجعه إلى أنَّه: أيها القاضي ما جئتكَ للموعظة، و إنما جئتكَ للقضاء و فصل الخصومة، فإن كان عيباً فاقض لي به و إلاً فاقض عليّ، فيضطر إلى ما صدر منه. و ليس في أنَّه لم يكتف في جهة الردِّ بمجرد عدم وجدان الشعر في الركب، بل ضمَّ إليه قوله: «و زعمت أنَّه لم يكن» دلالة على أنَّه لأجل كشفه عن المرض، حيث إنَّه لبيان أنَّه ليس نقصاً احتيالياً بل هو نقص خلقي فيكون عيباً.

٤٧٦٦. فيه ما أشار إليه بالأمر بالتأمل، و هو أنَّ حكم هذا العيب الغير المنقّص ليس

إلا الردَّ بالعيب فقط، و أمَّا سائر أحكام العيب - من جواز أخذ الأرض، و كونه على البائع لو حدث قبل القبض أو زمن الخيار، و أحكام خياره من سقوط جواز الردِّ بحدوث العيب عند المشتري أو بتصرفه -، فكلّها مخصوص بالعيب المنقّص للمال، لا اختصاص أدلّها به كما مرَّ غير مرّة. و المقصود من الاستدلال إثبات جواز الردِّ من جهة كونه عيباً لا من باب تخلف

توطئة لثبوت أحكام العيب له، و الغالب الشائع المتبادر في الأذهان هو ردّ المعيوب؛ و لذا اشتهر: كلّ معيوب مردود. و أمّا باقي أحكام العيب و خياره - مثل عدم جواز ردّه بطرؤ مواعيد الردّ بخيار العيب، و كونه مضموناً على البائع قبل القبض و في مدّة الخيار - فلا يظهر من الرواية ترتبها على العيب، فتأمل.

و أمّا ثالثاً: فلأنّ الرواية (٤٧٦٧) لا تدلّ على الزائد عمّا يدلّ عليه العرف؛ لأنّ

الشرط، و لإشكال في دلالة الرواية عليه.

٤٧٦٧. فيه: أنّه يمكن أن يراد من الزيادة و النقيصة مطلقهما و لو لم يوجب النقص المالي، أخذاً بإطلاق الرواية. و يدفع النقص بما ذكره من الأمور - الذي أوجب قطعه ^{بطلان} بعدم إرادة الإطلاق - بأنّ المراد من الزيادة و النقصان كونهما على خلاف أصل الخلقة للشيء، بأن اقتضى أصل الخلقة عدم الزيادة و النقصان فزاد أو نقص، حيث إنّ معنى قوله: «كلّما كان في أصل الخلقة» أنّ كلّما كان في أصل الخلقة محدوداً بحدّ فزاد هذا أو نقص عن ذاك الحدّ فهو عيب. و مرتبة شعر الرأس و قوّة البصر ليس لها حدّ معيّن بحسب اقتضاء أصل الخلقة - بمعنى اقتضاء الطبيعة ذاك الحدّ و عدم الزيادة و النقيصة عنه - حتّى يكون الزيادة فيهما على خلاف أصل الخلقة بالمعنى المذكور. وكذا تعلم الصنعة و الطبخ لا يقتضي أصل الخلقة عدمهما حتّى يكونا على خلاف مقتضى أصل الخلقة، و إنّما هو بالقياس إليهما لاقتضاء صرف. و من هنا يعلم الحال في خلق رأس العبد، فإنّ الذي يقتضيه أصل الخلقة هو نبات الشعر في الرأس و نموه لا بقائه، فإنّه باقتضاء الشعر لا باقتضاء خلقة العبد.

و بالجملة، هذه الأمور كما أنّها ليست بعيوب قطعاً كذلك ليست ممّا زاد أو نقص، لأنّ عدم زيادة الزائد و عدم نقصان الناقص ممّا ليس باقتضاء أصل الخلقة، فلا يصحّ النقص بها. و أمّا الختان فوجود الغلفة في العضو و إن كان في أصل الخلقة باقتضاء الطبيعة لها، فيكون نقصها داخلًا في إطلاق قوله ^{الصلح}: «كلّ ما كان...»، إلّا أنّه ليس بعيب قطعاً ممنوع إن أُريد من العيب العيب عند الشارع، حيث إنّ مندرج فيما هو موضوع للحكم بالعيب في الرواية، و إن أُريد منه العيب عند العرف فدعوى القطع بعدم كونه عيباً صحيحة، إلّا أنّه لا يوجب التصرف في الرواية بحمل الزيادة و النقيصة على ما إذا حصل منهما النقص المالي. و الوجه ظاهر.

المراد بالزيادة و النقيصة على أصل الخلقة ليس مطلق ذلك قطعاً، فإن زيادة شعر رأس الجارية أو حدة بصر العبد أو تعلّمهما للصنعة* و الطبخ، وكذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيباً قطعاً، فتعين أن يكون المراد بها الزيادة و النقيصة الموجبتين لنقص في الشيء من حيث الآثار و الخواص المترتبة عليه، و لازم ذلك نقصه من حيث المالية؛ لأنّ المال المبذول في مقابل الأموال بقدر ما يترتب عليها من الآثار و المنافع.

و رابعاً** : لو سلّمنا مخالفة الرواية للعرف في معنى العيب، فلا يهض لرفع اليد بها عن العرف المحكم في مثل ذلك لولا النصّ المعتبر، لامثل هذه الرواية الضعيفة بالإرسال (٤٧٦٨) و المرسل، فافهم.

و قد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الأولى في تعريف العيب (٤٧٦٩) ما في التحرير و القواعد:

٤٧٦٨. فيه - مضافاً إلى أنّه منافٍ لتمسّكه بإطلاقها فيما يأتي في مسألة كون الثيوبه عيباً في الإماء - أنّها كما في الجواهر منجّرة بعمل الأصحاب، حيث إنّ كثيراً منهم قد عبّر في تحديد العيب بعين اللفظ الموجود في الرواية، و عبّر جمع بما يرجع إليه من أنّه الخروج عن المجرى الطبيعي بزيادة أو نقصان. و لا ينافي ذلك تقييد العلامة (عليه السلام) في بعض كتبه بالموجب للنقص المالي، و بعض آخر - على ما حكى - بالموجب لنقص الآثار و الخواص، لأنّه من باب تقييد الشيء بلازمه الغالي، لأنّ النقصان الخلقي ملازم للنقصان المالي و نقص الأثر و الخاصية غالباً، فكأنّه قال: العيب هو النقص الموجب للنقص المالي غالباً. و من ذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد بأنّه كان على المصنّف تقييد القيد المذكور - أي: الموجب للنقص المالي - بقوله: غالباً، ليندرج فيه الخصاص و الحب، فإنّهما يزيدان في المالية، حيث إنّ التقييد بالنقص المالي بملاحظة كونه من التقييد باللازم الغالي يرجع إلى التقييد بالغالب. و لعلّه لما ذكرنا من المناقشة في هذه الوجوه أمر بالفهم. و يمكن أن يكون الوجه فيه الخدشة في اعتبار العرف في مفهوم العيب النقص المالي.

٤٧٦٩. و ظهر ممّا ذكرنا أيضاً في دفع ما أورده على الرواية بوجوه أربعة أنّ المتيقّن في تعريف العيب هو المذكور في الرواية، و أنّ المراد من العيب المرتّب عليه الأحكام في سائر

من أنه نقص في العين، أو زيادة فيها تقتضي النقيصة المالية في عادات التجار. و لعله المراد بما في الرواية كما عرفت (٤٧٧٠) و مراد كل من عبّر بمثلها؛ و لذا قال في التحرير بعد ذلك: «و بالجملة كل ما زاد أو نقص عن أصل الخلقة». و القيد الأخير (٤٧٧١) لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض، كما قد يقال ذلك في العبد الخصي. و لا ينافيه ما ذكره في التحرير: من أن عدم الشعر على العانة عيب في العبد و الأمة؛ لأنه مبني على ما ذكرنا في الجواب الأول عن الرواية: من أن ذلك كاشف أو موهّم لمرض في العضو أو المزاج، لا على أنه لا يعتبر (٤٧٧٢) في العيب النقيصة المالية.

و في التذكرة - بعد أخذ نقص المالية في تعريف العيب و ذكر كثير من

الروايات هو هذا المعنى لامعناه العرفي فلو فرض كون شيء خاص عيباً عند العرف دون الشرع، لأجل كونه على وفق أصل الخلقة كعدم الختان في العبد الكبير، أو لأجل عدم كونه ممّا الطبيعة خلافه كالخراج أو كثرته في الأرض، فإن خلقتها لا تقتضي عدمه أو قلته، بل هي بالقياس إليه لا اقتضاء صرف، و فرض دليل على ثبوت خيار العيب فيه من الإجماع أو غيره، فهو من باب الإلحاق الحكمي لا الإدراج الموضوعي.

و ظهر أيضاً عدم المنافاة بين تقييد العلامة بالنقص المالي و بين إطلاق الرواية، لكونه مبنيّاً على الغالب. و لذا أطلق في التحرير في قوله بعد ذلك و بعد ذكر جملة من العيوب: «و بالجملة، كل ما نقص...»، و ذكر فيه أيضاً أن عدم الشعر على العانة عيب في العبد و الأمة، حيث إنّه جعله عيباً مع أنّه غير منقّص للمالية. و دعوى أنّه مبني على كشفه عن المرض الذي هو منقّص للمالية لا على لحاظ نفسه، مدفوعة بما ذكرنا في دفع الإيراد الأول من أنّه خلاف ظاهر قوله: «أيها القاضي إن كان عيباً فاقض لي به». و من هنا علم أن ما ذكره في التحرير منافٍ لاعتبار النقص المالي في حقيقة العيب، و شاهد على خلافه.

٤٧٧٠. يعني: المعرفة في الإيراد الثالث، و قد عرفت ما ذكره هناك انتفاء ما يوجب

رفع اليد عن ظهوره في الإطلاق و تقييده بالمنقّص المالي.

٤٧٧١. يعني به قوله: «في عادات التجار».

٤٧٧٢. هذا عطف على قوله: «على ما ذكرنا».

العيوب - : و الضابط أنه يثبت الرد (٤٧٧٣) بكل ما في العقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه^٧، انتهى كلامه. و ما أحسنه! حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب (٤٧٧٤)، بل لما يوجب الرد (٤٧٧٣٥) فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرح به في التذكرة معللاً بأن الغرض قد يتعلق بالفحولة و إن زادت قيمته باعتبار آخر، و قد دخل المشتري على ظن السلامة، انتهى. و يخرج منه مثل الثيوبة (٤٧٧٦) و الغلظة في المجلوب. و لعل من عمم العيب لما لا يوجب نقص المالية - كما في المسالك^٨ و عن جماعة - أراد به مجرد موجب الرد، لا العيب (٤٧٧٧) الذي يترتب عليه كثير من الأحكام و إن لم يكن فيه أرش^{*}، كسقوط خياره بتصرف أو حدوث عيب و غير ذلك. و عليه يتنى قول جامع المقاصد - كما عن تعليق الإرشاد - حيث ذكر^{**}: أن اللازم تقييد قول العلامة: «يوجب نقص المالية» بقوله: «غالباً» ليندرج مثل الخصاء و الجب لأن المستفاد من ذكر بعض الأمثلة أن الكلام في موجبات الرد، لا خصوص العيب. و يدل على ذلك أنه قيد «كون عدم الختان في الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً» بـ «علم المشتري بجلبه»؛ إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عيباً، فلولا أنه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الرد لم يكن معنى لدخول علم المشتري و جهله في ذلك.

الكلام في بعض أفراد العيب

مسألة: لا إشكال و لا خلاف في كون المرض عيباً، و إطلاق كثير و تصريح

٤٧٧٣. يأتي نقل هذه العبارة بعينها عن التذكرة بعد ورقتين في آخر الخاتمة.

٤٧٧٤. بخلاف التحرير و القواعد حيث جعل ما ذكره فيهما تعريفاً للعيب.

٤٧٧٥. فيه: أنه ليس إلا العيب، إذ لا مقتضي سواء، فإن تحقق ترتب عليه جميع

أحكامه، و إلا فلا يجوز الرد أيضاً إلا أن يدرج في الغبن.

٤٧٧٦. يعني: يخرج من الضابط الذي ذكره العلامة مثل الثيوبة، من جهة تقييده

بقوله: «بشرط أن يكون الغالب على خلافه».

٤٧٧٧. يعني: مجرد موجب الرد و إن لم يكن عيباً - لا خصوص العيب - من

بعضهم^٩ يشمل حُمَى يوم (٤٧٧٨) بأن يجده في يوم البيع قد عرض له الحُمَى و إن لم يكن نوبة له في الأسبوع. قال في التذكرة: الجُذام و البَرَص و العَمَى و العَوَر و العَرَج و القَرْن و الفَتَق و الرَّتَق و القَرَع و الصَّمَم و الخَرَس عيوبٌ إجماعاً، وكذا أنواع المرض، سواء استمر كما في الأمراض (٤٧٧٩) أو كان عارضاً و لو حُمَى يوم، و الإصبع الزائدة و الحَوَل و الحَوَص (٤٧٨٠) و السَّيْل (٤٧٨١) و استحقاق القتل في الردّة (٤٧٨٢) أو القصاص و القطع بالسرقه أو الجناية و الامتسعاء في الدين عيوبٌ إجماعاً^{١٠}. ثم إنَّ عدَّ حُمَى اليوم المعلوم كونها حُمَى يوم يزول في يومه و لا يعود مبنيٌّ على عدِّ موجبات الردّ لا العيوب الحقيقية (٤٧٨٣)؛ لأنَّ ذلك ليس مُنقَصاً للقيمة.

موجبات الردّ الذي يترتب عليه... و فيه: ما مرَّ أنَّ موجبَه في المقام ليس إلّا العيب، فإذا انتفى ينتفي الردّ إلّا أن يدرج في الغبن.

٤٧٧٨. لكنَّ التحقيق عدم ترتب أحكام العيب حتّى الردّ عليه. أمّا بناءً على اعتبار النقص المالي في مفهوم العيب فلخروجه عنه موضوعاً، حيث إنّه لا يوجب نقصاً في المالّة. و أمّا بناءً على عدم اعتباره فيه - كما هو قضية الرواية - فلانصراف النقصان الخلفي عنه لو قلنا بصدقه عليه.

٤٧٧٩. لعلّه صيغة مبالغة كالفضل.

٤٧٨٠. عن المصباح: «حوصت العين - من باب: تعب - ضاق مؤخرها، و هو عيب، فالرجل أحوص».

٤٧٨١. في التذكرة: أنّه زيادة في الأجفان.

٤٧٨٢. ليس هذا و ما بعده من الأمور من العيوب على ما في الرواية في تحديد العيب الذي قوّيناه، لكونها أجنبيّة عن أصل الخلقة، فمقتضى القاعدة هو اللزوم ردّاً و أرشاً، إلّا أن يقوم دليل على ثبوتهما أو تنزيلها منزلة العيب فيهما، و مجرد قيام الدليل على جواز الردّ معها لا يكفي في كونه لأجل العيب، لاحتمال كونه لأجل الغبن.

٤٧٨٣. يعني بها ما يوجب النقص المالي، فيكون قوله: «لأنَّ ذلك ليس...» علّة للمنفى. وكيف كان، ففيه ما تقدّم من أنَّ موجب الردّ في المقام ليس إلّا العيب، فإذا انتفى فلا موجب للردّ إلّا أن يدرج في الغبن، و لكنّه غير مطّرد.

مسألة: الحبل عيب في الإماء كما صرح به جماعة^{١١} و في المسالك: الإجماع عليه، في مسألة ردّ الجارية الحامل بعد الوطء. و يدلّ عليه الأخبار الواردة في تلك المسألة (٤٧٨٤). و علّله في التذكرة باشتماله على تغرير النفس لعدم يقين السلامة بالوضع.

٤٧٨٤. لم نفهم دلالتها على كون الحبل عيباً، إذ ليس فيها إلّا أنّ الحبل على المجهول حبلها عند العقد و المعلوم بعد الوطء تردّ من جهة الحبل، و من المعلوم أنّ مجرد ذلك لا يدلّ على كونه عيباً بوجه من وجوه الدلالة، فيحتمل أن يكون هذا لأجل كون الحبل بنفسه موجباً للردّ مع عدم كونه عيباً، مثل المجلس و الحيوان. و يحتمل أن يكون لأجل عيب آخر في الجارية الحبلية غير الحبل، فيكون المراد من الأخبار هو التفرقة في الجارية المعيبة بعيب خاصّ علم به بعد الوطء بين كونها حبلية و غيرها، بسقوط الردّ بالعيب الخاصّ الموجود فيها في الثانية دون الأولى، كما لا يبعد ذلك في روايتي ابن سنان و عبد الملك. و يحتمل أن يكون من جهة كون الحبل عيباً، فيكون الغرض منها التفرقة بين كون عيبها الحبل و بين كونه غيره، فيسقط الردّ بالوطء في الثاني دون الأول. بل قضية رواية الساري هو نفي كونه عيباً، لأنّه ليس زيادة على ما يقتضيه أصل حلقة الأمة، فيدور الأمر بين الاحتمالين الأولين.

و بالجملة، ليست للأخبار دلالة على عيب الحبل. و من هنا تظهر الخدشة في إجماع المسالك، لاحتمال أن يكون نظر المجمعين في هذا إلى هذه الأخبار، بتوهم دلالتها عليه مثل المصنّف رحمه الله. و أمّا اشتماله على تغرير النفس و احتمال الهلاكة بالوضع، ففيه أنّه موجب للنقص المالي، و ليس كلّ ما يكون كذلك يكون عيباً حتّى عند العرف، إذ يعتبر فيه عند أكثر الأصحاب - مضافاً إلى ذلك - كونه لأجل الزيادة أو النقيصة بالقياس إلى أصل الخلقة، لأنهم - كما مرّ - عبّروا بما زاد أو نقص عن أصل الخلقة أو بالخروج عن المجرى الطبيعي، و احتمال الهلاكة في الحامل ليس من هذا و من ذاك. فالتحقيق أنّه ليس عيباً لا شرعاً و لا عرفاً. فجواز الردّ في الحبلية ليس من جهة أنّ الحبل عيب، بل إمّا تعبّد صرف فلا ربط له بخيار العيب، و إمّا من جهة عيب آخر فيها، فيكون الردّ حينئذٍ لأجل خيار العيب يترتب عليه سائر أحكامه.

هذا كلّ بناء على صحّة بيع الحبلية في مورد الأخبار. و أمّا بناء على بطلانه من جهة كونها أمّ ولد من البائع - كما حكى عن الإسكافي، و اختاره في المختلف، و ظاهر الشيخ في النهاية - فعدم دلالتها على كون الحبل عيباً في غاية الوضوح.

هذا مع عدم كون الحمل للبايع (٤٧٨٥) و إلا فالأمر أوضح. و يؤيده عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاد إلا بعد الوضع.

أما في غير الإماء من الحيوانات، ففي التذكرة: أنه ليس بعيب و لا يوجب الرد بل ذلك زيادة في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل، كما هو مذهب الشيخ، و قال بعض الشافعية: يرد به و ليس بشيء، انتهى. و رجح المحقق (٤٧٨٦) [الثاني] كونه

٤٧٨٥. أي: ملكاً للبايع، بأن كان من عبده أو من عبد غيره بشرط كون الولد لمولى الأمة. و أما مع عدم كونه له - الذي هو المراد من قوله: «و إلا» - فبأن يكون من حرٍّ غير مولاه، أو عبد لآخر غير مولاه بدون الشرط المذكور، فإنه حيث لا يكون ملكاً للبايع المولى للأمة، بل هو إما حرّ أو عبد لمولى أبيه. و إما إذا كان من نفس البائع فهو و إن كسان أيضاً لا يكون ملكاً للبايع، إلا أنه من جهة عدم جواز بيع أمه خارج عن محلّ الكلام الذي هو في كونه عيباً موجباً للردّ المتوقف على صحة البيع.

و من هنا يظهر أن ما في بعض النسخ المصححة من تصحيح قوله: «هذا مع كون الحمل للبايع» بزيادة «العدم» بين «مع» و بين «الكون» و جعله هكذا: هذا مع عدم كون الحمل للبايع، ليس بتصحيح بل تغليب، إذ بناءً عليه يكون قوله: «و إلا» يعني: و إن كان للبايع، فالأمر أوضح خروجاً عن محلّ الكلام، لما مرّ. هذا، مضافاً إلى أن المناسب للتصحيح المذكور أن يقول: من البائع بدل «للبايع» كما لا يخفى.

ثم إن وجه وضوح العيبية على تقدير عدم كونه ملكاً للبايع هو عدم احتمال دخوله في بيعها، فتكون الأمة حيث ظرفاً لمال الغير، و هو بنفسه نقص، بخلافه على تقدير كونه للبايع، فيحتمل دخوله في بيعها، فتتحصّر جهة العيبية بخصوص التفرير الذي في كونه عيباً خفياً، فتدبر.

٤٧٨٦. في العبارة سقط، و الصواب: المحقق الثاني، لأنه المرجح، فإنه قال في شرح قول العلامة في ذيل المطلب الثاني في الأحكام: «و لو شرطها حائلاً فبانت حاملاً، فإن كانت أمة تخير، و إن كانت دابة احتمل ذلك، لإمكان إرادة حمل ما تعجز عنه حيث لا، و عدمه، للزيادة إن قلنا بدخول الحمل كالشيخ (٤٧٨٧) ما هذا لفظه: «ينبغي أن يكون قوله: «إن قلنا» شرطاً لـ «احتمل» لأننا إذا لم نقل بدخول الحمل يكون للبايع، فيكون المبيع مشغولاً بملكه على وجه لا يستطيع تفريره. ثم إذا قلنا بمقالة الشيخ فأَيّ الاحتمالين أرجح؟ لا ريب أنه الأول، لأن

عيّاً و إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل؛ لأنه و إن كان زيادةً من وجه، إلاّ أنّه نقيصةً من وجهٍ آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً، و لأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك. و الأقوى - على قول الشيخ - ما اختاره في التذكرة؛ لعدم النقص في المأثية بعد كونه زيادةً من وجهٍ آخر، و أداء الوضع إلى الهلاك نادرٌ في الحيوانات لا يعاب به. نعم، عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقصٌ يوجب الخيار دون الأرض، كوجدان العين مستأجرة.

وكيف كان، فمقتضى كون الحمل عيّاً في الإماء أنّه لو حملت الجارية المعيبة عند المشتري لم يجز ردّها؛ لحدوث العيب في يده سواءً نقصت بعد الولادة أم لا، لأنّ العيب الحادث مانعٌ و إن زال، على ما تقدّم من التذكرة. و في التذكرة: لو كان المبيع جاريةً* (٤٧٨٧) فحبلت و ولدت في يد المشتري، فإنّ نقصت بالولادة سقط الردّ بالعيب القديم و كان له الأرض، و إن لم تنقص فالأولى جواز ردّها و حدها من دون الولد، إلى أن قال: وكذا حكم الدابة لو حملت و ولدت عند المشتري، فإنّ نقصت بالولادة فلا ردّ**، و إن لم تنقص ردّها [دون ولدها] لأنه للمشتري، انتهى. و في مقامٍ آخر: لو اشترى جاريةً أو بهيمةً حائلاً فحبلت عند المشتري



الحمل و إن كانت زيادةً في المال إلاّ أنّه موجب للنقيصة من وجهٍ آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً، و لأنه لا يؤمن عليها إذا وضعت من الهلاك». انتهى كلامه رفع مقامه.

٤٧٨٧. ذكر ذلك في ضمن مسألة عنوانها هكذا: «لا فرق بين الزوائد الحاصلة قبل القبض و الزوائد الحادثة بعده إذا كان الردّ بعد القبض. و إن كان قبله فكذلك عندنا...» إلى أن قال: «و لو كان المبيع جارية...» - إلى قوله المنقول في المتن - و كان له الأرض» ثمّ قال متصلاً به: «و به قال الشافعي، لأنه حدث عنده عيب و إن لم يكن الولد مانعاً» ثمّ قال: «و إن لم ينقص...» - إلى قوله - من دون الولد». ثمّ قال بعد جملة كلام له: «وكذا حكم الدابة لو حملت عند المشتري و ولدت - إلى قوله - ردّها دون ولدها، لأنه للمشتري» فعلم أنّ الأولى أن يقول بعد قوله: «له الأرض» هكذا: إلى أن قال: و إن لم تنقص... .

* في بعض النسخ زيادة: معيبة. ** في بعض النسخ: «لو اشترى جارية حائلاً أو بهيمة حائلاً فحبلت، ثمّ أطلع على عيب، فإنّ نقصت بالحمل فلا ردّ إن كان الحمل في يد المشتري، و به قال الشافعي».

فإن نقصت (٤٧٨٨) بالحمل فلاردة، وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد، انتهى. وفي الدروس: لو حملت إحداهما - يعني الجارية والبهيمة - عند المشتري لا بتصرفه فالحمل له، فإن فسخ رذ الأم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة. وظاهر القاضي: أن الحمل عند المشتري يمنع الرد، لأنه إما بفعله أو إهمال المراجعة حتى ضربها الفحل، وكلاهما تصرف^{١٢}، انتهى. لكن صرح في المبسوط (٤٧٨٩) باستواء البهيمة والجارية في أنه إذا حملت إحداهما عند المشتري وولدت ولم تنقص بالولادة فوجد فيها عيباً، رذ الأم دون الولد. وظاهر ذلك كله - خصوصاً نسبة منع الرد إلى خصوص القاضي (٤٧٩٠) و خصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرف، لحدوث العيب - تسالمهم على أن الحمل الحادث عند المشتري في الأمة ليس في نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحاصل* بالولادة (٤٧٩١)،

٤٧٨٨. قد ذكر هذا في المسألة الرابعة من المسألة التي ذكر في ذيلها قوله: «لو كان المبيع جارية...». ثم لا يخفى عليك أنه وقع الخطأ في النقل، لأن عبارته فيها هكذا: «فحملت ثم اطلع على عيب، فإن نقصت بالحمل فلاردة إن كان الحمل في يد المشتري، و به قال الشافعي، وإن لم تنقص... إلى آخر ما في المتن. يعني: وإن لم تنقص بالحمل في يد البائع بعد البيع وقبل القبض فله الرد مطلقاً، سواء نقصت به وكان الحمل عيباً أم لم تنقص ولم يكن عيباً. أما إذا لم تنقص به فواضح. و أما إذا نقصت به في يد البائع فلأن ضمانه على البائع دون المشتري. و من هذا البيان يعلم أنه ليس في قوله: «أو كان الحمل في يد البائع» إطلاق كون الحمل بنفسه عيباً وإن لم ينقص به، لأن غاية ما يدل هو عليه أن الحمل عند البائع لا يمنع عن الرد، و أما أنه عيب مطلقاً حتى إذا لم تنقص به فلا دلالة له عليه بوجه، فافهم.

٤٧٨٩. الظاهر الواو بدل «لكن» لأنه على وفق ما في الدروس و التذكرة، فلا وجه للاستدراك.

٤٧٩٠. نسبه إليه في الدروس في عبارته المتقدمة بقوله: «و ظاهر القاضي».

٤٧٩١. كما هو قضية العبارة الأولى للتذكرة و عبارة المبسوط، أو النقص الحاصل بنفس الحمل، كما هو ظاهر العبارة الأخيرة للتذكرة على ما شرحناها في السابق، أو النقص

وهذا مخالفٌ للأخبار المتقدمة في ردّ الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحبل، وللإجماع المتقدم عن المسالك، و تصريح هؤلاء بكون الحمل* عيباً يُردّ منه لاشتماله على التفرير بالنفس. و الجمع بين كلماتهم مشكل (٤٧٩٢) خصوصاً بملاحظة (٤٧٩٣) العبارة الأخيرة

.....
الحادث أحدهما، كما هو مقتضى عبارة الدروس. و الكل متفق في أنّه بنفسه ليس بعيب، و قد تقدّم أنّه قضية مرسلّة السياري المتقدمة. و تقدّم أيضاً أنّه غير مخالف للأخبار المتقدمة في ردّ الجارية الحبل، لمنع دلالتها على كون الحبل عيباً. و تقدّم أنّ الإجماع لأجل احتمال استنادهم إلى تلك الروايات ساقط عن الحجّة.

نعم، هو مخالف لتصريح هؤلاء بكون الحبل عيباً تردّ منه... إلّا أنّه يمكن أن يوجّه هذا بأن مرادهم كونه عيباً حكماً لاموضوعاً، حيث إنّه قد أخذ أكثرهم في مفهوم العيب الزيادة أو النقيصة على أصل الخلقة، و هذا القيد منتفٍ في الحبل، فلا بدّ أن يكون مرادهم العيب الحكمي، أي: كونه موجباً للردّ مثل العيب في هذا الحكم. و بهذا يجمع بين كلماتهم، فإن مرادهم من كونه عيباً إذا كان عند البائع أنّه منزل منزلة العيب في خصوص حكم الردّ، و نظرهم في ذلك التنزيل إلى أخبار جواز ردّ الحبل، بدعوى أنّ جهة الردّ فيها هو نفس الحبل لا عيب آخر موجود فيها، و مرادهم من نفي كونه عيباً بنفسه إذا كان عند المشتري هو نفيه حقيقة، مع عدم دليل على تنزيله منزلة العيب فيما له من الحكم هنا - من إسقاطه للردّ - حتّى يقولوا بكونه عيباً تنزيلاً أيضاً مثل ما إذا كان عند البائع، لأنّ المدار في دليل المسقط هو عدم قيام المبيع بعينه و تغييره، و مجرد الحبل لا يكفي في ذلك، و لذا أناطوا سقوط الردّ و عدمه بحدوث النقص به أو بالولادة و عدمه.

٤٧٩٢. بناءً على كون المراد من العيب في النفي و الإثبات هو العيب الحقيقي، و قد مرّ منع ذلك، و أنّ المراد منه في النفي هو الحقيقي، و في الإثبات هو التنزيلي بلحاظ خصوص جواز الردّ.

٤٧٩٣. سياق العبارة يقتضي أن يكون مراده أنّه خصوصاً بملاحظة عدم الفرق في العبارة الأخيرة المحكيّة عن التذكرة - المراد بها ما ذكره بقوله: «و قال في مقام آخر...» - بين

الحكمة عن التذكرة: من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً وإن لم يُنقص (٤٧٩٤)، و عند المشتري بشرط النقص - فافهم - من غير فرق بين الجارية و البهيمة، مع أن ظاهر العبارة الأولى - كالتحرير و القواعد - الفرق، فراجع. قال في القواعد (٤٧٩٥): لو حملت غير الأمة عند المشتري من غير تصرف فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق، لأن الحمل زيادة، انتهى. و هذا بناءً منه على أن الحمل ليس عيباً في غير الأمة. و في الإيضاح: أن هذا (٤٧٩٦) - بناءً على قول الشيخ في كون الحمل تابعاً للحامل في الانتقال (٤٧٩٧) -

الجارية و البهيمة في إطلاق كونه عيباً عند البائع و اشتراطه بالنقص عند المشتري، مع ملاحظة أن ظاهر العبارة الأولى للتذكرة - كعبارة التحرير و القواعد - هو الفرق بينهما في الحكم. أما كون مقتضى عبارتي التحرير و القواعد هو الفرق بينهما فواضح، من جهة تخصيص الحكم بعدم منع الحمل عن الرد بالعيب فيهما بغير الأمة.

و أما عبارة التذكرة الأولى فلأن المراد منها ليس ما ذكره بقوله: «و في التذكرة: لو كان المبيع جارية فحملت و ولدت - إلى قوله - انتهى» حتى يقال بأنها صريحة في عدم الفرق، بل المراد منها ما ذكره المصنف قبل العبارة المتقدمة أيضاً بعد قوله: «و أما في غير الإماء من الحيوانات ففي التذكرة أنه ليس بعيب ولا يوجب الرد - إلى قوله - و ليس بشيء انتهى» فإنها صريحة في الفرق، حيث إنه صرح قبل ذلك بكون الحمل في الإماء عيباً يوجب الرد، قال رحمه الله: «مسألة: الحمل في الإماء عيب يوجب خيار الرد للمشتري، لاشتماله على تغيير بالنفس، لعدم يقين السلامة بالوضع، و به قال الشافعي، و صرح في العبارة المذكورة أنه في غير الإماء من الحيوانات ليس بعيب.

٤٧٩٤. قد تقدم المنع عن هذا الإطلاق، فراجع.

٤٧٩٥. و مثلها عبارة التخرير، فإنه قال: «لو اشترى أمة فحملت ثم ظهر عيب سقط

الرد و وجب الأرش. و لو كانت دابة جاز الرد، لأنه زيادة».

٤٧٩٦. يعني بالمشار إليه ما في القواعد من أن الأقرب أن للمشتري الرد.

٤٧٩٧. ينبغي أن يريد منه الانتقال مطلقاً حتى بالرد و الفسخ، إذ لو أريد منه

خصوص الانتقال بالعقد لم يرتبط بفرض القواعد من كون الحمل عند المشتري. و على هذا

ينبغي أن يراد من بيع الحامل في قوله فيما بعد: «من دخول الحمل في بيع الحامل» ما يعم إزالة

ظاهر، و أما عندنا فالأقوى ذلك (٤٧٩٨)؛ لأنه كالثمرة المتجددة على الشجرة، وكما لو أطارت الريح ثوباً للمشتري في الدار المتباعدة و الخيار له فلا يؤثر، و يحتمل عدمه؛ لحصول خطرٍ ما و لنقص منافعها، فإنها لا تقدر على الحمل العظيم^{١٣}، انتهى. و ممّا ذكرنا ظهر الوهم (٤٧٩٩) فيما نسب إلى الإيضاح: من أن ما قرّبه في القواعد مبنيٌّ على قول الشيخ: من دخول الحمل في بيع الحامل.

.....
البيع بالردّ لا خصوص إيجاد، و إلّا لما صحّ بناء ما قرّبه العلامة فيما فرضه في العبارة المذكورة على قول الشيخ، فتدبر جيّداً.

٤٧٩٨. يعني: أن للمشتري الردّ.

٤٧٩٩. يعني: و من عبارة الإيضاح التي ذكرناها ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح...، حيث إنّه في الإيضاح ذكر وجه القرب بناءً على عدم كونه تابعاً للحامل في الانتقال بقوله: «و أما عندنا - يعني: الذي لا نقول بالتبعية - فالأقوى ذلك» أي: جواز الردّ، لأنّ عدم جواز الردّ لأجل الحمل لو كان فلا بدّ أن يكون من جهة صدق عنوان التصرف من المشتري، لأنّه في غير الأمة ليس عيباً حتّى يكون منعه عن الردّ مستنداً إلى تحقّق عنوان حدوث العيب عند المشتري. و صدق التصرف منه عليه ممنوع، لأنّه كالثمرة المتجددة على الشجرة عند المشتري، و إطارة الريح ثوباً للمشتري في الدار المتباعدة، و الحال أن الخيار للمشتري، فكما أنّهما لا يعدّان تصرفاً من المشتري في المبيع، فكذلك حمل غير الأمة بما هو هو، فلا يؤثر الحمل في المنع عن الردّ، أي: لا يمنع الحمل عن الردّ بالعيب السابق.

و يحتمل على كلا القولين في مسألة تبعية الحمل للحامل عدمه، أي: عدم جواز الردّ، أي: منع الحمل عن الردّ، لا لصدق التصرف، و لا لأنّه بنفسه عيب قد حدث عند المشتري، لمنعهما كما مرّ، بل لحصول خطرٍ ما، يعني به احتمال الهلاك عند الوضع، و لنقص منفعه، لأنّه لا يقدر على الحمل العظيم. و لكن لا دليل على منعهما عن الردّ، لأنّه فيما لا يصدق عليه التصرف منحصر بالتغيّر و عدم القيام بعينه و لو من حيث الهيئة، و لا تغيّر هنا معهما، و لذا صار الأقرب و الأقوى جواز الردّ. و من هنا ظهر الخدشة فيما ذكره المصنّف فيما بعد من استیجاء الحكم بعدم جواز الردّ في هذا الفرع.

نعم، ذكر في جامع المقاصد: أن ما ذكره المصنف رحمته إن تم (٤٨٠٠) فلانما يُخرج على قول الشيخ من كون المبيع في زمن الخيار ملكاً للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار. و لعلّه فهم من العبارة ردّ الحامل مع حملها على ما يتراءى من تعليله بقوله: «لأنّ الحمل زيادة» يعني: أن الحامل (٤٨٠١) رُدّت إلى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة (٤٨٠٢)، لكنّ الظاهر من التعليل (٤٨٠٣) كونه تعليلاً لعدم كون الحمل عيباً في غير الأمة.

٤٨٠٠. يعني: نعم، جامع المقاصد بنى القرب في عبارة القواعد على قول آخر للشيخ غير القول بتبعية الحمل للحامل في الانتقال، و هو قوله بأنّ المبيع في زمن الخيار ملك للبائع، حيث قال في شرح العبارة المذكورة: «و إنّما قيّد بقوله: «من غير تصرف» لأنّه مع التصرف لا يردّ قطعاً. و ما ذكره في وجه القرب بقوله: «لأنّ الحمل زيادة» إن تمّ يتخرج على قول الشيخ من كون المبيع في زمن الخيار ملك البائع بشرط أن يكون تجدد الحمل في زمن الخيار بيد المشتري، إذ لو كان قبل القبض لكان مضموناً على البائع، كما دلّ عليه قوله: «لو حملت غير الأمة عند المشتري» فإنّه إذا أطلع على العيب الموجب للردّ له ردّه حينئذٍ، لأنّ الحمل هنا زيادة محضة، و ليس كحمل الأمة لو حملت عند المشتري بغير تقصير منه، فإنّه لا يردّها حينئذٍ، لأنّ حملها ليس زيادة محضة، بل هو عيب، و قد عرفت فيما مضى أنّ حمل الدابة أيضاً ليس زيادة محضة، فلا يتمّ ما ذكره. و الأصحّ أنّه لا يردّ هنا على واحد من القولين». انتهى.

و إنّما نقلنا تمام عبارته لبيان وجه عدم تمامية ما علّل به العلامة قرب جواز الردّ من زيادة الحمل، و هو ما ذكره بقوله: «و قد عرفت فيما مضى...». يعني بما مضى ما ذكره قبل ذلك بمقدار صفحة و نصف، و قد نقلناه فيما علّقناه على قول المصنف: «و رجّح المحقّق» فراجع. و مراده من القولين قول الشيخ بأنّ المبيع في زمن الخيار للبائع، و قول من عده بآئه للمشتري.

٤٨٠١. ينبغي أن يقول: يعني: لأنّ المانع هو نقص المبيع المردود إلى البائع، و الحمل زيادة فيه كالسمن لانقص.

٤٨٠٢. يعني: مع الحمل لا بدونه.

٤٨٠٣. فيه: أن المعنى حينئذٍ يكون هكذا: لأنّ المانع هو العيب، و الحمل ليس بعيب، لأنّه زيادة. و هو كما ترى، إذ لا ملازمة بين كون شيء زيادة و بين عدم كونه عيباً، إذ قد

وكيف كان، فالأقوى في مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الرد مادام الحمل (٤٨٠٤)، و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدّم: من أن زوال العيب الحادث يؤثر في جواز الرد أم لا؟ و أما حمل غير الأمة فقد عرفت أنه ليس عيباً موجباً للأرض؛ لعدم الخطر فيه غالباً، و عجزها عن تحمّل بعض المشاق لا يوجب إلا فوات بعض المنافع الموجب للتخيير في الرد دون الأرض، لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد: ما يعمّ نقص الصفات (٤٨٠٥) الغير الموجب للأرض، و كان متحققاً هنا مضافاً إلى نقص آخر - و هو كون المبيع متضمناً لمال الغير؛ لأنّ المفروض كون الحمل للمشتري - اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة: الأكثر على أن الثبوتية ليست عيباً في الإماء، بل في التحرير: لانعالم فيه خلافاً، و نسيه في المسالك - كما عن غيره - إلى إطلاق الأصحاب؛ لغلبتها فيهنّ، فكانت بمنزلة الخلقة الأصليّة. و استدلّ عليه أيضاً برواية سماعة المنجيرة بعمل الأصحاب - على ما ادّعاه المستدلّ - : «عن رجل باع جارية على أنها بكر، فلم يجدها كذلك؟ قال: لا تردّ عليه، و لا يجب عليه شيء؛ إله قد يكون تذهب في حال مرض أو أمر يصيبها» ١٤.

و في كلا الوجهين نظر: ففي الأول ما عرفت سابقاً: من أن وجود الصفة في أغلب أفراد الطبيعة إنّما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الأصليّة إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوماً كما نحن فيه، و إلاّ فمقتضى الغالب لا يقدّم على ما علم أنّه مقتضى الخلقة الأصليّة و علم كون النقص عنها موجباً لنقص المآلية كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع ما عرفت من إطلاق مرسلّة السياري، غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم

يكون العيب بالزيادة كما يكون بالنقص، فلا يصحّ تعليل نفي عيبية الحمل بزيادته. فالظاهر أنّه علّة لعدم كونه نقصاً كما يستفاد من جامع المقاصد، فتدبر.

٤٨٠٤. بل جوازه، لما تقدّم من أن الحمل ليس عيباً حقيقياً كي يمنع عن الرد.

٤٨٠٥. ليس المدار في ما يمنع عن الرد هو العيب حتّى يقال بأنّ المراد منه هنا ما يعمّ

كذا، و إنّما المناط فيه التغيّر و عدم القيام بعينه، و هو منتفٍ مع عجزها عن تحمّل بعض المشاقّ الموجب لنقص بعض المنافع. فالمتجه هو الحكم بالجواز.

تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة، و لا يثبت الخيار بوجودها و إن كانت نقصاً في الحلقة الأصلية. و أما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود؛ لتعليقه ^(٤٨٠٦) عدم الردّ مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارضي، و قدح هذا الاحتمال إمّا لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، و إمّا لأنّ اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنّه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعي، فعدمها نقص في أصل الطبيعة فيكون عيباً.

٤٨٠٦. توضيح مراده: أنّ مدلولها ليس إلّا نفي الردّ و الأرض، و لا دلالة لذلك على نفي العيبه إلّا بدعوى الملازمة بين نفي الحكم و نفي الموضوع، و هي فاسدة، لأنّ موضوع حكم الردّ و الأرض ليس نفس وجود العيب في المبيع خاصّة، بل هو مقيداً بقيود، منها إحراز وجوده فيه حال العقد، فكما يحتمل أن يكون نفي الحكم في الرواية لأجل أنّ الثبوتية ليست بعيب، كذلك يحتمل أن يكون لأجل عدم إحراز الشرط، و هو وجودها حال العقد، فنفي الحكم أعمّ من نفي العيب، و لا دلالة للأعمّ على الأخصّ.

هذا مع قطع النظر عن التعليل، و أمّا مع ملاحظته فلا ريب في أنّ الحكم بعدم الردّ و الأرض إمّا هو لأجل عدم إحراز شرط تأثير العيب فيهما في الثبوتية من وجودها في وقت مضمون على البائع، فليس لها دلالة على خلاف ما يقتضيه العرف و الشرع، فعلى هذا يحكم عليها بحكم العيب لو اجتمعت شرائطه التي منها إحراز وجودها في الأمة عند البائع. و عليه تحمل رواية يونس الدالة على أخذ الأرض جمعاً بينها و بين رواية سماعة. و إلى هذا الجمع أشار في الوافي حيث قال بعد نقل الروایتين: «و يمكن حمل الخبر الأوّل - يعني: خبر سماعة - على ما إذا جهل أنّها كانت ثيباً عند البائع، و الثاني على ما علم ذلك» ثم ذكر جمع الشيخ ^(٤٨٠٧) في الاستبصار بتقييد الشيء المنفي في خبر سماعة بالمعّين، و استبعده. و يمكن الجمع بينهما بحمل رواية سماعة على صورة عدم اشتراط البكارة، بأن يكون معنى قوله: «على أنّها بكر» بانياً على أنّها بكر، لأصالة الصحة، و حمل رواية يونس على صورة الاشتراط، بأن يكون معنى قوله فيها: «على أنّها عذراء» بشرط أنّها عذراء. و بهذا جمع بينهما في التذكرة، كما يأتي فيما تنقله من كلامه ^(٤٨٠٨).

وكيف كان، فالأقوى أن الشيوبة عيب عرفاً و شرعاً، إلا أنها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط في متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكارة، فإنه يثبت بفقدائها التخيير بين الردّ و الأرض؛ لوجود العيب و عدم المانع من تأثيره. و مثله ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم يكن الغالب على صنفها الشيوبة، فإنه يثبت حكم العيب.

و الحاصل: أن غلبة الشيوبة مانعة عن حكم العيب لاموضوعه، فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب، و لعلّ هذا* مراد المشهور أيضاً. و يدلّ على ذلك ما عرفت من العلامة في التحرير: من نفي الخلاف في عدم كون الشيوبة عيباً، مع أنه في كتبه، بل المشهور كما في الدروس على ثبوت الأرض إذا اشترط البكارة، فلولا أن الشيوبة عيب لم يكن أرض في مجرّد تخلف الشرط. نعم، يمكن أن يقال: إن مستندهم في ثبوت الأرض ورود النصّ بذلك (٤٨٠٧) فيما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس: «في رجل اشترى جارية على أنها عذراء، فلم يجدها عذراء؟ قال: يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق»^{١٠}. ثم إنه نسب في التذكرة إلى أصحابنا (٤٨٠٨)

٤٨٠٧. قيل: إن القول بكون ثبوت الأرض في النصّ كاشفاً عن كونه عيباً أولى من القول بكونه تعبداً. و هو متين.

٤٨٠٨. قال في ذيل مسألة ما هذا لفظه: «و لو شرط البكارة فكانت ثيباً، قال أصحابنا: إذا اشتراها على أنها بكر فكانت ثيباً لم يكن له الردّ، لما رواه سماعة قال: «سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر، فلم يجدها على ذلك. قال: لا يردّ عليه، و لا يجب عليه شيء، إنه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها». و الأقوى عندي أنه إذا شرط البكارة فظهر أنها كانت ثيباً قبل الإقباض يكون له الردّ أو الأرض، و هو نقص ما بينها بكراً و ثيباً. و إن تصرف لم يكن له الردّ بل الأرض، لأنه شرط سائغ يرغب فيه العقلاء، فكان لازماً، فإذا فات وجب أن يثبت له الخيار كغيره. و تحمل الرواية و فتوى الأصحاب على أنه اشتراها على ظاهر الحال من شهادة الحال بالبكارة و غلبة ظنه من غير شرط. على أن الرواية لم يسندها الراوي

عدم الردّ بمقتضى رواية سماعة المتقدمة، و أولّه بما وجّهها به تلك الرواية. و ذكر الشيخ في النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدالّ على تأويلها. و لو شرط الثبوت (٤٨٠٩) فبانت بكرة كان له الردّ؛ لأنّه قد يقصد الثبوت لغرض صحيح.

- و هو سماعة، مع ضعفه - إلى إمام. و في طريقها زرعة، و هو ضعيف.

و في رواية يونس: «في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدّها عذراء. قال: يردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق». و هذه الرواية لم يسندّها الراوي إلى إمام أيضاً. و تحمل على ما شرط. و إيجاب الأرش لا ينافي التخيير بينه و بين الردّ مع عدم التصرف، و وجوبه عيناً مع التصرف.

و قال الشافعي: إذا شرط البكارة فخرجت ثيباً كان الخيار له. و هو الذي اخترناه. و لو شرط الثبوت فخرجت بكرة فالأقرب أنّ له الخيار، لأنّه ظهر خلاف ما شرط. و يحتمل عدمه، لأنّ البكر أرفع قيمة و أفضل. و الثاني قول أكثر الشافعية. و الأوّل قول أقلهم.

و لو ادّعى الثبوت قبل التصرف لم يسمع، لجواز تجدّدّها بعد القبض، فإنّ البكارة قد تذهب بالطفرة و النزوة و حمل الثقيل و الدودة. أمّا لو ادّعى حصولها قبل الإقباض، و كان قد شرط البكارة، حكم بشهادة أربع من النساء الثقات انتهى كلامه رفع مقامه، نقلناه بطوله لما فيه من الفائدة. أقول: نظر المصنّف رحمه الله في قوله: «و أولّه - يعني: أوّل مقتضى رواية سماعة - بما وجّهها به تلك الرواية...» إلى قوله: «و تحمل الرواية و فتوى الأصحاب على أنّه اشتراها على ظاهر الحال من شهادة الحال بالبكارة و غلبة ظنه من غير شرط». و لا يخفى أنّه أجنبيّ عمّا وجّه به المصنّف الرواية، أي: عدم الردّ للجارية الذي تدلّ عليه الرواية، ضرورة أنّه و إن وجّه به عدم الردّ إلّا أنّ كلامه صريح في حمل الرواية على صورة اشتراط البكارة. و أمّا ما أوّل به العلامة الرواية و وجّه به عدم الردّ المدلول عليه بما، فهو حملها على صورة عدم الاشتراط، كما هو صريح قوله: «من غير شرط».

٤٨٠٩. هذا فرع مستقلّ عكس الرواية قد عنوانه في الروضة في ذيل شرح عبارة اللمعة

في خيار التدليس بقوله: «فلو شرط صفة كمال كالبكارة، أو توهمها كتحمير الوجه و وصل الشعر، فظهر الخلاف تخيّر و لأرشد» بقوله: «و لو انعكس القرض، بأن شرط الثبوت فظهرت بكرة، فالأقوى تخييره أيضاً بين الردّ و الإمساك بغير أرش، لجواز تعلّق غرضه بذلك، فلا يقدح

مسألة: ذكر في التذكرة و القواعد من جملة العيوب: عدم الختان في العبد الكبير؛ لأنه يخاف عليه من ذلك^{١٦}. و هو حسنٌ على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب في بذل ما يبذل لغيره بإزائه. و يلحق بذلك المملوك الغير المجدر، فإنه يخاف عليه، لكثرة موت الممالك بالجدري. و مثل هذين و إن لم يكن نقصاً في الخلقة الأصلية، إلا أن عروض هذا النقص - أعني الخوف - مخالف^(٤٨١٠) لمقتضى ما عليه الأغلب في النوع أو الصنف. و لو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك، فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم. و هو غير مستقيم^(٤٨١١)؛ لأن العلم و الجهل بكونه مجلوباً لا يؤثر في كونه عيباً. نعم، لما كان الغالب في المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب، كما ذكرنا نظيره في الثيب. و تظهر الثمرة هنا أيضاً فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف، فثبت الردّ و الأرض. لإخراج العلامة للثيوبة و عدم الختان في الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب؛ لكونه في مقام عدّ العيوب الموجبة فعلاً للخيار.

مسألة: عدم الحيض من شأنها الحيض - بحسب السنّ و المكان و غيرها من الخصوصيات التي لها مدخل* في ذلك - عيبٌ ثورده منه** الجارية؛ لأنه خروجٌ عن المجرى

فيه كون البكر أتمّ غالباً». انتهى. و قال الأخوند ملا أحمد التوني^{رحمته} في حاشية له على المقام في بيان المراد من غرض المشتري المشروط للثيوبة: «إمكان كونه ضعيفاً عن إزالة البكارة، مع قدرته على الإيلاج على الثيب، فلا ينتفع بالبكر» انتهى بتغيير في الجملة.

٤٨١٠. نعم، و لكن قد مرّ منه^{رحمته} التصريح بأنه لا يعاب به في قبال ما علم على أنه طبق الخلقة الأصلية. فالأقوى أن مثل عدم الختان و الجدري ليس بعيب، فلو شرط الختان أو التجدر فظهر عدمه فثبت له الردّ، لأجل خيار تحلف الشرط، دون الأرض، لانتهاء خيار العيب، و هو مخصوص به.

٤٨١١. لو كان مراده من العيب هو الحقيقي، و لكن يمكن أن يكون مراده التنزيلي في خصوص حكم الردّ، و عليه يستقيم الفرق بين العلم بالجلب من بلاد و الجهل به كما لا يخفى، فتدبر.

الطبيعي و لقول الصادق عليه السلام و قد سُئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر و ليس بها حمل، قال: «إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيبٌ تُردُّ منه» و ليس التقييد بمضي ستة أشهر إلا في مورد السؤال، فلا داعي إلى تقييد كونه عيباً بذلك، كما في ظاهر بعض الكلمات^{١٧} (٤٨١٢).

ثم إن حمل الرواية على صورة عدم التصرف في الجارية حتى بمثل قول المولى لها: «اسقني» (٤٨١٣) ماءً أو «أغلقني الباب» في غاية البعد. و ظاهر الحلّي في السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأساً (٤٨١٤).

مسألة: الإباق عيبٌ بلا إشكال (٤٨١٥) و لا خلاف؛ لأنه من أفحش العيوب. و

٤٨١٢. كالشرايع و النافع و القواعد و الإرشاد على ما قيل.

٤٨١٣. ممّا لادلالة له على الرضا بالبيع.

٤٨١٤. حتى مع حملها على صورة عدم التصرف أصلاً.

٤٨١٥. فيه إشكال، بل مقتضى مرسله السبّاري المتقدمة عدم كونه عيباً. و رواية

أبي همام لادلالة لها على كونه عيباً، إذ غاية ما تدلّ عليه أن الإباق عند البائع موجب للرد، و هو أعم من العيب، فيقيّد به إطلاق رواية محمد بن قيس الدالة على عدم سببته للرد، فتحمل على الإباق عند المشتري. روى في الكافي عن محمد بن يحيى و غيره جميعاً، عن أحمد بن محمد، عن أبي همام قال: «سمعت الرضا عليه السلام يقول: يرد المملوك من أحداث السنة؛ من الجنون و الجذام و البرص. فقلت: كيف يرد من أحداث السنة؟ قال: هذا أول السنة، فإذا اشتريت مملوكاً فحدث شيء من هذه الخصال ينك و بين ذي الحجة رددته على صاحبه. قال له محمد بن عليّ: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذا إلا أن يقيم البيّنة أنّه كان أبق عنده». فإن معناه أنّه قال: فالإباق أيضاً فيما إذا حدث في السنة يوجب الرد أم لا؟ قال عليه السلام: الإباق ليس ممّا يوجب الرد إذا حدث بعد العقد. نعم، يوجه إذا ثبت تحقّقه قبل العقد عند البائع. و ليس فيه دلالة على عيبية الإباق، إلاّ توهم أن السائل اعتقد كونه في عداد الخصال الثلاثة المعلوم كونها عيباً، و إنّما سأل عن كونه مثلها في هذا الحكم أيضاً، و هو كونه موجباً للرد فيما إذا حدث بعد العقد عند المشتري إلى السنة، و الإمام عليه السلام قرّره في اعتقاد العيبية. و فيه نظر لا يخفى على المتأمل.

٥٣٠..... المكاسب، ج ٤، الخيارات

تدلّ عليه صحيحة أبي همام الآتية في عيوب السنة، لكن في رواية محمد بن قيس: «إنه ليس في الإباق عهدة»، ويمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفي حدوثها بعد العقد، كما يشهد قوله عليه السلام في رواية يونس: «إنّ العهدة في الجنون و البرص سنة» بل لابدّ من ثبوت كونه كذلك عند البائع (٤٨١٦)، وإلاّ فحدوثه عند المشتري ليس في عهدة البائع، ولا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع (٤٨١٧).

و هل يكفي المرّة عنده أو يشترط الاعتياد؟ قولان: من الشكّ في كونه عيباً (٤٨١٨). والأقوى ذلك (٤٨١٩) وفقاً لظاهر الشرايع ١٨ و صريح التذكرة؛ لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف. ولا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

مسألة: الثفل (٤٨٢٠) الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيبٌ يثبت به الردّ و الأرض؛ لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء (٤٨٢١). و في رواية ميسر

٤٨١٦. هذا عطف على قوله: «ليس كعيوب السنة». و ضمير «كونه» راجع إلى العبد المعلوم من السياق، و المدلول عليه بالإباق. و «عند البائع» متعلّق بـ «كذلك» باعتبار معناه و هو الآبق. يعني: بل لابدّ من ثبوت كون العبد آبقاً عند البائع.

٤٨١٧. يعني: في الجملة و لو لم ينعى الاعتياد.

٤٨١٨. من الشكّ في كونه بدون الاعتياد عيباً، فيشترط الاعتياد اقتصاراً على القدر المتيقّن في مخالفة أصالة اللزوم، و من حكم العرف يكونه نقصاً في نفسه و لو لم يكن عيباً، فيكفي المرّة في جواز الردّ.

٤٨١٩. يعني: كفاية المرّة، كما هو مقتضى تعليقه بقوله: «لكون ذلك بنفسه نقصاً...». و فيه: أنّ مجرد كونه نقصاً بحكم العرف - على تقدير تسليمه - يحتاج في إيجابه للخيار إلى دليل، و ليس إلّا رواية أبي همام المتقدمة، و مقتضى قوله: «إنّ كان أبقي عنده» من جهة اشتماله على لفظة «كان» هو اعتبار الاعتياد و التكرّر كما لا يخفى، فالأقوى هو القول الثاني، فافهم.

٤٨٢٠. بالضمّ ما استقرّ تحت الشيء من كدره و وسخه. و المراد من البذر دهن الكتّان. و التقييد بالخروج عن العادة لأجل أنّ المقدار المعتاد ليس عيباً موجباً للردّ و الأرض.

٤٨٢١. فيستكشف من هذا أنّه على خلاف أصل صنع ذاك الشيء و إيجادها، إذ

بن عبدالعزيز، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري زقاً زيت يجد فيه دُردياً؟» (٤٨٢٢) قال: إن كان يعلم أن الدردى (٤٨٢٣) يكون في الزيت فليس عليه أن يردّه، وإن لم يكن يعلم فله أن يردّه»^{١٩}. نعم، في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أن علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكّة فيها سمن احتكرها حُكرة، فوجد فيها رباً» (٤٨٢٤) فخاصمه إلى علي عليه السلام، فقال له علي عليه السلام: لك بكيل الرب سمناً، فقال له الرجل: إنما بعته منه حُكرة، فقال له علي عليه السلام: إنما اشترى منك سمناً ولم يشتر منك رباً»^{٢٠} قال في الوافي:

يستكشف من هذه الغلبة حال الشيء في أصل الوضع والإيجاد، ومن مخالفة هذا الفرد لغالب الأفراد مخالفته لأصل وصفه، فيندرج تحت مرسلّة السياري، إذ المراد من الخلقة فيها هو مطلق الإيجاد والصنع خالقياً كان أو مخلوقياً، فيعمّ مثل الدهن والزيت ممّا كان من صنع المخلوق.

٤٨٢٢. في الجمع: «الدردى من الزيت و غيره ما يبقى في أسفلّه». انتهى. و في الأقبانوس: «أن طورطو محرّف الدردى». فهو مرادف للثفل المذكور في العنوان.

٤٨٢٣. دلالة على ما ذكره في العنوان من كون الثفل الخارج عن العادة عيباً لا غير، مبنية على أن يكون الجواب تشقيقاً لما في السؤال من وجدان الدردى بطور الكناية و بطور ذكر اللازم و إرادة الملزوم. فكأنه عليه السلام قال: إن كان الدردى الذي وجده بمقدار يعلم أن هذا المقدار يكون في أصل صنع الزيت - بأن لم يكن خارجاً عن المعتاد - فليس له الردّ، لعدم كونه عيباً، لعدم كونه على خلاف وضع الزيت، و إن كان بمقدار لا يعلم أنّه يكون فيه - بأن كان خارجاً عن العادة - فله الردّ، لكونه عيباً، لخروجه عن مقتضى صنع الزيت، و إلّا فظاهره أنّه مع الجهل بمطلق الدردى - و لو لم يكن خارجاً عن المعتاد - يجوز له الردّ، و لازمه أن الدردى مطلقاً عيب موجب للردّ. إلّا أن يمنع الإطلاق و يقال: إنّ المراد من الدردى في قوله: «يجد فيه دردياً» هو الدردى الخاصّ، أعني: ما لا ينبغي أن يوجد فيه في العادة. و لو سلّم الإطلاق فاللازم هو رفع اليد عنه، للقطع بأنّه على إطلاقه ليس بعيب، فتأمل.

٤٨٢٤. المراد منه هنا وروي* السمن، لا بمعنى المطبوخ من عصير الأثمار.

يقال «اشترى المتاع حُكْرَةً» أي جملة (٤٨٢٥) ٢١. و هذه الرواية بظاهرها منافية لحكم العيب من الرد أو الأرض (٤٨٢٦) و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل.

٤٨٢٥. نظره في ذلك إلى شرح قوله: «إنما بعته منه حكرة» لا إلى شرح قوله: «احتكرها حكرة» فإنها فيه بمعناه المعروف المذكور قبل ذلك بقوله: «و الحكرة الجمع و الإمساك». و لو قال: يقال: باع المتاع، بدل اشترى المتاع، لكان أحسن.

وكيف كان، لم أر فيما رأيته من كتب اللغة كون الحكرة بمعنى الجملة، بل هي اسم مصدر للاحتكار، إلا أن يكون نظره في هذا المعنى إلى ما ذكره في السابق من كونه بمعنى الجمع، بأن يكون مراده من الجملة هو الجمع مع كون الجمع بنفسه - مجرداً عن انضمام الإمساك به - معنى للحكرة، أو يكون نظره إلى تفسيرها بالماء المجتمع، بدعوى أن ذكر الماء لا خصوصية في اجتماعه، بل لصرف المثالية، فمعناها مطلق المجتمع و لو من غير الماء و لو مركباً من شيئين كما في مورد الرواية.

٤٨٢٦. نعم، لو كان الرب غير متميز عن السمن مثل مزج الماء في اللبن، فإن المورد حيثئذ يكون من شراء المعيب. وجه منافاتها حيثئذ لحكم العيب، أما لحكم الرد فللدلالاتها على لزوم البيع و ظهورها فيه. و أما لحكم الأرض، فللدلالاتها على أخذ مقابل النقصان و تداركه من السمن، و الحال أن القاعدة في الأرض هو الأخذ من التقدين، فتدبر. لكن عدم تميزه عنه ممنوع، بل الظاهر من قوله: «فوجد فيها رباً» تميزه عنه، و إلا لقال: فوجد فيه - أي: في السمن - رباً، لا فيها، أي: في العكة التي هي آنية السمن. و على هذا لاربط لموردها بمسألة شراء المعيب حتى يكون ظاهرها منافياً لحكم العيب ردّاً و أرشاً، و إنما يكون من تبعض الصفقة.

و حيثئذ يشكل عليها بأن ظاهرها منافية لحكم التبعض، و هو بطلان البيع في مقابل الرب من الثمن، لا لزوم تميم المبيع بإعطاء مقداره من الثمن. و يمكن الجواب عنه بالالتزام بكون الثمن في موردها سمناً أيضاً مثل المثلث، بأن اشترى سمناً بسمن، و المراد من قوله: «سمناً» هو السمن الذي جعله ثمناً في البيع، فيكون معنى قوله ﷺ: «لك بكيل الرب...» أن مقدار الرب من السمن الذي جعلته ثمناً هو لك، و لم يخرج عن ملكك، لبطلان البيع فيه بفقدان المعوض، فيكون حكمه ﷺ على طبق تبعض الصفقة لامناً له، فتأمل.

و قد يوجه بحملها على بيع الكلّي و دفع ما في العكة من باب الوفاء، فإذا لم يتحقق

و ربما استشكل في أصل الحكم بصحة البيع (٤٨٢٧) لو كان كثيراً و علم*؛ للجهل بمقدار المبيع، وكفاية معرفة وزن السمن بطروقه خارجة بالإجماع كما تقدم أو مفروضة في صورة انضمام الظرف (٤٨٢٨) المفقود هنا، لأن الدردي غير متمول.

و الأولى أن يقال: إن وجود الدردي إن أفاد نقصاً في الزيت من حيث الوصف و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم - نظير الغش في الذهب - كان الزائد منه على المعتاد عيباً و إن أفرط في الكثرة، و لإشكال في صحة البيع حينئذ، لأن المبيع زيت و إن كان معيوباً، و عليه يحمل ما في التحرير: من أن الدردي في الزيت و البذر عيب موجب للرد أو الأرض. و إن لم يفد إلا نقصاً في الكم، فإن بيع** ما في العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شيء منه تكون أمانة على باقيه، و قال: «بعثك ما في هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا» فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه، فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار أصلاً؛ لأنه اشترى السمن الموجود في هذه العكة، و لا يقدح الجهل بوزنه؛ للعلم به مع الظرف، و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة، فلا عيب و

الوفاء بمقدار الرب لا بد من دفع السمن بمقداره تحقيقاً للوفاء بما اشتغلت ذمته به من الكلى. و فيه: أنه خلاف الظاهر.

و قد يوجه - بعد كون موردها شراء المعيب - بأن الحكم بأخذ السمن بكيل الرب إنما هو من باب أخذ الأرض، فكأنه قال: لك أن تأخذ الأرض إن اخترته. و الحكم بكونه من السمن إنما هو من باب المثال لكل مال يتدارك به العيب، لا لأجل خصوصية فيه توجب تعينه. و هذا أيضاً كما ترى يأتي عنه فقرات الرواية كما يظهر بالتأمل، فتأمل.

٤٨٢٧. يعني: في موضوع العنوان من بيع ما فيه الثفل و الدردي الخارج عن العادة من الزيت و غيره. و قيد الكثرة و العلم في الاستشكال إنما هو من جهة عدم الإشكال في الصحة مع القلة و عدم زيادته على المعتاد، وكذا مع الجهل به، للعلم بمقدار المبيع في كليهما.

٤٨٢٨. يعني: انضمامه بالمظروف في البيع، فيكون المبيع كليهما المختص بصورة كون الضميمة مالاً قابلاً للبيع، و هو مفقود في المقام، لأن الضميمة فيه - و هو الدردي - غير متمول.

لاتبعض صفقة (٤٨٢٩) إلا أن يقال: إن إطلاق شراء ما في العكّة من الزيت في قوّة اشتراط كون ما عدا العكّة سمناً، فيلحق بما سيجيء في الصورة الثالثة (٤٨٣٠) من اشتراط كونه بمقدار خاصّ. وإن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله: «بعتك ما في هذه العكّة» فتبيّن بعضه دُردياً صحّ البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقة. قال في التحرير: لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره تخيّر بين الردّ وأخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن^{٢٢}.

و لو باع ما في العكّة من الزيت على أنّه كذا وكذا رطلاً، فتبيّن نقصه عنه لوجود الدرديّ، صحّ البيع وكان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء، على الخلاف المتقدّم فيما لو باع البصرة على أنّها كذا وكذا فظهر ناقصاً.

و لو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا يتموّل بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحّة البيع وإن عرف وزن المجموع مع العكّة؛ لأنّ كفاية معرفة وزن الظرف والمظروف إنّما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف والمظروف لكن علم بوجود صخرة في الزيت مجهولة الوزن.

مسألة: قد عرفت أنّ مطلق المرض عيب، خصوصاً الجنون والبرص والجذام والقرن، و لكن تختصّ هذه الأربعة من بين العيوب بأنّها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد، يثبت لأجلها التخيير بين الردّ والأرض. هذا هو المشهور، ويدلّ عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا^{عليه السلام}. ففي رواية عليّ بن أسباط عنه في حديث خيار الثلاثة (٤٨٣١): «إنّ أحداث السنة تردّ بعد السنة، قلت: و ما أحداث السنة؟ قال: الجنون والجذام والبرص والقرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يردّ على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه»^{٢٣}. وفي رواية ابن فضال المحكيّة عن الخصال: «في أربعة أشياء خيار سنة: الجنون والجذام والقرن والبرص»^{٢٤}. وفي رواية أخرى له

٤٨٢٩. لأنّ الصّفقة تمام ما في العكّة والظرف، و لاتبعض فيه في الفرض.

٤٨٣٠. يعني بما عنوانه بقوله: «و لو باعه ما في العكّة من الزيت...».

٤٨٣١. يعني: في حديث خيار الحيوان، فإنّ الحديث هكذا قال: «سمّته - يعني:

عنه عليه السلام، قال: «تردّ الجارية من أربع خصال: من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدة» هكذا في التهذيب. و في الكافي: «القرن: الحدة» (٤٨٣٢) إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر» ٢٥، انتهى. و مراده: أن الحدة ليس خامساً لها، لأن القرن

.....

الرضا عليه السلام - يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، و في غير الحيوان أن يتفرقا، و أحداث السنة تردّ بعد السنة. قلت: و ما أحداث السنة؟... إلى آخر ما في المتن. قال في الوافي: «بيان: بعد السنة، أي: بعد أيام السنة و شهورها، فإذا تمت السنة و لم يحدث شيء منها و إنما حدث بعد ذلك فلا ردّ. و البعد الذي بإزاء القبل لا يلزم آخر الحديث و الأخبار الآخر». يعني بأخر الحديث قوله: «إلى تمام السنة من يوم اشتراه».

و ما أبعد بينه و بين المجلسي عليه السلام في مرآة العقول حيث قال: «قوله: «بعد السنة» أي: مع حدوث العيب في السنة. و منهم من قرأ بتشديد الدال من العدّ. و لا يخفى ما فيه» انتهى. و الحقّ مع الوافي، فتدبرّ.

٤٨٣٢. يعني: في الكافي بعد ذكر القرن هكذا: «القرن: الحدة». فيكون الحدة حينئذ تفسيراً للقرن الذي هو رابع الخصال، لاشيئاً آخر كما هو ظاهر العطف في التهذيب لو خلّي و نفسه. و الظاهر وجود اختلاف في نسخ الكافي، لأن المجلسي عليه السلام في مرآة العقول نقله كما في المتن، فإنه قال ما هذا لفظه: «قوله «القرن الحدة» تفسير القرن بالحدة لعلّه من الراوي و هو غير معروف بين الفقهاء و اللغويين، بل فسّروه بأنّه شيء كالسنّ يكون في فرج المرأة يمنع الجماع. و في التهذيب هكذا: و القرن و الحدة، لأنها تكون في الصدر. فهي معطوفة على الأربع. و هو بعيد. و قيل: المراد به أن القرن و الحدة مشتركان في كونهما بمعنى التواء، لكن أحدهما في الفرج و الآخر في الصدر. و لا يخفى بعده. و بالجملة، يشكل الاعتماد على هذا التفسير». انتهى.

و أمّا في الوافي فقد نقله عن الكافي كما عن التهذيب حيث قال عليه السلام: «الكافي و العدة [كما] عن التهذيب: [عن] سهل عن ابن فضال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام أنّه قال: تردّ الجارية عن أربع خصال: الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدة، إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر. ثمّ قال: بيان: القرن شيء مدوّر يخرج من قبل النساء. و قيل: لا يكون في الأبقار. و يقال له: العقل. و لما كان المعروف من الحدة أن تكون في الظهر قال: إلا أنها

يرجع إلى حَدَبٍ في الفرج، لكنَّ المعروف أنَّه عَظَمَ في الفرج - كالسنَّ - يمنع الوطء. و في الصحيح عن محمد بن عليٍّ - قيل: و هو مجهولٌ، و احتمال بعض كونه الحلبي - (٤٨٣٣) عنه عليه السلام قال: «يردُّ المملوك من أحداث السنة من الجنون و البرص و القَرَن، قال: قلت و كيف يردُّ من أحداث؟ فقال: هذا أول السنة يعني المحرم (٤٨٣٤) فإذا اشترت مملوكاً فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذي الحجة رددت على صاحبه»^{٢٦}، و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور، فيمكن أن يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمة، و من هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام (٤٨٣٥).
و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره في الحقائق (٤٨٣٦) ردّاً على الأردبيلي عليه السلام، إلا أن يريد أن التعارض

.....

تكون في الصدر. يعني: التي تردُّ ما يكون في الصدر. و في بعض النسخ: «لأنها» فيكون تعليلاً للردِّ. انتهى.

و كيف كان، فالظاهر من ملاحظة قوله في صدر الرواية: «لأربع خصال» أن عطف الحدة على القرن في التهذيب و بعض نسخ الكافي إنما هو للتفسير، فيوافق بعض النسخ الآخر للكافي. و احتمال عطفها على الأربع لا على القرن بعيد غاية، كما تقدّم عن المجلسي عليه السلام. و احتمال كون التفسير - بناءً على بعض نسخ الكافي - من الراوي كما ذكره المجلسي ممّا لا داعي إليه. فيستكشف من ذلك أن للقرن معنى آخر غير المعنى المعروف بين اللغويين، هو المقصود منه في هذه الأخبار، و هو الحدة في الصدر يقال لها: القرن، و إذا كان في الظهر يقال لها: الحدة. ولا يشهد* على عدم إرادة المعنى المعروف منه في الأخبار - من أنه شيء في فرج المرأة يمنع الوطء - أنه عليه السلام جعله في الخبر الأخير من خصال المملوك الظاهر في المذكّر، فلا بد أن يكون ممّا يمكن تحقّقه في الرجل أيضاً، و ليس إلا هو بمعنى الحدة، لأن المراد منه الجنس، فيعمّ العبد و الأمة.

٤٨٣٣. يعني به الأردبيلي عليه السلام. و على هذا الاحتمال لا يكون مجهولاً.

٤٨٣٤. هذا من الرواية، فحينئذ يكون المراد من ذي الحجة آخرها.

٤٨٣٥. الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف، لأنه لم يستشكل فيه، و إنما استشكل في

يشبه تعارض المطلق و المقيّد في وجوب العمل بما لايجري فيه احتمالٌ يجري في معارضه، و هو هنا احتمال سهو الراوي في ترك ذكر الجذام، فإلّه أقرب الاحتمالات المتطرّقة فيما نحن فيه. و يمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الرواية انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام، فلا معنى للردّ، و حينئذ فيشكل الحكم بالردّ في باقي الأخبار. و وجهه في المسالك: بأنّ عتقه على المشتري موقوفٌ على ظهور الجذام بالفعل، و يكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادّته في نفس الأمر و إن لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدّماً على سبب العتق، فإن فسخ انعتق على البائع، و إن أمضى، انعتق على المشتري^{٢٧}.

و فيه أولاً: أنّ ظاهر هذه الأخبار أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض؛ لأنّه المعنى بقوله: «فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذي الحجّة»، و لولا ذلك لكفى (٤٨٣٧)

البرص بعد استشكله في القرن. قال رحمته الله «و في البرص أيضاً إشكال، لورود أنّ العهدة فيه ثلاثة أيام في رواية عبدالله بن سنان المتقدمة في خيار الحيوان عن أبي عبدالله عليه السلام: «عهدة المبيع في الرقيق ثلاثة أيام، و إن كان بها حمل أو برص و نحو هذا، و عهدة السنة من الجنون، فما بعد السنة ليس بشيء». و الظاهر أنّه صحيحة، إذ ليس فيها من به شيء إلا الحسن بن عليّ الوشاء، الظاهر توثيقه في كتب الرجال، و لهذا قد سُمّي ما فيه بها، و الأصل و أدلّة لزوم البيع يؤيده». انتهى. وكيف كان، فما ذكره من مسألة المعارضة متحقّق لا بدّ من علاجها، و يأتي الكلام فيه.

٤٨٣٦. بل منه، لأنّ التعارض في الحقيقة بين منطوق ساير الأخبار و بين مفهوم الحصر في هذا الخبر الأخير المستفاد من كونه في مقام التحديد و الضبط، و هو أنّ غير هذه الثلاثة ليس من أحداث السنة الموجبة للردّ، و من المعلوم أنّ «الغير» له إطلاق يعمّ الجذام و غيره، و الجذام المذكور في ساير الأخبار مقيّد، فيقيّد به، إذ لا يعتبر في باب الإطلاق و التقييد أن يكون المقيّد مثل «رقبة مؤمنة» مركّباً من لفظين: أحدهما موضوع للمطلق و الآخر للقيّد، بل يكفي فيه أن يكون لفظ واحد موضوع للمطلق المتخصّص بخصوصيّة مثل: أعتق بشراً بالقياس إلى: أعتق عبداً، و المقام من هذا الثاني، فلا حاجة إلى ما ذكره من التوجيه البعيد.

٤٨٣٧. يعني: لولا المعنى بقوله: «فحدث فيه الخصال بينك و بين ذي الحجّة» ظهورها، بل كان المعنى به حدوث موادّها في نفس الأمر و لو لم يظهر، لكفى في وجود الخيار وجود موادّها في السنة عند المشتري و إن تأخّر ظهورها... و لازم ذلك أنّه إذا علم بعد

وجود موادها في السنة، و إن تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة، و هذا مما لا ظنّ أحداً يلتزمه، مع أنه لو كان الموجب للخيار هي مادة هذه الأمراض كان ظهورها زيادةً في العيب (٤٨٣٨) حادثةً في يد المشتري، فلتكن مانعةً من الرد؛ لعدم قيام المال (٤٨٣٩) بعينه حينئذٍ، فيكون في التزام خروج هذه العيوب عن عموم كون النقص الحادث مانعاً عن الرد تخصيص آخر للعمومات (٤٨٤٠).

و ثانياً: أن سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الاعتناق بطرؤ سببه، بل ينبغي أن يكون

.....
انقضاء السنة من حين الشراء وجود موادها قبل تمام السنة من يوم الشراء جاز الرد بها، لوجود موادها فيها، و لا يلتزمونه، بل يحكمون بعدم جواز الرد لو ظهرت بعد انقضاء السنة مطلقاً و إن علم وجود موادها في السنة.

و بالجملة، ظاهر هذه الأخبار أن حدوث هذه الخصال عند المشتري إلى تمام السنة من يوم الشراء بنفسه سبب للخيار، لا أنه كاشف عما هو السبب المحدث له. فحينئذٍ نقول: إن كان المراد من حدوثها في السنة من يوم الشراء ظهورها، فيكون سبب الخيار عين سبب الاعتناق لاغيره حتى يعقل تقدّم أحدهما على الآخر. و إن كان المراد منه وجود موادها كي يكون معنى «فحدث فيه هذه الخصال»: حدث فيه موادها، ففيه - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر كون الحادث نفس هذه الخصال لاموادها - أنه يلزم حينئذٍ كفاية حدوث موادها عند المشتري في السنة... إلى آخر ما في المتن.

٤٨٣٨. ينبغي أن يقول: كان ظهورها كاشفاً عن زيادة في العيب - و هو مادة المرض

- كشف المعلول عن علته، لأن ظهور الشيء بمجرده ليس زيادة فيه كما لا يخفى.

٤٨٣٩. فيه: - بعد تسليم عدم القيام بمجرّد زيادة العيب - أنه يمكن أن يقال بعدم

منعه عن الردّ الثابت بالإطلاقات في أخبار الردّ بأحداث السنة، لاختصاص دليل منعه عن الردّ بالعيب - و هو مرسلّة جميل المتقدّمة - بما إذا كان العيب الموجب للردّ سابقاً على العقد، فلا دخل له بالمقام الذي كان العيب الموجب للردّ حادثاً بعد العقد عند المشتري.

٤٨٤٠. مراده من العمومات ما دلّ على أن العيب الحادث بعد العقد و القبض على

المشتري فلا يوجب الخيار، لا على البائع حتى يوجب خيار الردّ. و لا يخفى أن مقتضى هذه

الانعقاد القهري بسببه* مانعاً شرعياً بمنزلة المانع العقلي عن الرد كالموت؛ ولذا لو حدث الانعقاد بسبب آخر غير الجذام (٤٨٤١) فلا ظنّ أحداً يلتزم عدم الانعقاد إلا بعد لزوم البيع، خصوصاً مع بناء العتق على التغليب. هذا، ولكن رفع اليد عن هذه الأخبار (٤٨٤٢) الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحققة والإجماع المدعى في السرائر والغنية^{٢٨} مشكلاً، فيمكن العمل بها في موردها (٤٨٤٣) أو الحكم من أجلها (٤٨٤٤) بأن تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانعقاد على إمضاء العقد ولو في غير المقام.

ثم لو فسخ المشتري فانعقده على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز

الأخبار الواردة في أحداث السنة أن حدوثها في السنة عند المشتري يكون على البائع ووجب الرد، فيكون تخصيصاً لتلك العمومات الدالة على عدم كونها على البائع، فلو قلنا بأن زيادتها عند المشتري - كأصل حدوثها عنده - ليس عليه حتى تكون مانعة عن الرد كزيادة سائر العيوب الموجبة للخيار، بل على البائع أيضاً، فلا يمنع عن الرد بأصلها، فيكون هذا تخصيصاً آخر لتلك العمومات الدالة على كون زيادة العيب عند المشتري عليه فيمنع عن الرد، لا على البائع حتى لا يمنع عنه. هذا، وقد مرّ الكلام في دلالة الدليل على مانعية الزيادة عن الرد بالعيب الحادث عند المشتري كأحداث السنة في المقام.

٤٨٤١. كصيرورته أعمى مثلاً.

٤٨٤٢. بواسطة ما دلّ على أن الجذام سبب الانعقاد على المالك.

٤٨٤٣. يعني: العمل بها في خصوص موردها، والقول بعدم الانعقاد بالجذام في خصوص المقام. ولازمه تخصيص أدلة الانعقاد بالجذام بالمقام ممّا كان حدوثه في العبد بعد الشراء، من دون فرق في ذلك بين أن يكون سبب الخيار مثل الانعقاد هو الظهور كما هو الظاهر، أو يكون سببه حدوث المادة المتقدّم على الظهور.

٤٨٤٤. يعني: الحكم لأجلها بثبوت قاعدة كلية جارية في غير المقام أيضاً، وهي أن تقدّم سبب الخيار على سبب الانعقاد - جذاماً كان أو غيره - يوجب توقّف الانعقاد على إمضاء العقد و زوال الخيار، بدعوى فهم المثالية من الجذام لكلّ ما هو سبب للانعقاد. ولكن

٥٤٠ المكاسب، ج ٤، الخيارات

تَمَلَّكَ المَجْدُوم، لا أَنْ (٤٨٤٥) جَذَام المملوك يوجب انعاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه.

ثُمَّ إِنَّ زِيَادَةَ «الْقَرْن» لَيْسَ فِي كَلَامِ الْأَكْثَر، فَيُظْهِرُ مِنْهُمْ الْعَدَمَ (٤٨٤٦)، فَتُسَبِّحُ الْمَسَالِكُ الْحُكْمَ فِي الْأَرْبَعَةِ إِلَى الْمَشْهُورِ كَأَنَّهُ لَا سِظْهَارَ ذَلِكَ مِنْ ذِكْرِهِ فِي الدَّرُوسِ سَاكِنًا عَنِ الْخِلَافِ فِيهِ. وَ عَنِ التَّحْرِيرِ: نَسَبَتْهُ إِلَى أَبِي عَلِيٍّ، وَ فِي مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ: أَنَّهُ لَمْ يَظْفَرْ بِقَائِلٍ غَيْرِ الشَّهِيدِينَ وَ أَبِي عَلِيٍّ وَ مِنْ هُنَا تَأْمَلُ الْمُحَقِّقُ الْأُرْدَيْلِيُّ مِنْ عَدَمِ صِحَّةِ الْأَخْبَارِ (٤٨٤٧) وَ فَقَدْ الْاِنْجَبَارُ.

ثُمَّ إِنَّ ظَاهِرَ إِطْلَاقِ الْأَخْبَارِ - عَلَى وَجْهِ يَبْعَدُ التَّقْيِيدَ فِيهَا - (٤٨٤٨) شَمُولُ الْحُكْمِ لَصُورَةِ التَّصَرُّفِ. لَكِنَّ الْمَشْهُورَ تَقْيِيدَ الْحُكْمِ بِغَيْرِهَا، وَ نُسَبَ إِلَيْهِمْ جَوَازُ الْأَرْضِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ

لَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا بِنَاءٌ عَلَى كَوْنِ سَبَبِ الْخِيَارِ فِي الْمَقَامِ وَجُودَ الْمَادَّةِ كَيْ يَتَقَدَّمَ عَلَى سَبَبِ الْاِنْعِتَاقِ، وَ إِلَّا فَلَوْ كَانَ سَبَبُهُ الظُّهُورَ فَلَا بِحَالٍ لَاسْتِفَادَةِ هَذِهِ مِنْهَا.

٤٨٤٥. يَعْنِي: عَلَى أَنَّ الْمَجْدُومَ لَا يَمْلِكُ، لَا عَلَى أَنَّ حَدُوثَ الْجَذَامِ فِي مَمْلُوكٍ شَخْصٌ يَوْجِبُ اِنْعِتَاقَهُ وَ زَوَالَ مَلِكِهِ عَنْهُ، وَ إِلَّا فَلَا يَنْتَقِ عَلَى الْبَائِعِ بَعْدَ الْفَسْخِ، لَعَدَمَ حَدُوثِهِ فِي مَلِكٍ الْبَائِعِ، وَ إِنَّمَا حَدَثَ فِي مَلِكِ الْمُشْتَرِي، فَحِينَئِذٍ يَدْخُلُ فِي مَلِكِ الْبَائِعِ بَعْدَ الْفَسْخِ مَنْ دُونَ أَنْ يَنْتَقِ عَلَيْهِ، لَعَدَمَ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ عَلَى الثَّانِي. وَ الظَّاهِرُ مِنْ خَيْرِ السَّكُونِيِّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا عَمِيَ الْمَمْلُوكُ فَلَارَقَ عَلَيْهِ، وَ الْعَبْدُ إِذَا أَجْذَمَ فَلَارَقَ» هُوَ الثَّانِي، إِذْ مَفَادُهُ أَنَّ حَدُوثَ الْجَذَامِ فِي الْعَبْدِ الْمَمْلُوكِ مَزِيلٌ لِلْعَبُودِيَّةِ وَ الرِّقَّةِ - أَيِ: الْمَلِكِيَّةِ - عَنْهُ، فَلَا يَعْمُ الْبَائِعُ فِي الْمَقَامِ، لَعَدَمَ حَدُوثِهِ فِي مَلِكِهِ، وَ إِنَّمَا حَدَثَ فِي مَلِكِ الْمُشْتَرِي، وَ الْمَفْرُوضُ تَخْصِيصُ الْخَيْرِ بِهِ، لَعَدَمَ اِنْعِتَاقِهِ عَلَيْهِ لِأَجْلِ هَذِهِ الْأَخْبَارِ، فَتَأْمَلْ.

٤٨٤٦. أَيِ: عَدَمُ كَوْنِ الْقَرْنِ مِنْ أَحْدَاثِ السَّنَةِ.

٤٨٤٧. لَاحَاجَةٌ إِلَى صِحَّةِ الْأَخْبَارِ بِالْمَعْنَى الْاِصْطِلَاحِيَّةِ، بَلْ يَكْفِي مَطْلُوقُ الْاِعْتِبَارِ الْحَاصِلُ بِالْوَثُوقِ بِالْصُدُورِ وَ لَوْ مِنْ جِهَةِ الْاِسْتِفَاضَةِ، مُضَافًا إِلَى أَنَّ الرَّوَايَةَ الثَّانِيَةَ لِابْنِ فَضَّالٍ مُوْتَقَّعةٌ عَلَى مَا فِي مُحْكَمِ الْجَوَاهِرِ. وَ لَوْ سَلِمَ فَلَا يَنْبَغِي التَّأْمَلُ فِي الْاِنْجَبَارِ بَعْدَ عَمَلِهِمْ بِهَذِهِ الْأَخْبَارِ فِيمَا عَدَا الْقَرْنَ مِنَ الْأَرْبَعِ. وَ أَمَّا عَدَمُ تَعَرُّضِ الْأَكْثَرِ لِلْقَرْنِ فَلَعَلَّهُ لَيْسَ مِنْ جِهَةِ مَنَاقَشَتِهِمْ فِي السَّنَدِ، سَيِّمًا فِي رَوَايَتِي ابْنِ فَضَّالٍ، إِذْ لَا مَعْنَى لِقَبُولِ السَّنَدِ فِي صُدُورِ لَفْظِ الْأَرْبَعِ بِالْقِيَاسِ إِلَى مَا عَدَا الْقَرْنَ، وَ الْمَنَاقِشَةُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَفْظٌ وَاحِدٌ إِمَّا صَدْرٌ وَ إِمَّا لَمْ يَصْدُرْ، فَتَأْمَلْ. بَلْ مِنْ

و تعينه بعده، و الأخبار خالية عنه، وكلا الحكمين مشكل (٤٨٤٩) إلا أن الظاهر من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما، لكن كلام المفيد (٤٨٥٠) مختص بالوطء، و الشيخ و ابن زهرة لم يذكرا التصرف و لا الأرض. نعم، ظاهر الحلّي الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة (٤٨٥١) و أن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها

جهة الإجمال في معنى القرن عندهم، هل هو شيء في الفرج يمنع عن الوطي كما هو المعروف، أو الحدة في الصدر كما استظهرناه من الرواية؟ حتى بناءً على ما في التهذيب و بعض نسخ الكافي من قوله: «القرن و الحدة» بالعطف.

و بالجملة، الظاهر أن القرن بمعنى حدة الصدر من أحداث السنة يردّ به المملوك لأجل هذه الأخبار، و أمّا بالمعنى المعروف فلا، لعدم الدليل عليه.

٤٨٤٨. يعني: التقييد بغير صورة التصرف. وجه البعد: استلزامه لحمل المطلقات على الفرد النادر جداً، بل خلوها عن المورد بالمرّة، فلا يجوز.

٤٨٤٩. الضمير هنا و في قوله: «فيهما» فيما بعد راجع إلى التقييد بغير صورة التصرف، و الحكم بثبوت الأرض بطور التخيير قبل التصرف و بطور التعيين بعده. وجه الإشكال: أمّا في الأوّل فلما ذكره من البعد الذي عرفت وجهه. و أمّا في الثاني فلعدم الدليل عليه، أمّا على وجه التخيير بينه و بين الردّ في صورة عدم التصرف فلما سبق من اختصاص دليله بعدم الخلاف أو الإجماع على التخيير، و ذلك نظراً إلى اختصاص الأخبار المثبتة للأرض بصورة التصرف المسقط للردّ، الموجب لاحتمال أن يكون الأرض في طول الردّ لا في عرضه. و لا يخفى أن عدم الخلاف غير محرز هنا فضلاً عن الإجماع، إذ المتيقن منهما ما إذا كان العيب سابقاً على العقد، و هو غير المقام. و أمّا على وجه التعيين في صورة التصرف فكذلك أيضاً، لأنّ ما يدلّ عليه من الأخبار مختصّ بصورة سبق العيب على العقد، فلا يعمّ المقام من حدوثه بعده عند المشتري. و أمّا حديث نفي الضرر فلأنّ قضيته نفي مسقطيّة التصرف للردّ، لا ثبوت الأرض بعد جعله مسقطاً. فلم يبق إلاّ دعوى عدم الخلاف هنا، و هو غير محرز أيضاً، بل الظاهر من عدم تعرّض الشيخ و ابن زهرة للأرض عدم قولهما به.

٤٨٥٠. يعني: أن كلام المفيد في مقام بيان التصرف المانع عن ردّ الجارية بأحداث

مضمونة (٤٨٥٢)، إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار.
و لو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها، و ثبت أن أخذ الأرض (٤٨٥٣) للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة، ثبت الأرض هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة في المبيع، لا بهذه الأمراض الظاهرة (٤٨٥٤) فيه. قال في المقنعة: و يرّد العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعهما و بين سنة واحدة، و لا يرّدان بعد سنة، و ذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدّم ظهورها بسنة و لا يتقدّم بأزيد، فإن وطأ المبتاع الأمة في هذه السنة لم يجز له ردّها و كان له قيمة ما بينها صحيحة و سقيمة، انتهى. و ظاهره: أن نفس هذه الأمراض (٤٨٥٥) تتقدّم بسنة؛ و لذا أورد عليه في السرائر: أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع. و يمكن أن يريد به ما ذكرنا: من إرادة موادّ هذه الأمراض.

خاتمة: في عيوب متفرقة

قال في التذكرة: أن الكفر ليس عيباً في العبد و لا في الجارية، ثم استحسن قول بعض الشافعية بكونه عيباً في الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجّس و التوثّن دون التهود و النصر، و الأقوى كونه موجباً للردّ في غير المجلوب و إن كان أصلاً في

٤٨٥١. يعني: جهة الردّ و الأرض.

٤٨٥٢. يعني: مضمونة على البائع، موجبة للردّ أو الأرض.

٤٨٥٣. لاحاجة في ثبوت الأرض بموادّ هذه الأمور إذا كانت قبل العقد إلى هذه المقدمة، إذ بمجرد ثبوت المقدمة الأولى تندرج هذه المواد في أدلة ثبوت الأرض بالعيب الموجود قبل العقد و لو كان على خلاف القاعدة.

٤٨٥٤. لأنّ هذه الأمراض بملاحظة أنفسها قد حدثت في ملك المشتري، فلا تندرج في العيب المحكوم عليه بالأرض، لاختصاص الأدلة المثبتة لها بالعيب الموجود عند البائع قبل العقد، و المفروض حدوثها عند المشتري، فلا بدّ في إثبات الأرض فيها بلحاظ أنفسها قبال لحاظ موادّها من التمسك بالأخبار الواردة في نفس هذه العيوب، و هي خالية عن إثباته.

٤٨٥٥. لا بدّ من التأمل في وجه الظهور لو كانت نسخة الأصل مشتملة على كلمة «الأصل» كما في المتن، بل هو موجب لفساد ما ذكره المصنّف في توجيه العبارة كما

الكلام في بعض أفراد العيب ٥٤٣

الممالك (٤٨٥٦)، إلا أن الغالب في غير المجلوب الإسلام، فهو نقص*؛ لتفر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات. نعم، الظاهر عدم الأرش فيه؛ لعدم صدق العيب عليه عرفاً و عدم كونه نقصاً أو زيادةً في أصل الخلقة. و لو ظهرت الأمة محرمةً على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الرد به؛ لأنه لا يعد نقصاً بالنوع، و لا عبرة بخصوص المشتري. و لو ظهر ممن ينعق عليه فكذلك، كما في التذكرة معللاً: بأنه ليس نقصاً عند كل الناس و عدم نقص ماله عند غيره. و في التذكرة: لو ظهر أن البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية أو أمانة، ففي ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال. أقول: الأقوى عدمه. وكذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم، لو كان عليه أمانة قوية عليه لم يعد كونه موجباً للرد، لقلة رغبة الناس في تملك مثله، و تأثير ذلك في نقصان قيمته عن قيمة أصل الشيء لو خلى و طبعه أثراً بيناً. ذكر في التذكرة: أن الصيام و الإحرام و الاعتداد ليست عيوباً. أقول: أما عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه. و أما عدم إيجابها الرد ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع بها في مدة طويلة، فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً. و قال أيضاً: إذا كان المملوك ثمناً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً ففي كون هذه عيوباً إشكال، أقربه العدم. و قال: لو كان الرقيق رطب الكلام (٤٨٥٧) أو غليظ الصوت أو سعى الأدب أو ولد زناً أو مغنياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً (٤٨٥٨)، فلا رد. و يرد الدابة بالزهادة. و كون الأمة عقيماً لا يوجب الرد؛ لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى. و مراده العارض الاتفاقى لا المرض العارضى. قال في التذكرة في آخر ذكر موجبات الرد: و الضابط أن الرد

لا يخفى، و إلا - كما هو المظنون عندي - فظهوره في ما ذكره واضح.

٤٨٥٦. لعله لأجل كفر الآباء، جلبهم من بلاد الكفر، مع غلبة تبعية الأولاد للآباء، فتدبر.

٤٨٥٧. يقال: رطب الرجل رطباً - من الباب الرابع - إذا تكلم بما عنده من الصواب

و الخطأ.

٤٨٥٨. هو مقابل الأكل.

يثبت (٤٨٥٩) بكل ما في المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرضٌ صحيحٌ بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه، انتهى.

القول في الأرض: و هو لغة - كما في الصحاح ٣٠ و عن المصباح ٣١:-

دية الجراحات (٤٨٦٠)، و عن القاموس: أنه الدية ٣٢. و يظهر من الأولين أنه في الأصل

٤٨٥٩. مرّ نقل هذه العبارة بعينها قبل ورقتين قبل قوله: «الكلام في بعض أفراد

العيب» بسبعة أسطر.

٤٨٦٠. الذي يقتضيه التدبّر في موارد استعماله أن له معنى واحداً، و هو المال الذي

يجبر به نقص مضمون في مال أو بدن حصل من فوات وصف الصحة فيه. و هو الظاهر من عبارة النهاية الأثيرية. فالأرض عوض وصف الصحة الفائت عن العين مالا كان أو بدنأ. فلفظ الأرض اسم له، كما أن أجرة المثل اسم لعوض المنفعة الفائتة، و القيمة اسم للعين الفائتة كلاً أو بعضاً. و الكل مشترك في أنه عوض التالف المضمون. و لكنّ التالف إن كان عيناً فاسمه القيمة، و إن كان منفعة فاسمه أجرة المثل، و إن كان وصف الصحة فاسمه الأرض.

و كون الأرض في اللغة لغير المعنى المذكور غير معلوم. أمّا قوله في المصباح: «أرض

الجراحة ديتها» فواضح، لأنّ المفسر فيه هو الأرض المضاف إلى الجراحة لا مطلقه.

و أمّا قوله في الصحاح: «الأرض دية الجراحات» فلقوة احتمال أن يكون المراد من

الأرض هو المعهود، و هو أرض الجراحة كما في المصباح، فتأمل، أو احتمال كونه من التفسير بالأخص، و هو غير عزيز في اللغة.

وكذلك الحال في تفسيره في القاموس بالدية، بناءً على كون المراد من الدية هو المال المأخوذ

عوضاً عن النقص في البدن، كما فسرها بذلك في تاج العروس حيث قال: «أي: دية الجراحة». و

أمّا لو كان المراد بالدية الأعمّ منه و من المال المأخوذ عوضاً عن نقص النفس كدية القتل، كما هو

ظاهر الأقيانوس بل صريحه، فالظاهر أنه خطأ فيه، و أنه من التفسير بالأعمّ من وجه، إذ الظاهر أنه

لا يطلق الأرض على دية النفس، كما لا يطلق الدية على عوض وصف الصحة في المال مثل الثوب و

نحوه. نعم، لو كان المراد بها عوض النقص في المال و البدن، لكان من التفسير بالمساوي، لكن كون

الدية بهذا المعنى ممنوع. و أمّا قوله في المصباح بعد العبارة المتقدمة «و أصله الفساد، يقال أرشت بين

القوم إذا فسدت ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها» انتهى. فهو و إن كان صريحاً في أنه

اسم للفساد (٤٨٦١). و يُطلق في كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون (٤٨٦٢) في مال أو بدن، لم يقدر له في الشرع مقدّر. و عن حواشي الشهيد: أنه يطلق بالاشتراك اللفظي على معانٍ منها: ما نحن فيه (٤٨٦٣). و منها: نقص القيمة لجناية الإنسان على عبد غيره في غير المقدّر الشرعي (٤٨٦٤). و منها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجناية (٤٨٦٥) كقطع يد العبد.

في الأصل بمعنى الفساد. و عليه يكون استعماله فيما ذكرنا من باب استعمال اللفظ الموضوع للسبب في المسبب مجازاً، إلى أن صار حقيقة فيه، إلّا أن الظاهر أنه اجتهد منه قد استنبطه ممّا ذكره من صحّة أن يقال أرشت بين القوم إذا أفسدت، و لا دلالة لهذا على أن معنى الأرض هو الفساد؛ لاحتمال أنه يقال ذلك مجازاً بعلاقة السيّئة، كما يقال أدبت زيداً إذا ضربته و عظمت عمراً إذا قتلت له، إلى غير ذلك من الأمثلة. و بالجملة، لا ينبغي الإشكال في أنه اجتهد منه، فلاحجّة فيه. و أمّا تفسيره في القاموس لطلب الأرض و الإعطاء، أي: إعطاء الأرض، فالظاهر بل المقطوع أنه من باب الخلط بين معنى الهيئة و معنى المادّة، فتدبر.

٤٨٦١. هذا صريح المصباح في عبارته المتضمنة لظاهره. و أمّا الصحاح فلم يحضرنى حتى أراجعه.

٤٨٦٢. قد علم ممّا ذكرنا في الحاشية السابقة أنه ينبغي أن يراد من النقص هنا نقص وصف الصحّة خاصّة، لا الأعمّ منه و من نقص الجزء و الكمّ، فإنّ عوضه لا يقال له الأرض، و إنّما اسمه القيمة على ما مرّ.

٤٨٦٣. يعني به ما يتدارك به نقص العيب من جزء من الثمن خاصّة، أو و لو من غيره، على الخلاف الآتي فيه.

٤٨٦٤. وكذلك في جنايته على الحرّ في غير المقدّر الشرعي، بفرضه مملوكاً و قيمته مع الجناية و قيمته بدونها، فالأرض هو التفاوت بين القيمتين، و ذلك لأنّ المملوك أصل للحرّ فيما لا تقدير فيه، بمعنى أن تعيين عوض جنايته إنّما تحصل بفرضه مملوكاً و تقويمه، كما أن الحرّ أصل للمملوك فيما له تقدير، بمعنى أن تعيين عوض الجناية الواردة عليه فيما له مقدّر إنّما يحصل بفرضه حرّاً و قيمته دية له، ثمّ نسبة ما ينسب إلى الدية في الحرّ إلى القيمة في العبد، كما يعلم من الحاشية اللاحقة الآتية بعد هذا.

٤٨٦٥. المراد من الثمن هو القيمة، وكلّ من التالف و المقدّر وصف للعضو المطوي في

ومنها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعي (٤٨٦٦) و الأرض، و هو ما تلف بجناية الغاصب، انتهى. و في جعل ذلك من الاشتراك اللفظي إشارة (٤٨٦٧) إلى أن هذا اللفظ قد اصطلح

.....

الكلام، و «بالجناية» متعلّق بالتالف. يعني: و منها قيمة العضو الذي تلف و له عوض مقدّر في الشرع، كيد العبد التالف بالقطع، فإنّ لها مقدّراً في الشرع، و هو نصف قيمة العبد، لأنّ كلّ ما ينسب عوضه في الحرّ إلى الدية فعوضه في العبد ينسب إلى قيمة العبد. فعوض يد العبد إذا قطعت بالجناية إنّما هو نصف قيمته، لأنّ عوضه في الحرّ نصف ديته. و هكذا في غير اليد من الأطراف. فنصف قيمة العبد في قطع يده - الذي هي قيمة اليد التالفة التي لها في الحرّ مقدّر في الشرع بسبب الجناية و القطع - يطلق عليه الأرض. و النسبة بين الأرض بهذا المعنى، و بينه لو كان في الفرض بمعنى التفاوت بين قيمة العبد مجتنباً عليه بجناية قطع اليد و بين قيمته غير مجتنبٍ عليه بذلك، هو العموم من وجه كما هو ظاهر.

٤٨٦٦. يعني من المقدّر الشرعي المعنى الثالث، و من الأرض المعنى الثاني.

٤٨٦٧. يعني: في عبارة الشهيد إشارة إلى أمور:

أحدها: أنّ مراده من الإطلاق هو الإطلاق عند الفقهاء لا عند اللغويين.

و ثانيها: كونه مشتركاً لفظياً في هذه المعاني الخاصة بخصوصياتها، بطور الوضع التعييني الناشئ من كثرة استعماله فيها بمناسبة و علاقة بينها و بين المعنى الحقيقي إلى أن بلغ إلى حدّ الحقيقة، فيكون من المنقول بالغلبة، لا بطور الوضع التعييني كي يكون من قبيل المرجح.

و ثالثها: أنّ كونها معاني حقيقية تعيينية إنّما هو عرضي لا طولي، بمعنى أنّه استعمل في كلّ واحد منها مجازاً بعلاقة بينه و بين المعنى اللغوي و بلغ إلى حدّ الحقيقة، لا أنّه استعمل في واحد منها بعلاقة بينه و بين المعنى الحقيقي الأوّل، ثمّ استعمل في معنى آخر منها بعلاقة بينه و بين هذا المعنى الحقيقي الثانوي حتّى بلغ إلى حدّ الحقيقة أيضاً، و هكذا. فعلى هذا لا يكون هذا عند الفقهاء مشتركاً معنوياً بينها بحيث يكون إطلاقه على كلّ منها من إطلاق الكلّي على الفرد، و لاحقاً في بعضها و مجازاً في الآخر، لأنّه خلاف فرض وضعه لكلّ منها بالخصوص، بل تكون منقولات عن المعنى اللغوي بسبب كثرة استعماله في كلّ واحد منها بعلاقة بينه و بين المعنى الحقيقي، و هو الإطلاق و التقييد.

هذا، و لم نفهم وجه الإشارة في جعله من الاشتراك اللفظي إلى ما ذكره من الأمور، لأنّه

في خصوص كلٍّ من هذه المعاني عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوي مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كلٍّ منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما، ولا حقيقةً و مجازاً، فهي كلها منقولاتٌ عن المعنى اللغوي بعلاقة الإطلاق والتقييد. وما ذكرناه في تعريف الأرض فهو كليّ انتزاعيّ عن تلك المعاني، كما يظهر بالتأمل. وكيف كان، فقد ظهر من تعريف الأرض: أنه لا يثبت إلا مع ضمان النقص المذكور.

ثم إنَّ ضمان النقص تابعٌ في الكيفية لضمان المنقوص، وهو الأصل، فإن كان مضموناً بقيمته كالمغصوب والمستام وشبههما - ويسمى ضمان اليد - كان النقص مضموناً بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل. وإن كان مضموناً بعوض، بمعنى أنَّ قواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى في المعاوضة ويسمى ضمانه ضمان المعاوضة، كان النقص مضموناً بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص والمنقوص لانفس قيمة العيب؛ لأنَّ الجزء تابعٌ للكل في الضمان؛ ولذا عرّف جماعة الأرض في عيب المثلث فيما نحن فيه: بأله جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيّب إلى الصحيح؛ و

أعمّ من أن يكون الوضع فيها تعييناً مسبقاً بالاستعمال المجازي بالمناسبة للمعنى اللغوي، لإمكان كونه تعييناً بلا مراعاة العلاقة. وكذلك أعمّ أيضاً من أن يكون الكل في عرض واحد، لاحتمال أن يكون بعضها في طول الآخر بالنحو الذي ذكرناه.

وكيف كان، يرد على ما ذكره من كون العلاقة هو الإطلاق والتقييد: أنَّ المعنى الحقيقي اللغوي للأرض إن كان هو الفساد فالعلاقة هو السببية، والمسببية لكون الفساد سبباً لكل واحد من هذه المعاني الأربعة. وإن كان دية الجراحات أو مطلق الدية فلا يكون هو مطلقاً والمعاني المذكورة - حتى الأول، أي: أرض العيب - مقيداً منه، بل لا بدّ وأن يكون العلاقة هي المشاهدة، باعتبار أنَّ الدية كما تجبر بها الجراحة التي هي نقص في بدن الإنسان وتترل بها منزلة العدم، فكذلك الأرض في هذه الموارد يجبر النقص ويجعله كالعدم.

ثم إنَّ مراده من الموصول في قوله: «و ما ذكرناه في تعريف الأرض فهو كليّ انتزاعي من تلك المعاني» ما ذكره قبل ذلك بقوله: «و يطلق في كلام الفقهاء...». و يرد عليه أنه كيف يمكن انتزاعه منها وقد أخذ فيه أن لا يكون للبدل مقدّر شرعيّ، وفي تلك المعاني - أعني منه المعنى الثالث - قد اعتبر فيه أن يكون له مقدّر شرعيّ، و هل هذا إلا من انتزاع أحد

ذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة، بمعنى أن البائع ضامن لتسليم المبيع تاماً إلى المشتري، فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته.

نعم، ظاهر كلام جماعة من القدماء - كأكثر النصوص - يوهم إرادة قيمة العيب كلها (٤٨٦٨) إلا أنها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع،

التقيضين من الآخر؟ و في بعضها الآخر - أعني: المعنى الثاني - قد اعتبر فيه أن لا يكون له مقدّر شرعي، و هل هذا إلا من انتزاع الشيء عن نفسه؟ فتأمل. و لو ترك في التعريف قوله: «و لم يقدر له في الشرع مقدّر» لتم ما ذكره من الانتزاع.

٤٨٦٨. نعم، أكثر النصوص الواردة في أخذ الأرض - التي تقدّم ذكرها في مسألة سقوط الردّ بخيار العيب بالتصرف، بعضها في أولها، و الباقي في فرع عنوانه في ذيلها - في أن وطى الجارية يمنع عن ردّها بالعيب يوهم ما ذكر، أو هو ظاهر جميعها كما ذكره السيّد الأستاذ العلامة رحمته الله، إلا أنه لا ضرر فيه، إذ لا تنافي بينه و بين ما ذكره جماعة في تعريف الأرض، إلا إذا كان المراد من القيمة في هذه الأخبار هي القيمة الواقعية الحقيقية، و هو قابل للمنع، لإمكان أن يراد منها القيمة الجعلية للشيء في تلك المعاملة الخاصة التي أمضاها الشارع بأدلة الصحة، لأن القيمة الحقيقية للشيء إنما يرجع إليها في باب الضمانات - التي منها ضمان وصف الصحة - فيما إذا لم تكن له قيمة شرعية و لو إمضائية، و إلا فهي المرجع في مورد الإمضاء و ما هو من توابعه، كما هو الفرض في مورد النصوص، حيث إن الرجوع إلى غيرها و لو القيمة الواقعية منافي للصحة كما لا يخفى.

فمعنى قوله رحمته الله في رواية منصور: «و لكن يردّ عليه بقيمة ما نقصها العيب» أنه يردّ عليه بقيمة نقصها العيب من قيمتها التي لها في شرائها. و معنى قوله في صحيحة ابن مسلم: «و لكن تقوم ما بين الصحة و العيب، و يردّ على المبتاع» أنه يلاحظ التفاوت بينهما بالقياس إلى الثمن الفعلي، و يردّ التفاوت إلى المبتاع. و معنى قوله في رواية ميسر: «و يرجع بقيمة العيب» أنه يرجع بمقدار ينقص من الثمن الفعلي من جهة وجود العيب. و معنى قوله في رواية طلحة: «تقوم و هي صحيحة، و تقوم و بها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء» أنه تقوم كذلك مقدّمة للعلم بالتفاوت بين الصحة و الداء بالقياس إلى القيمة الجعلية للمبيع و هو الثمن، ثم يردّ البائع على المبتاع الفضل و التفاوت بين الصحة و الداء بلحاظ هذه القيمة الجعلية، أعني: الثمن.

بقربنة ما فيها (٤٨٦٩): من أن البائع يردّ على المشتري، و ظاهره كون المردود شيئاً من الثمن (٤٨٧٠) الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه، فلو كان اللازم هو نفس التفاوت ل زاد على الثمن في بعض الأوقات، كما إذا اشترى جاريةً بدينارين وكانت معيها تسوي مائة و صحيحها تسوي أزيد، فيلزم استحقاق مائة دينار، فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقربنة عدم صدق الردّ و الاسترجاع تعيّن كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بُني الأمر على ملاحظة الغلبة، فمقتضاها الاختصاص (٤٨٧١) بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفة.

و قد توهم بعض من لا تحصيل له: أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه تمام

و على هذا لاتنافي بين مفاد هذه النصوص و بين تعريف الأرض بما تقدّم عن جماعة من أنه جزء من الثمن نسبته إليه - أي: نسبة الجزء إلى الثمن - كنسبته...، حتّى يحتاج إلى الحمل على الغالب، كي يستشكل عليه بأنه ممّا لا قربنة عليه، بأنّ التعبير بالردّ إنّما يكون قربنة عليه لو لم يحتمل فيه الورود مورد الغالب، لكنّه متنفذ، حيث يحتمل فيه بالضرورة أنّه عبّر به لأجل غلبة مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع، فتدبر.

٤٨٦٩. متعلق بـ«محمولة».

٤٨٧٠. يعني: ظاهره بضميمة ما هو قضية التعبير عن المردود بقدر ما نقصه العيب، أو قيمة العيب، أو فضل ما بين الصحة و الداء، على اختلاف الأخبار الراجع إلى شيء واحد، أعني: قيمة وصف الصحة المتنفذ في المبيع، و هو وجود قيمة لذات العين المسلوب عنه الصحة، و عدم لزوم ردّ تلك القيمة الكائنة لذاتها. و إلّا فالعبارة المذكورة بمجردها لا ظهور لها في عدم زيادة الأرض على الثمن فضلاً عن نقصانه عنه، بخلاف ما إذا انضمّ إليها ما ذكرناه، حيث إنّّه لو زاد عليه لزوم رفع اليد عن خصوصيّة مفهوم الردّ بالنسبة إلى المقدار الزائد، حيث إنّّه لم يأخذ البائع هذا المقدار الزائد على الثمن حتّى يصدق على دفعه إلى المشتري الردّ المأخوذ في مفهومه كون المردود مسبقاً بالأخذ، و لو ساواه لزوم رفع اليد عن مقتضى التعبير عن المردود بما ذكر من اختصاص المردود بقيمة وصف الصحة، و الحكم إمّا بلزوم ردّ قيمة ذات العين أيضاً، و إمّا فرض العين بلا قيمة لها بدون وصف الصحة.

٤٨٧١. يعني: فمقتضى الغلبة اختصاص النصوص بما هو الغالب من اشتراء... إلى آخر

التفاوت بين الصحيح و المعيب، و منشؤه ما يُرى* في الغالب: من وقوع الثمن في الغالب نقداً غالباً مساوياً لقيمة المبيع، فإذا ظهر معيباً وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت، و إلاً فلو فرض أنه اشترى عبداً تجارية تسوي معيها أضعاف قيمته، فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيها قطعاً.

وكيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال و لا خلاف في ذلك و إن كان المتراءى من الأخبار خلافه، إلا أن التأمل فيها قاضٍ بخلافه (٤٨٧٢). نعم، يشكل الأمر في المقام من جهة أخرى، و هي: أن مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته: انفساخ العقد في ذلك المقدار؛ لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به أحد، و يلزم من ذلك أيضاً تعيين أخذ الأرض من الثمن، مع أن ظاهر جماعة عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامة^{٣٣}. و توضيحه: أن الأرض لتسيم المعيب حتى يصير مقابلاً للثمن، لا لنقص** الثمن حتى يصير مقابلاً للمعيب؛ و لذا سُمي أرشاً كسائر الأروش المتداركة للتقائض، فضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين؛ لأن ضمان المعاوضة يقتضي انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفائت المضمون و مقابله؛ إذ لا معنى له غير ضمان الشيء و أجزائه يعوضه المسمى و أجزائه، و الضمان الآخر يقتضي ضمان الشيء بقيمته الواقعية. فلا وثق من أن يقال (٤٨٧٣): إن مقتضى المعاوضة عرفاً

العبارة. هذا، و قد مرّ الإشكال فيما جعله قرينة على الحمل على الغالب من التعبير بالردّ. ٤٨٧٢. يشير بأول العبارة إلى ما ذكره بقوله: «كأكثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب كلّها». و بالاستثناء إلى ما استثناءه في السابق بقوله: «إلا أنها محمولة على الغالب - إلى قوله - بقرينة ما فيها أن البائع يرّد على المشتري» يعني: أن التأمل في الأخبار و النصوص يلحظ ما فيها من القرينة - بالتقريب الذي مرّ في السابق - قاضٍ بخلاف المتراءى منها.

٤٨٧٣. يمكن أن يقال بشيء آخر، و هو أن ضمان وصف الصحة من باب ضمان المعاوضة، فينفسخ العقد فيما يخصه من الثمن، و يخرج عن كونه جزءاً للثمن، و لكن في مرحلة بقاء المعاوضة، لا في مرحلة حدوثها حتى يشكل بأنه لم يقل به أحد. و إن شئت قلت: إن

هو عدم مقابلة وصف الصحة بشيء من الثمن، لأنه أمرٌ معنويٌّ كسائر الأوصاف؛ ولذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرًا حصل الربا من جهة صدق الزيادة و عدم عدّ العيب نقصاً يتدارك بشيء من مقابله، إلا أنّ الدليل من النصّ والإجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف*، بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن يضاف** إلى ما يقابل (٤٨٧٤) بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة، فإنّ هذا الوصف - كسائر

للمشتري تضمين البائع بوصف الصحة بما يخصّه من الثمن بعد البيع بعد أن لم يكن ضامناً له حين البيع، بأن يخرج ما جعله جزءاً من ثمن المبيع بلحاظ وصف الصحة، و زائداً على ما يقابله لولاه عن جزئيته لثمن المبيع، و يجعله في قبال وصف الصحة، و يجعل ما عداه في قبال الموصوف، أي: يرجع عن بنائه و التزامه بكون هذا الجزء أيضاً في قبال الموصوف.

و هذا لا يرد عليه الإشكال، لأنّ الذي لم يقل به أحد هو الانفساخ و خروج مقدار الأرض من الثمن عن الجزئية له من أول حدوث البيع، و أمّا الانفساخ بمعنى خروجه عنها من حين اختيار أخذ الأرض و أخذه فقد قال به كلّ من ذهب إلى أنّ الأرض جزءٌ من عين الثمن. و أمّا الإشكال عليه بأنّ لازمه تعيّن كون الأرض من الثمن، ففيه: أنّه لا محذور في الالتزام به، و ذهاب جماعة إلى عدم تعيّن - معللاً بأنّه غرامة - مصادرة، لأنّ الكلام في أنّه جزءٌ من الثمن أو غرامة.

و بالجملة، نقول: إنّ وصف الصحة - بل و غيره من الأوصاف الدخيلة في زيادة الثمن - منزّل عند العرف منزلة الجزء في مرحلة بقاء المعاوضة بما لها من خصوصيّة الثمن من حيث المقدار، و قضية هذا التنزيل هو الانفساخ بما يخصّه من الثمن مثل الجزء، إلاّ أنّه لا يؤثر في ذلك شرعاً إلاّ إذا أمضاه الشارع، و الاستفادة من النصّ و الإجماع على أنّه يجوز للمشتري أن يأخذ من البائع بدل وصف الصحة - أي: ما زاده في ثمن المبيع بلحاظه - إمضاء الشارع لهذا التنزيل في وصف الصحة موجود، و أمّا غيره من الأوصاف فلا دليل على الإمضاء فيه. و من هنا نقول: إنّ الأرض و كونه من عين الثمن على طبق القاعدة، فتدبر جيّداً.

٤٨٧٤. «يضاف» صفة للمقدار، أي: مقدار أضافه المشتري و زاده على مقدار آخر من الثمن الذي يقابل بأصل المبيع مع قطع النظر عن وصف الصحة، و إنّما أضافه لأجل اتصافه بوصف الصحة.

الأوصاف - و إن لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود (٤٨٧٥) مقدار من الثمن و عدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبة بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله، و للمشتري أيضاً إسقاط هذا الالتزام عنه.

نعم، يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن - كما هو ظاهر تعريف الأرض في كلام الأكثر بأنه جزء من الثمن - أو بمقداره، كما هو مختار العلامة في صريح التذكرة و ظاهر غيرها و الشهيدين في كتبهما؟ وجهان: تردّد بينهما في جامع المقاصد^٣ و أقواهما الثاني (٤٨٧٦)؛ لأصالة عدم تسلّط المشتري على شيء من الثمن، و برائة ذمّة البائع من وجوب دفعه؛ لأنّ المتيقّن من مخالفة الأصل ضمان البائع لتدارك الفائت

٤٨٧٥. لا اختصاص لذلك بوصف الصحة، بل هو موجود في تمام الصفات. فحيث كان اللازم جواز مطالبة الأرض و هذا المقدار الزائد من الثمن في تمام الصفات. و هو كما ترى، إلا أن يفرّق بينهما بما ذكرنا في الحاشية السابقة.

٤٨٧٦. بل الأول و لو أغمضنا عن كونه - أي: الأرض - على طبق القاعدة، لأصالة عدم خروج البائع عن عهده حقّ المشتري إلا بالأداء من عين الثمن، بناءً على أصالة الاحتياط في مثل المقام من دوران الأمر بين التعيين و التحجير، و أصالة عدم تسلّط المشتري على شيء من الثمن معارضة بأصالة عدم تسلّط البائع على إلزام المشتري بأخذه من غير الثمن. و أصالة البرائة ذمّة البائع عن خصوصيّة الثمن غير جارية فيما إذا دار الأمر بين التعيين و التحجير، على إشكال فيه، فتأمل.

و يمكن المناقشة في إطلاق قوله عليه السلام في الروایتين: «و له أرض العيب» لقوّة احتمال كونه في مقام الإهمال من هذه الجهة، أي: جهة كون الأرض من الثمن أو من غيره. و لو سلّم الإطلاق من الجهة المذكورة فيقيد بظهور الردّ في سائر الأخبار في كون المردود شيئاً عنده، و ظهور الوضع من الثمن في رواية ابن سنان في كونه من الثمن. و لاداعي إلى التأويل و الحمل على الغلبة، مع ما فيه من التنافي بين الغلبتين، إذ غلبة وصول الثمن إلى البائع في زمان أخذ الأرض منافية لغلبة بقاءه في ذمّة المشتري إلى ذمّة المشتري إلى ذاك الزمان. مع أنّ ما فرّعه على الغلبة الثانية من الاحتساب مبنيّ على كون الأرض في ذمّة البائع، و هو ممنوع كما يأتي التصريح به في رفع إشكال المحقّق الثاني على العلامة و الشهيد عليه السلام.

الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة، لا في مقابلها، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام في روايتي حماد و عبد الملك: «إن له أرش العيب»، و لادليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يترأى من ظاهر التعبير في روايات الأرض عن تدارك العيب بـ «ردّ التفاوت إلى المشتري» الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده أولاً، و هو بعض الثمن. لكن التأمل التام يقضي بأن هذا التعبير وقع (٤٨٧٧) بملاحظة أن الغالب وصول الثمن إلى البائع وكونه من النقدين، فالردّ باعتبار النوع، لا الشخص. و من ذلك يظهر أن قوله عليه السلام في رواية ابن سنان: «و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» محمول على الغالب من كون الثمن كلياً في ذمة المشتري، فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرض حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه.

ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين؛ لأنهما الأصل في ضمان المضمونات (٤٨٧٨) إلا أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة. و استظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه (٤٨٧٩) منهما؛



٤٨٧٧. يعني: أن التعبير بالردّ عن دفع الأرض من النقدين - لما سيأتي من تعيين كونه منهما على تقدير عدم اعتبار كونه من الثمن - إنما وقع بملاحظة أن الغالب وصول الثمن إلى البائع، و أن الغالب كونه - أي: الثمن - من النقدين، حيث إنه لو دفع من غير الثمن مع كون المدفوع من النقدين لصدق عليه الردّ، باعتبار كون نوع المدفوع و كليه - و هو النقدان - عند الدافع و وصوله إليه، غاية الأمر في ضمن فرد آخر غير المدفوع و هو الثمن، إذ يصح أن يقال لمن أخذ كلياً في ضمن فرد منه و دفعه في ضمن فرد آخر: إنه رده إلى من أخذه منه. هذا، و قد تقدّم أنه تأويل يحتاج إلى عناية لداعي إليه.

٤٨٧٨. يعني: في القيميات منها، إذ الأصل في ضمان المثليات هو المثل. و لعل المدرك في الأصل هو أصالة الاشتغال في دوران الأمر بين التعيين و التخيير الذي منه المقام، كما أن مدرك عدم تعيين كونه منهما هو أصالة البرائة عن الخصوصية فيه، فتدبر.

٤٨٧٩. قال في القواعد: «و لو اختلف الجنس - يعني: في بيع الصرف - فله الأرض مادام في المجلس». انتهى. و قال المحقق الثاني في شرحه ما هذا لفظه: «لاشبهة في هذا الحكم، لثبوت النقصان في الصفة الموجب لنقصان المالّة، و تطرّق الربا منتفٍ باختلاف الجنسين. و

كذا تحيل مانعة التفرق قبل القبض». انتهى. أقول: لأن المفروض بقاء المجلس.

و قال في القواعد متصلاً بعبارته السابقة: «فإن فارقاه، فإن أخذ الأرض من جنس السليم بطل فيه، أي في الأرض، وإن كان مخالفاً صح». انتهى. و قال المحقق في شرحه ما هذا لفظه: «مقتضى الحكم الواقع في عبارة المصنف رحمته أمور: الأول: أن الأرض عوض العيب الواقع في أحد العوضين من غيرهما. و هو مشكل، لأن المعروف أن الأرض جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة نقص قيمة المعيب عن الصحيح. الثاني: أنه لا يتعين كونه من جنسهما، لظاهر قوله: «و إن كان مخالفاً لجنس السليم». و قد صرح في التحرير بذلك. و يشكل: بأن الحقوق المالية إنما يرجع فيها إلى التقدين، فكيف الحق الواجب باعتبار نقصان في أحدهما؟» انتهى موضع الحاجة. و لا بأس بذكر سائر الأمور أيضاً على وجه الاختصار، لكثرة الفائدة. فنقول: قال رحمته: «الثالث: الفرق بين الدفع من جنس السليم فيبطل فيه، أو من جنس المعيب أو من غيرهما فيصح. و يشكل: بأن الدفع من جنس أحدهما كالدفع من جنس الآخر، فإما أن يبطل فيهما معاً أو يصح فيهما معاً.

إلى أن قال: الرابع: ظاهر قوله: «بطل فيه، أي: بطل البيع في الأرض» أنه لا يجوز دفع الأرض بعد ذلك. و يشكل: بأنه إذا استحق في ذمته عوض نقصان أحد العوضين كيف يبطل فيما لو عيّنه فيما لا يجوز أخذه؟ إلى أن قال: على أن القول بالبطلان بالتفرق قبل القبض من أصله مشكل، فإن المدفوع ليس أحد عوضي الصرف، و إنما هو عوض صفة فائتة من أحد العوضين ترتب استحقاقها على صحة العقد، و قد حصل التقابض في كل من العوضين، فلا مقتضى للبطلان، إذ وجوب التقابض إنما هو في عوضي الصرف، لا فيما وجب بسببهما.

الخامس: لم يذكر المصنف على تقدير البطلان في الأرض البطلان في شيء من العوض السليم و عدمه، و يلزمه القول بذلك، لأنه على ما نقلناه عن بعض حواشي الشهيد رحمته يكون العوض السليم في مقابل المعيب و الأرض، فيكون التفرق واقعاً قبل العوض فيما قابل الأرض من السليم.

إلى أن قال: السادس: لم يذكر المصنف حال المعاوضة بعد بطلان البيع في الأرض. و على ما ذكره يجب أن يثبت للمشتري الخيار، لفوات بعض ما له دخل في المالية، و امتناع تداركه، كما لو كان العوضان من جنس واحد و أحدهما معيب من الجنس، و لو قلنا ببطلان شيء من

حيث حكموا في باب الصرف بأنه لو وجد عيب في أحد العوضين المتخالفين بعد التفرق، جاز أخذ الأرض من غير النقيدين و لم يجز منهما، فاستشكل ذلك بأن الحقوق المالية (٤٨٨٠) إنما يرجع فيها إلى النقيدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما؟

و يمكن رفع هذا الإشكال: بأن المضمون (٤٨٨١) بالنقيدين هي الأموال

الآخر في مقابل الأرض لوجب أن يثبت للبائع خيار تبعض الصفقة، إلا أن يقال: التبعض جاء من قبله، فلا يثبت له خيار.

إذا عرفت ذلك، فقد قال المصنف في التحرير: «و لو اختلفا فله الأرض في المجلس، فلو فارقا لم يجز أن يأخذ من الأثمان، و يجوز من غيرها». و قريب منها عبارة الدروس. و هي أجود من عبارة هذا الكتاب و التذكرة. و العمل على ما في التحرير، على تردد في كون الأرض من غير الثمن. فلو قلنا به ففي المنع من أخذه من جنس النقيدين بعد النقيدين تردد، و يظهر ذلك كله مما سبق». انتهى كلامه رفع في الخلد أعلامه. و وجه أجودية عبارة التحرير عدم تخصيص عدم الجواز بصورة كون المأخوذ من جنس السليم.

٤٨٨٠. يعني: الحقوق التي هي من قبيل الأموال إنما يرجع فيها في مقام تداركها إلى النقيدين و تداركهما، فكيف المال الواجب على عهدة شخص لأجل نقصان في أحد النقيدين المفروض بيع أحدهما بالآخر؟

٤٨٨١. يعني: أن الذي يضمن بالنقيدين و يلزم تداركه بما يعتبر فيه أمور ثلاثة: الأول: أن يكون مالا لاحقا. و الثاني: أن يكون مردداً بينه و بين غير المال. و الثالث: أن يكون ثابتاً في الذمة كما في الفرض. و الثالث هنا - أي: في خيار العيب - ليس مالا أولاً، و إنما هو حق صرف، يعني به الخيار. و ليس معيناً ثانياً، بل مردد بينه و بين الرد و بين الإمساك بلا أرض. و ليس في الذمة ثالثاً، بل هو تغريم - أي: تكليف - بإعطاء مقدار من المال للمشتري كما في نفقة الأقارب. و إلا فلو كان مالا معيناً ثابتاً في الذمة لبطل البيع في مقدار ما قابله من الصحيح، لعدم وصول هذا المقدار الذي هو عوضه قبل التفرق، بناءً على اعتبار التقابض في المجلس في بيع الصرف حتى بالنسبة إلى الأرض، كما هو الفرض في كلام العلامة، و إن كان مشكلاً كما نبه عليه جامع المقاصد فيما مر من كلامه، و إنما هو حق خيار له أطراف ثلاثة، لو أعمله ذو الحق و الخيار باختيار الإمساك بالأرض - قبال اختيار الفسخ، و

المتعيّنة المستقرّة، و الثابت هنا ليس مالا في الدّمة، و إلّا بطل البيع فيما قابله من الصحيح؛ لعدم وصول عوضه قبل التفرّق، و إنّما هو حقّ لو أعمله جاز له مطالبة المال، فإذا اختار الأرض من غير النقدين ابتداءً و رضي به الآخر فالمختار* نفس الأرض، لا عوض عنه. نعم، للآخر الامتناع منه؛ لعدم تعيّن عليه، كما أنّ لذي الخيار مطالبة النّقدين في غير هذا المقام و

.....
قبال اختيار الإمساك بلا أرض - جاز له مطالبة المال في ضمن أيّ فرد من أفراد المال كان. فإن طالب المال و اختار كون ذلك المال في ضمن غير النّقدين ابتداءً و رضي به الآخر فمختاره فرد من نفس الأرض، لا شيء آخر مغاير له، و قد أخذ به عنوان أنّه عوض عنه. نعم، لا يجب على الآخر الرضا بما اختاره من غير النّقدين، بل له الامتناع عنه، لعدم تعيّن عليه، إذ الواجب عليه هو الكلّي لا خصوص ما اختاره.

هذا إنّما هو في غير المقام، و هو بيع الصرف. و أمّا فيه فليس له الامتناع منه، لعدم تمكّنه من اختيار الفرد الآخر من الكلّي و هو النّقدان، لعدم التقابض في المجلس في ذلك الفرض، و المفروض اشتراطه لفرض التفرّق. كما أنّ لذي الخيار مطالبة المال من النّقدين في غير هذا المقام من سائر البيوع غير بيع الصرف، و إن لم يكن للآخر الامتناع عنه حين إذ طالبه من النّقدين، لتعيّن عليه حينئذ. و التقييد بغير المقام لما أشرنا إليه من عدم جواز مطالبة النّقدين في المقام، من جهة فرض التفرّق قبل القبض الموجب لاختلال شرط الصّحة، و هو التقابض في المجلس في الأرض. هذا ما خطر ببالي في شرح العبارة، فتأمّل.

و كيف كان، ففي كون الأرض شيئاً ثابتاً في الدّمة هنا ينافي ما ذكره قبل ذلك بأسطر بقوله: «فإذا اشتغلت ذمّة البائع بالأرض حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمّته عليه». و ينافي أيضاً قوله: «إلّا أن يتراضى على غيرهما بعنوان الوفاء أو المعاوضة» فإنّ الظاهر منهما - سيّما الثاني - أنّ الأرض شيء ثابت في الدّمة. و أيضاً يتّجه عليه ﷺ بأنّ مرجع ما ذكره في دفع الإشكال منافي لتمسّكه بالأصل في كون الأرض من النّقدين لا غير، لأنّ مرجعه إلى إنكار ذلك الأصل الذي هو المدرك في استشكال المحقّق الثّاني ﷺ، إذ حاصل الدفع أنّ القدر الثابت من الضمان بالنّقدين هو الحقوق الماليّة الثابتة في الدّمة.

إن لم يكن للآخر الامتناع حينئذٍ. وبالجملة، فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة، إلا أن دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذي الخيار و يكون نفس الأرض، بخلاف دفع النقدين، فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشيّة (٤٨٨٢).

ثم إنه قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرض: أنه لا يكون إلا مقداراً مساوياً لبعض الثمن، ولا يعقل أن يكون مستغرقاً له، لأن المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل و يبذل في مقابله شيء من المال بطل بيعه، و إلا فلا بدّ من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم، ربّما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيبٌ يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفة التملّك، بناءً على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرض العيب، و هو هنا مقدار تمام الثمن. لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكّل، بناءً على أن العيب إذا كان مضموناً على البائع - بمقتضى قوله ﷺ: «إن حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضي خياره»^{٣٥} - كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع، و المفروض: أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلاً؛ لعدم كونه متمولاً يُبذل بإزائه شيء من المال، فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث* بعده مضموناً على البائع، إلا أن يمنع ذلك و أن ضمانه على البائع (٤٨٨٣) موجب** الحكم بكون ذرّكه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا مطلقاً حتى ينفسخ العقد به، و يرجع هذا الملك الموجود الغير المتموّل إلى البائع. بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا دليل على إلحاقه بالتلف، بل تبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري و إن لم يكن ملكاً له - كالخمر المتخذ للتخليل - و يأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرساً لا من باب انفساخ العقد.

هذا، إلا أن العلامة ﷺ في القواعد و التذكرة و التحرير و محكيّ النهاية يظهر منه الأرض المستوعب في العيب المتقدّم على العقد الذي ذكرنا أنه لا يعقل فيه استيعاب الأرض

٤٨٨٢. الظاهر وقوع الغلط في النسخة، و الصواب: فإنه إذا اختير أحدهما يتعين

للأرشيّة.

٤٨٨٣. قد تقدّم سابقاً أن هذا هو التحقيق.

** في بعض النسخ بدل «موجب»، بمعنى.

* في بعض النسخ زيادة: مثل هذا.

للثمن. قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضَمِنَ أَقْلُ الأمرين (٤٨٨٤) على رأي، و الأرض على رأي، و صحَّ البيع إن كان موسراً (٤٨٨٥)، و إلاَّ تخيَّر المجني عليه (٤٨٨٦). و لو كان عمداً وقف على إجازة المجني عليه (٤٨٨٧)، و يضمن الأقل من الأرض و القيمة لا الثمن معها (٤٨٨٨)،

٤٨٨٤. قال في جامع المقاصد: «فيكون التزاماً بفدائه، فإنه مخيَّر في ذلك و في تسليمه، فإذا أخرجه عن الملك تعيَّن الأوَّل. و الأصحَّ أن المضمون أَقْلُ الأمرين، إذ زيادة الأرض غير مضمون على المولى، لأنَّ جناية العبد لا يضمنها سيِّده، و لا يجني الجاني على أزيد من نفسه». أقول: ظاهره أنَّ البيع بنفسه موجب للالتزام بالفداء، و قد مرَّ من المصنَّف في بيع العبد الجاني خطأ توجيه ذلك و الإيراد عليه، فراجع.

٤٨٨٥. أي: المولى بشرط بذل الواجب، و إلاَّ فالحكم كما إذا كان معسراً.

٤٨٨٦. في جامع المقاصد: «أي: و إن لم يكن موسراً تخيَّر في فسخ البيع و إبقائه إلى حين يسار المولى، فيرجع إليه بالواجب. و كذا يفسخ لو ماطل الموسر».

٤٨٨٧. أي: لو كان المبيع قد جنى عمداً وقف على إجازة المجني عليه، لتعلَّق حقُّه بالعين، فيكون مخيَّراً في الفسخ و الإجازة.

٤٨٨٨. قال المحقِّق الثاني في شرحه: «أي: و يضمن المولى أَقْلَ الأمرين من أرش الجناية و قيمة العبد مع إجازة المجني عليه البيع في الصورة السابقة، و لا يضمن الثمن، لأنَّه ربَّما زاد على القيمة، و الزائد ملك للمولى، لأنَّه كسب له في مقابل ماله، و زيادة الأرض ليست على المولى، لما سبق. فإن قيل: المجني عليه * حقَّ الجاني، فثمنه له. قلنا: ليس حقّاً له و إن تعلَّق حقُّه به، فإذا اختار الإجازة بقي على ملك المولى.

إذا عرفت ذلك، فالضمير في قوله: «و يضمن» يعود إلى البائع الذي هو المولى و قوله: «من الأرض و القيمة» بالجرَّ فيهما بيان للأقلَّ. و قوله: «لا الثمن» منصوب عطفاً على الأقلَّ، و هو معترض بين الظرف - أعني: معها - و عامله و هو «يضمن». و ضمير «معها» يعود إلى الإجازة، أعني: إجازة المجني عليه البيع.

* في هامش الطبعة الحجرية: «كذا في جامع المقاصد. وهو غلط وقع في النسخة. والصواب: الجاني حقَّ المجني عليه. منه.»

و للمشتري الفسخ مع الجهل (٤٨٨٩) فيرجع بالثمن أو الأرض، فإن استوعبت الجناية القيمة فالأرض ثمنه أيضاً (٤٨٩٠)،

٤٨٨٩. قال في جامع المقاصد: «أي: للمشتري الجاني عمداً فسخ البيع إذا كان جاهلاً بالحال، لكونه معيماً بذلك. و هل له الفسخ في الجاني خطأ؟ يحتمل العدم، لالتزام المولى بالبيع، و الثبوت، لأنه ربما ظهر إعساره، فيرجع الجاني عليه بالعبد. و هو أقوى». و عبارة المصنف هنا يحتمل إرادة ثبوت الفسخ للمشتري في الموضعين، إلا أن آخرها و هو قوله: «فالأرض ثمنه أيضاً» يشعر باختصاصها بمشتري الجاني عمداً. و متى فسخ المشتري رجوع بالثمن، و إن شاء أبقى البيع و طالب بالأرض.

إذا عرفت ذلك، فقول المصنف: «أو الأرض» مرفوع بالعطف على الفسخ. و قوله: «فيرجع بالثمن» معترض بينهما، لترتبته على الفسخ. أما قوله: «مع الجهل» فلا وجه لوقوعه بينهما، إذ هو معتبر في كل منهما، فإنه إذا كان عالماً بالحال وقت البيع لا يستحق أرشاً و لا فسخاً. فكان الأحسن أن يقول: و للمشتري الفسخ، فيرجع بالثمن أو الأرض مع الجهل. أقول: يحتمل أن يكون الأرض محروراً عطفاً على الثمن، يعني: فيرجع بالثمن إن فسخ، أو يرجع بالأرض إن أمضاه. و عليه لا يرد على العبارة ما ذكره.

٤٨٩٠. قال المحقق الثاني في شرح ذلك ما هذا لفظه: «المراد بثمنه قيمته، فإن إطلاق الثمن على القيمة واقع في كلامهم، نظراً إلى أن شأنه إذا بيع أن يشتري بقيمته، و إن اقتضت العوارض زيادة أو نقصاناً. و إنما حملنا الثمن في عبارته على القيمة لما عرفت من أن الثمن لا يضمن إذا أجاز الجاني عليه البيع، بل المضمون أقل الأمرين. و قرينة ذلك في العبارة قوله: «أيضاً» فإنه لم يسبق إيجاب دفع الثمن في الأرض، بل دفع القيمة كما هو معلوم».

أقول: بل يفي الرجوع إلى الثمن بقوله: «لا الثمن». و أما إيجاب دفع القيمة فقد سبق في ضمن قوله: «و يضمن الأقل من الأرض و القيمة» فتأمل، فإنه مبني على ما ذكره من كون «الأرض» بالرفع عطفاً على الفسخ، و أما بناءً على ما ذكرنا من كونه بالجر عطفاً على الثمن فلا يكون قوله «أيضاً» في العبارة قرينة على ما ذكره، فإن الرجوع بالثمن قد سبق في قوله: «فيرجع بالثمن». فمعنى العبارة بناءً على ما ذكرناه: أنه يرجع بتمام الثمن إن فسخ، و يرجع بالأرض إن لم يفسخ. و على الثاني؛ فإن استوعبت الجناية القيمة فيرجع بتمام الثمن أيضاً، و

و إلا فقدر الأرض (٤٨٩١)، و لا يرجع لو كان عالماً (٤٨٩٢)،

.....
لكن أرشاً لافسحاً، لأن الأرض في مثل ذلك تمام ثمنه، فيرجع بتمامه أيضاً كما يرجع به لو فسخ، و إلا فبعض الثمن الذي هو قدر الأرض.

و بالجملة، مراده: أن المشتري مع الجهل يرجع بتمام الثمن في صورتين: إحداهما: صورة الفسخ، و الأخرى: صورة عدم الفسخ و اختيار الأرض مع استيعاب الجناية القيمة. و يشهد على ما ذكرنا في بيان نكتة قوله: «أيضاً» قوله في التذكرة: «و يتخير المشتري الجاهل في الفسخ، و يرجع بالثمن معه - أي: مع الفسخ - أو مع الاستيعاب، أي: بدون الفسخ». وجه الشهادة غير خفي على من له أدنى تأمل، حيث إنه ظاهر في أن الرجوع إلى تمام الثمن له صورتان كما ذكرنا. و مثل ذلك عبارة التحرير، بل هو صريح في أن التعبير بقوله: «أيضاً» في صورة الاستيعاب إنما هو سبق الرجوع بتمام الثمن في صورة الفسخ.

و بالجملة، ما جعله قرينة على حمل الثمن على القيمة فيه ما مرّ. نعم، ما علّله به من أن الجاني لا يجني على أزيد من نفسه، و جناية العبد ليست على سيّده، صحيح متين. و هذا هو الوجه في كون المراد من الثمن في صورة الاستيعاب و عدم الفسخ هو القيمة، و إنما عبر عنها بالثمن نظراً إلى الغالب من كون الثمن بمقدار القيمة.

و كيف كان، ففرض المصنف رحمته من مورد دلالة عبارات الكتب الثلاثة للعلامة على الأرض المستوعب للثمن هو هذه الفقرة المتضمنة للرجوع بتمام الثمن أرشاً على تقدير عدم الفسخ. و لافرق في ظهورها فيما ذكر بين أن يكون الثمن بمعناه الظاهر فيه و بين أن يكون بمعنى القيمة.

٤٨٩١. قال في جامع المقاصد: «أي: و إن لم يستوعب الجناية القيمة فقدر الأرض هو الواجب، لما سبق». إذا عرفت ذلك، فهذا الأرض إن كان من البائع فقد سبق ذكره في قوله: «و يضمن الأقل من الأرض و القيمة...». و إن كان من المشتري فسيأتي في قوله: «فله أن يفديه كالمالك» فيكون مستدركاً و يمكن الجواب بأن هذا بيان لحكم ما إذا كان المشتري جاهلاً و رضي بالأرض من البائع، فإنه إن طلب المحني عليه الأرض و كان مستوعباً لم يلزم المشتري سوى القيمة، و لو اقتصر منه ذهب على المشتري. و لم يذكر هذا لظهوره.

٤٨٩٢. قال في جامع المقاصد: «أي: لو كان المشتري عالماً بالحال فلا رجوع له على

و له أن يفديه كالمالك (٤٨٩٣) و لا يرجع به عليه. و لو اقتصر منه فلا ردّ و له الأرض (٤٨٩٤)، و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانياً و غير جانٍ من الثمن (٤٨٩٥)، انتهى. و ذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب.

و قال في أوائل البيع من التذكرة - في مسألة بيع العبد الجاني -: و لو كان المولى معسراً لم يسقط حق المجنيّ عليه (٤٨٩٦) من الرقبة ما لم يجز البيع أولاً، فإنّ البائع إنّما

البائع بالثمن، إذ ليس له الفسخ، لعلمه بالعيب. و لو قال: و لافسخ لو كان عالماً، لكان أولى، لأنّ نفي استحقاق الرجوع لا ينفي ثبوت الفسخ.

٤٨٩٣. قال في جامع المقاصد: «أي: للمشتري العالم بالعيب ذلك لكن يرضى المجنيّ عليه. و هو مستفاد من قوله: «كالمالك» و لكونه عالماً لم يكن له الرجوع به».

٤٨٩٤. عدم الردّ من جهة عدم كونه قائماً بعينه. و في جامع المقاصد ما هذا لفظه: «أي: لو اقتصر من الجاني في يد المشتري فلا ردّ، لأنّ ذلك عيب قد حدث في يده، فيكون مضموناً فامتنع الردّ. لكن له المطالبة بالأرض إذا كان جاهلاً بالعيب، كما لو حدث في الميعب عيب آخر عند المشتري الجاهل بعينه. و لا يخفى أنّ هذا حيث يكون الاقتصاص في غير زمان الخيار المختصّ بالمشتري، فإنّ في زمان هذا الخيار مضمون على البائع ما لم يفرط المشتري» انتهى. و سنعرّض إن شاء الله لشرح قوله: «و لا يخفى...» في مسألة أنّ التلف في زمن الخيار من خيار له، فانتظر.

٤٨٩٥. قال في جامع المقاصد: «إنّما أفرد هذا الأرض بالذكر بعد أن ذكر ضابط الأرض مطلقاً لأنّه ربّما يخفى. و في العبارة حذف تقديره: و الأرض هنا نسبة تفاوت ما بين قيمته جانياً و قيمته غير جانٍ، فيؤخذ بتلك النسبة من الثمن. و لا بدّ من تقييد كونه جانياً بالجناية المخصوصة، لتفاوت القيمة قلّة و كثرة بتفاوت الجنایات». انتهى كلامه. يعني: فهو - أي: الأرض - في صورة عدم الاستيعاب نسبة تفاوت... بخلاف صورة الاستيعاب، فإنّ الأرض فيها تمام الثمن - أي: القيمة - كما صرح به فيما سبق بقوله: «فالأرض ثمنه أيضاً». و إنّما نقلنا في شرح فقرات عبارة القواعد ما ذكره المحقّق الثاني لجودته و حسنه.

٤٨٩٦. يعني: لم يسقط بمجرّد بيع المولى للجاني حقّ المجنيّ عليه من الرقبة، و لم ينتقل عن رقبته إلى ذمّة المولى ما لم يجز المجنيّ عليه بيع العبد الجاني أولاً. و ضمير «تحصل» في ذيل

يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه، و لا يحصل من ذمة المعسر، فيبقى حق المجني عليه مقدماً على حق المشتري، و يتخير المشتري الجاهل في الفسخ، فيرجع بالثمن [معه]* أو مع الاستيعاب (٤٨٩٧)، لأن أرض مثل هذا جميع ثمنه. و إن لم يستوعب يرجع بقدر أرضه. و لو كان عالماً بتعلق الحق به، فلا رجوع - إلى أن قال (٤٨٩٨) -: و إن أوجبت الجناية قصاصاً تخير المشتري الجاهل بين الردّ و الأرض، فإن اقتصر منه احتمال تعيين الأرض (٤٨٩٩)،

.....
العبارة راجع إلى الفداء.

٤٨٩٧. يعني: و يرجع بتمام الثمن مع الفسخ، أو مع استيعاب الجناية للثمن و إن لم يفسخ، بل أمسكه مع أخذ الأرض، لأن أرض مثل هذا الذي استوعبت جنايته لتمام الثمن جميع ثمنه.

٤٨٩٨. العبارة التي ترك نقلها هو قوله: «و لو اختار المشتري الفداء فله، و البيع بحاله، لقيامه مقام البايع في التخيير. و حكمه في الرجوع فيما فداه به على البايع حكم قضاء الدين عنه. و للشافعي في المعسر قولان: البطان صيانة لحق المجني عليه، و إثبات الخيار للمجني عليه، فيفسخ البيع و يباع في الجناية». انتهى كلامه.

٤٨٩٩. في المسألة احتمالان: ١- كونه بائعاً ٢- كونه مشترياً

أحدهما: أنه يصح البيع و يسقط الردّ، لعدم كونه قائماً بعينه، و يتعين الأرض. و لا يطل البيع من أصله، لأنه تلف بالقصاص عند المشتري بعد القبض، لا عند البايع قبل القبض حتى يكون تلفه من البايع بمقتضى النبوي الذي مرجعه - بناءً على فهم المشهور - إلى بطلان البيع و انفساخه الموجب للرجوع بتمام الثمن، فإذا لم يكن هذا التلف على البايع، بل كان على المشتري، فلا يوجب الرجوع بتمام الثمن في مورد عدم استيعاب الجناية للقيمة، إذ لا موجب له حيثئذ إلا الانفساخ، و لا وجه له إلا كون التلف على البايع، و المفروض أنه على المشتري، لكونه بعد القبض، فلا يرجع في هذا المورد إلا بجزء الثمن الذي هو قسط قيمة ما بينه جانباً و غير جان، كما في بيع المريض الذي يموت عند المشتري، و بيع المرتد الذي يقتل عنده، مع جهله بالمرض و الارتداد، فإنه لا يطل البيع فيهما، بل يصحّ و يسقط الردّ، لعدم القيام بعينه، و يتعين الأرض. و بهذا الاحتمال قال أحمد و بعض الشافعية.

و هو قسط قيمة ما بينه جانياً و غير جانٍ (٤٩٠٠). و لا يطل البيع من أصله؛ لأنه

و ثانيهما: ما قال به أبو حنيفة و الشافعي، و هو أنه يطل البيع من أصله، و يرجع المشتري بجميع ثمنه، لأن تلفه بالقصاص إنما هو لأمر استحق عليه عند البائع، و هو الجناية، فيجري هذا التلف الذي سببه محقق عند البائع مجرى إتلاف البائع إياه في كون ضمانه عليه. و بعبارة أخرى: أن التلف عند المشتري بسبب تحقق عند البائع بمنزلة التلف عند البائع. و على هذا البيان لا يصح الجواب عن ذلك بما ذكره العلامة بعد هذه العبارة بقوله: «و ينتقض بالردة و المرض و التلف غير الإتلاف» لأن قضية قوله: «إنه يجري مجرى الإتلاف» أنه غيره، إلا أن يكون مراده أنه غيره حكماً، أي: لا يجري مجراه. و أما الردة فلا نقض بها عليه، لأنه هناك أيضاً قائل بالبطلان و الانفساخ على ما في التذكرة.

قال في أوائل مبحث خيار العيب: «مسألة: لو كان العيب بعد القبض و لكن بسبب سابق على العقد أو على القبض، كما لو اشترى عبداً جانياً أو مرتدداً أو محارباً، فإن كان قبل القبض يفسخ البيع إجماعاً. و إن كان بعد القبض، فإن كان المشتري جاهلاً بحاله فله الأرض، لأن القبض سلطه على التصرف فيدخل في ضمانه، و تعلق القتل برقبته كعيب من العيوب، فإذا هلك رجع على البائع بالأرض، و هو نسبة ما بين قيمته مستحقاً للقتل و غير مستحق من الثمن. و هو أحد قولي الشافعي. و أصحهما أنه من ضمان البائع، و به قال أبو حنيفة، لأن التلف حصل بسبب كان في يده، فأشبه ما لو كان عبداً مغصوباً فأخذه المستحق، فحينئذ يرجع المشتري عليه بجميع الثمن. و الأول أولى. و الفرق بينه و بين المغصوب ظاهر، و هو ثبوت الملك في المتنازع دون الصورة» انتهى موضع الحاجة، حيث إن قضية ما نسبته إلى الشافعي و أبي حنيفة هناك هو القول بالبطلان في الردة، و ظاهر عنوانه أنه من باب المثال، فلازمه قولهما في التلف بالمرض أيضاً.

فالتحقيق في الجواب أنه لا دليل على كون التلف عند المشتري بسبب سابق على العقد بمنزلة التلف عند البائع في الانفساخ، لاختصاص النبوي بالتلف الحقيقي قبل القبض، و عدم عمومه بسبب التلف.

٤٩٠٠. قد علم مما ذكره المحقق الثاني في شرح قوله في القواعد: «و هو نسبة تفاوت...» أن في هذه العبارة أيضاً حذفاً تقديره: و هو - أي: الأرض - في صورة عدم

تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتد. و قال أبو حنيفة و الشافعي: يرجع بجميع ثمنه؛ لأنّ تلفه لمعنى* استحقّ عليه عند الباع، فجرى** إتلافه، انتهى. و قال في التحرير في بيع الجاني خطأ: و لو كان السيّد معسراً لم يسقط حقّ المجنيّ عليه من رقبة العبد، فيتخير المشتري*** مع عدم علمه، فإن فسخ يرجع بالثمن؛ وكذا إن كانت الجناية مستوعبة، و إن لم يستوعب رجوع بالأرض، انتهى. و قال في أوائل البيع في هذه المسألة: و لو كان السيّد معسراً لم يسقط حقّ المجنيّ عليه عن رقبة العبد، و للمشتري الفسخ مع عدم العلم، فإن فسخ رجوع بالثمن، و إن لم يفسخ و استوعبت الجناية قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضاً، و إن لم يستوعب رجوع بقدر الأرض. و لو علم المشتري بتعلّق الحقّ برقبة العبد لم يرجع بشيء. و لو اختار المشتري أن يفديه جاز و رجع به على الباع مع الإذن، و إلّا فلا، انتهى. قوله: «و انتزعت» إمّا راجع إلى رقبة العبد (٤٩٠١) أو إلى القيمة إذا باعه المجنيّ عليه و أخذ قيمته، و هذا القيد غير موجود في باقي (٤٩٠٢) عبارات العلامة في كتبه الثلاثة.

وكيف كان: فالعبد المتعلّق برقبته حقّ للمجنيّ عليه يستوعب قيمته، إمّا أن يكون له قيمة تبذل بإزائه أو لا، و على الأوّل: فلا بدّ أن يبقى شيء من الثمن للبايع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه، و على الثاني: فينبغي بطلان البيع. و لو قيل: إن انتزاعه عن ملك المشتري

..... الاستيعاب نسبة قيمة ما بينه جانياً و غير جانٍ من الثمن لامطلقاً، إذ قد ذكر أنّ الأرض في صورة الاستيعاب تمام الثمن.

٤٩٠١. يعني: ضمير «انتزعت» إمّا راجع إلى رقبة العبد أو إلى القيمة... فيكون المعنى: و انتزع المجنيّ عليه من المشتري رقبة العبد نفسها، أو باعه و انتزع قيمته. و الأوّل أولى و أنسب بلفظ الانتزاع، إلّا أن يكون مقصوده بيعه من المشتري.

٤٩٠٢. يعني: لم يقيد الرجوع بتمام الثمن في صورة الاستيعاب بهذا القيد في غير التحرير من كتبه الثلاثة.

* في بعض النسخ بدل «لمعنى»، لأمر. ** في بعض النسخ زيادة: مجرى.

*** في بعض النسخ بدل «فيتخير المشتري»، و للمشتري الفسخ.

لحقّ كان عليه عند البايع يوجب غرامته على البايع كان اللازم من ذلك - مع منعه* في نفسه - أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتصر من الجاني عمداً. وقد عرفت من التذكرة والقواعد الحكم بقسط من الثمن فيه. وبالجملة، فالمسألة محل تأمل، والله العالم.

مسألة: يُعرف الأرض بمعرفة قيمتي الصحيح والمعيّب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البايع بنسبة ذلك التفاوت. وإذا لم تكن القيمة معلومة فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها. وهو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصودة، كمن يخبر: بأن هذه الحنطة أو مثلاًها يباع في السوق بكذا، وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهادة على سائر المحسوسات: من العدالة والإخبار عن الحسن والتعدد. وقد يخبر عن نظره وحده من جهة كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء وإن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس في أمثاله، وهذا يحتاج إلى الصفات السابقة وزيادة المعرفة والخبرة بهذا الجنس، ويقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبرة. وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة، كالصائغ العارف بأصناف الذهب والفضة من حيث الجودة والردالة، مع كون قيمة الجيد والرديء محفوظة عند الناس معروفة بينهم، فقلوه: «هذا قيمته كذا» يريد به أنه من جنس قيمته كذا، وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم (٤٩٠٣)، وكذا القسم الأول، فمرادهم بالمقوم هو الثاني.

٤٩٠٣. نعم، لو كان المقوم بمعنى جاعل القيمة ومخترعها، كالمرشع والمقنن بمعنى جاعل الشرع والقانون ومخترعهما. وهو قابل للمنع، لاحتمال أن يكون بمعنى مبيّن القيمة، كالحدث بمعنى مبيّن الحديث، فيدخل جميع الأقسام الثلاثة في المقوم. ثم لو سلّم فلا ثمة فيه إلا إذا كان هناك دليل دلّ على وجوب الرجوع إلى المقوم بهذا العنوان حتّى يتكلّم في أن هذا داخل فيه وذاك خارج، وهو منتف، إذ غاية ما يمكن أن يقال هنا هو دعوى الإجماع على حجية قول أهل الخبرة، وأنّ المقام من مصاديق هذه الكلية، وفيه - بعد الغضّ عمّا في هذه الدعوى ممّا قرّر عند الكلام في حجية قول اللغوي من الأصول - أنه لا فرق في صدق الخبرة و

لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول و إن احتمل في غير الأول الاكتفاء بالواحد: إمّا لزوم الحرج لو اعتبر التعدّد (٤٩٠٤) و إمّا لاعتبار الظنّ في مثل ذلك كما انسدت فيه باب العلم و يلزم من طرح (٤٩٠٥) قول العادل الواحد و الأخذ بالأقلّ (٤٩٠٦) - لأصالة برائة ذمة البائع - تضييع حقّ المشتري في أكثر المقامات. و إمّا لعموم ما دلّ على قبول قول العادل، خرج منه ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني، لكونه ناشئاً عن حدس و اجتهاد و تتبّع الأشباه و الأنظار و قياسه عليها (٤٩٠٧) حتّى أنّه يحكم لأجل ذلك بأنّه ينبغي أن يبذل بإزائه كذا و

الاطّلاع بين تلك الأقسام، لأنّ ملاك الصدق - و هو معرفة القيمة - موجود في جميعها.

٤٩٠٤. فيه نظر، لعدم تمامية دليله. أمّا لزوم الحرج لو اعتبر التعدّد فلاّنه لا يقتضي نفي اعتبار خصوص التعدّد، لأنّه على تقدير لزومه إنّما يلزم من اعتبار جميع الصفات - سيّما العدالة - لخصوص التعدّد، فلو بني الأمر على رفع اليد من اعتبارها لأجل الحرج فلا بدّ من رفع اليد عن اعتبار اجتماعها لخصوص التعدّد، لو لم نقل بلزوم رفع اليد عن اعتبار خصوص العدالة، لقلة العدالة في المقومين. و اعتبار الظنّ لأجل الانسداد، فلأنّ قضية الانسداد على فرض تمامية مقدّماته إنّما هو اعتبار الظنّ من حيث هو من غير اعتبار خصوصية زائدة، و لازمه اعتبار قول من يفيد الظنّ، واحداً كان أم متعدّداً، فاسقاً كان أم عادلاً، مسلماً كان أم كافراً، ذكراً كان أم أنثى. و أمّا عموم دليل حجّة قول العادل فلاختصاصه بما إذا كان عن حسن، فلا يعمّ القسم الثاني.

٤٩٠٥. هذا عطف على «انسدت».

٤٩٠٦. وقوله: «و الأخذ بالأقلّ» عطف على الطرح من عطف اللازم على الملزوم. و «تضييع حقّ المشتري» فاعل «يلزم». و فيما ذكره من الملازمة منع واضح. أمّا أولاً: فلأنّ لزوم ما ذكر غير معلوم. و أمّا ثانياً: فلأنّ العمل بالظنّ أيضاً يلزم منه بعينه ما يلزم من العمل بالأصل، بل العمل بالبيّنة يلزم منه ذلك. و أمّا ثالثاً: فلأنّ العمل بالواحد دون الأصل يلزم منه تضييع حقّ البائع في أكثر المقامات. و لعمرى إنّ جعل العمل بأصالة البرائة تضييعاً لحقّ المشتري في أكثر المقامات، و عدم جعل العمل بالواحد تضييعاً لحقّ البائع كذلك، تخرّص و رجم بالغيّب. ٤٩٠٧. هذا عطف على التتبّع، و ضميره راجع إلى ما هو مستفاد من الكلام السابق

كذا و إن لم يوجد راغبٌ يبذل له ذلك. ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد أهل الخبرة أو توقّفهم ففي كفاية الظنّ أو الأخذ بالأقلّ وجهان (٤٩٠٨). و يحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر؛ لعدم العلم (٤٩٠٩) بتدارك العيب المضمون إلّا به.

مسألة: لو تعارض المقومون، فيحتمل: تقديم بيّنة الأقلّ؛ للأصل (٤٩١٠) و بيّنة الأكثر؛ لأنّها مثبتة (٤٩١١) و القرعة؛ لأنّها لكلّ أمرٍ مشتبّه (٤٩١٢) و الرجوع إلى

و ضمير «عليها» راجع إلى الأشباه و الأنظار.

٤٩٠٨. أقواهما الثاني، لعدم ثمانية مقدّمات حجّة الظنّ من باب الانسداد.

٤٩٠٩. يعني: وجه ضعفه أنّه مبنيّ على كون المقام من قبيل الشكّ في المحصل، بأن كان المكلف به هو تدارك العيب المضمون، و شكّ في أنّ ما يتدارك به هل هو الأقلّ أو الأكثر؟ و الأصل في مثله الاشتغال، و هو ممنوع، لأنّ المكلف به في المقام أداء نفس الأرض و التفاوت المرّد بين الأقلّ و الأكثر الاستقلاليّين، فيكون الدوران بينهما في نفس المكلف به، و الأصل فيه البرائة.

٤٩١٠. يعني: لموافقتها لأصالة البرائة عن الزائد، بعد انحلال العلم الإجمالي المرّد بين الأقلّ و الأكثر الاستقلاليّين إلى علم تفصيليّ بالأقلّ و شكّ في الزائد. و فيه: ما يذكره فيما بعد بقوله: «و يندفع الثاني بما قرّرناه في الأصول...».

٤٩١١. فيه ما يذكره فيما بعد بقوله: «و يندفع الأوّل بأنّ المفروض...».

٤٩١٢. إن كان إعمالها لتعيين ما يعمل به من البيّنتين، ففيه: أنّه لاموضوع لها و هو الاشتباه أو الإشكال، لسقوطهما عن الحجّة بالمرّة للتعارض، و معه لا يكون الأمر فيهما مشتبهاً أو مشكلاً حتّى يرجع إلى القرعة لرفع الاشتباه أو الإشكال. و ليس هنا دليل بالخصوص على القرعة في تقديم إحداها على الأخرى على خلاف قاعدة التساقط في المتعارضين.

و إن كان لتعيين القيمة الواقعيّة المرددة بينهما خاصّة، لحجّيتهما في نفى الثالث بمدلولهما الالتزامي الذي لاتعارض فيه بينهما، و تبعيته للمدلول المطابقي لهما إنّما هو في مرحلة الدلالة لا في مرحلة الحجّة و الاعتبار، فلا منافاة بين سقوطهما في المدلول المطابقي و عدمه في المدلول الالتزامي.

ففيه: أنّه لاموضوع لها أيضاً بناءً على أنّ الموضوع فيها هو المشتبه مطلقاً حتّى بعنوانه

الظاهري، و الموضوع في أصالة البرائة و الاستصحاب هو المشتبه بعنوانه الواقعي، و ذلك لأجل ارتفاع الاشتباه بالعنوان الظاهري بإجراء أصالة البرائة عن الزائد.

و أمّا بناءً على أنّ الموضوع في كليهما هو المشتبه بكلّ ما له من العنوان و لو كان ظاهرياً، أو بما له من خصوص عنوان الواقع.

ففيه: أنّه و إن كان يتحقّق لها موضوع في المقام، إلّا أنّ دليلها أعمّ من دليل أصالة البرائة، لعموم دليلها لمورد أصالة البرائة و غيرها، فيخصّص به، فتأمل. نعم، يقدّم القرعة على أصالة البرائة و روداً أو حكومة لو كان الموضوع فيها هو المشكوك بعنوانه الواقعي، و في الأصل هو المشكوك بمطلق ما له من العنوان واقعياً كان أو ظاهرياً، إلّا أنّ التحقيق أنّ الموضوع فيهما معاً هو المشكوك بقول مطلق.

فإن قلت: الأمر كما ذكرت لو كان مدرك القرعة في المقام عمومات القرعة، و ليس كذلك، إذ لنا أدلة تدلّ على القرعة في خصوص تعارض البيّنات يعمّ بإطلاقها للمقام، فيقرع فيه لإطلاق هذه الأدلة الخاصّة. و هي جملة من الأخبار. منها: رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قلت له: رجل شهد له رجلان بأنّ له عند رجل خمسين درهماً، و جاء آخران فشهدا بأنّ له عنده مائة درهم، كلّهم شهدوا في موقف. قال: أقرع بينهم، ثمّ استحلف الذين أصابتهم القرعة بالله أنّهم يشهدون بالحقّ».

و منها: رواية عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان عليّ عليه أفضل الصلاة و السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيّهما يصير اليمين، و كان يقول: اللهم ربّ السماوات السبع - إلى آخر دعاء القرعة - ثمّ يجعل الحقّ للذي يصير عليه اليمين».

و منها: رواية الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر، و جاء آخران فشهدا على غير ذلك، فاختلفوا. قال: يقرع بينهم، فأيتهم قرع فعليه اليمين، و هو أولى بالحقّ». و منها: رواية داود بن سرحان عنه عليه السلام: «في شاهدين شهدا على أمر واحد، و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهد الأولان عليه، و اختلفوا. فقال: يقرع بينهم، فأيتهم أقرع عليه اليمين، و هو أولى بالقضاء».

و منها: رواية سماعة قال: «إنّ رجلين اختصما عليّ عليّ عليه السلام في دابة، فزعم كلّ واحد

منهما أنها نتجت على مزوده، و أقام كلّ منهما بيّنة سواء في العدد، فأقرع بينهما سهمين، فعلم السهمين كلّ واحد منهما بعلامة، ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع، و ربّ الأرضين السبع، و ربّ العرش العظيم، عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم، أيهما كان صاحب الدابة، و هو أولى بها، فأسألك أن يقرع و يخرج سهمه، فخرج سهم أحدهما».

و منها: رواية عبد الله بن سنان قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ رجلين اختصما في دابة إلى علي عليه السلام» فساق الكلام إلى آخر ما تقدّم في رواية سماعة. و موردهما و إن كان خصوص الدابة، إلّا أنّ الظاهر أنّه من باب المثال لجميع الأملاك من دون فرق بين الدابة و غيرها.

قلت: - بعد الغضّ عن الإشكال في الرواية الأولى بأنّ مفادها و هو إحلاف الشهود غير معمول به، فتأمل، و عن الإشكال في رواية سماعة بأنّها قضية سمعها من أفواه الناس و نقلها، و ليست برواية، حيث إنّ ليس من رجال الأمير عليه السلام، فافهم - إنّ هذه الأخبار المطلقة لا يصحّ الاستناد إليها في المقام. أمّا أولاً: فلاّنها أخصّ منه من جهتين: إحداها: اختصاصها بصورة التخاصم و الترافع، و المقام أعمّ من ذلك، إذ قد يتفق أنّهما لا يعلمان بالقيمة، فيرجعان إلى الغير فيتفق الاختلاف. و ثانيهما: اختصاصها بمورد يمكن فيه الحلف ثمّ عينته القرعة، و المدعى أعمّ من ذلك، إذ قد لا يمكن له ذلك، لجهله بالواقع، بل مقتضى قول المصنّف عليه السلام: «و المورد غير قابل للحلف، لجهل كلّ منهما بالواقع» هو اختصاص مورد البحث بذلك.

و أمّا ثانياً: فلاّنها معارضة بأخبار آخر منطبقة على المقام - من كون أحد المتخاصمين مدّعياً، و الآخر مدعى عليه و منكراً- هي أخصّ من ذلك، لاختصاصها بما إذا كان مورد النزاع بيد أحدهما فقط، حيث إنّ مفادها - بعد ما يقتضيه صناعة الجمع بين بعضها مع بعض - هو رفع اليد عن البيّنة للتعارض، و إحلاف ذي اليد و موافق الأصل، كما هو قضية النبوي: «البيّنة على المدعي، و اليمين على من أنكر» فيخصّص تلك المطلقات بهذه الأخبار، و نتيجه هو الحكم بالتساقط بعد التكافؤ، و إحلاف مدعي الأقلّ. و هذه عدّة أخبار، منها: الفقرة الأخيرة ممّا أرسله في محكيّ كشف اللثام عن أمير المؤمنين: «في البيّنتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان، أنّه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت بيّنة كلّ واحد منهما و ليس في أيديهما. فأما إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان. و إن كان في يد أحدهما فالبيّنة على المدعي و

اليمين على المدعى عليه» بناءً على أن يكون ذكر النبويّ ناظرًا إلى الفقرة الأخيرة، كما لعلّه الظاهر، يعني في صورة اختلاف البيّنتين إن كان المتنازع فيه في يد أحدهما، يستحلف المدعى عليه و هو ذو اليد؛ لقوله اليمين على المدعى عليه. و منها: الفقرة الأخيرة من رواية إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام «أنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما، و أقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها نتحت عنده، فأحلفهما علي عليه السلام إلى أن قال: قيل: فإن كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا البيّنة، قال عليه السلام أقضي بها للحالف الذي في يده. و منها: رواية غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان و كلاهما أقاما البيّنة أنّه أنتجها فقضى بها للذي في يده و قال لو لم يكن في يده جعلتها بينهما نصفين فإنّها بعد رفع اليد عن إطلاقها الدالّ على عدم اعتبار إحلاف ذي اليد بما قبلها و ما بعدها من الأخبار الدالة على اعتباره توافق سائر الأخبار. و منها: رواية أبي بصير، «قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم، فيدعي داراً في أيديهم و يقيم البيّنة، و يقيم الذي في يده الدار البيّنة أنّه ورثها و لا يدري كيف كان أمرها. قال: أكثرها بيّنة يستحلف و تدفع إليه الحديث» بناءً على أن يكون المراد من البيّنة في قوله «أكثرهم بيّنة يستحلف» هو مطلق الحجّة، فيعمّ اليد أيضاً. و استعمالها في هذا المعنى شائع في الكتاب و السنّة مثل قوله تعالى ﴿لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ﴾ الآية، فتكون مفادها إحلاف ذي اليد؛ لأنّه أكثر بيّنة؛ إذ له حجتان اليد و البيّنة. و الوجه في حملها على ما ذكر: أنّ ظاهرها مع كون البيّنة بمعناها الاصطلاحي و هو الترجيح بالكثرة مع استحلاف صاحبها لم يعرف العمل به في موردها أعني ما كانت العين بيد أحدهما إلّا من قليل، كما صرح به بعضهم على ما حكى في قرارات شيخنا الأستاذ المولى المحقّق الخراساني رحمه الله في مبحث القضاء. فهذه جملة من الأخبار الدالة على أنّ ميزان القضاء في مثل المقام ممّا تعارضت فيه البيّتان، مع كون المتخاصمين مدّعيا و الآخر مدّعي. عليه، هو حلف المدّعي. عليه، لا البيّنة التي عيّنته القرعة، و لانفس القرعة، فيقيّد بها الإطلاقات المتقدّمة الشاملة لمورد هذه الأخبار و غيره ممّا لم يكن أحدهما بالخصوص مدّعيا و مقابله مدّعي عليه. و لا يعارض هذه الأخبار ما يدلّ على القضاء بيّنة المدّعي مثل رواية منصور، «قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل في يده شاة، فجاء رجل، فادّعاها، فأقام البيّنة العادلة أنّها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع، و جاء الذي في يده بالبيّنة مثلهم عدول أنّها ولدت عنده لم يبع و لم يهب. فقال أبو عبد الله عليه السلام حقّها للمدّعي، و لا أقبل

من الذي في يده بيّنة؛ لأنّ الله ﷻ إنّما أمر أن يطلب البيّنة من المدّعي. فإن كانت له بيّنة، و إلّا فيمين الذي هو في يده. هكذا أمر الله ﷻ حيث إنّ صريح في عدم حجّة بيّنة المدّعي عليه في صورة عدم التعارض، - فضلاً عن صورة التعارض - و أنّ الميزان هو الحكم على طبق بيّنة المدّعي. وكذا ما يدلّ على القرعة لتعيين ذي الحقّ على الظاهر و لو في صورة تساوي الشهود، مثل مرسلّة يزيد بن عطار عنه ﷺ في رجل كانت له امرأة، فجاء رجل بشهود أنّ هذه المرأة امرأة فلان، و جاء آخران فشهدا أنّها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا، فقال يقرع بينهم، فمن خرج سهمه فهو المحقّ و هو أولى؛ بناءً على كون الرجل الأوّل ذا يد على المرأة. وجهه عدم المعارضة إمّا في رواية منصور فلضعف سندها لكون سندها مرمياً بالضعف كما في البلغة و في سندها ما لا يخفى، كما في الجواهر؛ و لعلّ الوجه في هذا كما ذكرنا فيما سبق أنّ منصوراً من رجال الصادق عليه السلام إنّ كان هو ابن محمّد بن عبد الله الخزاعي و من رجال الصادق و الكاظم عليه السلام إنّ كان هو ابن حازم. و الذي روي هو هذا الحديث عن منصور و هو محمّد بن حفص إنّما هو من رجال الغيبة؛ لأنّه كما في الخلاصة محمّد بن حفص بن عمر و أبوجعفر و هو ابن العمري و كان وكيل الناحية و كان الأمر يدور عليه، و إمّا في رواية ابن عطار؛ فلأنّ معارضتها لما تقدّم مبنية على عدم القول بالفصل بين موردها و هو التداعي في الزوجيّة و بين مورد ما تقدّم و هو التداعي في الأملاك، و هو ممنوع، بل القول به موجود، كما لا يخفى على المتتبع. هذا مع إمكان منع أنّ النزاع في موردها مثل سائر الأخبار المتقدمة بين ذي اليد و غيره - حتّى يكون أحدهما مدّعياً و الآخر مدّعي عليه كما هو محلّ البحث بل بين رجلين آخرين عدا من كانت المرأة تحته كما لعلّه الظاهر من التعبير بفلان و فلان. و لو سلّم فيمكن أن يقال إنّ المراد من المدّعي عليه من يوافق الحجة في مورد النزاع و اليد في مورده ليست حجة و أمانة على الزوجيّة مثل الملكيّة، فتكون أيضاً أجنبيّة عن مورد الأخبار المتقدمة. فتحصل أنّه لا يصحّ الاستناد في إعمال القرعة في المقام ممّا كان فيه ميزان آخر لفصل الخصومة غير البيّنة و هو حلف المدّعي عليه؛ من جهة كون أحد الطرفين مدّعياً و الآخر مدّعي عليه إلى عمومات القرعة، و لا إلى الأخبار الواردة في تعارض البيّتين. هذا بعض الكلام في تعارضهما و قد بسطناه في كتابنا جامع الدلالات في القضاء و الشهادات.

الصلح؛ لتثبت (٤٩١٣) كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة، و المورد غير قابل للحلف؛ لجهل كل منهما بالواقع، و تخيير الحاكم؛ لامتناع الجمع (٤٩١٤) و فقد المرجح. لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم^{٣٧} (٤٩١٥): من وجوب الجمع بينهما بقدر

٤٩١٣. فيه أن هذه الصغرى لا كبرى لها.

٤٩١٤. مجرد هذا لا يكفي في تخيره، بل لابد فيه مضافاً إلى هذا من عدم جواز إيقاف الدعوى و وجوب الحكم بالبيّنة لعدم إمكان الحلف لفرض الجهل بالواقع و عدم جواز تعيين ما يحكم به من البيّتين بالقرعة و إلا فلو لزم القرعة في تعيينه أو لزم الإيقاف لعدم الميزان للفصل لا بالحلف لفرض الجهل و لا بالبيّنة للتساقط فلاوجه لتخيره كما هو واضح.

٤٩١٥. في أقوائته منع لمنع القوة فيما ذكره دليلاً عليه؛ لأنه إن أراد من كون كل منهما حجة شرعية يلزم العمل به كونه كذلك بنفس أدلة الحجة، ففيه: أن قضيتها التساقط بالمرّة بناءً على الحجية على وجه الطريقتي، كما هو الظاهر و التخيير بينهما بأخذ أحدهما في تمام المضمون، و ترك الآخر كذلك بناءً على السببية. و بالجملة، أدلة الحجية لاتساعد ما ذكره من التبعض في المدلول. و إن أراد كونه كذلك بدليل آخر دلّ على العمل بالبيّنة مهما أمكن و لو كان بالتبعض في المضمون، ففيه: منع قيام دليل عليه على ما قرّر في مبحث التعادل و الترجيح عند التكلّم في أن الجمع مهما أمكن أولى من الطرح.

و قد يستدلّ على ذلك بدعوى الإجماع. و يشكل ذلك بنسبة ذلك إلى المعظم، إذ الظاهر منها وجود الخلاف في المسألة.

و قد يستأنس لذلك بما في قيمة الهدى المتعذر شرائه المختلف قيمته، ففي الكافي بسنده عن عبدالله بن عمر قال: «كنا بمكة فأصابنا غلاء في الأضاحي، فاشترينا بدينار ثمّ بدينارين ثمّ بلغت سبعة، ثمّ لم توجد بقليل و لا كثير، فوقع هشام المكارى رقعة إلى أبي الحسن عليه السلام، فأخبره بما اشتريناه ثمّ لم نجد بقليل و لا كثير، فوقع: انظروا إلى الثمن الأوّل و الثاني و الثالث ثمّ تصدّقوا بمثل ثلثه».

و فيه: أنه ليس في العيب، بل في اختلاف القيم السوقية الناشئة من اختلاف الزمان من حيث كثرة وجود الشيء و قلته. و دعوى أن المناط هو صرف الاختلاف في القيمة من دون دخل نشوء من الاختلاف المذكور، و هو موجود فيما نحن فيه أيضاً، مجازفة صرفة. بل الرواية

الإمكان؛ لأنّ كلاً منهما حجّة شرعية*، فإذا تعدّر العمل به في تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قومه أحدهما بعشرة فقد قومه كلاً من نصفه بخمسة، وإذا قومه الآخر بثمانية فقد قومه كلاً من نصفه بأربعة، فيعمل بكلّ منهما في نصف المبيع. و قولهما وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكلّ - فيلزم ممّا ذكر (٤٩١٦) طرح كلا القولين في النصفين - إلاّ أنّ طرح قول كلّ منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امثال أدلة العمل بكلّ بينة من طرح كليهما أو إحداها رأساً، وهذا معنى قولهم: «إنّ الجمع بين الدليلين و العمل بكلّ منهما - و لو من وجه - أولى من طرح أحدهما رأساً»؛ ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة: الحكم بالتصنيف فيما لو تعارضت البيّتان في دارٍ في يد رجلين يدّعيها كلّ منهما^{٣٨}، بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى؛ لأنّ الأخذ بأحدهما كلفة و طرح** الآخر كذلك في التكاليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حقّ الله سبحانه (٤٩١٧)؛

أجنبية عمّا قواه فيما نحن فيه من العمل بقول كلّ مقومٍ في مقدار خاصّ من المبيع، لأنّ قضية إجراء ما قواه في الباب في مورد الرواية هو الجمع بين القيم السبعة و التصدّق بسبع كلّ من السبعة، لا الجمع بين القيم الثلاثة الأولى و التصدّق بثلاث كلّ منها - مع كونها السبعة - كما هو صريح الرواية.

و بالجملة، ما قواه^{٣٩} حالّ عن الدليل، بل الدليل على خلافه، لأنّ كلاً من المقومين ينفي بالمطلوب الالتزامي لكلامه القيمة المنتزعة من القيمتين أو القيم. فالتحقيق هو الحكم بالتساقط و الرجوع إلى الأصل، فإن لم يكن هناك ترافع فهو، و إلاّ فيحلف موافق الأصل إن أمكن له ذلك، و إلاّ - بأن كان جاهلاً - فإدّ إلى خصمه فيحلف إن أمكن له ذلك، و إلاّ فيفصل بميزان آخر غير البيّنة لو كان، و إلاّ فتوقّف الدعوى إلى أن يوجد بفصلها ميزان، فتدبر.

٤٩١٦. يعني: يلزم ممّا ذكر من تعدّر العمل بهما في مورد التعارض طرح كلا القولين في كلّ من النصفين مثل الكلّ، لتعدّر العمل بكلّ منهما في كلّ منهما.

٤٩١٧. يعني: ليس للتبعض في مضمون كلّ منهما بالعمل ببعضه دون بعضه مزية

لرجوع الكلّ إلى امتثال أمر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس، فإنّ في التبعض جمعاً بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو في الجملة؛ و لعلّ هذا هو السرّ في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من موارد الفقه*.

و قد يُستشكل ما ذكرنا: تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق؛ لأنّ مرجع بينة النفي إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة، فبينّة الإثبات المدّعية للزيادة سليمة. و أخرى بأنّ الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيّنتين بمَرَجَحٍ، و أصالة البرائة هنا مَرَجَحَةٌ للبينّة الحاكمة بالأقلّ. و ثالثة بأنّ في الجمع مخالفة قطعية و إن كان فيه موافقة قطعية، لكنّ التخيير الذي لا يكون فيه إلّا مخالفة احتمالية أولى منه.

و يندفع الأوّل: بأنّ المفروض أنّ بينة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعاً، و أنّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفة. و يندفع الثاني بما قرّرناه في الأصول: من أنّ الأصول الظاهرية لاتصير مَرَجَحَةً للأدلة الاجتهادية، بل تصلح مرجعاً في المسألة لو تساقط الدليلان

.....
على أخذ أحدهما في تمام مضمونه و ترك الآخر كذلك فيما هو الداعي إليه، إذ الداعي إلى كلّ واحد من التبعض و مقابله إنّما هو مراعاة حقه تعالى، بل هما متساويان في ذلك، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر، بخلاف كون الشخص مكلفاً بإحقاق حقوق الناس و إيصالها إليهم كالقاضي، فإنّ للتبعض فيه مزية على أخذ أحدهما في التمام و ترك الآخر كذلك، و هو الجمع بين حقوق الناس، بمعنى مراعاة جميع أطراف الشبهة و لو في الجملة، بخلاف الأخذ بأحدهما في الكلّ و ترك الآخر فيه، فإنّه لا يراعى فيه إلا أحد أطراف الشبهة.

هذا، و فيه: أنّه و إن كان مكلفاً بإحقاق حقوق الناس لكن بموازينه الشرعية المجعولة لفصل الخصومة و إيصال الحقّ إلى صاحبه، و لادليل على كون العمل بالبيّتين كذلك - أي: بطور التبعض في المضمون - من الموازين لو لم يقل بدلالة النبوي ﷺ: «البيّنة على المدّعي، و اليمين على من أنكر» على عدمه، فيكون تشريعاً صرفاً. و هذا - أي: عدم الدليل - هو السرّ في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس، و التحقيق ما ذكره من الحكم بالتساقط و المعالجة بعلاج آخر.

من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض (٤٩١٨) كما في الظاهرين المتعارضين كالعاقين من وجه المطابق أحدهما للأصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل: أن بيّنة الزيادة تثبت أمراً مخالفاً للأصل، و معارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرّة (٤٩١٩) لفقد المرجح، فيجمع بين النفي و الإثبات في النصفين. و يندفع الثالث: بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية الغير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنما هو في مقام الإطاعة و المعصية الراجعتين إلى الانقياد و التجري حيث إن ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد، بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس، فإن مراعاة الجميع* أولى من إهمال أحدهما رأساً و إن اشتمل على

٤٩١٨. مراده من الدلالة هو الظهور، و من مناطها أصالة الظهور. و الوجه في ارتفاعها فيهما لأجل التعارض هو حصول العلم الإجمالي بمخالفة أحد الأصلين في أحد الظاهرين للواقع الناشئ من التعارض، إذ مع العلم بذلك يرتفع في أحد الأصلين الشك المأخوذ في موضوعه، و بواسطة بطلان الترجيح بلا مرجح يحكم بسقوطهما. و ما نحن فيه ليس كذلك، لأن دلالة كلام البيّنة أن الدار لزيد على إرادة تمام أجزاء الدار ليست من باب الظهور و أصالة الظهور، حتّى يقال بارتفاع مناطها لأجل التعارض، بل من باب القطع و اليقين بحيث لا يشوبه ريب و لا يدانيه شك، فالمناط موجود مع التعارض أيضاً، و مع وجود المناط فيهما لا يسقطان حتّى يكون الأصل مرجعاً.

و فيه: أنه لا يعتبر في التساقط ارتفاع مناط الدلالة، بل يكفي فيه عدم إمكان العمل بالدليلين، و هو موجود فيما نحن فيه، فيحكم بالتساقط و الرجوع إلى الأصل. نعم، ما ذكره من نفي مرجعية الأصل في محله، لما قد قرّر في الأصول من اعتبار كون المرجح بالكسر في مرتبته بالفتح، و الأصل متأخر عن الدليل الاجتهادي رتبة.

٤٩١٩. قد علم ممّا ذكرنا في الحاشية السابقة أنها توجه بالمرّة و في جميع مدلوله، لعدم انحصار وجه السقوط بفقد المرجح، و كفاية عدم إمكان العمل بهما فيه، فلا موجب للجمع بين النفي و الإثبات في النصفين، بل هو من جهة كونه حكماً بلا دليل عليه يكون تشريعاً.

إعمال الآخر إذ ليس الحقّ فيهما لواحد* كما في حقوق الله سبحانه.
ثم إن قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة؛ لأنّ المأمور به (٤٩٢٠) هو العمل
بكلّ من الدليلين، لا بالواقع المردّد بينهما؛ إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع، فهما مبيان
مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس، فيجب مراعاتهما وإعمال أسبابهما بقدر الإمكان، إذ
لا ينفع توفية حقّ واحد مع إهمال حقّ الآخر رأساً على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في
المبيع (٤٩٢١).

٤٩٢٠. ينبغي أن تعلّل الحكومة بأنّ مفاد القاعدة حجيّة كلّ بيّنة في بعض مضمونها، و
مع وجود الحجّة يرتفع موضوع القرعة و هو التحير، لأنّ قضيّة ما ذكره هو عدم المورد للقرعة
حتّى مع فرض الغضّ عن قاعدة الجمع، و ليس هذا شأن الحكومة، فتأمل، فإنّ فيما ذكره من
التعليل خفاءً ينبغي التدبّر في فهمه.

٤٩٢١. في بعض النسخ المصحّحة بعد هذا هكذا: «و يمكن أيضاً على وجه التنصيف
فيما به التفاوت بين القيمتين، بأن يعمل في نصفه بقول المثبت للزيادة، و في نصفه الآخر بقول
النافي، فإذا قومه إحداها باثني عشر و الأخرى بثمانية، أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت، و
في نصفها الآخر بقول النافي، جمعاً بين البائع و المشتري، لكنّ الأظهر هو الجمع على النهج
الأوّل» انتهى. و المراد من الأربعة هو الأربعة التي هو تفاوت ما بين الاثني عشر و بين الثمانية.
أقول: هذا الذي نقلناه من بعض النسخ هو المقصود من قوله فيما بعد: «على النهج الذي
ذكرناه أخيراً» و قوله في أواخر البحث: «و أمّا إذا كان المستند بمجرد الجمع بين الحقّين» على
ما ذكرناه أخيراً بأنّ ينزّل... و يعلم من قوله هناك: «بأنّ تنزّل القيمة الزائدة و ترفع الناقصة
على حدّ سواء» أنّ المراد من التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين هو تزويد القيمة الناقصة
بنصف ما به التفاوت، و تنقيص القيمة الزائدة بنصفه الآخر. و لافرق بين هذا النهج و بين
النهج الأوّل المعروف، و هو التنصيف في المبيع، فإنّ القيمة في المثال المذكور للصحيح على كلا
النهجين يكون عشرة، غاية الأمر قد حصلت على هذا النهج - الذي نقلناه من بعض النسخ
المصحّحة - هي من تنزّل الاثني عشر بنصف الأربعة التي هي ما به التفاوت، و ارتفاع الثمانية

ثم إن المعروف في الجمع بين البيّنات الجمع (٤٩٢٢)

بنصفها الآخر، و حصلت هي على النهج الأوّل المعروف من تركيب العشرة من ستة للنصف و أربعة للنصف الآخر. و بالجملة، لاتفوت بين النهجين في النتيجة و مقدار الأرض. و مع ذلك ففي وجه ما ذكره من أظهرية الجمع بالنهج الأوّل خفاء.

٤٩٢٢. نحن و إن كنّا في فسحة من التكلّم في طريق الجمع و النقص و الإبرام في ذلك، حيث إنّنا لانقول بما هو مبين عليه من لزوم الجمع بين البيّنات، لما قدّمناه من عدم الدليل عليه لاعموماً و لاختصاصاً، إلّا أنّه لما كان البناء على شرح ما يحتاج إليه من عبارات المتن، فلا محيص لنا عن التعرّض لتوضيح ما ينبغي توضيحه من فقرات العبارة. و يعجبي أن أمزج الشرح بالمتن من هنا إلى آخر ما ذكره المصنّف طلباً لغاية الإيضاح، فنقول:

(ثم إن المعروف) و المشهور (في الجمع بين البيّنات) المختلفة في قيمة المبيع هو (الجمع بينها في قيمتي الصحيح) إن كانت البيّنة اثنتين، و قيم الصحيح إن كانت البيّنة فوق اثنتين، بالعمل بكلّ بيّنة في جزء من المبيع (فيؤخذ من القيمتين للصحيح) كانت إحداها له بناءً على تقويم إحدى البيّنتين له بقيمة، و الأخرى له بناءً على تقويم الأخرى له بقيمة، قيمة أخرى غيرهما هي مجموع (نصفهما) نصف إحدى القيمتين لنصف المبيع، و نصف القيمة الأخرى لنصفه الآخر (و) تؤخذ (من) القيم (الثلاث) للصحيح فيما لو كانت هناك بيّنات ثلاث، قيمة أخرى هي (ثلثها) أي: ثلث كلّ واحدة من القيم الثلاث، ثلث إحدى القيم لثلث المبيع، و ثلث القيمة الأخرى لثلثه الآخر، و ثلث القيمة الثالثة لثلثه الثالث (و من) القيم (الأربع) كما فيما إذا كانت البيّنة أربع، قيمة أخرى هي (ربعها) أي: ربع كلّ واحدة من القيم الأربع، ربع إحداها لربع المبيع، و ربع الأخرى لربعه الآخر، و ربع الثالثة لربعه الثالث، و ربع الرابعة لربعه الرابع (و هكذا في المعيب) فيؤخذ من قيمته قيمة ثالثة هي مجموع نصفهما، و من قيمه الثلاث قيمة هي مجموع أثلاثها، و من الأربع أرباعها، و هكذا.

(ثم يلاحظ النسبة) و التفاوت بين ما هو (المأخوذ) و المنتزع من القيمتين أو القيم قيمة (لصحيح و بين) ما هو (المأخوذ) منهما أو منها قيمة (للمعيب و يؤخذ) من الثمن (بتلك النسبة) المعبر عنها بكسر من الكسور، كالنصف و الثلث و الربع و الثلثين و هكذا. (فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح) الذي قوّته بمسا البيّتان (اثني عشرة، و الأخرى

ستة) وكان (إحدى قيمتي المعيب أربعة، و الأخرى اثنين، أخذ للصحيح) قيمة هي مجموع نصف الاثني عشر - أعني: ستة - و نصف الستة، أعني: ثلاثة، و هو - أي: المجموع من النصفين المذكورين - (تسعة و) أخذ (للمعيب) أيضاً قيمة هي مجموع نصف الأربعة - أعني: اثنين - و نصف الاثنين - أعني: واحداً - و هو أي: المجموع منهما (ثلاثة) ثم يلاحظ النسبة (و التفاوت) بين التسعة و بين الثلاثة و هو (بالثلثين) لأن التسعة تزيد على الثلاثة بثلثي التسعة، و الثلاثة تنقص عنها بثلثيها (فيكون الأرض) المأخوذ من البائع (ثلثي الثمن) المسمى في العقد.

(و يحتمل الجمع) بين البيّنات (بطريق آخر) هو مغاير للطريق المعروف، في أن اللازم فيه ملاحظة القيمتين أو القيم و أخذ قيمة أخرى غيرهما أو غيرها قد انتزعت من التجزئة و التبعيض في المبيع، و العمل بقول كلّ بيّنة في جزء منه من النصف إن كانت البيّنة اثنتين، و الثلث إن كانت ثلاثاً، و الربع إن كانت أربع، على ما هو قضية النهج الأوّل السذي أراده بقوله: (على النهج الذي ذكرناه من التنصيف في المبيع)، حيث إن المراد من التنصيف هو التجزئة، و إنما عبّر بالتنصيف بلحاظ أوّل مراتب تعدّد البيّنة، و هو كونها اثنتين، أو انتزعت من التبعيض فيما به التفاوت، أي: بتزليل القيمة الزائدة و ارتفاع القيمة الناقصة فيما به التفاوت على حدّ سواء من التنصيف و التليث و التربع و هكذا، على ما هو قضية النهج الذي ذكره أخيراً بقوله: «و يمكن أيضاً...» الذي سقط من المتن، و نقلناه آنفاً عن بعض النسخ المصحّحة. و هذا بخلاف هذا الطريق الذي تعرّض له بقوله: (و يحتمل الجمع بين البيّنات بطريق آخر) إذ لا حاجة فيه إلى ملاحظة القيمتين أو القيم، لعدم الحاجة إلى انتزاع قيمة أخرى منهما أو منها.

و الوجه في ذلك يعلم من بيانه (و هو) أي: هذا الطريق الآخر على ما ذكره المصنّف رحمه الله (أن يرجع إلى كلّ بيّنة في) أخذ كسر من الكسور المعنونة به (مقدار التفاوت) بين القيمة للصحيح و القيمة للمعيب (و يجمع بين البيّنات) بأن يؤخذ الكسر بين قيمتي المعيب و الصحيح على كلّبيّنة، ثم ينسب هذا الكسر إلى الثمن، و يؤخذ منه نصف كلّ كسر لنصف المبيع إن كانت البيّنة اثنتين، و ثلثه لثلثه إن كانت ثلاثة و هكذا، أو ينصف كلّ كسر لنصف المبيع إذا كانت اثنتين، و يثلث إن كانت ثلاثة و هكذا، ثم يجمع جزء الكسرين أو أجزاء الكسور فيؤخذ المجموع من الثمن. و مآلهما إلى شيء واحد. و هذا يكفي (فيه) ملاحظة نفس التفاوت

بين القيمتين أو القيم (من غير) حاجة إلى (ملاحظة القيم) الاثنتين و ما فوقها و أخذ قيمة أخرى منها للصحيح.

(و هذا) الطريق (منسوب إلى الشهيد^{عليه السلام} على ما في الروضة. و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور) المعروف في مقدار ما يؤخذ من الثمن (كما في المثال المذكور، فإن التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البيتين بالثلثين كما ذكرناه في الطريق الأول) المعروف هو في الجمع بين البيّنات الذي ذكره بقوله: «ثم إن المعروف...». فيؤخذ من الثمن المفروض كونه اثني عشر ثلثاه - و هو: ثمانية - على كلا الطريقتين. أما على المشهور المعروف فلأن التفاوت بين القيمة المتزعة للصحيح - أعني: التسعة - و بين القيمة المتزعة للمعيب - أعني: الثلاثة - إنما هو الثلثان، لأن مقدار التفاوت بينهما ستة، و هي ثلثا التسعة، فيؤخذ من الثمن ثلثاه، و هو ثمانية. و أما على الطريق المنسوب إلى الشهيد^{عليه السلام} فلأن التفاوت في كل بينة بين قيمة الصحيح و المعيب - كالاثني عشر و الأربعة، و الستة و الاثني - إنما هو بالثلثين، فيجمع كل ثلثين مع الآخر فيصير المجموع أربعة أثلاث، فينصف هذا فيصير ثلثين، فيؤخذ من الثمن المذكور - و هو: الاثنا عشر - ثلثاه، و هو ثمانية.

(و قد يختلفان) فقد يزيد مقدار ما يؤخذ من الثمن على هذا الطريق المنسوب إلى الشهيد^{عليه السلام} على مقدار الطريق الأول المعروف المشهور (كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر، و الأخرى ثمانية، و قيمة المعيب على الأول) من قيمتي الصحيح (عشرة، و على الثاني) منها (خمسة).

(فعلى) الطريق (الأول) المعروف (يؤخذ نصف) العشرين الذي هو (مجموع قيمتي الصحيح) اللتين إحداهما اثنا عشر و الأخرى ثمانية (أعني) من نصف ذاك المجموع (العشرة) و يؤخذ نصف الخمسة عشر التي هي مجموع (قيمتي المعيب) إحداهما عشرة و الأخرى خمسة (و هو) أي: نصف ذاك المجموع (سبعة و نصف فالتفاوت) بين العشرة و بين السبعة و النصف (بالربع) و هو: اثنان و نصف، لأنه ربع العشرة (فالأرض) المأخوذ من البائع على هذا الطريق المعروف المشهور (ربع الثمن، أعني: ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر).

(و على) الطريق (الثاني) الذي هو للشهيد^{عليه السلام} (يؤخذ) من الاثني عشر المفروض كونه ثمانية (التفاوت بين) قيمتي (الصحيح و المعيب على إحدى البيتين) المعنون هذا التفاوت في المثال

بينها* في قيمتي الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما و من الثلاث ثلثها** و من الأربع ربعها*** و هكذا في المعيب، ثم تلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة، فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ستة، و إحدى قيمتي المعيب أربعة و الأخرى اثنين، أخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة، و التفاوت بالثلثين، فيكون الأرض ثلثي الثمن****. و يحتمل الجمع بطريق آخر، و هو: أن يرجع إلى البيّنة في مقدار التفاوت و يجمع بين البيّنات فيه من غير ملاحظة القيم. و هذا منسوب إلى الشهيد^{عليه السلام} على ما في الروضة^{٣٩}.

(بالسدس) لأنّ التفاوت بين الاثني عشر للصحيح و العشرة للمعيب اثنان، و هو سدس الاثني عشر، و يؤخذ منه أيضاً التفاوت بين قيمتي الصحيح (و) المعيب (على) البيّنة (الأخرى) أعني: الثمانية للصحيح و الخمسة للمعيب، و عنوان هذا التفاوت (ثلاثة أثمان) لأنّ التفاوت بينهما هو الثلاثة، و هي ثلاثة أثمان الثمانية، فيجمع بين السدس من الاثني عشر - و هو: اثنان - و بين الثلاثة أثمان من الاثني عشر أيضاً، و هي: أربعة و نصف، لأنّ ثمن الاثني عشر واحد و نصف، فثلاثة أثمانه يكون أربعة و نصفاً.

و لا يخفى أنّ التفاوت بين كلمة السدس و بين كلمة ثلاثة أثمان بإدخال الباء الجارة على الأولى دون الثانية، لأنّه من غلط النسخة، و الصواب إدخالها على الثانية أيضاً. و الجار و المجرور فيهما متعلق بمحذوف هو صفة للتفاوت، مثل: الكائن و نحوه.

و كيف كان، ينصف المجموع المركّب منهما، «سنة و نصفاً» بالنصب إن كان ما في النسخة «أعني» و لو كانت «سنة و نصف» بالرفع فلا بدّ أن يكون «و هو» بدل «أعني». و بالجملة لا يجوز الجمع بين «أعني»***** و بين أن يكون «و نصف» بالرفع كما هو واضح، فلا بدّ إمّا من قوله: «و هو» بدلاً عن «أعني» و إمّا من أن يكون

* في بعض النسخ: بينهما. ** في بعض النسخ: ثلاثهما. *** في بعض النسخ: ربعهما.

**** في بعض النسخ زيادة: و يمكن أيضاً على وجه التنصيف فيما به التفات بين القيمتين، بأن تعمل في نصفه بقول المثبت للزيادة، و في نصفه الآخر بقول النافي، فإذا قرّمه إحداها باثني عشر و الأخرى بشمانية، أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت و في نصفها الآخر بقول النافي؛ جمعاً بين حقّي البائع و المشتري. لكنّ الأظهر هو الجمع على النهج الأوّل.

***** أعني: من المجموع المركّب منهما.

و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور، فإن التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البيتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول. و قد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الأخرى ثمانية، و قيمة المعيب على الأول عشرة و على الثاني خمسة. فعلى الأول: يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح أعني العشرة، و نصف قيمتي المعيب و هو سبعة و نصف، فالتفاوت بالربع، فالأرض ربع الثمن، أعني ثلاثة من اثني عشر لو فرض الثمن اثني عشر. و على الثاني: يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على إحدى البيتين بالسدس و على الأخرى ثلاثة أثمان، و يُصَفَّ المجموع - أعني ستة و نصفاً من اثني عشر جزءاً - و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع، و قد كان في الأول ثلاثة. و قد ينقص (٤٩٢٣)

«نصفاً» بالنصب. وكيف كان، ينصف ستة و نصف من اثني عشر جزءاً، و يؤخذ نصفه - أي: نصف المجموع المركب منهما - من الثمن المفروض كونه اثني عشر، و هو - أي: نصف المجموع - ثلاثة و ربع، و قد كان في الطريق الأول ثلاثة، فزاد المقدار المأخوذ من الثمن على هذا الطريق الثاني المنسوب إلى الشهيد عليه على الطريق الأول المعروف بالربع.

٤٩٢٣. هذا عطف على جملة محدوفة بعد قوله: «و قد يختلفان» و هي ما ذكرناه في شرح العبارة من قوله: فقد يزيد كما... . و لو ذكر الجملة المزبورة لكان أولى، أو بدّل قوله: «و قد يختلفان» إلى قوله: و قد يزيد عليه - أي: على المشهور - لكان أولى. يعني: و قد يتفق أن مقدار التفاوت على الثاني المنسوب إلى الشهيد ينقص عن مقداره على الطريق الأول مقدار ما يؤخذ من الثمن على الطريق الأول المعروف، كما إذا اتفقا على أن قيمة المعيب ستة، و قال أحدهما: قيمة الصحيح ثمانية، و قالت الأخرى قيمته عشرة.

فعلى الطريق الأول المعروف يجمع الثمانية و العشرة اللتان هما القيمتان للصحيح، فيكون المجموع ثمانية عشر، و يؤخذ نصفها قيمة للصحيح، و هو تسعة، و نسبته* إلى نسبة النصف - و هو: التسعة - إلى قيمة المعيب التي اتفقتا عليها - أعني: الستة - إنما هي بالثلث، لأن التسعة تزيد على الستة بثلاثة، و هي ثلث التسعة، فيؤخذ من الثمن المفروض اثني عشر ثلثه، و هو أربعة.

و على الطريق الثاني المنسوب إلى الشهيد عليه السلام يكون ما يرجع فيه إلى كل بينة من التفاوت بين الصحيح و المغيب على إحدى البينتين التي قومتها بثمانية ربعاً، لأن الثمانية تزيد على الستة باثنين، و هو ربع الثمانية، و على البينة الأخرى التي قومتها صحيحاً بعشرة خمسين، لأن العشرة تزيد على الستة بأربعة، و هو: خمسان من العشرة، فيؤخذ من الثمن المفروض كونه اثني عشر نصف الربع - و هو الثمن - و نصف الخمسين و هو الخمس، فيكون المقدار المأخوذ من الثمن المفروض كونه اثني عشر ثمناً منه، و هو - أي: ثمن الاثني عشر - واحد و نصف، و خمساً منه، و هو - أي: خمس الاثني عشر - اثنان و خمس، و المجموع المركب من الواحد و النصف و الاثنين و الخمس يكون ثلاثة و أربعة أخماس و نصف خمس، و هو - أي: المجموع المركب منهما - ناقص عن الثلث - أي: ثلث الاثني عشر - بنصف خمس.

توضيح هذا المقام أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المغيب، و إما أن يكون في المغيب فقط مع اتفاقهما على الصحيح، و إما أن يكون فيهما. فإن كان في الصحيح فقط - كما في المثال الأخير - فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً بنقص مقدار الأرض على الطريق الثاني عنه على الأول كما في المثال المذكور، و مثله سائر الأمثلة، لأنك قد عرفت ممّا ذكر في ذيل الصور الثلاث - سيما ما ذكره في ذيل الصورة الثالثة بقوله: «فعلى الأول يجمع القيمتان، و يؤخذ نصفهما تسعة، و نسبته إلى الستة بالثلث» - أن الملاحظ على طريق المشهور - و هو الطريق الأول - نسبة قيمة المغيب المفروض عدم الاختلاف فيها إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح، المجهول هذا المجموع المركب من نصفيهما قيمة للصحيح، منتزعة من العمل بكل من البينتين في نصف المبيع.

و أمّا على الطريق الآخر فالملاحظ ليس نسبة قيمة المغيب المتفق عليها إلى القيمة المنتزعة للصحيح، بل الملاحظ نسبة قيمة المغيب إلى كل واحدة من القيمتين للصحيح، إحداها بقول إحدى البينتين و الأخرى بقول الأخرى، المستلزمة ملاحظة النسبة كذلك لملاحظة نسبة قيمة نصفه - أي: المغيب - مع قيمة نصف كل واحدة من القيمتين للصحيح الذي هو الطرف الآخر لتلك النسبة، و ذلك الاستلزام إنما هو ليجمع بين البينتين في مقام العمل، بأن يؤخذ بقول إحداها في نصف المبيع و بقول الأخرى في الآخر، و هو لا يكون إلا بنسبة نصف قيمة المغيب إلى نصف قيمة الصحيح على إحداها، و إلى نصف قيمته على الأخرى، كي يعمل

عن الأول، كما إذا اتفقا على أن قيمة المغيّب ستة، و قال إحداهما: قيمة الصحيح ثمانية، و قال الأخرى: عشرة. فعلى الأول: يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعة، و نسبته إلى الستة بالثلث. و على الثاني: يكون التفاوت على إحدى البيّتين ربعاً و على الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين، فيكون ثمناً و خمساً، و هو ناقصٌ عن الثلث بنصف خمس.

.....
بإحداهما في إحدى البيّتين و بالأخرى في النسبة الأخرى.

و المفروض في هذه الصورة التي اختلفت البيّتان في قيمة الصحيح فقط أن نسبة قيمة المغيّب إلى القيمة المنتزعة للمبيع إذا كان صحيحاً - أعني: مجموع نصفي قيمتي الصحيح التي هي طريقة المشهور - مخالفة في عنوان الكسر لنسبة قيمة نصفه - أي: المغيّب - إلى قيمة كلّ من النصفين لقيمتي الصحيح المركّب منهما - أي: النصفين لهما - الكلّ المنتزع قيمة للصحيح، لأن نسبة قيمة الكلّ - أي: كلّ المغيّب، كالستة في المثال الذي ذكره في ذيل قوله: «و قد ينقص...» - إلى الكلّ المنتزع من القيمتين - و هو: التسعة في المثال - إنما تساوي في عنوان الكسر المعبر به عنها من النصف و الثلث و هكذا، نسبة نصفه - أي: نصف كلّ المبيع، كالثلاثة - إلى كلّ من نصفي ذلك الكلّ المنتزع، و هو - أي: كلّ واحد من نصفي ذلك الكلّ - الأربعة و النصف في المثال، لأنه كما أن التسعة تزيد على الستة بثلاث التسعة، و هو الثلاثة، كذلك الأربعة و النصف أيضاً تزيد على الثلاثة بثلاث الأربعة و النصف، و هو الواحد و النصف، لا أن نسبة قيمة كلّ المغيّب إلى الكلّ المنتزع قيمة للصحيح تساوي نسبة قيمة كلّ المغيّب إلى كلّ من النصفين المركّب منهما ذلك الكلّ المنتزع قيمة للصحيح، كالأربعة التي هي نصف الثمانية التي قومت المبيع بها صحيحة إحدى البيّتين، و الخمسة التي هي نصف العشرة التي قومتها كذلك الأخرى، بل هي مخالفة لها في عنوان الكسر، فإن نسبة الثلاثة التي هي النصف من قيمة المغيّب - المفروض كونها ستة - المنسوب إلى أحد بعضي الكلّ المنسوب إليه المنتزع المركّب من نصفي قيمتي الصحيح - كالأربعة التي هي أحد بعضي التسعة المركبة منها و من الخمسة - نسبة مغايرة في عنوان الكسر لنسبته - أي: نسبة نصف المغيّب كالثلاثة - إلى البعض الآخر لهذا الكلّ المنسوب إليه، أعني: الخمسة، فإن نسبته إلى الأربعة بالربع، لأن الأربعة تزيد على الثلاثة التي هي نصف قيمة المغيّب - أعني: الستة - برع الأربعة، و هو الواحد، و أمّا إلى الخمسة

توضيح هذا المقام: أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب و إما أن يكون في المعيب فقط و إما أن يكون فيهما. فإن كان في الصحيح فقط - كما في المثال الأخير - فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً؛ لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح المجعول قيمة متزعة، و على الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كل من القيمتين المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيّنتين في العمل، و المفروض في هذه الصورة أن نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح - التي هي طريقة المشهور - مخالفة لنسبة نصفه إلى كل من النصفين؛ لأن نسبة الكل إلى الكل تساوي نسبة نصفه إلى كل من نصفي ذلك الكل، و هو الأربعة و النصف في المثال، لا إلى كل من النصفين* المركب منهما ذلك الكل كالأربعة و الخمسة، بل النصف المنسوب إلى أحد بعضي** المنسوب إليه كالأربعة نسبة مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر، أعني الخمسة، و هكذا غيره من الأمثلة.

و إن كان الاختلاف في المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبداً؛ لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتي المعيب - على ما هو طريق المشهور - مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحداهما و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى، كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثني عشر و قالت إحداهما: المعيب ثمانية، و قالت الأخرى: ستة، فإن تفاوت السبعة (٤٩٢٤) و الاثني عشر - الذي هو طريق المشهور - مساوٍ لنصف مجموع تفاوتي

فبالخمسین، لأن الخمسة تزيد على الثلاثة باثنين، و هو خمس الخمسة، و هكذا غيره من الأمثلة.

٤٩٢٤. يعني: فإن تفاوت السبعة التي هي قيمة مركبة من نصفي قيمتي المعيب - و

هما: الأربعة من الثمانية، و الثلاثة من الستة - و الاثني عشر الذي هو قيمة للصحيح بالاتفاق - أعني: السدس و الربع، لأن الاثني عشر يزيد على السبعة بخمسة، و هي: سدس الاثني عشر، أعني منه: الاثنين، و رבעه، أعني منه: الثلاثة، على ما هو طريق المشهور - مساوٍ لنصف مجموع تفاوتي الثمانية مع الاثني عشر و الستة مع الاثني عشر الذي هو طريق الشهيد، لأن نسبة أحد الأولين - أعني: الثمانية - مع الآخر - أعني: الاثني عشر - بالثلث، لأن الثاني يزيد على الأول

الثمانية مع الاثني عشر و الستة مع الاثني عشر؛ لأن نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع، و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثني عشر.

و إن اختلفا في الصحيح و المعيب، فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب (٤٩٢٥) على كلتا البيئتين* فيتحد الطريقتان دائماً، كما إذا قومه إحداها صحيحاً باثني عشر و معيباً بستة، و قومه الأخرى صحيحاً بستة و معيباً بثلاثة، فإن نصف الصحيحين (٤٩٢٦) - أعني التسعة - تفاوتته مع نصف مجموع المعيين - و هو الأربعة

بمقدار ثلثه، و هو: الأربعة، و نسبة أحد الآخرين - أعني: الستة - و الاثني عشر إلى الآخر بالنصف، لأن الثاني منهما يزيد على الأول منهما بنصفه، و هو: الستة، و نصفهما السدس و الربع، و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثني عشر.

٤٩٢٥. يعني: اتحاد النسبة بينهما على كليهما في عنوان الكسر المعبر به عنها من النصف و الثلث و الربع و هكذا، كما مرّت الإشارة إليه غير مرّة.

٤٩٢٦. يعني: فإن نصف الصحيحين المأخوذ قيمة للصحيح الذي هو طريق المشهور - أعني: التسعة المركبة من نصف الاثني عشر و نصف الستة - تفاوتته مع نصف مجموع المعيين المأخوذ قيمة للمعيب على طريقهم - و هو: الأربعة و النصف المركبة من نصف الستة و نصف الثلاثة، أعني من ذاك التفاوت و النسبة النصف من بين الكسور - عين نصف تفاوتي الاثني عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة الذي هو طريقة الشهيد، لأن تفاوت كل منهما هو النصف، فنصف كل تفاوت يكون ربعاً، و مجموع الربعين يكون نصفاً.

و الحاصل: أن قيمة كل صحيح في المثال المذكور و نحوه ضعف قيمة المعيب، فيلزمه كون قيمتي الصحيحين ضعف قيمتي المعيين، و يلزمه كون القيمة الثالثة للصحيح المنتزعة من القيمتين له - و هي نصف الصحيحين - ضعف قيمة ثالثة للمعيب كذلك، و هي نصف المعيين. و نتيجة ذلك اتحاد الطريقتين في مقدار التفاوت، إذ كما أن النسبة الملحوظة بين كل صحيح و معيب لأخذ هذه النسبة - الذي هو طريق الشهيد - كانت بالمناصفة في مثل المثال، كذلك الملحوظ بين القيمتين المنتزعتين - الذي هو طريق المشهور أيضاً - بالمناصفة. و قد

و نصف - عين نصف تفاوتي الاثني عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة. و الحاصل: أن كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين. و إن اختلفت النسبة (٤٩٢٧)، فقد يختلف الطريقتان و قد يتحدان، و قد تقدّم مثاهما في أوّل المسألة.

ثم إن الأظهر بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب إلى الشهيد رحمته الله وفاقباً للمحكّي عن إيضاح النافع، حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه. و

تكون النسبة المتحد فيها الطريقتان الثلث، كما إذا قوّمت إحدى البيّتين صحيحاً بثمانية عشر و معيياً باثني عشر، و قوّمت الأخرى صحيحاً باثني عشر و معيياً بثمانية. فكما أن كل صحيح زائد على معييه بالثلث، كذلك القيمة المنتزعة للصحيح - من قيمتي الصحيح - و هي: خمسة عشر - تزيد على القيمة المنتزعة للمعيب من قيمتي المعيب - و هي: عشرة - بالثلث. و قد يكون بالربع، و قد يكون بالخمس، و هكذا.

٤٩٢٧. يعني: و إن اختلفت النسبة بين الصحيح و المعيب، بأن كانت النسبة بينهما على إحدى البيّتين غيرها على الأخرى، و تحت هذا القسم صورتان، فقد تختلف الطريقتان في الأرض بزيادته على الطريق الثاني عليه على الطريق الأول، لأن الاختلاف بينهما بعكس هذا مختصّ بما إذا كان الاختلاف في قيمته صحيحاً فقط، و المفروض هنا الاختلاف في قيمته صحيحاً و معيياً. و قد يتحدان فيه. و قد تقدّم مثاهما - أي: مثال اختلاف الطريقتين و اتحادهما - في أوّل المسألة. نظره في المثال المتقدّم لصورة اختلاف الطريقتين إلى ما ذكره في ذيل قوله: «و قد يختلفان» بقوله: «كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر...» إلى آخر ما ذكره، حيث إن مقدار الأرض على طريقة المشهور ثلاثة من اثني عشر المفروض كونه ثمنياً، و على طريقة الشهيد رحمته الله ثلاثة و ربع. و نظره في المثال المتقدّم لصورة اتحاد الطريقتين إلى ما ذكره بقوله: «فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر و الآخر ستة...» إلى آخر ما ذكره.

هذا، و لا يخفى ما في جعله مثلاً لصورة الاتحاد في صورة اختلاف النسبة بين الصحيح و المعيب على إحدى البيّتين معها على البيّنة الأخرى، على ما هو المفروض في قوله: «و إن اختلفت النسبة...»، فإن النسبة بينهما على كلتا البيّتين شيء واحد، و هو الثلثان، لأن كل صحيح فيه يزيد على معييه بثلاثي الصحيح، فيكون من أمثلة اتحاد النسبة بينهما على كلتا البيّتين لا من أمثلة اختلافهما كما هو الفرض، و لم أذكر فعلاً مثلاً لذلك.

في الأرض يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه، كما سيجيء (٤٩٢٨). ووجه تعيين هذا الطريق: أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة (٤٩٢٩) من النسبتين على الطريق الثاني، إما للجمع بين البيّنتين بإعمال كلّ منهما في نصف العين كما ذكرنا، وإما لأجل أن ذلك (٤٩٣٠) توسّط بينهما لأجل الجمع بين الحقّين بتصنيف ما به التفاوت نفيّاً وإثباتاً على النهج الذي ذكرناه أخيراً في الجمع بين البيّنتين، كما يحكم بتصنيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المرّد بينهما من عند الودعي ولم

٤٩٢٨. يشير بذلك إلى ما ذكره في أواخر المسألة بقوله: «و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني».

٤٩٢٩. الحاصلة من تصنيف النسبتين و جمع النصفين إن كانت البيّنة اثنتين، و تثليث النسب و جمع الأثلاث إن كانت ثلاثة، و هكذا.

٤٩٣٠. يعني: و إما لأجل أن أخذ القيمة المتوسطة أو النسبة المتوسطة توسّط و عدل بينهما - أي: بين القيمتين على الأوّل، و بين النسبتين على الثاني - لأجل الجمع بين الحقّين اللذين هما طرفا التردد و الدوران في المقدار الزائد على الأقلّ بين احتمال كونه حقّاً للمشتري، لاحتمال صدق بيّنة الأكثر، و احتمال كونه حقّاً للبائع، لاحتمال صدق بيّنة الأقلّ، فيراعى كلا الاحتمالين بتصنيف ما به التفاوت نفيّاً في نصفه و إثباتاً في نصفه الآخر، بأن تنزّل القيمة الزائدة بمقدار نصف ما به التفاوت، و ترفع القيمة الناقصة بمقدار نصفه الآخر، على النهج الذي ذكرناه أخيراً في الجمع بين البيّنتين، يعني به ما ذكره بقوله: «و يمكن أيضاً على وجه التصنيف فيما به التفاوت...»، الذي سقط من نسخ المتن، و قد نقلناه في السابق. كما يحكم - لأجل الجمع بين الحقّين المحتملين - بتصنيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المرّد بينهما من عند الودعي، و لم يكن هنا بيّنة تشهد لأحدهما بالاختصاص، بل و لا ادّعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

هذا، و لا يخفى أن قياس المقام بمسألة الدرهم قياس مع الفارق، لعدم موافقة واحد منهما فيه للأصل سليماً عن المعارض، بخلاف المقام، فإنّ مدّعياً الأقلّ موافق لأصالة البرائة عن الزائد سليمة عن المعارض. و لزوم مراعاة كليهما بالتصنيف في الأوّل لا يلزم لزومها في الثاني، فلا يكون الدليل عليه فيه دليلاً عليه فيه.

تكن هنا بيّنة تشهد لأحدهما بالاختصاص، بل و لا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود. فعلى الأوّل فاللازم وإن كان هو جمع نصفي قيمتي الصحيح و المعيب (٤٩٣١) - كما فعله المشهور - بأن يُجمع الاثنا عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح في المثال المتقدّم، و يؤخذ نصف أحدهما قيمة نصف المبيع صحيحاً، و نصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه، و لازم ذلك كون تمامه بعشرة، و يجمع قيمتا المعيب - أعني العشرة و الخمسة - و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصفاً من أحدهما، و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف*، إلاّ أنّه لا ينبغي ملاحظة نسبة المجموع من نصفي إحدى القيمتين (٤٩٣٢) أعني العشرة إلى المجموع من نصف الأخرى - أعني سبعة و نصفاً -

٤٩٣١. أي: جمع نصفي قيمتي الصحيح، فيكون المجموع المركّب منهما قيمة متزعة للصحيح، و جمع نصفي قيمتي المعيب، ليكون مجموع النصفين قيمة متزعة للمعيب كما فعله المشهور، بأن يجمع - أي: يلاحظ - العددان و هما الاثنا عشر و الثمانية - المفروضتان قيمتين للصحيح في المثال المتقدّم في صورة الاختلاف بالزيادة - على طريق الشاهد بالنسبة على الطريق المشهور، و يؤخذ نصف إحداهما - أي: القيمتين له - قيمة نصف المبيع صحيحاً كالسّنة من اثني عشر، و يؤخذ نصف القيمة الأخرى له قيمة للنصف الآخر منه - أي: من المبيع صحيحاً - كالأربعة من الثمانية. و «القيمة» المضافة إلى «نصف المبيع» بتقدير اللام منصوبة على المفعوليّة الثانية لـ «يؤخذ» لتضمّنه معنى الجعل. و المناسب للفقرة الثانية أن يقول: قيمة لنصف المبيع بدون الإضافة، و لازم ذلك كون تمامه - أي: تمام المبيع - بعشرة. و يجمع و يلاحظ أيضاً عدداً هما قيمتا المعيب - أعني: العشرة و الخمسة المفروضتين قيمتين للمعيب في المثال المتقدّم - و يؤخذ لكل نصف من نصفي المبيع المعيوب نصف من إحداهما كالخمسة من العشرة، و لنصفه الآخر نصف من الأخرى كالاثنين و النصف، و لازم ذلك كون تمام المبيع معيماً بسبعة و نصف.

٤٩٣٢. المراد من القيمتين في العبارة قيمة الصحيح المفروض تعدّدها لتعدد البيّنة، و قيمة المعيب المفروض تعدّدها أيضاً لذلك. فيكون المراد من «الإحدى» المضافة إلى «القيمتين»

* في بعض النسخ: بدل «المبيع بسبعة و نصف»، المعيب بخمسة عشر.

- كما نسب إلى المشهور - لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحاً و معيياً و أخذ الأرض لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معييه، فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوّم بستة و نصفه الآخر بأربعة، وكذا السبعة و نصف* ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوّم بخمسة و نصفه الآخر باثنين و نصف، فلاوجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و نصف، بل لابد من أخذ تفاوت ما بين الأربعة و الاثنين و نصف لنصف منه (٤٩٣٣)، و تفاوت ما بين الستة و الخمسة (٤٩٣٤) للنصف الآخر.

و توهم: أن حكم شراء شيء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيين مختلفين في القيمة صحيحاً و معيياً، بأن اشترى عبداً و جارية باثني عشر فظهرا معيين، و العبد يسوي أربعة صحيحاً و اثنين و نصف معيياً، و الجارية يسوي ستة صحيحة و خمسة معيبة، فإنه لا شك في أن اللازم في هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتي الصفقة صحيحة و معيبة - أعني العشرة و السبعة و نصف - و أخذ التفاوت و هو الربع من الثمن، و هو ثلاثة (٤٩٣٥) إذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه. مدفوع: بأن الثمن (٤٩٣٦)

قيمتين للصحيح. و يكون المراد من «النصفين» المضاف إلى «الإحدى» نصفاً من إحدى قيمتي الصحيح و نصفاً من أخراهما. و يكون المراد من «الأخرى» قيمتين للمعيب، و من «النصفين» المضاف إليها نصفاً من إحداهما و نصفاً من الأخرى. و معنى العبارة بعد هذا واضح.

٤٩٣٣. و هو الثلاثة أثمان، لأن الأربعة تزيد على الاثنين و النصف بواحد و نصف، و هو ثلاثة أثمان الأربعة، لأن ثمن الأربعة نصف، فثلاثة أثمانها واحد و نصف.

٤٩٣٤. و هو السدس، لأن الأولى تزيد على الثانية بواحد، و هو سدس الأولى.

٤٩٣٥. الضمير الأول راجع إلى التفاوت، و الثاني إلى الربع.

٤٩٣٦. و هذا خبر للتوهم. يعني: أن التوهم المذكور مدفوع بأن الثمن المسمى في

المثال الذي ذكر بقوله: «بأن اشترى عبداً و جارية باثني عشر» لما كان موزعاً على العبد و الجارية بحسب قيمتهما حال كونهما صحيحين، و هي الأربعة للعبد و الستة للجارية، و مقتضى هذا التوزيع أن تكون حصّة العبد من الثمن - المفروض اثني عشر - أربعة و أربعة أخماس، و حصّة الجارية سبعة و خمساً، لأن الثمن يزيد على قيمتها الصحيحة - و هي: العشرة المركبة من أربعة العبد و ستة الجارية - باثنين، و هو عشرة أخماس، فإذا وزّعها على العشرة التي هي قيمتها يكون لكل عدد من العشرة خمس من العشرة أخماس، فيكون لأربعة العبد أربعة أخماس، و لستة الجارية ستة أخماس.

فإذا أخذ المشتري للعبد و الجارية الثلاثة التي هي ربع الثمن المفروض كونه اثني عشر أرساً - من جهة أن التفاوت بين العشرة التي هي مركبة من قيمتهما صحيحتين، أعني: الأربعة للعبد و الستة للجارية، و بين السبعة و النصف التي هي مركبة من قيمتهما معيشتين، أعني: اثني عشر و النصف للعبد المعيب، و الخمسة للجارية المعيبة، هو الربع، لأن العشرة تزيد على السبعة و النصف بالاثني عشر و النصف، و هو ربع العشرة - فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته و ثلثه الذي يخصه من اثني عشر بلحاظ التوزيع المذكور، أعني: أربعة و أربعة أخماس، و أخذ للجارية سدسها، أي: سدس قيمتها التي تخصها من اثني عشر بلحاظ التوزيع، أعني: سبعة و خمساً، كما هو قضية الطريق الثاني المختار المنسوب إلى الشهيد.

و ذلك لأنه إذا أخذ ربع الثمن المفروض كونه اثني عشر - و هو الثلاثة - فقد أخذ من مقدار هو مقابل الجارية من الثمن المفروض اثني عشر - أعني من المقدار المقابل لها من اثني عشر سبعة و خمساً - سدسها، بالنصب مفعول «أخذ»، و الضمير راجع إلى السبعة و الخمس، و تذكيره باعتبار المقدار. و هو - أي: سدس السبعة و الخمس - واحد و خمس، لأن سدس الستة من السبعة و الخمس واحد، و سدس الواحد و الخمس الباقي منها - الذي هو ستة أخماس - خمس واحد. و أخذ من مقدار هو مقابل العبد من الثمن - أعني من ذلك المقدار المقابل له أربعة و أربعة أخماس - ثلاثة أثمان بالنصب على المفعولية «أخذ» و هو - أي: ثلاثة أثمان الأربعة و الأربعة أخماس - واحد و أربعة أخماس، لأن ثلث الأربعة نصف، فثلاثة أثمان الأربعة واحد و نصف، و ثلث الأربعة أخماس نصف الخمس، فيكون ثلاثة أثمان الأربعة أخماس خمساً و نصف خمس، و مجموع الأول - و هو الواحد و النصف - و الثاني - و هو الخمس و

نصف الخمس - واحد و أربعة أخماس، لأنّ النصف في الأوّل خمسان و نصف خمس، فإذا جمع مع خمس و نصف خمس في الثاني يكون الحاصل أربعة أخماس. فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس الذي أخذه من مقابل الجارية، أعني: واحداً و خمساً، و ثلاثة أثمان الذي أخذه من مقابل العبد، أعني: واحداً و أربعة أخماس، حيث إنّ مجموعهما ثلاثة كما هو واضح. و هذا بخلاف ما نحن فيه الذي لا يغير ثمن نصف المبيع مع ثمن نصفه الآخر، فإنّ المبدول من الثمن في مقابل كلّ من النصفين للمبيع الواحد - المتفقين بالقيمة المجعلة لهما، و المختلفين بالقيمة باعتبار اختلاف البيّتين في قيمته، و لزوم الأخذ بقول إحداهما في نصفه، و قول الأخرى في الآخر - إنّما هو أمر واحد، و هو نصف الثمن، كالسّنة من الاثني عشر. فقياس المقام على مثال العبد و الجارية الذي كان المبدول في مقابل كلّ من جزئي المبيع المركّب منهما أمراً غير ما كان في مقابل [كلّ من جزئي المبيع المركّب منهما أمراً غير ما كان في مقابل] الآخر، قياس مع الفارق.

فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كلّ من الجارية و العبد في المثال المفروض بثمن مساوٍ للآخر، بأن اشترى كلّاً منهما بنصف الاثني عشر في عقد واحد أو عقدين. فلا يجوز حينئذٍ أخذ الربع من اثني عشر، بل المتعين حينئذٍ أن يؤخذ من سّنة الجارية سدس، لأنّه قضيّة تقويمها صحيحة بسّنة و معيبة بخمسة، و من سّنة العبد اثنان و ربع، لأنّه قضيّة تقويمه صحيحة بأربعة و معيبة باثنين و نصف، حيث إنّ التفاوت بينهما ربع و نصف ربع، أي: ثلاثة أثمان، لأنّ الأربعة تزيد على الاثنين و النصف بواحد و نصف، و هو الأربعة و نصف ربعها، و إن شئت قلت: ثلاثة أثمانها، فيؤخذ من سّنة العبد من اثني عشر ربعها، و هو الواحد و النصف، و نصف ربعها و هو الثلاثة أرباع، و المجموع اثنان و ربع، فيصير مجموع الأرض المأخوذ من جهة الجارية - و هو: الواحد - و المأخوذ من جهة العبد - و هو: اثنان و ربع - ثلاثة و ربعاً، و هو المأخوذ أرساً في المثال المتقدّم على الطريق الثاني. و مراده من المثال المتقدّم ما ذكره في أوائل البحث بقوله: «و قد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر...» إلى آخر ما ذكره. و قد ذكر هناك أنّ الأرض فيه على الطريق الثاني ثلاثة و ربع.

و قد ظهر ممّا ذكرنا في وجه تعيين الطريق الثاني أنّه لا فرق في تعيينه بين شهادة البيّنات بالقيم - كما إذا شهدت إحداها بأن قيمته اثنا عشر صحيحاً و معيأ كذا، و الأخرى بأن قيمته صحيحاً كذا و معيأ كذا، و هكذا - أو شهدا قيم بنفس النسبة بين الصحيح و المغيّب و إن لم يذكروا القيم، كما إذا شهدت إحداها بأن النسبة و التفاوت بين صحيحه و معييه بالنصف، و الأخرى بأنّها بالثلث أو الربع، و هكذا.

هذا كلّ بناءً على الوجه الأوّل من وجهي أخذ القيمة الوسطى، و هو ما إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى هو العمل بكلّ من البيّتين في جزء المبيع. و أمّا على الوجه الثاني منهما، و هو ما إذا كان المستند للمشهور في أخذ القيمة الوسطى هو مجرد الجمع بين الحقيقتين المتحققّ احتمالهما لأنفسهما - ضرورة أنّ الأمر في المقدار الزائد على الأقلّ مردّد بين أن يكون حقّاً للبائع فقط أو للمشتري كذلك، على ما ذكرناه أخيراً، يعني به ما نقلناه عن بعض النسخ المصحّحة من قوله ﷺ: «و يمكن أيضاً على وجه التنصيف...» إلى آخر ما تقدّم ذكره، و الجمع بين الحقيقتين و مراعاة احتمالهما، بأن تنزل القيمة الزائدة التي قوّته بها إحدى البيّتين، وترفع القيمة الناقصة التي قوّته بها الأخرى، على حدّ سواء في التنزيل و الارتفاع، فإن كان أحدهما بالنصف أو الثلث و هكذا فليكن الأخرى كذلك - فالمتعيّن الطريق الثاني أيضاً، سواء شهدت البيّتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبة و التفاوت بين الصحيح و المغيّب.

أمّا إذا شهدتا بنفس التفاوت و النسبة، فلاّنه إذا شهدت إحداها بأن التفاوت و النسبة بين الصحيح و المغيّب بالسدس، و هو الاثنان من اثني عشر المفروض ثمناً، و شهدت الأخرى بأنّه ثلاثة أثمان - و اللازم أن يقول: و هو الأربعة و النصف من اثني عشر، لا الثلاثة من ثمانية، و ستعرف الوجه فيه - زدنا على السدس - و هو: الاثنان - مقدار ما ينقص من ثلاثة أثمان لاثني عشر التي عرفت أنّها أربعة و نصف، و هو - أي: المقدار المنقّص من ثلاثة أثمانه - واحد و ربع، لأنّه الذي ننقصه من الأربعة و النصف و نزيده على السدس، بأن ننصف تفاوت ما بين الثلاثة أثمان من اثني عشر - و هو: الأربعة و النصف منه - و بين السدس منه أيضاً - و هو: الاثنان منه - أعني من هذا التفاوت بينهما الذي ننصفه الاثني عشر، فننقص نصف هذا التفاوت، و هو - أي: نصف التفاوت - الواحد و الربع من الثلاثة أثمان، و نزيده على السدس، و هو: اثنان من اثني عشر، فصار كلّ واحد من التفاوتين اللذين شهدت البيّتان بهما

بعد التعديل بالزيادة على التفاوت الناقص - كالسندس في المثال - مقدار ينقص من التفاوت الزائد مثل الثلاثة أثمان فيه، مجموع الكسور الثلاثة، أعني منها سدساً من اثني عشر، و هو اثنان، و نصف سدس منه، و هو واحد، و مجموعهما ثلاثة، و ثمنه - أي: ثمن سدس منه - و هو الربع، لأن ثمن الاثنین ربع العدد الكامل، و هو - أي: مجموع هذه الكسور الثلاثة من الثمن المسمّى المفروض اثني عشر - ثلاثة و ربع كما ذكرناه سابقاً، يشير به إلى ما ذكره في ذيل قوله: «و قد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثني عشر...».

و وجه ما ذكرناه من لزوم أن يقول: و هو الأربعة و النصف من اثني عشر، بدل قوله: «و هو الثلاثة من ثمانية» أنه بناءً عليه يكون كلّ واحد من التفاوتين بعد التعديل سدساً و ربع سدس، و هو من الثمن المفروض اثني عشر اثنان و نصف الثلاثة و ربع، كما هو واضح.

و إن شهدت البيّتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين حقّي البائع و المشتري، و مراعاة احتمال كون الزائد على الأقلّ حقّاً للأوّل أو الثاني في مقام إعطاء الأرض من طرف البائع و أخذه من طرف المشتري، إنما هو تعديل قيمتي كلّ من الصحيح و المعيب بالزيادة على الناقصة و النقصان من القيمة الزائدة، و ذلك التعديل إنما يتحقق بأخذ قيمة للصحيح يكون نسبته - و الصواب نسبتها بتأنيث الضمير - إلى قيمة مأخوذة لأجل المعيب، دون نسبة القيمة الزائدة للصحيح إلى القيمة الزائدة للمعيب، و فوق نسبة القيمة الناقصة للصحيح إلى القيمة الناقصة للمعيب، فيؤخذ من الاثني عشر الذي هو قيمة زائدة للصحيح، و العشرة التي هي قيمة زائدة للمعيب، و من الثمانية التي هي قيمة ناقصة للصحيح، و الخمسة التي هي قيمة ناقصة للمعيب، قيمتان تؤخذ قيمة للصحيح، و تؤخذ قيمة للمعيب، نسبة إحداهما التي هي للصحيح إلى الأخرى التي هي للمعيب تزيد على السدس الذي هو النسبة بين الاثني عشر و العشرة. عما - أي: بمقدار - ينقص من ثلاثة أثمان التي هي النسبة بين الثمانية و الخمسة، أعني منه - أي: من مقدار ينقص هو من ثلاثة أثمان - الواحد و الربع، لأنه المقدار الزائد من ثلاثة أثمان الاثني عشر على سدسه الذي ننقصه منها و نزيده على سدس الاثني عشر.

فيؤخذ حينئذٍ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس من ذاك الصحيح و نصف سدس منه و ثمن سدس منه، و ذلك بأن يؤخذ قيمة الصحيح تسعة و قيمة المعيب سبعة إلاّ ثلاثة أثمان و نصف ثمن، فإن التسعة تزيد السبعة إلاّ ثلاثة أثمان و نصف باثنين و ثلاثة أثمان و

في المثال لما كان موزعاً على العبد و الجارية بحسب قيمتهما، فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرساً فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته و للجارية سدسه كما هو الطريق المختار؛ لأنه أخذ من مقابل الجارية - أعني سبعة و خمساً - سدسه و هو واحد و خمس، و من مقابل العبد - أعني أربعة و أربعة أخماس - ثلاثة أثمان و هو واحد و أربعة أخماس، فالثلاثة - التي هي ربع الثمن - منطبق على السدس و ثلاثة أثمان، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن المبدول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد، و هو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد في المثال المفروض بثمنٍ مساوٍ للآخر، بأن اشترى كلاهما بنصف الاثني عشر في عقدٍ واحدٍ أو عقدين، فلا يجوز حينئذٍ أخذ الربع من اثني عشر، بل المتعين حينئذٍ أن يؤخذ من ستة الجارية سدس، و من ستة العبد اثنان و ربع، فيصير مجموع الأرش ثلاثة و ربعاً، و هو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني.

و قد ظهر ممّا ذكرنا: أنه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب و إن لم يذكروا القيم. هذا كله إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمة الوسطى إلى العمل بكل من البيّتين في جزءٍ من المبيع. أمّا إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقيقتين*، بأن تنزل القيمة الزائدة و ترفع الناقصة على حدٍّ سواء، فالمتعين الطريق الثاني أيضاً، سواء شهدت البيّتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب. أمّا إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلاّكه إذا شهدت إحداها بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس - و هو الاثنان من اثني عشر - و شهدت الأخرى بأنّه بثلاثة أثمان و هو الثلاثة من ثمانية - زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان، صار كل واحدٍ** سدساً و

نصف ثمن، و هو - أي: الاثنان و ثلاثة أثمان و نصف ثمن - مجموع سدس التسعة، أعني: الواحد و النصف، و نصف سدسها، أعني: الثلاثة أرباع، و ثمن سدسها، و هو ثمن الواحد و نصف ثمن الواحد، و مجموعها اثنان و ثلاثة أثمان و نصف ثمن، فيؤخذ من الثمن المفروض كونه اثني عشر سدسه و هو اثنان، و نصف سدسه و هو واحد، و ثمن سدسه و هو الربع، و

* في بعض النسخ زيادة: على ما ذكرناه أخيراً.

** في بعض النسخ زيادة: من التفاوتين بعد التعديل.

نصف سدس و ثمنه، و هو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقاً.
و إن شهدت البيّتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين الحقّين* في هذا المقام** تعديلُ
قيمتي كلّ من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة نسبته إلى المعيب دون نسبة
القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة، فيؤخذ من الاثني عشر و العشرة و من الثمانية و الخمسة
قيمتان للصحيح و المعيب نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة أثمان،
فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس.

و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر (٤٩٣٧) إلى الطريق الثاني، بأن يريدوا من
«أوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب»: القيمة المتوسطة بين القيم لكلّ منهما من حيث
نسبتهما إلى قيمة الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح و المعيب قيمةً متوسطةً
من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح و الفاسد. و

المجموع ثلاثة و ربع.

٤٩٣٧. يعني: و ممّا ذكرنا في وجه تعيين الطريق الثاني على كلا الوجهين في مستند
أخذ القيمة المتوسطة من القيم على الطريق المنسوب إلى المشهور، يمكن إرجاع كلام الأكثر
الماخوذ منه الطريق الأوّل المنسوب إليهم إلى الطريق الثاني، بأن يقول: إنّ مرادهم من أوسط
القيم للصحيح و المعيب هي قيمة منتزعة للصحيح و قيمة منتزعة للمعيب، تكون نسبة إحداهما
إلى الأخرى نسبة متوسطة بين نسب القيم الصحيحة إلى القيم المعيبة، لكونها دون نسبة صحيح
القيم الزائدة إلى معيها، و فوق نسبة صحيح القيم الناقصة إلى معيها، لاقية منتزعة لهذا و
قيمة منتزعة لذلك يكون نفس الأولى متوسطة بين القيم للصحيح، و نفس الثانية متوسطة بين
القيم للمعيب، بمعنى أن يكون عدد هذه القيمة المنتزعة متوسطاً بين عدد القيم، بأن يكون عدده
أقلّ من عدد القيمة الزائدة بمقدار يكون هو أكثر من عدد القيمة الناقصة بعين ذاك المقدار.

فيكون مرادهم من أخذ القيمتين إحداهما للصحيح و الأخرى للمعيب، أخذ قيمتين
نسبة إحداهما إلى الأخرى متوسطة بين نسبة صحيح القيم إلى معيها على أقوال جميع البيّنات

* في بعض النسخ: بدل «الحقّين»، الحقّي البايع و المشتري.

** في بعض النسخ زيادة: إعطاء الأرض و أخذه.

ليس في كلام الأكثر أنه (٤٩٣٨) تجمع قيم الصحيح و تنتزع منها قيمة وكذلك قسيم المعيب، ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى. قال في المقنعة: فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم، ونحوه في النهاية. و في الشرايع عمل* على الأوسط ٤٠. و بالجملة، فكل من عبّر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد. هذا، مع أن المستند (٤٩٣٩) في الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمة نصف المبيع. نعم، لو لم يكن بيّة أصلاً، لكن علمنا من الخارج أن قيمة الصحيح إماً

.....

المقوّمين للصحيح و الفاسد.

٤٩٣٨. يعني: و ليس في كلام الأكثر ما يأتي عن ما ذكرناه في كيفية إرجاعه إلى الطريق الثاني، حيث إنهم لم يعبروا بأنه يجمع قيم الصحيح و ينتزع من مجموعها قيمة له، و كذلك يجمع قيم المعيب و ينتزع من مجموعها قيمة له، ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى، فيؤخذ بتلك النسبة من الثمن، و إنما عبّروا بأوسط القيم، و هو غير آب عن التوجيه المذكور. و ها نحن ننقل عبارة جملة منهم، قال المفيد في المقنعة... إلى آخر ما في المتن.

و ينافي نفي وجود التعبير المذكور في كلام الأكثر ما ذكره في محكي المسالك، فإنّه صريح في خلافه. قال رحمته: «و المراد بالأوسط قيمة منتزعة من مجموع القيم نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم، فمن القيمتين نصف المجموع، و من الثلث ثلثه، و هكذا. و إنما اعتبر ذلك لانتفاء المرجح لقيمة على الأخرى، و لانتفاء الوسط في نحو القيمتين و الأربعة، فلم يبق إلا أن يراد من الوسط معنى آخر، و هو انتزاع قيمة من المجموع بحيث لا تكون القيمة المنتزعة أقرب إلى واحدة منها. و طريقه ما ذكره من جمع القيم الصحيحة على حدة، و المعية كذلك، و ملاحظة النسبة». انتهى موضع الحاجة زيد في علوّ مقامه، فإن قوله رحمته: «و طريقه ما ذكره من جميع القيم...» صريح أو ظاهر في وجود ذلك التعبير في كلام الأكثر. و اتّباع أحد هذين الفحلين العلمين يحتاج إلى مراجعة كتب القوم و ملاحظة كلماتهم.

٤٩٣٩. يعني: هذا مع وجود قرينة على الإرجاع إلى الطريق الثاني، و هو أن المستند في الجمع بين القيم هو ما ذكرنا في السابق من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمة نصف،

هذا وإما ذاك- وكذلك قيمة المعب- ولم نقل حينئذٍ بالقرعة أو الأصل (٤٩٤٠)، فاللازم الاستناد في التنصيف (٤٩٤١) إلى الجمع بين الحقيين على هذا الوجه (٤٩٤٢)، وقد عرفت أن الجمع (٤٩٤٣) بتعديل التفاوت؛ لأنه الحق، دون خصوص القيمتين المحتملين. والله العالم.

و قد عرفت فيما ذكره بقوله: «فعلى الأول فاللازم...»، أن قضية ذلك هو الجمع بالطريق الثاني.

٤٩٤٠. يعني: أصل البرائة عن الزائد على الأقل.

٤٩٤١. يعني: تنصيف القيمتين و أخذ القيمة الثالثة من نصفها.

٤٩٤٢. يعني: على وجه التنصيف.

٤٩٤٣. يشير به إلى ما ذكره قبل ذلك بأسطر بقوله: «فمقتضى الجمع بين حقي البائع والمشتري...»، حيث علم منه أن الجمع بتعديل التفاوت لا بتنصيف القيمتين، لأنه الحق المردد بين البائع والمشتري، لا خصوص القيمتين المختلفين.

المصادر:

- (١) الصحاح ج ٢: ص ٧٦١، مادة «عور».
- (٢) جامع المقاصد ج ٤: ص ٣٢٢-٣٢٣.
- (٣) الشرائع ج ٢: ص ٣٧؛ المختصر النافع: ص ١٢٦.
- (٤) الجواهر ج ٢٣: ص ٢٤٣.
- (٥) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٠، الباب الأول من أحكام العيوب، الحديث ١.
- (٦) التحرير ج ١: ص ١٨٢.
- (٧) التذكرة ج ١: ص ٥٤٠.
- (٨) المسالك ج ٣: ص ٢٩٠.
- (٩) الشرائع ج ٢: ص ٣٧؛ القواعد ج ٢: ص ٧٢.
- (١٠) التذكرة ج ١: ص ٥٤٠.
- (١١) الدروس ج ٣: ص ٢٨١؛ مفتاح الكرامة ج ٤: ص ٦٢٢.
- (١٢) الدروس ج ٣: ص ٢٨٥.
- (١٣) الإيضاح ج ١: ص ٤٩٥.
- (١٤) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث ٢.
- (١٥) التهذيب ج ٧: ص ٦٤، الحديث ٢٧٨.
- (١٦) التذكرة ج ١: ص ٥٣٩؛ القواعد ج ٢: ص ٧٣.
- (١٧) الشرائع ج ٢: ص ٧٢.
- (١٨) الشرائع ج ٢: ص ٣٧.
- (١٩) التهذيب ج ٧: ص ٦٦، الحديث ٢٨٣.
- (٢٠) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٩، الباب ٧ من أبواب العيوب، الحديث ٣.
- (٢١) السواني ج ١٨: ص ٧٣٩، ذيل الحديث ١٨٢٠٢.
- (٢٢) التحرير ج ١: ص ١٨٢.
- (٢٣) الوسائل ج ١٢: ص ٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٤.
- (٢٤) الخصال: ص ٢٤٥، الحديث ١٠٤.
- (٢٥) الكافي ج ٥: ص ٢١٦، الحديث ١٥.
- (٢٦) التهذيب ج ٧: ص ٦٤، الحديث ٢٧٥.
- (٢٧) المسالك ج ٣: ص ٣٠٥.
- (٢٨) الغنية: ص ٢٢٢-٢٢٣.
- (٢٩) التذكرة ج ١: ص ٥٣٩.
- (٣٠) الصحاح ج ٣: ص ٩٩٥، مادة «أرش».
- (٣١) المصباح المنير: ص ١٢، مادة «أرش».
- (٣٢) القاموس المحيط ج ٢: ص ٢٦١، مادة «أرش».
- (٣٣) التذكرة ج ١: ص ٥٢٨.
- (٣٤) جامع المقاصد ج ٤: ص ١٩٤.
- (٣٥) الوسائل ج ١٢: ص ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيارات، الحديث ٥.
- (٣٦) القواعد ج ٢: ص ٧٦.
- (٣٧) الشرائع ج ٢: ص ٣٨؛ القواعد ج ٢: ص ٧٥.
- (٣٨) تمهيد القواعد: ص ٢٨٤.
- (٣٩) الروضة البهية ج ٣: ص ٤٧٨.
- (٤٠) الشرائع ج ٢: ص ٣٨.

فهرس العناوین

٥.....	تعریف الخيار
٩.....	أصالة اللزوم فی البیع
٣٣.....	أقسام الخيار
٣٥.....	خيار المجلس
٦١.....	مسقطات خيار المجلس
١٠١.....	المصادر
١٠٣.....	خيار الحيوان
١١٩.....	مسقطات خيار الحيوان
١٣٩.....	خيار الشرط
١٥٣.....	بیع الخيار
١٨٣.....	جریان خيار الشرط فی العقود و الايقاعات
١٩٥.....	المصادر
١٩٧.....	خيار الغبن
٢١٩.....	شرائط خيار الغبن
٢٣٥.....	ظهور الغبن شرط شرعی أو كاشف عقلی
٢٤١.....	مسقطات خيار الغبن
٢٨٥.....	خيار الغبن على الفور أو على التراخی؟
٢٩٩.....	المصادر
٣٠١.....	خيار التأخیر
٣٢٣.....	مسقطات خيار التأخیر

٦٠٠ المكاسب، ج ٤، الخيارات

المصادر ٣٤٠

خيار الرؤية ٣٤١

المصادر ٣٧٣

خيار العيب ٣٧٥

مسقطات خيار العيب ٣٩١

المصادر ٤٩٩

ماهية العيب ٥٠١

فى بعض أفراد العيب ٥١٥

الأرش ٥٤٤

المصادر ٥٩٨

فهرس العناوين ٥٩٩



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي